

รวมบทความกฎหมายมหาชน

จากเว็บไซต์

www.pub-law.net



THAI NATIONAL ASSEMBLY LIBRARY



3961184048

61892

วันที่	A	/	พ.ย.	/	2553
เลขทะเบียน	น 23222 น.1				
	KE				
เลขหมู่	29				
	013655 2553				

รวมบทความกฎหมายมหาชน
จากเว็บไซต์ www.pub-law.net

ฉบับที่ ๑๑๑๑๑๑๑๑

ข้อมูลทางบรรณานุกรมของหอสมุดแห่งชาติ

รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ www.pub-law.net เล่ม 9.-- กรุงเทพฯ:
พี.เพรส, 2553

552 หน้า.

1. กฎหมายมหาชน. 2. กฎหมายรัฐธรรมนูญ. I. สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
I. นันทวัฒน์ บรมานันท์, บรรณาธิการ. II. ชื่อเรื่อง.

342

ISBN 978-974-7725-63-6

ชื่อหนังสือ รวมบทความกฎหมายมหาชน
จากเว็บไซต์ www.pub-law.net เล่ม 9

บรรณาธิการ นันทวัฒน์ บรมานันท์

ปีที่พิมพ์ 2553

จำนวนพิมพ์ 1,000 เล่ม

เจ้าของ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา 5 ธันวาคม 2550
(อาคาร A) เลขที่ 120 หมู่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง
เขตหลักสี่ กรุงเทพฯ 10210
โทรศัพท์ 0-2141-7777 โทรสาร 0-2143-9500
www.constitutionalcourt.or.th
E-mail: feedback@constitutionalcourt.or.th

พิมพ์ที่ บริษัท พี. เพรส จำกัด
129 ซอยแยกซอยศิริพจน์ สวนหลวง กรุงเทพฯ 10250
โทร. 0 2742 4754-5

บทความหรือข้อคิดเห็นใดๆ ที่ปรากฏในหนังสือรวมบทความนี้เป็นวรรณกรรม
ของผู้เขียน สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญไม่จำเป็นต้องเห็นด้วย

คำนิยม

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 217 กำหนดให้สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเป็นหน่วยธุรการของศาลรัฐธรรมนูญ และพระราชบัญญัติสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2542 กำหนดให้สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญมีพันธกิจหลักในการสนับสนุนให้มีการศึกษาวิจัย และเผยแพร่กิจการของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งนับตั้งแต่ได้จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ เมื่อวันที่ 11 เมษายน 2541 จนถึงปัจจุบัน สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญได้ดำเนินการเผยแพร่และให้บริการข้อมูลข่าวสารที่เป็นองค์ความรู้หรือกิจกรรมทางวิชาการต่อสาธารณชนเป็นจำนวนมาก ทั้งในรูปแบบที่เป็น การสัมมนาทางวิชาการ การจัดนิทรรศการ การสัมมนาเผยแพร่ความรู้แก่ ประชาชนและสถาบันการศึกษา ตลอดจนการพบปะประชาชนตามภูมิภาค สำหรับรูปแบบที่เป็นสิ่งพิมพ์ก็มีหลายประเภทด้วยกัน อาทิเช่น จดหมายข่าว สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญภาษาไทย และภาษาอังกฤษ วารสารศาลรัฐธรรมนูญ และหนังสือรวมบทความ ทางวิชาการของศาลรัฐธรรมนูญ สำหรับหนังสือรวมบทความกฎหมายมหาชน จากเว็บไซต์ www.pub-law.net เล่ม 9 นี้ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ได้รับความร่วมมือจากท่านศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรรณานันท์ บรรณาธิการ เว็บไซต์ www.pub-law.net ในการสนับสนุนบทความทางวิชาการ ต่อเนื่องมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2545 แล้วเนื่องจากได้เล็งเห็นถึงความจำเป็น ในการเผยแพร่และส่งเสริมความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ สิทธิและ เสรีภาพ และกฎหมายมหาชน รวมถึงเป็นช่องทางในการเสนอแนะมุม ทางวิชาการที่กว้างขวางและหลากหลาย อันจะนำไปสู่การขยายความเจริญ งอกงามทางวิชาการของกฎหมายมหาชน ทั้งในสังคมไทยและชุมชนวิชาการ นานาชาติมากยิ่งขึ้นโดยลำดับ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญได้ตระหนักเสมอว่า การกึ่งในการส่งเสริมความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ รวมถึงความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับบทบาทและอำนาจหน้าที่ขององค์กรในกระบวนการยุติธรรม เป็นภารกิจสำคัญที่สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญยึดถือปฏิบัติโดยตลอดมา และในโอกาสนี้สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญขอขอบคุณท่านศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรรณานันท์ บรรณาธิการเว็บไซต์ www.pub-law.net รวมถึงนักวิชาการทุกท่าน

การส่งเสริมความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ สิทธิและเสรีภาพ และกฎหมายมหาชน รวมถึงบทบาทและอำนาจหน้าที่ขององค์กรในกระบวนการยุติธรรม ถือเป็นการกึ่งสำคัญที่สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญได้ยึดถือปฏิบัติตลอดมาประกอบกับหนังสือเล่มนี้เป็นที่เรียกร้องต้องการของชุมชนวิชาการมาโดยต่อเนื่อง จึงหวังเป็นอย่างยิ่งว่า หนังสือรวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ www.pub-law.net เล่ม 9 นี้ จะเป็นประโยชน์ต่อการเพิ่มพูนองค์ความรู้ และการอ้างอิงในทางวิชาการ รวมถึงเป็นประโยชน์ต่อการขยายเครือข่ายวิทยบริการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญให้กระจายฐานความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ และกฎหมายมหาชนสู่สาธารณชนออกไปได้อย่างกว้างขวางมากขึ้น ตามปณิธานและวัตถุประสงค์ของศาลรัฐธรรมนูญและสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญที่มีความมุ่งมั่นในการปฏิบัติภารกิจตามรัฐธรรมนูญบนฐานของการ “ยึดหลักนิติธรรม คำจุนประชาธิปไตย ห่วงใยสิทธิเสรีภาพของประชาชน” เพื่อธำรงไว้ซึ่งระบบนิติรัฐของประเทศ ภายใต้การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขสืบไป

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

เมษายน 2553

คำนำ

หนังสือ “รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ www.pub-law.net เล่ม 9” นี้ได้กลับคืนสู่ บ้านเก่าคือศาลรัฐธรรมนูญอีกครั้งหนึ่ง หลังจากที่ เล่ม 7 และเล่ม 8 ได้จัดพิมพ์โดยสมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย ด้วยเหตุผลบางประการที่คงไม่ต้องกล่าวไว้ ณ ที่นี้

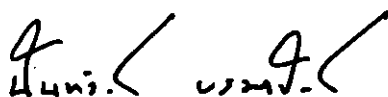
หนังสือ “รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ www.pub-law.net” เป็นหนังสือที่รวบรวมบทความด้านกฎหมายมหาชนที่เผยแพร่ใน www.pub-law.net ในรอบ 1 ปีของเราซึ่งเริ่มนับตั้งแต่ 1 มีนาคมถึง 28 กุมภาพันธ์ ของทุกปี โดยแต่เดิมนั้น ผมไม่ได้มีความคิดที่จะนำบทความที่เผยแพร่ไปแล้วในเว็บไซต์มารวมเป็นเล่ม แต่เมื่อได้หารือเรื่องดังกล่าวกับ คุณนพดล เสงเจริญ เลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญในขณะนั้น คุณนพดลฯ ก็ได้ให้การสนับสนุนในการจัดพิมพ์หนังสือรวมบทความเพื่อแจกจ่ายให้กับสาธารณชนและก็ได้ทำต่อเนื่องติดต่อกมาเป็นเวลา 6 ปี จนกระทั่งเกิดการรัฐประหารในปี พ.ศ. 2549 ผมจึงได้ขอให้สมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทยช่วยจัดพิมพ์ หนังสือรวมบทความฯ เล่ม 7 และ เล่ม 8 ให้

ปัจจุบัน เมื่อทุกสิ่งทุกอย่างเข้าที่ ดร.เชาวนะ ไตรมาศ ดำรงตำแหน่ง เลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ผมจึงขอให้ศาลรัฐธรรมนูญจัดพิมพ์ หนังสือรวมบทความฯ เล่ม 9 โดยมีความเชื่อมั่นในความเป็นนักวิชาการ ของ ดร.เชาวนะ ไตรมาศ เช่นเดียวกับที่เคยเชื่อมั่น คุณนพดล เสงเจริญ มาแล้วในอดีตที่ผ่านมาครับ

ผมคงไม่มีสิ่งใดที่จะกล่าวมากนัก www.pub-law.net อยู่คู่กับวงการกฎหมายมหาชนมา 9 ปีเศษแล้ว จำนวนผู้ใช้บริการกว่า 4 ล้านครั้ง

บทบรรณาธิการและบทความจำนวนมากได้ถูกนำไปใช้อ้างอิงอย่างสม่ำเสมอ
คงเป็นที่ยืนยันได้ว่า เราประสบความสำเร็จขนาดไหนครับ!!! ผมและทีมงาน
ขอยืนยันว่าเรา仍将จัดทำ www.pub-law.net ต่อไปเรื่อยๆ และจะ
พยายามพัฒนาให้ดีขึ้นเรื่อยๆ เช่นกันครับ

ผมขอขอบคุณ คุณนพดล เสงเจริญ อดีตเลขาธิการสำนักงาน
ศาลรัฐธรรมนูญที่ได้เป็นส่วนสำคัญในการ “สร้าง” www.pub-law.net
ร่วมกับผมและทีมงานมาตั้งแต่เริ่มต้น และขอขอบคุณ ดร.เชาวนะ ไตรมาศ
เลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญคนปัจจุบันที่ได้กรุณาเสนอความร่วมมือ
ทางวิชาการระหว่างผมกับสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญด้วยการจัดพิมพ์หนังสือ
“รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ www.pub-law.net เล่ม 9”
นี้เพื่อแจกจ่ายให้กับสาธารณชนครับ



(ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์)

บรรณาธิการ www.pub-law.net

พฤษภาคม 2553

สารบัญ

หน้า

คำนิยาม	i
คำนำ	iii
• ประสิทธิภาพและภาระคดีของคณะกรรมการวินิจฉัยอุทธรณ์ ทางปกครองแห่งออสเตรีย ประจำปี 2008	1
ไฟรด์น์ แก้วสาร	
• สิ่งที่ถูกมองข้ามกรณีการปฏิรูปการเมืองไทย	5
พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย	
• “60 ปี กฎหมายพื้นฐาน — 60 Jahre Grundgesetz”	12
นรินทร์ อิธิสาร	
• “จดหมายชี้แจง”	28
วรเจตน์ ภาคีรัตน์	
• ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญต่อ บทบัญญัติรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550	38
ฉานินท์ สันตะพันธ์	
• ความเบ็ดเสร็จของ กกค. อีกประเด็นสำหรับการแก้ไขรัฐธรรมนูญ	53
พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย	
• บทบาทสื่อมวลชนกับการปฏิรูปการเมือง	60
บวรศักดิ์ อุวรรณโณ	

สารบัญ

หน้า

- คำบรรยายพิเศษเรื่อง “อุดมศึกษากับการปฏิรูปการเมือง” 85
อมร จันทรมบูรณ์
- กฎหมายควบคุมการชุมนุมสาธารณะ : พัฒนาการอีกขั้นหนึ่ง
ของการชุมนุมในประเทศไทย 150
ไกรพล อรัญรัตน์
- วิพากษ์คำสั่งบรรเทาทุกข์ชั่วคราวฯ กรณีระงับ 76 โครงการ
ที่มาบตาพุด 173
ชำนาญ จันทรเรือง
- การเสียดำธรรมเนียมศาลในชั้นอุทธรณ์ในคดีปกครอง
กรณี ค่าทดแทนในการเวนคืน 183
นิธินันท์ สุขวงศ์
- มาตรการทางกฎหมายของอังกฤษในการรับมือกับปัญหา
การเปลี่ยนแปลงของสภาพอากาศ 206
ปกรณ์ นิลประพันธ์
- การใช้สิทธินัดหยุดงานกับบริการสาธารณะ 221
พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย
- สภาพที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ 231
ศิวาวุธ สิทธิเวช

สารบัญ

หน้า

- ข้อสังเกตบางประการ ในถ้อยคำ “ประโยชน์แก่ส่วนรวม”
ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณา
คดีปกครอง พ.ศ. 2542 245
 นิตินันท์ สุขวงศ์
- ปัญหาการขอขยายระยะเวลายื่นอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติ
จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 255
 นิตินันท์ สุขวงศ์
- ข้อสังเกตต่อบทความเรื่อง “ปัญหาการขอขยายระยะเวลา
อุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณา
คดีปกครอง พ.ศ. 2542 263
 นรินทร์ อธิสาร
- ปัญหาการขอขยายระยะเวลาอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติจัดตั้ง
ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เพิ่มเติม 271
 นิตินันท์ สุขวงศ์
- การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารตามคำขอเฉพาะราย (ตอนที่ 1) 290
 สมชัย วัฒนการุณ
- การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารตามคำขอเฉพาะราย (ตอนที่ 2) 308
 สมชัย วัฒนการุณ
- ปัญหาว่าด้วยการบังคับใช้รัฐธรรมนูญ 347
 พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย

สารบัญ

หน้า

- La protection des données personnelles en droit
thaïlandais : état des lieux et perspectives..... 353
Suppawat Singsuwong
- Key Note Speech on “The Role of Court in the
Development of the Rule of Law in Thailand” 375
Ackaratorn Chularat
- ข้อสังเกตเพิ่มเติมต่อบทความเรื่อง “ปัญหาการขอขยายระยะเวลา
อุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณา
คดีปกครอง พ.ศ. 2542 เพิ่มเติม” 383
นรินทร์ อธิสาร
- ข้อเสนอแนะบางประการเกี่ยวกับสภาพบังคับของประกาศ
หรือคำสั่งคณะรัฐประหารในการปกครองระบอบประชาธิปไตย
อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข 398
ณัฐภัฏณกุล วงศ์ช่อมเครือ
- ความยุติธรรมกับการปฏิวัติรัฐประหาร: เมื่อแนวคิด
สำนักกฎหมายบ้านเมืองกำลังถูกท้าทาย 406
พัชร นิยมศิลป์
- กระบวนการที่นำไปสู่การแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งล่าสุด
ของประเทศไทย 418
นันทวัฒน์ บรมานันท์

สารบัญ

	หน้า
• หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม	424
วรเชตน์ ภาศิริรัตน์	
• ศาลและวิธีพิจารณาคดีทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ในประเทศฝรั่งเศส	454
วรรณภา ตีระสังขะ	
• ความเป็นมาของการจัดตั้งผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชน ในประเทศฝรั่งเศส	486
นันทวัฒน์ บรมานันท์	
• ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทนิยาม “พรรคการเมือง”	506
ณรงค์เดช สรุโณมิต	

ประสิทธิภาพและภาระคดี ของคณะกรรมการวินิจฉัยอุทธรณ์ทางปกครอง แห่งออสเตรเลีย ประจำปี 2008 *

ไพรัตน์ แก้วสาร**

คณะกรรมการวินิจฉัยอุทธรณ์ทางปกครองแห่งออสเตรเลีย หรือที่เรียกว่า Administrative Appeals Tribunal ได้ถูกจัดตั้งขึ้นตามบทบัญญัติของกฎหมายออสเตรเลียที่เรียกว่า Administrative Appeals Tribunal Act 1975 และได้เริ่มดำเนินการมาตั้งแต่วันที่ 1 กรกฎาคม 1976 โดยอาศัยกฎหมาย Administrative Appeals Tribunal Act 1975 และกฎหมาย Administrative Appeals Tribunal Regulations 1976 ที่เป็นอำนาจกำหนดบทบาทหน้าที่และขั้นตอนการดำเนินงาน

อำนาจและหน้าที่

คณะกรรมการวินิจฉัยอุทธรณ์ทางปกครองแห่งออสเตรเลียนี้ถือว่าเป็นหน่วยงานอิสระที่สามารถตรวจสอบการตัดสินใจในเชิงบริหารของ กระทรวง กรม หน่วยงานและองค์กรต่างๆของรัฐบาลออสเตรเลียได้รวมทั้งยังมีอำนาจในการตรวจสอบในระดับรัฐบาลท้องถิ่น (State government) และองค์กรที่มีใช้ของรัฐบาลได้ด้วยในบางส่วน

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net วันที่ 15 มีนาคม พ.ศ. 2552

** มหาวิทยาลัยอุบลราชธานี วศ.บ. น.บ. M.Eng, Ph.D.

การตรวจสอบการตัดสินใจเชิงบริหารขององค์กรดังกล่าวอาจมีผลทำให้เกิดการพิจารณาออกคำสั่งใหม่ แก้ไข เปลี่ยนแปลง หรือการเปลี่ยนแปลงการตัดสินใจได้หากมีการออกคำสั่งที่ขัดต่อกฎหมาย

ตุลาการของคณะกรรมการวินิจฉัยอุทธรณ์ทางปกครองแห่งออสเตรเลีย

พบว่าในวันที่ 30 มิถุนายน 2008 มีจำนวนตุลาการของคณะกรรมการวินิจฉัยอุทธรณ์ทางปกครองแห่งออสเตรเลียที่ทำงานทั้งสิ้น 87 คน และมีบุคลากรสนับสนุนงานด้านธุรการและบริหารจัดการคดีอีกทั้งสิ้น 161 คน ซึ่งจะแบ่งกันกระจายอยู่ตามศาลของคณะกรรมการวินิจฉัยอุทธรณ์ทางปกครองแห่งออสเตรเลียที่ตั้งอยู่ตามเมืองหลวงของรัฐต่าง ๆ คือ Brisbane, Sydney และ Melbourne

กระบวนการบริหารคดี

ในการบริหารคดีให้เกิดประสิทธิภาพและประสิทธิภาพทางศาลทางคณะกรรมการวินิจฉัยอุทธรณ์ทางปกครองแห่งออสเตรเลียได้จัดกระบวนการที่สะดวก ยืดหยุ่น และรวดเร็ว โดยวางเป้าหมายของการบริหารคดีไว้ดังนี้คือ

- (1) เพื่อให้ความยุติธรรมในการแก้ไขปัญหาในคดี
- (2) เพื่อบรรลุเป้าหมาย ในการบริหารจัดการคดีได้รวดเร็ว
- (3) เพื่อให้ความเป็นธรรมและรวดเร็วแก่คู่ความ
- (4) เพื่อให้การใช้ทรัพยากรของศาลปกครองเป็นไปอย่างประหยัด
- (5) เพื่อรักษาและเพิ่มความเชื่อถือของต่อการทำงานของคณะกรรมการวินิจฉัยอุทธรณ์ทางปกครองแห่งออสเตรเลีย

โดยคณะกรรมการวินิจฉัยอุทธรณ์ทางปกครองแห่งออสเตรเลียสามารถที่จะทำการพิจารณา แต่ละคดีได้ ภายใน 28 วัน นับจากได้รับคำฟ้องโดยต้องรวบรวมพยานหลักฐานและได้ส่วนคำฟ้องให้แล้วเสร็จภายใน

ระยะเวลาที่กำหนด ส่งให้ตุลาการได้พิจารณาการประชุมเพื่อพิจารณาคดีอย่างน้อย 1 ครั้ง (หรือมากกว่า) จะต้องดำเนินการในในคณะตุลาการผู้รับผิดชอบคดีเพื่อปรึกษาประเด็นคดี ข้อโต้แย้งรวมทั้งระบุว่า ต้องการเอกสารหลักฐาน พยานเพิ่มเติม หรือไม่ ได้อย่างไรในกระบวนการพิจารณาคดีอาจมีการไกล่เกลี่ย (Conciliation or mediation) ซึ่งหากสามารถทำให้คดีเป็นที่ยอมรับได้ก็จะกระบวนการนี้ด้วย

การระคดี

ในการะคดีที่มีการฟ้องร้องในประเทศออสเตรเลียนั้นได้มีการบันทึกข้อมูลไว้ว่า คดีที่ยื่นฟ้องและเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีในปี 2007-2008 ลดลงจากเดิม 14% ซึ่งมีผลมาจากการยื่นฟ้องในคดีภาษีและสวัสดิการสังคมลดน้อยลงนั่นเองในส่วนคดีที่ยื่นฟ้องเบื้องต้นซึ่ง —เข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดียังมีสูงถึง 7191 คดีจึงลดลงจากเดิมของปีที่ผ่านมา

ในส่วนคดีที่สามารถพิจารณาคดีและได้คำพิพากษาในปี 2007-2008 ซึ่งมี 7237 คดีน้อยกว่าปีที่ผ่านมา 60 คดี

คดีที่ยื่นฟ้องและเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดี

ภาระหน้าที่หลักยังคงอยู่ที่เรื่องคดีที่เกี่ยวข้องกับครอบครัวและสวัสดิการสังคมซึ่งมีถึง 29% ของทั้งหมดและก็มีภาระคดีที่เกี่ยวข้องกับการโต้แย้งกันในเรื่องแรงงานและภาษีอีกจำนวนมากพอควร(23%, 20%ตามลำดับ)

การจัดประสิทธิภาพของการดำเนินคดี

คณะกรรมการวินิจฉัยยุทธวิธีทางปกครองแห่งออสเตรเลียได้ทำการนำเอางบประมาณค่าใช้จ่ายทั้งหมด มาเปรียบเทียบกับผลการดำเนินคดีทั้งหมดได้ข้อสรุปคือ

1. คดีที่ยุติก่อนการพิพากษา มีค่าใช้จ่าย 2,749 \$ ต่อคดี และ 85%ของคดีชนิดนี้ สามารถจัดประชุมคดีครั้งแรกได้ภายใน 13 สัปดาห์ ให้มีประมาณ

คดีที่ยุติในที่นั่งทั้งสิ้น 5,218 คดี

2. คดีที่ต้องมีคำพิพากษา มีค่าใช้จ่าย 12,935 \$ ต่อคดี และ 85 % ของคดีชนิดนี้สามารถพิพากษาคดีได้ภายใน 40 สัปดาห์ โดยมีปริมาณครั้งที่ยุติในที่นั่งทั้งสิ้น 1,479 คดี

ความพึงพอใจ

ในปี 2007-2008 คณะกรรมการวินิจฉัยอุทธรณ์ทางปกครองแห่งออสเตรเลียได้รับจดหมายและคำร้องเรียนเกี่ยวกับการทำงานคณะกรรมการวินิจฉัยอุทธรณ์ทางปกครองแห่งออสเตรเลียรวมทั้งสิ้น 27 รายการ และมี 4 รายการที่จัดเรียง 2 หัวข้อ ซึ่งหัวข้อของการจัดเรียงมีดังนี้ คือ

- เกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดี 16 ราย
- ร้องเรียนเกี่ยวกับการตัดสินใจ 6 ราย
- ร้องเรียนเกี่ยวกับพฤติกรรมของตุลาการ 4 ราย
- ร้องเรียนเกี่ยวกับคณะตุลาการ 2 ราย
- ร้องเรียนเกี่ยวกับเจ้าหน้าที่ศาล 2 ราย
- ร้องเรียนคู่ตามในคดีของคนต่อศาล 1 ราย
- การร้องเรียนเกี่ยวกับระยะเวลาที่ได้รับคำพิพากษา ไม่มี

ซึ่งคำร้องเรียนทั้งหมดคณะกรรมการวินิจฉัยอุทธรณ์ทางปกครองแห่งออสเตรเลียได้ชี้แจงภายใน 20 วัน และระยะเวลาเฉลี่ยที่ผู้ร้องเรียนได้รับคำตอบคือ 11 วัน

เรียบเรียงจาก

Administrative Appeals Tribunal Annual Report 07-08



สิ่งที่ถูกมองข้าม

กรณีการปฏิรูปการเมืองไทย*

พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย**

กระแสข่าวของการปฏิรูปการเมืองนั้นเป็นที่กล่าวขวัญกันอย่างแพร่หลาย ผู้เขียนคงจะได้มาวิพากษ์วิจารณ์ว่าองค์กรใดเป็นองค์กรที่เหมาะสมในการเข้ามารับผิดชอบกิจที่สำคัญในครั้งนี หากแต่จะได้เสนอแง่คิดบางมุมในเรื่องการปฏิรูปการเมืองในสังคมไทยว่าครอบคลุมในทุกมิติเฉกเช่นเดียวกับที่ต่างประเทศกระทำกัน

ประเด็นแรกที่จะต้องกล่าวถึงคือความหมายของ “การปฏิรูปการเมือง” ว่าจะมีความหมายครอบคลุมไปถึงเรื่องใดบ้าง โดยหากมองในเชิงอำนาจนิยมก็จะให้ความสำคัญไปในเรื่องของโครงสร้างอำนาจทางการเมืองและการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนเท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง จะพิจารณาแค่มิติที่ว่าอำนาจนั้นควรจะถูกจัดไว้ให้กับองค์กรใด มีองค์กรใดที่จะเข้ามาตรวจสอบถ่วงดุลอำนาจ การเข้าสู่และออกจากตำแหน่งในองค์กรต่างๆ การรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งก็คือแนวคิดส่วนใหญ่ของสังคมไทยในช่วงที่เวลาผ่านมาและปัจจุบัน

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net วันที่ 10 พฤษภาคม พ.ศ. 2552

** อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ

แท้ที่จริง “การปฏิรูปการเมือง” มีนัยครอบคลุมไปมากกว่าแนวความคิดข้างต้น ไม่ได้เน้นเฉพาะการเมืองในเชิงการจัดสรรอำนาจที่เกี่ยวข้องกับนักการเมืองหรือประชาชนในเพียงแค่บางแง่มุม หากแต่ยังครอบคลุมไปถึงมิติทางเศรษฐกิจและสังคมในองค์รวมด้วย ทั้งนี้อยู่บนตรรกะที่ว่าการเมืองนั้นมีความใกล้ชิดอย่างยิ่งกับเรื่องของเศรษฐกิจและสังคมอย่างหลีกเลี่ยงมิได้

แม้ว่าล่าสุดจะได้มีการเปลี่ยนชื่อจากการปฏิรูปการเมืองมาเป็น “การศึกษาเพื่อพัฒนาประชาธิปไตยและการเมืองการปกครอง” ซึ่งอาจจะไม่มีทิศทางสังคมอยู่บ้าง แต่จากแนวคิดของผู้มีส่วนร่วมที่ได้ให้สัมภาษณ์ผ่านสื่อต่างๆ ก็ยังสะท้อนให้เห็นว่าเป็นการใช้มุมมองเชิงอำนาจนิยมแบบเดิมๆ อยู่ดี

หากจะให้วิเคราะห์ถึงสาเหตุในการปฏิรูปการเมือง ผู้เขียนเห็นว่าสามารถจำแนกออกเป็น 2 ปัญหาหลัก ได้แก่ ปัญหาในภาคการเมือง และปัญหาในภาคประชาชน

ปัญหาทางภาคการเมืองเห็นได้ชัดว่า ช่วงเวลาที่ผ่านมา ประเทศไทยประสบปัญหาในเรื่องโครงสร้างอำนาจทางการเมือง ไม่ว่าจะเป็นการเข้าสู่และออกจากตำแหน่งขององค์กรต่างๆ การจัดสรรอำนาจ การจัดสรรองค์การในการใช้อำนาจ ระบบการถ่วงดุลอำนาจขององค์กรต่างๆ ระบบการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ฯลฯ

อย่างไรก็ดี ปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้นคงจะมีอาจสรุปได้ว่าเกิดขึ้นมาจากฝ่ายการเมือง หรือตัวนักการเมืองเพียงอย่างเดียว หากแต่ในความเป็นจริงปัจจัยหนึ่งที่ทำให้สังคมไทยต้องเจอกับปัญหาอย่างหนักหนาสาหัส นั่นคือ ภาคประชาชนเอง

ทุกประเทศทั่วโลกทราบกันดีว่า สาเหตุสำคัญที่ขัดขวางการพัฒนาทางการเมืองการปกครองของประเทศและส่งผลให้เกิดการทุจริตในรูปแบบต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการทุจริตเชิงนโยบาย ส่วนหนึ่งมาจากภาคประชาชนอันอยู่ในรูปแบบของกลุ่มผลประโยชน์ (Interest Group) เมื่อมีการเสนอแนวความคิดเรื่องการปฏิรูปการเมืองขึ้น ประเด็นนี้จะถูกหยิบยกขึ้นมาถกเถียง

กันเป็นประเด็นแรกๆ แต่ในไทยกลับไม่มีใครกล่าวถึงและให้ความสนใจ ทั้งๆ ที่ทราบกันดีว่าอิทธิพลของกลุ่มผลประโยชน์รุนแรงถึงขั้นสามารถกำหนดทิศทางทางการเมืองทั้งในองค์กรนิติบัญญัติและบริหารได้

ดังนั้น การแก้ไขปัญหาลักษณะนี้ไม่ใช่เพียงแค่การแก้ไขรัฐธรรมนูญเหมือนที่เคยทำผ่านๆ มา หากแต่ต้องมีการพิจารณาในเรื่องของการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายลำดับรองฉบับต่างๆ ให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น หรือแม้กระทั่งการบัญญัติกฎหมายใหม่ขึ้นมาเพื่อช่วยในการแก้ไขปัญหาในทางการเมืองการปกครองด้วย

ในประเด็นของการแก้ไขรัฐธรรมนูญ สิ่งที่จะต้องดำเนินการศึกษาและแก้ไข คือ การจัดสรรอำนาจในองค์กรฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันมีการออกแบบให้รัฐบาลค่อนข้างอ่อนแอเกินไปอันส่งผลกระทบต่อการบริหารราชการแผ่นดินมากพอสมควร

ปัญหาทำนองดังกล่าวเคยเกิดในประเทศสหรัฐอเมริกา เมื่อผู้ร่าง Articles of Confederation ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรก ได้กำหนดโครงสร้างให้ฝ่ายบริหารมีความอ่อนแอ ทั้งนี้มาจากประสบการณ์ที่เจอมากับภัยพิภพอังกฤษ แต่เมื่อเวลาผ่านไป สภาพการณ์ทางการเมืองการปกครองแสดงให้เห็นว่าประเทศชาติไม่สามารถเดินหน้าไปได้ภายใต้รัฐบาลที่อ่อนแอ จึงมีการปรับเปลี่ยนโครงสร้างทางด้านของการจัดสรรอำนาจโดยเฉพาะอย่างยิ่งฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติให้มีความเหมาะสมมากขึ้น

เพราะฉะนั้น เพื่อปรับปรุงแก้ไขภาคการเมืองการปกครองของไทยให้มีเสถียรภาพและมีประสิทธิภาพจึงเป็นภาระของผู้ดำเนินการปฏิรูปการเมืองที่จะต้องหาดุลยภาพของอำนาจ (Balance of Power) ให้ได้ องค์กรต่างๆ ต้องไม่มีอำนาจมากหรือน้อยจนเกินไป ในขณะที่เดียวกันก็ต้องมีระบบของการตรวจสอบ การคานและคุลอำนางซึ่งกันและกันที่มีประสิทธิภาพเพื่อป้องกันไม่ให้องค์กรใดมีอำนาจเบ็ดเสร็จซึ่งนำไปสู่การใช้อำนาจไปในทางมิชอบอันกระทบต่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้

ส่วนประเด็นของการพิจารณาปรับปรุง หรือตรากฎหมายลูกต่างๆ ขึ้นใหม่เพื่อเป็นส่วนหนึ่งในการแก้ไขปัญหาทางด้านการเมืองการปกครอง ผู้มีหน้าที่จะต้องทำการศึกษาแต่ปัญหาหนึ่งที่ผู้เขียนอยากจะขอเสนอแนะก็คือ ประเด็นของระบบการปฏิรูปทางการเงินที่เกี่ยวข้องกับทางการเมือง (Campaign Finance Reform) ซึ่งส่งผลต่อสถานะทางเศรษฐกิจของประเทศด้วยใน ส่วนหนึ่ง กล่าวคือ ในแต่ละปี หากนำเอางบประมาณของประเทศมาคำนวณ แล้วจะเห็นว่าส่วนหนึ่งถูกกันและนำไปใช้ในการดำเนินกิจกรรมทางการเมือง ไม่ว่าจะเป็นผ่านองค์กร หรือตัวบุคคลค่อนข้างมาก

หากสามารถจัดระเบียบการใช้เงินดังกล่าวให้ถูกต้องและเหมาะสม งบประมาณของประเทศก็จะไม่บานปลายอย่างที่เป็นอย่างทุกๆ ปี โดยการ จัดระเบียบดังกล่าวสามารถกระทำได้ผ่านมาตรการการปฏิรูปทางการเงินที่ เกี่ยวข้องกับทางการเมือง เช่น การกำหนดให้มีการแสดงหลักฐานของ งบประมาณอย่างเปิดเผย เพื่อให้ทุกอย่างโปร่งใสและตรวจสอบได้ การกำหนด จำนวนเงินที่เหมาะสมของทางภาครัฐที่สามารถเข้าไปอุดหนุนต่อการดำเนิน กิจกรรมทางการเมือง ฯลฯ เป็นต้น ฉะนั้นจะเป็นการลดช่องทางของการ ททุจริตในการกั้นงบประมาณแผ่นดินเพื่อไปแสวงหาผลประโยชน์ในทาง การเมืองเป็นการส่วนตัวได้

ที่สำคัญยิ่งไปกว่านั้นแล้ว มาตรการปฏิรูปทางการเงินข้างต้นจะเป็น เครื่องมือหนึ่งในการแก้ไขปัญหาเรื้อรังของระบบกลุ่มผลประโยชน์ที่เข้ามา ครอบงำระบบการเมืองของประเทศได้ด้วยการกำหนดจำนวนเงินของการ บริจาคให้แก่ตัวผู้สมัครรับเลือกตั้งเองก็ดี หรือตัวพรรคการเมืองเองก็ดี หรือ หากไปไกลกว่านั้นก็อาจจะมีการกำหนดว่าบุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลใดที่ สามารถและไม่สามารถจะบริจาคเงินให้กับผู้สมัครรับเลือกตั้ง หรือ พรรคการเมืองได้ ดังเช่นที่ได้กำหนดไว้ในประเทศสหรัฐอเมริกา เป็นต้น โดย ประเด็นต่างๆ เหล่านี้จำเป็นต้องมีการศึกษาอย่างละเอียดเพื่อหามาตรฐานที่ เหมาะสมกับสภาพสังคมการเมืองของประเทศไทย

จริงอยู่แม้ว่าภายใต้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วย
พรรคการเมือง พ.ศ. 2550 จะได้มีการกล่าวถึงจำนวนเงินในการบริจาคให้
กับพรรคการเมืองไว้ แต่ผู้เขียนเห็นการกำหนดอนุญาตให้บุคคลธรรมดา หรือ
นิติบุคคลใด ๆ บริจาคเงินให้แก่พรรคการเมืองได้ในจำนวนเงินไม่เกิน 10 ล้าน
บาทต่อปี เป็นจำนวนเงินที่สูงเกินไป อาจไม่สามารถแก้ไขระบบการเมือง
แบบนายทุนได้ ดังนั้น ผู้ที่จะเข้ามาปฏิรูปจึงควรมาพิจารณาประเด็นนี้เสียใหม่

หากกระทำได้เช่นนี้แล้ว ผู้เขียนเชื่อว่าระบบการปฏิรูปทางการเมืองที่
เกี่ยวข้องกับทางการเมือง จะขจัดเส้นทางอิทธิพลของกลุ่มผลประโยชน์ใน
ทางการเมือง ทำให้ประเทศไทยสามารถหลุดพ้นจากระบบนายทุนที่จะเข้ามา
ครอบงำ กำหนดทิศทางทางการเมืองเพื่อแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตัวได้ใน
ระดับหนึ่งเลยทีเดียว

อีกปัจจัยหนึ่งที่สำคัญอันส่งผลให้เกิดปัญหาทางด้านการเมืองการ
ปกครองในช่วงเวลาที่ผ่านมาคือ หลักนิติรัฐ หรือที่รัฐธรรมนูญใช้คำว่า
“นิติธรรม” ที่ถูกมองข้ามไป ไม่ให้ความเคารพและปฏิบัติตามจากชนชั้น
ผู้ปกครองและผู้ถูกปกครอง

เคยตั้งคำถามใหม่ไว้ว่า ทั้ง ๆ ที่รัฐธรรมนูญไทยมีบทบัญญัติที่ดีมากมาย
หากเทียบกับประเทศอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นบทบัญญัติทางด้านการเมืองรวม
ถึงบทบัญญัติว่าด้วยการส่งเสริมและคุ้มครองในมิติทางด้านสังคมและเศรษฐกิจ
แต่ด้วยเหตุใดปัญหาต่าง ๆ ยังคงเกิดมาโดยตลอด ทั้งหมดนี้ ส่วนหนึ่งมาจาก
การที่สังคมไทยไม่เป็นนิติรัฐนั่นเอง

ถึงแม้จะมีกฎหมายที่ดีเลิศปานใด แต่หากไม่มีผู้ใดเคารพและกระทำ
ตามก็ไร้ประโยชน์ กล่าวคือ แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะมีบทบัญญัติที่ดี หรือด้วยบท
กฎหมายอื่น ๆ จะดีมากมายเท่าใด แต่ถ้าองค์กรและประชาชนมิได้ให้ความเคารพ
การเมืองการปกครอง การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน สังคม
และเศรษฐกิจที่ดีและมีประสิทธิภาพคงมีอาจเกิดขึ้นได้

ผู้เขียนขอย้ำว่าการบัญญัติหลักการต่าง ๆ ไว้ในด้วยกฎหมายมิได้

หมายความว่าทุกอย่างจะเป็นไปตามนั้นทั้งหมด อันรวมถึงหลักนิติรัฐ ด้วย กล่าวอีกนัยหนึ่ง แม้ว่าในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้มีการบัญญัติไว้ให้ทุกองค์กรปฏิบัติปฏิบัติหน้าที่ภายใต้หลักนิติธรรม แต่กาลเวลาก็พิสูจน์แล้วว่าหลายองค์กรมิได้กระทำตามบทบัญญัติดังกล่าวรวมถึงประชาชนด้วย

หากพินิจพิเคราะห์แล้วจะเห็นได้ว่าประเทศที่มีระบบการเมืองการปกครองที่ดี จะเป็นประเทศที่ให้ความสำคัญและเคารพในหลักนิติรัฐ หรือนิติธรรม ไม่ว่าจะเป็นประเทศฝรั่งเศส เยอรมัน อังกฤษ สหรัฐอเมริกา เป็นต้น ทั้งๆ ที่ประเทศเหล่านี้มิได้มีการบัญญัติหลักนิติรัฐ หรือนิติธรรมไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนเหมือนประเทศไทย

เหตุผลสำคัญที่ทำให้องค์กรต่างๆ และประชาชนของประเทศข้างต้นเคารพในหลักนิติรัฐ หรือนิติธรรม เนื่องจากเขาประพฤติปฏิบัติเป็นประเพณี (Tradition) จนกระทั่งกลายมาเป็นบรรทัดฐาน (Norm) ที่ทุกคนทำกันเป็นปกติวิสัยอยู่แล้ว จึงเป็นโจทย์ใหญ่ให้ผู้ที่เข้ามาปฏิรูปการเมืองได้ไปขบคิดว่าจะทำอย่างไรให้ทุกคนในสังคมไทยให้ความเคารพต่อหลักนิติรัฐ หรือนิติธรรมเช่นเดียวกันกับนานาอารยประเทศ

โปรดได้ตระหนักว่ารัฐธรรมนูญมิได้เป็นบ่อเกิดของการปฏิบัติตามหลักนิติรัฐ หรือนิติธรรม หากแต่เป็นเพียงตัวรักษาและธำรงค้ำหลักการดังกล่าวไว้เท่านั้น ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าเพียงการนำเอาหลักการดังกล่าวมาบัญญัติอย่างเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในรัฐธรรมนูญมิได้เป็นการรับประกันว่าสังคมไทยจะเป็นนิติรัฐ หรือนิติธรรมได้ โดยแนวคิดนี้ยังสามารถตอบโจทย์ในกรณีที่ว่าการบัญญัติหลักการที่สำคัญๆ ทางด้านการเมืองการปกครอง การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ การส่งเสริมทางสังคม วัฒนธรรม เศรษฐกิจ สิ่งแวดล้อม ฯลฯ ไว้ในรัฐธรรมนูญก็มิได้ทำให้สังคมไทยเป็นไปตามที่ผู้ร่างต้องการ หากมิได้มีการกระทำตามด้วยเช่นเดียวกัน

ท้ายที่สุดนี้ การปฏิรูปทางการเมืองจะสำเร็จเสร็จสิ้นอย่างสมบูรณ์ต่อเมื่อสามารถทำให้สังคมไทยกลายเป็น “นิติสังคมรัฐ” ได้ อันหมายถึง รัฐที่

ทุกคนนั้นอยู่ภายใต้ความเสมอภาคกันทั้งทางด้านของกฎหมาย สังคมและเศรษฐกิจ ฯลฯ มิฉะนั้นแล้ว การปฏิรูปการเมืองในครั้งนี้ก็จะเป็นเพียงการลดกระแสสังคมที่กดดันมาเท่านั้นว่าตนเองได้ทำการปฏิรูปแล้ว ซึ่งก็ไม่ต่างกับการสับไฟที่ไฟแต่ละใบก็คือไฟใบเดิมๆ แทนที่จะเป็นการเปลี่ยนไฟสำหรับใหม่



“60 ปี กฎหมายพื้นฐาน - 60 Jahre Grundgesetz” *

นรินทร์ อิธิสาร**

ในปี ค.ศ. 2009 นี้ เป็นปีที่มีความพิเศษต่อประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี Bundesrepublik Deutschland (ประเทศเยอรมนี) เนื่องจากในปีนี้เป็นปีครบรอบเหตุการณ์สำคัญเหตุการณ์หนึ่งที่เกิดขึ้นเมื่อ 60 ปีก่อน และเหตุการณ์ดังกล่าวส่งผลสำคัญสองประการต่อประเทศเยอรมนี นั่นคือการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับที่มีผลใช้บังคับมาถึงปัจจุบันที่ถูกเรียกว่า Grundgesetz (กฎหมายพื้นฐาน) ที่ถูกประกาศใช้ในวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1949 และนอกจากนั้นในวันดังกล่าวซึ่งเป็นวันที่กฎหมายพื้นฐานมีผลใช้บังคับยังถือกันว่าเป็นวันก่อตั้งประเทศเยอรมนีอีกด้วย ดังนั้นในปี ค.ศ. 2009 นี้จึงเป็นปีครบรอบ 60 ปีของกฎหมายพื้นฐาน และครบรอบ 60 ปีของประเทศเยอรมนี

เหตุที่ผู้เขียนมีความสนใจในส่วนของกฎหมายพื้นฐานนั้นก็เนื่องมาจากชื่อของกฎหมายพื้นฐาน เมื่อใดที่ชื่อของกฎหมายดังกล่าวคือ “กฎหมาย

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net วันที่ 24 พฤษภาคม พ.ศ. 2552

**พนักงานคดีปกครองปฏิบัติการ, สำนักงานศาลปกครอง, นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายมหาชน) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. Magister iuris (M. iur.) Georg-August Universität zu Göttingen, นักศึกษาปริญญาเอก Georg-August Universität zu Göttingen.

พื้นฐาน” หรือ “Grundgesetz” ผ่านเข้ามาในห้วงความคิดของผู้เขียน ผู้เขียนก็มักจะนึกถึงภาพของกฎหมายที่เป็นพื้นฐานของบรรดากฎหมายทั้งหลายที่ออกมาใช้บังคับภายในประเทศเยอรมนี และหากจะนึกถึงภาพลำดับชั้นของกฎหมายที่เป็นรูปปรีามิดในกรณีของกฎหมายพื้นฐานนั้นจะอยู่ตำแหน่งที่ไม่ได้อยู่ปลายยอดของแท่งปรีามิดของกฎเกณฑ์ทั้งหลายแต่อย่างใด ในมุมมองของผู้เขียนนั้นกลับมองว่ากฎหมายพื้นฐาน มีลักษณะตรงตามความหมายของถ้อยคำอย่างแท้จริงคือ เป็นกฎหมายที่เป็นพื้นฐานของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายอื่นๆ ภายในรัฐ (ประเทศเยอรมนี) โดยกฎเกณฑ์ที่ออกมาใช้บังคับนั้นจะต้องไม่เกิน ขัด หรือแย้งต่อกรอบของกฎหมายพื้นฐาน หากไม่แล้วกฎเกณฑ์ทางกฎหมายนั้นย่อมหลุด ดก หรือใช้บังคับไม่ได้แต่อย่างใด ดังนั้นตำแหน่งของกฎหมายพื้นฐาน คือตำแหน่งฐานของปรีามิดนั่นเอง

เหตุอีกประการหนึ่งก็คือข้อสงสัยที่เกิดขึ้นหลังจากการเปรียบเทียบ “กฎหมายพื้นฐาน” ของประเทศเยอรมนี กับ “รัฐธรรมนูญ” ของประเทศที่ “ร่ำรวย” ทาง “รัฐธรรมนูญ” อย่างประเทศไทย ที่มีรัฐธรรมนูญฉบับแรกเมื่อปี ค.ศ. 1932 หากนับถึงปีนี้ก็จะเป็นระยะเวลา 77 ปีแล้วนั้น ประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญมาแล้วทั้งสิ้น 18 ฉบับ เท่ากับโดยเฉลี่ยแล้วทุกๆ 4 ปีประเทศไทยจะมีรัฐธรรมนูญ 1 ฉบับนั่นเอง ว่าเหตุใดประเทศไทยหากเปรียบเทียบกับประเทศเยอรมนีในปัจจุบันแล้วถึงมีความแตกต่างกันอย่างมากมาย ซึ่งข้อสงสัยนี้เป็นเรื่องยากอย่างยิ่งที่จะหาคำตอบเพื่อให้เกิดความกระจ่างต่อกรณีดังกล่าวได้

หากกล่าวถึงประเทศเยอรมนีภายหลังสงครามโลกครั้งที่สอง นับว่าเป็นช่วงเวลาที่ชาวเยอรมันตกอยู่ในภาวะที่ตกต่ำที่สุด ต้องประสบต่อความยากลำบากอันเกิดขึ้นจากภัยสงคราม Konrad Adenauer กล่าวถึงประเทศเยอรมนีในช่วงระยะเวลาดังกล่าวไว้ว่า “ถ้าหากว่าปาฏิหาริย์ไม่เกิดขึ้น ชาวเยอรมันทั้งหลายจะก้าวไปสู่จุดสิ้นสุดอย่างช้าๆ แต่ว่าแน่นอน” หากพิจารณาประเทศเยอรมนีในปัจจุบันประกอบกับคำกล่าวของ Adenauer จะเห็นได้ว่า

ปาฏิหาริย์ได้เกิดขึ้นแล้วในประเทศเยอรมนี ด้วยสภาพบ้านเมืองภายหลังจากที่สงครามโลกครั้งที่สองได้สิ้นสุดลงอย่างเป็นทางการเมื่อวันที่ 8 พฤษภาคม ค.ศ. 1945 ที่ถูกทำลายด้วยภัยสงคราม ก็ไม่มีใครสามารถคาดคิดได้ว่าประเทศเยอรมนีจะกลับมาขึ้นอยู่กับระดับแถวหน้าของโลกทั้งในด้านเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง อย่างรวดเร็วและมั่นคงได้ดังเช่นในปัจจุบัน

ปาฏิหาริย์ประการหนึ่งที่ช่วยให้ประเทศเยอรมนี จากประเทศที่พ่ายแพ้สงครามอย่างยับเยินมาเป็นประเทศที่มีบทบาทสำคัญในสังคมโลกคือ “กฎหมายพื้นฐาน” อันถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนี ซึ่ง Hans-Jürgen Papier ประธานศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์คนปัจจุบันได้ให้สัมภาษณ์ไว้ว่า “เป็นรัฐธรรมนูญที่ดีที่สุด ที่ประเทศเยอรมนีเคยมีมา” และในโอกาสอันดีที่กฎหมายพื้นฐาน — Grundgesetz หรือเรียกโดยย่อว่า GG — ซึ่งถือเป็น “รัฐธรรมนูญ” ของประเทศเยอรมนี มีอายุครบ 60 ปี ในวันที่ 23 มีนาคม พ.ศ. 2552 นี้ เนื่องจากผู้เขียนพอจะได้มีโอกาสสัมผัสกับกฎหมายพื้นฐานดังกล่าวมาอยู่บ้าง จึงขออนุญาตนำเสนอแง่มุมที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายพื้นฐานของประเทศเยอรมนีตามลำดับดังนี้

A. ที่มาของกฎหมายพื้นฐาน

หลังจากที่ประเทศเยอรมนีประกาศยอมรับความพ่ายแพ้สงครามโลกครั้งที่สองอย่างเป็นทางการเมื่อวันที่ 8 พฤษภาคม ค.ศ. 1945 ต่อมาในช่วงระยะเวลาระหว่างเดือนกุมภาพันธ์ถึงเดือนเมษายน ค.ศ. 1948 ฝ่ายสัมพันธมิตรสามฝ่ายอันได้แก่ อังกฤษ, ฝรั่งเศส และสหรัฐอเมริกา ประกอบกับกลุ่มประเทศเบเนลักซ์ ได้ร่วมประชุมกันที่กรุงลอนดอน ซึ่งการประชุมนี้ถูกเรียกว่า Londoner Sechsmächtekonferenz ผลของการประชุมนำไปสู่มติที่เรียกร้องให้รัฐเยอรมันตะวันตกก่อตั้งหรือสร้างรัฐที่เป็นสหพันธ์รัฐขึ้นมา และให้มีการริเริ่มการดำเนินการออกรัฐธรรมนูญเพื่อใช้บังคับในเขตปกครองของสัมพันธมิตรในภาคตะวันตกของประเทศเยอรมนี

ในวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 1948 ผู้ว่าการมลรัฐที่อยู่ในพื้นที่ของ

เยอรมนีตะวันตก ได้รับมอบเอกสารจากผู้ว่าการปกครองทางทหารของสัมพันธมิตรโดยเอกสารดังกล่าวถูกเรียกว่า “Frankfurter Dokumente” เอกสารฉบับที่หนึ่งของเอกสารดังกล่าวมีเนื้อหาสาระสำคัญที่มอบหมายให้มีการเรียกประชุมสมัชชาแห่งชาติเพื่อให้ดำเนินการออกรัฐธรรมนูญสำหรับพื้นที่ในเขตตะวันตก ซึ่งในเอกสารดังกล่าวมีการกำหนดกรอบเนื้อหาสำหรับรัฐธรรมนูญ และเงื่อนไขการยอมรับรัฐธรรมนูญที่จะถูกร่างขึ้นดังกล่าวด้วย โดยกรอบเนื้อหาของรัฐธรรมนูญที่ถูกกำหนดมานั้นได้แก่หลักการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน และการกำหนดโครงสร้างของรัฐในรูปแบบของสหพันธรัฐ

ภายหลังจากการรับมอบ Frankfurter Dokumente ดังกล่าวแล้วก็นำไปสู่ขั้นตอนการดำเนินการร่างรัฐธรรมนูญ โดยในระหว่างวันที่ 8 — 10 กรกฎาคม ค.ศ. 1948 ผู้ว่าการมลรัฐทั้งหลายก็ได้ร่วมประชุม ณ โรงแรม Rittersturz ณ เมือง Koblenz และได้มีมติที่เรียกว่า “Koblenzer Beschlüsse” ยอมรับการมอบอำนาจในการดำเนินการร่างรัฐธรรมนูญของฝ่ายสัมพันธมิตรภายใต้เงื่อนไขที่ว่าสมัชชาที่จะถูกเลือกให้ทำหน้าที่ในการดำเนินการดังกล่าวนั้นไม่ใช่องค์กรที่ทำหน้าที่จัดทำรัฐธรรมนูญที่มีลักษณะถาวรที่จะเป็นอุปสรรคต่อการรวมเยอรมนีตะวันตกและเยอรมนีตะวันออกในอนาคต แต่เป็นการดำเนินการออก “รัฐธรรมนูญ” ที่มีลักษณะ “ชั่วคราว” ที่เรียกว่า Grundgesetz ซึ่งชื่อเรียกดังกล่าวถูกเสนอโดย Max Brauer นายกเทศมนตรี Hamburg ทั้งนี้เพื่อมุ่งประสงค์ที่จะแสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญที่จะถูกร่างออกมาใช้บังคับนั้นเป็นรัฐธรรมนูญฉบับ “ชั่วคราว” ซึ่งลักษณะชั่วคราวของกฎหมายพื้นฐานนั้นปรากฏในภายหลังในมาตรา 146 ของกฎหมายพื้นฐานที่มีเนื้อหาสาระว่ากฎหมายพื้นฐานนี้จะสิ้นสุดการใช้บังคับลงไปในวันที่รัฐธรรมนูญที่ถูกลงมติโดยอิสระของชาวเยอรมันมีผลใช้บังคับ

ในเดือน สิงหาคม ค.ศ. 1948 มีการเลือกตั้งสมาชิกสภา Parlamentarischer Rat โดยผ่านสภามลรัฐของทั้ง 11 มลรัฐของประเทศเยอรมนีตะวันตก ซึ่งสภาดังกล่าวมีสมาชิกทั้งสิ้น 65 คน มีสมาชิกที่เป็นผู้หญิงทั้งสิ้น 4 คน ซึ่ง

ท่านเหล่านี้ถูกขนานนามในภายหลังว่าเป็น “บิดา/มารดาของกฎหมายพื้นฐาน”

ระหว่างวันที่ 10 - 23 สิงหาคม ค.ศ. 1948 ก็มีการประชุมของคณะกรรมการร่างกฎหมายพื้นฐานซึ่งกำหนดขึ้นโดยผู้ว่าการมลรัฐทั้งหลายซึ่งเรียกการประชุมนี้ว่า Verfassungskonvent von Herrenchiemsee ซึ่งเป็นเกาะในทะเลสาบ Chiemsee ของมลรัฐ Bayern เพื่อดำเนินการร่างกฎหมายพื้นฐานขึ้น โดยใช้เวลาในการร่างทั้งสิ้น 13 วัน

วันที่ 1 กันยายน ค.ศ. 1948 Parlamentarischer Rat ก็ได้เปิดประชุมครั้งแรก ณ กรุงบอนน์ เพื่อพิจารณาร่างกฎหมายพื้นฐาน โดยมี Konrad Adenauer เป็นประธานสภา และด้วยประสบการณ์ความล้มเหลวของรัฐธรรมนูญแห่งไวร์มาร์และความเลวร้ายในยุคจักรวรรดิที่สามในยุคของฮิตเลอร์ และสงครามโลกครั้งที่สอง สภาดังกล่าวก็ได้มีการอภิปรายร่างกฎหมายพื้นฐานดังกล่าว และท้ายที่สุดก็มิตัดด้วยเสียงข้างมากผ่านกฎหมายพื้นฐานในวันที่ 8 พฤษภาคม ค.ศ. 1949 ดังนั้นกฎหมายพื้นฐานจึงถูกเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า “รัฐธรรมนูญแห่งกรุงบอนน์” — Bonner Verfassung และเมื่อผ่านมติการยอมรับของสัมพันธมิตรตะวันตก และสภาของมลรัฐทั้งหลายแล้วนั้น ในวันที่ 23 พฤษภาคม ค.ศ. 1949 ก็มีการประกาศใช้กฎหมายพื้นฐานโดยมีผลใช้บังคับในเวลา 00.00 น.ของวันที่ 24 พฤษภาคม ค.ศ. 1949 ซึ่งถือเป็นจุดกำหนดของกฎหมายพื้นฐาน และประเทศเยอรมนี ในปัจจุบันกฎหมายพื้นฐานมีเนื้อหาทั้งสิ้น 146 มาตรา ถูกแก้ไขเพิ่มเติมมาแล้วทั้งสิ้น 53 ครั้ง

B. ลักษณะสำคัญของกฎหมายพื้นฐาน

1. สิทธิขั้นพื้นฐาน ด้วยบทเรียนที่ได้รับจากช่วงการปกครองภายใต้ฮิตเลอร์ และช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง กฎหมายพื้นฐานได้ให้ความสำคัญอย่างยิ่งกับ “สิทธิขั้นพื้นฐาน” เห็นได้จากการนำเอาสิทธิขั้นพื้นฐานต่างๆ มาจัดรวมไว้ในหมวดแรกของรัฐธรรมนูญ ซึ่งในหมวดดังกล่าวประกอบด้วย 19 มาตราด้วยกัน (มาตรา 1 — มาตรา 19) ซึ่งในหมวดนี้จะระบุถึงสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลายเอาไว้ด้วยกัน เช่น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ในมาตรา 1,

เสรีภาพในการกระทำการ และสิทธิในชีวิตร่างกาย ในมาตรา 2, ความเสมอภาคเท่าเทียมกันในทางกฎหมาย ในมาตรา 3 และเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น ในมาตรา 5 เป็นต้น หน่วยงานของรัฐไม่ว่าหน่วยงานนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ จะต้องคำนึงถึงสิทธิขั้นพื้นฐานนี้เสมอ หลักการผูกพันต่อสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวถูกระบุไว้ในมาตรา 20 บรรทัดแรกของกฎหมายพื้นฐาน ดังนั้นการตรากฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติ หรือใช้การตีความกฎหมายของฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ จะต้องคำนึงถึงและให้ความสำคัญต่อสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นอย่างยิ่ง โดยเฉพาะองค์การตุลาการอันได้แก่ศาลทั้งหลาย ดังนั้นแนวความคิดที่ว่าศาลยุติธรรมซึ่งมีอำนาจพิจารณาคดีแพ่งและคดีอาญา ไม่มีความจำเป็นต้องพิจารณาไปถึงเรื่องสิทธิตามรัฐธรรมนูญนั้นย่อมเป็นเรื่องที่แปลกและยอมรับไม่ได้ในระบบกฎหมายเยอรมัน

โดยเฉพาะอย่างยิ่งในมาตรา 1 ของกฎหมายพื้นฐานที่ ระบุถึง “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” -Menschenwürde เป็นสิ่งที่สำคัญที่สุดและเป็นเรื่องที่ไม่สามารถตั้งข้อสงสัยได้เลยว่าความสำคัญของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นจะถูกละเมิดล่วงเกินได้แค่ไหนเพียงใด ถ้าจะกล่าวตามสำนวนของเยอรมันก็สามารถกล่าวได้ว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” นั้นจะถูกเขียนเป็นตัวหนังสือตัวใหญ่ในระบบกฎหมายเยอรมัน (“Die Menschenwürde wird groß geschrieben.”) นั่นหมายถึงความสำคัญของเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นเป็นเรื่องที่ถูกให้ความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง ทั้งนี้ส่วนหนึ่งก็เป็นผลที่มาจากสงครามโลกครั้งที่สอง นั่นคือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั้นไม่ใช่เพียงแค່รอยน้ำหมึกที่เปื้อนอยู่บนกระดาษเท่านั้น นั่นหมายถึงในทางปฏิบัติแล้วนั้นการใช้อำนาจรัฐไม่ว่าในสาขาใดต้องคำนึงถึงสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวอย่างแท้จริง ดังนั้น การนำผู้ต้องหาค้ายาบ้ามาแถลงข่าว แล้วยังไม่พอยังให้ผู้ต้องหาดังกล่าวคาบถุงยาบ้าระหว่างแถลงข่าว และให้สัมภาษณ์สำหรับภายหลังว่าพวกค้ายาไม่ใช่มนุษย์แต่เป็นอมมนุษย์นั้น จึงเป็นเรื่องที่เรียกได้ว่าด้วยสภาพของสังคมเยอรมันในปัจจุบันนั้นเหตุการณ์ดังกล่าวไม่อาจเป็นเรื่องที่จะนึกถึงได้แต่อย่างใด เพราะว่ากรณีตามตัวอย่างดังกล่าวไม่สอดคล้องกับ

หลักการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์นั่นเอง ทั้งนี้โดยไม่จำเป็นต้องไปพิจารณาถึงหลักที่ว่าต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าที่ศาลจะมีคำพิพากษาว่าบุคคลนั้นๆ เป็นผู้กระทำความผิดแต่อย่างใด

ตัวอย่างในกรณีของการให้ความสำคัญต่อ “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” และ “สิทธิขั้นพื้นฐาน” ในระบบกฎหมายเยอรมันนั้นเห็นได้จากตัวอย่างของคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รัฐดังต่อไปนี้

- การตีพิมพ์เผยแพร่รูปถ่ายของเจ้าหญิงแห่ง Monaco ท่านหนึ่งในนิตยสารฉบับหนึ่ง ซึ่งภาพดังกล่าวเป็นภาพที่ถูกบันทึกในสถานที่ที่เป็นสถานที่เปิดเผยสาธารณะไม่ได้ถูกบันทึกในสถานที่ที่เป็นที่ส่วนตัว แต่อย่างใด ดังนั้นการเผยแพร่รูปดังกล่าวจึงไม่กระทบต่อสิทธิส่วนบุคคลของเจ้าของภาพแต่อย่างใด BVerfGE 101, 361

- กฎหมายว่าด้วยความปลอดภัยทางอากาศที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องสามารถยิงเครื่องบินโดยสารพลเรือนที่ถูกยึดโดยพวกก่อการร้ายได้นั้นขัดต่อสิทธิในชีวิตตามมาตรา 2 วรรคสอง และขัดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามมาตรา 1 ของกฎหมายพื้นฐาน ของผู้โดยสารที่อยู่บนเครื่องบิน กฎหมายดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และไม่มีผลในทางกฎหมาย BVerfGE 115, 118

- การพิพากษามีของผู้ตายในฐานะละเลยไม่ช่วยเหลือภรรยาเนื่องจากตนและภรรยานั้นมีความเชื่อในทางศาสนาอย่างเคร่งครัด โดยแทนที่จะเข้ารับการรักษารักษาในโรงพยาบาลตามคำสั่งแพทย์ กลับดำเนินการสวดภาวนาตามพิธีการศาสนาของตนจนในท้ายที่สุดภรรยาของจำเลยถึงแก่ความตายในที่สุด ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้มีว่าภรรยาของจำเลยได้ปฏิเสธการเข้ารับการรักษารักษาในโรงพยาบาล โดยที่จำเลยไม่ได้พุดคุยเกลี้ยกล่อมให้ภรรยาของตนเข้ารับการรักษารักษาที่โรงพยาบาลแต่อย่างใด โดยศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าคำพิพากษาศาลดังกล่าวไม่สอดคล้องกับเสรีภาพในความเชื่อของจำเลย ดังนั้นการกล่าวหา

จำเลยว่าจะเลยไม่ดำเนินการให้ภรรยาของจำเลยกระทำการใดๆ ซึ่งเป็น การขัดต่อความเชื่อของทั้งจำเลยและภรรยาเองนั้น จึงไม่ชอบ คำพิพากษา ของศาลดังกล่าวละเมิดสิทธิในความเชื่อของจำเลยซึ่งรับรองไว้ในมาตรา 4 วรรคหนึ่ง ของกฎหมายพื้นฐาน BVerfGE 32, 98

- ในระหว่างการพิจารณาคดีของศาลปกครองแห่งหนึ่งผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นสตรีชาวยิว ได้แสดงความไม่เห็นด้วยที่ในห้องพิจารณาคดีมีไม้กางเขน ประดับอยู่ และเรียกร้องให้มีการปลดเอาไม้กางเขนออกไปจากห้องพิจารณาคดีดังกล่าว ซึ่งศาลก็ได้ปฏิเสธ ผู้ฟ้องคดีได้ใช้สิทธิร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าการแขวนไม้กางเขนไว้ในห้องพิจารณาคดีในกรณี นั้น(ไม่ใช่กรณีทั่วไป) อาจเป็นการทำให้ผู้ที่เข้าร่วมพิจารณาคดีมีความรู้สึก ว่าถูกบังคับให้อยู่ภายใต้ไม้กางเขน ซึ่งนำไปสู่การละเมิดเสรีภาพในความเชื่อ ซึ่งรับรองไว้ในมาตรา 4 วรรคหนึ่ง ของกฎหมายพื้นฐานได้ ดังนั้นจึงต้องมีการนำไม้กางเขนออกจากห้องพิจารณาคดี BVerfGE 35, 366

- การที่เจ้าหน้าที่ปฏิเสธคำร้องขอแก้ไขสถิติบัตรของผู้ร้องทุกข์ที่ร้องขอให้เปลี่ยนคำระบุเพศของผู้ร้องทุกข์ที่ได้ผ่านขั้นตอนการผ่าตัดแปลงเพศจากเพศชายมาเป็นเพศหญิงนั้น เป็นการกระทำที่ขัดต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ตามมาตรา 1 ของกฎหมายพื้นฐาน เพราะเป็นการขัดต่อสิทธิของบุคคล ในการที่บุคคลจะกำหนดเอกลักษณ์ และโชคชะตาของตนเอง BVerfGE 49, 286, BVerfGE 60, 123

- การดำเนินการก่อตั้งสถาบันทางกฎหมายที่เกี่ยวกับการขึ้นทะเบียน ของคู่ชีวิตที่มีเพศเดียวกันนั้นไม่เป็นการละเมิดมาตรา 6 วรรคหนึ่งของ กฎหมายพื้นฐานที่คุ้มครองการสมรส (ซึ่งในระบบกฎหมายเยอรมันหมายถึง ระหว่างชายและหญิงเท่านั้น-ผู้เขียน) ดังนั้นมาตรา 6 วรรคหนึ่งดังกล่าว จึงไม่ห้ามฝ่ายนิติบัญญัติที่จะกำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่ชีวิตที่มีเพศ เดียวกันแต่อย่างใด แม้ว่าการกำหนดสิทธิและหน้าที่ดังกล่าวจะมีความใกล้เคียงกับการสมรสก็ตาม BVerfGE 105, 313

ตัวอย่างของคำพิพากษาดังกล่าวข้างต้นเป็นเพียงส่วนเล็กน้อยจากผลงานของคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในการพิจารณาพิพากษาคดีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานที่กำหนดไว้ในกฎหมายพื้นฐาน

2. การคุ้มครองสิทธิของบุคคลโดยทางศาล ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วใน

1. ว่าสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นเรื่องที่มีความสำคัญ ดังนั้นในกฎหมายพื้นฐานจึงได้สร้างกลไกในการคุ้มครองสิทธิของบุคคลโดยผ่านองค์กรตุลาการที่มีความเป็นอิสระในการพิจารณาคัดสินคดี หรือที่เรียกว่าหลัก Rechtsschutzgarantie ที่ถูกกำหนดไว้ในมาตรา 19 วรรคสี่ของกฎหมายพื้นฐาน หลักดังกล่าวเป็นหลักประกันที่ให้ความคุ้มครองบุคคลต่อการกระทำที่เกิดจากการใช้อำนาจอรัฐ ซึ่งในที่นี้หมายถึงการกระทำหรือการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารเท่านั้น หลักการดังกล่าวนี้ไม่ได้กำหนดให้ประกันเฉพาะแต่กรณีที่ถูกละเมิดสิทธิจะต้องสามารถนำคดีขึ้นสู่ศาลได้เท่านั้น แต่หลักดังกล่าวยังเรียกร้องหรือมีเป้าหมายว่าการคุ้มครองสิทธิโดยศาลดังกล่าวนั้นจะต้องเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพอีกด้วย

ดังนั้นการออกกฎหมายหรือการตีความกฎหมายที่มีหรือเป็นไปในทางที่ส่งผลให้มีการละเมิดสิทธิของบุคคลที่ถูกละเมิดสิทธิในการที่จะนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาคดีของศาลได้นั้น จึงเป็นกรณีที่ขัดแย้งหรือส่อคล้อยกับหลักการคุ้มครองสิทธิของบุคคลโดยองค์กรตุลาการแต่อย่างใด

ดังนั้นหากนำตัวอย่างในระบบกฎหมายไทยดังเช่นในกรณีของ มาตรา 239 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญฯ ที่กำหนดว่า “ในกรณีที่คณะกรรมการการเลือกตั้งวินิจฉัยให้มีการเลือกตั้งใหม่หรือเพิกถอน สิทธิเลือกตั้งก่อนการประกาศผลการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา ให้คำวินิจฉัยของคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นที่สุด” มาตีความประกอบกับหลักคุ้มครองสิทธิโดยศาลในกรณีนี้ย่อมถึงคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการเลือกตั้งไม่สามารถโต้แย้งใดๆ ได้อีกแล้วในขั้นตอนของคณะกรรมการการเลือกตั้ง หรือไม่สามารถโต้แย้งต่อองค์กรอื่นๆ ได้ แต่กรณีดังกล่าวไม่อาจ



คือความได้ว่าเป็นที่สุดจนถึงขั้นดัดสิทธิการใช้สิทธิทางศาลของผู้ที่ได้รับผลกระทบจากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการการเลือกตั้งแต่อย่างใด หรือกรณีของมาตรา 16 ของ พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ที่มีเนื้อหาว่า “ข้อกำหนด ประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำตามพระราชกำหนดนี้ไม่อยู่ในบังคับของกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติ ราชการทางปกครอง และกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง” นั้น ขณะที่ผู้เขียนได้อ่านมาตราดังกล่าวก็ “ทึ่ง” ในความคิดของคนที่ร่างมาตราดังกล่าว และเกิดคำถามตามมาต่อการกำหนดมาตราดังกล่าวไว้ในพระราชกำหนดฉบับนี้ว่า “เพื่ออะไร ?” หากคำตอบคือเพียงเพื่อที่จะดัดสิทธิของบุคคลที่ได้รับผลกระทบที่ไม่ให้เข้าสู่กระบวนการของศาลปกครองเท่านั้น ก็พอช่วยก่อให้เกิดความเข้าใจและยอมรับได้เพราะผู้ที่ได้รับผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของตนสามารถไปใช้สิทธิต่อศาลอื่นได้เช่นศาลยุติธรรม อันเป็นศาลที่มีเขตอำนาจครอบคลุมกว้างกว่าศาลปกครองเป็นต้น แต่หากคำตอบคือเพื่อดัดสิทธิของบุคคลในการนำคดีไปสู่ศาลในทุกกรณีแล้วนั้น บทบัญญัติมาตรานี้ย่อมขัดกับหลักการคุ้มครองสิทธิของบุคคลโดยศาลอย่างแน่นอน

3. หลักความไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ในรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว? เจตนาเบื้องต้นในการร่างกฎหมายพื้นฐานนั้นก็เพื่อใช้เป็นรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวของชาวเยอรมันจนกว่าที่ชาวเยอรมันจะมีมติให้ใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ในรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวดังกล่าวนี้ได้มีบทมาตราที่ได้บัญญัติถึงความเป็นนิรันดร์ของบทมาตราของกฎหมายพื้นฐานบางมาตราที่ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้ ซึ่งบทมาตราดังกล่าวได้แก่มาตรา 79 วรรคสามของกฎหมายพื้นฐานหรือที่เรียกว่า Ewigkeitsklausel/Ewigkeitsgarantie มาตราดังกล่าวกำหนดห้ามการเปลี่ยนแปลงไว้สามประการคือ ห้ามเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐที่เป็นสหพันธรัฐ ห้ามเปลี่ยนแปลงหลักการเข้ามามีส่วนร่วมของมลรัฐทั้งหลายในกระบวนการนิติบัญญัติในระดับสหพันธรัฐ และห้าม

เปลี่ยนแปลงหลักการที่กำหนดไว้ในมาตรา 1 ถึงมาตรา 20 ของกฎหมายพื้นฐาน

จากบทบัญญัติมาตราดังกล่าวก็เป็นอีกจุดหนึ่งที่แสดงให้เห็นถึงการให้ความสำคัญต่อสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นว่าสิทธิขั้นพื้นฐานทั้งหลายนั้นได้ถูกกำหนดรับรองไว้ตั้งแต่มาตรา 1 — 19 ดังนั้นการเปลี่ยนแปลงกฎหมายพื้นฐานในส่วนนี้จึงไม่สามารถกระทำได้นอกจากนั้นแล้วในมาตรา 20 ของกฎหมายพื้นฐานนั้น แม้ว่าจะเป็นมาตราเดียวแต่ก็เป็นมาตราที่สำคัญในระบบกฎหมายเยอรมัน ด้วยเหตุว่าในมาตราดังกล่าวนี้ได้บัญญัติรับรองหลักที่สำคัญๆ ไว้หลายประการอันได้แก่ 1) หลักประชาธิปไตย และหลักสาธารณรัฐ (Demokratieprinzip und Republik) 2) หลักสหพันธรัฐ (Bundesstaatsprinzip) 3) หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Gewaltenteilungsprinzip) 4) หลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip) 5) หลักรัฐสวัสดิการ (Sozialstaatsprinzip) 6) สิทธิในการต่อต้านการล้มล้างรัฐธรรมนูญ (Widerstandrecht)

จะเห็นได้ว่าตรงจุดนี้ผู้ร่างกฎหมายพื้นฐานได้ให้ความสำคัญกับสิทธิขั้นพื้นฐานและหลักการสำคัญทั้งหลายที่กำหนดไว้ในมาตรา 20 ของกฎหมายพื้นฐานเป็นอย่างยิ่ง

4. กฎหมายพื้นฐานเป็นรัฐธรรมนูญที่มีความกระชับได้ใจความ ด้วยบทบัญญัติทั้งสิ้น 146 มาตราของกฎหมายพื้นฐาน นั้นถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่มีความกระชับด้วยเนื้อหาและโครงสร้าง กฎหมายพื้นฐานเป็นรัฐธรรมนูญที่มีเนื้อหาที่เรียกได้ว่าสั้น แต่ได้ใจความ ด้วยบทบัญญัติของกฎหมายพื้นฐานที่มีเพียง 146 มาตรา ก็สามารถสร้างความเป็นปึกแผ่นมั่นคงได้ หากพิจารณาจากจำนวนมาตราของกฎหมายพื้นฐานเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญของบางประเทศนั้น แสดงให้เห็นว่าสิ่งที่สำคัญคือคุณภาพ และศิลปะในการร่างรัฐธรรมนูญหรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือความสามารถของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ ว่า จะร่างรัฐธรรมนูญได้ดีแค่ไหนเพียงใดหาได้ขึ้นอยู่กับจำนวนมาตราแต่อย่างใด ดังที่ศาสตราจารย์ Detlef Merten เคยได้กล่าวไว้ว่า “ศิลปะอันยิ่งใหญ่ใน

การร่าง(ให้)รัฐธรรมนูญนั้นอยู่ที่การไม่เขียนมากเกินไป”

ดังนั้นการที่มีกล่าวอ้างว่ารัฐธรรมนูญฉบับใดฉบับหนึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่ดีที่สุดเพราะมีหลายร้อยมาตราเช่นสามร้อยกว่ามาตราโดยมีการกำหนดรายละเอียดในบางเรื่องไว้อย่างถี่ถ้วน และหากได้อ่านรัฐธรรมนูญดังกล่าวแล้วบางท่านอาจคิดว่ากำลังอ่านพระราชบัญญัติ หรือ กฎหมายลำดับรองที่ออกโดยฝ่ายบริหารอยู่ ซึ่งลักษณะดังกล่าวแท้ที่จริงแล้วคือการสร้างความยุ่งยากในระบบกฎหมาย เพราะว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญนั้นเป็นเรื่องที่ยากกว่าการแก้กฎหมายอื่นๆ ดังนั้นหากจะมีการปรับปรุงรายละเอียดที่เกี่ยวข้องดังกล่าว ก็จะต้องดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นเรื่องที่มีความยุ่งยากกว่าการแก้ไข กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ หรือกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหาร นอกจากนั้นการร่างรัฐธรรมนูญในลักษณะดังกล่าวก็แสดงให้เห็นถึงความไม่ไว้วางใจรัฐสภาอันเป็นผู้แทนของประชาชนอย่างแท้จริง เพราะหาไม่แล้วผู้ร่างรัฐธรรมนูญย่อมปล่อยให้เรื่องที่เป็นรายละเอียดทั้งหลายเหล่านั้นอยู่ในอำนาจของรัฐสภาที่จะไปกำหนดรายละเอียดดังกล่าว ดังนั้นปริมาณจำนวนมาตราของรัฐธรรมนูญจึงไม่ใช่สิ่งที่แสดงให้เห็นถึงคุณภาพของรัฐธรรมนูญฉบับนั้นๆ แต่อย่างใด

5. ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะเป็นองค์กรตุลาการที่มีหน้าที่ในการพิทักษ์รักษารัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์(Bundesverfassungsgericht-BVerfG) เปิดทำการอย่างเป็นทางการเมื่อวันที่ 28 กันยายน ค.ศ. 1951 มีที่ทำการตั้งอยู่ที่เมือง Karlsruhe ในมลรัฐ Baden-Württemberg ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เป็นศาลที่มีบทบาทที่สำคัญอย่างยิ่งในระบบกฎหมายของเยอรมัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ถูกขนานนามว่าเป็นผู้พิทักษ์รักษารัฐธรรมนูญ (Die Hüter der Verfassung) แม้ว่าที่มาของผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญทั้ง 16 คนจะมีที่มาจากการคัดเลือกของฝ่ายการเมืองอันได้แก่รัฐสภา(Bundestag) และสภาผู้แทนมลรัฐ(Bundesrat) แต่ในการปฏิบัติ

หน้าที่ของผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญก็ทำได้ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลของฝ่ายการเมืองแต่ประการใด ในทางตรงกันข้ามกลับแสดงความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีตามกฎหมายของตนได้อย่างเข้มแข็ง ระยะเวลาในการดำรงตำแหน่งของผู้พิพากษาแต่ละคนนั้นมีระยะเวลาในการดำรงตำแหน่ง 12 ปี และสามารถดำรงตำแหน่งได้เพียงครั้งเดียว เขตอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ที่สำคัญๆ เช่น การพิจารณาคดีกรณีการใช้สิทธิร้องทุกข์ตามกฎหมาย, การควบคุมกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ, การพิจารณาข้อพิพาทระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ, การพิจารณาข้อพิพาทระหว่างสหพันธรัฐและมลรัฐ, การสั่งห้ามพรรคการเมือง เป็นต้น

ด้วยผลงานในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ และบทบาทการวางตัวของผู้พิพากษาศาลรัฐธรรมนูญที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดี ทำให้คำพิพากษาจาก Karlsruhe เป็นคำวินิจฉัยที่ต้องรับฟังและให้ความสำคัญแต่ไม่ใช่เพราะว่ารัฐธรรมนูญหรือกฎหมายกำหนดให้องค์กรทั้งหลายผูกพันตามคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เท่านั้น แต่ด้วยเหตุว่าเนื้อหาและเหตุผลประกอบคำพิพากษาที่เต็มไปด้วยหลักวิชาการที่ถูกนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงได้อย่างแท้จริงก็เป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้น้ำหนักแก่คำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญ และก่อให้เกิดการยอมรับคำพิพากษานั้นอย่างแท้จริง

C. กฎหมายพื้นฐานปัจจุบัน อนาคต

60 ปีที่ผ่านมา ถึงปัจจุบัน คำถามที่เกิดขึ้นคือกฎหมายพื้นฐานในฐานะรัฐธรรมนูญชั่วคราวของประเทศเยอรมนีนั้นจะดำรงอีกนานแค่ไหน ? ถึงเวลาแล้วหรือไม่ที่ชาวเยอรมันทั้งหลายภายหลังจากการรวมเยอรมันตะวันออกและเยอรมันตะวันตกเข้าด้วยกันภายหลังจากที่กำแพงเบอร์ลินล่มสลายลงอย่างเป็นทางการเมื่อวันที่ 9 พฤศจิกายน ค.ศ. 1989 หากนับถึงปีนี้ก็เป็นเวลา 20 ปีแล้วนั้น ถึงเวลาแล้วหรือไม่ที่ชาวเยอรมันจะมีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่(ถาวร) ตามที่มาตรา 146 ของกฎหมายพื้นฐานได้เปิดช่องทางเอาไว้

คำถามดังกล่าวนี้ถูกตั้งหรือยกขึ้นมาเป็นประเด็นอยู่เสมอ แต่ด้วยความสำเร็จและประสิทธิภาพของกฎหมายพื้นฐานที่ทำให้คำถามนี้ถูกลดความสำคัญลงไป เพราะหากจะกล่าวว่ากฎหมายพื้นฐานเป็นรัฐธรรมนูญที่ดีและใช้บังคับได้อย่างทันยุคทันสมัยอยู่เสมอ ดังนั้นความจำเป็นที่จะต้องมีการมีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่จึงไม่ได้มีความจำเป็นเร่งด่วนเท่าใดนัก ก็ไม่ใช่การกล่าวที่เกินจริงแต่ประการใด

ประเด็นสำคัญที่เป็นเรื่องน่าพิจารณาคือบทบาทของกฎหมายพื้นฐานในฐานะประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้เคยมีคำวินิจฉัยที่สำคัญที่เกี่ยวข้องอันได้แก่คำวินิจฉัย BVerfGE 89, 155 อันเนื่องมาจากข้อพิพาทกรณีการให้สัตยาบันสนธิสัญญา Maastricht และการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญที่ว่ากระทำดังกล่าวเป็นการถ่ายโอนอำนาจอธิปไตยของชาวเยอรมันไปให้ยังสหภาพยุโรป ซึ่งเป็นการลดอำนาจรัฐสภา (Bundestag) และขัดหลักประชาธิปไตย และทำให้สิทธิขั้นพื้นฐานได้รับผลกระทบเพราะว่าต่อไปนี้การตัดสินใจที่เกี่ยวข้องกับปัญหาที่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญจะถูกนำไปตัดสินในระดับสหภาพยุโรป ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้ตัดสินในกรณีดังกล่าวโดยได้ยืนยันถึงมาตรฐานของสิทธิขั้นพื้นฐานที่กฎหมายพื้นฐานได้รับรองหรือให้การรับประกันเอาไว้ว่ามาตรฐานดังกล่าวนั้นใช้บังคับกับกฎหมายของประชาคมยุโรปด้วย และศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ก็สงวนสิทธิที่จะเป็นผู้ตัดสินในกรณีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตามในกรณีปกติหากเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานในกฎหมายของประชาคมยุโรปแล้วนั้นศาลยุติธรรมแห่งยุโรปย่อมมีอำนาจพิจารณา ต่อปัญหาเกี่ยวกับหลักประชาธิปไตยนั้นศาลรัฐธรรมนูญก็ได้ยืนยันว่าการเข้าร่วมในสหภาพยุโรปอันเป็นองค์การระหว่างประเทศเหนือรัฐนั้นไม่เป็นการขัดหรือแย้งต่อหลักประชาธิปไตยที่ภายในสหภาพยุโรปยึดมั่นรักษาหลักประชาธิปไตยด้วยเช่นกัน จากคำวินิจฉัยนี้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้แสดงให้เห็นประการหนึ่งว่าประชาธิปไตยที่ในประชาคม

ยุโรปเป็นประชาคมที่เป็นประชาธิปไตยและมีการประกันสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีมาตรฐานเพียงพอเหมือนกับที่กำหนดไว้ในกฎหมายพื้นฐานแล้วนั้นย่อมเป็นการสอดคล้องกับหลักการประกันสิทธิขั้นพื้นฐานในกฎหมายพื้นฐานเช่นเดียวกัน สิ่งที่เป็นสิ่งที่ท้าทายในปัจจุบันคือสิ่งที่เรียกว่า “รัฐธรรมนูญแห่งสหภาพยุโรป” ที่ยังไม่มีผลใช้บังคับเพราะว่าประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปยังไม่ให้สัตยาบันครบถ้วนนั้น สิ่งที่น่าพิจารณาคือหากรัฐธรรมนูญแห่งสหภาพยุโรปดังกล่าวมีผลใช้บังคับแล้วนั้นจะส่งผลต่อ กฎหมายพื้นฐาน อย่างไรบ้าง

D. สรุป

ด้วยบทเรียนที่ชาวเยอรมันภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองได้เรียนรู้ และได้สัมผัสถึงความยากลำบากอย่างแสนสาหัส เป็นบทเรียนที่ชาวเยอรมันได้เรียนรู้ด้วยตนเอง ทำให้เกิดความแน่วแน่ของประชาชาติว่าความทรงจำร้ายๆ ในประวัติศาสตร์ดังกล่าวนี้ จะปล่อยให้เกิดขึ้นอีกไม่ได้ในอนาคต กฎหมายพื้นฐาน จึงเป็นเหมือนเครื่องมือที่ช่วยกอบกู้ อนุรักษ์ คุ้มครอง และสร้างประเทศเยอรมนีและชาวเยอรมันให้มีความเข้มแข็ง และก้าวมายืนอยู่บนเวทีโลกได้อย่างมั่นคงและอย่างภาคภูมิใจ ในโอกาสที่ Grundgesetz (กฎหมายพื้นฐาน) ในฐานะรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนีมีอายุครบ 60 ปี ในปีนี้และสามารถดำรงอยู่ได้โดยไม่ถูกกองกำลังหรือกลุ่มบุคคลที่อ้างว่ามีหัวใจประชาธิปไตยโดยกลุ่มใดๆ มายกเลิกและล้มล้างโดยใช้วิธีการปฏิวัติ รัฐประหาร หรือวิถีทางอันไม่ใช่วิถีทางประชาธิปไตยเหมือนในบางประเทศ จึงขอกล่าวอวยพรว่า “Alles Gute zum sechzigjährigen Jubiläum!”

อ้างอิง

1. Bommarius, Christian, Das Grundgesetz; Eine Biographie, Berlin 2009
2. Bönisch, Georg/Wiegrefe, Klaus (Hrsg.), Die 50er Jahre; Vom Trümmerland zum Wirtschaftswunder, München 2006.
3. Möllers, Christoph, Das Grundgesetz; Geschichte und Inhalt, München 2009.
4. Sodan, Helge(Hrsg.), Grundgesetz, München 2009.
5. Steinbeis, Maximilian/Detjen, Marion/Detjen, Stephan, Die Deutschen und das Grundgesetz, München 2009.
6. Weis, Hubert, Meine Grundrechte, München 2004.
7. Wesel, Uwe, Der Gang nach Karlsruhe, München 2004.
8. http://www.faz.net/s/Rub594835B672714A1DB1A121534F010EE1_Doc~EC1E8A56C62F74B3E8E0FDC2803A1ECDC~ATpl~Ecommon~Scontent.html
9. <http://de.wikipedia.org/wiki/Grundgesetz>
10. <http://de.wikipedia.org/wiki/Maastricht-Entscheidung>
11. <http://de.wikipedia.org/wiki/Bundesverfassungsgericht>



“จดหมายชี้แจง”

รองศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์

Passau, Germany

3 มิถุนายน 2552

เรื่อง ชี้แจงการถูกพาดพิงจากบทความที่เผยแพร่ใน www.pub-law.net
เรียน ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ บรรณาธิการเว็บไซต์เครือข่าย
กฎหมายมหาชนไทย

เมื่อวันอาทิตย์ที่ 10 พฤษภาคม 2552 และวันอาทิตย์ที่ 24 พฤษภาคม 2552 เว็บไซต์เครือข่ายกฎหมายมหาชนไทย (www.pub-law.net) ได้เผยแพร่บทความของศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์ เรื่องคนไทย จะหา “ทางออกทางการเมือง” ได้อย่างไร ตอนที่ 1 และตอนที่ 2 บทความทั้งสอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทความเมื่อวันอาทิตย์ที่ 24 พฤษภาคม 2552 มีข้อความที่พาดพิงถึงผม โดยเหตุที่ข้อความที่พาดพิงถึงผมนั้นมีความคลาดเคลื่อนไม่ตรงต่อความจริง หากปล่อยไว้ ผู้อ่านที่ไม่ทราบเรื่องราวความเป็นมาอาจเข้าใจผิดได้ จึงจำเป็นที่ผมต้องเขียนจดหมายฉบับนี้ถึงท่าน

อนึ่งโดยที่บทความของศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรมบูรณ์ มีความคลาดเคลื่อนในทางวิชาการอยู่ด้วย ผมจึงขอถือโอกาสนี้อธิบายความไปในคราวเดียวกัน ดังนี้

1. ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรมบูรณ์ (ต่อไปนี้จะเรียกว่า “ท่านผู้เขียนบทความ”) ได้เขียนบทความว่าการที่คนไทยมองไม่เห็นปัญหาที่ท่านเรียกว่า “ระบบเผด็จการโดยพรรคการเมือง (นายทุนธุรกิจ)” นั้นเป็นเพราะความล้มเหลวของการเรียนการสอนในระดับอุดมศึกษา โดยท่านเห็นว่าข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นถึงความล้มเหลวดังกล่าวสามารถยืนยันได้จากบทความของคณาจารย์คณะนิติศาสตร์จำนวน 5 ท่านของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ในบทความที่อ้างถึงข้างต้น ท่านได้เขียนดังนี้ “ท่านคณาจารย์ฯได้กล่าวไว้ในบทความของท่านว่า ท่าน(คณาจารย์)เห็นว่า ในปัจจุบันนี้ ประเทศไทยมีคุณภาพแห่งอำนาจขององค์กรนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ ; ทั้งที่ตามความเป็นจริง (reality) แล้ว ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ (ลายลักษณ์อักษร) ของประเทศไทย ระบบสถาบันการเมืองของเรา ไม่มีคุณภาพแห่งอำนาจระหว่างองค์กรนิติบัญญัติกับองค์กรบริหารแต่อย่างใด”

บทความที่ท่านผู้เขียนบทความกล่าวถึงนี้ ที่จริงแล้ว คือ แถลงการณ์ของอาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์จำนวน 5 ท่าน ซึ่งออกไปเมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม 2551 แถลงการณ์ดังกล่าวเป็นแถลงการณ์แสดงความเห็นต่อคำสั่งของศาลปกครองกลางที่รับคำฟ้องกรณีแถลงการณ์ร่วมระหว่างรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชาเรื่องการขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกไว้พิจารณาและกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนพิพากษา โดยผู้เขียนเป็นหนึ่งในทำอาจารย์ที่ออกแถลงการณ์ดังกล่าว ข้อความในแถลงการณ์ที่ท่านผู้เขียนบทความได้กล่าวพาดพิงถึงนั้นปรากฏอยู่ในหัวข้อที่ 16 ของแถลงการณ์ความว่า “คณาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ทั้งห้าตั้งมีรายนามคอนท้าย ตระหนักในความสำคัญของหลักการควบคุมตรวจสอบ

ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ แต่ในขณะเดียวกันก็มีความห่วงใยในคุณภาพแห่งอำนาจขององค์กรนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ว่าอาจจะเสียไปโดยการที่ศาลปกครองในคดีนี้เข้าไปตรวจสอบการใช้อำนาจทางบริหารโดยแท้ของคณะรัฐมนตรี ซึ่งคณะรัฐมนตรีต้องรับผิดชอบทางการเมืองต่อสภาผู้แทนราษฎรตามวิถีทางในทางประชาธิปไตยอยู่แล้ว อีกทั้งคำสั่งในคดีนี้ยังขัดแย้งกับแนวทางที่ศาลปกครองสูงสุดได้เคยวางไว้ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ที่คณะกรรมการเห็นว่าสอดคล้องกับหลักนิติรัฐอีกด้วย จึงขอแสดงความไม่เห็นด้วยอย่างยิ่งต่อคำสั่งของศาลปกครองกลางในคดีนี้ผ่านแถลงการณ์ฉบับนี้”

ท่านบรรณาธิการคงจะเห็นว่าในแถลงการณ์ฉบับนี้ไม่ปรากฏข้อความตอนใดของแถลงการณ์ ที่คณะกรรมการทั้งห้าเขียนตั้งที่ท่านผู้เขียนบทความได้สรุปไว้ ในทางความเป็นจริงคุณภาพแห่งอำนาจทั้งสามจะมีหรือไม่ จะมีมากน้อยเพียงใด เป็นประเด็นหนึ่งที่จะต้องอภิปรายในมิติและแง่มุมต่างๆ ได้มากมาย แต่ประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยในทางกฎหมายในคดีนี้มีอยู่ว่าการที่ศาลปกครองเข้าไปวินิจฉัยชี้ขาดการใช้อำนาจบริหารโดยแท้ของคณะรัฐมนตรีนั้นเป็นการวินิจฉัยชี้ขาดคดีในเขตอำนาจของตนหรือไม่ การรับคำฟ้องดังกล่าวไว้พิจารณานั้นต้องด้วยเงื่อนไขที่ปรากฏตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 หรือไม่ หากใครคนใดคนหนึ่งสรุปเอาเองง่ายๆ ว่า ไม่มีคุณภาพดังกล่าว จึงไม่ต้องสนใจหลักการพื้นฐานในทางกฎหมายเสียแล้ว เราจะเรียนและสอนวิชานิติศาสตร์กันอย่างไร หากท่านผู้เขียนบทความเห็นว่าในทางความเป็นจริงคุณภาพขององค์กรนิติบัญญัติ และองค์กรบริหารไม่มีอยู่ (ซึ่งอาจจะโต้แย้งได้อีกในหลายแง่มุม โดยเฉพาะในแง่พัฒนาการของการปกครองในระบบรัฐสภา เพราะถ้าใช้ตรรกะของท่านผู้เขียนบทความแล้ว โดยเหตุที่คณะรัฐมนตรีจะบริหารราชการแผ่นดินได้ก็โดยความไว้วางใจของสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งหมายความว่าสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรฝ่ายข้างมากย่อมเป็นฝ่ายรัฐบาล ก็จะไม่วันมีคุณภาพในความเข้าใจ

ของท่านได้) ก็จะต้องเสนอว่าจะทำให้คุณภาพตลอดจนการถ่วงดุลอำนาจขององค์กรทั้งสองเป็นไปอย่างถูกต้องเหมาะสมอย่างไร แต่จะพาลเอาเหตุนี้ไปทำลายหลักการในทางนิติศาสตร์ที่จะต้องใช้วินิจัยชี้ขาดคดีไม่ได้ สำหรับเรื่องนี้ฉันที่จริงอาจชี้ให้ท่านผู้เขียนบทความแยกแยะมิติของกฎหมายในแง่ของบรรทัดฐานที่กำหนดสิ่งที่ควรจะต้องเป็น (Sollen) กับกฎหมายในฐานะที่เป็นปรากฏการณ์ทางข้อเท็จจริง ระหว่างนิติศาสตร์โดยแท้ (Rechtsdogmatik; Legal dogmatics) กับสังคมวิทยากฎหมาย (Rechtssoziologie; Sociology of law) ตลอดจนความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Verfassungsrecht; Constitutional law) กับสังคมวิทยาการเมือง (Politische Soziologie; Political sociology) ได้อีก แต่จะทำให้จดหมายฉบับนี้ยาวเกินไป ในขั้นตอนนี้ผมต้องการชี้แจงให้ท่านบรรณาธิการเห็นการสรุปความที่คลาดเคลื่อนและการกล่าวหาหาอาจารย์อย่างไม่เป็นธรรมเท่านั้น

อนึ่ง ในบทความเกี่ยวกับคดีประสาทพระวิหารซึ่งผมและท่านผู้เขียนบทความได้โต้แย้งกันและเคยเผยแพร่ในเว็บไซต์แห่งนี้มาแล้วนั้น ผมได้อธิบายโต้แย้งประเด็นทางกฎหมายกับท่านผู้เขียนบทความหลายประเด็น แต่ไม่ปรากฏว่าท่านผู้เขียนบทความได้อธิบายประเด็นต่างๆ เช่น ประเด็นอำนาจฟ้องคดี ประเด็นการวินิจฉัยชี้ขาดในเนื้อหาของคดีในชั้นของการคุ้มครองชั่วคราว ฯลฯ เลย

2. ท่านผู้เขียนบทความได้อ้างถึงคณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์จำนวน 5 ท่านเป็นตัวอย่าง (ตามความเห็นของท่าน) ว่าไม่รู้จักระบบเผด็จการโดยพรรคการเมืองในระบบรัฐสภา โดยเฉพาะอาจารย์ที่เรียนกฎหมายและจบปริญญาเอกทางกฎหมายจากเยอรมนี ซึ่งในบรรดาอาจารย์ทั้งห้าท่าน มีผมเพียงคนเดียวที่สำเร็จการศึกษาปริญญาเอกทางกฎหมายจากเยอรมนี จึงอาจอนุมานได้ว่าท่านผู้เขียนบทความมุ่งหมายถึงตัวผม ท่านผู้เขียนบทความได้ยกตัวอย่างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ไม่บังคับให้สมาชิก

สภาผู้แทนราษฎร (ส.ส.) สังกัดพรรคการเมือง และให้ ส.ส.ปฏิบัติหน้าที่โดยอิสระตามมโนธรรมสำนึกของตน เป็นเครื่องสนับสนุนความเห็นของท่าน พร้อมกับกล่าวว่าผู้ที่สำเร็จการศึกษากฎหมายจากประเทศเยอรมนีควรจะต้องรู้เรื่องนี้ ผมขอเรียนท่านบรรณาธิการว่าผมทราบหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการไม่บังคับให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสังกัดพรรคการเมืองในระบบกฎหมายของเยอรมันดีพอที่จะทำให้ทราบว่าท่านผู้เขียนบทความมีความเข้าใจคลาดเคลื่อนในเรื่องดังกล่าวนี้ ท่านผู้เขียนบทความเข้าใจว่าบทบัญญัติในกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz; Basic Law ซึ่งถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญเยอรมัน) ที่กำหนดอย่างชัดเจนให้ ส.ส.ต้องมีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ได้ตามมโนธรรมของตนนั้นเป็นมาตรการที่ผู้เชี่ยวชาญกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนีเขียนขึ้นเพราะเกรงว่าจะเกิดระบบผูกขาดอำนาจโดยพรรคการเมืองซ้ำอีก (กล่าวคือจะซ้ำรอยฮิตเลอร์ที่ขึ้นครองอำนาจโดยผ่านการเลือกตั้งนำรัฐเยอรมันไปสู่ความเป็นรัฐเผด็จการเบ็ดเสร็จและพ่ายแพ้สงครามโลกครั้งที่สองในที่สุด) อันที่จริงแล้วบทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวมีมาเป็นระยะเวลาที่ยาวนานพอสมควรก่อนที่จะฮิตเลอร์จะขึ้นมามีอำนาจในเยอรมัน หากเป็นบทบัญญัติที่เป็นนวัตกรรมของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ (กฎหมายพื้นฐาน) ค.ศ. 1949 ไม่ และในช่วงที่ฮิตเลอร์กำลังจะขึ้นมามีอำนาจนั้น บทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวก็ใช้อยู่บังคับอยู่ บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่บัญญัติให้ ส.ส.เป็นผู้แทนของปวงชน ไม่ต้องผูกพันกับอาณัติหรือคำสั่งของผู้ใดนั้น ปรากฏขึ้นตั้งแต่ ค.ศ. 1871 ซึ่งเป็นปีที่บิสมาร์คได้รวมอาณาจักรเยอรมันสำเร็จ (ในทางประวัติศาสตร์กฎหมายรัฐธรรมนูญ แนวความคิดดังกล่าวนี้สืบสาวกลับไปได้ถึงรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส ค.ศ.1791 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นหลังการปฏิวัติใหญ่ในประเทศฝรั่งเศส) ท่านบรรณาธิการอาจตรวจสอบเรื่องนี้ได้ในมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งอาณาจักรเยอรมัน ค.ศ.1871 หลังจากเยอรมนีพ่ายแพ้สงครามโลกครั้งที่หนึ่ง รัฐธรรมนูญฉบับถัดมาที่เรียกกันว่ารัฐธรรมนูญไวมาร์ (ค.ศ.1919) ก็บัญญัติข้อความไว้ทำนองเดียวกันในมาตรา 21 และได้เพิ่มความขึ้นมาอีกว่า ส.ส.พึงคำนึงต่อมโนธรรมสำนึกของ

คนเท่านั้น บทบัญญัติทำนองนี้ ปรากฏขึ้นอีกครั้งในกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันซึ่งประกาศใช้เมื่อ ค.ศ. 1949 (และเพิ่งมีการเฉลิมฉลองครบรอบหกสิบปีแห่งการประกาศใช้เมื่อวันที่ 23 พฤษภาคมที่ผ่านมา) ในมาตรา 38 วรรคหนึ่ง หลักการพื้นฐานของบทบัญญัติดังกล่าวมีเนื้อหาสาระสำคัญสามประการ คือ 1. ส.ส. ต้องเป็นผู้แทนปวงชน (ไม่ใช่ผู้แทนของเขตเลือกตั้งหรือของผู้ที่เลือกคนเข้ามาเท่านั้น) 2. ส.ส. ไม่ผูกพันกับอาณัติหรือคำสั่งของผู้ใด 3. ส.ส. จำยอมเพียงแต่มนตรมสำนึกของคนเท่านั้น

ผมไม่เคยให้ความเห็นในที่แห่งใดเลยว่าผมเห็นด้วยกับบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ 2540 ที่บังคับให้ ส.ส. สังกัดพรรคการเมือง แต่ในขณะเดียวกันผมก็ไม่เคยสรุปและยึดถือเป็นสรณะว่า รากเหง้าของปัญหาในระบบการเมืองไทยทั้งหมด มาจากการที่รัฐธรรมนูญ 2540 บังคับให้ ส.ส. สังกัดพรรคการเมือง หากปฏิรูปการเมืองโดยอาศัย Statesman มาแก้ไขเปลี่ยนแปลงเรื่องนี้แล้ว จะแก้ปัญหาดังกล่าวได้อย่างไร ผมเห็นว่าสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้ามามีส่วนร่วมทางการเมืองโดยการลงสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรนั้น ไม่ควรถูกจำกัดทั้งในแง่ของการบังคับให้สังกัดพรรค หรือเงื่อนไขประการอื่น เช่น การบังคับให้ต้องสำเร็จการศึกษาในชั้นปริญญาตรี อย่างไรก็ตาม เมื่อพูดถึงหลักความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ในฐานะเป็นผู้แทนปวงชนของ ส.ส. แล้ว จะต้องอภิปรายถึงการรักษาวินัยของพรรคการเมืองในกรณีที่ ส.ส. ผู้นั้นสังกัดพรรคการเมือง เพราะปฏิเสธไม่ได้ว่าคะแนนเสียงที่ประชาชนออกเสียงให้กับผู้สมัครรับเลือกตั้งนั้นส่วนหนึ่งก็เกิดจากความนิยมชมชอบในนโยบายของพรรคการเมืองที่ผู้สมัครรับเลือกตั้งผู้นั้นสังกัด จะต้องพูดถึงการสร้างความเข้มแข็งและการทำให้เกิดความเป็นประชาธิปไตยในพรรคการเมืองพร้อมกันไปด้วย ใครก็ตามที่จะพูดถึงหลักดังกล่าว จะต้องคิดถึงประสิทธิภาพของพรรคการเมืองและการทำงานของพรรคการเมืองในสภาผู้แทนราษฎร จะต้องพูดถึงมโนทัศน์ว่าด้วยกลุ่มการเมืองในสภา (Fraction) จะต้องพูดถึงสิทธิของ ส.ส. ที่ไม่สังกัดกลุ่ม

การเมืองในสภา (หรือไม่ได้สังกัดพรรคการเมือง — ส.ส.อิสระ) ว่าต่างจาก ส.ส.ที่สังกัดกลุ่มการเมืองในสภาอย่างไร เช่น ส.ส.ที่ไม่สังกัดกลุ่มการเมืองในสภา (หรือไม่มีพรรคการเมืองสังกัด) จะไม่สามารถเป็นกรรมการต่างๆ ได้ เป็นต้น สิ่งเหล่านี้ต้องพูดและอภิปรายกันในภาพใหญ่ จะต้องปรับปรุงกฎเกณฑ์ในกฎหมายรัฐสภาและกฎหมายพรรคการเมืองไปพร้อมกัน ไมอย่างนั้นก็จะไม่สามารถแก้ปัญหาได้

อนึ่ง ในแง่โครงสร้างของรัฐธรรมนูญ ผมเป็นผู้หนึ่งที่ได้วิพากษ์วิจารณ์บทบัญญัติบางเรื่องของรัฐธรรมนูญ 2540 นับตั้งแต่ พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นปีที่ผมสำเร็จการศึกษาจากประเทศเยอรมนี และกลับมารับราชการเป็นอาจารย์ประจำที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวกับองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ผมมีความเห็นว่ารัฐธรรมนูญ 2540 สมควรได้รับการปรับปรุงแก้ไขในหลายประเด็น แต่ในขณะเดียวกันผมไม่เคยสนับสนุนวิธีการนอกระบบในการแก้ไขปรับปรุงรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว และไม่อาจยอมรับวิธีการทำรัฐประหารล้มล้างรัฐธรรมนูญได้

3. ท่านผู้เขียนบทความได้พยายามกล่าวถึงการวิเคราะห์ปัญหาสภาพการเมืองไทยโดยอาศัย “สังคมวิทยา” และกล่าวในทำนองว่าผู้อื่น (คณาจารย์คณะนิติศาสตร์ทั้งห้า โดยเฉพาะอาจารย์ที่จบปริญญาเอกจากประเทศเยอรมนี) มองไม่เห็นเหตุผลในทางสังคมวิทยา (ที่ท่านเรียกว่านิติปรัชญาแห่งยุคศตวรรษที่ 20) ดังที่ท่านเห็น จึงปล่อยให้เกิดการบังคับให้ ส.ส.ต้องสังกัดพรรคและนำไปสู่ระบบเผด็จการโดยพรรคการเมือง ผมอยากเรียนท่านบรรณาธิการว่าการกล่าวอ้างสังคมวิทยาการเมือง หรือสังคมวิทยากฎหมายมาเป็นเหตุผลสนับสนุนข้ออ้างของคนอย่างง่าย ๆ ปรากฏอยู่อย่างดาษดื่นทั่วไป เช่น เมื่อมีการให้ความเห็นไปตามหลักการที่ยอมรับนับถือกันโดยทั่วไป แต่ไม่ต้องด้วยความเห็นของตน ก็จะบอกว่าผู้ให้ความเห็นไม่เข้าใจสภาพสังคมวิทยาการเมืองไทย ทั้ง ๆ ที่ผู้พูดเองต่างหากที่ไม่เข้าใจทั้งเนื้อหาสาระ และวิธีการของ

วิชาสังคมวิทยาการเมืองและสังคมวิทยากฎหมาย และด้วยความไม่เข้าใจ ไม่มีวิธีวิจัยตามทฤษฎีว่าด้วยวิธีการที่เป็นศาสตร์หรือวิธีวิทยา (Methodologie) ในการศึกษาปัญหานี้เองจึงทำให้ท่านผู้เขียนบทความสรุปปรากฏการณ์ของการยึดอำนาจในประเทศไทยว่า “และเท่าที่ผ่านมา ก็ปรากฏว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ทรัพยากรของชาติ โดย “เผด็จการทหาร” มีน้อยกว่า “เผด็จการโดยพรรคการเมือง (นายทุนธุรกิจ)” นี้หรือ คือ สังคมวิทยาของท่านผู้เขียนบทความ บทความนี้ท่านสรุปจากอะไร มีข้อมูลในเชิงประจักษ์ที่น่าเชื่อถือสนับสนุนความเห็นของท่านอย่างไร ถ้าไม่มี นั่นก็เป็นเพียงความเชื่อของท่านเท่านั้น

ผมอยากเรียนท่านบรรณาธิการว่า การวิเคราะห์สภาพปัญหาทางการเมืองที่เกิดขึ้นในประเทศไทย จะต้องนำสถาบันและกลุ่มผลประโยชน์ทางการเมืองทุกกลุ่มทั้งที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญและที่ไม่ปรากฏในรัฐธรรมนูญมาวิเคราะห์ร่วมกัน เพื่อพิจารณาว่าสถาบันและกลุ่มผลประโยชน์ทางการเมืองเหล่านั้นมีปฏิสัมพันธ์ต่อกันอย่างไร การกระจายผลประโยชน์ในทางการเมืองบนพื้นฐานของกติกาประชาธิปไตยควรจะเป็นอย่างไร ไม่ใช่การวิเคราะห์เฉพาะนักการเมืองและพรรคการเมืองเท่านั้น ด้วยเหตุนี้หากจะวิเคราะห์สภาพสังคมวิทยาการเมืองไทยให้เป็นวิชาการจริงๆ แล้ว ผู้วิเคราะห์จะต้องวิเคราะห์ปฏิสัมพันธ์ในทางการเมืองของสถาบันและกลุ่มผลประโยชน์ทางการเมืองเหล่านั้นทั้งหมด คือ สถาบันพระมหากษัตริย์และองคมนตรี นักการเมืองและพรรคการเมือง บรรดาสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา รัฐมนตรี ผู้พิพากษาศาลฎีกา ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ ทหาร ข้าราชการ พนักงานของรัฐ รวมถึงตลอดถึงนักธุรกิจ นักวิชาการ สื่อมวลชน ตลอดจนกลุ่มผลประโยชน์อื่นๆ เพราะหากการวิเคราะห์ไม่ได้กระทำอย่างรอบด้านแล้ว ก็อาจนำไปสู่บทสรุปที่ผิดพลาดได้ เช่น การเปรียบเทียบระบอบนาซีเยอรมันกับการปกครองของไทยภายใต้รัฐธรรมนูญ 2540 ซึ่งเป็นการเปรียบเทียบที่ “หยาบ” อย่างยิ่ง เพราะไม่ว่าจะพิจารณาในแง่ความเป็นมาทางประวัติศาสตร์

บรรทัดฐานทางกฎหมายและสังคม การดำรงอยู่ของสถาบันทางการเมือง ทัศนคติ อารมณ์และความรู้สึกของคนในชาติ ฯลฯ การปกครองทั้งสองกรณีนี้ ไม่อาจเปรียบเทียบกันได้เลย ผมมีข้อสังเกตว่าท่านผู้เขียนบทความอาจจะ ไม่ได้ศึกษาประวัติศาสตร์ของชนชาติเยอรมันสมัยฮิตเลอร์เรื่องอำนาจและ ตัวบทกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในเวลานั้นอย่างละเอียดลึกซึ้งมากนัก ดังจะเห็นได้จากความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนเกี่ยวกับที่มาของบทบัญญัติว่าด้วยการปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นอิสระของส.ส.โดยไม่ขึ้นอยู่กับอาณัติของผู้ใด (freies Mandat) ที่ผมได้ชี้ให้เห็นข้างต้น เมื่อไม่ได้ศึกษาความเป็นมาเป็นไปของระบอบนาซี เยอรมันให้ถ่องแท้ จึงไม่น่าประหลาดใจที่ท่านผู้เขียนบทความเพียงแค่เห็นว่าฮิตเลอร์เข้าสู่อำนาจโดยผ่านการเลือกตั้งเหมือนกัน ก็กระโจนไปสูบทสรุปอย่างง่ายดายว่าผลของการปกครองภายใต้รัฐธรรมนูญ 2540 ก็จะต้องออกมาในลักษณะที่เป็นเผด็จการโดยพรรคการเมืองเหมือนกัน และขยายเป็นความเชื่อตามๆ กันไป การยกเอาระบอบนาซีเยอรมันขึ้นมาเปรียบเทียบ จึงไม่สามารถจะเข้าใจเป็นอย่างอื่นได้ นอกจากผู้ที่เปรียบเทียบ ไม่ว่าจะเป็นใครก็ตามหยิบ “หน้ากาก” ทางวิชาการขึ้นมาสวม เพื่อตอบสนอง “ธง” หรือ “การเคลื่อนไหว” ทางการเมืองของคนเท่านั้น

4. ในตอนหนึ่งของบทความท่านผู้เขียนบทความกล่าวว่า “มนุษย์ทุกคน ต่างมี “ความเห็นแก่ตัว” เป็นธรรมชาติ (ของมนุษย์)” นำเสียดายที่ท่านผู้เขียนบทความใช้สมมติฐานข้อนี้ไปวิเคราะห์เฉพาะพรรคการเมืองกับการเมือง สมมติฐานข้อนี้ ถ้าท่านผู้เขียนบทความจะใช้ก็พึงใช้ให้เสมอกันกับกลุ่มผลประโยชน์ทางการเมืองทุกกลุ่ม ไม่เว้นแม้แต่ Statesman ของท่าน เว้นแต่ท่านผู้เขียนบทความจะคิดว่า Statesman ไม่ใช่มนุษย์ ถ้าเช่นนั้นก็สุดที่ผมนจะอภิปรายให้เหตุผลกับท่านผู้เขียนบทความได้ ดังนั้นเมื่อพูดถึงการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ไม่ใช่เฉพาะกลุ่มที่ขอแก้ไขรัฐธรรมนูญเท่านั้นที่มีผลประโยชน์ในทางการเมือง กลุ่มที่ไม่ต้องการให้แก้ไขรัฐธรรมนูญก็มีผลประโยชน์ในทางการเมืองเช่นกัน ปัญหาจึงมีอยู่แต่เพียงว่าผลประโยชน์

อันใดเป็นผลประโยชน์อันชอบธรรมที่บุคคลพึงได้รับ และจะจัดสรรผลประโยชน์ให้แก่บุคคลตลอดจนกลุ่มประโยชน์ต่างๆ ให้อยู่ดีมีสุขได้อย่างไร ภายใต้หลักการของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

จึงเรียนมาเพื่อท่านบรรณาธิการได้โปรดพิจารณาเผยแพร่จดหมายฉบับนี้ใน [www. pub-law.net](http://www.pub-law.net) ให้ท่านผู้อ่านเว็บไซต์เครือข่ายกฎหมายมหาชนไทยได้ทราบเรื่องราวโดยถูกต้องตามความเป็นจริงด้วย จักเป็นพระคุณยิ่ง

ขอแสดงความนับถือ

นายวรเจตน์ ภาคีรัตน์



อ่าน บทความ “คนไทยจะหา “ทางออกทางการเมือง” ได้อย่างไร” ตอนที่หนึ่ง และ “คนไทยจะหา “ทางออกทางการเมือง” ได้อย่างไร” ตอนที่สอง โดย ศ. ดร.อมร จันทรมบูรณ์

ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับเขตอำนาจศาล รัฐธรรมนูญต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2550 *

ฉันทิณี สันตะพันธุ์**

ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญต่อบทบัญญัติ
รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 ⁽¹⁾

เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) บัญญัติให้จัดตั้ง
ศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นครั้งแรกในประเทศไทย เพื่อเป็นองค์กรตุลาการที่
มีหน้าที่หลักในการรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญแห่งองค์กร
“คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” เดิมที่อยู่ในรูปของคณะกรรมการ ซึ่งมีปัญหาใน
เรื่องความเป็นกลางและความเป็นอิสระในการวินิจฉัยปัญหาต่างๆ อัน
สัมพันธ์กับเรื่องทางการเมือง เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นศาลที่ย่อม
ต้องมีการกำหนดขอบเขตอำนาจหน้าที่ ที่เรียกว่า “เขตอำนาจศาล” โดย
บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ เพราะศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลพิเศษกล่าวคือ

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net วันที่ 10 เมษายน พ.ศ. 2550

** นิติศาสตรบัณฑิต เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ศิลปศาสตรบัณฑิต (รัฐศาสตร์)
เกียรตินิยมอันดับสอง มหาวิทยาลัยรามคำแหง, นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

(1) สรุปความจาก ฉันทิณี สันตะพันธุ์, “เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญานมหาบัณฑิต
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551).

เป็นศาลที่ถูกจัดตั้งขึ้นมาโดยมีวัตถุประสงค์เฉพาะ คือการรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำทางนิติบัญญัติเป็นหลัก การกำหนดเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นไปตาม หลักการกำหนดเขตอำนาจศาลแบบเฉพาะเจาะจง (Enumeration; Enumerationsprinzip; compétence d'attribution) ซึ่งอธิบายได้ว่า เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญจะต้องถูกกำหนดไว้เป็นเรื่องๆ อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญเท่านั้น และไม่สามารถตีความขยายเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญออกไปเกินกว่าเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญได้นอกจากนี้ในกรณีที่รัฐธรรมนูญมิได้มีบทบัญญัติเปิดช่องให้รัฐสภามีอำนาจออกกฎหมายกำหนดเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญเพิ่มเติมไปจากที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ รัฐสภาก็ย่อมไม่สามารถออกกฎหมาย “ขยาย” หรือเพิ่มเติมเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญได้ ซึ่งแตกต่างจากการกำหนดเขตอำนาจศาลยุติธรรมและศาลปกครอง⁽²⁾

ในบทความนี้ผู้เขียนจะแบ่งการนำเสนอเป็น 3 ส่วน ได้แก่ ส่วนแรกเป็นปัญหาเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 อันเป็น “ปฐมบท” ของปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ ส่วนที่สองจะเป็นการวิเคราะห์เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 ว่าได้แก้ไขปัญหาเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญจากรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 บรรลุผลสัมฤทธิ์หรือไม่ อย่างไร ส่วนที่สามจะเป็นข้อเสนอแนะเพื่อกำหนดเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญที่เหมาะสม ชัดเจนต่อไป

(2) รรเจตน์ ภาศิริรัตน์, วิถีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ: ศึกษาเปรียบเทียบกับกรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2546), หน้า 24; บรรเจิด สิงคะเนติ, ความรู้ทั่วไปเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2544), หน้า 175 – 177 และ บรรเจิด สิงคะเนติ, “บทวิเคราะห์คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 24/2543 เรื่อง ระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งว่าด้วยการส่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ก่อนประกาศผลการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 ขัดต่อรัฐธรรมนูญ,” ใน รวมบทวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2547), หน้า 29, 33 – 34.

1. ปัญหาเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540

หลังจากการใช้บังคับรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 ได้เกิดปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญในหลายกรณีดังจะได้นำเสนอเป็นลำดับดังนี้

1.1 ปัญหาที่เกิดจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมายมี 2 ประการ ได้แก่

1.1.1 การขาดองค์กรที่มีอำนาจให้ความเห็นในกรณีมีปัญหาที่จะต้องตีความรัฐธรรมนูญ กล่าวคือเดิมคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2534 นั้นมีอำนาจหน้าที่ให้ความเห็นในกรณีที่มีปัญหาต้องตีความรัฐธรรมนูญ (รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2534 มาตรา 207) แต่เมื่อมีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นในรูปแบบของ “ศาล” หรือองค์กรตุลาการซึ่งไม่มีอำนาจให้ความเห็นทางกฎหมาย จึงเกิดปัญหาว่าหากมีความจำเป็นต้องตีความหรือให้ความเห็นต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญในประเด็นปัญหาสำคัญจะเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรใด ในเมื่อรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดให้องค์กรใดเป็นผู้มีอำนาจให้ความเห็นต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไว้ ผู้เขียนเห็นว่าต้องใช้หลักทั่วไปในการใช้การตีความกฎหมายคือเมื่อองค์กรใดเกิด “ข้อสงสัย” ต้องตีความรัฐธรรมนูญก็ต้องเป็นอำนาจขององค์กรนั่นเองที่จะตีความรัฐธรรมนูญในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตน

1.1.2 ปัญหาบทบัญญัติที่มีผลเป็นการขยายเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ โดยการกำหนดเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญเพิ่มเติมในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ คืออำนาจในการสั่งยุบพรรคการเมืองตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นบทบัญญัติที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเพราะขัดต่อหลักการกำหนดเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญแบบเฉพาะเจาะจง และกระทบต่อความสัมพันธ์เชิงโครงสร้างขององค์กรใช้อำนาจอธิปไตย⁽³⁾

(3) โปรดดู สุพล นิธิไกรพนธ์ และคนอื่นๆ, ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2546), หน้า 116 — 119.

1.2 ปัญหาที่เกิดจากการใช้การตีความรัฐธรรมนูญโดยไม่ตรงตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มี 3 ประการ ได้แก่

1.2.1 ปัญหาการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย และกฎ ข้อบังคับ เป็นผลจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 24/2543 ที่วางหลักว่าศาลปกครองมีเขตอำนาจในการตรวจสอบเฉพาะการกระทำของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือกำกับดูแลของรัฐบาลเท่านั้น ระเบียบของคณะกรรมการการเลือกตั้งที่ออกโดยคณะกรรมการการเลือกตั้งไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาวินิจฉัยของศาลปกครอง การพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งที่ออกโดยคณะกรรมการการเลือกตั้งจึงอยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ แต่ผู้เขียนไม่อาจเห็นพ้องด้วยเพราะระเบียบของคณะกรรมการการเลือกตั้งมีสถานะเป็นกฎต้องอยู่ในเขตอำนาจการตรวจสอบของศาลปกครอง⁽⁴⁾

1.2.2 ปัญหาการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ เป็นผลจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 52/2546 ซึ่งวางหลักว่า การใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดตามรัฐธรรมนูญของคณะกรรมการการเลือกตั้งถือเป็นที่ยุติ ไม่อาจถูกควบคุมตรวจสอบได้โดยองค์กรใด แต่ผู้เขียนไม่อาจเห็นพ้องด้วยเพราะตามหลักนิติรัฐแล้วการกระทำขององค์กรของรัฐย่อมไม่อาจหลุดพ้นไปจากการควบคุมตรวจสอบได้ เมื่อการกระทำขององค์กรตามรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางปกครองจึงย่อมอยู่ในเขตอำนาจการตรวจสอบของศาลปกครอง⁽⁵⁾

(4) โปรดดู บรรเจิด สิงคะเนติ, “บทวิเคราะห์คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 24/2543 เรื่อง ระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งว่าด้วยการสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ก่อนประกาศผลการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 ขัดต่อรัฐธรรมนูญ,” ใน รวมบทวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง, หน้า 12 - 37.

(5) โปรดดู บรรเจิด สิงคะเนติ, “บทวิเคราะห์คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 52/2546 เรื่อง คณะกรรมการการเลือกตั้งขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 266

1.2.3 ปัญหาความชัดเจนของเขตอำนาจในการวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 266 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญวางหลักไว้ในหลายคำวินิจฉัยว่า ปัญหาขององค์กรตามรัฐธรรมนูญอาจเป็นลักษณะของการมีปัญหากับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญองค์กรใดองค์กรหนึ่งมีอำนาจกระทำการเรื่องใดเรื่องหนึ่งหรือไม่ หรือเป็นลักษณะขององค์กรตามรัฐธรรมนูญสององค์กรมีความขัดแย้งกันในเรื่องอำนาจหน้าที่ก็ได้ แต่ผู้เขียนไม่อาจเห็นพ้องด้วย เพราะควรพิจารณาขอบเขตของคำว่า “ปัญหาอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ” ว่าหมายถึง เฉพาะกรณีที่องค์กรตามรัฐธรรมนูญตั้งแต่ 2 องค์กรขึ้นไปมีปัญหา “ความขัดแย้ง” กันอันเกิดจากการใช้อำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ จึงจะสอดคล้องกับหลักการกำหนดเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ ประสิทธิภาพและภารกิจของศาลรัฐธรรมนูญ ตลอดจนเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540⁽⁶⁾

1.2.4 ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายของกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญ มีหลายกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญได้เข้ามามีบทบาทในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย โดยอาศัยบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 266 เป็นฐานในการวินิจฉัย (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 38/2545 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 47/2547) ซึ่งผู้เขียนไม่อาจเห็นพ้องด้วย เพราะคณะกรรมการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญไม่ใช่องค์กรตามรัฐธรรมนูญและมาตรา 266 มีเจตนารมณ์ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเพียงกรณีที่ปัญหา “ความขัดแย้ง” เกี่ยวกับการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ

ข้อ 5 (ต่อ)

เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้งตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 145 วรรคหนึ่ง (3),”
ใน รวมบทวิเคราะห์คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง, หน้า 53 — 88.

(6) ไพโรจน์ สมคิด เลิศไพฑูรย์, รายงานการวิจัยเรื่องการขัดแย้งระหว่างเขตอำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพฯ: สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2550), หน้า 241 — 264.

ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ไม่ใช่กรณีที่มีข้อสงสัยปัญหาภายในองค์กรใดองค์กรหนึ่งกระทำการใช้อำนาจโดยไม่ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายแล้วจะเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยโดยอ้างว่าเป็นปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ หากแต่ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายในประการนี้ต้องอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง เพราะคำสั่ง มติวินิจฉัยต่าง ๆ ของคณะกรรมการสรรหาซึ่งเป็นคำสั่ง หรือคำวินิจฉัยที่กระทบกับสิทธิเสรีภาพของบุคคลเฉพาะรายนี้เป็นการใช้อำนาจทางปกครอง⁽⁷⁾

ต่อมาเมื่อรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 ถูกยกเลิกไปโดยการรัฐประหารเมื่อวันที่ 19 กันยายน พ.ศ. 2549 ก็ได้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นอีกครั้งโดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2550) ซึ่งมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 24 สิงหาคม พ.ศ. 2550

2. ผลสัมฤทธิ์ของการแก้ไขปัญหาโดยรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550

รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 ได้ “พยายาม” แก้ไขปัญหาเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 หลายประการ แต่จากการศึกษาวิเคราะห์โดยอาศัยแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญประกอบแล้วพบว่า อาจจำแนกปัญหาเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญได้เป็น 3 กลุ่ม ดังนี้

2.1 ปัญหาที่รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 สามารถแก้ไขได้
บรรลุผลสัมฤทธิ์ มีเพียงกรณีเดียวคือ การแบ่งแยกเขตอำนาจระหว่างศาลรัฐธรรมนูญ และศาลปกครองในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายลำดับชั้นต่าง ๆ โดยการแยกอนุมาตราของบทบัญญัติมาตรา 245 ที่กำหนดอำนาจหน้าที่ของผู้ตรวจการแผ่นดินในการเสนอเรื่องปัญหาความ

(7) โปรตตุ จูติพร ศรีมังคละ, “การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตรบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), หน้า 87 – 128.

ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายของกฎหมายลำดับชั้นต่าง ๆ โดยกำหนดให้บทบัญญัติของกฎหมายอยู่ในเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ส่วนกฎและคำสั่งอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

2.2 ปัญหาที่รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 ได้พยายามแก้ไขแต่ยังไม่บรรลุผลสัมฤทธิ์ มี 2 ประการ ได้แก่

2.2.1 ปัญหาการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 บัญญัติให้การตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองตามมาตรา 223 แต่ในวรรคสองของมาตราเดียวกันได้บัญญัติ “ข้อยกเว้น” ไว้ว่าในกรณีที่ “การวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้น” ย่อมไม่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองนี้เป็นการแก้ปัญหายังไม่ครบถ้วนและรอบด้านเพียงพอ เพราะผู้เขียนเห็นว่าบรรดาการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญหรือตามกฎหมายล้วนมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางปกครองซึ่งอาจกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจึงต้องอยู่ภายใต้การควบคุมโดยศาลปกครองทั้งสิ้น

2.2.2 ปัญหาเขตอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยปัญหาอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ แม้รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 จะพยายามปรับปรุงถ้อยคำที่กำหนดเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในเรื่องนี้ให้ชัดเจนยิ่งขึ้นว่าเรื่องที่จะเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาได้ต้องเป็นกรณีที่มี “ความขัดแย้ง” เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรดังกล่าว ตั้งแต่สององค์กรขึ้นไปเท่านั้น แต่การที่ กำหนด “รายชื่อ” ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดเจนและเจาะจง อาจนำไปสู่ปัญหามิคดีขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญโดยไม่มีเนื้อหาเป็นคดีรัฐธรรมนูญที่แท้จริง เพราะมีบางองค์กรมิได้มีลักษณะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญอย่างแท้จริง

2.3 ปัญหาที่รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 ยังไม่ได้แก้ไข มี 3 ประการ ได้แก่

2.3.1 ปัญหาการขาดองค์กรที่มีอำนาจให้ความเห็นในกรณีปัญหาที่จะต้องตีความรัฐธรรมนูญ เมื่อรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 มิได้กำหนดให้องค์กรใดเป็นผู้มีอำนาจให้ความเห็นตอบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไว้ ดังนั้นประเด็นปัญหาการขาดบทบัญญัติที่ระบุถึงกรณีมีปัญหาต้องตีความรัฐธรรมนูญจึงยังคงเป็น “ช่องว่าง” ทางรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 ยังไม่ได้แก้ปัญา

2.3.2 ปัญหาการกำหนดเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญเพิ่มเติม ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนอกเหนือจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ หลังจากรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 มีผลใช้บังคับก็ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 ซึ่งยังคงมีบทบัญญัติในลักษณะ “ขยาย” หรือ “เพิ่มเติม” เขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญจากที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหลายกรณี โดยที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเปิดช่องไว้ให้สามารถทำได้

2.3.3 ปัญหาการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายของกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 มิได้บัญญัติกลไกหรือองค์กรใดให้มีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายของกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญไว้เป็นการเฉพาะ

3. ข้อเสนอแนะ

จากสภาพปัญหาที่ผู้เขียนได้นำเสนอมาตั้งแต่ตอนต้นเป็นที่เห็นได้ชัดว่าเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 ยังคงมี ปัญหาที่ต้องได้รับการแก้ไข ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะเพื่อเป็นแนวทางกำหนดเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญที่เหมาะสม ชัดเจนและสอดคล้องกับหลัก

การกำหนดเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ โดยข้อเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเด็นต่าง ๆ ดังนี้⁽⁸⁾

3.1 ปัญหาการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ขอเสนอให้ตัดบทบัญญัติวรรคสองของมาตรา 223 ซึ่งบัญญัติว่า “อำนาจศาลปกครองตามวรรคหนึ่งไม่รวมถึงการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้น” ออก เนื่องจากผู้เขียนเห็นว่าเป็นบทบัญญัติที่ขัดต่อหลักนิติรัฐและหลักการตรวจสอบและถ่วงดุลเพื่อปกป้องสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชน เพราะการใช้อำนาจวินิจฉัยชี้ขาดนี้ไม่ว่าจะเป็นการใช้อำนาจโดยมีฐานที่มาจากรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายลำดับใดก็ย่อมมีลักษณะกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนอย่างชัดแจ้งทั้งสิ้น การกำหนดให้การกระทำดังกล่าวพ้นไปจากการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยองค์กรตุลาการซึ่งมีความเป็นกลางและเป็นอิสระยิ่งกว่าองค์กรใดของรัฐ จึงไม่ต่างอันใดจากการบั่นทอนหลักนิติรัฐและความเป็นรัฐเสรีประชาธิปไตยที่ยึดมั่นในหลักนิติรัฐว่าการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐทุกองค์กร ไม่เว้นแม้แต่องค์กรตามรัฐธรรมนูญ หากกระทบต่อของสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนแล้วย่อมต้องอยู่ภายใต้หลักการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายโดยศาลหรือองค์กรตุลาการทั้งสิ้นซึ่งเห็นว่าศาลที่ควรมีเขตอำนาจตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญได้แก่ศาลปกครอง

นอกจากนี้เมื่อพิจารณากฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองแล้วจะพบว่า การจัดโครงสร้างของศาลปกครองนั้นแบ่งออกเป็น 2 ระดับ คือ ศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุด โดยศาลปกครองชั้นต้นมีเขตอำนาจในการพิจารณาข้อพิพาททางปกครองทั่ว ๆ ไป ส่วนศาลปกครองสูงสุดมีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีสำคัญ ๆ เช่น

(8) ภาณุทิพย์ สันตะพันธุ์, “เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551), หน้า 236 – 240.

คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาหรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรีหรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี ซึ่งเรื่องดังกล่าวสามารถนำมาฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุดได้โดยตรงโดยไม่ต้องยื่นฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นก่อน เจตนารมณ์ที่บัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้ก็เพื่อเป็นการกำหนดให้ข้อพิพาทที่เกิดจากบุคคลหรือคณะบุคคลระดับสูงซึ่งมีลักษณะเป็นองค์กรกลุ่ม (Collective Body) ถูกพิจารณาโดย “ศาลสูง” อันเป็นการให้เกียรติบุคคลหรือคณะบุคคลดังกล่าวและเพื่อความรวดเร็วในการพิจารณาคดีของศาลด้วย ซึ่งในประเด็นนี้เองที่ผู้เขียนเห็นว่า ข้อพิพาทที่เกิดจากการดำเนินงานขององค์กรตามรัฐธรรมนูญควรเข้าสู่การพิจารณาของศาลปกครองสูงสุดได้โดยตรงไม่ต้องผ่านการพิจารณาของศาลปกครองชั้นต้นก่อนแต่อย่างใดก็ตาม การให้ข้อพิพาทที่เกิดจากการดำเนินงานขององค์กรตามรัฐธรรมนูญเข้าสู่การพิจารณาของศาลปกครองสูงสุดได้โดยตรงนั้น องค์กรตามรัฐธรรมนูญจำเป็นต้อง “ปรับปรุง” กระบวนวิธีพิจารณาของตนเองใหม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของการใช้อำนาจประเภทที่สามคือ การใช้อำนาจในการสั่งการหรือการวินิจฉัยที่มีผลทางกฎหมายไปกระทบกระเทือนถึงสิทธิของบุคคลในทางตรงอันเป็นการใช้อำนาจที่มีลักษณะ “กึ่งตุลาการ” ทำนองเดียวกับการปฏิบัติหน้าที่ของศาล โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความ อันได้แก่ หลักการฟังความสองฝ่าย หลักความเป็นกลางและการคัดค้านกรรมการ หลักการให้เหตุผลในคำวินิจฉัย หลักการลงลายมือชื่อในคำวินิจฉัย หลักความเป็นที่สุดของคำวินิจฉัย รวมไปถึงการนำเอากระบวนวิธีพิจารณาแบบใดส่วนมาใช้ ซึ่งหากองค์กรตามรัฐธรรมนูญใช้หลักทั้งหลายในการพิจารณาวินิจฉัย คำวินิจฉัยที่ออกมาก็ถือเสมือนหนึ่งว่าได้ผ่านการพิจารณาจาก “ศาลชั้นต้น” ไปแล้ว จึงชอบที่จะนำข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาของศาลปกครองสูงสุดได้ทันที โดยผู้เขียนขอเสนอให้แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 223 ที่กำหนดเขตอำนาจของศาลปกครองเป็นดังนี้

“มาตรา 223 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทระหว่างหน่วยราชการหน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกัน อันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย หรือเนื่องมาจากการดำเนินกิจการทางปกครองของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ รวมทั้งมีอำนาจพิจารณาพิพากษาเรื่องที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง

ให้มีศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองชั้นต้น และจะมีศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ด้วยก็ได้

ให้คดีพิพาทเกี่ยวกับการใช้อำนาจทางปกครองขององค์กรตามรัฐธรรมนูญอยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุด”

3.2 ปัญหาเขตอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยปัญหาอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ในส่วนบทบัญญัติของมาตรา 214 นั้นมีความเหมาะสมแล้ว แต่ผู้เขียนขอเสนอให้ยกเลิกบทบัญญัติหมวด 11 องค์กรตามรัฐธรรมนูญทั้งหมด แล้วย้ายบทบัญญัติในส่วนขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญไปไว้ยังหมวดอื่นที่เกี่ยวข้องในลักษณะเดียวกับรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 ดังนี้

3.2.1 คณะกรรมการการเลือกตั้ง ให้เป็นส่วนที่ 10 ของหมวด 6 รัฐสภา เนื่องจากคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญที่มีอำนาจหน้าที่และภารกิจหลักในการบริหารและจัดการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา

3.2.2 ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ และคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ให้เป็นส่วนที่ 5 ส่วนที่ 6 และส่วนที่ 7 ตามลำดับในหมวด 12 การตรวจสอบการใช้

อำนาจรัฐ เนื่องจากองค์กรทั้งสามมีอำนาจหน้าที่และภารกิจหลักในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ

3.2.3 คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ให้เป็นเป็นส่วนที่ 13 ของหมวด 3 สิทธิเสรีภาพของชนชาวไทย เพราะคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีอำนาจหน้าที่และภารกิจหลักในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล

3.2.4 องค์กรอัยการและสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ให้ตัดออกจากการเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญเพราะโดยสถานะและลักษณะของการใช้อำนาจแล้วมิได้มีลักษณะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ

3.3 ปัญหาการขาดองค์กรที่มีอำนาจให้ความเห็นในกรณีมีปัญหาที่จะต้องตีความรัฐธรรมนูญ ขอเสนอให้เพิ่มเติมบทบัญญัติวรรคสองของมาตรา 214 เพื่อแก้ปัญหาในกรณีองค์กรตามรัฐธรรมนูญมี “ข้อสงสัย” เกี่ยวกับการตีความรัฐธรรมนูญในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของตนโดยบัญญัติว่า

“ในกรณีมีข้อสงสัยเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ซึ่งต้องตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนี้ หรือบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยมิได้เป็นปัญหาความความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ตามวรรคหนึ่งให้เป็นอำนาจขององค์กรนั้นเอง”

อย่างไรก็ตาม หากกรณีเกิดปัญหาความขัดแย้งในอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญขึ้นแล้วมีการส่งเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยตามมาตรา 214 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญย่อมเป็นที่สุดและผูกพันองค์กรของรัฐหรือที่กล่าวกันว่าศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ให้ความหมายสุดท้ายแก่รัฐธรรมนูญนั่นเอง

3.4 ปัญหาการกำหนดเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญเพิ่มเติมในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนอกเหนือจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ขอเสนอให้เพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 217/1 ขึ้น เพื่อรับรองเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีอื่น ๆ ที่มีได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

ให้สามารถกำหนดเพิ่มขึ้นได้ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ภายใต้เงื่อนไขว่าอำนาจหน้าที่ที่เพิ่มเติมขึ้นดังกล่าวต้องเกี่ยวเนื่องกับอำนาจหน้าที่ที่กำหนดไว้แล้วในรัฐธรรมนูญด้วย ดังนี้

“มาตรา 217/1 นอกจากที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจอื่นตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่ตราขึ้นตามรัฐธรรมนูญนี้ ทั้งนี้ อำนาจที่กำหนดไว้ในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวต้องเกี่ยวเนื่องกับอำนาจที่กำหนดไว้แล้วในรัฐธรรมนูญนี้”

3.5 ปัญหาการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายของกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ข้อเสนอให้มีการกำหนดกลไกการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายของกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญไว้เป็นการเฉพาะดังนี้

3.5.1 กำหนดให้ศาลปกครองสูงสุดมีเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายของกระบวนการสรรหาในขั้นตอนของคณะกรรมการสรรหาและที่ประชุมใหญ่ของศาล เนื่องจากการพิจารณาของคณะกรรมการสรรหาและที่ประชุมใหญ่ของศาลมีลักษณะเป็นองค์กรกลุ่ม (Collective Body) ที่มีกระบวนการขั้นตอนพิจารณาที่ละเอียดรอบคอบแล้วในระดับหนึ่ง กอปรกับเป็นการ “ให้เกียรติ” แก่คณะกรรมการสรรหาและที่ประชุมใหญ่ของศาลซึ่งประกอบด้วยบุคคลระดับสูงและเพิ่มความรวดเร็วอันเป็นการคุ้มครองประโยชน์ของผู้เสียหายจากกระบวนการสรรหาอันไม่ชอบนั้นด้วย

3.5.2 กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญมีเขตอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายของกระบวนการสรรหาในขั้นตอนของวุฒิสภา เนื่องจากการใช้อำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ โดยควรเพิ่มเติมบทบัญญัติ มาตรา 206/1 ดังนี้

“มาตรา 206 /1 หากมีผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากกระบวนการสรรหาในขั้นตอนของคณะกรรมการสรรหาและที่ประชุมใหญ่ของศาล ให้ผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายนั้นมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลปกครองสูงสุดเพื่อพิจารณาวินิจฉัยได้ภายในเจ็ดวันนับแต่มีเหตุให้ยื่นคำร้องนั้นได้ และให้ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในสิบห้าวัน

หากมีผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากกระบวนการสรรหาในขั้นตอนของวุฒิสภา ให้ผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายนั้นมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยได้ภายในเจ็ดวันนับแต่มีเหตุให้ยื่นคำร้องนั้นได้และให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในสิบห้าวัน

ให้นำบทบัญญัติมาตรานี้ไปใช้บังคับกับการสรรหาคณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติด้วยโดยอนุโลม”

อนึ่ง ข้อเสนอแนะของผู้เขียนทั้ง 5 ประการข้างต้นนี้เป็นข้อเสนอแนะให้แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 เพื่อกำหนดโครงสร้างและกลไกที่เหมาะสม ชัดเจน เป็นระบบ สำหรับแก้ไขและป้องกันปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญที่อาจจะเกิดขึ้นได้ในอนาคต แฉ่นอกเหนือจากการแก้ไขปัญหาในเชิงโครงสร้างของบัญญัติรัฐธรรมนูญอันเป็นเรื่องของ “ระบบ” แล้ว ผู้เขียนใคร่เห็นความร่วมมือทั้งจากสถาบันการศึกษาด้านนิติศาสตร์ และองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวข้องกับการบังคับใช้กฎหมายมหาชนแก้ปัญหาด้าน “บุคลากร” ในระบบกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมทางมหาชน โดยการสร้างและพัฒนา “นักกฎหมายมหาชน” (ในความหมายของประเทศภาคพื้นทวีปยุโรป) ที่มีความรู้ความเข้าใจโครงสร้างปรัชญา และแนวคิดของกฎหมายมหาชนทั้งระบบ เพื่อให้ระบบกฎหมายมหาชนของประเทศไทยที่เพิ่งเกิดขึ้นเมื่อปี พ.ศ. 2540 และยังล้มลุกคลุกคลานอยู่ นี้ มีความแข็งแกร่งและก้าวหน้ายิ่งๆ ขึ้นไป

บรรณานุกรม

- ฉานทิพย์ สันตะพันธ์. เขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญ. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารคดี
คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551
- ฐิติพร ศรีมงคละ. การควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการสรรหา
ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญ. วิทยานิพนธ์
ปริญญาโทบริหารคดี คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์,
2549.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. การตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ.
เอกสารวิจัย หลักสูตรการป้องกันราชอาณาจักร ภาครัฐ เอกชน
และการเมือง รุ่นที่ 4 ประจำปีการศึกษา พุทธศักราช 2549 —
2550.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ :
วิญญูชน, 2544.
- บรรเจิด สิงคะเนติ. รวบรวมวิเคราะห์คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญและคำสั่งศาล
ปกครอง. กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2547.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. รายงานการวิจัยเรื่ององค์กรอิสระตามบทบัญญัติของ
รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. กรุงเทพฯ:
คณะกรรมการวิจัยและสัมมนา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย
ธรรมศาสตร์, 2550.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. วิถีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ศึกษากรณีศาล
รัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย. กรุงเทพฯ :
วิญญูชน, 2546.
- สมคิด เลิศไพฑูรย์. รายงานการวิจัยเรื่องการขัดแย้งระหว่างเขตอำนาจของ
องค์กรตามรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ,
2550.
- สุรพล นิติไกรพจน์ และคนอื่น ๆ. ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตาม
รัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2546.



ความเบ็ดเสร็จของ กกต. อีกประเด็น สำหรับการแก้ไขรัฐธรรมนูญ*

พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย**

ในช่วงเวลาที่ผ่านมา คณะกรรมการสมานฉันท์เพื่อการปฏิรูปการเมือง และศึกษาการแก้ไขรัฐธรรมนูญมีการถกเถียงกันถึงสาเหตุต่างๆ แห่งวิกฤติการณ์ทางสังคมและการเมืองในประเทศไทยที่ผ่านมา จึงมีการกำหนดกรอบของการทำงานไว้ 2 ประเด็นหลัก ซึ่งประเด็นหนึ่งคือการศึกษาค้นคว้าในการปฏิรูปการเมืองอันเกี่ยวข้องกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ มีการกำหนดกรอบระยะเวลาในการทำงานข้างต้นไว้เป็นเวลา 45 วัน

ผู้เขียนเห็นว่า ณ เวลาปัจจุบัน ถือเป็นโอกาสอันดีที่จะนำเสนอประเด็นสำคัญที่มีความเกี่ยวข้องกับการปฏิรูปการเมืองและการแก้ไขรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องนำไปพิจารณา

นับตั้งแต่ที่รัฐสภามีมติให้ตั้งคณะกรรมการขึ้นมา 2 ชุด เพื่อศึกษาและแก้ไขปัญหาการเมืองไทย ประเด็นการเสนอแก้ไขรัฐธรรมนูญในมาตรา 190, 237, 265, 266, 291, และ 309 ได้ถูกหยิบยกขึ้นมากล่าวถึงอย่างหนาหู แต่หาได้มีการกล่าวถึงมาตรา 239 แต่อย่างใดไม่

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net วันที่ 21 มิถุนายน พ.ศ. 2552

** คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ

มาตรา 239 ที่ผู้เขียนเสนอแนะให้มีการแก้ไขนั้นว่าด้วยเรื่องของ “อำนาจเบ็ดเสร็จของคณะกรรมการการเลือกตั้งในการวินิจฉัยให้ใบเหลืองหรือใบแดง” อันเป็นบทบัญญัติที่เป็นปัญหาคอระบบการเมืองไทยไม่น้อย

ในความเป็นจริงแล้ว ประเด็นอำนาจเบ็ดเสร็จของ กกด. นี้มีการวิพากษ์กันมาตั้งแต่รัฐธรรมนูญฉบับปี 2540 บังคับใช้ อย่างไรก็ดี หากจะถามว่าเหตุใดจึงมีการร่างกฎหมายให้อำนาจแก่ กกด. มากมาย ผู้เขียนใคร่ขอทำความเข้าใจภูมิหลังแห่งปัญหาที่ปรากฏขึ้นในการเลือกตั้งของประเทศไทย โดยสังเขปเพื่อให้ผู้อ่านได้เห็นภาพความเป็นมาเป็นไปก่อนที่จะได้เข้าสู่ประเด็นปัญหาที่ผู้เขียนต้องการกล่าวถึง

เมื่อคิดนับตั้งแต่เปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองในปี พ.ศ. 2475 กระทั่งมหาดไทยมีอำนาจหน้าที่เข้ามาจัดการการเลือกตั้ง มีการกล่าวหาอยู่ตลอดถึงการทุจริตการเลือกตั้งด้วยข้อกล่าวหาที่ว่า มีข้าราชการของกระทรวงวางตัวไม่เป็นกลาง มีส่วนในการช่วยทุจริตการเลือกตั้ง ฯลฯ ทั้งนี้ยังมีพักที่จะกล่าวถึงการทุจริตที่เกิดจากผู้ลงสมัครรับเลือกตั้งเองด้วย

ปัญหาของการทุจริตการเลือกตั้งยังดำรงคงอยู่ตลอดจนกระทั่งปี พ.ศ. 2531 มีการแพร่หลายเป็นอย่างมาก เหตุการณ์นี้ท้ายที่สุดถูกนำไปเป็นข้ออ้างหนึ่งในการทำรัฐประหารโดยคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ หรือ รสช. ด้วยความมั่นใจสัญญาว่าจะทำการปฏิรูปการเลือกตั้งให้เป็นไปโดยบริสุทธิ์ยุติธรรม

ภายหลังการรัฐประหารข้างต้น กระแสความตื่นตัวในการปฏิรูประบบการเลือกตั้งเริ่มต้นเมื่อมีการจัดตั้งคณะกรรมการองค์กรกลางการเลือกตั้ง แต่ปัญหาการทุจริตการเลือกตั้งก็ยังคงไม่หมดไป ในเวลาต่อมาจึงเกิดกระแสให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการการเลือกตั้งขึ้น

ในปี พ.ศ. 2538 ได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้งขึ้น ทั้งนี้เป็นไปตามมาตรา 115 แห่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2535 ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมปี พ.ศ. 2538 เพื่อจัดตั้ง กกด. ขึ้นเพื่อดูแลควบคุมการ

เลือกตั้ง แต่ก็มิได้บังคับใช้

กกต. ถือบังเกิดขึ้นอย่างเป็นทางการภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 พร้อมทั้งให้ “อำนาจกึ่งตุลาการ” (Quasi Judicial Power) เพื่อแก้ไขปัญหาการทุจริตการเลือกตั้งผ่านเครื่องมือที่ทรงอำนาจพออย่าง “ใบเหลืองและใบแดง” เมื่อมีหลักฐานอันเชื่อได้ว่าการเลือกตั้งมิได้เป็นไปโดยบริสุทธิ์ยุติธรรม

ในสมัยที่ กกต. ชุดแรกซึ่งประกอบไปด้วยบุคคลที่ได้รับการยกย่องจากสังคมว่าเป็นผู้มีความสุจริตเข้าทำงาน หลายฝ่ายแสดงความชื่นชมถึงความเด็ดขาดที่ของ กกต. สามารถกำจัดผู้ทุจริตการเลือกตั้งได้พอสมควร แต่ต่อมาความวิตกกังวลของนักวิชาการเริ่มแสดงให้เห็นด้วยการวิจารณ์ว่าระบบ กกต. ถือเป็น “ดาบสองคม” โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากกลไกดังกล่าวถูกใช้เป็นเครื่องมือเพื่อกำจัดศัตรูทางการเมือง กล่าวคือ เมื่อ กกต. มีมติให้ใบเหลืองหรือใบแดงกับผู้สมัครรับเลือกตั้ง บุคคลนั้นไม่สามารถคัดค้านคำวินิจฉัยได้เนื่องจากเคยมีความเห็นของ กกต. ว่าคำวินิจฉัยถือเป็นเด็ดขาดไม่อาจฟ้องร้องยังศาลใดได้

ซ้ำร้ายเข้าไปอีกเมื่อปรากฏว่ามีผู้รับสมัครรับเลือกตั้งในช่วงเวลานั้นไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของ กกต. ในการให้ใบแดงตน จึงได้ยื่นคัดค้านต่อศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครอง ท้ายที่สุดแล้วศาลทั้งสองได้มีคำวินิจฉัยและคำสั่งตามลำดับอันถือเป็นบรรทัดฐานว่ามีได้อยู่ในอำนาจการพิจารณาวินิจฉัย

การนี้จึงเป็นการยืนยันว่า กกต. เป็นองค์กรอิสระที่มีอำนาจเบ็ดเสร็จที่มีอาจถูกตรวจสอบได้แม้กระทั่งศาล ดังนั้น นักวิชาการจำนวนหนึ่งจึงได้มีการเรียกร้องให้ทำการปฏิรูปโครงสร้างอำนาจของ กกต. ให้ถูกตรวจสอบและถ่วงดุลได้

ต่อมาเมื่อมีการร่างรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ประเด็นอำนาจอย่างเบ็ดเสร็จของ กกต. ได้ถูกนำมาพิจารณาอีกครั้งและนำไปสู่มาตรา 239 ที่มีการปรับโครงสร้างอำนาจใหม่โดยแบ่งเป็น 2 กรณีด้วยกัน อันได้แก่ การให้

ใบเหลืองและใบแดงก่อนและหลังการประกาศผลการเลือกตั้ง

กรณีของการให้ใบเหลืองและใบแดงหลังการประกาศผลการเลือกตั้งนั้นไม่มีปัญหา หากแต่ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับกรณีก่อนการประกาศผลการเลือกตั้งที่ให้อำนาจแก่ กกต. อย่างเบ็ดเสร็จในการแจกใบเหลืองและใบแดง ด้วยการบัญญัติว่า “ให้คำวินิจฉัยของคณะกรรมการการเลือกตั้งถือเป็นที่สุด” อันหมายถึง ก่อนการประกาศผลการเลือกตั้ง กกต. มีสิทธิขาดที่จะให้ใบเหลืองหรือใบแดงแก่ผู้สมัครรับเลือกตั้ง

แม้ผู้สมัครจะไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยก็มีอาจไปยื่นให้ศาลเข้ามาตรวจสอบคำวินิจฉัยได้ หลักการนี้ได้รับการรับรองโดยศาลรัฐธรรมนูญในคดีการยุบพรรคชาติไทยและพรรคมหาชนธิปไตยอย่างประจักษ์ชัดว่าศาลไม่มีอำนาจที่จะเปลี่ยนแปลงคำวินิจฉัยของ กกต. เพราะคำสั่งของ กกต. เป็นที่สุด

ตรงนี้เองแสดงให้เห็นว่า กกต. ยังคงมีอำนาจล้นพ้นที่ได้ผิดแผกแตกต่างกับโครงสร้างอำนาจที่ถูกออกแบบโดยรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 มากมายนัก โดยเหตุผลที่ สสร. ขณะนั้นเสนอมาตรการเบ็ดเสร็จแก่ กกต. ด้วยการบัญญัติให้คำวินิจฉัยของ กกต. เป็นที่สุด ห้ามมิให้มีการร้องต่อองค์กรตุลาการคือ หากมีการอนุญาตให้ภาคประชาชนสู่ศาลจะเป็นอุปสรรคต่อการเลือกตั้งโดยการเลือกตั้งจะล่าช้าออกไป

จริงอยู่ว่าการเสนอดังกล่าวเป็นเจตนาดี แต่การนำเอาเรื่องความล่าช้าในการเลือกตั้งมาเป็นเกณฑ์ในการตัดสิทธิผู้สมัครในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมนั้นไม่เหมาะสมอย่างยิ่ง ไม่มีเหตุผลมากเพียงพอที่จะรับฟังได้เนื่องจากหลักการดังกล่าวขัดต่อหลักนิติรัฐ (Legal State) อย่างชัดเจน

เป็นการประหลาดอย่างยิ่งในขณะที่มีการร่างรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน มีการประกาศไว้อย่างชัดเจนว่าต่อไปประเทศไทยจะต้องเป็นนิติรัฐ มีการบัญญัติหลักนิติรัฐไว้อย่างเป็นลายลักษณ์อักษรในมาตรา 3 เป็นครั้งแรก ทุกองค์กรรวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญต้องปฏิบัติตามหลักนิติรัฐ แต่มาตรา 239 กลับมิได้อำนาจพื้นฐานของหลักนิติรัฐแม้แต่บัดนี้ ตรงกันข้าม กลับอยู่บน

หลักการของรัฐตำรวจ (Police State) ที่ให้ความสำคัญไปที่เป้าหมายมากกว่าวิธีการ

การนี้ยังมีพหุต้องพิจารณาถึงกรณีมาตรา 239 นี้ขัดแย้งกับหลักการต่าง ๆ ของหลักนิติรัฐที่อยู่ตามมาตราดัง ๆ ในรัฐธรรมนูญอันรวมถึงหลักการว่าด้วยการตรวจสอบการใช้อำนาจด้วยองค์กรตุลาการในมาตรา 28 ที่วางหลักเกณฑ์ไว้ว่า “...บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้ สามารถยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้เพื่อใช้สิทธิทางศาลหรือยกขึ้นเป็นข้อต่อสู้คดีในศาลได้...” อันถือได้ว่าเป็นองค์ประกอบที่สำคัญอย่างมากในระบบนิติรัฐ

นอกจากนี้แล้ว ความเบ็ดเสร็จของ กกต. นี้ก็ยังเป็นการขัดต่อหลักพื้นฐานในระบอบประชาธิปไตยอย่าง “หลักการแบ่งแยกอำนาจ” (Separation of Powers) ที่มีความสำคัญมาก ทั้งนี้เห็นได้จากคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของประเทศฝรั่งเศสซึ่งถือได้ว่าเป็นเอกสารสำคัญฉบับหนึ่งที่วางหลักกฎหมายมหาชนที่หลากหลาย ประเทศนำมาใช้จนกระทั่งถึงปัจจุบันในข้อที่ 16 ที่ระบุว่า “สังคมใดไม่มีการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย จะถือว่าไม่มีรัฐธรรมนูญไม่ได้”

กล่าวอีกนัยหนึ่ง หากองค์กรใดมีอำนาจเบ็ดเสร็จจนกระทั่งไม่สามารถที่จะถูกตรวจสอบถ่วงดุลได้ องค์กรดังกล่าวคงคือ “องค์กรเผด็จการ” เราพึงตระหนักว่าคำว่าองค์กรอิสระนั้นหาใช่เป็นอิสระจนกระทั่งมิอาจถูกตรวจสอบได้ หากแต่ยังคงต้องอยู่บนหลักการแบ่งแยกอำนาจและการตรวจสอบถ่วงดุลอยู่ต่อไป

โดยปกติแล้ว ผู้เขียนจะไม่มีความกังวลในดัวบทกฎหมายที่มีเนื้อหาทำนองที่ว่าได้ให้คำวินิจฉัยขององค์กรใด ๆ ถือเป็นที่สุดมากจนกระทั่งเรียกร้องให้มีการแก้ไขดัวบทกฎหมายเลย หากบทบัญญัติเหล่านั้นถูกบังคับใช้อยู่ในประเทศที่เป็นนิติรัฐโดยแท้จริง อาทิ เยอรมัน ฝรั่งเศส สหรัฐอเมริกา เป็นต้น เนื่องจาก แม้จะมีการร่างบทบัญญัติดังกล่าว แต่ในทางปฏิบัติก็สามารถที่

จะบังคับใช้ได้อย่างที่มีการกำหนดไว้ กล่าวคือ ไม่สามารถกีดกันศาลได้เพราะศาลจะยกหลักนิติรัฐในฐานะหลักกฎหมายมหาชนขึ้นมาวินิจฉัยและตรวจสอบ (Judicial Review) คำสั่ง หรือคำวินิจฉัยขององค์กรใด ๆ ได้

ผู้อ่านโปรดนึกภาพว่า เมื่อผู้ถูกกระทบบสิทธิไปศาลอันถือได้ว่าเป็นที่พึ่งสุดท้ายที่จะอำนวยความยุติธรรม (The Last Resort of Justice) ในฐานะขององค์กรในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ แต่ท้ายที่สุดกลับถูกปฏิเสธแล้วใครเล่าจะมาช่วยเหลือประชาชนจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจ

การร่างบทบัญญัติทำนองที่ให้คำวินิจฉัยขององค์กร ถือเป็นที่สุดมิสามารถถูกตรวจสอบได้โดยศาลนี้สะท้อนให้เห็นว่าผู้ร่างเป็นนักกฎหมายแบบปฏิฐานนิยม (Positivist) โดยแท้ เพราะคิดว่าทุกอย่างจะเป็นไปตามสิ่งที่ตนเองกำหนดไว้ เพียงเพราะคิดว่ากฎหมายมีสภาพบังคับ ประชาชนต้องเคารพมิฉะนั้นจะต้องได้รับโทษ ความคิดเช่นนี้ก่อให้เกิดสภาวะระบบนิติรัฐและประชาธิปไตยในเชิงรูปแบบเท่านั้น หากได้เป็นระบบนิติรัฐและประชาธิปไตยอย่างแท้จริงที่จะต้องคำนึงในเชิงเนื้อหาเป็นสำคัญไม่

ยิ่งไปกว่านั้น บทบัญญัติทำนองนี้ยังสะท้อนให้เห็นว่า ที่ผ่านมาระมองว่านักการเมืองเท่านั้นเป็นผู้ผิด ต้องกำจัดออกไป แค่นี้ได้ละเลยที่จะพิจารณาถึงระบบกลไกในองค์กรวม ซึ่งการร่างกฎหมายเช่นนี้ไม่สามารถนำพาประเทศไปสู่การปฏิรูปการเมืองได้อย่างแท้จริงเลย หากปล่อยให้มึกลไกแบบนี้จะเป็นการเสี่ยงต่อการใช้อำนาจตามอำเภอใจ

ผู้เขียนไม่ได้บอกและมีอาจก้าวล่วงไปวิพากษ์ว่า กกต. ชุดปัจจุบันมิได้เป็นคนดี หากผู้เขียนต้องการชี้ให้เห็นว่าระบบคำวินิจฉัยแบบเบ็ดเสร็จเช่นนี้อันตรายและไม่ถูกต้อง ระบบนี้สะท้อนให้เห็นถึงความคิดแบบยึดติดที่ตัวบุคคลมากเกินไป กล่าวคือ ที่ผ่านมาระเราชอบยึดติดว่าแม้จะให้อำนาจมาก ๆ แต่เมื่อผู้ใช้อำนาจเป็นคนดีมีคุณธรรมก็ไม่มีปัญหา แนวคิดนี้ส่งผลมาสู่การออกแบบผ่านกลไกทางรัฐธรรมนูญโดยให้ศาลซึ่งถือว่าเป็นผู้มีความซื่อสัตย์สุจริตมาทำการคัดสรรบุคคลเข้าดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ

จึงเป็นการเห็นได้ว่าเราเน้นระบบการเข้ามาดำรงตำแหน่งมากกว่าจะไปพิจารณาถึงกลไกที่จะส่งผลในระยะยาว จะทำอย่างไรหากในช่วงเวลาหนึ่ง ผู้ที่ไม่มีความซื่อสัตย์หลุดรอดเข้าไปดำรงตำแหน่งและใช้อำนาจไปตามอำเภอใจ (Arbitrary) ใครจะมาคานและดุลอำนาจ ของบุคคลเหล่านั้น

จากหลักการและเหตุผลต่าง ๆ ที่ผู้เขียนได้นำอธิบายมาแล้วในข้างต้นจึงแสดงให้เห็นว่าแม้ถ้าต่อไปในอนาคตมีการแก้ไขมาตรา 237 ของรัฐธรรมนูญอันเป็นบทบัญญัติว่าด้วยการยุบพรรคที่เป็นอุปสรรคต่อพัฒนาการทางการเมืองไทยแล้วก็ตาม แต่ถ้าหากไม่มีการพิจารณาทบทวนเพื่อทำการแก้ไขมาตรา 239 โดยให้องค์กรตุลาการ (แม้กระทั่งเป็นการจัดตั้งศาลชำนาญการพิเศษอย่างศาลเลือกตั้งขึ้น) เข้ามาตรวจสอบถ่วงดุลการใช้ อำนาจของ กกต. แล้ว การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามหลัก นิติรัฐและระบอบประชาธิปไตยที่เป็นเสาหลักของประเทศก็จะถูกละเมิดไป



บทบาทสื่อมวลชน กับการปฏิรูปการเมือง*

ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ**

ความนำ

เมื่อพูดถึงบทบาทสื่อมวลชนกับการปฏิรูปการเมือง ก็คงต้องตั้งหลักกันที่การปฏิรูปการเมืองก่อน แล้วจึงพิจารณาบทบาททางสื่อมวลชนกับการปฏิรูปการเมืองดังกล่าว

พอเริ่มพูดถึง “การปฏิรูปการเมือง” หลายฝ่ายก็คงจะระอาและรู้สึกว่ “ปฏิรูปกันอีกแล้วหรือนี่?”

คำว่า “การปฏิรูปการเมือง” นี้ใช้มาตั้งแต่ พ.ศ. 2538 เมื่อประธานรัฐสภา (นายมารุต บุณนาค) ได้แต่งตั้งคณะกรรมการพัฒนาประชาธิปไตย ซึ่งมีนายแพทย์ประเวศ วะสี เป็นประธาน คณะกรรมการดังกล่าวมีข้อเสนอให้การปฏิรูปการเมือง พร้อมเสนอกระบวนการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับเพื่อการปฏิรูปดังกล่าว อันเป็นที่มาของการแก้ไขรัฐธรรมนูญ จัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญและมีการจัดทำรัฐธรรมนูญปี 2540 ที่เรียกกันว่า รัฐธรรมนูญ

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net วันที่ 16 สิงหาคม พ.ศ. 2552

** ราชบัณฑิต เลขาธิการสถาบันพระปกเกล้า

ฉบับประชาชนและทุกฝ่ายก็ต้องตั้งความหวังว่า รัฐธรรมนูญฉบับนั้นทำการปฏิรูปการเมืองแล้ว จึงมีการ “ปฏิรูป” ต่างๆ ตามกันมา ไม่ว่าจะเป็น “ปฏิรูปการศึกษา” “ปฏิรูปกฎหมาย” “ปฏิรูปสื่อ” ฯลฯ

ครั้นรัฐธรรมนูญปี 2540 ใช้มายังไม่ทันครบ 10 ปี ก็เกิดปัญหาการเมืองและความขัดแย้งอย่างรุนแรง จนเกิดการยึดอำนาจเมื่อวันที่ 19 กันยายน 2549 และเลิกรัฐธรรมนูญฉบับนั้น และมีการจัดทำรัฐธรรมนูญปี 2550 ออกใช้มาจนปัจจุบัน แต่ความขัดแย้งทางการเมืองก็ยังไม่จบซ้ากลับรุนแรงยิ่งขึ้นทั้งนอกสภาและในสภา และประเด็นแห่งความขัดแย้งประเด็นหนึ่งที่สำคัญก็คือ จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 2550 หรือจะกลับไปนำรัฐธรรมนูญ 2540 มาใช้บังคับอีก คำว่า “ปฏิรูปการเมือง” จึงหวนกลับมาอีกวาระหนึ่ง โดยข้อเสนอของนายกรัฐมนตรีนายอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ)

แต่ข้อเสนอให้มีการปฏิรูปการเมืองครั้งนี้มีบริบทต่างจากในปี 2540 โดยสิ้นเชิง กล่าวคือ ในปี 2540 ข้อเสนอเรียกร้องให้ปฏิรูปการเมืองมาจากนักวิชาการ และประชาสังคมนอกสภา ด้วยความไม่ไว้วางใจนักการเมือง แต่ข้อเสนอครั้งนี้มาจากฝ่ายการเมืองในสภาซึ่งไม่พอใจรัฐธรรมนูญปี 2550 ที่ถูกกล่าวหาว่าจัดทำขึ้นเพื่อ “เล่นงาน” นักการเมืองประการหนึ่ง นอกจากนั้น กระบวนการปฏิรูปการเมืองในปี 2540 อาศัยคนนอกที่ไม่ใช่ทางการเมืองเป็นหลัก โดยเฉพาะการตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญมาปฏิรูปการเมือง แต่ครั้งนี้ อาศัยสมาชิก 2 สภาเป็นหลัก โดยการตั้งคณะกรรมการสมานฉันท์เพื่อปฏิรูปการเมืองและแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญขึ้นดำเนินการ เป็นประการที่สอง และในประการสุดท้าย การปฏิรูปการเมืองในปี 2540 ก่อให้เกิดความหวังและกำลังใจในหมู่ประชาชนจนวิกฤตเศรษฐกิจในปี 2540 ซึ่งร้ายแรง กลับไม่ส่งผลต่อจิตใจของประชาชนมากเพราะสมหวังที่ได้รัฐธรรมนูญปี 2540 แต่ข้อเสนอให้ปฏิรูปในครั้งนี้เกิดจากความขัดแย้งยืดเยื้อมาตั้งแต่ปี 2551 ทั้งยังไม่ได้สร้างความหวังใดๆ ให้ประชาชนส่วนใหญ่ ตรงกันข้ามกลับสร้างความวิตกกังวลว่า การปฏิรูปครั้งนี้เองจะสร้างความขัดแย้งรุนแรงให้เกิดขึ้น

อีกหรือไม่

ไม่ว่าจะเป็นอย่างไรก็ตาม ทุกคนยอมรับร่วมกันว่ามีปัญหาและวิกฤตใหญ่หลวงทางการเมืองและการบริหารบ้านเมืองที่จะต้องหาทางออกให้วิกฤตที่ว่ำนั้นยุติลง และไม่เกิดขึ้นอีก และนี่เองคือโจทย์ใหญ่ที่การปฏิรูปครั้งนี้ต้องตอบ

ดังนั้น ปาฐกถาในวันนี้ต้องแยกพิจารณาเป็น 2 ประเด็นหลัก คือ

I. การปฏิรูปเพื่อยุติวิกฤต ป้องกันความขัดแย้งและสร้างความเข้มแข็งให้สังคมไทย และ

II. บทบาทสื่อมวลชนในการปฏิรูปดังกล่าว

โปรดสังเกตคำที่ใช้ว่า “ปฏิรูป” โดยไม่มีคำว่า “การเมือง” ต่อท้ายที่เป็นเช่นนี้ เพราะในทัศนะของผม คำตอบต่อโจทย์ที่ว่าทำอย่างไรจะยุติวิกฤตปัจจุบันและป้องกันไม่ให้เกิดความขัดแย้งเช่นนี้อีกในอนาคต เราอาจต้องปฏิรูปอะไร ๆ อีกหลายอย่างที่ไปไกลกว่าการปฏิรูปการเมืองจนถึงขั้น “ปฏิรูปประเทศไทย” เลยทีเดียว

I. การปฏิรูปประเทศเพื่อยุติวิกฤต ป้องกันความขัดแย้งและสร้างความเข้มแข็งให้สังคมไทย

การที่เราจะปฏิรูปประเทศเพื่อยุติวิกฤตและป้องกันประวัติศาสตร์ซ้ำรอย เราจึงต้องรู้สาเหตุของวิกฤตเสียก่อน และเราไม่อาจรู้สาเหตุของวิกฤตได้ ด้วยการพิจารณาข้อขัดแย้งในปัจจุบันเท่านั้น แต่ต้องค้นหาสาเหตุของข้อขัดแย้งย้อนไปในอดีต

1. ย้อนอดีตหาสาเหตุแห่งความขัดแย้ง

1.1 โลกกับประเทศไทย

ประเทศไทยในยุครัตนโกสินทร์ได้เข้าสู่การเชื่อมโยงกับโลกทั้งทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง ใน 2 ระยะ คือ

ระยะแรก เมื่อมีการลงนามในสนธิสัญญาเบาริง (Bowring's Treaty) ในปี พ.ศ. 2398 โดยมีการเปิดประเทศให้ชาวต่างประเทศสามารถมีความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจโดยตรงกับคนไทย โดยไม่ต้องผ่านการซื้อขายโดยรัฐผ่านพระคลังสินค้า การเปิดเสรีทางการค้ากับมหาอำนาจ 18 ประเทศดังกล่าว นำมาซึ่งการปฏิรูประบบเศรษฐกิจ สังคม และการปกครองในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวอย่างมาก เพื่อตอบสนองแรงกดดันจากระบบเศรษฐกิจเสรีแบบตลาด แต่ได้เริ่มมีการโอนทรัพยากรที่เคยมีเหลือเพื่อและให้ราษฎรและชุมชนใช้สอยได้เข้าสู่รัฐส่วนกลางตามลำดับ อาทิ การจัดตั้งกรมป่าไม้ในปี พ.ศ. 2439 และโอนอำนาจการจัดการป่าไม้มาไว้ที่ส่วนกลางตั้งแต่ พ.ศ. 2427 รวมทั้งรวมอำนาจการจัดการสาธารณูปโภค และสัมปทานทรัพยากรทั้งปวงที่เคยอยู่ที่เจ้าเมืองมาไว้ที่ส่วนกลาง (พระราชบัญญัติสำหรับผู้รักษาเมืองซึ่งทำสัญญากับชาวต่างประเทศ พ.ศ. 2417)

การเปิดประเทศสู่ระบบเศรษฐกิจโลกยังนำมาซึ่งความจำเป็นต้องมีการปฏิรูปการปกครองและระบบราชการอีกมาก เช่น การรวมศูนย์อำนาจรัฐมาไว้ที่ส่วนกลาง การแทนที่ระบบจตุสดมภ์ ด้วยการบริหารแบบกระทรวง ทบวง กรม (พ.ศ. 2435) และการยกเลิกระบบเสนาบดีและการสถาปนาระบบราชการใหม่การจัดตั้งหอรัษฎากรพิพัฒน์ซึ่งต่อมาได้กลายเป็นกระทรวงการคลังขึ้นในปี พ.ศ. 2416 เพื่อเก็บภาษีอากรมาจัดทางงบประมาณให้ประเทศ

การเปิดประเทศและการปฏิรูปทั้งเศรษฐกิจ สังคม และการปกครองที่เริ่มต้นในรัชกาลที่ 5 ได้ส่งผลให้เกิดคนมั่งมีและคนชั้นกลางขึ้นจำนวนหนึ่ง โดยเฉพาะเชื้อสายขุนนางเก่าและคนจีนที่เข้ามาค้าขายจนเกิดความมั่งคั่งขึ้น นอกจากนั้น การเปิดประเทศไปสู่โลกตะวันตกด้วยการส่งคนไปเรียนต่อต่างประเทศก็ดี จ้างคนต่างประเทศเข้ามาพัฒนาประเทศในฐานะที่ปรึกษาที่ดี นำมาซึ่งความคิดในการเปลี่ยนแปลงการเมืองของประเทศ ดังจะเห็นได้ว่าแม้ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวก็ได้มีเจ้านายและขุนนางกราบบังคมทูลถวายความเห็นให้เปลี่ยนแปลงราชการแผ่นดิน (ร.ศ. 103 หรือ

พ.ศ. 2427) ซึ่งความพยายามในการให้เปลี่ยนแปลงระบอบการเมืองนี้มีมาต่อเนื่องจนถึงรัชกาลที่ 6 ก็เกิดกบฏ ร.ศ. 130 ขึ้น (ร.ศ. 130 หรือ พ.ศ. 2454) โดยในขณะนั้นก็มีการเปลี่ยนแปลงในดุริย และในประเทศจีนด้วย ความพยายามนี้มาบรรลุลผลในวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว เมื่อคณะราษฎรเข้ายึดอำนาจและเปลี่ยนแปลงการปกครองมาเป็นระบอบประชาธิปไตยซึ่งมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข

ระยะที่สอง ประเทศไทยเข้าไปเชื่อมโยงกับระเบียบโลกใหม่ (New World Order) ที่สถาปนาขึ้นโดยมหาอำนาจหลังสงครามโลกครั้งที่สอง โดยในทางการเมืองแบบสงครามเย็น ประเทศไทยก็อยู่ในค่ายโลกเสรีที่นำโดยสหรัฐอเมริกาและนาโต (NATO) ในทางเศรษฐกิจนั้น มหาอำนาจตะวันตกได้สถาปนาธนาคารโลก (World Bank) กองทุนการเงินระหว่างประเทศ (IMF) และข้อตกลงทั่วไปว่าด้วยการค้าและภาษีศุลกากร (GATT) เพื่อขยายระบบเศรษฐกิจแบบตลาด ไทยก็เข้าไปสู่การเชื่อมโยงกับโลกอีกครั้งด้วยการเป็นภาคี IMF ในปี พ.ศ. 2492 และได้กู้เงินธนาคารโลกครั้งแรกในปี พ.ศ. 2493 โดยเพิ่งเข้าเป็นภาคี GATT ในปี พ.ศ. 2525

การเชื่อมโยงครั้งที่สองกับระบบโลกใหม่นี้ ส่งผลหลายประการต่อการพัฒนาทั้งเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง

ในทางเศรษฐกิจนั้น การจำเป็นต้องกู้เงินธนาคารโลก และแหล่งเงินทุนอื่นๆ นำมาซึ่งการก่อตั้งสภาพัฒนาเศรษฐกิจขึ้น (พ.ศ. 2493) และมีการจัดทำแผนพัฒนาเศรษฐกิจแห่งชาติขึ้น (พ.ศ. 2504-2509) โดยมีการกำหนดยุทธศาสตร์การพัฒนาประเทศโดยเน้นการผลิตเพื่อทดแทนการนำเข้า (import substitution) ซึ่งต้องอาศัยการพึ่งพาเงินทุนมหาศาลจากต่างประเทศ นโยบายและกฎหมายต่างๆ ที่ออกในช่วงนี้ก็เป็นไปเพื่อตอบสนองยุทธศาสตร์ดังกล่าวทั้งสิ้น เช่น กฎหมายส่งเสริมการลงทุน กฎหมายการนิคมอุตสาหกรรม กฎหมายการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว ฯลฯ ต่อมายุทธศาสตร์ก็เปลี่ยนเป็นการผลิตเพื่อส่งออก (export oriented) ในแผน 4 และแผน 5 อย่างไรก็ดี การเกษตรกรรมที่เคยเป็นรายได้หลักของประเทศกลับไม่ได้รับความสำคัญ

ดังนั้น การเพิ่มผลผลิตจึงเป็นไปด้วยการขยายพื้นที่ ไม่ใช่ด้วยการเพิ่มผลิตภาพต่อไร่ ทั้งยังไม่มียุทธศาสตร์การพัฒนาการเกษตรและเกษตรกร ซึ่งเป็นคนส่วนใหญ่ของประเทศ นอกจากนี้ไม่มียุทธศาสตร์พัฒนายกเว้นการพยุงราคาเมื่อมีปัญหาแล้ว ในหลายกรณี รัฐก็กลับกระทำการที่เป็นผลเสียต่อเกษตรกรเสียเอง อาทิ การเก็บพรีเมียมข้าวที่ส่งออก ซึ่งส่งผลให้ผู้ส่งออกผลกำไรไปกตราคาซื้อข้าวจากชาวนาให้ตกต่ำลงไป นโยบายส่งเสริมธุรกิจและอุตสาหกรรมขนาดใหญ่เพื่อการส่งออก ละเลยธุรกิจขนาดกลางขนาดเล็ก และไม่ได้เกี่ยวกับการพัฒนาการเกษตรและเกษตรกรซึ่งเป็นคนส่วนใหญ่ของประเทศนี้ ก่อให้เกิดความกระจุกตัวของความมั่งคั่งอย่างมหาศาล (ปราณี ทินกร, 2536, 2545; สหัชชัย เลิศพรกุลรัตน์, 2541) ในขณะที่เกิด “คนมั่งมีมหาศาล” และ “คนชั้นกลาง” ที่มีอำนาจต่อรองในระบบเศรษฐกิจแบบตลาด และเข้าถึงทรัพยากรชั้นในเมือง ก็เกิด “คนจน” ที่เป็นเกษตรกรและอยู่ในชนบทมากขึ้น (ธวัช มกรพงศ์ 2537; เมธี กรองแก้ว, 2538) และแม้ว่าประเทศไทยจะมีรายได้ประชาชาติต่อคนเพิ่มขึ้น สัมประสิทธิ์จีนีก็ไม่เปลี่ยนแปลงมากนัก (ชนินทร์ มีโกศล, 2544) ดัง 2 ตารางข้างล่างนี้

ตารางที่ 1 : ตารางการกระจายรายได้ในช่วงเวลา พ.ศ.2505-2533

รายการ	2505/06	2511/12	2514/16	2518	2524	2529	2531	2533
กลุ่มประชากรร้อยละ 20 ที่มีรายได้ต่ำสุด (Quintile 1)	2.0	3.1	2.4	6.05	5.15	1.17	1.53	1.23
กลุ่มประชากรร้อยละ 20 ที่มีรายได้ต่ำ (Quintile 2)	6.2	6.1	5.1	9.72	9.26	7.82	7.89	7.43
กลุ่มประชากรร้อยละ 20 ที่มีรายได้ปานกลาง (Quintile 3)	10.5	10.4	9.7	14.02	13.69	12.30	12.38	11.58
กลุ่มประชากรร้อยละ 20 ที่มีรายได้สูง (Quintile 4)	20.9	19.2	18.4	20.97	21.08	26.43	20.17	19.49
กลุ่มประชากรร้อยละ 20 ที่มีรายได้สูงสุด (Quintile 5)	59.5	60.9	64.4	49.24	50.52	54.95	54.40	57.26
ค่าสัมประสิทธิ์จีนี	U.456	0.482	0.535	0.426	0.442	0.495	4.489	0.15
อัตราส่วนรายได้ของกลุ่มรวมที่สุดต่อกลุ่มจนสุด (Q5/Q1)	20.5	17.9	26.8	8.1	9.3	12.30	12.0	13.5

ตารางที่ 2 : ตารางการกระจายรายได้ในช่วงเวลา พ.ศ.2535-2549

รายการ	2505	2507	2509	2541	2540	2542	2547	2549
กลุ่มประชากรร้อยละ 20 ที่มีรายได้ต่ำสุด (Quintile 1)	3.98	3.97	4.16	4.27	3.89	4.23	4.54	3.84
กลุ่มประชากรร้อยละ 20 ที่มีรายได้ต่ำ (Quintile 2)	6.93	7.23	7.52	7.69	7.19	7.72	8.04	7.67
กลุ่มประชากรร้อยละ 20 ที่มีรายได้ปานกลาง (Quintile 3)	10.96	11.61	11.78	11.91	11.39	12.07	12.41	12.12
กลุ่มประชากรร้อยละ 20 ที่มีรายได้สูง (Quintile 4)	18.80	19.81	19.88	19.74	19.76	20.07	20.16	20.08
กลุ่มประชากรร้อยละ 20 ที่มีรายได้สูงสุด (Quintile 5)	59.43	57.37	56.66	56.39	57.77	55.91	54.86	56.29
ค่าสัมประสิทธิ์จีนิ	0.536	0.521	0.516	0.509	0.525	0.507	0.493	0.515
อัตราส่วนรายได้ของกลุ่มรวม ที่สุดต่อกลุ่มจนสุด (Q5/Q1)	14.09	14.5	13.6	13.2	14.9	13.23	12.10	14.66

ที่มา: Medhi Krongkeaw (1979), สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ (คำนวณจากเทปข้อมูลการสำรวจภาวะเศรษฐกิจและสังคมในปีต่าง ๆ โดยใช้น้ำหนักถ่วงข้อมูลของสถาบันวิจัยเพื่อพัฒนาประเทศไทย). ข้อมูลจากการสำรวจภาวะเศรษฐกิจและสังคมของครัวเรือน ประมวลผลโดยสำนักพัฒนาการเศรษฐกิจชุมชนและการกระจายรายได้ ใน อัสวิน ไกรนุช (2550) รายงานการวิจัยเรื่อง การเปลี่ยนแปลงความเหลื่อมล้ำของการกระจายรายได้จาก การพัฒนาประเทศ

“คนจน” และเกษตรกรเหล่านี้ไม่มีอำนาจต่อรองในระบบเศรษฐกิจแบบตลาดเหมือนคนชั้นกลาง และเข้าไม่ถึงทรัพยากร (ซึ่งในอดีตเคยเข้าถึง แต่ถูกรัฐส่วนกลางรวบอำนาจจัดการแต่ผู้เดียวไว้) คนเหล่านี้จึงต้อง “พึ่งพิง” ผู้มีทรัพยากรในหัวเมือง ซึ่งทำให้คนเหล่านี้เป็น “ผู้มีสิทธิพล” และสามารถได้รับความไว้วางใจเลือกให้เข้ามาทำหน้าที่แทนในฐานะผู้แทนราษฎรในระบอบประชาธิปไตย และก้าวไปสู่อำนาจรัฐที่มากกว่านั้นในฐานะรัฐมนตรี

1.2 ความขัดแย้งเชิงโครงสร้าง

ในขณะที่ระบบเศรษฐกิจไทยก็ยังไม่ใช้ระบบเศรษฐกิจเสรีที่อาศัยกลไกตลาดเต็มที่ เพราะรัฐยังคงครอบครองทรัพยากรสำคัญไว้และให้สัมปทานแก่เอกชน การเข้าสู่อำนาจการเมืองจึงไม่ได้หมายถึงการมี “อำนาจ” เท่านั้น แต่หมายถึง “โอกาส” ทางธุรกิจและเศรษฐกิจที่เกิดจากการมีอำนาจให้สัมปทาน หรืออาจได้รับสัมปทานเสียเอง ซึ่งในหลายกรณีทำให้บุคคลเหล่านี้กลายเป็น “ผู้มั่งมี” ขึ้นได้ในเวลาอันรวดเร็ว การทุจริตและการประพฤติมิชอบในรูปแบบต่างๆ ก็เกิดขึ้นโดยทั่วไป ทั้งระดับการตัดสินใจของรัฐทางการเมืองทั้งในระบบการเลือกตั้ง

ระบบเศรษฐกิจกึ่งเสรี กึ่งผูกขาด นำมาซึ่งปัญหาสังคมซึ่งแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 8 — ฉบับที่ 10 พยายามแก้ไข แต่ยังไม่เห็นผลเป็นที่ประจักษ์ แต่ระบบนี้มีความเชื่อมโยงสำคัญกับระบอบการเมืองหลัง พ.ศ. 2475 ในหลายลักษณะ แต่ลักษณะสำคัญก็คือสภาพที่นักวิชาการเรียกว่า “คนจน” ซึ่งต้องพึ่งพิงการอุปถัมภ์และเป็นคนส่วนใหญ่ของประเทศ เป็น “ฐานเสียง” และเป็นผู้ก่อให้เกิดเสียงข้างมากในสภาและรัฐบาล แต่ “คนชั้นกลาง” เป็น “ฐานนโยบาย” เพราะเสียงดังกว่าและมีอำนาจล้มล้างรัฐบาลที่ตนไม่ชอบได้ ในขณะที่ข้าราชการทหารพลเรือนซึ่งเป็นตัวแทนอำนาจรัฐที่แท้จริง ก็ยังคงแย่งชิงอำนาจทางการเมืองกับพรรคการเมืองและผู้ที่มาจากการเลือกตั้ง ซึ่งก่อให้เกิดผลสำคัญในระบอบการเมืองไทย คือ ในระยะเวลา 78 ปีของระบบรัฐสภา ประเทศไทยมีนายกรัฐมนตรี 27 คน มีคณะรัฐมนตรี 59 ชุด มีรัฐธรรมนูญ 18 ฉบับ มีกบฏ 11 ครั้ง มีการปฏิวัติรัฐประหาร 9 ครั้ง

ที่กล่าวมาทั้งหมดนี้แสดงให้เห็นว่าความขัดแย้งระหว่าง “คนมั่งมีมหาศาล” และ “คนชั้นกลาง” ฝ่ายหนึ่ง กับ “คนจนส่วนใหญ่” อีกฝ่ายหนึ่ง ชอนตัวอยู่ได้เศรษฐกิจแบบกึ่งเปิดกึ่งปิด และการเมืองแบบกึ่งเผด็จการกึ่งประชาธิปไตย ความขัดแย้งนี้ เป็นความขัดแย้งเชิงโครงสร้างที่รอวันปะทุขึ้น

ไม่วันใดก็วันหนึ่ง

แม้ว่าจะมีความพยายามปฏิรูปการเมืองโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งมีเจตนารมณ์ทำให้การเมืองเป็นของพลเมืองด้วยการขยายสิทธิ เสรีภาพ และส่วนร่วมทางการเมืองให้มากขึ้น พยายามทำให้ระบอบการเมืองโปร่งใสและสุจริตด้วยการเพิ่มองค์การตรวจสอบมากถึง 8 องค์การ และมีกระบวนการตรวจสอบหลายชั้น รวมทั้งการทำให้รัฐบาลมีเสถียรภาพและประสิทธิภาพก็ตาม แต่รัฐธรรมนูญฉบับนี้ ก็ไม่ได้ปรับความขัดแย้งเชิงโครงสร้างที่ฝังลึกและซ่อนอยู่อย่างจริงจัง โดยเฉพาะความขัดแย้งที่เกิดมาจากการจัดสรรทรัพยากรของรัฐไทยซึ่งเป็นปัญหาทางเศรษฐกิจแม้ว่ารัฐธรรมนูญดังกล่าวจะทิ้งเชื้อที่สำคัญไว้ในหมวดสิทธิเสรีภาพบางประการ เช่น การศึกษาฟรี การช่วยคนชรา คนพิการ และการตั้งสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติขึ้น แต่การปรับโครงสร้างการจัดสรรทรัพยากรยังคงมีลักษณะเดิม ที่เป็นเช่นนี้เพราะรัฐธรรมนูญ ฉบับนี้ มุ่งเน้นการปฏิรูปการเมืองเพื่อแก้ปัญหาการเมืองเป็นหลัก

1.3 โครงสร้างเศรษฐกิจและการจัดสรรผลประโยชน์เดิมในโครงสร้างการเมืองแบบใหม่

เมื่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 เน้นการเพิ่มส่วนร่วมทางการเมืองของพลเมืองและการทำให้รัฐบาลมีเสถียรภาพ ผลที่เกิดขึ้นจากการใช้รัฐธรรมนูญก็คือ

ระบบการเลือกตั้งแบบแบ่งเขตและบัญชีรายชื่อทำให้พรรคการเมืองที่แข่งขันต้องเน้นเรื่อง “นโยบาย” มากขึ้นจากการหา (ซื้อ) เสียงธรรมดา จึงทำให้พรรคการเมืองบางพรรค โดยเฉพาะพรรคไทยรักไทย ใช้นโยบายประชานิยมไปหาเสียง และระบบเลือกตั้งตามรัฐธรรมนูญก็ส่งผลให้พรรคการเมืองที่ชนะเลือกตั้งได้เสียงข้างมากเกือบเด็ดขาดในการเลือกตั้งครั้งแรกๆ ในปี พ.ศ. 2544 และได้เสียงเลือกตั้งเป็นเสียงข้างมากเด็ดขาดในปี พ.ศ. 2548

นโยบายประชานิยมของพรรคไทยรักไทยได้รับเลือก เมื่อเป็นรัฐบาลแล้ว รัฐบาลที่มีพรรคไทยรักไทยเป็นแกนนำก็เร่งคิดนโยบายประชานิยมมากขึ้นเรื่อย ๆ

สถานะเช่นนี้ ทำให้ความขัดแย้งที่ถูกปกปิดหรือซ่อนตัวอยู่ กลับเปิดออก ทำให้คนจนส่วนใหญ่ที่ไม่มีอำนาจต่อรอง และเข้าไม่ถึงทรัพยากร ได้มีโอกาส ล้มลองสิ่งที่ไม่เคยได้ลองมาก่อน ไม่ว่าจะเป็นการรักษายาบาลกึ่งฟรี การมี กองทุนหมู่บ้าน การได้รับจัดสรรเงิน SML รายจังหวัด การได้ทุนไปเรียน ต่างประเทศอำเภอละ 1 ทุน หรือการกู้ยืมเงินเพื่อการศึกษา การผลิตสินค้า พื้นบ้านหนึ่งตำบลหนึ่งผลิตภัณฑ์ ฯลฯ ทำให้เกิด “สำนึกใหม่” ทางการเมือง ของคนจน ถึง “อำนาจ” ของคะแนนเสียงเลือกตั้ง และความสัมพันธ์ระหว่าง “นโยบาย” ของพรรคการเมืองที่หาเสียงเป็นรัฐบาล กับทรัพยากรที่ตนจะได้รับ และที่สำคัญทั้งหมดนี้เป็นผลมาจากพรรคการเมืองที่ตนเลือก และเป็นพรรค ที่กำหนดนโยบายนี้สามารถนำนโยบายไปสู่การปฏิบัติได้อย่างมีประสิทธิภาพ และประสิทธิผล เพราะเป็นเสียงข้างมาก จึงไม่น่าแปลกใจว่าในการเลือกตั้ง ทั่วไปครั้งที่ 2 พรรคไทยรักไทยจึงมีเสียงข้างมากเด็ดขาด ในภาวะเช่นนี้ เรา อาจวิเคราะห์ได้ว่าคะแนนเสียง 1 เสียงที่ให้ คือ คำขอให้เข้าถึงทรัพยากรที่ คนเหล่านั้นไม่เคยคิดว่าจะได้ แต่ได้มาจากการเลือกตั้งครั้งก่อน

ผู้เป็นหัวหน้ารัฐบาลและบุคคลในคณะรัฐมนตรีส่วนใหญ่เป็น “ผู้มั่งมี มหาศาล” ทั้งสิ้น ธุรกิจที่อยู่ในเครือข่ายก็มีทุนมหาศาลประมาณกันว่าไม่เคย มีรัฐบาลใดที่ชุมนุมผู้มั่งคั่งทางเศรษฐกิจได้มากเท่ารัฐบาลไทยรักไทย อำนาจ ของทุนดังกล่าวที่มีต่อสื่อมวลชนและบุคคลต่างๆ ที่อยู่ในตำแหน่งสำคัญเป็น ที่กล่าวขวัญกันบ่อยขึ้น และจุดเปลี่ยนอยู่ที่เมื่อครองอำนาจไประยะหนึ่ง รัฐบาล ก็ออกนโยบายที่เป็นประโยชน์ต่อธุรกิจเครือข่ายจนเป็นที่มาของคำกล่าวที่ว่า “ทุจริตเชิงนโยบาย” ทั้งนี้เพราะนโยบายต่างๆ ออกมามักเป็นการเอื้อ ประโยชน์ต่อธุรกิจของนักการเมืองเหล่านั้น จึงเป็นที่น่าสังเกตว่านักธุรกิจ หลายคนเมื่อมาเข้าสู่การเมืองกลับมีฐานะร่ำรวยขึ้น รวมถึงคนในครอบครัว และพวกพ้อง ที่ล้วนมีธุรกิจที่ต่อเนื่องกัน ถึงแม้จะมืองค์กรตรวจสอบ และ ให้มีการเปิดเผยบัญชีทรัพย์สินหนี้สิน แต่ไม่ได้ทำให้ประเด็นเหล่านี้หมดสิ้นไป

เพราะการเลียงการตรวจสอบทำได้ไม่ยากโดยมีผู้อื่นครอบครองแทน การทำธุรกิจขนาดใหญ่โดยคนที่เกี่ยวข้องกับคนในรัฐบาลมีมากมาย โครงการขนาดใหญ่จะอยู่ในการดำเนินการของกลุ่มทุนที่เข้าสนับสนุนทางการเมืองทั้งสิ้น คนรวยยิ่งรวยขึ้น คนชั้นกลางถูกทอดทิ้ง

แม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 เพิ่มส่วนร่วมทางการเมืองให้ประชาชนก็จริงอยู่ มีการกระจายอำนาจมากขึ้น แต่ประชาชนส่วนใหญ่ที่ยังยากจนและต้องพึ่งพิง ก็ยังไม่มีสำนึกและทักษะพอที่จะใช้เครื่องมือที่รัฐธรรมนูญให้ไว้อย่างจริงจัง ประกอบกับช่องทางการเข้าถึงกระบวนการมีส่วนร่วมยังไม่เปิดกว้างพอ และภาครัฐเองยังขาดความจริงใจในการให้ประชาชนมีส่วนร่วม กฎหมายที่เกี่ยวข้องที่ต้องออกมาตามรัฐธรรมนูญกลับมิได้ออกมา เพราะกระบวนการที่คุ้นเคยกันดีที่ยังมิได้เปลี่ยนไปสู่การบริหารราชการแนวใหม่ที่ทำให้ประชาชนเป็นศูนย์กลาง แม้มีพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พุทธศักราช 2546 ออกมาก็ตาม อีกทั้งข่าวการทุจริตในระดับต่าง ๆ มีมากขึ้น

นอกจากนี้ประชาชนส่วนใหญ่ยังใส่ใจในความหอมหวานของทรัพยากรที่ได้จากนโยบายประชานิยม จึงทำให้การตรวจสอบรัฐบาลโดยประชาชนไม่เกิดขึ้นจริงจัง กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ สำนึกในการตรวจสอบรัฐบาลที่รับมอบอำนาจไปจากตน อยู่ในระดับต่ำกว่าสำนึกในคะแนนเสียงเลือกตั้งที่ใช้แลกกับทรัพยากรที่ได้มา นอกจากนั้น วัฒนธรรมในระบบอุปถัมภ์แบบเดิมในลักษณะ “ราชฎร” หรือ “ไพร่ฟ้า” ยังเป็นหัวเชื้อให้ประชาชนส่วนใหญ่ “เชื่อฟัง” และ “รอคอย” ความหวังจากรัฐบาล การเมืองภาคพลเมืองยังอ่อนแอ ภาคประชาสังคมซึ่งเริ่มเติบโตก็ยังไม่มีความเข้มแข็งพอเพราะถูกกระแสโลกาภิวัตน์โถมเข้ามากะทบ แม้กลุ่มคนเริ่มรวมตัวกันและเรียนรู้มากขึ้น แต่เป็นไปแบบไร้ทิศทาง ต่างคนต่างทำ อีกทั้งภาครัฐยังเข้าแทรกภาคประชาสังคม และแย่งงานภาคองค์กรพัฒนาเอกชนมาทำเสียเอง หรือดึงคนเหล่านั้นให้หันมาเห็นดีเห็นงามกับนโยบายประชานิยมของรัฐ

ระบบการตรวจสอบในรัฐธรรมนูญเองซึ่งได้รับความไว้วางใจในระยะแรกก็ตกอยู่ในภาวะลำบาก มีการสรรหาและแต่งตั้งบุคคลในองค์กรเหล่านั้นขึ้นใหม่ ซึ่งสังคมเชื่อว่า ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลทางการเมืองของรัฐบาล ความเชื่อมั่นองค์กรดังกล่าวในระยะหลังก็ลดลงมากทำให้ภาพลักษณ์ขององค์กรอิสระและองค์กรตามรัฐธรรมนูญต่างๆตกต่ำลง ความน่าเชื่อถือและความไว้วางใจที่ประชาชนมีก็กลับลดลง เพราะความคลางแคลงใจในการทำงานขององค์กรเหล่านี้

สื่อมวลชนเองก็ตกอยู่ภายใต้ความจำเป็นทางรายได้เพื่อการดำรงอยู่เมื่อวิพากษ์วิจารณ์มากขึ้น ก็จะถูก “จดโฆษณา” จนในท้ายที่สุด เสี่ยงวิจารณ์ที่เคยดังในรัฐบาลก่อนๆ ก็ค่อยๆ หริ่งและเลือนหายไป ในท้ายที่สุด ประกอบกับบุคลากรของรัฐบาลบางส่วนยังทำธุรกิจด้านสื่อเสียเอง เป็นเหตุให้สามารถควบคุมการทำงานของสื่อได้อย่างเต็มที่และเบ็ดเสร็จ

1.4 จุดแตกหัก

หากสำรวจนโยบายรัฐบาลพรรคไทยรักไทยให้ดีจะพบว่านโยบายหรือยุทธศาสตร์เพื่อคนมีหรือคนชั้นกลางอย่างแท้จริงจะไม่เด่นชัดเท่า นโยบายประชานิยม นโยบายบางนโยบายที่ “น่าจะดี” สำหรับคนกลุ่มนี้ เอาเข้าจริงก็มีผลกระทบต่อคนกลุ่มนี้เช่นกัน เช่น นโยบายเขตการค้าเสรีที่ทำกับออสเตรเลีย หรือนิวซีแลนด์ ก็อาจเป็นผลดีต่อสินค้าและบริการบางตัว แต่กระทบต่อสินค้าและบริการตัวอื่น

สิ่งสำคัญที่สุดก็คือการเข้าถึงอำนาจการเมืองและทรัพยากรของคนกลุ่มนี้ลดลง ไม่ว่าการยกเลิกการแต่งตั้งสมาชิกวุฒิสภา เปลี่ยนมากเป็นการเลือกตั้ง ทำให้ข้าราชการทหาร พลเรือน และคนกลุ่มนี้หมดอำนาจ “ดุลและคาน” พรรคการเมืองไป อาวุธสำคัญของคนกลุ่มนี้คือ “เสียงดัง” ก็ถูกปิดกั้นลง เมื่อสื่อต่างๆ ขาดความอิสระอย่างแท้จริง และเกรงอำนาจทางเศรษฐกิจและทางกฎหมายของรัฐบาล จุดแตกหักเกิดขึ้นเมื่อนายสนธิ ลิ้มทองกุล ถูกปิดกั้น การแสดงความคิดเห็นในรายการโทรทัศน์ของรัฐบาล “เมืองไทยราย

สัปดาห์” ก็ย้ายสถานที่จากสถานีโทรทัศน์มาเป็นสัจจร เกิด “ปรากฏการณ์สนธิ” ซึ่งเป็นจุดรวมของผู้ที่รับรัฐบาลไม่ได้

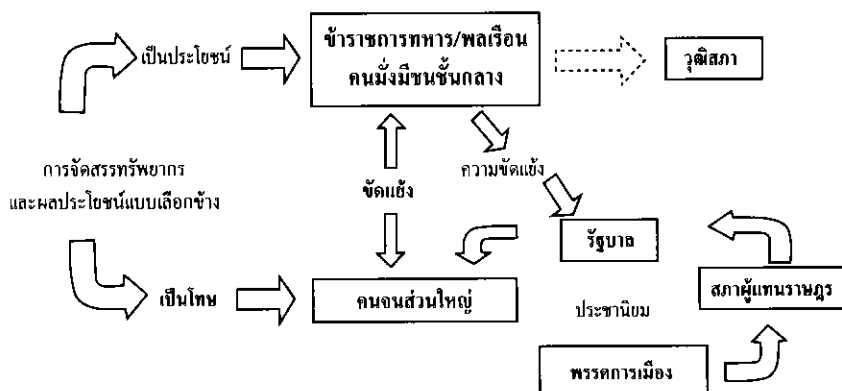
หลังจากนั้น ความขัดแย้งก็ขยายตัวและมีผู้เข้าร่วมขบวนการมากขึ้น เมื่ออดีตนายกรัฐมนตรีชายหุ่นชินคอร์ปอเรชั่น 73,000 ล้านบาทโดยไม่ต้องเสียภาษี เกิดปรากฏการณ์ “พันธมิตรประชาชนเพื่อประชาธิปไตย” และ “คนเสื้อเหลือง” ลุกลามไปทั่วประเทศ ท้ายที่สุดก็จบลงด้วยรัฐประหารเมื่อ 19 กันยายน พ.ศ. 2549 และการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ในปี พ.ศ. 2550 เป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 ที่เน้นการแก้ปัญหาของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540 ซึ่งถูกบิดเบือนโดยนักการเมืองในรัฐบาลที่ผ่านมา และให้ความสำคัญกับการปรับโครงสร้างสถาบันทางการเมืองโดยไม่ให้ความสำคัญกับเสถียรภาพและประสิทธิภาพของรัฐบาลในการบริหารบ้านเมืองอีกต่อไป แต่เน้นระบบตรวจสอบให้เข้มแข็งขึ้น มีการยุบพรรคการเมืองได้หากมีการทุจริตเลือกตั้งและกรรมการบริหารพรรคมีส่วนรับรู้หรือทำทุจริตเสียเอง

แต่กระนั้นการเลือกตั้งในปลายปี พ.ศ. 2550 ทำให้พรรคการเมืองใหม่ที่มาจากพรรคไทยรักไทยเดิมได้รับเลือกตั้งมากที่สุดอีกครั้ง ความขัดแย้งก็เริ่มต้นขึ้นและทวีความรุนแรงจนมีผู้เสียชีวิตหลายรายในหลายเหตุการณ์ที่สำคัญก็คือ มีความสงสัยว่ามีการ “ปลุกกระแส” คนเสื้อแดงจากรากหญ้าจังหวัดต่างๆ ขึ้นสู้กับคนชั้นกลางในเมือง ในที่สุดการลุกขึ้นต่อต้านคนที่อยู่ฝ่ายตรงข้ามเกิดขึ้น และมีการแบ่งแยกในสังคมอย่างชัดเจนถึงกับใส่เสื้อแยกสี และมาถึงขั้นแตกหักเมื่อทั้งสองฝ่ายปะทะกัน และมีการปราบปรามเมื่อวันที่ 7 ตุลาคม 2551 จนมีผู้เสียชีวิต จนถึงสงกรานต์เลือดในปี 2552 แม้ว่าวันนี้ ดูเหมือนคลื่นลมจะสงบลงชั่วคราว แต่ไม่มีใครแน่ใจว่ามรสุมใหญ่แห่งความขัดแย้งจะเกิดขึ้นเมื่อใดอีก

ดังนั้นความขัดแย้งนี้ยังไม่จบ และยังไม่รู้ว่าจะจบลงด้วยความรุนแรงหรือสันติ

ตัวแบบที่ 1

การจัดสรรทรัพยากรและผลประโยชน์แบบเลือกข้างที่นำมาสู่ความขัดแย้ง



1.5 เราจะวิเคราะห์ความขัดแย้งได้อย่างไร?

