รวมบทความทางวิชาการ ชุดที่ ๑๐

ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐภายใต้ระบบนิติรัฐ



สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

สนับสนุนโดย
Konrad Adenauer Stiftung
มูลนิธิคอนราด อาเดนาวร์

ส๗/ร๖ KPT 3370
ส355ร
2555 ฉ.10

ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐภายใต้ระบบนิติรัฐ

ผู้เขียน

- Chalermpon Ake-uru
- Nantapol Khaimuk
- กมล โสตถิโภคา
- กัมพล อยู่มั่นธรรมา
- กาญจน์ วรกุล
- ชลภูมิ เย็นทรวง
- ปัญญา อุดชาชน
- พงศธร สัตย์เจริญ
- วรรณา สุพรรณธะริดา
- วิชช์ จีระแพทย์
- วิศรุต คิดดี
- วุฒิชัย จิตตานุ
- ศิวาภรณ์ เฉลิมวงศ์
- ศุทธิกานต์ มีจั่น
- สิทธิพร เศาภายน
- เอกณรงค์ เฉิดพันธุ์

ห้องสมุดศาลรัฐธรรมนูญ

ข้อมูลทางบรรณานุกรมของหอสมุดแห่งชาติ

สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา. สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 10 "ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐภายใต้ระบบนิติรัฐ." - - กรุงเทพฯ ; พี.เพรส, 2555.

780 หน้า

1. กฎหมายรัฐธรรมนูญ - - ไทย. I. ชื่อเรื่อง.

342.593

ISBN: 978-974-7725-73-5

ชื่อหนังสือ	**รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 10 "ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐภายใต้ระบบนิติรัฐ"**
ปีที่พิมพ์	มีนาคม 2555
จำนวนพิมพ์	1,200 เล่ม
เจ้าของ	สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา 5 ธันวาคม 2550 (อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์) เลขที่ 120 หมู่ที่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร 10210 โทรศัพท์ 0-2141-7777 โทรสาร 0-2143-9500 www.constitutionalcourt.or.th E-mail: feedback@constitutionalcourt.or.th
ดำเนินการจัดทำโดย	สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
พิมพ์ที่	บริษัท พี. เพรส จำกัด 129 ซอยแยกซอยศิริพจน์ สวนหลวง กรุงเทพฯ 10250 โทรศัพท์ / โทรสาร: 0-2742-4754-5

คำนำ

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญได้จัดพิมพ์เผยแพร่หนังสือรวมบทความทางวิชาการ ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2545 ติดต่อกันมาแล้ว จำนวน 9 เล่ม ดังนี้ (1) ปี 2545 จัดพิมพ์หนังสือรวมบทความทางวิชาการชุดที่ 1 : ศาลรัฐธรรมนูญไทย (2) ปี 2546 จัดพิมพ์หนังสือรวมบทความทางวิชาการชุดที่ 2 : ศาลรัฐธรรมนูญไทยในสถานการณ์ปฏิรูปการเมือง (3) ปี 2547 จัดพิมพ์หนังสือรวมบทความทางวิชาการชุดที่ 3 ศาลรัฐธรรมนูญ : ศาลรัฐธรรมนูญกับการพัฒนาประชาธิปไตยในระบบนิติรัฐ (4) ปี 2548 จัดพิมพ์หนังสือรวมบทความทางวิชาการชุดที่ 4 ศาลรัฐธรรมนูญ : ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน (5) ปี 2549 จัดพิมพ์หนังสือรวมบทความทางวิชาการชุดที่ 5 ศาลรัฐธรรมนูญ : ศาลรัฐธรรมนูญกับหลักประกันการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน (6) ปี 2550 จัดพิมพ์หนังสือรวมบทความทางวิชาการชุดที่ 6 ศาลรัฐธรรมนูญ :ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐตามรัฐธรรมนูญ (7) ปี 2551 จัดพิมพ์หนังสือรวมบทความทางวิชาการชุดที่ 7 ศาลรัฐธรรมนูญ : ศาลรัฐธรรมนูญกับการปฏิบัติพันธกิจตามหลักนิติธรรม และ (8) ปี 2552 จัดพิมพ์หนังสือรวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญชุดที่ 8 ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองระบอบประชาธิปไตยตามหลักนิติธรรม (9) ปี 2553 จัดพิมพ์หนังสือรวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญชุดที่ 9 “ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของประชาชน”

สำหรับหนังสือรวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญชุดที่ 10 “ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของ

ประชาชนและการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐภายใต้ระบบนิติรัฐ" ประจำปี 2554 นี้ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญได้รวบรวมบทความที่เกี่ยวข้องกับบทบาทและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการส่งเสริมและการคุ้มครองการใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ และการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ทั้งในเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราช-กำหนด รวมไปถึงการวินิจฉัยความขัดแย้งในอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ แนวคิดในเรื่องการแบ่งแยกอำนาจและความเป็นอิสระของศาลรัฐธรรมนูญ การก่อตั้งสมาคมศาลรัฐธรรมนูญเอเชียและสถาบันอื่นที่มีฐานะเทียบเท่า การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในส่วนของประเทศไทยและต่างประเทศ ซึ่งการเผยแพร่ความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญ และสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญถือเป็นภารกิจสำคัญที่สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญยึดถือปฏิบัติโดยตลอด

การจัดพิมพ์หนังสือรวมบทความทางวิชาการในครั้งนี้ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญได้รับการสนับสนุนงบประมาณจากมูลนิธิคอนราด อาเดนาวร์ ประจำประเทศไทย ซึ่งได้กรุณาให้การสนับสนุนเป็นอย่างดีมาโดยตลอด จึงขอขอบคุณมา ณ โอกาสนี้

การส่งเสริมความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญ สิทธิและเสรีภาพและกฎหมายมหาชน รวมถึงบทบาทและอำนาจหน้าที่ขององค์กรในกระบวนยุติธรรม ถือเป็นภารกิจสำคัญที่สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญได้ยึดถือปฏิบัติตลอดมา ประกอบกับหนังสือเล่มนี้เป็นที่เรียกร้องต้องการของชุมชนวิชาการมาโดยต่อเนื่อง จึงหวังเป็นอย่างยิ่งว่า หนังสือรวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญชุดที่ 10 นี้ จะเป็นประโยชน์ต่อการเพิ่มพูนองค์ความรู้ และการอ้างอิงในทางวิชาการ รวมถึงเป็นประโยชน์ต่อการขยายเครือข่ายวิทยบริการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญให้กระจายฐานความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ และกฎหมายมหาชนสู่

สาธารณชนออกไปได้อย่างกว้างขวางมากขึ้น ตามปณิธานและวัตถุประสงค์ของศาลรัฐธรรมนูญและสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญที่มีความมุ่งมั่นในการปฏิบัติภารกิจตามรัฐธรรมนูญบนฐานของการ “ยึดหลักนิติธรรม ค้ำจุนประชาธิปไตย ห่วงใยสิทธิเสรีภาพของประชาชน” เพื่อธำรงไว้ซึ่งระบบนิติรัฐของประเทศ ภายใต้การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขสืบไป

(นายเชาวนะ ไตรมาศ)
เลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
มกราคม 2555

สารบัญ

หน้า

คำนำ (3)

ความพร้อมของประเทศไทยในการลงนามอนุสัญญาระหว่างประเทศ
ว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ 1
โดย *นายวิชช์ จีระแพทย์*

ประกอบด้วย กับ องค์ประกอบ 74
โดย *นายกาญจน์ วรกุล*

ปัญหาในการดำเนินคดีอาญาตามพระราชบัญญัติมาตรการ
ของฝ่ายบริหารในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2551 89
โดย *นาวาอากาศตรีพงศธร สัตย์เจริญ*

ระบบอำนาจเดี่ยวในระบบรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ 97
โดย *ดร.วุฒิชัย จิตตานุ*

ปัญหามาตรการต่างๆ ทางสิ่งแวดล้อมเกี่ยวกับอาคาร
ตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ 138
โดย *ว่าที่ร้อยตรีกัมพล อยู่มั่นธรรมา*

การนั่งพิจารณาคดีครบองค์คณะโดยผู้พิพากษาหรือตุลาการ 199
โดย *นายสิทธิพร เศาภายน*

สารบัญ

หน้า

ฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหารในรัฐธรรมนูญ ๒๕๕๐ :
บทเรียนจากอดีตและการกำหนดเป้าหมายในอนาคต 244
โดย *นางสาวศุทธิกานต์ มีจั่น*

The Sixth Conference of Asian Constitutional Court Judge
Ulaan Bataar, Mongolia 24 – 26 September 2009 267
โดย *Mr. Chalermpon Ake-uru and*
Mr. Nantapol Khaimuk

การได้มาของผู้ดำรงตำแหน่งของศาลรัฐธรรมนูญ
คณะกรรมการการเลือกตั้ง และคณะกรรมการป้องกัน
และปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ 275
โดย *นายปัญญา อุดชาชน*

ระบบวินัยข้าราชการพลเรือน 348
โดย *นายสิทธิพร เศาภายน*

สังคมต้องอาศัยจริยธรรมส่วนบุคคลในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์:
เหตุผลที่หลักนิติธรรมต้องควบคุมดูแล 399
โดย *ดร.วิชช์ จีระแพทย์*

รัฐบัญญัติเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ ค.ศ. 1998
(International Religious Freedom Act of 1998) 429
โดย *นางสาววรรณา สุพรรณธะริดา*

สารบัญ

หน้า

The Final Preparatory Committee Meeting on the Launching of the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions and the 7th Conference of Asian Constitutional Court judges 497
โดย *Mr. Chalermpon Ake-uru*

องค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย 504
โดย *นายกมล โสตถิโภคา*

ศาลรัฐธรรมนูญกับการพิจารณาวินิจฉัยความขัดแย้งในอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 214 584
โดย *นายเอกณรงค์ เฉิดพันธุ์*

Separation of Powers and Independence of the Constitutional Court of Thailand 619
โดย *Mr. Chalermpon Ake-uru*

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามหลักสัดส่วน (Principle of Proportionality) ของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี 647
โดย *ดร.วุฒิชัย จิตตานุ*

สารบัญ

หน้า

ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด
ให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและ
เสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ" 695
โดย *นางสาวศิวาภรณ์ เฉลิมวงศ์*

เหตุใดจึงต้องมีศาลรัฐธรรมนูญ 746
โดย *นายวิศรุต คิดดี*

เหตุใดคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาด
มีผลผูกพันทุกองค์กรของรัฐ 751
โดย *นายชลภูมิ เย็นทรวง*

ความพร้อมของประเทศไทยในการลงนามอนุสัญญาระหว่างประเทศ ว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ (International Convention on the Protection of Persons from Enforced Disappearance)

ดร.วิชช์ จีระแพทย์ *

โดยที่ประเด็นบุคคลหายสาบสูญในประเทศไทยกำลังได้รับความสนใจอย่างมากจากองค์การและประชาคมระหว่างประเทศ และหากประเทศไทยสามารถลงนามอนุสัญญาว่าด้วยการป้องกันบุคคลจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับได้โดยเร็ว ก็จะเป็นประโยชน์ต่อการส่งเสริมภาพลักษณ์ทางด้านสิทธิมนุษยชนของประเทศไทยในเวทีระหว่างประเทศ ซึ่งหน่วยงานราชการได้ขอความเห็นเกี่ยวกับความพร้อมของประเทศไทยในการลงนามอนุสัญญาดังกล่าว

ก่อนที่จะพิจารณาถึงความพร้อมของประเทศไทย จะขอกล่าวถึงความหมายของอนุสัญญา ซึ่งถือเป็นตราสารระหว่างประเทศ มีดังนี้

---

* อธิบดีอัยการฝ่ายช่วยเหลือทางกฎหมาย สำนักงานอัยการสูงสุด
น.บ. (จุฬา) เกียรตินิยม, น.บ.ท., น.ม. (จุฬา), น.ด. (Doctor of Laws มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์)
นปส. รุ่น 22 กรมการปกครอง, วปอ. 355, ปปร. 1 สถาบันพระปกเกล้า, บ.ย.ส. รุ่น 9 สำนักงานศาลยุติธรรม, นักบริหารงานยุติธรรมระดับสูง รุ่นที่ 4 สำนักงานอัยการสูงสุด.

ชนิดของตราสาร

สนธิสัญญาตามนัยแห่งอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969 ไม่จำกัดว่าจะเรียกชื่อว่าอย่างไร เช่น สนธิสัญญา (Treaty) อนุสัญญา (Convention) พิธีสาร (Protocol) กติกา (Pact) กฎบัตร (Charter) ปฏิญญา (Declaration) ธรรมนูญ (Statute) กรรมสาร (Act) บันทึกแลกเปลี่ยน (Exchange of Notes) บันทึกความตกลง (Memorandum of Agreement) Modus Vivendi และ Compromis เป็นต้น โดยไม่ต้องคำนึงว่า ความตกลงเหล่านี้จะอยู่ในตราสารเดียวกัน หรือตราสารที่เกี่ยวข้องกันสองฉบับหรือกว่านั้นขึ้นไป เช่น ในกรณีของพิธีสาร (Protocol) ที่แนบท้ายความตกลง (Agreement) หรือแนบท้ายสนธิสัญญา ก็ถือเป็นส่วนหนึ่งของความตกลง หรือสนธิสัญญานั้นด้วย ในที่นี้จะขอกล่าวถึงเฉพาะตราสารที่เกี่ยวข้องที่ประเทศส่วนใหญ่ผูกพันเป็นภาคีสมาชิก ดังนี้

1. สนธิสัญญา (treaty) เป็นข้อตกลงสำคัญเป็นทางการที่กระทำโดยรัฐ มักเป็นความตกลงทางการเมือง คำว่าสนธิสัญญาเป็นชื่อเรียกข้อตกลงทั่วไปที่อาจมีชื่อเรียกต่างๆ สุดแท้แต่ลักษณะของตราสาร การเรียกชื่อแตกต่างกันนี้ มิได้มีกฎเกณฑ์เฉพาะเจาะจงแน่ชัด บางครั้งก็ใช้ชื่อต่างกัน แต่มีลักษณะเดียวกัน หรือใช้ชื่อเหมือนกันแต่มีลักษณะต่างกัน เป็นต้น ในอดีตการใช้ชื่อเรียกสนธิสัญญานี้มีความสับสนมาก แต่ในปัจจุบันโดยทั่วไปมีแนวทางปฏิบัติสำหรับสนธิสัญญาแต่ละลักษณะ

2. อนุสัญญา (convention) ปกติใช้สำหรับเอกสารความตกลงทางการที่มีลักษณะพหุภาคี หรือเอกสารความตกลงที่ร่างขึ้นโดยองค์การของสถาบันระหว่างประเทศ เช่น ที่ประชุมแรงงานระหว่างประเทศ หรือสมัชชาองค์การการบินพลเรือนระหว่างประเทศ ความตกลงเช่นนี้มุ่งให้มีลักษณะเป็นการสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายขึ้น หรือเป็นการประมวลกฎหมาย

3. สนธิสัญญาที่เรียกชื่อเป็นอย่างอื่น นอกเหนือจากที่ได้กล่าวมาแล้ว ยังมีชื่อเรียกเอกสาร สนธิสัญญาอย่างอื่นอีก เช่น ข้อตกลง (Accord) กรรมสาร (Act) ซึ่งใช้กำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปของกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจัดตั้งองค์กรระหว่างประเทศ บันทึกช่วยจำ (Aide-memoire) มาตราบท (Articles หรือ Articles of Agreement) เช่น มาตราบทความตกลงแห่งกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (Articles of Agreement of the International Monetary Fund, 1944) กฎบัตร (Charter) และธรรมนูญ (Constitution) ซึ่งเป็นเอกสารแม่บทขององค์การระหว่างประเทศ

4. นอกจากนี้ยังมีศัพท์อื่น เช่น หนังสือสัญญา (Compact) สาร (Instrument) บันทึก (Memorandum) บันทึกข้อตกลง (Memorandum Of Agreement) บันทึกความเข้าใจ (Memorandum Of Understanding) บันทึกการประชุม (Minute) หรือบันทึกผลการเจรจา (Agreed Minute) ซึ่งใช้บันทึกความเข้าใจที่ไม่สำคัญนัก หรือเกี่ยวกับเรื่องกระบวนการดำเนินงาน บันทึกวาจา (Note Verbale) กติกาสัญญา (Pact) ซึ่งใช้บันทึกข้อผูกพันสำคัญ กรรมสารสาธารณะ (Public Act) ฯลฯ

จะเห็นได้ว่า โดยทั่วไปคำว่า สนธิสัญญา และ อนุสัญญา เป็นศัพท์ที่ใช้ในการตกลงสำคัญระหว่างประเทศ โดยคำว่าสนธิสัญญามักใช้กับความตกลงสำคัญระหว่างประเทศ 2 ประเทศ หรือประเทศจำนวนไม่มากนักในเรื่องที่เกี่ยวกับผลประโยชน์เฉพาะกลุ่ม ส่วนอนุสัญญาใช้กับความตกลงสำคัญที่กระทำโดยทั่วไประหว่างประเทศอันมักเป็นผลจากการประชุมระหว่างประเทศ ซึ่งมีประเทศเข้าร่วมเป็นจำนวนมาก

นอกเหนือจากคำว่าสนธิสัญญาและอนุสัญญาแล้ว ยังมีคำศัพท์อื่นๆ ซึ่งใช้เรียกเอกสารข้อตกลงระหว่างประเทศซึ่งมีผลผูกพัน และบังคับใช้ได้ในฐานะที่เป็นสนธิสัญญาตามความหมายที่ใช้ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วย

กฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ.1969 ซึ่งไม่เกี่ยวข้องโดยตรงจึงไม่ขอนำมากล่าวในที่นี้

วิธีการเป็นภาคีสมาชิก

เมื่อได้ทราบถึงชนิดของตราสาร ที่ถือเป็นสิ่งผูกพันประเทศต่างๆ นอกเหนือจากกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว วิธีการให้ตราสารมีผลผูกพันก็อาจดำเนินการได้ตามวิธีการที่องค์การสหประชาชาติกำหนดไว้ ดังนี้

1. ภาคี

ในสนธิสัญญาหมายถึง[1] ประเทศที่เข้าร่วมในการเจรจาตกลงและลงนามหรือให้สัตยาบันสนธิสัญญาซึ่งเป็นการยอมรับพันธกรณีตามสนธิสัญญาดังกล่าว ในกรณีที่มีการยอมรับพันธะของสนธิสัญญาภายหลังโดยวิธีภาคยานุวัติ ภาคีหมายรวมไปถึงที่ทำภาคยานุวัติด้วย ถึงแม้ว่าจะมิได้ร่วมในการเจรจาตกลงแต่แรกก็ตาม ตามหลักการนี้เฉพาะผู้ให้ความเห็นชอบกับข้อตกลงเท่านั้นถือเป็นภาคีของสนธิสัญญา โดยหลักทั่วไปสนธิสัญญาจะก่อภาระผูกพัน หรือให้สิทธิแก่ฝ่ายที่สาม โดยปราศจากความยินยอมของฝ่ายนั้น มิได้สนธิสัญญาจำนวนมากกำหนดไว้ชัดแจ้งว่าให้มีผลผูกพันเฉพาะภาคีสมาชิกเท่านั้น

หลักทั่วไปดังกล่าวมีข้อยกเว้นที่ทำให้สนธิสัญญาอาจก่อพันธะและสิทธิแก่ประเทศที่สาม ซึ่งมิได้ร่วมในการจัดทำสนธิสัญญา

ข้อยกเว้นมีดังต่อไปนี้

(1.) สนธิสัญญาซึ่งภาคีสมาชิกตั้งใจให้สิทธิแก่ประเทศที่สาม

---

[1] สาขาวิชารัฐศาสตร์, มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายระหว่างประเทศ และองค์การระหว่างประเทศ (International Law and International Organization) หน่วยที่ 1-8 (กรุงเทพมหานคร สำนักพิมพ์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2542), น.242-243, 256-257, 263-265, 270-275.

หรือกลุ่มประเทศที่สาม หรือประเทศอื่นๆ ทั่วไป ทั้งนี้โดยประเทศที่สามดังกล่าวนั้นให้ความยินยอม ตัวอย่างเช่น สนธิสัญญา ที่มีผลในการยุติเรื่องราวระหว่างประเทศ หรือให้สถานภาพระหว่างประเทศแก่ท่าเรือ เส้นทางน้ำ เป็นต้น

บางกรณี ถึงแม้ภาคีในสัญญาจะมิได้กำหนดสิทธิให้แก่ประเทศที่สาม แต่หากสนธิสัญญามีลักษณะเอื้อประโยชน์กว้างขวางทั่วไป ประเทศที่สามมีสิทธิเรียกร้องให้มีการปฏิบัติตามสัญญาได้

(2.) สนธิสัญญาพหุภาคีซึ่งประมวลกฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศย่อมใช้กับประเทศที่มิใช่ภาคีด้วย กรณีนี้อาจถือได้ว่าประเทศที่สามมิได้ผูกพันโดยสนธิสัญญา แต่ผูกพันตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศที่เป็นอยู่ ในทำนองเดียวกันก็อาจถือได้ว่า ข้อบัญญัติในสนธิสัญญาไม่ว่าจะเป็นสนธิสัญญาทวิภาคีหรือพหุภาคีก็ตามเป็นกฎหมายจารีตประเพณีสำหรับประเทศที่สาม ซึ่งประเทศที่สามอาจยอมรับว่าผูกพันตนก็ได้ ตัวอย่างเช่น อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยความสัมพันธ์ทางการทูต ค.ศ.1961 มีลักษณะเป็นการประมวลธรรมเนียมปฏิบัติเกี่ยวกับการทูต ซึ่งเป็นที่ยอมรับและใช้ปฏิบัติมานาน ในกรณีนี้ประเทศใดที่มิได้ร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาก็ยังต้องมีพันธะตามจารีตประเพณีระหว่างประเทศด้วย

(3.) สนธิสัญญาพหุภาคีที่สร้างกฎเกณฑ์ใหม่ๆ แห่งกฎหมายระหว่างประเทศ อาจมีผลผูกพันประเทศที่สามในลักษณะเดียวกับกฎเกณฑ์อื่นๆ ของกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น กติกาสัญญาบริอองค์เคลลอก ปี ค.ศ.1928 (Briand-Kellogg Pact 1982) ซึ่งประกาศให้การทำสงครามเป็นเรื่องผิดกฎหมายนั้น ได้มีคำพิพากษาที่นูเร็มเบิร์ก ปี ค.ศ.1946 ว่าเป็นการสร้างกฎหมายทั่วไปขึ้นมาใช้ ในลักษณะเช่นนี้ทั้งภาคีที่ลงนามและประเทศที่มิได้ลงนามต้องมีพันธะยึดถือปฏิบัติตามกติกาดังกล่าว ถือเป็นเอกสารที่กำหนดกฎเกณฑ์มาตรฐานใช้บังคับทั่วไป

(4.) สนธิสัญญาพหุภาคีซึ่งมุ่งให้ใช้ปฏิบัติทั่วไป สนธิสัญญาประเภทนี้อาจกำหนดให้ขยายถึงผู้มิใช่ภาคีด้วย เช่น อนุสัญญาเกี่ยวกับยาเสพติด ที่ใช้ทั้งกับประเทศภาคี และที่ไม่ใช่ประเทศภาคี

(5.) ข้อ 35 ของอนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ.1969 ระบุว่า ประเทศที่สามมีพันธะตามสนธิสัญญา หากภาคีสนธิสัญญามุ่งที่จะให้บทบัญญัติของสนธิสัญญาก่อให้เกิดพันธะดังกล่าว แต่ประเทศที่สามต้องให้ความยินยอมเป็นลายลักษณ์อักษร

2. ภาคยานุวัติ (Accession)

ในทางปฏิบัติประเทศที่ไม่ได้ร่วมเจรจา หรือไม่ได้ร่วมลงนามยอมรับชั่วคราวในสนธิสัญญาพหุภาคีอาจเข้าร่วมเป็นภาคีสนธิสัญญาภายหลังก็ได้ ตามทางปฏิบัติที่เป็นอยู่ ประเทศที่มิได้ร่วมลงนามอาจเข้าร่วมเป็นภาคียอมรับข้อผูกพันในสนธิสัญญาก่อนสนธิสัญญาใช้บังคับก็ได้ การยอมรับพันธะตามสนธิสัญญาในลักษณะนี้เรียกว่า ภาคยานุวัติ

อนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ.1969 ได้กำหนดเงื่อนไขการภาคยานุวัติไว้ว่าความยินยอมของประเทศที่จะรับพันธกรณีตามสนธิสัญญาว่าด้วยการภาคยานุวัตินั้นทำได้ในกรณีใดกรณีหนึ่งดังต่อไปนี้

1. สนธิสัญญากำหนดให้มีการทำภาคยานุวัติได้

2. มีการกำหนดไว้เป็นอย่างอื่นว่าประเทศที่ร่วมเจรจาตกลงให้มีการทำภาคยานุวัติ

3. ภาคีทุกประเทศตกลงว่าให้มีการทำภาคยานุวัติได้

ดังนั้น ถึงแม้ประเทศจะมิได้เข้าร่วมเจรจาหรือลงนามแต่ต้น ก็สามารถร่วมเป็นภาคีในสนธิสัญญาได้ในภายหลัง เช่น โดยประเทศอื่นที่เป็นภาคีสมาชิกเชื้อเชิญให้เข้าร่วมหรือตัวเองยื่นความจำนงขอเข้าร่วมหากสนธิสัญญาเปิดโอกาสให้กระทำได้

โดยปกติสนธิสัญญาทั่วไปที่มิได้จำกัดภาคีสมาชิก มักเปิดโอกาสให้ประเทศที่มิได้ร่วมลงนามได้เข้าเป็นภาคีสมาชิกในสนธิสัญญา

ในบางกรณี สนธิสัญญาหรือภาคีอาจไม่เปิดโอกาสให้ประเทศอื่นเข้าร่วมเป็นภาคี เนื่องจากเป็นเรื่องผูกพันเกี่ยวข้องเฉพาะบางประเทศหรือบางกรณีภาคีอาจกำหนดให้ประเทศอื่นเข้าร่วมโดยมีเงื่อนไขนอกเหนือจากภาคยานุวัติก็ได้ ตัวอย่างเช่น กฎบัตรสหประชาชาติ เปิดโอกาสให้ประเทศอื่นเข้าเป็นสมาชิก คือ เปิดให้รัฐที่รักสันติทุกรัฐเข้าร่วมได้แต่ต้องขึ้นอยู่กับดุลพินิจขององค์การสหประชาชาติ คือ รัฐที่จะเข้าเป็นสมาชิกได้ต้องได้รับความยินยอมจากสมัชชาใหญ่โดยคำแนะนำของคณะมนตรีความมั่นคง โดยประเทศที่ประสงค์จะสมัครเป็นสมาชิกต้องยื่นความจำนงต่อองค์การสหประชาชาติ เมื่อคณะมนตรีความมั่นคงเห็นชอบจะเสนอแนะให้สมัชชาใหญ่พิจารณา สมัชชาใหญ่จะลงมติรับด้วยคะแนนเสียง 2 ใน 3 ของประเทศที่ร่วมลงคะแนนเสียง หากสมัชชาใหญ่ลงมติรับประเทศที่สมัครก็ทำภาคยานุวัติรับพันธกรณีตามกฎบัตรสหประชาชาติ

ประเทศที่ได้ทำภาคยานุวัติย่อมเป็นภาคีสมาชิกของสนธิสัญญาตั้งแต่ที่ได้ทำภาคยานุวัติ มีสิทธิและพันธะตามที่สนธิสัญญากำหนดนับตั้งแต่นั้น ไม่มีผลย้อนหลัง ดังนั้น ประเทศที่เคยละเมิดวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญาก่อนวันที่ภาคยานุวัติย่อมไม่ต้องรับผิดชอบ หรือถูกตำหนิติเตียนในภายหลังเมื่อตนได้ทำภาคยานุวัติแล้ว ข้อนี้ต่างไปจากการสัตยาบันซึ่งตั้งแต่มีการลงนาม ประเทศที่ลงนามต้องไม่กระทำการให้เสียหายต่อวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญา และเมื่อได้ให้ภาคยานุวัติไปแล้วก็ถือว่าประเทศนั้นมีศักดิ์และสิทธิเท่าเทียมกับประเทศที่ให้สัตยาบัน ถือเป็นภาคีสมาชิกเสมอหน้ากันไม่มีเงื่อนไขข้อแตกต่างใดๆ ดังกล่าว

การตีความ (Interpretation) คือ การทำเอกสารเพื่อแสดงเจตนาที่จะยอมรับข้อผูกพันตามสนธิสัญญาหรือความตกลงใด โดยมีข้อสงวน

