

รวมบทความกฎหมายมหาชน
จากเว็บไซต์ www.pub-law.net

ข้อมูลทางบรรณานุกรมของหอสมุดแห่งชาติ

รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ www.pub-law.net เล่ม 12.-
กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2557

532 หน้า

1. กฎหมาย. I. นันทวัฒน์ บรมานันท์, บรรณาธิการ II. ชื่อเรื่อง.

340

ISBN : 978-974-7725-86-5

ชื่อหนังสือ	รวมบทความกฎหมายมหาชน จากเว็บไซต์ www.pub-law.net เล่ม 12
บรรณาธิการ	นันทวัฒน์ บรมานันท์
ปีที่พิมพ์	2557
จำนวนพิมพ์	1,000 เล่ม
เจ้าของ	สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา 5 ธันวาคม 2550 (อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์) 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 ที่ปรากฏในหนังสือรวมบทความนี้เป็นวรรณกรรมของผู้เขียน
สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญไม่จำเป็นต้องเห็นด้วย

คำนิยม

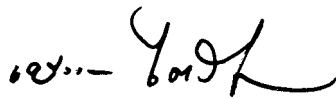
พระราชบัญญัติสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2542 กำหนดให้สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญมีพันธกิจหลักในการสนับสนุนให้มีการศึกษาวิจัยและเผยแพร่กิจการของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งนับตั้งแต่ได้จัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญเมื่อวันที่ 11 เมษายน 2541 จนถึงปัจจุบัน สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญได้ดำเนินการเผยแพร่และให้บริการข้อมูลข่าวสารที่เป็นองค์ความรู้หรือกิจกรรมทางวิชาการต่อสาธารณชนเป็นจำนวนมาก ทั้งในรูปแบบที่เป็นการสัมมนาทางวิชาการ การสัมมนาเผยแพร่ความรู้แก่ประชาชนและสถาบันการศึกษา ตลอดจนการพบปะประชาชนตามภูมิภาค สำหรับรูปแบบที่เป็นสิ่งพิมพ์ก็มีหลายประเภทด้วยกัน อาทิ ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ จดหมายข่าวสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญภาษาไทยและภาษาอังกฤษ วารสารศาลรัฐธรรมนูญ หนังสือรวมบทความทางวิชาการของศาลรัฐธรรมนูญ และรายงานการวิจัยของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

สำหรับหนังสือรวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ www.pub-law.net เล่ม 12 นี้ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญได้รับความร่วมมือจากท่านศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรรณานันท์ บรรณาธิการเว็บไซต์ www.pub-law.net ให้การสนับสนุนบทความทางวิชาการต่อเนื่องมาตั้งแต่ปี พ.ศ. 2545 เนื่องจากได้เล็งเห็นถึงความจำเป็นในการเผยแพร่และส่งเสริมความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ สิทธิและเสรีภาพ และกฎหมายมหาชน รวมถึงเป็นช่องทางในการเสนอแนะมุมทางวิชาการที่กว้างขวางและหลากหลาย อันจะนำไปสู่การขยายความเจริญงอกงามทางวิชาการของกฎหมายมหาชนทั้งในสังคมไทยและชุมชนวิชาการนานาชาติมากยิ่งขึ้นโดยลำดับ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญได้ตระหนักเสมอว่า ภารกิจในการส่งเสริมความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ รวมถึงความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับบทบาทและอำนาจหน้าที่ขององค์กรในกระบวนการยุติธรรม เป็นภารกิจสำคัญที่สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญยึดถือปฏิบัติโดยตลอดมา และในโอกาสนี้สำนักงาน

ศาลรัฐธรรมนูญขอขอบคุณท่านศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ บรรณาธิการเว็บไซต์ www.pub-law.net รวมถึงนักวิชาการทุกท่าน และการจัดพิมพ์หนังสือรวมกฎหมายมหาชนฉบับนี้ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญได้รับการสนับสนุนงบประมาณจากมูลนิธิคอนราต อาเดนาวร์ ประจำประเทศไทย ซึ่งได้กรุณาให้การสนับสนุนเป็นอย่างดีมาโดยตลอด จึงขอขอบคุณมา ณ โอกาสนี้

การส่งเสริมความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ สิทธิและเสรีภาพ และกฎหมายมหาชน รวมถึงบทบาทและอำนาจหน้าที่ขององค์กรในกระบวนการยุติธรรม ถือเป็นภารกิจสำคัญที่สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญได้ยึดถือปฏิบัติตลอดมาประกอบกับหนังสือเล่มนี้เป็นที่เรียกร้องต้องการของชุมชนวิชาการมาโดยต่อเนื่อง จึงหวังเป็นอย่างยิ่งว่า หนังสือรวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ www.pub-law.net เล่ม 12 นี้ จะเป็นประโยชน์ต่อการเพิ่มพูนองค์ความรู้ และการอ้างอิงในทางวิชาการ รวมถึงเป็นประโยชน์ต่อการขยายเครือข่ายวิทยบริการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ให้กระจายฐานความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ และกฎหมายมหาชนสู่สาธารณชนออกไปได้อย่างกว้างขวางมากขึ้น ตามปณิธานและวัตถุประสงค์ของศาลรัฐธรรมนูญและสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญที่มีความมุ่งมั่นในการปฏิบัติภารกิจบนฐานของการ “ยึดหลักนิติธรรม คำจูนประชาธิปไตย ห่วงใยสิทธิเสรีภาพของประชาชน”



(นายเชาวนะ ไตรมาศ)

เลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

มิถุนายน 2557

คำนำ

หนังสือ “รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์ www.pub.law.net เล่ม 12” นี้ เป็นหนังสือที่รวบรวมบทความจำนวนหนึ่งที่ได้เผยแพร่ในเว็บไซต์ www.pub.law.net ในช่วงเวลาระหว่างเดือนมีนาคม 2555 ถึงเดือนกุมภาพันธ์ 2556 โดยบทความที่นำมาพิมพ์ไว้ในหนังสือเล่มนี้ เป็นบทความที่ได้รับการคัดเลือกโดยสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเนื่องจากในแต่ละปีมีผู้ส่งบทความมาลงที่ www.pub.law.net เป็นจำนวนมาก แต่การจัดพิมพ์หนังสือขึ้นอยู่กับหลายปัจจัย โดยเฉพาะอย่างยิ่งจำนวนหน้าที่จะต้องไม่ทำให้หนังสือหนาจนเกินไป จึงทำให้สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญต้องคัดเลือกเฉพาะบทความที่ “เกี่ยวข้อง” กับภารกิจของศาลรัฐธรรมนูญให้มากที่สุดมาจัดพิมพ์ไว้ในหนังสือเล่มนี้

ผมขอขอบคุณเจ้าของบทความทุกคนที่เขียนบทความมาลงเผยแพร่ใน www.pub.law.net ไม่ว่าจะบทความนั้นจะได้รับการบรรจุไว้ในหนังสือเล่มนี้หรือไม่ บทความทุกบทความที่ได้รับการเผยแพร่ใน www.pub.law.net ล้วนแล้วแต่เป็นบทความที่มีคุณภาพทั้งสิ้นครับ

ผมขอขอบคุณ ดร.เชาวนะ ไตรมาศ เลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ และสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ที่กรุณาให้การสนับสนุนการจัดพิมพ์หนังสือ “รวมบทความกฎหมายมหาชนจาก เว็บไซต์ www.pub.law.net” เป็นอย่างดี ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา พร้อมนี้ขอขอบคุณผู้ใช้บริการ และผู้เขียนบทความทุกคน ที่เป็นส่วนสำคัญในการทำให้ www.pub.law.net มีชีวิตอยู่จนกระทั่งทุกวันนี้ครับ

ศาสตราจารย์ ดร. นันทวัฒน์ บรมานันท์

บรรณาธิการ www.pub.law.net

15 กรกฎาคม 2557

สารบัญ

	หน้า
คำนิยาม	iii
คำนำ	v
สารบัญ	vii
ปฏิรูป กติกาใหม่ กับ ประชาธิปไตย 100% <i>ชำนาญ จันทร์เรือง</i>	1
สิทธิเสรีภาพในการไม่นับถือศาสนา <i>ชำนาญ จันทร์เรือง</i>	10
หมายเหตุท้ายคดีรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555 เรื่อง พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ <i>ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ณรงค์เดช สรุโฆษิต</i>	14
เกร็ดความรู้การเลือกตั้งประธานาธิบดีฝรั่งเศส <i>อาจารย์ ดร.วรรณภา ติระสังข์ชะ</i>	22
ความเสมอภาคและความหลากหลายในสถาบันอุดมศึกษาของรัฐ ภายใต้กฎหมาย Equality Act 2010 ของอังกฤษ <i>อาจารย์ ดร.ชวนิดา สุวานิช อาจารย์ ปิติเทพ อยู่ยี่นียง</i>	25
การจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของนักกีฬามวย ตามพระราชบัญญัติกีฬามวย พ.ศ. 2542 ที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ <i>ณรงค์ฤทธิ์ เพชรฤทธิ์</i>	46
“รัฐสภา” ปฏิเสธคำสั่ง “ศาลรัฐธรรมนูญ” ได้หรือไม่ ? <i>วีรพัฒน์ ปริยวงศ์</i>	51

กฎหมายปรองดองในแอฟริกาใต้ <i>คณินท์ ชัยชนะ</i>	58
ความเสมอภาคในสถาบันอุดมศึกษา: มองนโยบาย และกฎหมายสหภาพยุโรปเพื่อก้าวสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน <i>อาจารย์ ดร. ชวนิดา สุวานิช และ อาจารย์ ปิติเทพ อยู่เย็นง</i>	62
แนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคล <i>ปกรณ์ นิลประพันธ์</i>	87
ลามมิควรได้ในกฎหมายปกครองฝรั่งเศส <i>ปาสีรัฐ ศรีวรรณพฤกษ์</i>	101
การสรรหาสมาชิกวุฒิสภา: ปัญหาและสิ่งที่ต้องปรับปรุงแก้ไข <i>ดร.สุวันชัย แสงสุขเยี่ยม</i>	109
การใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 <i>พอเจตน์ วิชาวุฒิพงษ์</i>	119
ผลผูกพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน <i>คณินท์ ชัยชนะ</i>	130
การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอันนำไปสู่คดีขอให้ยุบพรรคการเมืองในตุรกี <i>ปฐมพงษ์ พิพัฒน์ธนากิจ</i>	143
วิพากษ์การตีความกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญ กรณีการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ <i>พอเจตน์ วิชาวุฒิพงษ์</i>	153
คดีปกครองเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ <i>ปาสีรัฐ ศรีวรรณพฤกษ์</i>	173
ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและศาสนา <i>อาจารย์เข็มทอง ต้นสกุลรุ่งเรือง</i>	188

นิติวิธีกฎหมายมหาชนมีจริงหรือไม่ <i>คุณณรงค์ฤทธิ์ เพชรฤทธิ์</i>	194
ปัญหากฎหมายในการถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่น <i>นิจจารีย์ ภาคินปริพรรห์</i>	214
คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา เกี่ยวกับการหยุดทำงานในวันศักดิ์สิทธิ์ (Sabbath day) <i>วรรณฯ สุพรรณชะริตา</i>	232
คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา เกี่ยวกับการหยุดทำงานในวันศักดิ์สิทธิ์ (Sabbath day) (หน้าสอง) <i>วรรณฯ สุพรรณชะริตา</i>	263
การทำคำประกาศยอมรับเขตอำนาจ ศาลอาญาระหว่างประเทศตามข้อ 12(3) ต้องผ่านสภาตามมาตรา 190 วรคสองแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ <i>อาจารย์ประสิทธิ์ ปิวาวัฒน์พานิช</i>	304
ผลกระทบของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 12/2555 ต่อความสามารถ ในการแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลยในคดีอาญา <i>ไกรพล อนุรักษ์รัตน์</i>	309
Jurislature ในกฎหมายปกครองฝรั่งเศส <i>ปาสีรัฐ ศรีวรรณพฤษ</i>	331
การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อ “คนไม่พิการ” โดยสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ <i>อาจารย์อานนท์ มาเม้า</i>	344
การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของออสเตรเลีย-บทเรียนสำหรับประเทศไทย <i>ทศพล เขียวชาญประพันธ์ และทิพย์ศรีน ภัคธนกุล</i>	354

ความชอบด้วยกฎหมายของร่าง พ.ร.บ. มหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ รองศาสตราจารย์เจริญศักดิ์ ศาลากิจ	364
คดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดของรัฐ : ควรเป็นอำนาจของศาลใด? ดร. ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤษ์	373
ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับนโยบายและกลยุทธ์ ในการจัดให้มี ปรับปรุงแก้ไข หรือยกเลิกกฎหมายเพื่อรองรับการเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ปกรณ์ นิลประพันธ์	391
“สถานการณ์ที่ไม่ปกติ” (les circonstances exceptionnelles) ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ดร. ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤษ์	407
สภาพลเมืองกับประชาธิปไตยแบบปรึกษาหารือ ชำนาญ จันทร์เรือง	418
ระบบเผด็จการทหาร และ ระบบเผด็จการโดยพรรคการเมืองนายทุน ต่างก็ไม่ใช่ “ระบอบประชาธิปไตย” ด้วยกัน (หน้าที่ 1) ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทสมบูรณ์	422
ระบบเผด็จการทหาร และ ระบบเผด็จการโดยพรรคการเมืองนายทุน ต่างก็ ไม่ใช่ “ระบอบประชาธิปไตย” ด้วยกัน (หน้าที่ 2) ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทสมบูรณ์	455
ระบบเผด็จการทหาร และ ระบบเผด็จการโดยพรรคการเมืองนายทุน ต่างก็ ไม่ใช่ “ระบอบประชาธิปไตย” ด้วยกัน (หน้าที่ 3) ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทสมบูรณ์	473
การกระทำทางรัฐบาลนำไปฟ้องศาลไม่ได้จริงหรือ? วรัญญา ทศนึศรีวงศ์	493

ปฏิรูป กติกาใหม่ กับ ประชาธิปไตย 100%*

ชำนาญ จันทร์เรือง**

ผมคงมิใช่ผู้กล่าวปาฐกถาที่ตื๋นักรับ เพราะโดยหลักการแล้วผู้กล่าวปาฐกถาหรือผู้บรรยายไม่ควรออกตัวในสิ่งที่ตนเองจะกล่าวปาฐกถา หรือบรรยาย เพราะจะทำให้ความเชื่อมั่นต่อผู้กล่าวปาฐกถาหรือผู้บรรยายลดน้อยลง หรืออาจไม่มีความเชื่อมั่นเลย แต่ในการกล่าวปาฐกถาของผมในวันนี้ผมมีความจำเป็นที่จะต้องบอกว่าผมไม่สามารถที่พูดให้ตรงกับหัวข้อที่ต้องการให้พูดในประเด็นที่ว่า “ประชาธิปไตย 100%” ได้ เพราะประชาธิปไตย 100% นั้นยังไม่มีเกิดขึ้นในโลกนี้ โดยข้อเสนอจากการวิจัยชุดนี้ ประชาธิปไตย 100 % หมายถึงต้องเป็นประชาธิปไตยด้วยกันทั้งหมดทั้งทหาร ภาคประชาสังคม สื่อ องค์กรอิสระ ต้องปฏิบัติตามหลักประชาธิปไตยที่เท่าเทียมกัน ซึ่งเป็นไปได้ยากในความเป็นจริง

ฉะนั้น คำว่าประชาธิปไตย 100% ตามหัวข้อของการประชุมนี้ ตามความเห็นของผมก็คือการเป็นประชาธิปไตยเต็มใบให้ได้มากที่สุดนั่นเอง เพราะแม้แต่สหรัฐอเมริกาที่เป็นตัวอย่างของประเทศที่เป็นประชาธิปไตยก็ยังไม่เป็นประชาธิปไตย 100% เลย เพราะยังต้องเลือกประธานาธิบดีผ่านคณะผู้เลือกตั้ง (electoral college) ทำให้หลายครั้งที่ popular vote แพ้ electoral vote

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net 25 มีนาคม 2555 20:58 น.

** นักวิชาการอิสระ

ครั้งล่าสุดก็คือกรณีบุชกับกอร์

ซึ่งผมยังนึกภาพไม่ออกกว่าหากประธานาธิบดีสหรัฐอเมริกาเปลี่ยนจากบุชที่แพ้คะแนน popular vote แต่ชนะ electoral vote ไปเป็นกอร์แล้วโลกเราจะเปลี่ยนโฉมหน้าจากปัจจุบันไปอย่างไร แต่ที่แน่ๆ โจ๊กของอเมริกันชนที่ติดอันดับยอดนิยมเมื่อบุชลงจากตำแหน่งใหม่ๆ ก็คือมีชายคนหนึ่งไปที่ทำเนียบขาวเกือบทุกวันเพื่อถามหาบุชเพียงเพื่อได้ยินคำตอบจาก รปภ. ว่าบุชไม่ได้อยู่ที่ไวท์เฮาส์แล้ว ผมไม่แน่ใจว่าจะมีใครไปถามหาคุณทักษิณ สุรยุทธ์ หรืออภิสิทธิ์ เมื่อลงจากตำแหน่งที่ทำเนียบรัฐบาลเช่นเดียวกับบุชหรือเปล่า

การปฐกถาในครั้งนี้ คงต้องเริ่มจากความหมายของประชาธิปไตยที่หลายๆ คนในที่นี้ได้เรียนมาแล้วในวิชารัฐศาสตร์เบื้องต้น หรือ Gov101 หรือจะในชื่อรัฐศาสตร์ทั่วไป หรืออะไรก็แล้วแต่ว่า**ประชาธิปไตย**นั้นมาจากคำว่า *democracy* ซึ่ง *demos* มาจากคำว่า *people* หรือประชาชน และคำว่า *kratein* มาจากคำว่า *to rule* หรือปกครอง ดังนั้นถ้าแปลตามรูปศัพท์แล้ว **democracy หรือประชาธิปไตย** แปลว่า การปกครองโดยประชาชน (rule by people) หรือเรียกอีกประการหนึ่งได้ว่า **popular sovereignty** คือ อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน นั่นเอง

ความหมายต่างๆ ของประชาธิปไตยอาจแบ่งได้เป็นสองแนวทาง คือแบบแคบและแบบกว้าง สำหรับแนวทางแรกคือการให้ความหมายแบบแคบ คือ “เป็นรูปแบบการปกครองแบบหนึ่ง ซึ่งมีลักษณะพิเศษ คือ ประชาชนเป็นเจ้าของประเทศ เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย และมีสิทธิ มีอำนาจ และโอกาสในการเข้าควบคุมกิจการทางการเมืองของชาติ”

สำหรับความหมายแบบกว้างนั้นผมเห็นว่าเราไม่ควรตีความเพียงรูปแบบการปกครองแต่เพียงอย่างเดียว เพราะประชาธิปไตยนั้นมีหลายมิติ คือ มิติทางการเมือง ทางเศรษฐกิจ ทางสังคม และทางวัฒนธรรม

มิติทางการเมือง หมายความว่าประชาชนมีส่วนในการกำหนดนโยบายในการปกครองบ้านเมือง

มิติทางเศรษฐกิจ หมายถึงการที่ประชาชนมีเสรีภาพในการประกอบการทางเศรษฐกิจ หรือให้บุคคลได้รับหลักประกันในการดำเนินการทางเศรษฐกิจ หรือได้รับผลตอบแทนทางเศรษฐกิจที่ตนได้ลงแรงไป

มิติทางสังคม หมายถึงการที่ประชาชนได้รับความยุติธรรมทางสังคม ไม่มีการกีดกันระหว่างชนชั้น กลุ่มชน หรือความแตกต่างใดๆ หรือเกิดระบบอภิสิทธิ์ชน หรือระบบอุปถัมภ์ ซึ่งก็หมายถึงการเป็นนิติรัฐที่มีนิติธรรมนั่นเอง ซึ่งคำว่านิติรัฐกับนิติธรรมนั้นเรามักจะใช้ปนเปกันหรือใช้แทนกัน โดยเข้าใจว่าเป็นสิ่งเดียวกัน แต่ในทางวิชาการด้านกฎหมายมหาชนแล้ว

นิติรัฐ (legal state) หมายถึง

(1) บรรดาการกระทำทั้งหลายขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารจะต้องชอบด้วยกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ

(2) บรรดากฎหมายทั้งหลายที่องค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นจะต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

และ (3) การควบคุมไม่ให้กระทำขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหารขัดต่อกฎหมายก็ดี การควบคุมไม่ให้กฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญก็ดี จะต้องเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการ ซึ่งมีความเป็นอิสระจากองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารและองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ

มิใช่แปลแต่เพียงว่านิติรัฐคือรัฐที่ใช้กฎหมายปกครองประเทศเท่านั้น เพราะไม่เช่นนั้นคณะเผด็จการก็ออกกฎหมายมาใช้ปกครองเช่นกัน แต่เป็นกฎหมายที่ไม่ได้เป็นไปตามหลักการที่ว่ามานี้

ส่วน**นิติธรรม (rule of law)** หมายถึงการที่บุคคลทุกคนยอมเสมอกันในเบื้องหน้าของกฎหมาย (equal before the law) หรือไม่มีใครอยู่เหนือกฎหมาย (no one above the law) นั่นเอง

มิติทางวัฒนธรรม หมายถึงการส่งเสริมค่านิยม แบบแผน หรือประเพณีที่ยึดมั่นในหลักการประนีประนอม การใช้เหตุผล การยอมรับนับถือคุณค่า และศักดิ์ศรีของเพื่อนมนุษย์ มีความเข้าใจและเห็นประโยชน์ในการร่วมมือกันเพื่อ

ส่วนรวมโดยไม่คำนึงถึงผลประโยชน์ส่วนตนเพียงฝ่ายเดียว รวมทั้งการยอมรับการเปลี่ยนแปลงที่ขอชอบธรรมและเหมาะสมกับกาลสมัย เป็นต้น

อย่างไรก็ตามไม่ว่าจะเป็นความหมายแบบแคบหรือแบบกว้าง ผมขอบทความหมายของเด็กข่าวควิบาที่ชนะเลิศการประกวดขององค์การสหประชาชาติหรือ UN ในการให้ความหมายของประชาธิปไตยเมื่อไม่นานมานี้ว่า **“ประชาธิปไตย คือ การที่บุคคลสามารถแสดงความคิดเห็นอย่างสุจริต โดยไม่ต้องกังวลว่าจะถูกลงโทษ”** ซึ่งเมื่อหันมามองไทยเราในบางเรื่องแม้แต่จะคิดดั่งๆ ยังไม่ได้เลย เพราะจะกลายเป็นว่าไม่รู้จักสำนึกในบุญคุณแผ่นดิน ซึ่งอาจจะเป็นผลทำให้ถูกดักขกหน้าหรือถูกทุบรถได้

ส่วนรูปแบบของประชาธิปไตยนั้นก็มียหลายรูปแบบให้เลือก เช่น **ประชาธิปไตยทางตรง (direct democracy) ประชาธิปไตยแบบตัวแทน (representative democracy) หรือล่าสุดที่กำลังเป็นที่กล่าวขวัญถึงก็คือ ประชาธิปไตยแบบปรึกษาหารือ (deliberative democracy) ของ Jürgen Habermas ที่เครือข่ายบ้านขุ่มเมืองเย็นพยายามนำมาใช้เพื่ออุดข้อบกพร่องของ ประชาธิปไตยแบบตัวแทนที่เต็มไปด้วยการซื้อขายเสียงและการคอร์รัปชัน** อย่างมโหฬารเมื่อเข้าสู่ตำแหน่งแล้ว ซึ่งหลักใหญ่ๆ ของประชาธิปไตยแบบปรึกษาหารือ (deliberative democracy) ก็คือ **ฉันทามติ (consensus) นั้นเอง**

การที่เราจะปฏิรูปหรือสร้างกติกาใหม่เพื่อนำไปสู่ประชาธิปไตย 100% หรือประชาธิปไตยเต็มใบตามหัวข้อของการปาฐกถาในครั้งนี้ ในความเห็นของผม เห็นว่าองค์ประกอบของการที่จะเป็นประชาธิปไตยมากน้อยแค่ไหน ไม่ว่าจะเป็ ประชาธิปไตยรูปแบบไหนนั้นจะต้องประกอบไปด้วยสิ่งต่างๆ ดังต่อไปนี้ คือ การเลือกตั้ง การออกเสียงประชามติ การตรวจสอบและการถอดถอน

1) **การเลือกตั้ง (election)** หลายคนเข้าใจว่าการเลือกตั้งคือทั้งหมด ประชาธิปไตย ซึ่งเป็นความจริงเพียงส่วนเดียวเท่านั้น เพราะในประเทศเผด็จการก็มีการเลือกตั้งเช่นกัน แต่เป็นการบังคับเลือกหรือมิให้เลือกเพียงว่าจะเอาหรือไม่เอา แม้ว่าการเลือกตั้งจะมีใช้ทั้งหมดของการเป็นประชาธิปไตยแต่ในระบอบ

ประชาธิปไตยต้องมีการเลือกตั้งและการเลือกตั้งที่ว่ำนั้นต้องประกอบไปด้วยหลักการที่ว่า

1. **เป็นการทั่วไป** (in general) หมายความว่า บุคคลมีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งเป็นบุคคลทั่วไปที่อายุเข้าตามเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด ไม่จำเพาะเจาะจงว่าเป็นคนชนชั้นใด เพศใด หรือมีฐานะทางการเงินมากน้อยแค่ไหน ทั้งนี้เพราะอำนาจอธิปไตยเป็นของทุกคนไม่เพียงเฉพาะคนบางกลุ่ม เช่น ในอดีตคนผิวดำ ผู้หญิง หรือทาสไม่มีสิทธิเลือกตั้ง เป็นต้น

1.2 **เป็นอิสระ** (free voting) หมายความว่า ในการเลือกตั้งนั้น ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งมีอิสระอย่างเต็มที่ที่จะเลือกตัวแทนตัวเองเข้าไปปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ได้อยู่ภายใต้บังคับ กัดดัน ชักจูง ตบเท้า หรือได้รับอิทธิพลใดๆ ทั้งสิ้น เพื่อที่จะได้เจตจำนงที่แท้จริงของประชาชนแต่ละคน

1.3 **มีระยะเวลา** (periodic election) การเลือกตั้งจะต้องมีการกำหนดว่าการเลือกตั้งแต่ละครั้งจะได้ผู้แทนที่ไปปฏิบัติหน้าที่ได้เป็นระยะเวลากี่ปี บางประเทศอาจจะกำหนดให้เป็น 4 ปี 5 ปี หรือ 6 ปี แล้วแต่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ

1.4 **การลงคะแนนลับ** (secret voting) เพื่อให้ผู้ที่เลือกตั้งสามารถเลือกบุคคลที่ต้องการเข้าไปเป็นตัวแทนของตนได้อย่างมีอิสระ ไม่ต้องเกรงใจใคร หรือไม่อยู่ใต้อิทธิพลของใคร ในการเลือกตั้งทุกครั้งจึงกำหนดให้แต่ละคนสามารถเข้าไปในคูหาเลือกตั้งได้ครั้งละ 1 คน (เว้นในบางประเทศที่อนุญาตให้ผู้ช่วยตัวเองไม่ได้สามารถนำผู้อื่นเข้าไปช่วยเหลือได้) และไม่จำเป็นจะต้องบอกให้คนอื่นทราบว่าตนเองเลือกใคร แม้แต่การขึ้นให้การต่อศาลก็ตาม

1.5 **หนึ่งคนหนึ่งเสียง** (one man one vote) ผู้ที่เลือกตั้งทุกคนมีสิทธิในการออกเสียงได้เพียง 1 เสียงเท่านั้น ไม่ว่าจะมิฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคมอย่างไร ก็มีสิทธิออกเสียงได้เพียง 1 เสียงเท่านั้น เมื่อพูดถึงเรื่องนี้ professor doctor หลายคนรับไม่ได้ที่รากหญ้ามีสิทธิมีเสียงเท่ากับตนเอง ทั้งที่จิตสำนึกทางการเมืองนั้นไม่เกี่ยวกับการมีวุฒิการศึกษาสูงหรือไม่สูงแต่อย่างใด ตัวอย่างที่เห็นได้ชัดก็คืออินเดีย ที่มีอัตราผู้ไม่รู้หนังสือสูงกว่าไทยแต่ก็มีประชาธิปไตยถึงระดับ

ในสถาบันการศึกษาและรากหญ้า ที่สำคัญก็คือยังไม่มี การปฏิวัติรัฐประหาร เช่นที่ไทยเรา

1.6 ความบริสุทธิ์ยุติธรรม (fair election) ต้องมีการดูแลการเลือกตั้งไม่ให้มีการทุจริต ไม่ว่าจะเป็นการซื้อสิทธิขายเสียง การติดสินบน หรือใช้วิธีการอื่นใดที่ทำให้การเลือกตั้งไม่เป็นไปอย่างบริสุทธิ์ยุติธรรม

2) การออกเสียงประชามติ (referendum) คือการที่รัฐขอฟังความเห็นจากประชาชน ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นประชาธิปไตยทางตรงอย่างหนึ่ง ซึ่งเป็นพฤติกรรมทางการเมืองที่รัฐไม่ว่าจะเป็นระดับชาติหรือท้องถิ่น ได้คืนสิทธิเสรีภาพในการออกเสียงรับรองหรือคัดค้านในเรื่องใดเรื่องหนึ่งให้แก่ประชาชนเป็นผู้ตัดสินว่าต้องการดำเนินการอย่างไร ในกรณีใดกรณีหนึ่งที่เกี่ยวข้องว่าเป็นเรื่องสำคัญมากกว่าการออกกฎหมายหรือนโยบายธรรมดาๆ เช่น ร่างรัฐธรรมนูญฉบับปี 55 หรือ 56 ที่จะมีขึ้น หรือการยกเลิกการบริหารราชการส่วนภูมิภาคเหลือเพียงราชการส่วนกลางกับส่วนท้องถิ่นเต็มพื้นที่ ดังเช่น ร่าง พรบ. ระเบียบบริหารราชการเชียงใหม่มหานครที่จะเสนอโดยประชาชนกลางปี 55 นี้ เป็นต้น

ซึ่งการออกเสียงประชามตินี้ในต่างประเทศถือเป็นเรื่องปกติ เช่น ในแต่ละเขตปกครอง (canton) ของสวิตเซอร์แลนด์ทำกันบ่อยมาก ล่าสุดเมื่อสัปดาห์ที่ผ่านมา ก็มีการลงประชามติทั้งประเทศที่จะเพิ่มวันลาพักผ่อนประจำปีจาก 4 สัปดาห์ เป็น 6 สัปดาห์ต่อปี แต่ปรากฏว่าไม่ผ่าน ของไทยเราก็เคยทำมาครั้งหนึ่งเหมือนกัน คือ การออกเสียงประชามติรัฐธรรมนูญ ปี 50 แต่เป็นการออกเสียงประชามติที่พิลึกเอากการเพราะบอกว่าเอาหรือไม่เอา ถ้าไม่เอาอ้าวจะเอารัฐธรรมนูญอะไรไม่รู้มาให้ลื้อนะ (ไวย)

เมื่อพูดถึงเรื่องร่าง พ.ร.บ. ระเบียบบริหารราชการเชียงใหม่มหานครแล้ว ผมในฐานะที่เป็นผู้กร่างอยากจะขอโอกาสแทรกสัก 1 นาที ถึงความคับหน้า โดยเมื่อวานนี้เรามีการวิจารณ์ร่าง พ.ร.บ.ฯ ซึ่งผ่านการแก้ไขมา 4 ครั้ง โดยมีการระดมความเห็นจากผู้แทนที่เราไปออกเวทีมาทั้ง 25 อำเภอ จำนวนประมาณ 300 คน เพื่อปรับปรุงเป็นครั้งสุดท้ายก่อนตีพิมพ์ฉบับร่างฯ นี้ แจกจ่ายไปทุกภาคส่วน

ทั้งจังหวัดเชียงใหม่เพื่อรับฟังความเห็น แล้วนำมาเป็นร่างที่จะเสนอโดยประชาชนต่อรัฐสภาในกลางปีนี้

หลักการใหญ่ของร่าง พ.ร.บ.ฯ ฉบับนี้ ก็คือการยกเลิกราชการส่วนภูมิภาค โดยเหลือเพียงราชการส่วนกลางและส่วนท้องถิ่นเต็มพื้นที่ ซึ่งส่วนท้องถิ่นนี้ก็จะมี 2 ระดับ ระดับบนคือเชียงใหม่มหานคร ซึ่งมีหัวหน้าฝ่ายบริหารคือ ผู้ว่าฯ ซึ่งมาจากการเลือกตั้งระดับล่างคือเทศบาล โดยแบ่งหน้าที่กันทำซึ่งมิได้หมายความว่าระดับบนจะเป็นผู้บังคับบัญชาของระดับล่าง

ในส่วนของโครงสร้างจะเป็น 3 ส่วน คือ สภาเชียงใหม่มหานคร ผู้ว่าราชการเชียงใหม่มหานครและสภาพลเมือง ซึ่งในต่างประเทศเรียกว่า civil jury แต่เราไม่อยากจะให้สับสนจึงเรียกสภาพลเมือง

การเปลี่ยนแปลงที่สำคัญอื่นก็คือ กิจการตำรวจจะขึ้นอยู่กับเชียงใหม่มหานคร ส่วนแบ่งรายได้ที่เกิดขึ้นในเชียงใหม่มหานครจะเก็บไว้ 70 เปอร์เซ็นต์ ส่วนกลาง 30 เปอร์เซ็นต์ รายละเอียดอื่นๆ ที่ตอบคำถามว่าเดี๋ยวก็ได้หนักเลงมาครองเมืองหรือประชาชนยังไม่พร้อม หรือเขาคงไม่ยอมหรือ อะไรต่างๆ เหล่านี้ คงต้องไปหาเพิ่มเติมได้จากอาจารย์ภูเกิลในบทความของผมในหัวข้อเชียงใหม่มหานคร หรือข้อสงสัยในการยกเลิกราชการส่วนภูมิภาคเอา เพราะประเด็นนี้มีใช้หัวข้อหลักของการปาฐกถาครับ แต่ที่แน่ๆ มีความคืบหน้าไปไกลมากแล้ว และจะเห็นหน้าเห็นหลังกันภายในปีนี้แน่นอนครับ

3) การตรวจสอบ (monitor) ประชาชนต้องมีสิทธิตรวจสอบการทำงานของบุคคลที่ตนเลือกเข้าไปได้ ไม่ว่าจะ เป็นทางตรงหรือทางอ้อม เช่น การใช้สิทธิตาม พ.ร.บ. ข้อมูลข่าวสารฯ การเข้าฟังการประชุมสภาหรือการประชุมสำคัญของฝ่ายบริหารทุกระดับทั้งระดับชาติหรือท้องถิ่น การใช้สิทธิทางศาล การร้องเรียนต่อหน่วยงานที่มีหน้าที่ เช่น สตง. ปปช. ผู้ตรวจการแผ่นดิน ฯลฯ

4) การถอดถอน (recall) แน่นอนที่สุดเมื่อเลือกเข้าไปทำหน้าที่ได้ก็ต้องปลดออกจากตำแหน่งได้ มิใช่ว่าหย่อนบัตรเลือกตั้งแล้วเป็นอันว่าจบกัน หรือที่เราเรียกกันว่า “ประชาธิปไตย 4 วินาที” นั่นเอง เมื่อเลือกแล้วหรือออกเสียงประชามติ

แล้ว เราก็ตรวจสอบ ตรวจสอบแล้วพบว่าไม่ชอบมาพากลก็ต้องเอาออกจากตำแหน่งได้ในที่สุด

กล่าวโดยสรุปก็คือ จากการที่เราสามารถดูว่าประเทศใดเป็นประชาธิปไตยมากน้อยแค่ไหนจากองค์ประกอบ 4 อย่างข้างต้นแล้ว การที่เราจะปฏิรูปกติกาเพื่อเข้าสู่ประชาธิปไตย 100% หรือประชาธิปไตยเต็มใบให้มากที่สุดนั้น เราก็ต้องปฏิรูปกติกา ซึ่งกติกาที่ว่านั้นก็คือรัฐธรรมนูญนั่นเอง โดยเราต้องศึกษาว่ารัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนี้มีข้อบกพร่องอย่างไร ยังขาดส่วนใดส่วนหนึ่งในสี่ส่วนนี้ ซึ่งก็คือ การเลือกตั้ง การลงประชามติ การตรวจสอบและการถอดถอนนี้หรือไม่

ในเมื่อจะแก้รัฐธรรมนูญทั้งที่แล้วจึงควรที่จะต้องแก้ทั้งฉบับ ไม่ใช่ว่าหมวดนั้นหมวดนี้แต่ไม่ได้ เช่น หมวดสถาบัน หมวดศาลหรือองค์กรอิสระ ฯลฯ ไม่เช่นนั้นจะเป็นการแก้รัฐธรรมนูญทั้งฉบับตามรัฐสภารับหลักการร่างแก้ไข ม. 291 ในวาระที่หนึ่งได้อย่างไร

ส่วนแก้ทั้งฉบับแล้วบางหมวดจะเหมือนเดิมหรือไม่เหมือนเดิมก็ว่ากันไป ซึ่งมันก็พิลึกๆ อยู่ ถ้าหากจะแก้ให้ดีกว่าเดิมทำไมจะทำไมไม่ได้ และก็มีมีการแก้มาแล้วตั้งหลายครั้ง ในแต่ละครั้งก็ให้เหตุผลว่าดีกว่าเดิมทั้งนั้น แม้ว่าจะเป็นการแก้จากคณะรัฐประหารก็ตาม

รัฐธรรมนูญก็คือกฎหมาย กฎหมายก็คือเครื่องมือที่มนุษย์สร้างขึ้นมาเพื่อจัดระเบียบสังคม เมื่อมนุษย์สร้างกฎหมายขึ้นมาได้ก็ย่อมที่จะแก้กฎหมายนั้นได้ การแก้กฎหมายก็โดยอำนาจของประชาชนที่ผ่านทางสภานิติบัญญัติ หากสภานิติบัญญัติเห็นชอบหรือมอบหมายให้ สสร. ยกร่างขึ้นมาแล้วนำมาลงประชามติให้ประชาชนออกเสียง ผลเป็นอย่างไรก็ว่ากันไปตามนั้น และในอีกช่วงระยะเวลาใดเวลาหนึ่งก็ต้องมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขอีก เพราะทุกสิ่งทุกอย่างย่อมมีวิวัฒนาการ สิ่งใดที่หยุดนิ่งอยู่กับที่ก็คือการถอยหลังหรือตายแล้ว

รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกาที่ผู้คนชอบยกมาเป็นตัวอย่างนั้น จริงๆ แล้วได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาแล้วหลายครั้ง รวมทั้งสิ้นถึง 27 มาตรา และอนุมาตราล่าสุดในปี 1992 ซึ่งเป็นเรื่องว่าด้วยการจ่ายค่าตอบแทนสมาชิกสภา

คงเกรส และคงจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมอีกในอนาคต เพียงแต่ยังไม่มีการฉีกทิ้งเหมือนพีไทยเราเท่านั้นเอง

ขอบคุณครับ

สิทธิเสรีภาพ ในการไม่นับถือศาสนา*

ชำนาญ จันทร์เรือง**

จะช้าหรือเร็วรัฐธรรมนูญฉบับปี 50 จะต้องถูกแก้ แต่ที่แน่นอนในหมวดของสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทยที่ว่าด้วยการนับถือศาสนาที่ว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพสมบูรณ์ในการถือศาสนา นิกายของศาสนา หรือลัทธินิยมทางศาสนา และย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติตามศาสนธรรม ศาสนบัญญัติ หรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือของตน เมื่อไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของพลเมืองและไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน” คงไม่ถูกแก้ไขไปด้วย เพราะเป็นแบบมาตรฐานทั่วไปของรัฐธรรมนูญ

ประเด็นที่จะยกมาก็คือเพื่อชี้ให้เห็นว่าการรณรงค์ หรือการบังคับให้ปฏิญาณตนว่า “จะยึดมั่นหรือจงรักภักดีต่อชาติ ศาสนา และพระมหากษัตริย์” นั้น ขัดรัฐธรรมนูญ เพราะบุคคลย่อมมีสิทธิเสรีภาพที่จะไม่นับถือศาสนา ฉะนั้น การบังคับหรือการรณรงค์ แม้กระทั่งคำกล่าวของบุคคลสำคัญในบ้านเมืองที่ให้ยึดมั่นหรือจงรักภักดีต่อศาสนา จึงเป็นการบังคับจิตใจให้ผู้อื่นกระทำในสิ่งที่ตนไม่ชอบหรือศรัทธาในแง่ของการปฏิบัติ (หรือไม่ปฏิบัติ) ตามพิธีกรรมตามความเชื่อของตนนั่นเอง

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net 8 เมษายน 2555 22:44 น.

** นักวิชาการอิสระ

เมื่อกล่าวถึงการไม่นับถือศาสนาสำหรับคนไทยเราแล้วดูเหมือนว่าจะเป็นของแปลกประหลาดแต่ในต่างประเทศเป็นสิ่งธรรมดาจากเว็บไซต์ <http://www2.ttcn.ne.jp/~honkawa/9460.html> ได้แสดงผลการสำรวจจำนวนร้อยละของผู้ไม่นับถือศาสนาในประเทศต่างๆ ดังนี้

เอสโตเนีย 75.5%, อาเซอร์ไบจาน 74%, แอลเบเนีย 60-75%, สาธารณรัฐประชาชนจีน 59-71%, สวีเดน 46-85%, สาธารณรัฐเช็ก 59% (ยังไม่รวมผู้ที่ไม่กรอกข้อมูลในแบบสำรวจอีก 8%), ญี่ปุ่น 51.8%, รัสเซีย 48.1%, เบลารุส 47.8%, เวียดนาม 46.1%, เนเธอร์แลนด์ 44.0%, ฟินแลนด์ 28-60%, ฮังการี 42.6%, ยูเครน 42.4%, อิสราเอล 41.0%, ลัตเวีย 40.6%, เกาหลีใต้ 36.4%, เบลเยียม 35.4%, นิวซีแลนด์ 34.7% (จาก 87.3% ของผู้สอบถาม), ซิลี 33.8%, เยอรมนี 32.7%, ลักเซมเบิร์ก 29.9%, สโลเวเนีย 29.9%, ฝรั่งเศส 27.2% (ชาย 30.6% หญิง 23.9%), เวเนซุเอลา 27.0%, สโลเวเกีย 23.1%, เม็กซิโก 20.5%, ลิทัวเนีย 19.4%, เดนมาร์ก 19%, ออสเตรเลีย 18.7% (จากผู้ตอบ 88.8% ซึ่งรวมถึง 29.9% ของผู้ที่ไม่ตอบและตอบไม่ชัดเจน), อิตาลี 17.8%, สเปน 17%, แคนาดา 16.2%, อาร์เจนตินา 16.0%, สหราชอาณาจักร 15.5% (23.2% ไม่ตอบ), แอฟริกาใต้ 15.1%, สหรัฐอเมริกา 15.0% (จาก 94.6% ของผู้ตอบ) ฯลฯ น่าเสียดายที่ไม่มีข้อมูลการสำรวจของประเทศไทยเรา แต่ผมเชื่อว่าคงมีจำนวนมากที่ระบุศาสนาลงในเฉพาะทะเบียนบ้าน โดยไม่ได้มีการนับถือหรือปฏิบัติตามคำสอนของศาสนาที่ตนระบุไว้ แต่ก็มักกล้าประกาศว่าตนไม่นับถือศาสนาใดใด เพราะเกรงผลกระทบตามมาทางสังคม

การมีศาสนาก็คงจะเป็นเหมือนกับหลายๆ สิ่งหลายๆ อย่าง ที่มีทั้งข้อดีและข้อเสีย ผลดีของการมีศาสนาคือ เมื่อมนุษย์เชื่อมั่นในศาสนาที่ตนเองนับถืออย่างแท้จริงแล้ว มนุษย์ก็จะไม่ทำความชั่วจะทำแต่ความดี ซึ่งย่อมที่จะเป็นผลดีทั้งต่อจิตใจของตนเองและต่อสังคม โลกก็มีสันติภาพ

ส่วนผลเสียก็คือ การแต่งเติมคำสอนออกไปมากมายจนผิดเพี้ยน มีการเพิ่มเติม “พิธีกรรม” จนกลายเป็นการปฏิบัติที่มุ่งงายไร้เหตุผล ซึ่งไม่ได้ช่วยให้ผู้ที่นับถือเข้าใจ หรือเห็นแจ้งในชีวิตขึ้นมาได้ มีการอาศัยศาสนาเพื่อแสวงหาผลประโยชน์

จากผู้ที่นับถือในลักษณะของธุรกิจการพาณิชย์ไป มีการปฏิบัตินอกกลุ่มนอกทางจากคำสอนดั้งเดิมจนเป็นที่กังขาว่า ศาสนานั้นๆ จะไม่ใช่ของดีที่แท้จริง

ผลเสียที่สำคัญก็คือ “ความใจแคบของศาสนิก” ที่มักจะเชื่อตามกันมาว่า หากใครที่เปลี่ยนศาสนาไปนับถือศาสนาอื่น หรือเปลี่ยนเป็นไม่นับถือศาสนาเป็นการกระทำความผิดที่ร้ายแรง สมควรที่จะต้องถูกรับโทษทัณฑ์อย่างแสนสาหัสตราบนานเท่านาน แม้จะตายไปแล้วก็ตามสำหรับศาสนาที่เชื่อในโลกนี้โลกหน้า

บางครั้งการนับถือศาสนาก็กลับกลายเป็นการเพิ่มข้อผูกมัดให้แก่ชีวิตของผู้นับถือศาสนามากขึ้น เพราะอันเนื่องมาจากเหตุของข้อบังคับในศาสนานั้นเอง แทนที่ศาสนาจะช่วยให้มีอิสรภาพ ก็กลับเป็นว่าศาสนากลายเป็นสิ่งครอบงำหรือผูกมัดให้ผู้นับถือสูญเสียอิสรภาพในการคิด การพูด และการกระทำ ที่แม้ว่าจะถูกต้องตามหลักสากลก็ตาม

ฉะนั้น จึงไม่เป็นการแปลกประหลาดอันใดที่ผู้มีปัญญาทั้งหลายจะแสวงหาแนวทางที่บริสุทธิ์ดีงาม ไม่มั่งงาย ไม่ไร้เหตุผล เป็นสากล และช่วยให้เข้าใจในชีวิตบางคนจึงละทิ้งศาสนาเดิมของตนแล้วกลายเป็น “คนไม่นับถือศาสนา (irreligious persons)” ไปในที่สุด ซึ่งนับวันคนไม่นับถือศาสนาเช่นนี้จะเพิ่มทวีมากขึ้นในโลกปัจจุบัน

เมื่อไม่มีศาสนาแล้วจะเป็นอย่างไร

ประเด็นนี้ไม่น่าเป็นห่วงสำหรับผู้ที่มีสติปัญญามาก แต่น่าเป็นห่วงสำหรับผู้ที่มีสติปัญญาน้อยหรือไม่มีสติปัญญา เพราะผู้ที่มีสติปัญญาน้อยค่อนข้างเสี่ยงที่จะทำความชั่วได้ง่าย ด้วยเหตุอันมาจากการขาดเครื่องยึดเหนี่ยวจิตใจหรือภูมิคุ้มกัน เพราะเขาไม่เชื่อในผลแห่งการกระทำ จึงพยายามแสวงหาและเสพความสุขให้เต็มอึดในปัจจุบัน เพราะเชื่อว่าตายไปแล้วก็ได้เสพอีก ซึ่งการแสวงหาและการเสพในทางที่ผิดนี้ยิ่งเพิ่มความทุกข์ให้กับตนเองและสังคมด้วย

ในทางกลับกันสำหรับผู้ที่มีสติปัญญามากย่อมเห็นว่าไม่ว่าจะตายไปแล้วหรือไม่ก็ตาม การทำความชั่วนั้นย่อมมีผลเสีย การทำความดีย่อมมีผลดีในตัวของมันเองอยู่แล้ว ดังนั้นผู้ที่มีสติปัญญาอย่างแท้จริงแม้ไม่มีศาสนาเขาก็ยังทำแต่

ความดีและไม่ทำความชั่วได้เหมือนกับคนที่มีศาสนา เพราะผู้ที่ทำความดีนั้นชีวิตของเขาก็ย่อมที่จะมีแต่ความสงบสุข ไม่เดือดร้อน เพราะการทำความดีของเขาในปัจจุบันแม้ตายไปแล้วถ้าโลกหน้ามีจริงเขาก็ย่อมได้รับอย่างแน่นอน แต่หากโลกหน้าไม่มีจริง เขาก็ไม่ขาดทุนเพราะเขาได้รับผลดีอยู่แล้วในปัจจุบัน ซึ่งผมของดเว้นที่จะยกตัวอย่างบุคคลที่มีชื่อเสียงที่สังคมเคารพยกย่องว่าเป็น คนดีหลายๆ ท่านที่เป็นผู้ไม่ได้นับถือศาสนาใดใด เพราะเดี๋ยวจะกลายเป็นการโฆษณาชวนเชื่อให้หันมาไม่นับถือศาสนาหรือเป็นการสร้างศาสดาใหม่ขึ้นมาในบรรดาของผู้ที่ไม่นับถือศาสนาไปเสีย

กล่าวโดยสรุปก็คือ ใครเชื่อ ใครนับถือศาสนาไหนก็นับถือไป ใครไม่เชื่อ ใครไม่นับถือศาสนาก็ย่อมเป็นสิทธิส่วนตัวที่ย่อมไม่อาจถูกละเมิดหรือถูกบังคับให้ต้องนับถือศาสนาใดใด ดังที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้และตั้งเหตุผลที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นนั่นเองและถ้าจะให้ดีหาก สสร.55 จะบัญญัติในรัฐธรรมนูญให้ชัดๆ ไปเลยว่าบุคคลมีสิทธิเสรีภาพในการนับถือ หรือไม่นับถือศาสนาก็จะสมบูรณ์ยิ่งขึ้น ไม่ต้องมาเถียงหรือตีความกันให้ยุ่งยากและเสียเวลา

หมายเหตุท้ายคดีรัฐธรรมนูญ
คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555
เรื่อง พระราชบัญญัติขายตรง
และตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545
ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่*

*ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ณรงค์เดช สรุโฆษิต***

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555

เรื่อง พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545
ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่

1. ข้อเท็จจริง

ศาลฎีกาส่งคำโต้แย้งของจำเลยในคดีความผิดตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 (พ.ร.บ. ขายตรง 2545) ซึ่งโต้แย้งว่า มาตรา 54 “ในกรณีที่มีผู้กระทำความผิดซึ่งต้องรับโทษตามพระราชบัญญัตินี้เป็นนิติบุคคล ให้กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น ต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นๆ ด้วย เว้นแต่

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net 23 เมษายน 2555 14:15 น.

** อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนในการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น” มีเนื้อหาขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสอง และมาตรา 40 (5) ประกอบมาตรา 30

2. บทกฎหมาย

รัฐธรรมนูญมาตรา 39 วรรคสอง บัญญัติว่า “ในคดีอาญา ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด”

3. ข้อวินิจฉัย

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีมติเสียงข้างมาก 5 ต่อ 4 วินิจฉัยว่า มาตรา 54 ดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 39 วรรคสอง จึงเป็นอันใช้บังคับไม่ได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 6 ส่วนปัญหาตามมาตราอื่นๆ ไม่จำเป็นต้องวินิจฉัย

4. เหตุผลประกอบการวินิจฉัย

“เห็นว่า พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 มาตรา 54 เป็นข้อสันนิษฐานตามกฎหมายที่มีผลการสันนิษฐานความผิดของจำเลย โดยโจทก์ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงการกระทำหรือเจตนาอย่างใดอย่างหนึ่งของจำเลยก่อน เป็นการนำการกระทำความผิดของบุคคลอื่นมาเป็นเงื่อนไขของการสันนิษฐานให้จำเลยมีความผิดและต้องรับโทษทางอาญา เนื่องจากการสันนิษฐานว่า ถ้าผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคล ก็ให้กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลที่รับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นต้องร่วมรับผิดชอบกับนิติบุคคลผู้กระทำความผิดด้วย เว้นแต่ จะพิสูจน์ได้ว่าตนไม่ได้มีส่วนรู้เห็นเป็นใจในการกระทำความผิดของนิติบุคคลดังกล่าว โดยโจทก์ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงการกระทำหรือเจตนาของกรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดที่รับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นว่ามีส่วนร่วมเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดของนิติบุคคลอย่างไร คงพิสูจน์แต่เพียงว่านิติบุคคลกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้และจำเลยเป็นกรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลที่รับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลเท่านั้น กรณีจึงเป็นการสันนิษฐานไว้ตั้งแต่แรกแล้วว่า กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลที่รับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นได้กระทำความผิดด้วย อันมีผล

เป็นการผลักรากระการพิสูจนความบริสุทธิ์ไปยังกรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ และบุคคลที่รับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นทั้งหมดทุกคน บทบัญญัติมาตราดังกล่าวจึงเป็นการสันนิษฐานความผิดของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาโดยอาศัยสถานะของบุคคลเป็นเงื่อนไข มิใช่การสันนิษฐานข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบความผิดเพียงบางข้อหลังจากที่โจทก์ได้พิสูจนให้เห็นถึงการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดที่เกี่ยวข้องกับความผิดที่จำเลยถูกกล่าวหา และยังขัดกับหลักนิติธรรม ข้อที่ว่าโจทก์ในคดีอาญาต้องมีภาระการพิสูจนถึงการกระทำความผิดของจำเลยให้ครบองค์ประกอบความผิด นอกจากนี้ บทบัญญัติมาตราดังกล่าวยังเป็นการนำบุคคลเข้าสู่กระบวนการดำเนินคดีอาญาให้ต้องตกเป็นผู้ต้องหาและจำเลย ซึ่งทำให้บุคคลดังกล่าวอาจถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพ เช่น การถูกจับกุม หรือถูกคุมขังโดยไม่มีพยานหลักฐานตามสมควรในเบื้องต้นว่าบุคคลนั้นได้กระทำการหรือมีเจตนาประการใดอันเกี่ยวกับความผิดตามที่ถูกกล่าวหา บทบัญญัติมาตราดังกล่าวในส่วนที่สันนิษฐานความผิดอาญาของผู้ต้องหาและจำเลยโดยไม่ปรากฏว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยได้กระทำการหรือมีเจตนาประการใดเกี่ยวกับความผิดนั้น จึงขัดต่อหลักนิติธรรมและขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสอง”

5. หมายเหตุท้ายคำวินิจฉัย

5.1 คำวินิจฉัยนี้ น่าจะเป็นคำวินิจฉัยแรกที่ศาลรัฐธรรมนูญไทยอ้างอิงปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights - UDHR) และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights - ICCPR) ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีโดยการภาคยานุวัติและมีผลผูกพันประเทศไทยนับแต่วันที่ 30 มกราคม 2540 เป็นเหตุผลประกอบข้อวินิจฉัยว่า มาตรา 54 พ.ร.บ.ขายตรง 2545 ขัดต่อหลักนิติธรรมและรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสอง

แต่ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญมิได้วินิจฉัยโดยตรงว่า มาตรา 54 ขัดต่อ “สิทธิมนุษยชน” ตามปฏิญญาและกติการะหว่างประเทศดังกล่าว ซึ่งกรณีเช่นนี้ จะเกิดขึ้นได้ ก็ต่อเมื่อเป็นคดีที่ขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญผ่านคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 257 (2) เท่านั้น

5.2 แม้ประเทศไทยเป็นภาคีของ ICCPR แต่ไม่ได้รับเอาพิธีสารทางเลือกฉบับที่ 1 (First Optional Protocol) ซึ่งเปิดช่องให้มีการเสนอคำร้องส่วนบุคคล (Individual Complaints) ไปยังคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน (Human Rights Committee - HRC) ซึ่งเป็นองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาทตามกติกาดังกล่าว ดังนั้นผู้ถูกละเมิดสิทธิตาม ICCPR โดยรัฐไทยจึงไม่อาจเสนอคำร้องส่วนบุคคลตามช่องทางนี้ได้

5.3 อนึ่ง เมื่อตรวจสอบฐานข้อมูลคำวินิจฉัย (Communication) ของ HRC ที่เกี่ยวกับข้อสันนิษฐานเบื้องต้นในคดีอาญาว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์ (Presumption of Innocence) ที่รับรองไว้ในข้อ 14 วรรคสองของ ICCPR ความว่า “Everyone charged with a criminal offence shall have the right to be presumed innocent until proved guilty according to law.”

กลับไม่พบคำวินิจฉัยเกี่ยวกับบทสันนิษฐานความรับผิดชอบอาญาของผู้แทนนิติบุคคล ซึ่งตรงกับกรณีปัญหาที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในคดีนี้ และไม่พบว่า HRC เคยให้ความเห็นในลักษณะดังกล่าวไว้ในข้อสังเกตทั่วไปของข้อ 14 นี้ (General Comment No. 13: Equality before the courts and the right to a fair and public hearing by an independent court established by law (Art. 14): 13/04/1984)¹

5.4 การเขียนคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญฉบับนี้น่าจะมีข้อความไม่ครบถ้วน กล่าวคือ มีการอ้างอิงบทบัญญัติข้อ 11 ของปฏิญญาสากล UDHR ivo อย่างชัดเจน แต่สำหรับ ICCPR ซึ่งผูกพันรัฐไทยโดยตรงในฐานะรัฐภาคีกลับเป็นเพียงการกล่าวอ้างอิงอย่างลอยๆ มิได้อ้างอิงระบุบทบัญญัติข้อ 14 วรรคสองข้างต้น (โปรดดู คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ หน้า 3 - 4)

5.5 เมื่อค้นคว้าเปรียบเทียบกับแนวบรรทัดฐานของสนธิสัญญาระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนของภูมิภาคอื่น คือ อนุสัญญาสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป (European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms -

1 <http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>

ECHR) ที่รับรองหลักการ Presumption of Innocence ไว้ในข้อ 6 วรรคสอง ความว่า “Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law.”

กลับพบแนวบรรทัดฐานที่ตรงกันข้ามกับผลการวินิจฉัยของ ศาลรัฐธรรมนูญไทยในคดีนี้ กล่าวคือ คดี AG v Malta, Application No. 16641/90, 10 December 1991 (unreported) คณะกรรมการสิทธิ (ซึ่งปัจจุบันถูกยุบรวมเข้า เป็นส่วนหนึ่งของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปแล้ว) ได้วินิจฉัยว่า

ข้อสันนิษฐานเบื้องต้นที่สามารถพิสูจน์หักล้างได้ (Rebuttable Presumption) ที่ว่า “ให้กรรมการบริษัทต้องรับผิดชอบในทางอาญา ในกรณีที่บริษัท ดังกล่าวถูกตัดสินว่ากระทำความผิดอาญา เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่า มิได้รู้เห็นในการกระทำความผิด และได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำความผิด ดังกล่าวแล้ว” มิได้ขัดหรือแย้งต่อข้อ 6 วรรคสองของ ECHR แต่อย่างใด²

5.6 อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้ เคยวินิจฉัยไว้ในคดี *State v. Coetzee*, [1997] 2 LRC 593 ด้วยมติ 7 ต่อ 4 (เฉพาะในประเด็นนี้) ว่า มาตรา 332 (5) แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาความอาญา (Criminal Procedure Act) ที่ว่า “ให้กรรมการและพนักงานของบริษัทที่ถูกตัดสินว่ากระทำความผิดอาญา ต้องรับผิดชอบในฐานความผิดดังกล่าวด้วย เว้นแต่พิสูจน์ได้ว่า มิได้มีส่วนเกี่ยวข้องในการกระทำความผิดและมีอาจป้องกันการกระทำผิดดังกล่าวได้” (A director or servant of a corporate body is guilty of an offence committed by the corporate body unless it is proved that such person took no part in the commission of the offence and could not have prevented it.) ชัดต่อ หลักข้อสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบริสุทธิ์ตามรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว มาตรา 25 (3)(c)

แต่ทั้งนี้ ตุลาการในเสียงข้างมากต่างเขียนความเห็นส่วนบุคคล (Concurring Opinion - เห็นด้วยกับข้อวินิจฉัยแต่ให้เหตุผลต่างออกไป) ในทำนอง

2 Harris, O’Boyle, et. al., *Law of the European Convention on Human Rights* (OUP. 2nd edition, 2009) หน้า 302.

ว่า เป็นเพราะบทบัญญัตินี้กว้างขวางเกินไป³

อนึ่ง รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาความอาญาของแอฟริกาใต้ที่แก้ไขเพิ่มเติมหลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยดังกล่าวและใช้บังคับอยู่ ณ ปัจจุบัน มีเนื้อความดังนี้

“332. Prosecution of corporations and members of associations.—(1)...

(5) When an offence has been committed, whether by the performance of any act or by the failure to perform any act, for which any corporate body is or was liable to prosecution, any person who was, at the time of the commission of the offence, a director or servant of the corporate body shall be deemed to be guilty of the said offence, unless it is proved that he did not take part in the commission of the offence and that he could not have prevented it, and shall be liable to prosecution therefor, either jointly with the corporate body or apart therefrom, and shall on conviction be personally liable to punishment therefor.”⁴

5.7 นิติบุคคลเป็นสิ่งที่กฎหมายสมมติขึ้น (Fiction Theory) ไม่มีตัวตน การกระทำการ การแสดงเจตนาทุกอย่างย่อมกระทำผ่านผู้แทนนิติบุคคล ในขั้นต้น นิติบุคคลได้รับการสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ในคดีอาญา ฝ่ายอัยการ

3 Sujit Choudhry, GLOBALIZATION IN SEARCH OF JUSTIFICATION: TOWARD A THEORY OF COMPARATIVE CONSTITUTIONAL INTERPRETATION, *Indiana Law Journal*, (Summer, 1999, 819 -892) หน้า 846 - 851.

และ OVERVIEW OF THE JUDGMENTS OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF SOUTH AFRICA SINCE 1994 TO 2005 หน้า 14.

<http://www.constitutionalcourt.org.za/uhtbin/cgiisirs/0/0/x/503/9>

4 <http://www.lawlibrary.co.za>

โจทก์ต้องพิสูจน์โดยปราศจากข้อสงสัยว่า นิติบุคคลนั้นได้กระทำความผิด ปัญหาก็คือ เมื่อพิสูจน์เช่นนั้นได้แล้ว การผลักภาระการพิสูจน์ (Reverse Onus) กลับไปยังผู้แทนนิติบุคคล ซึ่งกฎหมายขายตรงกำหนดให้เป็นตัว “กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น” ในทำนอง Rebuttable Presumption คือ บุคคลเหล่านั้นต้องนำสืบพิสูจน์ให้ได้ว่า “ตนไม่ได้มีส่วนในการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น” จะขัดต่อหลัก Presumption of Innocence ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสอง หรือไม่

ตุลาการฝ่ายข้างมาก 5 เสียง เห็นว่า ชัดรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ดี ข้อวินิจฉัยดังกล่าวจะสมเหตุสมผลหรือไม่ เพียงไร คงต้องรอศึกษาจากความเห็นส่วนบุคคลของตุลาการแต่ละท่าน โดยเฉพาะฝ่ายเสียงข้างน้อยอีก 4 ท่าน โดยละเอียดอีกครั้ง

5.8 ตุลาการเสียงข้างมากในคดีนี้ อ้างอิงถึง UDHR ข้อ 11 และ ICCPR (โดยไม่ระบุข้อ) เพื่อสรุปว่า หลัก Presumption of Innocence เป็นหลักนิติธรรมที่ได้รับการยอมรับในนานาอารยประเทศ ซึ่งความจริงก็เป็นเช่นนั้น แต่สำหรับสาระปลีกย่อยของหลักการดังกล่าวในบางเรื่อง โดยเฉพาะประเด็นการผลักภาระการพิสูจน์ (Reverse Onus) กลับไปยังผู้แทนนิติบุคคลในกรณีที่นิติบุคคลถูกวินิจฉัยว่ากระทำความผิดอาญาแล้ว ยังไม่น่าจะใช่ “หลักนิติธรรมที่ได้รับการยอมรับในนานาอารยประเทศ” (โปรดดู คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ หน้า 3 - 4 และ 6 และเปรียบเทียบกับหลักกฎหมายต่างประเทศที่อ้างอิงไว้ข้างต้น)

5.9 มีพระราชบัญญัติอื่นๆ อีก**นับร้อยฉบับ**ที่มีบทบัญญัติคล้ายคลึงกับ มาตรา 54 พ.ร.บ. ขายตรง 2545 ที่ศาลวินิจฉัยแล้วว่าชัดรัฐธรรมนูญ อาทิ

- มาตรา 28/4 พ.ร.บ. สถานบริการ 2509
- มาตรา 71 พ.ร.บ. ปู่ย 2518
- มาตรา 27 พ.ร.บ. น้ำมันเชื้อเพลิง 2521
- มาตรา 71 พ.ร.บ. ควบคุมคุณภาพอาหารสัตว์ 2525
- มาตรา 15 พ.ร.ก. การกักเงินที่เป็นการฉ้อโกงประชาชน 2527
- มาตรา 25 พ.ร.บ. ควบคุมผลิตภัณฑ์ยาสูบ 2535

- มาตรา 144 พ.ร.บ. ประกันชีวิต 2535
- มาตรา 301 พ.ร.บ. หลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ 2535
- มาตรา 61 พ.ร.บ. ป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน 2542
- มาตรา 60 พ.ร.บ. โรงงานผลิตอาวุธของเอกชน 2550
- มาตรา 153 พ.ร.บ. โรงเรียนเอกชน 2550
- มาตรา 62 พ.ร.บ. ค้ຸมครองชากตีกด้าบรรรพ์ 2551
- มาตรา 76 พ.ร.บ. มาตรฐานสินค้าเกษตร 2551

กล่าวอีกนัยหนึ่ง กฎหมายที่ควบคุมการประกอบอาชีพ - ธุรกิจ ภายใต้ระบบอนุมัติอนุญาตทุกฉบับมีบทบัญญัติในลักษณะนี้

คดีที่ค้างอยู่ในศาลและคดีที่ถึงที่สุดไปแล้ว ซึ่งตัดสินความผิดตามกฎหมายต่างๆ โดยอาศัยบทบัญญัติลักษณะข้างต้น คงต้องอาศัยประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 2 วรรคสอง ยกเป็นข้อต่อสู้ แต่ทั้งนี้ เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญยังมิได้มีคำวินิจฉัยว่า มาตรา... แห่ง พ.ร.บ.... ต่างๆ ที่ยกมาเป็นตัวอย่างข้างต้น ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เป็นอันใช้บังคับมิได้ ณ วันนี้ คงต้องหาช่องทางเสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211, 245 (1), 257 (2) หรือท้ายที่สุด มาตรา 212 เสียก่อน

แต่ถ้าจะให้ดี ผู้ตรวจการแผ่นดิน ควรรวบรวมรายชื่อกฎหมายและมาตราที่เกี่ยวข้องมัดรวมกันเป็นคำร้องตามมาตรา 245 (1) เสนอไปยังศาลรัฐธรรมนูญ ทุกอย่างจะได้ชัดเจนเสร็จสิ้นในคราวเดียว

ที่น่าสนใจก็คือ เมื่อคำร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญอีกครั้ง ยังจะเป็นมติ 5 ต่อ 4 อีกหรือไม่

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับจึงสำคัญๆ มาก

เกร็ดความรู้

การเลือกตั้งประธานาธิบดีฝรั่งเศส

อาจารย์ ดร.วรรณภา ทิระสังขะ

ในขณะนี้ ประเทศฝรั่งเศสกำลังมีการเลือกตั้งประธานาธิบดี โดยจะมีการจัดการเลือกตั้ง ในรอบแรกวันอาทิตย์ที่ 22 เมษายน 2012 ที่ผ่านมา และรอบที่สองในวันที่ 6 พฤษภาคม 2012 ซึ่งครั้งนี้ ก็มีผู้ประกาศตัวชิงตำแหน่งประธานาธิบดีของฝรั่งเศส 10 ด้วยกัน โดยได้รับการสนับสนุนจากหลายพรรคการเมืองด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็นผู้สมัครจากพรรคฝ่ายซ้ายจัด (Front de gauche) พรรคกรีน (Europe Ecologie les verts) พรรคสังคมนิยม (Parti socialiste) หรือพรรคการเมืองกลางๆ เช่น พรรค (Mouvement democrate) หรือ พรรค Union pour un mouvement populaire (UMP) ที่สนับสนุนประธานาธิบดีฝรั่งเศสคนปัจจุบัน ตลอดจนพรรคขวา เช่น Front national ก็สนับสนุนผู้ชิงตำแหน่งประธานาธิบดีเช่นเดียวกัน

การเลือกตั้งประธานาธิบดีโดยตรง

การเลือกตั้งประธานาธิบดีฝรั่งเศส เป็นการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชน (suffrage universel direct) มีวาระการดำรงตำแหน่ง 5 ปี ไม่เกิน 2 วาระติดต่อกัน โดยการเลือกตั้งประธานาธิบดีนี้ใช้ระบบเสียงข้างมากแบบเด็ดขาด (คือได้คะแนนเสียงข้างมากเกินกว่า 50%) แบ่งเป็นสองรอบ หากการเลือกตั้งรอบแรกไม่มี

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net 23 เมษายน 2555 14:32 น

** อาจารย์ประจำคณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ผู้ใดได้เสียงข้างมากเด็ดขาด ก็นำผู้สมัครที่ได้ลำดับ 1 และ 2 มาเลือกตั้งในรอบที่สอง รูปแบบการเลือกตั้งประธานาธิบดีนี้ เป็นลักษณะเฉพาะของสาธารณรัฐที่ 5 ของฝรั่งเศส อย่างไรก็ตาม วิธีการเลือกตั้งประธานาธิบดีดังกล่าวมิได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันตั้งแต่ปีที่บังคับใช้ คือปี ค.ศ. 1958 (ซึ่งเดิมใช้ระบบการเลือกตั้งทางอ้อม) หากแต่การเลือกตั้งประธานาธิบดีโดยตรงนี้ได้รับการแก้ไขเพิ่มเติมไว้ในรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 1962 โดยผ่านกระบวนการออกเสียงประชามติของประชาชนในการเห็นชอบให้มีการเลือกตั้งประธานาธิบดีโดยตรง

คุณสมบัติและเงื่อนไขของการสมัครรับเลือกตั้งเป็นประธานาธิบดี

ผู้ที่มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นประธานาธิบดีได้ ต้องมีสัญชาติฝรั่งเศส ต้องมีอายุมากกว่า 18 ปี ขึ้นไป (การกำหนดอายุ 18 ปี ขึ้นไปนี้ เพิ่งได้รับการแก้ไขจากเดิมต้องมีอายุ 23 ปีขึ้นไป ตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 14 เมษายน 2011 ที่ผ่านมา) และเงื่อนไขที่สำคัญเพื่อป้องกันมิให้ผู้สมัครรับเลือกตั้งมากจนเกินไป หรือใช้โอกาสการเลือกตั้งนี้เพื่อโปรโมทตัวเองให้เป็นที่รู้จัก กฎหมายจึงกำหนดให้ผู้สมัครรับเลือกตั้งต้องได้รับการลงชื่อสนับสนุนอย่างเป็นทางการจากนักการเมืองของฝรั่งเศส (ผู้ที่ได้รับการเลือกตั้งจากประชาชน *élu*) ทั้งในระดับชาติ ระดับท้องถิ่น และระดับสหภาพยุโรป ไม่น้อยกว่า 500 คนขึ้นไป จาก 30 จังหวัด เป็นอย่างน้อย เพื่อให้เป็นผู้สมัครที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง มิใช่เพียงแต่ภาคใดภาคหนึ่งเท่านั้น ซึ่งการลงชื่อเป็นผู้สนับสนุนหรือเสนอชื่อผู้สมัครรับเลือกตั้งนี้ เป็นการลงชื่อจากนักการเมืองโดยอิสระ และไม่มีผลผูกพันใดๆ กับผู้ลงชื่อสนับสนุนแต่อย่างใด ผู้เขียนเคยได้ทราบมาว่า มีนายกเทศมนตรี หรือสมาชิกสภาท้องถิ่นหลายต่อหลายคน ที่ลงชื่อสนับสนุนผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นประธานาธิบดีฝ่ายตรงข้าม ทั้งนี้ โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อให้เสียงข้างน้อย หรือบุคคลที่มาจากหลายๆ ที่ ได้มีโอกาสเข้ามาสมัครเลือกตั้งได้บ้าง เพื่อให้เกิดความหลากหลายและเคารพเสียงข้างน้อยตามระบอบประชาธิปไตย

การส่งรายชื่อผู้สนับสนุนจะต้องส่งให้คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ตรวจสอบความครบถ้วนสมบูรณ์และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะเป็นผู้ประกาศรายชื่อผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งและผู้สนับสนุนในรัฐกิจจานุเบกษา ซึ่งได้มีการประกาศเมื่อ

วันที่ 20 เมษายน ที่ผ่านมา จากนั้นก็จะเข้าสู่กระบวนการหาเสียงเลือกตั้ง ซึ่งกำหนดให้วันหาเสียงเลือกตั้งวันสุดท้ายคือวันเสาร์ที่ 21 เมษายน เพื่อจะให้มีการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งในรอบแรกวันอาทิตย์ที่ 22 เมษายน ที่ผ่านมา ผลปรากฏว่า ไม่มีผู้ใดได้คะแนนเสียงข้างมากเกินกึ่งหนึ่ง ดังนั้น จำเป็นต้องจัดให้มีการเลือกตั้งในรอบสองขึ้น ระหว่างผู้ที่คะแนนอันดับที่ 1 และ 2 ซึ่งก็คือ นาย François Hollande ได้คะแนนเสียงมาเป็นอันดับหนึ่งคือ 28,6 % และอันดับสอง เป็นประธานาธิบดีคนปัจจุบัน คือนาย Nicolas Sarkozy ได้คะแนน 27,3 % คงต้องติดตามกันต่อไปสำหรับการเลือกตั้งในรอบที่สอง ที่จะจัดให้มีขึ้นวันอาทิตย์ที่ 6 พฤษภาคมนี้

ความเสมอภาคและความหลากหลาย ในสถาบันอุดมศึกษาของรัฐภายใต้กฎหมาย Equality Act 2010 ของอังกฤษ*

อาจารย์ ดร.ชวนิดา สุวานิช** อาจารย์ ปิติเทพ อยู่ยั้ง***

1. ความนำ

สภาพก่อนปี ค.ศ. 2010 ประเทศอังกฤษประสบปัญหาหลายประการที่เกี่ยวข้องกับความเหลื่อมล้ำและไม่เท่าเทียมกันทางเศรษฐกิจและสังคม อันส่งผลและก่อให้เกิดปัญหาการเลือกปฏิบัติ (discrimination) และการล่วงละเมิด (harassment) จากองค์กรหรือบุคคลที่มีสถานะภาพทางเศรษฐกิจและสังคมที่ดีกว่าต่อประชาชนหรือผู้ที่มีสถานะภาพทางเศรษฐกิจและสังคมที่ด้อยกว่า เช่น การเลือกปฏิบัติของสถาบันการศึกษาต่อนักศึกษาเฉพาะกลุ่มหรือบุคคล เป็นต้น ซึ่งการเลือกปฏิบัติหรือการล่วงละเมิดย่อมส่งผลกระทบต่อสิทธิมนุษยชนอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net 20 พฤษภาคม 2555 23:03 น.

** ค.บ. (เทคโนโลยีและนวัตกรรมการศึกษา) กศ.ม. (เทคโนโลยีการศึกษา) กศ.ด. (เทคโนโลยีการศึกษา) อาจารย์ประจำสาขาวิชาเทคโนโลยีการศึกษา คณะศึกษาศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏจันทรเกษม

*** น.บ. น.ม. (กฎหมายมหาชน) นักวิจัยประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ คณะบริหารธุรกิจและกฎหมาย มหาวิทยาลัยเดอมงฟอร์ด สหราชอาณาจักร

ดังนั้น ในปี ค.ศ. 2010 ประเทศอังกฤษได้บัญญัติกฎหมาย Equality Act 2010 อันเป็นมาตรการทางกฎหมายเฉพาะเพื่อกำหนดกลยุทธ์และมาตรการในการลดความไม่เท่าเทียมกันทางเศรษฐกิจสังคม (Socio-economic inequalities) เช่น การกำหนดมาตรการในการแก้ไขความเหลื่อมล้ำระหว่างแรงงานเพศชายและหญิง เป็นต้น โดยมาตรการที่กฎหมาย Equality Act 2010 กำหนด ก็เพื่อสร้างกลไกในการลดความเหลื่อมล้ำที่ไม่ยุติธรรมและจัดการเลือกปฏิบัติ เพื่อเพิ่มความเสมอภาคของประชาชนหรือองค์กรเอกชนในการได้รับการปฏิบัติจากภาครัฐหรือก่อให้เกิดความเท่าเทียมกันในโอกาสทางเศรษฐกิจและสังคม

นอกจากกฎหมาย Equality Act 2010 จะสร้างกลไกในการลดความเหลื่อมล้ำและการเลือกปฏิบัติทางเศรษฐกิจและสังคมแล้ว กฎหมายดังกล่าวยังได้เสริมสร้างวิธีการและกำหนดมาตรการในการจัดการเลือกปฏิบัติภายในสถาบันการศึกษาระดับอุดมศึกษา (Higher Education Institutions) โดยกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดมาตรการที่ส่งผลกระทบโดยตรง (direct implications) ต่อสถาบันอุดมศึกษา เพื่อให้สถาบันอุดมศึกษาของอังกฤษจัดการเลือกปฏิบัติและการล่วงละเมิดในลักษณะต่างๆ จากสถาบันอุดมศึกษาต่อนักศึกษาและสถาบันอุดมศึกษาต่อบุคลากรทางการศึกษา เช่น พนักงานมหาวิทยาลัยสายวิชาการหรือพนักงานมหาวิทยาลัยสายสนับสนุน เป็นต้น ทั้งนี้ ผลที่ตามมาจากการสร้างกลไกในการเสริมสร้างวิธีการและกำหนดมาตรการในการจัดการเลือกปฏิบัติภายในสถาบันอุดมศึกษาก็เพื่อกำหนดมาตรการในการป้องกันและจัดการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อนักศึกษา หรือบุคลากรทางการศึกษาที่อาจมีความหลากหลาย (diversity) ที่อาจก่อให้เกิดเงื่อนไขที่อาจได้รับความคุ้มครองทางกฎหมายในการเลือกปฏิบัติจากลักษณะของบุคคลที่มีความแตกต่างในด้านต่างๆ (characteristics) เช่น อายุ ความพิการทางกาย การแปลงเพศ การสมรสระหว่างศึกษา การตั้งครุภรรยาการศึกษา การเหยียดผิว ศาสนา ความเชื่อ เพศ และรสนิยมทางเพศ เป็นต้น

ดังนั้น บทความฉบับนี้เขียนขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับความเสมอภาคและความหลากหลายในสถาบันอุดมศึกษาของรัฐภายใต้กฎหมาย Equality Act 2010 โดยกฎหมายของอังกฤษดังกล่าวได้กำหนดมาตรการ

ทางกฎหมายเฉพาะอันอาจส่งผลดีต่อการแก้ปัญหาที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในสถาบันการศึกษาระดับอุดมศึกษาของไทยและสามารถกำหนดเป็นแนวทางในการสร้างความเสมอภาคและความเท่าเทียมจากความหลากหลายของลักษณะนักศึกษาและบุคลากรทางการศึกษาในสถาบันอุดมศึกษาของไทยในอนาคต

2. ความหลากหลายในสถาบันอุดมศึกษาของรัฐในอังกฤษ

สถาบันอุดมศึกษาของรัฐในประเทศอังกฤษประกอบด้วยผู้มีส่วนได้ส่วนเสียหลายฝ่าย เช่น ผู้บริหารของมหาวิทยาลัย พนักงานมหาวิทยาลัยสายวิชาการ พนักงานมหาวิทยาลัยสายสนับสนุน และนักศึกษา เป็นต้น ที่คอยขับเคลื่อนให้การบริหารการศึกษาและธรรมาภิบาลการศึกษาสามารถดำเนินไปได้ ซึ่งผู้มีส่วนได้เสียในระดับต่างๆ ย่อมประกอบไปด้วยความหลากหลายตามลักษณะเฉพาะของบุคคล (Specific characteristic diversity) ที่ประกอบด้วยความหลากหลายทั้งในเรื่องของอายุ ความพิการทางกาย เพศ ความเชื่อ และศาสนา เช่น การเลือกปฏิบัติต่อนักศึกษาหญิงที่กำลังตั้งครรภ์ (discrimination because of pregnancy) เป็นต้น นอกจากนี้ ประเทศอังกฤษยังประกอบด้วยความหลากหลายทางเชื้อชาติ เผ่าพันธุ์ สังคม วัฒนธรรม ขนบธรรมเนียมประเพณี อันมีที่มาจากเสรีภาพในการโยกย้ายถิ่นฐาน (freedom of movement) ของบุคลากรทางการศึกษาที่สามารถประกอบอาชีพทางการศึกษาระหว่างประเทศและเสรีภาพในการเข้ามาศึกษาต่อต่างประเทศของนักศึกษาต่างชาติ ทั้งนี้ เสรีภาพในการโยกย้ายถิ่นฐานของบุคลากรทางการศึกษาและนักศึกษาทำให้เกิดผลดีหลายประการต่อสังคมและเศรษฐกิจของประเทศอังกฤษ กล่าวคือ เป็นการนำรายได้และเงินตราเข้าประเทศจากการใช้จ่ายเพื่อการศึกษาของนักศึกษาระดับต่างๆ ในสถาบันอุดมศึกษาและการใช้จ่ายเพื่อท่องเที่ยวในสหราชอาณาจักร แต่อย่างไรก็ดี ความหลากหลายทางเชื้อชาติ เผ่าพันธุ์ สังคม วัฒนธรรม ขนบธรรมเนียมประเพณีของบุคลากรทางการศึกษาและนักศึกษาอันมีที่มาจากต่างกัน อาจทำให้อาจทำให้เกิดปัญหาทางสังคมได้ เช่น ปัญหาการเหยียดผิวและปัญหาในการเลือกปฏิบัติจากความแตกต่างทางเชื้อชาติ เป็นต้น

ดังนั้น ความหลากหลายทางอายุ ความพิการทางกาย เพศ ความเชื่อ และศาสนาของบุคลากรทางการศึกษาและนักศึกษาในสถาบันอุดมศึกษาของรัฐควรได้

รับการขจัดและป้องกันการเลือกปฏิบัติจากมหาวิทยาลัยของรัฐอันเป็นต้นสังกัดของบุคลากรทางการศึกษาและเป็นสถาบันที่นักศึกษากำลังศึกษาอยู่ โดยกระบวนการในการสร้างกลไกและกระบวนการเพื่อขจัดและป้องกันการเลือกปฏิบัติจากมหาวิทยาลัยควรถูกกำหนดในนโยบายทางการศึกษาของหน่วยงานของรัฐและสถาบันการศึกษาในระดับอุดมศึกษาที่เกี่ยวข้อง นอกจากนี้ ควรมีการกำหนดมาตรการทางกฎหมายเฉพาะเพื่อสร้างความเท่าเทียมและความเสมอภาคทางการศึกษาเพื่อสร้างความมั่นใจให้นักศึกษาและบุคลากรทางการศึกษาว่าจะไม่ถูกเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมจากความหลากหลายของนักศึกษาและบุคลากรทางการศึกษาทั้งทางตรงและทางอ้อม

3. ความเสมอภาคในสถาบันอุดมศึกษาของรัฐในอังกฤษ

ระบบการศึกษาระดับอุดมศึกษาของอังกฤษประกอบด้วยผู้คนที่มีความหลากหลายเฉพาะตนหลากหลาย (Variety of characteristics) โดยผู้คนที่มีความหลากหลายเฉพาะตนหลากหลายดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นนั้น หากกลายมาเป็นส่วนหนึ่งของระบบการศึกษาระดับอุดมศึกษาของอังกฤษหรือเข้าร่วมศึกษาในสถาบันอุดมศึกษาของอังกฤษ ย่อมกลายเป็นผู้มีส่วนได้เสียในระบบการศึกษาระดับอุดมศึกษาอันถือเป็นการศึกษาขั้นสูง (Higher education) ของอังกฤษ ทั้งนี้ ลักษณะเฉพาะตนหลากหลายของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับสถาบันอุดมศึกษาของอังกฤษ ซึ่งไม่ว่าจะเป็นอายุ ความพิการทางกาย เพศ ความเชื่อ และศาสนา ล้วนย่อมมีความแตกต่างกันตามธรรมชาติทางกายของมนุษย์และความชอบหรือความศรัทธาในส่วนตัว

จากความหลากหลายในสถาบันอุดมศึกษาของรัฐ รัฐบาลอังกฤษจึงจำเป็นต้องกำหนดยุทธศาสตร์และมาตรการทางกฎหมายในการส่งเสริมให้ประชาชนทั่วไปที่มีลักษณะเฉพาะตนหลากหลาย ให้ได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียม โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติจากหน่วยงานของรัฐหรือสถาบันการศึกษาของรัฐ อันทำให้ประชาชนทั่วไปที่ประสงค์จะหรือกำลังศึกษาอยู่ในสถาบันการศึกษาระดับอุดมศึกษาของรัฐ ได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันหรือได้รับการบริการสาธารณะทางการศึกษาอย่างเท่าเทียมกันภายใต้หลักเกณฑ์และข้อบังคับจากภาครัฐฉบับเดียวกัน โดยมหาวิทยาลัยของรัฐและเจ้าหน้าที่ของมหาวิทยาลัยของรัฐไม่สามารถ

เลือกปฏิบัติโดยปราศจากหลักเกณฑ์และมาตรฐานที่รัฐได้กำหนดไว้ในเรื่องความเสมอภาคของประชาชนได้

ด้วยเหตุผลที่ได้กล่าวมาแล้ว นโยบายและมาตรการทางกฎหมายเฉพาะเพื่อส่งเสริมให้ประชาชนและประชาชนของรัฐผู้เข้ารับการศึกษาศึกษาในสถาบันอุดมศึกษาของรัฐต้องถูกปฏิบัติอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมโดยไม่คำนึงถึงลักษณะเฉพาะตนหลากหลาย เช่น อายุ ความพิการทางกาย เพศ ความเชื่อ และศาสนา เป็นต้น¹ จึงมีความจำเป็นเพื่อสร้างหลักประกันและความผูกพันว่าสถาบันอุดมศึกษาของรัฐและเจ้าหน้าที่มหาวิทยาลัยของรัฐต้องไม่กระทำการใดๆ ที่ขัดต่อหลักความเสมอภาคของประชาชนและบทบัญญัติเฉพาะที่เกี่ยวข้อง นอกจากนี้ หากผู้ใดฝ่าฝืนบทบัญญัติเฉพาะ อาจต้องได้รับโทษตามที่มาตรการทางกฎหมายเฉพาะนั้นได้บัญญัติไว้

ดังนั้น รัฐบาลอังกฤษจึงมีความจำเป็นในการกำหนดมาตรการทางกฎหมายที่กำหนดเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรเพื่อสร้างมาตรการเฉพาะในการต่อต้านการเลือกปฏิบัติ (Anti-discrimination) นอกจากนี้ รัฐบาลอังกฤษยังต้องกำหนดขอบเขตของการกระทำหรือพฤติกรรมที่เป็นการเลือกปฏิบัติที่ผิดกฎหมาย (Unlawful discrimination) ด้วย เพื่อให้สถาบันอุดมศึกษาของรัฐได้ปฏิบัติตามมาตรการทางกฎหมายเฉพาะและสถาบันอุดมศึกษาของรัฐยังต้องออกกฎและข้อบังคับของสถาบันทางการศึกษาที่ไม่ขัดหรือแย้งกับมาตรการทางกฎหมายเฉพาะดังกล่าว ทั้งนี้ ก็เพื่อสร้างหลักประกันให้กับพนักงานของมหาวิทยาลัยในระดับต่างๆ และนักศึกษาในสถาบันอุดมศึกษาของรัฐในการไม่ถูกเลือกปฏิบัติจากสถาบันการศึกษาของรัฐ ฉะนั้น การบัญญัติแนวคิดในการบัญญัติมาตรการทางกฎหมายเฉพาะในการส่งเสริมความเท่าเทียมกันในสถาบันอุดมศึกษาของรัฐก็เพื่อสร้างกลไกในการ

¹ นอกจากสถาบันอุดมศึกษาของรัฐแล้ว สถาบันการศึกษาระดับประถมและมัธยมศึกษาต้องปฏิบัติตามกฎหมายฉบับนี้เพื่อต่อต้านการเลือกปฏิบัติในสถาบันอุดมศึกษาเช่นเดียวกัน โปรดดูเพิ่มเติมใน Department of Education, The Equality Act 2010, 26 April 2012, available online at www.education.gov.uk/aboutdfe/policiesandprocedures/equalityanddiversity/a0064570/the-equality-act-2010

กำหนดลักษณะของบุคคลที่ได้รับความคุ้มครอง (protected characteristics)² เช่น อายุ ความพิการทางกาย การแปลงเพศ การสมรสระหว่างศึกษา การตั้งครร์ภระหว่างศึกษา การเหยียดผิว ศาสนาและความเชื่อ เพศ และรสนิยมทางเพศ เป็นต้น³

4. กฎหมาย Equality Act 2010 กับความเสมอภาคและความหลากหลายในสถาบันอุดมศึกษาของรัฐ

โดยสภาพก่อนปี 2010⁴ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่อยู่บนพื้นฐานของความหลากหลายและความเสมอภาคของอังกฤษมีมากมายหลายฉบับกระจัดกระจายกันอยู่ เช่น กฎหมาย Equal Pay Act 1970 กฎหมาย Sex Discrimination Act 1975 และกฎหมาย Disability Discrimination Act 1995 เป็นต้น⁵ ทั้งนี้ การกระจัดกระจายของบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับความเสมอภาคและความหลากหลายของประชาชนเป็นสาเหตุให้การเข้าถึงกฎหมายของประชาชนเป็นไปได้ด้วยความยากลำบากและไม่สามารถรวบรวม

² Equality Act 2010, Chapter 1

³ Solanke, I., 'Infusing the Silos in the Equality Act 2010 with Synergy', Industrial Law Journal, (2011), 40 (4): 336.

⁴ แต่เดิมประเทศอังกฤษได้มีการพัฒนาการกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการต่อต้านการเลือกปฏิบัติมาเป็นเวลากว่า 40 ปี ตั้งแต่การออกกฎหมายฉบับแรก ได้แก่ กฎหมาย Race Relations Act 1965 โปรดดู Legislation, Equality Act 2010, Introduction, Background and summary, available online at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/notes/division/2/1>

⁵ ก่อนปี 2010 ประเทศอังกฤษได้บัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเลือกปฏิบัติ (Domestic discrimination law) จำนวน 9 ฉบับ ได้แก่ กฎหมาย Equal Pay Act 1970 กฎหมาย Sex Discrimination Act 1975 กฎหมาย Race Relations Act 1976 กฎหมาย Disability Discrimination Act 1995 กฎหมาย Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003 กฎหมาย Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations 2003 กฎหมาย Employment Equality (Age) Regulations 2006 กฎหมาย Equality Act 2006 และกฎหมาย Equality Act (Sexual Orientation) Regulations 2007

กฎหมายในส่วนที่เกี่ยวข้องเข้าด้วยกัน (harmonization) เพื่อเสริมสร้างความเท่าเทียม และคุ้มครองความหลากหลายจากหลายกรณีที่เกี่ยวข้อง เช่น การกีดกันทางเพศ การเลือกปฏิบัติจากสีผิว ความเท่าเทียมในการจ้างงาน และรสนิยมทางเพศ เป็นต้น⁶

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมา ในปี 2010 รัฐบาลอังกฤษจึงได้บัญญัติกฎหมาย Equality Act 2010 อันเป็นบทบัญญัติที่ประกอบด้วยเป้าหมายที่สำคัญในการรวบรวมบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนบนพื้นฐานของความหลากหลายความหลากหลายตามลักษณะของบุคคลที่มีความแตกต่างกันในด้านอายุ เพศ ความพิการทางกาย สีผิว ศาสนาและความเชื่อ⁷ โดยความแตกต่างดังกล่าวอาจเป็นเหตุผลที่อาจทำให้ประชาชนถูกกีดกัน และเลือกปฏิบัติจากไม่เป็นธรรมจากหน่วยงานของรัฐหรือภาคเอกชนอันถือเป็นการเปิดโอกาสให้มีการกลั่นแกล้งสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากความหลากหลายตามลักษณะของบุคคล⁸

4.1 วัตถุประสงค์ของกฎหมาย Equality Act 2010

กฎหมาย Equality Act 2010 มีวัตถุประสงค์ที่สำคัญที่มุ่งเน้นการรวม (Harmonise) มาตรการทางกฎหมายในการต่อต้านการกีดกันและการเลือกปฏิบัติ

⁶ Ghaiwal, S., 'Equality Act 2010 - New legislative framework', Health and Safety at Work Newsletter, 2010, 16 (10).

⁷ Equality and Human Rights Commission, *What equality law means for you as an education provider - further and higher education*, Equality and Human Rights Commission, 2011, p 10.

⁸ นอกจากนี้ กฎหมาย Equality Act 2010 ยังเป็นกฎหมายที่อนุวัติการมาจากข้อบังคับสหภาพยุโรปในเรื่องของการต่อต้านการเลือกปฏิบัติภายในประเทศสมาชิก (domestic discrimination) เช่น ข้อบังคับสหภาพยุโรป Council Directive 2000/43/EC implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin และข้อบังคับสหภาพยุโรป Council Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation เป็นต้น โปรดดูเพิ่มเติมใน UK Legislation, **Equality Act 2010 Explanatory Notes Revised Edition August 2010**, UK Legislation, 2010, p 3.

ในกรณีต่างๆ เข้าไว้ด้วยกันและการเสริมสร้าง (Strengthen) มาตรการทางกฎหมาย ที่มีอยู่แล้วให้มีความเข้มแข็งมากยิ่งขึ้นเพื่อป้องกันการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมและเสริมสร้างความเท่าเทียมด้านสิทธิ เสรีภาพและโอกาสทางสังคมให้มากยิ่งขึ้น ฉะนั้น ภาค รัฐและเอกชนจำเป็นต้องกำหนดแนวทางและแสวงหามาตรการเพื่อสอดคล้องกับ กฎหมายฉบับนี้ เพื่อไม่ให้เกิดการเลือกปฏิบัติในทุกกรณี เช่น การบริการสาธารณะ การจ้างแรงงาน การศึกษาและการสมาคม เป็นต้น⁹

โดยกฎหมายดังกล่าวได้ กำหนดลักษณะของบุคคลที่ได้รับความคุ้มครอง ได้แก่ อายุ ความพิการทางกาย การแปลงเพศ การสมรสระหว่างศึกษา การตั้งครรภ์ ระหว่างศึกษา การเหยียดผิว ศาสนาและความเชื่อ เพศ และการแสดงออกทางเพศ เพื่อไม่ให้เกิดการปฏิบัติที่ไม่ชอบธรรม (Unfair treatment) ที่กฎหมายได้กำหนดไว้¹⁰ เช่น การห้ามเลือกปฏิบัติโดยตรงและทางอ้อม (Prohibits direct and indirect discrimination) การห้ามเลือกปฏิบัติต่อผู้พิการทางกาย (Prohibits discrimination arising from a disability) และการห้ามล่วงละเมิด (Prohibits harassment) เป็นต้น¹¹

4.2 สาระสำคัญของกฎหมาย Equality Act 2010 ที่เกี่ยวข้องกับ ความเสมอภาคและความหลากหลายในสถาบันอุดมศึกษาของรัฐ

กฎหมาย Equality Act 2010 มีผลบังคับใช้ตั้งแต่เดือนตุลาคม 2010 โดยกฎหมายดังกล่าวได้กำหนดมาตรการในการต่อต้านการกีดกันหรือเลือกปฏิบัติ (anti-discrimination)¹² โดยสถาบันอุดมศึกษาของรัฐซึ่งถือเป็นหน่วยงานของ

⁹ Office of Disability Issues, **Equality Act 2010 Guidance**, Office for Disability Issues, London, p 4.

¹⁰ Kallitsantsi, M., “**The Equality Act 2010: an update**”, **Construction Law**, (2010), 21, 10

¹¹ National Council for Voluntary Organisations, **Equality Act 2010 overview**, available online at <http://www.ncvo-vol.org.uk/advice-support/people-hr-employment/equality-act-2010-overview/equality-act-2010-overview>

รัฐบาลอังกฤษต้องปฏิบัติตามกฎหมายฉบับนี้อย่างเคร่งครัด เพื่อก่อให้เกิดธรรมาภิบาลทางการศึกษาอันนำมาซึ่งการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมต่อสังคมทางการศึกษาที่ประกอบไปด้วยบุคลากรและนักศึกษาอันมีที่มาจากหลากหลายหรือมีลักษณะของบุคคลที่แตกต่างกันออกไป

ทั้งนี้ กฎหมาย Equality Act 2010 มาตรา 4¹³ ได้กำหนดลักษณะของบุคคลที่กฎหมายได้คุ้มครองความหลากหลายของบุคคลที่มีความแตกต่างกัน เพื่อให้บุคคลที่มีลักษณะต่างๆ เสมอภาคกันภายใต้กฎหมายและการปฏิบัติโดยปราศจากการกีดกันหรือการเลือกปฏิบัติจากมหาวิทยาลัยของรัฐหรือบุคลากรในมหาวิทยาลัยของรัฐ ได้แก่ อายุ (age) ความพิการทางกาย (disability) การแปลงเพศ (gender reassignment) การแต่งงานและการใช้ชีวิตคู่ (marriage and civil partnership) การตั้งครรภ์และการเลี้ยงดูบุตร (pregnancy and maternity) สีผิว (race) ศาสนาและความเชื่อ (religion or belief)¹⁴ เพศ (sex) รสนิยมทางเพศ¹⁵ (sexual orientation)

ฉะนั้น กิจกรรมบริการสาธารณะด้านการศึกษาและกิจกรรมทางธุรกิจที่จัดโดยมหาวิทยาลัยของรัฐในประเทศอังกฤษล้วนต้องเป็นไปตามกฎหมาย Equality Act 2010 กล่าวคือ การให้บริการทางการศึกษาให้แก่นักศึกษา การจ้างแรงงานภายใต้แรงงานสัมพันธ์¹⁶ การให้บริการประเภทต่างๆ แก่นักศึกษา ล้วนแล้วแต่ต้องปฏิบัติอย่างเท่าเทียมและปราศจากการกีดกันหรือเลือกปฏิบัติ ภายใต้หลักเกณฑ์ในการห้ามปฏิบัติ (prohibited conduct) ที่กฎหมายฉบับนี้ได้วางหลักเอาไว้

¹² UK Legislation, Equality Act 2010, Introduction, available online at <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/introduction>

¹³ Equality Act 2010 section 4

¹⁴ รวมไปถึงการเคารพสิทธิการไม่นับถือศาสนาของบุคคลอื่นด้วย (lack of belief)

¹⁵ ในบางตำราหรือเอกสารทางวิชาการเรียก ‘เพศวิถี’

¹⁶ Lawson, A., ‘Disability and employment in the Equality Act 2010: Opportunities Seized, Lost and Generated’, *Industrial Law Journal*, (2011), 40 (4): 359.

4.2.1 หลักเกณฑ์ทั่วไปในการห้ามเลือกปฏิบัติ (Prohibited Conduct)¹⁷

4.2.1.1 การเลือกปฏิบัติทางตรง (Direct discrimination)

กฎหมาย Equality Act 2010 ได้กำหนดเรื่องของการเลือกปฏิบัติโดยตรงใน มาตรา 13¹⁸ โดยมาตราดังกล่าวได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องของการเลือกปฏิบัติโดยตรง กล่าวคือ หากหน่วยงานใดหรือบุคคลใดเลือกปฏิบัติต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่ง โดยการเลือกปฏิบัติดังกล่าวต้องเข้าลักษณะการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งให้น้อยกว่ามาตรฐานหรือด้อยมาตรฐานกว่าที่พึงปฏิบัติต่อบุคคลทั่วไป ดังนั้น สถาบันอุดมศึกษาของรัฐต้องไม่เลือกปฏิบัติเฉพาะต่อบุคคลใดบุคคลหนึ่งให้น้อยกว่ามาตรฐานหรือด้อยมาตรฐานกว่าที่พึงปฏิบัติต่อบุคคลทั่วไป โดยคำนึงถึงลักษณะของบุคคลที่กฎหมายได้คุ้มครองความหลากหลายของบุคคลที่มีความแตกต่างกันเพื่อให้บุคคลที่มีลักษณะต่างๆ ทางด้าน อายุ ความพิการทางกาย การแปลงเพศ การแต่งงานและการใช้ชีวิตคู่ การตั้งครรภ์และการเลี้ยงดูบุตร สีผิว ศาสนาและความเชื่อ เพศ การแสดงออกทางเพศ เช่น การปฏิเสธไม่ให้นักศึกษาผู้พิการทางกาย เข้าร่วมกิจกรรมทัศนศึกษาที่มหาวิทยาลัยจัดขึ้นและการปฏิเสธไม่ให้นักศึกษามหาวิทยาลัยอาวุโสไม่ให้นักศึกษาร่วมกิจกรรมการอบรมเพิ่มพูนทักษะทางคอมพิวเตอร์ โดยเปิดโอกาสให้เพียงพนักงานมหาวิทยาลัยรุ่นใหม่เข้าอบรมเท่านั้น เป็นต้น

นอกจากนี้ การเลือกปฏิบัติภายใต้กฎหมาย Equality Act 2010 อาจแบ่งได้เป็นสามกรณีด้วยกัน ได้แก่ กรณีแรก การเลือกปฏิบัติโดยอาศัยพื้นฐานของความสัมพันธ์ (discrimination based on association) กล่าวคือ การเลือกปฏิบัติโดยอาศัยเงื่อนไขของความผิดพลาดหรือความบกพร่องของผู้ที่เกี่ยวข้องกับตัวบุคคลผู้ถูกเลือกปฏิบัติ เช่น การไม่อนุญาตให้นักศึกษาที่มีบุตรวัยเด็กเข้าร่วมพิธีประสาทปริญญาบัตร เพียงเพราะเกรงว่าเด็กจะมีพฤติกรรมซุกซนหรือส่งเสียงดัง

¹⁷ โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน Equality Challenge Unit, *Equality Act 2010 Implications for higher education institutions*, Equality Challenge Unit, 2010, p 5-13.

¹⁸ Equality Act 2010 section 13

ในขณะที่ดำเนินพิธีประสาทปริญญาบัตร เป็นต้น กรณีที่สอง การเลือกปฏิบัติโดยอาศัยความเข้าใจส่วนตน (discrimination based on perception) กล่าวคือ การเลือกปฏิบัติจากการอาศัยความเข้าใจส่วนตนหรือคาดเดาว่าบุคคลอื่นจะมีพฤติกรรมเป็นเช่นที่ตนคาดการณ์ และเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอื่นโดยอาศัยความเข้าใจส่วนตนมาประกอบการเลือกปฏิบัติ เช่น การที่เจ้าหน้าที่มหาวิทยาลัยปฏิเสธที่จะร่วมงานหรือประสานงานกับนักศึกษาคนหนึ่ง เพียงเพราะคิดว่านักศึกษาคนนั้นเป็นผู้มีพฤติกรรมรักร่วมเพศ (gay) เป็นต้น กรณีสุดท้าย การเลือกปฏิบัติจากลักษณะของบุคคลที่ได้รับการคุ้มครองสองลักษณะขึ้นไป (combined discrimination หรือ dual protected characteristics) กล่าวคือ กฎหมาย Equality Act 2010 มาตรา 14¹⁹ ได้กำหนดให้พนักงานมหาวิทยาลัยหรือนักศึกษามหาวิทยาลัยได้รับการคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติจากลักษณะของบุคคลที่ได้รับการคุ้มครองสองลักษณะขึ้นไป เช่น การเลือกปฏิบัติต่อพนักงานมหาวิทยาลัยไม่ให้เกิดการเลื่อนขั้นหรืออัตราเงินเดือน เพียงเพราะพนักงานมหาวิทยาลัยคนนั้นเป็นเพศหญิงและมีผิวดำ อันถือเป็นพฤติกรรมการเหยียดเพศและเหยียดผิว (combination) ในคราวเดียวกัน

4.2.1.2 การเลือกปฏิบัติทางอ้อม (Indirect discrimination)

กฎหมาย Equality Act 2010 มาตรา 19²⁰ ได้วางหลักเกณฑ์การเลือกปฏิบัติทางอ้อม กล่าวคือ แม้จะเป็นการปฏิบัติอย่างเป็นกลาง (neutral) ในการกระทำต่างๆ แต่อย่างไรก็ดี การปฏิบัตินั้นอาจเป็นการกระทบสิทธิทางอ้อมของผู้ถูกเลือกปฏิบัติ เช่น แม้ว่ามหาวิทยาลัยมีคำสั่งให้พนักงานมหาวิทยาลัยสายสนับสนุนมาช่วยงานในเวลาพิเศษนอกเหนือจากเวลาทำงานทั่วไปทุกคน แต่คำสั่งดังกล่าวของทางมหาวิทยาลัยอาจไปกระทบสิทธิของพนักงานมหาวิทยาลัยเพศหญิงและกำลังเลี้ยงดูบุตรวัยเด็กทางอ้อม เป็นต้น

¹⁹ Equality Act 2010 section 14

²⁰ Equality Act 2010 section 19

4.2.1.3 การล่วงละเมิด (Harassment)

กฎหมาย Equality Act 2010 มาตรา 19²¹ ได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องของการล่วงละเมิดในลักษณะต่างๆ อันอาจส่งผลกระทบต่อร่างกายและจิตใจของผู้ที่ถูกละเมิดจากความหลากหลายหรือความแตกต่างของบุคคลหรือลักษณะเฉพาะของบุคคลแต่ละคนที่ควรได้รับการคุ้มครองและถูกปฏิบัติอย่างเป็นธรรม ทั้งนี้ การล่วงละเมิดภายใต้กฎหมายฉบับนี้ประกอบด้วยการล่วงละเมิด เช่น การล่วงละเมิดอันเกิดจากการปฏิบัติที่ไม่เหมาะสมโดยมุ่งหรือก่อให้เกิดผลกระทบจากการข่มขู่ การอาฆาต ทำให้อับอาย การปิดโอกาสไม่ให้มีการร้องทุกข์ การล่วงละเมิดต่อผู้ร้องเรียน และการล่วงละเมิดทางเพศ เป็นต้น

จะเห็นได้ว่า กฎหมาย Equality Act 2010 มุ่งประสงค์จะคุ้มครองผู้ถูกล่วงละเมิดในลักษณะที่แตกต่างกันเพื่อก่อให้เกิดความเท่าเทียมกันภายใต้ความหลากหลายของผู้คนในสังคม ดังนั้น สถาบันอุดมศึกษาของรัฐจึงต้องปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าว ซึ่งพนักงานมหาวิทยาลัยทั้งสายวิชาการและสายสนับสนุนของสถาบันอุดมศึกษาของรัฐต้องกระทำการไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายฉบับดังกล่าว เช่น อาจารย์ไม่สามารถล่วงละเมิดทางเพศนักศึกษาได้หรืออาจารย์ไม่สามารถกล่าวเรื่องที่สื่อไปในทางเพศต่อนักศึกษาได้ อันถือเป็นการล่วงละเมิดนักศึกษาในทางหนึ่ง เป็นต้น

4.2.1.4 การทำให้บุคคลอื่นตกเป็นเหยื่อ (Victimisation)

กฎหมาย Equality Act 2010 มาตรา 27²² ได้วางหลักในเรื่องของการทำให้บุคคลอื่นตกเป็นเหยื่อจากการกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติหรือกีดกันทางหนึ่งทางใด ตัวอย่างเช่น นักศึกษาที่เคยมีประวัติในการยื่นเรื่องเพื่อตรวจสอบอาจารย์มหาวิทยาลัยในการปฏิบัติหน้าที่ท่านหนึ่ง กลับถูกกีดกันโอกาสทางการศึกษาและบริการต่างๆ จากอาจารย์มหาวิทยาลัยท่านอื่น เพียงเพราะเคยมีประวัติดังกล่าว เป็นต้น

²¹ Equality Act 2010 section 19

²² Equality Act 2010 section 27

4.2.2 การรับนักศึกษาเข้าศึกษาและการปฏิบัติต่อนักศึกษา ในสถาบันอุดมศึกษาของรัฐ (Admission and treatment of students)

กฎหมาย Equality Act 2010 มาตรา 91²³ ได้วางหลักเกณฑ์ห้ามมิให้สถาบันการศึกษาระดับอุดมศึกษาของอังกฤษเลือกปฏิบัติต่อผู้ที่กำลังจะสมัครเข้าศึกษาในสถาบันอุดมศึกษา (admission) ซึ่งกระบวนการในการรับนักศึกษาเข้าศึกษานอกจากจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และข้อกำหนดของทางมหาวิทยาลัยแล้ว มหาวิทยาลัยยังต้องปฏิบัติตามกฎหมายฉบับนี้อย่างเคร่งครัดในการคัดเลือกนักศึกษาเพื่อเข้าศึกษาในระดับอุดมศึกษาด้วย นอกจากนี้ในเรื่องของการรับนักศึกษาเข้าศึกษาแล้ว กฎหมายดังกล่าวยังได้กำหนดให้สถาบันการศึกษาต้องไม่เลือกปฏิบัติกับนักศึกษาในอย่างหนึ่งอย่างใด เพื่อให้นักศึกษาได้เข้าถึงประโยชน์จากการบริการทางธุรการและบริการทางการศึกษาอย่างเท่าเทียมกัน เช่น นักศึกษาที่ร่างกายปกติและนักศึกษาที่ร่างกายพิการ ก็สามารถเข้าใช้สถานที่ออกกำลังกายของสถาบันการศึกษาได้อย่างเท่าเทียมกัน เป็นต้น

4.2.3 การจ้างแรงงานในสถาบันอุดมศึกษาของรัฐ (Employment)

แม้ว่าประเทศอังกฤษจะมีมาตรการทางกฎหมายแรงงานสัมพันธ์ที่คุ้มครองการเลือกปฏิบัติภายในสถานที่ทำงานอยู่แล้ว แต่อย่างไรก็ดี กฎหมายฉบับเดิมที่ผ่านๆ มาของประเทศไทยไม่ได้ขยายหลักการในเรื่องของการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของลูกจ้าง (employees) ให้ได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียม ดังนั้นกฎหมาย Equality Act 2010 มาตรา 39²⁴ และมาตรา 40²⁵ จึงได้กำหนดหลักเกณฑ์เพื่อขยายสิทธิและเสรีภาพของลูกจ้างให้ได้รับความเท่าเทียมกันในระบบแรงงานสัมพันธ์และปราศจากการเลือกปฏิบัติจากนายจ้างหรือระบบการบังคับบัญชาภายในองค์กร เช่น การกำหนดมาตรการลงโทษนายจ้างที่กระทำการล่วงละเมิดทางเพศแก่ลูกจ้างและการห้ามไม่ให้เลือกปฏิบัติในกรณีที่มีการพิจารณา

²³ Equality Act 2010 section 91

²⁴ Equality Act 2010 section 39

²⁵ Equality Act 2010 section 40

การเลื่อนขั้นของลูกจ้าง เป็นต้น

ทั้งนี้ นอกจากกฎหมายดังกล่าวคุ้มครองลูกจ้างมิให้ถูกเลือกปฏิบัติหรือกีดกันจากนายจ้างหรือผู้บังคับบัญชาตามสายการบังคับบัญชา กฎหมายดังกล่าวยังมุ่งประสงค์ที่คุ้มครองผู้สมัครเข้าทำงาน (Applicants) ในองค์กรของภาครัฐและเอกชนให้ได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมในการคัดเลือกบุคคลเพื่อรับเข้าทำงานในหน่วยงานต่างๆ

จากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่าสถาบันอุดมศึกษาของรัฐในประเทศไทยต้องปฏิบัติตามกฎหมาย Equality Act 2010 เพื่อให้พนักงานมหาวิทยาลัยสายวิชาการและพนักงานมหาวิทยาลัยสายสนับสนุนได้มีโอกาสได้รับการปฏิบัติในด้านการจ้างแรงงานจากมหาวิทยาลัยของรัฐอย่างเท่าเทียม ในฐานะที่ตนเป็นผู้ที่ทำงานภายใต้สัญญาจ้างปฏิบัติงานในมหาวิทยาลัย (contract worker) เช่น การได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายในกรณีที่ผู้บังคับบัญชาในมหาวิทยาลัยล่วงละเมิดทางเพศ เป็นต้น

4.2.4 การบริการให้บริการสินค้าและสิ่งอำนวยความสะดวกของทางมหาวิทยาลัย (University facility service)

กฎหมาย Equality Act 2010 มาตรา 29²⁶ ได้กำหนดให้มหาวิทยาลัยของรัฐในฐานะผู้ให้บริการทางการศึกษาและบริการที่เกี่ยวข้อง (service-provider) ต้องปฏิบัติต่อนักศึกษาและบุคลากรมหาวิทยาลัยอย่างเท่าเทียมในเรื่องของการขอใช้หรือการใช้ประโยชน์จากบริการและสิ่งอำนวยความสะดวกต่างๆ ที่มหาวิทยาลัยได้จัดขึ้นโดยปราศจากการกีดกันที่ไม่เป็นธรรมและการเลือกปฏิบัติจากมหาวิทยาลัย ในฐานะที่เป็นมหาวิทยาลัยต้นสังกัดของนักศึกษาและบุคลากรดังกล่าว เช่น การมีคำสั่งห้ามบุคลากรที่มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับอาคารดังกล่าว เข้าไปใช้งานภายในบริเวณอาคารดังกล่าว เป็นต้น

²⁶ Equality Act 2010 section 29

4.2.5 สิ่งปลูกสร้างต่างๆ ของสถาบันอุดมศึกษาของรัฐ (Premises)

สถาบันอุดมศึกษาของรัฐที่มีหอพักหรือสิ่งอำนวยความสะดวกที่เก็บค่าบริการจากนักศึกษาต้องเก็บค่าบริการจากการใช้บริการจากอสังหาริมทรัพย์ไม่ว่าจะเป็นสัญญาเช่ารายเดือน รายปี หรือค่าใช้จ่ายที่เกี่ยวข้อง เช่น ค่าน้ำ ค่าไฟฟ้าและใช้บริการค่าอินเทอร์เน็ต เป็นต้น จากบุคลากรและนักศึกษาที่อาศัยและพักอยู่ในสิ่งปลูกสร้างของสถาบันอุดมศึกษาของรัฐ (leasehold and commonhold) ทั้งนี้เป็นไปตามกฎหมาย Equality Act 2010 มาตรา 36²⁷ ที่กำหนดให้มหาวิทยาลัยของรัฐหรือสถาบันอุดมศึกษาอื่นของรัฐที่มีฐานะเป็นผู้ดูแล (controller) อสังหาริมทรัพย์ของมหาวิทยาลัย ต้องมีหน้าที่ปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าวโดยต้องไม่มีนโยบาย ข้อบังคับหรือสัญญาเช่าอสังหาริมทรัพย์ที่เอารัดเอาเปรียบและเลือกปฏิบัติต่อนักศึกษา

4.2.6 การให้บริการสิ่งอำนวยความสะดวกและอุปกรณ์นันทนาการ (Recreational facilities)

กฎหมาย Equality Act 2010 มาตรา 93²⁸ ได้วางหลักในเรื่องของการห้ามการเลือกปฏิบัติต่อนักศึกษาที่ต้องการเข้าใช้สิ่งอำนวยความสะดวกทางการกีฬาหรืออุปกรณ์เพื่อการนันทนาการ ทั้งนี้ ก็เพื่อให้ให้นักศึกษาและบุคลากรมหาวิทยาลัยได้รับความเสมอภาคและปราศจากการกีดกันโอกาสในการใช้บริการสิ่งอำนวยความสะดวกทางการกีฬาหรืออุปกรณ์เพื่อการนันทนาการต่างๆ นอกจากนี้มหาวิทยาลัยต้องไม่กระทำการใดๆ อันถือเป็นการล่วงละเมิดในกรณีต่างๆ ต่อผู้ต้องการเข้าใช้บริการของสิ่งอำนวยความสะดวกทางการกีฬาและอุปกรณ์เพื่อการนันทนาการด้วย

4.2.7 หน้าที่ของสถาบันอุดมศึกษาของรัฐในฐานะที่เป็นหน่วยงานของรัฐ (Public sector equality duty)

นอกจากสถาบันอุดมศึกษาของรัฐในประเทศอังกฤษถือเป็น

²⁷ Equality Act 2010 section 36

²⁸ Equality Act 2010 section 93

สถาบันการศึกษาชั้นสูงที่มีหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะทางการศึกษาแล้ว สถาบันอุดมศึกษาของรัฐยังถือเป็นหน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่ในการปฏิบัติต่อประชาชนที่มาเข้ารับการศึกษาระดับอุดมศึกษาของอังกฤษหรือประชาชนที่กลายมาเป็นบุคลากรสายวิชาการหรือสายสนับสนุนของสถาบันอุดมศึกษาเพื่อขับเคลื่อนบริการสาธารณะทางการศึกษาให้ก้าวหน้าต่อไป

ด้วยเหตุนี้ กฎหมาย Equality Act 2010 มาตรา 149²⁹ กำหนดหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐเกี่ยวกับการต่อต้านการเลือกปฏิบัติหรือการกีดกันเพื่อให้ประชาชนได้รับความเท่าเทียม สามประการด้วยกัน ประการแรก หน่วยงานของรัฐมีหน้าที่จัดการเลือกปฏิบัติ การล่วงละเมิดต่างๆ การทำให้บุคคลตกเป็นเหยื่อและกรณีอื่นๆ ที่ต้องห้ามตามกฎหมายฉบับนี้ ประการที่สอง หน่วยงานของรัฐควรส่งเสริมความเท่าเทียมทางโอกาสของกลุ่มผู้มีลักษณะเฉพาะ เช่น ชมรมนักศึกษาพิการทางสายตา กลุ่มนักศึกษาในแต่ละสาขาวิชา เป็นต้น เพื่อสร้างโอกาสให้ได้รับบริการจากภาครัฐอย่างเท่าเทียมและได้รับการสนับสนุนให้ได้รับโอกาสเท่าเทียมกันในสังคม ประการสุดท้าย หน่วยงานของรัฐควรส่งเสริมความสัมพันธ์อันดีระหว่างผู้ที่มีลักษณะที่ได้รับความคุ้มครองกับบุคคลทั่วไป เช่น เปิดโอกาสให้นักศึกษาที่มีกายพิการทำกิจกรรมบำเพ็ญประโยชน์ร่วมกับนักศึกษาทั่วไป เป็นต้น

4.3 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับปัญหาความเสมอภาคภายใต้กฎหมาย Equality Act 2010

จากที่ได้กล่าวมาในข้างต้น อาจเห็นได้ว่ากฎหมาย Equality Act 2010 ฉบับนี้ ได้กำหนดบทบาทและหน้าที่ให้สถาบันอุดมศึกษาของรัฐได้ปฏิบัติต่อนักศึกษาและบุคลากรทางการศึกษาอย่างเท่าเทียมและปราศจากการเลือกปฏิบัติ ทั้งในเรื่องของการบริการสาธารณะทางการศึกษา การบริการนักศึกษาด้านอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง และการจ้างงานกับสวัสดิการแรงงานของบุคลากรทางการศึกษา ได้แก่ พนักงานมหาวิทยาลัยสายวิชาการและพนักงานมหาวิทยาลัยสายสนับสนุน เพื่อสร้างความเท่าเทียมกันในสังคมวิชาการและการศึกษาในระดับอุดมศึกษา

²⁹ Equality Act 2010 section 149

แต่อย่างไรก็ดี กฎหมาย Equality Act 2010 อาจมีข้อพิจารณาเฉพาะเกี่ยวกับปัญหาที่เกี่ยวข้องกับนักศึกษาและบุคลากรทางการศึกษาภายใต้กฎหมายฉบับนี้

4.3.1 ความเสมอภาคด้านอายุ (Age Equality)

ปัญหาความเสมอภาคด้านอายุภายใต้กฎหมาย Equality Act 2010 ก่อให้เกิดข้อพิจารณาทางกฎหมายที่สำคัญสองประเด็นที่สำคัญ ตัวอย่างเช่น กรณีการต่ออายุการทำงานของพนักงานมหาวิทยาลัยสายวิชาการและสายสนับสนุนภายในมหาวิทยาลัย กล่าวคือ การที่สถาบันอุดมศึกษาของรัฐในประเทศอังกฤษพิจารณาขยายเวลาเกษียณอายุงาน (retirement age extension) ของพนักงานมหาวิทยาลัยสายวิชาการและสายสนับสนุนเป็น 65 ปี โดยเปิดโอกาสให้ผู้บังคับบัญชาหรือคณะกรรมการที่ผู้บริหารมหาวิทยาลัยแต่งตั้งขึ้นเพื่อทำหน้าที่ใช้ดุลพินิจในการพิจารณาขยายเวลาปฏิบัติงานของพนักงานมหาวิทยาลัย อาจส่งผลกระทบต่อพนักงานมหาวิทยาลัยที่ไม่ได้รับการพิจารณาขยายเวลาปฏิบัติงานได้ ทั้งนี้ การที่พนักงานมหาวิทยาลัยไม่ได้รับการพิจารณาให้ต่ออายุหรือขยายระยะเวลาเกษียณอายุการปฏิบัติงานอาจมีสาเหตุมาจากการใช้ดุลพินิจในการไม่ต่ออายุการปฏิบัติงานหรือเกษียณอายุการปฏิบัติงานที่มีอคติหรือไม่เป็นธรรม จึงอาจเป็นสาเหตุหนึ่งที่สร้างปัญหาחרรรมาภิบาลทางการศึกษาในกฎหมายอังกฤษประการหนึ่ง³⁰ เป็นต้น

4.3.2 ความเสมอภาคสำหรับผู้พิการ (Disability Equality)

แม้ว่ากฎหมาย Equality Act 2010 ของอังกฤษส่งเสริมให้ผู้มีความพิการทางกายสามารถมีสิทธิเท่าเทียมกับบุคคลที่มีร่างกายปกติและสามารถ

³⁰ โปรดดูเพิ่มเติมในคดี *the Heyday Case*, Case C-388/07 R (The Incorporated Trustees of the National Council on Ageing (Age Concern England)) v Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform [2009] IRLR 373 (ECJ) และโปรดดูคำพิพากษาเพิ่มเติมใน *Equality and Human Rights Commission, Age Regulations legal challenge (the 'Heyday' case)*, available online at <http://www.equalityhumanrights.com/legal-and-policy/legal-updates/age-regulations-legal-challenge-the-heyday-case/>

ใช้ชีวิตอยู่ร่วมกับบุคคลอื่นในสถาบันอุดมศึกษาของรัฐ³¹ แต่อย่างไรก็ดี กฎหมายดังกล่าวอาจประสบปัญหาในการนำไปปรับใช้หรือบังคับใช้ในการปฏิบัติงานในสถาบันอุดมศึกษาของรัฐด้านต่างๆ³² ตัวอย่างเช่น การออกข้อบังคับให้นักศึกษาต้องส่งงานในรูปแบบของเอกสารที่เป็นกระดาษพิมพ์ (paper formats) และต้องนำงานดังกล่าวมาส่งที่มหาวิทยาลัยด้วยตนเอง อาจส่งผลกระทบต่อนักศึกษาที่มีลักษณะพิการทางกายอันเป็นอุปสรรคต่อการจัดพิมพ์รูปเล่มที่เป็นเอกสารและการเดินทางมหาวิทยาลัย นอกจากนี้ ปัญหาการจัดสรรงบประมาณและสิ่งอำนวยความสะดวกที่เหมาะสมกับนักศึกษาที่มีกายพิการหรือมีความบกพร่องทางกายหรือการสร้างสภาพแวดล้อมที่เหมาะสมสำหรับบรรยากาศในการเรียนในระดับอุดมศึกษาสำหรับผู้พิการ ย่อมสามารถสร้างหรือส่งเสริมศักยภาพการเรียนรู้สำหรับผู้พิการได้ แต่อย่างไรก็ดี มหาวิทยาลัยของรัฐหลายแห่งในประเทศอังกฤษยังไม่มีสิ่งอำนวยความสะดวกที่เพียงพอ สำหรับนักศึกษาที่พิการทางกาย เป็นต้น³³

4.3.3 การแปลงเพศ (Gender Reassignment)

มหาวิทยาลัยของรัฐจำเป็นต้องปฏิบัติต่อนักศึกษาหรือบุคลากรที่ได้รับบริการแปลงเพศแล้วให้เท่าเทียมกับบุคคลทั่วไปภายใต้กฎหมาย Equality Act 2010 ดังนั้น มหาวิทยาลัยหรือสถาบันอุดมศึกษาของรัฐในอังกฤษจึงต้องปฏิบัติต่อผู้ที่ได้รับการแปลงเพศเสมือนกับบุคคลทั่วไป นอกจากนี้แล้ว มหาวิทยาลัยในอังกฤษควรพิจารณาลักษณะทางกายหรือสุขภาพของผู้ที่จะเข้าสู่กระบวนการแปลงเพศ โดยการผ่าตัดแปลงเพศ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นการขออนุญาตจากผู้บังคับบัญชาใน

³¹ Butlin, F. S., 'The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: Does the Equality Act 2010 Measure up to UK International Commitments?', *Industrial Law Journal*, 40 (4): 428.

³² Keen, S., 'The Equality Act 2010: Disability discrimination', *New Law Journal*, 160, 1331.

³³ Easton, C., 'Revisiting the law on website accessibility in the light of the UK's Equality Act 2010 and the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities', *International Journal of Law and IT*, 20 (1): 9.

มหาวิทยาลัยเพื่อไปผ่าตัดแปลงเพศ การलगานหรือลาศึกษาเพื่อไปผ่าตัดแปลงเพศ หรือการขอลาพักฟื้นเนื่องมาจากการผ่าตัดแปลงเพศย่อมสมควรได้รับการอนุญาต จากมหาวิทยาลัยในฐานะนายจ้างของพนักงานมหาวิทยาลัยและมหาวิทยาลัย ต้นสังกัดของนักศึกษาที่ต้องการแปลงเพศ

4.3.4 การตั้งครรภ์และการมีบุตร (Pregnancy and Maternity)

นักศึกษามหาวิทยาลัยของรัฐในอังกฤษต้องไม่ถูกกีดกันหรือเลือกปฏิบัติจากมหาวิทยาลัยภายใต้กฎหมาย Equality Act 2010 โดยสถาบันอุดมศึกษาของรัฐในอังกฤษไม่สามารถอ้างเหตุจากการตั้งครรภ์หรือการมีบุตรของนักศึกษาในการเลือกปฏิบัติต่อนักศึกษาดังกล่าว ให้มีการปฏิบัติแตกต่างจากนักศึกษาทั่วไป นอกจากนี้ นักศึกษาที่ใกล้คลอดบุตร กำลังคลอดบุตรหรือกำลังพักฟื้นภายหลัง กระบวนการคลอดบุตรเสร็จสิ้น ย่อมได้รับการอนุโลมหรือผ่อนปรนจากมหาวิทยาลัยในเรื่องการขาดสอบ (miss examinations) หรือกำหนดวันสุดท้ายของการส่งงานต่ออาจารย์ (coursework deadlines)

5. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

5.1 บทสรุป

จากที่ได้กล่าวมาในข้างต้น อาจเห็นได้ว่ากฎหมาย Equality Act 2010 ที่กำหนดมาตรการเฉพาะในการขจัดปัญหาการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมใน วงการศึกษาและส่งเสริมให้ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาปฏิบัติต่อกันอย่างเท่าเทียม กันและปราศจากการกีดกันที่อาจสร้างความเหลื่อมล้ำที่ไม่ยุติธรรมในวงการการศึกษา เพื่อให้พนักงานมหาวิทยาลัยและนักศึกษาได้รับการปฏิบัติที่ดีภายใต้ธรรมภิบาล การศึกษาและกฎหมายฉบับดังกล่าว ทั้งนี้ ผลที่ตามมาจากการสร้างกลไกในการเสริมสร้างวิธีการและกำหนดมาตรการในการจัดการเลือกปฏิบัติภายในสถาบัน อุดมศึกษา ก็เพื่อกำหนดมาตรการในการป้องกันและจัดการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อนักศึกษาหรือบุคลากรทางการศึกษา ที่ประกอบด้วยความหลากหลาย (diversity) อันอาจก่อให้เกิดเงื่อนไขที่อาจได้รับความคุ้มครองทางกฎหมาย ในการเลือกปฏิบัติจากลักษณะความแตกต่าง (characteristics) ของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับ การศึกษา เช่น อายุ ความพิการทางกาย การแปลงเพศ การสมรสระหว่างศึกษา

การตั้งครุฑระหว่างศึกษา การเหยียดผิว ศาสนา ความเชื่อ เพศ และรสนิยมทางเพศ เป็นต้น

ฉะนั้น การกำหนดมาตรการต่างๆ ในการส่งเสริมความเท่าเทียมไม่ว่าจะเป็นมาตรการในการจัดการเลือกปฏิบัติทางตรงหรือการเลือกปฏิบัติทางอ้อม ล้วนแล้วแต่อำนวยความสะดวกต่อการคุ้มครองสิทธิของพนักงานมหาวิทยาลัยและนักศึกษาที่ศึกษาอยู่ในสถาบันการศึกษาของรัฐ นอกจากนี้ กฎหมายดังกล่าวยังสนับสนุนให้ผู้มีส่วนได้ส่วนเสียกับมหาวิทยาลัยมีเสรีภาพในการกระทำการต่างๆ トラบเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายและต่างๆ และข้อบังคับของมหาวิทยาลัยที่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น การสร้างกระบวนการรับนักศึกษาที่ปราศจากการเลือกปฏิบัติและการจ้างแรงงานในสถาบันอุดมศึกษาที่เป็นธรรม เป็นต้น

แม้กฎหมาย Equality Act 2010 บัญญัติในเรื่องของการสนับสนุนการปฏิบัติต่อความหลากหลายของบุคคลลักษณะต่างๆ และความเสมอภาคจากการปฏิบัติของมหาวิทยาลัยของรัฐหรือองค์กรของรัฐ แต่อย่างไรก็ตามกฎหมายดังกล่าวก็ยังมีข้อพิจารณาในปัญหาทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับความเท่าเทียมและความเสมอภาคของพนักงานมหาวิทยาลัยและนักศึกษาที่มีลักษณะเฉพาะแตกต่างกันไป เช่น การต่ออายุการทำงานของพนักงานมหาวิทยาลัยสายวิชาการและสายสนับสนุนภายในมหาวิทยาลัยให้เกษียณอายุการปฏิบัติงานเป็น 65 ปี เป็นต้น ซึ่งปัญหาดังกล่าวอาจก่อให้เกิดความเหลื่อมล้ำในการปฏิบัติของมหาวิทยาลัยต่อผู้ที่เกี่ยวข้องหรือผู้มีส่วนได้เสียกับสถาบันอุดมศึกษาของรัฐในอนาคต

5.2 ข้อเสนอแนะ

แม้ว่าประเทศไทยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่วางหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับเรื่องสิทธิ เสรีภาพและความเท่าเทียมกันของมนุษย์และมีกฎหมายฉบับต่างๆ ในการจัดการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม แต่อย่างไรก็ดี ประเทศไทยในปัจจุบันยังประสบปัญหาการขาดมาตรการทางกฎหมายเฉพาะในการส่งเสริมความเท่าเทียมกันของประชาชนที่มีความแตกต่างหรือมีลักษณะเฉพาะในเรื่องของอายุ ความพิการทางกาย การแปลงเพศ การสมรสระหว่าง

ศึกษา การตั้งครุฑระหว่างศึกษา การเหยียดผิว ศาสนา ความเชื่อ เพศ และรสนิยมทางเพศ ที่ควรได้รับความคุ้มครองจากหน่วยงานของรัฐและองค์กรเอกชนในระดับต่างๆ

ทั้งนี้ ปัญหาความเท่าเทียมและความเสมอภาคในสถาบันอุดมศึกษาของไทยยังเป็นปัญหาที่ต้องได้รับการขจัดและแก้ไขในอนาคต เพื่อสร้างความโปร่งใสและเป็นธรรมในการไม่ถูกเลือกปฏิบัติและสามารถทำให้ผู้มีส่วนได้ส่วนเสียในการศึกษาระดับอุดมศึกษาของไทย ได้แก่ พนักงานมหาวิทยาลัยสายวิชาการ พนักงานมหาวิทยาลัยสายสนับสนุนและนักศึกษาระดับอุดมศึกษา สามารถศึกษาและปฏิบัติงานภายใต้มาตรฐานการปฏิบัติที่ชัดเจนและเป็นธรรมจากกฎหมายที่กำหนดมาตรการเฉพาะเพื่อขจัดการเลือกปฏิบัติทั้งทางตรงและทางอ้อมจากการใช้ดุลพินิจที่ไม่เป็นธรรมและการปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจากมหาวิทยาลัยที่เป็นต้นสังกัดในการทำงานและการศึกษา ตัวอย่างเช่น การกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการต่อเวลาราชการข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา (สำหรับการต่อเวลาราชการ 65 ปี ประจําในแต่ละปีงบประมาณ) ที่อาจเกิดการใช้ดุลพินิจไม่ชอบธรรมจากคณะกรรมการประเมินภายในสถาบัน และการจำกัดสิทธิในการแสดงออกทางเพศหรือการเลือกปฏิบัติต่อรสนิยมทางเพศต่อนักศึกษาเพศที่สามหรือความพึงพอใจในเพศวิถีของตนตราบเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมาย เป็นต้น

นอกจากนี้ สถาบันอุดมศึกษาของรัฐในประเทศไทยอาจมีบทบาทในการให้การศึกษาและความรู้ต่อนักศึกษานานาชาติระดับภูมิภาคอาเซียนและนักศึกษานานาชาติจากภูมิภาคต่างๆ ของโลก จากผลของการเปิดเสรีภาพทางเศรษฐกิจและการศึกษาภายใต้แนวคิดประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community: AEC) ที่กำลังจะเกิดขึ้นในอนาคต ฉะนั้น การให้บริการสาธารณะด้านการศึกษาของประเทศไทย จึงควรปรับเปลี่ยนในเรื่องของการรองรับความหลากหลายของนักศึกษาที่มีเชื้อชาติและลักษณะเฉพาะของตนเองอื่นๆ ที่แตกต่างกันให้สามารถได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกันเมื่อได้รับการบริการทางการศึกษาจากมหาวิทยาลัยอุดมศึกษาของรัฐ

การจำกัดเสรีภาพ ในการประกอบอาชีพของนักกีฬามวย ตามพระราชบัญญัติกีฬามวย พ.ศ. 2542 ที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ*

*คุณณรงค์ฤทธิ์ เพชรฤทธิ์***

การแข่งขันกีฬาชกมวยไม่ว่าจะเป็นมวยสากลหรือมวยไทย ในปัจจุบันมิใช่เป็นการแข่งขันที่เป็นการละเล่นตามประเพณี แต่เป็นการแข่งขันที่มีเงินรางวัลหรือผลประโยชน์เข้ามาเกี่ยวข้อง การที่ค่ายมวยต่างๆ นำเด็กยากจนมาชกเลี้ยงดูแลฝึกหัดชกเป็นเป็นนักกีฬามวย มิใช่เป็นการเลี้ยงดูแล้วผู้ากรไว้เพื่อเอาบุญเอากุศล แต่เป็นการเลี้ยงดูเพื่อแสวงหาเอาผลประโยชน์กับนักมวย มิใช่ค่ายมวยเป็นผู้ให้เปล่าความสัมพันธ์ระหว่างค่ายมวยกับนักมวยจึงเป็นการต่างตอบแทน จึงไม่มีผู้ใดที่เป็นบุญคุณระหว่างกันทั้งค่ายมวยและนักมวย ดังนั้น การชกมวยของนักมวยจึงเป็นการประกอบอาชีพ ซึ่งประชาชนมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามรัฐธรรมนูญบัญญัติรองรับไว้ ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มาตรา 43 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่ง

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net 20 พฤษภาคม 2555 23:03 น.

** นิติศาสตรบัณฑิต นิติศาสตรมหาบัณฑิต เนติบัณฑิตไทย ประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมาย มหาชน (ธรรมศาสตร์)

กฎหมาย เฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาดหรือจำกัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน ตามมาตรา 29 บัญญัติว่า ในการบัญญัติกฎหมาย กฎหรือข้อบังคับใดในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ กฎหมาย กฎหรือข้อบังคับใดที่จำกัดเสรีภาพเกินสมควร มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของสิทธิและเสรีภาพ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎหรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้ ตามมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญ

ในการตรากฎหมายว่าด้วยกีฬามวยตามพระราชบัญญัติกีฬามวย พ.ศ. 2542 จึงมีคำปรารภว่า พระราชบัญญัตินี้มีบทบัญญัติบางประการเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ซึ่งมาตรา 29 ประกอบกับมาตรา 48 และมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติให้กระทำมิได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (มาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ที่กฎหมายตราขณะนั้น บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม”) และโดยได้ระบุเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติฉบับนี้ คือ เนื่องจากกีฬามวยไทยเป็นศิลปะการต่อสู้และเป็นวัฒนธรรมประจำชาติที่ได้รับความสนใจอย่างกว้างขวางจากชาวไทยและชาวต่างประเทศ รวมทั้งการแข่งขันมวยไทยได้กลายเป็นกีฬามวยที่ได้รับความนิยมอย่างแพร่หลาย แต่ในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายที่ควบคุมดูแลการแข่งขันมวยและส่งเสริมสนับสนุนกีฬามวยให้มีมาตรฐาน ดังนั้น สมควรให้มีกฎหมายเพื่อควบคุมกิจการดังกล่าวและเพื่อจัดให้มีสวัสดิการแก่นักมวยและบุคคลในวงการกีฬามวยที่เหมาะสม จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้

ประเด็นปัญหาการจำกัดเสรีภาพของผู้ประกอบอาชีพนักกีฬามวยคือ พระราชบัญญัติกีฬามวย พ.ศ. 2542 มาตรา 30 บัญญัติว่า “นักมวยที่จดทะเบียนแล้วต้องสังกัดค่ายมวยใดค่ายมวยหนึ่งในการชกแต่ละครั้งแต่เพียงค่ายมวยเดียว และต้องปฏิบัติตามระเบียบของค่ายมวยที่ได้รับความเห็นชอบของคณะกรรมการ โดยเคร่งครัด ข้อตกลงจำกัดไม่ให้นักมวยย้ายสังกัดค่ายมวยเป็นโมฆะ เว้นแต่จะเป็นไปตามระเบียบที่คณะกรรมการกำหนด” การที่กฎหมายให้นักมวยจดทะเบียนนั้น ไม่เป็นการจำกัดเสรีภาพเกินสมควร เพราะเป็นการควบคุมในการจัดระเบียบการประกอบอาชีพและคุ้มครองสิทธิของนักมวย แต่การที่มาตรา 30 บังคับให้นักมวยที่จดทะเบียนแล้วต้องสังกัดค่ายมวยใดค่ายมวยหนึ่งในการชกแต่ละครั้งแต่เพียงค่ายมวยเดียว ถ้าไม่สังกัดค่ายจะไม่มีสิทธิในการชกมวย ทำให้เสรีภาพในการประกอบอาชีพของนักมวยตกเป็นสิทธิขาดของหัวหน้าค่ายมวย จึงทำให้เสรีภาพในการประกอบอาชีพของนักมวยถูกทำลายลงโดยสิ้นเชิงภายใต้อำนาจของหัวหน้าค่ายแต่ฝ่ายเดียว เมื่อเปรียบเทียบกับการจำกัดการประกอบอาชีพของบุคคลที่ประกอบอาชีพที่มีผลกระทบต่อสวัสดิภาพของประชาชนและกระทบในทางความสงบเรียบร้อยของประชาชนที่กฎหมายมีการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ที่เรียกกันว่า “การประกอบวิชาชีพ” ได้แก่ ทนายความ แพทย์ พยาบาล เภสัชกร สัตวแพทย์ นักเทคนิคการแพทย์ วิศวกร สถาปนิก เป็นต้น ตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบวิชาชีพเหล่านั้นบังคับแต่แต่ว่าผู้ที่ประกอบวิชาชีพจะต้องได้รับใบอนุญาตหรือขึ้นทะเบียนประกอบวิชาชีพจึงจะประกอบวิชาชีพได้ มิได้บังคับให้ทนายความ แพทย์ พยาบาล เภสัชกรวิศวกร สถาปนิก จะต้องสังกัดสำนักงานกฎหมาย โรงพยาบาล ร้านขายยา หน่วยงานใดๆ จึงจะประกอบวิชาชีพได้ การจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของวิชาชีพต่างๆ ที่บังคับเพียงแต่จะต้องได้รับอนุญาตหรือขึ้นทะเบียน จึงไม่เป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพเกินความจำเป็นและมีได้กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพ รวมทั้งการประกอบอาชีพของนักกีฬาอื่นๆ เช่น นักฟุตบอล นักกรีฑา นักกอล์ฟ นักเทนนิส ก็ไม่มีกฎหมายฉบับใด บังคับว่าจะต้องสังกัดค่ายเท่านั้นจึงจะประกอบอาชีพนักกีฬาได้ แต่การที่พระราชบัญญัติกีฬามวย พ.ศ. 2542 มาตรา 30 บังคับว่านักมวยจะขึ้นชกได้จะต้องสังกัด

ค่ายเท่านั้น จะชกโดยอิสระหรือในนามของตนเองโดยไม่สังกัดค่ายไม่ได้ จึงเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพเกินความจำเป็นและกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิเสรีภาพ และเมื่อได้มีการออกระเบียบคณะกรรมการกีฬามวยว่าด้วยการสังกัดและย้ายสังกัดค่ายมวย พ.ศ. 2544 โดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติกีฬามวย พ.ศ. 2542 มาตรา 9(1) และมาตรา 30 โดยข้อ 11 กำหนดว่า “นักมวยที่สังกัดค่ายมวยจะต้องแข่งขันในนามของค่ายมวยที่ตนสังกัดและใช้ชื่อแข่งขันตามที่กำหนดในสัญญาเท่านั้น กรณีที่นักมวยจะเข้าแข่งขันในนามอื่น เช่น ในนามผู้แทนชาติไทย หรือหน่วยงาน หรือการกุศลในพิธีสำคัญเป็นครั้งคราว ให้กระทำได้โดยความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษรจากหัวหน้าค่ายมวยเท่านั้น” จึงทำให้นักมวยไม่สามารถประกอบอาชีพชกมวยได้ หากไม่ได้รับความยินยอมจากหัวหน้าค่ายมวย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีนักมวยจะเข้าแข่งขันในนามผู้แทนชาติไทย หากหัวหน้าค่ายมวยไม่ยินยอมก็จะชกในนามผู้แทนชาติไทยไม่ได้เลย และตามระเบียบฯ ข้อ 11 ก็มีได้กำหนดทางแก้ไขว่า หากหัวหน้าค่ายมวยไม่ยินยอมแล้ว จะวิธีการหรือหนทางใดในการทางแก้ไขเพื่อที่จะรักษาไว้ซึ่งเสรีภาพในการประกอบชกมวยของนักกีฬามวย มีลักษณะที่ทำให้นักมวยเป็นทาสของหัวหน้าค่ายมวยไปตลอดอายุสัญญา แม้ว่าระเบียบฯ ข้อ 14 (4) จะให้สิทธิแก่นักมวยย้ายสังกัดค่ายมวยได้ในกรณีที่หัวหน้าค่ายมวยไม่จกให้นักมวยขึ้นชกเกินกว่าหกเดือนโดยไม่เหตุอันสมควร แต่ก็เป็นการสายเกินกว่าเหตุที่จะแก้ไข เพราะการขึ้นชกของนักมวยในแต่ละครั้งมีความสำคัญต่อความก้าวหน้าและรายได้ของนักมวย โดยเฉพาะการชกในนามผู้แทนชาติไทย เช่นการชกโอลิมปิก ที่นักมวยอาจชกได้เหรียญรางวัลจนทำให้ตัวเองได้เงินรางวัลต่างๆ จนร่ำรวยและสามารถเลิกอาชีพชกมวยได้ แต่ถ้าหัวหน้าค่ายมวยไม่อนุญาตเสียแล้ว โอกาสที่จะได้ชกในนามผู้แทนชาติไทยในกีฬาโอลิมปิกก็หมดสิ้นลง โดยที่กฎหมายหรือระเบียบฯ มิได้กำหนดวิธีการหรือทางหาแก้ไขสำหรับนักมวยแต่อย่างใด เมื่อเปรียบเทียบการจำกัดการประกอบอาชีพของผู้เยาว์ที่ไม่บรรลุนิติภาวะ การประกอบอาชีพ เช่น การค้าหรือธุรกิจอื่น จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดยชอบธรรมเสียก่อน ตามมาตรา 27 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ในกรณีที่ผู้แทนโดยชอบธรรมไม่ให้ความยินยอมโดยไม่มีเหตุผล

อันสมควร ผู้เยาว์อาจร้องขอต่อศาลให้สั่งอนุญาตได้ และเมื่อผู้เยาว์ประกอบอาชีพ การค้าหรือธุรกิจไปแล้ว ก่อให้เกิดความเสียหายถึงขนาดหรือเสื่อมเสียแก่ผู้เยาว์ผู้แทน โดยชอบธรรมมีสิทธิบอกเลิกความยินยอมได้ ในกรณีที่ผู้แทนโดยชอบธรรมบอกเลิก ความยินยอมโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร ผู้เยาว์อาจร้องขอต่อศาลให้เพิกถอนการ บอกเลิกความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมได้ ตามมาตรา 27 วรรคสามและ วรรคสี่ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะเห็นได้ว่าแม้กฎหมายจะจำกัด สิทธิในการประกอบอาชีพของผู้เยาว์ที่จะต้องได้รับความยินยอมจากผู้แทนโดย ชอบธรรมเพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพของผู้เยาว์ แต่หากผู้แทนโดยชอบธรรมไม่ยินยอม หรือบอกเลิกความยินยอมโดยไม่มีเหตุอันสมควร กฎหมายก็ยังกำหนดช่องทางหรือ วิธีการที่จะทำให้เสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้เยาว์ยังคงอยู่ไม่ได้ถูกจำกัดสิทธิ โดยสิ้นเชิง แต่ตามระเบียบฯ ข้อ 11 กำหนดว่าจะต้องความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร จากหัวหน้าค่ายมวยเท่านั้น โดยมีได้กำหนดหนทางหรือวิธีการแก้ไขเพื่อรักษาเสรีภาพใน การประกอบอาชีพ จึงเป็นระเบียบข้อบังคับที่ทำลายเสรีภาพของนักมวย ลงโดยสิ้นเชิง ดังนั้น มาตรา 30 พระราชบัญญัติกีฬามวย พ.ศ. 2542 และข้อ 11 ของระเบียบคณะกรรมการกีฬามวยว่าด้วยการสังกัดและย้ายสังกัดค่ายมวย พ.ศ. 2544 เป็นกฎหมายที่เขียนเพื่อรักษาผลประโยชน์ของหัวหน้าค่ายมวย มิใช่เขียน รักษาคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของนักมวย จึงเป็นกฎหมายและกฎที่มีบทบัญญัติ ที่จำกัดเสรีภาพเกินความจำเป็น และกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและ เสรีภาพในการประกอบอาชีพของนักมวยตามมาตรา 53 ประกอบมาตรา 29 จึงตกเป็นโมฆะตามมาตรา 6 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 เมื่อมาตรา 30 พระราชบัญญัติกีฬามวย พ.ศ. 2542 ขัดรัฐธรรมนูญ ตกเป็นโมฆะ ระเบียบคณะกรรมการกีฬามวยว่าด้วยการสังกัดและย้ายสังกัดค่ายมวย พ.ศ. 2544 ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 30 จึงตกเป็นโมฆะตามไปด้วยทั้งฉบับ

“รัฐสภา” ปฏิเสธคำสั่ง “ศาลรัฐธรรมนูญ” ได้หรือไม่ ?*

วีรพัฒน์ ปริยวงศ์**

1 มิถุนายน 2555 เป็นวันประวัติศาสตร์ที่ “ศาลรัฐธรรมนูญ” ได้อ้างอำนาจตาม “รัฐธรรมนูญ มาตรา 68” เพื่อรับคำร้องมาวินิจฉัยว่า การดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 โดยรัฐสภาและบุคคลอื่นที่เกี่ยวข้องนั้น เป็นกรณีที่ศาลจะสั่งการให้ “เลิกการกระทำ” ได้หรือไม่

นอกจากนี้ ศาลได้มี “คำสั่ง” ไปยังเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรเพื่อแจ้งให้รัฐสภาการดำเนินการดังกล่าวจนกว่าศาลจะมีคำวินิจฉัย โดยข้อมูลจากรายงานข่าวนั้น ไม่ชัดเจนว่าศาลได้สั่งไปยัง “สมาชิกรัฐสภา” โดยเจาะจง หรือเป็นเพียงการสั่งไปยัง “เลขาธิการ” เพื่อ “แจ้งสภาให้ทราบ” เท่านั้น (<http://on.fb.me/LQrM7w>)

ไม่ว่าจะเป็นกรณีใด ผู้เขียนขออาศัยวันเดียวกันเขียนเชิญชวนให้เราโดยเฉพาะ “บรรดาผู้แทนของเรา” ร่วมกันใคร่ครวญว่า “รัฐสภา” ในฐานะ “ผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติแทนปวงชนชาวไทยเพื่อถ่วงดุลอำนาจฝ่ายบริหารและตุลาการ” นั้น จะสามารถ “ปฏิเสธคำสั่ง” ของศาลรัฐธรรมนูญได้หรือไม่ ?

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net 3 มิถุนายน 2555 21:02 น.

** นักกฎหมายอิสระ <http://www.facebook.com/verapat>

ในขั้นแรก รัฐธรรมนูญ ได้กำหนดว่า “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา...” แต่รัฐธรรมนูญไม่ได้กำหนดว่า “คำสั่ง” ของศาลนั้น มีผลผูกพันเด็ดขาดต่อรัฐสภาหรือไม่

ในขั้นต่อมา การที่รัฐสภาจะตัดสินใจปฏิเสธหรือปฏิบัติตาม “คำสั่ง” ของศาลหรือไม่นั้น รัฐสภาจะต้องปฏิบัติตาม “รัฐธรรมนูญ” อย่างน้อยสี่มาตรา คือ

มาตรา 3 วรรค 2 บัญญัติว่า ทั้งรัฐสภาและศาล ต่างต้องปฏิบัติหน้าที่ตามหลักนิติธรรม

มาตรา 6 บัญญัติว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ กฎหมายอื่นจะมาขัดแย้งมิได้

มาตรา 291 (5) บัญญัติให้ รัฐสภามีหน้าที่ต้องพิจารณาการแก้ไขรัฐธรรมนูญวาระที่สาม เมื่อพ้น 15 วัน หลังเสร็จสิ้นการพิจารณาวาระที่สอง

และที่สำคัญ คือ **มาตรา 122** ซึ่งบัญญัติว่า

“สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาย่อมเป็นผู้แทนปวงชนชาวไทยโดยไม่อยู่ในความผูกมัดแห่งอาณัติ มอบหมาย หรือความครอบงำใดๆ และต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย โดยปราศจากการขัดกันแห่งผลประโยชน์”

ดังนั้น ประเด็นที่ “รัฐสภา” ต้องพิจารณาก็คือ หาก “รัฐสภา” ปฏิบัติตาม “คำสั่ง” ของศาลรัฐธรรมนูญแล้วไซ้ จะเกิดผลอะไรต่อบทบัญญัติทั้งสี่มาตราที่กล่าวมานี้ ?

กล่าวอย่างตรงไปตรงมาก็คือ หากการปฏิบัติตาม “คำสั่งศาล” ดังกล่าว มีผลเป็นการยอมรับการใช้อำนาจที่ขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญ อันเป็นการขัดหลักนิติธรรมทั้งโดยศาลและรัฐสภา เป็นการละเมิดกำหนดเวลาที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ อีกทั้งส่งผลให้ผู้แทนปวงชนชาวไทยตกอยู่ในความผูกมัดแห่งอาณัติ มอบหมาย หรือความครอบงำของศาลแล้วไซ้ รัฐสภาย่อมมี “หน้าที่” ตามรัฐธรรมนูญที่จะปฏิเสธ “คำสั่ง” ดังกล่าว !

หาก “รัฐสภา” สำนึกในหน้าที่ของตนได้ดังนี้ ผู้เขียนก็จะขอเสนอคำถามเบื้องต้นที่อาจช่วยตรวจสอบว่า “คำสั่ง” ของศาลรัฐธรรมนูญที่วานั้น ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

คำถามแรก: ศาลใช้อำนาจ “เกินกรอบ” มาตรา 68 หรือไม่ ?

รัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคแรก บัญญัติว่า

“บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ มิได้”

ถ้อยคำของ มาตรา 68 ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเฉพาะการกระทำที่เป็นการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ เพื่อล้มล้างการปกครอง...ฯ เท่านั้น ซึ่ง “การใช้สิทธิเสรีภาพ” ย่อมเป็นคนละเรื่องกับ “การใช้อำนาจหน้าที่” เช่น การลงมติสนับสนุนหรือเห็นชอบการแก้ไข มาตรา 291

ลักษณะสำคัญของ “การใช้สิทธิเสรีภาพ” คือ ผู้กระทำได้อ้าง “สิทธิเสรีภาพ” เพื่อประโยชน์ของตนตามที่ตนปรารถนาโดยปลอดจากสภาพบังคับ และจะใช้หรืออ้าง “สิทธิเสรีภาพ” หรือไม่ได้ ตัวอย่างการกระทำที่อาจเข้าข่ายมาตรา 68 อาจมีรูปแบบที่หลากหลาย เช่น การดำเนินนโยบายพรรคการเมืองเพื่อয়งให้ล้มล้างสถาบันพระมหากษัตริย์ หรือ การนัดชุมนุมเพื่อทำให้คณะรัฐมนตรี รัฐสภา หรือศาลไม่อาจทำหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ

แต่ “การใช้อำนาจหน้าที่” นั้น หมายถึง ผู้กระทำมีอาจเลือกได้อย่างอิสระว่า ตนจะกระทำหรือไม่กระทำเพื่อประโยชน์ของตนตามที่ปรารถนาโดยปลอดจากสภาพบังคับ แต่เป็นกรณีที่ผู้กระทำถูกกำหนดให้กระทำไปเพราะมีอำนาจหน้าที่ต้องกระทำหรือต้องใช้ดุลพินิจกระทำไปในฐานะส่วนหนึ่งของกลไกตามรัฐธรรมนูญ

เช่น การที่สมาชิกรัฐสภาจะเสนอญัตติ หรือออกเสียงลงคะแนน หรือการกระทำอื่นที่เกี่ยวกับการแก้ไข มาตรา 291 ก็ถือเป็น “การใช้อำนาจหน้าที่” ซึ่งการใช้ดุลพินิจย่อมไม่อิสระ แต่อยู่ภายใต้ มาตรา 122 กล่าวคือ จะอ้างว่ามีเสรีภาพใช้

ดุลพินิจเพื่อตนเองหรือผู้ใดผู้หนึ่งไม่ได้ และจะสงวนการใช้สิทธิเสรีภาพว่าขอละเว้น ไม่รับรู้ ไม่ยุ่งเกี่ยวกับการทำหน้าที่ในสภาก็ไม่ได้ เช่นกัน เป็นต้น

ข้อที่สำคัญกว่านั้น คือ หากมี “การตีความปะปน” ว่า “การใช้อำนาจหน้าที่” ตามรัฐธรรมนูญ กลายเป็น “การใช้สิทธิเสรีภาพ” ตามมาตรา 68 ไปเสียแล้ว ก็จะส่งผลแปลกประหลาดทำให้ ศาลรัฐธรรมนูญ กลายเป็นองค์กรที่มีเขตอำนาจล้นพ้น สามารถรับเรื่องมาวินิจฉัยการใช้อำนาจหน้าที่ได้มากมาย

เช่น การใช้อำนาจของคณะองคมนตรีในการเสนอชื่อผู้สมควรเป็นผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ตามมาตรา 19 การใช้อำนาจของรัฐสภาในการเห็นชอบการประกาศสงครามตามมาตรา 189 การใช้อำนาจของที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกาในการเลือกผู้ที่จะได้รับการแต่งตั้งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 204 ก็อาจล้วนถูกศาลตรวจสอบได้ เป็นต้น

หรือแม้แต่การเสนอร่าง พ.ร.บ. ประองตอง หากมีผู้อ้างว่าเป็นการ “ใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ” เพื่อล้มล้างการปกครอง...ฯ ก็จะเป็นที่กลายเป็นว่าสามารถถูกตรวจสอบโดยศาลได้ โดยไม่ต้องรอให้มีการพิจารณาตามวาระของรัฐสภาเสียด้วยซ้ำ และอาจนำไปสู่การยุบพรรคหรือตัดสิทธิทางการเมืองได้อีกด้วย !

ยิ่งไปกว่านั้น หาก “สิทธิการยื่นคำร้อง” ตามมาตรา 68 ถูกตีความอย่างพร่าเพรีอ เช่น อ้างอำนาจตุลาการมายับยั้งการใช้ดุลพินิจของผู้แทนปวงชนได้ทุกกรณีแล้วไซ้ไร “สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ” นี้เองอาจกลับกลายมาถูกนำมาใช้ในทางที่เป็น “ปฏิบัติการต่อรัฐธรรมนูญ” ทำลายหลักการแบ่งแยกอำนาจ และขัดต่อหลักการใช้สิทธิตาม มาตรา 28 อีกด้วย

(อนึ่ง ผู้เขียนน้อมรับหากมีผู้เห็นต่างเรื่องสิทธิหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญและการแยกแยะสถานะของ “เอกชน” และ “รัฐ” ซึ่งก็หวังว่าจะได้แลกเปลี่ยนในทางวิชาการต่อไป)

คำถามที่สอง: ศาลใช้อำนาจ “ข้ามขั้นตอน” อัยการสูงสุดหรือไม่ ?

รัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคสอง บัญญัติว่า

“ในกรณีที่บุคคลหรือพรรคการเมืองใดกระทำการตามวรรคหนึ่ง ผู้ทราบการกระทำดังกล่าวย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว แต่ทั้งนี้ไม่กระทบกระเทือนการดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำการดังกล่าว”

ศาลตีความว่า ผู้ที่จะนำคดีมาสู่ศาล จะเสนอเรื่องผ่านอัยการสูงสุดให้ยื่นคำร้องต่อศาลก็ได้ หรือ จะยื่นคำร้องเองโดยตรงต่อศาลเลยก็ได้ ดังนั้น ศาลจึงรับคำร้องได้โดยไม่ต้องรออัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงก่อน

คำถามก็คือ การตีความที่ว่านี้ ขัดต่อทั้งถ้อยคำและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ อีกทั้งสร้างผลประหลาดตามมาหรือไม่

หากพิจารณาถ้อยคำ มาตรา 68 ว่า **“มีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย”** การตีความของศาลทำให้เกิดปัญหาทางภาษาน้อย 2 ระดับ ระดับแรก คือ เสมือนศาลได้แทนคำว่า **“และ”** ด้วยคำว่า **“หรือ”** และระดับที่สอง คือ ศาลได้ใช้ตรรกะภาษาที่ตีความขัดกับรูปประโยค เพราะหากศาลมองคำว่า **“และ”** ให้แปลว่า **“หรือ”** ก็เท่ากับว่า รูปประโยคไม่ได้ให้อำนาจ **“อัยการสูงสุด”** เป็นผู้ยื่นคำร้องต่อศาล

หากพิจารณาในแง่เจตนารมณ์ จะเห็นว่า **“อัยการสูงสุด”** มีบทบาทจำเป็นในการกรองคดี เพราะศาลไม่มีทรัพยากรที่จะไปตรวจสอบหรือสืบสวนการ **“ล้มล้างการปกครองฯ...”** ซึ่งอาจมีข้อเท็จจริงและพฤติกรรมที่ต้องอาศัยพยานหลักฐานจำนวนมาก เห็นได้จากคดีอื่นในทางมหาชน เช่น คดีทุจริต หรือคดีพรรคการเมือง ก็จะมี อัยการ ปชช. หรือ กกต. เป็นผู้นำคดีมาสู่ศาล หรือ หากเป็นคดีที่ฟ้องตรงได้ต่อศาล ก็จะต้องเป็นกรณีที่มีวินิจฉัยข้อกฎหมายและมีข้อจำกัดในเรื่องผู้มีสิทธินำคดีมาสู่ศาล อีกทั้งป้องกันการกล่าวอ้างสารพัดมาเพื่อสร้างภาระคดีต่อศาลโดยตรง

การให้ความสำคัญกับอัยการสูงสุด ยังปรากฏหลักฐานจาก **“รายงานการประชุมของสภาร่างรัฐธรรมนูญ”** ครั้งที่ 27/2550 เช่น คำอภิปรายโดยนายสุรชัย เลี้ยงบุญเลิศชัย ในหน้าที่ 6-8 และนายเจริญ ภัคธิธนากุล (ผู้เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในเวลา) ในหน้าที่ 32-34 ซึ่งอภิปรายถึงการให้อัยการสูงสุดเป็นผู้นำ

คดีไปสู่ศาลรัฐธรรมนูญ และไม่ได้กล่าวถึงการให้สิทธิบุคคลอื่นยื่นเรื่องโดยตรงต่อศาลแต่อย่างใด (<http://bit.ly/Mg9kLY>)

นอกจากนี้ การตีความของศาลก็ส่งผลกระทบต่อ คือ ทำให้บทบาทของ “อัยการสูงสุด” ที่จะยื่นคำร้องต่อศาลนั้นไร้ความหมาย เพราะหากผู้ใดจะนำคดีไปสู่ศาล ก็ย่อมยื่นต่อศาลโดยไม่เสนอเรื่องผ่านอัยการ และหากผู้อื่นเสนอเรื่องเดียวกันให้อัยการในเวลาเดียวกัน ก็จะเกิดคำถามตามมาว่าอัยการต้องดำเนินการตรวจสอบข้อเท็จจริงต่อไปหรือไม่ เพราะศาลได้รับคำร้องเรื่องเดียวกันจากผู้อื่นที่ยื่นตรงต่อศาลไปแล้ว

ยิ่งไปกว่านั้น การที่ มาตรา 68 ให้ศาลมีอำนาจ “ยุบพรรคการเมือง” หรือ “ตัดสิทธิทางการเมือง” ก็คือการให้ตุลาการถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ โดยมี “อัยการ” เป็นกลไกในการรณรงค์ แต่หากศาลตีความเพิ่มอำนาจให้ตนเองได้อย่างกว้างขวางแล้ว ก็จะเป็นช่องทางให้มีผู้ใช้ตุลาการเป็นอาวุธทางการเมือง ซึ่งก็จะกลับมาทำร้ายตุลาการในที่สุด

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ผู้เขียนไม่ปฏิเสธเลยว่า การแก้ไขมาตรา 291 มีปัญหาและความไม่สง่างามหลายประการ แต่นั่นคือปัญหาที่รัฐสภาเสียงข้างมากต้องรับผิดชอบทางการเมือง และประชาชนก็ต้องจ่ายราคาของประชาธิปไตยที่จะอดทนเรียนรู้และตัดสินใจได้ดีขึ้นในครั้งต่อไป แต่ประชาชนจะไม่มีวันเรียนรู้โดยตัวเองเลย หากเราปล่อยให้เสียงข้างน้อยที่ไม่ได้มาจากการเลือกตั้งนำมาตราฐานจริยธรรมและความพึงพอใจทางการเมืองส่วนตนมาลากประชาชนไปสู่ทางออกที่ตนยังไม่ทันได้เข้าใจ

ดังนั้น หาก “รัฐสภา” พิจารณาได้ว่า “คำสั่ง” ของศาลรัฐธรรมนูญนั้น เป็นการใช้อำนาจที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะเพราะ “เกินกรอบ” และ “ข้ามขั้นตอน” ตามตามที่อธิบายมาก็ดี หรือ เพราะขัดหลักนิติธรรม หรือหลักการแบ่งแยกอำนาจ หรือ หลักอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญก็ดี (หรือสภาเห็นช่องทางแก้ปัญหาเฉพาะหน้าเรื่องการอนุโลมกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่ศาล

กำหนดขึ้นเอง “ระหว่างรอกฎหมาย” จากรัฐสภาที่ดี!) “รัฐสภา” ย่อมมี “หน้าที่” ที่จะต้องปฏิเสธและไม่ปฏิบัติตาม “คำสั่ง” ดังกล่าว เพื่อพิทักษ์รัฐธรรมนูญแทนปวงชนชาวไทย อีกทั้งต้องร่วมต่อต้าน ดำเนินการตรวจสอบ รวมทั้งพิจารณาถอดถอนผู้ใดที่จงใจใช้อำนาจนอกวิถีสถิติรัฐธรรมนูญ

แต่หากประธานรัฐสภาและสมาชิกรัฐสภาปฏิบัติตาม “คำสั่ง” อันขัดต่อรัฐธรรมนูญและกฎหมาย อีกทั้งยัง “ละเว้นการปฏิบัติหน้าที่” เมื่อพ้นเวลา 15 วันตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้แล้วไซ้ร้ ก็พึงสังวรว่า กลับเป็นประธานและสมาชิกรัฐสภาหรือไม่ ที่ร่วมลงมือละเมิดรัฐธรรมนูญของประชาชน และอาจต้องโทษอาญาเสียเอง

กฎหมายปรองดอง ในแอฟริกาใต้

คณินท์ ชัยชนะ

เมื่อกล่าวถึงวิธีการสร้างความสงบให้เกิดขึ้นหลังเหตุการณ์ความไม่สงบทางการเมืองในประเทศ วิธีการที่ได้รับความนิยมในหลายๆ ประเทศ คือ การออกกฎหมายนิรโทษกรรมผู้กระทำความผิดอันมีเหตุจูงใจทางการเมือง เพื่อสร้างบรรยากาศความปรองดองให้เกิดขึ้นในสังคมอีกครั้ง

ประเทศแอฟริกาใต้ก็เป็นประเทศหนึ่งที่ได้ใช้วิธีการดังกล่าว โดยได้มีการออกกฎหมายนิรโทษกรรมครั้งสำคัญในยุคที่ได้ล้มล้างลัทธิแบ่งแยกสีผิว (Apartheid) ในปี ค.ศ. 1995 ลัทธิแบ่งแยกสีผิวได้ถือกำเนิดอย่างเป็นทางการในประเทศแอฟริกาใต้ในปี ค.ศ. 1948 ซึ่งเป็นปีที่เริ่มมีการใช้คำว่า Apartheid เป็นครั้งแรก ในยุคนั้นเป็นยุคที่รัฐบาล (คนผิวขาว) ได้ดำเนินนโยบายกีดกันทางเชื้อชาติและสีผิวอย่างเป็นระบบ โดยได้ออกกฎหมายมารองรับและสร้างความชอบธรรมให้แก่การดำเนินงานของเจ้าหน้าที่เพื่อทำให้นโยบายกีดกันสีผิวสำเร็จลุล่วงไปได้

ตัวอย่างของนโยบายแบ่งแยกสีผิว เช่น การกำหนดสถานะของบุคคลโดยเชื้อชาติ การแบ่งแยกกฎหมายสำหรับบุคคลต่างสีผิว การให้สิทธิเลือกตั้งเฉพาะคนขาวเท่านั้น การแบ่งแยกเขตที่อยู่อาศัยอย่างชัดเจนและบังคับให้คนผิวสีต้องย้ายถิ่นที่

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net 17 มิถุนายน 2555 20:07 น.

** นิติศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัย Göttingen ประเทศเยอรมนี

อยู่ไปในเขตที่รัฐกำหนดเพื่อสร้างสังคมที่มีแต่คนผิวขาว ฯลฯ การแบ่งแยกสีผิวนั้นมีได้จำกัดอยู่เฉพาะในทางราชการเท่านั้นแต่ครอบคลุมไปถึงเรื่องส่วนตัวด้วย เช่น กฎหมายกำหนดโทษของการมีเพศสัมพันธ์ระหว่างคนสีผิวต่างกันที่มีใช้คู่สมรสกัน เป็นต้น

ด้วยเหตุดังกล่าวจึงมีการเคลื่อนไหวทางการเมืองของชาวผิวสีซึ่งเป็นคนส่วนใหญ่ของประเทศเพื่อประท้วงต่อต้านรัฐบาลใช้วิธีการทุกรูปแบบ รวมไปถึงการใช้กำลังและก่อการร้าย อันนำไปสู่เหตุการณ์ความไม่สงบระหว่างกลุ่มต่อต้านรัฐบาลกับเจ้าหน้าที่ของรัฐอยู่เป็นประจำ

หลังจากที่ได้ล้มล้างระบบการแบ่งแยกสีผิวแล้ว จึงมีประเด็นคำถามว่ารัฐจะสร้างความสงบให้กลับคืนสู่สังคมได้อย่างไร และจะจัดการเยียวยาและสร้างความเป็นธรรมให้แก่ผู้เสียหายและครอบครัวได้อย่างไร

รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว ค.ศ. 1994 ซึ่งเป็นผลผลิตของการเจรจาต่อรองระหว่างรัฐบาลเข้ากับกลุ่มผู้ต่อต้าน ได้กำหนดไว้ในบทสุดท้ายของรัฐธรรมนูญให้ฝ่ายนิติบัญญัติไปออกกฎหมายนิรโทษกรรมสำหรับผู้กระทำความผิดที่มีเหตุจูงใจทางการเมือง และได้กำหนดหลักการสำคัญคือ จะต้องสร้างความปรองดองแทนล้างแค้น และจะไม่มีคดีดำเนินคดีกับเจ้าหน้าที่ฝ่ายรัฐ ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักความต่อเนื่องของฝ่ายปกครองทำให้เจ้าหน้าที่ทุกคนยังอยู่ในตำแหน่งและปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้

อย่างไรก็ดี บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในส่วนนี้ยังมีความคลุมเครืออยู่มาก ส่งผลให้ฝ่ายนิติบัญญัติมีดุลพินิจอย่างกว้างขวาง และในการพิจารณาในรัฐสภาก็ได้มีการถกเถียงและอภิปรายกันยาวนานเพราะเป็นหัวข้อที่ละเอียดอ่อน จนในที่สุดในปี ค.ศ. 1995 รัฐสภาก็ได้ประกาศใช้ “กฎหมายส่งเสริมความเป็นเอกภาพและความสมานฉันท์ ค.ศ. 1995” (Promotion of National Unity and Reconciliation Act 34 of 1995) ในกฎหมายฉบับนี้มีหลักการใหม่ที่เป็นมากกว่าการนิรโทษกรรมเนื่องจากมีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหาความจริงกรณีการละเมิดสิทธิมนุษยชนในยุคแบ่งแยกสีผิวด้วย โดยกฎหมายได้ก่อตั้ง “คณะกรรมการแสวงหาข้อเท็จจริงและ

สร้างความสมานฉันท์” ซึ่งประกอบด้วยคณะอนุกรรมการ 3 คณะ ได้แก่ คณะอนุกรรมการแสวงหาข้อเท็จจริงกรณีการละเมิดสิทธิมนุษยชน คณะอนุกรรมการนิรโทษกรรม และคณะอนุกรรมการเยียวยาและฟื้นฟู (Reparation and Rehabilitation) มีวาระการทำงานทั้งสิ้นเป็นเวลาไม่เกิน 2 ปี

การนิรโทษกรรมตามกฎหมายฉบับนี้ถือเป็นนวัตกรรมใหม่ของการตรากฎหมายนิรโทษกรรม เพราะไม่ได้เป็นการยกเว้นโทษโดยตัวกฎหมาย แต่กฎหมายกำหนดให้ผู้กระทำความผิดที่ประสงค์จะได้รับการนิรโทษกรรมต้องยื่นคำร้องต่อคณะอนุกรรมการนิรโทษกรรม ซึ่งมีอำนาจตัดสินใจว่าจะให้มีการนิรโทษกรรมแก่บุคคลนั้นหรือไม่ โดยบุคคลนั้นจะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงทั้งหมดที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดของตน เทียบได้กับการรับสารภาพ

ผู้ยื่นคำร้องจะได้รับการนิรโทษกรรมเฉพาะกรณีที่เป็นความผิดที่มีแรงจูงใจทางการเมือง และจะได้รับการนิรโทษกรรมเมื่อคณะอนุกรรมการฯ วินิจฉัยว่าได้กระทำความผิดจริงและได้ประกาศต่อสาธารณะแล้วเท่านั้น คำวินิจฉัยของคณะอนุกรรมการฯ จะมีผลเป็นการปลดเปลื้องผู้กระทำความผิดจากความรับผิดชอบทางอาญาและทางแพ่งด้วย

สิ่งที่ถือเป็นนวัตกรรมใหม่ของกฎหมายฉบับนี้คือการกำหนดให้การแสวงหาความจริงเป็นเงื่อนไขของการนิรโทษกรรม ถือเป็นโมเดลใหม่สำหรับการจัดการกับอดีต เป็นทางเลือกตรงกลางระหว่างการดำเนินคดีกับผู้กระทำความผิดทุกกรณี กับการยกเว้นความผิดโดยไม่สนใจเหตุการณ์ในอดีต (นิรโทษกรรมในความหมายดั้งเดิม) “นิรโทษกรรม” ตามกฎหมายส่งเสริมความเป็นเอกภาพและความสมานฉันท์ ค.ศ. 1995 ในแอฟริกาใต้จึงมิได้หมายถึงการลืมนอดีต แต่เป็นการ**รื้อฟื้น**เรื่องราวในอดีตและมุ่งแสวงหาข้อเท็จจริงให้เป็นที่ประจักษ์ แล้วจึงให้อภัยแก่กัน กฎหมายฉบับนี้ตั้งอยู่บนพื้นฐานความคิดที่ว่า **ความปรองดองจะเกิดขึ้นเมื่อสังคมเผชิญหน้ากับความจริงในอดีต ไม่ใช่ปิดหูปิดตาลืมนอดีต** และผู้ที่จะให้ภัยได้ย่อมต้องรู้เสียก่อนว่าตนกำลังจะให้ภัยในเรื่องอะไร

อย่างไรก็ดี มาตรการทางกฎหมายเพียงอย่างเดียวคงไม่อาจ**บังคับ**ให้เกิดความสมานฉันท์ได้ ทั้งนี้ต้องขึ้นอยู่กับความพร้อมของสังคมและผู้เกี่ยวข้องทุกๆ ฝ่ายที่จะสร้างความปรองดองและให้อภัยแก่กันและกันด้วย มิเช่นนั้นแล้ว กฎหมายปรองดองก็คงจะเป็นเพียงกระดาษแผ่นเดียวที่ไม่มีใครให้ความสำคัญและรอวันถูกฉีกทิ้งในที่สุด

ความเสมอภาคในสถาบันอุดมศึกษา: มองนโยบายและกฎหมายสหภาพยุโรป เพื่อก้าวสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน*

อาจารย์ ดร. ชวนิดา สุวานิช** และ อาจารย์ ปิติเทพ อยู่ยี่นยง***

1. บทนำ

การศึกษาระดับอุดมศึกษาของสหภาพยุโรป (Higher education in Europe Union) มีบทบาทที่สำคัญในการพัฒนาศักยภาพประชาชนของประเทศกลุ่มสหภาพยุโรป เพื่อให้ประชาชนกลายเป็นแรงงานที่มีคุณภาพทางความรู้และทักษะขั้นสูงในอนาคต นอกจากนี้ การศึกษาระดับอุดมศึกษายังมีบทบาทที่สำคัญในการถ่ายทอดองค์ความรู้ใหม่ๆ ไปยังนักศึกษาที่เข้ารับการศึกษาระดับอุดมศึกษา เพื่อให้ นักศึกษาสามารถนำความรู้ที่ได้รับจากสถาบันการศึกษาไปถ่ายทอดหรือสร้างนวัตกรรมใหม่ๆ ให้กับสังคมและประเทศที่ตนอาศัย

ทั้งนี้ในสหภาพยุโรป (European Union) ประกอบด้วยสถาบันอุดมศึกษาถึงสี่พันแห่งด้วยกัน โดยมีจำนวนนักศึกษาที่เข้ารับการศึกษาระดับอุดมศึกษาในสถาบันดังกล่าว

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net 17 มิถุนายน 2555 20:07 น.

** ค.บ. (เทคโนโลยีและนวัตกรรมการศึกษา), กศ.ม. (เทคโนโลยีการศึกษา), กศ.ด. (เทคโนโลยีการศึกษา), อาจารย์ประจำสาขาวิชาเทคโนโลยีการศึกษา คณะศึกษาศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏจันทรเกษม

*** น.บ., น.ม., (กฎหมายมหาชน), LL.M. in Business Law, นักวิจัยประจำสาขาวิชานิติศาสตร์ คณะบริหารธุรกิจและกฎหมาย มหาวิทยาลัยคอมมิงฟอร์ด สหราชอาณาจักร

เป็นจำนวนสิบเก้าล้านคนและมีบุคลากรที่ทำงานในสถาบันอุดมศึกษาประมาณกว่าหนึ่งล้านห้าแสนคน¹ ซึ่งจากสถิติดังกล่าวอาจเห็นได้ว่ามีจำนวนประชาชนในประเทศกลุ่มสหภาพยุโรปแต่ละประเทศเป็นจำนวนมากที่เข้ารับการศึกษาศึกษาในสถาบันอุดมศึกษาเพื่อแสวงหาความรู้อันเป็นการสร้างโอกาสหรือทางเลือกหนึ่งที่จะก้าวไปข้างหน้าต่อไปในอนาคตทั้งทางด้านการงานและชีวิตส่วนตัว

ดังนั้น การที่ประชาชนจำนวนมากเข้าศึกษาในสถาบันอุดมศึกษาในประเทศกลุ่มสหภาพยุโรป เป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้นักศึกษาในสถาบันอุดมศึกษาในสหภาพยุโรปประกอบด้วยนักศึกษาที่มีพื้นฐานมาจากความหลากหลาย (Diversity) ที่แตกต่างกัน เช่น อายุ ความพิการ เพศ ศาสนาและความเชื่อ เป็นต้น² นอกจากนี้สถาบันอุดมศึกษาในประเทศกลุ่มสหภาพยุโรปประกอบด้วยนักศึกษาที่มีที่มาจากอันหลากหลายและแตกต่างกันแล้ว สถาบันอุดมศึกษาในประเทศกลุ่มสหภาพยุโรปยังประกอบไปด้วยบุคลากรประเภทต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นบุคลากรประเภทสายวิชาการหรือบุคลากรประเภทสายสนับสนุนที่เข้ามาทำงานระหว่างประเทศกลุ่มสหภาพยุโรปและประกอบอาชีพในมหาวิทยาลัยภายในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป ซึ่งบุคลากรเหล่านี้ย่อมประกอบด้วยความหลากหลายทางเชื้อชาติภาษาเฉพาะทางและความหลากหลายทางลักษณะบุคคลเฉพาะอันทำให้เกิดความหลากหลายในสถาบันอุดมศึกษาในกลุ่มสหภาพยุโรปอีกประการหนึ่ง

สำหรับเหตุผลที่สำคัญที่ทำให้ให้นักศึกษาและบุคลากรทางการศึกษาระดับ

¹ European Commission, **Higher Education in Europe**, available online at http://ec.europa.eu/education/lifelong-learning-policy/higher_en.htm

² ในปัจจุบัน การที่สหภาพยุโรปได้เปิดเสรีภาพในการศึกษาระดับอุดมศึกษาและเสรีภาพในการเดินทาง ทำให้เปิดโอกาสให้กับประชาชนในการเดินทางเพื่อมาศึกษาต่างประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรป โดยสหภาพยุโรปได้จัดให้มีโครงการมอบทุนสนับสนุนการศึกษาในสถาบันอุดมศึกษาระหว่างประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรป เช่น ทุน Erasmus Mundus ที่สนับสนุนโดยคณะกรรมการยุโรป (European Commission) เป็นต้น

อุดมศึกษาเดินทางมาศึกษา³ หรือทำงานข้ามประเทศได้⁴ นั่นคือ การเปิดเสรีภาพทางการศึกษา (Freedom of education) โดยประเทศที่เข้าร่วมเป็นสมาชิกในกลุ่มสหภาพยุโรปได้เปิดโอกาสให้นักศึกษาต่างชาติสามารถเดินทางเข้ารับการศึกษาระดับอุดมศึกษาของตนเองได้หรือยอมให้ประชาชนของตนเองไปศึกษาต่างประเทศได้ นอกจากนี้ประชาชนของประเทศที่อยู่ในกลุ่มสมาชิกสหภาพยุโรปยังสามารถเดินทางเพื่อประกอบอาชีพหรือโยกย้ายถิ่นฐานเพื่อประกอบอาชีพระหว่างประเทศสมาชิกในกลุ่มได้ ซึ่งถือเป็นเสรีภาพในการโยกย้ายถิ่นฐาน (Freedom of movement) ที่ทำให้เกิดการแลกเปลี่ยนความเชี่ยวชาญของแรงงานที่เป็นนักวิชาการและผู้มีความรู้เฉพาะด้าน อันจะเกิดประโยชน์ด้านต่างๆ ในอนาคตต่อประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรป เช่น การวิจัยและการถ่ายทอดความชำนาญทางวิชาชีพ เป็นต้น

ดังนั้น การเปิดเสรีภาพทางการศึกษาและเสรีภาพในการโยกย้ายถิ่นฐานจึงถือเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้เกิดความหลากหลายของผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องกับสถาบันอุดมศึกษาในกลุ่มสหภาพยุโรป เช่น นักศึกษา บุคลากรสายวิชาการ บุคลากรสายสนับสนุน ผู้บริหารสถาบันการศึกษาและผู้มีส่วนได้ส่วนเสียต่างๆ เป็นต้น โดยแม้ว่าความหลากหลายในสถาบันอุดมศึกษาจากการเปิดเสรีภาพที่ได้กล่าวมาในข้างต้น จะส่งผลดีต่อระบบการศึกษาระดับอุดมศึกษาอันเป็นการศึกษาขั้นสูง แต่อย่างไรก็ดี ความหลากหลายในสถาบันอุดมศึกษาอาจก่อให้เกิดปัญหาการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียม (Unfair treatment) หรือการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) ต่อนักศึกษาหรือบุคลากรมหาวิทยาลัย ด้วยเหตุจากลักษณะของความหลากหลายของแต่ละบุคคล เช่น อายุ เพศ สีผิว เชื้อชาติ ความพิการและรสนิยมทางเพศ เป็นต้น⁵

³ Pobjoy, J. and Spencer, S., "Equality for all? The relationship between immigration status and the allocation of rights in the United Kingdom", *European Human Rights Law Review*, 2012, 2, 160 - 175

⁴ Adam, S. and Elsuwege, P.V., "Case Comment Citizenship rights and the federal balance between the European Union and its Member States: Comment on *Derci*", *European Law Review*, 2012, 37 (2), 176 - 190.

⁵ Gearty, C., "Is attacking multiculturalism a way of tackling racism - or feeding it? Reflections on the Government's Prevent Strategy", *European Human Rights*

ด้วยประการนี้ คณะกรรมาธิการยุโรป (European Union) และประเทศต่างๆ ในกลุ่มสหภาพยุโรปจึงได้แสวงหาแนวทางและกำหนดมาตรการต่างๆ ร่วมกัน เพื่อขจัดปัญหาการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมหรือการเลือกปฏิบัติจากสถาบันการศึกษาอุดมศึกษาในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป⁶ เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของนักศึกษาและบุคลากรทางการศึกษาที่เข้ามาศึกษาและเป็นแรงงานในมหาวิทยาลัยของประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรป⁷ อันเป็นการสร้างความเท่าเทียม (Equality) เพื่อก่อให้เกิดการปฏิบัติที่เป็นธรรม (Equal treatment) และปราศจากการเลือกปฏิบัติจากมหาวิทยาลัยอันเป็นต้นสังกัดในกรณีต่างๆ

2. ความเสมอภาคในมหาวิทยาลัยภายใต้สหภาพยุโรป

สหภาพยุโรปและประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรปมีกรอบนโยบายที่สำคัญหลายประการด้วยกันในการสนับสนุนเสรีภาพในการศึกษาและเสรีภาพในการโยกย้ายถิ่นฐานเพื่อการศึกษา อันเป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้เกิดความหลากหลายของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการศึกษา เช่น นโยบายที่ทำให้การศึกษาระดับอุดมศึกษาเป็นสากลมากยิ่งขึ้น (Internationalisation of higher education) และนโยบายสนับสนุนทำให้การศึกษาของสถาบันอุดมศึกษาในสหภาพยุโรปมีการขยายตัวและลักษณะภารกิจที่ทันสมัยมากยิ่งขึ้น (Modernization of European's higher education systems) เป็นต้น ซึ่งนโยบายของสหภาพยุโรปเหล่านี้ส่งเสริมและสนับสนุนให้เกิดความหลากหลายของนักศึกษาหรือพนักงานในมหาวิทยาลัยที่มีที่อันแตกต่างกัน ดังนั้น ตั้งแต่ปี 2000 สหภาพยุโรปจึงได้กำหนดนโยบายทางการศึกษาระดับอุดมศึกษา เฉพาะหลายประการที่สนับสนุนให้สหภาพยุโรปมีความหลากหลายของผู้ที่เกี่ยวข้อง

Law Review, 2012, 2, 121 - 129.