ทางเลือกวิเคราะห์มีหลายทาง แต่สองทางหลักน่าจะเป็นสิ่งน่าคิด

ทางแรก ความขัดแย้งนี้เป็นเรื่อง “บุคคล” ระหว่างอดีตนายกรัฐมนตรีและผู้สนับสนุน กับฝ่ายต่อต้าน ถ้าวิเคราะห์แนวนี้ เราก็พอจะมองออกว่า เมื่ออดีตนายกรัฐมนตรีและผู้สนับสนุนกับฝ่ายต่อต้าน ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเลิกราไปไม่ว่าจะด้วยเหตุใด ความขัดแย้งนี้ก็จบ และประเทศไทยก็เดินต่อไปได้ตามปกติ

การวิเคราะห์แนวทางนี้ แม้จะมีส่วนจริงอยู่บ้าง เพราะวัฒนธรรมการเมืองไทยเป็นวัฒนธรรมอำนาจนิยม ดังนั้น ถ้าผู้มีอำนาจ (ไม่ว่าจะเป็นอำนาจในความเป็นจริงที่เรียกว่า “อิทธิพล” หรืออำนาจเงิน) ขอมายุติ ไม่ว่าเพราะยอมจำนน หรือเพราะเหตุอื่นใด บรรดาผู้จงรักภักดีก็จะยุติด้วย

แต่จุดอ่อนการวิเคราะห์แนวนี้ก็คือ ไม่ได้ดูที่ “ต้นเหตุ” ของการได้มาซึ่งอำนาจการเมืองของผู้มีอำนาจเดิม และการใช้อำนาจ (ซึ่งรวมถึงอำนาจตามกฎหมาย อิทธิพลหรืออำนาจในความเป็นจริงและเงิน) ว่ามีฐานมาจาก

ความขัดแย้งเชิงโครงสร้างทางเศรษฐกิจและทางสังคมที่ซ่อนตัวอยู่ และนโยบายประชานิยมที่อดีตนายกรัฐมนตรีใช้เพื่อให้ได้มาซึ่งคะแนนเสียงอย่างท่วมท้นได้เป็นเสมือนการเปิดพรมที่ปิดฝุ่นที่ซุกอยู่ได้พรมให้ฟุ้งขึ้นมาแล้ว ดังนั้น แม้วันนี้ คู่ขัดแย้งฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งยอมยุติ ซึ่งอาจทำให้ประเทศสงบลงได้ชั่วคราว คำถามใหญ่ก็คือว่า ถ้าวันหน้ามีผู้นำการเมืองคนใหม่มาใช้วิธีการในทำนองเดียวกับที่อดีตนายกรัฐมนตรีเคยใช้ได้ผลมาแล้วอีก ทั้งในวิธีการเข้าสู่อำนาจและการใช้อำนาจในตำแหน่ง ประวัติศาสตร์จะซ้ำรอยอีกหรือไม่

ทางที่สอง คือ วิเคราะห์ว่า ความขัดแย้งดังกล่าวมีลักษณะบุคคลของคู่ขัดแย้งอยู่ก็จริง แต่รากฐานสำคัญก็คือความขัดแย้งเชิงโครงสร้างในการจัดสรรทรัพยากรและความมั่งคั่งระหว่าง “คนมี” กับ “คนไม่มี” ซึ่งวันนี้มีสำนึกทางการเมืองถึงอำนาจของคะแนนเสียงในการเลือกตั้งว่าสามารถให้เข้าถึงทรัพยากรได้ และจะใช้อำนาจนี้ให้คนเข้าถึงทรัพยากรกับพรรคการเมืองและนักการเมืองซึ่งอยากได้อำนาจการเมืองในฐานะรัฐบาล

ถ้าเป็นเช่นนี้ ก็พยากรณ์ได้ว่า ต่อแต่นี้ไป นโยบายพรรคการเมืองทุกพรรคจะเป็นประชานิยมหมด และจะแข่งขันกัน “แจก” ทรัพยากรอย่างไม่เป็นระบบ และโดยไม่คำนึงถึงผลกระทบในระยะยาวว่า นโยบายประชานิยมฉาบฉวยที่คำนึงถึงแต่ว่ารัฐบาลจะให้อะไรกับประชาชน แต่ไม่ได้คำนึงว่ารัฐบาลจะหารายได้มาเจือจุนนโยบายเช่นนั้นให้ยั่งยืนได้อย่างไร

ในท้ายที่สุด นโยบายประชานิยมก็จะเป็นนโยบายเอาเงินในอนาคตมาใช้ แล้วผลักหนี้ไปให้คนในอนาคตรับ อันจะนำไปสู่วิกฤติที่รุนแรงในโครงสร้างเศรษฐกิจระยะยาวดังที่ประเทศหลายประเทศในละตินอเมริกาประสบมาแล้วในอดีต

2. การปฏิรูปประเทศไทย : ทางรอดที่เหลืออยู่

ด้วยเหตุนี้ ถ้าเราวิเคราะห์สาเหตุรากฐานที่แท้จริงของความขัดแย้งว่าเป็นความขัดแย้งเชิงโครงสร้าง คำถามที่จะเป็นโจทย์ใหญ่ของการปฏิรูปก็คืออะไรคือยุทธศาสตร์การฟื้นฟูประเทศเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดความขัดแย้งเช่นนี้อีก?

ถ้าเหลือवलั้ไปดูลความสัมพันธ์ระหว้ากโลกกับประเทศไทยและควมเปลี่นเปล่งทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมืองอันเกิดมาจากแรงกดดันภายนอกและปัจจัยภายในดังได้กล่าวมาในข้อ 1 ข้างต้นแล้ว เราจะพบว่า ในปัจจุบัน สถานการณ์ในโลกและในประเทศเปลี่ยนไปในระดับโลก

- ประชาธิปไตยเป็นสิ่งที่หลีกเลี่ยงไม่ได้อีกต่อไป ถ้าประเทศไทยจะอยู่อย่างมีศักดิ์ศรีในเวทีโลก และประชาธิปไตยจะมั่นคงและหยั่งรากลึกก็ต่อเมื่อมีคนชั้นกลางเป็นส่วนใหญ่ในสังคม กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือประชาธิปไตยเป็นการปกครองที่เหมาะสมกับสังคมที่มีคนชั้นกลางเป็นส่วนใหญ่ (ในขณะที่ประเทศไทย คนส่วนใหญ่ไม่ใช่คนชั้นกลาง)

- ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีเต็มที่ได้ดังที่เป็นมาหลังกำแพงเบอร์ลินล่มสลายในปี ค.ศ. 1989 ได้ส่งผลให้ดินด้ารับทุนนิยมโลกคือทั้งสหรัฐอเมริกาและอังกฤษเกิดวิกฤติเศรษฐกิจอย่างร้ายแรงชนิดที่ไม่เคยมีมาก่อน และลุกลามไปทั่วโลก จนบัดนี้ เริ่มมีเสียงเรียกร้องจากประเทศดังกล่าวและจากองค์กรโลกบาลอย่างธนาคารโลก หรือกองทุนการเงินระหว่างประเทศ ถึงการปฏิรูป ซึ่งอาจส่งผลต่อระบบคิดและกระบวนทัศน์ของนักเศรษฐศาสตร์โลก ค้ายเสรีนิยม และการจัดระเบียบเศรษฐกิจใหม่ของโลก

- ความยากจน การเข้าถึงทรัพยากรของคนจนและความเป็นธรรมในสังคมเป็นวาระสำคัญของโลกที่บรรจุอยู่ในคำประกาศสหัสวรรษ (The Millennium Declaration) ซึ่งตั้งเป้าสหัสวรรษ (millennium goals) เอาไว้ว่าจะต้องแก้ไขโดยเร่งด่วน

ดังนั้น ในประเทศไทยที่คนส่วนใหญ่ยังยากจน ไม่มีอำนาจต่อรองในระบบเศรษฐกิจแบบตลาดอย่างแท้จริง และเข้าไม่ถึงทรัพยากร ทั้งยังนิยมชมชอบนโยบายประชานิยม (แบบไม่มีอนาคต) แต่เราต้องเป็นประชาธิปไตยเพื่อให้อยู่ได้อย่างมีศักดิ์ศรีในสังคมโลกและเพื่อตัวเราเอง เพราะประชาธิปไตยให้สิทธิ เสรีภาพ และทางเลือกที่อิสระต่อเรา ในขณะที่เผด็จการไม่มีให้ เราจะต้องมียุทธศาสตร์อย่างไร?

2.1 ยุทธศาสตร์ที่ 1 : การปฏิรูประบบเศรษฐกิจเพื่อการจัดสรรผลประโยชน์ใหม่ในสังคม

เราจะต้องปรับโครงสร้างการจัดสรรทรัพยากรและผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจเสียใหม่ เพื่อให้คนจนส่วนใหญ่สามารถเข้าถึงทรัพยากร และมีอำนาจต่อรองในระบบเศรษฐกิจแบบตลาด โดยไม่ต้องพึ่งพานโยบายประชานิยมซึ่งจะสร้างปัญหาในระยะยาว ทั้งนี้ เพื่อให้ในท้ายที่สุด สังคมไทยมีคนชั้นกลางเพิ่มขึ้นมากพอที่จะทำให้ประชาธิปไตยมีประสิทธิภาพได้จริง

การปรับโครงสร้างการจัดสรรทรัพยากรและผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจใหม่เป็นการถาวรโดยไม่พึ่งพานโยบายประชานิยมของบรรดาพรรคการเมือง จะกระทำได้อต่อเมื่อมีการปรับกฎหมายเศรษฐกิจทั้งปวงใน 3 แนวทาง คือ

(1) รัฐธรรมนูญและกฎหมายต้องเปิดให้คนจนส่วนใหญ่เข้าถึงทรัพยากรและผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจได้มากขึ้น โดยไม่ต้องรอให้รัฐบาลแต่ละรัฐบาลเป็นผู้แจก

- การเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติในท้องถิ่น เช่น ป่าไม้ ที่ดิน แหล่งน้ำ ฯลฯ อย่างยั่งยืน โดยมีระบบตรวจสอบทางสังคมที่ดี

- การเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากกลไกของระบบตลาด (market mechanism) ด้วยความช่วยเหลือของรัฐ โดยเฉพาะ แหล่งทุน เทคโนโลยี ระบบการขนส่ง (logistic) และการตลาด ฯลฯ

- การสร้างอำนาจต่อรองในระบบตลาดโดยความส่งเสริมของรัฐ อาทิ การพาณิชย์อิเล็กทรอนิกส์ ระบบสหกรณ์ และการรวมกลุ่มรูปแบบอื่น การก่อตั้งสภาเกษตรกร สภาธุรกิจรายย่อย ฯลฯ

- การเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากกลไกอื่นที่มีในระบบตลาด แต่ส่งเสริมการแข่งขันในระบบตลาด (non-market institution) โดยเฉพาะการศึกษา การรักษาพยาบาล การสงเคราะห์ผู้ด้อยโอกาส การพัฒนาฝีมือแรงงาน ฯลฯ

- การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมที่สะดวก รวดเร็วและเสียค่าใช้จ่ายน้อย

(2) รัฐธรรมนูญและกฎหมายต้องปรับระบบภาษีอากร เพื่อให้รัฐมีรายได้เพิ่มขึ้นจาก “ผู้มั่งคั่งมหาศาล” เพื่อนำไปใช้ในรัฐสวัสดิการใหม่ ซึ่งอาจจำเป็นต้องมีระบบภาษีมรดก ภาษีสรรพสามิต และระบบภาษีอื่นๆ ที่จำเป็น การปรับระบบภาษีอากรนี้จะทำให้รัฐไม่ต้องผลักภาระการกู้เงินไปให้ลูกหลานในอนาคตต้องรับเหมือนการหาเงินมาใช้ในนโยบายประชานิยม

(3) รัฐธรรมนูญและกฎหมายต้องสามารถกระจายการกระจุกตัวของความมั่งคั่งของกลุ่มธุรกิจขนาดใหญ่ โดยผ่านกลไกการใช้กฎหมายป้องกันการผูกขาดอย่างแท้จริง และตรงไปตรงมา

ทั้งหมดนี้ คือ การทำให้ “ประชานิยม” ตามอำเภอใจของแต่ละรัฐบาล กลายเป็น “รัฐสวัสดิการ” (welfare state) โดยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ที่ไม่ต้องอาศัยการหาเสียงของรัฐบาลใดๆ อีก

อย่างไรก็ตามการปรับโครงสร้างดังกล่าวจะต้องมีลักษณะไม่รุนแรง ฉับพลัน ซึ่งจะเป็นต้นเหตุใหม่แห่งความรุนแรงอีกวาระหนึ่ง ดังนั้นการปรับโครงสร้างเศรษฐกิจดังกล่าว อาจมีกลไกแบบ “ค่อยเป็นค่อยไป” เพื่อลดแรงต้านและความขัดแย้ง

2.2 ยุทธศาสตร์ที่ 2 : การปฏิรูประบบการบริหารรัฐ

เมื่อปรับโครงสร้างการจัดสรรทรัพยากรและผลประโยชน์ในสังคมใหม่แล้ว ก็ต้องปรับระบบการบริหารภาครัฐ ทั้งภาคการเมือง ภาคราชการ รัฐวิสาหกิจ ที่กระจุกตัวอยู่ที่รัฐส่วนกลางเสียใหม่ โดยมี 4 แนวทาง คือ

1. การปรับภารกิจของรัฐเสียใหม่โดยอาจต้องลดกฎเกณฑ์ ซึ่งควบคุมหรือแทรกแซงธุรกิจหรือเศรษฐกิจโดยไม่จำเป็นในบางเรื่อง เพื่อให้บุคคลมีเสรีภาพทางเศรษฐกิจเพิ่มขึ้น (และลดการทุจริตโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐไปในตัว)

การปรับภารกิจนี้จะต้องรวมไปถึงการถ่ายโอนสิ่งที่รัฐทำอยู่แต่เดิมไปให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ชุมชนท้องถิ่น ภาคธุรกิจเอกชน องค์กรภาคประชาสังคม เป็นผู้ทำแทน เช่น ป่าชุมชน การดูแลสวัสดิการของคนชรา

หรือผู้ด้อยโอกาสในท้องถิ่นโดยอาจต้องเพิ่มกลไกให้องค์กรเหล่านี้สามารถพิสูจน์ได้ว่า คน ให้บริการนั้นๆ ได้ดีกว่ารัฐและมีประสิทธิภาพกว่ารัฐ (contestability)

ดังนั้น การจัดความสัมพันธ์ใหม่ระหว่างรัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ชุมชนท้องถิ่น ภาคธุรกิจเอกชน ภาคประชาสังคม จึงมีความจำเป็น

2. การปรับความสัมพันธ์ระหว่างกลุ่มทุนขนาดใหญ่ และกลุ่มทุนที่ควบคุมสื่อมวลชนรูปแบบต่าง ๆ กับการเมือง เพื่อสกัดโอกาสการใช้ทุนเพื่อเข้าสู่อำนาจรัฐ และเพื่อควบคุมสื่อมวลชน และสกัดการใช้อำนาจรัฐไปเอื้อประโยชน์แก่ธุรกิจหรือกลุ่มธุรกิจคน ในการนี้จะต้องมีการปฏิรูประบบการบริจาคให้พรรคการเมืองและการตรวจสอบ

3. การปรับโครงสร้างและกระบวนการทางการเมือง

ประเด็นการปรับโครงสร้างและกระบวนการทางการเมืองนี้อาจยึดโครงสร้างและสาระหลักของรัฐธรรมนูญปี 2540 ร่วมกับส่วนดีของรัฐธรรมนูญปี 2550 ได้ แต่ควรคัดสิ่งที่รัฐธรรมนูญ ปี 2550 เพิ่มเข้ามาโดยสร้างปัญหาให้กับการบริหารออกไป โดยมีประเด็นหลักๆ ดังนี้

3.1 รัฐสภาควรมี 2 สภาดังเดิม เพื่อประโยชน์ในการถ่วงถ่วงเรื่องสำคัญๆ ของประเทศให้รอบคอบ โดยให้สภาผู้แทนราษฎรเป็นสภาหลักอันเป็นที่มาของรัฐบาล และรัฐบาลจะอยู่ได้ด้วยควมไว้วางใจของสภานี้เท่านั้น

ส่วนวุฒิสภาไม่จำเป็นต้องมาจากการเลือกตั้ง (เพราะการจะเป็นประชาธิปไตยหรือไม่ ดูกับที่สภาล่างซึ่งมีอำนาจการเมืองที่แท้จริง) เพราะถ้าให้วุฒิสภามาจากการเลือกตั้งอีก ก็จะมีประสพปัญหาการครอบงำของพรรคการเมืองดังที่มีประสพการณ์มาแล้วในรัฐธรรมนูญ ปี 2540 อีก แต่ควรเป็นสภาที่สรรหามาจากหลากหลายอาชีพให้มากที่สุด และมีผู้ดำรงตำแหน่งโดยตำแหน่ง เช่น ปลัดกระทรวง ผู้บัญชาการเหล่าทัพ นายกหรือประธานองค์กรวิชาชีพที่มีกฎหมายจัดตั้ง และเป็นสภาถ่วงถ่วง และต้องเป็น

“สภากันชน” ระหว่างสถาบันพระมหากษัตริย์และพรรคการเมือง ทั้งนี้ เพื่อให้โครงสร้างทางการเมืองสามารถรวมทุกกลุ่มที่มีบทบาทและอำนาจทางเศรษฐกิจและการเมืองอย่างแท้จริง โดยเฉพาะข้าราชการทหารและ พลเรือนผู้มีอำนาจรัฐ และบรรดาคนชั้นกลางที่ไม่พร้อมที่จะลงเลือกตั้ง

สำหรับข้อเสนอที่ให้มีการเลือกตั้งนายกรัฐมนตรีโดยตรงนั้น แม้จะใช้ได้ระดับท้องถิ่น ก็ไม่ควรนำมาใช้ระดับชาติ เพราะเราไม่อาจมีพระอาทิตย์สองดวงได้ฉันใด เราก็ไม่ควรสร้างตำแหน่งการเมืองที่อาจส่งผลกระทบโดยตรงต่อสถาบันประมุขของรัฐที่มีอยู่ฉันนั้น

3.2 การได้มาซึ่ง ส.ส. ควรมีการปรับปรุงดังนี้

- ไม่บังคับให้ ส.ส. ต้องสังกัดพรรค แต่สนับสนุนพรรคการเมืองเท่านั้น เพื่อป้องกัน “เผด็จการของผู้บริหารพรรค”

- ระบบเลือกตั้งกลับไปสู่ระบบเขตเดียวคนเดียว 400 เขต และบัญชีรายชื่อ 100 คน โดยไม่มีคะแนนขั้นต่ำที่แต่ละบัญชีต้องได้

- การลดความสำคัญของห้วคะแนนและเพิ่มการติดต่อโดยตรงระหว่างผู้สมัครกับผู้มีสิทธิเลือกตั้ง (เช่น ให้ฉายหนังได้ แสดงมหรสพได้)

- ควรแยกการจัดการเลือกตั้งโดยส่วนราชการออกจากการควบคุมตรวจสอบการเลือกตั้งโดย กกต.

3.3 ความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติ — ฝ่ายบริหาร — ศาล/องค์กรอิสระ

- ลดระดับความสัมพันธ์ของศาลกับการเมืองลง เช่น การเสนอกฎหมายโดยศาล หรือการแปรญัตติเพิ่มงบประมาณรายจ่ายประจำปีได้โดยตรง

- ปรับมาตรา 190 ให้ชัดเจน โดยระบุประเภทต่างๆ ของสนธิสัญญาที่ต้องเข้าสภาให้ชัดเจนโดยไม่ต้องตีความ เช่น สนธิสัญญาเขตการค้าเสรี สนธิสัญญาก่อตั้งสหภาพศุลกากร (customs union) สนธิสัญญาพันธมิตรทางทหาร

- กำหนดให้การที่ สส. หรือ สว. แจ้งปัญหาของประชาชนให้ส่วนราชการทราบเพื่อแก้ไข ไม่ถือเป็นการก้าวก้าว — แทรกแซงการทำงาน

- การนำระบบงบประมาณ 2 ขา (งบประมาณรายได้ — งบประมาณรายจ่าย) มาแทนของเดิม ระบบการมีกฎหมายแผน (งบประมาณ) สำหรับการปฏิรูปเรื่องสำคัญที่ผูกพันหลายปี

3.4 การเพิ่มส่วนร่วมของพลเมืองในการเมืองทุกระดับ กล่าวคือ ระดับหมู่บ้าน ตำบล อำเภอ จังหวัด จนถึงระดับประเทศ โดยมีหน่วยงาน (อาทิสํานักงานส่งเสริมการมีส่วนร่วมของประชาชน ฯลฯ) และทรัพยากร (งบประมาณ) เพื่อการดังกล่าว รวมทั้งการสร้างจิตสำนึกสาธารณะ (civic mind) โดยผ่านพลเมืองศึกษา (civic education) ทั้งนี้ โดยใช้ชุมชนท้องถิ่นและชุมชนอื่นเป็นตัวขับเคลื่อน อย่างไรก็ตาม จะต้องมีกติกาทางสังคมหรือกฎหมายให้ชัดเจนในการชุมนุมโดยสงบ เพื่อมิให้มีการละเมิดกฎหมายและเสรีภาพผู้อื่น ทั้งต้องมีเกณฑ์ในการสลายการชุมนุมที่ชัดเจนด้วย

3.5 การกำหนดให้การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทุกครั้ง ต้องได้รับประชมติเห็นชอบจากประชาชน

4. การปรับการบริหารภาครัฐทั้งระบบ

การดำเนินการปรับภาครัฐทั้งระบบเพื่อตอบสนองการจัดสรรทรัพยากรใหม่ อย่างน้อยต้องกระทำดังนี้

- การปฏิรูประบบราชการโดยเน้นที่การเพิ่มธรรมาภิบาลและจริยธรรมควบคู่ไปกับการปฏิรูปกระบวนการบริหารราชการแผ่นดิน โดยต้องให้ข้าราชการและเจ้าหน้าที่ของรัฐรายงานรายได้ ที่มา และการดำรงตำแหน่งอื่น และมีการตรวจสอบอย่างสม่ำเสมอ รวมทั้งจัดความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายการเมืองและฝ่ายประจำให้เหมาะสมมากขึ้นโดยเฉพาะการโยกย้ายผู้ว่าราชการจังหวัด

- การปฏิรูปกฎหมาย โดยเฉพาะมีกระบวนการให้มีการทบทวน

ความจำเป็นที่ต้องจำกัดและควบคุมเสรีภาพโดยการออกใบอนุญาตเป็นระยะสม่ำเสมอ หากพบว่าไม่มีความจำเป็นก็ต้องยกเลิกการจำกัดเสรีภาพดังกล่าว

- การปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมชั้นต้น โดยเฉพาะตำรวจ ซึ่งเป็นผู้บังคับกฎหมายหลักของประเทศ ให้มีอิสระตามควรในการรักษากฎหมายโดยไม่ตกเป็นเครื่องมือทางการเมืองของฝ่ายการเมือง

II. บทบาทสื่อมวลชนในการปฏิรูปประเทศไทย

ในกระบวนการปฏิรูปดังกล่าว สื่อมวลชนอาจมีบทบาทสำคัญใน 2 ทาง คือ สื่อผู้รายงานการปฏิรูปประการหนึ่ง และสื่อผู้ร่วมการปฏิรูปอีกประการหนึ่ง

1. ในฐานะ “สื่อผู้รายงานการปฏิรูปประเทศไทย”

ในฐานะนี้ สื่อมวลชนควรศึกษาติดตามทั้ง “เนื้อหาสาระ” และ “กระบวนการ” ปฏิรูป (ซึ่งสำคัญไม่แพ้เนื้อหา) ให้ต้องแท้ ควรเรียกร้องให้การดำเนินการของผู้เกี่ยวข้องเป็นไปอย่างโปร่งใส ให้สาธารณชนติดตามได้ตลอดเวลา และควรเปิดพื้นที่สื่อให้ฝ่ายต่างๆ ได้มีโอกาสเสนอความคิดของตนให้สาธารณชนได้พิจารณาอย่างสมดุล

บทบาทนี้ สื่อมวลชนทำหน้าที่ได้ดีตามควรอยู่แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องเน้นย้ำ

2. ในฐานะ “สื่อผู้ร่วมการปฏิรูป”

ในฐานะนี้ มีประเด็นสำคัญที่จะต้องถกเถียงกันเพื่อนำไปสู่การปฏิรูป สื่อมวลชนแขนงต่างๆ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งอันเป็นทั้งเหตุและผลของวิกฤตที่ผ่านมาด้วย

ประเด็นแรก ที่จะต้องทบทวนคือ เมื่อสื่อเป็นอิสระออกจากรัฐมาตามสมควรโดยเฉพาะตั้งแต่การมีรัฐธรรมนูญ 2540 เป็นต้นมาแล้ว แต่สื่อมวลชนหลายแขนงยังหาเป็นอิสระออกจากเจ้าของกิจการไม่ กล่าวคือ

- สื่อของรัฐหรือแผ่นดินจะต้องแยกออกจากสื่อของรัฐบาล ในขณะที่

สื่อของรัฐและแผ่นดินต้องทำหน้าที่เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของรัฐและแผ่นดิน ไม่เป็นฝักฝ่ายทางการเมือง แต่สื่อของรัฐบาลต้องทำหน้าที่เผยแพร่นโยบาย และผลงานของรัฐบาล องค์กรเดียวกันไม่ควรทำหน้าที่ทั้ง 2 อย่าง เพราะในความเป็นจริง อำนาจทางการเมืองจะทำให้สื่อที่ทำหน้าที่รวมนี้กลับกลายเป็นสื่อที่ทำหน้าที่ “สื่อของรัฐบาล” เป็นหลัก ดังนั้น ควรแยกสื่อที่มีบทบาทต่างกันอย่างออกเป็น 2 องค์กร และสื่อที่ทำหน้าที่สื่อของรัฐบาลก็ต้องมีความเป็นอิสระตามหลักความเป็นอิสระของสื่อ โดยเฉพาะจะต้องคุ้มครองข้าราชการ พนักงาน และลูกจ้างของรัฐ ในสื่อที่เป็นของรัฐและของรัฐบาล มีอิสระในการนำเสนอข่าวสารและความเห็นตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้อย่างแท้จริง

- สื่อเอกชนควรต้องทบทวนอย่างจริงจังว่า แม้สื่อมวลชนอิสระออกจากรัฐ แต่ยังอยู่ภายใต้อำนาจของเจ้าของกิจการแล้ว ความเป็นอิสระแท้จริงก็ไม่เกิด ดังนั้น จึงต้องทบทวนโครงสร้างความเป็นเจ้าของสื่อ ว่าสื่อประเภทใด (เช่น วิทยุ โทรทัศน์ ฯลฯ) ควรเป็นบริษัทมหาชน จำกัด ในตลาดหลักทรัพย์ หรือ บริษัทพิเศษ ที่ไม่มีบุคคลใดสามารถเป็นเจ้าของหุ้นได้เกินกว่าร้อยละห้า เพื่อป้องกันการครอบงำสื่อ และควรออกกฎหมายคุ้มครองบุคลากรในกิจการสื่อมวลชนให้มีอิสระในการนำเสนอข่าวสารและความเห็นตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ เช่นเดียวกับบุคลากรภาครัฐ

ประเด็นที่ 2 ที่สมควรจะมีการปฏิรูปสื่อมวลชนอย่างจริงจังก็คือ การมีจรรยาบรรณและการควบคุมจรรยาบรรณอย่างจริงจัง โดยองค์กรวิชาชีพสื่อ ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองเสรีภาพในการรับรู้ข้อมูลข่าวสารของประชาชนอย่างแท้จริง ให้ได้ความสมดุลกับเสรีภาพในการนำเสนอข่าวและความคิดเห็น ประเด็นใหญ่ที่องค์กรวิชาชีพสื่อจะต้องให้ความสำคัญคือ

- การคุ้มครองผู้ที่ถูกสื่อละเมิด (เยาวชน หญิง ฯลฯ)
- การใช้สื่อไปเพื่อประโยชน์ทางการเมืองหรือเศรษฐกิจของเจ้าของกิจการ

ประเด็นที่ 3 ที่ควรจะต้องมีการพิจารณาอย่างจริงจังก็คือการคุกคามสื่อทุกรูปแบบ และความคุ้มครองที่รัฐและสังคมต้องมีให้สื่อผู้ทำหน้าที่เสมือน

“สุนัขเฝ้าบ้าน” โดยเฉพาะในความขัดแย้งทางการเมืองที่รุนแรงนั้น สื่อมวลชนมักตกเป็นเหยื่อของการคุกคามโดยตลอด

ประเด็นที่ 4 อันควรได้รับการพิจารณาทบทวนอย่างแท้จริงก็คือ “ความหลากหลายและทางเลือก” โดยเฉพาะในสื่อวิทยุและโทรทัศน์ ซึ่งหากปล่อยให้กันไปโดยอิสระ สื่อก็จะตกอยู่ภายใต้ระบบพาณิชย์ของระบบทุน ทำให้การนำเสนอเป็นไปเพื่อตอบสนองความต้องการของผู้บริโภคส่วนใหญ่ โดยละเลยสิทธิในทางเลือก และความหลากหลายของผู้บริโภคข้างน้อย ในเรื่องนี้อาจต้องทบทวนตัวกฎหมายหรือหลักเกณฑ์บางประการที่บางประเทศ เช่น ฝรั่งเศส หรือ คานาดา ใช้อยู่ ในการบังคับให้ต้องใช้ภาษาหลักของประเทศ และต้องมีความหลากหลายเชิงวัฒนธรรมในบรรดาเพลง และความบันเทิงรูปแบบอื่นที่นำเสนอต่อสาธารณะ หรืออาจใช้รูปแบบการจูงใจด้วยระบบภาษีอากร เช่น มีการลดภาษีเงินได้และไม่เก็บภาษีมูลค่าเพิ่มรายการที่มีความหลากหลายทางวัฒนธรรมและสร้างทางเลือกให้ผู้บริโภค เป็นต้น

บทสรุป

ปาฐกถานี้ถูกตั้งชื่อว่า “บทบาทสื่อมวลชนกับการปฏิรูปการเมือง” แต่เมื่อวิเคราะห์มาถึงจุดสุดท้าย การปฏิรูปที่ต้องกระทำกลับเป็นการปฏิรูปประเทศที่ยิ่งใหญ่กว่าปฏิรูปการเมือง และการปฏิรูปการเมืองเป็นเพียงเลี้ยวส่วนเดียวของการปฏิรูปประเทศเท่านั้น และสื่อมวลชนเองนอกจากเป็นผู้รายงานการปฏิรูปแล้วยังต้องมีการปฏิรูปตัวเองหรือตัวเองจะต้องถูกปฏิรูปด้วย

ดังนั้น การปฏิรูปครั้งนี้จึงเป็นภารกิจที่สำคัญทางสังคมไทย เป็นภารกิจที่ยิ่งใหญ่และยากเย็นกว่าการปฏิรูปการเมืองเมื่อปี 2540 เป็นอันมาก แต่สูตรความสำเร็จของการปฏิรูปการเมืองเมื่อปี 2540 ก็ยังคงใช้ได้อยู่ในปัจจุบัน สูตรความสำเร็จนี้ประกอบด้วยสิ่งที่ ศ.นพ.ประเวศ วะสี เรียกว่า “สามเหลี่ยมเขยื้อนภูเขา” คือ ความรู้อันเป็นรากฐานแห่งการปฏิรูป ความเคลื่อนไหวทางสังคม และอำนาจการเมือง ที่จะทำให้อัปเดตการปฏิรูป

สำเร็จได้จริงด้วยการแก้รัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ใน 3 ปีข้างหน้า สื่อมวลชนเป็นกำลังสำคัญทั้ง 3 ปีข้างหน้า ในเวลานี้ สถาบันพระปกเกล้าได้ร่วมมือกับ TDRI สำนักงาน ก.พ.ร. ส.ส.ส. และสกว. เพื่อศึกษาข้อเสนอในยุทธศาสตร์ทั้งสองอย่างจริงจัง ซึ่งผลการศึกษาบางส่วนจะได้นำเสนอในการประชุมวิชาการประจำปีของสถาบันพระปกเกล้า (KPI Congress) ปีนี้ ระหว่างวันที่ 4-6 พฤศจิกายน เรื่อง “ความขัดแย้ง ความชอบธรรม และการปฏิรูประบบรัฐบาล เพื่อสร้างความเป็นธรรมในการจัดสรรทรัพยากร”

กระผมจึงหวังว่าสื่อมวลชนจะได้ช่วยทำหน้าที่สร้างความรู้ ส่งเสริมให้มีการเคลื่อนไหวทางสังคมและผลักดันให้อำนาจการเมืองดำเนินการปฏิรูปประเทศไทยให้สำเร็จ เพื่อยุติความขัดแย้งแบ่งฝ่ายและวิกฤตในปัจจุบัน ทั้งยังป้องกันไม่ให้เกิดประวัติศาสตร์ซ้ำรอยเกิดขึ้นได้อีก เพื่อความสันติสุขสถาพรทางสังคมไทยอย่างแท้จริง



คำบรรยายพิเศษเรื่อง “อุดมศึกษากับการปฏิรูปการเมือง” *

ศ.ดร. อมร จันทรสมบูรณ์**

ศ.ดร. อมร จันทรสมบูรณ์

ผมรู้สึกเป็นเกียรติที่ได้รับเชิญมาบรรยาย ใน “ที่ประชุมประธานสภาอาจารย์มหาวิทยาลัยแห่งประเทศไทย” หรือ ปอมท. และหัวข้อที่จะพูดในวันนี้ ก็เป็นหัวข้อที่สำคัญและทันต่อเหตุการณ์ คือ “อุดมศึกษากับการปฏิรูปการเมือง”

ผมไม่ทราบว่ในที่ประชุมนี้ มีท่านผู้แทนสภาคณาจารย์ท่านไหนบ้างที่สนใจ “ปัญหาการเมือง” และปัญหาการเมืองในขณะนี้ก็เป็นเรื่องร้อนแรงซึ่งผมไม่คิดว่ารัฐบาลนี้หรือท่านนายกรัฐมนตรีคนปัจจุบันนี้จะแก้ปัญหาได้ และ ตามความเห็นของผม ผมเห็นว่าปัญหาการเมืองของเรา เป็นผลมาจาก “ปัญหา” ในการเรียนการสอนในระดับอุดมศึกษา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเรียนการสอนวิชานิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัยของเรา ดังจะเห็นได้จากบทความ 2 ฉบับที่ผมแจกให้ท่านผู้ฟังในวันนี้

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net วันที่ 30 สิงหาคม พ.ศ. 2552

[หมายเหตุ : บรรยายใน “การประชุมประธานสภาอาจารย์มหาวิทยาลัยแห่งประเทศไทย (ปอมท.)” วันที่ 18 เมษายน 2552 ณ ห้องประชุมมหาวิทยาลัยมหิดล ; หนังสือ “การประชุมวิชาการ ประจำปี 2552” จัดทำ โดย ปอมท. - สำนักงานคณะกรรมการการอุดมศึกษา — มหาวิทยาลัยมหิดล เดือนสิงหาคม 2552 หน้า 79-109]

บทความทั้งสองฉบับนี้ เป็นบทความที่ผมได้แสดงความกังวลเกี่ยวกับ “ความรู้” ในทางกฎหมายของประเทศไทย โดย ผมได้เขียนไว้อย่างชัดเจนว่า “ปัญหาการเมือง” ที่ทำให้เราจะต้องคิดถึงการปฏิรูปการเมืองในขณะนี้ เกิดจากความล้มเหลวในการสอนวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ และกฎหมายมหาชน ในคณะนิติศาสตร์ และคณะรัฐศาสตร์ ของเราเอง

เนื่องจากท่านตัวแทนสภาคณาจารย์ที่มาประชุมที่นี่ อาจจะยังไม่มีเวลาอ่านบทความดังกล่าว ฉะนั้นก่อนที่ผมจะพูดถึงเรื่องที่จะบรรยายในวันนี้ ผมอยากจะขอสรุป “สาระ” ในเอกสารที่แจกในวันนี้เพื่อให้เป็นพื้นฐานของท่านผู้ฟังก่อน โดยขอให้ท่านพลิกอ่านบทความ 2 ฉบับไปพร้อม ๆ กัน

สาระของเอกสาร 2 ฉบับที่แจกให้ท่านผู้ฟังในวันนี้ เป็น “ข้อความเบื้องต้น” ที่จะทำให้ท่านผู้ฟังได้มองเห็นสภาพ “ปัญหาการเมือง” ของประเทศ และสิ่งที่ผมจะพูดบรรยายต่อไปในวันนี้ ก็จะเชื่อมปัญหาทั้งหมดเข้าด้วยกัน เพื่อเราจะได้ช่วยกันพิจารณาว่า เราจะหา “ทางออก” จากปัญหาการเมืองของประเทศในปัจจุบันได้อย่างไร

เอกสารที่ผมแจกไป จะมี “หมายเลข” เอกสารกำกับอยู่บนหัวกระดาษ เป็นเอกสารหมายเลข 1 และหมายเลข 2 และบรรทัดที่ 2 ถัดลงไป ก็จะมี “วันที่” บอกไว้ว่าบทความนี้เขียนขึ้นเมื่อใด ที่ต้องขอให้ท่านสังเกตว่า บทความนี้เขียนขึ้นเมื่อไร ก็เพื่อที่จะแสดงให้เห็นว่า ปัญหาการเมืองนี้ เป็นการวิเคราะห์และคาดการณ์ไว้ล่วงหน้าแล้ว

ผมจะขอเริ่มต้นจากเอกสารหมายเลข 2 ที่ผมเขียนขึ้นเมื่อวันที่ 9 กันยายน 2551 ปีก่อน ; อันที่จริง ผมเขียนบทความเกี่ยวกับ “ปัญหาการเมือง” ของประเทศมาหลายเรื่องแล้ว และลงในเว็บ www.pub-law.net ของท่านอาจารย์นันทวัฒน์ บรมานันท์ ; ก่อนหน้าที่ผมจะเขียนเอกสารหมายเลข 2 นี้ ผมได้เขียนบทความที่วิเคราะห์ถึงการรัฐประหารของเรา เมื่อวันที่ 19 กันยายน 2549 ในหัวข้อเรื่อง ว่า “เพราะเหตุใด การรัฐประหาร เมื่อวันที่ 19 กันยายน 2549 จึงล้มเหลว” บทความดังกล่าวได้พิมพ์อยู่ใน วารสาร

ของศาลปกครอง เล่มที่เท่าใดผมจำไม่ได้ ถ้าท่านผู้ฟังสนใจ ก็โปรดไปหาอ่านได้ ; และต่อจากนั้น ผมจึงได้มาเขียนเอกสารหมายเลข 2 เกี่ยวกับ “กรณีปราสาทพระวิหาร”

บทความเรื่อง กรณีปราสาทพระวิหารที่ผมเขียนนี้ มีอยู่ 2 ส่วน คือ มีทั้งส่วนที่เป็น “ความเห็น” ที่เกี่ยวกับปราสาทพระวิหาร และมีทั้งส่วนที่เป็น “ความเห็น” ที่เกี่ยวกับสภาพการเมืองและสภาพวิชาการโดยทั่วไปของประเทศ แต่ในเอกสารหมายเลข 2 ที่ผมคัดมาให้ท่านผู้ฟังอ่านสำหรับประกอบการบรรยายในวันนี้ ผมคัดลอกมาเฉพาะส่วนที่เป็น “ความเห็น” ของผมที่เกี่ยวกับสภาพการเมืองและสภาพวิชาการทั่วไป และคัดส่วนที่เกี่ยวกับปราสาทพระวิหารออกไป

บทความเอกสารหมายเลขนี้ ผมถือว่าเป็นบทความสำคัญบทหนึ่งของผม เพราะเป็นบทความที่ผมเขียนขึ้นเพื่อวิเคราะห์ “สภาพทางวิชาการของนักกฎหมาย” ของประเทศ สำหรับไว้เป็น case study ; เมื่อท่านผู้ฟังได้อ่านแล้ว ท่านจะเห็นด้วยหรือไม่เห็นด้วย ก็ แล้วแต่ท่านจะพิจารณาเอาเอง บทความเดิมในเรื่องนี้ จะมีอยู่ในเว็บไซต์ดังกล่าวข้างต้น

ข้อเท็จจริง มีอยู่ว่า เมื่อศาลปกครองกลางมี “คำวินิจฉัย” ในกรณีปราสาทพระวิหาร กำหนดให้ใช้ “มาตรการคุ้มครองชั่วคราว” ในกรณีที่มีการฟ้องขอให้เพิกถอนคำแถลงการณ์ร่วมไทย – กัมพูชา ขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหาร) ออกมา ตามที่ท่านผู้ฟังทราบกันอยู่แล้ว ปรากฏว่า ได้มีนักกฎหมายที่มีชื่อเสียงสำคัญๆ ของเราหลายท่าน ได้ออกมาเขียนบทความวิจารณ์และไม่เห็นด้วยกับแนวคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลปกครองกลาง ; ในบรรดานักกฎหมายที่ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของศาลปกครองมีอยู่หลายท่านที่มีชื่อเสียง ซึ่งผมเชื่อว่าท่านคงต้องรู้จัก เป็นต้นว่า ท่านอาจารย์วรศักดิ์ (อรรถธโร) เลขาธิการสถาบันพระปกเกล้าคนปัจจุบัน หรือ ท่านอาจารย์ นันทวัฒน์ (ศ.ดร. นันทวัฒน์ บรมานันท์) แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และ กลุ่มอาจารย์คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ จำนวน 5 ท่าน

ซึ่งท่านหนึ่งในบรรดาอาจารย์นี้ ก็คือ ท่านอาจารย์วรเจตน์ (รศ.ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์) ซึ่งท่านก็คงได้ยื่นข้อเสียงมาแล้วเช่นเดียวกัน

ท่านอาจารย์เหล่านี้ รวม 7 ท่าน ต่างให้ความเห็นที่ไม่เห็นด้วยกับแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองกลางทั้งสิ้น และทุกท่านต่างก็อ้างคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่ 178 / 2550 ในปี พ.ศ. 2550 กรณีการความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย — ญี่ปุ่น มาเป็นบรรทัดฐาน ว่าเป็นคำวินิจฉัยที่ถูกต้องและควรยึดถือตาม เพราะ เป็นไปตาม ทฤษฎี acte de gouvernement ตามหลักกฎหมายมหาชนของต่างประเทศที่เป็นที่ยอมรับกันทั่วไป ; ซึ่งต่อมาคุณสมัคร (นายกัฏฐมนตรี สมักร สุนทรเวช) ในขณะนั้น ได้นำความเห็นของท่านนักกฎหมายเหล่านี้ ไปกล่าวอ้างไว้ใน รายการ “สนทนาประสาสมักร” ของท่าน เพื่อสนับสนุนการกระทำของรัฐบาลของท่าน

ผมบังเอิญมีความเห็นที่ไม่เห็นด้วยกับ “ความเห็น” ของท่านอาจารย์เหล่านี้ โดยผมเห็นด้วยกับแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองกลาง และผมมีความเห็นว่า คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่ 187 / 2550 ในปี พ.ศ. 2550 นั้น ไม่ตรงกับ “ทฤษฎี acte de gouvernement ของต่างประเทศ” ตามที่ท่านอาจารย์เหล่านั้นได้อ้างไว้ และผมเห็นว่า ท่านอาจารย์ที่ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของศาลปกครองกลาง ๖ ควรจะอ้าง “คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่ 187 / 2550” หรือ อ้าง “ทฤษฎี acte de gouvernement ตามหลักกฎหมายมหาชนของต่างประเทศ” เพียงอย่างใดอย่างหนึ่งแต่เพียงอย่างเดียว จะอ้างอะไรก็ได้ แต่ควรอ้างอย่างเดียว ทั้งนี้เพราะ “เหตุผล” ในคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่ 187 / 2550 ไม่ใช่ “ทฤษฎี acte de gouvernement” ; ดังนั้น ผมจึงได้เขียนบทความเรื่อง “คำวินิจฉัยของศาลปกครองกลาง ที่ 984 / 2551 ถูกต้องหรือไม่” ซึ่งก็คือ บทความที่คัดมาให้ท่านอ่าน ; ความจริง บทความเอกสารหมายเลข 2 นี้ เป็นบทความที่ค่อนข้างยาว โดย ผมได้นำเอาข้อวิจารณ์คำวินิจฉัยของศาลปกครองกลางของท่านอาจารย์ที่มีข้อเสียงทั้ง 7 ท่านนี้ มาย่อและวิเคราะห์ดูเพื่อตรวจสอบ

ความเห็นในทางวิชาการ ; ถ้าหากท่านผู้ฟังอยากอ่านและตรวจสอบบทความต่าง ๆ ในรายละเอียด ท่านก็อาจไปหาซื้อหนังสือเรื่องนี้อ่านได้ เพราะได้มีการรวมพิมพ์เป็นหนังสืออยู่ 2 เล่ม โดย ทางสำนักพิมพ์มติชน กับคณะนิติศาสตร์ของมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ในที่นี้ เราคงไม่มีเวลาพูดว่า ความเห็นของท่านอาจารย์เหล่านี้ในกรณีประสาทพระวิหาร มีว่าอย่างไร และความเห็นของผมมีว่าอย่างไร ; ในที่นี้ผมขอพูดเพียงว่า เมื่อผมได้ให้ความเห็นผมไว้ว่า ผมไม่เห็นด้วยกับท่านอาจารย์เหล่านี้เพราะเหตุผลอย่างไร และทำไมผมจึงเห็นว่า คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่ 178 / 2550 ในปี พ.ศ. 2550 ไม่ตรงกับทฤษฎีของต่างประเทศ แล้ว ความสำคัญของบทความเอกสารหมายเลข 2 อยู่ที่ว่าผมเอาเรื่องนี้มาเป็น case study เพื่อวิเคราะห์และประเมิน “สภาพวิชาการของนักกฎหมาย” ของเรา

ผมได้ให้ความเห็นของผมอย่างตรงไปตรงมาในบทความดังกล่าวนี้ ว่า ถ้าหากนักกฎหมายไทยไม่สามารถมองเห็นความแตกต่าง ระหว่าง “เหตุผล” และหลักการ ที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด พ.ศ. 2550 กับ “คำอธิบาย” ในตำราของต่างประเทศว่าด้วย ทฤษฎี acte de gouvernement ของต่างประเทศ แล้ว ก็ถือได้ว่า เป็นความล้มเหลวของการสอนกฎหมายของประเทศไทย เพราะผมเห็นว่า ความแตกต่างของเหตุผลในเรื่องนี้ สามารถเห็นได้ชัดเจนเป็นลายลักษณ์อักษร

และเมื่อผมได้ให้เหตุผลของผมไปแล้ว ผมก็ยังไม่พบว่า มีท่านอาจารย์ท่านใดที่ยืนยันว่า “เหตุผล” ที่เขียนอยู่ในคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด ที่ 178 / 2550 นั้น ตรงกับ “คำอธิบาย” ทฤษฎีของต่างประเทศที่อยู่ในตำราของต่างประเทศ ผมเองก็อยากให้มีการโต้ตอบ เพื่อวิชาการกฎหมายของเรา จะได้พัฒนาไปได้ด้วยตรรกและเหตุผล ผมอาจจะถูกหรือผมอาจจะผิด แต่จะเจ็บกันไปหมด

และในตอนท้ายของหน้า 2 ของบทความเอกสารหมายเลข 2

ผมเขียนไว้ว่า “ผู้เขียนต้องขอเรียนย้ำว่า ถ้าหากประเทศไทยไม่สามารถยกระดับมาตรฐานของวงการกฎหมายของเราให้เร็วที่สุด ประเทศไทยจะมีปัญหาอย่างยิ่งในการพัฒนาการบริหารประเทศ”

เท่าที่กล่าวมาแล้ว เป็นความวิตกของผม ในส่วนเกี่ยวกับมาตรฐานการเรียนการสอนวิชานิติศาสตร์ เป็นการทั่ว ๆ ไป ; แต่ถ้าจะพิจารณาถึง “ปัญหาการเมือง” หรือปัญหาการปฏิรูปการเมืองโดยเฉพาะ เราคงจะต้องพิจารณากันให้กว้างกว่านี้

ดังนั้น ในบทความเอกสารหมายเลข 2 ในหน้าที่ 2 ผมจึงได้กำหนดหัวข้อที่จะพิจารณาเพิ่มเติมขึ้น คือ หัวข้อว่าด้วย “สภาพการเมือง และสภาพวิชาการทางกฎหมายมหาชน” ให้กว้างกว่าการพิจารณาเรื่องกรณีเขาพระวิหาร โดยจะเป็นความเห็นทางกฎหมายอย่างกว้าง โดยอาศัยพื้นฐานจากกรณีปราสาทพระวิหารเป็นตัวอย่างมาวิเคราะห์ ; และในการเริ่มต้นพิจารณาหัวข้อนี้ ผมได้เขียนเป็นข้อสังเกตไว้ว่า “ผู้เขียนขอเรียนว่า สิ่งที่คุณเขียนกลั้มากที่สุด กลั้มานานแล้ว ก็คือ วงการวิชาการทางกฎหมายของเรา โดยเฉพาะอย่างยิ่งคณาจารย์ในคณะนิติศาสตร์ของมหาวิทยาลัย จะเป็นต้นเหตุที่ทำให้คนไทยหลงวนเวียนอยู่ในวงจรแห่งความเสื่อมทางการเมือง” ซึ่งเป็นการแสดงความกังวลเกี่ยวกับ “คุณภาพ” ในการเรียนการสอนวิชานิติศาสตร์อย่างตรงไปตรงมา

ในการที่จะทำ “ความเข้าใจ” กับปัญหาการเมืองของประเทศไทยนั้น ผมได้กล่าวไว้ในบทความดังกล่าวว่า จะต้องพิจารณาเป็น 3 ขั้นตอน คือ ประการแรก เราต้องรู้ถึง “สาเหตุ” ของปัญหา เสียก่อน ประการที่สอง เราต้องรู้ “จุดหมาย” ของการแก้ไข และประการที่สาม เราต้องรู้ “วิธีการ” ที่จะไปสู่ “จุดหมาย”

แต่ในที่นี้ เราคงไม่มีเวลาที่จะพิจารณาสรุปบทความเอกสารหมายเลข 2 นี้ได้ทั้งหมด ดังนั้น ผมจะขอพูดสั้นๆ ในประเด็นเพียงบางประเด็น โดยจะเริ่มต้น จากปัญหาที่เกี่ยวกับ “ดุลยภาพแห่งอำนาจ ขององค์กรนิติบัญญัติ

บริหาร ตุลาการ”ในระบบสถาบันการเมืองในรัฐธรรมนูญของไทย ตามที่ปรากฏอยู่ในบทความเอกสารหมายเลข 2 หน้า 4 เพราะผมเห็นว่า “สาเหตุ”ของปัญหาการเมืองของประเทศไทย ก็อยู่ที่ การมีหรือไม่มีดุลยภาพแห่งอำนาจขององค์กรต่าง ๆ ใน ระบบสถาบันทางการเมืองนั่นเอง

คำว่า “ดุลยภาพแห่งอำนาจขององค์กรนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ” นี้ เป็นคำที่ ผมยืมมาจากบทความของคณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์จำนวน 5 ท่านนั่นเอง ; ท่านคณาจารย์ได้ยก “หลักการดุลยภาพแห่งอำนาจขององค์กรนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ” มาเป็นเหตุผลแย้งผมในกรณีคำวินิจฉัยของศาลปกครองกลาง ที่ 984 / 2551 ในกรณีปราสาทพระวิหาร โดยท่านคณาจารย์กล่าวว่า ขณะนี้ ประเทศไทยเรามีดุลยภาพแห่งอำนาจใน 3 องค์กร คือ องค์กรนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ และดุลยภาพนี้ อาจจะต้องเสียไปเพราะคำวินิจฉัยของศาลปกครองกลางในคดีปราสาทพระวิหาร ซึ่งเป็นองค์กรตุลาการ ได้ก้าวล่วงเข้าไปในอำนาจขององค์กรบริหาร คือ รัฐบาล ; แต่ถ้าท่านดูในหน้าต่อไปของบทความตามเอกสารหมายเลข 2 นี้ ก็จะพบว่า ผมมีความเห็นว่า การที่ท่านคณาจารย์เข้าใจและสอนนักศึกษาว่า ประเทศไทยในขณะนี้ มีดุลยภาพแห่งอำนาจขององค์กรทั้งสาม นิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการนั้น เป็นการสอนที่ผิดพลาด

ทำไมผมจึงมีความเห็นว่าผิดพลาด ผมขอเรียนว่า ถ้าท่านพิจารณาควบตรัฐธรรมนูญของเรา ท่านก็จะพบว่า ในรัฐธรรมนูญของประเทศไทย เราจะมีบทบัญญัติบังคับให้ ส.ส. (สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร) ต้องสังกัดพรรคการเมือง แล้วเราก็มีบทบัญญัติให้พรรคการเมืองของเรามีอำนาจให้ ส.ส. พ้นจากการเป็น ส.ส.ได้ถ้าไม่เชื่อฟังมติของพรรคการเมือง

ผมเห็นว่า การที่รัฐธรรมนูญเขียนเช่นนี้ ได้ทำให้ “พรรคการเมือง” ของเรา กลายเป็นองค์กรที่มีอำนาจสูงสุด - super organ ในทางการเมือง คือ มีอำนาจเหนือกว่าทั้งสภาผู้แทนราษฎร และคณะรัฐมนตรี เพราะเราทราบอยู่แล้วว่า รัฐธรรมนูญของเราใช้ ระบบรัฐสภา - parliamentary system และ

ในระบบรัฐสภา ใครก็ตามที่คุม “เสียงข้างมา” ในสภาผู้แทนราษฎร ผู้นั้นก็จะได้เป็นนายกรัฐมนตรีและเป็นรัฐบาลไปด้วย ; ดังนั้น เมื่อเราบังคับให้ ส.ส. ในสภาผู้แทนราษฎรต้องสังกัดพรรคการเมือง “พรรคการเมือง” (ไม่ว่าพรรคเดียวหรือหลายพรรครวมกลุ่มกัน) ที่คุมเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎร ก็จะเป็นองค์กรที่คุมทั้ง ส.ส. และคุมทั้งรัฐบาล(คณะรัฐมนตรี)

ด้วยเหตุนี้ ระบบสถาบันการเมืองตามรัฐธรรมนูญของเราจึงไม่มี “ดุลยภาพ” ระหว่างองค์กรนิติบัญญัติ และองค์กรบริหาร แต่จะเป็น ระบบเผด็จการโดยพรรคการเมือง และ ตามสภาพของสังคมไทยที่อ่อนแอ ที่อ่อนไหวต่อการใช้อำนาจและอิทธิพลในการซื้อเสียงเลือกตั้ง พรรคการเมืองที่มีอำนาจเผด็จการนี้ จะเป็นพรรคการเมืองของนายทุนธุรกิจ

ผมได้ยกตัวอย่างความเป็นจริงที่เป็นเหตุการณ์ในปัจจุบัน คือ ทำไมอดีตนักการเมืองของเราที่อยู่นอกประเทศ จึงมีอิทธิพลเหนือนักการเมืองที่เป็น ส.ส. และเป็นรัฐมนตรีในประเทศได้ ทำไมอดีตนายกทักษิณ (ชินวัตร) จึงสามารถสั่งการนักการเมืองที่อยู่ในประเทศได้ ทั้งที่ตัวเองอยู่นอกประเทศ คำตอบน่าจะชัดเจนว่า ที่เป็นเช่นนั้นได้ ก็เพราะอำนาจเงิน การให้เงิน และการแจกเงิน ไม่ทางตรงก็ทางอ้อม

รัฐธรรมนูญที่บังคับให้ ส.ส. ต้องสังกัดพรรคการเมือง และให้พรรคการเมืองมีอำนาจให้ ส.ส. พ้นจากการเป็น ส.ส. ได้ นั้น ในโลกนี้ มีเพียงรัฐธรรมนูญของประเทศไทยประเทศเดียวเท่านั้น แต่ไม่มีคณาจารย์คนใดมาบอกนักศึกษากฎหมายหรือกับเราว่า รัฐธรรมนูญของเราไม่เหมือนกับประเทศใดๆ ในโลก และในขณะเดียวกัน อาจารย์คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ซึ่งอาจรวมทั้งอาจารย์คณะนิติศาสตร์ทั่วประเทศของเรา ต่างสอนนักศึกษาว่า ประเทศไทยมี “ดุลยภาพแห่งอำนาจ” ระหว่างองค์กรบริหารกับนิติบัญญัติ

ทำไมจึงสอนเช่นนั้น การสอนกฎหมายของเราผิดพลาดมาเป็นตลอดเวลานาน เพราะคณาจารย์ไม่ได้มองสภาพความจริงว่า รัฐธรรมนูญของเรา

เขียนแตกต่างกับรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ; สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของเขา มีอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของ ส.ส. แต่ ส.ส. ของเราไม่มี แต่อาจารย์ของเรา ก็สอนไปเรื่อย ๆ ตามตำราของต่างประเทศ โดยไม่ทราบว่าสิ่งที่ตนเองสอนนั้น ไม่ตรงกับความจริงในประเทศไทย

แล้วใครเล่า เป็นคนสร้าง “ระบบเผด็จการโดยพรรคการเมือง นายทุนธุรกิจ” นี้ขึ้นมา ในเอกสารบทความหมายเลข 2 หน้า 6 — 7 ก็จะบอกท่านว่า ระบบเผด็จการนี้ได้เริ่มต้นมา ตั้งแต่ พ.ศ. 2535 ด้วยการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ปี พ.ศ. 2534

อันที่จริง ระบบเผด็จการโดยพรรคการเมือง (นายทุนธุรกิจนี้ ค่อย ๆ เกิดขึ้นทีละขั้น ตั้งแต่ พ.ศ. 2517 คือ ตั้งแต่ระยะที่นักกฎหมายของเราต้องการเอาใจ “รัฐบาลทหาร” โดยพยายามจัดระบบ ส.ส.ให้มีการสังกัดพรรคการเมือง เพื่อ ส.ส. จะได้เป็นกลุ่มเป็นก้อน ไม่กระจัดกระจาย และง่ายต่อการเจรจาต่อรองระหว่างรัฐบาลทหารกับนักการเมืองที่มาจากการเลือกตั้ง และต่อมา (หลังจาก พ.ศ. 2517) เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ ก็ค่อย ๆ มีบทบัญญัติเพิ่มอำนาจของพรรคการเมืองให้มากขึ้นตามลำดับ ซึ่งผมเคยเขียนบทความแสดงวิวัฒนาการของการเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติที่สร้าง “ระบบบังคับให้ ส.ส.ต้องสังกัดพรรคการเมือง” นี้ ไว้ให้แล้ว ท่านคงอาจไปหาอ่านดูได้จากเว็บไซต์ ดังกล่าวข้างต้น ; และดังนั้น พอมาถึงรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2534 “ระบบการบังคับให้ ส.ส. ต้องสังกัดพรรคการเมือง” จึงมีอยู่บ้างแล้วในรัฐธรรมนูญ แต่ยังไม่สมบูรณ์พอที่จะทำให้เกิด “ระบบเผด็จการโดยพรรคการเมือง (นายทุนธุรกิจ)”

ในปี พ.ศ. 2535 มีเหตุการณ์ “พฤษภาทมิฬ” และทหารเลื่อมอำนาจลง บรรดานักการเมืองที่เป็นเจ้าของพรรคการเมือง (ที่เรียกกันว่า พรรคเทพ พรรคมาร) ในขณะนั้น ซึ่งเกือบทั้งหมดจะเป็นพรรคการเมืองของ “นายทุนธุรกิจท้องถิ่น” ได้มองเห็นประโยชน์ของการบังคับให้ ส.ส.ต้องสังกัดพรรค ซึ่งตนเองเป็นหัวหน้าพรรค และไม่ยากให้บุคคลอื่นมาเป็นนายกรัฐมนตรี

จึงได้เรียกร้องและขอเพิ่มเติมบทบัญญัติลงไปว่า นายกรัฐมนตรีต้องเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร โดยอ้างว่าเพื่อ “ความเป็นประชาธิปไตย” และนับแต่เวลานั้น (พ.ศ. 2535) เป็นต้นมา “ระบบเผด็จการโดยพรรคการเมือง (นายทุนธุรกิจ)” ก็เกิดขึ้น

อันที่จริง การเพิ่มเติมบทมาตราเพียงมาตราเดียวว่า ให้นายกรัฐมนตรีต้องมาจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ย่อมไม่สามารถทำให้เกิด “ระบบเผด็จการโดยพรรคการเมือง (นายทุนธุรกิจ)” ได้ ถ้าหากไม่มีบทบัญญัติบังคับให้ ส.ส. ต้องสังกัดพรรคการเมืองและไม่มีบทบัญญัติให้พรรคการเมืองมีอำนาจให้ ส.ส. พ้นจากการเป็น ส.ส. ได้ ไว้ก่อนหน้านี้

“ระบบเผด็จการโดยพรรคการเมือง (นายทุนธุรกิจ)” รัฐธรรมนูญฉบับเดียวในโลก จึงเกิดขึ้นตั้งแต่วันที่ 13 กันยายน พ.ศ. 2535 ซึ่งเป็นวันที่ถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา ของ รัฐธรรมนูญ แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2535

ระบบนี้ ไม่ใช่ระบอบประชาธิปไตย เพราะขัดกับ “หลักการ” สำคัญของการปกครองระบอบประชาธิปไตยที่กำหนดว่า “ส.ส.จะต้องมีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของ ส.ส.ได้ตามมโนธรรมของตน” ; อันที่จริงก่อนที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ(พ.ศ. 2534) ในปี พ.ศ. 2535 ตามคำเรียกร้องของนักการเมืองและจะมี “การยุบสภา” หลังการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ผมได้เขียนบทความบทหนึ่งเดือนและขอให้ทำการวิจัยและมีการปฏิรูปการเมืองเสียก่อน แต่เป็นที่น่าเสียดาย ; ระบบเผด็จการนี้ ได้เกิดขึ้นโดยนักวิชาการและคณาจารย์ในมหาวิทยาลัยของเรายังคงคิดว่า ระบบสถาบันการเมืองตามรัฐธรรมนูญของเรา เป็น “ประชาธิปไตย” และแม้แต่นายกรัฐมนตรีคนกลางของเรา ในขณะนั้น คือท่านอานันท์ ปันยารชุน ที่เป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการการแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ก็คงไม่ได้คิดว่า ระบบนี้จะเป็นระบบที่สร้างปัญหาการเมืองที่ยุ่งยากให้แก่ประเทศไทย ดังเช่นที่ปรากฏอยู่ในขณะนี้

โดยสรุป ในบทความเอกสารหมายเลข 2 นี้ จะเห็นได้ว่า “ระบบ
เผด็จการโดยพรรคการเมือง(นายทุนธุรกิจ)” เกิดขึ้นจากบรรดานักการเมือง
นายทุนธุรกิจเจ้าของพรรคการเมืองในขณะนั้น (พ.ศ. 2535) และหลังจากนั้น
พรรคการเมืองของนายทุนท้องถิ่นต่างก็แย่งกันและสลับขั้วกันเข้ามาเป็นรัฐบาล
และแสวงหาประโยชน์ได้ระยะหนึ่ง เป็นเวลาประมาณ 7 – 8 ปี แต่นายทุน
ท้องถิ่นล้มไปว่า ยังมี “นายทุนระดับชาติ” ที่มีเงินมากกว่า ดังนั้น เมื่อ
นายทุนระดับชาติมองเห็นประโยชน์จากการลงทุนในการตั้งพรรคการเมือง ใน
สภาพที่สังคมไทยมีความอ่อนแอ ก็เลยลงทุนตั้งพรรคการเมืองขึ้นมาบ้าง
โดย “ซื้อ” ทั้งผู้สมัครรับเลือกตั้ง “ซื้อ” ทั้ง ส.ส.ที่ได้รับเลือกตั้งแล้ว และ
“ซื้อ” ทั้งพรรคการเมืองทั้งพรรคจากนายทุนท้องถิ่น แล้วเข้ามาผูกขาดอำนาจ
รัฐ เป็นทั้งรัฐบาลและคุมเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎร (ในการปกครอง
ระบบรัฐสภา — parliamentary system) และแสวงหาประโยชน์อย่าง
ปราศจากขอบเขตภายใต้ความพิกลพิการและความล้มเหลวของกฎหมายระบบ
บริหารของไทย และนี่ คือ สาเหตุของ “ปัญหาการเมือง” ของคนไทยในปัจจุบัน

ถ้าจะพูดไปแล้ว คงจะไปโทษหรืออ้างว่าเป็นความผิดของอดีตนายค
รัฐมนตรีทักษิณที่ทำการทุจริตคอร์รัปชันและสร้างความวุ่นวายทางการเมือง
อยู่ในขณะนี้ ก็ดูจะไม่ตรงนัก เพราะอดีตนายกรัฐมนตรีดังกล่าวเป็นเพียง
ใช้ “เครื่องมือ” ที่บรรดานายทุนท้องถิ่นได้สร้างขึ้นไว้ เพื่อให้กลุ่มของตัวเอง
เข้ามาผูกขาดอำนาจรัฐ ตั้งแต่ พ.ศ. 2535 เท่านั้น โดยอดีตนายกรัฐมนตรี
ทักษิณ ไม่ได้มีส่วนในการสร้าง “เครื่องมือ” นี้ขึ้นแต่อย่างใด

และในปัจจุบันนี้ เดือนเมษายน พ.ศ. 2552 ดูเหมือนว่า นักการเมือง
เดิมๆ และ พรรคการเมืองเดิมๆ เมื่อ พ.ศ. 2535 ก็ได้มี “โอกาส”
กลับเข้ามาผูกขาดอำนาจรัฐอีกครั้งหนึ่ง โดยอาศัยให้พลังของคนไทยช่วย
ขับไล่ นายทุนระดับชาติออกไป และขณะนี้ ผมก็ไม่ทราบว่ บรรดาพรรค
การเมืองของนายทุนท้องถิ่นเหล่านี้ ยังต้องการผูกขาดอำนาจรัฐต่อไปอีก
นานเท่าใด และคนไทยจะแก้ปัญหการเมืองนี้ได้หรือไม่

แต่ก่อนที่ผ่านบทความเอกสารหมายเลข 2 นี้ไป เอกสารนี้ยังมีสาระสำคัญอยู่อีกประการหนึ่งเป็นส่วนที่ 2 ที่ผมตั้งใจเขียนเพิ่มเติมขึ้นนอกเหนือไปจากกรณีประสาทพระวิหาร คือ ผมได้ให้ความเห็นว่า ถ้าเราจะปฏิรูปการเมืองหรือแก้ไขรัฐธรรมนูญใหม่ เราจะนำ “แนวทาง” ที่ประเทศที่พัฒนาแล้วเขาใช้ สร้างเสถียรภาพให้รัฐบาลของเขา โดยไม่มีการบังคับให้ ส.ส. ต้องสังกัดพรรค มาใช้ได้อย่างไร

แต่อย่างไรก็ตาม ขอเรียนว่า บทความเอกสารหมายเลข 2 ส่วนที่ 2 นี้ผมเพียงแต่บอกว่า รัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปการเมือง ควรจะเป็นอย่างไร แต่ผมยังไม่ได้บอกว่า ถ้าเราคิดจะปฏิรูปการเมืองหรือมีการเมืองใหม่กันจริงๆ แล้ว รัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปการเมือง จะเกิดขึ้นได้อย่างไร ดังนั้น สาระในบทความเอกสารหมายเลข 2 นี้ จึงยังไม่ใช่เป็นคำตอบ หรือเป็น solution ของปัญหาการเมืองของเราในปัจจุบัน ซึ่งในประเด็นนี้ ผมจะให้ความเห็นในการบรรยายในวันนี้ หลังจากที่ผมได้ “สรุป” บทความตามเอกสารที่ได้แจกไว้แล้ว

แนวทางหรือโครงสร้างของระบบสถาบันการเมืองในรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ที่จะสร้างเสถียรภาพให้แก่รัฐบาลได้โดยไม่มีการบังคับให้ ส.ส. ต้องสังกัดพรรค ที่ต่างประเทศใช้กันอยู่ ก็คือ การกำหนดให้มี “ฝ่ายบริหาร” เป็นผู้นำเดี่ยว - a single leader คือ มีคนเดียวรับผิดชอบงานบริหารประเทศ ; “ตัวอย่าง” ที่สามารถมองเห็นหลักการนี้ได้ง่ายและชัดเจน คือ ประธานาธิบดีของสหรัฐในรูปแบบการปกครองใน “ระบอบประธานาธิบดี — presidential system” ซึ่งท่านจะเห็นได้ว่า ประธานาธิบดี (คนเดียว) ของเขา รับผิดชอบงานบริหารทั้งหมด และ ถ้ามีอะไรเกิดขึ้นในการบริหารประเทศ รัฐมนตรีคนหนึ่งคนใดคอร์รัปชัน ประธานาธิบดีจะหนีความรับผิดชอบไม่ได้ ; ซึ่งแตกต่างกับการบริหารประเทศแบบไทยๆ ที่เมื่อรัฐมนตรีคนใดถูกเปิดอภิปรายและถูกเปิดเผยว่าคอร์รัปชัน ก็ให้รัฐมนตรีคนนั้นลาออกไป นายกรัฐมนตรีลอยตัวไม่ต้องรับผิดชอบ ; หรือบางที นายกรัฐมนตรีก็เอารัฐมนตรี

คนเดิมนั้นกลับมาเป็นรัฐมนตรีอีก แต่เปลี่ยนกระทรวง แล้วก็ดี ความรัฐธรรมนูญว่า เมื่อเปลี่ยนกระทรวงแล้ว ก็ไม่ต้องรับผิดชอบงานที่ถูกกล่าวหาว่าคอร์รัปชันในกระทรวงเดิม

ผมได้ให้ “แนวทาง” ไว้ว่า รัฐธรรมนูญฉบับที่จะเป็นการปฏิรูปการเมืองของเรา คงจะต้องใช้แนวทางที่นักวิชาการต่างประเทศเขา “คิด” มาแล้ว คือ ต้องสร้างปรับ — rationalize ระบบบริหารของเราให้เป็น ระบบผู้นำคนเดียว - a single leader ; แต่พอผมพูดอย่างนี้ นักวิชาการหลายท่านก็ออกมาบอกว่า ถ้าเช่นนั้น ก็ควรให้นายกรัฐมนตรีของเรามาจากการเลือกตั้งโดยตรง ซึ่งผมก็ต้องขอบอกไว้ก่อนว่า ประเทศไทยใช้ระบบเลือกตั้งนายกรัฐมนตรีโดยตรงไม่ได้ เพราะประเทศเรามีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขของรัฐ ดังนั้น ถ้ามีการเลือกตั้งนายกรัฐมนตรีโดยตรง ซึ่งจะเหมือนกับระบบประธานาธิบดี และจะเปิด “โอกาส” ให้มีการขัดแย้งระหว่างสถาบัน ; และผมก็ไม่ทราบว่าจะทำไมนักวิชาการที่เสนอให้มีการเลือกนายกรัฐมนตรีโดยตรง จึงไม่คิดว่า ถ้า “การเลือกตั้ง ส.ส.” ในสภาพที่สังคมไทยอ่อนแอ มีการซื้อเสียงได้ การเลือกตั้งนายกรัฐมนตรีโดยตรง ก็มีการซื้อเสียงได้ เช่นเดียวกัน

เป็นที่แน่นอน ก็คือ ผมเห็นว่า เราคงไม่สามารถใช้ “ระบบเผด็จการโดยพรรคการเมือง (นายทุนธุรกิจ)” ที่นักการเมือง (ที่มาจากเลือกตั้งในสภาพที่สังคมมีความอ่อนแอ) ของเรา ต่างคนต่างหาช่องทางแสวงหาความร่ำรวยให้แก่ตนเองด้วยการทุจริตคอร์รัปชันต่อไปได้ และเราก็คงไม่สามารถกลับไปใช้ “ระบบรัฐสภา — parliamentary system” แบบเดิมๆ ที่ประเทศที่พัฒนาแล้วเขาเลิกใช้และปรับเปลี่ยน — rationalize รูปแบบไปนานแล้ว ไม่ต่ำกว่าถึงศตวรรษ ได้อีกเช่นเดียวกัน ; ปัญหาของเรามีอยู่ว่า นักกฎหมายและนักวิชาการของไทย จะมีความรู้พอที่จะปรับเปลี่ยน — rationalize “ระบบรัฐสภา” ของเรา ให้มีประสิทธิภาพ (คือ รัฐบาลมีเสถียรภาพ และ ควบคุมนักการเมืองที่มาจากเลือกตั้ง ไม่ให้ทำการทุจริต) ได้หรือไม่ เพราะคงไม่มีนักวิชาการของประเทศอื่นมา “คิด” ให้เรา และเราจะ “ลอก” แบบของ

เขามาใช้ก็ไม่ได้ เพราะรูปแบบการปกครองของเรามีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขที่ไม่เหมือนกับประเทศอื่นเขา และสภาพสังคมของเราก็อ่อนแอ แตกต่างกับเขา เราคงต้องออกแบบรัฐธรรมนูญของเราเอง

ในตอนท้ายของบทความเอกสารหมายเลข 2 ผมได้ให้ “แนวความคิด” ไว้ว่า การออกแบบ - design ระบบผู้นำเดี่ยวของประเทศไทยในระดับนายกรัฐมนตรี จะสามารถสร้างขึ้นได้อย่างไร ; เราคงลอก “แนวทาง” ของประเทศอื่นมาใช้ไม่ได้ เพราะประเทศอื่นเขาเขียนรัฐธรรมนูญ เพิ่ม “อำนาจ” ให้แก่ประธานาธิบดี (ประมุขของรัฐ) ของเขาได้ แต่ของเราทำไม่ได้ เพราะประมุขของเราเป็นพระมหากษัตริย์

ผมขอสรุป บทความเอกสารหมายเลข 2 ไว้เพียงเท่านี้ สำหรับข้อความส่วนที่เหลือในบทความเอกสารหมายเลข 2 ถ้าท่านสนใจ ก็ขอให้ท่านไปอ่านเอาเองเมื่อมีเวลาว่าง และขออัยอีกครั้งหนึ่งว่า บทความเอกสารหมายเลข 2 นี้ เป็นบทความที่วางแนวไว้สำหรับ “รัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปการเมือง” เท่านั้น ถ้าหากเราจะมี การปฏิรูปการเมือง ; แต่ “รัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปการเมือง” จะเกิดขึ้นไม่ได้ ถ้าไม่มี “รัฐธรรมนูญ” ก่อนหน้านั้นหนึ่งฉบับ ซึ่งจะเป็นรัฐธรรมนูญ ที่กำหนดวิธีการ - process ในการยกร่าง “รัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปการเมือง” ซึ่งจะเป็นหัวข้อของการบรรยายในวันนี้

ต่อไป ผมจะขอสรุปบทความเอกสารหมายเลข 1 บทความเอกสารหมายเลข 1 นี้ ผมเขียนในเดือนพฤศจิกายน คือ เขียนขึ้นที่หลังบทความเอกสารหมายเลข 2 (วันที่ 9 กันยายน 2551) ประมาณ 3 เดือน และผมได้หมายเหตุไว้ในบรรทัดแรกของเอกสารว่า เป็นการเขียนขึ้นก่อนที่เราจะมีรัฐบาลชุดปัจจุบัน ที่มีการสลับ “จั่ว” ของพรรคการเมือง 4 — 5 พรรค และจัดตั้งรัฐบาลขึ้น เมื่อวันที่ 20 ธันวาคม 2551 โดยมีพรรคประชาธิปัตย์เป็นแกน

บทความเอกสารหมายเลข 1 ชื่อว่า “การปฏิรูปการเมือง (ของคนไทย) ครั้งที่ 3 จะสำเร็จหรือล้มเหลว (?)” เขียนขึ้นหลังจาก “ตุลาคมเลือด” ใน

ระยะที่ “พรรคพลังประชาชน” (พรรคไทยรักไทย เดิม) เป็นรัฐบาล โดยมี นายสมชาย วงศ์สวัสดิ์ เป็นนายกรัฐมนตรี (ก่อนที่จะศาลรัฐธรรมนูญจะ วินิจฉัยให้ยุบพรรคพลังประชาชน เมื่อวันที่ 2 ธันวาคม พ.ศ. 2551) : ใน เดือนตุลาคม ได้มีการใช้กำลังตำรวจสลายม็อบ “พันธมิตรประชาชนเพื่อ ประชาธิปไตย” ที่หน้ารัฐสภาจนมีผู้บาดเจ็บหลายร้อยคน ซึ่งทำให้พันธมิตร ประชาชนเพื่อประชาธิปไตยเรียกร้องให้มีการปฏิรูปการเมืองด้วยการสร้าง “การเมืองใหม่” และทางรัฐบาลและสภาผู้แทนราษฎร(พรรคพลังประชาชน และพรรคร่วมรัฐบาล รวม 6 พรรค)ได้เสนอให้มีการจัดตั้ง “ส.ส.ร. (3)” ขึ้น : ผมจึงได้เขียนบทความเอกสารหมายเลข 1 เพื่อเตือนและให้ข้อคิด เห็นแก่ท่านผู้อ่านว่า ทำไม นักการเมืองที่มาจากการเลือกตั้ง จึงมักจะอ้าง การปฏิรูปการเมือง และอยากตั้ง “สภาร่างรัฐธรรมนูญ” ขึ้นมายกร่างรัฐธรรมนูญ

ในบทความเอกสารหมายเลข 1 ผมเริ่มต้น ด้วยการตั้งคำถาม ว่า การที่เราต้องการ “การเมืองใหม่” นั้น เราต้องการอะไรกันแน่ : เราต้องการ “รัฐธรรมนูญ ฉบับใหม่” ที่เขียนอะไรมาก็ได้ หรือว่า เราต้องการรัฐธรรมนูญ ที่เป็น “การเมืองใหม่” จริงๆ คือ เป็นรัฐธรรมนูญที่มี “ระบบสถาบัน การเมือง” ที่สามารถแก้ปัญหาการเมืองของประเทศได้

ผมได้ให้ความเห็นไว้ว่า การเสนอให้ตั้ง “สภาร่างรัฐธรรมนูญ” นั้น เป็นการเล่นเกมการเมืองอย่างหนึ่งของนักการเมืองที่มาจากการเลือกตั้ง เพราะเราต้องรู้ว่า ในการร่างกฎหมายหรือในการเขียนรัฐธรรมนูญเพื่อวาง ระบบ หรือกลไกในการบริหารประเทศ (ที่ดี) นั้น ตามเหตุผลแล้ว เราต้องการ “ผู้เชี่ยวชาญ” ที่ศึกษาปัญหาของการบริหารประเทศมาเป็นอย่างดี และมี “ความรู้” ในเรื่องการจัดองค์กรในระบบสถาบันการเมืองในระดับเชี่ยวชาญ อย่างแท้จริง มาเป็นผู้ออกแบบรัฐธรรมนูญ : รัฐธรรมนูญ (ที่ดี) นั้น มิได้ เกิดจากการให้ประชาชนทั้งหลาย (ที่พอมีความรู้บ้าง) มาร่วมกันยกร่าง และ ลงมติด้วยเสียงข้างมากกว่ารัฐธรรมนูญจะเป็นอย่างไร โดยอ้างว่า “เพื่อความ เป็นประชาธิปไตย”

ตัวอย่างที่เห็นได้ชัด ก็เช่น บรรดาเครื่องยนต์กลไก นั้นมิได้เกิดมาจาก “การออกแบบ” ของบุคคลธรรมดาซึ่งไม่รู้เรื่องเครื่องยนต์ เพราะคนทั่วไปคงไม่รู้ว่า จะเอาลูกสูบกี่สูบ หรือเอาหัวเทียนไปวางไว้ที่ไหน ถ้าให้คนธรรมดาออกมาออกแบบเครื่องยนต์ เครื่องยนต์ก็ไม่เป็นเครื่องยนต์

การร่างรัฐธรรมนูญ โดยการตั้ง “สภาร่างรัฐธรรมนูญ” ก็เช่นเดียวกัน เราคงพอทราบกันอยู่แล้วว่า สภาร่างรัฐธรรมนูญที่นักการเมืองเสนอให้จัดตั้งนั้น จะมีองค์ประกอบอย่างไร จะประกอบด้วยใครบ้าง ; สภาร่างรัฐธรรมนูญของนักการเมือง ก็จะประกอบด้วยสมาชิก 3 — 4 ประเภท คือ สมาชิกส่วนใหญ่ที่มาจากการเลือกตั้งเป็นผู้แทนจากจังหวัดต่างๆ จำนวน 70 กว่าจังหวัด สมาชิกที่เป็นผู้แทนจากองค์กรอาชีพและวิชาชีพตามที่กำหนดขึ้น และสมาชิกที่เป็นนักวิชาการจำนวนหนึ่งที่มาจากการแต่งตั้งของสภาผู้แทนราษฎร หรือรัฐสภา กับอาจมีผู้แทนจากพรรคการเมืองในสภาผู้แทนราษฎร ; และถ้าจะถามว่า ทำไมสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ จึงต้องประกอบด้วยสมาชิกที่หลากหลายเช่นนี้ แล้วจะร่างรัฐธรรมนูญ (ที่ดี) ขึ้นมาได้อย่างไร ; คำตอบที่ท่านจะได้จากนักการเมือง ก็คือ องค์ประกอบของสภาร่างรัฐธรรมนูญที่เป็นเช่นนั้น ก็เพื่อ “ความเป็นประชาธิปไตย” เพราะรัฐธรรมนูญเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับประชาชนทุกคน ดังนั้น ก็ควรให้ “ประชาชนมีส่วนร่วม” ในการร่างรัฐธรรมนูญให้มากที่สุด

ท่านผู้ฟังก็คงพิจารณาได้เองว่า สภาร่างรัฐธรรมนูญที่มีองค์ประกอบเช่นนี้ คงไม่สามารถร่าง “รัฐธรรมนูญ (ที่ดี)” ที่สามารถแก้ปัญหาการเมืองของประเทศได้ เพราะสมาชิกส่วนมากหรือเกือบทั้งหมด ไม่ใช่ผู้เชี่ยวชาญในกฎหมายรัฐธรรมนูญ และในขณะเดียวกันในการเลือกตั้งสมาชิกสภารัฐธรรมนูญจากจังหวัดต่างๆ นั้น พรรคการเมืองที่สามารถจะสอดแทรกคนของตนเข้าไปในสภาร่างรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ออกมาตามที่นักการเมืองต้องการได้

ท่านผู้ฟังก็คงตอบได้ด้วยตนเองว่า การที่นักการเมืองนายทุนธุรกิจ

ที่มาจากการเลือกตั้ง เสนอให้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยจัดตั้ง “สภาร่างรัฐธรรมนูญ” โดยอ้างความเป็นประชาธิปไตยนั้น ความในใจของนักการเมืองเหล่านี้ ก็คือ ไม่ต้องการให้มีรัฐธรรมนูญที่ตนนั้นเอง เพราะจะทำให้ตนเองต้องเสียอำนาจและเสียโอกาสในการแสวงหาประโยชน์ ; ปัญหาของเรา (คนไทย) ก็คือ จะได้แย่งเหตุผลของนักการเมืองที่อ้างว่า องค์ประกอบของสภาร่างรัฐธรรมนูญต้องมีสมาชิกอย่างหลากหลาย เพื่อ “ความเป็นประชาธิปไตย” ได้อย่างไร

ดังนั้น ในบทความเอกสารหมายเลข 1 นี้ ผมจึงเขียนขึ้นเพื่อเตือนไว้ล่วงหน้าว่า การเขียนกฎหมาย ย่อมอยู่ได้พื้นฐานของความเป็นจริง—reality คือพฤติกรรมของคนตามสังคมวิทยา ; การเสนอให้จัดตั้ง “สภาร่างรัฐธรรมนูญ” นั้น เป็นการเล่นเกมการเมืองอย่างหนึ่งของนักการเมือง ; การร่างรัฐธรรมนูญโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ โดยอ้างความเป็นประชาธิปไตย ย่อมทำให้ทุกคนที่มีโอกาสจะเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ สนับสนุนความเห็นของนักการเมือง (ที่มาจากการเลือกตั้ง) เพราะทุกคนที่เกี่ยวข้องย่อมประสงค์อยากจะมีตำแหน่งเป็นสมาชิกในสภาร่างรัฐธรรมนูญด้วยกันทุกคน โดยไม่คำนึงว่าตนเองจะมีคุณสมบัติและมีความรู้พอหรือไม่ ; เพราะฉะนั้นเมื่อนักการเมืองให้มีการจัดตั้งสภารัฐธรรมนูญ ก็จะมีคนสนับสนุนมากมาย ; ดังนั้น ยิ่งสภาร่างรัฐธรรมนูญประกอบด้วยจำนวนสมาชิกมากขึ้นเท่าใด ก็จะได้รับ การสนับสนุนมากขึ้นเท่านั้น ; ผู้ที่มีโอกาสจะได้เป็นสมาชิกของสภาร่างรัฐธรรมนูญ ย่อมจะยังไม่คำนึงถึงความมุ่งหมายในการเขียนรัฐธรรมนูญว่า รัฐธรรมนูญที่เราจะร่างขึ้นมานั้น จะดีหรือไม่ดี จะแก้ปัญหการเมืองของประเทศไทยได้หรือไม่ เพราะเป็นเรื่องที่คิดกันภายหลัง ขอให้ตนเองได้เป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญก่อนก็แล้วกัน

บทความเอกสารหมายเลข 1 ได้เตือนไว้ว่า ใครก็ตามที่ประสงค์จะเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ ก็ขอให้ท่านคิดขังน้ำหนักว่า ท่านต้องการจะเป็นสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ หรือท่านต้องการจะให้ประเทศไทยมี

รัฐธรรมนูญที่ดี ; ถ้าหากท่านต้องการรัฐธรรมนูญที่ดีที่จะแก้ปัญหาให้ประเทศ ท่านอาจจะต้องคิดทบทวนคำว่า “องค์ประกอบ” ของสภาร่างรัฐธรรมนูญที่รวมทั้งตัวท่านเองเป็นสมาชิกอยู่ด้วยนั้น จะเป็นองค์กรที่จะเขียนรัฐธรรมนูญ (ที่ดี) ให้คนไทยได้หรือไม่ และ ถ้าท่านเห็นว่า สภาร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าว ไม่สามารถเขียนรัฐธรรมนูญที่ดีได้ ท่านก็อาจต้องเสียสละ ที่จะไม่สนับสนุน ข้อเสนอของนักการเมืองที่มาจากการเลือกตั้ง ให้จัดตั้ง “สภาร่างรัฐธรรมนูญ” ดังกล่าว

ขณะนี้ เดือนเมษายน 2552 ก็ดูเหมือนว่า รัฐบาลปัจจุบันของเรา ก็กำลังเล่น “เกม” กับสภาพสังคมอยู่เหมือนกัน บทความเอกสารหมายเลข 1 นี้ผมยังเขียนไม่จบ เพราะยังไม่มีเวลาเขียนต่อ แต่ในตอนท้ายของเอกสารนี้ ในหน้าที่ 10 บรรทัดที่ 4 ผมสรุปไว้ว่า การปฏิรูปของประเทศไทย ประสบความสำเร็จ เพราะสาเหตุ 2 สาเหตุ คือ ประการแรก ประเทศไทยขาด (ทั้ง) “ความรู้” และประการที่สอง ประเทศไทยขาด (ทั้ง) “Statesman” ; และ คำว่า “Statesman” นี้ ผมขออนุญาตไม่ใช้คำภาษาไทย เพราะเรามักจะเข้าใจกันว่า “รัฐบุรุษ” นั้นเป็นตำแหน่ง แต่ผมไม่ต้องการให้คำนี้มีความหมายถึงตำแหน่ง แต่ผมต้องการให้หมายถึง “คุณภาพ” ของคน คนที่มีตำแหน่งรัฐบุรุษ อาจจะใช่หรือไม่ใช่ “Statesman” ก็ได้

ผมได้สรุปสาระสำคัญของบทความ 2 บทความ (ตามที่ได้แจกเอกสารให้ท่าน) ฟังแล้ว ซึ่งอาจค่อนข้างยาวไปสักหน่อยนะครับ แต่คงจะจำเป็น เพราะในวันนี้ ผมตั้งในใจจะพูด “สาระ” ที่ต่อเนื่องกันต่อไป โดยผมจะขอแยกเป็น 3 ส่วนนะครับ และจะพยายามพูดให้สั้นที่สุด เพราะได้ใช้เวลาามากแล้ว ; โดยส่วนแรก ผมจะพูดถึงสาเหตุของ “ปัญหาการเมือง” ของประเทศไทย ส่วนที่สอง จะพูดต่อไปว่า คนไทยเราจะหา “ทางออก” ทางการเมือง ได้อย่างไร และ ส่วนที่สาม ก็จะ เป็นบทสรุปว่า Statesman คือ บุคคลอย่างไร เพราะในการปฏิรูปการเมือง ผมคิดว่าเรา (คนไทย) คงต้องการ statesman แต่ทำไม ประเทศไทยเราจึงไม่มี statesman เสียที

สำหรับในส่วนแรก “สาเหตุ” ของปัญหาการเมืองของไทย อยู่ที่ไหน โดยผมจะนำความในดอนท้ายที่เป็นบทสรุปข้อสุดท้าย ของบทความเอกสาร หมายเลข 1 ที่ผมเขียนค้างไว้ มาเป็น “จุดเริ่มต้น” ของการพูดในวันนี้ คือ ผมขอเรียนว่า ปัญหาการเมืองของไทยมีอยู่ 2 สาเหตุ ประการแรก เราขาด “ความรู้” และประการที่สอง คือ เราขาด “Statesman”

เรามาดู สาเหตุประการแรก คือ เราขาดความรู้ ; ปัญหาที่ว่า เราจะรู้ ได้อย่างไรว่า เราขาด “ความรู้” ผมคิดว่า วิธีที่ดีที่สุด คือ การทดสอบกับ ตัวท่านผู้ฟังเอง โดยผมจะตั้ง “คำถาม” และขอให้ท่านผู้ฟังคิดตอบคำถาม ด้วยตัวท่านเอง คำถามก็จะมียู่ 3 คำถาม เรียงตามลำดับดังนี้ คำถามแรกมี ว่า ท่านทราบหรือไม่ว่า “ระบบสถาบันการเมือง” ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ของเรา (และในรัฐธรรมนูญฉบับที่แล้วมา คือ ฉบับปี พ.ศ. 2540) เป็น รัฐธรรมนูญประเทศเดียวในโลกที่ไม่เหมือนใคร และท่านทราบหรือไม่ว่า บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เป็นประเทศเดียวในโลกนี้ เป็นบทบัญญัติ ว่าด้วยเรื่องอะไร ถ้าท่านไม่เคยทราบ ก็แสดงว่า การเรียนการสอนวิชา กฎหมายรัฐธรรมนูญในระดับอุดมศึกษาของเรา ไม่ได้มาตรฐาน ; คำถามที่สอง มีว่า ท่านทราบหรือไม่ว่า คำว่า form of government มีความหมายว่า อย่างไร มีความสำคัญอย่างไร ท่านเคยได้ยินคำนี้มาก่อนหรือไม่ ; และ คำถามที่สาม มีว่า เมื่อท่านได้ยินนักวิชาการคนหนึ่งพูดว่า ถ้าเราไม่บังคับให้ ส.ส.สังกัดพรรคการเมืองแล้ว ก็จะทำให้รัฐบาลไม่มีเสถียรภาพ เหมือนอย่าง ในอดีตที่ผ่านมา ถามว่า ท่านคิดว่าคำพูดของนักวิชาการคนนี้ จริงหรือไม่จริง เชื่อได้หรือเชื่อไม่ได้

นี่ คือ การทดสอบด้วยตัวท่านเอง ท่านผู้ฟังที่นั่งอยู่ ณ ที่นี้ เป็นคน ไทยกลุ่มที่มีระดับการศึกษาที่สูงที่สุดของคนไทย ที่มีจำนวนถึง 64 ล้านคน ผมไม่ทราบว่าคุณจะตอบอย่างไร เพราะท่านจะตอบในใจ และท่านทราบ ด้วยตัวของท่านเองว่าท่านทราบหรือไม่ทราบ ตอบผิดหรือตอบถูก ก็แล้วแต่ ; แล้วท่านเองก็ลองคิดว่า คนไทยทั้ง 64 ล้านคนจะมี “ความรู้” หรือไม่

ความรู้ และคนไทยจะหา “ทางออก” จากสภาพการเมืองในปัจจุบันได้หรือไม่
ต่อไปนี้ ผมก็จะสรุปเฉลยคำถามทั้ง 3 คำถาม อย่างสั้นๆ ; ในคำถามแรกมีว่า ท่านทราบหรือไม่ว่า “ระบบสถาบันการเมือง” ในรัฐธรรมนูญไทยเป็นรัฐธรรมนูญฉบับเดียวในโลก และท่านทราบหรือไม่ว่า เป็นบทบัญญัติด้วยเรื่องอะไร คำตอบ ก็คือ บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญของเราที่เป็นฉบับเดียวในโลก คือ บทบัญญัติที่บังคับให้ ส.ส. ต้องสังกัดพรรคการเมือง และบทบัญญัติที่ให้พรรคการเมืองของเรามีอำนาจให้ ส.ส. ของ พ้นจากการเป็น ส.ส. ได้ ฯลฯ ถ้าท่านพลิกดูบทความเอกสารหมายเลข 2 หน้า 9 ท่านก็จะพบว่า มีตัวบทของรัฐธรรมนูญของต่างประเทศอยู่ 3 ประเทศ ที่ผมลอกให้มาดูเป็น “ตัวอย่าง” คือ ประเทศเยอรมันนี่ ประเทศฝรั่งเศส และประเทศเดนมาร์ก

รัฐธรรมนูญประเทศเยอรมันนี่ มาตรา 38 บัญญัติว่า “the Member of the German Bundestag shall be elected in general, direct, equal and secret elections. They shall be representatives of the whole people ; they shall not be bound by any instructions, only by their conscience.” สรุปสั้นๆ ได้ ว่า สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของประเทศเยอรมันนี่ ไม่อยู่ในอาณัติใดๆ นอกจากโมธรรมของตนเอง ; ส่วนมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญประเทศฝรั่งเศสระบุว่า “Any binding instruction is void , the right to vote of members is personal “นี่ คือ บทบัญญัติที่มีอยู่ในรัฐธรรมนูญปัจจุบันของต่างประเทศ และทุกประเทศที่เป็นประชาธิปไตย ก็ถือเช่นนี้ ไม่ว่าจะมีบทบัญญัติชัดแจ้งหรือไม่

เราจะเห็นว่า บทบัญญัตินี้ เป็นบทบัญญัติที่เป็นมาตรฐานของ “ความเป็นประชาธิปไตย” ท่านเชื่อหรือไม่ว่านักวิชาการของเรา ไม่ว่าจะจบปริญญาจากมหาวิทยาลัยของเรา เช่น ธรรมศาสตร์ หรือจบจากต่างประเทศ เช่น ฝรั่งเศสหรือเยอรมันนี่ ไม่เคยเอา “หลักการ” นี้มาสอนนักศึกษาว่า บทบัญญัติที่เป็นหลักประกันพื้นฐานของ “ระบอบประชาธิปไตย” คือ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้องมีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของ ส.ส.

รัฐธรรมนูญของไทยบัญญัติว่า ส.ส.ต้องสังกัดพรรคการเมือง และ บัญญัติว่าพรรคการเมืองของเรามีอำนาจให้ ส.ส. พ้นจากการเป็นส.ส.ได้ถ้า ส.ส.ไม่ออกเสียงตามมติของพรรคการเมือง บทบัญญัติเหล่านี้ทำให้ ส.ส. ต้อง อยู่ภายใต้อำណิพรรคการเมือง ; ถ้าท่านอาจารย์ในมหาวิทยาลัยของเราไม่ เคยนำหลักการนี้มาสอน ท่านก็ไม่ทราบ และท่านก็คงไม่ทราบว่า รัฐธรรมนูญ ของประเทศไทย เป็นรัฐธรรมนูญฉบับเดียวในโลก ที่บังคับให้ ส.ส. ต้อง สังกัดพรรค ; ผมได้เขียนเรื่องนี้มาก่อนการเขียนบทความนี้ และได้พูดก่อน หน้านี้มานานแล้วว่า รัฐธรรมนูญของประเทศไทยไม่ใช่ระบอบประชาธิปไตย แต่ไม่ปรากฏว่า มีนักวิชาการท่านใดมาได้แย้งผม เจียบกันไปหมด ; แต่ บรรดาอาจารย์ที่จบปริญญาจากต่างประเทศที่สอนกันอยู่ในคณะนิติศาสตร์ ท่าน (อาจารย์) ก็ยังคงสอนนักศึกษาว่า ประเทศไทยเป็นระบอบประชาธิปไตย ทั้งๆ ที่ ส.ส.ของเราอยู่ใต้อำណิพรรคการเมือง

บทมาตรานี้รัฐธรรมนูญของต่างประเทศเหล่านี้ เป็นตัวบทจริงที่อยู่ ในรัฐธรรมนูญที่ยังใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ผมคิดว่าท่านผู้ฟังคงตอบคำถาม ด้วยตัวของท่านเองได้ว่า ท่านเคยทราบบทบัญญัติเหล่านี้มาก่อนหรือไม่ และ ท่านคิดว่าคนไทย 64 ล้านคนจะทราบหลักการของความเป็นประชาธิปไตย หรือไม่

ศ.ระพี สาคริก

จุดนี้ท่านพูดตั้งแต่แรกเลยว่าการศึกษามิชอบมีบทบาทแน่นอน แต่เรา ไม่คำนึงถึงกัน พูดกันแต่เรื่องปัญหาเฉพาะหน้า เราไม่ได้มองปัญหาที่ลึกซึ้ง แล้วเวลานี้อาจารย์พูดอะไรอยู่อย่างหนึ่งอิสรภาพ เรามองอิสรภาพในการ ศึกษาของเราไม่ถูก เรามองผิดไปจากความจริง ผมนึกถึงท่านพุทธทาสท่าน พูดว่าอย่างไร เป็นอิสรภาพที่อยู่ในรากเหง้าของชีวิต ตรงนี้อาจารย์พูดได้ชัด เจนมาก ๆ มันเป็นจุดที่เชื่อมโยงการทำหน้าที่ของพวกเราที่จะต้องทำอย่างไร ที่มีบทบาทต้องมีรื้อฟื้นต้องมาสร้างแนวคิดเรื่องการศึกษาขึ้นมาใหม่

ศ. ดร. อมร จันทรสมบูรณ์

นี่คือคำถามที่หนึ่ง ถ้าท่านไม่ทราบ และโดยที่ท่านเป็นกลุ่มผู้ที่มีการศึกษาสูงที่สุดในบรรดาคนไทย 64 ล้านคน ก็ย่อมหมายความว่า คนไทยทั้ง 64 ล้านคนถูกหลอกทั้งหมด ว่าเป็นประชาธิปไตย

ถ้าท่านสังเกตให้ดี เมื่อไม่นานมานี้ ท่านอดีตนายกฯ (ทักษิณ ชินวัตร) ส่งโฟนอินเข้ามาและพยายามยืนยันว่า รัฐบาลของท่านเป็นรัฐบาลในระบอบประชาธิปไตย แต่ถูกล้มไปด้วย “การรัฐประหาร” ; แต่รัฐบาลของเราในปัจจุบันก็ไม่เคยได้แย้งแม้แต่คำเดียวว่า รัฐบาลในระบบที่รัฐธรรมนูญบังคับให้ ส.ส. ต้องสังกัดพรรค ฯลฯ ไม่ใช่ “ระบอบประชาธิปไตย” ทั้ง ๆ ผมเขียนประเด็นนี้มาตั้งสิบปีแล้ว ; ข้อเท็จจริงนี้ แสดงว่า รัฐบาลของเราในปัจจุบันก็ยอมรับว่าระบบการบังคับให้ ส.ส. สังกัดพรรค เป็นประชาธิปไตย ; อดีตนายกฯทักษิณ จะย่ำในเวลาพูดโฟนอินอยู่เสมอว่า รัฐบาลของท่านเป็นประชาธิปไตย แต่นักวิชาการและคณาจารย์ของเราก็ไม่เคยได้แย้ง ; แสดงเช่นเดียวกันว่า นักวิชาการและคณาจารย์ของเราไม่รู้หลักการของ “ระบอบประชาธิปไตย” เราไม่รู้ว่ รากฐานของความเป็นประชาธิปไตย อยู่ที่ความเป็นอิสระของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ในการปฏิบัติหน้าที่ของ ส.ส. ; และเราคิดว่า ถ้ามี” การเลือกตั้ง ส.ส.” แล้ว ก็เป็นระบอบประชาธิปไตย แล้ว แม้ว่า ส.ส.จะไปรับเงินร่ำทองจากพรรคการเมือง และต้องทำตามที่หัวหน้าพรรคการเมืองสั่ง ก็ถือว่าเป็นประชาธิปไตย ; เหตุการณ์เหล่านี้เคยเกิดขึ้นในอดีตของต่างประเทศมาแล้ว เขาจึงบัญญัติหลักการของระบอบประชาธิปไตยไว้ แต่อาจารย์ของเราไม่รู้ เลยไม่ได้สอนนักศึกษา

คำถามที่สอง มีว่า Form of Government คืออะไร มีความสำคัญอย่างไร ; Form of Government เป็นหลักว่าด้วยการจัด “ระบบสถาบันการเมือง” ในการบริหารประเทศ คือ เป็นเรื่องราวด้วย “รูปแบบ — form” ที่เป็นโครงสร้างของสถาบันการเมือง เช่น รัฐสภาจะเป็นอย่างไร ฝ่ายบริหารจะเป็นอย่างไร มีอำนาจหน้าที่ที่สำคัญ ๆ อย่างไร

การศึกษา Form of Government จะทำให้เรารู้ว่า การบริหารประเทศ (ไม่ว่าของประเทศใด ๆ) อยู่ในระบบใด มีประสิทธิภาพมากน้อยเพียงใด จะเป็นเผด็จการหรือเป็นประชาธิปไตย ; การศึกษา Form of Government เป็นหลักการเบื้องต้นขั้นปฐมของการศึกษาวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ ถ้าท่านไม่รู้จัก คนไทยทั้ง 64 ล้านคนคงไม่มีโอกาสรู้จัก ; อันที่จริง Form of Government นั้นไม่ยุ่งยาก และ มีหลักพื้นฐานง่าย ๆ สำหรับการพิจารณาและการวิเคราะห์โครงสร้าง (structure) ของสถาบันการเมืองในรัฐธรรมนูญ

ท่านเชื่อหรือไม่ว่า ในขณะที่เราร่างรัฐธรรมนูญใน ปี 2550 คือ ก่อนที่จะประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันบังคับ เรามีนักกฎหมายและนักรัฐศาสตร์ที่ดีที่สุดของประเทศอยู่ในสภาร่างรัฐธรรมนูญและในคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ มีทั้งนักวิชาการที่เป็นอาจารย์ที่มีชื่อเสียงและได้รับปริญญาสูงสุดหลายท่าน แต่ปรากฏว่า ตลอดเวลา 1 ปีที่ร่างรัฐธรรมนูญ ฉบับปี 2550 นั้น ไม่มีผู้ใดเอ่ยคำว่า Form of Government แม้แต่ครั้งเดียว ไม่มีเลย มีแต่พูดถึงแต่ สิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน และในเอกสารที่เป็นทางการของสภาร่างรัฐธรรมนูญ ก็กล่าวว่่าต้องการร่างรัฐธรรมนูญให้มีเสรีภาพให้มากที่สุด

ผมคิดว่า นี่คือ สิ่งที่แสดงให้เห็นถึงความล้มเหลวของการเรียนการสอนในระดับอุดมศึกษา เพราะ Form of Government เป็นพื้นฐานขั้นต้นของการเรียนวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ ; ในที่นี้ ผมจะพูดถึง Form of Government แบบง่าย ๆ ที่เป็นแบบมาตรฐาน โดยยังไม่ต้องพูดว่า รูปแบบใดจะเป็นประชาธิปไตยหรือไม่เป็นประชาธิปไตย

Form of Government มีรูปแบบมาตรฐานอยู่ 3 — 4 แบบ ; ผมจะขออ้างพระราชดำรัส เมื่อปี พ.ศ. 2542 ที่ได้ทรงมีพระราชดำรัสไว้ว่า “บ้านเมืองมีทั้งคนดีและคนไม่ดี ไม่มีใครทำให้ทุกคนเป็นคนดีได้ การทำให้บ้านเมืองมีความปกติสุขเรียบร้อย จึงมิใช่การทำให้ทุกคนเป็นคนดี หากแต่อยู่ที่ส่งเสริมคนดี ได้คนดีปกครองบ้านเมืองและควบคุมคนไม่ดีไม่ให้ก่อความ

เดือรื้อนุ่นวายได้” ; Form of Government ก็ไม่มีอะไรมากไปกว่านั้น เพราะ Form of Government ก็คือ การดูแลให้คนดี ได้เข้ามาปกครองบ้านเมือง นั่นเอง

รูปแบบของ Form of Government ที่เป็นมาตรฐานมีอยู่ 3 รูปแบบ โดยจะไม่พูดถึงระบบบลิกล้อย รูปแบบที่หนึ่ง คือ ระบบประธานาธิบดี หรือ presidential system ; รูปแบบที่สอง เป็นระบบของ ประเทศสังคมนิยม หรือ one party system ของประเทศคอมมิวนิสต์ ; รูปแบบที่สาม คือ ระบบรัฐสภา ที่เป็นรูปแบบที่เราใช้กันอยู่ คือ parliamentary system ; ในสามระบบนี้ จะมีรูปแบบใน “การจัดระบบสถาบันการเมือง” ต่างกัน และสร้างระบบความรับผิดชอบของนักการเมืองต่างกัน ; และถ้าเรารู้วิธีการศึกษา หลักการของ Form of Government เราก็จะสามารถรู้ได้โดยง่ายว่า โครงสร้างรัฐธรรมนูญของประเทศใด หรือโครงสร้างของรัฐธรรมนูญฉบับใด มีประสิทธิภาพมากน้อยเพียงใด เป็นเผด็จการหรือเป็นประชาธิปไตย ซึ่งหลักเกณฑ์นี้ก็ง่ายมาก ; แต่สิ่งที่แปลก ก็คือ ในช่วงเวลา 1 ปีของการร่างรัฐธรรมนูญในปี พ.ศ. 2550 นักกฎหมายและนักรัฐศาสตร์ที่ดีที่สุดของเรา ไม่มีใครเอ่ยคำว่า Form of Government แม้แต่ครั้งเดียว

Form of Government รูปแบบแรก ที่จะพูดถึง ก็คือ ระบบประธานาธิบดี - presidential system ซึ่งทุกท่านทราบดีว่าเป็นระบบที่สหรัฐอเมริกาใช้อยู่ ; หากจะดู “ลักษณะเฉพาะ” ของระบบประธานาธิบดี ระบบนี้ ประการแรก เราจะเห็นได้ชัดว่า การใช้อำนาจบริหารจะมีความเป็นเอกภาพ คือมีผู้นำเดี่ยว (a single leader) โดยประชาชนจะเลือก “ประธานาธิบดี” ให้มาเป็นฝ่ายบริหาร โดยมีความรับผิดชอบที่ชัดเจน และความรับผิดชอบในการบริหารจะอยู่ที่ประธานาธิบดีเพียงคนเดียว และประการที่สอง รัฐสภา (สภาผู้แทน และสภาสูง) ซึ่งเป็นองค์กรควบคุมและกำกับการใช้อำนาจบริหารของประธานาธิบดีจะมีความหลากหลาย (แม้ว่า ขณะนี้ สหรัฐอเมริกาจะมีพรรคการเมืองเพียง 2 พรรคใหญ่ แต่สมาชิกของพรรคการเมืองของเขามี

ความอิสระจากพรรคการเมือง) : สถาบันทั้งสองส่วนนี้ จะแยกการเลือกตั้ง (ที่มา) ออกจากกันเป็น 2 ขั้ว ถ่วงดุลซึ่งกันและกัน

เมื่อสักครู่ ผมเรียนไว้แล้วว่า ในเมืองไทยนั้น องค์กรที่มีอำนาจสูงสุด (super organ) ตามรัฐธรรมนูญของไทย คือ “พรรคการเมือง” และ สิ่งที่เขียนอยู่ในตัวรัฐธรรมนูญที่ว่า ฝ่ายบริหารคือรัฐบาล และฝ่ายนิติบัญญัติคือสภา เป็นสถาบันการเมือง 2 สถาบันที่ใช้อำนาจรัฐสูงสุดของรัฐ ถ่วงดุลซึ่งกันและกันนั้น ไม่ตรงกับความเป็นจริง — reality ; เพราะรัฐธรรมนูญของเราบังคับให้ ส.ส.ต้องสังกัดพรรค และเราใช้ “ระบบรัฐสภา” ไม่ใช่ “ระบบประธานาธิบดี” ; ในระบบรัฐสภาของเรานั้น “พรรคการเมือง” ที่มีเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎร (ไม่ว่าจะเป็นพรรคเดียวหรือจับกลุ่มกัน) เป็นรัฐบาล ดังนั้น รัฐบาลและสภาจึงเป็นขั้วเดียวกัน ไม่มีการถ่วงดุลกัน ; แต่ท่านคณาจารย์ทั้งหลายของเรายังสอนนักศึกษาของเรอย่างผิดๆ ว่า ระบบการเมืองของเรามี “ดุลยภาพแห่งอำนาจ ขององค์กรนิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ” ; ดังนั้น เมื่อเปรียบเทียบ ระบบรัฐสภาของเรา กับระบบประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกาแล้ว จะเห็นความแตกต่างที่ชัดเจน เพราะในระบบประธานาธิบดีของเขา มีการถ่วงดุลอำนาจกันอย่างแท้จริง เพราะมีการแยกขั้วระหว่างประธานาธิบดีกับรัฐสภา

รูปแบบ Form of Government แบบที่สอง ได้แก่ ระบบสถาบันการเมืองของประเทศสังคมนิยม หรือระบบพรรคเดียว - one party system ; ในระบบนี้ องค์กรที่เป็น องค์กรที่มีอำนาจสูงสุด (super organ) ของรัฐ จะอยู่นอกบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ เพราะว่า โดยหลักการ ในรัฐธรรมนูญของเขาเขาไม่ได้เขียนว่าเขาจะมีพรรคการเมืองพรรคเดียว กล่าวคือ ในรัฐธรรมนูญของเขาเขียนแต่เพียงว่า ผู้ที่จะมาเข้าบริหารประเทศได้จะต้องมีอาชีพอยู่ 3 อาชีพเท่านั้น คือ (1) เกษตรกร (2) แรงงาน และ (3) อาจารย์ — intellectual และเขาก็ไปจัดตั้งพรรคการเมืองของ 3 อาชีพนี้ขึ้น ซึ่ง “นายทุน” ไม่มีโอกาสจะเป็นสมาชิกของพรรคการเมืองนี้

ดังนั้น เราจะเห็นว่าในระบบพรรคการเมืองพรรคเดียวอย่างระบบพรรคการเมืองของจีนนั้น พรรคการเมือง คือ กลไกการคัดกรอง (screen) “คนที่ดี” ที่เขาจำกัดไว้เฉพาะ 3 อาชีพ และส่ง “คนที่ดี” ที่พรรคการเมืองของเขาคัดกรองแล้ว ให้เข้าไปดำรงตำแหน่งบริหารประเทศตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเป็นตำแหน่ง ประธานาธิบดี หรือนายกรัฐมนตรี หรือ ประธานคณะกรรมการบริหาร หรือตำแหน่งอื่นๆ

เพราะฉะนั้น กลไกในบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ (ของจีน) ก็เขียนไว้เท่าที่เขียน เพื่อให้เป็นโครงสร้างของการบริหารประเทศ แต่ความสำคัญจะอยู่ที่ “คนที่ดี” ที่เขาคัดกรองให้เข้ามาดำรงตำแหน่ง โดยบุคคลเหล่านี้ จะต้องพิสูจน์ความเสียสละให้แก่ส่วนรวมมาแล้ว ซึ่งผมคิดว่าท่านผู้ฟังคงจะพอทราบแล้ว : ผู้นำของพรรคคอมมิวนิสต์จีน กว่าที่จะมาเป็นเลขาธิการพรรคได้นั้น จะถูกคัดกรองขึ้นมาตามลำดับ ตั้งแต่ระดับตำบล หมู่บ้าน อำเภอ จังหวัด เขาคัดกรองกันมานาน และก่อนที่จะได้ขึ้นมาดำรงตำแหน่งสูงสุดในพรรค ก็จะมีการทดสอบในตำแหน่งระดับสูงและเปรียบเทียบกันเองสองสามคนอยู่อีกระยะหนึ่งประมาณ 4 — 5 ปี ; ไม่ใช่ให้นักธุรกิจนายทุนหรือใครก็ได้ ที่มีเงินใช้จ่ายในการเลือกตั้ง ช่วยจ่ายเงินให้พรรคพวก (รวมทั้งนักวิชาการด้วย) แล้วก็มาเป็นหัวหน้าพรรคและมาเป็นนายกรัฐมนตรีได้ เหมือนประเทศไทย

จริงๆ อยู่ บางคนอาจบอกว่า ระบบพรรคการเมืองพรรคเดียวของประเทศคอมมิวนิสต์ ไม่ใช่ “ระบอบประชาธิปไตย” เพราะว่า “นายทุน” เป็นสมาชิกพรรคไม่ได้ แต่ระบบพรรคการเมืองพรรคเดียวของประเทศคอมมิวนิสต์ก็เป็นระบบที่คัดกรองให้ “คนดี” ได้เข้ามาปกครองบ้านเมือง

Form of Government รูปแบบสุดท้าย ก็คือ ระบบรัฐสภา ซึ่งเป็นระบบที่มีปัญหาและมีจุดอ่อนมากที่สุด ; ผมจะพูดถึง “ระบบรัฐสภา” ตามที่สอนกันอยู่ในตำราของมหาวิทยาลัยของเราและตามที่ท่านผู้ฟังได้เรียนมาแล้ว และค่อยไปรู้จักกับ “ระบบรัฐสภา” ที่อยู่ในตำราของต่างประเทศ ; อาจารย์ของเราสอนไว้ว่า ในระบบรัฐสภานั้น “สภาผู้แทนราษฎร” จะต้องมาจากการ

เลือกตั้ง โดยมีหลักเกณฑ์สำคัญ 2-3 ข้อ ข้อที่หนึ่ง คือ นายกรัฐมนตรี และคณะรัฐมนตรีจะต้องมาจาก “เสียงข้างมาก” ของสภาผู้แทนราษฎร และข้อที่สอง คือ ประมุขของรัฐ พระมหากษัตริย์ (หรือประธานาธิบดี) อยู่เหนือการเมือง ไม่อยู่ในฐานะที่จะใช้อำนาจได้ด้วยพระองค์เอง

ถ้าท่านจะพิจารณาระบบรัฐสภาและคิดดูให้ดี ๆ และนาน ๆ แล้ว ท่านก็จะพบว่า ใน “ระบบรัฐสภา” ที่กำหนดว่า รัฐบาลต้องมาจาก “เสียงข้างมาก” ในสภาผู้แทนราษฎรนั้น จะทำให้ “ประสิทธิภาพ” ของการบริหารประเทศ (โดยสถาบันการเมือง) ของประเทศ (ที่ใช้ระบบรัฐสภา) แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับสภาพสังคมว่า ในประเทศนั้น มีพรรคการเมืองจำนวนมากพรรคหรือน้อยพรรค ; ถ้ามากพรรค ก็จะแย่งกันจับขั้วกันเข้ามาเป็นรัฐบาล รัฐบาลก็จะมีเสถียรภาพ ; ถ้าน้อยพรรค รัฐบาลก็จะเป็นเผด็จการโดยพรรคการเมือง ถ้าพรรคการเมืองเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎร (ไม่ว่าเป็นพรรคเดียวหรือหลายพรรคจับกลุ่มกัน) เป็นรัฐบาล และในกรณีนี้ กลไกการถ่วงดุลระหว่างรัฐบาลกับสภาผู้แทนราษฎร จะไม่มี ; ประเทศที่พัฒนาแล้วบางประเทศที่ใช้ “ระบบรัฐสภา” และสามารถดำรงอยู่ได้ (ด้วยดี) จะขึ้นอยู่กับระบบการปกครองท้องถิ่นที่เป็นพื้นฐานของสังคมมาโดยประวัติศาสตร์ และระบบการบริหารราชการที่เป็นงานประจำที่ได้รับการพัฒนาได้ทันเวลา ; และด้วยเหตุนี้ “ระบบรัฐสภา” จึง (เกือบ) จะไม่มีประเทศที่เกิดขึ้นใหม่ในระยะหลังสงครามโลกครั้งที่สอง เอามาใช้

ทั้งนี้ โดยผมยังไม่พูดถึง ประเทศที่ใช้ “ระบบรัฐสภา” ที่มีการบังคับให้ ส.ส. ต้องสังกัดพรรคการเมือง และให้พรรคการเมืองมีอำนาจให้ ส.ส. พ้นจากตำแหน่ง ส.ส.ได้ ที่มีเพียงประเทศเดียวในโลก คือ รัฐธรรมนูญของประเทศไทย ซึ่งจะกลายเป็น “ระบบเผด็จการโดยพรรคการเมือง (นายทุนธุรกิจ)” อย่างแน่นอน

คราวนี้ เราลองมาดู “ระบบรัฐสภา” ที่อยู่ตำรารัฐธรรมนูญของต่างประเทศดูบ้าง ; ระบบรัฐสภาจะมีประวัติและความเป็นมา มากกว่าที่สอน

กันอยู่ในมหาวิทยาลัยของไทย : ระบบรัฐสภา เกิดขึ้นในยุโรป ต่อเนื่องกับระบบที่กษัตริย์มีพระราชอำนาจบริหารประเทศโดยสืบทอด (ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราช) แยกได้เป็น 3 ระยะ

ในระยะแรก ราวๆ ศตวรรษที่ 18 (สมัยมองเตสกีเออ ที่เราท่องจำกันมา) และในศตวรรษที่ 19 “ระบบรัฐสภา” ในยุคนั้น กษัตริย์จะเป็นผู้ใช้อำนาจบริหารโดยตรง และกษัตริย์จะแต่งตั้งให้ผู้ใดเป็นนายกรัฐมนตรีหรือเป็นรัฐมนตรีได้ตามแต่พระราชอัธยาศัย และ สถาผู้แทนราษฎรจะเป็นองค์กรที่มีอำนาจในทางนิติบัญญัติ : ดังนั้น ระบบรัฐสภาในยุคแรก จึงมีการแบ่งแยกการใช้อำนาจ โดยกษัตริย์จะใช้อำนาจบริหารที่แท้จริง ไม่ใช่ให้ “กษัตริย์” อยู่เหนือการเมือง ตามที่เราสอนกันมาตั้งแต่ พ.ศ. 2475 ; และถ้าท่านจะพิจารณาทบทวนให้ดี ท่านก็จะพบว่า “ระบบประธานาธิบดี” ที่เกิดขึ้นในสหรัฐอเมริกาในปลายศตวรรษที่ 18 (ค.ศ. 1787) นั้น ผู้ร่างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ก็ได้เอาแบบอย่างไปจาก “ระบบรัฐสภา” ในยุคนั้นนั่นเอง คือ ใช้หลักการการแบ่งแยกอำนาจโดยกำหนดให้ประธานาธิบดีที่มาจากการเลือกตั้ง เป็นผู้ใช้อำนาจบริหารแทนพระมหากษัตริย์

“ระบบรัฐสภา” ในระยะที่ 2 จะอยู่ราวๆ ต้นศตวรรษที่ 20 “ระบบรัฐสภา” ในยุคนี จะไม่มีการแบ่งแยกอำนาจ แต่จะเป็นระบบรัฐสภา ที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรผูกขาดอำนาจทั้งในสภาผู้แทนราษฎรและเป็นรัฐบาล ทั้งนี้ เนื่องจากกษัตริย์ได้ลดการใช้พระราชอำนาจของพระองค์ลงตามวิวัฒนาการของสภาพสังคม และสภาผู้แทนราษฎรได้เอาสมาชิกของตนเองมาเป็นรัฐบาลโดยอาศัยเสียงข้างมากเลือกนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรี ดังนั้น ในระยะนี้ จะเห็นได้ว่า ระบบรัฐสภาเป็นระบบที่ไม่มีการแบ่งแยกอำนาจ ; และ การบริหารประเทศใน “ระบบรัฐสภา” ในระยะที่สองนี้ จึงมี “จุดอ่อน” และทำให้ประสิทธิภาพของการบริหารประเทศ ขึ้นอยู่กับ “สภาพสังคม” ของแต่ละประเทศ ตามที่กล่าวมาแล้ว

ถ้าเราจะศึกษาประวัติศาสตร์ เราก็จะพบว่า เพราะ “จุดอ่อน” ของ

ระบบรัฐสภาและการไม่มีการถ่วงดุลหรือการแบ่งแยกอำนาจระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัตินี้เอง ที่ทำให้เกิดสงครามโลกครั้งที่ 2 กล่าวคือ ในประเทศเยอรมันนี ฮิตเลอร์ได้ปลุกปั่นประชาชนและใช้ “พรรคการเมือง” และ “ระบบรัฐสภา” เป็นเครื่องมือ จนกระทั่งพรรคการเมืองของตนได้เป็นพรรคที่มีเสียงมากที่สุดในสภาผู้แทนราษฎร และทำให้ฮิตเลอร์ได้รับแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรี และฮิตเลอร์ได้ใช้อำนาจเผด็จการในระบบรัฐสภาสร้างความเข้มแข็งให้แก่ประเทศเยอรมันนี และขยายอำนาจจนเกิดเป็นสงครามโลกครั้งที่สองขึ้น ; [หมายเหตุ ซึ่งดูจะเหมือนๆ กับ อดีตนายทักยิมน์ที่ใช้ “พรรคการเมือง” ในระบบเผด็จการโดยพรรคการเมือง (นายทุนธุรกิจ) ในระบบรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญของไทย (ฉบับเดียวในโลก) และอาศัยการเลือกตั้ง (ในสภาพสังคมไทยที่อ่อนแอ) เพื่อเข้ามาผูกขาดอำนาจรัฐนั่นเอง แตกต่างกันเพียงแต่ว่า อดีตนายทักยิมน์ใช้ประโยชน์จากการ “ผูกขาดอำนาจรัฐ” ไปในทางแสวงหาความร่ำรวยให้กับตนเอง]

แต่ในทางตรงกันข้าม ประเทศฝรั่งเศส ซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ “ระบบรัฐสภา” เช่นเดียวกัน แต่ประเทศฝรั่งเศสไม่มียกการเมืองแบบฮิตเลอร์ นักการเมืองในประเทศฝรั่งเศส ต่างแก่งแย่งกันเป็นนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรี ทำให้รัฐบาลของประเทศฝรั่งเศสไม่มีเสถียรภาพ ; ผลของการบริหารประเทศใน “ระบบรัฐสภา” ใน 2 ประเทศนี้ จึงแตกต่างกันขาวกับดำ ประเทศเยอรมันกลายเป็นประเทศเผด็จการที่รัฐบาลมีความเข้มแข็ง แต่ประเทศฝรั่งเศส นักการเมืองต่างแย่งกันเป็นรัฐบาล จนประเทศอ่อนแอ

“ระบบรัฐสภา” ในระยะที่ 3 ; หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ระบบรัฐสภา ถูก statesman และนักวิชาการปรับเปลี่ยนกลไก จนมาเป็นระบบที่ทางวิชาการเรียกว่า rationalized system ซึ่งมีลักษณะเป็นระบบผสม hybrid ระหว่างระบบประธานาธิบดี กับ ระบบรัฐสภาแบบดั้งเดิม ; ผมคงไม่เวลาที่ จะบอกรายละเอียดว่าระบบผสมนี้เป็นอย่างไร แต่ขอบอกสั้นๆ ว่า เป็นการปรับเปลี่ยน ระบบรัฐสภาแบบเดิมๆ เพื่อให้เกิดภาวะผู้นำเดี่ยว (a single

leader) ขึ้น โดยประเทศฝรั่งเศสได้เพิ่มอำนาจของประธานาธิบดี (ในฐานะประมุขของรัฐ) ให้มีอำนาจในการบริหารโดยตรง โดยยังคงให้มีตำแหน่งนายกรัฐมนตรีอยู่ตามระบบรัฐสภา และทำให้ “วาระการดำรงตำแหน่ง” ของประธานาธิบดีกับของนายกรัฐมนตรีและสภาผู้แทนราษฎร มีความเหลื่อมกัน เพื่อให้เกิดการถ่วงดุลซึ่งกันและกัน และรูปแบบของ “ระบบรัฐสภา” ที่เป็น rationalized system นี้ ได้กลายเป็นระบบที่ใช้กันอยู่อย่างกว้างขวางในประเทศต่างๆ ในขณะนี้

ผมอยากจะเรียนว่า สิ่งที่ผมพูดในวันนี้ ไม่มีอยู่ในคำรากกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศไทย สิ่งที่อยู่ในคำราชของไทย ก็คือ หลักการแบ่งแยกอำนาจธิปไตย ออกเป็น 3 อำนาจ ของ Montesquieu ซึ่ง Montesquieu ได้ตายไปแล้วตั้งแต่ ศตวรรษที่ 18 (ค.ศ. 1755) ; เราจะเห็นว่า ในบรรดา รูปแบบ Form of Government 3 รูปแบบที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ระบบที่อ่อนแอที่สุด ก็คือ ระบบรัฐสภา และ “ระบบรัฐสภา” แบบเดิมๆ ก็ได้มีการปรับเปลี่ยนไปแล้ว กว่า 60 ปี หรือกว่าครึ่งศตวรรษ แต่ความรู้เหล่านี้ยังไม่มีอยู่ในคำรากกฎหมายรัฐธรรมนูญ ที่ให้นักศึกษาและนักกฎหมายของเราได้เรียนรู้ และ นี่ก็อีกจุดหนึ่ง ที่ผมขอพูดว่า เป็นความล้มเหลวในการเรียนการสอนในอุดมศึกษาของเรา

ขณะนี้ ผมคิดว่า ท่านผู้ฟัง คงพอทราบแล้วว่า Form of Government คือ อะไร มีความสำคัญอย่างไร ผมไม่ทราบว่าคุณมี “ความรู้” มาก่อนหรือไม่ แต่ขอให้ท่านประเมินตนเอง และ ลองคิดว่า นักวิชาการไทยของเราขณะนี้ มี “ความรู้” มากน้อยเพียงใด และพอที่จะออกแบบรัฐธรรมนูญ ที่จะเป็นการปฏิรูปการเมืองให้คนไทยหรือไม่ ซึ่งท่านคงต้องคิดตอบด้วยตัวท่านเอง

ต่อไปนี้เป็นคำถามสุดท้าย คำถาม มีว่า เมื่อท่านได้ยินนักวิชาการคนหนึ่งพูดว่า ถ้าเราไม่บังคับให้ สส.สังกัดพรรคการเมืองแล้ว เราก็จะมีรัฐบาลไม่มีเสถียรภาพ เหมือนอย่างในอดีตที่ผ่านมา คือ รัฐบาลต้องแจกของ

เพื่อให้ ส.ส. ยกมือให้ มีคำถามว่า ท่านคิดว่าคำพูดของนักวิชาการนี้ จริงหรือไม่จริง เชื่อได้หรือเชื่อไม่ได้

คำถามนี้ตอบได้ไม่ยาก ; เพื่อที่จะการตอบคำถามนี้ ผมจะลองตั้งคำถามท่าน โดยเรียงตามลำดับดังนี้ คำถามแรกมีว่า ท่านคิดว่าในโลกนี้มีรัฐธรรมนูญของประเทศอื่นที่ไม่มีการบังคับให้ ส.ส. ต้องสังกัดพรรค แต่รัฐบาลของเขามีเสถียรภาพ มีหรือไม่มี ; เมื่อสักครู่ผมได้เรียนให้ท่านทราบแล้วว่า รัฐธรรมนูญของเราที่บังคับให้ ส.ส. ต้องสังกัดพรรคการเมืองฯ เป็นรัฐธรรมนูญประเทศเดียวในโลก และดังนั้น คำตอบก็เป็นที่แน่นอนว่าในโลกนี้ ย่อมต้องมีประเทศอื่นที่รัฐธรรมนูญของเขาไม่บังคับให้ ส.ส.ต้องสังกัดพรรค แต่รัฐบาลของเขาก็กียมีเสถียรภาพ ; และถ้าจะถามต่อไปว่า ในประเทศเหล่านั้น ทำไมรัฐบาลของเขาจึงมีเสถียรภาพได้ นักวิชาการของเราจะตอบได้หรือไม่

ดังนั้น การที่นักวิชาการคนใดกล่าวว่า ถ้าไม่บังคับ ส.ส. ต้องสังกัดพรรคการเมือง รัฐบาลก็จะไม่มีเสถียรภาพ ก็ย่อมแสดงว่า นักวิชาการคนนั้นไม่มี “ความรู้” พอที่จะบอกได้ว่า ทำไมประเทศอื่น เขาจึงสร้างเสถียรภาพของรัฐบาลได้ โดยไม่ต้องบังคับให้ ส.ส.ต้องสังกัดพรรค ; ผมขอเรียนว่ามีหลายๆ ด้านที่สามารถสร้างเสถียรภาพให้แกรัฐบาลได้ แต่ในที่นี้ ผมยังไม่พูดว่าทำอะไร ถ้าหากท่านไปดูบทความหมายเลข 2 ที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ท่านก็พอจะเห็นแนวทางการแก้รัฐธรรมนูญได้

เมื่อท่านได้ฟังผมมาถึงช่วงนี้แล้ว ฟังคำถามและตอบคำถามด้วยตัวท่านเอง ผมคิดว่า ท่านคงประเมินได้ว่า ประเทศไทยขาด “ความรู้” หรือไม่ เพราะก่อนที่จะคิด “ออกแบบ” ระบบสถาบันการเมืองในการปฏิรูปการเมืองหรือมีการเมืองใหม่นั้น นักวิชาการของเราจำต้องมีความรู้พื้นฐานมาก่อน ; ใน ปี 2550 ขณะที่เรายกร่างรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของเรา นักวิชาการที่ดีที่สุดในสภาร่างรัฐธรรมนูญและในคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ ไม่มีใครแม้แต่คนเดียว ที่พูดถึง

Form of Government และ นี่ถือ ความล้มเหลวของการเรียนการสอนในระดับอุดมศึกษาของเรา ซึ่งเป็นหัวข้อที่เราพูดกันในวันนี้

ศ.ระพี สาคริก

ท่านอาจารย์ได้ลงเอยด้วยจุดที่เป็นหัวใจสำคัญมากๆ ผมตอนนี้ก็ 87 ปีแล้ว ตอนปี 2475 ผมอายุ 10 ปี ผมรู้อะไรมากมาย แล้วผมเอามาเขียนไว้หลายเรื่อง มีบทความอยู่เรื่องหนึ่งซึ่งเขียนว่า “ชนนักปัดคิดหลังการเมืองไทย ใครจะถอนออก” เรื่องที่ท่านอาจารย์พูดมาทั้งหมดนี้ เป็นปมที่ผมคิดว่ามีคุณค่ามากๆ เลย แล้วเราในฐานะที่เป็นองค์กรหนึ่งซึ่งจะเรียกว่าเป็นสภาของนักวิชาการก็ได้ ถ้าหากว่าเอาตรงนี้มาพยายามแกะออกดึงออกมาที่ละปม สองปม ผมว่าหน้าที่ของสภาฯ ตรงนี้มีมากเลย ถ้าเรารู้สึกว่าท้าทายที่เราจะทำ

ศ.ดร. อมร จันทรสมบูรณ์

ต่อไปนี่ ผมจะพูดถึง สาเหตุประการสอง คือ ประเทศไทย ขาด “statesman” : ผมขออนุญาตว่า ผมคงไม่ย้อนไปกล่าวถึงว่า ทำไมสภาพการเมืองของไทย ถึงเป็นเช่นนี้ในขณะนี้ คือ ตั้งแต่ พ.ศ. 2475 จนถึงปัจจุบัน นักวิชาการและนักการเมืองของเรา (ไม่ว่าจะมาจากการปฏิวัติหรือการเลือกตั้ง) ได้ทำหรือไม่ได้ทำอะไรกันบ้าง ประเทศไทยจึงเสื่อมมาจนถึง “จุด” ที่มีเหตุการณ์และคนไทยแตกแยกเป็นฝักเป็นฝ่าย ดังเช่นในขณะนี้ ; ผมคิดว่า เรามาพิจารณาโดยเฉพาะปัญหาในช่วงระยะเวลาปัจจุบัน คือ ตั้งแต่ปลายธันวาคม ปีก่อน (พ.ศ. 2551) จนถึงเมษายนปีนี้ เป็นระยะเวลา 4 เดือน เพื่อดูว่า รัฐบาลซึ่งเป็นผู้บริหารประเทศและท่านนายกรัฐมนตรีของเรา ในปัจจุบัน มีคุณลักษณะที่จะเป็นหรือใกล้จะเป็น statesman ที่จะแก้ไขปัญหาการเมืองให้คนไทย ได้หรือไม่

โดยผมจะเอาเหตุการณ์ในปัจจุบัน มาเป็น “ตัวอย่าง” ให้ท่านพิจารณา ดู โดยจะแยกเป็น 2 เรื่อง คือ เหตุการณ์ที่เกี่ยวกับการบริหารประเทศต่างๆ ไป

ของรัฐบาล เรื่องหนึ่ง กับ เหตุการณ์ที่เกี่ยวกับความคิดเห็นของรัฐบาลในการแก้ไขรัฐธรรมนูญหรือการปฏิรูปการเมือง อีกเรื่องหนึ่ง

สำหรับ “เหตุการณ์” ที่เกี่ยวกับการบริหารประเทศต่างๆ ไป ที่ผ่านมา 4 เดือน เท่าที่ผมรวบรวมมาและจำได้ ก็จะมีดังต่อไปนี้ โดยผมจะขอพูดอย่างสั้นๆ

- รัฐบาลปัจจุบัน ใช้นโยบายประชานิยม (populism) ลดแลกแจกแถม รวมทั้งการแจกเช็คช่วยชาติให้แก่ผู้ที่มีรายได้น้อย คนละ 2,000 บาท ซึ่งก็ดูจะเหมือน ๆ กับรัฐบาลของอดีตนายกรัฐมนตรี และเป็นที่สังเกตว่า รัฐบาลปัจจุบันไม่ได้พูดถึงการรั่วไหลของเงินงบประมาณว่าจะป้องกันได้อย่างไร

- รัฐบาลปัจจุบัน เป็นรัฐบาลไม่กี่วัน ก็มีเรื่องทุจริตเรื่องปลากะปอง เน่าในถุงยังชีพที่แจกให้แก่ประชาชน นมที่ให้เด็กนักเรียนในโรงเรียนดื่มเป็นนมด้อยคุณภาพ รัฐมนตรีการเงินแผ่นดินไปแจกให้แก่ประชาชนในลักษณะเป็นส่วนตัว โดยแนบนามบัตรของตนเอง และเป็นที่สังเกตว่า รัฐบาลไม่ได้สนใจที่จะแสวงหาตัวบุคคลที่ทำการทุจริต เมื่อรัฐมนตรีลาออกไปแล้วเรื่องก็เงียบไป ไม่มีการสอบสวนหาตัวผู้รับผิดชอบให้เป็นกิจลักษณะ

- รัฐบาลนี้ มีโครงการเช่ารถเมล์ 4,000 - 6,000 คัน แต่เป็นที่สังเกตว่า รัฐบาลไม่ได้พิจารณาว่า ระบบการประมูลมีข้อบกพร่องหรือไม่ และมีการรั่วไหลได้อย่างไร เพราะเหตุใด จึงมีราคาแพงจนผิดปกติ

- รัฐบาลรับจํานาและรับซื้อผลิตผลการเกษตรหลายอย่างเพื่อช่วยเหลือเกษตรกร ซึ่งก็เป็นการดำเนินการแบบเดิมๆ ทั้งๆ ที่คดีคอร์รัปชันเกี่ยวกับเรื่องนี้ ยังค้างอยู่เป็นจำนวนมาก แต่เป็นที่สังเกตว่า รัฐบาลไม่ได้คิดที่จะปรับปรุงวิธีการให้มีความโปร่งใส และป้องกันการหาประโยชน์ให้แก่พรรคพวกของนักการเมือง

- รัฐบาลโยกย้ายข้าราชการหลายตำแหน่ง ไม่ว่ากระทรวงมหาดไทย กระทรวงพาณิชย์ และตำรวจ แต่เป็นที่สังเกตว่า รัฐบาลปัจจุบันก็ใช้อำนาจ

เหมือนๆ รัฐบาลในอดีต โดยไม่คิดที่จะวางหลักเกณฑ์และปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารราชการให้เกิดความเป็นธรรม นอกจากนั้น รัฐบาลก็ได้สับเปลี่ยน “กรรมการ” ในรัฐวิสาหกิจ ในลักษณะที่เป็น Spoils system เหมือนๆ กับ รัฐบาล เดิมๆ

คำถามในเรื่องของการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐบาลและนายกรัฐมนตรีปัจจุบัน มีว่า เหตุการณ์เท่าที่ผ่านมาเกือบ 4 เดือนนี้ ท่านผู้ฟังคิดว่า รัฐบาลปัจจุบันกำลังบริหารประเทศเพื่อประโยชน์ส่วนรวม หรือกำลังหาช่องโอกาสเพื่อแสวงหาผลประโยชน์ส่วนตัว

คำพูดของรัฐบาลและของนายกรัฐมนตรีของเราทั้งในอดีตและปัจจุบัน ก็ดูจะ “พูด” เหมือนๆ กัน คือ รัฐบาลทำเพื่อประโยชน์ส่วนรวม รัฐบาลทำเพื่อประชาชน รัฐบาลทำเพื่อคนยากจน ; และเมื่อรัฐบาลและนายกรัฐมนตรีถูกซักถามในปัญหาต่างๆ รัฐบาลและท่านนายกรัฐมนตรีในปัจจุบันของเราก็จะพูดว่า ทุกอย่างต้องเป็นไปตาม “กฎหมาย” ซึ่งก็ดูจะเหมือนกับรัฐบาลก่อนและอดีตนายกรัฐมนตรีที่ผ่านมา

คราวนี้ สำหรับ “เหตุการณ์” ที่เกี่ยวกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญหรือการปฏิรูปการเมือง ก็จะปรากฏว่า ในระยะที่เข้ามาเป็นรัฐบาลใหม่ๆ ในต้นปี พ.ศ. 2552 รัฐบาลและท่านนายกรัฐมนตรีไม่ได้ให้ความสนใจกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญและการปฏิรูปการเมืองแต่อย่างใด และได้กล่าวไว้อย่างชัดเจนว่าจะแก้ไขปัญหาประเทศเฉพาะในด้านเศรษฐกิจ และ เพิ่งจะปรากฏในระยะหลังเมื่อไม่นานมานี้เอง คือ เมื่อกลุ่มเสื้อแดงเริ่มก่อตัวที่จะมีการชุมนุมใหญ่ ท่านนายกรัฐมนตรีจึงได้กล่าวถึงการแก้ไขรัฐธรรมนูญว่า จะมอบให้คนที่ เป็นกลาง เช่น สถาบันพระปกเกล้า มาช่วยพิจารณาว่า จะแก้รัฐธรรมนูญในประเด็นใดบ้าง โดยรัฐบาลจะไม่เข้าไปเกี่ยวข้อง และรัฐบาลจะขอให้ทุกคนทุกฝ่าย รวมทั้งพรรคการเมืองทุกพรรคมีส่วนร่วมในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ใครต้องการแก้ไขอะไร เอามาวางไว้บนโต๊ะ แล้วมาพิจารณากัน ฯลฯ

ในประเด็นนี้ ผมไม่มีข้อเท็จจริงอื่นจะเพิ่มเติม เพราะรัฐบาลและนายกรัฐมนตรีกล่าวไว้เพียงเท่านี้ และผมขอตั้งคำถาม 3 คำถาม เพื่อให้ท่านลองตอบคำถาม เรียงตามลำดับ ดังนี้

คำถามแรก มีว่า “ท่านคิดว่า โดยพฤติกรรมตามธรรมชาติของมนุษย์ ผู้ที่จะต้องเสียประโยชน์จากการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ที่ทำให้ตนเองได้เข้ามาผูกขาด “อำนาจรัฐ” ผู้นั้นจะแก้ไขรัฐธรรมนูญ และจะทำให้ตนเอง (อาจ) ต้องหมดอำนาจ หรือไม่” ;

คำถามที่สอง มีว่า “ท่านคิดว่า บุคคลในรัฐบาลและท่านนายกรัฐมนตรีปัจจุบันนี้ ทราบหรือไม่ทราบว่า โดยพฤติกรรมตามธรรมชาติของมนุษย์ คนส่วนใหญ่ย่อมเห็นแก่ตัว และรักษาประโยชน์และอำนาจของตน”

และ คำถามสุดท้าย เป็นคำถามที่สาม มีว่า “ถ้าท่านคิดว่า บุคคลในรัฐบาลและนายกรัฐมนตรีปัจจุบันนี้ ได้ทราบหรือควรทราบอยู่แล้วว่า พฤติกรรมของมนุษย์เป็นอย่างไร

การที่รัฐบาลและนายกรัฐมนตรีปัจจุบันนี้ กล่าวว่า ในการแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อการปฏิรูปการเมือง จะมอบให้คนกลางมาดำเนินการโดยรัฐบาลจะไม่เข้าไปเกี่ยวข้อง และขอให้พรรคการเมืองทุกพรรคและนักการเมืองมาช่วยกันแก้ไขรัฐธรรมนูญ ท่านคิดว่า บุคคลในรัฐบาลและนายกรัฐมนตรีที่ใช้อำนาจรัฐอยู่ปัจจุบันนี้ มี “ความในใจ” ที่ต้องการจะให้มีการปฏิรูปการเมืองหรือไม่”

เท่าที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ เพราะเป็นการวิเคราะห์สภาพของสังคมไทย คำถามข้างต้นเหล่านี้ ผมขอให้ท่านผู้ฟัง ซึ่งเป็นกลุ่มที่มีความรู้สูงสุดของคนไทย 64 ล้านคน ตอบคำถามด้วยตัวท่านเอง เพื่อประเมินว่า “ประเทศไทย ขาดความรู้” และ “ประเทศไทยขาด statesman” หรือไม่ และคำตอบก็เป็นคำตอบส่วนตัวของท่านแต่ละท่าน

สำหรับผม ผมมีความรู้สึกว่ สภาพการเมืองของประเทศไทยในขณะนี้ ดูเหมือนว่า เราจะมีนักการเมือง (นายทุนธุรกิจ) อยู่ 3-4 กลุ่ม

ต่างแย่งกันและสลับ “ข้าว” จับกลุ่มกัน เพื่อให้ได้เป็นเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎร และเข้ามาเป็นรัฐบาล (ในระบบรัฐสภา) ภายใต้อำนาจ “พรรคการเมือง” ต่างๆ กัน ซึ่งแต่ละกลุ่มก็จะเปลี่ยนชื่อพรรคฯ ไปตามโอกาส แต่ไม่ว่าพรรคการเมืองของเรามี “ชื่อ” เรียกว่าอย่างไร แต่ละกลุ่มนักการเมืองของเรา (เกือบ) จะไม่เปลี่ยนแปลง เราคงพบกลุ่มนักการเมืองเดิมๆ ลูกเมียพี่น้องนามสกุลเดิมๆ และพรรคพวกเดิมๆ ที่ร่วมกันลงทุนตั้งพรรคการเมืองและเข้ามาผูกขาด “อำนาจรัฐ” ภายใต้อำนาจ “ระบบเผด็จการโดยพรรคการเมือง(นายทุนธุรกิจ)” ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญของประเทศไทย (ประเทศเดียวในโลก)

ต่อไปนี่ มาถึง “ส่วนที่ 2” ที่ผมจะพูดในวันนี้ คือ คนไทย จะหา “ทางออก” จากปัญหาการเมือง ได้อย่างไร ; ขณะนี้ ท่านผู้ฟังทราบแล้วว่า ประการแรก เรามี “ความรู้” (หรือไม่) และประการที่สอง เรามี “statesman” ที่จะมาช่วยเรา (หรือไม่) ; ต่อไป เราลองมาพิจารณาดูว่า ถ้า “คนไทย” ที่จะต้องหา “ทางออก” เาเอง จะหา ทางออก ได้อย่างไร

โดยปกติ เวลาผมไปบรรยายในที่ต่างๆ ผมจะมีคำถามอยู่คำถามหนึ่ง ที่ผมจะขอให้ท่านผู้ฟังตอบ เพื่อจะได้ทราบ “วิธีคิด” ของท่านผู้ฟังว่ามีความลึกเพียงใด แต่วันนี้ ผมไม่มีเวลาถามท่านผู้ฟังในห้องนี้ เพราะเราใช้เวลาามากแล้ว แต่ผมจะขอเรียนให้ท่านผู้ฟังทราบคำถามและเฉลยคำตอบไปพร้อมกัน คำถามนั้น ก็คือ ถามว่า ท่านผู้ฟังคิดว่า “ระบบ สำคัญกว่าคน” หรือ “คนสำคัญกว่าระบบ” ; และ คำเฉลยก็คือ ไม่ว่าท่านจะตอบว่า ระบบสำคัญกว่าคน หรือ คนสำคัญกว่าระบบ ท่านผู้ฟังก็จะตอบผิดด้วยกันทั้งหมด

เพราะในความเป็นจริง เราต้องการ “คน (ดี)” มาสร้างระบบ เพื่อให้ระบบควบคุม “คน (ไม่ดี)” ดังนั้น ระบบสำคัญกว่าคน ถ้า “คน” ในที่นี้ หมายถึงคนไม่ดี เพราะสังคมต้องการระบบเพื่อควบคุมคน (ไม่ดี) ; และในทางกลับกัน คนจะสำคัญกว่าระบบ ถ้า “คน” ในที่นี้ หมายถึงคนดี เพราะสังคมต้องการคน (ดี) มาสร้างระบบ ; คำตอบที่ถูกต้อง ของคำถามทั้งสอง

จึงต้องเป็นคำตอบที่มี “เงื่อนไข” ที่อยู่ที่ความหมายของ คำว่า “คน” และ จะไม่สามารถตอบให้ถูกได้ ถ้าไม่พิจารณาไปถึงคุณลักษณะของ “คน” ว่าเป็นคนดีหรือคนไม่ดี ซึ่งเป็น “ความลึก” ของวิคิด

ฉันใดก็ฉันนั้น ในการปฏิรูปการเมืองก็เช่นเดียวกัน คนไทยต้องการ “คน (ดี)” มาทำการแก้ไขรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ได้รัฐธรรมนูญที่ดี มาควบคุมพฤติกรรมของ “คน (ไม่ดี)” ; ในการปฏิรูปการเมือง คำว่า “คน” (เฉยๆ) จึงไม่มีความหมายอย่างใด จนกว่าท่านผู้ฟังจะหาวิธีการที่ทำให้สามารถทราบได้ว่า คนที่เข้ามาใช้อำนาจอธิปไตย เป็นคน (ดี) หรือคน (ไม่ดี) และเราต้องการ statesman (คนดี) มาช่วยเราปฏิรูปการเมือง เพื่อควบคุมคน (ไม่ดี)

เมื่อสักครู่นี้ ผมได้เรียนให้ทราบแล้วว่า “รัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปการเมือง” ควรมีแนวทางอย่างไร แต่ผมยังไม่ได้เรียนให้ท่านทราบว่า แล้ว “รัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปการเมือง” จะเกิดขึ้นได้อย่างไร

ก่อนที่จะเรื่อบทว่า “รัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปการเมือง” จะเกิดขึ้นได้อย่างไร เราจำเป็นต้องทราบว่า เรามีเงื่อนไขที่เป็น “สิ่งกำหนดให้” ที่อยู่นอกเหนืออำนาจของเราที่จะแก้ไข (คือเราจำเป็นต้องยอมรับ) อยู่ 2 ประการ ประการแรก เป็น ความเป็นจริงในด้านสังคมวิทยา คือ ผู้ที่เสียประโยชน์ ซึ่งได้แก่คนการเมืองนายทุนธุรกิจที่จะต้องเสียอำนาจเพราะการปฏิรูปการเมือง ย่อมไม่ต้องการปฏิรูปการเมือง ประการที่สอง เป็น ความเป็นจริงในด้านเทคนิคของการร่างกฎหมาย คือ การบริหารประเทศจะมีกลไกที่สลับซับซ้อน และมีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกัน ดังนั้น รัฐธรรมนูญฉบับที่จะตั้งใจจะให้เป็นการปฏิรูปการเมืองนั้น จะปฏิรูปการเมืองและแก้ปัญหประเทศได้จริงหรือไม่ จึงไม่มีผู้ใดบอกล่วงหน้าได้ จนกว่ารัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวจะยกร่างเสร็จ และสามารถอธิบายได้ด้วยตรรกและเหตุผลว่า เป็นรัฐธรรมนูญที่สามารถแก้ปัญหการเมืองของประเทศได้

จากหลักเกณฑ์พื้นฐานความเป็นจริงที่เป็น “สิ่งที่กำหนดให้” 2 ประการนี้ เราก็คงจะเห็นว่า ถ้าเราจะปฏิรูปการเมือง เราจะต้องทำอะไรบ้าง ; ผมคิดว่า

ถ้าเรา (คนไทย) ต้องการให้ “การปฏิรูปการเมือง” หรือ “การมีการเมืองใหม่” ประสบความสำเร็จ เราจะต้องพิจารณา ออกเป็น 2 ขั้นตอน

คือ ขั้นตอนแรก เรา (คนไทย) ต้องตั้ง “ปัญหา” ตามตัวเองว่า เราจะ ได้ “ร่างรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปการเมือง” (ที่สามารถแก้ “ปัญหาการเมือง” ของประเทศไทยได้) นี้ มาจากไหน ใครจะเป็นผู้เขียนหรือยกร่างรัฐธรรมนูญนี้ให้เรา ในเมื่อเราไม่มี statesman มาช่วยเรา : คำตอบง่าย ๆ ตามสามัญสำนึก ก็คือ เราก็ต้องตั้ง “องค์กรยกร่างรัฐธรรมนูญ” ขึ้น และเราต้องรู้ว่า ร่างรัฐธรรมนูญ (ฉบับปฏิรูปการเมือง) ที่ดี ย่อมมาจากองค์กรที่ดี โดยมีวิธีการร่างที่ดี : ถ้าจะพูดให้เป็นหลักเกณฑ์ทางวิชาการ ก็คือ เราจะต้องจัดตั้ง “องค์กร” ขึ้นมา เพื่อให้ทำหน้าที่ยกร่าง (ออกแบบ) รัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปการเมือง โดยองค์กรนี้จะต้องมี “องค์ประกอบ” ที่มีความเชี่ยวชาญ มีประสบการณ์ และเป็นกลาง ไม่มีการขัดแย้งในผลประโยชน์ ซึ่งทำให้ คาดหมายได้ว่า องค์กรนี้จะสามารถออกแบบรัฐธรรมนูญ (ที่ดี) ได้ อีกทั้ง องค์กรนี้ จะต้อง มี “กระบวนการ - process” ยกร่างรัฐธรรมนูญที่ถูกต้อง และเหมาะสม ทั้งในด้านการรับฟังความคิดเห็นจากประชาชน (การมีส่วนร่วมของประชาชน) และในด้านการตัดสินใจในการออกแบบ (การกำหนดกลไกการบริหาร) ที่จะต้องอยู่บนพื้นฐานของเหตุผลในทางวิชาการ เพื่อประโยชน์ส่วนรวม - public interest ซึ่งเป็นจุดหมาย ของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ; ขั้นตอนที่สอง คือ เมื่อเราได้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปการเมืองมาแล้ว “ปัญหา” มีว่า เรา (คนไทย) จะให้สถาบันใดหรือองค์กรใด ที่จะให้ “ความเห็นชอบ” เพื่อนำร่างรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปการเมือง (ที่เราได้มา) นั้น มาใช้บังคับ ซึ่งแน่นอน จะต้องเป็นไปตามหลักการของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย คือ เราจะให้ “สภาผู้แทนราษฎร” หรือ “รัฐสภา (สภาผู้แทนราษฎรกับวุฒิสภาประชุมร่วมกัน)” หรือจะให้ “ประชาชนทั้งประเทศ” ออกเสียงเป็นประชามติ (โดยมีหรือไม่มีเงื่อนไขอย่างใด) เป็นผู้ให้ “ความเห็นชอบ”

ในเบื้องต้น เราจะเห็นได้ว่า ความสำเร็จใน “การปฏิรูปการเมือง” จะอยู่ที่ ขั้นตอนแรก คือ ขึ้นอยู่กับรูปแบบและองค์ประกอบของ “องค์กรยกย่องรัฐธรรมนูญ” ที่จะจัดตั้งขึ้น ว่า จะต้องเป็นองค์กรที่อยู่ใน “ลักษณะ” ที่สามารถออกแบบรัฐธรรมนูญ (ที่ดี) ได้ ด้วยความเป็นกลาง ประกอบกับ กระบวนการและวิธีการในการยกย่องขององค์กรดังกล่าว ที่จะต้องเปิดเผย โปร่งใส มีการรับฟังปัญหาอย่างครบถ้วน เพราะ ถ้า “ขั้นตอนแรก” ของ การปฏิรูปการเมืองถูกบิดเบือนแล้ว รัฐธรรมนูญ (ที่ดี) ก็จะไม่เกิดไม่ได้ แม้ว่า ในขั้นที่สอง เราจะให้ “ประชาชนทั้งประเทศ” เป็นผู้ให้ความเห็นชอบด้วยการออกเสียงประชามติ ประชาชนก็จะอยู่ในสภาพที่ถูกใช้เป็น “เครื่องมือ” ของนักการเมือง โดยอ้าง “ความเป็นประชาธิปไตย

การจัดตั้ง “สภาร่างรัฐธรรมนูญ” (ไม่ว่าจะเป็น ส.ส.ร. 3 หรือ ส.ส.ร. ที่เท่าใด) ที่มีองค์ประกอบ (สมาชิก) ที่มีความหลากหลาย แต่ไม่มีความ เชี่ยวชาญพอเพียง ตามที่นักการเมือง (นายทุนธุรกิจ) เสนอให้จัดตั้ง โดย อ้างความเป็นประชาธิปไตย ย่อมเป็นที่คาดหมายล่วงหน้าได้ว่า การปฏิรูป การเมืองโดย “สภาร่างรัฐธรรมนูญ” จะเกิดขึ้นไม่ได้อย่างแน่นอน ดังที่ ปรากฏมาแล้วในอดีต : นอกจากนั้น การให้ “สภาผู้แทนราษฎร” (ซึ่ง ประกอบด้วยสมาชิกที่มาจากการเลือกตั้ง) เป็นผู้ให้ “ความเห็นชอบ” ในร่าง รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ก็เป็นที่คาดหมายได้ (ตามพฤติกรรมทางสังคมวิทยา) ว่า สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจะลงมติให้หรือไม่ให้ “ความเห็นชอบ” ในร่าง รัฐธรรมนูญ บนพื้นฐานของโดยคิดถึง “โอกาส” ของตนเองในการได้รับ เลือกตั้ง และเข้ามาใช้อำนาจรัฐเพื่อแสวงหาประโยชน์ มากกว่าที่จะคิดถึง “ประโยชน์ส่วนรวม”

ปัญหาของเรา (คนไทย) ก็คือ เราจะจัดตั้ง “องค์กรยกย่องรัฐธรรมนูญ” ที่เหมาะสม และมีกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญที่ทำให้มั่นใจได้ว่า เรา (คนไทย) จะได้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปการเมืองที่ดีที่สุด ได้อย่างไร ในเมื่อ เราไม่มี statesman มาช่วยกำกับกำกับการยกย่องรัฐธรรมนูญให้เรา คำตอบ ก็คือ

เรา (คนไทย) สามารถทำได้ ด้วยการแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน พ.ศ. 2550 โดยเพิ่มบทบัญญัตินำเอาหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่เรากล่าวถึงทั้งหมดที่เราคิดว่าดี ใส่ลงไป ตั้งแต่การจัดตั้ง “องค์กรยกย่องรัฐธรรมนูญ” กระบวนการร่างรัฐธรรมนูญ จนกระทั่งการให้ “ความเห็นชอบ” ในร่างรัฐธรรมนูญที่จะได้ยกย่องขึ้น

ต่อไปนี่ จะเป็นข้อคิดเห็นส่วนตัวของผม ในการทำงานที่จะสร้าง “องค์กร” และกำหนด “กระบวนการในการร่างรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปการเมือง” โดยการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ฉบับปัจจุบัน พ.ศ. 2550 ซึ่งท่านผู้ฟังจะเห็นด้วยหรือไม่เห็นด้วย ก็เป็นความอิสระของท่าน

และโปรดสังเกตด้วยว่า ในการเสนอจัดตั้ง “องค์กรยกย่องรัฐธรรมนูญ” นี้ ผมจะไม่พิจารณาเลยว่า รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ที่จะได้มาจากองค์กรดังกล่าว จะมีสาระและมีรูปร่างหน้าตาอย่างไร เพราะการยกย่องรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ จะเป็น “ภาระ - mission ” ขององค์กรที่จัดตั้งขึ้น ที่จะต้อง “คิด” และเป็น “หน้าที่” ขององค์กรนี้ จะต้องจัดทำเอกสารประกอบการร่างรัฐธรรมนูญ เพื่ออธิบายให้เราฟังว่า ระบบสถาบันการเมืองและกลไกที่ตนเองได้ยกย่องขึ้นมานั้น จะสามารถแก้ปัญหการเมืองของประเทศได้ครบถ้วนหรือไม่ และแก้ได้อย่างไร

ผมเชื่อว่า ถ้าเราสร้าง “องค์กรยกย่องรัฐธรรมนูญ” ได้อย่างถูกต้อง และมีกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญที่เหมาะสม “ร่างรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปการเมือง” ก็เกิดขึ้นเอง โดยเราไม่ต้องมาเถียงกันว่า “ประเด็น” ไດ ใครจะเอาอย่างไร “พรรคการเมือง” ไດต้องการแก้ไขข้อไหนอย่างไร (เพื่อประโยชน์ของตนเอง) ; ผมคิดไม่เหมือนกับนักการเมืองบางท่านที่กล่าวว่า ขอลิขิตการเมืองและพรรคการเมืองเอา “ข้อเสนอ (ในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ)” มาวางไว้บนโต๊ะ และดัดสินกันด้วยเสียงข้างมากบนพื้นฐานของผลประโยชน์ ทั้งที่เปิดเผยเห็นได้ และทั้งที่ซ่อนอยู่ในใจ

การแก้ไขรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 เพื่อให้ได้มาซึ่งร่างรัฐธรรมนูญ

ฉบับปฏิรูปการเมือง จะมีหลักการสำคัญ 3 ประการ ดังต่อไปนี้

หลักการที่หนึ่ง (การบริหารประเทศ) ฝ่ายบริหารคือรัฐบาล กับฝ่ายนิติบัญญัติคือรัฐสภา จะไม่มีการเปลี่ยนแปลงแต่อย่างใดในช่วงระหว่างการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปการเมือง ยกเว้นประการสำคัญใน 2 ประการ

ประการที่ 1 ปลดสภาพของ ส.ส. ที่ต้องตกอยู่ภายใต้อาณัติของพรรคการเมืองนายทุนธุรกิจ ด้วยการยกเลิกบทมาตราที่เกี่ยวกับการบังคับให้ ส.ส.ต้องสังกัดพรรคการเมือง 2 - 3 มาตรา โดย ส.ส.จะยังคงเป็นสมาชิกพรรคการเมืองอยู่เช่นเดิม ; ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นไปตามหลักสากลของระบอบประชาธิปไตย ของทุกประเทศในโลก ที่ ส.ส.จะมีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ ของ ส.ส.ได้ตามมโนธรรมของตนเอง

ประการที่ 2 เพื่อสร้างเสถียรภาพให้ฝ่ายบริหาร (รัฐบาล) ให้เพิ่มบทบัญญัติว่า ในกรณีที่ ส.ส. ลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีหรือทั้งคณะให้มี “การยุบสภา” (โดยอัตโนมัติ) ; เพราะโดยพฤติกรรม ส.ส. ย่อมไม่ประสงค์จะออกไปทำการเลือกตั้งใหม่ ดังนั้น มาตรการนี้จะทำให้รัฐบาลมีเสถียรภาพได้ตามสมควร ส่วนการลงมติไม่ไว้วางใจ “รัฐมนตรี” เป็นรายบุคคล ให้เป็นไปเช่นปกติ

หลักการที่สอง (การปฏิรูปการเมือง) แกไขรัฐธรรมนูญ ด้วยการจัดตั้ง “องค์กรยกร่างรัฐธรรมนูญ” ประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญกฎหมายรัฐธรรมนูญอย่างแท้จริงจำนวนไม่มากนัก กับอดีตนักการเมืองอาวุโสที่วางมือจากการเมืองแล้วจำนวนหนึ่ง ให้เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปการเมือง โดยมีหลักการและกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญที่จะต้องกำหนดไว้อย่างแน่ชัด 4 ประการ ดังนี้

ประการที่ 1 องค์กรนี้ ต้องมีความเป็นกลางทางการเมือง

ประการที่ 2 มีการรับฟังความคิดเห็นอย่างกว้างขวางและเป็นระบบ ซึ่งจะต้องกำหนดครุบทให้ชัดเจน และจะต้องเปิดโอกาสให้องค์กรยกร่างรัฐธรรมนูญ จัดทำ “ประชามติเพื่อการปรึกษาหารือ - consultative

referendum” ได้ เพื่อใช้ในกรณีที่มี “ทางเลือก” ที่ต้องการให้เป็นการตัดสินใจของประชาชนทั้งประเทศ หรือใช้ในกรณีที่ความเห็นของประชาชนที่เป็นกลุ่มผลประโยชน์มีการขัดแย้งกันสูง

ประการที่ 3 เมื่อร่างเสร็จแล้ว จะต้อง มี “เอกสารประกอบร่างรัฐธรรมนูญ” ที่อธิบายหลักการสำคัญของร่างรัฐธรรมนูญใหม่ในสาระสำคัญอย่างครบถ้วนและพอเพียง ได้แก่ การกำหนด “ปัญหาทางการเมือง” ที่เกิดจากรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน วิธีการและมาตรการในการแก้ปัญหาดังกล่าว อำนาจหน้าที่ ความสัมพันธ์และการถ่วงดุลระหว่างสถาบันและองค์กรต่างๆ ในรัฐธรรมนูญ ตลอดจน ผลดีผลเสียของมาตรการต่างๆ ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ; หลักการในการจัดทำเอกสารประกอบร่างกฎหมายนี้ เป็นวิปฏิบัติโดยปกติของประเทศที่พัฒนาแล้ว

ประการที่ 4 รัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปการเมือง จะเป็นการ “ขายตรง” คือ ตรงไปยังประชาชน เพื่อให้ออกเสียงเป็นประชามติโดยไม่ผ่านสภาผู้แทนราษฎร (หรือรัฐสภา) โดยให้ประชาชนเลือกว่า จะใช้รัฐธรรมนูญฉบับใดระหว่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ กับ รัฐธรรมนูญปี 2540 ที่ ส.ส.ในปัจจุบันจำนวนหนึ่งเรียกร้องอยู่ในขณะนี้

“ความสำเร็จของการออกแบบรัฐธรรมนูญฉบับใหม่” ที่คาดหวังว่า จะได้จากการดำเนินการตามหลักการที่ 2 จะมาจากเงื่อนไขสำคัญ 2 ประการ คือ

ประการแรก มาจาก “คุณสมบัติ” และ “กระบวนการการยกร่างฯ” ของ องค์กรยกร่างรัฐธรรมนูญ คือ

“คุณสมบัติขององค์กรยกร่างฯ” จะต้องมีความเป็นกลาง (ไม่มีประโยชน์ส่วนได้เสียเกี่ยวข้อง) / มีความเชี่ยวชาญ(อย่างแท้จริง) / และมีประสบการณ์ที่พอเพียง

“กระบวนการยกร่างที่กำหนดไว้อย่างแน่ชัด” จะเป็นการบังคับให้ องค์กรยกร่างฯ ต้องทำงานอย่างมีระบบและครบถ้วนสมบูรณ์ในทุกประเด็น

(ที่สำคัญ) และการกำหนดให้องค์กรยกร่างฯ ต้องจัดทำ “เอกสารประกอบ การแก้ไขรัฐธรรมนูญ” โดยมีมาตรฐานที่แน่ชัด จะเป็นการกำกับการทำงาน ขององค์กรยกร่างฯ และสร้าง “ความรับผิดชอบ” ให้แก่องค์กรยกร่างฯ ที่นักวิชาการอื่นและประชาชนทั่วไปสามารถตรวจสอบได้

ประการที่สอง “การขายตรง (ต่อประชาชน)” เป็นกุญแจของความ สำเร็จของการปฏิรูปการเมือง เพราะเป็น เจตนาที่แท้จริงของประชาชนทั้ง ประเทศ ซึ่งจะแตกต่างกับ การแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยให้สมาชิกสภาผู้แทน ราษฎรที่ได้รับเลือกตั้งมา (หรือรัฐสภา) ให้ความเห็นชอบ ซึ่งมีไม่เจตนา ที่แท้จริงของประชาชน และสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (อาจ) พิจารณาแก้ไข รัฐธรรมนูญ โดยช้อนผลประโยชน์ส่วนตัวไว้เบื้องหลังได้

สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (และสมาชิกวุฒิสภา) จะมีสิทธิในการให้ ความเห็นและวิจารณ์ร่างรัฐธรรมนูญ ขององค์กรยกร่างรัฐธรรมนูญ แต่ อำนาจในการวินิจฉัยในการเขียน (ออกแบบ) ร่างรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูป การเมือง จะเป็นขององค์กรยกร่างรัฐธรรมนูญ : แต่องค์กรยกร่างรัฐธรรมนูญ จะต้องอธิบายและให้เหตุผลในทางวิชาการอย่างชัดเจนไว้ใน” เอกสาร ประกอบร่างรัฐธรรมนูญ” ว่า ประเด็นใด มีข้อดีข้อเสียอย่างไร และเพราะ เหตุใดองค์กรยกร่างรัฐธรรมนูญจึงไม่เห็นด้วยกับข้อเสนอของสมาชิกสภา ผู้แทนราษฎร (และสมาชิกวุฒิสภา)

การขายตรง (ต่อประชาชน) จะแก้ “ปัญหาการบิดเบือนอำนาจ - abuse of power” ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเพื่อประโยชน์ส่วนตัว แต่อย่างไร ก็ตาม ความสำเร็จของการให้ประชาชนออกเสียงเป็น “ประชามติ” นั้น ย่อมขึ้นอยู่กับ “ความสมบูรณ์” และ “คุณภาพ” ของ เอกสารประกอบร่าง รัฐธรรมนูญ (และการประชาสัมพันธ์) ขององค์กรยกร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่ง องค์กรยกร่างรัฐธรรมนูญและผู้ที่เกี่ยวข้อง จะต้องให้ความเอาใจใส่และ ทำงานให้ได้ “มาตรฐานของวงการวิชาการ” ของประเทศที่พัฒนาแล้ว

หลักการที่ 3 (อำนาจกำกับดูแลการปฏิรูปการเมืองกับอำนาจของรัฐบาล)

ให้มีองค์กร (super organ) ที่กำกับดูแลการปฏิรูปการเมือง องค์กรนี้ อาจเรียกชื่อว่า “คณะกรรมการความมั่นคงและการพัฒนาการเมืองแห่งชาติ”

หลักการสำคัญของคณะกรรมการนี้ ก็คือ จะต้องกำกับดูแลให้การร่างรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปการเมืองขององค์กรยกร่างรัฐธรรมนูญให้เป็นผลสำเร็จ และปราศจากการแทรกแซงจากนักการเมือง โดยจะต้อง “แยก” อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการคณะนี้ ออกจากอำนาจการบริหารประเทศของสถาบันการเมือง (รัฐบาลและรัฐสภา) อย่างชัดเจน โดยคณะกรรมการฯ และกรรมการในคณะกรรมการฯ จะต้องไม่มีอำนาจในทางบริหารและจะต้องไม่ดำรงตำแหน่งทางการเมือง และคณะกรรมการคณะนี้จะมีอำนาจหน้าที่ เพียง 3 ประการดังนี้ คือ

1. ประสานงานระหว่างรัฐบาลกับองค์กรยกร่างรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ภารกิจในการปฏิรูปการเมือง มีผลสำเร็จ
2. ตรวจสอบการคอร์รัปชันของนักการเมือง ด้วยการมี “สิทธิริเริ่ม” เพื่อส่งเรื่องผ่านไปให้กลไกของรัฐตามปกติ
3. เป็นที่ปรึกษารัฐบาลในด้านความมั่นคงแห่งชาติ

และองค์กรนี้ จะมีอำนาจเพียง 3 ประการนี้เท่านั้น ; การห้ามมิให้คณะกรรมการและกรรมการเข้าไปมีอำนาจในทางบริหาร ก็เพื่อให้ “การบริหารประเทศ” เป็นความรับผิดชอบของสถาบันทางการเมืองที่มาจากการเลือกตั้งตามระบอบประชาธิปไตย และเป็นการป้องกัน “ความเสื่อม” ของคณะกรรมการและกรรมการ ที่อาจเกิดจากการเข้าไปใช้ “อำนาจ” ในทางบริหาร และเสี่ยงต่อการถูกกล่าวอ้างว่ามีการแสวงหาประโยชน์จากการใช้อำนาจบริหาร ไม่ว่าจะเกิดขึ้นจริงหรือไม่

ผมคิดว่า ข้อคิดนี้ อาจจะเป็น “ทางออก” ของคนไทยในการแก้ปัญหาการเมืองในปัจจุบัน ; การบริหารประเทศในระหว่างการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปการเมือง อาจจะมี “ปัญหา” อยู่บ้าง เพราะการแก้ไขรัฐธรรมนูญ

พ.ศ. 2550 ตามหลักการ 3 ประการดังกล่าวข้างต้น ยังไม่ได้กำหนดมาตรการไว้ให้ครบถ้วน แต่ผมเชื่อว่า การแก้ไขรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 เท่าที่กล่าวมาแล้ว น่าจะพอเพียงสำหรับการทำให้ “การบริหารประเทศ” โดยสถาบันการเมือง (รัฐบาลและรัฐสภา) ในปัจจุบัน มีเสถียรภาพพอสมควร สำหรับในช่วงระยะเวลาสั้น เพียง 1 — 2 ปีของการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปการเมือง

ครับ สาเหตุของประเทศไทยที่ไม่สามารถปฏิรูปการเมืองได้ มีอยู่ 2 สาเหตุตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น คือ ประเทศไทย เราขาด “ความรู้” และเราขาด “statesman” ; เมื่อเราขาด “ความรู้” เราก็เอนักกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ดีที่สุดเท่าที่เราจะหาได้ ไปรวมกันช่วยกันร่างรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปการเมือง ไว้ใน “องค์กรยกร่างรัฐธรรมนูญ” ที่จะต้องทำการยกร่างฯ ตามกระบวนการ — process ที่กำหนดไว้ ; เมื่อเราขาด “statesman” เราก็เอา “บุคคล” ที่มีความปรารถนาดีและมองเห็นปัญหาการเมืองของประเทศไทยไปกำกับการปฏิรูปการเมืองไว้ใน “คณะกรรมการความมั่นคงและการพัฒนาการเมืองแห่งชาติ” ; ส่วนการบริหารประเทศ ก็ยังคงเป็นอำนาจหน้าที่ของสถาบันการเมือง (รัฐบาลและรัฐสภา) ตามรัฐธรรมนูญที่มีอยู่ในปัจจุบัน โดย ส.ส. ไม่ต้องถูกบังคับให้สังกัดพรรคการเมือง (ของนายทุนธุรกิจ) ; และหลังจากนั้น เรา (คนไทย) ก็รอคอยผลของ “การขายตรง” คือการตัดสินใจของคนไทย “ประชาชนทั้งประเทศ” ในร่างรัฐธรรมนูญฉบับการปฏิรูปการเมือง ด้วยการออกเสียงเป็นประชามติ - referendum

ต่อไปนี้ เรามาถึงส่วนที่ 3 ที่ผมตั้งใจจะบรรยายในวันนี้ คือ statesman คือ บุคคลอย่างไร ; แต่ผมคิดว่าผมใช้เวลาของที่ประชุม ปอมท. มามากแล้ว ผมจะขอจบสั้นๆ เพียง 2 — 3 ประโยค

Statesman คือ บุคคลที่มีวิสัยทัศน์ - vision แต่ไม่ใช่บุคคลที่บอกว่าตนเองมีวิสัยทัศน์ และบุคคลที่มี vision ย่อมสามารถคาดหมายและมองเห็นอนาคตได้ด้วยปัญญา ; statesman ได้แก่ บุคคลที่สามารถนำปัญญา

— wisdom ของตนเอง มาบอก มาอธิบาย และทำความเข้าใจกับประชาชนส่วนใหญ่ (ที่มีความจำเป็นจะต้องทำมาหากินและไม่มีเวลาพอที่จะมาสนใจและคิดแก้ไขปัญหการเมือง) ได้ว่า “ทางออก” ของการแก้ปัญหาของประเทศอยู่ที่ไหน ; และประการสุดท้าย statesman ไม่จำเป็นต้องเป็นผู้เชี่ยวชาญกฎหมายรัฐธรรมนูญ แต่ statesman ต้องรู้ว่า ทำอย่างไร จึงจะได้ “รัฐธรรมนูญที่ดี”

ขอบคุณครับ

ศ.ระพี สาคริก

ฟังท่านอาจารย์พูดแล้วก็มีข้อมูลอยู่ว่ามีอยู่ครั้งหนึ่งที่มีร่างกฎหมายปฏิรูปที่ดิน ภาณุมาศกรเข้าสภา เย็นวันนั้นเผอิญมีงานเฉลิมจักรพรรดิญี่ปุ่นที่สถานทูต ผมไปยืนอยู่ในงาน ข้างหน้าผมมี 2-3 คนยืนอยู่ เขาไม่รู้ว่าเป็นใคร เขาพูดกันว่าถ้ากฎหมายนี้ผ่านพวกเราตายเล เห็นหรือไม่นี้เป็นตัวอย่างที่เป็นจริงที่อาจารย์พูดเมื่อสักครู่นี้ แล้วท่านอาจารย์ก็เสนอจุดที่จะแก้ไขหลายช่องทางปัญหาเหล่านี้มีอยู่แล้วผมถึงบอกว่าไม่จำเป็นต้องเริ่มต้นจากศูนย์ ถอยหลังเป็นสลับด้วย

ศ.ดร. อมร จันทรสมบูรณ์

อุปสรรคของเรา คือ หนึ่ง เราไม่มี “ความรู้” และ สอง เราไม่มี statesman ที่มีอำนาจรัฐจะมาช่วยเรา ดังนั้น ถึงแม้เราพยายามหา “ความรู้” และรู้วิธีที่จะแก้ปัญหา แต่ถ้าไม่มี statesman ที่มีอำนาจรัฐ เอา “ความรู้” นั้นมาทำให้เกิดผลในทางปฏิบัติ “การปฏิรูปการเมือง” ก็เกิดไม่ได้ ; ถามว่าในเวลานี้ ใคร คือ statesman ผมก็มองไม่เห็นตัว ; ในเวลาข้างหน้านั้นที่เราพูดๆ กันว่า จะให้ “ยุบสภา” และ “เลือกตั้งใหม่” เพื่อแก้ปัญหการเมือง ผมคิดว่า ถ้าไม่มีการปฏิรูปการเมืองก่อนมี “การเลือกตั้ง” และโดยสภาพของสังคมไทยที่อ่อนแออย่างนี้ การใช้เงินจะยังเป็นปัจจัยสำคัญของการ

เลือกตั้ง : อดีตนายกฯ ทักษิณและพรรคพวกก็คงจะกลับเข้ามาเป็นเสียงส่วนใหญ่ในสภาผู้แทนราษฎรอีกครั้งหนึ่ง เพราะบุคคลเหล่านี้มีเงินทองมหาศาลและพร้อมที่ทุ่มเงินโดยไม่จำกัดใน “การเลือกตั้ง” ; การยุบสภาและการเลือกตั้งใหม่ เป็นวิถีทางเดียวที่บุคคลเหล่านี้ต้องการ เพราะเป็นวิถีทางเดียวที่สามารถจะกลับเข้ามา “ผูกขาดอำนาจรัฐ” เพื่อเอาทรัพย์สินที่ถูกอายัดไว้คืนได้ โดยอ้างว่าเป็นวิถีทางระบอบประชาธิปไตย

ดังนั้น ใครก็ตาม ที่บอกให้แก้ปัญหาด้วย “การยุบสภา” ผมเห็นว่าจะไม่ฉลาด เพราะจะทำให้เราเริ่มวงจร vicious circle ครั้งใหม่ เหมือนกับการเลือกตั้งครั้งหลังสุด หลังจากที่ใช้บังคับ รัฐธรรมนูญปัจจุบัน พ.ศ. 2550 ; ผมคิดว่า เราต้องแก้รัฐธรรมนูญยกเลิก “บทบัญญัติที่บังคับให้ ส.ส. ต้องสังกัดพรรคการเมือง และบทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง” ที่เป็นสาเหตุของการเผด็จการโดยพรรคการเมือง (นายทุนธุรกิจ) ให้ได้ก่อนที่จะมีการเลือกตั้งครั้งใหม่ แต่ผมก็ยังมองไม่เห็นว่ “ใคร” ที่จะมาแก้รัฐธรรมนูญให้คนไทย

ผศ. ปฐม ปฐมธนพงศ์ ประธาน ปอมท.