บางประการหรือมีข้อจำกัดการตีความข้อความบางเรื่องในสนธิสัญญาหรือความตกลงนั้นๆ ให้มีความหมายแคบลงเฉพาะที่ประเทศที่ได้ตีความมุ่งหมาย อันเป็นการแสดงเจตนารมณ์ของรัฐภาคี ซึ่งต้องคำนึงถึงความตกลงต่างๆ ระหว่างรัฐภาคีแห่งสนธิสัญญาหรือการใช้บังคับความตกลงนั้นๆ ตลอดทั้งแนวปฏิบัติ (practice) ของรัฐในการใช้บังคับสนธิสัญญา ซึ่งก่อให้เกิดความตกลงระหว่างรัฐเกี่ยวกับการตีความสนธิสัญญา ตลอดทั้งกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐภาคีด้วย และการตั้งข้อสงวน (Reservations) ด้วย

การตีความสนธิสัญญา

หลังจากที่สนธิสัญญามีผลใช้บังคับแล้ว ปัญหาการตีความความหมายของสนธิสัญญาอาจเกิดขึ้นได้ โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับพันธะหน้าที่หรือสิทธิประโยชน์ของรัฐ

เรื่องการตีความสนธิสัญญานี้นับเป็นประเด็นสำคัญทางกฎหมายระหว่างประเทศ จึงกำหนดหลักเกณฑ์ในการตีความเอาไว้

ปัจจุบันแนวคิดทั่วไปซึ่งเป็นที่ยอมรับเกี่ยวกับการตีความ คือ

1.) วัตถุประสงค์ของการตีความ คือ กำหนดความหมายที่แท้จริงตามความเข้าใจและตามความต้องการแต่เริ่มแรกของภาคีสมาชิก ซึ่งยอมรับสนธิสัญญานั้น

2.) หากไม่มีหลักฐานใดแสดงไว้เป็นอย่างอื่น ต้องถือว่าสนธิสัญญาถูกสร้างขึ้นเพื่อให้มีผลปฏิบัติได้ มิใช่กำหนดขึ้น โดยไม่มุ่งหมายให้เกิดผลใดๆ

3.) ต้องมีการตีความเป็นสนธิสัญญาโดยสุจริต (in good faith) ให้สอดคล้องกับเนื้อหา และวัตถุประสงค์ของสนธิสัญญา

การตั้งข้อสงวน (Reservations) คือ กรณีที่รัฐต้องการลงนามหรือให้สัตยาบันแสดงความยินยอมรับข้อผูกพันตามสนธิสัญญา โดยตั้งเงื่อนไขว่า

ไม่ยอมรับบทบัญญัติบางข้อ หรือยอมรับโดยให้มีการเปลี่ยนแปลงบางอย่างในแง่นี้ ข้อสงวนก็ถือเป็นการเปลี่ยนแปลงแก้ไขที่ภาคีฝ่ายหนึ่งแทรกไว้ในสนธิสัญญา โดยเป็นเงื่อนไขทั้งโดยนัยและโดยเฉพาะเจาะจงของการให้สัตยาบัน

โดยทั่วไปข้อสงวนมีผลจำกัด เพราะเป็นการที่รัฐหนึ่งปฏิเสธการถือปฏิบัติเฉพาะส่วนหนึ่งส่วนใดของสนธิสัญญา ในความสัมพันธ์ระหว่างตนกับภาคีอื่น

อนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ.1969 ข้อ 2 ย่อหน้า 1 (ง) นิยามข้อสงวนว่าหมายถึง

"ถ้อยแถลงฝ่ายเดียว ไม่ว่าจะเรียกชื่ออย่างใดก็ตาม ซึ่งรัฐหนึ่งกระทำขณะที่มีการลงนามให้สัตยาบัน ยอมรับหรือรับรอง หรือทำภาคยานุวัติสนธิสัญญา โดยถ้อยแถลงนี้แสดงว่า ต้องการระงับหรือเปลี่ยนแปลงผลทางกฎหมายของบทบัญญัติบางอย่างของสนธิสัญญาในส่วนที่ใช้กับรัฐนั้น"

การตั้งข้อสงวนนี้ ถือเป็นการใช้สิทธิของรัฐอธิปไตย ซึ่งมีความเสมอภาคเท่าเทียมกัน และโดยทั่วไปก็ถือว่าการกำหนดให้รัฐตั้งข้อสงวนได้นี้ นับว่ามีประโยชน์ คือ ทำให้รัฐที่ไม่สามารถยอมรับบทบัญญัติบางข้อของสัญญาได้มีโอกาสเข้าร่วมเป็นภาคี ซึ่งดีกว่าถูกกีดกันไม่ให้เข้าร่วมเลยโดยสิ้นเชิง ทั้งนี้ทั้งนั้นไม่เป็นการกระทบกระเทือนผลของสนธิสัญญาส่วนใหญ่ เพราะข้อสงวนเป็นเรื่องจำกัดเฉพาะประเด็นและเฉพาะภาคี รัฐที่มิได้ตั้งข้อสงวนก็ยังคงถือผูกพันตามสนธิสัญญาทั้งฉบับตามปกติ

ถึงแม้ข้อสงวนจะเป็นเรื่องปกติ แต่ก็มิใช่ว่าภาคีจะตั้งข้อสงวนได้เสมอไป อนุสัญญากรุงเวียนนา กำหนดว่ารัฐอาจตั้งข้อสงวนได้ ยกเว้นกรณีต่อไปนี้

1) สนธิสัญญากำหนดห้ามตั้งข้อสงวน

2) สนธิสัญญากำหนดกรณีที่สามารถตั้งข้อสงวนได้ นอกเหนือจากกรณีที่กำหนดแล้ว รัฐไม่อาจตั้งข้อสงวนได้

3) ข้อสงวนนั้นไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ หรือความมุ่งหมายของสนธิสัญญา

โดยหลักการรัฐจะตั้งข้อสงวนได้ต่อเมื่อได้รับความยินยอมจากรัฐภาคีอื่นๆ เพราะหากยินยอมปล่อยให้ตั้งข้อสงวนได้ทุกเมื่อโดยไม่จำกัดแล้ว การทำสนธิสัญญาก็ย่อมไม่มีความหมาย ทั้งนี้อาจมีข้อยกเว้นได้ในกรณีที่สนธิสัญญากำหนดให้ตั้งข้อสงวนเช่นนั้นได้ก็ไม่จำต้องได้รับความยินยอมจากรัฐอื่น แต่ถ้าสนธิสัญญากำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ก็ต้องให้เป็นไปตามนั้น

อนุสัญญากรุงเวียนนา ค.ศ.1969 กำหนดเกี่ยวกับการยอมรับและการคัดค้านข้อสงวนไว้ ดังนี้

1) ถ้าสนธิสัญญากำหนดให้ตั้งข้อสงวนได้ ก็ไม่ต้องให้รัฐอื่นยอมรับ

2) ถ้ารัฐที่ร่วมเจรจามีจำนวนจำกัด หรือถ้าสนธิสัญญามีวัตถุประสงค์ที่จะให้ใช้บังคับสนธิสัญญาโดยครบถ้วน ข้อสงวนจะมีผลต่อเมื่อภาคีอื่นๆ ยอมรับ

3) ถ้าสนธิสัญญา เป็นเอกสารสำคัญในการก่อตั้งและดำเนินการขององค์การระหว่างประเทศ ต้องให้องค์การระหว่างประเทศนั้นยอมรับ ทั้งนี้เว้นไว้แต่จะมีบัญญัติเป็นอย่างอื่น

ผลทางกฎหมายของการตั้งข้อสงวน หากรัฐใดมีการตั้งข้อสงวนก็หมายความว่า ได้มีการแก้ไขเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างรัฐที่ตั้งข้อสงวนกับรัฐอื่น ในส่วนบทบัญญัติของสนธิสัญญาที่มีการตั้งข้อสงวน ในขณะเดียวกันก็ถือว่ารัฐที่ยอมรับการตั้งข้อสงวนยอมแก้ไขบทบัญญัติของสนธิสัญญาด้วย เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับข้อสงวน

เมื่อมีการตั้งข้อสงวนได้ รัฐที่ตั้งข้อสงวนก็สามารถเพิกถอนข้อสงวนได้การเพิกถอนนี้จะกระทำเวลาใดก็ได้ โดยไม่จำต้องได้รับความยินยอมจาก

รัฐที่เคยให้การยอมรับข้อสงวนนั้น และจะมีผลเมื่อภาคีอื่นได้รับแจ้งการเพิกถอนดังกล่าว

รัฐที่เคยคัดค้านข้อสงวนก็สามารถเลิกคัดค้านได้เช่นกัน (เว้นไว้แต่สนธิสัญญาจะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น หรือตกลงกันเป็นอื่น) โดยจะเพิกถอนการคัดค้านเวลาใดก็ได้และจะมีผลเมื่อรัฐที่ตั้งข้อสงวนได้รับแจ้งการเพิกถอนนั้น

เมื่อทราบถึงความหมายของอนุสัญญา ตลอดจนการเป็นภาคีสมาชิก การตีความ และการตั้งข้อสงวน แล้ว ก็มาพิจารณาถึงความพร้อมของประเทศไทย

การพิจารณาอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ (International Convention on the Protection of Persons from Enforced Disappearance)

1. หลักการ[2]

พิจารณาจากหลักการ ทฤษฎี แนวคิดต่างๆ ดังนี้

1.1 การเป็นภาคีสมาชิก

1.2 ผลบังคับใช้ของตราสารขององค์การสหประชาชาติในประเทศไทย

1.3 การลงนามเป็นภาคีสมาชิก

1.4 การบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศต่อกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ

1.5 การอนุวรรตน์เป็นกฎหมายภายใน

1.6 ทิศทางของประเทศไทยกับการเป็นภาคีสมาชิกตราสาร

---

[2] ในส่วนนี้ศึกษารายละเอียดเพิ่มเติมได้จากวิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิต เรื่อง "สิทธิของคนเข้าเมือง โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ได้สัญชาติไทย" วิชช์ จีระแพทย์, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549.

1.7 หลักกฎหมายสัญชาติ

1.8 กฎหมายสัญชาติของประเทศไทย

ประเด็นหลักในเรื่องบุคคลหายสาบสูญในประเทศไทยที่กำลังได้รับความสนใจจากองค์การและประชาคมระหว่างประเทศ หรือที่เรียกกันทั่วไปว่า การอุ้มฆ่า นั่นเอง

การส่งเสริมภาพลักษณ์ของประเทศไทยก็ดี ความพร้อมของประเทศไทยก็ดี หรือการแก้ไขปัญหาการอุ้มฆ่าให้ตรงประเด็นอย่างแท้จริง เพื่อการลงนามในอนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการหายสาบสูญ โดยถูกบังคับ (International Convention on the Protection of Persons from Enforced Disappearance) โดยเห็นเป็นการสมควรที่ประเทศไทยจะลงนามในอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ แต่อย่างไรก็ตาม อธิปไตยและความมั่นคงปลอดภัยของรัฐ ก็ยังควรเป็นสิ่งที่ต้องคำนึงและตระหนักถึงในการลงนามในอนุสัญญาดังกล่าว ประเทศไทยควรจะมีการแถลงตีความ (Interpretations) และการตั้งข้อสงวน (Reservations) ด้วย ดังข้อพิจารณาต่อไปนี้

จากหลักการดังกล่าว เห็นควรมีการตีความ (Interpretation) และการตั้งข้อสงวน (Reservation) อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ (International Convention on the Protection of Persons from Enforced Disappearance) ข้อ 6, ข้อ 8, ข้อ 9, ข้อ 11, ข้อ 13, ข้อ 16, ข้อ 24, ข้อ 25 และข้ออื่นๆ[3] ดังนี้

(1) **ข้อ 6** ที่กำหนดว่า

1. Each State Party shall take the necessary measures to hold criminally responsible at least :

[3] รายละเอียดร่างอนุสัญญาปรากฏอยู่ที่ภาคผนวก

(a) Any person who commits, orders, solicits or induces the commission of, attempts to commit, is an accomplice to or participates in an enforced disappearance;

(b) A superior who:

(i) Knew, or consciously disregarded information which clearly indicated, that subordinates under his or her effective authority and control were committing or about to commit a crime of enforced disappearance;

(ii) Exercised effective responsibility of and control over activities which were concerned with the crime of enforced disappearance; and

(iii) Failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress the commission of an enforced disappearance or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution;

(c) Subparagraph (b) above is without prejudice to the higher standards of responsibility applicable under relevant international law to a military commander or to a person effectively acting as a military commander.

2. No order or instruction from any public authority, civilian, military or other, may be invoked to justify an offence of enforced disappearance.

ร่างคำแปลอย่างไม่เป็นทางการ โดยกระทรวงการต่างประเทศ ดังนี้

1. รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องดำเนินมาตรการที่จำเป็นเพื่ออย่างน้อยที่สุดให้บุคคลต่อไปนี้มีความผิดทางอาญา

(ก) บุคคลใดก็ตามที่กระทำ สั่งการ ชักจูง หรือโน้มน้าวให้กระทำการพยายามที่จะกระทำการดังกล่าว เป็นผู้สมรู้ร่วมคิดหรือมีส่วนร่วมในการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ

(ข) ผู้บังคับบัญชาซึ่ง

(i) ทราบหรือเจตนาละเลยข้อมูลซึ่งระบุอย่างชัดเจนว่าผู้ใต้บังคับบัญชาภายใต้อำนาจและการควบคุมที่มีผลของตนได้กระทำหรือจะกระทำความผิดฐานกระทำให้บุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับ

(ii) มีอำนาจความรับผิดชอบและการควบคุมอย่างมีผลเหนือกิจกรรม ซึ่งเกี่ยวข้องกับความผิดฐานกระทำให้บุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับ

(iii) ไม่ได้ดำเนินมาตรการต่างๆ ทั้งหมดที่จำเป็นและเหมาะสมภายใต้อำนาจของตน เพื่อป้องกันหรือระงับการกระทำให้บุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับหรือเสนอเรื่องต่อเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจเพื่อดำเนินการสอบสวนและดำเนินคดี

(ค) วรรค ข. ข้างต้นไม่มีผลกระทบต่อมาตรฐานความรับผิดชอบที่สูงกว่า ซึ่งใช้บังคับต่อผู้บังคับบัญชาทางทหารหรือบุคคล ซึ่งปฏิบัติหน้าที่เสมือนเป็นผู้บังคับบัญชาทางทหาร ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง

2. คำสั่งหรือการสั่งการจากผู้มีอำนาจสาธารณะ พลเรือนหรือทางทหาร หรืออื่นๆ ไม่สามารถยกขึ้นเป็นข้ออ้างที่มีเหตุผลสำหรับความผิดฐานกระทำให้บุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับได้

ข้อพิจารณา

ข้อ 6 เห็นควรมีการตีความ (Interpretation) ดังนี้

ข้อ 6 วรรคหนึ่ง (ข) (i) ที่ว่า ผู้บังคับบัญชาซึ่งทราบหรือเจตนา

ละเลยข้อมูล ซึ่งระบุอย่างชัดเจน (knew, or consciously disregarded information which clearly indicated) ว่าผู้ใต้บังคับบัญชาภายใต้อำนาจและการควบคุมที่มีผลของตน ได้กระทำหรือจะกระทำความผิดฐานกระทำให้บุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับ ประเทศไทยควรจะแถลงตีความว่า "ข้อมูลซึ่งระบุอย่างชัดเจน" ต้องเป็นกรณีเฉพาะที่ปรากฏพยานหลักฐานอย่างชัดเจนจนปราศจากข้อสงสัยจากคำวินิจฉัยของหน่วยงานของรัฐหรือคำพิพากษาของศาลไทยว่า ผู้ใต้บังคับบัญชาภายใต้อำนาจ และการควบคุมของตนได้กระทำ หรือจะกระทำความผิดฐานกระทำให้บุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับ

(2) ข้อ 8 ที่กำหนดว่า

Article 8 Without prejudice to article 5,

1. A State Party which applies a statute of limitations in respect of enforced disappearance shall take the necessary measures to ensure that the term of limitation for criminal proceedings:

(a) Is of long duration and is proportionate to the extreme seriousness of this offence;

(b) Commences from the moment when the offence of enforced disappearance ceases, taking into account its continuous nature.

2. Each State Party shall guarantee the right of victims of enforced disappearance to an effective remedy during the term of limitation.

ร่างคำแปลอย่างไม่เป็นทางการ โดยกระทรวงการต่างประเทศดังนี้

ข้อ 8

โดยไม่กระทบต่อข้อ 5

1. รัฐภาคีซึ่งใช้อาญาความต่อคดีการหายสาบสูญโดยถูกบังคับต้องดำเนินมาตรการที่จำเป็นต่างๆ เพื่อประกันว่าอายุความในการพิจารณาความอาญา

(ก) มีกำหนดที่ยาวและเหมาะสมกับความร้ายแรงของความผิด

(ข) เริ่มนับตั้งแต่การกระทำความผิดฐานกระทำให้บุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับ ยุติลง โดยคำนึงถึงลักษณะที่ต่อเนื่องของความผิดดังกล่าว

2. รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องประกันสิทธิของเหยื่อจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับที่จะได้รับการเยียวยาที่มีประสิทธิผลในระหว่างช่วงอายุความ

ข้อพิจารณา

ข้อ 8 เห็นควรมีการตีความ (Interpretation) ดังนี้

(1) การประกันอายุความในการพิจารณาความอาญาที่มีกำหนดที่ยาวและเหมาะสมกับความร้ายแรงของความผิด ซึ่งเริ่มนับตั้งแต่การกระทำความผิดฐานกระทำให้บุคคลหายสาบสูญ โดยถูกบังคับยุติลง โดยคำนึงถึงลักษณะที่ต่อเนื่องของความผิดดังกล่าว นั้น ไม่สอดคล้องกับประมวลกฎหมายอาญาของไทยที่บัญญัติอายุความแจ้งความร้องทุกข์และการฟ้องร้องดำเนินคดีอาญาไว้ ซึ่งอาจเกิดการเลือกปฏิบัติ (Discrimination) ในการบังคับใช้กฎหมาย (Implementation) ของกฎหมายได้ ประเทศไทยจึงควรตีความพันธกรณีข้อนี้ในลักษณะที่ให้มีการปฏิบัติได้จริง

(2) การประกันสิทธิของเหยื่อจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับที่จะได้รับการเยียวยาที่มีประสิทธิผลในระหว่างอายุความ เห็นควรตีความเพิ่มเติมจาก ข้อ 24 วรรคสี่ กล่าวคือ นอกจากจะต้องตีความตามเหตุผล

เช่นเดียวกับข้อ 24 วรรคสี่ แล้ว ยังต้องยึดถือเหตุผลตาม (1) ด้วย เพื่อให้มีการปฏิบัติได้จริง

(3) กรณีนี้เป็นการตีความด้วยหลักการและเหตุผลทำนองเดียวกับที่ประเทศไทยเคยตีความไว้ในกติกาสากลระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights 1966 : ICCPR)

(4) นอกจากนี้ แม้แต่ในเรื่องสิทธิในการตัดสินใจด้วยตัวเอง (Right to Self Determination) ซึ่งอาจเห็นว่าเป็นเรื่องสิทธิของปัจเจกบุคคล (Individual Rights) ในการตัดสินใจด้วยตัวเองนั้น แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่บัญญัติว่า "ประเทศไทยเป็นราชอาณาจักรอันหนึ่งอันเดียวจะแบ่งแยกมิได้" ก็ตามแต่ ก็มีผลกระทบต่ออำนาจอธิปไตยของรัฐได้ ประเทศไทยจึงได้ตีความไว้ว่า สิทธิในการตัดสินใจด้วยตัวเอง มิให้ตีความอนุญาตหรือสนับสนุนการกระทำใดๆ ที่เป็นการแบ่งแยก หรือทำลายบูรณภาพแห่งดินแดน หรือเอกภาพทางการเมืองของรัฐเอกราชอธิปไตย ทั้งนี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่เพียงบางส่วน

(3) ข้อ 9 ที่กำหนดว่า

Articles 9

1. Each State Party shall take the necessary measures to establish its competence to exercise jurisdiction over the offence of enforced disappearance:

(a) When the offence is committed in any territory under its jurisdiction or on board a ship or aircraft registered in that State;

(b) When the alleged offender is one of its nationals;

(c) When the disappeared person is one of its nationals and the State Party considers it appropriate.

2. Each State Party shall likewise take such measures as may be necessary to establish its competence to exercise jurisdiction over the offence of enforced disappearance when the alleged offender is present in any territory under its jurisdiction, unless it extradites or surrenders him or her to another State in accordance with its international obligations or surrenders him or her to an international criminal tribunal whose jurisdiction it has recognized.

3. This Convention does not exclude any additional criminal jurisdiction exercised in accordance with national law.

ร่างคำแปลอย่างไม่เป็นทางการ โดยกระทรวงการต่างประเทศ ดังนี้

ข้อ 9

1. รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องดำเนินมาตรการต่างๆ ที่จำเป็นเพื่อให้ตนมีเขตอำนาจศาลเหนือความผิดฐานกระทำให้บุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับ

(ก) เมื่อความผิดกระทำในอาณาเขตใดภายใต้เขตอำนาจศาลของรัฐดังกล่าว หรือบนเรือหรืออากาศยานที่จดทะเบียนในรัฐนั้น

(ข) เมื่อผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดเป็นคนชาติของรัฐนั้น

(ค) เมื่อผู้หายสาบสูญเป็นคนชาติของรัฐนั้น และรัฐภาคีนั้นเห็นเป็นการสมควร

2. ในทำนองเดียวกัน รัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้องดำเนินมาตรการเท่าที่จำเป็น เพื่อให้ตนมีเขตอำนาจเหนือความผิดฐานกระทำให้บุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับ เมื่อผู้ที่ถูกกล่าวหาอยู่ในอาณาเขตใดที่อยู่ภายใต้เขต

อำนาจรัฐของตน ยกเว้นแต่ว่า รัฐนั้นจะส่งบุคคลดังกล่าวเป็นผู้ร้ายข้ามแดน หรือส่งมอบให้รัฐอื่นตามพันธกรณีระหว่างประเทศ หรือส่งมอบให้แก่ศาลอาญาระหว่างประเทศซึ่งมีเขตอำนาจเป็นที่ยอมรับของรัฐนั้น

3. อนุสัญญานี้ไม่ได้ยกเว้นเขตอำนาจทางอาญาใดตามกฎหมายภายใน

ข้อพิจารณา

ข้อ 9 เห็นควรมีการตีความ (Interpretation) ดังนี้

กรณีที่อนุสัญญานี้ไม่ได้ยกเว้นเขตอำนาจทางอาญาใดตามกฎหมายภายในนั้น ไม่สอดคล้องกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของไทย ซึ่งได้บัญญัติเรื่องเขตอำนาจศาลในการดำเนินคดีอาญาไว้แล้ว จึงต้องตีความให้มีการปฏิบัติได้จริง และไม่เป็นการกระทบต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่บัญญัติว่า ประเทศไทยมีการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้

ผลกระทบต่ออำนาจอธิปไตยและอำนาจตุลาการของประเทศไทย จึงเห็นควรตีความเพิ่มเติม ตามที่ประเทศไทยได้ตีความไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยการกำจัดการเลือกปฏิบัติต่อเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1965 (International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination 1965 : CERD) ที่ประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิก โดยการภาคยานุวัติ เมื่อวันที่ 28 มกราคม พ.ศ. 2546 และมีผลใช้บังคับกับประเทศไทย ตั้งแต่วันที่ 27 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2546 โดยได้ทำคำแถลงตีความทั่วไปว่า รัฐบาลไทยจะไม่ตีความหรือใช้บทบัญญัติใดๆ ที่ปรากฏในอนุสัญญา เป็นพันธกรณีที่เกินกว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และกฎหมายภายในได้บัญญัติ และการตีความเพื่อใช้บทบัญญัติดังกล่าว จะ

จำกัดหรือเป็นไปตามตราสารด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศอื่น และตราสารว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่ประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิก

กรณีนี้จึงจำเป็นต้องมีการตีความไว้เป็นการทั่วไป เพื่อให้สามารถใช้ครอบคลุมได้ทั้งอนุสัญญา หากประเทศไทยจะเป็นภาคีสมาชิกอนุสัญญานี้ มิใช่ว่าสามารถปฏิบัติได้แล้ว ก็ไม่จำต้องตีความอีก การไม่ตีความไว้จะเป็นการผูกมัดประเทศไทยเองในภายหลังหากเกิดเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งขึ้น ตามที่กำหนดไว้ในอนุสัญญา และจะกลายเป็นกรณีกฎหมายปิดปาก (Estoppel) ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศต่อเนื่องไปอีก

(4) **ข้อ 11** ที่กำหนดว่า

Article 11

1. The State Party in the territory under whose jurisdiction a person alleged to have committed an offence of enforced disappearance is found shall, if it does not extradite that person or surrender him or her to another State in accordance with its international obligations or surrender him or her to an international criminal tribunal whose jurisdiction it has recognized, submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution.

2. These authorities shall take their decision in the same manner as in the case of any ordinary offence of a serious nature under the law of that State Party. In the cases referred to in article 9, paragraph 2, the standards of evidence required for prosecution and conviction shall in no way be less stringent than those which apply in the cases referred to in article 9, paragraph 1.

3. Any person against whom proceedings are brought in connection with an offence of enforced disappearance shall be guaranteed fair treatment at all stages of the proceedings. Any person tried for an offence of enforced disappearance shall benefit from a fair trial before a competent, independent and impartial court or tribunal established by law.