⁶ Waddington, L., "Future prospects for EU equality law: lessons to be learnt from the proposed Equal Treatment Directive", *European Law Review*, 2011, 36 (2), 163 - 184.

⁷ O' Brien, C., "Equality's false summits: news varieties of disability discrimination, "excessive" equal treatment and economically constricted horizons", *European Law Review*, 2011, 36 (1), 26 - 50.

กับการศึกษาทั้งทางตรงและทางอ้อม⁸ เช่น อายุ เพศ สีผิว เชื้อชาติ ความพิการและ
รสนิยมทางเพศ เป็นต้น

2.1 นโยบายสนับสนุนการเจริญเติบโตและการทำงานอันเป็นวาระใน
การทำให้การศึกษาระดับอุดมศึกษาในสหภาพยุโรปมีความทันสมัยมากยิ่งขึ้น
(Supporting growth and jobs - an agenda for the modernisation of
Europe's higher education systems)⁹

ในสหภาพยุโรปประกอบด้วยมหาวิทยาลัยหลายมหาวิทยาลัยทั้งที่
เป็นมหาวิทยาลัยที่มีชื่อเสียงระดับโลกและมหาวิทยาลัยท้องถิ่น โดยสหภาพยุโรป
ต้องการที่จะขยายขอบเขตของความหลากหลายทางการศึกษาให้กว้างมากขึ้น ทั้งนี้
ความหลากหลายของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาหรือการบริหารจัดการการศึกษา
ระดับอุดมศึกษาต้องการการกำหนดภารกิจและยุทธศาสตร์ที่เหมาะสมในการส่งเสริม
การจัดการความหลากหลายในมหาวิทยาลัย ให้นักศึกษาและบุคลากรทางการศึกษา
มีความเท่าเทียมกันมากยิ่งขึ้น¹⁰

แม้นโยบายนี้จะได้กล่าวถึงแนวทางในการกำหนดยุทธศาสตร์
การจัดการความหลากหลายของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาหรือการบริหารจัดการ
ทรัพยากรมนุษย์ทางการศึกษาระดับอุดมศึกษาที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายของ
ผู้คนที่เกี่ยวข้องกับมหาวิทยาลัย แต่นโยบายดังกล่าวไม่ได้กล่าวถึงการสร้าง
ความเท่าเทียมบนความหลากหลายของผู้คนหรือผู้มีส่วนได้เสียที่เกี่ยวข้องกับสถาบัน
การศึกษาระดับอุดมศึกษาแต่อย่างใด

⁸ European Commission, **Main policy initiatives and outputs in education and training since the year 2000**, available online at http://ec.europa.eu/education/lifelong-learning-policy/policy-higher_en.htm

⁹ European Commission, **Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Supporting growth and jobs - an agenda for the modernisation of Europe's higher education systems**, European Commission, Brussels, 2011, p. 2.

¹⁰ Ibid, p. 9.

2.2 นโยบายจากเอกสารประกอบการนิเทศเกี่ยวกับ ‘นโยบายสนับสนุนการเจริญเติบโตและการทำงานอันเป็นวาระในการทำให้การศึกษาระดับอุดมศึกษาในสหภาพยุโรปมีความทันสมัยมากยิ่งขึ้น’ (Accompanying document to the Communication “Supporting growth and jobs: an agenda for the modernisation of Europe’s higher education systems”)¹¹

เอกสารประกอบการนิเทศดังกล่าวได้ขยายความในเรื่องแนวทางการกำหนดยุทธศาสตร์การจัดการความหลากหลายของผู้ที่เกี่ยวข้องกับการศึกษาหรือการบริหารจัดการทรัพยากรมนุษย์ทางการศึกษาระดับอุดมศึกษาที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายของผู้คนที่เกี่ยวข้องกับมหาวิทยาลัย โดยเอกสารดังกล่าวระบุว่าควรมีการกำหนดมาตรการทางกฎหมายสหภาพยุโรป (Legal framework) ในการเสริมสร้างและสนับสนุนให้มีการบูรณาการความหลากหลายระหว่างระบบการศึกษาต่างๆ และสถาบันการศึกษาระดับอุดมศึกษาให้ตอบสนองความต้องการของนักศึกษาและตลาดแรงงานในอนาคต โดยต้องมีการตอบสนองความหลากหลายดังกล่าวให้มีประสิทธิภาพ (Effective) และเสริมสร้างนวัตกรรมใหม่ๆ (innovative) เช่น การเปิดโครงการแลกเปลี่ยนความร่วมมือทางบุคลากรทางการวิจัยและการเปิดโครงการนักศึกษาแลกเปลี่ยนระหว่างมหาวิทยาลัย เป็นต้น

เอกสารประกอบการนิเทศยังได้ระบุในเรื่องของข้อมูลด้านแรงงาน (University employment) ความหลากหลายด้านเพศของนักศึกษา (Gender balance) พื้นฐานทางสังคมของนักศึกษา (Social background) และข้อมูลด้านอายุของนักศึกษา (Age profile)¹² ของมหาวิทยาลัยในสหภาพยุโรป โดยเอกสารดังกล่าวได้วิเคราะห์แนวโน้มของความแตกต่างทางความหลากหลายของนักศึกษาและบุคลากรทางการศึกษากับแนวทางในการพัฒนาการแรงงานหรือทรัพยากรมนุษย์จากนักศึกษา แต่มิได้กล่าวถึงความเท่าเทียมกันจากพื้นฐานของความหลากหลาย

¹¹ European Commission, Accompanying document to the Communication “Supporting growth and jobs: an agenda for the modernisation of Europe’s higher education systems”, European Commission, Brussels, 2011, p. 4.

¹² Ibid, p. 23- 26.

ของผู้มีส่วนได้เสียของมหาวิทยาลัยแต่อย่างไร

2.3 นโยบายการสร้างความเป็นสากลของสถาบันอุดมศึกษา (The internationalisation of higher education)¹³

สหภาพยุโรปมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญ คือ การสร้างความร่วมมือและบูรณาการสอดคล้องในการพัฒนาระหว่างประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรปเพื่อให้ประชาชนที่อยู่ในสหภาพยุโรปได้มีความเป็นอยู่และคุณภาพที่ดีขึ้น ดังนั้น ในด้านการศึกษาระดับอุดมศึกษา สหภาพยุโรปจำเป็นต้องสร้างกลไกของความร่วมมือทั้งระหว่างประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรปด้วยกันและระหว่างประเทศสหภาพยุโรปกับประเทศนอกสหภาพยุโรปเพื่อให้เกิดความร่วมมือทางการศึกษาและการวิจัยที่จะส่งผลดีต่อการพัฒนาประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรป ทั้งนี้ นโยบายการสร้างความเป็นสากลของสถาบันอุดมศึกษาได้กำหนดแนวทางให้สถาบันอุดมศึกษาสร้างความโปร่งใสต่อผู้มีส่วนได้ส่วนเสียโดยกำหนดให้มหาวิทยาลัยมีการศึกษาในเรื่องของความหลากหลายทางภารกิจและศักยภาพของมหาวิทยาลัยในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป เพื่อสร้างความโปร่งใส (Transparency instrument) ให้สามารถจัดการกิจกรรมต่างๆ ในมหาวิทยาลัยได้อย่างมีธรรมาภิบาล¹⁴

แม้จะมีการพิจารณาในเรื่องของความโปร่งใสบนความหลากหลายทางภารกิจและศักยภาพของมหาวิทยาลัยในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรป เพื่อสร้างความโปร่งใสในการบริหารจัดการมหาวิทยาลัยในกลุ่มสหภาพยุโรปให้มีความเป็นนานาชาติหรือความเป็นสากลมากยิ่งขึ้น แต่อย่างไรก็ดี นโยบายดังกล่าวไม่ได้กำหนดลงไว้ว่าเมื่อเข้าไปสู่ความเป็นสากลแล้ว จะมีการจัดการความหลากหลายของนักศึกษาและบุคลากรทางการศึกษาที่มีที่มาแตกต่างกันทางด้านเชื้อชาติ เพศ อายุ ความเชื่อและปัจจัยอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายของนักศึกษาแต่ละบุคคลและกลุ่มอย่างไร

¹³ Council conclusions of 11 May 2010 on the internationalization of higher education (2010/c 135/04)

¹⁴ โปรดดู Agree that ข้อ 4 ใน Council conclusions of 11 May 2010 on the internationalization of higher education (2010/c 135/04)

2.4 นโยบายจากรายงานความก้าวหน้าในด้านการประกันคุณภาพการศึกษา (Report on progress in quality assurance in higher education)¹⁵

นโยบายของสหภาพยุโรปฉบับนี้ได้กำหนดแนวทางอย่างกว้างๆ ในการประกันคุณภาพการศึกษา กล่าวคือ มหาวิทยาลัยในสหภาพยุโรปต้องสนับสนุนให้มีการสร้างกระบวนการในการกำหนดกรอบมาตรฐานคุณภาพทางการศึกษาและกระบวนการในการประเมินคุณภาพทางการศึกษาว่าการศึกษาในสถาบันอุดมศึกษาในประเทศที่อยู่ในกลุ่มสหภาพยุโรปและภาพรวมทางการศึกษาของทุกประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรปเป็นอย่างไร¹⁶ เพื่อเสริมสร้างความโปร่งใสและธรรมาภิบาลการศึกษา เช่น การสร้างมาตรฐานของกรอบคุณวุฒิระดับอุดมศึกษาของสหภาพยุโรป (European Qualifications Framework - EQF) และการสร้างเครือข่ายประกันคุณภาพทางการศึกษาของสหภาพยุโรป (European Quality Assurance Networks - EQAN) เป็นต้น

แม้ว่า นโยบายดังกล่าวจะได้กล่าวถึงเครื่องมือในการกำหนดการประกันคุณภาพทางการศึกษา (Quality assurance infrastructure) ในหลายกรณี แต่อย่างไรก็ดี นโยบายจากรายงานดังกล่าวไม่ได้กำหนดเชิงรายละเอียดในเรื่องของการประกันคุณภาพการศึกษาที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายและความเท่าเทียมของนักศึกษาและบุคลากรทางการศึกษาอันเป็นการตรวจสอบเรื่องพื้นฐานของสิทธิและเสรีภาพของนักศึกษา บุคลากรทางการศึกษาและผู้มีส่วนได้เสียทางการศึกษาที่เกี่ยวข้อง เช่น การสร้างแนวทางในการประเมินผลกระทบที่เกี่ยวกับความเท่าเทียม (Equality Impact Assessment) เป็นต้น

2.5 นโยบายจากรายงานมติสภาวันที่ 23 พฤศจิกายน 2007 ว่าด้วยเรื่องการพัฒนามหาวิทยาลัยให้ทันสมัยเพื่อการแข่งขันของสหภาพยุโรปในเศรษฐกิจระดับโลก (Report on the Council Resolution of 23 November 2007 on

¹⁵ Commission of the European Communities, **Report on progress in quality assurance in higher education**, European Commission, Brussels, 2009, p. 2.

¹⁶ Ibid, p. 11.

Modernising Universities for Europe's competitiveness in a global knowledge economy)¹⁷ และนโยบายจากเอกสารประกอบรายงานจากมติคณะมนตรี 23 พฤศจิกายน 2007 ว่าด้วยเรื่องการพัฒนามหาวิทยาลัยให้ทันสมัยเพื่อการแข่งขันของสหภาพยุโรปในเศรษฐกิจระดับโลก (Accompanying document to the report on the Council Resolution of 23 November 2007 on Modernising Universities for Europe's competitiveness in a global knowledge economy)¹⁸

นโยบายสหภาพยุโรปจากรายงานและเอกสารประกอบการรายงานมติสภาวันที่ 23 พฤศจิกายน 2007 ว่าด้วยเรื่องการพัฒนามหาวิทยาลัยให้ทันสมัยเพื่อการแข่งขันของสหภาพยุโรปในเศรษฐกิจระดับโลก ได้วางแนวทางให้มหาวิทยาลัยในกลุ่มประเทศสหภาพยุโรปพัฒนาองค์กรให้มีความทันสมัยมากยิ่งขึ้น โดยเสริมสร้างโอกาสของความท้าทายในการพัฒนาและการจัดอุปสรรคในอนาคต เช่น การออกแบบหลักสูตรในมหาวิทยาลัยให้เข้ากับสภาพเศรษฐกิจและสังคมยุคใหม่¹⁹ เป็นต้น

แต่อย่างไรก็ดี แม้นโยบายของสหภาพยุโรปจะแสวงหาแนวทางในการพัฒนาวิทยาลัยให้ทันสมัยและจัดอุปสรรคที่อาจเกิดขึ้นในการพัฒนาวิทยาลัยเพื่อการปฏิรูปธรรมาภิบาลทางการศึกษา แต่อย่างไรก็ดี นโยบายดังกล่าวไม่ได้กำหนดหรือระบุในเรื่องของความทันสมัยกับความสอดคล้องกับประเด็นด้านสิทธิมนุษยชนของผู้มีส่วนได้เสียของมหาวิทยาลัยบนพื้นฐานของความเท่าเทียมและ

¹⁷ Council of the European Union, Report on the Council Resolution of 23 November 2007 on Modernising Universities for Europe's competitiveness in a global knowledge economy, Council of the European Union, Brussels, 2008, p. 2.

¹⁸ Council of the European Union, Accompanying document to the report on the Council Resolution of 23 November 2007 on Modernising Universities for Europe's competitiveness in a global knowledge economy, Council of the European Union, Brussels, 2008, p. 2.

¹⁹ Ibid, p. 6.

การปราศจากการเลือกปฏิบัติ ซึ่งแม้ว่าความทันสมัยอาจจะไม่ได้เกี่ยวข้องกับ ความเท่าเทียมโดยตรง แต่ในบางกรณีความทันสมัยอาจช่วยให้เกิดความเท่าเทียมใน สังคมได้ เช่น การพัฒนาทางลาดชันโดยอาศัยกลไกอัตโนมัติสำหรับติดตั้งไว้เพื่อ นักศึกษาพิการในมหาวิทยาลัย เป็นต้น

2.6 นโยบายว่าด้วยการพัฒนามหาวิทยาลัยให้ทันสมัยเพื่อการแข่งขัน ของสหภาพยุโรปในเศรษฐกิจระดับโลก (Modernising universities for Europe's competitiveness in a global knowledge economy)²⁰

นโยบายของสหภาพยุโรปฉบับนี้ได้ถูกกำหนดขึ้นเพื่อส่งเสริมและ สนับสนุนการสร้างความเป็นเลิศในระดับอุดมศึกษาทั้งในด้านการวิจัยและการพัฒนา เครือข่ายทางวิชาการเพื่อให้นักศึกษาและบุคลากรทางการศึกษาจากประเทศ กลุ่มสหภาพยุโรปสามารถแข่งขันและมีส่วนร่วมในระดับโลกได้ โดยสหภาพยุโรปต้อง ส่งเสริมคุณภาพการศึกษาโดยผ่านระบบการประกันคุณภาพการศึกษาเพื่อให้ การศึกษาระดับอุดมศึกษาในสหภาพยุโรปมีมาตรฐานระดับสูงและสามารถสร้าง นวัตกรรมใหม่ๆ รวมไปถึงการตอบสนองต่อตลาดแรงงานในอนาคตจากนักศึกษา ที่จบการศึกษาที่มีประสิทธิภาพในการก้าวสู่ตลาดแรงงาน

นอกจากนี้ สหภาพยุโรปต้องกำหนดมาตรการเพื่อเสริมสร้างความมั่นใจ ให้กับอาจารย์และนักศึกษาเพื่อให้เสริมการมีส่วนร่วมอย่างเท่าเทียมกันมากที่สุด (Most equitable participation) ในการเข้าถึงการศึกษาขั้นสูงและการวิจัยขั้นสูง เพื่อสร้างแรงจูงใจให้อาจารย์ บุคลากรทางการศึกษาและนักศึกษาระดับอุดมศึกษา ในการพัฒนาศักยภาพของตน ซึ่งการส่งเสริมดังกล่าวต้องไม่คำนึงถึงความพิการ (Disabilities) เพศ (Gender) รายได้ (Income) สถานะทางสังคม (Social) และภูมิหลังทางภาษา (Linguistic background)

ดังนั้น นโยบายว่าด้วยการพัฒนามหาวิทยาลัยให้ทันสมัยเพื่อการแข่งขัน

²⁰ Council of the European Union, *Modernising universities for Europe's competitiveness in a global knowledge economy*, Council of the European Union, 2007, Brussels, p. 2.

ของสหภาพยุโรปในเศรษฐกิจระดับโลกจึงได้ถูกกำหนดขึ้นเพื่อโดยมุ่งเน้น การพัฒนาศักยภาพคณาจารย์ในการเป็นนักวิจัยและนักศึกษาในฐานะที่เป็นผู้เรียนรู้ ซึ่งมหาวิทยาลัยในสหภาพยุโรปต้องปฏิบัติต่อนักศึกษาโดยไม่อาจคำนึงถึงหรือเลือก ปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมโดยอาศัยความแตกต่างของลักษณะต่างๆ ของบุคคลตามที่ นโยบายฉบับนี้ได้ระบุไว้ อันเป็นการสร้างให้มหาวิทยาลัยในสหภาพยุโรปมีความ ทันสมัยยิ่งขึ้นเพื่อรองรับความร่วมมือและการสนับสนุนความเป็นเลิศทางวิชาการ ในอนาคต

2.7 นโยบายการมอบวาระในการทำให้สถาบันอุดมศึกษาในสหภาพยุโรป มีความทันสมัยยิ่งขึ้นสำหรับมหาวิทยาลัย การศึกษา การวิจัยและการสร้าง นวัตกรรม (Delivering on the modernisation agenda for universities: education, research and innovation)²¹

นโยบายฉบับนี้ส่งเสริมให้มหาวิทยาลัยในกลุ่มสหภาพยุโรปกำหนด อนาคตของตนเองในอนาคตสำหรับมุ่งไปสู่ความสำเร็จทางเศรษฐกิจและสามารถ บ่อนักศึกษาเข้าไปสู่ตลาดแรงงานได้ ทั้งนี้ ประเทศสมาชิกจำเป็นต้องปฏิรูป การศึกษาระดับอุดมศึกษาและบูรณาการการศึกษาให้สอดคล้องกับนโยบายของสหภาพ ยุโรปและเพื่อส่งเสริมให้มหาวิทยาลัยได้บริหารจัดการตนเองอย่างเป็นอิสระ (Autonomy) และโปร่งใส (Accountability) ในอนาคต โดยมหาวิทยาลัยต้องจัดทำ ยุทธศาสตร์และปฏิรูประบบเงินทุนเพื่อเสริมสร้างการพัฒนาในการแข่งขันทาง การศึกษาในอนาคต

ฉะนั้น มหาวิทยาลัยในสหภาพยุโรปและประเทศสมาชิกต้องกำจัด อุปสรรคที่อาจจะเกิดขึ้น (Break down the barriers) เพื่อช่วยในการขับเคลื่อน มหาวิทยาลัยและระบบการศึกษาระดับอุดมศึกษาในสหภาพยุโรปให้ก้าวไกล มากยิ่งขึ้น เช่น การสนับสนุนให้เกิดโครงการความร่วมมือทางวิชาการระหว่างประเทศ

²¹ Council of the European Union, *Delivering on the modernisation agenda for universities: education, research and innovation*, Council of the European Union, 2006, Brussels, p. 2.

และการแลกเปลี่ยนนักวิจัยระหว่างประเทศ เป็นต้น

แม้ว่านโยบายฉบับนี้จะระบุในการการสร้างมหาวิทยาลัยให้มีความทันสมัย และสามารถป้อนแรงงานเข้าสู่ตลาดแรงงานได้ แต่อย่างไรก็ดี นโยบายดังกล่าวไม่ได้ระบุเรื่องความเท่าเทียมหรือการปฏิบัติโดยไม่คำนึงถึงความหลากหลายเฉพาะบุคคลแต่อย่างใด ซึ่งต่างกับนโยบายว่าด้วยการพัฒนามหาวิทยาลัยให้ทันสมัยเพื่อการแข่งขันของสหภาพยุโรปในเศรษฐกิจระดับโลกที่ระบุไว้อย่างชัดเจนในเรื่องการต่อต้านการเลือกปฏิบัติหรือไม่อ้าค้ำความหลากหลายของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลมาเป็นส่วนหนึ่งของการเลือกปฏิบัติ

2.8 นโยบายการขยายความร่วมมือของสหภาพยุโรปในการประกันคุณภาพการศึกษาระดับอุดมศึกษา (Further European cooperation in quality assurance in higher education)²²

สหภาพยุโรปมีนโยบายในการขยายความร่วมมือในการประกันคุณภาพการศึกษาสำหรับการศึกษาระดับอุดมศึกษา ก็เพื่อแสวงหาแนวทางในการกำหนดมาตรฐานการศึกษาของมหาวิทยาลัยในสหภาพยุโรปให้มีมาตรฐานในระดับเดียวกัน โดยประเทศสมาชิกควรกำหนดระบบประกันคุณภาพการศึกษาระดับอุดมศึกษาภายในประเทศ (Internal quality assurance systems) ตามที่สหภาพยุโรปได้กำหนดมาตรฐานและแนวทางเอาไว้ นอกจากนี้ รัฐสมาชิกควรจัดตั้งองค์กรรัฐที่มีหน้าที่โดยตรงในการประกันคุณภาพการศึกษาในสถาบันอุดมศึกษาภายในประเทศ (Domestic Quality Assurance Agencies) โดยมีวัตถุประสงค์ในการสร้างมาตรฐานมหาวิทยาลัยจากระบบประกันคุณภาพการศึกษาภายในประเทศ ให้มีมาตรฐานระดับเดียวกันและองค์กรของรัฐในแต่ละประเทศควรประสานความร่วมมือกันเพื่อสร้างมาตรฐานร่วมกันให้มีมาตรฐานในระดับยุโรปในอนาคต (List of European Register of Quality Assurance Agencies)

²² Recommendation of the European Parliament and of the Council of 15 February 2006 on further European cooperation in quality assurance in higher education (2006/143/EC)

ประเทศรัฐสมาชิกควรส่งเสริมให้หน่วยงานประกันคุณภาพหรือรับรองมาตรฐานทางการศึกษาทำงานหรือประเมินการศึกษาอย่างเป็นอิสระโดยปราศจากการแทรกแซงของรัฐหรือฝ่ายการเมืองเพื่อเป็นกำหนดมาตรฐานการศึกษาระดับอุดมศึกษาให้ทราบถึงมาตรฐานที่แท้จริงในการปรับปรุงมาตรฐานที่ดีที่พึงจะเป็นในอนาคตในแต่ละประเทศ ซึ่งการประเมินดังกล่าวต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานในการสนับสนุนความหลากหลาย (Diversity) และนวัตกรรม (Innovation) ที่สถาบันการศึกษาในประเทศต่างๆ พึงกระทำ

แม้ว่านโยบายฉบับนี้ได้กำหนดในเรื่องความหลากหลายเอาไว้แต่อย่างไรก็ดี ความหลากหลายดังกล่าวมิใช่ความหลากหลายในลักษณะบุคคลที่ต้องได้รับการส่งเสริมให้เท่าเทียม เช่น อายุ เพศ ความเชื่อและความพิการ เป็นต้น แต่ความหลากหลายในกรณีนี้ หมายถึง ความหลากหลายวิธีการและกระบวนการภายในของแต่ละชาติในการประเมินมาตรฐานการศึกษาระดับอุดมศึกษาที่มีความแตกต่างกัน

2.9 นโยบายความร่วมมือสหภาพยุโรปจากเบอร์เจินถึงลอนดอน (From Bergen to London - The EU Contribution)²³

นโยบายฉบับนี้ได้กำหนดแนวทางในสร้างมาตรฐานกรอบคุณวุฒิระดับอุดมศึกษาของสหภาพยุโรป (European Qualifications Framework) และการประกันคุณภาพทางการศึกษาของสหภาพยุโรป (European Quality Assurance) โดยการกระทำหรือการปฏิบัติกิจกรรมทั้งการสร้างกรอบคุณวุฒิและการประกันคุณภาพดังกล่าวต้องไม่ขัดหรือแย้งกับสนธิสัญญาลิสบอน (Lisbon Treaty) ทั้งนี้ กิจกรรมต่างๆ ของประเทศสมาชิกควรส่งเสริมให้การศึกษาระดับอุดมศึกษามีความทันสมัยมากยิ่งขึ้น (Modernization) และมีความยืดหยุ่น (Flexibility) ต่อการบริหารจัดการการศึกษาระดับอุดมศึกษาให้ดียิ่งขึ้น นอกจากนี้ นโยบายดังกล่าวยัง

²³ European Commission, From Bergen to London - The contribution of the European Commission to the Bologna Process, European Commission, Brussels, 2007, p. 2.

กำหนดแนวทางในการพัฒนาการศึกษาในระดับอุดมศึกษาด้านอื่นๆ อีก เช่น การกำหนดระยะเวลาในการศึกษาในสถาบันอุดมศึกษา (Period of study) ความร่วมมือด้านการวิจัย (research) และความร่วมมือกับภูมิภาคอื่นของโลก (Cooperation with other parts of the world) เป็นต้น

แม้นโยบายดังกล่าวได้กำหนดคำว่าความหลากหลายไว้ในนโยบายดังกล่าว แต่อย่างไรก็ดี ความหลากหลายดังกล่าวเป็นความหลากหลายจากการกำหนดการจัดลำดับมหาวิทยาลัยในสหภาพยุโรปที่ได้รับการประเมินมาตรฐาน (European Ranking System) โดยอาศัยเกณฑ์ที่หลากหลาย เช่น ภาษาที่ใช้ในการเรียนการสอน วิชาที่เรียน ข้อมูลมหาวิทยาลัย การบริการ การวิจัยและคุณภาพการสอน เป็นต้น แต่อย่างไรก็ดี นโยบายสหภาพยุโรปฉบับนี้ไม่ได้กล่าวถึงความหลากหลายในฐานะที่เกี่ยวข้องกับความหลากหลายของบุคคลที่จะส่งเสริมในเรื่องสิทธิและเสรีภาพของนักศึกษาและบุคลากรในสถาบันการศึกษาแต่อย่างใด ซึ่งในอนาคตอาจนำมาตราฐานในการปกป้องและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของนักศึกษาบรรจุเข้าไปในนโยบายของสหภาพยุโรปหรือจัดทำนโยบายเฉพาะในการปกป้องสิทธิและเสรีภาพของนักศึกษาและคณาจารย์มหาวิทยาลัยโดยตรงมาเป็นเกณฑ์หนึ่งในการจัดลำดับมหาวิทยาลัยด้วย

2.10 นโยบายการระดมพลังสมองของสหภาพยุโรปเพื่อให้สถาบันอุดมศึกษาในสหภาพยุโรปสร้างความร่วมมือภายใต้ยุทธศาสตร์ลิสบอน (Mobilising the brainpower of Europe: enabling higher education to make its full contribution to the Lisbon Strategy)²⁴

²⁴ Commission of the European Communities, **Communication from the Commission Mobilising the brainpower of Europe: enabling universities to make their full contribution to the Lisbon Strategy**, European Commission, Brussels, 2007, p.2. และ Resolution of the Council and of the Representatives of the Governments of the Member States, meeting within the Council, on mobilising the brainpower of Europe: enabling higher education to make its full contribution to the Lisbon Strategy (2005/C 292/01)

นโยบายการระดมพลังสมองของสหภาพยุโรปเพื่อให้สถาบันอุดมศึกษาในสหภาพยุโรปสร้างความร่วมมือภายใต้ยุทธศาสตร์ลิสบอนที่มุ่งเน้นนโยบายการสร้างความรู้ นวัตกรรมและการเพิ่มประสิทธิภาพทุนมนุษย์ ซึ่งมหาวิทยาลัยในสหภาพยุโรปควรส่งเสริมความหลากหลายในระบบการศึกษาและสถาบันการศึกษาและพัฒนาศูนย์กลางแห่งความเป็นเลิศซึ่งประกอบด้วยกระบวนการในการปฏิรูปผ่านความร่วมมือกับสถาบันและองค์กรอื่นๆ

นอกจากนี้ ภายใต้ต้นนโยบายนี้ประเทศสมาชิกต้องความน่าสนใจให้กับ การศึกษาระดับอุดมศึกษาสำหรับนักศึกษาผ่านสิ่งอำนวยความสะดวกทางการศึกษา ที่มีคุณภาพสูง การให้ข้อมูลข่าวสารที่ดี ความหลากหลายที่เป็นเยี่ยมในการเรียนและการสอน โดยเฉพาะการเรียนการสอนและการบริการจากมหาวิทยาลัยผ่านเทคโนโลยีสารสนเทศที่มีคุณภาพสูงและนักศึกษาแต่ละคนสามารถเข้าถึงเทคโนโลยีเหล่านี้ได้โดยง่าย เพื่อส่งเสริมให้นักศึกษาประสบความสำเร็จในการเรียนและบูรณาการในการเรียนรู้ให้เข้ากับตลาดแรงงานและการใช้ชีวิตในสังคมในอนาคต

แต่อย่างไรก็ดี นโยบายดังกล่าวไม่ได้กล่าวถึงความหลากหลายและความเท่าเทียมกันของนักศึกษาในกรณีที่นักศึกษามีความแตกต่างกันทาง ความหลากหลายในลักษณะส่วนบุคคล แต่นโยบายฉบับนี้มุ่งเน้นเพียงแต่ความหลากหลายของการทำมหาวิทยาลัยให้มีความทันสมัยโดยอาศัยหลักสูตรและเทคโนโลยีสารสนเทศมาเป็นส่วนช่วย ซึ่งนโยบายฉบับนี้อาจเป็นผลดีต่อนักศึกษาทุกคนไม่ว่า จะมีความหลากหลายหรือความแตกต่างประการใดก็อาจได้รับการสนับสนุนจาก มหาวิทยาลัยในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของมหาวิทยาลัยรวมถึงเทคโนโลยีสารสนเทศที่ช่วยในการเรียนการสอนของมหาวิทยาลัยด้วย

2.11 นโยบายเกี่ยวกับบทบาทของมหาวิทยาลัยในการส่งเสริมความรู้ของยุโรป (The role of the universities in the Europe of knowledge)²⁵

²⁵ Commission of the European Communities, **The role of the universities in the Europe of knowledge**, European Commission, Brussels, 2003, p. 14.

นโยบายฉบับนี้ต้องการให้สถาบันอุดมศึกษาในสหภาพยุโรปสร้างแนวทางการปฏิบัติที่ดีที่สุด (best practices) รวมไปถึงองค์กรต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการเสริมสร้างระบบอุดมศึกษาให้มีความแข็งแกร่งมากยิ่งขึ้น ทั้งนี้ นโยบายฉบับนี้ได้ระบุว่าสถาบันอุดมศึกษาในสหภาพยุโรปควรอาศัยหลักการขั้นพื้นฐานในการกำหนดสิทธิและความเท่าเทียมของนักศึกษาภายใต้หลักการพื้นฐานของประชาธิปไตย (An essential element of democracy to guarantee equality for all citizens) ซึ่งหลักการดังกล่าวถือเป็นการเสริมสร้างสิทธิและเสรีภาพของนักศึกษาที่มีความแตกต่างกันให้สามารถได้รับการปฏิบัติและบริการจากมหาวิทยาลัยอย่างเท่าเทียมกันโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติภายใต้แนวคิดที่ว่า “การศึกษาสำหรับทุกคน” (Education for everybody) ทั้งนี้ นโยบายฉบับนี้ถือเป็นนโยบายที่มีถ้อยความที่ส่งเสริมและสนับสนุนความเท่าเทียมสำหรับนักศึกษามากที่สุด

2.12 นโยบายความร่วมมือในการเสริมสร้างความเข้มแข็งกับประเทศที่สามในเรื่องการศึกษาระดับอุดมศึกษา (Strengthening cooperation with third countries in the field of higher education)²⁶

นโยบายความร่วมมือในการเสริมสร้างความเข้มแข็งกับประเทศที่สามในเรื่องการศึกษาระดับอุดมศึกษาเป็นนโยบายที่ต้องการส่งเสริมความร่วมมือระหว่างมหาวิทยาลัยของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปกับประเทศที่สามที่อยู่นอกสหภาพยุโรป โดยมีวัตถุประสงค์ที่สำคัญสองประการ ได้แก่ ประการแรก นโยบายดังกล่าวส่งเสริมการพัฒนาทรัพยากรมนุษย์ให้มีคุณภาพสูงในประเทศที่เป็นคู่พัฒนาและประเทศที่อยู่ในสหภาพยุโรปผ่านการพัฒนาทรัพยากรมนุษย์ซึ่งกันและกัน ประการที่สอง นโยบายดังกล่าวสนับสนุนให้มีสหภาพยุโรปเป็นศูนย์กลางในการศึกษาที่เป็นเลิศและเป็นศูนย์กลางในการอบรมวิจัยทั้งในด้านวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี แต่อย่างไรก็ดี นโยบายดังกล่าวไม่ได้กำหนดในเรื่องของการเสริมสร้างความเท่าเทียมของมนุษย์หรือการจัดการความหลากหลายของทรัพยากรมนุษย์ที่

²⁶ Commission of the European Communities, **Strengthening cooperation with third countries in the field of higher education**, European Commission, Brussels, 2001, p. 4.

อยู่ในสถาบันการศึกษาระดับอุดมศึกษาแต่อย่างไร

แม้สหภาพยุโรปจะมีนโยบายที่กล่าวถึงในเรื่องของความเสมอภาคและความเท่าเทียมกันในระดับอุดมศึกษา เช่น นโยบายเกี่ยวกับบทบาทของมหาวิทยาลัยในการส่งเสริมความรู้ของยุโรปและนโยบายว่าด้วยการพัฒนามหาวิทยาลัยให้ทันสมัยเพื่อการแข่งขันของสหภาพยุโรปในเศรษฐกิจระดับโลก เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตามนโยบายทางการศึกษาระดับอุดมศึกษาของสหภาพยุโรปหรือประชาคมยุโรปเดิมหลายฉบับยังคงขาดมิติและรายละเอียดที่เกี่ยวข้องกับการสร้างความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันภายใต้นโยบายของสหภาพยุโรป อันทำให้สหภาพยุโรปขาดการบูรณาการหรือการพัฒนาความร่วมมือกันระหว่างประเทศสมาชิกในการเสริมสร้างความเท่าเทียมระหว่างมนุษย์ภายในระบบการศึกษาระดับอุดมศึกษา ดังนั้น สหภาพยุโรปจึงควรกำหนดนโยบายด้านการศึกษาระดับอุดมศึกษาที่เกี่ยวข้องกับการสร้างความเท่าเทียม (Equality) เพื่อก่อให้เกิดการปฏิบัติที่เป็นธรรม (Equal treatment) และปราศจากการเลือกปฏิบัติจากมหาวิทยาลัยอันเป็นต้นสังกัดในกรณีต่างๆ ในอนาคต ให้มีความชัดเจนและบรรยายกรอบแนวทางการปฏิบัติเชิงรายละเอียดมากยิ่งขึ้น

3. กฎหมายสหภาพยุโรปที่เกี่ยวข้องกับความเสมอภาคในมหาวิทยาลัย

จากที่ได้กล่าวมาในข้างต้น สหภาพยุโรป (European Union) ประกอบด้วยสถาบันอุดมศึกษาถึงสี่พันแห่งด้วยกัน โดยมีจำนวนนักศึกษาที่เข้ารับการศึกษามหาวิทยาลัยในสถาบันดังกล่าวเป็นจำนวนสิบเก้าล้านคนและมีบุคลากรที่ทำงานในสถาบันอุดมศึกษาประมาณกว่าหนึ่งล้านห้าแสนคน ดังนั้น สหภาพยุโรปจึงประกอบด้วยความหลากหลายของประชาชนประเทศสมาชิกที่เข้ารับการศึกษและบริการทางการศึกษาในสถาบันอุดมศึกษา นอกจากนี้ มหาวิทยาลัยต่างๆ ในสหภาพยุโรปยังจ้างบุคลากรประเภทต่างๆ เพื่อเข้ามาดำเนินกิจกรรมด้านการให้บริการทางการศึกษาเป็นจำนวนมาก ด้วยเหตุผลดังกล่าวเนื่องมาจากนโยบายสาธารณะด้านการศึกษาระดับอุดมศึกษาของสหภาพยุโรปแล้ว สหภาพยุโรปยังได้กำหนดมาตรการทางกฎหมายสหภาพยุโรปที่ประกอบด้วยข้อบังคับต่างๆ เพื่อเป็นแนวทางในการจัดทำกฎหมายภายในประเทศให้เป็นแนวทางเดียวกัน (Harmonisation) ภายในกลุ่มประเทศสมาชิก นอกจากนี้ เมื่อสมาชิกได้นำข้อบังคับสหภาพยุโรปที่

เกี่ยวข้องกับความเสมอภาคในมหาวิทยาลัยไปอนุวัติการ (implementation) ทำให้ประเทศสมาชิกแต่ละประเทศมีมาตรการทางกฎหมายที่สอดคล้องและเป็นไปในแนวทางเดียวกันภายใต้แนวคิดและปรัชญาของข้อบังคับและกฎหมายสหภาพยุโรปที่เกี่ยวข้องกับความเสมอภาคในมหาวิทยาลัย

ฉะนั้น สหภาพยุโรปจึงได้ตราข้อบังคับของสหภาพยุโรปที่เกี่ยวข้องกับการคุ้มครองความหลากหลายของลักษณะบุคคลเพื่อก่อให้เกิดความเท่าเทียมหรือความเสมอภาคโดยมีการผานแนวคิดในการจัดการเลือกปฏิบัติ (Anti-discrimination) และบรรจุแนวคิดดังกล่าวในข้อบังคับของสหภาพยุโรป เพื่อให้ประเทศสมาชิกได้นำข้อบังคับดังกล่าวไปอนุวัติการเป็นกฎหมายภายในประเทศ ซึ่งจะเป็นหลักประกันสำหรับประชากรประเทศในกลุ่มสมาชิกสหภาพยุโรปประการหนึ่งว่าจะได้รับการปฏิบัติที่ดีจากรัฐในเรื่องของความเสมอภาคภายในมหาวิทยาลัย อันเป็นส่วนหนึ่งของการสร้างธรรมาภิบาลในสถาบันการศึกษาระดับอุดมศึกษา

สำหรับข้อบังคับของสหภาพยุโรปที่เกี่ยวข้องกับความเสมอภาคในมหาวิทยาลัยอันเป็นสถาบันอุดมศึกษานั้น อาจจำแนกได้เป็นข้อบังคับสองประเภทที่สำคัญด้วยกัน ได้แก่ ประเภทแรก ข้อบังคับที่เกี่ยวข้องกับความเสมอภาคอันเป็นหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในประเทศสหภาพยุโรปโดยทั่วไป ประเภทที่สอง ข้อบังคับที่เกี่ยวข้องกับความเสมอภาคในด้านแรงงานหรือความเท่าเทียมภายใต้แรงงานสัมพันธ์ที่มหาวิทยาลัยในฐานะที่เป็นนายจ้างหรือหน่วยงานต้นสังกัด ต้องปฏิบัติอย่างเท่าเทียมต่อลูกจ้างประเภทต่างๆ เช่น พนักงานมหาวิทยาลัยสายวิชาการและพนักงานมหาวิทยาลัยสายสนับสนุนประเภทต่างๆ เป็นต้น

3.1 ข้อบังคับสหภาพยุโรปว่าด้วยการอนุวัติการหลักปฏิบัติอย่างเท่าเทียมระหว่างบุคคลโดยไม่คำนึงถึงสีผิวและชาติพันธุ์ (Council Directive 2000/43/EC implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin)²⁷

²⁷ Eur-Lex, Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the

ข้อบังคับสหภาพยุโรปว่าด้วยการอนุวัติการหลักปฏิบัติอย่างเท่าเทียมระหว่างบุคคลโดยไม่คำนึงถึงสีผิวและชาติพันธุ์เป็นข้อบังคับของสหภาพยุโรปที่ส่งเสริมสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนในประเทศสมาชิกในการจัดการที่ดก้นหรือเลือกปฏิบัติโดยอาศัยความแตกต่างทางชาติพันธุ์และสีผิว ทั้งนี้ ข้อบังคับดังกล่าวยังส่งเสริมหลักการสำคัญ ได้แก่ สิทธิของบุคคลที่จะถูกปฏิบัติอย่างเสมอภาคต่อหน้ากฎหมาย (Right to equality before the law) และคุ้มครองบุคคลจากการเลือกปฏิบัติทั้งทางตรงและทางอ้อมที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Protection against discrimination) นอกจากนี้ข้อบังคับดังกล่าวได้กล่าวถึงหลักการขั้นพื้นฐานในการคุ้มครองบุคคลไม่ให้ถูกเลือกปฏิบัติแล้ว ข้อบังคับดังกล่าวยังสนับสนุนให้จัดการเลือกปฏิบัติในการจ้างแรงงาน (Employment) และการศึกษา (Education) อีกด้วย ทั้งนี้จะเห็นได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติครอบคลุมไปถึงการคุ้มครองบุคคลจากการเลือกปฏิบัติในสถาบันการศึกษาระดับอันเป็นส่วนหนึ่งของการบริการด้านการศึกษาและมีการจ้างแรงงานภายในสถาบันดังกล่าวด้วย

3.2 ข้อบังคับสหภาพยุโรปว่าด้วยการบัญญัติกฎหมายเพื่อการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมในด้านการจ้างแรงงานและการทำงาน (Council Directive 2000/78/EC establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation)²⁸

ข้อบังคับสหภาพยุโรปว่าด้วยการบัญญัติกฎหมายเพื่อการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมในด้านการจ้างแรงงานและการทำงานได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องของการต่อต้าน

principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, available online at http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=EN&numdoc=32000L0043&model=guichett

²⁸ Eur-Lex, Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, available online at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0078:en:HTML>

การเลือกปฏิบัติที่อาศัยหลักการพื้นฐานทางด้านเสรีภาพ (Liberty) ประชาธิปไตย (Democracy) การเคารพสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (Respect for human rights and fundamental freedoms) และหลักนิติธรรม (Rule of law) มาบัญญัติเป็นข้อบังคับเพื่อให้ประเทศสมาชิกอนุวัติการข้อบังคับดังกล่าวให้กลายเป็นกฎหมายภายในประเทศในการต่อต้านการเลือกปฏิบัติในกรณีต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงานและตลาดแรงงาน ดังนั้น การจ้างแรงงานและการประกอบอาชีพต่างๆ จึงต้องถูกปฏิบัติโดยอาศัยพื้นฐานของความเท่าเทียมเพื่อให้ทุกคนสามารถอยู่ร่วมกันโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติในสังคมแรงงานในสหภาพยุโรปและขจัด การอาศัยเหตุแห่งเพียงความแตกต่างด้าน อายุ เพศ ความพิการ ความเชื่อ สีดผิว และชาติพันธุ์มาเป็นเกณฑ์ในการตัดสินบุคคลที่อยู่ในสังคมแรงงาน

นอกจากข้อบังคับดังกล่าวยังได้สร้างหลักการทั่วไปในการคุ้มครองแรงงานและการทำงานแล้ว ข้อบังคับดังกล่าวยังได้กำหนดกลไกอื่นๆ ในการเยียวยาแรงงานที่ได้รับผลกระทบจากการเลือกปฏิบัติ (Effective remedies in the event of discrimination) อันเป็นทางเลือกในการสร้างความเสมอภาคและความสงบสุขในสังคมแรงงาน เช่น การเสริมมาตรการในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมทางแรงงาน (Justice procedure) และการเสริมมาตรการในการเข้าถึงกระบวนการประนีประนอมทางแรงงานในลักษณะต่างๆ (Conciliation procedures) เป็นต้น

ดังนั้น มหาวิทยาลัยต่างๆ ภายในรัฐสมาชิกที่อนุวัติการกฎหมายดังกล่าวไปบังคับใช้เป็นกฎหมายของตนอาจได้ประโยชน์จากการอนุวัติการข้อบังคับในกรณีการต่อต้านการเลือกปฏิบัติในกรณีต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับการจ้างแรงงานภายในมหาวิทยาลัย อันเป็นการส่งเสริมสิทธิและเสรีภาพของบุคลากรมหาวิทยาลัยในฐานะที่เป็นแรงงานในสังคมแรงงานให้มีโอกาสได้รับความคุ้มครองจากการเลือกปฏิบัติของหน่วยงานต้นสังกัดหรือผู้บังคับบัญชาโดยอาศัยเหตุแห่งเพียงความแตกต่างทางด้าน อายุ เพศ ความเชื่อ ชาติพันธุ์ สีดผิวและความพิการทางกาย มาเลือกปฏิบัติหรือตัดโอกาสทางความก้าวหน้าในหน้าที่การงาน

3.3 ข้อบังคับสหภาพยุโรปว่าด้วยการอนุวัติการหลักความเท่าเทียมระหว่างเพศในการเข้าถึงสินค้าและบริการ (Council Directive 2004/113/EC

implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services)²⁹

ข้อบังคับสหภาพยุโรปว่าด้วยการอนุวัติการหลักความเท่าเทียมระหว่างเพศในการเข้าถึงสินค้าและบริการเป็นข้อบังคับที่ว่าด้วยการห้ามการเลือกปฏิบัติระหว่างเพศชายและหญิงในการเข้าถึงสินค้าและบริการจากทั้งภาครัฐและเอกชน ซึ่งข้อบังคับดังกล่าวได้กำหนดให้ประชาชนในรัฐสมาชิกสามารถเข้าถึงสินค้าและบริการต่างๆ โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมจากผู้ใช้บริการ ซึ่งในกรณีนี้ถือได้ว่าเป็นการสร้างความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมทางเพศ นอกจากนี้ในเรื่องของแรงงาน (Equal treatment for men and women outside the labour market) ที่ได้กล่าวไว้ในข้างต้นแล้ว ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นเพศชายและเพศหญิงต้องได้รับการปฏิบัติหรือได้รับการคุ้มครองอย่างเท่าเทียมจากการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมจากการขายสินค้าหรือการบริการต่างๆ จากหน่วยงานของรัฐและเอกชน เช่น การเลือกปฏิบัติทางตรง การเลือกปฏิบัติทางอ้อม การล่วงละเมิดในกรณีทั่วไป และการล่วงละเมิดทางเพศ เป็นต้น

แม้ว่าข้อบังคับดังกล่าวจะไม่ได้กำหนดให้บังคับใช้โดยตรงด้านการศึกษา แต่อย่างไรก็ดี ข้อบังคับต่างๆ อาจส่งผลต่อมหาวิทยาลัยในฐานะที่ต้องปฏิบัติทางด้านการค้าขายและการให้บริการที่ไม่เกี่ยวข้องกับการศึกษาหรือการให้บริการอื่นๆ ที่สนับสนุนทางการศึกษา เช่น การให้บริการสถานออกกำลังกายโดยเปิดให้บุคคลภายนอกสามารถสมัครสมาชิกได้ไม่ว่าจะเป็นเพศชายหรือเพศหญิง เป็นต้น ดังนั้น มหาวิทยาลัยจำต้องคำนึงถึงบทบาทของตนในฐานะที่เป็นผู้ให้บริการหรือผู้ขายสินค้าที่นอกเหนือไปจากภารกิจหลักในด้านการให้บริการสาธารณะด้านการศึกษาเช่นเดียวกัน เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาการสร้างคามไม่เท่าเทียมระหว่างเพศชายและเพศหญิง

²⁹ Eur-Lex, Council Directive 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services, available online at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32004L0113:EN:HTML>

3.4 ข้อบังคับสหภาพยุโรปว่าด้วยการอนุวัติการหลักความเสมอภาคทางโอกาสและการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมระหว่างชายและหญิงในการจ้างแรงงานและอาชีพ (Council Directive 2006/54/EC on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation)³⁰

สหภาพยุโรปได้กำหนดข้อบังคับสหภาพยุโรปว่าด้วยการอนุวัติการหลักความเสมอภาคทางโอกาสและการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมระหว่างชายและหญิงในการจ้างแรงงานและอาชีพเพื่อสร้างแนวทางในการอนุวัติการหลักความเท่าเทียมระหว่างเพศชายและเพศหญิงในตลาดแรงงาน (Gender equality in the labour market) โดยห้ามเลือกปฏิบัติโดยอาศัยเงื่อนไขด้านเพศมากำหนดการจ้างงานและสภาพการจ้างงานที่ไม่เป็นธรรม เช่น การรับบุคคลเข้าทำงาน การเลิกจ้าง การฝึกอบรม และการเลื่อนขั้น เป็นต้น นอกจากนี้ นายจ้างไม่อาจเลือกปฏิบัติในการจ่ายค่าตอบแทนหรือเงินเดือนโดยอาศัยความแตกต่างทางเพศมาเป็นตัวกำหนดฐานเงินเดือนหรืออัตราเงินเดือนอีกด้วย

ดังนั้น มหาวิทยาลัยในสหภาพยุโรปในฐานะที่เป็นนายจ้างหรือหน่วยงานต้นสังกัดของบุคลากรทั้งสายวิชาการและสายสนับสนุน ควรตระหนักถึงหลักความเสมอภาคทางโอกาสและการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมระหว่างชายและหญิงในการจ้างแรงงานและอาชีพเพื่อเสริมสร้างบรรทัดฐานที่ดีในสังคมแรงงาน เช่น มหาวิทยาลัยไม่อาจอ้างเหตุจากการลาคลอดบุตรของพนักงานธุรการหญิงในการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อพนักงานผู้นั้นให้แตกต่างจากคนอื่น เป็นต้น

³⁰ Eur-Lex, Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast), available online at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2006:204:0023:01:EN:HTML>

4. มอนนโยบายและกฎหมายสหภาพยุโรปเพื่อก้าวสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

การก้าวจากสมาคมประชาชาติแห่งเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ (Association of South East Asian Nations หรือ ASEAN) ไปสู่การรวมตัวกันเป็นประชาคมอาเซียน (ASEAN Community) ในปี พ.ศ. 2558 ย่อมเปิดเสรีในทุกๆ ด้านมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นด้านการเมือง ความมั่นคง เศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม โดยผลที่ตามมาจากการเปิดเสรีอาเซียน ได้แก่ การเปิดเสรีภาพภายใต้กรอบความร่วมมือในทุกๆ ด้าน ก็ย่อมเพิ่มมากขึ้น ซึ่งการเปิดเสรีภาพในการโยกย้ายถิ่นฐาน (Freedom of movement) และการเปิดเสรีภาพในการศึกษา (Freedom of education) ให้กับประชาชนในกลุ่มประชาคมอาเซียน ก็เป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้มีการที่เสริมสร้างความร่วมมือทางวิชาการและเสริมสร้างการอยู่ร่วมกันภายใต้สังคมการศึกษาและการเรียนรู้ในภูมิภาคอาเซียนภายใต้การเปิดเสรีอาเซียน

ดังนั้น การเปิดเสรีภาพทางการศึกษาและเสรีภาพด้านอื่นๆ ภายใต้กรอบประชาคมอาเซียน ย่อมทำให้มีผู้เกี่ยวข้องกับการศึกษาเดินทางและไปมาหาสู่ระหว่างประเทศได้ ทั้งในระยะสั้นเพื่อทำวิจัยหรือศึกษาเรียนรู้ในโครงการแลกเปลี่ยนความร่วมมือทางวิชาการ และในระยะยาวเพื่อศึกษาหาความรู้ในหลักสูตรต่างๆ ภายใต้กรอบแนวคิดความร่วมมือของประชาคมอาเซียนที่มหาวิทยาลัยหรือสถาบันอุดมศึกษาแต่ละแห่งรับไปปฏิบัติ ซึ่งการเปิดเสรีภาพทางการศึกษาจากการก้าวไปสู่ประชาคมอาเซียนย่อมทำให้ประชาชนของประเทศในกลุ่มประชาคม มีเสรีภาพทางการศึกษามากยิ่งขึ้น เช่น การให้สิทธิในการขอหนังสือเดินทางระยะสั้นสำหรับคนชาติอาเซียนสำหรับการอำนวยความสะดวกการออกวีซ่าและการออกใบอนุญาตทำงานสำหรับแรงงานที่มีฝีมือและผู้เชี่ยวชาญสัญชาติอาเซียน เป็นต้น³¹

³¹ กระทรวงศึกษาธิการ, การศึกษา: การสร้างประชาคมอาเซียน 2558, available online at <http://www.lib.hcu.ac.th/asean/1TheRoleofED-building-ASEANcommunity2015.pdf>

การเปิดเสรีภาพทางการศึกษาจากการก้าวไปสู่ประชาคมอาเซียน ย่อมทำให้ประชาชนของประเทศในกลุ่มประชาคม มีเสรีภาพทางการศึกษามากยิ่งขึ้น ย่อมทำให้มีประชาชนทางการศึกษาจากหลายเชื้อชาติและหลายวัฒนธรรมในประชาคมอาเซียนเดินทางและไปมาหาสู่ระหว่างประเทศมากขึ้น จึงเป็นเหตุผลประการหนึ่งที่อาจทำให้เกิดความหลากหลาย (Diversity) ของประชาชนในประเทศกลุ่มประชาคมอาเซียน เช่น อายุ ความพิการ เพศ ศาสนาและความเชื่อ เป็นต้น

ทั้งนี้ นอกจากการศึกษาในประเทศกลุ่มประชาคมอาเซียนอาจเสริมสร้างความเข้มแข็งให้กับการเมือง ความมั่นคง เศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมแล้ว การศึกษาของประเทศในกลุ่มประเทศในประชาคมอาเซียน ภายหลังจากปี พ.ศ. 2558 ยังต้องส่งเสริมการศึกษาระดับพื้นฐานแห่งความหลากหลายของประชาชนในประเทศกลุ่มประชาคมอาเซียนด้วย เพื่อสอดคล้องกับการเปิดเสรีระหว่างประเทศในกลุ่มประชาคมอาเซียนด้านการศึกษาและด้านอื่นๆ ที่สนับสนุนการศึกษา

จากเหตุผลที่ได้กล่าวมาในข้างต้น ประชาคมอาเซียนในอนาคตจึงควรกำหนดนโยบายหรือกรอบความร่วมมือ ที่สอดคล้องกับการเปิดเสรีภาพทางการศึกษา และเสรีภาพในการโยกย้ายถิ่นฐาน เพื่อรองรับความหลากหลาย (Diversity) ที่แตกต่างกันของประชาชนในประเทศสมาชิกประชาคมอาเซียนด้านต่างๆ เช่น อายุ ความพิการ เพศ ศาสนาและความเชื่อ เป็นต้น อันอาจส่งผลต่อการพัฒนาความร่วมมือในการศึกษาและสามารถสร้างบุคลากรที่มีศักยภาพรองรับการแข่งขันระหว่างภูมิภาคที่ต้องอาศัยบุคลากรทางการศึกษาและผู้สำเร็จการศึกษาที่ชำนาญ และเชี่ยวชาญในสาขาที่ตนศึกษา โดยนโยบายหรือกรอบความร่วมมือที่ประชาคมอาเซียนด้านการศึกษาที่อาจถูกกำหนดขึ้นในอนาคต ควรมีการป้องกันและบรรเทาผลร้าย ที่อาจเกิดขึ้นมากจากความหลากหลายในสถาบันอุดมศึกษาที่อาจก่อให้เกิดปัญหาการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมหรือการเลือกปฏิบัติต่อนักศึกษาหรือบุคลากรมหาวิทยาลัยประเภทต่างๆ ด้วยเหตุจากลักษณะของความหลากหลายของแต่ละบุคคล เช่น อายุ เพศ สีผิว เชื้อชาติ ความพิการและรสนิยมทางเพศ เป็นต้น

5 บทสรุป

ดังนั้น นโยบายหรือกรอบความร่วมมือที่ประชาคมอาเซียนด้านการศึกษาที่อาจถูกกำหนดขึ้นในอนาคต ควรมีการกำหนดมาตรการการร่วมกันระหว่างประเทศสมาชิกประชาคมในการป้องกันและบรรเทาผลร้ายที่อาจเกิดขึ้นจากความหลากหลายของนักศึกษาและบุคลากรประเภทต่างๆ ในสถาบันอุดมศึกษา อันอาจนำมาซึ่งปัญหาการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมหรือการเลือกปฏิบัติต่อนักศึกษาหรือบุคลากรมหาวิทยาลัย ด้วยเหตุจากลักษณะของความหลากหลายของแต่ละบุคคล เช่น อายุ เพศ สีผิว เชื้อชาติ ความพิการและรสนิยมทางเพศ เป็นต้น

เป้าหมายที่สำคัญในการสร้างนโยบายหรือกรอบความร่วมมือของสหภาพยุโรปด้านการต่อต้านการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมหรือการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมต่อบุคลากรทางการศึกษาหรือนักศึกษาที่ประกอบด้วยความหลากหลายของแต่ละบุคคล ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น ย่อมเป็นแนวทางที่สำคัญประการหนึ่งที่ประชาคมอาเซียนสามารถดำเนินหรือรับเอาแนวความคิดตามกรอบแนวคิดหรือนโยบายต่างๆ ของสหภาพยุโรปได้ นอกจากนี้ ประชาคมอาเซียนอาจคำนึงถึงข้อบกพร่องหรือจุดด้อยของนโยบายและกฎหมายสหภาพยุโรปที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมความเท่าเทียมทางการศึกษามาริเรียนรู้และศึกษา เพื่อปรับปรุงนโยบายและกรอบแนวทางการปฏิบัติระหว่างประเทศสมาชิกให้ดีขึ้น

ซึ่งหากในอนาคต ชาตินสมาชิกประชาคมอาเซียนสามารถสร้างความเท่าเทียมกันในสังคมการศึกษาได้แล้ว ก็ย่อมจะส่งผลดีต่อความร่วมมือระดับประชาคมด้านอื่นๆ ด้วย เช่น การเมือง ความมั่นคง เศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม เป็นต้น เพราะเมื่อคนเรามีความเท่าเทียมกันมาจากรากฐานของสังคมการศึกษาที่เท่าเทียมแล้ว ก็ย่อมพร้อมเปิดใจยอมรับในความหลากหลายและความแตกต่างของผู้อื่น อันนำมาซึ่งประโยชน์ในการร่วมกันพัฒนาระหว่างประเทศสมาชิกของประชาคมอาเซียนและสร้างความสามัคคีในระดับประชาคมต่อไปในอนาคต

แนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญา ของนิติบุคคล*

ปกรณ์ นิลประพันธ์**

นับแต่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่ 12/2555 ว่ามาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ที่บัญญัติให้กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคล ซึ่งกระทำความผิดและต้องรับโทษตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นๆ ด้วย เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนในการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น เป็นอันขัดต่อมาตรา 39 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย วังวิชาการด้านนิติศาสตร์ก็ได้มีการอภิปรายถกเถียงในเรื่องบทสันนิษฐานความรับผิดทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคลอยู่มากเพราะศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยนี้โดยเสียงข้างมาก 5 ต่อ 4 อันแสดงให้เห็นว่าแนวความคิดในเรื่องนี้ของศาลรัฐธรรมนูญเองก็ยังไม่ตกผลึก

ผู้เขียนเห็นว่าการอภิปรายในเรื่องดังกล่าวเป็นสิ่งที่ดีและน่าจะเป็นประโยชน์ต่อการกำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลและผู้แทนนิติบุคคลในระบบกฎหมายไทยว่าเราสมควรถือว่านิติบุคคล

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net 2 กรกฎาคม 2555 07:23 น.

** กรรมการร่างกฎหมายประจำ (นักกฎหมายกฤษฎีกาทรงคุณวุฒิ), สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (มิถุนายน 2555)

กระทำความผิดอาญาได้หรือไม่ หากยอมรับว่านิติบุคคลกระทำความผิดอาญาได้ จะรับโทษอาญาอย่างไร เพราะนิติบุคคลเป็นบุคคลสมมุติที่กระทำการต่างๆ ผ่านผู้แทนของนิติบุคคล แต่หากไม่ยอมรับว่านิติบุคคลกระทำความผิดอาญาได้ เราจะมีกลไกในการจัดการกับเรื่องนี้อย่างไร

อย่างไรก็ดี สิ่งที่ผู้เขียนสนใจคือคำวินิจฉัยกลางของศาลรัฐธรรมนูญก็ดี ข้อวิพากษ์วิจารณ์เท่าที่ผู้เขียนได้ยินได้ฟังมาก็ดี กล่าวถึงการปรับปรุงวิธีการเขียนบทสันนิษฐาน

ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคลและผลที่เกิดขึ้นจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเสียเป็นส่วนมาก แทบจะไม่มีใครกล่าวถึงแนวความคิดทางวิชาการเกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคลอันเป็นเหตุแห่งปัญหาเลย ผู้เขียนจึงได้ศึกษาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคลในระบบกฎหมายของต่างประเทศและเรียบเรียงเป็นบทความนี้ขึ้น โดยบทความนี้จะไม่กล่าวถึงการกำหนดบทสันนิษฐานความรับผิดชอบทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคลในระบบกฎหมายของต่างประเทศ เนื่องจากเห็นว่าหลังจากศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่ 12/2555 ได้มีนักวิชาการให้ความเห็นในเรื่องนี้ไว้มากพอสมควรแล้ว จึงไม่จำเป็นต้องศึกษาซ้ำอีก

ผู้เขียนพบว่าหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคลเป็นผลมาจากการผสมผสานแนวคิดทางกฎหมาย 2 เรื่องเข้าด้วยกัน คือ ความเป็นนิติบุคคลเรื่องหนึ่ง กับความรับผิดชอบทางอาญาอีกเรื่องหนึ่ง โดยเรื่องความเป็นนิติบุคคลนั้นปรากฏในทางตำราว่าหลักกฎหมายเรื่องนิติบุคคลมิได้พัฒนามาจากหลักกฎหมายโรมัน โดยระบบกฎหมายโรมันมีแต่เรื่องบุคคลธรรมดา (*persona*) เท่านั้น¹ แต่หลักกฎหมายเรื่องความเป็นนิติบุคคลเกิดขึ้นจากระบบกฎหมาย

ที่นักนิติศาสตร์ไม่ค่อยให้ความสนใจมากนัก นั่นคือ “กฎหมายพระ” (Canon Law) ของคริสตจักร โดยเมื่อคริสตจักรมีอิทธิพลต่อระบบการเมือง

¹ Barry Nicholas, *An Introduction to Roman Law*, Oxford University Press, 1972, pp.60-61.

การปกครอง และกฎหมายในทวีปยุโรป กฎหมายพระได้กลายมาเป็นส่วนหนึ่ง กฎหมายของอาณาจักรด้วย ซึ่งประมวลกฎหมายของศาสนจักร (Code of Canon Law) บรรพ 1 ภาค 6 หมวด 2 ยอมรับว่านอกจากบุคคลธรรมดา (*personas physicas*) แล้ว ยังมี “นิติบุคคล” (*personae iuridicae*) ด้วย โดยนิติบุคคลนี้ เกิดขึ้นโดยการรวมเข้ากัน (*universitates*) ของบุคคลธรรมดาตั้งแต่สามคนขึ้นไป (*universitates personarum*) หรือการรวมเข้ากันของกองทัพสัน (*universitates rerum*) เพื่อดำเนินกิจการอันเป็นการจรรโลงพระศาสนา โดยนิติบุคคลจะดำเนินการในเรื่องใดเรื่องหนึ่งผ่านบุคคลธรรมดาหรือคณะบุคคล (*personae collegiums*) ซึ่งมีอำนาจบริหารจัดการ และนิติบุคคลนี้มีสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบเป็นของตนเองแยกออกได้จากสิทธิ หน้าที่ และความรับผิดชอบของบุคคลธรรมดาหรือกองทัพสันที่เข้ามารวมเข้ากันนั้น²

การเกิดขึ้นของแนวคิดที่ว่าด้วยนิติบุคคลดังกล่าวก่อให้เกิดปัญหาในทางกฎหมายตามมาว่า ในกรณีที่นิติบุคคลกระทำความผิดที่มีโทษอาญา นิติบุคคลนั้น ต้องรับผิดชอบทางอาญาหรือไม่ ซึ่งในกรณีนี้พระสันตะปาปาอินโนเซนต์ที่ 4³ ซึ่งทรงเป็นผู้เชี่ยวชาญกฎหมายพระเนื่องจากทรงเคยเป็นผู้สอนกฎหมายพระในมหาวิทยาลัยโบโลญญามาก่อน ได้มีพระวินิจฉัยในเรื่องนี้ว่าบุคคลธรรมดานั้นเป็น สิ่งมีชีวิตที่จับต้องได้และมีชีวิตจิตใจ (Willpower and soul) เป็นของตนเองจึง สามารถแสดงเจตนาร้าย (*mens rea*) ได้ บุคคลธรรมดาจึงกระทำความผิดอาญา (*actus reus*) ได้ และบุคคลธรรมดาเป็น “พสก” หรือผู้อยู่ใต้ปกครอง (subject) ที่แท้จริงของพระเจ้าและกษัตริย์ เมื่อบุคคลธรรมดากระทำความผิดอาญา พระเจ้า และกษัตริย์จึงมีพระราชอำนาจที่จะลงโทษอาญาแก่บุคคลธรรมดาได้ แต่สำหรับ นิติบุคคลนั้น ทรงมีพระวินิจฉัยว่าเป็นสิ่งที่จับต้องไม่ได้ ไม่มีชีวิตจิตใจ การดำเนินการ ต่างๆ ของนิติบุคคลต้องกระทำผ่านบุคคลธรรมดาหรือคณะบุคคลผู้มีอำนาจบริหารจัดการนิติบุคคลนั้น นิติบุคคลจึงไม่อาจมีเจตนาร้ายได้ และไม่สามารถกระทำ

² รายละเอียดโปรดดู http://www.vatican.va/archive/ENG1104/_PD.HTM (ข้อมูล ณ วันที่ 20 มิถุนายน 2555)

³ ค.ศ. 1195-1254

ความผิดอาญาได้ด้วยตนเอง (*societas delinquere non potest*) ดังนั้น การลงโทษอาญาแก่นิติบุคคลจึงไม่อาจกระทำได้

ในระยะแรก พระวินิจฉัยของพระสันตปาปาอินโนเซนต์ที่ 4 ถือเป็นที่ยึด แต่เมื่อสภาพสังคมเปลี่ยนแปลงไปและฝ่ายอาณาจักรได้นำแนวคิดเรื่องนิติบุคคลมาประยุกต์ใช้ในการประกอบธุรกิจแทนที่จะจัดตั้งขึ้นเพื่อจรรโลงพระศาสนา เพียงประการเดียว การดำเนินกิจการของนิติบุคคลจึงทวีความสำคัญมากขึ้น ปัญหาว่านิติบุคคลกระทำความผิดอาญาได้หรือไม่และรับโทษทางอาญาได้หรือไม่ จึงถูกหยิบยกขึ้นมาเป็นประเด็นถกเถียงทางวิชาการในหมู่นักนิติศาสตร์อีกครั้ง ซึ่งสามารถแยกออกได้เป็น 2 ฝ่าย คือ ฝ่ายที่เห็นว่านิติบุคคลไม่สามารถกระทำความผิดอาญาได้กับฝ่ายที่เห็นว่านิติบุคคลสามารถกระทำความผิดอาญาได้

ฝ่ายที่เห็นว่านิติบุคคลไม่สามารถกระทำความผิดอาญาได้

นักนิติศาสตร์เยอรมันนั้นยึดหลักว่านิติบุคคลกระทำความผิดอาญาไม่ได้ ตามพระวินิจฉัยของพระสันตปาปาอินโนเซนต์ที่ 4 อย่างเหนียวแน่น โดยนักนิติศาสตร์เยอรมันถือว่าความรับผิดอาญาต้องประกอบด้วยการกระทำความผิด (*actus reus*) และเจตนาร้าย (*mens rea*) เมื่อนิติบุคคลเป็นบุคคลที่กฎหมายสมมุติขึ้น ไม่มีตัวตน จึงไม่อาจกระทำความผิดอาญาได้ด้วยตนเอง และที่สำคัญนิติบุคคลไม่มีชีวิตจิตใจ ไม่อาจมีเจตนาร้ายได้ จึงไม่ครบองค์ประกอบของการกระทำความผิดอาญา อีกทั้งลักษณะทางกายภาพของนิติบุคคลก็ไม่เหมาะสมกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษอาญา นักนิติศาสตร์เยอรมันจึงถือว่านิติบุคคลไม่สามารถกระทำความผิดอาญาได้ และไม่สามารถรับโทษอาญาได้

เมื่อยึดหลักเช่นนี้เสียแล้ว จึงมีคำถามเกิดขึ้นตามมาว่า หากนิติบุคคลได้กระทำการที่มีขอบด้วยกฎหมาย รัฐจะจัดการกับนิติบุคคลนั้นอย่างไร นักนิติศาสตร์เยอรมันเห็นว่า แม้การลงโทษทางอาญาแก่นิติบุคคลจะกระทำมิได้ แต่โดยที่นิติบุคคลเป็นบุคคลสมมุติและกระทำการต่างๆ ผ่านผู้แทนนิติบุคคล บุคคลเหล่านี้ต่างหากที่ต้องถูกลงโทษอาญา จึงมีการตรากฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดที่มีขอบด้วยกฎหมายและต้องถูกดำเนิน *Ordnungswidrigkeitsgesetz (OWiG)* ขึ้น

โดยมาตรา 30⁴ แห่งกฎหมายดังกล่าวบัญญัติว่า ในกรณีผู้กระทำความผิดอาญา

⁴ § 30 Geldbuße gegen juristische Personen und Personenvereinigungen

(1) Hat jemand

1. als vertretungsberechtigtes Organ einer juristischen Person oder als Mitglied eines solchen Organs,
2. als Vorstand eines nicht rechtsfähigen Vereins oder als Mitglied eines solchen Vorstandes,
3. als vertretungsberechtigter Gesellschafter einer rechtsfähigen Personengesellschaft,
4. als Generalbevollmächtigter oder in leitender Stellung als Prokurist oder Handlungsbevollmächtigter einer juristischen Person oder einer in Nummer 2 oder 3 genannten Personenvereinigung oder
5. als sonstige Person, die für die Leitung des Betriebs oder Unternehmens einer juristischen Person oder einer in Nummer 2 oder 3 genannten Personenvereinigung verantwortlich handelt, wozu auch die Überwachung der Geschäftsführung oder die sonstige Ausübung von Kontrollbefugnissen in leitender Stellung gehört,

eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen, durch die Pflichten, welche die juristische Person oder die Personenvereinigung treffen, verletzt worden sind oder die juristische Person oder die Personenvereinigung bereichert worden ist oder werden sollte, so kann gegen diese eine Geldbuße festgesetzt werden.

(2) Die Geldbuße beträgt

1. im Falle einer vorsätzlichen Straftat bis zu einer Million Euro,
2. im Falle einer fahrlässigen Straftat bis zu fünfhunderttausend Euro.

Im Falle einer Ordnungswidrigkeit bestimmt sich das Höchstmaß der Geldbuße nach dem für die Ordnungswidrigkeit angedrohten Höchstmaß der Geldbuße. Satz 2 gilt auch im Falle einer Tat, die gleichzeitig Straftat und Ordnungswidrigkeit ist, wenn das für die Ordnungswidrigkeit angedrohte Höchstmaß der Geldbuße das Höchstmaß nach Satz 1 übersteigt.

เป็นผู้รับมอบอำนาจให้กระทำการแทนนิติบุคคล พนักงานของนิติบุคคล ประธานกรรมการหรือกรรมการของนิติบุคคล หัวหน้าส่วนผู้จัดการของห้างหุ้นส่วน หรือผู้มีหน้าที่รับผิดชอบในการบริหารจัดการนิติบุคคลนั้น และที่สำคัญการกระทำของบุคคลดังกล่าวทำให้นิติบุคคลนั้นได้รับหรืออาจได้รับประโยชน์จากการกระทำ ความผิด บุคคลนั้นต้องระวางโทษปรับอาญาไม่น้อยกว่าหนึ่งล้านยูโรในกรณีที่มีเจตนากระทำความผิด หรือห้าแสนยูโรในกรณีที่การกระทำความผิดอาญานั้นเกิดขึ้นจากความประมาทเลินเล่อของบุคคลดังกล่าว ส่วนตัวนิติบุคคลนั้นระบบเยอรมันใช้การลงโทษทางปกครองแทน เช่น ห้ามกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ถูกพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาต เป็นต้น

นักนิติศาสตร์สายละตินไม่ว่าจะเป็นอิตาลี โปรตุเกส กรีซ และสเปน ต่างยึดหลัก *societas delinquere non potest* อย่างเคร่งครัดเช่นเดียวกับนักนิติศาสตร์เยอรมัน โดยกรณีอิตาลีนั้นถ้าผู้แทนนิติบุคคลกระทำความผิด นิติบุคคลต้องรับโทษทางปกครอง เช่น ห้ามกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง ถูกพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาต ห้ามทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐ ถูกเพิกถอนหรือไม่ได้รับ

(3) § 17 Abs. 4 und § 18 gelten entsprechend.

(4) Wird wegen der Straftat oder Ordnungswidrigkeit ein Straf- oder Bußgeldverfahren nicht eingeleitet oder wird es eingestellt oder wird von Strafe abgesehen, so kann die Geldbuße selbständig festgesetzt werden. Durch Gesetz kann bestimmt werden, daß die Geldbuße auch in weiteren Fällen selbständig festgesetzt werden kann. Die selbständige Festsetzung einer Geldbuße gegen die juristische Person oder Personenvereinigung ist jedoch ausgeschlossen, wenn die Straftat oder Ordnungswidrigkeit aus rechtlichen Gründen nicht verfolgt werden kann; § 33 Abs. 1 Satz 2 bleibt unberührt.

(5) Die Festsetzung einer Geldbuße gegen die juristische Person oder Personenvereinigung schließt es aus, gegen sie wegen derselben Tat den Verfall nach den §§ 73 oder 73a des Strafgesetzbuches oder nach § 29a anzuordnen.

การสนับสนุนทางการเงิน ห้ามโฆษณา หรือปรับทางปกครองไม่เกินหนึ่งล้านห้าแสนยูโร เป็นต้น แต่ผู้แทนนิติบุคคลต้องรับผิดชอบทางอาญาตาม Legge 29 settembre 2000, n. 300 และ Decreto Legislativo 8 giugno 2001, n. 231 โดยหากผู้แทนโดยชอบด้วยกฎหมายของนิติบุคคล ผู้ดำรงตำแหน่งหรือมีหน้าที่รับผิดชอบในการบริหารจัดการนิติบุคคล ผู้มีอำนาจในการบริหารจัดการและควบคุมนิติบุคคลตามความเป็นจริง หรือผู้ดำเนินการตามคำสั่งของบุคคลดังกล่าวข้างต้นเป็นตัวการ ผู้ใช้ หรือผู้สนับสนุนการกระทำความผิดอาญาและนิติบุคคลดังกล่าวได้รับผลประโยชน์จากการกระทำความผิดนั้น บุคคลดังกล่าวต้องรับผิดชอบทางอาญาในฐานะผู้แทนนิติบุคคล แต่หากเป็นการกระทำที่นิติบุคคลมิได้รับผลประโยชน์อันใดจากการกระทำความผิดนั้น บุคคลดังกล่าวต้องรับผิดชอบทางอาญาในฐานะส่วนตัว

ฝ่ายที่เห็นว่านิติบุคคลสามารถกระทำความผิดอาญาได้

ฝ่ายที่เห็นว่านิติบุคคลสามารถกระทำความผิดอาญาได้นั้น หลักๆ ได้แก่ นักนิติศาสตร์ฝรั่งเศส อังกฤษ สหรัฐอเมริกา เป็นต้น โดยกรณีฝรั่งเศสนั้นแม้จะได้รับการพิพากษากระบบกฎหมายพระอยู่มาก แต่นักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสเห็นว่าเมื่อนิติบุคคลสามารถแยกออกได้จากบุคคลธรรมดาที่เข้ามารวมเข้ากันนั้น อีกทั้งมีสิทธิหน้าที่และความรับผิดชอบเป็นของตนเอง

นิติบุคคลจึงยอมกระทำความผิดอาญาได้ รวมทั้งต้องรับโทษอาญาได้ด้วย โดยหลักการดังกล่าวบัญญัติไว้ชัดเจนใน Grande Ordonnance Criminelle 1670⁵

อย่างไรก็ดี เมื่อมีการปฏิวัติฝรั่งเศสในปี 1789 รัฐบาลคณะปฏิวัติต้องการใช้เงินในการฟื้นฟูประเทศ แต่โดยที่รัฐบาลฝรั่งเศสในสมัยพระเจ้าหลุยส์ที่ 16

⁵ TITRE XXIII

Article 1 Abrogeons les appointements à ouïr droit, produire, bailler défenses par atténuation, causes et moyens de nullité, réponses, fournir moyen d’obreption, et d’en informer, donner conclusions civiles et tous autres appointements.

อยู่ในภาวะเกือบล้มละลาย เนื่องจากใช้เงินจำนวนมหาศาลไปกับสงครามเจ็ดปีกับอังกฤษ และการช่วยเหลือชาวอเมริกันทำสงครามปลดปล่อย รัฐบาลคณะปฏิวัติจึงต้องหาเงินจากทางอื่นและพบว่าทรัพย์สินจำนวนมหาศาลของประเทศนั้นอยู่ในความครอบครองของนิติบุคคลซึ่งส่วนใหญ่จัดตั้งขึ้นโดยชนชั้นสูง และโดยที่สภาพข้อเท็จจริงก่อนการปฏิวัติแสดงให้เห็นว่านิติบุคคลเหล่านี้มีอิทธิพลต่อระบบเศรษฐกิจและการเมืองสูงมาก รัฐบาลคณะปฏิวัติจึงสั่งให้ยุบเลิกและริบทรัพย์สินของนิติบุคคลจำนวนมากให้ตกเป็นของรัฐโดยอ้างว่านิติบุคคลเหล่านี้เป็นภัยคุกคามต่อการปกครองประเทศและขัดต่อหลักปัจเจกชนนิยม (individualism) อันเป็นหลักสำคัญของการปฏิวัติ การริบทรัพย์สินของนิติบุคคลดังกล่าวทำให้ผู้คนเข็ดขยาดในการจัดตั้งนิติบุคคลขึ้นเพื่อประกอบธุรกิจเพราะเกรงจะเกิดประวัติศาสตร์ซ้ำรอยอีก การประกอบกิจการของนิติบุคคลในฝรั่งเศสภายหลังการปฏิวัติในปี 1789 จึงคลายความสำคัญลงจนถึงขนาดที่ว่าผู้ร่างประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสที่บังคับใช้ในปี 1810 มิได้บัญญัติเรื่อง

ความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคลไว้เหมือนเช่นที่ผ่านมา ความรับผิดชอบทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคลจึงถือเป็นความรับผิดชอบส่วนตัวอันเป็นการกลับหลักการที่ยึดถือมาแต่เดิม

ต่อมา เมื่อการค้ากับต่างประเทศกลับมาเจริญรุ่งเรืองขึ้นอีกครั้งในศตวรรษที่ 19 นิติบุคคลได้กลับมามีความสำคัญขึ้นอีกครั้งหนึ่งในฝรั่งเศส แต่ปรากฏอยู่เสมอว่ามีการใช้ช่องว่างของกฎหมายที่ถือว่านิติบุคคลกระทำความผิดอาญามิได้เป็นช่องทางในการละเมิดกฎหมาย แต่โดยที่ประมวลกฎหมายอาญาฝรั่งเศสไม่มีเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาของนิติบุคคล จึงไม่มีมาตรการจัดการกับนิติบุคคลเหล่านี้เหมาะสม จึงได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญาในปี 1992 เพื่อกำหนดให้นิติบุคคลต้องรับผิดชอบทางอาญาขึ้นอีกครั้งหนึ่งหลังจากไม่มีบทบัญญัติดังกล่าวหายไปจากระบบกฎหมายฝรั่งเศสถึง 182 ปี และในประมวลกฎหมายอาญานฉบับใหม่ (Nouveau Code Penale) ที่ตราขึ้นในปี 1994 นั้น มาตรา 121-2⁶ บัญญัติว่า

⁶ Article 121-2 En savoir plus sur cet article...

บรรดานิติบุคคลทั้งหลายนอกจากรัฐต้องรับผิดชอบในการกระทำของหน่วยงานหรือผู้แทนของนิติบุคคลนั้น

สำหรับอังกฤษนั้น แรกเริ่มเดิมทีนั้นนิติบุคคลมีอยู่เป็นจำนวนน้อยและส่วนใหญ่เป็นนิติบุคคลที่อยู่ภายใต้พระอุปถัมภ์ของพระราชอาหรือพระราชินีแห่งอังกฤษทั้งสิ้น อีกทั้งเห็นว่านิติบุคคลเป็นสิ่งที่กฎหมายสมมุติขึ้นและทำกิจการต่างๆ ได้เฉพาะภายในขอบอำนาจที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น การกระทำใดที่มากไปกว่าที่กฎหมายกำหนดถือว่าเป็นการกระทำนอกขอบอำนาจ (*ultra vires*) และนิติบุคคลไม่มีชีวิตจิตใจจึงไม่อาจมีเจตนาร้าย (*mens rea*) อันเป็นองค์ประกอบสำคัญของความรับผิดชอบได้ นักนิติศาสตร์อังกฤษจึงเห็นว่านิติบุคคลไม่อาจกระทำความผิดอาญาได้และไม่อาจรับโทษอาญาได้ แต่โดยที่การดำเนินการของนิติบุคคลกระทำผ่านผู้แทนของนิติบุคคล ผู้แทนของนิติบุคคลจึงอาจต้องรับผิดชอบหากพิสูจน์ได้ว่ากระทำความผิด

ต่อมาในศตวรรษที่ 16 และ 17 การจัดตั้งนิติบุคคลเพื่อประกอบธุรกิจได้กลายเป็นเรื่องธรรมดา ซึ่งหากถือตามหลักเดิมที่ว่าผู้แทนนิติบุคคลเท่านั้นที่ต้องรับผิดชอบทางอาญา ขณะที่ตัวนิติบุคคลไม่ต้องรับผิดชอบทางอาญา และผู้มีอำนาจในการบริหาร

Modifié par Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 - art. 54 JORF 10 mars 2004
en vigueur le 31 décembre 2005

Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants.

Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public.

La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3.

จัดการนิติบุคคลตามความเป็นจริงแต่มีได้มีฐานะเป็นผู้แทนนิติบุคคลเองก็ไม่ต้องรับผิดทางอาญา จึงเกิดกรณีผู้มีอำนาจในการบริหารจัดการจัดการนิติบุคคลตามความเป็นจริงแต่มีได้มีฐานะเป็นผู้แทนนิติบุคคลใช้หรือหลอกลวงให้ผู้มีชื่อเป็นผู้แทนนิติบุคคลกระทำการอันเป็นความผิดอาญาเพื่อหาประโยชน์แก่ตนเสมอ รวมทั้งมีกรณีที่คณะกรรมการบริษัทซึ่งมีหน้าที่กำหนดนโยบายและกำกับดูแลการดำเนินงานของบริษัทมีการประชุมเพียงปีละ 1-2 ครั้งเท่านั้น ซึ่งคณะกรรมการบริษัทก็กำหนดนโยบายของบริษัทไม่ขัดต่อกฎหมาย

แต่ในการดำเนินงานตามนโยบายนั้น ผู้จัดการหรือพนักงานของบริษัทไปกระทำความผิดอาญาขึ้นจึงมีการฟ้องคณะกรรมการบริษัทให้รับผิด และมีคดีเช่นนี้ขึ้นสู่ศาลจำนวนมาก เช่น ในคดี *Bolton (Engineering) Co. v. Graham*⁷ ซึ่งข้อเท็จจริงปรากฏว่าคณะกรรมการบริษัทประชุมเพียงปีละครั้งเท่านั้น ส่วนการดำเนินงานต่างๆ คณะกรรมการให้เป็นหน้าที่ของผู้จัดการหรือพนักงานของบริษัทเป็นต้น กรณีจึงมีปัญหาว่คณะกรรมการบริษัทต้องรับผิดในความผิดอาญาที่ผู้จัดการได้ทำลงในระหว่างการทำงานหรือไม่

ในคดี *Tesco Supermarket Ltd. V. Natrass*⁸ ศาลอังกฤษได้วางบรรทัดฐาน⁹ เกี่ยวกับการกระทำความผิดอาญาของนิติบุคคลไว้โดยศาลยืนยันความเห็นของ Lord Denning ในคดี *Bolton (Engineering) Co. v. Graham*¹⁰ ว่านิติบุคคล

⁷ [1957] 1 Q-B. 159

⁸ [1972] A.C. 153

⁹ ในทางตำราเรียกหลักการนี้ว่า Identification Theory หรือ *alter ego* Theory

¹⁰ [1957] 1 Q-B. 159 per Lord Denning at 172 "...[a] company may in many ways be likened to a human body. It has a brain and nerve centre which controls what it does. It also has hands which hold the tools and act in accordance with directions from the centre. Some of the people in the company are mere servants and agents who are nothing more than hands to do the work and cannot be said to represent the mind or will. Others are directors and managers who represent the directing mind and will of the company, and control what

นั้นเปรียบได้กับร่างกายของมนุษย์ โดยบุคคลธรรมดาที่ประกอบเข้ากันเป็นนิติบุคคลนั้นจะทำหน้าที่แตกต่างกัน โดยปกติคณะกรรมการบริษัทก็ดี กรรมการผู้จัดการก็ดี ผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงในบริษัทก็ดี มีอำนาจหน้าที่ในการบริหารจัดการ ตลอดจนแสดงออกและกระทำการต่างๆ ในนามของบริษัทซึ่งเป็นนิติบุคคล เปรียบได้กับสมองและระบบประสาทของมนุษย์ แต่เจ้าหน้าที่ระดับล่างไม่มีอำนาจหน้าที่เช่นนั้น คงทำได้แต่เพียงในเรื่องที่คณะกรรมการบริษัท กรรมการผู้จัดการ หรือผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงในบริษัทซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการบริหารจัดการ ตลอดจนแสดงออกและกระทำการต่างๆ ในนามของบริษัทเป็นผู้สั่งการ จึงกล่าวได้ว่าเจตนาและการกระทำของผู้มีอำนาจหน้าที่ในการบริหารจัดการบริษัทถือได้ว่าเป็นเจตนาและการกระทำของนิติบุคคลนั้น ซึ่งรวมถึงเจตนาร้าย (*mens rea*) และการกระทำความผิดอาญา (*actus reus*) ด้วย

อย่างไรก็ดี บรรทัดฐานเกี่ยวกับการกระทำความผิดอาญาของนิติบุคคลตามคำพิพากษาดังกล่าวไม่เหมาะที่จะประยุกต์ใช้กับนิติบุคคลที่มีลักษณะเป็นองค์กรขนาดใหญ่และมีโครงสร้างการบริหารจัดการที่ซับซ้อน และมีการมอบอำนาจให้หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่ระดับต่างๆ กระทำการบางอย่างในนามของนิติบุคคลนั้นได้ด้วยนอกจากคณะกรรมการ กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือผู้ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้แทนนิติบุคคล อีกทั้งเป็นการยากที่จะพิสูจน์เจตนาร้าย (*mens rea*) ของบุคคลดังกล่าวด้วย

เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว นักนิติศาสตร์อังกฤษจึงแบ่งความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลออกเป็น 2 ประเภท คือ ความรับผิดเด็ดขาด กับความรับผิดที่ต้องประกอบด้วยเจตนาร้าย โดยในกรณีความรับผิดเด็ดขาดนั้นถือว่าการกระทำความผิดอาญาของบุคลากรใดๆ ของนิติบุคคลบรรดาที่ทำให้นิติบุคคลนั้นได้รับประโยชน์ต้องถือว่านิติบุคคลนั้นกระทำความผิดอาญา ส่วนความรับผิดที่ต้องประกอบด้วยเจตนาร้ายนั้น หากบุคลากรของนิติบุคคลนั้นแสดงออกต่อผู้อื่นหรือทำให้ผู้อื่นเข้าใจ

it does. The state of mind of these managers is the state of mind of the company and is treated by the law as such.”

ได้ว่าตนเป็นผู้มีอำนาจกระทำการแทนนิติบุคคล และบุคคลนั้นกระทำการในขอบเขตงานที่จ้าง ก็จะต้องถือว่านิติบุคคลนั้นกระทำความผิดอาญา อย่างไรก็ตาม โดยที่ความรับผิดเด็ดขาดนั้นมีขอบเขตกว้างกว่าความรับผิดที่ต้องประกอบด้วยเจตนาร้ายมาก ในทางปฏิบัติจึงพิสูจน์แต่เพียงว่านิติบุคคลได้รับประโยชน์จากการกระทำความผิดอาญาของบุคลากรก็เพียงพอแล้ว¹¹

ระบบกฎหมายของสหรัฐอเมริกายอมรับว่านิติบุคคลกระทำความผิดอาญาได้และรับโทษอาญาได้¹² โดยเป็นการผสมผสานแนวคิดเกี่ยวกับความรับผิดทางอาญาของนิติบุคคลของอังกฤษเข้ากับหลัก *respondeat superior*¹³ กล่าวคือนิติบุคคลต้องรับผิดทางอาญาหากพนักงานหรือลูกจ้างของตนกระทำความผิดอาญานั้นภายในขอบเขตแห่งการงานที่จ้างและในนามของนิติบุคคล หรือกระทำไปโดยมุ่งหมายให้นิติบุคคลได้รับประโยชน์จากการนั้น ทั้งนี้ ไม่ว่านิติบุคคลนั้นจะได้รับประโยชน์จากการกระทำความผิดอาญานั้นจริงหรือไม่ และไม่ว่าพนักงานหรือลูกจ้างนั้นจะดำรงตำแหน่งใดๆ ในนิติบุคคลเพราะในทางความเป็นจริงแล้วการบริหารจัดการนิติบุคคลปัจจุบันมีความซับซ้อนและมีการมอบอำนาจภายในนิติบุคคลเพื่อให้บุคลากรต่างๆ ของนิติบุคคลทำงานในหน้าที่ได้โดยสะดวกอันเป็นประโยชน์ต่อนิติบุคคลนั่นเอง การตัดสินใจในเรื่องต่างๆ มิได้รวมศูนย์อยู่ที่ผู้มีอำนาจบริหารจัดการนิติบุคคล ผู้แทนนิติบุคคลเท่านั้น และเพื่อคุ้มครองบุคคลภายนอก

นักนิติศาสตร์อเมริกันมีความเห็นด้วยว่า กรณีไม่มีความจำเป็นต้องพิสูจน์ว่าพนักงานหรือลูกจ้างนั้นกระทำการนอกขอบอำนาจหรือโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือขัดต่อนโยบายของนิติบุคคลนั้นหรือไม่ เพราะนิติบุคคลย่อมต้องรับผิดชอบในบรรดาการกระทำของพนักงานหรือลูกจ้างที่ตนได้จ้างมาทำงานและเป็นผู้ควบคุมบังคับบัญชาการปฏิบัติงานของพนักงานหรือลูกจ้างนั้น นิติบุคคลจึงไม่อาจยกเหตุที่ตนละเลยไม่ควบคุมดูแลการปฏิบัติงานของพนักงานหรือลูกจ้างอย่างจริงจัง

¹¹ Anca Iulia Pop, *Criminal Liability of Corporations-Comparative Jurisprudence*, Michigan State University College of Law, 2006, pp. 14-15.

¹² *Ibid.*, pp. 33-34

¹³ Let the master answers

มาเป็นข้อต่อสู้บุคคลภายนอกผู้สุจริตได้ ซึ่งในทางตำราเรียกแนวคิดแบบอเมริกันนี้ว่า Aggregation Theory¹⁴

กล่าวโดยสรุป ปัญหาว่านิติบุคคลกระทำความผิดอาญาได้หรือไม่ และรับโทษทางอาญาได้หรือไม่นั้น ในระบบกฎหมายโลกก็ยังมีความคิดเห็นที่ต่างกันไป เป็น 2 แนวคิดหลัก โดยนักนิติศาสตร์สายละตินส่วนใหญ่ยังคงเห็นว่าการกระทำความผิดอาญาต้องประกอบด้วย การกระทำความผิดอาญาตามความเป็นจริง (*actus reus*) และผู้กระทำความผิดต้องมีเจตนาร้าย (*mens rea*) เมื่อนิติบุคคลไม่มีชีวิตจิตใจและไม่สามารถกระทำการต่างๆ ได้เอง นิติบุคคลจึงไม่อาจกระทำความผิดอาญาได้ การกระทำความผิดอาญาจึงเป็นการกระทำของผู้แทนนิติบุคคล ในแง่การรับโทษทางอาญานั้น โดยที่วัตถุประสงค์และวิธีการลงโทษอาญาส่วนใหญ่ เป็นการจำกัดเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลธรรมดา นักนิติศาสตร์สายละตินส่วนใหญ่จึงเห็นว่าโทษอาญานั้นไม่เหมาะที่จะนำไปใช้แก่นิติบุคคล แต่สามารถใช้กับผู้แทนนิติบุคคลผู้กระทำความผิดอาญาได้ ส่วนตัวนิติบุคคลนั้น แม้ไม่อาจรับโทษอาญาได้ แต่หากไม่มีมาตรการจัดการกับนิติบุคคลเหล่านี้ อย่างเหมาะสม ก็อาจเกิดปัญหาได้

นักนิติศาสตร์สายละตินส่วนมากจึงพัฒนาโทษทางปกครองขึ้นใช้กับนิติบุคคลในกรณีที่ผู้แทนนิติบุคคลไปกระทำการอันมิชอบด้วยกฎหมายแทน ไม่ว่าจะเป็นการห้ามกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง การพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาต การห้ามทำสัญญากับหน่วยงานของรัฐ การเพิกถอนหรือยุติการสนับสนุนทางการเงิน การห้ามโฆษณา หรือการปรับทางปกครองในอัตราสูงมาก เป็นต้น ส่วนนักนิติศาสตร์สายละตินส่วนน้อยและนักนิติศาสตร์สาย Common Law นั้นเห็นว่า นิติบุคคลมีสถานะแยกต่างหากจากบุคคลธรรมดาที่ประกอบเข้ากันเป็นนิติบุคคลนั้น และมีการกระทำและเจตนาเป็นของตนเอง นิติบุคคลจึงสามารถกระทำความผิดอาญาได้ และรับโทษทางอาญาได้

¹⁴ E.M. Wise, *Criminal Liability of Corporations-US*, in *La Criminalisation du Comportement Collectif: Criminal Liability of Corporations*, Kluwer Law Int'l., 1996

นักนิติศาสตร์สายนี้จึงมิได้พัฒนาระบบโทษทางปกครองขึ้นมาใช้บังคับกับนิติบุคคลเป็นการเฉพาะเหมือนนักนิติศาสตร์สายละตินส่วนใหญ่ดังกล่าวมาแล้ว แต่โดยที่นิติบุคคลดำเนินการผ่านผู้แทนของนิติบุคคล นักนิติศาสตร์สายนี้จึงพัฒนาแนวคิดในการพิจารณาว่า การกระทำอย่างไรของผู้มีอำนาจบริหารจัดการนิติบุคคล ผู้แทนนิติบุคคล หรือพนักงานของนิติบุคคลที่จะถือได้ว่าเป็นการกระทำของนิติบุคคล ซึ่งนักนิติศาสตร์อังกฤษเห็นว่าโดยที่ผู้มีอำนาจบริหารจัดการนิติบุคคล หรือผู้แทนนิติบุคคลเปรียบได้กับสมองและระบบประสาทของนิติบุคคล เจตนาของบุคคลดังกล่าวจึงถือเป็นเจตนาของนิติบุคคล และการกระทำของบุคคลดังกล่าวภายในขอบอำนาจย่อมถือเป็นการกระทำของนิติบุคคล (*alter ego Theory*) แต่นักนิติศาสตร์อเมริกันพัฒนาไปอีกขั้นหนึ่ง เนื่องจากเห็นว่าโครงสร้างการบริหารจัดการนิติบุคคลปัจจุบันมีความซับซ้อนและมีการมอบอำนาจภายในนิติบุคคล เพื่อให้บุคลากรต่างๆ ของนิติบุคคลทำงานในหน้าที่ได้โดยสะดวกอันเป็นประโยชน์ต่อนิติบุคคลนั่นเอง

การผูกเจตนาร้ายของนิติบุคคลไว้เฉพาะกับผู้ที่มีอำนาจบริหารจัดการนิติบุคคลหรือผู้แทนนิติบุคคลจึงไม่สอดคล้องกับความเป็นจริง นักนิติศาสตร์อเมริกันจึงเห็นว่านอกจากผู้มีอำนาจบริหารจัดการนิติบุคคลหรือผู้แทนนิติบุคคลแล้ว ยังต้องรวมไปถึงเจตนาร้ายของพนักงานของนิติบุคคลซึ่งกระทำการในทางที่ฉ้อฉลและมุ่งก่อให้เกิดประโยชน์แก่นิติบุคคล ไม่ว่าพนักงานนั้นจะดำรงตำแหน่งใดๆ และไม่ว่านิติบุคคลจะได้รับประโยชน์จากการกระทำนั้นจริงหรือไม่ หากการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญา นิติบุคคลต้องร่วมรับผิดชอบอาญานั้นด้วย (*Aggregation Theory*)

ลามากิควรได้ ในกฎหมายปกครองฝรั่งเศส*

ปาลีรัฐ ศิริวรรณพฤษ**

1. ความทั่วไป

ทฤษฎีเรื่องลามากิควรได้ (l'enrichissement sans cause) ในกฎหมายฝรั่งเศสเป็นการวางหลักของศาลยุติธรรมที่มีเนื้อหาสาระกำหนดให้โจทก์สามารถอ้างสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหาย (une indemnité) จากจำเลยได้โดยอ้างเงื่อนไขว่าตนมีการลดน้อยถอยลง (appauvrir) ในขณะที่อีกฝ่ายได้รับสิ่งใดเพิ่มเติม (enrichir) ซึ่งการลดน้อยถอยลงและการได้รับสิ่งใดเพิ่มเติมนี้จะต้องมีความสัมพันธ์กัน กล่าวคือ การได้รับสิ่งใดเพิ่มเติมจะต้องเป็นไปด้วยความชอบธรรมในการนั้น และส่งผลให้ผู้ฟ้องคดีจะสามารถเรียกร้องให้มีการชดใช้ความเสียหายจากการลดน้อยถอยลงของตนได้

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net 2 กรกฎาคม 2555 07:23 น.

** น.บ.เกียรตินิยมอันดับสอง จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, น.ม. กฎหมายเอกชนและธุรกิจ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, Master 2 Droits fondamentaux มหาวิทยาลัย Auvergne แห่งประเทศฝรั่งเศส, Doctorat en droit public : mention très honorable) จากมหาวิทยาลัยเดียวกัน, พนักงานคดีปกครองชำนาญการ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

กฎหมายปกครองฝรั่งเศสถือว่า ลามมิควรได้ถือเป็นความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองในกลุ่มความรับผิดกึ่งสัญญา (la responsabilité quasi contractuelle)¹ ซึ่งเป็นความรับผิดที่อยู่ก้ำกึ่งระหว่างความรับผิดตามสัญญาและความรับผิดเหนือสัญญา อนึ่ง ความรับผิดกึ่งสัญญานี้มีองค์ประกอบคือ การมีข้อตกลงระหว่างคู่กรณี มีการแสดงเจตนาที่ถูกต้องตรงกัน มีการให้สัตยาบันแต่ไม่มีการแสดงอะไรออกมา อันอาจถือว่ามีการเกิดขึ้นของสัญญา ทั้งนี้ ตามบทบัญญัติในมาตรา 1376 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส

ลามมิควรได้เป็นทฤษฎีที่ศาลยุติธรรมวางหลักไว้ในคำพิพากษาปี ค.ศ. 1982 ต่อมาสภาแห่งรัฐได้นำทฤษฎีดังกล่าวมาปรับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี โดยถือว่าหลักในเรื่องลามมิควรได้นี้ ถือเป็น “หลักทั่วไปที่นำมาปรับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีแม้จะไม่มีลายลักษณ์อักษรกำหนดไว้”² (คำพิพากษา

¹ อาจแบ่งความรับผิดของฝ่ายปกครองออกเป็น 3 กลุ่มคือ (1) ความรับผิดเหนือสัญญา (la responsabilité extracontractuelle) (2) ความรับผิดตามสัญญา (la responsabilité contractuelle) และ (3) ความรับผิดกึ่งสัญญา (la responsabilité quasi-contractuelle) ความรับผิดประเภท (1) และประเภท (2) มีเงื่อนไขอย่างเดียวกัน กล่าวคือจะต้องเป็นความรับผิดที่เกิดจากสัญญาจัดซื้อจัดจ้างประเภทงานโยธาสาธารณะ (des travaux) การบริการสาธารณะ (le service) และการจัดซื้อวัสดุอุปกรณ์ (le fourniture) หากการปฏิบัติตามสัญญาก่อให้เกิดความรับผิดใดๆ เช่น การชำระเงินไม่ครบถ้วน จะถือเป็นความผิดประเภทที่ (2) ในขณะที่หากไม่มีการปฏิบัติตามสัญญา กล่าวคือไม่มีสัญญาเกิดขึ้น จะถือเป็นความผิดประเภท (1) ความรับผิดตามสัญญาถือเป็นความรับผิดบนพื้นฐานการกระทำความผิด โดยถือว่าการกระทำความผิดคือการละเมิดภาระหน้าที่ที่คู่สัญญาตกลงกันไว้ในสัญญา แม้ภาระหน้าที่บางประการมิได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนในสัญญาก็ตาม อาทิ ภาระหน้าที่ในการขอคำแนะนำจากหัวหน้าโครงการโยธาสาธารณะระหว่างการก่อสร้าง เป็นต้น หากพิจารณาตามทฤษฎีกฎหมายปกครองว่าด้วยสัญญาแล้ว จะเห็นว่าไม่สามารถอ้างให้มีความรับผิดโดยปราศจากความผิดได้ ดังนั้น จึงไม่สามารถอ้างเหตุที่ไม่อาจคาดหมายได้ล่วงหน้า (l'imprévision) หรือเหตุสุดวิสัย (le fait du prince) มาเพื่อให้อ้างรับผิดในกรณีดังกล่าวได้ ความรับผิดตามสัญญานี้ถือเป็นความรับผิดระหว่างคู่สัญญาแต่ไม่หมายรวมถึงความรับผิดของบุคคลที่สาม

² « principe général applicable, même sans texte »

สภาแห่งรัฐคณะพิเศษ คดี Sud-Aviatation ลงวันที่ 14 มีนาคม ค.ศ. 1961) และได้นำทฤษฎีดังกล่าวมาปรับใช้ในการให้ความเห็นในคดีประเภทงานโยธาสาธารณะเพื่อเป็นการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้กับงานโยธาสาธารณะที่ก่อให้เกิดประโยชน์ (les travaux utiles) ซึ่งไม่ได้กำหนดไว้แต่เริ่มแรกในการทำสัญญา ซึ่งเป็นการก่อสร้างที่ผู้รับเหมากระทำลงไปเองหรือกระทำลงไปภายหลังจากที่ได้รับคำสั่งด้วยวาจาเป็นกรณีพิเศษ (คำพิพากษาศาลแห่งรัฐคณะพิเศษ คดี Commune de Canari ลงวันที่ 17 ตุลาคม ค.ศ. 1975)

หลักในเรื่องลางมิควรได้นำมาปรับใช้ขณะที่มีการปฏิบัติตามสัญญา (กล่าวคือ ต้องมีการเกิดของสัญญาก่อน) และผู้ประกอบการได้กระทำก่อสร้างโดยที่ไม่มีข้อกำหนดของสัญญากำหนดไว้ ดังนั้น การนำทฤษฎีเรื่องลางมิควรได้มาปรับใช้ในทางกฎหมายปกครองนี้จะต้องพิจารณาเรื่องการมีอยู่ของสัญญาเป็นอันดับแรก ซึ่งในประเทศฝรั่งเศสมีปัญหามากในเรื่องนี้ ทั้งนี้เนื่องจากการเข้าทำสัญญาจัดซื้อจัดจ้างของฝรั่งเศสต้องถือตามข้อบังคับของกฎหมายสหภาพยุโรปที่วางเงื่อนไขในเรื่องการประกาศและความโปร่งใสในการทำสัญญาไว้ด้วย

ฝ่ายปกครองจะนำหลักลางมิควรได้มาใช้ต่อเมื่อเคราพเงื่อนไขบางประการ นั่นคือ เป็นข้อพิพาทในกรณีสัญญา งานที่กระทำลงไปถือเป็นงานที่ก่อให้เกิดประโยชน์ และการชำระเงินดังกล่าวจะต้องไม่เป็นการชำระเงินที่มีผู้ได้รับประโยชน์เป็นกรณีพิเศษ อย่างไรก็ตามฝ่ายปกครองอาจขอลดหย่อนเงินจำนวนนี้ลงได้หากฝ่ายปกครองมีส่วนผิดที่ทำให้ตนเกิดความลดน้อยถอยลงด้วย ค่าเสียหายดังกล่าวจะลดลงตามส่วน

โดยทั่วไปแล้วถือว่า สัญญาทางปกครองจะระงับลงได้ก็ต่อเมื่อมีการสิ้นสุดของปฏิบัติการตามสัญญา (ตัวอย่างเช่น การส่งมอบทรัพย์สินในกรณีสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง) หรือการปฏิบัติตามสัญญาจนมาถึงขั้นการสิ้นสุดของสัญญา เช่น การสิ้นสุดของสัมปทานหรือการปิดกิจการ โดยในกรณีการสิ้นสุดของสัญญานี้อาจมาจากเหตุที่คาดการณ์ไว้ล่วงหน้าได้ เช่น การตกลงระงับสัญญาของคู่สัญญา หรือการที่ฝ่ายปกครองเข้าไปปฏิบัติตามสัญญานั้นเสียเอง (le rachat contractuel) ซึ่งเป็นกรณีที่กำหนดไว้แต่แรกแล้วในสัญญา หรือการที่ฝ่ายปกครองขอเลิกสัญญาฝ่ายเดียว

อันเนื่องมาจากสาเหตุประโยชน์ของบริการสาธารณะนั้นหรือจากการถูกลงโทษ การเลิกสัญญาอาจเกิดจากคำพิพากษาของศาลที่เป็นการอนุญาตตามคำขอของคู่สัญญา อันมีสาเหตุมาจากการซื้อแก้สัญญาฝ่ายเดียวนั้นไม่อาจกระทำได้ หรืออาจเกิดจากความผิดร้ายแรงของฝ่ายปกครองหรือจากเหตุสุดวิสัย หรือการเลิกสัญญาดังกล่าว อาจเกิดจากคำขอของฝ่ายปกครองเองโดยอ้างเหตุความล้มเหลวในการจัดทำบริการสาธารณะและไม่มีข้อกำหนดใดในสัญญาที่ให้อำนาจรัฐสามารถอ้างเหตุดังกล่าวเพื่อเป็นการเลิกสัญญาได้

2. ทฤษฎีทางกฎหมายอื่นที่ใกล้เคียง : การจัดการงานนอกสั่ง และการเรียกเงินคืนกรณีจ่ายเกิน

นอกจากทฤษฎีลามมิควรได้แล้ว ยังมีทฤษฎีที่อยู่ในกลุ่มความรับผิดชอบ กิ่งสัญญาซึ่งใกล้เคียงกับทฤษฎีลามมิควรได้อีก 2 ประการคือ การจัดการงานนอกสั่ง (la gestion d'affaire) และการเรียกเงินคืนกรณีจ่ายเกิน (la répétition de l'indu) ซึ่งเป็นหน้าที่ของศาลในการเลือกปรับใช้ทฤษฎี 3 ประการ ให้เข้ากับข้อเท็จจริงในคดี

การจัดการงานนอกสั่ง หมายถึง การที่บุคคลใดเข้าไปเกี่ยวข้องกับกิจการของบุคคลอื่นโดยสมัครใจและก่อให้เกิดประโยชน์ต่อบุคคลนั้น บุคคลที่ได้รับประโยชน์จากการดำเนินการดังกล่าวจึงมีหน้าที่ในการชดเชยค่าใช้จ่ายที่เสียไปให้บุคคลที่กระทำการ ตัวอย่างที่ปรากฏในการพิจารณาคดีปกครองคือ กรณีหน่วยงานทางปกครองที่ปราศจากอำนาจได้กระทำการให้เกิดนิติกรรมทางปกครองใดๆ (ซึ่งหมายความว่าทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ที่ไม่ปกติที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อประเทศชาติหรือต่อการดำเนินการตามปกติของอำนาจรัฐ [la circonstance exceptionnelle]³ ด้วย) หรือกรณีที่ฝ่ายปกครองจะต้องรับผิดชอบเนื่องจาก

³ เดิมเรียกกันว่า “ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจในยามสงคราม” (la théorie es pouvoirs de guerre) แต่ในปัจจุบันได้รวมเหตุอื่นนอกจากสงครามไว้ด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งเหตุที่เกี่ยวกับภัยพิบัติ ทฤษฎีนี้มีขึ้นเพื่อให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจของตนได้อย่างเต็มที่โดยไม่ต้องอยู่ภายใต้

การกระทำของผู้อยู่ได้อำนาจของตนที่กระทำลงไปด้วยความสมัครใจ

การเรียกเงินคืนกรณีผู้รับไม่มีสิทธิ หมายถึงกรณีที่มีการชดใช้เงินคืน อันเนื่องมาจากผู้รับไม่มีสิทธิได้รับเงินนั้น ทั้งนี้ ตามความในมาตรา 1235 และ 1376 ถึง 1381 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง ทฤษฎีนี้เปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองและบุคคลใดๆ สามารถหยิบยกขึ้นมาอ้างได้หากพบว่าผู้รับเงินไม่มีสิทธิได้รับเงิน ทฤษฎีนี้เป็นการเปิดโอกาสให้บุคคลมีสิทธิในการเรียกเงินคืนจากบุคคลที่ได้รับประโยชน์ไปโดยไม่มีสิทธิ โดยการเรียกคืนดังกล่าวนั้นจะเป็นการเรียกให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือเรียกคืนเป็นตัวเงินก็ได้ อย่างไรก็ตาม ศาลไม่ได้วางหลักไว้ว่าสามารถเรียกคืนเป็นการกระทำกรอย่างใดๆ ได้แต่ก็อาจมีข้อยกเว้นในบางกรณี

ศาลฎีกาแผนกคดีแพ่งได้วางหลักไว้ในคำพิพากษา ลงวันที่ 1 มีนาคม ค.ศ. 2005 ว่าการเรียกเงินคืนกรณีคิดดอกเบี้ยผิดพลาดถือเป็นเรื่องความรับผิดชอบ และอยู่ภายใต้บังคับอายุความสามสิบปี

การเรียกเงินคืนกรณีผู้รับไม่มีสิทธิอาจมีได้ด้วยกันหลายกรณี เช่น (1) ระหว่างบุคคลที่ไม่ได้เป็นเจ้าของและบุคคลที่ไม่ได้เป็นลูกหนี้ (2) ระหว่างบุคคลที่เป็นลูกหนี้และบุคคลที่ไม่ได้เป็นเจ้าของ (3) ระหว่างบุคคลที่มีได้เป็นลูกหนี้และบุคคลที่เป็นเจ้าหนี้ การเรียกเงินคืนกรณีผู้รับไม่มีสิทธิจะต้องมีการพิจารณาถึงความสุจริตของผู้รับเงินด้วย

3. คำพิพากษาศาษาแห่งรัฐที่อ้างถึงทฤษฎีลาภมิควรได้

สภาแห่งรัฐได้หยิบยกทฤษฎีเรื่องลาภมิควรได้มาใช้ในคดีปกครองครั้งแรก ในคำพิพากษาคดี Soc. Sud -Aviation ลงวันที่ 14 มีนาคม ค.ศ. 1961 และได้ปรากฏหลักดังกล่าวในคำพิพากษาอื่นๆ อีก กล่าวคือ คำพิพากษาคดี คดี Société-France-Reconstruction-Plan ลงวันที่ 2 ธันวาคม ค.ศ. 1966 คดี Ministre de

กรอบของกฎหมายหรือความชอบด้วยกฎหมาย หรือหลักต่างๆ เพื่อแก้ไขปัญหาของประเทศ หรือเพื่อแก้วิกฤติต่างๆ ที่เป็นภัยต่อประเทศ ดูเพิ่มเติมใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, คำอธิบาย ศัพท์กฎหมายมหาชน ฝรั่งเศส-ไทย, วิทยุชน, 2548

la Construction c. Ville de Bordeaux ลงวันที่ 14 ตุลาคม ค.ศ. 1966 และ La commune de Canari ลงวันที่ 17 ตุลาคม ค.ศ. 1975 คดีทั้งหมดที่กล่าวมานี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองทั้งสิ้น

ในทางตำรามักหยิบยกคำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี La commune de Canari ลงวันที่ 17 ตุลาคม ค.ศ. 1975 มาเป็นหลักในการอธิบายเรื่องการปรับใช้ทฤษฎีลามมิควรได้ของสภาแห่งรัฐ คดีนี้มีข้อเท็จจริงในว่า เมื่อวันที่ 19 พฤศจิกายน ค.ศ. 1963 รองผู้ว่าราชการจังหวัดแห่งเมือง Bastia ได้กระทำการในนามของเทศบาลแห่งเมือง Canari ในการว่าจ้างให้บริษัท Société chimique routière et d'entreprise général ก่อสร้างทางสัญจรรอบเทศบาลโดยมีวงเงินตามสัญญาเป็นจำนวน 19,500 ฟรังก์ ต่อมาในชั้นปฏิบัติตามสัญญา ปรากฏว่าบริษัทฯ ได้ดำเนินการสร้างทางเสร็จไปเพียงแต่บางส่วนเท่านั้น ยิ่งไปกว่านั้นยังก่อให้เกิดข้อตกลงใหม่ระหว่างเทศบาลและบริษัท ซึ่งการก่อสร้างตามข้อตกลงใหม่นี้อยู่นอกเหนือจากข้อสัญญาที่กำหนดไว้แต่แรกอันปรากฏตามหลักฐานลงวันที่ 20 มีนาคม ค.ศ. 1964 ศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมือง Nice ได้พิจารณาข้อพิพาทดังกล่าวโดยนำหลักเรื่องลามมิควรได้มาปรับใช้ และมีคำพิพากษาให้เทศบาลแห่งเมือง Canari ชำระเงินให้แก่บริษัท Société chimique routière et d'entreprise général เป็นจำนวน 15,000 ฟรังก์ เพื่อเป็นการชำระค่าใช้จ่ายที่บริษัทดังกล่าวได้ก่อสร้างแม้ว่าจะไม่ได้เป็นการก่อสร้างที่มีการตกลงไว้ในสัญญาแต่เริ่มแรกก็ตาม ต่อมาเทศบาลแห่งเมือง Canari ได้ยื่นอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์พิจารณาแล้วเห็นว่าในเอกสารที่ระบุไว้ในสัญญาและเงื่อนไขในสัญญาไม่มีข้อใดระบุว่าจะต้องมีการชำระเงินในกรณีดังกล่าว ประกอบกับพิจารณาแล้วเห็นว่าการก่อสร้างทางดังกล่าวของบริษัทไม่ได้เป็นการดำเนินการตามการสั่งการด้วยปากเปล่าหรือด้วยลายลักษณ์อักษรแต่ประการใด ยิ่งไปกว่านั้น งานที่ทำเสริมขึ้นมานี้ไม่อาจถือได้ว่าเป็นกรณีที่ต้องปฏิบัติตามสัญญาตามที่คาดการณ์ไว้แต่ต้น แม้ว่าการก่อสร้างดังกล่าวนั้นจะเป็นประโยชน์แก่เทศบาลก็ตาม แต่ก็ไม่ถึงว่าเทศบาลจะต้องชำระเงินแก่บริษัทฯ อันเนื่องมาจากค่าใช้จ่ายที่เสียไปในการนั้น การที่ศาลอุทธรณ์มีคำพิพากษาให้บริษัทชำระค่าใช้จ่ายในการนั้นเองจึงเป็นการชอบแล้ว สภาแห่งรัฐมีคำพิพากษายืนตามศาลชั้นต้น

4. บทสรุป

การหยิบยกทฤษฎีเรื่องลางมิกวรได้มาปรับใช้กับคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองย่อมเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนถึงความเป็นอิสระของตุลาการศาลปกครองในการหยิบยกหลักกฎหมายมาปรับใช้ในคดีพิพาทซึ่งสอดคล้องกับแนวคิดในเรื่องอำนาจของตุลาการในการสร้างและพิจารณาหลักกฎหมายทั่วไป⁴ ที่องค์กรวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองสามารถสร้างหลักกฎหมายเองได้ (prétorien) ซึ่งสภาแห่งรัฐได้ยืนยันบทบาทของตุลาการศาลปกครองในด้านนี้มาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1945 สำหรับการหยิบยกทฤษฎีเรื่องลางมิกวรได้มาปรับใช้กับคดีปกครองนั้นถือ สภาแห่งรัฐถือว่าหลักดังกล่าวมีคุณค่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับสัญญาสาธารณะ (le principe général du droit applicable même sans texte à la matière des contrats publics)⁵ และได้นำทฤษฎีดังกล่าวมาปรับใช้โดยมีกฎเกณฑ์เฉพาะโดยคำนึงถึงเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลและความจำเป็นของการรักษารูปแบบกฎเกณฑ์ทางปกครอง

การนำทฤษฎีเรื่องลางมิกวรได้มาใช้ในคดีปกครองจึงมิได้เป็นไปในทางเดียวกับทฤษฎีตามกฎหมายแพ่งอย่างครบถ้วนนัก กล่าวคือ สภาแห่งรัฐจำกัดว่าจะนำทฤษฎีดังกล่าวมาปรับใช้เพียงในคดีพิพาทที่เป็นการขัดใช้ความเสียหายที่เกี่ยวกับสัญญาเท่านั้น ในขณะที่กฎหมายแพ่งนำเรื่องลางมิกวรได้มาปรับใช้ในทุกกรณี การที่สภาแห่งรัฐหยิบยกทฤษฎีลางมิกวรได้มาปรับใช้ในคดีปกครองจึงเป็นการเน้นย้ำให้มีการพิจารณาถึงความมีอยู่ของสัญญาทางปกครอง การบังคับตามสัญญาทางปกครอง ตลอดจนการพิจารณาถึงความไม่มีผลของสัญญาทางปกครอง อันส่งผลอย่างต่อเนื่องถึงพัฒนาการและการวางหลักในเรื่องสัญญาทางปกครองด้วย จึงอาจกล่าวได้ว่า การนำเรื่องลางมิกวรได้มาใช้ในกฎหมายปกครองจะก่อให้เกิด

⁴ โปรดดูเพิ่มเติมใน ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤกษ์, “ตุลาการศาลปกครองกับบทบาทในการสร้างและพิจารณาหลักกฎหมายทั่วไป”, วารสารวิชาการศาลปกครอง, ปีที่ 10 ฉบับที่ 2 (เมษายน-มิถุนายน) 2554 : 38-52.

⁵ ซึ่งมีสถานะต่ำกว่ากฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ แต่สูงกว่ากฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระดับรัฐกฤษฎีกา

ความสมดุลทางกฎหมายและก่อให้เกิดบรรยากาศที่น่าไว้วางใจระหว่างฝ่ายปกครองและ
คู่สัญญามากยิ่งขึ้น ทั้งนี้ เนื่องมาจากแนวคิดในเรื่องลามิควรไต้ซึ่งเน้นย้ำว่า
ฝ่ายหนึ่งจะต้องได้ประโยชน์และอีกฝ่ายหนึ่งจะต้องเสียประโยชน์ ซึ่งหากพิจารณาตาม
แนวคิดนี้แล้วจะพบว่าเป็นการยากอย่างยิ่งที่ฝ่ายปกครองซึ่งมีจุดมุ่งหมายเพื่อ
การบริการสาธารณะจะอ้างว่าตนไม่ได้รับประโยชน์จากการดำเนินการของผู้รับเหมา
อย่างไรก็ดี การนำทฤษฎีเรื่องลามิควรไต้มาปรับใช้ในกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส
นั้นก็มิใช่ข้อจำกัดคือ การที่สัญญาทางปกครองจะต้องทำในรูปคำสั่งทางปกครอง
ฝ่ายเดียว ข้อจำกัดนี้ส่งผลให้การกระทำใดๆ ที่อยู่นอกเหนือจากที่สัญญากำหนดไว้
จะถือเป็นความเสี่ยงภัยของคู่สัญญาเองจนกว่าที่ฝ่ายปกครองจะให้สัตยาบันรับรอง
การกระทำดังกล่าว จึงอาจสรุปได้ว่าการนำทฤษฎีเรื่องลามิควรไต้มาใช้ใน
กฎหมายปกครองต้องอยู่บนแนวคิดพื้นฐานที่ว่าจะต้องมีสัญญาทางปกครองเกิดขึ้นแล้ว
หากไม่มีสัญญาเกิดขึ้นแต่แรก ก็ไม่อาจยกเรื่องลามิควรไต้มาเป็นเหตุให้ฝ่ายปกครอง
ต้องรับผิดชอบได้ ทั้งนี้ ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

การสรรหาสมาชิกวุฒิสภา: ปัญหาและสิ่งที่ต้องปรับปรุงแก้ไข*

ดร.สุวัจน์ชัย แสงสุขเอี่ยม**

1. ความเป็นมา

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติให้สมาชิกวุฒิสภา (ส.ว.) มีจำนวน 150 คน ซึ่งมาจากการเลือกตั้งในแต่ละจังหวัดๆ ละ 1 คน และมาจากการสรรหาเท่ากับจำนวนที่เหลือ ที่ผ่านมามีการสรรหา ส.ว. มาแล้ว 2 ครั้ง ครั้งแรกเมื่อปี 2551 และครั้งที่สองเมื่อปี 2554 โดยขณะนี้ ส.ว. ที่มาจากการสรรหาจำนวนรวม 73 คน เนื่องจากปัจจุบันมีจำนวนจังหวัดทั้งหมด 77 จังหวัด

คณะกรรมการสรรหาสมาชิกวุฒิสภาประกอบด้วย ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธาน กกต. ประธานผู้ตรวจการแผ่นดิน ประธาน ป.ป.ช. ประธานกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ผู้พิพากษาในศาลฎีกาที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกามอบหมายจำนวนหนึ่งคน และตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ที่ประชุมใหญ่ในศาลปกครองสูงสุดมอบหมายจำนวนหนึ่งคน โดยมีสำนักงาน กกต. ทำหน้าที่หน่วยธุรการของคณะกรรมการสรรหา

คณะกรรมการสรรหาดำเนินการสรรหาจากบุคคลซึ่งได้รับการเสนอชื่อ

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net 15 กรกฎาคม 2555 21:33 น.

** กรรมการสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย

จากองค์กรต่างๆ ในภาควิชาการ ภาครัฐ ภาคเอกชน ภาควิชาชีพ และภาคอื่นที่เป็นประโยชน์ในการปฏิบัติกรตามอำนาจหน้าที่ของวุฒิสภา โดยองค์กรต้องลงทะเบียนตามระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการลงทะเบียนขององค์กรที่มีสิทธิเสนอชื่อบุคคลเข้ารับการสรรหาเป็น ส.ว. ที่ กกต. กำหนด และองค์กรต้องแสดงหลักฐานการเป็นองค์กรภาคใดภาคหนึ่งเพียงภาคเดียว องค์กรมีสิทธิเสนอชื่อบุคคลที่เป็นหรือเคยเป็นสมาชิกขององค์กร หรือ ปฏิบัติหรือเคยปฏิบัติหน้าที่ในองค์กรเพื่อเข้ารับการสรรหาเป็น ส.ว. องค์กรละหนึ่งคน

มติในการสรรหาต้องลงคะแนนโดยเปิดเผย และต้องมีคะแนนเสียงเกินกึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการเท่าที่มีอยู่ โดยในการสรรหาให้คำนึงถึงความรู้ ความเชี่ยวชาญ หรือประสบการณ์ที่เป็นประโยชน์ในการปฏิบัติงานของวุฒิสภาเป็นสิ่งสำคัญ และให้คำนึงถึงองค์ประกอบจากบุคคลที่มีความรู้ความสามารถในด้านต่างๆ ที่แตกต่างกัน โอกาสและความเท่าเทียมกันทางเพศ สัดส่วนของบุคคลในแต่ละภาคที่ใกล้เคียงกัน รวมทั้งการให้โอกาสกับผู้ด้อยโอกาสทางสังคม ผลการพิจารณาสรรหาของคณะกรรมการสรรหาให้ถือเป็นที่สุด และให้ส่งให้ กกต. ประกาศผล

ในการสรรหา ส.ว. ชุดแรกปี 2551 และชุดที่สองปี 2554 มีจำนวนผู้ได้รับการเสนอชื่อจากองค์กรในแต่ละภาค และจำนวน ส.ว. ที่ได้รับการสรรหาในแต่ละภาคตามตารางดังนี้

	ภาค วิชาการ	ภาค รัฐ	ภาค เอกชน	ภาค วิชาชีพ	ภาค อื่น	รวม
ปี 2551 จำนวนผู้ได้รับการเสนอชื่อ	123	114	443	152	225	1,057
จำนวนสมาชิกวุฒิสภา	15	14	15	15	15	74
ปี 2554 จำนวนผู้ได้รับการเสนอชื่อ	99	86	212	113	161	671
จำนวนสมาชิกวุฒิสภา	14	14	15	15	15	73

2. ปัญหาและสิ่งที่ต้องปรับปรุงแก้ไข

จากการศึกษาการสรรหา ส.ว. ทั้งสองครั้งที่ผ่านมา พบว่ามีปัญหาและสิ่งที่ต้องปรับปรุงแก้ไขเพื่อให้ได้ ส.ว. ซึ่งมีคุณสมบัติตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ดังนี้

2.1 ปัญหาการต้องรู้จักกรรมการสรรหา จากตารางดังกล่าวจะเห็นว่า องค์กรรมาลงทะเบียนเพื่อเสนอชื่อบุคคลในปี 2554 นี้มีจำนวนเพียง 671 องค์คร ในขณะที่เมื่อปี 2551 มีจำนวนถึง 1,057 องค์คร ลดลงจากเดิมเกือบ 40% อีกทั้ง ส.ว. ชุดแรกได้รับการสรรหากลับเข้ามาในชุดที่สองถึง 31 คน คิดเป็น 42% ของ ส.ว. ที่มาจากการสรรหาจำนวน 73 คน โดย ส.ว. ชุดแรกจำนวนดังกล่าว มีหลายคนที่ไม่ได้มีผลงานและแทบไม่เข้าประชุมเลย แต่กลับได้รับสรรหาเข้ามา เป็น ส.ว. อีกสมัย

จากการสอบถามบุคคลหลายคนที่เคยเข้ารับการสรรหาในครั้งแรก แต่ไม่ประสงค์เข้ารับการสรรหาในครั้งที่สองพบว่า บุคคลดังกล่าวตอบตรงกันว่า “ไม่รู้จัก กรรมการสรรหาคนใดเลย จึงไม่ยอมเสียเงินค่าธรรมเนียม 5,000 บาท สำหรับการเข้ารับการสรรหา เพราะรู้ตัวเองจากประสบการณ์ครั้งที่แล้วว่าไม่มีโอกาสได้ ถึงแม้ต้นจะมีความรู้ความสามารถก็ตาม” ซึ่งสอดคล้องกับการที่กรรมการสรรหา บางคนเคยกล่าวกับผู้รู้จักว่า “บุคคลที่เข้ารับการสรรหาถึงแม้จะมีความรู้ ความสามารถและเป็นที่ยอมรับ เช่น อดีตประธานสภาอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย หรือ อดีตประธานสภาหอการค้าแห่งประเทศไทย แต่ตนไม่รู้จัก ตนก็ไม่เลือก”

ดังนั้นบุคคลซึ่งจะได้รับการสรรหาให้เป็น ส.ว. จำนวนมากจึงต้องรู้จัก กับกรรมการสรรหา หรือมีบุคคลที่รู้จักกับกรรมการสรรหาเป็นผู้ฝากกับกรรมการ สรรหาให้อีกทอดหนึ่ง ทั้งๆ ที่ถูกต้องแล้ว กรรมการสรรหาเองเป็นผู้ซึ่งมีหน้าที่ต้อง ศึกษาข้อมูลและเอกสารเพื่อทำความรู้จักกับบุคคลที่ได้รับการเสนอชื่อเข้ารับการ สรรหา แล้วจึงเลือกบุคคลที่มีคุณสมบัติที่สุดให้เป็น ส.ว. เพื่อจะได้ไปปฏิบัติหน้าที่ ให้เกิดประโยชน์ต่อประเทศ สิ่งทีกล่าวมานี้จึงเป็นปัญหาที่ต้องมีการปรับปรุงแก้ไข โดยกรรมการสรรหาต้องเป็นผู้แก้ไขด้วยตนเอง เพราะไม่มีใครอำนาจตามกฎหมาย ไปกำกับดูแลกรรมการสรรหาได้

2.2 ปัญหาการลงทะเบียนขององค์กรในภาคที่องค์กรนั้นไม่มีคุณสมบัติสำหรับองค์กรที่ลงทะเบียนในแต่ละภาคเพื่อเสนอชื่อบุคคลเข้ารับการสรรหาในภาคดังกล่าว นั้น มีหลายองค์กรที่ได้ลงทะเบียนในภาคที่องค์กรนั้นไม่มีคุณสมบัติ เช่น มูลนิธิโพธิ์วันตั้ง นครปฐม ซึ่งเป็นศาลเจ้าที่จดทะเบียนในรูปของมูลนิธิ สมาคมวิฑูษณ์ครเล่นนครสวรรค์ และมูลนิธิคลังสมอง วปอ. เพื่อสังคม เป็นต้น ซึ่งไม่มีวัตถุประสงค์ตามข้อบังคับที่จดทะเบียนเกี่ยวกับอาชีพหรือวิชาชีพเลย แต่กลับสามารถลงทะเบียนเป็นองค์กรในภาควิชาชีพได้ สำหรับมูลนิธิคลังสมอง วปอ. เพื่อสังคมนั้น ปรากฏว่า พล.อ.อ.วีรวิท คงศักดิ์ ซึ่งเป็นบุคคลที่ได้รับการเสนอชื่อจากองค์กรดังกล่าว ได้รับการสรรหาให้เป็น ส.ว. สำหรับองค์กรในภาควิชาชีพ

แต่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 66 ได้บัญญัติไว้ว่า

“นิติบุคคลย่อมมีสิทธิและหน้าที่ตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น ภายใต้ขอบแห่งอำนาจหน้าที่หรือวัตถุประสงค์ที่ได้บัญญัติหรือกำหนดไว้ในกฎหมาย ข้อบังคับ หรือตราสารจัดตั้ง”

ดังนั้นนิติบุคคลใดๆ จึงดำเนินการนอกเหนือจากอำนาจหน้าที่หรือวัตถุประสงค์ตามที่บัญญัติหรือกำหนดไว้ในกฎหมาย ข้อบังคับ หรือตราสารจัดตั้งไม่ได้ ดังได้มีแนวบรรทัดฐานตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 995/2491 801/2471 950/2491 และ 3340/2516

นอกจากนี้ยังมีหลายองค์กรที่ลงทะเบียนในการสรรหา ส.ว. ชุดแรกเมื่อปี 2551 ในภาคหนึ่ง แต่กลับลงทะเบียนในการสรรหา ส.ว. ชุดที่สองเมื่อปี 2554 ในภาคที่ต่างไป เช่น สมาคมโรงเรียนนายร้อยตำรวจ ได้ลงทะเบียนเป็นองค์กรในภาควิชาชีพและได้เสนอชื่อ พล.ต.อ.วงศ มณีรินทร์ เข้ารับการสรรหา ส.ว. ชุดที่สอง และได้รับการสรรหาให้เป็น ส.ว. แต่ในการสรรหา ส.ว. ชุดแรก สมาคมโรงเรียนนายร้อยตำรวจได้ลงทะเบียนเป็นองค์กรภาควิชาการและได้เสนอชื่อ พล.ต.ท. ยุทธนา ไทยภักดี เข้ารับสรรหา และได้รับการสรรหาให้เป็น ส.ว.

สิ่งที่กล่าวมาทั้งหมดนี้จึงเป็นปัญหาที่ต้องมีการปรับปรุงแก้ไข โดย กกต. ต้องแก้ไขปรับปรุงระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการลงทะเบียนขององค์กรที่มี

สิทธิเสนอชื่อบุคคลเข้ารับการสรรหาเป็น ส.ว. ให้เกิดความชัดเจนในหลักเกณฑ์ว่า องค์กรลักษณะใดจึงจะลงทะเบียนเป็นองค์กรในภาคใดได้

การกำหนดหลักเกณฑ์สำหรับองค์กรในแต่ละภาคดังกล่าวไม่ได้เป็นการไปจำกัดสิทธิในการเสนอชื่อบุคคลขององค์กรใดๆ เพราะหากองค์กรที่มาลงทะเบียนเป็นองค์กรในภาคใดแล้ว ผู้ทำหน้าที่รับลงทะเบียนตรวจสอบพบว่า องค์กรดังกล่าวมีลักษณะไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดสำหรับองค์กรในภาคนั้น องค์กรดังกล่าวก็ยังสามารถไปลงทะเบียนเป็นองค์กรในภาคอื่นๆ ที่้องค์กรดังกล่าว มีลักษณะเป็นไปตามหลักเกณฑ์ อย่างไรก็ตามองค์กรดังกล่าวย่อมสามารถลงทะเบียนเป็นองค์กรในภาคหนึ่งภาคใดจากทั้งหมดห้าภาคได้ เนื่องจากองค์กรในห้าภาคประกอบด้วย องค์กรในภาควิชาการ ภาครัฐ ภาคเอกชน ภาควิชาชีพ และภาคอื่น ซึ่งครอบคลุมองค์กรทุกลักษณะอยู่แล้ว จึงไม่ได้เป็นการตัดสิทธิ้องค์กรดังกล่าว ในการลงทะเบียนและเสนอชื่อบุคคลเข้ารับการสรรหาเป็น ส.ว. แต่อย่างใด หากเป็นเพียงให้้องค์กรดังกล่าวไปลงทะเบียนเป็นองค์กรในภาคที่ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดเท่านั้น

2.3 ปัญหาการที่บุคคลซึ่งได้รับการสรรหาเป็น ส.ว. มีลักษณะต้องห้าม หรือเป็นผู้เสียสิทธิการเลือกตั้ง สำหรับบุคคลที่ได้รับการสรรหาให้เป็น ส.ว. ในชุดที่สองนั้น มีบางคนมีลักษณะต้องห้ามหรือเป็นผู้เสียสิทธิการเลือกตั้ง ได้แก่ นายสัก กอแสงเรือง นายศรีสุข รุ่งวิสัย และนายประจิดต์ โรจนพฤกษ์ ซึ่ง กกต. มีมติภายหลังเมื่อเดือนมีนาคม 2555 ให้เสนอศาลฎีกาวินิจฉัยเพื่อเพิกถอนการสรรหา ส.ว. ของบุคคลทั้งสามและดำเนินการสรรหา ส.ว. ใหม่แทนตำแหน่งที่ว่าง ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 240 ประกอบมาตรา 134 แห่ง พ.ร.บ. ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้ง ส.ส. และการได้มาซึ่ง ส.ว. พ.ศ. 2550 โดยมีรายละเอียดของการมีลักษณะต้องห้ามหรือเป็นผู้เสียสิทธิการเลือกตั้งดังนี้

นายสัก กอแสงเรือง เคยได้รับการเลือกตั้งเป็น ส.ว. ของเขตเลือกตั้ง กรุงเทพมหานครในการเลือกตั้งเมื่อวันที่ 4 มีนาคม 2543 โดยมีสมาชิกภาพเริ่มตั้งแต่วันที่ 22 มีนาคม 2543 ตามบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

พุทธศักราช 2540 มาตรา 315 วรรคห้า (1) แต่ นายสีก กอแสงเรือง ได้รับการเสนอชื่อจากสภานายความเพื่อเข้ารับการสรรหาในวันที่ 6 มีนาคม 2554 จึงพ้นจากตำแหน่ง ส.ว. ยังไม่เกินห้าปี ณ วันที่ได้รับการเสนอชื่อ อันมีลักษณะต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 115 (9)

นายศรีสุข รุ่งวิสัย ขณะเข้ารับการสรรหาเป็น ส.ว. เป็นผู้เสียสิทธิการเลือกตั้งเนื่องจากไม่ได้ไปใช้สิทธิเลือกตั้งและไม่ได้แจ้งเหตุที่ไม่อาจไปใช้สิทธิเลือกตั้ง ส.ส. จังหวัดนนทบุรี แทนตำแหน่งที่ว่าง เมื่อวันที่ 25 มกราคม 2552 ส่วน นายประจิตต์ โรจนพลฤษณ์ ขณะเข้ารับการสรรหาเป็น ส.ว. เป็นผู้เสียสิทธิการเลือกตั้งเนื่องจากไม่ได้ไปใช้สิทธิเลือกตั้งและไม่ได้แจ้งเหตุที่ไม่อาจไปใช้สิทธิเลือกตั้ง ส.ส. จังหวัดปทุมธานี แทนตำแหน่งที่ว่าง เมื่อวันที่ 11 มกราคม 2552 บุคคลทั้งสองจึงเสียสิทธิได้รับการเสนอชื่อเข้ารับการสรรหาเป็น ส.ว. ตามมาตรา 26 ประกอบ มาตรา 27 แห่ง พ.ร.บ. ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้ง ส.ส. และการได้มาซึ่ง ส.ว. พ.ศ. 2550

สิ่งที่กล่าวมานี้เป็นปัญหาที่ไม่ควรเกิดขึ้นเนื่องจากคณะกรรมการสรรหา และคณะกรรมการที่คณะกรรมการสรรหาแต่งตั้งขึ้น รวมทั้งสำนักงาน กกต. ซึ่งทำหน้าที่หน่วยงานธุรการของคณะกรรมการสรรหา สามารถตรวจสอบคุณสมบัติของผู้ได้รับการเสนอชื่อเข้ารับการสรรหาเป็น ส.ว. ว่ามีลักษณะต้องห้ามหรือเสียสิทธิการเลือกตั้งหรือไม่ได้อย่างละเอียดก่อนที่คณะกรรมการสรรหาจะพิจารณาลงคะแนนเพื่อมีมติในการสรรหา ดังนั้นคณะกรรมการสรรหาจึงต้องกำหนดให้มีการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้ได้รับการเสนอชื่อเข้ารับการสรรหาเป็น ส.ว. อย่างละเอียดรอบคอบเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดปัญหาดังกล่าวซ้ำอีก

2.4 ปัญหาความไม่เป็นกลางโดยมีการขัดกันแห่งผลประโยชน์ในการสรรหา บุคคลที่ได้รับการสรรหาให้เป็น ส.ว. บางคนและองค์กรที่เสนอชื่อมีความเกี่ยวข้องกับกรรมการสรรหาบางคน เช่น กรณี พล.อ.ธีรเดช มีเพียร ซึ่งเคยเป็นผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา (ในช่วงปี 2546-2550) ประธานผู้ตรวจการแผ่นดิน (ในช่วงปี 2550-2553) และกรรมการสรรหา ส.ว. ชุดแรกเมื่อปี 2551 มาก่อน จึงเคยร่วมทำงานและรู้จักคุ้นเคยกับกรรมการสรรหา ส.ว. ชุดที่สองในปี 2554 นี้

อย่างน้อยจำนวน 4 คน คือ กรรมการสรรหา ส.ว. 3 คนซึ่งเคยร่วมเป็นคณะกรรมการสรรหา ส.ว. ชุดแรก และอีกคนหนึ่งคือ นายปราโมทย์ โชติมงคล ซึ่งเป็นประธานผู้ตรวจการแผ่นดินในขณะนั้น โดยนายปราโมทย์ โชติมงคล เคยเป็นเลขาธิการสำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา (ในช่วงปี 2543-2548) ซึ่งเคยเป็นผู้ได้บังคับบัญชาของ พล.อ.ธีรเดช มีเพียร มาก่อน ยิ่งไปกว่านั้น พล.อ.ธีรเดช มีเพียร ได้รับการเสนอชื่อจากสำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดินเพื่อเข้ารับการสรรหาเป็น ส.ว. ในองค์กรภาครัฐ โดยที่สำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นองค์กรที่นายปราโมทย์ โชติมงคล ปฏิบัติหน้าที่ควบคุมดูแลอยู่ นอกจากนี้ หลังจากที่ พล.อ.ธีรเดช มีเพียร ได้รับการสรรหาให้เป็น ส.ว. และต่อมาได้รับเลือกให้เป็นประธานวุฒิสภา นายปราโมทย์ โชติมงคล ได้แถลงต่อสื่อมวลชนเมื่อวันที่ 9 ก.ย. 2554 ในโอกาสที่ตนครบวาระการดำรงตำแหน่งผู้ตรวจการแผ่นดินว่า ตนได้รับแต่งตั้งให้เป็นที่ปรึกษาของ พล.อ.ธีรเดช มีเพียร ประธานวุฒิสภา

ตามมาตรา 130 วรรคสอง แห่ง พ.ร.บ. ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้ง ส.ส. และการได้มาซึ่ง ส.ว. พ.ศ. 2550 บัญญัติให้ผู้ที่ได้รับการสรรหาให้เป็น ส.ว. ต้องได้รับคะแนนเสียงเกินกึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการสรรหาเท่าที่มีอยู่ ซึ่งในครั้งนั้นต้องได้รับคะแนนเสียงอย่างน้อย 4 คะแนนจากทั้งหมด 6 คะแนน ดังนั้นการที่ พล.อ.ธีรเดช มีเพียร จะได้รับคะแนนเสียงอย่างน้อย 4 คะแนนนั้น กรรมการสรรหาซึ่งเคยร่วมทำงานและรู้จักคุ้นเคยกับ พล.อ.ธีรเดช มีเพียร ดังกล่าวข้างต้นจำนวนอย่างน้อย 2 คนจะต้องลงคะแนนเสียงให้ จากเหตุผลที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น การที่ พล.อ.ธีรเดช มีเพียร ได้รับการสรรหาให้เป็น ส.ว. จึงมีปัญหาของความไม่เป็นกลางโดยมีการขัดกันแห่งผลประโยชน์

นอกจากนี้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 115 (9) บัญญัติลักษณะต้องห้ามของผู้เข้ารับการสรรหาเป็น ส.ว. ไม่ให้เป็นรัฐมนตรีหรือผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองอื่นซึ่งมิใช่สมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นหรือเคยเป็นแต่พ้นจากตำแหน่งดังกล่าวมาแล้วยังไม่เกินห้าปี ซึ่งมีเจตนารมณ์เพื่อป้องกันมิให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งใช้ตำแหน่งหน้าที่ดำเนินการใดๆ เพื่อให้ตนเองได้รับการสรรหาเป็น ส.ว. ดังนั้นการที่ พล.อ.ธีรเดช มีเพียร เคยเป็นประธานผู้ตรวจการ

แผ่นดินและการสรรหา ส.ว. ชุดแรกเมื่อปี 2551 มาก่อน แล้วกลับมาเป็นผู้ถูกเสนอชื่อเพื่อเข้ารับการสรรหาเป็น ส.ว. จึงไม่น่าจะเหมาะสมถึงแม้จะไม่มีกฎหมายห้ามการกระทำดังกล่าว แต่หากดูเทียบเคียงเจตนารมณ์ของมาตรา 115 (9) แล้ว จะเห็นว่าอาจมีปัญหาของการใช้ตำแหน่งหน้าที่ของตนที่ผ่านมาในการดำเนินการใดๆ เพื่อให้ตนเองได้รับการสรรหาเป็น ส.ว. ได้เช่นเดียวกัน

ยิ่งไปกว่านั้น พล.อ.ธีรเดช มีเพียร ยังถูกอัยการคดีพิเศษยื่นฟ้องต่อศาลอาญาในคดีตีความเลข อ.4290/2552 เมื่อวันที่ 23 พ.ย. 2552 ว่า เมื่อปี 2547 ขณะดำรงตำแหน่งผู้ตรวจการแผ่นดินรัฐสภาได้ร่วมกับพวกสองคนซึ่งมีนายปรโมทย์ โชติมงคล รวมอยู่ด้วย ออกระเบียบจ่ายเบี้ยประชุมลักษณะเหมาจ่ายรายเดือนอันเป็นการขึ้นเงินค่าตอบแทนตัวเองเดือนละ 20,000 บาทโดยมิชอบ

นอกจาก พล.อ.ธีรเดช มีเพียร แล้ว ยังมี นายพิเชต สุนทรพิพิธ ซึ่งเคยเป็นผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา (ในช่วงปี 2543-2547) โดยเป็นผู้บังคับบัญชาของนายปรโมทย์ โชติมงคล ในขณะที่ดำรงตำแหน่งเลขาธิการสำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา (ในช่วงปี 2543-2548) ทั้งนี้ นายพิเชต สุนทรพิพิธ ได้รับการเสนอชื่อเข้ารับการสรรหาเป็น ส.ว. จากองค์กรในภาควิชาการ และได้รับการสรรหาให้เป็น ส.ว. เป็นสมัยที่สอง โดยในสมัยแรกได้รับการเสนอชื่อจากสำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน

นอกจากสำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดินแล้วยังองค์กรที่ลงทะเบียยนเพื่อเสนอชื่อบุคคลเข้ารับการสรรหาหลายองค์กรเป็นองค์กรที่กรรมการสรรหาบางคนปฏิบัติหน้าที่อยู่ ได้แก่ สำนักงาน ป.ป.ช. สำนักงานศาลปกครอง และสำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน สิ่งที่กำลังกล่าวมานี้เป็นปัญหาที่ต้องมีการปรับปรุงแก้ไขเพื่อให้เกิดความเป็นกลางของกรรมการสรรหา และป้องกันมิให้มีการใช้ตำแหน่งหน้าที่ ในขณะที่ดำรงตำแหน่งกรรมการสรรหาดำเนินการใดๆ เพื่อให้ตนเองได้รับการสรรหาเป็น ส.ว. ในอนาคต ในลักษณะเช่นเดียวกับที่มาตรา 115 (9) ได้บัญญัติไว้ ซึ่งการจะแก้ไขปัญหานี้มีความจำเป็นต้องแก้รัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

2.5 ปัญหาการกระจุกตัวของบุคคลซึ่งได้รับการสรรหาให้เป็น ส.ว. หากพิจารณาจากบุคคลซึ่งได้รับการสรรหาให้เป็น ส.ว. ในชุดที่สองทั้งหมด 73 คน จะพบว่ามียอดติดตำรวจ 6 คน ยอดติทหาร 11 คน ยอดติข้าราชการพลเรือน 18 คน รวมจำนวนยอดติข้าราชการทั้งหมดถึง 35 คน คิดเป็น 48% นอกจากนี้ยังมีนักกฎหมายถึง 11 คน คิดเป็น 15% ซึ่งแสดงให้เห็นถึงปัญหาการกระจุกตัวของบุคคลซึ่งได้รับการสรรหาให้เป็น ส.ว. จึงควรปรับปรุงแก้ไขให้ ส.ว. ที่ได้รับการสรรหามีองค์ประกอบจากบุคคลซึ่งมีความรู้ความสามารถในด้านต่างๆ ที่แตกต่างกัน เพื่อให้เกิดความหลากหลายทางความคิดและประสบการณ์อันจะเป็นประโยชน์ต่อการปฏิบัติงานตามอำนาจหน้าที่ของวุฒิสภา โดยคณะกรรมการสรรหาควรพิจารณาและมีมติกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องดังกล่าวอย่างชัดเจนก่อนเริ่มทำการสรรหา

2.6 ปัญหาความเป็นกลางของกระบวนการสืบสวนคำร้องคัดค้านการสรรหา ส.ว. เนื่องจากกฎหมายได้บัญญัติให้ประธาน กกต. เป็นกรรมการสรรหา ส.ว. โดยตำแหน่ง และสำนักงาน กกต. ทำหน้าที่หน่วยธุรการของคณะกรรมการสรรหา ส.ว. ในขณะที่ กกต. ทำหน้าที่สืบสวนสอบสวนคำร้องคัดค้านการสรรหา ส.ว. เพื่อพิจารณายื่นคำร้องต่อศาลฎีกาให้ไต่สวนวินิจฉัย โดยมีสำนักงาน กกต. ทำหน้าที่รับผิดชอบงานธุรการ จึงอาจทำให้กระบวนการสืบสวนสอบสวนคำร้องคัดค้านการสรรหา ส.ว. มีปัญหาของความไม่เป็นกลางโดยมีการขัดกันแห่งผลประโยชน์ที่อาจมีผลกระทบต่อกระบวนการสืบสวนสอบสวนคำร้องคัดค้านการสรรหา ส.ว. ได้

ตามที่มาตรา 133 แห่ง พ.ร.บ. ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้ง ส.ส. และการได้มาซึ่ง ส.ว. พ.ศ. 2550 ได้บัญญัติว่า ภายหลังการประกาศผลการสรรหาแล้ว บุคคลที่ได้รับการเสนอชื่อเข้ารับการสรรหา หรือสมาชิกองค์การที่เสนอชื่อบุคคลเข้ารับการสรรหา หากเห็นว่าการสรรหาเป็นไปโดยไม่ถูกต้องหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย สามารถยื่นคำร้องคัดค้านต่อ กกต. ภายใน 30 วันนับแต่วันประกาศผล เพื่อให้ กกต. ดำเนินการสอบสวนและพิจารณายื่นคำร้องต่อศาลฎีกาให้ไต่สวน และมีคำสั่งต่อไป ตามที่ปรากฏเป็นข่าวในสื่อสาธารณะต่างๆ ว่าการสรรหาในชุดที่สองมีความไม่โปร่งใส และอาจมีการกำหนดบุคคลที่จะได้รับการสรรหาให้เป็น ส.ว.

ไว้ก่อนแล้ว นายสิทธิพล ทวีชัยการ เลขานุการ กกต. ในขณะนั้นได้ออกมากล่าวต่อสื่อสาธารณะว่า ผู้มีส่วนได้เสียกับการสรรหาสามารถขอทราบผลคะแนนในการสรรหาได้ แต่เมื่อมีผู้มีส่วนได้เสียได้ยื่นหนังสือขอผลคะแนนดังกล่าวและข้อมูลเอกสารที่เกี่ยวข้อง นายสิทธิพล ทวีชัยการ กลับไม่ยอมเปิดเผยโดยอ้างว่า ไม่มีกฎหมายอนุญาตให้เปิดเผยได้ อีกทั้งยังมีพฤติกรรมส่อไปในทำนองดึงเรื่องยิ่งไปกว่านั้นยังแจ้งให้ผู้มีส่วนได้เสียทราบว่าไม่ให้ดูคะแนนและข้อมูลเอกสารที่เกี่ยวข้องหลังจากที่เลย 30 วันไปแล้ว ทำให้ผู้มีส่วนได้เสียไม่มีข้อมูลเอกสารที่เกี่ยวข้องเพื่อร้องคัดค้านได้ทันกำหนด

ปัญหาความไม่เป็นกลางโดยมีการขัดกันแห่งผลประโยชน์ดังกล่าวที่อาจมีผลกระทบต่อกระบวนการสืบสวนสอบสวนคำร้องคัดค้านการสรรหา ส.ว. ได้ จึงต้องได้รับการแก้ไข ซึ่งทางการแก้ไขทางหนึ่งอาจทำได้โดยกำหนดให้มีการเปิดเผยเอกสารหลักฐานเกี่ยวกับการสรรหาแก่ผู้มีส่วนได้เสียภายใน 15 วันนับแต่วันประกาศผลการสรรหา และให้ผู้มีส่วนได้เสียสามารถยื่นอุทธรณ์ต่อศาลฎีกาได้ หากไม่เห็นด้วยกับคำสั่งยกการคัดค้านการสรรหา ส.ว. ที่ตนร้องภายในระยะเวลา 30 วันนับแต่วันที่ กกต. มีคำสั่งดังกล่าว

การใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ กับการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550*

พอเจตน วิชาวุฒิพงษ์ **

สืบเนื่องมาจากกรณีที่มีผู้ร้อง 5 ราย ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญขอให้มีคำสั่งให้สมาชิกรัฐสภาเลิกการกระทำการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 ซึ่งอาจนำไปสู่การแก้ไขรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ โดยอ้างว่าเป็นการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศ

โดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งต่อมศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำสั่งให้รับคำร้องดังกล่าวไว้พิจารณาทั้งยังมีหนังสือไปถึงประธานรัฐสภาให้ระงับการดำเนินการลงมติในวาระที่ 3 ไว้ก่อน ตามปรากฏในหนังสือข่าวสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 16/2555 ลงวันที่ 1 มิถุนายน 2555 นั้น

ผู้เขียนในฐานะนักกฎหมายผู้หนึ่งที่ได้ติดตามการแก้ไขรัฐธรรมนูญของรัฐสภาดังกล่าวตลอดมา จึงได้ศึกษาบทบัญญัติดังกล่าวเพื่อพิจารณาประกอบกับ

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net 15 กรกฎาคม 2555 21:33 น.

** นักวิชาการอิสระ

ข้อเท็จจริงและมีความเห็นในเชิงหลักการและในปัญหาข้อกฎหมายที่เกี่ยวกับ มาตรา 68 ดังต่อไปนี้

1. หลักการทั่วไปของการแบ่งแยกอำนาจในระบอบประชาธิปไตยนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ จะมีอำนาจถ่วงดุลซึ่งกันและกัน แต่ใน รายละเอียดของวิธีการในการถ่วงดุลนั้น จะต้องพิจารณาจากกฎหมายที่ให้อำนาจ ในการถ่วงดุลแก่แต่ละฝ่ายเอาไว้เท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ อำนาจในการถ่วงดุล นั้นจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้ จะดำเนินการถ่วงดุลนอกเหนือจากที่กฎหมาย กำหนดเอาไว้ไม่ได้ ดังนั้น ฝ่ายตุลาการจะดำเนินการตรวจสอบฝ่ายบริหารหรือ ฝ่ายนิติบัญญัติได้ ต้องดำเนินการตามกรอบที่กฎหมายให้อำนาจเอาไว้เท่านั้น

2. ในระบอบประชาธิปไตย อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ โดยหลักการ ต้องถือว่าเป็นอำนาจของประชาชน ดังนั้น เมื่อประชาชนได้เลือกสมาชิกรัฐสภาเข้ามา ทำหน้าที่แทนตนตามกฎหมาย รัฐสภาในฐานะเป็นสภาของประชาชนหรือสภาแห่ง รัฐ และเป็นผู้มีหน้าที่บัญญัติกฎหมายย่อมมีอำนาจที่จะแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ตาม กรอบของอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายได้บัญญัติเอาไว้

3. เมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 แล้ว จะเห็นได้อย่างชัดเจนว่า ศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งสถาปนาโดยรัฐธรรมนูญ ในหมวด 10 ส่วนที่ 2 นั้น มาตรา 211 ให้หลักการที่สำคัญเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญไว้ โดยให้มีหน้าที่ในการพิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใด ต้องด้วยบทบัญญัติ มาตรา 6 ซึ่งก็หมายความว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่หลักนอกเหนือจากการ พิจารณาวินิจฉัยความขัดแย้งระหว่างรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรตาม รัฐธรรมนูญที่มีใช้ศาลแล้ว คือการพิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือ แแย้งต่อรัฐธรรมนูญอันจะทำให้มีผลใช้บังคับไม่ได้หรือไม่ เท่านั้น ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญ แปลความमतตลอดว่า คำว่า “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ตามมาตรา 211 ดังกล่าว หมายความว่าพระราชบัญญัติหรือกฎหมายที่มีศักดิ์เทียบเท่าพระราชบัญญัติ เท่านั้น ดังนี้ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของรัฐสภา จึงมิใช่เรื่องของความขัดแย้งระหว่าง องค์กร และมีใช่เรื่องการพิจารณาว่าบทบัญญัติของกฎหมายใดขัดหรือแย้ง ต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากกรณีไม่ใช่เรื่องที่รัฐสภาพิจารณาออกกฎหมายหรือแก้ไข

กฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ หากแต่เป็นการแก้ไขกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญที่มีศักดิ์ของกฎหมายสูงกว่าพระราชบัญญัติทั่วไปซึ่งกฎหมายมิได้ให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบเอาไว้

4. อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยถึงสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ ถือเป็นอีกอำนาจหนึ่งที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ซึ่งก็คือ อำนาจที่บัญญัติไว้ในมาตรา 68 ซึ่งผู้เขียนจะได้แยกพิจารณาดังต่อไปนี้

4.1 จากตัวบทรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติว่า “บุคคลจะใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ มิได้” จะเห็นได้ว่า กรณีที่จะเข้าเงื่อนไขของมาตรา 68 วรรคหนึ่งได้ ต้องเป็นเรื่อง “การใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ” เท่านั้น ซึ่งการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญย่อมเป็นไปตามที่บัญญัติเอาไว้ในหมวด 3 แห่งรัฐธรรมนูญ คือ ตั้งแต่มาตรา 26 ถึงมาตรา 69 เท่านั้น ตัวอย่างก็เช่น นาย ก. ใช้สิทธิในการแสดงความคิดเห็นตามมาตรา 45 ด้วยการพูดปราศรัยในที่ชุมนุมแห่งหนึ่งเรียกร้องให้ทหารหรือคณะบุคคลออกมาทำการรัฐประหารหรือใช้กำลังยึดอำนาจจากรัฐบาลในระบอบประชาธิปไตย หรือนาย ข. ใช้การพิมพ์โฆษณาหรือการส่งจดหมายอิเล็กทรอนิกส์ (E-mail) เพื่อปลุกระดมมวลชนหรือกลุ่มบุคคลให้ยึดอำนาจจากรัฐหรือให้ทหารทำการรัฐประหาร เป็นต้น

หากเป็นกรณีที่รัฐสภาใช้อำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญตามมาตรา 291 ย่อมเป็นเพียงการใช้ “อำนาจหน้าที่” ของรัฐสภา หากใช้การใช้สิทธิและเสรีภาพตามที่บัญญัติเอาไว้ในรัฐธรรมนูญไม่ กรณีจึงไม่อาจร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้ตามบทบัญญัติมาตรา 68

4.2 หากเป็นเรื่องการใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญที่กระทำเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้ หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้

เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ก็มีวิธีการดั่งบัญญัติไว้ในวรรคสองของ มาตรา 68 ว่า “ในกรณีที่บุคคลหรือพรรคการเมืองใดกระทำการตามวรรคหนึ่ง ผู้ทราบ การกระทำดังกล่าวย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและ ยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว แต่ทั้งนี้ “ไม่กระทบกระเทือนการดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำการดังกล่าว” ซึ่งในฐานนัยกฎหมาย ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะจะมีวิธีการตีความดังกล่าวต่อไปนี้

ก. หากตีความตามหลักภาษาไทย ประธานของประโยค น่าจะหมายถึง “ผู้ทราบการกระทำดังกล่าว”

กริยาของประโยค คือ “มีสิทธิเสนอเรื่องให้”

กรรมของประโยค คือ “อัยการสูงสุด”

ส่วนประโยคที่ว่า “ตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องขอให้ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว” เป็นเพียงอนุประโยค หรือ ประโยคย่อยที่ใช้ขยายกรรมของประโยคหลักเท่านั้น

การตีความเช่นนี้อาจมีผู้ไม่เห็นด้วยและเห็นว่าน่าจะตีความในอีกรูปแบบ ได้ว่า คำว่า “และยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการฯ” นั้น เป็นประโยค ที่เชื่อมต่อและขยายคำว่า “ผู้ทราบการกระทำดังกล่าวย่อมมีสิทธิ” ได้ เนื่องจากมี คำว่า “และ” อยู่ กรณีนี้ผู้เขียนขอให้พิจารณาต่อในส่วนของการตีความในส่วนของ เจตนารมณ์กฎหมาย

ข. เมื่อใช้วิธีการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย ปัญหาแรกที่ต้องพิจารณาก็คือ หากให้สิทธิแก่ผู้ทราบการกระทำดังกล่าวให้สามารถยื่นคำร้อง โดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ กรณีย่อมไม่เป็นประโยชน์ที่จะยื่นกับอัยการสูงสุด เพราะเมื่อสามารถยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ เหตุใดผู้ทราบการกระทำ จะต้องเสียเวลาไปยื่นต่ออัยการสูงสุดอีก ประกอบกับศาลรัฐธรรมนูญก็เป็นศาล ที่ใช้ระบบไต่สวนในการค้นหาความจริงอยู่แล้ว การยื่นให้อัยการสูงสุดย่อมไม่มีความจำเป็นอีกทั้งคำร้องของผู้ร้องยังอาจถูกอัยการสูงสุดมีคำสั่งยกคำร้องในภายหลังได้

อันเป็นการซ้กซ้กแก้คดีโดยไม่จำเป็น ดังนั้น หากตีความในรูปแบบที่ให้สิทธิแก่ผู้ทราบการกระทำดังกล่าวยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญ การตรวจสอบข้อเท็จจริงในเบื้องต้นโดยอัยการสูงสุดย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ในทางปฏิบัติเลย

ในส่วนของเจตนารมณ์ของมาตรา 68 วรรคสองนั้น ผู้เขียนเห็นว่าเนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญมีอยู่ศาลเดียวและมีเพียงชั้นศาลเดียว คู่ความไม่สามารถยื่นอุทธรณ์หรือฎีกาได้อีก รัฐธรรมนูญจึงบัญญัติให้คดีที่จะต้องเข้ามาสู่การวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้น โดยหลักจะต้องผ่านการกลั่นกรองจากองค์กรตามรัฐธรรมนูญมาอย่างน้อยหนึ่งชั้นแล้ว เช่น การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามมาตรา 245(1) หรือโดยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติตามมาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2) เป็นต้น โดยแม้จะมีช่องทางตามมาตรา 212 เป็นข้อยกเว้นที่ให้สิทธิแก่บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพเสนอคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรงไว้ แต่กฎหมายก็ได้

กำหนดเงื่อนไขไว้ในวรรคสองว่า ต้องเป็นกรณีที่บุคคลนั้นๆ ไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้วเท่านั้น ดังนั้น การแปลความบทบัญญัตินี้จึงต้องตีความโดยคำนึงถึงบริบทดังกล่าวด้วย ทั้งไม่อาจถือได้ว่าเป็นการแปลกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิของบุคคล เนื่องจากเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจนแล้ว ทั้งในบริบทของลายลักษณ์อักษรและในบริบทของเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย

4.3 เคยมีคำสั่งเรื่องพิจารณาที่ 12/2549 ของศาลรัฐธรรมนูญ วินิจฉัยในเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจนว่า “รัฐธรรมนูญ มาตรา 63 มิได้บัญญัติให้ผู้ร้องมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อขอให้ยุบพรรคการเมืองได้โดยตรง แต่จะต้องดำเนินการตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 63 วรรคสอง โดยเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องต่อศาล” ซึ่งแม้เรื่องนี้จะเป็นการวินิจฉัยตามมาตรา 63 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็เป็นที่มาของบทบัญญัติมาตรา 68 นี้ โดยมีเนื้อความในทำนองเดียวกันเพียงแต่เดิมบทบัญญัติมาตรา 63 ใช้คำว่า “ผู้รู้เห็นการกระทำดังกล่าว” แต่บทบัญญัติมาตรา 68 ใช้คำว่า “ผู้ทราบการกระทำดังกล่าว” แทนเท่านั้น

5. กรณีตามมาตรา 212 ที่บัญญัติว่า “บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อมีคำวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้” และวรรคสองบัญญัติว่า “การใช้สิทธิตามวรรคหนึ่งต้องเป็นกรณีที่ไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นได้แล้ว...” นั้น ไม่อาจตีความได้ว่า การใช้สิทธิยื่นคำร้องตามมาตรา 68 เป็นการใช้สิทธิโดยอาศัย บทบัญญัติมาตรา 212 นี้ได้ เนื่องจาก

5.1 แม้บทบัญญัติมาตรา 212 จะให้สิทธิ “บุคคล” เสนอเรื่องไว้ ซึ่งอาจเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลก็ได้ แต่ก็ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ว่า บุคคลนั้น “ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้” เท่านั้น ถ้าฟังเพียง “อาจจะ” ถูกล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน หรือ “อาจจะ” เดือดร้อนหรือเสียหายจากการถูกล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานเท่านั้น ผู้นั้นยังไม่มียุติฟ้องคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 212 ดังนั้น เมื่อการแก้ไขรัฐธรรมนูญยังมิได้เกิดขึ้นและสำเร็จลง บุคคลใดๆ จึงไม่อาจอ้างได้ว่าตน “อาจจะ” ถูกล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพหรือ เดือดร้อนเสียหายได้

5.2 วัตถุประสงค์การตรวจสอบตามบทบัญญัตินี้ ต้องเป็น “บทบัญญัติแห่งกฎหมาย” ซึ่งมีความหมายอย่างเดียวกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามมาตรา 211 ได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนดและประกาศคณะปฏิวัติที่มีค่าบังคับเทียบเท่ากับพระราชบัญญัติ โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่บุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพสามารถนำมาฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้จะต้องเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายอันเป็นที่มาของการละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลนั้นด้วย ซึ่งกรณีการแก้ไขรัฐธรรมนูญของรัฐสภานั้น ไม่เข้าหลักเกณฑ์ดังกล่าว เนื่องจากเป็นการแก้ไข “รัฐธรรมนูญ” ซึ่งไม่ใช่ “บทบัญญัติของกฎหมาย” ตามความหมายของมาตรา 212

6. สำหรับกรณีที่มีผู้เห็นว่า ตามคำสั่งเรื่องพิจารณาที่ 12/2549 นั้น ไม่อาจใช้เป็นบรรทัดฐานในส่วนที่วินิจฉัยเกี่ยวกับวิธีการยื่นคำร้องตามมาตรา 68 ได้

เนื่องจากข้อเท็จจริงแตกต่างกัน¹ ผู้เขียนจะได้ทำความเข้าใจเป็นรายประเด็นดังต่อไปนี้

ก. คดีตามคำสั่งเรื่องพิจารณาที่ 12/2549 ผู้ร้องยื่นคำร้องข้ามชั้นตอนตามกฎหมายหรือไม่กรณีตามคำสั่งดังกล่าว ผู้ร้องคือ นายสุรพงษ์ โตวิจักษณ์ชัยกุล ได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคประชาธิปัตย์ โดยอ้างว่า นายอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ หัวหน้าพรรคประชาธิปัตย์ในขณะนั้น ได้เสนอแนะให้ พ.ต.ท.ทักษิณ ชินวัตร นายกรัฐมนตรีในขณะนั้น นำคณะรัฐมนตรีลาออกทั้งคณะ

¹ ชาวไทยรัฐออนไลน์ : ตอนท้าย นาย วสันต์ สร้อยพิสุทธิ์ ประธานศาลรธน. ได้ถามนายโกคินกลางห้องใต้สวน กรณีที่นายโกคินอ้างว่าศาลรัฐธรรมนูญ เคยมีคำสั่งที่ 12/2549 ไม่รับคำร้องขอให้ยุบพรรคประชาธิปัตย์ (ปชป.) ตามมาตรา 63 ของรัฐธรรมนูญ 2540 ในข้อหาล้มล้างการปกครอง เพราะต้องผ่านการพิจารณาของอัยการสูงสุดมาก่อน ซึ่งเป็นลักษณะเดียวกับกรณีมาตรา 68 ในรัฐธรรมนูญปัจจุบัน ในฐานะเป็นอดีตตุลาการมาก่อนหรือไม่ แตกต่างกันอย่างไรร นายโกคิน จึงตอบเสียงอ่อยๆ ว่า ขอตรวจสอบอ่านก่อน ทำให้เจ้าหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญนำเอกสารดังกล่าวไปให้นายโกคินอ่าน

จากนั้น นายวสันต์ กล่าวว่า ข้อกฎหมายถ้าเราเห็นไม่ตรงกันไม่มีใครว่าอะไร แต่ข้อมูลต้องตรงกัน สำหรับกรณีดังกล่าว ขอชี้แจงว่าในครั้งนั้น นายสุรพงษ์ ได้ยื่นตรงขอให้ยุบพรรคประชาธิปัตย์เลยทันที ถือเป็นการข้ามชั้นตอน เพราะรัฐธรรมนูญมาตรา 63 ของรัฐธรรมนูญ 2540 ที่นายสุรพงษ์ได้ใช้เพื่อยื่นคำร้องนั้นกำหนดไว้ต้องให้ศาลรัฐธรรมนูญ มีคำสั่งให้พรรคการเมืองใด ยกการกระทำการล้มล้างการปกครองก่อนถึงค่อยพิจารณายุบพรรคการเมืองอยู่ มายื่นให้ยุบพรรคเลยโดยไม่มีการขอให้ห้ามกระทำการ เหมือนกับอยู่ๆ ไม่ได้ฟ้องใครเพื่อให้อัยการฟ้องแต่ขอให้รับของกลาง มันเป็นไปได้ด้วยในตัว ขอให้ทำความเข้าใจกันให้ถูกต้อง ส่วนเรื่องความเห็นต่างกันไม่มีใครทะเลาะกัน นายโกคิน กล่าวว่า ตรงนี้เป็นความเห็นส่วนตัวไม่ได้เห็นคำร้องที่นายสุรพงษ์ยื่น แต่ในคำสั่งนี้ศาลรัฐธรรมนูญก็ได้รับว่าต้องผ่านการพิจารณาของอัยการสูงสุดก่อน นายวสันต์ กล่าวว่า ความเห็นนั้นเป็นการลอกข้อความของมาตรา 63 วรค 2 ลงมาเท่านั้น แต่ศาลไม่ได้ชี้ว่าต้องไปผ่านอัยการสูงสุดก่อนเสมอไปแต่อย่างใด หลังจากที่นายโกคินได้ชี้แจงรายละเอียดและตอบข้อซักถามทั้งหมดเสร็จสิ้นแล้ว ซึ่งใช้เวลาานเกือบ 2 ชั่วโมง นายวสันต์ ได้สั่งพักการไต่สวนในเวลา 11.50 น. และสั่งให้เริ่มการไต่สวนอีกครั้งในรอบบ่าย เวลา 13.00 น. (ดู <http://www.thairath.co.th/content/pol/273930>)

และให้ พ.ต.ท.ทักษิณ กราบบังคมทูลขออนายกรัฐมนตรีพระราชทาน โดยอาศัยความตามมาตรา 7 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 อันเป็นที่มาของการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิถีทางซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยนายอภิสิทธิ์ได้กล่าวข้อเสนอแนะปราศรียหาเสียงรวมทั้งออกแถลงการณ์ของพรรคประชาธิปัตย์เมื่อประมาณปลายเดือนมีนาคม พ.ศ. 2549 และต่อมาภายหลัง พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวได้มีพระราชดำรัสเกี่ยวกับเรื่องนี้ เมื่อวันที่ 25 เมษายน 2549 มีใจความตอนหนึ่งว่า “...เขาอยากจะได้นายกฯ พระราชทาน เป็นต้น จะขออนายกฯ พระราชทาน ไม่ใช่เป็นเรื่องการปกครองแบบประชาธิปไตย...” และในวันที่ 25 พฤษภาคม 2549 ก็เป็นวันที่ศาลรัฐธรรมนูญอ่านคำวินิจฉัยฉบับนี้ ซึ่งในส่วนของข้อเท็จจริงที่ว่า นายสุรพงษ์ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญในวันที่เท่าใดนั้น ผู้เขียนค้นหาข้อมูลไม่พบ แต่โดยตรรกะแล้ว คาดว่าน่าจะมีการยื่นคำร้องในช่วงระหว่างภายหลังวันที่ 25 เมษายน 2549 จนถึงก่อนวันที่ 25 พฤษภาคม 2549 เนื่องจากก่อนหน้าวันที่ 25 พฤษภาคม 2549 นั้น มีนักวิชาการ นักการเมืองรวมถึงนักเคลื่อนไหวทางการเมืองหลายคน ได้แสดงความคิดเห็นและข้อเรียกร้องว่าสามารถยื่นคำขอรอบบังคมทูลขออนายกรัฐมนตรีพระราชทานได้ ทั้งนี้ไม่มีผู้ใดคัดค้านโดยให้เหตุผลว่าเป็นการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิถีทางซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญดังกล่าวเลย แต่หลังจากมีกระแสพระราชดำรัสดังกล่าวแล้ว ข้อเรียกร้องเหล่านี้รวมทั้งข้อเรียกร้องของนายอภิสิทธิ์ก็เงียบหายไปจากสังคมไทย ไม่มีบุคคลใดกล่าวเรียกร้องขออนายกรัฐมนตรีพระราชทานอีกเลย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 63 วรรคสาม บัญญัติว่า “ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้พรรคการเมืองใดเลิกกระทำการตามวรรคสองศาลรัฐธรรมนูญอาจสั่งยุบพรรคการเมือง ดังกล่าวได้” เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติดังกล่าว หากพิจารณาเพียงในบริบทของลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ก็คงต้องตีความไปตามขั้นตอนการยุบพรรคดังต่อไปนี้

1. เมื่อศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าพรรคการเมืองใดกระทำการตามที่บัญญัติห้ามไว้ในมาตรา 63 วรรคหนึ่งแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญต้องมีคำสั่งให้

พรรคการเมืองเลิกการกระทำนั้นก่อน

2. เมื่อสั่งให้พรรคการเมืองเลิกการกระทำดังกล่าวแล้ว จึงมีอำนาจสั่งยุบพรรคการเมืองได้ การพิเคราะห์เพียงในบริบทของลายลักษณ์อักษรเช่นนี้ อาจเกิดปัญหาขึ้นภายหลังได้ เช่น พรรคการเมือง ก. ใช้สิทธิในการเขียนและโฆษณา อันเป็นการใช้สิทธิตามมาตรา 39 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 โดยเขียนบทความโฆษณาเพื่อปลุกใจทหารในกองทัพให้ออกมาทำการปฏิวัติเพื่อเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบประชาธิปไตยให้เป็นระบอบคอมมิวนิสต์ ต่อมาหลังจากนั้น พรรคการเมือง ก. ได้ทราบว่ามิบุคคลรวมตัวกันเพื่อจะยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 68 เพื่อให้พรรคการเมือง ก. เลิกการกระทำดังกล่าว ดังนั้น พรรคการเมือง ก. จึงยุติการเขียนและโฆษณาทันที เช่นนี้ หากพิจารณาในบริบทของลายลักษณ์อักษร บุคคลที่รวมตัวกันดังกล่าว ย่อมไม่มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ เนื่องจากพรรคการเมือง ก. ได้เลิกการกระทำไปก่อนแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจมีคำสั่งให้เลิกการกระทำได้อีก ทั้งหากจะยื่นขอให้ยุบพรรคการเมือง ก. ตามมาตรา 63 วรรคสาม ก็ไม่อาจทำได้ เนื่องจากเป็นการข้ามขั้นตอน เพราะไม่มีการยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญสั่งให้เลิกการกระทำก่อน ผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายคงไม่มีเจตนารมณ์เช่นนั้น การตีความจึงต้องกระทำในบริบทของการตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายด้วย ซึ่งหากแปลในแง่ของเจตนารมณ์กฎหมายแล้ว ย่อมตีความได้ว่า กรณีหากผู้ร้องยกเลิกการกระทำไปก่อนที่จะมีการยื่นคำร้องแล้ว ผู้ร้องย่อมยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งให้ยุบพรรคได้ทันที โดยประเด็นที่จะต้องนำสืบพยานกันในศาลก็จะมีเพียง 3 ประเด็นใหญ่ คือ

ก. ผู้ร้องได้กระทำการดังที่ผู้ร้องกล่าวหาหรือไม่

ข. การกระทำดังกล่าวเข้าข่ายต้องห้ามตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 63 หรือไม่ และ

ค. ศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำสั่งยุบพรรคการเมืองนั้นหรือไม่

เมื่อพิเคราะห์ข้อกฎหมายในกรณีนี้ประกอบข้อเท็จจริงในคดีตามคำสั่งเรื่องพิจารณาที่ 12/2549 แล้ว ผู้เขียนเห็นว่า กรณีเห็นได้ว่า นายอภิสิทธิ์และ

พรรคประชาธิปัตย์ได้ยุติการกระทำไปแล้วตั้งแต่วันที่ 26 เมษายน 2549 ผู้ร้องจึงไม่อาจยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้นายอภิสิทธิ์และพรรคประชาธิปัตย์เลิกการกระทำได้อีก การที่ผู้ร้องยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยยุบพรรคประชาธิปัตย์โดยมิได้ยื่นคำร้องขอให้ศาลสั่งให้เลิกการกระทำก่อน จึงมิได้เป็นการผิดขั้นตอนตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 63 วรรคสามแต่อย่างใด

ดังนั้น คำสั่งเรื่องพิจารณาที่ 12/2549 ของศาลรัฐธรรมนูญ แม้จะมีข้อเท็จจริงที่แตกต่างกับคดีเกี่ยวกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญตามมาตรา 291 ที่ผู้เขียนนำมาใช้เป็นข้อมูลในการเขียนบทความนี้ แต่หลักกฎหมายในคดีดังกล่าวก็ยังคงเป็นสิ่งที่น่าจะใช้เป็นบรรทัดฐานได้อยู่ เนื่องจากมาตรา 63 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ถือเป็นแม่บทในการยกร่างมาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 อีกทั้งเมื่อพิจารณาจากข้อกฎหมายแล้ว ก็ไม่ถือว่าผู้ร้องยื่นคำร้องผิดขั้นตอนตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 63 วรรคสาม ดังที่มีผู้กล่าวอ้างแต่อย่างใด

ข. คำสั่งของศาลรัฐธรรมนูญตามคำสั่งเรื่องพิจารณาที่ 12/2549 เป็นแต่เพียงการลอกข้อความที่บัญญัติไว้ในมาตรา 63 วรรคสอง มาเท่านั้นหรือไม่

ปัญหานี้ ผู้เขียนจะไม่วินิจฉัย แต่ได้นำเอาข้อความตามกฎหมายและข้อความที่ศาลได้วินิจฉัยไว้ในคำสั่งดังกล่าวมากล่าวอ้างไว้เท่านั้น ส่วนผู้ใดจะพิจารณาเห็นว่าเป็นเพียงการลอกข้อความที่บัญญัติไว้ในกฎหมายหรือไม่นั้น ก็ขอให้ตรวจสอบเอาเองตามสติและปัญญาและสามัญสำนึกแห่งวิญญูชนที่จะพึงมี

มาตรา 63 วรรคสอง “ในกรณีที่บุคคลหรือพรรคการเมืองใดกระทำการตามวรรคหนึ่ง ผู้รัฐเห็นการกระทำดังกล่าวย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำดังกล่าว แต่ทั้งนี้ ไม่กระทบกระเทือนการดำเนินคดีอาญาต่อผู้กระทำการดังกล่าว”

คำสั่งเรื่องพิจารณาที่ 12/2549 ของศาลรัฐธรรมนูญ

“ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา 63 มิได้บัญญัติให้ผู้ร้องมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อขอให้ยุบพรรคการเมืองได้โดยตรง แต่จะต้องดำเนินการตามมาตรา 63 วรรคสอง โดยเสนอเรื่องให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริงและยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ กรณีตามคำร้องศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจที่จะรับไว้พิจารณาวินิจฉัยให้ได้”

นรชาติวางวาย มลายสินทั้งอินทรีย์ สกิตทั่วแต่ชั่วดี ประดับไว้ในโลกา

ผลผูกพันของคำวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน*

คณินท์ ชัยชนะ**

จากการที่ศาลรัฐธรรมนูญได้ออกนั้งอ่านคำวินิจฉัยในคดีตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 เมื่อวันที่ 13 กรกฎาคม 2555 ที่ผ่านมา ได้ก่อให้เกิดเสียงวิพากษ์วิจารณ์อย่างกว้างขวางในสังคม ทั้งในแวดวงการเมืองและแวดวงวิชาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในประเด็นที่ 2 ว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยการยกร่างใหม่ทั้งฉบับนั้นไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญมาตรา 291 ควรให้ประชาชนได้ลงประชามติเสียก่อนว่าสมควรจะมีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยรัฐสภาตามมาตรา 291 สามารถกระทำได้โดยการแก้ไขเพิ่มเติมเป็นรายมาตราเท่านั้น

การที่ศาลวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวทั้งที่ไม่ได้เป็นประเด็นตามมาตรา 68 ประกอบกับการที่ศาลเลือกใช้คำว่า “ควร” แทนคำว่า “ต้อง” ได้ก่อให้เกิดข้อสงสัยจากหลายๆ ฝ่ายว่าคำวินิจฉัยของศาลในประเด็นนี้มีผลผูกพันหรือไม่ อย่างไร หากรัฐสภายังเดินหน้าลงมติในวาระที่ 3 ต่อไปจะถือเป็นการกระทำที่ขัดต่อคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ และขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 216 วรรคห้า ที่กำหนดให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และ

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net 8 เมษายน 2555 22:44 น.

** สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

องค์กรอื่นของรัฐ หรือไม่

นอกจากนี้ ก่อนหน้านั้นเมื่อวันที่ 28 มีนาคม 2555 ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยในคดีตามรัฐธรรมนูญมาตรา 211 วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 มาตรา 54 เฉพาะในส่วนที่สันนิษฐานให้กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น ต้องรับโทษทางอาญาร่วมกับการกระทำความผิดของนิติบุคคลโดยไม่ปรากฏว่า มีการกระทำหรือเจตนาประการใดอันเกี่ยวกับการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 39 วรรคสอง เป็นอันใช้บังคับไม่ได้

คำวินิจฉัยนี้ได้ก่อให้เกิดประเด็นคำถามเกี่ยวกับขอบเขตความผูกพันของคำวินิจฉัยว่า คำวินิจฉัยนี้มีผลกระทบต่อกฎหมายฉบับอื่นๆ (อีกหลายสิบฉบับ) ที่มีบทบัญญัติลักษณะเดียวกันกับมาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติขายตรงฯ หรือไม่ ศาลและองค์กรอื่นที่เกี่ยวข้องยังคงสามารถปฏิบัติตามบทบัญญัติเหล่านั้นได้หรือไม่ และที่สำคัญคือคำถามที่ว่า คำวินิจฉัยดังกล่าวมีผลเป็นการห้ามรัฐสภาตราบทบัญญัติในลักษณะเดียวกันนี้ออกมาในอนาคตหรือไม่

ประเด็นปัญหาจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญทั้งสองฉบับข้างต้นนี้สามารถสรุปได้เป็น 2 ประเด็น คือ

(1) เนื้อหาส่วนใดบ้างของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่มีผลผูกพันตามรัฐธรรมนูญมาตรา 216 วรรคห้า

(2) องค์กรที่อยู่ภายใต้ผลผูกพันของคำวินิจฉัยจะต้องปฏิบัติอย่างไรเพื่อให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย

จะเห็นได้ว่าประเด็นปัญหาทั้งสองประเด็นนี้เป็นปัญหาเกี่ยวกับ “ผลผูกพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ” ในแง่มุมที่ยังไม่มีคำตอบที่ชัดเจนในระบบกฎหมายไทยและยังไม่มีกรณีการอภิปรายถกเถียงกันอย่างถ่องแท้ในเชิงวิชาการ บทความนี้จึงมีวัตถุประสงค์เพื่อนำเสนอข้อมูลในส่วนของประเทศไทยซึ่งเป็นประเทศที่เป็นต้นแบบของศาลรัฐธรรมนูญไทยในหลายๆ ด้าน และได้มีการอภิปรายถกเถียงในประเด็นดังกล่าวมาแล้วเป็นระยะเวลาหลายสิบปี ทั้งในแวดวงตุลาการและวิชาการ

ทั้งนี้ เพื่อให้ให้นักกฎหมายไทยได้ศึกษาวิเคราะห์ประเด็นข้อถกเถียงระหว่างความเห็นของฝ่ายต่างๆ ในเยอรมนี อันจะเป็นการปูพื้นฐานที่ดีก่อนที่จะเริ่มหาคำตอบของประเด็นปัญหาทั้งสองในบริบทของกฎหมายไทย ทั้งนี้ เพื่อให้การอภิปรายถกเถียงในประเทศไทยเป็นไปอย่างรอบคอบ ละเอียดถี่ถ้วน ครอบคลุมทุกแง่มุม และเพื่อให้ได้คำตอบที่มีเหตุผลหนักแน่นและรอบด้านมากที่สุด

1. ส่วนของคำวินิจฉัยที่มีผลผูกพัน

บทบัญญัติเกี่ยวกับผลผูกพัน (Bindungswirkung) ของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ค.ศ. 1951¹ โดยมาตรา 31 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดไว้ว่า “คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีผลผูกพันองค์กรตามรัฐธรรมนูญของสหพันธ์และของมลรัฐ รวมถึงศาลและองค์กรอื่นของรัฐ” แต่บทบัญญัติดังกล่าวไม่ได้กำหนดให้ชัดเจนว่า ผลผูกพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญนั้นครอบคลุมเนื้อหาในทุกๆ ส่วนของคำวินิจฉัยหรือไม่ กรณีจึงเป็นหน้าที่ของศาลและฝ่ายวิชาการในเยอรมนีที่จะต้องตีความเพื่อหาคำตอบให้กับประเด็นคำถามดังกล่าว

1.1 คำพิพากษาศาลทั่วไป

ในเบื้องต้นนี้ สมควรต้องกล่าวถึงผลผูกพันของคำพิพากษาศาลอื่นๆ ทั่วไป (Rechtskraft) ในเยอรมนีเสียก่อน สำหรับคำพิพากษาศาลทั่วไปในประเทศเยอรมนีมีหลักกฎหมายซึ่งเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่า คำพิพากษาศาลมีผลผูกพันเฉพาะเนื้อหาในส่วนที่เป็นคำบังคับเท่านั้น เนื้อหาในส่วนเหตุผลของคำพิพากษา (ซึ่งประกอบด้วยข้อเท็จจริงแห่งคดี กฎหมายและหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง การตีความกฎหมาย และการปรับข้อเท็จจริงให้เข้ากับกฎหมาย) นั้น ไม่มีผลผูกพันคู่กรณีโดยตรง แต่อาจมีความสำคัญในกรณีที่คำบังคับนั้นไม่ชัดเจน อ่านแล้วไม่เข้าใจ คู่กรณีจำเป็นต้องอ่านเหตุผลของคำพิพากษาประกอบเพื่อจะได้เข้าใจและปฏิบัติ

¹ Bundesverfassungsgerichtsgesetz

ตามคำบังคับของศาลได้อย่างถูกต้อง²

ตัวอย่างเช่น เมื่อศาลในคดีแพ่งวินิจฉัยว่าจำเลยได้กระทำละเมิดต่อโจทก์ จึงพิพากษาให้จำเลยจ่ายค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์ ส่วนที่เป็นคำบังคับของคำพิพากษาในกรณีนี้ คือ ส่วนที่กำหนดให้จำเลยจ่ายค่าสินไหมทดแทนแก่โจทก์ ซึ่งมีผลผูกพันคู่ความโดยตรง แต่เนื้อหาส่วนเป็นการตีความกฎหมาย (ส่วนที่ศาลอธิบายว่าละเมิดคืออะไร) และส่วนที่เป็นการปรับบท (ส่วนที่วินิจฉัยว่าการกระทำใดบ้างของจำเลยที่ถือเป็นการกระทำละเมิดต่อโจทก์) นั้นอยู่ในส่วนเหตุผลของคำพิพากษา และไม่มีผลผูกพันโดยตรง กล่าวคือ แม้จำเลยจะกระทำการแบบเดิมจนเกิดความเสียหายแก่โจทก์อีกในอนาคต โจทก์ก็ไม่สามารถบังคับให้จำเลยจ่ายค่าสินไหมทดแทน (โดยอ้างคำพิพากษาลงบัพเดิม) ได้ทันที แต่ต้องฟ้องร้องต่อศาลอีกครั้ง และศาลในคดีใหม่นี้ก็ไม่ผูกพันต่อแนวการตีความและแนวการวินิจฉัยของศาลในคดีก่อนแม้จะมีข้อเท็จจริงที่ใกล้เคียงกันเพียงใดก็ตาม เหตุที่เป็นเช่นนี้เนื่องจากระบบกฎหมายเยอรมันเป็นระบบซีวิลลอว์ ศาลเป็นองค์กรที่มีหน้าที่บังคับใช้กฎหมาย มิได้เป็นผู้ออกกฎหมายเสียเอง คำพิพากษาของศาลมีผลเป็นเพียงการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทรายกรณี แต่ไม่มีสถานะเทียบเท่ากฎหมายหรือเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมาย³ แม้จะเป็นคำพิพากษาของศาลสูงสุดก็ไม่มีผลผูกพันต่อศาลในระดับต่ำกว่า⁴ เนื่องจากระบบกฎหมายเยอรมันไม่มีหลัก stare decisis ซึ่งเป็นหลัก

² Vollkommer, in: Zöller, ZPO, 1999, Vor § 322, Rn. 32 ff.; Hartmann, in: Baumbach/Lauterbach, ZPO, 2000, § 322 Rn. 9, 16 ff.; Bethge, in: Maunz u.a., BVerfGG, 2012, § 31, Rn. 94; Ziekow, Abweichung von bindenden Verfassungsgerichtsentscheidungen?, NVwZ 1995, 247 (248).