ต้องขอบพระคุณอาจารย์อมร ทำให้รูปแบบของการปฏิรูปการเมืองโดยการที่เราต้องมีความรู้ และต้องการรัฐบุรุษ พวกเรามีคำถามอะไรจะถามผมเรียนถามเลยว่า มีข้อเสนออะไรหรือไม่

คุณ เสริม ผู้ช่วยเลขานุการ ปอมท. และหัวหน้างานสภาอาจารย์ มธ.

ขออนุญาตเรียนถาม เพราะว่าเป็นที่สนใจ อาจารย์ได้ให้ความรู้ในทางวิชาการ ฟังอาจารย์มาโดยตลอด อาจารย์ได้ให้แนวทางที่ค่อนข้างกว้างขวาง และพอจะมองเห็นว่าทางออกของประเทศไทยจะอย่างไร ฟังดูแล้วว่า ณ วันนี้รัฐบาลหรือ ครม. ให้ความสำคัญที่จะแก้ไขรัฐธรรมนูญบางเรื่อง บางมาตรา ก็มีอยู่ประมาณสัก 20 ประเด็นที่จะนำไปสู่การแก้ไข และยังมอบให้พรรคการเมืองต่างๆ ที่พรรคร่วมรัฐบาลนำประเด็นต่างๆ ที่จะแก้ไขมาปรึกษาหารือร่วมกัน ซึ่งฟังแค่นี้ก็ยังไม่เห็นทางออกที่จะนำไปสู่การแก้ไขที่ควรจะ

เป็นหรือรูปธรรมที่ควรจะมี ฟังอาจารย์แล้วว่าอาจารย์ต้องมืองค์กรที่จะเข้ามาสู่การแก้ไข ที่เป็นองค์กรกลางซึ่งอาจจะมาจากคนที่ เป็น statesman ที่อาจารย์พูดถึง อยากจะถามอาจารย์ว่า ณ วันนี้ถ้ามองในรูปที่เป็นรูปธรรม ถ้าอาจารย์เป็นนายกรัฐมนตรี ลองอธิบายให้พวกเราเข้าใจว่าอาจารย์จะหยิบจากใครตรงไหน หรือจะสร้างองค์กรที่อาจารย์พูดถึงนี้อย่างไรให้เห็นภาพที่ชัดเจนขึ้น ซึ่งอาจารย์ก็พอจะทราบเหมือนกัน อาจารย์เป็นผู้บริหารตอนนี้ อยากจะเรียนเป็นความรู้ หรือเป็นตุ๊กตาที่จะนำไปสู่การแก้ไขปัญหาบ้านเมือง

ศ.ระพี สาคริก

ผมฟังมาตลอด แล้วในฐานะที่ผมเป็นคนหนึ่งที่ก่อตั้งองค์กรที่เราอยู่นี้เมื่อ 30 ปีที่แล้ว ตอนนั้นผมก็ไปบริหารมหาวิทยาลัย ผมก็เห็นว่าสิ่งที่ประชุมอธิการบดี (ทปอ.) อยู่ แล้วผมก็เป็นเลขาธิการ ทปอ. ในช่วงนั้นมา ได้เห็นอะไรหลายอย่างแล้วทำไมเหตุผลที่ผมมาสนับสนุนการตั้ง ปอมท. ตรงนี้เพื่ออะไร เพราะว่าปี 2475 เราพูดกันว่าอย่างไร เราบอกว่าเราต้องการประชาธิปไตย ต้องการ Bottom up ไม่ใช่ Top down เพราะฉะนั้นตรงนี้ผมคิดว่าหน้าที่ของที่นี่ เราทำภาคประชาชนให้เข้มแข็ง เราทำได้ ถ้าไปเริ่มต้นจากข้างบนมาก่อนก็ผิดอย่างที่ท่านอาจารย์พูด นี่เป็นเหตุผลอันนี้ที่ผมอยู่ทุกวันนี้ 87 ปี ผมลงข้างล่างตลอด ผมอยู่กับชาวบ้านตลอด อยู่ด้วยความหวังคิดว่าอย่างน้อยที่สุดวันหนึ่งข้างหน้าก็จะมีพวกท่านทั้งหลายลงมายืนอยู่ตรงนี้ด้วย เป็นเรื่องบุญเจตอกสำคัญเลย

ผมถึงบอกว่าไม่ใช่มองแต่เดี๋ยวนี้ ต้องมองย้อนกลับไปสมัยกรุงรัตนโกสินทร์เรื่อยมาเลย เราเห็นอะไร วัฒนธรรมเราก็มี จารีตประเพณีเราก็มี แต่คนไม่ค่อยจะนึกถึง เรามองข้ามตรงนี้ไปหมดเลย พูดกันมานานแล้วประชาธิปไตยที่มีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข ทำไมพระมหากษัตริย์สำคัญอย่างไร ถ้าเราเห็นจารีตประเพณีที่มีการพิสูจน์มาตั้งแต่กรุงศรีอยุธยา กรุงสุโขทัย แม้แต่สมเด็จพระนเรศวรกว่าจะมาถึงตรงนี้ นั่นเป็นจารีตประเพณีที่พิสูจน์ตัวเองแล้ว ว่าอะไรๆ ได้ทำให้แก้ปัญหามานานเมืองมาตลอด ในหลวง

องค์นี้ก็เหมือนกัน บางคนบอกท่านโดมาในต่างประเทศ แต่พอมายังเมืองไทยท่านลงแผ่นดินเราตลอดเวลาจนกระทั่งถูกขานานามว่าเป็นกษัตริย์เกษตร เห็นหรือไม่อยู่ที่จิตวิญญาณของคน อยู่ที่ตรงนี้หัวใจสำคัญ อยากจะฝากให้คิดกันตรงนี้ด้วย เห็นว่าองค์การนี้ทำอย่างไรดีที่สุด เมื่อสักครู่ก็มีท่านมาคุยกับผมเรื่องปฏิรูปที่ดิน ผมนึกทำหายของค์การนี้น่าจะได้ทำ

รศ.อดิศักดิ์ พงษ์พานผลศักดิ์ ประธานสภาฯ มจร.

ผมฟังท่านอาจารย์แล้วรู้สึกที่ท่านอาจารย์อยากให้องค์การนี้ช่วยผลักดันในเรื่องพวกนี้ เพราะฉะนั้นประเด็นตอนนี้ ก็คือ เรื่องประชาธิปไตยที่เราขาดความรู้ ขาดความเข้าใจ และตั้งแต่เด็กเราสอนประชาธิปไตยบอกว่าประชาธิปไตยคือการเลือกตั้ง แล้วเวลาเลือกตั้งเสร็จแล้วไปซื้อเสียงกัน เด็ก ๆ ก็ไปซื้อเสียงเพาะพันธุ์แล้วก็ยังไม่สอนความรู้ที่ถูกต้องให้แก่เด็ก จนมาถึงวันก่อนท่านธงทอง จันทรางศุ ท่านพูดว่าท่านไปอยู่สภาการศึกษาแห่งชาติ แล้วต้องการปฏิรูปการศึกษา โดยการที่จะให้ตั้งเป็นคณะกรรมการแล้วมีการเลือกตั้งคณะกรรมการนั้นขึ้นมา เขาบอกว่าครูพวกนี้ก็ไปยื่นแจกเงินที่หน้าคุหาเลือกตั้ง แล้วถามต่อไปว่าแล้วไม่มีใครตรวจสอบหรือ เขาบอกว่าไม่มี กกต. เมื่อไม่มี กกต.ก็ตรวจสอบกันไม่ได้ ผมมองว่าประเด็นขององค์ความรู้เป็นเรื่องสำคัญ ความเข้าใจตั้งแต่พื้นฐาน ตั้งแต่เด็กจนถึงโต แล้วผมบอกว่าบ้านเรายังไม่มีความรู้ ปอมท.เราควรจะเสนอแนวทางในการปฏิรูปการศึกษาที่ถูกทาง แล้วสอนในเรื่องประชาธิปไตยไม่ยกเว้นแม้แต่ในอุดมศึกษา

เรายกเว้นอุดมศึกษา เราไม่มีเลย เพราะว่าประวัติศาสตร์ชาติไทย เราไม่เคยเรียน เราไม่รู้พื้นฐานที่มาของบ้านเรามากนัก เพราะว่าเด็ยวันเด็กไม่ได้เรียนแล้วประวัติศาสตร์ ไปเรียน สลน. เราต้องปลูกฝังตั้งแต่เด็ก เมื่อก่อนผมจำได้ผมต้องไปนั่งเรียนประวัติศาสตร์ พระนเรศวรยกทัพไป พระเอกาทศศ อะไรต่ออะไรเยอะแยะไปหมด เด็ยวันนี้ลืมหมดแล้ว อันนั้นก็คือสิ่งที่ปลูกฝังมาแต่ในอดีตอย่างที่ท่านอาจารย์พูด แล้วเราคิดว่าองค์การที่นี้

คือองค์กร ปอมท.ควรจะมีบทบาทในช่วงนี้ซึ่งเป็นช่วงสำคัญ เป็นช่วงที่ผ่านวิกฤติมานี้ ว่าเราควรจะทำอะไรในเรื่องประชาธิปไตยอย่างไร แนวคิดผมก็อยากจะได้อาณาเขตของท่านอาจารย์อมรมาหารือกันแล้วเป็นข้อเสนอหนึ่งที่จะผ่านไปทางสื่อต่างๆ ผมมองแล้วว่าเป็นทางตันทั้งนั้นไม่ว่าจะเป็นทางไหนอย่างที่ท่านอาจารย์ธรรมศาสตร์ได้ยกตัวอย่างถ้าท่านเป็นนายกท่านจะทำอย่างไร ผมเป็นนายกผมก็ไม่รู้จะทำอย่างไรเหมือนกัน เพราะว่าเราทำอะไรไม่ได้ นอกจากการผลักดันแล้วต้องใช้พลังของการเป็นมหาวิทยาลัย และการชี้นำสังคม ผลักดันในเรื่องต่างๆ ขึ้นไป

ศ.ดร. อมร จันทรสมบูรณ์

ผมอยากจะเรียนอย่างนี้ครับ เมื่อสักครู่ผมให้สูตรสำหรับการแก้รัฐธรรมนูญปี 2550 เพื่อจัดตั้ง “องค์กรยกย่องรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปการเมือง” ไว้แล้ว สารในหลักการนั้นน่าจะครบถ้วนแล้ว ; สิ่ง que statesman ควรจะทำ ถ้าเราจะยังเอามี statesman ก็คือ ยกย่องรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมตามสูตรนี้ขึ้นมา แล้วนำร่างแก้ไขเพิ่มเติมนี้ไปเสนอต่อรัฐสภาเพื่อแก้ไขรัฐธรรมนูญ ฉบับปัจจุบัน พ.ศ. 2550 และเราก็จะรู้ว่านักการเมืองคนไหน ต้องการ “การปฏิรูปการเมือง” จริงหรือไม่

ผมเห็นว่า คงจะต้องมีการเสนอร่างรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมต่อสภา คนไทยจึงจะรู้จัก “พฤติกรรม” ที่แท้จริงของนักการเมืองปัจจุบัน เพราะประการแรก จะเห็นได้ว่า ในการแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อจัดตั้งองค์กรยกย่องรัฐธรรมนูญนั้นนักการเมืองในขณะนี้จะไม่สูญเสียอำนาจ ณ ปัจจุบันแต่อย่างใด แต่เขาจะต้องสละอำนาจว่า ข้างหน้าจะมีองค์กรที่เป็นกลางมา ยกย่องรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปการเมือง เพื่อนำมาให้ “ประชาชนทั่วประเทศ” เป็นผู้ให้ความเห็นชอบในร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ด้วยการออกเสียงประชามติ — referendum ซึ่งจะไม่ใช่อำนาจของนักการเมืองที่มาจากการเลือกตั้ง ; สิ่งที่ผมรออยู่ก็คือ “ใคร” จะเป็นผู้นำร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ตามหลักการทั้ง 3 ประการตามที่กล่าวมาแล้ว

เสนอต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณา ; อาจจะเป็นท่านนายกรัฐมนตรีเอง หรือ ส.ส. คนใดคนหนึ่ง ผมไม่ทราบ ; ใครจะเป็น statesman

ศ.ระพี สาคริก

ท่านอาจารย์พูดเมื่อสักครู่นี้สำคัญมาก เป็นนักปฏิบัติ นี่หลักศาสนา สองทำแต่ถือขันติไม่ต้องพูด นี่แหละโดยเฉพาะถ้าเป็นครูยิ่งสำคัญมากๆ เลย ปฏิบัติออกมาจากใจแต่ไม่ต้องไปพูดหลอก ถ้าไม่พูดไม่มีเรื่อง ท่านก็สอนมาแล้วว่าถือขันติ นึกถึงสมัยคุณเปรมเป็นนายกรัฐมนตรีได้มั๊ย คนจะว่าบอกว่า เหมียไข่ไข่หรือไม่ คุณเปรมใช้ขันตินี้เป็นตัวหลัก ท่านรอดมาได้เพราะความไม่พูดของท่าน ฝากให้คิดตรงนี้ด้วย ผมก็ใช้ตรงนี้อยู่

(ผศ. กัณท์มนัส ประธานที่ประชุมประธานสภาคณาจารย์ มทร. ?)

เป็นการเรียนรู้วิชาทางด้านหลักรัฐศาสตร์กับนิติศาสตร์ที่ดีมากๆ ขอลาอาจารย์นัดหนึ่งว่าคณะกรรมการพัฒนาความมั่นคงแห่งชาติที่อาจารย์พูดถึง ถ้ามีขึ้นมา สมมติว่าวันนี้ Off record อยู่สิบคนที่ควรไปนั่งตรงนั้น ตามความเห็นของอาจารย์น่าจะมีใครอยู่ตรงนั้นบ้าง สิบคนแรกๆ ที่น่าจะเป็นของประเทศนี้ เพราะว่าสิบคนนี่คือคนที่ไม่ใช่มีแต่ความรู้อย่างเดียว แต่จะต้องมีความรู้จริงที่อาจารย์พอจะเอ่ยเอื่อนได้

รศ. สุรพล ศรีบุญทรง เลขาธิการ ปอมท.

ขออนุญาตเสนอเลยว่า ในเมื่อเราเรียกร้องว่าอยากจะมีใครสักคน ผมเสนอว่า หากเป็นไปได้ ที่ประชุมแห่งนี้ (ปอมท.) ภายใต้การให้คำปรึกษาของท่านอาจารย์อมร เสนอเป็น ปอมท.โมเดลเลย ว่ารัฐธรรมนูญที่เราเห็นว่าเหมาะสมรูปแบบควรจะเป็นอย่างไร มีทั้งเหตุ มีทั้งผลอ้างอิง ว่าทำไมข้อนี้ถึงต้องเป็นอย่างนี้ ทำขึ้นเข้าไปเลยว่า นี่คือโมเดลที่ ปอมท.ศึกษาและคิดว่าเหมาะสม คือใครจะมาเป็นกรรมการไม่รู้ แต่อาจารย์บอกว่าต้องมี Form of Government มีอะไรต่างๆ เราก็เขียนโมเดลขึ้นแบบไปก่อน แล้วถ้าคุณจะ

ศึกษาหรือจะมีคณะกรรมการอะไรมาพิจารณา เราก็ขึ้นไปแล้วว่าแบบนี้
ว่าเป็นความเห็นของ ปอมท.อย่างนั้นจะดีหรือไม่

ศ.ดร. อมร จันทรสมบุรณ์

คือ เราอย่าสับสนระหว่าง “รัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปการเมือง” กับ
“รัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน” เพื่อจัดตั้ง
องค์กรเพื่อยกร่างรัฐธรรมนูญ ตามหลักการ 3 ประการดังกล่าวข้างต้น :
ผมเรียนแล้วว่า “รัฐธรรมนูญฉบับการปฏิรูปการเมือง” จะยังไม่มีใครรู้ว่า
เป็นอย่างไร จะดีหรือไม่ดี จนกว่าจะยกร่างเสร็จและอธิบายได้ ; แต่ “การ
แก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน พ.ศ. 2550” เพื่อให้เกิดองค์กรยกร่างรัฐธรรมนูญ
จะต้องมาก่อน ; แล้วองค์กรยกร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าว ก็จะไปร่างรัฐธรรมนูญ
ฉบับปฏิรูปการเมืองขึ้น

ดังนั้น การที่เราจะไปพูดว่า ข้างหน้า รัฐธรรมนูญ (ที่ดี) ควรเป็นอย่างไร
จึงพูดไกลเกินไป เพราะยังไม่มีใครรู้ ; การที่จะสร้างระบบ - system ที่ดี
ก็เหมือนกับสร้างเครื่องยนต์ คือ จะต้องทำเสร็จจนกระทั่งเป็นรูปร่างแล้ว
จึงจะมองเห็น ; องค์กรยกร่างรัฐธรรมนูญฯ จึงต้องเกิดขึ้นก่อน ซึ่งจะ
ประกอบด้วย ผู้เชี่ยวชาญกฎหมายรัฐธรรมนูญ ร่วมกับอดีตนักการเมืองที่มี
ประสบการณ์แคว้นมือทางการเมืองแล้ว มาช่วยกันยกร่าง และนำร่าง
รัฐธรรมนูญพร้อมทั้งคำอธิบาย มาให้ประชาชนออกเสียงประชามติ ; ส่วน
“คณะกรรมการเพื่อความมั่นคงกับการพัฒนาการเมือง” ก็จะเป็น องค์กร
ที่จัดตั้งขึ้นเป็นการเฉพาะกิจ และเป็นองค์กรที่จำเป็นต้องมี เพื่อดูแล
การปฏิรูปการเมืองให้เป็นผลสำเร็จ เพราะการปฏิรูปการเมืองไม่ควรให้อยู่ใน
ความดูแลของ “รัฐบาล” ที่เป็นนักการเมืองนายทุนธุรกิจที่มาจากการเลือกตั้ง
ตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันและกำลังจะถูกเปลี่ยนแปลง ดังนั้น ผลประโยชน์
ของนักการเมืองจึงขัดแย้งกันกับการปฏิรูปการเมือง - conflict of interest ;
คณะกรรมการเพื่อความมั่นคงกับการพัฒนาการเมือง ก็จะมีหน้าที่ดูแล
การประสานงานระหว่างองค์กรยกร่างฯ กับรัฐบาล ทำให้การทำงานของ

องค์กรยกร้างๆ ปลอดภัยจากการแทรกแซงของนักการเมือง กับช่วยคอยดูแล
มิให้มีการคอร์รัปชั่น และเพื่อความมั่นคงโดยทั่วๆ ไป ; โดยสรุปก็คือ
รัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ฉบับปัจจุบัน พ.ศ. 2552 จะมี
องค์กรใหม่ 2 องค์กร องค์กรหนึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญกฎหมายรัฐธรรมนูญ
ทำหน้าที่ยกร้างรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูปการเมือง กับอีกองค์กรหนึ่ง เป็น
องค์กรที่เป็น super organ ที่คอยกำกับดูแลการปฏิรูปการเมืองให้สำเร็จ
และไม่จำเป็นต้องเป็นผู้เชี่ยวชาญกฎหมาย

อาจารย์

ก็เหมือนกับอดีตที่ผ่านมาซึ่งมีหลาย ๆ ท่านเข้าไปเป็นสมัยที่เป็นปฏิวัติ
มองแล้ววุ่นวายที่อยู่วัดนี้ต้องเป็นคนดีจริงๆ เพราะซื่อกันได้ ขนาดอยู่ในสมัย
ปฏิรูปแผ่นดินหรือสมัยไหนก็ตามองค์กรนี้ก็ไม่ได้เกิดประสิทธิภาพและ
ประสิทธิผลเท่าที่ควร เพราะว่าตัวคนยังไม่ได้เป็นคนดีทั้งหมด แล้วคนที่อยู่
ในองค์กรนี้ต้องเป็นคนดีทั้งหมดซึ่งอาจจะเหลือไม่ดีไว้สักคนก็ยังดี แต่ส่วน
ใหญ่จะเป็นอย่างนั้นผมก็ไม่ว่าแต่เท่าที่ดูขาดอะไร เหมือนกับติดๆ ขัดๆ
แล้วก็มีความไม่แน่นอนอยู่ในนั้นอยู่เยอะ แล้วการตัดสินใจออกมาในสอง
มาตรฐาน หนึ่งมาตรฐาน จนกระทั่งเกิดปัญหาในปัจจุบันอันนั้นก็คือสิ่งที่ต้อง
ระมัดระวังอย่างมาก คือการนำเสนอพวกองค์กรต่างๆ ตัวโครงสร้างเป็นเรื่อง
สำคัญ คนที่ไปอยู่ในโครงสร้างนั้นจะต้องเป็นคนดีจริงเพื่อที่จะไปพัฒนาใน
รูปแบบต่างๆ เพื่อให้มีประสิทธิภาพ คือความเห็นผม

ศ.ระพี สาคริก

เมื่อสักครู่นี้พูดถึงเรื่องว่าคนเดียวกันเงินซื่อกันได้ ทำให้ผมนึกถึงเมื่อ
ไม่นานมานี้ รัฐบาลได้ตั้งกรรมการขึ้นมาชุดหนึ่ง มีคุณหญิงสุพัตรา (มาศดิตถ์)
เป็นประธาน แล้วมาขอให้ผมเป็นประธานที่ปรึกษาด้วย เรื่องการสร้าง
ความเข้มแข็งให้กับรากฐานคนในชุมชน ความจริงเราทำกันมานานแล้ว รัฐบาล
ถ้าไม่เจ็บก็ยังไม่ล้มตามาคู เพราะฉะนั้นประชุมครั้งแรก ผมคิดไปไม่ได้ผมฝากไว้

บอกเสนอเข้าไปด้วยบอกไม่ต้องไปมองข้างหน้า เหลียวมาดูข้างหลังบ้าง เวลา
นี้สถาบันต่างๆ เขาทำกัน มหิดลก็ทำ เพราะว่าเห็นอยู่แล้วว่ารากฐานคน
เดี๋ยวนี้ไม่แข็ง ทุนสิ่งเข้ายวนไม่ไหวเห็นหรือไม่ คอร์รัปชั่นก็เยอะ เป็นหนี้
เป็นสินก็เยอะ กระบวนการรู้ว่ายากแต่เราอยู่แวดวงการศึกษาต้องช่วยกันทำ
การที่คนทุกวันนี้รากฐานไม่แข็งแรงมาจากอะไร เราตีความเรื่องการศึกษายังถูก
ไม่ลึกพอ เวลาที่ผมกำลังมองเห็นด้วยว่าไม่ใช่แค่หลักสูตร สังคมก็เหมือนกัน
เวลานี้ เป็นทุกข์เข้าหน้อยเข้าวัดแล้วไปหาธรรมะ จริงๆไม่ต้องเข้าวัดก็หาได้
อยู่ที่ตัวเราเอง เข้าไปจริงๆ ออกมาก็ไม่ดีขึ้นเท่าไรกลายเป็นยาเสพติดแล้ว
พอทุกข์ที่ไรเข้าวัดทุกที ความเป็นตัวของตัวเองหายไป เป็นหน้าที่ของแวดวง
การจัดการศึกษาที่จะต้องช่วยกัน สำคัญขอฝากไว้ด้วย แล้วที่นี้ทำหายถ้าจะทำ

อาจารย์

สมมติว่าถ้าเราจัดฟอร์มเสร็จแล้ว บุคลากรก็คงเป็นคนในพรรค
การเมืองเดิมๆเก่าๆ ในเรื่องของการร่างรัฐธรรมนูญ หรือร่างกฎหมายต่างๆ
ก็มาจากกลุ่มคนชั้นนำ ชั้นสูง มีอาจารย์ผู้ทรงคุณวุฒิ ผู้เชี่ยวชาญร่างขึ้นมา
อ้างอิงจากตรงนั้นตรงนี้ แล้วที่เราบอกว่ารัฐธรรมนูญฉบับประชาชนที่เกิดจาก
ความต้องการของประชาชนจริงๆ เราได้ทำลงไปถึงตรงนั้นหรือยัง ตัวแทน
เขาขึ้นมาทำบ้างหรือยัง แล้วเอาตรงนี้ไปถึงตรงไหนแล้ว เพราะที่ขึ้นมาบางที
อาจจะเป็นการเออออห่อหมกกันเองระหว่างผู้ทรงคุณวุฒิ ผู้ที่มีความรู้ทั้ง
หลายแล้วก็มากระจุกตรงนี้ ใช่หรือไม่ เหมือนกับคนส่วนน้อยมากำหนด
ทิศทางทั้งหมดของประเทศ เราจะทำให้ตรงนี้เขามีส่วนร่วมจริงๆ อย่างไบบ้าง
ที่ไม่ต้องเอาการเมืองเข้ามาข้องเกี่ยวหรือเกิดจากความต้องการของเขาจริง
อย่างเช่นเมื่อสักครู่นี้ผมเรียนถามอาจารย์พี่ว่าเรื่องของราคาข้าวโพดที่เขาบอก
ว่าเมื่อไหร่ที่รัฐบาลเข้ามาแทรกแซงราคา ชาวบ้านจะบอกว่าฉวยโอกาสทุกครั้ง
ทำอะไรถึงจะปล่อยให้เป็นกลไกทางตลาด เขาก็จะดีของเขาเอง แต่ตอนนี้
ถ้าเพื่อเราไปแทรกแซงเขามากเกินไป ผมพูดเฉพาะเรื่องเกษตร แต่ถ้าเรื่อง

กฎหมายถ้าเกิดเราฟังจากเขามาบ้างหรือว่าจะอะไรคือสิ่งที่เขาต้องการบ้าง ผมว่าสิ่งนี้น่าจะเป็นสิ่งที่สำคัญสำหรับที่จะขับเคลื่อนต่อไป

ศ.ระพี สาคริก

เรื่องนี้ท่านอาจารย์อมรก็ได้พูดไว้แล้ว เมื่อพูดถึงเรื่องอะไรก็ตาม แนวทางการศึกษาต้องมองที่คน แล้วเวลานี้คนไทยเรารากฐานอ่อนมากๆเลย ผมเคยพูดระหว่างวิทยาศาสตร์กับศิลปะ ผมพูดฝากไว้แล้วว่าวิทยาศาสตร์เราไม่รังเกียจหรอก แต่ถ้าทำอย่างไรสายวิทยาศาสตร์เขามีศิลปะเป็นพื้นฐาน ถ้าอย่างนี้ก็จะดีขึ้น จำได้หรือไม่อดีตนายกทักษิณเคยพูดกับหมอประเวศ ว่าอย่างไร บอกว่าพวกนี้รู้น้อยแล้วผมก็ไม่รู้หรอก กรุงเทพมหานครโทรมาหาผม ผมบอกต้องขอบคุณคนรู้น้อย คนแต่ก่อนสอนไว้ไม่ให้รู้มาก หนังสือพิมพ์ก็เอาตรงนี้ไปพิมพ์ไว้เยอะเลย คนรู้มากก็คือคนเห็นแก่ตัว โบราณพูดเอาไว้จริงหมดทุกเรื่อง

อาจารย์

จริงๆแล้วประเทศไทยเราก็มีกฎหมายรัฐธรรมนูญมาหลายฉบับ ซึ่งหลายๆ ฉบับก็มีคนมาว่าเป็นฉบับที่ดีมาก คือผมก็ไม่แน่ใจว่าคงจะมีบางฉบับที่ไม่ได้บังคับ ส.ส.ให้สังกัดพรรคการเมือง แต่ว่าปัญหาการเมืองไทยก็คงยังมีอยู่ ส่วนตัวแล้วผมมองว่าถึงเราจะได้กฎหมายรัฐธรรมนูญที่ดีที่สุด โดยกระบวนการที่ดีอย่างเช่นที่อาจารย์ได้บรรยายให้ฟัง ก็ในที่สุดก็ไม่สามารถแก้การเมืองได้อยู่ดีเพราะว่าตราบไคที่ประเทศไทยยังเต็มไปด้วยนักการเมืองเลวๆอยู่ทุกวันนี้ก็ไม่มีทาง ผมกลับมองว่าการที่จะแก้ปัญหาดังๆ ได้ต้องทำให้ประเทศไทยเป็นนิติรัฐจริงๆ คือกฎหมายโดยเฉพาะกฎหมายเรื่องคอร์รัปชันเรื่องคนที่ทำผิด แต่คนทำผิดแล้วยังไม่ได้รับการลงโทษ ยังลอยนวลอยู่มันก็เข้าไปแทรกแซงในทุกๆ องค์กร เพราะว่าถ้าคนที่บังคับใช้กฎหมายบังคับใช้อย่างจริงจัง แล้วถ้ากฎหมายไหนที่ถ้าหลังก็ต้องมีการทำขึ้นมาใหม่แล้วบังคับอย่างจริงจังผมมองว่าน่าจะเป็นทางออกที่ดี

อ.ประสิทธิ์ บุญไทย รองเลขาธิการ ปอสมท. และรองประธานสภา ม.รามคำแหง

ผมนั่งฟังแล้วผมก็มีคำถาม รวมทั้งคำถามที่ท่านอาจารย์ประมวลถาม ผมยอมรับตามตรงผมตอบไม่ได้ เพราะผมก็জনด้วยเกล้าจริงๆ ว่า ทางออกของประเทศไทยควรจะเป็นอย่างไร ปัญหาของพรรคการเมืองในประเทศไทย มีอยู่สามสี่พรรค ผมมองว่าเป็นพรรคเดียวคือพรรคนายทุนทั้งหมดเลย ถ้าเราพูดถึงพรรคการเมืองพรรคไหนก็จะมีนายทุนอยู่ข้างหลังหมดเลย แล้วอย่างนี้ การเมืองของประเทศไทยจะแก้อย่างไร อาจารย์ให้โจทย์แล้วคำตอบมาอยู่ในตัวหลายเรื่อง แต่ว่าผมตอบคำถามที่อาจารย์ถามไม่ได้เลย อีกส่วนหนึ่งที่ผมอยากจะพูดไปถึงคือก่อนหน้านี้นี้เราเคยพูดถึงการเมืองภาคประชาชน ตรงนี้ผมเรียนถามอาจารย์ว่าเราจะให้ประชาชนเหล่านั้นมากำหนดในภาคของการเมืองอย่างไร การมีส่วนร่วมของประชาชนทางการเมืองเราจะทำอย่างไร เพราะว่าจะนำไปสู่การมีการเมืองใหม่เกิดขึ้น

ศ.ดร. อมร จันทรสมบูรณ์

อย่างที่ผมได้เรียนไว้แล้วว่า การที่นายทุนเข้ามาร่วมทุนกันแล้วตั้งพรรคการเมือง ก็เพราะมี “มูลเหตุชักจูงใจ” ให้เขาลงทุน; รัฐธรรมนูญของเรา วางกลไกและระบบสถาบันการเมืองไว้ให้นายทุนมาแสวงหากำไรได้ คือ ลงทุนในการเลือกตั้งไปก่อน พอได้ สส.มีจำนวนมากพอ ก็มาแบ่งโควตาตำแหน่งให้ตนเองเป็นนายกรัฐมนตรีหรือเป็นรัฐมนตรีตามจำนวน ส.ส.ที่อยู่ในสังกัด แล้วแสวงหาประโยชน์ : ปัญหาการเมืองของเรา จึงเกิดขึ้น : ดังนั้น ถ้าหากว่าเราปรับแก้ระบบสถาบันการเมือง ที่ทำให้เขาไม่ได้ประโยชน์จากการลงทุน หรือให้มีความเสี่ยงสูงขึ้น คือ ลงทุนไปแล้วอาจไม่ได้เป็นนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรี และเมื่อได้เป็นแล้ว ไม่มีโอกาสคอร์รัปชันหรือมีโอกาสน้อยลง เขาก็ไม่ลงทุน

การออกแบบรัฐธรรมนูญ จึงจะเน้นที่ “การคัดประโยชน์” ของนายทุน ที่นายทุนคาดว่าจะได้มาจากการลงทุนในการเลือกตั้ง แต่ไม่ใช่เน้นที่การจับ

การทุจริตในการเลือกตั้ง : ถ้าเราถามว่า ทำไมนักการเมืองจึงยอมเสียเงินเสียทองตนเองมาลงทุน “ซื้อเสียง” ทั้งๆ ที่เงินเดือน ส.ส. หรือเงินเดือนรัฐมนตรีก็ไม่มาก คำตอบก็คือ เป็นเรื่องของการคุ้มกับการลงทุน เพราะถ้าเขาได้เป็น “รัฐบาล” แล้ว ก็คอร์รัปชั่นได้ มีกำไรหลายเท่า ไม่มีขอบเขตจำกัด : นี่ คือ “วิธีคิด” ครบ ; ดังนั้นถ้าหากเราสามารถสร้างระบบสถาบันการเมืองที่คอร์รัปชั่นได้ยาก นักการเมืองที่ลงทุนซื้อเสียง ก็จะน้อย ลงเอง เพราะว่าไม่คุ้มการลงทุน

ขณะนี้ เราจะได้ยินนักการเมืองและนักวิชาการพูดกันบ่อยๆ ว่า “ให้ประชาชนมีส่วนร่วม” หรือ “การเมืองภาคประชาชน” ผมถือว่าอันนี้เป็นการหลงหรือไม่มีความรู้ เพราะคำว่า “ประชาชน” ในที่นี้ จะต้องพิจารณาให้ได้ว่าหมายถึงประชาชนกลุ่มไหน กลุ่มผลประโยชน์ใด มีส่วนได้เสียอย่างไร และควรจะให้สิทธิและหน้าที่เพียงใด

เมื่อสักครู่นี้ ผมได้กล่าวถึงหลักการในการออกแบบจัดตั้งและกำหนดวิธีการในการยกร่างรัฐธรรมนูญของ “องค์กรยกร่างรัฐธรรมนูญ” มาแล้วว่า จะต้องมีการรับฟังความคิดเห็นอย่างกว้างขวางและมีระบบ ซึ่งผมมิได้หมายความว่า ในกระบวนการร่างรัฐธรรมนูญ ประชาชนจะมีสิทธิเหมือนๆ กันทุกคน และ สิทธิของทุกๆ คน นั้นจะเหมือนๆ กันในทุกขั้นตอนของการยกร่างรัฐธรรมนูญ แต่ผมหมายความว่า จะต้องมีการจัดกลุ่ม ประชาชนว่าเป็นคน (ประชาชน) กลุ่มใด ประเภทใด มีผลประโยชน์ส่วนตัวอย่างไร และควรจะมีบทบาทในขั้นตอนใดของการยกร่างรัฐธรรมนูญ อย่างไร : แม้แต่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา ก็จัดเป็นกลุ่มผลประโยชน์ที่มีส่วนได้เสีย ที่จะต้องมีการกำหนดบทบาทการมีส่วนร่วม เพราะสมาชิกสภาย่อมจะเสียประโยชน์หรือได้ประโยชน์ จากวิธีการเลือกตั้งหรือการสรรหาที่จะกำหนดขึ้นใหม่ในร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ที่จะร่างขึ้น

อันที่จริงแล้ว คำว่า “การมีส่วนร่วมของประชาชน” หรือ “การเมืองภาคประชาชน” ควรจะเป็นคำที่นักการเมืองใช้ มากกว่าจะเป็นคำที่

“นักวิชาการ” พูด เพราะเป็น “คำที่ไม่มีความหมายในทางวิชาการ : ในทางวิชาการ นักวิชาการจะต้องกำหนดกลุ่มประชาชนให้ได้ว่า ประชาชนนั้นหมายถึงกลุ่มผลประโยชน์กลุ่มใด มีส่วนได้เสียหรือไม่ อย่างไร ฯลฯ ทั้งนี้เพื่อจะได้กำหนดบทบาทในการมีส่วนร่วม และกำหนดสิทธิและหน้าที่ได้อย่างถูกต้องตามความสมควร ด้วยเหตุด้วยผล ทั้งนี้ โดยมีจุดหมายปลายทางคือ เพื่อรักษาประโยชน์ส่วนรวม - public interest อันเป็นเจตนารมณ์ของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

รศ.อดิศักดิ์ พงษ์พันธุ์ผลศักดิ์ ประธานสภาฯ มจร.

จะบอกว่าประชาธิปไตยเราไม่ได้พัฒนาการคงไม่ใช่ เพราะว่าผมว่าการเปลี่ยนแปลงแต่ละครั้งการฉีกรัฐธรรมนูญแต่ละครั้ง ก็คือการเปลี่ยนแปลงแก้ไขข้อบกพร่องของรัฐธรรมนูญทุกครั้งไป เพียงแต่ว่าเรายังแก้ไขไปถึงจุดหมายที่เราต้องการไม่ได้ ครั้งหนึ่งก็บอกว่าประชาชนไม่มีสิทธิไม่มีเสียง ไม่มีสิทธิก็พยายามจะให้สิทธิให้เสียง พอให้สิทธิให้เสียงเสร็จพวกนักการเมืองก็ไปอ้างว่าฉันเป็นประชาชนคนหนึ่ง พอถึงคราวที่ฉันจะเป็นนักการเมืองฉันก็บอกว่าตอนร่างรัฐธรรมนูญก็บอกว่าฉันเป็นนักการเมืองฉันต้องมีส่วนร่วมในการร่าง พอพัฒนามาอีกยุคหนึ่งยุคของข้อมูลข่าวสารที่ดีขึ้นก็พยายามที่จะร่างกฎหมายรัฐธรรมนูญแก้ไขข้อบกพร่องต่าง ๆ เกี่ยวกับยุบสภาบ่อยครั้งก็เกิดเป็นรัฐธรรมนูญปี 40 ปี 50 ปรากฏว่าทุกอย่างเป็นพัฒนาการของมัน

จนกระทั่งมาวันนี้ ผมได้ฟังในสิ่งที่เรียกว่ารัฐธรรมนูญที่เป็นฉบับที่มองในด้านของความดี เอาคนดี ไปสร้างระบบที่ดี แต่ว่าเราไม่ได้ฟังคำพูดนี้มาเยอะแล้วเรามีแต่บอกว่าคนไหนจะต้องมีสิทธิ คนนี้จะต้องมีเสียง ทางด้านคนที่จะไปร่างพอเลือกขึ้นมาก็เลือกมาจากกลุ่มไหน ๆ ก็กลายเป็นกลุ่มผลประโยชน์ทั้งสิ้น มันไม่ใช่กลุ่มอิสระ ตามที่ท่านอาจารย์บอกว่าความเป็นอิสระผมบอกว่าเป็นสิ่งที่ควรจะมีแล้วควรจะขยายออกไปให้มาก แล้วระบบที่เอาคนดีไปสร้างรัฐธรรมนูญก็เป็นระบบที่เราควรจะขยายออกไป เราไม่มี

อำนาจเราเป็นประชาชนแต่เรามีสิทธิที่จะพูด แล้วเสียงเราคิดว่า ปอมท. เราก็เสียงดังพอสมควรในการที่จะชี้นำสังคมในเรื่องพวกนี้ออกไป

แล้วผมคิดว่าประเด็นพวกนี้เราน่าเก็บเกี่ยวและในกลุ่มของประชากรชาว ปอมท.ทั้งหลายควรจะสร้างระบอบประชาธิปไตยโดยเริ่มพื้นฐานจากการศึกษา เพราะว่ากระทั่งเด็กก็ยังไม่รู้ประชาธิปไตยที่แท้จริง ผมว่าผิดพลาดมาตั้งแต่ตอนปี 2520 ที่รัฐบาลที่ทำแกงไก่ใส่เหล้าไปสนับสนุนให้คนไปฟังดนตรีจนหมด ที่ท่านอาจารย์ฟิวกว่าเราขาดพื้นฐานทางสังคมค่อนข้างเยอะ เพราะไปสนับสนุนให้ไปนั่งฟังดนตรีจนกระทั่งทุกวันนี้ยังไม่เลิกดนตรี วิทยุร่นทั้งหลายก็ไปเดิน ทั้งหมดเป็นเรื่องของสภาพสังคมซึ่งไม่มีพื้นฐานทางความรู้ในด้านมากพอสมควร เพราะฉะนั้นเราปรับปรุงประชาธิปไตยไปอีกเท่าไรก็ตามก็จะเป็นอย่างนี้ ก็จะล้มลุกคลุกคลานไปเรื่อย ๆ เราต้องฉีกอีกไม่ต่ำกว่า 4-5 ฉบับแน่ จนกว่าจะได้รัฐธรรมนูญที่ถาวร

ประเด็นของพวกเราผมคิดว่าควรจะขายด้านความรู้ที่เกี่ยวกับทางด้านอาจารย์ที่มาถ่ายทอด แล้วขายในเรื่องของความเป็นจริงการสร้างระบบที่ดีขึ้นมา เมื่อสักครู່ท่านอาจารย์ถามระบบที่ดีหรือคนดี ผมยังบอกว่าผมเลือกระบบท่านอาจารย์เฉลยบอกว่าผิด ผิดก็ผิดเพราะว่าผมมองระบบ ระบบเป็นตัวสร้างอะไรต่างๆขึ้นมาเพื่อที่จะให้คนปฏิบัติ ถ้าคนไม่ดีเข้ามาในความคิดเห็นผมบอกว่าถ้าคนไม่ดีเข้ามาต้องทำตามระบบ ถ้าทำไม่ได้ก็ต้องออกไปตามวงจร อาจจะต้องติดคุก อาจจะต้องอะไรต่ออะไร แต่พอท่านอาจารย์เฉลยว่าคนดีต้องทำระบบที่ดีก็ยิ่งดีไปใหญ่ แต่ผมมองระบบก่อนเพราะว่าเรายังมองสังคมปัจจุบันเป็นสังคมพื้นฐานที่ยังไม่แน่นในด้านความรู้พอสมควร เพราะฉะนั้นถ้าเรามีกลไกทางด้านระบบ กลไกตรวจสอบที่ดี ทำอย่างไรถึงไม่ให้คนมาซื้อคนตรวจสอบอีกทีหนึ่ง ปัญหาคือตอนนี้ไปซื้อคนตรวจสอบได้ แล้วมาซื้อกระทั่งอำนาจอีกอำนาจหนึ่ง หรือที่เขาเรียกว่าอำนาจดุลการถ้าซื้อตรงนั้นแล้วก็คือประเทศไทยกำลังวิกฤต แต่แล้ววิกฤตอันนี้ก็คือโอกาส ต่อไปนี้ก็คือโอกาสการที่ไปเกิดเหตุการณ์เสื้อแดงกับรัฐบาล ต่อไปก็เป็นเรื่องโอกาส เพราะฉะนั้นผมคงเสนอความเห็นอย่างเดียวไม่มีคำถาม

อาจารย์

ผมขออีกนิดเดียว องค์การแก้รัฐธรรมนูญที่มีผู้เชี่ยวชาญ มีนักการเมือง อาวุโสที่วางมือแล้ว มีระบบที่แน่นอน 4 ประการ มีความเป็นระบบ มีเอกสารอธิบายเหตุผลอย่างครบถ้วน มีการขายตรงต่อประชาชนโดยไม่ผ่านสภาผู้แทนราษฎร ขายตรงเป็นศิษย์ของความสำเร็จ และก็มี Super Organ ตัวขายตรง จะไปซ้ารอยเดิมอีกหรือไม่ พอขายตรงปั๊บ พวกที่มากลากไป จะไปอีกมั๊ย

ศ.ดร. อมร จันทรสมบูรณ์

ในการออกแบบรัฐธรรมนูญ เพื่อจัดตั้ง “องค์กรยกร่างรัฐธรรมนูญ” และกำหนดกระบวนการ—process ในการยกร่างรัฐธรรมนูญ ซึ่งเมื่อเสร็จแล้ว ก็นำมา “ขายตรง” ให้ประชาชนออกเสียงประชามติ นั้น ผู้ออกแบบจะต้องคำนึงว่า “การมีส่วนร่วมของประชาชน” ซึ่งหมายถึง การจัดให้กลุ่มผลประโยชน์ (ประชาชน) มีบทบาท (ส่วนร่วม) ใน “ขั้นตอน” ต่างๆ ในการยกร่างรัฐธรรมนูญ โดยจะต้องคำนึงถึงสภาพความจริง เช่น อาชีพ ความรู้ การมีส่วนได้เสีย การขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนตัวกับประโยชน์สาธารณะ ฯลฯ และในขั้นสุดท้าย ก็จะทำให้ “ประชาชนทั้งประเทศ” ลงมติออกเสียง ทั้งนี้ โดยก่อนที่จะมีการออกเสียงเป็นประชามติ จะต้องมีการให้ “ความรู้” และทำ “ความเข้าใจ” กับประชาชนทั้งประเทศเกี่ยวกับกลไกต่างๆ ในร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ให้มากที่สุด ด้วย “เอกสารประกอบรัฐธรรมนูญ” และการประชาสัมพันธ์ ; กล่าวโดยรวม ก็คือ เมื่อครบถ้วนกระบวนการแล้ว เราก็ขายตรงแก่ “ประชาชนทั้งประเทศ” เพื่อให้ประชาชน (ทั้งประเทศ) จริงๆ ตัดสินใจด้วยเสียงข้างมาก ; ไม่ใช่ให้ “นักการเมือง” ที่มาจากการเลือกตั้ง มาอ้างว่าเป็น “ผู้แทนของประชาชน” และตัดสินใจเพื่อประโยชน์ของนักการเมืองเอง

ดังนั้น เมื่อ “ประชาชนทั้งประเทศ” ตัดสินใจอย่างไรแล้ว ก็ยอมเป็นไปตามนั้น เราไม่ควรต้องเป็นห่วง เพราะประเทศเป็นของ “ประชาชน

ทั้งประเทศ” และจะต้องรับผิดชอบในการตัดสินใจของเขาเอง : เราในฐานะที่เป็นนักวิชาการก็เพียงแต่หา “วิธีการ” ที่ทำให้ประชาชนผู้มีสิทธิออกเสียงมีความรู้และมีความเข้าใจใน “สิ่งที่เขาจะต้องใช้สิทธิออกเสียง” ให้มากที่สุด และป้องกันมิให้มีการทุจริตหรือมิให้น้อยที่สุดในการออกเสียงลงคะแนนเท่านั้น

ผศ. ปฐม ปฐมธนพงศ์ ประธาน ปอมท.

ถ้าเราเทียบจากวิกฤตสมัยก่อน ส.ส.ขายเสียงจนทำให้ยุบพรรคการเมือง นั่นคือแต่ละช่วงเวลาทำให้มีการแก้ปัญหาขึ้นมาเรื่อยๆ ในตรงนั้นจนก่อนปี 40 มีแต่รัฐบาลผสมมาตลอด เลยไม่มีความเข้มแข็งของพรรคการเมืองที่เกิดขึ้น เลยทำให้มีคนๆ หนึ่งมาใช้ระบบแฟรนไชส์ ชื่อ ส.ส. เขาพรรคของตนเองแล้วก็เข้ามาตรงนั้น พอตรงนี้เสร็จในช่วงนั้นคือที่ผมบอกเงินหนึ่งบาทซื้อประเทศไทยได้ เพราะงบประมาณของเราประมาณ 6 คือแต่ก่อนประมาณ 4 ปี 1 ล้าน อย่างที่อาจารย์ว่าในช่วงปี 50 ที่อาจารย์บอกว่าก็มีการทำประชาพิจารณ์ มีการลงประชามติ

ในรัฐธรรมนูญปี 50 นั้น ขั้นตอนประชาพิจารณ์ได้ทำหมด แต่ผิดตั้งแต่เริ่มต้น ตรงที่เขามีธงอะไรบางอย่าง ถ้าเราวิเคราะห์ ปี 50 เขาเอาคนยี่สิบล้านคนออกไปจากระบบในการร่างรัฐธรรมนูญ คือคนที่อยู่ในสังกัดพรรคการเมือง คนยี่สิบล้านคนตรงนี้สังกัดพรรคการเมือง แต่เป็นคนที่มีความตื่นตัวในด้านการเมือง (Activities) เกินสองในสามของประชากรทั้งหมด ผมไม่แน่ใจว่าบางเรื่องผมถือว่าเป็นผู้เชี่ยวชาญแต่ถูกดึงออกไปและเอาคนมาร่าง แล้วเขามีธงอะไรไม่รู้ ตอนที่มีการทำประชาพิจารณ์ที่เชียงใหม่ ผมได้ถูกเสนอชื่อว่าเข้าไปร่วมและมาเป็นหัวหน้ากลุ่มในการทำประชาพิจารณ์ตรงนั้น และในกลุ่มทั้งหมดและฟังเสียงจากหลายคนที่มาจากหลายที่ทั้งสี่ภาคก็มีแนวโน้มเป็นทางเดียวกันหมด แต่ปรากฏว่าออกมารัฐธรรมนูญอีกเรื่องหนึ่งเลยนี่คือต้นเหตุของรัฐธรรมนูญปี 50 เพราะว่ามีธงอยู่

สิ่งที่อาจารย์นำเสนอมาให้พวกเรา ผมคิดว่าสุดยอดในตรงนี้ เริ่มต้นตั้งแต่การที่ว่ามีความอิสระของ ส.ส. ซึ่งเป็นไปได้ยากแต่ในช่วงปัจจุบัน

นำไปใช้ได้ สมัยก่อนขายกันจริง ๆ จนเขาบอกว่าเป็นอาชีพหนึ่ง แต่ตอนนี้ในลักษณะการสื่อสารที่กว้างขวางและพวกเรามีความเข้มแข็งของในด้านของประชาชนมากขึ้น ในความคิดเห็นของอาจารย์ที่ได้มาบอกพวกเราตรงนี้ก็ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งที่ว่าเป็นโมเดลหนึ่งของอาจารย์มาตรงนี้ที่เราจะนำเสนออะไรก็แล้วแต่ แต่ผมคิดว่าส่วนหนึ่งรัฐบาล มีคนกลางมาในร่างตรงนี้ คนที่มาบอกว่าคนสามคนบอกคนกลาง ห้าคนบอกไม่ใช่กลาง เพราะฉะนั้นถ้าหากคนกลางไม่ได้ เพราะฉะนั้นอย่างที่อาจารย์ว่าคือเราต้องหาคนทั้งสองฝ่ายมาคุยกัน ในสัดส่วนที่ยอมรับคนทั้งสองฝ่ายมากกว่า ในขณะที่การขับเคลื่อนไม่ผ่าน เพราะเริ่มต้นจากว่าเป็นพวกไม่ใช่กลาง นี่คือสิ่งที่เกิดขึ้น อยากจะเรียนถามอาจารย์ว่าในขณะที่สังคมไม่ยอมรับความเป็นกลางเราจะทำอย่างไร ในการแก้ไขตรงนี้ผมคิดว่าเป็นสิ่งที่เราจะลงเป็นลักษณะเป็นระบบก่อน หรือในอำนาจของเราซึ่งการขาดความรู้ของประชากรเราใช้ลักษณะการใส่รายละเอียดบางจุดที่เราอยากจะได้เป็นตัวกระตุ้นเข้าไป

ศ.ดร. อมร จันทรสมนบุรณ์

คนกลางย่อมถูก “ค่าน” ได้เสมอว่าไม่เป็นกลาง ถ้าหากว่าความเห็นของคนกลางไปขัดกับประโยชน์ของคนอื่น เพราะฉะนั้น กระบวนการ — process ในการยกย่องรัฐธรรมนูญของ “องค์กรยกย่องรัฐธรรมนูญ” จึงมีความสำคัญอย่างยิ่ง ในการบริหารจัดการขัดแย้งเหล่านี้ คือ จะต้องเปิดวิธีการรับฟังความคิดเห็นให้กว้าง และในการรับหรือไม่รับความคิดเห็นเหล่านี้ไว้พิจารณาเพียงใด องค์กรยกย่องรัฐธรรมนูญจะต้องอธิบายให้ชัดเจนในทุกประเด็น : ส่วนการตัดสินใจขั้นสุดท้าย ก็จะใช้การตัดสินใจของคนทั้งประเทศ นี่คือ กฎเกณฑ์สำคัญของความสำเร็จ แต่ถ้าจะมาบอกว่าคนนั้นคนนี้เป็นกลางหรือไม่เป็นกลาง คงเถียงกันไม่มีที่สิ้นสุด เพราะเมื่อผู้ใดไม่ได้ประโยชน์ ผู้นั้นก็อ้างว่าคนตัดสินใจไม่เป็นกลาง และไม่มีทางที่จะมีความเห็นตรงกันได้ เพราะฉะนั้นในการยกย่องรัฐธรรมนูญ จึงต้องใช้ “การให้เหตุผล” และ “ความโปร่งใส” เป็นเครื่องมือ

กลุ่มผลประโยชน์ที่มีส่วนได้เสียกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญ เช่น นักการเมืองที่มาจากการเลือกตั้ง ฯลฯ ประสงค์จะแก้รัฐธรรมนูญในประเด็นใด ก็ขอให้บอกมา แต่โดยที่ท่าน (นักการเมืองที่มาจากการเลือกตั้ง) มีประโยชน์ได้เสียในการแก้รัฐธรรมนูญ ดังนั้น ท่าน (นักการเมืองที่มาจากการเลือกตั้ง) จึงไม่ควรจะตัดสินใจและไม่ควรเขียนรัฐธรรมนูญเอง และควรให้ “คนอื่น” ตัดสิน ; ปัญหาที่ว่า “คนอื่น” นั้น คือ ใคร ; คนอื่นนั้น คือ “องค์กรยกย่องรัฐธรรมนูญ” กับ “ประชาชนทั่วประเทศ” กล่าวคือ องค์กรยกย่องรัฐธรรมนูญ ก็จะมาพิจารณาในทางวิชาการว่า ความประสงค์ของนักการเมือง (ที่มาจากการเลือกตั้ง) ที่ขอแก้ไขนั้น เป็นไปเพื่อประสิทธิภาพของการบริหารประเทศ เพื่อประโยชน์ส่วนรวมหรือไม่ หรือมีประโยชน์ส่วนตัวซ่อนอยู่ และจะรับข้อคิดเห็นของนักการเมือง (ที่มาจากการเลือกตั้ง) ไว้ในการเขียนรัฐธรรมนูญหรือไม่เพียงใด โดยในการจะรับหรือไม่รับ ฯลฯ ไว้ใน “องค์กรยกย่องรัฐธรรมนูญ” จะต้องอธิบายเหตุผล (ในการรับหรือไม่รับฯ) ไว้ใน “เอกสารประกอบร่างรัฐธรรมนูญ” ให้ชัดเจนว่า มีข้อดีข้อเสียอย่างไร เพื่อให้บุคคลภายนอกได้รับทราบ และแน่นอน ผู้ที่ตัดสินชี้ขาดขั้นสุดท้าย คือ “ประชาชนทั่วประเทศ” ในการออกเสียงประชามติ

อาจารย์

คนทั้งประเทศเวลามาซื้อสุรปลูดท้ายเขาซื้อได้ตั้งสิบเจ็ดล้านคน

ศ.ดร. อมร จันทรสมบุรณ์

ถ้าคนทั้งประเทศส่วนใหญ่ถูกซื้อได้ เราก็ต้องยอม เพราะเป็นสภาพสังคมของเราตามความเป็นจริง แต่เราไม่มีวิธีอื่นที่จะตัดสินได้ดีกว่านี้ ; ถ้าคนทั้งประเทศส่วนใหญ่ซื้อได้ เขาตัดสินอนาคตของเขาเอง เพราะเราเองไม่สามารถอ้างได้ว่า ตัวเราเองแทน “ประชาชนทั่วประเทศ” ได้ ; ถ้าสงสัยร่างรัฐธรรมนูญว่า ข้อไหนดีหรือไม่ดีอย่างไร เราในฐานะนักวิชาการก็จะอธิบายให้ ด้วยความเป็นกลางและครบถ้วน ไม่มี “ผลประโยชน์ส่วนตัว”

ที่จะต้องปกปิด และจะจบบทบาทเพียงเท่านี้ ; “ประชาชนทั้งประเทศ” เขาตัดสินอนาคตของเขาเองครับ

ผศ. ปฐม ปฐมธนพงศ์ ประธาน ปอมท.

ในปี 50 ทำค่อนข้างจะเกือบครบ แต่มีธงอะไรบางอย่างที่เกิดขึ้น ทำให้พลิกหมด สิ่งที่ว่าแผนทั้งหมดจริงๆ แล้วอยู่ภายใต้การว่าราชการหลังบ้านอยู่อันหนึ่ง

ศ.ดร. อมร จันทรสุมบุรณ์

ผมคงจะไม่พูดว่า การแก้ไขรัฐธรรมนูญ ปี พ.ศ. 2550 ครบหรือไม่ครบ เพราะเป็นเรื่องยาว ; แต่ผมขอเรียนเพียงว่า คำอธิบายหรือเอกสารประกอบร่างรัฐธรรมนูญ ของสภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 นั้น ไม่ได้มาตรฐานของประเทศที่พัฒนาแล้ว เพราะมีเพียง 15 หน้า และไม่ได้ “ประเด็น” : ตามที่ผมได้เรียนแล้วว่า ประเทศไทยขาด “ความรู้” การที่จะให้ประชาชนทั้งประเทศออกเสียงให้ความเห็นชอบในร่างรัฐธรรมนูญนั้น จะต้องมียุทธศาสตร์ชี้แจงสาระสำคัญให้ครบถ้วน ไม่ใช่เรื่องไป “ขอรับรอง” กันว่าให้รับไปก่อน แล้วไปแก้กันภายหลัง ; ด้วยเหตุนี้ ในการแก้ไขรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 เพื่อการปฏิรูปการเมืองครั้งใหม่ถ้าหากจะมี จึงจะต้องกำหนด “มาตรฐาน” ของการจัดทำเอกสารประกอบร่างรัฐธรรมนูญไว้ให้ชัดเจน

ผศ. ปฐม ปฐมธนพงศ์ ประธาน ปอมท.

บังเอิญได้หนังสือฉบับที่การอธิบายทุกมาตรา จาก สสร.ท่านหนึ่ง ซึ่งท่านให้ผมอยู่ชุดหนึ่ง ผมคิดว่าในจุดๆนั้นประชาชนซึ่งจะต้องมานั่งอ่านตรงนั้นทั้งหมดค่อนข้างยาก เพียงแต่จะต้องมีองค์กรที่สามารถอธิบายที่เป็นกลางได้จริงให้ทุกคนรู้ก่อน

ศ.ดร. อมร จันทรสมบูรณ์

เอกสารของสภาร่างรัฐธรรมนูญและของคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ ในปี พ.ศ. 2550 เป็นการอธิบายที่ละมาตรา และอธิบายตามมาตราเท่าที่จะได้แก้ไขมา ซึ่งเป็นการอธิบายที่ผิดหลักวิชาการ; อย่างว่าแต่ประชาชนจะอ่านไม่เข้าใจเลยครับ นักวิชาการเองก็อ่านไม่เข้าใจ; ผมขอเรียนว่า “ปัญหา” (ในทางการเมือง) มีหลาย ประเด็น ในแต่ละ “ประเด็น” อาจมีการแก้ไขได้หลายมาตรการ ในแต่ละ “มาตรการ” เหล่านี้อาจเขียนไว้ใน “บทมาตรา” หลายมาตรา ที่ไม่จำเป็นจะต้องเรียงกันอยู่แต่จะมีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกัน ; ดังนั้น การอธิบายเป็น “รายมาตรา” จึงอ่านไม่รู้เรื่อง และมองไม่เห็นจุดหมายโดยรวม ; เอกสารประกอบร่างรัฐธรรมนูญตามมาตรฐานสากล จะต้องอธิบายโดยแยก “ปัญหา” และในแต่ละปัญหาจะต้องแยกประเด็นให้ถูกต้อง และจะต้องอธิบายให้เห็นได้ว่า ปัญหาเหล่านั้นสามารถแก้ไขได้ด้วยมาตรการใด ในประเด็นใด และอยู่ในบทมาตราใด ; ผมก็หวังอยู่ว่า “องค์กรยกร่างรัฐธรรมนูญ” ของเราหากจะมีขึ้น คงทำหน้าที่นี้ได้

ผศ. ปฐม ปฐมธนพงศ์ ประธาน ปอมท.

พวกเราคงจะได้รับอะไรเยอะมาก แต่สิ่งที่เราได้รับมากมายนามหาศาล เทียบเวลาถ้าไปอ่านหนังสือต้องใช้เวลามากกว่าสิบเท่า และแนวคิดต่างๆ ที่ได้รับจะเปิดโลกทัศน์ ของพวกเราได้เห็นถึงความเป็นจริง ผมคิดว่าเป็นแนวทางที่เป็นกลาง แล้วมองประเทศชาติเป็นหลัก เราไม่ได้มองที่กลุ่มผลประโยชน์ เราจะถูกมองทุกครั้งว่าใครพูดอย่างไร แต่วันนี้เห็นชัดเจนเลย ว่าไม่ได้มองถึงกลุ่มผลประโยชน์เลยเอาประเทศชาติเป็นหลัก ทางในนามของ ปอมท. ขอกราบขอพระคุณท่านอาจารย์



กฎหมายควบคุมการชุมนุมสาธารณะ : พัฒนาการอีกขั้นหนึ่งของการชุมนุม ในประเทศไทย*

ไกรพล อริย์รัตน์**

กฎหมายควบคุมการชุมนุมสาธารณะ : พัฒนาการอีกขั้นหนึ่งของการชุมนุมในประเทศไทย

ท่ามกลางอุณหภูมิทางการเมืองภายในประเทศที่ร้อนแรงในช่วงระยะเวลา 4 — 5 ปีมานี้ ผู้เขียนเชื่อว่า สาเหตุหนึ่งของกระแสการเมืองที่รุนแรงเช่นนี้เป็นผลโดยตรงมาจากความตื่นตัวทางการเมืองของประชาชนภายในประเทศ ความกระตือรือร้นและสนใจข่าวสารบ้านเมืองที่มีมากขึ้น ส่งผลให้เกิดการแสดงความคิดเห็นทางการเมืองระหว่างประชาชนด้วยกันอย่างกว้างขวาง โดยประชาชนที่มีความคิดเห็นหรืออุดมการณ์ทางการเมืองสอดคล้องกันบางกลุ่มก็จะรวมกลุ่มกันดำเนินกิจกรรมทางการเมืองอย่างใดอย่างหนึ่ง เพื่อแสดงให้เห็นถึงพลังถึงแนวทาง ความคิด และอุดมการณ์ทางการเมืองของกลุ่มตน ซึ่งการดำเนินกิจกรรมทางการเมืองลักษณะนี้เรียกว่า การชุมนุม อันถือเป็นเสรีภาพที่ประชาชนสามารถทำได้ตามหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตย

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net วันที่ 9 ตุลาคม พ.ศ. 2552

** นิสิตชั้นปีที่ 3 คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

อย่างไรก็ตาม ลักษณะของการชุมนุมทางการเมืองที่ผ่านมา นั้น หากใช้การชุมนุมที่กระทำภายในความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญไม่ เพราะกลุ่มผู้ชุมนุมนั้นถูกปลุกปั่นด้วยวิธีการต่างๆ นานา จนมีความรู้สึกที่รุนแรง เป็นสาเหตุของการกระทำอันละเมิดกฎหมายอยู่หลายครั้งหลายครา แต่สิ่งที่น่ากังวลยิ่งกว่าก็คือ กฎหมายที่มีอยู่เฉพาะหน้าไม่สามารถควบคุมการรวมกลุ่มของประชาชนจำนวนมากได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งอาจเป็นเพราะสาเหตุที่มีความสำคัญ 2 ประการ

ประการแรก ไม่มีกฎหมายกำหนดถึงขั้นตอนและวิธีการใช้เสรีภาพในการชุมนุมในที่สาธารณะเอาไว้อย่างชัดเจนว่า ผู้ชุมนุมต้องปฏิบัติอย่างไรก่อนการชุมนุม หรือ ข้อห้ามในการชุมนุมในที่สาธารณะมีอะไรบ้าง เป็นผลให้ฝ่ายปกครองควบคุมการชุมนุมได้ยาก

ประการที่สอง ไม่มีกฎหมายกำหนดถึงมาตรการหรือขอบเขตอำนาจอย่างเหมาะสม ที่ฝ่ายปกครองสามารถใช้ในการควบคุมการชุมนุมได้ เมื่อมีความวุ่นวายเกิดขึ้น จึงจำเป็นต้องประกาศพระราชกำหนดบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งได้ให้อำนาจฝ่ายปกครองอย่างกว้างขวางในการยุติการชุมนุม ทำให้หลายครั้งเกิดความรุนแรงเกินกว่าเหตุ

ด้วยสาเหตุนี้ จึงมีผู้ที่พยายามผลักดันกฎหมายควบคุมการชุมนุมในที่สาธารณะ ให้มีผลบังคับใช้อย่างจริงจัง เพราะจะเป็นกฎหมายที่มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับการใช้เสรีภาพในการชุมนุมของประชาชนโดยตรง มีการกำหนดถึงขอบเขตการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่จะควบคุมการชุมนุมเอาไว้อย่างชัดเจน มิเช่นำกฎหมายทั่วไป ที่มีได้มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับการชุมนุมโดยเฉพาะมาบังคับใช้เหมือนที่ผ่านมา เช่น กฎหมายควบคุมการจราจรทางบก กฎหมายควบคุมการใช้เครื่องขยายเสียง กฎหมายอาญา รวมถึง พระราชกำหนดบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน ซึ่งกฎหมายเหล่านี้แม้จะพอควบคุมการชุมนุมได้เฉพาะหน้า แต่ก็ไม่มีประสิทธิภาพเท่าไรนัก เพราะมิได้กำหนดแนวทางการใช้เสรีภาพในการชุมนุมของประชาชนเอาไว้ และมิได้มี

บทบัญญัติที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองอย่างชัดเจนและเหมาะสมในการควบคุมการชุมนุม

นอกจากนี้ถ้าหากมีการประกาศใช้กฎหมายควบคุมการชุมนุมในที่สาธารณะ ก็จะมีประโยชน์อย่างยิ่งในยามที่บ้านเมืองตกอยู่ในภาวะไม่ปกติ เช่นมีการปฏิวัติหรือรัฐประหาร ผู้ทำการปฏิวัติรัฐประหารก็จะทำการยกเลิกรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายที่รับรองสิทธิ เสรีภาพ ของประชาชนเอาไว้ แล้วนำธรรมนูญการปกครองชั่วคราวที่ไม่มีการรับรองสิทธิ เสรีภาพ ของประชาชนมาบังคับใช้แทน ผลที่ตามมาหลังจากนั้นก็คือ ผู้ทำการปฏิวัติรัฐประหารย่อมสามารถออกคำสั่งหรือกฎเกณฑ์ใด ๆ มาจำกัดเสรีภาพของประชาชนก็ได้ รวมถึงอาจมีคำสั่งให้สลายการชุมนุมสาธารณะของประชาชนอย่างไม่เป็นธรรมด้วย ซึ่งการกระทำเช่นนี้ ถือเป็นการจำกัดสิทธิ เสรีภาพของประชาชนอย่างไม่ถูกต้อง แต่ทว่ามีการประกาศใช้กฎหมายควบคุมการชุมนุมแล้ว กฎหมายดังกล่าวก็จะสามารถเป็นหลักประกันแห่งสิทธิ เสรีภาพในการชุมนุมให้แก่ประชาชน ทั้งในยามที่บ้านเมืองอยู่ในภาวะปกติ และไม่ปกติได้

ในที่นี้ ผู้เขียนขอเสนอประเด็นที่คิดว่ามีความสำคัญเกี่ยวกับกฎหมายควบคุมการชุมนุมเพื่อเป็นข้อมูลแก่ผู้อ่านหลายๆ ท่านในประเด็นต่อไปนี้เป็นคือ

- 1.) กฎหมายควบคุมการชุมนุมสาธารณะในต่างประเทศ
- 2.) กฎหมายควบคุมการชุมนุมสาธารณะในประเทศไทย และข้อคิดเห็น
- 3.) บทสรุป และข้อเสนอแนะ

1.) กฎหมายควบคุมการชุมนุมสาธารณะในต่างประเทศ

ก่อนที่จะพิจารณาถึงกฎหมายควบคุมการชุมนุมของประเทศไทยว่าควรจะมีเนื้อหาไปในทิศทางใด ผู้เขียนประสงค์ให้ผู้อ่านลองพิจารณาถึงกฎหมายควบคุมการชุมนุมในที่สาธารณะ ที่มีการบังคับใช้อยู่ในประเทศประชาธิปไตยทั้งหลาย คือ ประเทศฝรั่งเศส ประเทศอังกฤษ และประเทศ

สหรัฐอเมริกา รวมถึงประเทศที่ปกครองด้วยระบอบสังคมนิยมคอมมิวนิสต์ อย่างประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน เพื่อใช้เป็นแนวทางในการวางขอบเขตเนื้อหาของกฎหมายควบคุมการชุมนุมในที่สาธารณะที่อาจมีการบังคับใช้ขึ้นในประเทศไทยในอนาคต

ประเทศฝรั่งเศส

ภายหลังจากเกิดการปฏิวัติฝรั่งเศสเมื่อปี ค.ศ. 1789 ประเทศฝรั่งเศสกลายเป็นดินแดนที่ให้ความสำคัญกับสิทธิเสรีภาพเป็นอย่างมาก รวมถึงเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบของชาวฝรั่งเศสด้วย โดยเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบของประเทศฝรั่งเศสนั้น มีการบัญญัติรับรองเอาไว้ครั้งแรกใน รัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ. 1789 และมีวิวัฒนาการต่อเนื่องเรื่อยมาจนถึงปัจจุบัน

หลักเกณฑ์ในการชุมนุมในที่สาธารณะของประเทศฝรั่งเศส มีสาระสำคัญดังต่อไปนี้คือ ⁽¹⁾

1. ประชาชนชาวฝรั่งเศสสามารถชุมนุมในสถานที่สาธารณะได้โดยไม่ต้องขออนุญาตจากฝ่ายปกครองล่วงหน้า เพียงแต่ประชาชนชาวฝรั่งเศสที่ต้องการชุมนุม ต้องทำการแจ้งให้ฝ่ายปกครองทราบถึงการชุมนุมในที่สาธารณะที่กำลังจะมีขึ้น เพื่อความสะดวกในการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในประเทศ รวมถึงต้องมีการกำหนดด้วยบุคคลที่จะต้องรับผิดชอบทั้งทางแพ่งและทางอาญา หากมีความวุ่นวายเกิดขึ้นจากการชุมนุมด้วย ถ้ามีการชุมนุมโดยไม่มีการแจ้งให้ฝ่ายปกครองทราบ ผู้ชุมนุมก็就会有ความผิดตามที่กฎหมายกำหนดเอาไว้

2. ถ้าฝ่ายปกครองเห็นว่าการชุมนุมเกิดมีการปะทะทำร้ายร่างกาย และอาจก่อให้เกิดความวุ่นวายในบ้านเมือง กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสก็

¹ วินิจ เจริญชัยขง, กฎหมายเกี่ยวกับเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบ, หน้า 44

- รัฐบัญญัติว่าด้วยเสรีภาพในการชุมนุม ลงวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ. 1881 (Loi sur la liberte de reunion, 30 Juin 1881)

ให้อำนาจฝ่ายปกครอง มีคำสั่งยุติการชุมนุม หรือ สลายการชุมนุมได้ แต่ผู้ชุมนุมก็สามารถอุทธรณ์คำสั่งยุติการชุมนุมหรือสลายการชุมนุมดังกล่าวได้เช่นกัน

3. กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสได้ทำการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะเอาไว้ด้วย เช่น ห้ามชุมนุมในที่สาธารณะเกินจาก 23.00 น. เป็นต้นไป หรือ ห้ามทำการชุมนุมบนทางหลวง เป็นต้น หากมีการฝ่าฝืนก็มีบทลงโทษเป็นกรณีไป

กล่าวโดยสรุปคือ ขั้นตอนการใช้เสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะของประชาชนชาวฝรั่งเศสนั้น สามารถใช้ได้ทันที โดยไม่จำเป็นต้องขออนุญาตฝ่ายปกครองก่อนล่วงหน้า เพียงแต่ต้องทำการแจ้งให้รัฐทราบถึงการชุมนุมที่จะจัดให้มีขึ้นเท่านั้น แต่เมื่อใดก็ตามที่ฝ่ายปกครองเห็นว่า การชุมนุมอาจก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นภายในประเทศ ก็อาจมีคำสั่งห้ามหรือสลายการชุมนุมได้ และผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามขั้นตอนที่กฎหมายควบคุมการชุมนุมสาธารณะกำหนดไว้ ต้องรับโทษ

ประเทศอังกฤษ

ในประเทศอังกฤษนั้นถือว่ามีวิวัฒนาการของการชุมนุมประท้วงต่อต้านรัฐบาลมาอย่างยาวนาน การชุมนุมในที่สาธารณะจึงถือเป็นเรื่องธรรมดาสามัญของชาวอังกฤษที่ต้องการแสดงออกทางความคิดเห็นของตน แม้ในประเทศอังกฤษจะไม่มีรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษรที่รับรองถึงเสรีภาพในการชุมนุมของประชาชนชาวอังกฤษ แต่ก็มีรัฐธรรมนูญที่เป็นจารีตประเพณีที่รับรองเสรีภาพดังกล่าวเอาไว้

หลักเกณฑ์ในการชุมนุมสาธารณะของประเทศอังกฤษ มีสาระสำคัญดังต่อไปนี้คือ ⁽²⁾

2. วินิจ เจริญชัยขง, กฎหมายเกี่ยวกับเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบ, หน้า 57

1. การใช้เสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะของประชาชนชาวอังกฤษนั้น ผู้ชุมนุมไม่ต้องขออนุญาตต่อฝ่ายปกครองในกรณีที่จะมีการชุมนุม เพียงแต่ผู้ชุมนุมต้องแจ้งให้ฝ่ายปกครองทราบถึงการชุมนุมที่จะมีขึ้นล่วงหน้า เพื่อประโยชน์ในการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในบ้านเมือง และต้องมีการกำหนดตัวบุคคลที่จะรับผิดชอบทั้งทางแพ่งและทางอาญาหากการชุมนุมได้ก่อให้เกิดความวุ่นวาย เสียหายขึ้นด้วย และถ้ามีการชุมนุมโดยไม่มีการแจ้งให้ฝ่ายปกครองทราบล่วงหน้า ผู้ชุมนุมก็ต้องรับโทษ

2. ถ้าฝ่ายปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่าการชุมนุมอาจก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นภายในประเทศ ก็อาจมีคำสั่งยุติการชุมนุม หรือสลายการชุมนุมได้

3. ประเทศอังกฤษมีข้อจำกัดการใช้เสรีภาพในการชุมนุมในที่สาธารณะ อยู่เช่นกัน ยกตัวอย่างเช่น ห้ามทำการชุมนุมใกล้กับพระราชวัง ทำเนียบรัฐบาล รัฐสภา เป็นต้น รวมถึงมีการลงโทษผู้ที่ฝ่าฝืนข้อจำกัดเสรีภาพดังกล่าวด้วย

จะเห็นได้ว่าโดยรวมแล้วลักษณะการใช้เสรีภาพในการชุมนุมของชาวอังกฤษค่อนข้างที่จะคล้ายคลึงกับประเทศฝรั่งเศส จะมีก็แต่เพียงความแตกต่างในรายละเอียดของกฎหมายเล็กน้อยเช่น ข้อจำกัดการใช้เสรีภาพในอังกฤษ และฝรั่งเศสอาจแตกต่างกันไปตามสภาพของสังคมและวัฒนธรรมของแต่ละประเทศ

ประเทศสหรัฐอเมริกา

แต่เดิมนั้นประเทศอเมริกาเป็นอาณานิคมหนึ่งของจักรวรรดิอังกฤษ ซึ่งปกครองชาวอเมริกันอย่างกดขี่ และไม่เป็นธรรมในหลายๆเรื่อง ทำให้ชาวอเมริกันไม่พอใจและลุกฮือขึ้นต่อสู้ จนสามารถประกาศอิสรภาพจากจักรวรรดิอังกฤษได้ในปี ค.ศ.1776 ซึ่งเหตุการณ์ในประวัติศาสตร์เหล่านี้ได้หล่อหลอมให้ชาวอเมริกันรักและให้ความสำคัญกับสิทธิ เสรีภาพของตนเป็นอย่างมาก

สิ่งที่สะท้อนถึงความสำคัญของสิทธิ เสรีภาพในประเทศสหรัฐอเมริกา

ได้ชัดเจนก็คือรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาที่ประกาศใช้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1787 ซึ่งได้บัญญัติรับรองสิทธิ เสรีภาพของประชาชนชาวอเมริกันเอาไว้มากมาย รวมถึงเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบก็ถูกบัญญัติเอาไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวด้วยเช่นกัน

อย่างไรก็ตามในประเทศสหรัฐอเมริกามีได้มีกฎหมายควบคุมการชุมนุมในที่สาธารณะโดยเฉพาะเจาะจง แต่ใช้กฎหมายทั่วไป คือ กฎหมายอาญาและกฎหมายแพ่งในการควบคุมการชุมนุมสาธารณะ⁽³⁾ ทำให้ชาวอเมริกันสามารถใช้เสรีภาพในการชุมนุมได้ทุกวัน ทุกเวลา ทุกสถานที่ ตราบเท่าที่ไม่ทำให้เกิดความวุ่นวายขึ้นในบ้านเมือง จะมีหลักเกณฑ์ในการชุมนุมเพียงอย่างเดียวก็คือต้องแจ้งให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทราบถึงการชุมนุมเพื่อให้เจ้าหน้าที่เข้ามารักษาความปลอดภัยและอำนวยความสะดวกแก่การชุมนุม อันเป็นเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองเอาไว้เท่านั้น

นอกจากนี้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองในประเทศสหรัฐอเมริกาก็มิได้อำนาจห้ามการชุมนุมของประชาชน จะมีก็แต่อำนาจในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นที่มิได้เข้าร่วมในการชุมนุม มิให้ได้รับความเดือดร้อนจากการชุมนุมเท่านั้น หากผู้ชุมนุมก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองก็สามารถจับกุมตัวไปดำเนินคดีฐานชุมนุมโดยผิดกฎหมายหรือฐานก่อให้เกิดการจลาจล ซึ่งเป็นความผิดตามกฎหมายอาญาในประเทศสหรัฐอเมริกาได้

กล่าวโดยสรุปคือประชาชนชาวอเมริกันสามารถใช้เสรีภาพในการชุมนุมได้ทุกเมื่อ ตราบใดที่ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้อื่น ทั้งนี้เพราะไม่มีกฎหมายที่ควบคุมการชุมนุมในประเทศสหรัฐอเมริกาโดยเฉพาะเจาะจง ทำให้เสรีภาพในการชุมนุมไม่ถูกจำกัดโดยกฎหมายพิเศษใด ๆ ทั้งสิ้นมีแต่เพียงกฎหมายอาญาหรือกฎหมายแพ่งที่สามารถเอาผิดกับผู้ชุมนุมที่ก่อให้เกิดความวุ่นวายในบ้านเมืองเท่านั้น

3. วิจิตร เจริญชัยยง, กฎหมายเกี่ยวกับเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบ, หน้า 68

จะเห็นได้ว่ากฎหมายควบคุมการชุมนุมในที่สาธารณะนั้น มีความเป็นสากลและถือเป็นเครื่องมือหนึ่งของรัฐประชาธิปไตยในการควบคุมกลุ่มผู้ชุมนุม แต่กฎหมายควบคุมการชุมนุมมิได้มีเฉพาะในประเทศที่ปกครองด้วยระบอบประชาธิปไตยเท่านั้น ประเทศที่ปกครองด้วยระบอบสังคมนิยมคอมมิวนิสต์อย่างประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนก็มีกฎหมายควบคุมการชุมนุมในที่สาธารณะบังคับใช้เช่นเดียวกัน

ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน

ภายหลังจากสิ้นยุคราชวงศ์ชิง ประเทศจีนก็เกิดความวุ่นวายภายในประเทศเป็นอย่างมาก จนกระทั่งประธานาธิบดี เหมา เจ๋อตง ขึ้นครองอำนาจก็ได้้นำการปกครองระบอบสังคมนิยมคอมมิวนิสต์มาใช้ในการปกครองประเทศจีนสืบเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน

ด้วยสาเหตุที่ประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนปกครองด้วยระบอบสังคมนิยมคอมมิวนิสต์ จึงทำให้รูปแบบการใช้เสรีภาพในการชุมนุมของประชาชนชาวจีน ค่อนข้างแตกต่างกับรูปแบบการใช้เสรีภาพในการชุมนุมของประเทศประชาธิปไตยอยู่พอสมควร โดยการใช้เสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะของประชาชนชาวจีนมีหลักเกณฑ์คร่าวๆ ดังนี้คือ ⁽⁴⁾

1. ประชาชนชาวจีนไม่สามารถที่จะใช้เสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะได้โดยพลการ ทั้งนี้เพราะกฎหมายควบคุมการชุมนุมกำหนดให้ประชาชนที่ต้องการชุมนุมสาธารณะต้องขออนุญาตจากฝ่ายปกครองเสียก่อนจึงจะสามารถชุมนุมได้ โดยอำนาจในการตัดสินใจจะให้มีการชุมนุมสาธารณะหรือไม่ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเท่านั้น

4. เรื่องเดียวกัน, หน้า 4

- รัฐบัญญัติว่าด้วยการชุมนุม การเดินขบวนแสดงความคิดเห็นและการเดินขบวนของสาธารณชน ลงวันที่ 31 ตุลาคม ค.ศ. 1989

(Law of the people's Republic of China on assemblies Processions and Demonstration on October 31, 1989)

2. ในการชุมนุมต้องมีการแจ้งลักษณะและรูปแบบของการชุมนุมอย่างละเอียด เช่น สถานที่ เวลา เนื้อหาที่จะพูดในที่ชุมนุม ผู้ที่จะต้องรับผิดชอบในกรณีที่เกิดความวุ่นวายจากการชุมนุม เป็นต้น เพื่อความสะดวกในการควบคุมการชุมนุมของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง

3. การชุมนุมในประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีน จะต้องเป็นการชุมนุมที่ไม่ขัดต่อหลักการปกครองในระบอบสังคมนิยมคอมมิวนิสต์ ที่ปรากฏรับรองอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีน

สิ่งที่น่าสังเกตเป็นอย่างยิ่งคือ การใช้เสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะของประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนนั้นจำเป็นที่ผู้ชุมนุมต้องขออนุญาต จากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเสียก่อนจึงจะสามารถชุมนุมได้ ซึ่งแตกต่างจากการใช้เสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะในประเทศประชาธิปไตยทั้งหลายดังที่ได้นำเสนอมา ซึ่งประชาชนสามารถชุมนุมสาธารณะได้โดยไม่ต้องทำการขออนุญาตก่อนมีการชุมนุม เพียงแต่ แจ้งให้ฝ่ายปกครองทราบก่อนการชุมนุมเท่านั้น นอกจากนี้ การชุมนุมในประเทศสาธารณรัฐประชาชนจีนยังถูกจำกัดในเรื่องที่ว่า การชุมนุมต้องไม่ขัดต่อหลักการปกครองในระบอบสังคมนิยมคอมมิวนิสต์ด้วย ในขณะที่ในประเทศประชาธิปไตยสามารถชุมนุมในเรื่อใด ๆ ก็ได้

จากการศึกษาถึงหลักเกณฑ์การใช้เสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะของประเทศต่าง ๆ ตามที่กล่าวมา สรุปได้ว่า ระบอบการปกครองในแต่ละประเทศมีผลต่อความแตกต่างในหลักเกณฑ์ของการชุมนุมสาธารณะเป็นอย่างมาก กล่าวคือ ในประเทศประชาธิปไตยจะมีบทบัญญัติในลักษณะที่เป็นการจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมอยู่น้อย โดยสิ่งที่จำกัดก็มีสาระสำคัญแห่งเสรีภาพในการชุมนุม ในขณะที่ประเทศสังคมนิยมจะมีบทบัญญัติในลักษณะที่จำกัดสาระสำคัญของเสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะอยู่ด้วย นอกจากนี้ภายในประเทศที่ปกครองด้วยระบอบเดียวกันก็อาจมีรายละเอียดของกฎหมายควบคุมการชุมนุมสาธารณะที่แตกต่างกันไปตามปัจจัยหลาย ๆ ประการเช่น วัฒนธรรม ความเชื่อ ค่านิยม เป็นต้น

2.) กฎหมายควบคุมการชุมนุมสาธารณะในประเทศไทย และข้อคิดเห็น

สำหรับประเทศไทยนั้น มีแนวความคิดที่จะผลักดันกฎหมายควบคุมการชุมนุมสาธารณะให้มีผลบังคับใช้มาเป็นเวลานานพอสมควรแล้ว แต่แนวคิดดังกล่าวก็ยังไม่ประสบผลสำเร็จขึ้นมา จนกระทั่งปัจจุบัน ภายหลังจากที่ประเทศไทยประสบกับวิกฤตการณ์ทางการเมืองโดยส่วนหนึ่งของความวุ่นวายนั้นเกิดมาจากการชุมนุมประท้วงที่เกินเลยขอบเขตของการใช้เสรีภาพในการชุมนุม จึงมีแนวความคิดที่จะผลักดันกฎหมายควบคุมการชุมนุมสาธารณะอีกครั้งหนึ่ง

สิ่งแรกที่จะต้องพิจารณาก่อนออกกฎหมายควบคุมการชุมนุมสาธารณะ อันมีลักษณะเป็นกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการชุมนุมที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองเอาไว้ก็คือ ต้องพิจารณาว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเปิดช่องให้บัญญัติกฎหมายดังกล่าวได้หรือไม่ เพราะถ้าหากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ไม่เปิดช่องให้ทำได้ กฎหมายดังกล่าวก็จะมีขอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ อันทำให้กฎหมายควบคุมการชุมนุมสาธารณะ มีอาจมีผลบังคับใช้ได้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติรับรองเสรีภาพในการชุมนุมเอาไว้ในมาตรา 63 ความว่า

“มาตรา 63 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะในกรณีการชุมนุมสาธารณะ และเพื่อคุ้มครองความสงบของประชาชนที่จะใช้ที่สาธารณะ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงคราม หรือในระหว่างเวลาที่มีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือประกาศใช้กฎอัยการศึก”

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าวแล้วจะพบว่า ลักษณะการรับรองเสรีภาพในการชุมนุมนี้ เป็นการรับรองเสรีภาพอย่างมี

เงื่อนไข กล่าวคือ ถึงแม้รัฐธรรมนูญจะยอมรับรองเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ แต่ก็ได้บัญญัติเปิดช่องในการจำกัดเสรีภาพชนิดนี้เอาไว้เช่นกัน โดยสังเกตได้จาก มาตรา 63 วรรค 2 “การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะในกรณีการชุมนุมสาธารณะ และเพื่อคุ้มครองความสะดวกของประชาชนที่จะใช้ที่สาธารณะ หรือเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงคราม หรือในระหว่างเวลาที่มีประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินหรือประกาศใช้กฎอัยการศึก” ซึ่งสามารถเข้าใจได้ว่า การจำกัดเสรีภาพในการชุมนุมนั้นจะมีได้ในกรณีต่อไปนี้คือ

1. กรณีที่มีการชุมนุมในที่สาธารณะ เพื่อคุ้มครองความสะดวกของประชาชนที่จะใช้ที่สาธารณะนั้นๆ

2. เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงครามหรือมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือประกาศใช้กฎอัยการศึก

จะเห็นได้ว่า กรณีที่มีการชุมนุมในที่สาธารณะ เป็นกรณีหนึ่งที่รัฐธรรมนูญเปิดช่องให้มีการบัญญัติกฎหมายออกมาจำกัดเสรีภาพชนิดนี้ได้ ดังนั้น กฎหมายควบคุมการชุมนุมในที่สาธารณะในเบื้องต้น จึงมิใช่กฎหมายที่มีสาระสำคัญของเนื้อหาขัดต่อรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด และสมควรที่จะศึกษาหาแนวทางที่เหมาะสมเพื่อรองรับการใช้เสรีภาพขั้นพื้นฐานดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม ด้วยสาเหตุที่กฎหมายควบคุมการชุมนุมสาธารณะฉบับล่าสุดที่รัฐบาลจะเสนอต่อรัฐสภายังมิได้ผ่านขั้นตอนการยกร่างของคณะกรรมการกฤษฎีกา ในที่นี้ผู้เขียนจึงขอเสนอร่างพระราชบัญญัติ จัดระเบียบการชุมนุมในที่สาธารณะ ฉบับที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพรรคพลังประชาชนเคยเสนอเอาไว้ โดยจะพิจารณาเฉพาะประเด็นที่สำคัญพร้อมกับแสดงความคิดเห็นและข้อเสนอแนะบางประการดังต่อไปนี้

1. เหตุผลและความจำเป็น ในการเสนอร่างพระราชบัญญัติจัดระเบียบการชุมนุมในที่สาธารณะ ปรากฏอยู่ในบันทึกวิเคราะห์สรุปสาระสำคัญ

ของร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว โดยมีการให้เหตุผลว่า “เนื่องจาก รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้กำหนดรับรองเรื่องสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนในชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน การเดินทางมาประกอบอาชีพ ตลอดจนการชุมนุมแสดงความคิดเห็นในสถานที่สาธารณะโดยสงบและ ปราศจากอาวุธ ซึ่งเป็นสิทธิทางการเมือง แต่ทั้งนี้การชุมนุมดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความเดือดร้อนรำคาญหรือความเสียหายแก่สาธารณชนทั่วๆ ไปได้ หรือ อาจก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยในบ้านเมือง ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีการกำหนด กฎ กติกา ในการชุมนุมในที่สาธารณะดังกล่าวนี้ โดยกำหนดให้มีการขออนุญาตก่อนการชุมนุมและต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด มิฉะนั้นเจ้าหน้าที่สามารถดำเนินการให้ยุติการชุมนุมได้” (5)

เมื่อพิจารณาจากเหตุผลในการเสนอร่างพระราชบัญญัติแล้วจะพบว่าสาระสำคัญของการออกกฎหมายฉบับนี้ก็เพื่อต้องการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของสาธารณชนและคุ้มครองความสงบเรียบร้อยในบ้านเมือง ซึ่งถือว่าสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ถึงแม้จะบัญญัติรับรองเสรีภาพในการชุมนุมเอาไว้ แต่ก็ได้เปิดช่องให้มีการออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิเสรีภาพชนิดนี้ได้ ดังนั้นในเบื้องต้นจึงถือว่า ร่างพระราชบัญญัติจัดระเบียบการชุมนุมในที่สาธารณะ มิได้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ตามที่กล่าวมาแล้ว

2. ขั้นตอนหรือวิธีการใช้เสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะ มีการกำหนดเอาไว้ดังนี้

“มาตรา 5 ห้ามมิให้ดำเนินการชุมนุมในที่สาธารณะที่มีลักษณะใดลักษณะหนึ่ง ดังต่อไปนี้

เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการตามมาตรา 8

5. บันทึกวิเคราะห์สรุปสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติ, ร่างพระราชบัญญัติจัดระเบียบการชุมนุมในที่สาธารณะ

(1) มีการใช้ช่องทางเดินรถหรือพื้นผิวการจราจร

(2) มีการตั้งเวทีปราศรัยในลักษณะกีดขวางการจราจรหรือทางสัญจรของประชาชน

(3) มีการใช้เครื่องขยายเสียง เครื่องฉายภาพนิ่ง ภาพเคลื่อนไหว หรือเครื่องมือใดๆ เพื่อ ถ่ายทอดการชุมนุม"

(4) มีการใช้ยานพาหนะ

(5) มีการเคลื่อนย้ายสถานที่ชุมนุม"

“มาตรา 17 ผู้ใดจัดให้มีการชุมนุมในที่สาธารณะซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของมาตรา 5 แต่มิได้

ดำเนินการขออนุญาต ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” (6)

การกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการใช้เสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะนั้น ถือเป็นประเด็นที่สำคัญมากสำหรับการออกกฎหมายควบคุมการชุมนุมสาธารณะ เพราะประชาชนภายในประเทศจะถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพมากหรือน้อย ขึ้นอยู่กับการกำหนดวิธีการใช้เสรีภาพนี้เอง

ในร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ กำหนดให้การชุมนุมที่มีลักษณะตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 5 ต้องขออนุญาตจากคณะกรรมการพิจารณา คำขออนุญาตชุมนุมในที่สาธารณะเสียก่อนจึงจะสามารถดำเนินการชุมนุมได้ หากมีการชุมนุมโดยไม่ขออนุญาตก็就会被ลงโทษตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 17

เมื่อพิจารณาจากวิธีการใช้เสรีภาพในการชุมนุมตามร่างพระราชบัญญัตินี้แล้วจะพบว่า ไม่มีความสอดคล้องกับวิธีการที่ใช้อยู่ในประเทศประชาธิปไตยทั้งหลายตามที่ได้เสนอมานี้แล้ว เพราะการใช้เสรีภาพในการชุมนุมในประเทศประชาธิปไตยมักจะกำหนดเพียงให้ประชาชนแจ้งต่อ

6. ร่างพระราชบัญญัติจะระเบียบการชุมนุมในที่สาธารณะ

เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเท่านั้น ไม่ถึงขั้นต้องขออนุญาตต่อคณะกรรมการก่อน จะมีการชุมนุมแต่อย่างใด เนื่องจากคณะกรรมการอาจใช้ดุลยพินิจอย่างไม่เป็นธรรมในการไม่อนุญาตให้มีการชุมนุม ทั้งๆที่ยังไม่มีการชุมนุมใดๆเกิดขึ้น ทำให้ดูเหมือนว่า ประชาชนชาวไทยจะใช้เสรีภาพได้หรือไม่ขึ้นอยู่กับผู้มีอำนาจเพียงไม่กี่คนเท่านั้น ซึ่งลักษณะวิธีการใช้เสรีภาพในการชุมนุมเช่นนี้ เหมือนกับประเทศที่ปกครองด้วยระบอบสังคมนิยมคอมมิวนิสต์อย่างประเทศจีน ที่มีการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะเอาไว้หลายประการ

อย่างไรก็ตาม อาจมีผู้กล่าวว่าการกำหนดให้ขออนุญาตต่อคณะกรรมการพิจารณาคำขออนุญาตชุมนุมในที่สาธารณะนั้นมีเพียงในบางลักษณะเท่านั้นตามมาตรา 5 (1)-(5) แต่ในประเด็นนี้ผู้เขียนกลับเห็นว่า การกำหนดลักษณะการชุมนุมที่ต้องขออนุญาตตามมาตรา 5 นั้น เป็นการกำหนดในลักษณะที่กว้างจนเกินไป จนอาจเป็นผลให้การชุมนุมแทบทุกประเภท ต้องทำการขออนุญาตเสียก่อน ถือว่าเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพจนเกินความจำเป็น ดังนั้นจึงควรปรับปรุงขั้นตอนวิธีใช้เสรีภาพในการชุมนุมให้มีความสอดคล้องกับประเทศประชาธิปไตยอื่นๆ ดังที่ได้ยกตัวอย่างข้างต้น

3. การสั่งให้มีการยุติการชุมนุม มีการกำหนดเอาไว้ดังนี้คือ

“มาตรา 13 การชุมนุมในที่สาธารณะ ซึ่งอยู่ในบังคับที่จะต้องปฏิบัติตามมาตรา 5 ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่ได้ขออนุญาตหรือมิได้ขออนุญาตก็ตาม ถ้าการชุมนุมไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ได้รับอนุญาต หรือก่อให้เกิดความเดือดร้อนต่อผู้อื่นหรือสาธารณชน หรือมีเหตุอันอาจก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยให้ผู้จัดให้มีการชุมนุมหรือผู้ที่สันนิษฐานว่าเป็นผู้จัดให้มีการชุมนุมแล้วแต่กรณี ประกาศยุติการชุมนุมแล้วรีบแจ้งหัวหน้าสถานีตำรวจที่มีเขตพื้นที่รับผิดชอบสถานที่ชุมนุม และให้ผู้จัดให้มีการชุมนุมหรือผู้ที่สันนิษฐานว่าเป็นผู้จัดให้มีการชุมนุมดังกล่าวให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบทุกฝ่าย เพื่อยุติการชุมนุมโดยเร็วที่สุด

เมื่อหัวหน้าสถานีตำรวจได้รับแจ้งตามวรรค 1 ให้รับรายงานประธานกรรมการพิจารณาสั่งตามมาตรา 14”

“มาตรา 14 ประธานกรรมการมีอำนาจสั่งยุติการชุมนุมในที่สาธารณะในกรณีดังต่อไปนี้

(1) ไม่มีผู้จัดให้มีการชุมนุมอยู่ดูแลการชุมนุมนั้น

(2) การชุมนุมนั้นก่อให้เกิดความเดือดร้อนต่อผู้อื่นหรือสาธารณชน หรือมีเหตุอันอาจก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อย

(3) การชุมนุมที่ฝ่าฝืนพระราชบัญญัตินี้

การประกาศยุติการชุมนุมให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยแจ้งด้วยวาจา หรือใช้การสื่อสารด้วยวิธีการอื่นใดให้ผู้ชุมนุมสามารถรับทราบได้ ณ บริเวณสถานที่ชุมนุม

เมื่อประธานกรรมการสั่งยุติการชุมนุมแล้วให้ถือว่าเป็นการชุมนุมที่ไม่ได้รับอนุญาตและผู้ฝ่าฝืนต้องรับโทษตามมาตรา 18”

“มาตรา 15 หากการชุมนุมในที่สาธารณะที่ได้มีการประกาศให้ยุติตามมาตรา 13 แล้วผู้ชุมนุมยังคงฝ่าฝืน ประธานกรรมการมีอำนาจสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยในการชุมนุมสลายการชุมนุมได้”⁽⁷⁾

จะเห็นได้ว่ามาตรา 13, 14 และมาตรา 15 ในร่างพระราชบัญญัติจัดระเบียบการชุมนุมในที่สาธารณะนี้ เป็นมาตราที่เกี่ยวข้องกับอำนาจในการสลายการชุมนุม กล่าวคือ เมื่อมีเงื่อนไขเกิดขึ้นตามที่กฎหมายกำหนดเจ้าหน้าที่รัฐ ก็สามารถใช้อำนาจในการสลายการชุมนุมสาธารณะได้ทันที

อย่างไรก็ตาม ในเรื่องนี้ผู้เขียนอยากให้ข้อสังเกตว่า มาตรา 13, 14 และมาตรา 15 ที่กล่าวมานี้ โดยเฉพาะในมาตรา 15 ได้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่รัฐในการสลายการชุมนุมเอาไว้อย่างลอยๆ แต่ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ หรือ

7. เรื่องเดียวกัน, หน้า 8

มาตรการที่เจ้าหน้าที่รัฐต้องใช้ในการสลายการชุมนุมเอาไว้ ซึ่งในประเด็นนี้ ผู้เขียนเห็นว่าจะเป็นภัยต่อประชาชนอย่างมาก เพราะเจ้าหน้าที่รัฐจะสามารถใช้อำนาจสลายการชุมนุมได้ตามอำเภอใจ ไม่ต่างจากที่พระราชกำหนดบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน ได้ให้อำนาจเจ้าหน้าที่รัฐในการควบคุมสถานการณ์ในยามฉุกเฉินเลยแม้แต่น้อย

ถ้าหากปล่อยให้เป็นอย่างนี้ ก็จะเป็นต้นเหตุอันนำไปสู่การกระทำรุนแรงถึงขั้นเสียชีวิตเสียเนื้อเหมือนเมื่อครั้งเหตุการณ์วันที่ 7 ตุลาคม พุทธศักราช 2551 ที่เจ้าหน้าที่ตำรวจใช้กำลังเข้าสลายการชุมนุม จนเป็นเหตุให้มีผู้ชุมนุมบาดเจ็บ ล้มตาย ซึ่งเรื่องดังกล่าวได้มีการฟ้องเป็นคดีความต่อศาลปกครอง โดยศาลปกครองได้กล่าวถึงการสลายการชุมนุมในครั้งนั้นว่า “การกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจเพื่อสลายการชุมนุม ต้องกระทำเท่าที่จำเป็น โดยคำนึงถึงความเหมาะสม มีลำดับขั้นตอนตามหลักสากลที่ใช้ในการสลายการชุมนุมของประชาชน เจ้าหน้าที่ตำรวจไม่อาจดำเนินการตามอำเภอใจได้”⁽⁸⁾ ปัญหาที่ตามมาจากคำพิพากษาศาลปกครองดังกล่าวก็คือ หลักสากลที่ใช้ในการสลายการชุมนุม นั้นคืออะไรและจะให้เจ้าหน้าที่รัฐ ดำเนินการสลายการชุมนุมตามหลักสากลอย่างมีประสิทธิภาพได้อย่างไร

เมื่อเป็นอย่างนี้แล้ว ผู้เขียนคิดว่าประเทศไทยควรมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กำหนดถึงขั้นตอน วิธีการในการสลายการชุมนุมที่เป็นไปตามหลักสากลเอาไว้อย่างชัดเจน มิใช่กำหนดเป็นเพียงระเบียบแบบแผนหรือข้อบังคับภายในของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ที่ประชาชนไม่อาจทราบได้ โดยวิธีการที่เป็นไปตามหลักสากล ก็เช่น

1. ใช้คำเตือน ประกาศ ให้ผู้ชุมนุมสลายการชุมนุม หรือประท้วง
2. ใช้ไล่ และกระบอง ผลักดันผู้ชุมนุม
3. ใช้แก๊สน้ำตาหรือระเบิดควัน เป็นต้น

⁸ ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรรณานันท์, บทบรรณาธิการครั้งที่ 211 เรื่อง การปราบจลาจล, เผยแพร่วันที่ 27 เมษายน พุทธศักราช 2552

ทั้งนี้ก็เป็นหลักประกันความปลอดภัยในชีวิตและร่างกายของผู้ชุมนุมจากการสลายการชุมนุม และเป็นหลักประกันแก่ผู้ชุมนุมว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะไม่ใช้อำนาจในการสลายการชุมนุมตามอำเภอใจ แต่การสลายการชุมนุมจะอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์หรือมาตรการที่กฎหมายกำหนด

เกี่ยวกับเรื่องการสลายการชุมนุมนี้ มีอีกประเด็นหนึ่งที่น่าสนใจคือ ในประเทศประชาธิปไตยบางประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศส จะมีการเปิดโอกาสให้ผู้ชุมนุมได้ทำการอุทธรณ์คำสั่งยุติการชุมนุมหรือสลายการชุมนุมได้ด้วย ถ้าหากประเทศไทยสามารถนำขั้นตอนดังกล่าวมาใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ก็จะเป็นการเพิ่มสิทธิให้แก่ผู้ชุมนุมและแสดงให้เห็นถึงการให้ความสำคัญแก่สิทธิ เสรีภาพของประชาชนด้วย

4. ความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจากการสลายการชุมนุมกำหนดเอาไว้ดังนี้คือ

“มาตรา 16 เจ้าหน้าที่หรือผู้ใช้อำนาจสลายการชุมนุมตามมาตรา 15 ไม่ต้องรับผิดชอบทางแพ่ง อาญา เนื่องจากการปฏิบัติหน้าที่ในการสลายการชุมนุม หากเป็นการกระทำโดยสุจริต ไม่เกินกว่าเหตุหรือไม่เกินความจำเป็น แต่ไม่ตัดสิทธิผู้ได้รับความเสียหาย ที่จะเรียกร้องค่าเสียหายจากราชการตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบละเมิดของเจ้าหน้าที่” (9)

สำหรับปัญหาเรื่องความรับผิดชอบจากการสลายการชุมนุมตามมาตรา 16 นี้ ผู้เขียนคิดว่าอยู่ที่การกำหนดให้เจ้าหน้าที่หรือผู้ใช้อำนาจสลายการชุมนุม “ไม่ต้องรับผิดชอบทางแพ่งและอาญา” ซึ่งลักษณะของการใช้คำเป็นลักษณะของการให้อำนาจเด็ดขาดแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐมาจนเกินไป ทำให้ยากแก่การตรวจสอบ และยากที่จะเอาผิดกับเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ใช้อำนาจสลายการชุมนุม แม้การสลายการชุมนุมจะเป็นเหตุให้มีคนบาดเจ็บ ล้มตายก็ตามที

9. ร่างพระราชบัญญัติจัดระเบียบการชุมนุมในที่สาธารณะ

นอกจากนี้ สิ่งนี้อาจก่อให้เกิดปัญหาได้อีกก็คือการใช้คำว่า “ไม่เกินกว่าเหตุหรือไม่เกินความจำเป็น” เพราะอาจมีการถกเถียงกันในภายหลังได้ว่า อะไรที่ไม่เกินกว่าเหตุ อะไรที่ไม่เกินความจำเป็น ดังนั้นจึงควรกำหนดวิธีการและขั้นตอนในการสลายการชุมนุมเอาไว้อย่างชัดเจนว่าการสลายการชุมนุมลักษณะใดเป็นการสลายการชุมนุมที่ชอบด้วยกฎหมาย ดังที่กล่าวมาแล้วในข้อ 3.) เพื่อประโยชน์ของประชาชนผู้เสียหายจากการสลายการชุมนุมจะได้มีข้ออ้างอิงในการฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายจากรัฐ เพราะถ้าหากปล่อยให้การตีความคำว่า “ไม่เกินกว่าเหตุหรือไม่เกินความจำเป็น” โดยใช้ดุลยพินิจของศาลเพียงลำพังก็อาจเกิดข้อครหาถึงการอำนวยความยุติธรรมในภายหลังได้

5. การลงโทษผู้ชุมนุมที่ฝ่าฝืนคำสั่งไม่อนุญาตให้มีการชุมนุมของคณะกรรมการพิจารณาคำขออนุญาตชุมนุมในที่สาธารณะ มีการกำหนดเอาไว้ในมาตรา 18 วรรคแรกดังนี้คือ

“มาตรา 18 ผู้ใดฝ่าฝืนจัดให้มีการชุมนุมในที่สาธารณะโดยไม่ได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการ แม้การชุมนุมจะเป็นไปด้วยความเรียบร้อย ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 20,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” (10)

บทบัญญัติตามมาตรา 18 ของร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ มีสิ่งที่น่าพิจารณาอีกอย่างหนึ่งก็คือ ถ้ามีการขออนุญาตชุมนุมตามมาตรา 5 แล้วคณะกรรมการมีคำสั่งไม่อนุญาตให้มีการชุมนุม แต่มีการจัดการชุมนุมดังกล่าวขึ้น แม้จะเป็นการชุมนุมโดยสงบเรียบร้อย ผู้จัดให้มีการชุมนุมก็ต้องถูกลงโทษ

ผู้เขียนคิดว่าบทบัญญัติในมาตรา 18(1) นี้เป็นปัจจัยสำคัญอีกปัจจัยหนึ่งที่ทำให้ภาพรวมของร่างพระราชบัญญัติจัดระเบียบการชุมนุมในที่สาธารณะ

10. เรื่องเดียวกัน, หน้า 11

มีลักษณะที่จำกัดสิทธิเสรีภาพในการชุมนุมมากจนเกินไป เพราะถึงแม้ในที่สุดการชุมนุมสาธารณะจะเป็นไปอย่างสงบเรียบร้อยปราศจากความวุ่นวายใด ๆ ก็ตาม แต่ถ้าคณะกรรมการพิจารณาคำขออนุญาตชุมนุมในที่สาธารณะ ไม่อนุญาตให้มีการชุมนุมตั้งแต่แรกเสียแล้ว การชุมนุมดังกล่าวก็เป็นการชุมนุมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และผู้จัดให้มีการชุมนุมก็ต้องรับโทษทางอาญาด้วย ซึ่งกรณีนี้ถือเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่ไม่มีความเป็นธรรมที่สำคัญอีกประการหนึ่ง

6. ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในการบังคับใช้กฎหมาย

นอกเหนือจากการบัญญัติกฎหมายควบคุมการชุมนุมสาธารณะให้มีความเหมาะสมและยึดหลักการของระบอบประชาธิปไตยอย่างเคร่งครัดแล้วนั้น ยังคงมีสิ่งที่สมควรพิจารณาเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวที่มีอาจมองข้ามได้ โดยผู้เขียนคิดว่าปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในขั้นของการบังคับใช้กฎหมายมีอยู่ 2 ประการดังนี้

ประการแรก เราจะมั่นใจได้อย่างไรว่ากลุ่มผู้ชุมนุมจะยอมรับและปฏิบัติตามเงื่อนไขที่กฎหมายควบคุมการชุมนุมกำหนดเอาไว้ เพราะเหตุการณ์ในอดีตหลาย ๆ ครั้งชี้ให้เห็นว่ากลุ่มผู้ชุมนุมมิได้เคารพกฎหมาย มิได้เคารพหลักนิติรัฐ และมิได้เกรงกลัวต่อการลงโทษตามกฎหมายเลยแม้แต่น้อย แต่กลับเต็มใจและพร้อมใจที่จะทำความผิดทั้ง ๆ ที่รู้ว่าอาจถูกลงโทษตามกฎหมายหลายบทหลายมาตรา ยกตัวอย่างเช่น

- ความผิดฐานทำให้ปรากฏแก่ประชาชนด้วยวาจาให้ประชาชนละเมิดกฎหมาย ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 116 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี
- ความผิดฐานยุยงหรือจัดให้เกิดการร่วมหยุดงานเพื่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงกฎหมายแผ่นดิน หรือเพื่อบังคับรัฐบาล ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 117 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินเจ็ดปี หรือปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นสี่พันบาทบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

- ความผิดฐานคูหมีนเจ้าพนักงาน ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 136 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งปี หรือปรับไม่เกินสองพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ
- ความผิดฐานมั่วสุมกันตั้งแต่สิบคนขึ้นไป กระทำการให้เกิดความวุ่นวายในบ้านเมือง ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 215 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือนหรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ
- ความผิดฐานวางเพลิงเผาทรัพย์ผู้อื่น ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 217 ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หกเดือนถึงเจ็ดปี และปรับตั้งแต่หนึ่งพันบาทถึงหนึ่งหมื่นสี่พันบาท
- ความผิดฐานฆ่าผู้อื่นตาย ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 218 ต้องระวางโทษประหารชีวิต จำคุกตลอดชีวิต หรือจำคุกตั้งแต่สิบห้าปีถึงยี่สิบปี
- ความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นเป็นเหตุให้เกิดอันตรายแก่กายหรือจิตใจ ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 295 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับไม่เกินสี่พันบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ
- ความผิดฐานหมิ่นประมาท ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 326 ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปีหรือปรับไม่เกินสองหมื่นบาทหรือทั้งจำทั้งปรับ
- ความผิดฐานกระทำการกีดขวางทางสาธารณะจนเป็นอุปสรรคต่อความปลอดภัยหรือความสะดวกในการจราจรตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 385 ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าร้อยบาท เป็นต้น ⁽¹¹⁾

11. ประมวลกฎหมายอาญา

บรรดาความผิดเหล่านี้หลาย ๆ ความผิดมีอัตราโทษที่สูงกว่าความผิดที่กำหนดเอาไว้ในกฎหมายควบคุมการชุมนุมในที่สาธารณะ ผู้ชุมนุมยังเต็มใจกระทำโดยมิได้เกรงกลัวต่อบทลงโทษตามกฎหมาย เช่นนี้แล้ว ผู้ชุมนุมจะเกรงกลัวต่อโทษจำคุกไม่เกิน 6 เดือนหรือปรับไม่เกิน 20,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ¹²⁾ อันเกิดจากการชุมนุมโดยไม่ขออนุญาต ที่กำหนดเอาไว้ในกฎหมายควบคุมการชุมนุมในที่สาธารณะหรือไม่เป็นเรื่องที่น่าคิด รวมถึงการที่กฎหมายควบคุมการชุมนุม ได้ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานฝ่ายปกครองในการยุติการชุมนุมหรือสลายการชุมนุมก็อาจเป็นเหมือนดาบสองคม เพราะที่ผ่านมากลุ่มผู้ชุมนุมก็ต้องการให้มีการสลายการชุมนุมเพื่อสร้างความไม่ชอบธรรมให้แก่รัฐบาลที่ใช้ความรุนแรงกับตนและยังอาจทำให้สถานการณ์ทวีความรุนแรงยิ่งขึ้นไปอีกก็เป็นไปได้ ประเด็นเหล่านี้เป็นสิ่งที่มีความน่าสนใจไปไม่ได้ เพราะถ้ามีการประกาศใช้กฎหมายควบคุมการชุมนุมแล้ว แต่ไม่อาจบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายได้อย่างมีประสิทธิภาพก็เป็นการเปล่าประโยชน์ที่จะมีกฎหมายดังกล่าวขึ้นมา

ประการที่สอง ต้องยอมรับว่ามูลเหตุที่ทำให้เกิดการผลักดันกฎหมายควบคุมการชุมนุมสาธารณะนั้น เกิดขึ้นจากเหตุการณ์การชุมนุมทางการเมืองที่ก่อให้เกิดความรุนแรงในช่วงหลาย ๆ ปีที่ผ่านมา แต่โดยหลักการแล้วเมื่อมีการประกาศใช้กฎหมายควบคุมการชุมนุม ย่อมต้องบังคับใช้เป็นการทั่วไป กล่าวคือบังคับใช้กับการชุมนุมทุกประเภทที่อาจเกิดขึ้นในที่สาธารณะ เช่น การชุมนุมของชาวเกษตรกร การชุมนุมทางบันเทิง การชุมนุมทางศาสนา ดังนั้นจึงถือเป็นหน้าที่ของรัฐบาล ซึ่งเป็นผู้บังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายในการที่จะบังคับใช้กฎหมายควบคุมการชุมนุมสาธารณะให้มีความเหมาะสมกับการชุมนุมในแต่ละประเภท โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การบังคับใช้กฎหมายกับกลุ่มเกษตรกร ที่มีการประชุมประท้วงกันเป็นประจำอยู่แล้วแต่มิได้มีความ

12. ร่างพระราชบัญญัติจัดระเบียบการชุมนุมในที่สาธารณะ, มาตรา 18

รุนแรงเหมือนกับการชุมนุมทางการเมือง ก็จะได้รับผลกระทบโดยตรง ดังที่เริ่มปรากฏถึงความเห็นของกลุ่มผู้นำของเกษตรกรทั้งหลาย ที่เริ่มแสดงท่าทีที่ไม่เห็นด้วยกับการผลักดันกฎหมายควบคุมการชุมนุมดังกล่าว

ทั้ง 6 ข้อนี้คือประเด็นที่ปรากฏในร่างพระราชบัญญัติจัดระเบียบการชุมนุมในที่สาธารณะที่ผู้เขียนคิดว่ามีความสำคัญ ซึ่งมีทั้งสิ่งที่คิดว่าเหมาะสมแล้วและสิ่งที่คิดว่าต้องมีการปรับปรุง เพื่อคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของประชาชนชาวไทยและเพื่อให้บทบัญญัติในกฎหมายควบคุมการชุมนุมสาธารณะของไทยมีความสอดคล้องกับหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยด้วย

5.) บทสรุปและข้อเสนอแนะ

กล่าวโดยสรุป กฎหมายควบคุมการชุมนุมสาธารณะนั้น ถือเป็นกฎหมายที่สมควรได้รับการผลักดันในยุคของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ที่มีการรับรองสิทธิ เสรีภาพของประชาชนอย่างกว้างขวาง เพื่อควบคุมการชุมนุมที่อาจเกิดขึ้นให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

ดังนั้น ในที่นี้ผู้เขียนขอเสนอแนะแนวทาง 2 ประการดังต่อไปนี้

ประการแรก ให้มีการบัญญัติกฎหมายควบคุมการชุมนุมสาธารณะ อันเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับ วิธีการหรือขั้นตอนการใช้เสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะของประชาชน เพื่อสร้างความชัดเจนให้กับประชาชนที่ต้องการชุมนุมสาธารณะ และเพื่อประโยชน์ของเจ้าหน้าที่รัฐในการควบคุมและอำนวยความสะดวกให้แก่ผู้ชุมนุม โดยเนื้อหาของกฎหมายที่จะบัญญัติขึ้นนั้นควรที่จะมีความเหมาะสมและไม่เป็นการจำกัดสิทธิ เสรีภาพของประชาชนมากเกินไปเหตุ โดยอาจยึดเอากฎหมายควบคุมการชุมนุมสาธารณะของประเทศประชาธิปไตยอื่นๆเป็นตัวอย่างตามที่ได้นำเสนอไว้ แล้วนำมาปรับปรุงให้สอดคล้องกับสภาพสังคมและวัฒนธรรมของประเทศไทย

ประการที่สอง ให้มีการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจในการยุติการชุมนุมหรือสลายการชุมนุมโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ อันเป็นบทบัญญัติที่กำหนดถึงขั้นตอนหรือมาตรการในการสลายการชุมนุมที่มีความเป็นสากล รวมถึงกำหนดความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่รัฐ อันเกิดจากการสลายการชุมนุมที่ไม่เป็นไปตามมาตรการที่กำหนดเอาไว้ ทั้งนี้เพื่อให้กฎหมายฉบับนี้ เป็นหลักประกันแห่งสิทธิ เสรีภาพ ของประชาชน และเพื่อป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่รัฐใช้อำนาจในการสลายการชุมนุมตามอำเภอใจ

กฎหมายทั้ง 2 ฉบับที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตข้างหน้านี้ จะมีผลทำให้โครงสร้างของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการชุมนุมสาธารณะมีความชัดเจนแน่นอน และเป็นรูปธรรมมากขึ้นกว่าเดิม มิใช่เพียงบัญญัติเอาไว้อย่างเลื่อนลอยในรัฐธรรมนูญ โดยไม่มีการดำเนินการให้เป็นไปตามความมุ่งหมายหรือเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ อีกต่อไป

นับเป็นเรื่องที่ท้าทายความนึกคิดของประชาชนชาวไทยอย่างยิ่งที่จะต้องใช้สติปัญญาใคร่ครองและเลือกเอาระหว่าง การใช้เสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะโดยอิสระ โดยใช้กฎหมายต่างๆ ไปเฉพาะหน้าในการควบคุมการชุมนุมเหมือนที่ผ่านมา หรือการยอมตนอยู่ภายใต้กฎหมายควบคุมการชุมนุมสาธารณะ โดยอาจมีการกำหนดขั้นตอนการใช้เสรีภาพและมาตรการควบคุมการชุมนุมโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเอาไว้ อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าผลสุดท้ายประเทศไทยจะมีกฎหมายควบคุมการชุมนุมสาธารณะมาใช้บังคับหรือไม่ ผู้เขียนก็เชื่อว่าประชาชนชาวไทยทุกคน หวังที่จะเห็นพัฒนาการของการใช้สิทธิ เสรีภาพในการชุมนุม และไม่ต้องการเห็นเหตุการณ์ในประวัติศาสตร์ที่มีการใช้ความรุนแรงต่อกลุ่มผู้ชุมนุมจะมีการเสียเลือดเสียเนื้อของคนไทยด้วยกันเองหลายต่อหลายครั้ง ต้องย้อนรอยกลับมาเกิดขึ้นอีกครั้งหนึ่ง



วิพากษ์คำสั่งบรรเทาทุกข์ชั่วคราว กรณีระงับ 76 โครงการ ที่มาบตาพุด*

ชำนาญ จันทร์เรือง**

จากการที่สมาคมต่อต้านสภาวะโลกร้อนและประชาชนชาวมาบตาพุด กับพวก รวม 43 รายได้ยื่นฟ้อง คณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ เลขานุการสำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม รัฐมนตรีว่าการกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม รัฐมนตรีว่าการกระทรวงอุตสาหกรรม รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพลังงาน รัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคม รัฐมนตรีว่าการกระทรวงสาธารณสุข และการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย ต่อศาลปกครองกลาง ในคดีหมายเลขดำที่ 908/2552 ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีร่วมกันออกคำสั่งโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอน วิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น ตลอดจนละเลย ต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้า เกินสมควร

โดยเฉพาะตามมาตรา 67 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่กำหนดให้โครงการหรือกิจกรรมที่อาจก่อ

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net วันที่ 9 ตุลาคม พ.ศ. 2552

** นักวิชาการอิสระ

ให้เกิดผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรงทั้งทางด้านคุณภาพสิ่งแวดล้อม ทรัพยากรธรรมชาติและสุขภาพจะกระทำมิได้ เว้นแต่จะได้ศึกษาและประเมินผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชนในชุมชน และจัดให้มีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นประชาชนและผู้มีส่วนได้เสียก่อน และให้องค์กรอิสระ ซึ่งประกอบด้วยผู้แทนองค์กรเอกชนด้านสิ่งแวดล้อม และสุขภาพ และผู้แทนสถาบันอุดมศึกษาที่จัดการศึกษาด้านสิ่งแวดล้อม หรือ ทรัพยากรธรรมชาติ หรือด้านสุขภาพให้ความเห็นประกอบก่อนมีการดำเนิน โครงการหรือกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรงทั้งทางด้านคุณภาพสิ่งแวดล้อม ทรัพยากรธรรมชาติและสุขภาพเสียก่อน

แต่ภายหลังรัฐธรรมนูญ 2550 มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 24 สิงหาคม 2550 ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งแปดยังคงรับเรื่องพิจารณา หรือให้ความเห็นชอบ อนุมัติ อนุญาตให้ดำเนินโครงการหรือกิจกรรมหรือกิจการที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรงทั้งทางด้านคุณภาพสิ่งแวดล้อม ทรัพยากรธรรมชาติ และสุขภาพในพื้นที่จังหวัดระยองตามปกติเหมือนที่เคยทำมา มีจำนวนถึงกว่า 76 โครงการ โดยไม่สนใจว่าจะต้องนำบทบัญญัติของกฎหมายมาไปปฏิบัติในทันที ซึ่งศาลปกครองกลางได้มีคำสั่งบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดีให้รับ 76 โครงการ เพื่อคุ้มครองชุมชน มาบตาพุดไปเมื่อวันที่ 30 กันยายน 2552 ไปแล้วนั้น ทำให้เกิดผลกระทบ ตามมาอย่างมากมาย ผู้เขียนจึงจะนำประเด็นต่างๆ มาวิเคราะห์เพื่อความ เจริญงอกงามในเชิงวิชาการด้านกฎหมายมหาชนที่จะต้องคำนึงถึงความ สมดุลย์ของประโยชน์รัฐกับเอกชน

จากคำสั่งของศาลปกครองกลางที่สำนักงานศาลปกครองได้จัดทำเป็น เอกสารข่าวประชาสัมพันธ์สรุปได้ว่า

ในคดีนี้ ผู้ฟ้องคดีกับพวก ได้ยื่นคำขอมาพร้อมกับคำฟ้องโดยขอให้ ศาลกำหนด

มาตรการหรือวิธีการคุ้มครองใดๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการ

พิพากษา โดยขอให้ศาลมีคำสั่งระงับโครงการหรือกิจกรรม จำนวน 76 โครงการที่กำลังดำเนินการในพื้นที่ตำบลมาบตาพุด อำเภอบ้านฉาง และใกล้เคียง จังหวัดระยอง ไว้เป็นการชั่วคราวก่อนศาลจะมีคำพิพากษา ซึ่งศาลมีคำสั่งให้คู่กรณีมาฟังคำชี้แจงเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีของศาลเมื่อวันที่ 17 กรกฎาคม 2552 และมีคำสั่งให้คู่กรณีจัดส่งเอกสารและข้อเท็จจริงประกอบการพิจารณากำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองใดๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา และได้นัดไต่สวนเพื่อฟังคำชี้แจงของคู่กรณี และฟังถ้อยคำของผู้มีส่วนได้เสียเมื่อวันที่ 23 กันยายน 2552 เพื่อรับฟังคำชี้แจงและการให้ถ้อยคำด้วยวาจาประกอบเอกสารที่ได้ยื่นต่อศาลไว้แล้ว

กรณีความเดือดร้อนเสียหายของผู้ที่ร้องขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามชั่วคราว

ศาลพิเคราะห์คำชี้แจงของผู้ฟ้องคดีที่ 3 ถึงที่ 43 ประกอบรายงานการประชุมของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และที่ 2 รวมทั้งการประกาศเขตควบคุมมลพิษเมื่อวันที่ 30 เมษายน 2552 แล้ว

ข้อเท็จจริงรับกันและรับฟังได้ว่า ในเวลาที่ผ่านมาและในปัจจุบัน ปัญหามลพิษจากการประกอบกิจการโรงงานอุตสาหกรรมบริเวณชุมชนมาบตาพุดมีอยู่จริงและมีอยู่อย่างต่อเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน และสถานการณ์ของปัญหามลพิษมีแนวโน้มที่รุนแรงมากขึ้น จึงต้องประกาศเป็นเขตควบคุมมลพิษเพื่อดำเนินการควบคุม ลด และขจัดมลพิษ จึงเห็นว่า คำฟ้องมีมูล และมีเหตุเพียงพอที่จะนำวิธีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดีตามที่ขอมาใช้ได้ และผู้ขอจะได้รับความเดือดร้อนเสียหายต่อไปหากมีการอนุญาตให้ประกอบกิจการอุตสาหกรรมเพิ่มขึ้น

กรณีความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ

ศาลพิเคราะห์แล้วเห็นว่า บทบัญญัติมาตรา 67 ของรัฐธรรมนูญ 2550 เป็นบทบัญญัติที่ได้รับการกำหนดไว้ใน หมวด 3 ว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ของรัฐธรรมนูญ 2550 และเป็นสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ที่สำคัญประการหนึ่งที่บัญญัติรับรองไว้ตั้งแต่ประกาศใช้บังคับรัฐธรรมนูญ 2540

เป็นต้นมา เพื่อรับรองและคุ้มครองให้ชนชาวไทยสามารถดำรงชีพอยู่ได้อย่างปกติและต่อเนื่องในสิ่งแวดล้อมที่จะไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพอนามัย สวัสดิภาพ หรือคุณภาพชีวิตของตน โดยรัฐธรรมนูญ 2550 มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 24 สิงหาคม 2550 ซึ่งตามหลักสภาพบังคับของรัฐธรรมนูญทำให้บทบัญญัติที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญมีผลใช้บังคับทันทีโดยไม่ต้องรอให้มีการบัญญัติกฎหมายอนุวัติการให้เป็นไปตามบทบัญญัติดังกล่าวเสียก่อน และศาลปกครองต้องผูกพันในการใช้บังคับและการตีความกฎหมายเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยตามที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย ตามมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญ 2550 ที่บัญญัติว่า สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้ง โดยปริยายหรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้ง องค์การตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง

บทบัญญัติมาตรา 67 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญ 2550 ได้รับรองสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย มีสาระสำคัญว่า สิทธิในการดำรงชีพอยู่ได้อย่างปกติและต่อเนื่องในสิ่งแวดล้อมที่จะไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพอนามัย สวัสดิภาพ หรือคุณภาพชีวิตของตน เพื่อเป็นเจตจำนงให้การบริหารราชการแผ่นดินต้องตระหนักถึงสิทธิในสิ่งแวดล้อมและสุขภาพที่ดี และเพื่อให้บรรลุตามเจตนารมณ์ของการคุ้มครองสิทธิดังกล่าว ได้บัญญัติรับรองสิทธิที่เป็นกระบวนการเพื่อสนับสนุนการคุ้มครองสิทธิดังกล่าวไว้ในมาตราเดียวกัน ได้แก่ สิทธิในการมีส่วนร่วมกับรัฐและชุมชนในการอนุรักษ์บำรุงรักษาและการได้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและหลากหลายทางชีวภาพ และในการคุ้มครองส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม

โดยความในมาตรา 67 วรรคสอง ได้ยืนยันหลักในการคุ้มครองสิทธิดังกล่าวไว้ว่าห้ามดำเนินโครงการหรือกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อ

ชุมชนอย่างรุนแรง ทั้งทางด้านคุณภาพสิ่งแวดล้อม ทรัพยากรธรรมชาติ และสุขภาพ และกำหนดเป็นบทกเว้นไว้ภายใต้หลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ คือ การศึกษา และประเมินผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชนในชุมชน จัดให้มีการระดมการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนและผู้มีส่วนได้เสีย และการให้องค์การอิสระ ซึ่งประกอบด้วยผู้แทนองค์การเอกชนด้านสิ่งแวดล้อม และสุขภาพ และผู้แทนสถาบันอุดมศึกษา ที่จัดการศึกษาด้านสิ่งแวดล้อม หรือทรัพยากรธรรมชาติหรือด้านสุขภาพให้ความเห็นประกอบก่อนมีการดำเนินการดังกล่าว

แต่หลักเกณฑ์ที่กล่าวมาเป็นเพียงข้อยกเว้น จึงต้องได้รับการปฏิบัติโดยเคร่งครัด คือ เมื่อจะออกใบอนุญาตให้แก่โครงการหรือกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรงทั้งทางด้านคุณภาพสิ่งแวดล้อม ทรัพยากรธรรมชาติและสุขภาพ จะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ตามบทบัญญัติมาตรา 67 วรรคสอง ให้ครบถ้วนเสียก่อน นอกจากนี้ มาตรา 67 วรรคสาม ได้บัญญัติมาตรการซึ่งเป็นสภาพบังคับเพื่อให้มีการปฏิบัติให้เป็นบทบัญญัติมาตรา 67 คือการรับรองสิทธิของชุมชนที่จะฟ้องหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรอื่นของรัฐที่เป็นนิติบุคคล เพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ตามบทบัญญัตินี้

เมื่อบทบัญญัติมาตรา 67 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ 2550 มีเจตนารมณ์ให้มีการกำหนดประเภทและขนาดของโครงการหรือกิจกรรมที่อาจส่งผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรงไว้เป็นการล่วงหน้า เพื่อแต่ละโครงการหรือกิจกรรมดังกล่าวจะได้ดำเนินการตามหลักเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ตามหลักการป้องกันล่วงหน้า มิใช่มีเจตนารมณ์ให้ออกใบอนุญาตโครงการหรือกิจกรรมที่อาจส่งผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรงก่อน แล้วใช้หลักการควบคุมหรือหลักการเยียวยาหากเกิดความเสียหายขึ้นในภายหลัง เนื่องจากหลักการควบคุมหรือหลักการเยียวยาไม่ใช่หลักประกันที่มีประสิทธิภาพที่สุด

ในการคุ้มครองสิทธิการดำรงชีพอยู่ได้อย่างปกติและต่อเนื่องในสิ่งแวดล้อมที่จะไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพอนามัย สวัสดิภาพหรือคุณภาพชีวิตของประชาชน เพราะต้องขึ้นอยู่กับปัจจัยที่เป็นเงื่อนไขในภายหลังหลายประการ

ดังนั้น จึงกำหนดหลักการป้องกันล่วงหน้า ทั้งที่เป็นกระบวนการไว้ในบทบัญญัติมาตรา 67 วรรคหนึ่งและวรรคสอง คือ การมีส่วนร่วม การประเมินผลกระทบด้านสิ่งแวดล้อมและสุขภาพ การรับฟังความคิดเห็นของประชาชนและจากองค์กรต่างๆ เป็นต้น และกำหนดหลักการซึ่งเป็นสภาพบังคับทางกฎหมายไว้ในบทบัญญัติมาตรา 67 วรรคสาม ว่า การฟ้องคดีเพื่อบังคับให้ผู้ที่เกี่ยวข้องต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติมาตรานี้ ซึ่งเมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญ 2550 แล้ว

เห็นได้ว่า คณะรัฐมนตรีหรือหน่วยงานของรัฐต้องผูกพันในการใช้อำนาจเพื่อกำหนดว่าประเภทและขนาดของโครงการหรือกิจกรรมใดที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรงทั้งทางด้านคุณภาพสิ่งแวดล้อม ทรัพยากร ธรรมชาติและสุขภาพ ในทันทีที่บทบัญญัติมาตรา 67 ของรัฐธรรมนูญ 2550 มีผลใช้บังคับ เพื่อให้มีการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ให้ครบถ้วนก่อนที่หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะพิจารณาออกใบอนุญาตตามอำนาจหน้าที่ต่อไป

ศาลได้พิเคราะห์คำชี้แจงของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งแปดแล้ว รับฟังข้อเท็จจริงได้ว่า ภายหลังจากรัฐธรรมนูญ 2550 มีผลใช้บังคับเมื่อ 24 สิงหาคม 2550 แล้ว มีการออกใบอนุญาตให้แก่ โครงการหรือกิจกรรมตามเอกสารคำท้ายฟ้อง โดยยังไม่ได้มีการกำหนดว่าโครงการหรือกิจกรรมใดเป็นโครงการหรือกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรง ทั้งทางด้านคุณภาพสิ่งแวดล้อมทรัพยากรธรรมชาติและสุขภาพ รวมทั้ง ยังไม่ได้ปฏิบัติให้ครบถ้วนตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในมาตรา 67 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ 2550

ศาลเห็นว่า เป็นกรณีที่ มีปัญหาความน่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อกู้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ปัญหาว่า การกำหนดมาตรการหรือวิธีการเพื่อบรรเทาทุกข์เป็นการชั่วคราว ก่อนการพิพากษาคดี อาจเกิดปัญหาอุปสรรคที่อาจเกิดขึ้นแก่การบริหารงานของรัฐที่เกี่ยวข้องกับด้านเศรษฐกิจที่อาจจะเกิดขึ้น และอาจจะเป็นอุปสรรคแก่การบริหารงานของรัฐตามคำสั่งแห่งของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งแปดและถ้อยคำของผู้รับมอบอำนาจจากเจ้าของโครงการหรือกิจกรรมตามเอกสารท้ายคำฟ้องหรือไม่ นั้น

ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า ปัญหาดังกล่าวสามารถป้องกันแก้ไขและบรรเทาให้ลดน้อยลงได้ด้วยการบริหารราชการแผ่นดินตามหลักปรัชญาเศรษฐกิจพอเพียง และคำนึงถึงผลประโยชน์ของประเทศชาติในภาพรวมเป็นสำคัญตามแนวนโยบายพื้นฐานของรัฐ และการบริหารจัดการร่วมกันอย่างมีประสิทธิภาพระหว่างภาครัฐและเอกชน

นอกจากนั้น บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับการบริหารงานของรัฐ ซึ่งปรากฏในมาตรา 3 วรรคสอง ให้รัฐดำเนินการเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมทางสังคมตามหลักนิติธรรม และมาตรา 3/1 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534 ได้กำหนดหลักการบริหารราชการแผ่นดินเพื่อประโยชน์สุขของประชาชนไว้ด้วย

ศาลเห็นว่า เมื่อมีกรณีปัญหาความน่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อกู้มครองสิทธิในการดำรงชีพอยู่ได้อย่างปกติและต่อเนื่องในสิ่งแวดล้อมที่จะไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพอนามัย สวัสดิภาพ หรือคุณภาพชีวิตของประชาชน ซึ่งเป็นสิทธิและเสรีภาพที่เป็นเนื้อหาสำคัญของรัฐธรรมนูญ การกระทำทางการปกครองใดที่มีปัญหาเกี่ยวกับความน่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุที่ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ

ในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เป็นเรื่องที่เราจะต้องตระหนัก

เมื่อข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า ปัญหาหลัมาจากการประกอบกิจการของโรงงานอุตสาหกรรมที่ก่อมลพิษสูงซึ่งรวมกันอยู่ในพื้นที่มาบาดุดอันเป็นแหล่งอุตสาหกรรมใหญ่ที่สุดของประเทศมีอยู่จริงและส่งผลกระทบต่อชุมชนอย่างต่อเนื่อง และสถานการณ์ของปัญหาหลัมีแนวโน้มที่รุนแรงมากขึ้น จึงมีเหตุจำเป็นและเป็นการยุติธรรมและสมควรตามหลักนิติธรรม หลักการบริหารราชการแผ่นดินเพื่อประโยชน์สุขของประชาชน และหลักการบริหารงานของรัฐอย่างยั่งยืนเพื่อการพัฒนาเศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อม จึงสมควรกำหนดมาตรการหรือวิธีการเพื่อบรรเทาทุกข์เป็นการชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดี จึงมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งแปดสั่งระงับโครงการหรือกิจกรรมตามเอกสารหมายเลข 7 ท้ายคำฟ้อง ไว้เป็นการชั่วคราว จนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาหรือศาลมีคำสั่งเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่น ยกเว้นโครงการหรือกิจกรรมที่ได้รับใบอนุญาตก่อนวันประกาศใช้บังคับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 โครงการหรือกิจกรรมที่ไม่ได้กำหนดให้เป็นประเภทโครงการหรือกิจกรรมที่ต้องจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมตามประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง กำหนดประเภทและขนาดของโครงการหรือกิจการซึ่งต้องจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม และหลักเกณฑ์ วิธีการ ระเบียบปฏิบัติ และแนวทางการจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ลงวันที่ 16 มิถุนายน 2552 ทั้งนี้ ไม่รวมถึงการดำเนินการเพื่อให้เป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา 67 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

จากคำสั่งของศาลปกครองกลางดังกล่าว ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า

มาตรา 66 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองบัญญัติว่า ในกรณีที่ศาลปกครองเห็นสมควรกำหนดมาตรการหรือวิธีการใด ๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ให้แก่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องเป็นการชั่วคราวก่อนการพิพากษา

คดี ไม่ว่าจะมีคำร้องขอจากบุคคลดังกล่าวหรือไม่ ให้ศาลปกครองมีอำนาจ กำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวและออกคำสั่งไปยังหน่วยงานทาง ปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องให้ปฏิบัติได้ตามหลักเกณฑ์และวิธี การที่กำหนดโดยระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด

การกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการตามวรรคหนึ่ง ให้คำนึงถึงถึง ความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐและปัญหา อุปสรรคที่อาจเกิดขึ้นแก่การบริหารงานของรัฐประกอบด้วย

จะเห็นได้ว่าการกำหนดมาตรการหรือวิธีการใด ๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ แก่คู่กรณีนั้น กฎหมายบัญญัติให้คำนึงปัญหาอุปสรรคที่อาจเกิดขึ้นแก่การ บริหารงานของรัฐประกอบด้วย แต่ศาลได้ให้เหตุผลว่าปัญหาดังกล่าวสามารถ ป้องกันแก้ไขและบรรเทาให้ลดน้อยลงได้ด้วยการบริหารราชการแผ่นดินตาม หลักปรัชญาเศรษฐกิจพอเพียง และคำนึงถึงผลประโยชน์ของประเทศชาติใน ภาพรวมเป็นสำคัญตามแนวนโยบายพื้นฐานของรัฐ และการบริหารจัดการ ร่วมกันอย่างมีประสิทธิภาพระหว่างภาครัฐและเอกชน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าไม่น่า จะถูกต้องเพราะนอกจากผลกระทบที่ตามมามากมายจากคำสั่งดังกล่าวตามที่ ปรากฏตามสื่อสารมวลชนแล้ว ผู้เขียนยังเห็นว่าน่าจะเป็นก้างขวางข้ามแดน ของการใช้อำนาจอธิปไตยของฝ่ายบริหารในการใช้อำนาจบริหาร ซึ่งศาลจะ สามารถตรวจสอบได้เพียงในแง่ของความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น มิใช่ในแง่ ของความเหมาะสมหรือเป็นการกำหนดนโยบายให้ฝ่ายบริหารนำไปปฏิบัติ ซึ่งจะทำให้ฝ่ายตุลาการมีอำนาจเหนือฝ่ายบริหารที่ขัดต่อหลักการแบ่งแยก และถ่วงดุลการใช้อำนาจอธิปไตยตามหลักนิติรัฐซึ่งมีสาระสำคัญ 3 ประการ คือ

(1) บรรดาการกระทำทั้งหลายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะต้อง ชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ

(2) บรรดากฎหมายทั้งหลายที่องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้น จะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

(3) การควบคุมไม่ให้การกระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจัดการต่อกฎหมายที่ดี การควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญที่ดี จะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการซึ่งมีความเป็นอิสระจากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารและองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ

ฉะนั้น การควบคุมหรือตรวจสอบฝ่ายบริหารของฝ่ายตุลาการจึงสามารถทำได้ในแง่ของความชอบด้วยกฎหมาย มิใช่การควบคุมในแง่ของความเหมาะสม

อนึ่ง กรณีของมาบตาพุดนี้แตกต่างจากกรณีของการขายหุ้นของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวมิให้ขายหุ้น เพราะหากมีการเปิดขายหุ้นไปแล้วย่อมที่จะยากแก่การแก้ไขเยียวยาในภายหลัง แต่กรณีกลับกันในการณ์มาบตาพุดนี้เมื่อมีคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวแล้วกลับทำให้เกิดความยากลำบากในการบริหารราชการแผ่นดิน และหากมีคำพิพากษาถึงที่สุดให้ยกฟ้องย่อมยากที่แก้ไขเยียวยาให้การบริหารหรือภาวะเศรษฐกิจการลงทุนกลับสู่สภาพเดิม

อย่างไรก็ตามแม้ว่ากรณีมาบตาพุดนี้ศาลเห็นว่าการกระทำทางการปกครองใดที่มีปัญหาเกี่ยวกับความน่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะเหตุที่ไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของประชาชน จนเป็นเหตุให้ศาลกำหนดมาตรการชั่วคราวขึ้น แต่ก็มิได้หมายความว่า เป็นการวินิจฉัยว่าฝ่ายผู้ถูกฟ้องคดีกระทำการไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว เพราะยังต้องมีการพิจารณาพิพากษาจนถึงที่สุดเสียก่อน

จากที่กล่าวมาทั้งหมดนี้ จึงเป็นการชอบแล้วที่ฝ่ายรัฐและผู้มีประโยชน์ได้เสียจะได้อุทธรณ์ไปยังศาลปกครองสูงสุดเพื่อวินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานต่อไป



การเสียค่าธรรมเนียมศาลในชั้นอุทธรณ์ ในคดีปกครอง กรณี ค่าทดแทนในการเวนคืน*

นิรันดร์ สุขวงศ์**

บทความนี้ ได้แรงบันดาลใจจากการดำเนินคดีปกครอง ในสำนักงานคดีปกครอง สำนักงานอัยการสูงสุด เป็นระยะเวลาหกปีเศษ พบว่า ในคดีค่าทดแทนในการเวนคืน ซึ่งเป็นคดีที่มีปริมาณคดีมากที่สุดประเภทหนึ่ง และด้วยปริมาณที่มากดังกล่าวย่อมทำให้ภาระค่าใช้จ่ายของรัฐบาลมากตามไปด้วย ไม่ว่าจะเป็นค่าทดแทนที่ศาลพิพากษาให้หน่วยงานทางปกครองจ่ายเพิ่มจึ้นค่าใช้จ่ายในการดำเนินคดีและค่าธรรมเนียมศาลในชั้นอุทธรณ์ ที่หากฝ่ายปกครองแพ้แล้วจะไม่ได้คืน เพราะการดำเนินคดีปกครองนั้น ศาลจะคืนให้ตามส่วน⁽¹⁾ ซึ่งมีเป็นจำนวนมากที่ค่าใช้จ่ายในส่วนนี้ต้องสูญเสียไป โดย

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net วันที่ 25 ตุลาคม พ.ศ. 2552

**อัยการจังหวัดประจักษ์รากรม สำนักงานอัยการจังหวัดสอธร นิดศาสตรบัณฑิต เนติบัณฑิต นิติศาสตรมหาบัณฑิต(กฎหมายมหาชน) นักบริหารกิจการยุติธรรม(กระบวนการยุติธรรมทางปกครอง) กระทรวงยุติธรรม

1. พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 72 วรรคท้าย “ในการพิพากษาคดี ให้ศาลปกครองมีค่าส่งคืนค่าธรรมเนียมศาลทั้งหมดหรือบางส่วนตามส่วนของภาระคดี”

ซึ่งระบบนี้ถือว่าเป็นระบบที่นี้ เพราะหากความผิดพลาดเสียหายที่เกิดจากกระบวนการของศาลเองแล้ว เช่น ศาลชั้นต้นตัดสินผิด แล้วศาลสูงพิพากษากลับ ผู้ฟ้องคดีจะได้รับเงินค่าธรรมเนียม

(ต่อหน้าถัดไป)

เฉพาะค่าธรรมเนียมศาลในคดีค่าทดแทนในการเวนคืนในกรณีที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้อุทธรณ์ จึงเป็นประเด็นที่จะได้ทำการศึกษากันในรายละเอียดต่อไป ผู้เขียนขอบอกกับท่านผู้อ่านไว้ล่วงหน้า ก่อนที่จะอ่านบทความนี้ เพื่อมิให้เสียเวลาอันมีค่ามานั่งอ่านจนจบ ประเด็นในบทความนี้ ผู้เขียน เขียนในขณะปฏิบัติหน้าที่ ณ สำนักงานคดีปกครอง สำนักงานอัยการสูงสุด ทำสำนวนคดีปกครองมาแล้วไม่น้อยกว่า 300 เรื่อง ได้เคยพูดคุย กับพนักงานอัยการในสำนักงานคดีปกครองหลายท่าน ซึ่งส่วนใหญ่แล้ว ก็แทบจะไม่มีผู้ใดเห็นด้วยกับผู้เขียนเลย ถึงกับมีผู้เปรยว่า สู้ไป (ในประเด็นในบทความนี้) ก็แพ้ คงมีเพียงส่วนน้อยเพียงไม่กี่คนเท่านั้น ที่เห็นด้วยและสนับสนุนให้ผู้เขียนต่อสู้ในประเด็นเรื่องนี้อย่างเต็มที่ ผู้เขียนเห็นว่า การต่อสู้ในประเด็นข้อกฎหมายไม่ควรจะหยุดนิ่งถือตามคำพิพากษาของศาลเพียงเท่านั้น การคิดและค้นหาประเด็นหลักการใหม่ๆ ควรจะต้องมีการพัฒนาต่อไป นักกฎหมายไม่ควรหยุดนิ่งในประเด็นที่ศาลชี้ขาดแล้วถือปฏิบัติตามนั้น (ต้องศึกษาและวิเคราะห์ต่อไป) หากถือเช่นนั้นแล้ว ก็จะไม่เกิดการพัฒนาทางกฎหมาย เพราะจะกลายเป็นว่า มั่วแต่รอคอยศาลสร้างหลักให้เท่านั้น ในประเด็นในบทความนี้แน่นอนว่า ทางศาลปกครอง(ซึ่งต้องขออนุญาตกล่าวนามถึงองค์กร) คงจะไม่เห็นด้วยเป็นแน่แท้ เพราะได้ปฏิบัติ (เก็บค่าธรรมเนียมในประเด็นที่ผู้เขียนจะได้วิเคราะห์) มาเป็นระยะเวลาอันยาวนานแล้ว เพราะเหตุใดคงไม่ต้องพูดถึง และในประเด็นในบทความนี้ หากผู้อ่านเป็นตุลาการศาลปกครอง ท่านอาจจะไม่

1. (ต่อ)

ในศาลชั้นต้นที่ตนเสียไป เช่น สมมุติ ในศาลชั้นต้นฟ้องเรียกเงิน 5,000 บาท และสมมุติต่อไปว่า เสียค่าธรรมเนียม 500 บาท ศาลชั้นต้นตัดสินให้ผู้ฟ้องคดีชนะเพียง 3,000 บาท และคืนค่าธรรมเนียมบางส่วน 300 บาท และหากสมมุติอีกว่าในคดีนั้นศาลตัดสินผิดพลาดไปเอง และผู้ฟ้องคดีอุทธรณ์ในส่วน 2,000 บาทที่เหลือ เสียค่าธรรมเนียม 200 บาท ศาลสูงพิพากษาให้ชนะ และคืนค่าธรรมเนียมทั้งหมด ผู้ฟ้องคดีจะได้รับค่าธรรมเนียมที่เกิดจากการพิพากษาผิดพลาดคืนจำนวน 200 บาท ในชั้นต้น และค่าธรรมเนียมชั้นอุทธรณ์อีก 200 บาท คินด้วย ซึ่งแตกต่างกับระบบของศาลยุติธรรม การนำระบบคืนค่าธรรมเนียมศาลตามส่วนแห่งการชนะคดีมาใช้ผู้เขียนจะได้นำเสนอในรูปแบบบทความวิชาการภายหลังต่อไป

ต้องอ่านต่อไปแล้ว เพราะประเด็นในบทความนี้เป็นประเด็นที่ผู้เขียนได้ต่อสู้ไว้ในคำให้การ และคำฟ้องอุทธรณ์ในคดีปกครองเกือบทุกคดีที่ผู้เขียนได้รับผิดชอบเป็นเจ้าของสำนวน บทความนี้ จึงเป็นเพียงความเห็นส่วนตัวของผู้เขียนคนเดียวเท่านั้น ไม่เกี่ยวกับสถาบันหรือองค์ใด เป็นเพียงเศษเสี้ยวหนึ่งของความเห็นแปลกแยกเท่านั้น เพราะคงจะไปด้านตามความเห็นของคนส่วนใหญ่ไม่ได้ หากท่านผู้อ่านยึดถือตามความเห็นของคนส่วนใหญ่เสียแล้ว หากจะหยุดการอ่านไว้เพียงเท่านี้ แล้วนำเวลาไปใช้ประโยชน์ในกิจกรรมอื่น ก็ยังไม่สายที่จะมาเสียเวลานั่งอ่านต่อไป แต่หากเห็นว่า ความเห็นแปลกแยกยังเป็นประโยชน์อยู่บ้าง ผู้เขียนก็ขอกราบขอบพระคุณที่ได้รับฟังความเห็นของผู้เขียนไว้ ณ โอกาสนี้

อนึ่ง บทความนี้คงไม่สมบูรณ์ในทางวิชาการ เนื่องจากผู้เขียนได้ย้ายไปรับราชการที่จังหวัดยโสธร (ปฏิบัติหน้าที่ในการดำเนินคดีแพ่งและคดีอาญา) ทำให้การค้นคว้าในทางวิชาการกฎหมายมหาชนกระท่อนกระแท่นไม่สมบูรณ์ เนื่องจากความไม่พร้อมในหลายๆ ด้าน โดยเฉพาะด้านรับตำรากฎหมายมหาชน ซึ่งผู้เขียนได้นาติดตัวมาเพียงไม่กี่เล่ม แต่ก็พยายามรวบรวมข้อมูลให้ได้เท่าที่ความพร้อม และสติปัญญาจะเอื้ออำนวย และหวังว่าท่านผู้อ่านที่เป็นนักวิชาการคงให้อภัยในความบกพร่องแก่ผู้เขียน

โดยปกติการฟ้องคดีปกครองต่อศาลปกครอง ผู้ฟ้องคดีไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาล ตามหลักในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 45 วรรคสี่

“การฟ้องคดีไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาล เว้นแต่ การฟ้องคดีขอให้สั่งให้ชำระเงิน หรือส่งมอบทรัพย์สิน อันสืบเนื่องจากคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) หรือ (4) ให้เสียค่าธรรมเนียมศาลตามทุนทรัพย์ในอัตราตามที่ระบุไว้ในตาราง 1 ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง สำหรับคดีที่มีคำขอให้ปลดปล่อยทุกข์อันอาจคำนวณเป็นราคาเงินได้ ”

ซึ่งหลักในการฟ้องคดีปกครองนั้น ไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาล

แต่มีข้อยกเว้นในการฟ้องคดีปกครองในคดีบางประเภทที่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาล คือ การฟ้องคดีขอให้สั่งให้ใช้เงิน หรือส่งมอบทรัพย์สิน อันสืบเนื่องจากคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) หรือ (4) ให้เสียค่าธรรมเนียมศาลตามทุนทรัพย์ในอัตราตามที่ระบุไว้ในตาราง 1 ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง สำหรับคดีที่มีค่าขอให้ปลดเปลื้องทุกข์อันอาจคำนวณเป็นราคาเงินได้ ซึ่งขอเน้นย้ำว่านี้ คือ ข้อยกเว้น ซึ่งการพิจารณาหลัก และข้อยกเว้นจะได้กล่าวอีกทีหนึ่งในรายละเอียดต่อไป

เมื่อพิจารณาประกอบระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2543 ข้อ 34 ⁽²⁾ คำฟ้องที่ขอให้ศาลสั่งให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สิน อันสืบเนื่องจากคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) หรือ (4) ให้ผู้ฟ้องคดีชำระค่าธรรมเนียมศาลตามทุนทรัพย์ โดยให้ชำระเป็นเงินสดหรือเช็คซึ่งธนาคารรับรอง และให้พนักงานเจ้าหน้าที่ของศาลออกไปรับให้

ซึ่งนั่นหมายความว่า ผู้ฟ้องคดีต่อศาลปกครอง หากฟ้องเป็นคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) หรือ (4) และมีค่าขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สินด้วย ผู้ฟ้องคดีนั้นเองจะต้องเป็นผู้เสียค่าธรรมเนียมศาลคำนวณจากจำนวนทุนทรัพย์ที่เรียกร้อง ในอัตราตามที่ระบุไว้ในตาราง 1

2. ศาลปกครองสามารถออกระเบียบมาใช้บังคับได้โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 5 บรรดาระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศที่ออกโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดหรือ ก.สป.หรือ ก.สบ.โดยความเห็นชอบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด เมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้ และ มาตรา 6 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดตามมาตรา 44 และมาตรา 66 ต้องส่งให้สภาผู้แทนราษฎรในวันออกกระเบียบดังกล่าว เพื่อให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตรวจสอบได้ ถ้าต่อมามีการเสนอญัตติและสภาผู้แทนราษฎรมีมติภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ส่งระเบียบดังกล่าวให้สภาผู้แทนราษฎรด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ ให้ยกเลิกระเบียบใดไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ให้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดดำเนินการให้เป็นไปตามนั้น

กำหนดวันตามวรรคหนึ่งให้หมายถึงวันในสมัยประชุม

ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง สำหรับคดีที่มีคำขอให้ปลดปล่อย
ทุกข้ออันอาจคำนวณเป็นราคาส่งได้ ซึ่งก็ถูกต้องตามหลักการที่ผู้ฟ้องคดี
เป็นผู้เรียกร้องกล่าวอ้าง เอาเงินหรือทรัพย์สินจากอีกฝ่ายหนึ่ง เพื่อจะเอาเงิน
หรือทรัพย์สินมาเป็นของตนเองจึงต้องเป็นผู้เสียค่าธรรมเนียม

โดยหลักคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) หรือ (4) ที่ขอให้ศาลสั่ง
ให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สินเท่านั้น ที่ผู้ฟ้องคดีจะต้องเสียค่าธรรมเนียม
ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542
มาตรา 45 ซึ่งคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) หรือ (4) ⁽³⁾ กล่าวโดยสรุป
คือ คดีละเมิด คดีความรับผิดอย่างอื่น และสัญญาทางปกครอง ในคดีทั้งสาม
ประเภทนอกจากผู้ฟ้องคดีจะขอให้ชำระเงินหรือส่งมอบทรัพย์สินแล้วผู้ฟ้องคดี
ยังอาจขอให้กระทำการ ละเว้นกระทำการได้ด้วยตามมาตรา 72 (3) ⁽⁴⁾
หากเป็นการขอให้กระทำการ หรือละเว้นกระทำการแล้ว ก็ไม่ต้องเสียค่า
ธรรมเนียม เพราะมิได้ขอให้ศาลสั่งให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สิน เจตนารมณ์
ของข้อยกเว้นนี้ จึงเป็นเรื่องของการที่ผู้ใดเรียกเอาทรัพย์สินเป็นของตนเอง
ผู้นั้นจะต้องรับผิดชอบในค่าธรรมเนียม ดังนั้น ถึงแม้จะเป็นคดีตามมาตรา 9
วรรคหนึ่ง (3) หรือ (4) แล้วก็ตาม ก็จะต้องพิจารณาในส่วนคำขอด้วยว่า

3. มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครอง
หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำ
สั่งอื่น หรือจากการละเมิดต่อหน้าที่เดิมที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าว
ล่าช้าเกินสมควร

(4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

4. มาตรา 72 ในการพิพากษาคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดค่าบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(3) สั่งให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรือละเว้นกระทำการ โดยจะ
กำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขอื่น ๆ ไว้ด้วยก็ได้ ในกรณีที่มีการฟ้องเกี่ยวกับการกระทำละเมิด
หรือความรับผิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือการฟ้องเกี่ยวกับสัญญาทาง
ปกครอง

เป็นไปตามเงื่อนไขของกฎหมายที่ขอให้ศาลสั่งให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สินหรือไม่ด้วย

และเมื่อเป็นคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) หรือ (4) ที่ขอให้ศาลสั่งให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สินแล้ว กฎหมายกำหนดให้เสียค่าธรรมเนียมศาลตามทุนทรัพย์ในอัตราตามที่ระบุไว้ในตาราง 1 ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง สำหรับคดีที่มีค่าขอให้ปลดปล่อยทุกซ์อันอาจคำนวณเป็นราคาส่งได้ ซึ่งในตาราง 1 ดังกล่าว ได้กำหนดประเภทคดีไว้ 4 ประเภท กล่าวคือ

1. คดีที่มีค่าขอให้ปลดปล่อยทุกซ์อันอาจคำนวณเป็นราคาส่งได้
2. คดีที่มีค่าขอให้ปลดปล่อยทุกซ์อันไม่อาจคำนวณเป็นราคาส่งได้
3. คดีที่มีค่าขอให้ปลดปล่อยทุกซ์อันอาจคำนวณเป็นราคาส่งได้ และไม่อาจคำนวณเป็นราคาส่งได้รวมอยู่ด้วย

4. คดีที่ขอให้ชำระค่าเสียหาย ค่าอุปการะเลี้ยงดู หรือค่าเลี้ยงชีพ

กฎหมายให้เสียค่าธรรมเนียมตามอัตรา คดีที่มีค่าขอให้ปลดปล่อยทุกซ์อันอาจคำนวณเป็นราคาส่งได้เท่านั้น หรือเป็นเพียงการให้ใช้อัตราค่าธรรมเนียมตามตาราง 1 โดยใช้อัตราของคดีที่มีค่าขอให้ปลดปล่อยทุกซ์อันอาจคำนวณเป็นราคาส่งได้ ซึ่งอัตราดังกล่าว คือ ทุนทรัพย์ไม่เกิน 50 ล้านบาท ร้อยละ 2 ไม่เกิน 2 แสนบาท ส่วนที่เกิน 50 ล้านบาท ร้อยละ 0.1 เป็นอัตราในการคำนวณค่าธรรมเนียมศาล สำหรับคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) หรือ (4) ที่ขอให้ศาลสั่งให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สินเท่านั้น

ซึ่งคำว่า “สำหรับคดีที่มีค่าขอให้ปลดปล่อยทุกซ์อันอาจคำนวณเป็นราคาส่งได้” ในมาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 นั้น เป็นเพียงชื่อประเภทคดีตามตาราง 1 ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเท่านั้น เพราะในตาราง 1 มีประเภทคดีอยู่หลายประเภทคดีด้วยกันตามที่กล่าวมาข้างต้น

การพิจารณาตีความต้องพิจารณาทั้งประโยค กล่าวคือ “ให้เสียค่าธรรมเนียมศาลตามทุนทรัพย์ในอัตราตามที่ระบุไว้ในตาราง 1 ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง สำหรับคดีที่มีคำขอให้ปลดปล่อยทุกข์อันอาจคำนวณเป็นราคาเงินได้” มิใช่เป็นการบัญญัติ ให้มีประเภทคดีที่มีคำขอให้ปลดปล่อยทุกข์อันอาจคำนวณเป็นราคาเงินได้ ไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 แต่อย่างใด และกรณีก็ มิได้ทำให้คดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) หรือ (4) เป็น คดีที่มีคำขอให้ปลดปล่อยทุกข์อันอาจคำนวณเป็นราคาเงินได้ ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งไป เพราะกฎหมายให้ใช้เพียงอัตราของประเภทคดีนั้นเท่านั้น และมิได้มีการกำหนดประเภทคดีที่มีคำขอให้ปลดปล่อยทุกข์อันอาจคำนวณเป็นราคาเงินได้ ไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 โดยตรงแต่อย่างใด หากมีการนำประเภทคดีที่มีคำขอให้ปลดปล่อยทุกข์อันอาจคำนวณเป็นราคาเงินได้ มาบัญญัติไว้โดยตรงในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 แล้วให้คดีดังกล่าวต้องเสียค่าธรรมเนียม ก็คงจะไม่มีปัญหาให้ผู้เขียนต้องเขียนบทความนี้

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 45 วรรคสี่ “การฟ้องคดีไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาล เว้นแต่การฟ้องคดีขอให้สั่งให้ใช้เงิน หรือส่งมอบทรัพย์สิน อันสืบเนื่องจากคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) หรือ (4) ให้เสียค่าธรรมเนียมศาลตามทุนทรัพย์ในอัตราตามที่ระบุไว้ในตาราง 1 ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง สำหรับคดีที่มีคำขอให้ปลดปล่อยทุกข์อันอาจคำนวณเป็นราคาเงินได้”

ซึ่งหากเป็นนักกฎหมายแล้วเวลาพิจารณากฎหมายมักจะพิจารณาองค์ประกอบ ซึ่งผู้เขียนก็ขอลองพิจารณาดูบ้าง การพิจารณามาตราดังกล่าวสามารถแยกองค์ประกอบในคดีที่ต้องเสียค่าธรรมเนียมได้ ดังนี้

1. เป็นการฟ้องคดี

2. ขอให้สั่งให้ใช้เงิน หรือส่งมอบทรัพย์สิน

3. อันสืบเนื่องจากคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) หรือ (4)

การจะต้องเสียค่าธรรมเนียมต้องเข้าองค์ประกอบ ครบทั้ง 3 ข้อ ซึ่งการฟ้องคดีนั้น ยังมีความหมายรวมถึงการยื่นอุทธรณ์ด้วย⁵⁾ เมื่อเป็นการฟ้องคดีแล้ว ต้องดูต่อไปว่า การฟ้องคดี หรือการยื่นอุทธรณ์นั้น มีการขอให้สั่งให้ใช้เงิน หรือส่งมอบทรัพย์สินหรือไม่ หากเป็นการฟ้องคดีต่อศาลปกครองชั้นต้น แน่แน่นอนว่าต้องถือว่า มีการขอให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สินหรือไม่ แต่หากเป็นการอุทธรณ์แล้ว จะต้องพิจารณาอีกหรือไม่ว่า ค่าฟ้องอุทธรณ์ ต้องเข้าองค์ประกอบของการขอให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สินด้วย

ตามระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2543 ข้อ 103 “ ค่าธรรมเนียมศาลในชั้นอุทธรณ์นั้น ถ้าทุนทรัพย์ในชั้นอุทธรณ์เป็นอย่างเดียวกับในศาลปกครองชั้นต้น ให้ผู้อุทธรณ์เสียตามทุนทรัพย์เช่นเดียวกับในศาลปกครองชั้นต้น แต่ถ้าผู้อุทธรณ์ได้รับความพอใจบางส่วนตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นแล้ว และทุนทรัพย์ในชั้นอุทธรณ์ต่ำกว่าในศาลปกครองชั้นต้น ให้ผู้อุทธรณ์เสียค่าธรรมเนียมศาลในชั้นอุทธรณ์ตามทุนทรัพย์ที่ต่ำนั้น ”

เมื่อพิจารณาหลักในการเสียค่าธรรมเนียมศาลชั้นอุทธรณ์แล้วดูเหมือนว่าการขอให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สินนั้น ไม่เป็นข้อพิจารณาอีกแล้ว เพราะน่าจะดูที่ศาลชั้นต้นพิจารณารับคำฟ้องคดีนั้นเป็นหลักกว่า เป็นคดีประเภทใด ในชั้นอุทธรณ์จึงน่าจะดูเพียงเงื่อนไขตาม ข้อ 103 เท่านั้น ซึ่งมีผลให้ผู้อุทธรณ์อาจต้องเสียค่าธรรมเนียมในคดีที่ตนเองไม่ได้ขอให้มีการชดใช้เงินให้แก่ตนได้ ซึ่งในประเด็นนี้ จะได้ทำการวิเคราะห์ในรายละเอียดต่อไป

5. มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

“คำฟ้อง” หมายความว่า การเสนอข้อหาต่อศาลไม่ว่าจะได้เสนอต่อศาลปกครองชั้นต้นหรือศาลปกครองสูงสุด ไม่ว่าจะได้เสนอในขณะที่เริ่มคดีโดยคำฟ้องหรือคำร้องขอ หรือเสนอในภายหลังโดยคำฟ้องเพิ่มเติมหรือแก้ไข หรือฟ้องแย้ง หรือโดยสอดเข้ามาในคดีไม่ว่าด้วยความสมัครใจหรือถูกบังคับ หรือโดยมีคำขอให้พิจารณาใหม่

กลับมาพิจารณาคุณค่าทดแทนในการเวนคืน ซึ่งเป็นกรณีศึกษาในบทความนี้ โดยส่วนใหญ่แล้วคดีประเภทนี้ หน่วยงานทางปกครองจะเป็นผู้ถูกฟ้องคดี และการฟ้องคดีก็จะเป็นการขอให้หน่วยงานทางปกครองชำระเงินค่าทดแทนเพิ่มขึ้น ซึ่งในคดีค่าทดแทนในการเวนคืนนั้น หน่วยงานทางปกครองจะกำหนดค่าทดแทนเบื้องต้น และหากผู้ถูกเวนคืนไม่พอใจ ก็จะมีการอุทธรณ์ต่อรัฐมนตรีให้พิจารณาทบทวนอีกครั้ง⁽⁶⁾ หากรัฐมนตรีพิจารณาอย่างใดก็เป็นอันเสร็จสิ้นในกระบวนการของฝ่ายปกครอง หากผู้ถูกเวนคืนยังไม่พอใจก็ต้องฟ้องคดีต่อศาลปกครองต่อไป⁽⁷⁾ และการฟ้องคดีประเภทนี้ก็จะ

⁶ พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ.2530 มาตรา 25 ผู้มีสิทธิได้รับเงินค่าทดแทนตามมาตรา 18 ผู้ใดไม่พอใจในราคาของอสังหาริมทรัพย์หรือจำนวนเงินค่าทดแทนที่คณะกรรมการกำหนดตามมาตรา 9 มาตรา 10 ทวิ มาตรา 23 หรือมาตรา 28 วรรคสาม มีสิทธิอุทธรณ์ต่อรัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามมาตรา 6 หรือรัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ฉบับนั้น ภายในหกสิบวันนับแต่วันได้รับหนังสือจากเจ้าหน้าที่หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากเจ้าหน้าที่ให้มารับเงินค่าทดแทนดังกล่าว

ในการพิจารณาอุทธรณ์ตามวรรคหนึ่ง ให้รัฐมนตรีแต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นคณะหนึ่ง ประกอบด้วยผู้ทรงคุณวุฒิทางกฎหมาย และผู้มีความรู้ความสามารถในการตีราคาอสังหาริมทรัพย์ มีจำนวนทั้งหมดไม่น้อยกว่าห้าคน เป็นผู้พิจารณาเสนอความเห็นต่อรัฐมนตรี ทั้งนี้ ให้รัฐมนตรีวินิจฉัยอุทธรณ์ให้เสร็จสิ้นภายในหกสิบวันนับแต่วันที่รับคำอุทธรณ์

⁷ พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ.2530 มาตรา 26 ในกรณีที่ผู้มีสิทธิได้รับเงินค่าทดแทนยังไม่พอใจในคำวินิจฉัยของรัฐมนตรีตามมาตรา 25 หรือในกรณีที่รัฐมนตรีมิได้วินิจฉัยอุทธรณ์ให้เสร็จสิ้นภายในกำหนดเวลามาตรา 25 วรรคสอง ให้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลได้ภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำวินิจฉัยของรัฐมนตรีหรือนับแต่วันที่พ้นกำหนดเวลาดังกล่าวแล้วแต่กรณี

การที่เจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายซึ่งอสังหาริมทรัพย์นั้นอุทธรณ์ต่อรัฐมนตรีตามมาตรา 25 วรรคหนึ่ง หรือฟ้องคดีต่อศาลตามวรรคหนึ่งนั้น ไม่เป็นเหตุให้การครอบครองหรืออสังหาริมทรัพย์ การรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างการขนย้ายทรัพย์สิน หรือการดำเนินการใด ๆ ของเจ้าหน้าที่ หรือผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากเจ้าหน้าที่เกี่ยวกับกิจการที่จะต้องมีการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์นั้นต้องสะดุดหยุดลง

ในกรณีที่รัฐมนตรีหรือศาลวินิจฉัยให้ชำระเงินค่าทดแทนเพิ่มขึ้น ให้ผู้มีสิทธิได้รับเงินค่าทดแทนได้รับดอกเบี้ยในอัตราสูงสุดของดอกเบี้ยเงินฝากประเภทฝากประจำของธนาคารออมสิน ในจำนวนเงินที่เพิ่มขึ้น ทั้งนี้ นับแต่วันที่ต้องมีการจ่ายหรือวางเงินค่าทดแทนนั้น

ขอให้หน่วยงานทางปกครองจ่ายเงินค่าทดแทนเพิ่มขึ้น การฟ้องจึงเป็นคดีตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3)⁽⁸⁾ ซึ่งผู้ต้องคดีเป็นคนฟ้องขอให้ฝ่ายปกครองจ่ายเงินให้แก่ผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงต้องเสียค่าธรรมเนียมศาลตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 45 และระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 34

ในส่วนหน่วยงานทางปกครองในการต่อสู้คดีในคำให้การของหน่วยงานทางปกครองก็จะอยู่ในลักษณะที่ว่า การพิจารณากำหนดค่าทดแทนที่ตนได้พิจารณานั้นถูกต้อง เหมาะสม และเป็นธรรมแล้ว แต่พอคดีนั้น ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาให้ฝ่ายปกครองแพ้ และให้จ่ายเงินค่าทดแทนเพิ่มขึ้นแก่ผู้ฟ้องคดี ฝ่ายปกครองจะต้องเป็นผู้อุทธรณ์ ซึ่งการอุทธรณ์ของฝ่ายปกครองโดยทั่วไปแล้วผู้ที่อุทธรณ์จะประกอบไปด้วย หน่วยงานทางปกครองที่เป็นเจ้าหน้าที่เวนคืน และรัฐมนตรีผู้วินิจัยอุทธรณ์⁽⁹⁾ ในเนื้อหาที่ฝ่ายปกครองมักจะอุทธรณ์ได้แย้ง ก็เป็นไปในแนวทางเดียวกัน กล่าวคือ หากยังไม่มีคำวินิจัยอุทธรณ์ ก็อุทธรณ์ในลักษณะว่า การพิจารณากำหนดเงินค่าทดแทนของเจ้าหน้าที่เวนคืนและเจ้าหน้าที่เกี่ยวข้องได้กระทำโดยถูกต้องเหมาะสมและเป็นธรรมแล้ว หากมีคำวินิจัยอุทธรณ์แล้ว ก็จะมีประเด็นเพิ่มเติมว่า การพิจารณาวินิจัยอุทธรณ์ของรัฐมนตรีได้พิจารณาถูกต้อง

⁸ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.2/2546 อ.8/2546 อ.23/2546 อ.49/2546

⁹ ในประเด็นนี้ ในคำพิพากษา ศาลมักจะพิพากษาให้เจ้าหน้าที่เวนคืนจ่ายเงิน เพราะเป็นผู้มีหน้าที่จ่าย และยกในส่วนของรัฐมนตรี น่าจะเพราะไม่มีหน้าที่จ่าย แต่ในเนื้อหาคำพิพากษาในทุกคดีศาลจะต้องเข้าไปตรวจสอบและพิจารณาและวินิจัยในส่วนการพิจารณาของรัฐมนตรีด้วยว่า ได้พิจารณาวินิจัยโดยถูกต้อง เหมาะสม เป็นธรรมหรือไม่ เพราะเป็นผู้ทำคำสั่งสุดท้ายของฝ่ายปกครอง แต่พอศาลยกเพราะเหตุที่ไม่ใช่ผู้มีหน้าที่จ่ายเงินแล้ว แน่นอนว่า รัฐมนตรีก็จะไม่อุทธรณ์ และทางปฏิบัติก็เป็นเช่นนั้น แต่ถามว่า หากศาลพิพากษาให้จ่ายเงินเพิ่มขึ้นจากที่รัฐมนตรีวินิจัยให้ นั้นเท่ากับว่า การพิจารณาของรัฐมนตรีไม่ถูกต้อง ไม่เหมาะสม และไม่เป็นที่ชอบอยู่ในตัวนั่นเอง ศาลจึงต้องพิพากษาเพิ่มค่าทดแทนขึ้น แล้วอย่างนี้ในส่วนของรัฐมนตรีจะไม่อุทธรณ์อย่างนั้นหรือ

เหมาะสมและเป็นธรรมแล้วเช่นกัน ประเด็นที่หน่วยงานทางปกครองอุทธรณ์ จึงเป็นในเนื้อหาว่า การพิจารณากำหนดค่าทดแทนที่ดินพิจารณานั้น ถูกต้อง เหมาะสมและเป็นธรรมแล้ว และในคำฟ้องอุทธรณ์หน่วยงานทางปกครอง ก็มีได้มีคำขอให้มีการชดใช้เงินหรือเรียกเอาทรัพย์สินแต่อย่างใด เพราะในการ ขอจะขอให้ศาลเพิกถอนคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้น(พิพากษากลับ) เพียง แต่อุทธรณ์ให้ศาลปกครองสูงสุดทำการตรวจสอบการพิจารณากำหนดค่า ทดแทนของฝ่ายปกครองอีกครั้งเท่านั้น และชี้ให้ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า การพิจารณากำหนดค่าทดแทนของศาลปกครองชั้นต้นไม่ถูกต้อง แต่เมื่อ กลายเป็นผู้อุทธรณ์แล้ว ต้องเข้าเงื่อนไขตามระเบียบ ข้อ 103 กลับกลายเป็นผู้ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาลในชั้นอุทธรณ์ เพื่อให้ศาลวินิจฉัยในเนื้อหาว่า การพิจารณากำหนดเงินค่าทดแทนได้กระทำโดยถูกต้อง เหมาะสมและเป็น ธรรมตามที่ฝ่ายปกครองพิจารณาแล้วและให้เพิกถอนคำพิพากษาศาล ปกครองชั้นต้นเท่านั้น ซึ่งไม่ได้เกี่ยวกับการขอให้ใช้เงินแต่อย่างใด หาก พิจารณาจากระเบียบ ข้อ 103 ข้างต้นแล้ว ฝ่ายปกครองที่อุทธรณ์ได้แย้งจะ ต้องเสียค่าธรรมเนียมชั้นอุทธรณ์ ซึ่งอาจจะมองจากอีกมุมมองหนึ่งได้ว่า ที่ต้องเสียเนื่องจากเป็นคดีหรืออุทธรณ์ที่สืบเนื่องจากคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) ที่ผู้ฟ้องคดีขอให้ใช้เงิน หากมองเช่นนั้น เท่ากับว่า เป็นการ เอาเงื่อนไขการฟ้องของผู้ฟ้องคดีในศาลชั้นต้นเพียงอย่างเดียวเท่านั้น เป็นหลักในการพิจารณาค่าธรรมเนียมศาลในชั้นอุทธรณ์ โดยไม่คำนึงว่า ใน ชั้นอุทธรณ์นั้น ผู้อุทธรณ์จะมีการขอให้ใช้เงินตามเงื่อนไขของพระราชบัญญัติ จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 45 หรือไม่ หากเป็นเช่นนั้น การอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุดในคดีที่มีการเรียกร้องเงิน หากผู้ใดแพ้ในศาลชั้นต้น หากจะอุทธรณ์ก็จะต้องเสียค่าธรรมเนียมศาล อย่างเดียว ยกเว้นได้รับการยกเว้นค่าธรรมเนียมตามกฎหมาย¹⁰⁾ ไม่ว่าจะ อุทธรณ์ในเนื้อหาอย่างไรหรือมีคำขออย่างใดก็ตาม ซึ่งเนื้อหาในการอุทธรณ์นั้น

10) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 45/1

หากเป็นการอุทธรณ์ที่ไม่ได้โต้แย้งหรือพิพากษาในจำนวนเงิน แต่เป็นอุทธรณ์ในเนื้อหาของการพิจารณา เช่น ศาลปกครองพิพากษาให้ฝ่ายปกครองจ่ายเงิน ค่าทดแทนเพิ่มขึ้น ฝ่ายปกครองจะต้องเป็นผู้อุทธรณ์ ซึ่งการอุทธรณ์ของฝ่ายปกครองโดยทั่วไปแล้ว ผู้ที่จะอุทธรณ์จะประกอบไปด้วย หน่วยงานทางปกครองที่เป็นเจ้าหน้าที่เวณคืน และรัฐมนตรีผู้วินิจฉัยอุทธรณ์ ในเนื้อหาที่ฝ่ายปกครองมักจะอุทธรณ์โต้แย้ง ก็เป็นไปในแนวทางเดียวกัน หากยังไม่มีคำวินิจฉัยอุทธรณ์ ก็อุทธรณ์ในลักษณะว่า การพิจารณากำหนดเงินค่าทดแทนได้กระทำโดยถูกต้อง เหมาะสมและเป็นธรรมแล้ว หากมีคำวินิจฉัยอุทธรณ์แล้ว ก็จะมีประเด็นเพิ่มเติมว่า การพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ได้พิจารณาถูกต้อง เหมาะสมและเป็นธรรมแล้วเช่นกัน ประเด็นที่หน่วยงานทางปกครองอุทธรณ์จึงเป็นในเนื้อหาว่า การพิจารณากำหนดค่าทดแทน ถูกต้อง เหมาะสมและเป็นธรรมแล้ว หน่วยงานทางปกครองมิได้มีคำขอให้มีการชดใช้เงินแต่อย่างใด เพียงอุทธรณ์ให้ศาลปกครองสูงสุดทำการตรวจสอบการพิจารณากำหนดค่าทดแทนของฝ่ายปกครองอีกครั้งเท่านั้น เพื่อให้ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าที่ศาลปกครองชั้นต้นเข้ามากำหนดค่าทดแทนนั้นไม่ถูกต้อง และกรณีอาจจะมีความผิดในกรณีที่มิใช่ผู้อุทธรณ์หลายคน ซึ่งบางคนอาจจะเกี่ยวข้องหรือไม่เกี่ยวกับการจ่ายเงินโดยตรง เช่น หากรัฐมนตรีผู้วินิจฉัยอุทธรณ์เป็นผู้อุทธรณ์เพียงผู้เดียวขอให้ศาลปกครองสูงสุดทบทวนการพิจารณาค่าทดแทนที่รัฐมนตรีวินิจฉัยว่าถูกต้องแล้ว และที่ศาลปกครองชั้นต้นกำหนดนั้นไม่ถูกต้อง นั้นเท่ากับว่า ให้ตรวจสอบการกระทำเท่านั้น ซึ่งขอยกตัวอย่างเปรียบเทียบกับในคดีที่หน่วยงานทางปกครองออกคำสั่งให้ประชาชนชดใช้เงินตามกฎหมายที่ให้อำนาจ หากประชาชนเห็นว่า คำสั่งที่ให้ตนเองชดใช้เงินไม่ถูกต้อง ตนเองไม่ต้องชดใช้ และฟ้องคดีต่อศาลปกครองให้เพิกถอนคำสั่งนั้น ประชาชนนั้นไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียม เพราะไม่ได้ขอให้ชดใช้เงิน (การเพิกถอนก็เป็นการให้ศาลตรวจสอบการกระทำหรือคำสั่งนั้น หรือให้พิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาในคำสั่งนั้น) ถึงแม้ในที่สุด ประชาชนผู้นั้นจะได้รับประโยชน์จากผลคำพิพากษาของศาล ในกรณีที่ชนะคดี คือ ไม่ต้องชดเงินให้

ฝ่ายปกครองก็ตาม เช่นเดียวกันกับคดีค่าทดแทนที่ฝ่ายปกครองอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด ให้เพิกถอนคำสั่งศาลปกครองชั้นต้น (ในกรณีที่ศาลชั้นต้นพิพากษาให้ฝ่ายปกครองจ่ายเงินค่าทดแทนเพิ่ม) ฝ่ายปกครองอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุดให้พิจารณาบทวนการพิจารณาและกำหนดค่าทดแทนที่ตนเองเห็นว่า ได้กระทำ(พิจารณาและกำหนด)ถูกต้อง เหมาะสมตามกฎหมายแล้วเท่านั้น และในการขอ ก็ขอให้กลับคำพิพากษาศาลชั้นต้น หรือเท่ากับว่าให้เพิกถอนคำพิพากษาศาลชั้นต้น เหมือนเช่นกรณีตัวอย่างที่ประชาชนฟ้องฝ่ายปกครองในกรณีให้ใช้เงิน ซึ่งผลของคดีทั้งสองนั้น ก็เหมือนกันกล่าวคือ ไม่ต้องชดใช้เงิน หากในที่สุดศาลตัดสินให้ประชาชน (ในคดีที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งให้ชำระเงิน) หรือคดีเวนคืน (ในกรณีที่ฝ่ายปกครองอุทธรณ์ขอให้ศาลปกครองสูงสุดพิพากษายืนขึ้นตามการพิจารณาวินิจฉัยของฝ่ายปกครองและให้เพิกถอนคำสั่งศาลชั้นต้น) ชนะ ซึ่งนั่นเป็นเพียงผลเท่านั้น แต่เหตุแห่งการฟ้องคดีทั้งสองกรณีมีลักษณะคล้ายกัน แต่กรณีของฝ่ายปกครองแล้วกลับกลายเป็นผู้ต้องเสียค่าธรรมเนียม กลายเป็นว่าหากศาลปกครองชั้นต้นกำหนดเงินแล้ว ผู้ต้องจ่ายเงินจะอุทธรณ์ จะต้องจ่ายค่าธรรมเนียมตามที่ศาลปกครองชั้นต้นกำหนด หากคำพิพากษาศาลชั้นต้นมีผลบังคับเช่นในคดีแห่งก้นาพิจารณาเป็นประเด็นต่อไปได้ นอกจากในคดีค่าทดแทนการเวนคืนรัฐมนตรีสมีสิทธิอุทธรณ์แล้ว เจ้าหน้าที่เวนคืนก็มีสิทธิอุทธรณ์เช่นเดียวกัน ซึ่งส่วนใหญ่ศาลจะให้เจ้าหน้าที่เวนคืนเสียเงินค่าธรรมเนียมศาลชั้นอุทธรณ์ ซึ่งน่าจะเป็นเพราะมีหน้าที่โดยตรงในการจ่ายเงินและทางปฏิบัติก็เป็นเช่นนั้น เพราะศาลไม่เคยเรียกเก็บเงินค่าธรรมเนียมจากรัฐมนตรี หากสมมุติว่า รัฐมนตรีเป็นผู้อุทธรณ์เพียงผู้เดียว ในตรรกะเช่นเดียวกันกับที่ประชาชนฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งของฝ่ายปกครองที่ให้ใช้เงินแล้ว รัฐมนตรีควรเสียค่าธรรมเนียมหรือ ซึ่งหากพิจารณาจากตรรกะเช่นเดียวกันรัฐมนตรีก็น่าจะไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียม เพราะไม่ได้ขอให้มีการชดใช้เงิน แต่เพียงให้เพิกถอนคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นเท่านั้น หากรัฐมนตรีไม่ต้องเสียจริงแล้ว ต่อไปนี้คงจะมีแต่ในส่วนของรัฐมนตรี