ร่างคำแปลอย่างไม่เป็นทางการ โดยกระทรวงการต่างประเทศ ดังนี้

1. รัฐภาคีซึ่งพบตัวบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดอยู่ในอาณาเขตซึ่งอยู่ภายใน เขตอำนาจรัฐของตน ต้องมอบเรื่องให้เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจของตนเพื่อความมุ่งประสงค์ในการฟ้องร้องดำเนินคดี หากรัฐนั้นไม่ยอมส่งบุคคลดังกล่าวเป็นผู้ร้ายข้ามแดนหรือส่งมอบให้กับรัฐอื่นตามพันธกรณีระหว่างประเทศ หรือส่งมอบต่อศาลอาญาระหว่างประเทศที่มีเขตอำนาจเป็นที่ยอมรับของรัฐนั้น

2. เจ้าพนักงานที่มีอำนาจจะต้องทำคำวินิจฉัยของตนในลักษณะเดียวกันกับในกรณีของความผิดธรรมดาที่มีลักษณะร้ายแรงตามกฎหมายของรัฐภาคีนั้น ในกรณีต่างๆ ที่อ้างถึงในข้อ 9 วรรคสอง มาตรฐานทั้งหลายของพยานหลักฐานที่จำเป็น ต้องเข้มงวดไม่น้อยกว่ามาตรฐานทั้งหลายที่ใช้บังคับสำหรับกรณีต่างๆ ที่อ้างถึงในข้อ 9 วรรคหนึ่ง

3. บุคคลใดที่ถูกดำเนินคดีฐานกระทำให้บุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับจะต้องได้รับประกันการปฏิบัติที่เป็นธรรมในทุกขั้นตอนของการดำเนินคดี บุคคลใดที่ถูกดำเนินคดีในความผิดฐานกระทำให้บุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับ จะต้องได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมต่อหน้าศาลที่มีอำนาจอิสระและเป็นกลาง หรือศาลที่จัดตั้งตามกฎหมาย

ห้องสมุดศาลรัฐธรรมนูญ

ข้อพิจารณา

ข้อ 11 วรรคหนึ่ง เห็นควรมีการตีความ (Interpretation) ด้วยเหตุผลดังนี้

(1.) การส่งตัวบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดอยู่ในอาณาเขตให้กับผู้อื่น ตามพันธกรณีระหว่างประเทศ หรือส่งมอบต่อศาลอาญาระหว่างประเทศที่มีเขตอำนาจเป็นที่ยอมรับของรัฐนั้น กรณีเช่นนี้แยกการกระทำของบุคคลได้เป็น 3 กรณี ดังนี้

(1.1) กรณีบุคคลที่ถูกกล่าวหาดังกล่าว ได้กระทำความผิดต่อบุคคลที่หายสาบสูญ โดยถูกบังคับนั้น เป็นบุคคลที่มีสัญชาติเดียวกันกระทำผิดในประเทศที่คู่กรณีมีสัญชาติ นั้น เช่น นาย A และ นาย B สัญชาติอเมริกัน กระทำความผิดฐาน ทำให้ นาย B หายสาบสูญ โดยถูกบังคับ ที่ประเทศสหรัฐอเมริกา กรณีนี้จึงควรต้องดำเนินการตามพันธกรณีที่กำหนดไว้ในอนุสัญญานี้

(1.2) กรณีบุคคลที่ถูกกล่าวหาดังกล่าว ได้กระทำความผิดต่อบุคคลที่หายสาบสูญต่างสัญชาติ หรือ ประเทศที่คู่กรณีมีสัญชาติ เช่น นาย A สัญชาติอเมริกัน กระทำความผิดฐานทำให้ นาย B สัญชาติฝรั่งเศสหายสาบสูญโดยถูกบังคับที่ประเทศสหรัฐอเมริกา หรือ ประเทศฝรั่งเศส หรือ ประเทศอื่นๆ ยกเว้นประเทศไทย กรณีนี้เห็นควรตีความไว้ว่า การใช้ข้อความดังกล่าวจะจำกัด หรือเป็นไปตามตราสารด้านการส่งผู้ร้ายข้ามแดนและตราสารด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิก นอกจากนี้ยังควรตั้งข้อสงวนไว้ให้รองรับกับการตีความ หากคู่กรณีไม่ได้เป็นคนในบังคับของประเทศ ที่เป็นภาคีสมาชิกของอนุสัญญานี้ โดยตั้งข้อสงวนว่ากรณีหากเกิดพฤติการณ์ข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคี โดยไม่สามารถเจรจาตกลงด้วยวิธีการอื่นใด และรัฐคู่กรณีเสนอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพิจารณา ทั้งนี้ภายใต้ข้อ 42 ของอนุสัญญานี้ด้วย

(1.3) กรณีบุคคลที่ถูกกล่าวหาดังกล่าวเป็นบุคคลที่มีสัญชาติไทย ได้กระทำความผิดต่อบุคคลที่หายสาบสูญสัญชาติอื่น หรือกระทำความผิดในประเทศอื่นหรือประเทศไทยแล้ว พำนักหรือหลบหนีมาอยู่ในประเทศไทย เช่น นาย A สัญชาติไทย กระทำความผิดฐานทำให้ นาย B สัญชาติญี่ปุ่น หายสาบสูญ โดยถูกบังคับที่ประเทศไทย หรือกระทำความผิดดังกล่าวที่ประเทศอังกฤษ แล้วหลบหนีมาพำนักที่ประเทศไทย กรณีเช่นนี้ประเทศไทยควรจะแถลงตีความว่า การส่งผู้กระทำความผิดฐานกระทำให้บุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับเป็นผู้ร้ายข้ามแดน หรือส่งมอบให้รัฐอื่นตามพันธกรณีระหว่างประเทศนั้น จะต้องไม่ใช่กรณีที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดในประเทศไทย แต่กรณีที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดในประเทศอื่นแล้วหลบหนีมาประเทศไทย เพราะการที่ประเทศไทยต้องส่งผู้กระทำความผิดในประเทศไทยไปดำเนินคดีที่ประเทศอื่นนั้น เป็นเสมือนหนึ่งอำนาจอธิปไตยของประเทศไทยในส่วนอำนาจตุลาการได้ถูกก้าวล่วงละเมิด และในกรณีที่รัฐภาคี พบบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำผิดภายในเขตอำนาจรัฐของตน และต้องมีการส่งผู้กระทำความผิด เป็นไปตามสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่รัฐบาลไทยได้มีการลงนามเป็นภาคีสมาชิกไว้แล้วเท่านั้น จึงควรคงไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตยในส่วนอำนาจตุลาการของประเทศไทยไว้ มิฉะนั้น จะเป็นกรณีเช่นเดียวกับ กรณีเกิดสิทธิสภาพนอกอาณาเขตตามสนธิสัญญาบาวริ่ง ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ซึ่งกว่าประเทศไทยจะได้อำนาจอธิปไตยในส่วนอำนาจตุลาการของประเทศไทยคืนมา ประเทศไทยต้องประสบกับความสูญเสียมากมาย และยกเลิกสนธิสัญญาดังกล่าวได้ในรัชสมัยพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวอานันทมหิดล การยินยอมให้เกิดกรณีเช่นนี้อีก จะทำให้ประเทศไทยต้องสูญเสียสิทธิสภาพนอกอาณาเขตอีกครั้งหนึ่ง

(2.) นอกจากนี้ ในกรณีนี้ การแถลงตีความควรยืดหยุ่นไว้ว่า การ

ดำเนินการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ต้องเป็นไปตามสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ที่ประเทศไทยได้มีการลงนามเป็นภาคีสมาชิกไว้แล้วเท่านั้น ซึ่งกรณีนี้จะสอดคล้องและเป็นไปตามพันธกรณีในเรื่องการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่ประเทศไทยได้เป็นภาคีสมาชิกแล้ว อนุสัญญาฉบับนี้ จึงควรแถลงตีความไว้เป็นการเฉพาะ และเพื่อมิให้เกิดกรณีขัดแย้งกับพันธกรณีตามสนธิสัญญาการส่งผู้ร้ายข้ามแดน อีกทั้ง หากเป็นกรณีที่เข้าหลักเกณฑ์ของการส่งผู้ร้ายข้ามแดน ก็ควรบังคับใช้ตามกฎหมายส่งผู้ร้ายข้ามแดน ซึ่งครอบคลุมแล้ว จึงควรแถลงตีความอนุสัญญาข้อนี้ว่า

ข้อ 11 วรรคหนึ่ง ที่ว่า รัฐภาคีซึ่งพบบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำผิดภายในเขตอำนาจรัฐของตนต้องมอบเรื่องให้เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจหากรัฐนั้นไม่ยอมส่งบุคคลดังกล่าวเป็นผู้ร้ายข้ามแดนหรือส่งมอบให้รัฐอื่นตามพันธกรณีระหว่างประเทศ ประเทศไทยควรจะแถลงตีความว่า การส่งผู้กระทำความผิดฐานกระทำให้บุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับเป็นผู้ร้ายข้ามแดน หรือส่งมอบให้รัฐอื่นตาม พันธกรณีระหว่างประเทศนั้น จะต้องไม่ใช่กรณีที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดในประเทศไทย แต่เป็นกรณีที่ผู้กระทำความผิดได้กระทำความผิดในประเทศอื่นแล้วหลบหนีมาประเทศไทย เพราะการที่ประเทศไทยต้องส่งผู้กระทำความผิดในประเทศไทยไปดำเนินคดีที่ประเทศอื่นนั้น เป็นเสมือนหนึ่งอำนาจอธิปไตยของประเทศไทยในส่วนอำนาจตุลาการได้ถูกก้าวล่วงละเมิด และในกรณีที่รัฐภาคีพบบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำผิดภายในเขตอำนาจรัฐของตน และต้องมีการส่งผู้กระทำความผิดเป็นผู้ร้ายข้ามแดนนั้น การดำเนินการส่งผู้ร้ายข้ามแดนต้องเป็นไปตามสนธิสัญญาว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่รัฐบาลไทยได้มีการลงนามเป็นภาคีสมาชิกไว้แล้วเท่านั้น

(5) ข้อ 13 ที่กำหนดว่า

Article 13

1. For the purposes of extradition between States Parties, the offence of enforced disappearance shall not be regarded as a political offence or as an offence connected with a political offence or as an offence inspired by political motives. Accordingly, a request for extradition based on such an offence may not be refused on these grounds alone.

2. The offence of enforced disappearance shall be deemed to be included as an extraditable offence in any extradition treaty existing between States Parties before the entry into force of this Convention.

3. States Parties undertake to include the offence of enforced disappearance as an extraditable offence in any extradition treaty subsequently to be concluded between them.

4. If a State Party which makes extradition conditional on the existence of a treaty receives a request for extradition from another State Party with which it has no extradition treaty, it may consider this Convention as the necessary legal basis for extradition in respect of the offence of enforced disappearance.

5. States Parties which do not make extradition conditional on the existence of a treaty shall recognize the offence of enforced disappearance as an extraditable offence between themselves.

6. Extradition shall, in all cases, be subject to the conditions provided for by the law of the requested State Party or by applicable extradition treaties, including, in particular,

conditions relating to the minimum penalty requirement for extradition and the grounds upon which the requested State Party may refuse extradition or make it subject to certain conditions.

7. Nothing in this Convention shall be interpreted as imposing an obligation to extradite if the requested State Party has substantial grounds for believing that the request has been made for the purpose of prosecuting or punishing a person on account of that person's sex, race, religion, nationality, ethnic origin, political opinions or membership of a particular social group, or that compliance with the request would cause harm to that person for any one of these reasons.

ร่างคำแปลอย่างไม่เป็นทางการ โดยกระทรวงการต่างประเทศ ดังนี้

ข้อ 13

1. เพื่อวัตถุประสงค์ของการส่งตัวบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างรัฐภาคี ความผิดในการกระทำให้บุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับไม่ถือเป็นความผิดทางการเมือง หรือเกี่ยวข้องกับความผิดทางการเมือง หรือความผิดที่กระทำเพราะจุดมุ่งหมายทางการเมือง ด้วยเหตุนี้ คำขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนซึ่งตั้งอยู่บนความผิดดังกล่าวไม่สามารถได้รับการปฏิเสธเพราะเหตุผลดังกล่าวเพียงเท่านั้น

2. ความผิดฐานกระทำให้บุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับ จะต้องรวมอยู่ในบรรดาความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ในสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดน ซึ่งมีอยู่ระหว่างรัฐภาคีก่อนที่อนุสัญญานี้จะมีผลใช้บังคับ

3. ให้รัฐภาคีต่างๆ ดำเนินการเพื่อรวมให้ความผิดฐานกระทำให้บุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับ เป็นความผิดที่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ ใน

สนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนซึ่งจะจัดทำระหว่างกันต่อไป

4. หากรัฐภาคีใดซึ่งมีข้อกำหนดให้การส่งผู้ร้ายข้ามแดนขึ้นอยู่กับการมีสนธิสัญญาระหว่างกัน ได้รับคำขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนจากรัฐภาคีอีกรัฐหนึ่งซึ่งตนไม่มีสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนด้วย รัฐภาคีนั้นอาจพิจารณาให้อนุสัญญานี้ เป็นพื้นฐานกฎหมายที่จำเป็นสำหรับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในกรณีความผิดฐานกระทำให้บุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับ

5. รัฐภาคีซึ่งไม่ได้กำหนดให้การส่งผู้ร้ายข้ามแดนขึ้นอยู่กับการมีสนธิสัญญาระหว่างกัน ต้องยอมรับให้ความผิดฐานกระทำให้บุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับเป็นความผิดที่สามารถส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างกันได้

6. ในทุกกรณี การส่งผู้ร้ายข้ามแดนจะต้องขึ้นอยู่กับเงื่อนไขที่บัญญัติตามกฎหมายของรัฐภาคีที่ได้รับการร้องขอ หรือสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่ใช้บังคับ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง รวมถึงเงื่อนไขที่เกี่ยวข้องกับโทษขั้นต่ำสุดที่กำหนดสำหรับการส่งผู้ร้ายข้ามแดน และมูลเหตุที่รัฐภาคีซึ่งได้รับการร้องขออาจปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดน หรือกำหนดเงื่อนไขในการส่งตัว

7. ไม่มีความใดในอนุสัญญานี้ที่จะตีความได้ว่า เป็นการกำหนดพันธกรณีให้ต้องส่งผู้ร้ายข้ามแดน หากรัฐภาคีที่ได้รับการร้องขอมีมูลเหตุเพียงพอที่จะเชื่อได้ว่า คำขอนั้นกระทำโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินคดีหรือลงโทษบุคคลเพราะเหตุผลในเรื่องเพศ เชื้อชาติ ศาสนา ชาติพันธุ์ ความคิดเห็นทางการเมือง หรือการเป็นสมาชิกกลุ่มสังคมบางกลุ่ม หรือการปฏิบัติตามคำขอ จะก่ออันตรายให้แก่บุคคลดังกล่าวเพราะเหตุผลใดที่กล่าวถึงนี้

ข้อพิจารณา

ข้อ 13 เห็นควรมีการตีความ (Interpretation) ดังนี้

รัฐบาลไทยจะไม่ตีความหรือใช้บทบัญญัติใดๆ ที่ปรากฏในอนุสัญญาเป็นพันธกรณีที่เกินกว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และ

กฎหมายภายในได้บัญญัติ และการตีความหรือใช้บทบัญญัติดังกล่าวจะจำกัดหรือเป็นไปตามตราสารด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศอื่น และตราสารว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่ประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิก

(6) ข้อ 16 ที่กำหนดว่า

Article 16

1. No State Party shall expel, return ("refouler"), surrender or extradite a person to another state where there are substantial grounds for believing that he or she would be in danger of being subjected to enforced disappearance.

2. For the purpose of determining whether there are such grounds, the competent authorities shall take into account all relevant considerations, including, where applicable, the existence in the State concerned of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights or of serious violations of international humanitarian law.

ร่างคำแปลอย่างไม่เป็นทางการ โดยกระทรวงการต่างประเทศ ดังนี้

ข้อ 16

1. จะไม่มีรัฐภาคีใดขับไล่ ส่งกลับ ส่งคืนหรือโอนตัวบุคคลไปยังอีกรัฐหนึ่ง หากมีเหตุผลเพียงพอที่จะเชื่อว่า บุคคลผู้นั้นจะอยู่ในอันตรายจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ

2. เพื่อจะจุดประสงค์ในการกำหนดว่ามีเหตุผลดังกล่าวเพียงพอหรือไม่ เจ้าพนักงานผู้รับผิดชอบจะต้องพิจารณาประเด็นที่เกี่ยวข้องทั้งหมด รวมทั้งการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างรุนแรงและสม่ำเสมอ หรือการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างรุนแรง (หากมี)

ข้อพิจารณา

ข้อ 16 เห็นควรมีการตีความ (Interpretation) และการตั้งข้อสงวน (Reservation) ดังนี้

รัฐภาคีจะไม่ขับไล่ ส่งกลับ ส่งคืน หรือโอนตัวบุคคลไปยังอีกรัฐหนึ่ง หากมีเหตุผลเพียงพอที่จะเชื่อว่าบุคคลนั้นจะอยู่ในอันตรายจากการหายสาบสูญ โดยเจ้าพนักงานผู้รับผิดชอบจะต้องพิจารณาประเด็นที่เกี่ยวข้องทั้งหมด รวมทั้งการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างรุนแรงและสม่ำเสมอ หรือการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างรุนแรง (หากมี) นั้น ประเทศไทยควรตั้งข้อสงวนในข้อนี้ เนื่องจากการที่เจ้าพนักงานผู้รับผิดชอบของประเทศจะต้องพิจารณาประเด็นที่เกี่ยวข้องทั้งหมดของเหตุผลที่จะทำให้เชื่อว่า ถ้าบุคคลถูกขับไล่ ส่งกลับ ส่งคืน หรือโอนตัวบุคคล ไปยังรัฐอื่นแล้ว บุคคลนั้นจะอยู่ในอันตรายจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับนั้น เป็นการประเมินสถานการณ์สิทธิมนุษยชนที่มีลักษณะเข้าไปวิพากษ์วิจารณ์ก้าวก่าย และแทรกแซงกิจการภายในของรัฐอื่น และเป็นการเพิ่มภาระในการดูแลบุคคลของรัฐอื่น ซึ่งส่งผลต่อปัญหาการแบกรับภาระค่าใช้จ่ายจำนวนมากในสภาวะที่ประเทศไทยยังไม่พร้อมที่จะไปดูแลให้ความช่วยเหลือบุคคลจากประเทศอื่นได้อย่างประเทศที่มีความมั่งคั่งทางเศรษฐกิจ นอกจากนี้ยังสุ่มเสี่ยงที่จะก่อปัญหาความมั่นคงภายประเทศด้วย

นอกจากนี้ ตามข้อ 2 ที่กำหนดให้ต้องพิจารณาประเด็นที่เกี่ยวข้องทั้งหมดรวมทั้งการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างรุนแรงและสม่ำเสมอ หรือการละเมิดกฎหมายระหว่างประเทศอย่างรุนแรง (ถ้ามี) นั้น แม้ว่ากรณีนี้จะเป็นหลักการด้านสิทธิมนุษยชนที่ปรากฏอยู่ในอนุสัญญา และสนธิสัญญาต่างๆ ซึ่งประเทศส่วนใหญ่ยึดถือและปฏิบัติก็ตาม ด้วยเหตุผลดังกล่าวมาแล้ว จึงเห็นควรตีความเพิ่มเติมตามสนธิสัญญาว่าด้วยการดำเนินการภายใต้ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

กรณีนี้ จึงควรตั้งข้อสงวนอนุสัญญาข้อ 16 นี้ และตีความเพิ่มเติมว่า ประเทศไทยควรตั้งข้อสงวนในข้อนี้ เนื่องจากการที่เจ้าพนักงานผู้รับผิดชอบของประเทศ จะต้องพิจารณาประเด็นที่เกี่ยวข้องทั้งหมดของเหตุผลที่จะทำให้เชื่อว่า ถ้าบุคคลถูกขับไล่ ส่งกลับ ส่งคืน หรือโอนตัวบุคคลไปยังรัฐอื่นแล้ว บุคคลนั้นจะอยู่ในอันตรายจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับนั้น เป็นการประเมินสถานการณ์สิทธิมนุษยชนที่มีลักษณะเข้าไปวิพากษ์วิจารณ์ก้าวก่ายและแทรกแซงกิจการภายในของรัฐอื่น และเป็นการเพิ่มภาระในการดูแลบุคคลของรัฐอื่น ซึ่งส่งผลต่อปัญหาการแบกรับภาระค่าใช้จ่ายจำนวนมาก ในสภาวะที่ประเทศไทยยังไม่พร้อมที่จะไปดูแลให้ความช่วยเหลือบุคคลจากประเทศอื่นได้อย่างประเทศที่มีความมั่งคั่งทางเศรษฐกิจ นอกจากนี้ยังสุ่มเสี่ยงที่จะก่อปัญหาความมั่นคงภายในประเทศด้วย

อนึ่ง กรณีตามข้อ 16 นี้น่าจะอยู่ในเรื่องอนุสัญญาผู้ลี้ภัย ประเทศไทยจึงไม่ควรนำประเด็นนี้มาอยู่ในอนุสัญญาฉบับนี้ ประกอบกับประเทศไทยไม่ได้เป็นภาคีในอนุสัญญาผู้ลี้ภัยด้วย รัฐบาลไทยจะไม่ตีความหรือใช้บทบัญญัติใดๆ ที่ปรากฏในอนุสัญญา เป็นพันธกรณีที่เกินกว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และกฎหมายภายในได้บัญญัติ และการตีความหรือใช้บทบัญญัติดังกล่าว จะจำกัดหรือเป็นไปตามตราสารด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศอื่นๆ และตราสารว่าด้วยการส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่ประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิก

(7) ข้อ 24 ที่กำหนดว่า

Article 24

1. For the purposes of this Convention, “victim” means the disappeared person and any individual who has suffered harm as the direct result of an enforced disappearance.

2. Each victim has the right to know the truth regarding the circumstances of the enforced disappearance, the progress and results of the investigation and the fate of the disappeared person. Each State Party shall take appropriate measures in this regard.

3. Each State Party shall take all appropriate measures to search for, locate and release disappeared persons and, in the event of death, to locate, respect and return their remains.

4. Each State Party shall ensure in its legal system that the victims of enforced disappearance have the right to obtain reparation and prompt, fair and adequate compensation.

5. The right to obtain reparation referred to in paragraph 4 of this article covers material and moral damages and, where appropriate, other forms of reparation such as:

(a) Restitution;

(b) Rehabilitation;

(c) Satisfaction, including restoration of dignity and reputation;

(d) Guarantees of non-repetition.

6. Without prejudice to the obligation to continue the investigation until the fate of the disappeared person has been clarified, each State Party shall take the appropriate steps with regard to the legal situation of disappeared persons whose fate has not been clarified and that of their relatives, in fields such as social welfare, financial matters, family law and property rights.

7. Each Stare Party shall guarantee the right to form and participate freely in organizations and associations concerned

with attempting to establish the circumstances of enforced disappearances and the fate of disappeared persons, and to assist victims of enforced disappearance.

ร่างคำแปลอย่างไม่เป็นทางการ โดยกระทรวงการต่างประเทศ ดังนี้

ข้อ 24

1. เพื่อจุดมุ่งหมายของอนุสัญญานี้ เหยื่อหมายถึงบุคคลที่หายสาบสูญและบุคคลที่ได้รับความทรมานจากภัยอันเป็นผลโดยตรงของการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ

2. เหยื่อแต่ละรายมีสิทธิที่จะรู้ความจริงเกี่ยวกับสภาพแวดล้อมของการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ ความก้าวหน้า และผลจากการสืบสวนและชะตากรรมของบุคคลที่หายสาบสูญ แต่ละรัฐภาคีจะต้องดำเนินมาตรการในเรื่องนี้

3. รัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้องดำเนินมาตรการที่เหมาะสมในการค้นหาจัดหาที่พัก และปล่อยตัวบุคคลที่หายสาบสูญ และในกรณีที่มีการเสียชีวิต ให้ดำเนินมาตรการในการจัดหาที่เก็บ แสดงความเคารพ และคืนซากศพของผู้เสียชีวิต

4. แต่ละรัฐภาคีจะต้องรับรองในระบบกฎหมายของตนว่า เหยื่อจากการหายสาบสูญโดย ถูกบังคับ มีสิทธิที่จะได้รับการชดใช้ค่าเสียหายและค่าสินไหมทดแทนอย่างยุติธรรม เพียงพอและโดยพลัน

5. สิทธิที่จะได้รับการชดใช้ค่าเสียหาย ตามวรรคสี่ของข้อนี้ครอบคลุมความเสียหายที่เป็นทั้งรูปธรรมและนามธรรมและหากเหมาะสม การชดใช้ค่าเสียหายในรูปแบบอื่น อาทิ

(ก) การทำให้กลับคืนสภาพเดิม

(ข) การฟื้นฟู

(ค) การทำให้พอใจ รวมถึงการคืนศักดิ์ศรีและชื่อเสียง

(ง) การประกันว่าจะไม่ให้เกิดขึ้นอีก

6. รัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้องดำเนินขั้นตอนที่เหมาะสมเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของบุคคลที่หายสาบสูญ ซึ่งชะตากรรมยังไม่เป็นประจักษ์ และสถานะของญาติของบุคคลดังกล่าวในด้านต่างๆ เช่น สวัสดิการสังคม การเงิน กฎหมาย ครอบครัว และสิทธิในทรัพย์สิน ทั้งนี้ โดยไม่กระทบต่อพันธกรณีในอันที่จะดำเนินการการสืบสวนต่อไปจนกว่าจะทราบชะตากรรมของบุคคลที่หายสาบสูญโดยแน่ชัด

7. รัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้องประกันสิทธิที่จะจัดตั้งและมีส่วนร่วมอย่างเสรีในองค์กรหรือสมาคมที่พยายามจะสืบหาสภาพแวดล้อมและชะตากรรมของบุคคลสาบสูญและเพื่อช่วยเหลือเหยื่อจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ

ข้อพิจารณา

ข้อ 24 วรรคสี่ เห็นควรมีการตีความ (Interpretation) ดังนี้

แต่ละรัฐภาคีจะต้องรับรองในระบบกฎหมายของตนว่า เหยื่อจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับมีสิทธิที่จะได้รับการชดใช้ค่าเสียหายและค่าสินไหมทดแทนอย่างยุติธรรม เพียงพอและ “โดยพลัน” (reparation and prompt, fair and adequate compensation) ประเทศไทยควรจะแถลงตีความว่า ประเทศไทยมีพระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหาย และค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ.2544 ซึ่งให้ผู้เสียหายจากการกระทำความผิดอาญาของผู้อื่น โดยตนมิได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดนั้น สามารถยื่นคำขอรับค่าตอบแทน คือ เงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใดที่ผู้เสียหายมีสิทธิได้รับ เพื่อตอบแทนความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดอาญาของผู้อื่น ต่อคณะกรรมการพิจารณาค่าตอบแทนผู้เสียหายและค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา

ภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่ผู้เสียหายได้รู้ถึงการกระทำความผิด และในกรณีที่ผู้เสียหายไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการสามารถอุทธรณ์ต่อศาลอุทธรณ์ได้ จึงถือว่าประเทศไทยมีบทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิของเหยื่อจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับให้ได้รับการพิจารณาชดใช้ค่าเสียหายและค่าสินไหมทดแทนอย่างยุติธรรม เพียงพอและทันท่วงทีแล้ว

ในเวทีโลก ทุกประเทศมีความเป็นอธิปไตยของรัฐเท่าเทียมกัน การเข้าผูกพันเป็นภาคีสมาชิก จึงขึ้นอยู่กับการตัดสินใจของแต่ละประเทศเอง การตีความ การตั้งข้อสงวน การคัดค้าน ก็เป็นอำนาจของแต่ละประเทศ การเกรงการ sanction หรือ การ boycotte ทางการค้า จากองค์การสหประชาชาติหรือภาคีสมาชิกก็ขึ้นอยู่กับสถานการณ์ หากภายหลังจะเพิกถอนหรือยกเลิกเปลี่ยนแปลงแก้ไขก็ทำได้ ดังนั้น การผูกพันตามพันธกรณีของตราสารระหว่างประเทศของประเทศภาคีสมาชิก จึงขึ้นอยู่กับความพร้อม มิใช่คำนึงถึงเฉพาะการเสียภาพลักษณ์ของประเทศ มิฉะนั้นแล้ว ประเทศไทยจะต้องเผชิญกับการเรียกร้องค่าเสียหายและค่าสินไหมทดแทนที่ไม่มีขีดจำกัดจากการนำไปเปรียบเทียบการเรียกค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนจากประเทศที่มีความมั่งคั่งทางเศรษฐกิจ ซึ่งกรณีเช่นนี้ควรต้องมีการตีความให้ปรากฏความชัดเจน หากอ้างการเสียภาพลักษณ์เช่นนั้นแล้ว จะเห็นได้ว่าเมื่อเร็วๆ นี้ ตราสารระหว่างประเทศเกี่ยวกับภาวะโลกร้อนก็มีเพียงประเทศสหรัฐอเมริกาประเทศเดียวที่ไม่ยอมรับตราสารระหว่างประเทศดังกล่าว ก็ไม่ได้เกรงว่าจะทำให้เสียภาพลักษณ์ของประเทศแต่อย่างใด เมื่อเทียบกับพันธกรณีของรัฐที่จะต้องผูกพันตามพันธกรณีด้วย

(8) ข้อ 25 ที่กำหนดว่า

Article 25

1. Each State Party shall take the necessary measures to prevent and punish under its criminal law:

(a) The wrongful removal of children who are subjected to enforced disappearance, children whose father, mother or legal guardian is subjected to enforced disappearance or children born during the captivity of a mother subjected to enforced disappearance;

(b) The falsification, concealment or destruction of documents attesting to the true identity of the children referred to in subparagraph (a) above.

2. Each State Party shall take the necessary measures to search for and identify the children referred to in paragraph 1 (a) of this article and to return them to their families of origin, in accordance with legal procedures and applicable international agreements.

3. States Parties shall assist one another in searching for, identifying and locating the children referred to in paragraph 1 (a) of this article.

4. Given the need to protect the best interests of the children referred to in paragraph 1 (a) of this article and their right to preserve, or to have re-established, their identity, including their nationality, name and family relations as recognized by law, States Parties which recognize a system of adoption or other form of placement of children shall have legal procedures in place to review the adoption or placement procedure, and, where appropriate, to annul any adoption or placement of children that originated in an enforced disappearance.

5. In all cases, and in particular in all matters relating to this article, the best interests of the child shall be a primary consideration, and a child who is capable of forming his or her

own views shall have the right to express those views freely, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child.