³ Stahl, Die Bindung der Staatsgewalten an die höchstrichterliche Rechtsprechung, 1973, S. 198ff.; Ziekow, Abweichung von bindenden Verfassungsgerichtsentscheidungen?, NVwZ 1995, 247 (248);

⁴ อย่างไรก็ตาม เพื่อความเป็นเอกภาพของคำพิพากษาศาล ระบบกฎหมายเยอรมันจึงมีกลไกการควบคุมความเป็นเอกภาพของคำพิพากษาศาล ดังนี้ (1) การยื่นอุทธรณ์และฎีกา (2) กรณีที่องค์คณะในศาลชั้นอุทธรณ์และศาลสูงสุดจะวินิจฉัยข้อกฎหมายไปในแนวทางที่ต่างไปจากแนวคำพิพากษาขององค์คณะอื่นในศาลเดียวกัน ต้องเสนอเรื่องให้ที่องค์คณะร่วม

กฎหมายของประเทศในกลุ่ม common law ผู้พิพากษาในเยอรมนีจึงผูกพันต่อกฎหมายเท่านั้น ตามที่รัฐธรรมนูญมาตรา 20 วรรคสาม ได้กำหนดไว้⁵

1.2 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

แต่สำหรับกรณีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นเป็นกรณีที่แตกต่างกันจากคำพิพากษาของศาลอื่นทั่วไป โดยศาลรัฐธรรมนูญเองมีความเห็นว่า เหตุผลในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ในส่วนที่มีเนื้อหาเป็นการตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญก็มีผลผูกพันองค์กรอื่นของรัฐตามความในมาตรา 31 วรรคหนึ่งด้วย เช่นเดียวกับส่วนของคำบังคับ โดยศาลได้ให้เหตุผลเพียงสั้นๆ ว่า รัฐธรรมนูญได้มอบหมายให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรหลักที่มีหน้าที่ตีความและพิทักษ์รักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจเด็ดขาดในการวินิจฉัยปัญหาการตีความรัฐธรรมนูญ และองค์กรอื่นของรัฐต้องเคารพและนำเอาแนวการตีความรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญไปยึดถือเป็นแนวปฏิบัติ⁶

อย่างไรก็ดี มิใช่ว่าเนื้อความทุกถ้อยคำที่ปรากฏอยู่ในเหตุผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญจะมีผลผูกพันองค์กรอื่นของรัฐตามมาตรา 31 วรรคหนึ่งเสมอ ศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักเอาไว้ว่า เฉพาะส่วนที่เป็น “เหตุผลหลัก” (Entscheidungstragende Gründe หรือ ratio decidendi⁷) และมีเนื้อหาเป็นการตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเท่านั้นที่จะมีผลผูกพันองค์กรอื่นๆ ของรัฐ⁸ ซึ่งต่อมาศาลได้ขยายความว่า “ส่วนที่เป็นเหตุผลหลัก” หมายถึง “ส่วนของเหตุผลใน

ของศาลแห่งนั้น (Großer Senat) วินิจฉัยชี้ขาด และ (3) กรณีที่ศาลสูงสุดแห่งหนึ่งจะวินิจฉัยข้อกฎหมายไปในแนวทางที่ต่างไปจากแนวคำพิพากษาของศาลสูงสุดแห่งอื่น จะต้องเสนอเรื่องให้องค์กรคณะร่วมศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์ (Gemeinsamer Senat der Obersten Gerichtshöfe des Bundes) วินิจฉัยชี้ขาด

⁵ มาตรา 20 วรรคสาม “ฝ่ายนิติบัญญัติย่อมผูกพันต่อระบอบรัฐธรรมนูญ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการย่อมผูกพันต่อกฎหมายและความยุติธรรม”

⁶ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ BVerfGE 1, 14 (37); 20, 56 (87); 40, 88 (93 f.).

⁷ Bethge, in: Maunz u.a., BVerfGG, 2012, § 31, Rn. 96; Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 2001, Rn. 1325

⁸ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ BVerfGE 1, 14 (37).

คำวินิจฉัยที่ไม่อาจตัดออกไปได้โดยไม่ทำให้ผลการวินิจฉัยเปลี่ยนไปจากเดิม” อาจเรียกได้ว่าเป็นเหตุผลส่วนที่ขาดเสียมิได้

ส่วนเนื้อหาที่ไม่ถือว่าเป็นเหตุผลหลักนั้น ได้แก่ “ข้อสังเกตหรือความเห็นทางกฎหมายที่ศาลถือโอกาสแสดงออกมาในคำวินิจฉัย โดยที่มิได้เป็นส่วนหนึ่งของชุดเหตุผลและมีได้เป็นตัวเชื่อมโยงระหว่างหลักกฎหมายกับผลการวินิจฉัย”⁹ (obiter dicta)¹⁰ ซึ่งอาจเรียกได้ว่าเป็นข้อความที่ไม่มีก็ได้นั่นเอง

ความเห็นดังกล่าวนี้ได้รับการยอมรับจากศาลอื่นๆ โดยมีนักวิชาการส่วนหนึ่งให้เหตุผลสนับสนุนเพิ่มเติมว่า รัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์ให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรผู้มีอำนาจเด็ดขาดในการตีความรัฐธรรมนูญเพื่อรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็น “ผู้มีอำนาจตีความรัฐธรรมนูญตัวจริง” (Authentischer Interpret) องค์กรอื่นของรัฐต้องยึดถือแนวการตีความของศาลรัฐธรรมนูญมาเป็นหลักในการปฏิบัติหน้าที่ของตน¹¹

อย่างไรก็ตาม เสียงส่วนใหญ่ในฝ่ายวิชาการนั้นไม่เห็นด้วยกับความเห็นของศาลรัฐธรรมนูญ โดยเห็นว่ามาตรา 31 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญฯ มีผลเป็นเพียงการขยายขอบเขตของ “ผู้อยู่ภายใต้ผลผูกพันของคำวินิจฉัย” เท่านั้น กล่าวคือ เป็นการขยายขอบเขตผลผูกพันให้ครอบคลุมไปถึงบุคคลและองค์กรอื่นๆ ด้วยนอกเหนือไปจากคู่กรณี โดยมีได้เป็นการขยาย “เนื้อหา” ของผลผูกพันด้วยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตามความเห็นของนักวิชาการฝ่ายนี้จึงมีผลผูกพันเฉพาะส่วนที่เป็นคำบังคับเท่านั้น เช่นเดียวกับคำพิพากษาของศาลประเภทอื่นๆ¹²

⁹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ BVerfGE 96, 375 (404).

¹⁰ Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 2001, Rn. 1325.

¹¹ Bethge, in: Maunz u.a., BVerfGG, 2012, § 31 Rn. 97 ff.; Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 2001, Rn. 1329.

¹² Schlaich/Korioth, Bundesverfassungsgericht, 8. Aufl., 2010, Rn. 485; Schenke, Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, 1987, S. 61 ff.

เหตุผลหลักของความเห็นฝ่ายนี้ คือ รัฐธรรมนูญเป็นรากฐานของสังคมและกฎหมายทั้งระบบ จึงควรต้องมีความยืดหยุ่นสูงเพื่อพร้อมรับการเปลี่ยนแปลงทางสังคมและค่านิยมอยู่ตลอดเวลา จะได้ไม่ต้องมีการแก้ไขบ่อย การตีความรัฐธรรมนูญโดยศาลรัฐธรรมนูญเป็นการขยายความบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญโดยการเพิ่มรายละเอียดให้แก่บทบัญญัติที่มีความไม่ชัดเจน หากยอมรับให้รายละเอียดเหล่านี้ (ที่เพิ่มเข้ามาโดยศาลรัฐธรรมนูญ) มีผลผูกพันด้วยจะทำให้รัฐธรรมนูญขาดความยืดหยุ่นที่ควรจะมี และเป็นการยับยั้งการพัฒนาหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ ปิดกั้นการมีส่วนร่วมในการพัฒนาหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญของศาลและองค์กรอื่นๆ ที่มีหน้าที่ต้องตีความรัฐธรรมนูญเช่นกัน และยังเป็น การปิดกั้นโอกาสให้ผู้อื่นตรวจสอบและโอกาสในการตรวจสอบตนเองของศาลรัฐธรรมนูญด้วย นอกจากนี้ในทางปฏิบัติยังเป็นการยากที่จะตัดสินว่าส่วนใดใช่หรือไม่ใช่ “เหตุผลหลัก” ของคำวินิจฉัยตามหลักเกณฑ์ที่ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดไว้ข้างต้น¹³

2. ผลผูกพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญต่อองค์กรอื่นของรัฐ

โดยทั่วไปแล้ว คำพิพากษาศาลในระบบกฎหมายเยอรมันจะมีผลผูกพันเฉพาะคู่กรณีเท่านั้น (inter partes) แต่สำหรับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญกฎหมายได้ขยายขอบเขตผลผูกพันให้ครอบคลุมไปถึงบุคคลและองค์กรอื่นๆ นอกเหนือไปจากคู่กรณีด้วย โดยมาตรา 31 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ ได้กำหนดให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันองค์กรตามรัฐธรรมนูญทุกองค์กร รวมถึงศาลและองค์กรอื่นของรัฐ นอกจากนี้ มาตรา 31 วรรคสอง ยังได้กำหนดไว้เป็นกรณีพิเศษสำหรับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ให้มี “ผลบังคับตั้งเช่นกฎหมาย” (Gesetzeskraft) ซึ่งถือเป็นการขยายขอบเขตผลผูกพันของคำวินิจฉัยให้ครอบคลุมบุคคลทุกคน (inter omnes) ไม่เฉพาะเพียงแต่องค์กรของรัฐเท่านั้น¹⁴

¹³ Schlaich/Korioth, Bundesverfassungsgericht, 8. Aufl., 2010, Rn. 485 ff.

¹⁴ Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl., 2001, Rn. 1289; Bethge, in:

2.1 ผลผูกพันต่อศาลและฝ่ายปกครอง

(1) ผลผูกพันในส่วนของการบังคับ

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าการกระทำขององค์กรใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้ว องค์กรนั้นย่อมมีหน้าที่ต้องยกเลิกการกระทำดังกล่าวและละเว้นการกระทำแบบเดียวกันอีกในอนาคตหากยังไม่มีการเปลี่ยนแปลงในข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย (Wiederholungsverbot)¹⁵ หลักการดังกล่าวเป็นหลักการเดียวกับผลผูกพันของคำพิพากษาศาลปกครองกรณีศาลพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ซึ่งในกรณีนี้ก็เป็นที่ยอมรับว่าฝ่ายปกครองย่อมไม่อาจมีคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาแบบเดิมภายใต้ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเดิมได้¹⁶ มิเช่นนั้นแล้วคำพิพากษาของศาลก็จะไม่มีความหมายแต่อย่างใด

(2) ผลผูกพันของเหตุผลในคำวินิจฉัย

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันเห็นว่า คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เป็นเหตุผลหลักและมีสาระเป็นการตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญย่อมผูกพันองค์กรอื่นของรัฐด้วย ดังนั้น ในการปฏิบัติหน้าที่ของศาลและฝ่ายปกครอง หากเป็นกรณีที่ต้องตีความบทบัญญัติใดๆ ของรัฐธรรมนูญ องค์กรเหล่านั้นมีหน้าที่ต้องตีความให้สอดคล้องกับแนวการตีความรัฐธรรมนูญที่ปรากฏในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้อง¹⁷ คำพิพากษาที่เป็นผลจากการตีความที่ไม่สอดคล้องกับแนวการตีความของศาลรัฐธรรมนูญถือเป็นเหตุให้คู่ความสามารถยื่นอุทธรณ์หรือฎีกาต่อศาลลำดับถัดไปได้ด้วย¹⁸ และยังถือเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 20 วรรคสามอีกด้วย¹⁹

Maunz u.a., BVerfGG, 2012, § 31, Rn. 156.

¹⁵ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ BVerfGE 104, 151 (157 f).

¹⁶ Clausing, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, 2011, § 121 Rn. 81.

¹⁷ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ BVerfGE 40, 88 (93)

¹⁸ § 78 III Nr. 2 AsylVfG; § 72 II Nr. 2 ArbGG; § 160 II Nr. 2 SGG; §§ 124 II Nr. 4, 132 II Nr. 2 VwGO

¹⁹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ BVerfGE 40, 88 (93 ff.)

(3) ผลผูกพันของคำวินิจฉัยกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

สำหรับกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและประกาศความเป็นโมฆะของบทบัญญัตินั้นย่อมมีผลให้ต้องถือว่าบทบัญญัตินั้นไม่มีตัวตนอยู่ในทางกฎหมาย²⁰ ฝ่ายปกครองและศาลอื่นๆ ต้องละเว้นการนำบทบัญญัตินั้นมาบังคับใช้ต่อไปในอนาคต นอกจากนี้ฝ่ายปกครองยังมีหน้าที่แก้ไขการกระทำและผลจากการกระทำต่างๆ ในอดีตที่ได้ดำเนินการไปบนพื้นฐานแห่งบทบัญญัติที่เป็นโมฆะนั้นเพื่อให้ทุกอย่างกลับมาสู่สภาวะที่สอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ²¹

สำหรับกฎหมายฉบับอื่นๆ ที่มีบทบัญญัติในลักษณะเดียวกันหรือใกล้เคียงกันนั้นย่อมไม่ได้รับผลกระทบจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญโดยตรง เนื่องจากไม่ได้เป็นวัตถุแห่งคดีและศาลรัฐธรรมนูญก็ได้ระบุไว้ด้วยในคำบังคับ²² นอกจากนี้รัฐธรรมนูญมาตรา 100 วรรคหนึ่ง ได้กำหนดให้ศาลทุกแห่งมีหน้าที่ต้องยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หากศาลเห็นว่ากฎหมายที่จะนำมาใช้บังคับแก่คดีนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ²³ บทบัญญัตินี้ไม่เพียงเป็นการกำหนดเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรม (Konkrete Normenkontrolle) หากแต่ยังมีผลให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กร “ผูกขาดอำนาจในการยกเลิกกฎหมาย” (Verwerfungsmonopol) ด้วย กล่าวคือ หากเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติ (รัฐบัญญัติ) ในเยอรมนีจะมีศาลรัฐธรรมนูญเพียงองค์กรเดียวเท่านั้นที่มีอำนาจวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายนั้น トラบไตที่ยังไม่มีคำวินิจฉัย

²⁰ มาตรา 78 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ กำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญประกาศความเป็นโมฆะของบทบัญญัติที่ศาลวินิจฉัยว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ

²¹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ BVerfGE 81, 363 (384).

²² Bethge, in: Maunz u.a., BVerfGG, 2012, § 31, Rn. 165.

²³ มาตรา 100 วรรคหนึ่ง “กรณีที่ศาลต้องใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นว่าบทบัญญัตินั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ ให้ศาลรอการพิจารณาและส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย...”

ประกาศความเป็นโมฆะของกฎหมาย องค์การของรัฐทุกองค์การยังคงต้องปฏิบัติตามและนำกฎหมายนั้นมาบังคับใช้ต่อไป

เหตุที่ระบบกฎหมายเยอรมันสงวนอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (ระดับรัฐบัญญัติ) ให้แก่ศาลรัฐธรรมนูญ เนื่องจากกฎหมายระดับรัฐบัญญัติเป็นกฎหมายที่มาจากผู้แทนประชาชน (รัฐสภา) ศาลที่จะมาใช้อำนาจลบล้างกฎหมายของผู้แทนประชาชนจึงควรต้องมีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย (ความยึดโยงกับประชาชน) มากเป็นพิเศษ ซึ่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในเยอรมนีได้รับการคัดเลือกมาจากสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาอย่างละกึ่งหนึ่ง²⁴ จึงมีความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยมากกว่าศาลอื่นๆ²⁵ นอกจากนี้กฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติถือเป็นกฎหมายแม่บทที่กำหนดหลักการสำคัญในเรื่องต่างๆ หากปล่อยให้ศาลแต่ละศาลสามารถวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญได้เองและไม่ต้องนำกฎหมายมาใช้บังคับในคดีหากเห็นว่ากฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ กรณีอาจเป็นการทำลายความเป็นเอกภาพในการบังคับใช้กฎหมายที่มีความสำคัญในระดับแม่บท เพราะศาลแต่ละแห่งอาจตีความรัฐธรรมนูญไปในแนวทางที่ต่างกัน

ดังนั้น เมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยบัพัญญัติใดขัดต่อรัฐธรรมนูญแล้ว หากยังมีกฎหมายฉบับอื่นๆ ที่มีบัพัญญัติที่เหมือนหรือใกล้เคียงกันและศาลจะต้องใช้บัพัญญัติเหล่านั้นบังคับแก่คดี ศาลย่อมไม่อาจอ้างคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรงเพื่อละเว้นการนำบัพัญญัติเหล่านั้นมาบังคับใช้แก่คดี หากแต่ศาลยังคงมีหน้าที่ต้องยื่นเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญมาตรา 100 วรรคหนึ่ง เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้ผูกขาดอำนาจในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยในระหว่างนี้ ศาลอื่นๆ ยังคงมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามและนำบัพัญญัติเหล่านั้นมาบังคับใช้ต่อไป²⁶ (เว้นเสียว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำสั่งระงับ

²⁴ มาตรา 5 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ

²⁵ Benda/Klein, Verfassungsprozessrecht, 2. Aufl., 2001, Rn. 767 ff.

²⁶ Bethge, in: Maunz u.a., BVerfGG, 2012, § 31, Rn. 167.

ผลใช้บังคับของบทบัญญัตินั้นเป็นการชั่วคราวจนกว่าจะมีคำวินิจฉัยชี้ขาดคดี)²⁷

อย่างไรก็ตาม “อำนาจผูกขาดในการยกเลิกกฎหมาย” ของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญมาตรา 100 วรรคหนึ่ง มีผลเฉพาะกับกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น สำหรับกรณีกฎหมายลำดับรอง (กฎหมายของฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครอง) ศาลไม่จำเป็นต้อง (และไม่มีอำนาจ) ส่งคำร้องไปยังศาลรัฐธรรมนูญ หากศาลเห็นว่าบทบัญญัติใดขัดต่อรัฐธรรมนูญ ศาลสามารถระงับการบังคับใช้แก่คดีนั้นได้ทันที โดยถือเป็นการวินิจฉัยข้อกฎหมายในประเด็นรองแห่งคดี (Vorfrage) ซึ่งจะไม่มีผลผูกพันในคดีอื่น ต่างจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่มีผลผูกพันเป็นการทั่วไป²⁸

สำหรับฝ่ายปกครองนั้น หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเห็นว่ากฎหมายที่ตนจะต้องนำมาใช้บังคับมีบทบัญญัติที่เหมือนหรือใกล้เคียงกับบทบัญญัติที่ศาลรัฐธรรมนูญเคยวินิจฉัยว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญ เจ้าหน้าที่ผู้นั้นต้องทำความเข้าใจเสนอผู้บังคับบัญชาขึ้นไปตามลำดับชั้น เพื่อเสนอให้คณะรัฐมนตรียื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญในกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงนามธรรม (Abstrakte Normenkontrolle)²⁹ เนื่องจากรัฐธรรมนูญเยอรมันไม่ได้เปิดช่องทางให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง อย่างไรก็ตาม หากเป็นกรณีของกฎหมายลำดับรอง เจ้าหน้าที่ที่อาจยื่นเรื่องให้ศาลปกครองวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของ “กฎ” ได้โดยตรงตามมาตรา 47 แห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาคดีปกครอง ค.ศ. 1960

2.2 ผลผูกพันต่อองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ

ในเรื่องผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่มีต่อฝ่ายนิติบัญญัติ

²⁷ คำสั่งกำหนดวิธีการชั่วคราวก่อนวินิจฉัยคดี ตามมาตรา 32 แห่งรัฐบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ

²⁸ มาตรา 31 วรรคสอง “คำวินิจฉัยตามมาตรา 13 ข้อ 6 ข้อ 6 เอ ข้อ 11 ข้อ 12 และข้อ 14 ให้มีผลบังคับตั้งเช่นกฎหมาย...”

²⁹ รัฐธรรมนูญ มาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 2

นั้นยังคงเป็นที่ถกเถียงในเยอรมนี³⁰ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นว่า เมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าบทบัญญัติใดขัดต่อรัฐธรรมนูญและประกาศความเป็นโมฆะของบทบัญญัตินั้นแล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติจะยังคงมีอำนาจตรากฎหมายที่มีเนื้อหาเหมือนเดิมออกมาอีกครั้งได้หรือไม่ (Normwiederholungsverbot)

ในประเด็นนี้ศาลรัฐธรรมนูญ (องค์คณะที่สอง) ได้เคยให้ความเห็นว่า คำวินิจฉัยกฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญมีผลเป็นการห้ามฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายที่มีเนื้อหาเดียวกันนี้ออกมาอีกครั้ง รวมถึงห้ามประธานาธิบดีลงนามในร่างกฎหมายที่มีลักษณะดังกล่าวด้วย³¹ ต่อมาองค์คณะที่หนึ่งแห่งศาลรัฐธรรมนูญได้แสดงความเห็นในประเด็นเดียวกันไปในทางตรงกันข้ามว่ารัฐธรรมนูญมาตรา 20 วรรคสามบัญญัติให้ฝ่ายนิติบัญญัติผูกพันต่อรัฐธรรมนูญเพียงเท่านั้น ผลผูกพันของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเป็นเพียงสิ่งที่เกิดขึ้นตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติเอง (มาตรา 31 แห่งรัฐบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์) ฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะผู้ตรากฎหมายนั้นย่อมไม่ผูกพันต่อกฎหมายของตนและสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ทุกเมื่อนอกจากนี้ในฐานะผู้แทนโดยตรงจากประชาชน ฝ่ายนิติบัญญัติย่อมมีหน้าที่คอยตรวจสอบและแก้ไขปรับปรุงกฎหมายให้สอดคล้องกับสภาวะสังคมและค่านิยมที่เปลี่ยนแปลงไปในแต่ละยุคสมัย³² ดังนั้น ตามความเห็นขององค์คณะที่หนึ่งแห่งศาลรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยกฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญจึงไม่มีผลผูกพันฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายนิติบัญญัติยังคงสามารถตรากฎหมายที่มีเนื้อหาเหมือนเดิมออกมาอีกครั้งได้เมื่อเห็นว่ามีความเหมาะสมกับสภาพสังคมหรือค่านิยมที่เปลี่ยนแปลงไป³³

สำหรับแนวความเห็นนี้ นักวิชาการส่วนหนึ่งได้ออกมาให้เหตุผลสนับสนุนเพิ่มเติมว่า เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายที่มีเนื้อหาเหมือนเดิมออกมาอีก (และมีผู้ยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย) จะทำให้ศาลรัฐธรรมนูญมีโอกาสได้ทบทวนแนวคำวินิจฉัยของตนอยู่เสมอ โดยพิจารณาว่าคำวินิจฉัยและแนวการตีความ

³⁰ Schlaich/Koriath, Bundesverfassungsgericht, 8. Aufl., 2010, Rn. 483.

³¹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ BVerfGE 1, 14 (37); 69, 112 (115)

³² คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ BVerfGE 77, 84 (103)

³³ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ เผยแพร่ใน BVerfGE 96, 260 (263)

ที่ผ่านมาของตนเองยังเหมาะสมกับยุคสมัย สภาพสังคม และค่านิยมในปัจจุบันอยู่หรือไม่ เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงทางสังคมและค่านิยมอาจมีผลให้กฎหมายที่มีถ้อยคำเหมือนเดิม มีความหมายที่เปลี่ยนไปได้³⁴ การห้ามไม่ให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายที่มีเนื้อหาแบบเดิมออกมาจะมีผลเป็นการยับยั้งพัฒนาการของกฎหมาย (Erstarrung der Rechtsentwicklung)³⁵ และก่อให้เกิดช่องว่างระหว่างกฎหมายกับสภาพความเป็นจริงของสังคมในที่สุด

ตามความเห็นของฝ่ายนี้ เมื่อคำวินิจฉัยกฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ ไม่มีผลเป็นการห้ามฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายที่มีบทบัญญัติเหมือนเดิมออกมาอีก ฝ่ายนิติบัญญัติย่อมไม่มีหน้าที่ต้องดำเนินการยกเลิกกฎหมายฉบับอื่นๆ ที่มีบทบัญญัติในลักษณะเดียวกันด้วย เพราะถือเป็นดุลพินิจโดยแท้ของฝ่ายนิติบัญญัติเช่นกัน³⁶

เป็นที่น่าแปลกใจว่า ในประเด็นที่มีความสำคัญเช่นนี้ ในเยอรมนีกลับยังไม่มีข้อสรุปที่ชัดเจน แม้กระทั่งภายในศาลรัฐธรรมนูญเอง องค์คณะทั้งสองก็ยังมีความเห็นที่ต่างกันโดยสิ้นเชิง โดยที่ผ่านมานั้น ที่ประชุมร่วมตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ (Plenum) ยังไม่มีโอกาสได้วินิจฉัยชี้ขาดความขัดแย้งระหว่างองค์คณะทั้งสองในประเด็นดังกล่าว เนื่องจากยังไม่เข้าเงื่อนไขที่จะต้องส่งเรื่องให้ที่ประชุมร่วมตุลาการศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาด³⁷

อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติพบว่าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ (รวมถึงข้อสังเกตที่ปรากฏในเหตุผลของคำวินิจฉัย) มักจะได้รับความเคารพและปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัดจากฝ่ายนิติบัญญัติโดยเสมอมา ประเด็นปัญหาที่กล่าวมาข้างต้นจึงเป็นเพียงปัญหาในทางวิชาการที่ยังไม่ส่งผลกระทบต่อทางปฏิบัติมากนัก

³⁴ Schlaich/Korioth, Bundesverfassungsgericht, 8. Aufl., 2010, Rn. 484

³⁵ Bethge, in: Maunz u.a., BVerfGG, 2012, § 31, Rn. 196

³⁶ Bethge, in: Maunz u.a., BVerfGG, 2012, § 31, Rn. 166; Battis, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VII, 1992, § 165 Rdn. 64.

³⁷ มาตรา 16 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ฯ “หากองค์คณะหนึ่ง ประสงค์จะวินิจฉัยข้อกฎหมายไปในแนวทางที่ต่างจากความเห็นของอีกองค์คณะหนึ่ง ให้เป็นอำนาจของที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในการวินิจฉัยชี้ขาด”

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อันนำไปสู่คดีขอให้ยุบพรรคการเมืองในตุรกี*

ปฐมพงษ์ พิพัฒน์นากิจ**

ตามที่ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทยมีคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 ลงวันที่ 13 กรกฎาคม พ.ศ. 2555 ที่ผ่านมา กรณีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยการยกร่างรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับเป็นการล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่ ผลแห่งคดีสรุปว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญโดยการยกร่างรัฐธรรมนูญใหม่ทั้งฉบับไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 291 แต่การกระทำดังกล่าวไม่เป็นการล้มล้างการปกครองฯ เมื่อไม่เป็นการล้มล้างการปกครองฯ จึงไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยในประเด็นการยุบพรรคการเมืองและเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าและกรรมการบริหารพรรคการเมือง

คดีของศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทยดังกล่าวทำให้ชวนนึกถึงคดีที่เกิดขึ้นในประเทศตุรกีเมื่อปี ค.ศ. 2008 ซึ่งประเทศตุรกีเป็นอีกหนึ่งประเทศที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้มีศาลรัฐธรรมนูญ โดยมีอำนาจหน้าที่อย่างชัดเจนตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญให้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐธรรมนูญแก้ไข

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net 29 กรกฎาคม 2555 20:57 น.

** นักวิชาการอิสระ

เพิ่มเติม และพิจารณาวินิจฉัยยุบพรรคการเมือง รวมทั้งเพิกถอนสิทธิทางการเมืองของผู้บริหารพรรคการเมืองเป็นระยะเวลา 5 ปี สำหรับคดีที่เกิดขึ้นในประเทศตุรกี คดีแรกเป็นประเด็นเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่กระทบต่อข้อห้ามแห่งบทบัญญัติที่ไม่อาจแก้ไขเพิ่มเติมได้ อันนำไปสู่คดีที่สองกรณีขอให้ยุบพรรคการเมืองที่ละเมิดข้อห้ามดังกล่าวตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญตุรกี ในที่นี้จะได้กล่าวถึงหลักกฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับการวินิจฉัยคดีทั้งสองและเนื้อหาสาระสำคัญของคดีทั้งสองดังนี้

1. หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

รัฐธรรมนูญตุรกีฉบับปี ค.ศ. 1982¹ ซึ่งยังคงมีผลใช้บังคับจนถึงปัจจุบันนี้² มีการแก้ไขเพิ่มเติมไปแล้วหลายครั้ง แต่เนื่องจากคดีที่จะกล่าวถึงทั้ง 2 คดีนั้นเกิดขึ้นในปี ค.ศ. 2008 ในที่นี้จึงกล่าวถึงเนื้อหาของกฎหมายก่อนที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 2010 ซึ่งเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยในทั้ง 2 คดีไปแล้ว

1.1 องค์คณะของศาลรัฐธรรมนูญตุรกี ศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจำนวน 11 คน และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสำรอง (substitute member) อีก 4 คน³ ในการประชุมพิจารณาวินิจฉัยคดี องค์คณะของศาลรัฐธรรมนูญต้องประกอบด้วยประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาล

¹ รัฐธรรมนูญตุรกี ฉบับปี ค.ศ. 1982 แก้ไขเพิ่มเติมปี ค.ศ. 2001 [Online], Available URL: http://www.anayasa.gov.tr/images/loaded/pdf_dosyalari/THE_CONSTITUTION_OF_THE_REPUBLIC_OF_TURKEY.pdf, 2555 (กรกฎาคม, 26

² รัฐธรรมนูญตุรกีฉบับนี้เป็นผลสืบเนื่องโดยตรงมาจากการรัฐประหารที่นำโดยคณะทหาร ซึ่งใช้มาจนถึงปัจจุบัน และในขณะนี้ประเทศตุรกีได้ทำการปฏิรูปรัฐธรรมนูญฉบับนี้ เมื่อปี ค.ศ. 2010 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับศาลรัฐธรรมนูญตุรกี โปรดดู วิศรุต คิตติ, “ศาลรัฐธรรมนูญตุรกี ภายหลังจากการปฏิรูปรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 2010 ตอนที่ 1,” *จดหมายข่าวศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 13*, ฉบับที่ 3 (พฤษภาคม - มิถุนายน 2554) : หน้า 12-13.

³ รัฐธรรมนูญตุรกี มาตรา 146.

รัฐธรรมนูญอีก 10 คน รวมเป็น 11 คน คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในคดีโดยทั่วไป ต้องกระทำด้วยมติเสียงข้างมาก ส่วนคำวินิจฉัยให้เพิกถอนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและคำวินิจฉัยให้ยุบพรรคการเมืองต้องกระทำด้วยมติเสียงข้างมาก สามในห้า⁴ นั่นคือ ต้องมีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 7 คน ลงมติเห็นชอบให้เพิกถอนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญหรือให้ยุบพรรคการเมือง

1.2 อำนาจตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีผลใช้บังคับแล้วทั้งในด้านรูปแบบและด้านเนื้อหา รวมทั้งด้านกระบวนการพิจารณาของ สภานิติบัญญัติแห่งชาติของตุรกี นอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญยังมีอำนาจตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ด้วย โดยมีข้อจำกัดในการตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญไว้ให้กระทำได้เฉพาะความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางรูปแบบเท่านั้น ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับนี้ ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีมีคำวินิจฉัยในเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแล้ว เช่น คำวินิจฉัยที่ 1987/15 ลงวันที่ 8 มิถุนายน ค.ศ. 1987⁵ และคำวินิจฉัยที่ E. 2008/16, K. 2008/116 ลงวันที่ 5 มิถุนายน ค.ศ. 2008⁶

1.3 อำนาจยุบพรรคการเมือง การยุบพรรคการเมืองของตุรกีจะกระทำได้ด้วยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น ตามคำร้องที่เสนอโดยอัยการสูงสุดแห่งสาธารณรัฐ อันเนื่องมาจากการที่พรรคการเมืองกระทำละเมิดต่อบทบัญญัติอันเป็นข้อห้ามของรัฐธรรมนูญด้วยการกระทำดังต่อไปนี้

- 1) ข้อบังคับพรรคการเมืองและแผนการดำเนินงานของพรรคการเมือง
- 2) การดำเนินกิจกรรมของพรรคการเมือง

⁴ รัฐธรรมนูญตุรกี มาตรา 149.

⁵ อ้างใน Kemal Gözler, op.cit, pp. 47-48

⁶ [Online], Available URL: <http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=content&lang=en&id=141,2555> (กรกฎาคม, 26).

3) การรับเงินสนับสนุนพรรคการเมืองจากต่างประเทศ องค์กรระหว่างประเทศ บุคคลหรือนิติบุคคล

โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ข้อบังคับพรรคการเมืองและแผนการดำเนินงานของพรรคการเมือง รวมทั้งการดำเนินกิจกรรมของพรรคการเมืองต้องไม่ขัดแย้งต่อเรื่องรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ดังต่อไปนี้

- 1) เรื่องเอกราชของรัฐ
- 2) บูรณภาพอันไม่อาจแบ่งแยกได้ด้วยเขตการปกครองและชาติ
- 3) สิทธิมนุษยชน
- 4) หลักความเสมอภาคและหลักนิติธรรม
- 5) อำนาจอธิปไตยของชาติ
- 6) หลักของความเป็นประชาธิปไตยและความเป็นสาธารณรัฐฆราวาส (secular republic)⁷

นอกจากนั้น พรรคการเมืองต้องไม่มีมุ่งหมายที่จะคุ้มครองหรือจัดตั้งการปกครองแบบเผด็จการชนชั้นใดหรือเผด็จการอย่างใดๆ ทั้งสิ้น อีกทั้งพรรคการเมืองต้องไม่ปลุกกระตมให้ประชาชนก่ออาชญากรรม

การวินิจฉัยยุบพรรคการเมืองใดที่กระทำละเมิดต่อเรื่องดังกล่าวข้างต้น จะกระทำได้อีกแต่โดยกรณีศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า พรรคการเมืองนั้นเป็นศูนย์กลางสำหรับการดำเนินกิจกรรมดังกล่าว และพรรคการเมืองใดจะถูกถือว่าเป็นศูนย์กลางของการกระทำดังกล่าวก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นได้ดำเนินการไปอย่างเข้มข้นโดยสมาชิกของพรรคการเมืองนั้น หรือพฤติการณ์การมีส่วนร่วมโดยปริยายหรือ

⁷ หลักการความเป็นรัฐฆราวาสเรียกร้องให้รัฐและองค์กรของรัฐทั้งปวงต้องเป็นกลางในทางศาสนา กล่าวคือ ประการแรก ต้องไม่แทรกแซงเรื่องความเชื่อ ประการที่สอง ต้องรับรองความเสมอภาคให้ทุกคนไม่ว่าจะนับถือศาสนาใดหรือความเชื่อใด แต่ความเป็นรัฐฆราวาสจะเป็นเช่นใดยังน่าสงสัยอยู่ใน ปิยบุตร แสงกนกกุล, เหตุการณ์สำคัญในกฎหมายมหาชน ฝรั่งเศสตลอดปี 2004, [7][Online], Available URL: <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=735, 2555> (กรกฎาคม, 26).

โดยขัดแย้งในการประชุมของพรรคการเมืองหรือในการประชุมของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ หรือเมื่อกิจกรรมเหล่านั้นได้ดำเนินการไปโดยพรรคการเมืองโดยตรง

การกระทำของพรรคการเมืองเหล่านี้ย่อมนำไปสู่การร้องขอโดยอัยการสูงสุดของสาธารณรัฐตุรกีเป็นคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้พิจารณาวินิจฉัยยุบพรรคการเมือง และตัดสิทธิทางการเมืองของผู้บริหารพรรคการเมืองเป็นระยะเวลา 5 ปี นับจากวันที่คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญให้ยุบพรรคการเมืองประกาศในรัฐกิจจานุเบกษา

ศาลรัฐธรรมนูญอาจวินิจฉัยไม่ยุบพรรคการเมืองนั้น แต่วินิจฉัยให้พรรคการเมืองที่เกี่ยวข้องถูกตัดความช่วยเหลือทางการเงินที่สนับสนุนพรรคการเมืองจากรัฐลงทั้งหมดหรือบางส่วนโดยสอดคล้องกับระดับความรุนแรงของการกระทำที่ถูกนำมาฟ้องเป็นคดีต่อศาลแทนก็ได้⁸

2. คดีของศาลรัฐธรรมนูญตุรกีที่เกี่ยวข้อง

เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในประเทศตุรกีเมื่อมี ค.ศ. 2008 เริ่มจากการที่ฝ่ายรัฐบาลนำโดยพรรค Justice and Development ได้ดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภาแล้ว จากนั้นมีผู้เสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญขอให้พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งนี้ และนำไปสู่คดีที่ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณายุบพรรคการเมืองที่เสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าว บรรยายากาศทางการเมืองในตุรกีช่วงนั้นอยู่ในภาวะตึงเครียดอย่างยิ่ง และมีการกล่าวหาโจมตีฝ่ายตุลาการอย่างต่อเนื่องว่าการพิจารณาวินิจฉัยคดียุบพรรคการเมืองนั้นเป็นการทำรัฐประหารโดยฝ่ายตุลาการ⁹ อันเป็นชนวนก่อให้เกิดความขัดแย้งกันระหว่างฝ่ายรัฐสภากับฝ่ายตุลาการ

⁸ รัฐธรรมนูญตุรกี มาตรา 68 และมาตรา 69.

⁹ [Online], Available URL: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/europe/7528085.stm>, 2555 (กรกฎาคม, 26).

ในที่สุด¹⁰ สาระสำคัญของคดีทั้งสองมีดังนี้

2.1 คดีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ¹¹

ร่างกฎหมายหมายเลข 5735 ซึ่งเป็นกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตุรกีในมาตรา 10 และมาตรา 42 โดยวัตถุประสงค์ของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งนี้มีการให้เหตุผลว่าเป็นไปเพื่อยกเลิกมาตรการห้ามนักศึกษามหาวิทยาลัยสวมผ้าคลุมศีรษะของหญิงมุสลิมที่เรียกว่าฮิญาบ ร่างกฎหมายดังกล่าวถูกเสนอโดยพรรคการเมือง 2 พรรค คือ พรรค Justice and Development (AKP) และพรรค Nationalist Movement (MHP) รวมทั้งได้รับการสนับสนุนจากพรรคการเมืองอื่นอีก ร่างกฎหมายดังกล่าวได้รับความเห็นชอบด้วยคะแนน 411 เสียง จากสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติทั้งหมด 550 คน ด้วยการลงคะแนนลับ

หลังจากนั้น สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติจำนวน 110 คน ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญขอให้พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งนี้ โดยโต้แย้งว่ากรณีเป็นการฝ่าฝืนหลักความเป็นรัฐฆราวาสที่กำหนดไว้ในมาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญ โดยที่มาตรา 4 ของรัฐธรรมนูญบัญญัติให้มาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นเรื่องลักษณะเฉพาะของสาธารณรัฐ เป็นบทบัญญัติที่ไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ และไม่อาจเสนอให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ รวมทั้งคำร้องยังโต้แย้งว่ารัฐสภาซึ่งเป็นผู้มีอำนาจก่อตั้งองค์กรทางการเมือง (Constituent power) ไม่มีอำนาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของมาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญได้ จึงขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งนี้เป็นโมฆะและให้เพิกถอนเสีย

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาในประเด็นเบื้องต้นว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคำร้องนั้นไว้พิจารณาวินิจฉัยได้หรือไม่ ในประเด็นนี้ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า

¹⁰ Bülent Algan, *Dissolution of political parties by the Constitutional court in Turkey, An everlasting conflict between the court and the parliament?*, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 60 (4) 2011: 809-836.

¹¹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญตุรกีที่ E. 2008/16, K. 2008/116 ลงวันที่ 5 มิถุนายน ค.ศ. 2008.

ภายใต้มาตรา 148 ของรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจตรวจสอบเรื่องจำนวนเสียงข้างมากที่เสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม และอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวรวมไปถึงการตรวจสอบเรื่องการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมด้วย โดยที่มาตรา 4 ของรัฐธรรมนูญ บัญญัติห้ามการเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ที่เป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงมาตรา 1 ถึงมาตรา 3 ของรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้ รัฐสภาจึงไม่มีอำนาจเสนอร่างแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเด็นดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญจึงเห็นว่าคดีนี้อยู่ภายในเขตอำนาจพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่จะตรวจสอบว่าร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้ทำการเปลี่ยนแปลงโดยตรงหรือโดยอ้อมต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้หรือไม่ อย่างไรก็ตาม ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญบางท่านมีความเห็นแย้งในประเด็นนี้ว่า รัฐธรรมนูญไม่ได้อนุญาตให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้าไปตรวจสอบการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหา และคดีนี้ก็ไม่สามารถทำคำวินิจฉัยได้โดยปราศจากการพิจารณาในทางเนื้อหา

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาคดีแล้วเห็นว่า วัตถุประสงค์ของการร่างกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งนี้ได้ปรากฏออกมาทั้งจากการให้เหตุผลทางกฎหมาย และระหว่างการอภิปรายของรัฐสภาถึงการยกเลิกมาตรการห้ามสวมผ้าคลุมฮิญาบในมหาวิทยาลัย นอกจากนี้ ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปก็เคยมีคำวินิจฉัยไว้แล้วในคดี Leyla Sahin ว่ามาตรการห้ามสวมผ้าคลุมฮิญาบถูกต้องตามกฎหมาย ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า การยกเลิกมาตรการห้ามสวมผ้าคลุมฮิญาบในมหาวิทยาลัยขัดต่อหลักความเป็นรัฐฆราวาส การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญมาตรา 10 และมาตรา 42 เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญโดยทางอ้อม ซึ่งมาตรา 2 ของรัฐธรรมนูญ เป็นบทบัญญัติที่ไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ ด้วยเหตุนี้ ร่างกฎหมายหมายเลข 5735 จึงไม่ชอบด้วยมาตรา 4 และมาตรา 148 ของรัฐธรรมนูญ และให้เพิกถอนบทบัญญัติของร่างกฎหมายหมายเลข 5735 นั้นเสีย

2.2 คดียุบพรรคการเมือง¹²

อัยการสูงสุดยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญขอให้พิจารณายุบพรรค Justice and Development (AKP) ผู้ถูกร้อง ตามบทบัญญัติของกฎหมายว่าด้วยพรรคการเมืองและบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 มาตรา 69 และมาตรา 149 ประกอบกับพยานหลักฐานต่างๆ แล้วเห็นว่า การดำเนินกิจกรรมฝ่าฝืนต่อมาตรา 68 วรรคสี่ ของรัฐธรรมนูญได้ดำเนินไปอย่างเข้มข้น และได้กระทำให้โดยหัวหน้าพรรคการเมืองและสมาชิกของพรรคผู้ถูกร้อง รวมทั้งพรรคผู้ถูกร้องเป็นศูนย์กลางของการดำเนินกิจกรรมดังกล่าว อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่ามีความต้องการของสังคมที่จะยกเลิกมาตรการห้ามสวมผ้าคลุมฮิญาบในมหาวิทยาลัย การจำกัดอายุเกี่ยวกับการเรียนคัมภีร์อัลกุรอาน และข้อจำกัดเกี่ยวกับโรงเรียนสอนศาสนา ซึ่งพรรคผู้ถูกร้องไม่ได้ดำเนินการในทางการเมืองต่อประเด็นเหล่านี้ในแนวทางที่แข็งกร้าว

ในส่วนของมาตรการลงโทษต่อกิจกรรมที่ขัดต่อหลักการของประชาธิปไตยและหลักรัฐฆราวาส ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาข้อเท็จจริงแล้วเห็นว่า นับแต่พรรคผู้ถูกร้องเข้าสู่อำนาจในปี ค.ศ. 2002 พรรคผู้ถูกร้องมีเสียงข้างมากเพียงพอที่จะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ แต่พรรคผู้ถูกร้องไม่ได้จัดตั้งขึ้นด้วยวัตถุประสงค์ที่จะทำให้ลายการปกครองระบอบประชาธิปไตยและโครงสร้างของรัฐแบบฆราวาส หรือที่จะทำให้ลายหลักการพื้นฐานของรัฐธรรมนูญด้วยการใช้ความรุนแรง หรือไม่ได้ดำเนินการอย่างเป็นรูปธรรมในจุดมุ่งหมายเหล่านี้ ระดับความร้ายแรงของกิจกรรมเหล่านั้นไม่ปรากฏว่าอยู่ในระดับที่ต้องยุบพรรคผู้ถูกร้อง ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งให้ใช้มาตรการลดเงินสนับสนุนพรรคผู้ถูกร้องลงครึ่งหนึ่ง

อย่างไรก็ตาม คดีนี้มีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 6 คน ลงมติให้ยุบพรรค AKP จากองค์คณะทั้งหมด 11 คน อันที่จริงแล้วเป็นคะแนนเสียงข้างมาก แต่

¹² คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญตุรกีที่ E. 2008/1 (SPK), K. 2008/2 ลงวันที่ 30 กรกฎาคม ค.ศ. 2008.

คำวินิจฉัยให้ยุบพรรคการเมืองจะกระทำได้ก็แต่โดยคะแนนเสียงมากข้างสามในห้า กล่าวคือ ต้องได้รับความเห็นชอบจากตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่น้อยกว่า 7 คน ให้ยุบพรรคการเมือง ดังนั้น ในคดีนี้ พรรค Justice and Development จึงรอดพ้นจากการถูกยุบพรรคไปได้

หลังจากเสร็จสิ้นคดีดังกล่าวแล้ว ฝ่ายรัฐบาลนำโดยพรรค Justice and Development ดำเนินการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญอีกครั้งหนึ่ง โดยร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนี้มีประเด็นสำคัญเกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญและการยุบพรรคการเมืองด้วย เมื่อร่างรัฐธรรมนูญเข้าสู่การพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติในปี ค.ศ. 2010 ก็ได้รับความเห็นชอบทุกมาตรา ยกเว้นเฉพาะร่างมาตรา 69 ซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวกับการยุบพรรคการเมืองให้กระทำได้ยากยิ่งขึ้น ไม่ผ่านความเห็นชอบของสภานิติบัญญัติแห่งชาติในวาระที่ 2 ร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวอยู่ในหลักเกณฑ์ที่จะต้องให้ประชาชนลงประชามติ แต่ก่อนที่จะมีการลงประชามติ ได้มีการส่งร่างรัฐธรรมนูญไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่า การเปลี่ยนแปลงกระบวนการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญละเมิดต่อรัฐธรรมนูญเรื่องหลักการแบ่งแยกอำนาจหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ การลงประชามติจึงได้ดำเนินไปและผลปรากฏว่า ประชาชนให้ความเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าว¹³

จะเห็นได้ว่า ผลกระทบของคดีทั้งสองนั้นนำไปสู่สถานการณ์ความขัดแย้งระหว่างฝ่ายรัฐบาลและรัฐสภากับศาลรัฐธรรมนูญตุรกี เริ่มต้นจากการที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยคดีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและคดีขอให้ยุบพรรครัฐบาล จนนำไปสู่การปรับเปลี่ยนศาลรัฐธรรมนูญใหม่ และความพยายามจะจำกัดอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะในคดียุบพรรคการเมืองให้กระทำได้ยากยิ่งขึ้น สิ่งที่ประสบความสำเร็จแล้วก็คือการแก้ไขจำนวนคะแนนเสียงให้ยุบพรรคการเมืองจากเดิมที่ต้องใช้มติสามในห้า แต่รัฐธรรมนูญฉบับใหม่แก้ไขเป็นต้องใช้มติถึงสองในสาม

¹³ วิศรุต คิตติ, “ศาลรัฐธรรมนูญตุรกีภายหลังการปฏิรูประบบรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 2010 ตอนที่ จบ,” *จดหมายข่าวศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 13, ฉบับที่ 4 (กรกฎาคม - สิงหาคม 2554)* : หน้า 12-13.

อันแสดงให้เห็นถึงการโต้ตอบกันระหว่างฝ่ายการเมืองผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหารกับฝ่ายตุลาการนั่นเอง

กรณีของตุรกีดังกล่าวไม่ต่างจากสถานการณ์ทางการเมืองของประเทศไทยในช่วงนี้ หลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญไทยมีคำวินิจฉัยดังกล่าวข้างต้นไปแล้ว ก็มีความเห็นแตกต่างกันถึงเรื่องปัญหาการดำรงอยู่ของศาลรัฐธรรมนูญ สถานะบทบาท และอำนาจหน้าที่ต่างๆ ของศาลรัฐธรรมนูญไทย ปัญหานี้ทั้งหมดควรพิจารณากันโดยตั้งอยู่บนเหตุผลและหลักวิชาที่ถูกต้องบนพื้นฐานของประโยชน์แห่งมหาชนอย่างละเอียดรอบคอบอย่างยิ่ง สุดท้ายแล้ว กรณีของประเทศไทยจะเป็นเช่นไรคงต้องติดตามดูกันต่อไป

วิพากษ์การตีความกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญ กรณีการใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ*

พอเจตน์ วิชาวุฒิมิพงษ์**

มีคำกล่าวของนักปราชญ์โรมันผู้ยิ่งใหญ่นาม Celsus ว่า “*Scire legis non hoc est verba earum tenere sed vim ac potestatem*” ซึ่งแปลเป็นภาษาไทยว่า “การทำความเข้าใจกฎหมายมิได้หมายความว่าถึงการยึดติดอยู่กับถ้อยคำ หากแต่หมายถึงการหยั่งรู้ถึงพลังและอำนาจแห่งถ้อยคำนั้น” ดังนั้น หลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญได้อ่านคำวินิจฉัยที่ 18 - 22/2555 เรื่องคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 ไปเมื่อวันที่ 13 กรกฎาคม 2555 แล้วเมื่อคำวินิจฉัยกลางฉบับทางการออกเผยแพร่ เหตุและผลแห่งการตีความกฎหมายในคำวินิจฉัยดังกล่าวก่อให้เกิดการวิพากษ์วิจารณ์ในหมู่นักวิชาการ นักกฎหมาย นักการเมือง ตลอดจนประชาชนผู้มีความสนใจในทางการเมืองอย่างกว้างขวาง ผู้เขียนมีความเห็นว่าคำวินิจฉัยในบางประเด็นเป็นที่น่าศึกษาและควรตั้งข้อสังเกตทั้งในเชิงหลักการและวิธีการตีความกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะได้วิเคราะห์และวิพากษ์ตามประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญได้ตั้งไว้เฉพาะใน 2 ประเด็นแรก ดังต่อไปนี้

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net 13 สิงหาคม 2555 14:25 น.

** น.บ.,น.บ.ท. , นักกฎหมายอิสระ

ประเด็นที่ 1 ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญมาตรา 68 หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า มาตรา 68 วรรคสอง ให้สิทธิผู้ร้องยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยให้เหตุผลโดยสรุปว่า

1. เจตนารมณ์ของมาตรา 68 เป็นไปเพื่อการรับรองสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้ในมาตรา 69 เนื่องจากการที่ศาลฯ จะมีคำสั่งให้เลิกการกระทำที่ต้องห้ามตามมาตรา 68 ได้ั้น การกระทำดังกล่าวจะต้องกำลังดำเนินอยู่ และยังไม่บังเกิดผล หากแล้วคำวินิจฉัยของศาลฯตามมาตรา 68 วรรคสองนี้ก็จะพ้นวิสัย ไม่สามารถบังคับได้ ทั้งสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญตามมาตรา 68 นี้ มีหลักการมุ่งหมายให้ชนชาวไทยทุกคนมีส่วนร่วมในการปกป้อง พิทักษ์รักษาการปกครองระบอบประชาธิปไตยฯ และการเข้าสู่อำนาจการปกครองประเทศให้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมิให้ถูกล้มล้าง โดยสภาพจึงเป็นการป้องกันไว้ล่วงหน้าเพื่อที่จะได้มีโอกาสตรวจสอบและวินิจฉัยสั่งการให้เลิกการกระทำที่จะเป็นอันตรายต่อระบอบการปกครองและเป็นการล้มล้างรัฐธรรมนูญให้เกิดขึ้นได้ เพราะหากปล่อยให้เกิดการกระทำที่เป็นภัยร้ายแรงต่อรัฐธรรมนูญ ระบบการปกครองตามรัฐธรรมนูญได้เกิดขึ้นแล้ว ย่อมสุดวิสัยที่จะแก้ไขให้กลับคืนดีได้ เช่นนี้แล้ว ประชาชนผู้ทราบเหตุตามมาตรา 68 วรรคสอง ย่อมสามารถยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรง ทั้งนี้ เพื่อให้ประชาชนมีสิทธิใช้สิทธิของตนต่อต้านการกระทำนั้นโดยสันติวิธี

บทวิพากษ์

ผู้เขียนเห็นว่า แม้เจตนารมณ์ของมาตรา 68 จะมีหลักการให้ประชาชนชาวไทยทุกคนมีส่วนร่วมในการปกป้องพิทักษ์รักษาการปกครองระบอบประชาธิปไตยฯ ดังที่ศาลรัฐธรรมนูญได้ให้เหตุผลไว้ก็ตาม แต่กระบวนการหรือวิธีการใช้สิทธิย่อมต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ มิใช่สามารถใช้สิทธิได้โดยเสรีโดยไม่อยู่ภายใต้บังคับหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไขของกฎหมาย ทั้งนี้ ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า กรณีตามคดีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยฉบับนี้ ไม่เข้าเงื่อนไขของมาตรา 68 เนื่องจาก

ก. กรณีไม่ใช่การ “ใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ” เนื่องจาก การใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญมีบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในหมวด 3 คือ ตั้งแต่ มาตรา 26 ถึงมาตรา 69 เท่านั้น การแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นการใช้ “อำนาจ” ของ รัฐสภาตามที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ในมาตรา 291 อีกส่วนหนึ่งต่างหาก ซึ่งแม้ประเด็นนี้จะมีผู้ถูกร้องอย่างน้อย 4 ราย¹ ได้โต้แย้งไว้ แต่ก็ไม่ปรากฏว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยไว้ในคำวินิจฉัยกลางแต่อย่างใด

ข. หากเป็นเรื่องการใช้สิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญที่เข้าข่าย ต้องห้ามตามมาตรา 68 วรรคหนึ่ง เมื่อพิจารณาตีความตบถกฎหมายทั้งในแง่ของ หลักภาษาและตีความโดยค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้ว² ผู้เขียนเห็นว่า เจตนารมณ์ของบทบัญญัติดังกล่าวแม้จะมีขึ้นเพื่อให้สิทธิแก่ประชาชนชาวไทยทุกคน มีส่วนร่วมในการปกป้องพิทักษ์รักษาการปกครองในระบอบประชาธิปไตยฯ ก็ตาม แต่ก็ต้องพิจารณาในบริบทของวิธีการหรือเงื่อนไขในการใช้สิทธิประกอบด้วย หากตีความว่าบทบัญญัติดังกล่าวให้สิทธิประชาชนไว้ 2 ทาง โดยทางแรก คือการยื่นต่อ อัยการสูงสุดให้ตรวจสอบข้อเท็จจริงแล้วอัยการสูงสุดเป็นผู้ยื่นคำร้องต่อศาลฯ และ ทางที่สอง คือประชาชนผู้ทราบการกระทำที่ต้องห้ามตามมาตรา 68 วรรคหนึ่ง ใช้สิทธิยื่นคำร้องต่อศาลเองได้ทันที เช่นนี้ ย่อมทำให้การยื่นคำร้องต่ออัยการสูงสุด ไม่อาจเกิดขึ้นได้ในทางปฏิบัติเลย เพราะเมื่อผู้ร้องสามารถใช้สิทธิได้โดยตรงต่อศาล แล้ว หากผู้ร้องใช้สิทธิโดยมีความเห็นหรืออ้างเหตุต่อศาลว่า “กรณีการกระทำของผู้ถูกร้องนั้น หากปล่อยให้เกิดการกระทำขึ้นหรือหากมีการกระทำต่อไปจะเป็นภัย ร้ายแรงต่อรัฐธรรมนูญ ระบบการปกครองตามรัฐธรรมนูญซึ่งหากเกิดขึ้นแล้ว ย่อม สุกดิบวิสัยที่จะแก้ไขให้กลับคืนดีได้” ตามที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยไว้ข้างต้น ประกอบกับโดยลักษณะของการกระทำเพื่อล้มล้างการปกครองฯคงไม่มีกรณีใดที่

¹ ตามประเด็นคำชี้แจงของผู้ร้องที่ศาลได้สรุปไว้ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 18 - 22/2555 ได้แก่ ผู้ร้องที่ 1, ที่ 2, ที่ 3 และที่ 5

² ดูบทความเรื่อง “การใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550” ของผู้เขียน ได้ที่ <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1745>

ไม่เร่งด่วน กรณีย่อมเป็นการชักช้าแก่คดีที่จะยื่นให้อัยการสูงสุดตรวจสอบข้อเท็จจริง ผู้เขียนเห็นว่า หากกฎหมายมีเจตนารมณ์ที่ก่อให้เกิดผลประหลาดเช่นนั้น คงไม่กำหนดเงื่อนไขในการใช้สิทธิเอาไว้ว่าต้องผ่านการตรวจสอบข้อเท็จจริงจากอัยการสูงสุดก่อน ในทางตรงข้ามผู้เขียนกลับเห็นว่า การกำหนดเงื่อนไขการใช้สิทธิเอาไว้ก็เพื่อให้อัยการสูงสุดในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญมีหน้าที่ในการตรวจสอบกลั่นกรองและวินิจฉัยข้อเท็จจริงในเบื้องต้น เนื่องจากข้อหาล้มล้างระบอบการปกครองตามรัฐธรรมนูญนั้น เป็นข้อหาที่ร้ายแรง มีบทลงโทษทางการเมืองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 68 วรรคสามถึงขั้นยุบพรรคการเมืองและตัดสิทธิทางการเมือง ทั้งไม่ตัดสิทธิในการดำเนินคดีอาญาซึ่งอาจเข้าข่ายความผิดฐานกบฏตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 113 ซึ่งมีโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิตได้อีกด้วย หากปล่อยให้ประชาชนผู้อ้างว่าได้ทราบการกระทำดังกล่าวมีโอกาสใช้สิทธิต่อศาลโดยไม่ผ่านการกลั่นกรองเบื้องต้นจากหน่วยงานของรัฐแล้ว ก็อาจเกิดการฉกฉวยโอกาสดังกล่าวเพื่อเป็นช่องทางกลั่นแกล้งกล่าวหากันในทางการเมืองได้ง่าย ทั้งมีผลทำให้คดีขึ้นสู่ศาลเป็นจำนวนมากโดยไม่จำเป็น ทั้งที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้จำนวนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีเพียง 9 คนเท่านั้น ซึ่งต่างจากระบบศาลอื่นที่รัฐธรรมนูญมิได้จำกัดจำนวนผู้พิพากษาหรือตุลาการเอาไว้ ดังนั้น เจตนารมณ์ของบทบัญญัติมาตรา 68 จึงไม่อาจพิเคราะห์ในบริบทด้านสิทธิของประชาชนในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญเพียงประการเดียวเท่านั้นได้ หากแต่ยังต้องพิเคราะห์ในบริบทของการป้องกันมิให้มีการกลั่นแกล้งกันทางการเมืองและในบริบทระบบของรัฐธรรมนูญเองควบคู่กันไปด้วย กฎหมายจึงกำหนดให้องค์กรอัยการเข้ามามีบทบาทโดยตรงในเรื่องนี้เพื่อทำหน้าที่ช่วยศาลรัฐธรรมนูญในการกลั่นกรองข้อมูลในขั้นต้นก่อน ทั้งการตีความเช่นนี้ก็สอดคล้องกับหลักการตีความกฎหมายทั่วไปที่จะต้องตีความไปในทางที่เป็นผลมากกว่าในทางที่ไร้ผล³ และหลักการตีความโดยเล็งผลเลิศ (The golden

³ คือหลักการตีความกฎหมายทั่วไปที่ว่า “*ut res magis valeat quam pereat*” (it is better for a thing to have effect than to be made void) ซึ่งมีบทบัญญัติกฎหมายที่ใกล้เคียงกับหลักนี้คือ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 10 ที่บัญญัติว่า “เมื่อความข้อใดข้อหนึ่งในเอกสารอาจตีความได้เป็นสองนัย นัยไหนจะให้เป็นผลบังคับได้

rule) ที่มีหลักการสำคัญว่าในกรณีที่กฎหมายหลายลักษณะอักษรนั้นอาจแปลความหมายได้เป็นสองนัยหรือมากกว่านั้น ศาลย่อมจะตีความไปในทางที่มีความหมายอันควร และมีใจไปในทางที่ไม่ควรจะเป็นหรือบังเกิดผลประหลาด(a manifest absurdity)⁴ อีกด้วย

ค. Celsus เคยกล่าวไว้ว่า “เป็นไปไม่ได้เลยที่จะวินิจฉัยตีความส่วนหนึ่งส่วนใดของกฎหมายโดยไม่พิจารณากฎหมายทั้งหมด” อันถือได้ว่าสอดคล้องกับการตีความกฎหมายด้วยหลักความเป็นเอกภาพของระบบกฎหมาย⁵ ซึ่งกรณีนี้หากพิจารณาจากรัฐธรรมนูญฯ ทั้งฉบับแล้ว จะเห็นได้ว่า ไม่มีบทบัญญัติใดให้สิทธิแก่ประชาชนโดยตรงที่จะยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ มีเพียงข้อยกเว้นอยู่เรื่องเดียวคือกรณีตามมาตรา 212 เท่านั้น ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวก็กำหนดเงื่อนไขไว้ในวรรคสองว่าต้องเป็นกรณีที่บุคคลนั้นๆ ไม่อาจใช้สิทธิโดยวิธีการอื่นตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ได้แล้วเท่านั้น ซึ่งกรณีตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญฉบับนี้ก็ไม่อาจแปลความได้ว่ากรณีเข้าเงื่อนไขของบทบัญญัติดังกล่าว เนื่องจากไม่ใช่เรื่องที่ “บุคคล” ใดถูกละเมิด “สิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้” และ การแก้ไข “รัฐธรรมนูญ” ก็มีใช้การแก้ไข “บทบัญญัติของกฎหมาย” ตามความหมายของมาตรา 212 เพราะคำว่า “บทบัญญัติของกฎหมาย” ดังกล่าว หมายความถึงพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด รวมถึงประกาศคณะปฏิวัติที่มีค่าบังคับเทียบเท่ากับพระราชบัญญัติเท่านั้น⁶ การตีความให้ผู้ทราบการกระทำมีสิทธิยื่นคำร้องโดยตรงต่อศาลรัฐธรรมนูญโดยไม่ผ่านอัยการสูงสุดก่อนนั้น จึงน่าจะขัดต่อหลักการตีความโดยยึดหลักความเป็นเอกภาพของ

ท่านให้ถือเอาตามนัยนั้น ดีกว่าที่จะถือเอาที่ไร้ผล”

⁴ ธานินทร์ ภัยวิเชียร และ วิชามหาคุณ, การตีความกฎหมาย พิมพ์ครั้งที่ 2, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พุทธศักราช 2523, หน้า 9

⁵ การใช้การตีความกฎหมาย, งานวิชาการรำลึก 100 ปีชาตกาล ศาสตราจารย์จิติ ติงศภัทย์ ในหัวข้อเรื่อง “การตีความกฎหมายมหาชน” โดย รองศาสตราจารย์ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, หน้า 325

⁶ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2551

รัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ผู้ตีความรัฐธรรมนูญต้องพิเคราะห์รัฐธรรมนูญทั้งฉบับอย่างเป็นเอกภาพ โดยจะต้องตีความบทบัญญัติต่างๆ ในรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกัน ไม่ขัดแย้งกันเอง⁷

ง. ยิ่งกว่านั้น หากพิจารณาจากพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 มาตรา 94(1) ประกอบมาตรา 95 แล้ว จะเห็นได้ว่า กฎหมายได้กำหนดขั้นตอนในการยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคการเมืองที่กระทำการอันต้องห้ามตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 94(1) ซึ่งเป็นกรณีเดียวกับการกระทำการอันต้องห้ามตามมาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญ⁸ เอาไว้อย่างชัดเจนโดยกำหนดให้บุคคลที่มีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลโดยหลักต้องเป็น “อัยการสูงสุด” เท่านั้น เว้นแต่กรณีที่อัยการสูงสุดไม่ยื่นคำร้องจึงจะให้สิทธิแก่นายทะเบียนพรรคการเมืองโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจยื่นคำร้อง โดยมีเงื่อนไขว่าต้องเป็นกรณีที่คณะกรรมการที่ตั้งขึ้นโดยมีผู้แทนจากนายทะเบียนพรรคการเมืองและผู้แทนจากสำนักงานอัยการสูงสุดไม่อาจหาข้อยุติได้ภายใน 30 วัน นับแต่วันตั้งคณะกรรมการ โดยหาได้บัญญัติให้สิทธิแก่ประชาชนผู้ใดผู้หนึ่งมีสิทธิยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญได้โดยตรงไม่ ซึ่งแม้กฎหมายฉบับนี้จะเป็นเพียงพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญอีกทั้งบทบัญญัติมาตรา 94 และมาตรา 95 ก็เป็นเพียงบทบัญญัติที่กำหนดวิธีการยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเฉพาะในเรื่องการ “ยุบพรรคการเมือง” เท่านั้นซึ่งโดยหลักแล้วไม่อาจนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการตีความรัฐธรรมนูญได้ แต่ก็ถือว่าเป็นข้อสังเกตหนึ่งที่สามารถนำมาพิจารณาประกอบกับเหตุผลหลักให้หนักแน่นยิ่งขึ้นได้ว่า โดยระบบของรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 แล้ว นอกจากกรณีที่บัญญัติไว้ในมาตรา 212 การที่ประชาชนจะใช้สิทธิต่อศาลรัฐธรรมนูญนั้นไม่อาจกระทำได้โดยตรง แต่ต้องกระทำโดยผ่านการกลั่นกรองหรือตรวจสอบในเบื้องต้นจากองค์กรตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เสียก่อนเท่านั้น

จ. ผู้เขียนไม่แน่ใจว่าในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่

⁷ การใช้การตีความกฎหมาย, อ้างแล้ว, หน้า 345

⁸ สุรียา ปานแป้น และ อนุวัฒน์ บุญนันท์, คู่มือสอบกฎหมายรัฐธรรมนูญ พิมพ์ครั้งที่ 2 ปรับปรุงใหม่ 2553, เจริญธรรม หน้า 211

ศาลอ้างถึงบทบัญญัติมาตรา 69 นั้นเป็นไปด้วยตรรกะใด แต่หากเป็นการอ้างถึงสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญแล้ว แม้อาจกล่าวได้ว่าบทบัญญัติมาตรา 68 และมาตรา 69 มีเจตนารมณ์สอดคล้องกันคือ การให้สิทธิแก่ประชาชนในการกระทำการเพื่อพิทักษ์ระบอบรัฐธรรมนูญหรือระบอบการปกครอง แต่บทบัญญัติทั้งสองก็มีบริบทในวิธีการใช้สิทธิที่แตกต่างกัน กล่าวคือ กรณีตามมาตรา 68 นั้น เป็นเรื่องของการ “ใช้สิทธิต่อศาลรัฐธรรมนูญ” โดยเฉพาะ แต่กรณีตามมาตรา 69 เป็นเรื่องการ “ใช้สิทธิต่อต้านโดยสันติวิธี” ซึ่งหมายความถึงการให้สิทธิในรูปแบบอื่นซึ่งผู้เขียนเห็นว่าอาจรวมถึงการ “ใช้สิทธิทางศาล” ในกรณีอื่นที่ไม่ใช่การใช้สิทธิตามมาตรา 68 ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เป็นการ “เฉพาะ” ก็ได้ เช่น นายเขี้ยวกับพวกกำลังเตรียมการรัฐประหารยึดอำนาจจากรัฐบาล นายเหลืองกับพวกทราบเรื่องดังกล่าว เช่นนี้นอกจากนายเหลืองจะมีสิทธิพูด เขียน โฆษณา หรือชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ เพื่อต่อต้านการกระทำของกลุ่มนายเขี้ยวดังกล่าวแล้ว นายเหลืองยังอาจดำเนินการยื่นฟ้องคดีอาญาต่อศาลยุติธรรมในข้อหากบฏหรือเตรียมการเพื่อเป็นกบฏตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 113 หรือมาตรา 114 ซึ่งถือว่าเป็นสิทธิในการต่อต้านการกระทำที่เป็นการล้มล้างการปกครองฯ อันเป็นสิทธิที่ตามมาตรา 69 ให้การรองรับไว้ก็ได้ แต่หากนายเหลืองจะใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญโดยขอให้ศาลรัฐธรรมนูญสั่งให้กลุ่มนายเขี้ยวเลิกการกระทำดังกล่าว นายเหลืองก็ต้องใช้สิทธิตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในมาตรา 68 อันเป็นวิธีการเฉพาะที่บัญญัติไว้เป็นเอกเทศโดยมิได้อาศัยบทบัญญัติมาตรา 69 ดังนั้น ลำพังการอ้างบทบัญญัติมาตรา 69 เพื่อมารองรับหรือสนับสนุนให้ศาลมีอำนาจรับคำร้องที่ยื่นตามมาตรา 68 โดยไม่ผ่านอัยการสูงสุดได้นั้นจึงดูไม่ค่อยสมเหตุสมผลนัก

2. ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าการมีอยู่ของมาตรา 68 และ 69 เป็นไปเพื่อรักษาหรือคุ้มครองรัฐธรรมนูญเอง ตลอดจนหลักการที่รัฐธรรมนูญได้รับรองหรือกำหนดกรอบไว้ให้เป็นเจตนารมณ์หลักทางการเมืองของชาติ คือการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และป้องกันการกระทำเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญในประการนี้ต่างหากที่ถือ

เป็นเจตนารมณ์หลักของรัฐธรรมนูญที่จะต้องยึดถือไว้เป็นสำคัญยิ่งกว่าเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญ

บทวิพากษ์

ในเรื่องวิธีการตีความกฎหมายโดยการค้นหาเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายนั้น หลักการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรของอังกฤษซึ่งใช้ระบบกฎหมายแบบจารีตประเพณี (Common law system) นั้นจะถือเคร่งครัดว่ารายงานการอภิปรายเกี่ยวกับร่างกฎหมายนั้นไม่ถือว่าเป็นเครื่องมือในการช่วยตีความกฎหมาย จึงห้ามมิให้อ้างอิงถึงรายงานการอภิปรายเกี่ยวกับร่างกฎหมายในการตีความนั้น โดยศาลอังกฤษถือหลักว่า ศาลจำเป็นต้องค้นหาเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติจากตัวบทกฎหมายนั่นเองเป็นสำคัญ ส่วนรายงานการอภิปรายกับร่างกฎหมายของรัฐสภานั้น ถ้าหากจะให้อ้างอิงได้ ย่อมจะเสียเวลาของคู่ความแต่ละฝ่ายในการค้นคว้าเป็นอันมากประการหนึ่ง และอีกประการหนึ่ง รายงานการอภิปรายของคณะกรรมการร่างกฎหมายนั้นก็มิได้มีการเปิดเผยให้สาธารณชนทราบ⁹ ซึ่งแตกต่างจากแนวทางการตีความกฎหมายของประเทศที่ใช้ระบบลายลักษณ์อักษร (Civil law system) คือ ในการตีความกฎหมายทั่วไปนอกเหนือจากกฎหมายอาญาและกฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากรแล้ว การตีความกฎหมายในระบบนี้มุ่งประสงค์จะไข่หาเจตนารมณ์ของผู้ร่างกฎหมายโดยอาศัยประวัติกฎหมายอันได้แก่ รายงานการร่างกฎหมายลายลักษณ์อักษรตลอดจนรายงานการอภิปรายเกี่ยวกับร่างกฎหมายนั้นๆ ในสภานิติบัญญัติ¹⁰ แต่อย่างไรก็ตาม แม้ประเทศไทยจะเป็นประเทศที่อยู่ในกลุ่มที่ใช้กฎหมายในระบบลายลักษณ์อักษรหรือ Civil law แต่แนวโน้มวิธีการตีความกฎหมายกลับยึดแบบอย่างของประเทศอังกฤษเป็นหลัก โดยเรื่องนี้ ศาสตราจารย์ประมุข สุวรรณศรี ได้เคยให้ความเห็นไว้ว่า “หลักใหญ่ในระบบการศาลยุติธรรมก็คือว่า ศาลเท่านั้นจะเป็นผู้แปลกฎหมาย “การพิจารณาพิพากษาคดีเป็นหน้าที่ของศาลโดยเฉพาะ” ฉะนั้น ถ้ายอมให้ผู้อื่นมาตีความให้ศาล

⁹ ธานินทร์ กรัยวิเชียร และ วิชา มหาคุณ, อ้างแล้ว, หน้า 21

¹⁰ ธานินทร์ กรัยวิเชียร และ วิชา มหาคุณ, อ้างแล้ว, หน้า 33

ฟัง ก็เท่ากับว่าผู้อื่นนั้นเป็นผู้พิจารณาพิพากษาคดี หาใช่ศาลไม่”¹¹ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญฉบับนี้ก็ยิ่งทำให้เห็นได้ชัดว่าศาลไทยยังคงยึดถือระบบการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรแบบของอังกฤษเป็นหลัก

จากหลักการที่ได้นำเสนอข้างต้นผู้เขียนจึงเห็นด้วยกับหลักการและเหตุผลบางส่วนของศาลรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม หากจะเติมแต่งให้เหตุผลนี้สมบูรณ์ยิ่งขึ้นได้นั้น ศาลจำต้องพิเคราะห์ถึงอำนาจและภารกิจขององค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญประกอบด้วย องค์กรตามรัฐธรรมนูญต้องไม่ตีความอำนาจหน้าที่ของตนให้ขัดกับหลักการแบ่งแยกภารกิจตามรัฐธรรมนูญหรือที่เราเรียกกันว่า “หลักการแบ่งแยกอำนาจ” ซึ่งในเรื่องนี้ ขอให้ดูประกอบบทวิเคราะห์ในส่วนของประเด็นที่ 2 ต่อไป ลำพังเพียงเหตุผลที่ศาลวินิจฉัยไว้นี้ ผู้เขียนเห็นว่ายังไม่พอนักเพียงพอต่อการที่จะตีความให้ผู้ทราบการกระทำที่ขัดต่อบทบัญญัติมาตรา 68 ยื่นคำร้องต่อศาลโดยตรงโดยไม่ผ่านการตรวจสอบข้อเท็จจริงเบื้องต้นโดยอัยการสูงสุดได้

3. ศาลรัฐธรรมนูญให้เหตุผลว่าเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญทั้งในฉบับ พ.ศ. 2540 และในฉบับ พ.ศ. 2550 มีเจตนาร่วมกันอยู่ที่การจะให้ประชาชนสามารถร่วมกันใช้สิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญผ่านกลไกของศาลรัฐธรรมนูญ มาตรา 63 และ 68 การตีความเกี่ยวกับผู้มีสิทธิเสนอคำร้องต่อศาลฯ จึงต้องตีความไปในแนวทางยอมรับสิทธิมิใช่จำกัดสิทธิ เพื่อพิทักษ์รัฐธรรมนูญได้สมเจตนารมณ์ของบทบัญญัติทั้งสองดังกล่าว ทั้งตามข้อเท็จจริงในคำร้องหากปล่อยให้รัฐสภามีการลงมติในวาระ 3 ไปแล้ว แม้ต่อมาอัยการสูงสุดจะยื่นคำร้องให้ศาลฯ วินิจฉัยว่ากระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวนี้ เป็นไปโดยมิชอบตามมาตรา 68 วรรคหนึ่ง ก็จะไม่สามารถบังคับเพื่อวินิจฉัยทางใดได้อีก รวมทั้งไม่อาจย้อนคืนแก้ไขผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำได้ ศาลฯจึงมีอำนาจรับคำร้องไว้พิจารณาตามมาตรา 68 วรรคสอง

¹¹ ศาสตราจารย์ประมุข สุวรรณศรี, “การอ้างอิงเพื่อตีความ”, *บทบัญญัติ* เล่ม 20 ตอน 2, เมษายน 2505 หน้า 238

บทวิพากษ์

ปัญหานี้ ผู้เขียนเห็นว่า การตีความในรูปแบบที่ให้บุคคลผู้ทราบ การกระทำต้องยื่นคำร้องต่ออัยการสูงสุดก่อนนั้น ก็หาเป็นการตีความจำกัดสิทธิของ บุคคลผู้ทราบการกระทำดังกล่าวแต่อย่างใดไม่ เพียงแต่มีเงื่อนไขในการใช้สิทธิ เท่านั้น ทั้งนี้เพื่อประโยชน์ในการที่จะป้องกันพิทักษ์รัฐธรรมนูญและในขณะเดียวกัน ก็เพื่อให้สอดคล้องกับบริบทของระบบในรัฐธรรมนูญและเพื่อป้องกันการกลั่นแกล้ง กันในทางการเมืองจากการใช้ข้อหาที่ร้ายแรงกล่าวหาฝ่ายตรงข้ามในอีกทางหนึ่งด้วย ดังที่ได้อธิบายมาข้างต้น การตีความในรูปแบบดังกล่าวนี้จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นการตีความ ที่จำกัดสิทธิดังที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย สิทธิของประชาชนในการที่จะพิทักษ์รัฐธรรมนูญ มีอยู่อย่างใดก็ยังคงมีอยู่ครบถ้วนอย่างนั้นไม่เปลี่ยนแปลง เพียงแต่การใช้สิทธิดังกล่าว ก็ควรจะมีเงื่อนไขหรือวิธีการกำกับอยู่ด้วย

ประเด็นที่ 2 การแก้ไขรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 291 สามารถ แก้ไขเพิ่มเติมโดยยกเลิกรัฐธรรมนูญทั้งฉบับได้หรือไม่

ประเด็นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าแก้ไขโดยยกเลิกทั้งฉบับไม่ได้ โดยให้เหตุผลว่า

“อำนาจในการก่อตั้งองค์กรสูงสุดทางการเมืองหรืออำนาจสถาปนา รัฐธรรมนูญเป็นอำนาจของประชาชนอันเป็นที่มาโดยตรงในการให้กำเนิด รัฐธรรมนูญ โดยถือว่ามิอำนาจเหนือรัฐธรรมนูญที่ก่อตั้งระบบกฎหมายและก่อตั้ง องค์กรทั้งหลายในการใช้อำนาจทางการเมืองการปกครอง เมื่อองค์กรที่ถูกจัดตั้งมี เพียงอำนาจที่ให้ไว้ตามที่รัฐธรรมนูญให้ไว้ และอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญจึงเป็นไป ไม่ได้ที่จะให้องค์กรที่ใช้อำนาจที่ได้รับมอบหมายจากรัฐธรรมนูญนั้นเอง กลับไปแก้ไข รัฐธรรมนูญนั้นเหมือนการแก้ไขกฎหมายธรรมดาสำหรับประเทศไทยปกครองด้วย ระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขเป็นประเทศที่ใช้ระบบ ประมวลกฎหมายที่ยึดหลักความเป็นสูงสุดของกฎหมายรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญ จะต้องกำหนดวิธีการหรือกระบวนการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญไว้เป็นพิเศษ

แตกต่างจากกฎหมายทั่วไป

การตรารัฐธรรมนูญพุทธศักราช 2550 เป็นกระบวนการที่ได้ผ่านการลงประชามติโดยตรงของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยประชาชนจึงเป็นผู้สถาปนารัฐธรรมนูญฉบับนี้ ดังนั้นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญมาตรา 291 แม้จะเป็นอำนาจของรัฐสภาก็ตามแต่การแก้ไขเพิ่มเติมโดยการยกร่างใหม่ทั้งฉบับยังไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของมาตรา 291 เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนี้ได้มาโดยการลงประชามติของประชาชนก็ควรจะได้ให้ประชาชนผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ลงประชามติเสียก่อนว่าสมควรมีรัฐธรรมนูญใหม่หรือไม่ หรือรัฐสภาจะใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นรายมาตราก็เป็นความเหมาะสมและเป็นอำนาจของรัฐสภาที่จะดำเนินการดังกล่าวนี้ได้ซึ่งจะเป็นการสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 291”

บทวิพากษ์

ต่อปัญหาที่ ผู้เขียนมีความเห็นในเชิงโต้แย้งดังต่อไปนี้

1. ศาลรัฐธรรมนูญไม่มีอำนาจวินิจฉัยในประเด็นที่ว่า การแก้ไขรัฐธรรมนูญ สามารถแก้ไขเพิ่มเติมโดยยกเลิกทั้งฉบับได้หรือไม่ เนื่องจากประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยในคดีนี้มีอยู่เพียงว่า การกระทำของผู้ถูกร้องต้องด้วยข้อห้ามตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 หรือไม่เท่านั้น ซึ่งการจะวินิจฉัยต้องอาศัยหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในมาตรา 68 เท่านั้น ประเด็นปัญหาที่จะต้องวินิจฉัยในคดีนี้จึงเพียง 3 ประเด็น ดังนี้

ก. ศาลมีอำนาจรับคดีไว้พิจารณาวินิจฉัยหรือไม่

ข. หากศาลมีอำนาจรับคดีไว้พิจารณาแล้ว การกระทำของผู้ถูกร้องเข้าข่ายต้องห้ามตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 68 หรือไม่ และ

ค. หากการกระทำของผู้ถูกร้องเข้าข่ายต้องห้ามตามกฎหมาย จะถือเป็นเหตุให้ศาลต้องมีคำสั่งยุบพรรคการเมืองและเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคและกรรมการบริหารพรรคการเมืองหรือไม่

ดังนั้น ปัญหาว่าจะแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยยกเลิกทั้งฉบับได้หรือไม่นั้น ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดให้อำนาจศาลในการวินิจฉัยไว้ ทั้งเป็นกรณีตามมาตรา 291 อันเป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐสภาโดยตรง ประกอบกับบทบัญญัติดังกล่าวก็ไม่ได้กำหนดข้อห้ามเอาไว้ หากแต่กำหนดเพียงว่า จะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐไม่ได้เท่านั้น ดังนั้น แม้จะดำเนินการแก้ไขทั้งฉบับ หากแต่มิได้เปลี่ยนแปลงการปกครองฯ หรือเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ ย่อมเป็นสิ่งที่รัฐสภาดำเนินการได้

2. ในส่วนที่เกี่ยวกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญนั้น ผู้เขียนขอนำเสนอ บทความที่เกี่ยวกับ “หลักการ” ที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญของ ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม ไว้ดังนี้

“การที่จะถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่เราจะจะต้องเปลี่ยนแปลงแก้ไขเสียใหม่ไม่ได้นั้นย่อมเป็นสิ่งที่ขัดกับความเป็นจริงทั้งในทางกฎหมายและในทางการเมือง ในทางกฎหมายก็คือว่ารัฐธรรมนูญเป็นการกระทำในทางนิติบัญญัติซึ่งบางทีก็เกิดขึ้นโดยเจตนาของฝ่ายเดียวเช่น รัฐธรรมนูญซึ่งพระมหากษัตริย์พระราชทานให้แก่ราษฎรหรือเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นโดยการตกลงด้วยเจตนาร่วมกันระหว่างพระมหากษัตริย์กับราษฎรก็ได้ เมื่อเป็นเช่นนี้แล้วจะให้รัฐธรรมนูญนั้นเป็นของที่เปลี่ยนแปลงไม่ได้ย่อมฟังไม่ขึ้น รัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นในสมัยหนึ่งย่อมเหมาะสมแก่สภาพของประเทศในสมัยนั้นเพราะผู้ให้กำเนิดรัฐธรรมนูญย่อมพิจารณาวางบทบัญญัติลงไปตามที่ตนเห็นสมควรในขณะนั้น แต่ภายหลังเมื่อเวลาได้ล่วงเลยมาช้านาน สภาพความเป็นอยู่ของประเทศย่อมเปลี่ยนแปลงไป ฉะนั้นจะให้ฐานะในทางการเมืองและทางสังคมของประเทศต้องถูกจำกัดอยู่ภายใต้บทกฎหมาย ฉบับหนึ่ง จึงเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยเหตุผล ในทางการเมืองนั้น การที่ถือว่ารัฐธรรมนูญเป็นสิ่งตายตัวจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้ย่อมฟังไม่ขึ้น ถ้าหากว่าสภาพความเป็นอยู่ของประเทศได้เปลี่ยนแปลงผิดไปจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญซึ่งล่วงพ้นสมัยแล้วรัฐธรรมนูญก็จะกลายเป็นแต่เพียงตัวหนังสือไม่มีการปฏิบัติตามและในไม่ช้าก็จะมีเกิดการปฏิวัติขึ้น ฉะนั้นในทางการเมืองเพื่อป้องกันมิให้ราษฎรก่อการปฏิวัติจึงจำเป็นที่จะต้องไม่

ประกาศออกมาว่ารัฐธรรมนูญเป็นสิ่งที่ยายตัวจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงไม่ได้และจะต้องมีบทบัญญัติบอกวิธีการแก้ไขรัฐธรรมนูญนั้นไว้เพื่อสามารถเปลี่ยนแปลงแก้ไขให้เหมาะสมอยู่เสมอ”¹²

นอกจากนี้ ท่านอาจารย์ไพโรจน์ ยังได้กล่าวถึงกรณีที่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมีข้อกำหนดห้ามมิให้มีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงรูปแบบอันใดอันหนึ่งที่ปรากฏอยู่ บทบัญญัติเช่นนี้จะมีผลผูกพันให้ต้องปฏิบัติตามหรือไม่เอาไว้อย่างน่าสนใจดังนี้

“ในบางครั้งผู้ให้กำเนิดรัฐธรรมนูญต้องการที่จะให้รูปการปกครองที่ตนสร้างขึ้นมั่นคงถาวรอยู่ชั่วนานาน แม้จะยอมให้แก้ไขในเรื่องอื่นๆ ได้ก็ดีโดยบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญห้ามมิให้แก้ไขรัฐธรรมนูญในทางที่เกี่ยวกับรูปแบบการปกครองของประเทศ เช่น ตามมาตรา 90 ของรัฐธรรมนูญบราซิล ลงวันที่ 24 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1981 หลังจากที่ได้กล่าวถึงหลักการแก้ไขรัฐธรรมนูญแล้วได้ห้ามไว้ว่ามิให้แก้รูปการปกครองแบบสาธารณรัฐและแบบสหพันธ์ของประเทศ รัฐธรรมนูญโปรตุเกส ลงวันที่ 21 มีนาคม ค.ศ. 1911 ได้กล่าวไว้ในมาตรา 82 ว่าห้ามมิให้เสนอแก้ไขรูปการปกครองแบบสาธารณรัฐของประเทศรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสฉบับก่อน ซึ่งได้แก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎหมายลงวันที่ 14 สิงหาคม ค.ศ. 1884 มาตรา 2 มีว่า “รูปการปกครองแบบสาธารณรัฐของฝรั่งเศสนั้นไม่อาจจะเป็นวัตถุประสงค์แห่งการเสนอขอให้แก้ไขรัฐธรรมนูญได้” ทั้งนี้ก็เพราะในเวลานั้นพวกนิยมสาธารณรัฐเป็นฝ่ายมีเสียงข้างมากในสภามากขึ้นและเพื่อที่จะป้องกันมิให้กลับไปมีพระมหากษัตริย์ปกครองอีกก็เลยรีบฉวยโอกาสขอให้แก้ไขรัฐธรรมนูญโดยบัญญัติถ้อยคำเหล่านี้ลงไปทันที

ทั้งนี้เป็นความจริงว่าบทบัญญัติเหล่านี้เพียงแต่เป็นสิ่งแสดงความปรารถนาของผู้ให้กำเนิดรัฐธรรมนูญให้บุคคลรุ่นหลังๆ ทราบเท่านั้นแต่ทำได้มีค่า

¹² ไพโรจน์ ชัยนาม, คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ (โดยสังเขป) เล่ม 1 ข้อความเบื้องต้นและหลักทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญ, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2497, หน้า 423 - 424

ในทางกฎหมายเป็นการบังคับให้พวกเหล่านี้พึงปฏิบัติตามไม่”¹³

“การร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ออกใช้แทนฉบับเก่านั้นย่อมจะทำได้ตามวิธีการที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับเก่าเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติม แต่บางทีรัฐธรรมนูญหนึ่งก็มิบทบัญญัติกล่าวถึงการแก้ไขเพิ่มเติมใหม่ทั้งฉบับไว้โดยเรียบร้อย นอกจากนี้อาจมีการตั้ง “สภาร่างรัฐธรรมนูญ” ขึ้น ประกอบด้วยสมาชิกที่ราษฎรได้เลือกตั้งมาทำหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญขึ้นใช้ใหม่”

“อย่างไรก็ดี การยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับหนึ่งนั้นอาจทำได้เสมอ แม้เมื่อไม่มีบทบัญญัติกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น...”¹⁴

และ “ตามที่ได้กล่าวมาแล้วนี้อาจสรุปลงได้ว่า 1.รัฐธรรมนูญทุกฉบับจะต้องแก้ไขเพิ่มเติมได้ 2.การแก้ไขเพิ่มเติมนั้นจะทำได้ทุกๆ ส่วนของรัฐธรรมนูญตามความจำเป็น 3.การแก้ไขเพิ่มเติมจะทำได้ทุกขณะไม่ว่าเวลาใด 4.การแก้ไขเพิ่มเติมจะต้องเป็นไปตามวิธีการที่รัฐธรรมนูญนั้นบัญญัติไว้”¹⁵

นอกจากนี้ อำนาจในการวินิจฉัยเกี่ยวกับการแก้ไขรัฐธรรมนูญของ รัฐสภานั้น โดยหลักการเฉพาะในการตีความรัฐธรรมนูญแล้วย่อมไม่อาจให้ศาลใด ศาลหนึ่งมีอำนาจวินิจฉัยได้ ในการตีความรัฐธรรมนูญองค์การตามรัฐธรรมนูญจะต้องตระหนักถึงภารกิจที่รัฐธรรมนูญมอบหมายให้ก่อน และจะต้องเคารพอำนาจและภารกิจทางรัฐธรรมนูญขององค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ องค์กรตามรัฐธรรมนูญจะต้องไม่ตีความอำนาจหน้าที่ของตนให้ขัดกับหลักการแบ่งแยกภารกิจตามรัฐธรรมนูญหรือหลักการแบ่งแยกอำนาจ¹⁶ ศาลต้องไม่เข้าไปก้าวล่วงแสดงเจตจำนงในการบัญญัติกฎหมายแทนองค์กรนิติบัญญัติเสียเอง

ศาลเป็นผู้พิจารณาคดีในส่วนที่เกี่ยวกับข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่มีอยู่ในช่วงเวลาใดช่วงเวลานึงเท่านั้น หากให้ศาลวินิจฉัยการแก้ไขรัฐธรรมนูญได้

¹³ ไพโรจน์ ชัยนาม, อ้างแล้ว, หน้า 427

¹⁴ ไพโรจน์ ชัยนาม, อ้างแล้ว, หน้า 438

¹⁵ ไพโรจน์ ชัยนาม, อ้างแล้ว, หน้า 429

¹⁶ การใช้การตีความกฎหมาย, อ้างแล้ว, หน้า 346

ทุกกรณี ย่อมมีข้อจำกัดที่เกิดจากรัฐธรรมนูญที่มีอยู่ในขณะนั้นซึ่งอาจเป็นรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่ชอบธรรมก็ได้ เช่น รัฐธรรมนูญที่คณะรัฐประหารบัญญัติขึ้นมาโดยมีข้อความห้ามแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว หากต่อมา คณะรัฐประหารสิ้นสภาพและประชาชนต้องการที่จะแก้ไข แต่ศาลกลับใช้อำนาจวินิจฉัย ได้ว่าการแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวขัดต่อบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับที่ ต้องการจะแก้ไขหรือไม่ ศาลย่อมมีข้อจำกัดในการวินิจฉัย เพราะต้องพิจารณาจาก ข้อกฎหมายที่มีในขณะนั้น ศาลย่อมไม่มีทางเลือกอื่นนอกจากวินิจฉัยว่าแก้ไขไม่ได้ การแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับของคณะรัฐประหารดังกล่าวโดยประชาชนหรือรัฐสภา ย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้เลย ดังนั้น การแก้ไขรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของ ประเทศ จึงไม่อาจขึ้นอยู่กับการตีความของศาลได้ ประกอบกับโดยหลักแล้ว การจะวินิจฉัยยับยั้งกฎหมายหรือร่างกฎหมายใดต้องมีบทบัญญัติให้อำนาจศาลไว้ โดยตรงเท่านั้น เช่น กรณีตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 141, 154, 184, 185 และมาตรา 211 เป็นต้น แต่กรณีของการแก้ไขบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญนั้น หาได้มีบทกฎหมาย ใดให้อำนาจศาลตรวจสอบไว้ดังเช่นกรณีดังกล่าวมาไม่

3. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แม้ได้มา โดยการลงมติของประชาชน แต่มติดังกล่าวถือเป็นมติที่น่าเคลือบแคลงและมีปัญหา ในความชอบธรรม เนื่องจากการลงมติของประชาชนในขณะนั้นมีเงื่อนไขตาม รัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2549 ดังนี้

มาตรา 32 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ในการออกเสียงประชามติตามมาตรา 31 ประชาชนโดยเสียงข้างมากของผู้มาออกเสียงประชามติไม่เห็นชอบให้ใช้ ร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่... ให้สภาร่างรัฐธรรมนูญสิ้นสุดลง และให้คณะมนตรีความมั่นคง แห่งชาติประชุมร่วมกับคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่ได้เคยประกาศใช้บังคับมาแล้วฉบับใดฉบับหนึ่งมาปรับปรุงให้แล้วเสร็จ...และนำขึ้น ทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญ ต่อไป”

เงื่อนไขของบทบัญญัติดังกล่าวโดยสรุปก็คือ ในการลงประชามตินั้น หากประชาชนลงมติไม่รับร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติ

จะประชุมร่วมกับคณะรัฐมนตรีเพื่อนำเอารัฐธรรมนูญที่เคยประกาศใช้บังคับมาแล้ว มาปรับปรุงเพื่อประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญได้ทันที เช่นนี้ หากพิจารณาโดยตรรกะ แบบอธิบายง่าย ๆ ก็คือ ประชาชนมีสิทธิ 2 ทาง คือ หากประชาชนลงมติรับ ร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ก็จะได้ใช้รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวที่สามารถพิจารณาได้ อย่างชัดเจนถึงสิทธิและเสรีภาพ รวมถึงระบอบการปกครอง โครงสร้างของประเทศ ที่ระบุไว้ในร่างรัฐธรรมนูญนั้น แต่หากเสียงส่วนใหญ่ลงมติไม่รับร่างรัฐธรรมนูญ ดังกล่าว ประชาชนย่อมเสี่ยงที่จะถูกคณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติตัดสินใจแทนโดย นำเอารัฐธรรมนูญเก่าฉบับใดก็ได้มาปรับปรุงตามความต้องการของตนเองโดยที่ กฎหมายให้อำนาจแล้วประกาศใช้บังคับต่อไป ประชาชนไม่อาจมองเห็นสิทธิ เสรีภาพ ระบอบการปกครอง หรือโครงสร้างของประเทศได้เลย หากผลลงประชามติ เสียงส่วนใหญ่ไม่รับร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ย่อมเท่ากับอนาคตถูกฝากไว้ในมือ คณะมนตรีความมั่นคงแห่งชาติกับคณะรัฐมนตรีเท่านั้น ประชาชนไม่มีสิทธิเลือก เป็นอื่นได้อีกเท่ากับประชาชนถูกบีบให้ต้องเลือกรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550 โดยทางอ้อม หากเปรียบเป็นสำนวนก็เสมือนว่าประชาชนถูกบีบให้เลือก “ก่ำดีกว่าก่ำด” (Something is better than nothing) เช่นนี้แล้ว จะถือเป็นมติมหาชนที่บริสุทธิ์ อย่างแท้จริงได้อย่างไร

4. แม้รัฐสภาจะเป็นองค์กรที่ถูกจัดตั้งหรือสถาปนาโดยรัฐธรรมนูญ แต่รัฐธรรมนูญฯ มาตรา 291 ก็บัญญัติให้อำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญเป็นของ “รัฐสภา” โดยมีเงื่อนไขตามมาตรา 291 (1) วรรคสอง เพียงว่า “ผู้ตีข้อแก้ไขเพิ่มเติม รัฐธรรมนูญที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมี พระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเปลี่ยนแปลงรูปแบบของรัฐ จะเสนอมิได้” ทั้งตัว รัฐธรรมนูญฯ เองก็กำหนดกฎเกณฑ์ในการแก้ไขรัฐธรรมนูญเอาไว้ให้ซับซ้อนและ ยุ่งยากกว่าการแก้ไขกฎหมายทั่วไปอยู่แล้ว ประกอบกับเมื่อพิจารณาบทบัญญัติ มาตรา 291 แล้ว ก็ไม่ปรากฏว่าได้บัญญัติห้ามแก้ไขเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ แต่อย่างใด การแก้ไขรัฐธรรมนูญโดยยกเลิกทั้งฉบับจึงเป็นเรื่องที่กระทำได้ โดยไม่ผิดกฎหมายและธรรมเนียมปฏิบัติที่เคยมีมาในอดีตแต่อย่างใด ตรรกะที่ว่า “เมื่อองค์กรที่ถูกจัดตั้งมีเพียงอำนาจตามที่รัฐธรรมนูญให้ไว้ และอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ

จึงเป็นไปได้ที่จะให้องค์การนั้นใช้อำนาจที่ได้รับมอบจากรัฐธรรมนูญเองกลับไปแก้ไขรัฐธรรมนูญนั้นเหมือนการใช้อำนาจแก้ไขรัฐธรรมนูญธรรมดา” จึงน่าเคลือบแคลงและฟังไม่ขึ้นแต่อย่างใด และหากรัฐสภาเลือกใช้วิธีการแก้ไขเป็น “รายมาตรา” ไปจนครบทั้งฉบับ ก็น่าคิดว่ากรณีจะแตกต่างกับการแก้ไขทั้งฉบับไปเสียทีเดียวอย่างไร

5. ในส่วนของเหตุผลที่ว่า “รัฐธรรมนูญฉบับนี้ ได้มาโดยการลงมติของประชาชน ก็ควรที่จะให้ประชาชนผู้มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้ลงมติเสียก่อนว่า สมควรจะมีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่”

บทวิพากษ์

ก. ในร่างรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมที่เสนอโดยคณะรัฐมนตรีนั้นมีบทบัญญัติ มาตรา 291/13 ระบุไว้อย่างชัดเจนแล้วว่า หลังจากสภาร่างรัฐธรรมนูญได้ทำการยกร่างเสร็จแล้ว ให้เสนอต่อรัฐสภา แล้วให้ประธานรัฐสภาส่งร่างฯ ดังกล่าวไปยังคณะกรรมการการเลือกตั้งเพื่อดำเนินการจัดให้มีการออกเสียงลงประชามติของประชาชนว่าจะเห็นชอบกับร่างรัฐธรรมนูญนั้นหรือไม่ หากประชาชนลงมติไม่เห็นชอบ ก็ให้ร่างรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอันตกไป เช่นนี้ ถือได้ว่า กระบวนการจัดทำร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่คณะรัฐมนตรีเสนอ จะต้องผ่านกระบวนการประชามติอยู่แล้ว จึงไม่จำเป็นต้องมีการลงมติก่อนว่า สมควรจะมีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่หรือไม่แต่อย่างใด เพราะหากประชาชนไม่รับร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ย่อมแปลความได้ว่าประชาชนไม่เห็นควรที่จะมีรัฐธรรมนูญฉบับใหม่เช่นเดียวกัน ทั้งการให้ประชาชนลงมติก่อนว่าจะแก้หรือไม่ ย่อมไม่มีตัวเปรียบเทียบ ผลที่เกิดขึ้นก็อาจคล้ายกับกรณีที่มุ่งใจให้ประชาชนลงมติรับร่างรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 หรือหากจะให้มีการลงมติถึง 2 ครั้ง กล่าวคือ ครั้งแรก ให้ลงมติว่าจะแก้ไขหรือไม่ หากผ่านก็ให้มีการร่างรัฐธรรมนูญ เมื่อร่างเสร็จแล้วก็ให้ประชาชนลงมติในครั้งที่สองซึ่งก็คือการลงมติว่าจะรับหรือไม่ ก็เป็นวิธีที่สิ้นเปลืองงบประมาณของรัฐโดยไม่จำเป็นที่สุด ทั้งที่ผลที่ออกมาจะไม่แตกต่างจากรูปแบบที่จะใช้โดยร่างรัฐธรรมนูญ มาตรา 291/13 เลย

ข. ไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่ให้อำนาจศาลในการวินิจฉัยและนำคำความในคดีได้ ดังนั้นแม้สิ่งที่ศาลวินิจฉัยมาในประเด็นนี้อาจอ้างได้ว่าเป็นเพียงคำแนะนำ ข้อสังเกตหรือข้อเสนอแนะ¹⁷ แต่ก็ไม่มีบทกฎหมายใดให้อำนาจไว้ โดยหลักการทั่วไปของการดำเนินกระบวนการพิจารณาในศาล ศาลสามารถวินิจฉัยได้เพียงประเด็นแห่งคดีเท่านั้น ไม่อาจวินิจฉัยในเรื่องอื่นหรือวินิจฉัยเกินคำขอได้ หรือหากแม้มีคำขอ แต่เมื่อไม่อยู่ในประเด็นแห่งคดี ศาลก็ย่อมไม่มีอำนาจวินิจฉัยว่าสิ่งใดควรหรือไม่ควร ศาลมีอำนาจวินิจฉัยตามกฎหมายเพียงว่า คำความในคดีทำถูกหรือผิดกฎหมาย ทำได้หรือทำไม่ได้ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น ทั้งศาลรัฐธรรมนูญเป็นศาลที่มีเขตอำนาจ “เฉพาะ” ไม่ได้มีเขตอำนาจ “ทั่วไป” ดังเช่นศาลยุติธรรม¹⁸ การที่ศาลจะวินิจฉัยในเรื่องใดประเด็นใดได้นั้น จึงต้องมีกฎหมายให้อำนาจไว้ด้วย ดังนั้น คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นนี้จึงมีสภาพเป็นเพียงคำแนะนำที่กฎหมายมิได้บัญญัติรองรับสถานะไว้ กรณีจึงมีใช้ “คำวินิจฉัย” ตามความหมายที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 216 วรรคห้าที่จะเป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐได้

ท้ายนี้ ผู้เขียนขอยกตัวอย่างหนึ่งซึ่งอาจไม่อยู่ในประเด็นที่ได้วิพากษ์นี้โดยตรง คือ การรัฐประหารเมื่อวันที่ 19 กันยายน 2549 ซึ่งเกิดขึ้นอย่างรวดเร็วมาก จนกระทั่งบทบัญญัติมาตรา 63 ของรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 ซึ่งเป็นที่มาของบทบัญญัติมาตรา 68 นี้ไม่อาจป้องกันได้อย่างทันท่วงที จะเห็นได้ว่าในประวัติศาสตร์ที่ผ่านมา บทบัญญัติในทำนองนี้ไม่เคยใช้บังคับได้จริงในทางปฏิบัติเลย ทั้งจะย้อนกลับไปแก้ไขใดๆ ให้กลับตติงเดิมก็ไม่ได้ดังที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยเอาไว้ หากจะ “แก้ไข” เรื่องนี้และทำให้บทบัญญัติมาตรา 68 มีผลบังคับได้อย่างจริงจัง คงต้องปลูกจิตสำนึกให้ประชาชนรักและหวงแหนอำนาจอธิปไตยของตนเองมากกว่าที่เป็น

¹⁷ การแถลงข่าวของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ โดย สมฤทธิ์ ไชยวงศ์ โฆษกสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ (ที่มา: [ข่าวมติชนออนไลน์ www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1342179231&grpid=&catid=01&subcatid=0100](http://www.matichon.co.th/news_detail.php?newsid=1342179231&grpid=&catid=01&subcatid=0100)) และความเห็นในการวินิจฉัยคดีส่วนตัวของนายวสันต์ สร้อยพิสุทธิ์ ประธานศาลรัฐธรรมนูญ, หน้า 4

¹⁸ ดู รัฐธรรมนูญฯ มาตรา 218

อยู่โดยต้องถือว่าการ “รัฐประหาร” เป็นสิ่งต้องห้าม เนื่องจากระบอบประชาธิปไตย มีวิธีการแก้ปัญหาของตนเองโดยโครงสร้างอยู่แล้ว แม้อาจต้องใช้เวลาบ้าง อาจล้มลุกคลุกคลานบ้าง อาจเกิดความเสียหายขึ้นบ้าง ก็เป็นสิ่งที่ประชาชนทุกคนในฐานะที่เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยจำเป็นต้องเรียนรู้และทำความเข้าใจกันต่อไป การยอมรับให้มีการรัฐประหารที่อ้างว่ากระทำขึ้นเพื่อตัดตอน “ความชั่วร้าย” ของนักการเมือง ย่อมมีสภาพไม่ต่างไปจากการนำเอาสิ่งโสโครกมาใช้ล้างสิ่งโสภณ และ “ตัดตอน” กระบวนการเรียนรู้และทำความเข้าใจในปัญหาและวิธีการแก้ไขหรือหาทางออกของปัญหาที่เกิดขึ้นในกระบวนการทางประชาธิปไตยของประชาชน การรัฐประหารจึงเป็นสิ่งที่ไม่อาจยอมรับได้ไม่ว่าในกรณีใดๆ และ “ศาล” ก็เป็นส่วนหนึ่งในสามอำนาจอธิปไตยที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ศาลย่อมมีภารกิจตามรัฐธรรมนูญที่จะพิทักษ์ไว้ซึ่งตัวรัฐธรรมนูญเองและระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข โดยผู้เขียนขอยกเหตุผลบางตอนในการวินิจฉัยคดีของผู้พิพากษาท่านหนึ่ง¹⁹ มาอ้างอิงไว้ ณ ที่นี้ เพื่อเป็นข้อคิดและข้อเตือนใจในการปฏิบัติตามภารกิจของศาลในทุกระบบเพื่อการปกป้องระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ดังต่อไปนี้

“อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน ศาลเป็นหนึ่งในอำนาจอธิปไตย ซึ่งเป็นของประชาชน ศาลจึงต้องใช้อำนาจดังกล่าวเพื่อประชาชนอย่างสร้างสรรค์ ในการวินิจฉัยคดีเพื่อให้เกิดผลในทางที่ย้ายขอบเขตการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน หากศาลไม่รับใช้ประชาชน ย่อมทำให้ระบบกฎหมายและกระบวนการยุติธรรมถูกทำลายและสิ้นคลอน นอกจากนี้ศาลควรมีบทบาทในการพิทักษ์ความชอบด้วยกฎหมายรวมถึงพันธระกรณีในการปกป้องรักษาประชาธิปไตย ด้วยการใช้อำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางของระบอบประชาธิปไตย กล่าวคือ การใช้อำนาจในการปกครองประเทศโดยความไม่ยินยอมพร้อมใจจากประชาชนส่วนใหญ่เท่ากับเป็นการล้มล้างระบอบประชาธิปไตย การปฏิวัติหรือรัฐประหารเป็นการล้มล้างรัฐธรรมนูญ เป็นความผิดตามประมวล

¹⁹ นายกิริติ กาญจนรินทร์, ความเห็นส่วนตัวในการวินิจฉัยคดีตามคำพิพากษาของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ที่ 9/2552

กฎหมายอาญา มาตรา 113 ย่อมเป็นการได้อำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีกรซึ่งมีได้เป็นไปตามวิถีทางของระบอบประชาธิปไตย หากศาลรับรองอำนาจของบุคคลหรือคณะบุคคลที่ทำการปฏิวัติ หรือรัฐประหารว่าเป็นรัฐธูธิปไตยแล้ว เท่ากับศาลไม่ได้รับใช้ประชาชนจากการใช้อำนาจโดยมิชอบและเพิกเฉยต่อการปกป้องรักษาประชาธิปไตยดังกล่าวมาข้างต้น ทั้งเป็นการละเลยหลักยุติธรรมตามธรรมชาติที่ว่าบุคคลใดจะรับประโยชน์จากความฉ้อฉลหรือความผิดของตนเองหาได้ไม่ รวมทั้งเป็นการส่งเสริมให้เกิดการปฏิวัติหรือรัฐประหารเป็นวงจรอุบาทว์อยู่ร่ำไป ยิ่งกว่านั้นยังเป็นช่องทางให้บุคคลหรือคณะบุคคลดังกล่าวที่ทำการปฏิวัติหรือรัฐประหาร ยึดมือกฎหมายเข้ามาจัดการสิ่งต่างๆ ข้อเท็จจริงเป็นที่ทราบกันโดยทั่วไปว่า ปัจจุบันอยู่ในกระแสโลกาภิวัตน์ นานาอารยประเทศส่วนใหญ่ปกครองในระบอบประชาธิปไตย ซึ่งไม่ยอมรับอำนาจที่ได้มาจากการปฏิวัติหรือรัฐประหาร ฉะนั้นเมื่อกาลและเทศะในปัจจุบันเปลี่ยนไปแล้วจากอดีต ศาลจึงไม่อาจที่จะรับรองอำนาจของบุคคลหรือคณะบุคคลที่ทำการปฏิวัติหรือรัฐประหาร ว่าเป็นรัฐธูธิปไตย”

คดีปกครอง เกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ*

คุณปาลิรัฐ ศรีวรรณพฤกษ์**

ศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ ตามความในรัฐบัญญัติ 28 Pluviôse an VIII ลงวันที่ 17 กุมภาพันธ์ 1800 ซึ่งเป็นรัฐบัญญัติที่มีเนื้อหาสาระเกี่ยวกับการจัดโครงสร้างของรัฐและฝ่ายปกครอง มีการตั้งสภาจังหวัด (les Conseils de la préfecture) ขึ้น ซึ่งมาตรา 4 วรรค 3 แห่งกฎหมายดังกล่าวบัญญัติให้สภาจังหวัดมีอำนาจเกี่ยวกับการชี้ขาด “ความยุ่งยากที่อาจเกิดขึ้นระหว่างผู้รับทำงานโยธาสาธารณะและฝ่ายปกครองในเรื่องที่เกี่ยวกับความหมายหรือการทำตามข้อกำหนดของการทำงาน”¹ รัฐบัญญัติฉบับนี้เป็นรัฐบัญญัติให้คำนิยามของคดีปกครองเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะไว้ว่ามี 3 ประการด้วยกัน คือ 1. สัญญาที่เกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ 2. งานบริการ

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net 9 กันยายน 2555 21:17 น

** น.บ.เกียรตินิยมอันดับสอง จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, น.ม. กฎหมายเอกชนและธุรกิจ จากมหาวิทยาลัยเดียวกัน, Master 2 Droits fondamentaux และ Doctorat en droit public : mention très honorable มหาวิทยาลัย Auvergne Clermont-Ferrand 1 แห่งประเทศฝรั่งเศส, พนักงานคดีปกครองชำนาญการ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

¹ ดูรายละเอียดเพิ่มเติมได้ที่ นันทวัฒน์ บรมานันท์, สัญญาทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ 1 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน : 2546), หน้า 331

สาธารณะที่มีการครอบครองสาธารณะสมบัติของแผ่นดินเป็นการชั่วคราว²
 3. ความรับผิดชอบอันเนื่องมาจากความเสียหายที่มีผลมาจากงานโยธาสาธารณะ

อำนาจในการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศสในคดีประเภทนี้ เป็นประเด็นที่น่าสนใจ เนื่องจากเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงความก้าวหน้าของกฎหมาย ปกครองฝรั่งเศสในเรื่องการตีความบริบททางกฎหมายในหลายประเด็นด้วยกัน กล่าวคือ การกำหนดนิยาม “ความเสียหายอันเนื่องมาจากงานโยธาสาธารณะ” (ดังที่จะกล่าวใน *ส่วนที่ 1*) ซึ่งถือเป็นจุดเริ่มแรกในการพิจารณาอำนาจในการพิจารณา พิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศสในคดีพิพาทดังกล่าว ตามทฤษฎีกฎหมายฝรั่งเศส นั้นจะต้องทำการแบ่งแยกให้ชัดเจนเสียก่อนว่างานโยธาสาธารณะนั้นเป็นงานโยธา สาธารณะประเภทใดระหว่างงานโยธาสาธารณะที่อยู่ในระหว่างการก่อสร้างหรือ การสร้างงาน (les travaux publics) หรือเป็นงานโยธาสาธารณะที่ดำเนินการสร้าง เสร็จสมบูรณ์แล้วหรือที่เรียกว่าสิ่งสาธารณูปโภค (l'ouvrage public) จึงเห็นได้ว่า งานโยธาสาธารณะที่อยู่ในระหว่างการก่อสร้างและงานโยธาสาธารณะที่ ก่อสร้างเสร็จสมบูรณ์แล้วย่อมมีความเกี่ยวเนื่องกับกิจกรรมต่างๆ ของฝ่ายปกครอง ไม่มากนักน้อย การศึกษานิยามของ “งานโยธาสาธารณะ” จึงมีความสำคัญดังกล่าว ไปแล้วข้างต้น

ความก้าวหน้าของกฎหมายปกครองฝรั่งเศสในคดีพิพาทเกี่ยวกับงานโยธา สาธารณะประการถัดมาคือ การจำแนกสถานะของผู้เสียหาย (ดังที่จะกล่าวใน *ส่วนที่ 2*) ซึ่งหมายความถึงการจำแนกประเภทของผู้เสียหายออกเป็น 3 ประเภท คือ ผู้เสียหายที่อยู่ในสถานะบุคคลภายนอก ผู้เสียหายที่อยู่ในสถานะผู้รับทำงาน โยธาสาธารณะ และผู้เสียหายที่อยู่ในสถานะบุคคลผู้ใช้บริการงานโยธาสาธารณะนั้น สถานะของผู้เสียหายมีความสำคัญกับการนำแนวความคิดว่าด้วยความรับผิดชอบใน กรณีใดกรณีหนึ่งมาใช้ กล่าวคือ หากผู้เสียหายนั้นเป็นผู้เสียหายในสถานะบุคคล ภายนอก กฎหมายปกครองฝรั่งเศสถือว่าจะต้องนำแนวความคิดว่าด้วยความรับผิด โดยปราศจากความผิดมาปรับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี ในขณะที่หาก

² « Les servitudes d'occupation temporaire »

ความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเกิดกับผู้เสียหายในสถานะผู้รับทำงานโยธาสาธารณณะหรือในสถานะบุคคลผู้ให้บริการงานโยธาสาธารณณะ ศาลจะนำแนวความคิดว่าด้วยความรับผิดชอบบนพื้นฐานการกระทำผิดมาปรับใช้ในการพิจารณาคดี ซึ่งแนวความคิดทั้งสองประการนี้มีผลในการคุ้มครองและเยียวยาผู้เสียหายในลักษณะที่แตกต่างกัน

อย่างไรก็ดี แม้ว่าข้อเท็จจริงในคดีพิพาทสอดคล้องกับข้อความคิดเกี่ยวกับข้อพิพาทจากงานโยธาสาธารณณะทั้งสองประการดังกล่าวมาแล้วข้างต้นก็ตาม แต่ข้อพิพาทนั้นก็อาจไม่อยู่ภายใต้อำนาจในการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ทั้งนี้ เนื่องมาจากสาเหตุที่ว่ามิกฎหมายระดับรัฐบัญญัติกำหนดไว้อย่างชัดเจนเป็นกรณีกเว้น หรือเป็นเพราะว่าข้อพิพาทดังกล่าวมีข้อเท็จจริงเกี่ยวเนื่องกับการดำเนินงานภายใต้สัญญาสัมปทานอันอาจส่งผลให้รัฐสามารถหยิบยกเหตุดังกล่าวมาปฏิเสธความรับผิดชอบของตนได้ (ดังที่จะกล่าวใน ส่วนที่ 3) บทความฉบับนี้จึงได้ทำการศึกษาคดีปกครองเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณณะโดยแบ่งการศึกษาออกเป็น 3 ส่วนด้วยกัน ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

ส่วนที่ 1 ความหมายของ “ความเสียหายอันเนื่องมาจากงานโยธาสาธารณณะ”

อาจแบ่งความหมายของ “ความเสียหายอันเนื่องมาจากงานโยธาสาธารณณะ” ได้ออกเป็น 2 ประเภท คือ ความหมายโดยทั่วไป และความหมายที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลปกครอง

“ความเสียหายอันเนื่องมาจากงานโยธาสาธารณณะ” ตามความหมายโดยทั่วไป มีความหมายถึง ความเสียหายอันเป็นผลมาจากงานโยธาสาธารณณะที่เกิดขึ้นกับบุคคล ทรัพย์สิน หรือสิทธิ อันเนื่องมาจากการดำเนินการหรือการไม่ดำเนินการของงานโยธาสาธารณณะนั้น และ/หรือ จากการก่อสร้าง การมีอยู่ การขาดหายไป หรือรูปแบบการดูแลรักษา หรือการดำเนินการก่อสร้างงานโยธาสาธารณณะที่ยังไม่แล้วเสร็จ³ โดยหลักแล้วถือว่าความเสียหายอันเนื่องมาจากงานโยธาสาธารณณะเป็น

³ « le dommage de travaux publics résulte d'une atteinte faite à une personne,

ความเสียหายอันอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ยกเว้นบางกรณี จึงถือว่าเป็นอำนาจในการพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม

คำพิพากษาที่เป็นหลักในคดีนี้ คือ คำพิพากษาคดี Seguinot ลงวันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ. 1963 สภาแห่งรัฐตัดสินว่าความเสียหายอันเนื่องมาจากการตกบันไดของเด็กที่เล่นกันในบริเวณงานโยธาสาธารณะถือเป็นความเสียหายที่อยู่ภายใต้อำนาจในการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

ความหมายของ “ความเสียหายอันเนื่องมาจากการงานโยธาสาธารณะ” อีกความหมายหนึ่ง คือ ความหมายที่ได้มาจากการวางหลักของศาลในคำพิพากษากรณีนี้นี้จะเป็นการตีความว่าความเสียหายใดไม่ถือเป็นความเสียหายอันเนื่องมาจากการงานโยธาสาธารณะอันอยู่นอกเหนืออำนาจในการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

สภาแห่งรัฐได้วางหลักถึงข้อยกเว้นของงานโยธาสาธารณะบางประเภทที่ไม่อยู่ในอำนาจในการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ว่ามีด้วยกัน 5 ประการ คือ

- กรณีที่ทรัพย์สินของเอกชนอยู่ภายใต้การครอบครองอันเนื่องมาจากประโยชน์สาธารณะ (l'emprise) ทั้งนี้ ตามคำพิพากษาศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล คดี Mme Antichon ลงวันที่ 4 พฤศจิกายน ค.ศ. 1991 โดยมีข้อเท็จจริงในคดีคือ การที่รัฐทำการวางท่อใต้ดินลอดผ่านที่ดินเอกชนโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้ว่าการดำเนินการดังกล่าวจะเป็นการดำเนินการเพื่อการจัดทำงานโยธาสาธารณะก็ตาม
- กรณีการกระทำของฝ่ายปกครองที่ไปกระทบต่อสิทธิแห่งทรัพย์สินหรือเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน (le voie de fait)⁴ ทั้งนี้ ตาม

un bien, un droit, par l'exécution ou l'inexécution d'un travail public et/ou la construction, l'existence, l'absence, les modalités d'entretien ou le fonctionnement d'un ouvrage »

⁴ หมายถึง การที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจนอกเหนือขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ และเป็น

คำพิพากษาศาลชี้ขาดหน้าที่ระหว่างศาล คดี Beladjimi ลงวันที่ 4 พฤศจิกายน ค.ศ. 1991

- กรณีความเสียหายอันเป็นส่วนควบจากการเวนคืนเพื่อประโยชน์สาธารณะ (les dommages accessoires à une expropriation)
- กรณีความเสียหายอันเนื่องมาจากความผิดส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้ ตามคำพิพากษาศาลแห่งรัฐ คดี Gouverneur Générale de l'Indochine c/Ohitis โดยมีข้อเท็จจริงในคดีคือ การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐอยู่ในสถานะผู้ใช้งานโยธาสาธารณะดังกล่าว หากเกิดความเสียหายย่อมถือเป็นอำนาจในการพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม
- กรณีความเสียหายที่เกิดจากการให้บริการสาธารณะทางด้านอุตสาหกรรมและพาณิชย์กรรม (SPIC) เช่น ความเสียหายอันเนื่องมาจากการการใช้งานโยธาสาธารณะนั้น (คำพิพากษาศาลแห่งรัฐ คดี Soc. des forces motrices de la Tarde ลงวันที่ 14 พฤษภาคม ค.ศ. 1937 และคำพิพากษาศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล คดี Dme Galland ลงวันที่ 24 มิถุนายน ค.ศ. 1954)

อย่างไรก็ดี หากความเสียหายดังกล่าวมีสาเหตุมาจากการกระทำละเมิดของผู้รับทำบริการสาธารณะ (l'entrepreneur) (เช่น การตัดไฟโดยไม่แจ้งล่วงหน้า การปล่อยให้สายไฟระโยงระยางโดยไม่ทำการดูแล) ผู้เสียหายมีสิทธิที่จะเลือกว่าจะยื่นฟ้องคดีต่อศาลใดก็ได้ กล่าวคือ อ้างถึงความเสียหายดังกล่าวประกอบกับพิสูจน์ถึงส่วนได้เสียของตนในการยื่นฟ้องต่อศาลปกครอง หรือจะอ้างเรื่องการกระทำของฝ่ายปกครองต่อศาลที่มีอำนาจกำหนดโทษก็ได้ ทั้งนี้ ตามคำพิพากษาศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล คดี Douied c/Stokos ลงวันที่ 13 มิถุนายน ค.ศ. 1960

การกระทำที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน ในกรณีนี้มีเหตุผลว่า ฝ่ายปกครองกระทำการโดยใช้อำนาจนอกเหนือจากที่ตนมีอยู่มาก จึงไม่อยู่ในสถานะที่จะได้รับการคุ้มครองโดยศาลพิเศษ ดังนั้น การกระทำดังกล่าวนี้จึงไม่อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง แต่อยู่ภายใต้อำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม

ส่วนที่ 2 การจำแนกสถานะของผู้เสียหายอันส่งผลถึงเงื่อนไขในการรับผิดชอบของรัฐ

การอ้างความรับผิดชอบของรัฐอันมีผลให้เกิดค่าชดเชยความเสียหายนั้น จะต้องพิจารณาก่อนว่า ผู้เสียหายในกรณีดังกล่าวผู้นั้นอยู่ในสถานะบุคคลภายนอก (les tiers) ในสถานะผู้รับทำงานโยธาสาธารณะ (l'entrepreneur) หรือในสถานะผู้ใช้บริการโยธาสาธารณะ (l'usager) ทั้งนี้เนื่องมาจากสถานะทั้งสามประการนี้ส่งผลให้นำแนวความคิดว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐมาใช้แตกต่างกัน กล่าวคือ หากเป็นความเสียหายที่เกิดกับบุคคลภายนอกแล้ว จะนำแนวความคิดว่าด้วยความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิดมาปรับใช้ (2.1) แต่หากเป็นความเสียหายที่เกิดกับผู้รับทำงานโยธาสาธารณะจัดทำบริการสาธารณะหรือผู้ใช้บริการสาธารณะ ศาลจะนำแนวความคิดว่าด้วยความรับผิดชอบแบบทั่วไปมาปรับใช้ (2.2) ดังมีรายละเอียด ดังนี้

2.1 ความเสียหายที่เกิดกับบุคคลภายนอก เป็นกรณีที่บุคคลที่สามารถได้รับความเสียหายโดยไม่ทราบสาเหตุที่ก่อให้เกิดความเสียหายนั้นมาจากการดำเนินการก่อสร้างงานโยธาสาธารณะหรือเกิดมาจากการใช้งานงานโยธาสาธารณะนั้นหรือไม่ กรณีนี้บุคคลภายนอกจะต้องแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นกับงานโยธาสาธารณะที่แล้วเสร็จแล้ว/หรืองานโยธาสาธารณะที่อยู่ระหว่างการจัดทำ โดยไม่ต้องทำการพิสูจน์ว่ากรณีดังกล่าวมีความผิด (une faute) เกิดขึ้นหรือไม่ ความเสียหายที่เกิดขึ้นในกรณีนี้จึงจะต้องมีลักษณะเป็นความเสียหายที่ไม่ปกติ (anomal) ไม่ใช่มีลักษณะเป็นความเสียหายอันเนื่องมาจากความไม่สะดวกในการใช้งานบริการสาธารณะนั้นแบบทั่วไป

อย่างไรก็ดี ความรับผิดชอบอันเนื่องมาจากความเสียหายที่เกิดกับบุคคลภายนอกนี้ มีข้อยกเว้น 2 ประการด้วยกัน คือ ความเสียหายดังกล่าวต้องไม่เกิดมาจากความผิดของผู้เสียหายเอง และความเสียหายดังกล่าวต้องไม่ได้เกิดจากเหตุสุดวิสัย (la force majeure)⁵

⁵ หมายถึง เหตุที่มีใ้การกระทำของคู่สัญญาและจะต้องเป็นเหตุที่มีอาจคาดหมายเป็นการล่วงหน้าได้ เช่น ภัยธรรมชาติต่างๆ ที่ทำให้เกิดปัญหาต่อการปฏิบัติตามสัญญา เป็นต้น

อาจแบ่งประเภทความเสียหายที่เกิดกับบุคคลภายนอกได้เป็น 2 ประเภท คือ (1) ความเสียหายอันเกิดจากการดำเนินการก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ และ (2) ความเสียหายอันเกิดจากตัวงานโยธาสาธารณะ ซึ่งสามารถอธิบายได้ ดังนี้

(1) ความเสียหายอันเกิดจากการดำเนินการก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ ยังสามารถแยกออกเป็น 2 ลักษณะ คือ ความเสียหายอันเกี่ยวเนื่องกับการดำเนินการก่อสร้างงานโยธาสาธารณะหรือความเสียหายที่เกิดจากอุบัติเหตุในการก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ

ตัวอย่างของความเสียหายอันเกี่ยวเนื่องกับการดำเนินการก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ ก็เช่น ความเสียหายที่เกิดขึ้นกับร้านค้าอันเนื่องมาจากการก่อสร้างรถไฟฟ้าที่เมือง Lyon⁶ ความเสียหายอันเกิดขึ้นกับการสูญพันธุ์ของปลาอันเนื่องมาจากการสูบน้ำ⁷ ความเสียหายอันเนื่องมาจากเสียง ฝุ่น ควัน อันเนื่องมาจากการก่อสร้างท่าเรือ⁸ การสูญเสียการมองเห็นทิวทัศน์และแสงแดดส่องถึงอันเนื่องมาจากการก่อสร้างคลองส่งน้ำในเขต Provence⁹ เป็นต้น

ตัวอย่างของความเสียหายที่เกิดจากอุบัติเหตุในการก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ ก็เช่น การเกิดเพลิงไหม้ในบริเวณที่เก็บของเสียสาธารณะอันมีผลให้เกิดหมอกควันหนาที่บและส่งผลให้เกิดอุบัติเหตุบนท้องถนนหลวง¹⁰ หรือกรณีอุบัติเหตุอื่นๆ เช่น การถล่มหรือระเบิดของเหมือง เป็นต้น

(2) ความเสียหายอันเกิดจากตัวงานโยธาสาธารณะ หมายถึง ความเสียหายที่เกิดกับอาคาร เกิดกับบุคคล หรือเกิดกับสิ่งはりมทรัพย์ก็ได้

⁶ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Sté Générale d'Entreprise ลงวันที่ 20 พฤศจิกายน ค.ศ. 1981

⁷ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Ville de Saint-Brieuc ลงวันที่ 23 มิถุนายน ค.ศ. 1976

⁸ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Vermaelen ลงวันที่ 27 กรกฎาคม ค.ศ. 1983

⁹ คำพิพากษาศาลปกครองชั้นอุทธรณ์แห่งเมือง Lyon คดี M et Mme Tartar ลงวันที่ 18 พฤษภาคม ค.ศ. 1992

¹⁰ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Cne d'Houdreville sur Eure ลงวันที่ 12 ตุลาคม ค.ศ. 1983

ตัวอย่างในกรณีนี้ก็เช่น ความเสียหายอันเกิดจากพื้นดิน¹¹ ความเสียหายอันเกิดมาจากน้ำท่วมขังเนื่องมาจากท่อส่งน้ำชำรุด¹² ความเดือดร้อนรำคาญและความเสียหายอันเกิดจากการขาดน้ำใช้สอยในที่ดินของเอกชนอันเนื่องมาจากการมีจำนวนประชาชนเข้าชมสวนข้างเคียงจำนวนมาก¹³ ความเสียหายอันเกิดจากกระแสไฟฟ้าลัดวงจรอันเนื่องมาจากการติดตั้งเสาไฟฟ้าแรงสูง¹⁴ ความเสียหายอันเกิดจากการติดตั้งเสาไฟฟ้าแรงสูง¹⁵ การจมน้ำอันเนื่องมาจากการเปิดใช้ฝื่อน¹⁶ การบาดเจ็บอันเนื่องมาจากเพลิงไหม้สะพานในขณะที่ทำการซ่อมแซม¹⁷

2.2 ความเสียหายที่เกิดกับผู้รับทำงานโยธาสาธารณะหรือผู้ใช้งานโยธาสาธารณะ

2.2.1 นิยามและหลักทั่วไป

ผู้รับทำงานโยธาสาธารณะ หมายถึง บุคคลผู้จัดทำงานโยธาสาธารณะ

ผู้ใช้บริการงานโยธาสาธารณะ หมายถึง ผู้ใช้งานงานโยธาสาธารณะในลักษณะปกติและในขณะที่ความเสียหายอันเกิดจากงานโยธาสาธารณะปรากฏขึ้น

ผู้รับทำงานโยธาสาธารณะต้องแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นกับความเกี่ยวข้องของตนเองงานโยธาสาธารณะที่กำลังก่อสร้างดังกล่าว ตัวอย่างในกรณีนี้ก็เช่น คนงานก่อสร้างผู้ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการชำรุดของท่อก๊าซต้องทำการพิสูจน์ถึงความสัมพันธ์ดังกล่าวมา

¹¹ คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ คดี Saroul ลงวันที่ 7 ธันวาคม ค.ศ. 1984

¹² คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ คดี Cne d'Auterive ลงวันที่ 26 กรกฎาคม ค.ศ. 1985

¹³ คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ คดี Wilmotte ลงวันที่ 1 มีนาคม ค.ศ. 1985

¹⁴ คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ คดี Lange ลงวันที่ 3 พฤศจิกายน ค.ศ. 1985

¹⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ คณะพิเศษ คดี Cne de Bethoncourt c/ consortsBarbier ลงวันที่ 26 มกราคม ค.ศ. 1992

¹⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ คดี Cie Générales des Eaux ลงวันที่ 15 มีนาคม ค.ศ. 1957

¹⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ คดี Ville de thouars ลงวันที่ 11 พฤศจิกายน ค.ศ. 1956

แล้วข้างต้นว่าตนมิได้มีส่วนในการกระทำผิดใดๆอันก่อให้เกิดความชำรุดของท่อก๊าซดังกล่าว

ผู้ใช้บริการงานโยธาสาธารณะก็ตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขเดียวกับผู้รับทำงานโยธาสาธารณะ กล่าวคือ จะต้องแสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ความเสียหายและงานโยธาสาธารณะนั้น

ข้อยกเว้นความรับผิดในกรณี 2.2 นี้ คือ ความผิดของผู้เสียหายและเหตุสุดวิสัย

อย่างไรก็ดี ฝ่ายปกครองสามารถอ้างได้ว่าตนได้ดำเนินการก่อสร้างงานโยธาสาธารณะอย่างครบถ้วนถูกต้อง หรืออ้างว่าตนได้ทำการดูแลรักษางานโยธาสาธารณะอย่างเหมาะสม หรือตนได้ทำการแจ้งเตือนอันตรายที่อาจเกิดขึ้นจากงานโยธาสาธารณะนั้นอย่างเพียงพอแล้ว หรืออาจกล่าวได้ว่า ฝ่ายปกครองอยู่ในข้อสันนิษฐานว่าเป็นผู้ก่อให้เกิดความผิด ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงต้องเป็นผู้พิสูจน์ว่าตนไม่ได้ก่อให้เกิดความผิดดังกล่าว

ในทางปฏิบัติ ความรับผิดดังกล่าวเป็นความรับผิดที่ผู้เสียหายมีส่วนผิดด้วย¹⁸ ดังนั้น ฝ่ายปกครองจึงสามารถหยิบยกข้อเท็จจริงเรื่องที่ว่าผู้เสียหายมีส่วนผิดด้วยมาปฏิเสธหรือลดหย่อนความรับผิดของตนได้เสมอ อย่างไรก็ตาม ฝ่ายปกครองไม่อาจปฏิเสธความรับผิดได้หากมีข้อเท็จจริงปรากฏว่างานโยธาสาธารณะดังกล่าวมีลักษณะเป็นงานโยธาสาธารณะที่มีความเป็นอันตรายอย่างเห็นได้ชัด (exceptionnellement dangereux)¹⁹

2.2.2 ความเสียหายที่เกิดกับผู้ใช้บริการงานโยธาสาธารณะ มี 3 ประเภท คือ

¹⁸ คำพิพากษาศาลแห่งรัฐ คดี CPAM Mauberge ลงวันที่ 9 กรกฎาคม ค.ศ. 199

¹⁹ คำพิพากษาศาลแห่งรัฐ คดี Min. de l'Equipeement c/ Dalleau ลงวันที่ 6 กรกฎาคม ค.ศ. 1973

- ความเสียหายที่เป็นผลโดยตรงจากการก่อสร้างหรือการดูแลรักษางานโยธาสาธารณะนั้น เช่น อุบัติเหตุอันเกิดจากการขัดข้องของระบบเลื่อนยก²⁰
- ความเสียหายที่ไม่ได้เป็นผลโดยตรงจากการดำเนินการก่อสร้างงานโยธาสาธารณะที่ยังไม่แล้วเสร็จหรือเกิดจากสิ่งสาธารณูปโภค เช่น การไม่ได้กำหนดมาตรการป้องกันที่เหมาะสมหรือการไม่ให้สัญญาในการก่อสร้างงานโยธาสาธารณะนั้น
- ความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเนื่องมาจากการใช้งานสิ่งสาธารณูปโภคนั้น²¹

ส่วนที่ 3 ข้อยกเว้นของอำนาจในการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองในคดีพิพาทเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ

3.1 ความทั่วไป

โดยหลักแล้วถือว่าอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะเป็นอำนาจในการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามความในรัฐบัญญัติ 28 Pluviôse an VIII ลงวันที่ 17 กุมภาพันธ์ 1800 หลักดังกล่าวยังได้รับการยืนยันในคำพิพากษาต่างๆ กล่าวคือ คำพิพากษาศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล คดี Société SACMAT ลงวันที่ 4 มีนาคม ค.ศ. 2002 ได้วางหลักในเรื่องนี้ไว้ว่า ศาลปกครองถือเป็นศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทที่เกิดจากสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง (un marché de travaux publics) หรือกรณีความเสียหายอันเนื่องมาจากการดำเนินการก่อสร้างงานโยธาสาธารณะหรืออันเนื่องมาจากการมีอยู่หรือการดำเนินการของสิ่งสาธารณูปโภคนั้น จากคำพิพากษาดังกล่าวตีความได้ว่า ข้อพิพาทดังกล่าวจะต้องอยู่ภายใต้บังคับเรื่องอายุความสิบปีตามข้อพิพาทในเรื่องสัญญาจัดซื้อจัดจ้าง หลังจากนั้นจึงค่อยพิจารณาเรื่องความเสียหายที่

²⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ คดี Min. Transp. c/Chagot ลงวันที่ 1 มีนาคม ค.ศ. 1985

²¹ คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ คดี Ville de Perpignan ลงวันที่ 14 มีนาคม ค.ศ. 1969

เกิดขึ้นว่าเป็นความเสียหายที่เกิดกับผู้จัดทำบริการสาธารณะ ผู้ใช้บริการ หรือบุคคลภายนอก และความเสียหายดังกล่าวเป็นความเสียหายที่ผู้รับผิดชอบโครงการ (maître d'ouvrage) หรือผู้รับทำงานโยธาสาธารณะจะต้องรับผิดชอบหรือไม่

ความเสียหายดังกล่าวเป็นกรณีกับความเสียหายที่เกิดขึ้นกับผู้เสียหายอื่นเนื่องมาจากสัญญาโยธาสาธารณะที่เป็นสัญญาตามกฎหมายเอกชน ซึ่งจะต้องนำเรื่องความรับผิดกึ่งละเมิด (la responsabilité quasi-délictuelle) มาปรับใช้ในกรณีดังกล่าวแทน

3.2 ข้อยกเว้นเรื่องอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะ มีด้วยกัน 2 ประการ คือ 3.2.1 ข้อยกเว้นตามรัฐบัญญัติต่างๆ

3.2.2 ข้อยกเว้นตามกรณีสัมปทาน

3.2.1 ข้อยกเว้นตามรัฐบัญญัติต่างๆ มีด้วยกัน 6 ฉบับ คือ

- รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 3 กรกฎาคม ค.ศ. 1877 เกี่ยวกับการยิงกระสุนปืนใหญ่
- รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 15 มิถุนายน ค.ศ. 1906 เกี่ยวกับการให้ค่าชดเชยอันเนื่องมาจากการติดตั้งปลั๊กงานไฟฟ้า การให้บริการและการพาดผ่านของสายไฟฟ้า
- รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 16 ตุลาคม ค.ศ. 1919 เกี่ยวกับการให้ค่าชดเชยอันเนื่องมาจากการจัดทำสัมปทานไฟฟ้าพลังน้ำ
- รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 3 พฤษภาคม ค.ศ. 1912 เกี่ยวกับการระเบิดหรือการก่อพิษหรือสารพิษที่เกิดจากวัตถุระเบิดต่างๆ
- รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 5 เมษายน ค.ศ. 1937 เกี่ยวกับการกระทำของบุคลากรในทางการศึกษาที่อยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของรัฐ
- รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1957 เกี่ยวกับอุบัติเหตุบนท้องถนน

3.2.2 ซ้อยกเว้นอันเนื่องมาจากกรณีการดำเนินงานโยธาสาธารณะ ให้ลุล่วงโดยผู้รับทำงานโยธาสาธารณะ จากกรณีสัมปทาน และจากกรณีที่ผู้รับทำงานโยธาสาธารณะเป็นผู้เสียหายเสียเอง

3.2.2.1 โดยหลักแล้วถือว่าความเสียหายอันเกิดจากการดำเนินงานโยธาสาธารณะให้ลุล่วงโดยผู้รับทำงานโยธาสาธารณะเป็นความรับผิดชอบของผู้ควบคุมงานของรัฐ (maitre d'ouvrage) ซึ่งต้องพิจารณาว่างานโยธาสาธารณะดังกล่าวเป็นงานโยธาสาธารณะที่อยู่ในระหว่างการก่อสร้างหรือก่อสร้างแล้วเสร็จแล้ว

(ก) กรณีงานโยธาสาธารณะที่อยู่ระหว่างการก่อสร้าง ผู้รับผิดชอบในกรณีดังกล่าวคือฝ่ายปกครองที่มีวัตถุประสงค์ในการจัดทำงานโยธาสาธารณะดังกล่าว และมีการให้เงินจัดทำงานโยธาสาธารณะดังกล่าว ซึ่งก็คือ ผู้ควบคุมงานของรัฐ²² กรณีดังกล่าวยังหมายความรวมถึงงานโยธาสาธารณะที่มีผู้รับผิดชอบโครงการและผู้ควบคุมงานของรัฐนั้นเป็นผู้ให้เงินสนับสนุนด้วย²³

หากองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะดังกล่าว แต่เป็นการกระทำในนามและอยู่ภายใต้การควบคุมดูแล (pour le compte et sous la direction) ของบุคคลอื่น กรณีนี้ถือว่าผู้รับผิดชอบในความเสียหายนั้นคือตัวการ²⁴ แม้ว่าจะมีข้อเท็จจริงว่าผู้ดำเนินการก่อสร้างงานโยธาสาธารณะเป็นผู้ให้เงินก็ตาม

(ข) กรณีงานโยธาสาธารณะที่ก่อสร้างแล้วเสร็จ (สิ่งสาธารณูปโภค) กรณีดังกล่าวก็อยู่ในความรับผิดชอบของผู้รับผิดชอบโครงการซึ่งเป็นผู้ดูแลและเป็นผู้ดำเนินการต่างๆ แต่จะต้องแยกการพิจารณาว่าเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ หรือเป็นผู้ใช้บริการสาธารณะนั้น

²² คำพิพากษาศาลแพ่ง คดี min. des T.P. et des Tarnsports c/ Cne de la Ricamarie ลงวันที่ 28 ตุลาคม ค.ศ. 1960 และคดี Me Magnier ลงวันที่ 8 กรกฎาคม ค.ศ. 1987

²³ คำพิพากษาศาลแพ่ง คดี Naud ลงวันที่ 4 มิถุนายน ค.ศ. 1958

²⁴ คำพิพากษาศาลแพ่ง คดี Office public d'HLM de Castres ลงวันที่ 20 พฤษภาคม ค.ศ. 1966

กรณีเจ้าของกรรมสิทธิ์นั้น เช่น การสร้างทางหลวงซึ่งมีความยาวตัดผ่านเข้าไปในพื้นที่ของเทศบาล ให้ถือว่าผู้เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ (คือรัฐหรือจังหวัด) เป็นผู้รับผิดชอบในความเสียหายดังกล่าว กรณีดังกล่าวนำมาปรับใช้กับความเสียหายที่เกิดทางเท้าด้วย แม้ว่าเทศบาลเมืองจะเป็นผู้ดูแลรักษาหนทางนั้น

แต่เทศบาลถือเป็นผู้รับผิดชอบเนื่องมาจากความเสียหายที่เกิดจากการขาดประสิทธิภาพของหน่วยงานเทศบาลเองในเรื่องการกระทำของตำรวจ เช่น ถนนน้ำท่วม หรือกรณีไฟสัญญาณจราจรขัดข้อง

หากมีข้อเท็จจริงเกิดขึ้นว่าอุบัติเหตุดังกล่าวอยู่ในความรับผิดชอบของรัฐหรือจังหวัดอันเนื่องมาจากความบกพร่องในการบำรุงรักษา และอยู่ในความรับผิดชอบของเทศบาลอันเนื่องมาจากการกระทำของตำรวจ ดังนี้ ให้นำนิติบุคคลทางกฎหมายมหาชนทั้งสองประเภทสามารถรับผิดชอบร่วมกันแต่เป็นเอกเทศ (conjointement et solidairement) จากกันได้ สภาแห่งรัฐได้ยอมรับการฟ้องคดีของผู้เสียหายที่เป็นการฟ้องบุคคลใดบุคคลหนึ่งในข้อเท็จจริงเดียวกัน

แต่หากอยู่ในสถานะผู้ใช้บริการ เช่น ความเสียหายอันเกิดกับเจ้าของกรรมสิทธิ์ในที่ดินริมแม่น้ำซึ่งมีน้ำล้นตลิ่งอันมีผลมาจากการเก็บกักน้ำ ผู้รับผิดชอบกรณีนี้คือบริษัทผู้ดำเนินการจัดการน้ำซึ่งเป็นบริษัทที่ได้รับมอบหมายอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะจากเทศบาล มิใช่ความรับผิดชอบของเทศบาลผู้เป็นเจ้าของการเก็บกักน้ำดังกล่าว²⁵

3.2.2.2 กรณีล้มปทาน ถือว่าผู้ล้มปทานต้องเป็นผู้รับผิดชอบเว้นกรณีที่ผู้ล้มปทานไม่สามารถรับผิดชอบได้อันเนื่องมาจากสาเหตุหนี้สินล้นพ้นตัว (insolvabilité) จึงเป็นหน้าที่ขององค์การส่วนท้องถิ่นแทน²⁶

กรณีที่ให้ผู้ล้มปทานต้องรับผิดชอบ ก็เช่น การที่ผู้เสียหายตก

²⁵ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Synd. Intercommunal d'assainissement du Sud-Ouest de Lille ลงวันที่ 11 กุมภาพันธ์ 1982

²⁶ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Sté des Autoroutes du Nord de la France ลงวันที่ 2 เมษายน ค.ศ. 1971

จากบันไดอันเนื่องมาจากความผิดพลาดในการก่อสร้างบันได แต่หากเป็นความเสียหายอันเกิดจากการดูแลรักษาไว้ถือเป็นความผิดของเทศบาล²⁷

การเรียกร้องให้ผู้รับสัมปทานเป็นผู้รับผิดชอบนี้ ฝ่ายปกครองอ้างถูกเรียกเข้ามาเป็นผู้รับผิดชอบได้ ซึ่งฝ่ายปกครองจะรับผิดชอบในกรณีนี้ก็ต่อเมื่อความผิดดังกล่าวเป็นความผิดอย่างร้ายแรง (une faute lourde) เท่านั้น

3.2.2.3 กรณีผู้รับทำงานโยธาสาธารณะเป็นผู้ได้รับความเสียหาย หากงานโยธาสาธารณะดังกล่าวได้ดำเนินการก่อสร้างโดยผู้รับทำงานโยธาสาธารณะไม่ว่าจะเป็นการดำเนินการก่อสร้างตามสัมปทานหรือตามคำสั่งของฝ่ายปกครองเอง และเกิดความเสียหายอันเป็นผลโดยตรงต่อผู้เข้าร่วมปฏิบัติงาน ดังนี้ ถือว่าผู้เสียหายมีสิทธิในการเลือกฟ้องคดีในฐานะผู้รับทำงานโยธาสาธารณะหรือในฐานะเจ้าของโครงการหรือในทั้งสองสถานะ

ความรับผิดทางสัญญาของผู้รับทำงานบริการสาธารณะจะคงอยู่ตราบเท่าที่มีการส่งมอบงานนั้น ผู้รับผิดชอบโครงการสามารถเรียกให้ผู้จัดทำบริการสาธารณะส่งมอบหลักประกันทั้งหมดหรือบางส่วนเพื่อเป็นการชำระค่าเสียหายได้ เช่น การให้หลักประกันอันเนื่องมาจากความผิดพลาดในการส่งสัญญานเตือนเพื่อความปลอดภัยของผู้ใช้บริการ หรือการวางหลักประกันเพิ่มเติมอันเนื่องมาจากการทุจริตของผู้จัดทำบริการสาธารณะเอง ความรับผิดในกรณีนี้ถือเป็นความรับผิดที่มีอายุความ 10 ปี

บทสรุป

จะเห็นได้ว่าคดีพิพาทเกี่ยวกับงานโยธาสาธารณะตามกฎหมายว่าด้วยคดีปกครองของฝรั่งเศสเป็นข้อพิพาทที่เกี่ยวข้องกับเรื่องอื่นๆ นอกเหนือไปจากเรื่องความรับผิดตามสัญญา ซึ่งความรับผิดของรัฐในประเภทนี้ถือเป็นความรับผิดที่ค่อนข้างชัดเจนในกฎหมายฝรั่งเศส เนื่องจากมีรัฐบัญญัติกำหนดอำนาจในการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองในประเด็นนี้ไว้แล้ว ลักษณะดังกล่าวนี้ไม่พบใน

²⁷ คำพิพากษาศาลแห่งรัฐ คดี Decazeville ลงวันที่ 18 มิถุนายน ค.ศ. 1958

การพิจารณาพิพากษาคดีปกครองว่าด้วยความรับผิดของไทย ดังนั้น การศึกษาแนวคิดในเรื่องความรับผิดอันเกิดจากงานโยธาสาธารณะตามกฎหมายว่าด้วยคดีปกครองของฝรั่งเศสจึงน่าจะเป็นการนำเสนอแนวคิดและการตีความกฎหมายที่น่าสนใจในการเยียวยาผู้เสียหายในคดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดของรัฐจากงานโยธาสาธารณะตามกฎหมายไทยในอนาคต

ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐ และศาสนา

อาจารย์เข้มทอง ต้นสกุลรุ่งเรือง

“Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof...”¹

รัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา มีบทบัญญัติเกี่ยวข้องกับศาสนาอยู่สองส่วน หนึ่งคือบทบัญญัติว่าด้วยเสรีภาพในการนับถือศาสนา (Free exercise clause) และสอง บทบัญญัติว่าด้วยการห้ามสนับสนุนศาสนา (Anti-establishment clause) ซึ่งความทั้งสองส่วนนี้แตกต่าง เสรีภาพในการนับถือศาสนาห้ามมิให้รัฐขัดขวางการแสดงออกซึ่งความเชื่อหรือพิธีกรรมทางศาสนาของประชาชน ส่วนการห้ามสนับสนุนศาสนานั้น ยึดหลักเรื่องความเสมอภาค ห้ามรัฐมิให้สนับสนุนศาสนาใด ศาสนาหนึ่งขึ้นมาเป็นพิเศษยิ่งกว่าศาสนาอื่น แต่ข้อความทั้งสองนี้ สะท้อนแนวคิดของคณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญอย่างชัดเจน ว่าต้องการให้รัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ยุ่งเกี่ยวเฉพาะกับเรื่องในทางโลกเท่านั้น ศาสนาเป็นเรื่องส่วนตัวของเอกชน แต่ละรายซึ่งรัฐจะต้องเคารพ และไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวเป็นอันตราย หากรัฐเข้าไปขัดขวางก็ตี

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net 23 กันยายน 2555 20:12 น.

** อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

¹ U.S. Const. amend. I

หรือสนับสนุนการนับถือศาสนาที่ดี ย่อมถือว่ารัฐกำลังคุกคามเสรีภาพในการแสดงออกของประชาชน โธมัส เจฟเฟอร์สัน หนึ่งในสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญได้แสดงความเห็นของตนในเรื่องนี้ชัดเจนว่า “ต้องมีกำแพงแบ่งระหว่างรัฐกับศาสนา” “the wall of separation between church and state”²

ต่อมาในภายหลัง การตีความเรื่องบทบาทของรัฐกับศาสนานั้นหลากหลาย ขึ้นตามสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป³ บางสำนักความคิดยังเชื่อในการแบ่งแยกรัฐและศาสนาอย่างเด็ดขาด ดังเช่น เจฟเฟอร์สัน คือ รัฐต้องไม่พูดถึงศาสนาเลยในกิจกรรมของตน บางสำนักความคิดเห็นว่า รัฐควรคว่างตัวเป็นกลาง คือ อนุญาตให้ศาสนาต่างๆ ทำกิจกรรมของตนได้เท่าเทียมกันโดยไม่ขัดขวาง และบางสำนักก็เห็นไปไกลถึงขั้นว่า รัฐอาจสนับสนุนกิจกรรมของศาสนาต่างๆ ได้ เพียงแต่ต้องสนับสนุนทุกศาสนาหมด แต่สิ่งหนึ่งที่ทุกคนเห็นตรงกัน คือ หากรัฐสนับสนุนหรือขัดขวางศาสนาใดเป็นการเฉพาะแล้ว ย่อมไม่สามารถกระทำได้เพราะขัดรัฐธรรมนูญ

เหตุที่รัฐธรรมนูญห้ามรัฐมิให้สนับสนุนการตั้งศาสนาประจำชาตินั้น มูลเหตุทางประวัติศาสตร์คือ ความกังวลเรื่องการกดขี่คุกคามประชาชนที่ไม่ได้นับถือศาสนาดังกล่าว ประเทศอเมริกาเมื่อแรกก่อตั้ง มีประชากรจำนวนมากอพยพหนีการคุกคามเรื่องศาสนาจากยุโรปซึ่งในขณะนั้นมีศาสนาประจำชาติ ใครไม่ได้นับถือศาสนาเดียวกับทางการแล้วถูกคุกคาม บรรดาชนเหล่านั้นจึงอพยพมายังโลกใหม่ ซึ่งให้เสรีภาพแก่พวกตนมากกว่า ชุมชนแต่ละแห่งมีอิสระในการนับถือศาสนาต่างๆ ที่ตนพอใจโดยไม่ยุ่งเกี่ยวกันและกัน และรัฐก็เคารพเสรีภาพทรงนี้⁴ เมื่อเป็นเช่นนี้แนวคิดเรื่องเสรีภาพในศาสนาจึงตกทอดจากบรรพบุรุษมาจนถึงผู้ร่างรัฐธรรมนูญในปัจจุบัน แม้การข่มขู่คุกคามนั้นจะไม่ปรากฏทางกายภาพชัดเจน แต่หากประชาชนรู้สึกถูกคุกคามด้านความรู้สึกนึกคิด การกระทำของรัฐนั้นก็ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมาตรานี้ได้เช่นกัน (the non-coercion principle)⁵

² Reynold v. United States, 94 U.S. at 164.

³ Geoffrey Stone et al., *The First Amendment*, (3d ed.), at 554-560 (2008).

⁴ *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947).

⁵ *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577 (1992).

นอกจากนี้ ปัจจุบันนี้มีคำอธิบายอีกประการในเรื่องห้ามตั้งศาสนาประจำรัฐ นั่นคือ เพื่อห้ามรัฐรับรองศาสนาใดศาสนาหนึ่งว่าถูกต้องที่สุด ซึ่งเป็นการรับรองสถานะของคนบางกลุ่ม⁶ อันธรรมดาทุกคนในสังคมนั้นย่อมแข่งขันกันในเรื่อง นานับการ เรื่องสำคัญเรื่องหนึ่งคือ แข่งขันกันเรื่องสถานะ ซึ่งแม้จะเป็นเรื่องนามธรรม แต่ก็เป็นสาระสำคัญแก่จิตใจไม่แพ้เรื่องทางกายใดๆ เลย หากรัฐสนับสนุนศาสนาหนึ่งขึ้นเป็นศาสนาประจำชาติ เท่ากับรัฐกำลังรับรองความเชื่อหนึ่งว่าถูกต้องที่สุดดีกว่าความเชื่ออื่นๆ ผลคือรัฐรับรองสถานะของผู้นับถือศาสนานั้นๆ ใ้สูงกว่าผู้นับถือศาสนาอื่น เมื่อรัฐเข้ามาตัดสินชี้ถูกผิดในเรื่องที่ทุกคนต่างเชื่อไม่ตรงกัน และไม่มีผิดถูกจริงแท้แน่นอน ผลที่เกิดคือ สมาชิกในสังคมบางส่วนย่อมรู้สึกไม่เท่าเทียมกัน และสังคมนั้นจะหาความสงบสุขได้ยาก (the non-endorsement principle)

เมื่อเราหันกลับมาดูรัฐไทยบ้าง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บัญญัติไว้ดังนี้⁷

“บุคคลย่อมมีเสรีภาพบริบูรณ์ในการถือศาสนา นิกายของศาสนา หรือลัทธิ นิยมในทางศาสนา และย่อมมีเสรีภาพในการปฏิบัติตามศาสนธรรม ศาสนบัญญัติ หรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือของตน เมื่อไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อหน้าที่ของพลเมืองและไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ในการใช้เสรีภาพตามวรรคหนึ่ง บุคคลย่อมได้รับความคุ้มครองมิให้รัฐ กระทบการใด ๆ อันเป็นการรอนสิทธิหรือเสียประโยชน์อันควรมีควรได้ เพราะเหตุที่ถือศาสนา นิกายของศาสนา ลัทธินิยมในทางศาสนา หรือปฏิบัติตามศาสนธรรม ศาสนบัญญัติ หรือปฏิบัติพิธีกรรมตามความเชื่อถือ แตกต่างจากบุคคลอื่น”

ในส่วนของประเทศไทยนั้นต่างจากประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นอย่างยิ่ง เพราะไม่เคยมีหลักฐานยืนยันความพยายามที่จะแบ่งแยกรัฐกับศาสนาออกจากกัน ในอดีตมา รัฐแสดงออกถึงความผูกพันกับศาสนาพุทธอย่างแนบแน่น ทั้งในเรื่อง

⁶ Allegheny County v. ACLU, 492 U.S. 573 (1989).

⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 37.

ส่วนตัวของผู้มีอำนาจ เช่น การออกผนวช การมีพระราชปรารภในพระราชนิพนธ์ว่าตั้งใจจะ “ยกยอพระพุทธศาสนา” และเรื่องของส่วนรวม เช่น การเกณฑ์แรงงานเพื่อก่อสร้างศาสนสถาน พระราชพิธีและรัฐพิธีที่เน้นความเชื่อแบบพราหมณ์-พุทธ การยกที่ดินกลบนาแก้ววัด และความสัมพันธ์นี้ก็ได้อารงอยู่เรื่อยมาจนปัจจุบันดังจะเห็นได้จากการตั้ง

มหาเถรสมาคมขึ้นมาเพื่อดูแลกิจการของศาสนาพุทธ การเรียนการสอนพุทธศาสนาเป็นหลักสูตรบังคับ การประกาศวันหยุดราชการตามวันสำคัญทางศาสนา และในรัฐธรรมนูญเองก็กำหนดให้พระมหากษัตริย์ต้องเป็นพุทธมามกะ นับเป็นบุคคลเดียวในชาติไทยที่ต้องถูกกำหนดความเชื่อทางศาสนาไว้ ดังนั้นแม้ศาสนาพุทธจะไม่ได้รับการบัญญัติให้เป็นศาสนาประจำชาติในรัฐธรรมนูญ แต่ในความเป็นจริงรัฐไทยนั้นเป็นผู้ส่งเสริมอุปถัมภ์ศาสนาพุทธอย่างใกล้ชิดมาโดยตลอด

อย่างไรก็ดีในระยะหลังที่ผ่านมา วิธีการของรัฐในการสนับสนุนศาสนาพุทธทวีความเข้มข้นมากขึ้น จากเดิมที่การสนับสนุนเป็นไปในภาพรวม เช่น ตั้งหน่วยงานขึ้นมาดูแล หรือผ่านการศึกษาคณะบังคับเป็นหลัก ในระยะหลัง การสนับสนุนส่งเสริมพุทธศาสนา เป็นเรื่องส่วนบุคคลของผู้ดำรงตำแหน่งในรัฐมากขึ้น อาทิ การใช้ทรัพยากรของหน่วยงานจัดพิธีกรรมทางศาสนาหรืออบรมเผยแพร่พุทธศาสนา หรือการจัดงานพิธีกรรมเหล่านี้บางครั้งส่งผลกระทบต่อในวงกว้าง อาทิ ต้องปิดการจราจร⁸ ดังนั้น เราจึงอาจควรกลับมาทบทวนการตีความความหมายของเสรีภาพในการนับถือศาสนาใหม่ว่า สมควรขยายความรวมไปถึงเสรีภาพที่จะไม่ถูกบังคับโดยรัฐไม่ว่าจะโดยตรงหรือทางอ้อมให้ต้องเข้าร่วมหรือปฏิบัติตาม หรือได้รับผลกระทบจากความเชื่อที่ตนไม่ศรัทธาจริงหรือไม่ รัฐควรจะต้องจำกัดบทบาทของตนเองในเรื่องการส่งเสริมสนับสนุนพุทธศาสนาให้มากขึ้นหรือไม่ เพราะ กิจกรรมศาสนาที่จัดขึ้นโดยหน่วยงานของรัฐนั้น แท้จริงแล้วคือการนำงบประมาณ สถานที่ และบุคลากรซึ่งได้รับการสนับสนุนจากประชาชนทุกคนไม่ว่าจะศาสนาใดเพื่อส่งเสริม

⁸ อาทิ กรณีการอุดหนุนธรรมชัย ระหว่างวันที่ 2-6 เมษายน 2555 หรือกรณีทำบุญตักบาตรพระสงฆ์ 22,600 รูป ฉลองพุทธชยันตี ณ วันที่ 18 มีนาคม 2555 ซึ่งทั้งสองครั้งล้วนแต่ต้องปิดพื้นที่บางส่วนของกรุงเทพมหานครฯ ไป

ศาสนาพุทธโดยเฉพาะเพียงศาสนาเดียว ในกรณีนี้อาจถือว่าเกิดการขัดกันระหว่างผลประโยชน์ คือ ผู้มีอำนาจในหน่วยงานรัฐนั้นกำลังพยายามส่งเสริมความเชื่อของตนโดยใช้ทรัพยากรส่วนรวม ทั้งยังเป็นการรับรองศาสนาพุทธเป็นพิเศษกว่าศาสนาอื่นซึ่งอาจขัดกับเสรีภาพในการนับถือศาสนาของศาสนิกชนอื่นได้ รัฐนั้นต้องเป็นผู้ปกครองทุกคนในรัฐไม่ว่าจะศาสนาใดก็ตาม ศาสนาทุกศาสนานั้นเป็นเรื่องของความดีความชั่วซึ่งเป็นเรื่องส่วนตัว ไม่มีผิดถูกจริงแท้แน่นอน รัฐจึงควรระมัดระวังที่จะสนับสนุนศาสนาใดศาสนาหนึ่งมากเกินไป ซึ่งอาจเป็นการกดดันหรือคุกคามเสรีภาพทางศาสนาของศาสนิกชนศาสนาอื่น หรือแม้กระทั่งชาวพุทธเอง

นอกจากนั้นการที่หน่วยงานของรัฐพยายามส่งเสริมศาสนาพุทธนั้นเป็นการรับรองศาสนาดังกล่าวซึ่งในสังคมปัจจุบันที่มีคนหลายศาสนา หลายความเชื่ออาศัยอยู่ด้วยกันนั้นไม่น่าจะเหมาะสม รัฐควรคำนึงถึงบุคคลผู้นับถือศาสนาอื่น หรืออย่างน้อยที่สุดผู้ที่ไม่ประสงค์จะร่วมพิธีกรรมหรือกิจกรรมนั้นๆ ว่าจะอยู่ได้ความกดดันหรือไม่ และมีทางเลือกเล็กน้อยเพียงใด ในพิธีกรรมเหล่านี้ หลายครั้งผู้ที่เข้าร่วมอาจมิได้เชื่อถือจริงจัง หากแต่ต้องเข้าร่วมพิธีกรรมหรือการอบรม เพราะแรงกดดันทางสังคมจากผู้บังคับบัญชา เพื่อนร่วมงาน หรือในสถานศึกษา ก็คือแรงกดดันจากครูผู้สอนอีกทางหนึ่ง ผู้เข้าร่วมหรือผู้ได้รับผลกระทบบางคนอาจจะรู้สึกถูกคุกคามเสรีภาพของตน หรืออย่างน้อยที่สุด อาจรู้สึกว่าเป็นชนกลุ่มน้อย ถูกแบ่งแยกจากสังคมหลัก เนื่องจากไม่ได้นับถือหรือเข้าร่วมกับศาสนาหลักที่รัฐสนับสนุนเป็นพิเศษ

แน่นอนว่าการขีดเส้นแบ่งที่ชัดเจนตายตัวระหว่างรัฐกับศาสนาเป็นเรื่องยากและละเอียดอ่อน แม้แต่ในสหรัฐอเมริกา การกำจัดศาสนาออกจากกิจการของรัฐโดยสิ้นเชิงนั้นก็ยังเป็นเรื่องที่เป็นไปไม่ได้⁹ และบทความนี้ก็มิได้ให้คำตอบสุดท้าย

⁹ เช่น กรณี ceremonial deism ดู Elk Grove Unified School District v. Newdow, 542 U.U. 1 (2004) ซึ่งศาลเห็นว่าการอ้างถึง God ในคำสาบานตน (Pledge of Allegiance) นั้นไม่ขัดรัฐธรรมนูญ เพราะไม่ได้เจาะจงถึงพระเจ้าในคริสตศาสนา แต่เป็นการกล่าวถึงพระเจ้าอันเป็นที่เคารพนับถือของศาสนิกชนทั่วไป หรือการที่วันคริสมาสต์และวันขอบคุณพระเจ้าเป็นวันหยุดราชการของประเทศสหรัฐอเมริกา

แต่อย่างน้อยที่สุด รัฐควรลองเปรียบเทียบกิจการของรัฐในสถานการณ์ต่างๆ ว่า สิ่งใดควรกระทำได้และสิ่งใดควรหลีกเลี่ยง

อย่างน้อยที่สุดรัฐไทยอาจจะต้องพยายามขีดเส้นแบ่งระหว่างที่มาหรือ ความหมายของกิจกรรมที่ตนกำลังส่งเสริมว่ากิจกรรมดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของ พระราชพิธีหรือรัฐพิธี หรือเป็นส่วนหนึ่งของประวัติศาสตร์ หรือเพียงเพื่อเผยแพร่ ศาสนาแต่เพียงอย่างเดียว ในกรณีหลังอาจถือว่าผู้มีอำนาจในหน่วยงานของรัฐนั้น กำลังพยายามส่งเสริมความเชื่อของตนโดยใช้ทรัพยากรส่วนรวม ซึ่งนอกจากขัดกับ เรื่องผลประโยชน์ขัดกันแล้ว ยังเป็นการคุกคามเสรีภาพของผู้ที่ได้เชื่อถือในศาสนา นั้นๆ ด้วย จึงไม่ควรให้กระทำได้ ส่วนในกรณีอื่นอาจจะต้องพิจารณากันถึงผลกระทบต่อส่วนรวมทั้งหมด

แม้ในมาตรา 37 เองจะไม่บัญญัติเรื่องการห้ามรัฐสนับสนุนศาสนาใด ศาสนาหนึ่งเป็นพิเศษเหมือนกับ Anti-establishment clause ของสหรัฐอเมริกา แต่ที่จริงแล้วเสรีภาพในการนับถือศาสนาก็ต้องตั้งอยู่บนหลักพื้นฐานเรื่องความเสมอภาค ด้วย รัฐจึงควรปฏิบัติต่อทุกศาสนาอย่างเสมอภาคกันและหลีกเลี่ยงการให้ความสำคัญ กับศาสนาใดศาสนาหนึ่งเกินความจำเป็น

ข้อเสนอแนะที่ให้รัฐปรับท่าทีของตนในกิจการที่เกี่ยวข้องกับศาสนานั้น มิได้บอกว่าเนื้อหาคำสอนของศาสนาพุทธไม่ดี ไม่สมควรเผยแพร่ ศาสนานั้นเป็น สิ่งที่ดีแน่นอน และดีเสมอกันทุกศาสนา แต่การอยู่ร่วมกันในสังคมนั้น ทุกคนต้องเรียนรู้ ที่จะยอมรับความเชื่อที่แตกต่างกันของสมาชิกทุกคนในสังคม และหลีกเลี่ยง การใดๆ อันอาจกระทบกระเทือนกัน สิ่งใดที่เป็นความเชื่อส่วนตัวแม้จะเป็นสิ่งดี สิ่งประเสริฐ ก็พึงไม่บังคับยกให้ผู้อื่นที่ไม่ต้องการ นั่นจึงจะเป็นสังคมประชาธิปไตย ที่แท้จริง

นิติวิธีกฎหมายมหาชน มีจริงหรือไม่*

คุณณรงค์ฤทธิ์ เพชรฤทธิ์**

จากการที่ผู้เขียนได้ศึกษาและความเข้าใจในลักษณะเฉพาะของกฎหมายมหาชนและได้เขียนบทความเรื่อง “การใช้และการตีความกฎหมายปกครอง” ไปแล้วนั้น ทำให้เห็นว่า ลักษณะเฉพาะของกฎหมายมหาชนนั้นมีความสำคัญอย่างมากในการก่อให้เกิดหลักกฎหมายมหาชนและหลักกฎหมายปกครองในหลายเรื่อง และในการใช้กฎหมายนั้นหากมีกฎหมายเฉพาะจะต้องใช้กฎหมายเฉพาะก่อนกฎหมายทั่ว และเมื่อได้ศึกษาหนังสือตำรากฎหมายมหาชนที่ได้เขียนเรื่อง นิติวิธีกฎหมายมหาชน แล้ว ทำให้ผู้เขียนเกิดความสงสัยว่า โดยแท้ที่จริงแล้วนิติวิธีกฎหมายมหาชนมีจริงหรือไม่ เพื่อให้ได้คำตอบดังกล่าว ในบทความนี้จึงได้แบ่งเนื้อหาออกเป็นสองส่วน คือส่วนแรกกล่าวถึงลักษณะเฉพาะของกฎหมายมหาชนและการใช้การตีความกฎหมายมหาชนตามลักษณะเฉพาะ ในส่วนที่สองจะกล่าวถึงนิติวิธีกฎหมายมหาชน และวิเคราะห์ว่าวิธีกฎหมายมหาชนมีจริงหรือไม่ โดยพิจารณาจากการศึกษาลักษณะเฉพาะของกฎหมายมหาชนเพื่อให้ได้คำตอบดังกล่าว

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net 6 ตุลาคม 2555 18:09 น.

** นิติศาสตรบัณฑิต นิติศาสตรมหาบัณฑิต เนติบัณฑิตไทย ประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมายมหาชน (ธรรมศาสตร์)

ส่วนที่ 1

ลักษณะเฉพาะของกฎหมายมหาชน

การที่เราจะต้องรู้ลักษณะเฉพาะของกฎหมายมหาชนมีความสำคัญมากในการใช้และการตีความกฎหมายมหาชน ถือว่าเป็นหัวใจของหลักกฎหมายมหาชน แต่กลับพบว่าที่ผู้ศึกษากฎหมายมหาชนจำนวนมากไม่ค่อยรู้ลักษณะเฉพาะของกฎหมายมหาชน และไม่ค่อยนำลักษณะเฉพาะของกฎหมายมหาชนไปใช้ในการวินิจฉัยปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้นในกฎหมายมหาชน หากเข้าใจลักษณะเฉพาะของกฎหมายมหาชนแล้ว จึงให้การใช้และการตีความกฎหมายมีความเป็นระบบและเข้าถึงเจตนารมณ์อันแท้จริงของกฎหมายมหาชน

การก่อเกิดลักษณะเฉพาะของกฎหมายมหาชนพัฒนาการมาจากการตัดสินใจพิพากษาของศาลมหาชนที่ก่อเกิดหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปและสะสมหลักกฎหมายต่างๆ จนก่อเกิดลักษณะเฉพาะของกฎหมายมหาชน การที่จะเข้าใจให้ลึกซึ้งในลักษณะเฉพาะของกฎหมายมหาชนจะต้องเข้าใจหลักกฎหมายทั่วไปด้วย

1. ลักษณะเฉพาะของกฎหมายมหาชน

เราอาจพิจารณาลักษณะทั่วไปของกฎหมายมหาชนโดยเปรียบเทียบกับลักษณะทั่วไปหลักกฎหมายเอกชนซึ่งทำให้เราสามารถจำแนกลักษณะเฉพาะของกฎหมายมหาชนได้ดังนี้¹

1) กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่กำหนดโครงสร้างและความสัมพันธ์ขององค์กรของรัฐ

กฎหมายมหาชนมีวัตถุประสงค์หลักในการจัดระเบียบโครงสร้างของการจัดตั้งองค์กรฝ่ายมหาชน และกำหนดอำนาจหน้าที่ของฝ่ายมหาชน รวมทั้ง

¹ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, “เกณฑ์การแบ่งแยกกฎหมายมหาชนออกจากกฎหมายเอกชน การจำแนกสาขาและลักษณะทั่วไปของกฎหมายมหาชน บ่อเกิดกฎหมาย”, เอกสารประกอบการบรรยาย หลักสูตรประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553. หน้า 18-21

กำหนดตัวบุคคลที่จะใช้อำนาจตามกฎหมายมหาชนนั้น นอกจากนี้กฎหมายมหาชนก็ยังกำหนดความสัมพันธ์ของบุคคลในองค์กรฝ่ายมหาชน ตั้งแต่การเข้าสู่ตำแหน่งและการพ้นตำแหน่ง กำหนดกรอบความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในภายในองค์กรว่าแต่ละบุคคลมีอำนาจและหน้าที่ที่จะปฏิบัติต่อกันอย่างไรคือจะต้องอยู่ภายในอำนาจบังคับบัญชา และกฎหมายมหาชนก็ยังกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรฝ่ายมหาชนด้วยกันเช่น องค์กรมหาชนต้องถือนับกับผู้มีอำนาจกำกับดูแลด้วย จัดตั้งองค์กรฝ่ายมหาชนและการกำหนดความสัมพันธ์ขององค์กรฝ่ายมหาชนนี้ กฎหมายมหาชนมีลักษณะที่ไม่ต้องรับความยินยอมจากบุคคลากรขององค์กรฝ่ายมหาชน ไม่อาจจะนำหลักความเท่าเทียมกันของบุคคลดังเช่นเอกชนด้วยกันมาใช้ได้ นอกจากนี้เจ้าหน้าที่ฝ่ายมหาชนจะมีสิทธิและเสรีภาพดั่งเช่นเดียวกับประชาชนทั่วไปไม่ได้ เช่นจะนัดหยุดงานไม่ได้ ไม่มีสิทธิรวมตัวเป็นสมาชิกพรรคการเมืองไม่ได้ เป็นต้น

2) กฎหมายมหาชนใช้สำหรับนิติสัมพันธ์ที่ไม่เท่าเทียมกัน จึงเป็นกฎหมายที่ให้เอกสิทธิ์แก่องค์กรฝ่ายมหาชน

ในการปฏิบัติของรัฐนั้น ย่อมมีความจำเป็นที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องมีอำนาจเหนือกว่าเอกชน ทั้งนี้เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปได้ ในระบบกฎหมายเอกชน เอกชนแต่ละคนย่อมเสมอภาคเท่าเทียมกัน หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น เอกชนย่อมไม่สามารถใช้กำลังทางกายภาพบังคับให้เป็นไปตามสิทธิของตนเองได้ แต่ฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาล เพื่อให้พิจารณาพิพากษา แล้วออกคำสั่งบังคับให้ แต่ในกฎหมายมหาชนนั้น ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งให้บุคคลที่ตกอยู่ภายใต้บังคับคำสั่งนั้นปฏิบัติ แต่บุคคลดังกล่าวไม่ปฏิบัติ หน้าที่ของรัฐอาจดำเนินการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งได้เอง โดยไม่จำเป็นต้องนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาล นอกจากนี้กฎหมายมหาชนให้เอกสิทธิ์แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในการดำเนินการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งของตนภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้ด้วย และโดยทั่วไปแล้วกฎหมายมหาชนยังคุ้มครองทรัพย์สินของรัฐ ไม่ให้ตกอยู่ภายใต้การบังคับคดีด้วย

3) กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการควบคุมการใช้อำนาจรัฐ

ในขณะที่กฎหมายเอกชนเป็นกฎหมายที่กำหนดกฎเกณฑ์ตลอดจนนิติสัมพันธ์ระหว่างปัจเจกชนด้วยกันนั้น กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้อำนาจรัฐตลอดจนการควบคุมการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ กฎหมายมหาชนได้พัฒนาขึ้นอย่างมากในช่วงสองร้อยปีที่ผ่านมาทั้งนี้โดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อควบคุมการใช้อำนาจของผู้มหาชนไม่ให้ใช้อำนาจโดยอำเภอใจ เพราะไม่มีกฎเกณฑ์ควบคุมการใช้อำนาจรัฐหรือผู้มหาชนแล้ว การประกันสิทธิและเสรีภาพของราษฎรก็ย่อมเป็นไปได้

4) โดยหลักแล้วกฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายบทบังคับตายตัว (ius cogens)

ในการแบ่งแยกบทกฎหมายนั้น ลักษณะของบทกฎหมายสายลักษณะอักษร มีหลายลักษณะได้แก่ บทกฎหมายที่คู่กรณีจะตกลงยินยอมระหว่างคู่กรณีให้เป็นอย่างอื่นแตกต่างจากที่บัญญัติไว้ไม่ได้ เราเรียกว่า “บทบังคับตายตัว (ius cogens)” แต่ถ้าเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่บัญญัติไว้อย่างไรแล้วคู่กรณีที่เกี่ยวข้องตกลงเป็นอย่างอื่นได้ คือ ตกลงให้ผิดแผกแตกต่างไปจากที่กฎหมายบัญญัติ เราเรียกว่า “บทไม่บังคับตายตัว (ius positivum)” โดยเหตุที่กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะตลอดจนมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมการใช้อำนาจรัฐ ดังนั้นโดยหลักแล้วต้องถือว่ากฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายบทบังคับตายตัว ด้วยเหตุนี้องค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงไม่อาจตกลงกับเอกชนยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายได้ อย่งไรก็ตาม มีบางกรณีที่ระบบกฎหมายอาจยอมให้มีการตกลงกำหนดสิทธิหน้าที่ของรัฐกับราษฎรในระบบกฎหมายมหาชนได้เช่นกัน แต่เป็นกรณีที่เป็นยกเว้นและมีน้อย

5) กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่ให้เอกสิทธิ์แก่องค์กรของรัฐ

ในการปฏิบัติของรัฐนั้น ย่อมมีความจำเป็นที่เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องมีอำนาจเหนือกว่าเอกชน ทั้งนี้เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปได้ ในระบบ

กฎหมายเอกชน เอกชนแต่ละคนย่อมเสมอภาคเท่าเทียมกัน หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้น เอกชนย่อมไม่สามารถใช้กำลังทางกายภาพบังคับให้เป็นไปตามสิทธิของตนเองได้ แต่ฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาล เพื่อให้พิจารณาพิพากษา แล้วออกคำสั่งบังคับให้ แต่ในระบบกฎหมายมหาชนนั้น ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งให้บุคคลที่ตกอยู่ภายใต้บังคับคำสั่งนั้นปฏิบัติ แต่บุคคลดังกล่าวไม่ปฏิบัติ เจ้าหน้าที่ของรัฐอาจดำเนินการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งได้เอง โดยไม่จำเป็นต้องนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาล นอกจากกฎหมายมหาชนให้เอกสิทธิ์แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐในการดำเนินการบังคับให้เป็นตามคำสั่งของตนภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว โดยทั่วไปแล้วกฎหมายมหาชนยังคุ้มครองทรัพย์สินของรัฐ ไม่ให้ตกอยู่ภายใต้การบังคับคดีด้วย

6) กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ ให้ได้ดุลยภาพกับประโยชน์ของเอกชน

นอกจากกฎหมายมหาชนจะมีวัตถุประสงค์ในการควบคุมการใช้อำนาจของผู้มหาชนให้อยู่ในกรอบของกฎหมายแล้ว กฎหมายมหาชนยังมีวัตถุประสงค์คุ้มครองประโยชน์สาธารณะด้วย ในการใช้และการตีความกฎหมายมหาชนจึงต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ดังกล่าวประกอบด้วยเสมอ ในเบื้องต้นจะต้องพยายามใช้และตีความกฎหมายมหาชนให้ประโยชน์ของเอกชนและประโยชน์สาธารณะสอดคล้องกลมกลืนให้มากที่สุด อย่างไรก็ตามเป็นไปได้ในหลายกรณีประโยชน์ส่วนบุคคลของเอกชนรายใดรายหนึ่งขัดแย้งกับประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ ในกรณีนี้โดยทั่วไปแล้วเราถือว่าประโยชน์สาธารณะ ประโยชน์ส่วนรวม หรือประโยชน์มหาชนย่อมอยู่เหนือกว่าประโยชน์ของปัจเจกชน อย่างไรก็ตามเราต้องเข้าใจว่าการเรียกร้องให้เอกชนคนใดคนหนึ่งสละประโยชน์ส่วนบุคคลเพื่อประโยชน์ส่วนรวมนั้น กฎหมายย่อมจะเรียกร้องจากเอกชนรายนั้นเท่าที่จำเป็นเท่านั้น จะอ้างกฎหมายมหาชนที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์สาธารณะไปเรียกร้องให้เอกชนคนหนึ่งคนใดสละประโยชน์ของตนเพื่อประโยชน์ของส่วนรวมเกินจำเป็นหรือเกินสมควรไม่ได้ และถ้าหากว่าการเรียกร้องให้เอกชนคนใดคนหนึ่งสละประโยชน์ส่วนบุคคลเพื่อประโยชน์ส่วนรวมเป็นไปได้โดยไม่เกินความจำเป็นแล้ว รัฐก็มีหน้าที่ที่จะต้องชดเชยเยียวยาความเสียหายแก่เอกชนรายนั้นด้วย จะเห็นได้ว่าในที่สุดแล้วกฎหมายมหาชน

ไม่ใช่กฎหมายที่ห้ามมหาชนเอาเปรียบเอกชนคนใดคนหนึ่ง แต่เป็นกฎหมายที่คุ้มครองประโยชน์สาธารณะให้ได้ดุลยภาพกับประโยชน์ของเอกชนนั้นด้วย ลักษณะดังกล่าวของกฎหมายมหาชนส่งผลกระทบต่อวิธีการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วย กล่าวคือ ในการดำเนินกิจกรรมของเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะ เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ปฏิบัติจะต้องไม่มีประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับงานที่ตนทำ เพราะจะเกิดความขัดแย้งระหว่างประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ส่วนบุคคลของตน นอกจากนี้การดำเนินงานเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาทางกฎหมายมหาชนนั้น เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติจะต้องค้นหาความจริงของเรื่องให้ได้มากที่สุด ทั้งนี้เพื่อให้ประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ของเอกชนที่เกี่ยวข้องได้รับความคุ้มครองให้ได้ดุลยภาพนั่นเอง

2. ลักษณะเฉพาะของกฎหมายมหาชนที่มีผลต่อการใช้และการตีความกฎหมายมหาชน

การที่ลักษณะเฉพาะของกฎหมายมหาชนที่กำหนดโครงสร้างและความสัมพันธ์ขององค์กรของรัฐและมุ่งคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์มหาชน และคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้น ทำให้การใช้และการตีความกฎหมายมหาชนภายใต้หลักนิติรัฐมีลักษณะเฉพาะดังนี้²

1) การกำหนดกฎหมายเกณฑ์ทางกฎหมายในการจัดโครงสร้างและความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐ จะต้องเป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ และการใช้อำนาจจะต้องเป็นตรวจสอบได้ และมีกลไกถ่วงดุลซึ่งกันและกัน ทั้งจะต้องไม่เป็นอุปสรรคในการพัฒนาประเทศ และไม่ก่อให้เกิดภาระแก่ประชาชนเกินความจำเป็นและสมควร

2) ต้องวินิจฉัยให้ประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของเอกชน สอดคล้องกันมากที่สุด ในเบื้องต้นจะต้องพยายามใช้และตีความกฎหมายมหาชน

² สมยศ เชื้อไทย, หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2550), หน้า 34-36.