เท่านั้นที่เป็นผู้อุทธรณ์

ประการต่อมา โดยหลักกฎหมายปกครองของต่างประเทศ(ฝรั่งเศส) การกระทำของฝ่ายปกครองหรือคำสั่งทางปกครองได้รับการสนับสนุนไว้ก่อนว่า ถูกต้อง ชอบด้วยกฎหมายจนกว่าจะมีการยกเลิกเพิกถอนโดยฝ่ายปกครอง หรือศาล(โดยคำพิพากษาหรือคำสั่งถึงที่สุด) การที่เจ้าหน้าที่เวนคืนที่ดิน หรือ รัฐมนตรีผู้วินิจฉัยอุทธรณ์ก็ดี พิจารณากำหนดค่าทดแทนให้แก่ผู้ใดอย่างใดแล้ว ถือได้ว่า มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง⁽¹¹⁾ ย่อมควรได้รับการสนับสนุน โดยหลักดังกล่าวด้วยเช่นเดียวกัน ข้อพิจารณาในประการนี้ ต้องพิจารณา ควบคู่กันกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กล่าวคือ ในประมวล กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กฎหมายบังคับให้คำพิพากษาศาลชั้นต้นมี ผลบังคับทันที⁽¹²⁾ หากคู่ความต้องการไม่ให้มีผลบังคับก็จะต้องขอทุเลา แต่ คำพิพากษาหรือคำสั่งศาลปกครองยังไม่มีผลบังคับ เพราะจะต้องรอจนกว่า พ้นระยะเวลาอุทธรณ์ หรือหากมีการอุทธรณ์ก็ต้องจนกว่าคดีจะถึงที่สุด⁽¹³⁾ ทำให้สถานะของผู้อุทธรณ์ในคดีทั้งสอง (คดีแพ่งและคดีปกครอง) แตกต่างกัน

11. พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ.2539 มาตรา 5 ในพระราชบัญญัตินี้

“คำสั่งทางปกครอง” หมายความว่า

(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่าง บุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือ หน้าที่ของบุคคล ไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การ วินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ

(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง

12. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 145 ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งประมวล กฎหมายนี้ว่าด้วยการอุทธรณ์ฎีกา และการพิจารณาใหม่ คำพิพากษาหรือคำสั่งใด ๆ ให้ถือว่าผูกพันคู่ความในกระบวนการพิจารณาของศาลที่พิพากษาหรือมีคำสั่ง นับตั้งแต่วันที่ได้พิพากษาหรือ มีคำสั่งจนถึงวันที่คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นได้ถูกเปลี่ยนแปลง แก้ไข กลับหรือดลเสีย ถ้าหากมี
13. พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 70 คำพิพากษา ศาลปกครองให้ผูกพันคู่กรณีที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งนับแต่วันที่กำหนดในคำพิพากษาจนถึง วันที่คำพิพากษานั้นถูกเปลี่ยนแปลงแก้ไขกลับหรือดลเสีย

อย่างชัดเจน กล่าวคือ ในคดีแพ่งหากศาลพิพากษาให้จำเลยต้องชดใช้เงินให้โจทก์ จำเลยมีความผูกพันและผลบังคับตามกฎหมายที่จะต้องชำระเงินให้แก่โจทก์ทันที ที่ศาลพิพากษา ซึ่งเป็นหนี้ตามกฎหมายตามคำพิพากษาที่มีผลบังคับแล้ว หากจำเลยยังไม่ต้องการที่จะถูกบังคับคดีให้ชำระเงินในระหว่างนั้น จำเลยก็ต้องขอทุเลาการบังคับ⁽¹⁴⁾ การที่จำเลยอุทธรณ์จึงควรเสียค่าธรรมเนียม เพราะมีหน้าที่หรือเป็นหนี้ที่มีผลบังคับให้ต้องปฏิบัติแล้ว แต่ในส่วนคดีปกครองนั้น หากฝ่ายปกครองถูกฟ้อง ฝ่ายปกครองมีข้อสันนิษฐานตามที่กล่าวข้างต้นเป็นประการแรก และเมื่อศาลปกครองชั้นต้นพิพากษา ก็มีกฎหมาย พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 70 วรรคสอง ที่ทำให้คำพิพากษาหรือคำสั่งศาลปกครองยังไม่มีผลบังคับ มาสนับสนุนเป็นประการที่สอง เป็นผลให้คำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นยังไม่มีผลบังคับ แตกต่างกับหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เท่ากับว่า ในคดีปกครองหากมีการอุทธรณ์คำพิพากษาศาลชั้นต้นนั้น ก็ยังไม่มีผลผูกพันบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องชำระเงินตามคำพิพากษาแต่อย่างใด เมื่อคำพิพากษา ยังไม่มีผลบังคับผูกพันประกอบกับยังไม่ถึงที่สุด ข้อสันนิษฐานตามหลักกฎหมายปกครองจึงยังคงได้รับการสันนิษฐานต่อไปในระหว่างนั้น เมื่อเป็นเช่นนั้น ในคดีเวณคินฝ่ายปกครองที่แพ้คดีในชั้นต้น แล้วอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด เพื่อให้เพิกถอนคำสั่งของศาลชั้นต้น กลับต้องชำระค่าธรรมเนียมศาล ทั้งๆ ที่ ยังไม่มีหนี้ที่มีผลบังคับผูกพันตามกฎหมาย และประกอบกับการได้รับการสันนิษฐานตามกฎหมายว่า การกระทำนั้นถูกต้องชอบด้วยกฎหมายอยู่อย่างนั้นหรือ

13. (ต่อ)

ในกรณีที่คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น ให้รอการปฏิบัติตามคำบังคับไว้จนกว่าจะพ้นระยะเวลา การอุทธรณ์หรือในกรณีที่มีการอุทธรณ์ให้รอการบังคับคดีไว้จนกว่าคดีจะถึงที่สุด

14. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 231 การยื่นอุทธรณ์ย่อมไม่เป็นการทุเลาการบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลชั้นต้น แต่คู่ความที่ยื่นอุทธรณ์อาจยื่นคำขอต่อศาลอุทธรณ์ไม่ว่าเวลาใด ๆ ก่อนพิพากษาโดยทำเป็นคำร้องชี้แจงเหตุผลอันสมควรแห่งการขอ ให้ศาลอุทธรณ์ทุเลาการบังคับไว้

ซึ่งหากการคิดค่าธรรมเนียมในชั้นอุทธรณ์ของศาลปกครอง ได้พิจารณาถึงเงื่อนไขตามมาตรา 45 ที่ต้องมีการขอให้ใช้เงิน ประกอบกับความไม่มีผลบังคับของคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้น (ในระหว่างอุทธรณ์) ก็น่าจะเป็นหลักการเก็บค่าธรรมเนียมที่ถูกต้องได้ การดูเพียงประเภทคดีตามคำฟ้องในศาลชั้นต้นเพียงอย่างเดียว จึงน่าจะยังไม่เพียงพอในการใช้บังคับกับการเก็บค่าธรรมเนียมศาลชั้นอุทธรณ์ เพราะจะทำให้ข้อยกเว้นขัดกับหลักในเรื่องการเสียค่าธรรมเนียมได้ กลายเป็นว่า ข้อยกเว้นนั้นเปิดกว้างกว่าหลักเสียอีก ซึ่งโดยหลักของข้อยกเว้นแล้วจะต้องจำกัดกว่าหลัก และหลักจะต้องเปิดกว้างกว่าข้อยกเว้น

ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2543 ข้อ 103 ค่าธรรมเนียมศาลในชั้นอุทธรณ์นั้น ถ้าทุนทรัพย์ในชั้นอุทธรณ์เป็นอย่างเดียวกับในศาลปกครองชั้นต้น ให้ผู้อุทธรณ์เสียตามทุนทรัพย์เช่นเดียวกับในศาลปกครองชั้นต้น แต่ถ้าผู้อุทธรณ์ได้รับความพอใจบางส่วนตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นแล้ว และทุนทรัพย์ในชั้นอุทธรณ์ต่ำกว่าในศาลปกครองชั้นต้น ให้ผู้อุทธรณ์เสียค่าธรรมเนียมศาลในชั้นอุทธรณ์ตามทุนทรัพย์ที่ต่ำนั้น

ระเบียบข้อนี้ น่าจะลอกมาจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 150 ⁽¹⁵⁾ ซึ่งการลอกกันมานั้น เนื่องจากหลักในกฎหมายแพ่ง วิธีพิจารณาความแพ่ง เป็นเรื่องของเอกชนกับเอกชน เรียกร้องต่อกัน การเสีย

15. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 150 ในคดีที่ขอให้ปลดปล่อยทุกชั้นนั้น อาจคำนวณเป็นราคาเงินได้ ให้โจทก์เสียค่าขึ้นศาลในศาลชั้นต้นตามจำนวนทุนทรัพย์ที่เรียกหรือราคาทรัพย์สินที่พิพาท

ค่าขึ้นศาลในชั้นอุทธรณ์หรือฎีกานั้น ถ้าจำนวนทุนทรัพย์ที่เรียกหรือราคาทรัพย์สินที่พิพาทกันในชั้นอุทธรณ์หรือฎีกาเป็นอย่างเดียวกับในศาลชั้นต้น ให้ผู้อุทธรณ์หรือผู้ฎีกาเสียตามจำนวนทุนทรัพย์ หรือราคาเช่นเดียวกับในศาลชั้นต้น แต่ถ้าผู้อุทธรณ์หรือผู้ฎีกาได้รับความพอใจแต่บางส่วนตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลแล้วและจำนวนทุนทรัพย์หรือราคาทรัพย์สินที่พิพาทในชั้นอุทธรณ์หรือฎีกาต่ำกว่าในศาลชั้นต้น ให้ผู้อุทธรณ์หรือผู้ฎีกาเสียค่าขึ้นศาลตามจำนวนทุนทรัพย์หรือราคาต่ำนั้น

ค่าธรรมเนียมศาลจึงเป็นหลัก การไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมจึงเป็นข้อยกเว้น แต่ในกฎหมายปกครองเป็นเรื่องระหว่างรัฐกับเอกชน ที่รัฐต้องบริการให้ประชาชน การไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาลจึงเป็นหลัก การเสียค่าธรรมเนียมศาลเป็นข้อยกเว้น การลอกหลักการเสียค่าธรรมเนียมในกฎหมายเอกชนมาใช้ในคดีปกครอง อาจจะมีผลเป็นการนำข้อยกเว้นมาใช้เป็นหลักก็ไม่ได้ ระเบียบ ข้อ 103 นี้ เป็นหลักของการเสียค่าธรรมเนียมศาลชั้นอุทธรณ์ ซึ่งระเบียบข้อดังกล่าวไม่ได้กล่าวถึงเงื่อนไขข้อยกเว้นในการเสียค่าธรรมเนียมเช่น ข้อ 34 ที่กล่าวไว้โดยชัดแจ้งแต่อย่างใด โดยกำหนดให้พิจารณาที่ทุนทรัพย์ในศาลชั้นต้น และผลคำพิพากษาของศาลชั้นต้นที่ผู้อุทธรณ์พอใจประกอบเท่านั้น ซึ่งสาระสำคัญที่จะต้องมีการเสียค่าธรรมเนียมตามข้อยกเว้นของกฎหมาย คือ ต้องเป็นการฟ้องคดีขอให้สั่งให้ใช้เงิน หรือส่งมอบทรัพย์สิน อันสืบเนื่องจากคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) หรือ (4) กลับไม่ปรากฏในเงื่อนไขของการเสียค่าธรรมเนียมศาลชั้นอุทธรณ์แล้ว ดูคล้ายกับว่าในชั้นอุทธรณ์ กลับไม่ต้องพิจารณาข้อยกเว้น ในเรื่องของการขอให้ใช้เงินแล้ว เพราะจะดูเพียงในชั้นต้นเท่านั้น อย่างนั้นหรือ

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 45 เป็นหลักกฎหมายในเรื่องนี้ ระเบียบอื่นใดจะออกโดยขัดต่อกฎหมายนี้ได้ ซึ่งมาตรา 45 บัญญัติว่า “..... เว้นแต่การฟ้องคดีขอให้สั่งให้ใช้เงิน หรือส่งมอบทรัพย์สิน อันสืบเนื่องจากคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) หรือ (4)” ซึ่งต้องพิจารณาถึงการฟ้องคดี การยื่นอุทธรณ์เป็นการฟ้องคดี การฟ้องคดีในแต่ละชั้นศาลจึงแตกต่างกัน จะใช้เงื่อนไขประเภทการฟ้องคดี และการเสียค่าธรรมเนียมในศาลชั้นต้นของผู้ฟ้องคดีคนอื่นเป็นเงื่อนไขประเภทการฟ้องคดี และการเสียค่าธรรมเนียมในชั้นอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีอีกคนมิได้ เพราะจะเกิดความไม่เป็นแก่ผู้ฟ้องคดีคนอื่น ๆ ที่มีได้มีค่าขอให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สิน ถึงแม้ในชั้นต้นจะเป็นคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) หรือ (4) ที่ผู้ฟ้องคดีมีค่าขอให้ศาลสั่งให้ใช้เงิน ซึ่งเป็นเรื่องของผู้ฟ้องคดีที่ต้องเสียเนื่องจากเป็นผู้ขอให้ศาลสั่งให้ใช้เงิน

เพราะเป็นผู้ยื่นคำฟ้องเป็นคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) หรือ (4) ที่มีคำขอให้ศาลสั่งให้ใช้เงิน แต่ในชั้นอุทธรณ์ควรต้องพิจารณาการฟ้องคดี และเงื่อนไขในการเสียค่าธรรมเนียมตามมาตรา 45 ประกอบด้วย เพราะผู้ถูกฟ้องคดีเป็นผู้อุทธรณ์ซึ่งถือว่า เป็นการฟ้องคดี แต่มิได้มีการขอให้ศาลสั่งให้ใช้เงิน หรือส่งมอบทรัพย์สิน ถึงแม้จะเป็นคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) หรือ (4) ก็ตาม แต่เงื่อนไขประเภทของการฟ้องคดีและการเสียค่าธรรมเนียมในชั้นอุทธรณ์เปลี่ยนแปลงไป เป็นคนละเรื่อง คนละบุคคล เมื่อข้อเท็จจริงที่จะใช้กับบุคคลหนึ่งเปลี่ยนไป จะใช้ข้อเท็จจริงเดิมที่มีผลต่อบุคคลอื่น บังคับเอากับบุคคลอีกคนหนึ่งให้ได้รับผลเช่นเดียวกันไม่ได้ เพราะไม่ได้อยู่ในสถานะเช่นเดียวกันที่จะนำข้อเท็จจริงเดียวกันมาใช้บังคับให้ได้รับผลเหมือนกันได้

ซึ่งฝ่ายปกครองผู้อุทธรณ์ในคดีค่าทดแทนในการเวนคืนมิได้เป็นผู้มีคำขอให้ศาลสั่งให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สินแต่อย่างใด ผู้อุทธรณ์ได้กระทำการกำหนดค่าทดแทนตามที่กฎหมายกำหนดไว้โดยถูกต้องและชอบด้วยกฎหมายแล้ว และเห็นว่าการกระทำของตนเองถูกต้องและชอบด้วยกฎหมาย แต่ศาลปกครองชั้นต้นเป็นผู้ทำการพิจารณาว่า การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีมิชอบด้วยกฎหมาย ไม่ถูกต้อง ไม่เป็นธรรม และสั่งให้จ่ายเงินเพิ่ม ผู้อุทธรณ์ก็อุทธรณ์ขอให้ศาลปกครองสูงสุดเพิกถอนคำพิพากษาศาลชั้นต้น เพื่อให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยในการกำหนดเงินค่าทดแทนของผู้อุทธรณ์ที่ผู้อุทธรณ์เห็นว่าถูกต้องและชอบด้วยกฎหมาย หรือเป็นการขอให้ศาลปกครองสูงสุดพิพากษายืนยันว่า คำวินิจฉัยในการกำหนดเงินค่าทดแทนของผู้อุทธรณ์ชอบด้วยกฎหมายแล้วเท่านั้น มิได้ขอให้ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สินแต่อย่างใด เมื่อในชั้นอุทธรณ์ไม่มีการขอดังกล่าวแล้วก็ไม่เข้าเงื่อนไขที่จะต้องเสียค่าธรรมเนียม และโดยหลัก การฟ้องคดีไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียม ซึ่งการตีความข้อยกเว้นที่ถึงท้ายไว้ตอนต้นนั้น นักกฎหมายทั่วไปย่อมจะรู้ว่า จะตีความโดยการขยายความไม่ได้ จึงต้องตีความโดยเคร่งครัด เพราะหากตีความโดยขยายความแล้ว ข้อยกเว้นนั้นเองจะไป

ขัดกับหลักกฎหมายในเรื่องนั้นทันที และจะกลายเป็นว่า หลักในคดีที่มีการฟ้องให้ฝ่ายปกครองให้ชดใช้เงิน ซึ่งปัจจุบันประชาชนจะนิยมฟ้องมากกว่า การฟ้องเพิกถอนอย่างเดียว และเป็นคดีที่มีมากกว่า คดีทั่วไปที่ไม่มีการให้ชดใช้เงิน หากไม่พิจารณาโดยเคร่งครัดแล้ว ในทุกคดีคู่กรณีไม่ว่าจะเป็นหน่วยงานทางปกครอง เจ้าหน้าที่ หรือประชาชนจะต้องเป็นผู้เสียค่าธรรมเนียมทุกคดีไป อาจจะกลายเป็นว่า การฟ้องคดีปกครองการเสียค่าธรรมเนียมเป็นหลัก การไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมเป็นข้อยกเว้น หรือเป็นการนำข้อยกเว้นมาใช้เป็นหลัก แล้วนำหลักไปใช้เป็นข้อยกเว้นแทน และปัจจุบันแนวโน้มการฟ้องคดีปกครองของประชาชนมักจะมีคำขอให้ชดใช้เงินมาด้วยเป็นส่วนใหญ่ เนื่องด้วย หากฟ้องเป็นคดีเพิกถอนคำสั่งเพียงอย่างเดียว มีระยะเวลาการฟ้องเพียง 90 วัน⁽¹⁶⁾ แต่หากบรรยายฟ้องเพิ่มไปอีกชนิดหนึ่งว่า การกระทำหรือคำสั่งของฝ่ายปกครองนั้นทำให้ได้รับความเสียหายเป็นเงินจำนวนเท่านั้น เป็นเงินจำนวนเท่านี้ เอาไม่ต้องมากแค่นี้ก็พนักพอ คดีดังกล่าวจะกลายเป็นความรับผิดชอบอื่นหรือละเมิดทันที ซึ่งมีระยะเวลาการฟ้องถึงหนึ่งปี⁽¹⁷⁾ ซึ่งได้ทั้งระยะเวลาที่เพิ่มขึ้นและอาจจะได้เงินหรือไม่ก็ตาม นั้นหมายความว่า แต่นี้ต่อไป คดีปกครองเกือบทุกคดีที่หากฝ่ายปกครองแพ้ในชั้นต้นแล้วแน่นอนว่า ฝ่ายปกครองต้องมีการทางการเงินเพิ่มทวีคูณขึ้นในการอุทธรณ์ทันที ถึงแม้ในที่สุดเงินนั้นอาจจะได้คืนหรือไม่ได้คืนในภาย

16. พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2552 มาตรา 49 การฟ้องคดีปกครองจะต้องยื่นฟ้องภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี หรือนับแต่วันที่พ้นกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือร้องขอต่อหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดและไม่ได้รับหนังสือชี้แจงจากหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือได้รับแต่เป็นคำชี้แจงที่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าไม่มีเหตุผล แล้วแต่กรณี เว้นแต่จะมีบทกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

17. พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2552 มาตรา 51 การฟ้องคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) ให้ยื่นฟ้องภายในหนึ่งปี และการฟ้องคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) ให้ยื่นฟ้องภายในห้าปี นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี แต่ไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่มิเหตุแห่งการฟ้องคดี

หลังเมื่อคดีถึงที่สุดแล้วก็ตาม ซึ่งหากฝ่ายปกครองผิด แน่แน่นอนว่าฝ่ายปกครองต้องชดเชยอย่างไม่มีเงื่อนไขและข้อกังขา ในเมื่อต้องชดเชยอย่างไม่มีข้อกังขาแล้ว ยังต้องรับผิดชอบเป็นภาระในค่าธรรมเนียมที่ไม่ควรต้องเสียอีก หากมีการคิดออกมาเป็นจำนวนตัวเลขแล้ว ก็อาจเป็นงบประมาณจำนวนมหาศาลก็ว่าได้

นอกจากในคดีค่าทดแทนในการเวนคืนแล้ว ผู้เขียนยังเห็นต่อไปอีกด้วยว่า ในคดีปกครอง ที่ฝ่ายปกครองฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งขาดของอนุญาตตุลาการ ตามพระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545⁽¹⁸⁾ ศาลปกครองไม่มีอำนาจเรียกเก็บค่าธรรมเนียมศาลได้ กล่าวคือ

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

18. พระราชบัญญัติอนุญาตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 40 การคัดค้านคำสั่งขาดของคณะอนุญาตตุลาการอาจทำได้โดยการขอให้ศาลที่มีเขตอำนาจเพิกถอนคำสั่งขาดตามที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้

คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจขอให้เพิกถอนคำสั่งขาดได้ โดยยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจภายในเก้าสิบวันนับแต่วันได้รับสำเนาคำสั่งขาด หรือถ้าเป็นกรณีการขอให้คณะอนุญาตตุลาการแก้ไขหรือตีความคำสั่งขาด หรือชี้ขาดเพิ่มเติม นับแต่วันที่คณะอนุญาตตุลาการได้แก้ไขหรือตีความคำสั่งขาดหรือทำคำสั่งขาดเพิ่มเติมแล้ว

ให้ศาลเพิกถอนคำสั่งขาดได้ในกรณีดังต่อไปนี้

- (1) คู่พิพาทฝ่ายที่ขอให้เพิกถอนคำสั่งขาดสามารถพิสูจน์ได้ว่า

(ก) คู่สัญญาตามสัญญาอนุญาตตุลาการฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้บกพร่องในเรื่องความสามารถตามกฎหมายที่ใช้บังคับแก่คู่สัญญาฝ่ายนั้น

(ข) สัญญาอนุญาตตุลาการไม่มีผลผูกพันตามกฎหมายแห่งประเทศที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือตามกฎหมายไทยในกรณีที่ไม่มีข้อตกลงดังกล่าว

(ค) ไม่มีการแจ้งให้คู่พิพาทฝ่ายที่ขอให้เพิกถอนคำสั่งขาดรู้ล่วงหน้าโดยชอบถึงการแต่งตั้งคณะอนุญาตตุลาการหรือการพิจารณาของคณะอนุญาตตุลาการ หรือบุคคลดังกล่าวไม่สามารถเข้าสู่คดีในชั้นอนุญาตตุลาการได้เพราะเหตุประการอื่น

- (ง) คำชี้ขาดวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาตตุลาการ

(จ) องค์ประกอบของคณะอนุญาตตุลาการหรือกระบวนการพิจารณาของคณะอนุญาตตุลาการมิได้เป็นไปตามที่คู่พิพาทได้ตกลงกันไว้ หรือในกรณีที่คู่พิพาทไม่ได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่นองค์ประกอบดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้

(ต่อหน้าถัดไป)

มาตรา 45 บัญญัติกำหนด ให้การฟ้องคดีไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมศาล เว้นแต่การฟ้องคดีขอให้สั่งให้ใช้เงิน หรือส่งมอบทรัพย์สิน อันสืบเนื่องจาก คดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) หรือ (4) ให้เสียค่าธรรมเนียมศาลตามทุนทรัพย์ในอัตราตามที่ระบุไว้ในตาราง 1 ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา ความแพ่ง สำหรับคดีที่มีคำขอให้ปลดปล่อยทุกข์อันอาจคำนวณเป็นราคา เงินได้ ซึ่งในตาราง 1 ดังกล่าว ได้กำหนดประเภทคดีไว้ 4 ประเภท กล่าวคือ

1. คดีที่มีคำขอให้ปลดปล่อยทุกข์อันอาจคำนวณเป็นราคาเงินได้
2. คดีที่มีคำขอให้ปลดปล่อยทุกข์อันไม่อาจคำนวณเป็นราคาเงินได้
3. คดีที่มีคำขอให้ปลดปล่อยทุกข์อันอาจคำนวณเป็นราคาเงินได้ และ ไม่อาจคำนวณเป็นราคาเงินได้รวมอยู่ด้วย
4. คดีที่ขอให้ชำระค่าเสียหาย ค่าอุปการะเลี้ยงดู หรือค่าเลี้ยงชีพ

กฎหมายให้เสียค่าธรรมเนียมตามอัตรา คดีที่มีคำขอให้ปลดปล่อยทุกข์อันอาจคำนวณเป็นราคาเงินได้เท่านั้น หรือเป็นเพียงการให้ใช้อัตราค่าธรรมเนียมตามตาราง 1 โดยใช้อัตราของคดีที่มีคำขอให้ปลดปล่อยทุกข์อันอาจคำนวณเป็นราคาเงินได้เท่านั้น มิได้บัญญัติว่า การเสียค่าธรรมเนียมให้ตาม ตาราง 1 ท้ายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาบังคับใช้โดยตรง

ซึ่งการฟ้องคดีย่อมรวมถึงการยื่นคำร้องขอให้เพิกถอนคำวินิจฉัยของ อนุญาตตุลาการด้วย เมื่อเป็นการฟ้องคดีแล้ว ต้องดูต่อไปว่า การฟ้องคดีนั้น มีการขอให้สั่งให้ใช้เงิน หรือส่งมอบทรัพย์สินหรือไม่ ซึ่งในคดีเพิกถอน

18. (ต่อ)

(2) มีกรณีปรากฏต่อศาลว่า

(ก) คำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถจะบังคับโดยการอนุญาตตุลาการได้ตาม กฎหมาย หรือ

(ข) การยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือ ศีลธรรมอันดีของประชาชนในการพิจารณาคำร้องให้เพิกถอนคำชี้ขาด ถ้าคู่พิพาทยื่นคำร้องและ ศาลพิจารณาเห็นว่ามิเหตุผลสมควร ศาลอาจเลื่อนการพิจารณาคือออกไปตามที่เห็นสมควร เพื่อให้คณะอนุญาตตุลาการพิจารณาอีกครั้งหนึ่งหรือคำ เนินการอย่างใดอย่างหนึ่งที่คณะ อนุญาตตุลาการเห็นสมควร เพื่อให้เหตุแห่งการเพิกถอนนั้นหมดสิ้นไป

ค่าชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการผู้ร้องเป็นผู้ยื่นคำฟ้อง ซึ่งเป็นการฟ้องคดี แต่มิได้มีขอให้ศาลสั่งให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สินแต่อย่างใด เพราะมีการขอเพียงให้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเท่านั้น ตามอำนาจที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการบัญญัติไว้ พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ.2545 มาตรา 40 ให้อำนาจศาลเพียงแค่เพิกถอนเท่านั้น ซึ่งผู้ยื่นคำร้องมิได้เป็นผู้มีคำขอให้ศาลสั่งให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ร้องแต่อย่างใด เช่นเดียวกันกับในคดีค่าทดแทนการเวนคืน ผู้ร้องได้กระทำการถูกต้องตามที่กฎหมายและข้อสัญญากำหนดจึงไม่ได้เป็นฝ่ายผิดข้อสัญญาหรือข้อกฎหมาย และเห็นว่าการกระทำของตนเองถูกต้องและชอบด้วยกฎหมายแล้ว แต่เห็นคณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้ทำการพิจารณาว่า การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีผิดสัญญา ผิดกฎหมาย ผู้ร้องจึงต้องได้ฟ้องขอให้ศาลปกครอง เพิกถอนคำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการ มิได้ขอให้ศาลปกครองสั่งให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ร้องแต่อย่างใด ถึงแม้ศาลจะเห็นว่า คำฟ้องเป็นคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) หรือไม่ก็ตาม แต่ตามข้อกฎหมายแล้ว การเสียค่าธรรมเนียมต้องมีการขอให้ศาลสั่งให้ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สิน อันเป็นเงื่อนไขสำคัญ ตามถ้อยคำของตัวบทกฎหมายด้วย เมื่อไม่มีการขอดังกล่าวแล้วก็ไม่เข้าเงื่อนไขที่จะต้องเสีย การเรียกเก็บเงินค่าธรรมเนียมในคดีเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ จึงเป็นการขยายความข้อยกเว้นการเสียค่าธรรมเนียมศาลอย่างชัดแจ้ง เพราะหากมีการเสียจริงแล้ว ก็จะต้องตีความว่าการฟ้องคดีที่มีผลให้ผู้ฟ้องคดีได้รับประโยชน์ในลักษณะเป็นทรัพย์สินหรือเงิน ถือว่า เป็นการฟ้องขอให้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สิน ซึ่งนั่นเท่ากับว่า เป็นการแปลความโดยขยายความข้อยกเว้นอย่างชัดแจ้ง และน่าจะขัดต่อกฎหมายอย่างร้ายแรงอีกด้วย เพราะกฎหมายที่มีลักษณะเป็นโทษแก่ประชาชนนั้นต้องชัดเจน การใช้ต้องใช้อย่างชัดเจนตามกฎหมาย จะตีความโดยการขยายความในการใช้ไม่ได้ ถึงแม้การเก็บค่าธรรมเนียมในคดีเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ จะรวมอยู่ในตาราง 1 ในประเภทคดีที่มีค่าขอให้ปลดปล่อยทุกข้ออันอาจคำนวณเป็นราคาส่งได้ก็ตาม แต่การที่ศาลปกครองจะเรียกเก็บ

ค่าธรรมเนียมตามตาราง 1 ได้นั้น ต้องได้ความก่อนว่า เป็นการฟ้องคดีขอให้สั่งให้ใช้เงิน หรือส่งมอบทรัพย์สิน อันสืบเนื่องจากคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) หรือ (4) ซึ่งต้องไม่ลืมว่า คดีขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการผู้ฟ้องเพียงขอให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดเท่านั้น มิได้เรียกเงินหรือทรัพย์สินมาเป็นของตน และศาลก็มีอำนาจเพียงเพิกถอนหรือไม่เพิกถอนเท่านั้น เมื่อเพิกถอนไปแล้วคู่ความจะไปใช้สิทธิเรียกร้องกันอย่างไร เป็นอีกกรณีหนึ่งไม่เกี่ยวกับการเพิกถอนแล้ว ซึ่งในประเด็นของค่าธรรมเนียมอนุญาโตตุลาการนั้น ผู้มีเขียนบทความไว้โดยชัดแจ้งแล้วเช่นเดียวกัน¹⁹⁾ แต่มองกันคนละมุมมองกับผู้เขียน แต่ผลเป็นอย่างเดียวกัน ซึ่งก็เป็นเรื่องที่แปลกและก็เป็นเรื่องที่น่าพิจารณาว่า เรื่องเดียวกันแต่คนละเหตุ บุคคลสองคนที่มีเหตุแตกต่างกัน แต่สุดท้ายแล้วผลของความเห็นเป็นอย่างเดียวกัน ก็ขอให้ท่านผู้อ่านได้อ่านบทความของผู้เขียนท่านนั้นต่อไป

สรุป การเสียค่าธรรมเนียมศาลในคดีปกครองในชั้นอุทธรณ์ ในคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) ที่มีการขอให้ใช้เงินในศาลชั้นต้นโดยผู้ฟ้องคดี หากในชั้นอุทธรณ์เงื่อนไขของการอุทธรณ์หรือการฟ้องคดีเปลี่ยนแปลงไป การเสียค่าธรรมเนียมก็ควรจะมีหลักการที่เปลี่ยนแปลงตามไปด้วย จะใช้เงื่อนไขการเสียค่าธรรมเนียมและประเภทคดีในศาลชั้นต้นเป็นเงื่อนไขการเสียค่าธรรมเนียมในชั้นอุทธรณ์ ซึ่งมีความแตกต่างกันทั้งข้อเท็จจริงในการฟ้องและตัวบุคคลผู้ฟ้องมิได้ ทั้งนี้ เพื่อให้การเรียกเก็บค่าธรรมเนียมบรรลุตามแนวคำสั่งศาลปกครอง ที่ว่า การเสียค่าธรรมเนียมศาล จึงเป็นเพียงมาตรการเพื่อป้องกันมิให้มีการใช้สิทธิฟ้องเรียกร้องเงินหรือทรัพย์สินในจำนวนที่สูงเกินกว่าความเดือดร้อนเสียหายที่แท้จริง และการพิจารณาคดีของศาลเป็นบริการสาธารณะ อย่างหนึ่งซึ่งมิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงประโยชน์ตอบแทนจากเงินค่าธรรมเนียมศาล (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 169/2551)

19. ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการชำระค่าธรรมเนียมศาลปกครองกรณีการฟ้องขอเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ โดย จิตตะวัน เฟื่องฟู ในเว็บไซต์ www.pub-law.net

มาตรการทางกฎหมายของอังกฤษ ในการรับมือกับปัญหาการเปลี่ยนแปลง ของสภาพอากาศ

ปกรณ นิลประพันธ์**

หลังจาก Sub-prime ได้สร้างปัญหาให้กับระบบเศรษฐกิจโลก ตามมาด้วยการทดสอบจรวดนำวิถีของเกาหลีเหนือ การจลาจลที่เกิดขึ้นทั่วทุกหนแห่งในโลก ไม่เว้นแม้กระทั่งในอิหร่านและสาธารณรัฐประชาชนจีน รวมทั้งการระบาดของไข้หวัดใหญ่สายพันธุ์ใหม่ เรื่องต่างๆ เหล่านี้ได้กลายมาเป็นประเด็นร้อนแรงที่ทั่วโลกให้ความสำคัญ จนทำให้การเปลี่ยนแปลงของสภาพอากาศ (Climate change) อันเนื่องมาจากภาวะโลกร้อน (Global warming) กลายเป็นปัญหาที่กำลังจะถูกสืบทอดกันเป็นวิกฤติร่วมกันของมนุษยชาติและมีผลกระทบต่อชีวิตความเป็นอยู่ของชาวโลกทุกคนทั้งในยุคนี้และยุคต่อๆ ไป โดยเฉพาะในประเทศกำลังพัฒนาและประเทศด้อยพัฒนาทั้งหลายซึ่งมีพลเมืองรวมจำนวนมากกว่าครึ่งหนึ่งของโลกยังคงสาละวนอยู่กับปัญหาปากท้องและข้อความคิดเกี่ยวกับประชาธิปไตยที่ดีว่าเป็นปัญหา

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net วันที่ 25 ตุลาคม พ.ศ. 2552

** นบ. (ธรรมศาสตร์), LL.M. (Sydney) กรรมการร่างกฎหมายประจำ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (2552)

สำคัญอันดับต้น ๆ ทั้งที่การเปลี่ยนแปลงของสภาพอากาศสร้างปัญหาให้กับประเทศกำลังพัฒนาและประเทศด้อยพัฒนาอย่างรุนแรง

Stern Report on the Economic of Climate Change ⁽¹⁾ ที่จัดทำโดยคณะทำงานศึกษาผลกระทบทางเศรษฐกิจของกระทรวงการคลังของอังกฤษ พบว่าประเทศกำลังพัฒนาและประเทศด้อยพัฒนาจะได้รับผลกระทบจากปัญหาการเปลี่ยนแปลงของสภาพอากาศเนื่องจากเหตุผลสำคัญ 3 ประการ

ประการที่หนึ่ง ประเทศกำลังพัฒนาและประเทศด้อยพัฒนามีที่ตั้งทางภูมิศาสตร์ที่เสียเปรียบประเทศพัฒนาแล้ว โดยส่วนใหญ่จะอยู่ในเขตอบอุ่นและเขตร้อน ซึ่งทำให้ประเทศต่างๆ เหล่านี้ต้องเสี่ยงกับภาวะฝนตกหนักมากขึ้นในฤดูมรสุม ยิ่งโลกร้อนขึ้นเท่าใด มรสุมยิ่งรุนแรงมากขึ้นเท่านั้น หากปีใดเกิดปรากฏการณ์ La Nina มรสุมก็จะทวีความรุนแรงมากขึ้นในทางตรงข้าม หากปีใดเกิดปรากฏการณ์ El Niño ก็จะทำให้เกิดภาวะแห้งแล้งรุนแรง

ประการที่สอง ระบบเศรษฐกิจของประเทศกำลังพัฒนาและประเทศด้อยพัฒนาพึ่งพาเกษตรกรรมเป็นหลักซึ่งอ่อนไหวต่อการเปลี่ยนแปลงของสภาพอากาศเป็นอย่างมาก หากเกิดมรสุมหรือแห้งแล้งรุนแรง ก็จะกระทบต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศโดยตรง นอกจากนี้ บรรดาประเทศเหล่านี้ยังขาดแคลนโครงสร้างพื้นฐานทางเศรษฐกิจรวมทั้งบริการสาธารณสุขก็ยังไม่ทั่วถึง

ประการที่สาม ประเทศเหล่านี้เป็นประเทศยากจน จึงยากที่จะลงทุนเพื่อปรับตัวให้ทันต่อการเปลี่ยนแปลงของสภาพอากาศ

ศาสตราจารย์ Paul Krugman นักเศรษฐศาสตร์รางวัลโนเบล เห็นว่าการที่พลเมืองส่วนใหญ่ของโลกยังไม่ตระหนักในความสำคัญของปัญหานี้เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงของสภาพอากาศเกิดขึ้นอย่างค่อยเป็น

¹ Stern Review on the Economic of Climate Change presented to the Chancellor of Exchequer and the Prime Minister, 2006.

ค่อยไป ผู้คนจึงเริ่มค่อย ๆ ชินกับการเปลี่ยนแปลงนี้และไม่ค่อยให้ความสนใจ
อุปมาเช่นเดียวกับกบในคำพังเพย “boiling frog” ของฝรั่งที่ว่าถ้าจับกบเป็น ๆ
ไปใส่ในหม้อที่มีน้ำร้อน ๆ กบจะกระโดดขึ้นมา แต่ถ้าจับกบไปใส่ไว้ในหม้อที่
มีน้ำอุณหภูมิปกติแล้วค่อย ๆ ต้มด้วยไฟอ่อน ๆ กบจะค่อย ๆ ลอยคอออยู่ใน
น้ำปรับตัวไปทีละน้อยโดยจะไม่กระโดดออกมา จนในที่สุดกบนั้นก็จะถูกต้ม
ทั้งเป็น⁽²⁾

ในทางตรงข้าม ประเทศที่พัฒนาแล้วตื่นตัวกับปัญหาการเปลี่ยนแปลง
ของสภาพอากาศอย่างมาก และรัฐบาลของประเทศเหล่านี้ได้กำหนดวิสัย
ทัศน์และวางมาตรการพื้นฐานต่าง ๆ เพื่อรับมือกับปัญหาดังกล่าวไว้แล้ว
หลายประการ เช่น ในสหรัฐอเมริกา Henry A. Waxman สมาชิกสภา
ผู้แทนราษฎรพรรคเดโมแครตจากรัฐแคลิฟอร์เนีย และ Edward J. Markey
สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรพรรคเดโมแครตจากรัฐแมสซาชูเซต ได้เสนอร่าง
กฎหมาย American Clean Energy and Security Act⁽³⁾ ต่อ
สภาผู้แทนราษฎรในปี 2552 เพื่อกำหนดเป้าหมายในการลดการปล่อย
(Emission reductions) ก๊าซเรือนกระจก (greenhouse gas)⁽⁴⁾
อันเป็นต้นเหตุสำคัญของการเปลี่ยนแปลงของสภาพอากาศและบังคับให้ผู้ผลิต
กระแสไฟฟ้ามากกว่า 4 ล้านเมกะวัตต์ ต่อชั่วโมง ต้องผลิตกระแสไฟฟ้าจาก
พลังงานหมุนเวียน (Renewable energy) ไม่น้อยกว่าร้อยละ 20 ภายใน
ปี ค.ศ. 2020 (2563) รวมทั้งพัฒนาระบบสายส่งไฟฟ้าใหม่ การส่งเสริม
และสนับสนุน “อย่างจริงจัง” ในการผลิตยานพาหนะที่เดินด้วยกำลังไฟฟ้า
และการส่งเสริมหรือสนับสนุนให้พัฒนาอาคารอนุรักษ์พลังงาน และการผลิต

² http://www.nytimes.com/2009/07/13/opinion/13krugman.html?_r=1&partner=rssnyt&emc=rss

³ ร่างกฎหมายนี้มีชื่อเรียกโดยทั่วไป (Popular name) ตามชื่อผู้เสนอว่า Waxman-Markey Bill

⁴ ตามภาคผนวก A ของพิธีสารเกียวโต ก๊าซเรือนกระจก หมายถึง คาร์บอนไดออกไซด์ (CO₂) มีเทน (CH₄) ไนตรัสออกไซด์ (N₂O) ไฮโดรฟลูออโรคาร์บอน (HFCs) เพอร์ฟลูออโรคาร์บอน (PFCs) และซัลเฟอร์เฮกซะฟลูออไรด์ (SF₆)

เครื่องใช้ในครัวเรือนที่สามารถใช้พลังงานได้คุ้มค่าที่สุดที่สุด⁽⁵⁾

ในยุโรปได้มีการพัฒนาการผลิตกระแสไฟฟ้าจากพลังลมแทนการผลิตกระแสไฟฟ้าจากน้ำมันหรือถ่านหิน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในเยอรมนี สเปน และ เดนมาร์กที่เป็นผู้นำในด้านนี้และมีสถานผลิตกระแสไฟฟ้าจากพลังลม (Wind farm) มากที่สุดในยุโรปเรียงตามลำดับ ทั้งบนแผ่นดิน (Onshore) ใกล้ชายฝั่งทะเล (Near-shore) และในทะเล (Offshore)

สำหรับเอเชีย อินเดียเริ่มต้นจากเรื่องใกล้ตัวประชาชนมากที่สุดก่อน โดยการห้ามผลิตและขายถุงพลาสติก ส่วนสาธารณรัฐประชาชนจีนที่มุ่งปรับเปลี่ยนโครงสร้างพลังงานของประเทศขนานใหญ่โดยการเพิ่มกำลังการผลิตกระแสไฟฟ้าจากพลังงานลมและแสงอาทิตย์ แทนการผลิตกระแสไฟฟ้าจากน้ำมันหรือถ่านหิน ซึ่งหากสาธารณรัฐประชาชนจีนสร้างสถานผลิตกระแสไฟฟ้าจากพลังลมแล้วเสร็จครบทั้ง 6 แห่งภายในปี 2552 สาธารณรัฐประชาชนจีนจะแซงสหรัฐอเมริกาขึ้นเป็นผู้นำด้านการผลิตกระแสไฟฟ้าจากพลังลมทันที เพราะสถานผลิตกระแสไฟฟ้าจากพลังลมแต่ละสถานมีกำลังการผลิตไฟฟ้าถึงสถานีละ 10,000-20,000 เมกะวัตต์⁽⁶⁾ ที่เดียว

มาตรการต่างๆ ของประเทศที่พัฒนาแล้วเหล่านี้นอกจากจะเป็นผลดีต่อการลดสภาวะเรือนกระจกอันเป็นสาเหตุสำคัญของการเปลี่ยนแปลงสภาพอากาศแล้ว ยังแสดงให้เห็นทิศทางการพัฒนาใหม่ของโลกในทศวรรษหน้าได้อย่างชัดเจน และรัฐบาลของประเทศที่พัฒนาแล้วได้เปลี่ยนวิกฤติเศรษฐกิจอันเกิดจากปัญหา Sub-prime เป็นโอกาสในการส่งเสริมและสนับสนุนผู้ประกอบการและผู้บริโภคของตนให้ปรับโครงสร้างภาคการผลิตและพฤติกรรมผู้บริโภคเพื่อรองรับทิศทางการพัฒนาใหม่ของโลกดังกล่าว

5. ร่างกฎหมายนี้ผ่านการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรสหรัฐ เมื่อวันที่ 26 มิถุนายน 2552 ด้วยคะแนนเสียง 219 ต่อ 212 และขณะเขียนบทความนี้ ร่างกฎหมายนี้อยู่ระหว่างการพิจารณาของวุฒิสภา

6. Walls protect China's energy industry, International Herald Tribune, July 15, 2009.

โดยเฉพาะสาธารณรัฐประชาชนจีนที่ถือว่าอุตสาหกรรมพลังงานทดแทนเป็น อุตสาหกรรมหลักของประเทศ (Strategic industry)

ในยุคหน้า ขณะที่ประเทศกำลังพัฒนาและประเทศด้อยพัฒนา ทั้งหลายยังเน้นแก้ปัญหาเฉพาะหน้าและยังคงค้นหาความหมายของ ประชาธิปไตยกันอยู่ จึงเป็นที่แน่นอนว่าในช่วงสิบปีข้างหน้าเมื่อภาวะเศรษฐกิจ ของโลกฟื้นตัวขึ้น กลุ่มประเทศกำลังพัฒนาและประเทศด้อยพัฒนาเหล่านี้ อาจต้องมีการลงทุนขนาดใหญ่เพื่อปรับเปลี่ยนทัศนคติและโครงสร้างภาค การผลิตและการบริโภคเพื่อตามให้ทันกับทิศทางการพัฒนาใหม่ของโลก

อังกฤษได้ชื่อว่าเป็นประเทศที่ปล่อยก๊าซเรือนกระจกสำคัญ คือ ก๊าซ คาร์บอนไดออกไซด์ สู่ชั้นบรรยากาศในปริมาณที่สูงมาก โดยในปี ค.ศ. 1990 (2533)

มีการคำนวณว่าอังกฤษปล่อยก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์สู่ชั้นบรรยากาศ ถึง 779.904 ล้านตัน แยกเป็นก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์จากการผลิตพลังงาน 491.814 ล้านตัน การขนส่ง 119.537 ล้านตัน กระบวนการผลิตใน กิจการอุตสาหกรรม 61.605 ล้านตัน การเกษตร 53.679 ล้านตัน และขยะ 52.903 ล้านตัน⁷⁾ และได้รับผลกระทบจากปัญหาการเปลี่ยนแปลงของ สภาพอากาศอย่างมาก จึงตระหนักถึงความสำคัญของการเปลี่ยนแปลงของ สภาพอากาศและเห็นว่าเป็นปัญหาที่มีความสำคัญเร่งด่วน รัฐบาลอังกฤษ จึงได้ตั้งคณะทำงานขึ้นคณะหนึ่งเมื่อปี 2548 โดยมี Lord Nicholas Stern เป็นหัวหน้า โดยขณะนั้น Lord Stern ดำรงตำแหน่งหัวหน้าคณะทำงาน ด้านเศรษฐกิจของรัฐบาลและเคยเป็นหัวหน้านักเศรษฐศาสตร์ของธนาคารโลก มาก่อน สำหรับพันธกิจของ Stern Team ได้แก่ การศึกษาผลกระทบของ การเปลี่ยนแปลงของสภาพอากาศที่มีต่อระบบเศรษฐกิจ และ Lord Stern ได้เสนอรายงานการศึกษาหนา 588 หน้า ซึ่งต่อมารู้จักโดยทั่วไปในชื่อ

⁷⁾ http://www.airtricity.com/ireland/environment/kyoto_protocol/emissions_uk/index.xml

“Stern Report on the Economic of Climate Change” ต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังและนายกรัฐมนตรีเมื่อกลางปี 2549

Stern Report แบ่งออกเป็น 6 ส่วน ส่วนที่หนึ่งว่าด้วยความทั่วไปเกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงของสภาพอากาศ ส่วนที่สองว่าด้วยผลกระทบของการเปลี่ยนแปลงของสภาพอากาศต่อการเจริญเติบโตและการพัฒนา ส่วนที่สามว่าด้วยผลกระทบของการเปลี่ยนแปลงของสภาพอากาศต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจ ส่วนที่สี่ว่าด้วยนโยบายการช่วยเหลือผู้ประสบภัย ส่วนที่ห้าว่าด้วยนโยบายการปรับตัว และส่วนที่หกว่าด้วยความร่วมมือระหว่างประเทศในการจัดการกับการเปลี่ยนแปลงของสภาพอากาศ⁸⁾

สำหรับเนื้อหาของ Stern Report สรุปได้ว่า รายงานการศึกษาทางวิทยาศาสตร์ได้ผลตรงกันว่า การเปลี่ยนแปลงของสภาพอากาศมีสาเหตุหลักจากการปล่อยก๊าซเรือนกระจก และจะก่อให้เกิดปัญหาภัยร้ายแรงต่อโลกในอนาคตอันใกล้ การเปลี่ยนแปลงของสภาพอากาศจึงเป็นปัญหาสากลที่ทุกชาติทั่วโลกต้องร่วมมือกันแก้ไขปัญหาดังกล่าว แม้ในปัจจุบันจะไม่สามารถชี้ชัดลงไปได้ว่าการเปลี่ยนแปลงของสภาพอากาศจะก่อให้เกิดปัญหาใดขึ้นบ้าง แต่สามารถทำให้เราเข้าใจถึงความเสี่ยง (risks) ที่อาจเกิดขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงของสภาพอากาศได้ และสามารถกำหนดมาตรการรองรับล่วงหน้าได้ โดยหากมีการลงทุนเพื่อจัดการกับการเปลี่ยนแปลงของสภาพอากาศรวมทั้งมาตรการบรรเทาสาธารณภัย (Mitigation) เสียตั้งแต่แรก ก็จะช่วยลดความเสี่ยงของปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงของสภาพอากาศในอนาคตได้ ดังนั้น การลงทุนเพื่อจัดการกับการเปลี่ยนแปลงของสภาพอากาศในปัจจุบันจึงเป็นปัจจัยสำคัญต่อความเจริญเติบโตและการพัฒนาของระบบเศรษฐกิจโลกในอนาคต โดยหากรัฐลงทุนเพื่อจัดการกับการเปลี่ยนแปลงของสภาพอากาศบรรเทาสาธารณภัยอย่างเหมาะสม ก็จะทำให้สามารถบริหาร

8. ผู้สนใจรายละเอียดของ Stern Report สามารถ download รายงานการศึกษฉบับเต็ม (Full report) ได้ที่ <http://www.occ.gov.uk/activities/stern.htm>

ต้นทุนในด้านอื่นๆ ได้อย่างเหมาะสมด้วย แม้จะเกิดปัญหาอันสืบเนื่องมาจากการเปลี่ยนแปลงของสภาพอากาศ ก็จะไม่ทำให้ระบบเศรษฐกิจของประเทศเกิดสะดุดหรือชะงักการเจริญเติบโต หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าการลงทุนเพื่อจัดการกับการเปลี่ยนแปลงของสภาพอากาศเสียตั้งแต่นั้นเป็นต้นไป เป็นการลงทุนที่คุ้มค่าสำหรับอนาคต

รัฐบาลอังกฤษพิจารณา Stern Report แล้ว เห็นว่ามีความจำเป็นเร่งด่วนที่จะต้องลงทุนเพื่อจัดการกับการเปลี่ยนแปลงของสภาพอากาศ จึงประกาศในเดือนตุลาคม 2549 ที่จะเสนอกฎหมายว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงของสภาพอากาศ (Climate Change) และได้ยกร่างกฎหมายดังกล่าวพร้อมนำออกรับฟังความคิดเห็นของประชาชนประมาณเดือนเมษายน 2550 ภายหลังจากที่ได้นำผลการรับฟังความคิดเห็นมาปรับปรุงร่างกฎหมายดังกล่าวแล้ว รัฐบาลได้เสนอร่างกฎหมายต่อรัฐสภา และผลักดันร่างกฎหมายดังกล่าวจนกระทั่ง Climate Change Act ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา และได้รับพระราชทานพระบรมราชานุญาต (Royal Assent) ให้เป็นกฎหมายเมื่อวันที่ 26 พฤศจิกายน 2551 ซึ่งจะเห็นได้ว่ารัฐบาลอังกฤษให้ความสำคัญกับเรื่องนี้อย่างมากเพราะสามารถผลักดันกฎหมายดังกล่าวให้ออกมาใช้บังคับได้ภายในเวลาไม่ถึงสองปีเท่านั้น

Climate Change Act 2008 กำหนดเป้าหมายของอังกฤษที่จะลดการปล่อยก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์เข้าสู่ชั้นบรรยากาศ (Carbon account) ในอีก 42 ปีข้างหน้าหรือในปี ค.ศ. 2050 (2593) ให้เหลือน้อยกว่าร้อยละ 80 ของปริมาณก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ที่อังกฤษปล่อยเข้าสู่ชั้นบรรยากาศในปีฐาน (baseline year)⁹⁾ โดยอังกฤษใช้ปี ค.ศ. 1990 เป็นปีฐานเนื่องจากปี ค.ศ. 1990 เป็นปีที่ใช้ในการคำนวณปริมาณก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ที่ปล่อยเข้าสู่ชั้นบรรยากาศตามพิธีสารเกียวโต

⁹⁾ Section 1

(Kyoto Protocol)⁽¹⁰⁾ และในปีนั้นอังกฤษปล่อยก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์สู่ชั้นบรรยากาศรวม 779.904 ล้านตัน⁽¹¹⁾ และรัฐมนตรี (Secretary of State) มีหน้าที่ต้องดำเนินการให้เป็นไปตามเป้าหมายดังกล่าว โดยปัจจุบันรัฐมนตรีผู้รับผิดชอบกฎหมายนี้ได้แก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพลังงานและการเปลี่ยนแปลงของสภาพอากาศ (Secretary of State for Energy and Climate Change) และโดยที่คำนึงถึงการพัฒนาทางเทคโนโลยีและความร่วมมือตลอดจนกฎหมายระหว่างประเทศในอนาคตที่อาจทำให้อังกฤษสามารถลดการปล่อยก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์เข้าสู่ชั้นบรรยากาศลงได้ดีกว่าเป้าหมายที่กำหนด กฎหมายจึงให้อำนาจรัฐมนตรีที่จะปรับเปลี่ยนเป้าหมายที่กำหนดไว้ได้ โดยการปรับเปลี่ยนอัตราการปล่อยก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์เข้าสู่ชั้นบรรยากาศ หรือโดยการเปลี่ยนปีฐาน แต่ทั้งนี้ รัฐมนตรีต้องหารือกับคณะกรรมการว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงของสภาพอากาศ (Committee on Climate Change) ที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายนี้ และหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้องก่อน)⁽¹²⁾

เพื่อบรรลุเป้าหมายที่กำหนด Climate Change Act 2008 กำหนดให้รัฐมนตรีกำหนดว่าในช่วงเวลา 5 ปี (budgetary period) เริ่มต้นตั้งแต่ปี ค.ศ. 2008 นั้น อังกฤษจะปล่อยก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์เข้าสู่ชั้นบรรยากาศได้ปริมาณเท่าใด (Carbon budget) โดยมาตรา 5 มีบทบัญญัติในเชิงเร่งรัดการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐมนตรีไว้ด้วยว่า ภายในปี ค.ศ. 2020 ปริมาณก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ที่อังกฤษจะปล่อยเข้าสู่ชั้นบรรยากาศต้องลดลงไม่น้อยกว่าร้อยละ 26 ของปริมาณก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ที่อังกฤษปล่อยเข้าสู่ชั้นบรรยากาศในปีฐาน (1990 baseline) และรัฐมนตรีต้องออก

10. Climate Change Act 2008 Explanatory Notes, p.8.

11. http://www.airtricity.com/ireland/environment/kyoto_protocol/emissions_uk/index.xml

12. Section 2-3

ประกาศกำหนดปริมาณก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ที่อังกฤษจะปล่อยเข้าสู่ชั้นบรรยากาศในช่วง 15 ปีแรก คือ ในช่วงปี ค.ศ. 2008-2012 ปี ค.ศ. 2013-2017 และปี ค.ศ. 2018-2022 ก่อนวันที่ 1 มิถุนายน 2552

มีข้อสังเกตว่าในการประกาศกำหนดปริมาณก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ที่อังกฤษจะปล่อยเข้าสู่ชั้นบรรยากาศนั้น กฎหมายกำหนดให้รัฐมนตรีต้องปรึกษาหารือกับคณะกรรมการว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงของสภาพอากาศ และองค์กรระดับชาติที่เกี่ยวข้องก่อน เพราะการกำหนดปริมาณก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ที่อังกฤษจะปล่อยเข้าสู่ชั้นบรรยากาศอาจมีผลกระทบต่อ การเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศ และต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ต่างๆ ที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย เช่น ความรู้ทางวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับการเปลี่ยนแปลงของสภาพอากาศ เทคโนโลยีที่เกี่ยวข้อง ข้อพิจารณาเกี่ยวกับผลกระทบทาง เศรษฐศาสตร์ การคลัง สังคม นโยบายการพลังงาน เป็นต้น⁽¹³⁾ และต้อง เสนอร่างประกาศต่อรัฐสภาก่อนใช้บังคับด้วย⁽¹⁴⁾

ในการนี้ รัฐมนตรีได้อาศัยอำนาจตามมาตรา 28 (2) (a) และ มาตรา 91 (1) แห่ง Climate Change Act 2008 ออกประกาศ Carbon Account Regulations 2009 เพื่อกำหนด “Carbon accounting” หรือ หลักเกณฑ์การคำนวณปริมาณก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ที่จะปล่อยเข้าสู่ชั้นบรรยากาศ (Carbon unit) ซึ่งต้องนำคาร์บอนเครดิต (Credited carbon) และคาร์บอนเดบิต (Debited carbon) มารวมคำนวณด้วย โดย Carbon unit ตามหลักเกณฑ์ดังกล่าว ได้แก่

- ปริมาณก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ที่อังกฤษมีสิทธิปล่อยตามพิธีสารเกียวโด (Assigned Amount Units: AAUs)
- คาร์บอนเครดิตที่ได้ไปรับรองตามโครงการลดการปล่อยก๊าซเรือน

13. Section 10

14. Section 7 and 8

กระจกในประเทศกำลังพัฒนา (Certified Emissions Reductions: CERs) ตามมาตรา 12 ของพิธีสารเกียวโด

- คาร์บอนเครดิต Emission Reduction Units (ERUs) ตามโครงการ Joint Implementation (JI) ตามมาตรา 6 ของพิธีสารเกียวโด
- คาร์บอนเครดิตที่เป็นปริมาณคาร์บอนที่ถูกกำจัดผ่านการใช้ประโยชน์ในที่ดิน การเปลี่ยนแปลงการใช้ประโยชน์ในที่ดิน หรือป่าไม้ (Removal Units: RMUs) ตามพิธีสารเกียวโด และ
- คาร์บอนเครดิตตามข้อตกลงของสหภาพยุโรป (European Union Allowance: EUAs)

สำหรับปริมาณก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ที่อังกฤษจะปล่อยเข้าสู่ชั้นบรรยากาศ (Carbon Budget Order) ในช่วง 15 ปีแรกนั้น ภายหลังจากได้ดำเนินกระบวนการต่างๆ ข้างต้นแล้ว รัฐมนตรีได้ออกประกาศไว้ ดังนี้⁽¹⁵⁾

ช่วงปี ค.ศ. 2008-2012 มีปริมาณก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ที่อังกฤษจะปล่อยเข้าสู่ชั้นบรรยากาศ (ล้านตัน) 3,018 เฉลี่ยปีละ 603.6 (ล้านตัน) ลดลงจากปีฐานร้อยละ 22.60

ช่วงปี ค.ศ. 2013-2017 มีปริมาณก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ที่อังกฤษจะปล่อยเข้าสู่ชั้นบรรยากาศ (ล้านตัน) 2,782 เฉลี่ยปีละ 556.4 (ล้านตัน) ลดลงจากปีฐานร้อยละ 28.66

ช่วงปี ค.ศ. 2018-2022 มีปริมาณก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ที่อังกฤษจะปล่อยเข้าสู่ชั้นบรรยากาศ (ล้านตัน) 2,544 เฉลี่ยปีละ 508.8 (ล้านตัน) ลดลงจากปีฐานร้อยละ 34.76

15. Section 2 of Carbon Budget Order 2009 สำหรับค่าเฉลี่ยต่อปีและอัตราการลดลงจากปีฐานนั้น ผู้เขียนคำนวณโดยใช้ปริมาณก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ในปีฐานของอังกฤษ (779.904 ล้านตัน)

หลักการที่น่าสนใจอีกประการหนึ่งของ Climate Change Act 2008 ได้แก่ การจัดตั้ง “คณะกรรมการว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงของสภาพอากาศ”⁽¹⁶⁾ ขึ้นตามส่วนที่ 2

โดยคณะกรรมการดังกล่าวเป็นองค์กรที่มีความเป็นวิชาการและมีความเป็นอิสระในการดำเนินงาน มีหน้าที่ในการให้คำแนะนำแก่รัฐมนตรีในการปรับปรุงอัตราการปล่อยก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์สู่บรรยากาศ⁽¹⁷⁾ ปริมาณก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ที่อังกฤษจะปล่อยเข้าสู่ชั้นบรรยากาศในทุกช่วงเวลา 5 ปี⁽¹⁸⁾ การปล่อยก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์จากอุตสาหกรรมการบินและการขนส่ง⁽¹⁹⁾ รวมทั้งให้คำแนะนำแก่รัฐมนตรีในเรื่องอื่นๆ เพื่อประโยชน์ในการลดการปล่อยก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์สู่บรรยากาศ และเมื่อได้ให้คำแนะนำไปแล้ว คณะกรรมการต้องส่งคำแนะนำดังกล่าวให้แก่หน่วยงานระดับชาติที่เกี่ยวข้องและต้องเผยแพร่คำแนะนำดังกล่าวเป็นการทั่วไปด้วย

ในการปฏิบัติหน้าที่ คณะกรรมการมีอำนาจเช่นเดียวกับนิติบุคคลทั่วไปและมีอำนาจรวบรวมข้อมูล ศึกษาวิจัย รับฟังความคิดเห็นและเผยแพร่ผลการดำเนินงาน โดยได้รับการจัดสรรงบประมาณจากรัฐบาล⁽²⁰⁾ และต้องเสนอรายงานประจำปีต่อรัฐสภาภายในวันที่ 30 มิถุนายน ของทุกปี (ยกเว้นปีแรกที่กฎหมายมีผลใช้บังคับ ให้เสนอรายงานประจำปีภายในวันที่ 30 กันยายน 2552) และรัฐมนตรีต้องเสนอแนวทางการแก้ปัญหาหรือแนวทางการผลักดันข้อเสนอของคณะกรรมการให้ประสบผลสำเร็จต่อรัฐสภาภายในวันที่ 15 ตุลาคม ของทุกปี (ยกเว้นปีแรกที่กฎหมายมีผลใช้บังคับ

16. น่าสนใจว่ามาตรา 32 ของกฎหมายนี้ให้ชื่อคณะกรรมการดังกล่าวไว้ทั้งในภาษาอังกฤษและภาษาเวลส์ โดยในภาษาเวลส์ใช้ชื่อว่า Pwyllgor ar Newid hinsawdd

17. Section 33

18. Section 34

19. Section 35

20. Section 39 and Section 40

ให้เสนอรายงานประจำปีภายในวันที่ 15 มกราคม 2553)⁽²¹⁾ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การกำหนดไว้ในกฎหมายให้ฝ่ายบริหารต้องเสนอแนวทางการแก้ปัญหา หรือแนวทางการผลักดันข้อเสนอขององค์กรอิสระให้ประสบความสำเร็จต่อรัฐสภา

ด้วยนั้น เป็นมาตรการที่น่าสนใจเพราะจะทำให้รัฐสภาสามารถตรวจสอบได้ว่าข้อเสนอแนะขององค์กรอิสระสมเหตุสมผลหรือไม่ และรัฐบาลตอบสนองต่อข้อเสนอแนะนั้นอย่างไร

ส่วนที่ 3⁽²²⁾ ของ Climate Change Act 2008 ว่าด้วยมาตรการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจก (Trading Scheme) โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อจำกัดหรือส่งเสริมการจำกัดกิจการที่มีผลเป็นการลดปล่อยก๊าซเรือนกระจก ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อม รวมทั้งการส่งเสริมกิจการที่มีผลเป็นการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจก ไม่ว่าจะโดยตรงหรือโดยอ้อม โดยกิจการที่อยู่ภายใต้กฎหมายนี้ ได้แก่ กิจการเกี่ยวกับการใช้พลังงาน การผลิตพลังงาน การกำจัดวัสดุที่ใช้ในการผลิตพลังงานที่ไม่ใช่การนำกลับมาใช้ใหม่ หรือกิจการอื่นที่นำมาซึ่งการปล่อยก๊าซเรือนกระจก⁽²³⁾ โดยรัฐมนตรี⁽²⁴⁾ มีอำนาจออกประกาศกำหนดให้กิจการใดเป็นกิจการที่ต้องดำเนินการตามมาตรการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจก และกิจการนั้นจะปล่อยก๊าซเรือนกระจกได้ปริมาณเท่าใดในแต่ละปี ผู้ประกอบการแต่ละรายในกิจการนั้นจะได้รับโควต้า (Allowance) สำหรับปล่อยก๊าซเรือนกระจกแตกต่างกันไปตามขนาดของกิจการ หากผู้ประกอบการรายใดปล่อยก๊าซเรือนกระจกมากกว่าโควต้าที่ได้รับ ก็จะต้อง “ซื้อ” โควต้าเพิ่มจากผู้ประกอบการซึ่งปล่อยก๊าซเรือนกระจกต่ำกว่า โควต้าที่ตนได้รับ อนึ่ง รัฐมนตรีอาจกำหนดค่าธรรมเนียมการซื้อขายโควต้า ดังกล่าว (Charge) ไว้ในประกาศกำหนดให้กิจการใดเป็นกิจการที่ต้อง

21. Section 36 and Section 37

22. Section 44-55 and Schedule 2

23. Section 44 and Section 45

24. ตาม Section 47 รัฐมนตรีเป็นผู้มีอำนาจนี้

ดำเนินการตามมาตรการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกได้ด้วย⁽²⁵⁾

สำหรับส่วนที่ 4 ของกฎหมายนี้จะว่าด้วยผลกระทบของการเปลี่ยนแปลงของสภาพอากาศ โดยกฎหมายกำหนดให้รัฐมนตรีเป็นผู้ประเมินความเสี่ยง (Risks) ของอังกฤษจากสภาพอากาศปัจจุบันและผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการเปลี่ยนแปลงของสภาพอากาศในอนาคต และต้องเสนอรายงานดังกล่าวต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณา โดยต้องเสนอรายงานฉบับแรกภายในสามปี และรายงานฉบับต่อไปทุกห้าปี ในกรณี คณะกรรมการว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงของสภาพอากาศมีหน้าที่ให้คำแนะนำแก่รัฐมนตรีในการจัดทำรายงานผลการประเมินความเสี่ยงดังกล่าว โดยต้องให้คำแนะนำต่อรัฐมนตรีก่อนวันที่ต้องเสนอรายงานต่อรัฐสภาไม่น้อยกว่าหกเดือน⁽²⁶⁾

นอกจากนี้ กฎหมายยังกำหนดให้เป็นหน้าที่ของรัฐมนตรีในอันที่จะเสนอแผนงานเพื่อรับมือกับการเปลี่ยนแปลงของสภาพอากาศที่เกิดขึ้นแล้ว และที่คาดว่าจะเกิดขึ้นต่อไปต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณา โดยแผนงานดังกล่าวต้องแสดงให้เห็นถึงความตั้งใจของรัฐบาลที่จะทำให้ภาคส่วนต่างๆ ปรับตัวให้เข้ากับสภาพอากาศที่เปลี่ยนแปลงไป รวมทั้งต้องมีข้อเสนอและนโยบายต่างๆ ที่เป็นรูปธรรมในการดำเนินงาน ตลอดจนกรอบเวลาที่แน่นอนชัดเจนในการดำเนินงาน ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงบรรดาความเสี่ยงที่ได้ประเมินมาแล้วข้างต้น อีกทั้งบรรดาข้อเสนอและนโยบายต่างๆ ต้องเป็นไปตามหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน และเมื่อได้เสนอแผนงานนั้นต่อรัฐสภาแล้ว รัฐมนตรีต้องแจ้งให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องทราบด้วย⁽²⁷⁾ สำหรับการติดตามและประเมินผลความสำเร็จในการปฏิบัติตามแผนงานที่รัฐมนตรีเสนอต่อรัฐสภานั้น เป็นหน้าที่ของคณะกรรมการว่าด้วยการเปลี่ยนแปลงของสภาพอากาศ⁽²⁸⁾

นอกจากมาตรการจัดการการปล่อยก๊าซเรือนกระจกอันเป็นวัตถุประสงค์

25. Schedule 2, Paragraph 26

26. Section 56 and Section 57

27. Section 58

28. Section 59

หลักแล้ว กฎหมายฉบับนี้ยังมีมาตรการป้องกันภาวะโลกร้อนที่น่าสนใจอีกประการหนึ่ง คือ

การกำหนดค่าธรรมเนียมสำหรับถุงหิ้วที่ใช้ครั้งเดียว (Single use carrier bags) โดยกฎหมายให้อำนาจรัฐมนตรีในการออกประกาศกำหนดค่าธรรมเนียมสำหรับถุงหิ้วที่ใช้ครั้งเดียว⁽²⁹⁾ โดยเก็บจากผู้ขายสินค้าซึ่งให้ถุงหิ้วที่ใช้ครั้งเดียวแก่ลูกค้า โดย “ถุงหิ้วที่ใช้ครั้งเดียว” ให้เป็นไปตามขนาด ความหนา การผลิต ส่วนประกอบ หรือเจตนาที่จะใช้ตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด⁽³⁰⁾ ส่วนกระบวนการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายก็ให้เป็นไปตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนดเช่นกัน สำหรับโทษที่จะลงแก่ผู้ฝ่าฝืนบทบัญญัตินี้ จำกััดเฉพาะโทษทางแพ่ง (Civil sanction) เท่านั้น⁽³¹⁾

กล่าวโดยสรุป ในทัศนะของผู้เขียน Climate Change Act 2008 ของอังกฤษเป็นกฎหมายที่ก่อให้เกิดผลกระทบสำคัญหลายประการ ซึ่งประเทศไทยอาจนำมาเป็นแนวทางในการจัดการกับปัญหาการเปลี่ยนแปลงของสภาพอากาศได้

ประการที่หนึ่ง การที่อังกฤษตรากฎหมายเพื่อรับมือกับปัญหาการเปลี่ยนแปลงของสภาพอากาศเป็นประเทศแรกๆ โดยสามารถผลักดันนโยบายนี้ให้เป็นกฎหมายได้ภายในเวลาไม่ถึงสองปี และการกำหนดเป้าหมายของอังกฤษที่จะลดการปล่อยก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์เข้าสู่ชั้นบรรยากาศในอีก 42 ปีข้างหน้าหรือปี ค.ศ. 2050 (2593) ให้เหลือน้อยกว่าร้อยละ 80 ของปริมาณก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์ที่อังกฤษปล่อยเข้าสู่ชั้นบรรยากาศในปีฐาน (1990 baseline) เป็นการแสดงต่อประชาคมโลกว่า อังกฤษมีความตั้งใจจริงและมุ่งมั่นที่จะแก้ไขปัญหาการเปลี่ยนแปลงของ

²⁹. Section 77

³⁰. Schedule 6, Paragraph 4

³¹. Schedule 6, Paragraph 9 ได้แก่ การปรับเงิน (fixed monetary penalty) และมาตรการบังคับทางปกครอง (discretionary requirement)

สภาพอากาศอย่างจริงจัง

ประการที่สอง มาตรการตามกฎหมายหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง มาตรการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจก (Trading Scheme) นั้น กระตุ้นให้ผู้ประกอบการของอังกฤษต้องปรับโครงสร้างการผลิตของตนให้ทันสมัย อย่างค่อยเป็นค่อยไปเพื่อให้ปล่อยก๊าซเรือนกระจกลงให้น้อยที่สุด ซึ่งสอดคล้องกับแนวโน้มการพัฒนาอุตสาหกรรมในอนาคตและทำให้อังกฤษสามารถคงสถานะ “ผู้นำการพัฒนา” ไว้ได้ และการปรับเปลี่ยนแบบค่อยเป็นค่อยไปนี้จะไม่ส่งผลกระทบต่อผู้ประกอบการมากนัก

ประการที่สาม มาตรการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกที่กำหนดขึ้น นอกจากจะกระตุ้นให้ผู้ประกอบการของอังกฤษต้องปรับโครงสร้างการผลิตแล้ว ยังเป็นประโยชน์ต่อการกระตุ้นเศรษฐกิจของประเทศด้วย เพราะผู้ประกอบการที่ปรับโครงสร้างการผลิตแล้วสามารถขายโควตาส่วนเกินของตนให้แก่ผู้ประกอบการรายอื่นได้อีกซึ่งทำให้มีกำไรมากขึ้น นอกจากนี้ ยังเป็นประโยชน์ต่อการทำการตลาดด้วย เพราะผู้ประกอบการสามารถประชาสัมพันธ์ได้ว่า สินค้าของตนเป็นมิตรกับสิ่งแวดล้อมอันเป็นการเพิ่มมูลค่าให้กับสินค้าของตนได้อีกทางหนึ่ง



การใช้สิทธินัดหยุดงาน กับบริการสาธารณะ*

ดร.พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย**

จากที่ผู้เขียนได้ติดตามข่าวสารเกี่ยวกับสหภาพแรงงานรัฐวิสาหกิจ การรถไฟแห่งประเทศไทยได้ประท้วงด้วยการหยุดเดินรถไฟอันส่งผลให้ประชาชนในฐานะของผู้ใช้บริการทั่วไปได้รับความเดือดร้อน ผู้เขียนจึงอยากที่จะได้นำเสนอแนวคิดด้วย “สิทธิการนัดหยุดงาน” ในมุมมองของต่างประเทศพร้อมทั้งเสนอแนะประเด็นที่น่าคบคิดโดยมุ่งเน้นในมิติของกฎหมาย รัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครองเป็นหลัก

แนวคิดด้วยการนัดหยุดงานถือได้ว่าเป็นแนวคิดที่มีประวัติศาสตร์ และวิวัฒนาการมาอย่างยาวนาน ในทางวิชาการแล้ว มีการถกเถียงกันอยู่พอสมควรไม่ว่าจะเป็นประเด็นที่ว่าการนัดหยุดงานถือเป็น “สิทธิ” (Right) หรือ “เสรีภาพ” (Freedom) (ซึ่งบทความนี้ผู้เขียนขอใช้คำว่า “สิทธิการนัดหยุดงาน”) และจะถือว่าเป็น “สิทธิมนุษยชน” (Human Rights) หรือ “สิทธิขั้นพื้นฐาน” (Fundamental Rights) หรือไม่

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net วันที่ 25 ตุลาคม พ.ศ. 2552

** คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ

บางประเทศได้ให้ความสำคัญกับสิทธิการนัดหยุดงานโดยได้ทำการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ อาทิเช่น ประเทศฝรั่งเศส (คำปรารภข้อที่ 7 ในรัฐธรรมนูญฉบับ ค.ศ. 1946) ประเทศอิตาลี (มาตรา 40) และประเทศแอฟริกาใต้ (มาตรา 23 (2)(c)) เป็นต้น ในบางประเทศอย่าง ประเทศเนเธอร์แลนด์ ประเทศเบลเยียม แม้มิได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแต่ก็ได้ให้การรับรองผ่านคำพิพากษาของศาล ขณะที่บางประเทศ เช่น ประเทศเยอรมัน ประเทศอังกฤษ ซึ่งต่างก็มิได้มีบัญญัติว่าด้วยการนัดหยุดงานไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่ก็มี การเทียบเคียงจากตัวบทบัญญัติและกฎหมายใกล้เคียงเพื่อการคุ้มครองในสิทธิข้างต้น

ประเทศฝรั่งเศสถือเป็นประเทศหนึ่งที่ “สิทธิการนัดหยุดงาน” หรือ “Right to strike” ก่อนข้างศักดิ์สิทธิ์โดยจะเห็นได้จากระบบสหภาพแรงงานที่มีความแข็งแกร่งมาก ส่วนหนึ่งสืบเนื่องมาจากการที่รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสฉบับปี 1946 ได้บัญญัติรับรองสิทธินี้ไว้ในคำปรารภข้อที่ 7 และในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (1958) ได้รับรองส่วนของคำปรารภข้างต้นไว้ในอรรถกถาอีกด้วย กล่าวคือ “การนัดหยุดงาน” ในฝรั่งเศสนั้นถือได้ว่าเป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ (Constitutional Rights)

ตามหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญแล้ว สิทธิการนัดหยุดงานถือได้ว่าเป็นสิทธิประเภทสัมพัทธ์ (Relative Rights) หากใช้สิทธิประเภทสัมบูรณ์ (Absolute Rights) ไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่ง เป็นสิทธิที่หากมีความจำเป็นอันถือเอาประโยชน์สาธารณะ (Public Interest) เป็นสำคัญ รัฐสามารถที่จะออกกฎหมายมาจำกัดการใช้สิทธิของประชาชนได้ แต่ทั้งนี้กฎหมายดังกล่าว จำต้องผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภานั้น ตัวอย่างของสิทธิแบบสัมพัทธ์ เช่น เสรีภาพการชุมนุม สิทธิในชีวิตและร่างกาย (การจับและการคุมขังบุคคล การค้นตัวบุคคล) ฯลฯ เป็นต้น

ในขณะที่สิทธิประเภทสัมบูรณ์นั้น รัฐไม่สามารถที่จะออกกฎหมายใด ๆ มาจำกัดสิทธิได้ ตัวอย่างที่เห็นได้อย่างชัดเจนของสิทธิประเภทนี้คือ เสรีภาพ

ในการนับถือศาสนาและสิทธิที่ไม่ต้องรับโทษทางอาญาย้อนหลัง (Ex Post Facto) เป็นต้น

ที่ผู้เขียนกล่าวว่าสิทธิการนัดหยุดงานเป็นสิทธิประเภทสัมพัทธ์สืบเนื่องมาจากการบัญญัติรับรองไว้ในคำปรารภข้อที่ 7 ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสฉบับ 1946 ที่กล่าวไว้ว่า “สิทธิในการนัดหยุดงานอาจใช้ได้ภายในขอบเขตของรัฐธรรมนูญที่กำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องนั้น” หรือจะเป็นกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม (ICESCRs) ที่ได้บัญญัติไว้ในข้อที่ 8 (d) โดยให้รัฐภาคี “รับรองสิทธิในการนัดหยุดงานหากปฏิบัติตามด้วยบทกฎหมายของแต่ละประเทศ” ซึ่งความข้างต้นทั้งหมดสะท้อนให้เห็นว่ารัฐสามารถที่จะออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิการนัดหยุดงานได้หากมีความจำเป็น

ทั้งนี้ เป็นการสอดคล้องกับการที่ศาลยุติธรรมแห่งยุโรป หรือ European Court of Justice (ECJ) และศาลสิทธิมนุษยชนแห่งสหภาพยุโรป (European Court of Human Rights) ได้เคยมีคำวินิจฉัยยืนยันไว้ในคดี Laval คดี Viking และคดี Enerji ตามลำดับว่า “สิทธิการนัดหยุดงานถือได้ว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานภายใต้กฎหมายแห่งสหภาพยุโรป แต่ในขณะเดียวกันนั้นเราก็รับรู้ด้วยว่าสิทธิดังกล่าวนี้หาได้บริบูรณ์จนกระทั่งไม่สามารถจำกัดได้ไม่”

อนึ่ง การอนุญาตให้ฝ่ายบริหารสามารถออกกฎหมายมาเพื่อจำกัดสิทธิประเภทสัมพัทธ์อันรวมถึงสิทธิการนัดหยุดงานก็มีได้หมายความว่า จะออกกฎหมายอย่างไรก็ได้ หากแต่การออกด้วยบทกฎหมายจะต้องอยู่บนหลักนิติรัฐ (Legal State) และระบอบประชาธิปไตยซึ่งต้องคำนึงทางด้านกระบวนการในการบัญญัติกฎหมายประการหนึ่ง และต้องคำนึงทางด้านเนื้อหา (Substantive Matter) ของกฎหมายอีกประการหนึ่ง กล่าวคือ ในแง่เนื้อหาของกระบวนการตรากฎหมายจำกัดสิทธิของประชาชน รัฐจะต้องให้รัฐสภาในฐานะของ “องค์กรตัวแทนของประชาชน” เป็นผู้ตราเท่านั้น ส่วนในแง่ผูกมัดเกี่ยวกับเนื้อหาของ

กฎหมายที่จะออกมาจำกัดสิทธินั้นจำต้องมีเนื้อหาที่ค่อนข้างชัดเจนว่าเมื่อใดที่จะให้รัฐสามารถเข้าไปล่วงล้ำในแดนแห่งสิทธิของประชาชนได้ อีกทั้งการเข้าไปล่วงล้ำในแดนแห่งสิทธิดังกล่าวจะต้องไม่เกินสมควรแก่เหตุในการรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะอีกด้วย

อย่างไรก็ตาม หากปรากฏว่าแม้ด้วยกฎหมายที่ถูกตราขึ้นโดยรัฐสภายังคงมีเนื้อหาที่เข้ามาล่วงล้ำแดนแห่งสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากเกินไปกว่าเหตุ รัฐธรรมนูญในฐานะกฎหมายสูงสุดของประเทศ (Supreme Law of the Land) ก็จะเป็นอีกกลไกในการป้องกันมิให้กฎหมายนั้นสามารถบังคับใช้ได้ ทั้งนี้ โดยผ่านคำวินิจฉัยของฝ่ายตุลาการ หากปราศจากกลไกในการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญทำนองนี้แล้ว ในบางครั้งรัฐสภาก็อาจจะออกกฎหมายมาไม่เพียงแต่ “จำกัด” สิทธิเสรีภาพของประชาชนมากเกินไปจนสมควรกว่าเหตุเท่านั้น หากแต่ออกมาเพื่อ “จำกัด” สิทธิเสรีภาพของประชาชนไป

สำหรับประเทศไทย สิทธิในการนัดหยุดงานมิได้มีการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญโดยประจักษ์ชัดเช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศส ประเทศอิตาลี และประเทศแอฟริกาใต้ แต่ก็มิได้หมายความว่าสิทธิดังกล่าวนี้จะถูกปฏิเสธการรับรองและคุ้มครอง ทั้งนี้เป็นไปตามที่ได้กล่าวมาแล้วในข้างต้นว่าสิทธิการนัดหยุดงานได้รับการยอมรับในระดับระหว่างประเทศว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน หรือสิทธิมนุษยชนเลยทีเดียว

กระนั้นก็ดี แม้ว่าสิทธิการนัดหยุดงานจะเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน แต่ก็มิได้หมายความว่าจะสามารถนัดหยุดงานเมื่อใดก็ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งแล้วหากเป็นการนัดหยุดงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ทำงานในภาคส่วนของการให้บริการสาธารณะ (Public Service) ที่มีความสำคัญและจำเป็น อาทิ ทางด้านการคมนาคมขนส่งต่างๆ เพราะการนัดหยุดงานย่อมของเจ้าหน้าที่จะส่งผลกระทบต่อประชาชนโดยทั่วไปในการใช้บริการสาธารณะ กล่าวอีกนัยหนึ่ง ปัจเจกชนมีอาจที่จะใช้สิทธิเสรีภาพของตนไปตามอำเภอใจไม่ หากแต่จำต้องตระหนักว่าตนเองนั้นอยู่ในสังคมอันประกอบไปด้วยบุคคลอื่น

หากตนเองใช้สิทธิเสรีภาพของตนเองไปโดยไม่มีกำหนดกฎเกณฑ์ก็ย่อมจะกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่นซึ่งส่งผลต่อผลประโยชน์ส่วนรวมของมหาชน

กล่าวโดยสรุปแล้ว หากพิจารณาโดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้สิทธิเสรีภาพของเจ้าหน้าที่รัฐที่ให้บริการสาธารณะแล้ว ถ้ามีการใช้สิทธิเสรีภาพไปโดยมิได้ตระหนักถึงผลกระทบต่อผลประโยชน์มหาชนแล้ว ท้ายที่สุดก็จะนำพาประเทศไปสู่ปัญหามากมาย ทั้งนี้ นอกจากจะเป็นการไม่ชอบด้วยหลักการของกฎหมายรัฐธรรมนูญแล้วยังเป็นการขัดต่อหลักการของกฎหมายปกครองว่าด้วย “บริการสาธารณะ” อีกด้วย

ตามหลักทั่วไปของกฎหมายปกครอง (ฝรั่งเศส) แล้ว บริการสาธารณะมีหลักการสำคัญอยู่ 3 ประการซึ่งเป็นที่รู้จักกันในนาม “หลักการของโรแลนด์” หรือ “Rolland Principles” อันได้แก่ หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ (Continuity) หลักความเปลี่ยนแปลงได้ของบริการสาธารณะตามความต้องการที่เปลี่ยนแปลงไปของสาธารณะ (Adaptability) และหลักความเสมอภาคสำหรับผู้ใช้บริการสาธารณะ (Equality)

อย่างไรก็ดี นอกจากหลักการทั้ง 3 ข้างต้นแล้ว อีกหลักการหนึ่งซึ่งโดยปกติแล้วจะมีการบัญญัติเสริมเพิ่มเติมเข้าไปในหลักการว่าด้วยบริการสาธารณะอยู่เสมอ นั่นคือ หลักภาววิสัย (Neutrality) หลักการดังกล่าวมีความหมายว่า เจ้าหน้าที่รัฐจำต้องดำรงตนอย่างเป็นกลางในการให้บริการสาธารณะ เช่น เจ้าหน้าที่รัฐต้องไม่เลือกให้บุคคลใดบุคคลหนึ่ง หรือกลุ่มบุคคลใดกลุ่มบุคคลหนึ่งได้ประโยชน์จากบริการของตนเอง เป็นต้น

จากปรากฏการณ์ของการนัดหยุดงานในประเทศไทยที่เพิ่งเกิดขึ้นมา โดยสหภาพแรงงานรัฐวิสาหกิจการรถไฟแห่งประเทศไทยอันส่งผลให้รถไฟต้องหยุดวิ่งไปในเส้นทางภาคใต้ จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่าเป็นการกระทำที่ส่งผลกระทบให้ “บริการสาธารณะซึ่งเป็นภารกิจสำคัญของฝ่ายปกครอง” ต้องมีความขาดตกบกพร่องไป จากการพินิจพิจารณาตามหลักกฎหมายปกครอง

ว่าด้วยเรื่องบริการสาธารณะที่ได้นำกล่าวมาแล้วพอสังเขปในข้างต้น หลักความต่อเนื่อง (Continuity) ของบริการสาธารณะถือได้ว่าเป็นหลักการที่สำคัญที่สุดสำหรับบริการสาธารณะ เพราะหากบริการสาธารณะซึ่งมีความจำเป็นต้องหยุดชะงักไปก็จะส่งผลกระทบต่อผู้ใช้บริการโดยทั่วไปรวมถึงธุรกิจบางประเภทซึ่งจะเกิดผลเสียต่อภาคเศรษฐกิจของประเทศอันหลีกเลี่ยงมิได้

อย่างไรก็ตาม ไม่ใช่แต่เฉพาะประเทศไทยที่ต้องเผชิญกับผลกระทบของการนัดหยุดงานของเจ้าหน้าที่ฝ่ายรัฐในภาคการขนส่งสาธารณะ (Public Transports) ไปทั่วเยี่ยงปัจจุบัน หากแต่เกิดขึ้นในประเทศต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศฝรั่งเศสซึ่งเกิดขึ้นหลายต่อหลายครั้ง การณ์ดังกล่าวนำไปสู่ความต่าง ๆ บนชั้นศาล จนศาลปกครองและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศสต่างก็ได้มีคำวินิจฉัยที่เป็นการยืนยันรับรองหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะที่จำต้องมีไว้ ยกตัวอย่างเช่น ศาลปกครองสูงสุดในคดี Dechaene ได้ให้ความเห็นว่าทางภาครัฐจำต้องวางกฎในการจัดทำบริการสาธารณะอย่างต่อเนื่องเพื่อรองรับการใช้สิทธิการนัดหยุดงาน ซึ่งต่อมาแนวคิดดังกล่าวก็ได้ถูกสนับสนุนโดยคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil constitutionnel) ด้วย เป็นต้น

หลังจากคำวินิจฉัยข้างต้นจึงได้เกิดการถกเถียงกันเป็นอย่างมากอันนำไปสู่การเกิดของแนวคิดว่าด้วยความต่อเนื่องของการให้บริการสาธารณะ และเกิดแนวคิดมาตรการในการเข้ามาทำให้หลักความต่อเนื่องดังกล่าวสามารถกระทำได้จริง กล่าวคือ 2 มาตรการที่ถูกคิดประดิษฐ์ขึ้นมาอย่างการให้บริการขั้นต่ำ (Minimum Service) มาตรการหนึ่ง และการเข้าดำเนินการเองอีกมาตรการหนึ่ง จะสามารถทำให้หลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะดำรงคงอยู่ได้

สำหรับหลักการแรกว่าด้วยการให้บริการขั้นต่ำนั้นถูกนำมาแก้ไขปัญหาการนัดหยุดงานของเจ้าหน้าที่รัฐที่ให้บริการสาธารณะ โดยภาครัฐจำต้อง

กำหนดมาตรการเพื่อรองรับการหยุดงานว่าท้ายที่สุดแล้วการบริการสาธารณะจะไม่หยุดไปทั้งหมด หากแต่ต้องมีบริการให้แก่ประชาชนทั่วไปได้ใน

นอกจากมาตรการการให้บริการขั้นต่ำข้างต้นแล้ว หากภาครัฐมีอาจสามารถที่จะรักษาให้บริการสาธารณะสามารถที่จะให้บริการได้อย่างต่อเนื่อง มาตรการที่สองอย่าง “การเข้าดำเนินการเอง” จะถูกหยิบยกขึ้นมา เพื่อให้ความต่อเนื่องของการให้บริการสาธารณะบรรลุผล กล่าวอีกนัยหนึ่ง หากปรากฏว่าการหยุดงานของเจ้าหน้าที่รัฐที่ให้บริการสาธารณะค่อนข้างรุนแรง จนนำไปสู่การหยุดการให้บริการ ทางภาครัฐอาจจัดส่งคนเข้าไปดำเนินการแทนเจ้าหน้าที่รัฐนั้นๆ ได้ ทั้งนี้เพื่อแก้ไขปัญหาการหยุดชะงักของการให้บริการสาธารณะ

แนวความคิดและมาตรการต่างๆ ที่ถูกนำมาใช้เพื่อทำให้การบริการสาธารณะของประเทศฝรั่งเศสมีประสิทธิภาพข้างต้น มาในยุคหนึ่งได้ถูกทำให้เป็น “รูปธรรม” มากขึ้น กล่าวคือ ในยุคของประธานาธิบดี นิโกลาร์ ซาร์โกซี (Nicolas Sarkozy) ได้มีการผลักดันร่างกฎหมายว่าด้วยการให้บริการขั้นต่ำ (Minimum Service Bill) ซึ่งมีหลักการสำคัญว่ารัฐมิได้ห้ามมิให้มีการนัดหยุดงาน หากแต่ต้องมีการบอกกล่าวล่วงหน้าก่อนที่จะทำการหยุดงานเป็นระยะเวลา 48 ชม. ทั้งนี้เพื่อที่จะได้ติดต่อประสานงานกับนายจ้างของตนเอง ในการจัดการบริการสาธารณะขั้นต่ำให้แก่ผู้ใช้บริการ สุดท้ายแล้วรัฐสภาฝรั่งเศสก็เห็นชอบและผ่านร่างกฎหมายดังกล่าวและประกาศใช้เป็นรัฐบัญญัติว่าด้วยการให้บริการขั้นต่ำนับตั้งแต่ปี 2007 จนทำให้นานาประเทศให้การยอมรับว่าประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศหนึ่งที่สามารถรักษาความสมดุลระหว่างการใช้สิทธินัดหยุดงานของเจ้าหน้าที่รัฐที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญและบริการสาธารณะตามหลักกฎหมายปกครองที่ถือประโยชน์สาธารณะของประชาชนทั่วไปเป็นสำคัญได้เป็นอย่างดี

จากหลักการของกฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครอง กอปรกับประสบการณ์ของประเทศฝรั่งเศสที่ได้ประสบพบเจอกับปัญหาของการนัด

หยุดงานของเจ้าหน้าที่ให้บริการสาธารณะที่ผู้เขียนได้นำเสนอมาในข้างต้น ถือได้ว่าเป็นอุทธานรณให้ประเทศไทยเราได้ชุกคิดครณิดังกล่าวได้ กล่าวคือ นอกจากการเจรจาพูดคุยกันโดยเร่งด่วนเพื่อแก้ไขปัญหาเฉพาะหน้าของแรงงานรัฐวิสาหกิจการรถไฟแห่งประเทศไทยเพิ่งเกิดขึ้นของในปัจจุบันแล้ว ผู้เขียนต้องการเสนอประเด็นให้ผู้ที่เกี่ยวข้องไม่ว่าจะเป็นภาครัฐและภาคประชาชนผู้ใช้สิทธิในการนัดหยุดงานได้นำไปขบคิดถึงหลักการให้บริการสาธารณะอันมีความสำคัญยิ่งแก่ประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะส่วนมากเพื่อแก้ไขปัญหาในระยะยาวต่อไป

อาจจะถึงเวลาแล้วหรือไม่ที่จะต้องมีการนำปัญหาของสิทธิการนัดหยุดงานมาถกเถียงกันในทุกมิติเพื่อนำไปสู่การกำหนดกรอบกฎเกณฑ์ที่ชัดเจนหรือแม้แต่การตราเป็นดับบทกฎหมายโดยเฉพาะ (Sui Generis) ว่าด้วยการให้บริการสาธารณะเฉกเช่นเดียวกันกับประเทศฝรั่งเศสได้กระทำหรือไม่อย่างไรเพื่อมิให้กระทบต่อหลักบริการสาธารณะซึ่งต้องมีความต่อเนื่องในการให้บริการกับประชาชนนั่นเอง

อนึ่ง สำหรับประเทศไทยแล้ว แม้ว่าจะมิได้มีคคีความต่าง ๆ อันนำไปสู่พัฒนาการของหลักว่าด้วยความต่อเนื่องของบริการสาธารณะมากมายเท่าประเทศฝรั่งเศส แต่ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้มีการบัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ในมาตรา 64 วรรค 2 ว่า “ข้าราชการและเจ้าหน้าที่รัฐยอมมีเสรีภาพในการรวมกลุ่มเช่นเดียวกันกับบุคคลทั่วไป แต่ทั้งนี้ต้องไม่กระทบต่อประสิทธิภาพในการบริหารราชการแผ่นดินและความต่อเนื่องในการจัดทำบริการสาธารณะ” อันเป็นการสะท้อนให้เห็นว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญก็ตระหนักและให้ความสำคัญในหลักความต่อเนื่องของบริการสาธารณะนี้ด้วยเช่นกัน

บรรณานุกรม (เบื้องต้น)

หนังสือภาษาไทย

- นันทวัฒน์ บรมานันท์. หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ.
กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2547.
- _____. คำแปลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958.
กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2548.

หนังสือภาษาต่างประเทศ

- Anna-Karin Lindblom, Non-Governmental Organizations in
International Law, Cambridge University Press, (2005).
- Bernard Gernigon, Alberto Otero, and Horacio Guido, ILO
Principles Concerning the Right to Strike, Interna-
tional Law Review, Vol. 137, (1998).
- International Covenant on Economic, Social, and Cultural Rights.
- Jeff Kenner, EU Employment Law: From Rome to Amsterdam
and Beyond, Hart Publishing, (2003).
- John Bell, Sophie Boyron, and Simon Whittaker, Principles of
French Law, Oxford University Press, (1998).
- K.D. Ewing, The Right to Strike, Oxford University Press, (2002).
- M. Magdalena Sepulveda and Maria Magdalena Sepulveda
Carmona, the Nature Obligations under the Interna-
tional Covenant on Economic, Social, and Cultural
Rights, Intersentia, (2003).

Tonia Novitz, *International and European Protection of the Right to Strike*, Oxford University Press, (2003).

คำพิพากษา

Enerji Yapi-Yol Sen v. Turkey

Laval Case (C 341/05)

Viking Case (C 438/05)



สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจ และสังคมแห่งชาติ *

สิริวรุธ สิทธิเวช

บทนำ

รู้จักกับบทบาทในทางเศรษฐกิจและเครื่องมือ

การพัฒนาประเทศไม่ว่าจะในยุคใดสมัยใด สิ่งสำคัญประการหนึ่งก็คือ การวางแผนเพื่อการพัฒนา หรือการกำหนดนโยบายโดยฝ่ายบริหารเพื่อเป็นเสมือนทางเสือเรือในการปฏิบัติต่อไป โดยการกำหนดแผนเพื่อพัฒนานั้น ต้องครอบคลุมในทุกมิติของการพัฒนา ทั้งในด้านเศรษฐกิจ สังคม และ วัฒนธรรม เพื่อขับเคลื่อนไปสู่การพัฒนาที่ยั่งยืนสืบไป มิใช่การพัฒนาเพื่อหวังผลระยะสั้นแต่เสียหายนะยาว

ในทางวิชาการแล้ว การที่รัฐโดยฝ่ายบริหารจะกำหนดทิศทางการบริหารประเทศให้เป็นไปอย่างไรได้นั้น ต้องอาศัยเครื่องมือและกลไก ที่มีความชอบด้วยกฎหมายและมีประสิทธิภาพมากเพียงพอ แน่นนอนเครื่องมือ เช่นว่านั้นก็คือ กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติที่อาศัยอำนาจมหาชนในการตรากฎหมาย ซึ่งในทางกฎหมายมหาชนแล้วเราถือว่า กฎหมาย หมายความว่า รัฐธรรมนูญ, พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ, พระราชบัญญัติ และ

พระราชกำหนด เท่านั้น ส่วนพระราชกฤษฎีกา เรื่อยลงไปถึง ประกาศ กระทรง, กฎกระทรง, ระเบียบ หรือ กฎ ข้อบังคับต่างๆ เราถือว่าเป็น กฎทางปกครองเท่านั้น ไม่ใช่กฎหมาย

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า ในกรณีของพระราชกำหนดนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยมาก มักกำหนดให้เป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร คือ คณะรัฐมนตรี สามารถใช้อำนาจตราออกมาบังคับใช้ได้เลย โดยไม่ต้องผ่าน สภานิติบัญญัติแห่งชาติ และมีสถานะทางกฎหมายเทียบเท่าพระราชบัญญัติ ทั้งนี้เฉพาะกรณีฉุกเฉินมีความจำเป็นเร่งด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้ บทบัญญัติในลักษณะนี้ได้สะท้อนให้เห็นว่า พระราชกำหนดเป็นกฎหมายฉบับเดียว ของฝ่ายบริหาร

ทั้งนี้การที่รัฐบาลต้องอาศัยกลไกทางกฎหมายและอำนาจมหาชนเป็น เครื่องมือในการบริหารราชการแผ่นดินก็เพราะ ประเทศใดๆก็ตามที่ปกครอง ในระบอบประชาธิปไตย และเชื่อมั่นในหลักการรัฐธรรมนูญนิยม รัฐบาลและ ประชาชนในรัฐย่อมต้องตระหนักและปฏิบัติตามหลักนิติรัฐ (Etat de Droit) คือ ต้องเคารพกฎหมาย ปฏิบัติตามกฎหมาย และต้องสามารถตรวจสอบ การใช้อำนาจมหาชนโดยรัฐได้ อีกทั้ง รัฐ ยังมีหน้าที่ในการเคารพในสิทธิ และเสรีภาพของประชาชนทั้งที่มีและไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรบัญญัติ รับรองไว้ ตลอดจนประชาชนก็ต้องมีหน้าที่ในการปฏิบัติตามกฎหมาย กฎ หรือ คำสั่งที่รัฐอธิปัตย์ตราออกมาให้มีผลบังคับใช้โดยชอบด้วยกฎหมาย หากฝ่าฝืนย่อมมีโทษ

ในแง่มุมทางด้านเศรษฐกิจนั้น กฎหมายมีความเกี่ยวข้องอย่างหลีกเลี่ยง ไม่ได้ เพราะในการพัฒนาประเทศให้เจริญก้าวหน้า รัฐบาลย่อมต้องอาศัยทุน ทางธุรกิจจำนวนมากในการสร้างโครงสร้างพื้นฐานต่างๆ แม้ในการพัฒนาการ ทางด้านสังคมและวัฒนธรรม รัฐบาลก็ต้องใช้เม็ดเงินทั้งนั้น เมื่อรัฐบาลมี รายจ่ายจำนวนมาก ก็ต้องหารายได้ให้ได้มากกว่ารายจ่าย โดยการลงทุน การกระตุ้นให้ประชากรประกอบธุรกิจมาก ๆ และมีผลกำไรสูง เพื่อรัฐบาลจะ

สามารถเก็บภาษีได้

นี่คือหลักคิดแบบง่าย ๆ และพื้นฐานที่สุด ณ จุดๆ นี้กฎหมายที่เข้ามาเกี่ยวข้องกับงานทางด้านเศรษฐกิจของรัฐ ก็มีได้ทั้งกฎหมายเอกชน และกฎหมายมหาชน

ในภาคของกฎหมายเอกชนที่เข้ามาเกี่ยวข้องนั้นจะเป็นไปในลักษณะที่รัฐจะกำหนดแนวทางขั้นต่ำในการดำเนินการทางธุรกิจของเอกชนเพื่อไม่ให้เกิดการได้เปรียบ เสียเปรียบกันเกินสมควร และป้องกันการหลอกลวงประชาชนที่ไม่มีความรู้เท่าทัน จนนำไปสู่การเป็น อาชญากรรมทางเศรษฐกิจต่อไป เช่น พระราชบัญญัติหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ พ.ศ. 2535, ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์, พระราชบัญญัติธนาคารพาณิชย์ เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม การดำเนินการทางธุรกิจของภาคเอกชนนั้นหากรัฐบาลปล่อยให้เอกชนพัฒนาธุรกิจไปโดยไร้ทิศทาง ปราศจากการสนับสนุนของภาครัฐแล้วไซ้ร้ ก็อาจนำมาซึ่งการพัฒนาที่ไม่สามารถนำไปสู่เป้าหมายคือความเจริญเติบโตทางเศรษฐกิจได้อย่างแท้จริง และหน้าแข้งอาจก่อให้เกิดความเหลื่อมล้ำทางเศรษฐกิจในสังคมขึ้นอย่างมากมายจนกลายเป็นปัญหาลูกกลามเกินเยียวยา เกิดปัญหาลูกโซ่ไปเรื่อยๆ จึงมีแนวคิดว่ารรัฐ ต้องเข้ามามีบทบาทในทางเศรษฐกิจเสียเอง เพื่อทำหน้าที่ปรับสมดุลทางเศรษฐกิจให้กับสังคม ซึ่งแนวคิดเช่นนี้ก็ตรงกันข้ามโดยสิ้นเชิงกับสำนักเสรีนิยมคลาสสิกของ อัดัม สมิธ ที่นำเสนอว่ารัฐต้องไม่เข้ามายุ่งเกี่ยวในกิจกรรมทางเศรษฐกิจของเอกชน ให้เอกชนริเริ่มและดำเนินการเอง และไม่ต้องกลัวว่าจะเกิดความวุ่นวายหรือปัญหาในทางเศรษฐกิจเพราะมี กลไกตลาด (Invisible Hand) คอยดูแลอยู่ เพราะฉะนั้นหน้าที่ของรัฐตามแนวคิดของ อัดัม สมิธ และสำนักเสรีนิยมคลาสสิกก็คือ ปกป้องประเทศ, ป้องกันภัยรุกรานจากภายนอก และรักษาความมั่นคงภายใน ตลอดจนอำนวยความสะดวก ระเบียบข้อพิพาทของคนในสังคม แต่แนวคิดดังกล่าวของ อัดัม สมิธ ก็ได้พิสูจน์ตัวเองให้โลกได้เห็นแล้วว่า ณ วันนี้ กลไกตลาด, กลไกราคา หรือมือที่มองไม่เห็น

ที่สุดแต่จะเรียก มันไม่ทำงาน หรือถ้าทำงานก็ทำอย่างไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร นำมาซึ่งปัญหามากมายทั้งในทางเศรษฐกิจและสังคม นักคิดในสำนักเสรีนิยมใหม่ จึงสร้างทฤษฎีใหม่โดยอาศัยแนวคิดของฝ่ายเสรีนิยมคลาสสิกเป็นแนวคิดต้นน้ำ หรือแม่สี แล้วผสมแนวคิดของสำนักสังคมนิยมยูโทเปีย ลงไป โดยถือตัวเองว่าเป็นฝ่ายเสรีนิยมอยู่ สิ่งที่น่าสนใจเสนอก็คือ รัฐควรเข้ามามีบทบาทในการแทรกแซงทางเศรษฐกิจได้ เพื่อลดความเหลื่อมล้ำในทางเศรษฐกิจลง แต่ต้องแทรกแซงอย่างจำกัด กล่าวคือ ปลดปล่อยให้ค้าขายเสรีเป็นหลักและแทรกแซงเป็นข้อยกเว้น เพราะหากรัฐเข้าแทรกแซงเป็นหลักเสียแล้ว ระบบเศรษฐกิจของประเทศย่อมกลายเป็นแบบสังคมนิยมไปเสียฉิบ

ด้วยแนวคิดการแทรกแซงทางเศรษฐกิจของรัฐดังกล่าว กฎหมายมหาชนจึงเข้ามามีบทบาทสำคัญเพราะ รัฐบาลจำต้องอาศัยอำนาจจากกฎหมายสูงสุดคือ รัฐธรรมนูญ และกฎหมายลำดับพระราชบัญญัติ มาใช้เป็นเครื่องมือในการเข้าแทรกแซงทางเศรษฐกิจ และนำมาสู่การถือกำเนิดขึ้นของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจในช่วงปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 - ต้นคริสต์ศตวรรษที่ 20 นี้เอง

กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ : การวางแผนทางเศรษฐกิจกับการพัฒนาประเทศ

กฎหมายมหาชนก็คือ กฎหมายที่ว่าด้วยหรือกำหนดรูปแบบ ลักษณะความสัมพันธ์ อันเป็นสัมพันธ์ภาพเชิงอำนาจระหว่างรัฐกับประชาชน ในแง่ที่รัฐมีอำนาจเหนือกว่า เมื่อรวมเข้ากับคำว่าทางเศรษฐกิจ ย่อมหมายความว่า เป็นการที่รัฐจะเข้ามากำหนดความสัมพันธ์ในทางเศรษฐกิจระหว่างรัฐกับประชาชน หรืออีกนัยหนึ่งก็คือเอกชนนั่นเอง ดังนั้น กฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจก็คือ กฎหมายที่ว่าด้วยการแทรกแซงทางเศรษฐกิจของรัฐ ซึ่งมีหลักการในทางวิชาการของกฎหมายมหาชนสาขานี้ดังนี้

1. หลักกฎหมายมหาชนทั่วไป เมื่อเป็นสาขาหนึ่งของกฎหมายมหาชน หลักการพื้นฐานอื่นๆของกฎหมายมหาชนย่อมต้องนำมาใช้บังคับด้วย คือแนวคิดหลักต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะแน่นอน ไม่ไปนำหลักกฎหมายเอกชนมาใช้คิดแน่ๆ

2. หลักกฎหมายโดยเฉพาะของกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ แบ่งออกได้เป็น 2 หลักใหญ่ๆ ดังนี้

2.1 หลักเสรีนิยม ซึ่งประกอบด้วยหลักการย่อยๆ อีก 2 ประการ คือ

2.1.1 หลักกรรมสิทธิ์

2.1.2 หลักเสรีภาพในทางการค้าและอุตสาหกรรม

2.2 หลักการแข่งขันเสรี ซึ่งในแนวคิดของหลักการนี้เรายังถือว่า มีหลักการย่อยๆ อื่นอีก 3 ประการที่พอจะถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของหลักการ แข่งขันเสรี ได้แก่

2.2.1 หลักการวางแผนทางเศรษฐกิจ

2.2.2 หลักประชาธิปไตยในทางเศรษฐกิจ

2.2.3 หลักการโอนเป็นของชาติ

ในที่นี้ผู้เขียนขอเสนอ หลักการวางแผนทางเศรษฐกิจเป็นสำคัญ เพื่ออธิบายต่อไปถึงการจัดตั้ง สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติในประเทศไทย และสภาเศรษฐกิจและสังคม (Le Conseil économique et social) ในประเทศฝรั่งเศส

หลักการวางแผนทางเศรษฐกิจ เป็นหลักการที่มีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส โดยปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ.1946 มาตรา 25 ความเป็นว่า “ในการกำหนดแผนพัฒนาเศรษฐกิจแห่งชาติ ต้องปรึกษาหารือกับสภาเศรษฐกิจและสังคมก่อน”

และมาบัญญัติหลักการเรื่องนี้ซ้ำไว้อีกในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ.1958 มาตรา 69-มาตรา 71 ดังนี้

มาตรา 69 ในกรณีที่รัฐบาลร้องขอ สภาเศรษฐกิจและสังคมอาจให้ความเห็นเกี่ยวกับร่างรัฐธรรมนูญหรือร่างรัฐกฤษฎีกา รวมทั้งร่างรัฐธรรมนูญของสมาชิกรัฐสภาที่ได้เสนอต่อสภาเศรษฐกิจและสังคม

สมาชิกสภาเศรษฐกิจและสังคมคนใดคนหนึ่งอาจได้รับมอบหมายให้ไปชี้แจงต่อที่ประชุมของสภาใดสภาหนึ่งเกี่ยวกับความเห็นของสภาเศรษฐกิจและสังคมที่มีต่อร่างรัฐธรรมนูญของรัฐบาลหรือร่างรัฐธรรมนูญของสมาชิกรัฐสภาที่ได้เสนอต่อสภาเศรษฐกิจและสังคม

Article 69 Le Conseil économique et social, saisi par le Gouvernement, donne son avis sur les projets de loi, d'ordonnance ou de décret ainsi que sur les propositions de lois qui lui sont soumis.

Un member du Conseil économique et social peut être désigné par celui-ci pour exposer devant les assemblées parlementaires l'avis du Conseil sur les projets ou propositions qui lui ont été soumis.

มาตรา 70 รัฐบาลอาจขอความเห็นจากสภาเศรษฐกิจและสังคมในทุกปัญหาที่มีลักษณะในทางเศรษฐกิจหรือสังคมได้ แผนงานทุกแผนงานหรือร่างรัฐธรรมนูญทุกฉบับที่มีลักษณะทางด้านเศรษฐกิจหรือสังคมจะต้องนำเสนอต่อสภาเศรษฐกิจและสังคมเพื่อขอความเห็น

Article 70 Le Conseil économique et social peut être également consulté par le Gouvernement sur tout problème de caractère économique ou social. Tout plan ou tout projet de loi de programme à caractère économique ou social lui est soumis pour avis.

มาตรา 71 องค์ประกอบของสภาเศรษฐกิจและสังคม รวมทั้งหลักเกณฑ์ในการดำเนินงาน ให้เป็นไปตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญประกอบรัฐธรรมนูญ

Article 71 La composition du Conseil économique et social et ses règles de fonctionnement sont fixées par une loi organique.

ปัญหาในทางวิชาการในเวลาต่อมาเกี่ยวกับการวางแผนทางเศรษฐกิจนั้นยังมีตามมาอีกมากมาย

ประเด็นที่ 1 ค่าบังคับและสถานะทางกฎหมายของหลักการวางแผนทางเศรษฐกิจ

อันที่จริงแล้วประเด็นนี้นักวิชาการทางกฎหมายมหาชนเริ่มต้นถกเถียงกันตั้งแต่ว่า รัฐธรรมนูญกำหนดให้รัฐบาลต้องจัดทำแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมหรือไม่ โดยฝ่ายที่เป็นเสรีนิยมนั้นค่อนข้างไม่เห็นด้วยกับการจัดทำแผนในลักษณะดังกล่าว เนื่องจากการกำหนดแผนการพัฒนาจากส่วนกลางลงไปให้ใช้บังคับกันทั่วไปทั้งสาธารณรัฐนั้น กระเดียดไปในทางค่าความคิดแบบสังคมนิยม เสียมากกว่า เพราะว่าการพัฒนาการทางเศรษฐกิจ การริเริ่มกิจกรรมทางเศรษฐกิจนั้น ควรเป็นเรื่องของเอกชนโดยแท้ รัฐบาลไม่ควรก้าวล่วง

อย่างไรก็ตาม ภายหลังสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 ฝรั่งเศสเองได้รับผลกระทบมากมาย และประเทศก็อยู่ในสถานะที่บอบช้ำมาก ทำให้มีความจำเป็นอยู่เองที่รัฐบาลกลางต้องกำหนดแผนการในการฟื้นฟูเศรษฐกิจของประเทศ และกำหนดทิศทางการพัฒนาให้สอดคล้องต้องกันทั้งหมด และปัจจุบันในประเทศฝรั่งเศสนักวิชาการทางกฎหมายก็ค่อนข้างยอมรับตรงกันแล้วว่าหลักการวางแผนทางเศรษฐกิจนั้น เป็นหลักการที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรและมีค่าบังคับเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ และศาล หรือฝ่ายตุลาการสามารถนำหลักการนี้มาปรับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีความได้ในฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไป

ข้อสังเกตในเรื่องนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ปัญหาที่ต้องมานั่งถกเถียงกันก็อาจเป็นเพราะ รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ทั้งในสาธารณรัฐที่ 4 (ค.ศ.1946) และในสาธารณรัฐที่ 5 (ค.ศ.1958) ต่างก็ไม่ยอมบัญญัติเรื่องนี้

เอาไว้โดยตรง ให้ชัดเจน อีกทั้งที่เขียนไว้ก็ดูจะเป็นหลักการที่กว้างเกินไป ไม่สามารถตีความให้ชัดเจนลงไปได้ จนนำมาสู่การถกเถียงในที่สุด

ประการที่ 2 สภาเศรษฐกิจและสังคม มีหน้าที่จัดทำแผนพัฒนาเศรษฐกิจหรือไม่ และในกรณีที่ไม่เห็นพ้องสามารถจะยับยั้งแผนได้หรือไม่

ในส่วนนี้ ต้องศึกษาจากบทบัญญัติทั้งสามมาตรา ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ.1958 ที่ได้อ้างไว้ข้างต้นแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในมาตรา 70 ที่ บัญญัติในตอนหนึ่งว่า

“รัฐบาลอาจขอความเห็น” ย่อมหมายความว่า รัฐบาลอาจใช้ดุลยพินิจขอหรือไม่ขอทราบความคิดเห็นของสภาเศรษฐกิจและสังคมก็ได้ แต่ในการขอความเห็นนั้นรัฐธรรมนูญตั้งใจเขียนให้ใช้บังคับกับ “ปัญหาทางเศรษฐกิจและสังคม” เท่านั้น เพราะในท่อนต่อมา รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ.1958 มาตรา 70 บัญญัติว่า “แผนงานทุกแผนงานหรือร่างรัฐบัญญัติทุกฉบับที่มีลักษณะทางด้านเศรษฐกิจหรือสังคมจะต้องนำเสนอต่อสภาเศรษฐกิจและสังคมเพื่อขอความเห็น” แสดงว่าเมื่อเป็นเรื่องของการวางแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม หรือกฎหมายเกี่ยวกับเศรษฐกิจและสังคม รัฐบาลต้องนำเสนอเพื่อขอรับความเห็นจากสภาเศรษฐกิจและสังคม หากไม่ทำ ย่อมถือว่าละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ และอาจกระทบถึงความสมบูรณ์ของแผนหรือร่างรัฐบัญญัตินั้นๆได้

ดังนั้นต่อข้อถามดังกล่าว ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า หน้าที่ในการจัดทำแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม เป็นหน้าที่ของรัฐบาลโดยเฉพาะ สภาเศรษฐกิจและสังคมมีหน้าที่เพียงศึกษาแผนที่รัฐบาลจัดทำขึ้นแล้วก็ให้ความเห็นต่อแผนนั้นๆเท่านั้น จะเห็นด้วยหรือไม่เห็นด้วยในส่วนหนึ่งประการใดก็สามารถทำบรรทุกเสนอไปยังรัฐบาลได้เต็มที่ แต่ไม่ผูกพันรัฐบาลว่าต้องเอาตามความเห็นของสภาเศรษฐกิจและสังคม กล่าวคือ อำนาจตัดสินใจเด็ดขาดว่าจะกำหนดแผนพัฒนาประเทศอย่างไรขึ้นอยู่กับภาครัฐบาล ซึ่งผู้เขียนก็เห็นพ้องด้วยในส่วนนี้ เนื่องจากสภาพการณ์ในสังคมประชาธิปไตยโดยทั่วไป

เมื่อประชาชนไปลงคะแนนเสียงเลือกตั้งผู้แทนราษฎร เขาย่อมต้องเลือกบุคคลนั้นๆ หรือพรรคนั้นๆ เพราะขึ้นชอบในแนวนโยบายที่น่าเสนอ และนโยบายที่สำคัญที่สุดก็คือเรื่องเศรษฐกิจ ปากท้อง ดังนั้นพรรคที่ชนะการเลือกตั้งได้คะแนนเสียงสนับสนุนสูงสุดย่อมได้รับมอบหมายจากประชาชนให้มาบริหารประเทศ กำหนดนโยบายในการพัฒนาประเทศในทุกๆ ด้าน รวมทั้งด้านเศรษฐกิจด้วย เพราะฉะนั้นแล้วสภาเศรษฐกิจและสังคมเป็นใครเล่าจึงจะมีอำนาจเหนือกว่าเจตจำนงร่วมกันของประชาชนที่ได้มอบหมายให้กับผู้แทนของเขาไปแล้ว เพราะฉะนั้น สภาเศรษฐกิจและสังคมจึงหาว่ามีหรือควรมีสติ/อำนาจ ใดๆ มาระบับยับยั้งแผนการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของรัฐบาลที่มาจากพลังประชาชนได้ ที่บัญญัติไว้ชอบแล้ว

อนึ่งพึงเข้าใจว่า การกำหนดนโยบาย ทิศทางการพัฒนาประเทศโดยเฉพาะอย่างยิ่งในด้านเศรษฐกิจนั้น เป็นเรื่องที่ผูกติดกับการเมืองอย่างใกล้ชิดสังเกตได้เลยว่า ในประเทศที่มีพรรคการเมืองใหญ่สองขั้วชัดเจนนั้น เขาจะวางนโยบายทางเศรษฐกิจแบบสวนทางกันเห็นๆ เด่นชัดไปเลย ไม่เหมือนกันเพื่อเป็นทางเลือกของประชาชน และเมื่อเปลี่ยนรัฐบาลก็จะเปลี่ยนนโยบายกันแบบเกือบพลิกหน้ามือเป็นหลังมือกันเลยทีเดียว

การวางแผนทางเศรษฐกิจเป็นการแทรกแซงทางเศรษฐกิจ

เมื่อการวางแผนทางเศรษฐกิจเป็นการแทรกแซงทางเศรษฐกิจแล้ว สิ่ง que เข้ามาเกี่ยวข้องทันทีก็คือ การที่รัฐจะต้องอาศัยอำนาจมหาชนในการกำหนดแผนดังกล่าว และต้องใช้อำนาจอังกล่าวให้เป็นไปตามกรอบที่รัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดให้อำนาจไว้

ในการวางแผนทางเศรษฐกิจของประเทศฝรั่งเศสนั้น รัฐธรรมนูญได้ออกแบบให้มืองค์กรทางปกครองอิสระองค์กรหนึ่งขึ้นมาทำหน้าที่ในการเสนอแนะความคิดเห็นต่อแผนที่ทางรัฐบาลได้จัดทำขึ้น โดยเขียนไว้ในรัฐธรรมนูญมาตรา 71 ว่าให้ไปออกเป็นบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับการได้มาซึ่งสมาชิกสภา การดำเนินงาน ตลอดจนองค์ประกอบต่างๆ

ซึ่งองค์กรดังกล่าวมีชื่อว่า สภาเศรษฐกิจและสังคม หรือ Le Conseil économique et social

ประเทศไทยกับหลักการวางแผนทางเศรษฐกิจ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 และ พ.ศ.2550 ต่างก็ได้บัญญัติให้มีการจัดตั้งสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติขึ้น เพื่อทำหน้าที่ให้คำปรึกษาและข้อเสนอแนะต่อคณะรัฐมนตรีในปัญหาต่างๆ ที่เกี่ยวกับเศรษฐกิจและสังคม รวมถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2550 กำหนดให้มีสำนักงานสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ เป็นหน่วยงานที่เป็นอิสระในการบริหารงานบุคคล การงบประมาณ และการดำเนินการอื่น

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 หมวด 5 แนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ

มาตรา 89 บัญญัติว่า “เพื่อประโยชน์ในการดำเนินการในหมวดนี้ ให้รัฐจัดให้มีสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ มีหน้าที่ให้คำปรึกษาและข้อเสนอแนะต่อคณะรัฐมนตรีในปัญหาต่างๆ ที่เกี่ยวกับเศรษฐกิจและสังคม

แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติและแผนอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ ต้องให้สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติให้ความเห็นก่อนพิจารณาประกาศใช้

องค์กรประกอบ ที่มา อำนาจหน้าที่ และการดำเนินงานของสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

ให้มีสำนักงานสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติเป็นหน่วยงานที่เป็นอิสระในการบริหารงานบุคคล การงบประมาณ และการดำเนินการอื่น ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ”

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 หมวด 11 องค์การตามรัฐธรรมนูญ ส่วนที่ 2 องค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ

มาตรา 258 บัญญัติว่า “สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ มีหน้าที่ให้คำปรึกษาและข้อเสนอแนะต่อคณะรัฐมนตรีในปัญหาต่างๆที่เกี่ยวกับเศรษฐกิจและสังคม รวมถึงกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติและแผนอื่นตามที่กฎหมายบัญญัติ ต้องให้สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติให้ความเห็นก่อนพิจารณาประกาศใช้

องค์ประกอบ ที่มา อำนาจหน้าที่ และการดำเนินงานของสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

ให้มีสำนักงานสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติเป็นหน่วยงานที่เป็นอิสระในการบริหารงานบุคคล การงบประมาณ และการดำเนินการอื่น ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ”

จะเห็นได้ชัดว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ทั้ง 2 ฉบับบัญญัติเรื่องสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติเอาไว้เหมือนกันทุกตัวอักษร ซึ่งเจตนารมณ์ของมาตรา 258 ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 ก็คือ เพื่อเปิดโอกาสให้ประชาชนได้มีส่วนร่วมในการบริหารจัดการประเทศ โดยตั้งอยู่บนพื้นฐานความยุติธรรมและโปร่งใสเป็นสำคัญ

อำนาจหน้าที่ของสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ

ปรากฏในพระราชบัญญัติสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ พ.ศ.2543 มาตรา 10-17 ดังนี้

1. ให้คำปรึกษาและข้อเสนอแนะต่อคณะรัฐมนตรีในปัญหาที่เกี่ยวกับเศรษฐกิจและสังคมเพื่อประโยชน์ในการดำเนินการตามแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐที่บัญญัติไว้ในหมวด 5 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

2. ให้ความเห็น เกี่ยวกับแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ และแผนอื่นตามมาตรา 14 รวมทั้งแผนอื่นใดที่มีกฎหมายกำหนดให้ต้องส่งแผนนั้นไปขอรับความเห็นจากสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติเสียก่อน จึงจะประกาศใช้ได้

ดังนี้แล้วปัญหาว่า ใครเป็นผู้มีหน้าที่ในการจัดทำแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ สำหรับประเทศไทยจึงไม่มีประเด็นที่ต้องถกเถียงเพราะทั้งบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญและกฎหมายจัดตั้งองค์กรดังกล่าวก็ให้กรอบอำนาจหน้าที่ของสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติไว้แล้วอย่างชัดเจนว่าเพียงแต่ “ให้ความเห็น” ซึ่งก็สอดคล้องต้องกันกับรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสในส่วนของสภาเศรษฐกิจและสังคม ที่มีหน้าที่ในทำนองนี้

3. ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีเห็นว่า การกำหนดนโยบายในเรื่องใด อาจกระทบถึงสภาพเศรษฐกิจและสังคมเป็นส่วนรวม สมควรได้รับฟังความคิดเห็นเพื่อประกอบการพิจารณากำหนดนโยบายในเรื่องนั้น ให้คณะรัฐมนตรีส่งเรื่องให้สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ พิจารณาให้คำปรึกษาเพื่อเสนอความเห็นต่อคณะรัฐมนตรี

4. ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีจะดำเนินการประกาศใช้แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ให้คณะรัฐมนตรีเสนอร่างดังกล่าวให้แก่สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ได้ลงความเห็นก่อนที่จะประกาศใช้ และเมื่อสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาตินั้นได้จัดส่งความเห็นมายังคณะรัฐมนตรี ให้คณะรัฐมนตรีนำความเห็นนั้น มาประกอบการพิจารณาในการจัดทำแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติด้วย

5. ในความเห็นที่สภาที่ปรึกษานั้นจัดส่งมายังคณะรัฐมนตรี สภาที่ปรึกษาต้องเสนอความเห็นทั้งในทางสนับสนุนและคัดค้าน พร้อมทั้งเหตุผลและข้อดีข้อเสียหรือผลกระทบของแนวทางการดำเนินการตามความเห็นที่เสนอและเปิดเผยให้สาธารณชนได้ทราบด้วย

ถ้าสภาที่ปรึกษา ไม่ส่งความเห็นมาภายในระยะเวลาที่คณะรัฐมนตรีกำหนด หรือภายใน 30 วัน ให้คณะรัฐมนตรีดำเนินการต่อไปตามที่เห็นสมควร

6. แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะกำหนดให้คณะรัฐมนตรีต้องส่งแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติไปให้สภาที่ปรึกษา ได้พิจารณาก่อนประกาศใช้ก็ตาม การดำเนินการเหล่านั้นก็มิได้กระทบกระเทือนต่ออำนาจในการบริหาร

ราชการแผ่นดินของคณะรัฐมนตรีได้อย่างไร

กล่าวคือสภาที่ปรึกษา อาจให้ความเห็นได้ทั้งในทางสนับสนุน คัดค้าน และเสนอแนะแนวทางใหม่ที่ดีกว่าให้กับรัฐบาลผ่านทางคณะรัฐมนตรี แต่ไม่มีอำนาจในการคัดค้านแผนพัฒนาที่คณะรัฐมนตรีเสนอมานี้แล้ว ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า ความเห็นอย่างใด ๆ ของสภาที่ปรึกษา ไม่ผูกพันคณะรัฐมนตรีให้ต้องปฏิบัติตาม แต่ความรับผิดชอบทางการเมืองของคณะรัฐมนตรีต่อรัฐสภาและประชาชนก็เป็นอีกเรื่องหนึ่งถ้าหากว่าทางที่คณะรัฐมนตรีเลือกใช้ส่งผลแยกว่าทางที่สภาที่ปรึกษาเสนอแล้วคณะรัฐมนตรีปฏิเสธ

ปัญหาทางวิชาการที่เกี่ยวกับสภาที่ปรึกษา มีอยู่ว่าควรแก้ไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 ให้สภาที่ปรึกษา มีอำนาจหน้าที่มากขึ้นหรือไม่ และควรแก้ไขอย่างไร?

ผู้เขียนเห็นว่า เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญในส่วนของสภาที่ปรึกษา เศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ นั้นต้องการให้ เป็นองค์กรให้คำปรึกษาทาง เศรษฐกิจและสังคมแก่รัฐบาลอย่างมีประสิทธิภาพ ดำเนินการอย่างเป็นอิสระ และโปร่งใส ส่งเสริมการมีส่วนร่วมของประชาชนในทุกภาคส่วนในการ กำหนดนโยบายและแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ที่สำคัญคือเป็น องค์กรสะท้อนปัญหาจากล่างสู่บน จากประชาชนสู่รัฐบาล

ไม่มีเจตนาคือให้องค์กรนี้เป็นองค์กรตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ คานอำนาจรัฐบาล หรือคัดค้านการกำหนดแนวนโยบายในการพัฒนาประเทศของ รัฐบาล ทั้งนี้เนื่องจากเรื่องของแนวนโยบายเป็นเรื่องที่มีความสัมพันธ์ใกล้ชิด กับทางการเมือง พรรคการเมืองที่ได้รับเลือกตั้งเข้ามาทำหน้าที่บริหาร ประเทศก็ควรได้รับอิสรภาพทางความคิดอย่างเต็มที่ในการกำหนดนโยบายไม่ว่าในทางใด ๆ อีกทั้งต้องไม่ลืมว่าวันนี้ ประชาชนคือเจ้าของอำนาจอธิปไตย ที่แท้จริงเพราะฉะนั้นแล้วเมื่อประชาชนไปออกเสียงเลือกพรรคใดย่อม หมายความว่าประชาชนไว้วางใจคน ๆ นั้นหรือพรรค ๆ นั้นให้ทำงานแทนเขาแล้ว สภาที่ปรึกษา ไม่ควรมีอำนาจมาระงับยับยั้งการใช้อำนาจอตุผลวินิจฉัยของฝ่าย บริหาร

ประเด็นที่ว่าถ้าจะแก้ต้องแก้ยังไงนั้น ผู้เขียนเห็นคล้ายตามความเห็นของ อาจารย์ ดอกเตอร์ กฤษณ์ วสินนท์ ที่ว่า แก้อ้อยค้ำจาก ให้ความเห็นเป็น ให้ความเห็นชอบ แทน ก็จะทำให้อำนาจของสภาที่ปรึกษาเปลี่ยนไปทันที กล่าวคือหากสภาที่ปรึกษา ไม่เห็นพ้องด้วยกับแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติที่รัฐบาลเสนอมา รัฐบาลต้องแก้ไขจนกว่าจะได้รับความเห็นชอบด้วยจากสภาที่ปรึกษา

บทสรุป

สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ เป็นองค์กรที่ตั้งขึ้นเพื่อช่วยเปิดพื้นที่ให้กับภาคประชาชนได้สามารถเข้ามามีส่วนร่วมในการกำหนดนโยบายและทิศทางในการบริหารจัดการประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ

นอกจากนี้ปรัชญาทางนิติศาสตร์ที่วางอยู่เบื้องหลังแนวคิดดังกล่าวก็มีมากมาย โดยเฉพาะปรัชญาทางด้านกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจในส่วนของการแทรกแซงทางเศรษฐกิจ และหลักการวางแผนทางเศรษฐกิจ นอกจากนี้ยังเชื่อมโยงถึงลัทธิเศรษฐกิจการเมืองต่างๆ ไม่ว่าจะเป็น เสรีนิยมคลาสสิก, สังคมนิยมยุโรป และเสรีนิยมใหม่

ที่สำคัญที่สุดก็คือ การตีกรอบอำนาจหน้าที่ของสภาที่ปรึกษา ว่าควรอยู่ตรงไหนจึงจะเหมาะสม ซึ่งผู้เขียนก็พยายามสะท้อนภาพของที่มาของรัฐบาลที่มาจากการเลือกตั้ง ว่าควรให้เขามีอำนาจและอิสระเชิงความคิดในการกำหนดนโยบายแต่อย่างใด ตลอดจนสถานะขององค์กรนี้ที่ควรทำหน้าที่เป็นเสมือนกระจกเงาสะท้อนความเห็นจากรากหญ้าให้รัฐบาลได้รับทราบ แต่กระจกจะชอบการแต่งกายของคนสองหรือไม่ก็ไม่อาจไปปรับแก้การแต่งตัวของเขาได้ ฉะนั้นก็ฉันทันสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติก็ไม่ควรมีอำนาจจะยับยั้งแผนพัฒนาของรัฐบาลตุจกัน



**ข้อสังเกตบางประการ
ในถ้อยคำ “ประโยชน์แก่ส่วนรวม”
ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง
และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542**

*นิธินันท์ สุขวงศ์***

บทความนี้เป็นบทความที่ผู้เขียนได้เขียนขึ้นเพื่อใช้ประกอบการประชุมในทางวิชาการของสำนักงานคดีปกครอง สำนักงานอัยการสูงสุด หลังจากที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) แล้ว ซึ่งในประเด็นที่ผู้เขียนได้อภิปรายในการประชุมดังกล่าว สืบเนื่องจากการที่มีการแก้ไขพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 (ฉบับที่ 5) ในปี พ.ศ.2551 ในเรื่องระยะเวลาการฟ้องคดีปกครองในเรื่องสัญญาทางปกครอง ซึ่งตามกฎหมายเดิมก่อนการแก้ไข ต้องฟ้องภายในหนึ่งปี นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี หลังจากที่มีการแก้ไขใหม่แล้ว สามารถ

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net วันที่ 8 พฤศจิกายน พ.ศ. 2552

**อัยการจังหวัดประจักษ์ศิลปาคม สำนักงานอัยการจังหวัดชัยภูมิ นิติศาสตรบัณฑิต เนติบัณฑิต นิติศาสตรมหาบัณฑิต(กฎหมายมหาชน) นักบริหารกิจการยุติธรรม (กระบวนการยุติธรรมทางปกครอง)

ฟ้องได้ภายในห้าปีนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี ซึ่งก่อนการแก้ไขในเรื่องดังกล่าว หน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่หลายหน่วยงานไม่สามารถฟ้องคดีปกครองในเรื่องสัญญาทางปกครองได้ทันภายในระยะเวลาหนึ่งปี จากระยะเวลาที่เคยชินกันมาในกฎหมายแพ่ง (สิบปี) ทำให้หลายเรื่องหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ไม่สามารถเรียกร้องจากผู้ที่ต้องรับผิดชอบได้ ซึ่งก็มีความพยายามในช่วงก่อนการแก้ไขกฎหมายในเรื่องนี้ในการฟ้องคดีที่ล่วงพ้นระยะเวลาการฟ้องร้อง ทั้งทางข้อกฎหมายในหลายๆ ประเด็น เช่น บางกรณีที่มีการฟ้องเกินกว่าหนึ่งปี ก็อ้างว่า เพื่อประโยชน์แก่ส่วนรวมบ้าง เพื่อประโยชน์สาธารณะบ้าง หรือมีเหตุอันจำเป็นบ้าง ซึ่งก็มีเพียงส่วนน้อยที่ศาลจะรับฟ้อง แต่หลังจากที่การแก้ไขกฎหมายในเรื่องดังกล่าวมีผลใช้บังคับแล้ว หากยังกรณีมีการนำคดีที่ล่วงเลยระยะเวลาการฟ้องคดีมาฟ้องโดยอ้างเหตุเพื่อประโยชน์แก่ส่วนรวมอีก จะนำมาใช้ได้แค่ไหนเพียงใด ซึ่งจะเป็นประเด็นในบทความนี้

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองพ.ศ.2542 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 5 พ.ศ.2551 โดยให้เพิ่มความหมายของคำว่า “ประโยชน์แก่ส่วนรวม” เข้าไป¹⁾ การใช้ประโยชน์จากถ้อยคำ ความหมายของประโยชน์แก่ส่วนรวม ในการฟ้องคดีในคดีสัญญาทางปกครอง ควรมีขอบเขตในการพิจารณาและใช้เพียงใด เป็นประเด็นและปัญหาที่จะได้กล่าวต่อไป กล่าวคือ การฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้กำหนดระยะเวลาการฟ้องไว้ไม่ว่าจะเป็น

1. พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2551

มาตรา 3 ให้เพิ่มพยานима ว่า “ประโยชน์แก่ส่วนรวม” ต่อจากพยานимаว่า

“สัญญาทางปกครอง” ในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

“ประโยชน์แก่ส่วนรวม” หมายความว่า ประโยชน์ต่อสาธารณะหรือประโยชน์อันเกิดแก่การจัดทำบริการสาธารณะหรือการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือประโยชน์อันใดที่เกิดจากการดำเนินการหรือการกระทำที่มีลักษณะเป็นการส่งเสริม หรือสนับสนุนแก่ประชาชนเป็นส่วนรวมหรือประชาชนส่วนรวมจะได้รับประโยชน์จากการดำเนินการหรือการกระทำนั้น”

เรื่อง คำสั่งทางปกครอง⁽²⁾ สัญญาทางปกครอง และละเมิดทางปกครอง⁽³⁾ ในที่นี้จะขอกล่าวเฉพาะเรื่องการฟ้องคดีในเรื่องสัญญาทางปกครอง⁽⁴⁾ กรณีหน่วยงานทางปกครองฟ้องเรียกเงินจากเอกชน ซึ่งถือว่าเป็นคดีที่มีจำนวนมาก และเป็นคดีทั่วไป ที่หน่วยงานทางปกครองฟ้องเอกชน หรือกล่าวโดยเฉพาะก็คือว่า คดีสัญญาทางปกครองโดยส่วนใหญ่จะเป็นกรณีที่หน่วยงานทางปกครองฟ้องเอกชนให้รับผิดชอบในการชำระเงิน ไม่ว่า จะเป็นสัญญาทุน⁽⁵⁾ สัญญาจ้างก่อสร้าง⁽⁶⁾ ฯลฯ ล้วนแล้วแต่มีวัตถุประสงค์ให้เอกชนชำระเงินทั้งสิ้น ซึ่งหากเป็นการฟ้องเมื่อพ้นระยะเวลาการฟ้องคดีแล้ว โดยจะอ้างเหตุประโยชน์แก่ส่วนรวม เพื่อจะทำให้ฟ้องคดีได้เกินกว่าระยะเวลา 5 ปี นั้น จะทำได้หรือไม่ และควรพิจารณาในกรอบเพียงใด อะไรคือหลัก อะไรคือข้อยกเว้น จะนำข้อยกเว้นมาเป็นหลักได้หรือไม่

บทความนี้จะแบ่งออกเป็นสองประเด็น ประเด็นแรก คือ การนำถ้อยคำ ว่า ประโยชน์แก่ส่วนรวม มาใช้ในการฟ้องคดีเมื่อพ้นระยะเวลาการฟ้องคดี

2. พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

มาตรา 49 การฟ้องคดีปกครองจะต้องยื่นฟ้องภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี หรือนับแต่วันที่พ้นกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือร้องขอต่อหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดและไม่ได้รับหนังสือชี้แจงจากหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือได้รับแต่เป็นคำชี้แจงที่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าไม่มีเหตุผล แล้วแต่กรณี เว้นแต่จะมีบทกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

3. พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 51 การฟ้องคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) ให้ยื่นฟ้องภายในหนึ่งปีและการฟ้องคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) ให้ยื่นฟ้องภายในห้าปี นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีแต่ไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่รู้เหตุแห่งการฟ้องคดี

4. พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 3 “สัญญาทางปกครอง” หมายความว่า สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

5. คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 510/2547 วินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครอง

6. คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.32/2546 วินิจฉัยว่าเป็นสัญญาทางปกครอง

ปกครองแล้ว และประเด็นที่สอง การแก้ไขให้คำนิยาม คำว่า ประโยชน์แก่ส่วนรวม มีผลก่อนและหลังการแก้ไขอย่างไรหรือไม่

ประเด็นแรก ระยะเวลาการฟ้องคดี ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

มาตรา 51 การฟ้องคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) ให้ยื่นฟ้องภายในหนึ่งปี และการฟ้องคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) ให้ยื่นฟ้องภายในห้าปีนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี แต่ไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่มิเหตุแห่งการฟ้องคดี

ซึ่งต้องถือว่า มาตราดังกล่าวเป็นหลักในเรื่องระยะเวลาการฟ้องคดี ในเรื่องสัญญาทางปกครอง ที่ให้ฟ้องภายใน 5 ปี ซึ่งหากพิจารณาแล้ว หากกรณีถือว่า ข้อใดเป็นหลักแล้ว ข้อนั้นมีผลบังคับโดยทั่วไป มาตรานี้ต้องถือว่าเป็นหลักในเรื่องระยะเวลาการฟ้องคดีในกรณีสัญญาทางปกครอง ที่ทุกคดีต้องยึดถือและปฏิบัติตาม แต่ในขณะเดียวกัน เมื่อมีหลักก็มีข้อยกเว้น กล่าวคือ เหตุที่จะทำให้ฟ้องเกินกว่า 5 ปี นั้น ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

มาตรา 52 วรรคสอง

การฟ้องคดีปกครองที่ยื่นเมื่อพ้นกำหนดเวลาการฟ้องคดีแล้ว ถ้าศาลปกครองเห็นว่าคดีที่ยื่นฟ้องนั้นจะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือมีเหตุจำเป็นอื่นโดยศาลเห็นเองหรือคู่กรณีมีคำขอ ศาลปกครองจะรับไว้พิจารณาก็ได้

มาตรา 52 นี้ เป็น ข้อยกเว้น ที่จะทำให้ฟ้องคดีเรื่องสัญญาทางปกครองฟ้องได้เมื่อเกิน 5 ปีแล้ว ข้อยกเว้นการฟ้องคดีเมื่อพ้นระยะเวลาการฟ้องคดีแล้วจะทำได้เพียงสองกรณี กล่าวคือ 1. เป็นประโยชน์แก่ส่วนรวม และ 2. มีเหตุจำเป็นอื่น โดยในบทความนี้จะขอกล่าวเพียง คำว่า ประโยชน์แก่ส่วนรวม เท่านั้น ตามประเด็นของหัวข้อในบทความนี้ กรณีสัญญาทางปกครองซึ่งเป็นคดีที่มีจำนวนมากประเภทหนึ่งของคดีปกครองที่หน่วยงาน

ทางปกครองฟ้องเรียกเงินจากเอกชน ซึ่งหากมีการฟ้องคดีเกินกว่าระยะเวลา การฟ้องโดยอ้างเหตุนำเงินส่งเข้าเป็นรายได้รัฐ หรือแผ่นดิน หรือเพื่อจะนำ เงินนั้นมาใช้จัดทำบริการสาธารณะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมเหล่านี้ ศาล ปกครองสูงสุดก็เคยมีคำพิพากษาในหลายๆ คดีแล้วว่า กรณีดังกล่าวไม่เป็น ประโยชน์แก่ส่วนรวม⁷⁾ ดังนั้น การฟ้องคดีสัญญาทางปกครองที่หน่วยงาน ทางปกครองฟ้องเรียกเงินจากเอกชน ไม่ว่าจะเป็นสัญญาทุน สัญญาจ้าง ก่อสร้าง ฯลฯ ที่เกินกว่า 1 ปีตามกฎหมายเก่า ที่เคยฟ้องกันมาแล้ว และ เกินกว่า 5 ปี ตามกฎหมายใหม่ ภายหลังจากที่กฎหมายใหม่มีผลใช้บังคับแล้ว หน่วยงานทางปกครองจะอ้างว่า เป็นประโยชน์แก่ส่วนรวม ด้วยการอธิบาย ว่า เป็นการนำเงินส่งเข้าเป็นรายได้รัฐ หรือแผ่นดิน หรือเพื่อจะนำเงินนั้นมา ใช้จัดทำบริการสาธารณะ นั้น หากฝ่ายปกครองเข้าใจถึงหลักและข้อยกเว้นแล้ว ในอดีตที่เคยอ้างและฟ้องกันมาก็คงจะไม่ปรากฏกรณีกล่าวอ้างเช่นนั้น และ กรณีดังกล่าวน่าจะกระทำได้ภายในขอบเขตที่จำกัด เฉพาะเรื่องเฉพาะกรณี เท่านั้น และต้องเป็นประโยชน์ต่อส่วนรวมโดยตรงและแท้จริงเท่านั้น จะนำ มาใช้กับคดีที่มีลักษณะต่างๆ ไป ที่เกินกว่า 1 ปีตามกฎหมายเก่า หรือ 5 ปี ตามกฎหมายใหม่ เช่น คดีสัญญาทางปกครองที่หน่วยงานทางปกครอง ฟ้องเรียกเงินจากเอกชน ไม่ว่าจะเป็นด้วยเหตุผล เป็นการนำเงินส่งเข้าเป็น รายได้รัฐ หรือแผ่นดินก็ดี หรือเพื่อจะนำมาใช้จัดทำบริการสาธารณะก็ดี มิน่าจะทำได้ เนื่องจากข้อยกเว้นการฟ้องคดีโดยเหตุประโยชน์ต่อส่วนร่วมนั้น น่าจะต้องใช้ในกรณีที่จำกัด จะนำเอาเหตุเป็นการนำเงินส่งเข้าเป็นรายได้รัฐ หรือแผ่นดินก็ดี หรือเพื่อจะนำมาใช้จัดทำบริการสาธารณะก็ดี มาอ้างมิน่าจะ ทำได้ เพราะเหตุเหล่านั้นเป็นหน้าที่ตามกฎหมายและภารกิจหลักของฝ่าย ปกครองอยู่แล้ว หรือเป็นเพียงเหตุทั่วไปของหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครอง ซึ่งมีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะ หากให้นำเหตุทั่วไปของหน้าที่ของหน่วย งานทางปกครองมาใช้ได้แล้ว การที่หน่วยงานทางปกครองฟ้องเรียกเงินจาก

7. คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 104/2547, 264/2547, 293/2547, 394/2547

เอกชนก็เพื่อประโยชน์แก่ส่วนรวมหมด ซึ่งเท่ากับว่า หน่วยงานทางปกครองฟ้องเรียกเงินทุกเรื่อง เข้าช้อยกเว้นที่ฟ้องเกินกว่าระยะเวลาการฟ้องคดีได้ทุกเรื่องทุกกรณี มีผลไม่ต่างกับการเอาช้อยกเว้นมาเป็นหลักให้หน่วยงานทางปกครองในการฟ้องคดี ดังนั้น ในอดีตที่ผ่านมาหน่วยงานทางปกครองฟ้องโดยอ้างนำเอาเหตุเป็นการนำเงินส่งเข้าเป็นรายได้รัฐ หรือแผ่นดินก็ดี หรือเพื่อจะนำมาใช้จัดทำบริการสาธารณะก็ดี เพื่อเป็นประโยชน์ต่อส่วนรวมนั้น น่าจะเป็นการเข้าใจหลักในการฟ้องคดีที่ผิดพลาด

หากหน่วยงานทางปกครองฟ้องคดีสัญญาทางปกครองเรียกเงินจากเอกชนเพื่อนำเงินนั้นมาจัดทำบริการสาธารณะ อาจจะกลายเป็นกรณี เป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมไปหมดทุกคดี ทำให้ฟ้องได้เกิน 5 ปี ตามกฎหมายใหม่ทุกเรื่อง แต่กรณีกลับกัน เอกชนฟ้องหน่วยงานทางปกครองให้รับผิดชำระเงินจะต้องฟ้องภายในระยะเวลาที่จำกัดเท่านั้น และการฟ้องคดีเมื่อพ้นระยะเวลาการฟ้องคดีแล้วโดยอ้างว่า เป็นประโยชน์อันเกิดแก่การจัดทำบริการสาธารณะ ตามคำนิยามใหม่นั้น ช้อยกเว้นการฟ้องคดีเกินระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดดังกล่าว ก็เป็นอำนาจดุลพินิจของศาลปกครองที่จะรับฟ้องไว้หรือไม่ก็ได้⁸⁾ ถึงแม้การฟ้องคดีนั้นจะได้รับความตามคำนิยามแล้วก็ตาม ซึ่งแตกต่างกับการฟ้องในเรื่องคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ที่ศาลไม่มีอำนาจดุลพินิจที่จะไม่รับ สังเกตได้จากกฎหมาย ใช้ถ้อยคำว่า การฟ้องคดีปกครองที่เกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ หรือสถานะของบุคคลจะยื่นฟ้องคดีเมื่อใดก็ได้ นั้นแสดงให้เห็นว่า ถ้าเป็นเรื่องของการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะแล้วไม่มีข้อจำกัดเรื่องระยะเวลา และไม่มีเรื่องของดุลพินิจของศาล

8. มาตรา 52 การฟ้องคดีปกครองที่เกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ หรือสถานะของบุคคลจะยื่นฟ้องคดีเมื่อใดก็ได้

การฟ้องคดีปกครองที่ยื่นเมื่อพ้นกำหนดเวลาการฟ้องคดีแล้ว ถ้าศาลปกครองเห็นว่าคดีที่ยื่นฟ้องนั้นจะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือมีเหตุจำเป็นอันโดยศาลเห็นเองหรือคู่กรณีคำขอ ศาลปกครองจะรับไว้พิจารณาก็ได้

ที่จะปฏิเสธไม่รับคำฟ้อง⁹⁾ ยกเว้นกรณีเดียวที่ศาลจะปฏิเสธได้ คือ กรณีนั้นมีใช้เป็นการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ถ้าหากเป็นดุลพินิจของศาล กฎหมายก็จะใช้คำว่า ศาลปกครองจะรับไว้พิจารณาก็ได้ ตามบทบัญญัติของมาตรา 52 วรรคท้าย ซึ่งสุดท้ายแล้วแม้จะเป็นการฟ้องที่เป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมตามคำนิยามใหม่แล้วก็ตาม สุดท้ายศาลก็ยังมีอำนาจดุลพินิจที่จะปฏิเสธคำฟ้องที่เกินกว่าระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดได้อุญั่นเอง ซึ่งจะได้อธิบายในรายละเอียดในประเด็นที่สอง

การใช้ประโยชน์จากถ้อยคำ “ประโยชน์แก่ส่วนรวม” ซึ่งเป็นเพียงข้อยกเว้น ฝ่ายปกครองต้องใช้ภายในขอบเขตที่จำกัด จะใช้เป็นกฎหมายหลักแทนมาตรา 51 หรือใช้ให้มีผลทั่วไปมิได้ การตีความข้อยกเว้น ให้มีผลแทนที่กฎหมายหลักจึงมีอาจกระทำได้ หรือหากมีการนำมาใช้แล้ว จะมีผลต่อประเภทคดีนั้นๆ (คดีที่หน่วยงานทางปกครองฟ้องคดีสัญญาทางปกครอง เรียกเงินจากเอกชน) ในภาพรวมทั้งหมดแล้ว นั้นเท่ากับว่า หน่วยงานทางปกครองกำลังจะนำเอาข้อยกเว้นมาใช้เป็นหลักแทน ซึ่งน่าจะเป็นกรณีที่ไม่ถูกต้องในการบังคับใช้กฎหมาย ยิ่งข้อยกเว้นกว้างมากเท่าใดยิ่งกระทบหลักมากเท่านั้น

ประเด็นที่สอง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 52 การฟ้องคดีปกครองที่เกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ หรือสถานะของบุคคลจะยื่นฟ้องคดีเมื่อใดก็ได้

การฟ้องคดีปกครองที่ยื่นเมื่อพ้นกำหนดเวลาการฟ้องคดีแล้ว ถ้าศาลปกครองเห็นว่าคดีที่ยื่นฟ้องนั้นจะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือมีเหตุจำเป็นอื่นโดยศาลเห็นเองหรือคู่กรณีมีคำขอ ศาลปกครองจะรับไว้พิจารณาก็ได้

⁹⁾ คล้ายกับอำนาจผูกพันในหลักกฎหมายปกครอง กล่าวคือ หากเงื่อนไขครบตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว ต้องดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดไว้เพียงทางเดียวเท่านั้น ไม่อาจสั่งการให้แตกต่างเป็นอย่างอื่นได้

ในประเด็นนี้จะได้พิจารณาถึงการเพิ่มค่านิยมของประโยชน์แก่ส่วนรวมเข้าไปว่าจะมีผลต่อการฟ้องคดีแค่ไหนเพียงใด โดยหลักการที่ฝ่ายปกครองแก้ไขกฎหมายในเรื่องการฟ้องคดีตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ 5) พ.ศ.2551 ก็เพื่อจะทำให้คดีสัญญาทางปกครองมีระยะเวลาการฟ้องเพิ่มขึ้น และด้วยการเพิ่มค่านิยมของประโยชน์แก่ส่วนรวม ผู้เขียนมีความเห็นส่วนตัวว่า เพื่อที่จะจำกัด ควบคุม แนววินิจจยของศาลปกครองในเรื่องประโยชน์แก่ส่วนรวม ตามที่ฝ่ายปกครองกำหนด ประกอบกับการแก้ไขนี้มีได้เป็นการดำหริเริ่มของทางศาลปกครองแต่อย่างใด จึงได้สร้างค่านิยมขึ้นมา เพราะแต่ก่อนไม่มีค่านิยมในเรื่องนี้ ศาลจึงต้องอาศัยการพิพากษาในการสร้างหลักกฎหมายในกรณีดังกล่าวให้เป็นแนวบรรทัดฐานแก่คดีที่จะเกิดขึ้นในภายหลัง โดยเฉพาะการฟ้องเพื่อนำเงินไปใช้จ่ายทำบริการสาธารณะ ซึ่งมาตราดังกล่าวข้างต้น ได้บัญญัติเหตุที่จะฟ้องคดีเกินระยะเวลาไว้ด้วยกัน 3 เหตุ กล่าวคือ

1. คุ่มครองประโยชน์สาธารณะ
2. ประโยชน์แก่ส่วนรวม
3. เหตุจำเป็นอื่น

จะเห็นได้ว่า หากเป็นการฟ้องเพื่อคุ่มครองประโยชน์สาธารณะ กฎหมายไม่ได้ให้อำนาจดุลพินิจศาลในการที่จะไม่รับคดีไว้แต่อย่างใด แตกต่างกับการฟ้องเพื่อประโยชน์ส่วนรวมหรือเหตุจำเป็นอื่น ที่ในที่สุดแล้ว ก็ยังคงเป็นอำนาจดุลพินิจของศาลที่จะรับคดี ไว้หรือไม่ก็ได้ แม้จะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมตามค่านิยมที่มีการแก้ไขแล้วก็ตาม ตามที่ผู้เขียนได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว

ด้วยความเคารพต่อหลักการและเหตุผลในการแก้ไขของผู้เสนอให้มีการแก้ไข การแก้ไขดังกล่าวนั้น ในที่สุดแล้ว การจะรับคดีประเภทนี้ก็ยังคงอยู่ในดุลพินิจของศาลตามหลักการเดิม ถึงแม้จะเข้าเงื่อนไขตามค่านิยมที่มีการแก้ไข แต่หากมีการให้คำจำกัดความของคำว่า ประโยชน์สาธารณะ หรือ คุ่มครองประโยชน์สาธารณะ น่าจะมีผลในการฟ้องคดีที่เกินกว่า 5 ปี ดีกว่า

การแก้ไข คำว่า ประโยชน์แก่ส่วนรวม เพราะการฟ้องเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ศาลไม่น่าจะมีอำนาจดุลพินิจปฏิเสธไม่รับคำฟ้อง ยกเว้นเหตุเดียว กล่าวคือ กรณีดังกล่าวมิใช่ประโยชน์สาธารณะหรือการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ตามคำนิยามเท่านั้น การแก้ไข คำว่า ประโยชน์แก่ส่วนรวม สุดท้ายแล้วยังคงเป็นอำนาจดุลพินิจในการรับคดีของศาลปกครองหรือไม่อยู่ดี ซึ่งการโต้แย้งในเรื่องดุลพินิจนั้นเป็นเรื่องที่ค่อนข้างทำได้ยาก หากศาลปฏิเสธไม่รับคำฟ้อง ซึ่งไม่น่าจะมีผลแตกต่างจากกฎหมายเดิมก่อนการแก้ไข แต่ประการใด เพียงแต่เพิ่มกรอบการพิจารณาให้ศาลขึ้นเท่านั้น ซึ่งการแก้ไขดังกล่าวก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงทางกฎหมายค่อนข้างน้อย แต่ถ้าหากแก้ไขให้คำจำกัดความของคำว่า “ประโยชน์สาธารณะ หรือ คุ้มครองประโยชน์สาธารณะ” แล้ว หากมีการฟ้องคดีประเภทสัญญาทางปกครองที่เกิดขึ้นระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด และกรณีใดเข้าตามเงื่อนไขของคำนิยามดังกล่าวแล้ว ก็จะไม่มีปัญหาในการรับฟ้องแต่อย่างใด เหตุที่ศาลจะปฏิเสธไม่รับฟ้องมีเพียงเหตุเดียว คือ ไม่ใช่ประโยชน์สาธารณะหรือไม่ใช่การคุ้มครองประโยชน์สาธารณะเท่านั้น หากศาลไม่รับฟ้องการโต้แย้งในการอุทธรณ์น่าจะทำได้ง่ายกว่าการโต้แย้งในเรื่องที่เป็นดุลพินิจ การแก้ไขกฎหมายนั้น ในเรื่องคำนิยามของกฎหมายบางคำ ที่ควรจะมีการบัญญัติไว้ แต่ฝ่ายปกครองหรือผู้ที่มีอำนาจกลับไม่ชวนขยายให้มีการแก้ไขเพิ่มเติม ทั้งๆ ที่มีผลกระทบต่อฝ่ายปกครองโดยตรง เช่น คำว่า ความรับผิดชอบอย่างอื่น⁽¹⁰⁾ ซึ่งในทางปฏิบัติที่เป็นคดีในศาล มีความหมายกว้างและครอบคลุมในหลายๆ เรื่องของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมาก หากท่านผู้อ่านสังเกตดีๆ ความรับผิดชอบอย่างอื่นนั้นหากไม่เข้าเงื่อนไขการฟ้องคดีปกครองตามพระราชบัญญัติ

10. พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดชอบอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง อนุมาตราใดเลย อย่างน้อยที่สุดก็น่าจะเข้าไปในเรื่องความรับผิดชอบอื่น นั้น หมายความว่า หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่อาจถูกฟ้องได้อย่างกว้างขวางมากนั่นเอง ซึ่งหากมีการสร้างค่านิยมเรื่องนี้แล้ว ขอบเขตของการดำเนินคดีปกครองในประเภทความรับผิดชอบอื่นก็จะชัดเจนและกระชับมากยิ่งขึ้น .



ปัญหาการขอขยายระยะเวลายื่นอุทธรณ์ ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและ วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542*

นิรันดร์ สุขวงศ์**

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองพ.ศ.2542
มาตรา 73

“การคัดค้านคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นนั้นให้
ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลปกครองชั้นต้นที่มีคำพิพากษาหรือคำสั่งภายในกำหนด
สามสิบวันนับแต่วันที่ได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่ง ถ้ามิได้ยื่นอุทธรณ์ตาม
กำหนดเวลาดังกล่าวให้ถือว่าคดีนั้นเป็นอันถึงที่สุด

คำพิพากษาหรือคำสั่งตามวรรคหนึ่งให้หมายความรวมถึงคำสั่งเกี่ยวกับการ
ละเมิดอำนาจศาลหรือคำสั่งอื่นใดที่ทำให้คดีเสร็จเด็ดขาด”

ตามระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วย
วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2543 ข้อ 6

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net วันที่ 8 พฤษภาคม พ.ศ. 2552

** อัยการจังหวัดประจักษ์ศิลปาคม สำนักงานอัยการจังหวัดยโสธร นิติศาสตรบัณฑิต เนติบัณฑิต
นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายมหาชน) นักบริหารกิจการยุติธรรม (กระบวนการยุติธรรมทาง
ปกครอง)

“ระยะเวลาตามที่กำหนดไว้ในระเบียบนี้หรือตามที่ศาลกำหนด เมื่อศาลเห็นสมควรหรือเมื่อคู่กรณีมีคำขอ ศาลมีอำนาจยื่นหรือขยายได้ตามความจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม”

และข้อ 49/1

“คำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นที่ไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา คำสั่ง
จำหน่ายคดีออกจากสารบบความโดยไม่มีการวินิจฉัยชี้ขาดคดี คำสั่งลงโทษ
ฐานละเมิดอำนาจศาลตามมาตรา 64 หรือคำสั่งอื่นใดซึ่งไม่ต้องห้ามอุทธรณ์
ระหว่างพิจารณาตามข้อ 100 วรรคสอง ผู้มีส่วนได้เสียมีสิทธิยื่นคำร้องอุทธรณ์
คำสั่งดังกล่าวต่อศาลปกครองสูงสุดภายในกำหนดระยะเวลาสามสิบวัน
นับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น”

การดำเนินคดีปกครองในศาลปกครอง เมื่อคดีนั้นเสร็จไปจากการพิจารณาของศาลปกครองชั้นต้นแล้ว กระบวนการต่อจากนั้นไปก็อาจจะมีการอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด การอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุดนั้น จะถูกจำกัดด้วยระยะเวลาตามกฎหมาย ผู้ที่ประสงค์จะอุทธรณ์ต้องยื่นอุทธรณ์ภายในระยะเวลาสามสิบวันนับแต่วันที่ได้อ่านคำพิพากษา หากมิได้ใช้สิทธิอุทธรณ์ภายในระยะเวลาดังกล่าวแล้ว คดีนั้นเป็นอันถึงที่สุด ระยะเวลาในการยื่นอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุดนั้น ผู้อุทธรณ์ไม่สามารถยื่นคำร้องขอขยายระยะเวลาในการอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งได้ ซึ่งระยะเวลาสามสิบวันดังกล่าวนี้ นอกจากจะใช้กับการอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งแล้ว ยังมีผลใช้บังคับกับคำสั่งเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาลด้วย ตามมาตรา 73 วรรคสอง

ประเด็นปัญหาของบทความนี้ ผู้เขียนจะขอกล่าวถึง ระยะเวลา
อุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดี เนื่องจากระยะเวลาดังกล่าวมีระยะเวลา
ที่สั้นมากและไม่อาจขยายระยะเวลาได้ สิทธิของผู้อุทธรณ์จึงถูกจำกัดให้ใช้
สิทธิภายในระยะเวลาอันสั้น หากพิจารณาถึงสิทธิในการอุทธรณ์ในคดีแพ่งแล้ว
จะเห็นได้ว่าระยะเวลาอุทธรณ์ก็ดี ระยะเวลาในการฎีกาก็ดี ผู้อุทธรณ์หรือ

ผู้ใดก็มีสิทธิขอขยายระยะเวลาได้⁽¹⁾ หรือแม้แต่คดีอาญาก็ยังขยายระยะเวลาได้ ระยะเวลาการอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งในคดีปกครอง จึงเป็นระยะเวลาที่จำกัดสิทธิของประชาชนในการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางปกครองลำดับสูงสุด ระยะเวลาอุทธรณ์คำพิพากษาและระยะเวลาในการอุทธรณ์ได้แย้งเกี่ยวกับคำสั่งเรื่องละเมิดอำนาจศาลเป็นระยะเวลาเดียวกัน และบัญญัติอยู่ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 73 แต่เพียงอยู่คนละวรรค ซึ่งศาลปกครองถือว่า หากเป็นระยะเวลาตามพระราชบัญญัติ (พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542) แล้ว ศาลไม่มีอำนาจขยายระยะเวลา เพราะกฎหมายไม่ได้บัญญัติให้อำนาจไว้ ตามเนื้อหาในคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ว่า มาตรา 73 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 บัญญัติว่าการคัดค้านคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น ให้ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลปกครองชั้นต้นที่มีคำพิพากษาหรือคำสั่งภายในกำหนดสามสิบวันนับแต่วันที่ได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่ง ถ้ามิได้ยื่นอุทธรณ์ภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ถือว่าคดีนั้นเป็นอันถึงที่สุด ซึ่งระยะเวลาดังกล่าวเป็นระยะเวลาที่กำหนดโดยบทบัญญัติของกฎหมาย มิใช่ระยะเวลาดตามที่กำหนดไว้ในระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2543 หรือตามที่ศาลกำหนดดังที่กำหนดไว้ในข้อ 6 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ที่ศาลมีอำนาจยื่นหรือขยายได้

(1) ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 23 เมื่อศาลเห็นสมควรหรือมีคู่ความฝ่ายที่เกี่ยวข้องได้อื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้อง ให้ศาลมีอำนาจที่จะออกคำสั่งขยายหรือย่นระยะเวลาตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายนี้ หรือตามที่ศาลได้กำหนดไว้ หรือระยะเวลาที่เกี่ยวข้องด้วยวิธีพิจารณาความแพ่งอันกำหนดไว้ในกฎหมายอื่น เพื่อให้ได้เน้นหรือมิให้ดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาใด ๆ ก่อนสิ้นระยะเวลานั้น แต่การขยายหรือย่นเวลาเช่นนี้ให้พึงทำได้ต่อเมื่อมีพฤติการณ์พิเศษและศาลได้มีคำสั่งหรือคู่ความมีคำขอขึ้นมาก่อนสิ้นระยะเวลานั้นเว้นแต่ในกรณีที่มีเหตุสุดวิสัย

ตามความจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ด้วยเหตุนี้ ศาลจึงไม่มีอำนาจขยายระยะเวลาขึ้นอุทธรณ์คำพิพากษาของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองในคดีนี้⁽²⁾ แต่กรณีหากเป็นระยะเวลาตามระเบียบ (ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2543) ศาลมีอำนาจขยายระยะเวลาได้ โดยอาศัยอำนาจตามระเบียบฯ ในข้อ 6 ดังกล่าวข้างต้น ซึ่งทำให้ระยะเวลาตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ในมาตรา 73 วรรคหนึ่ง เป็นอันขยายระยะเวลาไม่ได้ ตั้งแต่นั้นเป็นต้นมาสิทธิในการอุทธรณ์ได้แย่งคัดค้านคำพิพากษาศาลปกครอง ก็ถูกจำกัดด้วยระยะเวลาดังกล่าวตลอดมาจนปัจจุบัน บางเรื่อง บางคดี ประชาชนหรือแม้แต่หน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ที่ใช้สิทธิในการอุทธรณ์ไม่ทัน ซึ่งในกรณีของหน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่นั้นค่อนข้างน้อยที่จะใช้สิทธิในการอุทธรณ์ไม่ทัน เพราะมีความพร้อมทั้งบุคลากร เครื่องไม้ เครื่องมือมากกว่าประชาชนธรรมดา หรือหากบางเรื่องต้องรีบอุทธรณ์ไปก่อนให้ทันภายในระยะเวลาอุทธรณ์ แล้วค่อยไปเพิ่มเติมอุทธรณ์ในภายหลัง ซึ่งกรณีดังกล่าวถือว่า อันตรายมากเพราะหากประเด็นดังกล่าวไม่ได้กล่าวไว้เป็นประเด็นในอุทธรณ์ฉบับแรก ที่ยื่นภายในระยะเวลาอุทธรณ์แล้ว อาจถูกโต้แย้งได้ว่า เป็นการอุทธรณ์หลังจากพ้นระยะเวลาอุทธรณ์แล้ว ซึ่งศาลอาจไม่รับประเด็นในอุทธรณ์เพิ่มเติมหรือไม่วินิจฉัยให้ระยะเวลาอุทธรณ์คำพิพากษาในด้านประชาชนแล้วถือว่า ค่อนข้างถูกจำกัดสิทธิในการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางปกครอง ประกอบกับคดีปกครองนั้น บางเรื่อง บางคดี ประชาชนฟ้องไปโดยไม่มีทนายความคอยช่วยเหลือ เจียนคำฟ้องเพียงไม่กี่บรรทัดแล้วยื่นฟ้องเลย หลังจากศาลรับฟ้องไปแล้วกระบวนการในส่วนของผู้ฟ้องคดีก็ต้องทำคำคัดค้านคำให้การและกระบวนการหลังจากนั้นจะเป็นการไต่สวนแสวงหาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานของศาล และจะมีการนั่งพิจารณาคดีครั้งแรกหนึ่งครั้ง หลังจากนั้นก็

(2) คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 703/2547

จะพิพากษาคดี ระยะเวลาหลังจากการดำเนินการครั้งสุดท้ายของประชาชน ในฐานะผู้ฟ้องคดีอาจจะเป็นในกรณีทำคำคัดค้านคำให้การ ซึ่งระยะเวลาดังกล่าวบางครั้งอาจเป็นระยะเวลานานมากกว่าศาลจะนั่งพิจารณาคดีครั้งแรก และพิพากษาคดี กว่าประชาชนจะเข้ามาในคดีอีกทีก็อาจจะเป็นวันนัดพิพากษาคดีแล้ว หากแพคดีประชาชนมีระยะเวลาเพียงสามสิบวันในการใช้สิทธิอุทธรณ์ ซึ่งต้องรวบรวมข้อมูลพยานหลักฐานเพื่อที่จะนำมาหักล้างคำพิพากษาศาลชั้นต้น ซึ่งในช่วงระยะเวลาของการจัดทำคำฟ้องอุทธรณ์หากมีทนายคอยช่วยเหลือก็ยังพอทุเลา แต่หากไม่มีแล้วต้องดำเนินการเขียนอุทธรณ์หาพยานหลักฐานเองแล้ว นับว่าเป็นภาระที่หนักมากสำหรับประชาชน เพราะไม่มีใครมาคอยช่วยแล้ว (แตกต่างกับขั้นตอนในกระบวนการพิจารณาคดี ศาลได้สวนแสวงหาข้อเท็จจริงซึ่งในการแสวงหาข้อเท็จจริงนั้น ประชาชนก็ได้รับประโยชน์หรือแบ่งเบาภาระในการแสวงหาพยานหลักฐานในส่วนของตนไปมากแล้ว) แต่ในจัดทำคำอุทธรณ์นั้นต้องทำโดยลำพังแล้วไม่มีใครมาช่วยแสวงหาข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานเพื่อให้เป็นเหตุเป็นผลที่มีน้ำหนักหักล้างคำพิพากษา ประกอบกับยังถูกซ้ำเติมด้วยระยะเวลาอุทธรณ์อันจำกัดอีก ยิ่งเป็นภาระที่ตกหนักแก่ประชาชนมากยิ่งขึ้น หากระยะเวลาอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดตัดสินคดีสามารถขยายระยะเวลาได้ ภาระและข้อจำกัดเหล่านี้ก็จะบรรเทาเบาบางไปได้ ประชาชนก็จะมีโอกาสเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางปกครองได้สมบูรณ์แบบ แต่ตามที่กล่าวมาแล้วว่าระยะเวลาตามมาตรา 73 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ศาลไม่มีอำนาจขยายระยะเวลาได้

ต่อมาภายหลังศาลปกครองได้มีการออกระเบียบเกี่ยวกับการอุทธรณ์ได้แย้งคำสั่งเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาล โดยคำสั่งลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาลตามมาตรา 64 ⁽³⁾ ผู้มีส่วนได้เสียมีสิทธิยื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าว

(3) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

มาตรา 64 นอกจากที่บัญญัติไว้แล้วในพระราชบัญญัตินี้ให้แบบบทบัญญัติที่ถือว่าเป็น

ต่อศาลปกครองสูงสุดภายในกำหนดระยะเวลาสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น ตามระเบียบฯ ข้อ 49/1 ข้างต้น ระยะเวลาอุทธรณ์ในเรื่องละเมิดอำนาจศาลซึ่งเป็นระยะเวลาตามพระราชบัญญัติ (พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 73 ซึ่งอยู่ในวรรคสอง) ซึ่งศาลเคยวินิจฉัยว่า หากเป็นระยะเวลาตามที่กำหนดโดยบทบัญญัติของกฎหมาย ศาลไม่มีอำนาจขยายระยะเวลา ถึงแม้เรื่องละเมิดอำนาจศาลจะอยู่ในวรรคสองของมาตรา 73 แต่มาตรา 73 วรรคสอง ได้บัญญัติ ว่า คำพิพากษาหรือคำสั่งตามวรรคหนึ่งให้หมายความรวมถึงคำสั่งเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาลหรือคำสั่งอื่นใดที่ทำให้คดีเสร็จ

(3) - (ต่อ)

การกระทำละเมิดอำนาจศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม และเมื่อมีการละเมิดอำนาจศาลให้ศาลปกครองมีอำนาจสั่งลงโทษได้ดังนี้

- (1) ดักเตือน โดยจะมีคำเตือนเป็นลายลักษณ์อักษรด้วยหรือไม่ก็ได้
- (2) ไล่ออกจากบริเวณศาล
- (3) ลงโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

การสั่งลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาลพึงใช้อย่างระมัดระวังและเท่าที่จำเป็นตามพฤติการณ์แห่งกรณี และหากเป็นการสั่งลงโทษตาม (3) ให้องค์คณะอื่นที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีนั้นเป็นผู้พิจารณาและสั่งลงโทษ

บทบัญญัติที่ถือว่าเป็นการกระทำละเมิดอำนาจศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

มาตรา 31 ผู้ใดกระทำการอย่างใด ๆ ดังกล่าวต่อไปนี้ ให้ถือว่ากระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล

- (1) ขัดขืนไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดของศาลตามมาตราก่อนอันว่าด้วยการรักษาความเรียบร้อยหรือประพฤติดนไม่เรียบร้อยในบริเวณศาล
- (2) เมื่อได้มีคำขอและได้รับอนุญาตจากศาลให้ฟ้องหรือสืบคดีอย่างคนนอกแล้ว ปรากฏว่าได้นำคดีนั้นขึ้นสู่ศาลโดยตนรู้อยู่แล้วว่าไม่มีมูลหรือได้สำนวนแล้วให้ถ้อยคำเดิมมาตรา 156 ว่า คนไม่มีทรัพย์สินพอที่จะเสียค่าฤชาธรรมเนียมได้ ซึ่งเป็นความเท็จ
- (3) เมื่อรู้ว่าจะมีการส่งคำคู่ความหรือส่งเอกสารอื่น ๆ ถึงตน แล้วจงใจไปเสียให้พ้น หรือหาทางหลีกเลี่ยงที่จะไม่รับคำคู่ความหรือเอกสารนั้นโดยสถานที่

เด็ดขาด นั้นเท่ากับว่าระยะเวลาการอุทธรณ์คำสั่งเกี่ยวกับละเมิดอำนาจศาล ก็รวมอยู่ระยะเวลาของการอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งตามวรรคหนึ่งด้วย ซึ่งระยะเวลาตามวรรคหนึ่งนั้นศาลเองเป็นผู้วินิจฉัยว่าวางหลักว่า ศาลไม่มีอำนาจขยายได้ แต่ศาลกลับนำระยะเวลาตามที่กำหนดโดยบทบัญญัติของ

(3) - (ต่อ)

(4) ตรวจเอกสารทั้งหมด หรือฉบับใดฉบับหนึ่ง ซึ่งอยู่ในสำนวนความหรือคัดเอาสำเนา เอกสารเหล่านั้นไป โดยฝ่าฝืนตอบบทบัญญัติมาตรา 54

(5) ขัดขืนไม่มาศาล เมื่อศาลได้มีคำสั่งตามมาตรา 19 หรือมีหมายเรียกตามมาตรา 277

มาตรา 32 ผู้ใดเป็นผู้ประพันธ์ บรรณาธิการ หรือผู้พิมพ์โฆษณาซึ่งหนังสือพิมพ์ หรือ สิ่งพิมพ์อันออกโฆษณาต่อประชาชน ไม่ว่าบุคคลเหล่านั้นจะได้รู้ถึงซึ่งข้อความหรือการออก โฆษณาแห่งหนังสือพิมพ์ หรือสิ่งพิมพ์เช่นนั้นหรือไม่ให้ถือว่าได้กระทำผิดฐานละเมิดอำนาจ ศาลในกรณีอย่างใดอย่างหนึ่งในสองอย่างดังจะกล่าวต่อไปนี้

(1) ไม่ว่าเวลาใด ๆ ถ้าหนังสือพิมพ์หรือสิ่งพิมพ์เช่นว่านั้นได้กล่าวหรือแสดงไม่ว่าโดย วิธีใด ๆ ซึ่งข้อความหรือความเห็นอันเป็นการเปิดเผยข้อเท็จจริงหรือพฤติกรรมอื่น ๆ แห่งคดี หรือกระบวนการพิจารณาใด ๆ แห่งคดี ซึ่งเพื่อความเหมาะสมหรือเพื่อคุ้มครองสาธารณประโยชน์ ศาลได้มีคำสั่งห้ามการออกโฆษณาสิ่งเหล่านั้น ไม่ว่าโดยวิธีเพียงแต่สั่งให้พิจารณาโดยไม่เปิดเผย หรือโดยวิธีห้ามการออกโฆษณาโดยชัดแจ้ง

(2) ถ้าหนังสือพิมพ์หรือสิ่งพิมพ์ ได้กล่าวหรือแสดงไม่ว่าโดยวิธีใด ๆ ในระหว่างการ พิจารณาแห่งคดีไปจนมีคำพิพากษาเป็นที่สุด ซึ่งข้อความหรือความเห็นโดยประสงค์จะให้ มีอิทธิพลเหนือความรู้สึกของประชาชนหรือเนื้อหาศาลหรือเนื้อหาข้อความหรือเนื้อหาพยานแห่งคดีซึ่ง พอเห็นได้ว่าจะทำให้การพิจารณาคดีเสียความยุติธรรมไปเช่น

ก. เป็นการแสดงผิดจากข้อเท็จจริงแห่งคดี หรือ

ข. เป็นรายงานหรือย่อเรื่องหรือวิภาค ซึ่งกระบวนการพิจารณาแห่งคดีอย่างไม่เป็นกลางและ ไม่ถูกต้อง หรือ

ค. เป็นการวิภาคโดยไม่เป็นธรรม ซึ่งการด่าแค้นคดีของคู่ความหรือคำพยานหลักฐาน หรือ นิสัยความประพฤติดของคู่ความหรือพยาน รวมทั้งการแถลงข้อความอันเป็นการเสื่อมเสียต่อชื่อเสียงของคู่ความหรือพยาน แม้ถึงว่าข้อความเหล่านั้นจะเป็นความจริง หรือ

ง. เป็นการชักจูงให้เกิดมีคำพยานเท็จ

เพื่อประโยชน์แห่งมาตรานี้ ให้นับวิเคราะห์ศัพท์ทั้งปวงในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติ การพิมพ์ พุทธศักราช 2476 มาใช้บังคับ

กฎหมายดังกล่าวในเรื่องคำสั่งเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาลซึ่งเป็นคำสั่งที่ศาลสั่งตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 64 มากำหนดใหม่ไว้ในระเบียบของศาล มีผลทำให้กรณีกลับกลายเป็นระยะเวลาตามระเบียบแล้ว เมื่อกลายเป็นระยะเวลาตามระเบียบแล้ว ศาลก็มีอำนาจขยายระยะเวลาได้ โดยอาศัยอำนาจตามระเบียบดังกล่าวในข้อ 6 ดังกล่าวข้างต้น แต่เพราะเหตุใด ระยะเวลาของการอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดตัดสินคดี จึงไม่สามารถนำมากำหนดซ้ำไว้ในระเบียบเช่นที่เคยทำในกรณีเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาล ทั้งๆ ที่ กรณีเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาลในทางปฏิบัติมีน้อยมากที่ประชาชนจะกระทำการละเมิดอำนาจศาล แต่มีเป็นส่วนมากที่ประชาชนจะใช้สิทธิในการอุทธรณ์ได้แย้งคัดค้านคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีไม่ทันภายในระยะเวลาสามสิบวัน ทั้งๆ ที่ มาตรา 73 วรรคแรก นั้นให้หมายความรวมถึงคำสั่งเกี่ยวกับละเมิดอำนาจศาลด้วย ที่ให้อุทธรณ์ภายในสามสิบวัน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า หากระยะเวลาอุทธรณ์ได้แย้งคำพิพากษาต้องห้ามมิให้ขยายแล้ว ระยะเวลาอุทธรณ์ได้แย้งเกี่ยวกับคำสั่งละเมิดอำนาจศาล ก็น่าจะต้องห้ามมิให้ขยายเช่นกัน ในทางกลับกัน หากระยะเวลาอุทธรณ์ได้แย้งเกี่ยวกับคำสั่งละเมิดอำนาจศาลสามารถแก้ไขให้ขยายได้แล้ว ระยะเวลาอุทธรณ์ได้แย้งคำพิพากษา ก็น่าจะต้องสามารถแก้ไขให้ขยายได้ด้วยวิธีเดียวกัน ฉะนั้นจึงฉันทัน และหากทำได้ดังนั้น สิทธิของประชาชนในการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางปกครองก็จะสมบูรณ์ยิ่งขึ้น และน่าจะเป็นประโยชน์แก่ประชาชน มากกว่าการไปเพิ่มเรื่องระยะเวลาในกรณีละเมิดอำนาจศาลไว้ในระเบียบ



ข้อสังเกตต่อบทความเรื่อง “ปัญหาการขอขยายระยะเวลาอุทธรณ์ ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและ วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542”*

นรินทร์ อธิสาร **

สืบเนื่องจากที่ผู้เขียนได้อ่านบทความเรื่อง “ปัญหาการขอขยายระยะเวลาอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542” ลงเผยแพร่เมื่อวันที่ 22 พฤศจิกายน 2552 ในเว็บไซต์แห่งนี้ <http://www.pub-law.net/publaw/View.asp?publawIDs=1405> ด้วยความเคารพต่อความเห็นของผู้เขียนบทความดังกล่าว ผู้เขียนมีความเห็นแตกต่างจากผู้เขียนบทความดังกล่าวในประเด็นที่เกี่ยวข้องสองสามประเด็น ในที่นี้ผู้เขียนขอหยิบยกประเด็นสำคัญที่จำเป็นจะต้องแสดงความเห็นต่างจากผู้เขียนบทความดังกล่าว โดยในบทความดังกล่าวผู้เขียนได้กล่าวถึง ระยะเวลาอุทธรณ์คำพิพากษาและคำสั่งศาลปกครอง ตามลำดับได้โดยสังเขปดังนี้

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net วันที่ 6 ธันวาคม พ.ศ. 2552

**นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายมหาชน) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, Magister iuris (M. iur.) Georg-August Universität zu Göttingen, พนักงานคดีปกครองปฏิบัติการ, สำนักงานศาลปกครอง.

“- ระยะเวลาอุทธรณ์คำพิพากษาและระยะเวลาในการอุทธรณ์ได้แย้งเกี่ยวกับคำสั่ง เรื่องละเมิดอำนาจศาลเป็นระยะเวลาเดียวกัน และบัญญัติอยู่ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 73 แต่เพียงอยู่คนละวรรค ซึ่งศาลปกครองถือว่า หากเป็นระยะเวลาตามพระราชบัญญัติ (พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542) แล้ว ศาลไม่มีอำนาจขยายระยะเวลา เพราะกฎหมายไม่ได้บัญญัติให้อำนาจไว้ทั้งนี้ตามแนวปฏิบัติของศาลปกครองที่ถือว่าหากเป็นระยะเวลาตามพระราชบัญญัติแล้วศาลไม่มีอำนาจขยายระยะเวลาเพราะกฎหมายไม่ให้อำนาจไว้ โดยได้ยกเนื้อหาของคำสั่งศาลปกครองสูงสุด (คำสั่งศาลปกครองสูงสุด 703/2547) มาประกอบโดยมีเนื้อหาสาระว่า ระยะเวลาดังกล่าวเป็นระยะเวลาที่ กำหนดโดยบทบัญญัติของกฎหมาย มิใช่ระยะเวลาตามที่กำหนดไว้ในระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2543 ศาลจึงไม่มีอำนาจขยายระยะเวลายื่นอุทธรณ์คำพิพากษา ซึ่งกรณีดังกล่าวแตกต่างจากระยะเวลาตามระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองที่ศาลมีอำนาจขยายระยะเวลาได้ตามข้อ 6 ของระเบียบดังกล่าว

- ด้วยผลของบทบัญญัติของกฎหมายและการใช้การตีความของศาลปกครองดังกล่าวทำให้สิทธิในการอุทธรณ์ได้แย้งคัดค้านคำพิพากษาศาลปกครองถูกจำกัดด้วยระยะเวลาดังกล่าวมาโดยตลอด ทำให้คู่กรณีโดยเฉพาะประชาชนไม่สามารถดำเนินการใช้สิทธิในการอุทธรณ์ได้อย่างเต็มที่ ดังนั้นหากศาลปกครองสามารถขยายระยะเวลาอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดตัดสินคดีได้ก็จะเป็นการลดภาระของประชาชนและเพิ่มโอกาสเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางปกครองได้

- เมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมระเบียบวิธีพิจารณาคดีปกครอง ตามข้อ 49/1 ระยะเวลาในเรื่องละเมิดอำนาจศาลซึ่งเป็นระยะเวลาตามพระราชบัญญัติที่ศาลปกครองเห็นว่าศาลไม่มีอำนาจขยายระยะเวลาได้ ซึ่งหมายรวมถึงระยะ

เวลาในการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาลหรือคำสั่งอื่นใดที่ทำให้คดีเสร็จเด็ดขาดด้วย แต่ศาลกลับนำเอาระยะเวลาในเรื่องของคำสั่งเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาลมากำหนดไว้ในระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง มีผลทำให้ระยะเวลาดังกล่าวกลับกลายเป็นระยะเวลาตามระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง เมื่อเป็นระยะเวลาตามระเบียบดังกล่าวแล้ว ศาลก็มีอำนาจขยายระยะเวลาได้โดยอาศัยอำนาจตามข้อ 6 ของระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พร้อมกันนั้นผู้เขียนบทความดังกล่าวก็ได้ตั้งข้อสังเกตต่อไปอีกว่า เพราะเหตุใดระยะเวลาของการอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดตัดสินคดี จึงไม่สามารถนำมากำหนดซ้ำไว้ในระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง เหมือนกับกรณีของคำสั่งเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาล ทั้งๆ ที่กรณีของการละเมิดอำนาจศาลนั้นเกิดขึ้นได้น้อยมากในทางปฏิบัติ ซึ่งต่างจากกรณีของการใช้สิทธิอุทธรณ์โต้แย้งคัดค้านคำพิพากษา หรือคำสั่งชี้ขาดคดีซึ่งมักจะดำเนินการไม่ทันภายในระยะเวลา 30 วัน ทั้งๆ ที่มาตรา 73 วรรคหนึ่ง ของกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองให้หมายรวมถึงคำสั่งเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาลด้วยที่ให้อุทธรณ์ภายใน 30 วัน ซึ่งผู้เขียนบทความดังกล่าวเห็นต่อไปอีกว่า หากระยะเวลาอุทธรณ์โต้แย้งคำพิพากษาดำเนินการห้ามไม่ให้ขยายได้แล้ว การอุทธรณ์โต้แย้งเกี่ยวกับคำสั่งละเมิดอำนาจศาลก็จะต้องห้ามมิให้ขยายเช่นกัน ในทางกลับกันหากระยะเวลาอุทธรณ์โต้แย้งเกี่ยวกับคำสั่งละเมิดอำนาจศาล สามารถแก้ไขให้ขยายได้แล้ว ระยะเวลาอุทธรณ์โต้แย้งคำพิพากษาก็จะต้องสามารถแก้ไขให้ขยายได้ด้วยวิธีเดียวกัน ฉะนั้นก็นั่น และหากทำได้ดังนั้น สิทธิของประชาชนในการเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางปกครองก็จะสมบูรณ์ยิ่งขึ้น และน่าจะเป็นประโยชน์แก่ประชาชน มากกว่าการไปเพิ่มเรื่องระยะเวลาในกรณีละเมิดอำนาจศาลไว้ในระเบียบ"

จากความเห็นของผู้เขียนบทความดังกล่าว ผู้เขียนมีความเห็นต่างจากข้อสรุปของผู้เขียนบทความดังกล่าว ดังต่อไปนี้ (ทั้งนี้ประเด็นว่าข้อ 49/1 ของระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง สอดคล้องกับมาตรา 73 ของกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองแค่ไหนเพียงใดนั้นขอไม่กล่าวถึงในที่นี้)

ประการที่หนึ่ง กฎหมายที่เป็นกฎหมายพื้นฐานที่ศาลปกครองใช้ในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีปกครองนั้นเมื่ออยู่ด้วยกันสองกฎหมายหลักคือ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 (กฎหมายจัดตั้งศาลปกครอง) และระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2543 (ระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง) ฐานะทางกฎหมายของกฎหมายทั้งสองประเภทคือ กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ และกฎหมายลำดับรอง (หรือกฎ) ตามลำดับ แม้ว่ากฎหมายจัดตั้งศาลปกครองจะกำหนดให้ขั้นตอนการออกระเบียบว่าด้วยการพิจารณาคดีปกครองแตกต่างไปจากการออกกฎหมายลำดับรองโดยทั่วไป (ในที่นี้หมายถึง การที่ต้องนำระเบียบดังกล่าวส่งให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตรวจสอบตามมาตรา 6 ของกฎหมายจัดตั้งศาลปกครอง) ก็ตามที่ แต่การดำเนินการตามขั้นตอนดังกล่าวก็ไม่ได้ทำให้ระเบียบดังกล่าวมีฐานะเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติแต่อย่างใดไม่ ดังนั้นฐานะและความสัมพันธ์ทางกฎหมายของกฎหมายทั้งสองคือ ฐานะและความสัมพันธ์ในรูปแบบของกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ (กฎหมายแม่) และกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยอาศัยฐานของกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ (กฎหมายลูก)

ประการที่สอง เมื่อระเบียบว่าด้วยการพิจารณาคดีปกครองเป็นกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติในแล้วนั้น การใช้ การตีความ ระเบียบดังกล่าวจะต้องกระทำโดยให้เป็นการสอดคล้องกับกฎหมายแม่บท และอยู่ในกรอบของกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ หากไม่แล้วย่อมเป็นการใช้การตีความที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ประการที่สาม ประเด็นที่ผู้เขียนบทความดังกล่าวได้หยิบยกเอาถ้อยคำในบทบัญญัติของกฎหมายไม่ว่าจะเป็นกฎหมายจัดตั้งศาลปกครอง และระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง มาประกอบกับแนวการใช้การตีความกฎหมายของศาลปกครองในเรื่องอำนาจของศาลปกครองในการที่จะขยายระยะเวลาที่มีอยู่ในกระบวนการวิธีพิจารณาคดีปกครองว่าศาลปกครองจะสามารถทำได้หรือไม่เพียงใดนั้น ด้วยความเคารพต่อผู้เขียนบทความดังกล่าว

ระยะเวลาในการอุทธรณ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ในมาตรา 73 นั้นชัดเจนแล้ว และไม่มีข้อยกเว้นที่จะให้อำนาจศาลปกครองในการขยายระยะเวลาดังกล่าวแต่อย่างใด เมื่อไม่มีกฎหมายให้อำนาจศาลปกครองก็ไม่สามารถขยายระยะเวลาดังกล่าวได้ ซึ่งเหตุผลคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ผู้เขียนบทความดังกล่าวได้ยกมาประกอบนั้นก็ เป็นเหตุผลที่ชอบและสอดคล้องกับตัวบทกฎหมาย แต่ประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่าการที่ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าหากเป็นระยะเวลาตามกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติศาลปกครองไม่สามารถยื่นหรือขยายระยะเวลาดังกล่าวได้ (เพราะกฎหมายไม่ได้ให้อำนาจเอาไว้) ในทางตรงกันข้ามหากเป็นระยะเวลาที่มีบัญญัติไว้ในระเบียบฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองแล้วศาลปกครองย่อมสามารถยื่นหรือขยายระยะเวลาดังกล่าวได้ นั้น เป็นข้อสรุปที่ยึดถือเป็นหลักทั่วไปในการใช้การตีความในเรื่องของระยะเวลาในการยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งได้หรือไม่ ?