ร่างคำแปล อย่างไม่เป็นทางการของกระทรวงการต่างประเทศ

1. รัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้องดำเนินมาตรการที่จำเป็นในการป้องกันและลงโทษภายใต้กฎหมายอาญาของตน

(ก) การขนย้ายเด็กผู้ซึ่งถูกใช้กำลังบังคับให้หายสาบสูญ เด็กผู้ซึ่งบิดามารดาหรือผู้ปกครองตามกฎหมายถูกใช้กำลังบังคับให้หายสาบสูญ หรือเด็กที่เกิดระหว่างการถูกคุมขังของมารดา ที่ถูกใช้กำลังบังคับให้หายสาบสูญ

(ข) การบิดเบือน ปิดบังหรือทำลายเอกสารพิสูจน์ลักษณะบ่งชี้ที่แท้จริงของเด็กที่ได้ระบุไว้ในอนุวรรค (ก) ข้างต้น

2. รัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้องดำเนินมาตรการที่จำเป็นเพื่อที่จะเสาะหาและบ่งชี้เด็กที่ได้ระบุได้ตามวรรค 1 (ก) ของข้อนี้และส่งเด็กคืนสู่ครอบครัว โดยสอดคล้องกับกระบวนการกฎหมายและความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง

3. รัฐภาคีจะต้องช่วยเหลือซึ่งกันและกันในการเสาะหา บ่งชี้และจัดหาที่อยู่แก่เด็กที่ระบุไว้วรรค 1 (ก) ของข้อนี้

4. เนื่องด้วยความจำเป็นที่จะต้องปกป้องผลประโยชน์สูงสุดของเด็กที่ได้ระบุไว้ตามวรรค 1 (ก) ของข้อนี้และสิทธิที่จะรักษา หรือมีลักษณะบ่งชี้ได้อีก อันหมายรวมถึงสัญชาติ ชื่อ ความสัมพันธ์กับครอบครัวตามที่กฎหมายรับรอง รัฐภาคีที่ยอมรับระบบการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมหรือการอุปการะเด็กในรูปแบบอื่นๆ จะต้องมีขั้นตอนทางกฎหมายที่ทบทวนการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมหรือการอุปการะได้ และหากเป็นการเหมาะสมให้ยกเลิกการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมหรือการอุปการะเด็กซึ่งมีที่มาจากการ

ใช้กำลังบังคับเพื่อให้หายสาบสูญ

5. ในกรณีทั้งหมด และโดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นทุกเรื่องที่เกี่ยวข้องกับข้อนี้ ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กจะเป็นข้อพิจารณาที่สำคัญที่สุด และเด็กผู้ซึ่งสามารถมีความคิดเห็นเป็นของตนเองได้แล้ว จะมีสิทธิที่จะแสดงความคิดเห็นเหล่านั้นโดยเสรี ทั้งนี้ ความเห็นดังกล่าวของเด็กจะได้รับการพิจารณาตามสมควรแก่อายุ และวุฒิภาวะของเด็กนั้น

ข้อพิจารณา

ข้อ 25 มีความเห็นและเพิ่มเติมข้อสงวน (Reservation) ดังนี้

(1.) ข้อ 25 นั้น เป็นเรื่องของการดำเนินมาตรการที่จำเป็นในการป้องกันและลงโทษเกี่ยวกับการขนย้ายเด็ก การบิดเบือน ปิดบัง หรือ ทำลายเอกสารพิสูจน์ลักษณะบ่งชี้ที่แท้จริงของเด็ก ส่งเด็กคืนสู่ครอบครัว ภายใต้กฎหมายอาญาของกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ รวมทั้งต้องจัดหาที่อยู่แก่เด็ก โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเด็นในเรื่องการดำเนินมาตรการที่จำเป็นในการป้องกันและลงโทษภายใต้กฎหมายภายในของประเทศภาคีสมาชิกเกี่ยวกับการขนย้ายเด็ก ซึ่งรวมถึงเรื่องของการให้สัญชาติ อีกทั้งการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม การอุปการะเด็กในรูปแบบอื่นๆ จะต้องมีขั้นตอนทางกฎหมายที่ทบทวนการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมหรือการอุปการะ และให้ยกเลิกการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม หรือการอุปการะเด็ก ซึ่งมีที่มาจากการใช้กำลังบังคับเพื่อให้หายสาบสูญ และประเด็นทุกประเด็นเกี่ยวกับเรื่องของเด็กตามข้อ 25 นี้ ผลประโยชน์สูงสุดจะเป็นข้อพิจารณาที่สำคัญที่สุด ข้อ 25 นี้ ไม่ใช่การไม่เน้นเรื่องสัญชาติ แล้วเน้นเรื่องการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม แต่เป็นประเด็นทุกเรื่องที่เกี่ยวข้องกับเด็ก ตั้งแต่การดำเนินมาตรการการส่งเด็กคืนสู่ครอบครัว การจัดหาที่อยู่แก่เด็ก สัญชาติ การรับเด็กเป็นการบุญธรรม การอุปการะเด็กในรูปแบบอื่นๆ การยกเลิกการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม หรือการยกเลิกการอุปการะเด็ก

(2.) โดยเฉพาะ ข้อ 25 นี้ เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับประเทศไทย คือเรื่องสัญชาติ เพราะเรื่องสัญชาติมีหลักกฎหมายสัญชาติที่ถือเป็นอำนาจของแต่ละประเทศในการให้สัญชาติ ตามที่กล่าว ในหลักการให้สัญชาติดังกล่าวแล้ว จึงเป็นเรื่องสำคัญอย่างยิ่งที่จะต้องสงวนอำนาจของประเทศในประเด็นนี้ ที่มีหลักเกณฑ์ขั้นตอน วิธีการ ในการให้สัญชาติของประเทศไทย ซึ่งแต่ละประเทศต่างก็มีหลักเกณฑ์ ขั้นตอน วิธีการ ในการให้สัญชาติเช่นเดียวกัน ทั้งนี้ในเรื่องการให้สัญชาติ นอกจากจะเป็นไปตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศแล้ว ยังมีอนุสัญญาว่าด้วยปัญหาบางประการเกี่ยวกับการขัดกันของกฎหมายสัญชาติ ค.ศ.1930 (Convention on Certain Questions Relation to the Conflict of Nationality Laws 1930) ซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศกำหนดไว้

ประเด็นนี้ นอกจากจะต้องมีการตั้งข้อสงวนดังกล่าวแล้ว โดยที่ประเทศไทยได้ตั้งข้อสงวนไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Chid 1969) เมื่อเข้าเป็นภาคีไว้ 3 ข้อ ดังนี้

ข้อ 7 เรื่องการจดทะเบียนเกิด และการให้สัญชาติเด็กผู้ลี้ภัย หรือผู้อพยพที่เกิดในประเทศไทย

ข้อ 22 เรื่องสถานะของเด็กผู้ลี้ภัย

ข้อ 29 (ค) เรื่องสิทธิทางการศึกษาของชนกลุ่มต่างๆ ที่จะสามารถดำรงรักษาเอกลักษณ์ทางวัฒนธรรม ภาษา และค่านิยมของเด็กตนเองได้

(3.) ประเทศไทยได้ตั้งข้อสงวนไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยการกำจัดการเลือกปฏิบัติต่อเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ค.ศ. 1965 โดยประเทศไทยได้เข้าเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยการกำจัดการเลือกปฏิบัติต่อเชื้อชาติในทุกรูปแบบ โดยการภาคยานุวัติเมื่อวันที่ 28 มกราคม พ.ศ. 2546 และมีผลใช้บังคับกับประเทศไทยตั้งแต่วันที่ 27 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2546 โดยในการเข้าเป็นภาคี

ได้ทำคำแถลงตีความทั่วไปว่า รัฐบาลไทยจะไม่ตีความหรือใช้บทบัญญัติใดๆ ที่ปรากฏในอนุสัญญาเป็นพันธกรณีที่เกินกว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและกฎหมายภายในได้บัญญัติ และการตีความหรือใช้บทบัญญัติดังกล่าวจะจำกัดหรือเป็นไปตามตราสารด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศอื่นที่ประเทศไทยเป็นภาคี นอกจากนี้ ยังได้ตั้งข้อสงวนเป็นการเฉพาะไว้อีก 2 ข้อ ดังนี้

ข้อ 4 รัฐบาลไทยตีความว่า ข้อบทดังกล่าวที่ให้รัฐภาคีดำเนินมาตรการเชิงบวกในการกำจัดการกระตุ้นหรือการเลือกปฏิบัติตามที่ระบุในมาตรา 4 (a) (b) แห่งชาติ (c) ก็ต่อเมื่อพิจารณา เห็นว่ามีความจำเป็นที่จะต้องออกเป็นกฎหมายเท่านั้น

ข้อ 22 กรณีเกิดข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีโดยไม่สามารถเจรจาตกลงด้วยวิธีการอื่นใด และรัฐคู่กรณีเสนอให้ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศพิจารณา

ข้อ 25 วรรคสี่ เห็นควรมีการตั้งข้อสงวนไว้ ดังนี้

ในเรื่องการปกป้องผลประโยชน์สูงสุดของเด็กซึ่งหมายรวมถึงเรื่องการได้สัญชาติของเด็กด้วย ประเทศไทยควรตั้งข้อสงวนในเรื่องการพิจารณาให้สัญชาติแก่เด็ก ผู้ซึ่งถูกใช้กำลังบังคับให้หายสาบสูญ หรือเด็กผู้ซึ่งบิดาหรือผู้ปกครองตามกฎหมายถูกใช้กำลังบังคับให้หายสาบสูญ หรือเด็กที่เกิดระหว่างการถูกคุมขังของมารดาที่ถูกใช้กำลังบังคับให้หายสาบสูญนั้น เนื่องจากประเทศไทยมีพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ.2508 ซึ่งใช้บังคับกับการได้สัญชาติของบุคคลอยู่แล้ว การพิจารณาให้สัญชาติจึงเป็นอำนาจและการบริหารกิจการภายในของรัฐ

ข้อ 25 นี้ เนื่องจากเป็นประเด็นทุกเรื่องที่เกี่ยวกับเด็ก ซึ่งมีที่มาจากการใช้กำลังบังคับเพื่อให้หายสาบสูญ จึงเห็นควรดำเนินการดังนี้

1. ตั้งข้อสงวนในเรื่องของสัญชาติดังกล่าวมาแล้ว ว่าข้อ 25 วรรคสี่ ในเรื่องการปกป้องผลประโยชน์สูงสุดของเด็กซึ่งหมายรวมถึง เรื่องการได้สัญชาติของเด็กด้วย ประเทศไทยควรตั้งข้อสงวนในเรื่องการพิจารณาให้สัญชาติแก่เด็ก ผู้ซึ่งถูกใช้กำลังบังคับให้หายสาบสูญ หรือเด็กผู้ซึ่งบิดาหรือผู้ปกครองตามกฎหมายถูกใช้กำลังบังคับให้หายสาบสูญ หรือเด็กที่เกิดระหว่างการถูกคุมขังของมารดาที่ถูกใช้กำลังบังคับให้หายสาบสูญนั้น เนื่องจากประเทศไทยมีพระราชบัญญัติสัญชาติ พ.ศ.2508 ซึ่งใช้บังคับกับการได้สัญชาติของบุคคลอยู่แล้ว การพิจารณาให้สัญชาติจึงเป็นอำนาจและการบริหารกิจการภายในของรัฐ

2. ตีความและตั้งข้อสงวนเพิ่มเติมว่า รัฐบาลไทยจะไม่ตีความหรือใช้บทบัญญัติใดๆ ที่ปรากฏในอนุสัญญาเป็นพันธกรณีเกินกว่าที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และกฎหมายภายในได้บัญญัติ และการตีความหรือใช้บทบัญญัติดังกล่าวจะจำกัด หรือเป็นไปตามตราสารด้านสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศอื่น ตลอดจนอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ.1965 และอนุสัญญาว่าด้วยการกำจัดการเลือกปฏิบัติต่อเชื้อชาติในทุกรูปแบบ ค.ศ.1965 ที่ประเทศไทยเป็นภาคีสมาชิก

(9) สำหรับข้ออื่นๆ ของอนุสัญญา

ข้ออื่นๆ ของอนุสัญญานี้ เป็นไปตามหลักการทั่วไป ตามประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง ซึ่งไม่กระทบต่อเสถียรภาพ และอำนาจอธิปไตยของประเทศ จึงไม่ต้องตีความอีก ต่างจากข้ออื่นๆ ที่กระทบต่ออธิปไตยของประเทศ จึงจำเป็นต้องมีการตีความและการตั้งข้อสงวน

การเพิ่มเติมองค์ประกอบ

นอกจากการตีความ การตั้งข้อสงวนแล้ว เพื่อให้การแก้ไขปัญหาการกระทำความผิดต่อบุคคล ที่หายสาบสูญ มีผลทางปฏิบัติอย่างแท้จริง เห็นควรเพิ่มเติมองค์ประกอบของการกระทำความผิดให้ชัดเจน ดังนี้

การกระทำความผิดต่อบุคคลที่หายสาบสูญ หมายถึง การกระทำความผิดทางอาญาที่มีพฤติการณ์ไม่ว่าจะเป็นพฤติการณ์โดยตรงหรือพฤติการณ์แวดล้อม แสดงถึงการกระทำต่อบุคคลที่หายสาบสูญจากการกระทำของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และบุคคลดังกล่าวหายสาบสูญจากภูมิลำเนาหรือถิ่นที่อยู่ หรือไม่ทราบเป็นตายร้ายดีเกินกว่าหนึ่งปี

การศึกษาแนวทางในการผลักดันให้ประเทศไทยให้สัตยาบันอนุสัญญาฉบับนี้

คณะอนุกรรมการด้านกฎหมาย กระบวนการยุติธรรมและการสูญหายของบุคคลในคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ร่วมกับสหพันธ์ต่อต้านการบังคับให้สูญหายแห่งเอเชีย (Asian Federation against Involuntary Disappearances - AFAD) และคณะทำงานยุติธรรมเพื่อสันติภาพได้จัดสัมมนาเพื่อเผยแพร่ความรู้เกี่ยวกับเนื้อหาและสาระสำคัญของอนุสัญญาฉบับดังกล่าว และเพื่อศึกษาสถานการณ์ปัญหาบุคคลถูกบังคับให้สูญหายในประเทศไทย โดยการแลกเปลี่ยนประสบการณ์กับตัวแทนของประเทศอื่น รวมถึงการศึกษาแนวทางในการผลักดันให้ประเทศไทยให้สัตยาบันอนุสัญญาฉบับดังกล่าว ซึ่งผู้เขียนได้นำทฤษฎี หลักการ แนวคิด ตลอดจนการตีความการตั้งข้อสงวนทั้งหมด ตามที่เสนอนี้ประกอบการพิจารณาลงนามในอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ (International Convention on the Protection of Persons from

Enforced Disappearance) แล้ว เพื่อให้คำนึงถึงความพร้อมของประเทศไทยในการลงนามอนุสัญญาระหว่างประเทศ ว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ (International Convention on the Protection of Persons from Enforced Disappearance)

ภาคผนวก

Draft Unofficial Translation
International Convention on the Protection of Persons from Enforced Disappearances
ร่างคำแปลอย่างไม่เป็นทางการ
อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคน จากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ[4]

[4] แปลโดยกระทรวงการต่างประเทศ

Draft Unofficial Translation
International Convention on the Protection of Persons from Enforced Disappearances
ร่างคำแปลอย่างไม่เป็นทางการ
อนุสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลทุกคนจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ

Preamble

The States Parties to this Convention,

Considering the obligation of States under the Charter of the United Nations to promote universal respect for, and observance of, human rights and fundamental freedoms,

Having regard to the Universal Declaration of Human Rights,

Recalling the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights and the other relevant international instruments in the fields of human rights, humanitarian law and international criminal law,

Also recalling the Declaration on the Protection of All Persons from Enforced Disappearance adopted by the General Assembly of the United Nations in its resolution 47/133 of 18 December 1992 ,

Aware of the extreme seriousness of enforced disappearance, which constitutes a crime and, in certain circumstances defined in international law, a crime against humanity,

Determined to prevent enforced disappearances and to combat impunity for the crime of enforced disappearance,

Considering the right of any person not to be subjected to enforced disappearance, the right of victims to justice and to reparation,

Affirming the right of any victim to know the truth about the circumstances of an enforced disappearance and the fate of the disappeared person, and the right to freedom to seek, receive and impart information to this end,

Have agreed on the following articles:

อารัมภบท

รัฐภาคีแห่งอนุสัญญานี้

พิจารณาถึงพันธกรณีของรัฐภายใต้กฎบัตรสหประชาชาติ ในที่จะส่งเสริมการเคารพและการยอมรับโดยสากลต่อสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน

คำนึงถึงปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน

รำลึกถึงกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรม กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง และตราสารระหว่างประเทศด้านกฎหมายสิทธิมนุษยชน กฎหมายมนุษยธรรมและกฎหมายอาญาระหว่างประเทศอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง

รำลึกเช่นกันถึงปฏิญญาว่าด้วยการคุ้มครองบุคคลจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ ซึ่งได้รับการรับรองจากที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติ ตามข้อมติสมัชชาฯ ที่ 47/133 เมื่อวันที่ 18 ธันวาคม 2535

ตระหนักถึงความร้ายแรงอย่างยิ่งของการกระทำให้บุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับ ซึ่งถือเป็นอาชญากรรม และในบางสถานการณ์ตามที่นิยามภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ ถือเป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ

โดยมุ่งมั่นที่จะป้องกันบุคคลจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับและต่อสู้กับการไม่นำตัวผู้กระทำผิดดังกล่าวมาลงโทษ

โดยพิจารณาถึงสิทธิของบุคคลทุกคนที่จะไม่ถูกกระทำให้หายสาบสูญโดยถูกบังคับ และสิทธิของเหยื่อที่จะได้รับความยุติธรรมและการชดใช้ค่าเสียหาย

ยืนยันถึงสิทธิของเหยื่อทุกคนที่จะทราบข้อเท็จจริงเกี่ยวกับพฤติการณ์แวดล้อม

การหายสาบสูญโดยถูกบังคับ และชะตากรรมของบุคคลที่หายสาบสูญ ตลอดจนสิทธิที่จะมีเสรีภาพในการแสวงหา ได้รับและให้ข้อมูลเพื่อการนี้

ได้ตกลงกันในข้อต่อไปนี้

Part I
บทที่ 1

Article 1
ข้อ 1

1. No one shall be subjected to enforced disappearance.
1. บุคคลจะถูกกระทำให้หายสาบสูญโดยถูกบังคับไม่ได้
2. No exceptional circumstances whatsoever, whether a state of war or a threat of war, internal political instability or any other public emergency, may be invoked as a justification for enforced disappearance.
2. ไม่มีพฤติการณ์พิเศษใด ไม่ว่าจะเป็นสภาวะสงคราม หรือสภาพคุกคามที่จะเกิดจากสงคราม การขาดเสถียรภาพทางการเมืองภายในประเทศ หรือสภาวะฉุกเฉินสาธารณะอื่นใดที่ยกขึ้นมาเป็นข้ออ้างที่มีเหตุผลสำหรับการกระทำให้บุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับได้

Article 2

For the purposes of this Convention, "enforced disappearance" is considered to be the arrest, detention, abduction or any other form of deprivation of liberty by agents of the State or by persons or groups of persons acting with the authorization, support or acquiescence of the State, followed by a refusal to acknowledge the deprivation of liberty or by concealment of the fate or whereabouts of the disappeared person, which place such a person outside the protection of the law.

ข้อ 2

เพื่อความมุ่งประสงค์ของอนุสัญญานี้ คำว่า "การหายสาบสูญโดยถูกบังคับ" หมายถึง การจับกุม กักขัง ลักพาตัว หรือการกระทำในรูปแบบใดๆ ก็ตาม ที่เป็นการริดรอนเสรีภาพโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือบุคคลหรือกลุ่มบุคคลซึ่งดำเนินการโดยได้รับการอนุญาต การสนับสนุนหรือการยอมรับโดยปริยายของรัฐ ตามมาด้วยการปฏิเสธที่จะยอมรับว่าได้มีการลิดรอนเสรีภาพ หรือการปกปิดชะตากรรมหรือที่อยู่ของบุคคลที่หายสาบสูญ ซึ่งส่งผลให้บุคคลดังกล่าวตกอยู่ภายนอกการคุ้มครองของกฎหมาย

Article 3

Each State Party shall take appropriate measures to investigate acts defined in article 2 committed by persons or groups of persons acting without the authorization, support or acquiescence of the State and to bring those responsible to justice.

ข้อ 3

รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องดำเนินมาตรการที่เหมาะสมเพื่อสอบสวนการกระทำที่นิยามไว้ในข้อ 2 ซึ่งดำเนินการโดยบุคคลหรือกลุ่มบุคคลโดยไม่ได้รับอนุญาต การสนับสนุนหรือการยอมรับโดยปริยายจากรัฐ และนำตัวผู้ที่ต้องรับผิดชอบมาดำเนินคดี

Article 4

Each State Party shall take the necessary measures to ensure that enforced disappearance constitutes an offence under its criminal law.

ข้อ 4
รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องดำเนินมาตรการที่จำเป็นเพื่อประกันว่าการหายสาบสูญโดยถูกบังคับเป็นฐานความผิดภายใต้กฎหมายอาญาของตน

Article 5
The widespread or systematic practice of enforced disappearance constitutes a crime against humanity as defined in applicable international law and shall attract the consequences provided for under such applicable international law.

ข้อ 5
การกระทำให้บุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับซึ่งดำเนินการอย่างกว้างขวางหรือเป็นระบบถือเป็นอาชญากรรมต่อมนุษยชาติ ตามที่นิยามภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับ และจะต้องนำมาซึ่งผลลัพธ์ตามที่กำหนดภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศที่ใช้บังคับดังกล่าว

Article 6
ข้อ 6

1. Each State Party shall take the necessary measures to hold criminally responsible at least:
1. รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องดำเนินมาตรการที่จำเป็นเพื่ออย่างน้อยที่สุดให้บุคคลต่อไปนี้มีความผิดทางอาญา

(*a*) Any person who commits, orders, solicits or induces the commission of, attempts to commit, is an accomplice to or participates in an enforced disappearance;
(ก) บุคคลใดก็ตามที่กระทำ สั่งการ ชักจูง หรือโน้มน้าวให้กระทำการพยายามที่จะกระทำการดังกล่าว เป็นผู้สมรู้ร่วมคิดหรือมีส่วนร่วมในการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ

(*b*) A superior who:
(ข). ผู้บังคับบัญชาซึ่ง

(i) Knew, or consciously disregarded information which clearly indicated, that subordinates under his or her effective authority and control were committing or about to commit a crime of enforced disappearance;
(i) ทราบหรือเจตนาละเลยข้อมูลซึ่งระบุอย่างชัดเจนว่า ผู้ใต้บังคับบัญชาภายใต้อำนาจและการควบคุมที่มีผลของตน ได้กระทำหรือจะกระทำความผิดฐานกระทำให้บุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับ

(ii) Exercised effective responsibility for and control over activities which were concerned with the crime of enforced disappearance; and
(ii) มีอำนาจความรับผิดชอบและการควบคุมอย่างมีผลเหนือกิจกรรมซึ่งเกี่ยวข้องกับความผิดฐานกระทำให้บุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับ

(iii) Failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress the commission of an enforced disappearance or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution;
(iii) ไม่ได้ดำเนินมาตรการต่างๆ ทั้งหมดที่จำเป็นและเหมาะสมภายใต้อำนาจของตนเพื่อป้องกันหรือระงับการกระทำให้บุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับหรือเสนอเรื่องต่อเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจเพื่อดำเนินการสอบสวนและดำเนินคดี

(*c*) Subparagraph (*b*) above is without prejudice to the higher standards of responsibility applicable under relevant international law to a military commander or to a person effectively acting as a military commander.

(ค).วรรค ข.ข้างต้นไม่มีผลกระทบต่อมาตรฐานความรับผิดชอบที่สูงกว่าซึ่งใช้บังคับต่อผู้บังคับบัญชาทางทหารหรือบุคคลซึ่งปฏิบัติหน้าที่เสมือนเป็นผู้บังคับบัญชาทางทหาร ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง

2. No order or instruction from any public authority, civilian, military or other, may be invoked to justify an offence of enforced disappearance.
2. คำสั่งหรือการสั่งการจากผู้มีอำนาจสาธารณะ พลเรือนหรือทางทหารหรืออื่นๆ ไม่สามารถยกขึ้นเป็นข้ออ้างที่มีเหตุผลสำหรับความผิดฐานกระทำให้บุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับได้

Article 7
ข้อ 7

1. Each State Party shall make the offence of enforced disappearance punishable by appropriate penalties which take into account its extreme seriousness.
1. รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องกำหนดให้การกระทำให้บุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับเป็นความผิดที่ลงโทษได้โดยมีบทลงโทษที่เหมาะสม และโดยคำนึงถึงความร้ายแรงอย่างยิ่งของความผิดดังกล่าว

2. Each State Party may establish:
2. รัฐภาคีแต่ละรัฐอาจกำหนด
(*a*) Mitigating circumstances, in particular for persons who, having been implicated in the commission of an enforced disappearance, effectively contribute to bringing the disappeared person forward alive or make it possible to clarify cases of enforced disappearance or to identify the perpetrators of an enforced disappearance;
(ก) เหตุบรรเทาโทษ โดยเฉพาะสำหรับบุคคลซึ่งถูกกล่าวหาว่าเกี่ยวข้องกับการกระทำให้บุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับ แต่ได้มีส่วนช่วยให้ค้นพบบุคคลที่หายสาบสูญโดยยังมีชีวิตอยู่ หรือทำให้สามารถคลี่คลายคดีการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ หรือชี้ตัวผู้กระทำผิด

(*b*) Without prejudice to other criminal procedures, aggravating circumstances, in particular in the event of the death of the disappeared person or the commission of an enforced disappearance in respect of pregnant women, minors, persons with disabilities or other particularly vulnerable persons.

(ข) เหตุที่ทำให้หนักโทษหนักขึ้น โดยเฉพาะในกรณีที่บุคคลที่หายสาบสูญเสียชีวิต หรือการกระทำให้สตรีมีครรภ์ ผู้เยาว์ ผู้พิการ หรือบุคคลที่อ่อนแอเป็นพิเศษอื่นๆ หายสาบสูญโดยถูกบังคับ ทั้งนี้ ไม่มีผลกระทบต่อวิธีพิจารณาความทางอาญาอื่นๆ

Article 8
ข้อ 8

Without prejudice to article 5,
โดยไม่กระทบต่อข้อ 5

1. A State Party which applies a statute of limitations in respect of enforced disappearance shall take the necessary measures to ensure that the term of limitation for criminal proceedings:
1.รัฐภาคีซึ่งใช้อายุความต่อคดีการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ ต้องดำเนินมาตรการที่จำเป็นต่างๆ เพื่อประกันว่าอายุความในการพิจารณาความอาญา

(*a*) Is of long duration and is proportionate to the extreme seriousness of this offence;
(ก) มีกำหนดที่ยาวและเหมาะสมกับความร้ายแรงของความผิด

(*b*) Commences from the moment when the offence of enforced disappearance ceases, taking into account its continuous nature.
(ข) เริ่มนับตั้งแต่การกระทำความผิดฐานกระทำให้บุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับยุติลง โดยคำนึงถึงลักษณะที่ต่อเนื่องของความผิดดังกล่าว

2. Each State Party shall guarantee the right of victims of enforced disappearance to an effective remedy during the term of limitation.
2. รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องประกันสิทธิของเหยื่อจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับที่จะได้รับการเยียวยาที่มีประสิทธิผลในระหว่างช่วงอายุความ

Article 9
ข้อ 9

1. Each State Party shall take the necessary measures to establish its competence to exercise jurisdiction over the offence of enforced disappearance:
1. รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องดำเนินมาตรการต่างๆ ที่จำเป็นเพื่อให้ตนมีเขตอำนาจศาลเหนือความผิดฐานกระทำให้บุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับ

(*a*) When the offence is committed in any territory under its jurisdiction or on board a ship or aircraft registered in that State;
(ก) เมื่อความผิดกระทำในอาณาเขตใดภายใต้เขตอำนาจศาลของรัฐดังกล่าว หรือบนเรือหรืออากาศยานที่จดทะเบียนในรัฐนั้น

(*b*) When the alleged offender is one of its nationals;
(ข) เมื่อผู้ที่ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดเป็นคนชาติของรัฐนั้น
(*c*) When the disappeared person is one of its nationals and the State Party considers it appropriate.
(ค) เมื่อผู้หายสาบสูญเป็นคนชาติของรัฐนั้น และรัฐภาคีนั้นเห็นเป็นการสมควร

2. Each State Party shall likewise take such measures as may be necessary to establish its competence to exercise jurisdiction over the offence of enforced disappearance when the alleged offender is present in any territory under its jurisdiction, unless it extradites or surrenders him or her to another State in accordance with its international obligations or surrenders him or her to an international criminal tribunal whose jurisdiction it has recognized.
2. ในทำนองเดียวกัน รัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้องดำเนินมาตรการเท่าที่จำเป็น เพื่อให้ตนมีเขตอำนาจเหนือความผิดฐานกระทำให้บุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับ เมื่อผู้ที่ถูกกล่าวหาอยู่ในอาณาเขตใดที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจรัฐของตน ยกเว้นแต่ว่า รัฐนั้นจะส่งบุคคลดังกล่าวเป็นผู้ร้ายข้ามแดนหรือส่งมอบให้รัฐอื่นตามพันธกรณีระหว่างประเทศ หรือส่งมอบให้แก่ศาลอาญาระหว่างประเทศซึ่งมีเขตอำนาจเป็นที่ยอมรับของรัฐนั้น

3. This Convention does not exclude any additional criminal jurisdiction exercised in accordance with national law.
3. อนุสัญญานี้ไม่ได้ยกเว้นเขตอำนาจทางอาญาใดตามกฎหมายภายใน

Article 10
ข้อ 10

1. Upon being satisfied, after an examination of the information available to it, that the circumstances so warrant, any State Party in whose territory a person suspected of having committed an offence of enforced disappearance is present shall take him or her into custody or take such other legal measures as are necessary to ensure his or her presence. The custody and other legal measures shall be as provided for in the law of that State Party but may be maintained only for such time as is necessary to ensure the person's presence at criminal, surrender or extradition proceedings.
1. เมื่อเป็นที่พอใจ หลังจากการตรวจสอบข้อสนเทศที่ตนมีอยู่แล้วว่าพฤติการณ์แวดล้อมบังคับให้ต้องดำเนินการเช่นนั้น รัฐภาคีใดที่พบว่ามีผู้ต้องสงสัยว่ามีความผิดฐานกระทำให้บุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับ พำนักอยู่ในอาณาเขตของตน ต้องนำบุคคลนั้นไปกักกันไว้หรือดำเนินมาตรการทางกฎหมายอื่นๆ ที่จำเป็นเพื่อประกันการคงอยู่ของบุคคลนั้น การควบคุมตัวและมาตรการทางกฎหมายอื่นต้องเป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายของรัฐนั้น แต่สามารถควบคุมตัวและดำเนินมาตรการนั้นต่อไปได้เพียงเท่าที่จำเป็นที่จะประกันการคงอยู่ของบุคคลนั้นในการดำเนินกระบวนการทางอาญา กระบวนการส่งมอบหรือส่งตัวเป็นผู้ร้ายข้ามแดน