ให้ประโยชน์ของเอกชนและประโยชน์สาธารณะสอดคล้องกลมกลืนให้มากที่สุด จึงเกิดหลักกฎหมายมหาชนที่ใช้ในการวินิจฉัยเพื่อให้ประโยชน์สาธารณะกับประโยชน์ของปัจเจกชนมีความสอดคล้องและสมดุลกันที่สำคัญหลายประการได้แก่ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางมหาชน หลักไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ หลักความมั่นคงแน่นอนในนิติฐานะ หลักคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริต หลักการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายมหาชน หลักความโปร่งใสในการดำเนินงานของฝ่ายปกครอง เป็นต้น

3) ประโยชน์สาธารณะย่อมอยู่เหนือประโยชน์เอกชน ในหลายกรณีประโยชน์ส่วนบุคคลของเอกชนรายใดรายหนึ่งขัดแย้งกับประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะ ในกรณีนี้โดยทั่วไปแล้วเราถือว่าประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์มหาชนย่อมอยู่เหนือกว่าประโยชน์ของปัจเจกบุคคล ทำให้เกิดหลักกฎหมายมหาชนที่สำคัญในการวินิจฉัยกรณีประโยชน์สาธารณะย่อมอยู่เหนือประโยชน์เอกชน ได้แก่ หลักบริการสาธารณะ หลักเอกสิทธิ์ฝ่ายมหาชน เป็นต้น

4) ประโยชน์เอกชนพึงสละเพื่อประโยชน์สาธารณะเพียงขนาดเท่าที่จำเป็น การเรียกร้องให้เอกชนคนใดคนหนึ่งสละประโยชน์ส่วนบุคคลเพื่อประโยชน์ส่วนรวมนั้น กฎหมายย่อมจะเรียกร้องเอกชนรายนั้นเท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ประโยชน์สาธารณะเท่าที่กฎหมายให้อำนาจเท่านั้น จะอ้างกฎหมายมหาชนที่มีวัตถุประสงค์ประโยชน์สาธารณะไปเรียกร้องเอกชนคนใดคนหนึ่งสละประโยชน์ของตนเพื่อประโยชน์สาธารณะเกินความจำเป็นหรือเกินสมควรไม่ได้ การดำเนินงานมหาชนที่ถูกต้องจะเลือกเอาวิธีที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อเอกชนน้อยที่สุดเท่าที่จะทำได้ หรือเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ซึ่งทำให้เกิดหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วย หลักความได้สัดส่วน หลักแก่นสาระสำคัญแห่งสิทธิเสรีภาพ

5) เอกชนผู้ต้องเสียสละประโยชน์ส่วนตัวเพื่อประโยชน์สาธารณะพึงได้รับค่าชดเชยความเสียหาย ถ้าหากการเรียกร้องให้เอกชนคนใดคนหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งสละประโยชน์ส่วนบุคคลเพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นไปโดยไม่เกินความจำเป็นแล้ว หากได้ก่อให้เกิดภาระที่ทำให้เอกชนรายใดรายหนึ่งต้องรับภาระสาธารณะแทนหรือมากกว่าประชาชนทั่วไปแล้ว รัฐจะต้องชดใช้เยียวยาความเสียหาย

ให้แก่เอกชนรายนั้นเป็นการทดแทนด้วย ทำให้เกิดหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยหลักความเสมอภาคในการรับบริการสาธารณะ และหลักความรับผิดชอบของรัฐ

3. ปมข้อคิดของการใช้และการตีความกฎหมายมหาชนตามลักษณะเฉพาะ

จากลักษณะเฉพาะของกฎหมายมหาชนที่เปรียบเทียบกับกฎหมายเอกชนทำให้เกิดปมข้อคิดของการใช้และการตีความกฎหมายมหาชนที่จะต้องใช้และตีความกฎหมายมหาชนให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์และลักษณะการใช้ประโยชน์ของกฎหมายมหาชนด้วยคือ

1) กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่จัดระเบียบงานทางบริหาร

กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ขององค์กรและการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ในการจัดระเบียบงานทางบริหาร แต่เนื่องจากงานบริหารมีความหลากหลาย และปรากฏตัวในหลายรูปแบบ การวางขอบเขตมาตรฐานงานบริหาร จึงเป็นไปได้ยาก จึงทำให้การวางกฎหมายจัดรูปแบบกฎหมายเพื่อใช้ในการบริหารยากตามไปด้วย ดังนั้น การใช้และการตีความกฎหมายมหาชนจึงต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายว่าจะต้องไม่เป็นอุปสรรคในการบริหารงานด้วย ด้วยเหตุนี้การวางกฎเกณฑ์กฎหมายมหาชนจึงต้องศึกษาวิชาการว่าด้วยการบริหารการจัดการเพื่อให้กฎเกณฑ์ที่ไม่เป็นอุปสรรคแก่การบริหารงานภาครัฐ

2) กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารงานต้องมีความยืดหยุ่นไม่เคร่งครัด

เนื่องจากงานบริหารเป็นลักษณะมีความหลากหลาย เป็นงานเชิงรุกและมีความเคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงอยู่ตลอดเวลาคือมีพลวัต (dynamic) การที่จะให้กฎหมายวางกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะถาวร แน่ชัดทุกกรณีย่อมเป็นไปได้ และทำให้เกิดอุปสรรคในการบริหารงานด้วย ดังนั้น กฎหมายมหาชนส่วนหนึ่งจึงมีวางกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีถ้อยคำที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง (indefinite legal concept) เพื่อให้ดุลพินิจแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐได้ปรับใช้กฎหมายไปตามสถานการณ์ที่มีความเปลี่ยนแปลงไป

3) กฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายเทคนิค

กฎหมายมหาชนไม่มีฐานมาจากศีลธรรม กฎหมายมหาชนเป็นมาตรการเพื่อบรรลุเป้าหมายคือ การคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ และจำกัดการใช้อำนาจอธิปไตยของเจ้าหน้าที่ของรัฐ การก่อกำเนิดกฎหมายมหาชนจึงเป็นลักษณะกฎหมายเทคนิคเป็นส่วนใหญ่ ถึงแม้บางส่วนจะเกิดจากกฎหมายของนักกฎหมายที่นักกฎหมายได้คิดค้นคว้าหาเหตุผลของนักกฎหมายทำให้เกิดหลักกฎหมายทั่วไปเพื่อจำกัดการใช้อำนาจของหน้าที่ของรัฐก็ตาม แต่เมื่อกฎหมายมหาชนส่วนใหญ่เป็นกฎหมายเทคนิค ไม่มีส่วนเกี่ยวกับศีลธรรมหรือจารีตประเพณีโดยตรง ไม่มีความรู้สึกถูกผิดในใจ จึงมักจะทำให้เกิดปัญหาสภาพการบังคับใช้กฎหมาย เพราะไม่มีสภาพบังคับทางจิตใจดังเช่นกฎหมายที่เกิดจากศีลธรรม การกำหนดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายมหาชนจึงต้องกำหนดพอเหมาะสมแก่กรณี การบังคับใช้ต้องสม่ำเสมอและจะเลือกปฏิบัติไม่ได้ ด้วยเหตุนี้การที่วางกฎเกณฑ์ทางกฎหมายมหาชนจึงต้องศึกษาในทางสังคมวิทยาและการศึกษากฎหมายมหาชนเปรียบเทียบเพื่อให้กฎเกณฑ์ที่พอเหมาะสมแก่สังคมและให้บุคคลปฏิบัติตามได้

ดังที่กล่าวมาแล้วว่าลักษณะเฉพาะของกฎหมายมหาชนเมื่อเปรียบเทียบกับลักษณะทั่วไปของกฎหมายเอกชนและลักษณะเฉพาะเมื่อเปรียบวัตถุประสงค์ของการใช้กฎหมายมหาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองประโยชน์สาธารณะให้ได้คุณภาพกับประโยชน์ของเอกชน หากประโยชน์สาธารณะขัดกับประโยชน์เอกชน ประโยชน์สาธารณะย่อมอยู่เหนือประโยชน์เอกชน และกฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่ให้เอกสิทธิ์แก่องค์กรของรัฐ และเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการควบคุมการใช้อำนาจอธิปไตย จึงทำให้เกิดลักษณะเฉพาะของการใช้การและตีความกฎหมายมหาชนที่จะใช้และตีความให้แตกต่างจากกฎหมายเอกชน กล่าวคือ การใช้กฎหมายมหาชนจะต้องใช้ตามลักษณะเฉพาะของกฎหมายมหาชนก่อน เมื่อปรับใช้กฎหมายมหาชนที่มีลักษณะเฉพาะแล้ว จะนำหลักกฎหมายเอกชนที่มีฐานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปมาใช้ไม่ได้ แต่หากไม่มีหลักกฎหมายมหาชนเฉพาะแก่กรณีจึงจะใช้หลักกฎหมายทั่วไปซึ่งส่วนเป็นกฎหมายเอกชนมาใช้บังคับตามหลักของการใช้กฎหมายที่ว่า กฎหมายพิเศษหรือกฎหมายเฉพาะ (Lex

Specialis) ต้องมาก่อนกฎหมายทั่วไป (Lex Generalis)³

ส่วนในการตีความกฎหมายมหาชน รวมทั้งการวางกฎเกณฑ์ทางกฎหมายมหาชน จากลักษณะเฉพาะของกฎหมายมหาชน ก่อนที่ผู้มีอำนาจจะตีความกฎหมายหรือกำหนดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายมหาชน ผู้นั้นจะต้องเข้าใจถึงลักษณะของกฎหมายมหาชนที่เป็นกฎหมายบังคับด้วยตัว (ius cogens) เป็นกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองประโยชน์สาธารณะให้ได้คุณภาพกับประโยชน์ของเอกชน เป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการควบคุมการใช้อำนาจรัฐ เป็นกฎหมายมหาชนเป็นกฎหมายที่จัดระเบียบงานทางบริหาร เป็นกฎหมายทางบริหารต้องมีความยืดหยุ่นไม่เคร่งครัด และเป็นกฎหมายเทคนิค ที่มีกฎหมายของนักกฎหมายผสมอยู่ด้วย ผู้ที่ตีความกฎหมายหรือกำหนดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายมหาชนจะต้องมีความรู้ทางบริหาร เข้าใจลักษณะของกฎหมายเทคนิค เข้าใจถึงพลวัตทางบริหาร คือจะต้องมีความรู้ทางสังคมวิทยาและกฎหมายเปรียบเทียบ และรู้ถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายมหาชนว่าเป็นกฎหมายที่มุ่งคุ้มครองประโยชน์สาธารณะให้ได้คุณภาพกับประโยชน์ของเอกชนและเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในการควบคุมการใช้อำนาจรัฐ จึงทำให้การตีความกฎหมายและการกำหนดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายมหาชนได้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายฉบับนั้นหรือบรรลุวัตถุประสงค์ของระบบกฎหมายมหาชนได้

ส่วนที่ 2

นิติวิธีกฎหมายมหาชน มีจริงหรือไม่

1. นิติวิธี

นิติวิธี (Juristic Method) หรือวิธีทางกฎหมาย ความหมายถึง ความคิด และทัศนคติของนักกฎหมายที่มีต่อระบบกฎหมายของตน กล่าวคือ ทัศนคติที่มีต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษร จารีตประเพณี คำพิพากษา หลักกฎหมายทั่วไป รวม

³ หยุด แสงอุทัย, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 17, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), 2553, หน้า 77.

ตลอดจนวิธีคิด วิธีใช้ วิธีตีความ วิธีบัญญัติกฎหมาย แม้จนกระทั่งวิธีสอน วิธีศึกษา และวิธีทำกฎหมายให้องค์งาหรือเปลี่ยนไปตามกาลเวลา โดยที่นิติวิธีเหล่านี้ แทรกซึมคู่เคียงอยู่กับตัวกฎหมาย โดยไม่จำต้องบัญญัติ แม้จะได้บัญญัติถึงนิติวิธีไว้ แต่มิได้บัญญัติหลักนิติวิธีไว้ทั้งหมด ถ้าเราจะเทียบตัวบทกฎหมายเป็นคน ตัวบทคือ ร่างกาย นิติวิธีก็คือวิญญาณ⁴ ซึ่งแต่ละระบบกฎหมายมีนิติวิธีของตนเอง ทั้งระบบซีวิลลอว์ และคอมมอนลอว์

ประเทศไทยเป็นประเทศที่ใช้สกุลกฎหมายลายลักษณ์อักษรหรือซีวิลลอว์ หรืออาจเรียกได้ว่าประเทศไทยใช้ระบบ “ประมวลกฎหมาย” ซึ่งกฎหมายที่มีผลบังคับใช้ จะมีลักษณะเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันในแต่ละหมวดหมู่ ทำให้ผู้ศึกษากฎหมาย หรือผู้ใช้กฎหมายนอกจากจะพิจารณาจากเนื้อหาของกฎหมาย (Legal Content) แล้ว ยังจะต้องศึกษาเกี่ยวกับนิติวิธี (Juristic Method) ประกอบด้วย เนื่องจากกฎหมายในแต่ละฉบับมีเหตุผลและที่มาแตกต่างกัน มีการบัญญัติเพิ่มเติมแก้ไขเพื่อรองรับปัญหาและเพื่อสร้างความเป็นธรรมให้แก่สังคม โดยที่การบัญญัติกฎหมาย ในบางครั้งอาจไม่สามารถบัญญัติให้ครอบคลุมไปถึงการแก้ไขปัญหาหรือ ความต้องการอันแท้จริงของสังคมได้ จึงจำเป็นต้องใช้นิติวิธีซึ่งถือเป็นสิ่งสำคัญ ประกอบไปกับกฎหมาย นิติวิธีจึงเป็น สิ่งที่แทรกซึมไปกับตัวบทกฎหมาย ทำให้นักกฎหมาย ที่มีความรู้ความเข้าใจในนิติวิธีของกฎหมายสามารถใช้กฎหมายกับข้อเท็จจริงและ สภาพการณ์ต่างๆ ของสังคมได้ ไม่ว่าจะมีการตรากฎหมายขึ้นมาใหม่หรือแม้แต่ การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายก็ตาม

ในระบบซีวิลลอว์ บ่อเกิดของกฎหมายลำดับแรก คือ ตัวบทกฎหมายที่ บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เพราะเชื่อว่าตัวบทกฎหมายมีความเป็นธรรมและมีเหตุผลในตัวของมันเอง กฎหมายเป็นหลักทั่วไปเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้น นักกฎหมาย จะนำบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้องมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงในประเด็น ข้อพิพาทนั้น ซึ่งเรียกว่าการตีความกฎหมาย ส่วนจารีตประเพณีเป็นกฎหมายลำดับรอง

⁴ กิตติศักดิ์ ปรัตติ, *ความเป็นมาและหลักการใช้นิติวิธีในระบบซีวิลลอว์ และคอมมอนลอว์*, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน) 2551 หน้า 15.

ซึ่งอาจใช้คู่เคียงเสริมหรือตัดทอนตัวบทกฎหมายก็ได้ ในบางครั้งจารีตประเพณีถูกนำมาใช้เพื่อทำให้กฎหมายมีความยืดหยุ่นมากขึ้น ในระบบซีวิลลอว์นั้น คำพิพากษาของศาลไม่ใช่บ่อเกิดของกฎหมาย แต่เป็นตัวอย่างการปรับใช้กฎหมายที่เป็นรูปธรรม ในกรณีที่ไม่มียุติบัญญัติของกฎหมายที่จะใช้กับข้อพิพาทโดยตรง นักกฎหมายมีหน้าที่อุดช่องว่างนั้น ด้วยการค้นหาหลักความเป็นธรรมซึ่งแฝงอยู่ในหลักกฎหมายนั้น นอกจากนี้ความเห็นของนักกฎหมายต่อคำพิพากษาที่อยู่ในรูปของหมายเหตุท้ายคำพิพากษาก็มีความสำคัญที่แสดงให้เห็นถึงทัศนะหรือมุมมองของตนที่มีต่อคำพิพากษานั้นๆ ด้วย กฎหมายจึงไม่ใช่ตัวบทบัญญัติ แต่คือหลักการแห่งเหตุผลที่ดำรงอยู่ในตัวบทกฎหมายนั่นเอง การตีความกฎหมายจึงต้องตีความตามตัวอักษร โดยคำนึงถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายที่แฝงอยู่ในบทบัญญัตินั้นพร้อมกันไปด้วย

นักกฎหมายซีวิลลอว์ถือว่ากฎหมายนั้นจะต้องปรับใช้ตามที่ได้บัญญัติไว้ โดยถือว่าบทกฎหมายทั้งหลายมีฐานะเป็นหลักการอันกอปรไปด้วยเหตุผล เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปที่ใช้เป็นแนวในการวินิจฉัยสิทธิและหน้าที่ของบุคคลในทางปฏิบัติ และมีฐานะสูงกว่าหลักเกณฑ์ในคำวินิจฉัยเฉพาะคดีในคำพิพากษา นักกฎหมายในประเทศภาคพื้นยุโรปจะยึดถือ “สาระ” ของเกณฑ์แห่งกฎหมายสารบัญญัติเป็นใหญ่ โดยไม่ให้ความสำคัญแก่เรื่องวิธีพิจารณาและแนวคำพิพากษาของศาลเกินไปจนเป็นผลเสียแก่หลักการทางสารบัญญัติโดยจะถือว่าคำพิพากษาและหลักเกณฑ์ที่ใช้วินิจฉัยในประเด็นแห่งคดีเป็นเพียงเครื่องช่วยในทางปฏิบัติเท่านั้น ในการใช้กฎหมาย นักกฎหมายซีวิลลอว์จะนิยมใช้กฎหมายโดยถือว่า กฎหมายนั้นเป็นหลักเกณฑ์ที่เป็นบรรทัดฐานความประพฤติในสังคมแฝงอยู่เสมอ ดังนั้นในการใช้กฎหมายนักกฎหมายจะต้องทำความเข้าใจหลักเกณฑ์นี้ และจะพยายามเน้นหรือนำเอาหลักการเหล่านี้ไปใช้ ผ่านทางบทกฎหมายแต่ละบท เช่น หลักเสรีภาพทางการเมือง, หลักสิทธิทางสังคม, สิทธิในร่างกาย, อนามัย, สิทธิทางทรัพย์สิน และหลักเสรีภาพในการทำสัญญา เป็นต้น หลักเกณฑ์ของบทกฎหมายจึงเป็นหลักที่ถือว่า ครอบคลุมไปถึงบรรดากรณีต่างๆ อย่างกว้างขวาง ในการนำเอาหลักเกณฑ์นี้ไปใช้ในทางปฏิบัติเพื่อให้ได้ผลทั้งด้านความยุติธรรมและความแน่นอนชัดเจนของ

กฎหมาย การใช้กฎหมายจึงต้องกระทำอย่างละเอียดอ่อนรอบคอบ เมื่อผ่านไปนานๆ วิชานิติศาสตร์จึงกลายเป็นศาสตร์พิเศษ เป็นศิลปะอย่างสูง ที่ผู้ใช้กฎหมายจะต้องเข้าใจถึงระบบเหตุผลและปรัชญาที่แฝงอยู่ ทั้งเข้าใจปัญหาที่จะวินิจฉัยอย่างถ่องแท้ เพื่อจะสามารถนำเอาหลักการในบทบัญญัติมาปรับใช้ได้อย่างเหมาะสมแก่กรณีรูปธรรมนั้นๆ โดยการใช้อุบายภายใต้หลักการนี้จะต้องไม่ทำให้กฎหมายขาดลักษณะแน่นอน หรือขาดลักษณะที่เป็นกฎเกณฑ์ที่เป็นกฎเกณฑ์อันเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปได้ด้วย การปรับใช้บทบัญญัติอันเป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปให้เข้ากับข้อเท็จจริงทางปฏิบัติแต่ละรายหรือประสานหลักเกณฑ์นามธรรมเข้ากับปัญหารูปธรรมนี้จำเป็นต้องใช้วิธีการทางกฎหมาย

2. การใช้คำว่า “นิติวิธี” สำหรับกฎหมายมหาชน

จากการใช้และการตีความกฎหมายมหาชนตามลักษณะเฉพาะของกฎหมายมหาชนดังที่กล่าวนี้ มีนักวิชาการบางคนเรียกว่า “นิติวิธีกฎหมายมหาชน”

“นิติวิธีกฎหมายมหาชน” นั้น ศาสตราจารย์ บวรศักดิ์ อูวรรณโณ ได้ค้นคิดขึ้นเขียนไว้ในหนังสือ กฎหมายมหาชน เล่ม 3 ที่มาและนิติวิธี เมื่อปี พ.ศ. 2538⁵ วิธีการแบ่งแยกนิติวิธีกฎหมายมหาชนที่ได้เขียนไม่พบว่าได้อ้างอิงจากตำรากฎหมายต่างประเทศแต่อย่างใด และต่อมาได้ปรากฏว่าอาจารย์สอนกฎหมายมหาชนมหาวิทยาลัยต่างๆ ได้นำเป็นแบบอย่างในการสอน⁶

ศาสตราจารย์ บวรศักดิ์ อูวรรณโณ ได้อธิบายว่า “นิติวิธี (méthode juridique) หมายความว่า วิธีการที่จะคิดวิเคราะห์เป็นระบบในทางกฎหมาย ดังนั้นเมื่อนำมาใช้ในกฎหมายมหาชน นิติวิธีในกฎหมายมหาชนจึงหมายถึงวิธีการที่จะคิดวิเคราะห์ให้เป็นระบบในกฎหมายมหาชนนั่นเอง และวิธีการคิดนี้ ย่อมหมายถึง

⁵ โปรตดู บวรศักดิ์ อูวรรณโณ, *กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี*, (กรุงเทพฯ: นิติธรรม, 2538), หน้า 291-413.

⁶ บางตำราได้คัดลอกเนื้อความที่เขียนถึงนิติวิธีกฎหมายมหาชนมาเขียนเป็นตำราของตนเอง เพียงดัดแปลงสำนวนถ้อยคำและย่อความบางส่วนเท่านั้นโดยมิได้อ้างอิงว่ามาจากหนังสือที่ ศาสตราจารย์ บวรศักดิ์ อูวรรณโณ ได้เขียนไว้ เช่น ภูริชญา วัฒนรุ่ง, *หลักกฎหมายมหาชน*, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2544), หน้า 307 -357.

วิธีคิดในระดับทั่วไปและระดับเฉพาะตามฐานะของนักกฎหมายนั้นๆ ในระบบกฎหมาย นิติวิธีทั่วไปในทางกฎหมายมหาชนเองอาจจำแนกเป็นนิติวิธีหลักประการหนึ่ง กับ นิติวิธีประกอบอีกประการหนึ่ง นิติวิธีหลักนั้นเราจะต้องยึดว่าเป็นหัวใจสำคัญหรือ กุญแจไขเข้าสู่โลกกฎหมายมหาชนเลยทีเดียว ส่วนนิติวิธีประกอบนั้น เป็นวิธีคิด วิธีวิเคราะห์ที่จะช่วยให้เราสามารถเข้าถึงนิติวิธีหลักได้รวดเร็ว ถูกต้อง แม่นยำขึ้น” นิติวิธีหลักมี 2 นิติวิธี คือ นิติวิธีเชิงปฏิเสธ กล่าวคือ ปฏิเสธมิให้นำหลักกฎหมาย เอกชนมาใช้กับปัญหาในกฎหมายมหาชนโดยตรง และนิติวิธีเชิงสร้างสรรค์ กล่าวคือ กฎหมายมหาชนมีหลักการของตนเองที่สร้างขึ้นมาจากความสมดุลระหว่าง ประโยชน์สาธารณะด้านกับสิทธิเสรีภาพส่วนบุคคลของประชาชนอีกด้านหนึ่ง⁷

สำหรับ นิติวิธีเชิงปฏิเสธ ศาสตราจารย์ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้อธิบายสรุปใจความได้ว่า คือ การปฏิเสธมิให้นำหลักกฎหมายเอกชนมาใช้กับปัญหาในกฎหมายมหาชนโดยตรง เหตุผลเพราะในระบบกฎหมายมหาชนโดยสภาพ ประโยชน์สาธารณะอยู่เหนือปัจเจกชน และมีการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของเอกชน ต่อการใช้อำนาจโดยมิชอบของรัฐและฝ่ายมหาชน คู่กรณีนิติสัมพันธ์รัฐหรือหน่วยงาน รัฐดำเนินการทุกอย่างเพื่อประโยชน์สาธารณะมีนิติสัมพันธ์ที่เหนือกว่าเอกชนเป็น เอกสิทธิ์ของฝ่ายมหาชน ฝ่ายมหาชนสามารถบังคับการตามเจตนาของตนได้ แต่ ตามหลักกฎหมายเอกชนถือว่าเอกชนทุกฝ่ายเสมอภาคและเท่าเทียมกัน ตามกฎหมาย นิติสัมพันธ์เกิดขึ้นโดยใจสมัครอันเป็นเสรีภาพในการแสดงเจตนา การใช้หลักกฎหมายเอกชนในกฎหมายมหาชนก็เท่ากับได้มีการนำหลักความเสมอภาคในกฎหมายเอกชนมาใช้ ทั้งระหว่างเอกชนกับเอกชนด้วยกัน และนำมาใช้ระหว่างรัฐ หรือฝ่ายมหาชนซึ่งกระทำการเพื่อประโยชน์สาธารณะกับเอกชนอีกด้วย จึงเห็นได้ว่าเป็นการปฏิเสธความสำคัญของประโยชน์สาธารณะที่มีเหนือกว่าประโยชน์ส่วนบุคคล การไม่อาจนำกฎหมายเอกชนมาใช้บังคับในกฎหมายมหาชนโดยตรงได้แก่ การปฏิเสธการใช้บังคับกฎหมายเอกชนแก่นิติสัมพันธ์ตามกฎหมายมหาชน และการอาศัยแนวคิดของกฎหมายเอกชนเป็นฐานในการสร้างกฎหมายมหาชน โดย

⁷ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี, หน้า 291-293.

การนำหลักกฎหมายเอกชนมาใช้ในกฎหมายมหาชนนั้น จะต้องนำมาดัดแปลงให้เข้ากับความเป็นพิเศษของกฎหมายมหาชน เพราะถ้านำมาใช้โดยตรงเหมือนในกฎหมายเอกชนแล้ว จะไม่มีทางเหมาะกับสภาพบริการสาธารณะเลย⁸

ส่วน นิติวิธีเชิงสร้างสรรค์ ศาสตราจารย์ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้อธิบายสรุปใจความได้ว่า การประสานประโยชน์สาธารณะให้เข้ากับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนเป็นหัวใจของนิติวิธีกฎหมายมหาชน คือ กฎหมายมหาชนที่สามารถสร้างดุลยภาพ (équilibre) ของสองสิ่งที่อยู่เหมือนจะขัดแย้งและสวนทางกันให้ได้ คือ ประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน หากให้ความสำคัญด้านใดด้านหนึ่งมากเกินไปจนเสียดุลจะเกิดสภาพการณ์ 2 ลักษณะคือ ให้ความสำคัญกับประโยชน์สาธารณะมากเกินไป กฎหมายมหาชนลักษณะนี้ก็จะกลายเป็นกฎหมายอภิสิทธิ์ของฝ่ายมหาชน เพิ่มอำนาจฝ่ายมหาชนขึ้น ลดการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย และยอมรับการใช้อำนาจตามอำเภอใจ ลักษณะที่สอง ให้ความสำคัญแก่สิทธิเสรีภาพเอกชนมากเกินไป เท่ากับรัฐลงไปให้เท่ากับเอกชน เห็นประโยชน์สาธารณะเหมือนกับประโยชน์ส่วนตัวของบุคคลแต่ละคน การประสานประโยชน์สาธารณะให้เข้ากับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนจึงเป็นหน้าที่ของนักกฎหมายมหาชนจึงต้องพิเคราะห์เหตุผล ความจำเป็น วิธีการดำเนินการ และประสิทธิภาพของฝ่ายมหาชน ไปพร้อมๆ กับสัดส่วนการคุ้มครองสิทธิปัจเจกชนเสมอ ดังตัวอย่างเรื่องการยกเลิกและเพิกถอนนิติกรรมทางมหาชนที่ต้องคำนึงถึงความชอบด้วยกฎหมาย การชั่งน้ำหนักประโยชน์สาธารณะกับความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่ง เรื่องสัญญาทางมหาชนที่คู่สัญญาฝ่ายรัฐมีสิทธิหรือหน้าที่มากกว่าเอกชนคู่สัญญาธรรมดา โดยฝ่ายมหาชนมีเอกสิทธิ์ในสัญญาทางมหาชนที่เลิกสัญญาหรือแก้ไขสัญญาฝ่ายเดียว หากมีเหตุไม่อาจคาดหมายเกิดขึ้นแต่เพื่อมิให้การบริการสาธารณะหยุดลงไม่ต่อเนื่องก็เป็นหน้าที่ของฝ่ายมหาชนที่ชัดเจนให้แก่เอกชน และการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางมหาชน และความรับผิดชอบของฝ่ายมหาชน⁹

⁸ เรื่องเดิม, หน้า 294-330.

⁹ เรื่องเดิม, หน้า 331-367

นิทิววิธีประกอบ คือ วิธีการคิดวิเคราะห์เพื่อช่วยให้อำนาจเข้าถึงนิทิววิธีได้รวดเร็วยิ่งขึ้นและมีความถูกต้อง เป็นวิธีการคิดวิเคราะห์โดยอาศัยการเปรียบเทียบกฎหมายและอาศัยการวิเคราะห์กฎหมายโดยพิจารณาในแง่ของประวัติศาสตร์และสังคมวิทยา เพื่อที่จะทำให้อำนาจเข้าถึงนิทิววิธีหลักของกฎหมายมหาชนได้อย่างรวดเร็ว ถูกต้อง เทียงตรงยิ่งขึ้น และเพื่อที่จะทำให้อำนาจใช้นิทิววิธีสร้างหลักกฎหมายมหาชน หรือสามารถใช้นิทิววิธีหลักในการตีความกฎหมายมหาชนได้อย่างถูกต้องเหมาะสมกับสภาพสังคม เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายมหาชน คือ การประสานให้เกิดความสมดุลที่ดีที่สุดระหว่างประโยชน์สาธารณะกับสิทธิเสรีภาพของประชาชน

นิทิววิธีประกอบ ซึ่งสามารถศึกษาได้สองรูปแบบคือ นิทิววิธีทางประวัติศาสตร์กฎหมาย และนิทิววิธีทางสังคมวิทยากฎหมาย นิทิววิธีทางประวัติศาสตร์กฎหมายเป็นการศึกษาบทบัญญัติแห่งกฎหมายในอดีต ว่าเป็นอย่างไร มีวิวัฒนาการอย่างไร และปัจจุบันเป็นอย่างไร รวมทั้งศึกษาถึงหลักเหตุผลของบทบัญญัติของเก่าและของใหม่เพื่อให้ทราบถึง ความแตกต่างและพัฒนาการทางกฎหมาย การศึกษาประวัติศาสตร์ทางกฎหมาย จะเป็นการศึกษากฎเกณฑ์ทุกอย่างทั้งที่เป็นลายลักษณ์อักษรและไม่เป็นลายลักษณ์อักษรโดยการศึกษา ในลักษณะที่กฎหมายเป็นความสัมพันธ์กับพฤติกรรมของคนในสังคมและความสัมพันธ์กับสภาพแวดล้อมของสังคม เพื่อให้เกิดความเข้าใจถึงสาเหตุของกฎหมายและผลของกฎหมาย ซึ่งมาจากการเปรียบเทียบกฎหมายและการเปรียบเทียบกฎหมายมหาชน ซึ่งผลของการเปรียบเทียบกฎหมายนี้จะทำให้นักกฎหมายสามารถสร้างกฎหมายมหาชนที่ดีและเหมาะสมกับสภาพสังคมของตนเอง ส่วนการศึกษา นิทิววิธีสังคมวิทยา กฎหมาย เป็นวิธีการที่มุ่งศึกษาถึงความสัมพันธ์และหน้าที่ของกฎหมายที่มีต่อสังคม รวมไปถึงเหตุการณ์ทางสังคมที่มีผลก่อให้เกิดกฎหมาย และผลที่กฎหมายก่อให้เกิดกับสังคม ซึ่งเป็นการศึกษาโดยมุ่งเน้นค้นหาความเป็นจริงทางสังคมที่มีอิทธิพลหรือปัจจัยที่มีผลต่อกฎหมาย หรือการค้นหาความเป็นจริงที่กฎหมายนั้นเป็นอยู่ เพื่อเป็นการช่วยอธิบายให้เห็นสภาพของกฎหมายตามความเป็นจริงในสังคม ซึ่งประโยชน์ของวิธีการศึกษาทางสังคมวิทยา กฎหมาย มีประโยชน์หลายประการ คือ เป็นเครื่องมือในการค้นหา

ความจริงที่สามารถใช้อธิบายพฤติกรรมของคนในสังคม ตลอดจนเป็นเครื่องมือในการช่วยให้การใช้กฎหมายมีความเป็นธรรม อีกทั้งยังเป็นเครื่องมือช่วยในการพัฒนากฎหมายกฎเกณฑ์ของกฎหมายทางเศรษฐกิจ สังคม และการเมือง ซึ่งมักเป็นกฎหมายมหาชนถูกกำหนดขึ้นมาเพื่อประโยชน์สาธารณะและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้เกิดดุลยภาพกัน¹⁰

3. นิติวิธีกฎหมายมหาชน มีจริงหรือไม่

ผู้เขียนเห็นว่า การยกฐานะวิธีคิด วิธีใช้ วิธีตีความ วิธีบัญญัติกฎหมายของกฎหมายมหาชนให้มีฐานะเป็น “นิติวิธี” เรียกว่า “นิติวิธีทางกฎหมายมหาชน” นั้น ผู้เขียนไม่เห็นด้วย เพราะคำว่า “นิติวิธี” นั้นใช้สำหรับระบบกฎหมายที่เป็นระบบกฎหมายหลักของโลก (Major Legal System) เท่านั้น ดังเช่นที่ René David ได้เขียนตำรา Major Legal System of the World Today¹¹ และที่ Konrad Zweigert and Hein Kötz ได้เขียนตำรา An Introduction to Comparative Law¹² ที่เป็นตำรากฎหมายเปรียบเทียบที่ใช้อ้างอิงกันทั่วโลกซึ่งเป็นการเปรียบเทียบสกุลกฎหมายของโลก (families of law in the world) ว่าแต่ละสกุลกฎหมายมีประวัติศาสตร์ (Historical Formation of the System) โครงสร้างของระบบกฎหมาย (Structure of the Law) ข้อความคิดทางกฎหมาย (Concept of the Legal Rule) และบ่อเกิดของกฎหมาย (Sources of Law) ที่ส่งผลต่อวิธีการใช้การตีความกฎหมาย ซึ่งที่เรียกรวมกันว่า “นิติวิธี” (Juristic Method) ของกฎหมายแต่ละสกุลกฎหมายอย่างไร ดังนั้น คำว่านิติวิธีจึงใช้เฉพาะแต่สกุลกฎหมายหลักของโลก ซึ่งในสกุลกฎหมายซีวิลลอว์มีโครงสร้างของระบบกฎหมาย ความคิดทางกฎหมาย และบ่อเกิดของกฎหมายอย่างเดียวกันทั้งระบบไม่ว่าจะมีการแบ่งกฎหมายในระบบซีวิลลอว์ออกเป็นกี่ประเภทก็ตาม นิติวิธีในระบบกฎหมายซีวิลลอว์มีนิติวิธี

¹⁰ เรื่องเดิม, หน้า 369-413

¹¹ René David, **Major Legal System of the World Today**, (London : Stevens&sons, 1985.)

¹² Konrad Zweigert and Hein Kötz, **An Introduction to Comparative Law**, (Oxford : Clarendon, 1998.)

เดียวเท่านั้น เพียงในสกุลกฎหมายซีวิลลอว์มีการแบ่งแยกประเภทของกฎหมายออกเป็นกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชน โดยที่นิติวิธีของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ก็ใช้ทั้งระบบกฎหมายกับกฎหมายทุกประเภท ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายมหาชนรวมทั้งกฎหมายอื่น เช่น กฎหมายทางสังคม และกฎหมายทางเศรษฐกิจมหาชน เป็นต้น ซึ่งกฎหมายประเภทต่างๆ ส่วนใหญ่มีลักษณะทั่วไปของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ลักษณะเฉพาะของประเภทกฎหมายต่างๆ เช่น กฎหมายมหาชน กฎหมายสังคม กฎหมายเศรษฐกิจมีเพียงบางส่วนเท่านั้น ทำให้การใช้และการตีความกฎหมายทุกประเภทกฎหมายโดยส่วนใหญ่เป็นไปตามลักษณะทั่วไปของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ เพียงแต่ถ้าประเภทของกฎหมายนั้นมีลักษณะเฉพาะของกฎหมายนั้นก็ให้ใช้ลักษณะเฉพาะของกฎหมายนั้นก่อน หากไม่มีลักษณะเฉพาะก็ให้ใช้ตามหลักทั่วไป ซึ่งกฎหมายแฟ่งถือว่าเป็นกฎหมายพื้นฐานที่มีลักษณะทั่วไปของระบบกฎหมายซีวิลลอว์ทั้งระบบ ดังนั้น ในการใช้และการตีความกฎหมายมหาชน หากไม่มีลักษณะเฉพาะของกฎหมายมหาชนในเรื่องนั้นๆ แล้ว ก็ต้องใช้หลักกฎหมายแฟ่งอันเป็นกฎหมายพื้นฐานของระบบกฎหมายทั้งระบบมาใช้แก่กรณีในเรื่องนั้นๆ ดังเช่น การปรับใช้หลักสุจริต (Good Faith) ในกฎหมายแฟ่งในกฎหมายมหาชน หลักสุจริตมีหลักสำคัญคือ การรักษาสัจจะ การไม่แสวงหาผลประโยชน์จากการฉ้อฉล และการดำรงตนด้วยความซื่อสัตย์ หลักสุจริตเป็นหลักพื้นฐานในกฎหมายที่พัฒนามาตั้งแต่สมัยโรมันและใช้บังคับกฎหมายทั้งระบบทุกประเภท ในกฎหมายมหาชนก็นำหลักสุจริตตามหลักกฎหมายแฟ่งมาใช้ในฐานะหลักกฎหมายพื้นฐานที่บังคับให้ทั้งฝ่ายปกครองและฝ่ายประชาชนมีหน้าที่จะต้องปฏิบัติต่อกันโดยสุจริต ผู้ใดกระทำโดยไม่สุจริตจะไม่ได้ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.733/2554 หลักการใช้สิทธิโดยสุจริต และผลอันเกิดจากการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแฟ่งและพาณิชย์ ที่บัญญัติว่า ในการใช้สิทธิแห่งตนก็ดี ในการชำระหนี้ก็ดี บุคคลทุกคนต้องกระทำโดยสุจริต การที่บุคคลใดใช้สิทธิหรือชำระหนี้โดยไม่สุจริตกฎหมายย่อมไม่ให้ความคุ้มครอง กล่าวคือ ไม่ผลทางกฎหมายโดยสมบูรณ์ นอกจากนั้นหากบุคคลใดใช้สิทธิโดยไม่สุจริตแล้วเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ผู้ใช้สิทธิ

โดยไม่สุจริตจะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายเช่นที่ตามปกติย่อมขึ้นจากการฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าว ถือได้ว่าเป็นหลักการที่เป็นพื้นฐานของระบบกฎหมายของรัฐทั้งระบบ จึงยอมให้บังคับกับการใช้สิทธิและการชำระหนี้ทั้งตามสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครอง หากฝ่ายปกครองบอกสัญญาทางปกครอง แม้ฝ่ายปกครองจะมีเหตุบอกเลิกสัญญา แต่ถ้าหากบอกสัญญาโดยไม่สุจริต จะต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายเสียหายจากการบอกสัญญาโดยไม่สุจริตนั้น

ดังนั้น หากได้พิจารณากฎหมายประเภทต่างๆ ตามนิติวิธีในระบบซีวิลลอว์อย่างลึกซึ้งและถูกตามประเภทกฎหมายแล้ว และได้มีความเข้าใจในพื้นฐานลักษณะเฉพาะของกฎหมายแล้ว ก็จะต้องอย่างถ้อยแท้ว่า ไม่มีนิติวิธีกฎหมายมหาชนที่ย่อยลงมาจากระบบกฎหมายซีวิลลอว์แต่อย่างใด ดังนั้น การแบ่งแยกว่ากฎหมายมหาชนมีนิติวิธีเป็น “นิติวิธีหลัก” (ประกอบนิติวิธีเชิงปฏิเสธและนิติวิธีเชิงสร้างสรรค์) และ “นิติวิธีประกอบ” อาจทำให้ผู้ที่ศึกษากฎหมายมหาชนไม่อาจจะเข้าใจถึงการใช้และการตีความกฎหมายมหาชนให้เป็นตามทฤษฎี ข้อความคิด และลักษณะเฉพาะของกฎหมายมหาชนได้อย่างดีพอ เพราะผู้ที่ศึกษาจะยึดเพียงแต่รูปแบบการแบ่งแยกนิติวิธีกฎหมายมหาชนออกเป็นรูปแบบต่างๆ เท่านั้น ทั้งที่ นิติวิธีหลัก (ประกอบนิติวิธีเชิงปฏิเสธและนิติวิธีเชิงสร้างสรรค์) และนิติวิธีประกอบโดยเนื้อแท้ตามเนื้อหาเป็นเรื่อง “ลักษณะเฉพาะ” ของกฎหมายมหาชนทั้งสิ้น หากไม่ทำความเข้าใจลักษณะเฉพาะของกฎหมายมหาชนแล้วก็ไม่มีความเข้าใจถึงการแบ่งแยกประเภทนิติวิธีกฎหมายมหาชนดังกล่าวได้เลย ถ้าหากว่าเรามีนิติวิธีกฎหมายมหาชนตามรูปแบบดังกล่าวจริง เราก็จะต้องมีนิติวิธีสำหรับกฎหมายประเภทอื่นด้วย เช่น นิติวิธีกฎหมายเอกชน นิติวิธีกฎหมายอาญา นิติวิธีกฎหมายสังคม นิติวิธีกฎหมายเศรษฐกิจโดยแต่ละนิติวิธีมีการแบ่งรูปแบบของตนเองออกไปอีก เช่น นิติวิธีกฎหมายแพ่ง ก็จะระบุว่า มีนิติวิธีเชิงปฏิเสธด้วยคือ ปฏิเสธที่จะนำลักษณะเฉพาะของกฎหมายมหาชนมาใช้ เพราะนิติสัมพันธ์ในกฎหมายมหาชนไม่เท่าเทียมกัน แต่นิติสัมพันธ์ในกฎหมายแพ่งเท่าเทียมกัน หรือ นิติวิธีกฎหมายอาญาจะมีนิติวิธีเชิงปฏิเสธที่จะนำกฎหมายแพ่งมาบังคับใช้โดยตรงด้วยเช่นกัน เป็นต้น วิธีคิดแบบนี้รั้งจะก่อให้เกิดความสับสนในนิติวิธีระบบซีวิลลอว์อย่างมากขึ้น และการที่นำนิติวิธีประกอบ

คือ นิติวิธีทางประวัติศาสตร์กฎหมาย และนิติวิธีทางสังคมวิทยากฎหมายมาใช้อ้างว่าเป็นส่วนหนึ่งของนิติวิธีกฎหมายมหาชนนั้นก็ไม่ใช่การถูกต้อง เพราะการศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายและสังคมวิทยากฎหมายทำกันทุกประเภทกฎหมายอยู่แล้ว ไม่การแบ่งแยกว่าเฉพาะนิติวิธีกฎหมายมหาชนเท่านั้นจึงศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมายและสังคมวิทยากฎหมายเป็นนิติวิธีประกอบได้ กฎหมายเอกชน กฎหมายอาญา กฎหมายสังคม กฎหมายเศรษฐกิจ ก็ต้องศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมาย สังคมวิทยากฎหมายเพื่อให้เกิดความรู้จริงและใช้กฎหมายอย่างถูกต้องทั้งสิ้น การศึกษาประวัติศาสตร์กฎหมาย สังคมวิทยากฎหมายจึงมิได้จำกัดเฉพาะว่าเป็นนิติวิธีกฎหมายมหาชนเท่านั้น

แม้ว่าแบ่งแยกว่ากฎหมายมหาชนมีนิติวิธีเป็นนิติวิธีหลัก (ประกอบนิติวิธีเชิงปฏิเสธรและนิติวิธีเชิงสร้างสรรค์) นิติวิธีประกอบจะเป็นประโยชน์ในการช่วยให้เราศึกษาทำความเข้าใจการใช้การตีความกฎหมายมหาชนก็ตาม จากเหตุผลที่ได้กล่าวมาข้างต้น ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับการยกย่องลักษณะเฉพาะของกฎหมายมหาชนให้เป็น “นิติวิธี” ไปเทียบเท่ากับคำว่า นิติวิธีซึ่งใช้สำหรับสกุลกฎหมายของโลก และไม่เห็นด้วยกับการที่ทำให้ลักษณะเฉพาะของกฎหมายมหาชนแตกแขนงรูปแบบการใช้ออกเป็นนิติวิธีหลัก (นิติวิธีปฏิเสธร นิติวิธีสร้างสรรค์) นิติวิธีประกอบ ดังกล่าว

ผู้เขียนเห็นว่า การทำความเข้าใจถึงลักษณะเฉพาะของกฎหมายมหาชนให้ลึกซึ้งจะทำให้วิธีคิด วิธีใช้ วิธีตีความ วิธีบัญญัติกฎหมาย รวมการสอน และ การศึกษากฎหมายมหาชนเป็นไปโดยถูกต้องตามประวัติศาสตร์ ข้อความคิด ทฤษฎี โครงสร้าง บ่อเกิดของระบบกฎหมายได้ดีกว่าและถูกต้องกว่าแยกย่อยว่าเป็นนิติวิธีหลักและนิติวิธีประกอบดังกล่าว ในแง่มุมของผู้เขียนจึงเห็นว่า นิติวิธีกฎหมายมหาชนโดยเนื้อแท้ไม่มีอยู่จริง

ปัญหากฎหมายในการถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่น และผู้บริหารท้องถิ่น*

นิจจารีย์ ภาคินปริพรรพ์**

ปัญหากฎหมายในการถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่น

ปัจจุบันการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองออกจากตำแหน่งก่อนครบวาระได้พัฒนารูปแบบไปอย่างมาก เช่น การถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งระดับชาติหรือการขับออกจากตำแหน่ง “Impeachment”¹ ซึ่งกระทำผ่านองค์กรทางการเมืองต่างๆ และการถอดถอนระดับท้องถิ่นหรือการปลดออกจากตำแหน่ง “Recall”² ที่ให้อำนาจประชาชนลงคะแนนเสียงปลดผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองได้โดยตรง

สำหรับการถอดถอนระดับท้องถิ่นหรือการปลดออกจากตำแหน่ง “Recall” นั้น เป็นรูปแบบของการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชน ที่มีองค์ประกอบสำคัญคือ (1) ต้องมีสภาพบังคับให้มีการเริ่มต้นกระบวนการโดยประชาชน (2) การตัดสินใจขั้นสุดท้ายโดยประชาชน² ซึ่งรูปแบบนี้ทั่วโลกใช้น้อยมากและประเทศที่ใช้การถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองระดับชาติ ได้แก่ ปานามา และเวเนซุเอล่า หรือ

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net 6 ตุลาคม 2555 18:09 น.

** สำนักงาน กกต.

1 บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, ระบบการตรวจสอบทุจริตของผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูง (Impeachment), (กรุงเทพมหานคร : โรงพิมพ์เคล็ดไทย, 2538), หน้า 3

2 วนิดา แสงสารพันธ์, หลักรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเข้าชื่อเสนอกฎหมายโดยประชาชน, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), หน้า 15-16.

ถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองระดับมลรัฐและข้าราชการระดับสูง ได้แก่ อาร์เจนตินา โคลัมเบีย เอกวาดอร์ เปรู และเวเนซุเอล่า หรือถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองในระดับท้องถิ่น ได้แก่ สหรัฐอเมริกา สวิสเซอร์แลนด์ แคนาดา และประเทศไทย³

1. กระบวนการลงคะแนนเสียงถอดถอนผู้บริหารท้องถิ่นของต่างประเทศ

ประเทศสหรัฐอเมริกา รูปแบบปกครองเป็นสหพันธรัฐประชาธิปไตย แบ่งการปกครองเป็น 50 มลรัฐ มี 13 มลรัฐ ที่ใช้ระบบ “Recall” และแบ่งได้ 3 รูปแบบ

รูปแบบที่ 1 การถอดถอนถือเป็นการเลือกตั้งใหม่ไปคราวเดียวกัน จึงมีผู้สมัครรับเลือกตั้ง มีการโฆษณาเสียง มีค่าใช้จ่ายในการเลือกตั้ง การนับคะแนน หากผู้ถูกร้องได้คะแนนน้อยกว่าผู้สมัครอื่นผู้ถูกร้องก็พ้นจากตำแหน่งทันที หากนับคะแนนชนะก็ทำหน้าที่ต่อไป เช่น Arizona, California, Colorado, Nevada, North Dakota, Wisconsin

รูปแบบที่ 2 ลงคะแนนถอดถอนแล้วตามด้วยการเลือกตั้งพิเศษ กล่าวคือ จัดการลงคะแนนเสียง 2 ครั้ง (1) จัดการลงคะแนนเสียงถอดถอน (2) จัดการเลือกตั้งใหม่พิเศษแยกออกมา เช่น Georgia, Louisiana, Michigan, Minnesota, Montana, New Jersey, Oregon, Rhode Island

รูปแบบที่ 3 ลงคะแนนเสียงถอดถอนแล้วแต่งตั้งบุคคลตามรายชื่อมา สืบต่อตำแหน่ง กล่าวคือ บัตรลงคะแนนมีการตั้งคำถามให้ผู้มีสิทธิลงคะแนนตอบ 2 ข้อ คือ (1) ท่านต้องการถอดถอนเจ้าหน้าที่ให้พ้นจากตำแหน่งหรือไม่ “ใช่” หรือ “ไม่ใช่” (2) มีรายชื่อของผู้สมัครรับเลือกตั้งที่มีคุณสมบัติครบถ้วนให้เลือกด้วยการนับคะแนนจะนับจากความต้องการของประชาชนที่ต้องการถอดถอนก่อน ถ้าเสียงส่วนใหญ่ไม่ต้องการถอดถอนก็หยุดกระบวนการสืบต่อตำแหน่ง ผู้ถูกร้องก็ทำหน้าที่ต่อไป หากเป็นการถอดถอนผู้ว่าการมลรัฐ ผู้ที่สมัครจะสืบต่อตำแหน่งต้องเป็นสมาชิกพรรคการเมืองเดียวกับผู้ถูกร้องและต้องได้รับการเสนอชื่อจาก

³ ภูมิ มูลศิลป์, งานวิจัยโครงการศึกษาแนวทางการสร้างสุขภาวะในกระบวนการนิติบัญญัติ, [Online] Available URL: <http://ppvoice.thainhf.org/commit.him>, (17 ธันวาคม 2553)

คณะกรรมการของพรรคการเมือง⁴ เช่น Washington, Alaska, Illinois

ประเทศแคนาดา รูปแบบปกครองแบบสหพันธรัฐประชาธิปไตย แบ่งการปกครองเป็น 10 รัฐ และ 3 ดินแดน การถอดถอนถือว่าการเลือกตั้งใหม่ตามพระราชบัญญัติการถอดถอนเจ้าหน้าที่ออกจากตำแหน่งและการริเริ่มเสนอกฎหมาย (The Recall and Initiative Act)⁵

ประเทศฟิลิปปินส์ รูปแบบปกครองแบบสหพันธรัฐ แบ่งการปกครองเป็น 30 เขต 80 จังหวัดและ 120 เมือง⁶ การถอดถอนถือเป็นการเลือกตั้งใหม่ตามประมวลกฎหมายปกครองท้องถิ่น ค.ศ. 1991 (The Local Government Code of the Philippines, 1991) โดยผู้บริหารท้องถิ่นมี 3 ระดับ (1) ระดับจังหวัด เช่น นายกเทศมนตรี รองนายกเทศมนตรี สมาชิกสภาเทศบาล (2) ระดับเมือง เช่น หัวหน้าหมู่บ้าน และสมาชิกสภาหมู่บ้านในเขตเมือง (3) ระดับเทศบาล เช่น หัวหน้าหมู่บ้านและสมาชิกสภาหมู่บ้านในเขตเทศบาล ในการถอดถอนผู้บริหารท้องถิ่น มี 2 รูปแบบ ดังนี้

ก. สภาท้องถิ่นปลดออกจากตำแหน่ง (Preparatory recall assembly) สมาชิกสภาท้องถิ่นเสียงข้างมากเรียกร้องให้เปิดประชุมเพื่อลงคะแนนถอดถอนผู้บริหารท้องถิ่น และใช้คะแนนเสียงข้างมากของผู้เข้าร่วมประชุมทั้งหมดเป็นการพ้นจากตำแหน่ง

ข. ผู้มีสิทธิเลือกตั้ง 25% จากการเลือกตั้งครั้งล่าสุดเรียกร้องขอให้รัฐจัดการลงคะแนนเสียงถอดถอนผู้บริหารท้องถิ่น โดยใช้สิทธิการถอดถอนกระทำได้เพียงครั้งเดียวและห้ามเรียกร้องในปีแรกที่เข้าสู่ตำแหน่งและปีสุดท้ายก่อนพ้นจากตำแหน่ง

⁴ ข้อมูลการถอดถอนประเทศสหรัฐอเมริกา [online] Available, URL:<http://www.ncsl.org/default.commit.him>, (5 เมษายน 2554),

⁵ ข้อมูลการถอดถอนประเทศแคนาดา [online] Available, URL:[http://Elections BC is the custodian of that right on behalf of BC voters.\[Online\].\(9 ตุลาคม 2010\),](http://Elections BC is the custodian of that right on behalf of BC voters.[Online].(9 ตุลาคม 2010),)

⁶ ข้อมูลการถอดถอนประเทศฟิลิปปินส์ [online] Available, URL:<http://apecthai.org/apecth/commit.him>, (5 เมษายน 2554),

2. กระบวนการลงคะแนนเสียงถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นของประเทศไทย

การลงคะแนนเสียงถอดถอน “Recall” ใช้เฉพาะกับปกครองส่วนท้องถิ่น (อปท.) คือ องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา กระบวนการถอดถอนเริ่มต้นจากผู้มีสิทธิเลือกตั้งในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเข้าชื่อ⁷ ยื่นคำร้องต่อผู้ว่าราชการจังหวัดหรือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย (แล้วแต่กรณี) ขอให้จัดการลงคะแนนเสียงถอดถอนผู้บริหารท้องถิ่นและสมาชิกสภาท้องถิ่น โดยคณะกรรมการการเลือกตั้งมีหน้าที่ดำเนินการจัดการลงคะแนน (การถอดถอนคล้ายกับของประเทศสหรัฐอเมริกา รูปแบบที่ 2) คือลงคะแนนถอดถอนแล้วตามด้วยการเลือกตั้งพิเศษ (แทนตำแหน่งที่ว่าง) และเปิดโอกาสให้ผู้มีสิทธิเลือกตั้งยื่นคำร้องคัดค้านเฉพาะการลงคะแนนเสียงที่ไม่ถูกต้องและไม่ชอบด้วยกฎหมายภายใน 30 วัน นับจากวันประกาศผล (ในต่างประเทศที่ถือว่าการถอดถอนเป็นการเลือกตั้งใหม่ในตัวเองไม่มีการคัดค้าน)

⁷ มาตรา 5 การเข้าชื่อร้องขอต่อผู้ว่าราชการจังหวัดเพื่อดำเนินการให้มีการลงคะแนนเสียงถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่นผู้ใดหรือผู้บริหารท้องถิ่นผู้ใดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นเพราะเหตุที่ไม่สมควรดำรงตำแหน่งต่อไปให้ถือเกณฑ์จำนวนผู้มีสิทธิเลือกตั้งขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละแห่ง ดังนี้

- (1) ผู้มีสิทธิเลือกตั้งไม่เกินหนึ่งแสนคนต้องมีผู้เข้าชื่อไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนผู้มีสิทธิเลือกตั้งในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น
- (2) ผู้มีสิทธิเลือกตั้งเกินหนึ่งแสนคนแต่ไม่เกินห้าแสนคนต้องมีผู้เข้าชื่อไม่น้อยกว่าสองหมื่นคนของจำนวนผู้มีสิทธิเลือกตั้งในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น
- (3) ผู้มีสิทธิเลือกตั้งเกินกว่าห้าแสนคนแต่ไม่เกินหนึ่งล้านคนต้องมีผู้เข้าชื่อไม่น้อยกว่าสองหมื่นห้าพันคนของจำนวนผู้มีสิทธิเลือกตั้งในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น
- (4) ผู้มีสิทธิเลือกตั้งเกินกว่าหนึ่งล้านคนต้องมีผู้เข้าชื่อไม่น้อยกว่าสามหมื่นคนของจำนวนผู้มีสิทธิเลือกตั้งในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น

การนับจำนวนผู้มีสิทธิเลือกตั้งในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามวรรคหนึ่งให้ถือตามจำนวนในบัญชีรายชื่อผู้มีสิทธิเลือกตั้งขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นครั้งหลังสุดที่ใช้สำหรับการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น แล้วแต่กรณี

ผลการถอดถอนสำเร็จ คือสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นพ้นจากตำแหน่ง นับแต่วันลงคะแนนเสียงถอดถอน⁸ ซึ่งกฎหมายเลือกตั้งท้องถิ่นถือว่าบุคคลที่เคย ถูกลดถอนออกจากตำแหน่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา และสมาชิก สภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นเป็นบุคคลต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิสมัครรับเลือกตั้ง ท้องถิ่นเป็นเวลา 5 ปี นับถึงวันเลือกตั้ง⁹

3. ปัญหากฎหมายในการถอดถอนสมาชิกสภาและผู้บริหารท้องถิ่น

การถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่นบัญญัติครั้งแรกใน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน¹⁰ โดยมีพระราชบัญญัติว่าด้วยการลงคะแนนเสียงเพื่อถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่น หรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2542 เป็นแนวทางปฏิบัติกำหนดจำนวนผู้เข้าชื่อ หลักเกณฑ์ การเข้าชื่อ การลงคะแนนเสียงถอดถอนและการคัดค้านการลงคะแนนเสียงถอดถอน เป็นต้น จากการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการถอดถอนฯ 13 ปี มีการยื่นคำร้อง 13 คำร้อง และถอดถอนสำเร็จเพียง 3 ครั้ง การถอดถอนไม่สำเร็จอันเนื่องจาก มีบทบัญญัติบางมาตราที่ไม่เหมาะสม ทำให้มีปัญหาความเหลื่อมล้ำและเป็นอุปสรรค ในภาคปฏิบัติหลายประการ ดังนี้

3.1 บทบัญญัติของกฎหมายฉบับรองขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติ รัฐธรรมนูญ

บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ¹¹ ไม่กำหนดขอบเขต “เหตุของการถอดถอนไว้”

⁸ มาตรา 23 วรรคสอง พระราชบัญญัติว่าด้วยการลงคะแนนเสียงเพื่อถอดถอนสมาชิก สภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2542.

⁹ มาตรา 45 (9) พระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545.

¹⁰ มาตรา 286 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และมาตรา 285 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550.

¹¹ มาตรา 285 “ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นใดเห็นว่าสมาชิก สภาท้องถิ่น คณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นผู้ใดขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น นั้นไม่สมควรดำรงตำแหน่งต่อไป ให้มีสิทธิลงคะแนนเสียงถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่น

จึงร้องได้ทุกรื่อง แต่กฎหมายว่าด้วยการถอดถอน¹² กลับกำหนดขอบเขตเหตุของการถอดถอนไว้ 2 กรณี (1) ต้องเป็นการปฏิบัติหน้าที่ (2) มีความประพฤติเสื่อมเสียอย่างใด ซึ่งในความเป็นจริงอาจมีกรณีอื่นนอกจากที่กำหนดไว้ก็ได้ ประเด็นปัญหาคือบทบัญญัติของกฎหมายฉบับรองเกี่ยวกับเหตุของการถอดถอนขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ¹³ ซึ่งประเด็นนี้ศาลรัฐธรรมนูญยังไม่เคยตีความ อาจทำให้ประชาชนเข้าใจสับสนว่ามีเพียง 2 กรณีเท่านั้นที่ไม่สมควรดำรงตำแหน่งแนวทางแก้ไขปัญหาเพื่อให้กฎหมายมีประสิทธิภาพและปฏิบัติได้ทุกรณี ควรแก้ไขเหตุของการถอดถอนในบทบัญญัติมาตรา 6 (2) ให้สอดคล้องกับบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่มีเจตนารมณ์ให้การถอดถอนสามารถกระทำได้ง่าย

3.2 การใช้เขตองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่น

สภาท้องถิ่นมาจากการเลือกตั้งโดยตรงของประชาชน ประกอบด้วยผู้บริหารท้องถิ่น 1 คน และสมาชิกสภาผ่านการเลือกตั้งจากประชาชนในเขตเลือกตั้งครบตามจำนวนที่กำหนดในพระราชบัญญัติจัดตั้งขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นๆ เช่น สภาองค์การบริหารส่วนตำบล (ส.อบต.) มีสมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลจากหมู่บ้านละสองคน หรือสภาเทศบาล มีสมาชิกสภาเทศบาลตำบล

คณะผู้บริหารท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นผู้นั้นพ้นจากตำแหน่ง ทั้งนี้ จำนวนผู้มีสิทธิเข้าชื่อหลักเกณฑ์และวิธีการเข้าชื่อ การตรวจสอบรายชื่อ และการลงคะแนนเสียง ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ”

¹² มาตรา 6 คำร้องขอให้มีการลงคะแนนเสียงถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นตามมาตรา 5 ต้องมีรายละเอียดดังต่อไปนี้

.....

(2) รายละเอียดของข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ที่แสดงให้เห็นว่าสมาชิกสภาท้องถิ่นผู้ใด หรือผู้บริหารท้องถิ่นผู้ใดในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ประสงค์จะให้ลงคะแนนเสียงถอดถอนนั้นมีการปฏิบัติหน้าที่หรือมีความประพฤติเสื่อมเสียอย่างใดจนเป็นเหตุที่ไม่สมควรดำรงตำแหน่งต่อไป”

¹³ มาตรา 6 รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศบทบัญญัติของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้

(ส.ทต.) จำนวน 12 คน สมาชิกสภาเทศบาลเมือง (ส.ทม.) จำนวน 18 คน และ สมาชิกสภาเทศบาลนคร (ส.ทมน.) จำนวน 24 คน เป็นต้น เมื่อกฎหมายกำหนดให้การถอดถอนต้องมาจากประชาชนทั่วองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (อปท.) กรณีถอดถอนผู้บริหารท้องถิ่น เช่น ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร นายกองค์การบริหารส่วนจังหวัด นายเทศมนตรี นายกเมืองพัทยา นายกองค์การบริหารส่วนตำบล สามารถใช้จำนวนผู้มีสิทธิเลือกตั้งทั่ว อปท. ได้ เนื่องจากผู้บริหารท้องถิ่นเป็นตัวแทนของเขตองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ประเด็นปัญหาคือ การใช้หลักเดียวกันในการถอดถอนสมาชิกสภาของท้องถิ่น ขัดแย้งกับความเป็นจริง ปฏิบัติไม่ได้และส่งผลถึงการเข้าชื่อและการลงคะแนนเสียงถอดถอนไม่สำเร็จ เนื่องจากสมาชิกสภาท้องถิ่นแต่ละคนได้รับการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนในเขตเลือกตั้ง ไม่ใช่เขตองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จึงเป็นตัวแทนของหมู่บ้าน ตำบล อำเภอ นั้นๆ กรณีจะถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่น ต้องรวบรวมรายชื่อผู้มีสิทธิเลือกตั้งทั่ว อปท. จึงเกินกว่าจำนวนผู้มีสิทธิเลือกตั้งที่แท้จริงในพื้นที่ของสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้มีสิทธิเลือกตั้งดังกล่าวไม่เคยลงคะแนนให้กับสมาชิกสภาของหมู่บ้านหรือเขตเลือกตั้งอื่น ดังเช่น การถอดถอนนายนิพนธ์ ทัฬหศรีรักษ์ สมาชิกสภาองค์การบริหารส่วนตำบลโนนภิบาล ถูกกล่าวหาว่านำเงินบริหารกองทุนหมู่บ้านไปใช้ส่วนตัวมีพฤติกรรมทุจริตยกมือร่วมพัฒนาหมู่บ้าน แต่มีประชาชนเข้าชื่อเพียง 49 คน จากผู้มีสิทธิเลือกตั้งทั่ว อปท. 2,270 คน คำร้องตกไปเพราะผู้เข้าชื่อไม่ถึง 1 ใน 5 ไม่มีการลงคะแนนเสียง¹⁴ ผู้ศึกษาเห็นว่า การเลือกตั้งท้องถิ่นเป็นระบบแบ่งเขตเลือกตั้ง แต่การถอดถอนกลับใช้เขต อปท. จึงเป็นอุปสรรคต่อกระบวนการถอดถอน อีกทั้งยังสร้างภาระให้ประชาชนต้องรวมตัวกันมากกว่า การเลือกตั้ง เพื่อให้กฎหมายมีประสิทธิภาพใช้บังคับได้ทุกกรณีและสอดคล้องกับเจตนารมณ์ที่ให้ประชาชนตรวจสอบการทำงานของบุคคลที่ได้รับการเลือกตั้ง ควร

¹⁴ สถาบันพระปกเกล้า, รายงานการศึกษาปัญหาทางกฎหมายในการถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น : ศึกษากรณีพระราชบัญญัติว่าด้วยการถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นไม่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ, (โครงการพัฒนานักกฎหมายภาคีรัฐระดับต้น, สิงหาคม, 2552), หน้า 47.

ปรับปรุงบทบัญญัติ¹⁵ เกี่ยวกับเขตการถอดถอนให้ชัดเจนจึงจะแก้ไขปัญหา ข้อขัดข้องทางปฏิบัติได้ จากเดิมกำหนดว่า “ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นใด เป็น “ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งในเขตเลือกตั้งขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น”

3.3 คุณสมบัติผู้มีสิทธิเลือกตั้งไม่เหมาะสมกับกระบวนการถอดถอน

“ผู้มีสิทธิเลือกตั้ง”¹⁶ หมายความว่า ผู้มีสิทธิเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่จะจัดให้มีการลงคะแนนเสียงถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นนั้น” ปัญหาคือผู้มีสิทธิเลือกตั้งเป็นบทนิยามที่เหมาะสมกับการเลือกตั้ง สำหรับการถอดถอนควรมีบทนิยามกำหนดคุณสมบัติหรือลักษณะต้องห้ามของผู้มีสิทธิเข้าชื่อ หรือผู้มีสิทธิลงคะแนนหรือผู้มีสิทธิคัดค้านไว้ เมื่อใช้คำว่า “ผู้มีสิทธิเลือกตั้ง” ทำให้ประชาชนสับสนเรื่องการใช้สิทธิถอดถอน จึงลงชื่อในคำร้องโดยไม่มีสิทธิและส่งผลทำให้คำร้องไม่สมบูรณ์ได้ เนื่องจากต้องตัดรายชื่อของผู้ไม่มีสิทธิออกจากบัญชีอาจทำให้จำนวนผู้เข้าชื่อไม่เป็นไปตามเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด ผู้ศึกษาเห็นว่ากระบวนการเลือกตั้งเป็นการแข่งขันระหว่างผู้สมัครด้วยกันและประชาชนใช้สิทธิเลือกอย่างอิสระ แต่กระบวนการถอดถอนเป็นการรวมตัวของประชาชนจำนวนมาก เพื่อตรวจสอบการทำงานของผู้ได้รับเลือกตั้งที่อยู่ในวาระการดำรงตำแหน่ง ดังนั้น ผู้มีสิทธิถอดถอนจึงแตกต่างจากผู้มีสิทธิเลือกตั้ง เนื่องจากการถอดถอนเป็นการตรวจสอบจึงต้องจำกัดคุณสมบัติของประชาชนบางประการ เช่น ผู้มีสิทธิเข้าชื่อต้องไม่เสียสิทธิเลือกตั้งหรือเคยลงคะแนนเลือกตั้งครั้งที่ผ่านมา หรือผู้มีสิทธิลงคะแนนถอดถอนต้องมีอายุมากกว่า 18 ปี ของวันที่ 1 ม.ค. ในปีที่มีการเข้าชื่อ เป็นต้น แนวทางแก้ไขปัญหาควรยกเลิกบทนิยามผู้มีสิทธิเลือกตั้งออกแล้วกำหนดบทนิยามเป็น “ผู้เข้าชื่อ หรือผู้มีสิทธิลงคะแนนเสียงถอดถอน และผู้มีสิทธิคัดค้าน” ใหม่ให้ชัดเจนและเหมาะสม

¹⁵ มาตรา 285 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและมาตรา 5 พระราชบัญญัติว่าด้วยการลงคะแนนเสียงเพื่อถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2542.

¹⁶ มาตรา 3 พระราชบัญญัติว่าด้วยการลงคะแนนเสียงเพื่อถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2542.

กับกระบวนการถอดถอนทั้งระบบ จึงจะแก้ไขปัญหาข้อขัดข้องทางปฏิบัติได้

3.4 บัตรลงคะแนนเสียงถอดถอน

หัวใจของการถอดถอนอยู่ที่การลงคะแนน ซึ่งต้องใช้บัตรเนื่องจากบัตรเป็นตัวชี้วัดความคิดเห็นของประชาชนว่าเชื่อข้อกล่าวหาตามคำร้องหรือไม่ ปัญหาคือตัวบทกำหนดถ้อยคำในช่องบัตรว่า

“เห็นด้วย” หรือ “ไม่เห็นด้วย”¹⁷ ซึ่งถ้อยคำดังกล่าวทำให้ประชาชนผู้มาใช้สิทธิเกิดความสับสนความหมายในการลงคะแนน เนื่องจากคำว่า “เห็นด้วย” หมายความว่า ต้องการถอดถอนให้ผู้ถูกร้องพ้นจากตำแหน่ง แต่ประชาชนส่วนใหญ่เข้าใจว่า “ต้องการให้ผู้ถูกร้องปฏิบัติหน้าที่ต่อไป” จึงลงคะแนนไม่ตรงกับความรู้สึกที่แท้จริงหรือลงคะแนนในช่องอื่นๆ ทำให้มีบัตรเสียจำนวนมาก ผู้ศึกษาเห็นว่า ถ้อยคำดังกล่าวที่ใช้ไม่ตรงกับวัตถุประสงค์ของการถอดถอน เพื่อให้ง่ายต่อความเข้าใจของชาวบ้าน และตรงกับเจตนารมณ์การถอดถอน ควรปรับปรุงบทบัญญัติจากเดิม “เห็นด้วย” หรือ “ไม่เห็นด้วย” เป็น “ถอดถอน” หรือ “ไม่ถอดถอน” และปัจจุบันรัฐธรรมนูญกำหนดให้สิทธิถอดถอน “คณะผู้บริหารท้องถิ่น” เพิ่มเติม ดังนั้น อาจจะมีการถอดถอนบุคคลหลายคน จึงขอเสนอรูปแบบบัตรลงคะแนนที่ตั้งคำถามให้ผู้มีสิทธิลงคะแนนอ่านก่อนลงคะแนนเสียงน่าจะมีความเหมาะสมกับการถอดถอนของไทย

3.5 ค่าใช้จ่ายในการลงคะแนนเสียงถอดถอน

การปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ต้องมีค่าใช้จ่าย แต่กฎหมายไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับค่าใช้จ่ายในการถอดถอนไว้ จึงเป็นช่องโหว่ว่าองค์กรใดจะเป็นผู้ออกค่าใช้จ่าย

¹⁷ มาตรา 13 การลงคะแนนเสียงให้ใช้วิธีลงคะแนนโดยตรงและลับ

การออกเสียงลงคะแนนให้ทำเครื่องหมายลงในบัตรลงคะแนนเสียงในช่องที่ “เห็นด้วย” หรือ “ไม่เห็นด้วย” กับการให้ถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นผู้ที่ถูกร้องขอให้ลงคะแนนเสียงถอดถอน

ลักษณะและขนาดของบัตรลงคะแนนเสียงและหีบบัตรลงคะแนนเสียงให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการการเลือกตั้งกำหนด

ระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในฐานะที่ประชาชนต้องการถอดถอนผู้แทนของตนออกจากตำแหน่ง หรือกระทรวงมหาดไทยในฐานะผู้กำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือคณะกรรมการการเลือกตั้งในฐานะผู้ดำเนินการลงคะแนนเสียงถอดถอน ซึ่งประเด็นดังกล่าวคณะกรรมการกฤษฎีกามีความเห็น¹⁸ “เมื่อพระราชบัญญัติว่าด้วยการลงคะแนนเสียงเพื่อถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2542 ไม่ได้บัญญัติเรื่องค่าใช้จ่ายในการลงคะแนนเสียงเพื่อถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่นไว้โดยเฉพาะ กรณีจึงต้องพิจารณาจากอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการจัดให้มีการลงคะแนนเสียงเพื่อถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น เมื่อการจัดการดังกล่าวเป็นอำนาจหน้าที่โดยตรงของคณะกรรมการการเลือกตั้งตามมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน ก็ต้องรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการลงคะแนนเสียงถอดถอน”¹⁹ ผู้ศึกษาเห็นว่า การตั้งงบประมาณของหน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ รวมถึงองค์กรอิสระต่างๆ ล้วนได้รับงบประมาณจากรัฐบาลซึ่งเป็นเงินภาษีอากรของประชาชนทั่วทั้งประเทศเช่นเดียวกับงบประมาณของสำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง ซึ่งได้รับงบประมาณบริหารงานของสำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง งบประมาณสำหรับการเลือกตั้งระดับชาติ เพื่อใช้คัดเลือกตัวแทนของประชาชนทั่วประเทศ หรืองบประมาณอุดหนุนในการเลือกตั้งท้องถิ่นเท่านั้น ฉะนั้น หากจะนำเงินภาษีอากรของคนทั่วประเทศไปสนับสนุนให้มีการถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นๆ จึงน่าจะไม่เหมาะสมกับการใช้จ่ายใช้เงินภาษีของประชาชนทั่วประเทศที่ต้องมาช่วยรับผิดชอบออกค่าใช้จ่ายในการถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นของตน แนวทางแก้ไขข้อขัดข้องทางปฏิบัติและสอดคล้องกับหลักการงบประมาณของ อปท. ควรเพิ่มบทบัญญัติกำหนดให้ท้องถิ่นที่มีการถอดถอนเป็นผู้รับผิดชอบค่าใช้จ่ายเหมือนกับการรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการเลือกตั้ง ทั้งนี้ เพื่อ

¹⁸ คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1) เรื่องเสร็จที่ 369/2551.

¹⁹ มาตรา 8 ให้คณะกรรมการการเลือกตั้งจัดให้มีการลงคะแนนเสียงถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นโดยให้ประกาศกำหนดวันลงคะแนนเสียงไม่เกินเก้าสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งจากผู้ว่าราชการจังหวัดตามมาตรา 7

สอนประชาชนให้ตระหนักถึงการเลือกผู้แทนท้องถิ่นและเข้าใจว่าเมื่อจะตรวจสอบการทำงานของผู้แทนตามระบบ “Recall” ประชาชนในท้องถิ่นต้องร่วมกันรับผิดชอบค่าใช้จ่าย

3.6 บทลงโทษที่ไม่ครอบคลุมกับการถอดถอนทั้งระบบ

กฎหมายกำหนดบทลงโทษไว้เฉพาะในกระบวนการลงคะแนนเสียงถอดถอนที่อยู่ในความรับผิดชอบของคณะกรรมการการเลือกตั้งเท่านั้น²⁰ ไม่มีบทกำหนดโทษในกระบวนการเข้าชื่อ ซึ่งการถอดถอน 13 ครั้งที่ผ่านมา พบมีการทุจริตหลายรูปแบบ²¹ เช่น ปลอมลายมือชื่อผู้มีสิทธิเลือกตั้ง หรือหลอกลวงให้ลงชื่อในคำร้อง หรือสัญญาจะให้ทรัพย์สิน สิ่งของ เพื่อดึงใจให้ลงชื่อในคำร้องการเข้าชื่อ ขอให้มีการลงคะแนนเสียงถอดถอน จากสภาพปัญหาที่กฎหมายไม่มีสภาพบังคับ ทำให้ประชาชนขาดความเชื่อถือในกระบวนการถอดถอนและทำให้การปฏิบัติการกิจของภาครัฐยังไม่มีประสิทธิภาพเท่าที่ควร เนื่องจากในการทำงานของเจ้าหน้าที่ในสายตาของประชาชนมักจะมองในแง่ลบ ส่วนมากมักจะคิดว่าเจ้าหน้าที่ที่กลั่นแกล้ง หรือมีผลประโยชน์ตอบแทน ซึ่งประเด็นกฎหมายไม่มีสภาพบังคับเช่นนั้นได้มีการขอปรับปรุงกฎหมายแล้ว²² ผู้ศึกษาเห็นว่ากระบวนการเข้าชื่อของประชาชน

²⁰ มาตรา 25 ถึงมาตรา 27 พระราชบัญญัติว่าด้วยการลงคะแนนเสียงเพื่อถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2542.

²¹ คำสั่งศาลปกครองคดีหมายเลขดำที่ 33/2546 ศาลปกครองขอนแก่น เมื่อวันที่ 31 มกราคม 2546 และคำสั่งศาลปกครองคดีหมายเลขดำที่ 426/2550 และคดีหมายเลขแดงที่ 13/25521 ศาลปกครองนครราชสีมา เมื่อวันที่ 24 มกราคม 2551.

²² ร่างกฎหมายผ่านความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1) เรื่องเสรีจที่ 831/2552

“มาตรา25/1 และมาตรา 25/2 กำหนดว่า ผู้ใดให้ เสนอให้ หรือสัญญาว่าจะให้ หรือจัดเตรียมเพื่อให้ทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดอันอาจคำนวณเป็นเงินได้แก่ผู้ใด หรือข่มขู่ด้วยประการใด เพื่อให้บุคคลใดเข้าชื่อเพื่อถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น หรือเพื่อให้บุคคลใดลงชื่อหรือมีเหตุอันเชื่อออกจากบัญชีรายชื่อผู้มีสิทธิเข้าชื่อ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่เกิน 100,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ และการลงลายชื่อปลอมในบัญชีรายชื่อผู้มีสิทธิเข้าชื่อ หรือใช้ หรืออ้างลายมือชื่อปลอมเช่นว่านั้น เพื่อให้ผู้หนึ่งผู้ใดหลงเชื่อว่าเป็นลายมือชื่อของผู้มีสิทธิเลือกตั้งเพื่อให้มีการลงคะแนนเสียงถอดถอนสมาชิก

สืบเนื่องจากการใช้สิทธิของประชาชน หากการใช้สิทธิดังกล่าวเกิดจากความไม่บริสุทธิ์ใจก็เป็นผลร้ายต่อสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น (ผู้ถูกร้อง) ได้เหมือนกันและไม่เป็นไปตามทฤษฎีการใช้สิทธิสุจริตอีกด้วย หากเพิ่มเติมบทกำหนดโทษให้ครอบคลุมถึงการใช้สิทธิของประชาชนด้วย น่าจะครอบคลุมกับการถอดถอนทั้งระบบ เช่น “ผู้ใดกระทำการเพื่อชักจูง หรือจูงใจ โดยไม่ได้เสนอให้ สัญญาว่าจะให้หรือบังคับข่มขู่ เพื่อให้ผู้มีสิทธิเลือกตั้งลงชื่อในคำร้องโดยไม่บริสุทธิ์ใจ ผู้กระทำต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี หรือปรับไม่เกิน 100,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”

3.7 อำนาจวินิจฉัยคำร้องคัดค้านการลงคะแนนเสียงถอดถอน

รัฐธรรมนูญมาตรา 239 กำหนดว่าเมื่อคณะกรรมการการเลือกตั้งประกาศผลการเลือกตั้งแล้ว ในกรณีที่คณะกรรมการการเลือกตั้งวินิจฉัยให้มีการเลือกตั้งใหม่หรือเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งให้ศาลฎีกาเป็นผู้วินิจฉัยในการเลือกตั้งระดับชาติ และศาลอุทธรณ์ เป็นผู้วินิจฉัยในการเลือกตั้งท้องถิ่น แต่มาตรา 24 ของกฎหมายว่าด้วยการถอดถอนฯ กำหนดว่าหลังประกาศผลแล้วภายใน 30 วัน ผู้มีสิทธิเลือกตั้งสามารถยื่นคำร้องคัดค้านต่อคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยได้ 2 กรณี คือ ลงคะแนนเสียงถอดถอนใหม่ หรือยกคำร้อง เมื่อเทียบเคียงกับการเลือกตั้งท้องถิ่น กรณีการให้อำนาจในการพิจารณาการคัดค้านหลังการประกาศผล คณะกรรมการการเลือกตั้งต้องส่งความเห็นการเลือกตั้งใหม่หรือเพิกถอนสิทธิไปยังศาลอุทธรณ์เป็นผู้วินิจฉัย ดังนั้น การเลือกตั้งใหม่ หรือลงคะแนนเสียงถอดถอนใหม่ กฎหมายกำหนดวิธีปฏิบัติในส่วนการพิจารณาคัดค้านดังกล่าวไว้เหมือนกันแต่ถือกฎหมายคนละฉบับ ซึ่งปัจจุบันรัฐธรรมนูญได้เปลี่ยนแปลงอำนาจในการวินิจฉัยการคัดค้านหลังประกาศผลของคณะกรรมการการเลือกตั้งไปยังศาลอุทธรณ์แล้ว ดังนั้น กฎหมายว่าด้วยการถอดถอนฯ จึงถ้าสมยอมทำให้เกิดความเหลื่อมล้ำในวิธีปฏิบัติ แนวทางแก้ไขปัญหากับอำนาจพิจารณาการทุจริตการลงคะแนนเสียงถอดถอนหลังประกาศผลควรเป็นอำนาจของศาลยุติธรรมแทน

สภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นแท้จริง ต้องระวางโทษจำคุก 1 ปี ถึง 10 ปี หรือปรับตั้งแต่ 20,000 บาท ถึง 200,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ”.

คณะกรรมการการเลือกตั้ง น่าจะมีความเหมาะสมและสอดคล้องกับสิทธิของบุคคล ในกระบวนการยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญมากกว่า

4. อุปสรรคในการถอดถอนสมาชิกสภาและผู้บริหารท้องถิ่น

4.1 การมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชน

รัฐธรรมนูญมุ่งเน้นให้ประชาชนในท้องถิ่นมีส่วนร่วมในการปกครองท้องถิ่น โดยให้อำนาจตรวจสอบการทำงานของสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่นตลอดวาระการดำรงตำแหน่งด้วยการลงคะแนนเสียงถอดถอนบุคคลดังกล่าว ซึ่งการตรวจสอบนั้นตั้งอยู่บนสมมติฐานว่าประชาชนมีความรู้ มีความเข้าใจ มีข้อมูลเพียงพอต่อการตัดสินใจด้วยเหตุผล และตระหนักถึงผลของการตัดสินใจ แต่ในความเป็นจริงประชาชนในท้องถิ่นส่วนใหญ่ยังไม่เข้าใจกับระบบการลงคะแนนเสียงถอดถอนดังกล่าว จึงอาจตกอยู่ภายใต้การชักนำของกลุ่มทุนชักนำให้ตัดสินใจตามการชักนำได้ง่าย ดังนั้น การตรวจสอบเพื่อถอดถอนจึงไม่ได้ประโยชน์อย่างแท้จริงกับประชาชน

4.2 ความซับซ้อนของกระบวนการถอดถอน

เนื้อหาของกฎหมายว่าด้วยการถอดถอนฯ ส่วนใหญ่เป็นการสร้างภาระให้กับประชาชนในท้องถิ่นต้องรวมตัวกันมากกว่าการเลือกตั้ง และสร้างกลไกที่ดูคล้ายกับคุ้มครองผู้ถูกร้องทำให้ถอดถอนสำเร็จยาก ซึ่งน่าจะขัดกับวัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญที่ต้องการให้การปกครองท้องถิ่นยุคปัจจุบันมีความเข้มแข็งในการบริหารสาธารณะอย่างมีประสิทธิภาพ เป็นประชาธิปไตยและมีอิสระ ซึ่งความซับซ้อนของกระบวนการที่ทำให้ถอดถอนยากเกี่ยวกับการกำหนดจำนวนประชาชนเป็นหลักในการถอดถอนตั้งแต่การเข้าชื่อ การลงคะแนนยกเว้นการคัดค้านที่ไม่กำหนดจำนวนประชาชน

ก. กรณีการเข้าชื่อ²³ ผู้มีสิทธิเลือกตั้งไม่เกิน 100,000 คน ต้องมีผู้เข้าชื่อจำนวน 1 ใน 5 ของจำนวนผู้มีสิทธิเลือกตั้งทั่ว อบต. ซึ่งการรวมตัว

²³ มาตรา 5 พระราชบัญญัติว่าด้วยการลงคะแนนเสียงเพื่อถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2542.

ของประชาชนในท้องถิ่นค่อนข้างยาก เนื่องจากประชาชนส่วนใหญ่มีเชื้ออยู่ในทะเบียนราษฎรแต่ตัวไปทำงานต่างจังหวัด หากจะมาใช้สิทธิก็ต้องมีค่าใช้จ่ายในการเดินทาง และการไม่ใช้สิทธิถอดถอนก็ไม่มีมาตรการบังคับหรือตักสิทธิต่างเช่นการเลือกตั้ง

ข. กรณีการพ้นจากตำแหน่ง กำหนดเงื่อนไขด้วยการนับคะแนน 2 ครั้ง (1) นับจากจำนวนผู้มีสิทธิลงคะแนนเสียงทั้งหมดของ อบต. ว่าเกินครึ่งหนึ่งหรือไม่ (2) นับจากบัตรที่ลงคะแนนในช่อง “เห็นด้วย” ต้องมีคะแนนเกิน 3 ใน 4 ของผู้มาใช้สิทธิทั้งหมด²⁴ วิธีการนับจากคนที่มาใช้สิทธิเกินครึ่งหนึ่งถือได้ว่าเป็นหลักประกันให้ผู้ถูกร้องได้ว่าไม่ถูกกลั่นแกล้งอีกทั้งยังแสดงความสัมพันธ์อันดีระหว่างนักการเมืองกับประชาชน แต่นับแล้วต้องเกิน 3 ใน 4 นั้น เป็นเทคนิคทางกฎหมายที่คุ้มครองนักการเมืองมากเกินไป เห็นว่าอาชีพนักการเมืองต้องพร้อมกับการถูกตรวจสอบจากประชาชนที่เลือกตนเข้ามาตลอดเวลาอยู่แล้ว และการถอดถอนที่จะเป็นประโยชน์กับการพัฒนาท้องถิ่น ควรเปลี่ยนตัวผู้บริหารได้ง่าย หากเปลี่ยนจากคะแนน 3 ใน 4 เป็นคะแนนเสียงข้างมากรอบเดียว น่าจะมีความเหมาะสมกับรูปแบบการถอดถอนของไทย

4.3 การปฏิบัติงานด้านกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้ง

คณะกรรมการการเลือกตั้งมีอำนาจหน้าที่ควบคุมและดำเนินการหรือจัดให้มีการเลือกตั้งหรือสนับสนุนการสรรหา สมาชิกวุฒิสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่น รวมถึงการออกเสียงประชามติให้เป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม²⁵ สำหรับการจัดลงคะแนนเสียงถอดถอนสมาชิก

²⁴ มาตรา 23 พระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน.

²⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2550 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2550 พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการออกเสียงประชามติ พ.ศ. 2552 พระราชบัญญัติว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นและผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545 พระราชบัญญัติว่าด้วยการลงคะแนนเสียง

สภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นเป็นหน้าที่ตามกฎหมายอื่นที่บัญญัติให้ คณะกรรมการการเลือกตั้งดำเนินการ²⁶ โดยมีสำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็น หน่วยงานธุรการของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ซึ่งภารกิจตามอำนาจหน้าที่ของ คณะกรรมการการเลือกตั้งส่วนมากใช้กฎหมายมหาชน ดังนั้น บุคลากรที่ได้รับการ แต่งตั้งเป็นผู้ปฏิบัติงาน เช่น คณะกรรมการการเลือกตั้งประจำจังหวัด คณะอนุกรรมการ พนักงานสืบสวนสอบสวน และนิติกร ควรมีความรู้พื้นฐานกฎหมาย กว้างพอสมควร ในเบื้องต้นต้องรู้เข้าใจหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครอง หลักนิติธรรม และโครงสร้างของการบริหารงานราชการแผ่นดินเป็นพื้นฐานที่ค่อนข้าง เข้มแข็งและมีความสันทัดชัดเจนในองค์ประกอบของกฎหมายแม่บทต่างๆ ที่อยู่ใน อำนาจหน้าที่ของ กกต. และสนง.กกต. เพื่อประกอบการพิจารณาข้อเท็จจริงใน การปฏิบัติงานให้ได้ว่าปฏิบัติตามกฎหมายระเบียบที่เกี่ยวข้องหรือไม่ เพื่อเสนอความเห็น ต่อที่ประชุมคณะกรรมการการเลือกตั้งได้ถูกต้องตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนด เนื่องจาก สนง.กกต. มีอายุเพียง 13 ปี บุคลากรที่บรรจุแต่งตั้งจึงมีหลากหลายอาชีพ และบุคลากรที่มีความเชี่ยวชาญที่จะนำตัวบทกฎหมายเกี่ยวกับเลือกตั้ง กฎหมาย การออกเสียงประชามติ และกฎหมายถอดถอนที่ไม่มีสอนในตำราออกมาเป็น ภาควิชาปฏิบัติได้ หรือจึงไม่ใช่เรื่องง่าย อีกทั้งวิทยากรหรือนักวิชาการที่รอบรู้งานที่ กกต. รับผิดชอบนั้นก็หายากมาก ที่สำคัญสำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้งละเลย การพัฒนาองค์กรและบุคลากร ทำให้โอกาสที่จะนำพาองค์กรไปสู่แนวหน้าจะเป็นไป อย่างลำบาก

สรุปและข้อเสนอแนะ การลงคะแนนเสียงถอดถอนเป็นวิธีการ ตรวจสอบควบคุมการทุจริตของนักการเมืองระดับท้องถิ่น โดยประชาชนเป็นผู้ใช้

เพื่อถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2542 และประกาศคณะปฏิรูป การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นพระประมุข ฉบับที่ 32 เรื่อง อำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นของ คณะกรรมการการเลือกตั้ง.

²⁶ มาตรา 8 พระราชบัญญัติว่าด้วยการลงคะแนนเสียงเพื่อถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือ ผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2542.

อำนาจตรวจสอบ ซึ่งการตรวจสอบเพื่อถอดถอนจะเป็นประโยชน์ต่อประชาชนในท้องถิ่นอย่างแท้จริงๆ กฎหมายที่ใช้ต้องมีประสิทธิภาพและรัฐต้องเร่งทำประชาสัมพันธ์เผยแพร่ให้ความรู้ความเข้าใจระบบการลงคะแนนเสียงถอดถอนกับประชาชนในท้องถิ่น โดยการเสริมสร้างความเข้าใจของประชาชนให้ถูกต้องระหว่างคำว่า “ตรวจสอบ” กับ “ถอดถอน” รวมถึงนักการเมืองท้องถิ่นให้มีทัศนคติที่เป็นบวกต่อคำว่าตรวจสอบและถอดถอนว่าเป็นกระบวนการตามแนวทางประชาธิปไตย เพื่อให้ผู้ตรวจสอบและผู้ถูกตรวจสอบนั้น มีความมั่นใจในความถูกต้องของกระบวนการตามกฎหมาย

บรรณานุกรม

หนังสือ

วนิดา แสงสารพันธ์. **หลักรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเข้าชื่อเสนอกฎหมาย โดยประชาชน**. กรุงเทพมหานคร:สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548.

บวรศักดิ์ อูรรณโณ. **ระบบการตรวจสอบทุจริตของผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูง (Impeachment)**. กรุงเทพมหานคร: โรงพิมพ์เคล็ดไทย, 2538.

กฎหมาย

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

พระราชบัญญัติว่าด้วยการลงคะแนนเสียงเพื่อถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2542.

พระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2545.

บทความ

ภูมิ มูลศิลป์. **งานวิจัยโครงการศึกษาแนวทางการสร้างสุขภาวะในกระบวนการนิติบัญญัติ**, [online] Available, URL:<http://ppvoice.thainhf.org/commit.him>, 2553 (ธันวาคม 17).

คำพิพากษา

คำสั่งศาลปกครองคดีหมายเลขดำที่ 33/2546 ศาลปกครองขอนแก่น เมื่อวันที่ 31 มกราคม 2546

คำสั่งศาลปกครองคดีหมายเลขดำที่ 426/2550 และคดีหมายเลขแดงที่ 13/25521 ศาลปกครองนครราชสีมา เมื่อวันที่ 24 มกราคม 2551.

รายงานวิจัย

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.โครงการพัฒนากฎหมาย.สถาบันพระปกเกล้า.
(2552).ปัญหากฎหมายในการถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือ
ผู้บริหารท้องถิ่น:ศึกษารณีย์พระราชบัญญัติว่าด้วยการลงคะแนนเสียง
เพื่อการถอดถอนสมาชิกสภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่น พ.ศ. 2542
ไม่สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2550.

เอกสารอื่นๆ

ข้อมูลการถอดถอนประเทศสหรัฐอเมริกา [online] Available, URL:<http://www.ncsl.org/default.commit.him>, 2554 (เมษายน 5).

ข้อมูลการถอดถอนประเทศฟิลิปปินส์ [online] Available, URL:<http://apecthai.org/apec/th/commit.him>, 2554 (เมษายน 5).

ข้อมูลการถอดถอนประเทศแคนาดา [online] Available, URL:<http://ElectionsBC> is the custodian of that right on behalf of BC voters. [Online].(ตุลาคม, 9, 2010).

ร่างกฎหมายผ่านความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1) เรื่องเสร็จที่ 831/2552

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1) เรื่องเสร็จที่ 369/2551.

เอกสารภาษาอังกฤษ

Handbook :Direct Democracy :the International IDEA.Press,2008.

Handbook :Direct Democracy :the International IDEA.Press,2010.

คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับการหยุดทำงานในวันศักดิ์สิทธิ์ (Sabbath day)*

วรรณภา สุพรรณธะริดา**

1. ความทั่วไป

เมื่อประมาณเดือนกันยายน พ.ศ. 2555 เกิดกระแสข่าวยุติในสามจังหวัดชายแดนภาคใต้ห้ามประชาชนทำงานหรือเปิดร้านขายของในวันศุกร์ ทำให้ประชาชนในพื้นที่ไม่กล้าประกอบอาชีพค้าขายเกรงว่าจะไม่ปลอดภัย จุฬาราชมนตรีได้มีหนังสือชี้แจงในเรื่องดังกล่าวว่า การทำงานในวันศุกร์ไม่ได้ขัดแย้งกับหลักศาสนาอิสลาม สิ่งที่อิสลามบัญญัติคือ บุคคลต้องไม่ให้ความสำคัญแก่การทำงานหารายได้มากกว่าการประกอบพิธีละหมาดมูอะฮ์ (ละหมาดวันศุกร์) ถวายเป็นออบาตะห์ต่ออัลลอฮ์ พระผู้เป็นเจ้า และได้ยกพระดำรัสแห่งอัลลอฮ์ ซูรอฮ์ (โองการ) อัลญุมอะฮ์ ที่ 9-10 ความว่า “ดูกรผู้มีศรัทธาทั้งหลาย เมื่อเสียงเรียกร้องสู่การละหมาด ดั่งขึ้นในวันศุกร์ พวกเจ้าก็จงรีบเร่งไปสู่การรำลึกถึงอัลลอฮ์เถิดและจงยุติการซื้อขายเสีย นั่นเป็นสิ่งที่ดีสำหรับพวกเจ้า หากพวกเจ้ารู้” ครั้นเมื่อการประกอบพิธีละหมาดเสร็จจัสันลง พวกเจ้าก็จงกระจ่ายไปในแผ่นดินเถิด จงแสวงหาคุณูปการแห่งอัลลอฮ์ (ทำงานหา

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net 21 ตุลาคม 2555 18:15 น.

** เจ้าหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญ 6 ว

รายได้) และจงรำลึกถึงพระองค์ให้มาก เพื่อพวกเขาจะได้พบกับความสำเร็จ¹ (การละหมาดถือเป็นการประกอบศาสนกิจที่สำคัญที่สุดสำหรับผู้นับถือศาสนาอิสลาม การละหมาดอาจทำคนเดียวหรือเป็นกลุ่มก็ได้ แต่การละหมาดร่วมกันหลายคนได้บุญมากกว่าละหมาดคนเดียวถึง 27 เท่า ในประเทศมุสลิมที่มีการบังคับใช้กฎหมายอิสลาม ผู้ที่ละหมาดมีโทษถึงประหารชีวิต²)

การไปละหมาดพร้อมกันที่มีสยิดของมุสลิมในวันศุกร์จึงมีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างจากข้อบัญญัติกรณีวันหยุดศักดิ์สิทธิ์ทางศาสนา (Sabbath day) ของศาสนาคริสต์ และศาสนายูดาห์ ที่มีข้อบัญญัติทางศาสนากำหนดให้วันศักดิ์สิทธิ์เป็นวันพักผ่อนมิให้ประกอบการทำงานใด เว้นแต่การทำงานที่จำเป็นหรืองานกุศลที่สามารถทำได้ ซึ่งในปัจจุบันพบว่า ประเทศที่มีกฎหมายบังคับให้ปิดกิจการในวันอาทิตย์ (Sunday Closing Law) นั้น เริ่มเพิ่มข้อยกเว้นให้ทำกิจกรรมและค้าขายสินค้าบางประเภทในวันอาทิตย์ได้มากขึ้นๆ เพื่อให้สอดคล้องกับสมัยนิยมและข้อเรียกร้องของผู้ที่ไม่นับถือศาสนาคริสต์ ผู้ที่มีวันศักดิ์สิทธิ์วันอื่นนอกเหนือจากวันอาทิตย์ หรือผู้ที่

¹ จุฬาราชมนตรียื่นอิสลามไม่ห้ามทำงานในวันศุกร์ - ข่าวไทยรัฐออนไลน์, <http://www.thairath.co.th/content/region/296020>.

ข้อมูลภาษาอังกฤษเพิ่มเติม จาก http://en.wikipedia.org/wiki/Ten_Commandments_27/7/2555

O you who believe, when the Congregational Prayer (Salat Al-Jumu'ah) is announced on Friday, you shall hasten to the commemoration of God, and drop all business. (Qur'an 62:9)

According to the teachings of Islam, the Sabbath was abrogated by the revelation for Muhammed. Furthermore, the Sabbath was only decreed for the Jews (Qur'an 16:124) God, however, ordered Muslims to make every effort to drop all business to attend the congregational (Friday) prayer. Believers are permitted to go about their affairs during the rest of the day.

² หนังสือเรียนอิสลามศึกษา ชั้นมัธยมศึกษาปีที่ 1 พ.ศ. 2553 หน้า 30 และระดับมัธยมศึกษาตอนปลาย, กฎหมายอิสลาม, พ.ศ. 2554 หน้า 20 หน้า 128 , ระบอบชีวิตในอิสลาม, พ.ศ. 2553 หน้า 128

ไม่ต้องการปิดกิจการในวันอาทิตย์เนื่องการกฎหมายปิดกิจการในวันอาทิตย์นั้น มีโทษทางอาญาด้วย สำหรับผู้ที่เห็นประโยชน์ในการกำหนดวันหยุดพักผ่อนที่พร้อมเพรียงกันในหนึ่งวันต่อสัปดาห์ (common period of rest/uniform closing day) มีประเด็นโต้แย้งว่า วันใดเป็นวันที่เหมาะสมที่ควรกำหนดให้เป็นวันหยุดพักผ่อนร่วมกัน จำเป็นต้องเป็นวันอาทิตย์หรือไม่ บางประเทศอาจใช้หลักหยุดงานทุกๆ 10 วัน หรือหยุดตามรอบของพระจันทร์ เช่น ข้างขึ้นหรือข้างแรม เป็นต้น

ในส่วนของวันหยุดประจำสัปดาห์ในสี่จังหวัดชายแดนภาคใต้ ปัตตานี, สตูล, ยะลา, และนราธิวาส พบว่า มีการเปลี่ยนแปลงหลายครั้ง อาทิ ในปี พ.ศ. 2491 ประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีกำหนดให้หยุดราชการประจำทุกๆ สัปดาห์เป็นวันพฤหัสบดีครึ่งวัน ตั้งแต่เวลา 12.00 นาฬิกา และวันศุกร์หยุดเต็มวัน³ และ พ.ศ. 2499 เปลี่ยนวันหยุดราชการทั่วประเทศเป็นวันพระและวันอาทิตย์ สำหรับสี่จังหวัดภาคใต้เปลี่ยนเป็นวันพระและวันศุกร์ และต่อมาเห็นว่า สำหรับสี่จังหวัดภาคใต้ยังไม่เหมาะสมจึงเปลี่ยนกลับมาใช้วันพฤหัสบดีและศุกร์เหมือนเดิม โดยปี พ.ศ. 2502 เปลี่ยนจากหยุดราชการในวันพฤหัสบดีครึ่งวันเป็นวันพฤหัสบดีเต็มวัน ต่อมาปี พ.ศ. 2506 คณะรัฐมนตรีจึงกำหนดให้วันหยุดราชการในสี่จังหวัดชายแดนภาคใต้เป็น “เสาร์และอาทิตย์” เต็มวันเหมือนกันทั่วประเทศ⁴ ในประเทศไทยไม่มีแนวปฏิบัติเรื่องการกำหนดวันหยุดพักผ่อนกันทั่วไป มีเพียงวันหยุดราชการที่มีที่มาจากวันหยุดทางศาสนา วันหยุดตามประเพณี วันสำคัญต่าง ๆ ที่กำหนดให้ลูกจ้างหยุดงานได้ แต่สำหรับผู้ค้าขายอิสระไม่มีลูกจ้างย่อมเปิดร้านค้าขายได้ตามความต้องการ

สำหรับกลุ่มศาสนายูดาห์และศาสนาคริสต์ที่มีข้อบัญญัติที่ 4 จากบทบัญญัติ 10 ประการ (Ten Commandments) (โรมันคาทอลิกและลูเธอรันเป็นข้อบัญญัติที่ 3) กำหนดเรื่องวันศักดิ์สิทธิ์ไว้ว่า⁵

³ ราชกิจจานุเบกษา ตอนที่ 24 เล่ม 65, 4 พฤษภาคม 2491

⁴ พุทธพล มงคลวรรณ, Patani Forum; สี่จังหวัดชายแดนภาคใต้เคยหยุดราชการในวันศุกร์, <http://prachatai.com/journal/2012/10/42995> 11/10/2555

⁵ Remember (zachor) the Sabbath day and keep it holy (the version in Deuteronomy reads shamor, “observe”) The seventh day of the week is

จงระลึกถึงวันสะบาโต ถือเป็นวันบริสุทธิ์ จงทำงานทั้งสิ้นของเจ้าภายใน 6 วัน แต่วันที่ 7 เป็นวันสะบาโตของพระเจ้าของเจ้า ในวันนั้นอย่ากระทำการงานใดๆ ไม่ว่าเจ้าเองหรือบุตรชาย บุตรหญิงของเจ้า ทาสหญิงและชายของเจ้า สัตว์เลี้ยงหรือผู้มาจากต่างถิ่น ที่เข้ามาอาศัยอยู่ในเมืองของเจ้า

ข้อบัญญัติดังกล่าวห้ามการทำงานอย่างเด็ดขาดในวันศักดิ์สิทธิ์ โดยต้องการคุ้มครองผู้ที่เป็นทาสหรือผู้อยู่ใต้การปกครองของคนอื่น ที่ไม่อาจมีปากเสียงได้ด้วยตนเอง ที่ต้องทำงานทุกวันให้ได้มีโอกาสพักผ่อน แต่ตามประวัติศาสตร์สมัยพระเยซูคริสต์นั้น พระเยซูออกเผยแผ่ศาสนาและรักษาคนเจ็บป่วยทุกวัน แม้วันสะบาโตหรือวันพระซึ่งเป็นวันหยุด และพระเยซูอนุญาตให้สาวกทำงานในวันพระได้ เพราะเห็นว่ามนุษย์เป็นผู้ตั้งวันพระ ไม่ใช่วันพระเป็นผู้ตั้งมนุษย์ เมื่อมนุษย์เป็นเจ้าของวันพระ ก็มีสิทธิ์ใช้ได้ตามใจชอบ⁶

termed Shabbat and is holy, just as God ceased creative activity during Creation. The aspect of zachor is performed by declaring the greatness of the day (Kiddush), by having three festive meals, and by engaging in Torah study and pleasurable activities. The aspect of shamor is performed by abstaining from productive activity (39 melachot).

http://en.wikipedia.org/wiki/Ten_Commandments 27/7/2555

⁶ พัน ดอกบัว, ศาสนาเปรียบเทียบ, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ : ศิลปบรรณาคาร, 2549), หน้า 56, หน้า 185

ทั้งนี้ ข้อความเกี่ยวกับวันศักดิ์สิทธิ์ ระบุไว้ในคัมภีร์ไบเบิล 2 ส่วน⁷ ดังนี้

Exodus 20:2-17	Deuteronomy 5:6-21
<p>Remember the sabbath day, and keep it holy.</p>	<p>Observe the sabbath day and keep it holy, as the Lord your God commanded you.</p>
<p>For six days you shall labour and do all your work.</p>	<p>For six days you shall labour and do all your work.</p>
<p>But the seventh day is a sabbath to the Lord your God; you shall not do any work-you, your son or your daughter, your male or female slave, your livestock, or the alien resident in your towns.</p>	<p>But the seventh day is a sabbath to the Lord your God; you shall not do any work-you, or your son or your daughter, or your male or female slave, or your ox or your donkey, or any of your livestock, or the resident alien in your towns, so that your male and female slave may rest as well as you.</p>
<p>For in six days the Lord made heaven and earth, the sea, and all that is in them, but rested the seventh day; therefore the Lord blessed the sabbath day and consecrated it.</p>	<p>Remember that you were a slave in the land of Egypt, and the Lord your God brought you out from there with a mighty hand and an outstretched arm; therefore the Lord your God commanded you to keep the sabbath day.</p>

⁷ http://en.wikipedia.org/wiki/Ten_Commandments_27/7/2554

ศาสนาอิสลามนั้นแม้เป็นศาสนาที่นับถือพระเจ้าองค์เดียวเช่นกัน แต่ไม่มีการกล่าวถึงบทบัญญัติ 10 ประการ โดยตรงเช่นในศาสนาคริสต์และศาสนายูดาห์ แต่มีข้อความที่คล้ายคลึงกันเกี่ยวกับวันศักดิ์สิทธิ์เพียงกล่าวว่า ให้ผู้มีศรัทธามาสวดมนต์ร่วมกันในวันศุกร์เท่านั้น เพื่อทำการรำลึกถึงพระเจ้า⁸ (โฆราน 62:9) ซึ่งตามคำสอนของอิสลามนั้น การหยุดทำงานในวันศักดิ์สิทธิ์ (Sabbath day) ถูกเพิกถอนไป ตามการเปิดเผยของพระเจ้าต่อศาสดา โดยให้ถือว่าการหยุดงานในวันดังกล่าวเป็นข้อบัญญัติของศาสนายูดาห์เท่านั้น (โฆราน 16:124)⁹

ทั้งนี้ ที่มาในเรื่องของวันศักดิ์สิทธิ์นั้น ในส่วนศาสนายูดาห์และศาสนาคริสต์ มาจากความเชื่อเรื่องพระเจ้าสร้างโลก โดยตามคัมภีร์ศาสนายูดาห์ บัญญัติว่า วันที่ 1 พระเจ้าทรงสร้างกลางวันและกลางคืน วันที่ 2 ทรงสร้างฟ้า วันที่ 3 ทรงสร้างแผ่นดิน วันที่ 4 ทรงสร้างดวงอาทิตย์ ดวงจันทร์และดวงดาวต่างๆ วันที่ 5 ทรงสร้างสัตว์ นก และปลานานาพันธุ์ วันที่ 6 ทรงสร้างมนุษย์ทั้งชายและหญิง วันที่ 7 ทรงหยุดสร้างและตั้งให้เป็นวันศักดิ์สิทธิ์และบริสุทธิ์ ในศาสนาคริสต์ก็เชื่อเช่นเดียวกับศาสนายูดาห์ เพราะศาสนาคริสต์ยอมรับคัมภีร์ในศาสนายูดาห์มาเป็นของตนด้วย จะต่างกันตรงการนับวันเริ่มต้นของสัปดาห์ ซึ่งวันศักดิ์สิทธิ์ในศาสนายูดาห์ถือวันเสาร์ โดยถือวันอาทิตย์เป็นวันแรกของสัปดาห์ แต่ในศาสนาคริสต์ถือวันอาทิตย์ ส่วนในศาสนาอิสลามมีกล่าวไว้ในคัมภีร์มีสกาตของนิกายสุนนีวว่า พระอัลเลาะห์ทรงสร้างแผ่นดินในวันเสาร์ ทรงสร้างภูเขาในวันอาทิตย์ ทรงสร้างต้นไม้ในวันจันทร์ ทรงสร้าง

⁸ “O you who believe, when the Congregational Prayer (Salat Al-Jumu’ah) is announced on Friday, you shall hasten to the commemoration of God, and drop all business.”

http://en.wikipedia.org/wiki/Ten_Commandments_27/7/2554

⁹ According to the teachings of Islam, the Sabbath was abrogated by the revelation for Muhammed. Furthermore, the Sabbath was only decreed for the Jews. God, however, ordered Muslims to make every effort to drop a;; business to attend the congregational (Friday) prayer. Believers are permitted to go about their affairs during the rest of the day.

http://en.wikipedia.org/wiki/Ten_Commandments_27/7/2554

สิ่งที่ไม่ดีในวันอังคาร ทรงสร้างสิ่งที่ดีในวันพุธ ทรงสร้างสัตว์ต่างๆ ในวันพฤหัสบดี และทรงสร้างมนุษย์ในวันศุกร์¹⁰ วันศุกร์จึงนิยมไปละมาดพร้อมกันในมัสยิดโดยมีวัตถุประสงค์หลักเพื่อการรำลึกถึงพระเจ้า โดยไม่มีถ้อยคำให้หยุดการทำงานในวันดังกล่าวในคัมภีร์แต่อย่างใด ซึ่งแตกต่างจากกรณีของศาสนายูดายและศาสนาคริสต์

แต่อย่างไรก็ตาม หลายประเทศที่นับถือศาสนาอิสลามได้กำหนดให้วันศุกร์เป็นวันหยุดราชการ เช่น อิหร่าน¹¹ อัฟกานิสถาน¹² รัฐธรรมนูญกำหนดให้วันศุกร์เป็นวันหยุดราชการ ทั้งสองประเทศกำหนดให้ประชากรทำงานหกวันต่อสัปดาห์ (แต่สถานที่ทำงานบางแห่งอาจหยุดวันพฤหัสบดีครึ่งวันหรือเต็มวัน เช่น ส่วนราชการหรือโรงเรียน) ประเทศมุสลิมบางประเทศนิยมกำหนดให้วันพฤหัสบดีหรือวันศุกร์เป็นวันหยุดราชการประจำสัปดาห์ เช่น ซาอุดีอาระเบีย โอมาน อัฟกานิสถาน เยเมน (วันพฤหัสบดีและวันจันทร์ ถือเป็นวันถือศีลอดประจำสัปดาห์ของผู้ที่นับถือศาสนาอิสลาม) แต่ประเทศมุสลิมส่วนใหญ่มักกำหนดให้วันศุกร์และวันเสาร์เป็นวันหยุดราชการ เช่น แอลจีเรีย บาเรน บังกลาเทศ อียิปต์ อิรัก คูเวต ลิเบีย จอร์แดน กาตาร์ มาเลเซีย (เฉพาะรัฐกลันตัน ตรังกานู เคดาร์) มอริเตเนีย ซูดาน ซีเรีย สหรัฐอาหรับเอมิเรตส์ เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อปรับเปลี่ยนให้สอดคล้องกับวันทำงานของตลาดการเงินระหว่างประเทศมากที่สุด และประเทศมุสลิมบางประเทศกำหนดให้วันเสาร์และวันอาทิตย์เป็นวันหยุดงานตามแบบอย่างของนานาประเทศ เช่น อินโดนีเซีย เลบานอน มาเลเซีย (บางรัฐ) โมร็อกโก ปากีสถาน ตูนิเซีย ตุรกี เป็นต้น¹³

ปัจจุบัน วันทำงานและวันหยุดงานมิใช่เป็นปัญหาเพื่อการปฏิบัติศาสนาเท่านั้น แต่ทางการแพทย์ค้นพบว่า การทำงานโดยไม่มีวันพักผ่อนทำให้ประสิทธิภาพการทำงานและสุขภาพของผู้ทำงานตกต่ำลง และยังมีปัญหาอื่นประกอบด้วย เช่น ปัญหาการมีงานทำสำหรับประชากรทุกคน ปัญหาทางเศรษฐกิจของบุคคลและ

¹⁰ ฟีน ดอกบัว, ศาสนาเปรียบเทียบ, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ : ศิลปบรรณาการ, พ.ศ. 2549), หน้า 72

¹¹ รัฐธรรมนูญ ฉบับ 1979 มาตรา 17

¹² รัฐธรรมนูญ ฉบับ 2004 มาตรา 18

¹³ http://en.wikipedia.org/wiki/Workweek_and_weekend 8/10/2555

คริวเรื่อน หรือปัญหาสิ่งแวดล้อม ผู้ใช้แรงงานพยายามที่จะขอลดชั่วโมงการทำงานลงเรื่อยๆ ให้เหลือตั้งแต่ 48 ชั่วโมงถึง 37 ชั่วโมง โดยทำงานวันหนึ่งมีให้เกินแปดชั่วโมง (โดยไม่นับรวมเวลาพักระหว่างวัน) บางประเทศพยายามขอลดลงให้เหลือ 21 ชั่วโมงเพื่อลดปัญหาสิ่งแวดล้อมที่เกิดจากการใช้พลังงานในการเดินทางไปทำงานหรือติดต่องาน โดยอาจเพิ่มจำนวนชั่วโมงทำงานในแต่ละวันเพิ่มขึ้น ทั้งนี้ เชื่อว่าวันหยุดจะช่วยกระตุ้นเศรษฐกิจให้มีการจับจ่ายใช้สอย หรือเพื่อให้ผู้คนได้พักผ่อนอยู่รวมกันเป็นครอบครัวได้มากขึ้น และการมีเวลารว่างจากการงาน ลดปัญหาการสังสรรค์ ความเครียดของร่างกายและจิตใจจากภาระงาน แต่ปัญหาความกังวลที่ตามมา คือการทำงานที่น้อยลงของประชากรอาจทำให้การพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศช้าลง และประชาชนอาจหารายได้จากการทำงานไม่พอกับรายจ่าย ในประเทศสหรัฐอเมริกา แต่เดิมนวันหยุดประจำสัปดาห์ของประเทศที่นับถือศาสนาคริสต์นิกายมีกำหนดวันอาทิตย์วันเดียว แต่ต่อมาได้กำหนดให้วันเสาร์เป็นวันหยุดอีกหนึ่งวัน โดยไม่มีการตัดเงินเดือนเกิดขึ้นในช่วงภาวะเศรษฐกิจไม่ดีเพื่อลดปัญหาการต้องเลิกจ้างพนักงานลง ในปี ค.ศ. 1938 ประธานาธิบดี Franklin Roosevelt ได้ผ่านกฎหมาย Fair Labor Standards Act กำหนดให้ทำงาน 5 วัน และ 40 ชั่วโมง ต่อสัปดาห์ สำหรับผู้ใช้แรงงานในหลายประเภท¹⁴ และจำนวนวันทำงานในบางยุคสมัยได้กลับมาเป็นหกวันสัปดาห์บ้างก็มีสลับกันไปตามสภาพปัญหาสังคมและเศรษฐกิจของประเทศ

สำหรับประเทศไทย พระราชบัญญัติคุ้มครองแรงงาน พ.ศ. 2541 กำหนดหลักเกณฑ์คุ้มครองการใช้แรงงานไว้ เช่น มาตรา 23¹⁵ ให้ลูกจ้างทำงานไม่เกิน 8

¹⁴ http://en.wikipedia.org/wiki/Workweek_and_weekend 8/10/2555

¹⁵ มาตรา 23 ให้นายจ้างประกาศเวลาทำงานปกติให้ลูกจ้างทราบ โดยกำหนดเวลาเริ่มต้นและเวลาสิ้นสุดของการทำงานแต่ละวันของลูกจ้างได้ไม่เกินเวลาทำงานของแต่ละประเภทงานตามที่กำหนดในกฎกระทรวง แต่วันหนึ่งต้องไม่เกินแปดชั่วโมงและเมื่อรวมเวลาทำงานทั้งสิ้นแล้วสัปดาห์หนึ่งต้องไม่เกินสี่สิบแปดชั่วโมง เว้นแต่งานที่อาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพและความปลอดภัยของลูกจ้างตามที่กำหนดในกฎกระทรวง จะมีเวลาทำงานปกติวันหนึ่งต้องไม่เกินเจ็ดชั่วโมง แต่เมื่อรวมเวลาทำงานทั้งสิ้นแล้วสัปดาห์หนึ่งไม่เกินสี่สิบสองชั่วโมง ในกรณีที่นายจ้างไม่อาจประกาศกำหนดเวลาเริ่มต้นและเวลาสิ้นสุดของการทำงานแต่ละวันได้

ชั่วโมงต่อวัน และไม่เกิน 48 ชั่วโมงต่อสัปดาห์ เว้นแต่งานอันตรายบางประเภทจะ
ให้ทำงานน้อยกว่านั้นก็ได้ (นายจ้างไม่ปฏิบัติตามมีโทษปรับไม่เกิน 5,000 บาท
ตามมาตรา 145) มาตรา 25¹⁶ ห้ามลูกจ้างทำงานในวันหยุด เว้นแต่ ลักษณะงาน
สภาพของงาน งานฉุกเฉิน หรืองานกิจการโรงแรม สถานมหรสพ งานขนส่ง ฯลฯ
(บทลงโทษการกระทำความผิดมาตรานี้ มีโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกิน
หนึ่งแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ตามมาตรา 144) มาตรา 28¹⁷ กำหนดให้นายจ้าง
และลูกจ้างสามารถตกลงกันเพื่อกำหนดวันหยุดประจำสัปดาห์อย่างน้อย 1 วัน
และมาตรา 29¹⁸ กำหนดให้นายจ้างกำหนดวันหยุดตามประเพณีประจำปี
โดยคำนึงถึงวันหยุดทางศาสนาด้วย ซึ่งวันหยุดทางศาสนาหลายวันเกี่ยวข้องกับ
ศาสนาพุทธ เช่น วันมาฆบูชา วันวิสาขบูชา วันอาสาฬหบูชา เป็นต้น สำหรับ
วันหยุดราชการตามประเพณีในจังหวัดนราธิวาส ปัตตานี ยะลา และสตูล

เนื่องจากลักษณะหรือสภาพของงาน ให้นายจ้างและลูกจ้างตกลงกันกำหนดชั่วโมง
ทำงานแต่ละวันไม่เกินแปดชั่วโมง และเมื่อรวมเวลาทำงานทั้งสิ้นแล้วสัปดาห์หนึ่งต้องไม่เกิน
สี่สิบแปดชั่วโมง

16 มาตรา 25 ห้ามมิให้นายจ้างให้ลูกจ้างทำงานในวันหยุด เว้นแต่ในกรณีที่ลักษณะหรือสภาพ
ของงานต้องทำติดต่อกันไป ถ้าหยุดจะเสียหายแก่งาน หรือเป็นงานฉุกเฉิน นายจ้างอาจให้
ลูกจ้างทำงานในวันหยุดได้เท่าที่จำเป็นนายจ้างอาจให้ลูกจ้างทำงานในวันหยุดได้สำหรับ
กิจการโรงแรม สถานมหรสพ งานขนส่ง ร้านขายอาหาร ร้านขายเครื่องดื่ม สโมสร สมาคม
สถานพยาบาล หรือกิจการอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

เพื่อประโยชน์แก่การผลิต การจำหน่าย และการบริการ นายจ้างอาจให้ลูกจ้างทำงาน
นอกจากที่กำหนดตามวรรคหนึ่งและวรรคสองในวันหยุดเท่าที่จำเป็นโดยได้รับความยินยอม
จากลูกจ้างก่อนเป็นคราวๆ ไป

17 มาตรา 28 ให้นายจ้างจัดให้ลูกจ้างมีวันหยุดประจำสัปดาห์ สัปดาห์หนึ่งไม่น้อยกว่าหนึ่งวัน
โดยวันหยุดประจำสัปดาห์ต้องมีระยะห่างกันไม่เกินหกวัน นายจ้างและลูกจ้างอาจตกลงกัน
ล่วงหน้ากำหนดให้มีวันหยุดประจำสัปดาห์วันใดก็ได้ ...

18 มาตรา 29 ให้นายจ้างประกาศกำหนดวันหยุดตามประเพณีให้ลูกจ้างทราบเป็นการล่วงหน้า
ปีหนึ่งไม่น้อยกว่าสิบสามวันโดยรวมวันแรงงานแห่งชาติตามที่รัฐมนตรีประกาศกำหนด
ให้นายจ้างพิจารณากำหนดวันหยุดตามประเพณีจากวันหยุดราชการประจำปี วันหยุดทาง
ศาสนาหรือขนบธรรมเนียมประเพณีแห่งท้องถิ่น ...

คณะรัฐมนตรีประกาศกำหนดให้วันตรุษขิดิลพิตรี (วันรายอปอซอ) วันอีดีลลัฎฮา (วันรายอฮัจยี) วันคริสตมาส และวันตรุษจีน เป็นวันหยุดราชการประจำปี เพิ่มเติม โดยมีจุดประสงค์เพื่อรักษาขนบธรรมเนียมประเพณี วัฒนธรรมท้องถิ่น และราชการ ได้ประกอบพิธีกรรมทางศาสนาตามสมควร

ดังนั้น เรื่องวันทำงาน วันหยุดงาน และจำนวนชั่วโมงในการทำงานนั้น ดูเหมือนจะเป็นปัญหาที่ถูกปรับเปลี่ยนตกลงกันได้ในแต่ละประเทศหรือชุมชน ตามเหตุผล ความจำเป็นระหว่างรัฐ นายจ้างและลูกจ้าง โดยค่านึงบริบทหลายด้านประกอบ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องความสุขความพอใจของประชากร สุขภาพ ความสงบของบ้านเมืองที่ ปลอดภัยจากการทำงาน โดยการจัดให้บ้านเมืองมีบรรยากาศที่มีความสงบไร้เสียงรบกวน จากผู้คนและรถราทำให้ปลอดโปร่งอย่างสิ้นเชิง การได้อยู่ร่วมกันของครอบครัว หรือความสามารถในการไปประกอบภารกิจทางศาสนา โดยปราศจากภาระ การทำงานหรือกิจกรรมที่มีผลกระทบต่อการปฏิบัติศาสนา เช่น หากต้องทำการค้า อาจทำให้มีโอกาสที่ต้องพูดเท็จหรือพะวงวุ่นวายในการค้าขาย การจำหน่ายสุรา หรือการดื่มสุราเป็นสิ่งต้องห้ามทางศาสนา การเมาสุราอาจก่อความวุ่นวายและ อาชญากรรมได้ในวินาศคีลี¹⁹ หรือกรณีการห้ามค้าขายที่ต้องเกี่ยวข้องกับการฆ่าสัตว์ ที่เป็นส่วนหนึ่งของการประกอบอาชีพในวันดังกล่าวเนื่องจากเป็นข้อห้ามทางศาสนา เป็นต้น การสันทนากการ ความจำเป็นต้องทำกิจกรรมการค้าหรืออื่นใดที่ติดต่อกัน สัมพันธ์กับบุคคลและสังคมอื่น ซึ่งในแต่ละชุมชนอาจมีวันหยุดที่ไม่ตรงกันได้ เพราะสังคมมีความหลากหลายมีเหตุผลความจำเป็นที่แตกต่างกันออกไป

สำหรับปัญหาการกำหนดวันหยุดประจำสัปดาห์ที่เหมาะสม คือ หากกรณี เปลี่ยนแปลงวันหยุดประจำสัปดาห์แล้วไม่หยุดต่อเนื่องกัน หรือวันหยุดประจำ

¹⁹ ประเทศไทยมีพระราชบัญญัติควบคุมเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ พ.ศ. 2551 กำหนดห้ามขาย เครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในบางสถานที่หรือบริเวณ เช่น วัดหรือสถานที่สำหรับปฏิบัติพิธีกรรม ทางศาสนา ฯลฯ (มาตรา 27) ห้ามขายเครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในวัน หรือเวลาที่รัฐมนตรี ประกาศกำหนดโดยคำแนะนำของคณะกรรมการ ซึ่งประกาศดังกล่าวจะกำหนดเงื่อนไขหรือ ข้อยกเว้นใด ๆ เท่าที่จำเป็นไว้ด้วยก็ได้ (มาตรา 28) หรืออาจกำหนดมิให้บริโภค เครื่องดื่มแอลกอฮอล์ในสถานที่หรือบริเวณวัดหรือสถานที่สำหรับปฏิบัติพิธีกรรมทางศาสนา เว้นแต่เป็นส่วนหนึ่งของพิธีกรรมทางศาสนา ฯลฯ (มาตรา 31)

สัปดาห์ลดลง ผู้คนอาจไม่พอใจเพราะทำให้เวลาพักผ่อนน้อยลงหรือมีปัญหาการเดินทางท่องเที่ยวไปไกลไม่ได้ หรือการที่วันหยุดไม่ตรงกันกับภาคส่วนอื่น ทำให้เกิดปัญหาการติดต่อประสานงาน อันเป็นอุปสรรคสำคัญในการทำงาน แต่ในสถานที่ที่มีเทคโนโลยีช่วยอาจบรรเทาปัญหาการติดต่อประสานงานไปได้บ้าง สำหรับผู้ค้าขายอิสระบางรายอาจมีความจำเป็นต้องหารายได้ทุกวันเพื่อเลี้ยงชีพตนเองและครอบครัว ทำให้โดยสภาพไม่ต้องการหยุดค้าขาย หรือกรณีการกำหนดวันหยุดที่ไม่ตรงกันในแต่ละครั้ง ก็อาจเป็นปัญหาในการทรววันหยุดที่แน่ชัด เป็นอุปสรรคต่อการวางแผนทำกิจกรรม และในบางผู้ค้าขายอาจประสบปัญหาการแข่งขันแย่งลูกค้ากันมากขึ้นระหว่างคนที่ปิดกิจการกับคนที่ไม่ปิดกิจการเลย การให้คนหยุดทำงานพร้อมกันหมดได้ย่อมมีประโยชน์ต่อบุคคลและสังคมเช่นกันเพื่อป้องกันมิให้ทำงานมากเกินไปจนเป็นปัญหาต่อสุขภาพได้ และเมื่อหยุดพร้อมกันทำให้มีโอกาสทำกิจกรรมร่วมกันระหว่างเพื่อนและครอบครัว แต่หากหยุดงานพร้อมกันหมดกิจกรรมที่ทำได้ก็จะมีไม่มากเพราะทุกอย่างก็ปิดกิจการพร้อมกันหมดด้วยแล้ว แต่สภาพปัญหาที่น่ากังวล คือ การแข่งขันกันทางศาสนาเพื่อต้องการกำหนดวันสำคัญทางศาสนาของตนมาเป็นวันหยุดอาจเกิดปัญหาความวุ่นวายตามมา และปัญหาจากความกลัวซึ่งเป็นอุปสรรคที่สำคัญอย่างยิ่งสำหรับมนุษย์ในการแสวงหาเสรีภาพไม่ให้ถูกกดขี่จากบุคคลใดๆ การถูกบังคับให้ต้องหยุดงานหรือไม่หยุดงาน หรือทำสิ่งที่ไม่เต็มใจโดยไม่อาจโต้แย้งได้นั้น เป็นปัญหาที่สำคัญอย่างยิ่งเพราะการถูกบังคับให้ทำสิ่งใดด้วยความกลัวในเรื่องหนึ่งแล้ว ก็คงต้องมีการบังคับในเรื่องอื่นๆ ตามมาได้อีก

สำหรับการกำหนดให้วันศักดิ์สิทธิ์ทางศาสนาคริสต์และศาสนายูดาห์หรือที่เรียกว่า Sabbath Day เป็นวันหยุดทำการงานทั้งปวงนั้น ในอดีตบางรัฐคริสเตียนได้เคยกำหนดให้ “วันอาทิตย์” เป็นวันหยุด ที่เรียกชื่อว่า Sunday Closing Law หรือ Blue Law โดยห้ามการทำงานทั้งปวงในวันดังกล่าว เว้นแต่กรณีจำเป็นและการกุศลเท่านั้น โดยมีการกำหนดให้ทำการงานในวันดังกล่าวถึงขั้นเป็นโมฆะ เช่นการทำสัญญาทางการค้าต่าง ๆ และถึงขนาดกำหนดให้เป็นโทษหากบุคคลทำการงานในวันอาทิตย์ เมื่อวันเวลาผ่านไปก็ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับวันหยุดทำงานในวันอาทิตย์แตกต่างไปจากในอดีต เช่น เริ่มมีการกำหนดอนุญาต

เฉพาะกิจกรรมและการค้าบางประเภทเท่านั้น ที่สามารถกระทำได้ในบางช่วงเวลาของวันอาทิตย์หรือในบางพื้นที่เท่านั้น เช่น อนุญาตให้มีการส่งนม ขนมันปิ้งและหนังสือพิมพ์ก่อนเวลา 9.00 นาฬิกา หรือเล่นกีฬาต่างๆ หรือค้าขายเล็กน้อยได้ วัตถุประสงค์หลักของการหยุดงานในวันอาทิตย์ คือ ให้ประชาชนทุกคนได้หยุดทำงานพร้อมกันเพื่อเป็นวันพักผ่อน (rest day) ที่แท้จริง โดยไม่มีข้ออ้างใดๆ ไม่ใช่เพียงเรื่องการไปโบสถ์เพื่อนมัสการพระเจ้าเป็นเจ้าเท่านั้น ในอดีตประเทศอังกฤษ สมัยพระนางเจ้าอลิซาเบทที่ 1 ผู้อยู่ใต้ปกครองถูกกำหนดให้ไปโบสถ์และถูกปรับถ้าไม่ปฏิบัติตาม โดยกฎหมายคงสภาพบังคับจนถึงปี ค.ศ. 1846

ในประเทศสหรัฐอเมริกา ภายหลังได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1 ได้บัญญัติห้ามการสถาปนาศาสนา (Establishment Clause) และคุ้มครองเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนา (Free Exercise Clause)²⁰ ไว้ การบังคับให้บุคคลไปโบสถ์หรือจ่ายเงินภาษีเพื่ออุดหนุนโบสถ์ได้ถูกยกเลิกไปพร้อมๆ กับการเริ่มทยอยยกเลิกศาสนาประจำมลรัฐไปในที่สุด มีการนำบทบัญญัติกฎหมายและการกระทำของมลรัฐต่างๆ มากมายมาสู่การพิจารณาคดีของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาเพื่อพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐ และเช่นเดียวกันกับที่มีการส่งประเด็นกฎหมายที่ห้ามโดยเด็ดขาดไม่ให้มีการทำงานหรือเปิดกิจการในวันอาทิตย์ (Sunday Closing Laws) หรือการห้ามกิจกรรมบางประเภทสามารถดำเนินการได้นั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาหรือไม่ ประเทศสหรัฐอเมริกามีระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐโดยผู้พิพากษาทุกระดับชั้นศาลทั้งระดับมลรัฐและระดับสหรัฐสามารถพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐได้ และศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาเป็นศาลสุดท้ายที่จะพิจารณาประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐ คำพิพากษาของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐมีความน่าสนใจเป็นอย่างยิ่งได้สะท้อนให้เห็นถึงพัฒนาการหลักเกณฑ์เกี่ยวกับวันหยุดทางศาสนาที่เป็นวันศักดิ์สิทธิ์ที่สำคัญ

²⁰ Congress shall make no law respecting an establishment of religion, Or prohibiting the free exercise thereof, ...

2. คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวข้องกับวันศักดิ์สิทธิ์ (Sabbath Day)

ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้มีโอกาสดำเนินการวินิจฉัยในคดีหลายคดีที่เกี่ยวข้องกับ “วันหยุดทำการงานในวันอาทิตย์” (Sabbath Day/Sunday Closing Laws) ว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 ในส่วนของหลักการสถาปนาศาสนา (Establishment Clause) และเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนา (Free Exercise) หรือไม่ มีหลายคดีที่น่าสนใจ ดังนี้

1. ค.ศ. 1860 คดี Philadelphia, Wil. & Balt. RR v. Phila. Havre de Grace Steam Towboat Company²¹

ประเด็นที่ศาลพิจารณา คือ ผู้เกี่ยวข้องสามารถปฏิเสธความรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการทำงานในวันอาทิตย์ที่เป็นวันหยุดศักดิ์สิทธิ์ได้หรือไม่

ศาลวินิจฉัยว่า โดยที่กฎหมายรัฐแมริแลนด์²² บัญญัติห้ามบุคคลทำการงานในวันพระเจ้า (The Lord’s day) เว้นแต่ “เป็นการทำงานที่จำเป็นและการกุศล” ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวไม่ขัดแย้งต่อกฎหมายของสหรัฐที่เกี่ยวกับการค้า ศาลสหรัฐจึงนำกฎหมายรัฐมาบังคับใช้ในคดีนี้ และเห็นว่า การเดินเรือที่เกี่ยวกับทางการค้า และขนส่งสินค้าในคดีนี้ อยู่ภายใต้กรอบความหมายของคำว่า “งานที่จำเป็น” ตามที่กฎหมายบัญญัติเป็นข้อยกเว้นไว้

2. ค.ศ. 1860 คดี Charles Richardson v. David Goodard²³

ประเด็นที่ศาลพิจารณา คือ ผู้เกี่ยวข้องสามารถปฏิเสธความรับผิดชอบ

²¹ 64 U.S. 209 (1860).

²² No person whatever shall work or do any bodily labor, or willingly suffer any of his servants to do any manner of work or labor, on the Lord’s day, works of necessity and charity excepted; and a penalty is prescribed for the breach of the law.

²³ 64 U.S. 28 (1860).

ในสินค้าที่เสียหาย เนื่องจากไม่มีผู้ดูแลสินค้าเนื่องจากวันดังกล่าวถูกกำหนดให้เป็นวันอดอาหาร (fasting) และสวดมนต์ (prayer) นั้นทำได้หรือไม่ ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาวินิจฉัยว่า ไม่มีกฎหมายของมลรัฐแมสซาชูเซตส์ที่ห้ามประชาชนในการทำงานหรือกระทำการกิจกรรมทางโลกในวันใดๆ ของสัปดาห์ เว้นแต่วันของพระเจ้า (The Lord's day) ซึ่งปกติคือวันอาทิตย์ โดยไม่เคยมีการกำหนดวันหยุดอื่นอีก จึงไม่สามารถยกมากล่าวอ้างปฏิเสธความรับผิดชอบได้ และศาลได้ทบทวนความเป็นมาในเรื่องการกำหนดวันหยุดทางศาสนาไว้ว่า ในช่วงศตวรรษที่ 13 โบสถ์ที่เกี่ยวข้องได้มีการกำหนดวันหยุดทางศาสนาอื่นๆ อีก นอกเหนือจากวันพระเจ้า เช่น วันรำลึกและฉลองนักบุญต่างๆ ซึ่งมีความมุ่งหมายเพื่อบรรเทาความยากลำบากของทาสและแรงงานที่ยากจนที่ถูกบังคับให้ทำงานบนที่ดินของเจ้าของที่ดินต่างๆ โดยไม่มีวันหยุด แต่ต่อมาเมื่อวันหยุดดังกล่าวเพิ่มมากขึ้นเรื่อยๆ เจ้าของที่ดินเริ่มมีการโต้แย้งคัดค้านวันหยุดทางศาสนาเหล่านั้น จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1695 กษัตริย์ของฝรั่งเศสได้ห้ามการสถาปนารวันหยุดศักดิ์สิทธิ์ทางศาสนา (Holidays) เพิ่มมากขึ้นอีก เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากราชสำนัก และได้มีการยกเลิกวันหยุดทางศาสนาหลายวันไปพร้อมกันด้วย และในกรณีวันหยุดทางศาสนาในวันอาทิตย์เอง แม้จะกำหนดห้ามบุคคลทำงานในวันดังกล่าว แต่ก็มีข้อยกเว้นสำหรับบุคคลและการค้าหลายประการ เช่น การขายสินค้าบางประเภท การไปรษณีย์ การขนส่งสาธารณะ ผู้เดินทาง ผู้รับขนสินค้าทางพื้นดินและทางน้ำ การขึ้นลงสินค้าทางเรือ เป็นต้น และในกรณีของประเทศอังกฤษและประเทศโปแลนด์นหลายประเทศ แม้จะมีกฎหมายกำหนดวันศักดิ์สิทธิ์ของพระเจ้าไว้ แต่วันอดอาหารและพิธีกรรมอื่นๆ ที่โบสถ์กำหนดขึ้น ก็ไม่เคยได้รับการปฏิบัติเสมอเป็นวันหยุดศักดิ์สิทธิ์ที่บังคับ (compulsory holidays) ซึ่งแต่เดิมศาลก็เคยเปิดทำการในวันอาทิตย์ และการทำสัญญาต่างๆ ในวันดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นโมฆะ จนกระทั่งมีการตรากฎหมาย²⁴ กำหนดห้ามการทำงานในวันพระเจ้าโดยพระเจ้าชาร์ลที่ 2 ทั้งนี้ ข้อห้ามดังกล่าวไม่ได้ถูกบังคับใช้กับวันหยุดทางศาสนาอื่นแต่ประการใด โดยศาลได้เทียบเคียงคดี

²⁴ No person whatever is allowed to do or exercise any worldly labor or work of their callings on the Lord's day.

Figgins v. Willie ที่ศาลคัดค้านการอ้างสิทธิวันหยุดศักดิ์สิทธิ์นอกเหนือจากวันพระเจ้า ดังนั้น ในคดีนี้ที่อ้างว่า วันพฤหัสบดีเป็นวันศักดิ์สิทธิ์ที่กำหนดให้อุดอาหาร และสวดมนต์นั้นเป็นเพียงคำประกาศของผู้ว่าการมลรัฐเท่านั้น ถือเป็นเพียงข้อแนะนำให้ปฏิบัติ แต่ไม่มีกฎหมายกำหนดให้วันดังกล่าวเป็นวันหยุดแต่ประการใด หน้าที่ในการอดอาหารและสวดมนต์จึงเป็นไปโดยความสมัครใจ (voluntary) ไม่ใช่การบังคับ (compulsory) วันหยุดทางศาสนาเป็นสิทธิพิเศษไม่ใช่หน้าที่ และไม่เคยมีจารีตประเพณีในบอสตันที่จะหยุดการทำงานดังกล่าวในท่าเรือของเมือง จึงไม่สามารถยกเรื่องวันหยุดทางศาสนาดังกล่าวมาเป็นเหตุปฏิเสธไม่รับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นเนื่องจากการไม่ทำการงานในวันดังกล่าวได้

3. ค.ศ. 1885 คดี Soon Hing v. Crowley²⁵

ประเด็นหนึ่งที่ศาลพิจารณาคือ กฎหมายท้องถิ่นที่กำหนดให้วันอาทิตย์เป็นวันห้ามทำการงานนั้นเป็นการส่งเสริมศาสนาหรือไม่

สืบเนื่องจากกฎหมายท้องถิ่นของซานฟรานซิสโก²⁶ ได้กำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการประกอบธุรกิจซักผ้าในเขตพื้นที่ดังกล่าว โดยกำหนดห้ามการทำธุรกิจซักผ้าในบางพื้นที่ของเมือง เนื่องจากปัญหาสุขอนามัย สาธารณะ ความปลอดภัย และการลดทอนมูลค่าของสิ่งหามทรัพย์ที่ตั้งอยู่โดยรอบธุรกิจดังกล่าว โดยจำกัดเวลาในการประกอบการแต่ละวัน โดยห้ามการเปิดร้านหลังเวลา 10.00 นาฬิกา

²⁵ 113 U.S. 703 (1885).

²⁶ No person owning or employed in a public laundry or a public wash house within the prescribed limits shall wash or iron clothes between the hours of ten in the evening and six in the morning, or upon any portion of Sunday,

Carrying on the business outside of the hours prescribed or permitting persons with contagious diseases on the premises is punishable by a fine of not less than \$ 5 or more than \$50 or by imprisonment of not more than one month or by both such fine and imprisonment.

และก่อนเวลา 6.00 นาฬิกาในวันถัดไป เนื่องจากเพื่อป้องกันปัญหาไฟไหม้ เพราะเป็นช่วงเวลาที่มัลมแรงและเจ้าหน้าที่รักษาความปลอดภัยไม่ได้ทำงาน ในช่วงเวลาดังกล่าว ทำให้ไม่มีบุคลากรจะมาตรวจสอบดูแลอย่างทั่วถึงได้ในช่วงเวลาดังกล่าว และบัญญัติให้สามารถดำเนินกิจการเฉพาะบางช่วงเวลาในวันอาทิตย์ ซึ่งการฝ่าฝืนข้อห้ามดังกล่าวมีโทษปรับไม่น้อยกว่า 5 ดอลลาร์หรือไม่เกิน 50 ดอลลาร์ หรือโทษจำคุกไม่เกิน 1 เดือน หรือทั้งจำและปรับ ซึ่งผู้ถูกจับในข้อหาดังกล่าวโต้แย้งว่า ข้อบังคับของท้องถิ่นดังกล่าวเป็นการเลือกปฏิบัติต่อคนจีน ซึ่งเป็นที่รังเกียจของชุมชนดังกล่าว และเห็นว่า ข้อห้ามมิให้ประกอบกิจการในวันอาทิตย์นั้น เป็นการละเมิดสิทธิในการทำงานของบุคคล

ศาลเห็นว่า ท้องถิ่นมีอำนาจตามรัฐธรรมนูญของมลรัฐแคลิฟอร์เนีย²⁷ ที่จะออกข้อบังคับที่เกี่ยวข้องดังกล่าวได้ และไม่พบหลักเกณฑ์ที่เป็นการเลือกปฏิบัติ แต่ประการใด การที่กฎหมายกำหนดให้วันอาทิตย์เป็นวันหยุดพักการงานนั้น ไม่ได้มาจากวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมการปฏิบัติศาสนา แต่มาจากสิทธิในการคุ้มครองบุคคลจากปัญหาการเสื่อมทรามทางสุขภาพและศีลธรรมที่มาจากการทำงานโดยไม่มีวันหยุดพักผ่อน ซึ่งกฎหมายดังกล่าวเป็นประโยชน์โดยเฉพาะสำหรับผู้ยากจน ลูกจ้าง ผู้ใช้แรงงานตามโรงงานและร้านค้า ซึ่งศาลไม่พบจากข้อบังคับท้องถิ่นและจากขั้นตอนการจัดทำข้อบังคับดังกล่าวว่ามีวัตถุประสงค์เพื่อกีดกันชาวจีนตามที่กล่าวอ้างไว้

4. ค.ศ. 1888 คดี *Bucher v. Cheshire*²⁸

ประเด็นที่ศาลพิจารณา คือ การเดินทางในวันศักดิ์สิทธิ์ตามที่กฎหมายมลรัฐแมสซาชูเซตส์²⁹ บัญญัติห้ามไว้ หากผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการผู้เดินทางใน

²⁷ Any county, city, town, or township may make and enforce within its limits all such local, police, sanitary, and other regulations as are not in conflict with general laws

²⁸ 125 U.S. 555 (1888).

²⁹ Whoever travels on the Lord's day, except for necessity or charity, shall be punished by a fine not exceeding ten dollars; and insisted that the plaintiff, being in the act of violating that law at the time the injury occurred, could

วันดังกล่าวไม่สามารถมาฟ้องร้องเรียกค่าเสียหายได้ เพราะเป็นการเดินทางที่ฝ่าฝืนกฎหมายอาญาของมลรัฐนั้นทำได้หรือไม่

ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาวินิจฉัยว่า แม้ภายหลังมีการออกกฎหมายใหม่³⁰ เพื่อบัญญัติให้ไม่สามารถยกข้อต่อสู้เรื่องวันศักดิ์สิทธิ์ขึ้นเพื่อปฏิเสธการจ่ายค่าเสียหายได้ก็ตาม เพราะเป็นกฎหมายที่บัญญัติขึ้นภายหลังจากการเกิดเหตุการณ์ดังกล่าว ทำให้ศาลไม่สามารถใช้กฎหมายย้อนหลังได้ โดยศาลเห็นว่า ศาลสหรัฐ (federal courts) ต้องถูกผูกพันตามกฎหมายมลรัฐในการปฏิเสธสิทธิในการเรียกร้องค่าเสียหายของผู้โดยสารรถไฟ เมื่อมีการเดินทางในวันอาทิตย์ที่เป็นวันศักดิ์สิทธิ์ โดยปราศจากความจำเป็นและเพื่อการกุศล

5. ค.ศ. 1891 คดี Ball v. United States³¹

ประเด็นที่ศาลพิจารณาคือ การที่ลูกขุนมีคำตัดสิน (verdict) ในเช้าวันอาทิตย์ ทำให้คำพิพากษาไม่เป็นผลหรือไม่

ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาวินิจฉัยว่า คำตัดสินของลูกขุนไม่ใช่เป็นการพิพากษาคดีและกำหนดโทษของผู้พิพากษา (Judgment) เนื่องจากยังไม่มีผลใดในทางคดี นอกจากตัดสินว่ามีความผิดแต่ต้องรอการกำหนดโทษของผู้พิพากษา จึงเป็นคนละกรณีกับแนวคำพิพากษาของศาลที่ว่า ถ้าหากเป็นคำพิพากษาของศาลจะต้องเป็นโมฆะเพราะกระทำในวันอาทิตย์

อนึ่ง ในปี ค.ศ. 1793 คดี Stansbury v. Marks³² ศาลมลรัฐเพนซิลเวเนีย

not recover.

³⁰ This prohibition against traveling on the Lord's day should not constitute a defense to an action against a common carrier of passengers for any tort or injury suffered by the person so travelling

³¹ 140 U.S. 118 (1891).

³² 2 Dall.213 (Pa 1793). อ้างใน McConnell, Michael W., John H. Garvey, Thomas C. Berg, Religion and the Constitution, Aspen Law & Business, New York, U.S.A (2002), p. 4

เคยวินิจฉัยว่า การผู้ที่นับถือศาสนายิวอโรคืออ็อกซ์ ปฏิเสธการไปเป็นพยานศาลในวันเสาร์ เนื่องจากเป็นวันศักดิ์สิทธิ์ทางศาสนาของตนที่มีข้อบัญญัติ³³ ห้ามทำงานในวันดังกล่าวนั้น มีความผิดและสั่งปรับด้วย ซึ่งในขณะนั้นศาลเปิดทำการในวันเสาร์

6. ค.ศ. 1896 คดี Hennington v. Georgia³⁴

ประเด็นที่ศาลพิจารณาคือ มลรัฐจอร์เจียสามารถบัญญัติกฎหมาย³⁵ ห้ามการเดินทางไฟภายในมลรัฐในวันอาทิตย์ที่เรียกว่า วันศักดิ์สิทธิ์ (Sabbath day) ได้หรือไม่

ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาวินิจฉัยว่า มลรัฐจอร์เจียสามารถกำหนดข้อห้ามในการเดินทางไฟในเขตการปกครองของตนได้ไม่ว่าจะมีเหตุผลเกี่ยวข้องกับศาสนาหรือไม่ก็ตาม เพราะวัตถุประสงค์ของกฎหมายดังกล่าวเพื่อกำหนดหน้าที่ของบุคคล (civil duty) ภายในมลรัฐเท่านั้น คือ การกำหนดวันหยุดหนึ่งวันในสัปดาห์ (one day in seven rule) เพื่อให้ผู้ใช้แรงงานได้มีโอกาสพักผ่อน มลรัฐมีอำนาจในการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวเพื่อส่งเสริมความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัย ความสะดวกสบาย ความสุข และสุขภาพของประชาชนในมลรัฐได้ และเป็นอำนาจของมลรัฐที่จะกำหนดวันทำงานภายในมลรัฐ ทั้งนี้ ไม่ใช่หน้าที่ของฝ่ายตุลาการที่จะกล่าวว่าวันที่กำหนดให้เป็นวันหยุดนั้นถูกต้องเหมาะสมหรือไม่ และเมื่อพิจารณาเจตนารมณ์ในการบัญญัติกฎหมายแล้วไม่พบว่ามิวัตถุประสงค์ทางการค้าแต่ประการใด

³³ Scripture says ... And thou shall honor (the Sabbath), not doing thy wonted ways, nor pursuing thy business, nor speaking thereof (Is. 58:13)

³⁴ 163 U.S. 299 (1896).

³⁵ Sec. 4578 If any freight train shall be run on any railroad in this state on the Sabbath day (Known as Sunday), the superintendent of transportation of such railroad company, or the officer having charge of the business of that department of the railroad, shall be liable for indictment for a misdemeanor in each county through which such train shall pass, and, on conviction, shall be for each offense punished as prescribed in section 4310 of this Code. ...

จึงไม่ถือเป็นการละเมิดบทบัญญัติเรื่องการค้า (interstate commerce clause) ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกาแต่อย่างใด

อย่างไรก็ตาม ผู้พิพากษาสองท่านมีความเห็นแย้งว่า ควรเป็นอำนาจของ รัฐสภาสหรัฐในการกำหนดกฎเกณฑ์ดังกล่าว เมื่อมีปัญหาความขัดแย้งระหว่าง อำนาจมลรัฐและอำนาจของรัฐบาลสหรัฐ เช่นในกรณีเสรีภาพทางการค้าระหว่าง มลรัฐในคดีนี้

7. ค.ศ. 1897 คดี Stone v. United States

ศาลได้วินิจฉัยในประเด็นเดียวกับคดี Ball v. U.S. (1891) โดยวินิจฉัยว่า ในกรณีที่หลายศาลศาลเคยวางหลักไว้ว่า คำพิพากษาของศาล (Judgment) ที่กระทำ ในวันอาทิตย์นั้นเป็นโมฆะ แต่การได้รับหรือการกระทำความเห็นของลูกขุนเกี่ยวกับการวินิจฉัยความผิดแห่งคดี (verdict) ไม่ใช่คำพิพากษาของศาล การที่ลูกขุน มีคำตัดสินในวันศุกร์เพื่อส่งให้ผู้พิพากษาวินิจฉัยคดีต่อไปจึงไม่ทำให้คำพิพากษาใน คดีนี้เป็นโมฆะ

8. ค.ศ. 1961 คดี McGowan v. Maryland³⁶

ประเด็นที่ศาลพิจารณา คือ กฎหมายการหยุดงานในวันอาทิตย์ละเมิด หลักการสถาปนาศาสนา (Establishment Clause) และเสรีภาพในการปฏิบัติตาม ความเชื่อทางศาสนา (Free Exercise Clause) หรือไม่

ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาวินิจฉัยว่า กฎหมายห้ามหรือจำกัดการค้าขาย ในวันอาทิตย์นั้นไม่ละเมิดรัฐธรรมนูญ เพราะกฎหมายมีวัตถุประสงค์ทางฆราวาส และเป็นไปเพื่อผลประโยชน์ของรัฐ

ข้อเท็จจริงในคดีนี้ คือ ลูกจ้างของห้างสรรพสินค้าขนาดใหญ่ ที่ตั้งอยู่บน ถนนไฮเวย์ในเขตการปกครองท้องถิ่น Anne Arundel County มลรัฐแมริแลนด์ มีความผิดละเมิดกฎหมายจำหน่ายสินค้าต้องห้าม ได้แก่ วัสดุเข้าเล่ม วัสดุเคลือบผิวพื้น

³⁶ 366 U.S. 420 (1961).

เครื่องเย็บกระดาษ ลวดเย็บกระดาษและของเล่นในวันอาทิตย์และได้รับโทษปรับเป็นจำนวน 5 ดอลลาร์ และโต้แย้งว่า กฎหมายที่ให้ปิดกิจการในวันอาทิตย์และอนุญาตให้เฉพาะสินค้าบางประเภทจำหน่ายได้และให้กิจกรรมบางอย่างทำได้เฉพาะในบางพื้นที่นั้น เป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาคและกระบวนการที่ขอด้วยกฎหมาย (Equal Protection and Due Process Clause) เป็นกฎหมายที่กระทบต่อรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 14 และหลักการสถาปนาศาสนาตามรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1

ศาลเห็นว่า รัฐธรรมนูญให้มลรัฐมีอำนาจใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวางในการตรากฎหมายที่มีผลกระทบต่อบุคคลบางกลุ่มแตกต่างกัน ซึ่งการจัดกลุ่มของสินค้าที่สามารถจำหน่ายได้ในวันอาทิตย์ตามกฎหมายดังกล่าว ไม่อาจกล่าวได้ว่าปราศจากเหตุผลและความสำคัญที่เป็นส่วนสำคัญในการบรรลุวัตถุประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติหรือเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจที่กว้างขวาง โดยเฉพาะในกรณีที่อนุญาตเฉพาะร้านค้าปลีกในเขตการปกครองท้องถิ่น Anne Arundel County จำหน่ายสินค้าที่จำเป็นต่อการอาบน้ำแดด สวนสนุก นั้น ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมต่อร้านค้าปลีกในเขตการปกครองท้องถิ่นอื่นในมลรัฐแมริแลนด์ โดยฝ่ายนิติบัญญัติได้มีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองสุขภาพของประชาชน และเพิ่มบรรยากาศของการสนทนาในวันอาทิตย์ที่บุคคลต้องการเครื่องตีต่าง ๆ และครอบครัวที่เดินทางไปนอกเมืองย่อมต้องการน้ำมันรถเช่นกัน สำหรับกรณีที่กฎหมายกำหนดห้ามกิจกรรมแตกต่างกันในบางพื้นที่นั้น การใช้ดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติดังกล่าวไม่พบว่าเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่เป็นธรรม

ส่วนประเด็นละเมิดหลักการสถาปนาศาสนา และหลักเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนาตามรัฐธรรมนูญ หรือไม่ ศาลเห็นว่า เนื่องจากผู้ร้องอ้างเฉพาะความเสียหายทางเศรษฐกิจ โดยไม่ได้อ้างถึงการละเมิดเสรีภาพทางศาสนา จึงไม่มีประเด็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวละเมิดหลักเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนาหรือไม่ประการใด

ศาลอธิบายว่า จุดกำเนิดของกฎหมายการหยุดงานวันอาทิตย์เกิดจากความพยายามในการส่งเสริมให้ประชาชนเข้าร่วมกิจกรรมทางศาสนาในวันอาทิตย์

และเป็นการคุ้มครองวันสักการะของคริสตศาสนิกชน แต่ผลประโยชน์ที่ได้รับจากการกำหนดให้วันอาทิตย์เป็นวันพักผ่อนกลับเป็นเพื่อวัตถุประสงค์ฆราวาส (secular purpose) มากกว่าผลประโยชน์ทางศาสนา และกลายเป็นหนึ่งในกฎหมายสวัสดิการสังคมที่มีวัตถุประสงค์ชัดเจนในการกำหนดวันหยุดของประชาชนอย่างพร้อมเพรียงกัน เพื่อการสร้างบรรยากาศของการสันติภาพ การความสดใสรบาย การปล่อยวาง ความสนุกสนานและการพัฒนาสุขภาพของประชาชน ซึ่งผลประโยชน์ของรัฐเหล่านี้ไม่สามารถเกิดขึ้นได้ถ้ารัฐอนุญาตให้ประชาชนเลือกวันหยุดหนึ่งวันในแต่ละอาทิตย์เพื่อพักผ่อนจากงาน

ศาลได้ทบทวนความเป็นมาของกฎหมายปิดกิจการวันอาทิตย์ว่า เริ่มมาจากกฎหมายของประเทศอังกฤษ ในปี ค.ศ. 1237 พระเจ้าเฮนรีที่ 3 ห้ามมีตลาดค้าขายในวันอาทิตย์ ค.ศ. 1354 เอ็ดเวิร์ดที่ 3 ห้ามจำหน่ายไหมทอผ้าจากขนสัตว์ในวันอาทิตย์ ค.ศ. 1409 เฮนรีที่ 4 ห้ามเล่นเกมสกีที่ไม่ถูกกฎหมายในวันอาทิตย์ ค.ศ. 1444 เฮนรีที่ 6 ห้ามมีตลาดในลานของโบสถ์ในวันอาทิตย์ และสี่ปีต่อมา กำหนดห้ามการค้าและการทำตลาดทุกชนิดหรือจัดแสดงสินค้า พระเจ้าเอ็ดเวิร์ดที่ 6 ห้ามการทำงานเกี่ยวกับการใช้แรงงานทุกประเภท ค.ศ. 1625 สมัยพระเจ้าชาร์ลที่ 1 มีการห้ามการเล่นกีฬาและงานรื่นเริง ฯลฯ ในยุคอาณานิคมอเมริกันนั้นเริ่มตั้งแต่ปี ค.ศ. 1650 ในอาณานิคมพลีมัธห้ามการทำงานใช้แรงงาน หรือการเดินทางที่ไม่จำเป็นกีฬา การขายเครื่องดื่มที่มีแอลกอฮอล์ในวันพระเจ้าและกำหนดให้บุคคลต้องไปโบสถ์ซึ่งในอาณานิคมแมสซาชูเซตส์ คอนเนตทิคัต นิวเฮเวน มีบทกฎหมายใกล้เคียงกัน กฎหมายในลักษณะดังกล่าวได้ใช้ต่อเนื่องมาจนภายหลังการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1

ต่อมาภายหลังศตวรรษที่ 18 เริ่มมีความเห็นว่า การกำหนดให้หยุดงานหนึ่งวันในวันอาทิตย์นั้นไม่ได้เกิดประโยชน์เฉพาะเรื่องศาสนาเท่านั้น ยังเป็นเรื่องของการพักผ่อนและการฟื้นฟูร่างกายด้วย เป็นเรื่องของความเป็นมนุษย์ เพื่อช่วยคนชั้นล่าง เพื่อมิให้ถูกความทารุณโหดร้ายหรือความเห็นแก่ตัวอย่างรุนแรงของจิตวิญญาณแห่งความเห็นแก่ตัวของมนุษย์ที่ใช้แรงงานโดยไม่มีวันหยุด โดยให้ยังคงสามารถประกอบอาชีพของตนได้ โดยมีสุขภาพที่ดีและมีความสุข

และในปี ค.ศ. 1679 กฎหมายอาณานิคมโรดไอแลนด์ให้เหตุผลในการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวว่า เห็นว่าบุคคลที่มีจิตใจชั่วร้าย มักจะถือโอกาสที่จะใช้งานลูกจ้างของตน เกินกว่าความจำเป็นเสมอ และในเวลาต่อมาเริ่มมีการตัดคำว่า “Lord’s day” ออกไปและใช้คำว่า Sunday แทน ใน ค.ศ. 1785 เจมส์ แมดิสัน ได้เสนอกฎหมายลงโทษผู้ที่ไม่หยุดงานในวันศักดิ์สิทธิ์โดยมีโทษปรับ³⁷ ภายหลังมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1 (1791) แล้ว บทบัญญัติกฎหมายที่บังคับบุคคลให้ไปโบสถ์ก็ถูกยกเลิกไป

สำหรับความเห็นแย้งในคดีนี้ ผู้พิพากษา Douglas แสดงความเห็นว่า ปัญหาคดีนี้ คือ รัฐบังคับกฎหมายนี้ โดยกำหนดโทษทางอาญาต่อคนส่วนน้อยที่ไม่ใช่คริสเตียน ที่มีพิธีการสักการบูชาทางศาสนาในวันที่แตกต่างกันหรือมีความเชื่อทางศาสนาที่แตกต่างกันออกไปจากความเชื่อทางศาสนาของเสียงส่วนใหญ่ รัฐไม่สามารถใช้กฎหมายบังคับให้พลเมืองละเว้นจากการกระทำที่ไม่ผิดในการค้าขายในวันอาทิตย์เพียงเพราะการกระทำนั้นละเมิดความรู้สึกของคนส่วนใหญ่นั้นนับถือศาสนาคริสต์ กฎหมายที่เกิดมาจากประเพณีทางศาสนาไม่สามารถจะอ้างว่าเป็นกฎหมายฆราวาสได้

9. ค.ศ. 1961 คดี Two Guys v. McGinley³⁸

คดีนี้มีประเด็นที่ศาลพิจารณาคล้ายคลึงกับคดี McGowan v. Maryland

ประเด็นที่ศาลพิจารณาในคดีนี้ คือ มลรัฐเพนซิลเวเนียตรากฎหมายให้มีวันหยุดในวันอาทิตย์ที่มีผลต่อการเปิดกิจการค้าในคดีนี้ กล่าวคือ ห้ามสรรพสินค้า

³⁷ “If any person on Sunday shall himself be found labouring at his own or any other trade or calling, or shall employ his apprentices, servants or slaves in labour, or other business, except it be in the ordinary household offices of daily necessity, or other work of necessity or charity, he shall forfeit the sum of ten shillings for every such offence, deeming every apprentice, servant, or slave so employed, and every day he shall be so employed as constituting a distinct offence.”

³⁸ [38] 366 U.S. 582 (1961).

ขนาดใหญ่ ที่ตั้งอยู่บนถนนไฮเวย์ในเขตนอกเมืองในเขตการปกครองท้องถิ่น Lehigh County ฟ้องขอให้ศาลมีคำสั่งยุติการบังคับใช้กฎหมายให้ปิดกิจการในวันอาทิตย์ (Sunday Closing Laws) โดยเห็นว่า เป็นกฎหมายที่ขัดรัฐธรรมนูญ ซึ่งกฎหมายได้มีผลบังคับใช้เมื่อปี ค.ศ. 1939 กำหนดห้ามการจ้างงานหรือกิจการที่เกี่ยวกับทางโลกทั้งหมดในวันอาทิตย์ โดยมีข้อยกเว้นให้เล็กน้อย คือ กรณีที่เป็นงานที่จำเป็นและเป็นการกุศล เช่น การส่งนมและสิ่งจำเป็นต่างๆ ก่อนเวลา 9.00 นาฬิกาและหลังจากเวลา 17.00 นาฬิกา ผู้กระทำความผิดได้รับโทษปรับเป็นจำนวนเงิน 4 ดอลลาร์ หรือ 6 วัน สำหรับโทษจำคุก ซึ่งต่อมามีการแก้ไขเพิ่มเติมโดยเพิ่มข้อยกเว้นเกี่ยวกับกิจกรรมสันตนาการ เช่น กอล์ฟ เทนนิส เล่นเรือ วายน้ำ โบว์ลิ่ง บาสเกตบอล ปิคนิค ฯลฯ และในปี ค.ศ. 1959 กฎหมายบัญญัติห้ามการค้าปลีกในวันอาทิตย์ในสินค้า 20 รายการ โดยมีโทษทางอาญาเป็นโทษปรับไม่เกิน 100 ดอลลาร์ ในการกระทำความผิดครั้งแรก และไม่เกิน 200 ดอลลาร์ สำหรับการกระทำความผิดครั้งต่อไป หรือโทษจำคุกเป็นเวลา 30 วัน และมีกฎหมายเพนซิลวาเนียอีกหลายฉบับที่กำหนดห้ามกิจกรรมบางประเภท และจำกัดจำนวนชั่วโมง สถานที่และเงื่อนไขในวันอาทิตย์

ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาเห็นว่า กฎหมายดังกล่าวไม่ใช่กฎหมายที่สถาปนาศาสนา ตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1 แม้จะปรากฏว่าเจตนารมณ์ในการตรากฎหมายนี้ตั้งแต่ ปี ค.ศ. 1682 กล่าวไว้ชัดเจนว่า เพื่อป้องกันการไม่ปฏิบัติ การไม่ถือศาสนา และการไม่เชื่อในพระเจ้า เป็นการดีกว่าที่จะอนุญาตให้มีการคัมภีร์ศักดิ์สิทธิ์ที่บ้านหรือได้ไปประกอบพิธีทางศาสนาบางครั้ง จนกระทั่งการแก้ไขในปี ค.ศ. 1939 ก็ยังระบุว่า วันอาทิตย์ คือ วันพระเจ้า แต่เริ่มมีการกล่าวถึงเพื่อป้องกันความผิดเกี่ยวกับนโยบายสาธารณะ เศรษฐกิจและสุขภาพด้วย

10. ค.ศ. 1961 คดี Braunfeld v. Brown³⁹

ประเด็นที่ศาลพิจารณา คือ กฎหมายกำหนดให้ปิดกิจการวันอาทิตย์ ละเมิดหลักเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนา ซึ่งสร้างความเสียหายทางธุรกิจให้กับกิจการที่ไม่ต้องการปิดกิจการในวันอาทิตย์หรือไม่

ศาลพิพากษามติ 6 ต่อ 3 ว่า กฎหมายเพนซิลเวเนียในการห้ามเปิดร้านขายของในวันอาทิตย์ ยังคงมีผลบังคับใช้ได้ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพราะรัฐบัญญัติกฎหมายภายในอำนาจของรัฐ โดยมีวัตถุประสงค์และผลกระทบเพื่อการจรรโลงเป้าหมายของรัฐที่ไม่เกี่ยวกับศาสนา ถึงแม้กฎหมายจะสร้างผลกระทบทางอ้อมต่อการปฏิบัติศาสนาก็ตาม เนื่องจาก (1) กฎหมายการปิดกิจการวันอาทิตย์เป็นการกำหนดกฎเกณฑ์กิจกรรมทางฆราวาส (2) กฎหมายไม่ได้ห้ามการปฏิบัติตามความเชื่อทางศาสนาและไม่ได้บังคับให้บุคคลต้องปฏิบัติตามความเชื่อทางศาสนาหรือให้กล่าวหรือเชื่อในสิ่งที่ขัดแย้งกับความเชื่อทางศาสนาของตน (3) กฎหมายไม่ได้ส่งผลกระทบต่อที่เสียหายต่อผู้ปฏิบัติ Orthodox Jewish faith ทุกคน นอกจากบุคคลที่ต้องการจะทำงานในวันอาทิตย์ และ (4) โจทก์ยังมีทางเลือกต่างๆ ในการดำเนินธุรกิจซึ่งคดีนี้เป็นกรณีของกลุ่มนักธุรกิจเชื้อสายยิวออธอดอกซ์ได้คัดค้านกฎหมายปิดกิจการวันอาทิตย์ที่สร้างผลเสียหายเศรษฐกิจต่อกลุ่มตนอย่างรุนแรง โดยขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามการบังคับใช้กฎหมายอาญาของมลรัฐเพนซิลเวเนียที่บัญญัติขึ้นในปี ค.ศ. 1959 ที่ห้ามการขายของอุปโภคบริโภคที่ระบุในวันอาทิตย์ โดยเห็นว่า กฎหมายฉบับนี้ขัดต่อหลักการสถาปนาศาสนา (establishment of religion) และเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนาของตนและหลักความเสมอภาค (equal protection) ซึ่งโจทก์ในคดีนี้ประกอบกิจการค้าปลีกจำพวกเสื้อผ้าและของตกแต่งบ้าน ซึ่งอยู่ในรายการที่กฎหมายระบุห้ามการค้าขายในวันอาทิตย์ และโจทก์เป็นผู้นับถือศาสนา Orthodox Jewish ที่มีข้อปฏิบัติทางศาสนาที่ต้องหยุดทำงานในวันศักดิ์สิทธิ์ ที่เรียกว่า Sabbath คือ การปิดกิจการและเว้นการทำงานอย่างสิ้นเชิง (total abstention) นับตั้งแต่กลางคืนวันศุกร์จนถึงคืนวันเสาร์ ซึ่งการต้องปิดกิจการในวันอาทิตย์อีกหนึ่งวันเป็นผลให้เกิดความเสียหาย

³⁹ 366 U.S.599 (1961).

ต่อการทำมาหากินทำให้โจทก์สูญเสียทางธุรกิจอย่างมาก กฎหมายได้บังคับให้โจทก์ต้องเลือกระหว่างการสูญเสียทางเศรษฐกิจถ้าโจทก์ต้องหยุดทำการงานในวันศักดิ์สิทธิ์กับการยกเลิกการปฏิบัติในวันศักดิ์สิทธิ์เพื่อความอยู่รอดของธุรกิจ

ศาลเชื่อว่า ผู้บัญญัติกฎหมายไม่สามารถคาดถึงว่าจะเกิดผลกระทบทางอ้อมในความเสียหายทางธุรกิจที่อาจจะเกิดต่อบางกลุ่มศาสนา เพราะประเทศชาติมีหลากหลายกลุ่มศาสนาและแนวปฏิบัติทางศาสนาที่แตกต่างกันซึ่งเป็นมรดกของชาติที่สำคัญ จึงเป็นไปได้ที่จะบัญญัติกฎหมายที่ไม่ทำให้เกิดภาระในการปฏิบัติศาสนาของบางกลุ่มศาสนา ถ้าวัตถุประสงค์และผลกระทบของกฎหมายเป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติศาสนาหรือเป็นการเหยียดหรือกีดกันศาสนา กฎหมายฉบับนั้นละเมิดหลักเสรีภาพทางศาสนา (free exercise clause) ภายใต้รัฐธรรมนูญถึงแม้อุปสรรคจะเพียงส่งผลทางอ้อม แต่หากรัฐบัญญัติกฎหมายภายในอำนาจของรัฐ วัตถุประสงค์และผลกระทบเพื่อการจรรโลงเป้าหมายของรัฐที่ไม่เกี่ยวกับศาสนา กฎหมายฉบับนั้นไม่เป็นการละเมิดรัฐธรรมนูญ แม้กฎหมายจะสร้างผลกระทบทางอ้อมต่อการปฏิบัติศาสนา เช่น ในคดี McGowan ที่รัฐมีอำนาจในการกำหนดวันพักผ่อนสำหรับผู้ใช้แรงงานทุกคนในช่วงเวลาเดียวกันเพื่อสมาชิกครอบครัวและชุมชนจะได้มีโอกาสใช้เวลาร่วมกันและเพื่อพัฒนาตนเอง

ผู้พิพากษา Harlan และผู้พิพากษา Brennan เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของศาลในส่วนที่ว่า กฎหมายมลรัฐเพนซิลเวเนียไม่ขัดต่อหลักการสถาปนาศาสนาและหลักความเสมอภาค แต่ขัดต่อหลักเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนา โดยเห็นว่า คุณค่าของรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1 มุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองเสรีภาพของบุคคลมากกว่าความสำเร็จหรือจุดมุ่งหมายของส่วนรวม ซึ่งโจทก์เป็นเจ้าของร้านค้าปลีกเล็กๆ และยอมหยุดงานในวันศุกร์กลางคืนและวันเสาร์ที่เชื่อว่าเป็นวันที่ดีที่สุดในการทำการค้า เพื่อปฏิบัติตามความเชื่อทางศาสนาของตน และมาเปิดชดเชยในวันอาทิตย์ ซึ่งความสามารถในการเลี้ยงตัวดำรงชีพของโจทก์ถูกทำลายอย่างยิ่งในการที่ต้องหยุดงานวันอาทิตย์อีกหนึ่งวัน ซึ่งในคดีนี้ศาลไม่ได้พิจารณาให้เห็นระหว่างกฎหมายนี้กับวัตถุประสงค์ที่ชอบของฝ่ายนิติบัญญัติ หรือสาระและความสำคัญของประโยชน์ของรัฐและความชอบด้วยเหตุผล ซึ่งหากอนุญาตให้มีช้อยกเว้นสำหรับ

การทำงานในวันอาทิตย์ได้ ก็อาจจะมีเสียงดังเพิ่มขึ้นเล็กน้อยในพื้นที่ และทำให้ตำรวจหรืออัยการทำงานยากขึ้นอีกสักหน่อย แต่ก็ยังเป็นความจริงด้วยที่ว่า 21 จาก 34 มลรัฐ มีข้อยกเว้นเช่นที่กล่าวมานี้ แต่ก็ได้ถือว่ารัฐทั้งหลายนั้นมีเสียงดังเพิ่มขึ้น และตำรวจมีภาระที่เพิ่มมากขึ้นกว่ามลรัฐเพนซิลเวเนีย ส่วนผู้พิพากษา Douglas แสดงความเห็นแย้งว่า กฎหมายการปิดกิจการวันอาทิตย์ไม่สามารถแยกออกจากศาสนาได้ และการบังคับกฎหมายดังกล่าวขัดต่อหลักการสถาปนาศาสนาและเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนา

11. ค.ศ. 1961 คดี Gallagher v. Crown Kosher Market⁴⁰

เรื่องนี้มีประเด็นใกล้เคียงกับคดี Braunfeld v. Brown

ประเด็นที่ศาลพิจารณา คือ กฎหมายแมสซาชูเซตส์ที่ห้ามเปิดกิจการในวันอาทิตย์ โดยมีข้อยกเว้นในการขายเนื้อที่กระทำการแบบโคเชอร์ (Kosher)⁴¹

⁴⁰ 366 U.S. 617 (1961).

⁴¹ โคเชอร์ (Kosher) หมายถึง อาหารคนยิวผู้เคร่งในศาสนาญูดาย สิ่งที่เป็นเครื่องวัดว่าอาหารนั้นเป็นหรือไม่เป็นโคเชอร์ ได้แก่ แหล่งวัตถุดิบ และเครื่องครัว ซึ่งในปัจจุบันหมายถึง ภาชนะ เครื่องมือ เครื่องจักร และอุปกรณ์ที่ใช้ในการผลิตอาหารด้วย เช่น

กรณีวัตถุดิบ สัตว์ปีก ในคัมภีร์ไม่ได้ระบุไว้ว่าสัตว์ปีกชนิดใดอนุญาตให้รับประทานได้ แต่ได้ห้ามไว้ 24 ชนิด ตามหลักใหญ่ของศาสนา ที่เรียกว่า Shulchan Aruch อนุโลมให้ถือว่า สัตว์ปีกชนิดใดที่ได้รับประทานกันเป็นประจำมานานแล้วเป็นโคเชอร์ ยิวในสหรัฐอเมริกา ถือว่า ไก่ ไก่วง เป็ด และห่าน เป็นโคเชอร์ หรือกรณีปลา ปลาที่อนุญาตให้รับประทานได้ มีหลักเกณฑ์แต่เพียงต้องเป็นปลาที่มีครีบและเกล็ด สัตว์น้ำที่มีเปลือกหรือกระดอง เช่น หอย ปู กุ้ง ไม่ได้รับอนุญาต ยกเว้นอาหารทะเล เช่น กุ้งลอบสเตอร์ เหล่านี้เป็นโคเชอร์ได้ หรือ เนื้อหมูไม่เป็นโคเชอร์

กรณีเครื่องครัว เครื่องครัวในที่นี้หมายรวมถึงภาชนะ เครื่องมือเครื่องใช้ในการประกอบอาหาร ตลอดจนเครื่องจักรที่ใช้ในการผลิตอาหารเครื่องครัวที่เคยใช้ทำอาหารที่ได้รับการรับรองแล้วว่าเป็นโคเชอร์ หากนำมาใช้ทำอาหารที่มีส่วนประกอบไม่เป็นโคเชอร์ เครื่องมือนั้นก็หมดสถานภาพโคเชอร์ไป หากนำกลับมาใช้ทำอาหารที่เป็นโคเชอร์อีก อาหารที่ได้ก็จะไม่ใช่โคเชอร์อีกต่อไป แม้ว่าส่วนประกอบที่นำมาทำอาหารทั้งหมดจะเป็นโคเชอร์

ให้สามารถขายได้จนกระทั่งเวลา 10.00 นาฬิกา นั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ ในหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 14 และหลักการสถาปนาศาสนาหรือการห้ามการปฏิบัติศาสนาโดยเสรี ตามรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1 หรือไม่ แต่เดิมกิจการของผู้ร้องในคดีนี้สามารถเปิดดำเนินกิจการได้เต็มวันในวันอาทิตย์ และกิจการค้าในวันอาทิตย์นั้นสามารถทำรายได้ให้ร้านค้าถึง 1 ใน 3 ของรายได้ตลอดสัปดาห์ ผู้ร้องทั้งหลายในคดีนี้เป็นสมาชิกศาสนานิกาย Orthodox Jewish Faith ซึ่งมีข้อบัญญัติห้ามซื้อขายของในวันพระเจ้า โดยเริ่มจากพระอาทิตย์ตกดินในวันศุกร์จนกระทั่งพระอาทิตย์ตกดินในวันเสาร์ และผู้นับถือศาสนานิกายดังกล่าวต้องกินอาหารโคเชอร์เท่านั้น การที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ร้องสามารถเปิดร้านค้า (Crown Kosher Supermarket) ในวันอาทิตย์ได้จนกระทั่ง 10.00 นาฬิกา เท่านั้น ทำให้ไม่คุ้มค่าทางเศรษฐกิจที่จะเปิดร้านในวันอาทิตย์ และกฎหมายยังมีโทษปรับสำหรับผู้ฝ่าฝืนกฎหมายไม่เกิน 50 ดอลลาร์ โดยมีข้อยกเว้นสามารถทำได้ในกรณีงานที่จำเป็นและเป็นการกุศล และมีข้อยกเว้นสินค้าบางประเภท เช่น ยา บุหรี่ (ขายปลีก) ขายและทำขนมปัง (ขายปลีก) ของหวานที่แช่แข็ง แยม และผลไม้ จำหน่ายโดยผู้ค้าบางประเภท และเหยื่อตกปลาสำหรับการตกปลาที่ไม่ใช่ทางการค้า อาหารที่นำออกมารับประทานนอกบ้าน ให้เช่ารถจักรยานยนต์ เช่าเรือ เช่าม้า เช่าจักรยาน ฯลฯ ที่ไม่ก่อให้เกิดเสียงดังเกินสมควร การเดินรถไฟและเรือต่างๆ การพิมพ์ การขายการส่งหนังสือพิมพ์ ฯลฯ การขนส่งระหว่างมลรัฐ โดยรถบรรทุกระหว่างก่อนเวลา 8.00 นาฬิกา และภายหลังจาก 20.00 นาฬิกา ฯลฯ ซึ่งศาลเห็นว่า กฎหมายดังกล่าวไม่ขัดต่อหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 14 และไม่ใช่กฎหมายเกี่ยวกับการสถาปนาศาสนาหรือห้ามการปฏิบัติศาสนาโดยเสรี ซึ่งได้ให้เหตุผลความเป็นมาของกฎหมายปิดกิจการในวันอาทิตย์ไว้ในคดี McGowan แล้ว

ก็ตาม แต่การทำให้เครื่องครัวที่เคยปรุงอาหารที่ไม่เป็นโคเชอร์ไปแล้ว กลับมามีสถานภาพปรุงอาหารโคเชอร์ได้อีกสามารถทำได้

ที่มา : วารสารสถาบันอาหาร สถาบันวิจัยวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีแห่งประเทศไทย
ปีที่ 6 ฉบับที่ 35 เดือนพฤษภาคม - มิถุนายน 2547 หน้า 72 - 73

12. ค.ศ. 1962 คดี Arlan's Department Store v. Kentucky⁴²

ประเด็นนี้ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐไม่รับพิจารณาเนื่องจากไม่มีปัญหาเกี่ยวกับสหรัฐที่สำคัญ

ทั้งนี้ ผู้พิพากษา Douglas เขียนความเห็นแย้งไว้ว่า เจ้าของร้านค้าปลีก 3 ร้าน ในมลรัฐเคนทักกีได้ถูกปรับ เนื่องจากจ้างงานบุคคลให้ทำงานในวันอาทิตย์ โดยฝ่าฝืนกฎหมายของมลรัฐเคนทักกี⁴³ โดยได้รับโทษอาญาเสียค่าปรับคนละ 20 ดอลลาร์ ซึ่งคดีนี้มีความแตกต่างจากคดี Braunfeld v. Brown, Gallagher v. Crown Kosher Market, โดยกำหนดให้ผู้ที่ถือวันพระเจ้าวันอื่น นอกเหนือจากวันอาทิตย์ ได้รับยกเว้นจากบทบัญญัติที่กำหนดโทษอาญา ซึ่งเท่ากับเป็นการช่วยบางนิกายศาสนาที่มีวันศักดิ์สิทธิ์อื่นนอกเหนือจากวันอาทิตย์ได้รับการยกเว้นกรณีจึงไม่เห็นด้วยกับการที่รัฐบังคับบุคคลไม่ให้ทำงานในวันอาทิตย์เพราะว่าคนส่วนใหญ่

⁴² 371 U.S. 218 (1962).

⁴³ Kentucky Rev. Stat. 436.160

(1) Any person who works on Sunday at his own or at any other occupation or employs any other person, in labor or other business, whether for profit or amusement, unless his work or the employment of others is in the course of ordinary household duties, work of necessity, or charity or work required in the maintenance or operation of a public service or public utility plant or system, shall be fined not less than two dollars nor more than fifty dollars. The employment of every person employed in violation of this subsection shall be deemed a separate offense.

(2) Persons who are members of a religious society which observes as a Sabbath any other day in the week than Sunday shall not be liable to the penalty prescribed in subsection (1) of this section if they observe as a Sabbath one day in each seven.

(3) Subsection (1) of this section shall not apply to amateur sports, athletic games, operation of moving picture show, chautauquas, filing stations, or opera.

เห็นว่าวันอาทิตย์เป็นวันศักดิ์สิทธิ์ ซึ่งหากมีกรณีที่ความเชื่อทางศาสนาของคนส่วนใหญ่ไม่รับประทานหมู จะมีกฎหมายลงโทษผู้ขายหมูหรือไม่ หรือบางศาสนาห้ามฆ่าวัว หากผู้ใดเปิดโรงฆ่าวัวจะผิดกฎหมายหรือไม่

13. ค.ศ. 1963 คดี Sherbert v. Verner⁴⁴

ประเด็นที่ศาลพิจารณา คือ กฎหมายกำหนดคุณสมบัติบุคคลที่ควรได้รับสิทธิประโยชน์จากการว่างงาน และการกระทำของรัฐบาลในการปฏิเสธสิทธิประโยชน์ที่บุคคลควรได้รับจากการว่างงานที่มีพื้นฐานมาจากความเชื่อทางศาสนา นั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1 ในเรื่องเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนาหรือไม่ ศาลวินิจฉัยว่ากฎหมายเซาท์แคโรไลนา ละเมิดเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนา ในการกำหนดคุณสมบัติบุคคลที่ไม่สามารถขอรับสิทธิประโยชน์จากการว่างงาน เนื่องจากบุคคลปฏิเสธที่จะรับงานที่กรมจัดหางานเสนอให้ เพราะบุคคลอ้างข้อบัญญัติศาสนาห้ามทำงานในวันเสาร์

โจทก์ Adell Sherbert เป็นผู้นับถือศาสนา เซเวนเดย์ แอทแวนทีส ปฏิเสธรับงานที่นายจ้างเสนอให้ เนื่องจากเธอไม่สามารถทำงานในวันเสาร์ซึ่งเป็นวันศักดิ์สิทธิ์ทางศาสนา (Sabbath Day) ตามข้อบัญญัติทางศาสนาที่เธอนับถือ จึงถูกนายจ้างให้ออกจากงาน โดยโจทก์เป็นสมาชิกของนิกายศาสนานี้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1957 และโรงงานทอผ้าที่ทำงานอยู่นั้นกำหนดให้ทำงานห้าวันต่อสัปดาห์ จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1959 การทำงานถูกกำหนดให้เป็นหกวันต่อสัปดาห์แทน ซึ่งรวมถึงวันเสาร์ด้วย สำหรับการงานทั้งสามกะ และโจทก์พยายามไปหางานที่โรงงานทอผ้าอื่นแล้ว แต่ทั้งหมดก็มีเงื่อนไขเดียวกัน กฎหมายการชดเชยการว่างงานของมลรัฐเซาท์แคโรไลนา (South Carolina Unemployment Compensation Act) กำหนดคุณสมบัติบุคคลที่สามารถขอรับการชดเชยการว่างงานว่า “บุคคลผู้ขอรับสิทธิประโยชน์จากการว่างงาน ต้องเป็นบุคคลที่สามารถทำงานและพร้อมที่จะทำงาน” และเพิ่มเติมว่า “บุคคลจะไม่สามารถขอรับสิทธิประโยชน์นี้ได้ ถ้าบุคคลปฏิเสธที่รับงานที่เหมาะสม

⁴⁴ 374 U.S. 398 (1963).