การที่ผู้เขียนบทความดังกล่าวนำเอาข้อ 6 ของระเบียบฯว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง มาประกอบกับแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง ซึ่งนำมาสู่ผลลัพธ์ที่ว่าหากระยะเวลาดังกล่าวเป็นระยะเวลาที่ถูกกำหนดหรือบัญญัติไว้ในระเบียบฯวิธีพิจารณาคดีปกครองแล้วจะเป็นระยะเวลาที่ศาลปกครองสามารถมีอำนาจขยายได้ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือในกรณีนี้คือเมื่อระยะเวลาตามกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองกลายมากำหนดบัญญัติเป็นระยะเวลาตามระเบียบฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง และเมื่อเป็นระยะเวลาตามระเบียบดังกล่าวแล้วศาลก็มีอำนาจขยายระยะเวลาได้โดยอาศัยอำนาจตามข้อ 6 ของระเบียบฯว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง นั้น ผู้เขียนเห็นต่างจากผู้เขียนบทความดังกล่าวด้วยเหตุว่า เมื่อกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติกำหนดไว้เป็นประการใดแล้วนั้น(โดยไม่ปรากฏว่ามีข้อยกเว้นใดๆ) โดยทั่วไปแล้วกรณีย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติกำหนด ดังนั้น ในกรณีขอระยะเวลาในการอุทธรณ์ได้แก่ มาตรา 73 ของกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองที่กำหนดถึงระยะเวลาในการยื่นอุทธรณ์ไว้ว่า การยื่นคำคัดค้าน

คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นนั้นให้ยื่นอุทธรณ์ ต่อศาลปกครองชั้นต้นที่มีคำพิพากษาหรือคำสั่งภายใน 30 วันนับแต่วันที่ได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่ง (วรรคหนึ่ง) และคำพิพากษาหรือคำสั่งในมาตรานี้ให้หมายรวมถึงคำสั่งเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาลหรือคำสั่งอื่นใดที่ทำให้คดีเสร็จเด็ดขาดด้วย (วรรคสอง) ดังนั้น การอุทธรณ์ได้แก้อย่างกล่าวจะต้องทำภายใน 30 วัน

การนำเอาระยะเวลาดังกล่าวมาบัญญัติไว้อีกครั้งหนึ่งในระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง นั้น ก็ไม่สามารถทำให้ตีความไปได้ว่า ศาลปกครองจะขยายระยะเวลาดังกล่าวได้แต่อย่างใด เหตุที่ผู้เขียนกล่าวเช่นนั้นก็เนื่องจากว่า ฐานะของระเบียบดังกล่าวที่ได้กล่าวไว้ในประเด็นแรก และประเด็นที่สองข้างต้น ดังนั้นการนำเอาระยะเวลามากำหนดไว้ในระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ไม่ได้ทำให้ศาลปกครองจะมีอำนาจขยายระยะเวลาดังกล่าวได้แต่ประการใด เพราะการที่จะขยายระยะเวลาดังกล่าวได้หรือไม่ได้นั้น องค์กรณีบัญญัติอันเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการออกกฎหมายได้ตัดสินใจและกำหนดไว้แล้วว่าไม่สามารถกระทำได้อีกทั้งการตีความว่าหากให้ศาลปกครองนำเอาระยะเวลาที่กำหนดไว้ตายตัวโดยไม่มีข้อยกเว้นในกฎหมายแม่บทมากำหนดไว้ในกฎหมายลูกแล้วจะอาศัยช่องทางที่กฎหมายลูกกำหนดไว้เปลี่ยนแปลงในที่นี้คือขยายระยะเวลาดังกล่าวได้แล้วก็เท่ากับว่าศาลปกครองทำตัวเป็นองค์กรณีบัญญัติเสียเองออกกฎหมายลำดับรองมายกเลิกกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติได้ ซึ่งจะทำไม่ได้

นอกจากนี้แล้วนั้น กรณีอาจมีปัญหาว่าหากศาลปกครองตีความโดยอาศัยตรรกะเดียวกันกับผู้เขียนบทความดังกล่าวว่าเมื่อนำเอาระยะเวลาในกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองมากำหนดไว้ในระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง แล้วศาลปกครองก็สามารถยื่นหรือขยายระยะเวลาดังกล่าวได้โดยอาศัยอำนาจตามข้อ 6 ของระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ในส่วนนี้ผู้เขียนเห็นว่าเป็นการใช้การตีความที่ไม่สอดคล้องกับหลักการใช้การตีความกฎหมาย ซึ่งผลที่ตามมาก็คือทำให้คำสั่งของศาลปกครองในเรื่องของการยื่นหรือขยายระยะเวลาดังกล่าวย่อมเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ทั้งนี้กรณีดังกล่าวศาลปกครองสามารถตีความได้โดยอาศัยหลักการตีความกฎหมาย ที่มีหลักว่าต้องตีความกฎหมายไปในทางที่กฎหมายนั้นใช้บังคับได้ ดังนั้น หากศาลปกครองจะใช้และตีความข้อ 49/1 ของระเบียบฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง โดยเห็นว่าเมื่อมีการนำเอาระยะเวลาดังกล่าวมากำหนดไว้ในระเบียบแล้วศาลปกครองจึงมีอำนาจขยายระยะเวลาดังกล่าวได้นั้นก็ย่อมเป็นการใช้และตีความกฎหมายที่ขัดกับกฎหมายแม่บทเพราะกฎหมายแม่บทไม่ได้ให้อำนาจในส่วนนี้ไว้ ดังนั้นในการใช้การตีความของศาลปกครองที่เกี่ยวข้องกับข้อ 49/1 ดังกล่าวจึงต้องตีความให้สอดคล้องกับกฎหมายแม่บท การใช้การตีความใดที่นำไปสู่ความขัดแย้งระหว่างบทบัญญัติมาตรา 73 ของกฎหมายจัดตั้งศาลปกครอง กับข้อ 49/1 ของระเบียบฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ซึ่งในที่นี้คือเรื่องอำนาจการขยายระยะเวลาดังกล่าวโดยอาศัยอำนาจตามข้อ 6 ของระเบียบฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ได้นั้น ย่อมไม่ใช่การใช้การตีความเพื่อให้บทบัญญัติของกฎหมายมีผลใช้บังคับได้แต่อย่างใด

ในที่นี้ศาลปกครองต้องถือหลักการตีความกฎหมายที่ว่า *Lex superior derogat legi inferiori* นั่นคือกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่าย่อมเป็นกฎหมายที่นำไปบังคับก่อนกฎหมายที่มีศักดิ์ต่ำกว่า ดังนั้น การตีความข้อ 49/1 ของระเบียบฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองจึงต้องตีความว่าแม้ว่าจะมีการนำระยะเวลามากำหนดไว้ในระเบียบดังกล่าว ศาลปกครองก็ไม่สามารถที่จะขยายระยะเวลาดังกล่าวโดยอาศัยบทบัญญัติในข้อ 6 ของระเบียบฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองได้ เพราะศาลปกครองต้องใช้และตีความให้สอดคล้องกับมาตรา 73 ของกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองซึ่งเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่มีศักดิ์สูงกว่าระเบียบฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองซึ่งมีฐานะเป็นเพียงกฎหมายลำดับรอง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือในส่วนของระยะเวลาดังกล่าวตามข้อ 49/1 ของระเบียบฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองนั้น อำนาจศาลปกครองในการยื่นหรือขยายระยะเวลาตามที่กำหนดไว้ในข้อ 6 ของระเบียบฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองไม่สามารถนำมาใช้ในกรณีนี้ได้

การนำคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่ว่าถ้าเป็นระยะเวลาที่กำหนดไว้ในกฎหมายแล้วศาลปกครองขยายไม่ได้ แต่ถ้าเป็นระยะเวลาในระเบียบฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ศาลปกครองสามารถขยายระยะเวลาดังกล่าวได้ (ตามข้อ 6 ของระเบียบฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง) มาอธิบายให้อำนาจศาลปกครองในการขยายระยะเวลาดังกล่าว เป็นการทั่วไปนั้น ยังไม่เป็นการเพียงพอที่จะอธิบายถึงการใช้การตีความกฎหมายที่เป็นระบบได้ สิ่งที่จะต้องคำนึงถึงยิ่งไปกว่านั้นคือเรื่องของสถานะของกฎหมายและความสัมพันธ์ของกฎหมายในระดับต่างๆ และอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองและองค์กรนิติบัญญัติที่ได้กล่าวไว้ข้างต้น นั่นเอง

ดังนั้น ในกรณีของเรื่องของระยะเวลาในการอุทธรณ์ที่กฎหมายจัดตั้งศาลปกครองได้กำหนดระยะเวลาไว้โดยไม่มีข้อยกเว้นตามกฎหมายแม่บทให้อำนาจศาลปกครองขยายระยะเวลาดังกล่าวได้ กรณีนี้ศาลปกครองก็ย่อมไม่สามารถขยายระยะเวลาในเรื่องดังกล่าวได้แต่อย่างใด การที่ที่ประชุมใหญ่ของศาลปกครองสูงสุดนำเรื่องระยะเวลาในการอุทธรณ์ที่มีกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติกำหนดไว้แล้ว ไปบัญญัติไว้ในระเบียบฯว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ก็ไม่ได้ส่งผลให้เป็นการแก้ไขเพิ่มเติม บทบัญญัติของกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองอันเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ แต่ประการใด เพราะศาลปกครองไม่ใช่องค์กรนิติบัญญัติที่จะมีอำนาจดังกล่าวได้ ในส่วนประเด็นปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาว่าระยะเวลาดังกล่าวเหมาะสมหรือไม่ เป็นระยะเวลาที่น้อยไปหรือมากไปนั้น ผู้เขียนไม่ได้คิดใจในประเด็นดังกล่าว หากมีความเห็นว่าระยะเวลาดังกล่าวไม่เหมาะสมเพราะเป็นระยะเวลาที่น้อยไป เห็นควรเพิ่มระยะเวลาหรือกำหนดข้อยกเว้นให้ศาลปกครองสามารถขยายระยะเวลาได้ ก็ต้องไปดำเนินการแก้ไขเพิ่มกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองซึ่งเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น



ปัญหาการขอขยายระยะเวลาอุทธรณ์ ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและ วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เพิ่มเติม^{*(1)}

นิธินันท์ สุขวงศ์*

บทความนี้ เป็นบทความที่สืบเนื่องจากบทความเรื่อง “ข้อสังเกตต่อบทความเรื่อง “ปัญหาการขอขยายระยะเวลาอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542” ” โดย คุณณรินทร์ อิศาร ซึ่งลงเผยแพร่ เมื่อวันที่ 7 ธันวาคม 2552 ในเว็บไซต์ <http://www.pub-law.net> ก่อนอื่นผู้เขียนต้องขอชื่นชมและขอขอบคุณ คุณณรินทร์ อิศาร ซึ่งเป็นพนักงานคดีปกครอง ของศาลปกครองเอง ที่ได้ออกมาแสดงความเห็นเพิ่มเติมต่อบทความเรื่อง “ปัญหาการขอขยายระยะเวลาอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธี พิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542”

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net วันที่ 20 ธันวาคม พ.ศ. 2552

**อัยการจังหวัดประจำกรม สำนักงานอัยการจังหวัดยโสธร นิติศาสตรบัณฑิต เนติบัณฑิต นิติศาสตรมหาบัณฑิต(กฎหมายมหาชน) นักบริหารกิจการยุติธรรม (กระบวนการยุติธรรมทางปกครอง)

1. บทความนี้เป็นบทความที่ผู้เขียนได้แสดงความเห็นเพิ่มเติม ต่อจากบทความ “ข้อสังเกตต่อบทความเรื่อง “ปัญหาการขอขยายระยะเวลาอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542” ” ที่คุณณรินทร์ อิศาร พนักงานคดีปกครองปฏิบัติการ สำนักงานศาลปกครอง ได้ให้ความเห็นไว้

ของผู้เขียน ซึ่งลงเผยแพร่เมื่อวันที่ 22 พฤศจิกายน 2552 ในเว็บไซต์ <http://www.pub-law.net> ท่านผู้อ่านหากจะอ่านบทความนี้ของผู้เขียน ให้ครบถ้วนแล้ว ขอท่านได้โปรดอ่านบทความที่ผู้เขียนกล่าวนำทั้งสอง ประกอบด้วย

ซึ่งตามความเห็นของคุณรินทร์ ในบทความเรื่อง “ข้อสังเกตต่อบทความเรื่อง “ปัญหาการขอขยายระยะเวลาอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542” นั้นเอง ได้ทั้งปัญหาบางประการที่น่าคิด ที่กล่าวไว้ในบทความของคุณรินทร์ ว่า “ทั้งนี้ ประเด็นว่า ข้อ 49/1 ของระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง สอดคล้องกับมาตรา 73 ของกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองแก้ไขเพียงใดนั้นขอไม่กล่าวถึงในที่นี้” ซึ่งหากพิจารณาคดีๆ แล้ว ความสอดคล้องดังกล่าว น่าจะมีผลโดยตรงในบทความของผู้เขียนทั้งบทความนี้และบทความก่อนหน้านี้ เพราะหากระยะเวลาอุทธรณ์ได้แย้งคำพิพากษาต้องห้ามมิให้ขยายแล้ว ระยะเวลาอุทธรณ์ได้แย้งเกี่ยวกับคำสั่งละเมิดอำนาจศาล ก็น่าจะต้องห้ามมิให้ขยายเช่นกัน ในทางกลับกัน หากระยะเวลาอุทธรณ์ได้แย้งเกี่ยวกับคำสั่งละเมิดอำนาจศาล สามารถแก้ไขให้ขยายได้แล้ว ระยะเวลาอุทธรณ์ได้แย้งคำพิพากษา ก็น่าจะต้องสามารถแก้ไขให้ขยายได้ด้วยวิธีเดียวกัน ตามที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้ในบทความของผู้เขียน กล่าวคือ ที่น่าจะมีผลโดยตรงนั้น เนื่องจากหากศาลปกครองไม่ออกระเบียบข้อ 49/1 ดังกล่าว ในเรื่องเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาลแล้ว ก็ไม่เป็นประเด็นที่ผู้เขียน จะเขียนบทความของผู้เขียนให้คุณรินทร์ ได้มีความเห็นเพิ่มเติมแต่อย่างใด เมื่อระเบียบข้อดังกล่าวออกมาแล้ว ทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาอุทธรณ์คำพิพากษาทันที เพราะเท่ากับว่า ในเมื่อกฎหมายกำหนดในเรื่องเดียวกันไว้เป็นอย่างดี แต่มีการนำมาทำให้แตกต่างกัน หากเป็นเรื่องของบุคคลก็อาจเป็นการเลือกปฏิบัติได้ บทความฉบับนี้ ผู้เขียนขอแสดงความเห็นเพิ่มเติมต่อบทความของคุณรินทร์ ที่แสดงความเห็นต่อบทความของผู้เขียน

ในประการแรก ระยะเวลาของการอุทธรณ์คัดค้านคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดี ของศาลปกครอง นั้น เป็นเรื่องที่แตกต่างกันกับระยะเวลาการฟ้องคดี เมื่อมีข้อพิพาทในชั้นต้น ระยะเวลาการฟ้องคดีเมื่อมีข้อพิพาทในชั้นต้น เป็นเรื่องของบุคคลต่อบุคคล ที่กระทบกันทางสิทธิ หน้าที่ ระยะเวลาในการใช้สิทธิของบุคคล จึงต้องมีกรอบที่จำกัด ไม่อาจขยายระยะเวลาได้ ยกเว้นในบางกรณีที่อาจฟ้องคดีเกินระยะเวลาได้⁽²⁾ หรือที่กฎหมายเอกชน เรียกว่าอายุความ ซึ่งอายุความตามกฎหมายเอกชนนั้นไม่อาจย่นหรือขยายได้⁽³⁾ แต่ในส่วนระยะเวลาของการอุทธรณ์คัดค้านคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดี เป็นเรื่องของกระบวนการพิจารณาในศาล เป็นระยะเวลาเกี่ยวกับกระบวนการคดีและดำเนินคดีในศาล เป็นเรื่องระหว่างศาลกับคู่กรณี เพราะเป็นการโต้แย้งว่าคำพิพากษาไม่ชอบด้วยกฎหมาย ระยะเวลาของการดำเนินกระบวนการพิจารณาโดยทั่วไป จึงมีกรอบระยะเวลาให้ดำเนินการ และสามารถขยายได้ ไม่ได้จำกัดตายตัวเหมือนระยะเวลาในการใช้สิทธิฟ้องคดี เมื่อเข้าใจถึงตรงนี้แล้ว ผู้เขียนจะได้กล่าวต่อไป ในเรื่องของการขยายระยะเวลาอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดี ว่า สามารถขยายได้หรือไม่ อย่างไร

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 73

“การคัดค้านคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นนั้นให้ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลปกครองชั้นต้นที่มีคำพิพากษาหรือคำสั่งภายในกำหนด

² พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 52 การฟ้องคดีปกครองที่เกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ หรือสถานะของบุคคลจะยื่นฟ้องคดีเมื่อใดก็ได้

การฟ้องคดีปกครองที่อื่นเมื่อพ้นกำหนดเวลาการฟ้องคดีแล้ว ถ้าศาลปกครองเห็นว่าคดีที่ยื่นฟ้องนั้นจะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือมีเหตุจำเป็นอื่นโดยศาลเห็นเองหรือคู่กรณีมีค่าของศาลปกครองจะรับไว้พิจารณาก็ได้

3. ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

มาตรา 193/11 อายุความที่กฎหมายกำหนดไว้นั้น คู่กรณีจะตกลงกันให้งดใช้หรือขยายออกหรือยื่นเข้าไม่ได้

สามสิบวันนับแต่วันที่ได้นำคำพิพากษาหรือคำสั่ง ถ้ามิได้ยื่นอุทธรณ์ตามกำหนดเวลาดังกล่าวให้ถือว่าคดีนั้นเป็นอันถึงที่สุด

คำพิพากษาหรือคำสั่งตามวรรคหนึ่งให้หมายความรวมถึงคำสั่งเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาลหรือคำสั่งอื่นใดที่ทำให้คดีเสร็จเด็ดขาด”

ตามมาตราดังกล่าว ผู้เขียนต้องถามท่านผู้อ่านก่อนว่า ผู้บัญญัติกฎหมาย (นิติบัญญัติ) เขียนหรือบัญญัติ ห้ามมิให้มีการขยายระยะเวลาอุทธรณ์คัดค้านคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีไว้ในมาตราดังกล่าว หรือไม่ ซึ่งแน่นอนว่า ไม่ได้บัญญัติห้ามไว้ในมาตรานั้นๆ และผู้เขียนตรวจสอบแล้วว่า ไม่ได้มีบัญญัติห้ามเช่นนั้นไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 แต่อย่างใด เมื่อกฎหมายหลักไม่ได้ห้ามแล้ว ปัญหาว่า กฎหมายรอง (ระเบียบ) จะออกอย่างไรไม่ให้ขัดกับกฎหมายหลัก ซึ่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 ได้ให้อำนาจศาลปกครองออกระเบียบเกี่ยวกับการดำเนินคดีได้⁽⁴⁾ ศาลปกครอง

4. พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

มาตรา 5 บรรดาระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศที่ออกโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดหรือ ก.ศป.หรือ ก.ศป.โดยความเห็นชอบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด เมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับได้

มาตรา 6 ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดตามมาตรา 44 และมาตรา 66 ต้องส่งให้สภาผู้แทนราษฎรในวันออกกระเบียบดังกล่าว เพื่อให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตรวจสอบได้ ถ้าต่อมามีการเสนอญัตติและสภาผู้แทนราษฎรมีมติภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ส่งระเบียบดังกล่าวให้สภาผู้แทนราษฎรด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ ให้ยกเลิกระเบียบใดไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ให้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดดำเนินการให้เป็นไปตามนั้น

กำหนดวันตามวรรคหนึ่งให้หมายถึงวันในสมัยประชุม

มาตรา 44 การดำเนินการทั้งปวงเกี่ยวกับการฟ้อง การร้องสอด การเรียกบุคคล หน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้ามาเป็นคู่กรณีในคดี การดำเนินกระบวนการพิจารณา การรับฟังพยานหลักฐาน และการพิพากษาคดีปกครอง นอกจากที่บัญญัติไว้แล้วในพระราชบัญญัตินี้ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด

(ต่อหน้าถัดไป)

จึงมีอำนาจออกระเบียบเกี่ยวกับการดำเนินคดีซึ่งรวมถึงระยะเวลาอุทธรณ์ ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการดำเนินคดีได้ ระเบียบที่เกี่ยวกับมาตรา 73 ข้างต้น ก็ปรากฏว่า ศาลปกครองได้ออกระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครอง สูงสุด ว่าด้วย วิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2544 ข้อ 49/1⁽⁵⁾

4. (ต่อ)

มาตรา 66 ในกรณีที่ศาลปกครองเห็นสมควรกำหนดมาตรการหรือวิธีการใด ๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ให้แก่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องเป็นการชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดี ไม่ว่าจะมีความร้องขอจากบุคคลดังกล่าวหรือไม่ ให้ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวและออกคำสั่งไปยังหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องให้ปฏิบัติตามได้ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด

5. ระเบียบข้อนี้ ออกโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 44 และ 66 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 703/2547

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

มาตรา 64 นอกจากที่บัญญัติไว้แล้วในพระราชบัญญัตินี้ให้นำบทบัญญัติที่ถือว่าเป็นการกระทำละเมิดอำนาจศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม และเมื่อมีการละเมิดอำนาจศาลให้ศาลปกครองมีอำนาจสั่งลงโทษได้ดังนี้

- (1) ดักเตือน โดยจะมีคำดำเนินเป็นลายลักษณ์อักษรด้วยหรือไม่ก็ได้
- (2) ไล่ออกจากบริเวณศาล
- (3) ลงโทษจำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน หรือปรับไม่เกินห้าหมื่นบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ

การสั่งลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาลพึงใช้อย่างระมัดระวังและเท่าที่จำเป็นตามพฤติการณ์แห่งกรณี และหากเป็นการสั่งลงโทษตาม (3) ให้องค์คณะอื่นที่มีชื่อองค์คณะพิจารณาพิพากษาคดีนั้นเป็นผู้พิจารณาและสั่งลงโทษ

บทบัญญัติที่ถือว่าเป็นการกระทำละเมิดอำนาจศาลตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 31 ผู้ใดกระทำการอย่างใด ๆ ดังกล่าวต่อไปนี้ ให้ถือว่ากระทำความผิดฐานละเมิดอำนาจศาล

- (1) ขัดขืนไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดของศาลตามมาตรการก่อนอันว่าด้วยการรักษาความเรียบร้อยหรือประพฤตินั้นเรียบร้อยในบริเวณศาล
- (2) เมื่อได้มีคำขอและได้รับอนุญาตจากศาลให้ฟ้องหรือสู้คดีอย่างคนอนาถาแล้ว ปรากฏว่าได้นำคดีนั้นขึ้นสู่ศาลโดยคนรู้อยู่แล้วว่ามีมูลหรือไม่ได้สอบถามตัวให้ถ้อยคำตามมาตรา 156 ว่าตนไม่มีทรัพย์สินพอที่จะเสียค่าฤชาธรรมเนียมได้ ซึ่งเป็นความเท็จ

(ต่อหน้าถัดไป)

“คำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นที่ไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา คำสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความโดยไม่มีการวินิจฉัยชี้ขาดคดี คำสั่งลงโทษจวนละเมิดอำนาจศาลตามมาตรา 64 หรือคำสั่งอื่นใดซึ่งไม่ต้องห้ามอุทธรณ์ระหว่างพิจารณาตามข้อ 100 วรรคสอง ผู้มีส่วนได้เสียมีสิทธิยื่นคำร้อง

5. - (ต่อ)

(3) เมื่อรู้ว่าจะมีการส่งคำคู่ความหรือส่งเอกสารอื่น ๆ ถึงตน แล้วจงใจไปเสียให้พ้น หรือหาทางหลีกเลี่ยงที่จะไม่รับคำคู่ความหรือเอกสารนั้นโดยสถานที่อื่น

(4) ตรวจเอกสารทั้งหมด หรือฉบับใดฉบับหนึ่ง ซึ่งอยู่ในสำนวนความหรือคัดเอาสำเนาเอกสารเหล่านั้นไป โดยฝ่าฝืนตอบบทบัญญัติมาตรา 54

(5) ชักขึ้นไม่มาศาล เมื่อศาลได้มีคำสั่งตามมาตรา 19 หรือมีหมายเรียกตามมาตรา 277

มาตรา 32 ผู้ใดเป็นผู้ประพันธ์ บรรณาธิการ หรือผู้พิมพ์โฆษณาซึ่งหนังสือพิมพ์ หรือสิ่งพิมพ์อันออกโฆษณาต่อประชาชน ไม่ว่าบุคคลเหล่านั้นจะได้รู้ถึงซึ่งข้อความหรือการออกโฆษณาแห่งหนังสือพิมพ์ หรือสิ่งพิมพ์เช่นนั้นหรือไม่ให้ถือว่าได้กระทำความผิดจวนละเมิดอำนาจศาลในกรณีอย่างใดอย่างหนึ่งในสองอย่างดังจะกล่าวต่อไปนี้

(1) ไม่ว่าเวลาใด ๆ ถ้าหนังสือพิมพ์หรือสิ่งพิมพ์เช่นนั้นได้กล่าวหรือแสดงไม่ว่าโดยวิธีใด ๆ ซึ่งข้อความหรือความเห็นอันเป็นการเปิดเผยข้อเท็จจริงหรือพฤติกรรมอื่น ๆ แห่งคดี หรือกระบวนการพิจารณาใด ๆ แห่งคดี ซึ่งเพื่อความเหมาะสมหรือเพื่อคุ้มครองสาธารณประโยชน์ ศาลได้มีคำสั่งห้ามการออกโฆษณาสิ่งเหล่านั้น ไม่ว่าโดยวิธีเพียงแต่สั่งให้พิจารณาโดยไม่เปิดเผย หรือโดยวิธีห้ามการออกโฆษณาโดยชัดแจ้ง

(2) ถ้าหนังสือพิมพ์หรือสิ่งพิมพ์ ได้กล่าวหรือแสดงไม่ว่าโดยวิธีใด ๆ ในระหว่างการพิจารณาแห่งคดีไปจนมีคำพิพากษาเป็นที่ยุติ ซึ่งข้อความหรือความเห็นโดยประสงคฺจะให้มีอิทธิพลเหนือความรู้สึกของประชาชนหรือเหนือศาลหรือเหนือคู่ความหรือเหนือพยานแห่งคดีซึ่งพอเห็นได้ว่าจะทำให้การพิจารณาคดีเสียความยุติธรรมไปเช่น

ก. เป็นการแสดงผิดจากข้อเท็จจริงแห่งคดี หรือ

ข. เป็นรายงานหรือย่อเรื่องหรือวิภาค ซึ่งกระบวนการพิจารณาแห่งคดีอย่างไม่เป็นกลางและไม่ถูกต้อง หรือ

ค. เป็นการวิพากโดยไม่เป็นธรรม ซึ่งการดำเนินคดีของคู่ความหรือคำพยานหลักฐาน หรือนิสัยความประพฤติของคู่ความหรือพยาน รวมทั้งการแถลงข้อความอันเป็นการเสื่อมเสียต่อชื่อเสียงของคู่ความหรือพยาน แม้ถึงว่าข้อความเหล่านั้นจะเป็นความจริง หรือ

ง. เป็นการชักจูงให้เกิดมีคำพยานเท็จ

เพื่อประโยชน์แห่งมาตรานี้ ให้นับวิเคราะห์ศัพท์ทั้งปวงในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติการพิมพ์พุทธศักราช 2476 มาใช้บังคับ

อุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อศาลปกครองสูงสุดภายในกำหนดระยะเวลาสามสิบวัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น”

ซึ่งระยะเวลาในการอุทธรณ์ตามมาตรา 73 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 นั้น ให้รวมถึงคำสั่งเกี่ยวกับละเมิดอำนาจศาลด้วย คำสั่งเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาลที่มีการอุทธรณ์กันโดยปกติทั่วไปก็เป็นคำสั่งให้ลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาลเท่านั้นนั่นเอง คำสั่งเกี่ยวกับการวางระเบียบในศาลคงไม่มีใครจะอุทธรณ์โดยวรรคสองของมาตรา 73 ให้การอุทธรณ์คำสั่งประเภทนี้ ต้องกระทำภายในระยะเวลาสามสิบวัน ประกอบกับศาลปกครองสูงสุดวางหลักไว้ในคำสั่งของศาลปกครองเองว่า มาตรา 73 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 บัญญัติว่าการคัดค้านคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น ให้ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลปกครองชั้นต้นที่มีคำพิพากษาหรือคำสั่งภายในกำหนดสามสิบวันนับแต่วันที่ได้นำคำพิพากษาหรือคำสั่ง ถ้ามิได้ยื่นอุทธรณ์ภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ถือว่าคดีนั้นเป็นอันถึงที่สุด ซึ่งระยะเวลาดังกล่าวเป็นระยะเวลาที่กำหนดโดยบทบัญญัติของกฎหมาย มิใช่ระยะเวลาตามที่กำหนดไว้ในระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2543 หรือตามที่ศาลกำหนดดังที่กำหนดไว้ในข้อ 6 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2543 ที่ศาลมีอำนาจยื่นหรือขยายได้ตามความจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ด้วยเหตุนี้ ศาลจึงไม่มีอำนาจขยายระยะเวลายื่นอุทธรณ์คำพิพากษาของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองในคดีนี้⁶⁾

⁶⁾ คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 429/2546 (ประชุมใหญ่)

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

มาตรา 23 เมื่อศาลเห็นสมควรหรือมีความจำเป็นต้องยื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้อง ให้ศาลมีอำนาจที่จะออกคำสั่งขยายหรือย่นระยะเวลาตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายนี้ หรือตามที่ศาลได้กำหนดไว้ หรือระยะเวลาที่เกี่ยวข้องด้วยวิธีพิจารณาความแพ่งอันกำหนดไว้ในกฎหมายอื่น เพื่อ

(ต่อหน้าถัดไป)

ถึงแม้ในคำพิพากษาจะระบุเพียงว่า มาตรา 73 วรรคหนึ่ง ก็ตาม แต่ตามบทบัญญัติของกฎหมาย ในมาตรา 73 วรรคสอง คำพิพากษาหรือคำสั่งตามวรรคหนึ่ง (73 วรรคหนึ่ง) ให้หมายความรวมถึงคำสั่งเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาลหรือคำสั่งอื่นใดที่ทำให้คดีเสร็จเด็ดขาด จึงต้องถือว่าคำสั่งเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาล ต้องใช้ระยะเวลาเดียวกับการอุทธรณ์

6. - (ต่อ)

ให้ดำเนินหรือมิให้ดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาใด ๆ ก่อนสิ้นระยะเวลานั้น แต่การขยายหรือย่นเวลาเช่นว่านี้ให้ฟังที่ได้ต่อสู้เมื่อมีพฤติการณ์พิเศษและศาลได้มีคำสั่งหรือคู่ความมิได้ขอขึ้นมาก่อนสิ้นระยะเวลานั้นเว้นแต่ในกรณีที่มิเหตุสุดวิสัย

ปัญหาการขอขยายระยะเวลาขึ้นอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 เผยแพร่ครั้งแรกใน www.pub-law.net เมื่อวันที่ 22 พฤศจิกายน 2552

ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2544 ประกาศ ณ วันที่ 22 มีนาคม 2544

รองศาสตราจารย์ ดร. วรพจน์ วิศรุดพิชญ์ ให้คำอธิบายแนวความคิดของหลักนิติรัฐ ว่าหมายถึง รัฐเสรีประชาธิปไตยยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐานของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญโดยอาจจำแนกสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวได้เป็น 3 ประเภท คือ

1. สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลโดย แท้ อันได้แก่ สิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกาย สิทธิเสรีภาพในเคหสถาน สิทธิเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารถึงกันและกัน สิทธิเสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ และสิทธิเสรีภาพในครอบครัว

2. สิทธิเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ อันได้แก่ สิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ สิทธิเสรีภาพในการมีและใช้ทรัพย์สิน และสิทธิเสรีภาพในการทำสัญญา

3. สิทธิและเสรีภาพในการมีส่วนร่วมทางการเมือง อันได้แก่ สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นทางการเมือง สิทธิเสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นสมาคมหรือพรรคการเมือง และสิทธิเสรีภาพในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งและสมัครรับเลือกตั้ง

อย่างไรก็ดี รัฐจะต้องธำรงรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ ซึ่งในบางกรณีรัฐจำต้องบังคับให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการ บางอย่าง โดยองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถลงคำสั่งเข้าไปในแดนสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ แต่รัฐให้ค้ำประกันต่อราษฎรว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกล่าวถึงสิทธิเสรีภาพ ของราษฎรได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง และเป็นการทำไปว่าให้องค์กรหรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐกล่าวถึงสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ในการวินิจฉัยและภายในขอบเขตอย่างไร , จกวิกิพีเดีย สารานุกรมเสรี <http://th.wikipedia.org>

คำพิพากษาชี้ขาดคดีตามมาตรา 73 วรรคหนึ่ง เมื่อคำพิพากษาชี้ขาดคดีศาลไม่มีอำนาจขยายตามแนววินิจฉัยตามคำสั่งศาลข้างต้นแล้ว คำสั่งเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาล ก็จะต้องไม่มีอำนาจขยายเช่นกัน แต่ศาลปกครองได้ออกระเบียบฯ ข้อ 49/1 ให้คำสั่งลงโทษฐานละเมิดอำนาจศาลตามมาตรา 64 ⁽⁷⁾ หรือคำสั่งอื่นใดซึ่งไม่ต้องห้ามอุทธรณ์ระหว่างพิจารณาตามข้อ 100 วรรคสอง ผู้มีส่วนได้เสียมีสิทธิยื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อศาลปกครองสูงสุดภายในกำหนดระยะเวลาสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น การออกระเบียบและกำหนดระยะเวลาอุทธรณ์ไว้เช่นนั้น มีผลทำให้การอุทธรณ์เกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาลเป็นระยะเวลาตามระเบียบฯ ด้วย ซึ่งตามระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วย วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2543 ข้อ 6

“ระยะเวลาตามที่กำหนดไว้ในระเบียบนี้หรือตามที่ศาลกำหนด เมื่อศาลเห็นสมควรหรือเมื่อคู่กรณีมีคำขอ ศาลมีอำนาจยื่นหรือขยายได้ตามความจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม”

เมื่อระยะเวลาการอุทธรณ์เกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาลเป็นระยะเวลาตามระเบียบด้วยแล้ว ก็เข้าใจตามระเบียบ ข้อ 6 ที่ศาลสามารถขยายได้ ซึ่งก็สอดคล้องกับคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 703/2547 “ระยะเวลาตามที่กำหนดไว้ในระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วย

7. พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

มาตรา 68 ถ้าประธานศาลปกครองสูงสุดเห็นสมควรจะให้มีการวินิจฉัยปัญหาใดหรือคดีใด โดยที่ประชุมใหญ่ก็ได้ หรือมีกฎหมายหรือระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดให้วินิจฉัยปัญหาใด หรือคดีใดโดยที่ประชุมใหญ่ก็ได้วินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่

ภายใต้บังคับมาตรา 63 ที่ประชุมใหญ่นั้นให้ประกอบด้วยตุลาการในศาลปกครองสูงสุดทุกคนที่อยู่ปฏิบัติหน้าที่ แต่ต้องมีจำนวนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนตุลาการในศาลปกครองสูงสุด และให้ประธานศาลปกครองสูงสุดเป็นประธานที่ประชุมใหญ่

คำวินิจฉัยของที่ประชุมใหญ่ให้เป็นไปตามเสียงข้างมาก และถ้ามีคะแนนเสียงเท่ากันให้ประธานในที่ประชุมออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกเสียงหนึ่งเป็นเสียงชี้ขาด

วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 หรือตามที่ศาลกำหนดดังที่กำหนดไว้ในข้อ 6 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ที่ศาลมีอำนาจยื่นหรือขยายได้ตามความจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม” ประกอบกับศาลปกครองสูงสุดเองก็มีคำสั่งศาลปกครองสูงสุด โดยที่ประชุมใหญ่ ร้องรับยื่นยันการขยายระยะเวลาอุทธรณ์ ตามระเบียบข้อ 49/1 ไว้ว่า ศาลมีอำนาจที่จะขยายระยะเวลาการยื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นตามระเบียบข้อ 49/1⁽⁸⁾ จากระเบียบ คำสั่งศาล และคำสั่งศาลโดยที่ประชุมใหญ่ ที่กล่าวมา ทำให้ได้ข้อสรุปว่า การอุทธรณ์คำสั่งตามระเบียบ ข้อ 49/1 ศาลมีอำนาจขยายระยะเวลาอุทธรณ์ได้

ปัญหาว่า การอุทธรณ์โต้แย้งคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดี เป็นระยะเวลาเดียวกันกับระยะเวลาอุทธรณ์คำสั่งเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาล ซึ่งศาลวางหลักไว้ว่าศาลไม่มีอำนาจขยาย แต่ศาลกลับนำระยะเวลาการอุทธรณ์คำสั่งเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาล มาออกเป็นระยะเวลาตามระเบียบซึ่งสามารถทำได้ แต่ระยะเวลาอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดี ซึ่งกฎหมายกำหนดเป็นแบบเดียวกันกับระยะเวลาอุทธรณ์เกี่ยวกับละเมิดอำนาจศาล กลับไม่สามารถนำมาบัญญัติในระเบียบได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ระเบียบนั้นจะออกมาได้ก็โดยไม่ขัดกับกฎหมายแม่ ที่ให้อำนาจ ในเมื่อกฎหมายแม่ที่ให้อำนาจ(พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542) มิได้มีการบัญญัติห้ามไว้โดยตรงว่า ระยะเวลาอุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษาชี้ขาดคดีต้องห้ามมิให้ขยายแล้วก็น่าที่จะออกเป็นระเบียบให้ขยายได้ ซึ่งต้องดูเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายแม่ ว่า ต้องการมิให้ขยายแท้จริงเลยหรือไม่ ผู้เขียนเข้าใจว่า ฝ่ายนิติบัญญัติที่บัญญัติมาตรานี้ คงไม่เจตนาต้องการให้ระยะเวลาอุทธรณ์ไม่สามารถขยายได้โดยเด็ดขาดเป็นแน่แท้

8. คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 429/2546 (ประชุมใหญ่)

เพราะโดยทั่วไป⁹⁾ การอุทธรณ์คำพิพากษาที่ชี้ขาดตัดสินคดีในศาลทุกศาลก็สามารถขยายระยะเวลาได้ ผู้เขียนเข้าใจว่า ที่บัญญัติกรอบระยะเวลาสามสิบวันไว้เพียงต้องการ เพื่อหากพ้นระยะเวลาสามสิบวันแล้ว ไม่มีการอุทธรณ์ ให้ถือว่าเป็นที่สุดเท่านั้น หรือต้องการเพียงระยะเวลาถึงที่สุดของคดีเท่านั้น เป็นหลัก เพราะหากต้องการไม่ให้มีการขยายระยะเวลาจริงแล้ว ก็สามารถกำหนดลงไปพระราชบัญญัตินั้นๆ ได้เลยว่ ระยะเวลาดังกล่าวไม่อาจขยายได้ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการป้องกันมิให้ตีความเพื่อใช้อำนาจเป็นอย่างอื่นได้

ประการต่อมา การออกระเบียบในข้อ 49/1 นั้น ถ้ามว่า เป็นการแก้ไขระยะเวลาอุทธรณ์คำสั่งในเรื่องละเมิดอำนาจศาลตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 73 โดยตรงหรือไม่ แน่แน่นอนว่า ก็มีได้แก้ไขในเรื่องระยะเวลาอุทธรณ์คำสั่งลงโทษละเมิดอำนาจศาลโดยตรงแต่อย่างใด เพราะระยะเวลาอุทธรณ์ในเรื่องละเมิดอำนาจศาลก็ยังคงมีระยะเวลาสามสิบวันตาม พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 อยู่ดี นั้นหมายความว่า ผู้ที่จะอุทธรณ์ได้แย้งในกรณีดังกล่าวก็ยังคงต้องอุทธรณ์ภายในระยะเวลาสามสิบวันอยู่ดี แต่การมากำหนดให้เป็นระยะเวลาตามระเบียบแล้ว จะสามารถใช้ระเบียบในข้อ 6 ซึ่งมีความยืดหยุ่นกว่าพระราชบัญญัติ กล่าวคือ หากไม่สามารถยื่นได้ทันด้วยเหตุจำเป็นต่างๆ ก็สามารถขอขยายได้ต่อไปอีกเท่านั้น กรณีที่ไม่ได้เปลี่ยนแปลงระยะเวลาอุทธรณ์ตาม พระราชบัญญัติแต่อย่างใด การออก

9. ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

มาตรา 23 เมื่อศาลเห็นสมควรหรือมีความจำเป็นที่เกี่ยวข้อได้ยื่นคำขอโดยทำเป็นคำร้อง ให้ศาลมีอำนาจที่จะออกคำสั่งขยายหรือย่นระยะเวลาตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายนี้ หรือตามที่ศาลได้กำหนดไว้ หรือระยะเวลาที่เกี่ยวข้องวิธีพิจารณาความแพ่งอันกำหนดไว้ในกฎหมายอื่น เพื่อให้ดำเนินหรือมิให้ดำเนินกระบวนการวิธีพิจารณาใด ๆ ก่อนสิ้นระยะเวลานั้น แต่การขยายหรือย่นเวลาเช่นว่านี้ให้พึงทำได้ต่อเมื่อมีพฤติการณ์พิเศษและศาลได้มีคำสั่งหรือคู่ความมีคำขอขึ้นมาก่อนสิ้นระยะเวลานั้นเว้นแต่ในกรณีที่มิเหตุสุดวิสัย

ระเบียบที่จะเปลี่ยนแปลงระยะเวลาตามพระราชบัญญัติ ก็เช่น สดระยะเวลาจากสามสิบวันเหลือสิบห้าวัน หรือจากสามสิบวันขยายเป็นหกสิบวันโดยตรงเลย กฎหมายหลัก(พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542) ไม่ได้ห้ามมิให้ขยายระยะเวลาอุทธรณ์ ไม่มีตรึงไหนเขียนไว้โดยชัดแจ้งเลยว่า ห้ามมิให้ขยายระยะเวลาอุทธรณ์ การตีความว่า การที่กฎหมายกำหนดระยะเวลาไว้เท่านั้น เท่านั้น โดยไม่พูดถึงการขยายระยะเวลาได้เลย เท่ากับว่าไม่สามารถขยายระยะเวลาได้ทุกเรื่อง ทุกกรณี เป็นการตีความที่ไม่เกิดประโยชน์ในทางปฏิบัติแต่อย่างใด ทั้งๆ ที่ทางปฏิบัติทุกฝ่าย ก็รู้อยู่ว่า ระยะเวลาดังกล่าวนั้นไม่เหมาะสม แต่ก็ไม่มีวิถีทางแก้ไขกัน กลายเป็นว่า ต้องคอยให้ฝ่ายนิติบัญญัติมากำหนดให้ทุกเรื่องทุกกรณี ซึ่งการที่ต้องให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีการแก้ไขกฎหมาย ควรที่จะเป็นเรื่องที่สำคัญๆ จริงๆ และไม่สามารถแก้ไขโดยวิธีอื่นได้แล้วเท่านั้น เรื่องใดที่ฝ่ายนิติบัญญัติมิได้วางหลักห้ามไว้โดยเด็ดขาด และมอบอำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองให้แก่ฝ่ายปกครองหรือฝ่ายตุลาการแล้ว เมื่อมีอำนาจออกกฎหมายลำดับรองหรือระเบียบและกฎหมายหลักมิได้ห้ามไว้แล้ว ด้วยความเคารพผู้เขียนเห็นว่า ก็ควรที่จะใช้อำนาจนั้นๆ แทน มิใช่อะไรๆ ก็ให้รอให้มีการแก้ไขกฎหมายหมด ทั้งๆ ที่การแก้ไขระยะเวลาการอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีเป็นผลดีต่อประชาชน ตามที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้ในบทความของผู้เขียนแล้ว¹⁰⁾ และทั้งๆ ที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 เอง ก็ให้อำนาจศาลออกระเบียบเกี่ยวกับการดำเนินคดีได้ การออกระเบียบนั้นขอเพียงแค่อำนาจไปขัดกับพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจนั้นๆ ก็น่าจะเพียงพอแล้ว ซึ่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 นั้นเอง ก็มีได้บัญญัติห้ามในกรณีเช่นนั้น (การขยายระยะเวลาอุทธรณ์) ไว้

10. ปัญหาการขอขยายระยะเวลาขึ้นอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 เผยแพร่ครั้งแรกใน www.pub-law.net เมื่อวันที่ 22 พฤศจิกายน 2552

การออกระเบียบในกรณีดังกล่าว ก็น่าจะออกได้ ประกอบกับเป็นเรื่องของวิธีพิจารณาของศาลเอง ซึ่งระบบการพิจารณาคดีของศาลปกครองเอง ก็เน้นที่เนื้อหามากกว่ารูปแบบหรือวิธีการอยู่แล้ว

กลับมาพิจารณาในประเด็นการอุทธรณ์คัดค้านคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดี ซึ่งไม่สามารถขยายระยะเวลาได้ ด้วยความเคารพอย่างสูง ผู้เขียนเห็นว่า กรณีดังกล่าวน่าจะไปได้โดยตรงคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด ที่วางแนวไว้ว่าหากเป็นระยะเวลาตามบทบัญญัติของกฎหมาย (พระราชบัญญัติ) ศาลไม่มีอำนาจขยาย

ตามที่กล่าวมาแล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติเอง ก็คงไม่คาดคิดหรือคิดไม่ถึงว่าจะเกิดปัญหาแบบนี้ ทั้งๆ ที่ ก็บัญญัติให้อำนาจศาลปกครองมีอำนาจออกระเบียบเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดีได้เองแล้ว และคงไม่คาดคิดว่า จะต้องมาแก้ไขกฎหมายในประเด็นดังกล่าวด้วยกระบวนการนิติบัญญัติเต็มรูปแบบ เพียงเพราะเหตุดังกล่าว หากสมมุติว่า มีการเสนอให้ฝ่ายนิติบัญญัติแก้ไข และได้ตรวจสอบถึงเหตุที่มีการแก้ไข และพบว่า ระยะเวลาอย่างเดียวกันกับระยะเวลาอุทธรณ์คำพิพากษาชี้ขาดคดี ศาลยังสามารถนำมาออกเป็นระเบียบได้ แต่เพราะเหตุใด จึงแก้ไขระยะเวลาอุทธรณ์คำพิพากษาชี้ขาดคดีไม่ได้ ก็คงไม่รู้จะตอบอย่างไรเช่นกัน

หากพิจารณากันดีๆ แล้ว จะเห็นได้ว่า ระเบียบฯ ข้อ 49/1 นั้น ออกมาตั้งแต่ปี พ.ศ.2544¹¹⁾ และระเบียบข้อดังกล่าว ต้องส่งให้สภาผู้แทนราษฎรในวันที่ออกระเบียบดังกล่าว เพื่อให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตรวจสอบได้ ถ้าต่อมามีการเสนอญัตติและสภาผู้แทนราษฎรมีมติภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ส่งระเบียบดังกล่าวให้สภาผู้แทนราษฎรด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ ให้ยกเลิก

11. ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง (ฉบับที่ 2) พ.ศ.2544 ประกาศ ณ วันที่ 22 มีนาคม 2544

ระเบียบใดไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ให้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดดำเนินการให้เป็นไปตามนั้น ซึ่งสภาผู้แทนฯ ซึ่งเป็นผู้แทนของประชาชนได้ตรวจสอบแล้ว จึงให้ระเบียบข้อดังกล่าวผ่านได้ หรือเท่ากับว่าสภาผู้แทนฯ รับรองและเห็นว่า ระยะเวลาตามมาตรา 73 ดังกล่าว นั้น สามารถออกเป็นระยะเวลาตามระเบียบได้ จึงให้ข้อ 49/1 ผ่านเป็นกฎหมายของศาลปกครองออกมาดังที่เห็นในปัจจุบัน ซึ่งทั้งที่ประชุมใหญ่ของศาลปกครองสูงสุด และสภาผู้แทนราษฎร ทั้งสององค์กรนั้น ล้วนแล้วแต่เป็นผู้ทรงคุณวุฒิทั้งสิ้น ซึ่งได้พิจารณาระเบียบข้อดังกล่าวแล้ว เห็นว่าสามารถทำได้จึงให้ตราเป็นกฎหมายได้

และต่อมาในปี พ.ศ. 2546 ก็มีคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 429/2546 (ประชุมใหญ่) ออกมาสนับสนุนยืนยันอีกว่า ระยะเวลาตามระเบียบฯ ข้อ 49/1 นั้น ศาลมีอำนาจขยายระยะเวลาได้ ซึ่งระยะเวลาของการอุทธรณ์คำสั่งเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาลก็บัญญัติอยู่ในระเบียบฯ ข้อ 49/1 และก็เป็นระยะเวลาตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 73

แต่ต่อมาในปี พ.ศ. 2547 ก็ได้มี คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 703/2547 ออกมาว่า ระยะเวลาตามบทบัญญัติของกฎหมาย (พระราชบัญญัติ) ศาลไม่มีอำนาจขยายได้ ตามที่กล่าวมาแล้ว ด้วยความเคารพต่อความเห็นของคุณธนินทร์ ผู้เขียนเห็นว่า หาก ณ ปัจจุบัน จะมีการแก้ไขมาตรา 73 เช่นเดียวกับระเบียบฯ ข้อ 49/1 โดยจะถือตามแนวคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 703/2547 ดังกล่าว ที่วินิจฉัยในลักษณะว่า หากเป็นระยะเวลาตามบทบัญญัติของกฎหมาย (พระราชบัญญัติ) ศาลไม่มีอำนาจขยายได้ การแก้ไขโดยวิธีการตามระเบียบฯ ข้อ 49/1 จึงไม่สามารถทำได้ ผู้เขียนเห็นว่า น่าจะขัดกับระเบียบฯ ข้อ 49/1 นั้นเอง ที่ผ่านการพิจารณาของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด และผ่านการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรมาแล้วว่า สามารถทำได้ และขัดกับคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 429/2546 (ที่ประชุมใหญ่) ที่กล่าวมาแล้ว

ซึ่งข้อสนับสนุนที่ศาลสามารถนำระยะเวลาตามพระราชบัญญัติมาออกเป็นระยะเวลาตามระเบียบ และศาลมีอำนาจขยายระยะเวลานั้นได้ มีข้อสนับสนุนถึงสามประการ กล่าวคือ

1. การออกระเบียบฯ ข้อ 49/1 โดยผู้ทรงคุณวุฒิของศาลปกครอง (ที่ประชุมใหญ่)

2. การพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร ที่ได้พิจารณาระเบียบข้อดังกล่าวและผ่านให้ออกเป็นกฎหมายได้

3. คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 429/2546 (ประชุมใหญ่)

แต่เหตุที่ศาลไม่มีอำนาจขยายระยะเวลาตามพระราชบัญญัติ ซึ่งมีผลเป็นตรงกันข้ามกับข้อสนับสนุนทั้งสามประการ คงมีเพียง คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 703/2547 เท่านั้น ซึ่งก็ไม่ใช่คำสั่งของที่ประชุมใหญ่ ดังเช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 429/2546 ปัญหาดังกล่าว ทำให้กระบวนการพิจารณาคดีปกครองชั้นอุทธรณ์คำพิพากษาชี้ขาดคดีเป็นอยู่แบบปัจจุบัน กล่าวคือจะขยายให้ก็ไม่อาจทำได้ เพราะคิดที่แนววินิจัยเดิมของศาล ถึงแม้ในคำสั่งของศาลที่วางแนววินิจัย ศาลจะกล่าวว่า เป็นระยะเวลาตามพระราชบัญญัติ ศาลไม่มีอำนาจขยาย แต่ถามว่า ในพระราชบัญญัตินั้น ห้ามการขยายระยะเวลาอุทธรณ์ไว้หรือไม่ และถามต่อไปว่า ถ้าไม่ห้าม ในเมื่อมีระเบียบที่ให้อำนาจศาลออกระเบียบเกี่ยวกับการดำเนินคดีได้อยู่แล้ว จะออกระเบียบมาให้ขยายระยะเวลาอุทธรณ์ได้ ถามอีกว่า จะขัดกับพระราชบัญญัติตรงไหน ในเมื่อในตัวพระราชบัญญัตินั้นเอง ก็ได้บัญญัติห้ามการขยายระยะเวลาไว้ อยู่แล้ว ถึงแม้จะมีระยะเวลาสามสิบวัน กำหนดไว้หากไม่อุทธรณ์ก็เป็นอันถึงที่สุดก็ตาม ระยะเวลาสามสิบวันนั้น ก็เพียงเพื่อให้มีการถึงที่สุดของคดีนั้นเท่านั้น มิใช่ระยะเวลาสามสิบวันนั้นขยายไม่ได้แต่อย่างใด และไม่มีเหตุผลความจำเป็นใดมาสนับสนุนให้เห็นว่า ระยะเวลาดังกล่าวมีเหตุผล ความจำเป็น

อย่างใดที่ขยายไม่ได้ หรือหากการแก้ไขดังกล่าวของศาลจะติดที่หลักนิติรัฐ¹²⁾ ผู้เขียนเห็นว่า หากจะอ้างเช่นนั้นจะต้องกล่าวอ้าง ก่อนมีการนำระยะเวลาอุทธรณ์ในเรื่องละเมิดอำนาจศาลมาบัญญัติไว้ในระเบียบเท่านั้น และถึงแม้จะมีหลักนิติรัฐอยู่ แต่หากการกระทำนั้น ไม่ได้เป็นโทษหรือเป็นผลร้ายที่มีผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของประชาชนแล้ว ก็ย่อมน่าจะทำได้ โดยเฉพาะหากทำแล้วเป็นคุณประโยชน์ต่อประชาชน ซึ่งการขยายระยะเวลาอุทธรณ์นั้น นับว่าเป็นประโยชน์ต่อประชาชน เพราะจะทำให้ประชาชนมีระยะเวลาในการตรวจสอบคำพิพากษาของศาลปกครองมากขึ้น ให้โอกาสและเวลาแก่ประชาชนคู่กรณีในคดีปกครองอย่างเต็มที่และเหมาะสมในการดำเนินคดีในชั้นอุทธรณ์ ซึ่งล้วนแล้วแต่มีผลดีต่อประชาชนทั้งสิ้น การออกเป็นระเบียบจึงไม่น่าจะขัดต่อหลักนิติรัฐ หากขัดแล้วก็คงจะไม่มีมีการนำระยะเวลาอุทธรณ์เรื่องละเมิดอำนาจศาลมาบัญญัติในระเบียบฯ ข้อ 49/1 การขยายระยะเวลาดังกล่าว

12. รองศาสตราจารย์ ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ให้คำอธิบายแนวความคิดของหลักนิติรัฐ ว่าหมายถึง รัฐเสรีประชาธิปไตยยอมรับรองและให้ความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นมูลฐานของราษฎรไว้ในรัฐธรรมนูญโดยอาจจำแนกสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวได้เป็น 3 ประเภท คือ

1. สิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลโดย แท้ อันได้แก่ สิทธิเสรีภาพในชีวิตร่างกาย สิทธิเสรีภาพในเคหสถาน สิทธิเสรีภาพในการติดต่อสื่อสารถึงกันและกัน สิทธิเสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ และสิทธิเสรีภาพในครอบครัว

2. สิทธิเสรีภาพในทางเศรษฐกิจ อันได้แก่ สิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ สิทธิเสรีภาพในการมีและใช้ทรัพย์สิน และสิทธิเสรีภาพในการทำสัญญา

3. สิทธิและเสรีภาพในการมีส่วนร่วมทางการเมือง อันได้แก่ สิทธิเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นทางการเมือง สิทธิเสรีภาพในการรวมตัวกันเป็นสมาคมหรือพรรคการเมือง และสิทธิเสรีภาพในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งและสมัครรับเลือกตั้ง

อย่างไรก็ดี รัฐจะต้องธำรงรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ ซึ่งในบางกรณีรัฐจำต้องบังคับให้ราษฎรกระทำการหรือละเว้นไม่กระทำการ บางอย่าง โดยองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถล่วงล้ำเข้าไปในแดนสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ แต่รัฐให้คำมั่นต่อราษฎรว่า องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐจะกล่าวกรายสิทธิเสรีภาพ ของราษฎรได้ ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งและเป็นการทั่วไปว่าให้องค์กรหรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐกล่าวกรายสิทธิเสรีภาพของราษฎรได้ในกรณีใดและภายในขอบเขตอย่างไร . จากวิกิพีเดีย สารานุกรมเสรี <http://th.wikipedia.org>

เมื่อไม่มีกฎหมายหลักห้าม และหลักทั่วไปในศาลอื่นๆ ก็ให้ขยายได้ เมื่อศาลมีอำนาจออกระเบียบเกี่ยวกับการดำเนินคดีอยู่แล้ว และเคยนำระยะเวลาในลักษณะเดียวกันมาออกเป็นระเบียบแล้ว สภาผู้แทนราษฎรให้การรับรองแล้ว มีคำสั่งศาลปกครองสูงสุด โดยที่ประชุมใหญ่ยืนยันแล้ว คงเหลือเพียงระยะเวลาอุทธรณ์คำพิพากษาชี้ขาดคดีเท่านั้น หากจะให้มีการแก้ไขโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ก็จะต้องชี้แจงได้ว่า ในเมื่อระยะเวลาลักษณะเดียวกันทำได้ แต่เพราะเหตุใดระยะเวลาในลักษณะเดียวกันในกรณีนี้กลับทำไม่ได้ ซึ่งเป็นเรื่องที่ไม่ควรจะเกิดขึ้น ซึ่งในทางปฏิบัติ ศาลปกครองเองก็นำระยะเวลาตาม มาตรา 73 มาออกเป็นระยะเวลาตามระเบียบได้ ซึ่งระเบียบข้อดังกล่าวออกโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ที่ประกอบไปด้วยผู้ทรงคุณวุฒิของศาลปกครองสูงสุด ผ่านการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร และคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 429/2546 ก็ออกโดยที่ประชุมใหญ่ของศาลปกครองสูงสุด ที่ประกอบไปด้วยผู้ทรงคุณวุฒิของศาลปกครองสูงสุดเช่นกัน และก็ยังมีผลสมบูรณ์และใช้บังคับอยู่มาจนปัจจุบัน มิได้ถูกแก้ไข ยกเลิก เพิกถอน แต่อย่างใด ซึ่ง ณ ปัจจุบัน มีผลใช้บังคับมาแล้ว เป็นเวลาถึง 8 ปีกว่า และก็ไม่มีแนวโน้มที่จะมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงแต่อย่างใด การขยายระยะเวลาอุทธรณ์ เป็นคนละเรื่องกับกรอบระยะเวลาอุทธรณ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ การออกระเบียบไม่ได้ไปแก้ไขระยะเวลาตามกรอบให้สั้นลงหรือเพิ่มขึ้นโดยตรง เช่น จาก 30 วัน ลดลงเหลือ 15 วัน หรือ จาก 30 วัน เป็น 60 โดยตรง ซึ่งการแก้ไขอย่างนี้ต้องห้ามและขัดกับกฎหมายเป็นอย่างชัดเจน การไปเพิ่มในระเบียบ เพียงแค่ระยะเวลาตามกรอบนั้น ยังคงเท่าเดิม แต่เพิ่มวิธีการในกระบวนการอุทธรณ์ให้ยืดหยุ่นและมีทางเลือกแก่ประชาชนให้มากขึ้นกว่าเดิมเท่านั้น หลักการเดิมตามยังคงอยู่ โดยสามารถที่จะขอขยายระยะเวลาดังกล่าวได้เพิ่มขึ้นอีกช่องทางหนึ่งเท่านั้น และการขยายระยะเวลา ก็ต้องอิงจากฐานเดิมเป็นหลัก หรือขยายจากวันสุดท้ายของระยะเวลาเดิมออกไป นั่นเท่ากับว่า จะต้องครบระยะเวลาเดิมแล้วขยายออกไปจากวันที่ครบนั้น ผู้เขียนเห็นว่า กรณีนี้ก็ไม่ได้ทำให้หลักระยะเวลาอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติ

จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 เสียไปแต่อย่างใด หลักระยะเวลาสามสิบวันก็คงอยู่ กล่าวคือ หากภายในสามสิบวันไม่อุทธรณ์ก็ถึงที่สุด เพียงแต่เพิ่มช่องทางให้มากขึ้นและยืดหยุ่นขึ้นเท่านั้น การแก้ไขโดยไปเพิ่มในระเบียบนั้น ไม่ได้เป็นการแก้ไขระยะเวลาอุทธรณ์ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 73 ให้สั้นลงหรือเพิ่มขึ้นโดยตรงแต่อย่างใด ระยะเวลาในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 73 ก็คงตามเดิม

ในประการสุดท้าย หากวิธีการแก้ไขระยะเวลาอุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษารัฐขาดคดี โดยการออกเป็นระเบียบในลักษณะเดียวกันกับระเบียบข้อ 49/1 ดังกล่าว ไม่สามารถทำได้ ตามที่คุณณรินทร์ ซึ่งถือว่าเป็นบุคลากรของศาลปกครองเอง ได้ออกมากรุณาให้ความเห็นยืนยันไว้แล้ว เท่ากับว่าระยะเวลาอุทธรณ์ในเรื่องละเมิดอำนาจศาล ตามระเบียบฯ ข้อ 49/1 ที่ออกโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ผ่านการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร ไม่สามารถออกเป็นระเบียบได้ ผู้เขียนเห็นต่อไปว่า ปัญหาที่จะตามมาก็คือ ระเบียบฯ ข้อ 49/1 นั้น ในส่วนที่เกี่ยวกับการอุทธรณ์ในเรื่องละเมิดอำนาจศาลที่ออกโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด⁽¹³⁾ ที่ประกอบไปด้วยผู้ทรงคุณวุฒิของศาลปกครองสูงสุด ผ่านการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร และมีผลใช้บังคับมาเป็นระยะเวลา 8 ปีกว่าแล้ว ประกอบ

13. พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542

มาตรา 68 ถ้าประธานศาลปกครองสูงสุดเห็นสมควรจะให้มีการวินิจฉัยปัญหาใดหรือคดีใดโดยที่ประชุมใหญ่ก็ได้ หรือมีกฎหมายหรือระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดให้วินิจฉัยปัญหาใด หรือคดีใดโดยที่ประชุมใหญ่ก็ได้ให้วินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่

ภายใต้บังคับมาตรา 63 ที่ประชุมใหญ่นั้นให้ประกอบด้วยตุลาการในศาลปกครองสูงสุดทุกคนที่อยู่ปฏิบัติหน้าที่แต่ต้องมีจำนวนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนตุลาการในศาลปกครองสูงสุด และให้ประธานศาลปกครองสูงสุดเป็นประธานที่ประชุมใหญ่

คำวินิจฉัยของที่ประชุมใหญ่ให้เป็นไปตามเสียงข้างมาก และถ้ามีคะแนนเสียงเท่ากันให้ประธานในที่ประชุมออกเสียงเพิ่มขึ้นอีกเสียงหนึ่งเป็นเสียงชี้ขาด

กับทางปฏิบัติศาลปกครองสูงสุด โดยที่ประชุมใหญ่นั้นเอง ก็ยืนยันว่า ระยะเวลาอุทธรณ์ ตามมาตรา 49/1 นั้น ศาลมีอำนาจขยายระยะเวลาได้¹⁴ จะมีสถานภาพทางกฎหมายต่อไป อย่างไร ผู้เขียนขออย่าให้ท่านผู้อ่านทั้งหลายติดตามในประเด็นนี้ว่า ทางศาลปกครองจะมีแนวทางเกี่ยวกับปัญหานี้ อย่างไร และผู้เขียนขอหยุดการให้ความเห็นเพิ่มเติมในหัวข้อของบทความนี้ เพียงเท่านี้ เพราะยังมีประเด็นที่ผู้เขียน ได้เขียนเป็นบทความอื่น ที่รอการ เผยแพร่อีกหลายบทความ

สุดท้ายนี้ ผู้เขียนต้องขอขอบคุณ คุณนรินทร์ อธิสาร พนักงานคดี ปกครองปฏิบัติการ สำนักงานศาลปกครอง ที่กรุณาได้ให้ความเห็นเพิ่มเติม ต่อบทความของผู้เขียน เพราะหากคุณนรินทร์ ไม่ได้ให้ความเห็นเพิ่มเติม ก็คงจะไม่มีบทความนี้ต่อไป และต้องขอขอบคุณ www.pub-law.net ที่กรุณาได้ให้โอกาสในการแสดงความเห็นของผู้เขียน ในหลายๆวาระ ผู้เขียนขอกราบขอบพระคุณมา ณ โอกาสนี้ด้วย.



14. คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 429/2546 (ประชุมใหญ่)

การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารตามคำขอเฉพาะราย (ตอนที่ 1)*

สมชัย วัฒนการุณ **

บทที่ 1

การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารพิจารณาในเชิงรูปแบบ

หน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐนอกจากจะมีหน้าที่ส่งข้อมูลข่าวสารของราชการไปตีพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษาดตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 และจัดให้มีข้อมูลข่าวสารของราชการให้ประชาชนเข้าตรวจดูได้ตามมาตรา 9 ของกฎหมายฉบับเดียวกัน หากประชาชนบุคคลหนึ่งบุคคลใดมีความประสงค์ที่จะขอข้อมูลข่าวสารอื่นนอกจากที่จัดตีพิมพ์ลงในราชกิจจานุเบกษาหรือจัดให้ประชาชนเข้าตรวจดูได้แล้ว ประชาชนย่อมมีสิทธิที่จะขอต่อหน่วยงานของรัฐให้จัดข้อมูลข่าวสารอื่นซึ่งอยู่ในความครอบครองของหน่วยงานของรัฐนั้น ๆ จัดให้กับประชาชนเป็นการเฉพาะรายได้ โดยพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ได้บัญญัติถึงขั้นตอนและการพิจารณาที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะจัดบริการข้อมูลข่าวสารให้แก่ประชาชนตามคำขอเป็นการเฉพาะรายดังต่อไปนี้

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net วันที่ 6 ธันวาคม พ.ศ. 2552

**นบ., น.บ.ท., นม., ป.ปร.4 ปัจจุบันดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองกลาง

1. ผู้ขอข้อมูลข่าวสาร

บุคคลที่จะยื่นขอตรวจดูข้อมูลข่าวสารกับเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐให้จัดข้อมูลข่าวสารให้เป็นการเฉพาะรายนั้นจะมีสิทธิอย่างไร

และประชาชนผู้ขอข้อมูลข่าวสารนั้นมีหน้าที่ต้องปฏิบัติอย่างไรบ้างตามที่กฎหมายบัญญัติมีกรณีพิจารณาได้ดังต่อไปนี้

1.1 บุคคลผู้มีสิทธิขอข้อมูลข่าวสาร พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ได้มีหมายเหตุ เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ “ในระบอบประชาธิปไตย การให้ประชาชนมีโอกาสกว้างขวางในการได้รับข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการดำเนินการต่างๆ ของรัฐเป็นสิ่งจำเป็น เพื่อที่ประชาชนจะสามารถแสดงความคิดเห็นและใช้สิทธิทางการเมืองได้โดยถูกต้องกับความเป็นจริง อันเป็นการส่งเสริมให้มีความเป็นรัฐบาลโดยประชาชนมากยิ่งขึ้น สมควรกำหนดให้ประชาชนมีสิทธิได้รับรู้ข้อมูลข่าวสารของราชการ” ดังนั้น พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการจึงเป็นกฎหมายที่รับรองสิทธิของประชาชนที่จะได้รู้หรือเข้าถึงข้อมูลข่าวสารราชการ บุคคลผู้มีสิทธิขอข้อมูลข่าวสารตามกฎหมายฉบับนี้คือเอกชน ซึ่งอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ แต่มิใช่หน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ กรณีที่สถานีดับเพลิงรถอำเภอมืองสบุรีขอเอกสารการร้องเรียนเพื่อประกอบการดำเนินคดีจากสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาสบุรีเขต 1 เป็นการขอข้อมูลระหว่างหน่วยงานเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติงานตามอำนาจหน้าที่ มิใช่เป็นเรื่องของการใช้สิทธิตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540) เนื่องจาก พ.ร.บ. ดังกล่าวเป็นกฎหมายที่ให้สิทธิแก่ประชาชนในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารที่อยู่ในความครอบครองหรือควบคุมดูแลของหน่วยงานของรัฐ มิได้เป็นกฎหมายที่กำหนดสิทธิหน้าที่ระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกัน ในเรื่องของข้อมูลข่าวสารของราชการ⁽¹⁾ หรือ

(1) หนังสือตอบข้อหารือของคณะกรรมการตอบข้อหารือตามกฎหมายข้อมูลข่าวสารของราชการ ที่ น.ร. 0108/2491 ลงวันที่ 16 สิงหาคม 2550 ใน W.W.W.OIC.GO.TH.

กรณีที่บริษัทบริหารสินทรัพย์กรุงเทพพาณิชย์ ขอข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินของบุคคลจำนวน 24 ราย แต่สำนักงานที่ดินกรุงเทพมหานครปฏิเสธ บริษัทบริหารสินทรัพย์กรุงเทพพาณิชย์จึงได้ยื่นอุทธรณ์คำสั่งไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารดังกล่าว คณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารได้มีคำวินิจฉัยว่า บริษัทบริหารสินทรัพย์กรุงเทพพาณิชย์ ผู้อุทธรณ์มีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจตามบทนิยามของมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 สิทธิการรับรู้ข้อมูลข่าวสารระหว่างหน่วยงานของรัฐด้วยกันย่อมเป็นไปตามระบบการบริหารราชการแผ่นดิน ดังนั้น การขอข้อมูลข่าวสารและการอุทธรณ์ของบริษัทบริหารสินทรัพย์กรุงเทพพาณิชย์

ซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐตามกฎหมาย จึงมิใช่เป็นการใช้สิทธิขอข้อมูลในฐานะที่เป็นเอกชนตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540⁽²⁾

1.2 ผู้ขอข้อมูลข่าวสารต้องไม่เป็นบุคคลต่างด้าว ในความเข้าใจของประชาชนโดยทั่วไปบุคคลต่างด้าวหมายถึงบุคคลซึ่งไม่มีสัญชาติไทย ซึ่งตรงกับบทบัญญัติของกฎหมายหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 มาตรา 4 ได้ให้ความหมายของคนต่างด้าวหมายความว่า บุคคลธรรมดาซึ่งไม่มีสัญชาติไทย พระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 มาตรา 4 ได้ให้ความหมาย คนต่างด้าวหมายความว่า ผู้ที่มีสัญชาติไทย แต่พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 มาตรา 4 ได้ให้ความหมาย คนต่างด้าวหมายความว่า บุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติไทยและ

(2) โปรดดูคำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร สาขาสังคม การบริหารราชการแผ่นดินและการบังคับใช้กฎหมาย ที่ สค 1/2552 และโปรดดูเปรียบเทียบกับคำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร สาขาวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยีอุตสาหกรรมและการเกษตร ที่ วท. 3/2551

ไม่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทย ดังนั้น คนต่างด้าวตามความหมายนี้ของพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ จึงมีองค์ประกอบ 2 ประการด้วยกันคือ ประการแรกเป็นบุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติไทย และประการที่ 2 ต้องเป็นบุคคลที่ไม่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยประกอบกันจึงจะเป็นบุคคลต่างด้าวตามความหมายของพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ดังนั้น บุคคลธรรมดาที่ไม่มีสัญชาติไทยแต่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยจึงไม่เป็นบุคคลต่างด้าวตามความหมายของพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 เช่น คนต่างด้าวซึ่งได้รับอนุญาตให้มีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรตามพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 แม้ว่าบุคคลดังกล่าวไม่มีสัญชาติไทยและถือว่าเป็นคนต่างด้าวตามความหมายพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 แต่เมื่อได้รับใบอนุญาตให้เข้ามามีถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรแล้วก็ถือว่าบุคคลนั้นมีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยดังนั้นแม้จะเป็นบุคคลที่ไม่มีสัญชาติไทย เป็นคนต่างด้าวตามความหมายของพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 หรือเป็นคนต่างด้าวตามความหมายของพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ. 2508 ก็ตาม แต่ไม่เป็นคนต่างด้าวตามความหมายของพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ดังนั้นบุคคลดังกล่าวที่ไม่มีสัญชาติไทยแต่มีถิ่นที่อยู่ในประเทศไทยจึงเป็นผู้มีสิทธิขอข้อมูลข่าวสารเป็นการเฉพาะรายต่อหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ในส่วนนิติบุคคลพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ได้ให้ความหมายของนิติบุคคลเป็นคนต่างด้าว คือนิติบุคคลดังต่อไปนี้

- (1) บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนที่มีทุนเกินกึ่งหนึ่งเป็นของคนต่างด้าว
- ใบหุ้นชนิดออกให้แก่ผู้ถือให้ถือว่าใบหุ้นนั้นคนต่างด้าวเป็นผู้ถือ
- (2) สมาคมที่มีสมาชิกเกินกึ่งหนึ่งเป็นคนต่างด้าว
- (3) สมาคมหรือมูลนิธิที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ของคนต่างด้าว
- (4) นิติบุคคลตาม (1) (2) (3) หรือนิติบุคคลอื่นใดที่มีผู้จัดการหรือกรรมการเกินกึ่งหนึ่งเป็นคนต่างด้าว

นิติบุคคลตาม (1) — (4) ถ้าเข้าไปเป็นผู้จัดการหรือกรรมการ สมาชิก หรือมีทุนในนิติบุคคลอื่น ให้ถือว่าผู้จัดการหรือกรรมการ หรือสมาชิก หรือเจ้าของทุนดังกล่าวเป็นคนต่างด้าว

1.3 ผู้ขอข้อมูลข่าวสารไม่ต้องเป็นผู้มีส่วนได้เสีย บุคคลที่จะขอข้อมูลข่าวสารกับหน่วยงานของรัฐไม่จำเป็นต้องเป็นผู้มีส่วนได้เสียในข้อมูลที่ตน ขอตรวจดูหรือมีส่วนเกี่ยวข้องอย่างใด ๆ กับข้อมูลข่าวสารที่ตนขอ เป็นการเฉพาะรายนั้น ดังนั้นบุคคลภายนอกทั่วไปแม้ว่าจะไม่ได้รับผลกระทบจากข้อมูลข่าวสารดังกล่าวเช่น ประชาชนในกรุงเทพมหานครอยากทราบแผนการอพยพผู้คนของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตกรณีเกิดแผ่นดินไหวและเขื่อนในจังหวัดกาญจนบุรีเกิดเสียหายและมีน้ำท่วม แม้ประชาชนผู้ขอข้อมูลข่าวสารนั้นไม่อาศัยอยู่ในจังหวัดกาญจนบุรีหรือจังหวัดที่ได้รับผลกระทบจากน้ำท่วมหรือมีญาติหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องอยู่อาศัยแต่อย่างใดเพียงต้องการทราบเรื่องราวการอพยพหรือต้องการตรวจสอบแผนการอพยพของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตเท่านั้น บุคคลนั้นก็มิสิทธิขอข้อมูลข่าวสารแผนการอพยพดังกล่าวได้จากการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย

1.4 คำขอไม่ต้องทำเป็นหนังสือ บทบัญญัติในพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์หรือวิธีการอย่างใด ๆ ในกรณีที่บุคคลหนึ่งบุคคลใดขอข้อมูลข่าวสารจากราชการเพียงแต่บัญญัติว่า นอกจากข้อมูลข่าวสารของราชการที่ลงพิมพ์ในราชกิจจานุเบกษาแล้วหรือที่จัดไว้ให้ประชาชนเข้าตรวจดูได้แล้วหรือที่มีการจัดให้ประชาชนได้เข้าค้นคว้าตามมาตรา 26 แล้ว ถ้าบุคคลใดขอข้อมูลข่าวสารอื่นใดของราชการ...ให้หน่วยงานของรัฐผู้รับผิดชอบจัดหาข้อมูลข่าวสารนั้นให้แก่ผู้ขอภายในเวลาอันสมควร⁽³⁾ ดังนั้น คำขอของประชาชน

(3) พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 มาตรา 11 วรรคหนึ่ง

จึงไม่จำเป็นต้องทำเป็นหนังสือหรือต้องมีการกรอกแบบฟอร์มตามระเบียบหรือกฎเกณฑ์อย่างใด ๆ ดังนั้น ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐจัดแบบคำขอของหน่วยงานนั้น ให้ประชาชนผู้ขอข้อมูลข่าวสารทำการกรอกข้อมูลลงไปแบบคำขอเพื่อยื่นต่อเจ้าหน้าที่เพื่อให้เจ้าหน้าที่จัดข้อมูลข่าวสารให้ตามที่ขอหากประชาชนไม่ได้กรอกข้อมูลในแบบคำขอของหน่วยงานหรือประชาชนเขียนเป็นหนังสือปกติทั่วไปยื่นต่อหน่วยงาน หน่วยงานของรัฐเจ้าหน้าที่ของรัฐจะปฏิเสธไม่ดำเนินการตามคำขอนั้นโดยให้เหตุผลว่าประชาชนผู้ขอข้อมูลข่าวสารไม่กรอกแบบฟอร์มในแบบคำขอของหน่วยงาน อันเป็นการผิดระเบียบของหน่วยงานนั้นจึงไม่ดำเนินการให้ไม่ได้

และแม้ว่าเมื่อประชาชนมาติดต่อขอข้อมูลข่าวสารกับหน่วยงานของรัฐแล้วเจ้าหน้าที่นำแบบคำขอของหน่วยงานให้ประชาชนกรอก ประชาชนมิได้กรอกข้อความตามแบบคำขอหรือปฏิเสธที่จะกรอกแบบคำขอหรือไม่อาจกรอกแบบคำขอได้ด้วยตนเองอย่างใดอย่างหนึ่งก็ตามเจ้าหน้าที่ก็ไม่อาจอ้างเหตุในกรณีที่ไม่มีกรอกแบบคำขอของหน่วยงานนั้นมาปฏิเสธไม่ดำเนินการให้ตามคำขอของประชาชน แต่เพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามระเบียบของหน่วยงานเจ้าหน้าที่อาจสอบถามข้อมูลจากประชาชนแล้วเขียนลงในแบบฟอร์มเองเพื่อเก็บไว้เป็นหลักฐานตามระเบียบ

1.5 ไม่ต้องให้เหตุผล เมื่อประชาชนขอข้อมูลข่าวสารจากหน่วยงานของรัฐ หากเจ้าหน้าที่ของรัฐสอบถามเหตุผลว่าต้องการข้อมูลข่าวสารตามที่ขอไปเพื่ออะไร หรือในแบบคำขอของหน่วยงานของรัฐมีช่องว่างให้กรอกข้อความว่าต้องการข้อมูลข่าวสารไปเพื่ออะไรหากประชาชนผู้ขอไม่กรอกเหตุผลไปในแบบคำขอ หรือไม่บอกเหตุผลกับเจ้าหน้าที่ว่าต้องการข้อมูลข่าวสารตามที่ขอนั้นเพื่อประสงค์อย่างไร เจ้าหน้าที่ของรัฐจะปฏิเสธที่จะไม่จัดหาข้อมูลข่าวสารให้ตามที่ประชาชนขอโดยอ้างว่าประชาชนไม่ยอมให้เหตุผลไม่ได้ เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ที่ระบุให้ประชาชนผู้ขอข้อมูลข่าวสารต้องให้

เหตุผลกับเจ้าหน้าที่ เหตุที่ไม่เป็นบทบัญญัติกฎหมายให้ประชาชนต้องให้เหตุผลเมื่อขอข้อมูลข่าวสารนั้นเนื่องมาจากว่าสิทธิรับรู้ข้อมูลข่าวสารของราชการเป็นสิทธิพื้นฐานของประชาชนและหากให้ประชาชนต้องระบุเหตุผลแล้วบางครั้งเหตุผลดังกล่าวอาจจะสร้างปัญหาหรือสร้างความรู้สึกไม่พอใจให้กับหน่วยงานของรัฐนั้นๆ ที่ต้องมีหน้าที่จัดหาข้อมูลข่าวสารให้ตามคำขอ จึงอาจทำให้มีผลกับเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานนั้นไม่จัดหาข้อมูลข่าวสารให้กับประชาชนตามที่ขอได้ และกฎหมายไม่ประสงค์ที่จะให้ประชาชนผู้ยื่นคำขอต้องให้เหตุผลโกหกกับเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานของรัฐเพื่อที่จะได้ข้อมูลข่าวสารไปตามที่ตนต้องการ

1.6 ผู้ขอข้อมูลข่าวสารบอกแต่เพียงข้อมูลข่าวสารเท่าที่จะพอจะเข้าใจได้

ในการขอข้อมูลข่าวสารของประชาชน ผู้ขอไม่อาจรู้ได้ถึงรายละเอียดของข้อมูลข่าวสารตามที่ตนร้องขอ เช่น ไม่อาจรู้ได้ว่าหนังสือฉบับที่ตนขอข้อมูลข่าวสารนั้นเป็นหนังสือเลขรหัสที่เท่าใด ลงวันที่เท่าใด รายงานการประชุมของกรรมการที่พิจารณาเรื่องทางวินัยและมีผลลงโทษผู้ขอเป็นรายงานการประชุมครั้งที่เท่าใด วันที่เท่าใด ผู้ขอข้อมูลข่าวสารอาจไม่ทราบรายละเอียดของวันที่การประชุมครั้งที่เลขที่หนังสือหรือหัวข้อ หัวเรื่องของข้อมูลข่าวสารที่แท้จริงว่าระบุไว้เช่นไร กฎหมายจึงบัญญัติแต่เพียงว่าคำขอของผู้ขอข้อมูลข่าวสารนั้นให้ระบุข้อมูลข่าวสารที่ต้องการในลักษณะที่อาจเข้าใจได้ตามควรก็เพียงพอแล้ว เจ้าหน้าที่มีหน้าที่ต้องไปตรวจค้นหาข้อมูลข่าวสารตามคำขอเอง อีกทั้งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง มาตรา 27 วรรคสอง ยังได้บัญญัติว่าถ้าคำขอหรือคำแถลงมีข้อบกพร่อง หรือมีข้อความที่อ่านไม่เข้าใจ หรือผิดพลาดได้ชี้ว่าเกิดจากความไม่รู้หรือความเลินเล่อของคู่กรณีให้เจ้าหน้าที่แนะนำให้คู่กรณีแก้ไขเพิ่มเติมให้ถูกต้อง พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ถือว่าเป็นบทบัญญัติกฎหมายทั่วไปซึ่งใช้ในการปฏิบัติราชการทางปกครองและการพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ดังนั้นหากผู้ขอข้อมูลข่าวสารระบุข้อมูลข่าวสารโดยไม่สามารถทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐพอเข้าใจได้ตามควรแล้ว เจ้าหน้าที่ของรัฐยังมีหน้าที่ตามพระราช

บัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ซึ่งต้องให้คำแนะนำเพื่อให้ประชาชนผู้ขอสามารถระบุข้อมูลข่าวสารได้ชัดเจนขึ้นอีกด้วย

2. หน่วยงานของรัฐ

เจ้าหน้าที่ของรัฐเมื่อได้รับคำขอจากประชาชนผู้ขอข้อมูลข่าวสารเป็นการเฉพาะรายแล้ว เจ้าหน้าที่ของรัฐมีหน้าที่ต้องตรวจดูข้อมูลข่าวสารที่มีผู้อื่นคำขอเป็นการเฉพาะราย ดังต่อไปนี้

2.1 มีข้อมูลข่าวสารตามที่ขอยุ่หรือไม่ พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 มาตรา 4 ได้ให้ความหมายของคำว่า ข้อมูลข่าวสาร หมายความว่า สิ่งสื่อความหมายให้รู้เรื่องราวข้อเท็จจริงข้อมูล หรือสิ่งใดๆ ไม่ว่าการสื่อความหมายนั้นจะทำได้โดยสภาพของสิ่งนั้นเอง หรือโดยผ่านวิธีการใดๆ และไม่ว่าจะได้กระทำไว้ในรูปของเอกสาร แฟ้ม รายงาน หนังสือ แผ่นผัง แผนที่ ภาพวาด ภาพถ่าย ฟิล์ม การบันทึกภาพหรือเสียง การบันทึกโดยเครื่องคอมพิวเตอร์ หรือวิธีอื่นใดที่ทำให้สิ่งที่บันทึกไว้ปรากฏได้ และข้อมูลข่าวสารของราชการ หมายความว่า ข้อมูลข่าวสารที่อยู่ในครอบครองหรือควบคุมดูแลของหน่วยงานของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวกับการดำเนินงานของรัฐหรือข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับเอกชน จากความหมายของคำว่าข้อมูลข่าวสารของราชการตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวข้างต้น จึงมีกรณีที่มีเมื่อมีประชาชนมายื่นคำขอข้อมูลข่าวสารที่อยู่ในความครอบครองของทางราชการนั้น ข้อมูลข่าวสารที่ประชาชนขอตรวจดูนั้นเป็นข้อมูลข่าวสารที่หน่วยงานของรัฐมีอยู่หรือไม่ เช่น นาย ก มีหนังสือขอข้อมูลข่าวสารจากสำนักงานคณะกรรมการการประถมศึกษาแห่งชาติขอทราบผลการดำเนินการและสำเนาที่มีคำรับรองถูกต้องว่า สำนักงานคณะกรรมการการประถมศึกษาแห่งชาติได้ดำเนินการเรียกเงินจาก นาย ข และดำเนินการทางวินัยกับนาย ข กรณีที่สำนักงานตรวจเงินแผ่นดินภูมิภาค ที่ 6 จังหวัดนครสวรรค์ได้แจ้งให้ดำเนินการ คณะกรรมการการประถมศึกษาแห่งชาติ ได้มีหนังสือปฏิเสธไม่ยอมเปิดเผยผลดำเนินการ โดยสงวนไว้ให้ทราบเฉพาะบุคคลที่มีหน้าที่ต้อง

ทราบเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติราชการเท่านั้น การเปิดเผยอาจเกิดความเสียหายขึ้นได้จึงไม่เปิดเผย ตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 นาย ก จึงได้ยื่นอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร สาขาสังคม การบริหารราชการแผ่นดิน และการบังคับใช้กฎหมาย คณะกรรมการวินิจฉัยฯ ได้รับหนังสือชี้แจงจากสำนักงานคณะกรรมการการประถมศึกษาแห่งชาติว่า กรณีดังกล่าวสำนักงานคณะกรรมการการประถมศึกษาได้แต่งตั้งคณะกรรมการสืบสวนข้อเท็จจริงและอยู่ในระหว่างการพิจารณาผลการสืบสวนข้อเท็จจริงอยู่ นาย ก ได้มีหนังสือชี้แจงเพิ่มเติมถึงคณะกรรมการวินิจฉัยฯ ถึงวัตถุประสงค์ในการขอให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสาร คือ

1. ขอทราบผลการดำเนินการเรียกเงินคืนจากนาย ข นำส่งคลังคืนเป็นรายได้แผ่นดิน ได้มีการดำเนินการหรือไม่ หรือดำเนินการไปถึงขั้นตอนใด

2. การดำเนินการทางวินัย นาย ข ได้ดำเนินการไปถึงขั้นตอนใด และผลการดำเนินการเป็นประการใด คณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร สาขาสังคม การบริหารราชการแผ่นดิน และการบังคับใช้กฎหมายได้พิจารณาแล้วเห็นว่า ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ที่บัญญัติไว้ว่าข้อมูลข่าวสาร หมายความว่า สิ่งที่สื่อความหมายให้รู้เรื่องราวข้อเท็จจริง ข้อมูล หรือสิ่งใด ๆ ไม่ว่าการสื่อความหมายนั้นจะทำได้โดยการสภาพของสิ่งนั้นเอง หรือโดยฝ่ายวิธีการใด ๆ และไม่ว่าจะได้จัดทำไว้ในรูปของเอกสาร แฟ้ม รายงาน หนังสือ แผนผัง แผนที่ ภาพวาด ภาพถ่าย फिल्म การบันทึกภาพ หรือเสียง การบันทึกโดยเครื่องคอมพิวเตอร์ หรือวิธีการอื่นใดที่ทำให้สิ่งที่บันทึกไว้ปรากฏได้ ฉะนั้น ที่นาย ก ขอทราบขั้นตอนการปฏิบัติงานและผลการดำเนินการของสำนักงานคณะกรรมการการประถมศึกษาแห่งชาติ จึงมิใช่ขอให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสาร ตามมาตรา 4 ดังกล่าว แต่เป็นเพียงการขอทราบขั้นตอนการปฏิบัติงานและผลการดำเนินการเรื่องหนึ่งเรื่องใด ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการการประถมศึกษาแห่งชาติสามารถเปิดเผย

และชี้แจงให้ผู้เกี่ยวข้องทราบได้ แต่ขั้นตอนการปฏิบัติงานและผลการดำเนินการของสำนักงานคณะกรรมการการประถมศึกษาแห่งชาติ กรณีเรียกเงินคืน และผลการดำเนินการทางวินัย ของนาย ข ที่นาย ก ผู้ถูกระงับการไม่ใช้ข้อมูลข่าวสาร ตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 จึงไม่อยู่ในข่ายที่คณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารต้องพิจารณาวินิจฉัยว่า สำนักงานคณะกรรมการการประถมศึกษาแห่งชาติจะต้องเปิดเผยหรือไม่⁽⁴⁾

ดังนั้น หากไม่มีข้อมูลข่าวสารตามที่ขออยู่ในความครอบครองของหน่วยงานของรัฐแห่งนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิเสธแจ้งแก่ประชาชนผู้ขอว่าไม่มีข้อมูลข่าวสารตามที่ขอมิใช่ปฏิเสธไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 เพราะเมื่อคณะกรรมการวินิจฉัยฯ ได้ตรวจสอบและรับฟังคำชี้แจงจากหน่วยงานของรัฐ (กรมธนารักษ์) แล้วไม่ปรากฏว่ามีข้อมูลข่าวสาร (คำสั่งของอดีตอธิบดีกรมธนารักษ์) จึงไม่มีข้อมูลข่าวสารที่จะให้เปิดเผย⁽⁵⁾ และข้อมูลข่าวสารที่ขอแม้จะมีอยู่แต่จัดทำขึ้นโดยเจ้าหน้าที่เป็นการส่วนตัวไม่ได้อยู่ในความครอบครองหรือควบคุมดูแลของหน่วยงานที่รับผิดชอบแต่อย่างใด จึงไม่ใช่ข้อมูลข่าวสารที่หน่วยงานที่รับผิดชอบจะเปิดเผยได้⁽⁶⁾ เพราะไม่มีข้อมูลข่าวสารอยู่ในครอบครอง ของหน่วยงานของรัฐแต่หากหน่วยงานของรัฐมีข้อมูลข่าวสารตามที่ขออยู่ในครอบครอง ไม่ว่าจะเป็นข้อมูลข่าวสารของหน่วยงานนั้นเอง หรือเป็นข้อมูลข่าวสารที่ประชาชนหรือบุคคลอื่นนำมาขึ้นไว้ให้อยู่ในความครอบครอง หรือเป็นข้อมูลข่าวสารที่ได้มาจากหน่วยงานอื่นโดยมิได้จัดชั้นความลับมา

(4) คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร สาขาสังคม การบริหารราชการแผ่นดิน และการบังคับใช้กฎหมาย ที่ สค 16/2543

(5) คำวินิจฉัยคณะกรรมการ วินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารด้านสังคมการบริหารราชการแผ่นดิน และการบังคับใช้กฎหมาย ที่ สค 36/2544

(6) คำวินิจฉัยคณะกรรมการ วินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารด้านสังคมการบริหารราชการแผ่นดิน และการบังคับใช้กฎหมาย ที่ สค 4/2544

ถือว่าเป็นข้อมูลข่าวสารที่อยู่ในความครอบครองของหน่วยงานของรัฐทั้งสิ้น เจ้าหน้าที่ของรัฐมีหน้าที่ต้องพิจารณาว่าจะให้ข้อมูลข่าวสารตามที่ขอหรือไม่ จะปฏิเสธให้ประชาชนผู้ขอไปติดต่อยื่นคำขอ ต่อหน่วยงานที่ควบคุมดูแลข้อมูลข่าวสารนี้โดยตรงไม่ได้⁽⁷⁾

2.2 ข้อมูลข่าวสารที่มีอยู่ในสภาพพร้อมที่จะให้ ข้อมูลข่าวสารที่ประชาชนขอให้หน่วยงานของรัฐจัดหาให้ นั้น ต้องเป็นข้อมูลข่าวสารที่มีอยู่แล้ว และอยู่ในสภาพที่พร้อมจะให้ได้ โดยไม่จำเป็นต้องไปจัดทำ วิเคราะห์ จำแนกรวบรวม หรือจัดให้มีขึ้นใหม่ แต่ถ้าหน่วยงานของรัฐเห็นว่าข้อมูลข่าวสารที่ขอนั้น มิใช่การแสวงหาผลประโยชน์ทางการค้า และเป็นเรื่องที่จำเป็นที่ปกป้องสิทธิเสรีภาพสำหรับผู้นั้นหรือเป็นเรื่องที่จะเป็นประโยชน์แก่สาธารณะ หน่วยงานของรัฐจะจัดหาข้อมูลข่าวสารนั้นให้ก็ได้ เหตุที่กฎหมายบัญญัติให้หน่วยงานของรัฐไม่จำเป็นต้องไปจัดทำข้อมูลข่าวสารขึ้นใหม่ตามที่มีการร้องขอนั้นก็เพื่อไม่เป็นการสร้างภาระให้แก่หน่วยงานของรัฐมากเกินไปจนเกินสมควร แต่ถ้าหน่วยงานของรัฐเห็นว่าเป็นกรณีที่เป็นประโยชน์แก่ตัวผู้ขอเองหรือเป็นประโยชน์สาธารณะ หน่วยงานของรัฐย่อมสามารถที่จะดำเนินการให้แก่ประชาชนได้ แต่มีปัญหาคือต้องพิจารณาว่า สิ่งใดที่เรียกว่าเป็นกรณีต้องจัดทำขึ้นใหม่ ตัวอย่างคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร

(7) คำวินิจฉัยคณะกรรมการ วินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารด้านสังคมการบริหารราชการแผ่นดิน และการบังคับใช้กฎหมาย ที่ สค 17/2543 “ผู้ขอทราบข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการขออนุญาตก่อสร้างท่าเทียบเรือ และสำเนาคำพิพากษาในคดีดังกล่าว กรมเจ้าท่าปฏิเสธ โดยใช้เหตุผลว่า เอกสารคำขออนุญาตสร้างท่าเทียบเรือเข้าลักษณะข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลการเปิดเผยจะเป็นการรู้ค่าสิทธิ

ส่วนบุคคลเกินสมควร สำหรับสำเนาคำพิพากษามารถยื่นคำขอต่อศาลจังหวัดสมุทรสาคร ซึ่งเป็นหน่วยงานที่ควบคุมดูแลข้อมูลข่าวสารนี้โดยตรง คณะกรรมการวินิจฉัยฯ เห็นว่า สำเนาแบบแปลนท่าเทียบเรือที่ขออนุญาต มิใช่ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสิ่งเฉพาะตัวบุคคล แต่เป็นเรื่องการขออนุญาตคำเป็นการเรื่องหนึ่งเรื่องใด ตามชั้นตอนของกฎหมาย สำหรับสำเนาคำพิพากษา ซึ่งอยู่ในครอบครองของกรมเจ้าท่า ปกติคำพิพากษามารถเปิดเผยเป็นการทั่วไปได้ จึงวินิจฉัยให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารแก่ผู้ขอทราบ”

ได้วินิจฉัยไว้ คือ ผู้อุทธรณ์ได้มีหนังสือขอให้สำนักงานเทศบาลตำบลพิบูลมังสาหาร เปิดเผยข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับประชาชนที่ย้ายสามโนครวัจากนอกเขตเทศบาล ตำบลพิบูลมังสาหาร เข้ามาอยู่ในเขตเทศบาล ในช่วงระหว่างวันที่ 1 มกราคม 2541 ถึงวันที่ 30 กรกฎาคม 2542 อันเป็นระยะเวลาก่อนมีการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล สำนักงานเทศบาลตำบลพิบูลมังสาหาร ได้ปฏิเสธการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร โดยให้เหตุผลว่าเป็นข้อมูลข่าวสารที่มีกฎหมายคุ้มครองมิให้เปิดเผยตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 มาตรา 15 วรรคหนึ่ง (6)

ทั้งนี้เพราะพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534 มาตรา 17 บัญญัติว่า “ข้อมูลทะเบียนราษฎรต้องถือเป็นความลับและให้นายทะเบียนเป็นผู้เก็บรักษาและใช้เพื่อการปฏิบัติตามที่ได้บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติเท่านั้น ห้ามมิให้ผู้ใดเปิดเผยข้อความหรือตัวเลขนั้นแก่บุคคลใดๆ ซึ่งไม่มีหน้าที่ปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ หรือแก่สาธารณะชน เว้นแต่ผู้มีส่วนได้เสียขอทราบเกี่ยวกับสถานภาพทางครอบครัวของผู้ที่ตนจะมีนิติสัมพันธ์ด้วย หรือเมื่อมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์แก่การสถิติ หรือเพื่อประโยชน์แก่การรักษาความมั่นคงของรัฐหรือการดำเนินคดี และพิจารณาคดีหรือการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย และไม่ว่ากรณีใดจะนำข้อมูลทะเบียนราษฎรไปใช้เพื่อเป็นหลักฐานที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่เจ้าของข้อมูลมิได้” ผู้อุทธรณ์ได้ยื่นหนังสืออุทธรณ์ต่อคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของราชการ คณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารด้านสังคม การบริหารราชการแผ่นดินและการบังคับใช้กฎหมาย ได้มีหนังสือแจ้งให้คู่กรณีทั้งสองฝ่ายชี้แจงและให้เหตุผลเพิ่มเติมประกอบการพิจารณาแล้ว มีเพียงสำนักงานเทศบาลตำบลพิบูลมังสาหาร ได้มีหนังสือชี้แจงเพิ่มเติมว่า การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่ผู้อุทธรณ์ร้องขอนั้น มิได้มีการจัดเก็บไว้ในระบบคอมพิวเตอร์ หากต้องการดูต้องค้นจากทะเบียนราษฎรคือใบแจ้งย้ายตอนที่ 1 และตอนที่ 2 โดยมีพระราชบัญญัติการทะเบียนราษฎร พ.ศ. 2534 กำหนดห้ามการเปิดเผยไว้ในมาตรา 17 จึงเป็นข้อมูลข่าวสาร ตามมาตรา 15 วรรคแรก (6) แห่งพระราช

บัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 จึงใช้ดุลพินิจไม่เปิดเผยดังกล่าว คณะกรรมการวินิจฉัยฯ ได้พิจารณาข้อเท็จจริงแล้วเห็นว่า ข้อมูลข่าวสารที่ผู้อุทธรณ์ร้องขอให้เปิดเผยนั้น เป็นข้อมูลข่าวสารที่ว่าบุคคลใดมีภูมิสำเนาอยู่ ณ ที่ใด และย้ายมาจากไหน ซึ่งเป็นข้อมูลข่าวสารของทางราชการ ที่บุคคลทั่วไปย่อมมีสิทธิรับรู้ หากใช้ข้อมูลข่าวสารของราชการซึ่งมีกฎหมายคุ้มครองมิให้เปิดเผยตามที่เทศบาลตำบลพิบูลมังสาหารกล่าวอ้างไม่ อย่างไรก็ตาม ข้อมูลข่าวสารดังกล่าว เป็นข้อมูลข่าวสารที่ไม่อยู่ในสภาพพร้อมที่จะให้ได้ เนื่องจากกระจัดกระจายอยู่ในเอกสารใบแจ้งย้ายและทะเบียนบ้านที่ลงรายการย้ายเข้าของบุคคลในใบแจ้งย้ายแล้ว ต้องไปจัดทำ วิเคราะห์ จำแนกรวบรวม หรือจัดให้มีขึ้นใหม่ตามความในมาตรา 11 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ซึ่งตามบทบัญญัติดังกล่าว หากหน่วยงานของรัฐเห็นว่ากรณีที่ข้อนั้นมิใช่การแสวงหาประโยชน์ทางการค้า และเป็นเรื่องที่จะต้องจำเป็นเพื่อปกป้องสิทธิเสรีภาพของผู้ขอ หรือเป็นเรื่องที่จะเป็นประโยชน์แก่สาธารณะ หน่วยงานของรัฐจะจัดหาข้อมูลข่าวสารนั้นให้ก็ได้ ฉะนั้น คณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารด้านสังคมการบริหารราชการแผ่นดินและการบังคับใช้กฎหมายจึงมีมติให้สำนักงานเทศบาลตำบลพิบูลมังสาหาร พิจารณาคำขอของผู้อุทธรณ์เสียใหม่ และใช้ดุลพินิจให้เป็นไปตามมาตรา 11 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 โดยพิจารณาว่าข้อมูลข่าวสารที่ผู้อุทธรณ์ขอให้เปิดเผยนั้น ผู้อุทธรณ์มีความประสงค์จะใช้เพื่อแสวงหาประโยชน์ทางการค้า และ หรือ เป็นข้อมูลข่าวสารที่ผู้อุทธรณ์จำเป็นต้องใช้เพื่อปกป้องสิทธิและเสรีภาพของตน หรือเป็นข้อมูลข่าวสาร ที่การเปิดเผยจะเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะหรือไม่⁽⁸⁾

(8) คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารด้านสังคมการบริหารราชการแผ่นดิน และการบังคับใช้กฎหมาย ที่ สค 1/2543 และคำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารด้านสังคมการบริหารราชการแผ่นดิน และการบังคับใช้กฎหมาย ที่ สค. 90/2546 “รายชื่อราษฎรผู้ย้ายเข้ามาในเขตเทศบาลในปี พ.ศ. 2546 แต่การที่จะให้ทราบว่าคุณได้ย้ายมาจากที่ใด ต้องทำการประมวลอีกชั้นหนึ่ง ข้อมูลตามคำขอจึงมิใช่ข้อมูลที่มีอยู่แล้วในสภาพที่พร้อมจะใช้ได้”

แต่หากข้อมูลข่าวสารข้อมูลข่าวสารที่ประชาชนขอตรวจดูนั้น เป็นข้อมูลข่าวสารซึ่งเก็บไว้ในสภาพของข้อมูลข่าวสารที่บันทึกไว้ในระบบการบันทึกภาพหรือเสียงระบบคอมพิวเตอร์หรือระบบอื่นใด ซึ่งต้องมาดำเนินการแปรสภาพอีกครั้งหนึ่งเพื่อจัดให้กับประชาชนผู้นั้น ไม่ถือว่าเป็นการต้องไปจัดทำขึ้นใหม่แต่อย่างใด ดังตัวอย่างเช่น กรมศุลกากรจัดบันทึกข้อมูลการนำเข้าและส่งออกของผู้ประกอบการในระบบคอมพิวเตอร์โดยในแต่ละปีจะโอนถ่ายข้อมูลการนำเข้าและส่งออกของผู้ประกอบการไปเก็บรักษาไว้ในแถบแม่เหล็กแยกต่างหากจากเครื่องคอมพิวเตอร์ซึ่งใช้อยู่ ณ ปัจจุบัน เนื่องจากมีข้อมูลเป็นจำนวนมาก เมื่อมีผู้ร้องขอข้อมูลข่าวสารระบบการนำเข้าหรือส่งออกของผู้ประกอบการ กรมศุลกากรจะปฏิเสธว่าข้อมูลข่าวสารที่จัดเก็บในปีก่อนๆ อยู่ในระบบการบันทึกแถบแม่เหล็กซึ่งไม่ได้อยู่ในระบบคอมพิวเตอร์ ณ ปัจจุบันหากจะจัดหาข้อมูลตามที่ขอจะต้องมีการดำเนินการถ่ายข้อมูลลงในระบบคอมพิวเตอร์ปัจจุบันเสียก่อนจึงจะสามารถเรียกข้อมูลต่างๆ เหล่านั้นมาให้แก่ผู้ขอข้อมูลได้นั้น การดำเนินการดังกล่าวมิใช่เป็นการต้องไปจัดทำวิเคราะห์จำแนกรวบรวมหรือจัดให้ขึ้นใหม่แต่อย่างใด

2.3 ไม่ขอบ่อยครั้งหรือจำนวนมากโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ผู้ขอข้อมูลข่าวสารนั้นจะต้องเป็นผู้ที่ใช้สิทธิของตนโดยสุจริต โดยมิได้มีเจตนากลั่นแกล้งหรือสร้างภาระให้แก่หน่วยงานโดยขอข้อมูลข่าวสารเป็นจำนวนมากหรือมาขอเป็นการบ่อยครั้ง ซึ่งการมาขอข้อมูลข่าวสารเป็นจำนวนมากหรือบ่อยครั้ง จะทำให้หน่วยงานของรัฐมีภาระความรับผิดชอบที่ต้องบริการแก่ประชาชนผู้ขอข้อมูลข่าวสารนั้น จนอาจจะทำให้การบริการประชาชนในภาระหน้าที่โดยตรงของหน่วยงานนั้นบกพร่องหรือเสียหายได้ แต่อย่างไรก็ตามหากผู้ขอซึ่งขอจำนวนมากหรือบ่อยครั้งมีเหตุผลอันสมควรแล้วหน่วยงานของรัฐจะต้องดำเนินการให้แก่ผู้ขอ ตัวอย่าง คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารได้วินิจฉัยไว้ คือ ผู้ותרณ์มีหนังสือลงวันที่ 29 กรกฎาคม 2546 วันที่ 1 สิงหาคม 2546 และวันที่ 5 มกราคม 2547

ถึงเทศบาลเมืองปากพูนฯ ขอให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับภาษีโรงเรียน และการจัดซื้อจัดจ้างของเทศบาลเมืองปากพูนฯ ตั้งแต่ปี 2543 ถึงปัจจุบัน สำนักงานเทศบาลเมืองปากพูนฯ มีหนังสือ ที่ นศ 52101/0068 ลงวันที่ 12 มกราคม 2547 แจ้งให้ผู้อุทธรณ์ทราบว่าไม่อนุญาตให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารตามคำขอโดยอ้างเหตุผลว่า “การเปิดเผยข้อมูลอาจจะเป็นคุณหรือโทษกับผู้สมัครเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลและนายกเทศมนตรีเมืองปากพูนฯ ดังนั้น เจ้าหน้าที่จึงจำเป็นที่จะต้องวางตัวเป็นกลางไม่สนับสนุนข้อมูลให้แก่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นการชั่วคราวจนกว่าการเลือกตั้งจะแล้วเสร็จ” ผู้อุทธรณ์มีหนังสือลงวันที่ 2 กุมภาพันธ์ 2547 ถึงคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของราชการอุทธรณ์คำสั่งของเทศบาลเมืองปากพูนฯ ที่ไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารตามคำขอดังกล่าว คณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารสาขาสังคมการบริหารราชการแผ่นดินและการบังคับใช้กฎหมาย พิจารณาวินิจฉัยตามลำดับดังนี้ ข้อมูลข่าวสารส่วนที่ 1 คือ ข้อมูลข่าวสารตามหนังสือฉบับลงวันที่ 5 มกราคม 2547 ซึ่งผู้อุทธรณ์ต้องการให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารว่ามีการเสียหายโรงเรียนของบ้านเลขที่ 35 และ 37 ถนนบางวัง ตำบลปากพูน อำเภอปากพูน จังหวัดนครศรีธรรมราช หรือไม่ เป็นจำนวนเงินเท่าใด เห็นว่าข้อเท็จจริงที่มีการเสียหายโรงเรียนหรือไม่ นั้นเป็นข้อมูลข่าวสารของราชการปกติทั่วไป เพราะประชาชนทุกคนมีหน้าที่ต้องเสียหายให้กับรัฐ ข้อมูลข่าวสารในส่วนนี้จึงเป็นข้อมูลข่าวสารของราชการที่เปิดเผยได้

ข้อมูลข่าวสารส่วนที่ 2 คือ ข้อมูลข่าวสารตามหนังสือฉบับลงวันที่ 5 มกราคม 2547 รายการที่ 2, 3, 4, 5, 6, 7, 9 และ 10 เห็นว่าเป็นข้อมูลข่าวสารที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่ราชการตามอำนาจหน้าที่ของเทศบาลเมืองปากพูนฯ ซึ่งเป็นข้อมูลข่าวสารของราชการปกติทั่วไป จึงเป็นข้อมูลข่าวสารที่เปิดเผยได้ ข้อมูลข่าวสารส่วนที่ 3 ได้แก่ ข้อมูลข่าวสารการจัดซื้อวัสดุสิ้นเปลืองประเภท ปูน ทราย เหล็ก ก่อสร้าง ไม้แปรรูป ตั้งแต่ปี 2543 ถึงปัจจุบัน เห็นว่า คำขอของผู้อุทธรณ์เป็นคำขอที่มีขอบเขต

กว้างขวางและมีปริมาณมากเกินสมควรจนอาจเป็นการรบกวนการทำงานของเจ้าหน้าที่โดยไม่มีเหตุอันสมควร จึงเห็นว่าผู้อุทธรณ์ควรจัดทำคำขอเสียใหม่ให้เป็นไปตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 กล่าวคือให้มีลักษณะที่เข้าใจได้และมีปริมาณข้อมูลข่าวสารที่เหมาะสม

ฉะนั้น อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 35 แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 คณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารสาขาสังคม การบริหารราชการแผ่นดินและการบังคับใช้กฎหมาย จึงมีมติให้สำนักงานเทศบาลเมืองปากพองเปิดเผยข้อมูลข่าวสารส่วนที่ 1 และส่วนที่ 2 พร้อมทั้งให้สำเนาที่มีคำรับรองถูกต้องแก่ผู้อุทธรณ์ สำหรับข้อมูลข่าวสารในส่วนที่ 3 ให้ผู้อุทธรณ์ยื่นคำขอต่อเทศบาลเมืองปากพองใหม่โดยให้ระบุข้อมูลข่าวสารที่ต้องการให้ชัดเจน⁽⁹⁾

2.4 ให้คำแนะนำว่าไปขอข้อมูลข่าวสารที่ใด ในกรณีที่ผู้ยื่นคำขอข้อมูลข่าวสารของราชการต่อหน่วยงานของรัฐหน่วยงานใดหน่วยงานหนึ่ง แม้ว่าข้อมูลข่าวสารที่จะอยู่ในความครอบครองของหน่วยงานของรัฐหน่วยงานนั้น แต่อยู่กันต่างสถานที่ เช่น ข้อมูลข่าวสารที่ขออยู่ในความครอบครองดูแลของหน่วยงานส่วนกลาง หรืออยู่ในความครอบครองของหน่วยงานซึ่งอยู่ในสังกัดเดียวกันแต่ตั้งอยู่ ณ สถานที่แห่งอื่น จังหวัดอื่น อำเภออื่น เจ้าหน้าที่ซึ่งอยู่ประจำ ณ หน่วยงานของรัฐที่ประชาชนมายื่นคำขอไม่จำเป็นต้องไปติดต่อกับหน่วยงานรัฐแห่งอื่น หรือหน่วยงานรัฐที่ตั้งอยู่ ณ สถานที่อื่นและมีข้อมูลข่าวสารอยู่ในครอบครองให้จัดส่งข้อมูลข่าวสารมาให้ตามคำขอของประชาชนผู้ขอ แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ได้รับคำขอมีหน้าที่ต้องแจ้งให้ประชาชนผู้ขอทราบว่า ข้อมูลข่าวสารตามที่ขอจัดเก็บอยู่ในความครอบครองของหน่วยงานรัฐแห่งใด

(9) คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารด้านสังคมการบริหารราชการแผ่นดิน และการบังคับใช้กฎหมาย ที่ สค 36/2547

และให้ประชาชนไปติดต่อขอข้อมูลข่าวสารต่อหน่วยงานของรัฐดังกล่าว⁽¹⁰⁾ เช่น ประชาชนยื่นขอข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับแผนการอพยพประชาชน กรณีเชื่อว่า จังหวัดกาญจนบุรีเกิดเสียหายเนื่องจากแผ่นดินไหว โดยประชาชนไปยื่นคำขอที่การไฟฟ้าฝ่ายผลิตบางกรวย จังหวัดนนทบุรี แต่ข้อมูลข่าวสารเรื่องแผนการอพยพประชาชนดังกล่าวอยู่ที่การไฟฟ้าฝ่ายผลิต จังหวัดกาญจนบุรี เจ้าหน้าที่ที่อยู่ ณ การไฟฟ้าฝ่ายผลิตบางกรวย จังหวัดนนทบุรี เมื่อได้รับคำขอไม่จำเป็นต้องติดต่อประสานงานเองเพื่อให้การไฟฟ้าฝ่ายผลิตที่จังหวัดกาญจนบุรีจัดส่งข้อมูลข่าวสารแผนการอพยพประชาชนมายังการไฟฟ้าฝ่ายผลิตที่บางกรวยเพื่อมอบให้แก่ผู้ยื่นคำขอแต่อย่างใด แต่เจ้าหน้าที่ต้องแนะนำให้ผู้ยื่นคำขอไปยื่นคำขอต่อการไฟฟ้าฝ่ายผลิตจังหวัดกาญจนบุรี ซึ่งเป็นผู้ครอบครองดูแลข้อมูลข่าวสารดังกล่าวอยู่โดยไม่ชักช้า หรืออาจจะเป็นกรณีที่ข้อมูลข่าวสารที่ประชาชนยื่นคำขอนั้นอยู่ในความควบคุมดูแลของหน่วยงานของรัฐแห่งอื่นซึ่งมิใช่หน่วยงานของรัฐที่ประชาชนมายื่นคำขอ หากเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานซึ่งได้รับคำขอนั้นทราบว่าข้อมูลข่าวสารที่มีผู้ยื่นคำขอนั้นอยู่ในความควบคุมดูแลของส่วนงานใด เจ้าหน้าที่มีหน้าที่ต้องแนะนำไปยื่นคำขอต่อหน่วยงานที่ควบคุมดูแลข้อมูลข่าวสารนั้นโดยตรง

2.5 ข้อมูลที่ถูกจัดชั้นความลับโดยหน่วยงานอื่น หน่วยงานของรัฐอาจได้รับข้อมูลข่าวสารจากหน่วยงานของรัฐอื่นโดยหน่วยงานของรัฐที่จัดส่งข้อมูลข่าวสารมานั้นได้จัดชั้นความลับของข้อมูลข่าวสารที่ได้จัดส่งมาให้ โดยอาจจัดชั้นความลับว่าเป็นลับที่สุด ลับมาก หรือลับอย่างใดอย่างหนึ่งตามแต่กรณีของข้อมูลข่าวสารนั้น เมื่อข้อมูลข่าวสารที่ถูกจัดชั้นความลับอยู่ในความครอบครองของหน่วยงานของรัฐซึ่งได้รับข้อมูลข่าวสารนั้นแล้วมีประชาชนมา

(10) โปรดดูคำวินิจฉัยคณะกรรมการ วินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารด้านสังคมการบริหารราชการแผ่นดิน และการบังคับใช้กฎหมาย ที่ สค. 65/2546 “ผู้ขอทราบข้อมูลคำสั่งที่ 465/2546 จากสำนักงานสาธารณสุขจังหวัดนครศรีธรรมราช แต่ที่สำนักงานฯ ไม่มีคำสั่งดังกล่าว ผู้ขอทราบต้องไปขอจากสำนักงานปลัดกระทรวงสาธารณสุข ซึ่งมีข้อมูลดังกล่าวอยู่ในครอบครอง”

ยื่นคำขอข้อมูลข่าวสารที่ถูกจัดชั้นความลับ หน่วยงานของรัฐที่ครอบครองดูแลข้อมูลข่าวสารที่ถูกจัดชั้นความลับมาโดยหน่วยงานอื่นนั้น ไม่อาจตัดสินใจอย่างใดอย่างหนึ่งว่าจะเปิดเผยข้อมูลข่าวสารหรือไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารให้แก่ประชาชนผู้ขอได้ แต่เจ้าหน้าที่ในหน่วยงานของรัฐของผู้รับคำขอนั้น มีหน้าที่ต้องส่งคำขอให้หน่วยงานของรัฐจัดทำข้อมูลข่าวสารที่ได้กำหนดชั้นความลับว่าเป็นข้อมูลข่าวสารลับ ตามระเบียบว่าด้วยการรักษาความลับของทางราชการ พ.ศ. 2544 เป็นผู้พิจารณาเพื่อมีคำสั่งต่อไป⁽¹¹⁾

เมื่อประชาชนผู้ขอข้อมูลข่าวสารเป็นการเฉพาะราย เป็นผู้มีสิทธิขอ และมีข้อมูลข่าวสารอยู่ในความครอบครองของหน่วยงานของรัฐที่ได้รับคำขอ โดยข้อมูลข่าวสารนั้นไม่ถูกจัดชั้นความลับมาจากหน่วยงานอื่น เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องพิจารณาต่อไปว่า ข้อมูลข่าวสารดังกล่าวมีเนื้อหาห้ามมิให้เปิดเผย ตามมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 หรือเป็นข้อมูลข่าวสารที่เจ้าหน้าที่มีอำนาจใช้ดุลพินิจอาจไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารตามที่ขอตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน หรือไม่ หากมิใช่เป็นข้อมูลข่าวสารที่มีเนื้อหาในสองกรณีดังกล่าว เจ้าหน้าที่ของรัฐมีหน้าที่ต้องจัดหาข้อมูลข่าวสารให้แก่ผู้ขอโดยเร็ว มิฉะนั้นเลยโดยไม่ดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งแต่ข้อมูลข่าวสารของราชการใดมีสภาพที่อาจบอบสลายง่าย หน่วยงานของรัฐจะขอขยายเวลาในการจัดหาให้หรือจะจัดทำสำเนาให้ในสภาพอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อมิให้เกิดความเสียหายแก่ข้อมูลข่าวสารนั้นก็ได้⁽¹²⁾

(11) คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารด้านสังคมการบริหารราชการแผ่นดิน และการบังคับใช้กฎหมาย ที่ สค. 33/2543 “ผู้อุทธรณ์มีหนังสือถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ขอดัดถ่ายและรับรองสำเนาถูกต้องหนังสือโรงเรียนสาธิตแห่งมหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ ที่ชี้แจงข้อเท็จจริงต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ เกี่ยวกับเหตุผลในการรับนักเรียนที่มีความพร้อมปานกลางหรือต่ำ แต่เนื่องจากหนังสือฉบับดังกล่าวกำหนดชั้นความลับไว้ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ส่งคำขอของผู้อุทธรณ์ให้มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์พิจารณาและมหาวิทยาลัยฯ ได้มีหนังสือถึงสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ปฏิเสธไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารเพราะเป็นการรุกล้ำสิทธิส่วนบุคคลโดยไม่สมควร ผู้อุทธรณ์จึงได้ยื่นอุทธรณ์”

(12) พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 มาตรา 11 วรรคสอง

การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารตามคำขอเฉพาะราย (ตอนที่ 2)*

สมชัย วัฒนการุณ **

บทที่ 2

การใช้ดุลพินิจในการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร

เมื่อประชาชนขอข้อมูลข่าวสารที่อยู่ในความครอบครองของหน่วยงานของรัฐเป็นการเฉพาะราย ประชาชนผู้ขอเป็นผู้มีสิทธิที่จะขอข้อมูลข่าวสาร และหน่วยงานของรัฐมีข้อมูลข่าวสารที่ขออยู่ในความครอบครอง และมีใช้ข้อมูลข่าวสาร ที่จัดทำโดยหน่วยงานของรัฐแห่งอื่นที่เป็นข้อมูลข่าวสารลับ จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาต่อไปว่า ข้อมูลข่าวสารตามที่ขอนั้นเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องใช้ดุลพินิจในการเปิดเผยหรือไม่

1. อำนาจดุลพินิจ

อำนาจดุลพินิจคือความสามารถในอันที่จะตัดสินใจออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดาคำสั่งหลาย ๆ อย่าง ซึ่งกฎหมายเปิดช่องให้ออกได้เพื่อดำเนินการให้บรรลุเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายของกฎหมาย⁽¹³⁾ ดังนั้น

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net วันที่ 20 ธันวาคม พ.ศ. 2552

**นบ., น.บ.ท., นม., ป.ป.ร.4 ปัจจุบันดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองกลาง

13. พรพจน์ วิสชุดพิชญ์ “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ” 60 ปี ดร. ปรีดี เถียมทรัพย์ หน้า 200

การใช้ดุลพินิจ คืออำนาจที่กฎหมายมอบให้เจ้าหน้าที่ของรัฐตัดสินใจอย่างอิสระที่จะเลือกออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งในทางเลือกที่จะออกคำสั่งตั้งแต่ 2 ทางขึ้นไป ซึ่งตามกฎหมายแล้วล้วนออกคำสั่งได้ทั้งสิ้น โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องตัดสินใจว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่กำหนดไว้เกิดขึ้น คนสมควรจะออกคำสั่งไปในทางใดและมีเนื้อความอย่างไร กล่าวโดยเฉพาะการใช้ดุลพินิจในการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารตามคำขอของประชาชน ตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 บัญญัติให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจใช้ดุลพินิจในการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารอยู่ในมาตรา 15 วรรคหนึ่ง โดยบัญญัติว่า “ข้อมูลข่าวสารของราชการที่มีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้ หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจมีคำสั่งมิให้เปิดเผยก็ได้ โดยคำนึงถึงการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ และประโยชน์ของเอกชนที่เกี่ยวข้องประกอบกัน” ตามบทบัญญัติดังกล่าวให้อำนาจหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอาจมีคำสั่งมิให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารก็ได้ซึ่งรวมหมายถึงอาจมีคำสั่งให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารตามที่ขอก็ได้ จึงเป็นการที่กฎหมายบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจที่จะตัดสินใจออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งที่จะเปิดเผยหรือไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารตามที่ขอ โดยข้อมูลข่าวสารที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจใช้ดุลพินิจหรือข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ คือข้อเท็จจริงที่กฎหมายบัญญัติอยู่แต่เพียงเฉพาะในมาตรา 15 (1) - (6) ของพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 เท่านั้น กล่าวคือ ข้อมูลข่าวสารของราชการที่มีลักษณะ

(1) การเปิดเผยจะก่อให้เกิดความเสียหายต่อความมั่นคงของประเทศ ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หรือความมั่นคงในทางเศรษฐกิจในการคลังของประเทศ

(2) การเปิดเผยจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายเสื่อมประสิทธิภาพ หรือไม่อาจสำเร็จตามวัตถุประสงค์ได้ ไม่ว่าจะเกี่ยวกับการฟ้องคดี การป้องกัน

การปราบปราม การทดสอบ การตรวจสอบ หรือรู้แหล่งที่มาของข้อมูลข่าวสารหรือไม่ก็ตาม

(3) ความเห็นหรือคำแนะนำภายในหน่วยงานของรัฐในการดำเนินการเรื่องหนึ่งเรื่องใด แต่ทั้งนี้ไม่รวมถึงรายงานทางวิชาการ รายงานข้อเท็จจริง หรือข้อมูลข่าวสารที่นำมาใช้ในการทำความเข้าใจหรือคำแนะนำภายในดังกล่าว

(4) การเปิดเผยจะก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตหรือความปลอดภัยของบุคคลหนึ่งบุคคลใด

(5) รายงานการแพทย์หรือข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลซึ่งการเปิดเผยจะเป็นการรกล้ำสิทธิส่วนบุคคลโดยไม่สมควร

(6) ข้อมูลข่าวสารของราชการที่มีกฎหมายคุ้มครองมิให้เปิดเผยหรือข้อมูลข่าวสารที่มีผู้ให้มาโดยไม่ประสงค์ให้ทางราชการนำไปเปิดเผยต่อผู้อื่น

ดังนั้น หากข้อมูลข่าวสารที่อยู่ในความครอบครองของหน่วยงานของรัฐมิใช่ข้อมูลข่าวสารตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นตามมาตรา 15 (1) - (6) แล้วเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่มีอำนาจใช้ดุลพินิจว่าจะเปิดเผยข้อมูลข่าวสารตามที่ประชาชนขอหรือไม่ แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ ซึ่งในทางคำราเรียกว่า “อำนาจผูกพัน”

อำนาจผูกพัน คือ อำนาจที่กฎหมายมอบให้แก่องค์กรของรัฐ

ฝ่ายปกครององค์กรใดองค์กรหนึ่ง โดยบัญญัติบังคับไว้ล่วงหน้าว่าเมื่อมีข้อเท็จจริงอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ได้กำหนดไว้เกิดขึ้น องค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง องค์กรนั้นจะต้องออกคำสั่ง และจะต้องออกคำสั่งที่มีเนื้อความตามที่กำหนดไว้⁽¹⁴⁾ ซึ่งก็คือการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติตามอำนาจผูกพันหรือหน้าที่ที่หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิบัติตามที่พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 บัญญัติไว้ในการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารแก่ผู้อื่นนั้น แยกออกได้เป็นสองลักษณะคือ

14. เพิ่งอ้าง หน้า 199

ประการแรก การไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารให้ตามที่ขอ มาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540) บัญญัติว่า “ข้อมูลข่าวสารของราชการที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อสถาบันพระมหากษัตริย์จะเปิดเผยมิได้”

บทบัญญัติในมาตรานี้กำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อสถาบันพระมหากษัตริย์ เช่น ส่วนงานการสอบสวนของพนักงานสอบสวนในคดีหมิ่นประมาทพระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท เป็นต้น เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่มีอำนาจดุลพินิจที่จะเปิดเผยหรือไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการที่อยู่ในความครอบครองได้ แต่อย่างไรก็ตามอาจมีประเด็นถกเถียงหรือมีความเห็นแตกต่างกันได้ว่าข้อมูลข่าวสารที่อยู่ในความครอบครองของหน่วยงานของรัฐตามที่ประชาชนร้องขอ นั้นเป็นข้อมูลข่าวสารที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อสถาบันพระมหากษัตริย์หรือไม่ อันเป็นกรณีที่ต้องวินิจฉัยองค์ประกอบส่วนเหตุว่าตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ว่าการตีความองค์ประกอบทางกฎหมายอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุและการสรุปความหมายองค์ประกอบส่วนเหตุดังกล่าว มีความหมายอย่างไร และการปรับข้อเท็จจริงคือข้อมูลข่าวสารที่หน่วยงานของรัฐ มีไว้ในครอบครองเข้ากับองค์ประกอบทางกฎหมายในองค์ประกอบส่วนเหตุ นั้นว่า ข้อมูลข่าวสารดังกล่าวเป็นข้อมูลข่าวสารของราชการที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อสถาบันพระมหากษัตริย์หรือไม่ แต่ถ้าตีความองค์ประกอบตามกฎหมายอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุแล้วปรับข้อเท็จจริงเข้ากับองค์ประกอบทางกฎหมายว่า ข้อมูลข่าวสารที่หน่วยงานของรัฐมีไว้ในครอบครอง อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อสถาบันพระมหากษัตริย์แล้วเจ้าหน้าที่ของรัฐ ไม่มีอำนาจใช้ดุลพินิจ เจ้าหน้าที่ของรัฐมีหน้าที่เพียงประการเดียวคือปฏิเสธไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารให้ประชาชนตามที่ขอ

ประการที่สอง หน้าที่ในการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540) บัญญัติว่า

“ถ้าบุคคลใดขอข้อมูลข่าวสารอื่นใดของราชการ และคำขอของผู้นั้นระบุ ข้อมูลข่าวสารที่ต้องการในลักษณะที่อาจเข้าใจได้ตามควร ให้หน่วยงานของรัฐ ผู้รับผิดชอบจัดหาข้อมูลข่าวสารนั้นให้แก่ผู้ขอภายในเวลาอันสมควร” และ มาตรา 56 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมี สิทธิได้รับทราบและเข้าถึงข้อมูลหรือข่าวสารสาธารณะในครอบครองของ หน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่นเว้นแต่ การเปิดเผยข้อมูลหรือข่าวสารนั้นจะกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความ ปลตอดภัยของประชาชน หรือส่วนได้เสียอันพึงได้รับความคุ้มครองของบุคคล อื่น หรือเป็นข้อมูลส่วนบุคคล ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ดังนั้น หาก ข้อมูลข่าวสารตามที่ประชาชนขอมีใช่ข้อมูลข่าวสารที่บัญญัติให้เจ้าหน้าที่ของ รัฐมีอำนาจใช้ดุลพินิจ ตามมาตรา 15 (1) - (6) และมีใช่ข้อมูลข่าวสารที่ ห้ามมิให้เปิดเผยตามมาตรา 14 แล้ว เจ้าหน้าที่ของรัฐย่อมมีหน้าที่ตาม กฎหมายที่ต้องจัดหาข้อมูลข่าวสารให้กับประชาชนตามที่ขอ เจ้าหน้าที่ไม่มี อำนาจหรือสิทธิใดๆ ที่จะปฏิเสธไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการให้แก่ ประชาชนตามที่ขอได้ แต่ในทางปฏิบัติ ยังปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐจำนวน มากปฏิเสธไม่เผยแพร่ข้อมูลข่าวสารของราชการให้แก่ประชาชนตามที่ขอ ทั้งๆ ที่ ไม่อำนาจปฏิเสธได้

อย่างไรก็ตามมีเจ้าหน้าที่ของรัฐส่วนหนึ่งกล่าวอ้างว่าตนเองมีดุลพินิจ ที่จะเปิดเผยข้อมูลข่าวสารให้กับประชาชนตามที่ขอหรือไม่ก็ได้ นั่น เมื่อ อำนาจดุลพินิจเป็นอำนาจที่ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐตัดสินใจอย่างอิสระ ดังนั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงมีสิทธิที่จะไม่ตัดสินใจออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งเลยก็ได้ ข้อกล่าวอ้างของเจ้าหน้าที่ของรัฐเช่นนี้เป็นคำกล่าวอ้างที่ไม่ถูกต้อง เพราะ การใช้ดุลพินิจมิได้หมายถึงว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจที่จะใช้ดุลพินิจโดย ไม่ตัดสินใจออกคำสั่งอย่างใดอย่างหนึ่งเลย ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น อำนาจการใช้ดุลพินิจหมายถึงการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องตัดสินใจออกคำสั่ง อย่างใดอย่างหนึ่งในบรรดาคำสั่งหลายคำสั่งหรือคำสั่งตั้งแต่สองคำสั่งขึ้นไป โดยมีอำนาจที่จะตัดสินใจเลือกได้อย่างอิสระว่าจะออกคำสั่งไปในทางใดทางหนึ่ง

อำนาจในการใช้ดุลพินิจไม่ใช่สิทธิหรือเสรีภาพที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะตัดสินใจว่าจะใช้ดุลพินิจหรือไม่ใช้ดุลพินิจก็ได้

แต่อำนาจดุลพินิจเป็นหน้าที่ที่เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องตัดสินใจอย่างอิสระภายหลังจากที่ได้ทราบข้อเท็จจริงของเรื่องแล้ว การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ออกคำสั่งอย่างใดๆ จึงเป็นการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ใช้อำนาจตามที่กฎหมายมอบหมายให้ซึ่งคือการละเลย ไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดนั่นเอง หรือการที่เจ้าหน้าที่มีคำสั่งไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารโดยไม่ให้เหตุผลว่ามีคำสั่งจากผู้บังคับบัญชาหรือมีระเบียบห้ามไม่ให้เปิดเผยจึงเป็นการไม่ใช้ดุลพินิจ เช่นเดียวกัน

2. หลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจ

เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐมีคำสั่งให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารหรือไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสาร คำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 จึงตกอยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองด้วย และนอกจากนั้น พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ยังได้กำหนดหลักเกณฑ์ให้เจ้าหน้าที่ปฏิบัติก่อนเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร ดังนี้

2.1 ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐเห็นว่าการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการตามที่ประชาชนยื่นขออาจกระทบถึงประโยชน์ได้เสียของผู้ใดเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องแจ้งให้ผู้นั้นทราบเพื่อให้ผู้นั้นมีโอกาสคัดค้าน โดยกำหนดระยะเวลาให้ทำคำคัดค้านมาได้ภายในเวลาที่กำหนด แต่เจ้าหน้าที่ต้องกำหนดระยะเวลาให้ทำคำคัดค้านไม่น้อยกว่า 15 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้ง¹⁵⁾ และเมื่อผู้ได้รับแจ้งนั้นได้ทำคำคัดค้านเป็นหนังสือถึงเจ้าหน้าที่ของรัฐ

15. โปรดดูพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2546 มาตรา 17

กล่าวถึงจบบัณฑิตกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารด้านสังคม การบริหารราชการแผ่นดิน และการบังคับใช้กฎหมาย

ผู้รับผิดชอบแล้ว แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐพิจารณาแล้วเห็นว่าควรเปิดเผยข้อมูลข่าวสารดังกล่าวให้แก่ประชาชนผู้ขอ เจ้าหน้าที่ของรัฐมีหน้าที่ต้องแจ้งผลการพิจารณา ให้ผู้คัดค้านทราบโดยไม่ชักช้า และเปิดโอกาสให้ผู้คัดค้านมีสิทธิยื่นอุทธรณ์คำสั่งไม่รับฟังคำคัดค้านดังกล่าวต่อคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารภายใน 15 นับแต่วันที่ผู้คัดค้านได้รับแจ้งคำสั่งนั้น ซึ่งภายในระยะเวลาที่ผู้คัดค้านมีสิทธิยื่นอุทธรณ์นั้น เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องยังไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารนั้นจนกว่าจะพ้นกำหนดระยะเวลาอุทธรณ์ไปแล้ว และหากมีการยื่นอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารต้องรอจนกว่าจะได้มีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารเสียก่อนว่าจะอนุญาตให้เจ้าหน้าที่ของรัฐเปิดเผยข้อมูลข่าวสารให้แก่ประชาชนผู้ขอได้หรือไม่

2.2 ในกรณีที่ เป็นข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลหน่วยงานของรัฐ จะเปิดเผยข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลที่อยู่ในความครอบครองควบคุมดูแลของตนต่อผู้ขอ โดยที่เจ้าของข้อมูลไม่ได้ให้ความยินยอมไม่ได้และการให้ความยินยอมที่วันนี้ต้องให้ความยินยอมเป็นหนังสือเท่านั้นจะให้ความยินยอมด้วยวาจาไม่ได้ แต่เจ้าของข้อมูลอาจจะให้ความยินยอมไว้ล่วงหน้าก็ได้ เช่น แบบฟอร์มการขอใช้หมายเลขโทรศัพท์ จะให้ผู้ขอกรอกว่าจะยอมให้นำชื่อที่อยู่ของผู้ลงสมัครพิมพ์ในสมุดบัญชีรายชื่อ ผู้ใช้โทรศัพท์หรือไม่ หรือการให้ความยินยอมในขณะนั้น เช่น ลงลายมือชื่อยินยอมให้บริษัทประกันชีวิตขอประวัติการตรวจรักษาของตนจากแพทย์หรือโรงพยาบาลที่ทำการตรวจรักษาไปประกอบการพิจารณาจ่ายค่าสินไหมทดแทนหรือพิจารณาที่จะรับประกันชีวิตหรือไม่ เป็นต้น แต่อย่างไรก็ดีพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ได้กำหนดข้อยกเว้นว่าหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีสิทธิเปิดเผยข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลที่อยู่ในความควบคุมดูแลของตนต่อผู้ขอได้ โดยมีต้องได้รับความยินยอมจากเจ้าของข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลนั้นก่อน หากการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารเข้าข้อยกเว้นตามมาตรา 24 (1) - (9)

อย่างไรก็ตาม แม้เจ้าของข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลจะไม่ให้ความยินยอมเปิดเผยข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลของตนก็ตาม เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ ยังมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจที่จะมีคำสั่งให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลนั้นได้ ตามมาตรา 15 (6) ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว

3. การควบคุมการใช้ดุลพินิจ

ในการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะมีคำสั่งมิให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสาร หรือมีคำสั่งให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารนั้น พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 มาตรา 15 วรรคหนึ่ง ได้วางหลักเกณฑ์ในการใช้ดุลพินิจออกคำสั่งว่าให้คำนึงถึงการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐ ประโยชน์สาธารณะ และประโยชน์ของเอกชนที่เกี่ยวข้องประกอบกัน ดังนั้น การตัดสินใจอย่างใดอย่างหนึ่งที่จะเปิดเผยข้อมูลข่าวสารหรือไม่เจ้าหน้าที่จึงต้องคำนึงถึงหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายบัญญัติดังกล่าว จากหลักเกณฑ์ที่กฎหมายบัญญัติไว้นั้นเมื่อพิจารณาจากคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารและหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความเหมาะสมในการออกคำสั่งทางปกครองในหลักแห่งความได้สัดส่วนแล้วพอจะแบ่งแนวทางในการควบคุมการใช้ดุลพินิจในการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารได้เป็นประเด็นย่อยๆ ดังต่อไปนี้

3.1 หลักแห่งความเหมาะสม หลักแห่งความเหมาะสมนี้ ในแง่ของการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารแล้วพิจารณาจากเหตุผลที่หน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิเสธไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารนั้นด้วยเหตุผลที่เหมาะสมหรือไม่ หรือเหตุผลที่กล่าวอ้างมาเพื่อปฏิเสธไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารนั้นเป็นเหตุผลที่เป็นเหตุเป็นผลหรือไม่ดังตัวอย่าง

(1) นายชรัสนีสิตปริญญโทผู้ช่วยวิจัยโครงการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้มีหนังสือถึงเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรขอตรวจค้นเอกสารรายงานการประชุมคณะกรรมการมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญและรายงาน

การประชุมของคณะกรรมการพิจารณา ร่างรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ แต่สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรได้มีหนังสือปฏิเสธการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารดังกล่าวโดยให้เหตุผลว่า ในรายงานการประชุมของคณะกรรมการฯ เป็นการประชุมเฉพาะบุคคลที่เกี่ยวข้องอาจจะมีการใช้คำพูดพาดพิงถึงหน่วยงานหรือบุคคลอื่น ซึ่งการเปิดเผยจะก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตหรือความปลอดภัยของบุคคลหนึ่งบุคคลใด ตามมาตรา 15 (4) แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 นายชรัสจึงได้มีหนังสือยื่นอุทธรณ์ต่อประธานกรรมการข้อมูลข่าวสารของราชการโดยอ้างว่าการประชุม เพื่อจัดทำร่างรัฐธรรมนูญของคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญและคณะกรรมการพิจารณา ร่างรัฐธรรมนูญเป็นการจัดทำ ตามกติกาของประชาชนเพื่ออยู่ร่วมกันของคนไทยทุกคนอันเป็นประโยชน์ สาธารณะที่คนไทยพึงรับทราบ อีกทั้งการประชุมดังกล่าว ได้มีการถ่ายทอดสดการประชุมทางวิทยุกระจายเสียงสำนักเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร

จึงไม่มีเหตุผลที่จะปกปิดข้อมูลดังกล่าว ในที่สุดคณะกรรมการวินิจฉัย การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารด้านสังคม การบริหารราชการแผ่นดินและการ บังคับใช้กฎหมาย พิจารณาแล้วเห็นว่า การปฏิเสธมิให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสาร ของสำนักเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรโดยอ้างว่าหากเปิดเผยจะก่อให้เกิด อันตรายต่อชีวิตหรือความปลอดภัยของบุคคลหนึ่งบุคคลใดนั้นไม่อาจรับฟังได้ จึงมีมติให้เปิดเผยรายงานการประชุมของคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ และรายงานการประชุมของคณะกรรมการพิจารณา ร่างรัฐธรรมนูญในส่วนที่ เกี่ยวข้องกับคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติให้แก่ นายชรัส ⁽¹⁶⁾

ตามข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยในเรื่องนี้จะเห็นได้ว่าเหตุผลที่เลขาธิการ สภาผู้แทนราษฎรใช้ปฏิเสธไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารให้กับนายชรัสนั้น เป็น เหตุผลที่ไม่เป็นเหตุเป็นผลเพราะในการประชุมของคณะกรรมการได้มี

16. ที่ สค. 16/2540

การถ่ายทอดสดการประชุมทางวิทยุกระจายเสียงไปแล้ว ดังนั้นหากจะก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตหรือความปลอดภัยของบุคคลหนึ่งบุคคลใดย่อมจะเกิดขึ้น ในขณะที่มีการถ่ายทอดการประชุมทางวิทยุกระจายเสียงหรือในภายหลังในระยะเวลาอันใกล้ชื่อนั้น การเปิดเผยรายงานการประชุมของคณะกรรมการธิการให้กับนายชรัสยอมไม่เป็นเหตุที่จะก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตหรือความปลอดภัยของบุคคลหนึ่งบุคคลใดหรือของคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญได้แต่อย่างใด เหตุผลที่ให้งดกล่าวจึงเป็นเหตุผลที่ไม่เหมาะสม

(2) กรมบัญชีกลางมีคำสั่งลงโทษให้นาย ก. ออกจากราชการฐานทุจริตต่อหน้าที่ราชการ นาย ก. ได้ยื่นหนังสือขอคัดเอกสารรายงานการสอบสวนของคณะกรรมการการสอบสวน บันทึกถ้อยคำของพยานบุคคล และหนังสือร้องเรียนตลอดจนพยานหลักฐานอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง และสำเนาบันทึกปากคำของพยานบุคคล ในสำนวนคดีวินัยที่ตนเองถูกไล่ออกจากราชการ กรมบัญชีกลางได้มีหนังสือแจ้งให้นาย ก. ทราบว่า กรมบัญชีกลางอนุญาตให้นาย ก. คัดสำเนารายงานการสอบสวนของคณะกรรมการสอบสวนทางวินัย (สว. 6) และเอกสารบันทึกคำให้การของนาย ก. ไปแล้ว สำหรับการขอคัดสำเนาทะเบียนถ้อยคำของพยานบุคคลและพยานหลักฐานอื่นๆ เป็นข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล กรมบัญชีกลางปฏิเสธไม่เปิดเผยโดยให้เหตุผลว่า เพื่อเป็นการคุ้มครองพยานและบุคคลผู้ให้ข้อมูล นาย ก. จึงได้ยื่นอุทธรณ์

การไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารดังกล่าว คณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารสาขาสังคม การบริหารราชการแผ่นดิน และการบังคับใช้กฎหมาย วินิจฉัยว่า ข้อเท็จจริงในเรื่องนี้ปรากฏว่ากรมบัญชีกลางได้เปิดเผยสรุปสำนวนสอบสวนคณะกรรมการทางวินัย (สว.6) จำนวน 14 หน้า ให้แก่นาย ก. ผู้อุทธรณ์ทราบแล้ว และในสรุปสำนวนสอบสวน (สว.6) นั้นได้มีการบรรยายละเอียดชื่อนามสกุลของพยานตลอดจนสรุปคำให้การของพยานแต่ละคนในลักษณะที่ทำให้นาย ก. ผู้อุทธรณ์ทราบได้ว่าพยานบุคคลใดให้การในลักษณะเป็นคุณหรือเป็นโทษต่อนาย ก. ผู้อุทธรณ์ ผู้อุทธรณ์ได้ทราบ

รายละเอียดดังกล่าวแล้วจึงไม่จำเป็นต้องปกปิดชื่อพยานบุคคลแต่อย่างใด จึงมีมติให้กรมบัญชีกลางเปิดเผยและคัดสำเนาสำนวนการสอบสวนทางวินัยที่ผู้อุทธรณ์ขอเพิ่มเติมให้แก่ นาย ก. ผู้อุทธรณ์¹⁷⁾ ตามข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยในเรื่องนี้ เหตุผลที่กรมบัญชีกลางอ้างไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารสำนวนสอบสวนทางวินัยและเอกสารที่เกี่ยวข้องให้แก่ นาย ก. ผู้อุทธรณ์ (ผู้ขอ) เนื่องจากเพื่อคุ้มครองป้องกันความปลอดภัยของพยาน แต่ในทางความเป็นจริงแล้วกรมบัญชีกลางได้ให้สำเนาสรุปสำนวนสอบสวน (สว.6) ซึ่งได้รับรายละเอียดชื่อนามสกุลของพยานตลอดจนสรุปคำให้การของพยานแต่ละคนแล้ว นาย ก. ผู้อุทธรณ์ซึ่งถูกลงโทษทางวินัยย่อมทราบดีว่าบุคคลใดให้การเป็นคุณหรือเป็นโทษต่อตน หากมีความประสงค์ที่จะทำร้ายพยานย่อมดำเนินการได้ทันที ดังนั้นเหตุผลที่อ้างไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารเพื่อคุ้มครองพยานจึงเป็นเหตุผลที่ไม่เป็นเหตุเป็นผล เป็นเหตุผลที่ให้โดยไม่เหมาะสมแต่อย่างใด

3.2 หลักแห่งความจำเป็น หลักแห่งความจำเป็นนี้ในแง่ของการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารแล้ว เป็นการคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ของเอกชนที่เกี่ยวข้องว่า แม้จะเป็นการเปิดเผยเพื่อประโยชน์สาธารณะต้องคำนึงถึงการกระทบกระเทือนถึงประโยชน์ของเอกชนที่เกี่ยวข้อง หรือการก้าวล่วงเข้าไปรุกรานสิทธิส่วนบุคคลหรือเปิดเผยข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลของเอกชนอื่น หรือเป็นการกระทบกระเทือนต่อประโยชน์หรือความปลอดภัยของเอกชนที่เกี่ยวข้อง โดยให้มีผลกระทบต่อเอกชนที่เกี่ยวข้องให้น้อยที่สุด หรือหากก่อให้เกิดประโยชน์กับผู้ขอข้อมูลข่าวสารต้องคำนึงถึงการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐว่า จะเกิดข้อขัดข้องในการปฏิบัติราชการมากน้อยเพียงใด และต้องพยายามให้ประโยชน์ของราชการที่เกี่ยวข้องกระทบกระเทือนให้น้อยที่สุดดังตัวอย่างเช่น

17. คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารสาขาสังคม การบริหารราชการแผ่นดิน และการบังคับใช้กฎหมาย ที่ สค. 21/2543

(1) นายวิจิตรา ข้าราชการพยาบาลวิชาชีพ 7 สมัครเข้ารับการคัดเลือกพร้อมผู้สมัครรายอื่นอีก 4 คน เพื่อคัดเลือกแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งหัวหน้าพยาบาล ผลการคัดเลือกปรากฏว่า นางอุบลรัตน์ ได้รับคะแนนการประเมินสูงสุด และได้รับเสนอให้ดำรงตำแหน่งหัวหน้าพยาบาล นางวิจิตรา ผู้อุทธรณ์เห็นว่า การคัดเลือกดังกล่าวไม่โปร่งใสจึงขอข้อมูลข่าวสารคือ ใบสมัครสอบคัดเลือกของผู้สมัครอื่นอีก 3 คน ผลคะแนนการสอบสัมภาษณ์ของผู้สมัคร 4 คน และหนังสือ ก.พ. 7 ของผู้สมัคร 4 คน สำนักงานสาธารณสุขจังหวัดภูเก็ตที่จะเปิดเผยใบสมัครสอบคัดเลือกของผู้สมัครอื่นอีก 3 คน และหนังสือ ก.พ. 7 ของผู้สมัครทั้ง 4 คน นางวิจิตรา จึงได้ยื่นอุทธรณ์ในที่สุดคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารได้มีคำวินิจฉัยว่า ข้อมูลข่าวสารในส่วนใบสมัครสอบคัดเลือกของผู้สมัครอื่น 3 คน มีรายละเอียดเกี่ยวกับประวัติการศึกษา ประวัติการรับราชการ และข้อมูลอื่นๆ ของผู้สมัครแต่ละคน แม้ว่าเป็นข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลแต่ก็เป็นข้อมูลโดยทั่วไป ซึ่งการเปิดเผยไม่น่าจะเป็นการลบล้างสิทธิส่วนบุคคลโดยไม่สมควร ส่วนข้อมูลข่าวสารที่เป็นหนังสือ ก.พ. 7 ของผู้สมัคร 4 คน ซึ่งรวมทั้งของนางวิจิตรา ผู้อุทธรณ์ด้วยนั้น กรรมการวินิจฉัยฯ เห็นว่าหนังสือ ก.พ. 7 เป็นเอกสารที่บันทึกข้อมูลประวัติของข้าราชการโดยละเอียดในด้านต่างๆ เช่น การศึกษา การรับราชการ การได้รับโทษทางวินัย ซึ่งถือเป็นข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลเมื่อคำนึงถึงประโยชน์ของผู้อุทธรณ์ที่ต้องการข้อมูลข่าวสารเพื่อใช้ประกอบการร้องเรียนขอความเป็นธรรมในการคัดเลือกบุคคลให้ดำรงตำแหน่งหัวหน้าพยาบาล และประโยชน์ของเจ้าของข้อมูลประกอบกันแล้ว เห็นสมควรให้เปิดเผยหนังสือ ก.พ. 7 เฉพาะของผู้อุทธรณ์และนางอุบลรัตน์ ผู้ได้รับการคัดเลือก ส่วนของผู้สมัครอีก 2 คน ไม่สมควร ให้เปิดเผยเพราะจะเป็นการลบล้างสิทธิส่วนบุคคลโดยไม่สมควร⁽¹⁸⁾ ตามข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยในเรื่องนี้

18. คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารสาขาสังคม การบริหารราชการแผ่นดิน และการบังคับใช้กฎหมาย ที่ สค. 9/2548

จะเห็นได้ว่าคณะกรรมการวินิจฉัยฯ ได้พิจารณาโดยคำนึงถึงประโยชน์ของผู้พุทธธซึ่งต้องการข้อมูลข่าวสารไปใช้ประกอบการเรียนขอความเป็นธรรมกับประโยชน์ของเอกชนที่เกี่ยวข้อง คือ การคุ้มครองข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลของเอกชนรายอื่น เมื่อผู้สมัครอีก 2 คน มิได้เป็นบุคคลที่ได้รับการคัดเลือกให้ดำรงตำแหน่งหัวหน้าพยาบาลแล้ว จึงไม่มีความจำเป็นใดๆ ที่ต้องเปิดเผยข้อมูลข่าวสารประวัติข้าราชการโดยละเอียด (ก.พ. 7) ให้แก่ผู้พุทธธ เพราะผู้พุทธธไม่จำเป็นต้องใช้ประโยชน์จากประวัติของผู้สมัครรายอื่นที่ไม่ได้รับการคัดเลือกเพื่อใช้ร้องเรียนแต่อย่างใด

(2) นายอมสิน ได้ยื่นขอข้อมูลข่าวสารองค์การบริหารส่วนตำบลแห่งหนึ่ง จำนวน 2 รายการ คือ สำเนาฎีกาพร้อมเอกสารประกอบฎีกาหรือสำเนาสัญญาจ้างโครงการก่อสร้างซึ่งมีนายสาครเป็นผู้รับจ้างในปีงบประมาณ 2547 ถึงปัจจุบัน และสำเนาฎีกาพร้อมเอกสารประกอบฎีกาหรือสำเนาสัญญาจ้างโครงการก่อสร้าง ซึ่งมีห้างหุ้นส่วนจำกัดแห่งหนึ่งเป็นผู้รับจ้างในปีงบประมาณ 2547 ถึงปัจจุบัน เพื่อจะใช้ประกอบในการฟ้องร้องคดีต่อศาลปกครอง แต่องค์การบริหารส่วนตำบลแห่งนั้นได้ปฏิเสธโดยให้เหตุผลว่าผู้รับจ้างทั้งสองรายคัดค้านการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร นายอมสินจึงได้ยื่นอุทธรณ์ คณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร เห็นว่าข้อมูลข่าวสารที่ผู้พุทธธร้องขอเป็นข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการดำเนินการตามโครงการก่อสร้างขององค์การบริหารส่วนตำบล อันเป็นข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างที่ตามกฎหมายหน่วยงานของรัฐต้องเปิดเผย และบางส่วนต้องจัดไว้ให้ประชาชนเข้าตรวจดูได้ เมื่อการก่อสร้างตามโครงการได้ดำเนินการแล้วเสร็จและองค์การบริหารส่วนตำบลได้จ่ายเงินค่าก่อสร้างให้กับผู้รับจ้างเรียบร้อยแล้ว การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารดังกล่าวจึงไม่มีผลกระทบต่อการทำงานตามโครงการหรือผู้เข้าร่วมประมุขงานแต่อย่างใด และไม่ปรากฏว่ามีข้อมูลข่าวสารส่วนใดที่เป็นความลับทางการค้า ซึ่งหากเปิดเผยแล้วจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลผู้เป็นเจ้าของข้อมูล การที่ผู้รับจ้างทั้งสองคัดค้านการเปิดเผยโดยอ้างว่าเป็นข้อมูลข่าวสารที่อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลนั้น

ไม่อาจรับฟังได้ เพราะข้อมูลข่าวสารดังกล่าวมีผลกระทบต่อสิทธิของผูุ้ธรณ์ ซึ่งเป็นคู่กรณีในศาลโดยตรง จึงเป็นข้อมูลข่าวสารที่ต้องเปิดเผยให้ผูุ้ธรณ์ได้ทราบเพื่อใช้สิทธิได้แย่งชี้แจงและปกป้องสิทธิของคนต่อไปได้ ดังนั้น ข้อมูลข่าวสารที่ผูุ้ธรณ์ร้องขอจึงเปิดเผยให้ทราบได้ เว้นแต่ข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลคือสำเนาบัตรประจำตัวประชาชน สำเนาทะเบียนบ้าน และสำเนาบัตรประจำตัวผู้เสียภาษีอากร ซึ่งเป็นข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลจึงไม่จำเป็นต้องเปิดเผย¹⁹⁾ ตามข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยในเรื่องนี้จะเห็นได้ว่า การที่ฝ่ายผู้รับจ้างทั้งสองรายคัดค้านการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารว่าฎีกาเบิกจ่ายเงินตามโครงการของผู้คัดค้านได้อยู่ในสำนวนการสอบสวนของอำเภอเมืองภูเก็ต และข้อมูลดังกล่าวได้จัดส่งให้ศาลปกครองแล้วหากมีข้อสงสัยประการใด ศาลปกครองจะเป็นผู้พิจารณาแจ้งให้หน่วยงานจัดส่งเพิ่มเติมได้อีก และเป็นข้อมูลข่าวสารที่อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลนั้นเมื่อการก่อสร้างตามโครงการได้ดำเนินการแล้วเสร็จแล้วองค์กรบริหารส่วนตำบลได้จ่ายเงินค่าก่อสร้างให้แก่ผู้รับจ้างเรียบร้อยแล้ว เมื่อชั่งน้ำหนักเหตุผล ประโยชน์ของผู้ขอข้อมูลข่าวสาร และผู้รับจ้างที่คัดค้านแล้วการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารไม่มีผลกระทบต่อกระทำการดำเนินการของผู้รับจ้างแต่อย่างใด และไม่มีข้อมูลข่าวสารส่วนใดที่เป็นความลับทางการค้า ซึ่งจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้เป็นเจ้าของข้อมูล อีกทั้งข้อมูลดังกล่าวยังได้มีการยื่นต่อศาลแล้วด้วย ดังนั้น เมื่อคำนึงถึงประโยชน์ที่ผูุ้ธรณ์ขอทราบข้อมูลข่าวสารเพื่อใช้สิทธิได้แย่งชี้แจงและปกป้องสิทธิของคนแล้วประโยชน์ได้เสียของผูุ้ธรณ์และผู้รับจ้างแล้วประโยชน์ของผู้รับจ้างไม่ได้รับความกระทบกระเทือนแต่อย่างใด จึงสมควรจะเปิดเผยข้อมูลข่าวสารให้แก่ผู้ขอมากกว่า

3.3 หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบนี้ในแง่ของการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารแล้ว

19. คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารสาขาสังคม การบริหารราชการแผ่นดิน และกรับบังคับใช้กฎหมาย ที่ สก. 63/2548

พิจารณาจากเหตุผลที่หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิเสธไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารโดยให้เหตุผลว่า เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะเช่น ป้องกันความเสียหายต่อความมั่นคงทางทหารหรือความมั่นคงทางเศรษฐกิจ หรือ จะทำให้การบังคับใช้กฎหมายเสื่อมประสิทธิภาพหรือไม่อาจสำเร็จตามวัตถุประสงค์ กับประโยชน์สาธารณะอื่นคือความโปร่งใสและสิทธิของประชาชนที่จะได้รู้เพื่อตรวจสอบการตัดสินใจการบริหารราชการแผ่นดินดังตัวอย่าง

(1) อาจารย์ประจำคณะเศรษฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ท่านหนึ่งมีหนังสือถึงผู้ว่าการธนาคารแห่งประเทศไทยขอให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับรายงานฉบับสมบูรณ์ของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิด กรณีการปกป้องค่าเงินบาท กรณีธนาคารกรุงเทพพาณิชย์การ และกรณีการช่วยเหลือสถาบันการเงินโดยกองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาสถาบันการเงินที่อยู่ในความครอบครองหรืออยู่ในความควบคุมดูแลของธนาคารแห่งประเทศไทย ธนาคารแห่งประเทศไทยได้ปฏิเสธโดยแจ้งว่าการสอบข้อเท็จจริงของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดชอบทางละเมิดดังกล่าวได้กระทำโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. 2539 การเปิดเผยจะทำให้การบังคับใช้กฎหมายเสื่อมประสิทธิภาพหรือไม่อาจสำเร็จตามวัตถุประสงค์ได้ และเอกสารฉบับดังกล่าว ยังเป็นเอกสารของข้าราชการที่มีชั้น (ลับมาก) ตามระเบียบว่าด้วยการรักษาความปลอดภัยแห่งชาติ พ.ศ. 2517 และคณะกรรมการศึกษารายงาน สปร.ไม่ประสงค์ให้มีการยกเลิกชั้นความลับและเผยแพร่เอกสารดังกล่าว

นอกจากนี้อาจเป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพบุคคลตามรัฐธรรมนูญ รวมทั้งอาจกระทบต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ปฏิบัติงานไปตามกฎเกณฑ์และระเบียบต่างๆ อาจารย์ผู้ขอข้อมูลข่าวสาร จึงได้ยื่นอุทธรณ์พร้อมแสดง

เหตุผลว่าที่ประสงค์จะได้ข้อมูลข่าวสารนั้นเนื่องจากว่า เห็นว่าวิกฤตเศรษฐกิจที่เกิดขึ้นเป็นผลมาจากการปฏิบัติหน้าที่ที่เกี่ยวข้องทำให้ประเทศชาติได้รับความเสียหายรวมทั้งประชาชนได้รับภาระหนี้สาธารณะที่เกิดขึ้นเป็นจำนวนมากประชาชนจึงควรได้รับทราบข้อมูลข่าวสารดังกล่าวเพื่อตรวจสอบการขอข้อมูลข่าวสารดังกล่าวไม่เจตนาจะทำให้ผู้ใดได้รับความเสียหายจึงได้ขอข้อมูลเฉพาะรายงานการสอบข้อเท็จจริงเท่านั้นไม่รวมถึงเอกสารประกอบและธนาคารแห่งประเทศไทยอาจปิดชื่อผู้เกี่ยวข้อง ต่างๆ ก็ตามแต่จะเห็นสมควร คณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารได้มีคำวินิจฉัยว่าการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารดังกล่าวจะเป็นประโยชน์แก่ผู้ถือหุ้นและสาธารณะเพื่อให้สามารถนำไปใช้ตรวจสอบดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐและหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการด้านเศรษฐกิจและการเงินการคลังของประเทศที่ได้รับความเสียหายอย่างมากในวิกฤตเศรษฐกิจที่เกิดขึ้น และเพื่อการศึกษาและวิเคราะห์ในการดำเนินการอันจะเป็นบทเรียนการแก้ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตต่อไป

ส่วนคดีที่ยังอยู่ระหว่างการพิจารณาชั้นศาลซึ่งเกรงว่าจะทำให้เกิดผลกระทบหากมีการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารตามอุทธรณ์ นอกจากนี้เกี่ยวพันถึงการกำหนดชั้นความลับในเอกสารเรื่องนี้ด้วยนั้น คณะกรรมการวินิจฉัยฯ เห็นว่าข้อมูลข่าวสารซึ่งเป็นรายงานของคณะกรรมการศึกษา รายงาน สปร. มีการเปิดเผยสาธารณะโดยสื่อสารมวลชนและอีกทั้งคดียังได้มีการฟ้องร้องทางแพ่งต่อศาลแล้วด้วยการเปิดเผยจะสร้างความน่าเชื่อถือแก่หน่วยงานในการดำเนินงานด้านเศรษฐกิจ การเงิน การคลังของประเทศให้เป็นที่ยอมรับต่อไปด้วย คณะกรรมการวินิจฉัยฯ จึงมีมติให้ธนาคารแห่งประเทศไทยเปิดเผยข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับรายงานการสอบข้อเท็จจริงของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริง ความรับผิดชอบละเมิดกรณีปกป้องค่าเงินบาท กรณีธนาคารกรุงเทพพาณิชย์การ และกรณีการช่วยเหลือสถาบันการเงินไทยโดยกองทุนเพื่อการฟื้นฟูและพัฒนาสถานการณ์การเงินตามอุทธรณ์แก่ผู้ถือหุ้นโดยธนาคารแห่ง

ประเทศไทยอาจใช้ดุลพินิจในการปิดข้อมูลได้ซึ่งตรงตามวัตถุประสงค์ของผู้ขอทราบหากเห็นว่าทำให้เกิดผลกระทบต่อบุคคลนั้น⁽²⁰⁾ ตามข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยในเรื่องนี้จะเห็นได้ว่า คณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารได้ชี้แจงน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะทั้งสองทางคือ ประโยชน์สาธารณะในเรื่องของความมั่นคง และการบังคับใช้กฎหมายเพื่อหาผู้รับผิดชอบทางละเมิดกับความโปร่งใสและการตรวจสอบการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐและหน่วยงานของรัฐรวมถึงบทเรียนที่เกิดขึ้นอันจะเป็นประโยชน์ในการแก้ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตต่อไป จึงเห็นสมควรที่ให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารตามที่ผู้ขอทราบร้องขอ

(2) ผู้ขอทราบกับพวกรวม 111 คน ซึ่งเป็นราษฎรในพื้นที่บริเวณบึงวงษ์ อำเภอสว่าง อำเภอนาคู จังหวัดชัยนาท ได้รับความเดือดร้อนจากกรณีมีกลุ่มผู้ร้องเรียนว่า ผู้ขอทราบกับพวกได้บุกรุกที่ดินบริเวณ “บึงวงษ์” สำนักงานที่ดินจังหวัดชัยนาท จึงได้ดำเนินการรังวัดที่ดินสาธารณะประโยชน์ และได้ส่งเรื่องการเพิกถอนเอกสารสิทธิในที่ดินเขตบึงวงษ์ขอให้กรมที่ดินพิจารณาเพิกถอนฯ โดยใช้หลักฐานการอ่านแปลภาพถ่ายทางอากาศ พ.ศ. 2495 เป็นตัวกำหนดแนวเขตบึงวงษ์ ผู้ขอทราบจึงต้องการสำเนาเอกสารการอ่านแปลภาพถ่ายทางอากาศที่ดินบริเวณบึงวงษ์ พ.ศ. 2495 เพื่อนำมาเปรียบเทียบกับทะเบียนที่สาธารณะประโยชน์ พ.ศ. 2477 ของสำนักงานที่ดินจังหวัดชัยนาท ซึ่งได้ขึ้นทะเบียนที่สาธารณะประโยชน์บึงวงษ์และบึงลาดคำวาระบุอาณาเขตข้างเคียงของบึงทั้งสองแห่งติดต่อกับที่นาของราษฎรและติดป่าไฟ ผู้ขอทราบจึงต้องการเอกสารการอ่านแปลภาพถ่ายทางอากาศที่ดินบริเวณบึงวงษ์ พ.ศ. 2495 เพื่อนำไปประกอบเป็นหลักฐานในการพิสูจน์สิทธิครอบครองของผู้ขอทราบที่ได้ครอบครองทำประโยชน์มาโดยตลอดตั้งแต่สมัยบรรพบุรุษเรื่อยมาจนได้รับเอกสารสิทธิ์ คือ สค. 1 น.ส.3 ก. และโฉนด

20. คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร สาขาเศรษฐกิจ และการคลังของประเทศ ที่ สค. 4/2545

ที่ดิน โดยผู้อุทธรณ์ได้ครอบครองทำประโยชน์ในที่ดินดังกล่าวก่อนที่จะมีการขึ้นทะเบียนที่สาธารณะประโยชน์ พ.ศ. 2477 และก่อนที่จะมีการถ่ายภาพทางอากาศที่ดินบริเวณบึงวงฆ้อง พ.ศ. 2495 และสำนักงานที่ดินจังหวัดชัยนาท ได้ให้ผู้อุทธรณ์ตรวจดูเอกสารอ่านแปลภาพถ่ายทางอากาศที่ดินบริเวณบึงวงฆ้อง พ.ศ. 2495 แล้ว แต่ไม่อนุญาตให้สำเนาเอกสารดังกล่าว ซึ่งมีรายละเอียดระบุว่าพื้นที่บริเวณบึงวงฆ้องส่วนใดเป็นพื้นดินหรือพื้นน้ำ และในการอ่านแปลภาพถ่ายทางอากาศที่ดินบริเวณบึงวงฆ้องต้องอ่านคู่กับภาพถ่ายทางอากาศด้วย โดยให้เหตุผลสรุปสาระสำคัญได้ว่า เนื่องจากมีการบุกรุกที่ดินสาธารณะประโยชน์บึงวงฆ้อง จังหวัดชัยนาทจึงแจ้งให้สำนักงานที่ดินจังหวัดชัยนาทประสานกับกรมที่ดินเพื่อที่จะทำการรังวัดออกหนังสือสำคัญสำหรับที่หลวง (นสล.) เมื่อมีการทำรังวัดและออก นสล. แล้ว ปรากฏว่าผู้อุทธรณ์กับพวกได้คัดค้านการออก นสล. จังหวัดชัยนาท จึงได้แต่งตั้งคณะกรรมการพิจารณาถ่วงถ่วงเกี่ยวกับการครอบครองที่ดินของราษฎรและพิสูจน์สิทธิว่าที่ดินที่มีการคัดค้านนั้นอยู่ในเขตที่สาธารณะประโยชน์บึงวงฆ้องหรือไม่ เพื่อนำเสนอผู้ว่าราชการจังหวัดชัยนาท ต่อมา จังหวัดชัยนาทได้พิจารณาผลการอ่านแปลภาพถ่ายแล้วมีมติให้กำหนดแนวเขตพื้นที่สาธารณะประโยชน์บึงวงฆ้อง ตามแนวเขตที่มีการอ่านแปลภาพถ่าย ปรากฏว่าได้มีการครอบคลุมพื้นที่ของราษฎรที่มีเอกสารสิทธิรวมอยู่ด้วย จึงต้องมีการพิสูจน์สิทธิการครอบครองทำประโยชน์ของผู้ครอบครองที่มีเอกสารสิทธิ และสำนักงานที่ดินจังหวัดชัยนาทปฏิเสธการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารตามอุทธรณ์เพราะภาพถ่ายทางอากาศที่ดินบริเวณบึงวงฆ้อง พ.ศ. 2495 ได้รับข้อเตือนใจว่า “ภาพถ่ายทางอากาศนี้เป็นเอกสารปกปิดของทางราชการผู้ใช้พึงระวังรักษาเพื่อความปลอดภัยของประเทศ” โดยสำนักงานที่ดินจังหวัดชัยนาทมิได้หารือกรมที่ดิน กรมแผนที่ทหาร (หน่วยงานซึ่งถ่ายภาพทางอากาศ) และหน่วยงานอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง

คณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารสาขาสหประชาประเทศและความมั่นคงของประเทศ พิจารณาแล้วเห็นว่าที่ดินบริเวณบึงวงฆ้องมิได้เป็น

เขตที่ตั้งของทหารหรือเขตยุทธศาสตร์ทางทหารหรือเขตชายแดนของประเทศ แต่เป็นเพียงพื้นที่บึง ท่งนาและแหล่งน้ำ การเปิดเผยภาพถ่ายทางอากาศ และการอ่านแปลภาพถ่ายทางอากาศ จึงไม่กระทบต่อความมั่นคงของประเทศ และภาพถ่ายทางอากาศที่ดินบริเวณบึงวงษ์ม้อง พ.ศ. 2495

แม้จะปรากฏข้อเตือนใจว่า “รูปถ่ายทางอากาศนี้เป็นเอกสารปกปิดของทางราชการผู้ใช้พึงระวังรักษาเพื่อความปลอดภัยของประเทศ” แต่เป็นเพียงข้อเตือนใจมิใช่เป็นชั้นความลับของทางราชการแต่อย่างใด และตามระเบียบว่าด้วยการรักษาความลับของทางราชการ พ.ศ. 2544 ชั้นความลับระดับปกปิดได้ยกเลิกแล้ว เมื่อไม่ปรากฏว่า กรมแผนที่ทหารกำหนดปรับระดับชั้นความลับขึ้นใหม่จึงถือว่าข้อมูลข่าวสารดังกล่าวไม่เป็นความลับของทางราชการอีกต่อไป อีกทั้งการเปิดเผยภาพถ่ายทางอากาศและเอกสารการอ่านแปลภาพถ่ายทางอากาศที่ดินบริเวณบึงวงษ์ม้อง ย่อมเป็นประโยชน์แก่ผู้อุทธรณ์ในการนำไปใช้พิสูจน์สิทธิการครอบครองของตน จึงวินิจฉัยให้สำนักงานที่ดินจังหวัดชัยนาทเปิดเผยภาพถ่ายทางอากาศและเอกสารการอ่านแปลภาพถ่ายทางอากาศที่ดินบริเวณบึงวงษ์ม้อง พ.ศ. 2495 แก่ผู้อุทธรณ์พร้อมรับรองสำเนาถูกต้อง ⁽²¹⁾

ตามข้อเท็จจริงและคำวินิจฉัยในเรื่องนี้ จะเห็นได้ว่าคณะกรรมการวินิจฉัยเปิดเผยข้อมูลข่าวสารได้ให้ความหมายของ “ความมั่นคงของประเทศ” ว่าจะได้รับผลกระทบมากน้อยเพียงใด เมื่อไม่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ หรือกระทบน้อยมากเมื่อเทียบกับประโยชน์อื่นแล้ว จึงสมควรที่จะเปิดเผยข้อมูลข่าวสารให้กับผู้อุทธรณ์

กล่าวโดยสรุปการที่กฎหมายให้เจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจในการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารตามมาตรา 15 เนื่องจากข้อมูลข่าวสารของราชการมีความหมายกว้างขวางโดยรวมทั้งข้อมูลข่าวสารของทางราชการที่เกี่ยวกับการ

21. คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารสาขาค่างประเทศ และความมั่นคงของประเทศ ที่ ดม. 1/2548

ดำเนินงานของรัฐ และข้อมูลข่าวสารที่เกี่ยวกับเอกชนซึ่งอยู่ในความครอบครองของหน่วยงานของรัฐด้วย การเปิดเผยหรือไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการนั้น จึงอาจมีผลกระทบหรือผลดีผลเสียต่อประโยชน์ของบุคคลแต่ละฝ่ายต่างกัน และมีผลกระทบต่อหน่วยงานของรัฐด้วย การตัดสินใจเปิดเผยข้อมูลข่าวสารหรือไม่ คือการชั่งน้ำหนัก ประโยชน์ได้เสีย เช่น การขอให้เปิดเผยรายงานการแพทย์ย่อมเป็นประโยชน์ต่อผู้ขอให้เปิดเผยแต่อาจมีผลกระทบต่อประโยชน์ของผู้ป่วยซึ่งเป็นเจ้าของข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล การขอให้เปิดเผยบันทึกถ้อยคำพยานหรือที่ผู้ร้องเรียนย่อมเป็นประโยชน์ต่อผู้ที่ถูกกล่าวหาในการแก้ข้อกล่าวหาหรือข้อร้องเรียน แต่อาจก่อให้เกิดอันตรายต่อชีวิตหรือความปลอดภัยของพยานหรือผู้ร้องเรียน และอาจมีผลทำให้การบังคับใช้กฎหมายเสื่อมประสิทธิภาพ การขอให้เปิดเผยรายละเอียดเกี่ยวกับการจัดซื้อเครื่องบินประจำการต่อสู้อากาศยานย่อมก่อให้เกิดความโปร่งใสและตรวจสอบกระบวนการจัดซื้อจัดจ้างของเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่อาจมีผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ เป็นต้น กฎหมายจึงให้อำนาจเจ้าหน้าที่ผู้เกี่ยวข้องกับข้อมูลข่าวสารนั้นพิจารณาชั่งน้ำหนักระหว่างผลดีผลเสียหรือผลกระทบต่อผู้ที่เกี่ยวข้องทั้งหมดโดยกำหนดเป็นหลักการในบทบัญญัติของกฎหมายว่าให้คำนึงถึงผลกระทบต่อการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายของหน่วยงาน ประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ของเอกชนที่เกี่ยวข้องแล้วนำมาประมวลถึงผลดีผลเสียหรือผลกระทบต่างๆ ต่อการปฏิบัติหน้าที่ แล้วชั่งน้ำหนักผลดีผลเสียดังกล่าวทุกด้านที่มีต่อการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ ประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของผู้ขอให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารและผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารแล้วจึงตัดสินใจเลือกว่าควรจะเปิดเผยข้อมูลข่าวสารตามที่ขอหรือไม่

บทที่ 3

การออกคำสั่งและการคุ้มครองเจ้าหน้าที่ของรัฐ

เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐได้รับคำขอให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารเป็นการเฉพาะรายแล้ว เจ้าหน้าที่ได้ใช้ดุลพินิจในการชั่งน้ำหนักพิจารณาเหตุและผลว่าควรจะเปิดเผยข้อมูลข่าวสารให้กับผู้ขอได้หรือไม่แล้ว เจ้าหน้าที่ของรัฐมีหน้าที่แจ้งผลการพิจารณาให้แก่ผู้ขอโดยเร็ว โดยลักษณะการพิจารณาคำขอให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารของเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถแบ่งออกได้เป็น 2 กรณีคือเปิดเผยข้อมูลข่าวสารให้กับประชาชนตามที่ขอ หรือไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารให้กับประชาชนตามที่ขอ

1. กรณีมีคำสั่งให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารนั้น

เจ้าหน้าที่อาจพิจารณามีคำสั่งเปิดเผยข้อมูลข่าวสารให้แก่ผู้ขอทั้งหมดหรือเปิดเผยข้อมูลข่าวสารให้กับผู้ขอแต่เพียงบางส่วน หรือเปิดเผยโดยมีเงื่อนไขการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารเหล่านี้หมายถึงกรณีใด มีข้อพิจารณาดังนี้

1.1 การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารทั้งหมด เมื่อประชาชนยื่นขอข้อมูลข่าวสารและข้อมูลข่าวสารที่ขอไม่ใช่ข้อมูลข่าวสารตามมาตรา 15 (1) — (6) ของพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 อันเป็นข้อมูลข่าวสารที่ใช้ดุลพินิจในการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารให้แก่ประชาชนตามที่ขอ และมีข้อมูลข่าวสารที่ห้ามเปิดเผยเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงมีหน้าที่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารทั้งหมด ดังตัวอย่างเช่น

คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร สาขาสังคม การบริหารราชการแผ่นดินและการบังคับใช้กฎหมาย ที่ สด 12/2546 วินิจฉัยว่า “ผู้อุทธรณ์ ขอบันที่กรายงานการประชุมสภาองค์การบริหารส่วนตำบลสมัยวิสามัญ และหนังสือรับรองมติสภาองค์การบริหารส่วนตำบลที่พิจารณาให้ผู้อุทธรณ์พ้นจากตำแหน่งพร้อมรับรองสำเนาถูกต้อง แม้ว่าที่ประชุมสภาองค์การบริหารส่วนตำบลจะมีมติให้เป็นการประชุมลับ แต่ข้อมูลข่าวสารที่

ผู้อุทธรณ์ต้องการเป็นข้อมูลข่าวสารที่กระทบส่วนได้เสียของผู้อุทธรณ์โดยตรง และผู้อุทธรณ์อยู่ในที่ประชุมด้วย ดังนั้น รายงานการประชุมจึงไม่เป็นความลับสำหรับผู้อุทธรณ์ ประกอบกับขณะนี้ผลการพิจารณาเป็นที่ยุติแล้วคือผู้อุทธรณ์พ้นจากการเป็นสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบล ผู้อุทธรณ์จึงมีสิทธิที่จะได้รับทราบข้อมูลข่าวสารเพื่อปกป้องสิทธิของตน นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาเนื้อหาของรายงานการประชุมก็ไม่มีข้อเท็จจริงหรือข้อความใดที่เข้าข่ามาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 จึงวินิจฉัยให้องค์การบริหารส่วนตำบลเปิดเผยข้อมูลข่าวสารรายงานการประชุมสภาองค์การบริหารส่วนตำบล และรายงานการประชุมที่รับรองรายงานการประชุมดังกล่าวพร้อมรับรองสำเนาถูกต้องให้แก่ผู้อุทธรณ์”

คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร สาขาสังคม การบริหารราชการแผ่นดินและการบังคับใช้กฎหมาย ที่ สค 14/2546 วินิจฉัยว่า “คำขอสัมปทานเหมืองแร่หินปูนที่ห้างหุ้นส่วนจำกัดหาญกิตติชัย ยื่นขอประทานบัตรเป็นข้อมูลข่าวสารที่ผู้ยื่นคำขอได้กรอกข้อความตามแบบพิมพ์ที่ทางราชการกำหนดโดยมิได้มีข้อความอื่นใดที่เป็นข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล ข้อมูลข่าวสารดังกล่าวจึงเป็นข้อมูลข่าวสารของทางราชการทั่วไปที่ประชาชนสามารถขอได้ตามมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 โดยไม่กระทบต่อประโยชน์ได้เสียของห้างหุ้นส่วนจำกัดหาญกิตติชัย ส่วนประทานบัตรเหมืองแร่หินปูนที่กรมทรัพยากรธรณีออกให้แก่ห้างหุ้นส่วนจำกัดหาญกิตติชัย นั้น เป็นข้อมูลข่าวสารที่มีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานหรือสัญญาที่มีลักษณะผูกขาดตัดตอนตามนัยมาตรา 9 (6) แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 ซึ่งจะต้องจัดไว้ให้ประชาชนเข้าตรวจดูได้ ถึงแม้จะมีการกำหนดให้ข้อมูลดังกล่าวเป็นข้อมูลข่าวสารลับตามระเบียบว่าด้วยการรักษาความลับของทางราชการ พ.ศ. 2544 ก็ไม่ขัดอำนาจคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารฯ ที่จะมีการวินิจฉัยให้เปิดเผยตามข้อ 24 ของระเบียบดังกล่าว จึงมีคำวินิจฉัยให้สำนักงาน

อุตสาหกรรมจังหวัดระยอง กรมทรัพยากรธรณีเปิดเผยข้อมูลข่าวสารตามคำขอแก่ผู้อุทธรณ์”

คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร สาขาสังคม การบริหารราชการแผ่นดินและการบังคับใช้กฎหมาย ที่ สค 21/2546 วินิจฉัยว่า “การที่ผู้อุทธรณ์ต้องการเอกสารรายการประเมินราคาเครื่องสีข้าว เพื่อนำไปประกอบการอุทธรณ์ต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2530 ในการร้องขอความเป็นธรรมเกี่ยวกับเงินค่าทดแทนสิ่งปลูกสร้างที่ถูกเวนคืนแต่แนวทางการทลพบุรีที่ 1 ได้ปฏิเสธโดยอ้างว่า เอกสารรายการประเมินราคาที่เขาหน้าที่ยึดเทียบเคียงกับเครื่องสีข้าวอื่น เป็นเอกสารที่ไม่ใช่เอกสารที่สำรวจจากเครื่องสีข้าวเครื่องที่ 1 ของผู้อุทธรณ์ จึงถือว่าไม่ใช่เอกสารข้อเท็จจริงที่จะนำไปอ้างอิงได้นั้น เอกสารประเมินราคาเครื่องสีข้าวที่ผู้อุทธรณ์ขอนั้นจะเทียบเคียงประเมินราคาจากเครื่องสีข้าวของผู้อุทธรณ์ได้หรือไม่ ไม่ใช่สาระสำคัญ เอกสารรายการประเมินราคาเครื่องสีข้าวอยู่ในความครอบครองของแนวทางการทลพบุรีที่ 1 นั้น เป็นข้อมูลข่าวสารของราชการทั่วไปซึ่งสามารถเปิดเผยได้และการเปิดเผยจะเป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้าตรวจสอบความโปร่งใสในการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ

เมื่อผู้อุทธรณ์ประสงค์จะใช้ประกอบการอุทธรณ์ต่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงคมนาคมในการร้องขอความเป็นธรรมเกี่ยวกับเงินค่าทดแทนสิ่งปลูกสร้างของผู้อุทธรณ์ที่ถูกเวนคืนย่อมมีเหตุอันสมควรจะขอให้เปิดเผย จึงมีคำวินิจฉัยให้แนวทางการทลพบุรี ที่ 1 เปิดเผยข้อมูลข่าวสารตามอุทธรณ์แก่ผู้อุทธรณ์” ตามตัวอย่างคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารดังกล่าวข้างต้นเป็นการวินิจฉัยให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารแก่ผู้ขอตามที่ผู้ขอได้ร้องขอทั้งหมด อาจจะเนื่องด้วยไม่ใช่ข้อมูลข่าวสารที่มีเหตุไม่อาจเปิดเผยได้ตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 หรือเป็นการใช้ดุลพินิจให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารกับผู้ขอ

1.2 การเปิดเผยเพียงบางส่วน เจ้าหน้าที่ของรัฐอาจชี้ดมา ปิด ลบ ข้อมูลข่าวสารบางส่วน เช่น ชื่อพยานหรือผู้มาให้ถ้อยคำหรือไม่เปิดเผยข้อความที่เป็นการกระทบข้อมูลส่วนบุคคลของบุคคลอื่นหรือข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับความลับทางการค้า ดังตัวอย่างเช่น

คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร สาขาการแพทย์และสาธารณสุข ที่ พส 3/2545 วินิจฉัยว่า “ข้อมูลข่าวสารที่ขอแม้ว่าบางส่วนจะเป็นรายละเอียดเกี่ยวกับการปฏิบัติงานของบุคคลอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องด้วย แต่ก็เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องเนื่องกับกระบวนการปฏิบัติงานในการรักษาพยาบาลนายสิทธิชัย จึงมิใช่เป็นข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลของบุคคลอื่น ๆ แต่อย่างใด รวมทั้งการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารรายงานการสืบสวนนี้ก็ได้เป็นการรुकล้าสิทธิส่วนบุคคลเกินสมควร ยกเว้นในรายงานการสืบสวนข้อเท็จจริงบางส่วนที่เป็นรายงานเกี่ยวกับการตรวจบุคคลอื่น รักษาบุคคลอื่น ซึ่งรวมอยู่ในรายงานการสืบสวนด้วย หากการเปิดเผยจะเป็นการรुकล้าสิทธิส่วนบุคคลของผู้อื่นก็ให้ดำเนินการอย่างหนึ่งอย่างใด เพื่อไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารเฉพาะในส่วนนั้นได้”

คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร สาขาศรษฐกิจและการคลังของประเทศ ที่ สค 6/2545 “คณะกรรมการวินิจฉัยมีมติให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า กรมการค้าภายใน เปิดเผยข้อมูลข่าวสารตามรายการที่ 13 คือรายงานการประชุมของคณะอนุกรรมการศึกษา กรณีร้องเรียนเกี่ยวกับการกีดกันธุรกิจเบียร์และสุรา ครั้งที่ 9/2543 และครั้งที่ 10/2543 และรายงานการประชุมของคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้า ครั้งที่ 3/2543 วันที่ 18 สิงหาคม 2543 และครั้งที่ 4/2543 วันที่ 4 กันยายน 2543 แก่ผู้ขอทราบพร้อมรับรองสำเนาถูกต้อง โดยให้คณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าสามารถใช้ดุลพินิจปิดลบข้อความเฉพาะที่เห็นว่าอาจทำให้กระทบต่อการออกความเห็นโดยอิสระของคณะอนุกรรมการฯ หรือคณะกรรมการฯ ที่เกี่ยวข้อง แต่ทั้งนี้เฉพาะไม่เกินไปกว่าที่ได้มีการหารือและได้รับความ

เห็นชอบจากคณะกรรมการวินิจฉัย การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารสาขาเศรษฐกิจ และการคลังของประเทศไทย ในช่วงก่อนมีคำวินิจฉัยแล้วเท่านั้น”

คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารสาขาสังคม การบริหารราชการแผ่นดินและการบังคับใช้กฎหมาย ที่ สค 15/3546 “คณะกรรมการวินิจฉัยฯ มีมติให้สำนักงานการประถมศึกษาจังหวัดร้อยเอ็ด เปิดเผยข้อมูลข่าวสารหนังสือเรียนกล่าวหาว่าผู้อุทธรณ์พยายามจับผิดและ ร้องเรียนผู้ได้บังคับบัญชา ใช้งานไม่สุภาพและไม่ปฏิบัติตามเป็นแบบอย่างที่ดี อันเป็นเหตุให้ผู้อุทธรณ์ได้รับการลงโทษภาคทัณฑ์ ตามคำสั่งสำนักงานการ ประถมศึกษา จังหวัดร้อยเอ็ด พร้อมทั้งให้สำเนาที่มีคำรับรองถูกต้องแก่ผู้อุทธรณ์ โดยอาจใช้ดุลพินิจลบหรือตัดทอน หรือทำด้วยประการอื่นใด ที่ไม่เป็นการ เปิดเผยข้อมูล ในหนังสือเรียนดังกล่าว”

หรือคำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารสาขาสังคม การบริหารราชการแผ่นดินและการบังคับใช้กฎหมาย ที่ สค 16/2546 ที่วินิจฉัยว่า “คะแนนสอบสัมภาระของคณะกรรมการแต่ละท่านเป็นข้อมูลข่าวสารที่เปิด เผยได้ โดยหน่วยงานเจ้าของข้อมูลอาจใช้ดุลพินิจตามสมควรในเรื่องการ ปกปิดชื่อหรือทำโดยประการอื่นใดที่ไม่เปิดเผยชื่อกรรมการผู้ให้คะแนนเพื่อมิ ให้กระทบความเป็นอิสระในการแสดงความคิดเห็นหรือการให้คะแนนของ กรรมการแต่ละท่านได้ ทั้งนี้ให้เปิดเผยได้เฉพาะของผู้สอบผ่านเกณฑ์ที่ขึ้น บัญชีไว้” ตามตัวอย่างคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูล ข่าวสารวินิจฉัยให้ปกปิดข้อมูลส่วนบุคคล ชื่อของบุคคลซึ่งอาจเป็นพยานหรือ ผู้ร้องเรียนเพื่อคุ้มครองความปลอดภัยหรือผลกระทบความเป็นอิสระในการ ดำเนินการหรือตัดสินใจของบุคคลเหล่านั้น

1.3 การเปิดเผยโดยมีเงื่อนไข เจ้าหน้าที่อาจมีคำสั่งเปิดเผยข้อมูล ข่าวสารโดยมีเงื่อนไขได้ โดยพิจารณาได้เป็น 2 ประการคือ การกำหนด เงื่อนไขการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารนั้นว่าจะเปิดเผยได้เมื่อใด กับกำหนด เงื่อนไขให้กับประชาชนผู้ขอว่า เมื่อได้รับการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารแล้ว ผู้ได้รับการเปิดเผยมีข้อจำกัดหรือเงื่อนไขต้องดำเนินการอย่างไรบ้าง

1.3.1 เงื่อนไขในการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารของหน่วยงานของรัฐ หน่วยงานของรัฐอาจกำหนดเงื่อนไขของการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารว่า ข้อมูลข่าวสารดังกล่าวจะเปิดเผยได้เมื่อใด ดังตัวอย่างเช่น หน่วยงานของรัฐจัดส่งข้อมูลข่าวสารของราชการตามมาตรา 15 เมื่อครบ 20 ปี ให้แก่หอจดหมายเหตุแห่งชาติ กรมศิลปากร หรือหน่วยงานอื่นของรัฐตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา เมื่อไม่ประสงค์จะเก็บรักษาหรือมีอายุครบยี่สิบปี⁽²²⁾ ดังนั้น หากหอจดหมายเหตุแห่งชาติ กรมศิลปากร เห็นว่าข้อมูลข่าวสารดังกล่าว เป็นข้อมูลข่าวสารที่ควรจัดให้ประชาชนศึกษาค้นคว้าก็สามารถดำเนินการเปิดเผยได้ทันที เพราะหากข้อมูลข่าวสารนั้นยังมีความจำเป็นที่ยังไม่ควรจะเปิดเผย หน่วยงานของรัฐจะต้องดำเนินการขยายเวลาตามมาตรา 26 วรรคสาม (2) และในกรณีเมื่อมีการขยายเวลาก็ไม่จำเป็นต้องส่งข้อมูลข่าวสารนั้นไปยังหอจดหมายเหตุแห่งชาติ กรมศิลปากร การจัดส่งข้อมูลข่าวสารที่มีเนื้อหามาตรา 15 ให้แก่หอจดหมายเหตุแห่งชาติ กรมศิลปากร จึงเป็นการที่หน่วยงานของรัฐมีเจตนาให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารนั้นได้ ถ้าหอจดหมายเหตุแห่งชาติ กรมศิลปากร เห็นว่าควรคัดเลือกรวบรวมข้อมูลข่าวสารดังกล่าวให้ประชาชนศึกษาค้นคว้า

ในกรณีเอกสารที่เสนอเข้าประชุมคณะรัฐมนตรี ปกติเพิ่มระเบียบวาระการประชุมคณะรัฐมนตรีจะกำหนดในชั้นลำดับ “ลับมาก” ตามระเบียบว่าด้วยการรักษาความปลอดภัยแห่งชาติ พ.ศ. 2517⁽²³⁾ เอกสารต่างๆ ในวาระนั้นจะถูกถือว่าเป็นชั้นลับมากตามไปด้วย ภายหลังการประชุมคณะรัฐมนตรีเสร็จแล้ว (ใช้ระยะเวลาส่งเอกสารจนจบการประชุมคณะรัฐมนตรีประมาณ 6 วัน นับตั้งแต่วันพฤษภาคมวันเริ่มต้นส่งเอกสารจนถึงวันอังคารวันประชุมคณะรัฐมนตรี ยกเว้นเรื่องที่เป็นวาระจร) จะลดลำดับชั้นลงมาเท่ากับเรื่องเดิมก่อนเสนอคณะรัฐมนตรี เช่น เอกสารเดิมเป็นชั้นปกปิดก็ลดลงมาเป็นชั้นปกปิดหรือเอกสารเดิมเป็นเอกสารธรรมดาที่จะลดลงมาเป็นเรื่องที่ไม่มีความลับ

²² โปรดดู พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 มาตรา 26

²³ ปัจจุบัน คือ ระเบียบว่าด้วยการรักษาความลับของทางราชการ พ.ศ. 2544

เป็นต้น ซึ่งก่อนหรือหลังการประชุมคณะรัฐมนตรี ลำดับชั้นความลับของเรื่อง จึงเป็นไปตามเรื่องที่เสนอมาตั้งแต่กระทรวง ทบวง กรมเดิม ช่วงระยะเวลา ดังกล่าว เอกสารเหล่านั้นจะถูกจัดเป็นข้อมูลข่าวสารลับและอยู่ในชั้น ความลับใดหรือไม่ขึ้นอยู่กับสภาพเอกสารและตามสภาพการพิจารณาปรับ เปลี่ยนเรื่อง หากเป็นเรื่องที่ไม่มีสภาพเป็นความลับก็ดำเนินการไปตามปกติ สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีเห็นว่า ⁽²⁴⁾ ในภาพรวมคณะรัฐมนตรีต้องการ ให้เอกสารการประชุมคณะรัฐมนตรีที่เตรียมไว้ก่อนมีการประชุมต้องเก็บรักษา เป็นความลับ เพื่อมิให้ผู้ไม่มีหน้าที่เกี่ยวข้องหรือบุคคลภายนอกเข้ามามีส่วน ในการนำข้อความ หรือเอกสารไปเปิดเผยก่อนที่จะคณะรัฐมนตรีจะพิจารณา อันจะเป็นแรงกดดันหรือ ชี้นำในการพิจารณาของคณะรัฐมนตรีตามมา ซึ่ง การดำเนินการดังกล่าวก็สอดคล้องกับนานาประเทศที่ได้ดำเนินการใน ลักษณะนี้ มติคณะรัฐมนตรีนี้เป็นการวางแนวปฏิบัติในหลักการให้สอดคล้อง กับระเบียบและกฎหมาย เพื่อให้การประชุมคณะรัฐมนตรี เป็นเอกภาพโดย ไม่จำเป็นต้องระบุถึงรายละเอียดของแต่ละเอกสาร ซึ่งเป็นเรื่องของเจ้าหน้าที่ ผู้ปฏิบัติต้องดำเนินการให้สอดคล้องกับกฎหมายอยู่แล้วเพราะลักษณะของ เรื่องเป็นการผสมผสานรวมเข้าด้วยกันระหว่างเอกสารของหน่วยงานเจ้าของเรื่อง ผู้เสนอความเห็นและของสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีดังที่กล่าวมาแล้ว จึง เห็นว่าเอกสารดังกล่าวเป็นเรื่องที่อยู่ระหว่างพิจารณา หากยังไม่แล้วเสร็จก็ สามารถเปลี่ยนแปลงเนื้อหาสาระได้ตลอดเวลา แม้กระทั่งขณะประชุมคณะ รัฐมนตรี

การเปิดเผยเอกสารก่อนมีมติคณะรัฐมนตรีอาจกระทำให้ผู้ได้ข้อมูลนั้น เข้าใจในสาระคลาดเคลื่อนได้ดังที่เคยปรากฏความเสียหายมาแล้ว สมควรให้ คณะรัฐมนตรีได้พิจารณาอนุมัติหรือเห็นชอบเรื่องนั้นๆ ก่อนจะทำให้ข้อมูลที่

24. หนังสือบันทึกข้อความสำนักนิติธรรม ส่วนงานกฎหมายและรัฐสภา ที่ นร. 0204/1637 ลงวันที่ 28 ตุลาคม 2542 เรื่อง มติคณะรัฐมนตรีว่าด้วยการรักษาความลับของเอกสารในการพิจารณา ของคณะรัฐมนตรี

เสนอคณะรัฐมนตรีมีจุดเริ่มต้นที่ถูกต้องว่าเรื่องใดเป็นนโยบายที่เป็นทางการ อันจะก่อให้เกิดสิทธิรับรู้ตามกฎหมายตามมา อีกทั้ง ยังสอดคล้องกับระบบการประชุมคณะรัฐมนตรีทั่ว ๆ ไป

ในนานาประเทศที่ว่า เรื่องในระหว่างวาระการประชุมของคณะรัฐมนตรียังไม่สมควรเปิดเผยจนกว่าจะมีมติแล้ว ด้วยเหตุนี้จึงเห็นว่า เนื้อหาสาระของมติคณะรัฐมนตรี ข้อ 2.4 (ห้ามมิให้เปิดเผยเอกสารที่เสนอเข้าประชุมคณะรัฐมนตรีก่อนการประชุม) มีความเหมาะสมถูกต้องตามหลักเกณฑ์ในการประชุมระดับบริหารสูงสุดของประเทศและเป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยข้อมูลข่าวสารของราชการแล้ว

แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการพิจารณาลงมติของคณะรัฐมนตรีแล้ว เอกสารการประชุมที่เสนอคณะรัฐมนตรีก่อนมีการประชุมนั้นจะเปิดเผยได้แค่ไหนเพียงไร คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 11 มีนาคม 2546²⁵⁾ ให้ความเห็นชอบให้หน่วยงานต่าง ๆ ถือปฏิบัติตามแนวทางปฏิบัติในการปรับชั้นความลับและยกเลิกชั้นความลับสำหรับเรื่องที่เสนอคณะรัฐมนตรี ตามที่สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีกำหนด ดังนี้

(1) การเสนอเรื่องทั่วไป

ให้หน่วยงานเจ้าของเรื่องระบุอย่างชัดเจนในท้ายหนังสือนำเสนอเรื่องไปเพื่อเสนอคณะรัฐมนตรีว่า หากคณะรัฐมนตรีมีมติอนุมัติ (หรือเห็นชอบ หรือรับทราบ) ตามที่เสนอแล้ว ให้ยกเลิกชั้นความลับ หรือปรับชั้นความลับ จาก “.....” เป็น “.....” ตั้งแต่เมื่อใด เช่น ตั้งแต่วันที่คณะรัฐมนตรีมีมติ เป็นต้น พร้อมแสดงข้อความการปรับชั้นความลับไว้ที่หน้าแรกของหนังสือนำส่งเรื่องเสนอคณะรัฐมนตรีบริเวณใกล้กับเครื่องหมายแสดงชั้นความลับเดิมว่า

25. มติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 11 มีนาคม 2546 ในเรื่องแนวทางปฏิบัติในการปรับชั้นความลับสำหรับเรื่องที่เสนอคณะรัฐมนตรีดังกล่าวนี้เกี่ยวข้องกับมติคณะรัฐมนตรีเดิม 16 เมษายน 2534) เรื่อง การปรับชั้นความลับและยกเลิกชั้นความลับ ซึ่งมอบให้เลขาธิการคณะรัฐมนตรีและเลขาธิการนายกรัฐมนตรีพิจารณาปรับชั้นและยกเลิกชั้นความลับ เรื่องที่คณะรัฐมนตรีมีมติแล้วได้ตามความเหมาะสม

“ให้ยกเลิกชั้นความลับนับแต่วันที่คณะรัฐมนตรีมีมติ” หรือ “ให้เพิ่มชั้นความลับเป็น.....นับแต่วันที่คณะรัฐมนตรีมีมติ” หรือ “ให้ลดชั้นความลับเป็น.....นับแต่วันที่คณะรัฐมนตรีมีมติ” ด้วย

ทั้งนี้ สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีจะถือเป็นหลักปฏิบัติทุกเรื่องว่า หากเรื่องดังกล่าวไม่แล้วเสร็จ เช่น คณะรัฐมนตรีไม่อนุมัติตามที่เสนอทั้งหมด หรือให้ทบทวนอีกครั้งหนึ่ง สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีก็จะยังไม่ปรับปรุง หรือยกเลิกชั้นความลับตามที่หน่วยงานเจ้าของเรื่องเสนอ จนกว่าหน่วยงานเจ้าของเรื่องจะแจ้งการปรับปรุงหรือยกเลิกมาอีกครั้งหนึ่ง

(2) การเสนอร่างกฎหมาย

ให้หน่วยงานเจ้าของเรื่องระบุอย่างชัดเจนในท้ายหนังสือนำเสนอเรื่องไป เพื่อเสนอคณะรัฐมนตรีว่า ให้ยกเลิกชั้นความลับ หรือปรับชั้นความลับจาก “.....” เป็น “.....” ตั้งแต่เมื่อใด โดยสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีได้ถือปฏิบัติ สำหรับการยกเลิกชั้นความลับร่างกฎหมาย ดังนี้

(2.1) ร่างพระราชบัญญัติจะยกเลิกชั้นความลับเมื่อนำเสนอรัฐสภาแล้ว หากประสงค์จะยกเลิกชั้นความลับในขั้นตอนดังกล่าวสมควรใช้คำว่า “ให้ยกเลิกชั้นความลับนับแต่วันที่ส่งรัฐสภา”

(2.2) ร่างกฎหมายอื่นๆ เช่น ร่างพระราชกฤษฎีกา ร่างกฎกระทรวง และร่างประกาศต่างๆ จะยกเลิกชั้นความลับเมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว หากประสงค์จะยกเลิกชั้นความลับในขั้นตอนดังกล่าวสมควรใช้คำว่า “ให้ยกเลิกชั้นความลับนับแต่วันที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา” พร้อมนี้ หน่วยงานเจ้าของเรื่องจะต้องแสดงข้อความการปรับชั้นความลับไว้ที่หน้าแรกของหนังสือนำเสนอเรื่องเสนอคณะรัฐมนตรี บริเวณใกล้กับเครื่องหมายแสดงชั้นความลับเดิมด้วยเช่นเดียวกับข้อ (1) เห็นได้ว่ามติคณะรัฐมนตรีดังกล่าว เป็นการให้หน่วยงานของรัฐกำหนดเงื่อนไขในการยกเลิกชั้นความลับอันหมายถึงว่าเมื่อมีการยกเลิกชั้นความลับดังกล่าวแล้วข้อมูลข่าวสารที่นำเสนอคณะรัฐมนตรีสามารถที่จะเปิดเผยให้กับประชาชนได้ อันเป็นการวางเงื่อนไขของ

หน่วยงานของรัฐเองที่จะเปิดเผยข้อมูลข่าวสารให้แก่ประชาชนได้เมื่อใด

คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารด้านเศรษฐกิจและการคลังประเทศ ที่ ศ.ค. 1/2542 วินิจฉัยว่า “นางสาวจิตติมา มีหนังสือถึงองค์การเพื่อการปฏิรูประบบสถาบันการเงิน (ปรส.) เพื่อขอทราบข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับชื่อผู้ประมูลและราคาประมูลที่ผู้ประมูลทุกรายยื่นเสนอซื้อสินเชื่อบริการมูลค่า 3.7 แสนล้านบาทของสินทรัพย์ ปรส. ในวันที่ 15 ธันวาคม 2541 ปรส. ปฏิเสธโดยให้เหตุผลว่า การประมูลสินเชื่อบริการมูลค่า 3.7 แสนล้านบาท ยังไม่สิ้นสุด ยังมีสินทรัพย์อีกเป็นจำนวนมาก ซึ่ง ปรส. จะต้องนำออกประมูลครั้งที่สองในวันที่ 10 มีนาคม 2542 ดังนั้น ข้อมูลรายละเอียดเกี่ยวกับการประมูลเมื่อ 15 ธันวาคม 2541 จึงไม่สามารถเปิดเผยได้จนกว่าจะเสร็จสิ้นการประมูลเนื่องจากการเปิดเผยข้อมูลดังกล่าวจะมีผลกระทบต่อกลยุทธ์การขายและการแข่งขันของสินเชื่อแต่ละกลุ่ม ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อราคาการประมูลครั้งต่อไปได้ คณะกรรมการวินิจฉัยเห็นว่า การทราบรายชื่อผู้ประมูลเดิมไม่ได้ทำให้การเสนอราคาประมูลครั้งต่อไปได้ราคาต่ำลงแต่อย่างใด แต่การเปิดเผยราคาผู้เข้าประมูลเสนอจะมีผลกระทบต่อกลยุทธ์การขาย และการแข่งขันของสินเชื่อแต่ละกลุ่ม ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อราคาการประมูลครั้งต่อไปว่าได้ราคาต่ำกว่าที่ควรจะได้ อันจะกระทบถึงความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ ตามมาตรา 15 (1) จึงวินิจฉัยให้ ปรส. เปิดเผยรายชื่อของผู้เข้าประมูลทุกรายตามคำขอของนางสาวจิตติมา และเปิดเผยราคาประมูลผู้เข้าประมูลทุกราย หลังจากที่ได้มีการประมูลสินทรัพย์มูลค่า 3.7 แสนล้านบาทเสร็จสิ้นหนึ่งวัน” คำวินิจฉัยดังกล่าวได้วางเงื่อนไขให้หน่วยงานของรัฐเปิดเผยข้อมูลข่าวสารเมื่อใด

1.3.2 การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารโดยมีเงื่อนไขหรือข้อจำกัดสำหรับผู้ขอข้อมูลข่าวสาร เมื่อหน่วยงานของรัฐเปิดเผยข้อมูลข่าวสารให้กับประชาชนตามที่ขอ หน่วยงานของรัฐอาจวางเงื่อนไขหรือข้อจำกัดแก่ผู้ขอข้อมูลข่าวสารให้ต้องปฏิบัติตามได้ เช่น จำกัดวิธีการเปิดเผยว่าให้เปิดเผยให้แก่ผู้ยื่นขอตรวจดูข้อมูลข่าวสารเท่านั้น ผู้ขอเปิดเผยจะนำไปเผยแพร่ต่อบุคคลอื่นต่อไป

ไม่ได้ หรือข้อจำกัดในแง่ของการนำไปใช้ว่าผู้ขอข้อมูลข่าวสารจะนำไปใช้ได้ แต่เฉพาะการพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนในชั้นการพิจารณาของศาล หรือกำหนดข้อจำกัดว่าห้ามมิให้นำไปเปิดเผยต่อสื่อมวลชนอีกชั้นหนึ่ง เป็นต้น

1.4 การทำสำเนาและรับรองสำเนาถูกต้อง เมื่อหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเปิดเผยข้อมูลข่าวสารให้กับผู้ขอ ไม่ว่าจะเป็นการเปิดเผยให้ทั้งหมด หรือเปิดเผยบางส่วนก็ตาม หากผู้ขอขอสำเนาหรือขอสำเนาที่มีคำรับรองถูกต้องในข้อมูลข่าวสารที่เปิดเผยให้กับผู้ขอ เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องถ่ายสำเนาหรือมีคำรับรองสำเนาถูกต้องให้กับประชาชนผู้ขอด้วย⁽²⁶⁾ โดยคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของราชการ ได้มีประกาศคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของราชการ เรื่อง การเรียกค่าธรรมเนียมการขอสำเนา หรือขอสำเนาที่มีคำรับรองถูกต้องของข้อมูลข่าวสารของราชการ โดยกำหนดค่าธรรมเนียมการทำสำเนาโดยเครื่องถ่ายเอกสารที่หน่วยงานของรัฐสามารถจัดเก็บได้ในอัตราดังต่อไปนี้ ขนาดกระดาษ A4 หน้าละไม่เกิน 1 บาท ขนาดกระดาษ F14 หน้าละไม่เกิน 1.50 บาท ขนาดกระดาษ B4 หน้าละไม่เกิน 2 บาท ขนาดกระดาษ A3 หน้าละไม่เกิน 3 บาท เป็นต้น ส่วนการเรียกค่าธรรมเนียมการให้คำรับรองถูกต้องของข้อมูลข่าวสารให้คิดได้ในอัตราคำรับรองละไม่เกิน 5 บาท ในกรณีที่ผู้ขอสำเนาหรือขอสำเนาที่มีคำรับรองถูกต้องเป็นผู้มีรายได้น้อย หน่วยงานของรัฐจะพิจารณายกเว้นค่าธรรมเนียมหรือลดค่าธรรมเนียมให้ตามควรแก่กรณีได้ การเรียกค่าธรรมเนียมการทำสำเนาโดยเครื่องถ่ายเอกสารในขนาดหรืออัตราที่เกินกว่าที่กำหนดไว้ หรือการขอสำเนาที่เป็นสื่อประเภทอื่น หน่วยงานของรัฐจะต้องขอความเห็นชอบจากคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของราชการเสียก่อน เว้นแต่เป็นการเรียกค่าธรรมเนียมที่ไม่เกินต้นทุนอันแท้จริง⁽²⁷⁾

26. พระราชบัญญัติข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 มาตรา 9 วรรคสอง ประกอบกับมาตรา 11 วรรค 5

27. โปรดดูรายละเอียดในการจัดเก็บค่าธรรมเนียมการทำสำเนาได้จากประกาศคณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของราชการ เรื่อง การเรียกค่าธรรมเนียมการขอสำเนา หรือขอสำเนาที่มีคำรับรองถูกต้องของข้อมูลข่าวสารของราชการในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 116 ตอนพิเศษ 34ง วันที่ 24 พฤษภาคม 2542

2. การคุ้มครองเจ้าหน้าที่ของรัฐ

การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารให้กับประชาชนอาจก่อให้เกิดความเสียหายกับบุคคลอื่น ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 423 วรรคหนึ่ง “ผู้ใดกล่าว หรือไขข่าวแพร่หลายซึ่งข้อความอันฝ่าฝืนต่อความเป็นจริง เป็นที่เสียหายแก่ชื่อเสียงหรือเกียรติคุณของบุคคลอื่นก็ดี หรือเป็นที่เสียหายแก่ทางทำมาหาได้ หรือทางเจริญของเขาโดยประการอื่นก็ดี

ท่านว่าผู้นั้นจะต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่เขาเพื่อความเสียหายอย่างใด ๆ อันเกิดแต่การนั้น แม้ทั้งเมื่อคนมิได้รู้ว่าข้อความนั้นไม่จริง แต่หากควรจะได้” วรรคสอง “ผู้ใดส่งข่าวสารอันคนมิได้รู้ว่าเป็นความไม่จริง หากว่าตนเองหรือผู้รับข่าวสารนั้น มีทางได้เสียโดยชอบในการนั้นด้วยแล้ว ท่านว่าเพียงที่ส่งข่าวสารเช่นนั้นหาทำให้ผู้นั้นต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนไม่” หรืออาจเป็นความผิดทางอาญาต้องรับโทษจำคุกหรือปรับหรือทั้งจำทั้งปรับ เช่น ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 323 วรรคหนึ่ง “ผู้ใดล่วงรู้หรือได้มาซึ่งความลับของผู้อื่นโดยเหตุที่เป็นเจ้าพนักงานผู้มีหน้าที่ โดยเหตุที่ประกอบอาชีพเป็นแพทย์ เกษตรกร คนจำหน่ายยา นางผดุงครรภ์ ผู้พยาบาล นักบวช หมอความ ทนายความ หรือผู้สอบบัญชี หรือโดยเหตุที่เป็นผู้ช่วยในการประกอบอาชีพนั้น แล้วเปิดเผยความลับนั้นในประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” วรรคสอง “ผู้รับการศึกษาอบรมในอาชีพดังกล่าว

ในวรรคแรก เปิดเผยความลับของผู้อื่นอันคนได้ล่วงรู้หรือได้มาในการศึกษาอบรมนั้น ในประการที่น่าจะเกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด ต้องระวางโทษเช่นเดียวกัน” พระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 มาตรา 100 “ผู้ใดเปิดเผยข้อเท็จจริงใดเกี่ยวกับกิจการของนายจ้างอันเป็นข้อเท็จจริงที่ตามปกติวิสัยของนายจ้างจะพึงสงวนไว้ไม่เปิดเผย ซึ่งคนได้มาหรือล่วงรู้เนื่องจากการปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน

1 เดือน หรือปรับไม่เกิน 3,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ เว้นแต่การเปิดเผยในการปฏิบัติราชการเพื่อประโยชน์แห่งพระราชบัญญัตินี้ หรือ เพื่อประโยชน์แก่การคุ้มครองแรงงาน หรือการสอบสวน หรือการพิจารณาคดี” ประมวลรัษฎากร มาตรา 10 “เจ้าพนักงานผู้ใดโดยหน้าที่ราชการตามลักษณะนี้” ได้รับความเสียหายของผู้เสียหายอากร หรือของผู้อื่นที่เกี่ยวข้อง ห้ามมิให้นำออกแจ้งแก่ผู้ใดหรือยังให้ทราบกันไปโดยวิธีใด เว้นแต่จะมีอำนาจที่จะทำได้โดยชอบด้วยกฎหมาย” มาตรา 13 “เจ้าพนักงานผู้ใดฝ่าฝืนบทบัญญัติ มาตรา 10 มีความผิดต้องระวางโทษปรับไม่เกิน 500 บาท หรือจำคุกไม่เกิน 6 เดือน หรือทั้งปรับทั้งจำ” และทางวินัยหรือฝ่าฝืนจริยธรรมแห่งวิชาชีพ ต้องถูกลงโทษทางวินัย เช่น ข้อบังคับแพทยสภาว่าด้วยการรักษาจริยธรรมแห่งวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ. 2549 ข้อ 27

“ผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมต้องไม่เปิดเผยความลับของผู้ป่วย หรือ ผู้ป่วยที่เสียชีวิตแล้ว ซึ่งตนทราบมาเนื่องจากการประกอบวิชาชีพ เว้นแต่ได้รับความยินยอมโดยชอบด้วยกฎหมาย หรือเมื่อต้องปฏิบัติตามกฎหมายหรือตามหน้าที่” แต่พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ มาตรา 20 ได้บัญญัติให้การคุ้มครองเจ้าหน้าที่ไม่ต้องรับผิดชอบกล่าวคือไม่ต้องรับผิดชอบทั้งทางแพ่ง ทางอาญา และทางวินัย หากเป็นการกระทำโดยสุจริตในกรณีดังต่อไปนี้

2.1 เจ้าหน้าที่ของรัฐได้ดำเนินการตามระเบียบว่าด้วยความลับของทางราชการ กล่าวคือ ข้อมูลข่าวสารที่ประชาชนมาขอตรวจดูนั้นเป็นข้อมูลข่าวสารตามมาตรา 15 ซึ่งเป็นข้อมูลข่าวสารลับ เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีอำนาจวินิจฉัยให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารนั้นได้หรือไม่ ภายใต้เงื่อนไขเช่นใด ย่อมต้องเป็นเจ้าหน้าที่ที่มีสิทธิเข้าถึงข้อมูลข่าวสารลับชั้นนั้นได้ เพราะหากมิใช่เจ้าหน้าที่ที่มีสิทธิเข้าถึงข้อมูลข่าวสารลับชั้นนั้น เจ้าหน้าที่ย่อมจะไม่มีโอกาสได้เห็นข้อมูลข่าวสารดังกล่าว จึงไม่อาจใช้ดุลพินิจวินิจฉัยว่าควรเปิดเผยข้อมูล ข่าวสารนั้นหรือไม่ ซึ่งระเบียบว่าด้วยการรักษาความลับของทางราชการ พ.ศ. 2544 ข้อ 7 ได้กำหนดด้วยบุคคลที่จะมีสิทธิเข้าถึงข้อมูลข่าวสารลับว่า

“ให้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐมีหน้าที่รักษาข้อมูลข่าวสารลับในหน่วยงานของตนและอาจมอบหมายหน้าที่ดังกล่าวได้ตามความจำเป็นให้ผู้ได้บังคับบัญชาหรือให้แก่ราชการส่วนภูมิภาคในกรณีที่สามารถมอบอำนาจได้ตามกฎหมาย” วรรคสอง “ผู้มีหน้าที่ตามวรรคหนึ่ง ต้องรักษาข้อมูลข่าวสารลับให้ปลอดภัย การให้บุคคลใดเข้าถึงข้อมูลข่าวสารลับ หรือการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารลับแก่ผู้ใดต้องกระทำโดยระมัดระวัง ในกรณีจำเป็นให้กำหนดเงื่อนไขในการปฏิบัติให้เหมาะสมแก่กรณี โดยคำนึงถึงการรักษาความลับ และประสิทธิภาพในการดำเนินการตามระเบียบนี้” และข้อ 5 ได้ให้ความหมาย “หัวหน้าหน่วยงานของรัฐ” หมายความว่า

(1) หัวหน้าส่วนราชการที่มีฐานะเป็นนิติบุคคล สำหรับส่วนราชการในสังกัดกระทรวงกลาโหมให้หมายความรวมถึงหัวหน้าส่วนราชการที่ขึ้นตรงต่อสำนักงานปลัดกระทรวงกลาโหม กรมราชองครักษ์ กองบัญชาการทหารสูงสุด กองทัพบก กองทัพเรือและกองทัพอากาศ

(2) ผู้ว่าราชการจังหวัด สำหรับราชการส่วนภูมิภาค

(3) ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร นายกองค์การบริหารส่วนจังหวัด นายกเทศมนตรี ประธานสภาตำบล ประธานกรรมการบริหาร องค์การบริหารส่วนตำบล นายกเมืองพัทยา หรือตำแหน่งที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่มีลักษณะทำนองเดียวกันแล้วแต่กรณี สำหรับราชการส่วนท้องถิ่น

(4) ผู้บริหารกิจการของรัฐวิสาหกิจหรือหน่วยงานอื่นของรัฐ สำหรับงานของรัฐวิสาหกิจหรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และเมื่อเจ้าหน้าที่ผู้มีสิทธิเข้าถึงชั้นความลับดังกล่าวเห็นควรเปิดเผยข้อมูลข่าวสารให้กับผู้ขอต้องดำเนินการปรับชั้นความลับ โดยยกเลิกระดับชั้นความลับของข้อมูลข่าวสารนั้น ตามข้อ 23⁽²⁸⁾

28. ระเบียบว่าด้วยการรักษาความลับของทางราชการ พ.ศ. 2544 ข้อ 23 วรรคหนึ่ง “การปรับชั้นความลับ ต้องกระทำโดยผู้มีอำนาจกำหนดชั้นความลับของหน่วยงานเจ้าของเรื่อง” วรรคห้า “การแก้ไขชั้นความลับ ให้ชี้แจงว่าเครื่องหมายแสดงชั้นความลับเดิมแล้วแสดงเครื่องหมายชั้นความลับที่กำหนดใหม่ (ถ้ามี) ไว้ใกล้กับเครื่องหมายแสดงชั้นความลับเดิมบนข้อมูลข่าวสารดังกล่าว และ

ของระเบียบว่าด้วยการรักษาความลับของทางราชการ พ.ศ. 2544 แต่ถ้าข้อมูลข่าวสารลับที่คณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารมีคำวินิจฉัยให้เปิดเผยโดยไม่มีข้อจำกัดหรือเงื่อนไขใด ให้ถือว่าข้อมูลข่าวสารนั้นถูกยกเลิกชั้นความลับแล้ว เว้นแต่มีการฟ้องคดีต่อศาล และศาลมีคำสั่งหรือคำพิพากษาเป็นอย่างอื่น⁽²⁹⁾ เพราะโดยสภาพของข้อมูลข่าวสารเมื่อได้รับการเปิดเผยแล้วย่อมไม่เป็นความลับต่อไปเพราะเป็นข้อมูลข่าวสารที่รับทราบกันโดยทั่วไปอยู่แล้ว และไม่เป็น “ข้อมูลข่าวสารลับ” ในความหมายของข้อ 4 ของระเบียบว่าด้วยการรักษาความลับของทางราชการ พ.ศ. 2544 ที่ให้ความหมาย “ข้อมูลข่าวสารลับ” หมายความว่า “ข้อมูลข่าวสารตามมาตรา 14 หรือมาตรา 15 ที่มีคำสั่งไม่ให้เปิดเผยและอยู่ในความครอบครองหรือควบคุม ดูแลของหน่วยงานของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของรัฐหรือที่เกี่ยวข้องกับเอกชน ซึ่งมีการกำหนดให้มีชั้นความลับเป็น ชั้นลับ ชั้นลับมาก หรือชั้นลับที่สุด ตามระเบียบนี้โดยคำนึงถึงการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐและประโยชน์แห่งรัฐประกอบกัน” ดังนั้น ถึงแม้หน่วยงานของรัฐที่ครอบครองดูแลข้อมูลข่าวสารนั้นจะนำมากำหนดชั้นความลับอีกก็ไม่อาจทำให้ข้อมูลข่าวสารนั้นเป็นข้อมูลข่าวสารลับได้จริง เพราะในทางข้อเท็จจริงข้อมูลข่าวสารนั้นได้รับการเปิดเผยแล้ว เว้นแต่หน่วยงานของรัฐมีเหตุผลและความจำเป็นที่อาจแสดงได้ว่า ถึงแม้ข้อมูลข่าวสารนั้นจะเปิดเผยไปแล้ว ก็ยังมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดชั้นความลับกับข้อมูลข่าวสารดังกล่าวต่อไป

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารลับแล้ว ไม่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมาย ต้องเป็นเจ้าหน้าที่ที่เป็นหัวหน้าหน่วยงานของรัฐ

28. - (ต่อ)

ให้จัดแจ้งการปรับชั้นความลับนั้นไว้ในทะเบียนข้อมูลข่าวสารลับด้วย ในกรณีที่เห็นสมควร หัวหน้าหน่วยงานของรัฐจะกำหนดให้จัดแจ้งการปรับชั้นความลับไว้ที่หน้าแรกของเอกสารหรือที่แสดงชั้นความลับตามข้อ 22 (3) แล้วแต่กรณี”

29. ระเบียบว่าด้วยการรักษาความลับของทางราชการ พ.ศ. 2544 ข้อ 24

หรือผู้ได้บังคับบัญชาที่ได้รับมอบหมายหน้าที่ให้รับผิดชอบในการกำหนด
ชั้นความลับของข้อมูลข่าวสารหรือได้รับมอบอำนาจตามกฎหมาย หรือ
ราชการส่วนภูมิภาคที่ได้รับมอบหมาย³⁰⁾ โดยมีการปรับชั้นความลับยกเลิก
ชั้นความลับของข้อมูลข่าวสารลับนั้นแล้ว

2.2 เจ้าหน้าที่ของรัฐตามที่กำหนดในกฎกระทรวง เป็นผู้มีคำสั่งให้
เปิดเผยข้อมูลข่าวสารตามมาตรา 15 เจ้าหน้าที่อาจใช้ดุลพินิจในการมีคำสั่ง
ให้เปิดเผยหรือมิให้เปิดเผยก็ได้ เนื่องจากว่าข้อมูลข่าวสารดังกล่าวเหล่านั้นมี
ผลกระทบต่อความมั่นคง การบังคับใช้กฎหมาย หรือก่อให้เกิดอันตราย
ต่อชีวิตหรือความปลอดภัยของบุคคลอื่น หรือเป็นข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล
ดังนั้น การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐ จะวินิจฉัยให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารดังกล่าว
จึงควรเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐในระดับสูงเพียงพอที่จะมีวิจารณญาณและมีความ
รับผิดชอบได้ที่จะวินิจฉัยว่าข้อมูลข่าวสารใดควรเปิดเผยให้กับประชาชนผู้ขอ
มาตรา 20 (2) แห่งพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540) จึง
บัญญัติให้คณะกรรมการข้อมูลข่าวสารของราชการเสนอแนะต่อนายกรัฐมนตรี
ให้ออกกฎกระทรวงกำหนดระดับเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้จะมีอำนาจเปิดเผยข้อมูล
ข่าวสารตามมาตรา 15 และให้ความคุ้มครองแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้นั้นซึ่งใช้
ดุลพินิจวินิจฉัยให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารแก่ประชาชนไม่ต้องรับผิดชอบตาม
กฎหมายใดๆ ทั้งสิ้นเป็นการส่วนตัว โดยได้มีการตรากฎกระทรวง ฉบับที่ 4
(พ.ศ. 2542) กำหนดตำแหน่งเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ออกคำสั่งให้เปิดเผยข้อมูล
ข่าวสารตามมาตรา 15 แล้ว

30). ระเบียบว่าด้วยการรักษาความลับของทางราชการ พ.ศ. 2544

ข้อ 16 ให้หัวหน้าหน่วยงานของรัฐมีหน้าที่รับผิดชอบในการกำหนดชั้นความลับพร้อมทั้ง
ให้เหตุผลประกอบการกำหนดชั้นความลับของข้อมูลข่าวสารลับนั้นด้วยว่าเป็นข้อมูลข่าวสาร
ประเภทใด และเพราะเหตุใด ในการนี้อาจมอบหมายหน้าที่ดังกล่าวได้ตามความจำเป็นให้ผู้ได้
บังคับบัญชา หรือให้แก่ราชการส่วนภูมิภาค ในกรณีที่สามารถมอบอำนาจได้ตามกฎหมาย ข้อ 23
วรรคหนึ่ง “การปรับชั้นความลับ ต้องกระทำโดยผู้มีอำนาจกำหนดชั้นความลับของหน่วยงาน
เจ้าของเรื่อง”

ไม่ต้องรับผิดชอบหากเป็นการกระทำโดยสุจริต ดังต่อไปนี้ “ข้าราชการพลเรือน ข้าราชการพลเรือนในมหาวิทยาลัย ข้าราชการครู ข้าราชการรัฐสภาหรือข้าราชการกรุงเทพมหานคร ซึ่งมีหน้าที่ครอบครองหรือควบคุมดูแลข้อมูลข่าวสารนั้น และเป็นผู้ดำรงตำแหน่งตั้งแต่ระดับ 6 ขึ้นไป ข้าราชการทหารหรือข้าราชการตำรวจซึ่งมีหน้าที่ครอบครองหรือควบคุมดูแลข้อมูลข่าวสารนั้น และเป็นผู้ซึ่งมีชั้นยศตั้งแต่พันตรี นาวาตรี นาวาอากาศตรี หรือพันตำรวจตรีขึ้นไป แล้วแต่กรณี ข้าราชการตุลาการ ข้าราชการอัยการ ซึ่งมีหน้าที่ครอบครองหรือควบคุมดูแลข้อมูลข่าวสารนั้นและเป็นผู้ดำรงตำแหน่งตั้งแต่ชั้น 2 ขึ้นไป ผู้บริหารท้องถิ่นหรือปลัดองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ประธานสภาตำบล ซึ่งมีหน้าที่ครอบครองหรือควบคุมดูแลข้อมูลข่าวสารแล้วแต่กรณี บุคคลหรือ คณะบุคคลซึ่งควบคุมการปฏิบัติงานของรัฐวิสาหกิจ หรือพนักงานรัฐวิสาหกิจ ซึ่งมีหน้าที่ครอบครองหรือควบคุมดูแลข้อมูลข่าวสารนั้น และเป็นผู้ดำรงตำแหน่งตั้งแต่หัวหน้ากองหรือเทียบเท่าขึ้นไป บุคคลหรือคณะบุคคลซึ่งควบคุมการปฏิบัติงานของหน่วยงานอิสระของรัฐ หรือผู้บริหารระดับเลขาธิการ ผู้อำนวยการ หรือตำแหน่งอื่นที่มีอำนาจหน้าที่เช่นเดียวกันของหน่วยงานอิสระของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่หน่วยงานอิสระของรัฐที่ได้รับมอบหมายจากผู้บริหารดังกล่าว ซึ่งมีหน้าที่ครอบครองหรือควบคุมดูแลข้อมูลข่าวสารนั้น บุคคลหรือคณะบุคคลซึ่งควบคุมการปฏิบัติงานขององค์กรควบคุมการประกอบวิชาชีพ หรือหัวหน้าสำนักงานขององค์กรควบคุมการประกอบวิชาชีพ หรือเจ้าหน้าที่ขององค์กรควบคุมการประกอบวิชาชีพที่ได้รับมอบหมายจากบุคคลดังกล่าว ซึ่งมีหน้าที่ครอบครองหรือควบคุมดูแลข้อมูลข่าวสารนั้น” เป็นต้น (31)

31. โปรดดูรายละเอียด “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ที่ไม่ต้องรับผิดชอบตามกฎหมายที่ 4 พ.ศ. 2542 ในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 116 ตอนที่ 64 ก่อนวันที่ 20 กรกฎาคม 2542

3. หน่วยงานของรัฐเป็นผู้รับผิดชอบ

แม้การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารของเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งได้ปฏิบัติตามระเบียบว่าด้วยการรักษาความลับของทางราชการ พ.ศ. 2544 หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งมีหน้าที่ครอบครอง หรือควบคุมดูแลข้อมูลข่าวสารและเป็นผู้อยู่ในระดับตามที่กำหนดในกฎกระทรวงฉบับที่ 4 (พ.ศ. 2542) แล้วก็ตาม เจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นไม่ต้องรับผิดชอบหากเป็นการกระทำโดยสุจริต แต่การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารของเจ้าหน้าที่ของรัฐดังกล่าวอาจเป็นการรอนสิทธิประโยชน์ของเอกชนบางประการ หรือก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลหนึ่งบุคคลใด ดังนั้น ย่อมต้องมีการเยียวยาความเสียหายให้กับเอกชนซึ่งได้รับผลกระทบดังกล่าว พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 มาตรา 20 วรรคสอง จึงบัญญัติให้หน่วยงานของรัฐยังต้องรับผิดชอบตามปกติ หากจะมีความเสียหายดังกล่าวเกิดขึ้นแก่เอกชนจริง แม้เจ้าหน้าที่จะต้องไม่รับผิดชอบเป็นการส่วนตัวแต่หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้น ผู้เสียหายจากการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารของเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงอาจฟ้องทางแพ่งเรียกค่าเสียหายจากหน่วยงานของรัฐได้

4. กรณีมีคำสั่งไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสาร

เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐพิจารณาคำขอให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารแล้ว เห็นว่าไม่ควรเปิดเผยข้อมูลข่าวสารให้กับผู้ขอเนื่องจากเป็นข้อมูลข่าวสารตามมาตรา 14 หรือมาตรา 15 ของพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องแจ้งคำสั่งไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารให้กับประชาชนผู้ขอทราบ และเนื่องจากคำสั่งไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงต้องแจ้งสิทธิในการยื่นอุทธรณ์ให้ผู้ขอทราบโดยผู้ขอ นั้น อาจอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร ภายใน 15 วันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งนั้น โดยยื่นคำอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการข้อมูลข่าวสาร ของทางราชการ ⁽³²⁾ และเหตุผลในการปฏิเสธไม่

³². โปรดดูพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. ๒๕๔๐ มาตรา ๑๘

เปิดเผยข้อมูลข่าวสารให้กับประชาชนตามที่ขอ เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องให้เหตุผลระบุว่าเปิดเผยไม่ได้เพราะเป็นข้อมูลข่าวสารประเภทใดและเพราะเหตุใดตามลักษณะของข้อมูลข่าวสารที่บัญญัติอยู่ในมาตรา 15 (1) – (6) เท่านั้น หรือเป็นข้อมูลข่าวสารที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อสถาบันพระมหากษัตริย์ตามมาตรา 14 เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่อาจปฏิเสธการไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารด้วยเหตุผลอื่น เช่น เป็นข้อมูลข่าวสารที่เป็นความลับของทางราชการ กรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่แจ้งสิทธิในการอุทธรณ์และระยะเวลาในการยื่นอุทธรณ์ คำสั่งไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารนั้น มีผลให้ระยะเวลาสำหรับการอุทธรณ์ขยายเป็น 1 ปี นับแต่วันที่ได้รับคำสั่งทางปกครองไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารนั้น เว้นแต่ได้มีการแจ้งใหม่ และระยะเวลาดังกล่าวมีระยะเวลาสั้นกว่า 1 ปี ⁽³³⁾



33. พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 40

ปัญหาว่าด้วยการบังคับใช้รัฐธรรมนูญ*

ดร.พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย**

ในเรื่องของแนวคิดทฤษฎีทางกฎหมายต่างๆ ที่ใช้อยู่ ณ ปัจจุบัน ประเทศไทยได้รับอิทธิพลทางความคิดมาจากประเทศในแถบยุโรปค่อนข้างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากประเทศฝรั่งเศสและเยอรมัน ส่งผลให้ประเทศไทยมีแนวคิดในการแบ่งแยกประเภทของกฎหมายระหว่างกฎหมายเอกชน (Private Law) และกฎหมายมหาชน (Public Law) อย่างชัดเจน

จากแนวคิดของการแบ่งแยกประเภทของกฎหมายดังกล่าวส่งผลให้การบังคับใช้กฎหมาย (Law Enforcement) ในแต่ละประเภทก็ผิดแผกแตกต่างกันออกไป โดยหลักการใหญ่ที่แสดงให้เห็นถึงแนวคิดทฤษฎีที่แตกต่างของการบังคับใช้กฎหมายข้างต้นนั้นได้แก่ ลักษณะของคู่นิติสัมพันธ์ (Legal Relationship) กล่าวคือ ในขณะที่กฎหมายเอกชนจะบังคับใช้กับกรณีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันเอง แต่กฎหมายมหาชนจะถูกหยิบยกมาใช้ต่อเมื่อเป็นกรณีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างรัฐ หรือหน่วยงานของรัฐกับเอกชน ณ ที่นี้ ผู้เขียนใคร่ขอหยิบยกเฉพาะ “รัฐธรรมนูญ” ซึ่งถือได้ว่าเป็นกฎหมายมหาชนตัวหนึ่งมาวิพากษ์วิจารณ์เพื่อให้ผู้อ่านได้เห็นว่

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net วันที่ 6 ธันวาคม พ.ศ. 2552

** คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ

ในแง่ของการบังคับใช้รัฐธรรมนูญบนแนวคิดคู่กันนิติสัมพันธ์ข้างต้นที่เพิ่งได้กล่าวไปนั้นมีปัญหาอย่างไร

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่า การบังคับใช้รัฐธรรมนูญในฐานะกฎหมายมหาชนจะสามารถบังคับใช้ หรือใช้อย่างยันได้กับกรณีการกระทำของรัฐ หรือหน่วยงานของรัฐกับเอกชนได้เท่านั้น ทั้งนี้ สืบเกิดได้จากบทบัญญัติที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญเอง อาทิ มาตรา 26 บัญญัติว่า “การใช้อำนาจโดยองค์กรรัฐทุกองค์กร ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้” หรือ มาตรา 83 ที่บัญญัติว่า “รัฐต้องส่งเสริมและสนับสนุนให้ดำเนินการตามแนวปรัชญาเศรษฐกิจพอเพียง” นั้นแสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญกำหนดพันธกิจ (Constitutional Duties) กับรัฐ หรือองค์กรของรัฐเท่านั้น ที่จะต้องกระทำการ หรืองดเว้นกระทำการใดๆ ตามที่กำหนดไว้ต่อประชาชนอันเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนตามหลักกฎหมายมหาชนนั่นเอง

ฉะนั้น เมื่อรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการ หรืองดเว้นกระทำการใดๆ อันเป็นการกระทบสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองเอาไว้ กรณีจึงเป็นการที่ประชาชนสามารถที่จะกล่าวอ้างได้ว่าการกระทำ หรืองดเว้นการกระทำของรัฐเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ (Unconstitutional) โดยองค์กรที่จะเข้ามาวินิจฉัยว่าการกระทำ หรืองดเว้นการกระทำใดๆ ขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่คือ องค์กรศาล ไม่ว่าจะเป็นศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองแล้วแต่กรณี

อย่างไรก็ตาม มีประเด็นปัญหาคือมาแล้วว่า แล้วจะอย่างไรหากการกระทำ หรือการงดเว้นการกระทำอันเป็นการกระทบสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนเกิดจากเอกชนด้วยตนเอง กล่าวอีกนัยหนึ่ง เอกชนเป็นผู้กระทำการ (Private Actor) ส่วนลำแดนแห่งสิทธิหรือเสรีภาพของเอกชนรายอื่นเสียเอง

กลไกในการเยียวยาแก้ไขปัญหานี้คือ “กฎหมายลูก” ต่างๆ เช่น กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ รวมตลอดถึงกฎหมายเทคนิคต่างๆ

(Technique Law) ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายแรงงาน กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค ฯลฯ เป็นต้น ในฐานะกฎหมายเอกชนซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วจะอนุวัติการ (Implement) ตามหลักเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญ

จากกลไกของระบบกฎหมายที่กล่าวมาแล้วในข้างต้น ดูราวกับว่าไม่น่าจะมีปัญหาใดๆ กล่าวคือ ถ้าเป็นกรณีของการล่วงละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนโดยรัฐซึ่งอาจเรียกได้ว่าเป็นการกระทำการ “ละเมิดตามกฎหมายมหาชน” ผู้เสียหายสามารถที่จะหยิบยกบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเพื่อยื่นกับรัฐได้ ส่วนกรณีการล่วงละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่เกิดจากเอกชนด้วยกันเองซึ่งอาจเรียกได้ว่าเป็นการกระทำการ “ละเมิดตามกฎหมายเอกชน” ผู้เสียหายไม่อาจที่จะอ้างตัวรัฐธรรมนูญเพื่อเข้ามาเยียวยาแก้ไขได้ หากแต่ต้องกล่าวอ้างถึงตัวบทกฎหมายเอกชนอื่นๆ โดยหลักการดังกล่าวได้รับการยืนยันไว้ในคำพิพากษาของศาลฎีกา 8434-8436/2550

เพื่อให้ผู้อ่านเห็นภาพชัดมากขึ้น ผู้เขียนขอได้ยกตัวอย่างขึ้นมาอธิบายแค่พอสังเขป เช่น นาย ก. สามารถอ้างได้ว่าการทำงานของรัฐแห่งหนึ่งออกกฏเกณฑ์ในการรับเจ้าหน้าที่รัฐเข้ามาทำงานในหน่วยงานของตนว่าต้องเป็นเพศชายเท่านั้นโดยมิได้ให้เหตุผลประการใดๆ เป็นการขัดกับหลักความเสมอภาคตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญ มีการเลือกปฏิบัติโดยคำนึงถึงความแตกต่างในเรื่องของเพศในการพิจารณารับคนเข้าทำงาน

แต่ นาย ข. ไม่สามารถที่จะอ้างบทบัญญัติเดียวกันของรัฐธรรมนูญกับกรณีบริษัทเอกชนที่กำหนดหลักเกณฑ์ว่าจะรับพนักงานเข้าทำงานในบริษัทก็แต่เฉพาะเพศชายเท่านั้นได้ ทั้งนี้ อยู่บนแนวคิดของการแบ่งแยกประเภทของกฎหมายและวิวัฒนาการของการเกิดขึ้นของรัฐธรรมนูญโลก กล่าวคือ เมื่อครั้งโบราณกาล รัฐธรรมนูญถูกเขียนขึ้นมาเพื่อใช้ในการจำกัดอำนาจของรัฐมิให้เข้ามาละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

กระนั้น ประเด็นจึงมีอยู่ว่า แล้วจะอย่างไรหากเอกชนด้วยกันเองเป็นผู้กระทำการใดๆ อันเป็นการลิดรอนสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนคนอื่น

อีกทั้งเมื่อตรวจสอบกฎหมายเอกชนฉบับอื่นๆ แล้วกลับไม่พบบทบัญญัติหรือกฎหมายใดๆ ที่จะเข้ามาช่วยในการเยียวยาแก้ไขความเสียหายได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การกระทำ หรือการงดเว้นการกระทำโดยเอกชนดังกล่าว เป็นการจำกัดการใช้เสรีภาพในการแสดงออก (Freedom of Expression) เช่น กรณีลูกจ้างถูกห้ามจากนายจ้างไม่ให้พูดคุย หรือแสดงความคิดเห็นทางการเมืองในที่ทำงานก็ดี หรือถูกห้ามมิให้ออกไปร่วมชุมนุมเพื่อเรียกร้องในทางการเมืองก็ดี เป็นต้น ซึ่งตรงนี้ถือได้ว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน (Fundamental Right) ตามหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญทั่วโลก

กรณีปัญหาข้างต้นถูกหยิบยกขึ้นถกเถียงกันในหมู่นักวิชาการทางด้านกฎหมายมหาชนและกฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นอย่างมากในต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นประเทศไอร์แลนด์ ประเทศเยอรมัน ประเทศแคนาดา ประเทศสหรัฐอเมริกา ประเทศแอฟริกาใต้ ฯลฯ ว่าเกิดช่องว่าง (loophole) หรือข้อบกพร่องในการทำหน้าที่ของรัฐธรรมนูญในฐานะที่เป็นกฎหมายแม่บทของประเทศที่มุ่งในการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนหรือไม่อย่างไร

จากการถกเถียงกันข้างต้น นำไปสู่สองแนวคิดด้วยกัน คือ บางประเทศอย่างประเทศสหรัฐอเมริกาองว่าไม่เกิดช่องว่างทางรัฐธรรมนูญในการเข้ามาคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนระหว่างเอกชนและเอกชนด้วยกันเองเพราะว่ามี “กฎหมายลูก” เช่น รัฐ (หรือราช) บัญญัติต่างๆ ประมวลกฎหมายต่างๆ ฯลฯ เป็นต้น เข้ามาทำหน้าที่ดังกล่าวแล้ว หากไม่มีกฎหมายลูกนั้นๆ รัฐสภาก็สามารถดำเนินการออกกฎหมายมาเพื่อการเยียวยาและแก้ไขต่อไปได้

แต่ประชาชนไม่สามารถหยิบยกเอาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญขึ้นมาอ้างอิงโดยตรงกับเอกชนรายใดๆ ที่กระทำการอันเป็นการกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพได้ ทั้งนี้เป็นไปตามทฤษฎี “การกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐ” (State Action) ที่ศาลสูงสุดได้ยืนยันไว้ในคดี Civil Rights Cases

ในทางกลับกัน สำหรับบางประเทศอย่างประเทศไอร์แลนด์กลับมองว่ากรณีดังกล่าวถือเป็นช่องว่างของรัฐธรรมนูญ ฉะนั้น ศาลสูงสุดในประเทศไอร์แลนด์จึงมีคำพิพากษานุญาตให้ประชาชนสามารถกล่าวอ้างถึงบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในการอ้างยันระหว่างกันได้โดยตรง ถ้าข้อเท็จจริงปรากฏว่าเอกชนคนใดล่วงละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพขั้นพื้นฐานของตนเอง โดยให้เหตุผลว่า “คงไม่มีความเป็นธรรมและเหตุผลนักที่รัฐธรรมนูญจะมุ่งคุ้มครองเฉพาะการกระทำอันเป็นการกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนโดยรัฐ แต่ละเลยเพิกเฉยในการกระทำอย่างเดียวกันเพียงเพราะว่าการกระทำเช่นนั้นเกิดจากเอกชนด้วยกันเอง ทั้งๆ ที่รัฐธรรมนูญมีหน้าที่หลักในการรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน”

สำหรับประเทศไทย ปัญหาของการที่เอกชนเป็นผู้กระทำการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนด้วยกันเองนับวันก็จะปรากฏขึ้นในหลายรูปแบบและมีแนวโน้มที่จะเพิ่มมากขึ้นเรื่อย ๆ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า นอกจากการที่นักวิชาการต่างๆ จะมามุ่งกล่าวถึงเฉพาะการปรับปรุงแก้ไขบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแต่เพียงอย่างเดียว ถึงเวลาแล้วหรือไม่ที่จะต้องนำเอาประเด็นปัญหาของการบังคับใช้รัฐธรรมนูญมานั่งขบคิดและหยิบยกขึ้นมาถกเถียงด้วยเช่นเดียวกันว่า

“กรณีหากไม่มีตัวบทกฎหมายใดๆ สามารถเข้ามารับรองและคุ้มครองได้ในการกระทำของเอกชนด้วยกันเองที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนคนอื่น ระบบกฎหมายรัฐธรรมนูญของเราจะอนุญาตให้หยิบยกเอารัฐธรรมนูญขึ้นมายังยันได้โดยตรงกับเอกชนรายนั้นได้หรือไม่อย่างไร”

หากมีการอนุญาตให้สามารถอ้างตัวรัฐธรรมนูญขึ้นยันได้กับเอกชนผู้กระทำการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพกับเอกชนด้วยกันเองได้โดยตรงแล้ว จะมีการกำหนดประเภทของสิทธิหรือเสรีภาพหรือไม่สำหรับการอนุญาตดังกล่าว อาทิ อาจจะอนุญาตให้บุคคลใด ๆ สามารถอ้างรัฐธรรมนูญขึ้นอ้างยันกับเอกชนผู้กระทำการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพได้เฉพาะกรณีที่สิทธิหรือเสรีภาพที่ได้รับ

การกระทบกระเทือนนั้นจะต้องเป็น “สิทธิขั้นพื้นฐาน” เท่านั้น เป็นต้น

อย่างไรก็ดี ในระหว่างระยะเวลาที่ประเทศไทยกำลังหาข้อสรุปว่าจะเห็นไปตามแนวคิดแบบใด ผู้เขียนเห็นว่าทางออกหนึ่งที่พอจะเยียวยาแก้ไขกรณีที่เอกชนเป็นผู้กระทำการละเมิดต่อสิทธิหรือเสรีภาพของเอกชนด้วยตนเองได้ในเบื้องต้นคือ การใช้สิทธิเรียกร้องตามกฎหมายมหาชน (Status Positivus) เพื่อให้รัฐได้กระทำการใดๆ เพื่อเป็นการคุ้มครองเอกชนผู้เสียหาย กล่าวคือ ผู้เสียหายจำต้องใช้ช่องทางตามมาตรา 28 แห่งรัฐธรรมนูญซึ่งได้กำหนดให้ “บุคคลย่อมสามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในหมวดสิทธิและเสรีภาพได้โดยตรง”

ดังนั้น การใช้สิทธิเรียกร้องตามมาตรา 28 ข้างต้นจึงเป็นการเรียกร้องให้รัฐต้องมีมาตรการใดๆ ในการเข้ามาเยียวยาแก้ไขกับกรณีที่เอกชนได้ถูกล่วงแดนแห่งสิทธิเสรีภาพจากการกระทำของเอกชนด้วยตนเอง ซึ่งหากพิจารณาให้ดีแล้วจะเห็นได้ว่า การใช้สิทธิเรียกร้องดังกล่าวเป็นการบังคับใช้รัฐธรรมนูญที่มีลักษณะเป็นการอ้าวนัยต่อเอกชนผู้กระทำละเมิดด้วยกันในลักษณะทางอ้อม (Indirect Horizontal Effect) กล่าวคือ เป็นการบังคับใช้รัฐธรรมนูญด้วยการผ่านตัวกลางอย่างรัฐก่อนที่จะไปมีผลต่อเอกชนนั่นเอง



La protection des données personnelles en droit thaïlandais : état des lieux et perspectives*

*Suppawat Singsuwong***

“Vie privée : Aujourd’hui est demain”. Tel est le mot d’ordre de la 31ème conférence internationale des autorités de protection des données et de la vie privée qui s’est tenue à Madrid en Espagne du 4 au 6 novembre 2009 ⁽¹⁾. Le message est claire : il y a une nécessité pressante de réfléchir dès maintenant aux mécanismes appropriés de protection des données personnelles pour que le droit au respect de la vie privée soit effectivement garanti. C’est d’autant plus important qu’à notre époque les technologies de l’information et de communications sont en plein développement et les informations relatives aux individus sont collectées, utilisées et communiquées chaque jour, le plus souvent à l’insu des intéressés...

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net วันที่ 6 ธันวาคม 2552

** Rapporteur au Conseil d’État de Thaïlande Rapporteur adjoint du projet de loi sur la protection des données personnelles

(1) Conférence à laquelle l’auteur de ces lignes a participé en tant que représentant de la Thaïlande.

La protection de la vie privée est une préoccupation ancienne de la communauté internationale comme en témoigne la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 qui reconnaît dans son article 12 ⁽²⁾ le droit de l'individu à la protection de sa vie privée. Quant aux données personnelles qui sont l'un des aspects de la vie privée, leur protection est progressivement prévue dans une multitude de textes internationaux et régionaux dont le plus connu est probablement la Directive 95/46/CE de l'Union européenne relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. Parallèlement, les droits nationaux de plus en plus nombreux tendent à instaurer le régime de protection des données personnelles.

Dans ce processus, l'Asie semble à la traîne par rapport aux autres régions du monde. Il n'y a que quatre pays ou territoires qui sont dotés de législation générale relative à la protection des données personnelles : le Japon ⁽³⁾, Hong Kong ⁽⁴⁾, Macao ⁽⁵⁾ et Taiwan ⁽⁶⁾ tandis que la Corée du Sud ⁽⁷⁾

(1) Conférence à laquelle l'auteur de ces lignes a participé en tant que représentant de la Thaïlande.

(2) Article 12 Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes.

(3) Act on the Protection of Personal Information Held By Administrative Organs 1998 pour le secteur public et Act on the Protection of Personal Information 2003 pour le secteur privé.

(4) Personal Data (Privacy) Ordinance 1995 pour les secteurs public et privé.

(5) Computer Processed Data Protection Act 1995 pour le secteur public et une partie du secteur privé.

(6) Personal Data Protection Act 2006.

(7) Act on the Protection of Personal Information Maintained by Public Agencies 1999 assure la protection des données dans le secteur public alors que pour le secteur privé, Act on Promotion of Information and Communication Network Utilization and Information Protection 2001 n'est pas une loi de portée générale mais s'applique uniquement aux fournisseurs de services de télécommunications ainsi qu'aux certains secteurs d'activités comme les agences de voyage, compagnies aériennes et hôtels, etc.

et Singapour ⁽⁸⁾, pays pourtant développés, en sont toujours dépourvus. De même pour la Chine où l'on remarque l'absence de législation dans ce domaine. Toutefois, il y a des pays qui font des efforts pour rattraper le retard. Aux Philippines, le Data Privacy Bill est en cours de discussion parlementaire. En Malaisie, le Personal Data Protection Bill a été finalement présenté au Parlement après de long processus d'élaboration. Enfin, le gouvernement thaïlandais a récemment approuvé le projet de loi sur la protection des données personnelles et va le transmettre au Parlement.

En Thaïlande, la Constitution actuelle, en vigueur depuis 2007, garantit dans son article 35 le droit de toute personne au respect de sa vie privée et interdit la production ou diffusion publiques d'une déclaration ou image qui pourraient y porter atteinte ainsi que le droit de toute personne à la protection contre l'exploitation illégale de ses données personnelles. C'est la première fois que le terme "données personnelles" fait apparition dans la loi suprême. Par ailleurs, l'article 56 de la même Constitution reconnaît le droit de toute personne d'accéder aux données détenues par les autorités publiques à l'exception des cas où la communication de ces données risquerait de porter atteinte aux intérêts ou données personnelles d'autrui. D'autres dispositions constitutionnelles contribuent également à la protection de la vie privée, comme l'article 36, qui en assurant la liberté de communication, interdit la censure, la rétention et la divulgation d'une communication entre personnes sauf en vertu des dispositions législatives visant spécifiquement la sécurité de l'État, la préservation de l'ordre public ou les bonnes mœurs.

(8) En l'absence de législation contraignante, la Cité-État se contente d'un Model Data Protection Code for the Private Sector, une sorte de code de bonne conduite qui sert d'instrument d'auto-régulation pour le secteur privé.

Si le texte constitutionnel semble promouvoir la protection de la vie privée et des données personnelles, le niveau de protection dans l'ordre juridique thaïlandais laisse encore à désirer. En effet, la protection des données personnelles reste circonscrite au secteur public avec la loi de 1997 sur les renseignements publics qui fixe le régime juridique de protection des données personnelles détenues par les autorités publiques. Quant au secteur privé, la protection n'existe que pour certaines catégories de données personnelles comme celles relatives aux opérations de crédits ou celles des usagers des systèmes de télécommunications. D'où l'idée d'élaborer une loi générale sur la protection des données personnelles couvrant l'ensemble des données dans le secteur privé.⁽⁹⁾ La Constitution a repris cette idée à son compte en énonçant à l'article 303 (1) que le gouvernement formé à la suite des premières élections générales sous cette constitution doit préparer un projet de loi sur les données personnelles dans le délai d'un an à compter de la date de la déclaration de politique générale au Parlement. C'est chose faite le 6 octobre dernier quand le Conseil des ministres a approuvé le projet de loi sur la protection des données personnelles dans sa version issue de l'examen du Conseil d'État.

Une fois approuvée par le Parlement et promulguée, cette loi constituera un complément logique aux loi de 2001 sur le commerce électronique et celle de 2007 sur la cybercriminalité ⁽¹⁰⁾. Ce corpus de législations dans le

(9) Le premier projet de loi en ce domaine a été élaboré dès 2001 par le Centre national de technologies électronique et informatique (NETEC), un organisme rattaché au ministère de technologies de l'information et de communications.

(10) Certes, cette loi prévoit les sanctions pénales punissant toute personne qui, de manière illicite, a accédé aux données informatiques d'autrui ou a intercepté, endommagé, détruit, ou altéré ces données, lesquelles pouvant comporter les "données personnelles". Mais elle ne fixe pas directement les mesures de protection de ces données sans compter qu'elle a un objectif plus répressif que préventif et ne concerne que les données informatisées.

domaine des TIC devrait assurer la “confiance numérique” des cybernautes, e-consommateurs et entreprises en ligne. Cela dit, il convient de préciser que cette loi ne concernera pas uniquement le traitement des données personnelles par les moyens informatiques. Elle aura une vocation générale et s’appliquera à toutes les données personnelles automatisés ou non qui sont en possession de toute personne – individus ou organismes de droit privé – à l’exclusion toutefois de celles détenues par des autorités publiques déjà sous le coup de la loi de 1997 sur les renseignements publics. Elle couvrira donc tous les secteurs d’activités : des établissements bancaires et financiers aux hôpitaux privés et compagnies d’assurance, en passant par les opérateurs touristiques et hôteliers, sans oublier les entreprises de vente directe. Ainsi cette loi répondra aux attentes des défenseurs de la vie privée qui rêvent depuis longtemps d’une protection juridique globale des données personnelles.

Dans le cadre de cette communication, nous ferons d’abord état de la protection des données personnelles telle qu’elle existe dans les législations actuelles avant de présenter les grandes lignes du projet de loi sur les données personnelles qui, une fois en vigueur, bouleversera le paysage juridique de la protection de la vie privée en Thaïlande.

I. Le défaut d ‘aujourd’ hui : une protection insuffisante dans les législations actuelles

À l’heure actuelle, la protection des données personnelles est insuffisante en ce qu’elle reste limitée au secteur public alors que les données dans le secteur privé ne bénéficient que d’une protection partielle.

A. Protection globale dans le secteur public

À l'origine, les données personnelles dans le secteur public étaient protégées par les lois sectorielles comme la loi sur le registre d'état civil de 1991. Cette loi impose aux agents d'état civil d'assurer la protection des données relatives à l'état civil des personnes comme les nom, prénom, sexe, date de naissance et de décès, nationalité, religion, domicile, situation maritale, nom des parents, etc. Parmi les mesures de protection, on peut citer par exemple l'interdiction de communication publique de ces données sauf quelques cas d'exceptions comme le cas où il y a nécessité de préserver la sécurité de l'État. Il est également reconnu aux personnes intéressées le droit de demander la rectification, la suppression ou la mise à jour des données la concernant.

Par la suite, la loi de 1997 sur les renseignements publics a consacré la protection globale des données personnelles dans le secteur public. Cette loi a pour objet de promouvoir l'accès des citoyens aux "renseignements publics", c'est-à-dire ceux détenus par les autorités publiques (services des administrations centrale et provinciale, collectivités locales, entreprises publiques, etc.) Autrement dit, c'est une législation qui tend à assurer la transparence de l'administration à l'instar de la loi sur l'accès aux documents administratifs en France ou la Freedom of Information Act aux États-Unis. Cela dit, si elle n'a pas pour vocation principale la protection des données personnelles, elle n'en comporte pas moins de dispositions qui la concernent.

L'article 4 de la loi prend soin de donner la définition de "données personnelles" qui s'entend comme "données relatives à l'identité d'une personne physique, par exemple celles relatives à l'éducation, situation financière, dossier

médical, casier judiciaire, parcours professionnel, qui mentionnent le nom de cette personne ou qui comporte référence numérique, code ou autres indications permettant d'identifier ladite personne telles que les empreintes digitales, cassette ou disquette qui enregistre la voix de cette personne, sa photo, ainsi que les données relatives à l'identité de personne décédée.”

La loi a fixé le régime de protection de ces données dans le troisième chapitre, de l'article 21 à l'article 25. Un régime qui peut se résumer en des principes suivants :

- détermination des fins de la collecte : l'autorité publique est tenue d'informer la personne intéressée, avant ou lors de la collecte des données, des fins de leur utilisation ainsi que des conditions de leur utilisation normale. (art. 23 al. 2)

- limitation de la conservation : l'autorité publique ne doit organiser le système de gestion des données personnelles qu'autant que celle-ci est nécessaire à la réalisation des objectifs de son fonctionnement et doit y mettre fin dès qu'il n'y en a plus de nécessité. (art. 23 al. 1 (1))

- consentement lors de la communication : il est interdit à l'autorité publique détentrice des données personnelles de les communiquer à une autre autorité publique ou toute autre personne sans accord écrit de la personne intéressée sous réserve des cas d'exception prévus par la loi. (art. 24)

- exactitude des données : l'autorité publique doit s'efforcer de recueillir les données personnelles directement de la personne intéressée, d'en vérifier régulièrement l'exactitude et rectifier le cas échéant les données erronées. (art. 23 al. 1 (2) et (4)) De son côté, la personne intéressée a également le droit de demander à l'autorité publique de rectifier ou supprimer les données erronées. (art. 25 al.3)

- mesures de sécurité : le système de gestion des données personnelles doit être doté des mesures de sécurité destinées à prévenir tout risque d'utilisation illicite ou d'éventuel préjudice. (art. 23 al. 1 (5))

- transparence dans la gestion des données : l'autorité publique doit veiller à ce que les informations relatives à la gestion des données personnelles soient publiées au Journal Officiel et qu'elles soient régulièrement vérifiées et rectifiées.⁽¹²⁾ (art. 23 al. 1 (3))

- accès aux données personnelles : toute personne dispose du droit d'accès aux données personnelles la concernant. Sur demande écrite de l'intéressé, l'autorité publique est tenue de l'autoriser à consulter les données ou de lui en délivrer la copie. (art. 25 al.1)

- droit de recours : la personne intéressée a droit de former un recours contre le refus de l'autorité publique d'autoriser la consultation de ses données personnelles ou le refus de rectifier ou de supprimer les données erronées, respectivement devant la Commission de renseignements publics et la Commission de communication des renseignements. (art. 13 et art. 25 al. (4))

Au total, la loi sur les renseignements publics offre un cadre juridique plutôt complet pour la protection des données personnelles dans le secteur public même s'il existe certains points sur lesquels elle reste silencieuse comme le transfert des données à l'étranger. Une telle protection fait encore

(11) Parmi ces cas d'exception, on peut citer par exemple le cas où la communication est nécessaire à la prévention ou l'éradication des dangers menaçant la vie ou la santé des personnes ou la communication à des fins de recherche sans aucune mention de nom ou autre indication qui permet d'identifier la personne intéressée.

(12) Ces informations sont par exemple les conditions d'utilisation normale des données, la procédure de consultation des données, celle relative à la demande de rectification des données, etc.

défaut dans le secteur privé qui reste régi par les législations sectorielles, lesquelles ne couvrent qu'une infime partie des données personnelles détenues par les entreprises privées.

B. Protection partielle dans le secteur privé

Il existe des lois qui permettent la protection des données personnelles dans certains secteurs d'activités telles que la loi de 2002 sur la gestion des données relatives aux opérations de crédits et la loi de 2001 sur les activités de télécommunication.

La première loi impose aux sociétés de gestion des données relatives aux opérations de crédits de mettre en place les mesures de traitement ayant trait aux collecte, enregistrement, conservation, utilisation, communication et suppression des données. L'utilisation des données par les banques et organismes financiers est strictement limitée à l'examen pour l'octroi d'un prêt et les données ne peuvent être communiquées aux personnes non autorisées. Le responsable des fichiers de données ont l'obligation de prendre les précautions utiles pour assurer la sécurité des données. Par ailleurs, le droit d'accès au fichier et à la rectification des données est également reconnu aux personnes concernées.

La seconde loi impose à la Commission Nationale d'Activités de Télécommunication (CNAT) de fixer les mesures de protection des données des usagers des moyens de télécommunication, de leur droit à la vie privée et liberté de communication par les moyens de télécommunication. En 2006, la CNAT a publié l'arrêté fixant les mesures susmentionnées dont les grandes lignes rappellent, à bien des égards, les principes de protection des données personnelles de la loi de 1997 sur les renseignements publics. Le traitement des données personnelles est soumis à l'accord de l'utilisateur

et doit se faire uniquement pour le besoin des activités de télécommunication. L'opérateur est tenu de recueillir les données directement de l'utilisateur et la collecte est limitée au besoin des activités de télécommunication et aux buts conformes aux dispositions légales. La collecte est interdite pour certaines "données sensibles", par exemple l'incapacité physique ou caractéristiques génétiques de l'individu. L'opérateur ne peut conserver les données de l'utilisateur au delà d'une durée de deux ans à compter de la date où il a cessé de lui fournir le service de télécommunication. L'utilisateur dispose du droit d'accès aux données le concernant, d'en demander la rectification, de demander la cessation de l'utilisation ou de la communication des données ainsi que de retirer son accord pour le traitement des données à tout moment.

Dans d'autres secteurs d'activités, il existe des lois qui prévoient les règlements sur la déontologie et l'obligation de confidentialité des professions réglementées à l'égard des données personnelles de leurs clients telles que la loi de 1960 sur la profession d'experts-comptables, celle de 1985 sur la profession d'avocats ainsi que différentes lois sur les professionnels de santé (médecins, chirurgiens-dentistes, pharmaciens, infirmières et sages-femmes). Cependant, ces règlements ont le contenu trop général et la force juridique incertaine, ce qui ne permet pas une protection effective des données personnelles des individus.

Face à cette carence, on s'est tenté de recourir aux dispositions des codes civil et pénal sur la responsabilité quasi-délictuelle ou la diffamation, mais leur utilité est limitée car elles sont de nature plus réparatrice ou répressive que préventive. En outre, sous le régime de droit commun, la charge de la preuve incombe le plus souvent à la personne qui a subi les préjudices, ce qui est loin de faciliter l'action en justice.

Cette protection des données personnelles par les lois sectorielles n'est pas sans rappeler la situation des États-Unis qui n'ont pas toujours de loi générale en ce domaine mais prennent l'option d'une protection par secteurs d'activités ou par catégories de personnes à protéger.⁽¹³⁾ Une telle position n'est pas partagée par la majorité des pays européens qui ont choisi la voie d'une protection globale par l'adoption de loi générale. C'est dans cette dernière direction que la Thaïlande se résout à s'engager en élaborant le projet de loi sur la protection des données personnelles, une législation qui vise à protéger les données personnelles dans l'ensemble du secteur privé.

II. Le défi de demain : une protection renforcée par la loi sur les données personnelles

L'idée d'une loi générale sur la protection des données personnelles remonte à l'année 2001. Mais les désaccords entre les services administratifs et les changements politiques ont retardé son élaboration. Le projet de loi a été préparé par l'Office de la Commission des Renseignements Publics à la suite d'un rapport d'étude préparé par une équipe de professeurs de la faculté de droit de l'université Thammasat. En 2006, le projet de loi a été présenté au Conseil des ministres et soumis à l'examen du Conseil d'État.

De point de vue de droit comparé, le Conseil d'État a examiné le projet de loi en considérant plusieurs législations étrangères, notamment la loi fédérale du Canada sur la protection des renseignements personnels et les documents

(13) Par exemple Cable TV Privacy Act 1984 pour les données personnelles des souscripteurs de télévision par câble, Video Privacy Protection Act (VPPA) 1988 pour les données des clients de magasin de location de cassettes vidéo, Children's Online Privacy Protection Act 1998 (COPPA) pour les données personnelles des mineurs de moins de 13 ans., etc.

électroniques de 2000 (PIPEDA), la loi suédoise sur les données personnelles de 1998 (Personal Data Act) et la loi fédérale allemande sur la protection des données de 1990 (Bundesdatenschutzgesetz, BDSG)

À l'issue de l'examen du Conseil d'État, le texte a été substantiellement modifié, et ce dans le sens d'une plus grande protection des données personnelles. Nous n'avons pas l'ambition d'exposer ce projet dans tous les détails mais simplement d'en présenter les traits saillants. Ce texte est caractérisé par son champs d'application vaste et son régime de protection stricte, des caractéristiques qui méritent quelques observations et commentaires.

A. Un champs d'application vaste

Le projet de loi reprend la définition de "données personnelles" de la loi sur les renseignements officiels de 1997 et il s'applique à toutes les données personnelles en possession de tout individu et personne morale de droit privé. Les données personnelles détenues par les autorités publiques en sont exclues car déjà régies par la loi sur les renseignements publics de 1997. Particularité notable : les entreprises publiques, déjà sous le coup de la loi de 1997, sont également incluses dans le champs d'application de la loi sur les données personnelles. La raison est que dans certains secteurs d'activités, les entreprises publiques, notamment celles sous forme de société anonyme, sont en concurrence avec des entreprises privées.⁽¹⁴⁾ Il faudrait donc les placer toutes les deux sous le même régime juridique contraignant

(14) On pense particulièrement aux Thai Airways International dans le secteur de transport aérien, Krungthai Bank dans le secteur bancaire, CAT Telecom dans le secteur de télécommunications, TOT dans le secteur de téléphonie et PTT dans le secteur pétrolier.

pour ne pas fausser la concurrence. Ainsi, les entreprises publiques seront soumises à deux législations à la fois : la loi sur les renseignements officiels de 1997 en tant qu'“autorité publique” et la loi sur la protection des données personnelles en tant que société opérant dans le secteur privé.

Par ailleurs, la loi ne s'applique pas aux données personnelles que les personnes physiques ou morales recueillent pour des fins personnels sans laisser d'autres personnes utiliser ces données ou les communiquer à autrui. Sont également exclues du champs d'application de la loi l'utilisation et la communication des données personnelles recueillies à des fins journalistiques, artistiques ou littéraires. On peut regretter cette dernière exception qui n'est assortie d'aucun tempérament. Certes, les libertés d'expression et de la presse sont les libertés fondamentales reconnues par l'article 45 de la Constitution. Mais le même article permet qu'une loi puisse apporter des restrictions à l'exercice de ces libertés si elle a pour but de protéger la vie privée d'autres personnes...

En tant que loi générale, la loi sur la protection des données personnelles s'appliquera à toute opération relative aux données personnelles qui n'est régie par aucune loi particulière. Cela dit, même dans le cas où il existe des dispositions de loi spécifique qui fixe les règles concernant une opération donnée, le Premier ministre, avec l'approbation du Conseil des ministres, peut édicter un arrêté ordonnant l'application des dispositions de la loi sur la protection des données personnelles, en complément ou en remplacement des dispositions de la loi spécifique s'il existe un motif valable.⁽¹⁵⁾ Ce mécanisme de substitution met parfaitement en lumière

(15) On s'inspire du mécanisme existant dans certaines législations comme la loi sur les substances dangereuses de 1992.

la vocation générale de la loi sur la protection des données personnelles.

En dernier lieu, il convient de noter que le Conseil d'État a apporté une importante modification au texte originel en élargissant le champs d'application de la loi : celle-ci s'appliquera à toute opération relative aux données personnelles, y compris celle dans le cadre d'une activité sans but lucratif ou commercial alors qu'à l'origine, seules les activités lucratives et commerciales y étaient soumises. Cet extension du champs d'application de la loi est conforme à l'esprit de l'article 35 de la Constitution qui a pour objectif la protection contre toute exploitation illégale des données personnelles, cela sans considération de la nature des activités concernées.

B. Un régime de protection stricte

• Des principes classiques mais plus sévères

Si on retrouve les principes existants dans la loi sur les renseignements publics de 1997, le régime de protection de la loi sur les données personnelles est, dans son ensemble, plus sévère que celui de sa devancière. Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut mentionner quelques points de repères :

- consentement de l'intéressé : on exige le consentement de la personne intéressée avant ou lors de toute opération relative à ses données personnelles, qu'il s'agisse de collecte, utilisation ou communication des données. Pour que le consentement soit valable, l'intéressé doit être préalablement informé des fins de l'opération envisagée. Par ailleurs, l'intéressé dispose du droit de se rétracter avec possibilité de retirer son consentement à tout moment sous réserve

de disposition légale ou clause contractuelle restreignant l'exercice de ce droit.

La loi prévoit quelques exceptions au principe du consentement. Celles-ci sont de deux ordres. D'une part, les exceptions communes à toutes les opérations. Par exemple le cas où l'opération est dans l'intérêt de l'intéressé et il est impossible de demander son consentement sur le champ ou il s'agit de sauvegarder la vie, la santé ou la sécurité de l'intéressé. D'autre part, les exceptions propres à chaque opération. Par exemple, pour la collecte des données, le consentement de l'intéressé n'est pas nécessaire s'il s'agit des données recueillies lors de spectacle, manifestation sportive ou autres activités de même nature à condition que la personne intéressée y apparaisse ou participe de sa propre volonté et il s'agit d'activités ouvertes au public. Quant à la communication des données, le consentement n'est pas exigé lorsqu'elle est faite à l'avocat qui représente le responsable du traitement des données ou qu'elle est faite en vue de recouvrement d'une créance que celui-ci a contre l'intéressé ou encore quand elle est faite à un organisme chargé de la conservation de documents historiques.

- limitation de la conservation : le responsable du traitement des données ne peut conserver les données personnelles au-delà de la durée initialement notifiée à l'intéressé ou la durée exigée par les fins de la collecte. Au terme desdites durées, il est tenu de supprimer les données ou les rend insusceptibles d'identifier la personne intéressée. Cela dit, il peut continuer à conserver les données pour des fins de statistiques ou de recherche s'il obtient l'accord écrit de l'intéressé.

- mesures de sécurité : le responsable du traitement des données doit mettre en œuvre les mesures de sécurité appropriées

pour protéger les données personnelles contre l'utilisation ou la communication illicites qui seraient préjudiciables à l'intéressé, la perte, l'altération, l'accès non autorisé et la destruction des données. Ces mesures devant concerner au moins l'accès et l'utilisation du système informatique, le plan d'urgence en cas de panne informatique ainsi que la vérification et l'évaluation des risques concernant le système informatique.

- droits de la personne intéressée : celle-ci dispose du droit d'accès aux données personnelles la concernant ainsi que celui d'en demander la rectification, la mise à jour et la suppression.

• Des innovations bienvenues

Le projet de loi sur la protection des données personnelles comporte quelques nouveautés par rapport à la loi sur les renseignements publics de 1997. Parmi les aspects novateurs, citons par exemple :

- régime des "données sensibles" : la loi fixe de manière expresse les règles gouvernant la collecte, l'utilisation et la communication des "données sensibles". Ces dernières sont notamment les données relatives à la vie sexuelle, casier judiciaire, origines ethniques ou raciales, opinions politiques, croyances religieuses de l'individu telles que définies par l'arrêté ministériel. Elles bénéficient d'une protection plus grande que les données ordinaires en ce sens que leur collecte, utilisation ou communication nécessite l'accord écrit de l'intéressé et que les exceptions au principe du consentement sont limitées au strict minimum.

- régime de transfert de données à l'étranger : le texte prévoit les règles concernant le transfert de données personnelles à l'étranger. On y trouve l'influence de la Directive 95/46/CE de l'Union européenne et des législations des pays

européens. Le transfert des données est soumis à l'accord écrit de la personne intéressée. Il n'est permis d'y déroger que dans certains cas d'exceptions, par exemple, lorsque le transfert est nécessaire à l'exécution d'un contrat entre la personne intéressée et le responsable du traitement ou à l'exécution du contrat entre le responsable du traitement et un tiers dans l'intérêt de la personne intéressée ou lorsque le transfert est nécessaire pour prévenir et réprimer le blanchiment d'argent et les actes de terrorisme. En l'absence de l'accord écrit de la personne intéressée, il est également interdit d'effectuer un transfert de données vers un pays qui n'est pas doté de législation protectrice des données personnelles ou celui dont la législation offre un niveau de protection inférieur à la protection nationale. Notons que cette condition est plus stricte que celle posée par la Directive 95/46/CE qui n'exige qu'"un niveau de protection adéquat".

- régime spécial pour certaines catégories de responsables du traitement : un régime de protection plus rigoureux est prévu pour les "responsables du traitement des données personnelles exerçant des activités commerciales". Ces activités seront déterminées ultérieurement par l'arrêté ministériel mais on pense déjà aux secteurs d'activités où la collecte des données personnelles sont monnaie courante avec le risque d'atteinte à la vie privée. Toutefois, il est fort probable que l'on ne retiendra que "les plus grandes entreprises", en se basant, par exemple, sur le montant des chiffres d'affaires, le nombre d'employés ou le nombre des données personnelles conservées. Hormis les obligations générales auxquelles tous les responsables du traitement sont soumis, les responsables du traitement exerçant des activités commerciales seront tenus par les contraintes supplémentaires comme celles d'établir les politiques ou codes de conduite pour le traitement des données au sein de l'organisme (privacy policy), de mettre en place le

système de sécurité ou encore d'organiser les formations de leurs employés dans le domaine de protection des données. Notons également qu'en cas de sous-traitance, il leur incombe de prévoir dans le contrat les mesures qui garantissent le niveau de protection au moins égales à celles prévues par la loi et les règlements d'application.

• Des organes de contrôle aux pouvoirs étendus

La loi prévoit la création de la Commission de Protection des Données Personnelles, laquelle peut installer une ou plusieurs "commission(s) de surveillance des données personnelles"

- La Commission de Protection des Données Personnelles (CPDP)

C'est une instance collégiale composée de 13 membres comprenant les hauts fonctionnaires, représentants du secteur privé et experts dans le domaine du droit et de technologie. Elle a le pouvoir de fixer les politiques et mesures de protection des données, donner des avis et recommandations, édicter les arrêtés d'application de la loi ainsi que le code de conduite fixant les bonnes pratiques à destination des responsables du traitement des données. Question logistique, l'Office de la Commission des Renseignements Publics, déjà responsable de la protection des données dans le secteur public, servira de secrétariat pour la future Commission de Protection des Données Personnelles. Situation un peu curieuse si l'on songe qu'en France, la CADA et la CNIL devaient partager les mêmes services administratifs, qui de plus sont sous l'égide de l'Office du secrétariat général de l'Office du Premier ministre et donc perméable à toute ingérence politique... Mais il s'agit sans doute d'une solution provisoire avant l'avènement d'une autorité indépendante dans le domaine de la protection des données personnelles.

- Les commissions de surveillance des données personnelles

Si la CPDP est une instance de politique et d'orientation, les commissions de surveillance, quant à elles, assureront le travail au quotidien en matière de protection des données personnelles. Elles sont chargées d'examiner les réclamations relatives aux violations de la loi, de mener les investigations sur les cas allégués et tenter de concilier les protagonistes. Si les faits sur les violations de la loi sont établis et les tentatives de conciliation ont échoué, la commission peut enjoindre au responsable du traitement des données de se conformer aux prescriptions légales. Cette injonction étant un acte administratif, si le contrevenant n'obtempère pas dans le délai imparti, la commission peut infliger des "amendes administratives" (astreintes journalières) au récalcitrant et en cas de non paiement, de procéder au recouvrement forcé des amendes, ceci conformément aux dispositions de la loi sur la procédure administrative non contentieuse de 1996. Les décisions de la commission – qu'il s'agisse de fin de non recevoir opposé à l'auteur de la réclamation ou l'injonction au responsable du traitement – sont susceptibles d'appel devant la Commission de Protection des Données Personnelles.

• Des mesures de protection variées

Pour protéger de manière effective les données personnelles, la loi prévoit toute une gamme de mesures allant de la récompense à la punition en passant par la réparation.

Au titre de mesures incitatives et de soutien, le responsable du traitement des données peuvent solliciter les conseils en matière de protection des données personnelles ainsi que les aides aux formations de leurs employés. Par ailleurs, les responsables du traitement agréés peuvent

demander l'octroi de "marque de garantie de la protection des données personnelles", un label de qualité grâce auquel on peut gagner la confiance des clients et usagers soucieux de la protection de leur vie privée.

À propos de l'arsenal répressif, on dénote une nette préférence pour les sanctions administratives en raison de la célérité du procédé et de la volonté de ne pas pénaliser les délits mineurs. En effet, la grande majorité des infractions sont passibles d'amendes administratives dont le montant dans certains cas peut atteindre 100,000 bahts C'est le directeur de l'Office de la Commission des Renseignements Publics qui dispose du pouvoir d'infliger les amendes administratives dont le montant devrait se calculer en fonction de la gravité de l'acte et l'importance du dommage causé. Les sanctions pénales - amendes pénales et emprisonnement - sont réservées uniquement aux infractions les plus graves, conformément à la politique de dépenalisation.

Enfin, est également prévue la responsabilité civile des responsables du traitement des données dont le régime est plus stricte que celui de droit commun. À ce propos, on peut cependant déplorer qu'il n'y ait pas l'introduction de "punitive damages" comme mesure à la fois restitutive et répressive pour prévenir l'atteinte à la vie privée (sur ce point, on pense - pour une fois - au système américain) car le montant de ces dommages-intérêts punitifs serait beaucoup plus dissuasif par rapport à ceux qui sont traditionnellement alloués par les tribunaux.

Le projet de loi sur la protection des données personnelles est le fruit d'un travail de longue haleine qui a associé tout au long de son processus d'élaboration tous les milieux intéressés : le monde universitaire, les administrations, les experts en TIC et surtout les représentants de la société civile et des secteurs

économiques. Notons que ces derniers avaient l'opportunité, lors de la consultation publique, de présenter leur observations et réserves dont certaines ont été prises en compte par le Conseil d'État et conduisent à la modification des dispositions concernées. Au final, il en résulte un texte plutôt équilibré qui vise à une protection maximale de la vie privée des individus tout en aménageant les marges de manœuvre aux entreprises pour ne pas trop entraver la marche des affaires. En tant que positiviste, nous pensons qu'il a réussi à concilier « l'ordre et le progrès ». Souhaitons qu'il trouvera grâce aux yeux du législateur et des citoyens.

En conclusion, on peut dire que la protection de la vie privée peut être assurée de différentes manières. La plupart du temps, elle peut prendre la forme de l'auto-régulation avec l'édiction par les entreprises de codes de bonne conduite ou "privacy policy". Une pratique qui peut être appuyée par le développement des logiciels et programmes d'application informatiques soucieux de respecter la vie privée et les données personnelles, c'est le fameux concept de "privacy by design"⁽¹⁶⁾. Mais le plus souvent les bonnes volontés et l'ingéniosité technique ne suffisent plus et il faudrait l'intervention de l'État pour fixer les règles du jeu et créer une autorité publique pour veiller à leur respect.

À l'heure actuelle, il est encore trop tôt pour faire un pronostic sur l'avenir du projet de loi sur les données personnelles. Certes, cette loi sera certainement promulguée car le législateur a l'obligation constitutionnelle de l'édicter. Mais son contenu risque d'être altéré en cours de discussions parlementaires et ce dans le sens d'une moindre protection pour

(16) Concept inventé dans les années 1990 par Ann Cavoukian, commissaire à la vie privée d'Ontario au Canada. Pour le dernier développement cf. "Privacy by design ... Take the challenge", 2009.

les données personnelles. C'est maintenant aux représentants du peuple de donner le verdict. Espérons qu'il ira dans le bon sens car la vie privée des citoyens en dépend.

Plus que jamais il faut garder à l'esprit : "Aujourd'hui est demain".



Key Note Speech on “The Role of Court in the Development of the Rule of Law in Thailand”*

*Prof. Dr. Ackaratorn Chularat***

Excellency.

Dear Rector

Honorable Guests,

Ladies and Gentlemen.

First of all, I would like to congratulate Thammasat University on its 75th anniversary of inauguration. Thammasat is the leading academic institution that continuously produces the elites and eminence scholars for Thailand. Thus there is no need to reiterate about the roles and achievement of Thammasat since those have been well recognized by the Thai society.

As an alumnus, I wish congratulate and to be a part in its mission of nation's building. I hope that Thammasat eternally be the leading academic institution and the “Creator of Eminence Scholars” for Thai society.

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net วันที่ 20 ธันวาคม 2552

** *President of the Supreme Administrative Court for the 4th Law Symposium “Law in the Changing World” Wednesday 9th December 2009 at Dusit Thani Bangkok*

Today, I was invited by Thammasat to give a speech on "Judicial Roles in Upholding Justice in Contemporary Thai Society", which is under the topic of "Law in the Changing World". I have pondered on the issue to be dealt with today for the world is enormously changing and the court has bigger roles.

Ladies and Gentlemen, the concept of "The Rule of Law", on often called Niti-Dharma by Thai people, originally found in the United Kingdom, especially from the authoritative work of Albert Venn Dicey (1835-1922), "Introduction to the Study of Law of the Constitution (1915)". Dicey tried to compare "The Rule of Law" with "Rechtsstaat Theory" or "l'État de droit". He determined to use this concept to counter the legislative power of the Parliament, which known as the Supremacy of Parliament.

Even though the two concepts originated from different sources, but the core objectives of both are similar, they are the principle of the supremacy of law aiming to use law as a frame to restrict the exercise of state. (The well-accepted characteristics of the rule of law can be clearly understood through five key elements (a) separation of powers; (b) judicial control of the legality of administrative acts; (c)judicial control of the constitutionality of laws; (d) protection of human rights, and (e) independence of the judges)

In conclusion, the law is the source, framework, and limitation of the employment of power of the state agency in executing its assigned duty.

However, in order to maintain the stability of the Rule of Law, written law is by far the most effective legal tool which the court can use to fight against illegality. The Administrative Court, one of Thai judiciary institutions, obligates to sustain the Rule of Law by applying the legal provision into a case

filed. Particularly, the dispute arises from the implementation of such legal provisions by the executive.

Thai legal system and Thai courts, particularly the Administrative Court, are much more fortunate on the matters of upholding of justice, protection of the Rule of Law, and maintaining the Rule of Law. When looking through the past and present written laws, we find that Thai legal system has continuously transformed the unwritten laws into the written laws from the past until now; for instance, the principle of impartiality or the rule of non-bias (*nemo iudex in re sua*) that appeared in the principle “*Indabhāsa*” of the Code of King RAMA I of 1666 “Royal Manuscripts with the Three Seals”, which is influenced by Agati 4 of Buddhist morality, or in the present legal system it is in the Administrative Procedure Act 1996 (B.E. 2539). The above examples indicate that the courts of Thailand have many major tools for upholding the Rule of Law or *Rechtsstaat*.

Although there are the written laws in the legal system, the said written laws are not complete and applicable to all cases. Firstly, we have to understand the role of the court in resolving the dispute, so it is important for the court to acquire or even create legal tools to perform its duties by basing on the concept of the equity. We call this “the General Principles of Law”.

Prof. Dr. Pridi Branomyong, the Senior Statesman and the first founder of (The University of Moral Science and Politics), changed to the present-day “Thammasat University”, and Dr. Pridi is the person who pushed for the establishment of the Administrative Court in Thailand. He stated about the importance of the general principles of law in his commentary on administrative law back in 1931.

Therefore, the Administrative Court has the important

duties to create and lay down the principle of the administrative law under the frame of the provisions of the constitution and other provisions of the written laws enacted by the Parliament.

The mission of the administrative judges is not only to interpret the written laws as provided for the exercise of power of the state authorities but also have the duty to fill the loophole in the law, by creating the general principles of law, and administrative law principles, which is in line with and suitable for the government system, society, and culture of our nation.

Especially, in our country which public law is a fairly new concept. The role of Administrative Court in creating and exploring the general principles of law in public law is increasingly and undeniably important to the development of public law in Thailand.

The process in the creation of the general principles of law has existed in some countries for some times, such as, Conseil d'État, which has created many general principles of law, and the Constitutional Council which creates the principle of law having the binding force of the constitution. For the countries in the Common Law system such as the United Kingdom, or the United States the Supreme Court of which founds such a principle as in *Marbury v. Madison* (1803). The creation of general principles of Law is generally recognized in both Civil Law and Common Law countries.

When a society changes, its law adapts to suit such change as well. It is natural that the law is more complexed than it was in the past. Such complexity of law is the cause of the gaps of law in the present. It is not that the law is lacking, vice versa it originates from the overwhelming contents. Eventually such complexed law cannot be efficiently enforced.

On top of that, this situation could also harm the rights and liberty of the people. For this reason, there is a call for the court, particularly the Administrative Court, to step forward and to fill such gaps in the law to uphold the Rule of Law or Rechtsstaat .

The aforementioned are the issues of the Rule of Law and the duty to follow the Rule of Law. In the present world of change, each court relentlessly has to be alert, follows the changes, and studies the complexity of law. Evidently, a case filed to the court is more complicated and requires new approaching techniques. For example, the linkage of telecommunication network or GMO engineering issue which require technical knowledge. Though not an expert on technical issue, the court still has to acknowledge such a matter and develop the principles of law applicable to the dispute in order to protect justice.

The Administrative Court independently develops and founds significant general principles of the law. The court has to keep informed of the complexity of the current business world. This includes the principle of "Conflict of Interests" stipulated in the "case" where the court held that the privatization process of one of our public enterprise was unlawful due to one of the committee laying the groundwork for privatization of that public enterprise, is also a board member of a private company which is, a business partner of that public enterprise. Therefore such action was constituted a ground for the conflict of interest.

Nevertheless, the role of the Administrative Court is not only to protect the rights of individual but also to take care of the interest of the state that is the common interest of the society. In trial and adjudication process, the court has to find the balance to ensure equity between the interest of the

individual and of the state.

Ladies and Gentlemen, the environmental problem of our present world is the main issue that we pay attention. From the past, the Administrative Court played a significant role in the protection of rights and remedies to correct the damage caused by the action of the state officials.

The Administrative Court lays down the principle of liability through many cases, such as the case which is known as "Cobalt-60" where the court held that the defendant (a state agency) fails to exercise its official duty to prevent the removal of radioactive Cobalt-60 from the permitted location causing damages to the plaintiffs. So the defendant had to pay the plaintiffs' compensation. And for "another case" the Administrative Court determined that the defendant, as a regulating body, failed to perform its official duty to rehabilitate the contaminated (a small community) and to claim financial compensation from the polluter for environmental damage. So the court orders the defendant to pay compensation for the plaintiff for their lost of opportunity to earn a living and lost of their right to live in a clean environment. As you can see, in the environmental disputes, the Administrative

Court has attempted to set out the principle of state liability that forces the state to take a responsibility even though it is not the direct cause of such damage.

The Thai Administrative Court has often confirm the attempt to found general principles of law through many court judgments, for instance, under the principle of equity and inclusiveness the state agency should not deny the request of the disable for work if his disability does not affect the work efficiency of such person. The state official is not allowed to issue an order if he has any interest in the process of order issuance, due to conflicting to the principle of impartiality.

The passing of ministerial regulation shall follow the spirit of the enabling act to satisfy the interest of the general public. Should there be any problem in exercising the right of an individual, such problem should not

outweigh the interest of the public by following the principle of proportionality the passing of such a law is lawful in itself.

The administrative principle is the legal principle that generates the good governance principle or the principle of decent execution of public service for the society.

The other matter that seems to be mentioned at present day is the issuance of laws to bar people from the access rights to court, especially these laws on national security. It is proper to ponder whether such a concept is correct or not. Since the right to access to the court is one of the fundamental rights, everyone deserves to be entertained without any restriction. It is true for some countries that the judicial review is questioned when the national security issues arise. However the global trend on such an issue weighs on the approval of the people rights to access to the court. It is to say that “the reassurance of the rights in access to court” is “the general principles of law” and “the principle of law which has the binding force of the constitution” which is well recognized by various nations, like Germany which guaranteeing such rights in Article 19 of the Basic Law which is the Constitution. And in this seminar we are fortunate to have an expert from Germany who certainly can clarify this point.

The aforesaid is a vision on the role of the court, by looking at the changes occurred in Thai society. However, there is one thing that we could not overlook; the changes occurring in Thai are not the things that could be excluded from the changes around the world. In globalization era, the

court has to put an effort to trace changes, be the changes in business, international trade, intellectual property, or other changes of the society, and understand the legal mechanism in the various international dimension, and develop the principles of law that cope the scope of the world changes.

In conclusion, it is hard to narrate in detail, the role of the court in the development of the Rule of Law, what I could only say here is that the court has to be alert, constantly keep pace with the world development, and continuously create principle of law to suit the actuality since no matter how much the world changes, the role of court still remains; to establish the rightness and justice and thereby brings about peace to the society.

Ladies and gentlemen, the duty to create equity and the Rule of Law in society did not entirely belong to the judiciary. In fact, every part of the society is also obligate to this duty as well. Universities, Faculties of Law are undeniable the most important institution that create jurists and lawyers to serve the society, to create justice in the society, and to form a legal profession with moral and legal accountability. I believe that it is the time for our academic institutions to join force together and reform our curriculum to match the dynamic society we live in.

Ladies and Gentlemen, equity and the Rule of Law can not practically enforce if we can not keep up with the changes in the world. The Law might be the framework for our path, but every pace we take shall fill with Rightness and Justice. Because “The Law is the Art of Rightness and Justice” (Jus est ars boni et aequi).

Thank you



ข้อสังเกตเพิ่มเติมต่อบทความเรื่อง “ปัญหาการขอขยายระยะเวลาอุทธรณ์ ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและ วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เพิ่มเติม”*

นรินทร์ อธิสาร **

ตามที่คุณนิธินันท์ สุขวงศ์ ได้เขียนบทความ “เพิ่มเติม” ใน <http://www.pub-law.net> อธิบายขยายถึงบทความที่ได้เขียนเกี่ยวกับ ปัญหาการขยายระยะเวลาอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 พร้อมทั้งกล่าวถึง บทความของผู้เขียนที่หยิบยกเอาประเด็นเรื่องเกี่ยวกับเหตุผลในการแก้ไขปัญหายุ่งยากเกี่ยวกับการขยายระยะเวลาอุทธรณ์ตามกฎหมายศาลปกครอง ในประเด็นที่ว่า การแก้ไขปัญหาดังกล่าวไม่สามารถจะใช้วิธีการออกระเบียบที่ประชุมใหญ่มาแล้วจะทำให้ศาลปกครองยื่นหรือขยายระยะเวลาดังกล่าวได้แต่อย่างใดนั้น หลังจากที่ผู้เขียนได้อ่านบทความเพิ่มเติมดังกล่าวแล้วนั้น ก็เห็นว่ามี

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net วันที่ 3 มกราคม พ.ศ. 2552

**นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายมหาชน) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, Magister iuris (M. iur.) Georg-August Universität zu Göttingen, พนักงานคดีปกครองปฏิบัติการ, สำนักงานศาลปกครอง.

จำเป็นต้องที่ต้องขออนุญาตท่านเจ้าของบทความเดิมในการตั้งข้อสังเกต “เพิ่มเติม” ตอบบทความ “เพิ่มเติม” ดังกล่าว ดังต่อไปนี้

ประการที่หนึ่ง เป็นเรื่องที่ต้องทำความเข้าใจให้ตรงกันก่อนว่าความเห็นของผู้เขียนในเรื่องดังกล่าวนี้เป็นความเห็นส่วนตัวของผู้เขียนเองไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับศาลปกครองแต่ประการใด

ประการที่สอง คุณนิธินันท์ ได้ยกข้อความที่ผู้เขียนได้เขียนไว้ว่า “ทั้งนี้ ประเด็นว่า ข้อ 49/1 ของระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง สอดคล้องกับมาตรา 73 ของกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองแค่ไหนเพียงใดนั้น ขอไม่กล่าวถึงในที่นี้” จากนั้นคุณนิธินันท์ ก็ได้กล่าวต่อไปว่า “ซึ่งหากพิจารณาดูดีๆ แล้ว ความสอดคล้องดังกล่าว น่าจะมีผลโดยตรงในบทความของผู้เขียนทั้งบทความนี้และบทความก่อนหน้านี้เพราะหากระยะเวลาอุทธรณ์ได้แย้งคำพิพากษาต้องห้ามมิให้ขยายแล้ว ระยะเวลาอุทธรณ์ได้แย้งเกี่ยวกับคำสั่งละเมิดอำนาจศาล ก็จะต้องห้ามมิให้ขยายเช่นกัน ในทางกลับกันหากระยะเวลาอุทธรณ์ได้แย้งเกี่ยวกับคำสั่งละเมิดอำนาจศาล สามารถแก้ไขให้ขยายได้แล้ว ระยะเวลาอุทธรณ์ได้แย้งคำพิพากษา ก็จะต้องสามารถแก้ไขให้ขยายได้ด้วยวิธีเดียวกัน ตามที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้ในบทความของผู้เขียน กล่าวคือ ที่น่าจะมีผลโดยตรงนั้น เนื่องจากหากศาลปกครองไม่ออกระเบียบข้อ 49/1 ดังกล่าว ในเรื่องเกี่ยวกับการละเมิดอำนาจศาลแล้ว ก็ไม่เป็นประเด็นที่ผู้เขียน จะเขียนบทความของผู้เขียนให้คุณนรินทร์ ได้มีความเห็นเพิ่มเติมแต่อย่างใด เมื่อระเบียบข้อดังกล่าวออกมาแล้ว ทำให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับระยะเวลาอุทธรณ์คำพิพากษาทันที เพราะเท่ากับว่า ในเมื่อกฎหมายกำหนดในเรื่องเดียวกันไว้เป็นอย่างเดียวกัน แต่มีการนำมาทำให้แตกต่างกัน หากเป็นเรื่องของบุคคลก็อาจเป็นการเลือกปฏิบัติได้” ในที่นี้ผู้เขียนขอชี้แจงว่าข้อความของผู้เขียนข้างต้นมีความหมายเพื่อนำมันไปยังการกำหนดประเด็นในการแสดงความเห็นของผู้เขียนต่อความเห็นของคุณนิธินันท์ ในบทความแรกในประเด็นที่ว่า “ระยะเวลาตามกฎหมายในมาตรา 73 ของกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองนั้น ถ้านำเอามาบัญญัติไว้ในระเบียบที่ประชุมใหญ่ฯ ก็จะ

ทำให้ศาลปกครองมีอำนาจขยายระยะเวลาดังกล่าวได้เพราะระยะเวลาดังกล่าวได้แปลงจากระยะเวลาตามกฎหมาย (ที่ศาลปกครองไม่สามารถเปลี่ยนแปลงได้) มาเป็นระยะเวลาตามระเบียบซึ่งศาลปกครองสามารถอาศัยช่องทางตามข้อ 6 ของระเบียบที่ประชุมใหญ่ฯ ขยายระยะเวลาดังกล่าวได้” เท่านั้น ซึ่งก็นำมาสู่ข้อสรุปที่ว่าผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับในกรณีการใช้วิธีการตามดังกล่าวเพื่อเปิดช่องให้ศาลปกครองมีอำนาจขยายระยะเวลาได้ไม่ว่ากรณีใดก็ตาม นั่นคือ ไม่ว่าจะนำมาใช้ในเรื่องของระยะเวลาอุทธรณ์เรื่องละเมิดอำนาจศาลหรือเรื่องระยะเวลาอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองนั่นเอง ดังนั้นผู้เขียนจึงได้เขียนกันไว้ก่อนว่าต่อไปนี้ในบทความของผู้เขียนจะไม่กล่าวถึงความสอดคล้องของข้อ 49/1 กับมาตรา 73 แต่อย่างใด

ทั้งนี้ความสอดคล้องที่ผู้เขียนกล่าวถึงนั้นหมายถึงว่า การพิจารณาว่าข้อ 49/1 จะขัดหรือแย้งกับมาตรา 73 หรือไม่เพียงใดนั้นผู้เขียนจะไม่กล่าวถึง เพราะว่าเท่าที่อ่านข้อ 49/1 จะเห็นได้ถึงความแตกต่างประการหนึ่ง ที่อาจจะนำไปสู่ความไม่สอดคล้องของบทบัญญัติทั้งสองที่เห็นได้ชัดคือในข้อ 49/1 วรรคหนึ่ง กำหนดให้มีการอุทธรณ์คำสั่งภายในกำหนดระยะเวลา 30 วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น แต่ในมาตรา 73 กำหนดให้อุทธรณ์คำสั่งภายในกำหนดระยะเวลา 30 วัน นับแต่วันที่ได้มีคำพิพากษาหรือคำสั่ง ประเด็นปัญหาถือว่าระยะเวลาทั้งสองส่วนนี้เป็นระยะเวลาที่มีจุดเริ่มเดียวกันหรือไม่สอดคล้องกันแค่ไหนเพียงใดเป็นต้น ดังนั้นคำว่า “สอดคล้อง” ของผู้เขียนจึงไม่ได้มีความหมายว่าเมื่อกำหนดเรื่องอุทธรณ์คำสั่งเรื่องละเมิดอำนาจศาลไว้ในระเบียบแล้วทำไมไม่กำหนดเรื่องอุทธรณ์คำพิพากษา หรือคำสั่งเอาไว้ในระเบียบด้วย หรือหากจะไม่ให้มีการขยายก็ต้องไม่มีการขยายเหมือนกันเพื่อให้เป็นการ “สอดคล้องกัน” แต่ประการใด

ประการที่สาม เมื่อได้อ่านบทความ “เพิ่มเติม” ของคุณนิรันดร์ฯ แล้วนั้น ผู้เขียนก็ต้องขออนุญาตเรียนว่าผู้เขียนยังมีความเห็นยืนยันเหมือนกับความเห็นของผู้เขียนในบทความก่อนโดยไม่มีการเปลี่ยนแปลงแต่ประการใด

ว่าในเรื่องของ “ระยะเวลา” ที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดเอาไว้อย่างชัดเจนโดยไม่มีข้อยกเว้นใดๆ ในมาตรา 73 กฎหมายจัดตั้งศาลปกครองนั้น เป็นระยะเวลาบังคับที่ศาลปกครองไม่อาจ “เปลี่ยนแปลง” ไม่ว่าจะ “ย่น” หรือ “ขยาย” ระยะเวลาดังกล่าวได้ เพราะในกรณีนี้ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งมีความชอบธรรมที่สุดในระบอบประชาธิปไตยได้ตัดสินใจ และกำหนดเอาไว้โดยไม่มีการกำหนดข้อยกเว้นเอาไว้แต่ประการใด

ประการที่สี่ ผู้เขียนได้อ่านบทความ “เพิ่มเติม” ของคุณนิธินันท์ โดยเฉพาะในประเด็นที่ได้กรุณาอธิบายเอาไว้ในบทความเพิ่มเติมในประการแรกที่สรุปได้ว่า “มาตรา 73 พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ นั้น ฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้บัญญัติห้ามมิให้มีการขยายระยะเวลาในมาตราดังกล่าวไว้ ผู้เขียนได้ตรวจสอบแล้วก็ไม่ได้มีการกำหนดห้ามไว้ในกฎหมายหลักแต่อย่างใด เมื่อกฎหมายหลักไม่ได้ห้ามแล้ว ปัญหาจึงมีว่าจะออกกฎหมายรองอย่างไรไม่ให้ขัดกับกฎหมายหลัก” ซึ่งประเด็นนี้เป็นประเด็นสำคัญในการให้เหตุผลในบทความ “เพิ่มเติม” ดังกล่าวในหลายๆ จุด ซึ่งหากพิจารณาตามความเห็นดังกล่าว ก็สามารถสรุปได้ว่าศาลปกครองสามารถ “ขยาย” ระยะเวลาดังกล่าวได้ เพราะเรื่องระยะเวลาดังกล่าวกฎหมายหลักไม่ได้กำหนดห้ามเอาไว้ที่ไหนว่าไม่ให้ศาลปกครอง “ขยาย” ซึ่งในทางกลับกัน(หากใช้ตรรกะของคุณนิธินันท์) ศาลปกครองก็สามารถ “ย่น” ระยะเวลาดังกล่าวได้เช่นกันเพราะกฎหมายหลักก็ไม่ได้กำหนดเอาไว้เหมือนกันว่าห้ามศาลปกครอง “ย่น” ระยะเวลาดังกล่าวไว้ และเมื่อเอาระยะเวลาดังกล่าวมากำหนดไว้ในระเบียบ ศาลก็สามารถใช้อำนาจตามข้อ 6 ได้ เมื่อศาลใช้อำนาจตามข้อ 6 ได้ ศาลก็ย่อมอำนาจที่จะ “ย่น” หรือ “ขยาย” ระยะเวลาดังกล่าวได้ ใช่หรือไม่

ในประเด็นนี้ด้วยความเคารพการตีความเช่นนี้นับว่าเป็นเรื่องที่น่าสนใจและเป็นเรื่องใหม่สำหรับผู้เขียนเป็นอย่างยิ่ง เพราะตามที่ผู้เขียนอ่านมาตรา 73 ที่กำหนดให้อื่นอุทธรณ์ภายใน 30 วัน หากไม่ยื่นอุทธรณ์ภายในระยะเวลาดังกล่าวให้ถือว่าคดีเป็นอันถึงที่สุดนั้น ผู้เขียนเห็นว่าบทมาตราดังกล่าวก็แสดง

ให้เห็นแล้วอย่างชัดแจ้งว่ากฎหมายบังคับให้การอุทธรณ์จะต้องดำเนินการภายในระยะเวลาที่กฎหมายหลักกำหนดเท่านั้น หากไม่แล้วคดีพิพาทดังกล่าว นั้นจะถึงที่สุดได้แต่ยังไม่ได้อีกแล้ว พร้อมกันนั้นในตัวบทกฎหมายดังกล่าว ก็ไม่ได้กำหนดข้อยกเว้นที่ศาลปกครองจะมีอำนาจในการเปลี่ยนแปลงระยะเวลาดังกล่าวเอาไว้แต่ประการใด การที่กล่าวว่าในมาตรานี้หรือมาตราอื่นไม่ได้เขียนห้ามไว้ว่าห้ามไม่ให้ศาลปกครองขยายระยะเวลาแต่อย่างใดดังนั้นก็จึงขยายได้นั้น เป็นตรรกะที่ไม่สอดคล้องกับเนื้อหาของบทบัญญัติในมาตรา 73 เอง เพราะเมื่อกฎหมายกำหนดให้ยื่นอุทธรณ์ภายใน 30 วัน แล้วกำหนดสัปดาห์ไป อีกว่าถ้าไม่ยื่นภายในเวลาดังกล่าวนั้นให้ถือว่าคดีถึงที่สุด ก็เท่ากับว่า บทบัญญัติมาตรานี้เป็นบทบัญญัติห้ามบังคับอยู่ในตัวแล้วว่าระยะเวลาดังกล่าว ไม่สามารถขยายได้ กรณีหากนาย ก. ใช้การตีความตามความเห็นของคุณนิรันด้าฯ ไปใช้กับกรณีกฎหมายจราจรที่มีกฎหมายเกี่ยวกับการจราจรทางบกกำหนดเกี่ยวกับการขั้รถยนต์ว่าการขั้รถจะต้องขั้รถในทางเดินรถด้านซ้าย นาย ก. ไปอ่านกฎหมายเกี่ยวกับการจราจรดังกล่าวแล้ว เห็นว่าการกำหนดให้มีการเดินรถทางซ้ายจริง และนอกจากนั้นก็ไม่ได้ปรากฏว่ามีห้ามไว้ให้มีการเดินรถทางขวาไว้แต่ประการใด ดังนั้นนาย ก. จึงสรุปว่านอกจากกฎหมายจำกำหนดให้เดินรถทางซ้ายไว้แล้วนั้นนาย ก. ก็สามารถเดินรถทางขวาได้อีกทางหนึ่งเพราะกฎหมายไม่ได้ห้ามเดินรถทางขวาเอาไว้ คำถามว่ากรณีดังกล่าว นาย ก. จะนำวิธีการอ่านกฎหมายดังกล่าวไปใช้อ้างกับเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจตามกฎหมายจราจรได้หรือไม่ ถ้าได้ นาย ก. ย่อมอ้างได้ว่า นอกจากเดินรถทางซ้ายตามที่กฎหมายกำหนดได้แล้วนั้นตนยังสามารถเดินรถทางขวาได้อีกเพราะไม่มีกฎหมายที่โหนดบัญญัติห้ามไว้แต่ประการใด ซึ่งการตีความแบบนี้ นาย ก. นี้ ผู้เขียนก็คงจะเห็นด้วยไม่ได้ เพราะเมื่อกฎหมายกำหนดไว้ว่าให้เดินรถทางซ้ายก็เท่ากับว่าเป็นการกำหนดไว้ในบทบัญญัตินั้นโดยปริยายแล้วว่าในทางกลับกันการเดินรถทางขวาจะกระทำไม่ได้นั่นเอง

นอกจากนี้ในบทความเพิ่มเติมของคุณนิรันด้าฯ ยังได้กล่าวถึงอำนาจ

ในการเปลี่ยนแปลงระยะเวลาของศาลปกครองไว้ว่า “มาตรา 73 พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ นั้น ฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้บัญญัติห้ามมิให้มีการขยายระยะเวลาในมาตราดังกล่าวไว้ ผู้เขียนได้ตรวจสอบแล้วก็ไม่ได้มีการกำหนดห้ามไว้ในกฎหมายหลักแต่อย่างใด เมื่อกฎหมายหลักไม่ได้ห้ามแล้ว ปัญหาจึงมีว่าจะออกกฎหมายรองอย่างไรไม่ให้ขัดกับกฎหมายหลัก” นอกจากนั้นยังได้ยก “หลักนิติรัฐ” ซึ่งถือได้ว่าเป็นยาค้ำหรือเป็นเครื่องประคับประคองของกฎหมายมหาชน มากล่าวอธิบายไว้ว่า “แต่ถามว่า ในพระราชบัญญัตินั้นห้ามการขยายระยะเวลาอุทธรณ์ไว้หรือไม่ และถามต่อไปว่า ถ้าไม่ห้ามในเมื่อมีระเบียบที่ให้อำนาจศาลออกระเบียบเกี่ยวกับการดำเนินคดีได้อยู่แล้ว จะออกระเบียบมาให้ขยายระยะเวลาอุทธรณ์ได้ ถามอีกว่า จะขัดกับพระราชบัญญัติตรงไหน ในเมื่อในตัวพระราชบัญญัตินั้นเอง ก็มีได้บัญญัติห้ามการขยายระยะเวลาไว้อยู่แล้ว ถึงแม้จะมีระยะเวลาสามสิบวัน กำหนดไว้หากไม่อุทธรณ์ก็เป็นอันถึงที่สุดก็ตาม ระยะเวลาสามสิบวันนั้น ก็เพียงเพื่อให้มีการถึงที่สุดของคดีเท่านั้น มิใช่ระยะเวลาสามสิบวันนั้นขยายไม่ได้แต่อย่างใด และไม่มีเหตุผลความจำเป็นใดมาสนับสนุนให้เห็นว่าระยะเวลาดังกล่าวมีเหตุผลความจำเป็นอย่างไรที่ขยายไม่ได้ หรือหากการแก้ไขดังกล่าวของศาลจะคิดที่หลักนิติรัฐ ผู้เขียนเห็นว่า หากจะอ้างเช่นนั้นจะต้องกล่าวอ้าง ก่อนมีการนำระยะเวลาอุทธรณ์ในเรื่องละเมิดอำนาจศาลมาบัญญัติไว้ในระเบียบ เท่านั้น และถึงแม้จะมีหลักนิติรัฐอยู่ แต่หากการกระทำนั้น ไม่ได้เป็นโทษหรือเป็นผลร้ายที่มีผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของประชาชนแล้ว ก็ย่อมน่าจะทำได้ โดยเฉพาะหากทำแล้วเป็นคุณประโยชน์ต่อประชาชน ซึ่งการขยายระยะเวลาอุทธรณ์นั้น นับว่าเป็นประโยชน์ต่อประชาชน เพราะจะทำให้ประชาชนมีระยะเวลาในการตรวจสอบคำพิพากษาของศาลปกครองมากขึ้น ให้โอกาสและเวลาแก่ประชาชนคู่กรณีในคดีปกครองอย่างเต็มที่และเหมาะสมในการดำเนินคดีในชั้นอุทธรณ์ ซึ่งล้วนแล้วแต่มีผลดีต่อประชาชนทั้งสิ้น การออกเป็นระเบียบจึงไม่น่าจะขัดต่อหลักนิติรัฐ หากขัดแล้วก็จะไม่มีการนำระยะเวลาอุทธรณ์เรื่องละเมิดอำนาจศาลมาบัญญัติใน ระเบียบฯ ข้อ 49/1

การขยายระยะเวลาดังกล่าว” ข้อข้อความเห็นดังกล่าวกรณีต้องพิจารณาตามลำดับดังนี้คือ

การกล่าวอ้างว่าการกระทำของฝ่ายรัฐสอดคล้องกับหลักนิติรัฐหรือไม่อย่างนั้น ไม่ได้ขึ้นอยู่กับระยะเวลาแต่ประการใด ดังเช่นในกรณีนี้ “หาก” ระเบียบข้อ 49/1 จะเป็นระเบียบที่ขัดต่อหลักนิติรัฐ ระเบียบข้อดังกล่าวก็จะขัดกับหลักนิติรัฐเสมอไปนับแต่ได้มีผลบังคับใช้ และไม่ว่าจะใช้บังคับมานานแค่ไหนระเบียบนั้นก็ย่อมเป็นระเบียบที่ขัดต่อหลักนิติรัฐอยู่ดี การจะกล่าวว่า “หากการแก้ไขดังกล่าวของศาลจะติดที่หลักนิติรัฐ ผู้เขียนเห็นว่า หากจะอ้างเช่นนั้นจะต้องกล่าวอ้าง ก่อนมีการนำระยะเวลาอุทธรณ์ในเรื่องละเมิดอำนาจศาลมาบัญญัติไว้ในระเบียบ เท่านั้น” นั้นด้วยความเคารพผู้เขียนไม่อาจคล้อยตามกับความเห็นดังกล่าวได้ เพราะไม่เช่นนั้นแล้วก็จะมีผู้กล่าวอ้างได้ว่า เหตุใดจึงไม่มีการโต้แย้งความชอบด้วยหลักนิติรัฐก่อนที่จะมีการประกาศใช้กฎหมาย เมื่อมีการประกาศใช้กฎหมายออกมาแล้วย่อมไม่สามารถยกหลักนิติรัฐมากล่าวอ้างอีกได้ ซึ่งคงไม่ใช่แนวความคิดที่สอดคล้องกับหลักพื้นฐานของระบบกฎหมายไทยที่ยึดหลักนิติรัฐแต่ประการใด

นอกจากนี้การที่กล่าววาทบัญญัติของกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองไม่ปรากฏว่ามีการบัญญัติไว้ตรงไหนว่า ห้ามไม่ให้ศาลปกครองขยายระยะเวลาดังกล่าวได้ ดังนั้นศาลปกครองจึงสามารถออกระเบียบของที่ประชุมใหญ่ให้มีการขยายระยะเวลาดังกล่าวได้ กรณีดังกล่าวทำให้ผู้เขียนระลึกถึงหลักสำคัญในเรื่องของสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่จะมีหลักการสำคัญสรุปได้ว่า “เมื่อไม่มีกฎหมายห้ามย่อมกระทำได้” ซึ่งเป็นหลักทางกฎหมายที่มีไว้เพื่อคุ้มครองส่งเสริมการใช้สิทธิของประชาชน ที่ถือว่าโดยหลักแล้วประชาชนมีสิทธิและสามารถใช้สิทธิของตนได้ เว้นแต่มีกฎหมายห้ามเอาไว้ซึ่งตรงจุดนี้สิทธิของประชาชนย่อมถูกจำกัดลงไป กรณีจึงเป็นที่น่าพิจารณาว่ากรณีอำนาจในการขยายระยะเวลาของศาลปกครองจะนำหลักในการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้น มาปรับใช้กับกรณีนี้ได้หรือไม่ คำตอบคือไม่ได้เพราะกรณีนี้ไม่ใช่เป็นเรื่องของการใช้สิทธิเสรีภาพ หากแต่เป็นเรื่องของการใช้อำนาจ

หน้าที่ขององค์กรของรัฐ (การขยายระยะเวลาโดยศาล) ที่โดยหลักแล้วจะต้องเป็นไปตามหลักการพื้นฐานในการกระทำของฝ่ายรัฐคือ “รัฐจะกระทำการใดๆ ได้จะต้องมีกฎหมาย (ในระดับพระราชบัญญัติ) ให้อำนาจกระทำได้นั้น” ซึ่งในกรณีนี้ก็จะถือเป็นหลักและในทางวิชาการกฎหมายเมื่อกล่าวถึงหลักก็จะมีข้อยกเว้นซึ่งข้อยกเว้นหนึ่งของหลักการกระทำของฝ่ายรัฐในกรณีนี้คือ เว้นแต่การกระทำของฝ่ายรัฐเป็นการกระทำที่ทำให้ประโยชน์ก็สามารถกระทำได้โดยไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายให้อำนาจ ซึ่งในทางวิชาการก็ยังเป็นที่ต้องถกเถียงกันอีกว่าแค่ไหนเพียงใดถึงจะถือว่าเป็นเรื่องที่ทำให้ประโยชน์ที่ฝ่ายรัฐสามารถกระทำได้โดยไม่จำเป็นต้องอาศัยบทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจ

ดังนั้นปัญหาว่าศาลปกครองสามารถขยายระยะเวลาตามมาตรา 73 ได้หรือไม่เพียงใดจึงเป็นกรณีของเรื่องการกระทำของรัฐ ซึ่งในประเด็นปัญหานี้พิจารณาแล้วนั้นจะเห็นว่า หากสำรวจบทบัญญัติของกฎหมายก็จะไม่พบว่าไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายใดที่ให้อำนาจศาลปกครองในการเปลี่ยนแปลงระยะเวลาดังกล่าวแต่ประการใด ดังนั้นจึงต้องไปพิจารณาต่อไปว่าศาลปกครองจะอาศัยเหตุผลคือในเรื่องของผลประโยชน์ที่ประชาชนจะได้รับจากการขยายระยะเวลาดังกล่าวตามที่คุณนิรันดร์ฯ ได้กล่าวถึงไว้ในบทความแรก และในบทความเพิ่มเติมก็ได้กล่าวสัพทพร้อมๆ กับแสดงความเห็นเพิ่มเติมจากหลักที่ว่าเมื่อไม่มีกฎหมายบัญญัติห้ามไว้ย่อมกระทำได้อีกชั้นหนึ่งว่า “และถึงแม้จะมีหลักนิติรัฐอยู่ แต่หากการกระทำนั้น ไม่ได้เป็นโทษหรือเป็นผลร้ายที่มีผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของประชาชนแล้ว ก็ย่อมน่าจะทำได้ โดยเฉพาะหากทำแล้วเป็นคุณประโยชน์ต่อประชาชน ซึ่งการขยายระยะเวลาอุทธรณ์นั้นนับว่าเป็นประโยชน์ต่อประชาชน เพราะจะทำให้ประชาชนมีระยะเวลาในการตรวจสอบคำพิพากษาของศาลปกครองมากขึ้น ให้โอกาสและเวลาแก่ประชาชนคู่กรณีในคดีปกครองอย่างเต็มที่และเหมาะสมในการ ดำเนินคดีในชั้นอุทธรณ์ ซึ่งล้วนแล้วแต่มีผลดีต่อประชาชนทั้งสิ้น การออกเป็นระเบียบจึงไม่น่าจะขัดต่อหลักนิติรัฐ หากขัดแล้วก็คงจะไม่มีกานำระยะเวลากลับมา

เรื่องละเมิดอำนาจศาลมาบัญญัติใน ระเบียบฯ ข้อ 49/1 การขยายระยะเวลา ดังกล่าว” แล้วนั้น ผู้เขียนก็ขออนุญาตแสดงความเห็น ตามลำดับดังนี้คือ

1) ในเรื่องของกฎหมายวิธีพิจารณาศัตต้องไม่ลืมว่าเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องของกระบวนการวิธีพิจารณาศัตของศาล กฎหมายวิธีพิจารณาศัตนอกจากจะเป็นกฎหมายที่กำหนดหน้าที่ของศาลแล้วยังกำหนดสิทธิหน้าที่ของ “คู่ความ” ในคดี ซึ่ง “คู่ความ” ในคดีปกครองก็ย่อมมีความเป็นได้ว่าทั้งฝ่ายปกครองและประชาชนจะอยู่ในฐานะผู้ฟ้องหรือผู้ถูกฟ้องคดี หรือทั้งฝ่ายปกครองและประชาชนต่างก็เป็นทั้งผู้ฟ้องหรือผู้ถูกฟ้องคดีร่วมกัน ดังนั้นการขยายระยะเวลาอุทธรณ์ (หากกระทำได้) จึงไม่ได้ส่งผลให้เกิดประโยชน์ต่อประชาชน (ที่ถูกควรหมายถึง “เป็นประโยชน์ต่อผู้อุทธรณ์”) แต่อย่างเดียวนะ กรณีนี้อาจเกิดประโยชน์ต่อฝ่ายปกครองด้วยก็ได้หากในคดีนั้นฝ่ายปกครองเป็นผู้อุทธรณ์

2) ที่สำคัญยิ่งไปกว่านั้นคือนอกจากนี้การที่ศาลปกครองขยายระยะเวลาการอุทธรณ์ออกไปนั้นไม่ได้เกิดแต่ประโยชน์ให้แก่ผู้อุทธรณ์แต่ฝ่ายเดียว แต่อย่างเดียวนะ การขยายระยะเวลาดังกล่าวนั้นก็ส่งผลเสียต่อ “คู่ความ” อีกฝ่าย (ซึ่งเป็นไปได้ว่าจะจะเป็นฝ่ายปกครองหรือประชาชน) ที่มีประโยชน์ที่ตนจะได้รับหากคำพิพากษาดังกล่าวถึงที่สุดโดยเร็วเพื่อที่ตนจะได้ใช้สิทธิของตนตามคำพิพากษาหรือเพื่อที่จะได้ดำเนินการบังคับคดี (หากเป็นคดีที่จำเป็นต้องมีการบังคับคดี) ได้โดยเร็วเช่นกัน ดังนั้นในเรื่องนี้จะมองแค่เพียงด้านเดียวคงไม่ได้

3) คำถามที่ตามมาคือถ้าถือตามหลักการพื้นฐานที่ว่า “รัฐจะกระทำการใดๆได้จะต้องมีกฎหมายให้อำนาจกระทำได้นั้น เว้นแต่การกระทำนั้นจะเป็นการให้ประโยชน์” นั้น สามารถนำมาใช้ในกรณีนี้ได้หรือไม่ คำตอบคือไม่ได้ เพราะไม่มีกฎหมายให้อำนาจศาลปกครองเอาไว้ และนอกจากนี้การเปลี่ยนแปลงระยะเวลาอุทธรณ์ (การกระทำของรัฐ) ดังกล่าวส่งผลทั้งในทางให้ประโยชน์แก่ผู้อุทธรณ์ และในขณะเดียวกันก็ส่งผลในทางให้เสียประโยชน์แก่คู่ความอีกฝ่ายหนึ่งด้วย ดังนั้นกรณีดังกล่าวจึงจำเป็นต้องมีกฎหมาย

(ในที่นี้คือกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ) ให้อำนาจฝ่ายรัฐ (ในที่นี้คือศาลปกครอง) ในการกระทำการดังกล่าว (ในที่นี้คือการเปลี่ยนแปลงระยะเวลา) ได้

ประการที่ห้า คุณนิธินันท์ฯ ได้กล่าวถึงเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมาย จัดตั้งศาลปกครองฯ มาประกอบการให้เหตุผลว่า “ผู้เขียนเข้าใจว่าฝ่ายนิติบัญญัติที่บัญญัติมาตรานี้ คงไม่เจตนาต้องการให้ระยะเวลาอุทธรณ์ไม่สามารถขยายได้โดยเด็ดขาดเป็นแน่แท้” ซึ่งจากการที่ผู้เขียนอ่านบทความของคุณนิธินันท์ฯ ก็ไม่ปรากฏตรงจุดไหนที่แสดงให้เห็นว่าฝ่ายนิติบัญญัติจะมีเจตนาดังกล่าว เช่น บันทึกหลักการและเหตุผลประกอบกฎหมาย หรือบันทึกการประชุมในขั้นตอนของการร่างกฎหมาย เป็นต้น จะมีก็แต่ความเห็นของคุณนิธินันท์ฯ เองดังกล่าวข้างต้น นอกจากนี้การกล่าวถึง “หลักทั่วไป” ที่ให้อำนาจศาลอื่นๆ ในการขยายระยะเวลาที่คุณนิธินันท์ฯ อ้างถึงในหลายๆ จุด เช่นกันนั้น คงไม่ใช่ในความหมายของ “หลักกฎหมายทั่วไป” เพราะเท่าที่ผู้เขียนอ่านบทความของคุณนิธินันท์ฯ ก็ได้กล่าวถึง “โดยทั่วไป” แล้วอ้างอิงถึง ป.วิ.พ. มาตรา 23 (หากผู้เขียนเข้าใจผิดต้องขออภัยมา ณ ที่นี้) เสมอ ซึ่งมาตรา 23 ป.วิ.พ. ก็เป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราออกมาเพื่อให้ “อำนาจ” ศาลในการขยายหรือย่นระยะเวลาได้ ดังนั้นแต่ด้วยความเคารพ ผู้เขียนก็ไม่เห็นว่ามาตรา 23 ป.วิ.พ. จะนำมาใช้เป็นหลักทั่วไปในกรณีนี้ได้

ประการที่หก ข้อเสนอสนับสนุนของคุณนิธินันท์ฯ ที่ว่าศาลสามารถนำระยะเวลาตามพระราชบัญญัติมาออกเป็นระยะเวลาตามระเบียบ และศาลมีอำนาจขยายระยะเวลานั้นได้มีข้อเสนอสนับสนุน 3 ประการคือ 1) การออกระเบียบฯ ข้อ 49/1 โดยผู้ทรงคุณวุฒิของศาลปกครอง (ที่ประชุมใหญ่) 2) การพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร ที่ได้พิจารณาระเบียบข้อดังกล่าวและผ่านให้ออกเป็นกฎหมายได้ 3) คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 429/2546 (ประชุมใหญ่) ด้วยความเคารพ ผู้เขียนเห็นว่าข้อเสนอสนับสนุน 3 ประการดังกล่าวข้างต้นนั้นไม่อาจนำมาเป็นข้อเสนอสนับสนุนในกรณีดังกล่าวได้ เพราะ

1) ระเบียบที่ประชุมใหญ่ฯ ดังกล่าวมีฐานะเพียงแค่กฎหมายลำดับรอง หากขัดต่อกฎหมายหลักในที่นี้คือกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองฯ หรือกฎหมายที่มีค่าบังคับสูงกว่าก็ย่อมไม่มีผลใช้บังคับ ในระบบกฎหมายไทยโดยหลักแล้ว หากกฎหมายนั้นเป็นกฎหมายที่ขัดต่อกฎหมายที่มีลำดับสูงกว่าไม่ว่าจะในทางเนื้อหาหรือในทางรูปแบบกฎหมายนั้นย่อมใช้บังคับไม่ได้ ดังนั้นการกล่าวว่า ข้อ 49/1 ออกโดยผู้ทรงคุณวุฒิไม่ว่าจะเป็นศาลปกครองที่ประชุมใหญ่ หรือผ่านการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร ก็ไม่ได้หมายถึงว่ากฎหมายนั้นจะเป็นกฎหมายที่ชอบและใช้บังคับได้โดยไม่อาจมีข้อโต้แย้งในเรื่องของความชอบด้วยกฎหมายหรือความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแต่อย่างใดไม่ กรณีจะต้องพิจารณาในเรื่องความชอบด้วยกฎหมายในทางรูปแบบและเนื้อหาว่ากฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายที่ชอบและใช้บังคับต่อไปได้หรือไม่ กรณีอาจเป็นไปได้ว่าหากศาลปกครองใช้อำนาจขยายระยะเวลาตามความเห็นของคุณนิรันด้า แล้วคุณนิรันด้าอีกฝ่ายเห็นว่าการดำเนินการดังกล่าวของศาลปกครองไม่ชอบ คุณนิรันด้านี้ก็ย่อมมีสิทธิที่จะโต้แย้งการดำเนินการดังกล่าวของศาลปกครองไปยังศาลที่มีอำนาจเท่าที่กฎหมายจะเปิดช่องให้กระทำได้

ดังนั้น ถ้าพึงแต่เพียงในขั้นตอนของการตรากฎหมายที่มีผู้ทรงคุณวุฒิเข้ามาดำเนินการจึงไม่ใช่เหตุที่จะ “ยืนยันหรือรับประกัน” ได้ว่ากฎหมายนั้นชอบด้วยกฎหมาย เพราะหาไม่เช่นนั้นแล้วกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติทั้งสภาผู้แทนฯ และวุฒิสภา และผ่านการพิจารณาของผู้ทรงคุณวุฒิ ในขั้นตอนของกรรมวิธีการมากมายย่อมไม่จำเป็นที่จะต้องถูกตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญแต่อย่างใดไม่ ดังนั้น ในการออกระเบียบโดยศาลปกครองที่ประชุมใหญ่และการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรที่ได้พิจารณาระเบียบข้อดังกล่าวนั้น ก็เป็นเพียงการดำเนินการให้ถูกต้องตามรูปแบบในการออกกฎหมายในที่นี้คือในส่วนขององค์กรที่มีอำนาจออก และขั้นตอนในการออกระเบียบที่ประชุมใหญ่นั้นเอง

2) คำสั่งศาลปกครองสูงสุดโดยที่ประชุมใหญ่นั้นไม่ใช่กฎหมาย การที่ศาลปกครองสูงสุด(ที่ประชุมใหญ่) จะตัดสินในเรื่องดังกล่าวไว้ กรณีก็เป็นคำพิพากษาหรือคำสั่งที่มีผลผูกพันเฉพาะคู่กรณีและในกรณีพิพาทนั้น ๆ เท่านั้น หากได้มีผลผูกพันองค์กรอื่นแต่ประการใดไม่(กรณีย่อมต่างจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ) แต่อย่างไรก็ตามในทางวิชาการย่อมสามารถนำประเด็นปัญหาในคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น ๆ มาถกเถียงให้เหตุผลกันต่อได้ว่าคำพิพากษาหรือคำสั่งดังกล่าวสอดคล้องกับหลักวิชาหรือไม่เพียงใด

3) หากพิจารณาเนื้อหาของข้อ 49/1 ของระเบียบที่ประชุมใหญ่ฯ ก็ไม่ได้มีบัญญัติไว้ตรงจุดไหนว่าให้ศาลปกครองขยายระยะเวลาดังกล่าวได้ จะมีก็แต่อาศัยช่องทางในข้อ 6 ของระเบียบที่ประชุมใหญ่ฯ (ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นว่าจะทำไม่ได้เพราะขัดต่อมาตรา 73 กฎหมายจัดตั้งศาลปกครอง)

ดังนั้นการที่จะอ้างเหตุผลสามประการดังกล่าวมาสนับสนุนว่าศาลปกครองสามารถขยายระยะเวลาได้นั้น ผู้เขียนไม่เห็นด้วยแต่อย่างใด

ประการที่เจ็ด สิ่งที่กระตุ้นความสนใจของผู้เขียนต่อการใช้การตีความกฎหมายอีกประการหนึ่ง คือการที่คุณนิธินันท์ฯ กล่าวว่า “การขยายระยะเวลาอุทธรณ์ เป็นคนละเรื่องกับกรอบระยะเวลาอุทธรณ์ที่กฎหมายกำหนดไว้ การออกระเบียบไม่ได้ไปแก้ไขระยะเวลาตามกรอบให้สั้นลงหรือเพิ่มขึ้นโดยตรง เช่น จาก 30 วัน ลดลงเหลือ 15 วัน หรือ จาก 30 วัน เป็น 60 โดยตรง ซึ่งการแก้ไขอย่างนี้ต้องห้ามและขัดกับกฎหมายเป็นอย่างชัดเจน การไปเพิ่มในระเบียบ เพียงแต่ระยะเวลาตามกรอบนั้น ยังคงเท่าเดิม แต่เพิ่มวิธีการในกระบวนการอุทธรณ์ให้ยืดหยุ่นและมีทางเลือกแก่ประชาชนให้มากขึ้นกว่าเดิมเท่านั้น หลักการเดิมตามยังคงอยู่ โดยสามารถที่จะขยายระยะเวลาดังกล่าวได้เพิ่มขึ้นอีกช่องทางหนึ่งเท่านั้น และการขยายระยะเวลาก็ต้องอิงจากฐานเดิมเป็นหลัก หรือขยายจากวันสุดท้ายของระยะเวลาเดิมออกไปนั้นเท่ากับว่า จะต้องครบระยะเวลาเดิมแล้วขยายออกไปจากวันที่ครบนั้น ผู้เขียนเห็นว่า กรณีก็ไม่ได้ทำให้หลักระยะเวลาอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติ

จัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 เสียไปแต่อย่างใด หลักระยะเวลาสามสิบวันก็คงอยู่ กล่าวคือ หากภายในสามสิบวันไม่อุทธรณ์ ก็ถึงที่สุด เพียงแต่เพิ่มช่องทางให้มากขึ้นและยืดหยุ่นขึ้นเท่านั้น การแก้ไข โดยไปเพิ่มในระเบียบ นั้น ไม่ได้เป็นการแก้ไขระยะเวลาอุทธรณ์ใน พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 73 ให้สั้นลงหรือเพิ่มขึ้นโดยตรงแต่อย่างใด ระยะเวลาในพระราชบัญญัติจัดตั้ง ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.2542 มาตรา 73 ก็คงตามเดิม” กรณีดังกล่าวผู้เขียนเข้าใจว่า (หากผู้เขียนเข้าใจผิดพลาดประการใดก็ต้อง ขอความชี้แนะจากคุณนิรันดร์ฯ ในโอกาสต่อไป) การนำเอาระยะเวลาใน กฎหมายมากำหนดไว้ในระเบียบนั้นไม่ได้เป็นการเปลี่ยนแปลง “โดยตรง” ต่อระยะเวลา 30 วันที่กำหนดไว้ในกฎหมายแต่ประการใด เพราะถ้ามา กำหนดไว้ในระเบียบโดยให้เวลา “มากกว่า” หรือ “น้อยกว่า” ระยะเวลา ที่กำหนดไว้ในกฎหมายระเบียบนี้ย่อมไม่ชอบเพราะขัดต่อมาตรา 73 โดยตรง แต่ถ้าเอาระยะเวลาตามมาตรา 73 ยกมาทั้งหมดคือ 30 วันเหมือนเดิม ก็จะทำให้ศาลปกครองสามารถขยายระยะเวลาได้อีกช่องทางหนึ่งเท่านั้น คำถามที่เกิดขึ้นคือหลักระยะเวลาบังคับสามสิบวันที่กำหนดไว้ในกฎหมาย มาตรา 73 ของกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองนั้นจะไม่ถูกเปลี่ยนแปลงได้ อย่างไร?

จริงอยู่การแก้ไขโดยไปเพิ่มในระเบียบที่คุณนิรันดร์ฯ เห็นว่าไม่ได้ เป็นการแก้ไขระยะเวลาอุทธรณ์ในกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองนั้นก็เป็นเรื่องที่ ถูกต้องเพราะระยะเวลา 30 วันดังกล่าวไม่ได้ถูกเปลี่ยนแปลงแต่อย่างใด ซึ่งผู้เขียนก็ไม่เห็นว่าจะทำไม่ได้ (โปรดดูประการที่แปด) แต่ว่าประเด็นปัญหา ที่สำคัญคือ ระยะเวลา 30 วันในกฎหมายหลัก-กฎหมายแม่-กฎหมายใน ระดับพระราชบัญญัตินั้น เป็นระยะเวลาที่เปลี่ยนแปลงได้หรือไม่เพียงใด ซึ่งในที่นี้คุณนิรันดร์ฯก็ได้ยืนยันไว้แล้วว่าเปลี่ยนแปลงได้เพราะไม่มีตรึงไหน ในกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองบัญญัติห้ามศาลปกครองเอาไว้ ซึ่งก็ต่างจาก ความเห็นของผู้เขียนตามที่ได้นำเสนอไว้ในประการที่สาม

ประการที่แปด ในส่วนท้ายของบทความเพิ่มเติมของคุณนิรันดร์ ที่ได้กล่าวถึงว่าผู้เขียนบทความเป็นบุคลากรของศาลปกครอง ได้ออกมาให้ความเห็นยืนยันแล้วเท่ากับว่าระยะเวลาอุทธรณ์ในเรื่องละเมิดอำนาจศาลตามระเบียบฯ ข้อ 49/1 ไม่สามารถออกเป็นระเบียบได้นั้น ตรงจุดนี้ผู้เขียนขอเรียนย้ำอีกครั้งว่าความเห็นในเรื่องดังกล่าวเป็นความเห็นส่วนตัวของผู้เขียนเองไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับศาลปกครองแต่ประการใด (ตามที่กล่าวชี้แจงไว้ในประการที่หนึ่ง) นอกจากนี้สิ่งที่ผู้เขียนยืนยันคือกรณีที่ว่า “แม้ศาลปกครองจะนำเอาระยะเวลาในกฎหมายหลักที่กำหนดชัดเจนโดยไม่มีข้อยกเว้นมากำหนดไว้ในกฎหมายรองในที่นี้คือระเบียบของที่ประชุมใหญ่ฯ ก็ไม่สามารถที่จะทำให้ศาลปกครองขยายระยะเวลาดังกล่าวได้” นอกจากนั้นผู้เขียนยังกล่าวสำคัญไปอีกว่าเท่าที่ดูด้วยบทในข้อ 49/1 ในส่วนของ “ระยะเวลา” ตามที่ศาลปกครองกำหนดก็ไม่ได้ขัดต่อกฎหมายหลักแต่อย่างใดนั่นคือกำหนดตรงกันว่าต้องดำเนินการยื่นอุทธรณ์ภายใน 30 วัน ดังนั้นถ้าพึงแต่บทบัญญัติของข้อ 49/1 ในส่วนของ “ระยะเวลา” นั้นจึงไม่ใช่บทบัญญัติที่อาจจะมีปัญหาว่าสอดคล้องกับมาตรา 73 แต่อย่างใด (เว้นแต่ประเด็นในเรื่องของความสอดคล้องกันในส่วนของการเริ่มระยะเวลาตามที่ได้นำเสนอไว้ในประเด็นที่สอง) ประเด็นที่เป็นปัญหาคือการนำเอาระยะเวลา 30 วันมากำหนดไว้ในระเบียบแล้วจะทำให้ศาลปกครองมีอำนาจขยายระยะเวลาดังกล่าวโดยอาศัยข้อ 6 ของระเบียบที่ประชุมใหญ่ได้หรือไม่

ทั้งนี้หากศาลปกครองจะตีความว่าเมื่อเป็นระยะเวลาในระเบียบที่ประชุมใหญ่แล้วศาลปกครองก็สามารถใช้อำนาจตามข้อ 6 ในการขยายระยะเวลาดังกล่าวได้นั้น ด้วยความเคารพ ผู้เขียนบทความก็มีความเห็นเช่นเดิมว่าไม่สามารถกระทำได้ ซึ่งนอกจากจะแก้ไขได้โดยการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายหลักให้อำนาจศาลปกครองให้สามารถยื่นหรือขยายระยะเวลาได้ซึ่งเป็นวิธีแก้ไขปัญหาในทางระยะยาวแล้ว ผู้เขียนก็ได้เสนอวิธีในการใช้การตีความกฎหมายในกรณีดังกล่าวเพื่อให้กฎหมายใช้บังคับได้ตามที่ได้แสดงความเห็น

ไว้แล้วในบทความของผู้เขียนก่อนหน้านี้ ทั้งนี้ในส่วนของการปฏิบัติการที่ศาลปกครองจะใช้และตีความกฎหมายอย่างไรในแต่ละคดีนั้นก็เป็นการอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองเอง ผู้เขียนก็ไม่อาจไปก้าวล่วงกำหนดการใช้การตีความกฎหมายของศาลปกครองได้

สุดท้ายนี้ ผู้เขียนก็ยังยืนยันตามความเห็นเดิมในบทความก่อนหน้านี้ และในบทความนี้ของผู้เขียนต่อกรณีปัญหาเรื่องระยะเวลาในการอุทธรณ์ดังกล่าว และขอยุติการแสดงความคิดเห็นต่อประเด็นดังกล่าวเพราะว่าได้มีความเห็นที่ชัดเจนไปแล้ว ทั้งนี้ผู้เขียนขอเรียนว่าความเห็นของผู้เขียนก็เป็นเพียงความเห็นหรือมุมมองหนึ่งที่ผู้เขียนได้มีต่อปัญหาดังกล่าวเท่าที่ความรู้ความสามารถของผู้เขียนจะอำนวยเท่านั้น นอกจากนี้ผู้เขียนก็ยินดีเป็นอย่างยิ่งที่ในอนาคตข้างหน้าจะได้อ่านบทความกฎหมายของคุณนิธินันท์ฯ ที่รอการเผยแพร่อีกหลายบทความ ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในด้านความรู้ และเปิดโลกทัศน์ทางวิชาการกฎหมายของผู้เขียนเองให้กว้างขึ้น ซึ่งต้องขอขอบคุณล่วงหน้ามา ณ ที่นี้



ข้อสงสัยบางประการเกี่ยวกับสภาพบังคับ ของประกาศหรือคำสั่งคณะรัฐประหาร ในการปกครองระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข*

ณัฐฤณกุล วรชัยอุ่มเครือ**

การทำรัฐประหาร (coup d'état) เป็นการใช้กำลังล้มล้างรัฐบาลที่มาจากระบอบประชาธิปไตย ด้วยรูปแบบและวิถีทางที่ไม่ได้เป็นไปตามระบอบประชาธิปไตย ซึ่งนับแต่ที่ประเทศไทยได้สถาปนาการปกครองภายใต้ระบอบ “ประชาธิปไตย” อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เมื่อปีพุทธศักราช 2475 โดยคณะราษฎรนั้น ปรากฏว่าได้มีการทำรัฐประหารล้มล้างคณะรัฐบาลมาแล้วรวมสิบสองครั้งด้วยกัน คือ

1. รัฐประหาร 1 เมษายน พุทธศักราช 2476 พระยามโนปกรณนิติธาดา ได้ประกาศพระราชกฤษฎีกาปิดสภาผู้แทนราษฎร พร้อมงดใช้รัฐธรรมนูญบางมาตรา

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net วันที่ 3 มกราคม พ.ศ. 2553

** ทนายความ, นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สาขากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยรามคำแหง

2. รัฐประหาร 20 มิถุนายน พุทธศักราช 2476 นำโดยพลเอกพระยาพหลพลพยุหเสนา ยึดอำนาจ พระยามโนปกรณนิติธาดา นายกรัฐมนตรี

3. รัฐประหาร 8 พฤศจิกายน พุทธศักราช 2490 นำโดย พลโท ผิน ชุณหะวัณ ยึดอำนาจรัฐบาล พลเรือตรี ถวัลย์ ธำรงนาวาสวัสดิ์ นายกรัฐมนตรี

4. รัฐประหาร 6 เมษายน พุทธศักราช 2491 คณะนายทหารกลุ่มที่ทำการรัฐประหาร 8 พฤศจิกายน พุทธศักราช 2490 จี้บังคับให้ นายควง อภัยวงศ์ ลาออกจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรี และมอบตำแหน่งต่อให้ จอมพลแปลก พิบูลสงคราม

5. รัฐประหาร 29 พฤศจิกายน พุทธศักราช 2494 นำโดยจอมพลแปลก พิบูลสงคราม ยึดอำนาจรัฐบาลตนเอง

6. รัฐประหาร 16 กันยายน พุทธศักราช 2500 นำโดยจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ยึดอำนาจรัฐบาล จอมพลแปลก พิบูลสงคราม นายกรัฐมนตรี

7. รัฐประหาร 20 ตุลาคม พุทธศักราช 2501 นำโดยจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ยึดอำนาจรัฐบาล จอมพลถนอม กิตติขจร นายกรัฐมนตรี

8. รัฐประหาร 17 พฤศจิกายน พุทธศักราช 2514 นำโดย จอมพลถนอม กิตติขจร ยึดอำนาจรัฐบาลตนเอง

9. รัฐประหาร 6 ตุลาคม พุทธศักราช 2519 นำโดย พลเรือเอก สงัด ชลออยู่ ยึดอำนาจรัฐบาล หม่อมราชวงศ์ เสนีย์ ปราโมช นายกรัฐมนตรี

10. รัฐประหาร 20 ตุลาคม พุทธศักราช 2520 นำโดย พลเรือเอก สงัด ชลออยู่ ยึดอำนาจรัฐบาล นายธานินทร์ กรัยวิเชียร นายกรัฐมนตรี

11. รัฐประหาร 23 กุมภาพันธ์ พุทธศักราช 2534 นำโดย พลเอก สุนทร คงสมพงษ์ ยึดอำนาจรัฐบาล พลเอก ชาติชาย ชุณหะวัณ นายกรัฐมนตรี

12. รัฐประหาร 19 กันยายน พุทธศักราช 2549 นำโดย พลเอก สนธิ บุญยรัตกลิน ยึดอำนาจรัฐบาล พันตำรวจโท ทักษิณ ชินวัตร นายกรัฐมนตรี

ซึ่งการทำรัฐประหารในแต่ละครั้ง เหล่าคณะรัฐประหารที่เรียกตนเองว่า

คณะรัฐประหารบ้าง คณะปฏิวัติบ้าง คณะปฏิรูปบ้าง ได้ทำการออกประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหาร ออกมาหลายฉบับ โดยอาศัยฐานะที่ตนเองเป็นรัฐอธิปไตย และคณะรัฐประหารก็ได้กำหนดให้ประกาศหรือคำสั่งดังกล่าวนั้นมีสถานภาพทางกฎหมายอยู่ในระดับเดียวกับพระราชบัญญัติ และในเวลาต่อมาถึงแม้คณะรัฐประหารเหล่านั้น จะหมดอำนาจความเป็นรัฐอธิปไตย และมีรัฐบาลที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชน ในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขขึ้นมาแล้ว แต่ประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารเหล่านั้น ก็ยังไม่ได้ถูกยกเลิกไป และหลายๆ ฉบับก็ยังมีสภาพบังคับใช้อยู่จนถึงปัจจุบัน

ทั้งนี้ ในการปกครองระบอบประชาธิปไตย “อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” นั้น จะมีอำนาจสูงสุด คือ อำนาจอธิปไตย อันประกอบไปด้วยอำนาจอธิปไตย อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ โดยบรรดากฎหมายทั้งหลายที่ตราออกมาบังคับใช้ ไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติ พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา รวมถึงกฎหมายอื่นๆ ที่มีความมุ่งหมายให้มีผลใช้บังคับในระดับเดียวกับพระราชบัญญัติ พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกานั้น จะต้องมีที่มาจากเจตจำนงร่วมกันของประชาชน ซึ่งแสดงออกโดยการให้พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจอธิปไตยและอำนาจบริหาร ผ่านทางรัฐสภาและคณะรัฐมนตรี และโดยเฉพาะการตรากฎหมายในระดับพระราชบัญญัตินั้น พระมหากษัตริย์จะทรงลงพระปรมาภิไธย เพื่อ “ตรา(กฎหมาย)ออกมาด้วยคำแนะนำและยินยอมของสภาผู้แทนราษฎรหรือรัฐสภา” อันประกอบไปด้วยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่เป็นตัวแทนของประชาชน รวมไปถึงสมาชิกวุฒิสภาบางส่วนที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชนตามระบอบประชาธิปไตย และจะต้องผ่านกระบวนการเห็นชอบ กลั่นกรองและควบคุมตรวจสอบจากหลายฝ่าย ทั้งจากสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และรวมถึงศาลรัฐธรรมนูญ ในบางกรณีอีกด้วย

และเมื่อร่างพระราชบัญญัตินั้น ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาแล้ว จะต้องนำพระราชบัญญัตินั้นขึ้นทูลเกล้าถวายเพื่อให้พระมหากษัตริย์ทรงลง

พระปรมาภิไธย และประกาศในราชกิจจานุเบกษา จึงจะประกาศใช้บังคับ เป็นกฎหมายได้ซึ่งในขั้นตอนนี้ พระมหากษัตริย์ ก็ยังทรงมีพระราชอำนาจที่จะกลั่นกรองร่างพระราชบัญญัตินั้นในขั้นสุดท้ายก่อนที่จะทรงลงพระปรมาภิไธยและประกาศใช้เป็นกฎหมาย ซึ่งพระองค์ทรงมีพระราชอำนาจที่จะยับยั้งการลงพระปรมาภิไธยในร่างพระราชบัญญัตินั้นเอาไว้ก่อนได้ หากพระองค์มิได้เห็นด้วย หรือมิได้พระราชทานร่างพระราชบัญญัตินั้นคืนกลับมายังรัฐสภาภายในเวลาที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ซึ่งจะเห็นว่า การตราพระราชบัญญัติออกมาบังคับใช้นั้น ต้องผ่านความเห็นชอบ และผ่านกระบวนการควบคุมตรวจสอบจากหลายองค์กรที่ใช้อำนาจอุปถัมภ์ ทั้งองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรฝ่ายบริหาร และองค์กรฝ่ายตุลาการ รวมถึงสถาบันพระมหากษัตริย์ ทั้งนี้ก็เพื่อเป็นการป้องกันมิให้มีการตราพระราชบัญญัติออกมาในทางที่มิชอบ ในลักษณะที่เอื้อประโยชน์ให้แก่ตนเองและพวกพ้องมากเกินไปโดยไม่คำนึงถึงประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยนั่นเอง

แต่ในการรัฐประหารนั้น จะเห็นได้ว่าการออกประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหาร ซึ่งคณะรัฐประหารกำหนดให้มีสถานภาพทางกฎหมายอยู่ในระดับเดียวกับพระราชบัญญัติ มิได้เป็นไปตามครรลองของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย เนื่องจากคณะรัฐประหารนั้น ถึงแม้จะเป็นรัฐธิปไตย แต่ก็ยังเป็นรัฐธิปไตยที่ได้อำนาจมาโดยมิชอบตามวิถีทางแห่งระบอบประชาธิปไตย เพราะไม่ได้มาจากการเลือกตั้งของประชาชน จึงไม่จำเป็นที่จะต้องมีความรับผิดชอบต่อประชาชน อีกทั้งเมื่อพิจารณาถึงกระบวนการใช้อำนาจในการออกประกาศ หรือคำสั่งของคณะรัฐประหารด้วยแล้ว ก็จะได้เห็นว่า การออกประกาศ หรือคำสั่งของคณะรัฐประหารนั้น ก็ไม่ได้มีขั้นตอนที่ชัดเจน และผ่านการตรวจสอบจากองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรฝ่ายบริหาร รวมถึงองค์กรฝ่ายตุลาการแต่อย่างใด และโดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อคำนึงถึงการปกครองในระบอบประชาธิปไตย “อันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข” ซึ่งพระมหากษัตริย์ ทรงเป็นผู้ใช้อำนาจทั้งสาม คืออำนาจนิติบัญญัติ

อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการนั้น ก็จะได้เห็นได้ว่าการออกประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารดังกล่าว เป็นการออกในนามของคณะรัฐประหารนั่นเอง ไม่ได้ออกในพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์ โดย “พระมหากษัตริย์ทรงตราออกมาด้วยคำแนะนำและยินยอมของสภาผู้แทนราษฎรหรือรัฐสภา” ยิ่งไปกว่านั้น พระองค์ก็มิได้ทรงมีพระราชอำนาจตามกฎหมายที่จะกลั่นกรองร่างประกาศหรือคำสั่ง โดยการส่งร่างประกาศหรือคำสั่งนั้นกลับมายังคณะรัฐประหาร ให้พิจารณาทบทวนแก้ไข เหมือนดังเช่นร่างพระราชบัญญัติแต่ประการใด ดังนั้น การออกประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารดังกล่าว จึงมีข้อสงสัยว่า เป็นการลดฐานะ บทบาท และอำนาจของพระมหากษัตริย์ในระบบประชาธิปไตย หรือไม่? อีกทั้งเมื่อประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารไม่จำเป็นต้องผ่านกระบวนการควบคุมและตรวจสอบแล้ว จึงเป็นช่องทางให้คณะรัฐประหารสามารถออกกฎหมายที่เอื้อประโยชน์เป็นอย่างมากให้กับตนเองและพวกพ้องได้โดยง่าย และที่สำคัญ เมื่อพิจารณาถึงความชอบด้วยกฎหมายของการรัฐประหารด้วยแล้ว ก็จะได้เห็นได้อย่างชัดเจนว่า การรัฐประหารนั้นเป็นการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมาย ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ฉบับปัจจุบัน มาตรา 68 วรรคหนึ่งซึ่งแม้เป็นฉบับที่ร่างขึ้นมาโดยสภานิติบัญญัติแห่งชาติ อันมาจากการแต่งตั้งของคณะรัฐประหาร (คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ ซึ่งแปรสภาพมาจากคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข) ก็ยังบัญญัติไว้ว่า

“บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ มิได้”

ด้วยเหตุทั้งหมดดังที่กล่าวมา จึงทำให้ผู้เขียนเกิดข้อสงสัยขึ้นมาว่า

สมควรแล้วหรือไม่ ที่ในการปกครองระบอบ “ประชาธิปไตย” อันมี “พระมหากษัตริย์เป็นประมุข” นั้น การที่ประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารซึ่งไม่ได้มาจากเจตจำนงร่วมกันของประชาชน ไม่ได้ผ่านกระบวนการตรวจสอบ ไม่ได้ผ่านการกลั่นกรองจากพระมหากษัตริย์ ไม่ได้เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย และไม่ได้เป็นวิถีทางที่ยอมรับกันในระบอบประชาธิปไตย จะมีสภาพบังคับเหนือประชาชนทั้งประเทศ หรือว่าประกาศหรือคำสั่งดังกล่าวควรสิ้นสุดสภาพบังคับไป โดยเฉพาะเมื่อคณะรัฐประหาร ซึ่งเป็นผู้ออกประกาศหรือคำสั่งดังกล่าว ได้สิ้นสุดสภาพความเป็นรัฐาธิปัตย์ลงไปแล้ว และมีรัฐบาลที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชนในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข ได้ขึ้นมาเป็นรัฐาธิปัตย์แทน.

หมายเหตุ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 3 วรรคหนึ่ง “อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้”

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 90 “ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและร่างพระราชบัญญัติจะตราขึ้นเป็นกฎหมายได้ก็แต่โดยคำ แนะนำ และยินยอมของรัฐสภา และเมื่อพระมหากษัตริย์ได้ทรงลงพระปรมาภิไธยหรือถือเสมือนว่าได้ทรงลงพระปรมาภิไธยตามรัฐธรรมนูญนี้แล้ว ให้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเพื่อใช้บังคับเป็นกฎหมายต่อไป”

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 142 “ภายใต้บังคับมาตรา 139 วรรคสี่ “ร่างพระราชบัญญัติให้เสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรก่อน”

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 146 วรรคหนึ่ง “ภายใต้บังคับมาตรา 168 เมื่อสภาผู้แทนราษฎรได้พิจารณาร่างพระราชบัญญัติที่เสนอตามมาตรา 142 และลงมติเห็นชอบแล้ว ให้สภาผู้แทนราษฎรเสนอร่างพระราชบัญญัตินั้นต่อวุฒิสภา ...”

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 154 วรรคหนึ่ง (1) และ (2) “ร่างพระราชบัญญัติใดที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว ...

(1) หากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา เห็นว่าร่างพระราชบัญญัตินี้มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภาหรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี แล้วให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าวส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบโดยไม่ชักช้า

(2) หากนายกรัฐมนตรีเห็นว่าร่างพระราชบัญญัตินี้มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้ส่งความเห็นเช่นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานวุฒิสภาทราบโดยไม่ชักช้า”

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 150 “ร่างพระราชบัญญัติที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้วให้นายกรัฐมนตรีนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายภายในยี่สิบวันนับแต่วันที่ได้รับร่างพระราชบัญญัตินั้นจากรัฐสภาเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย และเมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับเป็นกฎหมายได้”

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 151 “ร่างพระราชบัญญัติใด พระมหากษัตริย์ไม่ทรงเห็นชอบด้วยและพระราชทาน

คืนมายังรัฐสภา หรือเมื่อพ้นเก้าสิบวันแล้วมิได้พระราชทานคืนมา รัฐสภาจะ
ต้องปรึกษาร่างพระราชบัญญัติฉบับใหม่ ถ้ารัฐสภามีมติยืนยันตามเดิมด้วย
คะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของ
ทั้งสองสภาแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีนำร่างพระราชบัญญัตินั้นขึ้นทูลเกล้าทูล
กระหม่อมถวายอีกครั้งหนึ่ง เมื่อพระมหากษัตริย์มิได้ทรงลงพระปรมาภิไธย
พระราชทานคืนมาภายในสามสิบวันให้นายกรัฐมนตรีนำพระราชบัญญัตินั้น
ประกาศในราชกิจจานุเบกษาใช้บังคับเป็นกฎหมายได้เสมือนหนึ่งว่าพระมา
กษัตริย์ได้ทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว”



ความยุติธรรมกับการปฏิวัติรัฐประหาร: เมื่อแนวคิดสำนักกฎหมายบ้านเมือง กำลังถูกท้าทาย*

พัชร นิยมศิลป์ **

“Whoever hath an ultimate authority to interpret any written or spoken laws, it is he who is truly the Law-giver to all intents and purposes, and not the person who first wrote or spoke them.” Benjamin Hoadly (1676-1761) ⁽¹⁾

“ใครก็ตามที่มีอำนาจในการตีความกฎหมายทั้งที่เป็นคำพูดและลายลักษณ์อักษร บุคคลนั้นคือผู้บัญญัติกฎหมายอย่างแท้จริงทั้งเจตนาและวัตถุประสงค์ ไม่ใช่ผู้ซึ่งเขียนหรือพูดมันเป็นครั้งแรก” บิชอป โอดลี (พ.ศ. 2219 – 2304) ⁽²⁾

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net วันที่ 3 มกราคม พ.ศ. 2553

** อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

1. Gray, John Chipman, “A Realist Conception of Law”, The Philosophy of Law (eds. Feinberg & Gross), 3rd ed. 1986, page 12 cited in Waluchow, Wil, “Constitutionalism”, The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Fall 2008 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL = . Accessed on 27/12/2009

2. สมชาย ปรีชาศิลป์กุล, “นิติปรัชญาทางเลือก”, กรุงเทพฯ: วิทยุชน, 2546 หน้า 23

กฎหมายกับความยุติธรรมนั้นเป็นสิ่งที่อยู่คู่กัน นักกฎหมายไม่ว่าอยู่ที่ใดในโลกต่างยอมรับว่าความยุติธรรมมีอยู่จริง แม้ว่าความยุติธรรมจะเป็นสิ่งที่ไม่สามารถให้นิยามตายตัวได้ แต่มันก็เป็นสิ่งที่นักกฎหมายทุกคนพึงระลึกถึงเมื่อยามที่ต้องใช้กฎหมาย การจะเข้าถึงความยุติธรรมได้นั้นมิใช่เรื่องง่าย ความยุติธรรมไม่สามารถได้มาโดยอาศัยเพียงสามัญสำนึกหรือสัญชาตญาณของมนุษย์ ทั้งนี้ก็เนื่องจากความยุติธรรมของแต่ละคนนั้นไม่เท่ากันและก็เป็นเรื่องนานาจิตตัง ดังนั้นนักกฎหมายจึงได้ประดิษฐ์ศาสตร์แห่งการเข้าถึงความยุติธรรมซึ่งเรียกว่า “นิติศาสตร์” ขึ้นมาประมวลกฎหมายของจักรพรรดิจัสติเนียนซึ่งมีอายุกว่า 1,500 ปี ได้บัญญัติไว้ในบทแรกของมุลบท “นิติศาสตร์” (Institute) ว่า “Justice is the constant and perpetual wish to render everyone his due” และ “Jurisprudence is the knowledge of things divine and human; the science of the just and the unjust” บทบัญญัติทั้งสองนี้ ศาสตราจารย์ ดร. ปรีดี เกษมทรัพย์³⁾ ได้แปลไว้ว่า “ความยุติธรรม คือ เจตจำนงอันแน่วแน่ตลอดกาลที่จะให้แก่ทุกคนในสิ่งที่เขาพึงจะได้” และ “วิชานิติศาสตร์เป็นวิชาที่ว่าด้วยความถูกต้องและความไม่ถูกต้อง เป็นวิชาที่ว่าด้วยความเป็นธรรมและความอยุติธรรม”

ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ได้อธิบายไว้ในหนังสือ “นิติปรัชญา” ของท่านว่า คนเราต่างจากสัตว์อยู่ตรงที่คนเรานั้นมีสติปัญญา สามารถคิดและวินิจฉัยถูกผิดได้ ยกตัวอย่างเช่น เมื่อคนเห็นสุนัขสองตัวแย่งกระดูกกัน มนุษย์ซึ่งเป็นผู้ยืนอยู่นอกวงย่อมสามารถวินิจฉัยได้ว่า สุนัขตัวไหนเป็นฝ่ายแย่ง สุนัขตัวไหนเป็นฝ่ายผิด มนุษย์สามารถพิจารณาข้อเท็จจริงที่ปรากฏขึ้นตามลำดับที่เกิดขึ้นได้ ฉะนั้นก็นั่นนักนิติศาสตร์หรือตุลาการผู้วินิจฉัยความขัดแย้งหรือข้อพิพาทระหว่างมนุษย์จะต้องมีจิตที่ยึดมั่นว่า “ความยุติธรรม คือ เจตจำนงอันแน่วแน่ตลอดกาลที่จะให้แก่คนในสิ่งที่เขา

3. ปรีดี เกษมทรัพย์, “นิติปรัชญา”, กรุงเทพฯ:โรงพิมพ์เดือนตุลา, พิมพ์ครั้งที่ 3 . 2539, หน้า 320

พึงจะได้” ซึ่งนักกฎหมายยุโรปถือเป็นสรณะว่าประการนี้เป็นคุณธรรมของนักกฎหมายที่สำคัญยิ่ง

เมื่อหันมาพิจารณาแนวคิดเรื่องกฎหมายกับความยุติธรรมในประเทศไทยจะพบว่าแนวคิดที่สำคัญแบ่งแยกออกได้เป็นสองสำนักความคิด คือ สำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) และสำนักกฎหมายบ้านเมือง (Positive Law) สำนักกฎหมายธรรมชาติเชื่อว่ากฎหมายมีอยู่แล้วตามธรรมชาติ คงทนอยู่ถาวรและเป็นนิรันดร์ โดย ฮูโก โกรเชียส (Hugo Grotius 1583-1645) นักปราชญ์ชาวดัตช์ ได้พัฒนาแนวคิดของอริสโตเติลที่เชื่อว่า “มนุษย์นั้นมีธรรมชาติเป็นสิ่งที่ต้องการอยู่ร่วมกันเป็นสังคม” ดังนั้นความถูกต้องเป็นธรรมในทัศนะของโกรเชียสก็คือ “สถานะที่สอดคล้องกับธรรมชาติของการอยู่ร่วมกันเป็นสังคมอย่างมีเหตุผล สิ่งใดที่ขัดแย้งรบกวนความกลมกลืนสงบสุขในสังคมสิ่งนั้นย่อมไม่ถูกต้องเป็นธรรม” ดังนั้นโกรเชียสได้เสนอคำนิยามความหมายของกฎหมายธรรมชาติไว้ ดังนี้ “*Natural Law is a dictate of right reason which points out that an act, according as it is or is not in conformity with rational nature, has in it a quality of moral baseness or moral necessity- กฎหมายธรรมชาติ คือ บัญชาของเหตุผลอันถูกต้องที่ชี้ว่าการกระทำอันหนึ่งว่ามีความต่ำทรามในทางศีลธรรม หรือมีความจำเป็นในทางศีลธรรมทั้งนี้โดยดูจากว่าคุณภาพของการกระทำนั้นเป็นไปตามธรรมชาติ หรือขัดแย้งกับธรรมชาติที่มีเหตุผลของมนุษย์*”⁴⁾ โกรเชียสยืนยันว่า กฎหมายธรรมชาติคือเหตุผลที่ถูกต้องและเหตุผลที่ถูกต้องนี้เองจะเป็นสิ่งที่บ่งบอกว่าการกระทำใดถูกหรือผิด สูงส่งหรือต่ำทราม สิ่งใดจะผิดถูกชั่วดีอย่างไรนั้นอยู่ที่คุณภาพของตัวมันเองไม่ขึ้นกับใคร ไม่ใช่แม้แต่พระเจ้าเป็นเจ้าที่จะกำหนด โดยย่อสาระสำคัญของแนวคิดสำนักกฎหมายธรรมชาติก็คือ กฎหมายที่มนุษย์สร้างขึ้นนั้นมีไข่กฏสูงสุดแต่เป็นกฏที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎธรรมชาติซึ่งจะเป็นไปตามความยุติธรรมตามธรรมชาติ ดังนั้นการ

4. ปรีดี เกษมทรัพย์, เรื่องเดิม, หน้า 184

ตีความกฎหมายจึงต้องให้ความสำคัญกับความยุติธรรมที่ถูกต้องแท้จริง สอดคล้องกับกฎธรรมชาติดีกว่าเสียยิ่งกว่าตัวบทลายลักษณ์อักษร⁽⁵⁾

ส่วนสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองนั้นเชื่อว่ากฎหมายเป็นสิ่งที่เป็นไปตามเจตจำนงของรัฐอธิปัตย์ เป็นการเปลี่ยนแปลงแนวความคิดของฝ่ายสำนักกฎหมายธรรมชาติที่คิดว่าการบัญญัติกฎหมายนั้นเป็นการบัญญัติกฎหมายไปตามเหตุผลตามธรรมชาติ ดังนั้นสำหรับสำนักกฎหมายฝ่ายบ้านเมืองแล้วกฎหมายก็คือคำสั่งของรัฐอธิปัตย์ พวกที่เชื่อเช่นนี้ถูกเรียกว่า “Legal Positivism” ขนเหล่านี้ถือว่ากฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในบ้านเมืองเท่านั้นที่เป็นกฎหมาย ส่วนศีลธรรม ความยุติธรรม คุณธรรมหรือที่เรียกว่ากฎหมายธรรมชาตินั้นไม่จัดว่าเป็นวัตถุ (Object) ที่ศึกษาในวิชานิติศาสตร์ กฎหมายจะเป็นกฎหมายได้ก็แค่การบัญญัติของผู้มีอำนาจอธิปไตยโดยดำเนินการบัญญัติไว้ตามวิธีการที่กำหนดไว้เท่านั้น เมื่อจำแนกลักษณะสำคัญของ Legal Positivism นั้นจะพบว่ามียุ 2 ประการ⁽⁶⁾ คือ

ประการแรก เชื่อว่ามีแต่กฎหมายที่ได้บัญญัติขึ้นโดยจงใจเท่านั้นที่เป็นกฎหมายที่แท้จริง (only deliberately made law is real law)

ประการที่สอง เชื่อว่าระบบกฎหมายในทางวิชาการนิติศาสตร์นั้นเป็นระบบที่มีความสมบูรณ์อยู่ในตัว (Self-Contained and Self Sufficient) และไม่ต้องอาศัยหลักการอื่นใดมาอธิบาย

ในยุคปัจจุบันปฏิเสธไม่ได้ว่าแนวคิดของสำนักกฎหมายบ้านเมืองนั้นเป็นแนวทางหลักในการศึกษาวิชานิติศาสตร์ในประเทศไทย นิสิตนักศึกษาไม่ว่าจะในสถาบันการศึกษาของรัฐหรือเอกชนต่างถูกพร่ำสอนว่า “กฎหมายคือคำสั่งของรัฐอธิปัตย์” ซึ่งเป็นคำสอนที่สอนกันมาตั้งแต่เมื่อครั้งประเทศสยามปฏิรูปกฎหมาย ผู้พิพากษาศาลากลางตลอดจนนักกฎหมายสยามก็ท่องกัน

5. โสธ สุตานนท์, “รัฐธรรมนูญฉบับวิถีพุทธ กฎหมายกับความยุติธรรม”, มติชนออนไลน์ วันที่ 27/01/2009 URL: <http://www.matichon.co.th/matichon/v...day=2009-01-27>

6. บริติ เกษมทรัพย์, เรื่องเดิม, หน้า 241-242.

มาตลอดว่า “กฎหมายคือคำสั่งของรัฐบาลปิตัย ผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามจะต้องถูกลงโทษ” ดังที่ปรากฏในคำสอนของพระบรมวงศ์เธอกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ อันมีความว่า

“เราจะต้องระวังอย่าคิดเอากฎหมายไปปนกับความดี ความชั่ว ฤๅความยุติธรรม กฎหมายเป็นคำสั่งเป็นแบบที่เราจะต้องปฏิบัติตาม แต่กฎหมายนั้นบางทีก็จะชั่วได้ ฤๅไม่เป็นยุติธรรม อะไรไม่ยุติธรรมมีบ่อเกิดหลายแห่ง เช่น ตามศาสนาต่างๆ แต่กฎหมายนั้นเกิดขึ้นได้แห่งเดียว คือจากผู้ปกครองแผ่นดิน ฤๅที่ผู้ปกครองแผ่นดินอนุญาตเท่านั้น⁽⁷⁾

ดังนั้นจึงไม่แปลกที่จะพบว่านักกฎหมายในประเทศไทยจะมีความเห็นว่าเมื่อมีกฎหมายบัญญัติเรื่องใดไว้แล้ว หากเป็นกฎหมายที่บัญญัติโดยรัฐบาลปิตัยแล้วก็ถือว่ามีความยุติธรรมตามนั้น ตัวอย่างเช่น⁽⁸⁾

คำพิพากษาฎีกา ที่ 114/2459 ได้วินิจฉัยไว้ตอนหนึ่งว่า “ความยุติธรรมแปลว่า ความประพฤติอันชอบด้วยพระราชกำหนดกฎหมายเท่านั้น ความเห็นส่วนตัวของบุคคลย่อมแปรปรวนไปต่างๆ มิยุติธรรมไม่ได้เลย”

คำพิพากษาฎีกาที่ 12/2521 วินิจฉัยเอาไว้ว่า “ข้ออ้างเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมนั้น จะต้องเป็นไปเพื่อคู่ความทั้งสองฝ่ายมิใช่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง และต้องเป็นไปตามกฎหมายด้วย”

ประวัติศาสตร์การเมืองไทยนับตั้งแต่มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองเมื่อ พ.ศ. 2475 กับการปฏิวัติรัฐประหารนั้นจัดว่าเป็นสิ่งที่อยู่คู่กัน นักรัฐศาสตร์ได้พยายามอธิบายปรากฏการณ์ที่อำนาจหมุนวนไปมาระหว่างพัฒนาการประชาธิปไตยกับการรัฐประหารในไทยโดยสร้างวาทกรรมที่เรียกว่า “วงจรอุบาทว์”

7. พระเจ้าบรมวงศ์เธอกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์, “กฎหมายเล่ม 1”, กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์สำนักทำเนียบนายกรัฐมนตรี, 2513 หน้า 7 อ้างใน มานิตย์ จุมปา (บรรณาธิการ), “ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย”, โครงการตำราคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551, หน้า 25.

8. ปรีดี เกษมทรัพย์, เรื่องเดิม, หน้า 318

ในปัจจุบันผู้เขียนเห็นว่าวงจรรูปภาพของการเมืองไทยได้มีการพัฒนาไปจากอดีตบ้าง โดยเฉพาะการอาศัยกฎบัตรกฎหมาย นักกฎหมาย ตลอดจนกระบวนการยุติธรรมมาเป็นเครื่องมือในการสร้างความชอบธรรมมากขึ้น กล่าวคือ เริ่มจากฝ่ายทหารทำการรัฐประหารฉีกรัฐธรรมนูญทั้งโดยอ้างความไม่มีเสถียรภาพทางการเมือง การฉ้อราษฎร์บังหลวงของนักการเมือง การที่องค์กรอิสระถูกแทรกแซงถูกรวบงำโดยฝ่ายการเมือง การพิทักษ์รักษาไว้ซึ่งสถาบันพระมหากษัตริย์ จนไปถึงการอ้างเหตุผลของการแตกความสามัคคีของคนในชาติ⁹⁾ ดังนั้นจะเห็นได้ว่าเงื่อนไขของการรัฐประหารนั้นขยายวงกว้างมากขึ้น หลังจากทีทหารเข้ามาใช้อำนาจแล้วก็จะใช้อำนาจเผด็จการร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่พร้อมๆ กับการยึดทรัพย์สินนักการเมืองหรือดำเนินกระบวนการล้างบางนักการเมืองผ่านองค์กรที่ตนตั้งขึ้น สำหรับการร่างรัฐธรรมนูญนั้นทหารก็จะเข้าไปมีบทบาทไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายในการกำหนดทิศทางของรัฐธรรมนูญ โดยตั้งพรรคพวกของตนเข้าไปนั่งในตำแหน่งสำคัญๆ ไม่ว่าจะเป็นผู้ร่างรัฐธรรมนูญ ผู้ตรวจสอบการทำงานภาครัฐ หรือผู้ใช้อำนาจในองค์กรรัฐ จากนั้นเมื่อมีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่แล้วก็จัดให้มีการเลือกตั้ง ทั้งนี้ทั้งนั้นรัฐธรรมนูญฉบับใหม่นี้ก็จะมีข้อกำหนดให้ฝ่ายตนได้เปรียบที่สุดในการเลือกตั้ง อาจกล่าวได้ว่าระบบที่ทหารวางไว้ในโครงสร้างพื้นฐานของรัฐ ไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายต่าง ๆ เอื้อให้เกิดการใช้อำนาจในทางมิชอบได้ง่าย ต่อมาเมื่อมีรัฐบาลที่มาจากการเลือกตั้งเข้าไปใช้อำนาจ ด้วยเหตุที่รัฐธรรมนูญวางโครงสร้างไว้ไม่ดีการเมืองก็จะกลับมาวุ่นวายอีก¹⁰⁾ ส่งผลให้ทหารสามารถหาเหตุผลมาทำการปฏิวัติรัฐประหาร

⁹⁾ โปรดุ แลงเกอร์ คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 1 ลงวันที่ 19 กันยายน 2549

¹⁰⁾ ดังจะสังเกตได้ว่ายามใดที่รัฐบาลขาดเสถียรภาพหรือเมื่อมีความขัดแย้งทางการเมืองสูงก็จะมีข่าวเกี่ยวกับการก่อการปฏิวัติรัฐประหารเป็นระยะ ๆ หรือแม้กระทั่งปัญหาบางปัญหาเป็นเรื่องทางการเมืองโดยแท้แต่สื่อมวลชนกลับตั้งคำถามไปที่ผู้บัญชาการทหารบกแทนที่จะเป็นคณะรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีประจำกระทรวงนั้น ๆ

ได้ต่อไปเรื่อย ๆ และวนกลับเข้าสู่วงจรเดิมอีกครั้ง

หากพิจารณาให้ดูจะเห็นว่าวงจรอุบาทว์นี้จะมีนักกฎหมายเป็นฟันเฟืองอยู่แทบทุกกระบวนการ ไม่ว่าจะเป็นการร่างรัฐธรรมนูญที่ดี การสร้างกรอบธรรมให้แก่ผู้ทำรัฐประหารที่ดี การล้างบางนักการเมืองที่ถูกกล่าวหาว่าฉ้อราษฎร์บังหลวงที่ดี การยุยงส่งเสริมและการยินยอมให้เกิดการรัฐประหารที่ดี ทั้งหมดนี้ต่างก็ส่งผลให้การเมืองไทยไม่สามารถพัฒนาไปสู่ประชาธิปไตยแบบสากลซึ่งในทัศนะของผู้เขียน นักกฎหมายไทยก็ไม่สามารถที่จะปฏิเสธความรับผิดชอบในส่วนนี้ไปได้เลย เพราะเราทุกคนก็มีส่วนในการขับเคลื่อนวงจรอุบาทว์นี้อยู่เรื่อยมา

ในการอธิบายวงจรอุบาทว์ในเชิงนิติศาสตร์ หากพิเคราะห์กันด้วยสำนึกนิติปรัชญาตามที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้นจะพบว่าเป็นแนวคิดสำนักกฎหมายบ้านเมืองนี้เองที่ได้ส่งผลให้ศาลฎีกาไทยมีคำพิพากษาวางบรรทัดฐานว่าคำสั่งของคณะปฏิวัติมีสถานะเป็นกฎหมาย ตัวอย่างเช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/2505 ซึ่งวินิจฉัยฐานะทางกฎหมายของคณะรัฐประหารปี พ.ศ. 2501 ดังนี้

“เมื่อใน พ.ศ. 2501 คณะปฏิวัติได้ทำการยึดอำนาจปกครองประเทศได้เป็นผลสำเร็จ หัวหน้าคณะปฏิวัติย่อมเป็นผู้ใช้อำนาจปกครองบ้านเมือง ข้อความใดที่หัวหน้าคณะปฏิวัติสั่งบังคับประชาชนก็ต้องถือว่าเป็นกฎหมาย แม้พระมหากษัตริย์จะมีได้ทรงตราออกมาด้วยคำแนะนำและยินยอมของสภาผู้แทนราษฎรหรือสภานิติบัญญัติของประเทศก็ตาม”

คำพิพากษานี้ได้ก่อให้เกิดการยอมรับกันว่า หากคณะปฏิวัติกระทำการสำเร็จก็จะเป็นรัฐอธิปไตย แต่หากคณะปฏิวัติกระทำการปฏิวัติไม่สำเร็จ ย่อมมีความผิดฐานกบฏ⁽¹¹⁾ การยอมรับเช่นนี้เป็นผลให้กฎหมายมหาชนใน

11. ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 113 บัญญัติว่า “มาตรา 113 ผู้ใดใช้กำลังประทุษร้าย หรือ ชูเจ็ญว่าจะใช้กำลังประทุษร้าย เพื่อ

(1) ล้มล้างหรือเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ

ประเทศไทยเป็นกฎหมายที่ขาดอุดมการณ์เชิงคุณค่าและคุณธรรมของกฎหมายมหาชน ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ชี้ว่า “ถ้าปรัชญากฎหมายมหาชนของสังคมเป็นเช่นใด เทคนิคและกลไกของกฎหมายแต่ละเรื่องที่จะใช้ก็เป็นเพียงวิธีการ (means) ไปสู่เป้าหมายสุดท้ายของสังคม (ends) เท่านั้น การที่สอนและเชื่อกันในประเทศไทยมาตลอดว่ากฎหมาย คือ คำสั่งของรัฐบาลิปไตย ผู้ใดฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามต้องได้รับโทษ หรือ ความเป็นธรรมตามตัวบทกฎหมายที่ตราขึ้นเท่านั้นที่เป็นความเป็นธรรมที่ยอมรับได้ในสังคม ย่อมนำไปสู่ตรรกะที่ว่า เมื่อใดที่สามารถเป็นรัฐบาลิปไตยได้แล้วก็สามารถใช้ “อำนาจ” สร้าง “ธรรม” ได้”⁽¹²⁾ เมื่อเป็นเช่นนี้แล้วก็คงจะไม่ผิดนักหากจะกล่าวว่า “ระบบกฎหมายไทยภายใต้การศึกษาอบรมแบบเดิมเป็นระบบกฎหมายที่เอื้ออำนวยต่อการรัฐประหารโดยใช้กำลัง”⁽¹³⁾..