2. A State Party which has taken the measures referred to in paragraph 1 of this article shall immediately carry out a preliminary inquiry or investigations to establish the facts. It shall notify the States Parties referred to in article 9, paragraph 1, of the measures it has taken in pursuance of paragraph 1 of this article, including detention and the circumstances warranting detention, and of the findings of its preliminary inquiry or its investigations, indicating whether it intends to exercise its jurisdiction.
2. รัฐภาคีซึ่งได้ดำเนินมาตรการตามที่อ้างถึงในวรรค 1 ของข้อนี้ ต้องเร่งดำเนินการสอบปากคำหรือสอบสวนในเบื้องต้นโดยทันที เพื่อให้ได้ข้อเท็จจริง นอกจากนี้ รัฐดังกล่าวต้องแจ้งให้บรรดารัฐภาคีที่อ้างถึงในข้อ 9 วรรค 1 ทราบเกี่ยวกับมาตรการที่ได้ดำเนินการตามวรรค 1 ของข้อนี้ รวมถึงการคุมขังและพฤติการ์แวดล้อมทั้งหลายที่ทำให้จำเป็นต้องกักตัวบุคคลนั้นไว้ ตลอดจนผลการสอบปากคำหรือสอบสวนเบื้องต้น โดยระบุว่าตนมีความตั้งใจที่จะใช้อำนาจศาลเหนือคดีนี้หรือไม่

3. Any person in custody pursuant to paragraph 1 of this article may communicate immediately with the nearest appropriate representative of the State of which he or she is a national, or, if he or she is a stateless person, with the representative of the State where he or she usually resides.
3. บุคคลใดที่ถูกควบคุมตัวตามวรรค 1 ของข้อนี้อาจติดต่อโดยทันทีกับผู้แทนที่เหมาะสมและใกล้ที่สุดของรัฐซึ่งตนเป็นคนชาติ หรือในกรณีที่เป็นบุคคลไร้รัฐ ก็อาจติดต่อกับผู้แทนของรัฐที่ตนพำนักอาศัยอยู่ประจำ

Article 11
ข้อ 11

1. The State Party in the territory under whose jurisdiction a person alleged to have committed an offence of enforced disappearance is found shall, if it does not extradite that person or surrender him or her to another State in accordance with its international obligations or surrender him or her to an international criminal tribunal whose jurisdiction it has recognized, submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution.
1. รัฐภาคีซึ่งพบตัวบุคคลที่ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำความผิดอยู่ในอาณาเขตซึ่งอยู่ภายในเขตอำนาจรัฐของตน ต้องมอบเรื่องให้เจ้าพนักงานผู้มีอำนาจของตนเพื่อความมุ่งประสงค์ในการฟ้องร้องดำเนินคดี หากรัฐนั้นไม่ยอมส่งบุคคลดังกล่าวเป็นผู้ร้ายข้ามแดนหรือส่งมอบให้กับรัฐอื่นตามพันธกรณีระหว่างประเทศ หรือส่งมอบต่อศาลอาญาระหว่างประเทศที่มีเขตอำนาจเป็นที่ยอมรับของรัฐนั้น

2. These authorities shall take their decision in the same manner as in the case of any ordinary offence of a serious nature under the law of that State Party. In the cases referred to in article 9, paragraph 2, the standards of evidence required for prosecution and conviction shall in no way be less stringent than those which apply in the cases referred to in article 9, paragraph 1.
2. เจ้าพนักงานที่มีอำนาจจะต้องทำคำวินิจฉัยของตนในลักษณะเดียวกันกับในกรณีของความผิดธรรมดาที่มีลักษณะร้ายแรงตามกฎหมายของรัฐภาคีนั้น ในกรณีต่างๆ ที่อ้างถึงในข้อ 9 วรรค 2 มาตรฐานทั้งหลายของพยานหลักฐานที่จำเป็น ต้องเข้มงวดไม่น้อยกว่ามาตรฐานทั้งหลายที่ใช้บังคับสำหรับกรณีต่างๆ ที่อ้างถึงในข้อ 9 วรรค 1

3. Any person against whom proceedings are brought in connection with an offence of enforced disappearance shall be guaranteed fair treatment at all stages of the proceedings. Any person tried for an offence of enforced disappearance shall benefit from a fair trial before a competent, independent and impartial court or tribunal established by law.
3. บุคคลใดที่ถูกดำเนินคดีฐานกระทำให้บุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับจะต้องได้รับประกันการปฏิบัติที่เป็นธรรมในทุกขั้นตอนของการดำเนินคดี บุคคลใดที่ถูกดำเนินคดีในความผิดฐานกระทำให้บุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับ จะต้องได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมต่อหน้าศาลที่มีอำนาจอิสระและเป็นกลาง หรือศาลที่จัดตั้งตามกฎหมาย

Article 12
ข้อ 12

1. Each State Party shall ensure that any individual who alleges that a person has been subjected to enforced disappearance has the right to report the facts to the competent

authorities, which shall examine the allegation promptly and impartially and, where necessary, undertake without delay a thorough and impartial investigation. Appropriate steps shall be taken, where necessary, to ensure that the complainant, witnesses, relatives of the disappeared person and their defence counsel, as well as persons participating in the investigation, are protected against all ill-treatment or intimidation as a consequence of the complaint or any evidence given.
1. รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องประกันว่าบุคคลใดที่ร้องเรียนเรื่องบุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับ จะต้องมีสิทธิที่จะรายงานข้อเท็จจริงต่อเจ้าพนักงานที่มีอำนาจ ซึ่งจะต้องพิจารณาข้อร้องเรียนโดยพลันและอย่างเป็นกลาง และเมื่อจำเป็น ต้องดำเนินการสอบสวนอย่างละเอียดและเป็นกลางโดยไม่ประวิงเวลา ต้องมีการดำเนินขั้นตอนที่เหมาะสมเมื่อจำเป็นเพื่อประกันว่าผู้ฟ้องร้อง พยาน ญาติของบุคคลหายสาบสูญ และทนายของบุคคลดังกล่าว ตลอดจนบุคคลอื่นๆ ที่มีส่วนร่วมในการสอบสวน ได้รับการคุ้มครองจากการปฏิบัติที่เลวร้าย หรือการข่มขู่ ซึ่งเป็นผลจากการฟ้องร้องหรือพยานหลักฐานที่ได้ให้

2. Where there are reasonable grounds for believing that a person has been subjected to enforced disappearance, the authorities referred to in paragraph 1 of this article shall undertake an investigation, even if there has been no formal complaint.
2. เมื่อมีมูลเหตุอันมีเหตุผลที่จะเชื่อได้ว่าบุคคลถูกกระทำให้หายสาบสูญโดยถูกบังคับ เจ้าหน้าที่ที่อ้างถึงในวรรค 1 ของข้อนี้ ต้องดำเนินการสอบสวน แม้ว่าจะไม่ได้มีการฟ้องร้องอย่างเป็นทางการก็ตาม

3. Each State Party shall ensure that the authorities referred to in paragraph 1 of this article:
3. รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องประกันว่าเจ้าพนักงานที่อ้างถึงในวรรค 1 ของข้อนี้

(*a*) Have the necessary powers and resources to conduct the investigation effectively, including access to the documentation and other information relevant to their investigation;
(ก) มีอำนาจและทรัพยากรที่เพียงพอที่จะดำเนินการสอบสวนอย่างมีประสิทธิภาพ รวมถึงการสามารถเข้าถึงเอกสารและข้อมูลอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับการสอบสวน

(*b*) Have access, if necessary with the prior authorization of a judicial authority, which shall rule promptly on the matter, to any place of detention or any other place where there are reasonable grounds to believe that the disappeared person may be present.
(ข) สามารถเข้าถึงสถานที่กักขังหรือสถานที่ใดๆ ที่มีเหตุอันควรเชื่อได้ว่าบุคคลที่หายสาบสูญอาจอยู่ ณ ที่นั้น ทั้งนี้ ในกรณีที่จำเป็น โดยได้รับการอนุญาตจากอำนาจศาลซึ่งต้องพิจารณาเรื่องนี้โดยพลัน

4. Each State Party shall take the necessary measures to prevent and sanction acts that hinder the conduct of an investigation. It shall ensure in particular that persons suspected of having committed an offence of enforced disappearance are not in a position to influence the progress of an investigation by means of pressure or acts of intimidation or reprisal aimed at the complainant, witnesses, relatives of the disappeared person or their defence counsel, or at persons participating in the investigation.
4. รัฐภาคีแต่ละรัฐต้องดำเนินมาตรการที่จำเป็นเพื่อป้องกันและห้ามการกระทำซึ่งขัดขวางการสอบสวน โดยเฉพาะอย่างยิ่งจะต้องประกันว่าบุคคลที่ต้องสงสัยว่ากระทำความผิดให้บุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับ ไม่อยู่ในตำแหน่งที่จะสามารถมีอิทธิพลเหนือความคืบหน้าในการสอบสวน **โดยวิธีการกดดันหรือการกระทำอันเป็นการข่มขู่หรือการตอบโต้ผู้ฟ้องร้อง พยาน ญาติของบุคคลหายสาบสูญ หรือที่ปรึกษาทางกฎหมาย หรือบุคคลที่มีส่วนร่วมในการสอบสวน**

Article 13
ข้อ 13

1. For the purposes of extradition between States Parties, the offence of enforced disappearance shall not be regarded as a political offence or as an offence connected with a political offence or as an offence inspired by political motives. Accordingly, a request for extradition based on such an offence may not be refused on these grounds alone.
1. เพื่อวัตถุประสงค์ของการส่งตัวบุคคลเป็นผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างรัฐภาคี ความผิดในการกระทำให้บุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับไม่ถือเป็นความผิดทางการเมือง หรือเกี่ยวข้องกับความผิดทางการเมือง หรือความผิดที่กระทำเพราะจุดมุ่งหมายทางการเมือง ด้วยเหตุนี้ คำขอส่งผู้ร้ายข้ามแดนซึ่งตั้งอยู่บนความผิดดังกล่าวไม่สามารถได้รับการปฏิเสธเพราะเหตุผลดังกล่าวเพียงเท่านั้น

2. The offence of enforced disappearance shall be deemed to be included as an extraditable offence in any extradition treaty existing between States Parties before the entry into force of this Convention.
2. ความผิดฐานการกระทำให้บุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับจะต้องรวมอยู่ในบรรดาความผิดที่สามารถส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ในสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนซึ่งมีอยู่ระหว่างรัฐภาคีก่อนที่อนุสัญญานี้จะมีผลใช้บังคับ

3. States Parties undertake to include the offence of enforced disappearance as an extraditable offence in any extradition treaty subsequently to be concluded between them.
3. ให้รัฐภาคีต่าง ๆ ดำเนินการเพื่อรวมให้ความผิดฐานกระทำให้บุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับเป็นความผิดที่ส่งผู้ร้ายข้ามแดนได้ในสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนซึ่งจะจัดทำระหว่างกันต่อไป

4. If a State Party which makes extradition conditional on the existence of a treaty receives a request for extradition from another State Party with which it has no extradition treaty, it may consider this Convention as the necessary legal basis for extradition in respect of the offence of enforced disappearance.
4. หากรัฐภาคีใดซึ่งมีข้อกำหนดให้การส่งผู้ร้ายแดนขึ้นอยู่กับการมีสนธิสัญญาระหว่างกัน ได้รับคำขอให้ส่งผู้ร้ายข้ามแดนจากรัฐภาคีอีกรัฐหนึ่งซึ่งตนไม่มีสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนด้วย รัฐภาคีนั้นอาจพิจารณาให้อนุสัญญานี้เป็นพื้นฐานกฎหมายที่จำเป็นสำหรับการส่งผู้ร้ายข้ามแดนในกรณีความผิดฐานกระทำให้บุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับ

5. States Parties which do not make extradition conditional on the existence of a treaty shall recognize the offence of enforced disappearance as an extraditable offence between themselves.
5. รัฐภาคีซึ่งไม่ได้กำหนดให้การส่งผู้ร้ายแดนขึ้นอยู่กับการมีสนธิสัญญาระหว่างกัน ต้องยอมรับให้ความผิดฐานกระทำให้บุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับเป็นความผิดที่สามารถส่งตัวผู้ร้ายข้ามแดนระหว่างกันได้

6. Extradition shall, in all cases, be subject to the conditions provided for by the law of the requested State Party or by applicable extradition treaties, including, in particular, conditions relating to the minimum penalty requirement for extradition and the grounds upon which the requested State Party may refuse extradition or make it subject to certain conditions.
6. ในทุกกรณี การส่งผู้ร้ายข้ามแดนจะต้องขึ้นอยู่กับเงื่อนไขที่บัญญัติตามกฎหมายของรัฐภาคีที่ได้รับการร้องขอ หรือสนธิสัญญาส่งผู้ร้ายข้ามแดนที่ใช้บังคับ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง รวมถึงเงื่อนไขที่

เกี่ยวข้องกับโทษขั้นต่ำสุดที่กำหนดสำหรับการส่งผู้ร้ายข้ามแดน และมูลเหตุที่รัฐภาคีซึ่งได้รับการร้องขออาจปฏิเสธการส่งผู้ร้ายข้ามแดน หรือกำหนดเงื่อนไขในการส่งตัว

7. Nothing in this Convention shall be interpreted as imposing an obligation to extradite if the requested State Party has substantial grounds for believing that the request has been made for the purpose of prosecuting or punishing a person on account of that person's sex, race, religion, nationality, ethnic origin, political opinions or membership of a particular social group, or that compliance with the request would cause harm to that person for any one of these reasons.

7. ไม่มีความใดในอนุสัญญานี้ที่จะตีความได้ว่าเป็นการกำหนดพันธกรณีให้ต้องส่งผู้ร้ายข้ามแดน หากรัฐภาคีที่ได้รับการร้องขอมีมูลเหตุเพียงพอที่จะเชื่อได้ว่า คำขอนั้นกระทำโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินคดีหรือลงโทษบุคคลเพราะเหตุผลในเรื่องเพศ เชื้อชาติ ศาสนา ชาติพันธุ์ ความคิดเห็นทางการเมืองหรือการเป็นสมาชิกกลุ่มสังคมบางกลุ่ม หรือการปฏิบัติตามคำขอจะก่ออันตรายให้แก่บุคคลดังกล่าวเพราะเหตุผลใดที่กล่าวถึงนี้

Article 14
ข้อ 14

1. States Parties shall afford one another the greatest measure of mutual legal assistance in connection with criminal proceedings brought in respect of an offence of enforced disappearance, including the supply of all evidence at their disposal that is necessary for the proceedings.

1. รัฐภาคีจะต้องให้ความช่วยเหลือซึ่งกันและกันทางอาญาให้มากที่สุด ในกรณีที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการทางอาญาซึ่งได้มีการดำเนินการเพื่อพิจารณาความผิดฐานกระทำให้บุคคลหายสาบสูญโดยถูกบังคับ รวมทั้งการให้พยานหลักฐานที่มีอยู่ซึ่งจำเป็นต่อการดำเนินคดี

2. Such mutual legal assistance shall be subject to the conditions provided for by the domestic law of the requested State Party or by applicable treaties on mutual legal assistance, including, in particular, the conditions in relation to the grounds upon which the requested State Party may refuse to grant mutual legal assistance or may make it subject to conditions.

2. ความร่วมมือทางกฎหมายดังกล่าวจะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติภายใต้กฎหมายภายในของรัฐที่ได้รับการร้องขอ หรือสนธิสัญญาระหว่างประเทศว่าด้วยความร่วมมือทางอาญาที่ใช้บังคับ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง รวมถึงเงื่อนไขที่เกี่ยวข้องกับเหตุผลที่รัฐภาคีที่ได้รับการร้องขออาจปฏิเสธที่จะให้ความร่วมมือทางกฎหมาย หรืออาจตั้งเงื่อนไขในการให้ความร่วมมือ

Article 15
ข้อ 15

States Parties shall cooperate with each other and shall afford one another the greatest measure of mutual assistance with a view to assisting victims of enforced disappearance, and in searching for, locating and releasing disappeared persons and, in the event of death, in exhuming and identifying them and returning their remains.

รัฐภาคีต่างๆ ต้องร่วมมือกันและให้ความช่วยเหลือต่างตอบแทนให้มากที่สุด เพื่อช่วยเหลือเหยื่อของการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ และในการค้นหา สืบทราบที่อยู่และปลดปล่อยผู้ที่หายสาบสูญ ตลอดจนการขุดศพและระบุตัวบุคคลและส่งคืนซากศพ ในกรณีที่บุคคลดังกล่าวเสียชีวิตแล้ว

Article 16

ข้อ 16

1. No State Party shall expel, return ("refouler"), surrender or extradite a person to another State where there are substantial grounds for believing that he or she would be in danger of being subjected to enforced disappearance.

1.จะไม่มีรัฐภาคีใดขับไล่ ส่งกลับ ส่งคืนหรือโอนตัวบุคคลไปยังอีกรัฐหนึ่ง หากมีเหตุผลเพียงพอที่จะเชื่อว่าบุคคลผู้นั้นจะอยู่ในอันตรายจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ

2. For the purpose of determining whether there are such grounds, the competent authorities shall take into account all relevant considerations, including, where applicable, the existence in the State concerned of a consistent pattern of gross, flagrant or mass violations of human rights or of serious violations of international humanitarian law.

2. เพื่อจะจุดประสงค์ในการกำหนดว่ามีเหตุผลดังกล่าวเพียงพอหรือไม่ เจ้าพนักงานผู้รับผิดชอบจะต้องพิจารณาประเด็นที่เกี่ยวข้องทั้งหมดรวมทั้งการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างรุนแรงและสม่ำเสมอหรือการละเมิดกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศอย่างรุนแรง (หากมี)

Article 17

ข้อ 17

1. No one shall be held in secret detention.

1. จะไม่มีบุคคลใดถูกขังในที่ลับ

2. Without prejudice to other international obligations of the State Party with regard to the deprivation of liberty, each State Party shall, in its legislation:

2. โดยเคารพต่อพันธกรณีระหว่างประเทศของรัฐภาคีเกี่ยวกับการลิดรอนเสรีภาพ รัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้อง ในกฎหมายของตน

(*a*) Establish the conditions under which orders of deprivation of liberty may be given;

(ก) กำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับคำสั่งให้ทำการลิดรอนเสรีภาพ

(*b*) Indicate those authorities authorized to order the deprivation of liberty;

(ข) กำหนดเจ้าพนักงานที่จะเป็นผู้ออกคำสั่งลิดรอนเสรีภาพ

(*c*) Guarantee that any person deprived of liberty shall be held solely in officially recognized and supervised places of deprivation of liberty;

(ค) รับประกันว่าบุคคลที่ถูกลิดรอนเสรีภาพจะต้องถูกกักกันในสถานที่ซึ่งได้รับการยอมรับและตรวจตราอย่างเป็นทางการเท่านั้น

(*d*) Guarantee that any person deprived of liberty shall be authorized to communicate with and be visited by his or her family, counsel or any other person of his or her choice, subject only to the conditions established by law, or, if he or she is a foreigner, to communicate with his or her consular authorities, in accordance with applicable international law;

(ง) รับประกันว่าบุคคลที่ถูกลิดรอนเสรีภาพจะต้องได้รับการอนุญาตให้ติดต่อสื่อสารและได้รับการเยี่ยมจากครอบครัว ที่ปรึกษาหรือบุคคลใดตามที่ตนต้องการ ทั้งนี้ จะต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ภายใต้กฎหมาย หากบุคคลที่ถูกลิดรอนเสรีภาพเป็นชาวต่างชาติ ก็จะต้องได้รับการอนุญาตให้ติดต่อกับเจ้าหน้าที่กงสุล ทั้งนี้ จะต้องเป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง

(e) Guarantee access by the competent and legally authorized authorities and institutions to the places where persons are deprived of liberty, if necessary with prior authorization from a judicial authority;

(จ) รับประกันว่าเจ้าหน้าที่รัฐและสถาบันที่เกี่ยวข้องสามารถเข้าถึงสถานที่ที่บุคคลถูกลิดรอนเสรีภาพ

(f) Guarantee that any person deprived of liberty or, in the case of a suspected enforced disappearance, since the person deprived of liberty is not able to exercise this right, any persons with a legitimate interest, such as relatives of the person deprived of liberty, their representatives or their counsel, shall, in all circumstances, be entitled to take proceedings before a court, in order that the court may decide without delay on the lawfulness of the deprivation of liberty and order the person's release if such deprivation of liberty is not lawful.

(ฉ) รับประกันว่าบุคคลที่ถูกลิดรอนเสรีภาพ หรือในกรณีต้องสงสัยว่าบุคคลนั้นเป็นเหยื่อจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับรับประกันว่าบุคคลใดที่มีส่วนได้เสีย อาทิ ญาติ ผู้แทน หรือที่ปรึกษาจะสามารถดำเนินกระบวนการทางศาลเพื่อศาลจะได้ตัดสินโดยพลันว่าการลิดรอนเสรีภาพนั้นถูกต้องตามกฎหมายหรือไม่ และจะได้มีคำสั่งปล่อยตัวบุคคลดังกล่าวหากการลิดรอนเสรีภาพนั้นไม่ถูกต้องตามกฎหมาย

3. Each State Party shall assure the compilation and maintenance of one or more up-to-date official registers and/or records of persons deprived of liberty, which shall be made promptly available, upon request, to any judicial or other competent authority or institution authorized for that purpose by the law of the State Party concerned or any relevant international legal instrument to which the State concerned is a party. The information contained therein shall include, as a minimum:

3. รัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้องรวบรวมและเก็บทะเบียนและ/หรือประวัติของบุคคลที่ถูกลิดรอนเสรีภาพ ซึ่งจะต้องเปิดเผยได้โดยพลันหากมีคำร้องขอต่อเจ้าหน้าที่หรือสถาบันตุลาการและเจ้าหน้าที่หรือสถาบันอื่นที่มีอำนาจในการนั้นโดยได้รับการรับรองโดยกฎหมายของรัฐภาคีที่เกี่ยวข้องหรือกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องซึ่งรัฐเป็นภาคี ข้อมูลนั้นควรครอบคลุมถึง เป็นอย่างน้อย

(a) The identity of the person deprived of liberty;

(ก) ข้อมูลเกี่ยวกับบุคคลที่ถูกลิดรอนเสรีภาพ

(b) The date, time and place where the person was deprived of liberty and the identity of the authority that deprived the person of liberty;

(ข) วัน เวลาและสถานที่ซึ่งบุคคลถูกลิดรอนเสรีภาพ และข้อมูลเกี่ยวกับเจ้าพนักงานซึ่งริดรอนเสรีภาพของบุคคลดังกล่าว

(c) The authority that ordered the deprivation of liberty and the grounds for the deprivation of liberty;

(ค) เจ้าพนักงานที่มีคำสั่งให้มีการลิดรอนเสรีภาพและเหตุสำหรับการลิดรอนเสรีภาพ

(d) The authority responsible for supervising the deprivation of liberty;

(ง) เจ้าพนักงานซึ่งรับผิดชอบต่อการตรวจตราการลิดรอนเสรีภาพ

(*e*) The place of deprivation of liberty, the date and time of admission to the place of deprivation of liberty and the authority responsible for the place of deprivation of liberty;

(จ) สถานที่ของการลิดรอนเสรีภาพ วันและเวลาของการนำส่งบุคคลดังกล่าวสู่สถานที่ซึ่งใช้ลิดรอนเสรีภาพ และเจ้าพนักงานที่รับผิดชอบสถานที่ทำการลิดรอนเสรีภาพ

(*f*) Elements relating to the state of health of the person deprived of liberty;

(ฉ) ข้อมูลเกี่ยวกับสภาพร่างกายของบุคคลที่ถูกลิดรอนเสรีภาพ

(*g*) In the event of death during the deprivation of liberty, the circumstances and cause of death and the destination of the remains;

(ช) ในกรณีที่มีการเสียชีวิตระหว่างการลิดรอนเสรีภาพ พฤติการณ์แวดล้อมและสาเหตุของการเสียชีวิต และจุดหมายปลายทางของศพ

(*h*) The date and time of release or transfer to another place of detention, the destination and the authority responsible for the transfer.

(ซ) วันและเวลาที่ปล่อยหรือโอนตัวบุคคลไปยังสถานกักกันอื่น จุดหมายปลายทางและเจ้าพนักงานที่รับผิดชอบเรื่องการโอนตัว

Article 18

ข้อ 18

1. Subject to articles 19 and 20, each State Party shall guarantee to any person with a legitimate interest in this information, such as relatives of the person deprived of liberty, their representatives or their counsel, access to at least the following information:

1. โดยขึ้นอยู่กับข้อ 19 และ 20 แต่ละรัฐภาคีจะต้องรับประกันต่อบุคคลใดๆ ที่มีความเกี่ยวข้อง อาทิ ญาติของบุคคลที่หายสาบสูญ ผู้แทนหรือที่ปรึกษาถึงการเข้าถึงข้อมูลดังต่อไปนี้

(*a*) The authority that ordered the deprivation of liberty;

(ก) เจ้าพนักงานที่ออกคำสั่งให้มีการลิดรอนเสรีภาพ

(*b*) The date, time and place where the person was deprived of liberty and admitted to the place of deprivation of liberty;

(ข) วัน เวลาและสถานที่ซึ่งบุคคลถูกลิดรอนเสรีภาพ

(*c*) The authority responsible for supervising the deprivation of liberty;

(ค) เจ้าพนักงานที่สั่งให้มีการลิดรอนเสรีภาพและเหตุสำหรับการลิดรอนเสรีภาพ

(*d*) The whereabouts of the person deprived of liberty, including, in the event of a transfer to another place of deprivation of liberty, the destination and the authority responsible for the transfer;

(ง) สถานที่ที่บุคคลถูกลิดรอนเสรีภาพ รวมทั้ง ในกรณีที่มีการเคลื่อนย้ายไปยังสถานที่กักกันอื่น จุดหมายปลายทางและเจ้าพนักงานที่รับผิดชอบเกี่ยวกับเรื่องการเคลื่อนย้าย

(e) The date, time and place of release;

(จ) วัน เวลาและสถานที่ของการปล่อยตัว

(f) Elements relating to the state of health of the person deprived of liberty;

(ฉ) ข้อมูลเกี่ยวกับสภาพร่างกายของบุคคลที่ถูกลิดรอนเสรีภาพ

(g) In the event of death during the deprivation of liberty, the circumstances and cause of death and the destination of the remains.

ช) ในกรณีที่มีการเสียชีวิตระหว่างการลิดรอนเสรีภาพ พฤติการณ์แวดล้อมและสาเหตุของการเสียชีวิต และจุดหมายปลายทางของศพ

2. Appropriate measures shall be taken, where necessary, to protect the persons referred to in paragraph 1 of this article, as well as persons participating in the investigation, from any ill-treatment, intimidation or sanction as a result of the search for information concerning a person deprived of liberty.

2.จะมีการดำเนินมาตรการที่เหมาะสมในการคุ้มครองบุคคลที่ได้รับการกล่าวถึงในวรรค 1 ของข้อนี้ เช่นเดียวกับบุคคลที่มีส่วนร่วมในการสอบสวนจากการปฏิบัติที่เลวร้าย การข่มขู่หรือการตอบโต้อันเป็นผลเนื่องมาจากการเสาะหาข้อมูลเกี่ยวกับบุคคลที่หายสาบสูญ

Article 19
ข้อ 19

1. Personal information, including medical and genetic data, which is collected and/or transmitted within the framework of the search for a disappeared person shall not be used or made available for purposes other than the search for the disappeared person. This is without prejudice to the use of such information in criminal proceedings relating to an offence of enforced disappearance or the exercise of the right to obtain reparation.

1. ข้อมูลส่วนบุคคล รวมทั้งข้อมูลทางด้านการแพทย์และพันธุกรรม ซึ่งได้รับการรวบรวมและ/หรือส่งผ่านในระหว่างการเสาะหาบุคคลหายสาบสูญจะต้องไม่ถูกนำมาใช้หรือเปิดเผยเพื่อจุดประสงค์อื่นใดนอกเหนือไปจากการเสาะหาบุคคลหายสาบสูญนั้น ทั้งนี้ โดยไม่มีผลกระทบต่อการใช้ข้อมูลนี้ในกระบวนการทางอาญาที่เกี่ยวเนื่องกับความผิดการทำให้หายสาบสูญโดยถูกบังคับหรือในการใช้สิทธิในการที่จะได้รับค่าเสียหาย

2. The collection, processing, use and storage of personal information, including medical and genetic data, shall not infringe or have the effect of infringing the human rights, fundamental freedoms or human dignity of an individual.