ที่ได้รับการเสนอจากสำนักจัดหางานหรือนายจ้างโดยปราศจากเหตุผลที่ดี”

คณะกรรมการจัดหางาน (Employment Security Commission) พบว่า การไม่สามารถทำงานได้ของโจทก์ไม่เข้าหลักเกณฑ์การขอรับสิทธิประโยชน์ เพราะ การไม่สามารถทำงานวันเสาร์เป็นการขาดเหตุผลที่ดีในการปฏิเสธที่จะรับ “งานที่เหมาะสมที่เสนอโดยกรมจัดหางานหรือนายจ้าง”

ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา เห็นว่า กฎเกณฑ์ที่ว่าด้วยการขาดคุณสมบัติ การขอรับสิทธิประโยชน์การว่างงานของกฎหมายเซาท์แคโรไลนาคือ เป็นการลดทอน สิทธิเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนาภายใต้หลักเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนา (free exercise clause) ของรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา โดยได้อธิบายหลักเสรีภาพ ในการปฏิบัติศาสนา (Free Exercise Clause) ตามรัฐธรรมนูญว่า เป็นเสมือนประตู ที่ปิดอย่างแน่นหนาต่อการกำหนดกฎเกณฑ์ของรัฐที่ต่อต้านความเชื่อทางศาสนา ห้ามรัฐกำหนดบทลงโทษหรือกีดกันบุคคลหรือกลุ่มบุคคล เนื่องจากมุมมองทาง ศาสนาที่ต่อต้านอำนาจของรัฐ ห้ามรัฐใช้อำนาจทางภาษีแทรกแซงการเผยแพร่มุมมอง ทางศาสนา อย่างไรก็ตาม หลักเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนาไม่หมายถึงการให้ เสรีภาพอย่างเต็มที่ในการปฏิบัติตามข้อบัญญัติศาสนาที่ละเมิดกฎหมายของรัฐ ถ้าการกระทำที่กฎหมายกำหนดห้ามนั้นคุกคามต่อความปลอดภัย ความสงบและ ระเบียบอันดีของสาธารณะ

มลรัฐเซาท์แคโรไลนาได้ปกป้องผู้สักระทางศาสนาในวันอาทิตย์ จากการ ต้องตกอยู่ในสภาวะการต้องเลือกระหว่างการปฏิบัติตามแนวทางศาสนาและ การรักษาสีทธิผลประโยชน์ที่ลูกจ้างควรได้รับ โดยการที่คณะกรรมการแรงงานของรัฐ กำหนดกฎเกณฑ์ห้ามบังคับลูกจ้างให้ทำงานในวันอาทิตย์ ถ้าลูกจ้างคัดค้านจาก มโนธรรมส่วนบุคคล การปฏิเสธที่จะทำงานวันอาทิตย์ ไม่เป็นเหตุให้ขาดคุณสมบัติ การขอรับสิทธิประโยชน์จากการว่างงาน ในคดีที่เกี่ยวกับหลักเสรีภาพในการปฏิบัติ ศาสนา กำหนดให้รัฐต้องแสดงผลประโยชน์ของรัฐที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ในการบังคับ ใช้กฎหมาย (compelling government interest) ก่อนที่จะปฏิเสธการชดเชย สิทธิประโยชน์จากการว่างงานแก่บุคคลที่ถูกไล่ออก หรือปฏิเสธรับงานที่ถูกเสนอ เพราะงานนั้นขัดแย้งกับความเชื่อศาสนา ในคดีนี้ ศาลพบว่าผลประโยชน์ของรัฐไม่

เพียงพอที่จะนำมากล่าวอ้างได้ ในกรณีการอ้างการคุกคามเงินกองทุนชดเชย
การว่างงานของรัฐและเป็นอุปสรรคในการวางแผนงานของนายจ้างที่การทำงาน
ในวันเสาร์เป็นสิ่งจำเป็น

คำพิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา เกี่ยวกับการหยุดทำงานในวันศักดิ์สิทธิ์ (Sabbath day) (หน้าสอง)*

วรรณมา สุพรรณธะริตา**

14. ค.ศ. 1963 คดี Trans World Airlines, INC. v. Hardison¹

ประเด็นที่ศาลพิจารณา คือ บริษัทกระทำการขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับการจ้างงานที่ไม่ให้เลือกปฏิบัติเนื่องจากเหตุผลทางศาสนา โดยไม่ได้กระทำการเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ลูกจ้างที่ต้องการหยุดงานในวันเสาร์ที่เป็นวันศักดิ์สิทธิ์หรือไม่ศาลสูงสุดวินิจฉัยว่า กรณีนี้ไม่พบเจตนาในการเลือกปฏิบัติในการใช้ระบบอาวุโสของบริษัทนายจ้าง และนายจ้างไม่มีหน้าที่ตามบทบัญญัติในหน้าที่ 7 ที่ต้องกำหนดข้อยกเว้นพิเศษ เนื่องจากเหตุผลทางศาสนา ในกรณีทางเลือกในการอำนวยความสะดวกให้แก่ลูกจ้างที่ต้องการหยุดงานในวันศักดิ์สิทธิ์ทางศาสนาในคดีนี้นั้น ศาลพบว่า “เป็นภาระเกินสมควร” แก่นายจ้าง อาทิ การไม่ใช้ระบบอาวุโสเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่การปฏิบัติศาสนาของลูกจ้าง หรือการที่นายจ้างต้องอนุญาตให้ลูกจ้างทำงาน 4 วันต่อสัปดาห์ ก็จะทำให้เกิดปัญหาขาดแคลนแรงงานในแต่ละรอบงานที่ลูกจ้างต้องหยุดเป็นประจำทุกสัปดาห์ และทางเลือกให้ผู้ควบคุมงานทำงานแทนหรือจ้าง

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net 21 ตุลาคม 2555 18:15 น.

** เจ้าหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญ 6 ว

¹ 432 U.S. 63 (1977).

ลูกจ้างรายอื่นทำแทน ก็จะเป็นการเพิ่มภาระค่าใช้จ่ายด้านค่าจ้างให้กับนายจ้างหรือประสิทธิภาพในงานตำแหน่งอื่น ๆ จะลดลง ซึ่งการเรียกร้องให้บริษัทต้องแบกภาระมากกว่าค่าใช้จ่ายขั้นต่ำ (de minimis cost) เพื่อให้ลูกจ้างไม่ต้องทำงานในวันเสาร์นั้น ถือเป็นภาระเกินสมควร

ผู้พิพากษาเสียงข้างน้อยมีความเห็นแย้งว่า นายจ้างอาจอำนวยความสะดวกแก่ลูกจ้าง โดยจ่ายค่าล่วงเวลาให้แก่บุคคลที่สมัครใจทำงานแทน โดยคาดว่าบางคนอาจเต็มใจทำงานในวันเสาร์เพื่อได้รับค่าตอบแทนเพิ่มขึ้น และให้ลูกจ้างเป็นผู้ชำระค่าล่วงเวลานั้นแทน หรือตามที่ลูกจ้างเสนอ คือ ขอล้างเวลาในวันอื่นโดยได้รับค่าจ้างปกติ หรือนายจ้างอาจโอนลูกจ้างกลับไปทำงาน ณ ตำแหน่งงานเดิมที่มีอาวุโสมากพอที่จะได้เลือกรับรองงานที่ไม่ต้องทำงานในวันเสาร์ได้ตามที่ลูกจ้างร้องขอ ซึ่งการดำเนินการข้างต้นอาจกระทบต่อข้อตกลงเรื่องการเจรจาร่วมกัน (collective bargaining agreement) เพราะข้อสัญญากำหนดให้ลูกจ้างที่ทำงานเกินกว่า 40 ชั่วโมงต่อสัปดาห์ ได้รับค่าตอบแทนเพิ่มขึ้น (premium pay) และในส่วนหลังข้อตกลงห้ามการโอนลูกจ้างมากกว่า 2 ครั้ง ภายในหกเดือน แต่การดำเนินการดังกล่าวไม่ขัดต่อหลักการความอาวุโสหรือไม่เป็นการพรากสิทธิของลูกจ้างภายใต้สัญญาจ้างงาน ไม่ถือว่าการอำนวยความสะดวกให้ลูกจ้างในคดีนี้เป็นการสร้างภาระที่เกินสมควร

15. ค.ศ. 1985 คดี Estate of Thornton v. Caldor²

ประเด็นที่ศาลพิจารณา คือ กฎหมายคอนเนตทิคัต ละเมิดหลักการสถาปนาศาสนาหรือไม่ กรณีที่กำหนดให้ลูกจ้างมีสิทธิอย่างสมบูรณ์ที่จะไม่ทำงานในวันศักดิ์สิทธิ์ (Sabbath) ศาลเห็นว่า กฎหมายคอนเนตทิคัตละเมิดหลักการสถาปนาศาสนา เพราะให้น้ำหนักไปทางกลุ่มผู้ปฏิบัติ Sabbath หรือแม้แต่กลุ่มศาสนาอื่นโดยทั่วไป ให้อยู่เหนือกลุ่มผลประโยชน์อื่น เป็นผลให้เกิดการส่งเสริมศาสนาและการพิพาทระหว่างศาสนาและรัฐมากเกินไป

² 472 U.S. 703 (1985)

กฎหมายคอนเนตทิคัตได้แก้ไขปรับปรุงประเภทกิจการที่สามารถเปิดดำเนินการได้ในวันอาทิตย์ และกำหนดห้ามการจ้างงานที่เกินหกวันต่อสัปดาห์ และกำหนดให้บุคคลที่อ้างว่าตนไม่สามารถทำงานได้ในวันใดเป็นพิเศษในสัปดาห์เพราะเป็นวันศักดิ์สิทธิ์ทางศาสนาแล้ว นายจ้างไม่สามารถให้ทำงานได้ หากลูกจ้างปฏิเสธที่จะทำงานในวันดังกล่าวไม่ถือเป็นเหตุผลของการให้ออกจากงาน Donald E. Thornton ซึ่งเป็นผู้นับถือศาสนาเพรสไบทีเรียนได้เริ่มทำงานเป็นผู้ตรวจสอบของร้าน Caldor Department Store ในเซตนิวอิงแลนด์ ในขณะที่มีกฎหมายปิดกิจการในวันอาทิตย์ และต่อมาในปี ค.ศ. 1977 รัฐได้ปรับปรุงกฎหมายปิดกิจการในวันอาทิตย์ ทำให้ Thornton ต้องทำงานในวันอาทิตย์ เพื่อทำงานให้ทันต่องานนั้น โดยผู้จัดการถูกกำหนดให้ต้องทำงานในวันอาทิตย์ที่ 3 หรือที่ 4 ของเดือน จนกระทั่งปลายปี ค.ศ. 1979 Thornton ได้ยื่นขอหยุดงานในวันอาทิตย์โดยอ้างว่าเพื่อการปฏิบัติศาสนา บริษัทได้ปฏิเสธการขอหยุดงานทุกวันอาทิตย์ของ Thornton และเสนอให้เขาโยกย้ายไปทำงานที่สาขาอื่นในมลรัฐแมสซาชูเซตส์ที่มีนโยบายในการปิดร้านวันอาทิตย์ ซึ่งเขาปฏิเสธการโยกย้าย บริษัทได้เสนอให้ไปทำงานในตำแหน่งอื่นที่ไม่ใช่ตำแหน่งผู้จัดการ และลดค่าจ้างในการทำงานลง ซึ่ง Thornton ได้ปฏิเสธการไปทำงานในตำแหน่งอื่น

ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐเห็นว่า กฎหมายคอนเนตทิคัตที่กำหนดให้ลูกจ้างมีสิทธิอย่างสมบูรณ์และไม่เหมาะสม (absolute and unqualified right) ที่จะไม่ทำงานในวันใดเนื่องจากการปฏิบัติทางศาสนาโดยเป็นผู้มีสิทธิในการกำหนดวันทำงานดังกล่าวได้ฝ่ายเดียว นั้น ละเมิดหลักการสถาปนาศาสนา (Establishment Clause) เพราะกฎหมายให้นำหนักไปทางกลุ่มผู้ปฏิบัติศาสนาอยู่เหนือกลุ่มผลประโยชน์ นายจ้างและลูกจ้างคนอื่นในสถานที่ทำงาน โดยไม่คำนึงถึงความสะดวกสบายหรือผลประโยชน์ของนายจ้างหรือลูกจ้างคนอื่น ที่ได้มีวันศักดิ์สิทธิ์ทางศาสนา นายจ้างและบุคคลอื่นต้องปรับปรุงกิจการตามที่กฎหมายกำหนดทุกครั้ง เมื่อมีการเรียกร้องให้นายจ้างต้องปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าว โดยกฎหมายไม่ได้กำหนดข้อยกเว้นไว้ กฎหมายดังกล่าวได้สร้างภาระทางเศรษฐกิจต่อนายจ้างหรือสร้างภาระต่อลูกจ้างคนอื่นที่ต้องทำงานแทนลูกจ้างที่ต้องการหยุดงานเนื่องจากเหตุผลทางศาสนา และ

ยิ่งกว่านั้น กฎหมายไม่คำนึงถึงว่านายจ้างได้ดำเนินการอย่างไรมาบ้าง เพื่อเป็นการอำนวยความสะดวกในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวหรือไม่

16. ค.ศ. 1987 Hobbie v. Unemployment Appeals Commission of Florida³

ประเด็นที่ศาลพิจารณาคือ มลรัฐฟลอริดาละเมิดเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนาหรือไม่ ในกรณีปฏิเสธไม่จ่ายเงินชดเชยการว่างงานให้กับบุคคลที่ถูกให้ออกจากงาน เนื่องจากปฏิเสธการทำงานในบางรอบเวลางาน เพราะความเชื่อทางศาสนา

ข้อเท็จจริงในคดีนี้มีว่า Paula Hobbie เป็นลูกจ้างบริษัทอัญมณี Lawton ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1981 โดยเริ่มทำงานตั้งแต่ตำแหน่งพนักงานฝึกหัดจนถึงได้เป็นผู้ช่วยผู้จัดการบริษัท ใน ปี ค.ศ. 1984 Hobbie ได้แจ้งหัวหน้างานว่า ตนได้เข้ารับความเชื่อในศาสนาคริสต์นิกาย Seventh-day Adventist Church และด้วยเหตุผลทางศาสนาทำให้ไม่สามารถทำงานได้ในวันศักดิ์สิทธิ์ (Sabbath) ตั้งแต่ระหว่างเวลาหลังพระอาทิตย์ตกดินในวันศุกร์ถึงพระอาทิตย์ตกดินในวันเสาร์ ซึ่งหัวหน้างานได้ทำการเปลี่ยนกะงานกับเธอแทน จนกระทั่งผู้จัดการทั่วไปของบริษัทได้ทราบเรื่องดังกล่าว และได้มีการพูดคุยระหว่าง Hobbie และบาทหลวงของศาสนานิกายดังกล่าว (minister) ต่อมาผู้จัดการได้แจ้งให้ Hobbie เลือกระหว่างการทำงานตามรอบงานของตนเองกับการลาออกจากงาน Hobbie ปฏิเสธที่จะเลือก บริษัทจึงได้ไล่เธอออกจากงาน ต่อมา Hobbie ได้ยื่นคำร้องขอค่าชดเชยการว่างงาน (unemployment benefits) จากกระทรวงแรงงานมลรัฐฟลอริดา (Department of Labour and Employment Security) ซึ่งตามบทบัญญัติกฎหมายของมลรัฐฟลอริดา ผู้ที่จะได้รับค่าชดเชยดังกล่าวต้องเป็น “ผู้ไม่มีงานทำ ที่ไม่ได้เกิดจากความผิดของตนเอง” ซึ่งบริษัท Lawton แจ้งว่า Hobbie เป็นผู้ที่มีพฤติกรรมไม่เหมาะสมที่เกี่ยวข้องกับงาน (misconduct connected with her work)⁴ Hobbie ถูกปฏิเสธไม่ได้รับค่าชดเชย

³ 480 U.S. 136 (1987)

การว่างงาน และศาลอุทธรณ์ของมลรัฐฟลอริดาขึ้นตามความเห็นของคณะกรรมการ (Unemployment Appeals Commission)

ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาวินิจฉัยว่า⁵ รัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1คุ้มครองเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนาของลูกจ้างที่หันมานับถือศาสนาหรือเปลี่ยนแปลงศาสนาภายหลังจากได้ถูกจ้างงานไปแล้ว การเปลี่ยนศาสนาภายหลังของ Hobbie ไม่ใช่สาระสำคัญในการพิจารณาว่ามีการกีดกันทำให้เกิดอุปสรรคกับ Hobbie ในการปฏิบัติศาสนาหรือไม่ ซึ่งในคดี Sherbert และคดี Thomas และคดีนี้ ลูกจ้างถูกบังคับให้เลือกระหว่างความซื่อสัตย์ต่อความเชื่อทางศาสนาของตนกับการยังคงมีงานทำต่อไป การลงโทษด้วยการไม่ให้ได้รับสิทธิประโยชน์จากการว่างงานทำให้เกิดการบังคับที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และปฏิเสธว่าการให้สิทธิประโยชน์กับ Hobbie คือ การละเมิดหลักการสถาปนาศาสนา ซึ่งศาลเห็นว่า ศาลได้ยอมรับมาเป็นระยะเวลาอันยาวนานแล้วว่า ในบางครั้งรัฐต้องอำนวยความสะดวกต่อการปฏิบัติศาสนาและการกระทำของรัฐในลักษณะดังกล่าวไม่ถือเป็นการละเมิดหลักการสถาปนาศาสนา เช่น ในคดี Wisconsin v. Yoder และคดี Walz v. Tax

⁴ Fla. Stat. 443.036 (24) Z1985) The Florida statute defines “misconduct” as follows:

‘Misconduct’ includes, but is not limited to, the following, which shall not be construed in pari material with each other:

- (a) Conduct evincing such willful or wanton disregard of an employer’s interests as is found in deliberate violation or disregard of standards of behavior which the employer has the right to expect of his employee; or
- (b) Carelessness or negligence of such a degree or recurrence as to manifest culpability, wrongful intent, or evil design or to show an intentional and substantial disregard of the employer’s interests or of the employee’s duties and obligations to his employer.

⁵ เสียงข้างมาก ได้แก่ Brennan, White, Marshall, Blackmun, O’Connor, Scalia, Powell, Stevens และเสียงข้างน้อย ได้แก่ Rehnquist

Commission รัฐต้องแสดงประโยชน์ของรัฐที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ (Compelling state interest) ในการดำเนินการดังกล่าว

17. ค.ศ. 1989 คดี Frazee v. Illinois⁶

ประเด็นที่ศาลพิจารณา คือ สามารถยกข้ออ้างเรื่องการปฏิบัติศาสนา มาเป็นเหตุวินิจฉัยว่า บุคคลขาดคุณสมบัติในการขอรับสิทธิผลประโยชน์จากการว่างงาน เพราะบุคคลปฏิเสธที่จะสมัครงานที่เหมาะสมหรือยอมรับตำแหน่งงานที่เหมาะสม ที่ได้รับการเสนอ นั้น ตามกฎหมายประกันการว่างงาน (The Illinois Unemployment Insurance Act) ของมลรัฐอิลลินอยส์ อันเป็นการลิดรอนเสรีภาพในการประกอบกิจกรรมทางศาสนาหรือไม่

ศาลวินิจฉัยว่า “ความเชื่อทางศาสนาส่วนบุคคลอย่างจริงจัง” ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ แม้บุคคลไม่ได้ปฏิญาณตนเป็นสมาชิกของศาสนาที่ได้รับการจัดตั้ง (established church) ที่มีหลักคำสอนหรือข้อบัญญัติห้ามการทำงานในวันอาทิตย์ แต่มีความเชื่อโดยจริงใจว่า ศาสนาที่ตนนับถือห้ามไม่ให้มีการทำงานใดๆ ในวันอาทิตย์ การปฏิเสธสิทธิประโยชน์จากการว่างงานเป็นการลิดรอนสิทธิและเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนา และศาลไม่พบผลประโยชน์ของรัฐที่มากเพียงพอที่จะบังคับใช้อำนาจรัฐเหนือเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนาในคดีนี้ ซึ่งคดีนี้ Frazee ผู้ร้องได้ยืนยันว่าเขาเป็นคริสเตียน แต่ไม่ได้เป็นสมาชิกของนิกายใดๆ ซึ่งในความเป็นจริงแล้วมีหลายนิกายของศาสนาคริสต์ที่ไม่มีข้อบังคับในการห้ามทำงานในวันอาทิตย์ แต่ความเป็นจริงนี้ก็ไม่ใช่เป็นการ “ลดทอน” การคุ้มครองตามหลักสิทธิเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนาของ Frazee

ศาลอธิบายว่า การเป็นสมาชิกในกลุ่มนิกายศาสนาโดยเฉพาะกลุ่มที่มีข้อบัญญัติเฉพาะที่ห้ามสมาชิกทำงานในวันอาทิตย์นั้นเป็นการง่ายในการวินิจฉัยหาข้อสรุปปัญหาเรื่อง “ความเชื่ออย่างจริงจังในการปฏิบัติตามหลักศาสนา” แต่ในกรณีการปฏิเสธรับงานของ Frazee นั้นอยู่บนหลัก “ความเชื่อทางศาสนาอย่างจริงจัง

⁶ 489 U.S. 829 (1989)

ส่วนบุคคล” ซึ่งได้รับความคุ้มครองจากรัฐธรรมนูญ ศาลไม่เห็นด้วยกับคำอธิบายของมลรัฐอิลลินอยส์ที่ว่า จริงอยู่ที่การปฏิบัติตามความเชื่อของ Frazee ถือว่าเป็นการปฏิบัติทางศาสนา แต่ไม่เพียงพอที่จะนำมาถ่วงน้ำหนักอ้างเพราะการปฏิบัติตามความเชื่อนั้น ไม่ได้เป็นไปตามข้อบัญญัติหรือหลักคำสอนทางศาสนาที่ Frazee เป็นสมาชิก

18. ค.ศ. 1990 คดี *Petit v. Minnesota*⁷

ประเด็นที่ศาลพิจารณาคือ กฎหมายทั่วไปของมินนิโซตา มาตรา 6513⁸ ที่ตราขึ้นในปี ค.ศ. 1894 บัญญัติห้ามการเปิดร้านตัดผมในวันอาทิตย์เพราะไม่ใช่งานที่จำเป็นหรือการกุศล นั้น ศาลเห็นว่า “การงานที่จำเป็น” นั้น ไม่จำเป็นต้องรวมร้านตัดผม ซึ่งเจตนากรณีในการห้ามทำงานในวันอาทิตย์นั้น เพื่อคุ้มครองลูกจ้างให้ปลอดภัยจากการทำงานและให้ได้รับการพักผ่อนแบบเต็มวัน ถ้าอนุญาตให้เปิดกิจการได้ลูกจ้างก็ต้องมาทำงานต่อไป ซึ่งศาลเห็นว่า กิจการร้านตัดผมมักเปิดจนกระทั่งเวลาเย็นทุกวันและตลอดวัน ซึ่งลูกจ้างทำงานมากกว่ากิจการประเภทอื่นๆ โดยเฉพาะต้องทำงานหนักในวันเสาร์กลางวันและเย็น และผู้ชายมักมีนิสัยชอบตัดผม การตัดผมมาจนถึงวันอาทิตย์ หากร้านเปิดวันอาทิตย์ได้ ลูกจ้างก็ต้องถูกพรากสิทธิในการได้รับวันพักผ่อน ซึ่งศาลเห็นว่าฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้ทำเกินกรอบอำนาจในการกำหนดห้ามร้านตัดผมเปิดทำการในวันอาทิตย์ ซึ่งในคดีนี้ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐได้เทียบเคียงคำวินิจฉัยของศาลสูงสุดคดี *Hennington v. Georgia* ว่า ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจออกหลักเกณฑ์ในการส่งเสริมความเป็นระเบียบเรียบร้อย ความสะดวกสบาย ความสุข และสุขภาพของประชาชน ในเรื่องกำหนดวันทำงานภายในมลรัฐ และประเภทการงานที่จำเป็นและการกุศล ที่เป็นข้อยกเว้น ซึ่งศาลเห็นว่า การที่ฝ่ายนิติบัญญัติ

⁷ 177 U.S. 164 (1990).

⁸ All labor on Sunday is prohibited, excepting the works of necessity or charity, In works of necessity or charity is included whatever is needful during the day for good order health, or comfort of the community: Provided, however, That keeping open a barber shop on Sunday for the purpose of cutting hair and shaving beards shall not be deemed a work of necessity or charity.

กำหนดร้านตัดผมไว้ว่าไม่สามารถเปิดทำการได้วันอาทิตย์ได้ก็เพื่อเกิดความชัดเจนให้ไม่ต้องตีความว่า “ร้านตัดผม” เป็นกิจการที่จำเป็นหรือไม่ ซึ่งไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติแต่อย่างใด และแนววินิจฉัยคดีของประเทศอังกฤษ (House of Lord) ที่วินิจฉัยว่าการตัดผมในวันอาทิตย์ไม่ใช่สิ่งจำเป็นหรือการกุศลแต่อย่างใด และคำพิพากษาของหลายมลรัฐก็เป็นไปในแนวทางเดียวกัน

3. บทสรุป

กฎหมายปิดกิจการในวันอาทิตย์ (Sunday Closing Laws) เป็นที่ยอมรับว่ามีรากฐานที่มาจากเรื่องศาสนาคริสต์และศาสนายูดาย จากบทบัญญัติที่ 4 ในบทบัญญัติ 10 ประการ ที่กำหนดให้มีวันศักดิ์สิทธิ์ของพระเจ้า ที่ห้ามการทำงานทุกชนิดเพื่อให้ทาส สัตว์ ทุกชนิดได้มีโอกาสพักผ่อนหนึ่งวันต่อสัปดาห์ ซึ่งศาสนายูดายมักถือวันเสาร์เป็นวันศักดิ์สิทธิ์ ส่วนศาสนาคริสต์นิกายมักถือเอาวันอาทิตย์เป็นวันหยุด ในอดีตการห้ามทำกิจกรรมในวันอาทิตย์เป็นเรื่องที่เคร่งครัดมาก ถึงขั้นกำหนดให้กิจกรรมที่กระทำในวันอาทิตย์เป็นโมฆะและไม่สามารถเรียกร้องความเสียหายที่เกิดขึ้นจากกิจกรรมที่กระทำในวันอาทิตย์ แต่ปัจจุบันได้มีความเปลี่ยนแปลงไปมาก บางมลรัฐได้กำหนดกิจกรรมเป็น 2 ลักษณะ คือ กิจกรรมที่อนุญาตให้กระทำได้กับกิจกรรมที่ไม่อนุญาตให้กระทำ โดยอาจกำหนดเขตพื้นที่และช่วงเวลาที่ยอนุญาตและไม่อนุญาตให้ทำได้ เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองวันศักดิ์สิทธิ์ ให้มีบรรยากาศที่เอื้อให้บุคคลได้ประกอบกิจกรรมทางศาสนา เช่น งดกิจกรรมบริเวณรอบศาสนสถาน ห้ามกิจกรรมที่ป่าเถื่อนโหดร้ายขัดต่อหลักศาสนา ห้ามขายสุรา เป็นต้น โดยเป็นอำนาจระดับมลรัฐและระดับท้องถิ่นในการกำหนดวันหยุดพร้อมกันในสัปดาห์ (common period of rest) ในหลายมลรัฐจึงมีกฎหมายหยุดทำงานในวันอาทิตย์ของตนเอง ถือเป็นการกำหนดให้หยุดงานโดยพร้อมเพรียงกัน ซึ่งกฎหมายดังกล่าวมีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขแตกต่างกันไปได้ และไม่ใช่ประชาชนทุกคนจะสนับสนุนกฎหมายดังกล่าว แม้แต่ผู้ที่นับถือศาสนาคริสต์เอง ประเด็นดังกล่าวจึงมักถูกหยิบยกขึ้นพุดจากรันเป็นระยะ ถึงบางขณะมีการรณรงค์ให้ยกเลิกกฎหมายดังกล่าวเสียเลย

ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้วางหลักไว้ว่า กฎหมายหยุดงานวันอาทิตย์นั้น แม้มีจุดกำเนิดมาจากเรื่องทางศาสนา แต่ผลประโยชน์ที่ได้รับจากการกำหนดให้วันอาทิตย์เป็นวันพักผ่อนกลับเป็นประโยชน์ที่ไม่เกี่ยวกับศาสนาด้วย และดูเหมือนจะเป็นประโยชน์มากกว่าทางศาสนา กลายเป็นกฎหมายสวัสดิการสังคมที่มีวัตถุประสงค์ที่ชัดเจนเพื่อกำหนดวันหยุดงานของประชาชนอย่างพร้อมเพรียงเพื่อบรรยากาศของการสันตนาการ ความสดใส การปล่อยวาง ความสนุกสนานและการพัฒนาสุขภาพของประชาชน ซึ่งประโยชน์เหล่านี้คงไม่เกิดขึ้น หากรัฐอนุญาตให้บุคคลเลือกวันหยุดหนึ่งวันในสัปดาห์โดยไม่พร้อมกัน แม้มีกิจการบางประเภทหรือนายจ้างบางคนต้องเสียประโยชน์จากการต้องหยุดงานในวันอาทิตย์บ้างก็ตาม แต่ก็ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในหลักเสรีภาพทางศาสนาและหลักสถาปนาศาสนาตามรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1 (McGowan v. Maryland, Two Guys v. McGinley, Braunfeld v. Brown, Gallagher v. Crown Kosher Market, Arlan's Department Store v. Kentucky, Petit v. Minnesota) และยิ่งวางหลักให้ลูกจ้างสามารถได้รับสิทธิค่าชดเชยจากกองทุนประกันการว่างงาน ในกรณีการถูกเลิกจ้างเนื่องจากปฏิเสธที่จะทำงานในวันศักดิ์สิทธิ์ได้ (Sherbert v. Verner, Hobbie v. Unemployment Appeals Commission of Florida, Frazee v. Illinois)

ปรัชญาในการกำหนดให้บุคคลและสัตว์ต้องได้รับวันหยุดดังกล่าว ได้พัฒนาเป็นหลักกฎหมายเพื่อคุ้มครองแรงงานในนานาอารยประเทศที่นายจ้างไม่อาจปฏิเสธสิทธิของลูกจ้างในการต้องมีวันหยุดอื่นต่อไป แต่อย่างไรก็ตาม การอ้างเหตุผลทางศาสนาเป็นเหตุหยุดงานนั้น ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาเห็นว่าไม่อาจกำหนดให้ลูกจ้างรายใดรายหนึ่งสามารถกำหนดวันหยุดงานได้ด้วยตนเองจากเหตุผลทางศาสนา โดยผลักภาระไปให้นายจ้างและลูกจ้างรายอื่นจนเกินสมควรได้ (Trans World Airlines, Inc. v. Hardison, Estate of Thornton v. Caldor)

ภาคผนวก

McGowan v. Maryland

366 U.S. 420 (1961)

ข้อเท็จจริง

ลูกจ้างของห้างสรรพสินค้าขนาดใหญ่ ที่ตั้งอยู่บนถนนไฮเวย์ ในเขตการปกครองท้องถิ่น Anne Arundel County มลรัฐแมริแลนด์ ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดกฎหมายที่ห้ามจำหน่ายสินค้าบางประเภท ได้แก่ วัสดุสำหรับเข้าเล่ม วัสดุเคลือบผิวพื้น เครื่องเย็บกระดาษ ลวดเย็บกระดาษและของเล่นในวันอาทิตย์ (Sunday Closing Laws) และถูกปรับเป็นจำนวน 5 ดอลลาร์ โดยสินค้าที่กฎหมายอนุญาตให้ขายได้ในวันอาทิตย์ เช่น บุหรี่ นม ลูกอม ขนมปัง ผลไม้ แก๊สโซลีน น้ำมันรถ น้ำมันหล่อลื่น ยา หนังสือพิมพ์และวารสาร และปัจจุบันกฎหมายเพิ่มสิ่งที่ยกเว้นให้จำหน่ายได้อีก อาทิ อุปกรณ์ที่ใช้ในโรงพยาบาล ของที่ระลึก อุปกรณ์สำหรับรถยนต์และเรือ และยกเว้นร้านค้าปลีกที่จ้างลูกจ้างไม่เกินหนึ่งคนนอกเหนือจากเจ้าของกิจการสามารถเปิดกิจการได้ในวันอาทิตย์ กฎหมายหลายมาตราของมลรัฐแมริแลนด์ห้ามกิจกรรมบางประเภทในวันอาทิตย์หรือจำกัดกิจกรรมบางประเภทให้สามารถกระทำได้ในเฉพาะบางช่วงเวลา สถานที่ และเงื่อนไขบางประการเท่านั้น ลูกจ้างในคดีดังกล่าวโต้แย้งว่า กฎหมายละเมิดหลักความเสมอภาคและกระบวนการที่ขบด้วยกฎหมาย (Equal Protection and Due Process Clause) เป็นกฎหมายที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 14 และหลักการสถาปนาศาสนา ตามรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1

คำพิพากษา

ศาลพิพากษา⁹ว่า กรณีกฎหมายมาตรา 27, 521¹⁰ บัญญัติห้ามการใช้

⁹ เสียงข้างมาก ได้แก่ Earl Warren, Hugo Black, Felix Frankfurter, William O. Douglas, Tom C. Clark, John M. Harlan, William J. Brennan, Charles E. Whittaker, Potter Stewart

เสียงข้างน้อย ได้แก่ Douglas

¹⁰ “ 521. - Sale, etc., of merchandise on Sunday; exceptions.

“(a) Sunday sales of merchandise prohibited; excepted articles. - No person in this State shall sell, dispose of, barter, or deal in, or give away any articles of merchandise on Sunday, except retailers, who may sell and deliver on said day tobacco, cigars, cigarettes, candy, sodas and soft drinks, ice, ice cream, ices and other confectionery, milk, bread, fruits, gasoline, oils and greases.

“(b) Additional excepted articles in Anne Arundel County; certain establishments excepted. - In Anne Arundel County, in addition to the articles of merchandise hereinbefore mentioned, retailers may sell, barter, deal in, and deliver on Sunday the following articles of merchandise: butter, eggs, cream, soap and other detergents, disinfectants, vegetables, meats, and all other food or food stuffs prepared or intended for human consumption, automobile accessories and parts, boating and fishing accessories, artificial and natural flowers and shrubs, toilet goods, hospital supplies, thermometers, camera films, souvenirs, surgical instruments, rubber goods, paper goods, drugs, medicines, patent medicines, and all other articles used for the relief of pain or prescribed by a physician; provided, however, that nothing in this subtitle shall be construed to prevent the operation of any retail establishment on Sunday, the operation of which does not entail the employment of more than one person, not including the owner or proprietor.

“(c) Penalty for violation; second and subsequent offenses; revocation of license. - Any person violating any one of the provisions of this section shall be liable to indictment in any court in this State having criminal jurisdiction, and upon conviction thereof shall be fined a sum of not less than twenty nor

แรงงาน การประกอบธุรกิจ และกิจกรรมทางการค้าต่างๆ ในวันอาทิตย์ ผู้ฝ่าฝืนที่มีโทษทางอาญา และการจัดกลุ่มสินค้าและกิจกรรมต่างๆ กฎหมายดังกล่าวขัดต่อหลักการความเสมอภาค (Equal Protection) หรือกฎหมายดังกล่าวกว้างขวางเกินไปที่จะทำให้ทราบได้ว่ากิจกรรมใดเป็นสิ่งต้องห้ามและละเมิดกระบวนการที่ชอบด้วยกฎหมาย (Due process) และกฎหมายดังกล่าวเป็นบทบัญญัติขัดต่อหลักการสถาปนาศาสนา (Establishment Clause) หรือหลักเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนา

more than fifty dollars, in the discretion of the court, for the first offense, and if convicted a second time for a violation of this section, the person or persons so offending shall be fined a sum not less than \$50 nor more than \$500, and be imprisoned for not less than 10 nor more than 30 days, in the discretion of the court, and his, her or their license, if any was issued, shall be declared null and void by the judge of said court; and it shall not be lawful for such person or persons to obtain another license for the period of twelve months from the time of such conviction, nor shall a license be obtained by any other person or persons to carry on said business on the premises or elsewhere, if the person, so as aforesaid convicted, has any interest whatever therein, or shall derive any profit whatever therefrom; and in case of being convicted more than twice for a violation of this section, such person or persons on each occasion shall be imprisoned for not less than thirty nor more than sixty days, and fined a sum not less than double that imposed on such person or persons on the last preceding conviction; and his, her or their license, if any was issued, shall be declared null and void by the court, and no new license shall be issued to such person or persons for a period of two years from the time of such conviction, nor to anyone else to carry on said business wherein he or she is in anywise interested, as before provided for the second violation of the provisions of this section; all the fines to be imposed under this section shall be paid to the State.

“(d) Apothecaries: sale of newspapers and periodicals. - This section is not to apply to apothecaries and such apothecaries may sell on Sunday drugs, medicines, and patent medicines as on week days; and this section shall not apply to the sale of newspapers and periodicals.

(Free Exercise Clause) หรือไม่

ศาลเห็นว่า ในการพิจารณากฎหมายดังกล่าวจำเป็นต้องพิจารณากฎหมายมาตรารองประกอบด้วย เช่น มาตรา 492¹¹ ที่กำหนดห้ามบุคคลทำการงานใดๆ หรือการใช้แรงงานในวันอาทิตย์ และห้ามเด็กหรือลูกจ้างทำงานในวันดังกล่าว หรือห้ามทำกิจกรรมที่เกี่ยวกับการตกปลา การล่าสัตว์ และการทำงานแบบไม่เต็มเวลาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือสันหนนาการต่างๆ เว้นแต่ เป็นงานที่จำเป็นและเป็นการกุศล มาตรา 522¹² ไม่อนุญาตให้เปิดหรือใช้สถานที่เพื่อการดื่มร่ำ การแสดงละครเวที

¹¹ “Sabbath Breaking.

“ 492. - Working on Sunday; Permitting children or servants to game, fish, hunt, etc. - No person whatsoever shall work or do any bodily labor on the Lord’s day, commonly called Sunday; and no person having children or servants shall command, or wittingly or willingly suffer any of them to do any manner of work or labor on the Lord’s day (works of necessity and charity always excepted), nor shall suffer or permit any children or servants to profane the Lord’s day by gaming, fishing, fowling, hunting or unlawful pastime or recreation; and every person transgressing this section and being hereof convicted before a justice of the peace shall forfeit five dollars, to be applied to the use of the county.”

¹² “ 522. - Keeping open or using dancing saloon, opera house, tenpin alley, barber saloon or ball alley on Sunday. - It shall not be lawful to keep open or use any dancing saloon, opera house, tenpin alley, barber saloon or ball alley within this State on the Sabbath day, commonly called Sunday; and any person or persons, or body politic or corporate, who shall violate any provision of this section, or cause or knowingly permit the same to be violated by a person or persons in his, her or its employ shall be liable to indictment in any court of this State having criminal jurisdiction, and upon conviction thereof shall be fined a sum not less than fifty dollars nor more than one hundred dollars, in the discretion of the court, for the first offense; and if convicted a second time for a violation of this section, the person or persons, or body politic or corporate shall be fined a sum not less than one hundred

การโยนโบว์ลิ่ง หรือร้านตัดผม ในวันอาทิตย์ และมาตรา 509¹³ ที่กำหนดยกเว้นเฉพาะเขตการปกครองท้องถิ่น Anne Arundel County ที่สามารถทำกิจกรรมเกี่ยวกับการอาบน้ำ ห้องอาบน้ำ สถานที่เต้นรำ และสวนสนุก รวมถึงกิจกรรมที่เกี่ยวข้องและการค้าปลีกที่โดยจารีตแล้วจำหน่ายในบริเวณดังกล่าว และการดำเนิน

nor more than five hundred dollars; and if a natural person shall be imprisoned, not less than ten nor more than thirty days in the discretion of the court; and in the case of any conviction or convictions under this section subsequent to the second, such person or persons, body politic or corporate shall be fined on each occasion a sum at least double that imposed upon him, her, them or it on the last preceding conviction; and if a natural person, shall be imprisoned not less than thirty nor more than sixty days in the discretion of the court; all fines to be imposed under this section shall be paid to the State.”

¹³ “ 509. - Beaches, amusement parks, picnic groves, etc., in Anne Arundel County. - It shall be lawful to operate, work at, or be employed in the occupations of operating any bathing beach, bathhouse, amusement park, dancing saloon, the sale or selling of any novelties, souvenirs, accessories, or other merchandise essential to, or customarily sold at, or incidental to, the operation of the aforesaid occupations and businesses, at retail, picnic groves, amusements, games, amusement rides, amusement devices, entertainments, shows and the hiring or renting of boats, tables, chairs, beach umbrellas, on the first day of the week, commonly called Sunday, within Anne Arundel County, and 492, 521 and 522 of this article are repealed, in so far and to the extent that they prohibit the operating of and/or the working of or employment of persons in the operation of any bathing beach, bathhouse, amusement park, dancing saloon, the sale or selling at retail of any merchandise, essential to or customarily sold or incidental to the operation of the aforesaid occupations or businesses, picnic groves, amusements, games, amusement rides, amusement devices, entertainments, shows, and the hiring and renting of boats, tables, chairs, beach umbrellas, on the first day of the week, commonly called Sunday, in Anne Arundel County.”

กิจการที่เกี่ยวข้องกับอาชีพและธุรกิจดังกล่าว มาตรา 90 ห้ามจำหน่ายสุราในวันอาทิตย์ แต่อย่างไรก็ตาม ภายหลังจากมีการแก้ไขกฎหมายดังกล่าว ให้จำหน่ายเครื่องดื่มที่มีแอลกอฮอล์ได้บางประเภท ในบางเวลา ในบางพื้นที่ และกฎหมายมาตราอื่นๆ ที่กำหนดข้อยกเว้นในเรื่องดังกล่าวในแต่ละเขตการปกครองส่วนท้องถิ่นในมลรัฐ ซึ่งส่วนใหญ่กิจกรรมที่อนุญาตในบางพื้นที่ให้ทำได้ในวันอาทิตย์ เช่น กีฬา ฟุตบอล เบสบอล กอล์ฟ เทนนิส โบว์ลิ่ง ฯลฯ การร้องเพลง การเล่นดนตรี การจัดแสดงภาพยนตร์ การเต้นรำ กิจกรรมสันทนาการต่างๆ ซึ่งในบางพื้นที่กิจกรรมทุกประเภท ถูกห้ามทั้งหมดตลอดวัน บางพื้นที่ห้ามจนกระทั่งภายหลังเที่ยงหรือในเวลาเย็น เนื่องจากผู้ที่นับถือศาสนาคริสต์จะต้องไปโบสถ์ในวันอาทิตย์ 2 ครั้ง คือ เวลาเช้าและเวลาเย็น บางพื้นที่ห้ามดำเนินกิจกรรมใกล้เคียงโบสถ์ในระยะที่กำหนดในขณะที่มีการประกอบพิธีกรรมทางศาสนา โดยเห็นว่า

ประเด็นที่ 1 กรณีมาตรา 27,521 เป็นบทบัญญัติที่ละเมิดหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 14 หรือไม่ ศาลเห็นว่า รัฐธรรมนูญให้มลรัฐมีอำนาจใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวางในการตรากฎหมายที่มีผลกระทบต่อบุคคลบางกลุ่มแตกต่างกัน รัฐธรรมนูญคุ้มครองเฉพาะกรณีที่เป็นการจัดกลุ่มมาจากมูลฐานที่ไม่เกี่ยวกับวิถีทางที่ทำให้เจตนากรณีในการตรากฎหมายของมลรัฐบรรลุผลได้ และศาลเห็นว่า การจัดกลุ่มของสินค้าที่สามารถจำหน่ายได้ในวันอาทิตย์ตามมาตราดังกล่าว ไม่อาจกล่าวได้ว่าปราศจากเหตุผลและความสำคัญที่เป็นส่วนสำคัญในการบรรลุวัตถุประสงค์ของฝ่ายนิติบัญญัติ หรือเป็นการใช้อำนาจดุลพินิจที่กว้างขวาง โดยเฉพาะในกรณีที่อนุญาตเฉพาะร้านค้าปลีกในเขตการปกครองท้องถิ่น Anne Arundel County จำหน่ายสินค้าที่จำเป็นต่อการอาบน้ำ สอนสนุก นั้น ไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมต่อร้านค้าปลีกในเขตการปกครองท้องถิ่นอื่นในมลรัฐแมริแลนด์ โดยฝ่ายนิติบัญญัติได้มีเจตนากรณีในการคุ้มครองสุขภาพของประชาชน และเพิ่มบรรยากาศของการสันทนาการในวันอาทิตย์ และต้องการเครื่องดื่มต่างๆ และครอบครัวที่เดินทางไปนอกเมืองย่อมต้องการน้ำมหรธเช่นกัน สำหรับกรณีกฎหมายกำหนดห้ามกิจกรรมแตกต่างกันในบางพื้นที่นั้น ศาลเห็นว่าความเสมอภาคเกี่ยวข้องกับเสมอภาคระหว่างบุคคล ไม่ได้เกี่ยวข้องกับพื้นที่

และความเหมือนกันตลอดเขตพื้นที่ ซึ่งการใช้ดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติดังกล่าว ไม่พบว่าเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่เป็นธรรม

ประเด็นที่ 2 กรณีมาตรา 27,521 เป็นบทบัญญัติที่ละเมิดหลักการสถาปนาศาสนา และหลักเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนาตามรัฐธรรมนูญ หรือไม่ ศาลเห็นว่า เนื่องจากผู้ร้องอ้างเฉพาะความเสียหายทางเศรษฐกิจ โดยไม่ได้อ้างถึงการละเมิดเสรีภาพทางศาสนา จึงไม่มีประเด็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวละเมิดหลักเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนาหรือไม่ประการใด

ศาลอธิบายว่า จริงอยู่ที่จุดกำเนิดของกฎหมายการหยุดงานวันอาทิตย์เกิดจากความพยายามในการส่งเสริมให้ประชาชนเข้าร่วมกิจกรรมทางศาสนาในวันอาทิตย์ และเป็นการคุ้มครองวันสักการะของคริสตศาสนิกชน แต่ผลประโยชน์ที่ได้รับจากการกำหนดให้วันอาทิตย์เป็นวันพักผ่อนกลับเป็นเพื่อวัตถุประสงค์ฆราวาส (secular purpose) มากกว่าผลประโยชน์ทางศาสนา และกลายเป็นหนึ่งในกฎหมายสวัสดิการสังคมที่มีวัตถุประสงค์ชัดเจนในการกำหนดวันหยุดของประชาชนอย่างพร้อมเพรียงกันเพื่อการสร้างบรรยากาศของการสันถนาการ ความสดใสรื่นรมย์ การปล่อยวาง ความสนุกสนานและการพัฒนาสุขภาพของประชาชน ซึ่งผลประโยชน์ของรัฐเหล่านี้ไม่สามารถเกิดขึ้นได้ถ้ารัฐอนุญาตให้ประชาชนเลือกวันหยุดหนึ่งวันในแต่ละอาทิตย์เพื่อพักผ่อนจากงาน

ศาลได้ทบทวนความเป็นมาของกฎหมายปิดกิจการวันอาทิตย์ว่า เริ่มมาจากกฎหมายของประเทศอังกฤษ ในปี ค.ศ. 1237 พระเจ้าเฮนรีที่ 3 ห้ามมีตลาดค้าขายในวันอาทิตย์ ค.ศ. 1354 เอ็ดเวิร์ดที่ 3 ห้ามจำหน่ายไหมทอผ้าจากขนสัตว์ ค.ศ. 1409 เฮนรีที่ 4 ห้ามเล่นเกมสกีที่ไม่ถูกกฎหมายในวันอาทิตย์ ค.ศ. 1444 เฮนรีที่ 6 ห้ามมีตลาดในลานของโบสถ์ในวันอาทิตย์ และสี่ปี ต่อมา กำหนดห้ามการค้าและการทำตลาดทุกชนิดหรือจัดแสดงสินค้า พระเจ้าเอ็ดเวิร์ดที่ 6 ห้ามการทำงานเกี่ยวกับการใช้แรงงานทุกประเภท ใน ค.ศ. 1625 สมัยพระเจ้าชาร์ลที่ 1 มีการห้ามกีฬาและงานรื่นเริง ฯลฯ

สำหรับการหยุดงานในวันอาทิตย์ ในยุคอาณานิคมอเมริกันนั้นเริ่มแต่ปี

ค.ศ. 1650 ในอาณานิคมพลีมัธห้ามการทำงานที่ใช้แรงงาน หรือการเดินทางที่ไม่จำเป็น กีฬา การขายเครื่องดื่มที่มีแอลกอฮอล์ในวันพระเจ้าและกำหนดให้บุคคลต้องไปโบสถ์ ซึ่งในอาณานิคมแมสซาชูเซตส์ คอนเนตทิคัต นิวเฮเวน มีบทกฎหมายใกล้เคียงกัน กฎหมายในลักษณะดังกล่าวได้ใช้ต่อเนื่องมาจนกระทั่งภายหลังการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1

ต่อมา ภายหลังศตวรรษที่ 18 เริ่มมีความเห็นว่า การกำหนดให้หยุดงานหนึ่งวันในวันอาทิตย์นั้นไม่ได้เกิดประโยชน์เฉพาะเรื่องศาสนาเท่านั้น ยังเป็นเรื่องของการพักผ่อนและการฟื้นฟูร่างกายด้วย เป็นเรื่องของความเป็นมนุษย์ เพื่อช่วยคนชั้นล่าง เพื่อมิให้ถูกความทารุณโหดร้ายหรือความเห็นแก่ตัวอย่างรุนแรงของจิตวิญาณแห่งความเห็นแก่ตัวของมนุษย์ที่ใช้แรงงานโดยไม่มีวันหยุด โดยให้ยังคงสามารถประกอบอาชีพของตนได้ โดยมีสุขภาพที่ดีและมีความสุข และในปี ค.ศ. 1679 กฎหมายอาณานิคมโรดไอแลนด์ให้เหตุผลในการบัญญัติกฎหมายดังกล่าวว่า เพื่อเป็นการป้องกันบุคคลที่มีจิตใจชั่วร้าย มักจะถือโอกาสที่จะใช้งานลูกจ้างของตนเกินกว่าความจำเป็นเสมอ และในเวลาต่อมาเริ่มมีการตัดคำว่า “Lord’s day” ออกไป และใช้คำว่า Sunday แทน ใน ค.ศ. 1785 เจมส์ แมดิสัน ได้เสนอกฎหมายลงโทษผู้ที่ไม่หยุดงานในวันศักดิ์สิทธิ์โดยมีโทษปรับ¹⁴

ภายหลังมีการแก้ไขรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1 (1791) แล้ว บทบัญญัติกฎหมายที่บังคับบุคคลให้ไปโบสถ์ก็ถูกยกเลิกไป และต่อมาในประเทศอังกฤษ ระหว่างสงครามโลกครั้งที่ 1 คณะกรรมการตรวจสอบสุขภาพผู้ทำงานในโรงงานผลิตอาวุธยุทโธปกรณ์รายงานว่าจะเกิดผลผลิตสูงสุด ต้องกำหนดให้มี

¹⁴ “If any person on Sunday shall himself be found labouring at his own or any other trade or calling, or shall employ his apprentices, servants or slaves in labour, or other business, except it be in the ordinary household offices of daily necessity, or other work of necessity or charity, he shall forfeit the sum of ten shillings for every such offence, deeming every apprentice, servant, or slave so employed, and every day he shall be so employed as constituting a distinct offence.”

การพักหนึ่งวันต่อสัปดาห์ และบนพื้นฐานทางสังคมและเศรษฐกิจการพักผ่อนประจำสัปดาห์ควรเป็นวันอาทิตย์ ซึ่งภายหลังต่อๆ มา กลุ่มผู้ใช้แรงงานและกลุ่มการค้าก็สนับสนุนแนวความคิดดังกล่าว

ซึ่งเวลาที่ผ่านมาก็ได้มีการแก้ไขปรับปรุงกฎหมายหยุดวันอาทิตย์ไปในหลากหลายรูปแบบ พบว่าปัจจุบัน เกือบทุกมลรัฐมีระบบกฎหมายเกี่ยวกับหยุดงานวันอาทิตย์และเกือบ 40 มลรัฐ เป็นระบบกฎหมายหยุดงานวันอาทิตย์ที่ครบถ้วนสมบูรณ์ ซึ่งหลายมลรัฐบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวโดยกระทรวงแรงงาน (Department of Labour)

จากพัฒนาการกฎหมายปิดงานวันอาทิตย์ที่ผ่านมาหลายศตวรรษ พบว่าในปัจจุบันกฎหมายดังกล่าวเป็นเรื่องทางโลกมากกว่าเป็นเรื่องทางศาสนา และไม่พบความสัมพันธ์กับหลักการสถาปนาศาสนาตามรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา ซึ่งที่ผ่านมาทั้งรัฐบาลสหรัฐและมลรัฐมักดำเนินการในเรื่องใดๆ เพื่อประโยชน์ในเรื่องสุขภาพ ความปลอดภัย สันติภาพ และความอยู่ดีของประชาชน ซึ่งเป็นกรณีของกฎหมายปิดกิจการวันอาทิตย์เช่นกัน

สำหรับกฎหมายวันหยุดในวันอาทิตย์ของมลรัฐแมริแลนด์เดิมที่มาจากเหตุผลทางศาสนาเช่นกัน โดยบัญญัติครั้งแรกในปี ค.ศ. 1649 บัญญัติให้เป็นความผิดอาญาในการดูหมิ่นพระเจ้า โดยการกล่าวคำหยาบ การเมา หรือการสันตนาการที่ไม่เป็นระเบียบเรียบร้อยหรือป่าเถื่อน หรือโดยการทำงานในวันดังกล่าวโดยไม่จำเป็น ค.ศ. 1692 ห้ามมีการทำงานในวันอาทิตย์ ค.ศ. 1723 บทบัญญัติแห่งกฎหมายใกล้เคียงกับในปัจจุบัน โดยยกเลิกความผิดเกี่ยวกับการกล่าวคำหยาบและการเมาสุรา

ความเห็นแย้ง

ผู้พิพากษา Douglas แสดงความเห็นแย้งว่า ปัญหาคือรัฐบังคับกฎหมายนี้โดยกำหนดโทษทางอาญาต่อคนส่วนน้อยที่ไม่ใช่คริสเตียน ที่มีพิธีการสักการะบูชาทางศาสนาในวันที่แตกต่างกันหรือมีความเชื่อทางศาสนาที่แตกต่างกันออกไปจากความเชื่อทางศาสนาของเสียงส่วนใหญ่ รัฐไม่สามารถใช้กฎหมายบังคับให้พลเมือง

ละเว้นจากการกระทำที่ไม่ผิดในการค้าขายในวันอาทิตย์ เพียงเพราะการกระทำนั้น เป็นการละเมิดความรู้สึกของคนส่วนใหญ่ที่นับถือศาสนาคริสต์ เพราะรัฐธรรมนูญห้ามรัฐในการเข้าไปยุ่งเกี่ยวกับปรัชญาทางศาสนาหรือจารีตประเพณีใด รัฐต้องวางตัวเป็นกลาง ประชาชนมีเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนา มีสิทธิที่จะเชื่อ พุด เขียน สื่อ และสนับสนุนที่จะเชื่อหรือไม่เชื่อในศาสนาใด และกฎหมายที่เกิดมาจากประเพณีทางศาสนาไม่สามารถจะอ้างว่าเป็นกฎหมายฆราวาสได้

เห็นว่า ที่มาของกฎหมายปิดกิจการในวันอาทิตย์มาจาก บทบัญญัติ 10 ประการ ของศาสนาคริสต์ ในบทที่ 4 ที่ว่า

“Remember the sabbath day, to keep it holy.

“Six days shalt thou labour, and do all thy work:

“But the seventh day is the sabbath of the LORD thy God: in it thou shalt not do any work, thou, nor thy son, nor thy daughter, thy manservant, nor thy maidservant, nor thy cattle, nor thy stranger that is within thy gates:

“For in six days the LORD made heaven and earth, the sea, and all that in them is, and rested the seventh day: wherefore the LORD blessed the sabbath day, and hallowed it.”

Exodus 20:8-11.

Braunfeld v. Brown

366 U.S.599 (1961)

ข้อเท็จจริง

กลุ่มนักธุรกิจเชื้อสายยิวออธอดอกซ์ ได้คัดค้านกฎหมายปิดกิจการ วันอาทิตย์ที่สร้างผลเสียทางเศรษฐกิจต่อกลุ่มของตนอย่างรุนแรง โดยขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามการบังคับใช้กฎหมายอาญาของมลรัฐเพนซิลเวเนีย ที่บัญญัติขึ้นในปี

ค.ศ. 1959 ห้ามการขายของอุปโภคบริโภคที่ระบุในวันอาทิตย์¹⁵ โดยเห็นว่า กฎหมายฉบับนี้ขัดต่อหลักการสถาปนาศาสนา (establishment of religion) และเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนาของตน (Free Exercise) และหลักความเสมอภาค (equal protection)

โจทก์ Abraham Braunfeld เป็นนักธุรกิจในเมืองฟิลาเดลเฟีย ประกอบกิจการค้าปลีกจำพวกเสื้อผ้าและของตกแต่งบ้าน ซึ่งอยู่ในรายการที่กฎหมายระบุห้ามการค้าขายในวันอาทิตย์ โจทก์เป็นผู้นับถือศาสนา Orthodox Jewish ที่มีข้อปฏิบัติทางศาสนาที่ต้องหยุดทำงานในวันศักดิ์สิทธิ์ ที่เรียกว่า Sabbath คือ การปิดกิจการและเว้นการทำงานอย่างสิ้นเชิง (total abstention) นับตั้งแต่เวลาพระอาทิตย์ตกดินวันศุกร์จนถึงพระอาทิตย์ตกดินในวันเสาร์ โจทก์ได้ยื่นคำร้องต่อศาลขอคำสั่งถาวรเพื่อไม่ให้บังคับใช้กฎหมาย 1959 ที่ขัดต่อหลักเสรีภาพในการประกอบกิจกรรมทางศาสนา (free exercise) ตามรัฐธรรมนูญ ในคำร้องได้กล่าว

¹⁵ “Selling certain personal property on Sunday

“Whoever engages on Sunday in the business of selling, or sells or offers for sale, on such day, at retail, clothing and wearing apparel, clothing accessories, furniture, housewares, home, business or office furnishings, household, business or office appliances, hardware, tools, paints, building and lumber supply materials, jewelry, silverware, watches, clocks, luggage, musical instruments and recordings, or toys, excluding novelties and souvenirs, shall, upon conviction thereof in a summary proceeding for the first offense, be sentenced to pay a fine of not exceeding one hundred dollars (\$100), and for the second or any subsequent offense committed within one year after conviction for the first offense, be sentenced to pay a fine of not exceeding two hundred dollars (\$200) or undergo imprisonment not exceeding thirty days in default thereof.

“Each separate sale or offer to sell shall constitute a separate offense.

“Information charging violations of this section shall be brought within seventy-two hours after the commission of the alleged offense and not thereafter.”

หาว่า ก่อนหน้านั้น โจทก์ได้เปิดกิจการในวันอาทิตย์เพื่อชดเชยที่ต้องปิดกิจการในวันเสาร์ และการปิดกิจการในวันอาทิตย์เป็นผลให้เกิดความเสียหายต่อการทำมาหากินและทำให้โจทก์ไม่สามารถดำเนินธุรกิจต่อไปได้เนื่องจากโจทก์ได้สูญเสียเงินลงทุน (capital investment) ทำให้โจทก์สูญเสียทางธุรกิจอย่างมาก และเป็นผลดีต่อคู่แข่งที่ไม่ต้องหยุดทำการงานในวันศักดิ์สิทธิ์ กฎหมายได้บังคับให้โจทก์ต้องเลือกระหว่างการสูญเสียทางเศรษฐกิจถ้าโจทก์ต้องหยุดทำการงานในวันศักดิ์สิทธิ์กับการยกเลิกการปฏิบัติในวันศักดิ์สิทธิ์เพื่อความอยู่รอดของธุรกิจ นอกจากนั้น โจทก์ยังได้กล่าวหาว่ากฎหมายเป็นอุปสรรคต่อศาสนา Orthodox Jewish ในการชักจูงบุคคลให้มาเป็นสมาชิกของศาสนา และข้อโต้แย้งที่สำคัญ คือ เสรีภาพในการปฏิบัติศาสนาของโจทก์ได้รับอุปสรรคจากการถูกกีดกันจากการดำเนินการของรัฐ

คำพิพากษา

ศาลพิพากษา¹⁶ว่า กฎหมายหยุดวันอาทิตย์ของมลรัฐเพนซิลวาเนียไม่ขัดรัฐธรรมนูญ ผู้พิพากษา Warren เป็นผู้เขียนคำพิพากษาในคดีนี้ ได้อธิบายว่า (1) กฎหมายการปิดกิจการวันอาทิตย์เป็นการกำหนดกฎเกณฑ์กิจกรรมทางฆราวาส (2) กฎหมายไม่ได้ห้ามการปฏิบัติตามความเชื่อทางศาสนาและไม่ได้บังคับให้บุคคลต้องปฏิบัติตามความเชื่อทางศาสนาหรือให้กล่าวหรือเชื่อในสิ่งที่ขัดแย้งกับความเชื่อทางศาสนาของตน (3) กฎหมายไม่ได้ส่งผลกระทบต่อผู้ปฏิบัติ Orthodox Jewish faith ทุกคน นอกจากบุคคลที่ต้องการจะทำงานในวันอาทิตย์ และ (4) โจทก์ยังมีทางเลือกต่างๆ ในการดำเนินธุรกิจ

ผู้พิพากษา Warren ได้อธิบายความเป็นมาของการวิวัฒนาการของกฎหมายการปิดกิจการวันอาทิตย์ (Sunday Closing Laws) โดยอ้างคดี McGowan

¹⁶ เสียงข้างมาก ได้แก่ Hugo Black, Felix Frankfurter, Thomas Clark, Earl Warren, John Harlan, William Brennan, Charles Whitaker,

เสียงข้างน้อย ได้แก่ William Douglas, Potter Stewart, William Brennan, John Harlan (บางส่วน)

ว่า เป็นความพยายามในการกำหนดวันเพื่อความสงบสุข การพักผ่อนและสันติภาพ ให้เป็นวันที่มีบรรยากาศแห่งความสงบและสบายจาก 6 วัน ที่มีการค้าขายตลอดสัปดาห์ ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์เรื่องสุขภาพ ความปลอดภัย จริยธรรม และความเป็นอยู่ที่ดีของพลเมือง เพื่อให้วันที่ความวุ่นวายทั้งหมดของสังคมสงบลง และเกิดบรรยากาศที่รื่นรมย์แทนที่ เป็นเวลาที่สมาชิกในครอบครัวและชุมชนจะมีโอกาสใช้เวลาด้วยกัน เป็นวันที่เพื่อนฝูงและญาติจะได้มีโอกาสไปเยี่ยมเยียนกันจากที่ 'ไม่มีเวลาว่างในวันทำงานปกติ และเป็นหนึ่งในวันในสัปดาห์ที่ผู้ใช้แรงงานจะได้พักผ่อนเพื่อเรียกพลังงานกลับคืนมาอีกครั้ง ซึ่งเหล่านี้คือ ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกังวลของรัฐที่เพิ่มขึ้นเกี่ยวกับสวัสดิการสังคม ในกรณีที่ได้แย้งว่า อาจมีวิธีการอื่นที่รัฐอาจบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้ ศาลได้กล่าวว่า ประเด็นดังกล่าวได้ชี้แจงแล้ว ในคดี McGowan จึงจะไม่กล่าวในที่นี้อีก ซึ่งเห็นว่าวิธีอื่นอาจไม่บรรลุเป้าหมายเท่ากับวันหยุดพร้อมกันนี้

ต่อประเด็นที่ได้แย้งว่า รัฐอาจกำหนดช้อยกเว้นสำหรับผู้หยุดในวันศักดิ์สิทธิ์ในวันอื่นแล้ว สามารถทำกิจการในวันอาทิตย์ได้นั้น ศาลเห็นว่า อาจเป็นการฉลาดที่จะทำเช่นนั้นและหลายมลรัฐก็มีการกำหนดช้อยกเว้นเช่นนั้น แต่ไม่ใช่หน้าที่ของศาลที่จะวินิจฉัยในประเด็นดังกล่าว ซึ่งการกำหนดช้อยกเว้นดังกล่าวอาจทำให้วัตถุประสงค์ของกฎหมายนี้ไม่บรรลุได้ในกรณีการจำกัดบรรยากาศของการวุ่นวาย กิจกรรมทางการค้า และการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวก็จะลำบากกว่าผู้ใดละเมิดกฎหมายนี้บ้าง แทนที่ตำรวจต้องตรวจสอบเพียงวันเดียวก็ต้องตรวจสอบทั้งสองวัน และการอนุญาตให้บุคคลใดหยุดวันอื่นนอกเหนือจากวันอาทิตย์เพื่อเปิดทำกิจการค้าก็อาจมีข้อโต้แย้งจากผู้ที่ต้องหยุดงานวันอาทิตย์ว่า ตนต้องเสียประโยชน์ในการค้าแก่กลุ่มบุคคลดังกล่าวที่เป็นคู่แข่งทางการค้าของตนได้ทำให้เป็นการเลือกปฏิบัติ ดังนั้น เพื่อหลีกเลี่ยงการหยุดวันอาทิตย์ บุคคลเหล่านั้นก็อาจหลีกเลี่ยงไปหยุดวันอื่นแทนได้ และกรณีนี้อาจทำให้รัฐจำต้องสืบหาความเชื่อโดยจริงใจของบุคคลในการปฏิบัติศาสนาได้ ซึ่งการกระทำลักษณะดังกล่าวอาจทำให้รัฐละเมิดรัฐธรรมนูญได้ และท้ายที่สุด เพื่อเป็นการแก้ปัญหาเรื่องการให้มิวันหยุดงานหนึ่งวันต่อสัปดาห์ นายจ้างที่ได้รับการยกเว้นอาจต้องว่าจ้างลูกจ้างที่ได้รับช้อยกเว้นให้ไม่ต้องทำงาน

ในวันอาทิตย์เช่นกันเนื่องจากความเชื่อทางศาสนา ซึ่งการปฏิบัติดังกล่าวรัฐอาจรู้สึกว่าเป็นการขัดแย้งต่อนโยบายของรัฐในการไม่เลือกปฏิบัติในการจ้างงาน

ศาลเชื่อว่า ผู้บัญญัติกฎหมายไม่สามารถคาดถึงว่าจะเกิดผลกระทบทางอ้อมในความเสียหายทางธุรกิจที่อาจจะเกิดต่อบางกลุ่มศาสนา เพราะประเทศชาติมีหลากหลายกลุ่มศาสนาและแนวปฏิบัติทางศาสนาที่แตกต่างกันซึ่งเป็นมรดกของชาติที่สำคัญ จึงเป็นไปได้ที่จะบัญญัติกฎหมายที่ไม่ทำให้เกิดภาระในการปฏิบัติศาสนาของบางกลุ่มศาสนา ถ้าวัตถุประสงค์และผลกระทบของกฎหมายเป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติศาสนาหรือเป็นการเหยียดหรือกีดกันศาสนา กฎหมายฉบับนั้นละเมิดหลักเสรีภาพทางศาสนา (free exercise clause) ภายใต้รัฐธรรมนูญ ถึงแม้อุปสรรคจะเพียงส่งผลทางอ้อม แต่หากรัฐบัญญัติกฎหมายภายในอำนาจของรัฐ วัตถุประสงค์และผลกระทบเพื่อการจรรโลงเป้าหมายของรัฐที่ไม่เกี่ยวกับศาสนา กฎหมายฉบับนั้นไม่เป็นการละเมิดรัฐธรรมนูญ แม้กฎหมายจะสร้างผลกระทบทางอ้อมต่อการปฏิบัติศาสนา เช่น ในคดี McGowan ที่รัฐมีอำนาจในการกำหนดวันพักผ่อนสำหรับผู้ใช้แรงงานทุกคนในช่วงเวลาเดียวกันเพื่อสมาชิกครอบครัวและชุมชนจะได้มีโอกาสใช้เวลาร่วมกันและเพื่อพัฒนาตนเอง

นอกจากนั้นแล้ว เสรีภาพในการปฏิบัติทางศาสนาไม่ได้หมายถึงบุคคลมีเสรีภาพอย่างสมบูรณ์โดยปราศจากข้อจำกัดต่างๆ ของกฎหมายและบุคคลไม่อาจละเว้นจากข้อจำกัดของกฎหมายเมื่อกิจกรรมทางศาสนานั้นละเมิดหน้าที่ต่อสังคมหรือระเบียบอันดีของสังคมหรือขัดแย้งกับผลประโยชน์สาธารณะ เช่น ในคดี Reynolds ที่ศาลพิพากษาว่า การมีภรรยาหลายคนตามความเชื่อของศาสนานิกายมอรมอนเป็นความผิดเพราะเป็นการละเมิดหน้าที่และระเบียบเรียบร้อยอันดีของสังคม หรือในคดี Prince ที่กฎหมายกำหนดห้ามเด็กผู้หญิงอายุต่ำกว่า 18 ปี ขายหนังสือพิมพ์ หนังสือรายปักษ์หรือค้าขายใดในสถานที่สาธารณะขณะ

ผู้นับถือ Jehovah's Witnesses เชื่อว่า กิจกรรมดังกล่าวเป็นหน้าที่ของเด็กผู้หญิง กฎหมายไม่ได้ขัดแย้งกับหน้าที่ในการปฏิบัติศาสนาของ Braunfeld เพียงแต่กฎหมายทำให้เขาต้องจ่ายแพงมากขึ้นในการปฏิบัติตามคำสอนของศาสนา นอกจากนั้น ไม่ใช่ผู้นับถือศาสนา Orthodox Jews ทุกคนที่ได้รับผลกระทบจาก

กฎหมาย ยกเว้นผู้ที่ต้องการทำงานในวันอาทิตย์เท่านั้น

ความเห็นแย้ง

ผู้พิพากษา Harlan และผู้พิพากษา Brennan เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของศาลใน ส่วนที่ว่า กฎหมายมลรัฐเพนซิลเวเนียไม่ขัดต่อหลักการสถาปนาศาสนาและหลักความเสมอภาค แต่ขัดต่อหลักเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนา

โดยเห็นว่า คุณค่าของรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 มุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองเสรีภาพของบุคคลมากกว่าความสำเร็จหรือจุดมุ่งหมายของส่วนรวม ซึ่งโจทก์เป็นเจ้าของร้านค้าปลีกเล็กๆ และยอมหยุดงานในวันศุกร์กลางวันและวันเสาร์ที่เชื่อว่าเป็นวันที่ดีที่สุดในการทำงานค้า เพื่อปฏิบัติตามความเชื่อทางศาสนาของตน และมาเปิดชดเชยในวันอาทิตย์ ซึ่งความสามารถในการเลี้ยงตัวดำรงชีพของโจทก์ถูกทำลายอย่างยิ่งในการที่ต้องหยุดงานวันอาทิตย์อีกหนึ่งวัน ซึ่งในคดีนี้ศาลไม่ได้พิจารณาให้เห็นระหว่างกฎหมายนี้กับวัตถุประสงค์ที่ชอบของฝ่ายนิติบัญญัติหรือสาระและความสำคัญของประโยชน์ของรัฐและความชอบด้วยเหตุผล ซึ่งหากอนุญาตให้มีช้อยกเว้นสำหรับการทำงานในวันอาทิตย์ได้ ก็อาจจะมีเสียงดังเพิ่มขึ้นเล็กน้อยในพื้นที่ และทำให้ตำรวจหรือัยการทำงานยากขึ้นอีกสักหน่อย แต่ก็เป็นความจริงด้วยที่ว่า 21 จาก 34 มลรัฐ มีช้อยกเว้นเช่นที่กล่าวมานี้ แต่ก็ได้ถือได้ว่ารัฐทั้งหลายนั้นมีเสียงดังเพิ่มขึ้นและตำรวจมีภาระที่เพิ่มมากขึ้นกว่ามลรัฐเพนซิลเวเนีย แม้แต่ในประเทศอังกฤษที่ไม่ได้มีรัฐธรรมนูญบังคับเป็นลายลักษณ์อักษรแต่ด้วยอิทธิพลในเรื่องความเป็นธรรม ก็มีช้อยกเว้นสำหรับกิจกรรมต่างๆ ซึ่งผู้ที่ไม่ต้องหยุดงานในวันอาทิตย์อาจได้รับข้อได้เปรียบที่ไม่เป็นธรรม ก็เสมือนกับการได้รับการยกเว้นการเกณฑ์ทหารของผู้ที่เชื่อว่าการเกณฑ์ทหารขัดแย้งทางมโนธรรมของตน

ผู้พิพากษา Douglas แสดงความเห็นแย้งว่า กฎหมายการปิดกิจการวันอาทิตย์ไม่สามารถแยกออกจากศาสนาได้ และการบังคับกฎหมายดังกล่าวขัดต่อหลักการสถาปนาศาสนาและเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนา

Sherbert v. Verner

374 U.S. 398 (1963)

ข้อเท็จจริง

โจทก์ Adell Sherbert เป็นผู้นับถือศาสนา เซเวนเด แอทแวนทีส ปฏิเสธรับงานที่นายจ้างเสนอให้ เนื่องจากเธอไม่สามารถทำงานในวันเสาร์ซึ่งเป็นวันศักดิ์สิทธิ์ทางศาสนา (Sabbath Day) ตามข้อบัญญัติทางศาสนาที่เธอนับถือ จึงถูกนายจ้างให้ออกจากงาน โดยโจทก์เป็นสมาชิกของนิกายศาสนานี้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1957 และโรงงานทอผ้าที่ทำงานอยู่กำหนดให้ทำงานห้าวันต่อสัปดาห์ จนกระทั่งในปี ค.ศ. 1959 การทำงานถูกกำหนดให้เป็นหกวันต่อสัปดาห์แทน ซึ่งรวมถึงวันเสาร์ด้วยสำหรับการทำงานทั้งสามรอบงาน และโจทก์พยายามไปหางานที่โรงงานทอผ้าอื่นแล้วแต่ทั้งหมดก็มีเงื่อนไขเดียวกัน

ในการยื่นเรื่องต่อคณะกรรมการจัดหางานนั้น โจทก์ได้ทำข้อเสนอว่ายินดีในการไปทำงานที่โรงงานอื่น หรือในอุตสาหกรรมประเภทอื่น หากไม่มีการทำงานในวันเสาร์ ซึ่งจากหลักฐานพบว่าผู้ที่เป็นสมาชิกของนิกายนี้จำนวนประมาณ 150 คน หรือมากกว่า ที่อาศัยในเขตพื้นที่ Spartanburg มีเพียงสองคนเท่านั้นรวมถึงโจทก์ในคดีนี้ที่ไม่สามารถหางานที่ไม่ต้องทำงานในวันเสาร์ได้ ต่อมาโจทก์ได้ยื่นขอสิทธิประโยชน์ชดเชยการว่างงานภายใต้กฎหมายการชดเชยการว่างงานของมลรัฐเซาท์แคโรไลนา (South Carolina Unemployment Compensation Act) ซึ่งกำหนดคุณสมบัติบุคคลที่สามารถขอรับการชดเชยการว่างงานว่า “บุคคลผู้ขอรับสิทธิประโยชน์จากการว่างงาน ต้องเป็นบุคคลที่สามารถทำงานและพร้อมที่จะทำงาน” และเพิ่มเติมว่า “บุคคลจะไม่สามารถขอรับสิทธิประโยชน์นี้ได้ ถ้าบุคคลปฏิเสธที่รับงานที่เหมาะสม ที่ได้รับการเสนอจากสำนักจัดหางานหรือนายจ้าง โดยปราศจากเหตุผลที่ดี” คณะกรรมการจัดหางาน (Employment Security Commission) พบว่า การไม่สามารถทำงานได้ของโจทก์ไม่เข้าหลักเกณฑ์การขอรับสิทธิประโยชน์ เพราะการไม่สามารถทำงานวันเสาร์เป็นการขาดเหตุผลที่ดีในการปฏิเสธที่จะรับ “งานที่เหมาะสมที่เสนอโดยกรมจัดหางานหรือนายจ้าง” โจทก์ยื่น

คำร้องต่อศาลชั้นต้นและศาลสูงสุดมลรัฐเซาท์แคโรไลนาว่า การปฏิเสธการให้สิทธิประโยชน์ชดเชยการว่างงานของคณะกรรมการ เป็นการละเมิดหลักเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนา ศาลสูงสุดมลรัฐยืนยันตามความเห็นของคณะกรรมการที่ว่า การปฏิเสธสิทธิการได้รับค่าชดเชยไม่เป็นการจำกัดเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนาของโจทก์

คำพิพากษา

ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาพิพากษาด้วยมติ 7 ต่อ 2¹⁷ กลับคำพิพากษาศาลสูงสุดมลรัฐ โดย ผู้พิพากษา Brennan เป็นผู้เขียนคำพิพากษาในคดีนี้ว่า กฎเกณฑ์ที่ว่าด้วยการขาดคุณสมบัติการขอรับสิทธิประโยชน์การว่างงานของกฎหมายเซาท์แคโรไลนาคือ เป็นการลิดรอนสิทธิเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนาภายใต้หลักเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนา (free exercise clause) ของรัฐธรรมนูญแห่งสหรัฐอเมริกา โดยได้อธิบายหลักเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนา (Free Exercise Clause) ตามรัฐธรรมนูญว่าเป็นเสมือนประตูที่เปิดอย่างแน่นหนาต่อการกำหนดกฎเกณฑ์ของรัฐที่ต่อต้านความเชื่อทางศาสนา ห้ามรัฐกำหนดบทลงโทษหรือกีดกันบุคคลหรือกลุ่มบุคคล เนื่องจากมุมมองทางศาสนาที่ต่อต้านอำนาจของรัฐ ห้ามรัฐใช้อำนาจทางภาษีแทรกแซงการเผยแพร่มุมมองทางศาสนา อย่างไรก็ตาม หลักเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนาไม่หมายถึงการให้เสรีภาพอย่างเต็มที่ในการปฏิบัติตามข้อบัญญัติศาสนาที่ละเมิดกฎหมายของรัฐ ถ้าการกระทำที่กฎหมายกำหนดห้ามนั้นคุกคามต่อความปลอดภัย ความสงบและระเบียบอันดีของสาธารณะ

การที่คณะกรรมการจัดหางานปฏิเสธการให้สิทธิประโยชน์จากการว่างงานของโจทก์ เนื่องจากการ “ขาดคุณสมบัติตามข้อกำหนด” ที่เกิดจากการปฏิบัติตามแนวทางศาสนา เท่ากับเป็นการปฏิเสธการให้สิทธิประโยชน์จากการชดเชยการว่างงานซึ่งโจทก์ควรจะได้รับ จึงเป็นการกำหนดทางเลือกที่ “สร้างภาระ” ในการปฏิบัติศาสนาอย่างเสรีให้แก่โจทก์ เพราะกฎเกณฑ์ได้บังคับให้โจทก์เลือกระหว่างการปฏิบัติตาม

¹⁷ ผู้พิพากษาเสียงข้างมาก ได้แก่ Hugo Black, William Douglas, Thomas Clark, Earl Warren, William Brennan, Potter Stewart, Arthur Goldberg

ผู้พิพากษาเสียงข้างน้อย ได้แก่ John Harlan, Byron White

แนวทางศาสนาที่ศรัทธากับการรักษาสิทธิประโยชน์ที่ควรได้รับโดยการละทิ้งแนวปฏิบัติทางศาสนา ถึงแม้ผลที่เกิดจากการกำหนดคุณสมบัติการขอรับสิทธิประโยชน์ที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการปฏิบัติศาสนา เป็นเพียงผลโดยอ้อมที่เกิดจากกฎหมายสวัสดิการของรัฐที่รัฐมีอำนาจในการบัญญัติ แต่ “ถ้าวัตถุประสงค์หรือผลกระทบของกฎหมายเป็นการสร้างอุปสรรคต่อทุกศาสนาหรือบุคคลที่ปฏิบัติตามหลักศาสนาหรือเป็นการกีดกันอย่างไม่ยุติธรรมระหว่างศาสนา กฎหมายฉบับนั้นถือว่าละเมิดหลักรัฐธรรมนูญถึงแม้ว่าจะจะเป็นผลกระทบโดยอ้อม”

มลรัฐเซาท์แคโรไลนาได้ปกป้องผู้สักระทางศาสนาในวันอาทิตย์ จากการต้องตกอยู่ในสภาวะการต้องเลือกระหว่างการปฏิบัติตามแนวทางศาสนาและการรักษาสิทธิผลประโยชน์ที่ลูกจ้างควรได้รับ โดยการที่คณะกรรมการแรงงานของรัฐกำหนดกฎเกณฑ์ห้ามบังคับลูกจ้างให้ทำงานในวันอาทิตย์ หากลูกจ้างคัดค้านจากมโนธรรมส่วนบุคคล การปฏิเสธที่จะทำงานวันอาทิตย์ไม่เป็นเหตุให้ขาดคุณสมบัติการขอรับสิทธิประโยชน์จากการว่างงาน เพราะนายจ้างไม่สามารถฟ้องร้องลูกจ้างในการละเมิดกฎหมายนี้ได้ การที่รัฐปฏิเสธการให้สิทธิประโยชน์จากการชดเชยการว่างงานแก่กลุ่มชาวยิวที่ประสงค์จะหยุดพักก่อนในวันเสาร์ซึ่งเป็นวันศักดิ์สิทธิ์ (Sabbatarian) เพราะ “ขาดคุณสมบัติตามข้อกำหนด” เนื่องจากปฏิเสธการรับงานที่เหมาะสมที่ต้องทำในวันเสาร์ จึงถือเป็นการกีดกันทางศาสนา

ศาลได้พิจารณาว่า ผลประโยชน์ของรัฐที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ในการบังคับใช้กฎหมาย (compelling state interest) ข้อกำหนดคุณสมบัติผู้ขอรับสิทธิประโยชน์ของมลรัฐเซาท์แคโรไลนานั้น ละเมิดสิทธิของโจทก์ตามรัฐธรรมนูญ ศาลอธิบายว่า ในทุกคดีที่เกี่ยวกับหลักเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนา กำหนดให้รัฐต้องแสดงผลประโยชน์ของรัฐที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ในการบังคับใช้กฎหมาย (compelling government interest) ก่อนที่จะปฏิเสธการชดเชยสิทธิประโยชน์จากการว่างงานแก่บุคคลที่ถูกไล่ออก หรือปฏิเสธรับงานที่ถูกเสนอเพราะงานนั้นขัดแย้งกับความเชื่อศาสนา ในคดีนี้ ศาลพบว่าผลประโยชน์ของรัฐไม่เพียงพอที่จะนำมากล่าวอ้างในประเด็นตามรัฐธรรมนูญที่มีความอ่อนไหวอย่างยิ่ง รัฐอ้างเพียงความเป็นไปได้ที่โจทก์อาจจะยื่นข้ออ้างที่หลอกลวงว่าเป็นการคัดค้านด้วยเหตุผล

ทางศาสนาในการไม่ทำงานวันเสาร์ ซึ่งเป็นการคุกคามเงินกองทุนชดเชยการว่างงานของรัฐและเป็นอุปสรรคในการวางแผนงานของนายจ้างในกรณีนี้การทำงานในวันเสาร์เป็นสิ่งจำเป็น ศาลชี้แจงว่าประเด็นความกังวลของรัฐนี้ ขาดหลักฐานที่เพียงพอที่จะรับรองความจำเป็นในการละเมิดเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนา ศาลอธิบายว่า รัฐมีหน้าที่ในการปรับกฎเกณฑ์ที่จะไม่ให้มีการกระทำความผิดตามกฎหมายต่างๆ โดยต้องไม่ละเมิดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ

ในคดีนี้ ศาลได้กำหนดบททดสอบ (Sherbert Test) เพื่อกำหนดเกณฑ์การกระทำของรัฐ ที่นำไปสู่การละเมิดหลักเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนาของบุคคล โดยประกอบด้วย 4 มาตรการ ที่ศาลต้องพิสูจน์เป็นรายบุคคล คือ (1) บุคคลมีความจริงใจในการปฏิบัติศาสนาหรือไม่ (2) การกระทำของรัฐบาลได้สร้างภาระอย่างยิ่ง (substantial burden) ให้แก่บุคคลในการปฏิบัติตามความเชื่อทางศาสนาหรือไม่ ถ้าคดีที่เกี่ยวกับหลักเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนามีองค์ประกอบทั้ง 2 เกิดขึ้น รัฐบาลจะต้องพิสูจน์ว่า (3) การกระทำของรัฐบาลเป็นไปเพื่อผลประโยชน์ของรัฐในการที่จะต้องบังคับใช้กฎหมายที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ (compelling state interest) และ (4) วิธีการที่รัฐเลือกใช้เพื่อรักษามลประโยชน์ของรัฐนั้น ได้สร้างข้อจำกัดหรือการต่อการปฏิบัติศาสนาของบุคคลน้อยที่สุดแล้ว หรือไม่

ศาลสรุปว่า คำพิพากษาของศาลในวันนี้ไม่ได้เป็นการส่งเสริมการสถาปนาศาสนาเซเวนเดเอทแวนทีส ในมลรัฐเซาท์แคโรไลนา โดยการขยายสิทธิประโยชน์การว่างงานให้แก่กลุ่มชาวยิวที่ประสงค์จะหยุดพักก่อนในวันเสาร์เช่นเดียวกับกลุ่มที่ขอหยุดงานในวันอาทิตย์เนื่องจากศาสนา แต่ศาลแสดงให้เห็นการกำหนดหลักเกณฑ์ที่เป็นกลางของรัฐ ในการเผชิญปัญหาความแตกต่างทางศาสนา และการยอมรับสิทธิประโยชน์จากการว่างงานของโจทก์ ไม่ได้เป็นการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาของบุคคลอื่น แต่เป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญของบุคคล ที่ควรจะได้รับสิทธิประโยชน์จากการว่างงานที่มีสาเหตุการว่างงานจากการปฏิบัติตามข้อบัญญัติศาสนา เพราะบุคคลเหล่านี้มิใช่สมาชิกที่ไม่มีประโยชน์ต่อสังคม ศาลยอมรับว่ารัฐมีอำนาจในการบัญญัติรูปแบบของการขอรับสิทธิประโยชน์จากการว่างงาน แต่รัฐไม่สามารถใช้หลักเกณฑ์กำหนดคุณสมบัติผู้ขอรับประโยชน์โดยการบังคับให้บุคคลละทิ้งข้อบัญญัติ

ทางศาสนาที่กำหนดวันพักผ่อนของสมาชิกศาสนาได้ ศาลย้ำหลักการที่ว่า “ห้ามรัฐบัญญัติกฎหมายกีดกันบุคคล เนื่องจากความเชื่อทางศาสนาในการขอรับสิทธิประโยชน์จากสวัสดิการสังคม”

ความเห็นแย้ง

ผู้พิพากษา Harlan ผู้พิพากษา White แสดงความเห็นแย้งว่า กฎหมายชดเชยการว่างงานของมลรัฐเซาท์แคโรไลนาตราขึ้นในปี ค.ศ. 1936 เนื่องจากปัญหาทางสังคมและเศรษฐกิจที่รุนแรงเป็นผลมาจากเศรษฐกิจตกต่ำ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาความมั่นคงทางเศรษฐกิจ ที่เกิดจากปัญหาการว่างงานซึ่งมีผลคุกคามสุขภาพ ศีลธรรมและสวัสดิการของประชาชนในมลรัฐ โดยผลักดันให้นายจ้างพยายามจ้างงานและทำให้งานนั้นมีความมั่นคง และกำหนดให้มีการส่งเงินเข้ากองทุนในระหว่างเวลาที่ทำงานเพื่อประโยชน์ในช่วงเวลาที่ต้องว่างงาน เพื่อรักษาอำนาจในการจับจ่ายและลดปัญหาทางสังคมที่ตามมาเนื่องจากความยากจน ซึ่งเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะหลีกเลี่ยงปัญหาความวุ่นวายที่จะเกิดขึ้นจากเศรษฐกิจและสังคม

ในช่วงเวลาทำงานหายาก และไม่มีเจตนารมณ์ที่จะช่วยเหลือบุคคลเนื่องจากเหตุผลส่วนตัว (personal circumstances) ที่ทำให้ไม่สามารถทำงานได้ ซึ่งศาลสูงสุดแห่งมลรัฐได้ บังคับใช้กฎหมายดังกล่าว ให้ เป็นไปตามเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว ซึ่งโรงสีในเขตพื้นที่ Spartanburg เปิดกระทำการเป็นเวลาหกวันต่อสัปดาห์ เมื่อโจทก์ไม่สามารถทำงานได้จึงไม่ได้ค่าชดเชยในการว่างงาน ซึ่งการไม่อาจทำงานได้เพราะเหตุผลทางศาสนาจึงไม่เกี่ยวข้องกับการตีความของศาลมลรัฐในการบังคับใช้กฎหมายนี้ จึงไม่มีกรณีรัฐเลือกปฏิบัติเนื่องจากความเชื่อทางศาสนา

ซึ่งเห็นว่าในคดี Braunfeld v. Brown ศาลได้วินิจฉัยแล้วว่า ไม่เป็นการละเมิดเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนา จากกรณีของรัฐได้ให้ผู้ที่หยุดงานในวันศักดิ์สิทธิ์อื่น (Sabbatarian) ต้องหยุดทำงานในวันอาทิตย์ด้วย ซึ่งวัตถุประสงค์ที่ไม่เกี่ยวข้องกับศาสนาในคดีนี้ชัดเจนกว่าคดีดังกล่าว เพื่อคุ้มครองเศรษฐกิจ และการต้องเสียหายทางการเงินในคดีนี้ เป็นการเสียหายโดยอ้อมเป็นจำนวนเล็กน้อยมากกว่าเมื่อเทียบกับคดี Braunfeld ที่ต้องหยุดทำงานทั้งกิจการ แต่คดีนี้เป็นเพียงการได้รับ

ผลประโยชน์ชั่วคราว คือ ค่าชดเชยการว่างงานที่ไม่เกิน 22 สัปดาห์เท่านั้น และยิ่งกว่านั้น หากรัฐยกเว้นการชดเชยการว่างงานเนื่องจากเหตุผลทางศาสนา ก็จะเป็นการที่รัฐให้ความคุ้มครองศาสนามากกว่าเหตุผลอื่นเป็นการละเมิดรัฐธรรมนูญได้เช่นกัน ซึ่งก็มีบางสถานการณ์ที่รัฐสามารถอำนวยความสะดวกต่อศาสนาได้ ซึ่งเห็นว่า ในคดีนี้ไม่อาจจะมาสู่ข้อสรุปเพื่อให้รัฐกำหนดข้อยกเว้นทางศาสนาเพื่อโจทก์ในคดีนี้ได้ เพราะคดีนี้เป็นเรื่องผลกระทบโดยอ้อม ห้างไกลและไม่มีสาระต่อการปฏิบัติศาสนาของโจทก์ และเป็นการช่วยเหลือทางการเงินโดยตรงต่อศาสนาเช่นคดีนี้

(หมายเหตุ ความเห็นพ้องของผู้พิพากษา Stewart เห็นว่า ปัญหาข้อกฎหมายในคดี Braunfeld นั้น หนักกว่ากฎหมายในคดีนี้ เพราะมีโทษทางอาญาด้วย)

Trans World Airlines, Inc. v. Hardison

432 U.S. 63 (1977)

ข้อเท็จจริง

บริษัท Trans World Airlines (TWA) ดำเนินกิจการเกี่ยวกับการตรวจสอบและซ่อมบำรุงเครื่องบิน มีฐานอยู่ที่เมืองแคนซัส เป็นลักษณะของงานที่มีความสำคัญมาต่อกิจการต้องเปิดดำเนินการตลอด 24 ชั่วโมง ตลอดปี 365 วัน และมีตำแหน่งงานของลูกจ้างว่างลง ต้องมีการส่งบุคคลอื่นจากส่วนงานอื่นมาแทน หรือหัวหน้าผู้ควบคุมงานต้องลงปฏิบัติหน้าที่แทนในตำแหน่งนั้น แม้จะทำให้งานด้านอื่นต้องได้รับผลกระทบจากการขาดผู้ทำงาน ระบบการทำงานคำนึงถึงระบบอาวุโสในการต่อรองแบบลักษณะกลุ่มระหว่าง TWA และสหภาพแรงงานของ International Association of Machinists & Aerospace Workers ผู้ที่มีอาวุโสสูงสุด มีโอกาสในการเลือกตำแหน่งงานและรอบการทำงานเมื่อว่างก่อนผู้ที่อาวุโสน้อยกว่า คนอาวุโสน้อยที่สุดถูกกำหนดให้ต้องทำงานแทน เมื่อเกิดกรณีขาดคนผู้ทำงานในตำแหน่งหรือช่วงเวลาใด

ค.ศ. 1967 Hardison เป็นลูกจ้างของบริษัท มีหน้าที่เกี่ยวกับการบำรุงรักษาและตรวจสอบซ่อมบำรุงเครื่องบิน ต่อมาในปี ค.ศ. 1968 Hardison ได้เริ่มศึกษาศาสนาในนิกาย The Worldwide Church of God ซึ่งมีข้อบัญญัติส่วนหนึ่งเกี่ยวกับวันศักดิ์สิทธิ์ (Sabbath) ห้ามทำการงานตั้งแต่เวลาพระอาทิตย์ตกดินในวันศุกร์จนถึงพระอาทิตย์ตกดินในวันเสาร์ และยังมีข้อห้ามในการทำงานในวันหยุดทางศาสนาบางวันด้วย ซึ่งในช่วงแรกได้มีการดำเนินการเพื่ออำนวยความสะดวกต่อเขาได้เปลี่ยนรอบเวลาทำงานมาที่ 23.00 นาฬิกา ถึง 7.00 นาฬิกา และต่อมา Hardison ได้ย้ายไปในตำแหน่งงานใหม่ที่มีตำแหน่งความอาวุโสเกือบน้อยที่สุดในตำแหน่งนั้น เมื่อ Hardison ขอยุติงานในวันศักดิ์สิทธิ์ทำให้เกิดปัญหาการเปลี่ยนคนมาทำงานแทน ซึ่ง TWA อนุญาตให้สหภาพแรงงานหาตำแหน่งงานอื่นแทน แต่สหภาพไม่สามารถเลือกตำแหน่งให้ได้เพราะจะทำให้ต้องละเมิดระบบอาวุโส และ Hardison ยังมีอาวุโสเพียงพอที่จะเลือกรอบงานที่ไม่ต้องทำงานในวันเสาร์ได้ ภายหลังจาก TWA ปฏิเสธที่จะให้ Hardison ทำงาน 4 วันต่อสัปดาห์ เพราะเห็นว่าเกิดผลกระทบต่อสำคัญต่อการดำเนินกิจการของเครื่องบิน ไม่มีการจัดการอำนวยความสะดวกอื่นใดให้อีกและ Hardison ถูกให้ออกจากงานเนื่องจากปฏิเสธที่จะทำงานในวันเสาร์ Hardison ดำเนินการทางฝ่ายปกครองภายใต้กฎหมายสิทธิพลเมืองใน ส่วนที่ 7 (Title VII of the Civil Rights Act of 1964) โดยอ้างว่า ถูกเลิกจ้างเนื่องจากการเลือกปฏิบัติทางศาสนาละเมิดบทบัญญัติกฎหมายที่ 703 (a) (1)¹⁸ และคำแนะนำของคณะกรรมการเพื่อโอกาสในการจ้างงานที่เสมอภาค ค.ศ. 1967¹⁹ (Equal Employment Opportunity Commission (EEOC) guidelines) ที่กำหนดให้

¹⁸ (a) It shall be an unlawful employment practice for an employer-

(1) to fail or refuse to hire or to discharge any individual, or otherwise to discriminate against any individual with respect to his compensation, terms, conditions, or privileges of employment, because of such individual's race, color, religion, sex, or national origin

¹⁹ To make reasonable accommodations to the religious needs of employees and prospective employees where such accommodations can be made without undue hardship on the conduct of the employer's business.

นายจ้างมีหน้าที่ หากกรณีไม่เป็น “ภาระเกินสมควร” ในการ “อำนวยความสะดวกที่สมเหตุสมผล” ต่อความจำเป็นทางศาสนาของลูกจ้าง ซึ่งมีลักษณะคล้ายคลึงกับในตอนที่ 7 ที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. 1972

ศาลชั้นต้นตัดสินว่า ข้อเสนองานของ EEOC มีผลบังคับใช้กับ TWA และสหภาพ และหน้าที่ในการอำนวยความสะดวกให้แก่ความเชื่อทางศาสนาของลูกจ้าง ไม่ได้หมายความว่าต้องให้ละทิ้งระบบอาวุโส และ TWA ได้ดำเนินการเพื่ออำนวยความสะดวกที่สมเหตุสมผลแล้ว และหากอำนวยความสะดวกที่มากไปกว่านั้นก็จะเป็นภาระที่เกินสมควร ศาลอุทธรณ์ เห็นว่า TWA กระทำการขัดต่อกฎหมายเกี่ยวกับการจ้างงานที่ไม่ให้เลือกปฏิบัติเนื่องจากเหตุผลทางศาสนา โดยไม่ได้กระทำการเพื่ออำนวยความสะดวกให้แก่ลูกจ้างภายใต้คำแนะนำของคณะกรรมการเพื่อโอกาสในการจ้างงานที่เสมอภาค โดยเหตุผลสามประการ ภายใต้ระบบอาวุโส TWA อาจอนุญาตให้ลูกจ้างทำงานสัปดาห์ในสัปดาห์ โดยการใช้ผู้กำกับงานอื่นหรือลูกจ้างอื่นที่ทำงานอยู่ในช่วงเวลาดังกล่าวแทน หรือ TWA อาจให้รอบการทำงานของ Hardison แก่บุคคลอื่นที่ว่างอยู่

แม้กรณีดังกล่าวทำให้ต้องมีการจ่ายค่าทำงานล่วงเวลาเพิ่มมากขึ้น หรืออาจให้มีการเปลี่ยนรอบทำงานกับลูกจ้างคนอื่นหรือวันศักดิ์สิทธิ์ แม้การดำเนินการดังกล่าวจะขัดต่อหลักอาวุโส

คำพิพากษา

ศาลสูงสุดโดยมติ 7 ต่อ 2²⁰ และผู้พิพากษา White เป็นผู้เขียนคำพิพากษา ในคดีนี้ โดยกลับคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ว่า กรณีนี้ไม่พบเจตนาในการเลือกปฏิบัติในการใช้ระบบอาวุโส เพราะระบบอาวุโสเกิดไม่ได้เกิดขึ้นเพื่อมีเจตนากรณีในการต่อต้านศาสนาหรือเพื่อจำกัดสมาชิกของศาสนานิกายใดในรูปแบบใดๆ

²⁰ เสียงข้างมาก ได้แก่ ผู้พิพากษา White, ผู้พิพากษา Burger, ผู้พิพากษา Stewart, ผู้พิพากษา Blackmun, ผู้พิพากษา Powell, ผู้พิพากษา Rehnquist, ผู้พิพากษา Stevens เสียงข้างน้อย ได้แก่ ผู้พิพากษา Marshall ผู้พิพากษา Brennan

ที่ทำให้เสรีภาพทางศาสนาถูกจำกัด แต่เป็นกรณีบังเอิญที่ระบบอาวุโสในคดีนี้มีผลเพิ่มเติมต่อเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนาของ Hardison และ TWA ไม่มีหน้าที่ตามบทบัญญัติในส่วนที่ 7 ที่ต้องกำหนดข้อยกเว้นพิเศษ เนื่องจากเหตุผลทางศาสนาสำหรับระบบอาวุโสเพื่อช่วยการปฏิบัติศาสนาของ Hardison การที่ TWA ต้องอนุญาตให้ Hardison ทำงาน 4 วันต่อสัปดาห์ จะทำให้เกิดปัญหาขาดแคลนแรงงานในแต่ละรอบงานของ Hardison เป็นประจำทุกสัปดาห์ และทางเลือกให้ผู้ควบคุมงานทำงานแทนหรือจ้างลูกจ้างรายอื่นทำแทนก็จะเป็นการเพิ่มภาระค่าใช้จ่ายด้านค่าจ้างให้กับ TWA หรือประสิทธิภาพในงานตำแหน่งอื่นๆ ซึ่งการเรียกร้องให้ TWA ต้องแบกภาระมากกว่าค่าใช้จ่ายขั้นต่ำ (de minimis cost) เพื่อให้ Hardison ไม่ต้องทำงานในวันเสาร์นั้นถือเป็นภาระเกินสมควร เช่นเดียวกับกรณีที่ไม่นำระบบอาวุโสมาใช้ ทำให้ TWA ต้องแบกภาระค่าใช้จ่ายเพิ่มเติมเพื่อให้ลูกจ้างมีโอกาสรอวันหยุดงานเองทำให้เกิดการปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมเนื่องจากศาสนา

ความเห็นแย้ง

ผู้พิพากษา Marshall และผู้พิพากษา Brennan แสดงความเห็นแย้งว่า TWA อาจอำนวยความสะดวกแก่ลูกจ้าง โดยจ่ายค่าล่วงเวลาให้แก่บุคคลที่สมัครใจทำงานแทน โดยคาดว่าบางคนอาจเต็มใจทำงานในวันเสาร์เพื่อได้รับค่าตอบแทนเพิ่มขึ้น และให้ Hardison เป็นผู้ชำระค่าล่วงเวลานั้นแทน หรือตามที่ Hardison เสนอ คือ ขอทำงานล่วงเวลาโดยได้รับค่าจ้างปกติ หรือ TWA อาจโอนลูกจ้างกลับไปทำงาน ณ ตำแหน่งงานเดิมที่มีอาวุโสมากพอที่จะได้รับรอบงานที่ไม่ต้องทำงานในวันเสาร์ได้ตามที่ลูกจ้างร้องขอ ซึ่งการดำเนินการข้างต้นอาจกระทบต่อข้อตกลงเรื่องการเจรจารวมกัน (collective bargaining agreement) เพราะว่าข้อสัญญา กำหนดให้นายลูกจ้างที่ทำงานเกินกว่า 40 ชั่วโมงต่อสัปดาห์ ได้รับค่าจ้างเพิ่มขึ้น (premium pay) และในส่วนหลังข้อตกลงห้ามการโอนลูกจ้างมากกว่า 2 ครั้ง ภายในหกเดือน แต่การดำเนินการดังกล่าวไม่ขัดต่อหลักการความอาวุโสหรือไม่เป็น การพรากรสิทธิของลูกจ้างภายใต้สัญญาจ้างงาน ไม่ถือว่าการอำนวยความสะดวกให้ลูกจ้างในคดีนี้เป็น การสร้างภาระที่เกินสมควร

Estate of Thornton v. Caldor

472 U.S. 703 (1985)

ข้อเท็จจริง

กฎหมายคอนเนตทิคัตได้แก้ไขปรับปรุงประเภทกิจการที่สามารถเปิดดำเนินการได้ในวันอาทิตย์ และกำหนดห้ามการจ้างงานที่เกินหกวันต่อสัปดาห์ และกำหนดให้บุคคลที่อ้างว่าตนไม่สามารถทำงานได้ในวันใดเป็นพิเศษในสัปดาห์เพราะเป็นวันศักดิ์สิทธิ์ทางศาสนาแล้ว นายจ้างไม่สามารถให้ทำงานได้ หากลูกจ้างปฏิเสธที่จะทำงานในวันดังกล่าวโดยไม่ถือเป็นเหตุผลของการให้ออกจากงาน²¹ ค.ศ. 1975 Donald E. Thornton ซึ่งเป็นผู้นับถือศาสนาเพรสไบทีเรียนได้เริ่มทำงานเป็นผู้ตรวจสอบของร้าน Caldor Department Store ในเซตนิวอิงแลนด์ ในขณะที่นั้นมีกฎหมายห้ามไม่ให้เปิดกิจการในวันอาทิตย์ และต่อมาในปี ค.ศ. 1977 รัฐได้ปรับปรุงกฎหมายปิดกิจการในวันอาทิตย์ ทำให้ Thornton ต้องทำงานในวันอาทิตย์ เพื่อทำงานให้ทันต่องานนั้น โดยผู้จัดการมีหน้าที่ต้องทำงานในวันอาทิตย์ที่ 3 หรือที่ 4 ของเดือน ซึ่ง Thornton ได้ทำงานมาแล้วในวันอาทิตย์เป็นจำนวน 31 ครั้ง ระหว่างปี ค.ศ. 1977-1978 และต่อมาในปี ค.ศ. 1978 ได้ถูกย้ายไปทำงานที่สาขาในเมืองทอริงตัน มลรัฐคอนเนตทิคัต ในตำแหน่งผู้จัดการ โดยได้ทำงานในวันอาทิตย์มาตลอดปี ค.ศ. 1979 จนกระทั่งปลายปี ค.ศ. 1979 Thornton ได้ยื่นขอหยุดงานในวันอาทิตย์โดยอ้างว่าเพื่อการปฏิบัติศาสนา บริษัทได้ปฏิเสธการขอหยุดงานทุกวันอาทิตย์ของ Thornton และเสนอให้เขาโยกย้ายไปทำงานที่สาขาอื่นในมลรัฐแมสซาชูเซตส์ที่มีนโยบายในการปิดร้านวันอาทิตย์

ซึ่งเขาปฏิเสธการโยกย้าย บริษัทได้เสนอให้ไปทำงานในตำแหน่งอื่นที่ไม่ใช่ตำแหน่งผู้จัดการ และลดค่าจ้างในการทำงานลง ซึ่ง Thornton ได้ปฏิเสธการไปทำงานในตำแหน่งอื่น

²¹ No person who states that a particular day of the week is observed as his Sabbath may be required by his employer to work on such day. An employee's refusal to work on his Sabbath shall not constitute grounds for his dismissal.

Thornton ได้ยื่นคำร้องไปยังคณะกรรมการเยียวยาของมลรัฐ คณะกรรมการตัดสินเป็นคุณแก่ Thornton ให้บริษัท Thorntons กลับเข้าทำงานและจ่ายสิทธิประโยชน์ที่ไม่ได้รับคืนให้ด้วย ต่อมาศาลสูงสุดมลรัฐกลับคำสั่งของคณะกรรมการ โดยเห็นว่า กฎหมายดังกล่าวขาดวัตถุประสงค์ที่ไม่เกี่ยวข้องกับศาสนาที่ชัดเจน (unclear secular purpose) กฎหมายกำหนดให้ลูกจ้างมีสิทธิเลือกวันหยุดงานในวันศักดิ์สิทธิ์ทางศาสนาด้วยตนเอง ศาลเห็นว่ากฎหมายมีวัตถุประสงค์เพื่อเอื้อประโยชน์ต่อศาสนา เพราะให้ผลประโยชน์อย่างชัดเจนโดยเหตุผลทางศาสนา เฉพาะลูกจ้างที่กำหนดวันศักดิ์สิทธิ์ทางศาสนาไม่จำเป็นต้องทำงานในวันใดเฉพาะ และไม่ถูกลงโทษด้วย และการที่คณะกรรมการต้องเข้ามาตัดสินว่าวันใดเป็นวันศักดิ์สิทธิ์ เพื่อหาความจริงใจของลูกจ้าง นั่นคือการตรวจสอบจากรัฐที่ก่อให้เกิดการพิพาทระหว่างรัฐและศาสนามากเกินไป กฎหมายดังกล่าวขัดต่อหลักการสถาปนาศาสนา (Establishment Clause) ตัวแทนของ Thornton อุทธรณ์ไปยังศาลสูงสุดแห่งสหรัฐภายหลังการเสียชีวิตของ Thornton ในปี ค.ศ. 1982 ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐรับคำร้อง

คำพิพากษา

ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐพิพากษาดำเนินคดี 8-1²² ว่า กฎหมายคอนเนตทิคัตต์ที่กำหนดให้ลูกจ้างมีสิทธิอย่างสมบูรณ์และไม่เหมาะสม (absolute and unqualified right) ที่จะไม่ทำงานในวันใดเนื่องจากการปฏิบัติทางศาสนา โดยเป็นผู้มีสิทธิในการกำหนดวันทำงานดังกล่าวได้ฝ่ายเดียว นั้น ละเมิดหลักการสถาปนาศาสนา (Establishment Clause) เพราะกฎหมายให้น้ำหนักไปทางกลุ่มผู้ปฏิบัติศาสนา อยู่เหนือกลุ่มผลประโยชน์นายจ้างและลูกจ้างคนอื่นในสถานที่ทำงาน โดยไม่คำนึงถึงความสะดวกสบายหรือผลประโยชน์ของนายจ้างหรือลูกจ้างคนอื่นที่ไม่ได้มีวันศักดิ์สิทธิ์ทางศาสนา นายจ้างและบุคคลอื่นต้องปรับปรุงกิจการตามที่กฎหมาย

²² เสียงข้างมาก ได้แก่ Brennan, Marshall, White, Blackmun, Burger, Powell, Steven, O'Connor

เสียงข้างน้อย ได้แก่ Rehnquist

กำหนดทุกครั้ง เมื่อมีการเรียกร้องให้นายจ้างต้องปฏิบัติตามกฎหมายดังกล่าว โดยกฎหมายไม่ได้กำหนดข้อยกเว้นไว้ กฎหมายดังกล่าวได้สร้างภาระทางเศรษฐกิจต่อนายจ้างหรือสร้างภาระต่อลูกจ้างคนอื่นที่ต้องทำงานแทนลูกจ้างที่ต้องการหยุดงาน เนื่องจากเหตุผลทางศาสนา และยิ่งกว่านั้น กฎหมายไม่คำนึงถึงว่านายจ้างได้ดำเนินการอย่างใดมาบ้าง เพื่อเป็นการอำนวยความสะดวกในการแก้ไขปัญหาดังกล่าวหรือไม่

ผู้พิพากษา O'Connor และผู้พิพากษา Marshall แสดงความเห็นพ้องในคำพิพากษา โดยให้เหตุผลว่ากฎหมายดังกล่าวเป็นการรับรองศาสนาที่ไม่อาจกระทำได้ (impermissible endorsement) และเกิดผลกระทบที่ไม่อาจกระทำได้ใน การส่งสารว่า เป็นการยอมรับในเรื่องของการปฏิบัติเกี่ยวกับวันศักดิ์สิทธิ์ทางศาสนา โดยไม่ได้เอื้อประโยชน์ในเรื่องจริยธรรมและความเชื่อทางศาสนาอย่างอื่นหรือ การปฏิบัติของลูกจ้างรายอื่น แต่เห็นว่าคำวินิจฉัยของศาลนี้ไม่ได้รวมถึงการอำนวยความสะดวกทางศาสนาตามบทบัญญัติในส่วนที่ 7 ของกฎหมายสิทธิพลเมือง ปี ค.ศ. 1964 ที่จะทำให้กฎหมายดังกล่าวสิ้นสุดไปด้วย เพราะบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าว ห้ามมิให้มีการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับการจ้างงานเนื่องจากความเชื่อทางศาสนาของบุคคล และกำหนดให้นายจ้างเอกชนอำนวยความสะดวกโดยสมเหตุสมผลในการปฏิบัติศาสนาของลูกจ้าง เว้นแต่เป็นการสร้างภาระเกินสมควรในการประกอบกิจการของนายจ้าง ซึ่งคล้ายคลึงกับกฎหมายวันศักดิ์สิทธิ์ของมลรัฐคอนเนตทิคัตต์ ในส่วนที่ 7 ของกฎหมายสิทธิพลเมืองพยายามที่จะยกเลิกภาระในการปฏิบัติศาสนาที่ถูกบังคับโดยนายจ้างที่ไม่มีลักษณะของการอำนวยความสะดวกตามบทบัญญัติเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนา กฎหมายในส่วนที่ 7 นี้จึงมีเหตุผลที่ไม่เกี่ยวกับศาสนา และมิผลใช้บังคับได้ตามบทบัญญัติการสถาปนาศาสนา (Establishment Clause) ซึ่งในส่วนที่ 7 เป็นเรื่องการไม่รับรองการจ้างงานที่เลือกปฏิบัติเนื่องจากชาติพันธุ์ วรรณะ ศาสนา เพศ หรือถิ่นกำเนิดซึ่งเป็นเหตุผลที่ไม่เกี่ยวกับศาสนาที่ต้องการประกันโอกาสได้รับการจ้างงานสำหรับทุกกลุ่มในสังคมที่หลากหลายนี้ เป็นเรื่องของ การมีเหตุมีผล (reasonable) มากกว่าการอำนวยความสะดวกโดยเด็ดขาด (absolute accommodation) และมีการขยายกรอบสำหรับความเชื่อทางศาสนา ในทุกเรื่องไม่เฉพาะเรื่องวันศักดิ์สิทธิ์เท่านั้น

Fraze v. Illinois

489 U.S. 829 (1989)

ข้อเท็จจริง

มลรัฐอิลลินอยส์ได้บัญญัติกฎหมายประกันการว่างงาน (The Illinois Unemployment Insurance Act) กำหนดว่า บุคคลจะขาดคุณสมบัติในการขอรับสิทธิประโยชน์จากการว่างงาน ถ้าบุคคลนั้น ปราศจากเหตุผลอันดีในการปฏิเสธที่จะสมัครงานที่มีตำแหน่งว่าง หรืองานที่เหมาะสมเมื่อได้รับการเสนอ²³ ในเดือนเมษายน ค.ศ. 1984 William Frazee ได้ปฏิเสธตำแหน่งพนักงานขายชั่วคราวที่สำนักงานบริการเคลลี (Kelly Services) เนื่องจากตำแหน่งงานนั้นกำหนดให้เขาต้องทำในวันอาทิตย์

Frazeze แจ้งสำนักงาน ฯ ว่า เขาเป็นคริสเตียน ไม่สามารถทำงานได้ในวันของพระเจ้า (the Lord's day) Frazee ได้แจ้งมายังกรมการจัดหางาน (Department of Employment Security) เพื่อขอรับสิทธิประโยชน์จากการว่างงาน และอ้างว่าเป็นเหตุผลอันดี ในการปฏิเสธการทำงานในวันอาทิตย์ กรมการจัดหางานได้ปฏิเสธใบคำร้องขอรับสิทธิประโยชน์ของเขา

Frazeze จึงได้ยื่นอุทธรณ์ไปยังคณะกรรมการ (Board of Review) ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยว่า Frazee ได้ปฏิเสธการเสนองานที่เหมาะสมกับเขาโดยปราศจากเหตุผลอันดี คณะกรรมการได้กล่าวว่า “การปฏิเสธข้อเสนองานที่เหมาะสมบนหลักความศรัทธาทางศาสนานั้น ต้องอยู่บนหลักของข้อบัญญัติหรือคำสอนศาสนาที่ได้รับการยอมรับโดยบุคคลของบางศาสนาบางนิกายหรือบางสำนักศาสนา การปฏิเสธรับงานที่ได้รับการเสนอโดยอ้างหลักความเชื่อส่วนบุคคลเฉพาะ (personal professed religious belief) ถือเป็นเรื่องส่วนบุคคลที่ไม่มีการบังคับตามข้อบัญญัติศาสนา ไม่ถือเป็นเหตุผลที่ดีในการปฏิเสธงาน”

²³ An individual shall be ineligible for benefits if he has failed, without good cause, either to apply for available, suitable work when offered him ...

ต่อมาศาลอุทธรณ์ได้ปฏิเสธข้อโต้แย้งเรื่องหลักเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนาของ Frazee เนื่องจากการปฏิเสธการรับงานของเขายอยู่บนหลักความเชื่อทางศาสนาส่วนบุคคล (personal professed religious belief) และไม่เกี่ยวกับประเด็นความจริงใจทางศาสนา Frazee ไม่ได้เป็นสมาชิกของศาสนาหรือนิกายที่ได้รับการสถาปนาขึ้น เขาไม่ได้อ้างเหตุผลจากคำสอน ข้อบัญญัติหรือความเชื่อทางศาสนา การอ้างว่าเป็นคริสเตียนและรู้สึกผิดในการทำงานวันอาทิตย์นั้นจึงไม่ใช่ “เหตุผลที่ดี” (good cause) ตามข้อกำหนดของกฎหมายที่จะนำมากล่าวอ้าง “การสั่งห้ามทำงานวันอาทิตย์จะต้องมีอยู่ในหลักคำสอนหรือข้อบัญญัติของศาสนาที่ได้รับการสถาปนา ซึ่งศาลพบว่า โจทก์ไม่ได้ปฏิญาณตนเป็นสมาชิกของศาสนาที่มีหลักคำสอนหรือข้อบัญญัตินั้นๆ” ศาลสูงสุดแห่งมลรัฐอิลลินอยส์ปฏิเสธคำร้องของ Frazee

คำพิพากษาศาลสูงสุด

ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐกลับคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์มลรัฐอิลลินอยส์โดยมติเอกฉันท์²⁴ ผู้พิพากษา White เป็นผู้เขียนคำพิพากษาในคดีนี้ว่า

ศาลเริ่มโดยการกล่าวถึงการพิจารณาในคดีต่างๆ ที่เกี่ยวกับการที่รัฐปฏิเสธการชดเชยสิทธิประโยชน์จากการว่างงานให้แก่บุคคลที่ว่างงาน เนื่องจากการปฏิเสธรับงานที่เหมาะสมด้วยเหตุผลทางศาสนา ศาลกล่าวถึงคดี Sherbert v. Verner ที่ศาลพิพากษาว่า มลรัฐไม่ได้ตีความกฎหมายที่ถูกต้องตามหลักรัฐธรรมนูญในการบังคับใช้กฎหมายผ่าน “โครงการชดเชยการว่างงาน” ที่เป็นการบังคับให้ลูกจ้างต้องทำงานในวันอาทิตย์ซึ่งเป็นวันหยุดพักผ่อนตามข้อปฏิบัติทางศาสนา ในคดี Thomas v. Board of Indiana ที่ศาลพิพากษาว่า การปฏิเสธการชดเชยสิทธิประโยชน์จากการว่างงานของรัฐให้แก่บุคคลที่พ้นสภาพการว่างงาน เนื่องจากความเชื่อทางศาสนาที่ห้ามการมีส่วนร่วมในการผลิตอาวุธยุทโธปกรณ์นั้น ขัดต่อหลักสิทธิและเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนา (Free Exercise Clause) และในคดี Hobbie v. Unemployment ศาลได้พิพากษาว่า การปฏิเสธการจ่ายเงินชดเชยการว่างงาน

²⁴ Rehnquist, Brennan, White, Marshall, Blackmun, Stevens, O'Connor, Scalia, Kennedy

ของมลรัฐฟลอริดาแก่ลูกจ้างที่ปฏิเสธการทำงานในวันศักดิ์สิทธิ์ทางศาสนา ตามข้อบัญญัติทางศาสนาเป็นการละเมิดหลักเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนา ศาลอธิบายว่า ในคดีเหล่านี้ ผู้ยื่นคำร้องได้ถูกบังคับให้เลือกระหว่างความศรัทธาต่อศาสนาและการจ้างงาน ซึ่งเป็นการสูญเสียสิทธิพลเมืองที่ควรได้รับสิทธิประโยชน์จากการว่างงาน ตามกฎหมายกำหนด ศาลจึงพิพากษาว่าการปฏิเสธการจ่ายเงินชดเชยการว่างงานเป็นการละเมิดรัฐธรรมนูญหลักเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนา

ตามที่ศาลมลรัฐอิลลินอยส์ได้อ้างความเห็นของศาลสูงสุดสหรัฐฯว่า ผู้ยื่นคำร้องในคดีเหล่านี้ ทุกคนล้วนเป็นสมาชิกของศาสนาเฉพาะที่มีข้อบัญญัติทางศาสนาในการห้ามการทำงาน ตามที่ผู้ยื่นคำร้องกล่าวอ้าง คำพิพากษาในคดีเหล่านี้ ได้ยึดหลักความจริงที่ว่า ผู้ยื่นคำร้องมีความศรัทธาอย่างจริงจังว่าศาสนาต้องการให้พวกเขาละเว้นจากการปฏิบัติงานดังกล่าว แต่ศาลสูงสุดสหรัฐฯไม่ได้แนะนำว่าถ้ากรณีผู้ยื่นคำร้องไม่ได้เป็นสมาชิกของนิกายศาสนาใดเฉพาะที่มีข้อบัญญัติศาสนาห้ามการทำงานตามที่ผู้ยื่นคำร้องกล่าวอ้าง ความเชื่ออย่างจริงจังจะต้องถูกนำมาพิจารณาว่าเป็นความศรัทธาส่วนบุคคลอย่างบริสุทธิ์ใจ (purely personal preference) ซึ่งอยู่เหนือกว่าความเชื่อทางศาสนา ในคดี *Thomas v. Board of Indiana* แม้จะไม่มีข้อตกลงระหว่างสมาชิกในกลุ่มนิกายที่กำหนดว่าการทำงานในโรงงานอาวุธเป็นบาปหรือไม่ แต่ศาลมองว่าไม่ใช่ประเด็นหลักที่ศาลต้องนำมาพิจารณา แม้ความเชื่อของผู้ยื่นคำร้องจะไม่ถือเป็นความเชื่อทางศาสนา แต่ผู้ยื่นคำร้องมีความเชื่ออย่างจริงจังว่าศาสนาห้ามเขาทำงานเช่นนั้น ผู้ยื่นคำร้องควรได้รับการคุ้มครองจากรัฐธรรมนูญบนหลักเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนา ซึ่งกรณีไม่ต้องสงสัยเลยว่า “ความเชื่อที่มีรากจากศาสนาเท่านั้น ที่ได้รับการคุ้มครองจากหลักเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนา (Thomas, supra at 713) มุมมองฆราวาสที่บริสุทธิ์นั้น ไม่เพียงพอที่จะนำมากล่าวอ้าง (United States v. Seeger, 380 U.S. 163 (1965), Wisconsin v. Yoder, 406 U.S. 205, 215 - 216 (1972))

ศาลไม่ได้ประเมินต่ำเกินไปถึงความยากในการแยกความแตกต่างระหว่าง “ข้อบัญญัติทางศาสนา” และ “แนวปฏิบัติทางฆราวาส” ที่เกิดจากความศรัทธาต่อศาสนา (religious and secular conviction) และความยากในการกำหนดว่า

ความเชื่อนั้นๆ เป็นความเชื่ออย่างจริงใจหรือไม่ ในช่วงแรกของรายงานของ คณะกรรมการอุทธรณ์ (Board of Review) ระบุว่า การปฏิเสธทำงานวันอาทิตย์ ของ Frazee เนื่องจากข้อบัญญัติทางศาสนา เพราะ Frazee ได้อ้างถึงพระคัมภีร์ไบเบิล ที่กำหนดให้วันอาทิตย์เป็นวันพักผ่อนห้ามทำงาน ขณะที่ศาลอุทธรณ์สรุปว่า การปฏิเสธทำงานวันอาทิตย์ของ Frazee เนื่องจาก “ความเชื่อทางศาสนาส่วนบุคคล” (personal professed religious belief)

Frazee ได้ยืนยันว่าเขาเป็นคริสเตียนที่ไม่ได้เป็นสมาชิกของนิกายใดๆ ซึ่ง ในความเป็นจริงแล้วมีหลายนิกายของศาสนาคริสต์ที่ไม่มีข้อบังคับในการห้ามทำงาน ในวันอาทิตย์ แต่ความเป็นจริงนี้ก็ไม่เป็นการ “ลดทอน” การคุ้มครองตามหลักสิทธิ เสรีภาพในการปฏิบัติศาสนาของ Frazee ศาลอธิบายว่า การเป็นสมาชิกใน กลุ่มนิกายศาสนาโดยเฉพาะกลุ่มที่มีข้อบัญญัติเฉพาะที่ห้ามสมาชิกทำงานในวันอาทิตย์ นั้น เป็นการง่ายในการวินิจฉัยหาข้อสรุปปัญหาเรื่อง “ความเชื่ออย่างจริงใจใน การปฏิบัติตามหลักศาสนา” แต่ในกรณีการปฏิเสธรับงานของ Frazee นั้นอยู่บน หลัก “ความเชื่อทางศาสนาอย่างจริงใจส่วนบุคคล” ซึ่งได้รับความคุ้มครองจาก รัฐธรรมนูญ ศาลไม่เห็นด้วยกับคำอธิบายของมลรัฐอิลลินอยส์ที่ว่า จริงอยู่ที่ การปฏิบัติตามความเชื่อของ Frazee ถือว่าเป็นการปฏิบัติทางศาสนา แต่ไม่เพียงพอที่จะ นำมากล่าวอ้างเพราะการปฏิบัติตามความเชื่อนั้น ไม่ได้เป็นไปตามข้อบัญญัติหรือ หลักคำสอนทางศาสนาที่ Frazee เป็นสมาชิก ศาลมองว่าคำอธิบายดังกล่าวนั้น ยืนยันอยู่บนหลักการที่ผิด มลรัฐได้สร้างภาระให้แก่ Frazee โดยการปฏิเสธสิทธิประโยชน์ จากการว่างงานที่ลิดรอนสิทธิในการปฏิบัติศาสนา

นอกจากนั้น ศาลยังไม่เห็นด้วยกับคำอธิบายของศาลอุทธรณ์มลรัฐ อิลลินอยส์ที่ว่า “ทุกวันนี้ วันอาทิตย์ไม่เพียงเป็นวันสำคัญทางศาสนา แต่ยังเป็น วันเพื่อพักผ่อนหย่อนใจและร่างกาย การแข่งขันกีฬาส่วนใหญ่ถูกจัดขึ้นในวันอาทิตย์ ศูนย์การค้า ศูนย์บริการต่าง ๆ ยังคงเปิดให้บริการประชาชนในวันอาทิตย์ โรงงาน ต่างๆ ยังคงปล่อยควันและผลิตสินค้าต่างๆ ในวันอาทิตย์” และสรุปว่า “ถ้าคน อเมริกันทุกคนต้องหยุดงานในวันอาทิตย์ ความวุ่นวายจะเกิดขึ้น” ศาลไม่เชื่อว่า ถ้า Frazee ชนะตามคำร้อง จะเกิดมวลชนเคลื่อนไหวต่อต้านการทำงานในวันอาทิตย์

ศาลอ้างว่าภายหลังการพิพากษาคดี Thomas ไม่มีหลักฐานอ้างอิงจำนวนของประชาชนที่ตกอยู่ในสถานการณ์การเลือกระหว่างสิทธิประโยชน์และความเชื่อทางศาสนา ที่มากพอที่จะสร้างสภาวะการว่างงานที่แผ่ขยายออกไปหรือแนวโน้มว่าเป็นเช่นนั้น และไม่มีสัญญาณบอกเหตุใดที่ศูนย์การค้า ศูนย์บริการหรือการแข่งขันกีฬาจะหยุดดำเนินการอันเป็นผลมาจากการพิพากษาของศาลในคดีนี้ ผลประโยชน์ของรัฐที่มากเพียงพอที่จะบังคับใช้อำนาจรัฐเหนือเสรีภาพในการปฏิบัติศาสนา แต่ศาลไม่พบผลประโยชน์ของรัฐในคดีนี้

การทำคำประกาศยอมรับเขตอำนาจ ศาลอาญาระหว่างประเทศตามข้อ 12(3) ต้องผ่านสภาตามมาตรา 190 วรรคสองแห่ง รัฐธรรมนูญหรือไม่*

อาจารย์ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช**

ข้อความเบื้องต้น

ประเด็นเรื่องการทำคำแถลงยอมรับเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศ (ไม่ใช่ประเด็นเรื่องการให้สัตยาบันธรรมนูญกรุงโรม) ตามข้อที่ 12 (3) นั้นกำลังเป็นประเด็นสำคัญขึ้นมาอีกครั้งหลังจากที่นางฟาตู เบนซูดา (Fatou Bensouda) อัยการของศาลอาญาระหว่างประเทศ มาเยือนประเทศไทยและเข้าพบรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศนั้น เชื่อแน่ว่าจะต้องเกิดคำถามตามมาว่า การทำคำแถลงหรือคำประกาศยอมรับเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศดังกล่าวเป็นหนึ่งในสี่สัญญาตามมาตรา 190 วรรคสองแห่งรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2550 หรือไม่ที่จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาเสียก่อน สำหรับประเด็นดังกล่าวผู้เขียนมีความเห็นทางกฎหมายดังต่อไปนี้

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net 19 พฤศจิกายน 2555 09:31 น.

** คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

1. มาตรา 190 แห่งรัฐธรรมนูญนั้นเป็นมาตราที่เกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาหรือสนธิสัญญาซึ่งตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 เป็น “ความตกลงระหว่างประเทศ” (international agreement) ส่วนการทำ “คำประกาศ” (Declaration) ยอมรับเขตอำนาจศาลของศาลอาญาระหว่างประเทศ (ICC) ตามข้อที่ 12(3) นั้นเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ (unilateral act) แม้ในข้อที่ 12 (3) จะมีได้ระบุอย่างชัดเจนว่าเป็นการกระทำฝ่ายเดียวก็ตาม แต่โดยลักษณะของคำประกาศยอมรับเขตอำนาจศาลนี้ย่อมเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ อยู่ในตัวแล้ว คำตอบยืนยันว่าคำประกาศยอมรับเขตอำนาจศาลโลกเป็นการกระทำฝ่ายเดียวปรากฏอยู่ในคดี Fisheries case ระหว่างประเทศ Spain กับประเทศ Canada ศาลโลกเห็นว่า คำประกาศยอมรับเขตอำนาจศาลโลกตามมาตรา 36 วรรค 2 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศเป็นการกระทำฝ่ายเดียว โดยศาลย้ำอย่างชัดเจนว่า “a declaration of acceptance of the compulsory jurisdiction of the Court, whether there are specified limits set to that acceptance or not, is a unilateral act of State sovereignty.”¹ และศาลโลกกล่าวอีกว่า “since a declaration under Article 36, paragraph 2, of the Statute, is a unilaterally drafted instrument,”²

ฉะนั้น ถ้าหากการทำคำประกาศยอมรับเขตอำนาจ “ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ” (International Court of Justice: I.C.J) เป็นการกระทำฝ่ายเดียว การทำคำประกาศยอมรับเขตอำนาจ “ศาลอาญาระหว่างประเทศ” (International Criminal Court: I.C.C) ก็ต้องมีลักษณะเป็นการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐเหมือนกัน เพราะต่างก็เป็นศาลระหว่างประเทศเหมือนกันและทั้งสองศาลก็ยอมรับการทำ “คำประกาศ” ว่าเป็นวิธีการยอมรับเขตอำนาจศาล เหมือนกันด้วย³ ผู้เขียนยังมอง

1 Fisheries Jurisdiction (Spain v. Canada), I.C.J. Reports 1998, para. 46

2 Ibid., para. 48

3 ในมาตรา 36 วรรค 2 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศใช้คำว่า “declare.” และใช้คำว่า “The declarations” ถึง 3 ครั้ง ส่วนมาตรา 12 (3) แห่งธรรมนูญกรุงโรม ใช้คำว่า “acceptance” และ “by declaration”

ไม่เห็นเหตุผลทางกฎหมายที่จะมาอธิบายว่าคำประกาศยอมรับเขตอำนาจศาลยุติธรรมระหว่างประเทศหรือศาลโลกเป็น “การกระทำฝ่ายเดียว” แต่พอคำประกาศยอมรับเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศกลายเป็น “สนธิสัญญา”

นอกจากคำพิพากษาของศาลโลกที่ยืนยันว่าคำประกาศยอมรับเขตอำนาจศาลเป็นการกระทำฝ่ายเดียวแล้ว ในรายงานของนาย Victor Rodríguez-Cedeño ซึ่งเป็น Special Rapporture ของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ (International Law Commission) เรื่อง Unilateral act ก็ได้ยกตัวอย่างเรื่องคำประกาศยอมรับเขตอำนาจศาล (ระหว่างประเทศ) ว่าเป็นตัวอย่างหนึ่งของการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ⁴ ซึ่งเรื่องนี้ใช้เรื่องใหม่ ทั้งศาลโลกเก่าและใหม่ต่างก็ยอมรับช่องทางในการเสนอให้ศาลโลกพิจารณาไว้ถึง 3 ทางและหนึ่งในนั้นก็คือ คำประกาศยอมรับเขตอำนาจศาล⁵ ยิ่งกว่านั้นในคดีปราสาทพระวิหารที่ศาลโลกมีเขตอำนาจศาลก็เป็นเพราะประเทศไทยทำคำประกาศฝ่ายเดียวนั่นเอง ยังไม่เคยมีหลักฐานว่าประเทศไทยทำสนธิสัญญายอมรับเขตอำนาจศาลโลกแต่อย่างใด

2. การทำคำประกาศยอมรับเขตอำนาจศาลยุติธรรมระหว่างประเทศหรือศาลอาญาระหว่างประเทศขาดคุณลักษณะหรือองค์ประกอบของหนังสือสัญญาหรือสนธิสัญญา เนื่องจากว่าสนธิสัญญาต้องเป็นความตกลงระหว่างรัฐกับรัฐหรือรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ แต่การทำคำประกาศยอมรับเขตอำนาจศาลนั้น ศาลมิได้แสดงเจตนาตอบรับหรือตอบสนองคำประกาศของรัฐแต่อย่างใด แต่เป็นเรื่องการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวโดยลำพังของรัฐที่จะยอมรับเขตอำนาจศาลเท่านั้น ศาลมิได้มาร่วมเจรจาตกลงหรือลงนามในคำประกาศนั้นแต่อย่างใด คำประกาศยอมรับเขตอำนาจศาลนั้นลงนามแต่เฉพาะรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศหรือผู้ที่มีอำนาจเท่านั้น ศาลหาได้มาร่วมลงนามด้วยไม่ ดังนั้น เมื่อขาดองค์ประกอบของ

⁴ Declarations made under Art. 36 (2) Statute of the International Court of Justice related to the acceptance of the jurisdiction of the court are unilateral acts...” โปรดดู Victor Rodríguez Cedeño, Max Planck Encyclopedia of Public International Law, www.mpepill.com

⁵ โปรดดูมาตรา 36 วรรค 2 ของธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ

คู่ภาคีเสียแล้ว คำประกาศยอมรับเขตอำนาจศาลจึงมิใช่เป็น “ความตกลงระหว่างประเทศ” แต่อย่างไร

3. ส่วนข้ออ้างที่ว่า คำประกาศตามข้อ 12 (3) นั้นก่อให้เกิดพันธกรณีทางกฎหมายหรือความผูกพันฉะนั้นจึงเข้าข่ายเป็นสนธิสัญญา ข้ออ้างนี้ปราศจากเหตุผลทางกฎหมายรองรับเนื่องจากพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศไม่จำเป็นต้องมาจากสนธิสัญญาอย่างเดียว การกระทำฝ่ายเดียวของรัฐก็ก่อให้เกิดพันธกรณีตามกฎหมายได้ดังเช่น ที่ศาลโลกเคยตัดสินในคดี *Ihren Declaration* และคดี *Nuclear Test case* ซึ่งทั้งสองคดีต่างก็เป็นคำประกาศของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและศาลก็ตัดสินว่าคำประกาศดังกล่าวเป็นการกระทำฝ่ายเดียวที่ก่อให้เกิดพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศ ยิ่งไปกว่านั้น ในตราสารระหว่างประเทศที่เรียกว่า “*Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations*” ซึ่งจัดทำโดยคณะกรรมการกฎหมายระหว่างประเทศของสหประชาชาติ ก็ใช้คำว่า “*capable of creating legal obligations*” อย่างชัดเจนอยู่แล้ว อีกทั้งในข้อแรกของ *Guiding Principles* ก็บัญญัติว่า “1. *Declarations publicly made and manifesting the will to be bound may have the effect of creating legal obligations.....*” นอกจากนี้ นักกฎหมายระหว่างประเทศที่มีชื่อเสียงอย่าง ศาสตราจารย์ Paul Reuter ก็ยังเห็นว่า การกระทำฝ่ายเดียวเป็นที่มาของพันธกรณีสำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศ⁶

สรุปก็คือ คำประกาศยอมรับเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศตามข้อที่ 12 (3) เป็นการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ ไม่ใช่หนังสือสัญญาหรือสนธิสัญญาตามกรุงเวียนนา ค.ศ. 1969 แต่ประการใด หากจะยกคำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญมาหักล้างเหตุผลข้างต้น

⁶ Reuter, “Principes de droit international public”, *Collected Courses ...*, vol. 103 (1961-II), p. 531 อ้างโดย Victor Rodríguez-Cedeño, *First report on unilateral acts of States*, A/CN.4/486, 1998, หน้า 13

4. การทำคำประกาศฝ่ายเดียวเป็นอำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศอยู่แล้ว โดยข้อ 4 ของ **Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations**” ระบุชัดเจนว่า “ 4. A unilateral declaration binds the State internationally only if it is made by an authority vested with the power to do so. By virtue of their functions, heads of State, heads of Government and ministers for foreign affairs are competent to formulate such declarations.....” การทำคำประกาศดังกล่าวจึงไม่จำเป็นต้องได้รับการมอบหมายจากผู้ใดอีกหรือไม่จำเป็นที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศจะมอบหมายให้ผู้ใดกระทำแทนตน

5. ศาลรัฐธรรมนูญของไทยเคยมีคำวินิจฉัยในคดีหนังสือแสดงเจตจำนงขอรับความช่วยเหลือที่เรียกว่า Letter of Intent ที่รัฐบาลไทยมีไปยังกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (International Monetary Fund: IMF) โดยศาลรัฐธรรมนูญตัดสินว่าหนังสือแสดงเจตจำนงดังกล่าวไม่มีลักษณะเป็นหนังสือสัญญาตามมาตรา 224 แห่งรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2540 เพราะว่าการทำหนังสือดังกล่าวมีลักษณะเป็นการแสดงเจตจำนงฝ่ายเดียวของประเทศไทยโดยที่กองทุนการเงินระหว่างประเทศไม่ได้มีการแสดงเจตนาตอบรับอันจะเข้าข่ายเป็นความตกลงระหว่างประเทศ⁷ กล่าวอีกนัยหนึ่ง การทำหนังสือ LOI เป็นการกระทำฝ่ายเดียวของรัฐบาลไทย

บทสรุป

การทำคำประกาศยอมรับเขตอำนาจศาลอาญาระหว่างประเทศตามข้อที่ 12 (3) เป็น “การกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ” ไม่ใช่เป็นการ “ทำหนังสือสัญญาหรือสนธิสัญญา” ตามมาตรา 190 แห่งรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2550 เพราะฉะนั้นจึงไม่ตกอยู่ภายใต้มาตรา 190 แต่อย่างใดย่อมหมายความว่า รัฐบาลหรือฝ่ายบริหารสามารถทำคำประกาศยอมรับเขตอำนาจศาลได้โดยไม่ต้องได้รับความเห็นชอบจากฝ่ายนิติบัญญัติตามมาตรา 190

⁷ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/542 หน้า 10

ผลกระทบของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 12/2555 ต่อความสามารถ ในการแสวงหาพยานหลักฐาน เพื่อพิสูจน์ความผิดของจำเลยในคดีอาญา

ไกรพล อรรถรัตน์

การรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมถือเป็นภารกิจที่มีความสำคัญมากที่สุดประการหนึ่งของรัฐ หากมีบุคคลใดกระทำการฝ่าฝืนบรรทัดฐานของสังคม อันเป็นเหตุให้เกิดความวุ่นวายเดือดร้อนต่อสังคมโดยรวม รัฐก็มีหน้าที่จะต้องนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ เพื่อให้เขาได้รับผลร้ายจากการกระทำดังกล่าว และเพื่อเป็นการข่มขู่ยับยั้งมิให้บุคคลอื่น ๆ ในสังคมยึดถือเอาการกระทำนั้นเป็นเยี่ยงอย่าง ซึ่งภารกิจดังกล่าวนี้เราเรียกว่าการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญานั้นเอง

แนวทางการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ

หลักการดำเนินคดีอาญาในปัจจุบัน รัฐจะทำหน้าที่เป็นผู้ชี้ขาดตัดสินคดีโดยใช้อำนาจตุลาการ แต่สำหรับปัญหาที่ว่าใครจะเป็นผู้รับผิดชอบในการนำเสนอคดีเพื่อให้ตุลาการพิพากษาคดีนั้นๆ นั้นยังมีแนวความคิดที่แตกต่างกันออกไป

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net 2 ธันวาคม 2555 18:25 น.

** นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ 1) , เนติบัณฑิตไทย

โดยแนวคิดที่ว่าจะให้ใครเป็นผู้รับผิดชอบในการดำเนินคดีอาญากับผู้กระทำความผิดแบ่งออกได้เป็น 2 แนวคิดใหญ่ๆด้วยกัน¹ คือ

1. หลักการดำเนินคดีอาญาโดยประชาชน ถือว่าประชาชนทุกคนมีสิทธิฟ้องคดีอาญาได้โดยไม่ต้องคำนึงว่าประชาชนคนนั้นจะเป็นผู้เสียหายในความผิดนั้นหรือไม่ ทั้งนี้เพราะประชาชนมีหน้าที่ที่จะรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม เมื่อคดีอาญาเป็นเรื่องที่มีผลกระทบต่อส่วนรวม จึงเป็นหน้าที่ของประชาชนทุกคนที่จะมีหน้าที่ป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดอาญาในทุกชั้นตอนของกระบวนการ

2. หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ เป็นหลักที่เกิดขึ้นโดยมีหลักการว่ารัฐเป็นผู้เสียหายต่อการที่มีผู้กระทำความผิดทุกคดี และมีหน้าที่ดำเนินคดีอาญาโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้ เพราะการกระทำความผิดเป็นการกระทำความเสียหายต่อสังคมโดยรวม และทำลายความสงบสุขของส่วนรวมซึ่งรัฐมีหน้าที่ต้องปกป้องรักษา ดังนั้นรัฐจึงต้องเป็นผู้ดำเนินการในความผิดนั้นๆ อย่างไรก็ตาม ในประเทศที่ใช้หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐนั้น ก็มีการเปิดโอกาสให้เอกชนสามารถดำเนินคดีเองได้ในบางฐานความผิดเช่นกัน

ตามที่กล่าวมาข้างต้น ไม่ว่าจะเป็นการดำเนินคดีอาญาโดยภาครัฐหรือภาคเอกชนก็ตาม วัตถุประสงค์สุดท้ายของการดำเนินคดีอาญาก็คือการมุ่งพิสูจน์ข้อเท็จจริงอันเป็นความผิดให้เป็นที่ประจักษ์แก่ศาล โดยในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดีอาญาต่อศาลนั้น โดยทั่วไปโจทก์มีภาระการพิสูจน์หรือมีหน้าที่ในการนำพยานหลักฐานเข้าพิสูจน์ความผิดของจำเลยจนกว่าศาลจะเชื่อโดยปราศจากข้อสงสัย (Beyond Reasonable Doubt) ว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริง หากโจทก์ไม่สามารถหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์จนปราศจากข้อสงสัยได้ว่าจำเลยกระทำความผิดจริง ศาลก็ต้องพิพากษายกฟ้อง ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า โดยทั่วไปแล้วในคดีอาญาโจทก์จะมีหน้าที่ทำทุกวิถีทางเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ความผิดของจำเลย

¹ ณรงค์ ใจหาญ, หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2555), หน้า 31

หรือที่เรียกว่า โจทก์ในคดีอาญามีภาระการพิสูจน์ (Burden of Proof) นั้นเอง

อย่างไรก็ตาม สำหรับคดีความผิดบางประเภทโดยเฉพาะในกลุ่มความผิดที่เป็นอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ (Economic Crime) เช่น อาชญากรรมตลาดทุน, อาชญากรรมหุ้นส่วนบริษัท, อาชญากรรมทางการเงินหรือบัตรเครดิต, อาชญากรรมอิเล็กทรอนิกส์บนเครือข่ายอินเทอร์เน็ต ฯลฯ มักเป็นอาชญากรรมที่มีลักษณะพิเศษกว่าอาชญากรรมธรรมดา (Street Crime) ทั่วไปในแง่ที่ว่า อาชญากรรมทางเศรษฐกิจนั้น ผู้กระทำความผิดมักจะมีวิธีการปกปิดความผิดและพยายามทำลายหลักฐาน เพื่อไม่ให้มีหลักฐานผูกมัดตน พยานหลักฐานที่จะใช้พิสูจน์ความผิดของผู้กระทำความผิดมักจะอยู่ในความรู้เห็นของผู้กระทำความผิดเท่านั้น ทั้งอาชญากรรมทางเศรษฐกิจมักจะมีความซับซ้อนและมีการกระทำทุกอย่างในลักษณะค่อยเป็นค่อยไป และภายหลังจากที่มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น มักจะใช้เวลานานพอสมควร จึงจะทราบถึงความเสียหาย ทำให้การค้นหาพยานหลักฐานเป็นไปด้วยความยากลำบากไม่ทันต่อเหตุการณ์ อันเป็นเหตุให้อาชญากรรมประเภทนี้สามารถปกปิดทำลาย ซ่อนเร้นหลักฐานได้เป็นอย่างดี อีกทั้งด้วยอำนาจของเงินที่ได้มาจากการกระทำความผิดทางเศรษฐกิจมักก่อให้เกิดอิทธิพลมีต่อการปิดปากพยาน ติดสินบนเจ้าพนักงานตำรวจและเจ้าพนักงานของรัฐ² จึงยากที่จะนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษได้

เมื่อเป็นเช่นนี้ หากให้โจทก์มีภาระการพิสูจน์ในคดีอาชญากรรมทางเศรษฐกิจจนปราศจากข้อสงสัยเหมือนกับคดีอาญาอื่นต่างๆ ไป อาจทำให้รัฐไม่สามารถนำตัวผู้กระทำความผิดประเภทนี้มาลงโทษได้เลย ซ้ำยังทำให้วัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาที่มุ่งข่มขู่และยับยั้งสังคมให้เกรงกลัวต่อโทษที่จะได้รับจากการกระทำความผิดเสียไปด้วย ดังนั้น เพื่อแก้ปัญหาดังกล่าว กฎหมายลักษณะพยานหลักฐานจึงได้สร้างเครื่องมือชนิดหนึ่งที่เรียกว่า “ข้อสันนิษฐาน” (Presumption) ขึ้นมาเพื่อเป็นเครื่องมือช่วยลดความยากลำบากของเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารใน

² ศาสตราจารย์วีระพงษ์ บุญญากาศ, อาชญากรรมทางเศรษฐกิจ, พิมพ์ครั้งที่ 6 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2552), หน้า 49

การพิสูจน์ความผิดของผู้ก่ออาชญากรรมทางเศรษฐกิจเหล่านี้

ข้อสันนิษฐานความผิดของจำเลยและปัญหา

“ข้อสันนิษฐาน” (Presumption) เป็นหลักในทางกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานซึ่งหมายถึง บทสันนิษฐานอันเป็นผลซึ่งกฎหมายหรือศาลรับรู้ไว้เป็นเบื้องต้นแรกว่าความจริงเป็นอยู่เช่นไร³ โดยผลของการที่กฎหมายได้กำหนดข้อสันนิษฐานเอาไว้ก็คือ ช่วยลดภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงที่เป็นความผิดให้แก่คู่ความฝ่ายที่ได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานเหลือเพียงการนำสืบข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขของการสันนิษฐาน (Basic Fact) เท่านั้น และเมื่อคู่ความฝ่ายที่ได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานสามารถสืบข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขของการสันนิษฐานได้แล้ว ศาลก็จะฟังข้อเท็จจริงตามข้อสันนิษฐาน (Presumed Fact)⁴ และ ภาระการพิสูจน์ก็จะตกอยู่กับคู่ความฝ่ายตรงข้ามทันที (Reverse Burden of Proof)

ประโยชน์ของการกำหนดข้อสันนิษฐานนี้จะเห็นประจักษ์ชัดเมื่อนำไปใช้ในการปราบปรามอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ โดยเฉพาะการกำหนดความรับผิดชอบของผู้แทนนิติบุคคลในกรณีที่นิติบุคคลกระทำความผิด ทั้งนี้ด้วยเหตุที่ว่า นิติบุคคลเป็นเพียงบุคคลที่กฎหมายสมมติขึ้น ไม่ได้มีชีวิตจิตใจหรือความคิดเป็นของตนเอง หากแต่มีผู้แทนนิติบุคคลทำหน้าที่เป็นสมองหรือชีวิตของนิติบุคคลแทน ดังนั้นจึงไม่น่าเป็นไปได้ที่นิติบุคคลจะกระทำความผิดได้โดยผู้แทนไม่รู้เห็น อย่างไรก็ตามในทางปฏิบัติมักจะหาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ความรู้เห็นเกี่ยวข้องของผู้แทนนิติบุคคลได้ยาก และการลงโทษนิติบุคคลก็ทำได้แค่เพียงโทษปรับหรือริบทรัพย์ ซึ่งมีผลในทางข่มขู่หรือยับยั้งผู้กระทำความผิดได้น้อยมาก อีกทั้งยังเป็นช่องทางให้ผู้แทนนิติบุคคลทั้งหลายฉวยโอกาสทำความผิดเพื่อหาผลประโยชน์โดยโยนความผิดไปให้นิติบุคคลอีกด้วย⁵ ดังนั้นจึงมีกฎหมายกำหนดข้อสันนิษฐานขึ้นเพื่อผลักภาระการพิสูจน์ไปให้

³ แอล ดูปลาดร์ และ วิจิตร ลulitanนท์ , กฎหมายลักษณะพยานและจิตวิทยา (กรุงเทพฯ, โรงพิมพ์อักษรนิติ, 2475), หน้า 186

⁴ เข็มชัย ชุติวงศ์, “ความชอบธรรมในการกำหนดข้อสันนิษฐานตามกฎหมายคดีอาญา”, วารสารอัยการ (2531): หน้า 18

⁵ เข็มชัย ชุติวงศ์, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยาน (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ,

ฝ่ายผู้แทนนิติบุคคลอยู่มากมาย เช่น พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พุทธศักราช 2545 มาตรา 54, พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พุทธศักราช 2522 มาตรา 72 , พระราชบัญญัติน้ำมันเชื้อเพลิง พุทธศักราช 2521 มาตรา 27 ฯลฯ เป็นต้น

สำหรับเหตุผลที่กฎหมายลักษณะพยานหลักฐานยอมรับเอาข้อสันนิษฐานเข้ามาใช้ในระบบกฎหมายของประเทศไทยนั้น อาจสรุปได้ดังนี้⁶

1. เพราะข้อสันนิษฐานเป็นเรื่องใกล้ความจริงมากกว่าการที่จะรับฟังข้อเท็จจริงไปในทางอื่น เมื่อมีหลักฐานที่จะพอรับฟังเรื่องใดที่ใกล้ความจริงมากที่สุดแล้ว จึงเป็นการดีกว่าที่จะยอมให้สืบพยาน ซึ่งจะเป็นการเสียทั้งเวลาและค่าใช้จ่าย
2. เพราะข้อสันนิษฐานช่วยให้การพิจารณาความของศาลรวดเร็วยิ่งขึ้น เป็นการประหยัดเวลาในการสืบพยาน
3. เพราะข้อสันนิษฐานช่วยก่อให้เกิดความยุติธรรมแก่คู่ความซึ่งเป็นฝ่ายที่ไม่อาจเข้าถึงพยานได้เหมือนอีกฝ่ายหนึ่ง ในกรณีเช่นนี้กฎหมายโยนหน้าที่สืบพยานให้แก่ฝ่ายที่ได้เปรียบในการเข้าถึงพยาน
4. เพราะในบางกรณีข้อสันนิษฐานมีความจำเป็นเพราะประโยชน์ในทางสังคมหรือเศรษฐกิจ เช่น ในเรื่องกรรมสิทธิ์ซึ่งมีข้อสันนิษฐานว่าผู้ครอบครองก่อนย่อมได้สิทธิดีกว่า

สำหรับคู่ความฝ่ายตรงข้าม จะสามารถนำสืบหักล้างข้อสันนิษฐานได้หรือไม่ ก็ขึ้นอยู่กับว่าประเภทของข้อสันนิษฐานนั่นเองได้เปิดโอกาสให้มีการพิสูจน์ข้อเท็จจริงโต้แย้งข้อสันนิษฐานได้หรือไม่ ซึ่งประเภทของข้อสันนิษฐานนั้นสามารถแบ่งออกได้ดังนี้ คือ

1. ข้อสันนิษฐานไม่เด็ดขาด (Rebuttable Presumption) คือ

2551), หน้า 116

⁶ อุดม รัฐอมฤต, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 4 (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2555), หน้า 62

ข้อสันนิษฐานที่กฎหมายเปิดโอกาสให้มีการนำสืบพยานโต้แย้งหรือหักล้างได้ ดังนั้นแม้คู่ความฝ่ายหนึ่งจะพิสูจน์ข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขในการได้รับประโยชน์ตามข้อสันนิษฐานได้ ศาลก็ยังฟังข้อเท็จจริงเป็นยุติตามข้อเท็จจริงที่ได้รับการสันนิษฐานนั้นไม่ได้ เพียงแต่จะมีผลเป็นการผลักภาระการพิสูจน์ไปให้แก่คู่ความฝ่ายตรงข้ามเท่านั้น หากคู่ความฝ่ายตรงข้ามไม่สามารถพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานได้ ศาลจะฟังข้อเท็จจริงเป็นยุติตามข้อสันนิษฐานนั้นทันที อย่างไรก็ตาม ในการพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานความผิดที่ไม่เด็ดขาดของจำเลยในคดีอาญานั้น จำเลยไม่จำเป็นต้องพิสูจน์หักล้างจนถึงขั้นปราศจากข้อสงสัย (Beyond Reasonable Doubt) แต่อย่างไรก็ตาม เพียงแต่จำเลยพิสูจน์หักล้างให้ศาลเห็นว่าพยานหลักฐานของจำเลยมีความน่าเชื่อถือมากกว่าพยานหลักฐานของโจทก์ (Preponderance of Evidence) ก็เป็นการเพียงพอแล้ว

2. ข้อสันนิษฐานเด็ดขาด (Irrebuttable Presumption) คือ ข้อสันนิษฐานซึ่งกฎหมายไม่เปิดโอกาสให้มีการนำสืบข้อเท็จจริงโต้แย้งหรือหักล้างข้อสันนิษฐานได้ ดังนั้นถ้าคู่ความฝ่ายที่ได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานสามารถพิสูจน์ข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขในการได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานได้ ศาลก็จะรับฟังข้อเท็จจริงเป็นยุติตามข้อสันนิษฐานนั้นทันที ทางต่อสู้ของจำเลยที่จะถูกผลร้ายจากข้อสันนิษฐานนี้ก็คือต้องพิสูจน์โต้แย้งว่าข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขในการได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานนั้นไม่มีอยู่จริงเท่านั้น

ตามที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นได้ว่า ข้อสันนิษฐานความรับผิดของจำเลยในคดีอาญามีประโยชน์ต่อการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในสังคมอย่างมาก อย่างไรก็ตาม แนวคิดการใช้ข้อสันนิษฐานความรับผิดของจำเลยในคดีอาญายังคงมีปัญหาเรื่องความชอบธรรมในการนำมาใช้อย่างมากพอสมควร โดยนักนิติศาสตร์ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยกับการนำข้อสันนิษฐานความรับผิดของจำเลยในคดีอาญามาใช้นั้นได้ให้เหตุผลถึงความไม่ชอบธรรมของการกำหนดข้อสันนิษฐานในคดีอาญาเอาไว้ดังนี้

1. หลักการสำคัญในการดำเนินคดีอาญาซึ่งถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของจำเลยประการหนึ่งก็คือ ศาลจะต้องสันนิษฐานเอาไว้ก่อนว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์ (Presumption of Innocence) ซึ่งเป็นหลักที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่ง

ราชอาณาจักรไทย มาตรา 39 ความว่า

“บุคคลไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้”

ในคดีอาญา ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด ก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้น เสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้”

นอกจากนี้หลักการดังกล่าวยังปรากฏอยู่ใน The Universal Declaration of Human Rights (UDHR) และ International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) อีกด้วย แสดงให้เห็นว่าสิทธิขั้นพื้นฐานของจำเลยที่จะได้รับการสันนิษฐานว่าบริสุทธิ์จนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาว่ากระทำความผิดจริง เป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับกันเป็นสากลเลยทีเดียว ดังนั้น การที่ข้อสันนิษฐาน ความรับผิดของจำเลยโยนภาระการพิสูจน์ไปให้แก่จำเลยจึงถูกมองว่าขัดต่อหลักการ ดังกล่าวนี้ เพราะเสมือนหนึ่งว่าจำเลยถูกมองว่าเป็นผู้กระทำความผิดเสียตั้งแต่แรก จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่าตนไม่ได้กระทำความผิดนั่นเอง

2. การกำหนดข้อสันนิษฐานความรับผิดของจำเลยในคดีอาญา มีลักษณะที่ฝ่าฝืนต่อหลักการที่ว่า “รัฐจะลงโทษบุคคลใดในการกระทำที่มีได้มีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ในขณะนั้นไม่ได้” (Nulla Poena Sine Lege) ทั้งนี้เพราะลำพังเพียงใจทักพิสูจนว่ามีข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขในการได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐาน (Basic Fact) เกิดขึ้น ยังไม่อาจฟังได้ว่าเป็นการกระทำความผิดอาญา ถ้าหากฝ่ายนิติบัญญัติประสงค์จะกำหนดให้การกระทำตามข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไข (Basic Fact) เป็นความผิดแล้ว เหตุใดจึงไม่บัญญัติการกระทำนั้นเป็นความผิดอาญาเสียเลย การที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถบัญญัติความผิดดังกล่าวได้ ย่อมแสดงว่าประชาชนยังไม่เห็นว่าการกระทำดังกล่าวเป็นความผิด ดังนั้น จึงไม่สมควรที่จะออกกฎหมายโยกการกระทำที่ไม่ใช่ความผิดเข้าไปหาการกระทำที่เป็นความผิดต่างๆ ที่เป็นการกระทำคนละอย่างกันเลย

3. การกำหนดข้อสันนิษฐานความรับผิดชอบของจำเลยในคดีอาญา เป็นการละเมิดสิทธิของจำเลยในอันที่จะไม่ต้องเปิดความปรีกษาตนเอง (Right against Self-Incrimination) เพราะการกำหนดบทสันนิษฐานเช่นนี้ทำให้จำเลยต้องนำพยานมาหักล้าง ซึ่งรวมถึงการที่จำเลยอาจต้องอ้างตนเป็นพยานเพื่อนำสืบให้พ้นจากข้อสันนิษฐานต่างๆ ที่ในความจริงแล้วจำเลยมีสิทธิที่จะไม่เปิดความใดๆ ได้ตามสิทธิดังกล่าว

ดังนั้น จึงเป็นเรื่องสำคัญที่จะต้องพิจารณากันอย่างถี่ถ้วนว่าการกำหนดข้อสันนิษฐานความรับผิดชอบของจำเลยในคดีอาญาดังกล่าวมีความชอบธรรมมากน้อยเพียงไร โดยเฉพาะอย่างยิ่งบรรดาพระราชบัญญัติที่มีบทสันนิษฐานความรับผิดชอบอาญาของจำเลยจะถือว่าขัดแย้งต่อรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศหรือไม่

ในประเด็นนี้ เคยมีคำวินิจฉัยตุลาการรัฐธรรมนูญที่ ต.2/2494 วินิจฉัยเอาไว้ว่า “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้พิจารณาเรื่องนี้โดยละเอียดแล้ว เห็นสอดคล้องกันว่า ความในมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยโดยเฉพาะที่เกี่ยวกับปัญหาในเรื่องนี้มีความหมายเพียงว่า ในคดีอาญาทั้งปวงต้องถือว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิดจนกว่าโจทก์จะมีพยานหลักฐานมาหักล้างข้อสันนิษฐานนั้นได้ ฉะนั้น กฎหมายใดที่บัญญัติว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยมีความผิดเสียแต่เบื้องต้นทีเดียว บทกฎหมายนั้นย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 30 นี้ และจะใช้บังคับไม่ได้ แต่พระราชบัญญัติการพนัน พุทธศักราช 2478 มาตรา 6 หาได้มีความบัญญัติไว้เช่นนั้นไม่ กล่าวคือยังต้องสันนิษฐานอยู่ว่า ผู้ต้องหาหรือจำเลยยังไม่มีผิดจนกว่าโจทก์จะนำสืบได้ว่าจำเลยได้เข้าไปอยู่ในวงเล่นการพนัน จึงเป็นอันพึงได้ว่าในกรณีเช่นนี้มีได้มีการสันนิษฐานใดๆ ในเบื้องต้นก่อนที่โจทก์นำพยานมาสืบ อันจะทำให้ขัดกับความในมาตรา 30 แห่งรัฐธรรมนูญที่กฎหมายสันนิษฐานก็เป็นการสันนิษฐานภายหลังจากที่โจทก์ได้นำพยานหลักฐานมาสืบแล้ว การสันนิษฐานเช่นนี้ไม่เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 30 แต่อย่างใด”

ในเรื่องนี้ พระราชบัญญัติการพนัน พุทธศักราช 2478 มาตรา 6 บัญญัติเอาไว้ว่า “ผู้ใดอยู่ในวงเล่นอันขัดต่อบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้...ให้สันนิษฐาน

ไว้ก่อนว่า ผู้นั้นเล่นด้วย เว้นแต่ผู้ซึ่งเพียงแต่ดูการเล่นในงานรื่นเริงสาธารณะ หรือในงานนักขัตฤกษ์ หรือในที่สาธารณะสถาน” โดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ให้เหตุผลรับรองความชอบธรรมของการกำหนดข้อสันนิษฐานความรับผิดชอบของจำเลยในคดีนี้เพราะมองว่า บทสันนิษฐานความรับผิดชอบตามพระราชบัญญัติการพนัน พุทธศักราช 2478 มาตรา 6 นี้ไม่ได้อำนาจให้จำเลยรับผิดชอบตั้งแต่ต้น อย่างไรก็ตาม โจทก์ก็ยังต้องพิสูจน์ว่าจำเลยได้เข้าไปอยู่ในวงเล่นการพนันอันเป็นข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขที่จะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐาน (Basic Fact) เสียก่อน จึงไม่ใช่บทบัญญัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 30 ที่บัญญัติให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์แต่อย่างใด

ต่อมาในปีพุทธศักราช 2544 ได้มีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2544 วินิจฉัยเรื่องที่ศาลฎีกาสงคำโต้แย้งของจำเลยในคดีอาญามาัยศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 264 ว่าพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พ.ศ. 2522 มาตรา 15 วรรค 2 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 33 (หลักการที่ต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์) และต้องด้วยมาตรา 6 (หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ) หรือไม่ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยโดยกล่าวความตอนหนึ่งว่า “ปัญหายาเสพติดให้โทษในปัจจุบันเป็นปัญหาสำคัญร่วมกันของนานาอารยประเทศ ประกอบกับยาเสพติดให้โทษเป็นภัยร้ายแรงต่อสุขภาพและชีวิตของมนุษย์ จึงต้องมีบทลงโทษที่หนักกว่าปกติ รวมทั้งต้องมีมาตรการลงโทษขั้นเด็ดขาด การที่กฎหมายกำหนดให้ปริมาณสารเสพติดให้โทษในประเภทหนึ่งเป็นจำนวนที่ชัดเจนตามมาตรา 15 วรรค 2 นั้น มุ่งประสงค์เพื่อลงโทษผู้ผลิต ผู้นำเข้า ผู้ส่งออก หรือมีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติดให้โทษประเภท 1 ซึ่งคำนวณเป็นสารบริสุทธิ์ได้ตั้งแต่ 20 กรัมขึ้นไป เสมือนหนึ่งว่าการกระทำเช่นนั้นเป็นไปเพื่อการจำหน่าย เนื่องจากปริมาณยาเสพติดยิ่งมากเท่าใด ผลกระทบต่อสังคมยิ่งมากขึ้นตามไปด้วย อย่างไรก็ตาม การที่กฎหมายกำหนดปริมาณสารเสพติดให้โทษประเภท 1 เป็นเพียงเกณฑ์เปรียบเทียบสำหรับฐานความผิดที่จะนำไปสู่การลงโทษเท่านั้น แต่ผู้ที่ได้รับโทษตามกฎหมายดังกล่าวจะต้องผ่านการพิสูจน์หรือนำสืบของโจทก์แล้วว่าเป็นผู้กระทำความผิดจริง โดยศาล

จะเป็นผู้วินิจฉัยหรือพิพากษาชี้ขาดและกำหนดโทษ ส่วนรัฐธรรมนูญมาตรา 33 เป็นบทบัญญัติที่รับรองหลักการพื้นฐานของกฎหมายอาญาของนานาอารยประเทศ มีเจตนารมณ์เพื่อรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคล ซึ่งตกเป็นผู้ต้องหาหรือจำเลยในคดีอาญาทั่วไปซึ่งมีหลักว่าในคดีอาญาโจทก์มีภาระต้องนำสืบการกระทำของผู้ต้องหาหรือจำเลยให้ครบทุกองค์ประกอบความผิดตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ โดยผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่จำเป็นต้องนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตน ดังนั้น พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ พุทธศักราช 2522 มาตรา 15 วรรค 2 จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 33”

คดีนี้ก็เป็นอย่างอื่นที่แสดงให้เห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญได้รับรองความชอบธรรมของการกำหนดข้อสันนิษฐานความรับผิดของจำเลยในคดีอาญา ทั้งนี้พระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ มาตรา 15 วรรค 2 ได้บัญญัติว่า “การผลิต นำเข้า ส่งออก หรือมีไว้ในครอบครองซึ่งยาเสพติดให้โทษในประเภท 1 ตามปริมาณดังต่อไปนี้ให้ถือว่าเป็นการผลิต นำเข้า ส่งออก หรือมีไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย....” แต่ศาลรัฐธรรมนูญมองว่า ก่อนที่จะได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้ผลิต นำเข้า ส่งออก หรือมีไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย จำเลยจะต้องผ่านการพิสูจน์หรือนำสืบข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขในการได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐาน (Basic Fact) ที่ว่า จำเลยมียาเสพติดให้โทษไว้ในครอบครองจริงมาก่อนแล้ว ซึ่งเป็นเหตุผลที่คล้ายคลึงกับที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ให้เหตุผลเอาไว้ในคำวินิจฉัยตุลาการรัฐธรรมนูญที่ ต.2/2494

จะเห็นได้ว่าในอดีต ตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งทำหน้าที่ควบคุมกฎหมายไม่ให้ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ได้ยอมรับการมีอยู่และความชอบธรรมของการกำหนดข้อสันนิษฐานความรับผิดของจำเลยในคดีอาญา มาโดยตลอด จนกระทั่งเมื่อไม่นานมานี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้มีท่าทีต่อการกำหนดข้อสันนิษฐานความรับผิดของจำเลยที่เปลี่ยนแปลงไปคือไม่ยอมรับความชอบธรรมของการกำหนดข้อสันนิษฐานความรับผิดของจำเลยในคดีอาญาอีกต่อไป ดังคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555 ซึ่งได้วินิจฉัยไว้ดังนี้ “เห็นว่า พระราชบัญญัติยาตรง และตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 มาตรา 54 เป็นข้อสันนิษฐานตามกฎหมายที่มีผล

การสันนิษฐานความผิดของจำเลย โดยโจทก์ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ให้เห็นถึงการกระทำหรือเจตนาอย่างใดอย่างหนึ่งของจำเลยก่อนเป็นการนำการกระทำ ความผิดของบุคคลอื่นมาเป็นเงื่อนไขของการสันนิษฐานให้จำเลยมีความผิดและต้องรับโทษทางอาญา เนื่องจาก การสันนิษฐานว่า ถ้าผู้กระทำความผิดเป็นนิติบุคคล ก็ให้กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลที่รับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นต้องร่วมรับผิดชอบกับนิติบุคคลผู้กระทำความผิดด้วย เว้นแต่ จะพิสูจน์ได้ว่าตนไม่ได้มีส่วนรู้เห็นเป็นใจในการกระทำความผิดของนิติบุคคลดังกล่าว โดยโจทก์ไม่จำเป็นต้องพิสูจน์ถึงการกระทำหรือเจตนาของกรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดที่รับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นว่ามีส่วนร่วมเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดของนิติบุคคลอย่างไร คงพิสูจน์แต่เพียงว่านิติบุคคลกระทำความผิดตามพระราชบัญญัตินี้ และจำเลยเป็นกรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลที่รับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลเท่านั้น กรณีจึงเป็นการสันนิษฐานไว้ตั้งแต่แรกแล้วว่า กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลที่รับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นได้กระทำความผิดด้วย อันมีผลเป็นการผลักภาระการพิสูจน์ความบริสุทธิ์ไปยังกรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ และบุคคลที่รับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้นทั้งหมดทุกคน บทบัญญัติมาตราดังกล่าวจึงเป็นการสันนิษฐานความผิดของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาโดยอาศัยสถานะของบุคคลเป็นเงื่อนไข มิใช่การสันนิษฐานข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบความผิดเพียงบางข้อหลังจากที่โจทก์ได้พิสูจน์ให้เห็นถึงการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดที่เกี่ยวข้องกับความผิดที่จำเลยถูกกล่าวหา และยังขัดกับหลักนิติธรรมข้อที่ว่าโจทก์ในคดีอาญาต้องมีภาระการพิสูจน์ถึงการกระทำ ความผิดของจำเลยให้ครบองค์ประกอบความผิด นอกจากนี้บทบัญญัติมาตราดังกล่าวยังเป็นการนำบุคคลเข้าสู่กระบวนการดำเนินคดีอาญาให้ต้องตกเป็นผู้ต้องหาและจำเลย ซึ่งทำให้บุคคลดังกล่าวอาจถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพ เช่น การถูกจับกุม หรือถูกคุมขัง โดยไม่มีพยานหลักฐานตามสมควรในเบื้องต้นว่าบุคคลนั้นได้กระทำการ หรือมีเจตนาประการใดอันเกี่ยวกับความผิดตามที่ถูกกล่าวหา บทบัญญัติมาตราดังกล่าวในส่วนที่สันนิษฐานความผิดอาญาของผู้ต้องหาและจำเลยโดยไม่ปรากฏว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยได้กระทำการหรือมีเจตนาประการใดเกี่ยวกับความผิดนั้น จึง

ขัดต่อหลักนิติธรรมและขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 วรรคสอง”

สำหรับพระราชบัญญัติชายตรงและตลาดแบบตรง พุทธศักราช 2545 มาตรา 54 บัญญัติเอาไว้ว่า “ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดซึ่งต้องรับโทษตามพระราชบัญญัตินี้เป็นนิติบุคคล ให้กรรมการผู้จัดการ ผู้จัดการ หรือบุคคลใดซึ่งรับผิดชอบในการดำเนินงานของนิติบุคคลนั้น ต้องรับโทษตามที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นๆ ด้วย เว้นแต่ จะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้มีส่วนในการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้น” ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญมองว่า นิติบุคคลกับผู้แทนนิติบุคคลนั้นเป็นบุคคลแยกต่างหากออกจากกัน ดังนั้น การนำการกระทำของนิติบุคคลมาโยงผูกพันเข้ากับการกระทำของผู้แทนนิติบุคคลเป็นการสันนิษฐานโดยอาศัยสถานะของบุคคลเป็นเงื่อนไข ไม่ใช่การสันนิษฐานจากองค์ประกอบความผิดบางข้อ หรืออาจกล่าวได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญมองว่า Basic Fact ที่ว่านิติบุคคลเป็นผู้กระทำความผิด ไม่มีความสัมพันธ์อย่างสมเหตุสมผล (Rational Connection) กับ Presumed Fact ที่ถือว่าผู้แทนนิติบุคคลเป็นผู้กระทำความผิดและต้องรับโทษตามกฎหมายในความผิดที่นิติบุคคลทำนั่นเอง

ดังนั้นจึงเท่ากับว่า ณ ขณะนี้ ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ไม่ยอมรับและไม่รับรองความชอบธรรมในการมีอยู่ของข้อสันนิษฐานความรับผิดชอบของจำเลยในคดีอาญาอีกต่อไป

อนึ่ง ผู้เขียนอยากจะให้ข้อสังเกตถึง “ความสับสน” ของศาลรัฐธรรมนูญ ในการพิจารณาประเด็นดังกล่าวนี้ว่ายังมีอยู่พอสมควร กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญเคยให้การรับรองและบังคับใช้บทบัญญัติมาตรา 237 วรรค 2 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่บัญญัติว่า

ถ้าการกระทำของบุคคลตามวรรคหนึ่ง ปรากฏหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าหัวหน้าพรรคการเมืองหรือกรรมการบริหารของพรรคการเมืองผู้ใด มีส่วนรู้เห็นหรือปล่อยปละละเลย หรือทราบถึงการกระทำนั้นแล้ว มิได้ยับยั้งหรือแก้ไขเพื่อเป็นการเลือกตั้งเป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม ให้ถือว่าพรรคการเมืองนั้นกระทำการเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทาง

ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ตามมาตรา 68”

หากเราสังเกตพบบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 237 วรรค 2 จะพบว่าข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไข (Basic Fact) คือ การที่หัวหน้าพรรคการเมือง กรรมการบริหารพรรคการเมือง ได้รู้เห็น หรือทราบถึงการฝ่าฝืนกฎหมายที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งแล้วไม่ยับยั้งแก้ไขให้การเลือกตั้งเป็นไปโดยสุจริตและเที่ยงธรรม ส่วนข้อเท็จจริงตามข้อสันนิษฐาน(Presumed Fact) คือ ให้ถือว่าพรรคการเมืองนั้นกระทำการเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้

ผู้เขียนเห็นว่าลักษณะความสัมพันธ์ของหัวหน้าพรรคการเมืองหรือกรรมการบริหารพรรคการเมือง กับพรรคการเมืองนั้น ก็มีลักษณะความสัมพันธ์ที่เหมือนกับนิติบุคคลกับผู้แทนนิติบุคคลตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พุทธศักราช 2545 มาตรา 54 นั่นเอง กล่าวคือเป็นการวางบทสันนิษฐานความรับผิดชอบของพรรคการเมืองโดยอาศัยเพียงฐานะของหัวหน้าพรรคการเมืองหรือกรรมการบริหารพรรคการเมืองมาโยงเข้ากับข้อสันนิษฐานว่าพรรคการเมืองกระทำความผิด ไม่ได้มีการสันนิษฐานบนพื้นฐานขององค์ประกอบความผิดแต่อย่างใด (ลักษณะเดียวกับมาตรา 54 ของพระราชบัญญัติขายตรงฯ) แต่ศาลรัฐธรรมนูญโดยคำวินิจฉัยที่ 18-20/2551 ก็ได้ยอมรับและใช้บังคับบทบัญญัติมาตรา 237 วรรค 2 ในการวินิจฉัยตัดสินคดีให้ยุบพรรคพลังประชาชน พรรคชาติไทย และพรรคมหาชนมิอาธิปไตยมาแล้ว

นอกจากนี้ ลักษณะของบทสันนิษฐานตามมาตรา 237 วรรค 2 หากพิจารณาอย่างถี่ถ้วนแล้วจะพบว่าเป็นบทสันนิษฐานเด็ดขาด (Irrebuttable Presumption) ไม่เปิดโอกาสให้พรรคการเมืองได้พิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานเป็นอย่างอื่นไปได้เลย ในขณะที่บทสันนิษฐานตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พุทธศักราช 2545 มาตรา 54 เป็นเพียงบทสันนิษฐานที่ไม่เด็ดขาด (Rebuttable Presumption) ที่เปิดโอกาสให้จำเลยสามารถพิสูจน์ข้อเท็จจริงหักล้างข้อสันนิษฐานได้ แต่กลับกลายเป็นว่าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้บทสันนิษฐานตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พุทธศักราช 2545 มาตรา 54 ซึ่งเป็น

บทสันนิษฐานไม่เด็ดขาด ขัดต่อหลัก Presumption of Innocence ตามรัฐธรรมนูญ ในขณะที่เดียวกันกลับยอมรับและใช้บังคับบทสันนิษฐานความผิดเด็ดขาดที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมาตรา 237 วางเอาไว้ ทั้งๆ ที่บทสันนิษฐานเด็ดขาดมีลักษณะที่เป็นผลเสียต่อจำเลยมากกว่า

จะเห็นได้ว่าในประเด็นเรื่องความชอบธรรมในการกำหนดข้อสันนิษฐานความรับผิดของจำเลยนั้น ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทยยังมีความสับสนและไม่สามารถหาหลักเกณฑ์ที่แน่นอนในการทำคำวินิจฉัยได้เลย

การกำหนดข้อสันนิษฐานความรับผิดของจำเลยในต่างประเทศ

การกำหนดข้อสันนิษฐานนั้น เป็นหลักกฎหมายพยานหลักฐานที่ประเทศไทยรับอิทธิพลและพัฒนามาจากหลักกฎหมายของต่างประเทศโดยเฉพาะในกลุ่มประเทศ Common Law ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอนำเสนอถึงความชอบธรรมของการกำหนดข้อสันนิษฐานความรับผิดตามหลักกฎหมายของประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษว่ามีอยู่มากน้อยเพียงไร โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีการพัฒนาหลักการกำหนดข้อสันนิษฐานความรับผิดของจำเลยในคดีอาญามาอย่างยาวนาน อีกทั้งมีประเด็นเกี่ยวเนื่องกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกำหนดข้อสันนิษฐานความรับผิด เหมือนกับระบบของประเทศไทยอีกด้วย

ในประเทศสหรัฐอเมริกานั้น ประเด็นเรื่องการกำหนดข้อสันนิษฐานความรับผิดของจำเลยในคดีอาญาก็ถือเป็นประเด็นที่มีการถกเถียงกันมาอย่างยาวนาน โดยมีทั้งฝ่ายที่สนับสนุนและโต้แย้งการกำหนดข้อสันนิษฐานความรับผิดของจำเลยในคดีอาญาเลยทีเดียว ซึ่งฝ่ายที่โต้แย้งการมีอยู่ของข้อสันนิษฐานความรับผิดจำเลยก็ได้ให้เหตุผลประกอบข้อโต้แย้งเอาไว้ดังนี้

1. การกำหนดข้อสันนิษฐานของจำเลยในคดีอาญาเป็นการขัดแย้งต่อ The Universal Declaration of Human Rights และหลักศุภนิติกระบวนการ (Due Process Clause) ทั้งนี้เพราะในคดีอาญามีหลัก The Presumption of Innocence ที่ต้องสันนิษฐานเอาไว้ก่อนว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าศาลจะมีคำพิพากษาว่าได้

กระทำความผิดจริง ซึ่งหลักนี้ถือเป็นหลักประกันว่ารัฐมีหน้าที่ในการพิสูจน์ความผิดของจำเลยจนปราศจากเหตุอันควรสงสัยตามสมควร (Beyond Reasonable Doubt) ดังนั้น ก่อนหน้าที่รัฐจะพิสูจน์จนปราศจากข้อสงสัย ก็จะต้องปฏิบัติต่อเขาเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดไม่ได้ แต่การมีข้อสันนิษฐานเท่ากับเป็นการถือว่าจำเลยกระทำความผิดตั้งแต่แรก เว้นแต่จะพิสูจน์หักล้างได้ว่าเป็นผู้บริสุทธิ์

2. การกำหนดข้อสันนิษฐานความผิดของจำเลยในคดีอาญาเป็นการฝ่าฝืนหลักที่ว่า “รัฐจะลงโทษบุคคลใดในการกระทำที่มีได้มีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ขณะนั้นไม่ได้” (Nulla Poena Sine Lege) เนื่องจากลำพังการกระทำตามข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขของข้อสันนิษฐาน (Basic Fact) เท่านั้น ยังไม่มีกฎหมายบัญญัติให้เป็นความผิด จริงอยู่แม้มีกฎหมายกำหนดโยงการกระทำตามเงื่อนไขของข้อสันนิษฐาน (Basic Fact) เข้ากับฐานความผิด แต่ข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบของความผิดนั้นจริงๆ ยังไม่ได้รับการพิสูจน์แต่อย่างใด ถ้าหากฝ่ายนิติบัญญัติต้องการให้ข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขของข้อสันนิษฐาน (Basic Fact) เป็นความผิด เหตุใดไม่บัญญัติให้การกระทำตามเงื่อนไขของข้อสันนิษฐานโดยลำพังเป็นความผิดเสียเลย การที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถบัญญัติความผิดดังกล่าวได้ ย่อมแสดงว่าประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจนิติบัญญัติที่แท้จริง ยังไม่เห็นว่าลำพังข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขนั้นจะเป็นความผิดใดๆ จึงไม่สมควรออกกฎหมายโยงการกระทำที่ไม่เป็นความผิดเข้าหากการกระทำที่เป็นความผิดต่างๆ ที่เป็นการกระทำคนละอย่างกันเลย

3. เป็นการละเมิดสิทธิของจำเลยในอันที่จะไม่ต้องเบิกความปรักรัตนเอง (Right Against Self-Incrimination) เพราะการกำหนดข้อสันนิษฐานเช่นนี้ทำให้จำเลยต้องนำสืบพยานหักล้าง ซึ่งรวมถึงจำเลยต้องอ้างตัวเองเป็นพยานเพื่อนำสืบให้พ้นจากข้อสันนิษฐานความรับผิด ทั้งๆ ที่ในคดีอาญา จำเลยมีสิทธิที่จะอยู่เฉยโดยไม่ต้องเบิกความก็ได้

ที่กล่าวมานี้คือเหตุผลที่ฝ่ายโต้แย้งได้ให้เอาไว้ อย่างไรก็ตาม แม้เหตุผลของฝ่ายที่โต้แย้งจะมีน้ำหนักน่ารับฟังอยู่มากก็ตาม แต่ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา (The United States Supreme Court) ซึ่งทำหน้าที่แปลความและควบคุมไม่ให้

กฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ก็ยังยอมให้มีบทสันนิษฐานความรับผิดชอบของจำเลยในคดีอาญาได้ โดยให้เหตุผลว่า กฎหมายจะกำหนดข้อสันนิษฐานความรับผิดชอบของจำเลยในคดีอาญาได้ก็ต่อเมื่อมีความสัมพันธ์กันอย่างสมเหตุสมผล(Rational Connectio) ระหว่างข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขของข้อสันนิษฐาน (Basic Fact) กับข้อเท็จจริงตามข้อสันนิษฐาน (Presumed Fact) ซึ่งหมายความว่า หากมีข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของข้อสันนิษฐาน (Basic Fact) ย่อมเป็นที่แน่นอนแทบจะปราศจากข้อสงสัย (Beyond Reasonable Doubt) เลยกว่า ข้อเท็จจริงตามข้อสันนิษฐาน (Presumed Fact) ย่อมมีอยู่ด้วย

จะเห็นได้ว่า แม้แต่ในประเทศสหรัฐอเมริกาซึ่งเป็นต้นแบบของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน และเป็นประเทศที่ได้ชื่อว่ามี ความเข้มงวดกวดขัน ไม่ยอมให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดรัฐธรรมนูญยังยอมรับให้มีการกำหนดข้อสันนิษฐานความรับผิดชอบของจำเลยในคดีอาญาได้

สำหรับในประเทศอังกฤษนั้น ไม่ได้มีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดเหมือนในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศไทย โดยถือว่ากฎหมายที่ออกมาจากฝ่ายนิติบัญญัติเป็นกฎหมายสูงสุดตามหลัก Supremacy of Parliament ดังนั้นกฎหมายที่ออกจากรัฐสภาของประเทศอังกฤษแม้จะกำหนดข้อสันนิษฐานความผิดของจำเลยในคดีอาญาเอาไว้ก็จะไม่ถูกพิจารณาว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญอย่างแน่นอน แต่ทั้งนี้ ในประเทศอังกฤษก็มีหลักเกี่ยวกับการพิสูจน์ความรับผิดชอบของจำเลยในคดีอาญาอยู่ว่าโดยหลักแล้วภาระการพิสูจน์ความผิดของจำเลยจะตกอยู่กับโจทก์ผู้ฟ้องคดี โดยหลักนี้เรียกว่า “Woolmington principle”¹⁴

อย่างไรก็ตาม หลัก Woolmington principle นี้ มีข้อยกเว้นอยู่เช่นกัน คือในกรณีที่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (Statute) กำหนดให้โยนภาระการพิสูจน์ไปให้แก่จำเลย (Reverse Burden of Proof) เช่นนี้ภาระการพิสูจน์ก็จะตกแก่จำเลยทันที แต่ศาลอาจใช้ดุลพินิจพิจารณาได้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่โยนภาระการพิสูจน์ให้แก่จำเลยนั้นมีเหตุผลที่เป็นธรรมและสมเหตุสมผลมากน้อยเพียงไร (Fair

¹⁴ Woolmington V. DPP (1935)

and Reasonable) หากศาลเห็นว่ากฎหมายดังกล่าวไม่มีเหตุผลที่ดีพอศาลก็อาจไม่ยอมรับบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวได้

นอกจากในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอังกฤษที่ยอมรับข้อสันนิษฐานความรับผิดชอบของจำเลยในคดีอาญาแล้ว ยังพบว่าข้อสันนิษฐานความรับผิดชอบของจำเลยในคดีอาญายังเป็นที่ยอมรับทั่วไปอย่างเป็นสากล ซึ่งตรงกันข้ามกับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555 ของประเทศไทยอย่างสิ้นเชิง¹⁷

กล่าวคือ ในคดี **AG v. Malta**, Application No.16641/90, 10 December 1991 (unreported) คณะกรรมาธิการ (ซึ่งปัจจุบันถูกยุบรวมเข้าเป็นส่วนหนึ่งของศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรปแล้ว) ได้วินิจฉัยในประเด็นนี้ทำนองที่ว่า “ข้อสันนิษฐานเบื้องต้นที่สามารถพิสูจน์หักล้างได้ (Rebuttable Presumption) ที่ว่า ให้กรรมการบริษัทต้องรับผิดชอบในทางอาญา ในกรณีที่บริษัทดังกล่าวถูกตัดสินว่ากระทำผิดอาญา เว้นแต่จะพิสูจน์ได้ว่ามิได้รู้เห็นในการกระทำความผิด และได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำผิดดังกล่าวแล้ว” **มิได้ขัดหรือแย้งต่อข้อ 6** วรรคสอง ของ European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) ซึ่งบัญญัติว่า “Everyone charged with a criminal offence shall be presumed innocent until proved guilty according to law” แต่อย่างไรก็ตาม

บทวิเคราะห์

ความชอบธรรมในการกำหนดข้อสันนิษฐานความรับผิดชอบของจำเลยในคดีอาญาลำหรับประเทศไทยนั้น ได้หมดสิ้นไปโดยผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555 และภายหลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยดังกล่าว ก็มีการถกเถียง

¹⁷ Harris, O’Boyle, et. al., Law of the European Convention on Human Rights (OUP, 2nd edition, 2009) หน้า 302. อ้างถึงใน ผศ.ณรงค์เดช สรุโฆษิต, หมายเหตุท้ายคดีรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555 เรื่อง พระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พ.ศ. 2545 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ [ออนไลน์], 23 เมษายน 2555. แหล่งที่มา www.pub-law.net

เกี่ยวกับประเด็นนี้อย่างกว้างขวาง และมีนักนิติศาสตร์ได้แสดงความคิดเห็นสนับสนุนคำวินิจฉัยนี้เอาไว้ค่อนข้างน่าสนใจว่า¹⁸ “เรื่องนี้เป็นเรื่องสำคัญมาก มีผลกระทบไม่น้อยไปกว่ากรณีกฎหมายบังคับให้ภรรยาใช้นามสกุลสามี...เราจะต้องหาทางให้เจ้าหน้าที่บ้านเมืองรับทราบข้อมูลนี้อย่างรวดเร็วและต้องไม่หลงไปใช้กฎหมายประเภทนี้ช่วยในการทำงานอีกต่อไปแล้ว เจ้าหน้าที่บ้านเมืองต้องทำงานหนักขึ้นอีกนิดหนึ่งในการหาพยานหลักฐานเบื้องต้นให้เห็นว่าบรรดาผู้บริหารนิติบุคคลเหล่านั้นที่เราจะดำเนินคดีกับเขามีส่วนในการรู้เห็นเป็นใจหรือมีพฤติกรรมอย่างใดอย่างหนึ่งเกี่ยวข้องถึงการทำผิดของนิติบุคคลด้วย เช่น เข้าประชุม เช่นนี้ชื่อรับรู้โดยไม่ได้คัดค้าน ซึ่งก็ต้องร่วมรับผิดชอบกับนิติบุคคลนั้นในฐานะตัวการหรือผู้สนับสนุนแล้วแต่กรณี ตามแนวคำพิพากษาฎีกาซึ่งมีบรรทัดฐานวางไว้นานแล้วว่านิติบุคคลก็ทำผิดอาญาได้ เมื่อนิติบุคคลทำผิดแล้ว ผู้ใดก็ตามที่มีส่วนสนับสนุนหรือเป็นตัวการหรือผู้ใช้ให้กระทำผิดต้องรับผิดชอบร่วมด้วย แต่จะไปสันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลเหล่านั้นเป็นผู้ร่วมกระทำผิดเพียงเพราะเขามีฐานะเป็นผู้บริหารนิติบุคคลเท่านั้นหาชอบไม่ เพราะการสันนิษฐานเช่นนั้นมิใช่การสันนิษฐานข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบความผิดเพียงบางข้อเหมือนดังกฎหมายการพนัน หรือกฎหมายยาเสพติดให้โทษ แต่เป็นการสันนิษฐานความผิดทั้งหมด ทำให้ผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาต้องมีการพิสูจน์ว่าเขาเป็นผู้บริสุทธิ์ซึ่งขัดแย้งต่อมาตรา 39 วรรค 2 ของรัฐธรรมนูญโดยตรง ทั้งยังขัดต่อมาตรฐานสากล ขัดต่อพันธะกรณีประเทศไทยมีตามกฎหมายระหว่างประเทศ และขัดต่อหลักนิติธรรมอีกด้วย”

อย่างไรก็ตาม ด้วยความเคารพต่อคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ในความคิดเห็นของผู้เขียน บทสันนิษฐานความรับผิดชอบของจำเลยในคดีอาญายังคงมีบทบาทสำคัญในการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการปราบปรามอาชญากรรมทางเศรษฐกิจ (Economic Crime) เพราะอาชญากรรมประเภทนี้มีลักษณะพิเศษกว่าอาชญากรรมทั่วไป (Street Crime) ตามที่ได้กล่าวมาแล้ว

¹⁸ จรัญ ภักดีธนากุล, “หลักนิติธรรมในบริบทของศาลรัฐธรรมนูญ”, หนังสือพิมพ์ 55 โดยคณะกรรมการเนติบัณฑิตสมัยที่ 64 สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา (2555): หน้า 100

โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นที่ว่าลักษณะของอาชญากรรมทางเศรษฐกิจมักจะมีภาระของพยานหลักฐานมาพิสูจน์ความผิดของจำเลยยากมาก เนื่องจากข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิดของจำเลยมักอยู่ในความรู้เห็นของจำเลยเป็นส่วนใหญ่ จึงจำเป็นต้องพึ่งข้อสันนิษฐานความรับผิดชอบของจำเลยเป็นเครื่องมือผ่อนภาระของฝ่ายบริหารในการพิสูจน์ความผิดของจำเลย แม้การกำหนดข้อสันนิษฐานอาชญากรรมมองว่าเป็นการละเมิดต่อสิทธิของจำเลยไปบ้าง แต่การรักษาความสงบเรียบร้อยที่มีประสิทธิภาพก็ต้องกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนอยู่เป็นปกติธรรมดา และคงไม่มีการรักษาความสงบเรียบร้อยใดๆ ที่จะไม่กระทบกระเทือนสิทธิของประชาชนในสังคมอย่างแน่นอน นอกจากนี้ หากฝ่ายบริหารไม่มีข้อสันนิษฐานความรับผิดชอบของจำเลยเป็นเครื่องมือในการช่วยลดภาระการพิสูจน์ความผิด ก็จะทำให้โอกาสส่วนตัวผู้ก่ออาชญากรรมทางเศรษฐกิจมาลงโทษนั้นเป็นไปได้ยากมาก หากเจ้าหน้าที่บ้านเมืองต้องทำงานหนักกันขึ้นเพียงเล็กน้อย แต่จะกลายเป็นงานที่ยากยิ่งสำหรับเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารที่จะพิสูจน์ความผิดของจำเลย และจะยังผลให้เสียวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาที่มุ่งข่มขู่สังคมให้เกรงกลัวต่อการก่ออาชญากรรมด้วย

ผู้เขียนเห็นว่า หากเราจะให้เหตุผลเพื่อรับรองความชอบธรรมในการกำหนดข้อสันนิษฐานความรับผิดชอบของผู้แทนนิติบุคคลในกรณีที่นิติบุคคลเป็นผู้กระทำความผิด ก็อาจให้เหตุผลได้ดังนี้

1. พระราชบัญญัติขายตรงและการตลาดแบบตรง พุทธศักราช 2545 มาตรา 54 รวมถึงพระราชบัญญัติอื่นๆ ที่มีบทบัญญัติลักษณะเดียวกัน ไม่ได้สันนิษฐานความผิดของผู้แทนนิติบุคคลตั้งแต่แรกเริ่มคดี หากแต่โจทก์จะต้องพิสูจน์เงื่อนไขที่จะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐาน (Basic Fact) ในเบื้องต้นว่านิติบุคคลดังกล่าวเป็นผู้กระทำความผิดเสียก่อน จึงจะโยนภาระการพิสูจน์ (Reverse Burden of Proof) ไปให้แก่ฝ่ายจำเลย ซึ่งเหตุผลดังกล่าวนี้ก็สอดคล้องกับเหตุผลที่คณะกรรมการรัฐธรรมนูญเคยให้เอาไว้ในคำวินิจฉัยที่ ต.2/2494 และมีความชอบธรรมในระดับหนึ่งที่จะมองว่าบทสันนิษฐานความรับผิดดังกล่าวนี้ไม่ขัดหรือแย้งต่อมาตรา 39 วรรค 2 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่มีหลักว่าต้องสันนิษฐาน

เอาไว้ก่อนว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์ (Presumption of Innocence)

2. ข้อสันนิษฐานความรับผิดของผู้แทนนิติบุคคล ไม่ใช่บทสันนิษฐานเด็ดขาด (Irrebuttable Presumption) แม้ผู้แทนนิติบุคคลจะถูกสันนิษฐานโดยผลของกฎหมายว่าเป็นผู้กระทำความผิดก็ตาม แต่ผู้แทนนิติบุคคลดังกล่าวก็ยังมีโอกาสที่จะนำสืบหักล้างข้อสันนิษฐานว่าตนมิได้มีส่วนในการกระทำความผิดของนิติบุคคลนั้นได้อยู่ตามที่กฎหมายเปิดช่องเอาไว้ให้ อีกทั้งยังมีโอกาสนำสืบพยานโต้แย้งโจทก์ว่าข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขในการได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐาน (Basic Fact) นั้นไม่มีอยู่จริงด้วย

3. ในการสืบข้อเท็จจริงของจำเลยเพื่อหักล้างข้อเท็จจริงที่ถูกสันนิษฐานตามกฎหมายนั้น นอกจากจะไม่เป็นการยากแก่จำเลยซึ่งเป็นผู้แทนนิติบุคคล เพราะข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานทุกอย่างอยู่ในความรู้เห็นของผู้แทนนิติบุคคลอยู่แล้ว การนำสืบหักล้างข้อเท็จจริงของจำเลยซึ่งเป็นผู้แทนนิติบุคคลนั้นก็มิจำเป็นต้องพิสูจน์ให้ศาลเชื่อโดยปราศจากข้อสงสัยตามสมควร (Prove Beyond Reasonable Doubt) เหมือนการสืบข้อเท็จจริงของโจทก์ เพราะการสืบพยานของจำเลยเพื่อให้พ้นจากข้อสันนิษฐานนั้นเพียงสืบให้ได้น้ำหนักน่าเชื่อถือกว่าฝ่ายโจทก์ (Preponderance of Evidence) ก็เป็นการเพียงพอที่ศาลจะเชื่อตามข้อเท็จจริงที่จำเลยกล่าวอ้างแล้ว

4. ข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไข (Basic Fact) ที่ว่านิติบุคคลเป็นผู้กระทำความผิดกับข้อเท็จจริงตามข้อสันนิษฐาน (Presumed Fact) ที่ถือว่าผู้แทนนิติบุคคลต้องรับโทษด้วยของพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พุทธศักราช 2545 มาตรา 54 นั้น หากพิจารณาอย่างถี่ถ้วนจะพบว่ามีความสัมพันธ์กันอย่างสมเหตุสมผล (Rational Connection) ทั้งนี้เพราะถึงแม้นิติบุคคลกับผู้แทนนิติบุคคลจะมีสถานภาพบุคคลแยกต่างหากออกจากกันก็ตามที่ แต่นิติบุคคลเป็นเพียงบุคคลสมมติตามกฎหมาย หากได้มีความคิดและการกระทำเป็นของตนเองไม่ การคิดและการแสดงออกของนิติบุคคลล้วนกระทำผ่านผู้แทนนิติบุคคลทั้งสิ้น หากนิติบุคคลถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดจะปฏิเสธได้อย่างไรว่าผู้แทนนิติบุคคลไม่มีส่วนรู้เห็นกับการกระทำดังกล่าว การกำหนดข้อสันนิษฐานในลักษณะนี้จึงมี

ความสมเหตุสมผลอยู่ในตัว แม้ศาลรัฐธรรมนูญโดยคำวินิจฉัยที่ 12/2555 จะปฏิเสธความสมเหตุสมผลของข้อสันนิษฐานในพระราชบัญญัตินี้ด้วยเหตุผลที่ว่า ข้อสันนิษฐานตามพระราชบัญญัติขายตรงและตลาดแบบตรง พุทธศักราช 2545 มาตรา 54 เป็นการสันนิษฐานโดยอาศัยเพียงสถานะของบุคคลที่เป็นผู้แทนนิติบุคคล ไม่ได้สันนิษฐานบนพื้นฐานของข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบความผิดก็ตาม แต่ผู้เขียนเห็นว่า ความสัมพันธ์อย่างสมเหตุสมผล (Rational Connection) ของข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไข กับข้อเท็จจริงตามข้อสันนิษฐาน อาจเกิดขึ้นได้จากข้อเท็จจริงอื่นๆ ที่ไม่ใช่องค์ประกอบความผิดก็ได้ แม้เป็นการสันนิษฐานบนพื้นฐานของสถานะบุคคล ก็มีเหตุผลที่จะฟังว่ามีความสัมพันธ์อย่างสมเหตุสมผลโดยปราศจากข้อสงสัยได้ดังที่กล่าวมาแล้วนั่นเอง

ผู้เขียนเห็นว่าด้วยเหตุผลที่กล่าวมาทั้ง 4 ประการนี้ น่าจะเพียงพอที่ศาลรัฐธรรมนูญจะนำไปใช้อธิบายรับรองความชอบธรรมของการกำหนดข้อสันนิษฐาน ความรับผิดทางอาญาของผู้แทนนิติบุคคลไม่ให้ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หากมีคดีขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญอีกครั้งหนึ่งในอนาคต

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากที่ศึกษามาทั้งหมดนี้สามารถสรุปได้ว่า ณ ปัจจุบันนี้ ศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทยโดยผลของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2555 ไม่ยอมรับและไม่รับรองความชอบธรรมของการกำหนดข้อสันนิษฐานความรับผิดของจำเลยที่เป็นผู้แทนนิติบุคคลในคดีอาญา โดยให้เหตุผลว่า **“ข้อสันนิษฐานดังกล่าวเป็นการสันนิษฐานความผิดของผู้ต้องหาและจำเลยในคดีอาญาโดยอาศัยสถานะของบุคคลเป็นเงื่อนไข มิใช่การสันนิษฐานข้อเท็จจริงที่เป็นองค์ประกอบความผิดเพียงบางข้อหลังจากที่โจทก์ได้พิสูจน์ให้เห็นถึงการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดที่เกี่ยวข้องกับความผิดที่จำเลยถูกกล่าวหา และยังขัดกับหลักนิติธรรมข้อที่ว่า โจทก์ในคดีอาญาต้องมีภาระการพิสูจน์ถึงการกระทำความผิดของจำเลยให้ครบองค์ประกอบความผิดด้วย”**

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนขอเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาทบทวน แนวความคิดเกี่ยวกับการกำหนดข้อสันนิษฐานความรับผิดของจำเลยอีกครั้งหนึ่ง โดย ศาลรัฐธรรมนูญควรจะให้การรับรองความชอบธรรมในการกำหนดข้อสันนิษฐาน ความรับผิดของจำเลยอีกครั้งหนึ่งด้วยเหตุผลตั้งที่ได้วิเคราะห์มาแล้วข้างต้น เพื่อให้ ฝ่ายบริหารสามารถปราบปรามอาชญากรรมได้อย่างมีประสิทธิภาพ ผู้เขียนเข้าใจว่า ศาลรัฐธรรมนูญค่านึงถึงสิทธิขั้นพื้นฐานของจำเลยในคดีอาญาเป็นสิ่งสำคัญ แต่ ศาลรัฐธรรมนูญก็ควรพิจารณาเรื่องดังกล่าวอยู่บนพื้นฐานของความเป็นจริงที่ว่า ไม่มีการรักษาความสงบเรียบร้อยใดที่จะไม่กระทบกระเทือนสิทธิเสรีภาพของประชาชน

นอกจากนี้ ผู้เขียนขอเสนอข้อคิดเห็นไปยังฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งทำหน้าที่ ออกกฎหมายมาบังคับใช้ว่า การกำหนดข้อสันนิษฐานความรับผิดของจำเลยในคดีอาญา ควรจะจำกัดฐานความผิดเอาไว้เฉพาะที่เกี่ยวข้องกับอาชญากรรมทางเศรษฐกิจหรือ อาชญากรรมประเภทอื่นที่หาพยานหลักฐานมาพิสูจน์ความผิดของจำเลยได้ยาก จริงๆเท่านั้น อีกทั้งการกำหนดข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของข้อสันนิษฐาน (Basic Fact) กับ ข้อเท็จจริงที่ได้จากการสันนิษฐาน (Presumed Fact) ก็จะต้องมีความสัมพันธ์กันอย่างสมเหตุสมผลด้วย เพราะถ้าหากฝ่ายนิติบัญญัตินำข้อสันนิษฐาน ความผิดของจำเลยในคดีอาญาไปใช้กับฐานความผิดหลายๆ ฐานโดยไม่มี ความจำเป็น หรือกำหนดข้อสันนิษฐานที่ไม่สมเหตุสมผล ก็ย่อมส่งผลให้ประชาชนถูกละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานในคดีอาญามากขึ้นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

ปัญหาเรื่องการกำหนดข้อสันนิษฐานความผิดของจำเลยในคดีอาญานี้เป็น ปัญหาใหญ่ที่มีการถกเถียงกันมาอย่างยาวนาน เพราะมีปัญหาที่ก้ำกึ่งกับการละเมิด สิทธิขั้นพื้นฐานของจำเลยอยู่มาก ซึ่งจากที่ศึกษามานั้น ทั้งเหตุผลของฝ่ายที่ สนับสนุนและฝ่ายที่ได้แย้งการมีอยู่ของข้อสันนิษฐานต่างก็มีเหตุผลที่น่าฟังทั้งสิ้น แต่โดยส่วนตัวแล้วผู้เขียนเชื่อว่าการยอมรับให้มีการกำหนดข้อสันนิษฐานความผิด ของจำเลยจะมีประโยชน์และคุ้มค่าต่อการรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมอย่าง แน่นนอน

Jurislateur

ในกฎหมายปกครองฝรั่งเศส**

ปาลีรัฐ ศิริวรรณพฤษ

การตัดสินใจของตุลาการเป็นไปในทำนองที่ว่า ตุลาการเป็นผู้นำกฎหมายลายลักษณ์อักษรมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงทางคดีที่เกิดขึ้น ปัญหาที่เกิดขึ้นในการปรับใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษรของตุลาการจะปรากฏต่อเมื่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรดังกล่าวนั้นมีบทบัญญัติที่ไม่กระจ่างชัด หรือในบางครั้ง (ที่ไม่พบบ่อยนัก) คือ ไม่มีตัวบทกฎหมายที่สามารถนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงในคดีได้ ดังนั้น จึงเป็นที่มาของภาระหน้าที่ของตุลาการศาลปกครองในการสร้าง (produire) กฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (norme) ใหม่ขึ้นมา เพื่อปรับใช้ในการพิจารณาพิพากษาดังกล่าว ทั้งนี้ แม้ว่าการตีความกฎหมายจะต้องยึดถือตามบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรที่ปรากฏอยู่ก็ตาม แต่ก็ไม่ใช่เรื่องน่าประหลาดใจที่จะกล่าวว่า ตุลาการย่อมไม่อาจปฏิเสธบทบาทของตนในการตีความกฎหมายและกำหนดคุณค่าของสิ่งที่ตีความ การพิจารณาพิพากษาข้อเท็จจริงที่ไม่สามารถปรับเข้ากับหลักกฎหมายใด

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net 2 ธันวาคม 2555 18:25 น.