จากคำสอนภายใต้อิทธิพลสำนักกฎหมายบ้านเมืองตลอดจนแนวคำพิพากษาเกี่ยวกับสถานะของคณะรัฐประหารและรัฐบาลิปไตยสะท้อนให้เห็นว่าสภาพของกฎหมายมหาชนไทยนั้นมีลักษณะเป็นเพียง “เทคนิค” ที่ผู้มีอำนาจบัญญัติกฎหมายกำหนดขึ้นเพื่อนับรวบรัดอุปสรรคของการใช้

11. (ต่อ)

(2) ล้มล้างอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร หรืออำนาจตุลาการแห่งรัฐธรรมนูญ หรือให้ใช้อำนาจดังกล่าวแล้วไม่ได้ หรือ

(3) แต่งโยกย้ายหรือยุบหรือยุบเลิกหรือโอนอำนาจในส่วนหนึ่งส่วนใดแห่งราชอาณาจักรผู้ขึ้นกระทำความผิดฐานเป็นกบฏ ต้องระวางโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต

12. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “กฎหมายมหาชน เล่ม 2: การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย”, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548, หน้า 221-222.
13. เสน่ห์ จามริก, “การเมืองไทยกับพัฒนาการรัฐธรรมนูญ”, ชุดศึกษาวิจัยพัฒนาสิทธิมนุษยชนในประเทศไทย, กรุงเทพฯ: เจริญวิทย์การพิมพ์, 2529, หน้า 230-326 อ้างใน บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “กฎหมายมหาชน เล่ม 2: การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย”, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548, หน้า 224.

อำนาจเท่านั้น กฎหมายมหาชนไทยหาได้สะท้อนอุดมการณ์เชิงปรัชญาแบบประชาธิปไตยและเสรีนิยมแต่อย่างใดไม่¹⁴⁾ ในทางกลับกัน กฎหมายมหาชนไทยกลับเป็นผลโดยตรงจากวัฒนธรรมระบบอุปถัมภ์ วัฒนธรรมอำนาจนิยม จารีตในทางปกครองที่ปฏิบัติกันอยู่ในปัจจุบันจึงหันหลังให้กับหลักนิติศาสตร์และหลักความเป็นธรรม ตลอดจนหลักนิติรัฐที่นักกฎหมายทุกผู้ทุกนามมีหน้าที่โดยตรงที่จะพิทักษ์รักษาไว้

กระนั้น ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช ได้ให้คำอธิบายถึงเหตุที่ผู้พิพากษาจำเป็นต้องยอมรับคำสั่งคำบัญชาของคณะปฏิวัติว่าเป็นกฎหมายก็เพราะว่า เมื่อมีผู้จับอาวุธขึ้นก่อนการปฏิวัติรัฐประหารจนยึดอำนาจไว้ได้ อำนาจนั้นก็เป็อำนาจปกครองบ้านเมือง ใครฝ่าฝืนก็โดนลูกตะกั่ว ดังภาษิตกฎหมายโรมันที่ว่า “Inter arma silent leges — เมื่อได้เสียงปืนดังเมื่อนั้นกฎหมายหมดเสียง” อย่างไรก็ตามคุณชายท่านก็ได้ตั้งคำถามแก่นักกฎหมายไว้ว่า “เมื่อเสียงปืนสงบเงียบลงไปแล้วกฎหมายจะมีเสียงขึ้นมาบ้างไม่ได้หรืออย่างไร”¹⁵⁾

เป็นที่น่าอินตียิ่งว่าปัจจุบันมีนักกฎหมายผู้ที่กำลังทำให้เสียงของกฎหมายนั้นดังกว่าเสียงปืนของคณะปฏิวัติรัฐประหาร แนวคำพิพากษาเกี่ยวกับความชอบธรรมของคณะรัฐประหารกำลังถูกท้าทายโดยผู้พิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองคนหนึ่งที่เคยมาไปด้วยความกล้าหาญและคุณธรรมของนักกฎหมาย ท่านใช้ความยุติธรรมตามธรรมชาติผานแนวคิดนิติรัฐมาอธิบายว่าการปฏิวัติรัฐประหารนั้นมีใช้เหตุผลที่จะสร้างความชอบธรรมให้แก่ผู้ปกครองในการออกกฎหมาย อีกทั้งการ

14. บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, เรื่องเดิม, หน้า 223-224

15. เสนีย์ ปราโมช, “การกักตัวอันธพาลโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่”, บทปัจฉิมคดี เล่ม 27, 2513, หน้า 623 อ้างใน มานิตย์ จุมปา (บรรณาธิการ), “ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับกฎหมาย”, โครงการตำราคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2551, หน้า 27.

ก่อนการปฏิวัติรัฐประหารสำเร็จก็มีสาเหตุที่จะอ้างตัวเองว่าเป็นรัฐธำมณีปัตย์อีกด้วย ท่านผู้พิพากษาท่านนี้ คือ นายศิริดิ กาญจนรินทร์ ท่านผู้พิพากษา ศิริดิ กาญจนรินทร์ ได้แสดงเหตุผลไว้ในคำวินิจฉัยส่วนตัว คำพิพากษาศาลฎีกา แผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่ อม.9/2552 ซึ่งผู้เขียน ขออนุญาตคัดลอกมาบางส่วน ดังนี้ (ขีดเส้นใต้โดยผู้เขียน)

“ปัญหาต้องวินิจฉัยว่า ผู้ร้องมีอำนาจฟ้อง (ยื่นคำร้อง) คดีนี้หรือไม่ เห็นว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน ศาลเป็นหนึ่งในอำนาจอธิปไตย ซึ่งเป็นของประชาชนศาลจึงต้องใช้อำนาจดังกล่าวเพื่อประชาชนอย่างสร้างสรรค์ ในการวินิจฉัยคดีเพื่อให้เกิดผลในทางที่ขยายขอบเขตการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และหากศาลไม่รับใช้ประชาชน ย่อมทำให้ระบบกฎหมาย และกระบวนการยุติธรรมถูกทำลายและสั่นคลอน

นอกจากนี้ศาลควรมีบทบาทในการพิทักษ์ความชอบด้วยกฎหมายรวมถึงพันธกรณีในการ คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจโดยมิชอบและพันธกรณีในการปกป้องรักษาประชาธิปไตยด้วยการได้อำนาจ ในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางของระบอบประชาธิปไตย กล่าวคือการได้อำนาจในการปกครองประเทศโดยความไม่ยินยอมพร้อมใจจากประชาชนส่วนใหญ่ เท่ากับเป็นการล้มล้างระบอบประชาธิปไตย การปฏิวัติหรือรัฐประหารเป็นการล้มล้างรัฐธรรมนูญเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 113 ย่อมเป็นการได้อำนาจ ในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางของระบอบประชาธิปไตย

หากศาลรับรองอำนาจของบุคคลหรือคณะบุคคลที่ทำการปฏิวัติหรือรัฐประหารว่าเป็น รัฐธำมณีปัตย์แล้ว เท่ากับศาลไม่ได้รับใช้ประชาชน จากการใช้อำนาจโดยมิชอบและเพิกเฉยต่อการปกป้องรักษาประชาธิปไตยดังกล่าวมาข้างต้น ทั้งเป็นการละเลยหลักนิติธรรมตามธรรมชาติที่ว่าบุคคลจะได้รับประโยชน์จากความฉ้อฉลหรือความผิดของตนเองหาได้ไม่ รวมทั้งเป็นการ

ส่งเสริมให้เกิดการปฏิวัติหรือรัฐประหารเป็นวงจรอุบาทว์อยู่ร่ำไป ยิ่งกว่านั้นยังเป็นช่องทางให้บุคคลหรือคณะบุคคลดังกล่าวยืมมือกฎหมายเข้ามาจัดการสิ่งต่างๆ

ข้อเท็จจริงเป็นที่ทราบกันโดยทั่วไปว่า ปัจจุบันอยู่ในกระแสโลกาภิวัตน์นานาชาติขนาดใหญ่ปกครองในระบบประชาธิปไตย ซึ่งไม่ยอมรับอำนาจที่ได้มาจากการปฏิวัติหรือรัฐประหาร ฉะนั้นเมื่อกาลและเทศะในปัจจุบันเปลี่ยนไปแล้วจากอดีต ศาลจึงไม่อาจที่จะรับรองอำนาจของบุคคลหรือคณะบุคคลที่ทำการปฏิวัติหรือรัฐประหารว่าเป็นรัฐอธิปไตย

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้นเมื่อข้อเท็จจริงเป็นที่รู้กันอยู่ทั่วไปเช่นกันว่าผู้ร้องประกอบด้วยคณะกรรมการที่เป็นผลพวงของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข (คปค.) แต่ คปค. เป็นคณะบุคคลที่ทำการปฏิวัติหรือรัฐประหาร เป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 113 จึงเป็นการได้อำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทาง ของระบอบประชาธิปไตยดังเหตุผลข้างต้น ย่อมไม่อาจถือได้ว่าเป็นรัฐอธิปไตย แม้จะได้รับการนิรโทษกรรมภายหลังก็ตาม หากก่อให้เกิดอำนาจที่จะสั่งการหรือกระทำการโดยอ้างรัฐอธิปไตย

ผู้ร้องประกอบด้วยคณะบุคคลที่เป็นผลพวงของ คปค. ย่อมไม่มีอำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกัน ปรามการทุจริต พุทธศักราช 2542 ด้วยเช่นกัน ผู้ร้องจึงไม่มีอำนาจฟ้อง (ยื่นคำร้อง) คดีนี้ อำนาจฟ้อง (ยื่นคำร้อง) เป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อย ศาลมีอำนาจหยิบยกขึ้นวินิจฉัย เมื่อวินิจฉัยดังนี้แล้ว ปัญหาว่าผู้คัดค้านจงใจยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและเอกสารประกอบด้วยข้อ ความอันเป็นเท็จและปกปิดข้อเท็จจริงที่ควรแจ้งให้ทราบหรือไม่ จึงไม่จำต้องวินิจฉัย”

จากคำวินิจฉัยส่วนตัวข้างต้นทำให้ผู้เขียนระลึกถึงพระบรมราโชวาทของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดช ในพิธีพระราชทานประกาศนียบัตรแก่นักนิติบัณฑิไทยสมัยที่ 33 ความตอนหนึ่งว่า

“มีคำพูดที่พูดถึงนักกฎหมายอยู่อย่างหนึ่ง คนที่ทำงานกับกฎหมาย มาก ๆ มักจะติดตัวทกกฎหมาย คำพูดอย่างนี้ดูจะไม่ใช้คำชม หากเป็นคำติถึง นักกฎหมายบางคนที่ถือแต่ตัวทกกฎหมายเป็นหลักการ ในการธำรงรักษา ความยุติธรรมหรือความเป็นธรรมจึงควรระมัดระวังให้มาก คือควรจะได้ ทำความเข้าใจให้แน่ชัดว่ากฎหมายนั้นไม่ใช่ความยุติธรรม เป็นแต่เพียงเครื่องมืออย่างหนึ่งสำหรับการรักษาและอำนวยความยุติธรรมเท่านั้น การใช้ กฎหมายจึงต้องมุ่งหมายใช้เพื่อรักษาความยุติธรรม ไม่ใช่เพื่อรักษาตัวทก กฎหมายเอง และการรักษาความยุติธรรมในแผ่นดินมิได้มีวงแคบอยู่แต่เพียง แค่ขอบเขตของกฎหมาย หากต้องขยายออกไปถึงศีลธรรมจรรยา ตลอดจน เหตุผลพหุตามความเป็นจริงด้วย”⁽¹⁶⁾

ดังนั้นผู้เขียนในฐานะนักวิชาการ ขอเชิญนักกฎหมายทั้งหลายปรับ ความเข้าใจให้ต้องตรงกันตามพระราชประสงค์ของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่ หัวว่า “กฎหมายนั้นไม่ใช่ความยุติธรรม เป็นแต่เพียงเครื่องมืออย่างหนึ่ง สำหรับการใช้ในการรักษาและอำนวยความยุติธรรมเท่านั้น” ซึ่งความยุติธรรมใน ที่นี้คือความยุติธรรมตามธรรมชาติอันเป็นสากลและเป็นนิรันดร์ แม้ว่า คำวินิจฉัยส่วนตัวของท่านผู้พิพากษา กิริติ กาญจนรินทร์ จะมีได้ก่อให้เกิด ผลทางคดีหรือเป็นแนวบรรทัดฐานของศาลฎีกาเฉกเช่นคำพิพากษาศาลฎีกา ทั่วไป แต่ผู้เขียนขอชื่นชมและยกย่องท่านผู้พิพากษา กิริติ กาญจนรินทร์ ที่เป็นผู้ตีเกราะเคาะกฎหมายนำแสงสว่างมาสู่หมูนักกฎหมายมหาชน แม้ว่า แสงเทียนที่ท่านได้จุดไว้จะเป็นเปลวไฟขนาดเล็ก แต่หากพวกเราเหล่านัก กฎหมายนำเชื้อไฟของท่านไปขยายต่อให้เหมือนไฟป่าในฤดูแล้ง ผู้เขียน เชื่อว่า ในวันข้างหน้าประเทศไทยจะไม่ต้องมีดমনอยู่ในวงจรอุบาทว์อีกต่อไป ดังนั้นโปรดคริกครองให้ตีเถิดว่าเราจะกั้นหน้ายอมรับอำนาจจนกระบอบต่อไป เจียบ ๆ ฤจะช่วยกันป่าวร้องนำหลักนิติรัฐมาสู่สังคมไทย

¹⁶. คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ประมวลพระราชดำรัสและพระบรมราชโองการที่ พระราชทานในโอกาสต่าง ๆ อันเกี่ยวกับเรื่องกฎหมายตั้งแต่พุทธศักราช 2489 จนถึง 2529. กรุงเทพฯ: หอรัตนชัยการพิมพ์, 2530, หน้า 85.

กระบวนการที่นำไปสู่การแก้ไขรัฐธรรมนูญ ครั้งล่าสุดของประเทศฝรั่งเศส *

ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ **

รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันของฝรั่งเศสนั้นประกาศใช้บังคับมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2501 โดยในขณะนั้น รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวถูกจัดทำขึ้นเพื่อแก้ปัญหาสำคัญของประเทศ เช่น สงครามกลางเมือง ปัญหาเศรษฐกิจ ปัญหาสังคม ความไม่มีเสถียรภาพทางการเมืองของรัฐบาล เป็นต้น รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวจึงเป็นรัฐธรรมนูญที่มีสาระทั้งหมดเกี่ยวกับโครงสร้างสถาบันทางการเมืองและอำนาจรัฐ ในปัจจุบัน เมื่อได้อ่านรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสก็จะรู้สึกได้ทันทีว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่ “ขาด” สิ่งสำคัญๆ ไปหลายสิ่งโดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชน แม้ฝรั่งเศสจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไปหลายครั้งในช่วงเวลาเกือบ 50 ปีที่ผ่านมา แต่ส่วนใหญ่แล้ว การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็เน้นไปในเรื่องการจัดโครงสร้างสถาบันทางการเมืองและอำนาจรัฐเช่นเดิม ด้วยเหตุนี้เอง ที่ในระหว่างการหาเสียงเลือกตั้งประธานาธิบดีในดอนตันปีที่ผ่านมาผู้สมัครเข้าชิงตำแหน่งประธานาธิบดี

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net วันที่ 30 มกราคม พ.ศ. 2553

** อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

หลายคนจึงได้พยายามเสนอที่จะให้มีการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่มี “ความทันสมัย” มากขึ้นโดยประธานาธิบดี Nicolas Sarkozy เองในระหว่างการหาเสียงก็ได้เสนอที่จะให้มีการปรับปรุงรัฐธรรมนูญใหม่ให้มีความทันสมัยและมีความเป็นประชาธิปไตยมากยิ่งขึ้น สองเดือนต่อมาหลังการเข้าดำรงตำแหน่งประธานาธิบดี ประธานาธิบดี Sarkozy จึงได้ออกรัฐกฤษฎีกาลงวันที่ 18 กรกฎาคม ค.ศ. 2007 ตั้งคณะกรรมการขึ้นมาคณะหนึ่งชื่อ “คณะกรรมการเพื่อการไตร่ตรองและเสนอแนะแนวทางในการทำให้สถาบันต่างๆ ของสาธารณรัฐที่ 5 มีความทันสมัยและสมดุลยิ่งขึ้น” (la Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et réquilibrage des institutions de la Ve République) โดยรัฐกฤษฎีกาได้กำหนดอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการชุดนี้ว่าให้ทำการศึกษาแนวทางในการแก้ไขรัฐธรรมนูญพร้อมทั้งกำหนดให้เสนอผลการศึกษาต่อประธานาธิบดี ก่อนวันที่ 1 พฤศจิกายน ค.ศ. 2007 องค์ประกอบของคณะกรรมการได้แก่อดีตนายกรัฐมนตรี Edouard Balladur ทำหน้าที่เป็นประธานกรรมการอดีตนายกรัฐมนตรีคนนี้ไม่ใช่ นักการเมืองอาชีพเพราะเดิมก่อนหน้านี้นักเป็นนักวิชาการที่เขียนหนังสือการเมืองการปกครองจำนวนมาก เป็นอาจารย์สอนกฎหมายในมหาวิทยาลัยหลายแห่งและเป็นสมาชิกสภาแห่งรัฐ (Le Conseil d'Etat) ด้วย ส่วนรองประธานอีก 2 คน ก็คือนาย Jack Lang อดีตรัฐมนตรีอดีตสมาชิกรัฐสภา และเป็นอดีตอาจารย์สอนกฎหมายมหาชนในมหาวิทยาลัยปารีส 10 รองประธานคนที่สองคือ นาย Pierre Mazeaud อดีตประธานคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ ส่วนกรรมการอีก 10 คน นั้น เป็นอาจารย์สอนกฎหมายมหาชนในมหาวิทยาลัยของรัฐ จำนวน 6 คน อีก 4 คน มาจากตัวแทนสภายุโรปและจากอาจารย์สอนด้านรัฐศาสตร์ จะเห็นได้ว่าคณะกรรมการชุดนี้มีจำนวนไม่มาก แต่ทุกคนมีคุณสมบัติที่เหมาะสมที่จะเข้ามาทำการศึกษาวางจะแก้ไขปรับปรุงรัฐธรรมนูญอย่างไร

เมื่อวันที่ 29 ตุลาคม ค.ศ. 2007 คณะกรรมการชุดดังกล่าวได้เสนอรายงานชื่อ “สาธารณรัฐที่ 5 ที่เป็นประชาธิปไตยมากขึ้น” ต่อประธานาธิบดี

Sarkozy รายงานดังกล่าวมีจำนวนถึง 162 หน้า และประกอบด้วยส่วนสำคัญๆ 3 ส่วน ด้วยกันคือ การควบคุมการใช้อำนาจบริหารที่ดีกว่าเดิม รัฐสภาที่มีอำนาจมากขึ้น และสิทธิใหม่ๆ สำหรับพลเมือง นอกจากนี้ รายงานดังกล่าวยังประกอบด้วยภาคผนวกอีก 5 เรื่อง คือ ความคิดเห็นส่วนบุคคลของกรรมการบางคน รัฐธรรมนูญกำหนดคณะกรรมการ ตารางข้อเสนอแก้ไขรัฐธรรมนูญจำนวน 77 ข้อของคณะกรรมการ ตารางเปรียบเทียบรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันกับมาตราที่จะขอแก้ไขใหม่ และภาคผนวกสุดท้ายคือรายชื่อบุคคลที่คณะกรรมการได้เชิญมาพูดคุยสอบถามความคิดเห็นซึ่งส่วนใหญ่ก็เป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองที่สำคัญๆ ทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารหัวหน้าพรรคของทุกพรรคผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงขององค์กรของรัฐ เช่น ศาลปกครองสูงสุด ศาลยุติธรรม ศาลตรวจเงินแผ่นดิน ผู้ตรวจการแผ่นดิน รวมไปถึงผู้บัญชาการทหารสูงสุดด้วย

หัวใจสำคัญของรายงานชุดนี้คงอยู่ที่สาระสำคัญ 3 ส่วนและข้อเสนอขอแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้ง 77 ข้อเป็นหลัก โดยในสาระสำคัญส่วนที่ว่าด้วยการควบคุมการใช้อำนาจบริหารที่ดีกว่าเดิมนั้น คณะกรรมการเสนอให้ทำการทบทวนอำนาจของฝ่ายบริหารทั้งหมด รวมไปถึงอำนาจ 7 ประการของประธานาธิบดีที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ด้วย (ทั้งๆ ที่ประธานาธิบดีเป็นผู้ตั้งคณะกรรมการชุดนี้) ในส่วนที่ว่าด้วยรัฐสภาที่มีอำนาจมากขึ้น คณะกรรมการก็ได้เสนอปรับปรุงระบบการจัดวาระการประชุมสภา วิธีการประชุมสภาและกระบวนการพิจารณาร่างกฎหมาย สำหรับในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิใหม่ ๆ สำหรับพลเมืองนั้น ก็มีการเสนอให้ปรับปรุงสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจ ปรับปรุงระบบตัวแทนของประชาชนในรัฐสภา เช่นตัวแทนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ตัวแทนของชาวฝรั่งเศสที่อยู่นอกประเทศ ตัวแทนกลุ่มการเมืองต่างๆ ที่ไม่ได้รับเลือกตั้งเข้ามาในรัฐสภา เป็นต้น รวมถึงการเสนอสิทธิใหม่ๆ ให้กับประชาชนในการเข้าชื่อเสนอกฎหมาย การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และนอกจากนี้ในส่วนสุดท้ายนี้ยังได้พูดถึงการปรับปรุงกระบวนการยุติธรรมให้ดีขึ้นกว่าเดิมด้วย

รายงานดังกล่าวเมื่อส่งถึงมือประธานาธิบดี ในวันที่ 29 ตุลาคม ค.ศ. 2007 ประธานาธิบดีก็สั่งให้เผยแพร่รายงานนี้ต่อสาธารณชนและส่งให้หน่วยงานต่างๆ ให้ความเห็น โดยประสงค์ที่จะให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์กัน ในแวดวงต่างๆ อย่างกว้างขวางจากนั้นก็ได้นำเอาเสียงวิพากษ์วิจารณ์เหล่านี้ มาพิจารณาปรับปรุงร่างรัฐธรรมนูญกันอีกครั้งก่อนที่จะดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญต่อไป

ในที่สุดเมื่อวันที่ 23 เมษายน ค.ศ. 2008 ประธานาธิบดี Nicolas Sarkozy และรัฐบาลได้เสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเข้าสู่การพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร โดยในคำอธิบายประกอบเหตุผลในการเสนอการแก้ไขรัฐธรรมนูญ (exposé de motifs) นั้น ก็ได้มีการกล่าวถึงปัญหาของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน กล่าวถึงการแต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อการได้รตรง และเสนอแนะแนวทางในการทำให้สถาบันต่างๆ ของสาธารณรัฐที่ 5 มีความทันสมัยและสมดุลยิ่งขึ้น และกล่าวถึงข้อเสนอที่ได้จากการทำงานของคณะกรรมการซึ่งต่อมาก็ได้กลายเป็นข้อเสนอที่สำคัญในการเสนอขอแก้ไขรัฐธรรมนูญในครั้งนี้มี 3 ข้อเสนอด้วยกันคือ การควบคุมการใช้อำนาจบริหารที่ดีกว่าเดิม รัฐสภาที่มีอำนาจมากขึ้น และสิทธิใหม่ๆ สำหรับพลเมือง ซึ่งข้อเสนอในการแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้ง 3 นี้ ก็เป็นข้อเสนอที่มาจากรายงานชื่อ “สาธารณรัฐที่ 5 ที่เป็นประชาธิปไตยมากขึ้น” ของคณะกรรมการ

ข้อเสนอขอแก้ไขรัฐธรรมนูญส่วนแรกที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมฝ่ายบริหาร นั้น มีการลดอำนาจของประธานาธิบดีลงไปมาก เริ่มจากการห้ามดำรงตำแหน่งเกิน 2 วาระติดต่อกัน การแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งระดับสูง ซึ่งแต่เดิมเป็นอำนาจของประธานาธิบดีโดยแท้ ก็ถูกแก้ไขใหม่โดยให้ผ่านความเห็นชอบของคณะกรรมการร่วมของรัฐสภา ซึ่งจะต้องมีกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญกำหนดจำนวนและวิธีการทำงานของคณะกรรมการร่วม มีการกำหนดให้ต้องออกกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญกำหนดจำนวนของคณะรัฐมนตรีและประเภทของรัฐมนตรีซึ่งแต่เดิมไม่มี รวมไปถึงมีการกำหนด

ให้ศาลตรวจเงินแผ่นดิน (la Cour des comptes) มีหน้าที่ช่วยรัฐสภาในการตรวจสอบการทำงานของรัฐบาลในด้านการใช้จ่ายเงินงบประมาณแผ่นดินด้วย

ในส่วนที่เกี่ยวกับรัฐสภานั้น มีการเพิ่มอำนาจหน้าที่ของรัฐสภาไว้ในรัฐธรรมนูญให้ชัดเจนยิ่งขึ้นว่า รัฐสภามีหน้าที่ในการจัดทำกฎหมายและควบคุมการทำงานของรัฐบาล มีการกำหนดมาตรการต่างๆ ที่ทำให้กระบวนการจัดทำกฎหมายมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น มีการเพิ่มจำนวนคณะกรรมการการของแต่ละสภา จาก 6 คณะ มาเป็น 8 คณะ รวมทั้งยังแก้ไขหลักการสำคัญของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1958 ที่กำหนดให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจมากและฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจน้อยในอีกหลายประการ เช่น เปลี่ยนตัวผู้กำหนดวาระการประชุมของรัฐสภาจากนายกรัฐมนตรีมาเป็นประธานของแต่ละสภาเป็นต้น และสำหรับในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสิทธิใหม่ๆ ของพลเมืองนั้น มีอยู่ 2 เรื่องที่เห็นได้ชัด เรื่องแรกคือ เปิดโอกาสให้ประชาชนได้ร้องทุกข์ต่อสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคม (le Conseil Economique et Social) ได้โดยตรงในเรื่องที่ต้องกำหนดไว้ในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญต่อไป เมื่อพิจารณาเรื่องร้องทุกข์แล้ว สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมก็จะความเห็นเสนอไปยังรัฐบาลและรัฐสภาต่อไป นอกจากนี้ ร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญยังเพิ่มอำนาจหน้าที่ให้กับสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคม โดยให้ทำหน้าที่ให้คำแนะนำกับรัฐบาลในเรื่องที่เป็นปัญหาด้านเศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อม ส่วนสิทธิใหม่ๆ ของพลเมืองในเรื่องที่สองที่กำหนดไว้ในร่างรัฐธรรมนูญคือ การเพิ่มหมวดว่าด้วย “ผู้พิทักษ์สิทธิพลเมือง” (la Défenseur des droits des citoyens) เข้าไป ผู้พิทักษ์สิทธิพลเมืองเป็น “องค์กร” ใหม่ที่ได้รับการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดีจากการเสนอชื่อของคณะกรรมการร่วมของรัฐสภาที่กล่าวไปแล้วข้างต้น มีวาระการดำรงตำแหน่ง 6 ปี

ผู้พิทักษ์สิทธิพลเมืองมีหน้าที่รับคำร้องเรียนจากประชาชนที่ได้รับผลกระทบจากการดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ (le fonctionnement d'un

service public) ซึ่งถ้อยคำดังกล่าวเป็นถ้อยคำที่มีความหมายกว้างมากรวมไปถึงการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐและของเจ้าหน้าที่ของรัฐทั้งหมดทุกประเภท ในส่วนของผู้พิทักษ์สิทธิพลเมืองนี้ ก็จะต้องมีกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญออกมาอีกเช่นกันเพื่อกำหนดวิธีการร้องเรียนของพลเมือง รวมไปถึงกระบวนการในการทำงาน คุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้พิทักษ์สิทธิพลเมืองด้วย

นอกจากนี้แล้ว ยังมีการเสนอขอแก้ไขรัฐธรรมนูญอีกส่วนหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับฝ่ายตุลาการ เดิมในรัฐธรรมนูญกำหนดให้ประธานาธิบดีเป็นประธานคณะกรรมการตุลาการ (le Conseil Supérieur de la Magistrature) แต่ในร่างใหม่นี้ กำหนดให้ประธานศาลฎีกาเป็นประธานคณะกรรมการตุลาการ

กล่าวโดยสรุปสำหรับการแก้ไขรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสในครั้งนี้ให้ชัดๆ อีกครั้งหนึ่งก็คือ การแก้ไขรัฐธรรมนูญแม้จะมีที่มาจากฝ่ายการเมือง คือ ฝ่ายประธานาธิบดีและรัฐบาลเสนอขอให้มีการแก้ไข แต่ประเด็นในการแก้ไขรัฐธรรมนูญก็เกิดจากการทำงานของนักวิชาการที่มีความรู้และมีความเป็นกลาง ทำงานภายใต้บรรยากาศทางวิชาการ จัดทำข้อเสนอที่มีเหตุผลและมีคำอธิบายได้อย่างชัดเจน ผ่านการให้ความเห็นจากองค์กรของรัฐสภาและพรรคการเมือง มีเป้าหมายที่ชัดเจน ซึ่งเป้าหมายทั้งหมดก็มีส่วนเกี่ยวข้องกับทั้งฝ่ายที่ใช้อำนาจอธิปไตยทั้ง 3 ฝ่ายและฝ่ายประชาชน



หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม*

รองศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์**

1. ข้อความทั่วไป

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปัจจุบัน บัญญัติไว้ในมาตรา 3 วรรคสองว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม” นับเป็นครั้งแรกที่ได้มีการบัญญัติคำว่า “หลักนิติธรรม” ไว้ในรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตามหากไปตรวจสอบประวัติการร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ จะพบว่าแต่เดิมในชั้นยกร่างนั้น ผู้กร่างรัฐธรรมนูญร่างแรกได้ใช้คำว่า “หลักนิติรัฐ” ไม่ใช่ “หลักนิติธรรม” ไม่ปรากฏเหตุผลในการจัดทำรัฐธรรมนูญว่า เหตุใดในเวลาต่อมา ผู้กร่างรัฐธรรมนูญจึงได้เปลี่ยนแปลงคำว่า “หลักนิติรัฐ” เป็นคำว่า “หลักนิติธรรม” ไม่ปรากฏการอภิปรายว่าผู้กร่างรัฐธรรมนูญเข้าใจหลักการทั้งสองว่าอย่างไร และโดยสรุปแล้วหลักการทั้งสองเหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร⁽¹⁾ ยิ่งไปกว่านั้น หากไปสำรวจตรวจสอบบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net วันที่ 31 มกราคม พ.ศ. 2553

** อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

1. ในชั้นการประชุมของคณะกรรมการยกร่างแม้จะมีการอภิปรายถึงคำว่านิติรัฐและนิติธรรม แต่ไม่ปรากฏการอภิปรายในทางเนื้อหาถึงความแตกต่างของหลักการทั้งสอง ไม่มีกรรมการผู้ใดอภิปรายถึงความเชื่อมโยงของหลักนิติธรรมกับความมีอำนาจอิสระของรัฐสภา และความเชื่อมโยงของหลักนิติรัฐกับการยอมรับค่าบังคับของสิทธิขั้นพื้นฐานว่าเป็นค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญเลย

(ต่อหน้าถัดไป)

แห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปัจจุบัน โดยอาศัยพื้นฐานความเข้าใจเกี่ยวกับหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมที่ยอมรับนับถือกันเป็นสากลแล้ว จะพบว่า บทบัญญัติหลายมาตราในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ไม่ได้สอดคล้องกับหลักการดังกล่าวเลย บทความนี้จะสำรวจตรวจสอบความหมาย ความเป็นมา ตลอดจนเนื้อหาของหลักการทั้งสองดังกล่าว พร้อมทั้งจะได้ชี้ให้เห็นถึงความเหมือนและความแตกต่างของหลักการทั้งสองโดยสังเขป

โดยทั่วไปเราใช้คำว่าหลักนิติรัฐกับหลักนิติธรรมคู่กันไป โดยที่ไม่ได้แยกแยะความแตกต่างในรายละเอียด อันที่จริงจะว่าการใช้ถ้อยคำทั้งสองคำในความหมายอย่างเดียวกันเป็นความเข้าใจผิดอย่างสิ้นเชิงของผู้ใช้ถ้อยคำนี้ คงจะไม่ได้ เพราะทั้งหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมต่างก็ได้รับการพัฒนาขึ้นโลกตะวันตกโดยมีเป้าหมายที่จะจำกัดอำนาจของผู้ปกครองให้อยู่ในกรอบของกฎหมาย กล่าวอีกนัยหนึ่งทั้งหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมต่างก็ไม่ต้องการให้มนุษย์ปกครองมนุษย์ด้วยกันเอง แต่ต้องการให้กฎหมายเป็นผู้ปกครองมนุษย์ ซึ่งหมายความว่าผู้ที่ทรงอำนาจบริหารปกครองบ้านเมือง จะกระทำการใด ๆ ก็ตาม การกระทำนั้นจะต้องสอดคล้องกับกฎหมาย จะกระทำการให้ขัดต่อกฎหมายไม่ได้

อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาในรายละเอียดแล้ว จะพบว่าหลักการทั้งสองมีความแตกต่างกันอยู่ สาเหตุแห่งความแตกต่างนั้นอยู่ที่พัฒนาการในทางประวัติศาสตร์โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเยอรมนีซึ่งเป็นแหล่งกำเนิดความคิดว่าด้วยหลักนิติรัฐและในอังกฤษซึ่งพัฒนาความคิดว่าด้วยหลักนิติธรรมขึ้น

1. (ต่อ)

ในขั้นสร้างรัฐธรรมนูญก็เช่นเดียวกัน คงมีแต่การอภิปรายว่าหลักการใดกว้างแคบอย่างไร ซึ่งไม่ทำให้เห็นถึงสาระของความเหมือนและความแตกต่างของหลักการทั้งสอง จนทำให้ในที่สุดแล้ว แม้จะมีการลงคะแนนเสียงเพื่อหาข้อยุติในการใช้ถ้อยคำ แต่ก็ไม่มีผู้ใดสรุปได้ว่าความเหมือนและความแตกต่างในทางเนื้อหาของหลักการทั้งสองคืออะไรกันแน่ อนึ่ง หากตรวจสอบบันทึกเจตนารมณ์ของคณะกรรมการการวิสามัญบันทึกเจตนารมณ์ จดหมายเหตุและตรวจรายงานการประชุม สภาร่างรัฐธรรมนูญ ก็ไม่ได้ความกระจ่างเช่นกัน

ความแตกต่างของหลักการทั้งสองในรายละเอียดนั้นไม่เป็นที่น่าประหลาดใจแต่อย่างใด เพราะหลักการทั้งสองเกี่ยวข้องกับ “กฎหมาย” แต่ “กฎหมาย” นั้น กฎหมายเป็นผลผลิตทางวัฒนธรรมที่เชื่อมโยงกับประวัติศาสตร์ความเป็นมาของชนแต่ละชาติ ความเข้าใจบางประการที่แตกต่างกันที่ชนชาติเยอรมันและอังกฤษมีต่อมนทัศน์ว่าด้วย “กฎหมาย” ตลอดจนประวัติศาสตร์การต่อสู้ทางการเมืองที่แตกต่างกันของชนชาติทั้งสองย่อมส่งผลต่อเนื้อหาของหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม และต่อการจัดโครงสร้าง บทบาท และความสัมพันธ์ขององค์กรของรัฐด้วย หลักนิติรัฐซึ่งได้รับการพัฒนาอย่างจริงจังในเยอรมนีในช่วงครึ่งหลังของศตวรรษที่สิบเก้านี้ได้แผ่ขยายอิทธิพลออกไปทั่วภาคพื้นทวีปยุโรป โดยเฉพาะอย่างยิ่งต่อกฎหมายมหาชนในอิตาลีที่ได้นำมาดัดแปลงสำเร็จในช่วงเวลานั้นและต่อฝรั่งเศสในช่วงสาธารณรัฐที่สาม ส่วนหลักนิติธรรมซึ่งมีรากเหง้ามาจากประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองและรัฐธรรมนูญของอังกฤษตั้งแต่สมัยที่ชาวนอร์แมนเข้ายึดครองเกาะอังกฤษนั้นก็มีอิทธิพลไม่น้อยต่อโครงสร้างรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาและต่อหลายประเทศที่ได้รับแนวความคิดจากสถาบันการเมืองการปกครองของอังกฤษ⁽²⁾

2. หลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip)

2.1 พัฒนาการของหลักนิติรัฐ

คำว่า “นิติรัฐ” เป็นคำที่แปลมาจากภาษาเยอรมันว่า “Rechtsstaat” คำว่า “Rechtsstaat” ประกอบขึ้นจากคำสองคำ คือ คำว่า Recht ที่แปลว่า กฎหมาย (ในภาษาเยอรมันคำนี้สามารถแปลว่า “สิทธิ” ได้ด้วย) และคำว่า Staat ที่แปลว่า รัฐ แต่คำสองคำนี้เมื่อมารวมกันแล้วได้กลายเป็นคำศัพท์ทางนิติศาสตร์ในระบบกฎหมายเยอรมันซึ่งยากจะหาคำในภาษาต่างประเทศที่แปลแล้วให้ความหมายได้ตรงกับคำในภาษาเดิม คำว่าที่เขียนเป็นภาษา

2. D. Zolo, The Rule of Law : A Critical Reappraisal, in : P. Costa / D. Zolo (eds.), The Rule of Law History, Theory and Criticism, Dordrecht : Springer, 2007, p. 3.

อังกฤษจำนวนหนึ่งได้ใช้คำนี้ทับศัพท์ภาษาเยอรมันโดยไม่แปล⁽³⁾ อย่างไรก็ตามมีความพยายามในการแปลคำว่า Rechtsstaat อยู่เช่นกัน ถึงแม้ว่าคำแปลที่พยายามคิดกันขึ้นนั้นไม่สามารถสื่อความหมายของคำว่า Rechtsstaat ได้อย่างสมบูรณ์ก็ตาม เช่น ในระบบกฎหมายอังกฤษ แปลคำว่า Rechtsstaat ว่า rule of law หรือ state-under-law⁽⁴⁾ ระบบกฎหมายฝรั่งเศสแปลว่า état constitutionnel แต่ตำรากฎหมายฝรั่งเศสยุคหลังๆ มักแปลว่า état de droit ซึ่งเป็นแนวโน้มการแปลในภาษาอื่นๆ ด้วย คือแปลตรงตัว เช่น ระบบกฎหมายอิตาลี แปลว่า Stato di diritto หรือระบบกฎหมายสเปนแปลว่า Estado de derecho เป็นต้น สำหรับในสหรัฐอเมริกาหากไม่แปลคำว่า Rechtsstaat ว่า rule of law ก็มักจะยกเอาหลักการในทางกฎหมายที่มีเนื้อหาบางส่วนที่คล้ายคลึงกับ Rechtsstaat มาเทียบเคียง เช่น due-process-clause หรือการกล่าวถึง limited government ในฐานะโนทัศน์ทางกฎหมายที่ใกล้เคียงกับ Rechtsstaat เป็นต้น

ในทางวิชาการ ไม่ว่าจะแปลคำว่า Rechtsstaat ว่าอย่างไรก็ตามประเด็นสำคัญย่อมอยู่ที่ความหมายอันเป็นแก่นแท้ของหลักการนี้ กล่าวคือการปกครองใน Rechtsstaat หรือนิติรัฐนั้น กฎหมายจะต้องไม่เปิดโอกาสให้ผู้ปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจ ภายใต้อำนาจบุคคลทุกคนต้องเสมอภาคกัน และบุคคลจะต้องสามารถทราบล่วงหน้าว่ากฎหมายมุ่งประสงค์

3. J. Stone, *The Province and Function of Law*, Cambridge : Harvard University Press, 1950, p. 713.; P. Van Dijk, *Judicial Review of Governmental Action and the Requirement of a Interest to Sue*, Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff, 1980, p. 1.

4. N. MacCormick, "Constitutionalism and Democracy" in R. Bellamy (ed.), *Theories and Concepts of Politics*, Manchester (NY) : Manchester University Press, 1993, pp. 125, 128-30; อย่างไรก็ตาม MacCorMick เห็นว่า นิติรัฐ (Rechtsstaat) ไม่มีความแตกต่างในสาระสำคัญจาก นิติธรรม (rule of law) ดู N. MacCormick, *Der Rechtsstaat und die "rule of law"*, *Juristenzeitung*, 39 (1984), p. 56.

จะบังคับให้คนทำอะไรหรือไม่ให้คนทำอะไร ผลร้ายอันเกิดจากการฝ่าฝืนกฎหมายคืออะไร ทั้งนี้เพื่อที่จะบุคคลได้ปฏิบัติตนให้ถูกต้องสอดคล้องกับกฎหมาย แนวความคิดพื้นฐานดังกล่าวนี้ย่อมจะก่อให้เกิดหลักต่างๆตามมา ในทางกฎหมายมากมาย เช่น หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยปราศจากกฎหมาย (*nulla poena sine lege*) หลักการห้ามลงโทษซ้ำซ้อน หลักการห้ามตรากฎหมายย้อนหลังกำหนดโทษแก่บุคคล เป็นต้น⁵⁾

เมื่อย้อนกลับไปพิจารณาพัฒนาการของนิติรัฐแล้ว จะพบว่าแนวความคิดว่าด้วยนิติรัฐมีขึ้นเพื่อจำกัดอำนาจของรัฐหรือผู้ปกครองให้อยู่ในขอบเขตของกฎหมาย คำกล่าวที่ว่านิติรัฐคือรัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย ไม่ใช่โดยมนุษย์ (*government of law and not of men*) จะเป็นการให้ความหมายของนิติรัฐในเบื้องต้นที่ตรงที่สุด ในแง่ของประวัติศาสตร์การเมืองการปกครอง แนวความคิดว่าด้วยนิติรัฐเริ่มต้นขึ้นในช่วงศตวรรษที่ 17 ในฐานะที่เป็นปฏิกิริยาที่มีต่อการปกครองในระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ อาจกล่าวได้ว่าเสาหลักที่ค้ำจุนนิติรัฐไว้ก็คือการปกป้องบุคคลจากการกระทำตามอำเภอใจของรัฐหรือผู้ปกครอง แนวความคิดนี้สอดคล้องต้องกันกับพัฒนาการและความเชื่อที่มีมาตั้งแต่ยุคกลางว่าสันติสุขและความยุติธรรมจะเกิดขึ้นได้ย่อมต้องอาศัยกฎหมาย อย่างไรก็ตามในวงวิชาการเยอรมัน ซึ่งเป็นแหล่งที่พัฒนาแนวคิดเรื่องนิติรัฐขึ้น จนถึงปัจจุบันก็ยังไม่ใช่ผู้ที่ถือว่าใครเป็นผู้ที่ให้ความหมายของคำว่า *Rechtsstaat* อย่างชัดเจนเป็นคนแรก แต่ส่วนใหญ่เชื่อกันว่า Robert von Mohl ซึ่งได้ศึกษารัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาในเวลานั้น เป็นอย่างดี เป็นคนแรกที่น่าเอาความคิดที่ว่าการดำรงอยู่ของรัฐไม่ควรจะขึ้นอยู่กับกำลังอำนาจ แต่ควรขึ้นอยู่กับเหตุผล มาอธิบายอย่างเป็นระบบในตำรากฎหมายว่าด้วยรัฐแห่งราชอาณาจักรวürttemberg (Staatsrecht des Koenigreichs Wuerttemberg) อนึ่ง สำหรับ Mohl แล้วเสรีภาพของปัจเจกบุคคลย่อมถือเป็นหัวใจของมโนทัศน์ว่าด้วยนิติรัฐ

5. K. Doehring, *Allgemeine Staatslehre*, Heidelberg : Mueller, 2004., p. 172.

อันที่จริงแล้ว ก่อนที่จะเริ่มมีคำอธิบายเกี่ยวกับนิติรัฐในทางตำรา เมื่อครั้งที่ยุโรปยังปกครองกันในระบบศักดินาสวามิภักดิ์ ก็เริ่มปรากฏหลักเกณฑ์ในทางกฎหมายที่จำกัดอำนาจอำนาจอธิปไตยของกษัตริย์บ้างแล้ว⁽⁶⁾ พัฒนาการของความคิดเรื่องนิติรัฐเริ่มมีความชัดเจนมากขึ้นในตอนปลายศตวรรษที่ 18 เมื่อรัฐสมัยใหม่ในยุโรปพัฒนาจากรัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์ไปสู่ความเป็นรัฐสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่ถูกเรียกร้องมากขึ้นในแง่ของเหตุผล กล่าวคือ ถึงแม้ว่ากษัตริย์ซึ่งเป็นผู้ปกครองจะยังมีอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดก็ตาม แต่ในการใช้อำนาจนั้นมีการเรียกร้องให้กษัตริย์ต้องคำนึงถึงเหตุผลด้วย ประชญาว่าด้วยรัฐในยุคสมัยแห่งพุทธิปัญญานี้ได้รับอิทธิพลอย่างมากจากนักคิดอย่าง Immanuel Kant ซึ่งนำเอาความคิดว่าด้วยเสรีภาพและเหตุผลมาเป็นศูนย์กลางของปรัชญาของตน อย่างไรก็ตามมีข้อสังเกตว่า Kant ไม่ได้เน้นเสรีภาพของบุคคลไปที่เสรีภาพทางการเมืองเหมือนกับที่ปรากฏในหลาย ๆ ประเทศ แต่เน้นไปที่เสรีภาพในทางความคิด การมุ่งเน้นในประเด็นดังกล่าวของ Kant นี้เอง ที่ทำให้หมโนทส์นว่าด้วยนิติรัฐ แม้จะเป็นหมโนทส์นที่สนับสนุนเสรีภาพ แต่ก็ขาดลักษณะประชาธิปไตย⁽⁷⁾ เราจะเห็นได้จากประวัติศาสตร์ของชาติเยอรมันว่าในห้วงเวลานั้นไม่มีคำอธิบายเกี่ยวกับความสัมพันธ์ในทางอำนาจระหว่างรัฐกับราษฎรดังเช่นที่ปรากฏในฝรั่งเศสเลย ในขณะที่นักคิดในเยอรมันคงมุ่งเน้นเรื่องเสรีภาพในทางความคิดนั้น ชาวฝรั่งเศสกลับมุ่งความสนใจไปที่เสรีภาพในทางการเมือง และในที่สุดชนชาติฝรั่งเศสก็สามารถปลดปล่อยตนเองให้พ้นจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ได้เมื่อมีการปฏิวัติใหญ่ใน ค.ศ. 1789

ประเด็นที่น่าสนใจเกี่ยวกับพัฒนาการของนิติรัฐในช่วงศตวรรษที่ 18 นี้ อยู่ที่การฟื้นตัวของความคิดสำนักกฎหมายธรรมชาติ แนวความคิดที่ว่า

6. Th. Fleiner / L. Basta Fleiner, Allgemeine Staatslehre, Berlin Heidelberg : Springer, 2004, p. 227.

7. Böckenförde E.-W., Recht, Staat, Freiheit, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 1991, p. 146.

จักรวาลดำรงอยู่อย่างเป็นระบบระเบียบเพราะถูกกำกับควบคุมโดยสิ่งที่มีคุณภาพในทางสติปัญญาที่เรียกว่า logos (เหตุผลสากล) นั้น ปรากฏขึ้นตั้งแต่ในสมัยกรีกโบราณ โดยเฉพาะในปรัชญาของสำนักสโตอิกส์ (Stoicism) นักคิดสำนักนี้เชื่อว่ามนุษย์ได้รับประกายแห่งเหตุผลจากเหตุผลสากล มนุษย์ทุกคนจึงเกิดมามีศักดิ์ศรีเหมือนกัน ไม่มีใครเกิดมาในฐานะที่เป็นทาส มนุษย์ทุกผู้ทุกนามมีความสามารถที่จะรู้ว่าอะไรถูกอะไรผิดได้ด้วยตนเอง กล่าวคือมนุษย์ทุกคนสามารถเข้าถึงกฎหมายธรรมชาติหรือกฎหมายแห่งเหตุผลได้ โดยที่ไม่ต้องมีใครช่วยตีความให้ ความคิดที่นิยมยกย่องเหตุผลดังกล่าวมีอิทธิพลอย่างยิ่งในอาณาจักรโรมัน (ผ่านความคิดของนักคิดสำนักสโตอิกส์ที่เป็นชาวโรมันอย่างเช่นซีเซโร) ทำให้ชาวโรมันสามารถพัฒนาวิชานิติศาสตร์ที่ตั้งอยู่รากฐานของเหตุผลอย่างเป็นระบบขึ้นมาได้ อย่างไรก็ดีตามแนวความคิดที่นิยมยกย่องเหตุผลของมนุษย์อ่อนแรงลงในสมัยกลาง ซึ่งเป็นสมัยที่นิติปรัชญาแนวคริสต์ครอบงำยุโรป จวบจนกระทั่งนักคิดอย่าง Samuel Pufendorf (ค.ศ.1632 ถึง 1694) และ Christian Wolff (1679-1754) ได้รื้อฟื้นแนวความคิดดังกล่าวขึ้นมาพัฒนาต่อ ความคิดว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติจึงกลับฟื้นตัวขึ้น โดยนักคิดในยุคสมัยนั้นได้เชื่อมโยงความคิดว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติกับสิทธิตามธรรมชาติเข้าด้วยกัน ตามคำสอนของนักคิดสำนักกฎหมายธรรมชาติในยุคพื้นต้นนี้ สิทธิตามธรรมชาติ คือสิทธิที่มนุษย์แต่ละคนมีติดตัวมาตามธรรมชาติ เช่น สิทธิในชีวิต สิทธิในร่างกาย สิทธิดังกล่าวนี้มนุษย์แต่ละคนมีอยู่โดยไม่ขึ้นอยู่กักรัฐและไม่ขึ้นอยู่กักฎหมายบ้านเมือง กล่าวคือ เป็นสิทธิที่มีอยู่ก่อนมีรัฐ สิทธิตามธรรมชาติที่กล่าวถึงนี้เองที่ต่อมาจะกลายเป็นองค์ประกอบสำคัญประการหนึ่งในทางเนื้อหาของหลักนิติรัฐ

การเริ่มตระหนักถึงสิทธิที่กล่าวมานี้ ทำให้ในราวปลายศตวรรษที่ 18 ต่อเนื่องมาจนถึงต้นศตวรรษที่ 19 ราษฎรได้เรียกร้องให้รัฐปกป้องคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินตลอดจนเสรีภาพของคนมากขึ้น เมื่อพิจารณาจากพัฒนาการทางการเมือง การเรียกร้องดังกล่าวไม่ใช่เรื่องที่อยู่เหนือความคาดหมาย

เพราะในช่วงเวลานั้นราษฎรที่เป็นสามัญชนเริ่มมีพลังอำนาจทางเศรษฐกิจมากขึ้น เมื่อราษฎรต่างเริ่มมีทรัพย์สินมากขึ้น ก็ย่อมต้องการความมั่นคงปลอดภัยในทรัพย์สินที่ตนหามาได้เป็นธรรมดา ราษฎรเหล่านี้ต่างเห็นว่าการปกป้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวจะปรากฏเป็นจริงได้ก็ต่อเมื่อมีรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้อำนาจของรัฐต้องผูกพันอยู่กับกฎหมาย กฎหมายย่อมจะต้องเป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดขอบเขตภารกิจของรัฐ กฎหมายจะต้องสร้างกลไกในการควบคุมการใช้อำนาจของรัฐ และกฎหมายจะต้องประกันสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคล

ในราวปลายศตวรรษที่ 19 ซึ่งยังเป็นช่วงที่เยอรมนีอยู่ภายใต้การปกครองของจักรพรรดิพัฒนาการเกี่ยวกับความคิดว่าด้วยนิติรัฐเกิดการหักเหขึ้นที่ว่าการเกิดการหักเหก็เนื่องจากในช่วงเวลานั้นมีทศน์ว่าด้วยนิติรัฐถูกจำกัดลงเหลือแต่เพียงองค์ประกอบในทางรูปแบบเท่านั้น เหตุที่เป็นเช่นนั้นก็เนื่องจากในเวลานั้นคำสอนในทางปรัชญากฎหมายของสำนักกฎหมายบ้านเมืองหรือสำนักปฏิฐานนิยมทางกฎหมาย (Legal Positivism) เจริญงอกงามเฟื่องฟูขึ้น แนวคิดหลักของสำนักคิดดังกล่าวเป็นแนวคิดที่ต้องการสร้างความชัดเจน ความมั่นคง และความแน่นอนให้เกิดขึ้นในระบบกฎหมาย สำนักคิดนี้ปฏิเสธคำสอนว่าด้วยกฎหมายธรรมชาติ เพราะเห็นว่าเป็นสิ่งที่เลื่อนลอย จับต้องไม่ได้ ทำให้กฎหมายไม่มีความแน่นอน สำหรับสำนักกฎหมายบ้านเมืองหรือสำนักปฏิฐานนิยมทางกฎหมายแล้ว กฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นโดยผู้ที่ทรงอำนาจตรากฎหมายต้องถือว่าเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันกับความถูกต้องเป็นธรรม ดังนั้นหลักใหญ่ใจความของนิติรัฐจึงอยู่ที่ความผูกพันของฝ่ายปกครองต่อกฎหมายที่บังคับใช้อยู่ในบ้านเมือง และการปกป้องคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชน (ที่เกิดจากกฎหมายที่ตราขึ้น) จากการล่วงละเมิดของฝ่ายปกครองโดยองค์กรตุลาการเท่านั้น แม้ว่ารัฐชนิดนี้จะใช้กฎหมายเป็นเครื่องมือในการปกครอง แต่โดยที่ไม่มีการพูดถึงองค์ประกอบในทางเนื้อหาโดยเฉพาะอย่างยิ่งความยุติธรรม คำรากกฎหมายจำนวนหนึ่งจึงเรียกรัฐชนิดนี้ว่า *Gesetzesstaat*⁽⁸⁾

8. A. Katz, Staatsrecht, Heidelberg : Mueller, 1999, p. 83.

(คำว่า Gesetz ในภาษาเยอรมันแปลว่า กฎหมาย เหมือนกับคำว่า Recht แต่ Gesetz มุ่งหมายถึงกฎหมายที่ได้รับการบัญญัติขึ้นเป็นสำคัญ) รัฐที่สนใจแต่เพียงกฎหมายในทางรูปแบบเช่นนี้เองที่ทำให้ในที่สุดเกิดรัฐตำรวจ (Polizeistaat) ขึ้น ในรัฐชนิดนี้ฝ่ายปกครองก็ผูกพันตนต่อกฎหมาย แต่ไม่ต้องสนใจว่ากฎหมายนั้นถูกต้องเป็นธรรมหรือไม่ โดยปรากฏการณ์เช่นนี้ คำว่า “รัฐตำรวจ” จึงได้กลายเป็นคำตรงกันข้ามกับคำว่า “นิติรัฐ” ผลพวงจากการเกิดขึ้นของรัฐตำรวจ ทำให้ในเวลาต่อมาเกิดแรงต้านจากฝ่ายเสรีนิยม จนในที่สุดมันโหมก้นว่าด้วยนิติรัฐก็ได้รับการพัฒนาให้ครอบคลุมองค์ประกอบในทางเนื้อหาด้วย คือเป็นนิติรัฐที่เป็นเสรีนิยม คำนึงถึงความยุติธรรม และทำให้ในปัจจุบันนี้เมื่อก้าวถึงนิติรัฐจะต้องพูดถึงองค์ประกอบทั้งสองด้าน คือ ทั้งในทางรูปแบบ และในทางเนื้อหา การกล่าวว่านิติรัฐเป็นรัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย อาจจะนำไปสู่ความเข้าใจผิดได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศไทยที่วงการกฎหมายไทยตลอดจนองค์กรตุลาการยอมรับบรรดาคำสั่งของคณะรัฐประหารทั้งปวงว่าเป็นกฎหมาย โดยที่ไม่ได้ตั้งคำถามในทางเนื้อหาเลย ว่าสิ่งที่เกิดจากการประกาศของคณะรัฐประหารนั้นมีเนื้อหาที่สอดคล้องกับความถูกต้องเป็นธรรมและสมควรจะได้ชื่อว่าเป็น “กฎหมาย” ที่ผูกพันองค์กรของรัฐให้ต้องปฏิบัติตามหรือไม่

ในประเทศเยอรมนี ภายหลังจากพ่ายแพ้สงครามโลกครั้งที่หนึ่ง ได้มีการพูดถึงนิติรัฐในทางเนื้อหามากขึ้น แต่การขึ้นครองอำนาจของ Adolf Hitler ก็ทำให้พัฒนาการในเรื่องนี้สะดุดลง จนกระทั่งประเทศเยอรมนีพ่ายแพ้สงครามโลกครั้งที่สอง แนวความคิดดังกล่าวจึงพัฒนาต่อไปภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่

ได้กล่าวมาแล้วว่าแนวความคิดพื้นฐานของนิติรัฐก็คือ การจำกัดอำนาจของรัฐโดยกฎหมาย การทำให้รัฐต้องผูกพันอยู่กับหลักการพื้นฐานและคุณค่าทางกฎหมายโดยไม่อาจบิดพลิ้วได้ ด้วยเหตุนี้หลักนิติรัฐจึงไม่มีความหมายแค่เพียงการบังคับให้รัฐต้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลเท่านั้น แต่ยังเรียกร้องให้รัฐต้องดำเนินการในด้านต่างๆ เพื่อให้เกิดความ

เป็นธรรมขึ้นอย่างแท้จริงในสังคมด้วย วัตถุประสงค์ดังกล่าวจะบรรลุได้ก็แต่โดยการสร้างระบบการปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลที่มีประสิทธิภาพและการยอมรับให้มืองค์รตุการขึ้นมาโดยเฉพาะ (ศาลรัฐธรรมนูญ) ให้องคกรดังกล่าวพิทักษ์ปกป้องคุณค่าในรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญของเยอรมนีหลังสงครามโลกครั้งที่สองที่เรียกว่า “กฎหมายพื้นฐาน” (Grundgesetz) ได้เดินตามแนวทางนี้และได้บัญญัติให้หลักนิติรัฐเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญ

2.2 องค์ประกอบของหลักนิติรัฐ

ปัจจุบันเป็นที่ยอมรับกันทั่วไปในระบบกฎหมายเยอรมันว่า หลักนิติรัฐมีองค์ประกอบสำคัญสองส่วน คือ องค์ประกอบในทางรูปแบบ และองค์ประกอบในทางเนื้อหา ความเป็นนิติรัฐในทางรูปแบบ คือ การที่รัฐผูกพันตนเองไว้กับกฎหมายที่องคกรของรัฐตราขึ้นตามกระบวนการที่รัฐธรรมนูญกำหนดขึ้นหรือที่รัฐธรรมนูญมอบอำนาจไว้ ทั้งนี้เพื่อจำกัดอำนาจของรัฐลงเมื่อพิจารณาในทางรูปแบบแล้ว ย่อมจะเห็นได้ว่าหลักนิติรัฐมุ่งประกันความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะของบุคคล ส่วนความเป็นนิติรัฐในทางเนื้อหานั้นก็คือ การที่รัฐประกันสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของราษฎร โดยกำหนดให้บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิเสรีภาพมีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ เรียกร้องให้รัฐต้องกระทำการโดยยุติธรรมและถูกต้อง พิจารณาในทางเนื้อหา นิติรัฐ ย่อมต้องเป็นยุติธรรมรัฐ (Gerechtigkeitsstaat)

ในทางปฏิบัติเป็นไปได้เสมอที่หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะกับหลักความยุติธรรมอาจจะขัดแย้งกัน เป็นหน้าที่ขององคกรนิติบัญญัติที่จะพยายามประสานสองหลักการนี้เข้าด้วยกัน และในบางกรณีจะต้องตัดสินใจว่าจะใช้หลักการใดเป็นหลักการนำ บ่อยครั้งที่องคกรนิติบัญญัติตัดสินใจเลือกหลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะเพื่อประกันความมั่นคงในระบบกฎหมาย เช่น การกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับอายุความไว้ในระบบกฎหมาย เป็นต้น

2.2.1 องค์ประกอบในทางรูปแบบของหลักนิติรัฐ

พิจารณาในทางรูปแบบ หลักนิติรัฐประกอบไปด้วยหลักการย่อยๆ หลายประการ ที่สำคัญได้แก่ หลักการแบ่งแยกอำนาจ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐ หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาคดี ตลอดจนหลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม

หลักการแบ่งแยกอำนาจเรียกร่องมิให้อำนาจของรัฐรวมศูนย์อยู่ที่องค์กรใดองค์กรหนึ่ง แต่ให้มีการแบ่งแยกการใช้อำนาจหรือกระจายการใช้อำนาจของรัฐให้องค์กรต่างองค์กรกันเป็นผู้ใช้ เพื่อให้เกิดการดุลและคานอำนาจกัน โดยทั่วไปรัฐธรรมนูญของนิติรัฐจะแบ่งแยกองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐออกเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ องค์กรที่ใช้อำนาจบริหาร และ องค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ

หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำขององค์กรของรัฐเรียกร่องให้การกระทำขององค์กรนิติบัญญัติต้องผูกพันอยู่กับรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับในรัฐนั้น องค์กรนิติบัญญัติจะตรากฎหมายล่วงกรอบที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ไม่ได้ หลักการดังกล่าวนี้ยังเรียกร่ององค์กรบริหาร (โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรฝ่ายปกครอง) และองค์กรตุลาการให้ต้องผูกพันต่อกฎหมาย ซึ่งหมายถึงต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญและบรรดากฎหมายต่างๆ ที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมืองโดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่องค์กรนิติบัญญัติได้ตราขึ้น กล่าวเฉพาะฝ่ายปกครองหลักการดังกล่าวนี้เรียกร่องให้ฝ่ายปกครองต้องกระทำการโดยไม่ขัดต่อกฎหมาย และในกรณีที่การกระทำทางปกครองมีผลก้าล่วงสิทธิเสรีภาพของราษฎร ย่อมจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการเช่นนั้นได้ หากไม่มีกฎหมายให้อำนาจแล้วการกระทำทางปกครองนั้นย่อมไม่ชอบด้วยกฎหมาย

หลักการประกันสิทธิในกระบวนการพิจารณาในชั้นเจ้าหน้าที่และศาลเรียกร่องให้รัฐต้องเปิดโอกาสให้ราษฎรได้ต่อสู้ป้องกันสิทธิของตนใน

กระบวนการพิจารณาต่างๆของรัฐได้อย่างเต็มที่ ด้วยเหตุนี้ระบบกฎหมายของรัฐจึงกำหนดให้องค์กรของรัฐต้องรับฟังบุคคล เปิดโอกาสให้บุคคลนำพยานหลักฐานเข้าหักล้างข้อกล่าวหาต่างๆก่อนที่จะตัดสินใจกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่เป็นผลร้ายแก่บุคคลนั้น ทั้งนี้กระบวนการพิจารณาที่ได้รับการออกแบบขึ้นจะต้องเป็นกระบวนการที่เป็นธรรม (fair) ด้วย อนึ่งในกรณีที่ราษฎรได้รับความเสียหายจากการใช้อำนาจมหาชนขององค์กรของรัฐ รัฐจะต้องเปิดโอกาสให้ราษฎรสามารถฟ้ององค์กรของรัฐที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ตนต่อศาลได้

สำหรับหลักการประกันสิทธิของปัจเจกบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมนั้นเรียกร้องให้รัฐกำหนดกระบวนการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกันอย่างมีประสิทธิภาพ เอกชนที่พิพาทกันเองต้องมีหนทางในการนำข้อพิพาทนั้นไปสู่ศาล และกฎหมายวิธีพิจารณาคดีในชั้นศาลจะต้องได้รับการออกแบบให้การพิจารณาคดีเป็นไปอย่างรอบด้านตลอดจนกำหนดผลผูกพันเด็ดขาดของคำพิพากษาไว้เพื่อให้เกิดความมั่นคงแน่นอนในระบบกฎหมาย

2.2.2 องค์กรประกอบในทางเนื้อหาของนิติรัฐ

ถ้าพียงแต่การเรียกร้องให้องค์กรของรัฐต้องผูกพันต่อกฎหมายในการกระทำการต่าง ๆ นั้น ยังไม่เพียงพอที่จะช่วยปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลได้ หากกฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นนั้นไม่สอดคล้องกับความถูกต้องเป็นธรรม ด้วยเหตุนี้หลักนิติรัฐจึงเรียกร้องต่อไปอีกว่าในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับกับราษฎรนั้น กฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นจะต้องมีความชัดเจนและแน่นอนเพียงพอที่ราษฎรจะเข้าใจได้ ยิ่งไปกว่านั้นระบบกฎหมายจะต้องคุ้มครองความเชื่อถือและไว้วางใจที่บุคคลมีต่อกฎหมาย การตรากฎหมายย้อนหลังไปเป็นผลร้ายแก่บุคคล ทั้งๆที่จะต้องคุ้มครองความไว้นั้นเชื่อใจที่บุคคลมีต่อกฎหมาย โดยหลักแล้วไม่อาจกระทำได้ หลักการดังกล่าวนี้เป็นหลักการที่บังคับใช้โดยไม่มีข้อยกเว้นในกรณีของกฎหมายอาญาสารบัญญัติ

อย่างไรก็ตามไม่ได้หมายความว่าหากผลร้ายที่เกิดขึ้นกับปัจเจกบุคคลไม่ใช่โทษทางอาญาแล้ว รัฐสามารถตรากฎหมายย้อนหลังไปเป็นผลร้ายแก่บุคคลได้ ทุกกรณีดังที่เข้าใจผิดพลาดกันอยู่ในวงการกฎหมายไทยแต่อย่างใดไม่ การวินิจฉัยว่าการตรากฎหมายย้อนหลังเป็นผลร้ายแก่บุคคลจะกระทำได้หรือไม่จะต้องพิจารณาองค์ประกอบในแง่ความไว้นั้นเชื่อใจที่บุคคลมีต่อระบบกฎหมาย ตลอดจนการคาดหมายความคุ้มครองจากระบบกฎหมายของบุคคลประกอบกัน โดยหลักทั่วไปแล้ว ในกรณีที่บุคคลได้กระทำการจบสิ้นไปแล้วในอดีต ไม่สามารถหวนกลับไปแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกระทำของตนได้แล้ว การตรากฎหมายไปกำหนดองค์ประกอบความผิดขึ้นใหม่ กำหนดโทษขึ้นใหม่ หรือเปลี่ยนแปลงโทษที่มีอยู่ในกฎหมายในขณะที่ได้กระทำการ แม้โทษนั้นจะไม่ใช่โทษอาญาก็กระทำไม่ได้

นอกจากหลักนิติรัฐในทางเนื้อหาจะเรียกร้องการคุ้มครองความไว้นั้นเชื่อใจที่บุคคลมีต่อระบบกฎหมายแล้ว หลักการดังกล่าวยังกำหนดให้สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลมีค่าบังคับทางกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญและถือว่า บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นกฎหมายโดยตรงอีกด้วย บทบัญญัติว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลตามหลักนิติรัฐที่ปรากฏในเยอรมนีจึงมีสองมิติ คือ มิติแรก สิทธิขั้นพื้นฐานมีลักษณะเป็นสิทธิหรืออำนาจที่ปัจเจกบุคคลสามารถยกขึ้นใช้ยันรัฐได้ โดยทั่วไปสิทธิขั้นพื้นฐานมีลักษณะเป็นสิทธิของปัจเจกบุคคลที่จะป้องกันตนจากการล่วงละเมิดโดยรัฐ เช่น สิทธิในชีวิต สิทธิในร่างกาย สิทธิในทรัพย์สิน แต่ในบางกรณี โดยเฉพาะอย่างยิ่งในรัฐที่เป็นสังคมรัฐหรือรัฐสวัสดิการ (Sozialstaat) สิทธิขั้นพื้นฐานยังมีลักษณะเป็นสิทธิที่ปัจเจกบุคคลสามารถเรียกร้องให้รัฐกระทำการที่เป็นประโยชน์แก่ตนด้วย เช่น สิทธิที่จะได้รับการรักษาพยาบาล เป็นต้น สำหรับอีกมิติหนึ่งหนึ่ง สิทธิขั้นพื้นฐานย่อมมีฐานะเป็น “กฎหมาย” ที่มีผลผูกพันองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐทุกองค์กรโดยตรง

หลักการสำคัญอีกประการหนึ่งในทางเนื้อหาของนิติรัฐ คือ หลักความพอสมควรแก่เหตุ หลักการนี้เรียกร้องให้การใช้อำนาจของรัฐจะต้องเป็นไป

โดยพอเหมาะพอประมาณเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรม ในนิติรัฐ
รัฐไม่อาจใช้มาตรการใด ๆ ก็ได้เพื่อที่จะบรรลุวัตถุประสงค์ที่ตนต้องการ (ด้วย
เหตุนี้แนวความคิด The end justifies the means จึงไปด้วยกันไม่ได้กับ
นิติรัฐ) การบรรลุวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมต้องใช้เครื่องมือหรือมาตรการทาง
กฎหมายที่ถูกต้อง พอเหมาะพอประมาณด้วย ดังนั้นแม้ว่าระบบกฎหมาย
จะมอบเครื่องมือหรือมาตรการทางกฎหมายให้องค์กรของรัฐดำเนินการ
แต่หากการใช้เครื่องมือหรือมาตรการนั้นไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ได้
หรือวัตถุประสงค์นั้นอาจบรรลุได้ เพียงแค่ใช้เครื่องมือหรือมาตรการทาง
กฎหมายที่รุนแรงน้อยกว่า หรือแม้ในที่สุดแม้ไม่มีเครื่องมือหรือมาตรการ
ทางกฎหมายที่รุนแรงน้อยกว่า แต่การที่จะบรรลุวัตถุประสงค์นั้นปรากฏว่า
ทำให้ปัจเจกบุคคลได้รับผลร้ายอย่างรุนแรง ต้องเสียหายเกินกว่าที่จะ
คาดหมายจากบุคคลนั้น ไม่ได้สัดส่วนกับประโยชน์ที่สาธารณะจะได้รับ
การใช้เครื่องมือหรือมาตรการทางกฎหมายนั้นก็ย่อมไม่อาจกระทำได้ในนิติรัฐ
นอกจากหลักความพอสมควรแก่เหตุแล้ว ในแง่เนื้อหา หลักนิติรัฐยังห้าม
การกระทำตามอำเภอใจของรัฐ เรียกร้องให้รัฐต้องกระทำการโดยเคารพต่อ
หลักความเสมอภาค กล่าวคือ เรียกร้องรัฐต้องปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญ
เหมือนกันให้เหมือนกัน และปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญแตกต่างกัน ให้แตก
ต่างกันออกไปตามสภาพของสิ่งนั้น ๆ ด้วย

3. หลักนิติธรรม (The Rule of Law)

3.1 พัฒนาการของหลักนิติธรรม⁽⁹⁾

คำว่าหลักนิติธรรมนั้น วงการกฎหมายไทยแปลมาจากคำว่า The Rule
of Law ซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานในระบบกฎหมายอังกฤษ ในประเทศ
อังกฤษความคิดที่ว่ามนุษย์ไม่ควรถูกปกครองโดยมนุษย์ แต่ควรจะต้อง

⁹. งานเขียนในภาษาไทยที่อธิบายสรุปหลักนิติธรรมในแง่ความเป็นมาไว้เป็นอย่างดี คือ จรัญ
โฆษณานนท์, นิติปรัชญา, กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2537 (หรือที่พิมพ์ปีอื่น ๆ)
บทที่ 14 บริบททางสังคมและประวัติศาสตร์ของอุดมการณ์ “หลักนิติธรรม”.

ถูกปกครองโดยกฎหมายนั้น ปรากฏขึ้นอย่างชัดเจนเป็นครั้งแรกในศตวรรษที่ 17 ในหนังสือชื่อ “The Common Wealth of Oceana” อันเป็นผลงานของ James Harrington ซึ่งเป็นผู้ทนิยระบอบสาธารณรัฐอย่างแน่วแน่⁽¹⁰⁾ อย่างไรก็ตาม แม้จนกระทั่งถึงปัจจุบันนี้ คำว่า rule of law ก็เหมือนกับคำว่า Rechtsstaat ที่ยากจะหาคำจำกัดความหรือนิยามซึ่งยอมรับกันเป็นยุติได้ การทำความเข้าใจความหมายของ rule of law จึงควรต้องทำความเข้าใจจากความเป็นมาทางประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองของอังกฤษซึ่งให้กำเนิดแนวความคิดนี้

แนวความคิดว่าด้วย rule of law หรือนิติธรรมอาจสืบสาวย้อนกลับไปได้ถึงยุคกลาง โดยเฉพาะอย่างยิ่งย้อนกลับไปถึง ค.ศ. 1215 ซึ่งเป็นปีที่พระเจ้าจอห์น (King John) กษัตริย์อังกฤษในเวลานั้นได้ลงนามในเอกสารสำคัญที่ชื่อว่า Magna Carta⁽¹¹⁾ เอกสารฉบับนี้เป็นพันธสัญญาที่กษัตริย์อังกฤษให้ไว้แก่บรรดาขุนนางของพระองค์ในการที่จะจำกัดอำนาจของพระองค์ลง อาจกล่าวได้ว่า Magna Carta เป็นก้าวสำคัญในประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองของมนุษย์ที่จะนำไปสู่การปกครองโดยกฎหมายเป็นใหญ่ในเวลาต่อมา เนื่องจากเอกสารฉบับนี้เป็นเอกสารทางกฎหมายฉบับแรกที่ทำให้หลักการปกครองโดยกฎหมายได้รับการบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษร และการประกันสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลเป็นไปอย่างชัดเจน⁽¹²⁾ อย่างไรก็ตามไม่พึงเข้าใจว่าเมื่อมีการลงนามใน Magna Carta แล้วกษัตริย์เป็นอันถูกจำกัดอำนาจลงจนไม่มีอำนาจ ในเวลานั้นอำนาจยังคงอยู่ที่กษัตริย์ กฎเกณฑ์ที่จำกัดอำนาจกษัตริย์ลงในเวลานั้นก็มีแต่ Magna Carta และ

10. Th. Fleiner / L. Basta Fleine, Allgemeine Staatslehre, Berlin-Heidelberg : Springer, 2004, p. 226.

11. Magna Carta เป็นชื่อที่เรียกกันย่อ ๆ ของเอกสารฉบับหนึ่งที่ชื่อว่า Magna Carta Libertatum ซึ่งอาจจะแปลได้ว่า “มหาบัตรแห่งเสรีภาพ”

12. ดู อาทิ article 39 Magna Carta “ No free man shall be arrested or imprisoned or disseised or outlawed or exiled or in any way victimised, neither will we attack him or send anyone to attack him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land.”

หลักกฎหมาย Common Law อันเป็นกฎหมายประเพณีที่รับสืบทอดและพัฒนามาโดยศาลเท่านั้น

แม้ว่าในเวลาต่อมาจะได้มีการตั้งรัฐสภาขึ้นเมื่อ ค.ศ. 1265 แต่อำนาจในการปกครองบ้านเมือง (Prerogatives) ก็ยังคงอยู่ในมือของกษัตริย์อย่างเดิมจะถูกจำกัดลงบ้างก็เพียงเล็กน้อย อำนาจของกษัตริย์อังกฤษพัฒนาขึ้นถึงจุดสูงสุดในสมัยราชวงศ์ Tudor อันเป็นช่วงเวลาที่บทบาทของรัฐสภาลดถอยลง อาจกล่าวได้ว่าในช่วงเวลานั้นกษัตริย์อังกฤษมีอำนาจมากและเข้าใจวิธีการในการรักษาอำนาจของตนและจำกัดอำนาจของรัฐสภา อีกทั้งยังรู้จักที่จะใช้รัฐสภาเป็นฐานในการสร้างความเข้มแข็งให้แก่ตนด้วย อย่างไรก็ตามในเวลาต่อมารัฐสภาได้พัฒนาต่อไปกลายเป็นสถาบันซึ่งเป็นผู้แทนของกลุ่มคนต่างๆ และเริ่มมีบทบาทมากขึ้นจนกลายเป็นคู่ปรับสำคัญของกษัตริย์

ใน ค.ศ. 1628 ในยุคสมัยของพระเจ้าชาร์ลที่หนึ่ง (King Charles I ค.ศ.1600 ถึง 1649) รัฐสภาได้ตรา Petition of Rights ขึ้นเพื่อปกป้องคุ้มครองกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินและเสรีภาพส่วนบุคคลโดยประกาศว่าผู้ปกครองรัฐบาล ตลอดจนศาลต้องเคารพในสิทธิดังกล่าว ภายหลังจากได้มีการตรา Petition of Rights ได้สิบสองปี ได้เกิดสงครามกลางเมืองขึ้นในอังกฤษ ตามมาด้วยการประหารชีวิตพระเจ้าชาร์ลที่ 1 Petition of Rights ไม่ได้เป็นเพียงเอกสารที่กล่าวถึงความยินยอมในการเสียภาษีเท่านั้น แต่ยังเพิ่มอำนาจให้แก่รัฐสภาเป็นอย่างมาก⁽¹³⁾ ในเวลาต่อมาเอกสารฉบับนี้ได้ถูกเพิ่มเติมโดยเอกสารอีกฉบับหนึ่งที่ชื่อว่า Habeas Corpus Act (ค.ศ. 1679) เอกสารฉบับหลังนี้นับเป็นจุดเริ่มต้นของการประกันสิทธิของบุคคลในกระบวนการยุติธรรม เนื้อหาหลักของเอกสารฉบับนี้ คือ การให้สิทธิแก่บุคคลทุกคนที่ถูกจับกุม กล่าวคือ ในกรณีที่บุคคลใดถูกจับกุม บุคคลนั้นย่อมมีสิทธิที่จะฟ้องร้องปกป้องตนเองต่อศาลโดยคำฟ้องที่เรียกว่า writ of

13. G. Decker / M. Wirth, Das politische System Grossbritanien, Berlin : Wissenschaftlicher Autoren, 1982, p. 7.

habeas corpus ทันที⁽¹⁴⁾

รัฐสภาสามารถที่จะสถาปนาและขยายอำนาจของคนออกไปอย่างมั่นคงตามลำดับ การขยายอำนาจของรัฐสภามีผลทำให้กษัตริย์ค่อยๆ ถูกจำกัดอำนาจลง และในที่สุดกษัตริย์เริ่มรู้สึกว่ารรัฐสภามีอำนาจมากเกินไปและเริ่มเป็นอันตรายต่อพระองค์เสียแล้ว การแข่งกันเพื่อครองอำนาจที่เหนือกว่าระหว่างรัฐสภากับกษัตริย์เป็นไปอย่างเข้มข้น และได้ก็เกิดเป็นสงครามกลางเมืองขึ้นในระหว่าง ค.ศ.1642 ถึง 1649 หลังจากสงครามกลางเมืองดังกล่าว การต่อสู้ก็ยังคงดำเนินต่อไปอีก จนกระทั่งในที่สุดรัฐสภาก็กำชัยชนะได้ในการปฏิวัติอันรุ่งโรจน์ (Glorious Revolution) ระหว่าง ค.ศ.1688 ถึง 1689 ผลของการปฏิวัตินี้ก็นำมาซึ่งเอกสารสำคัญอีกฉบับหนึ่ง คือ Bill of Rights และทำให้รัฐสภาอังกฤษกลายเป็นรัฐธิปไตยคู่กันกับกษัตริย์

โดยเหตุนี้ในช่วงต้นศตวรรษที่ 17 ยังไม่ปรากฏแนวความคิดเรื่องการแบ่งแยกอำนาจในอังกฤษ ปัญหาสำคัญปัญหาหนึ่งที่เกิดขึ้นก็คือปัญหาที่ว่าใครจะเป็นผู้ที่มีอำนาจวินิจฉัยในทางกฎหมายเป็นที่สุด อำนาจดังกล่าวควรอยู่กับกษัตริย์ สภา หรือศาล Francis Bacon (ค.ศ.1561 ถึง 1626) เห็นว่าโดยเหตุที่กษัตริย์มีอำนาจปกครองโดยเด็ดขาด และดำรงอยู่เหนือกว่ากฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมือง ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ออกโดยรัฐสภา หรือ Common Law ที่พัฒนาขึ้นโดยศาล ดังนั้นกษัตริย์จึงมีอำนาจเหนือรัฐสภาและศาล⁽¹⁵⁾ ด้วยเหตุดังกล่าวกษัตริย์ย่อมต้องมีอำนาจในการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายที่ผ่านรัฐสภามาแล้วและมีอำนาจที่จะเข้ายุ่งเกี่ยวกับทางปฏิบัติของศาลโดยสามารถตรวจสอบแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานตาม Common Law ได้ อย่างไรก็ตามพัฒนาการทางการเมืองในเวลาต่อมาก็ไม่ได้เป็นไปตามแนวความคิดของ Francis Bacon เนื่องจากรัฐสภาสามารถจำกัดอำนาจกษัตริย์จนสำเร็จและได้กลายเป็นรัฐธิปไตยแทนที่

14. Th. Fleiner / L. Basta Fleiner, Allgemeine Staatslehre, p. 229.

15. Th. Fleiner / L. Basta Fleiner, Allgemeine Staatslehre, p. 231.

กษัตริย์อังกฤษ และในช่วงที่รัฐสภาอังกฤษต่อสู้กับกษัตริย์อยู่นี้ ศาลก็ได้เข้ามามีบทบาทด้วย โดย Sir Edward Coke (ค.ศ.1552 ถึง 1634) ได้พิพากษาคดีไปในทางยืนยันความเป็นกฎหมายสูงสุดของ Common Law ที่พัฒนาขึ้นโดยศาล โดยเห็นว่าทั้งกษัตริย์⁽¹⁶⁾ และรัฐสภา⁽¹⁷⁾ ย่อมต้องตกอยู่ภายใต้ Common Law กษัตริย์ก็ตี รัฐสภาก็จะตรากฎหมายหรือกำหนดกฎเกณฑ์ใดให้ขัดกับ Common Law ไม่ได้ และศาลทรงไว้ซึ่งอำนาจเด็ดขาดในการวินิจฉัยว่ากฎหมายหรือกฎเกณฑ์นั้นขัดหรือแย้งกับ Common Law หรือไม่ แม้ว่าแนวความคิดและคำพิพากษาของ Coke จะไม่ได้ทำให้ศาลกลายเป็นผู้ทรงอำนาจสูงสุดในระบบการปกครองของอังกฤษ เพราะศาลต้องผูกพันต่อกฎหมายที่สภาดร่าขึ้น จะอ้าง Common Law ปฏิเสธกฎหมายที่สภาดร่าขึ้นไม่ได้ แม้กระนั้นแนวความคิดของ Coke ที่ปรากฏในคำพิพากษาก็ได้เป็นส่วนประกอบสำคัญของหลักนิติธรรมในอังกฤษจนกระทั่งถึงปัจจุบันนี้

ในศตวรรษที่ 19 ซึ่งเป็นช่วงที่รัฐสภาเข้มแข็งมากแล้วนั้น คณะรัฐมนตรีปฏิบัติหน้าที่โดยขึ้นอยู่กับสภาผู้แทนราษฎร และในเวลาต่อมา ก็ค่อยสลัดตนเองพ้นจากอิทธิพลของราชวงศ์ เมื่อก้าวเข้าสู่ศตวรรษที่ 20 อาจกล่าวได้ว่าอังกฤษได้พัฒนาตนไปสู่ความเป็นรัฐเสรีประชาธิปไตยที่ยอมรับสิทธิเลือกตั้งของราษฎร สภาผู้แทนราษฎรอังกฤษพัฒนาไปในทิศทางของการมีพรรคการเมืองใหญ่สองพรรคสลับกันเข้ามาบริหารประเทศโดยฝ่ายบริหารคือ นายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีเริ่มมีอำนาจมากขึ้น และยังคงความเข้มแข็งจนถึงทุกวันนี้

3.2 เนื้อหาของหลักนิติธรรม

นักกฎหมายรัฐธรรมนูญของอังกฤษที่มีบทบาทมากที่สุดคนหนึ่งในการช่วยพัฒนาหลักนิติธรรม ก็คือ A.V. Dicey (ค.ศ.1835 ถึง 1922)

16. ความเห็นของ Coke ในเรื่องนี้ปรากฏใน Case of Proclamations (1610), 12 Co. Rep. 74.

17. ความเห็นของ Coke ในเรื่องนี้ปรากฏใน Dr. Bonham's Case (1610), 8 Co. Rep. 114.

ตำราของเขานี้ชื่อว่า Introduction to the Study of the Law of the Constitution (พิมพ์ครั้งแรก ค.ศ.1885) ได้กลายเป็นตำรามาตรฐาน และเป็นตำราที่นักกฎหมายรัฐธรรมนูญอังกฤษส่วนใหญ่ต้องอ้างอิงเมื่อจะต้องอธิบายความหมายของหลักนิติธรรม Dicey เห็นว่า หลักนิติธรรมจะต้องสัมพันธ์ใกล้ชิดกับความเป็นอำนาจสูงสุดของรัฐสภา¹⁸⁾ และหลักนิติธรรมนั้นย่อมมีเนื้อหาสาระที่สำคัญ คือ บุคคลทุกคนย่อมเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย บุคคลไม่ว่าจะในชนชั้นใดย่อมต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายปกติธรรมดาของแผ่นดิน (the ordinary law of the land) ซึ่งบรรดาศาลธรรมดาทั้งหลาย (ordinary courts) จะเป็นผู้รักษาไว้ซึ่งกฎหมายดังกล่าว¹⁹⁾ หลักนิติธรรมในความหมายนี้ย่อมปฏิเสธความคิดทั้งหลายทั้งปวงที่จะยกเว้นมิให้บรรดาเจ้าหน้าที่ทั้งหลายต้องเคารพต่อกฎหมาย บุคคลทั้งหลายย่อมไม่ต้องถูกลงโทษหากไม่ได้กระทำการอันผิดกฎหมาย และไม่มีผู้ใดทั้งสิ้นแม้แต่กษัตริย์ที่จะอยู่เหนือกฎหมายได้

กล่าวโดยรวมแล้ว Dicey เห็นว่า บรรดาการกระทำทั้งหลายทั้งปวงของรัฐบาลและฝ่ายปกครองจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย จะต้องไม่กระทำการก้าวล่วงสิทธิและเสรีภาพของราษฎรตามอำเภอใจ หากปรากฏว่า รัฐบาลหรือฝ่ายปกครองกระทำการอันขัดต่อกฎหมาย การกระทำดังกล่าวย่อมต้องถูกฟ้องคดียังศาลยุติธรรมหรือศาลธรรมดาได้ เพราะรัฐบาลหรือเจ้าหน้าที่ย่อมจะมีสิทธิพิเศษใดๆ เหนือกว่าราษฎรไม่ได้ เราจะเห็นได้ว่าหลักนิติธรรมตามแนวความคิดของ Dicey นี้มุ่งเน้นไปที่ความผูกพันต่อกฎหมายของฝ่ายบริหาร ไม่ได้เรียกร้องฝ่ายนิติบัญญัติให้ต้องผูกพันต่อกฎหมายอันใดในการตรากฎหมาย

18. A.V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution (1885). London : Macmillan, 1959, p. 195.

19. A.V. Dicey, Introduction to the Study of the Law of the Constitution, pp. 187-203.

การที่ Dicey อธิบายเนื้อหาของหลักนิติธรรมในแง่ที่คนทุกคนต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายและภายใต้ศาลเดียวกันตามหลักความเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย ส่งผลให้ Dicey ปฏิเสธการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาเป็นอีกระบบศาลหนึ่งเคียงคู่ขนานกันไปกับศาลยุติธรรมหรือศาลธรรมดา โดย Dicey เห็นว่าหากจัดให้มีศาลปกครองหรือองค์กรอื่นซึ่งไม่ใช่ศาลยุติธรรมหรือศาลธรรมดาทำหน้าที่ตัดสินคดีปกครอง (ดังที่ปรากฏอยู่ในประเทศฝรั่งเศสในเวลานั้น) แล้ว บรรดาข้าราชการต่างๆที่ถูกฟ้องในศาลปกครองว่ากระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายย่อมอยู่ในฐานะที่ได้เปรียบกว่าราษฎรทั่วไป ซึ่ง Dicey เห็นว่าไม่ถูกต้อง แนวความคิดนี้ได้รับการยึดถือและเดินตามในบรรดาประเทศที่ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายอังกฤษจนถึงปัจจุบันนี้

นอกจากนี้แล้ว บรรดาสีทธิทั้งหลายทั้งปวงของราษฎรนั้นย่อมเกิดจากกฎหมายที่รัฐสภาได้ตราขึ้นและเกิดจากกฎหมายประเพณีที่พัฒนามาโดยศาล อาจกล่าวได้ว่า สิทธิขั้นพื้นฐานของราษฎรอังกฤษไม่ได้รับการคุ้มครองและปกป้องโดยรัฐธรรมนูญ แต่ได้รับการปกป้องและคุ้มครองโดยรัฐสภาและศาล

โดยเหตุที่ในระบบกฎหมายอังกฤษ รัฐสภาเป็นผู้ทรงอำนาจสูงสุดผลที่เกิดขึ้นตามมาก็คือ ศาลของอังกฤษไม่อำนาจที่จะตรวจสอบว่ากฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือชอบด้วยกฎหมายใดๆ หรือไม่กล่าวในทางทฤษฎีแล้ว รัฐสภาอังกฤษสามารถตรากฎหมายให้มีเนื้อหาสาระอย่างไรก็ได้ทั้งสิ้น สิทธิมนุษยชนหรือสิทธิพลเมืองไม่ได้มีฐานะเป็นกฎหมายที่สูงกว่ากฎหมายอื่นใดที่จะผูกพันรัฐสภาอังกฤษได้ ระบบการประกันสิทธิเสรีภาพของบุคคลในอังกฤษจึงแตกต่างจากหลายประเทศ โดยเฉพาะประเทศในภาคพื้นยุโรปที่ถือว่าสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลนั้นมีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ และยอมผูกพันรัฐสภาในการตรากฎหมายด้วย อย่างไรก็ตามไม่พึงเข้าใจว่าระบบกฎหมายอังกฤษไม่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลในทางปฏิบัติสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมาย

ของรัฐสภาและโดย Common Law ที่พัฒนามาโดยศาลในมาตรฐานที่ไม่ต่ำกว่าประเทศอื่นๆ ในภาคพื้นยุโรปเลย

แน่นอนว่าในทางทฤษฎี เมื่อยอมรับว่ารัฐสภามีอำนาจสูงสุด กรณีจึงอาจเป็นไปได้ที่รัฐสภานั้นเองจะกระทำการอันก้าวล่วงสิทธิเสรีภาพของบุคคลโดยตรากฎหมายจำกัดตัดทอนสิทธิของบุคคลเสียโดยไม่เป็นธรรม และเมื่อหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาอยู่เหนือกว่าหลักนิติธรรมเสียแล้ว ก็ไม่มีอะไรเป็นเครื่องประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎรจากการคุกคามโดยรัฐสภาได้ แต่ทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นในอังกฤษ ไม่ได้เป็นเช่นนั้น เพราะตามจารีตประเพณีแล้วรัฐสภาจะไม่ตรากฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับหลักนิติธรรม ยิ่งไปกว่านั้นโดยเหตุที่การตรากฎหมายของรัฐสภาย่อมขึ้นอยู่กับการสนับสนุนของรัฐบาล และพรรคการเมืองที่เป็นรัฐบาลย่อมเป็นพรรคการเมืองที่ครองเสียงข้างมากในสภาผู้แทนราษฎร หากพรรคการเมืองที่เป็นรัฐบาลซึ่งครองเสียงข้างมากสนับสนุนให้ตรากฎหมายที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างรุนแรงแล้ว ผลที่จะเกิดขึ้นจากการเลือกตั้งครั้งถัดมาย่อมเป็นที่คาดหมายได้ ในที่สุดแล้ว การตรากฎหมายของรัฐสภาจึงขึ้นอยู่กับการเจตจำนงของประชาชน กล่าวให้ถึงที่สุดแล้วประชาชนอังกฤษนั่นเองที่จะเป็นผู้กำหนดทิศทางหลักๆของการตรากฎหมาย และเมื่อกล่าวว่ารัฐสภาเป็นผู้ทรงอำนาจสูงสุดในระบอบประชาธิปไตยที่พัฒนามาในอังกฤษ ย่อมต้องเข้าใจว่ารัฐสภาย่อมทรงอำนาจสูงสุดในหมู่องค์กรต่างๆของรัฐ แต่ในที่สุดแล้วในทางการเมืองก็อยู่ใต้ประชาชน ดังนั้นในประเทศอังกฤษ การจำกัดอำนาจของรัฐสภาจึงไม่ได้เกิดจากกฎหมายเหมือนกับในภาคพื้นยุโรป แต่เกิดจากธรรมชาติทางการเมืองและจารีตประเพณีที่รับสืบทอดกันมา ในประเทศที่สิทธิเสรีภาพฝังลึกอยู่ในจิตวิญญาณประชาชาติเช่นประเทศอังกฤษนี้ ย่อมไม่มีความจำเป็นแต่อย่างใดเลยที่จะต้องบัญญัติกฎหมายเกณฑ์ว่าด้วยความเป็นนิติรัฐ หรือบัญญัติรัฐธรรมนูญกำหนดสิทธิเสรีภาพเป็นลายลักษณ์อักษรเป็นมาตราๆไป

แม้ว่าในปัจจุบัน การให้คำอธิบายเกี่ยวกับเนื้อหาของหลักนิติธรรม อาจจะแตกต่างกันอยู่บ้างในรายละเอียด แต่องค์ประกอบสำคัญของหลักนิติธรรมนั้น ดำรงไว้ซึ่งไม่ได้อธิบายความแตกต่างกันมากนัก องค์ประกอบที่สำคัญของหลักนิติธรรม คือ ความคาดหมายได้ของการกระทำของรัฐ ความชัดเจนของกฎหมาย ความมั่นคงของกฎหมาย ความเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมาย ความเป็นอิสระของศาล การเคารพในหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ ตลอดจนความสะดวกในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม ในยุคหลังมีผู้อธิบายลักษณะของกฎหมายที่จะช่วยสร้างให้เกิดการปกครองตามหลักนิติธรรม ดังเช่นคำอธิบายของ Lon L. Fuller นักนิติศาสตร์ที่มีชื่อเสียงชาวอเมริกันที่เห็นว่ากฎหมายที่จะทำให้หลักนิติธรรมปรากฏเป็นจริงได้นั้นต้องมีลักษณะสำคัญ⁽²⁰⁾ คือ

- 1) กฎหมายจะต้องบังคับเป็นการทั่วไปกับบุคคลทุกคน ไม่เว้นแม้แต่องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐ
- 2) กฎหมายจะต้องได้รับการประกาศใช้อย่างเปิดเผย
- 3) กฎหมายจะต้องได้รับการตราขึ้นให้มีผลบังคับไปในอนาคต ไม่ใช่ตราขึ้นเพื่อใช้บังคับย้อนหลังไปในอดีต
- 4) กฎหมายจะต้องได้รับการตราขึ้นโดยมีข้อความที่ชัดเจน เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้เกิดการบังคับใช้ที่ไม่เป็นธรรม
- 5) กฎหมายจะต้องไม่มีข้อความที่ขัดแย้งกันเอง
- 6) กฎหมายจะต้องไม่เรียกร้องให้บุคคลปฏิบัติในสิ่งที่ไม่อาจเป็นไปได้
- 7) กฎหมายต้องมีความมั่นคงตามสมควร แต่ก็จะต้องเปิดโอกาสให้แก้ไขให้สอดคล้องกับสภาพของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปได้
- 8) กฎหมายที่ได้รับการประกาศใช้แล้วจะต้องได้รับการบังคับให้สอดคล้องต้องกัน กล่าวคือต้องบังคับการให้เป็นไปตามเนื้อหาของกฎหมายที่

20. L. L. Fuller, *The Morality of law*, Revised Edition, New Haven : Yale University Press, 1969. pp. 46-91.

ได้ประกาศใช้แล้วนั้น

4. ผลของหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมและความแตกต่างระหว่าง หลักการทั้งสอง

เมื่อพิจารณาความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ประกอบกับการปรับใช้หลักนิติรัฐและนิติธรรมในระบบกฎหมายเยอรมันและระบบกฎหมายอังกฤษแล้วพบว่าหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมมีความแตกต่างกันอยู่ ทั้งในแง่ของบ่อเกิดของกฎหมาย วิธีการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน การกำหนดให้มีหรือไม่มีศาลปกครองและระบบวิธีพิจารณาคดี ตลอดจนการแบ่งแยกอำนาจ ดังจะชี้ให้เห็นได้ในเบื้องต้น ดังนี้

4.1 ความแตกต่างในแง่บ่อเกิดของกฎหมาย

ในระบบกฎหมายอังกฤษ ผู้พิพากษาซึ่งแต่เดิมเป็นผู้แทนของกษัตริย์นั้นได้เริ่มพัฒนา Common Law มาตั้งแต่ราวศตวรรษที่ 12 ทั้งนี้เพื่อให้อำนาจของกษัตริย์ที่ส่วนกลางมั่นคงเข้มแข็ง กฎหมายที่ศาลใช้ในการตัดสินคดีนั้นมีลักษณะทั่วไป กล่าวคือ เป็นกฎเกณฑ์ที่มีเนื้อหาสอดคล้องกับจารีตประเพณีที่ปฏิบัติกันโดยทั่วไปในราชอาณาจักร จึงเรียกว่า Common Law⁽²¹⁾ กฎหมายดังกล่าวได้รับการ “สร้าง” ขึ้นโดยผู้พิพากษา เมื่อศาลได้ตัดสินคดีใดคดีหนึ่งไปแล้ว หลักกฎหมายที่ศาลได้สร้างขึ้นเพื่อใช้ตัดสินคดีที่ตกทอดต่อมาเป็นลำดับ และกลายเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงในบ้านเมืองด้วย “กฎหมาย” ในระบบกฎหมายอังกฤษ จึงไม่ได้หมายถึงเฉพาะแต่กฎหมายที่ได้รับการตราขึ้นโดยรัฐสภาที่เรียกว่า “Statute Law”

21. คำว่า Common Law มีหลายความหมาย โดยทั่วไปหมายถึงกฎหมายของอังกฤษทั้งหลาย ทั้งปวงที่รวมกันขึ้นเป็นระบบกฎหมายที่มีลักษณะเฉพาะ แยกต่างจากระบบกฎหมายในกาลฟีนยุโรปที่เรียกว่า Civil Law ส่วนอีกความหมายหนึ่งซึ่งมีความหมายที่กำกวมถึงอยู่ใน Common Law หมายถึงกฎหมายที่ศาลในสมัยกลางพัฒนาขึ้นมาจากรรตกฎหมายประเพณีต่างๆที่ใช้บังคับรวมกันในราชอาณาจักรอังกฤษ กลายเป็นกฎหมายทั่วไปในราชอาณาจักร ไม่ใช่กฎหมายที่ใช้บังคับเฉพาะท้องถิ่นใดหรือเฉพาะชนเผ่าใดชนเผ่าหนึ่งในอังกฤษ

เท่านั้น แต่ยังหมายถึงหลักการและแนวทางการตัดสินของผู้พิพากษา (Case Law) ที่เกิดจากจารีตธรรมเนียมปฏิบัติในอดีตอันเป็นกฎเกณฑ์ที่ศาลยอมรับสืบต่อกันมา (Common Law) ด้วย เอกสารทางประวัติศาสตร์อย่าง Magna Carta (ค.ศ.1215) Petition of Right (ค.ศ.1628) Habeas Corpus (ค.ศ.1679) หรือ Bill of Right (ค.ศ.1689) ยังมีฐานะเป็นบ่อเกิดของกฎหมายที่ศาลสามารถนำมาใช้ตัดสินได้ในอังกฤษจนกระทั่งถึงทุกวันนี้ อนึ่ง โดยเหตุที่ Common Law มีผลใช้บังคับได้ในคดีที่ศาลได้ตัดสินวางหลักไปแล้วละคดี คำว่า Case Law กับ Common Law จึงเป็นคำที่ใช้ในความหมายเดียวกัน นั่นคือหมายถึง กฎหมายที่เกิดจากผู้พิพากษา

การที่ระบบกฎหมายอังกฤษยอมรับให้ผู้พิพากษามีอำนาจ “สร้าง” กฎหมายขึ้นมาได้เองนี้ ส่งผลให้ระบบกฎหมายของอังกฤษมีลักษณะที่ยืดหยุ่น และสามารถพัฒนาให้สอดคล้องกับสภาพของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไปตลอดเวลา อย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่าในระบบกฎหมายอังกฤษ ศาลจะเปลี่ยนแปลงแนวการตัดสินอย่างไรก็ได้ตามอำเภอใจ เพราะหลัก “*satre decisis*” คือ หลักที่ว่าศาลในคดีหลังต้องผูกพันตามหลักกฎหมายที่ศาลในคดีก่อนได้ตัดสินไว้แล้ว ยังเป็นหลักที่สำคัญ การเปลี่ยนแปลงแนวคำพิพากษาจึงไม่ใช่จะกระทำได้ง่าย

ในขณะที่ระบบกฎหมายอังกฤษเริ่มพัฒนามาโดยให้ผู้พิพากษามีอำนาจ “สร้าง” กฎหมายขึ้นมาได้นั้น ระบบกฎหมายในภาคพื้นยุโรปกลับมีธรรมเนียมปฏิบัติที่แตกต่างออกไป เพราะในภาคพื้นยุโรปกฎหมายเกิดขึ้นจากการตราโดยกระบวนการนิติบัญญัติ ผู้พิพากษาในฐานะที่เป็นผู้ที่ใช้รัฐมีหน้าที่ในการปรับใช้กฎหมาย การตัดสินคดีของผู้พิพากษาในแต่ละคดีไม่มีผลเป็นการสร้างกฎหมายขึ้นมาใหม่ แนวทางการตัดสินคดีของศาลในภาคพื้นยุโรปจึงไม่ถือว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมาย

เมื่อเปรียบเทียบกับระบบกฎหมาย Common Law ของอังกฤษ ระบบกฎหมาย Civil Law ของภาคพื้นยุโรปมีลักษณะเป็นระบบกฎหมายที่

“ปิด” ทั่ว ข้อดีของระบบนี้ก็คือ ความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะจะมีสูงกว่า แต่ก็อาจจะมีข้ออ่อนตรงการปรับตัวให้เข้ากับสภาพของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป อย่างไรก็ตาม การประมวลถ้อยคำขึ้นตัวบทกฎหมายในระบบกฎหมาย Civil Law นั้น ถ้อยคำจำนวนหนึ่งเป็นถ้อยคำเชิงหลักการ หรือถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง ศาลในระบบกฎหมาย Civil Law จึงมีความสามารถในการตีความตัวบทกฎหมายให้สอดคล้องกับความยุติธรรมและสภาพของสังคมได้เช่นกันภายใต้กรอบของนิติวิธี

4.2 ความแตกต่างในแง่ของการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน

โดยเหตุที่ระบบกฎหมาย Common Law ในอังกฤษไม่มีรัฐธรรมนูญที่เป็นลายลักษณ์อักษร การประกันสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลในอังกฤษ จึงไม่ได้เป็นการประกันในระดับรัฐธรรมนูญ สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลในอังกฤษ ไม่ได้มีฐานะเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับโดยตรงและอยู่ในลำดับชั้นที่สูงกว่ากฎหมายธรรมดาที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติบุคคลย่อมได้รับการประกันสิทธิขั้นพื้นฐานโดยองค์กรตุลาการ

ในภาคพื้นยุโรป โดยเฉพาะอย่างยิ่งในระบบกฎหมายเยอรมัน การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลเป็นการคุ้มครองในระดับรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ สิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลที่ได้รับการบัญญัติไว้ใน “กฎหมายพื้นฐาน” ซึ่งถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนีนั้น ผูกพันทั้งองค์กรนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการในฐานะที่เป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับได้โดยตรง⁽²²⁾ ซึ่งหมายความว่าในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับ องค์กรนิติบัญญัติมีหน้าที่ในทางรัฐธรรมนูญที่จะต้องไม่ตรากฎหมายให้ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐาน มิฉะนั้นย่อมต้องถือว่ากฎหมายดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญ

4.3 ความแตกต่างในแง่ของการควบคุมตรวจสอบการตรากฎหมาย

22. กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 1 (3) — Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland Art. 1(3)

ตามหลักนิติรัฐ องค์การนิติบัญญัติย่อมต้องผูกพันต่อรัฐธรรมนูญในการตรากฎหมายขึ้นใช้บังคับ เพื่อให้หลักความผูกพันต่อรัฐธรรมนูญขององค์การนิติบัญญัติมีผลในทางปฏิบัติ ประเทศหลายประเทศที่ยอมรับหลักนิติรัฐจึงกำหนดให้มืองค์กรที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่องค์การนิติบัญญัติตราขึ้น องค์การที่ทำหน้าที่ในลักษณะเช่นนี้ โดยปกติแล้วย่อมได้แก่ศาลรัฐธรรมนูญ อาจกล่าวได้ว่าตามหลักนิติรัฐ การตรากฎหมายขององค์การนิติบัญญัติย่อมตกอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบขององค์กรตุลาการ อย่างไรก็ตามการควบคุมตรวจสอบการตรากฎหมายขององค์การนิติบัญญัตินั้น องค์กรตุลาการซึ่งทำหน้าที่ดังกล่าวนี้ คือ ศาลรัฐธรรมนูญก็ต้องผูกพันตนต่อรัฐธรรมนูญด้วย ศาลรัฐธรรมนูญจึงควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์การนิติบัญญัติโดยเกณฑ์ในทางกฎหมาย ไม่อาจนำเจตจำนงของคนเข้าแทนที่เจตจำนงขององค์การนิติบัญญัติได้

ในอังกฤษซึ่งเดินตามหลักนิติธรรมนั้น ถือว่ารัฐสภาเป็นรัฐอธิปไตยในทางทฤษฎีรัฐสภาสามารถตรากฎหมายอย่างไรก็ได้ทั้งสิ้น ไม่อาจมีกรณีที่รัฐสภาตรากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ แม้หากว่าจะมีผู้ใดอ้างว่ารัฐสภาตรากฎหมายขัดกับรัฐธรรมนูญจารีตประเพณี การอ้างเช่นนั้นก็หาไม่ผลทำให้กฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภานั้นสิ้นผลลงไม่ ศาลในอังกฤษไม่มีอำนาจที่จะตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา และด้วยเหตุนี้อังกฤษจึงไม่มีศาลรัฐธรรมนูญ การควบคุมการตรากฎหมายของรัฐสภาอังกฤษจึงเป็นการควบคุมกันทางการเมือง ไม่ใช่ทางกฎหมาย

เมื่อพิจารณาจากองค์กรที่ตรากฎหมายตลอดจนกระบวนการควบคุมตรวจสอบกฎหมายมิให้ขัดกับรัฐธรรมนูญแล้ว เราอาจจะกล่าวได้ว่า หลักนิติรัฐที่พัฒนามาในเยอรมนีสัมพันธ์กับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญโดย

องค์กรตุลาการ ในขณะที่หลักนิติธรรมที่พัฒนามาในอังกฤษสัมพันธ์กับหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา

4.4 ความแตกต่างในแง่ของการมีศาลปกครองและระบบวิธีพิจารณาคดี

ระบบกฎหมายอังกฤษไม่มีการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชนออกจากกัน ด้วยเหตุนี้อังกฤษจึงไม่มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นมาเป็นอีกระบบศาลหนึ่งโดยเฉพาะคู่ขนานไปกับศาลยุติธรรมดังที่ปรากฏในภาคพื้นยุโรป ในการฟ้องร้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองนั้น ราษฎรอังกฤษอาจฟ้องได้ในศาลยุติธรรมหรือศาลธรรมดา โดยหลักนิติธรรมถือว่าทั้งราษฎรและองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐต่างต้องตกอยู่ภายใต้กฎหมายเดียวกันและภายใต้ศาลเดียวกัน

ระบบกฎหมายเยอรมันซึ่งแยกกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชนออกจากกันนั้น ไม่ได้ยึดถือหลักการทำนองเดียวกับหลักนิติธรรมในอังกฤษที่เรียกร้องให้การพิจารณาพิพากษาคดีต้องภายใต้ “ศาลปกติธรรมดา” (ordinary court) เท่านั้น ปัจจุบันนี้ประเทศเยอรมนีมีระบบศาลแยกออกจากกันถึงห้าระบบศาล (ยังไม่นับศาลรัฐธรรมนูญ) คือ ระบบศาลธรรมดา (ศาลยุติธรรม) ระบบศาลปกครอง ระบบศาลแรงงาน ระบบศาลภาษีอากร และระบบศาลสังคม โดยคดีปกครองจะได้รับการพิจารณาจากศาลใน 3 ระบบศาล คือ คดีปกครองทั่วไป จะได้รับการพิจารณาโดยศาลปกครอง ส่วนคดีปกครองที่มีลักษณะเฉพาะ คือ คดีภาษีอากร จะได้รับการพิจารณาโดยศาลภาษีอากร และคดีสังคม (ข้อพิพาทอันเกิดจากกฎหมายประกันสังคม ฯลฯ) จะได้รับการพิจารณาโดยศาลสังคม

อาจกล่าวได้ว่าในขณะที่หลักนิติธรรมที่พัฒนามาในระบบกฎหมายอังกฤษปฏิเสธการจัดตั้งศาล “เฉพาะ” เพื่อพิจารณาพิพากษาคดี เพราะเกรงว่าจะก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคหรือไม่เท่าเทียมกันนั้น หลักนิติรัฐที่พัฒนามาในระบบกฎหมายเยอรมันไม่มีข้อกังวลต่อปัญหาดังกล่าว อย่างไรก็ตามแนวคิดที่แตกต่างกันในเรื่องนี้ระหว่างระบบกฎหมายอังกฤษกับระบบ

กฎหมายเยอรมันส่งผลต่อการออกแบบระบบวิธีพิจารณาคดีตลอดจนการนำ พยานหลักฐานเข้าสืบในชั้นศาลด้วย กล่าวคือ ในระบบกฎหมายอังกฤษ ศาลอังกฤษจะทำหน้าที่เป็นคนกลางอย่างเคร่งครัด ศาลจะรับฟังพยาน หลักฐานของคู่ความในคดีไม่ว่าคดีนั้นจะเป็นคดีแพ่งหรือคดีปกครอง จะควบคุมกระบวนการพิจารณาให้คู่ความทั้งสองฝ่ายต่อสู้กันอย่างเป็นธรรม แล้ว ตัดสินคดี บทบาทของผู้พิพากษาในอังกฤษจึงเป็นเสมือนผู้ที่แก้ไขปัญหา ความขัดแย้งโดยทำให้ผลของคดีมีลักษณะเป็นการชดเชยให้ความเป็นธรรม⁽²³⁾ ในระบบกฎหมายเยอรมัน ในคดีทางกฎหมายมหาชน ศาลเยอรมันมีอำนาจ ในการค้นหาความจริงในคดีโดยไม่จำเป็นต้องผูกพันอยู่กับพยานหลักฐานที่คู่ ความได้ยื่นมาเท่านั้น ผู้พิพากษาเยอรมันจึงเปรียบเสมือนเป็นแขนของ กฎหมายที่ยื่นออกไป มีลักษณะเป็นผู้แทนของรัฐที่ถือดาบและตราชูไว้ในมือ วินิจฉัยคดีไปตามกฎหมายและความยุติธรรม และบังคับใช้กฎหมายให้ บรรลุผล⁽²⁴⁾ เมื่อเปรียบเทียบบทบาทของผู้พิพากษาอังกฤษกับเยอรมันแล้ว จะพบว่าผู้พิพากษาเยอรมันจะมีบทบาทมากกว่าในการขับเคลื่อนกระบวนการ พิจารณาคดี ในขณะที่ผู้พิพากษาอังกฤษจะทำหน้าที่คล้ายเป็นคนกลางผู้ ควบคุมการต่อสู้คดีเท่านั้น แม้กระนั้นอำนาจของผู้พิพากษาศาลอังกฤษใน แห่งของการสั่งลงโทษบุคคลก็มีมากกว่าผู้พิพากษาของศาลเยอรมัน ในคดี ปกครองศาลอังกฤษอาจสั่งลงโทษบุคคลฐานละเมิดอำนาจศาลได้ แม้บุคคล นั้นจะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ หากปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ปฏิบัติตาม คำพิพากษาของศาล ในขณะที่ศาลปกครองเยอรมัน แม้ศาลจะมีอำนาจสั่งให้ เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการได้ แต่หากเจ้าหน้าที่ไม่ปฏิบัติ ศาลปกครองก็ไม่มี อำนาจสั่งลงโทษเจ้าหน้าที่โดยถือว่าเจ้าหน้าที่ละเมิดอำนาจศาลได้⁽²⁵⁾

4.5 ความแตกต่างในแนวความคิดเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ

หลักนิติรัฐถือว่าหลักการแบ่งแยกอำนาจเป็นหลักการที่เป็น

23. Th. Fleiner, p. 251.

24. Th. Fleiner / L. Basta Fleiner, Allgemeine Staatslehre, p. 251.

25. Th. Fleiner / L. Basta Fleiner, Allgemeine Staatslehre, p. 265.

องค์ประกอบสำคัญอันจะขาดเสียมิได้ ในขณะที่เมื่อพิเคราะห์คำอธิบายว่าด้วยหลักนิติธรรมแล้วจะเห็นได้ว่าไม่ปรากฏเรื่องการแบ่งแยกอำนาจในหลักนิติธรรมในทางคำราก็ปรากฏข้อถกเถียงกันอยู่ว่าตกลงแล้วในอังกฤษมีการแบ่งแยกอำนาจจริงหรือไม่ นักกฎหมายบางท่านมีความเห็นว่าในอังกฤษรัฐสภากับรัฐบาลมีความเชื่อมโยงกันอย่างมาก นอกจากนี้ยังปรากฏว่าในอังกฤษมีการมอบอำนาจให้องค์กรฝ่ายปกครองออกกฎหมาย บังคับการตามกฎหมาย และอาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทในลักษณะที่เป็นการกระทำในทางตุลาการด้วย ดังนั้นจึงอาจจะพอกกล่าวได้ว่าอังกฤษไม่มีการแบ่งแยกอำนาจ⁽²⁶⁾ อย่างน้อยก็ไม่ได้มีการแบ่งแยกอำนาจในความหมายเดียวกันกับที่ปรากฏในภาคพื้นยุโรป อย่างไรก็ตามในส่วนที่เกี่ยวกับองค์กรตุลาการ ทั้งหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมต่างมีองค์ประกอบประการหนึ่งตรงกัน คือ การยอมรับความเป็นอิสระขององค์กรตุลาการ

5. บทส่งท้าย

ถึงแม้ว่าหลักนิติรัฐกับหลักนิติธรรมจะมีความแตกต่างกันอยู่ แต่หลักการทั้งสองต่างก็เป็นหลักการที่มุ่งจะสร้างคามยุติธรรมและสันติสุขให้เกิดขึ้นในระบบกฎหมายเหมือนกัน และคงจะตอบได้ยากกว่าหลักการใดดีกว่าหลักการใด หากนำเอาแนวความคิดทั้งสองมาพิเคราะห์เพื่ออธิบายระบบกฎหมายไทยโดยมุ่งไปที่การจัดโครงสร้างขององค์กรของรัฐในรัฐธรรมนูญไทยตลอดจนการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับราษฎรแล้ว จะเห็นได้ว่าในแง่ของรูปแบบระบบกฎหมายไทยพยายามจะเดินตามแนวทางของหลักนิติรัฐที่พัฒนามาในภาคพื้นยุโรป ดังจะเห็นได้จากการยอมรับหลักการแบ่งแยกอำนาจในมาตรา 3 การยอมรับหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนุญในมาตรา 6 ตลอดจนการประกันสิทธิเสรีภาพของราษฎรไว้ในหมวด 3 แม้กระนั้นเมื่อพิเคราะห์

26. K. Loewenstein, Staatsrecht und Staatspraxis von Grossbritannien, Bd. I, Berlin-Heidelberg-New York : Springer, 1967, p. 84.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปัจจุบัน ประกอบกับทางปฏิบัติที่เกิดจากการปรับใช้รัฐธรรมนูญแล้ว จะเห็นได้ว่าประเทศไทยยังห่างไกลจากความเป็นนิติรัฐมากนัก แม้มาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญจะประกาศยอมรับหลักการแบ่งแยกอำนาจ แต่หลักการดังกล่าวก็ได้อุทธรณ์ในมาตรา 239 ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้คณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจวินิจฉัยเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของบุคคลก่อนประกาศผลการเลือกตั้งและให้คำวินิจฉัยนั้นเป็นที่สุด ซึ่งเท่ากับให้อำนาจองค์กรที่ทำหน้าที่บริหารจัดการการเลือกตั้งเป็นศาลได้ในตัวเอง แม้รัฐธรรมนูญจะยอมรับสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลในหมวด 3 แต่ก็ทำลายหลักการประกันสิทธิทางการเมืองของบุคคลในมาตรา 237 ที่กำหนดการให้การกระทำความผิดของบุคคลคนเดียวนำไปสู่การยุบพรรคการเมืองทั้งพรรคและเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของบุคคลที่เป็นกรรมการบริหารพรรคด้วย แม้บุคคลนั้นจะไม่ได้กระทำความผิดก็ตาม แม้มาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญจะประกาศหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ แต่หลักการดังกล่าวก็ถูกทำลายลงในมาตรา 309 เพราะตามบทบัญญัติมาตราดังกล่าวการกระทำที่เกี่ยวเนื่องกับการกระทำที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว แม้จะกระทำต่อไปในอนาคต ก็ได้รับการรับรองไว้ล่วงหน้าแล้วว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มิพักต้องคำนึงว่าการกระทำนั้นจะชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ เมื่อพิจารณาในทางนิติศาสตร์แล้ว รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับนี้ เป็นรัฐธรรมนูญที่เขียนขัดแย้งกันเองมากที่สุดฉบับหนึ่ง หากไม่พิจารณาว่ารัฐธรรมนูญฉบับนี้ทั้งฉบับบนพื้นฐานความเข้าใจแนวความคิดว่าด้วยนิติรัฐหรือนิติธรรมที่ยอมรับนับถือกันในสากลแล้ว ก็ย่อมจะไม่เห็นการซ่อนเร้นอำพรางแนวความคิดทางกฎหมายที่เป็นปรปักษ์กับหลักนิติรัฐหรือหลักนิติธรรม ไม่ว่าอย่างไรก็ตามหากแนวความคิดที่ปรปักษ์กับหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมยังคงถูกอำพรางอยู่ในรัฐธรรมนูญในนามของการปกครองแบบไทย ๆ ดังที่มีความพยายามสร้างความชอบธรรมให้กับรัฐธรรมนูญฉบับที่อำพรางว่าเป็นนิติรัฐนี้แล้ว ความยุติธรรมและสันติสุขในระบบกฎหมายย่อมยากที่จะเกิดขึ้นได้

ศาลและวิธีพิจารณาคดีทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมในประเทศฝรั่งเศส*

ดร.วรรณภา ตีระสังขะ**

ในประเทศฝรั่งเศสการดำเนินคดีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากประเด็นทางสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติมีการดำเนินคดีที่มีขอบเขตกว้างมาก ทั้งนี้เพราะข้อพิพาทที่เกิดขึ้นเป็นได้ทั้งข้อพิพาทในทางปกครองและข้อพิพาทในทางเอกชนขึ้นอยู่กับเนื้อหาประเด็นแห่งคดีและผู้ถูกฟ้องเป็นสำคัญ

ในส่วนที่เกี่ยวกับความหมายและขอบเขตของ “คดีสิ่งแวดล้อม” ในประเทศฝรั่งเศส เราสามารถให้คำจำกัดความได้โดยพิจารณาเบื้องต้นจากความหมายของคำว่า “สิ่งแวดล้อม” เป็นสำคัญ ในที่นี้คำว่า “สิ่งแวดล้อม” เป็นไปตามกฎหมายสิ่งแวดล้อมซึ่งหมายถึงกฎหมายที่ว่าด้วยเรื่องเกี่ยวกับการดูแลรักษาสิ่งแวดล้อมและทรัพยากรธรรมชาติ (และในที่นี้ถือว่ามนุษย์เป็นก็เป็นทรัพยากรธรรมชาติเช่นกัน) นอกจากนี้กฎหมายสิ่งแวดล้อมยังหมายถึงการบังคับใช้กฎระเบียบหรือวิธีการต่างๆ ที่เป็นการป้องกันภัยทางธรรมชาติและมลพิษต่างๆ จึงอาจกล่าวได้ว่า ความหมายของคดีสิ่งแวดล้อมนั้นกว้างมาก ไม่จำกัดแต่เฉพาะข้อพิพาทในเรื่องความรับผิดชอบต่อสิ่งของหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมเท่านั้นแต่รวมถึงข้อพิพาทที่เกี่ยวข้อง

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net วันที่ 14 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2553

** อาจารย์ประจำคณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

กับการโต้แย้งของกฎเกณฑ์ต่างๆ หรือการบังคับใช้กฎหมายสิ่งแวดล้อมด้วย

วิวัฒนาการของคดีสิ่งแวดล้อมในประเทศฝรั่งเศสนั้นเกิดขึ้นจากการประสบปัญหาสิ่งแวดล้อมและมลพิษในด้านต่างๆ จึงก่อให้เกิดประเด็นข้อพิพาททางศาลขึ้น ทั้งนี้ศาลปกครองและศาลยุติธรรมจำเป็นต้องขยายขอบเขตในเรื่องเขตอำนาจศาลของตนในการตัดสินวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม โดยใช้หลักกฎหมายในเรื่องความรับผิดชอบทางแพ่งทางอาญาและทางปกครองที่มีอยู่ประกอบกับหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องสิ่งแวดล้อมและกฎหมายสิ่งแวดล้อมต่างประเทศที่เข้ามามีอิทธิพลและเป็นที่มาของกฎหมายภายในของฝรั่งเศสในการวินิจฉัยคดีสิ่งแวดล้อมด้วย

อย่างไรก็ดี การขยายตัวและวิวัฒนาการของคดีสิ่งแวดล้อมในประเทศฝรั่งเศสนั้นก็เป็นอย่างค่อนข้างจำกัด ทั้งนี้ ดังจะเห็นได้จากปัญหาในเรื่องอำนาจในการรับฟ้องคดีของศาลโดยเฉพาะในศาลยุติธรรม ประเด็นในเรื่องความเสียหายในคดีสิ่งแวดล้อมนั้น ศาลยุติธรรมกำหนดขอบเขตไว้อย่างจำกัด กล่าวคือ ในเรื่องของการมีความเสียหายตามหลักป้องกันล่วงหน้า⁽¹⁾

1. หลักดังกล่าวเป็นหลักในกฎหมายทั่วไปในด้านสิ่งแวดล้อมและได้รับการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อมของฝรั่งเศส หลักป้องกันล่วงหน้า เป็นการกำหนดหรือหามาตรการ โดยใช้เทคโนโลยีที่จำเป็น เหมาะสมเพื่อป้องกันมิให้เกิดผลกระทบ หรือความเสียหายที่สามารถคาดหมายได้ล่วงหน้า หรือให้เกิดผลกระทบ หรือความเสียหายน้อยที่สุดในด้านสิ่งแวดล้อม

ในทางปฏิบัติ หลักการดังกล่าวนี้ถูกนำมาใช้โดยอาศัยวิธีการดำเนินการสี่ประการด้วยกัน

(1) การศึกษาผลกระทบ (l'étude d'impact) กำหนดในรัฐธรรมนูญว่าด้วยการคุ้มครองธรรมชาติ ลงวันที่ 10 มกราคม ค.ศ. 1979 การศึกษาผลกระทบนี้ มีวัตถุประสงค์ที่สำคัญคือ เพื่อศึกษาผลกระทบล่วงหน้าที่จะเกิดขึ้นจากโครงการหรือการดำเนินการใดๆ ที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายหรือทำลายสภาพแวดล้อมได้ และตลอดจนเพื่อหามาตรการป้องกันล่วงหน้าโดยมิให้ความเสียหายนั้นเกิดขึ้นหรือเกิดขึ้นน้อยที่สุด อนึ่ง การศึกษาผลกระทบในประเทศฝรั่งเศสนี้ ได้มีการกำหนดรายละเอียดในหลายรูปแบบ เช่น การศึกษาผลกระทบของโครงการที่เกี่ยวข้องกับด้านสิ่งแวดล้อม และ ด้านอนามัย เป็นต้น

(2) การอนุมัติก่อนล่วงหน้า (l'autorisation préalable) เป็นกรณีที่จะมีการจัดตั้งโรงงานอุตสาหกรรมขนาดใหญ่ เช่น ผลิตสารเคมี หรือ วัตถุอันตรายที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบที่

(ต่อหน้าถัดไป)

(L'agir à titre préventif) โดยกฎหมายแพ่งค่อนข้างจำกัดในการเปิดโอกาสให้มีการรับพิจารณาข้อพิพาทในกรณีของความเสียหายที่เป็นแค่การคาดการณ์ความเสียหายที่จะเกิดขึ้น เช่นในกรณีของการก่อสร้างต่างๆ ศาลยุติธรรมจึงไม่สามารถให้มีการออกคำสั่งที่เป็นมาตรการฉุกเฉินในทางแพ่งเพื่อการป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นได้ล่วงหน้า (Référé civil préventif) โดยเฉพาะในกรณีที่การก่อสร้างนั้นได้รับใบอนุญาตอย่างเป็นทางการ (จากฝ่ายปกครอง) แล้ว ดังนั้นความเสียหายที่สามารถนำมาเป็นข้อพิพาทในทางแพ่งนั้นได้นั้นจำเป็นต้องเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นจริง มิใช่ความเสียหายในการคาดการณ์ล่วงหน้าตามหลักป้องกันล่วงหน้าในกฎหมายสิ่งแวดล้อมแต่อย่างใด

สำหรับคดีสิ่งแวดล้อมในศาลปกครองได้รับการพัฒนาและขยายขอบเขตไปมากกว่าคดีสิ่งแวดล้อมในศาลยุติธรรม ตัวอย่างเช่น ในคดีที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาผลกระทบหรือในเรื่องของการรับฟังความคิดเห็นของ

1. (ต่อ)

สำคัญต่อสภาพแวดล้อม ในกรณีดังกล่าวนี้ รัฐหรือฝ่ายปกครองอาจจะมีการอนุมัติการจัดตั้งเป็นการชั่วคราวล่วงหน้าได้โดยผู้ที่ขอใบอนุญาตจัดตั้งต้องเสนอหรือหาวิธีการหรือ มาตรการในการบำบัดป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นไว้ล่วงหน้า มาตรการดังกล่าวนี้ถือได้ว่าเป็นเครื่องมืออย่างหนึ่งของรัฐหรือฝ่ายปกครองที่นำมาตราการป้องกันล่วงหน้ามาใช้เพื่ออนุมัติโครงการที่จะก่อให้เกิดผลกระทบทางสิ่งแวดล้อม

(3) การทำให้สิ่งแวดล้อมกลับสู่สภาพเดิม (la correction à la source) เป็นการกำหนดมาตรการในการทำให้สภาพแวดล้อมกลับคืนสู่สภาพเดิมหรือให้มีการใช้โดยให้เสื่อมสภาพน้อยที่สุด ในรูปวิธีการจำกัดหรือลดมลพิษที่อาจเกิดขึ้นได้ เช่น สร้างเครื่องจักรที่ลดการผลิตของเสีย หรือใช้เครื่องจักรที่ลดการผลิตของเสีย หรือใช้เครื่องจักรที่ก่อให้เกิดมลภาวะทางเสียงน้อยที่สุด หรือใช้วัตถุดิบที่สามารถนำกลับมาใช้ประโยชน์ได้ใหม่ เป็นต้น

(4) การกำหนดมาตรฐานการจัดการด้านสิ่งแวดล้อม (les éco — audits et le management environnemental) เป็นการจัดการหรือตรวจสอบลักษณะของโรงงานอุตสาหกรรมแต่ละแห่งให้มีมาตรฐานตามที่กำหนดไว้ในแต่ละกลุ่มโดยอาจเป็นการจัดรวมกลุ่มในระดับ สมาคม ภายในประเทศ หรือเป็นการกำหนดค่ามาตรฐานการจัดการสิ่งแวดล้อมให้มีค่ามาตรฐานสากล เรียกว่า ISO (International Standard Organization) 14001 เป็นต้น

ประชาชนต่อโครงการที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม หรือกรณีของหลักในเรื่อง ความรับผิดชอบที่เกิดจากการปราศจากการป้องกันล่วงหน้า (Principe de prévention) เป็นต้น

นอกจากนี้ การวิวัฒนาการของคดีสิ่งแวดล้อมในประเทศฝรั่งเศส ก็เป็นไปอย่างจำกัดโดยเฉพาะในกรณีของผู้พิพากษา การพิจารณาข้อพิพาท ที่เกี่ยวกับเทคนิคซับซ้อนจำเป็นต้องเรียก “ผู้เชี่ยวชาญเฉพาะด้าน” มาช่วย ในการประเมินหลักฐานและข้อเท็จจริงด้วย รวมทั้งในกรณีของการประเมิน ค่าความเสียหายที่เกิดขึ้นทางด้านสิ่งแวดล้อมหรือการแก้ไขเยียวยา เหล่านี้ ล้วนเป็นเรื่องเทคนิคที่เป็นอุปสรรคในการพัฒนาคดีสิ่งแวดล้อมของประเทศ ฝรั่งเศสด้วยเช่นกัน

สิ่งที่ เป็นข้อพิจารณาสำคัญต่อมาก็คือ “หลักในการแบ่งแยกคดีของ ศาลยุติธรรมและศาลปกครอง” ว่าข้อพิพาททางสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้นจะตก อยู่ในอำนาจศาลใดที่พิจารณาวินิจฉัย ในการเลือกฟ้องร้องของผู้เสียหายใน คดีสิ่งแวดล้อมนั้น อาจกล่าวได้ว่าผู้เสียหายมี “เสรีภาพในการเลือกที่จำกัด” เพราะจำเป็นต้องขึ้นอยู่กับการพิจารณาว่าข้อพิพาททางสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้น นั้นกฎหมายได้กำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจพิจารณาของศาลปกครองหรือศาล ยุติธรรม โดยผู้เสียหายหรือผู้ฟ้องจำต้องพิจารณาจากกฎหมายลายลักษณ์ อักษรที่กำหนดไว้เป็นการเฉพาะและคำนึงถึงเขตอำนาจในการรับพิจารณาคดี ของแต่ละศาลเป็นสำคัญ

อย่างไรก็ดี กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่บังคับใช้อยู่ยังไม่สามารถ กำหนดประเด็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นได้ทั้งหมด ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของ “ศาลคดีขัดกัน” ที่เข้ามาทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดในเรื่องเขตอำนาจของศาล ทั้งศาลยุติธรรมและศาลปกครอง คำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลคดีขัดกัน⁽²⁾

2. ศาลคดีขัดกันของประเทศฝรั่งเศสจัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 24 พฤษภาคม ค.ศ. 1872 ที่ กำหนดให้ศาลคดีขัดกันเป็นศาลทวิภาคี มีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยประเด็นในเรื่องเขตอำนาจ ของศาลยุติธรรมและศาลปกครอง

จึงเป็นเสมือนแนวทางในการกำหนดเขตอำนาจของศาลในข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมด้วย

ตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกัน ในเรื่องเขตอำนาจของศาลที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อม

- ความเสียหายที่เกิดจากการสร้างบ่อน้ำแร่ได้พื้นน้ำของบริษัทเอกชนแห่งหนึ่งโดยไม่เกี่ยวข้องกับการให้สัมปทานของรัฐ เป็นเขตอำนาจพิจารณาของศาลยุติธรรม (คำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกัน n° 02870 ปี ค.ศ. 1993)

- ความเสียหายที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการสร้างสะพาน (Pont de l' île de Ré) ซึ่งเป็นงานโยธาสาธารณะ (travaux publics) ศาลคดีขัดกันได้กำหนดให้เป็นอำนาจของศาลปกครองในการวินิจฉัยข้อพิพาท (คำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกัน n° 02518 ปี ค.ศ. 1988)

- ข้อเรียกร้องเพื่อให้รัฐเยียวยาแก้ไขความเสียหายที่เกิดขึ้นของทาง (ในเขตชนบท) จากการเปิดทางให้รถบรรทุกสามารถใช้ทางได้ ศาลคดีขัดกันก็ได้กำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองในการกำหนดมาตรการเยียวยาความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้น (คำวินิจฉัยของศาลคดีขัดกัน n° 02675 ปี ค.ศ. 1992)

จะเห็นได้ว่าการพิจารณาว่าคดีหรือข้อพิพาททางด้านสิ่งแวดล้อมใดขั้นสู่ศาลใดนั้น จำเป็นต้องพิจารณาถึงกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่มีอยู่หรือแนวคำพิพากษาของศาล

ดังนั้น ในบทความนี้จะทำการศึกษาคดีสิ่งแวดล้อมในประเทศไทยฝรั่งเศส 2 ส่วนด้วยกัน คือ ส่วนที่ 1 คดีสิ่งแวดล้อมที่อยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรม และ ส่วนที่ 2 คดีสิ่งแวดล้อมที่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง

ส่วนที่ 1 คดีสิ่งแวดล้อมที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรม

คดีสิ่งแวดล้อมที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรมนั้น อาจกล่าวได้ง่ายๆได้ว่าเป็นคดีที่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือแนวคำพิพากษากำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลยุติธรรมและเป็นคดีทางแพ่งที่มีประเด็นแห่งการพิจารณาไม่เกี่ยวข้องกับทางปกครอง ซึ่งหากมีประเด็นปัญหาในการรับข้อพิพาทไว้พิจารณาหรือไม่ ประเทศฝรั่งเศสกำหนดให้เป็นหน้าที่ของศาลคดีขัดกันในการวินิจฉัยคดีความไม่แน่นอนเหล่านี้ต่อไป

ในส่วนที่หนึ่งนี้จะกล่าวถึงคดีสิ่งแวดล้อมที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลยุติธรรมโดยเฉพาะที่เป็นคดีทางแพ่ง โดยแบ่งหัวข้อออกเป็น (1) บทบาทของศาลยุติธรรมในการพิจารณาคดีสิ่งแวดล้อม (2) เงื่อนไขในการฟ้องคดีสิ่งแวดล้อม (3) ประเด็นแห่งการพิจารณาคดีสิ่งแวดล้อม (4) วิธีพิจารณาคดีสิ่งแวดล้อมของศาลยุติธรรม และ (5) อำนาจของศาลยุติธรรมในคดีสิ่งแวดล้อม

1. บทบาทของศาลยุติธรรมในการพิจารณาคดีสิ่งแวดล้อม

ศาลยุติธรรมมีบทบาทที่สำคัญในการพิจารณาคดีสิ่งแวดล้อมสองบทบาทด้วยกันคือ ด้านหนึ่งมีบทบาทในการตัดสินข้อพิพาทในเรื่องการดูแลรักษาทรัพยากรธรรมชาติสิ่งแวดล้อมและอีกด้านหนึ่ง ศาลยุติธรรมมีหน้าที่ในการเยียวยาความเสียหายทางด้านสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้น โดยการใช้มาตรการก่อนการออกคำพิพากษา (Référé) เพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้น³⁾ อาจกล่าวได้ว่ามาตรการนี้ผู้เสียหายสามารถร้องขอต่อศาลได้ตลอดเวลาโดยไม่มีอายุความ อย่างไรก็ตามมาตรการฉุกเฉินที่ศาลสามารถออกได้นั้นศาลจำเป็นต้องเห็นถึงความเสียหายที่เกิดขึ้นหรือต้องมีการกระทบสิทธิของผู้เสียหาย เช่น ผู้พิพากษามีอำนาจในการออกคำสั่งระงับการก่อสร้างหากพบว่าการก่อสร้างของบริษัทใดบริษัทหนึ่งไม่ได้รับอนุญาตอย่างเป็นทางการ

3. ตามมาตรา 809 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความแพ่ง

การขอให้มีการหยุดการกระทำหรือดำเนินการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้ร้องซึ่งเป็นสิทธิโดยแท้ของผู้ได้รับความเสียหายที่ศาลยุติธรรมเป็นผู้มีอำนาจอย่างเสรีในการวินิจฉัยประเด็นดังกล่าว ผู้พิพากษามีหน้าที่ในการชั่งน้ำหนักระหว่างมาตรการที่จะออกมาเพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับผลประโยชน์ได้เสียในการเยียวยาความเสียหายที่จะเกิดขึ้น

ศาลยุติธรรมมีบทบาทหน้าที่ในคดีสิ่งแวดล้อมเช่นเดียวกับคดีแพ่งทั่วไปคือพิจารณาในเรื่องความรับผิดทางแพ่งที่เกิดขึ้น ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งมาตรา 1382 — 1384 โดยความรับผิดทางแพ่งที่เกิดขึ้น อาจเป็นความรับผิดที่เกิดจากการทำความผิด ความรับผิดที่ปราศจากความผิดหรือเกิดจากความเสียหาย หรือ ความรับผิดที่เกิดจากเพื่อนบ้านข้างเคียง (เช่น ในกรณีของเสียง ขยะ คว้น หรือกลิ่นไม่พึงประสงค์ เป็นต้น) หรือความรับผิดที่เกิดจากการใช้สิทธิส่วนเกิน ซึ่งศาลยุติธรรมมีอำนาจในการสั่งหรือพิพากษาให้ผู้ก่อความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมชดเชยค่าเสียหายสำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ผู้เสียหายและชดเชยเพื่อจัดการให้สิ่งแวดล้อมนั้นกลับคืนสู่สภาพเดิมหรือป้องกันมิให้มีความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมเกิดขึ้นอีกในอนาคต

ในคดีแพ่งที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมนั้น การรับพิจารณาคดีของศาลยุติธรรมจะพิจารณาจากกฎหมายที่ให้อำนาจไว้ประการหนึ่งและประเด็นข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นอีกประการหนึ่ง

โดยทั่วไปนั้น เขตอำนาจของศาลยุติธรรมจะเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด (ตามที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น) โดยในกฎหมายแต่ละฉบับที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมได้กำหนดให้ข้อพิพาทที่เกิดขึ้นให้อยู่ในอำนาจการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรม ศาลยุติธรรมจึงมีอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยคดีได้ แต่หากไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในการให้อำนาจศาลยุติธรรมเป็นผู้วินิจฉัยคดีแล้ว ประเด็นดังกล่าวก็ต้องกลับไปพิจารณาจากแนวคำวินิจฉัยศาลทั้งของศาลยุติธรรม ศาลปกครองตลอดจนศาลคดีขัดกันซึ่งในทาง

ปฏิบัติเป็นการยากที่จะจำแนกรายละเอียดของคำพิพากษาของศาลทั้งสามว่า ประเด็นข้อเท็จจริงได้อยู่ในอำนาจของศาลนั้น

2. เจื่อนใจในการฟ้องคดีสิ่งแวดล้อม

การฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมเป็นการให้ศาลได้พิจารณาถึงสิทธิและผลประโยชน์ที่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ถูกฟ้องคดีกรณีถูกละเมิดหรือถูกกระทบสิทธิ และเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาเพื่อชดเชยเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม การฟ้องต่อศาลยุติธรรมก็มีเจื่อนใจในการฟ้องที่จำกัด กล่าวคือ เจื่อนใจบางประการเป็นเจื่อนใจในทางรูปแบบซึ่งหากไม่ปฏิบัติตามก็มีผลทำให้ศาลไม่รับฟ้องได้

เจื่อนใจที่ต้องการพิจารณาในการฟ้องคดีสิ่งแวดล้อมต่อศาลยุติธรรม คือ

- อำนาจในการรับคำฟ้องของศาล ผู้ฟ้องคดีในคดีสิ่งแวดล้อมนั้นสามารถเลือกฟ้องต่อศาลที่เกี่ยวข้องได้ ทั้งทางแพ่งและทางปกครอง ทั้งนี้จำเป็นต้องพิจารณาจากประเด็นแห่งคดีว่าเป็นประเด็นในทางกฎหมายปกครองหรือประเด็นทางแพ่ง โดยพิจารณาจากกฎหมายที่ให้อำนาจหรือแนวคำพิพากษาของศาลเป็นสำคัญ

- เขตอำนาจของศาล ในคดีสิ่งแวดล้อมทางแพ่งนั้น เช่นเดียวกับคดีแพ่งทั่วไปในเรื่องเจื่อนใจของเขตอำนาจศาลปกติ ศาลที่มีเขตอำนาจรับฟ้องคดีนั้นเป็นศาลยุติธรรมที่ตั้งอยู่ในเขตของผู้ถูกฟ้องหรือจำเลย (ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 42) อย่างไรก็ตาม มาตรา 46 แห่งประมวลกฎหมายเดียวกันก็ได้กำหนดข้อยกเว้นว่า ผู้ฟ้องสามารถฟ้องต่อศาลในเขตที่ความเสียหายเกิดขึ้นได้ (ตัวอย่างเช่น ในกรณีความเสียหายที่เกิดขึ้นจากมลพิษทางทะเล ผู้เสียหายสามารถฟ้องต่อศาลที่ความเสียหายเกิดขึ้น)

- ความสามารถของผู้ฟ้อง ผู้มีสิทธิฟ้องร้องตามคดีจะต้องมีคุณสมบัติทั่วไปที่เป็นเจื่อนใจในการฟ้องร้องคือ ต้องเป็นผู้ทรงสิทธิในทางกฎหมาย และต้องมีความสามารถในการใช้สิทธิทางศาล รวมถึงการฟ้องร้องโดยบุคคลตาม

กฎหมายมหาชน (เช่น การฟ้องโดยเทศบาลหรือการฟ้องโดยจังหวัดโดยผ่านประธานสภาจังหวัด เป็นต้น) หรือการฟ้องโดยนิติบุคคลทางแพ่ง ทั้งนี้ นิติบุคคลนั้นๆ ต้องมีการจัดตั้งขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมาย (เช่น ตามกฎหมายการจัดตั้งสมาคมรัฐบัญญัติลงวันที่ 1 กรกฎาคม ค.ศ. 1901 หรือบริษัทตามมาตรา 1832 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง หรือ สหวิชาชีพต่างๆ ตามมาตรา L.411 -1 แห่งประมวลกฎหมายแรงงาน) ซึ่งการฟ้องร้องโดยนิติบุคคลนี้ ต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งว่ามีความสอดคล้องกับประเด็นแห่งคดีหรือไม่อย่างไร

- การมีส่วนได้เสียของผู้ฟ้อง ในคดีแพ่งที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมนั้น เงื่อนไขที่สำคัญเงื่อนไขหนึ่งในการรับหรือไม่รับคำฟ้องก็คือ เรื่องการมีส่วนได้เสียของผู้ฟ้อง (*Intérêt d'agir*) ซึ่งตามมาตรา 31 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกำหนดไว้ว่า “บุคคลทุกคนสามารถมีสิทธิที่จะใช้สิทธิทางศาลได้ เมื่อมีส่วนได้ส่วนเสียโดยชอบด้วยกฎหมาย” (หากไม่มีส่วนได้เสียก็ย่อมไม่มีคำฟ้อง *pas d'Intérêt, pas d'action*) การฟ้องคดีได้นั้น จำเป็นต้องมีส่วนได้เสียตามกฎหมาย หรือส่วนได้เสียโดยชอบด้วยกฎหมายที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมาย ผู้ร้องมีหน้าที่ต้องแสดง ให้ศาลเห็นว่าตนนั้นมีส่วนได้ส่วนเสียในคดีหรือต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น และศาลมีหน้าที่ที่จะต้องพิจารณาถึงความเป็นผู้มีส่วนได้ส่วนเสียในคำฟ้องดังกล่าวโดยพิจารณาจากความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งต้องเป็นความเสียหายทางตรง (*direct*) เฉพาะตัว (*personnel*) และแน่นอน (*certain*) การมีส่วนได้ส่วนเสียในคดีนั้น ไม่ได้เป็นเงื่อนไขเฉพาะกับโจทย์ผู้ฟ้องคดีเท่านั้น แต่ยังใช้พิจารณากับบุคคลทุกคนที่เข้ามาดำเนินการฟ้องคดีด้วย เช่นผู้ร้องสอด

มาตรา 31 วรรคท้ายแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งกำหนดเงื่อนไขในการใช้สิทธิทางศาลว่า “...ทั้งนี้ ภายใต้บังคับกรณีที่กฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะว่าบุคคลใดจะเป็นผู้ใช้สิทธิทางศาลเพียงผู้เดียวในการดำเนินคดีเพื่อปกป้องส่วนได้เสียตามที่มีการกำหนดไว้” จะเห็น

ได้ว่าเป็นกรณีกำหนดเงื่อนไขในการฟ้องร้องคดีตามที่มีกฎหมายกำหนด เช่น กรณีส่วนได้เสียทางครอบครัว หรือกรณีการใช้สิทธิทางศาลเพื่อปกป้อง ส่วนเสียของกลุ่มบุคคล

ในคดีสิ่งแวดล้อมผู้เสียหายหรือผู้ฟ้องจะต้องแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างเหตุที่ก่อให้เกิดการละเมิดตามกฎหมายและความเสียหายที่เกิดขึ้นที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม ซึ่งกรณีที่มีความเสียหายเกิดขึ้นกับผู้เสียหายทางด้านร่างกายหรือทรัพย์สินนั้น ก็เป็นการง่ายต่อการพิสูจน์ แต่ในทางตรงกันข้าม หากความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นความเสียหายต่อทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อมหรือเป็นความเสียหายร่วม ศาลก็จะพิจารณาวินิจฉัยอย่างเคร่งครัด หากเป็นกรณีที่ปราศจากสิทธิในสิ่งแวดล้อมที่เสียหายนั้นๆ แล้วบ่อยครั้งที่ศาลยุติธรรมจะทำการยกฟ้องคำร้องนั้น

- การฟ้องคดีของสมาคม (Action des associations) สามารถพิจารณาเป็นสองส่วนคือ สมาคมที่มีการจดทะเบียน (Associations déclarées) กับสมาคมที่ไม่ได้จดทะเบียน (Associations non déclarées) สำหรับสมาคมทางสิ่งแวดล้อมที่มีการจดทะเบียน (โดยมีการจดทะเบียนความมียุทธศาสตร์ของสมาคม ณ ที่ว่าการจังหวัด ตามมาตรา 5 แห่งรัฐบัญญัติลงวันที่ 1 กรกฎาคม 1901) โดยมีสภาพเป็นนิติบุคคลตามกฎหมาย ซึ่งสามารถเป็นผู้เสียหายและดำเนินการฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมได้ แต่สำหรับสมาคมที่ไม่ได้จดทะเบียนแล้วนั้น ตามปกติไม่สามารถเป็นผู้เสียหายฟ้องคดีได้ เพราะไม่มีสภาพบุคคลตามกฎหมาย (อย่างไรก็ดีศาลก็ได้วินิจฉัยเป็นข้อยกเว้นให้มีความสามารถฟ้องคดีได้) (คำวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์แห่งเมือง Lyon ลงวันที่ 11 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1993)

การใช้สิทธิฟ้องคดีของสมาคมถือเป็นการใช้สิทธิเพื่อการปกป้องส่วนได้เสียของส่วนรวม โดยศาลยุติธรรมได้ยอมรับการใช้สิทธิเพื่อปกป้องส่วนได้เสียของส่วนรวมไว้ในคำพิพากษา ซึ่งสมาคมเหล่านั้นต้องดำเนินการฟ้องร้องให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของสมาคมในการมีหน้าที่เรียกร้องค่าเสียหาย

สำหรับความเสียหายที่เกิดขึ้นอันเป็นลักษณะส่วนรวมของสมาชิกสมาคมได้ แม้ว่าความเสียหายดังกล่าวจะไม่ได้เกิดกับสมาชิกทุกคนก็ตาม

กฎหมายที่เกี่ยวข้องสิ่งแวดล้อมของประเทศฝรั่งเศสก็ได้ยอมรับและยืนยันความสามารถของสมาคมในการร้องเพื่อดำเนินกระบวนการยุติธรรมได้ เช่น รัฐบัญญัติที่ 95 - 101 ลงวันที่ 2 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1995 เกี่ยวกับการดูแลรักษาทรัพยากรธรรมชาติก็ได้สนับสนุนสิทธิในการฟ้องร้องของสมาคมในการฟ้องที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางแพ่ง ทางอาญาต่อบริษัทที่ทำให้สภาพแวดล้อมต้องเสื่อมสภาพลง

3. ประเด็นแห่งการพิจารณาคดีสิ่งแวดล้อม

ในคดีแพ่งที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมนั้น สามารถแบ่งประเด็นในการฟ้องคดีออกเป็นสองส่วนใหญ่ด้วยกันคือ การฟ้องที่เกี่ยวกับการละเมิดกฎหมาย (Action délictuelle) และการฟ้องในเรื่องความรับผิดชอบต่อสัญญา (Responsabilité contractuelle)

สำหรับการฟ้องที่เป็นการละเมิดกฎหมายที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมนั้น สามารถแบ่งเป็นประเด็นการฟ้องได้เป็น 6 ประเภทด้วยกัน

- ความรับผิดที่มีความผิด (Responsabilité pour faute) เป็นความรับผิดที่เกิดจากการกระทำที่เป็นความผิดตามกฎหมาย ละเมิดต่อหน้าที่หรือปราศจากการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหาย ความรับผิดรูปแบบนี้ได้รับการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรตามมาตรา 1382 และ 1383 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง ผู้เสียหายที่เกิดจากการกระทำดังกล่าวสามารถได้รับการชดเชยค่าเสียหายที่เกิดจากความผิดดังกล่าวได้ หรือศาลสามารถสั่งให้มีการทำให้กลับคืนสู่สภาพเดิมหรือมีมาตรการใดๆ เพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้น ตัวอย่างเช่น ในกรณีของโรงงานอุตสาหกรรมที่ปล่อยของเสียสาละมีคำพิพากษาให้ออกมาตรการที่จำเป็นเพื่อหลีกเลี่ยงความเสียหายที่จะเกิดขึ้นต่อสิ่งแวดล้อม (คำพิพากษาศาลยุติธรรมแห่งเมือง Senlis ลงวันที่ 11 มิถุนายน ค.ศ. 1991)

- ความรับผิดชอบที่ปราศจากความผิด (Responsabilité sans faute)
ความรับผิดชอบที่เกิดจากการกระทำที่ปราศจากความผิดมีขึ้นเพื่อบรรเทาความเสียหายที่เกิดขึ้นในกรณีไม่ปกติ หรือเกิดจากบุคคลที่สาม โดยเป็นความรับผิดชอบที่อยู่ภายใต้การควบคุมดูแลของผู้ถูกฟ้องในคดีสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่แล้วความรับผิดชอบดังกล่าวมักเกิดจากการใช้สิทธิโดยก่อความเดือดร้อนรำคาญแก่เพื่อนบ้าน หรือความรับผิดชอบที่เกิดจากสิ่งของทำความเสียหายแก่ผู้อื่นโดยอยู่ภายใต้การดูแลหรือกรรมสิทธิ์ของผู้ที่ต้องรับผิดชอบ (ตามมาตรา 1384 วรรคแรกแห่งประมวลกฎหมายแพ่ง) นอกจากนี้ ยังรวมถึงความรับผิดชอบที่เกิดจากความเสี่ยงภัย (Responsabilité pour risque) เช่นในเรื่องความรับผิดชอบที่เกิดจากอุบัติเหตุของนิวเคลียร์ก็สามารถฟ้องขอใช้ความเสียหายที่เกิดขึ้นได้ (ตามรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 30 ตุลาคม ค.ศ. 1968 แก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ 16 มิถุนายน ค.ศ. 1990)

- การก่อความเดือดร้อนรำคาญแก่เพื่อนบ้าน (Troubles de voisinage)
เป็นความรับผิดชอบที่เกิดทั้งในศาลยุติธรรมและศาลปกครอง ซึ่งทั้งสองศาลก็ตีความรับผิดชอบรูปแบบดังกล่าวอย่างกว้างในคำพิพากษาช่วง 10 ปีหลังจากที่ผ่านมา โดยศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า “ความเป็นเจ้าของหรือกรรมสิทธิ์นั้นเป็นเด็ดขาดเว้นแต่มีกฎหมายจำกัดไว้ หรือไม่ไปกระทบสิทธิหรือกรรมสิทธิ์ของบุคคลอื่นที่ก่อความไม่สะดวกแก่เพื่อนบ้าน” ซึ่งเป็นกรณีที่ศาลเข้าไปขยายความรับผิดชอบที่เกิดจากการก่อความเดือดร้อนรำคาญแก่เพื่อนบ้าน ในทางคดีสิ่งแวดล้อมโดยส่วนใหญ่มักเป็นเรื่องของความรับผิดชอบที่เกิดจากมลพิษที่เกิดจากโรงงานอุตสาหกรรมและเกษตรกรรม หรือมลพิษทางเสียงที่เกิดจากสนามบิน

- ความรับผิดชอบที่เกี่ยวกับมลพิษทางพื้นดิน (Responsabilité en matière de sols contaminés) เป็นความรับผิดชอบที่เกิดจากเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ก่อให้เกิดมลพิษทางดินและก่อให้เกิดความเสียหายต่อการเพาะปลูกด้านเกษตรกรรม ความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นต้องมาจากเงื่อนไขที่สำคัญคือความเสียหายที่เกิดจากผู้ใช้ประโยชน์ที่ดิน (ในกรณีความเสียหายที่เกิดจาก

การใช้ที่ดินในเขตอุตสาหกรรม ผู้ดูแลหรือผู้ใช้ประโยชน์ในที่ดินที่มีความรับผิดชอบมลพิษที่เกิดขึ้นตามมาตรา 544 และ มาตรา 1384 วรรคแรกแห่งประมวลกฎหมายแพ่ง) ความเสียหายที่เกิดจากเจ้าของกรรมสิทธิ์เกิดจากการปราศจากการควบคุมหรือดูแลที่ดิน หรือความเสียหายที่เกิดจากที่ดินที่ปราศจากเจ้าของหรือเจ้าของตกเป็นผู้ล้มละลาย ในกรณีดังกล่าว ความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองอาจเกิดขึ้นได้ เพราะฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในการดูแลตรวจตราที่ดินดังกล่าวทุก ๆ 4 ปี

- ความรับผิดชอบที่เกี่ยวกับเหมืองแร่ (Responsabilité en minière) โดยหลักผู้ได้รับสัมปทานมีหน้าที่ต้องป้องกันดูแลมิให้เกิดความเสียหายเกิดขึ้น แต่หากมีความเสียหายเกิดขึ้นผู้ได้รับสัมปทานมีหน้าที่ที่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการดำเนินการต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นที่เป็นผลโดยตรง

- ความคุ้มกันในเรื่องความรับผิดชอบ (Exonération de responsabilité) เป็นกรณีที่เกิดความเสียหายขึ้นโดยมิได้คาดหมาย (Survenance de dommage) หรือเป็นความผิดที่เกิดจากผู้เสียหายเอง หรือเป็นเหตุสุดวิสัย (Force majeure) ในกรณีต่าง ๆ นี้ศาลอาจมีคำพิพากษาให้ไม่ต้องรับผิดชอบก็ได้

สำหรับการฟ้องในเรื่องความรับผิดชอบสัญญา (Responsabilité contractuelle) เป็นการฟ้องร้องที่มีมูลเหตุมาจากการไม่ปฏิบัติตามข้อตกลงที่ได้ทำกันไว้โดยถือเป็นความรับผิดชอบตามมาตรา 1147 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง นอกจากนี้ ยังรวมถึงการไม่ปฏิบัติตามสัญญาในเรื่องการส่งมอบสินค้าของผู้ขาย หรือส่งมอบสินค้าโดยไม่สมบูรณ์ เช่น กรณีผู้ขายที่ดินมีปัญหามลพิษถือว่าเป็นการส่งมอบทรัพย์สินไม่สมบูรณ์ตามสัญญาที่ได้ตกลงไว้ ศาลยุติธรรมแห่งเมือง Strasbourg (วันที่ 18 ตุลาคม ค.ศ. 1996) ได้พิพากษาให้สัญญาซื้อขายที่ดินนั้นตกเป็นโมฆะ

4. วิธีพิจารณาคดีสิ่งแวดล้อมของศาลยุติธรรม

ในกระบวนการพิจารณาคดีสิ่งแวดล้อมของศาลยุติธรรมนั้น โดยทั่วไปก็เป็นไปตามกระบวนการวิธีพิจารณาความแพ่งทั่วไป อย่างไรก็ตาม กระบวนการ

พิเศษที่น่าสนใจสำหรับคดีที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม คือเรื่องผู้เชี่ยวชาญ (Expert) และเรื่องพยานหลักฐาน (Preuve)

- ในกรณีผู้เชี่ยวชาญ (Expert) หรือผู้ให้คำปรึกษา มาตรา 322 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งได้กำหนดให้เป็นอำนาจของศาล ในการแต่งตั้งหรือเรียกให้ผู้เชี่ยวชาญ (ทั้งเอกชนหรือราชการ)⁴) เข้ามาเพื่อให้ความเห็นในประเด็นข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้อง อย่างไรก็ตาม บทบาทของผู้เชี่ยวชาญถูกจำกัดตามมาตรา 238 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในกรณีที่สามารถให้ความเห็นหรือตอบคำถามอื่นนอกเหนือที่มอบหมายให้ได้ก็ต่อเมื่อได้รับความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากคู่ความและผู้เชี่ยวชาญไม่สามารถให้ความเห็นในประเด็นข้อกฎหมายได้ ซึ่งในกรณีเป็นคดีที่เกี่ยวกับความเสียหายที่เกิดกับน้ำ อากาศ และพื้นดิน ผู้เชี่ยวชาญเข้ามามีบทบาทอย่างมากในการให้ความเห็นและข้อเท็จจริง

- ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการนำเสนอพยานหลักฐาน (la preuve) คดีสิ่งแวดล้อมนั้นเป็นคดีที่มีความเป็นเทคนิคสูง ซึ่งบางกรณีก็เป็นการยากในการนำเสนอหรือในการพิสูจน์หลักฐานต่างๆ มาตรา 9 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งจึงได้กำหนดให้เป็นหน้าที่ของคู่ความแต่ละฝ่ายในการนำเสนอพยานหลักฐานต่างๆ รวมถึงความเห็นของผู้เชี่ยวชาญ เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริงในคดี ปัญหาที่ตามมาก็คือ การพิสูจน์หลักฐานซึ่งในบางกรณีเช่นมลพิษหรือสารพิษที่เกิดมิได้เกิดขึ้นทันทีทันใด อาจต้องใช้เวลาหลายปีกว่าจะเกิดอย่างเป็นรูปธรรม ดังนั้น เงื่อนไขในเรื่องเวลาก็เป็นข้อจำกัดในการสืบพยานหลักฐานด้วย ดังนั้น ก็เป็นปัญหาในการนำเสนอของคู่ความเพื่อแสดงให้เห็นถึงความเป็นไปได้ในรูปคดี ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับดุลยพินิจของศาลเป็นสำคัญ

⁴ ในประเทศฝรั่งเศสไม่มีการจัดทำรายชื่อของผู้เชี่ยวชาญทางด้านสิ่งแวดล้อมอย่างเป็นทางการ ซึ่งถือว่าเป็นจุดอ่อนสำหรับเรื่องผู้เชี่ยวชาญที่จะมาให้ความเห็นด้านสิ่งแวดล้อม (ตามความเห็นของ HUGLO Christian <> Jusri – Classeur (Environnement) Fascicule 1010, 1997)

5. อำนาจของศาลยุติธรรมในคดีสิ่งแวดล้อม

ศาลยุติธรรมมีอำนาจในการกำหนดมาตรการในการเยียวยาแก้ไขความเสียหายทางสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้น โดยตามกฎหมายฝรั่งเศสนั้น ความเสียหายที่เกิดขึ้นต้องได้รับการแก้ไขเยียวยา แม้แต่เป็นความเสียหายด้านจิตใจ ทางด้านศีลธรรมหรือแม้แต่ความเสียหายทางการท่องเที่ยวก็ตาม ในเรื่องการกำหนดให้มีการชดเชยค่าเสียหายที่เป็นตัวเงินนั้นเป็นไปตามกระบวนการยุติธรรมตามปกติ แต่ในกรณีที่ศาลยุติธรรมมีคำสั่งในการออกมาตรการใดๆ เพื่อเยียวยาความเสียหายอาจถูกจำกัดโดยเงื่อนไขทางปกครอง เช่น ในการสั่งปิดโรงงานหรือหยุดการดำเนินงานใดๆ ที่มีการอนุมัติให้ดำเนินการจากฝ่ายปกครองนั้นไม่สามารถทำได้ อย่างไรก็ตามศาลยุติธรรมก็มีอำนาจในการสั่งให้ผู้ก่อมลพิษจัดทำมาตรการใดๆ ที่จำเป็น (Mesures de prévention) เพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสี่ยงที่จะก่อให้เกิดความเสียหายทางด้านสิ่งแวดล้อม

อำนาจของศาลยุติธรรมที่น่าสนใจอีกประการหนึ่ง คือ อำนาจในการออกมาตรการก่อนการพิพาทคดี (Référé) ซึ่งกำหนดไว้ในมาตรา 482 -492 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง โดยเป็นมาตรการฉุกเฉิน (Procédure d'urgence) ซึ่งออกโดยผู้พิพากษาเฉพาะ เนื่องจากหน้าที่ของศาลยุติธรรมมีหน้าที่ในการรักษาสังแวดล้อมและยังมีหน้าที่ในการป้องกันความเสียหายที่เกิดขึ้น หน้าที่ในเรื่องการป้องกันนี้ จึงนำมาซึ่งการออกมาตรการฉุกเฉินใดๆ เพื่อป้องกันความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อสิ่งแวดล้อม

มาตรการ référé หรือมาตรการฉุกเฉินนี้มีลักษณะที่สำคัญ คือ เป็นมาตรการที่เป็นการชั่วคราว มีลักษณะเป็นมาตรการบังคับให้คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งหรือทั้งสองฝ่ายปฏิบัติหรืองดเว้นกระทำการได้ คำพิพากษาในการออกมาตรการฉุกเฉิน (Ordonnance de référé) ดังกล่าวนี้นี้ไม่ได้เข้าไปพิจารณาถึงเนื้อหาแห่งคดี (Fond du litige) และสามารถร้องขอต่อผู้พิพากษาให้ออกมาตรการฉุกเฉินได้ตลอดช่วงเวลาของกระบวนการ

พิจารณาคดีโดยเพียงแต่ผู้ร้องแสดงให้ศาลเห็นถึงความเสียหายที่กระทบต่อสิทธิของผู้ร้อง อย่างไรก็ดี มาตรการฉุกเฉินนี้มีข้อจำกัดคือ ศาลไม่สามารถให้มีการออกคำสั่งที่เป็นมาตรการฉุกเฉินในทางแพ่งเพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิดขึ้นได้ล่วงหน้า

ส่วนที่ 2 คดีสิ่งแวดลอมที่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง

ในข้อพิพาทที่เกี่ยวกับสิ่งแวดลอมนี้ ไม่เพียงแต่เฉพาะศาลยุติธรรมที่มีอำนาจในการตัดสินวินิจฉัยคดีเท่านั้น ศาลปกครองก็เป็นอีกองค์กรหนึ่งที่มิบทบาทอย่างมากในการวินิจฉัยคดีและพัฒนาคดีเกี่ยวกับสิ่งแวดลอมในประเทศฝรั่งเศส ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นว่า ในกรณีที่มีกฎหมายให้อำนาจศาลใดศาลหนึ่งเป็นการเฉพาะในการวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกิดขึ้นก็ให้เป็นไปตามกฎหมายเฉพาะที่บัญญัติไว้ หากไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะก็ต้องพิจารณาถึงขอบเขตอำนาจตามปกติของศาลนั้น ๆ ซึ่งศาลปกครองเป็นศาลที่มีหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการกระทำทางปกครองทั้งหลายและมีอำนาจในการวินิจฉัยคดีอยู่สองส่วน คือ วินิจฉัยตัดสินข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับการขอให้มีการยกเลิกเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองหรือการออกกฎต่าง ๆ และมีอำนาจในการวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับความรับผิดชอบในการกระทำของรัฐหรือฝ่ายปกครองที่ก่อให้เกิดความเสียหาย

1. บทบาทของศาลปกครองในการพิจารณาคดีสิ่งแวดลอม

ในการพิจารณาคดีสิ่งแวดลอม ศาลปกครองเข้าไปมีบทบาทอย่างมากในการวินิจฉัยคดี ไม่เพียงแต่เฉพาะวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของการออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น ยังมีบทบาทที่สำคัญในการวางกรอบ กฎเกณฑ์ในการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครองด้วย ตัวอย่างเช่น ในกรณีของการอนุมัติอนุญาตโครงการของรัฐที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดลอม และกฎหมายบังคับให้จัดการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนในรูปแบบของการทำประชาพิจารณ์

ซึ่งวิธีการและขั้นตอนการทำประชาพิจารณานี้เป็นส่วนหนึ่งของขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครอง หากมีการกระทำที่ผิดขั้นตอนและไม่ชอบด้วยกฎหมาย คำสั่งทางปกครองดังกล่าวอาจถูกฟ้องขอให้ยกเลิกเพิกถอนได้ ซึ่งในกรณีนี้ศาลปกครองมีอำนาจในการเข้าไปพิจารณารูปแบบ วิธีการ และขั้นตอนต่างๆ ในการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนว่าถูกต้องตามกฎหมายที่บัญญัติไว้หรือไม่ และในหลาย ๆ กรณีที่ไม่มีกฎหมายกำหนดรายละเอียดไว้ชัดเจน ศาลปกครองก็เป็นผู้วางกฎเกณฑ์ต่างๆ ไว้ในคำพิพากษานั้นเอง จะเห็นได้ว่าในประเทศฝรั่งเศสคำวินิจฉัยของศาลปกครองถือเป็นที่มาสำคัญของกฎหมายด้วยอย่างหนึ่งโดยเฉพาะในเรื่องเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมที่บางกรณีกฎหมายลายลักษณ์อักษรต้องอาศัยขั้นตอนในการตรากฎหมายเป็นระยะเวลานานกว่าจะประกาศใช้บังคับ

ศาลปกครองมีบทบาทหน้าที่ในการตัดสินวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมในฐานะที่เป็นศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลสูงสุด โดยใช้ในการพิจารณาถึงลำดับและโครงสร้างของศาลปกครองแล้วนั้นศาลที่มีเขตอำนาจในการพิพากษาคดีทั่วไปลำดับต้น (หากไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ) คือ ศาลปกครองชั้นต้น อย่างไรก็ตามกฎหมายก็กำหนดเขตอำนาจเฉพาะไว้บางกรณี คือข้อพิพาทตามที่กฎหมายกำหนดให้สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) หรือศาลปกครองสูงสุดทำหน้าที่วินิจฉัยคดีในชั้นแรกและชั้นสุดท้าย⁵⁾

2. เจื่อนไขในการฟ้องคดีสิ่งแวดล้อม

ประเด็นในเรื่องของเงื่อนไขในการฟ้องคดีสิ่งแวดล้อมต่อศาลปกครองนั้น นับเป็นประเด็นที่สำคัญประเด็นหนึ่งในคดีสิ่งแวดล้อม เพราะนอกจากจะต้องพิจารณาถึงเงื่อนไขในการฟ้องคดีปกครองทั่วไปแล้ว ยังต้องคำนึงถึง

5. คดีที่กฎหมายกำหนดให้สามารถฟ้องต่อสภาแห่งรัฐหรือศาลปกครองสูงสุดได้โดยตรงนั้น โดยทั่วไปแล้วคดีที่มีความสำคัญเช่น คดีที่ขอให้มีการเพิกถอนรัฐกฎหมายที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไปและที่ใช้บังคับเป็นการเฉพาะรายเป็นต้น

เงื่อนไขเฉพาะในการฟ้องคดีที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมด้วย

เงื่อนไขทั่วไปที่ต้องพิจารณาถึงประการแรกในการฟ้องคดีสิ่งแวดล้อมคือ

- เรื่องอายุความ โดยทั่วไปแล้ว การฟ้องคดีปกครองจะต้องกระทำภายใน 2 เดือนนับแต่วันที่มีคำสั่งทางปกครองอันเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี การนับอายุความหากเป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นกฎ อายุความจะเริ่มนับตั้งแต่วันที่ประกาศกฎนั้น หากเป็นเรื่องการออกคำสั่งทางปกครองที่มีผลเฉพาะราย อายุความจะเริ่มนับตั้งแต่วันที่มีการแจ้งคำสั่งทางปกครองให้ผู้เกี่ยวข้องทราบ ในกรณีที่เป็นการฟ้องศาลสำหรับเรียกให้ฝ่ายปกครองชดใช้หรือเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้น จะต้องมีการร้องเรียนภายในต่อฝ่ายปกครองก่อนและมีคำสั่งปฏิเสธของฝ่ายปกครองหรือการปฏิเสธของฝ่ายปกครองโดยปริยาย (โดยการเพิกเฉย) การฟ้องประเภทนี้ไม่มีการกำหนดอายุความไว้โดยเฉพาะ (เว้นแต่เป็นการฟ้องที่เกี่ยวกับการเรียกร้องความเสียหายที่เป็นเงิน ที่กำหนดอายุความ 4 ปี) และกรณีที่ฝ่ายปกครองตอบปฏิเสธโดยขัดแย้งเท่านั้นที่มีอายุความ 2 เดือนนับแต่วันที่ฝ่ายปกครองมีการปฏิเสธโดยขัดแย้ง

สำหรับเรื่องอายุความกรณีพิเศษในคดีสิ่งแวดล้อมที่กฎหมายกำหนดไว้พิเศษ เช่น ในการฟ้องร้องคดีที่เกี่ยวกับการสร้างพื้นที่ทางอุตสาหกรรมขนาดใหญ่ที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม (Installation classée) กฎหมายกำหนดอายุความ 4 ปี หรือในคดีที่เกี่ยวกับการฟ้องโต้แย้งต่อการอนุมัติให้ทำเหมืองหิน (ระเบิดหิน) กฎหมายกำหนดอายุความพิเศษไว้ 6 เดือน

เงื่อนไขประการเฉพาะต่อมาที่ต้องพิจารณาในการฟ้องคดีสิ่งแวดล้อมคือเงื่อนไขเกี่ยวกับ

- ผู้ฟ้องคดี ตามกฎหมายฝรั่งเศส ผู้มีสิทธิฟ้องร้องคดีปกครองจะต้องมีคุณสมบัติทั่วไปที่เป็นเงื่อนไขในการฟ้องร้องคือ ต้องมีความสามารถในการใช้สิทธิทางศาล รวมถึงการฟ้องร้องโดยนิติบุคคล โดยนิติบุคคลนั้นๆ ต้องจัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย นอกจากนี้ยังต้องแสดงให้เห็นถึงความมีส่วนได้เสียใน

คดี (Intérêt pour agir) ความเป็นผู้มีส่วนได้เสียในคดีเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในการดำเนินคดีทางปกครอง หากไม่มีส่วนได้เสียก็ย่อมไม่มีคำฟ้อง (Pas d'intérêt, pas d'action) ความมีส่วนได้เสียที่เกิดขึ้นนั้นต้องชอบด้วยกฎหมาย (กรณีความเสียหายที่เกิดจากการกระทำที่มีชอบด้วยกฎหมาย เช่น การสร้างโรงงานทางอุตสาหกรรมโดยมิได้ขออนุญาตจากฝ่ายปกครอง หากเกิดความเสียหายขึ้นก็ไม่สามารถมาร้องต่อศาลได้) และส่วนได้เสียที่เกิดขึ้นต้องเป็นส่วนได้เสียที่แน่นอนและเกี่ยวเนื่องกับประเด็นแห่งคดี อย่างไรก็ตามศาลปกครองฝรั่งเศสได้พิจารณาความมีส่วนได้เสียในการฟ้องคดีค่อนข้างเปิดกว้างในหลายๆกรณี คือ ส่วนได้เสียที่เกิดขึ้นที่สามารถนำมาเป็นประเด็นในการฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้นั้นอาจเป็นส่วนได้เสียทั้งในทางทรัพย์สินและจิตใจ นอกจากนี้ความเป็นผู้มีส่วนได้เสียไม่จำเป็นต้องเป็นเฉพาะตัวแต่อาจเป็นส่วนได้เสียร่วมหรือในทางมหาชนก็ได้ (เช่น ในเรื่องของการให้บริการสาธารณะ หรือ ในเรื่องการใช้ทรัพยากรธรรมชาติสิ่งแวดล้อม) หลักความเป็นผู้มีส่วนได้เสียที่กล่าวมาข้างต้นนั้นใช้กับผู้ฟ้องคดีที่เป็นนิติบุคคลที่ก่อตั้งโดยชอบด้วยกฎหมาย นิติบุคคลเหล่านั้นย่อมเป็นผู้มีส่วนได้เสียในการฟ้องคดีเพื่อปกป้องสิทธิและผลประโยชน์ของตนได้ ไม่ว่าจะเป็นในแง่ของทรัพย์สินหรือทางจิตใจ (สถานะของนิติบุคคล) หรือเพื่อปกป้องผลประโยชน์ส่วนรวมที่ผู้ฟ้องมีหน้าที่ที่จะต้องปกป้อง เช่น ในกรณีของสมาคมพิทักษ์สิ่งแวดล้อมก็เป็นผู้มีส่วนได้เสียร่วมในการดำเนินคดีที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมได้ อย่างไรก็ตามในคำวินิจฉัยของศาลปกครองหลายคำวินิจฉัยก็จำกัดความเป็นผู้มีส่วนได้เสียของนิติบุคคลหรือสมาคมที่เกี่ยวข้องกับการดูแลสิ่งแวดล้อมว่า วัตถุประสงค์ในการจัดตั้งของนิติบุคคลหรือสมาคมนั้นๆ ต้องสอดคล้องกับประเด็นในการฟ้องร้องด้วย

เงื่อนไขประการสุดท้ายที่ต้องพิจารณาคือ การฟ้องคดีจะฟ้องในลำดับศาลใด โดยศาลปกครองฝรั่งเศสแบ่งลำดับศาลออกเป็น 3 ระดับด้วยกัน คือ ศาลปกครองชั้นต้น ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ ศาลปกครองชั้นสูงสุด

- ศาลปกครองชั้นต้น (Tribunal administratif) มีทั้งหมด 27 แห่ง ในเขตนครหลวงและเขตเมืองใหญ่ๆ ซึ่งแต่ละแห่งก็มีเขตอำนาจตลอดท้องที่หลายจังหวัด ศาลปกครองชั้นต้นมีเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาในสาระแห่งคดีในฐานะเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีปกครองโดยทั่วไป (รวมถึงคดีที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม หากไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นพิเศษ) สำหรับเขตอำนาจพื้นที่ของศาลสามารถพิจารณาได้ในหลายกรณี เช่น คดีที่ฟ้องเกี่ยวกับอาคารให้พิจารณาจากสถานที่ตั้งของอาคาร คดีที่เกี่ยวกับความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองให้พิจารณาจากเขตพื้นที่ที่ท่าละเมิด หรือคดีที่เกี่ยวกับการออกคำสั่งทางปกครองให้พิจารณาถึงเขตพื้นที่ที่มีการออกคำสั่งทางปกครอง

- ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ (Cour administrative d'appel) มีทั้งหมด 6 แห่ง โดยมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีและวินิจฉัยคำอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นซึ่งตั้งอยู่ในเขตพื้นที่ของตน รวมตลอดถึงคดีอุทธรณ์ที่เกี่ยวกับผังเมือง การเวนคืน คำวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์สามารถฎีกาค่อไปได้ที่ศาลปกครองสูงสุด

- ศาลปกครองสูงสุด หรือสภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) นอกจากจะมีหน้าที่ในการให้คำปรึกษาแล้ว สภาแห่งรัฐยังมีหน้าที่ในการตัดสินคดีปกครองโดยแบ่งเป็น 3 สถานะ คือ สภาแห่งรัฐที่มีหน้าที่เป็นศาลชั้นต้นและศาลสุดท้าย (en premier et dernier ressort) (ตามรัฐธรรมนูญกาลวันที่ 30 กันยายน ค.ศ. 1953) กล่าวคือ เป็นศาลที่มีหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทที่มีความสำคัญเพียงศาลเดียว เช่น คดีที่ฟ้องขอให้เพิกถอนรัฐกฤษฎีกาที่ใช้เป็นการบังคับทั่วไปและที่ใช้บังคับเป็นการเฉพาะราย หรือคดีที่ฟ้องขอให้เพิกถอนรัฐกำหนด เป็นต้น สถานะต่อมาคือสภาแห่งรัฐในฐานะที่เป็นศาลอุทธรณ์ โดยสภาแห่งรัฐมีหน้าที่วินิจฉัยคดีที่ฟ้องอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นซึ่งไม่ได้อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองอุทธรณ์ใดๆ สถานะสุดท้าย คือ ในฐานะที่เป็นศาลปกครองสูงสุดหรือศาลฎีกาที่ทำหน้าที่พิจารณาฎีกาที่คัดค้านคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์

3. รูปแบบของคดีสิ่งแวดล้อมและอำนาจของศาลปกครองในคดีสิ่งแวดล้อม

ในคดีสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้นนั้น รูปแบบของการฟ้องคดีก็เป็นไปตามรูปแบบของกฎหมายปกครองทั่วไป หากไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น โดยการฟ้องร้องคดีปกครองทั่วไปนั้นเป็นการเปิดโอกาสให้บุคคลสามารถใช้สิทธิได้แย้งคำสั่งทางปกครองโดยกระบวนการทางศาล โดยบุคคลผู้ฟ้องนั้นต้องดำเนินการตามการฟ้องคดีตามที่กฎหมายกำหนด ไม่ว่าจะเป็นเรื่องรูปแบบการฟ้องที่มีการกำหนดกฎเกณฑ์ไว้เป็นการเฉพาะและการยกข้อกล่าวอ้างทางกฎหมายเพื่อให้ศาลตัดสินวินิจฉัยคดีต่อไป ในระบบศาลปกครองฝรั่งเศส เราสามารถแบ่งประเภทของคดีปกครองออกเป็น 2 ประเภทด้วยกัน คือ การฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองกับการฟ้องที่ศาลมีอำนาจเต็ม ซึ่งในข้อพิพาททางสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้นก็เป็นไปตามประเภทของคดีปกครองทั่วไปดังกล่าวด้วย แต่ในคดีสิ่งแวดล้อมบางประเภทก็มีรูปแบบคดีที่พิเศษขึ้น คือ คดีปกครองที่เกี่ยวกับเขตโรงงานอุตสาหกรรมขนาดใหญ่

- การฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองเพราะเหตุกระทำเกินอำนาจ (Recours pour excès de pouvoir)

การฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนี้สอดคล้องกับพื้นฐานของการกระทำทางปกครองที่ว่าด้วย “หลักความชอบด้วยกฎหมาย” ซึ่งเป็นการฟ้องเพื่อขอให้มีการยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและหากศาลพิจารณาถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้วนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวนั้นอาจมีผลสิ้นไปโดยมีผลย้อนหลังและมีผลต่อบุคคลทั่วไปด้วย และในหลายกรณีคดีที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมส่วนใหญ่มักเป็นคดีประเภทดังกล่าว เช่น การฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ว่าการจังหวัดเกี่ยวกับการอนุมัติและการออกกฎเกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม สิ่งปลูกสร้างเก่าที่เป็นอันตรายต่อชุมชน หรือการขอให้ยกเลิกการสัมปทานเหมืองแร่หรือในกรณีที่ฝ่ายปกครองละเลยต่อหน้าที่ในการจัดการมลพิษในเมือง หรือ

คำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวกับการจัดการพื้นที่ป่าไม้ เป็นต้น

การฟ้องคดีสิ่งแวดล้อมในประเภทดังกล่าว สมาคมที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมในประเทศฝรั่งเศสมักจะใช้การฟ้องคดีประเภทนี้เพื่อให้ฝ่ายปกครองยกเลิกการอนุมัติหรืออนุญาตการดำเนินการที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมหรือให้ฝ่ายปกครองหามาตรการในการจัดการสิ่งแวดล้อม ทั้งนี้ เนื่องจากการฟ้องคดีสิ่งแวดล้อมเพื่อขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองของสมาคมด้านสิ่งแวดล้อมนี้ศาลปกครองเปิดกว้างในเรื่องของผู้มีส่วนได้เสียในการฟ้องคดี ดังจะเห็นได้ว่าในกรณีที่มีการออกคำสั่งทางปกครองเพื่ออนุมัติให้สร้างโรงงานขยะใกล้กับแหล่งชุมชน ผู้มีส่วนได้เสียในคดีนอกจากจะเป็นคนในชุมชนแล้วก็ถือว่าสมาคมด้านสิ่งแวดล้อมที่รวมตัวกันเพื่อวัตถุประสงค์ในการดูแลรักษาสิ่งแวดล้อมในชุมชนย่อมเป็นผู้มีส่วนได้เสียในคดีด้วย

- การฟ้องคดีที่ศาลมีอำนาจเต็ม (Recours de plein contentieux)

ในทางสิ่งแวดล้อมก็เช่นเดียวกับการปฏิบัติงานด้านอื่นๆ ของฝ่ายปกครองที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายขึ้นแก่บุคคลได้ ซึ่งผู้เสียหายสามารถได้รับการเยียวยาเพื่อชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการฟ้องต่อศาลปกครอง การฟ้องคดีที่ศาลมีอำนาจเต็มนี้เป็นการฟ้องในกรณีของความรับผิดชอบที่เกิดขึ้นของฝ่ายปกครอง คดีที่ศาลมีอำนาจเต็มเป็นกรณีที่ผู้ฟ้องขอให้ศาลวินิจฉัยว่าตนมีสิทธิอย่างใดอย่างหนึ่งอยู่ และวินิจฉัยว่าฝ่ายปกครอง (รวมถึง รัฐ ภาค จังหวัด หรือเมือง) ได้กระทำการอันเป็นการละเมิดสิทธิดังกล่าวและให้ศาลพิพากษาเพื่อกำหนดมาตรการที่จำเป็นเพื่อให้สิทธิที่ถูกละเมิดได้รับการเยียวยา จากวิธีพิจารณาหาดังกล่าวทำให้การฟ้องคดีที่มีอำนาจเต็มนี้เปิดโอกาสให้เฉพาะผู้ถูกละเมิดสิทธิ (titulaire du droit voté) เท่านั้นเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดี ซึ่งแตกต่างกับการฟ้องคดีเพื่อขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง เพราะผู้ที่มีส่วนได้เสียในคดี (intéressé à agir) ก็มีสิทธิฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองได้

มีข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับการฟ้องคดีที่มีอำนาจเต็มของสมาคมที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม ในแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง สมาคมสิ่งแวดล้อมสามารถเป็นผู้มีส่วนได้เสียในคดีรูปแบบนี้น้อยมาก อย่างไรก็ตาม ในมาตรา 5 ของกฎหมายว่าด้วยสิ่งแวดล้อม (Loi du 2 février 1995 relative à renforcement de la protection de l'environnement) ได้เปิดโอกาสให้สมาคมที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมเข้ามาเป็นผู้เสียหายในคดีรูปแบบดังกล่าวได้ คือ ในกรณีที่บุคคลธรรมดาหลายคนได้รับความเสียหายจากการกระทำของฝ่ายปกครองที่เกิดจากบุคคลเดียวกันและมีเหตุผลอย่างเดียวกัน สมาคมสิ่งแวดล้อมที่ได้รับการมอบอำนาจจากผู้เสียหายอย่างน้อยสองคนขึ้นไปสามารถดำเนินคดีเป็นผู้ฟ้องได้

- คดีปกครองที่เกี่ยวกับโรงงานอุตสาหกรรมหรือเกษตรกรรม⁽⁶⁾
(Contentieux des installations classées)

ในคดีปกครองประเภทดังกล่าวมิใช่เป็นคดีที่มีขึ้นเพื่อให้ชดเชยค่าเสียหายแต่มีขึ้นเพื่อโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง (ซึ่งเหมือนกับการฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองเพราะเหตุกระทำเกินอำนาจ (Recours pour excès de pouvoir)) ในคดีปกครองที่เกี่ยวกับโรงงานอุตสาหกรรมนี้ ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาดัดสินที่กว้างกว่าคดีฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองทั่วไป โดยศาลปกครองมีอำนาจที่จะแก้ไขเปลี่ยนแปลงยกเลิกทั้งหมดหรือบางส่วนของคำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวกับเขตโรงงานอุตสาหกรรมขนาดใหญ่ได้ (เช่น ขอให้มีการยกเลิกหรือแก้ไขคำสั่งทางปกครองที่อนุญาตให้สร้างเขตอุตสาหกรรมในเมือง เป็นต้น)

6. Installation classée หมายถึง โรงงานอุตสาหกรรม หรือ เกษตรกรรมที่มีความเสี่ยงในการก่อให้เกิดมลพิษต่างๆหรือปลอดภัยต่อสุขภาพของประชาชนโดยในประเทศฝรั่งเศส มีการจัดแบ่งกลุ่มประเภทของโรงงานเหล่านี้ หากเป็นโรงงานที่ไม่มีหรือผลิตมลพิษน้อยก็เพียงแต่แจ้งให้ผู้ว่าราชการจังหวัดที่โรงงานนั้น ตั้งอยู่ทราบ หากเป็นโรงงานขนาดใหญ่ที่มีกฎหมายกำหนดระดับของการปล่อยมลพิษไว้จะเป็นต้องขออนุมัติจากผู้ว่าราชการจังหวัดก่อน

ผลที่ตามมาของอำนาจศาลปกครองของคดีประเภทดังกล่าว ทำให้ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิที่จะขอในท้ายคำฟ้องให้ยกเลิกหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งทางปกครองบางส่วนหรือทั้งหมดที่มีผลกระทบต่อตนได้ อย่างไรก็ตาม การฟ้องคดีปกครองดังกล่าวไม่ตัดสิทธิในการฟ้องคดีของผู้เสียหายในคดีประเภทการฟ้องที่ศาลมีอำนาจเต็มเพื่อขอให้ศาลมีคำวินิจฉัยชดเชยค่าเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งการฟ้องเรียกค่าเสียหายดังกล่าวนี้ผู้เสียหายแต่ละคนจำเป็นต้องยื่นคำฟ้องเฉพาะเป็นรายบุคคลไป ไม่สามารถร่วมกันฟ้องได้เหมือนการฟ้องเพื่อเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่สามารถร่วมกันฟ้องได้