2.การรวบรวม การดำเนินขั้นตอน การใช้และการจัดเก็บข้อมูลส่วนบุคคล อันหมายรวมถึงข้อมูลทางด้านการแพทย์และพันธุกรรม จะต้องไม่ละเมิดหรือมีผลก่อให้เกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชน เสรีภาพขั้นพื้นฐานหรือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล

Article 20

ข้อ 20

1. Only where a person is under the protection of the law and the deprivation of liberty is subject to judicial control may the right to information referred to in article 18 be restricted,

on an exceptional basis, where strictly necessary and where provided for by law, and if the transmission of the information would adversely affect the privacy or safety of the person, hinder a criminal investigation, or for other equivalent reasons in accordance with the law, and in conformity with applicable international law and with the objectives of this Convention. In no case shall there be restrictions on the right to information referred to in article 18 that could constitute conduct defined in article 2 or be in violation of article 17, paragraph 1.

1. ต่อเมื่อบุคคลอยู่ภายใต้การคุ้มครองของกฎหมายและการลิดรอนเสรีภาพอยู่ในอำนาจของดุลาการเท่านั้น สิทธิที่จะได้รับข้อมูลตามที่ได้ระบุไว้ในข้อ 18 จึงถูกจำกัดได้ บนพื้นฐานเฉพาะกรณีพิเศษ เมื่อมีความจำเป็นอย่างเร่งด่วนหรือเมื่อกฎหมายกำหนดให้กระทำได้ และถ้าการส่งต่อข้อมูลนี้จะมีผลกระทบในทางลบต่อสิทธิส่วนบุคคลหรือความปลอดภัยของบุคคล เป็นอุปสรรคต่อการสืบสวนทางอาญา หรือจะด้วยเหตุผลประการใดตามกฎหมายและกฎหมายระหว่างประเทศและจุดประสงค์ของอนุสัญญานี้ อย่างไรก็ดี การจำกัดสิทธิที่จะได้รับข้อมูลตามที่ระบุไว้ในข้อ 18 อันจะก่อให้เกิดการกระทำตามที่จำกัดความไว้ในข้อ 2 หรือถือเป็นการละเมิดข้อ 17 วรรค 1 ย่อมไม่สามารถกระทำได้

2. Without prejudice to consideration of the lawfulness of the deprivation of a person's liberty, States Parties shall guarantee to the persons referred to in article 18, paragraph 1, the right to a prompt and effective judicial remedy as a means of obtaining without delay the information referred to in article 18, paragraph 1. This right to a remedy may not be suspended or restricted in any circumstances.

2. โดยเคารพต่อความถูกต้องทางกฎหมายของการลิดรอนเสรีภาพของบุคคล รัฐภาคีจะต้องรับประกันต่อบุคคลที่ได้รับการกล่าวถึงในข้อ 18 วรรค 1 ถึงสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาทางตุลาการโดยรวดเร็วและอย่างมีประสิทธิภาพในฐานะที่เป็นวิธีหนึ่งที่จะได้รับข้อมูลตามข้อ18 โดยเร็ว ทั้งนี้สิทธิที่จะได้รับการเยียวยาจะต้องไม่ได้รับการยกเลิกหรือจำกัดในสถานการณ์ใด ๆ

Article 21

ข้อ 21

Each State Party shall take the necessary measures to ensure that persons deprived of liberty are released in a manner permitting reliable verification that they have actually been released. Each State Party shall also take the necessary measures to assure the physical integrity of such persons and their ability to exercise fully their rights at the time of release, without prejudice to any obligations to which such persons may be subject under national law.

รัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้องดำเนินมาตรการที่จำเป็นที่จะรับรองว่าบุคคลที่ถูกลิดรอนเสรีภาพได้รับการปล่อยตัวในลักษณะที่สามารถตรวจสอบได้ว่าบุคคลดังกล่าวได้รับการปล่อยตัวแล้วจริง แต่ละรัฐภาคีจะต้องดำเนินมาตรการที่จำเป็นในการรับรองความสมบูรณ์ทางร่างกายของบุคคลนั้นและความสามารถของบุคคลดังกล่าวในใช้สิทธิอย่างเต็มที่ ณ เวลาที่ได้รับการปลดปล่อย โดยเคารพต่อพันธกรณีในกฎหมายภายในซึ่งบังคับใช้กับบุคคลดังกล่า

Article 22

ข้อ 22

Without prejudice to article 6, each State Party shall take the necessary measures to prevent and impose sanctions for the following conduct:

โดยคำนึงข้อ 6 แต่ละรัฐภาคีจะต้องดำเนินมาตรการที่จำเป็นในการป้องกันและกำหนดการลงโทษสำหรับการกระทำต่อไปนี้

(*a*) Delaying or obstructing the remedies referred to in article 17, paragraph 2 (*f*), and article 20, paragraph 2;

(ก) การทำให้การเยียวยาล่าช้าหรือการขัดขวางการเยียวยาตามที่ระบุไว้ในข้อ 17 วรรค 2 ย่อหน้า (ฉ) และข้อ 20วรรค 2

(*b*) Failure to record the deprivation of liberty of any person, or the recording of any information which the official responsible for the official register knew or should have known to be inaccurate;

(ข) การไม่บันทึกข้อมูลการลิดรอนเสรีภาพของบุคคลใดๆ หรือการบันทึกข้อมูลที่เจ้าพนักงานผู้รับผิดชอบเรื่องการลงทะเบียนรู้หรือควรจะรู้ว่าไม่ถูกต้อง

(*c*) Refusal to provide information on the deprivation of liberty of a person, or the provision of inaccurate information, even though the legal requirements for providing such information have been met.

(ค) การปฏิเสธที่จะจัดเตรียมข้อมูลเกี่ยวกับการลิดรอนเสรีภาพของบุคคล หรือการจัดเตรียมข้อมูลที่ไม่ถูกต้อง แม้ว่าจะปฏิบัติตามขั้นตอนตามกฎหมายในการจัดเตรียมข้อมูลอย่างครบถ้วนแล้วก็ตาม

Article 23

ข้อ 23

1. Each State Party shall ensure that the training of law enforcement personnel, civil or military, medical personnel, public officials and other persons who may be involved in the custody or treatment of any person deprived of liberty includes the necessary education and information regarding the relevant provisions of this Convention, in order to:

1. รัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้องรับรองว่าการฝึกอบรมบุคลากรผู้บังคับใช้กฎหมาย ข้าราชการ เจ้าหน้าที่ทหารและแพทย์ เจ้าหน้าที่รัฐและบุคคลอื่นผู้ซึ่งอาจจะมีส่วนเกี่ยวข้องกับการคุมขังหรือการปฏิบัติต่อบุคคลที่ถูกลิดรอนเสรีภาพนั้น รวมถึงการให้การศึกษาที่จำเป็นและข้อมูลที่เกี่ยวข้องข้อบทของอนุสัญญาฯ ที่เกี่ยวข้อง เพื่อที่จะ

(*a*) Prevent the involvement of such officials in enforced disappearances;

(ก) ป้องกันการมีส่วนร่วมของเจ้าหน้าที่เหล่านั้นในการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ

(*b*) Emphasize the importance of prevention and investigations in relation to enforced disappearances;

(ข) เน้นย้ำความสำคัญของการป้องกันและสอบสวนการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ

(*c*) Ensure that the urgent need to resolve cases of enforced disappearance is recognized.

(ค) ประกันความจำเป็นอย่างเร่งด่วนในการแก้ไขคดีการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ

2. Each State Party shall ensure that orders or instructions prescribing, authorizing or encouraging enforced disappearance are prohibited. Each State Party shall guarantee that a person who refuses to obey such an order will not be punished.

2. รัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้องรับรองการห้ามมิให้มีคำสั่งหรือคำแนะนำที่บัญญัติ ให้อำนาจหรือส่งเสริมการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ แต่ละรัฐภาคีจะต้องรับประกันว่าบุคคลที่ปฏิเสธที่จะเชื่อฟังคำสั่งนั้นจะไม่ได้รับโทษ

3. Each State Party shall take the necessary measures to ensure that the persons referred to in paragraph 1 of this article who have reason to believe that an enforced disappearance

has occurred or is planned report the matter to their superiors and, where necessary, to the appropriate authorities or bodies vested with powers of review or remedy.

3.แต่ละรัฐภาคีจะต้องดำเนินมาตรการที่จำเป็นที่จะรับรองว่าบุคคลที่ระบุไว้ในวรรคหนึ่งของข้อนี้ผู้ซึ่งมีเหตุผลในการเชื่อว่ามีการหายสาบสูญโดยถูกบังคับเกิดขึ้นหรือมีการวางแผนในเรื่องดังกล่าว รายงานเรื่องดังกล่าวแก่ผู้บังคับบัญชา และหากจำเป็น รายงานแก่เจ้าพนักงานหรือองค์กรที่เหมาะสมที่มีอำนาจในการทบทวนหรือเยียวยา

Article 24

ข้อ 24

1. For the purposes of this Convention, "victim" means the disappeared person and any individual who has suffered harm as the direct result of an enforced disappearance.

1. เพื่อจุดมุ่งหมายของอนุสัญญานี้ เหยื่อหมายถึงบุคคลที่หายสาบสูญและบุคคลที่ได้รับความทรมานจากภัยอันเป็นผลโดยตรงของการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ

2. Each victim has the right to know the truth regarding the circumstances of the enforced disappearance, the progress and results of the investigation and the fate of the disappeared person. Each State Party shall take appropriate measures in this regard.

2. เหยื่อแต่ละรายมีสิทธิที่จะรู้ความจริงเกี่ยวกับสภาพแวดล้อมของการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ ความก้าวหน้าและผลจากการสืบสวนและชะตากรรมของบุคคลที่หายสาบสูญ แต่ละรัฐภาคีจะต้องดำเนินมาตรการในเรื่องนี้

3. Each State Party shall take all appropriate measures to search for, locate and release disappeared persons and, in the event of death, to locate, respect and return their remains.

3. รัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้องดำเนินมาตรการที่เหมาะสมในการค้นหา จัดหาที่พัก และปล่อยตัวบุคคลที่หายสาบสูญและในกรณีที่มีการเสียชีวิต ให้ดำเนินมาตรการในการจัดหาที่เก็บ แสดงความเคารพและคืนซากศพของผู้เสียชีวิต

4. Each State Party shall ensure in its legal system that the victims of enforced disappearance have the right to obtain reparation and prompt, fair and adequate compensation.

4. แต่ละรัฐภาคีจะต้องรับรองในระบบกฎหมายของตนว่าเหยื่อจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับมีสิทธิที่จะได้รับการชดใช้ค่าเสียหายและค่าสินไหมทดแทนอย่างยุติธรรม เพียงพอและโดยพลัน

5. The right to obtain reparation referred to in paragraph 4 of this article covers material and moral damages and, where appropriate, other forms of reparation such as:

5.สิทธิที่จะได้รับการชดใช้ค่าเสียหาย ตามวรรค 4 ของข้อนี้ครอบคลุมความเสียหายที่เป็นทั้งรูปธรรมและนามธรรมและ หากเหมาะสม การชดใช้ค่าเสียหายในรูปแบบอื่น อาทิ

(*a*) Restitution;

(ก) การทำให้กลับคืนสภาพเดิม

(*b*) Rehabilitation;

(ก) การฟื้นฟู

(*c*) Satisfaction, including restoration of dignity and reputation;

(ค) การทำให้พอใจ รวมถึงการคืนศักดิ์ศรีและชื่อเสียง

(*d*) Guarantees of non-repetition.

(ง) การประกันว่าจะไม่ให้เกิดขึ้นอีก

6. Without prejudice to the obligation to continue the investigation until the fate of the disappeared person has been clarified, each State Party shall take the appropriate steps with regard to the legal situation of disappeared persons whose fate has not been clarified and that of their relatives, in fields such as social welfare, financial matters, family law and property rights.

6. รัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้องดำเนินขั้นตอนที่เหมาะสมเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของบุคคลที่หายสาบสูญซึ่งชะตากรรมยังไม่เป็นประจักษ์และสถานะของญาติของบุคคลดังกล่าวในด้านต่างๆ เช่น สวัสดิการสังคม การเงิน กฎหมายครอบครัวและสิทธิในทรัพย์สิน ทั้งนี้ โดยไม่กระทบต่อพันธกรณีในอันที่จะดำเนินการการสืบสวนต่อไปจนกว่าจะทราบชะตากรรมของบุคคลที่หายสาบสูญโดยแน่ชัด

7. Each State Party shall guarantee the right to form and participate freely in organizations and associations concerned with attempting to establish the circumstances of enforced disappearances and the fate of disappeared persons, and to assist victims of enforced disappearance.

7.รัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้องประกันสิทธิที่จะจัดตั้งและมีส่วนร่วมอย่างเสรีในองค์กรหรือสมาคมที่พยายามจะสืบหาสภาพแวดล้อมและชะตากรรมของบุคคลหายสาบสูญและเพื่อช่วยเหลือเหยื่อจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ

Article 25

ข้อ 25

1. Each State Party shall take the necessary measures to prevent and punish under its criminal law:

1.รัฐภาคีแต่ละจะต้องดำเนินมาตรการที่จำเป็นในการป้องกันและลงโทษภายใต้กฎหมายอาญาของตน

(*a*) The wrongful removal of children who are subjected to enforced disappearance, children whose father, mother or legal guardian is subjected to enforced disappearance or children born during the captivity of a mother subjected to enforced disappearance;

(ก) การขนย้ายเด็กผู้ซึ่งถูกใช้กำลังบังคับให้หายสาบสูญ เด็กผู้ซึ่งบิดามารดาหรือผู้ปกครองตามกฎหมายถูกใช้กำลังบังคับให้หายสาบสูญ หรือเด็กที่เกิดระหว่างการถูกคุมขังของมารดาที่ถูกใช้กำลังบังคับให้หายสาบสูญ

(*b*) The falsification, concealment or destruction of documents attesting to the true identity of the children referred to in subparagraph (*a*) above.

(ข) การบิดเบือน ปิดบังหรือทำลายเอกสารพิสูจน์ลักษณะบ่งชี้ที่แท้จริงของเด็กที่ได้ระบะไว้ในอนุวรรค (ก) ข้างต้น

2. Each State Party shall take the necessary measures to search for and identify the children referred to in paragraph 1 (*a*) of this article and to return them to their families of origin, in accordance with legal procedures and applicable international agreements.

2. รัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้องดำเนินมาตรการที่จำเป็นเพื่อที่จะเสาะหาและบ่งชี้เด็กที่ได้ระบุไว้ตามวรรค 1 (ก) ของข้อนี้และส่งเด็กคืนสู่ครอบครัว โดยสอดคล้องกับกระบวนการกฎหมายและความตกลงระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้อง

3. States Parties shall assist one another in searching for, identifying and locating the children referred to in paragraph 1 (*a*) of this article.

3. รัฐภาคีจะต้องช่วยเหลือซึ่งกันและกันในการเสาะหา บ่งชี้ และจัดหาที่อยู่แก่เด็กที่ระบุไว้ในวรรค 1 (ก) ของข้อนี้

4. Given the need to protect the best interests of the children referred to in paragraph 1 (*a*) of this article and their right to preserve, or to have re-established, their identity, including their nationality, name and family relations as recognized by law, States Parties which recognize a system of adoption or other form of placement of children shall have legal procedures in place to review the adoption or placement procedure, and, where appropriate, to annul any adoption or placement of children that originated in an enforced disappearance.

4. เนื่องด้วยความจำเป็นที่จะต้องปกป้องผลประโยชน์สูงสุดของเด็กที่ได้ระบุไว้ตามวรรค 1(ก) ของข้อนี้และสิทธิที่จะรักษา หรือมีลักษณะบ่งชี้ได้อีกอันหมายรวมถึงสัญชาติ ชื่อ ความสัมพันธ์กับครอบครัวตามที่กฎหมายรับรอง รัฐภาคีที่ยอมรับระบบการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมหรือการอุปการะเด็กในรูปแบบอื่นๆ จะต้องมีขั้นตอนทางกฎหมายที่ทบทวนการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมหรือการอุปการะได้ และหากเป็นการเหมาะสม ให้ยกเลิกการรับเด็กเป็นบุตบุญธรรมหรือการอุปการะเด็กซึ่งมีที่มาจากการใช้กำลังบังคับเพื่อให้หายสาบสูญ

5.In all cases, and in particular in all matters relating to this article, the best interests of the child shall be a primary consideration, and a child who is capable of forming his or her own views shall have the right to express those views freely, the views of the child being given due weight in accordance with the age and maturity of the child.

5.ในกรณีทั้งหมด และโดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นทุกเรื่องที่เกี่ยวข้องกับข้อนี้ ผลประโยชน์สูงสุดของเด็กจะเป็นข้อพิจารณาที่สำคัญที่สุดและเด็กผู้ซึ่งสามารถมีความคิดเห็นเป็นของตนเองได้แล้วจะมีสิทธิที่จะแสดงความคิดเห็นเหล่านั้นโดยเสรี ทั้งนี้ ความเห็นดังกล่าวของเด็กจะได้รับการพิจารณาตามสมควรแก่อายุ และวุฒิภาวะของเด็กนั้น

Part II

ส่วนที่ 2

Article 26

ข้อ 26

1. A Committee on Enforced Disappearances (hereinafter referred to as *"the Committee"*) shall be established to carry out the functions provided for under this Convention. The Committee shall consist of ten experts of high moral character and recognized competence in the field of human rights, who shall serve in their personal capacity and be independent and impartial. The members of the Committee shall be elected by the States Parties according to equitable geographical distribution. Due account shall be taken of the *usefulness of the participation* in the work of the Committee of persons having relevant legal experience and of balanced gender representation.

1. ให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการว่าด้วนการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ (ซึ่งต่อไปในที่นี้เรียกว่า "คณะกรรมการ ") ขึ้นเพื่อปฏิบัติหน้าที่ตามที่ได้ระบุไว้ในอนุสัญญาฉบับนี้ ประกอบด้วยผู้เชี่ยวชาญสิบคน ซึ่งเป็นผู้ที่มีศีลธรรมสูงและมีคุณวุฒิเป็นที่ยอมรับในด้านสิทธิมนุษยชน โดยจะต้องปฏิบัติหน้าที่ในฐานะส่วนบุคคล เป็นอิสระและเป็นกลาง สมาชิกคณะกรรมการจะได้รับการเลือกตั้งโดยรัฐภาคีโดยคำนึงถึงหลักการกระจายตามเขตภูมิศาสตร์อย่างเป็นธรรม รวมทั้งโดยคำนึงถึงประโยชน์จากการที่คณะกรรมการจะมีบุคคลที่มีประสบการณ์ด้านกฎหมายที่เกี่ยวข้องและมีสัดส่วนชาย-หญิงที่เท่าเทียมกันด้วย

2. The members of the Committee shall be elected by secret ballot from a list of persons nominated by States Parties from among their nationals, at biennial meetings of the States Parties convened by the Secretary-General of the United Nations for this purpose. At those meetings, for which two thirds of the States Parties shall constitute a quorum, the persons elected to the Committee shall be those who obtain the largest number of votes and an absolute majority of the votes of the representatives of States Parties present and voting.

2. ให้มีการเลือกตั้งสมาชิกของคณะกรรมการโดยการลงคะแนนลับจากรายชื่อบุคคลที่ได้รับการเสนอจากรัฐภาคีซึ่งเป็นคนชาติของตนในการประชุมของรัฐภาคีทุกๆ สองปีซึ่งได้จัดตั้งโดยเลขาธิการสหประชาชาติ ซึ่งสองในสามของรัฐภาคีประกอบขึ้นเป็นองค์ประชุมนั้นบุคคลที่ได้รับเลือกตั้งให้เป็นสมาชิกของคณะกรรมการ คือผู้ที่ได้รับคะแนนมากที่สุดและได้รับเสียงข้างมากอย่างเด็ดขาดจากผู้แทนที่เข้าร่วมและออกเสียง

3. The initial election shall be held no later than six months after the date of entry into force of this Convention. Four months before the date of each election, the Secretary-General of the United Nations shall address a letter to the States Parties inviting them to submit nominations within three months. The Secretary-General shall prepare a list in alphabetical order of all persons thus nominated, indicating the State Party which nominated each candidate, and shall submit this list to all States Parties.

3.การเลือกตั้งคณะกรรมการครั้งแรกจะมีขึ้นไม่ช้ากว่าหกเดือนหลังจากวันที่อนุสัญญานี้มีผลใช้บังคับ เลขาธิการสหประชาชาติจะมีหนังสือถึงรัฐภาคีสี่เดือนก่อนการเลือกตั้งในแต่ละครั้งเชิญให้รัฐภาคีส่งรายชื่อผู้แทนภายในสามเดือน เลขาธิการสหประชาชาติจะจัดทำรายชื่อตามลำดับอักษรของผู้ที่ได้รับการเสนอนาม โดยระบุรัฐภาคีที่เป็นผู้เสนอและส่งรายชื่อนี้ไปยังรัฐภาคี

4. The members of the Committee shall be elected for a term of four years. They shall be eligible for re-election once. However, the term of five of the members elected at the first election shall expire at the end of two years; immediately after the first election, the names of these five members shall be chosen by lot by the chairman of the meeting referred to in paragraph 2 of this article.

4. สมาชิกของคณะกรรมการจะได้รับการเลือกตั้งให้อยู่ในวาระคราวละสี่ปี และจะมีสิทธิที่จะได้รับการเลือกตั้งซ้ำได้อีกครั้งหนึ่ง อย่างไรก็ดี สมาชิกห้าคนของสมาชิกทั้งหมดที่ได้รับเลือกตั้งในครั้งแรกจะหมดวาระเมื่ออยู่ในตำแหน่งครบสองปี ประธานของที่ประชุมจะเป็นผู้ที่เลือกนามสมาชิกทั้งห้านั้นโดยการจับสลาก

5. If a member of the Committee dies or resigns or for any other reason can no longer perform his or her Committee duties, the State Party which nominated him or her shall, in accordance with the criteria set out in paragraph 1 of this article, appoint another candidate from among its nationals to serve out his or her term, subject to the approval of the majority

of the States Parties. Such approval shall be considered to have been obtained unless half or more of the States Parties respond negatively within six weeks of having been informed by the Secretary-General of the United Nations of the proposed appointment.

5. หากมีสมาชิกคนใดคนหนึ่งของคณะกรรมการเสียชีวิต หรือลาออก หรือประกาศว่าไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการได้อีกต่อไปไม่ว่าด้วยเหตุผลใด รัฐภาคีที่เสนอนามสมาชิกผู้นั้นจะแต่งตั้งผู้แทนซึ่งเป็นคนชาติของตนใหม่เพื่อทำหน้าที่ตามวาระที่เหลือ ซึ่งถือว่าได้รับความเห็นชอบหากไม่มีรัฐภาคีกึ่งหนึ่งหรือมากกว่ากึ่งหนึ่งคัดค้านภายในหกสัปดาห์ภายหลังจากที่ได้รับการแจ้งถึงการแต่งตั้งนั้นจากเลขาธิการสหประชาชาติ

6. The Committee shall establish its own rules of procedure.

6.คณะกรรมการจะกำหนดระเบียบ ข้อบังคับการประชุมของตนเอง

7. The Secretary-General of the United Nations shall provide the Committee with the necessary means, staff and facilities for the effective performance of its functions. The Secretary-General of the United Nations shall convene the initial meeting of the Committee.

7.เลขาธิการสหประชาชาติจะต้องจัดเตรียมเจ้าหน้าที่ และสิ่งอำนวยความสะดวกที่จำเป็นต่อการปฏิบัติงานที่มีประสิทธิผลของคณะกรรมการ และเลขาธิการสหประชาชาติจะจัดการประชุมครั้งแรกของคณะกรรมการ

8. The members of the Committee shall be entitled to the facilities, privileges and immunities of experts on mission for the United Nations, as laid down in the relevant sections of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations.

8.สมาชิกของคณะกรรมการจะต้องได้รับสิ่งอำนวยความสะดวก สิทธิพิเศษและความคุ้มกันของผู้เชี่ยวชาญในคณะผู้แทนประจำสหประชาชาติ ตามที่ได้ระบุไว้ในข้อบทที่เกี่ยวข้องในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิพิเศษและความคุ้มกันของสหประชาชาติ

9. Each State Party shall cooperate with the Committee and assist its members in the fulfilment of their mandate, to the extent of the Committee's functions that the State Party has accepted.

9.รัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้องร่วมมือกับคณะกรรมการและให้ความช่วยเหลือสมาชิกในการปฏิบัติตามอาณัติของตนเท่าที่รัฐภาคีนั้นยอมรับหน้าที่ของคณะกรรมการ

Article 27

ข้อ 27

A Conference of the States Parties will take place at the earliest four years and at the latest six years following the entry into force of this Convention to evaluate the functioning of the Committee and to decide, in accordance with the procedure described in article 44, paragraph 2, whether it is appropriate to transfer to another body — without excluding any possibility — the monitoring of this Convention, in accordance with the functions defined in articles 28 to 36.

ที่ประชุมของรัฐภาคีจะมีขึ้นอย่างเร็วที่สุดสี่ปีและอย่างช้าที่สุดหกปีหลังจากที่อนุสัญญานี้มีผลใช้บังคับเพื่อประเมินการทำงานของคณะกรรมการฯ และเพื่อตัดสินตามที่ระบุไว้ในข้อ 44 วรรค 2

ว่าสมควรมีการถ่ายโอนหน้าที่ตรวจสอบอนุสัญญานี้ ตามอาณัติที่ระบุไว้ในข้อ 28 ถึง 36 ของอนุสัญญา ไปยังกลไกอื่นหรือไม่ ทั้งนี้ โดยไม่ตัดความเป็นไปได้ใด ๆ

Article 28
ข้อ 28

1. In the framework of the competencies granted by this Convention, the Committee shall cooperate with all relevant organs, offices and specialized agencies and funds of the United Nations, with the treaty bodies instituted by international instruments, with the special procedures of the United Nations and with the relevant regional intergovernmental organizations or bodies, as well as with all relevant State institutions, agencies or offices working towards the protection of all persons against enforced disappearances.
1. ภายใต้กรอบของอาณัติที่ได้ระบุไว้ตามอนุสัญญาฯ นี้ คณะกรรมการจะต้องร่วมมือกับองค์กร สำนักงาน ทบวงการชำนาญพิเศษ และกองทุนของสหประชาชาติที่เกี่ยวข้อง คณะกรรมการประจำอนุสัญญาต่างๆ ซึ่งจัดตั้งขึ้นตามตราสารระหว่างประเทศ กลไกพิเศษของสหประชาชาติและองค์กรความร่วมมือระหว่างประเทศระดับภูมิภาคที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งสถาบันของรัฐที่เกี่ยวข้อง และหน่วยงานหรือสำนักงานที่ทำงานด้านการปกป้องบุคคลจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับ

2. As it discharges its mandate, the Committee shall consult other treaty bodies instituted by relevant international human rights instruments, in particular the Human Rights Committee instituted by the International Covenant on Civil and Political Rights, with a view to ensuring the consistency of their respective observations and recommendations.
2. ในการปฏิบัติตามอาณัติ ให้คณะกรรมการหารือกับคณะกรรมการประจำอนุสัญญาระหว่างประเทศอื่นๆ ที่จัดตั้งขึ้นโดยตราสารระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนที่จัดตั้งขึ้นโดยกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง เพื่อประกันความสอดคล้องกันทั้งในเรื่องข้อสังเกตและข้อเสนอแนะของกรรมการดังกล่าว

Article 29
ข้อ 29

1. Each State Party shall submit to the Committee, through the Secretary-General of the United Nations, a report on the measures taken to give effect to its obligations under this Convention, within two years after the entry into force of this Convention for the State Party concerned.
1. รัฐภาคีแต่ละรัฐจะต้องนำเสนอรายงานต่อคณะกรรมการโดยผ่านเลขาธิการสหประชาชาติเกี่ยวกับมาตรการในประเทศที่ได้ดำเนินการ เพื่อปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาฯ ภายในระยะเวลา 2 ปี หลังจากที่อนุสัญญาฯ มีผลบังคับใช้สำหรับรัฐภาคีนั้น
2. The Secretary-General of the United Nations shall make this report available to all States Parties.
2. เลขาธิการสหประชาชาติจะดำเนินการให้รัฐภาคีทั้งหมดสามารถเข้าถึงรายงานดังกล่าวได้
3. Each report shall be considered by the Committee, which shall issue such comments, observations or recommendations as it may deem appropriate. The comments, observations or recommendations shall be communicated to the State Party concerned, which may respond to them, on its own initiative or at the request of the Committee.
3. คณะกรรมการจะพิจารณารายงานแต่ละฉบับ และให้ความเห็น ข้อสังเกตหรือข้อเสนอแนะตามความเหมาะสม และแจ้งไปยังรัฐภาคีที่เกี่ยวข้อง ซึ่งรัฐภาคีอาจชี้แจงโดยสมัครใจหรือตามคำร้องขอของคณะกรรมการ

4. The Committee may also request States Parties to provide additional information on the implementation of this Convention.
4. คณะทำงานอาจขอให้รัฐภาคีให้ข้อมูลเพิ่มเติมเกี่ยวกับการนำอนุสัญญาฯ ไปปฏิบัติ

Article 30
ข้อ 30

1. A request that a disappeared person should be sought and found may be submitted to the Committee, as a matter of urgency, by relatives of the disappeared person or their legal representatives, their counsel or any person authorized by them, as well as by any other person having a legitimate interest.
1. ในกรณีที่มีความเร่งด่วน ญาติหรือผู้แทนทางกฎหมายของผู้สูญหาย ที่ปรึกษาหรือบุคคลที่ได้รับมอบอำนาจจากผู้สูญหาย หรือบุคคลใดที่มีส่วนได้เสียที่สมเหตุสมผล อาจยื่นข้อร้องเรียนให้มีการติดตามหาผู้สูญหายต่อคณะกรรมการได้
2. If the Committee considers that a request for urgent action submitted in pursuance of paragraph 1 of this article:
2. หากคณะกรรมการพิจารณาแล้วว่าข้อร้องเรียนกรณีเร่งด่วนที่ได้ยื่นภายใต้วรรค 1 ของข้อนี้
(*a*) Is not manifestly unfounded;
(ก) มิได้เป็นข้อกล่าวหาเลื่อนลอยอย่างชัดแจ้ง
(*b*) Does not constitute an abuse of the right of submission of such requests;
(ข) มิได้เป็นการใช้สิทธิยื่นคำร้องในทางที่ผิด
(*c*) Has already been duly presented to the competent bodies of the State Party concerned, such as those authorized to undertake investigations, where such a possibility exists;
(ค) ได้มีการร้องเรียนต่อหน่วยงานของรัฐภาคีที่เกี่ยวข้องแล้ว เช่น หน่วยงานที่มีหน้าที่สืบสวนสอบสวน ในกรณีที่มีช่องทางที่จะกระทำได้
(*d*) Is not incompatible with the provisions of this Convention; and
(ง) มิได้เป็นการขัดต่อบทบัญญัติของอนุสัญญาฯ
(*e*) The same matter is not being examined under another procedure of international investigation or settlement of the same nature; it shall request the State Party concerned to provide it with information on the situation of the persons sought, within a time limit set by the Committee.
(จ) มิได้อยู่ภายใต้การตรวจสอบโดยกระบวนการระหว่างประเทศอื่น หรือการระงับข้อพิพาทอื่นที่มีลักษณะคล้ายกัน คณะกรรมการจักได้ขอให้รัฐภาคีที่เกี่ยวข้องแจ้งข้อมูลเกี่ยวกับบุคคลดังกล่าวภายในกรอบเวลาที่คณะกรรมการกำหนด

3. In the light of the information provided by the State Party concerned in accordance with paragraph 2 of this article, the Committee may transmit recommendations to the State Party, including a request that the State Party should take all the necessary measures, including interim measures, to locate and protect the person concerned in accordance with this Convention and to inform the Committee, within a specified period of time, of measures taken, taking into account the urgency of the situation. The Committee shall inform the person submitting the urgent action request of its recommendations and of the information provided to it by the State as it becomes available.
3.เมื่อคณะกรรมการพิจารณาข้อมูลที่ได้รับจากรัฐภาคีที่เกี่ยวข้องตามข้อ 30 วรรค 2 อาจพิจารณานำส่งข้อเสนอแนะหรือคำร้องต่อรัฐภาคีเพื่อกำหนดให้มีมาตรการที่จำเป็น ซึ่งรวมไปถึงมาตรการ

ชั่วคราว เพื่อติดตามและคุ้มครองบุคคลที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้เป็นไปตามพันธกรณีของอนุสัญญานี้ ภายในเวลาที่กำหนด โดยคำนึงถึงความเร่งด่วนของสถานการณ์ โดยคณะกรรมการจะแจ้งบุคคลที่ยื่นข้อร้องเรียนกรณีฉุกเฉินเกี่ยวกับข้อเสนอแนะที่ได้นำส่งต่อรัฐภาคีที่เกี่ยวข้อง และข้อมูลที่ได้รับจากรัฐภาคีดังกล่าวในโอกาสแรก

4. The Committee shall continue its efforts to work with the State Party concerned for as long as the fate of the person sought remains unresolved. The person presenting the request shall be kept informed.