** น.บ.เกียรตินิยมอันดับสอง จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, น.ม. กฎหมายเอกชนและธุรกิจ จากมหาวิทยาลัยเดียวกัน, Master 2 Droits fondamentaux และ Doctorat en droit public : mention très honorable มหาวิทยาลัย Auvergne Clermont-Ferrand 1 แห่งประเทศฝรั่งเศส, พนักงานคดีปกครองชำนาญการ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

อันเนื่องมาจากสาเหตุที่ว่าไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ย่อมเป็นสิ่งที่ยังคับให้ตุลาการต้องสร้างกฎหมายใหม่เพื่อมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงดังกล่าว ยิ่งไปกว่านั้น ข้อเท็จจริงที่ว่ากฎหมายปกครองเป็นกฎหมายที่มาจากแนวคำพิพากษาของศาลยังคงเป็นเหตุผลสำคัญที่เน้นย้ำบทบาทของตุลาการในการตีความหลักกฎหมาย วางหลักกฎหมาย และสร้างหลักกฎหมายใหม่เพื่อนำมาปรับใช้ในคดี จึงอาจกล่าวได้ว่าตุลาการย่อมมีความชอบธรรมในการดำเนินการดังกล่าว และมีเสรีภาพในการพิจารณาว่ากฎเกณฑ์ที่ตนหยิบยกมานั้นเป็นกฎเกณฑ์ (les règles) ทางกฎหมายปกครองรวมทั้งกำหนดลำดับศักดิ์ของกฎเกณฑ์ที่ตนหยิบยกมานั้นอีกประการหนึ่งด้วย หน้าที่ประการนี้ถือเป็นหน้าที่สำคัญของตุลาการศาลปกครองที่เรียกว่า *jurislateur* คือ การให้นักกฎหมายเป็นผู้สร้างหลักกฎหมายเสียเอง ซึ่งยังคงมีข้อถกเถียงถึงความชอบธรรมในการดำเนินการตามหน้าที่ดังกล่าวอยู่เสมอ ทั้งนี้ เนื่องมาจากเหตุผลที่ว่าหน้าที่ในการสร้างหลักกฎหมายเป็นหน้าที่ของฝ่าย *legis* หรือ *legislateur* ซึ่งหมายถึงฝ่ายนิติบัญญัตินั่นเอง

การศึกษาเกี่ยวกับอำนาจของตุลาการในการตีความกฎหมายและสร้างแนวคำพิพากษาตามทฤษฎีกฎหมายปกครองฝรั่งเศสจึงอาจแบ่งเค้าโครงการศึกษาได้ออกเป็น 2 ส่วน คือ *ส่วนที่ 1* บทบาทของตุลาการในการสร้างหลักกฎหมาย และ *ส่วนที่ 2* ผลของการสร้างหลักกฎหมายของตุลาการ ซึ่งก็คือการศึกษาเกี่ยวกับหลักกฎหมายปกครองทั่วไป นั่นเอง

ส่วนที่ 1 บทบาทของตุลาการในการสร้างหลักกฎหมาย

อาจกล่าวได้ว่าตุลาการศาลปกครองอยู่ในสถานะผู้สร้างหลักกฎหมายที่แตกต่างไปจากการสร้างหลักกฎหมายของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ คำตัดสินของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในเรื่องที่เกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (*le contrôle de constitutionnalité*) ย่อมมีผลบังคับใช้กับการดำเนินงานของฝ่ายปกครองและการดำเนินการทางการศาลด้วย¹ อย่างไรก็ตาม การมีผลบังคับใช้ของ

¹ ตามความในมาตรา 62 วรรค 2 แห่งรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสฉบับปัจจุบัน

คำตัดสินของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในองค์กรต่างๆ นั้น เป็นไปทำนอง “การเทียบเคียง” (*l’analogie*) ผลบังคับของสิ่งที่ทำการตัดสินไปแล้ว (*l’autorité de la chose jugée*) ในทางกลับกัน คำตัดสินของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในเรื่องอื่น² ย่อมไม่ได้รับการยอมรับในลักษณะเดียวกันกับคำตัดสินของตุลาการรัฐธรรมนูญในเรื่องที่เกี่ยวกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เนื่องมาจากสาเหตุที่ว่า คำตัดสินดังกล่าวย่อมมีผลบังคับจากสิ่งที่ตัดสินไปแล้วเพียงเฉพาะสำหรับคู่กรณี ซึ่งจะต้องได้รับการบังคับตามคำตัดสินโดยตรงระหว่างคู่กรณีเท่านั้น คำตัดสินในกรณีดังกล่าวจึงไม่มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่สามารถนำมาปรับใช้ได้ ในกรณีอื่นๆ (หรือในกรณีทั่วไป) ได้อีก ลักษณะดังกล่าวนี้สอดคล้องกับลักษณะของ คำพิพากษาที่มีผลผูกพันเพียงคู่กรณีตามความในมาตรา 5 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง ฝรั่งเศส

บทบาทของตุลาการศาลปกครองจะแตกต่างไปจากบทบาทของ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เนื่องมาจากเหตุผลที่ว่า การพิจารณาพิพากษาคดีของ ตุลาการศาลปกครองนั้นเป็นการพิจารณาการฟ้องคดีเพื่อให้มีการเพิกถอนการกระทำ ทางปกครองที่เกินขอบอำนาจ (*le recours d’excès de pouvoir*)³ ดังนั้น การพิจารณาพิพากษาคดีของตุลาการศาลปกครองจึงเป็นไปในทำนองที่เป็นการยกเลิก การกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามหลักทั่วไป (*erga omnes*) รวมทั้ง ระบุว่า การกระทำใดที่อาศัยคำสั่งทางปกครอง (ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย) นั้นเป็นฐาน ก็จะต้องส่งผลให้การกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย⁴ ยิ่งไปกว่านั้น การที่ฝ่ายปกครองไม่เคารพหลักทั่วไปดังกล่าวจะส่งผลให้ฝ่ายปกครอง ต้องรับผิดชอบในกรณีดังกล่าวอีกประการหนึ่งด้วย ทั้งนี้ ตามคำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี *Caucheteux et Desmonts* ลงวันที่ 2 พฤษภาคม ค.ศ. 1962

² ตามความในมาตรา 37 วรรค 2 และมาตรา 54 แห่งรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสฉบับปัจจุบัน

³ หรือการฟ้องให้มีการเพิกถอนคำสั่งนั่นเอง

⁴ ทั้งนี้ ตามคำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ (ที่ประชุมใหญ่) คดี *Bréat de Boisanger* ลงวันที่ 13 กรกฎาคม ค.ศ. 1962

อย่างไรก็ดี แม้จะไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรวางหลักไว้แต่ตุลาการศาลปกครองก็ยืนยันว่าหากการดำเนินกิจกรรมของฝ่ายปกครองนั้น หากเกิดผลกระทบต่อบุคคลใด ฝ่ายปกครองย่อมจะต้องรับผิดชอบด้วย โดยนำหลักการดังกล่าวมาบังคับใช้กับกรณีกิจกรรมทั่วไปของฝ่ายปกครอง⁵ กรณีความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง⁶ กรณีการดำเนินการให้เป็นไปตามสัญญาทางปกครอง ซึ่งต่อมาศาลปกครองไม่เพียงแต่นำแนวคิดดังกล่าวมาปรับใช้ตามข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นเท่านั้น แต่ได้ตีความการนำแนวคิดดังกล่าวไปจนถึงการให้คำนิยามกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่เรียกว่า “หลักกฎหมายปกครองทั่วไป” เพื่อที่จะให้กฎเกณฑ์ทางกฎหมายดังกล่าวปรากฏอยู่ท่ามกลางลำดับศักดิ์ของกฎหมายและสามารถหยิบยกมาอ้างอิงได้เสมอ

อย่างไรก็ดี ถือได้ว่าไม่มีบทบัญญัติใดให้อำนาจตุลาการศาลปกครองในการสร้างหลักกฎหมาย ดังนั้น แม้หลักกฎหมายอันเป็นผลมาจากคำตัดสินของศาลจะมีคุณค่าในเชิงกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายก็ตาม แต่ก็ถือกันว่าหลักกฎหมายอันเป็นผลมาจากคำตัดสินของศาลมีคุณค่าในลำดับชั้นเดียวกับคำตัดสินของศาล (อันเป็นที่มาของการตีความนั้น) นั่นเอง ดังนั้น จากตรรกะเดียวกันจึงพิจารณาต่อเนื่องไปได้อีกว่าการตีความของศาลในการตัดสินคดีหนึ่งย่อมจะสามารถแบ่งแยกได้ว่าเป็นการตีความในเชิงกฎ (des normes impératives) หรือเป็นเพียงการตีความในเชิงสนับสนุน (des normes supplétives) ยิ่งไปกว่านั้น การตีความของศาลในกรณีดังกล่าวก็อาจมีผลย้อนหลัง (un effet rétroactif) ที่สามารถใช้กับคำตัดสินในอดีตได้ ซึ่งการมีผลย้อนหลังนี้ย่อมมีผลกระทบต่อหลักความมั่นคงทางนิติสถานะ (la sécurité juridique) ของประชาชนไม่มากนักน้อย ตุลาการศาลปกครองจึงจำต้องใช้แนวปฏิบัติในเชิงการไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา ดังที่ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาคดี Nicolò⁷ ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงเรื่องการฟ้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสนธิสัญญาระหว่างประเทศ และสภาแห่งรัฐปฏิเสธไม่รับคำฟ้องดังกล่าวไว้พิจารณา โดยอ้างเหตุผลว่าสภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจใน

⁵ ซึ่งมีความหมายถึง คำสั่งทางปกครองและการควบคุมคำสั่งทางปกครอง

⁶ ซึ่งศาลปกครองได้เทียบเคียงกับกรณีความรับผิดทางแพ่งในกรณีต่างๆ

⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ (ที่ประชุมใหญ่) ลงวันที่ 20 ตุลาคม ค.ศ. 1989

การตรวจสอบความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเท่านั้น จึงไม่อาจก้าวล่วงไปตรวจสอบความไม่ชอบด้วยกฎหมายของสนธิสัญญาระหว่างประเทศได้⁸ ซึ่งการที่สภาแห่งรัฐไม่รับคำฟ้องดังกล่าวไว้พิจารณานั้น ก็ไม่ได้ถูกวิจารณ์ว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยหลักความยุติธรรมแต่ประการใด จึงอาจสรุปได้ว่าตุลาการศาลปกครองมีอำนาจในการสร้างหลักกฎหมายในลักษณะที่หลากหลายตามแต่ที่จะมีการฟ้องคดีเข้ามา ทั้งนี้ เนื่องมาจากสาเหตุว่าในระบบการแบ่งแยกอำนาจองค์กรแบบเด็ดขาดของฝรั่งเศสนั้นเอื้อประโยชน์ต่อการใช้อำนาจในการสร้างหลักกฎหมายของตุลาการศาลปกครองเพราะเหตุว่าตุลาการศาลปกครองย่อมไม่อาจถูกฟ้องคดีอันเนื่องมาจากการตัดสินของตนได้นั่นเอง

ส่วนที่ 2 ผลของการสร้างหลักกฎหมายของตุลาการ : หลักกฎหมายปกครองทั่วไป

ระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้ยอมรับว่าในระบบกฎหมายของตนมีกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรที่อยู่ในลำดับศักดิ์เดียวกันกับกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหาร ตุลาการศาลปกครองถือเป็นผู้ “ค้นพบ” กฎเกณฑ์ทางกฎหมายดังกล่าว และกฎเกณฑ์ทางกฎหมายดังกล่าวก็เป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีจุดประสงค์เพื่อการคุ้มครองเสรีภาพของประชาชนตามแนวความคิดเสรีนิยม (un esprit libéral) และเสรีภาพของประชาชนในชาติ จึงอาจกล่าวได้ว่า “หลักกฎหมายอันเกิดมาจากคำพิพากษาของศาล” จะต้องประกอบไปด้วยลักษณะสำคัญ 3 ประการ คือ (ก) เป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองเสรีภาพ (ข) มีลักษณะที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร และ (ค) อยู่ภายใต้การควบคุมของฝ่ายนิติบัญญัติในท้ายที่สุด ซึ่งลักษณะ 3 ประการนี้จะต้องครบถ้วนเสมอ

สำหรับ “หลักกฎหมายปกครองทั่วไป” หรือ “les principes généraux du droit” นั้น เป็นหลักกฎหมายที่ลึกซึ้งกว่า “หลักกฎหมายอันเกิดมาจาก

⁸ ซึ่งสภาแห่งรัฐก็มีไม่ได้รับว่าอำนาจในการพิจารณาพิพากษาความชอบด้วยสนธิสัญญาระหว่างประเทศเป็นอำนาจขององค์กรใด

คำพิพากษาของศาล” ในกรณีทั่วไป และยังเป็นเครื่องมือของสภาแห่งรัฐในการแสดงให้เห็นว่ากฎหมายปกครองมีความเฉพาะแตกต่างจากกฎหมายอื่นๆ โดยตุลาการศาลปกครองไม่ได้มีหน้าที่ในการ “สร้าง” (invente) หลักกฎหมายปกครองทั่วไปขึ้นมาจากสิ่งที่ไม่ได้อยู่เลย แต่เป็นเพียงการ “ถ่ายทอด” (diffuse) หลักกฎหมายปกครองทั่วไปโดยอาศัยบริบททางสังคมและเทียบเคียงมาจากหลักกฎหมายแพ่งในเรื่องเดียวกัน⁹ ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลแห่งรัฐ (ที่ประชุมใหญ่) คดี Dame Peynet ลงวันที่ 8 มิถุนายน ค.ศ. 1973 ซึ่งมีข้อเท็จจริงคือการไล่ข้าราชการผู้หนึ่งออกจากตำแหน่งหน้าที่อันเนื่องมาจากเหตุผลว่าข้าราชการนั้นตั้งครุภังค์ สภาแห่งรัฐได้นำหลักจากกฎหมายแรงงานในเรื่องการไล่ออกจากงานอันเนื่องมาจากการตั้งครุภังค์ถือเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมาปรับใช้กับกรณีดังกล่าวหรือในบางครั้งพบว่าสภาแห่งรัฐได้นำกฎหมายมหาชนมาเป็นฐานในการวางหลักในเรื่องหลักกฎหมายปกครองทั่วไปเช่นกัน ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลแห่งรัฐ คดี Alitalia ในปี ค.ศ. 1989 หรือในบางครั้งก็สภาแห่งรัฐก็นำกฎหมายระหว่างประเทศมาเป็นฐานในการวางหลักในเรื่องหลักกฎหมายปกครองทั่วไป ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลแห่งรัฐ คดี Bereciatura-Echarri ในปี ค.ศ. 1988 ซึ่งสภาแห่งรัฐได้นำแนวคิดอันมีที่มาจากกฎหมายต่างๆมาปรับใช้ในคดีปกครองในลักษณะที่เป็นที่ยืนยันการมีอยู่ของหลักในเรื่องดังกล่าวแต่มีแนวปฏิบัติในการนำมาปรับใช้กับกฎหมายปกครองในลักษณะที่เฉพาะ ซึ่งภารกิจของสภาแห่งรัฐในกรณีนี้ถือเป็นการกิจที่เน้นย้ำความเป็นอิสระและลักษณะเฉพาะของกฎหมายปกครองฝรั่งเศสอีกประการหนึ่ง

จึงอาจกล่าวได้ว่าในการศึกษาเกี่ยวกับ “หลักกฎหมายทั่วไป” นั้น อาจแบ่งการศึกษาได้ออกเป็น 2 หัวข้อย่อย คือ 2.1 ที่มาทางประวัติศาสตร์ของบทบาทของ

⁹ ตามแนวคำพิพากษาศาลแห่งรัฐ (ที่ประชุมใหญ่) คดี Dame Peynet ลงวันที่ 8 มิถุนายน ค.ศ. 1973, ผู้เขียนเคยแสดงทัศนะไว้ว่าตุลาการศาลปกครองมีหน้าที่ในการยืนยัน “ความมีอยู่” ของหลักกฎหมายดังกล่าวด้วย (โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมที่ ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤกษ์, ตุลาการศาลปกครองกับบทบาทในการสร้างและพิจารณาหลักกฎหมายทั่วไป, วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 11 ฉบับที่ 2 (เมษายน-มิถุนายน) 2554, หน้า 38-52)

ตุลาการศาลปกครองในการวาง “หลักกฎหมายทั่วไป” และ 2.2 ตัวอย่างของ “หลักกฎหมายทั่วไป” ตามที่ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ

2.1 ที่มาทางประวัติศาสตร์ของบทบาทของตุลาการศาลปกครองในการวางหลักเรื่อง “หลักกฎหมายทั่วไป”

บทบาทของตุลาการศาลปกครองในการวาง “หลักกฎหมายปกครองทั่วไป” เริ่มต้นในช่วงสงครามโลกครั้งที่สองที่สภาแห่งรัฐต้องทำการตัดสินคดีโดยเครพหลัก “สิทธิในการต่อสู้คดี” (le principe des droits de la défense) ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ (ที่ประชุมใหญ่) คดี *Veuve Trompier-Gravier* ลงวันที่ 5 พฤษภาคม ค.ศ. 1944¹⁰ โดยสภาแห่งรัฐวางหลักไว้ในคำพิพากษาดังกล่าว ว่า สิทธิในการต่อสู้คดีถือเป็นหลักกฎหมายปกครองทั่วไป ซึ่งสภาแห่งรัฐก็ได้มีคำพิพากษาในทำนองเดียวกันนี้ออกมาอีกเป็นจำนวนมากในวันเดียวกัน สภาวการณดังกล่าวสะท้อนให้เห็นว่าสภาแห่งรัฐยอมรับอย่างชัดเจนว่า สิทธิในการต่อสู้คดีถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปแม้ว่าจะไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายเป็นลายลักษณ์อักษรกำหนดไว้ก็ตาม¹¹

อาจกล่าวได้ว่าแนวคิดของสภาแห่งรัฐในการยอมรับ “หลักกฎหมายปกครองทั่วไป” นั้น มีที่มาจากมาตรา 38 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งก่อตั้งขึ้นในระหว่างช่วงสงครามโลกครั้งที่หนึ่งและครั้งที่สอง มาตรา 38 แห่งธรรมนูญศาลยุติธรรมระหว่างประเทศได้บัญญัติถึง “ที่มาของหลักทั่วไปอันเป็นผลมาจากบรรดากฎหมายที่ได้รับการยอมรับจากชาติที่เจริญแล้วในโลก” (les sources du droit les principes généraux du droit reconnus par les lois des nations civilisées) ดังนั้น ซึ่งเป็นที่ยอมรับกันว่า “หลักทั่วไป” ดังกล่าวนี้ย่อมเป็น

¹⁰ ในบางตำราถือว่าคำพิพากษาที่กล่าวถึง “หลักกฎหมายปกครองทั่วไป” คือ คำพิพากษาศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล คดี *Dugave et Bransiet* ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1873

¹¹ ดังที่ปรากฏในทำนองเดียวกับคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ (ที่ประชุมใหญ่) คดี *Aramu* ลงวันที่ 26 ตุลาคม ค.ศ. 11945

ที่ยอมรับในระบบกฎหมายของทุกประเทศ “หลักทั่วไป” ดังที่กล่าวมานี้จึงอาจมีลักษณะในทำนองเดียวกับกฎหมายธรรมชาติ (le droit naturel) ซึ่งมีคุณค่าเทียบเท่ากฎหมายระดับนิติบัญญัติ หรืออาจมีคุณค่าเทียบเท่ากฎหมายระหว่างประเทศที่ทุกประเทศ (ที่เข้าเป็นสมาชิกข้อตกลงระหว่างประเทศ) จะต้องยอมรับ ซึ่งสภาแห่งรัฐเองก็ยังคงยืนยันถึงบทบาทของกฎหมายระหว่างประเทศ ในฐานะที่มาของการวางหลักในคำพิพากษาของตนไว้ในคำพิพากษาคดี Bereciartua Echarri ในปี ค.ศ. 1988 และ คดี Agyepong ในปี ค.ศ. 1994

อย่างไรก็ดี จะต้องทำความเข้าใจอีกประการหนึ่งที่สำคัญว่าหลักกฎหมายทั่วไปย่อมมีความหลากหลายตามองค์กรที่สร้างและตามชื่อที่เรียกขาน เช่น หลักที่เรียกว่า “หลักกฎหมายพื้นฐานที่ได้รับการรับรองจากบรรดากฎหมายแห่งสาธารณรัฐ” (les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République) ซึ่งมีคุณค่าเทียบเท่าบรรดากฎเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญ หลักนี้เป็นหลักที่สร้างขึ้นโดยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งต่อมาสภาแห่งรัฐได้นำหลักเดียวกันนี้มารับรองในคำพิพากษาของตนเช่นกัน¹² หรือหลักที่เรียกว่า “หลักกฎหมายพื้นฐาน” (les principes fondamentaux) ที่ได้รับการกล่าวถึงไว้ในมาตรา 34 แห่งรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสฉบับปัจจุบัน เป็นต้น อนึ่ง ภายหลังจากข้อถกเถียงในเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่ผ่านมาไม่นานมานี้ สภาแห่งรัฐได้ยืนยันปฏิเสธภาระหน้าที่ของตนที่จะวาง “หลักกฎหมายทั่วไป” ซึ่งมีเนื้อหาสาระเป็นหลักกฎหมายเดียวกันกับที่ปรากฏไว้เป็นลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญไว้แล้ว ดังเช่นที่ตนเคยกระทำมาในอดีต¹³ ซึ่งภายหลังจากการปฏิเสธภาระหน้าที่ของสภาแห่งรัฐ ดังที่กล่าวมาแล้ว

¹² ดังเช่นที่ปรากฏในคำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ (ที่ประชุมใหญ่) คดี Koné ลงวันที่ 3 กรกฎาคม ค.ศ. 1996

¹³ ตัวอย่างของหลักกฎหมายประเภทนี้ได้แก่ เสรีภาพในการเดินทาง (la liberté d’aller et venir) ตามคำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ(ที่ประชุมใหญ่) คดี Peltier ลงวันที่ 8 เมษายน ค.ศ. 1987, การได้รับการศึกษาโดยไม่คิดมูลค่า (la gratuité de l’enseignement) ตามคำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Asso. Laïque d’élèves des états de l’Office univ. et culturel fr. pour l’Algérie ลงวันที่ 27 เมษายน ค.ศ. 1987

ข้างต้น พบว่าสภาแห่งรัฐได้ทำการอ้างถึงคำตัดสินของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมาปรากฏอยู่ในคำพิพากษาของตนโดยตรง ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐคดี Assoc. amicale des prof. du Museum d'histoire naturelle ลงวันที่ 29 พฤษภาคม ค.ศ. 1992 และ คดี Assoc. « La télé est à nous » ลงวันที่ 19 มกราคม ค.ศ. 1990 อย่างไรก็ตาม ก็จะต้องทำการแยกแยะ “หลักกฎหมายทั่วไป” ที่สภาแห่งรัฐสร้างขึ้นอันเป็นหลักกฎหมายที่มีที่มาจากหลักพื้นฐานว่าด้วยจริยธรรมหรือความเป็นธรรม (les principes déontologiques ou éthiques) ที่นำมาปรับใช้ในอาชีพบางอาชีพโดยเฉพาะ ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ (ที่ประชุมใหญ่) คดี Milhaud ลงวันที่ 2 กรกฎาคม ค.ศ. 1993 ซึ่งมีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการดำเนินการทางจริยธรรมของแพทย์ภายหลังผู้ป่วยเสียชีวิต

2.2 ตัวอย่างของ “หลักกฎหมายทั่วไป” ตามที่ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ

“หลักกฎหมายทั่วไป” ตามที่ปรากฏในคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐมีความหลากหลายเป็นอย่างยิ่ง แต่อาจแบ่งประเภท “หลักกฎหมายทั่วไป” ตามที่ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐออกเป็น 3 ประเภทโดยถือตามจุดประสงค์ในการคุ้มครองของหลักกฎหมายดังกล่าว กล่าวคือ หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการคุ้มครองเสรีภาพ (la liberté) หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยความเสมอภาค (l'égalité) และ หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยความปลอดภัยและความมั่นคง (la sécurité)

2.2.1 หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยการคุ้มครองเสรีภาพ ตัวอย่างของหลักกฎหมายทั่วไปประเภทนี้ได้แก่ เสรีภาพในการเดินทาง (la liberté d'aller et venir)¹⁴ เสรีภาพในการค้าและการอุตสาหกรรม (la liberté du commerce et de l'industrie)¹⁵

¹⁴ ตามคำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ (คณะพิเศษ) คดี Abisset ลงวันที่ 14 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1958

¹⁵ ตามคำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ (คณะพิเศษ) คดี René Moline ลงวันที่ 13 พฤษภาคม ค.ศ.

2.2.2 หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยความเสมอภาค ตัวอย่างของหลักกฎหมายทั่วไปประเภทนี้ได้แก่ ความเสมอภาคในการอยู่ภายใต้การบังคับใช้กฎหมาย (*l'égalité tous devant la loi*)¹⁶ ความเสมอภาคในการรับภาระสาธารณะ¹⁷ ความเสมอภาคของประชาชนภายใต้กระบวนการยุติธรรม (*l'égalité des citoyens devant la justice*)¹⁸ และหลักอื่น ๆ ที่นำมาปรับใช้ในคดีเกี่ยวกับการบริการสาธารณะ (*le service public*)

2.2.3 หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยความปลอดภัยและความมั่นคง (*la sécurité*) หลักว่าด้วยความมั่นคงแห่งนิติสถานะ (*un principe de sécurité juridique*) เป็นหลักที่ปรากฏในระบบกฎหมายฝรั่งเศสในช่วงต้นปีคริสต์ศตวรรษที่ 21 สภาแห่งรัฐได้รับรองหลักดังกล่าวไว้ในคำพิพากษา คดี KPMG ในปี ค.ศ. 2006 แต่การนำหลักดังกล่าวมาปรับใช้ถือตามข้อเท็จจริงตามแต่กรณีไป มิได้เป็นการนำมาปรับใช้เป็นหลักทั่วไปดังที่ปรากฏในกฎหมายประชาคมยุโรป ซึ่งได้รับการยืนยันตามคำพิพากษาศาลยุโรป (CJCE) ลงวันที่ 9 กรกฎาคม ค.ศ. 1969 ยิ่งไปกว่านั้น ยังมีหลักว่าด้วยความเชื่อมั่นในความชอบด้วยกฎหมาย (*le principe de confiance légitime*) ซึ่งมีความหมายถึงการที่ประชาชนสามารถเชื่อมั่นในระบบกฎหมายและการตีความกฎหมายจากผู้ตัดสินคดี ตลอดจนสามารถคาดการณ์ตีความกฎหมายและคาดการณ์นำหลักดังกล่าวมาปรับใช้โดยฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจได้ ซึ่งตุลาการศาลปกครองไม่ได้ยอมรับว่าหลักว่าด้วยความเชื่อมั่นในความชอบด้วยกฎหมายตามนิยามของศาลยุโรปถือเป็นหลักกฎหมายที่ตนจะต้องยอมรับ¹⁹ ต่อมา สภาแห่งรัฐกลับมีคำพิพากษาในคดี *Syndicat national de l'industrie*

¹⁶ ตามคำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ (คณะพิเศษ) คดี *Synd. des propr. De chènes-lièges d'Algérie* ลงวันที่ 7 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1958

¹⁷ ตามคำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ (คณะพิเศษ) คดี *Féd. Algérienne des synd. de défense des irrigants* ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1960

¹⁸ ตามคำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ (คณะพิเศษ) คดี *Rassemblement des nouveaux avocats de France* ลงวันที่ 12 ตุลาคม ค.ศ. 1979

¹⁹ ตามคำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี *Mlle Poujol* ลงวันที่ 16 มีนาคม ค.ศ. 1998

pharmaceutique et autres ลงวันที่ 3 ธันวาคม ค.ศ. 2003 วางหลักว่า หลักกฎหมายทั่วไปของสหภาพยุโรปมีสถานะทางกฎหมายในลำดับที่สูงกว่ากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ (supra-législative) ผลจึงเป็นว่าหลักว่าด้วยความเชื่อมั่นในความชอบด้วยกฎหมายจึงเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่สภาแห่งรัฐได้รับการยอมรับ เช่นเดียวกับหลักว่าด้วยความมั่นคงแห่งนิติสถานะ

นอกจากหลักทั้งสองประการดังกล่าวมาแล้วข้างต้นนั้น พบว่ายังมีหลักประการอื่นๆ อีกที่ได้กล่าวถึง “ความมั่นคง” มาเป็นเวลาช้านานแล้ว ซึ่งก็คือหลักที่ว่าการกระทำทางปกครองต้องไม่มีผลย้อนหลัง (le principe de non-rétroactivité des actes administratifs)²⁰ หลักที่ว่าฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจจะต้องดำเนินการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย²¹ หลักที่ว่า การตัดสินใจของฝ่ายปกครองย่อมสามารถโต้แย้งต่อผู้บังคับบัญชาของผู้ออกคำสั่งได้²² หรือสามารถฟ้องเพิกถอนการกระทำเกินขอบอำนาจ (le recours d’excès de pouvoir) ได้²³ ในทางกลับกัน สภาแห่งรัฐก็ได้วางหลักว่า การที่ฝ่ายปกครองไม่ดำเนินการใดๆ (la silence de l’Administration) เพื่อที่จะไม่รับคำร้องดังกล่าวไว้พิจารณา ไม่ถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไป²⁴ ซึ่งต่อมาคำพิพากษานี้ได้รับการกลับหลักโดยคำตัดสินของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในปีถัดมา ดังที่ปรากฏในคำตัดสินคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ คดี Protections des sites ลงวันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ. 1969 และต่อมาสาธารณรัฐฝรั่งเศสได้มีการตรารัฐบัญญัติลงวันที่ 12 เมษายน ค.ศ. 2000 วางหลักว่าการไม่ดำเนินการใดๆของฝ่ายปกครองถือเป็นหลักที่มีคุณค่าเทียบเท่ากฎหมายในระดับรัฐบัญญัติ หรือกรณีของหลักว่าด้วยการเคารพสิทธิในการต่อสู้

²⁰ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Soc. du journal L’Aurore ลงวันที่ 25 มิถุนายน ค.ศ. 1948

²¹ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ (ที่ประชุมใหญ่) คดี Comp. Alitalia ลงวันที่ 3 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1989

²² คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ (องค์คณะพิเศษ) คดี Quéralt ลงวันที่ 30 มิถุนายน ค.ศ. 1950

²³ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ (องค์คณะพิเศษ) คดี Dame Lamotte ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1950

²⁴ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ (องค์คณะพิเศษ) คดี Commune de Bozas ลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1970

คดี (le principe de respect des droits de la défense)²⁵ หลักว่าด้วยการโต้แย้งคัดค้านต่อสู้คดีในกระบวนการวิธีพิจารณา (le principe du caractère contradictoire de la procédure)²⁶ หลักที่ว่าบุคคลจะไม่รับโทษเดียวกันเป็นเวลาสองครั้ง (le principe de non bis in idem)²⁷ หลักที่ว่าการประชุมปรึกษาคดีจะต้องเป็นความลับ (le principe général de secret du délibéré dans les organes juridictionnels)²⁸ หลักที่ว่าการพิจารณาคดีต้องกระทำโดยเปิดเผย (le principe de la publicité des audiences)²⁹

2.2.4 หลักกฎหมายทั่วไปในประเภทอื่นๆ หมายถึง หลักกฎหมายทั่วไปที่ไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับสิทธิพลเมืองโดยตรง เช่น หลักที่ว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ต้องรับผิดชอบเนื่องจากความผิดของฝ่ายปกครอง (la faute de service) สามารถไล่เบี้ยกับฝ่ายปกครองในจำนวนเงินที่ตนออกไปแล้วได้³⁰ หลักที่ว่าฝ่ายปกครองต้องให้เงินเดือนไม่น้อยกว่าอัตราเงินเดือนขั้นต่ำ (le SMIC)³¹ หลักที่ว่าทรัพย์สินของฝ่ายปกครองจะไม่อยู่ภายใต้การบังคับคดี³² เป็นต้น

²⁵ คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ (องค์คณะพิเศษ) คดี *Veuve Trompier-Gravier* ลงวันที่ 5 พฤษภาคม ค.ศ. 1944

²⁶ คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ (องค์คณะพิเศษ) คดี *Rassemblement des nouveaux avocats de France* ลงวันที่ 27 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1970

²⁷ คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ คดี *Commune de Petit-Quevilly* ลงวันที่ 23 เมษายน ค.ศ. 1958

²⁸ คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ คดี *Mazel* ลงวันที่ 15 ตุลาคม ค.ศ. 1965

²⁹ คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ (ที่ประชุมใหญ่) คดี *Dame David* ลงวันที่ 10 พฤษภาคม ค.ศ. 1974

³⁰ คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ (องค์คณะพิเศษ) คดี *Centre hospitalier de Besançon* ลงวันที่ 26 เมษายน ค.ศ. 1963

³¹ คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ (องค์คณะพิเศษ) คดี *Ville de Toulouse* ลงวันที่ 23 เมษายน ค.ศ. 1982

³² คำพิพากษาศาลฎีกาแห่งรัฐ (องค์คณะที่ 1) คดี *BRMG* ลงวันที่ 21 ธันวาคม ค.ศ. 1987

บทสรุป

บทบาทของตุลาการศาลปกครองในฐานะ juristateur ถือเป็นบทบาทที่แสดงให้เห็นถึงความยืดหยุ่นของกฎหมายปกครองฝรั่งเศสซึ่งมีผลเป็นอย่างยิ่งต่อการพัฒนาการของแนวคำพิพากษาของศาลในเรื่องต่างๆ ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อคุ้มครองสิทธิของประชาชนมากที่สุด แม้ว่าคำพิพากษาของศาลปกครองจะไม่ได้มีผลบังคับโดยทันที ดังเช่นคำตัดสินของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในคดีประเภทการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่ก็ไม่อาจปฏิเสธได้ว่าบทบาทในการเป็น juristateur หรือ บทบาทของตุลาการศาลปกครองฝรั่งเศสในส่วนที่เกี่ยวกับ “หลักกฎหมายทั่วไป” ถือเป็นบทบาทที่สำคัญเป็นอย่างยิ่งและเป็นบทบาทที่ส่งผลให้กฎหมายปกครองฝรั่งเศสมีพัฒนาการอย่างรวดเร็วและเท่าทันกับการคุ้มครองสิทธิในเรื่องต่างๆ ในสังคมปัจจุบัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อ “คนไม่พิการ” โดยสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ*

อาจารย์อานนท์ มาเม้า*

1. บทนำ

สภาพการณ์ในสังคมไทยแสดงให้เห็นว่า คนพิการได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกับคนทั่วไปมาตั้งแต่อดีต ดังนั้น ในเวลาต่อมาประเทศไทยจึงให้ความสำคัญต่อคนพิการโดยมีใช้เพียงเพราะเห็นว่าคนพิการเป็นบุคคลผู้นำสงสารหรือผู้ประสบปัญหาทุกข์ยากเดือดร้อน แต่เพราะเห็นว่าคนพิการเป็นผู้ที่มีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และเป็นบุคคลที่จำต้องได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเสมอภาคเช่นเดียวกับบุคคลทั้งหลายซึ่งมีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญรับรองไว้เป็นหลักประกัน เพราะฉะนั้น ความสำคัญของคนพิการที่รัฐจำต้องให้ความคุ้มครองจึงแปรผันจากแนวคิดแบบความเวทนาปราณี (compassion) มาเป็นความสำคัญตามแนวคิดแบบสิทธิ (right)

ความตระหนักถึงคนพิการในมุมมองเชิงสิทธินำไปสู่การรับรองและบัญญัติมาตรการทางกฎหมายที่เกี่ยวกับคนพิการอย่างมีนัยสำคัญไว้ในหลายฉบับ รวมถึงทำที่ของประเทศไทยกฎหมายระหว่างประเทศ ดังปรากฏให้เห็นจากการให้สัตยาบันใน “อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิของคนพิการ” (Convention on the Rights

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net 16 ธันวาคม 2555 21:13 น.

** คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

of Persons with Disabilities : CRPD) ของสหประชาชาติ (United Nation) เมื่อวันที่ 29 กรกฎาคม พ.ศ. 2551 และมีผลใช้บังคับเมื่อ 28 สิงหาคม พ.ศ. 2551 ที่สำคัญ เมื่อไม่นานมานี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 15/2555 ตัดสินว่า พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม พ.ศ.2543 มาตรา 26 (10) เฉพาะส่วนที่บัญญัติว่า “...มีกายหรือจิตใจไม่เหมาะสมที่จะเป็นข้าราชการตุลาการ...” ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 วรรคสาม โดยเหตุผลสำคัญคือ บทบัญญัติในส่วนดังกล่าวเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องความพิการ

อย่างไรก็ตาม คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15/2555 มิได้เป็นคำวินิจฉัยที่มีผู้เห็นพ้องต้องตามโดยปราศจากข้อโต้แย้ง หากแต่มีความเห็นทางวิชาการที่ไม่เห็นด้วยเนื่องจากคำวินิจฉัยดังกล่าวมีปัญหาเกี่ยวกับหลักกฎหมายมหาชนบางประการ และอาจนำมาซึ่งผลที่ไม่พึงควรจะเกิดขึ้นในระบบกฎหมายไทยตามมาในอนาคต แต่ผู้เขียนจะไม่กล่าวโดยละเอียดในที่นี้ ถึงกระนั้น ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นดังกล่าวได้เน้นย้ำให้เห็นถึงท่าทีของประเทศไทยซึ่งพยายามแสดงบทบาทว่าสนับสนุนสิทธิคนพิการมากขึ้นกว่าในอดีต

ท่าทีที่น่าสนใจเมื่อไม่นานมานี้ คือ ภายหลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่ 15/2555 ในวันที่ 13 มิถุนายน 2555 ต่อมาสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญได้ออกประกาศลงวันที่ 24 ตุลาคม 2555 ชื่อว่า “**ประกาศสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ เรื่อง รับสมัครสอบแข่งขันคนพิการเพื่อบรรจุและแต่งตั้งเป็นข้าราชการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ**” โดยประกาศรับสมัครสอบแข่งขันเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญจำนวน 2 อัตรา ได้แก่ ตำแหน่งเจ้าหน้าที่สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ระดับ 3 จำนวน 1 อัตรา และตำแหน่งเจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไป ระดับ 3 จำนวน 1 อัตรา ทั้งนี้ ทั้งสองอัตราที่ประกาศนั้น ผู้สมัคร**ต้องมีคุณสมบัติ “เป็นคนพิการ”** (ล่าสุด สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญได้ปิดรับสมัครและประกาศรายชื่อผู้มีสิทธิสอบแล้ว โดยการสอบจะมีขึ้นในวันที่ 20 มกราคม 2556)

2. บทวิเคราะห์

ข้อที่ชวนให้สงสัยว่า เงื่อนไขของคุณสมบัติที่ผู้สมัครต้องเป็นคนพิการ เท่านั้น จะถือเป็นการกีดกันมิให้ “คนไม่พิการ” มีสิทธิสมัครเข้าแข่งขัน โดยขัดต่อหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 30 หรือไม่อย่างไร ผู้เขียนมีความคิดเห็นดังนี้

การที่จะพิจารณาว่าขัดต่อหลักความเสมอภาคหรือไม่นั้น ในเบื้องต้น จำเป็นที่จะต้องตระหนักว่า รัฐธรรมนูญฯ มาตรา 30 วรรคหนึ่งได้รับรองไว้ว่า “บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน” ประเด็นปัญหาของประกาศฉบับดังกล่าวมีอยู่ว่า “คนพิการ” กับ “คนไม่พิการ” มีความเท่าเทียมกันหรือไม่ภายใต้เงื่อนไขการรับสมัครเฉพาะแต่คนพิการของประกาศฉบับนี้ ล้ำพียงเพียงเห็นว่า ประกาศฉบับดังกล่าวเลือกรับเฉพาะแต่คนพิการ เข้าสอบแข่งขัน ไม่อาจด่วนสรุปได้ ความสำคัญของการวิเคราะห์คือ การพิจารณาว่าสาระสำคัญของตำแหน่งข้าราชการศาลรัฐธรรมนูญตามที่ได้ประกาศรับสมัครนั้น คืออะไร และในระหว่าง “คนพิการ” และ “คนไม่พิการ” มีความแตกต่างในสาระสำคัญเกี่ยวกับการเข้าดำรงตำแหน่งข้าราชการศาลรัฐธรรมนูญตามที่ได้ประกาศหรือไม่

เหตุที่ต้องพิจารณา “สาระสำคัญ” ก็เพราะเหตุว่า หลักความเสมอภาคในทางกฎหมายมีสาระตลคือ หลักกฎหมายที่เรียกร้องให้รัฐ “...ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน และปฏิบัติต่อบุคคลที่ต่างกันในสาระสำคัญแตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน การปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญแตกต่างกันก็ดี หรือการปฏิบัติต่อบุคคลที่ต่างกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกันก็ดี ย่อมขัดต่อหลักความเสมอภาค...” ดังที่ได้ธรรดาธิบายไว้โดยคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.142/2547 ซึ่งสอดคล้องกับแนวคิดทางทฤษฎีและสอดคล้องกับคดีบทว่าด้วยความยุติธรรมของอริสโตเติล อีกทั้ง สาระตลนี้ ยังพบให้เห็นจากการใช้และตีความกฎหมายในทางปฏิบัติของไทยอีกมากมายในเวลาต่อมา ไม่ว่าจะเป็น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.14/2548, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.39/2552 หรือคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.51/2553

และความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสรีจที่ 325/2547

จากข้อเท็จจริง ตำแหน่งข้าราชการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญที่ประกาศรับสมัครมี 2 ตำแหน่ง คือ ตำแหน่งเจ้าหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญ ระดับ 3 และตำแหน่งเจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไป ระดับ 3 โดย “หน้าที่ความรับผิดชอบ” ปรากฏอยู่ในข้อ 2.1 และ 2.2 ของประกาศดังกล่าว

ทั้งนี้ หน้าที่ความรับผิดชอบสำหรับตำแหน่งเจ้าหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญนั้น ข้อ 2.1 กำหนดว่า “ปฏิบัติหน้าที่อย่างหนึ่งอย่างใดหรือหลายอย่าง เช่น ช่วยทำหน้าที่ในการค้นหา รวบรวมข้อมูลกฎหมายและวิชาการ และจัดเก็บประเด็นปัญหาต่างๆ ที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญและคำวินิจฉัยของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ประเด็นทางการเมืองที่เกี่ยวข้องเชื่อมโยงกับศาลรัฐธรรมนูญ ตรวจจับคำร้องเรื่องที่ส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา การให้บริการข้อมูลต่างๆ และปฏิบัติหน้าที่อื่นที่เกี่ยวข้อง”

ส่วนหน้าที่ความรับผิดชอบสำหรับตำแหน่งเจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไปนั้น ข้อ 2.2 กำหนดว่า “ปฏิบัติหน้าที่อย่างหนึ่งอย่างใดหรือหลายอย่าง เช่น งานธุรการ งานบุคคล งานจัดระบบงาน งานงบประมาณ งานการเงินและบัญชี งานพัสดุ งานสถานที่และยานพาหนะ งานจัดพิมพ์และแจกจ่ายเอกสาร งานระเบียบแบบแผน งานรวบรวมสถิติ งานสัญญา งานนโยบายและแผน ร่างโต้ตอบหนังสือ จดบันทึก และเรียบเรียงรายงานการประชุมทางวิชาการ และรายงานอื่นๆ ทำเรื่องติดต่อหน่วยงานและบุคคลต่างๆ ทั้งในประเทศและต่างประเทศ ติดตามผลการปฏิบัติตามมติของที่ประชุม คึกขารายละเอียดของงานที่ได้รับบริการวิเคราะห์ จัดระบบและวางแผน เขียนคำสั่งให้เครื่องจักร ประมวลผล ทดสอบความถูกต้องของคำสั่ง ควบคุมและให้บริการเครื่องคอมพิวเตอร์และสโตนท์คณูปกรณ์ พิจารณาจัดหาและคัดเลือกหนังสือ ให้เลขหมู่หนังสือ ทำดัชนี บรรณานุกรม ควบคุมตรวจสอบ จัดทำจดหมายเหตุศาลรัฐธรรมนูญ ประชาสัมพันธ์เผยแพร่ผลงานศาลรัฐธรรมนูญและสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ติดต่อประสานกับหน่วยงานอื่นหรือบุคคลที่เกี่ยวข้อง เป็นต้น และปฏิบัติหน้าที่อื่นที่เกี่ยวข้อง”

อนึ่ง “คุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่ง” กำหนดไว้ในข้อ 3.2 ของประกาศฉบับดังกล่าวว่า ตำแหน่งเจ้าหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญ จะต้อง “ได้รับปริญญาตรีหรือเทียบได้ไม่ต่ำกว่านี้ทางกฎหมายหรือรัฐศาสตร์หรือทางรัฐประศาสนศาสตร์หรือทางอื่น ที่ อ.ศร. กำหนดให้ใช้เป็นคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งนี้ได้” และสำหรับตำแหน่งเจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไปนั้นจะต้อง “1. ได้รับปริญญาตรีหรือเทียบได้ไม่ต่ำกว่านี้ทางการบริหาร หรือทางอื่น ที่ อ.ศร. กำหนดให้ใช้เป็นคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งนี้ได้ หรือ 2. ได้รับวุฒิมหาบัณฑิตหรือปริญญาตรีในสาขาอื่นที่ อ.ศร. กำหนดให้ใช้เป็นคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งนี้ได้”

ผู้เขียนเห็นว่า “หน้าที่ความรับผิดชอบ” และ “คุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่ง” เป็นเงื่อนไขสำคัญต่อการพิจารณาบุคคลเข้ารับตำแหน่งหนึ่งตำแหน่งใด เนื่องจากหน้าที่ความรับผิดชอบย่อมกำหนดบทบาทและภาระในการปฏิบัติงาน เพื่อให้งานมีประสิทธิภาพ และคุณสมบัติเฉพาะตำแหน่งก็เป็นปัจจัยสำคัญเพื่อเลือกเฟ้นคุณสมบัติของบุคคลให้เหมาะสมกับแต่ละงาน

จาก “หน้าที่ความรับผิดชอบ” และ “คุณสมบัติเฉพาะตำแหน่ง” ซึ่งเป็นสาระสำคัญของงานดังที่ปรากฏในประกาศฉบับนั้น ย่อมจะเห็นได้ว่า ไม่ว่าบุคคลนั้นจะเป็นที่มีลักษณะเฉพาะตัวเช่นใดก็ตาม สาระสำคัญย่อมอยู่ที่ความสามารถและความเหมาะสมในการปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งเจ้าหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญและเจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไปได้อีกทั้งหากพิจารณาเกี่ยวกับ “หลักสูตรและวิธีการสอบ” ซึ่งปรากฏในข้อ 5 ของประกาศ ทั้ง “ภาคความรู้ความสามารถที่ใช้เฉพาะตำแหน่ง” และ “ภาคความเหมาะสมสำหรับตำแหน่ง” ย่อมจะพบว่าเป็นการสอบวัดความรู้ที่บุคคลโดยทั่วไปผู้มีความรู้ทางวิชาการตามที่ประกาศกำหนดและมีความเหมาะสมต่อตำแหน่ง ก็ย่อมสามารถเข้าสอบแข่งขันเพื่อบรรจุในตำแหน่งทั้งสองได้อยู่แล้ว

เพราะฉะนั้น เมื่อสาระสำคัญของงานอยู่ที่ “ความรู้ความสามารถ” และ “ความเหมาะสม” ต่อตำแหน่งของงาน การเป็น “คนพิการ” หรือ “คนไม่พิการ” จึงไม่เกี่ยวกับสาระสำคัญของการประกาศรับสมัครเพื่อให้ได้บุคคลเข้ามาบรรจุแต่งตั้งในตำแหน่ง ผู้เขียนเห็นว่า “คนพิการ” ที่ไม่มีความรู้ ความสามารถ และไม่มี ความเหมาะสม ตลอดจนไม่มีความรู้ที่จะสามารถผ่านการทดสอบได้ เช่น ไม่สามารถ

กระทำการตามหน้าที่และความรับผิดชอบตามที่ประกาศกำหนดไว้ได้ หรือได้รับวุฒิการศึกษานอกเหนือจากที่ประกาศกำหนด หรือมีลักษณะไร้ความสามารถ เช่น เป็นอัมพาตทั้งร่าง เช่นนี้แล้ว การเป็น “คนพิการ” ที่มีลักษณะดังกล่าวย่อมไม่คู่ควรกับตำแหน่ง เช่นเดียวกับกับ “คนไม่พิการ” ที่ไม่มีความรู้ ความสามารถ และไม่มี ความเหมาะสมหรือไม่มีความรู้ที่จะสามารถผ่านการทดสอบได้ ย่อมไม่อาจเข้ารับการบรรจุแต่งตั้งในตำแหน่งดังกล่าวได้เช่นกัน

เมื่อการเป็น “คนพิการ” หรือการเป็น “คนไม่พิการ” มิใช่สาระสำคัญที่แท้จริงของเงื่อนไขของตำแหน่งดังกล่าว สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่อาจนำเอาเรื่องที่มีใช่เป็นสาระสำคัญอย่างการเป็น “คนพิการ” หรือการเป็น “คนไม่พิการ” มากำหนดเป็นกฎเกณฑ์ที่มีผลเป็นปฏิเสศ “คนไม่พิการ” มิให้เขาสมัครสอบได้ เพราะฉะนั้น บุคคลที่มีความรู้ ความสามารถ และความเหมาะสม ไม่ว่าผู้นั้นจะเป็นคนพิการหรือเป็นคนไม่พิการก็ตาม บุคคลนั้นพึงมีสิทธิสมัครสอบคัดเลือก ประกาศฉบับนี้จึงขัดต่อหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 30 วรรคหนึ่ง

อนึ่ง ประเด็นมีข้อพิจารณาว่า การที่ประกาศเลือกที่จะรับเฉพาะ “คนพิการ” และปฏิเสศ “คนไม่พิการ” เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อ “คนไม่พิการ” อันขัดต่อหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 30 วรรคสามหรือไม่ นั้น เห็นว่า ประเด็นที่ต้องวินิจฉัยก่อนคือ “ความไม่พิการ” เป็นเหตุแห่งความแตกต่างที่รัฐไม่อาจเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมได้หรือไม่ เนื่องจาก “ความไม่พิการ” มิได้เหมือนกรณี “ความพิการ” ซึ่งได้รับการบัญญัติรับรองไว้ในวรรคสามของมาตราดังกล่าว

ในประเด็นนี้ ผู้เขียนเห็นว่า การตีความเรื่องข้อห้ามการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลโดยไม่เป็นธรรมนั้น พึงเข้าใจว่า ข้อห้ามดังกล่าวสืบสาวมาจากหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ ที่เรียกร้องให้รัฐต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสาระสำคัญอย่างเดียวกันให้เหมือนกัน และปฏิบัติต่อบุคคลที่มีสาระสำคัญที่แตกต่างกันให้ไม่เหมือนกัน เมื่อพิจารณาสาระสำคัญของเรื่องเป็นหลักจึงเท่ากับว่า เหตุต่างๆ ที่พรรณนาไว้จึงเป็นเพียงตัวอย่าง เมื่อเป็นเพียงตัวอย่าง จึงทำให้ข้อห้ามการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมไม่อาจถูกจำกัดเท่าจำนวนที่ปรากฏชัดแจ้งในตัวบทเท่านั้น ข้อห้ามการเลือกปฏิบัติ

โดยไม่เป็นธรรมจึงอาจห้ามเลือกปฏิบัติเพราะเหตุแห่ง “ความไม่พิการ” ก็ได้ การตีความรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 วรรคสาม จึงต้องตีความจากสาระที่แท้จริงของหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

ประเด็นต่อไปคือ ประกาศรับแต่ “คนพิการ” นี้ ถือเป็นกรณีตามวรรคสี่ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 ที่ว่า “มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น ย่อมไม่ถือเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม” หรือไม่

จากข้อเท็จจริง ภายใต้อาณัติอย่างเดียวกันในประกาศนี้เห็นได้ชัดว่า คนพิการก็สามารถเข้าสอบแข่งขันกับคนไม่พิการได้ตามปกติ เนื่องจากสาระสำคัญของเรื่องอยู่ที่ความรู้ความสามารถที่วัดกันโดยข้อเขียนทางวิชาการและความเหมาะสมกับตำแหน่งหน้าที่ การประกาศเช่นนี้ต่างหากที่สร้างสิทธิพิเศษให้คนพิการมีเหนือคนไม่พิการภายใต้อาณัติอย่างเดียวกัน คนพิการที่มีคุณสมบัติที่เป็นสาระสำคัญของตำแหน่งย่อมอยู่ในสภาพที่สามารถสมัครสอบแข่งขันได้ และหากสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญปฏิเสธว่า คนพิการรายใดไม่มีสิทธิสมัครสอบ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญย่อมอาจถูกคนพิการฟ้องร้องต่อศาลว่าการใช้ดุลพินิจไม่รับสมัครสอบนั้นเป็นดุลพินิจโดยมิชอบ ซึ่งนำไปสู่การระงับข้อพิพาทและการเยียวยาสิทธิของคนพิการต่อไป

เพราะฉะนั้น คุณสมบัติตามประกาศรับสมัครตำแหน่งดังกล่าวสามารถทำให้คนพิการมีโอกาสเข้าดำรงตำแหน่งดังกล่าวได้อยู่แล้วโดยไม่จำเป็นต้องประกาศคุณสมบัติของ “ความพิการ” เข้าไปด้วยแต่อย่างใด เนื่องจากภายใต้อาณัติเรื่องความรู้และความสามารถตามประกาศนี้ไม่มีทางทำให้ “คนไม่พิการ” ได้เปรียบ “คนพิการ” สาระสำคัญที่ตั้งอยู่ที่ความรู้ความสามารถที่เหมาะสมกับตำแหน่งงาน (ที่รัฐจำเป็นต้องได้คนที่มีคุณภาพตามตำแหน่ง) จึงเปิดทางให้คนพิการที่มีสาระสำคัญดังกล่าวมีสิทธิสมัครได้โดย “ไม่มีอุปสรรคที่จะต้องไปขจัด” และ “ไม่จำเป็นต้องส่งเสริม” เพื่อให้คนพิการสามารถ “ใช้สิทธิได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น กรณีนี้ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่อาจอ้างรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 วรรคสี่ได้

ระหว่างการวิเคราะห์ประกาศฉบับนี้ ผู้เขียนนึกคิดว่า ที่สุดแล้ว กรณีนี้ ข้างนำเสนออ้างว่าเรื่องตำแหน่งเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นเรื่อง “อาชีพ” หรือ “สวัสดิการสาธารณะ” กันแน่

ก่อนที่จะนำไปสู่คำถามว่าตำแหน่งเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นเรื่อง “อาชีพ” (occupation) หรือ “สวัสดิการสาธารณะ” (public welfare) ผู้เขียนขอเสนอให้ลองวิเคราะห์ว่า กรณีการรับสมัครสอบแข่งขันเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการสามารถเทียบได้กับกรณีรับสมัครนักเรียนผู้ฝึกการแข่งขันสอบเข้ามหาวิทยาลัย (ซึ่งเปิดรับเฉพาะการแข่งขันกันเองระหว่างนักเรียนผู้ฝึกการ) ได้หรือไม่

คำตอบของผู้เขียน คือ การรับสมัครสอบให้นักเรียนผู้ฝึกการแข่งขันกันเอง ก็เพื่อให้โอกาสในการศึกษาขยายไปยังกลุ่มคนฝึกการให้มากที่สุด ดังจะเห็นได้จากการไม่นำเกณฑ์ทั่วไปที่เป็นมาตรฐานหลักมาตัดสิน แต่ในขณะที่การรับสมัครเจ้าหน้าที่ของรัฐมีภาษีอากรของประชาชนที่ต้องจ่ายไปเป็นค่าจ้างเพื่อแลกกับการปฏิบัติหน้าที่ของบุคคลที่ดำรงตำแหน่งนั้น ซึ่งรัฐจำเป็นต้องได้บุคคลที่เหมาะสมต่อตำแหน่งหน้าที่เพื่อให้ภารกิจของรัฐบรรลุวัตถุประสงค์สูงสุด โดยความเหมาะสมดังกล่าวก็คือความรู้และความสามารถที่เหมาะสมกับแต่ละตำแหน่งนั่นเอง

ผู้เขียนเห็นว่า เมื่อตำแหน่งเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็น “อาชีพ” จึงมีความจำเป็นที่จะต้องเรียกร้องให้บุคคลผู้ดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่ของรัฐมีความเหมาะสมและมีความรู้ความสามารถตามแต่ละกรณี อีกทั้งรัฐธรรมนูญฯ ก็ให้หลักประกันเรื่องความเสมอภาคตามกฎหมาย โดยไม่ว่าจะเป็น “คนไม่ฝึกการ” หรือ “คนฝึกการ” หากมีศักยภาพเพียงพอต่อการดำรงตำแหน่งหน้าที่ ก็ย่อมมีสิทธิที่จะเข้าแข่งขันได้อย่างเสมอภาคกัน (เว้นแต่ว่าการใช้สิทธิที่จะเข้าแข่งขันนั้น คนฝึกการประสบอุปสรรคขัดขวางการใช้สิทธิสมัครเข้าสอบแข่งขัน อาทิเช่น การเดินทางมาสมัครสอบมีความยากลำบากเพราะอุปสรรคเรื่องความพิการ รัฐก็ต้องไปแก้ไขปัญหานั้นเพื่อขจัดอุปสรรคเรื่องการเดินทางของคนฝึกการ ซึ่งเป็นปัญหาเรื่องการใช้สิทธิสมัครสอบ มิใช่ว่าคนฝึกการไม่อยู่ในฐานะเป็นผู้มีคุณสมบัติสำหรับการเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐได้) อีกทั้งการที่ตำแหน่งเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็น “อาชีพ” ย่อมเป็นเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญประการหนึ่งที่บุคคลได้รับการรับรองว่า “บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

และการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม” ทั้งนี้ ตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 43

ในที่สุด หากจะถือว่าตำแหน่งเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็น “สวัสดิการสาธารณะ” เช่นเดียวกับกรณีการเปิดรับสมัครนักเรียนคนพิการสอบแข่งขันเข้ามหาวิทยาลัย ก็จะกลายเป็นว่า คนพิการย่อมมีสิทธิอันชอบธรรมในการสมัครสอบแข่งขันเป็นกรณีพิเศษระหว่างคนพิการด้วยกัน และการได้มาซึ่งเจ้าหน้าที่ของรัฐจากช่องทาง การเปิดรับสมัครเฉพาะคนพิการ ย่อมไม่จำเป็นที่จะได้เจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีมาตรฐานเดียวกับบุคคลทั่วไป หากยอมรับทัศนะที่ว่าตำแหน่งเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นสวัสดิการ สาธารณะของคนพิการ ต่อจากนี้ไป สังคมไทยอาจจะต้องยอมรับโดยคุณิว่า เราจะมี การเปิดรับสอบเจ้าหน้าที่ของรัฐตำแหน่งครู อาจารย์ ตำรวจ ทหาร นักการทูต และอัยการหรือผู้พิพากษาตุลาการ ฯลฯ ที่มาจากการกำหนดคุณสมบัติของ การเป็นคนพิการโดยเฉพาะเจาะจง

3. บทสรุป

จริงอยู่ที่สังคมไทยสังสมปัญหาเรื่องสิทธิและความเสมอภาคของคนพิการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การลิดรอนที่เกิดจากการใช้อำนาจรัฐ ด้วยเหตุนี้ จึงเป็น ความชอบธรรมที่ประเทศไทยจะดำเนินการรับรองสิทธิคนพิการอย่างชัดเจนและ ดำเนินการใช้บังคับกฎหมายและกำหนดทำที่ของรัฐต่อประชาคมโลกอย่างจริงจัง เพื่อให้ ความยุติธรรมที่เกิดขึ้นแก่คนพิการซึ่งสังสมมาตั้งแต่ในอดีตจำต้องจบสิ้นลง อย่างไรก็ตาม การที่รัฐพยายามกำจัดความยุติธรรมในอดีตนั้น จำเป็นต้องระลึกว่า ความยุติธรรมที่เกิดขึ้นในอดีตไม่อาจก่อให้เกิดความชอบธรรมที่จะสร้าง ความยุติธรรมในปัจจุบันและในอนาคตได้ เพราะฉะนั้น การแก้ไขปัญหาเรื่อง การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนพิการจึงจำเป็นต้องระมัดระวังมิให้เกิด การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อคนไม่พิการด้วย

ผู้เขียนเห็นว่า ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจากประกาศของสำนักงาน ศาลรัฐธรรมนูญนี้เป็นอุทาหรณ์ที่น่าสนใจและสร้างคำถามแปลกใหม่ให้แก่ดวง กฎหมายมหาชน และจากเหตุผลที่ได้กล่าวมาทั้งหมด ผู้เขียนเห็นว่าประกาศ

ฉบับนี้มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเนื้อหาของประกาศฉบับนี้ ขัดหรือแย้งต่อหลักความเสมอภาคตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญฯ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ซึ่งอาจถูกฟ้องร้องต่อศาลปกครอง ได้โดย “คนไม่พิการ” ผู้ถูกระทบสิทธิ หรือโดยผู้ตรวจการแผ่นดิน หรือโดย คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ผู้เขียนจึงเห็นว่าสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญควร ประกาศรับสมัครโดยไม่จำกัดว่าต้องเป็น “คนพิการ” เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาข้อพิพาท ต่อไป

การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของ ออสเตรเลีย-บทเรียนสำหรับประเทศไทย*

ทศพล เชี่ยวชาญประพันธ์ และทิพย์ศรีริน ภัคธกรกุล**

เครือรัฐออสเตรเลีย (The Commonwealth of Australia) เป็นประเทศหนึ่งที่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ รัฐสภาแห่งสหราชอาณาจักรได้ลงมติเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญของออสเตรเลียและสมเด็จพระราชินีนาถวิกตอเรีย (Queen Victoria) ทรงลงพระปรมาภิไธยในพระราชบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งเครือรัฐออสเตรเลีย (Commonwealth of Australia Constitution Act) เมื่อวันที่ 9 กรกฎาคม พ.ศ. 2443 (ค.ศ. 1900)¹ รัฐธรรมนูญฉบับนี้มีผลใช้บังคับอย่างเป็นทางการเมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 1901 (พ.ศ. 2444) ซึ่งถือเป็นวันที่รัฐต่างๆ ที่เคยเป็นอาณานิคมของสหราชอาณาจักรได้รวมตัวกันเป็นสหพันธรัฐ ก่อนมีผลบังคับใช้ รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้ผ่านการออกเสียงประชามติโดยประชาชนชาวออสเตรเลียที่อาศัยอยู่ในอาณานิคมทั้ง 6 แห่ง ซึ่งปัจจุบัน คือ รัฐทั้ง 6 รัฐของออสเตรเลีย ประกอบด้วย รัฐนิวเซาท์เวลส์

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net 16 ธันวาคม 2555 21:16 น.

** นักศึกษาปริญญาเอกสาขารัฐศาสตร์ และนักศึกษาระดับปริญญาเอกสาขารัฐประศาสนศาสตร์ มหาวิทยาลัยแคนเบอร์รา (University of Canberra) กรุงแคนเบอร์รา ประเทศออสเตรเลีย

¹ “Commonwealth of Australia Constitution Act”, [http://www.aph.gov.au/About_Parliament/Senate/Powers_practice_n_procedures/Constitution/preamble], 29 มีนาคม 2555

(New South Wales-NSW), รัฐวิกตอเรีย (Victoria-VIC), รัฐแทสเมเนีย (Tasmania-TAS), รัฐออสเตรเลียใต้ (South Australia-SA), และรัฐควีนส์แลนด์ (Queensland-QLD) ในปี พ.ศ. 2442 (ค.ศ. 1899)² ส่วนรัฐออสเตรเลียตะวันตก (Western Australia-WA) จัดการลงประชามติเป็นรัฐสุดท้ายเมื่อวันที่ 31 กรกฎาคม พ.ศ. 2443 (ค.ศ. 1900) ผลการลงประชามติปรากฏว่า ประชาชนในรัฐออสเตรเลียตะวันตก ร้อยละ 69.47³ สนับสนุนรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ส่งผลให้รัฐออสเตรเลียตะวันตกได้เข้าร่วมเป็นหนึ่งในหกรัฐของประเทศออสเตรเลียในที่สุด

รัฐธรรมนูญของออสเตรเลีย กำหนดกระบวนการขั้นตอนการแก้ไขเพิ่มเติมไว้ในหมวด 8 มาตรา 128 เริ่มแรก รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมจะต้องได้รับความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภาด้วยคะแนนเสียงเกินกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภตามลำดับ แต่ในท้ายที่สุด ก่อนที่รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมจะมีผลบังคับใช้ทุกครั้ง ไม่ว่าจะแก้ไขเรื่องเล็กหรือเรื่องใหญ่ จะแก้ไขเพิ่มเติมเพียงมาตราเดียวหรือหลายมาตรา หรือจะแก้ไขเพิ่มเติมเรื่องสถาบันการเมือง หรือเรื่องสิทธิเสรีภาพของประชาชน ล้วนต้องผ่านการออกเสียงประชามติ โดยประชาชนชาวออสเตรเลียผู้มีสิทธิเลือกตั้งก่อนทั้งสิ้น⁴ ถ้ารัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมได้รับความเห็นชอบของสภาใดสภาหนึ่งเพียงสภาเดียว เช่น สภาผู้แทนราษฎรลงมติเห็นชอบ แต่วุฒิสภาลงมติคัดค้าน รัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นอำนาจของ

² “Federation Fact Sheet 1 - The Referendums 1898-1900”, [http://www.aec.gov.au/About_AEC/publications/Fact_Sheets/factsheet1.htm], 29 มีนาคม 2555

³ “1900 - Popular Referendum on Australian Federation”, [http://www.waec.wa.gov.au/elections/state_referendums/referendum_details/1900%20-%20Popular%20Referendum%20on%20Australian%20Federation/], 29 มีนาคม 2555

⁴ Attorney-General’s Department and Australian Government Solicitor, Commonwealth of Australia, The Constitution as in force on 1 June 2003 together with Proclamation Declaring the Establishment of the Commonwealth, Letters Patent Relating to the Office of Governor-General, Statute of Westminster Adoption Act 1942, Australia Act 1986 with Overview, Notes and Index (Canberra: Attorney-General’s Department, 2003), 57

ผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ของออสเตรเลีย (Governor-General) ซึ่งทำหน้าที่
ประมุขของออสเตรเลียแทนสมเด็จพระมหากษัตริย์หรือสมเด็จพระราชินีนาถแห่ง
สหราชอาณาจักรเป็นผู้ตัดสินว่าจะนำรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนั้นไปให้ประชาชน
ออกเสียงประชามติหรือไม่⁵

หลักเกณฑ์การออกเสียงประชามติของออสเตรเลียนั้น รัฐธรรมนูญแก้ไข
เพิ่มเติมจะมีผลบังคับใช้เมื่อผ่านเกณฑ์เสียงข้างมากสองระดับ (Double Majority)

ระดับแรก จำนวนคะแนนเสียงที่เห็นด้วยของประชาชนทั่วประเทศต้องสูง
เกินร้อยละ 50 ของจำนวนผู้ไปลงประชามติทั้งหมด (ไม่นับบัตรเสีย) การตัดสินใน
ระดับนี้จึงเป็นการตัดสินเสียงข้างมากโดยนับคะแนนรวมของประชาชน
ชาวออสเตรเลียทั่วประเทศไม่ว่าจะอาศัยอยู่ในรัฐไหนก็ตาม ตัวอย่างเช่น ในการออกเสียง
ประชามติครั้งหนึ่ง มีประชาชนชาวออสเตรเลียลงมติเห็นด้วย 100 เสียง
ไม่เห็นด้วย 50 เสียง มีบัตรเสีย 50 ใบ ฐานที่นำมาใช้คำนวณ คือ 100 + 50 คือ 150
เสียงเท่านั้น ร้อยละ 50 ของ 150 คือ 75 เสียง ในกรณีนี้ มีผู้ลงมติเห็นด้วยถึง
100 เสียง จึงผ่านเกณฑ์เสียงข้างมากในระดับแรกนี้ไปได้

ระดับที่สอง คือ เสียงข้างมากของรัฐ กล่าวคือ ในบรรดารัฐทั้ง 6 รัฐของ
ออสเตรเลีย ต้องมีประชาชนเกินกว่าร้อยละ 50 ของผู้ไปลงประชามติทั้งหมด
(ไม่นับบัตรเสีย) ใน 4 รัฐขึ้นไปเห็นด้วยกับรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ถ้ามีประชาชน
เพียง 3 รัฐที่เห็นด้วย แม้ว่าคะแนนรวมทั้งประเทศในระดับที่หนึ่งจะเกินร้อยละ 50
ก็ถือว่า รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนั้น ไม่ผ่านการลงประชามติ ส่วนคะแนนเสียง
ของประชาชนที่อาศัยอยู่ในเขตปกครองนครหลวงของออสเตรเลีย (Australian
Capital Territory-ACT) และ เขตปกครองทางตอนเหนือ (Northern Territory-
NT) นั้น จะนับรวมกับคะแนนเสียงของประชาชนทั่วประเทศในระดับแรกเท่านั้น
เนื่องจากเขตปกครองทั้งสองไม่มีสถานะเป็นรัฐ จึงไม่นับรวมในการพิจารณา
เสียงข้างมากระดับที่สอง อธิบายง่ายๆ คือ แม้ว่าประชาชนเสียงข้างมากในเขตปกครอง
ทั้งสองแห่งจะไม่เห็นด้วยกับรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับใด แต่ถ้าประชาชน

⁵ เรื่องเดียวกัน

เสียงข้างมากในอีก 4 รัฐจาก 6 รัฐที่เหลือเห็นด้วย ก็ถือว่า รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับนั้น ผ่านหลักเกณฑ์เสียงข้างมากของรัฐในระดับที่สอง ด้วยเหตุที่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของออสเตรเลียเป็นไปได้ยากที่จะประสบความสำเร็จเพราะต้องผ่านกระบวนการขั้นตอนต่างๆ มากมาย และต้องอาศัยเสียงสนับสนุนในระดับที่สูงมากทั้งในรัฐสภา และจากประชาชน นักการเมืองของออสเตรเลียไม่ว่าจะเป็นฝ่ายบริหาร หรือฝ่ายนิติบัญญัติในสภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภา จึงไม่สามารถสมรู้ร่วมคิดกันแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญตามอำเภอใจได้

นับตั้งแต่ก่อตั้งประเทศออสเตรเลียเมื่อปี พ.ศ. 2444 (ค.ศ. 1901) เป็นต้นมา มีการลงประชามติเรื่องการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น 44 เรื่อง (หลายเรื่องมีการลงประชามติในวันเดียวกัน) แต่มีเพียง 8 เรื่องเท่านั้นที่ประชาชนชาวออสเตรเลียส่วนใหญ่ลงคะแนนเสียงเห็นชอบ และนำไปสู่การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในที่สุด⁶

ในบรรดาการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ 8 ประเด็นที่ผ่านการลงประชามติของประชาชนชาวออสเตรเลียนั้น มีอยู่ 2 ประเด็นที่น่าสนใจ การลงประชามติทั้ง 2 เรื่องเกิดขึ้นเมื่อวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2520 (ค.ศ. 1977) เรื่องแรกเป็นเรื่องเกี่ยวกับสถาบันการเมืองที่สำคัญสถาบันหนึ่งของออสเตรเลีย คือ วุฒิสภา มิได้เป็นเรื่องสิทธิเสรีภาพที่กระทบต่อประชาชนโดยตรง เรื่องที่สองเป็นเรื่องเกี่ยวกับสิทธิของประชาชนที่อาศัยอยู่ในเขตปกครองนครหลวงของออสเตรเลีย และเขตปกครองทางตอนเหนือในการออกเสียงประชามติเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของออสเตรเลียหลังปี พ.ศ. 2520 (ค.ศ. 1977)

การสรรหาสมาชิกวุฒิสภาแทนตำแหน่งที่ว่าง

กรณีของวุฒิสภา ก่อนปี พ.ศ. 2520 (ค.ศ. 1977) เมื่อตำแหน่งสมาชิกวุฒิสภาของออสเตรเลียว่างลงด้วยสาเหตุใดๆ ก็ตาม จะไม่มีการเลือกตั้งซ่อม

⁶ “Referendums Overview”, [http://www.aec.gov.au/elections/referendums/Referendums_Overview.htm], 30 มีนาคม 2555

อำนาจการคัดเลือกสมาชิกวุฒิสภาคนใหม่ เป็นอำนาจของสภานิติบัญญัติของรัฐที่ ตำแหน่งสมาชิกวุฒิสภาว่างลง เช่น สมาชิกวุฒิสภาจากรัฐนิวเซาท์เวลส์ลาออก สภานิติบัญญัติของรัฐนิวเซาท์เวลส์ซึ่งประกอบด้วยสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา มีอำนาจคัดเลือกสมาชิกวุฒิสภาคนใหม่ ตามธรรมเนียมปฏิบัติ สภานิติบัญญัติของรัฐต้องเลือกสมาชิกวุฒิสภาคนใหม่จากพรรคการเมืองเดิมของสมาชิกวุฒิสภาที่พ้นจากตำแหน่งไป อย่างไรก็ตาม ธรรมเนียมปฏิบัตินี้มีได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ในปี พ.ศ. 2518 (ค.ศ. 1975) เกิดเหตุการณ์ที่สภานิติบัญญัติของรัฐนิวเซาท์เวลส์ และ รัฐควีนส์แลนด์ ได้ลงมติเลือกสมาชิกวุฒิสภาคนใหม่ที่มีไม่ได้มาจากพรรคการเมืองเดิม แทนตำแหน่งที่ว่าง ก่อให้เกิดความวิตกกังวลว่า ดุลอำนาจในวุฒิสภาของ ออสเตรเลียจะเปลี่ยนแปลงไปจากเจตนารมณ์เดิมของประชาชนที่ได้แสดงออกผ่าน กระบวนการเลือกตั้ง นอกจากนี้ อำนาจของวุฒิสภาของออสเตรเลีย นั้น มีมากเท่ากับสภาผู้แทนราษฎร โดยเฉพาะอย่างยิ่งอำนาจในการพิจารณาร่างกฎหมาย ต่างๆ⁷ กล่าวคือ ถ้าร่างกฎหมายใด ผ่านความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎร แต่วุฒิสภาลงมติคัดค้าน ก็ไม่สามารถมีผลบังคับใช้ได้ ดุลอำนาจในวุฒิสภาจึงส่งผลกระทบต่อเสถียรภาพ และการผลักดันนโยบายของรัฐบาลออสเตรเลียอย่างมีนัยสำคัญ ด้วยเหตุผลทั้งสองประการดังกล่าว รัฐบาลออสเตรเลียในขณะนั้น นำโดย นายกรัฐมนตรี มัลคอล์ม เฟรเซอร์ (Malcolm Fraser) ได้เสนอแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ เพื่อบังคับให้สภานิติบัญญัติของรัฐต่างๆ ต้องเลือกสมาชิกวุฒิสภาคนใหม่จาก พรรคการเมืองเดิมของสมาชิกวุฒิสภาที่พ้นจากตำแหน่งไป ทั้งนี้เพื่อรักษาดุลอำนาจ ของพรรคการเมืองต่างๆ ในวุฒิสภาไว้ดังเดิม

เมื่อวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2520 (ค.ศ. 1977) ประชาชนชาวออสเตรเลีย ทั้ง 6 รัฐ คือ รัฐนิวเซาท์เวลส์ รัฐวิกตอเรีย รัฐแทสเมเนีย รัฐออสเตรเลียใต้ รัฐควีนส์แลนด์ และรัฐออสเตรเลียตะวันตก ได้ออกเสียงประชามติสนับสนุน การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเด็นนี้โดยมีผู้เห็นด้วยรวมทั้งประเทศ 5,477,771

⁷ John Summers, "Parliament and Responsible Government", in Government, Politics, Power and Policy in Australia, eds. Dennis Woodward, Andrew Parkin and John Summers, 9th ed. (Frenchs Forest, NSW: Pearson Australia, 2010), 75

คน คิดเป็นร้อยละ 73.32⁸ โดยมีผู้ไปออกเสียงประชามติถึงร้อยละ 92.34 ผ่านเกณฑ์เสียงข้างมากทั้งสองระดับ ส่วนประชาชนที่อาศัยอยู่ในเขตปกครองทางตอนเหนือ และเขตปกครองนครหลวงของออสเตรเลีย ยังไม่มีสิทธิออกเสียงประชามติในเวลานั้น

กรณีที่เกิดขึ้นล่าสุดซึ่งเป็นผลจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในครั้งนั้น คือ สมาชิกวุฒิสภาของรัฐนิวเซาท์เวลส์ สังกัดพรรคเลเบอร์ (Australian Labor Party) ได้ลาออกจากตำแหน่งเมื่อเดือนมีนาคม พ.ศ. 2555 (ค.ศ. 2012) ที่ผ่านมา⁹ พรรคเลเบอร์ได้เสนอชื่อสมาชิกพรรคเป็นสมาชิกวุฒิสภาแทนตำแหน่งที่ว่าง คือ นายโรเบิร์ต จอห์น คาร์ (Robert John Carr) ซึ่งชื่อมวลชนออสเตรเลียเรียกขานว่า บ็อบ คาร์ (Bob Carr) อดีตมุขมนตรี (Premier)¹⁰ ของรัฐนิวเซาท์เวลส์ สถานติบัญญัติของรัฐได้มีมติรับรองเมื่อวันที่ 6 มีนาคม พ.ศ. 2555 (ค.ศ. 2012) ที่ผ่านมา¹¹ สมาชิกวุฒิสภาท่านใหม่นี้ยังได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศของออสเตรเลียเมื่อวันที่ 13 มีนาคม พ.ศ. 2555 (ค.ศ. 2012) อีกด้วย¹² การแต่งตั้งสมาชิกวุฒิสภาแทนตำแหน่งที่ว่างในครั้งนี้ ส่งผลให้ดุลอำนาจในวุฒิสภาไม่เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม พรรคเลเบอร์ยังคงมีสมาชิกวุฒิสภา

⁸ Parliamentary Library, Department of Parliamentary Services, 43rd Parliament: Parliamentary Handbook of the Commonwealth of Australia, 32nd ed. (Canberra: Parliamentary Library, Department of Parliamentary Services, 2011), 392

⁹ Emma Griffiths, “Mark Arbib resigns from Parliament”, 28 February 2012, [http://www.abc.net.au/news/2012-02-27/arbib-resigns-from-parliament/3855488], 31 มีนาคม 2555

¹⁰ หัวหน้าฝ่ายบริหารของรัฐบาลของแต่ละรัฐของออสเตรเลีย คล้ายๆ กับตำแหน่งผู้ว่าการรัฐต่างๆ (Governor) ของสหรัฐอเมริกา

¹¹ “Bob Carr endorsed as NSW senator”, 6 March 2012, [http://www.abc.net.au/news/2012-03-06/bob-carr-endorsed-as-nsw-senator/3872094], 31 มีนาคม 2555

¹² “Carr sworn in as Foreign Affairs Minister”, 13 March 2012, [http://www.abc.net.au/lateline/content/2012/s3452668.htm], 31 มีนาคม 2555

31 คนจากจำนวนสมาชิกวุฒิสภาทั้งสิ้น 76 คน น้อยกว่าพันธมิตรระหว่างพรรคลิเบอร์รัล (The Liberal Party of Australia) และพรรคเนชันแนล (The National Party of Australia) ซึ่งมีสมาชิกวุฒิสภา 34 คน¹³

สิทธิของประชาชนในเขตปกครองทางตอนเหนือ และเขตปกครองนครหลวงของออสเตรเลียในการออกเสียงประชามติกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ

ก่อนปี พ.ศ. 2520 (ค.ศ. 1977) ประชาชนที่อาศัยอยู่ในเขตปกครองทางตอนเหนือ และเขตปกครอง นครหลวงของออสเตรเลียไม่มีสิทธิในการออกเสียงประชามติกรณีมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม นายกรัฐมนตรีมัลคอล์ม เฟรเซอร์ ได้เสนอให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อให้ประชาชนในเขตปกครองทั้งสองแห่งได้มีสิทธิออกเสียงประชามติในกรณีมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของออสเตรเลียในอนาคต การลงประชามติเกิดขึ้นในวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2520 (ค.ศ. 1977) เช่นเดียวกัน ผลการลงประชามติปรากฏว่า ประชาชนชาวออสเตรเลียทั้ง 6 รัฐลงมติสนับสนุนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในประเด็นนี้ ด้วยคะแนนเสียงรวม 7,605,882 ต่อ 5,805,669 คิดเป็นร้อยละ 77.72¹⁴ ประชาชนในเขตปกครองทั้งสองแห่งได้มีโอกาสออกเสียงประชามติเป็นครั้งแรกเมื่อวันที่ 1 ธันวาคม พ.ศ. 2527 (ค.ศ. 1984)¹⁵ หนึ่ง คะแนนเสียงของประชาชนในเขตปกครองทั้งสองแห่งจะนับรวมเพื่อพิจารณาเสียงข้างมากในระดับแรกเท่านั้น การพิจารณาเสียงข้างมากในระดับที่สองยังคงนับคะแนนจากทั้ง 6 รัฐเหมือนเดิม

¹³ Norman Abjorensen, "The Senate game-change", 1 June 2011, [http://inside.org.au/the-senate-game-change/], 31 มีนาคม 2555

¹⁴ Parliamentary Library, Department of Parliamentary Services, 43rd Parliament: Parliamentary Handbook of the Commonwealth of Australia, 393

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, 394

บทเรียนสำหรับประเทศไทย

จากที่อธิบายมาทั้งหมด การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของออสเตรเลียทุกครั้ง ล้วนต้องผ่านการออกเสียงประชามติ เพื่อให้ประชาชนชาวออสเตรเลียเป็นผู้ตัดสินใจ ในขั้นตอนสุดท้ายทั้งสิ้น ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องของสถาบันทางการเมือง หรือ สิทธิเสรีภาพของประชาชนดังกรณีตัวอย่างสองกรณีข้างต้น ยิ่งไปกว่านั้น หลักเกณฑ์ที่ใช้ในการออกเสียงประชามติยังเป็นหลักเกณฑ์เสียงข้างมากสองระดับ ทำให้นับแต่ก่อตั้งประเทศออสเตรเลียมา การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของออสเตรเลียประสบความสำเร็จเพียง 8 ประเด็น จากความพยายามทั้งสิ้น 44 ประเด็น

เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญของประเทศไทย ในบรรดารัฐธรรมนูญ 18 ฉบับ ที่มีผลใช้บังคับ มีเพียงรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (พ.ศ. 2550) เพียงฉบับเดียวที่ผ่านการออกเสียงประชามติของประชาชนชาวไทยก่อนที่จะมีผลใช้บังคับ การออกเสียงประชามติของประชาชนชาวไทยเกิดขึ้นเมื่อวันอาทิตย์ที่ 19 สิงหาคม พ.ศ. 2550 มีผู้เห็นชอบกับรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน 14,727,306 เสียง ไม่เห็นชอบ 10,747,441 เสียง¹⁶ ปัญหาที่เกิดขึ้น ก็คือ แม้ว่ารัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันจะผ่านความเห็นชอบของประชาชนชาวไทยผ่านกระบวนการออกเสียงประชามติ แต่อำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญฉบับนี้กลับเป็นอำนาจของสมาชิกสภาโดยอาศัยเพียงเสียงสนับสนุนเกินกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภาในการประชุมร่วมกันเท่านั้น รัฐธรรมนูญฉบับนี้ไม่เปิดโอกาสให้ประชาชนเป็นผู้ตัดสินใจในขั้นตอนสุดท้ายเสมือนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของออสเตรเลีย¹⁷

บทบัญญัติในลักษณะนี้ก่อให้เกิดวิกฤติการณ์ทางการเมืองมาแล้วในปี พ.ศ. 2551 เมื่อรัฐบาลของอดีตนายกรัฐมนตรีผู้ล่วงลับ สมัคร สุนทรเวช พยายามเสนอ

¹⁶ ประกาศสภาร่างรัฐธรรมนูญ เรื่อง ผลการออกเสียงประชามติร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 124 ตอนที่ 45 ก วันที่ 21 สิงหาคม 2550 หน้า 8

¹⁷ มาตรา 291 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปัจจุบัน ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 124 ตอนที่ 47 ก วันที่ 24 สิงหาคม 2550 หน้า 117

แก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ รัฐสภาในขณะนั้นประกอบด้วยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร 480 คน และสมาชิกวุฒิสภา 150 คน รวมสมาชิกรัฐสภาทั้งสิ้น 630 คน กึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่ากับ 315 เสียง การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะประสบความสำเร็จต้องอาศัยเสียงสนับสนุนทั้งสิ้น 316 เสียงขึ้นไป รัฐบาลในขณะนั้นมีเสียงสนับสนุน 316 เสียงพอดี สามารถแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้โดยง่าย และไม่ต้องการอาศัยเสียงสนับสนุนของสมาชิกวุฒิสภา และพรรคฝ่ายค้านคือ พรรคประชาธิปไตยแต่อย่างใด ความพยายามครั้งนั้นนำไปสู่การชุมนุมประท้วงต่อต้านของกลุ่มพันธมิตรประชาชนเพื่อประชาธิปไตย (เสื้อเหลือง) ยาวนานถึง 193 วัน กลายเป็นวิกฤตการณ์ทางการเมืองครั้งร้ายแรงครั้งหนึ่งในประวัติศาสตร์การเมืองไทย ถ้ารัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันกำหนดให้กระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต้องผ่านการออกเสียงประชามติของประชาชนชาวไทยก่อนมีผลบังคับใช้เยี่ยงรัฐธรรมนูญของออสเตรเลียแล้ว ฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยก็ไม่จำเป็นต้องชุมนุมประท้วงหรือใช้วิธีการรุนแรง แต่สามารถไปรณรงค์ให้ประชาชนลงคะแนนไม่เห็นชอบกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในครั้งนั้นอย่างสันติวิธี ความชอบธรรมในการชุมนุมประท้วงและการใช้ความรุนแรงย่อมหมดลงทันที

เมื่อประเทศที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตย ระบบรัฐสภาที่มีเสถียรภาพสูงอย่างประเทศออสเตรเลียยังกำหนดให้ประชาชนเป็นผู้ตัดสินใจขั้นสุดท้ายในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายสูงสุดของประเทศ และได้จัดให้มีการออกเสียงประชามติเรื่องนี้ไปแล้วหลายครั้งดังที่ได้อธิบายไปแล้ว เหตุใด ประเทศไทยจะมีบทบัญญัติเช่นนี้บ้างไม่ได้ เพราะฉะนั้น ในช่วงเวลาที่เริ่มมีกระแสเกี่ยวกับการลงมติเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมที่ต้องการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญเพื่อยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่แทนที่ฉบับที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน ในวาระที่ 3 ขึ้นมาอีกครั้งหนึ่ง รัฐบาลที่นำโดยนายกรัฐมนตรี ยิ่งลักษณ์ ชินวัตร ที่มีเสียงท่วมท้นในสภาผู้แทนราษฎรและนำเสนอนโยบายว่าด้วยการปรองดองมาโดยตลอด ควรพิจารณาถอยหนึ่งก้าว ด้วยการลงมติไม่เห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมในวาระที่ 3 ก่อน จากนั้นเสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมฉบับใหม่ ซึ่งรัฐบาลสามารถคงบทบัญญัติต่างๆ ไว้ตามเดิมได้ แต่เพิ่มบทบัญญัติอีกมาตราหนึ่งโดยมี

สาระสำคัญว่า เมื่อร่างรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมผ่านความเห็นชอบของรัฐสภา ในวาระที่ 3 แล้ว ต้องผ่านการออกเสียงประชามติก่อนมีผลบังคับใช้

ถ้ารัฐบาลดำเนินการตามผู้เขียนเสนอ รัฐบาลก็มีสิทธิริเริ่มแก้ไขรัฐธรรมนูญให้ประชาชน เห็นด้วยกับการจัดตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญมากร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ส่วนฝ่ายที่ไม่เห็นด้วยไม่ว่าจะเป็นพรรคฝ่ายค้านอย่างพรรคประชาธิปัตย์ กลุ่มพันธมิตรประชาชนเพื่อประชาธิปไตย กลุ่มเสื้อหลากสี ฯลฯ ก็สามารถไปรณรงค์ให้ประชาชนเห็นว่า ไม่จำเป็นต้องยกเลิกรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ เพื่อให้ประชาชนลงประชามติ คัดค้านร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมของรัฐบาลโดยไม่จำเป็นต้องชุมนุมประท้วง โอกาสที่จะเกิดความรุนแรง และวิกฤติการณ์ทางการเมืองครั้งใหม่อันเนื่องมาจาก ข้อถกเถียงเกี่ยวกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมลดน้อยลงทันที รัฐบาลเอง ย่อมได้รับการยกย่องจากคนไทยทุกฝ่ายว่า เป็นรัฐบาลที่ต้องการสร้างความปรองดอง ให้เกิดขึ้นในประเทศ และเป็นรัฐบาลที่เคารพหลักการประชาธิปไตย คือ เคารพเสียงของประชาชนอย่างแท้จริง

ในระยะยาว ไม่ว่าจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเป็นรายมาตรา หรือ จะมีการยกร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ก็ตาม ในมาตราที่เกี่ยวข้องกับการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ต้องมีบทบัญญัติอย่างชัดเจนว่า การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญของประเทศไทยในอนาคตจะสำเร็จได้ ต้องผ่านการลงประชามติโดยประชาชนทั่วประเทศ โดยไม่มีข้อยกเว้นเช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญของออสเตรเลีย ทั้งนี้เพื่อป้องกันมิให้ วิกฤติการณ์ทางการเมืองอันเนื่องมาจากความพยายามในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นอีกในประเทศไทย

ความชอบด้วยกฎหมายของร่าง พ.ร.บ. มหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ*

รองศาสตราจารย์เจริญศักดิ์ ศาลากิจ**

การคัดค้านมหาวิทยาลัยนอกระบบโดยเครือข่ายนิสิตนักศึกษาและผู้มีส่วนได้เสียในระหว่างสมัยประชุมนิติบัญญัติของรัฐสภา คงเป็นเรื่องเป็นข่าวในหน้าหนังสือพิมพ์และข่าวในทีวี ดังนั้นความรู้ในหลักกฎหมายมหาชนและความเป็นมาของเรื่องราวดังกล่าวเป็นสิ่งสำคัญในการติดตามสถานการณ์เพื่อพิเคราะห์ถึงความสามารถในการใช้เหตุผลของสังคมไทยรวมทั้งวิธีการทางกฎหมายที่ควรปฏิบัติเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่สังคมโดยรวม

ความเป็นมาของมหาวิทยาลัยนอกระบบราชการ

การสัมมนาเรื่องปัญหาและบทบาทของมหาวิทยาลัยในประเทศไทย เมื่อปี พ.ศ. 2507 ณ คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัยเป็นการริเริ่มเรื่องมหาวิทยาลัยควรจะต้องออกจากระบบราชการ เพื่อให้เกิดเสรีภาพทางวิชาการ¹ และเพื่อความคล่องตัวในเรื่องการใช้จ่ายเงินโดยเรียกชื่อว่าความเป็นอิสระ²เกี่ยวกับ

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net 30 ธันวาคม 2555 22:31 น.

** คณะสัตวแพทยศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์

¹ เสรีภาพทางวิชาการ (academic freedom) หมายความว่า เสรีภาพของบุคคลที่จะสืบค้น พัฒนางานทางวิชาการ โดยไม่ขึ้นต่อความคิดเห็นหรือความเชื่อหรือการบังคับบัญชาของใคร

² ความเป็นอิสระ (autonomy) หมายถึง ความเป็นอิสระอย่างสมเหตุสมผล (reasonable autonomy) ไม่ใช่ความอิสระในการใช้อำนาจตามอำเภอใจ

ระบบบริหารงานมหาวิทยาลัย

สิ่งแวดล้อมของยุคสมัยนั้น คือ อำนาจรัฐและการบริหารประเทศอยู่ภายใต้ คณะปฏิวัติ รวมทั้งระเบียบการเงิน การพัสดุ การงบประมาณและการบริหารงาน บุคคลนั้นอยู่ภายใต้ระเบียบข้าราชการพลเรือน ซึ่งเงื่อนไขการเรียกร้องเรื่องเสรีภาพ ทางวิชาการได้รับการรับรองด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 รวมทั้งได้มีกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2507 ซึ่งน่าจะเป็นโอกาสทองของการปรับเปลี่ยนระบบการบริหารงานสถาบัน อุดมศึกษา โดย รศ. ดร.ปฐม มณีโรจน์³ ความว่า “ความเป็นจริงแล้วจะเป็นโดย เจตนาหรือด้วยเหตุผลใดไม่ปรากฏผู้เกี่ยวข้องข้องกับกระบวนการออกกฎหมาย (โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายซึ่งเป็นกฎหมายฝ่ายบริหารที่แก้ไขได้สะดวกและง่ายกว่า) ได้ละทิ้งโอกาสนี้ไปเสียคงปล่อยให้มหาวิทยาลัยทำหน้าที่อยู่ภายในกรอบของ ระบบราชการต่อไป”

ต่อมาสภาการศึกษาแห่งชาติเป็นผู้จัดการสัมมนาบทบาทของมหาวิทยาลัยฯ ณ สถานที่พิภตอากาศสวางคินิวาส บางปู สมุทรปราการ อีก 3 ครั้งในปี พ.ศ. 2509, 2510 และ 2513 โดยการสัมมนาครั้งที่ 3 เป็นการพิจารณาเรื่องมหาวิทยาลัย ในกำกับ ส่งผลทำให้มีการนำเสนอข้อสรุปของการสัมมนาเสนอต่อคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 9 กุมภาพันธ์ 2514 ซึ่งเกิดมติคณะรัฐมนตรีเห็นชอบในหลักการและมอบให้ สภาการศึกษาแห่งชาติ จัดทำรายละเอียดพร้อมทั้งยกร่างกฎหมาย

สภาการศึกษาแห่งชาติได้นำเสนอกฎหมายต่อสภาบริหารคณะปฏิวัติผ่าน สำนักนายกรัฐมนตรีเมื่อปี พ.ศ.2515 ซึ่งสำนักนายกรัฐมนตรีได้ส่งเรื่องดังกล่าวให้ มหาวิทยาลัยต่างๆ เพื่อพิจารณาให้ความเห็นและข้อสังเกต โดยปรากฏผล มหาวิทยาลัยส่วนใหญ่ไม่เห็นด้วยและคณะปฏิวัติไม่พร้อมที่จะดำเนินการตาม แนวทางของสภาการศึกษาแห่งชาติ เรื่องจึงยุติลงเช่นเดียวกับการรื้อฟื้น

³ ปฐม มณีโรจน์, “วิวัฒนาการและความเป็นอิสระของการจัดการอุดมศึกษาของไทย ใน”อำนาจ อิสระของการบริหารมหาวิทยาลัยไทย” สำนักงานปลัดทบวงมหาวิทยาลัย, ตุลาคม 2545, หน้า 2-72.

เรื่องมหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐบาลในปี พ.ศ. 2517 โดยคณะกรรมการวางพื้นฐานเพื่อการปฏิรูปการศึกษา

การจัดตั้งมหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ

การจัดทำแผนอุดมศึกษาระยะยาว 15 ปี (พ.ศ. 2533 -2547) ได้มีข้อเสนอต่อรัฐบาลความว่า “รัฐบาลพึงให้การสนับสนุนการปฏิรูปความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันอุดมศึกษาระดับปริญญากับรัฐ โดยพัฒนาสถาบันอุดมศึกษาของรัฐในสังกัดทบวงมหาวิทยาลัยที่มีอยู่แล้ว ให้มีความเป็นอิสระ คล่องตัว มีประสิทธิภาพ และสามารถบรรลุความเป็นเลิศทางวิชาการ โดยปรับเปลี่ยนไปเป็นมหาวิทยาลัยที่ไม่เป็นส่วนราชการ ส่วนสถาบันอุดมศึกษาของรัฐที่จะจัดตั้งใหม่ให้มีฐานะและรูปแบบเป็นมหาวิทยาลัยของรัฐที่ไม่เป็นส่วนราชการตั้งแต่แรกตั้ง” ดังนั้นมหาวิทยาลัยเทคโนโลยีสุรนารี มหาวิทยาลัยวลัยลักษณ์ และมหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวง จึงเป็นมหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐบาลภายใต้เงื่อนไขสถาบันอุดมศึกษาของรัฐที่จัดตั้งใหม่

รัฐบาลสมัยนายอานันท์ ปันยารชุน มีนโยบายการพัฒนาระบบบริหารสถาบันอุดมศึกษาจึงเสนอร่างแก้ไขพระราชบัญญัติจัดตั้งมหาวิทยาลัยของรัฐจำนวน 16 แห่ง ต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติเมื่อวันที่ 20 มีนาคม 2535 แต่ไม่ได้รับการพิจารณาจนเป็นร่างพระราชบัญญัติตกไปเมื่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติหมดอายุลง

เงื่อนไขการกู้เงินจากธนาคารพัฒนาเอเชีย (Asian Development Bank: ADB)

การเกิดวิกฤติเศรษฐกิจในประเทศไทยเมื่อการประกาศลดค่าเงินในวันที่ 2 กรกฎาคม 2540 ทำให้รัฐบาลไทยต้องกู้เงินจากสถาบันการเงินภายนอกประเทศเพื่อแก้ไขปัญหาสภาพคล่องและชดเชยการขาดดุลของงบประมาณรายจ่าย ซึ่งคณะรัฐมนตรีได้มีมติในวันที่ 27 มกราคม 2541 ให้ความเห็นชอบเงื่อนไขการกู้เงินจากธนาคารพัฒนาเอเชีย โดยมีกรอบนโยบายที่ทบวงมหาวิทยาลัยต้องรับผิดชอบดำเนินการ คือ

1. มหาวิทยาลัยจะได้รับมอบอำนาจการบริหารงบประมาณในส่วนงบดำเนินการที่มีใช้เงินเดือน ตั้งแต่ปีงบประมาณ 2542 เป็นต้นไป โดยสร้างระบบการติดตามผลการปฏิบัติงาน เพื่อให้เกิดความเชื่อมั่นในเรื่องความสามารถในการตรวจสอบได้และความโปร่งใสในการดำเนินงานของมหาวิทยาลัย

2. มหาวิทยาลัยของรัฐทุกแห่งจะได้รับการพัฒนาเป็นมหาวิทยาลัยอิสระ (Autonomous University) หรือมหาวิทยาลัยในกำกับรัฐบาลภายในปี 2545 โดยภายในเดือนธันวาคม 2541 จะมีมหาวิทยาลัยของรัฐอย่างน้อย 1 แห่ง ปรับสภาพไปเป็นมหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ

ต่อมาในการประชุมสัมมนาทางวิชาการเรื่องสถาบันอุดมศึกษาไทย:รูปแบบที่พึงประสงค์เพื่อแก้วิกฤติชาติ ซึ่งนายกรัฐมนตรี (พ.ต.ท. ดร.ทักษิณ ชินวัตร) ได้ประกาศต่อสาธารณชนว่า “รัฐบาลชุดนี้ไม่บังคับเรื่องออกนอกระบบ แต่สิ่งที่ควรคำนึงถึงเป็นอันดับแรก คือ ความพอเพียงและคุณภาพทางการศึกษา ไม่ขอชี้ว่ามหาวิทยาลัยใดควรออกนอกระบบหรือไม่..” ส่งผลทำให้เงื่อนไขของการกู้เงินธนาคารพัฒนาแห่งเอเชียได้ถูกยกเลิกไป

หลังจากรัฐประหารในเดือนกันยายน 2549 รัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษาธิการ (นายวิจิตร ศรีสุอาน) มีหนังสือถึงนายกสภามหาวิทยาลัยของรัฐ 20 แห่งทั่วประเทศ⁴ โดยกำหนดแนวปฏิบัติสำคัญ 5 ข้อ⁵ ดังต่อไปนี้

1. การเปลี่ยนสถานภาพจากมหาวิทยาลัยที่เป็นส่วนราชการ เป็นมหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ เป็นความสมัครใจของแต่ละมหาวิทยาลัย โดยเป็นอำนาจการตัดสินใจของสภามหาวิทยาลัยตามสภาพความพร้อมและความต้องการของมหาวิทยาลัยแต่ละแห่ง รัฐบาลไม่มีนโยบายที่จะเร่งรัดหรือมีกรอบเวลาที่จะปรับเปลี่ยนแต่ประการใด

⁴ <http://www.thaigov.go.th/th/social/item/1359-html>

⁵ หนังสือที่ ศธ.0509.6(1.4)/ว 14 ลงวันที่ 8 มกราคม 2550 เรื่องการเสนอร่างพระราชบัญญัติในกำกับของรัฐ

2. ก่อนสภามหาวิทยาลัยจะมีมติเสนอร่างพระราชบัญญัติเปลี่ยนแปลงสถานภาพเป็นมหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ **ควรจะได้มีการรับฟังความคิดเห็นและแสวงหาความเห็นพ้อง**จากบุคลากรทุกกลุ่มในมหาวิทยาลัย จนได้ข้อยุติว่าพร้อมที่จะปรับเปลี่ยนและดำเนินการในรูปแบบมหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ

3. มหาวิทยาลัยที่สภามหาวิทยาลัยได้ให้ความเห็นชอบในการเสนอร่างพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยในกำกับถึงสำนักงานคณะกรรมการการอุดมศึกษา กระทรวงศึกษาธิการแล้วหรือกำลังจะเสนอมา ขอให้รายงานผลการรับฟังความคิดเห็นและความเห็นพ้อง รวมทั้งประเด็นความเห็นแตกต่างจากกลุ่มบุคลากรทุกกลุ่มในมหาวิทยาลัย รวมทั้ง ประเด็นความเห็นต่าง เพื่อประกอบการพิจารณาด้วยมหาวิทยาลัยโดยยังมีได้ทำการรับฟังความคิดเห็นหรือต้องการทำการรับฟังความคิดเห็นเพิ่มเติม ขอให้ดำเนินการก่อนที่จะนำร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวเสนอคณะรัฐมนตรี

4. ร่างพระราชบัญญัติของมหาวิทยาลัยที่สภามหาวิทยาลัยแห่งชาติรับหลักการแล้วและอยู่ระหว่างการพิจารณาของคณะกรรมการ หากมหาวิทยาลัยจะมีการรับฟังความคิดเห็นเพิ่มเติมเพื่อประกอบการพิจารณาของคณะกรรมการก็สามารถกระทำได้ ทั้งนี้ขอให้ประสานงานกับคณะกรรมการที่เกี่ยวข้องโดยตรง

5. การเปลี่ยนแปลงสถานภาพเป็นมหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ ของมหาวิทยาลัยที่ประสงค์จะขอเปลี่ยนแปลงสถานภาพ ถือเป็น**ความรับผิดชอบของมหาวิทยาลัย**แต่ละแห่งที่จะต้องชี้แจงทำความเข้าใจกับบุคลากรของมหาวิทยาลัย และบุคคลหรือหน่วยงานที่เกี่ยวข้องในประเด็นปัญหาที่ยังข้องใจ หวั่นวิตกหรือความเห็นที่แตกต่าง เพื่อให้การเปลี่ยนแปลงเป็นไปโดยราบรื่น

นอกจากนี้มาตรา 36⁶ แห่งพระราชบัญญัติการศึกษาแห่งชาติ พ.ศ. 2542

⁶ มาตรา 36 “ให้สถานศึกษาของรัฐที่จัดการศึกษาระดับปริญญาเป็นนิติบุคคล และอาจจัดเป็นส่วนราชการ หรือเป็นหน่วยงานในกำกับของรัฐ ยกเว้นสถานศึกษาเฉพาะทางตามมาตรา

ได้กำหนดหลักการของมหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ และหลักการบริหารจัดการมหาวิทยาลัย ซึ่งกำหนดให้มหาวิทยาลัยทุกแห่งเป็นนิติบุคคล โดยสามารถดำเนินกิจการอย่างอิสระ สามารถพัฒนาระบบบริหารจัดการที่เป็นของตนเอง มีความคล่องตัว มีเสรีภาพทางวิชาการ และอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของสภามหาวิทยาลัย ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งมหาวิทยาลัยแห่งนั้น

โดยสรุปผลของอำนาจกฎหมายว่าด้วยการศึกษาแห่งชาติและคำสั่งว่าด้วยแนวปฏิบัติการเสนอร่างพระราชบัญญัติฯของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงศึกษา เป็นการมอบอำนาจการตัดสินใจเพื่อเปลี่ยนสถานภาพมหาวิทยาลัยโดยสภามหาวิทยาลัย และกำหนดขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญก่อนการมีมติเสนอร่างพระราชบัญญัติฯ ต้องมีข้อยุติว่า “บุคลากรทุกกลุ่มในมหาวิทยาลัยพร้อมที่จะปรับเปลี่ยนและดำเนินการในรูปแบบมหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ”

การบัญญัติกฎหมายต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ประเทศไทยเป็นรัฐที่ปกครองด้วยกฎหมาย(นิติรัฐ) และเป็นรัฐเสรีประชาธิปไตยภายใต้หลักการทั่วไปความว่า “มนุษย์แต่ละคนเกิดมาอย่างมีศักดิ์ศรี ศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์สามารถแสดงออกได้อย่างเสรีภายใต้การรับรองและคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ” ดังนั้นการกระทำของรัฐประกอบด้วย การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม⁷

การจัดการตนเอง มีความคล่องตัว มีเสรีภาพทางวิชาการ และอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของสภามหาวิทยาลัย ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งสถานศึกษานั้นๆ”

⁷ มาตรา 3 (วรรคสุดท้าย) แห่งรัฐธรรมนูญราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 ความว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล รวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และหน่วยงานของรัฐ ต้องเป็นไปตามหลักนิติธรรม”

ความหมายของหลักนิติธรรม⁸ คือ “บุคคลทุกคนย่อมเสมอภาคกันต่อหน้ากฎหมาย บุคคลไม่ว่าจะอยู่ในชนชั้นใดย่อมตกอยู่ภายใต้กฎหมายปกติธรรมดาของแผ่นดิน ซึ่งบรรดาศาลธรรมดาทั้งหลายจะเป็นผู้รักษาไว้ซึ่งกฎหมายดังกล่าว” ดังนั้นบรรดาการกระทำทั้งหลายทั้งปวงของรัฐบาลและฝ่ายปกครองจะต้องอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมาย

การบัญญัติพระราชบัญญัติเพื่อเปลี่ยนสถานภาพของมหาวิทยาลัยเป็นมหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐนั้น มีหลักการสำคัญประการหนึ่ง คือ การมอบอำนาจในการบริหารจัดการสาธารณะสมบัติหรือทรัพย์สินของแผ่นดินให้แก่สภามหาวิทยาลัย เป็นองค์กรกลุ่มเพื่อดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์การจัดตั้งมหาวิทยาลัย จึงเป็นสิ่งที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง ต้องมีการพินิจพิเคราะห์อย่างละเอียดถึงพฤติการณ์ต่างๆ ของสภามหาวิทยาลัยต้องดำเนินการกระทำภายใต้ความรับผิดชอบตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง โดยเฉพาะการกระทำก่อนการลงมติของสภามหาวิทยาลัยต้องมีข้อยุติของบุคลากรทุกกลุ่มในมหาวิทยาลัย ว่า “พร้อมที่จะปรับเปลี่ยนและดำเนินการในรูปแบบมหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ”

ภายใต้หลักสำคัญของการบริหารมหาวิทยาลัย 3 ประการ คือ หลักความมีอิสระ หลักเสรีภาพทางวิชาการ และหลักความรับผิดชอบต่อสังคม รวมทั้งหลักการบริหารจัดการที่ดี จึงต้องกระทำการอย่างโปร่งใสตรวจสอบได้อย่างมีส่วนร่วมของผู้มีส่วนได้เสีย แต่การดำเนินการเพื่อเสนอร่างพระราชบัญญัติฯ เข้าสู่การพิจารณาของรัฐสภา โดยละเอียดขั้นตอนสำคัญในการมีส่วนร่วมของบุคลากรในมหาวิทยาลัย ย่อมส่งผลให้พิจารณาได้ว่า “การใช้อำนาจการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติฯ ขัดต่อความในมาตรา 26 แห่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2550 เพราะร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวได้ละเลยต่อสิทธิของประชาชนตามความในมาตรา 58⁹ และมาตรา 57¹⁰

⁸ หลักนิติรัฐและหลักนิติธรรม โดย วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ใน <http://www.enlightened-jurists.com>

⁹ มาตรา 58 ความว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิมีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาของเจ้าหน้าที่รัฐในการปฏิบัติราชการทางปกครองอันมีผลหรืออาจมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของตน”

¹⁰ มาตรา 57 “บุคคลย่อมมีสิทธิได้รับข้อมูล คำชี้แจงและเหตุผลจากหน่วยราชการ หน่วยงาน

แห่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550”

โดยสรุปผลของการละเลยของสภามหาวิทยาลัยต่อการรับฟังความคิดเห็นของบุคลากรทุกกลุ่มในมหาวิทยาลัยก่อนการลงมติเสนอร่างพระราชบัญญัติฯ ต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อเสนอต่อรัฐสภา ย่อมทำให้บุคคลผู้มีส่วนได้เสียสามารถดำเนินการใช้สิทธิตามมาตรา 59¹¹ และมาตรา 60¹² แห่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550

บทสรุป

ถ้าได้มีการพิจารณาข้อเรียกร้องของผู้คัดค้านเป็นการเรียกร้องการมีส่วนร่วมเพื่อแสดงความคิดเห็นหรือการขอรับทราบข้อสงสัยในเนื้อหาของร่างพระราชบัญญัติ ก่อนการนำเสนอเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของรัฐสภา ซึ่งเป็นการปฏิบัติภายใต้มาตรา 58 แห่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2550 แต่ไม่ได้รับความสนใจจากสภามหาวิทยาลัย บทความนี้จึงมีข้อเสนอภายใต้หลักนิติธรรม ดังนี้

1 “ร่างพระราชบัญญัติที่เสนอต่อรัฐสภาต้องเปิดเผยให้ประชาชนทราบ และให้ประชาชนสามารถเข้าถึงข้อมูลรายละเอียดของร่างพระราชบัญญัตินั้นได้โดยสะดวก” ย่อมเป็นหลักฐานเพื่อเปรียบเทียบกับประวัติการนำเสนอ

ของรัฐ รัฐวิสาหกิจหรือราชการส่วนท้องถิ่น ก่อนการอนุญาตหรือการดำเนินโครงการหรือกิจกรรมใดที่อาจมีผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพอนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญอื่นใดที่เกี่ยวกับตนหรือชุมชนท้องถิ่น และมีสิทธิแสดงความคิดเห็นของตนต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้องเพื่อนำไปประกอบการพิจารณาในเรื่องดังกล่าว

การวางแผนพัฒนาสังคม เศรษฐกิจ การเมืองและวัฒนธรรม การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ การวางผังเมือง การกำหนดเขตการใช้ประโยชน์ในที่ดิน และการออกกฎที่อาจมีผลกระทบต่อส่วนได้เสียสำคัญของประชาชน ให้รัฐจัดให้มีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนอย่างทั่วถึงก่อนดำเนินการ”

¹¹ มาตรา 59 “บุคคลย่อมมีสิทธิเสนอเรื่องราวร้องทุกข์ และได้รับแจ้งผลการพิจารณาภายในเวลาอันรวดเร็ว”

¹² มาตรา 60 “บุคคลย่อมมีสิทธิที่จะฟ้องหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรอื่นของรัฐที่เป็นนิติบุคคล ให้รับผิดชอบเนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยงานนั้น”

ร่างพระราชบัญญัติเข้าสู่สถาบันนิติบัญญัติ แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนถึงการไม่ได้ปฏิบัติตามคำสั่งลงวันที่ 8 มกราคม 2550 เรื่องการเสนอร่างพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ

2 เหตุที่สภามหาวิทยาลัยไม่ปฏิบัติตามคำสั่งลงวันที่ 8 มกราคม 2550 เป็นการกระทำที่ละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ ซึ่งผู้คัดค้านสามารถเสนอคำร้องต่อผู้ตรวจการแผ่นดินตามอำนาจหน้าที่ตามมาตรา 244 แห่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550

3 เหตุที่ร่างพระราชบัญญัติไม่ได้ปฏิบัติตามมาตรา 58 แห่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 เครือข่ายผู้คัดค้านย่อมสามารถดำเนินการเรียกร้องต่อสมาชิกรัฐสภาเพื่อพิจารณาไม่ให้ความเห็นชอบต่อการพิจารณาร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

4 ถักร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวได้ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภา เครือข่ายผู้คัดค้านสามารถใช้สิทธิตามความในมาตรา 212 แห่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ยื่นเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว

โดยสรุปการเปลี่ยนสถานภาพเป็นมหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐเป็นนวัตกรรมที่มีคุณประโยชน์ต่อสังคมไทยเป็นประโยชน์สาธารณะ เมื่อเป็นการกระทำที่เกิดประโยชน์เป็นผลดีต่อสังคมประเทศชาติจึงควรที่มีการเปิดเผยข้อมูลให้ประชาชนได้มีส่วนร่วมในการพิจารณาถึงความดีความงามดังกล่าว

แต่ในทางตรงกันข้ามการปฏิบัติของมหาวิทยาลัย คือ “ไม่ได้เปิดโอกาสการมีส่วนร่วมตามรัฐธรรมนูญ และไม่ได้ชี้แจงทำความเข้าใจต่อสังคมตามคำสั่งของรัฐมนตรีฯ” รวมทั้งการแสดงพฤติกรรมความเร่งรีบเพื่อให้เกิดการบัญญัติพระราชบัญญัตินี้ จึงเป็นความสงสัยใน “พฤติกรรมของสภามหาวิทยาลัย กระทำการตามอำเภอใจอาจมีเจตนาซ่อนเร้นเพื่อประโยชน์ส่วนตนหรือเพื่อประโยชน์คณะบุคคล สังคมไทยจะยังคงยินยอมมอบทรัพย์สินของแผ่นดินให้อยู่ภายใต้การดูแลของคณะบุคคลในสภามหาวิทยาลัยฯ หรือไม่” จึงเป็นประเด็นที่ต้องติดตามการประชุมของรัฐสภาเพื่อพิจารณาการใช้เหตุผลของสมาชิกรัฐสภา

คดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดของรัฐ : ควรเป็นอำนาจของศาลใด?

ดร. ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤษ์

การหยิบยกประเด็นอำนาจของศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีโดยอ้อมมีความเกี่ยวข้องกับ การแบ่งประเภทคดีของศาลไม่มากนักน้อย ในทางตำรากฎหมายปกครองพบว่ามี การแบ่งกลุ่มคดีอันเนื่องมาจากการพิจารณาประเด็นอำนาจศาลออกเป็น 3 กลุ่มด้วยกัน กล่าวคือ คดีเกี่ยวกับคำสั่งของฝ่ายปกครอง คดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง และประการสุดท้าย คือ คดีเกี่ยวกับความรับผิดของรัฐ

บทความฉบับนี้เป็นการศึกษาอำนาจของศาลในประเทศต่างๆ ในการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับความรับผิดของรัฐ โดยจะใช้คำว่า “ความรับผิดของรัฐ” อันถือเป็นศัพท์ที่มีความหมายกว้างกว่า “ความรับผิดละเมิด” ซึ่งในบางประเทศถือว่าเป็นการรับผิดตามกฎหมายแพ่งเท่านั้น ยิ่งไปกว่านั้น บทความฉบับนี้ได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบอำนาจของศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับความรับผิดของรัฐในประเทศต่างๆ โดยถือประเทศฝรั่งเศสเป็นหลักโดยมีแหล่งข้อมูลค้นคว้าจากเอกสารตำราในภาษาฝรั่งเศสเป็นสำคัญ

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net 13 มกราคม 2556 21:14 น.

** น.บ.(เกียรตินิยมอันดับสอง) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, น.ม. กฎหมายเอกชนและธุรกิจ จากมหาวิทยาลัยเดียวกัน, Master 2 : Droits fondamentaux และ Doctorat en droit public : mention très honorable จากมหาวิทยาลัย Auvergne แห่งประเทศฝรั่งเศส, พนักงานคดีปกครองชำนาญการ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

บทความฉบับนี้มีความประสงค์เพียงการนำเสนอระบบศาลของประเทศต่างๆ ในยุโรปที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับความรับผิด โดยการเขียนบทความฉบับนี้ก็มีเหตุผลเบื้องต้นหลังจากคำถามของนิสิต/นักศึกษาระดับปริญญาโทเพื่อให้ผู้เขียนอธิบายรายละเอียดเกี่ยวกับ*กฎหมายว่าด้วยความรับผิดของรัฐ* บ้าง *กรณีละเมิดที่รัฐต้องรับผิด* บ้าง จากการสอบถามพบว่านิสิต/นักศึกษายังไม่มีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับระบบกฎหมายว่าด้วยความรับผิดของรัฐอย่างถ่องแท้ซึ่งมีสาเหตุมาจากการขาดไปซึ่งเอกสารทางวิชาการที่ตอบคำถามในประเด็นดังกล่าว เหตุผลเบื้องต้นดังกล่าวมาแล้วข้างต้นจึงเป็นเหตุผลสำคัญที่ทำให้ผู้เขียนหยิบยกคำถามว่าด้วยอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับความรับผิดของรัฐเป็นประเด็นในการศึกษาค้นคว้าในบทความฉบับนี้ อนึ่ง บทความนี้มีเนื้อหาสาระที่เกี่ยวข้องกับการจัดระบบศาลในประเทศต่างๆ และนิยามของ “ความรับผิด” ที่แตกต่างกันไปตามกฎหมายของแต่ละประเทศ ซึ่งหากผู้อ่านมีความรู้พื้นฐานในเรื่องดังกล่าวอยู่บ้างย่อมจะช่วยเสริมให้สามารถทำความเข้าใจบทความฉบับนี้ได้ดียิ่งขึ้น อย่างไรก็ดี ผู้เขียนได้ทำการค้นคว้าเกี่ยวกับการจัดระบบศาลในประเทศต่างๆ ไว้ในเชิงอรรถตามสมควรแล้ว สำหรับนิยามของ “ความรับผิด” ที่แตกต่างกันไปตามกฎหมายของแต่ละประเทศนั้น ผู้เขียนจะดำเนินการค้นคว้าเป็นเวลาที่ต่อไป

ทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดของรัฐเป็นทฤษฎีที่มีวิวัฒนาการที่น่าสนใจเป็นอย่างยิ่ง กล่าวคือ เริ่มจากแนวความคิดในช่วงศตวรรษที่ 19 ว่ารัฐไม่ต้องรับผิดในเวลาต่อมาพบว่าแนวคิดที่รัฐไม่ต้องรับผิดนี้ได้มีข้อยกเว้นหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่ใช้อำนาจของรัฐนั้นมีผลกระทบต่อทรัพย์สินของเอกชน ซึ่งเป็นข้อยกเว้นประการแรกที่ฝ่ายปกครองจะต้องรับผิดต่อเอกชนเนื่องมาจากความเสียหายนั้น

ผลจึงเป็นว่าในเวลาต่อมามีข้อยกเว้นในกรณีการรับผิดของรัฐในกรณีต่างๆ เพิ่มขึ้นมาอีกมากมาย จนกระทั่งกลายเป็นว่าในกลางศตวรรษที่ 20 ทฤษฎีความรับผิดของรัฐได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิมที่ถือว่ารัฐไม่ต้องรับผิดมาเป็นแนวความคิดว่าด้วยความรับผิดของรัฐ ดังที่ปรากฏในมาตรา 28 แห่งรัฐธรรมนูญอิตาลี ค.ศ. 1947 มาตรา 34 แห่งรัฐธรรมนูญเยอรมัน ค.ศ. 1949 มาตรา 22 แห่งรัฐธรรมนูญ

โปรตุเกส ค.ศ. 1976 มาตรา 9 มาตรา 106 และมาตรา 149 แห่งรัฐธรรมนูญสเปน ค.ศ. 1978 ปัจจุบันถือว่าแนวความคิดว่าด้วยการรับผิดชอบของรัฐเป็นหลักที่สำคัญของแนวคิดเรื่องนิติรัฐ (l'Etat de droit)

อาจกล่าวได้ว่าแนวความคิดว่าด้วยการรับผิดชอบของรัฐมีเหตุผลสนับสนุน 2 ประการ กล่าวคือ *ประการแรก* ถือว่าความรับผิดชอบของรัฐเป็นแนวความคิดที่ถ่ายโอนมาจากความรับผิดชอบตามกฎหมายแพ่ง ทั้งนี้ การหยิบยกกฎหมายแพ่งมาอ้างอิงนี้ ถือเป็นเรื่องสำคัญเนื่องจากประเทศในยุโรปบางประเทศไม่มีกฎหมายปกครองที่มีความเป็นเอกเทศ แต่กลับใช้กฎหมายแพ่งในการพิจารณาการกระทำใดๆ ของฝ่ายปกครองแทน อย่างไรก็ตาม การนำกฎหมายแพ่งมาปรับใช้กับเรื่องความรับผิดชอบฝ่ายปกครองยังคงปรากฏและมีผลจนถึงปัจจุบันด้วยเหตุผลว่า ความรับผิดชอบของรัฐหรือความรับผิดชอบของเอกชนย่อมมีพื้นฐานแนวคิดในเรื่องเดียวกันนั่นเอง เหตุผลประการแรกนี้ทำให้มีการยอมรับว่าการกระทำของรัฐอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนได้ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำนั้นจะเกิดขึ้นโดยอุบัติเหตุหรือเกิดจากการละเมิดหลักเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนด

เหตุผล*ประการที่สอง* ที่เป็นการสนับสนุนความคิดว่าด้วยการรับผิดชอบของรัฐ คือ เหตุผลว่าด้วยการคุ้มครองประโยชน์ของเอกชนและความเท่าเทียมกันของประชาชนในการรับภาระสาธารณะ เหตุผลประการนี้มีพัฒนาการมาจากการปฏิวัติฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 และได้แพร่หลายไปในยุโรปในเวลาต่อมา เหตุผลประการเดียวกันนี้เองที่ส่งผลให้รัฐจะต้องรับผิดชอบหากการกระทำใดๆ ของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะ (l'intérêt général) ส่งผลทำให้เอกชนเสียหายเกินปกติ ซึ่งเหตุผลประการที่สองนี้ส่งผลให้จะต้องมีการเยียวยาความเสียหายที่เกิดกับทรัพย์สินของเอกชน อนึ่ง เหตุผลประการนี้ไม่ได้เป็นแนวความคิดที่สามารถหยิบยกมาปรับใช้กับความเสียหายที่เกิดกับทรัพย์สินของเอกชนในทุกกรณี ทั้งนี้ เนื่องมาจากสาเหตุที่ว่า การชดเชยความเสียหายที่เกิดกับทรัพย์สินของเอกชนนั้นต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์เคร่งครัดตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น¹

¹ ปัจจุบันเหตุผลประการนี้ได้ถูกหยิบยกมาเป็นข้อสนับสนุนเพื่อให้รัฐต้องรับผิดชอบโดยปราศจากความผิด (la responsabilité sans faute) ตามกฎหมายฝรั่งเศส

การศึกษาอำนาจศาลในการพิจารณาพิพากษาความรับผิดชอบของรัฐตามบทความฉบับนี้จะเป็นเพียงการศึกษาเขตอำนาจของรัฐในการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับความรับผิดชอบเท่านั้น แต่จะไม่ศึกษาไปถึงความรับผิดชอบส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ยิ่งไปกว่านั้น บทความนี้จะทำการศึกษาโดยเน้นไปในเชิงตอบคำถามว่าการพิจารณาพิพากษาคดีว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐในประเทศต่างๆ ในยุโรปนั้นอยู่ภายใต้อำนาจของศาลใด ทั้งนี้ เนื่องมาจากสาเหตุที่ว่าการศึกษาในประเทศต้นดังกล่าวนั้นถือเป็นเรื่องที่มีความพิเศษแยกไปจากเรื่องอื่นในกฎหมายมหาชน โดยหลักการดังกล่าวนี้พบในกฎหมายของประเทศทุกประเทศ แม้ว่าประเทศนั้นจะอยู่ในระบบกฎหมาย common law ก็ตาม อย่างไรก็ตาม พบว่าโดยทั่วไปความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองเป็นหลักที่ได้รับการพัฒนาจากแนวคำพิพากษาของศาล ดังเช่นที่ปรากฏในทฤษฎีกฎหมายปกครองของประเทศฝรั่งเศส² เป็นสำคัญ

อาจกล่าวได้ว่าการตอบคำถามว่าศาลใดควรเป็นศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐย่อมเกี่ยวข้องกับการแบ่งระบบศาลและการแบ่งประเภทตามกฎหมายภายในของประเทศนั้นๆ ไม่มากนักย บทความนี้จึงแบ่งเค้าโครงการศึกษาออกเป็น 3 ส่วนโดยแบ่งตามอำนาจในการพิจารณาพิพากษาของศาลในคดีเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐ กล่าวคือ (ก) ประเทศที่ศาลปกครองเป็นศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐ (ข) ประเทศที่ศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐ และ (ค) ประเทศที่ทั้งศาลปกครองและศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐ โดยมีรายละเอียด ดังนี้

(ก) ประเทศที่ศาลปกครองเป็นศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐ

แนวคิดดังกล่าวปรากฏในช่วงศตวรรษที่ 19 โดยมีประเทศฝรั่งเศสเป็น

² ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล คดี Blanco ลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1873 คำพิพากษาศาษาแห่งรัฐ คดี Lemonnier ลงวันที่ 26 กรกฎาคม ค.ศ. 1918 คำพิพากษาศาษาแห่งรัฐ คดี Delville ลงวันที่ 28 กรกฎาคม ค.ศ. 1951 และคำพิพากษาศาษาแห่งรัฐในหลายคดีซึ่งมีผลเป็นการวางหลักในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐทั้งสิ้น

ต้นแบบและมีสภาแห่งรัฐฝรั่งเศสเป็นองค์กรที่วางหลักในเรื่องแนวคิดนี้โดยเริ่มจากแนวความคิดว่าด้วยการปราศจากความรับผิดชอบของรัฐ (l'irresponsabilité de l'Etat) ต่อมาจึงพัฒนาแนวความคิดดังกล่าวเป็นกลุ่มกฎหมายพิเศษ ซึ่งก็คือกฎหมายว่าด้วยความรับผิดชอบซึ่งวางหลักให้ศาลปกครองมีอำนาจอย่างกว้างขวางในการพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าวโดยมีข้อยกเว้นเพียง 2 ประการด้วยกัน คือ กรณีความเสียหายที่เกิดจากยานพาหนะและความเสียหายที่เกิดกับนักเรียนประถม (l'élève) แม้ว่าจะป็นโรงเรียนประถมศึกษาของรัฐก็ตาม เงื่อนไขในการฟ้องให้รัฐเป็นฝ่ายเยียวยาความเสียหายมีเพียงว่า ผู้เสียหายจะต้องดำเนินการการร้องเรียนต่อฝ่ายปกครองเพื่อให้ฝ่ายปกครองมีคำตัดสินภายในฝ่ายปกครอง (la théorie de la décision préalable) ก่อนนำมาฟ้องเป็นคดีต่อศาล

มีการนำแนวความคิดของประเทศฝรั่งเศสมาใช้ในประเทศต่างๆ คือ ประเทศสเปน ประเทศโปรตุเกส และประเทศกรีซ กล่าวคือ

ประเทศสเปน³ นั้น พบว่าหลักเกณฑ์ดังกล่าวปรากฏในพระราชบัญญัติลงวันที่ 26 พฤศจิกายน ค.ศ. 1992 ว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและ

³ ประเทศสเปนใช้ระบบศาลเดี่ยว[3] โดยมีศาลฎีกาเป็นศาลสูงสุด รองลงมาเป็นศาลระดับประเทศ ศาลอุทธรณ์ภาคแห่งแคว้นอิสระ ศาลจังหวัด และศาลชำนาญพิเศษต่างๆ ส่วนศาลรัฐธรรมนูญและศาลตรวจเงินแผ่นดินนั้น จะแยกออกจากระบบศาลยุติธรรม ในส่วนขององค์กรวินิจฉัยคดีปกครองนั้น พระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีปกครองในชั้นศาล ค.ศ. 1998 (Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) ได้วางหลักเกี่ยวกับโครงสร้างขององค์กรตุลาการที่เกี่ยวข้องในการพิจารณาคดีปกครองของสเปนไว้ โดยบัญญัติให้มีองค์กรวินิจฉัยคดีปกครอง จำนวน 5 องค์กร คือ (1) ศาลปกครองชำนาญพิเศษ (Juzgados de lo Contencioso-administrativo) (2) ศาลปกครองกลางชำนาญพิเศษ (Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo) (3) ศาลอุทธรณ์แห่งแคว้นปกครองตนเองแผนกคดีปกครอง (Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia) (4) ศาลอุทธรณ์แห่งชาติแผนกคดีปกครอง (Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional) และ (5) ศาลฎีกาแผนกคดีปกครอง (Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo)

การพิจารณาคดีปกครองทั่วไป⁴ (มาตรา 139 ถึงมาตรา 144) และพระราชกฤษฎีกา (le décret royal) ลงวันที่ 26 มีนาคม ค.ศ. 1999 ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีของฝ่ายปกครองในคดีเกี่ยวกับความรับผิด⁵ กฎเกณฑ์ทางกฎหมายทั้งสองฉบับนี้ยึดถือตามแนวทางเดิมที่ใช้ในประเทศสเปนนับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1950 โดยวางหลักไว้ว่า การฟ้องเพื่อให้ฝ่ายปกครองเยียวยาความเสียหายที่ตนได้รับนั้นจะต้องดำเนินการฟ้องต่อฝ่ายปกครองผู้เป็นผู้กระทำความผิดภายในหนึ่งปีนับแต่การกระทำความเสียหายนั้นเกิดขึ้น วิธีพิจารณาคดีในกรณีดังกล่าวได้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 142 และมาตรา 143 ของกฎหมายฉบับปี ค.ศ. 1992 กล่าวคือ ฝ่ายปกครองจะต้องเสนอข้อหาหรือไปยังสภาแห่งรัฐซึ่งเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่เพียงที่ปรึกษากฎหมายของรัฐบาลหากพบว่าการความรับผิดที่เกิดขึ้นนั้นเป็นความรับผิดของรัฐ (มาตรา 22 แห่งรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ฉบับ 3/1980 ลงวันที่ 22 เมษายน ค.ศ. 1980) หรือการเสนอข้อหาหรือดังกล่าวไปยังสภาที่ปรึกษาอิสระ (une Communauté autonome) แต่หากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้กระทำละเมิดแล้วไม่จำเป็นต้องขอความเห็นจากองค์กรใดๆ เป็นการล่วงหน้า ซึ่งองค์กรผู้ขอหาหรือนี้จะต้องมีการพิจารณาและทำความเห็นตอบภายในระยะเวลา 6 เดือน รูปแบบการระงับข้อพิพาทระหว่างผู้เสียหายกับรัฐหรือหน่วยงานทางปกครองผู้กระทำละเมิดอาจเป็นรูปแบบของข้อตกลงระหว่างผู้เสียหายและฝ่ายปกครองตามความในมาตรา 88 แห่งรัฐบัญญัติ 30/92 ว่าด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองและวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (la loi sur le régime juridique des administrations et de la procédure administrative) ข้อตกลงดังกล่าวมาสถานะทางกฎหมายเป็นสัญญาทางกฎหมายมหาชน (un contrat de droit public) หรือสัญญาตกลงทดแทนความเสียหายที่เกิดขึ้น (un contrat de substitution) หากการบังคับตามสัญญาดังกล่าวมีข้อพิพาทแล้ว ศาลปกครองย่อมเป็นศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทดังกล่าวรวมทั้งการพิจารณาพิพากษาในกรณีที่ฝ่ายปกครองไม่ดำเนินการใดๆ

⁴ « le régime juridique des administrations publiques et la procédure administrative générale »

⁵ « la procédure suivie par l'administration en matière administrative »

(le silence de l'administration) เพื่อเป็นการเยียวยาความเสียหายดังกล่าวด้วย

ประเทศโปรตุเกส⁶ นั้น ศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐคือ ศาลปกครอง ทั้งนี้ ตามมาตรา 4 แห่งรัฐบัญญัติ 13/2002 ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2002 ว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและภาษี (la loi portant statut des tribunaux administratifs et fiscaux) ซึ่งการดำเนินการเพื่อให้รัฐต้องรับผิดชอบอันเนื่องมาจากการกระทำดังกล่าวเป็นไปตามกระบวนการปกติ⁷ ทั้งนี้ ตามมาตรา 37 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยศาลปกครอง (le Code des juridictions administratives) ลงวันที่ 22 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 2002

ประเทศกรีซ⁸ นั้น รัฐธรรมนูญลงวันที่ 9 มิถุนายน ค.ศ. 1995 ได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจของศาลปกครองในการพิจารณาพิพากษาความรับผิดชอบอันเนื่องมาจากการที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้กระทำผิด ดังที่ปรากฏในมาตรา 94

6 ประเทศโปรตุเกสใช้ระบบศาลคู่ ศาลยุติธรรมมี 3 ชั้นศาล โดยแบ่งเป็นศาลฎีกา ศาลอุทธรณ์ และศาลชั้นต้น ศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองและคดีภาษีอากร โดยประกอบด้วย ศาลปกครองสูงสุด ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ และศาลปกครองและภาษีอากรชั้นต้น ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจในการพิจารณาคดีอุทธรณ์คำพิพากษาคดีปกครอง ภาษีและศุลกากร พิจารณาความไม่ชอบด้วยกฎหมายของกฎต่างๆ พิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองและความรับผิดทางแพ่ง การบังคับคดีตามคำพิพากษา แต่ไม่ได้มีอำนาจในการให้คำปรึกษาทางกฎหมายแก่รัฐบาล (โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมที่ พัชราภรณ์ ศิริวิมลกุล, “สาธารณรัฐโปรตุเกส”, วารสารวิชาการศาลปกครอง ฉบับพิเศษ (ตุลาคม 2552) : หน้า 68-69

7

8 ประเทศกรีซหรือสาธารณรัฐเฮเลนิกใช้ระบบศาลคู่ โดยมีองค์กรสูงสุดในการพิจารณากระบวนการยุติธรรมทางแพ่งและทางอาญาคือศาลฎีกา ส่วนองค์กรสูงสุดในการพิจารณากระบวนการยุติธรรมทางปกครองคือ สภาแห่งรัฐ องค์กรวินิจฉัยคดีปกครองของกรีซมี 3 ชั้นศาล คือ ศาลปกครองชั้นต้น ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์และสภาแห่งรัฐ นอกจากนี้ยังมีศาลตรวจเงินแผ่นดินที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับการเงินการคลัง เงินบำเหน็จบำนาญของข้าราชการ และความรับผิดในทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐอีกด้วย (โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมที่ ญัฐพร อรุณทอง, “สาธารณรัฐเฮเลนิก”, วารสารวิชาการศาลปกครอง ฉบับพิเศษ (ตุลาคม 2552) : หน้า 33-35

ยิ่งไปกว่านั้น รัฐบัญญัติ 1406/1983 ลงวันที่ 11 มิถุนายน ค.ศ. 1985 ได้บัญญัติเกี่ยวกับอำนาจของศาลปกครองในการพิจารณาพิพากษาคดีประเภทดังกล่าว ซึ่งเดิมเป็นอำนาจของศาลแพ่ง ยกเว้นในกรณีที่ฝ่ายปกครองดำเนินกิจกรรมนั้นภายใต้กฎหมายเอกชน เช่น การจัดการอสังหาริมทรัพย์ของเอกชน (le patrimoine privé) เท่านั้นที่ยังอยู่ภายใต้อำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม⁹

(ข) ประเทศที่ศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐ

มีหลายประเทศในยุโรปที่ให้ศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาความรับผิดชอบของรัฐ แม้ว่าประเทศเหล่านั้นจะอยู่ภายใต้กฎหมายมหาชนว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐก็ตาม ทั้งนี้ ประเทศที่ถือว่าเป็นต้นแบบในเรื่องของอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลในลักษณะดังกล่าว คือ สหราชอาณาจักรและไอร์แลนด์ ที่ให้อำนาจศาลสูงสุด (les juridictions civiles supérieures) ในการพิจารณาพิพากษาคความเสียหายที่เกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง

นอกจากนั้น พบว่าประเทศบางประเทศที่อยู่ในกลุ่มกฎหมายโรมันให้อำนาจศาลแพ่งในการพิจารณาพิพากษาคดีว่าด้วยความรับผิดชอบของรัฐด้วย ทั้งนี้ เนื่องจากเหตุผลที่ว่าประเทศต่างๆ เหล่านั้นยึดถือแนวคิดที่ว่าฝ่ายปกครองไม่ควรเป็นผู้รับผิดชอบเว้นกรณีที่เกี่ยวข้องกับทรัพย์สินของฝ่ายปกครองเท่านั้น¹⁰ ลักษณะดังกล่าวปรากฏในประเทศออสเตรีย¹¹ ตามความในรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 18 ธันวาคม

⁹ โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติม ที่ E.Spilotopoulos, Droit administratif hellénique, 2 éd., Athènes-Bruxelles, 2004, p.154 และ 166

¹⁰ « l'autorité de l'Etat n'était pas en cause, mais seulement son patrimoine »

¹¹ ระบบการศาลของออสเตรียเป็นระบบศาลคู่โดยได้รับอิทธิพลส่วนใหญ่มาจากเยอรมนี มีศาลปกครองสูงสุดซึ่งจัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1876 หน้าที่พิจารณาพิพากษาข้อพิพาทตามกฎหมายมหาชน ซึ่งเป็นไปตามมาตรา 129 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐออสเตรีย ศาลปกครองมีหน้าที่ในการเป็น “หลักประกันความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองทั้งหมด” ศาลปกครองจึงมีหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองและ

ค.ศ. 1948 ว่าด้วยความรับผิดชอบของนิติบุคคลทางกฎหมายมหาชนอันเนื่องมาจากความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการบังคับตามกฎหมาย (la responsabilité des personnes de droit public pour les dommages causés lors de l'exécution de la loi) การพิจารณาพิพากษาความรับผิดชอบในกรณีดังกล่าวนี้ถือตามหลักเกณฑ์ในกฎหมายแพ่ง และมีขั้นตอนในการเรียกร้องความเสียหายโดยเริ่มจากการที่ผู้เสียหายจะต้องยื่นร้องเรียนต่อฝ่ายปกครองเสียก่อน แล้วต่อมาจึงเป็นอำนาจในการพิจารณาพิพากษาของศาลแพ่งชั้นต้น (le tribunal civil de première instance)

ลักษณะดังกล่าวยังเป็นไปในทำนองเดียวกันในประเทศเยอรมนี¹² ซึ่งมีระบบศาลคู่และมีการพิจารณาพิพากษาความรับผิดชอบโดยใช้หลักเกณฑ์ทางกฎหมาย

คุ้มครองสิทธิของประชาชนจากการที่ฝ่ายปกครองละเลยต่อหน้าที่ รัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองบัญญัติให้คดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองคือคดีโต้แย้งคำสั่งทางปกครองและคดีละเมิดหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือคดีละเลยต่อหน้าที่ โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมที่ เบญจสุตา เฉลิมวิสุตม์กุล, “สาธารณรัฐออสเตรีย”, **วารสารวิชาการศาลปกครอง ฉบับพิเศษ** (ตุลาคม 2552) : หน้า 53-54

¹² ระบบการศาลของเยอรมนีเป็นระบบศาลคู่ กล่าวคือ ประกอบไปด้วยศาลทั่วไป 5 ระบบศาล (ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลแรงงาน ศาลสังคม และศาลภาษี) และศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งต่างก็ไม่ขึ้นต่อกัน อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและรัฐบัญญัติการรักษาเอกภาพแห่งคำพิพากษา ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 95 (3) ให้มีการจัดตั้งองค์คณะรวมของศาลสูงสุดสหพันธ์รัฐ เพื่อชำระไว้ซึ่งเอกภาพแห่งคำพิพากษา โดยบัญญัติให้องค์คณะดังกล่าวประกอบไปด้วยประธานศาลทั้ง 5 ระบบ และหากว่าศาลแห่งสหพันธ์รัฐใดต้องการตัดสินคดีให้แตกต่างกับคำตัดสินของสหพันธ์รัฐอื่นๆ ศาลแห่งสหพันธ์รัฐนั้นต้องส่งเรื่องเข้าไปให้องค์คณะรวมของศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์รัฐ สำหรับระบบศาลปกครองนั้นมี 3 ชั้นศาล คือ ศาลปกครองชั้นต้น ศาลปกครองชั้นสูง (อุทธรณ์) และศาลปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นศาลปกครองสูงสุด อำนาจศาลปกครองเป็นไปตามมาตรา 40 วรรคหนึ่งแห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาคดีปกครองที่บัญญัติว่า “ศาลปกครองมีอำนาจในคดีพิพาทในแดนกฎหมายมหาชนที่มีใช้กรณีพิพาทตามรัฐธรรมนูญ...” โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมที่ เชิตวุฒิสินพิมพ์ลบูรณ, “สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี”, **วารสารวิชาการศาลปกครอง ฉบับพิเศษ** (ตุลาคม 2552) : หน้า 50-52

มหาชน ทั้งนี้ มาตรา 34 แห่งรัฐธรรมนูญตีกฎหมายพื้นฐาน (la loi Fondamentale) ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนถึงอำนาจของศาลยุติธรรมในการพิจารณาพิพากษาคดีประเภทที่มีลักษณะของ “กรณีที่บุคคลใดได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการดำเนินการของฝ่ายปกครองที่บุคคลนั้นมีส่วนเกี่ยวข้องได้กระทำละเมิดต่อหน้าที่ที่ฝ่ายปกครองจะต้องมีต่อบุคคลภายนอก”¹³ ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้เป็นกรณีที่ต้องการปกครองส่วนท้องถิ่น (la collectivité locale) จะต้องเป็นผู้รับผิดชอบในกรณีนั้นสำหรับความรับผิดชอบอันเนื่องมาจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ (le fonctionnaire) ซึ่งอยู่ภายใต้สังกัดขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น กรณีดังกล่าวเป็นไปตามบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและจะต้องนำหลักเกณฑ์ทางแพ่งมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าว บทบัญญัติตามประมวลกฎหมายแพ่งในเรื่องดังกล่าวนี้ถือเป็นกรณีเฉพาะที่ประมวลกฎหมายแพ่งได้บัญญัติหลักการเกี่ยวกับอำนาจมหาชน (la puissance publique) ซึ่งเป็นเรื่องทางกฎหมายมหาชนอย่างไรก็ดี หลักการดังกล่าวนี้เป็นหลักการที่เปลี่ยนแปลงภายหลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญของสหพันธรัฐ (la Cour constitutionnelle fédérale) มีคำพิพากษาที่วางหลักเน้นย้ำลักษณะทางกฎหมายมหาชนของความรับผิดชอบและพิพากษาว่าตนไม่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษารัฐบัญญัติของมลรัฐ (la loi fédérale) ที่มีเนื้อหาสาระเปลี่ยนแปลงหลักในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ (Staatshaftungsgesetz) ดังนั้น หากสหพันธรัฐมีอำนาจทางกฎหมายให้มีอำนาจในการพิจารณาคดีแพ่งแล้ว สหพันธรัฐย่อมมีอำนาจจำกัด (une compétence législative restreinte) ในการพิจารณาคดีปกครอง คำพิพากษาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐมีผลทำให้มีการเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์เรื่องอำนาจในการพิจารณาพิพากษาในประเด็นความรับผิดชอบของรัฐ โดยกำหนดให้อำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจของสหพันธรัฐ ทั้งนี้ ตามมาตรา 72 อันเป็นผลมาจากการรัฐบัญญัติแก้ไขรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 27 ตุลาคม ค.ศ. 1994 อย่างไรก็ตามบทบัญญัติดังกล่าวยังไม่เคยถูกนำมาปรับใช้จนถึงปัจจุบัน

¹³ « lorsqu’une personne, dans l’exercice d’une fonction publique dont elle est investie, viole ses obligations de service envers un tiers »

ค) ประเทศที่ทั้งศาลปกครองและศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐ

ประเทศกลุ่มที่มีระบบการพิจารณาคดีความรับผิดชอบของรัฐในลักษณะดังกล่าว คือ ประเทศเบลเยียม ประเทศอิตาลี และประเทศเนเธอร์แลนด์ โดยอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐเป็นอำนาจของทั้งศาลแพ่งและศาลปกครองในรูปแบบที่ค่อนข้างซับซ้อนแต่มีความสมดุล กล่าวคือ เดิมทีศาลแพ่งเป็นเพียงศาลเดียวที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีความรับผิดชอบของรัฐ ซึ่งต่อมา มีการจำกัดอำนาจของศาลแพ่งในการพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าวที่ละเอียดที่ละน้อย แต่ศาลแพ่งก็ยังคงแทบจะมีอำนาจเต็ม (quasi-totalité) ในการพิจารณาพิพากษาคดีประเภทดังกล่าว

ประเทศเบลเยียม¹⁴ นั้น เดิมรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1831 วางหลักให้ศาลแพ่งมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีพิพาททุกประเภทรวมทั้งคดีเกี่ยวกับการเมือง ดังนั้น ศาลแพ่งจึงมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำของรัฐด้วย ศาลสูงสุด (la Cour de cassation)

¹⁴ รัฐธรรมนูญเบลเยียมกำหนดให้ระบบศาลของเบลเยียมในปัจจุบันเป็นระบบศาลเดี่ยว โดยมีสภาแห่งรัฐทำหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครองและเป็นองค์กรที่ปรึกษาทางกฎหมาย โดยรัฐธรรมนูญเบลเยียมบัญญัติรับรองสถานภาพของสภาแห่งรัฐไว้อย่างเป็นทางการว่า สภาแห่งรัฐแผนกคดีปกครองมีสถานะเป็นองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองที่เป็นองค์กรอิสระจากฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายตุลาการและฝ่ายบริหาร แม้ว่าสภาแห่งรัฐจะต้องอาศัยงบประมาณจากฝ่ายบริหารแต่การดำเนินงานของสภาแห่งรัฐก็ไม่อยู่ในอำนาจบังคับบัญชาหรืออำนาจกำกับดูแลจากฝ่ายบริหาร สภาแห่งรัฐอาจถูกตรวจสอบภาระหน้าที่จากศาลฎีกาได้เพียงประการเดียว คือ ปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการวินิจฉัยเกินอำนาจหน้าที่ (outrépasser ses compétences) และสภาแห่งรัฐย่อมไม่มีอำนาจในการพิจารณาในประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและมีหน้าที่ต้องส่งประเด็นดังกล่าวไปยังศาลชี้ขาดข้อพิพาท (la Cour d'arbitrage) โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมที่ สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (ดร.เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล ดร.บรรเจิด สิงคะเนติและคณะ), รายงานการศึกษาวิจัย เรื่อง วิธีพิจารณาคดีปกครองเปรียบเทียบ เสนอต่อสำนักงานศาลปกครอง, กันยายน 2549

ของเบลเยียมมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับการขัดกันของอำนาจระหว่างศาลแพ่งและสภาแห่งรัฐ ได้ขยายหลักว่าด้วยเขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับความรับผิดของรัฐไว้ในคำพิพากษาคดี La Flandria ลงวันที่ 5 พฤศจิกายน ค.ศ. 1920 โดยให้นิยามเกี่ยวกับความรับผิดของรัฐไว้ว่าหมายความรวมถึงกรณีที่เป็นความรับผิดทางแพ่งของรัฐอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครอง (la responsabilité civile d'Etat aux activités de puissance publique) และคำพิพากษาลงวันที่ 7 มีนาคม ค.ศ. 1963 ว่าด้วยนิยามของ “ความผิด” ที่เกิดจากคำสั่งทางปกครองกรณีพิเศษ (la notion de faute aux décisions administratives irrégulières)

ต่อมาเมื่อมีการก่อตั้งสภาแห่งรัฐในปี ค.ศ. 1946 ซึ่งเป็นสถาบันที่มีอำนาจในการให้คำแนะนำแก่ฝ่ายปกครองควบคู่ไปกับการตัดสินคดีปกครอง สภาแห่งรัฐจึงมีอำนาจในให้คำแนะนำเกี่ยวกับ “คำขอในประเด็นการเยียวยาความเสียหายอันเนื่องมาจากความเสียหายกรณีพิเศษ ความเสียหายทางจิตใจหรือความเสียหายทางด้านร่างกายที่เกิดจากฝ่ายปกครอง”¹⁵ ต่อมาพระราชบัญญัติ ลงวันที่ 3 มิถุนายน ค.ศ. 1971 ได้ถ่ายโอนอำนาจดังกล่าวมาเป็นอำนาจของสภาแห่งรัฐในส่วนที่เป็นการตัดสินคดีปกครอง (กล่าวคือ มาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติเกี่ยวกับองค์กรของสภาแห่งรัฐ¹⁶) อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติพบว่าคดีปกครองเกี่ยวกับการเยียวยาความเสียหายกรณีพิเศษนี้ไม่มีการพัฒนามากนัก

ประเทศอิตาลี¹⁷ นั้น มีลักษณะเช่นเดียวกับประเทศเบลเยียม กล่าวคือ

¹⁵ « les demandes d'indemnité relatives à la réparation d'un dommage exceptionnel, moral ou matériel, causé par une autorité administrative »

¹⁶ « Des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat »

¹⁷ ระบบศาลของอิตาลีในอดีตเป็น “ระบบศาลเดี่ยว” กล่าวคือ มีศาลยุติธรรมเพียงศาลเดียวที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีทุกประเภท ซึ่งต่อมาพบว่าการใช้ระบบศาลเดี่ยวก่อให้เกิดปัญหาจำนวนมาก เนื่องจากสาเหตุที่ว่า ศาลยุติธรรมมีเพียงอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองแต่ไม่มีอำนาจเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น จึงมีการออกกฎหมายฉบับที่ 5992 ลงวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 1889 เพื่อตั้งสภาแห่งรัฐคณะที่สี่ขึ้น (ซึ่งแต่เดิมนั้น สภาแห่งรัฐมีเพียงองค์คณะที่ 1-3 และทำหน้าที่ใน

อำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับความรับผิดชอบเป็นอำนาจของศาลแพ่ง แต่เพียงผู้เดียว ทั้งนี้ ตามความในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรอิตาลี ค.ศ. 1948 ที่กำหนดให้ศาลแพ่งมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีพิพาททางปกครองที่มีผลกระทบกับบุคคลสิทธิ (le droit subjectif) ของผู้ฟ้องคดีเท่านั้น จนกระทั่งมาถึงปลายศตวรรษที่ 19 ศาลสูงสุด (la Cour de cassation) ของอิตาลีซึ่งเป็นองค์กรที่มีบทบาทในการระงับข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการขัดแย้งเรื่องอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้มีคำพิพากษาวางหลักว่าบุคคลธรรมดา (la personne privée) ซึ่งได้รับความเดือดร้อนเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำของฝ่ายปกครองไม่มีสิทธิฟ้องคดีเพื่อให้ฝ่ายปกครองรับผิดชอบในกรณีดังกล่าว ยกเว้นกรณีที่ความเสียหายดังกล่าว นั้นก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลสิทธิของบุคคลนั้นในประเด็นว่าด้วยสิทธิในทรัพย์สิน (le droit de propriété) หรือสิทธิในชีวิต (le droit à la vie) ซึ่งศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าวคือศาลยุติธรรมซึ่งเป็นศาลเดียวที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษากำหนดค่าเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำของฝ่ายปกครอง

นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1970 ศาลสูงสุดได้ยอมรับการฟ้องคดีเพื่อให้มีการชดเชยค่าเสียหายของบุคคลธรรมดาในคดีที่บุคคลสิทธิของบุคคลดังกล่าวได้รับการกระทบกระเทือนอันเนื่องมาจากการกระทำของรัฐบาลยิ่งขึ้น ต่อมาในปี ค.ศ. 1999 ศาลสูงสุดได้มีคำพิพากษาหมายเลข 500/1999 ลงวันที่ 22 กรกฎาคม ค.ศ. 1999

การเป็นที่ปรึกษากฎหมาย) โดยให้มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีที่เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง อาจถือได้ว่ารัฐบัญญัติฉบับดังกล่าวเป็นกฎหมายที่จัดให้มี “ศาลปกครอง” เป็นเอกเทศจากศาลยุติธรรม และส่งผลให้ระบบศาลของสาธารณรัฐอิตาลีเป็นระบบ “ศาลคู่” นับตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา ต่อมาเมื่อสาธารณรัฐอิตาลีมีการตรารัฐธรรมนูญเป็นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1948 ก็ได้มีการบัญญัติรองรับอำนาจของศาลปกครองไว้ในรัฐธรรมนูญดังกล่าวโดยบัญญัติให้ระบบศาลในสาธารณรัฐเป็นระบบศาลคู่ (คือศาลยุติธรรมและศาลปกครอง) และกำหนดให้ศาลปกครองมีสองลำดับชั้น กล่าวคือ สภาแห่งรัฐทำหน้าที่เป็นศาลปกครองสูงสุด และศาลปกครองในภูมิภาคทำหน้าที่เป็นศาลปกครองชั้นต้น โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมที่ กาญจนา ปัญญานนท์, “สาธารณรัฐอิตาลี”, วารสารวิชาการศาลปกครอง ฉบับพิเศษ (ตุลาคม 2552) : หน้า 22-27

วางหลักหากแม้ว่าการกระทำดังกล่าวจะกระทบเพียงประโยชน์ที่กฎหมายรับรอง (l'intérêt légitime) ก็ถือเป็นการเพียงพอแล้วที่จะเป็นเงื่อนไขที่ศาลจะรับไว้พิจารณาได้ ดังนั้น จึงอาจถือได้ว่าการฟ้องคดีเพื่อให้ฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบอันเนื่องมาจากการกระทำของตนในอดีตานั้นจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขประการใด ประการหนึ่งในสองประการ คือ ความเสียหายนั้นจะต้องเป็นความเสียหายที่เกิดกับบุคคลสิทธิของผู้ฟ้องคดี และความเสียหายนั้นมีผลกระทบกระเทือนประโยชน์ที่กฎหมายรับรอง ยิ่งไปกว่านั้น ศาลสูงสุดยังวางหลักต่อไปอีกว่า ศาลแพ่งยังอาจดำเนินการฟ้องคดีเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้เสียหายอันได้รับความเดือดร้อนจากการกระทำใดๆ ของฝ่ายปกครองได้อีกหากพบว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย (le caractère contraire au droit) อย่างไรก็ดี ประมวลกฎหมายแพ่งอิตาลีได้วางหลักไว้ในมาตรา 2043 ในทำนองที่ว่า การกระทำผิดไม่ถือเป็นการเพียงพอที่ศาลจะกำหนดให้มีการชดเชยความเสียหาย แต่การกระทำดังกล่าวจะต้องเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อกฎหมาย (la violation du droit) ด้วย ซึ่งหากครบตามเงื่อนไขดังกล่าวแล้วศาลอาจสั่งให้มีการยกเลิกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวเอาไว้เป็นการล่วงหน้า (l'annulation préalable de la décision administrative) ก่อนก็ได้

ตามสถิติพบว่ามีกรณีการหยิบยกบทบัญญัติของศาลแพ่งในการดำเนินการฟ้องคดีเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของผู้เสียหายอันได้รับความเดือดร้อนจากการกระทำใดๆ ของฝ่ายปกครองได้อีกหากพบว่าการกระทำนั้นเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย (le caractère contraire au droit) ค่อนข้างน้อย ฝ่ายนิติบัญญัติของอิตาลีจึงได้แก้ปัญหาดังกล่าวด้วยการบัญญัติกฎหมายเพื่อให้มีการขยายการตีความในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ ดังที่ปรากฏในรัฐบัญญัติเลขที่ 205/2000 ลงวันที่ 21 กรกฎาคม ค.ศ. 2000¹⁸ และเป็นรัฐบัญญัติที่ศาลรัฐธรรมนูญรับรองถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้วตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 205/2000 ลงวันที่ 6 กรกฎาคม ค.ศ. 2004

¹⁸ ซึ่งเป็นรัฐบัญญัติที่มีข้อความเช่นเดียวกับรัฐกฤษฎีกา (le décret) เลขที่ 80 ลงวันที่ 31 มีนาคม ค.ศ. 1998

รัฐบัญญัติดังกล่าววางหลักเกี่ยวกับอำนาจของศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับความรับผิดชอบของรัฐไว้ว่า เป็นอำนาจของศาลปกครองในการพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าวหากปรากฏว่าข้อพิพาทนั้นเป็นข้อพิพาทที่อยู่ภายในเขตอำนาจของศาลปกครองมาแต่ต้นแล้ว (dans leur domaine de compétence) รัฐบัญญัติดังกล่าวจึงมีความหมายในเชิงที่ว่า ความเสียหายนั้นจะต้องเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะกรณีดังกล่าวจะเป็นกรณีที่ศาลพบว่าการกระทำของฝ่ายปกครองนั้นเป็นการกระทำที่ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมาย (แม้ว่าการกระทำนั้นจะไม่ละเมิดต่อบุคคลสิทธิของผู้เสียหาย) หรือไม่ว่ากรณีดังกล่าวจะเป็นกรณีที่อยู่ภายใต้อำนาจของศาลปกครองโดยตรงตามที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจไว้ โดยมีต้องพิจารณาว่าความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นเป็นความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำที่ขัดต่อบทบัญญัติของกฎหมายของฝ่ายปกครองหรือเป็นการกระทำที่ละเมิดต่อบุคคลสิทธิของผู้เสียหายหรือไม่

ตุลาการศาลปกครองได้ตีความถ้อยคำตามรัฐบัญญัติดังกล่าวอย่างเคร่งครัดว่าศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาเพียงความเสียหายอันเนื่องมาจากคำสั่งทางปกครองซึ่งศาลปกครองเป็นผู้สั่งให้เพิกถอน¹⁹ (une décision administrative qu'il vient d'annuler) เท่านั้น ซึ่งการเยียวยาความเสียหายดังกล่าวมิได้หลายกรณี เช่น การกระทำการใดๆที่มีผลเป็นการทดแทนความเสียหายดังกล่าว (เช่น การออกคำสั่งทางปกครองฉบับใหม่มาทดแทนคำสั่งทางปกครองที่ถูกเพิกถอนแล้ว) หรือการกำหนดค่าสินไหมทดแทนเป็นตัวเงิน จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่ากฎหมายอิตาลีมีวิวัฒนาการในเรื่องการเยียวยาความเสียหายจากเดิมที่เป็นอำนาจในการพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรมมาเป็นอำนาจในการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองอย่างสมบูรณ์

¹⁹ การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองมีผลย้อนหลังไปถึงวันที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่ง (l'effet rétroactif)

ประเทศเนเธอร์แลนด์²⁰ นั้น หลักทั่วไปถือว่าศาลแพ่งเป็นเพียงศาลเดียวที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ไม่ว่าจะการกระทำดังกล่าวจะเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางปกครองโดยแท้ หรือเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองในสถานะเอกชน ดังที่ปรากฏในมาตรา 6:162 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเนเธอร์แลนด์

แต่หากความเสียหายดังกล่าวนี้เป็นความเสียหายที่เกิดจากการตัดสินใจของฝ่ายปกครอง (la décision administrative) แล้ว ถือว่าศาลปกครองเป็นศาลเดียวที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีดังกล่าว ทั้งนี้ ตามบทบัญญัติมาตรา 8:73 แห่งรัฐบัญญัติทั่วไปว่าด้วยกฎหมายปกครอง (la loi générale sur le droit administratif) ซึ่งให้อำนาจศาลปกครองในการพิจารณาพิพากษาเพื่อกำหนดค่าสินไหมทดแทนอันเนื่องมาจากการตัดสินใจของฝ่ายปกครอง อย่างไรก็ตาม ผู้เสียหายอันเนื่องมาจากการตัดสินใจของฝ่ายปกครองย่อมมีสิทธิในการเรียกร้องต่อฝ่ายปกครองเพื่อให้เป็นผู้รับผิดชอบในกรณีดังกล่าวได้เสมอ ซึ่งหากฝ่ายปกครองมีการดำเนินการ

²⁰ ประเทศเนเธอร์แลนด์มีสภาแห่งรัฐซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการให้คำปรึกษาแก่รัฐบาลและทำหน้าที่เป็นศาลปกครองสูงสุดของประเทศ ในส่วนของหน้าที่เป็นศาลปกครองสูงสุดนั้น สภาแห่งรัฐจะทำหน้าที่เป็นศาลปกครองสูงสุด ซึ่งมีเขตอำนาจทั่วไปในประเทศเนเธอร์แลนด์ ในการพิจารณาคดีพิพาททางปกครองที่ฟ้องตรงต่อสภาแห่งรัฐตามที่ระบุในกฎหมาย รวมถึงการฟ้องร้องที่เกี่ยวกับการออกคำสั่งของฝ่ายปกครอง รวมถึงการพิจารณาอุทธรณ์ที่ยื่นโดยเจ้าหน้าที่รัฐ สมาคม หรือบริษัทเอกชน ได้แย้งคำสั่งขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ส่วนจังหวัดหรือรัฐบาลกลาง ตลอดจนข้อพิพาทซึ่งเกิดจากองค์กรของรัฐทั้งสองฝ่าย อย่างไรก็ตาม ในการพิจารณาคดีบางประเภทสภาแห่งรัฐจะทำหน้าที่เป็นศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุดในเวลาเดียวกัน อย่างไรก็ตาม นอกเหนือจากสภาแห่งรัฐที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีปกครองแล้ว ยังมีศาลอุทธรณ์ส่วนกลางในจังหวัด Utrecht ที่เป็นศาลสูงสุดในการพิจารณาคดีเกี่ยวกับข้าราชการพลเรือน ส่วนคดีปกครองที่เกี่ยวกับสังคม-เศรษฐกิจนั้น อยู่ภายใต้อำนาจในการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองสำหรับการค้าและอุตสาหกรรม โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมที่ พัชราภรณ์ ศิริวิมลกุล, “ราชอาณาจักรเนเธอร์แลนด์”, วารสารวิชาการศาลปกครอง ฉบับพิเศษ (ตุลาคม 2552) : หน้า 36-38

อย่างไรแล้ว ผู้เสียหายย่อมนำการดำเนินการของฝ่ายปกครองในครั้งหลังนี้มาฟ้องคดีต่อศาลได้อีก ทั้งนี้ เนื่องมาจากเหตุผลว่าการดำเนินการดังกล่าวของฝ่ายปกครองย่อมถือเป็น “การตัดสินใจของฝ่ายปกครอง” อันอยู่ภายใต้อำนาจในการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองนั่นเอง ดังนั้น ศาลปกครองเนเธอร์แลนด์จึงมีอำนาจในการเพิกถอนการกระทำของฝ่ายปกครองรวมทั้งพิพากษาให้คำพิพากษาของตนมีผลแทนที่คำสั่งทางปกครองนั้นหรือมีผลอย่างใดๆ ให้ฝ่ายปกครองดำเนินการก็ได้

บทสรุป

อำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับความรับผิดของรัฐของประเทศต่างๆ มีความแตกต่างกันตามระบบกฎหมายของประเทศนั้นซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจในการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองหรือศาลยุติธรรมแล้วแต่กรณี ซึ่งในแต่ละประเทศก็มีวิวัฒนาการทางการศาลที่ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีประเภทดังกล่าวแตกต่างกันไปตามบริบททางประวัติศาสตร์และลักษณะของระบบกฎหมายของประเทศนั้น

กลุ่มประเทศที่ศาลแพ่งมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีว่าด้วยความรับผิดของฝ่ายปกครองนั้น นอกเหนือไปจากเหตุผลว่าเรื่องระบบศาลเดี่ยวแล้ว ก็ยังมีเหตุผลประกอบคือเมื่อฝ่ายปกครองดำเนินการในฐานะเอกชน ฝ่ายปกครองก็ควรที่จะต้องรับผิดในฐานะเอกชนซึ่งอยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายแพ่ง ดังนั้นศาลที่ควรจะมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับความรับผิดดังกล่าวจึงควรเป็นศาลยุติธรรม แนวความคิดนี้ปรากฏในประเทศต่างๆ ในทวีปยุโรปเป็นการทั่วไป ยกเว้น *ประเทศสเปน* (ซึ่งมีระบบศาลเดี่ยว) ดังที่ปรากฏในมาตรา 144 แห่งรัฐธรรมนูญของสเปน ลงวันที่ 26 พฤศจิกายน ค.ศ. 1992 ว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและการพิจารณาคดีปกครองทั่วไป ซึ่งต่อมาได้ถูกปรับปรุงแก้ไขโดยรัฐธรรมนูญลงวันที่ 13 มกราคม ค.ศ. 1999 วางหลักให้ศาลปกครองเป็นศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับความรับผิดของฝ่ายปกครองตามกฎหมายที่รัฐธรรมนูญฉบับนี้วางหลักไว้แม้ว่าการกระทำดังกล่าวของฝ่ายปกครองจะเป็นการกระทำตาม

กฎหมายแพ่ง หรือสิ่งที่พบใน*ประเทศโปรตุเกส* และ*กรีซ* ซึ่งมีระบบศาลคู่ โดยเป็นไปตามมาตรา 4 ย่อหน้าที่ 1 ของรัฐบัญญัติของโปรตุเกส ลงวันที่ 13/2002 ว่าด้วยเขตอำนาจศาลปกครอง ได้บัญญัติไว้ครบถ้วนเกี่ยวกับอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองเกี่ยวกับความรับผิดของรัฐ และรัฐธรรมนูญกรีซลงวันที่ 9 มิถุนายน ค.ศ. 1995 ซึ่งมีบทบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจของศาลปกครองในการพิจารณาพิพากษาคดีความรับผิดอันเนื่องมาจากการที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้กระทำผิด

นอกเหนือจากประเทศสเปน โปรตุเกสและกรีซ แล้ว ประเทศฝรั่งเศส ถือเป็นตัวอย่างที่ชัดเจนของประเทศที่ให้ศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีว่าด้วยความรับผิดของรัฐและยังถือเป็นประเทศแม่แบบในการพัฒนาแนวความคิดว่าด้วยความรับผิดของรัฐในหลายๆประเด็น ที่สำคัญคือ การแบ่งแยกมูลฐานของความรับผิดเป็น 2 ประเภท คือ ความรับผิดบนพื้นฐานความผิด (*la responsabilité pour faute*) และความรับผิดโดยปราศจากความผิด (*la responsabilité sans faute*)

การศึกษาเกี่ยวกับมูลฐานของความรับผิดทั้งสองประเภทนี้มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งในการศึกษาเกี่ยวกับความรับผิดของฝ่ายปกครอง อาจกล่าวได้ว่าการศึกษาในประเด็นดังกล่าวมีความซับซ้อนเป็นอย่างยิ่ง เนื่องมาจากสาเหตุที่ว่าหากนำ “ความรับผิดบนพื้นฐานความผิด” มาพิจารณาอย่างถี่ถ้วนแล้ว ยังอาจแยกการรับผิดตามเหตุผลดังกล่าวออกเป็นอีก 3 กลุ่มประเทศ กล่าวคือ กลุ่มของประเทศฝรั่งเศสและเบลเยียมที่ถือตามแนวความคิดความรับผิดบนพื้นฐานการกระทำความผิด กลุ่มของประเทศเยอรมนี อิตาลี เนเธอร์แลนด์ โปรตุเกสและกรีซที่ยึดถือทฤษฎีการกระทำที่ผิดกฎหมายประกอบการกระทำความผิด (*illicéité et faute*) และกลุ่มที่สาม กลุ่มของประเทศในกลุ่มสหราชอาณาจักรและไอร์แลนด์ที่ยึดถือทฤษฎีการกระทำผิดทำนองเดียวกับความรับผิดละเมิดตามกฎหมายแพ่ง (*le délit civil* หรือ *tort*) ซึ่งการศึกษาลึกซึ้งไปถึงมูลฐานของความรับผิดย่อมมีส่วนสำคัญในการทำความเข้าใจถึงเรื่องศาลที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับความรับผิดของรัฐมากยิ่งขึ้น

ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับนโยบายและกลยุทธ์ ในการจัดให้มี ปรับปรุงแก้ไข หรือยกเลิกกฎหมาย เพื่อรองรับการเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน*

ปกรณ์ นิลประพันธ์**

1. ความนำ

ประชาคมอาเซียน (ASEAN Community) เกิดจากการที่รัฐที่มีอำนาจอธิปไตย (Sovereign States) ในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ตกลงร่วมกันเข้าเป็น “ประชาคม” (Community) เพื่อประโยชน์ร่วมกันทั้งด้านเศรษฐกิจ (Economic) สังคมและวัฒนธรรม (Socio-cultural) และความมั่นคงและการเมือง (Security & Politics) บนหลักการพื้นฐานที่ทุกรัฐจะร่วมกันกำหนดแนวทางการดำเนินการด้านเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม และความมั่นคงและการเมืองร่วมกันตลอดจนดำเนินการในแต่ละด้านดังกล่าวไปในทิศทางเดียวกันตามที่ได้ร่วมกันกำหนดขึ้นไว้ ดังนั้น แม้รัฐภาคีของประชาคมอาเซียนจะยังคงมีอำนาจอธิปไตย (Sovereignty) โดยสมบูรณ์ในดินแดนของตน แต่การใช้อำนาจอธิปไตยดังกล่าวย่อมถูกผูกพันโดยพันธกรณีดังกล่าวข้างต้นซึ่งมีผลผูกพันรัฐภาคีตามกฎหมายระหว่างประเทศ เมื่อเป็นเช่นนี้การดำเนินการเกี่ยวกับเศรษฐกิจ สังคมและ

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net 8 เมษายน 2555 22:44 น.