ในประเทศฝรั่งเศสบทบาทของสมาคมด้านสิ่งแวดล้อมมีความสำคัญอย่างยิ่ง ไม่เพียงแต่ในฐานะที่เป็นผู้สนับสนุนให้ความรู้ความเข้าใจในเรื่องการอนุรักษ์ดูแลรักษาสรรพชาติและป้องกันมลพิษแล้ว ก็ยังมีบทบาทที่สำคัญในการเป็นผู้ฟ้องดำเนินคดีต่อศาลในคดีที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมด้วยดังจะเห็นได้จากหลาย จุดที่เกิดขึ้นเป็นคดีประเภทที่มีการขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ในกรณีที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองเป็นการขัดหรือก่อให้เกิดความเสียหายด้านสิ่งแวดล้อม สมาคมด้านสิ่งแวดล้อมในฐานะผู้มีส่วนได้เสียก็สามารถฟ้องขอให้ศาลยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ ในทางตรงกันข้ามการฟ้องคดีของสมาคมด้านสิ่งแวดล้อมเพื่อขอให้ศาลเยียวยาชดเชยค่าเสียหายนั้นเป็นไปได้ยากกว่า ทั้งนี้เพราะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงความเป็นผู้เสียหายที่สามารถได้รับการเยียวยาหรือมีขึ้นเฉพาะตามที่กฎหมายกำหนด ในกรณีการฟ้องเพื่อเรียกค่าเสียหายนี้ ศาลปกครองฝรั่งเศสให้คำจำกัดความในเรื่องผู้มีส่วนได้เสียแคบกว่าในคดีฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง นอกจากกรณีที่สมาคมด้านสิ่งแวดล้อมจะเป็นผู้ฟ้องคดีได้เองแล้ว สมาคมด้านสิ่งแวดล้อมอาจเข้ามาในกระบวนการพิจารณาคดีของศาลปกครองได้ โดยการเข้ามาเป็นผู้ร้องสอดในคดี (Requête en intervention) หากเห็นว่าผลหรือประเด็นแห่งคดีสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งสมาคมของตน ดังนั้นการเข้ามาเป็นผู้ร้องในคดีนั้นจึงเป็นไปได้ในทุก

ขั้นตอนของกระบวนการพิจารณาคดีซึ่งการเข้ามาเป็นผู้ร้องขอคดีของสมาคมด้านสิ่งแวดล้อมนี้ส่วนใหญ่ก่อให้เกิดข้อโต้แย้งในการโต้แย้งการออกคำสั่งทางปกครองที่ดีกว่าผู้ฟ้องทั่วไป

4. วิธีพิจารณาคดีสิ่งแวดล้อมของศาลปกครอง

โดยทั่วไปแล้ววิธีพิจารณาคดีสิ่งแวดล้อมของศาลปกครองก็ดำเนินเช่นเดียวกับวิธีพิจารณาทั่วไปของคดีปกครอง คือ เป็นวิธีการพิจารณาคดีที่มีลักษณะโต้แย้งและรับฟังคู่ความทั้งสองฝ่าย (Contradictoire) เป็นหลักการที่เปิดโอกาสให้คู่ความทั้งสองฝ่ายมาให้การในการใช้สิทธิคู่ความฝ่ายตรงข้ามยื่นคัดค้านเสมอ นอกจากนี้วิธีพิจารณาคดีของศาลปกครองเป็นวิธีพิจารณาแบบไต่สวน (Inquisitoire) ซึ่งผู้พิพากษามีหน้าที่ในการดำเนินกระบวนการต่างๆ เพื่อให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริง วิธีพิจารณาคดีของศาลปกครองเป็นวิธีพิจารณาที่มีลักษณะเป็นลายลักษณ์อักษร เป็นการแลกเปลี่ยนบันทึกคำให้การของคู่ความทั้งสองฝ่าย (แต่ไม่ดัดสิทธิในการให้คู่ความแถลงด้วยวาจา) และแถลงถึงข้อสรุปและข้อเรียกร้องของทั้งสองฝ่ายและเหตุผลบันทึกไว้เป็นลายลักษณ์อักษรหลังจากนั้นจึงมีการจัดทำรายงานฉบับบันทึกของตุลาการผู้แถลงคดีอย่างเป็นลายลักษณ์อักษร

ในเรื่องการไต่สวนมูลฟ้องนั้นโดยทั่วไปเป็นไปตามกระบวนการวิธีพิจารณาคดีปกครอง อย่างไรก็ตามในคดีที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมศาลปกครองมีอำนาจในการไต่สวนมูลฟ้องในกรณีพิเศษ เช่น ศาลมีอำนาจในการนำสืบพยานโดยไปตรวจดูสถานที่ (ตามมาตรา R.662 -1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง) หรือมีอำนาจในการใช้วิธีพิจารณาไต่สวนและรับฟังพยาน (ตามมาตรา R.623 -1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง) ซึ่งมีการใช้บ่อยครั้งในกรณีคดีที่เกี่ยวกับการกำหนดเขตอุตสาหกรรมที่มีผลต่อความสมดุลของพื้นที่ตามธรรมชาติ (คดีศาลปกครองแห่งเมือง Nantes ลงวันที่ 5 ธันวาคม ค.ศ. 1979) สำหรับเรื่องการสืบ

พยานโดยผู้เชี่ยวชาญ (Expertise) ในคดีปกครองที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมที่ใช้กันมากโดยศาลสามารถเรียกผู้เชี่ยวชาญมาให้ความเห็นในทุกๆ ขั้นตอนของการพิจารณาคดีรวมถึงการพิจารณาคดีในกรณีฉุกเฉินด้วย (ตามมาตรา R. 621 — 1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความคดีปกครอง)

สำหรับกรณีการฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองหรือฟ้องขอให้ศาลออกคำสั่งในการเยียวยาแก้ไขความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นจะต้องเป็นกรณีที่คำสั่งทางปกครองก่อนเสมอ ดังนั้นการกระทำที่เป็นการเตรียมในการออกคำสั่งหรือขั้นตอนในการดำเนินการเพื่อออกคำสั่งนั้น ไม่สามารถนำมาฟ้องศาลปกครองได้ ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่กฎหมายเปิดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนในการอนุมัติหรืออนุญาตโครงการขนาดใหญ่ของรัฐที่มีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม กระบวนการรับฟังความคิดเห็นที่มีชอบด้วยกฎหมายอาจเป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองที่ออกตามมาถูกยกเลิกเพิกถอนได้ จึงเป็นกรณีที่มิฟ้องการออกคำสั่งทางปกครองที่มีชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุมีกระบวนการในการออกคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ในกระบวนการตรวจสอบความชอบของนิติกรรมทางปกครองที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมโดยศาลปกครองนั้น ศาลปกครองจะใช้ขั้นตอนในการตรวจสอบเหมือนกรณีนิติกรรมทั่วไปคือ

- การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการหรือขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครอง (Légalité externe)

ในกรณีคดีสิ่งแวดล้อม เช่นเดียวกับคดีปกครองทั่วไป ที่ศาลปกครองมีหน้าที่ที่ต้องเข้าไปตรวจสอบในเรื่องกระบวนการ หรือขั้นตอนในการออกคำสั่งทางปกครอง เช่น ในเรื่องการแจ้งข้อมูลข่าวสาร (Information du public) ซึ่งถือว่าเป็นขั้นตอนที่สำคัญในการออกคำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม เพราะการให้ข้อมูลข่าวสารแก่ประชาชนเป็นหลักการพื้นฐานในกฎหมายสิ่งแวดล้อมของประเทศฝรั่งเศส ที่มีกฎหมายรับรองในระดับรัฐบาลบัญญัติ และในระดับกฎบัตรที่มีสถานะเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ (Charte de

l'environnement) นอกจากนี้ยังรวมถึงขั้นตอนการออกคำสั่งทางปกครองตามที่กฎหมายกำหนด เช่น การศึกษาผลกระทบ (Etude d'impact) และการทำประชาพิจารณ์ (Enquête publique) ซึ่งถือว่าเป็นขั้นตอนที่สำคัญสำหรับฝ่ายปกครองในการรวบรวมความเห็นของผู้มีส่วนได้เสีย ข้อมูลต่างๆ และผลกระทบที่จะมีต่อสภาพแวดล้อมเพื่อนำมาพิจารณาในการออกคำสั่งทางปกครอง

- การตรวจสอบในเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง (Légalité interne)

เป็นกรณีที่ศาลเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในเนื้อหาของคำสั่งทางปกครอง คือ ตรวจสอบในเรื่องการใช้อำนาจละเมิดต่อกฎหมาย (violation de la loi) และ การบิดเบือนการใช้อำนาจ (dé tournement de pouvoir)

การใช้อำนาจละเมิดต่อกฎหมาย เป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้ศาลปกครองสามารถตัดสินยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้ โดยตรวจสอบการใช้อำนาจละเมิดต่อกฎหมายนี้เป็นการตรวจสอบที่สำคัญเพื่อพิจารณาถึงสาระสำคัญของคำสั่งทางปกครองที่มีผลบังคับ รวมถึงเหตุผลทั้งทางด้านข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่ฝ่ายปกครองกล่าวอ้าง ซึ่งเป็นการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองได้เต็มรูปแบบ โดยการใช้อำนาจละเมิดต่อกฎหมายนี้ อาจเป็นกรณีของการละเมิดกฎหมายโดยตรงหรือเป็นกรณีการฝ่าฝืนกฎหมายโดยตีความผิด หรือขาดฐานกฎหมายที่กล่าวอ้างเป็นต้น

สำหรับการตรวจสอบเหตุแห่งการยกเลิกเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยเหตุการณ์บิดเบือนการใช้อำนาจนี้ เป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองกระทำการโดยผิดวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดไว้ เช่น การออกใบอนุญาตก่อสร้างให้เป็นพิเศษแก่ญาติของตน เป็นต้น การตรวจสอบในเรื่องความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาในคดีปกครองที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม ก็เป็นไปเฉพาะเรื่องตามที่

กฎหมายเฉพาะนั้น ๆ ได้กำหนดเอาไว้ เช่น ในกรณีการวางผังเมือง เป็นกรณีที่เกิดขึ้นบ่อยครั้งซึ่งศาลปกครองมีหน้าที่เข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการออกคำสั่งอนุมัติหรืออนุญาตในการดำเนินการก่อสร้างหรือการเวนคืนที่ดินของฝ่ายปกครองว่าถูกต้องตามที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือไม่ และมีการใช้อำนาจโดยมิชอบหรือบิดเบือนหรือไม่

- การทุเลาบังคับตามคำสั่งทางปกครอง การพิจารณาคดีของศาลปกครองโดยทั่วไปแล้วอาจก่อให้เกิดความล่าช้าและอาจไม่ทันกับความเสียหายที่เกิดขึ้น โดยเฉพาะความเสียหายด้านมลพิษและสิ่งแวดล้อม ดังนั้นจึงมีการฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลออกมาตรการก่อนการพิพาทและมาตรการฉุกเฉินต่าง ๆ เพราะโดยหลักแล้วการฟ้องคดีปกครองไม่เป็นเหตุให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่ออกไปแล้ว ฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการตามคำสั่งทางปกครองได้อยู่ ซึ่งถือว่าเป็นลักษณะพิเศษของในการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครอง แต่อย่างไรก็ดีบางกรณีการดำเนินการตามคำสั่งต่อไปของฝ่ายปกครองอาจก่อให้เกิดผลเสียหายได้ เช่นกรณีของสิ่งแวดล้อมกฎหมายจึงกำหนดให้มีมาตรการก่อนพิพาทและมาตรการฉุกเฉินต่าง ๆ เพื่อขอทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองขึ้น การร้องขอให้ศาลมีคำสั่งทุเลานี้มีขึ้นเพื่อให้ศาลออกคำสั่งไปยังฝ่ายปกครองให้ระงับการปฏิบัติงานไว้ก่อนจนกว่าศาลจะพิจารณาในเนื้อหาของคดี แม้จะมีกฎหมายให้อำนาจในการทุเลาบังคับตามคำสั่งทางปกครองก็ตาม ศาลปกครองเองก็ใช้อำนาจนี้อย่างเข้มงวดและจำกัด กล่าวคือ ศาลจะออกคำสั่งทุเลาบังคับตามคำสั่งทางปกครองได้ก็ต่อเมื่อเห็นว่าการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครองอาจก่อให้เกิดความเสียหายที่ยากต่อการแก้ไขเยียวยา และการฟ้องคดีก็มีมูลเหตุเพียงพอที่แสดงให้ศาลเห็นว่าผู้ฟ้องมีโอกาสจะชนะคดี สำหรับในกรณีคดีสิ่งแวดล้อมพบว่ามีหลาย ๆ กรณีที่กฎหมายบัญญัติเป็นพิเศษให้สามารถร้องขอต่อศาลเพื่อขอทุเลาบังคับตามคำสั่งทางปกครองได้ เช่น ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับการวางผังเมือง โดยกฎหมายกำหนดให้เป็นหน้าที่ของประธานศาลปกครองแต่ผู้เดียวในการพิจารณาออกคำสั่งมาตรการดังกล่าวเพื่อป้องกันความเสียหายที่จะเกิด

ขึ้นอย่างทันที (มาตรา L.600.5 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยการผังเมือง) นอกจากนี้มาตรการดังกล่าวยังใช้ในกรณีที่มีการร้องขอให้ศาลออกคำสั่งในกรณีของการขาด “การศึกษาผลกระทบ” ซึ่งมาตรา 2 ของรัฐบัญญัติว่าด้วยเรื่องการรักษาธรรมชาติได้กำหนดให้ในกรณีที่มีการขาดการศึกษาผลกระทบตามที่กฎหมายกำหนดให้มีการจัดทำไว้ ศาลปกครองสามารถออกมาตรการทุเลาบังคับตามคำสั่งทางปกครองได้ทันทีโดยไม่ต้องพิจารณาถึงความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้นตามคำสั่งทางปกครองหรือไม่

ในปี ค.ศ. 2000 ประเทศฝรั่งเศสได้ออกรัฐบัญญัติที่สำคัญเพื่อแก้ไขปรับปรุงวิธีพิจารณาคดีปกครองในส่วนที่เกี่ยวกับมาตรการก่อนการออกคำพิพากษาที่เรียกว่า “เรเฟเร่” (Référé) เป็นมาตรการที่ให้อำนาจศาลปกครองในการออกมาตรการก่อนมีคำพิพากษาดำเนินการที่มีผู้ร้องขอเพื่อให้ศาลสั่งให้มีการระงับหรือห้ามมาตรการต่างๆ เพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้น สำหรับในส่วนที่เกี่ยวกับคดีสิ่งแวดล้อม มาตรการที่เรียกว่า Référé นั้นสามารถแบ่งเป็นสองส่วนใหญ่ด้วยกัน คือ ส่วนแรกในกรณีฉุกเฉิน (Référé d'urgence) และในกรณีปกติ (Référé ordinaires)

ในกรณีฉุกเฉิน (Référé d'urgence) เราสามารถแยกเป็น 3 มาตรการด้วยกัน คือ

- การทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองหรือกฎไว้ชั่วคราว (Référé - suspension) ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา L.521 - 1 แห่งประมวลกฎหมายปกครองได้วางเงื่อนไขในการออกมาตรการทุเลาบังคับตามคำสั่งทางปกครองหรือกฎไว้ชั่วคราวไว้ 2 ประการ คือ หนึ่ง ต้องเป็นเรื่องฉุกเฉิน (l'urgence) และ สอง ต้องมีข้อสงสัยที่หนักแน่นเพียงพอถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่ขอให้เพิกถอน (le doute sérieux quant à la légalité de la décision attaquée) อย่างไรก็ตามแม้เงื่อนไขทั้งสองประการจะมีครบแต่ผู้พิพากษายังสามารถใช้ดุลยพินิจพิจารณาในการออกมาตรการทุเลาบังคับตามคำสั่งทางปกครองหรือกฎไว้ชั่วคราวหรือไม่

ก็ได้ สำหรับคดีสิ่งแวดล้อมมาตรการดังกล่าวถือเป็นมาตรการที่เกี่ยวกับกระบวนการป้องกันล่วงหน้า (procedure préventive) ในกฎหมายสิ่งแวดล้อมเพราะสามารถทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งแวดล้อมได้ ตัวอย่างเช่น ในกรณีคดีเกี่ยวกับผังเมืองในเรื่องการอนุมัติและอนุญาตให้มีการก่อสร้างไม่ว่าจะเป็นสิ่งก่อสร้างทางราชการ โรงงานอุตสาหกรรม เป็นต้น นอกจากนี้มาตรการดังกล่าวยังใช้กับคดีที่เกี่ยวกับเหมืองแร่หิน หรือ การอนุมัติสร้างโรงงานกำจัดขยะ รวมไปถึงการอนุมัติให้มีการจัดตั้งเขตอุตสาหกรรม

- มาตรการชั่วคราวเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (Référé - liberté)

ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา L.521 — 2 แห่งประมวลกฎหมายปกครอง ซึ่งได้วางเงื่อนไขการออกมาตรการชั่วคราวไว้หลายเงื่อนไข คือ ต้องเป็นเรื่องฉุกเฉิน และเป็นการกระทำที่ร้ายแรงที่ก่อให้เกิดการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของผู้ฟ้องคดี หลังจากมีการบัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐานในเรื่องสิ่งแวดล้อมที่ดี (le droit à un environnement sain) ได้รับการละเมิด ในกรณีดังกล่าวถือเป็นการกระทำที่ร้ายแรงที่ก่อให้เกิดการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพด้วย

- มาตรการใดๆ เพื่อการฉุกเฉิน (Référé - conservation)

ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา L.521 — 3 แห่งประมวลกฎหมายปกครอง เป็นมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองอย่างใดๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาซึ่งในกรณีที่ศาลเห็นว่ามีเหตุฉุกเฉินและเป็นเรื่องประโยชน์ต่อคดีโดยไม่กระทบต่อการบังคับตามคำสั่งทางปกครองศาลก็สามารถออกมาตรการต่างๆ ที่จำเป็นและเป็นประโยชน์ได้ ยกตัวอย่างเช่น ในคดีที่เกี่ยวกับการใช้ประโยชน์ในแม่น้ำที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะ

ในกรณีปกติ (Référé ordinaires) สามารถแยกเป็นสามมาตรการด้วยกันคือ

- การแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญเพื่อค้นหาและพิสูจน์ข้อเท็จจริงรวมทั้งการสืบและเก็บรักษาพยานหลักฐานโดยเร่งด่วนก่อนเปิดกระบวนการแสวงหาข้อเท็จจริง (Référé — constat)

ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา R.531 — 1 แห่งประมวลกฎหมายปกครอง เป็นกรณีที่ผู้ร้องขอให้ศาลแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญในคดีเพื่อเป็นประโยชน์ต่อการพิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดี โดยผู้พิพากษาสามารถแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญมาให้ความเห็นได้ (ในเงื่อนไขที่จำกัด) เช่น ในคดีที่เกี่ยวกับมลพิษทางดินผู้เชี่ยวชาญสามารถนำเสนอผลการศึกษาวินิจฉัยหรือข้อมูลที่เป็นประโยชน์เกี่ยวกับมลพิษ หรือให้ความเห็นว่าการกระทำทางปกครองดังกล่าวเป็นต้นเหตุที่ก่อให้เกิดมลพิษหรือไม่ (คำวินิจฉัยของศาลปกครองแห่งเมือง Poitiers ลงวันที่ 20 เมษายน ค.ศ. 2001)

- มาตรการใดๆเพื่อการแสวงหาข้อเท็จจริงให้สมบูรณ์ (Référé - instruction)

ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา R.532 -1 วรรคแรกแห่งกฎหมายปกครอง ในกรณีที่ผู้พิพากษาเห็นว่าควรมีมาตรการใดๆเพื่อเป็นประโยชน์ (l'utilité) ให้ข้อเท็จจริงในคดีสมบูรณ์ยิ่งขึ้น ศาลมีอำนาจในการออกมาตรการดังกล่าว เช่น ในคดีสิ่งแวดล้อมมาตรการดังกล่าวศาลใช้ในทางปฏิบัติบ่อยครั้งเพื่อเรียกให้ผู้เชี่ยวชาญด้านสิ่งแวดล้อมเข้ามาให้ข้อมูลความเห็นแก่คดี โดยสามารถนำเสนอความเห็นต่างๆที่เป็นประโยชน์ต่อคดีไม่ว่าจะเป็นเหตุที่ทำให้เกิดความเสียหายด้านมลพิษ หรือนำเสนอหนทางเยียวยาแก้ไขความเสียหายที่เกิดขึ้นด้วย

- การวางเงินเพื่อประกันหนี้ก่อนมีคำพิพากษา (Référé - provision)

ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา R.541 — 1 แห่งประมวลกฎหมายปกครอง โดยมีเงื่อนไขว่าหนี้้นั้นต้องมีลักษณะไม่สามารถโต้แย้งได้ เช่นกรณีของความเสียหายที่เกิดจากการสร้างสะพานข้ามแยก (คำวินิจฉัยของศาลอุทธรณ์แห่ง Paris ลงวันที่ 14 ธันวาคม ค.ศ. 1993) เป็นต้น

5. การบังคับคดีและการเยียวยาความเสียหายของศาลปกครอง

คำพิพากษาของศาลปกครองก็เช่นเดียวกับคำพิพากษาของศาลทั่วไป คือมีอำนาจบังคับในฐานะที่เป็นคำพิพากษา ซึ่งโดยปกติคำพิพากษาของศาลมีผลผูกพันเฉพาะคู่ความในคดีเดียวกันหรือในคดีที่ฟ้องโดยอาศัยเหตุผลเดียวกัน แต่สำหรับคดีที่เกี่ยวกับการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองโดยมิชอบแล้ว สามารถใช้บังคับบุคคลทุกคนไม่เฉพาะแต่ผู้ร้องเท่านั้น โดยมีรัฐกุญฎีกาลงวันที่ 28 พฤษภาคม ค.ศ. 1983 ได้ยืนยันหลักการดังกล่าว โดยกำหนดว่า เมื่อมีคำสั่งที่มีผลเป็นการเฉพาะรายถูกศาลเพิกถอนเนื่องจากเหตุมิชอบด้วยกฎหมายของกฎที่คำสั่งนั้นใช้เป็นฐาน หากมีผู้มีส่วนเกี่ยวข้องร้องขอฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีผลเป็นการเฉพาะรายที่ออกโดยอาศัยเหตุเดียวกันทั้งหมด ดังนั้นฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำพิพากษาโดยเคร่งครัด ในกรณีที่มีการชดใช้ค่าเสียหายโดยการกำหนดจำนวนเงินเมื่อศาลพิพากษาให้ฝ่ายปกครองชดใช้ค่าเสียหายเป็นเงิน ฝ่ายปกครองต้องจ่ายภายใน 4 เดือน หากระยะเวลาดังกล่าวยังไม่มีการออกคำสั่งจ่ายเงิน สมุห์บัญชีของหน่วยงานที่เกี่ยวข้องจะต้องดำเนินการจ่ายเงินชดใช้โดยไม่ต้องมีคำสั่งแต่อาศัยเฉพาะการแสดงคำพิพากษาเท่านั้น



ความเป็นมาของการจัดตั้งผู้พิทักษ์สิทธิของ ประชาชนในประเทศฝรั่งเศส*

ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์**

เมื่อไม่กี่วันที่ผ่านมา เพื่อนนักวิชาการฝรั่งเศสได้ส่งเอกสารชุดหนึ่งของวุฒิสภาฝรั่งเศสมาให้อ่าน เอกสารดังกล่าวเป็นเอกสารประกอบการพิจารณา “ร่างรัฐธรรมนูญประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชน” ของวุฒิสภา เช่นเดียวกับประเทศต่างๆ ส่วนใหญ่ ในประเทศฝรั่งเศสนั้น การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของศาล ไม่ว่าจะเป็นศาลยุติธรรม ศาลปกครองหรือแม้แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญต่างก็มีอำนาจหน้าที่เฉพาะของตัวเองที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยมีฐานอำนาจดังกล่าวอยู่ในรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เกี่ยวข้องแต่อย่างไรก็ตาม ในบางครั้งกระบวนการทางศาลก็ไม่สามารถเข้าไปแก้ไข ปัญหาของประชาชนได้ “ทันท่วงที” เพราะกระบวนการทางศาลอาจใช้เวลานานมากกว่าคดีจะถึงที่สุดและแม้ผลออกมาจะทำให้ต้องเพิกถอนกฎหมายหรือคำสั่งที่เป็นปัญหาหรือให้ชดเชยค่าเสียหายให้กับประชาชน แต่ก็ไม่อาจทดแทน สิ่งที่เกิดขึ้นไปแล้วได้ และในบางกรณีกระบวนการทางศาลก็อาจจะแก้ปัญห ของประชาชน “ยังไม่ได้” เช่นการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครอง

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net วันที่ 14 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2553

** อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

ที่ไม่ผิดกฎหมายหรือถูกระเบียบใดๆทั้งสิ้น แต่กลับสร้างปัญหาบางประการให้กับประชาชนในการติดต่อประสานงานหรือเกิดความขัดข้องใจระหว่างประชาชนผู้ใช้บริการสาธารณะกับฝ่ายปกครองผู้จัดทำบริการสาธารณะ ด้วยเหตุดังกล่าวที่ในปี ค.ศ. 1973 รัฐสภาฝรั่งเศสได้ออกกฎหมายเลขที่ 73 — 6 ลงวันที่ 3 มกราคม ค.ศ. 1973 จัดตั้งผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐ (Le Médiateur de la République) ขึ้นมาโดย “ดูแบบ” จากผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา (Ombudsman) แห่งสวีเดนและจากประเทศอื่นๆ ดังจะได้กล่าวถึงต่อไป ผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐของฝรั่งเศสมีอำนาจหน้าที่อยู่ในมาตราแรกของกฎหมายดังกล่าวคือเป็นผู้พิจารณาเรื่องร้องเรียนที่เกิดจากการจัดทำบริการสาธารณะของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจและองค์กรอื่นทุกองค์กรที่จัดทำบริการสาธารณะ

จะว่าไปแล้ว ผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐได้รับ “ความนิยม” จากประชาชนอยู่มาก สังเกตได้จากจำนวนข้อร้องเรียนที่เข้าสู่การพิจารณาของผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐที่เพิ่มจำนวนขึ้นทุกปี กล่าวคือในปี ค.ศ. 1991 มี 30,000 ข้อร้องเรียน แต่พอปี ค.ศ. 1999 ก็เพิ่มขึ้นเป็น 51,200 ข้อร้องเรียน และในปี ค.ศ. 2008 ก็ได้เพิ่มขึ้นเป็น 65,530 ข้อร้องเรียน เหตุที่มีข้อร้องเรียนเข้าสู่การพิจารณาของผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐเพิ่มขึ้นก็เพราะในช่วงเวลาดังกล่าวเกิดการปรับปรุงวิธีการทำงานของผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐใหม่โดยผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐซึ่งมีคนเดียวได้แต่งตั้ง “ตัวแทน” ของคนไปประจำยังจังหวัดต่างๆ เพื่อให้สามารถตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนได้อย่างเต็มที่ ตัวแทนเหล่านี้มีหน้าที่ในการให้ความช่วยเหลือประชาชนด้วยการช่วยเสนอคำร้องหรือหาทางออกในข้อขัดข้องหรือข้อร้องเรียนที่เกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยในปี ค.ศ. 2008 มีตัวแทนที่ผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐได้แต่งตั้งรวมทั้งสิ้น 275 คน ถูกส่งไป

ประจำจังหวัดต่างๆ ทั่วประเทศกระจายไปตามจังหวัด (département) ที่ประชาชนสามารถเข้าถึงได้โดยง่าย ไม่ว่าจะเป็นสถานที่ทำงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น สถานที่ราชการ และแม้กระทั่งในเรือนจำก็มีการส่งตัวแทนเข้าไปด้วย จากข้อมูลเมื่อวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 2008 มีเรือนจำ 45 แห่งทั่วประเทศมีตัวแทนของผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐเข้าไปทำหน้าที่รับข้อร้องเรียนเป็นประจำทุกสัปดาห์ โดยมีตัวเลขคำร้องเรียนอยู่ที่ 44,000 คำร้องเรียน การตั้งตัวแทนจำนวนมากเข้าไปช่วยทำงานและการกำหนดวิธีการทำงานใหม่ของผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐทำให้เรื่องร้องเรียนที่มายังตัวผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งรัฐสภาที่อยู่ใน “ส่วนกลาง” ลดลงอย่างมาก อันสะท้อนให้เห็นถึงการทำงานอย่างมีประสิทธิภาพของผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐเองและผู้ร่วมงานที่สามารถเจรจาแก้ไขปัญหาให้กับประชาชนได้

เรื่องร้องเรียนที่มาถึงมือของผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐหรือตัวแทนนั้นไม่ได้เป็นเรื่องที่เกิดขึ้นจากการกระทำผิดกฎหมายของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐแต่เพียงอย่างเดียว แต่ในบางครั้งก็พบเรื่องที่เจ้าหน้าที่ของรัฐสร้างความยุ่งยากหรือสร้างขั้นตอนต่างๆ ทำให้ประชาชนต้องเสียเวลา นอกจากนี้ เรื่องที่พบบ่อยมากอีกเรื่องหนึ่งก็คือการส่งเรื่องไปมาระหว่างหน่วยงานที่ทำให้ประชาชนไม่ได้รับคำตอบว่า ในที่สุดแล้ว เรื่องของคนอยู่ในอำนาจหน้าที่รับผิดชอบของหน่วยงานใด

กฎหมาย ปี ค.ศ.1973 ได้บัญญัติไว้ว่าเรื่องที่จะขอให้ผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐพิจารณาได้จะต้องส่งผ่านสมาชิกรัฐสภา สมาชิกรัฐสภาจะต้องทำการ “กรอง” เรื่องมาขั้นหนึ่งก่อน หากสมาชิกรัฐสภาเห็นว่าข้อร้องเรียนมีมูลและอยู่ในอำนาจหน้าที่ของผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐก็จะดำเนินการส่งต่อไปให้ผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐพิจารณา ในปี ค.ศ. 2008 มีข้อร้องเรียนที่ถูกส่งมายังผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งรัฐสภา 4,725 เรื่อง แต่ผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐรับไว้พิจารณาเพียง

2.330 เรื่อง คิดเป็นร้อยละ 49.31 ส่วนเรื่องร้องเรียนที่ไม่รับไว้พิจารณา ส่วนใหญ่ก็จะเป็นเรื่องที่ไม่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของผู้ตรวจการแผ่นดิน แห่งสาธารณรัฐ เช่น คดีพิพาทระหว่างเอกชนด้วยกัน ปัญหาภายในครอบครัว ความสัมพันธ์ระหว่างผู้เช่ากับผู้ให้เช่า การคุ้มครองผู้บริโภค รวมไปถึงปัญหา ของกระบวนการยุติธรรมที่ยังอยู่ในระหว่างการดำเนินการ เรื่องร้องเรียนที่ไม่รับไว้พิจารณานั้น ผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐจะมีหนังสือตอบ ไม่รับเรื่องดังกล่าวไว้พิจารณาพร้อมอธิบายเหตุผลที่ไม่รับและมีข้อเสนอแนะ เบื้องต้น ว่าผู้ร้องเรียนควรจะไปดำเนินการอย่างไรหรือไปร้องเรียนที่ใดต่อไป

ผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐตามกฎหมายปี ค.ศ.1973 นั้น ไม่มี อำนาจในตัวของตัวเองที่จะไปลงโทษเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐได้ เมื่อผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐได้รับคำร้องเรียนก็ต้องสอบสวน ข้อเท็จจริงและหาทางเจรจากับฝ่ายปกครองที่เป็นต้นเหตุของข้อร้องเรียน เพื่อให้เรื่องยุติลงโดยเร็ว โดยผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐอาจจัดทำ “คำแนะนำ” ในการแก้ไขปัญหาดำเนินการตามข้อร้องเรียนและเสนอไปยังรัฐมนตรี ผู้รับผิดชอบเพื่อดำเนินการต่อไป หากรัฐมนตรีไม่ยอมดำเนินการ ผู้ตรวจการ แผ่นดินแห่งสาธารณรัฐก็ต้องเผยแพร่เรื่องดังกล่าวต่อสาธารณชนต่อไป นอกจากนี้แล้วกฎหมายปี ค.ศ.1973 ยังได้กำหนดวิธีการทำงานร่วมกัน ระหว่างผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐกับเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงาน ของรัฐไว้ว่า เจ้าหน้าที่ของรัฐและหน่วยงานของรัฐจะต้องให้ความร่วมมือกับ ผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐ ต้องตอบคำถาม ต้องมาพบถ้าได้รับคำเชิญ ต้องส่งเอกสารต่าง ๆ ตามที่ผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐร้องขอ เว้น แต่เป็นเอกสารเกี่ยวกับความมั่นคงแห่งรัฐ การป้องกันประเทศหรือ นโยบายการเมืองระหว่างประเทศ

ในทางวิชาการนั้น สถาบันผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐมี “ข้อ บกพร่อง” ในการทำงานอยู่ 3 ประการด้วยกัน ประการแรกได้แก่การ ออกไปตรวจสอบสถานที่ที่เป็นเหตุให้เกิดการร้องเรียนที่ไม่อยู่ในอำนาจของ

ผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐ จึงทำให้ผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐไม่สามารถเข้าไปตรวจสอบได้ว่าการจัดทำบริการสาธารณะของฝ่ายปกครองที่ว่าไม่ดีขึ้น ไม่ดีอย่างไร ข้อบกพร่องประการต่อมาของผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐก็คือ กฎหมายไม่ได้ให้อำนาจผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐที่จะเป็นโจทก์ฟ้องศาลแทนประชาชนผู้ร้องเรียนได้ ส่วนข้อบกพร่องประการสุดท้ายซึ่งเป็นปัญหาที่ใหญ่มากก็คือในระยะเวลา 10 ปีที่ผ่านมา ประเทศฝรั่งเศสได้มีการจัดตั้งองค์การมหาชนอิสระ (autorité administrative indépendante) ขึ้นมาจำนวนหนึ่งซึ่งองค์กรเหล่านี้นับว่าองค์กรก็มีอำนาจ “ทับซ้อน” กับผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐ

องค์การมหาชนอิสระที่ถูกตั้งขึ้นมาและมีอำนาจทับซ้อนกับผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐมีอยู่ 6 องค์กรด้วยกันคือ

- คณะกรรมการว่าด้วยข้อมูลข่าวสารและเสรีภาพแห่งชาติ (La commission nationale de l'informatique et des libertés หรือ CNIL) เป็นคณะกรรมการที่ดั่งขึ้นมาเพื่อดูแลคุ้มครองข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลให้สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับข้อมูลข่าวสาร เอกสารและเสรีภาพ ค.ศ. 1978 โดยประชาชนสามารถร้องเรียนต่อคณะกรรมการได้ในกรณีที่ไม่ได้รับความสะดวกในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคล เช่น ข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลที่อยู่ในความครอบครองของตำรวจ เป็นต้น โดยในปี ค.ศ. 2008 มีผู้ร้องเรียนต่อคณะกรรมการ 7,056 เรื่อง คณะกรรมการชุดนี้มีอำนาจคล้ายกับผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐ คือ เจาะจากความร่วมมือจากองค์กรที่มีข้อมูลข่าวสารของผู้ร้องเรียน และมีอำนาจฟ้องต่อศาลหากผู้ครอบครองข้อมูลข่าวสารนั้นใช้ข้อมูลข่าวสารของบุคคลอื่นเพื่อประโยชน์ตัวเองอันเป็นการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของเจ้าของข้อมูลข่าวสาร

- คณะกรรมการว่าด้วยการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร (la commission d'accès aux documents administratifs หรือ CADA) เป็นคณะกรรมการที่ดั่งขึ้นมาจากกฎหมายปี ค.ศ.1978 เพื่อเป็นหลักประกันสิทธิและ

เสรีภาพของประชาชนในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของฝ่ายปกครอง อันเป็นหัวใจสำคัญของหลักธรรมาภิบาลในการบริหารงานภาครัฐ โดยหากเอกชนผู้ใดประสงค์จะเข้าถึงข้อมูลข่าวสารที่อยู่ในความครอบครองของฝ่ายปกครองและได้รับการปฏิเสธ ก็สามารถยื่นคำร้องต่อคณะกรรมการได้ ในปี ค.ศ. 2008 มีผู้ร้องเรียนต่อคณะกรรมการจำนวน 4,548 เรื่อง คณะกรรมการมีอำนาจให้ฝ่ายปกครองเปิดเผยข้อมูลข่าวสารของรัฐได้ซึ่งในทางปฏิบัติในปี ค.ศ. 2008 ฝ่ายปกครองร้อยละ 65.5 ก็ได้ปฏิบัติตามความเห็นของคณะกรรมการ

- ผู้พิทักษ์เด็ก (Le Défenseur des enfants) ตั้งขึ้นตามกฎหมายฉบับลงวันที่ 6 มีนาคม ค.ศ. 2000 เพื่อปกป้องคุ้มครองดูแลสิทธิเด็กตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายและข้อตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิเด็กที่ประเทศฝรั่งเศสเข้าร่วมเป็นภาคีด้วยตั้งแต่ปี ค.ศ.1990 ผู้พิทักษ์เด็กมีอำนาจในการรับคำร้องเรียนจากเด็กหรือจากผู้แทนตามกฎหมายเกี่ยวกับการที่ฝ่ายปกครองหรือเอกชนกระทำการที่ไม่เคารพต่อสิทธิเด็ก เมื่อผู้พิทักษ์เด็กตรวจสอบพบที่มีการละเมิดสิทธิเด็กอย่างร้ายแรงโดยฝ่ายปกครอง องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์กรอื่นที่จัดทำบริการสาธารณะ ผู้พิทักษ์เด็กจะส่งเรื่องดังกล่าวต่อไปยังผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐ ส่วนในกรณีธรรมดาทั่วไปที่ไม่ร้ายแรง ผู้พิทักษ์เด็กก็จะมีข้อเสนอแนะไปยังผู้ที่ละเมิดสิทธิเด็กเพื่อดำเนินการแก้ไขต่อไป

- คณะกรรมการว่าด้วยจรรยาบรรณของผู้ประกอบอาชีพด้านการรักษาความสงบเรียบร้อย (la Commission nationale de déontologie de la sécurité หรือ CNDS) เป็นองค์การมหาชนอิสระที่ตั้งขึ้นโดยกฎหมายฉบับลงวันที่ 6 มิถุนายน ค.ศ. 2000 เพื่อดูแลคุ้มครองจรรยาบรรณของผู้ทำหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยทั้งภาครัฐและภาคเอกชน (เช่นยาม) ในปี ค.ศ. 2008 คณะกรรมการรับเรื่องร้องเรียน 147 เรื่อง ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับตำรวจเสีย 106 เรื่อง เรื่องร้องเรียนฝ่ายปกครองประจำเรือนจำ 18 เรื่อง โดยผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการดำเนินการของผู้มีหน้าที่รักษาความ

สงบเรียบร้อยที่ได้ใช้อำนาจของตนอย่างไม่คำนึงถึงกฎหมาย กฎ ระเบียบต่าง ๆ สามารถร้องเรียนต่อคณะกรรมการได้ แต่ต้องร้องเรียนผ่านสมาชิกรัฐสภาเพื่อให้อยู่ช่วย “กรองเรื่อง” ชั้นหนึ่งก่อน เมื่อคณะกรรมการรับเรื่องไว้พิจารณาก็จะทำการสอบสวน ให้ความเห็นหรือข้อเสนอแนะต่อรัฐมนตรีหรือต่อเจ้าของกิจการที่ทำหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยต่อไป โดยในปี ค.ศ. 2008 คณะกรรมการรับเรื่องไว้พิจารณา 62 เรื่อง และมี 25 เรื่องที่มีข้อเสนอแนะไปยังรัฐมนตรีผู้เกี่ยวข้องกับอีก 13 เรื่องที่ส่งให้อัยการดำเนินการฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลต่อไป

- ผู้ควบคุมสถานที่กักกัน (le Contrôleur général des lieux de privation de liberté หรือ CGLPL) จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายฉบับลงวันที่ 30 ตุลาคม ค.ศ. 2007 กฎหมายดังกล่าวมีที่มาจากสนธิสัญญาต่อต้านการทารุณและการลงโทษที่รุนแรง องค์กรนี้มีสถานะเป็นองค์การมหาชนอิสระ ทำหน้าที่ดูแลคนที่ถูกจองจำหรือกักขังตามกฎหมายได้ให้การปฏิบัติที่เคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และต่อสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานต่าง ๆ โดยผู้ควบคุมจะรับคำร้องเรียนจากบุคคลธรรมดา นิติบุคคล นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี สมาชิกรัฐสภา ผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐ ผู้พิทักษ์เด็ก ฯลฯ ที่พบเห็นสถานที่ที่น่าสงสัยว่าจะจองจำหรือกักขังผู้คนอย่างไม่เป็นธรรม ผู้ควบคุมมีอำนาจในการตรวจเยี่ยมสถานที่หรือบุคคลที่ได้รับการกระทำที่ทำให้สูญเสียเสรีภาพ จากนั้นก็จะทำความเห็นเสนอต่อรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องและให้ข้อมูลแก่สาธารณะในกรณีที่มีการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานจนทำให้เกิดการสูญเสียเสรีภาพ

- คณะกรรมการเพื่อการต่อต้านการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติและเพื่อความเสมอภาค (la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité หรือ HALDE) เป็นองค์การมหาชนอิสระ จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายฉบับลงวันที่ 30 ธันวาคม ค.ศ. 2004 เพื่อป้องกันการกระทำทั้งหลายที่เป็นการเลือกปฏิบัติอันขัดต่อกฎหมายหรือ

ข้อตกลงระหว่างประเทศที่สาธารณรัฐฝรั่งเศสเข้าร่วมเป็นภาคี โดยบุคคลที่ได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมสามารถร้องเรียนต่อคณะกรรมการได้โดยตรง หรือผ่านสมาชิกรัฐสภาหรือสมาคมที่เกี่ยวข้องก็ได้ คณะกรรมการจะให้ความช่วยเหลือในการดำเนินการทางศาลต่อผู้เสียหาย รวมทั้งมีอำนาจสอบสวนการกระทำต่าง ๆ ด้วย ในปี ค.ศ. 2008 ที่ผ่านมามีเรื่องร้องเรียนมายังคณะกรรมการเกือบ 400 เรื่อง

องค์กรมหาชนอิสระต่าง ๆ ทั้ง 6 แห่งข้างต้นถูกตั้งขึ้นมาเป็นพิเศษเพื่อทำหน้าที่ปกป้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน ซึ่งเมื่อพิจารณาจากอำนาจหน้าที่ขององค์กรทั้งหมดแล้วก็จะพบว่า มีบางส่วนที่ซ้ำซ้อนกับอำนาจหน้าที่ของผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐ

สำหรับองค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในประเทศอื่น ๆ นอกจากประเทศฝรั่งเศสนั้น การจัดตั้งองค์กรขึ้นมาก็เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน โดยกำหนดให้มีความเป็นอิสระจากฝ่ายการเมืองและฝ่ายปกครอง สามารถเข้าไปตรวจสอบความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองกับเอกชนเพื่อแก้ปัญหาที่เกิดจากการทำงานของฝ่ายปกครอง องค์กรเหล่านั้นจะไม่มีอำนาจในการบังคับหรือตัดสินอะไรทั้งนั้น ทำได้เพียงให้ข้อเสนอแนะต่อฝ่ายปกครองหรือขอความร่วมมือบางประเทศอาจให้องค์กรของตนมีอำนาจในการขอแก้ไขปรับปรุงกฎหมายได้ องค์กรเหล่านั้น ได้แก่

ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาแห่งสวีเดน (Ombudsman) ถือได้ว่าเป็น “ต้นแบบ” ให้กับประเทศต่าง ๆ จำนวนมาก รวมทั้งประเทศไทยด้วย โดยรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 ได้ให้อำนาจรัฐสภาในการตั้ง “องค์กรเสริม” ขึ้นมาเพื่อคุ้มครองดูแลสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาแห่งสวีเดนนั้นเกิดขึ้นมาครั้งแรกในปี ค.ศ. 1809 และดำรงอยู่มาจนถึงทุกวันนี้ โดยกฎหมายฉบับปี ค.ศ. 1986 บัญญัติให้รัฐสภาแต่งตั้งผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาจำนวน 4 คน มีวาระการดำรงตำแหน่ง 4 ปี

ทำหน้าที่ดูแลการบังคับใช้กฎหมายและกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารในการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองตามแนวทางที่รัฐสภากำหนด โดยมีคณะกรรมการของรัฐสภาคอยติดตามการทำงานของผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา เดิมนั้นผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภามีเพียง 1 คน แต่ต่อมาในปี ค.ศ. 1915 ก็มีการเพิ่มจำนวนเป็น 2 คนและกลายเป็น 3 คนในปี ค.ศ. 1967 ปัจจุบันมีจำนวน 4 คนตามกฎหมายฉบับปี ค.ศ. 1975 แต่ละคนมีอำนาจหน้าที่แยกกันอย่างชัดเจน คนแรกรับผิดชอบดูแลองค์กรของรัฐและให้คำแนะนำในการดำเนินกิจกรรม ดูแลปัญหาเรื่องภาษีอากร การเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของฝ่ายปกครองและการเลือกตั้งฝ่ายนิติบัญญัติ คนที่สองรับผิดชอบดูแลสถาบันยุติธรรม อัยการ ตำรวจและเรือนจำ คนที่สามรับผิดชอบดูแลกองทัพและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น คนที่สี่รับผิดชอบดูแลด้านสวัสดิการสังคมและการคุ้มครองสวัสดิภาพประชาชน นอกจากผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาที่สภาเป็นผู้แต่งตั้งแล้ว ในสวีเดนปรากฏว่ายังมีผู้ตรวจการแผ่นดินอีกจำนวนหนึ่งที่มาจากการแต่งตั้งของรัฐบาลเป็นผู้ตรวจการแผ่นดินที่มีหน้าที่เฉพาะด้าน เช่น ผู้ตรวจการแผ่นดินด้านคุ้มครองผู้บริโภค ผู้ตรวจการแผ่นดินด้านการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับเผ่าพันธุ์ ผู้ตรวจการแผ่นดินด้านคนพิการ และล่าสุดในปี ค.ศ. 1993 มีการตั้งผู้ตรวจการแผ่นดินด้านเด็กขึ้นมาเพื่อทำหน้าที่ดูแลสิทธิต่างๆ และผลประโยชน์ของเด็กและวัยรุ่นให้เป็นไปตามข้อตกลงสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิเด็ก

วัตถุประสงค์ของผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาแห่งสวีเดนอยู่ที่การตรวจสอบการจัดทำบริการสาธารณะทั้งระดับชาติและระดับท้องถิ่นโดยมีอำนาจในการตรวจสอบการกระทำของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองทุกประเภทรวมทั้งผู้เข้าร่วมงานกับฝ่ายปกครอง (เช่น ผู้รับสัมปทาน) ทุกประเภท แต่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาไม่มีอำนาจตรวจสอบการกระทำของรัฐมนตรี สมาชิกรัฐสภา สมาชิกสภาท้องถิ่น และผู้ว่าการธนาคารชาติได้ การเสนอเรื่องร้องเรียนให้ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาตรวจสอบต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษร ไม่มีค่าใช้จ่าย ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาจะไม่รับเรื่องร้องเรียนไว้พิจารณา

หากเรื่องดังกล่าวอยู่ในกระบวนการพิจารณาของศาล เว้นแต่เป็นกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับวิธีพิจารณาของศาลหรือคดีที่ศาลไม่ตัดสินภายในระยะเวลาอันควร นอกจากนั้นแล้ว ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภายังมีอำนาจที่จะเข้าไปตรวจสอบ การทำงานของฝ่ายปกครองได้ด้วยตนเองโดยไม่ต้องมีผู้ใดร้องเรียน รวมทั้งมีอำนาจในการฟ้องศาลได้ตามหลักเกณฑ์ที่รัฐสภากำหนด แต่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาไม่มีอำนาจในการยกเลิก เพิกถอนหรือแก้ไขคำสั่ง ไม่มีอำนาจสั่งการฝ่ายปกครอง ยกเว้นกรณีเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ทำผิดได้ยอมรับผิดและเสนอค่าทดแทนความเสียหายให้แก่เอกชน กรณีดังกล่าวผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาสามารถเข้าไปช่วยกำหนดค่าทดแทนความเสียหายพร้อมดอกเบี้ยได้โดยจะทำหน้าที่คล้ายศาล กล่าวโดยสรุป สำหรับอำนาจหน้าที่ของผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาแห่งสวีเดนก็คือตรวจสอบการใช้ อำนาจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองแล้วรายงานเอาไว้ใน “รายงานประจำปีของผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา” ถ้าเห็นความบกพร่องหรือการทำงานที่มีปัญหาที่สามารถเสนอขอให้มีการแก้ไขกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารที่มีปัญหาได้ รวมทั้งยังสามารถเสนอให้ฝ่ายปกครอง แก้ไขปรับปรุงวิธีการทำงานได้ด้วย

ผู้ปกป้องประชาชนของสเปน (Defensor del pueblo) นั้นตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1978 เพื่อให้ความคุ้มครองและเป็นหลักประกันด้านสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานให้กับประชาชน โดยมีกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1981 กำหนดวิธีการดำเนินงานของผู้ปกป้องประชาชนเอาไว้

ผู้ปกป้องประชาชนของสเปนมีจำนวน 1 คน มาจากการเลือกของรัฐสภาโดยต้องได้คะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 3 ใน 5 ของแต่ละสภา รัฐสภาสามารถถอดถอนผู้ปกป้องประชาชนได้ภายใต้เงื่อนไขเดียวกัน ผู้ปกป้องประชาชนมีวาระการดำรงตำแหน่ง 5 ปี และมีผู้ช่วย 2 คน ซึ่งรัฐสภาเป็นผู้เลือกเช่นกัน ผู้ปกป้องประชาชนมีหลักประกันในการทำงานที่ดี เพราะไม่

อาจถูกฟ้องร้องและตัดสินการกระทำในหน้าที่ของตนได้ เว้นแต่เป็นคดีอาญา ที่จะต้องให้ศาลฎีกาเป็นผู้พิจารณา รัฐสภาทำหน้าที่ในการควบคุมการทำงานของผู้ปกป้องประชาชนด้วยการที่แต่ละสภาจะตั้งคณะกรรมการขึ้นมาเพื่อตรวจสอบดูแลการทำงาน ในปี ค.ศ. 2008 ผู้ปกป้องประชาชนได้รับงบประมาณในการดำเนินงาน 15 ล้านยูโร (750 ล้านบาท) และมีเจ้าหน้าที่ในสำนักงาน 256 คน

ผู้ปกป้องประชาชนมีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบดูแลการทำงานของฝ่ายปกครองทั้งระดับชาติและระดับท้องถิ่นให้ปฏิบัติและเคารพต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยผู้ปกป้องประชาชนจะรับคำร้องเรียนจากประชาชนในกรณีที่ฝ่ายปกครองจัดทำบริการสาธารณะด้านกระบวนการยุติธรรมไม่ดี ซึ่งในกรณีดังกล่าวผู้ปกป้องประชาชนสามารถร้องขอต่ออัยการหรือคณะกรรมการตุลาการให้เข้ามาพิจารณาหาทางให้ความช่วยเหลือประชาชนได้ นอกจากนี้ ผู้ปกป้องประชาชนสามารถยื่นฟ้องศาลรัฐธรรมนูญหากพบว่ามีกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ สามารถเสนอขอให้มีการพิจารณาเรื่องที่ผู้หนึ่งผู้ใดถูกจองจำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายให้ได้รับการพิจารณาพิพากษาโดยเร็วจากศาล เป็นต้น

ประชาชนสามารถร้องเรียนต่อผู้ปกป้องประชาชนได้โดยตรงและไม่มีค่าใช้จ่าย ไม่ว่าผู้นั้นจะเป็นคนสเปนหรือเป็นผู้เข้ามาอยู่ในราชอาณาจักรเป็นการชั่วคราว นอกจากนี้แล้วสมาชิกรัฐสภาก็สามารถร้องเรียนต่อผู้ปกป้องประชาชนแทนประชาชนได้ด้วย มีข้อห้ามสำหรับการดำเนินงานของผู้ปกป้องประชาชนอยู่บ้างคือ ห้ามเข้าไปตรวจสอบเรื่องที่ยังไม่ได้มีการทบทวนภายในฝ่ายปกครอง ห้ามเข้าไปตรวจสอบข้อพิพาทระหว่างเอกชนต่อเอกชน และห้ามเข้าไปตรวจสอบเรื่องที่ผู้ร้องเรียนได้รับทราบเรื่องดังกล่าวมาแล้วเกินกว่า 1 ปี

การทำงานของผู้ปกป้องประชาชนของสเปนคล้ายกับผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาแห่งสวีเดนคือ สามารถมีข้อเสนอแนะไปยังฝ่ายปกครองให้แก้ไข

ปัญหาต่างๆ ได้ สามารถเสนอขอแก้ไขกฎหมายไปยังรัฐสภาได้ ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ให้ความร่วมมือในทุกๆ ด้านไม่ว่าจะเป็นการตรวจสอบสถานที่หรือเอกสารหลักฐานต่างๆ เว้นแต่เพียงมติดังกล่าวที่รัฐมนตรีนั่นที่ผู้ปกป้องประชาชนไม่สามารถบังคับให้ส่งให้ได้

นอกเหนือไปจากผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาแห่งสวีเดนและผู้ปกป้องประชาชนแห่งสเปนซึ่งถือว่าเป็น “สถาบันใหญ่” ที่ทำหน้าที่ในการปกป้องและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ดีแล้ว ยังมีประเทศอื่นๆ ในโลกอีกจำนวนหนึ่งซึ่งมีสถาบันหรือองค์กรที่ทำหน้าที่คล้ายคลึงกับองค์กรทั้งสอง คือ

ประเทศแคนาดา ในระดับประเทศไม่มีผู้ตรวจการแผ่นดินที่มีอำนาจในการระงับข้อพิพาทระหว่างรัฐบาลกลางกับประชาชน แต่มีผู้ตรวจการประจำกระทรวงซึ่งแต่งตั้งโดยรัฐมนตรีประจำกระทรวงและมีความเป็นอิสระทำหน้าที่ในการแก้ไขข้อพิพาทข้อพิพาทระหว่างฝ่ายปกครองกับประชาชน โดยรัฐมนตรีจะเป็นผู้ร้องขอให้ผู้ตรวจการประจำกระทรวงเป็นผู้ตรวจสอบ ส่วนในระดับท้องถิ่นก็มีผู้ตรวจการท้องถิ่นที่ได้รับการแต่งตั้งโดยผู้ว่าการจังหวัดจากคำแนะนำของสภาท้องถิ่น ผู้ตรวจการท้องถิ่นทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทที่เกิดจากการจัดทำบริการสาธารณะของท้องถิ่นกับประชาชนผู้ใช้บริการ

ประเทศเดนมาร์ก ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาตั้งขึ้นตามกฎหมายฉบับลงวันที่ 12 มิถุนายน ค.ศ. 1996 ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาได้รับการแต่งตั้งจากรัฐสภามีวาระการดำรงตำแหน่ง 4 ปี แม้จะได้รับการแต่งตั้งจากรัฐสภา แต่รัฐสภา也不能กำหนดแนวทางในการทำงานหรือเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการดำเนินการงานของผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาได้ แต่ในทางกลับกันรัฐสภาสามารถถอดถอนผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาออกจากตำแหน่งได้หากผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาทำให้รัฐสภาไม่ไว้วางใจ ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภามีหน้าที่ในการควบคุมฝ่ายปกครองให้เคารพ

ต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน รวมทั้งสามารถเข้าไปตรวจสอบสถานที่คุมขัง เรือนจำ พutsch กับนักโทษหรือผู้คุมได้ ฝ่ายปกครองต้องให้ความร่วมมือกับผู้ตรวจการแผ่นดินในการให้ข้อมูลและเอกสารต่าง ๆ ผู้ตรวจการแผ่นดินสามารถเสนอขอแก้ไขกฎหมายได้โดยเสนอแนะรัฐสภาหรือเสนอฝ่ายปกครองเพื่อขอให้แก้ไขกฎเกณฑ์ของฝ่ายปกครองได้เช่นกัน ประชาชนสามารถร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินได้โดยตรง ส่วนผู้ตรวจการแผ่นดินเองก็สามารถหยิบยกเรื่องขึ้นมาพิจารณาโดยไม่จำเป็นต้องมีผู้ร้องเรียนได้

ประเทศเนเธอร์แลนด์ มีผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา (Ombudsman) ที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายลงวันที่ 4 กุมภาพันธ์ 1981 ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาแต่งตั้งโดยรัฐสภาจากการเสนอชื่อของคณะกรรมการพิเศษซึ่งประกอบด้วยผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงของประเทศ เช่น รองประธานสภาแห่งรัฐ ประธานศาลฎีกา ประธานศาลตรวจเงินแผ่นดิน เป็นต้น ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภามีวาระการดำรงตำแหน่ง 6 ปี มีสถานะเสมือนสมาชิกรัฐสภา ทำหน้าที่ในการระงับข้อพิพาทระหว่างประชาชนกับองค์กรที่ขึ้นอยู่กับรัฐบาลทุกประเภท โดยประชาชนสามารถร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาหรือผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาสามารถยกเรื่องขึ้นพิจารณาเองก็ได้ ในการทำงานผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภามีอำนาจสืบสวนสอบสวนตรวจสอบสถานที่และให้คำแนะนำหรือให้ข้อเสนอแนะไปยังฝ่ายปกครองเพื่อแก้ปัญหาให้กับประชาชน

ประเทศอิตาลี ไม่มีผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาในระดับชาติแต่ในระดับท้องถิ่นจะมีผู้ปกป้องประชาชน (Defensore civico) ซึ่งมีสถานะเป็นองค์กรมหาชนอิสระ มาจากการเลือกตั้งของสภาท้องถิ่น ทำหน้าที่ดูแลให้ฝ่ายปกครองของท้องถิ่นปฏิบัติตามกฎหมาย ไม่ล่าช้าในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการออกกฎต่างๆ เรื่องสิ่งแวดล้อม การก่อสร้างสาธารณะ สวัสดิการสังคม ภาษี ขนส่ง ผังเมือง โดยผู้ปกป้องประชาชนสามารถติดต่อขอความร่วมมือฝ่ายปกครอง ขอเอกสาร ขอให้แก้ไขคำสั่งที่มีปัญหา รวมไปถึงทำหน้าที่

ใกล้ชิดข้อพิพาทระหว่างฝ่ายปกครองท้องถิ่นกับประชาชนด้วย โดยประชาชนสามารถร้องเรียนผู้ปกป้องประชาชนได้โดยตรง

นอกจากนี้ ยังมีตัวอย่างของประเทศเล็กๆ อีก 4 ประเทศ คือ ในประเทศโปแลนด์นั้น กฎหมายลงวันที่ 15 กรกฎาคม ค.ศ. 1987 ได้กำหนดให้ผู้พิทักษ์สิทธิพลเมือง (Défenseur des droits civiques) ได้รับการแต่งตั้งจากสภาผู้แทนราษฎรโดยความเห็นชอบของวุฒิสภา มีวาระการดำรงตำแหน่ง 5 ปี มีหน้าที่ดูแลสถานที่คุมขัง ตรวจสอบสถานที่คุมขัง และเรือนจำได้แต่ต้องแจ้งล่วงหน้า 24 ชั่วโมง ให้ข้อเสนอแนะฝ่ายปกครองที่เกี่ยวข้องกับเรื่องสถานที่คุมขังและผู้ถูกคุมขังได้ รวมทั้งสามารถฟ้องต่อศาลทั้งทางแพ่ง ทางอาญา และทางปกครองได้ในกรณีพบว่ามีกระทำความผิดของฝ่ายปกครองต่อผู้ถูกคุมขังที่กระทบต่อสิทธิของพลเมือง ส่วนในกรณีสาธารณรัฐเช็ก ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา (Ombudsman) เกิดขึ้นตามกฎหมายลงวันที่ 8 ธันวาคม ค.ศ. 1999 ได้รับการเลือกตั้งโดยสภาผู้แทนราษฎรจากบุคคล 4 คนที่วุฒิสภาและประธานาธิบดีเป็นผู้เสนอ ทำหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิของประชาชนจากการกระทำของฝ่ายปกครองและจากการออกกฎและคำสั่งของฝ่ายปกครองที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพ นอกจากนี้ยังมีอำนาจในการเข้าไปตรวจสอบสถานที่คุมขังได้ด้วย ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ให้ความร่วมมือในการทำงานของผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาสามารถเสนอขอแก้ไขกฎหมาย กฎ คำสั่ง รวมทั้งขั้นตอนในการทำงานของฝ่ายปกครองที่ไม่ถูกต้องได้ โดยผู้ได้รับความเสียหายสามารถร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาได้โดยตรงหรือร้องเรียนผ่านสมาชิกรัฐสภา ส่วนผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาเองก็สามารถหยิบยกเรื่องที่ตนเห็นว่าอยู่ในอำนาจหน้าที่ของตนขึ้นมาพิจารณาเองได้ สำหรับในประเทศรומานีนั้น ทนายความของประชาชน (Avocat du peuple) เกิดขึ้นตามกฎหมายปี ค.ศ. 1997 โดยผู้ที่จะเป็นทนายความของประชาชนจะต้องได้รับการแต่งตั้งจากรัฐสภามีวาระการดำรงตำแหน่ง 5 ปี ทำหน้าที่ใน

การปกป้องสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอันเนื่องมาจากการกระทำของฝ่ายปกครอง สามารถฟ้องศาลรัฐธรรมนูญได้หากพบว่ามีการกฎหมายหรือกฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญ ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ในการให้ความร่วมมือกับทนายความของประชาชน ประชาชนผู้เดือดร้อนเสียหายจากการกระทำของฝ่ายปกครองเท่านั้นที่จะสามารถร้องเรียนต่อทนายความของประชาชนได้ สำหรับประเทศสุดท้ายคือประเทศเอสโตเนียนั้น รัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. 1983 กำหนดให้มี “ผู้รักษาสติ” (Chancelier du droit) ซึ่งแต่งตั้งโดยรัฐสภาจากการเสนอของประธานาธิบดี มีวาระการดำรงตำแหน่ง 7 ปี ทำหน้าที่ในการควบคุมฝ่ายปกครองให้เคารพต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ดูแลสถานที่ที่อยู่ภายใต้การควบคุม เช่น เรือนจำ บ้านพักคนชรา สถานเลี้ยงเด็กกำพร้า ทำหน้าที่สอบสวนกรณีการที่ฝ่ายปกครองเลือกปฏิบัติต่อประชาชนอย่างไม่เป็นธรรม ควบคุมกฎและคำสั่งของฝ่ายปกครองไม่ให้ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย รวมทั้งยังสามารถเสนอให้มีการสอบสวนทางวินัยบุคลากรได้ ในการทำงานฝ่ายปกครองต้องให้ความร่วมมือและให้เอกสารต่าง ๆ ตามที่ผู้รักษาสติร้องขอ ประชาชนผู้เดือดร้อนจากการกระทำของฝ่ายปกครองสามารถร้องเรียนต่อผู้รักษาสติได้และผู้รักษาสติเองก็มีอำนาจที่จะหยิบยกเรื่องที่จะเป็นปัญหาขึ้นมาพิจารณาได้เองด้วย ส่วนในประเทศมหาอำนาจอย่างสหรัฐอเมริกา นั้น แม้จะไม่มีสถาบันผู้ตรวจการแผ่นดินดังเช่นประเทศอื่นๆ ในยุโรป แต่ในกระทรวงยุติธรรมก็มีการตั้งแผนกสิทธิพลเมืองมาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1957 แล้วประธานของแผนกสิทธิพลเมืองคือที่ปรึกษารัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมซึ่งประธานาธิบดีแต่งตั้งหลังจากที่ได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาแล้วแผนกสิทธิพลเมืองมีอำนาจหน้าที่ในการควบคุมฝ่ายปกครองให้เคารพต่อสิทธิของพลเมือง สามารถทำการสอบสวนและติดตามการทำงานของหน่วยงานของรัฐหรือเอกชนที่ไม่เคารพต่อกฎหมายเกี่ยวกับการเลือกปฏิบัติได้ โดยผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายสามารถร้องเรียนต่อแผนกสิทธิพลเมืองได้โดยตรง

ที่กล่าวมาทั้งหมด ก็คือ “ตัวอย่าง” ขององค์กรหรือสถาบันในประเทศฝรั่งเศสและในบางประเทศที่ถูกตั้งขึ้นมาเพื่อคุ้มครองและรักษาสีทธิและเสรีภาพของพลเมือง

กลับมาที่ประเทศฝรั่งเศสใหม่ การแก้ไขรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 2008 ก่อให้เกิดสิ่งใหม่ๆ ขึ้นในประเทศฝรั่งเศสอย่างที่ไม่เคยมีมาก่อนตลอดช่วงเวลา 50 ปีที่ผ่านมา นั่นก็คือการมีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่รับรองหลักการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเอาไว้ เพราะในประเทศฝรั่งเศสนั้น สิทธิและเสรีภาพของประชาชน ได้รับการรับรองและคุ้มครองโดย “ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789” ซึ่งมีผลใช้บังคับอยู่ตลอดมาจนปัจจุบัน การแก้ไขรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 2008 โดยเพิ่มหมวด 11 ทวิ ว่าด้วยผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนเข้าไป ก็เพื่อแสดงให้เห็นว่า การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นหลักการที่ปรากฏอยู่ในกฎหมายสูงสุดของประเทศเช่นเดียวกับที่เป็นอยู่ในหลายๆ ประเทศในสหภาพยุโรป คือ Ombudsman ของสวีเดนและฟินแลนด์ Defensor del pueblo ของสเปนและ Prevedor de Justiça ของโปรตุเกสที่ได้กล่าวกันไปแล้ว

จริงอยู่ที่แม้กฎหมายฉบับปี ค.ศ. 1973 จะแต่งตั้งผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐ (le Médiateur de la République) ขึ้นมาในประเทศฝรั่งเศสซึ่งถือว่าเป็น “ความก้าวหน้า” ทางด้านความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน “มากขึ้น” ในสมัยนั้น แต่ระบบดังกล่าวก็มีข้อบกพร่องอยู่หลายประการไม่ว่าจะเป็นการตั้งองค์กรผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐขึ้นมาโดยกฎหมายธรรมดาระดับ “รัฐบัญญัติ” ซึ่งต่อมาก็มีการตั้งองค์การมหาชนอิสระ (autorité administrative indépendante) อื่นๆ ขึ้นมาโดยกฎหมายธรรมดาเช่นกัน แต่มีการกำหนดให้บางองค์กรมีอำนาจหน้าที่ที่ “ทับซ้อน” กับผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐ ทำให้เกิดปัญหาในการทำงานระหว่างผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐกับองค์กรต่างๆ นอกจากนี้แล้ว

กรณีประชาชนไม่สามารถร้องเรียนผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐได้โดยตรงก็ยังเป็นข้อบกพร่องที่สำคัญอีกประการหนึ่ง จึงทำให้ต้องมีการปรับปรุงองค์กรผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐใหม่ในการแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งล่าสุดเมื่อปี ค.ศ. 2008 โดยเพิ่มหมวด 11 ทวิ ว่าด้วยผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนเข้าไป และในมาตรา 71 - 7 แห่งรัฐธรรมนูญก็ได้กำหนดให้มีกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยอำนาจหน้าที่และวิธีการร้องเรียนผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชน รวมทั้งเงื่อนไขในการมีผู้ช่วยปฏิบัติหน้าที่ในบางหน้าที่ของผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนด้วย

ร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวที่อยู่ในขั้นการพิจารณาของวุฒิสภา เข้าใจว่าเมื่อผ่านการพิจารณาแล้วมีผลใช้บังคับ ก็คงไม่แตกต่างๆ ไปจากร่างนี้เท่าไรนัก จึงขอนำมาเสนอในบทความนี้ โดยในส่วนแรกของร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนได้กล่าวถึงวิธีการได้มาซึ่งตัวผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนโดยได้นำเอา “เนื้อความ” ของมาตรา 71 - 1 วรรคท้ายแห่งรัฐธรรมนูญมาบัญญัติไว้ว่า ผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนได้รับการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดี โดยคณะกรรมการธิการสามัญ (la commission permanente) ของสภาผู้แทนราษฎรและของวุฒิสภา จะต้องลงมติเลือกบุคคลดังกล่าวมาแล้วด้วยคะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 3 ใน 5 ของแต่ละคณะกรรมการ จากนั้นก็จะเสนอชื่อให้คณะรัฐมนตรีเพื่อนำเสนอไปยังประธานาธิบดีเพื่อออกรัฐกฤษฎีกาแต่งตั้งบุคคลดังกล่าวให้เป็นผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนต่อไป กระบวนการคัดสรรบุคคลให้เข้าดำรงตำแหน่งสำคัญเหล่านี้ แต่เดิมเป็นอำนาจเฉพาะตัวของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ แต่ในการแก้ไขรัฐธรรมนูญเมื่อปี ค.ศ. 2008 ก็ได้เปลี่ยนมาเป็นการตั้งคณะกรรมการธิการสามัญประจำสภาทั้ง 2 ให้ทำหน้าที่ “คัดสรร” บุคคลต่างๆ แทนประธานาธิบดี นอกจากนี้แล้ว ในตอนต้นของร่างกฎหมายดังกล่าวยังได้กล่าวถึงความเป็นอิสระในการทำงานของผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนว่า “ไม่อยู่ในอาณาเขตของผู้ใดหรือขององค์กรใด รวมทั้งไม่อาจถูกจับกุม คุมขัง

ดำเนินคดีหรือถูกศาลพิพากษาอันเนื่องมาจากการปฏิบัติหน้าที่ของตนได้ รวมทั้งยังได้กล่าวถึงลักษณะต้องห้ามของผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนไว้ว่า ห้ามเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ห้ามเป็นกรรมการในคณะกรรมการตุลาการ ห้ามเป็นสมาชิกสภาเศรษฐกิจ สังคมและสิ่งแวดล้อม ห้ามดำรงตำแหน่งที่มาจากการเลือกตั้งทั้งระดับชาติและระดับท้องถิ่น ห้ามเป็นข้าราชการ และห้ามเป็นผู้ประกอบวิชาชีพอิสระต่างๆ ทุกประเภท

เรื่องสำคัญ 3 เรื่องที่อยู่ในร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วย ผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชน เรื่องแรกก็คือวิธี “การร้องเรียนผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชน” นั้น ร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญกำหนดให้ บุคคลธรรมดา หรือนิติบุคคลที่ได้รับผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของตนจากการปฏิบัติหน้าที่ของฝ่ายปกครอง สามารถนำเรื่องมาร้องเรียนต่อผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนได้ นอกจากนั้นแล้ว หากเอกชนผู้ทำหน้าที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความปลอดภัยไม่ปฏิบัติหน้าที่ให้สอดคล้องกับจรรยาบรรณทางวิชาชีพของตน ผู้ที่ได้รับผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของตนจากการกระทำของเอกชนดังกล่าวก็สามารถนำเรื่องมาร้องเรียนต่อผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนได้เช่นกัน สมาชิกรัฐสภาก็สามารถนำเรื่องที่ตนเองเห็นว่าอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเสนอให้ผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนพิจารณาได้ เช่นเดียวกับที่ผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนสามารถยกเรื่องขึ้นพิจารณาเองได้ หากเห็นว่าเรื่องดังกล่าวอาจมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับ “อำนาจหน้าที่ผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชน” นั้น ร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนกำหนดให้ ผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนมีอำนาจในตัวเองอย่างสมบูรณ์ที่จะให้ข้อคิดเห็น หรือข้อเสนอแนะต่อหน่วยงานของรัฐหรือเอกชนผู้ทำหน้าที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความปลอดภัยที่ถูกร้องเรียนให้แก้ไขปัญหาดังกล่าวต่างๆ ตามที่ผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนได้ให้ข้อคิดเห็นหรือข้อเสนอแนะไป หากหน่วยงานของรัฐหรือเอกชนดังกล่าวไม่ปฏิบัติตาม ผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนก็มีอำนาจใน

การออกคำสั่ง (injonction) ให้หน่วยงานของรัฐหรือเอกชนดังกล่าวให้ปฏิบัติตามภายในระยะเวลาที่กำหนดได้ หากยังไม่ปฏิบัติตามอีก ผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนก็จะทำรายงานซึ่งประกอบด้วย ปัญหาที่เกิดขึ้น คำแนะนำในการแก้ไขปัญหาของผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชน คำบังคับและการดำเนินการหรือไม่ดำเนินการของหน่วยงานของรัฐหรือเอกชนดังกล่าวเพื่อเปิดเผยต่อสาธารณะต่อไป สำหรับในกรณีเรื่องร้องเรียนที่พบว่ามีการทำผิดวินัยเกิดขึ้น ผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนก็สามารถเสนอขอให้มีการดำเนินการสอบสวนทางวินัยต่อผู้กระทำผิดได้ หากไม่ปฏิบัติตามก็เป็นเช่นเดียวกับกรณีทั่วไป คือ ออกคำสั่งและจัดทำรายงานเพื่อเผยแพร่สาธารณะต่อไป ส่วนกรณีที่ผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนพบว่า ปัญหาเกิดจากความไม่ชัดเจนของกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหาร ผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนสามารถขอให้สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ให้ความเห็นในเรื่องดังกล่าวได้ นอกจากนี้แล้ว ผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนยังสามารถเสนอรัฐบาลให้แก้ไขกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ และทุก ๆ ปีผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนจะต้องจัดทำรายงานประจำปีเสนอต่อประธานาธิบดี รัฐสภา และเผยแพร่ต่อสาธารณรัฐด้วย

เรื่องต่อมาคือ “ผู้ช่วยปฏิบัติงานของผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชน” นั้น เพื่อให้เกิดความรอบคอบในการปฏิบัติหน้าที่บางอย่างที่ต้องใช้ความรู้ความชำนาญเป็นพิเศษ ร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนต้องปฏิบัติหน้าที่ร่วมกับผู้อื่นใน 2 กรณีด้วยกันคือ กรณีที่เกี่ยวข้องกับจรรยาบรรณด้านวิชาชีพของการรักษาความปลอดภัย กับกรณีด้านสิทธิเด็ก ที่ในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนจะต้องทำร่วมกับผู้ช่วย 3 คน ที่มาจากการแต่งตั้งของประธานาธิบดี 1 คน ประธานสภาผู้แทนราษฎร 1 คน และประธานวุฒิสภาอีก 1 คน จากผู้ที่มีความรู้ความสามารถในด้านดังกล่าว ทั้งนี้ เนื่องจากเรื่องทั้ง 2 เป็นเรื่องสำคัญที่ต้องอาศัยความรู้ความชำนาญเฉพาะด้าน

ในตอนท้ายของร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ผู้ถูกร้องเรียนต้องให้ความร่วมมือกับผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนในการชี้แจงให้ข้อมูล ตอบคำถาม รวมทั้งการเข้าไปตรวจสอบสถานที่ที่เป็นปัญหาได้ด้วย

ที่กล่าวมาทั้งหมด เป็นเรื่องของการแก้ไขรัฐธรรมนูญครั้งล่าสุดในประเทศฝรั่งเศสที่มีการเพิ่มบทบัญญัติคุ้มครองผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนขึ้นมาเพื่อดูแลคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน



ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทนิยาม “พรรคการเมือง”*

ผศ. ณรงค์เดช สรุโณษิต**

ทุกครั้งที่ในการจัดทำร่างกฎหมายพรรคการเมืองของไทย ปัญหาหนึ่งที่ถกเถียงกันอยู่เสมอคือ จะนิยามความหมายของพรรคการเมืองหรือไม่ และจะนิยามไว้อย่างไร⁽¹⁾ ในประเทศเยอรมนี นิยามความหมายพรรคการเมืองที่บัญญัติไว้ในกฎหมายพรรคการเมือง (Parteiengesetz) เป็นเครื่องมือสำคัญที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (Bundesverfassungsgericht) ใช้ในการจำแนกแยกแยะพรรคการเมืองออกจากกลุ่มเคลื่อนไหวทางการเมืองอื่นๆ⁽²⁾ ส่วนกฎหมายพรรคการเมืองไทยนั้น กฎหมายฉบับ พ.ศ. 2498 พ.ศ. 2511 พ.ศ. 2517 และ พ.ศ. 2524 ไม่ได้นิยามความหมายของพรรคการเมืองไว้ และแม้ฉบับ พ.ศ. 2541 ได้กำหนดบทนิยามไว้ แต่การ

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net วันที่ 14 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2553

** ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

1. หยุต แสงอุทัย, คำอธิบายพระราชบัญญัติพรรคการเมือง พ.ศ. 2511, (กรุงเทพฯ: โอเดียนสโตร์, 2512) หน้า 1-2 และศึกษาปัญหาของการไม่มีนิยามศัพท์พรรคการเมืองไว้ในกฎหมายพรรคการเมืองในหน้า 112-118.
2. กฎหมายเยอรมันมิได้บังคับให้พรรคการเมืองต้องจดทะเบียนจัดตั้งกับหน่วยงานของรัฐ แต่เกิดขึ้นเมื่อประชาชนรวมตัวกันจัดตั้ง ซึ่งอาจจัดตั้งในรูปสมาคมก็ได้ โปรดดู Jörn Ipsen, “Political Parties and Constitutional Institutions”, ใน Christian Starck (ed.), Studies in German Constitutionalism, (Munich: Nomos Verl.-Ges., 1995), หน้า 201-202.

นิยามศัพท์ดังกล่าวก็ไม่ได้ช่วยเพิ่มความเข้าใจใดๆ ในทางวิชาการเลย⁽³⁾ ตราบจนกระทั่งมีการบัญญัติบทนิยามพรกระการเมืองไว้อย่างชัดเจนในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรกระการเมือง พ.ศ. 2550 ซึ่งใช้บังคับอยู่ ณ ปัจจุบัน แต่ก็มีปัญหามาขบคิดว่ บทนิยามดังกล่าวสอดคล้องกับแนวคิดทฤษฎีทางรัฐศาสตร์ที่เกี่ยวกับพรกระการเมืองหรือไม่ หรือแม้แต่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับพรกระการเมืองไว้หลายมาตรา โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่บัญญัติรับรองเสรีภาพในการจัดตั้งพรกระการเมืองไว้ด้วยหรือไม่

มาตรา 4 ของกฎหมายพรกระการเมืองฉบับปัจจุบันได้นิยามความหมายของพรกระการเมืองไว้ว่า หมายถึง “คณะบุคคลที่รวมกันจัดตั้งเป็นพรกระการเมือง โดยได้รับการจัดแจ้งการจัดตั้งตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ เพื่อสร้างเจตนารมณ์ทางการเมืองของประชาชนตามวิถีทางการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข โดยมีมุ่งที่จะส่งสมาชิกเข้าสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และมีการดำเนินกิจกรรมทางการเมืองอื่นอย่างต่อเนื่อง” จากข้อความดังกล่าว อาจจำแนกแยกย่อยองค์ประกอบทางกฎหมายของพรกระการเมืองได้ดังนี้⁽⁴⁾

3. มาตรา 4 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรกระการเมือง พ.ศ. 2541 บัญญัติว่า “พรกระการเมือง หมายความว่า พรกระการเมืองที่คณะบุคคลรวมกันจัดตั้งโดยได้รับการจัดแจ้งการจัดตั้งตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้”

4. ผู้สนใจความหมายและองค์ประกอบของพรกระการเมืองในทางรัฐศาสตร์ โปรดดู

(1) หุุด แสงอุทัย, เรื่องเดิม, หน้า 2-5.

(2) ปรีชา หงษ์ไกรเลิศ, พรกระการเมืองและปัญหาพรกระการเมืองไทย, (กรุงเทพฯ: ไทยวัฒนาพานิช, 2524), หน้า 12-13.

(3) วิทยา นาสิทธิกุลกิจ และสุรพล ราชภัณฑารักษ์, พรกระการเมืองและกลุ่มผลประโยชน์, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ประชาชน, 2524), หน้า 6-12.

(4) ชาญวดี วัชรพุกก์ และ สุชิน ดันติกุล (ผู้รวบรวม), พรกระการเมืองและกลุ่มผลประโยชน์, เอกสารแนวคำบรรยายมหาวิทยาลัยรามคำแหง, (ม.ป.ม., ม.ป.ท.), หน้า 11-12.

(5) กนก วงศ์ตระหง่าน, พรกระการเมืองไทย, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2536), หน้า 9-45, ซึ่งวิเคราะห์หลักอภิปรัชชาความหมายของ “พรกระการเมือง” ในแง่มุมต่างๆ ไว้ อย่างน่าสนใจยิ่ง

1. พรรคการเมืองเป็นการรวมตัวกันของคณะบุคคล

องค์ประกอบข้อนี้เป็นไปตามสภาพธรรมชาติของพรรคการเมืองซึ่งเป็นการรวมกลุ่มกันของปัจเจกชน (Individual) หลายๆ คน ส่วนนิติบุคคลนั้นไม่สามารถรวมกันจัดตั้งเป็นพรรคการเมืองได้ แม้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มาตรา 65 ซึ่งบัญญัติรับรองเสรีภาพในการรวมกันจัดตั้งพรรคการเมือง (Freedom to form a political party) จะใช้ถ้อยคำว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการรวมกันจัดตั้งพรรคการเมือง...” แต่คำว่า “บุคคล” ณ ที่นี้ ย่อมหมายความว่าเฉพาะบุคคลธรรมดา (Natural Person) เท่านั้น หากได้หมายความว่ารวมถึงนิติบุคคล (Legal/ Juristic Person) ไม่ เพราะเสรีภาพในการจัดตั้งพรรคการเมืองนี้แตกต่างไปจากสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญในประการอื่นๆ ที่โดยสภาพแล้ว⁽⁵⁾ นิติบุคคลอาจเป็นผู้ทรงสิทธิเสรีภาพได้ เช่น สิทธิในการใช้สิทธิทางศาล สิทธิในทรัพย์สิน ฯลฯ

5. รัฐธรรมนูญไทยมิได้มีบทบัญญัติรับรองสถานะผู้ทรงสิทธิ (Subject of Rights) และเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลไว้โดยตรงดังเช่นรัฐธรรมนูญเยอรมัน มาตรา 19 บรรทัดสาม ดังนั้น การพิจารณาถึงสิทธิเสรีภาพของนิติบุคคลจึงต้องอาศัยหลักทั่วไปซึ่งบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 67 ที่ว่า “...นิติบุคคลย่อมมีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา เว้นแต่สิทธิและหน้าที่ซึ่งโดยสภาพจะพึงมีพึงเป็นได้เฉพาะแก่บุคคลธรรมดาเท่านั้น”

โปรดดู บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพฯ: วิทยุชน พิมพ์ครั้งที่ 2, 2547), หน้า 83-89.

อนึ่ง ผู้เขียนเห็นว่า สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลนั้นควรจำแนกออกเป็น 3 กลุ่ม ทั้งนี้ ภายใต้อุปการะของนิติบุคคลนั้นๆ คือ (1) สิทธิเสรีภาพที่เป็นของปัจเจกชนโดยแท้ เช่น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เสรีภาพในชีวิตร่างกาย เสรีภาพในการนับถือศาสนา สิทธิในครอบครัวและความเป็นอยู่ส่วนตัว ฯลฯ สิทธิเสรีภาพเหล่านี้ นิติบุคคลไม่สามารถมีได้ และไม่ออกกฎหมายรับรองได้ (2) สิทธิเสรีภาพที่นิติบุคคลอาจมีได้ แต่ต้องมีการหมายรับรองเป็นการเฉพาะ เช่น เสรีภาพในการรวมกันเป็นสมาคม และ (3) สิทธิเสรีภาพที่นิติบุคคลมีได้เฉพาะเช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา เช่น เสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่ที่ตั้ง สิทธิในทรัพย์สิน สิทธิในการร้องทุกข์และฟ้องคดีต่อศาล ฯลฯ สิทธิเหล่านี้สามารถอนุมานได้จากรัฐธรรมนูญและกฎหมายอื่นๆ ทั่วไป เว้นแต่มีกฎหมายจำกัดไว้เป็นการเฉพาะ

เหตุผลก็คือ ประการแรก พรรคการเมืองนั้นคือการรวมกลุ่มของบุคคลที่มีวัตถุประสงค์ทางการเมือง ดำารรัฐศาสตร์ที่เกี่ยวกับพรรคการเมืองทั้งของไทยและต่างประเทศล้วนแล้วแต่ยืนยันความข้อนี้⁽⁶⁾ โดยได้อธิบายความหมายของพรรคการเมืองคือการรวมกลุ่มของ “คน “บุคคล” หรือ “คณะบุคคล” ซึ่งเป็นปัจเจกชน (Individual) และยังไม่ปรากฏคำอธิบายที่กล่าวถึง “นิติบุคคล” ในฐานะสมาชิกพรรคการเมืองแต่อย่างใด⁽⁷⁾ เนื่องจากนิติบุคคลเป็นสิ่งที่กฎหมายสมมุติขึ้น ย่อมไม่มีเจตจำนงทางการเมืองเป็นของตนเอง หากแต่เป็นเจตจำนงร่วมกันของปัจเจกชนที่ประกอบกันขึ้นเป็นนิติบุคคลนั้น ประการที่สอง เสรีภาพในการจัดตั้งพรรคการเมืองเป็นหนึ่งในสิทธิทางการเมืองในประเภทเดียวกันกับสิทธิเลือกตั้ง (Right to Vote) ซึ่งเป็นสิทธิของปัจเจกชนหรือบุคคลธรรมดาที่เป็นพลเมืองของรัฐนั้นๆ เท่านั้น นิติบุคคลไม่อาจมีสิทธิเลือกตั้งฉันใด ก็ย่อมไม่อาจมีเสรีภาพในการจัดตั้งพรรคการเมืองได้ฉันนั้น⁽⁸⁾ ประการที่สาม กฎหมายพรรคการเมืองของ

6. โปรดดูหนังสือที่ระบุไว้ในเชิงอรรถที่ 5 และหนังสือภาษาต่างประเทศเช่น

(1) Maurice Duverger, translated by Barbara and Robert North, *Political Parties: Their Organization and Activity in the Modern State*, (London: Methuen & Co. Ltd., 1972), pp. 61, 71-73.

(2) Alan Ware, *Political Parties and Party Systems*, (Oxford: Oxford University Press, 1996) pp. 63-72.

7. ส่วนปัญหาว่า นิติบุคคลจะให้การสนับสนุนทางการเงินและทางอื่นๆ แก่พรรคการเมืองหรือผู้สมัครรับเลือกตั้งซึ่งมีลักษณะเป็นการแสดงออกทางการเมืองในรูปแบบหนึ่ง ได้หรือไม่นั้น เป็นอีกประเด็นหนึ่งที่ต้องมีการศึกษาวิเคราะห์กันต่อไป

โปรดดู Howard Davis, *Political Freedom: Associations, Political Purposes, and the Law*, (London: Continuum, 2000), หน้า 200-201.

8. ตัวอย่างเช่น มาตรา 22 (1) กฎหมายพรรคการเมืองของเกาหลีใต้ (Law No. 2820 on Political Parties) บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า ผู้ที่จะจัดตั้งพรรคการเมืองและเป็นสมาชิกพรรคการเมืองได้นั้นต้องเป็นผู้มีสิทธิเลือกตั้ง ในขณะที่มาตรา 8 และมาตรา 19 ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 กำหนดคุณสมบัติของผู้จัดตั้งพรรคการเมืองและสมาชิกพรรคการเมืองว่า ต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิเลือกตั้งตามมาตรา 100 ของรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เพราะรัฐธรรมนูญไทยกำหนดให้พลเมืองไทยมีหน้าที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้ง (ต่อหน้าถัดไป)

ประเทศต่าง ๆ ล้วนแล้วแต่รับรองให้เฉพาะแต่บุคคลธรรมดาเท่านั้นที่เป็นสมาชิกพรรคการเมืองได้⁽⁹⁾

และประการสุดท้ายที่สำคัญคือ เสรีภาพในการจัดตั้งพรรคการเมืองนั้นเป็นแขนงหนึ่งของเสรีภาพในการรวมกลุ่มของบุคคล⁽¹⁰⁾ ซึ่งรัฐธรรมนูญทั้งของไทยและต่างประเทศ⁽¹¹⁾ ต่างก็ได้บัญญัติรับรองเสรีภาพในการรวม

8. (ต่อ)

โปรดดู การจำแนกสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญออกเป็นสิทธิมนุษยชนและสิทธิพลเมืองในอุดม รัฐมฤต และคณะ. การอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามมาตรา 28 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540. (กรุงเทพฯ: นานาสังพิมพ์, 2544) หน้า 242-243.

9. พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 มาตรา 19 บัญญัติว่า “ผู้ซึ่งจะเป็นสมาชิกต้องเป็นบุคคลธรรมดาที่มีสัญชาติไทย” เทียบเคียงมาตรา 2 (1) กฎหมายพรรคการเมืองเยอรมัน (Parteiengesetz) บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า “เฉพาะแต่บุคคลธรรมดาเท่านั้นที่จะเป็นสมาชิกพรรคการเมืองได้” ซึ่งมาตรา 2 (1) และมาตรา 8 (1) ของกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง (Ley Orgánica 6/2002 de Partidos Políticos) ของสเปนก็บัญญัติไว้ในทำนองเดียวกัน

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่า พรรคแรงงาน (Labour Party) ของอังกฤษนั้นมีสมาชิกสองกลุ่มคือ สมาชิกโดยตรงซึ่งเป็นบุคคลธรรมดา และสมาชิกที่เป็นสหภาพแรงงาน (Trade Union) โดยถือว่าสมาชิกของสหภาพนั้น ๆ ทั้งหมดทุกคนเป็นสมาชิกพรรคแรงงานโดยอ้อมด้วย

โปรดดู สมบัติ อึ้งธัญวงศ์. การเมืองอังกฤษ. (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์เสมอธรรม. พิมพ์ครั้งที่ 2, 2544). หน้า 203.

แต่ทั้งนี้ มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า กฎหมายพรรคการเมือง (Political Parties, Elections, and Referendum Act 2000) ของอังกฤษมิได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้เป็นสมาชิกพรรคการเมืองไว้อย่างใด

10. กิตติศักดิ์ ปกรติ. สิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน. (กรุงเทพฯ: มิสเตอร์ก๊อปปี, 2550) หน้า 94. ซึ่งใช้คำว่า “เสรีภาพในการรวมกันเป็นหมู่คณะ”
11. เช่น บทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับที่ 1 ของสหรัฐอเมริกา (The First Amendment) มาตรา 8 และ 9 ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน หรือในระดับระหว่างประเทศก็เช่น มาตรา 20 ของคำปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนสหประชาชาติ (The Universal Declaration of Human Rights) มาตรา 22 ของกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights)

กลุ่มทั้งที่เป็นการรวมกลุ่มแบบชั่วคราวเช่น การชุมนุม หรือที่มีลักษณะถาวร ในรูปแบบองค์กรเช่น สมาคม สหภาพ สหพันธ์ สหกรณ์ ฯลฯ เพื่อให้สอดคล้องกับลักษณะธรรมชาติของมนุษย์ที่เป็นสัตว์สังคม⁽¹²⁾ โดยมนุษย์จะรวมตัวกันเพื่อให้บรรลุเป้าหมายอย่างหนึ่งอย่างใดร่วมกัน แม้นิติบุคคลหลายนิติบุคคลอาจมีเป้าหมายร่วมกันได้ แต่เป้าหมายร่วมกันของนิติบุคคลเหล่านั้นแท้ที่จริงคือ เป้าหมายร่วมกันของบุคคลธรรมดาอันประกอบกันอยู่ในนิติบุคคลต่าง ๆ ดังกล่าวนั่นเอง การรับรองสถานะการรวมกลุ่มของนิติบุคคลหากจะมีได้ก็ต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์เฉพาะ ไม่อาจถือเป็นหลักการทั่วไปได้⁽¹³⁾ ดังเช่นที่คณะกรรมการกฤษฎีกาเคยวินิจฉัยไว้ในกรณีที่สมาคมชาวไร่่อยหลายสมาคมซึ่งเป็นนิติบุคคลรวมตัวกันขอจัดตั้งสมาคมของบรรดา “สมาคม” ขึ้นในเรื่องเสร็จที่ 425/2527 ว่า “การขอตั้งสมาคมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จะกระทำได้ก็แต่โดยบุคคลธรรมดา

12. ในโลกยุคโบราณการรวมกลุ่มของมนุษย์จะเป็นไปเพื่อความอยู่รอดจากสภาพธรรมชาติเช่นภัยหนาว ภัยอันตรายจากสัตว์ร้าย อิงสังคมมนุษย์เจริญขึ้นเท่าใด การรวมกลุ่มของมนุษย์ก็ทวีความซับซ้อนยิ่งขึ้น จากเดิมที่เป็นการรวมกลุ่มของเครือญาติ (Kinship Groups) ซึ่งเป็นความสัมพันธ์ทางสายเลือดและการแต่งงาน กลายเป็นการรวมกลุ่มตามความเหมือนหรือความชอบในด้านอื่น ๆ กล่าวคือ มนุษย์ที่เหมือนกันหรือชอบอะไรคล้ายคลึงกันมักจะเข้ารวมกลุ่มกัน อาทิ อาชุนร่วคราวเดียวกัน เพศเดียวกัน ถิ่นฐานบ้านเกิดเดียวกัน ชาติพันธุ์เดียวกัน งานอดิเรกเดียวกัน ความเชื่อหรือศาสนาเดียวกัน เป้าหมาย อุดมการณ์ หรือผลประโยชน์ทางการเมืองร่วมกัน พรรคการเมืองก็เป็นหนึ่งในการรวมกลุ่มที่ถือกำเนิดขึ้นเพราะความเหมือนกันในข้อหลังนี้

ผู้สนใจคำอธิบายการรวมกลุ่มของมนุษย์ในทางสังคมวิทยา โปรดดู งามพิศ สัตย์สงวน, “กลุ่มสังคม,” และนิตะ ดินะกุล, “พฤติกรรมรวมหมู่,” ใน คณะกรรมาธิการศึกษาสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, สังคมและวัฒนธรรม, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, พิมพ์ครั้งที่ 3, 2547), หน้า 90-92 และ 117-132, และในทางมานุษยวิทยาโปรดดู ยศ สันตสมบัติ, มนุษย์กับวัฒนธรรม, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 3, 2544), หน้า 109-110 และ 172-194.

13. “เสรีภาพในการรวมกลุ่มเป็นเสรีภาพของปัจเจกชน มิใช่เสรีภาพของกลุ่ม”, โปรดดู Nihal Jayawickrama, *The Judicial Application of Human Rights Law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2002), p. 741.

เท่านั้น ... เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตราต่าง ๆ ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ลักษณะ 23 (เรื่องสมาคม) [ป.พ.พ. เดิมก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมในปีพ.ศ. 2535 — เพิ่มโดยผู้เขียน] แล้วจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติเหล่านั้นกล่าวถึง “คน” ทั้งสิ้น ไม่มีมาตราใดกล่าวถึง “นิติบุคคล” ... นอกจากนี้หากกฎหมายมีเจตนารมณ์ที่จะให้นิติบุคคลหลายนิติบุคคลรวมตัวกันเป็นนิติบุคคลขึ้นใหม่ต่างหากได้ กฎหมายนั้นจะมีบทบัญญัติไว้เป็นพิเศษ” ตัวอย่างเช่น กรณีสหพันธ์นายจ้างจัดตั้งขึ้นจากสมาคมนายจ้าง 2 สมาคมหรือ สหพันธ์แรงงานจัดตั้งขึ้นจากสหภาพแรงงาน 2 สหภาพ¹⁴⁾ และกรณีชุมนุมสหกรณ์ที่ก่อตั้งจากสหกรณ์ตั้งแต่ 5 สหกรณ์ขึ้นไป¹⁵⁾

2. พรรคการเมืองต้องได้รับจดทะเบียนการจัดตั้งจากนายทะเบียนพรรคการเมือง

องค์ประกอบข้อนี้เป็นเงื่อนไขในเชิงแบบพิธีที่ดูประหนึ่งเหมือนว่ากลายเป็นจารีตประเพณีทางกฎหมายของบรรดานักการเมืองไทยไปแล้ว เนื่องจากนับแต่อดีตจนถึงปัจจุบันพรรคการเมืองไทยต่างต้องจดทะเบียนหรือจดทะเบียนการจัดตั้งตามกฎหมายพรรคการเมืองจึงจะดำเนินกิจกรรมในฐานะพรรคการเมืองได้¹⁶⁾ และแม้ในช่วงเวลาที่ไม่มีการบังคับให้ต้องจดทะเบียนพรรคการเมืองอันได้แก่ ช่วงเวลาสั้นๆ ภายหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2489 และรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2521 ซึ่งต่างก็รองรับให้มีการจัดตั้งพรรคการเมืองกันได้ โดยที่ขณะนั้นยังไม่มีกฎหมายว่าด้วยพรรคการเมืองกำหนดขั้นตอนหรือกระบวนการจดทะเบียนจัดตั้งพรรคการเมืองไว้ แต่นักการเมืองที่รวมตัวกันส่งผู้สมัครเข้าแข่งขันในการเลือกตั้ง ส.ส. ในช่วงเวลาดังกล่าวกลับมิได้เรียกตัวเองว่า “พรรค” แต่เรียกว่า “กลุ่ม”

14. โปรดดู พระราชบัญญัติแรงงานสัมพันธ์ พ.ศ. 2518 มาตรา 112 และมาตรา 113.

15. โปรดดู พระราชบัญญัติสหกรณ์ พ.ศ. 2542 มาตรา 101.

16. กนก วงศ์ตระหง่าน, เรื่องเดิม, หน้า 88-97.

จึงอาจกล่าวได้ว่า นักการเมืองไทยประเพณีปฏิบัติสืบต่อเนื่องกันมาจนเกิดการยอมรับแล้วว่า พรรคการเมืองไทยนั้นเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นโดยกฎหมาย (Legal Creature)⁽¹⁷⁾ โดยผู้ที่ได้รับเลือกตั้งเป็นหัวหน้าพรรคการเมืองต้องยื่นจดแจ้งการจัดตั้งพรรคการเมืองต่อนายทะเบียนพร้อมเอกสารต่าง ๆ เช่น นโยบายพรรคการเมือง ข้อบังคับพรรคการเมือง บัญชีแสดงสินทรัพย์และหนี้สินของพรรคการเมือง หากนายทะเบียนเห็นว่ากรยื่นจดแจ้งดังกล่าวถูกต้องครบถ้วน นายทะเบียนโดยความเห็นชอบของ กกต. ก็จะรับจดแจ้งจัดตั้งพรรคการเมือง⁽¹⁸⁾ ซึ่งจะมีผลทำให้พรรคการเมืองดังกล่าวมีสถานะเป็นนิติบุคคล⁽¹⁹⁾

ประเด็นสำคัญทางกฎหมายที่ต้องพิจารณาก็คือ การที่กฎหมายบังคับให้ต้องจดทะเบียนพรรคการเมืองกับปลัดกระทรวงมหาดไทยในฐานะนายทะเบียนพรรคการเมืองตามกฎหมายเดิม⁽²⁰⁾ หรือจดแจ้งการจัดตั้งพรรคการเมืองกับประธาน กกต. ในฐานะนายทะเบียนพรรคการเมืองตาม

17. กนก วงศ์ตระหง่าน, เรื่องเดิม, หน้า 40-41.

18. มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550

อนึ่ง แม้ว่าความในบทนิยามจะหมายถึงเฉพาะพรรคการเมืองที่จดแจ้งจัดตั้งตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 ทำให้บางท่านอาจเข้าใจว่าพรรคการเมืองอื่น ๆ ที่จัดตั้งก่อนหน้าวันประกาศใช้กฎหมายดังกล่าวไม่เข้าบทนิยาม “พรรคการเมือง” และไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายฉบับนี้ แต่เนื่องจากบทเฉพาะกาล มาตรา 135 ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้รับรองสถานะของพรรคการเมืองที่จดแจ้งตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2540 ไว้ จึงถือว่าพรรคการเมืองต่าง ๆ ที่มีอยู่ ณ วันที่กฎหมายใช้บังคับ เป็นพรรคการเมืองตามกฎหมายปัจจุบันด้วย และทั้งนี้ บทเฉพาะกาล มาตรา 92 ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 ก็มีเนื้อหาทำนองเดียวกันมาตรา 135 ดังกล่าวด้วย

19. มาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550

20. มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติพรรคการเมือง พ.ศ. 2498 และมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติพรรคการเมือง พ.ศ. 2511, มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติพรรคการเมือง พ.ศ. 2517, และมาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติพรรคการเมือง พ.ศ. 2524

กฎหมายฉบับ พ.ศ. 2541 และฉบับปัจจุบัน⁽²¹⁾ เป็นการละเมิดเสรีภาพในการจัดตั้งพรรคการเมืองอันเป็นการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ในประเด็นนี้ ไม่พบคำราทางรัฐศาสตร์ที่วิเคราะห์ไว้โดยตรง มีแต่เฉพาะวิทยานิพนธ์นิติศาสตร์เล่มหนึ่งที่เปิดประเด็นไว้อย่างน่าสนใจว่า “...รัฐธรรมนูญ [2540 และ 2550 — เพิ่มโดยผู้เขียน] ได้รับรองเสรีภาพในการจัดตั้งพรรคการเมืองในลักษณะบริบูรณ์ ไม่สามารถออกกฎหมายมาจำกัดสิทธิได้ แต่การใช้สิทธิเสรีภาพย่อมมีขอบเขตซึ่งได้แก่ขอบเขตที่กำหนดไว้ในบทบัญญัตินั่นเอง และขอบเขตการใช้สิทธิเสรีภาพกรณีทั่วไป...”⁽²²⁾ ดังนั้นการจดทะเบียนกิติ การจดทะเบียนกิติ จึงมีไม่ได้เพราะจะถือว่าขัดรัฐธรรมนูญ

ข้อวิเคราะห์ดังกล่าวนับเป็นความเข้าใจที่คลาดเคลื่อน เนื่องจากรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ 2540 และ 2550 มิได้รับรองเสรีภาพในการจัดตั้งพรรคการเมืองในลักษณะบริบูรณ์หรือเด็ดขาด⁽²³⁾ เพียงแต่มิได้กำหนด “เงื่อนไขพิเศษ” หรือ “เงื่อนไขทั่วไป” ในการจำกัดสิทธิเสรีภาพ⁽²⁴⁾ ไว้โดยตรงในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่รับรองเสรีภาพในการจัดตั้งพรรคการเมืองเท่านั้น นี่คือเหตุผลประการแรก ประการต่อมา มาตรา 328 (1) ซึ่งเป็นบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 ที่กำหนดสาระสำคัญขั้นต่ำที่จะต้องปรากฏในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง

21. มาตรา 13 และ 16 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 และมาตรา 12 และ 13 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550

22. สุรเดช ชมเกล็ดแก้ว, ปัญหาการยุบพรรคการเมืองที่กระทบต่อเสรีภาพในการจัดตั้งพรรคการเมือง, วิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตร์มหาบัณฑิต, (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 105.

23. การรับรองสิทธิเสรีภาพไว้ในรัฐธรรมนูญในลักษณะบริบูรณ์หรือเด็ดขาด ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 37 “บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการนับถือศาสนา...” หรือมาตรา 34 วรรคสาม “การเนรเทศบุคคลผู้มีสัญชาติไทยออกนอกราชอาณาจักร หรือห้ามมิให้บุคคลผู้มีสัญชาติไทยเข้ามาในราชอาณาจักร จะกระทำมิได้”

24. ไพรตดู บรรณเจติ สิงคะเนติ, เรื่องเดิม, หน้า 219-221.

มีเนื้อความว่า “การจัดตั้งพรรคการเมือง ซึ่งอย่างน้อยให้กระทำได้โดยบุคคลตั้งแต่สิบห้าคนขึ้นไป และการจดทะเบียนพรรคการเมืองในทะเบียนพรรคการเมือง” แสดงชัดในตัวเองแล้วว่า หากรัฐธรรมนูญประสงค์ที่จะรับรองเสรีภาพในการจัดตั้งพรรคการเมืองในลักษณะบริบูรณ์หรือเด็ดขาดมาตรา 328 คงจะมีได้กำหนดคุณสมบัติขั้นต่ำของการมีสถานะพรรคการเมืองไว้คือ อย่างน้อยให้กระทำได้โดยบุคคลตั้งแต่สิบห้าคนขึ้นไป⁽²⁵⁾ เพราะการที่รัฐธรรมนูญกำหนดจำนวนขั้นต่ำของคณะบุคคลที่จะประกอบกันขึ้นเป็นพรรคการเมืองย่อมเท่ากับเป็นรับรองเสรีภาพในการจัดตั้งพรรคการเมืองในลักษณะสัมพัทธ์หรือไม่เด็ดขาด ซึ่งรัฐอาจออกกฎหมายจำกัดเสรีภาพนี้ได้ ส่วนปัญหาว่าหลักเกณฑ์และกระบวนการจดทะเบียนพรรคการเมืองมีลักษณะเป็นการละเมิดเสรีภาพในการจัดตั้งพรรคการเมืองมากจนถึงขนาดขัดต่อหลักความได้สัดส่วนหรือไม่นั้น เป็นอีกประเด็นหนึ่ง

ประการที่สาม ในการพิจารณาจัดทำร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 ซึ่งเป็นต้นแบบของบทบัญญัติที่รับรองเสรีภาพในการจัดตั้งพรรคการเมืองตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 เคยมีการอภิปรายกันว่า การกำหนดให้จดทะเบียนพรรคการเมืองจะขัดต่อรัฐธรรมนูญที่รับรองเสรีภาพในการจัดตั้งพรรคการเมืองหรือไม่ ได้ข้อสรุปว่า มีความจำเป็นที่จะต้องให้ภาครัฐรับรู้และรับรองสถานะทางกฎหมายของพรรคการเมือง แต่จะต้องไม่ถูกจำกัดโดยเงื่อนไขการจดทะเบียนดังที่เป็นอยู่ในกฎหมายพรรคการเมืองขณะนั้น จึงเห็นควรจัดให้มีระบบการจดทะเบียนการจัดตั้งให้นายทะเบียนทราบแทนระบบการจดทะเบียน⁽²⁶⁾ ดังนั้น การบังคับให้มีการจดทะเบียนการจัดตั้ง

25. หากรัฐธรรมนูญรับรองเสรีภาพในการจัดตั้งพรรคการเมืองในลักษณะบริบูรณ์จริง ด้วยความที่เสรีภาพในการจัดตั้งพรรคการเมืองเป็นสาขาหนึ่งในเสรีภาพในการรวมกลุ่มหรือการสมาคม พรรคการเมืองย่อมสามารถจัดตั้งได้โดยบุคคลตั้งแต่ 2 คนขึ้นไป

26. วัลลียา ไชยศิริ, เสรีภาพในการจัดตั้งและดำเนินกิจการของพรรคการเมือง, วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547, หน้า 90.

พรรคการเมืองจึงมิได้ขัดรัฐธรรมนูญในตัวเอง (per se unconstitutional) หากแต่ฝ่าฝืนสาระหัดต่อไปอีกว่า การกำหนดหลักเกณฑ์และกระบวนการจัดตั้งพรรคการเมืองโดยถือครูปลูกแบบหลักเกณฑ์และกระบวนการจดทะเบียนพรรคการเมืองเดิมมาใช้ อันเป็นการเปลี่ยนเฉพาะชื่อเรียกเท่านั้น จะขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่

และประการสุดท้าย แม้ว่ามีบางประเทศถือว่า การบังคับให้พรรคการเมืองต้องขออนุญาต ต้องขึ้นทะเบียน ต้องจดทะเบียน หรือจัดแจ้งกับภาครัฐก่อนดำเนินกิจกรรมทางการเมืองในฐานะพรรคการเมือง เป็นการละเมิดเสรีภาพในการจัดตั้งพรรคการเมืองและขัดต่อรัฐธรรมนูญ เช่น ประเทศเยอรมนี⁽²⁷⁾ แต่ก็เพราะเยอรมนีเคยเผชิญกับสภาพความกดดันภายหลังสงครามโลกครั้งที่สองที่ฝ่ายสัมพันธมิตรบังคับให้พรรคการเมืองในเยอรมันต้องขอใบอนุญาตก่อนที่จะดำเนินการ จนทำให้ผู้นำของพรรคการเมืองและบรรดาผู้ร่างรัฐธรรมนูญเห็นพ้องต้องกันให้มีการประกันเสรีภาพในการจัดตั้งพรรคการเมืองและปฏิเสธระบบการจดทะเบียนหรือขออนุญาต⁽²⁸⁾ อย่างไรก็ดี เมื่อศึกษาเปรียบเทียบบทบัญญัติกฎหมายพรรคการเมืองของประเทศต่างๆ แล้วพบว่า การจดทะเบียนหรือจัดแจ้งนับเป็นมาตรการสำคัญเพื่อรับรองสถานะการรวมกลุ่มทางการเมืองที่เป็น “พรรคการเมือง” แยกออกจากกลุ่มทางการเมืองอื่นๆ ซึ่งเป็นแนวโน้มที่ปรากฏมากขึ้นเรื่อยๆ ในกฎหมายของประเทศประชาธิปไตยทั้งที่เป็นประชาธิปไตยดั้งเดิม⁽²⁹⁾ และประชาธิปไตยใหม่⁽³⁰⁾

27. BVerfGE 5, 85 (88) อ้างถึงใน Jörn Ipsen, เรื่องเดิม, หน้า 205.

28. บุญศรี มีวงศ์โณ, การเลือกตั้ง และพรรคการเมือง : บทเรียนจากเยอรมัน, (กรุงเทพฯ:บริษัท สุขุมและบุตร จำกัด, 2542), หน้า 65.

29. แต่ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่า พรรคการเมืองในประเทศประชาธิปไตยดั้งเดิม แม้จะมีได้จดทะเบียนกับภาครัฐตามที่กฎหมายกำหนด แต่ก็มีสถานะเป็นพรรคการเมือง สามารถใช้ชื่อว่าพรรคการเมืองเพื่อดำเนินกิจกรรมทางการเมืองต่างๆ ได้ แต่บางประเทศกำหนดว่า หากไม่ได้จดทะเบียน ผู้สมัครของพรรคการเมืองนั้นจะหาเสียงโดยใช้ชื่อ “พรรคการเมือง” นั้นๆ ไม่ได้

อย่างไรก็ดี ประเทศประชาธิปไตยดั้งเดิมบางประเทศที่การเมืองยังมีความเปราะบางเช่นเกาหลีใต้

(ต่อหน้าถัดไป)

ด้วยเหตุผลที่หลากหลายแตกต่างกันไป เป็นต้นว่า พรรคการเมืองต้องจดทะเบียนหรือขึ้นทะเบียนเพื่อการส่งคนลงสมัครเลือกตั้ง เพื่อการรับการอุดหนุนจากรัฐ⁽³¹⁾ หรือเพื่อที่จะส่งผู้สมัครรับเลือกตั้งในนามของพรรคในระบบสัดส่วน⁽³²⁾ ซึ่งคณะกรรมการสิทธิการเวนิส (Venice Commission)⁽³³⁾

29. (ต่อ)

หรือเคยมีการใช้พรรคการเมืองเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐ เช่น สเปน กฎหมายพรรคการเมืองของประเทศสเปนบังคับให้ต้องจดทะเบียนหรือจดทะเบียนการจัดตั้งพรรคการเมืองก่อน จึงจะได้รับการรับรองให้มีสถานะเป็นนิติบุคคลและทำกิจกรรมทางการเมืองได้ตามกฎหมาย

30. ประเทศประชาธิปไตยเช่น ประเทศในยุโรปตะวันออก ประเทศอดีตสหภาพโซเวียต ฯลฯ มักจะควบคุมพรรคการเมืองโดยการบังคับให้ต้องจดทะเบียนหรือจดทะเบียนกับภาครัฐก่อน เพื่อส่งเสริมให้เกิดสังคมที่หลากหลายกลุ่ม (Pluralism) และป้องกันการผูกขาดทางการเมืองโดยผู้มีแนวคิดตามลัทธิคอมมิวนิสต์ผ่านพรรคการเมืองที่จัดขึ้นใหม่ภายใต้ระบอบประชาธิปไตย เช่น มาตรา 13 ของกฎหมายพรรคการเมืองอาร์เมเนีย มาตรา 17 ของกฎหมายพรรคการเมืองโรมาเนีย เป็นต้น
31. ตัวอย่างเช่น ประเทศอังกฤษซึ่งถือมาโดยตลอดว่า พรรคการเมืองเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ ไม่จำเป็นต้องมีกฎหมายรับรองสถานะ ก็ได้กำหนดให้พรรคการเมืองเฉพาะที่ต้องการส่งสมาชิกรับเลือกตั้งและได้รับสิทธิประโยชน์จากการอุดหนุนของรัฐต้องจดทะเบียนกับคณะกรรมการการเลือกตั้ง (Electoral Commission) มีเช่นนั้น ไม่สามารถลงเลือกตั้งหรือหาเสียงในนาม “พรรคการเมือง” นั้นได้

โปรดดู Section 22, Political Parties, Elections and Referendums Act 2000 และ Bradley and Ewing, Constitutional and Administrative Law, (London: Longman, 14 edition, 2007), pp. 162-163.

32. ตัวอย่างเช่น ประเทศนิวซีแลนด์ ได้มีการนำระบบการเลือกตั้งแบบสัดส่วน (Mixed Member Proportional — MMP) มาใช้ เป็นสาเหตุให้กำหนดเงื่อนไขให้พรรคการเมืองต้องจดทะเบียนกับคณะกรรมการเลือกตั้งก่อนที่จะส่งคนลงแข่งขันในนามของพรรค (Party Vote) แต่ก็มิได้จำกัดสิทธิผู้สมัครอิสระหรือผู้สมัครจากพรรคการเมืองที่มีได้จดทะเบียนในการลงสมัครรับเลือกตั้งในระบบแบ่งเขต (Constituency Candidate — Electorate Vote) แต่อย่างใด

โปรดดู Section 62, 143, 146, and 166, Electoral Act 1993 No. 87 และ Andrew Geddis, “The Unsettled Legal Status of Political Parties in New Zealand,” in New Zealand Journal of Public and International Law, Vol. 3 June 2005, p. 105.

33. คณะกรรมาธิการเวนิสเป็นชื่อเรียกทั้งทางการของคณะกรรมการยุโรปเพื่อประชาธิปไตยตามกฎหมาย (European Commission for Democracy through Law) ซึ่งมีหน้าที่เป็น (ต่อหน้าถัดไป)

เห็นว่า “มิได้ละเมิดสิทธิที่รับรองไว้ในมาตรา 10 และมาตรา 11 [เสรีภาพในการแสดงออกและเสรีภาพในการชุมนุมและการสมาคม — เพิ่มโดยผู้เขียน] ของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป⁽³⁴⁾ โดยตัวของมันเอง (per se) ภายใต้งื่อนไข่ว่า หลักเกณฑ์การจดทะเบียนต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นในสังคมประชาธิปไตยและสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน”⁽³⁵⁾

ด้วยเหตุนี้ จึงสรุปได้ว่า องค์ประกอบของพรรคการเมือง “การจดทะเบียนการจัดตั้ง” นี้มิได้ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ ส่วนปัญหาว่า หลักเกณฑ์เงื่อนไข หรือวิธีการในการจดทะเบียนจัดตั้งจะขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่⁽³⁶⁾ และการกำหนดความผิดอาญาสำหรับผู้ที่ดำเนินกิจการเช่นเดียวกับพรรคการเมืองจะขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่⁽³⁷⁾ เป็นอีกเรื่องที่เหมาะสมให้การศึกษาวิเคราะห์โดยละเอียดต่อไป

3. พรรคการเมืองเป็นการรวมตัวกันของประชาชนเพื่อสร้างเจตนารมณ์ทางการเมือง

ลักษณะธรรมชาติของการรวมกลุ่มกันของมนุษย์นั้นจะเกิดขึ้นเพราะความเหมือนหรือคล้ายคลึงกันในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเช่น ความชื่นชอบรสนิยม

33. (ต่อ)

องค์การที่ปรึกษาของสภายุโรป (Council of Europe) ประกอบด้วยกรรมการอิสระซึ่งเป็นผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญ มีสำนักงานตั้งอยู่ที่เมืองเวนิส ประเทศอิตาลี อันเป็นที่มาของชื่อเรียกข้างต้น

โปรดดู <http://www.venice.coe.int/>

34. ชื่อตามทางการของอนุสัญญานี้คือ “The Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms” ซึ่งได้รับการรับรองจากประเทศต่างๆ ในยุโรปตะวันตกในปี ค.ศ. 1950

35. Venice Commission, Guidelines on Legislation on Political Parties: Some Specific Issues, 25 February 2004, CDL-DEM (2003) 4 rev Or. Engl., p. 3.

36. สุรเดช ชมเกล็ดแก้ว, เรื่องเดิม, หน้า 104-109, และวัลลียา ไซยศิริ, เรื่องเดิม, หน้า 133-143.

37. โปรดดู พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 มาตรา 110 วรรคสอง และบุญศรี ม่วงศุโขทัย, เรื่องเดิม, หน้า 140-141.

อาชีพ เชื้อชาติ ศาสนา ถิ่นกำเนิด ความคิดเห็น หรือแม้แต่มีผลประโยชน์ร่วมกัน ส่วนพรรคการเมืองก็จะเป็นการรวมตัวกันของผู้มีความคิดเห็นทางการเมืองในทิศทางเดียวกัน ไม่ว่าความคิดเห็นดังกล่าวจะถึงขั้นเป็นอุดมการณ์ (Ideology)⁽³⁸⁾ หรือไม่ก็ตาม การที่กฎหมายกำหนดองค์ประกอบข้อนี้ก็เพื่อ (1) ยืนยันหลักการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญว่า อุดมการณ์หรือแนวความคิดทางการเมืองเป็นพื้นฐานของการรวมกลุ่มเป็นพรรคการเมืองและในขณะเดียวกันก็สะท้อนเป้าประสงค์สำหรับบรรดาพรรคการเมืองไทยทั้งหลายกล่าวคือ ต้องมิใช่การรวมกลุ่มกันเพื่อผลประโยชน์ทางการเมืองของกลุ่มชนชั้นนำและนายทุนของพรรคการเมืองแต่ลำพังอย่างเดียว⁽³⁹⁾ หากแต่ต้องมีแนวความคิดทางการเมืองพื้นฐานร่วมกันในการรวมกลุ่มด้วย และ (2) กล่าวย้ำหน้าที่ของพรรคการเมืองในการสร้างและสานต่อแนวความคิดทางการเมืองดังกล่าวให้เกิดขึ้นในหมู่ประชาชน โดยประชาชนคนอื่นๆ ที่คล้อยตามแนวทางที่พรรคการเมืองหนึ่งๆ กำหนดไว้ก็อาจเข้าร่วมเป็นสมาชิกกับพรรคการเมืองนั้นๆ ต่อไป ทั้งนี้ อุดมการณ์หรือแนวความคิดทางการเมืองดังกล่าวหมายความว่าความรวมถึงแนวคิดด้านเศรษฐกิจและสังคมในเรื่องอื่นๆ ทัวไปด้วย รวมทั้งไม่จำเป็นที่สมาชิกทุกคนต้องมีแนวความคิดเห็นเหมือนกันทุกรายละเอียด⁽⁴⁰⁾

อนึ่ง เนื่องจากบทนิยามพรรคการเมืองนั้นใช้ถ้อยคำว่า “เพื่อสร้างเจตนารมณ์ทางการเมืองของประชาชนตามวิถีทางการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” ทำให้มีปัญหาคือต้องขบคิด

38. พจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542, (กรุงเทพฯ: นานมีบุ๊คส์, 2546), หน้า 1381 อธิบายความหมายของ “อุดมการณ์” ว่าหมายถึง หลักการที่วางระเบียบไว้เป็นแนวปฏิบัติเพื่อให้บรรลุเป้าหมายที่กำหนดไว้

39. ผู้สนใจบทวิเคราะห์เหตุแห่งการกำเนิดขึ้นของพรรคการเมืองไทยทั้งที่มีขึ้นเพื่อสนับสนุนผู้นำทางการเมือง เกิดขึ้นเพราะอุดมการณ์ และจัดตั้งขึ้นเพื่อเอาผลประโยชน์ร่วมกัน โปรดดู กนก วงศ์ตระหง่าน, เรื่องเดิม, หน้า 59-100.

40. พยุด แสงอุทัย, เรื่องเดิม, หน้า 2-3.

ต่อว่า การรวมกลุ่มทางการเมืองโดยสมาชิกมีแนวความคิดเห็นทางการเมืองร่วมกัน แต่ความคิดเห็นดังกล่าวขัดแย้งหรือไม่สอดคล้องกับวิถีทางการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (Constitutional Monarchy) เช่น ต้องการเปลี่ยนแปลงประเทศไทยให้ปกครองภายใต้ระบอบคอมมิวนิสต์หรือระบอบปรีมาญาสิทธิราชย์ (Limited Monarchy) หรือต้องการเปลี่ยนเป็นสาธารณรัฐซึ่งมีประธานาธิบดีเป็นประมุข เช่นนี้ ถือว่าเป็น “พรรคการเมือง” หรือไม่ตามบทนิยามนี้หรือไม่

ความเห็นแรก การรวมกลุ่มที่มีเจตนารมณ์ทางการเมืองขัดต่อระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขจัดว่าเป็น “พรรคการเมือง” แต่การมีเจตนารมณ์ดังกล่าวถือเป็นเหตุให้ยุบพรรคการเมืองนั้นด้วยเหตุที่พรรคการเมืองมีเจตนารมณ์ไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม “ความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญไม่เป็นองค์ประกอบของความเป็นพรรคการเมือง เพราะมิฉะนั้นแล้วพรรคการเมืองที่มีเป้าหมายไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญก็จะไม่เข้าข่ายของความเป็นพรรคการเมืองตั้งแต่ต้น”⁽⁴¹⁾ ซึ่งจะทำให้บทบัญญัติมาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญซึ่งเกี่ยวกับอำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการยุบพรรคการเมืองที่ล้มล้างการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขเป็นหมิ่นไปได้ ความเห็นนี้ผู้เขียนวิเคราะห์สังเคราะห์ขึ้นโดยเทียบเคียงหลักกฎหมายเยอรมัน⁽⁴²⁾

นอกจากนั้น หากพิจารณาความในมาตรา 65 ของรัฐธรรมนูญที่ว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการรวมกันจัดตั้งพรรคการเมืองเพื่อสร้างเจตนารมณ์ทางการเมืองของประชาชนและเพื่อดำเนินกิจกรรมในทางการเมืองให้เป็นไป

41. บุญศรี มีวงศ์ฤทัย, เรื่องเดิม, หน้า 66.

42. BVerfGE 5, 85 (140) อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

อย่างไรก็ดี มีข้อสังเกตว่า ศาสตราจารย์ ดร. บุญศรี มีวงศ์ฤทัย อธิบายความดังกล่าวตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายพรรคการเมืองเยอรมันเท่านั้น ท่านมิได้สรุปความว่า พรรคการเมืองตามกฎหมายไทยต้องเป็นเช่นบทวิเคราะห์นี้แต่อย่างใด

ตามเจตนารมณ์นั้นตามวิถีทางการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้” จะพบความแตกต่างของถ้อยคำที่ใช้ในรัฐธรรมนูญและกฎหมายพรรคการเมือง กล่าวคือ ในรัฐธรรมนูญ การจัดตั้งพรรคการเมืองนั้นเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ 2 ประการคือ (1) “เพื่อสร้างเจตนารมณ์ทางการเมืองของประชาชน” และ (2) “เพื่อดำเนินกิจกรรมในทางการเมืองให้เป็นไปตามเจตนารมณ์นั้น” ด้วยเหตุที่กล่าว “ตามวิถีทางการปกครองระบอบประชาธิปไตย...” นั้นต่อท้ายขยายความ “เพื่อดำเนินกิจกรรมในทางการเมืองให้เป็นไปตามเจตนารมณ์นั้น” ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า รัฐธรรมนูญไม่ได้ควบคุมการสร้างเจตนารมณ์ทางการเมืองของประชาชนว่าต้องสอดคล้องกับหลักการดังกล่าวหรือไม่ หากแต่ควบคุมเฉพาะการกระทำหรือการดำเนินกิจกรรมมิให้ขัดหรือแย้งกับหลักการดังกล่าว และที่สำคัญ หากรัฐธรรมนูญมีความมุ่งหมายที่จะควบคุมตั้งแต่การสร้างเจตนารมณ์ไปจนถึงการดำเนินกิจกรรมตามเจตนารมณ์ ก็สมควรที่จะบัญญัติความในมาตรา 65 ให้ชัดเจนยิ่งกว่านี้⁴³⁾

ความเห็นที่สอง การรวมกลุ่มที่มีเจตนารมณ์ทางการเมืองขัดต่อระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขไม่ถือว่าเป็น “พรรคการเมือง” ตามกฎหมาย เนื่องจาก ประการแรก การตีความบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 65 ต้องเป็นในทำนองว่า การจัดตั้งพรรคการเมืองนั้นทั้งที่เป็นไป (1) “เพื่อสร้างเจตนารมณ์ทางการเมืองของประชาชน” และ (2) “เพื่อดำเนินกิจกรรมในทางการเมืองให้เป็นไปตามเจตนารมณ์นั้น” ล้วนแล้วแต่ต้องสอดคล้องกับวิถีทางการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมี

43. ตัวอย่างเช่น “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการรวมกันจัดตั้งพรรคการเมืองเพื่อสร้างเจตนารมณ์ทางการเมืองของประชาชนและเพื่อดำเนินกิจกรรมในทางการเมืองให้เป็นไปตามเจตนารมณ์นั้น ตามวิถีทางการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ และเพื่อดำเนินกิจกรรมในทางการเมืองให้เป็นไปตามเจตนารมณ์นั้น”

พระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข จึงจะเป็นการตีความที่ถูกต้อง⁽⁴⁴⁾ เพราะวลี “ตามวิถีทางการปกครองระบอบประชาธิปไตย...” นั้นขยายความทั้ง (1) และ (2) เนื่องจาก (1) และ (2) เขียนติดกัน โดยเชื่อมด้วยคำว่า “และ” หากผู้ร่างประสงค์ที่จะให้วลีดังกล่าวขยายความเฉพาะ (2) ก็น่าจะเว้นวรรคระหว่างคำว่า “...เพื่อสร้างเจตนารมณ์ทางการเมืองของประชาชน” และคำว่า “และเพื่อดำเนินกิจกรรมในทางการเมือง...”⁽⁴⁵⁾ ประการที่สอง หากพิจารณาบทบัญญัติมาตราต่างๆ ของรัฐธรรมนูญทั้งฉบับอย่างเป็นระบบ จะพบว่า การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขนั้นเป็นหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญที่จะละเมิดมิได้ แม้จะเสนอญัตติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็มีโอกาสกระทำได้⁽⁴⁶⁾ ดังนั้น การใช้เสรีภาพ

44. ศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย อธิบายเกี่ยวกับองค์ประกอบของพรรคการเมืองไว้ว่า การที่พรรคการเมืองจะแปรเปลี่ยนนโยบายของตนเป็นนโยบายของรัฐบาลนั้น “จะต้องกระทำโดยวิถีทางประชาธิปไตย คือ โดยส่งสมาชิกของตนสมัครรับเลือกตั้งแข่งขันกับพรรคอื่น ...โดยเหตุนี้ คณะรัฐประหารหรือคณะปฏิวัติซึ่งเข้ามาใช้อำนาจในรัฐโดยวิธีการใช้กำลังทหาร จึงไม่ถือว่าเป็นพรรคการเมือง” ซึ่งเป็นการอธิบายในแง่ “การดำเนินการหรือการกระทำ” อย่างไรก็ดี ศาสตราจารย์ ดร. หยุต ไม่ได้อธิบายในแง่เจตนารมณ์ในการจัดตั้งพรรคการเมือง โปรดดู หยุต แสงอุทัย, เรื่องเดิม, หน้า 5.

45. “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการรวมกันจัดตั้งพรรคการเมืองเพื่อสร้างเจตนารมณ์ทางการเมืองของประชาชน[เว้นวรรค] และเพื่อดำเนินกิจกรรมในทางการเมืองให้เป็นไปตามเจตนารมณ์นั้นตามวิถีทางการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ”

46. โปรดดูบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มาตรา 1, 2, 3, มาตราต่างๆ ในหมวด 2 พระมหากษัตริย์ มาตรา 28, 65, 68, 70, 77, 78, 87 เรื่องต่อไปจนถึงมาตรา 291 (1) รวบรวมซึ่งบัญญัติว่า “ญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปของรัฐ จะเสนอมิได้”

และโปรดดูเทียบเคียงรัฐธรรมนูญเยอรมัน มาตรา 79 (3) ซึ่งห้ามเสนอญัตติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่จะมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงหลักสหพันธรัฐ หลักการเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และสิทธิขั้นพื้นฐาน หลักสาธารณรัฐ หลักประชาธิปไตย หลักสังคมรัฐ (Sozialstaat) โปรดดู David P. Currie, *The Constitution of the Federal Republic of Germany*, (Chicago: University of Chicago Press, 1994), หน้า 8-32.

ในการจัดตั้งพรรคการเมืองเพื่อสร้างเจตนารมณ์ที่ขัดต่อหลักการพื้นฐานดังกล่าวก็ไม่อาจกระทำได้เช่นกัน

ประการที่สาม บทวิเคราะห์ของความเห็นแรกซึ่งเทียบเคียงหลักกฎหมายเยอรมันนั้นไม่สอดคล้องกับระบบกฎหมายไทย เพราะลักษณะการถือกำเนิดขึ้นของพรรคการเมืองในเยอรมันแตกต่างจากของไทย กล่าวคือพรรคการเมืองในเยอรมันเป็นสิ่งที่เกิดโดยธรรมชาติ (Natural Creature) เมื่อมีบุคคลมารวมตัวกันเพื่อสร้างเจตนารมณ์ทางการเมืองโดยไม่ต้องอาศัยการรับรองโดยกฎหมาย⁴⁷⁾ ไม่ต้องจดทะเบียน จัดแจ้ง หรือขึ้นทะเบียนใดๆ กับหน่วยงานของรัฐ⁴⁸⁾ แตกต่างจากพรรคการเมืองไทยซึ่งถือเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นโดยกฎหมาย (Legal Creature) ต้องจัดแจ้งกับนายทะเบียนพรรคการเมืองก่อนจึงจะมีสถานะเป็นนิติบุคคลและสามารถดำเนินกิจกรรมทางการเมืองในฐานะ “พรรค” การเมืองได้ ด้วยเหตุนี้ ข้อความ “ความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญไม่เป็นองค์ประกอบของความเป็นพรรคการเมือง เพราะ...จะทำให้บัพผญญติ...ในการยุบพรรคการเมือง ... เป็นหมิ่นไป” ข้างต้น จึงเป็นคำอธิบายเฉพาะในระบบกฎหมายเยอรมัน ไม่สามารถอ้างอิงเทียบเคียงมาใช้ในระบบกฎหมายไทยได้ ดังนั้น ในระบบกฎหมายไทย หากการรวมตัวกันจัดตั้งพรรคการเมืองมีเจตนารมณ์ขัดต่อหลักการพื้นฐานดังกล่าวอย่างชัดแจ้ง นายทะเบียนก็ต้องไม่รับจดทะเบียนจัดตั้งพรรคการเมือง และในทางตรงกันข้าม หากพรรคการเมืองมิได้มีเจตนารมณ์ที่ขัดต่อหลักการพื้นฐานอย่างชัดแจ้งและนายทะเบียนได้รับจดทะเบียนจัดตั้งพรรคการเมืองแล้ว ต่อมาหากปรากฏข้อเท็จจริงว่า พรรคการเมืองดังกล่าวดำเนินกิจกรรมทางการเมืองที่ขัดต่อหลักการพื้นฐาน ซึ่งจะมีผลเป็นการพิสูจน์ยืนยันถึงเจตนารมณ์ที่ขัดต่อหลักการพื้นฐานดังกล่าว ก็ย่อมเป็นเหตุที่จะเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อยุบพรรคการเมืองนั้นต่อไป ซึ่งจะเห็นได้ว่า การตีความ

47. ศึกษาบทวิเคราะห์ทฤษฎีว่าด้วยการเกิดขึ้นของนิติบุคคลได้ใน กิตติศักดิ์ ปกรติ, เรื่องเดิม, หน้า 23-36.

48. Jörn Ipsen, เรื่องเดิม, หน้า 205-206.

ในแนวทางนี้มีได้ทำให้บทบัญญัติมาตรา 68 เป็นหมันไปแต่อย่างใด

ผู้วิจัยเห็นว่า ความเห็นที่สองนี้น่าจะเป็นความเห็นที่ถูกต้องสำหรับระบบกฎหมายไทยด้วยเหตุผลต่าง ๆ ที่ยกมาข้างต้น อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี สมควรมีการศึกษาวิเคราะห์ต่อไปอีกว่า (ก) เจตนารมณ์ อุดมการณ์ หรือนโยบายของพรรคการเมืองในลักษณะใดถือว่ามีลักษณะไม่สอดคล้องกับวิถีทางการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และ (ข) หากมีการแสดงออกและการรวมกลุ่มทางการเมืองตามอุดมการณ์คอมมิวนิสต์หรือตามอุดมการณ์แบบสาธารณรัฐ ซึ่งแม้จะไม่ใช่พรรคการเมืองตามบทนิยามนี้ แต่ก็เป็นการแสดงออกและร่วมกลุ่มทางการเมืองโดยประสงค์ที่จะใช้กลไกประชาธิปไตยคือนำเสนออุดมการณ์ดังกล่าวในการเลือกตั้งหรือการลงประชามติเพื่อผลักดันอุดมการณ์ให้บรรลุผล โดยมีได้ใช้วิธีการรุนแรงใด ๆ ระบอบประชาธิปไตยของไทยจะยอมรับเจตนารมณ์ที่ขัดต่ออุดมการณ์ประชาธิปไตยและความเป็นราชอาณาจักรได้หรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การแสดงออกและการใช้สิทธิทางการเมืองที่กระทบต่อหลักพื้นฐานของการปกครองไทยมีขอบเขตแค่ไหนเพียงไร เป็นประเด็นที่น่าศึกษาวิจัยเป็นอย่างยิ่ง โดยเฉพาะการศึกษาเปรียบเทียบกับประเทศประชาธิปไตยอื่น ๆ⁴⁹⁾

4. พรรคการเมืองต้องมุ่งที่จะส่งสมาชิกเข้าสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร

กฎหมายพรรคการเมืองกำหนดเป้าหมายของการเป็นพรรคการเมืองไว้ว่า

49. ตัวอย่างเช่น ในคดีพรรคคอมมิวนิสต์ สาธารณรัฐเยอรมันปฏิเสศ มิให้การโฆษณาปลุสangkมนิยมมาร์กซิสม์ได้รับความคุ้มครองภายใต้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญว่าด้วยเสรีภาพในการแสดงออก BVerfGE 5, 85 (141-6).

ผู้สนใจโปรดดู Aharon Barak, *The Judge in A Democracy*, (New Jersey: Princeton University Press, 2006), หน้า 28-32. และ David C. Rapoport and Leonard Weinberg (eds.), *The Democratic Experience and Political Violence*, (Portland: Frank Cass Publishers, 2001).

ต้องมุ่งที่จะส่งสมาชิกพรรคลงสมัครรับเลือกตั้งเป็น ส.ส. และหากพรรคการเมืองใดไม่ส่งสมาชิกลงรับเลือกตั้ง ส.ส. ในการเลือกตั้งทั่วไปสองครั้งติดต่อกัน หรือไม่ส่งลงสมัครเป็นเวลาแปดปีติดต่อกัน สุดแต่ระยะเวลาใดจะยาวกว่ากัน⁽⁵⁰⁾ ถือว่าพรรคการเมืองนั้นยอมสิ้นสภาพความเป็นพรรคการเมืองไปโดยผลของกฎหมาย จากนั้นนายทะเบียนพรรคการเมืองโดยความเห็นชอบของ ก.ก.ต. ก็จะนำความดังกล่าวลงประกาศในราชกิจจานุเบกษา⁽⁵¹⁾ นอกจากนี้ ในกรณีที่มีการยุบสภาทำให้ต้องจัดการเลือกตั้งทั่วไปก่อนกำหนด 4 ปีตามปกติ⁽⁵²⁾ หากพรรคการเมืองใดไม่ส่งสมาชิกลงสมัคร ส.ส. ในการเลือกตั้งทั่วไป 2 ครั้งติดต่อกัน จะถูกลดเงินสนับสนุนพรรคการเมืองที่พึงได้รับจากกองทุนเพื่อการพัฒนาพรรคการเมืองลงกึ่งหนึ่ง หากไม่ส่ง 3 ครั้งติดต่อกัน จะถูกลดเงินลงสามในสี่ และหากไม่ส่ง 4 ครั้งติดต่อกัน จะไม่ได้รับเงินสนับสนุนพรรคการเมือง จนกว่าจะได้มีการส่งสมาชิกพรรคลงสมัคร ส.ส. ในการเลือกตั้งทั่วไปหรือในการเลือกตั้งซ่อมและสมาชิกผู้นั้นได้รับเลือกตั้งเป็น ส.ส.⁽⁵³⁾ และในที่สุด พรรคการเมืองที่ไม่ได้ส่งสมาชิกลงสมัคร ส.ส. เลย แม้แต่คนเดียวตลอด 8 ปีก็จะสิ้นสภาพไป อย่างไรก็ดี หากเป็นกรณีที่พรรคการเมืองส่งสมาชิกลงสมัครเลือกตั้ง ส.ส. แล้ว แต่ไม่มีผู้สมัครคนใด

50. บงครั้งการเลือกตั้งทั่วไปสองสมัยอาจยาวกว่า 8 ปีได้ สมมุติว่า สภาครบวาระ 31 ธันวาคม 2550 (4 ปี) จัดการเลือกตั้งภายใน 45 วัน หากจัดวันที่ 14 กุมภาพันธ์ 2551 สภาครบวาระอีกครั้ง 13 กุมภาพันธ์ 2555 (4 ปี) จัดการเลือกตั้งภายใน 45 วัน คือวันที่ 30 มีนาคม 2555 กรณีนี้ ระยะเวลาที่ยาวที่สุดคือ 8 ปีกับอีก 90 วัน หรืออีกกรณีหนึ่ง สภาจะครบ 4 ปีในวันที่ 1 เมษายน แต่มีการยุบสภาในวันที่ 31 มีนาคม 2550 ต้องจัดการเลือกตั้งภายใน 45-60 วัน หากจัดวันที่ 60 คือ 29 พฤษภาคม 2550 สภาจะครบวาระ 4 ปีอีกครั้งในวันที่ 28 พฤษภาคม 2554 หากยุบสภาในวันที่ 27 พฤษภาคม 2554 และจัดการเลือกตั้ง ณ วันที่ 60 คือ 27 กรกฎาคม 2554 กรณีหลังนี้ ระยะเวลาที่ยาวที่สุดคือ 8 ปีกับอีก 118 วัน

51. มาตรา 91 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550

52. มาตรา 104 และ 104 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

53. มาตรา 78 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550

ของพรรคได้รับเลือกตั้ง ก็ไม่เป็นเหตุให้พรรคการเมืองนั้นสิ้นสภาพ⁽⁵⁴⁾ แต่อาจถูกสละและเลิกเงินสนับสนุนพรรคการเมืองได้⁽⁵⁵⁾

ประเด็นปัญหาสำคัญที่ต้องวิเคราะห์ ณ ที่นี้ ได้แก่ (1) การกำหนดองค์ประกอบความเป็นพรรคการเมืองให้ต้องส่งสมาชิกลงสมัคร ส.ส. นั้น สอดคล้องกับลักษณะธรรมชาติของพรรคการเมืองหรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่งเป็นไปตามความหมายของพรรคการเมืองในทางรัฐศาสตร์หรือไม่ (2) องค์ประกอบข้อนี้สอดคล้องกับบทบัญญัติและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญหรือไม่ และ (3) เพราะเหตุใด ต้องเป็นการเลือกตั้ง ส.ส. เท่านั้น และทำไมไม่รวมกรณีที่พรรคการเมืองส่งสมาชิกลงสมัครในการเลือกตั้งท้องถิ่นด้วย

4.1 พรรคการเมืองกับการเลือกตั้ง

ในประเด็นปัญหาที่ (1) เมื่อศึกษาดำรงเกี่ยวกับพรรคการเมืองหลายเล่มพบว่า พรรคการเมืองนั้นต้องมีจุดมุ่งหมายอย่างน้อยที่สุด “เพื่อการชนะเลือกตั้งและเพื่อการใช้อำนาจในการบริหารประเทศ”⁽⁵⁶⁾ “มีการคัดเลือกบุคคลเข้าสมัครรับเลือกตั้งและมีจุดมุ่งหมายที่จะเข้าไปควบคุมการดำเนินงานและนโยบายของรัฐบาล”⁽⁵⁷⁾ “ต้องการเป็นรัฐบาล”⁽⁵⁸⁾ หรือต้อง “หาโอกาสที่จะเข้าร่วมรัฐบาล”⁽⁵⁹⁾ เพื่อนำเอานโยบายของพรรคการเมืองคนไปเป็นนโยบายของรัฐบาลหรือเป็นส่วนหนึ่งของนโยบายรัฐบาล โดยวิถีทางประชาธิปไตย⁽⁶⁰⁾ หรือไม่เช่นนั้น ก็ต้อง “เป็นฝ่ายค้านคอยชี้แนะ

54. โปรดดู มาตรา 91 (2) 2550 เทียบกับ มาตรา 46 (4) ของพรบ.2524 แก้ไขเพิ่มเติมตามมาตรา 7 ของพระราชบัญญัติพรรคการเมือง ฉบับที่ 2 2535 และเทียบกับมาตรา 29 (4) ของพรบ. 2511

55. มาตรา 78 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550

56. กนก วงศ์ตระหง่าน, เรื่องเดิม, หน้า 60.

57. วิทยา นาสิริกุลกิจ และสุรพล ราชภัณฑารักษ์, เรื่องเดิม, หน้า 9.

58. ปรีชา หงษ์ไกรเลิศ, เรื่องเดิม, หน้า 13.

59. ชาญวุฒิ วัชรพุก และ สุชิน ดันติกุล (ผู้รวบรวม), เรื่องเดิม, หน้า 11.

60. หยุต แสงอุทัย, เรื่องเดิม, หน้า 3-5 และ 115

ข้อบกพร่องในนโยบายรัฐบาล”⁽⁶¹⁾ การจะเป็นรัฐบาลที่ดี เข้าร่วมรัฐบาลที่ดี หรือการทำหน้าที่ฝ่ายค้านในสภาที่ดี จำเป็นที่พรรคการเมืองต้องมีสมาชิกพรรคเป็น ส.ส. เพื่อการดังกล่าว⁽⁶²⁾ จริงอยู่ แม้มีความเป็นไปได้ในทางปฏิบัติที่รัฐบาลอาจเชิญหัวหน้าหรือแกนนำของพรรคการเมืองที่แพ้การเลือกตั้งและไม่มี ส.ส. ในสังกัด หรือไม่ได้ส่งสมาชิกลงเลือกตั้งเลย แต่เป็นผู้ที่มีความรู้ความสามารถสูง เข้าร่วมเป็นรัฐมนตรี และอาจมีส่วนในการผลักดันนโยบายของพรรคการเมืองนั้นให้ปรากฏเป็นส่วนหนึ่งของนโยบายรัฐบาล แต่ก็ถือเป็นกรณีพิเศษเฉพาะตัวบุคคล ไม่อาจถือเป็นเหตุยกเว้นหลักทั่วไปที่พรรคการเมืองจำเป็นต้องมี ส.ส. ได้ ดังนั้น องค์ประกอบข้อนี้จึงเป็นไปตามลักษณะธรรมชาติของพรรคการเมือง ซึ่งแตกต่างจากกลุ่มผลประโยชน์ (Interest Groups) หรือกลุ่มกดดันทางการเมืองอื่น ๆ (Pressure Groups) ที่ต่างก็มุ่งผลักดันนโยบายหรือแนวคิดของกลุ่มของตนให้เป็นที่ยอมรับในสังคมหรือให้เป็นนโยบายรัฐบาล โดยมิได้เข้าสู่กระบวนการเลือกตั้งและกลไกทางการเมืองในรัฐสภาโดยตรง⁽⁶³⁾

4.2 ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญขององค์ประกอบข้อนี้

ส่วนปัญหาที่ (2) ที่ว่า องค์ประกอบข้อนี้สอดคล้องกับบทบัญญัติและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น คงต้องทำความเข้าใจถึงพระราชบัญญัติพรรคการเมือง พ.ศ. 2524⁽⁶⁴⁾ มาตรา 46 (3) ที่กำหนดว่า

61. ชาญวุฒิ วัชรพุก และ สุชิน ดันติกุล (ผู้รวบรวม), เรื่องเดิม, หน้า 11.

62. อย่างไรก็ดี นายอนันท์ ปันยารชุน ประธานกรรมาธิการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญ (ฉบับ พ.ศ. 2540) อภิปรายว่า พรรคการเมืองในโลกมีสองลักษณะคือที่ส่งคนลงเลือกตั้งและไม่ส่งคนลงเลือกตั้งแต่มุ่งสร้างเจตจำนงทางการเมืองเท่านั้น โปรดดู รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 26 (เป็นกรณีพิเศษ) 25 กรกฎาคม 2540, หน้า 270.

63. Howard Davis, เรื่องเดิม, หน้า 43.

64. อันที่จริง ปัญหานี้เป็นผลพวงมาจากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2517 ที่กำหนดให้ ผู้สมัคร ส.ส. ต้องสังกัดพรรคการเมือง

หากพรรคการเมืองใดไม่ส่งสมาชิกลงสมัครหรือส่งสมาชิกลงสมัครรับเลือกตั้ง ส.ส. ไม่ถึงกึ่งหนึ่งของจำนวน ส.ส. ทั้งหมด ถือเป็นเหตุให้เลิกพรรคการเมืองนั้น ความดังกล่าวถูกอ้างว่า เป็นไปตามหลักการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2521 มาตรา 95 ซึ่งบังคับว่า ผู้ที่จะมีสิทธิลงสมัคร ส.ส. ในการเลือกตั้งทั่วไป ต้องเป็นสมาชิกของพรรคการเมืองที่ส่งคนลงสมัคร ส.ส. ในการเลือกตั้งครั้งนั้น ไม่น้อยกว่าจำนวนกึ่งหนึ่งของจำนวน ส.ส. ทั้งหมดที่พึงมี ซึ่งต่อมารัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2534 มาตรา 106 ลดจำนวนขั้นต่ำลงเหลือ 120 คน และรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 5 พ.ศ. 2538 มาตรา 112 ได้ลดลงไปเป็น ไม่น้อยกว่าหนึ่งในสี่ของจำนวน ส.ส. ทั้งหมด ซึ่งมีอยู่ในขณะนั้นซึ่งเท่ากับต้องไม่น้อยกว่า 99 คน⁽⁶⁵⁾ ในการนี้ รัฐบาลได้มีการแก้ไขมาตรา 46 (3) แห่งพระราชบัญญัติพรรคการเมือง พ.ศ. 2524 สองครั้ง⁽⁶⁶⁾ เพื่อให้จำนวนตัวเลขขั้นต่ำซึ่งเป็นเหตุในการเลิกพรรคการเมืองเป็นไปตามจำนวนขั้นต่ำที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรการกำหนดจำนวนผู้สมัคร ส.ส. ขั้นต่ำที่พรรคการเมืองจะต้องส่งลงสมัครในการเลือกตั้งทั่วไปนี้ ได้รับการอธิบายว่า จะช่วยลดจำนวนพรรคเล็กพรรคน้อยในสภา ยิ่งเมื่อใช้ควบคู่กับการมาตรการยุบพรรคที่ส่งคนลงสมัครไม่ถึงเกณฑ์ ก็ยิ่งทำให้เกิดการรวมตัวของพรรคเล็กๆ เป็นพรรคใหญ่ อันจะช่วยให้รัฐบาลมีเสถียรภาพมากยิ่งขึ้น⁽⁶⁷⁾

จริงอยู่ มาตรการดังกล่าวทั้งสองไม่ต้องด้วยข้อสงสัยว่าขัดรัฐธรรมนูญหรือไม่ เพราะเป็นถูกบัญญัติไว้โดยตรงในรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับ ณ ขณะนั้น และยังอนุমানได้ว่าถูกกำหนดขึ้นเพื่อรองรับมาตรการที่บัญญัติชัดเจนใน

65. จำนวน ส.ส. ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2534 มาตรา 999 มีจำนวน 360 คน แต่รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 5 พ.ศ. 2538 มาตรา 106 แก้ไขเป็นใช้เกณฑ์ ผู้แทน 1 คนต่อประชากร 150,000 คน ทำให้ในการเลือกตั้งทั่วไป พ.ศ. 2538 มีจำนวน ส.ส. 393 คน

66. มาตรา 7 พระราชบัญญัติพรรคการเมือง (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 และมาตรา 3 พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติพรรคการเมือง พ.ศ. 2524 พ.ศ. 2538

67. คนก วงศ์ตระหง่าน, เรื่องเดิม, หน้า 171.

รัฐธรรมนูญ แต่ทั้งสองมาตรการก็ถูกวิพากษ์วิจารณ์อย่างมากว่า เป็นมาตรการที่ละเมิดเสรีภาพของประชาชนในการจัดตั้งพรรคการเมืองและดำเนินกิจกรรมทางการเมือง และมีได้ช่วยทำให้เกิดรัฐบาลที่มีเสถียรภาพมากขึ้นแต่อย่างใด⁽⁶⁸⁾ ทั้งยังเป็นการเปิดช่องให้ทุนเข้ามาครอบงำพรรคการเมืองเนื่องจากต้องใช้เงินในการสมัครเป็นจำนวนมาก⁽⁶⁹⁾ เพราะต้องการให้ผู้สมัครครบจำนวนตามเกณฑ์ขั้นต่ำ จนบางครั้งถึงขนาดต้องจ้างคนลงสมัคร⁽⁷⁰⁾

ด้วยเหตุนี้ รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 จึงบัญญัติไว้ในมาตรา 328 ว่า “นอกจากที่มีบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง อย่างน้อยต้องมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้ ... (๒) การเลิกพรรคการเมือง ทั้งนี้ โดยมีให้น่าเอาเหตุที่พรรคการเมืองไม่ส่งสมาชิกสมัครรับเลือกตั้ง หรือเหตุที่ไม่มีสมาชิกของพรรคการเมืองได้รับเลือกตั้งมาเป็นเหตุให้ต้องเลิกหรือยุบพรรคการเมือง” มาตรานี้กำหนดให้รัฐสภาซึ่งเป็นผู้พิจารณาให้ความเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมืองต้องจัดทำยกร่างกฎหมายดังกล่าวโดยมีเนื้อหาสาระตามหลักการต่างๆ ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ หลักการดังกล่าวมิใช่เป็นเพียงบทเฉพาะกาลปกติที่เมื่อได้ปฏิบัติแล้วเสร็จ หรือพ้นระยะเวลาที่กำหนดแล้วจะสิ้นสภาพบังคับไปโดยปริยาย เนื่องจากรัฐธรรมนูญ มาตรา 192 กำหนดให้สาระสำคัญดังกล่าวต้องมีในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญเรื่องนั้นๆ ตามรัฐธรรมนูญนี้ตลอดไป มิใช่มีหลักการดังกล่าวปรากฏแต่เฉพาะในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญฉบับแรก แล้วต่อมาก็ตรากฎหมายฉบับที่ 2

68. บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, การปรับปรุงระบบพรรคการเมืองไทย, (กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2538), หน้า 23.

69. วิญญู วรวิญญู แกลชนะ, แนวทางการพัฒนากฎหมายเกี่ยวกับการให้การสนับสนุนทางการเงินและประโยชน์อย่างอื่นจากรัฐและเอกชน แก่พรรคการเมือง และสมาชิกพรรคการเมือง, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2540) หน้า 6-16.

70. ณรงค์เดช สรุโณมิต, “บ่อยครั้งเลือกตั้งผิดหรือไม่” ใน มติชนรายวัน ฉบับวันที่ 8 มีนาคม 2549 หน้า 6.

ฉบับที่ 3 มาแก้ไขหรือยกเลิกสาระสำคัญดังกล่าวในภายหลัง ดังนั้น จึงเท่ากับว่า รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 ห้ามมิให้มีการยุบเลิกพรรคการเมืองใด เพราะเหตุที่พรรคการเมืองนั้นไม่ส่งสมาชิกลงสมัครรับเลือกตั้งนั่นเอง และอาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 มิได้ถือว่า การส่งสมาชิกลงสมัคร ส.ส. เป็นสาระสำคัญของการเป็นพรรคการเมือง

ข้อสรุปข้างต้นทำให้การพิจารณาปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญขององค์ประกอบ “มุ้งที่จะส่งสมาชิกเข้าสมัครรับเลือกตั้งเป็น ส.ส.” นี้ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 สลับซับซ้อนยิ่งขึ้น กล่าวคือ

ในด้านหนึ่ง อาจพิจารณาได้ว่า บทนิยามพรรคการเมืองที่กำหนดให้ต้องมีองค์ประกอบดังกล่าวไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้ประการแรก เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติมาตรา 47 แห่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 และมาตรา 65 ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ซึ่งรับรองเสรีภาพในการจัดตั้งพรรคการเมืองและดำเนินกิจกรรมทางการเมืองแล้ว เห็นได้ว่าเหมือนกันแทบทุกกระเบียดนิ้ว⁽⁷¹⁾ รวมทั้งมาตราอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับพรรคการเมืองก็ล้วนแล้วแต่คัดลอกมาจากรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 แทบทั้งสิ้น⁽⁷²⁾ แม้ว่ารัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 จะไม่มีบทบัญญัติดังเช่นมาตรา 328 (2) ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 ก็ตาม แต่ก็อนุมานได้ว่าเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ในประเด็นนี้สืบทอดมาจากเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540⁽⁷³⁾ ดังนั้น บทนิยามในส่วนที่

71. มีข้อแตกต่างเฉพาะในวรรคแรก จุดแรก มาตรา 47 “...จัดตั้งเป็นพรรคการเมือง...” มาตรา 65 “...จัดตั้งพรรคการเมือง...” และอีกจุด มาตรา 47 “...เพื่อดำเนินกิจการในทางการเมือง...” ในขณะที่มาตรา 65 “...เพื่อดำเนินกิจกรรมในทางการเมือง...”

72. ยกเว้นมาตรา 237 ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ที่เพิ่มเข้ามาใหม่

73. สุรเดช ชมเกล็ดแก้ว, เรื่องเดิม, หน้า 124 และ 147.

อนึ่ง มีข้อสังเกตว่า บทนิยามฉบับนี้มีได้วิเคราะห์ประเด็นความเชื่อมโยงระหว่างบทนิยามพรรคการเมืองตามมาตรา 4 และเหตุแห่งการสิ้นสภาพพรรคการเมืองเพราะไม่ส่งคนลงสมัครเลือกตั้ง ส.ส. ตามมาตรา 91 (2) แต่อย่างใด

กำหนดให้พรรคการเมืองต้อง “มุ่งส่งสมาชิกลงสมัครเลือกตั้ง ส.ส.” จึงน่าจะขัดต่อรัฐธรรมนูญ⁽⁷⁴⁾ และ ประการที่สอง องค์ประกอบข้อนี้ในบทนิยามเป็นการบัญญัติให้ “ล้า” หรือสอดคล้องกันกับมาตรา 91 (2) ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 ที่ถือเป็นเหตุให้พรรคการเมืองสิ้นสุดสภาพไปเพราะไม่ส่งคนลงสมัคร ส.ส. ซึ่งถือว่าขัดต่อเจตนารมณ์ในการให้เสรีภาพในการจัดตั้งพรรคการเมืองที่สืบทอดมาจากรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540⁽⁷⁵⁾ เพราะฉะนั้น เมื่อบทบัญญัติที่สอดคล้องกันขัดรัฐธรรมนูญ องค์ประกอบข้อนี้ก็ควรจะขัดรัฐธรรมนูญตามไปด้วย

อย่างไรก็ดี ผู้เขียนกลับเห็นว่า องค์ประกอบดังกล่าวไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญทั้งยังช่วยอธิบายขอบเขตของเสรีภาพในการจัดตั้งพรรคการเมือง “เพื่อสร้างเจตนารมณ์ทางการเมือง” ให้ชัดเจนยิ่งขึ้นอีกด้วย กล่าวคือ ประการที่หนึ่ง องค์ประกอบนี้สอดคล้องกับลักษณะธรรมชาติของพรรคการเมืองที่ย่อมมุ่งทำให้นโยบายของพรรคเป็นนโยบายของรัฐด้วยการเข้าสู่กลไกอำนาจรัฐผ่านการเลือกตั้ง ตามที่ตำรารัฐศาสตร์หลายเล่มต่างได้อธิบายไว้ ดังได้วิเคราะห์ไว้แล้วข้างต้น ประการที่สอง จจริงอยู่ที่องค์ประกอบข้อนี้ “ล้า” กันกับเหตุแห่งการสิ้นสุดสภาพพรรคการเมือง แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าเมื่อบทบัญญัติหนึ่งขัดรัฐธรรมนูญ อีกบทบัญญัติหนึ่งที่สอดคล้องกันต้องขัดรัฐธรรมนูญตามไปด้วย เป็นไปได้ที่บทบัญญัติซึ่งกำหนดให้พรรคการเมืองสิ้นสุดสภาพเพราะไม่ส่งคนลงสมัคร ส.ส. 2 สมัยหรือ 8 ปีอาจขัดรัฐธรรมนูญเพราะเหตุอื่นเช่น ระยะเวลา 2 สมัยหรือ 8 ปีสั้นเกินไปอาจขัดต่อหลักความได้สัดส่วน (Proportionality) หากแต่มาตรการให้พรรคการเมืองสิ้นสุดสภาพไปเพราะเหตุดังกล่าวนี้มีได้ขัดต่อรัฐธรรมนูญอยู่ในตัวเอง (per se

74. กรณีนี้ น่าจะเทียบเคียงคดี “เชื้อสุรา” ในพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในคำวินิจฉัยที่ 25/2547 ให้บทนิยามเฉพาะในส่วนที่ให้รวมถึง แป้งข้าวหมก เท่านั้นที่เป็นอันใช้บังคับมิได้ ดังนั้น หากถือตามความเห็นนี้ เฉพาะข้อความ “มุ่งที่จะส่งสมาชิกเข้าสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร” เท่านั้นที่เป็นอันใช้บังคับมิได้

75. สุรเดช ชมเกล็ดแก้ว, เรื่องเดียวกัน, หน้าเดียวกัน.

unconstitutional) เนื่องจากมิใช่มาตรการที่โดยสภาพแล้วกระทบกระเทือนสาระสำคัญของเสรีภาพในการจัดตั้งพรรคการเมือง

ประการที่สาม เมื่อสืบค้นถึงเจตนารมณ์ในการบัญญัติมาตรา 328 (2) ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 แล้ว พบว่า การที่มาตรา 328 (2) ห้ามมิให้นำเอาเหตุที่พรรคการเมืองไม่ส่งสมาชิกสมัครรับเลือกตั้งมาเป็นเหตุให้ต้องเลิกหรือยุบพรรคการเมืองนั้น หมายความว่า “การไม่บังคับให้พรรคการเมืองส่งผู้สมัครรับเลือกตั้งในจำนวนที่ตายตัว”⁽⁷⁶⁾ เพื่อปฏิเสธหลักการ “การบังคับให้พรรคการเมืองต้องส่งผู้สมัครเป็นจำนวนขั้นต่ำ” ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2521 รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2534 และพระราชบัญญัติพรรคการเมือง พ.ศ. 2524 ดังที่กล่าวมาแล้ว และเพื่อเป็นการป้องกันมิให้มีการบัญญัติเหตุยุบพรรคดังกล่าวในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมืองที่จะจัดทำขึ้นต่อไปภายหลังจากรัฐธรรมนูญใช้บังคับแล้ว โดยมีได้หมายความว่าไปไกลถึงขนาดที่ว่า “พรรคการเมืองไม่จำเป็นต้องส่งคนลงสมัครรับเลือกตั้งเลย” หรือ “พรรคการเมืองไม่ต้องมีเจตนารมณ์ในการส่งสมาชิกพรรคลงเลือกตั้งเพื่อเข้าสู่อำนาจรัฐเลยก็ได้” เพราะจะเป็นการขัดต่อลักษณะธรรมชาติของพรรคการเมืองเอง ความข้อนี้ปรากฏชัดในเอกสารกรอบเบื้องต้นร่างรัฐธรรมนูญฉบับประชาชนของสภาร่างรัฐธรรมนูญ ข้อเสนอในการปฏิรูปการเมืองไทยของคณะกรรมการพัฒนาประชาธิปไตยซึ่งเป็นจุดเริ่มของการปฏิรูปการเมืองและที่มาของการจัดทำรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540⁽⁷⁷⁾ และรายงานการประชุมการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญ⁽⁷⁸⁾

76. คณะกรรมาธิการประชาสัมพันธ์ สภาร่างรัฐธรรมนูญ. กรอบเบื้องต้นร่างรัฐธรรมนูญฉบับประชาชน. (กรุงเทพฯ: สภาร่างรัฐธรรมนูญ, 2540). หน้า 45.

77. คณะกรรมการพัฒนาประชาธิปไตย. ข้อเสนอในการปฏิรูปการเมืองไทย. (กรุงเทพฯ: เรือนแก้วการพิมพ์. พิมพ์ครั้งที่ 3, 2539). หน้า 58.

78. โปรงค์ วัลลียา ไชยศิริ. เรื่องเดิม. หน้า 87-99 ซึ่งรวบรวมเนื้อหาของการประชุมของคณะทำงาน คณะกรรมาธิการ และสภาร่างรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับเสรีภาพในการจัดตั้งพรรคการเมืองไว้

ประการที่สี่ การที่รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มิได้มีบทบัญญัติใดๆ เหมือนอย่างมาตรา 328 ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 ที่ห้ามยุบเลิกพรรคเพราะไม่ส่งคนลงสมัครนั้น อาจทำให้อนุมานได้ว่า รัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์ให้ยุบพรรคหรือให้พรรคสิ้นสุดภาพเพราะไม่ส่งคนลงสมัครรับเลือกตั้งได้ ประกอบกับข้อเท็จจริงเกี่ยวกับพรรคการเมืองต่างๆ ในระหว่างที่ใช้กฎหมายพรรคการเมือง ฉบับ 2541 และฉบับ 2550 บ่งชี้ว่า มีพรรคการเมืองหลายพรรคที่เป็นพรรคเล็กๆ ไม่มีกิจกรรมทางการเมืองใดๆ ทั้งยังไม่ส่งคนลงสมัครรับเลือกตั้ง แต่เป็นการตั้งพรรคขึ้นเพื่อรับเงินสนับสนุนพรรคการเมือง มิได้มีความต้องการผลักดันนโยบายของพรรคให้เกิดผลอย่างแท้จริง จึงอาจเป็นเหตุผลที่ผู้ร่างจึงไม่บรรจุข้อห้ามการยุบเลิกพรรคดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550⁽⁷⁹⁾

ประการสุดท้าย เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับกฎหมายพรรคการเมืองของต่างประเทศ พบว่า หลายประเทศมีการกำหนดองค์ประกอบข้อนี้ไว้ อาทิ เกาหลีใต้ “พรรคการเมือง...เพื่อมีส่วนในการสร้างเจตจำนงทางการเมืองระดับชาติ... โดยแนะนำหรือสนับสนุนผู้สมัครเลือกตั้งในตำแหน่งสาธารณะ”⁽⁸⁰⁾ รัสเซีย “วัตถุประสงค์พื้นฐานของพรรคการเมืองได้แก่... การเสนอผู้สมัครหรือบัญชีรายชื่อผู้สมัครในการเลือกตั้งประธานาธิบดี...”⁽⁸¹⁾ อิสราเอล “พรรคการเมือง...แสดงเป้าประสงค์ทางการเมืองและสังคมใน

79. ไม่ปรากฏในเอกสารทางการของสภาร่างรัฐธรรมนูญ 2550 ว่ามีการอธิบายถึงเจตนารมณ์ของการไม่มีบัญญัติมาตราที่มีเนื้อหาใกล้เคียงกับมาตรา 328 ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 และมาตราอื่นๆ ที่ว่าด้วยสาระสำคัญของกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ

80. Articles 2 of Political Parties Act 2005 [South Korea] นอกจากนี้ มาตรา 44 (1) 2. ของกฎหมายฉบับเดียวกัน ยังถือเป็นเหตุให้เพิกถอนพรรคการเมืองออกจากทะเบียน หากมิได้เข้าร่วมการเลือกตั้ง ส.ส. เป็นเวลา 4 ปีอีกด้วย

81. Article 3-4 of Federal Law No. 95-FZ of July 11, 2001 on Political Parties [Russia Federation] โดยมาตรา 41 (3) c. ของกฎหมายฉบับนี้ถือเป็นเหตุให้ยุบพรรคการเมืองที่ไม่เข้าร่วมการเลือกตั้ง

สภาผู้แทน (Knesset) โดยผู้แทนของพรรค”⁽⁸²⁾ อินโดนีเซีย “พรรคการเมือง... พยายามเพื่อให้บรรลุผลประโยชน์ของสมาชิกพรรค ของชาติ และของรัฐ ผ่านการเลือกตั้งทั่วไป”⁽⁸³⁾ เคนยา “พรรคการเมือง...เสนอผู้สมัครเข้ารับการเลือกตั้งรัฐสภา”⁽⁸⁴⁾ และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง เยอรมนีที่เป็นต้นแบบของบทนิยามพรรคการเมืองในกฎหมายปัจจุบันของไทย “พรรคการเมือง... เพื่อเข้าไปมีอิทธิพลต่อการสร้างเจตจำนงทางการเมือง ไม่ว่าจะดำเนินการในระดับสหพันธ์หรือในระดับมลรัฐ และประสงค์ที่จะเข้าไปมีส่วนร่วมในสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ หรือสภาแห่งมลรัฐ...”⁽⁸⁵⁾ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เยอรมันเคยวินิจฉัยไว้แล้วว่า คำนิยามดังกล่าวสอดคล้องกับความในมาตรา 21 (1) ของรัฐธรรมนูญที่รับรองสถานะพรรคการเมือง⁽⁸⁶⁾ อีกทั้งยังเคยวินิจฉัยต่อไปอีกว่า การบังคับให้พรรคการเมืองต้องเสนอบัญชีผู้สมัครรับเลือกตั้งหรือส่งคนลงสมัครในการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของสหพันธ์ หรือสมาชิกรัฐสภาของมลรัฐใดมลรัฐหนึ่งภายใน 6 ปี มิเช่นนั้นจะสูญเสียสถานะทางกฎหมายของความเป็นพรรคการเมืองไปนั้น⁽⁸⁷⁾ หน้าที่นี้เป็นองค์ประกอบพื้นฐานที่รองรับสถานะของพรรคการเมืองตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งอนุมานได้จากมาตรา 21 (1) เมื่ออ่านประกอบกับมาตรา 20 (1) และ (2) ของรัฐธรรมนูญ⁽⁸⁸⁾

82. Dan Avnon, “Parties Laws in Democratic Systems of Government,” The Journal of Legislative Studies, Vol. 1 No.2, Summer 1995, p. 290.

83. Article 1 of Political Parties Act No. 31/2002 [Indonesia]

84. Article 123, The Constitution of Kenya, 1969 (as Amended to 1997)

85. § 2 (1), Gesetz über die politischen Parteien (Parteiengesetz)

86. BVerfGE 24, 260 (263); อ้างถึงใน Jörn Ipsen, เรื่องเดิม, หน้า 201.

87. BVerfGE 3, 383 (403); อ้างถึงใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 201-202.

88. เรื่องเดียวกัน, หน้า 202-203.

4.3 พรรคการเมืองกับการเลือกตั้งท้องถิ่น

ปัญหาข้อที่ (3) ขององค์ประกอบข้อนี้คือ เพราะเหตุใด พรรคการเมืองจึงต้องมุ่งส่งคนลงสมัครเลือกตั้ง ส.ส. เท่านั้น และทำไมการรวมกลุ่มทางการเมืองเพื่อเข้าแข่งขันในการเลือกตั้งท้องถิ่นจึงไม่อาจจัดตั้งเป็นพรรคการเมืองได้ หรือแม้แต่จัดตั้งขึ้นมาได้ แต่หากไม่ส่งคนลงสมัคร ส.ส. ก็ต้องสิ้นสภาพไปในที่สุด

ในประเด็นนี้ คำราชรัฐศาสตร์หลายเล่มได้อธิบายองค์ประกอบของพรรคการเมืองไว้ว่า ต้องมีความ “ต้องการเป็นรัฐบาล”⁽⁸⁹⁾ ต้อง “มีจุดมุ่งหมายที่จะเข้าไปควบคุมการดำเนินงานและนโยบายของรัฐบาล”⁽⁹⁰⁾ “มุ่งหมายในการเสริมสร้างผลประโยชน์ของชาติ”⁽⁹¹⁾ “พรรคการเมืองหมายถึงคณะหรือสมาคมของบุคคลซึ่งได้ตกลงกันถึงหลักการจัดการปกครองรัฐ”⁽⁹²⁾ เช่นเดียวกับศาสตราจารย์ ดร. หยุต แสงอุทัย ที่อธิบายว่า “จะเป็นพรรคการเมืองได้จะต้องปรากฏต่อไปว่า ต้องการให้ความคิดเห็นของพรรคการเมืองได้เป็นนโยบายของรัฐบาลทั้งหมดหรือแค่บางส่วน”⁽⁹³⁾ การที่จะเป็นรัฐบาลได้ก็ดี ควบคุมการดำเนินงานและนโยบายของรัฐบาลได้ก็ดี การจะเสริมสร้างผลประโยชน์ของชาติได้ก็ดี การจะนำหลักการปกครองรัฐที่ตกลงกันไว้ไปสู่ภาคปฏิบัติได้ก็ดี หรือการทำให้นโยบายพรรคเป็นนโยบายรัฐบาลได้ก็ดี ล้วนแล้วแต่จำเป็นที่จะต้องเข้าสู่การเมืองระดับชาติ (National Level) เพื่อเข้าสู่กลไกการใช้อำนาจรัฐหรืออำนาจอธิปไตย⁽⁹⁴⁾ ส่วนการ

89. ปรีชา หงษ์ไกรเลิศ, เรื่องเดิม, หน้า 13.

90. วิทยา นาสิริกุลกิจ และสุพล ราชภัณฑารักษ์, เรื่องเดิม, หน้า 9.

91. Edmund Burke อ้างถึงใน ปรีชา หงษ์ไกรเลิศ, เรื่องเดิม, หน้า 6-7.

92. Herman Finer อ้างถึงใน ปรีชา หงษ์ไกรเลิศ, เรื่องเดิม, หน้า 6.

93. หยุต แสงอุทัย, เรื่องเดิม, หน้า 3.

94. รายงานการประชุมคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญ สภาร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 ลงวันที่ 23 เมษายน 2540 อ้างถึงใน วลัยยา ไชยศิริ, เรื่องเดิม, หน้า 90.

เลือกตั้งท้องถิ่น (Local Level) ไม่ว่าจะเป็นตำแหน่งผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่น ต่างก็มีใช้กระบวนการที่ทำให้พรรคการเมืองเข้าสู่กลไกการใช้อำนาจอธิปไตยได้ เพราะอำนาจที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (อปท.) มีและให้อยู่กันเป็นส่วนหนึ่งของอำนาจบริหาร⁹⁵⁾ ซึ่งจะมีมากน้อยเพียงไรนั้นเป็นไปตามขอบเขตที่รัฐสภากระจายอำนาจไปให้โดยอาศัยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ภายใต้เจตนารมณ์และบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่มุ่งกระจายอำนาจให้แก่ท้องถิ่น⁹⁶⁾ นอกจากนี้ การที่ อปท. ออกข้อบัญญัติท้องถิ่น ให้อำนาจเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติในรูปแบบและระดับเดียวกับการที่รัฐสภาออกกฎหมายไม่ หากแต่เป็นการใช้เพราะ อปท. ได้รับมอบอำนาจนิติบัญญัติจากรัฐสภาแจกเช่นเดียวกับการออกกฎกระทรวงของรัฐมนตรี⁹⁷⁾ ด้วยเหตุนี้ จึงกล่าวได้ว่า การเป็นพรรคการเมืองได้นั้นต้องเข้าสู่การเลือกตั้งระดับชาติ⁹⁸⁾ ส่วนพรรคการเมืองใดอยากจะลงเล่นสนามการเมืองท้องถิ่น เพื่อสร้างและรักษาฐานคะแนนการเมืองของตนไว้ ก็ไม่ได้มีข้อห้ามแต่อย่างใด⁹⁹⁾

95. เรียกในทางกฎหมายปกครองว่า “อำนาจปกครอง” โปรดดู สมคิด เลิศไพฑูรย์, กฎหมายปกครองท้องถิ่น, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์คณะรัฐมนตรีและราชกิจจานุเบกษา, 2547), หน้า 3-22.

96. โปรดดู หมวด 14 มาตรา 281-290 ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550

97. ซึ่งเป็นการกระทำทางปกครองในรูปแบบหนึ่งที่เรียกว่า “การออกกฎ” โปรดดู สมคิด เลิศไพฑูรย์, เรื่องเดิม, หน้า 66-69.

อย่างไรก็ดี ศาลปกครองจังหวัดนครราชสีมา เคยมีคำพิพากษา ที่ 179/2545 ว่า “สภาองค์การบริหารส่วนตำบลจึงมิใช่เจ้าหน้าที่ซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบอำนาจในทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งตามกฎหมาย แต่มีฐานะเป็นองค์กรนิติบัญญัติในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น...” ซึ่งเป็นการวินิจฉัยที่ไม่ถูกต้อง โปรดดู เลิศไพฑูรย์, เรื่องเดิม, หน้า 378.

98. คณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญ (2540) ก็ชี้แจงเช่นนี้ต่อที่ประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ โปรดดู รายงานการประชุมสภาร่างรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 17 (เป็นพิเศษ) วันเสาร์ที่ 12 กรกฎาคม พ.ศ. 2540, หน้า 70-79.

99. สมควรมีการศึกษาวิจัยทางรัฐศาสตร์เกี่ยวกับบทบาทและความสำเร็จของพรรคการเมืองไทยในการเลือกตั้งท้องถิ่นเปรียบเทียบกับกลุ่มการเมืองในแต่ละท้องถิ่น

ในระบบรัฐสภาไทย การเมืองระดับชาติเพื่อเข้าสู่กลไกการใช้อำนาจอธิปไตยนั้นคือ การเลือกตั้ง ส.ส. เนื่องจาก สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นองค์กรพื้นฐานรองรับการเป็นรัฐบาลในระบบรัฐบาลแบบรัฐสภา (Parliamentary System) ซึ่งมีหลักการพื้นฐานว่า ฝ่ายบริหารเข้าสู่อำนาจและบริหารประเทศได้ด้วยใจความไว้วางใจของสภาผู้แทนราษฎร⁽¹⁰⁰⁾ ส่วนวุฒิสภานั้น แม้จะมีบทบาทในการควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินอยู่บ้าง⁽¹⁰¹⁾ แต่ก็มิได้เป็นองค์กรที่ตัดสินใจชะตาการเกิดและการอยู่รอดของรัฐบาลแต่อย่างใด อีกทั้งรัฐธรรมนูญยังห้าม ส.ว. หักที่มาจากกาเลือกตั้งและการสรรหาเป็นสมาชิกพรรคการเมือง โดยมีบทบัญญัติหลายมาตราสะท้อนเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนที่จะทำให้ ส.ว. ปลอดจากอิทธิพลของพรรคการเมือง⁽¹⁰²⁾

นอกจากนี้ เมื่อมีการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายพรรคการเมืองของต่างประเทศแล้ว พบว่า มีหลักการเช่นเดียวกับที่กำหนดไว้ในกฎหมายไทย ดังที่ได้กล่าวมาแล้วในการวิเคราะห์ประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญขององค์ประกอบข้อนี้ และมีที่สมควรกล่าวถึงโดยเฉพาะคือ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เยอรมันซึ่งได้ใช้บทนิยามตามกฎหมายพรรคการเมืองที่ว่า “พรรคการเมือง... เพื่อเข้าไปมีอิทธิพลต่อการสร้างเจตจำนงทางการเมืองไม่ว่าจะดำเนินการในระดับสหพันธ์หรือในระดับมลรัฐ และประสงค์ที่จะเข้าไปมีส่วนร่วมในสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ หรือสภาแห่งมลรัฐ...”⁽¹⁰³⁾ เป็นฐานในการวินิจฉัยว่า “กลุ่มการเมืองที่มีวัตถุประสงค์เพื่อส่งคนเข้าสมัครรับเลือกตั้งเฉพาะในการเลือกตั้งองค์กรปกครองตนเองในระดับจังหวัดเท่านั้น ไม่ถือว่าเป็นพรรคการเมืองตามกฎหมายพรรคการเมือง โดยไม่ต้องพิจารณาถึงสภาพของกลุ่มนั้นๆ ว่ามีการจัดองค์กรอย่างไรหรือไม่ หรือมีบทบาทมาก

100. รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มาตรา 156 — 162, มาตรา 172, มาตรา 176, มาตรา 178-179.

101. รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มาตรา 135, มาตรา 156, มาตรา 161, และมาตรา 162.

102. รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มาตรา 115 (6).

103. § 2 (1), Gesetz über die politischen Parteien (Parteiengesetz)

น้อยเพียงใด”⁽¹⁰⁴⁾ และอาศัยตรรกะเดียวกัน กลุ่มการเมืองที่มุ่งส่งคนลงสมัครในการเลือกตั้งระดับเหนือรัฐ (Supra-national Level) เช่น การเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภายุโรป (European Parliament) เท่านั้น ก็ไม่จัดว่าเป็นพรรคการเมืองตามบทนิยามกฎหมายพรรคการเมืองเยอรมัน⁽¹⁰⁵⁾

5. พรรคการเมืองต้องมีการดำเนินกิจกรรมทางการเมืองอย่างต่อเนื่อง

เป้าหมายหลักของพรรคการเมืองคือการสร้างเจตนารมณ์ทางการเมืองของประชาชน และผลักดันให้เจตนารมณ์ดังกล่าวบรรลุผล ด้วยการชนะการเลือกตั้ง เข้าไปเป็นรัฐบาลบริหารประเทศ กิจกรรมทางการเมืองที่พรรคการเมืองจัดขึ้นเป็นกลไกที่ช่วยให้ประชาชนรับรู้อุดมการณ์และนโยบายของพรรค รับทราบจุดยืนและแนวทางในการบริหารและแก้ไขปัญหาของประเทศ และหากประชาชนเห็นด้วยกับสิ่งที่พรรคการเมืองนำเสนอ ส่วนหนึ่งก็อาจเข้าร่วมเป็นสมาชิกพรรค ส่วนที่เหลือแม้จะไม่เข้าเป็นสมาชิกพรรคแต่ก็ฝักใฝ่และให้การสนับสนุนผู้สมัคร ส.ส. จากพรรคการเมืองนั้น⁽¹⁰⁶⁾ ในทางทฤษฎี กิจกรรมทางการเมืองจึงเป็นวิธีการเชื่อมประชาชนกับพรรค ด้วยเหตุนี้

กฎหมายพรรคการเมืองจึงกำหนดให้การดำเนินกิจกรรมทางการเมืองเป็นองค์ประกอบหนึ่งของพรรคการเมือง และหากพรรคการเมืองใดไม่มีการดำเนินกิจกรรมใดๆ ทางการเมืองเป็นระยะเวลาติดต่อกันหนึ่งปี โดยมิได้มีเหตุอันสมควรอันจะอ้างได้ตามกฎหมาย พรรคการเมืองนั้นก็สิ้นสภาพ

104. BVerfGE 2, 1 (76) อ้างถึงใน บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 29, หน้า 68.

105. ไบรด์ จู?rn Ipsen, เรื่องเดิม, หน้า 202. อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนบทความนี้ได้โต้แย้งแนวการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันที่ใช้ระดับการเลือกตั้งมาเป็นฐานในการจำแนกพรรคการเมืองออกนอกกลุ่มการเมืองอื่น ๆ ดังกล่าวด้วย

106. หยุด แสงอุทัย, เรื่องเดิม, หน้า 3.

ความเป็นพรรคการเมืองไป⁽¹⁰⁷⁾

เบื้องต้น คงต้องแยกแยะความแตกต่างของคำ 2 คำคือ คำว่า “กิจกรรม” และ “กิจการ”⁽¹⁰⁸⁾ กล่าวคือ ในมาตรา 65 ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ได้เปลี่ยนไปใช้คำว่า “เพื่อดำเนินกิจกรรมในทางการเมือง” จากเดิมที่เคยใช้คำว่า “เพื่อดำเนินกิจการในทางการเมือง” ในมาตรา 48 ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 และเมื่อพิจารณาบทบัญญัติต่าง ๆ ทั้งในรัฐธรรมนูญและกฎหมายพรรคการเมืองที่ปรากฏคำทั้งสองคำนี้แล้ว เห็นได้ว่า “กิจการ” นั้นน่าจะหมายถึง การดำเนินการภายในของพรรคการเมือง เป็นการติดต่อสัมพันธ์ในระหว่างกันเองในหมู่ผู้นำ กรรมการพรรค และสมาชิก เช่น การประชุมใหญ่ของพรรค⁽¹⁰⁹⁾ การคัดเลือกสมาชิกเพื่อส่งลงสมัครรับเลือกตั้ง ส.ส. ในนามของพรรค⁽¹¹⁰⁾ การจัดตั้งสาขาพรรค⁽¹¹¹⁾ ฯลฯ ส่วน “กิจกรรม” ทางการเมือง นั้นมีความหมายกว้างขวางกว่า เพราะกินความรวมทั้งกิจการอันเป็นเรื่องภายในของพรรค และการกระทำของพรรคการเมืองที่แสดงออกสู่ภายนอกที่เป็นการติดต่อสัมพันธ์กับบุคคลอื่น ๆ ที่มีใช้สมาชิกพรรคด้วย เป็นต้นว่า การโฆษณานโยบายพรรคผ่านสื่อต่าง ๆ⁽¹¹²⁾ การอบรมให้ความรู้เกี่ยวกับการเมืองและประชาธิปไตยแก่ประชาชน⁽¹¹³⁾ การหาทุนเข้าพรรค⁽¹¹⁴⁾ ฯลฯ

107. พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 มาตรา 91 (4)

อนึ่ง การดำเนินกิจกรรมทางการเมืองอย่างต่อเนื่องนี้เป็นเครื่องสะท้อน “ความถาวร” ของการรวมกลุ่มกันเพื่อสร้างและแสดงออกซึ่งเจตนารมณ์ทางการเมืองของประชาชน ดังเช่นที่ถูกกำหนดไว้ในบทนิยามพรรคการเมืองตามมาตรา 2 (1) ของกฎหมายพรรคการเมืองเยอรมัน

108. เปรียบเทียบรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 มาตรา 47 วรรคสอง

109. พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 มาตรา 27-28

110. พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 มาตรา 38

111. พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 มาตรา 26 และ 34

112. พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 มาตรา 79 และ 81 (3)

113. พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 มาตรา 87 (5)

114. พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 มาตรา 53

เนื่องอีกด้วย ทั้งนี้ ด้วยความมุ่งหมายให้พรรคการเมืองเป็นองค์กรที่มุ่งสร้างเจตนารมณ์ทางการเมืองของประชาชนอย่างแท้จริง ผ่านกิจกรรมต่างๆ อย่างสม่ำเสมอ มิใช่พรรคการเมืองที่ดั่งขึ้นมาเพื่อสนองเป้าหมายหรือผลประโยชน์บางอย่างของคณะผู้ก่อการจัดตั้งพรรคซึ่งมิได้มุ่งมั่นตั้งใจทุ่มเทเผยแพร่แนวคิดอุดมการณ์และนโยบายของกลุ่มตน ดังที่มีคนรำลือกันว่า ผู้จัดตั้งพรรคเล็กๆ บางพรรคบางคนหวังจะดังด้วยการออกสื่อที่รัฐจัดให้ หรือไม่ก็หวังหาเงินสนับสนุนพรรคการเมืองมาใช้¹¹⁵⁾ ข้อมูลเกี่ยวกับการยุบเลิกพรรคการเมืองที่จัดตั้งขึ้นภายใต้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 ระหว่างปี 2541 ถึง 2551 เพราะเหตุที่ไม่จัดการประชุมใหญ่ หรือไม่ส่งรายงานการเงิน รวมจำนวน 10 พรรคนั้น ซึ่งสะท้อนความไม่จริงจังในการดำเนินกิจกรรมทางการเมืองของพรรคการเมืองเหล่านั้นคงช่วยเพิ่มระดับความน่าเชื่อถือของคำรำลือดังกล่าวได้ไม่มากนัก¹¹⁶⁾

กล่าวโดยสรุป บทนิยามพรรคการเมืองที่กำหนดไว้ในกฎหมายพรรคการเมืองฉบับปัจจุบันนั้น ถูกต้องตรงตามหลักวิชารัฐศาสตร์และไม่ปรากฏประเด็นความไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแต่ประการใด ส่วนปัญหาว่าบทนิยามดังกล่าวจะเป็นประโยชน์ในทางปฏิบัติหรือไม่ มากน้อยเพียงไรนั้น คำตอบคงขึ้นอยู่กับนายทะเบียนพรรคการเมือง คณะกรรมการการเลือกตั้ง รัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาลที่มีเขตอำนาจเหนือข้อพิพาทในแต่ละเรื่องในการใช้และการตีความบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ กฎหมายเลือกตั้ง และกฎหมายพรรคการเมืองต่อไป

115. สิริพรรณ นกสวน สวัสดิ์, คอสมันน์วักยน้อยใจ: “บริจจาคะมิให้พรรคการเมือง กับความจริงอันเจ็บปวด,” กรุงเทพธุรกิจ วันอังคารที่ 17 มีนาคม พ.ศ. 2552 <http://www.bangkokbiznews.com/home/details/politics/opinion/siripan/20090317/24951/> บริจจาคะมิให้พรรคการเมือง-กับความจริงอันเจ็บปวด.html

116. เช่นคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 32/2544; 51/2544; 5/2545; 63/2545; 17/2550

การส่งเสริมความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ สิทธิและเสรีภาพ และกฎหมายมหาชน รวมถึงบทบาทและอำนาจหน้าที่ขององค์กรในกระบวนการยุติธรรม ถือเป็นภารกิจสำคัญที่ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญได้ยึดถือปฏิบัติตลอดมาประกอบกับหนังสือเล่มนี้เป็นที่เรียกร้อง ต้องการของชุมชนวิชาการมาโดยต่อเนื่อง จึงหวังเป็นอย่างยิ่งว่า หนังสือรวมบทความ กฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ www.pub-law.net เล่ม ๙ นี้ จะเป็นประโยชน์ต่อการเพิ่มพูน องค์ความรู้ และการอ้างอิงในทางวิชาการรวมถึงเป็นประโยชน์ต่อการขยายเครือข่าย วิทยบริการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญให้กระจายฐานความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับสิทธิ และเสรีภาพ และกฎหมายมหาชนสู่สาธารณชนออกไปได้อย่างกว้างขวางมากขึ้น ตามปณิธานและวัตถุประสงค์ของศาลรัฐธรรมนูญและสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญที่มีความ มุ่งมั่นในการปฏิบัติภารกิจตามรัฐธรรมนูญบนฐานของการ " ยึดหลักนิติธรรม คำจูน ประชาธิปไตย ห่วงใยสิทธิเสรีภาพของประชาชน " เพื่อธำรงไว้ซึ่งระบอบนิติรัฐของประเทศ ภายใต้การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขสืบไป

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

เมษายน ๒๕๕๓