4.คณะกรรมการจะประสานงานกับรัฐภาคีที่เกี่ยวข้องตราบใดที่ยังไม่ปรากฏสถานะที่ชัดเจนของบุคคลในคำร้องเรียน และจะแจ้งข้อมูลให้บุคคลที่ยื่นข้อร้องเรียนทราบอย่างต่อเนื่อง

Article 31
ข้อ 31

1. A State Party may at the time of ratification of this Convention or at any time afterwards declare that it recognizes the competence of the Committee to receive and consider communications from or on behalf of individuals subject to its jurisdiction claiming to be victims of a violation by this State Party of provisions of this Convention. The Committee shall not admit any communication concerning a State Party which has not made such a declaration.

1. เมื่อให้ให้สัตยาบันหรือภายหลังจากนั้น รัฐภาคีอาจจะประกาศยอมรับอำนาจของคณะกรรมการที่จะรับและพิจารณาข้อร้องเรียนในเรื่องที่อยู่ในเขตอำนาจศาลตน จากบุคคลหรือผู้แทนของบุคคลดังกล่าวที่อ้างว่าเป็นเหยื่อจากการละเมิดบทบัญญัติอนุสัญญาฯ โดยรัฐภาคี คณะกรรมการจะไม่รับข้อร้องเรียนเกี่ยวกับรัฐภาคีที่ไม่ได้ประกาศรับอำนาจของคณะกรรมการ

2. The Committee shall consider a communication inadmissible where:

2. คณะกรรมการจะไม่สามารถรับข้อร้องเรียนได้ ในกรณีต่อไปนี้:

(*a*) The communication is anonymous;

(ก) เป็นข้อร้องเรียนนิรนาม

(*b*) The communication constitutes an abuse of the right of submission of such communications or is incompatible with the provisions of this Convention;

(ข) เป็นข้อร้องเรียนที่ถือเป็นการใช้สิทธิยื่นคำร้องในทางที่ผิด หรือไม่สอดคล้องกับข้อบทของอนุสัญญาฯ

(*c*) The same matter is being examined under another procedure of international investigation or settlement of the same nature; or where

(ค) เรื่องดังกล่าวอยู่ภายใต้การตรวจสอบโดยกระบวนการระหว่างประเทศอื่น หรือกระบวนการระงับข้อพิพาทอื่นที่มีลักษณะคล้ายกัน หรือ

(*d*) All effective available domestic remedies have not been exhausted. This rule shall not apply where the application of the remedies is unreasonably prolonged.

(ง) ยังมิได้มีการใช้กระบวนการยุติธรรมทั้งหมดในระดับประเทศซึ่งใช้การได้ โดยข้อยกเว้นนี้มิได้รวมไปถึงกรณีที่กระบวนการยุติธรรมที่ใช้เวลานานอย่างไร้เหตุผล

3. If the Committee considers that the communication meets the requirements set out in paragraph 2 of this article, it shall transmit the communication to the State Party concerned, requesting it to provide observations and comments within a time limit set by the Committee.

3. หากคณะกรรมการพิจารณาแล้วว่าข้อร้องเรียนผ่านเงื่อนไขในข้อ 31 วรรค 2 จึงจะได้นำส่งข้อร้องเรียนไปยังรัฐภาคีที่เกี่ยวข้องต่อไป เพื่อขอให้จัดทำข้อสังเกตและข้อคิดเห็นภายในกรอบเวลาที่คณะกรรมการกำหนด

4. At any time after the receipt of a communication and before a determination on the merits has been reached, the Committee may transmit to the State Party concerned for its urgent

consideration a request that the State Party will take such interim measures as may be necessary to avoid possible irreparable damage to the victims of the alleged violation. Where the Committee exercises its discretion, this does not imply a determination on admissibility or on the merits of the communication.
4. ภายหลังการได้รับข้อร้องเรียน แต่ก่อนที่จะมีการตัดสินความน่าเชื่อถือของข้อร้องเรียนนั้น คณะกรรมการอาจนำส่งเรื่องไปยังรัฐภาคีที่เกี่ยวข้อง เพื่อพิจารณาอย่างเร่งด่วนว่าจะมีมาตรการชั่วคราวอย่างไรที่อาจจำเป็นต่อการป้องกันความเสียหายที่ไม่อาจแก้ไขได้ ที่อาจเกิดขึ้นต่อเหยื่อของการละเมิดที่ได้อ้างถึง โดยที่คณะกรรมการมีอิสระในการตัดสินใจ การกระทำดังกล่าวไม่ได้เป็นการยอมรับข้อร้องเรียน หรือยอมรับความน่าเชื่อถือของข้อร้องเรียนแต่อย่างใด
5. The Committee shall hold closed meetings when examining communications under the present article. It shall inform the author of a communication of the responses provided by the State Party concerned. When the Committee decides to finalize the procedure, it shall communicate its views to the State Party and to the author of the communication.
5. คณะกรรมการจะจัดการประชุมแบบปิดเมื่อมีการพิจารณาข้อร้องเรียนในข้อ 31 คณะกรรมการจะให้ข้อมูลที่ได้รับการชี้แจงจากรัฐภาคีที่เกี่ยวข้องแก่ผู้เขียนข้อร้องเรียน และเมื่อตัดสินแล้วว่าจะสิ้นสุดกระบวนการตามหน้าที่ คณะกรรมการจะชี้แจงความเห็นของตนต่อรัฐภาคีและผู้ร้องเรียน

Article 32
ข้อ 32

A State Party to this Convention may at any time declare that it recognizes the competence of the Committee to receive and consider communications in which a State Party claims that another State Party is not fulfilling its obligations under this Convention. The Committee shall not receive communications concerning a State Party which has not made such a declaration, nor communications from a State Party which has not made such a declaration.
รัฐภาคีอาจประกาศเมื่อไรก็ได้ว่า ตนยอมรับอำนาจของคณะกรรมการที่จะรับและพิจารณาคำร้องจากรัฐภาคีหนึ่งว่าอีกรัฐภาคีหนึ่งมิได้ปฏิบัติตามพันธกรณีภายใต้อนุสัญญาฯ โดยที่คณะกรรมการจะไม่รับข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับรัฐภาคีที่มิได้มีการประกาศยอมรับดังกล่าว และจะไม่รับข้อมูลจากรัฐภาคีที่มิได้มีการประกาศยอมรับดังกล่าว

Article 33
ข้อ 33

1. If the Committee receives reliable information indicating that a State Party is seriously violating the provisions of this Convention, it may, after consultation with the State Party concerned, request one or more of its members to undertake a visit and report back to it without delay.
1. หากคณะกรรมการได้รับข้อมูลที่น่าเชื่อถือที่ปรากฏชี้ว่ารัฐภาคีได้ละเมิดบทบัญญัติของอนุสัญญาฯ อย่างรุนแรง ภายหลังการหารือกับรัฐภาคีที่เกี่ยวข้อง คณะกรรมการอาจจะขอให้สมาชิกหนึ่งคนหรือมากกว่าไปเยือนรัฐดังกล่าวและจัดทำรายงานโดยทันที
2. The Committee shall notify the State Party concerned, in writing, of its intention to organize a visit, indicating the composition of the delegation and the purpose of the visit. The State Party shall answer the Committee within a reasonable time.
2. คณะกรรมการจะต้องแจ้งต่อรัฐภาคีที่เกี่ยวข้องเป็นลายลักษณ์อักษรถึงเจตนาที่จะเยือน รวมทั้งแจ้งองค์ประกอบคณะและจุดประสงค์ของการเยือน โดยที่รัฐภาคีจะต้องตอบคณะกรรมการในเรื่องดังกล่าวภายในระยะเวลาที่สมควร

3. Upon a substantiated request by the State Party, the Committee may decide to postpone or cancel its visit.
3. หากรัฐภาคีมีคำร้องที่มีน้ำหนักเพียงพอ คณะกรรมการอาจพิจารณาเลื่อนหรือยกเลิกการเยือน
4. If the State Party agrees to the visit, the Committee and the State Party concerned shall work together to define the modalities of the visit and the State Party shall provide the Committee with all the facilities needed for the successful completion of the visit.
4. หากรัฐภาคีตอบรับการเยือน คณะกรรมการและรัฐภาคีที่เกี่ยวข้องจะตกลงร่วมกันในด้านรูปแบบของการเยือน และรัฐภาคีจะจัดสรรและอำนวยความสะดวกในสิ่งที่จำเป็นที่จะทำให้การเยือนเสร็จสิ้นด้วยดี
5. Following its visit, the Committee shall communicate to the State Party concerned its observations and recommendations.
5. ภายหลังการเยือน คณะกรรมการจะแจ้งข้อสังเกตและข้อเสนอแนะต่อรัฐภาคีที่เกี่ยวข้อง

Article 34
ข้อ 34

If the Committee receives information which appears to it to contain well-founded indications that enforced disappearance is being practised on a widespread or systematic basis in the territory under the jurisdiction of a State Party, it may, after seeking from the State Party concerned all relevant information on the situation, urgently bring the matter to the attention of the General Assembly of the United Nations, through the Secretary-General of the United Nations.
หากคณะกรรมการได้รับข้อมูลที่ปรากฏว่ามีสิ่งบ่งชี้ที่น่าเชื่อถือว่ามีการหายสาบสูญโดยถูกบังคับอย่างกว้างขวางหรืออย่างเป็นระบบในเขตอาณาของรัฐภาคี ภายหลังการขอรับข้อมูลที่เกี่ยวข้องจากรัฐภาคีนั้น คณะกรรมการอาจจะนำเสนอเรื่องดังกล่าวต่อที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติโดยเร่งด่วนโดยผ่านเลขาธิการสหประชาชาติ

Article 35
ข้อ 35

1. The Committee shall have competence solely in respect of enforced disappearances which commenced after the entry into force of this Convention.
1. คณะกรรมการจะมีอำนาจในการพิจารณาเรื่องการหายสาบสูญโดยถูกบังคับซึ่งจะเริ่มต้นภายหลังจากที่อนุสัญญาฯ มีผลบังคับใช้แล้วเท่านั้น
2. If a State becomes a party to this Convention after its entry into force, the obligations of that State vis-à-vis the Committee shall relate only to enforced disappearances which commenced after the entry into force of this Convention for the State concerned.
2. หากรัฐเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาฯ ภายหลังที่อนุสัญญาฯ มีผลบังคับใช้ พันธกรณีที่รัฐนั้นมีต่อคณะกรรมการจะเกี่ยวข้องกับเรื่องการหายสาบสูญโดยถูกบังคับเท่านั้น และเฉพาะภายหลังที่อนุสัญญาฯ มีผลบังคับใช้สำหรับรัฐนั้น

Article 36
ข้อ 36

1. The Committee shall submit an annual report on its activities under this Convention to the States Parties and to the General Assembly of the United Nations.

1. คณะกรรมการจะต้องเสนอรายงานประจำปีเกี่ยวกับกิจกรรมภายใต้อนุสัญญาฯต่อรัฐภาคีและที่ประชุมสมัชชาสหประชาชาติ

2. Before an observation on a State Party is published in the annual report, the State Party concerned shall be informed in advance and shall be given reasonable time to answer. This State Party may request the publication of its comments or observations in the report.
2. ก่อนที่ข้อสังเกตเกี่ยวกับรัฐภาคีจะได้รับการตีพิมพ์ในรายงานประจำปี รัฐภาคีที่เกี่ยวข้องจะต้องได้รับแจ้งล่วงหน้าและได้รับเวลาพอสมควรในการชี้แจง รัฐภาคีนี้อาจร้องขอให้มีการตีพิมพ์ข้อคิดเห็นหรือข้อสังเกตของตนในรายงานดังกล่าวได้

Article 37
ข้อ 37

Nothing in this Convention shall affect any provisions which are more conducive to the protection of all persons from enforced disappearance and which may be contained in:
จะไม่มีสิ่งใดในอนุสัญญาฯ นี้ที่จะส่งผลกระทบต่อบทบัญญัติที่มุ่งในการคุ้มครองบุคคลทั้งปวงจากการหายสาบสูญโดยถูกบังคับที่มากกว่าที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญาฯ นี้ และที่อาจระบุใน:

(*a*) The law of a State Party;
ก. กฎหมายของรัฐภาคี
(*b*) International law in force for that State.
ข. กฎหมายระหว่างประเทศที่มีผลบังคับใช้สำหรับรัฐภาคีนั้น

Article 38
ข้อ 38

1. This Convention is open for signature by all Member States of the United Nations.
1. อนุสัญญาฯ นี้เปิดให้ทุกประเทศที่เป็นสมาชิกสหประชาชาติได้ลงนาม

2. This Convention is subject to ratification by all Member States of the United Nations. Instruments of ratification shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.
2. อนุสัญญาฯ ต้องได้รับการให้สัตยาบันโดยรัฐภาคีทั้งหมดของสหประชาชาติ โดยเลขาธิการสหประชาชาติเป็นผู้เก็บรักษาสัตยาบันสาร

3. This Convention is open to accession by all Member States of the United Nations. Accession shall be effected by the deposit of an instrument of accession with the Secretary-General.
3. อนุสัญญาฯ เปิดให้รัฐภาคีทั้งหมดของสหประชาชาติภาคยานุวัติ การภาคยานุวัติจะมีผลเมื่อเลขาธิการสหประชาชาติได้เก็บรักษาภาคยานุวัติสารแล้ว

Article 39
ข้อ 39

1. This Convention shall enter into force on the thirtieth day after the date of deposit with the Secretary-General of the United Nations of the twentieth instrument of ratification or accession.

1. อนุสัญญาฯ จะมีผลบังคับใช้ในวันที่ 30 นับจากวันที่เลขาธิการสหประชาชาติได้เก็บสัตยาบันสาร หรือภาคยานุวัติสารฉบับที่ยี่สิบแล้ว

2. For each State ratifying or acceding to this Convention after the deposit of the twentieth instrument of ratification or accession, this Convention shall enter into force on the thirtieth day after the date of the deposit of that State's instrument of ratification or accession.
2. สำหรับรัฐที่ได้ให้สัตยาบันหรือภาคยานุวัติภายหลังวันที่เลขาธิการสหประชาชาติได้เก็บรับษา สัตยาบันสารหรือภาคยานุวัติสารฉบับที่ยี่สิบ อนุสัญญาฯ จะมีผลบังคับใช้ในวันที่สามสิบนับแต่วันที่รัฐนั้นได้ยื่นสัตยาบันสารหรือภาคยานุวัติสาร

Article 40
ข้อ 40

The Secretary-General of the United Nations shall notify all States Members of the United Nations and all States which have signed or acceded to this Convention of the following:
เลขาธิการสหประชาชาติจะแจ้งต่อรัฐสมาชิกสหประชาชาติ และรัฐที่ได้ลงนามหรือภาคยานุวัติอนุสัญญาฯ ดังต่อไปนี้:

(*a*) Signatures, ratifications and accessions under article 38;
(ก) การลงนาม การให้สัตยาบัน การภาคยานุวัติ ภายใต้ข้อ 38

(*b*) The date of entry into force of this Convention under article 39.
(ข) วันที่อนุสัญญาฯ มีผลบังคับใช้ ภายใต้ข้อ 39

Article 41
ข้อ 41

The provisions of this Convention shall apply to all parts of federal States without any limitations or exceptions.
บทบัญญัติของอนุสัญญาฯ นี้ มีผลบังคับใช้กับทุกภาคส่วนของสหพันธรัฐ โดยไม่มีข้อจำกัดหรือข้อยกเว้น

Article 42
ข้อ 42

1. Any dispute between two or more States Parties concerning the interpretation or application of this Convention which cannot be settled through negotiation or by the procedures expressly provided for in this Convention shall, at the request of one of them, be submitted to arbitration. If within six months from the date of the request for arbitration the Parties are unable to agree on the organization of the arbitration, any one of those Parties may refer the dispute to the International Court of Justice by request in conformity with the Statute of the Court.
1. ข้อพิพาทระหว่างรัฐภาคีตั้งแต่ 2 รัฐขึ้นไปเกี่ยวกับการตีความและการนำอนุสัญญาฯ ไปปฏิบัติ ซึ่งไม่สามารถยุติได้โดยการเจรจาหรือโดยกระบวนการใดๆ ที่ได้ระบุในอนุสัญญาฯ นี้ โดยที่ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งร้อง อาจยื่นเรื่องข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ หากภายใน 6 เดือนจากวันที่มีการยื่นเรื่องดังกล่าว รัฐภาคีไม่สามารถตกลงเกี่ยวกับรูปแบบของอนุญาโตตุลาการได้ ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจจะยื่นเรื่องข้อพิพาทดังกล่าวต่อศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ โดยที่คำร้องสอดคล้องกับบัญญัติของศาลฯ

2. A State may, at the time of signature or ratification of this Convention or accession thereto, declare that it does not consider itself bound by paragraph 1 of this article. The other States Parties shall not be bound by paragraph 1 of this article with respect to any State Party having made such a declaration.
2. ในขณะที่มีการลงนามและให้สัตยาบัน รัฐสามารถประกาศที่จะไม่ถูกผูกมัดโดยข้อ 42 วรรค 1 ซึ่งรัฐภาคีอื่นๆ ที่ได้กระทำการดังกล่าวก็จะไม่ถูกผูกมัดโดยข้อ 42 วรรค 1 เช่นกัน

3. Any State Party having made a declaration in accordance with the provisions of paragraph 2 of this article may at any time withdraw this declaration by notification to the Secretary-General of the United Nations.
3. รัฐภาคีที่ได้มีการประกาศดัง ข้อ 42 วรรค 2 สามารถเพิกถอนคำประกาศดังกล่าวเมื่อไรก็ได้ โดยแจ้งต่อเลขาธิการสหประชาชาติ

Article 43
ข้อ 43

This Convention is without prejudice to the provisions of international humanitarian law, including the obligations of the High Contracting Parties to the four Geneva Conventions of 12 August 1949 and the two Additional Protocols thereto of 8 June 1977, or to the opportunity available to any State Party to authorize the International Committee of the Red Cross to visit places of detention in situations not covered by international humanitarian law.
อนุสัญญาฯ นี้ มิได้มีอคติต่อบทบัญญัติของกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ซึ่งรวมถึงพันธกรณีของรัฐภาคีภายใต้อนุสัญญาเจนีวา 4 ฉบับ ของวันที่ 12 สิงหาคม ค.ศ. 1949 และพิธีสารเพิ่มเติม 2 ฉบับ ของวันที่ 8 มิถุนายน ค.ศ. 1977 หรือต่อโอกาสที่อำนวยให้รัฐภาคีอนุญาตให้คณะกรรมการกาชาดสากลเข้าเยี่ยมสถานที่กุมขังในสถานการณ์ที่ไม่ได้คุ้มครองโดยกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ

Article 44
ข้อ 44

1. Any State Party to this Convention may propose an amendment and file it with the Secretary-General of the United Nations. The Secretary-General shall thereupon communicate the proposed amendment to the States Parties to this Convention with a request that they indicate whether they favour a conference of States Parties for the purpose of considering and voting upon the proposal. In the event that within four months from the date of such communication at least one third of the States Parties favour such a conference, the Secretary-General shall convene the conference under the auspices of the United Nations.
1. รัฐภาคีสามารถเสนอแก้ไขอนุสัญญาฯ โดยยื่นขอแก้ไขต่อเลขาธิการสหประชาชาติ เลขาธิการสหประชาชาติจะแจ้งข้อเสนอแก้ไขไปยังรัฐภาคีทั้งหมด โดยการขอให้มีการเห็นชอบว่าจะมีการประชุมรัฐภาคีเพื่อพิจารณาลงมติต่อข้อเสนอแก้ไขดังกล่าวหรือไม่ หากภายในระยะเวลา 4 เดือนที่ได้มีการแจ้งดังกล่าว มีรัฐภาคีอย่างน้อย 1 ใน 3 เห็นชอบด้วย เลขาธิการสหประชาชาติจะจัดให้มีการประชุมดังกล่าวในนามองค์กรสหประชาชาติได้

2. Any amendment adopted by a majority of two thirds of the States Parties present and voting at the conference shall be submitted by the Secretary-General of the United Nations to all the States Parties for acceptance.
2. ข้อแก้ไขอนุสัญญาฯ ที่ได้รับการรับรองจาก 2 ใน 3 ของรัฐภาคีที่เข้าร่วมการประชุมและลงมติในที่ประชุม เลขาธิการสหประชาชาติจะเสนอต่อรัฐภาคีเพื่อให้การยอมรับ

3. An amendment adopted in accordance with paragraph 1 of this article shall enter into force when two thirds of the States Parties to this Convention have accepted it in accordance with their respective constitutional processes.
3. ข้อแก้ไขที่ได้รับการรับรองจากข้อ 44 วรรค 1 จะมีผลบังคับใช้เมื่อสองในสามของประเทศภาคีได้แสดงการยอมรับข้อแก้ไขดังกล่าวตามกระบวนการทางรัฐธรรมนูญของตน

4. When amendments enter into force, they shall be binding on those States Parties which have accepted them, other States Parties still being bound by the provisions of this Convention and any earlier amendment which they have accepted.
4. เมื่อข้อแก้ไขมีผลบังคับใช้ จะมีผลผูกพันต่อรัฐที่ยอมรับข้อแก้ไขเท่านั้น รัฐอื่นๆ จะยังคงผูกพันต่อบทบัญญัติหรือข้อแก้ไขเดิมตามที่ตนได้ยอมรับ

Article 45
ข้อ 45

1. This Convention, of which the Arabic, Chinese, English, French, Russian and Spanish texts are equally authentic, shall be deposited with the Secretary-General of the United Nations.
1. อนุสัญญานี้มีตัวบทภาษาอาหรับ จีน อังกฤษ ฝรั่งเศส รัสเซีย และสเปน ซึ่งมีความถูกต้องเท่าเทียมกัน โดยจะเก็บรักษาไว้โดยเลขาธิการสหประชาชาติ
2. The Secretary-General of the United Nations shall transmit certified copies of this Convention to all States referred to in article 38.
2. เลขาธิการสหประชาชาติจะนำส่งอนุสัญญาฯ ฉบับที่ได้รับการรับรองแล้วให้กับรัฐที่ได้กล่าวถึงในข้อ 38

“ประกอบด้วย กับ องค์ประกอบ” ปัญหาถ้อยคำในรัฐธรรมนูญ

กาญจน์ วรกุล[1]*

ผู้เขียนได้อ่านบทความของ อาจารย์ปริญญา เทวานฤมิตกุล ในหนังสือพิมพ์ไทยโพสต์ ฉบับวันที่ 13 มีนาคม พ.ศ. 2549 โดยอาจารย์ปริญญากล่าวว่า คำว่า “ประกอบด้วย” ในมาตรา 98 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีความหมายว่าเป็น “องค์ประกอบ” ของสภาผู้แทนราษฎร และได้กล่าวต่อไปว่า “เมื่อไม่ครบห้าร้อยคนก็ไม่ครบองค์ประกอบ เมื่อไม่ครบองค์ประกอบก็ไม่มีสภาผู้แทนราษฎร การใดที่ต้องทำโดยสภาผู้แทนราษฎร เช่น พิจารณาให้ความเห็นชอบบุคคลซึ่งสมควรได้รับแต่งตั้งให้เป็นนายกรัฐมนตรีตามมาตรา 202 ก็มิอาจที่จะดำเนินการได้”

ความเห็นดังกล่าวตรงกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 20/2543 ลงวันที่ 26 เมษายน พ.ศ. 2543 ที่วินิจฉัยโดยเสียงข้างมากว่า “สมาชิกวุฒิสภาที่ได้รับเลือกตั้งไม่ครบจำนวน 200 คน จึงไม่ครบองค์ประกอบเป็นวุฒิสภา ไม่สามารถดำเนินการประชุม เพื่อปฏิบัติหน้าที่ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญได้”

ผู้เขียนขอแสดงความคิดเห็น เพื่อวิเคราะห์คำว่า “ประกอบด้วย” และคำว่า “องค์ประกอบ” ดังต่อไปนี้

ถ้อยคำว่า “องค์ประกอบ” ที่มีการหยิบยกขึ้นมาเป็นประเด็นแห่งปัญหา และเหตุแห่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว จึงเกิดเป็นปัญหา

---

* ผู้อำนวยการกลุ่มงานคดี 8. สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

[1] ข้อคิดเห็นในบทความนี้เป็นความเห็นของผู้เขียน สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญมิจำเป็นต้องผูกพันและเห็นพ้องด้วย.