** นักวิชาการอิสระ

วัฒนธรรม และความมั่นคงและการเมืองรัฐภาคีของประชาคมอาเซียนแต่ละประเทศจึงต้องอยู่ภายใต้กรอบของพันธกรณีทั้งสามด้าน (3 Pillars) ดังกล่าว

สำหรับประเทศไทยนั้น การเป็นภาคีของประชาคมอาเซียนทำให้ประเทศไทยผูกพันต้องปฏิบัติตามพันธกรณีที่กำหนดไว้ในกฎบัตรอาเซียน ตลอดจนบรรดาสถาบันสัญญา อนุสัญญา ความตกลง ข้อตกลง ปฏิญญา พิธีสาร และตราสารอาเซียนอื่นๆ ที่ทำขึ้นทั้งก่อนและหลังวันที่กฎบัตรอาเซียน (ASEAN Charter) มีผลใช้บังคับ ดังนั้น การเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนจึงมีผลกระทบต่อ การกำหนดนโยบายเกี่ยวกับกฎหมายของรัฐบาล ตลอดจนการจัดทำและตรวจ พิจารณาร่างกฎหมายของหน่วยงานของรัฐทุกหน่วยงาน โดยการกำหนดนโยบาย เกี่ยวกับกฎหมายของรัฐบาล รวมทั้งการจัดทำและตรวจพิจารณาร่างกฎหมายของ หน่วยงานของรัฐนั้นต้องสอดคล้องกับพันธกรณีที่ประเทศไทยมีต่อประชาคม อาเซียนและโดยที่เป้าหมายเร่งด่วนของประชาคมอาเซียนได้แก่การเชื่อมโยงด้าน เศรษฐกิจ (Economic Connectivity) ผ่านการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน (ASEAN Economic Community: AEC) เพื่อเป็น Single market and production base เพื่อประโยชน์ในด้านการค้าการลงทุนระหว่างกัน และเพื่อเพิ่ม อำนาจการเจรจาต่อรองทางการค้า (empowering bargaining power) กับ ระบบเศรษฐกิจอื่นผ่าน Free flow of goods, services, skilled labor, capital and investment และโดยที่ประชาคมอาเซียนกำหนดเป้าหมายในการจัดตั้ง ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนขึ้นภายในปี พ.ศ. 2558 หรืออีกสามปีข้างหน้า ผู้เขียนจึงได้ ศึกษาโดยเฉพาะเจาะจงว่าในฐานะที่ประเทศไทยเป็นภาคีของประชาคมอาเซียน สมควรกำหนดนโยบายและกลยุทธ์ในการปรับปรุงแก้ไขหรือยกเลิกกฎหมายของ ประเทศอย่างไรเพื่อรองรับการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

2. สภาพปัญหาและสาเหตุของปัญหาของประเทศไทยในการจัดให้มีปรับปรุงแก้ไข หรือยกเลิกกฎหมายเพื่อเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

ในการนี้ ผู้เขียนพบว่านับแต่วันที่กฎบัตรอาเซียน (ASEAN Charter) มีผลใช้บังคับในปี พ.ศ. 2550 ประเทศไทยให้ความสำคัญกับการปรับปรุงแก้ไข หรือยกเลิกกฎหมายเพื่อรองรับการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนน้อยมากอันเป็นผลสืบเนื่องมาจากการขาดเสถียรภาพทางการเมืองของประเทศนับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2549 เป็นต้นมา จึงทำให้การกำหนดและการดำเนินการตามนโยบายเกี่ยวกับประชาคมอาเซียนของรัฐบาลชุดต่างๆ ที่ผ่านมาขาดความชัดเจนและไม่ต่อเนื่อง ดังจะเห็นได้ว่าภายหลังจากปี พ.ศ. 2550 ยังมีการตรากฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับพันธกรณีที่กำหนดไว้ใน AEC Blueprint ขึ้นใช้บังคับ เช่น พระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 ที่บัญญัติให้ผู้ขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจนำเที่ยวที่เป็นบุคคลธรรมดาต้องเป็นผู้มีสัญชาติไทยและต้องมีภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ ในราชอาณาจักรไทย แต่หากเป็นนิติบุคคล ก็ต้องเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายไทย ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินกิจการเกี่ยวกับการท่องเที่ยว ถ้าเป็นห้างหุ้นส่วนนิติบุคคล ผู้เป็นหุ้นส่วนประเภทไม่จำกัดความรับผิดชอบเป็นผู้มีสัญชาติไทยถ้าเป็นบริษัทจำกัด หรือบริษัทมหาชนจำกัด ทุนของบริษัทไม่น้อยกว่าร้อยละห้าสิบเอ็ดต้องเป็นของบุคคลธรรมดาซึ่งมีสัญชาติไทย และกรรมการของบริษัทเกินกึ่งหนึ่งต้องเป็นผู้มีสัญชาติไทย รวมทั้งกรรมการหรือผู้มีอำนาจจัดการแทนนิติบุคคลต้องเป็นผู้มีสัญชาติไทยและต้องมีภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักรไทย ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวไม่สอดคล้องกับพันธกรณีตาม A 2. Free Flows of Services (Services Liberalization under AFAS) ของ Strategic Schedule for AEC อันเป็นส่วนหนึ่งของ AEC Blueprint เป็นต้น

ตัวชี้วัดที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่แสดงให้เห็นว่าประเทศไทยให้ความสำคัญกับการปรับปรุงแก้ไข หรือยกเลิกกฎหมายเพื่อรองรับการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนน้อยมากในช่วงห้าปีที่ผ่านมา ได้แก่ การที่หน่วยงานของรัฐยังมิได้ดำเนินการเพื่อปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่อยู่ในความรับผิดชอบของตนเพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีที่กำหนดไว้ในกฎบัตรอาเซียน ตลอดจนบรรดาสนธิสัญญา อนุสัญญา

ความตกลง ข้อตกลง ปฏิญญา พิธีสาร และตราสารอาเซียนอื่นๆ ที่ทำขึ้นทั้งก่อน และหลังวันที่กฎบัตรอาเซียนมีผลใช้บังคับ ไม่ว่าจะเป็นตารางข้อผูกพันตาม AEC Blueprint, ASEAN Trade in Goods Agreement (ATIGA), ASEAN Framework Agreement on Services (AFAS) และ ASEAN Comprehensive Investment Agreement (ACIA) เช่น การที่กฎหมายหลายฉบับยังคงมีบัญญัติว่าผู้ซื้อหรือ โบราณวัตถุต้องมีสัญชาติไทย หรือมีภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ในราชอาณาจักร (เช่น มาตรา 39 และ มาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพบัญชี พ.ศ. 2547) ซึ่งผู้เขียน เห็นว่าบทบัญญัติลักษณะดังกล่าวขัดต่อหลักปฏิบัติเยี่ยงคนชาติ (National Treatment) ตาม ACIA และเป็นหัวใจของ Free flow of capital and investment ในประชาคมอาเซียน ดังนั้น หากประเทศไทยไม่ให้ความสำคัญกับการปรับปรุงแก้ไข หรือยกเลิกกฎหมายอันอาจเป็นอุปสรรคต่อการเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ดังกล่าวข้างต้น รวมทั้งกฎหมายที่เกี่ยวกับการความสะดวกในการประกอบกิจกรรม ทางเศรษฐกิจของเอกชน เช่น กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน กฎหมายว่า ด้วยการนำเข้าเข้ามาในหรือนำส่งออกไปนอกราชอาณาจักรซึ่งสินค้า เป็นต้น ก็อาจทำให้ประเทศไทยไม่พร้อมที่จะเข้าร่วมประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนภายในกรอบ เวลาเป้าหมายที่กำหนดไว้ใน AEC Blueprint ได้และอาจถูกตำหนิจากสมาชิก อาเซียนอื่น

การที่ประเทศไทยให้ความสำคัญกับการปรับปรุงแก้ไขหรือยกเลิกกฎหมาย เพื่อรองรับการจัดตั้งประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนน้อยมากนั้น นอกจากจะส่ง ผลกระทบต่อความพร้อมในการเข้าร่วมประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนภายในสามปี ข้างหน้าดังกล่าวข้างต้นแล้ว ผู้เขียนพบว่ากรณีดังกล่าวยังอาจส่งผลกระทบต่ออย่าง มีนัยสำคัญต่อประเทศไทยทั้งในระยะสั้นและระยะยาว อีก 3 ประการสำคัญ ดังต่อไปนี้

ประการที่หนึ่ง กลไกของกฎหมายไทย (Legal mechanism) เกี่ยวกับการดำเนินกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจ (Economic-related activities) ในปัจจุบันไม่สอดคล้องกับหลักการสำคัญของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนที่มุ่ง การขับเคลื่อนเศรษฐกิจผ่านกลไกตลาด (Market-oriented economy) ทั้งนี้ ผู้เขียน

พบว่ากลไกตามกฎหมายไทยที่ใช้บังคับกับการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจในปัจจุบันนั้นเป็นระบบควบคุมอย่างใกล้ชิด (Control) ผ่านการอนุมัติ การอนุญาต และการออกใบอนุญาตทั้งจากเจ้าหน้าที่ของรัฐและจากคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายต่างๆ (Permission/Licensing System) มากกว่าระบบการกำกับดูแล (Supervision) หรือส่งเสริม (Promotion)

ผู้เขียนเห็นว่าการใช้ระบบควบคุมอย่างใกล้ชิดกับการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจแทบทุกเรื่องเช่นที่เป็นอยู่ในปัจจุบันนั้น ไม่สอดคล้องกับหลักการของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนที่มุ่งจะก่อให้เกิด Free flow of goods, services, skilled labor, capital and investment ตามกลไกตลาดภายใต้ระบบเศรษฐกิจแบบตลาด (Market-oriented economy) เพราะการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจเฉพาะบางเรื่องเท่านั้นที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของชาติ ความปลอดภัยสาธารณะ ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ การสาธารณสุข หรือการคุ้มครองผู้บริโภค และจำเป็นต้องอยู่ภายใต้การควบคุมอย่างใกล้ชิดของรัฐ การใช้ระบบควบคุมกับการประกอบกิจการที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจนั้นได้กลายเป็นภาระและต้นทุนในการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจของเอกชนทั้งในแง่เวลาและค่าใช้จ่าย ขณะเดียวกันก็ทำให้เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงมีภารกิจมากมายจนเกินกำลังที่จะดำเนินการได้จริง (Over missions) การบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย (Law enforcement) จึงย่อหย่อน ทั้งยังทำให้ภารกิจของหลายหน่วยงานซ้อนเหลื่อมกัน อันเป็นการเพิ่มภาระค่าใช้จ่ายของรัฐในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย ดังจะเห็นได้จากการที่งบประมาณรายจ่ายประจำสูงถึงกว่าร้อยละ 80 ของงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณในแต่ละปีและงบประมาณในหมวดนี้เพิ่มสูงขึ้นทุกปี นอกจากนี้การที่เจ้าหน้าที่ของรัฐมีภารกิจมากมายยังเป็นช่องทางให้เจ้าหน้าที่ซึ่งมีเจตนาร้ายกระทำทุจริตขึ้นได้อีกทางหนึ่งด้วย

ผลพวงของการใช้ระบบควบคุมในกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจโดยไม่เหมาะสมนี้กระทบต่อขีดความสามารถในการแข่งขันของประเทศ (National Competitiveness) โดยตรง โดยหากพิจารณาเศรษฐกิจ

(Economic perspective) ของระบบควบคุมตามกฎหมายไทยที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน ผู้เขียนพบว่าต้นทุนของประชาชนและผู้ประกอบการในการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายภายใต้ระบบควบคุมอย่างใกล้ชิดของรัฐนี้ **สูงกว่า**ต้นทุนในการปฏิบัติตามกฎหมายให้เป็นไปตามกฎหมาย เพราะการปฏิบัติให้ถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนดเป็นเรื่องยากและเป็นภาระมากเนื่องจากประชาชนต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข และขั้นตอนมากมายที่กฎหมายกำหนด ประชาชนจึงต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายเป็นจำนวนมากเพื่อดำเนินการให้ถูกต้องตามกฎหมาย ทั้งยังต้องเสียเวลาและค่าใช้จ่ายในการเข้าถึงข้อมูลที่ต้องครบถ้วนเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ วิธีการ เงื่อนไข และขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดอีกด้วย จึงทำให้ประชาชนและผู้ประกอบการเลือกที่จะฝ่าฝืนกฎหมายมากกว่าการปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมาย ดังนั้น หากไม่มีการพิจารณา ทบทวนความเหมาะสมและปรับปรุงกลไกของกฎหมายไทย “ทั้งระบบ” อย่างจริงจัง รวมทั้งไม่ดำเนินมาตรการตรวจสอบความจำเป็นในการตรากฎหมายอย่างเข้มแข็งเพื่อป้องกันมิให้มีการเสนอร่างกฎหมายที่มีกลไกไม่เหมาะสมต่อ คณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาอนุมัติให้จัดทำเป็นกฎหมายแล้ว ประเทศไทยอาจไม่ได้รับประโยชน์ใดๆ จากการเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน

จากการศึกษาคุณาน ณ สาธารณรัฐสิงคโปร์ ผู้เขียนพบว่าสาธารณรัฐสิงคโปร์ ได้ปรับเปลี่ยนกลไกของกฎหมายเพื่อรองรับ Market-oriented economy มาเป็นเวลานานแล้ว

โดยรัฐใช้มาตรการกำกับดูแลและการส่งเสริม การดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจมากกว่าการใช้ระบบควบคุม โดยกิจกรรมทางเศรษฐกิจที่ต้องขออนุมัติ อนุญาต หรือใบอนุญาตเพื่อดำเนินการนั้นยังคงมีอยู่ แต่มุ่งเน้นไปที่ การดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจเฉพาะที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงของชาติ ความปลอดภัยสาธารณะ ความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ การสาธารณสุข หรือการคุ้มครองผู้บริโภคเป็นสำคัญ และสาธารณรัฐสิงคโปร์ได้พัฒนาวิธีการอนุมัติ อนุญาต หรือใบอนุญาตให้รวดเร็ว ภายใต้หลักการที่สำคัญ คือ ระบบควบคุมต้องสร้างต้นทุนในการปฏิบัติตามให้เป็นไปตามกฎหมายของประชาชนและผู้ประกอบการน้อยที่สุด (Minimize compliance cost)

ขณะเดียวกันสาธารณรัฐสิงคโปร์ให้ความสำคัญกับการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย (Law enforcement) โดยมุ่งบังคับการตามกฎหมายอย่างเข้มงวดจริงจัง และต่อเนื่อง ประกอบกับอัตราโทษที่สูงมากทั้งโทษทางอาญาและโทษปรับทางแพ่ง ดังนั้น กลไกตามกฎหมายต่างๆ ของสาธารณรัฐสิงคโปร์จึงสอดคล้องกับหลักการค้าเสรีของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนแล้ว และหากพิจารณาเศรษฐกิจของระบบกฎหมายของสาธารณรัฐสิงคโปร์ ผู้เขียนพบว่าเนื่องจากการปฏิบัติตามกฎหมาย สิงคโปร์มีต้นทุนต่ำกว่าต้นทุนในการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ประชาชนจึงเลือกที่จะปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมายและมีผลทางอ้อมให้พลเมืองสิงคโปร์ มีพฤติกรรมการพกกฎหมายของประชาชนมาก

ประการที่สอง การหลั่งไหลเข้ามาของสินค้า บริการ แรงงานมีฝีมือ ทุน และการลงทุนจากสมาชิกอื่นของอาเซียนตามหลัก Free flow of goods, services, skilled labor, capital and investment อันเป็นหัวใจของประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนนั้นย่อมส่งผลกระทบต่อเสถียรภาพของระบบเศรษฐกิจ (Economic stability) และสุขอนามัยและความปลอดภัยของผู้บริโภค (Consumer) ภายในประเทศโดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ แม้ปัจจุบันประเทศไทยจะมีมาตรการทางกฎหมายที่เป็นภูมิคุ้มกัน (Immunity) ระบบเศรษฐกิจและผู้บริโภคภายในประเทศขึ้นแล้ว หลายมาตรการ ไม่ว่าจะเป็นมาตรการตามกฎหมายว่าด้วยการนำเข้ามาในหรือส่งออก ไปนอกราชอาณาจักรซึ่งสินค้า กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า กฎหมายว่าด้วยการกำหนดราคาสินค้าหรือบริการ กฎหมายว่าด้วยการตอบโต้การทุ่มตลาด กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง กฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าว เป็นต้น รวมทั้งยังมีกฎหมายอีกจำนวนหนึ่งที่มุ่งคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภค เช่น กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค กฎหมายว่าด้วยอาหาร กฎหมายว่าด้วยยา กฎหมายว่าด้วยเครื่องสำอาง กฎหมายว่าด้วยมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม เป็นต้น แต่ผู้เขียนเห็นว่ามีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องปรับปรุง**มาตรการและกลไกตามกฎหมาย**เหล่านี้ให้รองรับกับหลักการค้าเสรีของอาเซียนและการค้าโลก ในยุคปัจจุบันด้วย เนื่องจากเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นก่อนที่แนวคิดเกี่ยวกับการค้าเสรีและการรวมกลุ่มทางเศรษฐกิจเพื่อประโยชน์ทางการค้าจะพัฒนาและเป็นที่ยอมรับในปัจจุบัน

นอกจากนี้ยังต้องปรับปรุงและพัฒนาประสิทธิภาพการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายเหล่านี้อย่างจริงจังด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า (Competition Law) และกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค (Consumer Protection Law) อันเป็นโครงสร้างหลัก (Backbone) ของภูมิคุ้มกันระบบเศรษฐกิจและผู้บริโภคภายในประเทศ มิฉะนั้นผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อมและผู้บริโภคภายในประเทศอันเป็นคนส่วนใหญ่ของประเทศ จะได้รับผลกระทบในเรื่องนี้โดยตรง ผู้เขียนเห็นว่าหากรัฐไม่สามารถรักษาสภาพการแข่งขันของผู้ประกอบการในตลาดให้คงสภาพที่เป็นธรรม (Fair competition) ได้ ผู้ประกอบการขนาดกลางและขนาดย่อมภายในประเทศอาจไม่สามารถแข่งขันกับผู้ประกอบการจากสมาชิกอาเซียนอื่นที่มีต้นทุนที่ต่ำกว่ามากหรือที่ใช้มาตรการทางการค้าที่ไม่เป็นธรรม (Unfair Trade Practices) ต่างๆ ได้ ส่วนผู้บริโภคก็อาจได้รับผลกระทบต่อชีวิต ร่างกาย และทรัพย์สินจากการบริโภคสินค้าที่ไม่ปลอดภัย แต่มีราคาถูกที่นำเข้ามาจำหน่ายในราชอาณาจักร

นอกจากนี้ การแข่งขันด้านราคาของสินค้าหรือบริการอันเนื่องมาจากการเปิดเสรีการค้าสินค้าหรือบริการอาจสร้างนิสัยการบริโภคสินค้าหรือบริการมากเกินไป (Over consumption) ให้แก่ผู้บริโภคอันอาจส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศโดยรวมด้วย

ส่วน Free flow of skilled labor อาจกระทบต่อโครงสร้างการจ้างงานในกิจกรรมทางเศรษฐกิจแขนงต่าง ๆ และอัตราการจ้างงานในประเทศ ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาสังคมอื่นๆ ตามมา ส่วน Free flow of capital and investment อาจทำให้ผู้ประกอบการไทยออกไปลงทุนในต่างประเทศมากขึ้นเพื่อลดต้นทุนด้านต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ค่าจ้างแรงงาน อันจะส่งผลกระทบต่ออัตราการจ้างงานในประเทศ

จากการศึกษาดูงาน ณ สาธารณรัฐสิงคโปร์ ผู้เขียนพบว่าสาธารณรัฐสิงคโปร์เป็นประเทศที่เป็น Free Port จึงให้ความสำคัญอย่างมากกับกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าและกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภคอันเป็นภูมิคุ้มกันหลักของระบบเศรษฐกิจและผู้บริโภคภายในประเทศมานานแล้ว รวมทั้ง

มีการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายอย่างเข้มงวด จึงทำให้สาธารณรัฐสิงคโปร์ มีความพร้อมที่จะรองรับการเปิดเสรีด้านสินค้าและบริการ ประกอบกับสาธารณรัฐสิงคโปร์ ไม่มีทรัพยากรธรรมชาติเป็นของตัวเอง จึงให้ความสำคัญกับการพัฒนาทรัพยากรมนุษย์ (Human resources development) เพื่อพัฒนาประเทศให้เป็นศูนย์กลาง การให้บริการ (Services Centre Base) ในด้านต่างๆ ในภูมิภาคเอเชียซึ่งต้องการ แรงงานมีฝีมือจำนวนมาก แต่โดยที่สาธารณรัฐสิงคโปร์มีอัตราการเกิดต่ำจึงขาดแคลน แรงงานประเภทนี้ ดังนั้น การเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนจึงกลับจะเป็นประโยชน์ต่อ สาธารณรัฐสิงคโปร์มาก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การไหลเข้าของแรงงานมีฝีมือ และ การลงทุนอันเป็นสถานการณ์ตรงข้ามกับสถานการณ์ของประเทศไทย

ประการที่สาม ผู้เขียนเห็นว่า ปัญหาหลักของ Market-oriented economy ได้แก่ทัศนคติ (Attitude/Mindset) ของผู้เกี่ยวข้องที่ให้ความสำคัญกับ การพัฒนาทางเศรษฐกิจโดยละเลยผลกระทบด้านอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ผลกระทบด้านสังคมและสิ่งแวดล้อม อันอาจนำมาสู่ปัญหาการพัฒนาที่ไม่ยั่งยืน (Unsustainable development)

ผู้เขียนเห็นว่า นับแต่ประเทศไทยได้ กำหนดวิสัยทัศน์ และ แผนการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมขึ้นอย่างเป็นรูปธรรมเป็นครั้งแรกในปี พ.ศ. 2504 ตามแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 1 เป็นต้นมา ได้กำหนดกรอบ การพัฒนาทางเศรษฐกิจโดยให้ดำเนินการควบคู่ไปกับการพัฒนาสังคมและสิ่งแวดล้อม แต่ในทางปฏิบัติ รัฐบาลที่ผ่านมาให้ความสำคัญกับตัวเลขความเติบโตทางเศรษฐกิจเป็นหลัก ผู้เกี่ยวข้องกับการพัฒนาเศรษฐกิจทั้งภาครัฐและเอกชนจึงมีทัศนคติ ต่อการพัฒนาประเทศในเชิงวัตถุซึ่งปรากฏผลเป็นรูปธรรมจนละเลยผลกระทบที่มีต่อสังคม และสิ่งแวดล้อม ดังนั้น แม้ความเติบโตทางเศรษฐกิจของประเทศจะอยู่ในอัตราสูง แต่ได้ก่อให้เกิดผลกระทบทางสังคมและสิ่งแวดล้อมอย่างรุนแรงเช่นเดียวกัน ตัวอย่างที่เห็นได้อย่างชัดเจน ได้แก่ ปัญหาอาชญากรรมและการใช้ความรุนแรง ในสังคมที่มีแนวโน้มเพิ่มสูงขึ้นและรุนแรงมากขึ้นขณะที่อายุของผู้กระทำความผิดลดลง การเปลี่ยนแปลงโครงสร้างการผลิตของประเทศจากประเทศที่พึ่งพาเกษตรกรรม เป็นประเทศที่พึ่งพาอุตสาหกรรม การพัฒนาและใช้ประโยชน์ในพื้นที่โดยปราศจาก

ทิศทางที่ชัดเจน การพัฒนาอุตสาหกรรมหนักที่ก่อให้เกิดปัญหามลพิษต่อชุมชน ใกล้เคียง การพัฒนาอุตสาหกรรมท่องเที่ยวที่ก่อให้เกิดปัญหาการรุกกล้าป่าไม้สมบูรณ์ การแสวงหาประโยชน์จากสถานที่ท่องเที่ยว โดยไม่คำนึงถึงการอนุรักษ์ และฟื้นฟูธรรมชาติและสถานที่ท่องเที่ยว การจัดสรรทรัพยากรอย่างไม่สมดุล เป็นต้น

ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าการที่ประเทศไทยจะเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ที่มีวัตถุประสงค์ที่จะก่อให้เกิด Free flow of goods, services, skilled labor, capital and investment ตามหลัก Market-oriented economy นั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการปรับเปลี่ยนทัศนคติ (Mindset) ของผู้เกี่ยวข้อง ทั้งภาครัฐและเอกชนเพื่อดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ

โดยคำนึงถึงผลกระทบด้านสังคมและสิ่งแวดล้อมควบคู่กันไปด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้การประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจต่างๆ ภายหลังจากเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียนสอดคล้องกับหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน (Sustainable Development) ซึ่งอาจต้องมีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องหลายฉบับ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายว่าด้วยการผังเมือง กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน กฎหมายว่าด้วยการสาธารณสุข กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน กฎหมายว่าด้วยการนิคมอุตสาหกรรม กฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร กฎหมายว่าด้วยโรงงาน กฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม กฎหมายเกี่ยวกับมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม กฎหมายว่าด้วยการจัดสรรและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ เป็นต้น รวมทั้งอาจต้องมีการตรากฎหมายว่าด้วยการพัฒนาเมือง (City Development) ขึ้นเป็นการเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการพัฒนาเมืองให้ทันสมัย น่ายอยู่ และสอดคล้องกับสภาพภูมิอากาศของโลกที่เปลี่ยนแปลงไปจากสภาวะโลกร้อนด้วย

จากการศึกษาดูงาน ณ สาธารณรัฐสิงคโปร์ ผู้เขียนพบว่าแม้สาธารณรัฐสิงคโปร์ จะให้ความสำคัญกับ Market-oriented economy แต่ขณะเดียวกัน สาธารณรัฐสิงคโปร์ก็ตระหนักถึงความสำคัญกับการพัฒนาสังคมและสิ่งแวดล้อมไปพร้อมๆ กัน โดยในด้านสังคมนั้น สาธารณรัฐสิงคโปร์ถือเป็นประเทศที่มีความปลอดภัยสูงและอัตราการเกิดอาชญากรรมต่ำมาก อัตราการว่างงานอยู่ในระดับต่ำ ประชาชนได้รับสวัสดิการอย่างทั่วถึงโดยระบบการออมภาคบังคับซึ่งทำให้รัฐมีภาระ

ในการจัดสวัสดิการต่ำ ในด้านสิ่งแวดล้อม รัฐบาลสิงคโปร์ถือว่าการพัฒนาเศรษฐกิจต้องควบคู่ไปกับการพัฒนาเมือง และใช้ระบบผังเมืองที่ยั่งยืน (Sustainable Planning) ในการกำหนดทิศทางการพัฒนาพื้นที่ที่มีอยู่อย่างจำกัดให้เกิดประโยชน์สูงสุด การเปลี่ยนแปลงการใช้ประโยชน์ที่ดินในเขตผังเมืองต้องสอดคล้องกับดัชนีการเติบโตทางเศรษฐกิจและความต้องการในการใช้พื้นที่ของประเทศในภาพรวม รวมทั้งใช้ระบบผังเมืองในการสร้างความผสมผสานของวัฒนธรรมที่หลากหลาย โดยในแต่ละโซนต้องมีผู้อยู่อาศัยหรือผู้ประกอบการต่างชาติอยู่ด้วยกัน ในด้านสิ่งแวดล้อม แม้สาธารณรัฐสิงคโปร์จะเป็นประเทศที่ขาดแคลนทรัพยากรธรรมชาติอย่างมาก แต่โดยที่รัฐบาลสิงคโปร์กำหนดทิศทางการพัฒนาประเทศให้เป็นศูนย์กลางการให้บริการด้านต่างๆ ของเอเชียซึ่งต้องใช้แรงงานมีฝีมือจากทั่วโลก ประกอบกับรัฐบาลสิงคโปร์ตระหนักว่าแรงงานกลุ่มนี้สามารถเลือกสถานที่ทำงานได้ซึ่งต่างจากแรงงานไร้ฝีมือที่ไม่อาจเลือกสถานที่ทำงานได้ รัฐบาลสิงคโปร์จึงให้ความสำคัญกับการพัฒนาสภาพแวดล้อมของประเทศ เพื่อดึงดูดให้แรงงานมีฝีมือและแรงงานทักษะสูงจากทั่วโลกให้เข้ามาทำงานในประเทศ เริ่มต้นจากการกำหนดวิสัยทัศน์การพัฒนาประเทศให้เป็น Green City ในสมัยนายกรัฐมนตรีลีควงยู ซึ่งทำให้สาธารณรัฐสิงคโปร์กลายเป็นประเทศที่มีภูมิทัศน์สวยงามและเป็นระเบียบจนเป็นที่ยอมรับทั่วโลกและมีอัตราส่วนพื้นที่สีเขียวต่อประชากรสูง และต่อมาในสมัยนายกรัฐมนตรีลีเซียนลุง รัฐบาลสิงคโปร์ได้กำหนดวิสัยทัศน์การพัฒนาประเทศให้เป็น Jungle in the City ในปี 2020 เพื่อดึงดูดการลงทุนและแรงงานทักษะสูงให้เข้าไปลงทุนและทำงานในสิงคโปร์ให้มากยิ่งขึ้น

3. ข้อเสนอแนะต่อรัฐบาล

จากการศึกษาสภาพปัญหาและสาเหตุของปัญหาของประเทศไทย ในการจัดให้มี ปรับปรุงแก้ไข หรือยกเลิกกฎหมายในการเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน โดยเปรียบเทียบกับสาธารณรัฐสิงคโปร์ข้างต้น ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะด้านนโยบาย และข้อเสนอแนะด้านกลยุทธ์เพื่อประโยชน์ในการจัดให้มี ปรับปรุงแก้ไข หรือยกเลิกกฎหมายเพื่อรองรับการเข้าสู่ประชาคมเศรษฐกิจอาเซียน ดังนี้

3.1 ข้อเสนอแนะด้านนโยบาย

3.1.1 กำหนดให้หน่วยงานของรัฐทุกหน่วยงานพิจารณาทบทวนและเสนอแก้ไขกฎหมายที่อยู่ในความรับผิดชอบที่มีลักษณะดังต่อไปนี้ต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาภายในปี พ.ศ. 2556

กฎหมายที่จำเป็นต้องปรับปรุงแก้ไขหรือยกเลิกเนื่องจากอาจเป็นอุปสรรค (Barrier to entry) ต่อการเข้าร่วม AEC ในปี พ.ศ. 2558 อันได้แก่ พระราชบัญญัติกัมพูชา พ.ศ. 2542 (การมีสัญชาติไทยของนักมวย ผู้ฝึกสอน ผู้ตัดสิน และหัวหน้าค่ายมวย) พระราชบัญญัติวิชาชีพบัญชี พ.ศ. 2547 (ภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ของผู้สอบบัญชีและผู้ทำบัญชี) และพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ พ.ศ. 2551 (การมีสัญชาติไทยของผู้ขอรับใบอนุญาตประกอบธุรกิจนำเที่ยว และทุนของผู้ขอรับใบอนุญาตซึ่งเป็นนิติบุคคลที่ต้องเป็นของผู้มีสัญชาติไทยไม่น้อยกว่า ร้อยละห้าสิบเอ็ด)

กฎหมายที่จำเป็นต้องมีหรือปรับปรุงแก้ไขเพื่ออำนวยความสะดวกในการประกอบธุรกิจเพื่อให้ภาคเอกชนไทยได้รับประโยชน์จากการเข้าร่วม AEC (Trade facilitation) อันได้แก่ กฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมการลงทุน กฎหมายว่าด้วยการนำเข้ามาในหรือส่งออกไปนอกราชอาณาจักรซึ่งสินค้า

กฎหมายที่จำเป็นต้องมีหรือปรับปรุงแก้ไขเพื่อสร้างความเข้มแข็งของภูมิคุ้มกัน (Immunity) เพื่อป้องกันมิให้ประเทศไทยและภาคเอกชนไทยประสบปัญหาในการเข้าร่วม AEC เช่น กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า กฎหมายว่าด้วยการกำหนดราคาสินค้าหรือบริการ กฎหมายว่าด้วยการตอบโต้การทุ่มตลาด กฎหมายว่าด้วยคนเข้าเมือง กฎหมายว่าด้วยการทำงานของคนต่างด้าว กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้บริโภค กฎหมายว่าด้วยอาหาร กฎหมายว่าด้วยยา กฎหมายว่าด้วยเครื่องสำอาง กฎหมายว่าด้วยมาตรฐานผลิตภัณฑ์อุตสาหกรรม เป็นต้น

กฎหมายที่จำเป็นต้องมีหรือปรับปรุงแก้ไขเพื่อให้การเข้าร่วม AEC ก่อให้เกิดการพัฒนาอย่างยั่งยืน (Sustainable development) เป็นต้นว่า กฎหมายว่าด้วยการผังเมือง กฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร กฎหมายว่าด้วยการจัดสรร

และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองแรงงาน กฎหมายว่าด้วยการสาธารณสุข กฎหมายว่าด้วยโรงงาน กฎหมายว่าด้วยนิคมอุตสาหกรรม กฎหมายเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม ฯลฯ รวมทั้งอาจต้องมีการตรากฎหมายว่าด้วยการพัฒนาเมือง (City Development) ขึ้นเป็นการเฉพาะด้วย

3.1.2 กำหนดให้หน่วยงานของรัฐทุกหน่วยงานพิจารณาทบทวนว่า กลไกตามกฎหมายที่อยู่ในความรับผิดชอบนั้น สมควรแก้ไขจากระบบการควบคุมอย่างใกล้ชิดผ่านการอนุมัติ การอนุญาต หรือออกใบอนุญาต (Permission or Licensing System) เป็นระบบกำกับดูแล (Supervision) หรือส่งเสริม (Promotion) เสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาภายในปี พ.ศ. 2556 ทั้งนี้ โดยให้หน่วยงานของรัฐเสนอผลการวิเคราะห์ต้นทุนในการปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมายของเอกชน (Compliance Cost) เปรียบเทียบกับต้นทุนในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายของหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐ (Law Enforcement/Implementation Cost) เป็นระยะเวลา 12 ปี รวมทั้งเหตุผลความจำเป็นในกรณี ที่หน่วยงานของรัฐยืนยันว่าไม่สามารถเปลี่ยนแปลงจากระบบควบคุม เป็นระบบกำกับดูแลหรือส่งเสริมได้

3.1.3 กำหนดให้หน่วยงานของรัฐต้องเสนอผลการตรวจสอบ ความสอดคล้องของร่างกฎหมายกับพันธกรณีประเทศไทยผูกพันต้องดำเนินการตาม กฎบัตรอาเซียนและหนังสือสัญญาอื่นต่อคณะรัฐมนตรีประกอบร่างกฎหมายทุกระดับ ทั้งกฎหมายระดับพระราชบัญญัติและกฎหมายลำดับรอง และให้หน่วยงานของรัฐ เปิดเผยผลการตรวจสอบดังกล่าวต่อสาธารณะผ่านระบบเทคโนโลยีสารสนเทศ ของหน่วยงานของรัฐผู้เสนอร่างกฎหมายนั้น

3.1.4 กำหนดให้การแบ่งส่วนราชการของหน่วยงานของรัฐ ต้องมีหน่วยงานที่รับผิดชอบภารกิจอาเซียนโดยตรงเนื่องจากเป็นภารกิจที่ต้อง ดำเนินการต่อเนื่องจนกว่าประเทศไทยจะดำเนินการตามกฎบัตรอาเซียนครบ ทั้ง 3 สาขาหลัก

3.1.5 กำหนดให้มีหน่วยงานกลางในการจัดทำและสนับสนุนข้อมูล บรรดาพันธกรณีที่ประเทศไทยผูกพันต้องดำเนินการตามกฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อให้หน่วยงานของรัฐตรวจสอบว่าประเทศไทยต้องมี ปรับปรุงแก้ไข หรือยกเลิกกฎหมายใดบ้างเพื่อให้สอดคล้องกับพันธกรณีระหว่างประเทศดังกล่าว โดยให้หน่วยงานที่รับผิดชอบในการเจรจาหรือทำหนังสือสัญญากับต่างประเทศหรือ องค์การระหว่างประเทศใดๆ ส่งข้อมูลรายละเอียดเกี่ยวกับหนังสือสัญญาและ พันธกรณีต่างๆ ให้แก่หน่วยงานกลางเพื่อจัดทำฐานข้อมูลเผยแพร่แก่หน่วยงาน ที่เกี่ยวข้องและประชาชน

3.1.6 กำหนดให้หน่วยงานของรัฐทุกหน่วยงานแปลกฎหมาย ที่อยู่ในความรับผิดชอบทุกฉบับ ทั้งกฎหมายระดับพระราชบัญญัติและ กฎหมายลำดับรอง เป็นภาษาอังกฤษอันเป็นภาษาราชการของอาเซียนให้แล้วเสร็จ และเผยแพร่ในระบบเทคโนโลยีสารสนเทศของหน่วยงานของรัฐนั้นและใน Royal Thai Government Portal ภายในปี พ.ศ. 2558 เพื่อส่งเสริมการค้าและ การลงทุนของประเทศ

3.2 ข้อเสนอแนะด้านกลยุทธ์

3.2.1 กำหนดให้หน่วยงานดังต่อไปนี้เป็นหน่วยงานกลาง ในการกลั่นกรองข้อเสนอที่หน่วยงานของรัฐมีต่อคณะรัฐมนตรีในการดำเนินการ ตามข้อเสนอแนะด้านนโยบาย

ข้อเสนอแนะ	หน่วยงานกลาง	หน่วยงานสนับสนุน
3.1.1	สำนักเลขาธิการคณะ รัฐมนตรีและสำนักงาน คณะกรรมการกฤษฎีกา	กรมเจรจาการค้าระหว่าง ประเทศ กระทรวงพาณิชย์ และกรมสนธิสัญญาและ กฎหมาย กระทรวงการ ต่างประเทศ

ข้อเสนอแนะ	หน่วยงานกลาง	หน่วยงานสนับสนุน
3.1.2	สำนักงานคณะกรรมการ กฤษฎีกา	ทุกหน่วยงาน
3.1.3	สำนักเลขาธิการคณะ รัฐมนตรี	ทุกหน่วยงาน
3.1.4	สำนักงาน ก.พ. และ สำนักงาน กพร.	ทุกหน่วยงาน
3.1.5	กระทรวงการต่างประเทศ	ทุกหน่วยงาน
3.1.6	ทุกหน่วยงาน	สำนักงานคณะกรรมการ กฤษฎีกา

3.2.2 กำหนดให้สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีปรับปรุงหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความจำเป็นในการตราพระราชบัญญัติแนบท้ายระเบียบว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการเสนอเรื่องต่อรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 ที่ออกตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการเสนอเรื่องและการประชุมคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2548 โดยกำหนดให้หน่วยงานที่เสนอร่างพระราชบัญญัติ ตรวจสอบความสอดคล้องกับพันธกรณีตามกฎหมายระหว่างประเทศที่ประเทศไทยผูกพันให้ต้องดำเนินการตามด้วย

3.2.3 โดยที่การดำเนินการตาม 3.1.1 เป็นกรณีที่ต้องดำเนินการเร่งด่วน ส่วนการดำเนินการตาม 3.1.2 เป็นการเปลี่ยนแปลงทัศนคติในการจัดทำและตรวจพิจารณาร่างกฎหมายของประเทศที่มีมาแต่เดิม อันเป็นเรื่องที่ดำเนินการได้ยาก และการแปลกฎหมายตาม 3.1.6 เป็นเรื่องที่ต้องดำเนินการโดยผู้ซึ่งมีพื้นฐานทางกฎหมายและมีความรู้ภาษาอังกฤษในระดับดีมาก สมควรกำหนดให้เป็นตัวชี้วัดในการปฏิบัติราชการ และหากไม่เป็นภาระด้านงบประมาณ สมควรกำหนดให้หน่วยงานที่ประสบความสำเร็จในการดำเนินการทั้งสามกรณีดังกล่าวได้รับเงินโบนัสพิเศษเพื่อเป็นแรงจูงใจ (Incentive) เพื่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลง (Change) ดังกล่าวด้วย

3.2.4 เพื่อให้การจัดทำหรือปรับปรุงแก้ไขกฎหมายตาม 3.1.1 ให้แล้วเสร็จภายในปี 2558 ผู้เขียนเสนอให้มีการดำเนินการตามแนวทางใดแนวทางหนึ่ง หรือหลายแนวทาง ดังต่อไปนี้

แนวทางที่หนึ่ง ออกกฎหมายกลาง (Statute Law Amendment Act) เพื่อปรับปรุงแก้ไขกฎหมายตาม 3.1.1 ทุกฉบับในคราวเดียว ซึ่งข้อดีของแนวทางนี้คือสามารถดำเนินการได้อย่างรวดเร็ว แต่มีข้อเสียคือหน่วยงานของรัฐและประชาชนอาจไม่ทราบว่ามี การแก้ไขกฎหมายเฉพาะโดยกฎหมายกลางนั้นแล้ว

แนวทางที่สอง กำหนดให้หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องเสนอร่างกฎหมายที่ปรับปรุงแก้ไขตาม 3.1.1 แต่ละฉบับ (Bill) เสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบในหลักการภายในเดือนกรกฎาคม 2556 และให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตรวจพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในเดือนมกราคม 2557 เพื่อให้รัฐสภาพิจารณาภายในเดือนกุมภาพันธ์ 2557 และประสานงานกับรัฐสภาให้พิจารณาร่างกฎหมายตาม 3.1.1 ทุกฉบับพร้อมกันไปในคราวเดียว ซึ่งข้อดีของแนวทางนี้คือทุกหน่วยงานมีโอกาสทบทวนกฎหมายที่อยู่ในความรับผิดชอบของตนโดยละเอียดและเป็นระบบ แต่อาจทำงานล่าช้าจนทำให้ไม่สามารถดำเนินการได้ตามเป้าหมาย

แนวทางที่สาม กำหนดให้หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องเสนอเฉพาะแนวทางการปรับปรุงร่างกฎหมายตาม 3.1.1 แต่ละฉบับ (Drafting Instruction) ต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบภายในเดือนพฤษภาคม 2556 และให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจัดทำร่างกฎหมายตาม Drafting Instruction ของกฎหมายแต่ละฉบับดังกล่าวให้แล้วเสร็จภายในเดือนพฤศจิกายน 2556 เพื่อให้รัฐสภาพิจารณาภายในเดือนธันวาคม 2556 พร้อมกับประสานงานกับรัฐสภาให้พิจารณาร่างกฎหมายตาม 3.1.1 ในคราวเดียว ซึ่งข้อดีของแนวทางนี้คือทุกหน่วยงานมีโอกาสทบทวนกฎหมายที่อยู่ในความรับผิดชอบของตนโดยละเอียดและเป็นระบบ โดยไม่ต้องจัดทำร่างกฎหมายเอง อันจะทำให้การจัดทำร่างกฎหมายรวดเร็วมากขึ้น

“สถานการณ์ที่ไม่ปกติ” (les circonstances exceptionnelles) ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

ดร. ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤษ์

อำนาจของตุลาการศาลปกครองในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีที่เกิดเหตุการณ์สถานการณ์ที่ไม่ปกติ มีความยืดหยุ่นมากกว่าการตรวจสอบความชอบด้วยในกรณีทั่วไป ตัวอย่างในกรณีนี้ก็เช่น หากมีวิกฤติการณ์ (les situations de crise) เกิดขึ้นแล้ว การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในขณะ เหตุการณ์ดังกล่าวจะลดหย่อนลงจากที่เคยเป็นการควบคุมในระดับสูงมา เป็นการควบคุมในระดับปกติ (หรือต่ำกว่าปกติ) ดังนั้น นอกจากเงื่อนไขในเรื่องระดับ ของความชอบด้วยกฎหมายที่ตุลาการต้องใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีแล้วความชอบ ด้วยกฎหมายของการประกาศภาวะสถานการณ์ที่ไม่ปกติของฝ่ายปกครองย่อมเป็น อีกเงื่อนไขหนึ่งที่ตุลาการศาลปกครองจะต้องหยิบยกมาพิจารณา ทั้งนี้ เนื่องมาจาก สาเหตุที่ว่า การที่ฝ่ายปกครองอ้างความมีอยู่ของสถานการณ์ที่ไม่ปกติ จะทำให้ฝ่าย

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net 27 มกราคม 2556 21:05 น.

** น.บ.เกียรตินิยมอันดับสอง จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, น.ม. กฎหมายเอกชนและธุรกิจ จาก มหาวิทยาลัยเดียวกัน, Master 2 : Droits fondamentaux และ Doctorat en droit public : mention très honorable จากมหาวิทยาลัย Auvergne แห่งประเทศฝรั่งเศส, พนักงานคดีปกครองชำนาญการ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

ปกครองปลดเปลื้องความรับผิดชอบจากการกระทำของตนในขณะนั้นได้

ในกรณีที่มีเหตุการณ์ที่ไม่สามารถคาดการณ์ได้ (*imprévisible*) ซึ่งเกิดขึ้นเป็นเฉพาะเหตุการณ์ (*pontuel*) เหตุการณ์ดังกล่าวย่อมส่งผลให้เกิดความเร่งด่วน (*urgence*) ต่อฝ่ายปกครองในการบริหารจัดการ จึงเป็นที่มาของการยกเว้นระดับความเข้มงวดของการกระทำของฝ่ายปกครองซึ่งในสภาวะปกติจะต้องอยู่ภายใต้หลักว่าด้วยการกระทำของฝ่ายปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย¹ ในบางครั้งฝ่ายปกครองอาจมีการกระทำทางปกครองใดๆที่ไม่ต้องคำนึงถึงหลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายเลยก็ได้²

ในกรณีที่เหตุการณ์ดังกล่าวเป็นเหตุการณ์ที่คาดการณ์ล่วงหน้าได้ (*prévisible*) หรือเป็นวิฤติการณ์ที่สามารถคาดการณ์ล่วงหน้าซึ่งมีกฎเกณฑ์ทางกฎหมายบัญญัติให้อำนาจฝ่ายปกครองกระทำการใดๆไว้แล้ว ฝ่ายปกครองย่อมสามารถอ้างบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวขึ้นมาเป็นข้อปลดเปลื้องความรับผิดชอบของตนได้ การกำหนดนิยาม “วิฤติการณ์ที่สามารถคาดการณ์ล่วงหน้า” จึงมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งในการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครอง และ/หรือปลดเปลื้องความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง

การศึกษาอำนาจตุลาการในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองภายใต้สถานการณ์ที่ไม่ปกติจึงอาจแบ่งการศึกษาออกเป็น 2 ส่วน คือ *ส่วนที่ 1* การศึกษาทฤษฎีสถานการณ์ที่ไม่ปกติตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษร และ *ส่วนที่ 2* การศึกษาทฤษฎีสถานการณ์ที่ไม่ปกติตามแนวคำพิพากษา

ส่วนที่ 1 การศึกษาทฤษฎีสถานการณ์ที่ไม่ปกติตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายลายลักษณ์อักษร

กฎหมายลายลักษณ์อักษรได้บัญญัติถึงกรณีที่ตั้งชื่อว่าเป็น “สถานการณ์ที่ไม่ปกติ” ไว้ 3 ประการกล่าวคือ กรณีกบฏยึดการศึกษา (*l'état de siège*) กรณีสถานการณ์

¹ ดังที่วางหลักไว้ในคำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี SGEN ลงวันที่ 9 เมษายน ค.ศ. 1976

² คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Alix ลงวันที่ 22 มกราคม ค.ศ. 1965

ฉุกเฉิน (l'état d'urgence) และกรณีตามมาตรา 16 แห่งรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสฉบับปัจจุบัน (ค.ศ. 1958) ซึ่งมีรายละเอียด ดังนี้

1.1 กรณีกฏอัยการศึก

“กฏอัยการศึก” เป็นถ้อยคำที่พบในรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 9 สิงหาคม ค.ศ. 1849³ รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 3 เมษายน ค.ศ. 1878 และมาตรา 36 แห่งรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสฉบับปัจจุบัน

เงื่อนไขในการประกาศกฏอัยการศึก คือ สถานการณ์ในขณะนั้นจะต้องเป็นเหตุอันตรายอย่างร้ายแรง (péril imminent) อันเนื่องมาจากภาวะสงคราม (กับต่างประเทศ) หรือเกิดจากการจลาจลโดยใช้อาวุธ (l'insurrection armée) ซึ่งอาจลุกลามไปเป็นการเกิดสงครามกลางเมือง (la guerre civile) หรือการยึดอำนาจ (le Coup d'Etat) การประกาศกฏอัยการศึกจะต้องกระทำโดยรัฐกฤษฎีกาที่ได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีโดยมีประธานาธิบดีเป็นผู้ลงนาม (le décret en Conseil des ministres) ระยะเวลาของสถานการณ์ไม่ปกติประเภทกฏอัยการศึกนี้ ต้องไม่เกินกว่า 12 วัน ทั้งนี้ ตามความในมาตรา 36 แห่งรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสฉบับปัจจุบัน

ผลของการประกาศกฏอัยการศึก มี 2 ประการคือ *ประการแรก* อำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยภายในประเทศจะถูกถ่ายโอนไปเป็นของฝ่ายการทหาร หากมีข้อพิพาทเกิดขึ้นในขณะนั้นก็อยู่ในอำนาจในการพิจารณาพิพากษาของศาลทหาร (les juridictions militaires) และ *ประการที่สอง* เสรีภาพของประชาชน (les libertés publiques) จะถูกจำกัดโดยรัฐ

อย่างไรก็ดี การประกาศกฏอัยการศึกจะสิ้นสุดไปหากไม่ชอบด้วยเงื่อนไขตามที่กำหนด เช่น มีระยะเวลาเกิน 12 วัน หากเป็นกฏอัยการศึกที่ออกโดยรัฐกฤษฎีกาที่ได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรีโดยมีประธานาธิบดีเป็นผู้ลงนาม หรือจากการยกเลิกรัฐกฤษฎีกาที่ผู้ก่อให้เกิดสถานการณ์ฉุกเฉินเป็นผู้ลงนาม ซึ่งต่อมารัฐกฤษฎีกานั้นไม่ได้รับความเห็นชอบหรือได้รับการบัญญัติเป็นกฎหมายแห่งกฎหมายในระดับรัฐบัญญัติ

³ ต่อมาได้รับการแก้ไขในปี ค.ศ. 1916 และ ค.ศ. 1944

1.2 กรณีสถานการณ์ฉุกเฉิน

สถานการณ์ฉุกเฉิน (*l'état d'urgence*) เป็นสถานการณ์ที่ไม่ปกติที่มีลักษณะแตกต่างจากกฎอัยการศึกเนื่องจากสถานการณ์ฉุกเฉินเป็นสภาวะการเข้าแทรกแซงของพลเรือน (*le régime civil*) ไม่ใช่จากฝ่ายทหารดังเช่นที่ปรากฏในกฎอัยการศึก กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองในการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน คือ รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 3 เมษายน ค.ศ. 1955 รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 7 สิงหาคม ค.ศ. 1955 และรัฐกำหนด⁴ ลงวันที่ 15 มกราคม ค.ศ. 1960 การกำหนดสถานการณ์ฉุกเฉินไม่ถือเป็นการยกเลิกกฎอัยการศึกที่ได้ประกาศไว้ก่อนหน้า ทั้งนี้ ตามคำวินิจฉัยคณะกรรมการรัฐธรรมนูญ คดี *Etat d'urgence en Nouvelle-Calédonie* ลงวันที่ 25 มกราคม ค.ศ. 1985

เงื่อนไขของการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน คือ สถานการณ์ในขณะนั้นจะต้องเป็นเหตุอันตรายอย่างร้ายแรง (*péril imminent*) อันเป็นภัยต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชน (*l'ordre public*) หรือเป็นกรณีที่จะก่อให้เกิดความไม่สงบอย่างร้ายแรงต่อการใช้ชีวิตอย่างเป็นปกติสุขของประชาชน ซึ่งเงื่อนไขประการที่สองนี้ มักจะถูกหยิบยกมาเทียบเคียงกับกรณีการเกิดภัยธรรมชาติอย่างร้ายแรงนั่นเอง การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเป็นอำนาจของคณะรัฐมนตรี ซึ่งรัฐสภาห้ามกำหนดระยะเวลาสถานการณ์ฉุกเฉินเกิน 12 วัน ทั้งนี้ ตามมาตรา 36 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน

ผลของการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินทำให้ผู้ว่าราชการจังหวัดและศาลทหารมีอำนาจในการป้องกันมิให้เกิดการกระทำผิดกฎหมาย (*le pouvoir de police*) มากกว่ากรณีปกติ อย่างไรก็ตาม มาตรการใดๆที่ฝ่ายปกครองดำเนินการไปในขณะสถานการณ์ฉุกเฉินถือเป็นมาตรการที่สามารถนำมาฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้

⁴ รัฐกำหนด (*l'ordonnance*) ในฝรั่งเศสจะออกได้ต่อเมื่อฝ่ายบริหารได้รับอนุมัติจากรัฐสภา ก่อน โดยรัฐสภาจะต้องออกรัฐบัญญัติมอบอำนาจ (*la loi d'habilitation*) ให้ฝ่ายบริหารออกรัฐกำหนดในเรื่องและภายในกำหนดเวลาที่ระบุไว้

ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้ ทั้งนี้ ตามคำพิพากษาสภาแห่งรัฐคดี Mme Dagostini ลงวันที่ 25 กรกฎาคม ค.ศ. 1985

การสิ้นสุดไปของการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเป็นไปในทำนองเดียวกับ การสิ้นสุดของการประกาศกฎอัยการศึก และสถานการณ์ฉุกเฉินจะสิ้นสุดภายใน 15 วัน หากคณะรัฐบาลที่ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินลาออกหรือมีการยุบสภา

1.3 สถานการณ์ไม่ปกติตามความในมาตรา 16 แห่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน

เงื่อนไขในการใช้อำนาจตามมาตรา 16 แห่งรัฐธรรมนูญ คือ อำนาจในการบริหารจัดการประเทศในกรณีปกติได้รับการกระทบกระเทือน อันเนื่องมาจากเกิดเหตุการณ์กระทบกระเทือนต่อสถาบันแห่งสาธารณรัฐ (les institutions de la République) หรือความอิสระของชาติ (l'indépendance de la Nation) หรือเกิดกับดินแดน (l'intégralité de son territoire) หรือการดำเนินการตามข้อตกลงระหว่างประเทศเป็นผลให้เกิดการคุกคามอย่างรุนแรงและทันใด ซึ่งหากเข้าตามเงื่อนไขสองประการดังกล่าวมาแล้วจะเป็นว่าประธานาธิบดีมีอำนาจในการออกคำสั่ง(แต่เพียงผู้เดียว)ในการออกมาตรการใดๆเพื่อมาดำเนินการให้เกิดความสงบ ซึ่งอำนาจตัดสินใจของประธานาธิบดีตามความในมาตรา 16 นี้ไม่ถือเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง ดังนั้น จึงไม่สามารถฟ้องต่อศาลปกครองได้

อย่างไรก็ดี ภายหลังจากการแก้ไขรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. 2008 ได้มีการแก้บทบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวไว้ว่า หากภายในสามสิบวันนับแต่ได้มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินแล้ว พบว่าการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ประธานรัฐสภา ประธานวุฒิสภา สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จำนวน 60 คนหรือสมาชิกวุฒิสภาจำนวน 60 คน สามารถยื่นฟ้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินดังกล่าวได้

คำสั่งที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 16 ถือเป็นคำสั่งที่มี 2 ลักษณะ คือ มีลักษณะเป็นการกระทำการในเชิงออกกฎหมาย (l'acte législatif) ซึ่งอยู่

นอกเหนือการตรวจสอบขององค์กรฝ่ายตุลาการ⁵ คำสั่งดังกล่าวยังมีลักษณะเป็นการออกกฎ (*le domaine réglementaire*) ซึ่งคำสั่งในลักษณะนี้อยู่ภายใต้การตรวจสอบขององค์กรฝ่ายตุลาการ

2. การศึกษาทฤษฎีสถานการณ์ที่ไม่ปกติตามแนวคำพิพากษาของศาล

ทฤษฎีว่าด้วย “อำนาจยามสงคราม” หรือ “สถานการณ์ที่ไม่ปกติ” นั้น เป็นทฤษฎีที่เป็นพื้นฐานของกฎอัยการศึก สถานการณ์ฉุกเฉินและสถานการณ์ไม่ปกติดังที่กล่าวมาแล้วในข้อ 1 ทฤษฎีดังกล่าวส่งผลให้การกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในสภาวะการณ์ปกติกลายเป็นการกระทำทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุที่ว่ากรกระทำนั้นจะต้องเป็นการกระทำที่เป็นไปเพื่อการรักษาความสงบเรียบร้อยและรักษาความต่อเนื่องในการให้บริการสาธารณะ ทฤษฎีนี้เป็นทฤษฎีที่สภาแห่งรัฐวางหลักไว้ในคำพิพากษาช่วงสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง เพื่อให้การกระทำของฝ่ายปกครองในช่วงดังกล่าวเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย จึงอาจกล่าวได้ว่าทฤษฎีว่าด้วยสถานการณ์ไม่ปกติอาจถูกหยิบยกมาปรับใช้เพื่อให้การกระทำทางปกครองที่ฝ่ายปกครองได้กระทำไปแล้วนั้นเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย

2.1 ความหมายของ “สถานการณ์ที่ไม่ปกติ”

สภาแห่งรัฐวางหลักเกี่ยวกับ “สถานการณ์ที่ไม่ปกติ” ไว้หลายกรณีด้วยกัน ตัวอย่างแรกคือ การนำ “สถานการณ์ไม่ปกติ” มาใช้ในเหตุการณ์ยามสงคราม คำพิพากษาลักษณะนี้พบในช่วงปี ค.ศ. 1914-1918 และช่วง ค.ศ. 1939-1945 ซึ่งเป็นคำพิพากษาที่มีความในเชิงขยายไปจากทฤษฎีเรื่องดังกล่าวค่อนข้างมาก กล่าวคือ ในเริ่มแรกเป็นการตีความภายหลังจากการสงคราม (*des suites de la guerre*)⁶ ต่อมาเป็นการตีความเรื่องวิกฤติการณ์ในช่วงสงครามสงบ (*les périodes critiques en temps de paix*)⁷ ต่อมาเป็นการให้ความหมายเรื่องสถานการณ์ที่ไม่ปกติโดย

⁵ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี *Rubin de Servens* ลงวันที่ 2 มีนาคม ค.ศ. 1962

⁶ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี *Ch.synd. xxx* ลงวันที่ 27 มิถุนายน ค.ศ. 1924

⁷ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี *Cotte* ลงวันที่ 31 ตุลาคม ค.ศ. 1924

ใช้หลักว่าเป็นสถานการณ์ที่ไม่ปกติที่มีความเป็นพิเศษ (le circonstance exceptionnelle particulière) แทนที่จะใช้คำว่าสถานการณ์ที่ไม่ปกติแบบทั่วไป (le circonstance exceptionnelle générale)⁸ ซึ่งเป็นการตีความอันเนื่องมาจากภาวะภูเขาไฟระเบิดที่จังหวัดกัวดาลูป⁹

อย่างไรก็ดี ไม่ว่าจะศาลจะตีความ “สถานการณ์ที่ไม่ปกติ” ไว่เช่นไรก็ตาม แต่การตีความทุกครั้งของศาลก็จะต้องพิจารณาเงื่อนไข 2 ประการ คือ การคำนึงหลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมาย (le principe de légalité) และการคำนึงถึงขอบเขตของการอำนาจในการควบคุมของตน ยิ่งไปกว่านั้น ศาลจะต้องพิจารณาด้วยว่าสถานการณ์ดังกล่าวเป็น “สถานการณ์ที่ไม่ปกติ” อย่างแท้จริง ทั้งนี้เนื่องมาจากเหตุผลที่ว่าสถานการณ์ที่ไม่ปกติไม่ใช่สถานการณ์ที่เกิดขึ้นได้เป็นการทั่วไปโดยตัวของมันเอง (la circonstance exceptionnelle par nature) แต่เป็นสถานการณ์ที่ศาลเป็นผู้กำหนดนิยามโดยพิจารณาจากเหตุการณ์แวดล้อมที่เกิดขึ้น แม้ว่าจะมีการกล่าวถึง “สถานการณ์ที่ไม่ปกติ” เอาไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่สมภาวะณ์ดังกล่าวก็มีได้หมายความว่า จะนำเรื่อง “สถานการณ์ที่ไม่ปกติ” มาปรับใช้ได้กับทุกกรณี เช่น กรณีตามคำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Oriano ลงวันที่ 24 ตุลาคม ค.ศ. 1964 ซึ่งมีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการให้ข้าราชการผู้หนึ่งพักงานเป็นกรณีพิเศษ (un congé spécial) โดยมีได้บอกกล่าวกับข้าราชการผู้นั้นล่วงหน้า สถานการณ์ดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นสถานการณ์ที่ไม่ปกติ ดังนั้น อาจสรุปได้ว่านิยามของ “สถานการณ์ที่ไม่ปกติ” มักเป็นกรณีที่สถานการณ์ดังกล่าวเป็นสถานการณ์ที่ไม่ธรรมดา (anormale) และเป็นสถานการณ์ที่ร้ายแรง (grave) เช่น กรณีสถานการณ์ที่ก่อให้เกิดความหายนะ (cataclysm) การหยุดงานทั่วไปที่มีผลทำให้ประเทศเป็นอัมพาต¹⁰ หรือเป็นกรณีที่เกิดสถานการณ์ฉุกเฉินเป็นอย่างยิ่ง (l'urgence

⁸ คำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Rodes ลงวันที่ 18 พฤษภาคม ค.ศ. 1983

⁹ เป็นหนึ่งในจังหวัดโพ้นทะเลของฝรั่งเศส เช่นเดียวกับ กูยาน (Guyane) มาตินิก (Martinique) มายอท์ (Mayotte) ลา เรอูยง (La Réunion)

¹⁰ ทั้งนี้ ตามคำพิพากษาศาสนาแห่งรัฐ คดี Jarrigion ลงวันที่ 18 เมษายน ค.ศ. 1947

extrême)¹¹

อนึ่ง จะต้องไม่สับสนระหว่างสถานการณ์ที่ไม่ปกติกับสถานการณ์เฉพาะ (la circonstance particulière) ซึ่งศาลจะกำหนดให้ใช้มาตรการทางตำรวจ (le mesure de police)¹²

2.2 การควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองในช่วงสถานการณ์ที่ไม่ปกติ

สภาแห่งรัฐได้มีการตีความเกี่ยวกับการควบคุมการกระทำของฝ่ายปกครองในช่วงสถานการณ์ที่ไม่ปกติควบคู่ไปกับการกำหนดนิยามของสถานการณ์ที่ไม่ปกติ โดยมีข้อพิจารณา 2 ประการ

การพิจารณาประเด็นแรก คือ ข้อพิจารณาที่ว่าฝ่ายปกครองไม่สามารถอ้างเหตุผลเรื่องของการมีอยู่ของสถานการณ์ที่ไม่ปกติมาเป็นข้ออ้างเพื่อให้การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของตนเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายไปได้ ดังนั้น ศาลจึงมีอำนาจในการตรวจสอบการกระทำดังกล่าวของฝ่ายปกครองเสมอว่า ในท้ายที่สุดแล้ว การกระทำของฝ่ายปกครองในครั้งนั้นเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งก็จะไม่ใช่วิธีอื่นใดนอกเหนือไปจากการตรวจสอบว่าฝ่ายปกครองได้นำหลักความชอบด้วยกฎหมายนั้นมาใช้โดยครบถ้วนหรือไม่ การกระทำดังกล่าวมีผลเช่นไรกับบริการสาธารณะหรือมีผลกระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือไม่¹³ ซึ่งหากฝ่ายปกครองสามารถพิสูจน์ถึงเหตุต่างๆ ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นนี้ได้ครบถ้วน

การพิจารณาประเด็นที่สอง คือ การพิจารณาว่าอาจมีข้อจำกัดบางประการในการใช้มาตรการใดๆ ของฝ่ายปกครองในสถานการณ์ที่ไม่ปกติ ซึ่งในบางครั้งพบว่าข้อจำกัดบางประการนั้นกลายมาเป็นเงื่อนไขให้ฝ่ายปกครองสามารถ

¹¹ ทั้งนี้ ตามคำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ คดี Synd. CFDT des P et T du Haut-Rhin ลงวันที่ 18 เมษายน ค.ศ. 1947

¹² คำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นแห่งเมือง Versailles คดี Soc. Fun Productions ลงวันที่ 25 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1992

¹³ คำพิพากษาศาลาแห่งรัฐ คดี Soc. Damien ลงวันที่ 28 มีนาคม ค.ศ. 1947

กระทำการใดๆ ที่ชอบด้วยกฎหมายในสถานการณ์ที่ไม่ปกตินั้นได้ ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ (ที่ประชุมใหญ่) คดี Laugier ลงวันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ. 1948 ซึ่งเป็นกรณีของการออกมาตรการทางนิติบัญญัติบางประการขึ้นมาในช่วงเหตุการณ์ยกพลขึ้นบกของฝ่ายสัมพันธมิตรในสมัยสงครามโลกครั้งที่สอง หรือกรณีที่ผู้มีอำนาจกระทำการมอบอำนาจให้หน่วยงานที่มีหน้าที่จัดเก็บภาษีเทศบาลกระทำการใดๆ ในช่วงอุทกภัย (le débâche)¹⁴ ซึ่งแม้ว่าจะมีการมอบอำนาจที่ผิดแบบ (le vice de forme) จากการมอบอำนาจดังกล่าว ก็ถือว่าการมอบอำนาจนั้นยังคงเป็นการมอบอำนาจที่ถูกต้องตามกฎหมาย¹⁵

อาจกล่าวได้ว่า สถานการณ์ที่ไม่ปกติเป็นเหตุผลที่ทำให้มาตรการใดๆ ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกลายเป็นมาตรการที่ชอบด้วยกฎหมายได้ ดังนั้น มาตรการใดๆ ที่ฝ่ายปกครองกระทำลงไปในขณะที่สถานการณ์ที่ไม่ปกตินั้นก็จะมีลักษณะเป็นมาตรการที่ผิดกฎหมายในแบบปกติ (แบบทั่วไป) ซึ่งศาลปกครองมีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบอยู่แล้ว¹⁶ ซึ่งข้อความคิดดังกล่าวส่งผลถึงการปราศจากอำนาจของฝ่ายปกครองในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำใดๆ ที่มีความร้ายแรงเป็นอย่างยิ่ง เช่น ซึ่งก็คือการปฏิเสธไม่ทำการบังคับตามคำพิพากษาของศาลอันถือเป็นการกระทำอันร้ายแรงที่มีวัตถุประสงค์ในการล้มล้างการแบ่งแยกอำนาจ (le séparation de pouvoir)¹⁷ การยับยั้งการบังคับใช้รัฐธรรมนูญในช่วงภาวะสงคราม¹⁸ และยังหมายความรวมถึงมาตรการใดๆ ของตำรวจที่ถือเป็นมาตรการที่ร้ายแรงอันกระทบต่อเสรีภาพของประชาชน (la liberté publique)

¹⁴ ตามคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Marion ลงวันที่ 7 มกราคม ค.ศ. 1944

¹⁵ ทั้งนี้ ตามคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Courrent ลงวันที่ 16 พฤษภาคม ค.ศ. 1941

¹⁶ คำพิพากษาศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล คดี Dame de la Murette ลงวันที่ 27 มีนาคม ค.ศ. 1952

¹⁷ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Couitéas ลงวันที่ 30 พฤศจิกายน ค.ศ. 1923 ดังนั้นจึงอาจถือได้ว่า แม้จะมีการออกกฎกระทรวง (le décret) เพื่อประกาศภาวะสงครามในปี ค.ศ. 1914 ก็ตาม แต่การดำเนินการทางฝ่ายนิติบัญญัติก็ยังคงต้องดำเนินการดังเช่นที่ปรากฏในภาวะปกติ

¹⁸ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Heyriès ลงวันที่ 28 มิถุนายน ค.ศ. 1918

อีกด้วย เช่น การจับ การฟ้องขับไล่หรือการขับออกนอกราชอาณาจักร (l'expulsion)¹⁹ การยึดทรัพย์ (la réquisitions)²⁰ หรือกรณีคำสั่งห้ามเด็ดขาดที่บังคับใช้กับประชาชนทุกคน²¹

อย่างไรก็ดี ศาลถือว่าฝ่ายปกครองเองก็มีข้อจำกัดในการนำหลักเรื่องสถานการณ์ที่ไม่ปกติมาบังคับใช้ 3 ประการด้วยกัน *ประการแรก* คือ ข้อจำกัดในเรื่องระยะเวลาของสถานการณ์ที่ไม่ปกติ ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ (คณะพิเศษ) คดี Andriamisera ลงวันที่ 7 มกราคม ค.ศ. 1955 ดังนั้น คำสั่งของฝ่ายปกครองที่กระทำลงไปขณะที่เกิดสถานการณ์หนึ่งแต่ไม่ได้มีช่วงเวลาเริ่มต้นและสิ้นสุดของสถานการณ์นั้นจึงถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่จะต้องถูกตรวจสอบดังเช่นกรณีปกติ²² หรือกรณีที่ฝ่ายปกครองจะต้องออกมาตรการใดๆในระหว่างช่วงเวลาสถานการณ์ที่ไม่ปกติ และช่วงเวลาดังกล่าวนั้นได้ผ่านเลยไปแล้วทำให้ฝ่ายปกครองปราศจากอำนาจดังกล่าว²³ *ประการที่สอง* คือ ข้อจำกัดที่ว่าการกระทำในระหว่างสถานการณ์ไม่ปกติของฝ่ายปกครองย่อมถูกตรวจสอบได้ กล่าวคือ ศาลจะเข้ามาตรวจสอบว่าการกระทำของฝ่ายปกครองนั้นไม่ได้เกินกว่าความจำเป็นที่ต้องกระทำในระหว่างสถานการณ์ที่ไม่ปกตินั้นเอง ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Dame Dol et Laurent ลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1919 และ Jarrigion ลงวันที่ 18 เมษายน ค.ศ. 1947 ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ฝ่ายปกครองจะดำเนินการตรวจสอบความได้สัดส่วน (un contrôle de proportionnalité) ว่าการกระทำดังกล่าวของฝ่ายปกครองนั้นเป็นการกระทำที่มีวัตถุประสงค์เกินกว่าเหตุหรือไม่²⁴

¹⁹ ตามคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Dame Dol et Laurent ลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1919 ซึ่งมีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการขับไล่เด็กหญิงสองคนออกจากค่ายผู้อพยพ กรณีดังกล่าวถือเป็นอำนาจของศาลทหารในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย

²⁰ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Marion ลงวันที่ 5 มีนาคม ค.ศ. 1948

²¹ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Delmotte et Senmartin ลงวันที่ 6 สิงหาคม ค.ศ. 1915

²² คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Delle Idessesse ลงวันที่ 19 พฤษภาคม ค.ศ. 1944

²³ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Consorts Perrin ลงวันที่ 10 กุมภาพันธ์ ค.ศ. 1950

²⁴ ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Canal, Robin et Godot ลงวันที่ 19 ตุลาคม ค.ศ. 1962

ประการที่สาม คือ ข้อจำกัดในเรื่องของการควบคุมโดยศาลที่มีพื้นฐานความคิดว่า แม้ว่าการกระทำดังกล่าวในระหว่างสถานการณ์ไม่ปกติจะเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีปกติก็ตาม แต่หากการกระทำนั้นก่อให้เกิดความเสียหาย ฝ่ายปกครองก็มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบในกรณีดังกล่าวด้วย โดยศาลจะหยิบยกแนวความคิดในเรื่องความรับผิดที่ค่อนข้างเอื้อประโยชน์ให้แก่ผู้เสียหายมาปรับใช้ในกรณีนี้ ซึ่งหมายความว่า ความรับผิดโดยปราศจากความผิด (la responsabilité sans faute) นั้นเอง

บทสรุป

แม้ว่ากฎหมายจะมีบทบัญญัติเรื่องสถานการณ์ที่ไม่ปกติที่ค่อนข้างละเอียดชัดเจนแล้วก็ตาม แต่ก็พบว่าศาลปกครองมีบทบาทสำคัญในการตีความ วางหลัก และกำหนดการเยียวยาความเสียหายที่เกิดจากเหตุดังกล่าว สิ่งสำคัญอีกประการหนึ่งที่ต้องหยิบยกมาพิจารณาเสมอในการศึกษาเรื่องสถานการณ์ที่ไม่ปกติคือ ความเข้าใจที่ว่าการกำหนดนิยามของสถานการณ์ไม่ปกติเป็นหน้าที่ของศาล โดยจะพิจารณาจากเหตุการณ์แวดล้อมที่เกิดขึ้น ซึ่งแม้ว่าจะมีการกล่าวถึง “สถานการณ์ที่ไม่ปกติ” เอาไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่สภาวะการดังกล่าวก็มีได้หมายความว่า จะนำเรื่อง “สถานการณ์ที่ไม่ปกติ” มาปรับใช้เพื่อเป็นการเอื้อประโยชน์ให้การกระทำใดของฝ่ายปกครอง (ซึ่งในช่วงเวลาปกติถือเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย) ในช่วงเวลาดังกล่าวเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายขึ้นมาได้ การพิจารณาเรื่องสถานการณ์ที่ไม่ปกติจึงเป็นอีกหนึ่งตัวอย่างที่แสดงให้เห็นถึงบทบาทที่สำคัญของศาลในการสร้างหลักกฎหมายในเรื่องต่างๆ ให้ชัดเจนและเหมาะสมสอดคล้องกับสภาวะเหตุการณ์

สภาพลเมือง กับประชาธิปไตยแบบปรึกษาหารือ*

คุณชำนาญ จันทร์เรือง**

แม้ว่าร่าง พรบ.ระเบียบบริหารราชการเชียงใหม่หนนครฯ จะยังไม่ได้มีผลออกมาบังคับใช้เพราะยังอยู่ระหว่างการรวบรวมรายชื่อเพื่อเสนอกฎหมายต่อสภาฯ แต่สภาพลเมืองเชียงใหม่หนนครซึ่งเป็นส่วนหนึ่งในโครงสร้างของเชียงใหม่หนนครในร่าง พรบ.ฯ ได้มีการทดลองนำมาปฏิบัติแล้ว เมื่อวันที่ 27 มกราคม 2556 ที่ผ่านมา ซึ่งแสดงให้เห็นถึงความเข้มแข็งของภาคพลเมืองเชียงใหม่

สภาพลเมืองคืออะไร

สภาพลเมือง (Civil Juries หรือ Citizen Juries) เป็นรูปแบบที่ใช้ในสหรัฐอเมริกามาตั้งแต่ทศวรรษ 70s โดยมีการคัดเลือกลูกขุนมาจำนวนหนึ่งเพื่อทำหน้าที่พิจารณากิจกรรมต่างๆ ซึ่งอาจจะใช้ระยะเวลาไม่นานแล้วแต่ภารกิจโดยสภาพลเมืองนี้จะเป็นตัวแทนของกลุ่มผลประโยชน์ต่างๆ (Interest Groups) โดยคณะลูกขุน (ซึ่งในร่าง พรบ.เชียงใหม่หนนครฯ ใช้คำว่า “สภาพลเมือง” แทนเพื่อมิให้สับสนกับคำว่าลูกขุนในระบบศาล) จะทำหน้าที่ฟังการอธิบายหรือการชี้แจงของฝ่ายต่างๆ รวมทั้งซักถามและฟังเหตุผลของแต่ละฝ่าย โดยเรื่องราวต่างๆ ที่จะเข้าสู่สภาพลเมืองนี้จะป็นเรื่องราวที่เกี่ยวข้องกับนโยบายสาธารณะที่จะต้องร่วมกัน

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net 10 กุมภาพันธ์ 2556 18:31 น.

** นักวิชาการอิสระ

ตัดสินใจโดยใช้หลักของการมีฉันทามติร่วมกัน (concensus) แทนการโหวตเพื่อเอาแพ้เอาชนะ

สภาพลเมืองในร่าง พรบ.ระเบียบบริหารราชการเชียงใหม่มหานครฯ บัญญัติไว้เพื่อคอยถ่วงดุล ตรวจสอบ ฝ่ายบริหารหรือผู้ว่าเชียงใหม่มหานคร และฝ่ายออกข้อบัญญัติหรือสภาเชียงใหม่มหานคร พร้อมทั้งกำหนดวิสัยทัศน์ของเชียงใหม่มหานคร ตลอดจนปัญหาที่เกิดหรือจะเกิดขึ้นของนโยบายสาธารณะ โดยมีศักดิ์ศรีเท่ากับอีก 2 ฝ่าย คือผู้ว่าเชียงใหม่มหานคร และสภาเชียงใหม่มหานคร แต่มีที่มาแตกต่างจาก 2 ฝ่ายนั้นที่มาจาก การเลือกตั้งโดยตรง แต่สภาพลเมืองมาจากการคัดเลือกหรือเลือกตั้งจากตัวแทนกลุ่มผลประโยชน์ต่างๆ ซึ่งแล้วแต่กลุ่มต่างๆ จะมีวิธีการได้มาอย่างไร ในลักษณะของการทำงานด้วย “จิตอาสา” ที่สำคัญก็คือ จะมาตอบใจเหตุสำหรับคนที่เปื้อนหน่วยประชาธิปไตยแบบตัวแทน (Representative Democracy) โดยใช้วิธีที่เรียกว่า ประชาธิปไตยแบบปรึกษาหารือ (Deliberative democracy) (สามารถค้นคว้าเพิ่มเติมได้ที่ <http://www.pub-law.net/publaw/view.aspx?id=1515>)

ประชาธิปไตยแบบปรึกษาหารือคืออะไร

ประชาธิปไตยแบบปรึกษาหารือ (Deliberative democracy) มีชื่อเรียกในภาษาไทยหลากหลาย เช่น ประชาธิปไตยแบบปรึกษาหารือแบบมีวิจารณ์ญาณ ประชาวิจารณ์ญาณ ประชาธิปไตยแบบใคร่ครวญ ประชาธิปไตยแบบถกเถียง ประชาธิปไตยแบบไตร่ตรอง ประชาธิปไตยแบบสานเสวนาหาทางออก ฯลฯ แต่ผมชอบใช้คำว่าประชาธิปไตยแบบปรึกษาหารือเพราะมีความหมายค่อนข้างตรงตัวและกระชับ

ประชาธิปไตยแบบปรึกษาหารือเป็นพัฒนาการของประชาธิปไตยที่จะปิดช่องว่างหรือจุดอ่อนของประชาธิปไตยแบบตัวแทนที่ประชาชนมีส่วนร่วมเฉพาะเพียงขั้นตอนการลงคะแนนเสียงเท่านั้น โดยหลังจากนั้นก็ปล่อยให้เป็นที่ของผู้แทนที่ตนเลือกเข้าไปโดยไร้อำนาจการต่อรองหรือบทบาททางการเมืองอื่นใดและมีปัญหาในเรื่องการซื้อสิทธิขายเสียงกันอย่างมากมายในประเทศด้อยพัฒนาทั้งหลาย

ประชาธิปไตยแบบปรึกษาหารือได้เริ่มต้นมาตั้งแต่ช่วงต้นศตวรรษที่ 20 ในรูปแบบของการประชุม New England town meeting โดยมีการใช้รูปแบบของการปรึกษาหารือ (Deliberative Practices) มาใช้ในการจัดเวทีพูดคุย (Club and Forum Series) แต่ก็ต้องหยุดชะงักไปในช่วงสงครามโลกครั้งที่สอง แต่ปัจจุบันได้ทวนกลับมาใหม่โดยการใช้เทคโนโลยีสมัยใหม่เข้ามาร่วมในการพูดคุยสนทนาและปรึกษาหารือ (Dialogue and Deliberation)

ประชาธิปไตยแบบปรึกษาหารือคือการสนทนาหรือแลกเปลี่ยนเพื่อหาทางเลือก มิใช่การโต้แย้งเพื่อเอาชนะ โดยการทำให้การตัดสินใจในเรื่องราวหรือประเด็นต่างๆ ของสาธารณะทุกระดับผ่านกระบวนการไตร่ตรองบนทางเลือกที่รอบด้านของผู้มีส่วนได้เสีย และคนที่เกี่ยวข้อง โดยข้อเสนอทางเลือกหรือทางออกนั้นเกิดจากพื้นฐานของข้อมูล ความรู้ และข้อเท็จจริง มิใช่เป็นเพียงความเห็นลอยๆ เพื่อให้ได้ผลลัพธ์ที่น่าเชื่อถือ (Credible Results) และต้องเป็นการกระทำที่เปิดเผยและเป็นสาธารณะ (Public Act)

ประชาธิปไตยแบบปรึกษาหารือเป็นการมาคิดร่วมกัน ทำให้ต้องฟังว่าผู้มาร่วมสนทนานั้นคิดอย่างไร เพื่อดูว่ามีอะไรใหม่ๆ ทั้งด้านความคิด มุมมอง เพื่อหาจุดที่จะมีความคิดเห็นร่วมกัน แม้ในบางครั้งอาจจะยังแก้ปัญหาไม่ได้ แต่อย่างน้อยก็เกิดความเข้าใจร่วมกันเพื่อนำไปสู่แนวทางในการแก้ไขปัญหาต่อไป

สภาพลเมืองเชียงใหม่มหานคร

สภาพลเมืองเชียงใหม่มหานครได้ทดลองเปิดประชุมไปแล้ว 1 ครั้ง ในหัวข้อที่เกี่ยวกับวาระขนส่งสาธารณะ ซึ่งก็ได้ความคิดเห็นที่มีประโยชน์และสามารถนำไปปฏิบัติได้ และจะมีการเปิดประชุมอีกเป็นครั้งที่ 2 ในวันอาทิตย์ที่ 17 กุมภาพันธ์ 2556 เวลา 16.00 น. ที่อาคารพุทธสถานเชียงใหม่ ในหัวข้อ “จากคุ้มสู่ออก จากคอกสู่อะไร” ซึ่งจะเป็นร่วมกันหาทางออกในประเด็นที่ยังไม่ชัดเจนและยังมีข้อโต้แย้งมากมายจากการที่คณะรัฐมนตรีได้อนุมัติงบประมาณให้เรืออโนตติเรอจำเชียงใหม่ที่สร้างทับเวียงแก้วที่เชื่อกันว่าเป็นพระราชวังเดิมของเจ้าผู้ครองนครเชียงใหม่ ว่าควรจะมีทิศทางไปในแนวทางใด เพราะบ้างก็อยากให้สร้างเป็นพิพิธภัณฑ์

บ้างก็อยากให้สร้างเป็นพุทธอุทยานคล้ายๆ พุทธมณฑล บ้างก็อยากให้สร้างเป็นสวนสาธารณะ บ้างก็อยากให้ทำเป็นช่วง (ลาน) เอนกประสงค์ ฯลฯ หาข้อยุติไม่ได้

ฉะนั้น จึงจะได้มีการเปิดประชุมสภาพลเมืองเชียงใหม่ในประเด็นดังกล่าวนี้ โดยจะได้เชิญผู้ที่มีความรู้ในด้านต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นประวัติศาสตร์ โบราณคดี สังคมวิทยา รัฐศาสตร์ นิติศาสตร์ ฯลฯ มาให้ความรู้ก่อนสั้นๆ ประกอบการนำเสนอญัตติที่จะเสนอโดยเครือข่ายบ้านชุมชนเมืองเย็น แล้วจึงเปิดให้มีการอภิปรายแลกเปลี่ยนกันคนละไม่เกิน 3 นาที หากมีประเด็นที่จะต้องให้ผู้ทรงคุณวุฒิอธิบายก็จะมีการแทรกเป็นระยะๆ ซึ่งผมเชื่อว่าจะเป็นการเปิดห้องเรียนประชาธิปไตยแบบปรึกษาหารือที่น่าสนใจเป็นอย่างยิ่ง และที่สำคัญคือจะสามารถนำฉันทามติจากประชุมไปเป็นทางออกในการแก้ไขปัญหาต่อไป

ไม่มีประเทศไหนในโลกที่ประชาธิปไตยระดับชาติเข้มแข็งโดยประชาธิปไตยในระดับท้องถิ่นยังไม่เข้มแข็งหรือครับ

การ “คืนอำนาจ” ให้กับท้องถิ่นเพื่อจัดการตนเองที่ชาวเชียงใหม่พยายามจัดทำร่าง พรบ.ระเบียบบริหารราชการเชียงใหม่มหานครฯ ซึ่งประกอบไปด้วยสภาพลเมืองนี้ แม้ว่าจะเป็นก้าวเล็กๆ แต่นับได้ว่าเป็นก้าวที่ยิ่งใหญ่ของการบริหารราชการแผ่นดินไทยนับแต่การปฏิรูปฯ พ.ศ. 2435 เลยทีเดียว

ระบบเผด็จการทหาร และ ระบบเผด็จการ โดยพรรคการเมืองนายทุน ต่างก็ไม่ใช่ “ระบอบประชาธิปไตย” ด้วยกัน (หน้าที่ 1)*

ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรสุมบุรณ์

การบรรยายในวันนี้ เป็นการบรรยายครั้งแรกของ วิทยาลัยรัฐธรรมนุญ และวิทยาลัยฯ ได้กำหนดให้ผมพูด ในหัวข้อที่ว่าด้วย “กฎหมายมหาชน กับ ทิศทางของประเทศไทย”

แต่ก่อนอื่น ผมคิดว่า ก่อนที่เราจะรู้ว่า “ทิศทาง” ของกฎหมายมหาชนของ ประเทศไทย จะไปทางไหน เราคงต้องมาทำความเข้าใจกันเสียก่อนว่า เราเข้าใจความหมายของ คำว่า “กฎหมายมหาชน” ตรงกันหรือไม่ใช่ปล่อยให้ผมพูดกัน ไปตั้งนานแล้ว ท่านผู้ฟังการบรรยายอาจสงสัยว่า สิ่งที่ผมบรรยายนั้น ไม่เห็นว่าจะ เป็น “ปัญหาที่เกี่ยวกับกฎหมาย (มหาชน)” ตรงไหน หรือแม้แต่ท่านผู้ฟัง การบรรยาย จะเห็นว่าสิ่งที่ผมพูดเป็น “ปัญหากฎหมาย (มหาชน)” แต่ท่านผู้ฟังฯ ก็อาจคิดว่า “ปัญหากฎหมาย” ก็ดูไม่ใช่เรื่องยากเย็นอะไร เพียงแต่ส่ง “ปัญหา” ไปให้ศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครอง ดีความหรือวินิจฉัย เรื่องก็ยุติได้

และเพราะว่าเรา (คนไทย) เข้าใจความหมายของคำว่า “กฎหมายมหาชน” ง่ายๆ กันอย่างนี้แหละครับ ที่ทำให้คนไทยและประเทศไทย

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net 25 กุมภาพันธ์ 2556 15:02 น.

ต้องตกอยู่ในสภาพเลวร้ายเช่นในขณะนี้

เรามีเวลาเพียง 3 ชั่วโมง ผมเองก็ไม่แน่ใจว่า ผมจะทำความเข้าใจกับท่าน ที่มาฟังคำบรรยายในวันนี้ ได้ดีแค่ไหน เพราะ “ปัญหาการเมืองของประเทศไทย” นั้น ไม่ได้อยู่ในขั้นปกติ แต่อยู่ในขั้นวิกฤติ เพราะเราปล่อยปละละเลย ในการทำความเข้าใจกับปัญหา (กฎหมายมหาชน) และการแก้ปัญหาที่มานาน หรืออาจพูดได้ว่า เรา (คนไทย) ไม่เคยคิดจะทำความเข้าใจ กับ “ปัญหา” เหล่านี้เลย ก็ว่าได้ ; และผมเชื่อว่า คนไทยจะหา “ทางออก” จากปัญหาการเมืองของเราไม่ได้เลย ถ้าไม่เข้าใจ คำว่า “กฎหมายมหาชน”

แต่อย่างไรก็ตาม ผมก็จะพยายามอย่างดีที่สุดในการบรรยายในวันนี้ และ เพื่อที่จะเข้าใจความหมายของ คำว่า “กฎหมายมหาชน” ที่แท้จริง และผมคิดว่า วิธีที่ดีที่สุด เราคงจะต้องเริ่มศึกษาจากเหตุการณ์จริงๆ ให้เป็น “กรณีตัวอย่าง - case study” ที่มองเห็นได้จริง

ในเวลาบรรยาย 3 ชั่วโมง ผมก็จะแบ่งการบรรยายเป็น 3 ตอน ตอนละประมาณ 1 ชั่วโมง โดยจะพยายามสรุปในแต่ละตอน ให้สั้นที่สุดเท่าที่จะทำได้

ตอนแรก “(ทั้ง) ระบบเผด็จการทหาร และ (ทั้ง) ระบบเผด็จการโดยพรรคการเมืองนายทุน” ต่างก็ไม่ใช่ “ระบอบประชาธิปไตย” ด้วยกัน

ตอนที่สอง การเปรียบเทียบ “การปฏิรูปการเมือง” ของประเทศไทย กับ “การปฏิรูปการเมือง” ประเทศญี่ปุ่น ในยุคเดียวกัน คือ ในสมัยรัชกาลที่ 5 (ค.ศ. 1869 ถึง ค.ศ. 1911) รวมเวลา 42 ปี

ตอนที่สาม (ซึ่งเป็นตอนสำคัญ) คือ ผมเห็นว่า ประเทศไทยเป็นประเทศที่ไม่มีทิศทางของกฎหมายมหาชน และเป็นประเทศที่ไม่มีอนาคต เพราะประเทศไทย ไม่รู้จัก “กฎหมายมหาชน” โดยแบ่งเป็น 3 หัวข้อ ดังนี้

3.1 “กฎหมายมหาชน” และ “นิติปรัชญา” คือ อะไร

3.2 (ทำไม ผมจึงพูดได้ ว่า) ความรู้ (กฎหมายมหาชน) ของ “อาจารย์กฎหมาย ในคณะนิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัยของรัฐของเรา” ถ้าหลังประเทศที่พัฒนาแล้ว อย่างน้อย 100 (หนึ่งร้อย) ปี

(ก) วิวัฒนาการ ของตัวบทรัฐธรรมนูญฉบับต่างๆ ของเรา ที่แสดงให้เห็นว่า “ระบบเผด็จการโดยพรรคการเมืองนายทุน ในระบบรัฐสภา” (ประเทศเดียวในโลก) เกิดขึ้นในประเทศไทย ได้อย่างไร

(ข) การเปรียบเทียบพื้นฐาน “ความรู้ (กฎหมายมหาชน)” ระหว่าง อาจารย์กฎหมายในคณะนิติศาสตร์ฯ ของเรา ในปัจจุบัน (ค.ศ. 2013) กับ ผู้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับแรกของญี่ปุ่น ในสมัยพระเจ้ามัตสึอิโต (ค.ศ. 1889)

“อาจารย์กฎหมาย ในคณะนิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัยของรัฐของเรา” ในปัจจุบัน (ค.ศ. 2013 - พ.ศ. 2556) ไม่มี “ความรู้” ในวิวัฒนาการ ของ “กลไก - mechanism” ในระบบสถาบันการเมือง - form of government แต่นักกฎหมายและนักการเมืองของญี่ปุ่น เขามี “ความรู้” เรื่องนี้กันมาตั้งแต่สมัย พระเจ้ามัตสึอิโตในต้นรัชกาลที่ 5 ของเรา เป็นเวลา 123 ปี มาแล้ว [หมายเหตุ : พระเจ้ามัตสึอิโตพระราชทานรัฐธรรมนูญแก่คนญี่ปุ่น ในปี ค.ศ. 1889]

(ค) การขาด “ความรู้” ของอาจารย์กฎหมาย ในคณะนิติศาสตร์ใน มหาวิทยาลัยของรัฐของเรา และการขาด “พื้นฐานทางความคิดทางนิติปรัชญา ในยุค ศตวรรษที่ 19 - 20” ทำให้อาจารย์กฎหมายในคณะนิติศาสตร์ใน มหาวิทยาลัยของรัฐของเรา ไม่สามารถสังเกตเห็น “ความเสื่อมของสภาพสังคม” อันเป็นผลมาจาก “กลไก ของระบบสถาบันการเมือง” (ในระบบเผด็จการโดย พรรคการเมืองนายทุนฯ ประเทศเดียวในโลก) ของเรา

และทำให้อาจารย์กฎหมายฯ มองไม่เห็น “ความไร้ประสิทธิภาพของ ระบบบริหาร” อันเนื่องมาจากความพิกลพิการของกลไกในกฎหมายปกครอง (ระบบกระบวนการยุติธรรม - ตำรวจ - อัยการ - ตุลาการ/ระบบการบริหารราชการ ประจำ/ระบบการกระจายอำนาจ) ทั้งๆ ที่เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในประเทศไทย ในขณะนี้ ไม่เกิดขึ้นในประเทศอื่น

3.3 ทางออกของ “คนไทย”

(ก) สร้าง “ความรู้ (กฎหมายมหาชน)” ให้คนไทย โดยเร็วที่สุด โดยการทำตามอย่างประเทศญี่ปุ่น และ เกาหลีใต้ จีน ไต้หวัน คือ การแปล “ตำรากฎหมาย” จากประเทศที่พัฒนาแล้วอย่างกว้างขวาง (เพราะ “ความรู้” ของอาจารย์กฎหมายในคณะนิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัยของรัฐของเราในปัจจุบัน ยังไม่ (สูง) พอที่จะแก้ปัญหาให้เรา)

และนำวิธีการวิจัยกฎหมาย (ในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบ - comparative law) เข้ามาใน “กระบวนการตรากฎหมาย ของ สภานิติบัญญัติ” (ตามอย่าง “วิธีการ” ของประเทศที่พัฒนาแล้ว) และยกระดับการวิจัยกฎหมาย ให้ได้มาตรฐานในกฎหมายเปรียบเทียบ ที่ใกล้เคียงกับ “มาตรฐานของประเทศที่พัฒนาแล้ว” โดยเร็ว [หมายเหตุ ซึ่งไม่ใช่ มาตรฐานการวิจัย ของ “สถาบันพระปกเกล้า” ในเดือนมีนาคม พ.ศ. 2555 เรื่อง “การสร้างความปลอดภัยแห่งชาติ”]

ถ้าเราไม่ทำเช่นนี้ เรา (คนไทย) ก็จะออกจาก “กะลา” ไม่ได้

(ข) การมี “Statesman” (ผู้นำที่ “ความรู้”/มี “ความเสียสละ”/ และมีอำนาจรัฐ ประกอบกับ “บารมี” ที่ประชาชนให้ความเชื่อถือศรัทธาอย่าง กว้างขวาง) เป็น “เงื่อนไข” ที่จำเป็นอย่างยิ่ง สำหรับการปฏิรูปการเมืองของ “รัฐสมัยใหม่ - modern state” ที่เต็มไปด้วย “กลไก (กฎหมาย) ในการบริหาร ประเทศ” อันสลับซับซ้อน

เพราะ Statesman มี “หน้าที่” ที่จะต้องนำการปฏิรูปการเมือง และมี “หน้าที่” ที่จะต้องอธิบายให้แก่คนไทยทั่วประเทศ เข้าใจ “กลไก - mechanism ของระบบการเมืองสถาบันการเมือง ฯลฯ” ว่า กลไกเหล่านี้ จะก่อให้เกิด “ประโยชน์ ส่วนรวม” (คือ ประโยชน์ของประชาชนส่วนใหญ่) ได้อย่างไร ก่อนที่จะมีการออกเสียงประชามติ - referendum (อันเป็น “วิธีการ” อันจำเป็นต้องทำ ในการปกครองระบอบประชาธิปไตย)

การเขียน (ออกแบบ) รัฐธรรมนูญ สำหรับรัฐสมัยใหม่ - modern state เป็นวิชาการ ซึ่งไม่ใช่เรื่องของ “การลงมติเป็นรายมาตรา ด้วยเสียงข้างมาก

ของผู้มีส่วนได้เสีย โดยอ้างว่า เพื่อความเป็นประชาธิปไตย” และ แสวงหาประโยชน์จาก “ความไม่รู้” ของคนส่วนใหญ่

[หมายเหตุ โปรดดูประสบการณ์ในการปฏิรูปกฎหมายของสหรัฐอเมริกา โดย ประธานาธิบดี Woodrow Wilson ใน ค.ศ. 1918 ถึง 1924 และ จากประสบการณ์ในการปฏิรูปการเมืองใน “ระบอบรัฐสภา” ของประเทศฝรั่งเศส หลังสงครามโลกครั้งที่ 2 โดย ประธานาธิบดี De Gaulle ใน ปี ค.ศ. 1958 ได้จากหนังสือ “ผลไม่มีพิษ มาจากต้นไม้ที่มีพิษ จริงหรือ (?)” สำนักพิมพ์วิญญูชน พ.ศ. 2555]

ปัญหาของเรามีว่า ถ้าเรา (คนไทย)ไม่มี “Statesman” ที่มี “คุณสมบัติทั้ง 3 ประการ ครบถ้วนอยู่ในตัวบุคคลคนเดียวกัน” เราจะทำอย่างไร และจะหาอะไรมาแทน

บทสุดท้าย นิติปรัชญากฎหมายมหาชน สอนให้เรารู้ว่า เราไม่สามารถ “ปฏิรูปการเมือง” ได้ โดยนักการเมืองนายทุนที่จะต้องสูญเสีย “อำนาจ” เพราะการปฏิรูปการเมือง

นอกจากนั้น ท่านทราบหรือไม่ว่า การทุจริตคอร์รัปชันที่เป็นอยู่ในขณะนี้ ย่อมจะไม่ปรากฏ “ใบเสร็จ” ถ้าไม่มีบทกฎหมาย กำหนดให้มี “การทำและออกใบเสร็จ ; ประเทศไทยมี “กฎหมายปกครอง” (ระบบพื้นฐานของการบริหารราชการ) ที่พิกลพิการ เราจึงเต็มไปด้วยการทุจริตคอร์รัปชันทั้งทางตรงและทางอ้อม ; และถ้าเราไม่ปฏิรูปการเมืองที่ทำให้ “คนดี” ได้มาปกครองบ้านเมือง เราก็คงจะไม่มี “ผู้ใด” ที่จะออกกฎหมายกำหนดให้มี “การทำและออกใบเสร็จ”; และดังนั้น เราคงไม่ประหลาดใจ ทำไมนักการเมืองนายทุนในปัจจุบันจึงพูดถึงแต่เรื่องการกู้เงินและการใช้จ่ายเงินงบประมาณ แต่ไม่มีนักการเมือง แต่ไม่พูดถึงการออกกฎหมายที่ทำให้การทุจริตคอร์รัปชัน ปรากฏ “ใบเสร็จ”

คนไทยทุกคนทราบดีว่า องค์กรระหว่างประเทศ (องค์กรต่อต้านการคอร์รัปชันสากล - GFI) (มกราคม 2556) เขาจัดให้ “การทุจริตคอร์รัปชันของประเทศไทย” อยู่ในระดับต้นๆ ของลำดับโลก และเขาประมาณการว่า ประเทศไทย

มีการลักลอบนำเงินที่ได้มาจากการทุจริตคอร์รัปชันออกนอกประเทศในช่วง 10 ปี
 หลังนี้ เฉลี่ยปีละ 200,000 ล้านบาท และในปีที่ผ่านมา (พ.ศ. 2555) จำนวนเงินได้
 สูงขึ้นถึง 510,000 ล้านบาท ; และ ในขณะนี้ “ชนชั้นนำ” ที่เป็นเอกชนของเรา
 บางกลุ่ม ได้ร่วมกันก่อตั้ง “แนวร่วมต่อต้านการทุจริตคอร์รัปชัน (Collective Anti -
 Corruption หรือ CAC) ขึ้น แต่ท่านผู้ที่มาฟังการบรรยายในวันนี้ ท่านเคย
 แปลกใจบ้างหรือไม่ว่า ทำไม ชนชั้นนำ (เอกชน) เหล่านี้ จึงไม่เคยพิจารณาว่า
 “สาเหตุ” ของการทุจริตคอร์รัปชันของเรา อยู่ที่ไหน และเกิดจากอะไร
 (และทำไม จึงไม่คิดแก้ปัญหาการทุจริตคอร์รัปชัน ที่ “เหตุ” ของปัญหา) ; คำตอบก็คือ
 เพราะชนชั้นนำ (เอกชน) เหล่านี้ ไม่รู้จัก “กฎหมาย (มหาชน)” และการที่ชนชั้นนำ
 เหล่านี้ ไม่รู้จักกฎหมายมหาชน ก็เพราะอาจารย์กฎหมายในคณะนิติศาสตร์
 ในมหาวิทยาลัยของรัฐของเรา ไม่ได้สอนนั่นเอง

.....

โดยในตอนแรก ผมจะพยายาม ทำความเข้าใจ กับความหมายของ คำว่า
 “กฎหมายมหาชน” โดยใช้ “ตัวอย่าง” จริง จากบทมาตราของรัฐธรรมนูญ
 ต่างประเทศ เพื่อประเมินว่า เรามี “ความรู้ (กฎหมายมหาชน)” ในระดับใด
 โดยเฉพาะอย่างยิ่ง “ความรู้ (กฎหมายมหาชน)” ของอาจารย์กฎหมายที่สอน
 กฎหมายอยู่ในคณะนิติศาสตร์ และในคณะรัฐศาสตร์ ในมหาวิทยาลัยของรัฐ
 ของเรา อยู่ในขณะนี้

ในตอนที่สอง จะเป็นการเปรียบเทียบ ผลสำเร็จ (การบรรลุผล) ของ
 “การปฏิรูปการเมือง” ของประเทศไทยกับของประเทศญี่ปุ่น ในสมัยรัชกาลที่ 5
 ค.ศ. 1869 - ค.ศ. 1911 (พ.ศ. 2411 - พ.ศ. 2453) เป็นเวลา 42 ปี ซึ่งมีความแตก
 ต่างกันอย่างมาก เพื่อตรวจดูว่า อะไร คือ “สาเหตุ” ของความแตกต่างในผล
 สำเร็จในการปฏิรูปการเมืองของเราทั้ง 2 ประเทศนี้ ซึ่งก็จะเป็น “เหตุการณ์จริง”
 เช่นเดียวกัน

ตอนที่สาม เมื่อเราได้รับทราบ “ข้อเท็จจริง - facts” ใน 2 ตอนข้างต้น
 แล้ว เราก็จะลองพิจารณาดูว่า จริง ๆ แล้ว “กฎหมายมหาชน” คืออะไรกันแน่

.....

อันที่จริงแล้ว ตามความเห็นของผม ผมเห็นว่า สภาพการเมืองและปัญหาความแตกแยกของคนไทย ที่เป็นอยู่ในปัจจุบันนี้ คนไทยกำลังจ่ายราคาของการรักษา “ความเป็นเอกราช” ของเราในสมัยรัชกาลที่ 5 ซึ่งเพราะการเป็นเอกราชนี้เอง ทำให้ประเทศไทย “ไม่ได้มีโอกาส” ได้รับการถ่ายทอดประสบการณ์และรูปแบบ “ระบบกฎหมายมหาชน” (ที่เป็นพื้นฐานของการบริหารประเทศ) จากประเทศมหาอำนาจที่เข้ามาครอบครอง

และในขณะนี้ ผมเห็นว่า การที่เรา (คนไทย) ไม่มีความรู้กฎหมาย (มหาชน) คงไม่ใช่เป็นเพราะความผิดของ “นักกฎหมาย” ทั้งประเทศ แต่ผมคิดว่า การที่เรา (คนไทย) ไม่มี “ความรู้ในกฎหมายมหาชน” เป็นความรับผิดชอบโดยตรง ของ “อาจารย์กฎหมาย ในคณะนิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัยของรัฐของเรา” ที่สอนไม่ดี และทำให้ “นักกฎหมายของเราทั้งประเทศ” มี “ความรู้ (กฎหมายมหาชน)” เพียงเท่านี้ และเป็นศรีธนญชัยกันทั้งประเทศ

อาจารย์กฎหมาย ในคณะนิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัยของเรา ไม่มี “ความรู้” พอที่จะพัฒนา (ออกแบบ) “กฎหมายมหาชน” (ที่ใช้บังคับในการบริหารประเทศ) ให้มีประสิทธิภาพได้เหมือนประเทศญี่ปุ่น หรือแม้แต่เหมือนกับประเทศไต้หวัน/เกาหลีใต้/ประเทศจีน ซึ่งประเทศเหล่านี้ มีการแปลตำรากฎหมายของประเทศพัฒนาแล้วไว้สอนนักศึกษากฎหมายอย่างกว้างขวาง ; ซึ่งแตกต่างกับตำรากฎหมายของอาจารย์กฎหมายในคณะนิติศาสตร์ของเรา ซึ่งเป็นตำราที่เขียนขึ้นเท่าที่ “ตนเอง (อาจารย์)” มีความรู้ และลอกกันไปลอกกันมา สลับหัวข้อในสารบัญ (และเพิ่มเติมตัวอย่างคำพิพากษาของศาลฎีกาให้มีจำนวนมากขึ้น) เพื่อให้ดูว่าเป็นตำราที่แตกต่างกัน ; แต่อันที่จริงแล้ว สารระในตำราคงเหมือนเดิม และไม่มีความก้าวหน้า ; ตำรากฎหมายที่ใช้สอนนักศึกษากฎหมายในมหาวิทยาลัยของเรา จึงเป็นตำราของ “กบที่อยู่ในกะลา”

ผมพบว่า อาจารย์ที่จบกฎหมายจากมหาวิทยาลัยต่างประเทศ (บางท่าน) รู้ภาษาต่างประเทศครึ่งๆ กลางๆ แปลผิดบ้างถูกบ้าง และบางท่านก็ลอกตำราต่างประเทศ มาเขียนเป็น “ตำราหรือเอกสารการบรรยาย” สำหรับสอนนักศึกษา โดยตัดตอนแปลมา เฉพาะใน “ส่วน” ที่ตนเองอ่านเข้าใจ ส่วนที่ตนเองอ่าน

ไม่เข้าใจ ก็ข้ามไป [หมายเหตุ โปรดดู “ข้อเท็จจริง” เกี่ยวกับปัญหานี้ (บางส่วน) จาก หนังสือ (รวมบทความของอาจารย์กฎหมายฯ กรณีคำสั่งของศาลปกครองกลางเกี่ยวกับมติคณะรัฐมนตรีเรื่องเขาพระวิหาร) เรื่อง “การกระทำทางรัฐบาล หรือ การกระทำของรัฐบาล” (act de gouvernement) รวบรวมโดย ดร. เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล จัดพิมพ์ โดยคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ใน ปี พ.ศ. 2554]

และเพราะอาจารย์กฎหมายของเรา มี “ความรู้” อย่างจำกัดเช่นนี้ เมื่อประเทศไทย มีปัญหาว่า “รัฐบาล” (ในการปกครองในระบบรัฐสภา) ของเรา ไม่มีเสถียรภาพ เพราะ ส.ส. เรียกร้อง “ชอง” จากผู้ที่เป็นรัฐบาล ก่อนที่จะยกมือสนับสนุนพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายฯ/หรือญัตติของรัฐบาล อาจารย์กฎหมาย ในคณะนิติศาสตร์ฯ ของเรา ก็แก้ปัญหาย่างง่ายๆ ด้วยการเขียน (ออกแบบ) รัฐธรรมนูญ บังคับให้ ส.ส. ต้องสังกัดพรรคการเมือง เพื่อที่จะให้พรรคการเมือง ควบคุม ส.ส. ภายในพรรค และจะได้เจรจากับรัฐบาล อย่างเป็นกลุ่มเป็นก้อน (ซึ่งวิธีการนี้ ในที่สุด ได้นำไปสู่ การผูกขาดอำนาจรัฐ โดย “นายทุนเจ้าของพรรคการเมือง”) โดยที่ท่านอาจารย์กฎหมายเหล่านี้ ไม่มี “ความเฉลียว” พอที่จะคิดว่า เพราะเหตุใด ประเทศที่พัฒนาแล้ว เขาจึงไม่ใช้วิธีการนี้ และท่านอาจารย์กฎหมาย เหล่านี้ ไม่มี “ความสามารถ” พอ ที่ศึกษาว่า ประเทศที่พัฒนาแล้ว เขามีวิธีการอย่างไร เขาจึงสร้างเสถียรภาพให้แก่ “รัฐบาล” ของเขาได้ โดยไม่ต้อง บังคับให้ ส.ส. ต้องสังกัดพรรคการเมือง

และ เพราะเหตุนี้ ผมจึงสรุปว่า ในตอนที่ 3 นี้ว่า “ประเทศไทย เป็นประเทศที่ไร้ทิศทางของกฎหมายมหาชน และเป็นประเทศที่ไม่มีอนาคต เพราะเราไม่มี “ความรู้กฎหมาย (มหาชน)”



(ตอนที่ 1)

ระบบเผด็จการทหาร และ ระบบเผด็จการโดยพรรคการเมือง นายทุนต่างก็ไม่ใช่ “ระบอบประชาธิปไตย” ด้วยกัน

● “ระบอบประชาธิปไตย” คืออะไร และ หลักการของ “ความเป็นประชาธิปไตย” อยู่ที่ไหน

ทุกวันนี้ หรือ ทุกๆ เข้า เราได้ยินแต่การโฆษณาทางวิทยุ และโทรทัศน์ โดยนักการเมืองบอกกับเราว่า คนไทยไม่เอา “การปฏิวัติและรัฐประหาร” เพราะเป็น “เผด็จการ” ; แต่เราไม่ได้ยิน ผู้ใดมาบอกกับเราว่า ในปัจจุบันนี้ เราเป็นเผด็จการเหมือนกัน และเป็น “เผด็จการโดยพรรคการเมืองนายทุน” และเราไม่มีนักวิชาการ **ท่านใด** มาวิเคราะห์ให้เราฟังว่า ระหว่าง “การเป็นเผด็จการ โดยมีนายกรัฐมนตรีเป็นทหาร” กับ “การเป็นเผด็จการ โดยมีนายทุนเจ้าของพรรคการเมืองเป็นนายกรัฐมนตรี” อย่างไหนจะดีกว่ากัน และระบบไหน จะมีการทุจริตคอร์รัปชัน มากน้อยกว่ากัน

แต่อย่างไรก็ตาม เรื่องเหล่านี้ ผมคิดว่า เรา (คนไทยโดยทั่วๆ ไป) คิดเอาเองได้ ; แต่ในที่นี้ เรามาทำความเข้าใจกันก่อนว่า “ระบอบประชาธิปไตย” คืออะไร

เราทุกคนทราบอยู่แล้วว่า ระบอบประชาธิปไตย คือ ระบอบการปกครอง ที่ต้องมี “สภาผู้แทนราษฎร” ที่ให้ประชาชน (ผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้ง) เลือก “ผู้แทน” เพื่อให้มาใช้ “อำนาจอธิปไตย” แทนประชาชนทั้งประเทศ

ระบอบประชาธิปไตย เป็นระบอบการปกครองที่เกิดขึ้นพร้อมๆ กับการมี “รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร - written constitution “ ; และ รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของโลก คือ รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ปี ค.ศ. 1787 และหลังจากนั้น ในช่วงเวลา 200 ปีเศษที่ผ่านมา คือ ในปลาย ศตวรรษที่ 18 และ ต้นศตวรรษที่ 19 โลกเราก็มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรของประเทศต่างๆ ในทวีปยุโรป ตามมาอีกมากมาย

สิ่งที่เกิดขึ้นพร้อมการมี “สภาผู้แทนราษฎร” ในระบอบประชาธิปไตย ก็คือ “การเลือกตั้ง” สมาชิกผู้แทนราษฎร แต่สิ่งที่อาจารย์กฎหมายในคณะนิติศาสตร์ ในมหาวิทยาลัยของรัฐของเราไม่สนใจ และไม่ได้สอนเรา ก็คือ “การเลือกตั้งผู้แทนราษฎร” มาพร้อมกับ “สิทธิและเสรีภาพในทางการเมือง” ซึ่งมีอยู่ 2 ด้านด้วยกัน (ไม่ใช่มีเฉพาะ “สิทธิเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร” เพียงด้านเดียว)

“สิทธิและเสรีภาพทางการเมือง” ประกอบด้วยสิทธิ 2 ด้าน “สิทธิ (ในการออกเสียง) เลือกตั้ง (ผู้แทนราษฎร)” ด้านหนึ่ง และ “สิทธิ (ในการ) สมัครรับเลือกตั้ง (เป็นผู้แทนราษฎร)” อีกด้านหนึ่ง

สำหรับ “สิทธิ (ออกเสียง) เลือกตั้ง” ก็จะมีวิวัฒนาการและขยายตัวกว้าง โดยมีจำนวน “ผู้มีสิทธิออกเสียง (เลือกตั้ง)” มากขึ้นตามลำดับ โดยเริ่มต้นจากการมีข้อจำกัดคุณสมบัติของ “ผู้ที่มีสิทธิเลือกตั้ง” ต่างๆ นานา เช่น ข้อจำกัดในเรื่องเพศ (คือ “สตรี” ไม่มีสิทธิออกเสียง) หรือ ข้อจำกัดในเรื่องการมีฐานะของความเป็นพลเมือง (คือ “ทาส” ไม่มีสิทธิออกเสียง) หรือข้อจำกัดในเรื่องต้องมีทรัพย์สินและต้องเป็นผู้ที่เสียภาษีอากรให้แก่รัฐ (ถ้า “ผู้ใดไม่ได้ทำงานและไม่ได้เสียภาษี” ผู้นั้นก็ไม่มีสิทธิออกเสียง หรือ ข้อจำกัดในเรื่องระดับการศึกษาหรือการอ่านออกเขียนได้ ฯลฯ เป็นต้น จนกระทั่ง ในที่สุด สิทธิเลือกตั้งได้กลายมาเป็น “universal suffrage” ตามที่เป็นอยู่ในขณะนี้ ; โดยสิทธิเลือกตั้ง จะมี “ข้อจำกัด” เหลืออยู่เพียงเท่าที่จำเป็นไม่ก็เรื่อง เช่น เรื่อง “อายุ” “ความรู้สึกรับผิดชอบหรือสติสัมปชัญญะ ของผู้มีสิทธิออกเสียง” “สถานภาพของการนับถือศาสนา” เป็นต้น ทั้งนี้ โดยคำนึงถึงคุณลักษณะตามธรรมชาติของมนุษย์ เพื่อให้ “ผู้ที่จะใช้สิทธิเลือกตั้ง” มีความสามารถและมีความรับผิดชอบ พอที่จะรู้ถึง “ความสำคัญของการใช้สิทธิออกเสียงเลือกตั้งผู้แทนราษฎร” ได้

แต่ตรงกันข้าม สิ่งที่แน่นอน และไม่เปลี่ยนแปลงของ “ระบอบประชาธิปไตย” และเป็น “หลักการ” ที่ทุกประเทศที่เป็น “ประชาธิปไตย” ได้ยึดถือกันตลอดมา ก็คือ “สิทธิสมัครรับเลือกตั้ง” ซึ่งเป็นเสรีภาพทางการเมือง อีกด้านหนึ่ง ซึ่งประกอบด้วย : เสรีภาพในการตั้งพรรคการเมือง (หรือสมาคม) เพื่อการเลือกตั้ง (โดยบางประเทศ ก็มีกฎหมายกำหนดให้ “พรรคการเมือง”

ต้องจดทะเบียน แต่บางประเทศก็ไม่บังคับ) ; เสรีภาพในการเข้าร่วมเป็นสมาชิกพรรคการเมือง (หรือออกจากพรรคการเมือง) ; และเสรีภาพในการสมัครรับเลือกตั้งได้โดยอิสระ คือ จะสมัครโดยสังกัดพรรคการเมืองก็ได้ หรือไม่สังกัดพรรคการเมืองก็ได้

และพร้อมๆ กัน “เสรีภาพทางการเมือง” นั้น ก็คือ หลักการเพื่อคุ้มครอง “ความเป็นประชาธิปไตย” ของระบอบการปกครอง” อันได้แก่ หลักการว่าด้วย “สถานภาพของผู้แทน” กล่าวคือ ความเป็น “ผู้แทน” ถือว่าเป็นผู้แทนของประชาชนทั้งประเทศ (ไม่ใช่เฉพาะประชาชนในเขตเลือกตั้ง ที่เลือกตนเองขึ้นมา) และหลักการว่าด้วย “ความเป็นอิสระของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ในการปฏิบัติหน้าที่ของตนได้ตามมโนธรรมของตน โดยต้องไม่อยู่ภายใต้อาณัติมอบหมายใดๆ”

หลักการ “ความเป็นอิสระของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ในการปฏิบัติหน้าที่ (ได้ตามมโนธรรมของตน)” มีมาตั้งแต่ระยะต้น ของการปกครองระบอบประชาธิปไตย และไม่มีมีการเปลี่ยนแปลง ; หลักการ “ความเป็นอิสระของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรฯ” เกิดมาจาก “ประสบการณ์ทางการเมือง” ของประเทศต่างๆ ในยุโรป ในสมัยเมื่อ 200 ปีก่อน เพราะเขารู้ดีว่า ถ้า ส.ส. ไม่มีความเป็นอิสระและต้องตกอยู่ใต้อาณัติหรือการสั่งการของบุคคลภายนอกแล้ว อะไรจะเกิดขึ้นกับการบริหารประเทศ (ที่ต้องมีการเลือกตั้ง)

นักการเมืองและนักวิชาการ ของประเทศในยุโรป เมื่อ 200 ปีก่อน ได้กำหนด “หลักการ ว่าด้วยความเป็นอิสระของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ในการปฏิบัติหน้าที่” สำหรับการปกครองในระบอบประชาธิปไตย ขึ้น โดยอาศัย “ประสบการณ์” และการเรียนรู้ “ปัญหาตามความเป็นจริง” ของพฤติกรรมของคน และเป็นการกำหนดขึ้น ก่อนที่โลกเราจะมี “วิชาสังคมวิทยา- sociology” เขียนเป็นตำราให้เรา ได้เรียนกัน [หมายเหตุ วิชาสังคมวิทยา - sociology เพิ่งเริ่มสอนกันเป็น “ศาสตร์ - science” ว่าด้วย “พฤติกรรมมนุษย์และชุมชน” ในกลางศตวรรษที่ 19 นี้เอง โดย นักปราชญ์ชาวฝรั่งเศส ชื่อ Auguste Comte ที่ได้เสียชีวิต ในปี ค.ศ. 1857 เป็นบุคคลแรกที่ได้ตั้งชื่อวิชานี้]

“นิติปรัชญา” หลังจากนั้น เป็นยุคของ “วิธีคิด” ใน ศตวรรษ ที่ 18 - 19 ที่เรียกกันว่า “sociological approach” กล่าวคือ ถือว่า “กฎหมาย” เป็นเครื่องมือของสังคมในการกำหนดวินัยในการอยู่ร่วมกัน ในรัฐสมัยใหม่ - modern state และ “การศึกษาวินัยกฎหมาย” และ “การออกแบบกฎหมาย (การสร้าง “กลไก” ในบทกฎหมาย)” ในยุคศตวรรษ ที่ 18 - 19 จะอยู่บนพื้นฐานของสภาพความเป็นจริง - reality ของสังคม (พฤติกรรมของมนุษย์ และพฤติกรรมของกลุ่มผลประโยชน์ โดยมี “จุดมุ่งหมาย” เพื่อคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวม และไม่อยู่บน “สิ่งสมมติ” อีกต่อไป ; ซึ่งผมจะมากลับพูดถึงเรื่อง นิติปรัชญากับกฎหมายมหาชนอีกครั้งหนึ่ง ในตอนที่สาม (ข้อ 3.1)

ดูเป็นที่น่าประหลาดใจมาก ที่ผมพบว่า อาจารย์กฎหมาย ในคณะนิติศาสตร์ของเรา มักจะพูดถึงแต่สิทธิของประชาชนในการมี “สิทธิ (ออกเสียง) เลือกตั้ง” แต่ผมไม่ได้ยิน อาจารย์กฎหมายในคณะนิติศาสตร์ของเราท่านใด พูดถึง “เสรีภาพทางการเมือง” ของผู้สมัครรับเลือกตั้ง/สิทธิในการสมัครรับเลือกตั้งได้ โดยอิสระ (ไม่ต้องสังกัดพรรคการเมือง) “หรือ” พูดถึง “ความเป็นอิสระ ในการปฏิบัติหน้าที่ของ ส.ส. โดยไม่อยู่ภายใต้อาณัติมอบหมายใดๆ”

ซึ่งอันที่จริงแล้ว “เสรีภาพทางการเมือง ของผู้สมัครรับเลือกตั้ง” เป็นหลักการพื้นฐานของความเป็นประชาธิปไตย - the principle of democracy ที่สำคัญมากกว่า “สิทธิออกเสียงเลือกตั้งของประชาชนทั่วไป” ด้วยซ้ำ เพราะเป็นสิทธิของนักการเมือง ที่ส่งผลโดยตรงต่อการบริหารประเทศในระบอบประชาธิปไตย

ประเทศทุกประเทศ ไม่ว่าจะใช้ กลไก (ระบบสถาบันการันการเมือง - form of government) ในรูปแบบใด (ไม่ว่าจะเป็น “ระบบประธานาธิบดี” หรือ “ระบบรัฐสภา” ฯลฯ) จะต้องยึดถือ “หลักการของความเป็นประชาธิปไตย” ไว้เสมอ ประเทศนั้น จึงจะเรียกตนเองได้ว่าเป็นประเทศประชาธิปไตย

แม้แต่ “ประเทศที่ใช้ระบบพรรคคอมมิวนิสต์” ก็ยังต้องยอมให้บุคคล ที่มี “คุณสมบัติ” (ตามรัฐธรรมนูญ) ที่ไม่สังกัดพรรคคอมมิวนิสต์ มีสิทธิสมัคร

รับเลือกตั้งโดยอิสระได้ (โดยไม่ต้องสังกัดพรรคคอมมิวนิสต์)

ประเทศไทย ตรงกันข้ามกับ “ประเทศประชาธิปไตย” อื่นๆ สิ่งเกิดขึ้นในประเทศไทยในขณะนี้ ก็คือ รัฐธรรมนูญของประเทศไทย ตั้งแต่ พ.ศ. 2535 จนถึงรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (พ.ศ. 2550) ได้สร้าง “ระบบเผด็จการ โดยพรรคการเมืองนายทุน ในระบบรัฐสภา” ด้วยการบังคับให้ ส.ส. ทุกคนต้องสังกัดพรรค และให้พรรคการเมืองมีอำนาจบังคับให้ ส.ส. ต้องทำตามมติพรรค (หรือมิฉะนั้น ก็อาจถูกพรรคการเมือง มีมติให้ตนพ้นจาก “การเป็น ส.ส ได้” ซึ่งเป็น “รูปแบบของสถาบันการเมือง - form of government ” (ประเทศเดียวในโลก) ที่ไม่มี “หลักการของความเป็นประชาธิปไตย - the principle of democracy”

และปรากฏว่า คณาจารย์สอนกฎหมายในคณะนิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัยของรัฐทุกท่าน ต่างก็เรียกกระบวนการปกครองของประเทศไทยนี้ว่าเป็น “ระบอบประชาธิปไตย” ; ผมไม่ทราบว่าจะอะไรเกิดขึ้นกับ “ท่านอาจารย์ที่สอนกฎหมายในคณะนิติศาสตร์” เหล่านี้ ซึ่งจะได้อธิบายถึงปัญหานี้ (ข้อที่ 3.2) ต่อไป

.....

ต่อไปนี้เป็นตัวอย่าง “บทมาตรา ในรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ” (ที่ใช้ “ระบบรัฐสภา (หรือระบบ กึ่งรัฐสภา) ที่แสดงให้เห็นถึงการยึดถือ “หลักการของความเป็นประชาธิปไตย” ที่คณาจารย์สอนกฎหมายในคณะนิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัยของรัฐของเรา สังเกตไม่เห็น (?) (?)

(1) รัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนี (the Basic Law ค.ศ. 1947)

Article (political parties)

(1) The political parties shall participate in the forming of the political will of the people. They may be freely established. Their internal organization must conform to democratic principles. They must publicly account for the assets and for the sources and the use of their funds .

(2)

Article 38 (Election)

(1) The Member of the German Bundestag shall be elected in general, direct, equal and secret election. They shall be representatives of the whole people ; They shall not be bound by any instructions, only by their conscience.

(2) any body who has reached the age of eight is entitled to vote; anybody of majority age is eligible for election.

(3) Details shall be the subject of a federal law

(2) รัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส (ค.ศ. 1958)

Article 4

Political parties and groups shall contribute to the exercise of suffrage. They shall be formed freely and shall be carry on their activities freely. They shall respect the principles of national sovereignty and democracy”

Article 27

Any binding instruction is void

The right to vote of members of Parliament is personal

An organic law can authorize, in exceptional cases, voting by proxy (delegation of power). In such a case, no member can receive more than one vote

(3) รัฐธรรมนูญของประเทศอิตาลี (ค.ศ. 1948)

Article 49

All citizens have the right to **freely associate in (political) parties to contribute to the democratic process through which determine national policy**

Article 67

Each member of Parliament **represents the Nation and carry out the duties without restraint of mandate**

(4) รัฐธรรมนูญของประเทศสเปน (ค.ศ. 1978)

Article 6

Political parties are the expression of political pluralism, they contribute to the formation and expression of the will of the people and are an essential instrument for political participation. Their creation and the exercise of their activities are free in so far as they respect the Constitution and the law. Their internal structure and their functioning must be democratic”

Article 66

1. The Cortes Generales represent the Spanish people and are formed by the Congress of Deputies and the Senate

The Cortes Generales exercise the legislative power of State. approve its budgets, control the action of Government and have the other competences granted them by the Constitution.

3. The Cortes Generales are inviolable

Article 67

- 1.
- 2. The members of the Cortes Generales are not bound by imperative mandate.

(5) รัฐธรรมนูญของประเทศเดนมาร์ก (ค.ศ. 1953)

Article 56

The member of the Folketing shall be bound solely by their own consciences and not by any directions given by their electors

(6) รัฐธรรมนูญของประเทศเกาหลีใต้ (ค.ศ. 1948)

Article 8

(1) The establishment of the political parties shall be free, and the plural party system shall be guaranteed

(2) Political parties shall be democratic in their objectives, organization and activities, and shall have the necessary organizational arrangements for the people to participate in formation of the political will

(3)

If the purposes or activities of a political party are contrary to the basic democratic order, the Government may bring an action against it in the Constitutional Court for its dissolution, and the political party shall be dissolved in accordance with the decision of the Constitutional Court

Article 46

(1) Members of the National Assembly shall have the duty to maintain high standards of integrity

(2) **Members of the National Assembly** shall give preference to national interests, and **shall perform their duty in accordance with conscience.**

(4) (3) Members of the National Assembly shall not acquire, through abuse of their position, right and interests in property or positions, or assist others person to acquire the same, by means of contracts with or dispositions by the State, public organizations or industries.

[หมายเหตุ และโปรดทราบด้วยว่า ไม่มี “รัฐธรรมนูญ” ของประเทศใดในโลก (ไม่ว่าประเทศนั้นจะใช้ form of government ในรูปแบบ- system ใด) ที่มีบทมาตราที่บังคับให้ ส.ส. ต้องสังกัดพรรค และให้อำนาจแก่ “พรรคการเมือง” มีมติให้ ส.ส. ต้องพ้นจากความเป็น ส.ส. ได้ เหมือนกับรัฐธรรมนูญของประเทศไทย]

ระบอบการปกครองตามรัฐธรรมนูญของประเทศไทย ในปัจจุบัน

ไม่ใช่ การปกครองใน “ระบอบประชาธิปไตย”



(ตอนที่ 2)

การเปรียบเทียบ

“การปฏิรูปการเมือง” ของประเทศไทย
กับ “การปฏิรูปการเมือง” ของประเทศญี่ปุ่น
ในสมัยรัชกาลที่ 5 (ค.ศ. 1869 ถึง ค.ศ. 1911) รวม 42 ปี

ทำไม “การปฏิรูปการเมือง” ของประเทศไทย กับ “การปฏิรูปการเมือง” ของประเทศญี่ปุ่น จึงประสบความสำเร็จ แตกต่างกันอย่างมากร (?) (?) (?)

ส่วนที่ (1)

ประวัติศาสตร์ญี่ปุ่น และ ประวัติศาสตร์ไทย ในยุคการล่าอาณานิคม - colonialism

(1.1) ประวัติศาสตร์ประเทศญี่ปุ่น สมัยจักรพรรดิเมจิ (เมจิ - MEIJI)

ประเทศญี่ปุ่น เริ่มต้นการปฏิรูปประเทศ ในรัชกาลของ จักรพรรดิเมจิ ที่เรียกกันว่า สมัยเมจิ - MEIJI (enlightened government) ระหว่าง ค.ศ. 1867 ถึง ค.ศ. 1912 รวมเวลา 44 ปี

สภาพการบริหารประเทศญี่ปุ่น ก่อนการปฏิรูปประเทศ ญี่ปุ่นเป็นประเทศที่มีจักรพรรดิเป็นประมุขของประเทศ และปกครองด้วย “ระบบโชกุน - Shogunate” (ผู้เขียนขอแปลระบบโชกุนว่า เป็น “ระบบผู้สำเร็จราชการที่มีอำนาจเต็ม”) ; จักรพรรดิญี่ปุ่นประทับอยู่ที่เมืองเกียวโต และโชกุน (ซึ่งตระกูลโตกุกาวา - Tokugawa ได้รับแต่งตั้งให้เป็น “โชกุน” ติดต่อกันมาเป็นเวลา 250 ปี) มีเมืองหลวงของตนเองอยู่ที่เมือง Edo (คือ กรุงโตเกียวในปัจจุบัน)

การปกครองญี่ปุ่นเป็นระบบ feudalism แบ่งออกเป็นเขตๆ มีหัวหน้าปกครองในแต่ละเขต เรียกว่า daimyo” (feudal lords or barons)

กระจัดกระจายกันอยู่ทั่วประเทศ ใหญ่บ้างเล็กบ้าง มากกว่า 200 เขต และในระบบโชกุนนี้ โชกุนจะเป็นผู้ใช้อำนาจทางการทหารและการบริหารราชการ ดูแลควบคุม daimyo ทั้งหมด แทนจักรพรรดิ

ในปี ค.ศ. 1853 (พ.ศ. 2396) สหรัฐส่งกองเรือที่มีนายพลเรือจัตวา commodore Matthew Calbraith Perry ไปญี่ปุ่น และยื่น “ข้อเสนอ” ให้ญี่ปุ่นทำสัญญาเปิดประเทศ และในปีต่อมา (ค.ศ. 1854) นายพลเรือจัตวา Perry ก็ได้นำ “กองเรือขนาดใหญ่” ไปแสดงแสนยานุภาพ (a show of force) ให้ญี่ปุ่นเห็น และบังคับให้ญี่ปุ่น ลงนามสัญญา ; โชกุน โดกุกว่า (ในฐานะผู้แทนของจักรพรรดิ) ได้ทำสัญญาเปิดเมืองทำให้แก่ สหรัฐอเมริกา ในปี ค.ศ. 1854 และในเวลาต่อมา ญี่ปุ่นก็ได้มีการเจรจาทำสัญญากับประเทศมหาอำนาจต่างๆ ในยุโรป ; ประเทศญี่ปุ่นส่งทูตไปสหรัฐอเมริกาเป็นครั้งแรก ใน ปี ค.ศ. 1860

หลังจากญี่ปุ่นถูกบังคับให้ลงนามในสัญญาเปิดประเทศ คนญี่ปุ่นได้มีกระแสต่อต้าน สหรัฐอเมริกา และประเทศตะวันตก อยู่เป็นระยะเวลา 10 ปี จนถึงปี ค.ศ. 1864 คนญี่ปุ่นจึงหันเข้าหา “ความจริง” หยุดการต่อต้าน และร่วมกันปฏิรูปประเทศ เพื่อเอาชนะประเทศมหาอำนาจ

บรรดา daimyo เห็นว่า “โชกุน โดกุกว่า” ไม่ได้เจรจากับประเทศมหาอำนาจ เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของคนญี่ปุ่น แต่เป็นการเจรจา และทำสนธิสัญญา เพื่อประโยชน์ของตนเอง ; daimyo 4 -5 ตระกูล ใหญ่ๆ จึงรวมตัวกันล้มอำนาจของโชกุนโดกุกว่า

จักรพรรดิ มัตสึฮิโตะ ขึ้นครองราชย์ ในปี ค.ศ. 1867 หลังจากที่โชกุนคนสุดท้ายในตระกูลโดกุว่า ได้ถูกบรรดา “ไต้เมียว daimyo” ตระกูลใหญ่ๆ รวมกำลังกันบีบบังคับให้โชกุนลาออก และถวายพระราชอำนาจคืนให้แก่จักรพรรดิ และร่วมกันปฏิรูปประเทศ

การปฏิรูปประเทศ ในสมัยเมจิ (จักรพรรดิ มัตสึฮิโตะ) หลังจากที่ได้ทำการศึกษาระบบอบการปกครองและการบริหารประเทศของประเทศมหาอำนาจอย่างรอบคอบแล้ว ประเทศญี่ปุ่นได้ “ลอกเลียน” วิธีการพัฒนาประเทศจากประเทศ

มหาอำนาจในทุกๆ ด้าน โดยในแต่ละด้าน ญี่ปุ่นได้เลือกประเทศที่ญี่ปุ่นเห็นว่า มีประสิทธิภาพสูงสุด : คือ ญี่ปุ่นเลือกผู้เชี่ยวชาญฝรั่งเศสมาพัฒนากองทัพบก/เลือกผู้เชี่ยวชาญอังกฤษ มาพัฒนากองทัพเรือ/เลือกผู้เชี่ยวชาญชาวฮอลแลนด์ มาดูแลการก่อสร้าง ฯลฯ ; ประมาณการว่า ประเทศญี่ปุ่นได้ใช้ผู้เชี่ยวชาญจาก ประเทศในยุโรป มาช่วยพัฒนาประเทศประมาณเกือบ 2000 คน ; และภายใต้ การบริหารประเทศและการเจรจาระหว่างประเทศอย่างชาญฉลาด โดยรัฐบุรุษ 2 คน (คือ Prince Iwakura Tomomi และ Maquis Okubo Toshimichi) ได้ทำให้ ประเทศญี่ปุ่นพ้นจากการกดขี่ จากการขยายอาณานิคมของประเทศมหาอำนาจ ตะวันตก ในระหว่างที่ทำการพัฒนาประเทศ

ประเทศญี่ปุ่น ได้พัฒนาประเทศในขั้นตอนที่สำคัญ ดังนี้

- ปีที่ 11 (เมจิ) ; ค.ศ. 1878 การยกเลิก “ซามูไร”
- ปีที่ 9 (เมจิ) ; ญี่ปุ่นเลิก Samurai ค.ศ. 1876
- ปีที่ 11 (เมจิ) ; ค.ศ. 1878 ญี่ปุ่นออกกฎหมายห้ามพกดาบ

ซึ่งเป็นวัฒนธรรมของญี่ปุ่น ที่ต่อเนื่องมานานกว่า 600 ปี (ศตวรรษ ที่ 12)

[หมายเหตุ ถ้าท่านผู้อ่าน เคยดูภาพยนตร์เรื่อง the last samurai ท่านผู้อ่านคงพอจำภาพยนตร์เรื่องนี้ที่อิงประวัติศาสตร์จริงได้ เพราะตาม ประวัติศาสตร์ญี่ปุ่น ปรากฏว่าได้มี daimyo คนสำคัญคนหนึ่ง ที่เคยร่วมกัน ล้มระบบโชกุนตระกูลโตกุกาวา แต่ไม่เห็นด้วยกับการเลิก ซามูไร ที่เป็นวัฒนธรรม อันเก่าแก่ของญี่ปุ่น และได้แยกตัวออกมาจากรัฐบาลญี่ปุ่น และไม่ยอมเลิกซามูไร และถูกปราบในที่สุด]

- ปีที่ 22 (เมจิ) ; ค.ศ. 1889 จักรพรรดิพระราชทาน รัฐธรรมนูญ
- ปีที่ 14 (เมจิ) ; ค.ศ. 1881 จักรพรรดิ สัญญาจะพระราชทาน รัฐธรรมนูญ และตั้ง “สภานิติบัญญัติ”
- ปีที่ 17 (เมจิ) ; ค.ศ. 1884 ญี่ปุ่นตั้งสภาสูงโดยแบ่ง สมาชิกออกเป็น 5 กลุ่ม (Five orders of nobility) โดย Daimyo ได้เป็น nobility

เรียกว่า “kwazoki” และซามูไร ได้เป็น “Zhizoku” ฯลฯ ;

- ปีที่ 21 (เมจิ) ; ค.ศ. 1888 ตั้งคณะรัฐมนตรี และ คณะองคมนตรี ;

ปีที่ ค.ศ. 1889 จักรพรรดิพระราชทาน และ ประกาศการใช้
รัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญของญี่ปุ่นยกร่าง โดย Maquis Ito Hirabumi หลังจาก
ที่ญี่ปุ่นได้ทำการศึกเปรียบเทียบกับ รัฐธรรมนูญของประเทศมหาอำนาจต่างๆ
ในยุโรป (อังกฤษ/ฝรั่งเศส/ฮอลแลนด์ ฯลฯ และสหรัฐอเมริกา)

จักรพรรดิญี่ปุ่นพระราชทานรัฐธรรมนูญแก่คนญี่ปุ่น โดยใช้
ระยะเวลา 8 ปี นับตั้งแต่ปีที่จักรพรรดิ สัญญา จะให้รัฐธรรมนูญ ใน ปี ค.ศ. 1881

ตาม รัฐธรรมนูญของญี่ปุ่น (ค.ศ. 1889)

.....

รัฐสภาของญี่ปุ่น มี 2 สภา โดย “สภาสูง” มาจาก “การแต่งตั้ง”
โดยจักรพรรดิ และ “สภาผู้แทน” มาจากการเลือกตั้งโดยผู้มีสิทธิเลือกตั้ง ซึ่งจะต้อง
เป็นผู้ที่เสียภาษีอย่างน้อย 15 เยน

- ปีที่ 24 (เมจิ) ; ค.ศ. 1891 ญี่ปุ่นเสร็จสิ้น
“การปฏิรูปกฎหมาย” ที่สำคัญๆ ทั้งหมด

- ปีที่ 13 (เมจิ) ; ค.ศ. 1880 ญี่ปุ่นประกาศใช้ประมวลกฎหมาย
อาญา/ประมวลวิธีพิจารณาความอาญา ;

- ปีที่ 24 (เมจิ) ; ค.ศ. 1891 ญี่ปุ่นมีประมวลกฎหมายแพ่ง/
ประมวลกฎหมายพาณิชย์/ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง/ธรรมนูญ
ศาลยุติธรรม

[หมายเหตุ ในระยะเริ่มแรก การปฏิรูปกฎหมาย และเขียน
ประมวลกฎหมายของญี่ปุ่น ญี่ปุ่นได้อ้างตามแนวประมวลกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ;

แต่ต่อมา ญี่ปุ่นได้เปลี่ยนมาถือตามแนว “ประมวลกฎหมายของประเทศเยอรมนี”; เนื่องจากในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 (ค.ศ. 1870 - ค.ศ. 1880) หลังจากที่ประเทศฝรั่งเศสได้ปรับปรุงกฎหมายในสมัยนโปเลียนในปลายศตวรรษที่ 18 และต้นศตวรรษที่ 19 แล้ว ประเทศเยอรมันก็ได้ปรับปรุงระบบประมวลกฎหมายของตนเองขึ้น และได้รับการยอมรับอย่างมากจากประเทศต่างๆ ในยุโรป เพราะเป็นกฎหมายที่ทันสมัยกว่าประมวลกฎหมายของฝรั่งเศส

ดังนั้น ประมวลกฎหมายของญี่ปุ่น จึงทันสมัยกว่าประมวลกฎหมายของไทย (แม้ในปัจจุบัน); ที่เห็นได้ชัด ก็คือ ประเทศญี่ปุ่นแยก “ประมวลกฎหมายแพ่ง” ออกจาก “ประมวลกฎหมายพาณิชย์” (เพราะกฎหมายทั้ง 2 สาขามีปรัชญากฎหมายและมี “หลักกฎหมาย” ที่แตกต่างกัน); แต่ประเทศไทย เรายรวมกฎหมายแพ่งและกฎหมายพาณิชย์เข้าเป็นประมวลเดียวกัน เรียกว่า “ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์”; และแม้ในปัจจุบันนี้ (ค.ศ. 2013) อาจารย์กฎหมายในมหาวิทยาลัย และในสถาบันทางกฎหมายของไทย ก็ยังไม่มี “ความสามารถทางวิชาการ” พอที่จะพัฒนากฎหมายในด้านนี้ได้]

- ปีที่ 32 (เมจิ) ; ค.ศ. 1899 ญี่ปุ่นเลิก “สัญญาสิทธิสภาพนอกอาณาเขต - extraterritoriality” กับประเทศมหาอำนาจตะวันตก
- ปีที่ 27 (เมจิ) ; ค.ศ. 1894 สหรัฐอเมริกาและอังกฤษ ยกเลิก สัญญาสิทธิสภาพนอกอาณาเขต - extraterritoriality กับประเทศญี่ปุ่น
- ปีที่ 32 (เมจิ) ; ค.ศ. 1899 ประเทศมหาอำนาจทุกประเทศ ยกเลิกสัญญาสิทธิสภาพนอกอาณาเขตกับประเทศญี่ปุ่น
- ปีที่ 28 (เมจิ) ; ค.ศ. 1895 การพัฒนากองทัพบก
ปี ค.ศ. 1894 - 1895 กองทัพบกสมัยใหม่ของญี่ปุ่น รบชนะจีน อย่างง่ายดาย และญี่ปุ่นได้เกาะไต้หวันมาจากจีน พร้อมทั้งค่าปฏิกรรมสงคราม ฯลฯ
- ปีที่ 38 (เมจิ) ; ค.ศ. 1905 การพัฒนากองทัพเรือ
ปี ค.ศ. 1894 - 1895 กองทัพเรือของญี่ปุ่น รบชนะกองทัพเรือของรัสเซีย

[หมายเหตุ ถ้าจะพิจารณาย้อนลงไป ก่อนต้นรัชสมัยจักรพรรดิ

เมจิ นายพลเรือ Perry ได้นำกองเรือรบสหรัฐฯ เข้ามาแสดงแสนยานุภาพ - a show of force ให้ชาวญี่ปุ่นเห็นในอ่าวโตเกียว ในปี ค.ศ. 1854 และทำให้ญี่ปุ่นต้องทำ “สัญญาเปิดประเทศ” ทำการค้ากับสหรัฐอเมริกา และในขณะนั้น เรือรบญี่ปุ่นเป็นเรือไม้ ญี่ปุ่นยังสร้าง “เรือเหล็ก” ไม่เป็น และคนญี่ปุ่นเรียกเรือรบอเมริกันว่า “black ships”

เวลาผ่านไป 40 ปี ในการรบทางเรือครั้งสำคัญ ระหว่าง กองเรือรบญี่ปุ่นกับกองเรือรบรัสเซีย ในปี ค.ศ. 1904 - 1905 (เพื่อแย่งอิทธิพลเหนือประเทศเกาหลี); ผลการรบปรากฏว่า กองทัพเรือญี่ปุ่นทำลาย “กองทัพเรือของรัสเซีย - the Baltic fleet” ที่ประกอบด้วยเรือรบ 45 ลำ ได้ทั้งกองทัพ ; กองทัพเรือญี่ปุ่นจมและยึดเรือประจัญบานของรัสเซีย 8 ลำ เรือลาดตระเวน 9 ลำ และเรืออื่นๆ อีกจำนวนมาก ญี่ปุ่นจับนายพลเรือรัสเซีย 3 คน และทหารเรือรัสเซีย 7300 คน เป็นเชลย (ทหารเรือรัสเซียเสียชีวิตไป 4000 คน) โดยญี่ปุ่นเสียเรือตอร์ปิโดไปเพียง 3 ลำ และเสียชีวิตไปเพียง 116 คน]

● ● สิ้นสุด รัชสมัยจักรพรรดิเมจิ ในปี ค.ศ. 1912 รวมเวลาครองราชย์ทั้งสิ้น 44 ปี

ปีที่ 44 (เมจิ) ; เมื่อสิ้นสุดรัชสมัยจักรพรรดิเมจิ ค.ศ. 1912 รวมเวลา 44 ปี ประเทศญี่ปุ่นได้รับการยอมรับจากประชาคมมหาอำนาจตะวันตกว่าเป็นประเทศที่เป็น “ประเทศที่พัฒนาแล้ว” และเป็น “ประชาคมมหาอำนาจ” ที่ทัดเทียมกับประเทศในยุโรปและสหรัฐอเมริกา ; และประเทศญี่ปุ่นเป็นประเทศแรกในเอเชีย ที่รับชนะประชาคมมหาอำนาจตะวันตก



ต่อไปนี้ เราลองมาดู “การปฏิรูปประเทศ” ของประเทศไทย ในรัชกาลที่ 5 ดูบ้าง

(1.2) ประวัติศาสตร์ประเทศไทย สมัยรัชกาลที่ 5 (พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว)

ผู้เขียนคงไม่ต้องกล่าวว่า ก่อนรัชกาลที่ 5 นั้น ลัทธิล่าอาณานิคม - colonialism ของประเทศมหาอำนาจเป็นที่ประจักษ์และทราบกันดีอยู่แล้วเพราะ นอกจากสงครามฝิ่นระหว่างประเทศอังกฤษกับจีน (ค.ศ. 1856 - 1860) และสงครามระหว่างประเทศอังกฤษกับพม่า (ค.ศ. 1852 ในสมัยรัชกาลที่ 4) แล้ว ; และก่อนรัชกาลที่ 5 ประเทศไทยเองก็ได้เสียดินแดนให้แก่ประเทศอังกฤษและประเทศฝรั่งเศสมาแล้วหลายครั้ง (คือ ในสมัยรัชกาลที่ 1 เราเสียเกาะหมาก ใน ค.ศ. 1786 และเสีย มะริด ทวาย ตะนาวศรี ใน ปี ค.ศ. 1793 ; ในรัชกาลที่ 3 เราเสียแสนหวี เมืองพล เชียงตุง ในปี ค.ศ. 1825 ; และในรัชกาลที่ 4 เราเสียสิบสองปันนา ในปี ค.ศ. 1854 และในปีสุดท้ายของรัชกาลที่ 4 เรา ใน ค.ศ. 1867 เราเสียแคว้นเขมร

รัชกาลที่ 5 ของเรา พระองค์ท่านได้บริหารประเทศอย่างไร

รัชกาลที่ 5 (ค.ศ. 1853 - ค.ศ. 1911) ครองราชย์ ตั้งแต่พระชนมายุ 15 พรรษา คือ ตั้งแต่ ปี ค.ศ. 1868 - ค.ศ. 1911 (หรือ พ.ศ. 2411 - พ.ศ. 2453) รวมเวลาครองราชย์ทั้งสิ้น 42 ปี คือ ครองราชย์หลังพระเจ้ามัตสุอิโตของญี่ปุ่น 1 ปี และเสด็จสวรรคต ก่อนพระเจ้ามัตสุอิโตของญี่ปุ่น 1 ปี ; โดยพระองค์ท่านทำ “พิธีเถลิงถวัลย์ราชสมบัติ” ครั้งแรก ในปี พ.ศ. 2411 (ซึ่งเป็นการบริหารประเทศ โดยมี “ผู้สำเร็จราชการแผ่นดิน”) และทำ “พิธีราชาภิเษก” อีกครั้งหนึ่งในอีก 5 ปีต่อมา คือ ในปี พ.ศ. 2416 ; พระองค์เสด็จประพาสยุโรป 2 ครั้ง ครั้งแรก ในปี พ.ศ. 2440 (ค.ศ. 1897) เป็นปีที่ 29 ของรัชกาล และครั้งที่สอง ในปี พ.ศ. 2450 (ค.ศ. 1907) ซึ่งเป็นปีที่ 39 ของรัชกาล

เราทราบอยู่แล้วว่า รัชกาลที่ 5 พระองค์ท่านได้พัฒนาประเทศให้คนไทย นานาประการ อย่างเหลือที่กล่าวให้ครบถ้วนได้ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการภาษีอากร การเงินการคลัง (การตั้งหอรัษฎาพิพัฒน์ ในปี พ.ศ. 2416 - ปีที่ 5 ของรัชกาล) ; การไปรษณีย์ ในปี พ.ศ. 2426 - ปีที่ 15 ของรัชกาล ; การให้ตั้ง “โรงเรียน” ตามวัดทั่วไป และย้ายโรงเรียนที่พระตำหนักสวนกุหลาบมาไว้ที่วัดมหารธรรมพาราม ในปี พ.ศ. 2427 - ปีที่ 16 ของรัชกาล ; การคมนาคม (โดยเริ่มสำรวจเพื่อสร้าง ทางรถไฟ ในปี พ.ศ. 2431 - ปีที่ 20 ของรัชกาล และทำการเปิดทางรถไฟสายแรก กรุงเทพฯ - อยุธยา ในปี พ.ศ. 2439 - ปีที่ 28 ของรัชกาล) ; การตั้งโรงพยาบาล

ศิริราช และโรงเรียนแพทย์ ในปี พ.ศ. 2431 และ พ.ศ. 2432 - ปีที่ 20 และ 21 ของรัชกาล ; การศาสนา การตั้งวิทยาลัยสงฆ์ที่วัดมหาธาตุ ในปี พ.ศ. 2432 ซึ่งเป็นปีที่ 21 ของรัชกาล และตรา พรบ. ลักษณะการปกครองคณะสงฆ์ ร.ศ. 121 (พ.ศ. 2445) ปีที่ 34 ของรัชกาล ; ทรงริเริ่มการไฟฟ้า ในปี พ.ศ. 2444 - ปีที่ 33 ของรัชกาล ; การประปา ในปี พ.ศ. 2452 - ปีที่ 41 ของรัชกาล แต่ได้เสด็จสวรรคตก่อนที่จะกิจการประปาจะสำเร็จ และ ฯลฯ ;

ในบทความนี้ ผู้เขียนจะกล่าวเฉพาะใน “รายการ” ที่มีความสำคัญเพื่อประโยชน์ในการศึกษาเปรียบเทียบกับ การปฏิรูปประเทศของประเทศญี่ปุ่น ในสมัยของพระเจ้ามัตสึฮิโตะ

- การปฏิรูปการบริหารประเทศ :

ปีที่ 6 (ร.5) ; พ.ศ. 2417 (ค.ศ. 1874) (พฤษภาคม) ทรงเริ่มต้นด้วยการตั้ง “the council of state - ที่ปรึกษาราชการแผ่นดิน” (จำนวน 12 คน) และต่อมาในปีเดียวกัน (สิงหาคม) ทรงตั้ง “the privy council - ปรีวิ เคาน์ซิล (หรือ คณะองคมนตรี)” (จำนวน 49 คน ประกอบด้วยเจ้านาย 13 พระองค์ และข้าราชการผู้ใหญ่ 36 คน)

- การเลิกทาส

ปีที่ 6 ถึง ปีที่ 36 (ร.5) ; ปีที่ 6 (ร.5) ทรงเริ่มการเลิกทาส ด้วยการตรา กฎหมายเลิกทาสฉบับแรก (พรบ. พิภัดเกษียณอายุลูกทาสลูกไทย) ขึ้น ในปี ค.ศ. 1874 (พ.ศ. 2417) และตรากฎหมายเลิกทาสฉบับสุดท้าย (พรบ. ทาส ร.ศ. 124) ให้บรรดาลูกทาสหลุดพ้นเป็นไททั้งหมด ในปี ค.ศ. 1905 (พ.ศ. 2448)

ประเทศไทยใช้เวลาเลิกทาส รวมทั้งสิ้น 31 ปี นับแต่กฎหมายฉบับแรก หรือเป็นเวลา 37 ปี นับแต่วันที่รัชกาลที่ 5 ทรงขึ้นครองราชย์

- [ปีที่ 18 (ร.5) มีเหตุการณ์สำคัญ ที่ทำให้ประเทศไทย ต้อง “เร่ง” การปฏิรูปประเทศ : คือ พม่าเสียดินแดน ให้แก่ประเทศอังกฤษทั้งหมด ในปี ค.ศ. 1885 (พ.ศ. 2428) และอังกฤษได้รวมพม่าเข้ากับประเทศอินเดีย เป็น British India]

- ปีที่ 19 (ร.5) ; การพัฒนากองทัพบก

พ.ศ. 2430 (ค.ศ. 1887) ; ตั้งโรงเรียนนายร้อยทหารบก (เดิมชื่อ “คะเต็ดสกูล” มีนักเรียนที่คัดมา 50 คน, พ.ศ. 2431 ถึง พ.ศ. 2441 เป็น “โรงเรียนทหารสราญรมย์” “โรงเรียนสอนวิชาการทหารบก” และ “โรงเรียนนายร้อยทหารบก” ตามลำดับ [หมายเหตุ ต่อมาหลังสงครามโลกครั้งที่สอง จึงเปลี่ยนชื่อเป็น “โรงเรียนนายร้อยพระจุลจอมเกล้า”]

พ.ศ. 2430 (ค.ศ. 1887) ; รวมกรมที่เกี่ยวกับทหาร 9 กรม เป็น “กรมยุทธนาธิการ” (เมษายน 2430) โดยมีพระมหากษัตริย์เป็นจอมทัพ ; ต่อมาในปี พ.ศ. 2433 ยกระดับกรมยุทธนาธิการเป็น “กระทรวงยุทธนาธิการ” และมีการขยายหน่วยทหารและอัตรากำลังในส่วนภูมิภาค ; และต่อมาเป็น “กระทรวงกลาโหม” ในปี พ.ศ. 2436

- ปีที่ 22 (ร.5) ; การพัฒนากองทัพเรือ

พ.ศ. 2433 (ค.ศ. 1890) สร้างอุต่อเรือขนาดใหญ่ และเปิด “กรมอุทหารเรือ” (มีการรวบรวมเรือไม้/เรือเหล็ก ทั้งจักรซ่างและจักรท้าย ทั้งเรือเก่าและเรือสิ่งต่อใหม่ ให้อยู่ใน “กองทัพเรือ” โดยรวมเรือได้ประมาณ 30 ลำ เช่น เรืออรรถเรศรัตนานัน เรือสยามมงกุฎไชลลิตี ฯลฯ

พ.ศ. 2435 (ค.ศ. 1892) ปีที่ 24 (ร.5), จัดตั้ง “โรงเรียนนายเรือ” โดยมีผู้บังคับการคนแรกเป็นชาวเดนมาร์ก

- ปีที่ 24 (ร.5) ; การปฏิรูปการปกครองครั้งใหญ่

การจัด “การบริหารส่วนกลาง” ปีที่ 20 (ร.5) พ.ศ. 2431 (ค.ศ. 1888) ; แบ่งส่วนราชการออกเป็น “กรม” โดยมี 12 กรม

- ปีที่ 24 (ร.5) พ.ศ. 2435 หรือ ร.ศ. 111 (ค.ศ. 1892) ; ตั้งกระทรวง 12 กระทรวง และมี “เสนาบดีประจำกระทรวง”

การจัด “การบริหารส่วนภูมิภาค” ปีที่ 24 (ร.5) พ.ศ. 2435 - พ.ศ. 2449 (ค.ศ. 1892 - ค.ศ. 1906) ; จัดตั้ง “มณฑลเทศาภิบาล” ขึ้น 18 มณฑล ;

● ปีที่ 29 (ร.5) พ.ศ. 2440 ; แบ่งเขตการปกครองแต่ละ “มณฑล” ออกเป็น อำเภอ/ตำบล/หมู่บ้าน ; ตำบลและหมู่บ้าน ให้มีกำนัน ผู้ใหญ่บ้านที่ราษฎรเลือกตั้ง โดยตราเป็น “(พรบ. ปกครองท้องที่ ร.ศ. 116” (พ.ศ. 2440) ซึ่งหลักการของกฎหมายนี้ ยังคงใช้ต่อเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน

การจัด “การบริหารส่วนท้องถิ่น” ปีที่ 37 (ร.5) ; พ.ศ. 2448 (ร.ศ. 124) ตั้ง “สุขาภิบาลตำบลท่าฉลอม” มีกรรมการสุขาภิบาลเป็นผู้บริหาร

● ปีที่ 39 (ร.5) ; พ.ศ. 2450 (ร.ศ. 126) แบ่ง สุขาภิบาล ออกเป็น 2 ขนาด คือ สุขาภิบาลตำบล และ สุขาภิบาลเมือง ; และในตอนปลายรัชกาลที่ 5 ได้มีการจัดตั้งสุขาภิบาล ประมาณ 8 แห่ง

● ปีที่ 27 (ร.5) ; การปฏิรูประบบการเมือง (การตั้งฝ่ายบริหาร “คณะรัฐมนตรี”)

พ.ศ. 2437 หรือ ร.ศ. 113 (ค.ศ. 1894) ตั้ง “รัฐมนตรีสภา” (พรบ. รัฐมนตรีรัตนโกสินทร์ศก 113) ประกอบด้วย (1) เสนาบดี (หรือผู้แทนเสนาบดี) (12 คน) และ (2) ผู้ที่ทรงแต่งตั้งเพิ่ม (ไม่น้อยกว่า 12 นาย) [หมายเหตุ “รัฐมนตรีสภา” น่าจะหมายถึง “คณะรัฐมนตรี”]

“รัฐมนตรีสภา” มี “สภานายก (คือ นายกสภาหรือนายกรัฐมนตรี)” “อุปนายก (หรือ รองนายกรัฐมนตรี)” และ “สภาเลขานุการ (คือ เลขานุการสภาหรือเลขาธิการคณะรัฐมนตรี)” มีอำนาจหน้าที่ “ประชุมปรึกษากฎหมายสำหรับแผ่นดิน” ; สภานายก/อุปนายก/รัฐมนตรี/สภาเลขานุการ ต้องถือน้ำกระทำสัตย์ส่าบาล

● ● เมื่อสิ้นสุดรัชสมัยของรัชกาลที่ 5 ค.ศ. 1911 (พ.ศ. 2453) รวมเวลา 42 ปี

สิ่งที่พระองค์ท่านทรงช่วย “คนไทย” และ “ประเทศไทย” ไว้ได้ คือ การรักษา “เอกราช” ไว้ให้คนไทย ในขณะที่ประเทศเพื่อนบ้านรอบๆ บ้านเรา ต้องตกเป็น “เมืองขึ้น” ของประเทศมหาอำนาจในยุโรป

ในสมัยรัชกาลที่ 5 ประเทศไทยเสียดินแดนให้แก่ ประเทศมหาอำนาจ

ตะวันตก รวม 5 ครั้ง โดย 4 ครั้งแรก เป็นการเสียดินแดนให้แก่ ฝรั่งเศส ซึ่งเป็นการเสียดินแดนต่อเนื่องติดต่อกันเป็นเวลา 18 ปี คือ เริ่มตั้งแต่ พ.ศ. 2431 (ปีที่ 20 ของรัชกาล) จนถึง พ.ศ. 2449 และครั้งสุดท้าย เป็นการเสียดินแดนให้แก่ ประเทศอังกฤษ ในปี ค.ศ. 2451 โดยมีลำดับ ดังนี้

(1) ปีที่ 20 (ร.5) ; พ.ศ. 2431 - ค.ศ. 1888 เสียดินแดนครั้งแรก (ให้แก่ฝรั่งเศส) แคว้นสิบสองจุไทย

(2) ปีที่ 25 (ร.5) ; พ.ศ. 2436 - ค.ศ. 1893 (ร.ศ. 112) เสียลาวทั้งหมด และอาณาจักรลานช้าง (ให้แก่ฝรั่งเศส) ไทยต้องชดใช้ค่าเสียหายอีก 2 ล้านฟรังก์ และเงินไทยอีก 3 ล้านบาท (ใช้เงินถุงแดงที่รัชกาลที่ 3 คำสำคัญและสะสมไว้) (ฝรั่งเศสยึดจันทบูร เป็นประกัน)

(3) ปีที่ 34 (ร.5) ; พ.ศ. 2445 - ค.ศ. 1902 เสีย เมืองมโนไพร และ จำปาศักดิ์ ตรงข้ามปากเซ (ให้แก่ฝรั่งเศส) ; ฝรั่งเศสถอนจาก จันทบุรี ไปยึดเมืองตราด/ด่านซ้าย/เกาะกง/เกาะกูด แทน)

(4) ปีที่ 38 (ร.5) ; พ.ศ. 2449 - ค.ศ. 1906 เสียพระตะบอง เสียมราฐ ศรีโสภณ (มณฑลบูรพา) (ให้แก่ฝรั่งเศส เพื่อแลกเปลี่ยนกับการที่ฝรั่งเศสให้ “เอกราชทางศาล”)

(5) ปีที่ 40 (ร.5) ; พ.ศ. 2451 (มีนาคม) - ค.ศ. 1909 เสีย กลันตัน ตรังกานู ไทรบุรี ปะลิส (ให้แก่อังกฤษ เพื่อแลกเปลี่ยนกับการที่อังกฤษให้ “เอกราชทางศาล”)

[หมายเหตุ โปรดสังเกตว่า การเสียดินแดนของรัชกาลที่ 5 มีจำนวนรวมทั้งสิ้น 5 ครั้ง : โดยการเสียดินแดน 4 ครั้งแรก เป็นการเสียดินแดนให้แก่ ประเทศฝรั่งเศส และการเสียดินแดนครั้งสุดท้าย เป็นการเสียดินแดนให้ ประเทศอังกฤษ

โดยการเสียดินแดนดังกล่าว เป็นเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นใน “ช่วงกลาง” ของรัชกาล คือ หลังจากที่พระองค์ท่านครองราชย์มาแล้ว 20 ปี และเป็นการเสียดินแดน ที่มีระยะเวลาห่างจากการเสียดินแดน (ให้แก่ประเทศฝรั่งเศส) ครั้งสุดท้าย

ในสมัยรัชกาลที่ 4 ในปี ค.ศ. 1867 (พ.ศ. 2410) (เสียแคว้นเขมร) เป็นเวลานานถึง 21 - 22 ปี

ถามว่า ท่านเคยถามตัวท่านเองหรือไม่ว่า ทำไม ประเทศฝรั่งเศส เมื่อได้ดินแดนจากไทยไปแล้วในปลายสมัยรัชกาลที่ 4 จึงทิ้งเวลาว่างไว้ถึง 21 ปี คือ ตั้งแต่ ค.ศ. 1867 จนถึง ค.ศ. 1888 ประเทศฝรั่งเศสจึงย้อนกลับมาเอาดินแดนจากไทย อีก 4 ครั้ง ในตอนกลางสมัยรัชกาลที่ 5

ช่วงระยะนี้ เป็นระยะเวลาที่สำคัญมาก เพราะในช่วงระยะเวลาของการเว้นว่างนี้เองที่ทำให้รัชกาลที่ 5 ของเรามี “เวลาสำหรับการปฏิรูปประเทศ” เป็นเวลานานถึง 20 ปี

ถ้าท่านไม่ทราบ ก็ขอให้ท่านถามผม เมื่อจบการบรรยายนี้แล้ว หรือมีเวลานั้น ก็คงต้องไปสอบถาม “กระทรวงศึกษาธิการ” ว่า ได้จัดหลักสูตรและตำราการเรียนวิชาประวัติศาสตร์สากล และประวัติศาสตร์ไทย ในชั้นมัธยมศึกษาไว้อย่างไร ; เพราะเหตุใด ท่านผู้อ่านและคนไทยที่จบการศึกษาชั้นมัธยมศึกษาแล้ว จึงไม่ทราบถึงสาเหตุของ “ช่วงเวลาว่าง” อันสำคัญนี้]

ส่วนที่ 2

การเปรียบเทียบ “ผลสำเร็จ” ของ

“การปฏิรูปการเมือง ของรัชกาลที่ 5” กับ “การปฏิรูปการเมือง ของพระเจ้ามัตสุฮิโตะ”

ดูเหมือนว่า ทุกสิ่งทุกอย่างที่รัชกาลที่ 5 ได้ทรงเริ่มต้นใน “การปฏิรูปประเทศไทย” ไว้ จะยังไม่เสร็จสิ้นเมื่อพระองค์ท่านสวรรคต ; โปรดลองพิจารณาดูใน “ประเด็นสำคัญ” (เฉพาะที่เกี่ยวกับการพัฒนากฎหมาย) ใน 3 ประเด็น เทียบกับประเทศญี่ปุ่น ดังต่อไปนี้

(1) การยกเลิก “สนธิสัญญาสภาพนอกอาณาเขต” กับประเทศมหาอำนาจ ตะวันตก

พ.ศ. 2468 (ค.ศ. 1926) ประเทศไทย ต้องรอถึงรัชกาลที่ 6 คือในปี 16 ของรัชกาลที่ 6 ซึ่งเป็นปีสุดท้ายของรัชกาล ประเทศไทยจึงสามารถเจรจาแก้ไข “สนธิสัญญา” เพื่อล้มเลิก “สิทธิสภาพนอกอาณาเขต” ได้ทุกประเทศ ; คือ หลังจาก ประเทศญี่ปุ่น (ค.ศ. 1899) เป็นเวลา 27 ปี โดยประเทศญี่ปุ่นสามารถยกเลิก “สนธิสัญญาสภาพนอกอาณาเขต” กับประเทศมหาอำนาจตะวันตกได้ในปีที่ 33 ของจักรพรรดิเมจิโต (เมจิ)

และเหตุที่ทำให้ประเทศไทยสามารถยกเลิก “สนธิสัญญาสภาพนอกอาณาเขต” ได้ ก็มีได้เป็นเพราะความสำเร็จใน “การพัฒนาประเทศ” ของเรา แต่เป็นเพราะประเทศไทยได้ประกาศสงครามกับประเทศเยอรมนี (กลุ่มอักษะ) ใน สมัยสงครามโลก ครั้งที่ 1 ในสมัยรัชกาลที่ 6 และในการประชุมทำสนธิสัญญา สันติภาพ ณ พระราชวังแวร์ซายส์ ที่ประเทศฝรั่งเศส ในปี พ.ศ. 2461 (เดือนมกราคม) ผู้แทนประเทศไทยได้เรียกร้องขอให้ประเทศไทยหลุดพ้นจากการผูกมัด ด้วยสนธิสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ตั้งแต่ พ.ศ. 2398 (รัชกาลที่ 4) ; และผู้แทนของ ประเทศมหาอำนาจ ที่เป็นบุคคลแรกที่แสดงความเห็นสนับสนุนประเทศไทย ในที่ประชุม ก็คือ ประธานาธิบดี Woodrow Wilson ซึ่งกล่าวว่า “สหรัฐอเมริกา จะให้สัญญาใหม่แก่ไทย ...โดยปราศจากราคาค่างวดใดๆ “ ; และประเทศไทยได้ แก้ไขสัญญาสภาพนอกอาณาเขตกับสหรัฐอเมริกา ในอีก 2 ปีต่อมา คือในปลายปี พ.ศ. 2463 (ค.ศ. 1921)

หลังจากนั้น ประเทศไทยจึงประสบความสำเร็จในการเจรจาแก้ไข สนธิสัญญาสิทธิสภาพนอกอาณาเขตกับประเทศญี่ปุ่น/ฝรั่งเศส/อังกฤษ/ เนเธอร์แลนด์ สเปน/โปรตุเกส/เดนมาร์ก/สวีเดน/เบลเยียม/และประเทศอิตาลี โดยประเทศอิตาลี เป็นประเทศสุดท้ายที่ตกลงแก้ไขสนธิสัญญาฯ ให้แก่ประเทศไทย ในวันที่ 13 กรกฎาคม พ.ศ. 2469 ; การเจรจาแก้ไขสนธิสัญญาฯ ใช้เวลาประมาณ 6 ปี และ “คณะทูตพิเศษ” ของไทยในการเจรจา ประกอบด้วยที่ปรึกษา ที่มีอำนาจเต็มชาวอเมริกัน คือ ดร.ฟรานซิส บี. แซร์ ซึ่งต่อมา ได้รับพระราชทาน บรรดาศักดิ์จากรัชกาลที่ 6 ให้เป็น “พระยาภิบาลมตรี”

(2) การปฏิรูปกฎหมาย

ประเทศไทยเสร็จสิ้น “การจัดทำประมวลกฎหมาย” ในปี พ.ศ. 2478 (ค.ศ. 1935) คือ หลังเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 เป็นเวลา 3 ปี ; ซึ่งเป็นเวลาหลังประเทศญี่ปุ่น (ค.ศ. 1891) เป็นเวลา 44 ปี [หมายเหตุ ทั้งนี้ โดยยังไม่พิจารณาถึง “คุณภาพ” ของประมวลกฎหมาย ฯลฯ ของเรา]

พ.ศ. 2451 เรามีประมวลกฎหมายฉบับแรกของไทย คือ “กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ. 127” (พ.ศ. 2451 – ค.ศ. 1908) เป็นปีที่ 41 ของรัชกาลที่ 5 ก่อนเสด็จสวรรคต 1 ปี และเป็นเวลาหลังประเทศญี่ปุ่น (ค.ศ. 1880) เป็นเวลา 28 ปี [หมายเหตุ ปัจจุบัน เรามาใช้ “ประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2500” แทน]

พ.ศ. 2478 (ค.ศ. 1935) เรามี “ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์” ครบ 5 บรรพ เมื่อหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง (พ.ศ. 2475) 3 ปี ; หลังจากทีประเทศญี่ปุ่นมีประมวลกฎหมายแพ่ง และประมวลกฎหมายพาณิชย์ (ค.ศ. 1891) เป็นเวลา 44 ปี

เราได้เริ่มร่าง “ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์” ในปลายรัชกาลที่ 5 คือ ตั้งแต่ ปี พ.ศ. 2451 (ปีที่ 41 ร.5 ซึ่งเป็นปีก่อนที่พระองค์ท่านจะเสด็จสวรรคต 1 ปี) ; บรรพ 1 และ บรรพ 2 ประกาศใช้บังคับครั้งแรก ในปี พ.ศ. 2466 ในรัชกาลที่ 6 (ปีที่ 14 ของรัชกาลที่ 6) โดยจะให้ผลใช้บังคับในปี พ.ศ. 2467 แต่ปรากฏว่า ประมวลกฎหมายฉบับนี้ ผู้พิพากษาและผู้ใช้กฎหมายอ่านแล้วไม่เข้าใจ และมีข้อบกพร่องมากมาย จึงได้ยกเลิกและประกาศใช้ บรรพ 1 และ บรรพ 2 ที่ได้ตรวจชำระใหม่แทน ในปี พ.ศ. 2468 (เป็นปีที่ 16 หรือปีสุดท้ายของรัชกาล ที่ 6) โดยร่างใหม่ ได้ปรับปรุงและลอกเลียนแบบจากประมวลกฎหมายแพ่งของญี่ปุ่น ที่ ถือตามแนวของประมวลกฎหมายแพ่งของเยอรมนี ; บรรพ 3 และบรรพ 4 ประกาศใช้บังคับในรัชกาล ที่ 7 คือ บรรพ 3 ประกาศใช้บังคับ ในปี พ.ศ. 2472 (เป็นปีที่ 5 ของรัชกาลที่ 7) และ บรรพ 4 ประกาศใช้บังคับ ในปี พ.ศ. 2475 (เป็นปีที่ 8 ของรัชกาลที่ 7) ; ส่วน บรรพ 5 และ บรรพ 6 ประกาศใช้บังคับ หลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง (พ.ศ. 2475) 3 ปี คือประกาศใช้ในปี พ.ศ. 2478

เพราะรัฐบาลมีเงื่อนไขจะต้องทำประมวลกฎหมายให้เสร็จ ตามที่กำหนดไว้ใน “สนธิสัญญากับประเทศมหาอำนาจที่ยอมยกเลิกสิทธิสภาพนอกอาณาเขตให้ไทย ; รวมเวลาทั้งหมดในการร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นเวลาประมาณเกือบ 30 ปี

พ.ศ. 2478 (ค.ศ. 1935) เราก็มี ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา/ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง/พระธรรมนูญศาลยุติธรรม หลังเปลี่ยนแปลงการปกครอง (พ.ศ. 2475) เป็นเวลา 3 ปี ; คือ หลังจากที่ประเทศญี่ปุ่น มีกฎหมายของเขาครบถ้วน (ค.ศ. 1891) เป็นเวลา 44 ปี

[หมายเหตุ ในสมัยรัชกาลที่ 5 เรามีกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาที่ใช้ไปพลางก่อนชั่วคราว คือ กฎหมายลักษณะพยาน ร.ศ. 113 (พ.ศ. 2437)/พรบ.วิธีพิจารณาความมิโทษ ใช้ไปพลางก่อน ร.ศ. 115 (พ.ศ. 2440)/พรบ.วิธีพิจารณาความแพ่ง ร.ศ. 127 (พ.ศ. 2451) และได้มีการตั้ง “คณะกรรมการ” เพื่อจัดทำกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความให้สมบูรณ์ในรูปของประมวลกฎหมาย ตั้งแต่ พ.ศ. 2453 ซึ่งเป็นปีสุดท้ายของรัชกาลที่ 5 และเพิ่งมาสำเร็จเรียบร้อยในปี พ.ศ. 2478 หลังเปลี่ยนแปลงการปกครอง ห่างกัน 25 ปี]

(3) การมีรัฐธรรมนูญ

พ.ศ. 2475 - ค.ศ. 1932 ประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญฉบับแรก (ปีที่ 8 ของรัชกาล ที่ 7) ; คือ เป็นเวลาหลังจากที่พระเจ้ามัตสุฮิโต พระราชทานรัฐธรรมนูญให้คนญี่ปุ่น (ค.ศ. 1889) 43 ปี

สรุปสั้นๆ ง่ายๆ ก็คือ เมื่อสิ้นสุตวรรษที่ 5 “การปฏิรูปการเมือง” ของประเทศไทย ยังไม่เสร็จสิ้น ; แต่ “การปฏิรูปการเมือง” ของ พระเจ้ามัตสุฮิโตะ ได้เสร็จสิ้นลงก่อนสิ้นสุตวรรษที่ 5 นี้ โดยยังไม่พูดถึงว่า เมื่อประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญแล้วอะไรเกิดขึ้นกับประเทศไทยและคนไทย

[หมายเหตุ และการปฏิรูปการเมือง ของเรา ก็ยังไม่เสร็จสิ้นแม้ในปัจจุบันนี้ ค.ศ. 2013 (หรือ พ.ศ. 2556)

.....

ขณะนี้ ท่านผู้ฟังการบรรยาย ได้ทราบ “เหตุการณ์” ที่เป็นข้อเท็จจริง ในทางประวัติศาสตร์ ที่เกิดขึ้นในสมัยรัชกาลที่ 5 ของเรา และในสมัยจักรพรรดิ มีตสึฮิโตของญี่ปุ่นแล้ว

สิ่งที่คนไทยควรจะต้อง “คิด” ก็คือ

- ประเทศไทยกับประเทศญี่ปุ่นในอดีต ต่างก็ประสบกับปัญหา การขยายอาณานิคม – colonialism ของประเทศมหาอำนาจตะวันตกคล้ายคลึงกัน

- กษัตริย์ทั้ง 2 พระองค์ ต่างก็มีพระชนมายุใกล้เคียงกัน : คือ จักรพรรดิญี่ปุ่น (ค.ศ. 1852 ถึง ค.ศ. 1912) และรัชกาลที่ 5 ของเรา (ค.ศ. 1853 ถึง ค.ศ. 1911)

- กษัตริย์ทั้ง 2 พระองค์ ต่างขึ้นครองราชย์ในระยะเวลาใกล้เคียงกัน : จักรพรรดิญี่ปุ่นขึ้นครองราชย์ เมื่อมีพระชนมายุ 15 พรรษา ตั้งแต่ ค.ศ. 1852 ถึง ค.ศ. 1922 รวมเวลา 44 ปี; และรัชกาลที่ 5 ของเราขึ้นครองราชย์ เมื่อมีพระชนมายุ 15 พรรษาเช่นเดียวกัน ตั้งแต่ ค.ศ. 1853 ถึง ค.ศ. 1921 รวมเวลา 42 ปี

- กษัตริย์ทั้ง 2 พระองค์ ทรงพระราชอัจฉริยะ ไม่ยิ่งหย่อนกว่ากัน ปัญหาที่นำศึกษาของนักวิชาการไทย ก็คือ แม้ว่ากษัตริย์ (และจักรพรรดิ) ของทั้ง 2 ประเทศ จะรักษาเอกราชของประเทศไว้ได้ แต่เพราะเหตุใด “ผลของการบริหารประเทศ” ของกษัตริย์ทั้ง 2 พระองค์ จึงแตกต่างกันอย่างมากมาย

“อะไร” คือ สาเหตุของความแตกต่างนี้

เราจะไปพิจารณา ดู “สาเหตุของความแตกต่าง” นี้ ใน “ตอนที่ 3 ข้อ 3.2 (ข) “ซึ่งเป็นการเปรียบเทียบ “ความรู้ (กฎหมายมหาชน) ระหว่างความรู้ของ “อาจารย์กฎหมายในคณะนิติศาสตร์ ของมหาวิทยาลัยของรัฐของไทย ณ ปัจจุบัน (ค.ศ. 2013)” กับความรู้ของผู้ที่ของร่างรัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่น ในขณะที่ พระเจ้ามีตสึฮิโตพระราชทานรัฐธรรมนูญฉบับแรกให้คนญี่ปุ่น ในปี ค.ศ. 1889 ซึ่งห่างกัน 123 ปี (เท่านั้น)



ระบบเผด็จการทหาร และ ระบบเผด็จการ โดยพรรคการเมืองนายทุน ต่างก็ ไม่ใช่ “ระบอบประชาธิปไตย” ด้วยกัน (หน้าที่ 2)

ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรสมบูรณ์

(ตอนที่ 3)

ประเทศไทยเป็นประเทศที่ไม่มี “ทิศทาง” ของกฎหมายมหาชน
ประเทศไทยเป็นประเทศที่ไม่มีอนาคต
เพราะประเทศไทย ไม่รู้จัก “กฎหมายมหาชน”

ท่านผู้มาฟังการบรรยาย อาจจะแปลกใจ ที่ผมพูดว่า “ประเทศไทย ไม่รู้จักกฎหมายมหาชน” ; ท่านอาจคิดว่า เป็นไปได้อย่างไร ที่ประเทศไทยจะไม่รู้จักกฎหมายมหาชน ในเมื่อเรามีผู้ได้รับ “ปริญญากฎหมายหรือปริญญานิติศาสตรบัณฑิต” อยู่มากมาย เต็มบ้านเต็มเมือง และเราก็มีผู้ที่จบปริญญาเอกจากมหาวิทยาลัยในต่างประเทศที่มีชื่อเสียง อยู่ไม่น้อย แต่ทำไมผมจึงมาพูดเช่นนั้น

ผมขอเรียนว่า “ความรู้” กับการได้รับ “ปริญญา” นั้นไม่เหมือนกัน ผู้ได้รับปริญญา หมายถึง ผู้ที่ได้ผ่านการสอบของมหาวิทยาลัยมาแล้ว ; แต่ผู้นั้นจะมี “ความรู้” มากหรือน้อย เพียงใด ก็ย่อมแล้วแต่คุณภาพและความข้มงวดของ

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net 25 กุมภาพันธ์ 2556 15:02 น.

มหาวิทยาลัย” ที่ผู้นั้นไปศึกษาเล่าเรียนมา ไม่ว่าจะมหาวิทยาลัยนั้น จะเป็นมหาวิทยาลัยในประเทศไทย หรือมหาวิทยาลัยของต่างประเทศ

อาจารย์กฎหมายในคณะนิติศาสตร์ฯ ที่ได้รับ “ปริญญา” ของเรา มีความรู้มากน้อย เพียงใด

ในตอนต้นของการบรรยายนี้ ผมได้ตั้ง “ปัญหา” ถามท่านผู้ที่มาฟัง คำบรรยายไว้ว่า ทำไม “อาจารย์กฎหมาย ในคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยของรัฐ จึงไม่บอกกับเราว่า ระบบเผด็จการโดยพรรคการเมืองนายทุน ในระบบรัฐสภา ตามรัฐธรรมนูญของเรา เป็นรัฐธรรมนูญประเทศเดียวในโลก”

ผมอยากจะขอให้ท่านผู้ที่มาฟังคำบรรยาย โปรดคิดทบทวนด้วยตัวท่านเอง ว่า แม้ในขณะนี้ เดือนมกราคม พ.ศ. 2556

ท่านเคยได้ยิน อาจารย์กฎหมายของเราท่านใดบ้าง (รวมทั้ง ผู้ที่จบปริญญาเอก จากมหาวิทยาลัยที่มีชื่อเสียงของต่างประเทศ) บอกกับท่านว่า รัฐธรรมนูญของไทย (ตามบทบัญญัติปัจจุบัน) เป็นรัฐธรรมนูญประเทศเดียวในโลก ที่เขียนเช่นนี้ หรือไม่ (?)

สำหรับผม ผมไม่เคยได้ยิน : และถ้าท่านไม่เคยได้ยิน ท่านก็คงจะรู้ว่า ใน “การสอนกฎหมายรัฐธรรมนูญ” ของมหาวิทยาลัยในต่างประเทศ เขาสอนกัน แต่ว่า “หลักการของความเป็นประชาธิปไตย” (เสรีภาพในการตั้งพรรคการเมือง/ เสรีภาพในการเป็นสมาชิกของพรรคการเมือง/ส.ส. มีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ได้ตามมโนธรรม - conscience ของตน โดยไม่อยู่ในอาณัติและการมอบหมายใดๆ) มีอย่างไร ; แต่อาจารย์หรือตำราของมหาวิทยาลัยในต่างประเทศ เขาคงไม่ได้สอนว่า รัฐธรรมนูญของประเทศไทยมีบทบัญญัติอย่างไร เพราะเขาไม่ทราบ จะมีประเทศใดในโลก ที่เขียนบทบัญญัติที่ขัดกับ “หลักการของความเป็นประชาธิปไตย”

การที่ประเทศไทย มีรัฐธรรมนูญที่มีบทบัญญัติที่ขัดกับ “หลักการของความเป็นประชาธิปไตย” อันเป็นหลักสากล แต่ “อาจารย์กฎหมาย ในคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยของรัฐ ที่ไปเล่าเรียนจากต่างประเทศมา” มองไม่เห็น

ความแตกต่าง ระหว่างรัฐธรรมนูญไทย กับ หลักการของความเป็นประชาธิปไตย และไม่ได้นำ “ความแตกต่าง” นี้ มาสอนนักศึกษาของเรา ; ผมก็จะต้องขอให้ ท่านผู้ที่มาฟังการบรรยาย คิดและตอบแก้ตัวท่านเองว่า อาจารย์กฎหมายที่ได้รับ “ปริญญา” จากต่างประเทศมี “ความรู้” หรือไม่

ยิ่งไปกว่านั้น ท่านที่มาฟังการบรรยายบางท่าน อาจจำได้ว่า ผมได้เคยเขียน “บทความ” บทหนึ่ง และในบทความนั้น ผมได้อ้าง “ข้อเท็จจริง” เรื่องหนึ่งว่า ได้มีผู้ที่ได้จบ “ปริญญาจากมหาวิทยาลัยต่างประเทศ” ที่มีชื่อเสียงบางคน ได้บอกแก่ประชาชน อย่างเปิดเผยว่า “ระบอบรัฐสภา ของประเทศไทย” เหมือนกับ “ระบอบรัฐสภาของประเทศไทย” ซึ่งแสดงให้เห็นว่า ท่านผู้นั้น นอกจากตนเองจะ “ไม่มีความรู้” แล้ว ยังทำให้คนไทยทั้งประเทศ เข้าใจผิด ไปด้วย

ต่อไปนี้ ขอให้เรากลับมาพิจารณาในปัญหาว่า “กฎหมายมหาชน” และ “นิติปรัชญา” คือ อะไร

.....

(3.1) “กฎหมายมหาชน” และ “นิติปรัชญา” คือ อะไร

เราทราบกันดีอยู่แล้ว ว่ากฎหมายมหาชนประกอบ กฎหมายสาขาสำคัญ 2 สาขา คือ “กฎหมายรัฐธรรมนูญ” และ “กฎหมายปกครอง” (กฎหมายว่าด้วย กระบวนการยุติธรรม ตำรวจ - อัยการ - ตุลาการ/กฎหมายว่าด้วยการบริหาร ราชการประจำ/และกฎหมายว่าด้วยการกระจายอำนาจให้แก่ท้องถิ่นในรูปแบบต่างๆ) ; แต่ก่อนที่เราจะมาดูว่า เรา (คนไทย) มี “ความรู้” ในสาระสำคัญของ กฎหมาย รัฐธรรมนูญ และ กฎหมายปกครอง กัน มากน้อยเพียงใด ผมขอทำความเข้าใจกับ “วิถีคิดทางกฎหมาย” หรือ “นิติปรัชญา” กันก่อนว่า นักกฎหมายในประเทศ ที่พัฒนาแล้ว เขา “คิด” กันอย่างไร และ ทำไม “กฎหมายมหาชน” จึงได้เกิดขึ้น และแยกออกเป็นสาขาต่างๆ

● **นิติปรัชญา แห่ง ยุคศตวรรษ ที่ 19 - 20 คือ อะไร**

ผู้เขียนคงไม่สามารถเอาตำรา “**วิชานิติปรัชญา**” อันเป็นวิชาที่ว่าด้วยวิธีคิดทางกฎหมาย เป็นเล่มๆ มาย่อและบรรยายให้ท่านผู้อ่านเข้าใจได้หมดในการบรรยายนี้

แต่ผู้เขียนคิดว่า **วิธีที่ง่ายที่สุด และสั้นที่สุด**ที่เราจะสามารถทำความเข้าใจ “**วิชานิติปรัชญา**” ให้กับท่านผู้ที่มาฟังการบรรยายนี้ได้ ด้วยการอ้างถึง “ถ้อยคำสั้นๆ” เพียงประโยคเดียว ; ซึ่งเป็น “**ประโยค**” ที่ผมเชื่อว่า ท่านผู้ที่มาฟังการบรรยายจำนวนมากในที่นี้ เคยได้ยินมาแล้วไม่มากก็น้อย

ประโยคนั้น คือ “**นักกฎหมาย เป็น วิศวกรสังคม - social engineer**”

ประโยคนี้นี้ เป็นประโยคที่อาจารย์ที่สอนวิชานิติปรัชญาของเรา ใช้อ้างอิงกันเป็นประจำในการสอนวิชานิติปรัชญาแก่นักศึกษากฎหมาย ; เพราะในตำรา (ว่าด้วยนิติปรัชญา) ของต่างประเทศ นักปราชญ์ทางนิติปรัชญาของโลก หลายท่านได้ให้ความสำคัญของ “**บทบาทของนักกฎหมาย**” ในโลกยุคปัจจุบัน **ศตวรรษที่ 19 - 20** โดยทำการเปรียบเทียบไว้ว่า “**นักกฎหมาย เป็น วิศวกรสังคม - social engineer**”

คำว่า “**วิศวกร - engineer**” นี้ ผมเชื่อว่า ทุกท่านคงทราบและเข้าใจความหมายของ คำว่า “**วิศวกร**” กันแล้ว เป็นอย่างดี ; วิศวกร ก็คือ “**นักคิด**” เพื่อออกแบบและสร้าง “**สิ่งก่อสร้าง**” โดยสิ่งก่อสร้างนั้น จะต้องมีความมั่นคงและนำไปใช้งานได้ **สมตามความมุ่งหมาย**ของการสร้าง ; นักกฎหมาย ที่เป็น “**วิศวกรสังคม - social engineer**” ก็เช่นเดียวกัน คือ นักกฎหมายต้องเป็น “**นักคิด**” ในออกแบบกฎหมาย เพื่อสร้าง “**กลไกทางกฎหมาย**” ที่เป็นระบบ และมีหลักการที่แน่นอน โดยเมื่อนำ (บทกฎหมาย) มาใช้บังคับแล้ว จะต้องคาดหมายได้ว่า บทกฎหมายที่ตนออกแบบ และนำมาใช้บังคับนั้น จะเกิดผลตามความมุ่งหมายของการตรากฎหมาย คือ การบริหารประเทศ (ในการปกครองระบอบประชาธิปไตย) มีประสิทธิภาพสมตามความมุ่งหมาย คือ เพื่อประโยชน์ส่วนรวม

ความแตกต่างที่สำคัญระหว่าง “วิศวกร (ก่อสร้าง)” กับ “วิศวกร (สังคม)” ก็คือ **วัสดุก่อสร้าง** ; “วัสดุก่อสร้าง” ของวิศวกร (ก่อสร้าง) ได้แก่ สิ่งของต่างๆ ที่เป็นวัตถุ (เช่น อิฐ หิน ปูน ทราย เหล็ก ฯลฯ) และวิศวกร (ก่อสร้าง) จะต้องใช้วัตถุเหล่านั้น สร้างให้เป็นตึกรามบ้านช่อง ที่ใช้ประโยชน์ได้ ตามแบบที่กำหนดไว้

แต่ “วัสดุก่อสร้าง” ของวิศวกร (สังคม) หรือ นักกฎหมาย ได้แก่ “คน” (ไม่ว่า “คน” นั้น จะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ใช้อำนาจรัฐ หรือ “คน” นั้น จะเป็น ประชาชน ที่จะได้รับสิทธิและประโยชน์จากบทกฎหมายที่รัฐตราขึ้น) ; และคนในสังคมนั้น ประกอบด้วย กลุ่มผลประโยชน์หลากหลาย โดยแต่ละกลุ่มต่างมีประโยชน์ของตนเอง และต่างขัดแย้งซึ่งกันและกัน

วิศวกร (สังคม) หรือ “นักกฎหมาย” จะต้องสร้าง “กฎเกณฑ์ (บทกฎหมาย)” ให้เป็นวินัยของสังคมในการอยู่ร่วมกันของคนจำนวนมาก โดยกฎเกณฑ์ (บทกฎหมาย) เหล่านั้น จะต้องสามารถควบคุมพฤติกรรมของคนในสังคมได้อย่างเหมาะสม (ทั้งพฤติกรรมของคนที่เป็น “เจ้าหน้าที่ผู้ใช้อำนาจรัฐตามบทกฎหมาย” และพฤติกรรมของคนที่เป็น “ประชาชนที่จะได้สิทธิและประโยชน์ตามบทกฎหมาย”) เพื่อให้ “การบังคับใช้บทกฎหมาย” เป็นไปเพื่อประโยชน์แก่ส่วนรวม (ให้มากที่สุด)

นิติปรัชญา (วิธีคิด) ในยุคศตวรรษที่ 19 - 20 เกิดขึ้นมา พร้อมกับลัทธิประชาธิปไตย และ “กลไก” ของระบอบการปกครองของ รัฐสมัยใหม่ - modern state และในระยะเวลาใกล้เคียงกันนั้น ก็คือ การก่อกำเนิด ของ **วิชาสังคมวิทยา** (วิชาว่าด้วยพฤติกรรมของคนและของชุมชน); **นิติปรัชญา** ในยุคศตวรรษที่ 19 - 20 เป็น “วิธีคิด” ที่เรียกกันว่า “sociological approach”

ในการปกครองในระบอบประชาธิปไตย (รัฐสมัยใหม่ - modern state) “กฎหมาย เป็นเครื่องมือของสังคม” ; งานของวิศวกร (สังคม) เป็นงานที่ยากกว่างานของ วิศวกร (ก่อสร้าง) เพราะวิศวกร (สังคม) หรือนักกฎหมาย จะต้องสร้าง (ออกแบบ) กฎหมาย ที่ทำให้ “กลไก - mechanism ในการปกครองในระบอบประชาธิปไตย (ของ รัฐสมัยใหม่ - modern state) “ทำงาน” ให้เกิดผล

ตรงตามความมุ่งหมายของการปกครองในระบอบประชาธิปไตย คือ เพื่อ “ประโยชน์ส่วนรวม” ให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ ; ไม่ว่า “กลไก” นั้น จะเป็นกลไก (ระบบสถาบันการเมือง) ใน “กฎหมายรัฐธรรมนูญ - constitutional law” หรือ เป็นกลไกใน “กฎหมายปกครอง - administrative law” (กฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรม - ตำรวจ - อัยการ - ตุลาการ/กฎหมายว่าด้วยการบริหารราชการประจำ/กฎหมายว่าด้วยการกระจายอำนาจให้แก่ท้องถิ่น)

นิติปรัชญาในยุคศตวรรษที่ 19 - 20 สอนให้นักกฎหมาย ในฐานะที่เป็น “วิศวกรสังคม - social engineer” เซียน (ออกแบบ) กฎหมาย และใช้กฎหมาย โดยมี “จุดมุ่งหมาย” เพื่อแก้ปัญหาให้สังคม ; นิติปรัชญาในยุคศตวรรษที่ 19 - 20 ไม่ได้สอนให้ “นักกฎหมาย” เป็นนักเล่นสำนวน หรือเป็น ศรีธนญชัย เพื่อหลีกเลี่ยงผลบังคับใช้ของ (บท) กฎหมาย

สิ่งที่เป็น “ปัญหา” ของประเทศไทย ก็คือ เรามี “อาจารย์กฎหมายในคณะนิติศาสตร์ ในมหาวิทยาลัยของรัฐ ที่สอนวิชานิติปรัชญา คือ สอนให้นักศึกษากฎหมายของเรา รู้ว่า ในยุคปัจจุบันนี้ “นักกฎหมาย” มีความสำคัญ และมีบทบาท ในสร้างกฎเกณฑ์ (วินัย) ของสังคม จนถึงกับว่า “นักกฎหมาย เป็น “วิศวกรสังคม - social engineer”

แต่ปัญหาของเรา ก็คือ เราไม่มี “อาจารย์กฎหมายในคณะนิติศาสตร์ ในมหาวิทยาลัยของรัฐ ที่จะสอนกฎหมาย ให้ “นักศึกษากฎหมาย” ของเรามีความสามารถ เป็น “วิศวกรสังคม- social engineer” ได้ ; แม้แต่อาจารย์ผู้ที่สอนวิชานิติปรัชญาเอง ก็ยังเป็นที่สงสัยว่า ตนเองจะมีความสามารถพอที่จะเป็น วิศวกรสังคม - social engineer” ให้คนไทย ได้หรือไม่

ในช่วงเวลา 200 ปีที่ผ่านมา ภายใต้วิถีชีวิตของนิติปรัชญา ของรัฐสมัยใหม่ ในศตวรรษ ที่ 19 - 20 ประเทศที่พัฒนาแล้ว ได้มีการปรับเปลี่ยน “แนวความคิดทางกฎหมาย”/พัฒนา “วิธีการศึกษาวิจัยกฎหมาย” (กฎหมายเปรียบเทียบ - comparative law) /และได้เปลี่ยนแปลง “กลไก” ในกฎหมายมหาชนมากมาย ทั้ง “กลไก” (ระบบสถาบันการเมือง) ในกฎหมายรัฐธรรมนูญ และกลไกใน

กฎหมายปกครอง ซึ่งเป็นพื้นฐานของการบริหารประเทศในการปกครองระบอบประชาธิปไตย ; การเปลี่ยนแปลงเหล่านี้ อาจารย์กฎหมาย และนักกฎหมายของเราตามไม่ทัน

อาจารย์กฎหมายในคณะนิติศาสตร์ของเรา มี “ปัญหา” ในการเข้าถึง - access (การอ่าน) ตำรากฎหมายภาษาต่างประเทศ เพราะประเทศไทยมีภาษาไทยของเราเอง และไม่เคยตกอยู่ภายใต้อาณานิคมของประเทศมหาอำนาจ และเราเขียน (ออกแบบ) “กลไก” ในบทกฎหมายของเรา ด้วยความคิดของเราเอง ผิดบ้างถูกบ้าง เพราะเราไม่มี “พื้นฐาน” ในการทำการวิจัยกฎหมาย

ผมไม่แน่ใจว่า ประเทศไทยเป็นประเทศที่โชคดีหรือโชคร้าย ในการที่เราได้เป็นประเทศเอกราชมาโดยตลอด และเพราะการที่ประเทศไทยเป็นเอกราชมาตลอดนี้เอง ที่ทำให้ประเทศไทยไม่มีโอกาสที่จะได้รับการถ่ายทอด “รูปแบบ” ของบทกฎหมาย (ที่เขา “คิดวิเคราะห์” มาแล้ว) ของประเทศที่พัฒนาแล้ว มาใช้ในประเทศของเรา โดยเฉพาะอย่างยิ่งการถ่ายทอดรูปแบบ กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับ “กฎหมายปกครอง” (กฎหมายว่าด้วยกระบวนการยุติธรรม - ตำรวจ - อัยการ - ตุลาการ/กฎหมายว่าด้วยการบริหารราชการประจำ/กฎหมายว่าด้วยการกระจายอำนาจให้แก่ท้องถิ่น) ที่เป็นพื้นฐานของการใช้อำนาจอธิรัฐ ของ “ระบบสถาบันการเมือง” ที่มาจากการเลือกตั้ง ในการปกครองระบอบประชาธิปไตย

เรารู้ได้อย่างไรว่า อาจารย์กฎหมายในคณะนิติศาสตร์ ในมหาวิทยาลัยของรัฐของเรา ไม่มี “ความสามารถ” พอที่จะเป็น “วิศวกรสังคม - social engineer” ให้แก่คนไทยได้ (?) (?) ; และ “ใคร” จะเป็นผู้ตอบคำถามนี้

ตามพฤติกรรมทางสังคมวิทยา คงไม่มี “อาจารย์กฎหมายในคณะนิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัยของรัฐของเรา” ท่านใดที่จะออกมาพูดว่า ตนเองไม่มีความรู้ หรือ ไม่มี “ความสามารถ” ; แล้วเรารู้ได้อย่างไรว่า อาจารย์กฎหมายฯ ของเรา ไม่มี “ความสามารถ” พอที่จะเป็น “วิศวกรสังคม - social engineer” ให้แก่คนไทย

คำตอบ ก็คือ เราสามารถรู้ได้ โดยตรวจดู จาก “ผลงาน (จริง)”

ของอาจารย์กฎหมายในคณะนิติศาสตร์ฯ

“ผลงานจริง” ของอาจารย์กฎหมายในคณะนิติศาสตร์ ได้แก่ ตำรา งานวิจัย บทความ ของท่านอาจารย์ฯ เหล่านี้ รวมตลอดไปถึง ผลและประสิทธิภาพ ของ (บท) กฎหมายที่ประเทศได้ตราขึ้นใช้บังคับ ที่อาจารย์กฎหมายมีส่วนร่วม ในการเขียน (ออกแบบ) กฎหมาย ไม่ทางตรงก็ทางอ้อม

และแน่นอน สิ่งที่จะชี้วัดว่า “ผลงานจริง” ของอาจารย์กฎหมาย ในคณะนิติศาสตร์เหล่านี้ มี “คุณภาพ” หรือไม่ คงไม่ใช่เป็นการเปรียบเทียบ ระหว่าง “ผลงาน” ของอาจารย์กฎหมายในคณะนิติศาสตร์ของมหาวิทยาลัย ของรัฐภายในประเทศด้วยกันเอง ; แต่ต้องเปรียบเทียบกับ “ผลงาน” ตามมาตรฐานของอาจารย์กฎหมายของ “ประเทศที่พัฒนาแล้ว” ; เพราะการชี้วัด คุณภาพฯ ด้วยการเปรียบเทียบกับผลงานฯ ภายในประเทศด้วยกันเอง เราคงไม่สามารถมองเห็นความแตกต่างของ “ความรู้กฎหมาย” ของท่านอาจารย์เหล่านี้ได้ เพราะเป็นการเปรียบเทียบ ผลงานที่อยู่ภายใน “กะลา” เดียวกัน

ถามว่า ท่านที่ฟังการบรรยายในวันนี้ ท่านเคยอ่าน “เอกสารวิจัยกฎหมาย” ของนักวิชาการกฎหมายของต่างประเทศที่พัฒนาแล้วบ้างหรือไม่ ; ท่านเคยทราบ หรือไม่ว่า กฎหมายว่าด้วย การบริหาร (ข้าราชการ) “ตำรวจ” “อัยการ” “ตุลาการ” ฯลฯ เขามีหลักการอย่างไร มีบทบัญญัติแตกต่างกับกฎหมายของเราอย่างไร (โดยยังไม่ต้องพิจารณาว่า กฎหมายของเรา เราควรจะเขียนอย่างไร เพราะเหตุใด)

ต่อไปนี่ จะเป็น “หัวข้อ” ที่จะพิจารณาถึงผลงานจริงของ “อาจารย์ กฎหมายในคณะนิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัยของรัฐ” และของบรรดา “นักกฎหมาย” ที่เป็น “ผลผลิต” จากการเรียนการสอนวิชากฎหมายของ “อาจารย์กฎหมาย ในคณะนิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัยของรัฐ” ตลอดเวลา 80 ปี นับแต่การเปลี่ยนแปลง การปกครองของเรา

และสำหรับปัญหาว่า ใครจะเป็นผู้ตอบ “คำถาม” (เรารู้ได้อย่างไรว่า อาจารย์กฎหมายฯ ของเรา ไม่มีความสามารถพอที่จะเป็น “วิศวกรสังคม - social engineer” ให้แก่คนไทย) ; ผู้ที่จะตอบคำถามนี้ คงจะได้แก่ “คนไทย” ทุกคน

รวมทั้งท่านผู้ที่มาฟังการบรรยายในวันนี้ด้วย และสำหรับผม ผมก็เป็นเพียง “ผู้ที่ให้ความเห็นคนหนึ่ง”



3.2) (ทำไม ผมจึงพูดได้ว่า) อาจารย์กฎหมายในคณะนิติศาสตร์ ในมหาวิทยาลัยของรัฐของเรามี “ความรู้ (กฎหมายมหาชน)” ถ้าวัดประเทศ ที่พัฒนาแล้วกว่า 100 (หนึ่งร้อย) ปี

.....

(3.2) (ก) วิวัฒนาการของ “ตัวบทรัฐธรรมนูญฉบับต่างๆ ของประเทศไทย”

“ระบบเผด็จการโดยพรรคการเมืองนายทุน ในระบบรัฐสภา” (ประเทศเดียวในโลก) เกิดขึ้นในประเทศไทย ได้อย่างไร ในช่วง 80 ปี ตั้งแต่ พ.ศ. 2475 ถึง พ.ศ. 2556

เราทราบกันดีอยู่แล้ว ว่ากฎหมายมหาชนประกอบ กฎหมายสาขาสำคัญ 2 สาขา คือ กฎหมายรัฐธรรมนูญ และกฎหมายปกครอง (กฎหมายว่าด้วย กระบวนการยุติธรรม ตำรวจ - อัยการ - ตุลาการ) / กฎหมายว่าด้วยการบริหาร ราชการประจำ และกฎหมายว่าด้วยการกระจายอำนาจให้แก่ท้องถิ่นใน รูปแบบต่างๆ)

ผมได้กล่าวแล้วว่า ผมเห็นว่า ประเทศไทยกำลังต้อง “จ่ายราคาสำหรับการที่เราเป็นเอกราช” ในสมัยรัชกาลที่ 5 เพราะการเป็นเอกราชทำให้เราไม่ได้รับการถ่ายทอดประสบการณ์และรูปแบบการพัฒนาประเทศจากระบบกฎหมายมหาชน ของ “ประเทศมหาอำนาจที่พัฒนาแล้ว” และในขณะเดียวกัน อาจารย์กฎหมายฯ ของเรา ไม่มี “ความรู้” พอที่จะพัฒนาระบบกฎหมายมหาชน (กฎหมายรัฐธรรมนูญ และกฎหมายปกครอง) ที่ดี ให้กับคนไทย

“กฎหมายปกครอง” ของเราในขณะนี้ กล่าวได้ว่า เป็นระบบที่พิกลพิการ และสร้างปัญหาการบริหารใหม่เราอยู่ไม่น้อย ตามที่ปรากฏเป็นข่าวอยู่ใน

หน้าหนังสือพิมพ์ทุกๆ วัน ; ระบบ (กฎหมาย) บริหารราชการประจำและการกระจายอำนาจให้แก่ท้องถิ่นของประเทศ ไม่ได้รับการพัฒนาและไม่มีเขียน (ออกแบบ) กฎหมายที่ดีพอ ที่จะจะเป็นพื้นฐานรองรับการใช้อำนาจรัฐของสถาบันการเมือง (ที่มาจาก การเลือกตั้ง) ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยได้ ; ซึ่งแตกต่างกับ “ประเทศเพื่อนบ้านของเรา” (ที่เป็นเมืองขึ้นของประเทศมหาอำนาจ) หลายประเทศ ที่มีพื้นฐานทางกฎหมายปกครองดีกว่าเรา

สำหรับ (กฎหมาย) รัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นการออกแบบ “ระบบสถาบันการเมือง” ก็ปรากฏว่า อาจารย์กฎหมายในคณะนิติศาสตร์ และนักวิชาการของเราไม่มี “ความรู้” และไม่ชวนขยายแสวงหาความรู้ (แตกต่างกับผู้ร่างรัฐธรรมนูญของ ญี่ปุ่น ในสมัยพระเจ้ามัตสึฮิโตะ) ; การเขียน (ออกแบบ) รัฐธรรมนูญ - form of government ของเรา แต่ละฉบับเป็นการเขียนเพื่อที่จะเอา “อำนาจรัฐ” มาให้กับตนเอง (ผู้ให้รัฐธรรมนูญ) ไม่ทางใดก็ทางหนึ่ง

ดังนั้น การเปลี่ยนแปลงการปกครอง ใน ปี พ.ศ. 2475 จึงมิใช่เป็น “การแก้ปัญหาการบริหารประเทศ ของระบอบสมบูรณาญาสิทธิราช” แต่ได้กลายเป็น การเริ่มต้นของการสร้างปัญหาการบริหารประเทศ ในระบอบการปกครองที่อ้างว่า **เป็นการปกครองระบอบประชาธิปไตย** ; การเปลี่ยนแปลงรัฐธรรมนูญ แต่ละฉบับเป็นการแย่ง “อำนาจรัฐ” ระหว่างกลุ่มผลประโยชน์ (บางครั้งก็แย่งอำนาจระหว่างทหารด้วยกันเองและหลายๆ ครั้ง ก็เป็นการแย่งอำนาจระหว่างนักการเมืองที่มาจาก การเลือกตั้ง และการรัฐประหารโดยทหาร) และในปัจจุบัน เราจบลงด้วย **“ระบบเผด็จการ โดยพรรคการเมืองนายทุนในระบบรัฐสภา”** ประเทศเดียวในโลก

ในการบรรยายนี้ ผมจะพูดถึง ปัญหาของระบบสถาบันการเมือง - form of government (กฎหมายรัฐธรรมนูญ) เป็นประการสำคัญ โดยจะยังไม่พูดถึง ปัญหาการปฏิรูประบบกฎหมายพื้นฐานของการบริหาร (กฎหมายปกครอง) ; เพราะถ้าเรา (คนไทย) ไม่สามารถแก้ “ปัญหา ระบบสถาบันการเมือง” ได้เรา (คนไทย) ก็คงจะไม่สามารถแก้ “ปัญหา กฎหมายปกครอง” ได้ เพราะ “สถาบันการเมือง” เป็นองค์กรที่มีอำนาจสูงสุดในการตรากฎหมายของประเทศและดังนั้น ถ้าเราไม่ได้

“คนดี” มาปกครองประเทศ เราก็คงไม่มี “คนดี” ที่จะมาแก้กฎหมาย (ปกครอง) ให้เรา
 ผมขอเริ่มต้น ด้วยการตรวจดู “วิวัฒนาการ ของ รัฐธรรมนูญ” ฉบับต่างๆ
 ของเรา เพื่อหาสาเหตุ ว่า “ระบบเผด็จการโดยพรรคการเมืองนายทุน
 ในระบบรัฐสภา” (ประเทศเดียวในโลก) เกิดขึ้นในประเทศไทย ได้อย่างไร
 ในช่วง 80 ปี ตั้งแต่ พ.ศ. 2475 ถึง พ.ศ. 2556

ขณะนี้ ประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญ รวมทั้งหมดรวม 19 ฉบับ (ไม่ใช่
 18 ฉบับ ตามที่พูดๆ กัน) โดยเป็น “ธรรมนูญการปกครอง” อย่างสั้นๆ ที่มาจาก
 การปฏิวัติหรือรัฐประหาร 7 ฉบับ และเป็นรัฐธรรมนูญที่เต็มรูปแบบ 12 ฉบับ

ในที่นี้ เราจะพิจารณาเฉพาะ “รัฐธรรมนูญฉบับที่เต็มรูปแบบ” เท่านั้น
 โดยจะพิจารณาเรียงกันไปตามลำดับ เพื่อตรวจดูวิวัฒนาการ (ความเปลี่ยนแปลง)
 ของ “แนวความคิด (ทางกฎหมายมหาชน)” ของอาจารย์กฎหมายและ
 นักกฎหมาย ที่มีส่วนสำคัญในการเขียน (ออกแบบ) ระบบสถาบันการเมือง -
 form of government ที่ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญฉบับต่างๆ ของเรา

ในตอนที 1 ของคำบรรยายนี้ เราได้เรียนรู้ “หลักการของความเป็น
 ประชาธิปไตย - the principle of democracy” จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ
 ของต่างประเทศมาแล้ว ; ต่อไปนี้ เราจะลองมาตรวจดูว่า รัฐธรรมนูญของเรา
 ฉบับใดบ้างที่ยึดถือ “หลักการ ของความเป็นประชาธิปไตย” และฉบับใดบ้าง
 ที่ออกนอกกรอบ “หลักการสากล” ดังกล่าวนี้ ; และขอให้ท่านผู้ที่มาฟังการ
 บรรยาย โปรดสังเกต “ความแตกต่าง” ของหลักการและถ้อยคำที่ปรากฏอยู่ใน
 บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับต่างๆ ของเรา เพราะสิ่งเหล่านี้ เป็น “ข้อเท็จจริง”
 ที่แสดงให้เห็นถึง “มาตรฐานความรู้” ของ อาจารย์กฎหมายและวงการศึกษา
 ของประเทศไทย

.....

เมื่อเราเอา “รัฐธรรมนูญของเราทุกฉบับ” มาเรียงลำดับกัน เราก็จะพบ
 ว่า “แนวความคิด (ทางกฎหมายมหาชน)” ตลอดระยะเวลา 80 ปี คือ

ตั้งแต่การเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 จนถึงปัจจุบัน พ.ศ. 2556 (ค.ศ. 2013) สามารถแยกได้เป็น 3 ช่วงระยะเวลา คือ (1) ช่วงระยะที่หนึ่ง เป็นรัฐธรรมนูญที่ไม่มีบทบัญญัติให้ ส.ส. ต้องสังกัดพรรค ; (2) ช่วงระยะที่สอง เป็นรัฐธรรมนูญที่เริ่มมีบทบัญญัติบังคับให้ ส.ส. ต้องสังกัดพรรคการเมือง ; และ (3) ช่วงระยะที่สาม เป็นรัฐธรรมนูญที่เป็น “ระบบเผด็จการ โดยพรรคการเมืองนายทุนในระบบรัฐสภา” เป็นประเทศแรกและเป็นประเทศเดียวในโลก

ต่อไปนี้ ผมจะเอาตัวบทรัฐธรรมนูญของเรา เพียง 2 มาตรา คือ เฉพาะมาตราที่เกี่ยวกับ “สถานภาพ ของ ส.ส.” และ “คำปฏิญาณของ ส.ส.” มาเรียงลำดับไว้ เพื่อแสดงให้เห็นว่า เราเริ่มออกนอกกรอบ “หลักการของความเป็นประชาธิปไตย - the principle of democracy” ตั้งแต่เมื่อใด (รธน. ฉบับใด) และหลังจากที่เราออกนอกกรอบหลักการของความเป็นประชาธิปไตย ด้วยการบังคับให้ ส.ส. ต้องสังกัดพรรคการเมืองแล้ว บทมาตราทั้งสอง (ซึ่งเป็นมาตราสำคัญอย่างยิ่งของระบอบประชาธิปไตยที่กำหนดให้ “ส.ส. มีความอิสระ ในการปฏิบัติหน้าที่ของ ส.ส ได้โดยอิสระตามมโนธรรมของตน และไม่อยู่ในอาณัติมอบหมายใดๆ”) ได้มีการเปลี่ยนแปลง “ถ้อยคำ” ไปอย่างไร

ช่วงระยะที่หนึ่ง (เป็น รัฐธรรมนูญที่ไม่มีบทบัญญัติให้ ส.ส. ต้องสังกัดพรรค)

ช่วงระยะที่หนึ่ง คือ รัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับ ตั้งแต่ พ.ศ. 2475 (ค.ศ. 1932) จนถึง พ.ศ. 2516 (ค.ศ. 1963) รวมเวลา 31 ปี ; โดยในช่วงระยะนี้ เรามีรัฐธรรมนูญฉบับสมบูรณ์ อยู่ 6 ฉบับ โดยไม่นับรวมรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 ฉบับที่เป็นฉบับแรกของประเทศไทย

[หมายเหตุ เราทราบกันอยู่แล้วว่า รัฐธรรมนูญ ใน ปี พ.ศ. 2475 ของเรานั้นมีอยู่ 2 ฉบับ คือ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ; แต่ในที่นี้ ผู้เขียนจะเริ่มตั้งแต่รัฐธรรมนูญ (พ.ศ. 2475) ฉบับที่สอง ซึ่งเป็น “รัฐธรรมนูญ ในระบอบประชาธิปไตย” ฉบับแรกของประเทศไทย เป็นต้นไป

สิ่งที่แปลกก็คือ เรา(คนไทย) ไม่ค่อยได้ทราบว่ารัฐธรรมนูญ ปี พ.ศ.2475

ฉบับแรก ของเรามี “ที่มา” อย่างไร และมี “รูปแบบ” มาจากไหน เพราะไม่มีการสอน ในคณะนิติศาสตร์ของมหาวิทยาลัย และไม่มีอยู่ใน ตำราวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ ที่อาจารย์กฎหมายใช้สอนในมหาวิทยาลัย [หมายเหตุ จะเป็นเพราะเหตุผลประการใด ก็ขอให้ท่านที่มาฟังการบรรยายคิดเอาเอง]

รัฐธรรมนูญ ฉบับแรก ในปี พ.ศ. 2475 คือ “พระราชบัญญัติธรรมนูญ การปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475” ของเรา (มี 39 มาตรา ใช้บังคับ ตั้งแต่วันที่ 27 มิถุนายน พ.ศ. 2475 (ค.ศ. 1932) จนถึง วันที่ 10 ธันวาคม 2475 เป็นเวลา 5 เดือนเศษ ; มีบทบัญญัติสำคัญที่น่าสังเกต ดังต่อไปนี้

มาตรา 28 (ของ หมวด 4 “คณะกรรมการราษฎร”) คณะกรรมการราษฎร มีอำนาจและหน้าที่ ดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของสภา

มาตรา 11 คุณสมบัติของผู้สมัครรับเลือก เป็นผู้แทนประเภทที่ 1 คือ (1) สอบไล่วิชาการเมืองได้ตามหลักสูตร ซึ่งสภาจะได้ตั้งขึ้นไว้; (2) ฯลฯ ; (6) เฉพาะผู้สมัครรับเลือกเป็นผู้แทนประเภทที่ 1 ในสมัยที่ 2 จะต้องได้รับความเห็นชอบของสมาชิกในสมัยที่ 1 เสียก่อน ว่าเป็นผู้ที่ไม่ควรสงสัยว่าจะนำมาซึ่ง ความไม่เรียบร้อย

“กลไก ของระบบสถาบันการเมือง - form of government” ตามรัฐธรรมนูญ (พระราชบัญญัติธรรมนูญฯ) ฉบับแรกของเรา นี้ แตกต่างไปจาก รัฐธรรมนูญฉบับต่อๆ มา ของประเทศไทยทุกฉบับ และเห็นได้ชัดว่า ได้ลอกเลียน รูปแบบระบบสถาบันการเมืองมาจากรัฐธรรมนูญของประเทศรัสเซีย ฉบับปี ค.ศ. 1918 (พ.ศ. 2461) คือ (1) ประการแรก รัฐธรรมนูญฉบับนี้ (มาตรา 28) เรียกชื่อ “คณะรัฐมนตรี” (สถาบันฝ่ายบริหาร) ว่า “คณะกรรมการราษฎร” ซึ่ง “คำ” คำนี้ ตรงกับรัฐธรรมนูญของประเทศรัสเซียฯ ที่เรียก “คณะรัฐมนตรี” ในยุคนั้นว่า “the people ‘s commissar” และเรามีนายกรัฐมนตรี ที่เรียกว่า “ประธาน คณะกรรมการราษฎร” และ (2) ประการที่สอง รัฐธรรมนูญฉบับนี้ (ตาม มาตรา 11 (6) และ มาตรา 10) กำหนดให้ “ผู้ที่จะสมัครรับเลือกตั้ง” ต้องได้รับความเห็นชอบ จาก “สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในสมัยที่ 1” (ซึ่งได้แก่ “คณะบุคคล จำนวน 70 นาย

ที่ “คณะราษฎร” แต่งตั้งขึ้น) ก่อน ซึ่งอำนาจนี้เป็นอำนาจเช่นเดียวกับอำนาจของ “พรรคคอมมิวนิสต์ของรัสเซีย” ; ตามรัฐธรรมนูญฉบับนี้ เรามีพระยามโนปกรณนิติธาดา (ก้อน หุตะสิงห์) เป็น ประธานคณะกรรมการราษฎร คือ เป็นนายกรัฐมนตรีคนแรกของประเทศไทย

แต่อย่างไรก็ตาม สิ่งที่พระราชบัญญัติรัฐธรรมนูญฯ ฉบับนี้ของเรา แตกต่างไปจากรัฐธรรมนูญของรัสเซีย (ค.ศ. 1818) ในสาระสำคัญ ก็คือ พระราชบัญญัติรัฐธรรมนูญฯ ดังกล่าว ได้บัญญัติให้ประเทศไทยมี “สถาบันกษัตริย์” ซึ่งไม่มีในรัฐธรรมนูญของรัสเซีย ; รัฐธรรมนูญรัสเซีย ฉบับปี ค.ศ. 1918 นี้ ได้ถูกยกเลิกไป โดยรัฐธรรมนูญของรัสเซียฉบับต่อมา ในปี ค.ศ. 1936 (พ.ศ. 2479) และในรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ของรัสเซีย ได้กลับมาเรียกชื่อ สถาบันฝ่ายบริหารว่า เป็น “คณะรัฐมนตรี - the council of ministers” ตามแบบอย่างของประเทศในยุโรป]

(1) รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 (รธน. ฉบับที่ 2)

มาตรา 20 (สถานภาพ) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ย่อมเป็นผู้แทนของปวงชนชาวสยาม มิใช่แทนเฉพาะผู้ที่เลือกตนขึ้นมา ต้องปฏิบัติหน้าที่ตามความเห็นของตนโดยบริสุทธิ์ใจ ไม่อยู่ในความผูกมัดแห่งอาณัติมอบหมายใดๆ

มาตรา 19 (คำปฏิญาณ) ก่อนเข้ารับหน้าที่ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้องปฏิญาณในที่ประชุมแห่งสภาว่าจะรักษาไว้และปฏิบัติตามซึ่งรัฐธรรมนูญนี้

(2) รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2489 (รธน. ฉบับที่ 3)

มาตรา 36 (สถานภาพ) สมาชิกวุฒิสภา และสภาผู้แทน ย่อมเป็นผู้แทนปวงชนชาวไทย ไม่อยู่ในความผูกมัดแห่งอาณัติมอบหมายใดๆ และต้องปฏิบัติหน้าที่ตามความเห็นของตนโดยบริสุทธิ์ใจ เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย

มาตรา 35 (คำปฏิญาณ) ก่อนเข้ารับหน้าที่ สมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทน ต้องปฏิญาณในที่ประชุมแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกว่า จะรักษาไว้และปฏิบัติตามซึ่งรัฐธรรมนูญนี้

(3) รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2490 ฉบับชั่วคราว (รธน. ฉบับที่ 4)

มาตรา 44 (สภาพภาพ) สมาชิกวุฒิสภาและสภาผู้แทน ย่อมเป็นผู้แทนของปวงชนชาวไทย ไม่อยู่ในความผูกมัดแห่งอาณัติมอบหมายใดๆ และต้องปฏิบัติหน้าที่ตามความเห็นของตนโดยบริสุทธิ์ใจ เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย

มาตรา 43 (คำปฏิญาณ) ก่อนเข้ารับหน้าที่สมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทน ต้องปฏิญาณในที่ประชุมแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกว่า จะรักษาไว้และปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ

(4) รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2492 (รธน. ฉบับที่ 5)

มาตรา 101 (สภาพภาพ) สมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทน ย่อมเป็นผู้แทนของปวงชนชาวไทย ไม่อยู่ในความผูกมัดแห่งอาณัติมอบหมายใดๆ และต้องปฏิบัติหน้าที่ตามความเห็นของตนโดยบริสุทธิ์ใจ เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย

มาตรา 102 (คำปฏิญาณ) ก่อนเข้ารับหน้าที่สมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทน ต้องปฏิญาณในที่ประชุมแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิก ด้วยถ้อยคำดังต่อไปนี้

“ข้าพเจ้า (ชื่อผู้ปฏิญาณ) ขอปฏิญาณว่า จะปฏิบัติหน้าที่ตามความเห็นของข้าพเจ้าโดยบริสุทธิ์ใจ เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย ทั้งจะรักษาไว้และปฏิบัติตามซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกประการ”

(5) รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495 (รธน. ฉบับที่ 6)

ถ้อยคำในบทมาตรา คงเป็นเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 แต่แก้ไข “เลขมาตรา” จากมาตรา 19 และ มาตรา 20 เป็น มาตรา 48 และ มาตรา 49 ตามลำดับ

[มาตรา 49 (สภาพภาพ) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ย่อมเป็นผู้แทนของปวงชนชาวสยาม มิใช่แทนเฉพาะผู้ที่เลือกตนขึ้นมา ต้องปฏิบัติหน้าที่ตามความเห็นของตนโดยบริสุทธิ์ใจ ไม่อยู่ในความผูกมัดแห่งอาณัติมอบหมายใดๆ

มาตรา 48 (คำปฏิญาณ) ปฏิบัติตามซึ่งรัฐธรรมนูญก่อนเข้ารับหน้าที่ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้องปฏิญาณในที่ประชุมแห่งสภา ว่าจะรักษาไว้และนี้]

(6) รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2511 (รธน. ฉบับที่ 8) (มีคำว่า “จะปฏิบัติหน้าที่ตามความเห็นของตนโดยบริสุทธิ์ใจ” ทั้งสองมาตรา)

มาตรา 97 (สถานภาพ) สมาชิกวุฒิสภาและสภาผู้แทน ย่อมเป็นผู้แทนของปวงชนชาวไทย ไม่อยู่ในความผูกมัดแห่งอาณัติมอบหมายใดๆ และต้องปฏิบัติหน้าที่ตามความเห็นของตนโดยบริสุทธิ์ใจ เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย

มาตรา 9 (คำปฏิญาณ) ก่อนเข้ารับหน้าที่ สมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทน ต้องปฏิญาณตนในที่ประชุมแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิก ด้วยถ้อยคำดังต่อไปนี้

“ข้าพเจ้า (ชื่อผู้ปฏิญาณ) ขอปฏิญาณว่า จะปฏิบัติหน้าที่ตามความเห็นของข้าพเจ้าโดยบริสุทธิ์ใจ เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย ทั้งจะรักษาไว้และปฏิบัติตาม ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกประการ”

.....

ช่วงระยะที่สอง (รัฐธรรมนูญที่เริ่มมีบทบัญญัติบังคับให้ ส.ส. ต้องสังกัดพรรคการเมือง แต่ยังไม่เป็น “ระบบเผด็จการ โดยพรรคการเมืองนายทุนฯ ที่สมบูรณ์แบบ)

ช่วงระยะที่สองนี้ ได้แก่ รัฐธรรมนูญของประเทศไทย ที่ใช้บังคับตั้งแต่ พ.ศ. 2517 (ค.ศ. 1964) จนถึง ปัจจุบัน พ.ศ. 2535 (ค.ศ. 1992) รวมเวลา 18 ปี โดยในช่วงระยะนี้ เรามีรัฐธรรมนูญฉบับสมบูรณ์ อยู่ 3 ฉบับ

(1) รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2517 (รธน. ฉบับที่ 10, ยกร่างโดย คณะกรรมาธิการวิสามัญที่แต่งตั้งโดย “สภานิติบัญญัติแห่งชาติ” ตามรัฐธรรมนูญชั่วคราว พ.ศ. 2515 - คณะปฏิวัติ)

มาตรา 127 (สถานภาพ) สมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ย่อมเป็นผู้แทนปวงชนชาวไทย

มาตรา 128 (คำปฏิญาณ) ก่อนเข้ารับหน้าที่สมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทน ต้องปฏิญาณตนในที่ประชุมแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิก ด้วยถ้อยคำดังต่อไปนี้

“ข้าพเจ้า (ชื่อผู้ปฏิญาณ) ขอปฏิญาณว่า จะปฏิบัติหน้าที่ตามความเห็นของข้าพเจ้าโดยบริสุทธิ์ใจ เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย ทั้งจะรักษาไว้และปฏิบัติตาม ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกประการ”

● การบังคับสังกัดพรรคการเมือง ผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้ง จะต้องเป็นสมาชิกพรรคการเมืองพรรคเดียว (มาตรา 117 (3))

● การพ้นจากสมาชิกภาพของ ส.ส. สมาชิกภาพของ ส.ส. ลิ้นสุดลงเมื่อ (1) ลาออกจากการเป็นสมาชิกของพรรคการเมือง และ (2) เมื่อพรรคการเมืองมีมติให้พ้นจากการเป็นสมาชิก (ของพรรคการเมือง) และ **ไม่อาจเข้าเป็นสมาชิกของพรรคการเมืองอื่นได้ภายใน 60 วัน** นับแต่วันที่พรรคการเมืองมีมติ (มาตรา 124 (7) (8))

(2) รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2521 (รธน. ฉบับที่ 13, ยกร่างโดยคณะกรรมการธิการ ที่แต่งตั้งโดย “สภานิติบัญญัติแห่งชาติ” ตามธรรมนูญชั่วคราว พ.ศ. 2520 - คณะปฏิวัติ)

มาตรา 106 (สถานภาพ) สมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ย่อมเป็นผู้แทนปวงชนชาวไทย

มาตรา 107 (คำปฏิญาณ) ก่อนเข้ารับหน้าที่สมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ต้องปฏิญาณตนในที่ประชุมแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิก ด้วยถ้อยคำดังต่อไปนี้

“ข้าพเจ้า (ชื่อผู้ปฏิญาณ) ขอปฏิญาณว่า จะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย ทั้งจะรักษาไว้และปฏิบัติตาม ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกประการ”

● การบังคับสังกัดพรรคการเมือง ผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้ง จะต้องเป็นสมาชิกพรรคการเมืองที่ส่งสมาชิกเข้าสมัครรับเลือกตั้งฯ

พรรคการเมืองใดพรรคการเมืองหนึ่ง แต่พรรคเดียว (มาตรา 94 (3))

● การพ้นจากสมาชิกภาพของ ส.ส. สมาชิกภาพของ ส.ส. สิ้นสุดลงเมื่อ (1) ลาออกจากพรรคการเมืองที่ตนเป็นสมาชิก (2) พรรคการเมืองที่ตนเป็นสมาชิก มีมติ ให้พ้นจากการเป็นสมาชิกของพรรคการเมืองที่ตนเป็นสมาชิก (มาตรา 103 (7) (หมายเหตุ รธน. ฉบับนี้ ไม่เปิดโอกาสให้ไปเข้าเป็นสมาชิกของพรรคการเมืองอื่นได้ เหมือน รธน. พ.ศ. 2517))

(3) รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2534 (รธน. ฉบับที่ 15, ยกร่างโดยคณะกรรมการการที่แต่งตั้งโดย “สภานิติบัญญัติแห่งชาติ” ตามธรรมนูญชั่วคราว พ.ศ. 2534 - คณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ)

มาตรา 117 (สถานภาพ) สมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ย่อมเป็นผู้แทนปวงชนชาวไทย และต้องปฏิบัติหน้าที่เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย

มาตรา 118 (คำปฏิญาณ) ก่อนเข้ารับหน้าที่สมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ต้องปฏิญาณตนในที่ประชุมแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิก ด้วยถ้อยคำดังต่อไปนี้

“ข้าพเจ้า (ชื่อผู้ปฏิญาณ) ขอปฏิญาณว่า จะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย ทั้งจะรักษาไว้และปฏิบัติตามซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกประการ”

[● การบังคับสังกัดพรรคการเมือง ผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งต้องเป็นสมาชิกพรรคการเมืองที่ส่งสมาชิกเข้าสมัครรับเลือกตั้งฯ พรรคการเมืองใดพรรคการเมืองหนึ่ง แต่พรรคเดียว (มาตรา 105 (3))]

● การพ้นจากสมาชิกภาพของ ส.ส. สมาชิกภาพของ ส.ส. สิ้นสุดลงเมื่อ (1) ลาออกจากพรรคการเมืองที่ตนเป็นสมาชิก (2) พรรคการเมืองที่ตนเป็นสมาชิก มีมติให้พ้นจากการเป็นสมาชิกของพรรคการเมืองที่ตนเป็นสมาชิก (มาตรา 114 (7))

ระบบเผด็จการทหาร และ ระบบเผด็จการ โดยพรรคการเมืองนายทุน ต่างก็ ไม่ใช่ “ระบอบประชาธิปไตย” ด้วยกัน (หน้าที่ 3)*

ศาสตราจารย์ ดร. อมร จันทรสุมบูรณ์

ช่วงระยะที่สาม เป็นรัฐธรรมนูญที่ “ระบบเผด็จการโดยพรรคการเมืองนายทุน ในระบบรัฐสภา” ประเทศแรกและเป็นประเทศเดียวในโลก

ช่วงระยะที่สาม เริ่มต้นด้วย การแก้ไขเพิ่มเติม (มาตรา 159) รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2534 (รธน. ฉบับที่ 15) โดย รธน. ฉบับที่ 4 พ.ศ. 2535 ในเดือนกันยายน หลังพฤษภาทมิฬ ซึ่งทำให้ “ระบบการบังคับให้ ส.ส. ต้องสังกัดพรรคการเมืองฯ” ตาม รธน. พ.ศ. 2534 (ที่ไม่ใช่ระบอบประชาธิปไตย ที่เริ่มต้นตั้งแต่ พ.ศ. 2517) กลายเป็น “ระบบเผด็จการ โดยพรรคการเมืองนายทุน ในระบบรัฐสภา” ประเทศเดียวในโลก และหลังจากนั้นเราก็มี รธน. ฉบับสมบูรณ์ที่เป็น “ระบบเผด็จการฯ” ตามมาอีก 3 ฉบับ จนถึงปัจจุบัน (พ.ศ. 2555 - ค.ศ. 2013) รวมเวลา ตั้งแต่ พ.ศ. 2535 (ค.ศ. 1962) จนถึงขณะนี้ เป็นเวลา 20 ปีเศษ [หมายเหตุ ท่านผู้ที่มาฟังการบรรยาย ลองคิดทบทวนดูว่า อะไรเกิดขึ้นแก่ประเทศไทย ในช่วงระยะที่สามนี้]

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net 25 กุมภาพันธ์ 2556 15:02 น.

(1) รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2534 (รธน. ฉบับที่ 15, ยกร่างโดยคณะกรรมการ
ที่แต่งตั้งโดย “สภานิติบัญญัติแห่งชาติ” ตามธรรมนูญชั่วคราว พ.ศ. 2534 -
คณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ)

มาตรา 117 (สถานภาพ) คงเดิม

มาตรา 118 (คำปฏิญาณ) คงเดิม

[● การบังคับสังกัดพรรคการเมือง (มาตรา 105 (3) คงเดิม

● การพ้นจากสมาชิกภาพของ ส.ส. (มาตรา 114 (7) คงเดิม

● นายกรัฐมนตรี ต้องมาจาก ส.ส. (มาตรา 159 วรรคสอง
“นายกรัฐมนตรี ต้องเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร” **แก้ไขเพิ่มเติม โดย รธน. ฉบับที่ 4
พ.ศ. 2535 ในเดือนกันยายน หลังพฤษภาทมิฬ โดย นายกรัฐมนตรีชั่วคราว**)

(2) รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2534 **แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับที่ 5 พ.ศ. 2538**
(สำหรับผู้เขียน คือ รธน. ฉบับที่ 16 ; รธน. ฉบับนี้ (แม้จะเรียกชื่อว่า เป็น รธน. ฉบับแก้ไข
เพิ่มเติม) เป็นรัฐธรรมนูญ ที่ยกร่างขึ้นใหม่ทั้งฉบับ โดย “คณะกรรมการแก้ไข
รัฐธรรมนูญ” ที่แต่งตั้ง โดยรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2534 ได้มีการแก้ไขและ
เพิ่มเติมบทมาตราเดิม และมีการเรียงลำดับ “เลขมาตรา” ใหม่ทั้งหมด
และด้วยเหตุนี้เอง รธน. แก้ไขเพิ่มเติม ฉบับนี้ จึงเป็นรัฐธรรมนูญที่สมบูรณ์ทั้งฉบับ
เป็นเอกเทศ)

มาตรา 123 (สถานภาพ) สาระคงเดิม (มาตรา 117 เดิม)

มาตรา 124 (คำปฏิญาณ) สาระคงเดิม (มาตรา 118 เดิม) คือ ก่อนเข้า
รับหน้าที่ สมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ต้องปฏิญาณตนในที่ประชุม
แห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิก ด้วยถ้อยคำดังต่อไปนี้

“ข้าพเจ้า (ชื่อผู้ปฏิญาณ) ขอปฏิญาณว่า **จะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต** เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย ทั้งจะรักษาไว้และ
ปฏิบัติตาม ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกประการ”

[● การบังคับสังกัดพรรคการเมือง (มาตรา 111 (3)) สาระเดิมของมาตรา 105 (3) คือ ผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งต้องเป็นสมาชิกพรรคการเมืองฯ

- การพ้นจากสมาชิกภาพของ ส.ส. (มาตรา 120 (7)) สาระเดิมของมาตรา 114 (7) คือ สมาชิกภาพของ ส.ส. ลสิ้นสุดลง เมื่อ (1) ลาออกจากพรรคการเมืองที่ตนเป็นสมาชิก (2) พรรคการเมืองที่ตนเป็นสมาชิกมีมติให้พ้นจากการเป็นสมาชิกของพรรคการเมืองที่ตนเป็นสมาชิก

- นายกรัฐมนตรี ต้องมาจาก ส.ส. (มาตรา 163 วรรคสอง) สาระเดิมของมาตรา 159 วรรคสอง คือ นายกรัฐมนตรี ต้องเป็น ส.ส.]

(3) รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 (สำหรับผู้เขียน คือ ฉบับที่ 17, ยกร่างโดย “สภาร่างรัฐธรรมนูญ (ส.ส.ร.)” จำนวน 99 คน ตาม รธน. พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2539)

มาตรา 149 (สถานภาพ) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาย่อมเป็นผู้แทนปวงชนชาวไทย และต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย

มาตรา 150 (คำปฏิญาณ) ก่อนเข้ารับหน้าที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา ต้องปฏิญาณตนในที่ประชุมแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกด้วยถ้อยคำดังต่อไปนี้

“ข้าพเจ้า (ชื่อผู้ปฏิญาณ) ขอปฏิญาณว่า จะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย ทั้งจะรักษาไว้และปฏิบัติตามซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกประการ”

[● การบังคับสังกัดพรรคการเมือง ผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้ง ต้องเป็นสมาชิกพรรคการเมืองใดพรรคการเมืองหนึ่งแต่เพียงพรรคการเมือง นับถึงวันสมัครรับเลือกตั้งเป็นเวลาติดต่อกันไม่น้อยกว่า 90 วัน (มาตรา 107 (4))

- การพ้นสมาชิกภาพของ ส.ส. สมาชิกภาพของ ส.ส. ลสิ้นสุดลงเมื่อ (1) ลาออกจากพรรคการเมืองที่ตนเป็นสมาชิก (2) พรรคการเมืองที่ตนเป็นสมาชิกมีมติ ให้พ้นจากการเป็นสมาชิกของพรรคการเมืองที่ตนเป็นสมาชิก

(มาตรา 118 (8))

● นายกรัฐมนตรี ต้องมาจาก ส.ส. (มาตรา 201) นายกรัฐมนตรี ต้องแต่งตั้งจาก ส.ส.]

(4) รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ฉบับปัจจุบัน (สำหรับผู้เขียน คือ รธน. ฉบับที่ 19) , ยกร่างโดย “สภาร่างรัฐธรรมนูญ (ส.ส.ร.)” จำนวน 100 คน (มาตรา 19) และ “คณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ” จำนวน 35 คน (มาตรา 25) ตาม รธน. (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2549 ของ “คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”)

มาตรา 122 (สถานภาพ) สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาย่อมเป็นผู้แทนปวงชนชาวไทย โดยไม่อยู่ในความผูกมัดแห่งอาณัติ มอบหมาย หรือความครอบงำ ใดๆ และต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย โดยปราศจากการขัดกันแห่งผลประโยชน์

มาตรา 123 (คำปฏิญาณ) ก่อนเข้ารับหน้าที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา ต้องปฏิญาณตนในที่ประชุมแห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิก ด้วยถ้อยคำดังต่อไปนี้

“ข้าพเจ้า (ชื่อผู้ปฏิญาณ) ขอปฏิญาณว่า ข้าพเจ้าจะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เพื่อประโยชน์ของประเทศและประชาชน ทั้งจะรักษาไว้และปฏิบัติตาม ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกประการ”

[● การบังคับสังกัดพรรคการเมือง ผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งต้องเป็นสมาชิกพรรคการเมืองใดพรรคการเมืองหนึ่งแต่เพียงพรรคเดียว เป็นเวลาติดต่อกันไม่น้อยกว่า 90 วันนับถึงวันเลือกตั้ง เว้นแต่ในกรณีที่มีการเลือกตั้ง เพราะเหตุยุบสภาต้องเป็นสมาชิกพรรคการเมืองใดพรรคการเมืองหนึ่งแต่เพียงพรรคการเมืองเป็นเวลาติดต่อกันไม่น้อยกว่า 30 วันนับถึงวันเลือกตั้ง (มาตรา 101 (3))

- การฟื้นสมาชิกภาพของ ส.ส. สมาชิกภาพของ ส.ส. ลสิ้นสุดลงเมื่อ (1) ลาออกจากพรรคการเมืองที่ตนเป็นสมาชิก (2) พรรคการเมืองที่ตนเป็นสมาชิกมีมติ ๗ ให้พ้นจากการเป็นสมาชิกของพรรคการเมืองที่ตนเป็นสมาชิกฯ (มาตรา 106 (7))

- นายกรัฐมนตรี ต้องมาจาก ส.ส. (มาตรา 171 ว. 2) นายกรัฐมนตรี ต้องเป็น ส.ส.ฯ]

.....

ถ้อยคำและข้อความในบทมาตรา ที่ว่าด้วย “สถานภาพ ของ ส.ส./ส.ว.” และ “คำปฏิญาณ ของ ส.ส./ส.ว.” ในรัฐธรรมนูญฉบับต่างๆ ของเรา บอกอะไรแก่เราได้บ้าง

ที่กล่าวมาข้างต้นนี้ คือ บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับ “หลักการของความ เป็นประชาธิปไตย - the principle of democracy” ของรัฐธรรมนูญ (ฉบับสมบูรณ์) ทั้ง 12 ฉบับของประเทศไทย และ ถ้อยคำและข้อความในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ บอกให้เรารู้ว่า ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา 80 ปี ตั้งแต่การเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราช (พ.ศ. 2475) อาจารย์กฎหมายในคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย และ นักวิชาการของประเทศไทย มี “ความรู้” หรือ มี “ความไม่รู้” ใน หลักการของความ เป็นประชาธิปไตย ที่เป็นหลักสากลมากนักน้อยเพียงใด

ผมไม่ทราบ ว่า เมื่อท่านผู้ที่มาฟังการบรรยาย ได้ “อ่าน” ถ้อยคำในบทมาตราข้างต้นนี้แล้ว ท่าน (ไม่ว่าจะเป็น “นักกฎหมาย” หรือ ไม่ใช่ นักกฎหมาย) ได้สะดุดใจในประการใดบ้าง หรือไม่

อันที่จริง ในข้อความดังกล่าวข้างต้น ผมได้ทำ “ตัวช่วย” เพื่อช่วยให้ท่านผู้อ่านสังเกตเห็น “ความสำคัญ” ของความแตกต่างของถ้อยคำในตัวบทอยู่แล้ว บางประการ เช่น ผมได้แบ่งให้เห็น “ช่วงระยะเวลา” ของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ใช้ถ้อยคำแตกต่างกัน โดยแบ่งเป็น 3 ช่วงเวลา และผมได้ใช้ “ขนาด” ตัวอักษร

ที่แสดงให้เห็นความแตกต่างของข้อความ

“ถ้อยคำ” ที่ผมคิดว่า “ท่านผู้อ่าน” คงสังเกตเห็น ก็คือ ความแตกต่างของประโยค 2 ประโยค ประโยคแรก ที่ว่า “ส.ส. (และ ส.ว.) ย่อมเป็นผู้แทนของปวงชนชาวไทย ไม่อยู่ในความผูกมัดแห่งอาณัติมอบหมายใดๆ และต้องปฏิบัติหน้าที่ตามความเห็นของตนโดยบริสุทธิ์ใจ (เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย)” กับประโยคที่สอง ที่ว่า “ส.ส. ต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย” ซึ่งสองประโยคนี้มีความหมายแตกต่างกัน และผู้ที่มีร่างรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับ มี “ความตั้งใจ” ที่จะใช้ให้ไม่เหมือนกัน

ผมอยากให้ท่านผู้ที่มาฟังการบรรยายสังเกตว่า ถ้อยคำทั้งสองประโยคนี้นี้ได้เข้ามาใช้แทนกัน ในรัฐธรรมนูญฉบับใด ตั้งแต่ปี พ.ศ. ไต่บ้าง

(1) ในช่วงระยะแรก คือ ตั้งแต่ ปี พ.ศ. 2475 จนถึง ปี พ.ศ. 2516 เป็นเวลานานกว่า 40 ปี ที่เรามีรัฐธรรมนูญ รวม 6 ฉบับ [คือ จาก รธน. พ.ศ. 2475 (ฉบับที่ 2) จนถึง รธน. พ.ศ. 2511 (ฉบับที่ 8)] นั้น

รัฐธรรมนูญของประเทศไทย ทั้ง 6 ฉบับ จะเป็นรัฐธรรมนูญที่มีบทมาตราที่เป็น “หลักการของความเป็นประชาธิปไตย - the principle of democracy” อันเป็นหลักสากลของการปกครองระบอบประชาธิปไตย บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า “ส.ส. ต้องปฏิบัติหน้าที่ตามความเห็นของตน โดยบริสุทธิ์ใจ ไม่อยู่ในความผูกมัดแห่งอาณัติมอบหมายใดๆ” กล่าวคือ

ในรัฐธรรมนูญ 4 ฉบับ (รธน. พ.ศ. 2475/รธน. พ.ศ. 2489/รธน. พ.ศ. 2490)/รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495) ข้อความดังกล่าวจะปรากฏอยู่ใน บทมาตราที่ว่าด้วยสถานภาพของ ส.ส. โดยรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้เป็น “หน้าที่” ของ ส.ส. แต่ รัฐธรรมนูญ (4 ฉบับ) ดังกล่าว ไม่ได้ระบุข้อความนี้ซ้ำไว้ในบทมาตราที่ว่าด้วยการปฏิญาณตน แต่กล่าวรวมความทั้งหมดไว้ว่า “ส.ส. จะรักษาไว้และปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญนี้” ; ส่วนในรัฐธรรมนูญอีก 2 ฉบับในระยะเวลาหลังๆ (รธน. พ.ศ. 2492 / รธน. พ.ศ.2511) ก็จะบัญญัติว่า “หลักการของความเป็นประชาธิปไตย” ไว้ชัดยิ่งกว่า 4 ฉบับ ตอนต้นๆ คือ จะกำหนดให้เป็นทั้ง

“หน้าที่ของ ส.ส. “ในบทมาตราที่ว่าด้วยสถานภาพของ ส.ส. และทั้งกำหนดยืนยันให้ต้องปฏิญาณตนด้วยข้อความเดียวกัน ในบทมาตราที่ว่าด้วยการปฏิญาณตนอีกครั้งหนึ่งด้วย

รวมความว่า รัฐธรรมนูญ 6 ฉบับ ในช่วงระยะแรกนี้ (รธน. พ.ศ. 2475, รธน. พ.ศ. 2489, รธน. พ.ศ. 2490, รธน. พ.ศ.2492, รธน. พ.ศ.2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495, และ รธน. พ.ศ. 2511) จึงเป็นรัฐธรรมนูญ ที่เป็น “ระบอบประชาธิปไตย” ตามหลักสากลของนานาประเทศ คือ ส.ส. ไม่ถูกบังคับให้ต้องสังกัดพรรคการเมือง และ ส.ส. มีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของ ส.ส. ได้ตามมโนธรรมของตน

และไม่ว่า บทมาตราเหล่านี้ จะมี “ที่มา” อย่างไร และเพราะเหตุใด จึงได้มาเขียน (บัญญัติ) ไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศไทยทั้ง 6 ฉบับ แต่สิ่งที่แน่นอน ก็คือ อาจารย์กฎหมายในคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย และ นักวิชาการของเรามองไม่เห็นถึง “ความสำคัญของบทมาตราเหล่านี้” และไม่ได้สอนนักศึกษากฎหมายของเรา ว่าบทบัญญัติเหล่านี้ เป็นหลักการสำคัญของระบอบประชาธิปไตย และ ถ้าหากรัฐธรรมนูญไม่มีบทมาตราเหล่านี้แล้ว อะไรจะเกิดขึ้นในสังคมไทย ; เพราะถ้าอาจารย์กฎหมายในคณะนิติศาสตร์ฯ ของเราสอนนักศึกษากฎหมายมาตั้งแต่เปลี่ยนแปลงการปกครอง ประเทศไทยคงไม่เกิด “ปัญหา” ดังเช่นปัจจุบันนี้

(2) ช่วงระยะที่สอง เป็นระยะที่รัฐธรรมนูญประเทศไทย เริ่มละทิ้ง “หลักการสากล ของความเป็นประชาธิปไตย” ในการปกครองระบอบประชาธิปไตย (โดยเขียนบทบัญญัติบังคับ ให้ ส.ส. ต้องสังกัดพรรคการเมือง) ; โดยช่วงระยะนี้ เรามีรัฐธรรมนูญอยู่ 3 ฉบับ เริ่มตั้งแต่ ปี พ.ศ. 2517 จนถึง ปี พ.ศ. 2534 ช่วงนี้เป็นระยะเวลาประมาณ 17 ปี คือ จาก รธน. พ.ศ. 2517 ฉบับที่ 10 ; รธน. พ.ศ. 2521 ฉบับที่ 13 ; จนถึง รธน. พ.ศ. 2534 ฉบับที่ 15

โดยเราจะเห็นได้ จากรัฐธรรมนูญ ปี พ.ศ. 2517 (รัฐธรรมนูญฉบับแรกของระยะนี้) ว่า รัฐธรรมนูญฉบับนี้ บทมาตราที่ว่าด้วยสถานภาพ ของ ส.ส. (มาตรา 127) จะไม่มี “ข้อความ” ที่เป็นหลักการของความเป็นประชาธิปไตย -

the principle of democracy ” (แตกต่างกับรัฐธรรมนูญในช่วงระยะแรก); แต่อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญ ปี พ.ศ. 2517 ฉบับนี้ ยังคงเขียนไว้ในบทมาตราที่ว่าด้วยการปฏิญาณตน (มาตรา 128) ว่า ส.ส. ต้องปฏิบัติหน้าที่ตามความเห็นของตนโดยบริสุทธิ์ใจ (โดยไม่มีข้อความว่า “ส.ส. ต้องไม่อยู่ในความผูกมัดแห่งอาณัติมอบหมายใดๆ”)

แต่ในรัฐธรรมนูญต่อมาอีก 2 ฉบับ คือ รธน. พ.ศ. 2521 และ รธน. พ.ศ. 2534 ปรากฏว่า ได้มีการตัดข้อความที่ว่า “ส.ส. ต้องปฏิบัติหน้าที่ตามความเห็นของตนโดยบริสุทธิ์ใจ” (หลักการสากลของความเป็นประชาธิปไตย) ออกจากรัฐธรรมนูญไทยทั้งหมด และ ใช้ข้อความในบทมาตราที่ว่าด้วยการปฏิญาณตนของ ส.ส. ว่า “ (ข้าพเจ้า) จะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์ สุจริต” แทนที่ คำว่า “ส.ส. ต้องปฏิบัติหน้าที่ตามความเห็นของตนโดยบริสุทธิ์ใจ”

ระยะที่สองนี้ จึงเป็นช่วงระยะเวลา ที่อาจารย์กัญญาหมายในคณะนิติศาสตร์ ในมหาวิทยาลัยของรัฐได้ละทิ้ง “หลักการของความเป็นประชาธิปไตย - the principle of democracy ” โดยสิ้นเชิง และไม่ปรากฏว่า มีอาจารย์กัญญาหมาย หรือนักวิชาการคนใด ยกปัญหาสำคัญนี้ขึ้นพิจารณาแต่อย่างใด ; ช่วงระยะที่สองเป็นระยะที่รัฐธรรมนูญของเราเริ่มใช้ บทบัญญัติ (มาตรการ) ที่บังคับให้ ส.ส. ต้องสังกัดพรรคการเมืองอันนำไปสู่ “ระบบเผด็จการ โดยพรรคการเมืองนายทุน ในระบอบรัฐสภา” (ประเทศเดียวในโลก) ในที่สุด

เป็นที่สังเกตว่า ทำไม รัฐธรรมนูญ ปี พ.ศ. 2517 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของระยะนี้ จึงเขียนครึ่ๆ กลาง คือ **ไม่ตัดข้อความที่ว่า “ส.ส. ต้องปฏิบัติหน้าที่ตามความเห็นของตนโดยบริสุทธิ์ใจฯ”** ออกทั้งหมด (ทั้ง 2 มาตรา) และ **ทำไม จึงยังคงเหลือข้อความนี้ไว้ในบทมาตราที่ว่าด้วยการปฏิญาณตนของ ส.ส./ส.ว. (มาตรา 128) (ทั้งๆ ที่ พอละมองเห็นได้ว่า “การปฏิบัติหน้าที่ของ ส.ส. โดยบริสุทธิ์ใจ” นั้น อาจจะขัดแย้งกับการปฏิบัติตาม “นโยบายของพรรคการเมือง” ที่ตนสังกัด (ภายใต้ระบบการบังคับให้ ส.ส. ต้องสังกัดพรรคการเมืองได้) ; เรื่องนี้ไม่เคยมีคำอธิบาย** แต่คงพอคาดหมายได้ว่า น่าจะเป็นเพราะ อาจารย์กัญญาหมาย และนักวิชาการที่ร่างรัฐธรรมนูญ (แม้ว่าจะไม่รู้ “ความสำคัญ” ของข้อความนี้)

แต่ก็ยังไม่แน่ใจว่า การตัดข้อความ “ส.ส. ต้องปฏิบัติหน้าที่ตามความเห็นของตน โดยบริสุทธิ์ใจ” ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ใช้กันมานานในรัฐธรรมนูญฉบับต่างๆ ถึง 40 ปีนั้น จะทำให้เกิดปัญหาหรือมีการยกเป็น “ประเด็น” ขึ้นมาคัดค้านหรือถกเถียงกันหรือไม่ ; **แต่เมื่อปรากฏว่า** วงการวิชาการไทยไม่รู้จักความสำคัญของ “ข้อความ” นี้ และไม่สนใจว่าจะมีข้อความนี้อยู่ในรัฐธรรมนูญไทยหรือไม่ ดังนั้นในการเขียนรัฐธรรมนูญฉบับต่อมา (คือ รธน. พ.ศ. 2511 และ รธน. พ.ศ. 2534 รัฐธรรมนูญไทยก็มีข้อความในการปฏิญาณตนของ ส.ส. ว่า “ข้าพเจ้า) จะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต” มาแทนที่ คำว่า “(ข้าพเจ้า) จะปฏิบัติหน้าที่ตามความเห็นของข้าพเจ้าโดยบริสุทธิ์ใจ”

(3) **ช่วงระยะที่สาม** (“ระบบเผด็จการ โดยพรรคการเมืองนายทุน ในระบบรัฐสภา” ประเทศแรกและประเทศเดียวในโลก)

ช่วงระยะที่สามนี้ เริ่มตั้งแต่ พ.ศ. 2535 จนถึง ปัจจุบัน (พ.ศ. 2556) เป็นระยะเวลา 20 ปี เศษ ; ช่วงระยะนี้ เรามีรัฐธรรมนูญทั้งสิ้น 4 ฉบับ คือ (1) รธน. พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) ในปี พ.ศ. 2535 ; (2) รธน. พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2538 ; (3) รธน. พ.ศ. 2540 (ฉบับที่ 16 หรือสำหรับผู้เขียน คือ ฉบับที่ 17) ; และ (4) รธน. พ.ศ. 2550 ฉบับปัจจุบัน (ฉบับที่ 18 หรือสำหรับผู้เขียน คือ ฉบับที่ 19)]

ช่วงระยะที่สามนี้ เป็นระยะที่มีการแก้ไข รัฐธรรมนูญของประเทศไทย จากรัฐธรรมนูญที่ไม่ใช่ “ระบอบประชาธิปไตย” อยู่แล้ว (เพราะรัฐธรรมนูญของเรามีบทบัญญัติบังคับให้ ส.ส. ต้องสังกัดพรรคการเมือง และ ส.ส. ไม่มีเสรีภาพทางการเมืองในการสมัครรับเลือกตั้งโดยอิสระ) ให้กลายเป็น “ระบบเผด็จการ โดยพรรคการเมืองนายทุน (ในระบบรัฐสภา)” ประเทศแรกและประเทศเดียวในโลก

“ระบบเผด็จการ โดยพรรคการเมืองนายทุน (ในระบบรัฐสภา)” เกิดขึ้นเป็นผลเนื่องมาจาก “ความไม่รอบรู้” (ใน “กลไก” ของระบบสถาบันการเมือง - form of government) ของนายกรัฐมนตรีท่านหนึ่ง ที่เข้ามาบริหารประเทศเป็นการชั่วคราว (เพียง 3 เดือนเศษ) แต่ได้มาแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติ (ซึ่งดูเหมือนว่า

ไม่มีความสำคัญ) ในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2534 แต่กลับเป็นบทบัญญัติที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง เมื่อเป็นการบัญญัติเพิ่มเติม บวกเข้ากับบทบัญญัติเดิมที่รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2534 มีอยู่แล้ว คือ “บทบัญญัติที่บังคับให้ ส.ส. ต้องกักพรรคการเมือง” และ “บทบัญญัติที่ให้พรรคการเมืองมีอำนาจมีมติให้ ส.ส. พ้นจากสมาชิกภาพ ของ ส.ส. ได้”

บทบัญญัตินั้น คือ บทบัญญัติกำหนด ให้นายกรัฐมนตรีจะต้องมาจาก ส.ส. เท่านั้น

[หมายเหตุ บทบัญญัตินี้ ทำให้เกิดระบบเผด็จการ โดย “พรรคการเมือง นายทุน” ในระบบรัฐสภา เพราะทำให้พรรค “นายทุน” ต่างรวมกลุ่มและรวมทุนกันตั้งพรรคการเมือง ทำการซื้อเสียงในการเลือกตั้ง (ในสภาพที่สังคมไทยเป็นสังคมที่อ่อนแอและขาดประสบการณ์ทางประวัติศาสตร์ และในสภาพที่กลไกพื้นฐานของระบบการบริหารประเทศตาม “กฎหมายปกครอง” ยังพิกลพิการ) เพื่อเข้ามาผูกขาดอำนาจรัฐใน “ระบบรัฐสภา” และแสวงหาประโยชน์ส่วนตัวได้ทั้งทางตรงและทางอ้อมได้ โดยไม่จำกัดเพราะกลไกของระบบการปกครองในระบบรัฐสภาขาดการแบ่งแยก (การใช้) อำนาจ]

นอกเหนือจาก “บทบัญญัติที่กำหนดให้นายกรัฐมนตรี จะต้องมาจาก ส.ส. เท่านั้น” รัฐธรรมนูญในช่วงระยะเวลาที่สามนี้ 3 ฉบับแรก (ในจำนวน 4 ฉบับ) คือ รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2535 ; รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติมทั้งฉบับ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2538 ; และ รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 ยังคงตัดข้อความ ที่ว่า “ส.ส. จะต้องปฏิบัติหน้าที่ตามความเห็นของตน โดยบริสุทธิ์ใจ” (ซึ่งเป็นหลักสากลของ “ความเป็นประชาธิปไตย”) ออกจากรัฐธรรมนูญของประเทศไทย และในบทมาตราที่ว่าด้วยการปฏิญาณตน ก็ได้ใช้ข้อความว่า “ส.ส. จะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์ สุจริตฯ” ไว้แทน (เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญในช่วงที่สอง)

แต่สำหรับรัฐธรรมนูญ ฉบับปัจจุบัน (พ.ศ. 2550) ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับสุดท้ายของช่วงระยะเวลานี้เป็น “รัฐธรรมนูญ” ฉบับที่สมควรได้รับการพิจารณาเป็นพิเศษสำหรับนักกฎหมายและนักวิชาการ เพราะเป็นรัฐธรรมนูญที่มี “วิธีการเขียน”

ที่เกี่ยวกับมาตรฐานทางวิชาการ (พฤติกรรมการ) ของอาจารย์กฎหมาย คณะนิติศาสตร์ ในมหาวิทยาลัย และนักวิชาการของเราที่มีส่วนในการยกร่างรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญ ปี พ.ศ. 2550 ยังคงบทบัญญัติมาตรา 123 (คำปฏิญาณ) ไว้เช่นเดียวกับ รัฐธรรมนูญ 3 ฉบับก่อน คือ ส.ส. จะปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์ สุจริต เพื่อประโยชน์ของประเทศฯ แต่สิ่งที่รัฐธรรมนูญฉบับนี้เขียนผิดแผกแตกต่างออกไป จากรัฐธรรมนูญก่อนหน้าทั้ง 3 ฉบับ ก็คือ บทบัญญัติ มาตรา 122 (สถานภาพ ส.ส.)

บทบัญญัติ มาตรา 122 (สถานภาพ ส.ส.) ของรัฐธรรมนูญ ปี พ.ศ. 2550 บัญญัติว่า “สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาย่อมเป็นผู้แทน ปวงชนชาวไทย โดยไม่อยู่ในความผูกมัดแห่งอาณัติ มอบหมาย หรือความครอบงำใดๆ และต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย

ผมถามตัวเองว่า เพราะเหตุใด อาจารย์กฎหมาย คณะนิติศาสตร์ ในมหาวิทยาลัย และนักวิชาการ ที่มีส่วนในการยกร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 จึงได้ เดิมข้อความที่ว่า “ส.ส. ไม่อยู่ในความผูกมัดแห่งอาณัติ มอบหมาย (หรือความ ครอบงำ) ใดๆ” กลับเข้าไปในตัวบท รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 (มาตรา 122) อีก ทั้งๆ ที่อาจารย์กฎหมาย คณะนิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัยฯ ย่อมทราบดีว่า บทบัญญัตินี้ “ไม่ตรงกับความเป็นจริง - reality” เพราะขัดกับบทมาตราของ รัฐธรรมนูญที่บังคับให้ ส.ส. ต้องสังกัดพรรคการเมือง (มาตรา 101 (3)) และขัดกับ บทมาตรา ที่ให้อำนาจแก่พรรคการเมือง มีมติที่ทำให้ ส.ส. พ้นจากสมาชิกภาพของ ส.ส. ได้ (มาตรา 106 (7)) และอาจารย์กฎหมาย คณะนิติศาสตร์ ในมหาวิทยาลัยฯ ทราบอยู่แล้ว ข้อความนี้ (ส.ส. ย่อมไม่อยู่ในความผูกมัดแห่งอาณัติ มอบหมาย ใดๆ) ได้ถูกตัดออกไปจากรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้า [หมายเหตุ ถูกตัดออกไป ตั้งแต่ พ.ศ. 2517 เป็นเวลา 33 ปีมาแล้ว]

“ผล” ของการเขียนบทบัญญัติ มาตรา 122 เช่นนี้ ย่อมมิทำให้อาจารย์กฎหมายอื่นและนักวิชาการอื่นที่ไม่ได้ศึกษาตัวบทรัฐธรรมนูญในรายละเอียด **เข้าใจผิดและคิดว่า รัฐธรรมนูญของไทย เหมือนกับรัฐธรรมนูญของประเทศที่พัฒนาแล้วที่มีบทบัญญัติเช่นนี้** (โดยที่รัฐธรรมนูญของเขา ไม่มีบทบัญญัติบังคับให้ ส.ส. ต้องสังกัดพรรคการเมือง ฯลฯ) และคิดว่า รัฐธรรมนูญของเราเป็น “การปกครองในระบอบประชาธิปไตย” เหมือนกับประเทศที่พัฒนาแล้ว และผลที่ตามมาก็คือ **อาจารย์กฎหมายอื่นและนักวิชาการอื่นเหล่านี้** ก็จะสอน “วิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ” อย่างผิดๆ ให้แก่ “**นักศึกษากฎหมาย**” ของเรา ไปทั้งประเทศ

ในการเติมข้อความนี้กลับเข้าไปในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 **ไม่มีคำอธิบายใดๆ** จาก “เอกสาร” ของสภาร่างรัฐธรรมนูญ และของกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ ที่แจกจ่ายแก่ประชาชนในการออกเสียงประชามติ ในปี 2550 แต่อย่างใด และ **ผมก็ไม่ทราบว่ อาจารย์กฎหมายฯ และนักวิชาการ** ที่มีส่วนในการยกร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 **มีเหตุผล หรือมี “เจตนา”**อย่างไร ในการเขียน มาตรา 122 เช่นนั้น ; [หมายเหตุ หากท่านเหล่านี้มี “เหตุผล” จะกรุณาบอกให้ผมและคนทั่วไป ได้ทราบด้วย ก็จะดียิ่ง]

แต่ผมหวังว่า อาจารย์กฎหมายฯ และนักวิชาการ ที่มีส่วนในการยกร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 คงไม่ได้มี “เจตนา” **ที่จะสร้างความสับสนหรือซ่อนความจริง** ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ที่เป็น “ระบอบเผด็จการ โดยพรรคการเมืองนายทุน ในระบบรัฐสภา” ประเทศเดียวในโลก เพื่อไม่ให้ผู้อื่นสนใจ ; เพราะหากเป็นเช่นนั้น ก็จะได้ว่ **อาจารย์กฎหมาย คณะนิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัยของรัฐ และนักวิชาการ** ที่มีส่วนในการยกร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ได้ปฏิบัติตนแตกต่างไปจากวิถีทางปกติของผู้ที่เป็น “**นักวิชาการ**”

ตั้งแต่เราได้เริ่มต้น “ระบบเผด็จการ โดยพรรคการเมืองนายทุน ในระบบรัฐสภา” ในรัฐธรรมนูญฉบับแรก คือ “รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2534 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2535 แล้ว ใน “รัฐธรรมนูญฉบับต่อๆ มา” นักการเมืองนายทุน เจ้าของพรรคการเมืองก็ได้อาศัย “อำนาจการผูกขาด” นั้น แก้ไขรัฐธรรมนูญ โดยเพิ่มบทมาตราที่กำหนด “**มาตรการ**” ต่างๆ เพื่อให้ตนเองมีอำนาจเด็ดขาดในการผูกขาด

อำนาจรัฐมากยิ่งขึ้น เช่น สถานที่นับคะแนนของหน่วยเลือกตั้ง จำนวนผู้สมัครรับเลือกตั้งในแต่ละเขต (เลือกตั้ง) หรือแม้แต่การเลือกตั้ง “แบบบัญชีรายชื่อ” ที่เรียกกันว่า ระบบ PR - proportional representation ก็ดัดแปลงนำมาใช้ที่ไม่ตรงกับวัตถุประสงค์ของระบบ ในการซึ่งในปัญหาเหล่านี้ จะต้องพิจารณาจาก “รัฐธรรมนูญ” เป็นรายฉบับ และไม่ใช้หัวข้อที่ผมจะพูดในการบรรยายครั้งนี้

ผมเห็นว่า “ระบบเผด็จการ โดยพรรคการเมืองนายทุน ในระบบรัฐสภา” (ประเทศเดียวในโลก) เป็นระบบที่สร้างความเลวร้าย - vice ให้แก่คนไทยและสังคมไทย และช่วงระยะเวลาที่สามนี้ เป็น “ต้นเหตุ” ของการทุจริตคอร์รัปชันอย่างมโหฬาร/เป็นต้นเหตุของ นโยบาย populist ที่เกินขอบเขต/และเป็นต้นเหตุของการแตกแยกของคนไทย ที่เนื่องมาจากการปลุกปั่นและ “การแย่งอำนาจรัฐ” ของกลุ่มนักการเมืองนายทุน เจ้าของพรรคการเมือง เพื่อเข้ามาหาประโยชน์ส่วนตัว

ข้อที่นำศึกษา และท่านที่มาฟังการบรรยายน่าจะต้องทราบ อีกเรื่องหนึ่งก็คือว่า เพราะเหตุใด นักการเมืองนายทุนเจ้าของพรรคการเมือง จึงต้องการ “รัฐธรรมนูญ ปี พ.ศ. 2540” มากกว่า “รัฐธรรมนูญ ปี พ.ศ. 2550” และ นักการเมืองนายทุนเจ้าของพรรคการเมือง ก็จะทำว่า “รัฐธรรมนูญ ปี พ.ศ. 2540” เป็นประชาธิปไตย แต่ “รัฐธรรมนูญ ปี พ.ศ. 2550” ไม่ใช่ประชาธิปไตย ทั้งๆ ที่ตามความเป็นจริงแล้ว รัฐธรรมนูญ ปี พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญ ปี พ.ศ. 2550 ทั้งสองฉบับต่างก็เป็น “ระบบเผด็จการ โดยพรรคการเมืองนายทุน ในระบบรัฐสภา” (ประเทศเดียวในโลก) และไม่ใช่การปกครองใน “ระบอบประชาธิปไตย” เหมือนๆ กัน ; จริงๆ แล้ว นักการเมืองนายทุนเจ้าของพรรคการเมือง ต้องการอะไรกันแน่ [หมายเหตุ ถ้าท่านผู้ที่มาฟังการบรรยายอยากทราบ ก็ขอให้ถามผมหลังการบรรยาย]

.....

(3.2) (ข) การเปรียบเทียบพื้นฐาน “ความรู้ (กฎหมายมหาชน)”

ระหว่างอาจารย์กฎหมาย ในคณะนิติศาสตร์ฯ ของเรา ในปัจจุบัน (ค.ศ. 2013) กับ ผู้ร่างรัฐธรรมนูญฉบับแรกของญี่ปุ่น ในสมัยพระเจ้ามัตสึอิโต

(ค.ศ. 1889)

.....

ในการบรรยายใน “หัวข้อ” ที่ผ่านมา (การเปรียบเทียบ “การปฏิรูปการเมือง” ของประเทศไทย กับ “การปฏิรูปการเมือง” ของประเทศญี่ปุ่น) เราได้ทราบแล้วว่า “ความสำเร็จ” ในการปฏิรูปการเมือง ของพระเจ้ามัตสึอิโตของญี่ปุ่น กับความสำเร็จในการปฏิรูปการเมืองในสมัยรัชกาลที่ 5 ของเรา แตกต่างกันอย่างมาก อย่างไม่สามารถเทียบกันได้

พระเจ้ามัตสึอิโร สามารถปฏิรูปการเมืองได้สำเร็จภายในรัชกาลของพระองค์ โดยสามารถพระราชทาน “รัฐธรรมนูญ” ให้คนญี่ปุ่นได้ในปีที่ 22 หลังจากการขึ้นครองราชย์ คือ ในปี ค.ศ. 1889) และภายใต้การปกครองตามรัฐธรรมนูญ ประเทศญี่ปุ่นสามารถปฏิรูปกฎหมาย (ประมวลกฎหมายที่สำคัญ) ของประเทศทั้งหมดได้ภายในปีที่ 24 ของรัชกาล (ค.ศ. 1891) และสามารถทำให้ประเทศมหาอำนาจยกเลิก “สนธิสัญญาสภาพนอกอาณาเขต” ได้ ภายในปีที่ 32 ของรัชกาล (ค.ศ. 1899) คือ หลังจากที่มีการปกครองตามรัฐธรรมนูญเพียง 10 ปี

รัชกาลที่ 5 ของเรา (แม้ว่าพระองค์ท่านจะรักษา เอกราชของประเทศให้คนไทยไว้ได้) แต่กว่าที่ประเทศมหาอำนาจจะยอมยกเลิก “สนธิสัญญาสภาพนอกอาณาเขต” ให้คนไทย เราต้องรอมานถึง รัชกาลที่ 6 (ค.ศ. 1926) โดยเราอ้างเหตุที่ประเทศไทยได้ส่งทหารไปร่วมรบกับประเทศมหาอำนาจในสงครามโลกครั้งที่ 1 (ไม่ใช่เพราะว่า เราสามารถปฏิรูปกฎหมายของเราให้ทันสมัยได้) ; และกว่าคนไทยจะได้มี “รัฐธรรมนูญ” ได้ก็ล่วงเลยมาถึงรัชกาลที่ 7 โดยมีการเปลี่ยนแปลงการปกครอง โดย “คณะราษฎร” (ค.ศ. 1932 หรือ พ.ศ. 2475) ถ้าซ้ากว่าประเทศญี่ปุ่น 43 ปี และกว่าที่ประเทศไทยจะแก้ “ประมวลกฎหมาย” ที่สำคัญได้สำเร็จก็ต้องรอมานถึง ปี ค.ศ. 1935 หรือ พ.ศ. 2478 คือ หลังจากการเปลี่ยนแปลงการปกครองมาแล้ว 3 ปี (ถ้าซ้ากว่าประเทศญี่ปุ่น 44 ปี) ; สรุป ก็คือ เห็นได้ชัดว่าการปฏิรูปทางการเมืองของรัชกาลที่ 5 ของเรา ยังไม่เสร็จสิ้น

ผมได้ทิ้งปัญหา ที่ยังไม่ได้ตอบและเราคงจะต้องหาคำตอบให้พบ ก็คือ ในเมื่อเป็นที่ประจักษ์ว่า กษัตริย์ทั้ง 2 พระองค์ทรงพระราชอำนาจริยะที่ไม่ยิ่งหย่อนกว่ากันแต่ “อะไรเล่า ที่เป็นสาเหตุของ “ความแตกต่างของผลสำเร็จในการปฏิรูปการเมือง” ของทั้งสองประเทศ

ในหัวข้อนี้ ผมจะขอบรรยาย โดยแยกเป็น 2 ส่วน คือ

ในส่วนแรก จะเป็นการวิเคราะห์ “เหตุการณ์ในอดีต” คือ เราจะลองพิจารณาว่า “ความสำเร็จ” ของ การปฏิรูปการเมืองของประเทศญี่ปุ่นในสมัยพระเจ้าเมจิโต เกิดจากอะไร และในทางตรงกันข้าม ก็คือ เพราะเหตุใด การปฏิรูปการเมืองในสมัยรัชกาลที่ 5 ของเราจึงไม่เสร็จสิ้น โดยจะพิจารณาต่อเนื่องมาจนถึง “การเปลี่ยนแปลงการปกครอง” โดยคณะราษฎร ในปี พ.ศ. 2475 ที่ทำให้เรามี “รัฐธรรมนูญ” ฉบับแรก ; แต่ เพราะเหตุใด จนกระทั่งขณะนี้ เรามีรัฐธรรมนูญต่อมาอีก 19 ฉบับ แต่คนไทย ก็ยังไม่ประสบความสำเร็จ ในการปฏิรูปการเมือง และได้กลายเป็นประเทศเดียวในโลก ที่ใช้ “ระบบเผด็จการ โดยพรรคการเมืองนายทุน ในระบบรัฐสภา ที่เต็มไปด้วยการทุจริตคอร์รัปชัน

ในส่วนที่สอง จะเป็นการวิเคราะห์ “สถานการณ์ในปัจจุบัน” โดยผมจะกล่าวถึง “วิวัฒนาการ” ของ กลไก ของระบบสถาบันการเมือง - form of government ใน “รูปแบบ - system” ต่างๆ ที่ประเทศในยุโรปได้สร้างหรือคิดค้นวางเป็นกฎเกณฑ์ขึ้น ในระหว่างศตวรรษที่ 19 - 20 ว่า form of government มีกี่รูปแบบ โดยจะเรียงลำดับให้เห็นว่า แต่ละ “รูปแบบ - system” ได้เกิดขึ้นในช่วงใดของศตวรรษ และหลังจากนั้น ผมก็จะมาตรวจดู พื้นฐาน “ความรู้ (กฎหมายมหาชน)” ของอาจารย์กฎหมายในคณะนิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัยของรัฐของเรา” ในปัจจุบัน (ค.ศ. 2013) โดยเทียบกับ ความรู้พื้นฐานของนักวิชาการของญี่ปุ่น ในยุค “การปฏิรูปการเมือง” ของพระเจ้าเมจิโต (ในปี ค.ศ. 1889)

.....

ส่วนที่ 1 (อะไร คือ “สาเหตุ” ของความสำเร็จของการปฏิรูปการเมืองของประเทศไทยญี่ปุ่น ในสมัยพระเจ้าเมจิโต ค.ศ. 1867 ถึง ค.ศ. 1912)

ประเทศญี่ปุ่น เราลองมาทบทวน “ข้อเท็จจริง” ในการปฏิรูปการเมืองของพระเจ้ามัตสึอิโตอีกครั้งหนึ่ง เพื่อดูสาเหตุของความสำเร็จของประเทศญี่ปุ่น

ในปี ค.ศ. 1867 (ก่อนรัชกาลที่ 5 หนึ่งปี) ประเทศญี่ปุ่นเริ่มการปฏิรูปการเมือง โดยบรรดาไดเมียว (feudal lords) 4-5 ตระกูลใหญ่รวมตัวกัน ล้มอำนาจของ “โชกุน - ตระกูลโตกูงาวะ Tokugawa” ที่ครองอำนาจมานานกว่า 250 ปี (ค.ศ. 1603 ถึง ค.ศ. 1867) และยกเลิกระบบโชกุน โดยถวายพระราชอำนาจคืนให้แก่จักรพรรดิพระเจ้ามัตสึอิโต (ที่มีพระชนมายุ 15 ปี)

ในปี ค.ศ. 1869 (2 ปีต่อมา) ไดเมียว (feudal lords) 4 ตระกูลใหญ่ (Choshu, Heizen, Satsuma และ Tosa) คืนสิทธิในที่ดิน/คนและสิทธิพิเศษต่างๆ (feudal fiefs) ที่ตนเคยมีอยู่ให้แก่จักรพรรดิทั้งหมด และติดตามมาด้วยบรรดาไดเมียวทั้งหมด มากกว่า 200 ตระกูล ได้ทำตาม ; และในปี ค.ศ. 1871 (อีกสามปีต่อมา) ประเทศญี่ปุ่น ออกกฎหมาย (พระบรมราชโองการ) ยกเลิกระบบ feudalist และจัดแบ่งการปกครอง ออกเป็นเขตการปกครองท้องถิ่น

ในปี ค.ศ. 1881 (14 ปีต่อมา) จักรพรรดิ สัญญาจะพระราชทานรัฐธรรมนูญให้แก่คนญี่ปุ่น และได้ตั้ง “สภานิติบัญญัติ” ขึ้น ; และประเทศญี่ปุ่น ส่งคณะบุคคลที่ประกอบด้วย “ชนชั้นนำ - elite” คณะใหญ่ (ประมาณ 30 คน) ออกตระเวนหาความรู้และพบบุคคลสำคัญ/อาจารย์กฎหมายที่มีชื่อเสียงในประเทศมหาอำนาจ ทั้งในทวีปยุโรปและสหรัฐอเมริกา โดยใช้เวลาเกือบ 2 ปี และกลับมาพร้อมกับการวางแผนปฏิรูปประเทศ

ใน ปี ค.ศ. 1889 (22 ปี ต่อมา) จักรพรรดิพระราชทานและประกาศการใช้ “รัฐธรรมนูญ” ฉบับแรกของญี่ปุ่น

ในปี ค.ศ. 1912 (สิ้นสุทธรัชกาล จักรพรรดิเมจิ) ภายใต้ระบบการปกครองตามรัฐธรรมนูญ ประเทศญี่ปุ่น เป็น “ประเทศมหาอำนาจ”

ผมเชื่อว่า จากข้อเท็จจริงดังกล่าวข้างต้นนี้ ท่านผู้ที่มาฟังคำบรรยายคงพอมองเห็นแล้วว่า **ทำไม** การปฏิรูปการเมืองของพระเจ้ามัตสึอิโต จึงประสบความสำเร็จ และ **ทำไม** การปฏิรูปการเมืองของรัชกาลที่ 5 ของเรา

จึงไม่ประสบความสำเร็จ เพราะ

สิ่งที่พระเจ้ามัตสุฮิโตะ “มี” แต่รัชกาลที่ 5 ของเรา “ไม่มี” ก็คือ “ชนชั้นนำ - elite” ที่มีคุณภาพ นั่นเอง

(1) ชนชั้นนำญี่ปุ่น มี “ความเสียดสี” (ไคเมียว ชนชั้นนำของญี่ปุ่นมากกว่า 200 คน ยอมสละทรัพย์สินและผลประโยชน์ที่ตนเอง มีมานานกว่า 200 ปี ให้แก่จักรพรรดิ เพื่อทำการปฏิรูปประเทศ)

(2) ชนชั้นนำญี่ปุ่น มีการชวนขวยหา “ความรู้” อย่างรอบคอบและเป็นระบบ และ

(3) ชนชั้นนำญี่ปุ่น มี “ความตั้งใจ” ในการทำงานอย่างเป็นขั้นตอน โดยมี “แผนงานที่มุ่งต่อ ความสำเร็จ”

ท่านผู้ที่มาฟังคำบรรยายในวันนี้ ท่าน “คิด” อย่างไร (?) ; ท่านคิดว่า ชนชั้นนำของไทย เป็นอย่างไร : และในปัจจุบันนี้ คือ ค.ศ. 2013 หรือ พ.ศ. 2556 ซึ่งเป็นเวลาห่างกันกว่า 120 ปีเศษ ท่านคิดว่า เรามี “ชนชั้นนำ - elite” ไทย ที่มี “คุณภาพ” ที่คล้ายหรือใกล้เคียงกับ “คุณภาพ” ของชนชั้นนำ - elite ของประเทศญี่ปุ่น ในปี ค.ศ. 1867 หรือไม่

ประเทศไทย เราได้ทราบแล้วว่า การปฏิรูปการเมือง ของรัชกาลที่ 5 ยังไม่เสร็จสิ้น ; สิ่งที่รัชกาลที่ 5 สามารถทำให้คนไทยได้ ก็คือ การรักษาเอกราชของประเทศ และการปฏิรูประบบราชการ (การจัดกระทรวง ทบวง กรม) ฯลฯ เท่านั้น แต่เรื่องอื่นๆ คือ การปฏิรูปการเมือง (การมีรัฐธรรมนูญ - ระบบสถาบันการเมือง) และการบริหารราชการ (กฎหมายปกครอง) เช่น การบริหารราชการประจำ การกระจายอำนาจให้แก่ท้องถิ่น ฯลฯ พระองค์เพียงแต่ได้ทรงริเริ่มไว้ให้เท่านั้น

ปัญหามีว่า เรา (คนไทย) ใน ค.ศ. 2013 (พ.ศ. 2556) จะมี “ความสามารถ” พอที่จะทำสิ่งที่พระองค์ท่านได้ทรงทำค้างไว้ ต่อไปจนบรรลุ “ผลสำเร็จ” ได้หรือไม่

การเปลี่ยนแปลงการปกครองใน ปี พ.ศ. 2475 เป็น “เหตุการณ์”
ที่พิสูจน์ว่า **ชนชั้นนำ - elite** ของเรา (คนไทย) ทำได้ “ดี” แค่นั้น ; เราได้ทราบแล้วว่า
เราได้มี “รัฐธรรมนูญ” ฉบับแรกในปี พ.ศ. 2475 (พระราชบัญญัติธรรมนูญ
การปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 และ ตามมาด้วยรัฐธรรมนูญ
อีก 18 ฉบับ รวมเป็น 19 ฉบับ [หมายเหตุ โปรดดูการเรียงลำดับรัฐธรรมนูญฉบับต่างๆ
ของประเทศไทย จากหัวข้อ 3.2 (ก)])

รัฐธรรมนูญฉบับแรกของเรา (ค.ศ. 1932) เริ่มต้นด้วยการลอกเลียนกลไก
(ระบบสถาบันการเมือง - form of government จาก **รัฐธรรมนูญของรัสเซีย**
ปี ค.ศ. 1918 ; และจากปี ค.ศ. 1932 รัฐธรรมนูญ ฉบับต่อๆ มา ของ เรา ใช้กลไก
(ระบบสถาบันการเมือง - form of government) ในระบบรัฐสภา -
parliamentary system ตาม “รูปแบบของประเทศอังกฤษ” (โดยมีสมาชิกสภา
ที่มาจาก การเลือกตั้งบ้าง มาจากการแต่งตั้งบ้าง) จนถึง พ.ศ. 2517 (ค.ศ. 1974) ;
จากปี พ.ศ. 2517 **ชนชั้นนำ - elite** ของเรา เริ่มตัดแปลงกลไก (ระบบสถาบันการเมือง)
ในระบบรัฐสภา ด้วยการบังคับให้ ส.ส. ต้องสังกัดพรรคการเมือง ; และตั้งแต่ ปี
ค.ศ. 1992 (พ.ศ. 2535) จนถึงปัจจุบัน ค.ศ. 2013 **ชนชั้นนำ - elite** ของเราได้
ใช้กลไก (ระบบสถาบันการเมือง) ที่คิดขึ้นเองเป็น “ระบบเผด็จการ
โดยพรรคการเมืองนายทุน ในระบบรัฐสภา” ประเทศเดียวในโลก และ **ชนชั้นนำ - elite**
ของเรา บอกให้เรา (คนไทย) เรียกระบอบนี้ว่า เป็น “ระบอบประชาธิปไตย”

สถานการณ์และเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นในปัจจุบัน ไม่ว่าจะเป็นการทุจริต
คอร์รัปชั่น และการแตกแยกของคนไทยในปัจจุบัน เป็นที่ประจักษ์แก่
คนไทยทุกคน ; ดังนั้น ท่านผู้ที่มาฟังการบรรยาย ในวันนี้ คงให้ “คำตอบ”
แก่ตัวท่านได้เองว่า **ชนชั้นนำ - elite** ของเรา (คนไทย) มี “ความสามารถ” พอที่จะ
ทำสิ่งที่รัชกาลที่ 5 ได้ทรงทำค้างไว้ต่อไปจนบรรลุ “ผลสำเร็จ” ได้ หรือไม่

.....

(ข) การเปรียบเทียบ “ความรู้” อาจารย์กฎหมายในคณะนิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัยของรัฐของเรา” ในปัจจุบัน (ค.ศ. 2013) กับ “ความรู้” ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญของประเทศญี่ปุ่นในสมัยพระเจ้ามัตสึอิโตพระราชทานรัฐธรรมนูญแก่คนญี่ปุ่น ในปี ค.ศ. 1889]

ฯลฯ ฯลฯ ฯลฯ

ฯลฯ ฯลฯ ฯลฯ

.....

ผมต้องขอภัย และต้องขอจบ “คำบรรยายของผมในวันนี้” เพียงเท่านี้ เพราะผมบังเอิญมี “เวลา” เขียนคำบรรยายได้เพียงเท่านี้

“หัวข้อ” ในคำบรรยายส่วนที่เหลือ : “บางหัวข้อ” อาจเป็นสาระในทางวิชาการ ซึ่งท่านคงต้องไปแสวงหา “ความรู้” เอาเอง แต่ “บางหัวข้อ” เป็นเรื่องข้อเท็จจริงที่เป็น “เหตุการณ์” ปัจจุบันที่กำลังเกิดขึ้นอยู่ในขณะนี้ (และยังจะเกิดต่อไป) ซึ่งก็จะเป็นข่าวปรากฏให้เห็นอยู่ในหน้าหนังสือพิมพ์เป็นรายวัน ถ้าท่านผู้ที่มาฟังการบรรยายในวันนี้ ติดตามอ่านและ “คิด” ดูท่านก็สามารถรวบรวมมาเป็น “ความรู้” ของท่านได้เอง ว่า “บทกฎหมาย” ของเราว่าด้วยเรื่องอะไรบ้างที่ยังพิลลพิการ (ซึ่งมีอยู่มากมาย)

และ**อันที่จริงแล้ว** ในหน้าแรก (๑) ของเอกสารนี้ ผมได้ตั้งใจวาง “หัวข้อ” การบรรยายของผมในวันนี้ โดยกำหนด “ประเด็น” สำคัญ ของปัญหาของประเทศไทยไว้ตามลำดับ จนกระทั่งถึงวิธีการหาทางออก (จาก “กะลา (ความรู้)” ของอาจารย์กฎหมายในคณะนิติศาสตร์ ของมหาวิทยาลัยของรัฐ) ไว้แล้ว ; หากท่านผู้ที่มาฟังการบรรยายในวันนี้ จะนำประเด็นเหล่านี้ไปพิจารณา และ “คิด” ต่อไป บางที และบางที เราอาจจะเปลี่ยน “วิถีทาง” ทางการเมือง ที่มุ่งไปสู่การล่มสลายของประเทศได้ **โดยไม่ต้องรอให้เป็น เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นจริง**

ผมคิดว่า สิ่งที่คนไทยควรจะต้องทำอย่างเร่งด่วน ก็คือ การแสวงหา “รูปแบบของระบบสถาบันการเมือง - form of government” ที่ทำให้ **คนดีได้มาปกครองบ้านเมือง** และไม่ควรถูก “หลง” ไปพิจารณาเรื่องอื่นๆ ตามคำชักนำ

ของ “คนไม่ดี”

ในประการสุดท้าย ก่อนที่จะยุติการบรรยายวันนี้ ผมอยากจะ “ถาม” ท่านผู้ที่มาฟังการบรรยาย ว่า ท่านสังเกตเห็นหรือไม่ว่า ในการบรรยายเท่าที่ผ่านมา (ซึ่งเป็น เอกสารประมาณ 40 หน้าเศษ) นี้ ยังมี “ข้อเท็จจริงบางประการ” (ที่อาจจะสำคัญที่สุดของการบรรยายครั้งนี้ แต่ผมยังไม่ได้บอกกับท่าน ; ท่านทราบหรือไม่ว่า “ข้อเท็จจริง” ที่ท่านควรทราบ แต่ผมยังไม่บอกท่านนั้น คือ ข้อเท็จจริง อะไร (?)

ข้อเท็จจริง นั้น คือ

การกระทำทางรัฐบาล นำไปฟ้องศาลไม่ได้จริงหรือ?*

วรัญญา ทศน์ศรีวงศ์**

แนวความคิดเรื่อง “การกระทำทางรัฐบาล” (acte de gouvernement) ที่เกิดขึ้นที่ประเทศฝรั่งเศสและประเทศไทยนั้นทำให้การกระทำบางอย่างของฝ่ายบริหารหลุดพ้นจากการควบคุมตรวจสอบของฝ่ายตุลาการ ลักษณะเฉพาะของการกระทำทางรัฐบาลเช่นว่านี้อาจพิจารณาได้สองแง่มุม :

ด้านหนึ่งแนวความคิดนี้จำเป็นจะต้องมีอยู่เพราะฝ่ายบริหารยังคงต้องมีอิสระในการกระทำบางประการที่ฝ่ายตุลาการจะต้องงดเว้นไม่เข้าไปควบคุมตรวจสอบ

อีกด้านหนึ่งแนวความคิดนี้เป็นอันตรายต่อระบบนิติรัฐที่ต้องการให้การกระทำของผู้ใช้อำนาจรัฐสามารถถูกควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการได้

ข้อเท็จจริงดังกล่าวสร้างความลำบากในการชั่งน้ำหนักระหว่างความจำเป็นที่จะต้อง “รักษา” แนวความคิดนี้เอาไว้เพื่อประโยชน์ของฝ่ายบริหารกับความจำเป็นที่จะต้อง “กำจัด” แนวความคิดนี้ออกไปจากระบบกฎหมายเพื่อรักษาระบบนิติรัฐ การศึกษาเพื่อหาคำตอบว่าเราควรที่จะ “รักษา” เอาไว้หรือควรที่จะ “กำจัด” แนวความคิดเรื่องการกระทำทางรัฐบาลออกไปจากระบบกฎหมายจึงเป็นสิ่งที่น่าสนใจ อย่างไรก็ตาม อย่างไรก็ดี ความคิดที่จะ “กำจัด” แนวความคิดเรื่องการกระทำทาง

* เผยแพร่ใน www.pub-law.net 24 มีนาคม 2556 21:31 น.

** นักศึกษาระดับปริญญาเอก มหาวิทยาลัย Aix-Marseille ประเทศฝรั่งเศส

รัฐบาลนั้น ในสภาพการณ์ปัจจุบันอาจยังคงเป็นไปได้ยาก เพราะดูเหมือนว่าความจำเป็นที่จะต้องให้อิสระแก่ฝ่ายบริหารในการกระทำการต่างๆ นั้นยังคงมีน้ำหนักมากกว่า การยอมให้ ฝ่ายตุลาการเข้ามาควบคุมทุกการกระทำของฝ่ายบริหาร หากฝ่ายตุลาการสามารถเข้ามาควบคุมตรวจสอบการกระทำทุกอย่างของฝ่ายบริหารก็อาจจะทำให้การทำงานของฝ่ายบริหารเป็นไปได้โดยไม่มีควมราบรื่นนัก ในบทความนี้ ผู้เขียนจึงจะวิเคราะห์เฉพาะแต่ความเป็นไปได้ที่จะ “ลด” หรือ “จำกัด” การกระทำทางรัฐบาลบางประการ โดยนำแนวความคิดที่นักวิชาการฝรั่งเศสบางท่านได้นำเสนอไว้แล้วมาปรับใช้เพื่อวิเคราะห์ความเป็นไปได้ในการ “จำกัด” ขอบเขตของการกระทำทางรัฐบาลให้แคบลง โดยนำเสนอในมุมมองที่واقจริง ๆ แล้วการกระทำทางรัฐบาลบางประการนั้นสามารถควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการได้ ผู้เขียนจะนำเสนอเนื้อหาของบทความโดยแบ่งเป็นหัวข้อดังต่อไปนี้

บทนำ : ความรู้เบื้องต้นว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาลในประเทศฝรั่งเศส

ส่วนที่ 1: การกระทำทางรัฐบาลคือผลผลิตของการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ

ส่วนที่ 2 : ศาลรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล

บทนำ : ความรู้เบื้องต้นว่าด้วยการกระทำทางรัฐบาลในประเทศฝรั่งเศส

ทฤษฎีเรื่อง “การกระทำทางรัฐบาล” (acte de gouvernement) เป็นทฤษฎีซึ่งพัฒนามาจากแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดของประเทศฝรั่งเศส (Conseil d’État) เกิดจากการที่ผู้พิพากษาศาลปกครองฝรั่งเศสปฏิเสธที่จะรับพิจารณาการกระทำบางประเภทของฝ่ายบริหาร โดย :

ในระยะแรก การปฏิเสธของผู้พิพากษาเหล่านี้เป็นผลสืบเนื่องจากการมีข้อพิจารณาทางการเมืองเข้ามาเกี่ยวข้องในคดี คำวินิจฉัยของศาลที่ปฏิเสธที่จะไม่รับพิจารณาการกระทำบางประเภทของฝ่ายบริหารเหล่านี้เกิดจากทฤษฎีที่เรียกว่า

“ทฤษฎีมูลเหตุทางการเมือง” (théorie du mobile politique)¹ อย่างไรก็ตามก็ดีเมื่อเริ่มต้นสาธารณรัฐที่ 3 (สาธารณรัฐที่สาม : 4 กันยายน 1870 ถึง 10 กรกฎาคม 1940) ทฤษฎีนี้ก็ไม่ได้ถูกหยิบยกขึ้นมาใช้โดยศาลปกครองเพื่อปฏิเสธอำนาจในการพิจารณาคดีอีก^{2 3}

ในเวลาต่อมา ข้อพิจารณาในเรื่องของทฤษฎีการกระทำทางรัฐบาลถูกหยิบยกขึ้นมาวิเคราะห์หาข้อสรุปทางวิชาการโดยนักกฎหมายหลายๆ ท่าน

¹ คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส ลงวันที่ 1 มีนาคม 1822, Lafitte, Recueil Lebon, p. 371 : คำวินิจฉัยของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังเกี่ยวกับสถานะของตระกูล Bonaparte เกี่ยวข้องกับประเด็นทางการเมือง (question politique) ซึ่งเป็นปัญหาที่อยู่ในอำนาจของรัฐบาล

คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส ลงวันที่ 9 มีนาคม 1867, Duc d’Aumale, Recueil Lebon, p. 472, concl. Aucoc, S 1867.2.124 : พิจารณาว่าการยึดงานเขียนทางประวัติศาสตร์ที่ผู้ร้องเขียนขึ้น เป็น “การกระทำทางการเมือง” (acte politique) ไม่สามารถนำมาฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลปกครองสูงสุดได้

² คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 1875, Prince Napoléon, Recueil Lebon, p. 155, concl. David, Recueil Dalloz 1875.3.18 : ศาลรับพิจารณา (ความชอบด้วยกฎหมายของ) คำปฏิเสธของรัฐมนตรีที่จะใส่ชื่อผู้ร้องลงในรายชื่อนายพลซึ่งตีพิมพ์ในบัญชีรายชื่อทหารประจำปี (Annuaire militaire)

การกลับคำวินิจฉัยของศาลนี้ ได้รับการยืนยันในคำวินิจฉัยศาลชี้ขาดคดีขัดกันฝรั่งเศส (Tribunal des conflits) ลงวันที่ 5 พฤศจิกายน 1880, Marquigny, Recueil Dalloz 1880.3.121, คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส ลงวันที่ 20 มีนาคม 1887, Duc d’Aumale et Prince Murat, Recueil Lebon, p. 409 และเมื่อไม่นานมานี้ ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสก็ยังคงยืนยันการเลิกใช้ทฤษฎีมูลเหตุ (จงใจ) ทางการเมืองในการวินิจฉัยคดีของศาลปกครอง ในคำวินิจฉัยลงวันที่ 27 พฤศจิกายน 2000, Assoc. Comité Tous frères, AJDA 2001, p. 94, RFDA 2001, p. 248 : ศาลวินิจฉัยว่า คำสั่งของประธานาธิบดีฝรั่งเศส (F.Mitterand) ที่ให้ตกแต่งหลุมศพจอมพล Pétain ทุกวันที่ 11 พฤศจิกายน (วันที่ระลึก/วันสงบศึกสงครามโลกครั้งที่ 1) ระหว่างปี ค.ศ.1986 - 1992 เป็นคำสั่ง (ที่มีลักษณะ) ทางปกครอง (décisions administratives)

³ CHAPUS René, *Droit administratif général*, Tome 1, 15e éd., Paris : Montchrestien, Coll. Précis Domat, 2001, pp.947-948.

ในฝรั่งเศสว่าเหตุใดศาลจึงไม่สามารถควบคุมการกระทำบางประเภทของฝ่ายบริหาร (ผู้เขียนขอหยิบยกเฉพาะแนวความคิดที่น่าสนใจมานำเสนอ) เช่น

- ในแนวความคิดแรก⁴ AUCOC, BÉQUET, HAURIUO, DUCROCQ, JACQUELIN, APPLETON, LAFERRIÈRE, CAPITANT นักกฎหมายเหล่านี้พยายามที่จะอธิบายว่า ในการดำเนินกิจกรรมหรือในการบริหารงานของฝ่ายบริหารนั้นอาจมีได้ทั้ง กิจกรรม/การดำเนินงานทางรัฐบาล (activité/fonction gouvernementale) และ กิจกรรม/การดำเนินงานทางปกครอง (activité/fonction administrative) CHAPUS ยืนยันว่าการจำแนกระหว่าง กิจกรรม/การดำเนินงานทางรัฐบาล (fonction gouvernementale) และ กิจกรรม/การดำเนินงานทางปกครอง (fonction administrative) ช่วยให้สามารถค้นพบเหตุผลที่แท้จริงของแนวความคิดเรื่องการกระทำทางรัฐบาลได้⁵ กล่าวคือ นักกฎหมายกลุ่มนี้เชื่อว่า ในการทำงานของฝ่ายบริหารนั้นมีได้ทั้งกิจกรรม/การดำเนินงานทางรัฐบาล และกิจกรรม/การดำเนินงานทางปกครอง โดยนัยนี้ การกระทำทางรัฐบาล (acte de gouvernement) เป็นการกระทำของฝ่ายบริหารที่ได้ดำเนินกิจกรรมหรือดำเนินงานทางรัฐบาล (fonction gouvernementale) นั้นเอง อย่างไรก็ดี ความพยายาม

⁴ รายชื่อเหล่านี้ถูกอ้างอิงโดย SERRAND Pierre, «Administrer et gouverner. Histoire d'une distinction», *Jus Politicum Revue internationale de droit politique*, n°4, 2010.

⁵ DUCROCQ Théophile, *Cours de droit administratif et de législation française des finances*, Paris : Fontemoing, 7e édition, t.I, 1897 - 1905, n°52, p.71.

HAURIUO Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12e éd., Paris : Dalloz, Coll. Bibliothèque Dalloz, 2002, p. 15, 417.

LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative*, Paris, Berger-Levrault, 1896, t.II, p.32.

CAPITANT René, «De la nature des actes de gouvernement», *Mélanges Julliot de la Morandière*, Paris : Dalloz, 1964, p.112, 115.

CHAPUS René, «L'acte de gouvernement, monstre ou victime?», *L'administration et son juge*, PUF, 1999, pp.85-86.

ในการแยกกิจกรรม/การดำเนินงานทางรัฐบาล ออกจากกิจกรรม/การดำเนินงานทางปกครอง ไม่ประสบความสำเร็จเท่าไรนัก แนวความคิดนี้ถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่าไม่มีความชัดเจน⁶

- แนวความคิดที่สอง มีการนำเสนอแนวความคิดเรื่อง “การกระทำผสม” (acte mixte) CÉLIER ได้แสดงความคิดเห็นว่าการควบคุมการกระทำของฝ่ายบริหารนั้น ศาลปกครองควบคุมได้แต่เฉพาะการกระทำที่เกิดจากการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารเท่านั้น ศาลจะต้องงดเว้นไม่เข้าไปควบคุมการกระทำที่มีอำนาจอื่นเข้ามาเกี่ยวข้อง⁷ การกระทำทางรัฐบาลไม่สามารถควบคุมได้เพราะว่าการกระทำทางรัฐบาลนั้นไม่ได้มีแค่อำนาจของฝ่ายบริหารที่เข้ามาเกี่ยวข้อง แต่ยังมีอำนาจของรัฐสภาหรืออำนาจของรัฐอื่นเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย ซึ่งอำนาจอื่นๆ นี้ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมของศาลปกครอง จึงทำให้การกระทำทางรัฐบาลไม่อยู่ในอำนาจการควบคุมโดยศาลปกครองนั่นเอง

- แนวความคิดที่สาม VIRALLY เสนอแนวความคิดที่ว่า เหตุที่การกระทำทางรัฐบาลไม่สามารถควบคุมโดยศาลได้นั้นเป็น “เกมปกติเรื่องเกณฑ์ทางอำนาจ” (jeu normal des règles du compétence) นั่นคือ ศาลปกครองไม่สามารถควบคุมการกระทำทางรัฐบาลได้เพราะว่าศาลไม่สามารถปรับใช้กฎหมายระหว่างประเทศในคดีที่ได้แย่งการกระทำที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และในส่วน

⁶ CHALVIDAN Pierre-Henri, «Doctrine et acte de gouvernement», *AJDA*, 1982, p.8.

CHAPUS René , «Actes de gouvernement», *Encyclopédie Dalloz*, n°88, cité par CAPITANT René, «De la nature des actes de gouvernement», *Mélanges Julliot de la Morandière*, Paris : Dalloz, 1964, p.111.

Eisenmann Charles, «Les fonctions sociales et les fonctions juridiques», *Encyclopédie française*, Paris : Société nouvelle de l'Encyclopédie française, t.X, 1964, p.302, cité par SERRAND Pierre, «Administrer et gouverner. Histoire d'une distinction», *Jus Politicum Revue internationale de droit politique*, n°4, 2010.

⁷ La décision du Conseil d'État du 28 mars 1947, *Gombert*, Sirey 1947, III, p.89, concl. Céliér.

ของการกระทำที่เป็นเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับรัฐสภานั้น ศาลปกครองฝรั่งเศสไม่สามารถเข้าไปควบคุมได้เพราะศาลไม่สามารถที่จะใช้อำนาจแทนที่รัฐสภาในการควบคุมฝ่ายบริหาร⁸ ข้อจำกัดเหล่านี้ล้วนแต่เป็นข้อจำกัดทางอำนาจที่ทำให้ศาลปกครองไม่สามารถควบคุมการกระทำทางรัฐบาลได้นั่นเอง

- แนวความคิดที่ชื่อ PUISOYE ได้นำเสนอความคิดที่ว่า ถ้าไม่นับรวมการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐที่สามารถได้รับการเยียวยาความเสียหายจากการที่ศาลยอมปรับใช้ทฤษฎีความเสี่ยงแล้ว การกระทำทางรัฐบาลได้แก่ “การกระทำตามรัฐธรรมนูญ” (les actes tournés vers l’ordre constitutionnel) นั่นก็คือ การเปิด-ปิดสมัยประชุมรัฐสภา การเลื่อนสมัยประชุมรัฐสภา การตัดสินใจเกี่ยวกับวาระการประชุมสภา การยุบสภาผู้แทนราษฎร การใช้อำนาจริเริ่มของรัฐบาลเกี่ยวกับกฎหมายและการประกาศใช้กฎหมาย การตัดสินใจใช้มาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญ การยื่นฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ การแต่งตั้งประธานและสมาชิกตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil constitutionnel) โดยประธานาธิบดี การกระทำเหล่านี้เท่านั้นที่จะนับว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลที่ไม่สามารถถูกนำไปฟ้องต่อศาลปกครองและศาลยุติธรรม⁹

- แนวความคิดที่ห้า เป็นแนวความคิดที่ปฏิเสธการกระทำทางรัฐบาลอย่างสิ้นเชิง แนวความคิดนี้ถูกนำเสนอโดย FAVOREU ซึ่งเสนอให้เปลี่ยนจากคำว่า “การกระทำทางรัฐบาล” (actes de gouvernement) เป็น “การกระทำที่นำมาฟ้องศาลไม่ได้” (actes injusticiables) FAVOREU อธิบายว่า ที่การกระทำทางรัฐบาลถูกนำมาฟ้องไม่ได้ นั่นไม่ได้เป็นเพราะลักษณะ (nature) ของมัน แต่เป็นเพราะความบังเอิญ (par accident) กล่าวคือที่การกระทำทางรัฐบาลไม่สามารถนำไปฟ้องศาลได้นั้นเป็นเพราะว่าผู้พิพากษาของฝรั่งเศสมีข้อจำกัดทางอำนาจหรือขาดอำนาจนั่นเอง เมื่อเป็นเช่นนี้วิธีพิจารณาปัญหาข้อขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่

⁸ VIRALLY Michel, «L’introuvable «acte de gouvernement»», *RDP*, 1952, pp.317-358.

⁹ PUISOYE Jacques, «Pour une conception plus restrictive de la notion d’acte de gouvernement», *AJDA*, I. Doctrine, 1965, pp.215-218.

ระหว่างองค์กร (la procédure de résolution des conflits entre organes du pouvoir) ดังเช่นที่ปรากฏในประเทศเยอรมัน อิตาลี สเปน จะทำให้การกระทำทางรัฐบาล โดยเฉพาะการกระทำเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ ส่วนใหญ่สามารถถูกนำไปโต้แย้งต่อศาลรัฐธรรมนูญได้¹⁰

● แนวคิดที่หก นำเสนอโดย Élise CARPENTIER ซึ่งคล้ายคลึงกับแนวคิดของ PUISOYE ที่โยงการกระทำทางรัฐบาลกับการกระทำทางรัฐธรรมนูญและเสนอทางแก้ปัญหาในแนวทางเดียวกับ FAVOREU โดย CARPENTIER เสนอให้เปลี่ยนนิยามการกระทำทางรัฐบาลเป็น “การกระทำทางรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ” (acte constitutionnel institutionnel) เนื่องจากเห็นว่ามีกรกระทำจำนวนมากที่เรียกกันว่าการกระทำทางรัฐบาล (ซึ่งศาลยุติธรรมและศาลปกครองปฏิเสธที่จะรับพิจารณา) รวมอยู่ในกลุ่มของการกระทำทางรัฐธรรมนูญ (actes constitutionnels) อย่างไรก็ตามการกระทำทางรัฐธรรมนูญสามารถจำแนกได้เป็นการกระทำทางรัฐธรรมนูญที่ผู้รับผลคือปัจเจกชน การกระทำนี้เรียกว่า “การกระทำทางรัฐธรรมนูญต่อปัจเจกชน” (actes constitutionnels individuels) ส่วนการกระทำตามรัฐธรรมนูญอีกประเภทหนึ่งนั้นจะเกี่ยวข้องกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญ (organes constitutionnels) การกระทำประเภทนี้เรียกว่า “การกระทำทางรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ” (actes constitutionnels institutionnels) การกระทำทางรัฐบาลส่วนใหญ่แล้วก็คือ “การกระทำขององค์กรตามรัฐธรรมนูญที่กระทำขึ้นตามอำนาจหน้าที่ที่ได้รับแบบเฉพาะเจาะจงจากรัฐธรรมนูญ” นั่นเองในกรณีนี้ศาลรัฐธรรมนูญย่อมเป็นศาลเดียวที่มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาการกระทำทางรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ถ้าหากประเทศฝรั่งเศสมีกระบวนการพิจารณาปัญหาข้อขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญแล้ว การกระทำหลาย ๆ อย่างที่นำไปฟ้องศาลไม่ได้

¹⁰ FAVOREU Louis, «Pour en finir avec la «théorie» des actes de gouvernement», in *Mélanges en l'honneur de Pierre PACTET*, Dalloz, paris, 2003, p.613, 615. และ FAVOREU Louis, «L'acte de gouvernement : acte provisoirement et accidentellement injusticiable», *RFDA*, 1987, p.544.

จะลดลง และเหลือเพียงแค่การกระทำของตุลาการรัฐธรรมนูญ (actes du juge constitutionnel) และคำถามทางการเมือง (les questions politiques) เท่านั้นที่ยังคงหลุดพ้นจากการตรวจสอบของศาล¹¹

ถึงแม้ว่าข้อถกเถียงในทางวิชาการเกี่ยวกับ “การกระทำทางรัฐบาล” (acte de gouvernement) ที่เกิดขึ้นทั้งในประเทศฝรั่งเศสและประเทศไทย¹² จะมีขึ้นมากมาย แต่ยังไม่ใครสามารถให้ “คำจำกัดความ” ที่ชัดเจนเกี่ยวกับความหมายและเกณฑ์ของการกระทำทางรัฐบาลที่แน่นอนได้เลย อย่างไรก็ตาม นักวิชาการสามารถจัด “กลุ่ม (ประเภท) ของการกระทำทางรัฐบาล” จากการสังเกตและพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลที่ปฏิเสธไม่รับพิจารณาการกระทำบางอย่างของฝ่ายบริหาร โดยในประเทศฝรั่งเศส การกระทำทางรัฐบาลสามารถแบ่งออกได้สองประเภท คือ *การกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ* (หรือการกระทำในความสัมพันธ์ขององค์กรของรัฐ) กับ *การกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ* (ส่วนประเทศไทยนั้นศาลปกครองสูงสุดได้รวม “งานทางนโยบาย” อยู่ในหมวดหมู่ของการกระทำทางรัฐบาลด้วย¹³)

¹¹ CARPENTIER Élise, «L'acte de gouvernement n'est pas insaisissable», *RFDA*, n°4 juillet-août 2006, Dalloz, Paris, 2006, pp.661-677. ผู้แต่งเดียวกัน, *La résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels*, Clermont- Ferrand, Fondation Varenne, 2006, 545 p.

¹² ผู้เขียนจะไม่กล่าวถึงข้อถกเถียงของนักวิชาการไทยซึ่งได้ถูกรวบรวมและนำเสนออย่างละเอียดไปแล้วในงานเขียนอื่นๆ โปรดดู อีระเดช เอี่ยมสำราญ, *วิวาทะกูรู*, กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มติชน, 2551, เอกบุณย์ วงศ์สวัสดิ์กุล, *การกระทำทางรัฐบาล หรือการกระทำของรัฐบาล : ข้อถกเถียงทางวิชาการในระบบกฎหมายมหาชนไทย*, กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์ธรรมศาสตร์ คณะนิติศาสตร์, 2551

¹³ โปรดดู *สำนักงานศาลปกครอง, แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง พ.ศ. 2544 - พ.ศ. 2552 ในโอกาสครบรอบ 9 ปี ศาลปกครอง 9 มีนาคม 2553*, กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง, 2553, หน้า (5) และ หน้า 197 - 200

ในบทความนี้ ผู้เขียนจะพิจารณาความเป็นไปได้ในการนำการกระทำทางรัฐบาลไปฟ้องยังศาลรัฐธรรมนูญโดยผ่านทางกระบวนการพิจารณาปัญหาข้อขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญตั้งข้อเสนอของ FAVOREU และ CARPENTIER ซึ่งถ้าข้อเสนอของ FAVOREU และ CARPENTIER เป็นข้อเสนอกที่เป็นจริง ย่อมทำให้การกระทำทางรัฐบาลมีจำนวนลดน้อยลง หรืออีกนัยหนึ่งคือ ทำให้การกระทำที่เดิมที่ไม่อาจถูกโต้แย้งต่อศาลได้ สามารถโต้แย้งต่อศาลได้

ส่วนที่ 1 : การกระทำทางรัฐบาลคือผลผลิตของการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ

ในส่วนที่ 1 นี้ ผู้เขียนจะนำเสนอคำพิพากษาของศาลปกครองไทยที่ได้วินิจฉัยในคดีที่มีการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางรัฐบาลในกรณีต่างๆ เป็นลำดับแรกและจะนำเสนอข้อพิจารณาที่ว่า การกระทำทางรัฐบาลคือ การกระทำทางรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญเป็นลำดับถัดไป

ก. แนวทางของศาลปกครองต่อการกระทำทางรัฐบาล

ศาลปกครองของไทยยอมรับทฤษฎีเรื่องการกระทำทางรัฐบาล โดยมีคำพิพากษาและคำสั่งที่นำแนวความคิดเรื่องการกระทำทางรัฐบาลมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีเพื่อตัดสินว่าการกระทำใดบ้างที่ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

ในส่วนของการกระทำทางรัฐบาลที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลและรัฐสภานั้น ศาลปกครองได้นำทฤษฎีเรื่องการกระทำทางรัฐบาลมาใช้เพื่อตัดสินว่าศาลปกครองไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาการกระทำบางประเภทของฝ่ายบริหาร โดยศาลปกครองสูงสุดของไทยได้เคยวินิจฉัยในกรณีต่างๆ ดังต่อไปนี้

- ศาลปกครองไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร : “คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่จะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง หมายถึงคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายเพื่อเป็นกลไกในการบริหารราชการแผ่นดิน

ตามปกติ แต่ในกรณีของพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 นั้น เป็นกลไกอย่างหนึ่งในการดำเนินการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 116 ระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติ เพียงแต่รัฐธรรมนูญกำหนดให้การยุบสภาผู้แทนราษฎรกระทำในรูปแบบของพระราชกฤษฎีกา การยุบสภาผู้แทนราษฎร จึงมิได้เป็นการใช้อำนาจทางปกครอง พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 จึงมิใช่พระราชกฤษฎีกาตามมาตรา 11(2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้ง ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วย กฎหมายของพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว จึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุดที่จะพิจารณาพิพากษาได้” (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ.5/2549) นอกจากนี้ ศาลปกครองได้ยืนยันว่า พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวมีส่วนที่ให้ยุบสภาและส่วนที่ให้ เลือกตั้งใหม่ แต่ทั้งสองส่วนไม่อาจแยกจากกันได้ และศาลไม่มีอำนาจที่จะพิจารณา พิพากษาพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร “ไม่ว่าทั้งฉบับหรือเฉพาะแต่ ส่วนใดส่วนหนึ่ง” ได้ (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ.23/2549, คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ พ.36/2549)

● ศาลปกครองไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาเกี่ยวกับการอนุมัติหลักการ ร่างพระราชบัญญัติ หรือเกี่ยวกับการเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบให้มีการเสนอ ร่างพระราชบัญญัติฉบับใดฉบับหนึ่ง : “การที่ผู้ฟ้องคดีมีคำขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือ มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองดำเนินการให้มีการตราพระราชบัญญัติเวนคืน อสังหาริมทรัพย์เพื่อเวนคืนที่ดินของผู้ฟ้องคดีนั้น เห็นว่า คำขอของผู้ฟ้องคดีดังกล่าว เป็นการขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ฝ่ายบริหารเสนอร่างพระราชบัญญัติ ต่อรัฐสภา ซึ่งการเสนอร่างพระราชบัญญัติเป็นอำนาจโดยเฉพาะของคณะรัฐมนตรี ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ศาลจึงไม่อาจกำหนดค้ำบังคับ ตามคำขอของผู้ฟ้องคดีได้” (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 10/2546) ศาลปกครอง ยืนยันว่า “การที่คณะรัฐมนตรีจะเสนอร่างพระราชบัญญัติฉบับหนึ่งฉบับใด หรือใน เรื่องหนึ่งเรื่องใดต่อองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่และเมื่อใดนั้น ย่อมขึ้นอยู่กับ นโยบายของคณะรัฐมนตรีที่ได้แถลงไว้ต่อองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติและ ความรับผิดชอบทางการเมืองที่มีต่อองค์กรดังกล่าว อีกทั้งยังเป็นการดำเนินการโดยอาศัย

อำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญอันถือว่าเป็นการกระทำของรัฐบาลที่จะต้องรับผิดชอบทางการเมืองต่อฝ่ายนิติบัญญัติ จึงเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ทางการเมืองระหว่างองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารกับองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติที่ไม่อยู่ในอำนาจการตรวจสอบขององค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการ” (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 283/2550) “การที่คณะรัฐมนตรีมีมติอนุมัติหลักการร่างพระราชบัญญัติ (...) เป็นการใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการในความสัมพันธ์กับรัฐสภาหรือสภานิติบัญญัติแห่งชาติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2549 มิใช่การใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ (...) จึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง” (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ.3/2551) “การที่คณะรัฐมนตรีมีมติเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบให้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติใดถือเป็นขั้นตอนหนึ่งในการเสนอร่างกฎหมายต่อรัฐสภาและเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการนิติบัญญัติซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยทุกฉบับที่ผ่านมา กำหนดให้คณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรที่มีอำนาจในการดำเนินการดังกล่าว จึงเป็นการกระทำของฝ่ายบริหารตามรัฐธรรมนูญ และเป็นเรื่องทางการเมืองที่เกี่ยวข้องกับความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารกับองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติที่ไม่อยู่ในอำนาจการพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งของศาลปกครอง” (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 301/2551) อนึ่ง ศาลปกครองเคยมีคำวินิจฉัยว่า การพิจารณาให้ความเห็นชอบและสั่งการให้ยกร่างกฎหมายนั้นเป็นเพียง “ขั้นตอนการดำเนินการเตรียมการเพื่อที่จะให้ได้มาซึ่งร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว มิใช่เป็นการกระทำในการใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครองอันจะมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ฟ้องคดี จึงมิใช่คดีปกครอง (...) ที่อยู่ในอำนาจศาลปกครองที่จะพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งได้” (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 25/2546)

ในส่วนของกรกระทำทางรัฐบาลในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศนั้น ศาลปกครองเคยปฏิเสธอำนาจในการพิจารณาการกระทำเกี่ยวเนื่องกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ แต่ภายหลังศาลปกครองกลับยอมรับวินิจฉัยการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ดังนี้

● ศาลปกครองปฏิเสธอำนาจในการพิจารณาการกระทำเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ : “การที่ผู้ถูกฟ้องคดี (...) ลงนามในบันทึกความเข้าใจ (...) กับกระทรวงสาธารณสุขและสวัสดิการเด็กสาธารณสุขชิมบับเว เป็นการลงนามในบันทึกข้อตกลงหรือบันทึกความเข้าใจระหว่างประเทศ เป็นการกระทำในฐานะตัวแทนของรัฐในเรื่องเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ผู้ลงนามในบันทึกดังกล่าวมีฐานะเป็นตัวแทนของรัฐ หากข้อตกลงนั้นไม่ชอบ รัฐหรือผู้แทนของรัฐเท่านั้นที่มีอำนาจยกเลิกบันทึกดังกล่าว การมีผลหรือสิ้นผลของข้อตกลง และการยกเลิกหรือเพิกถอนบันทึกดังกล่าว จึงขึ้นอยู่กับนโยบายด้านการต่างประเทศของรัฐบาลคู่สัญญาซึ่งอยู่ภายใต้การบังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ศาลปกครองไม่มีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดนโยบายด้านการต่างประเทศหรือยกเลิกสัญญาหรือข้อตกลงระหว่างประเทศได้ การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดี (...) มิใช่การกระทำทางปกครองที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง” (คำสั่งศาลปกครองที่ 78/2547) “มติ (...) เห็นชอบให้ผู้ถูกฟ้องคดี(...)และผู้แทนการเจรจา รวมตลอดถึงคณะบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่นดำเนินการลงนาม (...) เป็นกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดี (...) ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ มิใช่กรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดี (...) ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ ออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นใดเพื่อให้การดำเนินกิจการปกครองตามที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดบรรลุผล คดีนี้จึงมิใช่คดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง” (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550)

● ศาลปกครองรับพิจารณาการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ : การที่ผู้ถูกฟ้องคดี (...) นำเสนอร่างแถลงการณ์ร่วมไทยกับกัมพูชา กรณีการขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกของประเทศกัมพูชาพร้อมแผนที่แนบท้ายและผู้ถูกฟ้องคดี (...) มีมติเห็นชอบกับแถลงการณ์ร่วมไทย - กัมพูชา (...) โดยมอบหมายให้ผู้ถูกฟ้องคดี (...) ในฐานะรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเป็นผู้ลงนามในแถลงการณ์ร่วม ไทย - กัมพูชา (...) แม้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองจะได้กระทำในฐานะรัฐบาลในกิจการเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ แต่เมื่อการกระทำดังกล่าว

กระทบต่อสิทธิหรือประโยชน์อันชอบธรรมของประชาชนชาวไทยในอันที่จะคงไว้ซึ่งสิทธิและหน้าที่ในการครอบครองและรักษาไว้ซึ่งอาณาเขต ดินแดน แหล่งอารยธรรมอันเป็นมรดกทางวัฒนธรรมของชาติ รวมตลอดทั้งสิทธิในการประกอบอาชีพในบริเวณดังกล่าวและสิทธิต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญด้วย การกระทำของรัฐบาลดังกล่าว จึงเป็นการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐในทางปกครอง ที่อยู่ในอำนาจศาลปกครองรวมอยู่ด้วย (...) การกระทำของ ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองเป็นการดำเนินการโดยปราศจากความโปร่งใส ก่อให้เกิดความสงสัย เคลือบแคลงใจแก่ประชาชนเป็นจำนวนมาก ทั้งที่เป็นเรื่องผลประโยชน์โดยรวมของประเทศ จึงมีผลกระทบก่อให้เกิดความขัดแย้งของคนในสังคมและระหว่างประเทศ เมื่อพิจารณาประกอบกับการที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองกระทำการจัดทำแถลงการณ์ร่วมโดยยังมิได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาตามมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แล้ว การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองดังกล่าวข้างต้น จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย มีผลทำให้การจัดทำคำแถลงการณ์ร่วมนั้นไม่อยู่ในอำนาจตรวจสอบของรัฐสภาและทำให้การกระทำดังกล่าวเป็นกระทำการอื่นที่นอกเหนือไปจากบทบัญญัติของมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 (...) เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐ กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง” (คำสั่งศาลปกครองกลางที่ 984/2551, คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 547/2551) ต่อมาศาลปกครองยังคงยืนยันอำนาจของศาลปกครองในคดีที่ฟ้องเพื่อให้เพิกถอนหรือขอให้มิมติเพิกถอนเกี่ยวเนื่องกับแถลงการณ์ไทย-กัมพูชากรณีการขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารฯ เช่น คำสั่งศาลปกครองกลางที่ 1607/2552 ศาลปกครองพิจารณาว่า “คำฟ้องของผู้ฟ้องคดี (...) ที่ให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองมีมติเพิกถอนแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยกับรัฐบาลกัมพูชา ลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 และมติที่เกี่ยวข้อง และให้แจ้งเป็นหนังสือเพิกถอนโดยชัดแจ้ง พร้อมเหตุผล รวมทั้งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ไปยังประเทศกัมพูชา คณะกรรมการมรดกโลก และองค์การสหประชาชาติ รวมถึงศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นการอ้างว่า หน่วยงานที่เกี่ยวข้องเสนอเรื่องให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองพิจารณามีมติเห็นชอบแถลงการณ์ร่วม

รัฐบาลไทยกับรัฐบาลกัมพูชา ลงวันที่ 18 มิถุนายน 2551 และมติที่เกี่ยวข้องไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งศาลปกครองได้รับประเด็นนี้ ไว้พิจารณา”

จากการศึกษาคำพิพากษาศาลปกครองของไทยที่เกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาล ดังที่ได้นำเสนอข้างต้น เห็นได้ว่า ส่วนใหญ่ศาลปกครองของไทยยอมรับว่า การกระทำที่ศาลปกครองไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษา (โดยเฉพาะคำพิพากษาเกี่ยวกับการกระทำทางรัฐบาลในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลและรัฐสภา) นั้น เป็นการกระทำโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ คำพิพากษาของศาลปกครองในบางคดีได้ระบุด้วยว่าเป็นการใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งกระทำในสถานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ดังปรากฏในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 ว่า “ในกรณีที่ถูกฟ้องคดี (...) ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในความสัมพันธ์กับรัฐสภาหรือการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศก็ตาม ผู้ถูกฟ้องคดี (...) หาได้กระทำในสถานะที่เป็น “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่ แต่กระทำในสถานะที่เป็น “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” และคดีพิพาทอันเนื่องมาจากการที่ถูกฟ้องคดี (...) ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการในความสัมพันธ์กับรัฐสภาหรือในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หรือคดีพิพาทอันเนื่องมาจากการที่ถูกฟ้องคดี (...) ละเลยต่อหน้าที่ที่จะต้องใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการดังกล่าว หรือใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการดังกล่าวซ้ำเกินสมควร ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง”

ข. การกระทำทางรัฐบาลคือการกระทำทางรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ

ภายใต้ข้อสันนิษฐานว่า “การกระทำทางรัฐบาล” (acte de gouvernement) คือ “การกระทำทางรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ”

(acte constitutionnel institutionnel) การกระทำทางรัฐบาลก็ควรที่จะถูกควบคุมตรวจสอบได้โดยองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ควบคุมตรวจสอบให้มีการเคารพรัฐธรรมนูญ

เบื้องต้นจะต้องพิจารณาก่อนว่า “การกระทำทางรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ” คืออะไร ในที่นี้อาจแบ่งองค์ประกอบของการกระทำขององค์กรตามรัฐธรรมนูญตามแนวคิดที่ CARPENTIER เสนอไว้¹⁴ ดังนี้

- **ผู้กระทำการ** : องค์กรตามรัฐธรรมนูญ คือ องค์กรที่ได้รับมอบหมายอำนาจจากรัฐธรรมนูญให้ใช้อำนาจอธิปไตยในนามของรัฐ¹⁵
- **ที่มาของอำนาจ** : ไม่จำเป็นจะต้องมาจากรัฐธรรมนูญอย่างเดียว แต่อาจมาจากบทบัญญัติที่โดยทาง “เนื้อหา” (sens matériel) เทียบเท่าได้กับรัฐธรรมนูญ (nature constitutionnelle) เช่น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ
- **ลักษณะพิเศษของอำนาจ** : ต้องเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญหรือบทบัญญัติที่มีเนื้อหาเทียบเท่ารัฐธรรมนูญได้มอบอำนาจให้องค์กรตามรัฐธรรมนูญ “อย่างเฉพาะเจาะจง” ซึ่งการใช้อำนาจที่ได้รับมอบนี้สะท้อนให้เห็นถึงการใช้อำนาจอธิปไตย

เมื่อพิจารณาองค์ประกอบของการกระทำทางรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญข้างต้นโดยนำการกระทำทางรัฐบาลมาปรับเข้ากับองค์ประกอบดังกล่าว จะเห็นได้ว่า การกระทำที่ถูกพิจารณาว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล (ส่วนใหญ่) นั้น มีลักษณะเดียวกันกับการกระทำทางรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ ฝ่ายบริหาร¹⁶ เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญโดย

¹⁴ CARPENTIER Élise, *op.cit.*, RFDA, 2006, pp.661-677.

¹⁵ CARPENTIER Élise, L’organe, l’acte et le conflit constitutionnels », AJC 2004, vol. XX, pp. 57-91.

¹⁶ ฝ่ายบริหาร ในกรณีของประเทศไทย : คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี ในกรณีต่างประเทศรวมถึง ประธานาธิบดี และอาจารย์ถึงเจ้าหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจอธิปไตยในนามของรัฐ (แม้ว่าพระมหากษัตริย์ของไทยจะถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายบริหาร ได้ด้วยก็ตาม แต่การกระทำของพระมหากษัตริย์ไทยไม่อาจถูกโต้แย้งเป็นคดีต่อศาลได้เพราะ

ได้รับมอบหมายจากรัฐธรรมนูญ ให้ใช้อำนาจในการกระทำการต่างๆ และหากพิจารณาถึงที่มาของอำนาจแล้ว การกระทำทางรัฐบาลเป็นการกระทำของฝ่ายบริหารที่ได้รับมอบอำนาจจากรัฐธรรมนูญแทบทั้งสิ้น และการมอบอำนาจนั้นเป็นการมอบอำนาจแบบเฉพาะเจาะจง ฝ่ายบริหารสามารถใช้อำนาจนั้นได้ด้วยตนเองอย่างเป็นเอกเทศโดยไม่ขึ้นกับการตัดสินใจของอำนาจอื่น เช่น การยุบสภา การเปิด-ปิด หรือเลื่อนประชุมสภา การเสนอกฎหมายและการประกาศใช้กฎหมาย การแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญโดยประธานาธิบดี การทำข้อตกลงหรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศ ฯลฯ

หากพิจารณาจากแนวความคิดของนักกฎหมายชาวฝรั่งเศสที่กล่าวข้างต้น และคำพิพากษาของศาลปกครองไทยแล้ว อาจสรุปได้ว่า แนวความคิดที่ว่า การกระทำทางรัฐบาลคือการกระทำทางรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญเป็นแนวความคิดที่น่ารับฟังและมีความเป็นไปได้ไม่น้อยไปกว่าข้อสันนิษฐานอื่นๆ ที่นักวิชาการชาวฝรั่งเศสได้เคยนำเสนอเอาไว้

ส่วนที่ 2 : ศาลรัฐธรรมนูญกับการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล

หากการกระทำทางรัฐบาล เป็นผลผลิตจากการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารตามรัฐธรรมนูญแล้ว คำถามที่จะต้องถามต่อไปมีอยู่ว่า องค์กรตุลาการรูปแบบใดเป็นผู้ทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ? ในประเทศไทยและหลายๆ ประเทศที่ยึดระบบศาลคู่ เช่น ฝรั่งเศส เยอรมัน อิตาลี สเปน กำหนดให้มีองค์กรศาลที่ทำหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของ “กฎหมาย” และ (ในบางประเทศ) “การกระทำ” ขององค์กรต่างๆ ตามที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายได้มอบอำนาจไว้โดยเฉพาะ ในประเทศไทยเรียกองค์กรนี้ว่า

รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้เช่นนั้น อีกทั้งการกระทำส่วนใหญ่ของพระมหากษัตริย์ไทยจะมีการลงนามรับสนองพระบรมราชโองการโดยบุคคลต่างๆ เป็นกรณีๆ ไปอยู่แล้ว การกระทำบางประการของพระมหากษัตริย์ไทยจึงไม่นับว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลในแนวทางที่ผู้เขียนได้นำเสนอในบทความนี้)

“ศาลรัฐธรรมนูญ” ในประเทศอื่นอาจมีชื่อเรียกแตกต่างกันบ้าง เช่น ในประเทศฝรั่งเศสจะเรียกว่า “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” (Conseil constitutionnel)

เมื่อการกระทำทางรัฐบาลเป็น “การกระทำของฝ่ายบริหาร” ซึ่งไม่ใช่ “กฎหมาย” หรือบทบัญญัติที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว คงต้องพิจารณากันว่า “การกระทำของฝ่ายบริหาร” นั้นสามารถถูกโต้แย้งต่อศาลรัฐธรรมนูญได้แค่ไหนเพียงไร ซึ่งประเด็นนี้ขึ้นอยู่กับอำนาจหน้าที่ที่ศาลรัฐธรรมนูญได้รับมอบหมายจากรัฐธรรมนูญนั่นเอง โดยอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญในประเทศใดจะมีแค่ไหน มากน้อยเพียงใดย่อมแตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ

ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ศาลรัฐธรรมนูญไทยมีอำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญทั้งหมด 9 ประการ (รายละเอียดโปรดดูใน www.constitutionalcourt.or.th) หนึ่งในอำนาจทั้ง 9 ประการที่จะนำมาศึกษาในบทความนี้คือ “อำนาจในการวินิจฉัยปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มีใช้ศาลตั้งแต่สององค์กรขึ้นไป” (และจะกล่าวถึง “อำนาจในการวินิจฉัยว่าหนังสือสนธิสัญญาใดต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่” เป็นส่วนเสริมเพราะมีความเกี่ยวเนื่องกับการกระทำทางรัฐบาลในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ) ซึ่งอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญประการนี้อาจจะเป็นทางเลือกที่จะทำให้ “การกระทำทางรัฐบาล” (บางประเภท) สามารถถูกนำมาโต้แย้งต่อศาลรัฐธรรมนูญได้

ศาลรัฐธรรมนูญไทยมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาข้อขัดแย้งระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญตั้งแต่ปี พ.ศ. 2540 (มาตรา 266 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540) ปัจจุบันอำนาจดังกล่าวได้รับการรับรองในมาตรา 214 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งได้บัญญัติว่า

“ในกรณีที่มีความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภา คณะรัฐมนตรีหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มีใช้ศาลตั้งแต่สององค์กรขึ้นไป ให้ประธานรัฐสภา นายกรัฐมนตรี หรือองค์กรนั้น เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย”

ศาลรัฐธรรมนูญไทยได้เคยใช้อำนาจในการพิจารณาข้อขัดแย้งระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำที่ถูกเรียกว่าเป็น “การกระทำทางรัฐบาล” ในกรณีต่างๆ ดังนี้ (ในส่วนนี้นอกจากผู้เขียนจะนำเสนอคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทยที่ได้ทำการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำทางรัฐบาลบางประเภทแล้ว ผู้เขียนจะกล่าวถึงคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศที่เกี่ยวข้องด้วย)

ก. การพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำทางรัฐบาล
เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลและรัฐสภา : การกระทำทางรัฐบาลประเภทนี้อาจถูกโต้แย้งเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย “ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” ได้ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญของไทยได้ใช้อำนาจในการวินิจฉัยปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ในการพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำของฝ่ายบริหาร (ที่ถูกพิจารณาว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล) ในกรณีต่างๆ ดังนี้

- **การแต่งตั้งบุคคลตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ** : เหตุที่การแต่งตั้งบุคคลตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญถูกพิจารณาว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาลก็เพราะในประเทศฝรั่งเศส ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสเคยปฏิเสธอำนาจในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการแต่งตั้งสมาชิกคณะตุลาการรัฐธรรมนูญโดยประธานาธิบดีของฝรั่งเศส¹⁷ ทำให้การแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสโดยประธานาธิบดี (ซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามมาตรา 56 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ.1958) ถูกจัดกลุ่มรวมอยู่ในบรรดาการกระทำทางรัฐบาลไปด้วยในประเทศไทย ศาลรัฐธรรมนูญเคยใช้อำนาจตามมาตรา 266 ของรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 พิจารณาวินิจฉัยปัญหาการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุด (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 54/2542) ในคดีนี้ นายกรัฐมนตรีได้เสนอเรื่องต่อประธานรัฐสภาเพื่อพิจารณาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นเพื่อพิจารณาวินิจฉัยในประเด็นว่า

¹⁷ คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส ลงวันที่ 9 เมษายน 1999, Mme Ba, Recueil Lebon, p. 124.

1) การที่คณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ทำหน้าที่คัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุด แทนการให้ความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง แล้วเสนอรายชื่อผู้ที่ได้รับการคัดเลือกให้นายกรัฐมนตรีเสนอไปยังวุฒิสภาเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบนั้น เป็นกรณีที่สามารถปฏิบัติ หรือดำเนินการได้โดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ และ 2) การที่วุฒิสภามีมติไม่รับรายชื่อผู้ได้รับการคัดเลือกเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่นายกรัฐมนตรีเสนอต่อวุฒิสภาไว้พิจารณาให้ความเห็นชอบ โดยอ้างว่าการเสนอรายชื่อไม่ได้ผ่านความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 277 และรัฐธรรมนูญ ไม่ได้มีบทบัญญัติยกเว้นให้วุฒิสภาให้ความเห็นชอบรายชื่อดังกล่าว โดยยังไม่ได้ผ่านความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองได้นั้น เป็นการปฏิบัติ หรือดำเนินการที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ แม้ว่าในคดีนี้ การมีมติของวุฒิสภาไม่รับรายชื่อผู้ได้รับการคัดเลือก เป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุดจะเป็นเหตุให้มีการเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย แต่ในการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญนั้น ศาลรัฐธรรมนูญก็ต้องพิจารณาการกระทำของฝ่ายบริหารที่เกี่ยวข้องด้วย ซึ่งก็คือ “การเสนอรายชื่อผู้ได้รับการคัดเลือกเป็นตุลาการในศาลปกครอง” ด้วย ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้ได้กำหนดประเด็นตามคำร้องว่า “การที่นายกรัฐมนตรีเสนอรายชื่อผู้ได้รับการคัดเลือกเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุดไปยังวุฒิสภาเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบนั้น ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่” ศาลรัฐธรรมนูญตีความบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหา คือ มาตรา 277 และมาตรา 279 ของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2540 และพิจารณาบทบัญญัติอื่นที่เกี่ยวข้องคือ มาตรา 97 และ 98 ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ และท้ายที่สุดพิจารณาว่า “การที่นายกรัฐมนตรีเสนอรายชื่อผู้ได้รับการคัดเลือกเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่คณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 97 เสนอมาตาม มาตรา 98 ไปยังวุฒิสภาเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ จึงเป็นการดำเนินการตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่บัญญัติขึ้นโดยไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 277 และ

มาตรา 279” ซึ่งเท่ากับว่าศาลรัฐธรรมนูญได้เข้าไปควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำของฝ่ายบริหารแล้วนั่นเอง อย่างไรก็ตาม ในประเด็นเรื่องการแต่งตั้งผู้พิพากษา มีข้อสังเกตว่า ในประเทศไทยการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นนั้น ศาลรัฐธรรมนูญไทยจะตีความบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องก่อน และได้พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในตัว “กระบวนการ” ว่าการเสนอรายชื่อ จะต้องผ่านความเห็นชอบของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองก่อนหรือไม่ แต่ปัญหาที่เกิดขึ้นในประเทศฝรั่งเศสนั้น เป็นเรื่องปัญหาใน “การเลือก” ตุลาการรัฐธรรมนูญของประธานาธิบดี ซึ่งรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสได้กำหนดให้ประธานาธิบดีมีอำนาจแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญ 3 คน โดยไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์ใด ๆ เพิ่มเติมในเรื่องของคุณสมบัติเลย ซึ่งแตกต่างจากรัฐธรรมนูญของไทยที่มีการกำหนดหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ไว้อย่างชัดเจน ในไทยปัญหาข้อโต้แย้งในเรื่อง “ดุลพินิจในการเลือกตัวตุลาการ” ที่จะทำให้ศาลปฏิเสธอำนาจในการพิจารณาอาจเป็นไปได้ยาก เพราะบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการแต่งตั้งตุลาการมีความละเอียดชัดเจน การเลือกตัวตุลาการจะต้องเคารพเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายได้กำหนดอย่างชัดเจนเอาไว้แล้วนั่นเอง อนึ่ง การแต่งตั้ง “ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ” ของไทยนั้น ประธานวุฒิสภาเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ (มาตรา 204 ของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2550) หากมีข้อโต้แย้งเรื่องการแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญ ก็มีใช้การโต้แย้ง “การกระทำของฝ่ายบริหาร” นอกจากนี้ แม้ว่าการแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองให้เป็น “ประธานศาลปกครองสูงสุด” ของไทยนั้น ตามมาตรา 225 ของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2550 นายกรัฐมนตรีจะทำหน้าที่ในการกราบบังคมทูลเพื่อแต่งตั้งก็ตาม แต่การกระทำของนายกรัฐมนตรีเช่นนี้ก็ยากที่จะมีประเด็นปัญหาในเรื่องของอำนาจดุลพินิจของนายกรัฐมนตรีเข้ามาเกี่ยวข้องที่จะทำให้ศาลรัฐธรรมนูญปฏิเสธไม่รับพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำดังกล่าวได้เลย ทั้งนี้ทั้งนั้น ในประเทศอื่น ๆ ศาลรัฐธรรมนูญสามารถควบคุมตรวจสอบการแต่งตั้งบุคคลตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญผ่านทางกระบวนการพิจารณาข้อขัดแย้งระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญได้เช่นกัน เช่น ในประเทศอิตาลี ศาลรัฐธรรมนูญอิตาลีได้พิจารณาว่าการที่ประมุขของรัฐได้แต่งตั้งให้นาย DINI ซึ่งเป็น

หัวหน้าคณะรัฐมนตรีให้ดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมเป็นการชั่วคราวนั้น เทียบได้กับการใช้อำนาจในการแต่งตั้งรัฐมนตรีตามมาตรา 92 ของรัฐธรรมนูญอิตาลี (คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญอิตาลีที่ 470/1995) ในประเทศเยอรมัน ถ้าหากประธานาธิบดีแห่งสหพันธรัฐไม่เคารพข้อบังคับเกี่ยวกับการแต่งตั้ง Chancelier แห่งสหพันธรัฐ (หัวหน้ารัฐบาล ซึ่งเทียบได้กับตำแหน่งนายกรัฐมนตรี) ซึ่งสภาผู้แทนราษฎรแห่งสาธารณรัฐได้มอบหมายตำแหน่งดังกล่าวให้แล้ว หรือถ้าหากประธานาธิบดี ถอดถอนรัฐมนตรีออกจากตำแหน่งโดยที่ Chancelier ไม่ได้เสนอการถอดถอนเช่นนั้นแล้ว การกระทำดังกล่าวย่อมถูกพิจารณาโดยศาลรัฐธรรมนูญของเยอรมันได้ โดยผ่านคำร้องให้พิจารณาข้อขัดแย้งระหว่างองค์กร (organstreit)¹⁸

● **การเปิด ปิดประชุมสภาผู้แทนราษฎร** : ศาลรัฐธรรมนูญไทยเคยมีคำวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีในการออกพระราชกฤษฎีกา เรียกประชุมรัฐสภาสมัยประชุมสามัญนิติบัญญัติ ในคำวินิจฉัยที่ 26/2543 โดยในคดีนี้ คณะรัฐมนตรีได้ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 266 (รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2540) ในประเด็นที่ว่าวุฒิสภายังมีจำนวนสมาชิก ไม่ครบจำนวนสองร้อยคน คณะรัฐมนตรีจะดำเนินการในการออกพระราชกฤษฎีกา เรียกประชุมรัฐสภาสมัยประชุมสามัญนิติบัญญัติ ตามมาตรา 159 วรรคสาม (รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2540) ได้หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการพิจารณาคำร้องตามมาตรา 266 เพราะ “คณะรัฐมนตรี เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้มีและให้มีอำนาจหน้าที่ ในการบริหารราชการแผ่นดินตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ” เป็นกรณีนี้ “คณะรัฐมนตรี ซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญมีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรี ในการดำเนินการตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้” เมื่อศาลรัฐธรรมนูญตีความ บทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องคือ มาตรา 90 วรรคสอง มาตรา 159 วรรคสอง และวรรคสาม มาตรา 161 วรรคหนึ่ง ประกอบกับมาตรา 164 และมาตรา 231 (ของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2540) แล้ว ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า คณะรัฐมนตรี

¹⁸ CARPENTIER Élise, *La résolution juridictionnelle des conflits entre organes constitutionnels*, Clermont-. Ferrand, Fondation Varenne, 2006, p. 262.

ดำเนินการ เพื่อให้มีการตราและประกาศใช้พระราชกฤษฎีกาเรียกประชุมรัฐสภาสมัยประชุมสามัญนิติบัญญัติได้โดยไม่ต้องรอให้องค์ประกอบของวุฒิสภาครบถ้วน จึงเท่ากับว่าศาลรัฐธรรมนูญได้เข้ามาวินิจฉัยในส่วนอำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีในการออกพระราชกฤษฎีกาเรียกประชุมรัฐสภาสมัยประชุมสามัญนิติบัญญัติแล้วนั่นเอง อย่างไรก็ตาม หากศาลรัฐธรรมนูญจะต้องพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกฤษฎีกาเรียกประชุมสภาสามัญวิสามัญนั้น กรณีนี้อาจจะมีปัญหาเรื่องกรอบการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญได้ เพราะมาตรา 128 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญ ปี พ.ศ. 2550 กำหนดแต่เพียงว่า “เมื่อมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งรัฐ พระมหากษัตริย์จะทรงเรียกประชุมรัฐสภาเป็นการประชุมสามัญวิสามัญก็ได้” มาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ฉบับปี ค.ศ. 1958 ก็กำหนดให้การเปิดและปิดประชุมสภาสามัญวิสามัญกระทำโดยรัฐบัญญัติซึ่งตราโดยประธานาธิบดี จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติเหล่านี้ไม่ได้กำหนดเกณฑ์ในการเรียก หรือเปิด - ปิดประชุมรัฐสภาสามัญวิสามัญเอาไว้เป็นพิเศษ จึงอาจมองได้ว่าหากมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งรัฐ (ซึ่งก็ไม่ได้มีเกณฑ์ว่าแค่ไหนจึงเรียกว่าจำเป็น) พระมหากษัตริย์ทรงเรียกประชุมสภาสามัญวิสามัญได้ หรือในกรณีประเทศฝรั่งเศส ประธานาธิบดีก็มีความอิสระในการเปิดปิดประชุมรัฐสภาสามัญวิสามัญพอสมควร เช่น ในปี ค.ศ. 1960 ประธานาธิบดีเดอโกลเคยปฏิเสธที่จะตรารัฐกฤษฎีกาเปิดประชุมสภาสามัญวิสามัญ หรือในปี ค.ศ. 1979 ถึงแม้ว่าประธานาธิบดีวาเลรี จิสการ์ต เดสแตง จะยอมตรารัฐกฤษฎีกาดังกล่าวแต่ก็ได้แสดงข้อสงวนของตนเอาไว้ด้วย¹⁹ ส่วนในประเทศไทย ยังไม่ปรากฏกรณีที่พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจดังกล่าวด้วยพระองค์เอง อย่างไรก็ตาม ในประเด็นนี้ ถึงแม้ว่าจะมีการประกาศใช้พระราชกฤษฎีกาในกรณีดังกล่าว ผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการย่อมเป็นผู้รับผิดชอบในการประกาศใช้พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวแทนองค์พระมหากษัตริย์อยู่แล้ว นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่า ในเมื่อกฎหมายมิได้กำหนดเงื่อนไขหรือเกณฑ์ที่ชัดเจนในการใช้อำนาจตราพระราชกฤษฎีกาหรือรัฐบัญญัติดังกล่าว คงเป็นการยากที่ศาลรัฐธรรมนูญจะ

¹⁹ FAVOREU Louis, GAÏA Patrick, GHEVONTIAN Richard (et al.), Droit constitutionnel, 15e édition, Paris : Dalloz, 2012, p.685.

เข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในส่วนของ “ความเหมาะสมในการเลือก” ที่จะประกาศใช้พระราชกฤษฎีกาหรือรัฐกฤษฎีกาดังกล่าว

● **กระบวนการที่เกี่ยวข้องในการประกาศใช้กฎหมาย :**

ในประเทศฝรั่งเศส ศาลปกครองสูงสุดของประเทศฝรั่งเศสเคยปฏิเสธอำนาจในการพิจารณาคดีที่ได้แย้งความล่าช้าของรัฐบาลในการประกาศใช้กฎหมายซึ่งรัฐสภาได้ให้ความเห็นชอบแล้ว²⁰ นอกจากนี้ศาลปกครองสูงสุดของประเทศฝรั่งเศสยังได้ปฏิเสธอำนาจในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของรัฐกฤษฎีกาที่ประกาศใช้กฎหมายด้วย²¹ ในส่วนของประเทศไทยนั้น ศาลปกครองไทยปฏิเสธที่จะพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายบริหารในกระบวนการตราร่างพระราชบัญญัติเช่นเดียวกัน (การเสนอหรือไม่เสนอร่างพระราชบัญญัติ) อย่างไรก็ดี ในส่วนของศาลรัฐธรรมนูญไทยนั้น ศาลรัฐธรรมนูญไทยเคยรับวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญในการตราร่างพระราชบัญญัติในคำวินิจฉัยที่ 31/2547 ในคดีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องพิจารณาว่า การที่รัฐสภาได้ให้ความเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยราชภัฏ พ.ศ. พร้อมส่งร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวไปยังสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีเพื่อให้นายกรัฐมนตรีนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 93 (รัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2540) หากก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวาย ได้ตรวจพบปัญหาข้อความที่ขัดแย้งกันในร่างพระราชบัญญัติ รัฐสภาจะนำร่างพระราชบัญญัตินั้นกลับคืนมาพิจารณาปรับปรุงให้ถูกต้องสมบูรณ์ก่อนแล้วจึงส่งให้นายกรัฐมนตรีนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 93 ได้หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 92 และมาตรา 175

²⁰ คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส ลงวันที่ 17 มีนาคม 1853, Prince de Wagram, Recueil Lebon, p. 329.

²¹ คำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส ลงวันที่ 3 พฤศจิกายน 1933, Desreumeaux, Recueil Lebon, p. 993, Recueil Dalloz 1934.3.36, note A.GROS, RDP 1934, p. 649, note G.JEZE, Recueil Sirey 1934.3.9, note R.ALIBERT

วรรคหนึ่ง (3) และวินิจฉัยว่า หากก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 93 นายกฯ ได้ตรวจพบปัญหาข้อขัดแย้งกันในร่างพระราชบัญญัติ ซึ่งเป็นความไม่สอดคล้องในการดำเนินการให้ถูกต้องตรงตามมติของวุฒิสภา รัฐสภาในฐานะที่เป็นองค์กรให้คำแนะนำและยินยอมในการตราร่างพระราชบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 92 ย่อมจะนำร่างพระราชบัญญัตินั้นกลับคืนมาพิจารณาปรับปรุงให้ถูกต้องสมบูรณ์ตรงตามมติของวุฒิสภาเสียก่อนแล้วจึงส่งให้นายกฯ นำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมฯ ตามมาตรา 93 ต่อไปได้ กรณีนี้จะเห็นได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญของไทย ได้พิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำของฝ่ายบริหารที่ไม่นำร่างพระราชบัญญัติขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวาย โดยศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องและตีความบทบัญญัติโดยวินิจฉัยให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจในการกระทำเช่นนั้นอีกด้วย ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า ในประเทศไทย ศาลรัฐธรรมนูญสามารถพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำของฝ่ายบริหารที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการประกาศใช้กฎหมายได้โดยผ่านทางอำนาจในการพิจารณาข้อขัดแย้งระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ส่วนในประเทศอื่นๆ ก็มีแนวโน้มว่าศาลรัฐธรรมนูญยอมรับที่จะพิจารณาการกระทำที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการประกาศใช้กฎหมายโดยผ่านทางกระบวนการพิจารณาข้อขัดแย้งระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญเช่นกัน เช่น ในประเทศเยอรมัน E.FRIESENHAHN ตั้งสมมติฐานว่าในกรณีที่ประธานาธิบดีเยอรมันปฏิเสธที่จะประกาศใช้กฎหมาย สมาชิกแทนราษฎรแห่งสหพันธ์รัฐ (Bundestag) ย่อมสามารถร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญผ่านกระบวนการพิจารณาข้อขัดแย้งระหว่างองค์กรระดับสหพันธ์รัฐ (organstreit) เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันพิจารณาการกระทำดังกล่าวได้²² ในประเทศอิตาลี แม้ศาลรัฐธรรมนูญอิตาลีจะพิจารณาว่าตนไม่สามารถพิจารณาคำร้องของคณะกรรมการสิทธิการส่งเสริมการลงประชามติที่ต้องการให้ศาลรัฐธรรมนูญอิตาลีพิจารณาความผิดปกติของการประกาศใช้กฎหมายของประธานาธิบดีอิตาลีก็ตาม แต่

²² FRIESENHAHN อ้างถึงใน M.MAZZIOTTI, *I conflitti di attribuzione fra i poteri dello Stato*, 2 vol., Milan, Giuffrè, 1972, p.65 อ้างถึงใน CARPENTIER, *op.cit.*, p. 255.

การปฏิเสธของศาลรัฐธรรมนูญอิตาลีในกรณีนี้เป็นเพราะศาลมองว่า หากศาลรับพิจารณาในประเด็นนี้จะทำให้ศาลต้องพิจารณาถึงวิธีการใช้อำนาจของประธานาธิบดีซึ่งรัฐธรรมนูญมิได้กำหนดเกณฑ์วิธีการใช้อำนาจนี้ไว้แต่อย่างใด²³ ในประเทศสเปน ในทางหลักวิชาการมองว่า ในกรณีที่พระมหากษัตริย์ปฏิเสธไม่ทำหน้าที่ในการประกาศใช้กฎหมาย การใช้กระบวนการพิจารณาข้อขัดแย้งระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาปัญหาดังกล่าว ซึ่งแม้จะเป็นการขัดต่อหลักพระมหากษัตริย์ไม่ต้องรับผิดชอบที่รัฐธรรมนูญสเปนได้รับรองไว้ตามมาตรา 56.3 ก็ตาม ก็ยังดีกว่าที่จะต้องมีการบริหารจัดการให้มีผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์เพื่อปฏิบัติหน้าที่แทนพระมหากษัตริย์เพราะเหตุที่ทรงบริหารราชการไม่ได้ตามมาตรา 59.2 ของรัฐธรรมนูญสเปน²⁴ ซึ่งเป็นกรณีที่แปลความคำว่า “พระมหากษัตริย์ทรงบริหารพระราชภาระไม่ได้” โดยหมายรวมถึง ทรงบริหารพระราชภาระทางการเมืองไม่ได้ด้วย²⁵

อนึ่ง ในประเด็นของ “การยุบสภาผู้แทนราษฎร” นั้น นอกจากศาลปกครองของไทยจะปฏิเสธที่จะพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญไทยก็ปฏิเสธที่จะรับพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรเช่นกัน (การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีนี้มีได้เป็นการร้องขอขององค์กรตามรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาข้อขัดแย้งระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ แต่เป็นการพิจารณาผ่านทางคำร้องของผู้ตรวจการแผ่นดินฯ ตามมาตรา 198 ของรัฐธรรมนูญ ฉบับปี พ.ศ. 2540) โดยในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 ศาลรัฐธรรมนูญ ได้วินิจฉัยว่า

²³ คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญอิตาลี 43/1983 อ้างถึงใน CARPENTIER, *op.cit.*, p. 255.

²⁴ มาตรา 59.2 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสเปน ค.ศ. 1978 “เมื่อพระมหากษัตริย์ทรงบริหารพระราชภาระไม่ได้และเมื่อรัฐสภาทราบความดังกล่าว หากมกุฎราชกุมารบรรลุนิติภาวะแล้วให้มกุฎราชกุมารทำหน้าที่ผู้สำเร็จราชการแทน มิเช่นนั้นให้ใช้บังคับตามความในวรรคหนึ่ง จนกว่ามกุฎราชกุมารจะบรรลุนิติภาวะ”

²⁵ F.J.GARCIA ROCA, *El conflicto entre organos constitucionales*, Madrid, Tecnos, 1987, p.74 อ้างถึงใน CARPENTIER, *op.cit.*, p. 256.

“พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 ประกอบด้วยบทบัญญัติที่เป็นสาระสำคัญสองส่วนคือ ส่วนที่หนึ่ง มาตรา 3 บัญญัติให้ยุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่ ส่วนที่สอง มาตรา 4 กำหนดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไปในวันที่ 2 เมษายน 2549 บทบัญญัติในส่วนที่หนึ่งที่ให้ยุบสภาผู้แทนราษฎรนั้น การยุบสภาเป็นการกระทำของรัฐบาล โดยนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นหัวหน้าของฝ่ายบริหารเป็นผู้ถวายคำแนะนำพระมหากษัตริย์เพื่อทรงยุบสภาผู้แทนราษฎร เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยแท้ที่กำหนดไว้ในระบบรัฐสภา เพื่อให้ฝ่ายบริหารถ่วงดุลหรือคานอำนาจกับฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติกับรัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร จึงเป็น*ดุลพินิจของฝ่ายบริหารอย่างแท้จริง* ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบการใช้อำนาจโดยศาลซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายตุลาการ (...)” อย่างไรก็ตาม ในประเทศเยอรมัน ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันรับพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำของประธานาธิบดี Carsten ในวันที่ 6 มกราคม 1983 และประธานาธิบดี Horst Köhler ในวันที่ 21 กรกฎาคม 2005 ที่ได้ยุบสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธรัฐ (Bundestag) ตามมาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมนี (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมัน ลงวันที่ 16 กุมภาพันธ์ 1983 ; คำวินิจฉัยฯ ลงวันที่ 8 และ 25 สิงหาคม 2005 ซึ่งเป็นการพิจารณาผ่านคำร้องของสมาชิกสภาแห่งสหพันธรัฐ และ คำวินิจฉัยฯ ลงวันที่ 23 สิงหาคม 2005 ซึ่งเป็นการพิจารณาผ่านคำร้องของสมาชิกพรรคการเมืองต่างๆ)²⁶ ในประเทศอิตาลี ศาลรัฐธรรมนูญอิตาลีสามารถตรวจสอบการประกาศยุบสภาผู้แทนราษฎรและ/หรือวุฒิสภาก่อนกำหนดตามมาตรา 88 ของรัฐธรรมนูญอิตาลี โดยในกรณีนี้ศาลรัฐธรรมนูญอิตาลี (โดยการใช้อำนาจในการพิจารณาข้อขัดแย้งระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ) สามารถตรวจสอบได้ทั้งการกระทำของประธานาธิบดีและประธานพรรคการเมืองที่ทำหน้าที่เสนอและลงนามรับรองการประกาศยุบสภา²⁷ ในประเทศสเปน

²⁶ VOLMERANGE Xavier, «Chroniques - Allemagne - Organisation et activité des pouvoirs publics - La dissolution du Bundestag», *AJIC*, 2005.

²⁷ CARPENTIER, *op.cit.*, p. 261.

เป็นที่ยอมรับในทางวิชาการว่าการยุบสภาที่ไม่เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ (โดยเฉพาะมาตรา 115 และ 116 ของรัฐธรรมนูญสเปน) นั้น ศาลรัฐธรรมนูญสามารถพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำดังกล่าวผ่านกระบวนการพิจารณาข้อขัดแย้งระหว่างองค์กรรัฐธรรมนูญได้ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญสเปนเองก็ได้เคยมีคำวินิจฉัยว่า การกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรดังเช่นการยุบสภาหรือการจัดการเลือกตั้งนั้นเป็นการกระทำทางรัฐธรรมนูญมากกว่าการกระทำทางการเมือง ในกรณีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญสเปนได้วินิจฉัยคดีดังกล่าว โดยยึดหลักการที่ได้บัญญัติไว้ตามมาตรา 24 ของรัฐธรรมนูญสเปน ที่รับรองสิทธิของบุคคลที่จะได้รับความคุ้มครองโดยกระบวนการทางศาลที่มีประสิทธิภาพ ทำให้องค์กรตุลาการไม่มีข้อจำกัดใดๆ ในการควบคุมการกระทำของรัฐ นอกเสียจากเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดข้อจำกัดเอาไว้เสียเอง²⁸

ข. การพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำทางรัฐบาลเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ : ศาลรัฐธรรมนูญไทยยังไม่เคยพิจารณาการกระทำประเภทนี้ผ่านกระบวนการพิจารณาข้อขัดแย้งระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญตามมาตรา 214 ของรัฐธรรมนูญไทย (ฉบับปี พ.ศ. 2550) แต่ศาลรัฐธรรมนูญเคยพิจารณาการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศโดยใช้อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยว่า แกลงการณ์ร่วมฯ (ระหว่างไทยกับกัมพูชา) เป็นหนังสือสัญญาที่จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาหรือไม่ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า คำแกลงการณ์ร่วมฯ ในคดีนี้เป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 190 วรรคสอง ซึ่งจะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา การดำเนินการเกี่ยวกับแกลงการณ์ร่วมฯ ของฝ่ายบริหารจึงเป็นการดำเนินการที่ไม่ชอบด้วยมาตรา 190 วรรคสองของรัฐธรรมนูญฯ (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6-7/2551) ในกรณีนี้แม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญจะไม่ได้ทำการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำของ

²⁸ A.J.PORRAS NADALES, «Le droit constitutionnel au juge et ses limites - Rapport espagnol» in P.BON (dir.), Études de droit constitutionnel franco-espagnol, Journées d'études du 31 mai et 1er juin 1991, Paris, Economica, pp.65 et s.

ฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ (ที่ในทางทฤษฎีถูกมองว่าเป็นการกระทำทางรัฐบาล) ผ่านทางกระบวนการพิจารณาข้อขัดแย้งระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่ก็ยังเป็นข้อพิสูจน์ว่าจริงๆ แล้ว การกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศอาจถูกโต้แย้งต่อองค์กรตุลาการได้ เพียงแต่ว่าองค์กรตุลาการจะตีความอำนาจของตนและบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการกระทำที่ถูกโต้แย้งมากหรือน้อยแค่ไหนอย่างไร ทั้งนี้ ในประเทศอื่นๆ การกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศก็อาจถูกโต้แย้งต่อศาลรัฐธรรมนูญได้เช่นกัน เช่น ในประเทศเยอรมัน ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้รับพิจารณาปัญหาข้อขัดแย้งระหว่างองค์กร (organstreit) ผ่านคำร้องของกลุ่ม SPD และ FDP ของสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธรัฐ (Bundestag) ที่โต้แย้งการกระทำของรัฐบาลสหพันธรัฐที่ได้ตัดสินใจส่งทหารเยอรมันเพื่อไปทำหน้าที่บางอย่างในประเทศโซมาเลียและยูโกสลาเวียเก่า (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมนี ลงวันที่ 12 กรกฎาคม 1994) ก่อนหน้านั้นศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้เคยวินิจฉัยโดยผ่านทางกระบวนการพิจารณาข้อขัดแย้งระหว่างองค์กร ในกรณีที่รัฐบาลได้อนุมัติให้มีการจอดจรวด Pershing II บนพื้นที่อาณาเขตของเยอรมัน (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมนี ลงวันที่ 18 ธันวาคม 1984) ซึ่งกลุ่มพรรคเขียวในสภาแห่งสหพันธรัฐได้มีคำร้องขอเพราะเห็นว่าการละเมิดมาตรา 59-2 และ 24-1 ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน และเมื่อไม่นานมานี้ ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้รับพิจารณาการกระทำของรัฐบาลเยอรมันที่ได้ตัดสินใจส่งเครื่องบิน AWACS ไปยังตุรกีเพื่อใช้ในการป้องกันประเทศจากการโจมตีของชาวอิรัก ซึ่งในคดีนี้กลุ่มเสรีนิยมของสภาแห่งสหพันธรัฐเห็นว่าในกรณีนี้รัฐบาลจะต้องขอคำอนุมัติจากสภาแห่งสหพันธรัฐเสียก่อนที่จะดำเนินการดังกล่าว จึงได้ร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมนี ลงวันที่ 25 มีนาคม 2003) หรือถ้าในกรณีที่ประธานาธิบดีเยอรมัน ได้ทำการเจรจาเพื่อที่จะทำข้อตกลงระหว่างประเทศนั้น ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันย่อมมีอำนาจที่จะพิจารณาการกระทำของประธานาธิบดีดังกล่าวได้ โดยผ่านกระบวนการพิจารณาข้อขัดแย้งระหว่างองค์กร (organstreit) เพราะโดยหลักการแล้วอำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจของรัฐบาลมิใช่

ของประธานาธิบดี²⁹

บทสรุป

ท้ายที่สุดแล้ว การนำเสนอความคิดว่า “การกระทำทางรัฐบาลคือการกระทำทางรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ” นั้น เป็นเพียงแนวความคิดหนึ่งที่น่าเสนอขึ้นโดยมีจุดมุ่งหมายเพื่อพิสูจน์ให้เห็นว่า จริงๆ แล้ว การกระทำทางรัฐบาล (บางประเภท) สามารถถูกโต้แย้งเพื่อให้องค์กรตุลาการตรวจสอบได้นั่นเอง โดยข้อสรุปในเบื้องต้นก็คือ การตรวจสอบการกระทำของรัฐบาลโดยองค์กรตุลาการนั้นทำได้ แต่แม้จะกระทำได้ การตรวจสอบนั้นก็จำกัดอยู่เพียงแค่สิ่งที่กฎหมายได้กำหนดเกณฑ์ไว้อย่างชัดเจน หรือสิ่งที่สามารถกำหนดกรอบได้โดยกฎหมายเท่านั้น ในที่นี้ การควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย (หรือความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ) ภายนอกจึงสามารถทำได้ นั่นคือ การควบคุมรูปแบบ กระบวนการในการกระทำการของฝ่ายบริหารซึ่งกฎหมายได้กำหนดรูปแบบหรือกระบวนการเอาไว้ ทั้งนี้ทั้งนั้นเราคงปฏิเสธไม่ได้ว่า จริงอยู่ที่การกระทำทางรัฐบาลนั้นฝ่ายบริหารกระทำโดยอาศัยอำนาจจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ แต่ส่วนหนึ่งของการกระทำก็มีอำนาจการตัดสินใจ (ดุลยพินิจ) ของฝ่ายบริหารเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย ซึ่งรัฐธรรมนูญอาจจะไม่ได้กำหนดกรอบไว้ หรืออาจจะไม่มีบทบัญญัติใดกำหนดกรอบหรือสามารถกำหนดกรอบได้ว่าอำนาจการตัดสินใจจะต้องเป็นเช่นนั้นเช่นนี้ ในกรณีนี้ หากมองว่าการควบคุมตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการนั้นเป็นการควบคุมการกระทำไม่ให้ขัดหรือแย้งกับตัวบทบัญญัติเท่านั้น โดยที่ตุลาการไม่มีหน้าที่พิจารณาความเหมาะสมหรือความไม่เหมาะสมของการกระทำ หรือของดุลยพินิจที่ได้เลือกกระทำหรือไม่กระทำการใด การควบคุมการกระทำของรัฐบาลโดยองค์กรตุลาการย่อมเจือข้อจำกัดในส่วนของอำนาจการตัดสินใจของฝ่ายบริหารซึ่งตัวบทกฎหมายอาจจะไม่ได้กำหนดกรอบเอาไว้หรือไม่อาจกำหนดกรอบได้ กรณีนี้หากองค์กรตุลาการตัดสินใจที่จะทำการควบคุมตรวจสอบ โดยไปแตะต้องในส่วนอำนาจการตัดสินใจ (ดุลยพินิจ) ของฝ่ายบริหารแล้ว ฝ่ายตุลาการจะต้องอาศัยความระมัดระวังอย่างมากในการควบคุม

²⁹ CARPENTIER, *op.cit.*, p. 263.

ตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหาร โดยจำกัดการตรวจสอบของตนให้พอเหมาะ ไม่หนักหน่วงหรือเข้มข้นจนเกินไป เพื่อมิให้การใช้อำนาจในการควบคุมตรวจสอบ การกระทำโดยฝ่ายตุลาการกลายเป็นอุปสรรคขัดขวางการทำงานของฝ่ายบริหาร จนถึงขั้นที่ทำให้ฝ่ายบริหารระแวงว่าการกระทำของตนจะถูกพิจารณาว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในภายหลังเสียเรื่อยไป การควบคุมขององค์กรตุลาการในกรณีนี้ จึง “น่าจะ” จำกัดอยู่เฉพาะในกรณีที่เป็นที่ประจักษ์ว่าการใช้อำนาจตัดสินใจของ ฝ่ายบริหารในการกระทำนั้นไม่ชอบมาพากลจริงๆ โดยองค์กรตุลาการจะต้อง สามารถให้เหตุผลที่มีน้ำหนักมากพอ ที่จะทำให้เห็นว่า การตรวจสอบของ องค์กรตุลาการเป็นการตรวจสอบที่จำเป็นและเหมาะสมแล้ว สุดท้ายแล้ว ความรู้และ ข้อเสนอทั้งหมดที่ได้นำเสนอในบทความนี้ จะนำถูกนำไปใช้เป็นแนวทาง หรือจะ สามารถนำไปปฏิบัติได้จริงหรือไม่ คงขึ้นอยู่กับวิจารณ์ญาณของผู้รับข้อมูลเท่านั้น