ตามมาว่า "องค์ประกอบ" คืออะไร มีความหมายอย่างไร เหตุใดรัฐธรรมนูญใช้ถ้อยคำว่า "ประกอบด้วย" จึงกลายเป็น "องค์ประกอบ" ไปได้ และผลตามมาอีกมากมายดังเช่นความหมายของถ้อยคำว่า "ประกอบด้วย" ของรัฐธรรมนูญเป็นความหมายเดียวกันกับ "องค์ประกอบ" หรือไม่ ถ้อยคำว่า "องค์ประกอบ" มีความหมายธรรมดากับความหมายในทางนิติศาสตร์อย่างไร ซึ่งกลายเป็นเรื่องยากไปเสียแล้ว มิใช่เรื่องง่าย ๆ ที่หยิบยกขึ้นมาอ้างหรือกล่าวกันเล่นเพียงคิดสนุกปากอีกต่อไป

ถ้อยคำดังกล่าวแฝงไว้ด้วยหลักวิชานิติศาสตร์ในระดับสูงและค่อนข้างลึกซึ้ง ที่บ่งบอก ถึงพัฒนาการและมาตรฐานในระดับสูงของวิชานิติศาสตร์ไทย จึงมิใช่เรื่องง่าย ๆ ที่อยู่ ๆ ศาลรัฐธรรมนูญจะหยิบยกถ้อยคำดังกล่าวขึ้นมาเป็นประเด็นและเหตุแห่งคำวินิจฉัย เพราะถ้อยคำดังกล่าวมิใช่ถ้อยคำที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ทั้งบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญอื่นก็มิได้กล่าวถึงถ้อยคำเหล่านี้ไว้ให้ศาลฯ พิเคราะห์ถึงความหมายไว้เลย การที่ศาลรัฐธรรมนูญหยิบยกถ้อยคำนี้ขึ้นมาเป็นเหตุแห่งคำวินิจฉัย เท่ากับเป็นการเปลี่ยนถ้อยคำของบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจาก "ประกอบด้วย" เป็น "องค์ประกอบ" ย่อมมีผลทำให้เกิดความคลาดเคลื่อนไปจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญอย่างแน่นอน ซึ่งความคลาดเคลื่อนนี้จะส่งผลกระทบต่อไปให้เกิดความเสียหายต่อการเมืองการปกครองของประเทศและประชาชนในที่สุดเป็นแน่ เพียงแต่ผลแห่งความเสียหายจะรุนแรงเพียงใด หรือไม่ เท่านั้น

ด้วยเหตุนี้จึงต้องมาทำความเข้าใจและวิเคราะห์ถ้อยคำว่า "องค์ประกอบ" ให้ดีเสียก่อน ถ้อยคำว่า "องค์ประกอบ" พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ให้ความหมายไว้ว่า

"องค์ประกอบ น. สิ่งต่างๆ ที่ใช้ประกอบเป็นสิ่งใหญ่ ส่วนของสิ่งต่างๆ ที่เป็นเครื่องประกอบทำให้เกิดเป็นรูปขึ้นใหม่โดยเฉพาะ ส่วนประกอบก็เรียก"

ความหมายดังกล่าวจะแตกต่างกับ "องค์ประชุม" ซึ่งตามพจนานุกรมในฉบับเดียวกันให้ความหมายไว้ว่า

"องค์ประชุม น. จำนวนสมาชิกหรือกรรมการอย่างน้อยที่กำหนดไว้ว่าต้องมาประชุม จึงจะดำเนินการประชุมได้"

เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่า ความหมายตามพจนานุกรมของคำว่า "องค์ประกอบ" ที่ให้ไว้หมายถึงสิ่งต่าง ๆ ที่ใช้ประกอบเป็นสิ่งใหญ่ หรือส่วนของสิ่งต่าง ๆ ที่เป็นเครื่องประกอบทำให้เกิดเป็นรูปขึ้นใหม่โดยเฉพาะ เป็นความหมายเดียวกับ "ส่วนประกอบ" หรือเป็นความหมายเดียวกับคำกริยา "ประกอบด้วย" ซึ่งเป็นถ้อยคำที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญโดยในพจนานุกรมฉบับเดียวกันให้ความหมายว่า

"ประกอบด้วย ก. มี, มีมาก เช่น ประกอบเมตตา, กอบด้วยก็ว่า"

ความหมายของ "องค์ประกอบ" หรือ "ส่วนประกอบ" หรือ "ประกอบด้วย" จึงมีความหมายแต่เพียงเป็นหรือมีส่วนต่าง ๆ หรือสิ่งต่าง ๆ ประกอบเข้าด้วยกันเท่านั้น ไม่ได้มีความหมายถึงขนาดว่า หากขาดสิ่งนั้นสิ่งใดสิ่งหนึ่งแล้วไม่ถือว่าเป็นสิ่งใหม่หรือสิ่งที่ใหญ่กว่านั้น ดังเช่น การให้ความหมายของถ้อยคำ "นมคืออวัยวะที่อยู่บริเวณหน้าอกโดยปกติมี 2 เต้า" ส่วนประกอบหรือองค์ประกอบของนมประกอบด้วยอวัยวะที่อยู่บริเวณหน้าอกและโดยปกติมี 2 เต้า ถ้อยคำว่าโดยปกติมี 2 เต้า นั้นหามีผลถึงขนาดว่า หากมีเต้าเดียวจะไม่เป็นนมแต่อย่างใด องค์ประกอบหรือส่วนประกอบในวลีหรือข้อความนี้ไม่ได้บ่งบอกสิ่งนั้นเป็นองค์ประกอบหรือส่วนประกอบที่เป็นสาระสำคัญที่ขาดเสียมิได้

สิ่งใดจะเป็น "องค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญ" หรือ "ส่วนประกอบที่เป็นสาระสำคัญ" หากข้อความหรือวลีนั้นไม่ใช่ถ้อยคำที่บ่งบอกหรือแสดงไว้โดยชัดแจ้งแล้ว เช่น หากถ้อยคำข้างต้นใช้ถ้อยคำเพิ่มว่า "จะต้อง" เช่นนมจะต้องประกอบด้วยอวัยวะที่อยู่บริเวณหน้าอก และมี 2 เต้าเช่นนี้

จึงจะถือว่าถ้อยคำว่า “และมี 2 เต้า” เป็นองค์ประกอบหรือส่วนประกอบที่เป็นสาระสำคัญ หากไม่มีข้อความหรือถ้อยคำที่บ่งบอกหรือแสดงความหมายขององค์ประกอบหรือส่วนประกอบที่เป็นสาระสำคัญหรือไม่ ก็ต้องพิจารณาจากองค์ประกอบหรือส่วนประกอบนั้นเอง ดังเช่น ในวลีหรือข้อความที่องค์ประกอบหรือส่วนประกอบที่เป็นสาระสำคัญคือ “อวัยวะที่อยู่บริเวณหน้าอก” ส่วนองค์ประกอบหรือส่วนประกอบเกี่ยวกับ “โดยปกติมี 2 เต้า” อันเป็นองค์ประกอบหรือส่วนประกอบเกี่ยวกับจำนวน โดยการใช้ถ้อยคำก็บ่งบอกหรือแสดงไว้ชัดแจ้งแล้วว่า เป็นองค์ประกอบหรือส่วนประกอบธรรมดา ไม่มีผลต่อความเป็นนม ความเป็นนมหรือไม่อยู่ที่อยู่อวัยวะบริเวณหน้าอกหรือไม่เท่านั้น

ความหมายของมาตรา 98 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ที่ว่า “สภาผู้แทนราษฎรประกอบด้วยสมาชิก จำนวนห้าร้อยคน” จึงจะแยกองค์ประกอบหรือส่วนประกอบของสภาผู้แทนราษฎรได้เป็น องค์ประกอบหรือส่วนประกอบเกี่ยวกับ “สมาชิก” และองค์ประกอบหรือส่วนประกอบเกี่ยวกับ “จำนวนห้าร้อยคน” ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ไม่มีถ้อยคำหรือข้อความใดที่บ่งบอกหรือแสดงว่าองค์ประกอบหรือส่วนประกอบส่วนหลังนี้เป็นองค์ประกอบหรือส่วนประกอบที่เป็นสาระสำคัญ โดยตามหลักแห่งกฎหมายหรือหลักนิติศาสตร์แล้ว อาจทำได้โดยการบัญญัติว่า “สภาผู้แทนราษฎรต้องประกอบด้วยสมาชิกจำนวนห้าร้อยคน”

ความหมาย “องค์ประกอบ” กับ “องค์ประกอบหรือส่วนประกอบที่เป็นสาระสำคัญ” ในความหมายภาษาไทยธรรมดา ผู้เขียนก็ได้กล่าวมาตอนต้น แต่ “องค์ประกอบ” ที่มีสถานะเป็นภาษานิติศาสตร์หรือศัพท์กฎหมายด้วยที่ทำให้เป็นที่มาของความสับสนในการใช้ถ้อยคำและแสดงความหมายของถ้อยคำดังกล่าว โดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญคดีนี้

เป็นความพยายามจะใช้ถ้อยคำ "องค์ประกอบ" ในสถานะที่เป็นภาษานิติศาสตร์หรือศัพท์กฎหมายอย่างหนึ่งมิใช่ในสถานะภาษาไทยธรรมดา ซึ่งเป็นการเปลี่ยนแปลงแก้ไขถ้อยคำในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญอย่างหนึ่ง ดังได้กล่าวมาแล้ว ในความหมายทางนิติศาสตร์หรือศัพท์กฎหมายยังเป็นความหมายเข้าใจกันเฉพาะในหมู่นักกฎหมายเท่านั้นและเป็นความหมายที่สลับซับซ้อนเกินกว่าความเข้าใจของผู้ที่ไม่เคยเรียนวิชาทางนิติศาสตร์มาก่อน เพราะถ้อยคำดังกล่าวในทางนิติศาสตร์ก็มิได้มีการนิยามศัพท์หรือให้ความหมายไว้โดยชัดแจ้ง แม้แต่นักกฎหมายเองก็ยังต้องใช้อย่างระมัดระวัง แต่ก็เป็นเรื่องที่สมควรกล่าวถึงเพื่อให้เกิดความเข้าใจแก่ประชาชนทั่วไป

ตามพจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทยฉบับราชบัณฑิตยสถาน จะไม่มีนิยามศัพท์ความหมาย ของ "องค์ประกอบ" ปรากฏ มีแต่ให้ความหมายของ "องค์ประชุม" ไว้ว่า "น, จำนวนสมาชิกหรือกรรมการอย่างน้อยที่กำหนดไว้ว่าต้องมาประชุม จึงจะดำเนินการประชุมได้" ซึ่งเป็นความหมาย เดียวกับพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 เหตุใดพจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทยฉบับราชบัณฑิตยสถานเก็บความหมาย "องค์ประชุม" แต่ไม่เก็บความหมาย "องค์ประกอบ" ในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 ที่อยู่ติดกันมาด้วย

กรณีพออธิบายได้ว่า กฎหมายใช้ถ้อยคำว่า "องค์ประชุม" ในความหมายเดียวกับภาษาไทยทั่วไป มิได้ยกระดับเป็นศัพท์กฎหมายที่มีความหมายเป็นพิเศษหรือมีความหมายโดยเฉพาะเจาะจง จึงจะเห็นได้ว่า "องค์ประชุม" ใช้ในความหมายตามพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2525 แม้แต่ในรัฐธรรมนูญ ดังเช่นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 155 ที่บัญญัติว่า "การประชุมสภาผู้แทนราษฎรและการประชุมวุฒิสภาต้องมีสมาชิกมาประชุมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภาจึงนับเป็น

องค์ประชุม เว้นแต่ในกรณีการพิจารณาระเบียบวาระกระทู้ถามตามมาตรา 183 และมาตรา 184 สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภากำหนดเรื่ององค์ประชุมไว้ในข้อบังคับเป็นอย่างอื่นก็ได้" องค์ประชุมตามรัฐธรรมนูญดังกล่าว หมายความว่าจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภาหรือที่กำหนดไว้ในข้อบังคับการประชุมเป็นอย่างอื่นต้องมาประชุม จึงจะดำเนินการประชุมได้

ถ้อยคำว่า "องค์ประกอบ" เป็นศัพท์กฎหมายอย่างหนึ่ง ดังจะเห็นได้จากหนังสือศัพท์นิติศาสตร์อังกฤษ-ไทย ฉบับราชบัณฑิตยสถาน ได้ให้คำแปลไว้ว่า "องค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญ (essential element) และองค์ประกอบแห่งความผิดอาญา (element of crime)" แสดงว่ากฎหมายไทย รับรู้ถึงถ้อยคำ "องค์ประกอบ" เป็นศัพท์กฎหมายหรือภาษานิติศาสตร์อย่างหนึ่ง เพียงแต่พจนานุกรมศัพท์กฎหมายไทยฉบับราชบัณฑิตยสถานไม่ได้อธิบายความหมายไว้ และแสดงว่า ถ้อยคำดังกล่าวสามารถเทียบเคียงกับศัพท์กฎหมายภาษาอังกฤษได้อย่างใกล้เคียงกัน มิใช่เป็นศัพท์กฎหมายที่นักกฎหมายหรือนักนิติศาสตร์ไทยคิดค้นขึ้นมาใช้เฉพาะในประเทศไทยเท่านั้น แต่การไม่มีคำอธิบายความหมายไว้ก็บ่งบอกถึงความไม่ลงตัวของความหมายถ้อยคำดังกล่าวในระดับหนึ่ง ความหมายของถ้อยคำดังกล่าวจึงยังเป็นภาษานิติศาสตร์หรือศัพท์กฎหมายที่เข้าใจเฉพาะในหมู่นักกฎหมายหรือนักนิติศาสตร์เท่านั้น

ถ้อยคำว่า "องค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญ" และ "องค์ประกอบแห่งความผิดอาญา" ก็จะเห็นข้อแตกต่างได้ว่าแม้เป็นภาษานิติศาสตร์หรือศัพท์กฎหมายก็มิใช่ใช้ถ้อยคำว่า "องค์ประกอบ" ลอย ๆ "องค์ประกอบ" ที่เป็นศัพท์กฎหมายที่จะต้องใช้ในความหมาย "องค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญ" เท่านั้น หากเป็น "องค์ประกอบ" ธรรมดาไม่ใช่ "องค์ประกอบที่เป็น

สาระสำคัญ" แล้วก็ใช้ในความหมายตามพจนานุกรมธรรมดา ความหมายของ "องค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญ" ในแง่หนึ่งจะมีความหมายทำนองเดียวกับ "องค์ประกอบแห่งความผิดอาญา" ก็คือกรณี "องค์ประกอบแห่งความผิดอาญา" จะถือว่าทุกองค์ประกอบความผิดเป็นองค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญทั้งสิ้น สำหรับ "องค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญ" หมายความอย่างไร ผู้เขียนได้กล่าวมาแล้วข้างต้นจึงไม่ขอกล่าวอีก จะขอกล่าวถึง "องค์ประกอบแห่งความผิดอาญา" พอสังเขปและในบางแง่เท่านั้น

"องค์ประกอบแห่งความผิดอาญา" ก็เป็นภาษานิติศาสตร์หรือศัพท์กฎหมายที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยตรง แต่เป็นถ้อยคำที่ใช้กันในหมู่นักกฎหมาย องค์ประกอบแห่งความผิดอาญาก็ดังเช่น ประมวลกฎหมายอาญามาตรา 350 บัญญัติว่า "ผู้ใดเพื่อมิให้เจ้าหนี้ของตนหรือของผู้อื่นได้รับชำระหนี้ทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ซึ่งได้ใช้หรือจะใช้สิทธิเรียกร้องทางศาลให้ชำระหนี้ย้ายไปเสีย หรือซ่อนเร้น หรือโอนไปให้ผู้อื่นซึ่งทรัพย์ใดก็ดี แกล้งให้ตนเป็นหนี้จำนวนใดอันไม่เป็นความผิดจริงก็ดี ต้องระวังโทษจำคุกไม่เกินสองปีหรือปรับไม่เกินสี่พันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ" ตามบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ไม่มีถ้อยคำใดที่บ่งบอกว่าองค์ประกอบความผิดฐานนี้เป็นองค์ประกอบที่สาระสำคัญแต่อย่างใดในทางนิติศาสตร์อาจจะแยกความผิดฐานนี้เป็นองค์ประกอบแห่งความผิดได้ดังนี้

องค์ประกอบภายนอก

(1) ย้ายไปเสียซ่อนเร้นหรือโอนไปให้ผู้อื่น

(2) ซึ่งทรัพย์ใด ๆ

องค์ประกอบภายใน

(1) เจตนาธรรมดาตามมาตรา 59 วรรคหนึ่งถึงวรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายอาญา

(2) เจตนาพิเศษหรือมูลเหตุจูงใจ เพื่อมิให้เจ้าหนี้ของตนหรือของผู้อื่น

ได้รับชำระหนี้ทั้งหมดหรือบางส่วน ซึ่งได้ใช้หรือจะใช้สิทธิเรียกร้องทางศาลให้ชำระหนี้

องค์ประกอบเหล่านี้ เมื่อถือว่าเป็นองค์ประกอบแห่งความผิดแล้ว จะถือว่าเป็นองค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญทั้งสิ้น หากขาดองค์ประกอบใดองค์ประกอบหนึ่งจะไม่เป็นความผิดฐานนั้นเลยดังตัวอย่างจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาเกี่ยวกับเรื่องนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1880/2538 โจทก์ฟ้องขอให้ลงโทษจำเลยที่ 1 ในความผิดฐานโกงเจ้าหนี้ตาม ป.อ. มาตรา 350 อ้างว่าจำเลยที่ 1 ทำสัญญาจะซื้อขายที่ดินให้โจทก์แล้วกลับนำไปขายให้บุคคลอื่น เพื่อมิให้โจทก์ผู้เป็นเจ้าหนี้ตามสัญญาได้รับชำระหนี้ ซึ่งโจทก์มีสิทธิที่จะใช้สิทธิเรียกร้องต่อศาลเอาแก่จำเลยที่ 1 ได้ มิได้บรรยายว่าจำเลยที่ 1 ได้กระทำไปโดยรู้ว่าเจ้าหนี้ของตนหรือของผู้อื่นได้ใช้หรือจะใช้สิทธิเรียกร้องทางศาลให้ชำระหนี้ ย่อมเป็นการฟ้องที่ขาดสาระสำคัญแห่งองค์ประกอบของความผิดเป็นฟ้องที่มิชอบด้วยบทบัญญัติแห่งกฎหมายตาม ป.วิ.อ. มาตรา 158 (5) และเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยศาลฎีกามีอำนาจยกขึ้นวินิจฉัยเองได้

กล่าวได้ว่าบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายอาญาที่เกี่ยวกับความผิดแล้ว องค์ประกอบทุกองค์ประกอบถือว่าเป็นองค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญทั้งสิ้นไม่ต้องไปวิเคราะห์หรือแยกแยะให้ยุ่งยากว่าอะไรเป็นองค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญ อะไรที่เป็นองค์ประกอบธรรมดาเหมือนองค์ประกอบในกฎหมายอื่น ลักษณะองค์ประกอบแห่งความผิดอาญา จึงเป็นองค์ประกอบที่มีลักษณะพิเศษแตกต่างกับองค์ประกอบแห่งกฎหมายอื่นที่จะต้องวิเคราะห์แยกแยะเสียก่อน

คำวินิจฉัยของรัฐธรรมนูญคดีนี้มีเพียงระบุว่า “จำนวนสองร้อยคน” เป็นองค์ประกอบแห่งวุฒิสภา จึงเป็นการใช้ถ้อยคำ “องค์ประกอบ” แห่ง

วุฒิสภาตามบัญญัติมาตรา 121 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ในความหมายเดียวกับ "องค์ประกอบแห่งความผิดอาญา" ที่ไม่ต้องให้เหตุผลว่าเหตุใดจึงเป็น "องค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญ" การอ้าง "จำนวนสองร้อยคน" เป็นองค์ประกอบแห่งวุฒิสภาแล้ววินิจฉัยว่าไม่อาจเรียกประชุมวุฒิสภาได้ เท่ากับถือว่าบทบัญญัติมาตรา 121 วรรคหนึ่ง[2] เป็นบทบัญญัติทำนองบทบัญญัติแห่งความผิดอาญาที่ทุกองค์ประกอบเป็นสาระสำคัญจะขาดองค์ประกอบหนึ่งองค์ประกอบใดไม่ได้ จึงขาดขั้นตอนไม่ได้วิเคราะห์หรือแยกแยะเสียก่อนว่าเป็น "องค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญ" หรือไม่ โดยข้ามไปสู่การวินิจฉัยเลยว่าเมื่อไม่ครบองค์ประกอบแห่งวุฒิสภา จึงถือไม่ได้ว่าเป็นวุฒิสภา

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญคดีนี้ จึงเป็นการเอาลักษณะพิเศษของความเป็นองค์ประกอบแห่งความผิดอาญามาใช้เป็นหลักในการวินิจฉัยองค์ประกอบแห่งวุฒิสภา ย่อมเป็นการคลาดเคลื่อนจากวิถีทางการใช้กฎหมายและรัฐธรรมนูญตามหลักนิติศาสตร์ที่ถูกต้อง ที่จะสร้างความสับสนเรรวนต่อการใช้กฎหมายรัฐธรรมนูญต่อไปภายภาคหน้า

ความจริงแล้ว บทบัญญัติมาตรา 121 วรรคหนึ่งดังกล่าวไม่ได้บ่งบอกถึงหรือแสดงว่าเป็นองค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญทั้งหมดเลยและไม่มีทางเป็นลักษณะเดียวกับองค์ประกอบความผิดอาญาได้ วิธีการใช้ "องค์ประกอบ" ในรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่แตกต่างไปจากวิธีการใช้กฎหมายอื่นที่มิใช่เป็นเรื่องความผิดตามกฎหมายอาญา ดังเช่น ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 420 บัญญัติว่า **"ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำ**

---

[2] มาตรา 121 "วุฒิสภาประกอบด้วยสมาชิกซึ่งราษฎรเลือกตั้งจำนวนสองร้อยคน ในกรณีที่ตำแหน่งสมาชิกวุฒิสภาว่างลงไม่ว่าด้วยเหตุใดๆ และยังมิได้มีการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาขึ้นแทนตำแหน่งที่ว่าง ให้วุฒิสภาประกอบด้วยสมาชิกวุฒิสภาเท่าที่มีอยู่"

ต่อบุคคลอื่นโดยผิดต่อกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่า ผู้นั้นทำละเมิดจำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น" บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการให้คำนิยามของคำว่า "ละเมิด" ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์คืออะไร และจะก่อให้เกิดความรับผิดเพื่อละเมิดอย่างไร ทุกองค์ประกอบในมาตรานี้จึงถือว่าเป็นองค์ประกอบ ที่เป็นสาระสำคัญทั้งสิ้นที่ขาดองค์ประกอบหนึ่งองค์ประกอบใดก็ตามจะไม่ถือว่าเป็นละเมิด และเมื่อกล่าวถึง "ละเมิด" ทางแพ่งแล้วจะหมายถึงการกระทำที่ทุกองค์ประกอบตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ด้วยเหตุนี้องค์ประกอบตามมาตรา 420 ดังกล่าวจึงเป็นองค์ประกอบที่เป็นสาระสำคัญทั้งสิ้น หากการใช้หรือตีความบทบัญญัติมาตรา 121 วรรคหนึ่งตามวิธีการดังนี้ที่ต้องวิเคราะห์แยกแยะเสียก่อน ก็จะไม่มีการใช้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมาตรานี้โดยผิดหลักดังกล่าว

เกี่ยวกับเงื่อนเวลาในการดำเนินการให้ความเห็นชอบบุคคลที่สมควรได้รับการแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรี อาจารย์ปริญญา เทวานฤมิตกุล ได้กล่าวต่อไปว่า "เมื่อไม่ครบห้าร้อยคน ก็ไม่ครบองค์ประกอบ เมื่อไม่ครบองค์ประกอบก็ไม่มีสภาผู้แทนราษฎร การใดที่ต้องทำโดยสภาผู้แทนราษฎร เช่น พิจารณาให้ความเห็นชอบบุคคลซึ่งสมควรเป็นนายกรัฐมนตรีก็มิอาจที่จะดำเนินการได้"

เห็นว่า ตามหลักนิติรัฐหรือนิติธรรมถือว่า **รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศมีสถานะสูงกว่าอำนาจหรือการกระทำของบุคคลทุกคนในรัฐ เป็นที่มาของอำนาจหน้าที่ขององค์กรแห่งรัฐ อำนาจรัฐ สิทธิเสรีภาพและความเสมอกันของบุคคล สภาวะแห่งบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ จะไม่ได้รับผลกระทบกระเทือนไม่ว่าจากการกระทำหรือละเว้นการกระทำของบุคคล คณะบุคคลหรือองค์กรแห่งรัฐนั้น รวมทั้งบทบัญญัติ**

แห่งกฎหมายใดก็ตาม จะไม่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเพิ่มเติม หรือมีผลให้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญใช้บังคับไม่ได้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนแต่อย่างใด

ด้วยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะแสดงให้เห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญมิได้คำนึงถึงการกระทำของบุคคล คณะบุคคล หรือองค์กรใดก็ตามให้มีผลทำลายความสูงสุดและเด็ดขาดของรัฐธรรมนูญ หรือไม่ถือเอาการกระทำหรือการปฏิบัติหน้าที่ของบุคคล คณะบุคคล หรือองค์กรใดก็ตามเป็นเงื่อนไขหรือผ่อนผันหรือ**ทำลายความสูงสุดและเด็ดขาดของรัฐธรรมนูญ**ได้เลย แต่ตรงกันข้าม บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจะถือเป็นเงื่อนไขและเงื่อนเวลาที่บุคคล คณะบุคคลหรือองค์กรใดก็ตามต้องถือปฏิบัติ มิฉะนั้นอาจได้รับผลจากสภาพบังคับตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้

ดังเช่นบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 323 ที่กำหนดให้**สภาผู้แทนราษฎร**พิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้งและร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมืองให้แล้วเสร็จทุกฉบับ**ภายในหนึ่งร้อยยี่สิบวันนับแต่วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับนี้** และวุฒิสภาต้องพิจารณาร่างพระราชบัญญัติทั้งสามฉบับดังกล่าวให้แล้วเสร็จ**ภายในเก้าสิบวันนับแต่วันถัดจากวันที่ครบกำหนดหนึ่งร้อยยี่สิบวันนับแต่วันที่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญหรือนับแต่วันที่สมาชิกวุฒิสภาได้รับร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าว กำหนดเวลาหรือเงื่อนเวลาดังกล่าวเป็นบทบังคับเด็ดขาดที่สภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาจะต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ โดยไม่คำนึงถึงว่าสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาจะติดภารกิจจำเป็นหรืออยู่ในเงื่อนไขความจำเป็นใดที่ไม่อาจดำเนินการ**

ดังกล่าวให้แล้วเสร็จทันได้ไม่ว่ากรณีใดๆ แสดงให้เห็นว่า เงื่อนเวลาดังกล่าวมีผลเด็ดขาดที่ถือว่าเป็นเงื่อนเวลาที่สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาต้องถือปฏิบัติ **รัฐธรรมนูญไม่ยอมรับเงื่อนไขเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่หรือความจำเป็นของรัฐสภาดังกล่าวมาเป็นเหตุให้ไม่ต้องปฏิบัติตามเงื่อนเวลาดังกล่าวได้เลย ทั้งจะเห็นความเด็ดขาด**แห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าว โดยรัฐธรรมนูญบัญญัติให้สภาใดก็ตามที่ไม่อาจปฏิบัติตามกำหนดเวลานี้ได้ **ให้สมาชิกภาพของสมาชิกสภานั้นสิ้นสุดลงพร้อมกันทั้งหมดทันที**

เช่นเดียวกับ**เงื่อนเวลาตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ**ทั้งหมดที่เป็นเงื่อนเวลาหรือกำหนดเด็ดขาด ไม่อาจผ่อนผันหรือทำลายโดยที่ไม่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเปิดช่องไว้ได้ เช่น ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 **มาตรา 204 วรรคสอง** ที่บัญญัติว่า “สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งได้รับการแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรี **ให้พ้นจากตำแหน่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในวันถัดจากวันที่ครบสามสิบวัน**นับแต่วันที่มีพระบรมราชโองการแต่งตั้ง” กำหนดเวลาดังกล่าวจะทำให้ “สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร” พ้นจากตำแหน่งในวันถัดจากวันที่ครบกำหนดสามสิบวันนับแต่วันที่มีพระบรมราชโองการแต่งตั้ง หมายความว่า การพ้นตำแหน่งเช่นนี้ **มีผลเด็ดขาด**ไม่มีข้อยกเว้นใดและไม่พ้นตำแหน่งก่อนหรือหลังจากวันที่รัฐธรรมนูญกำหนดได้ ไม่ว่าจะออกกฎหมายมากำหนดความจำเป็นไว้หรือกำหนดวันหรือการเริ่มนับวันเสียใหม่หรือให้ศาลรัฐธรรมนูญตีความให้มีความหมายผิดไปจากวันที่ตามรัฐธรรมนูญกำหนดมิได้

กำหนดเวลาหรือเงื่อนเวลาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 **มาตรา 202 วรรคหนึ่ง** ที่บัญญัติว่า “ให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาให้ความเห็นชอบบุคคลซึ่งสมควรได้รับแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรี **ให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่มีการเรียกประชุมรัฐสภาเป็นครั้งแรกตามมาตรา 159**” และบทบัญญัติ**มาตรา 159 วรรคหนึ่ง**

บัญญัติว่า "**ภายในสามสิบวันนับแต่วันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร** ให้มีการเรียกประชุมรัฐสภาเพื่อให้สมาชิกได้มาประชุมเป็นครั้งแรก" **บทบัญญัติทั้งสองมาตราดังกล่าวเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญบัญญัติเกี่ยวกับเงื่อนเวลาหรือกำหนดเวลาเกี่ยวกับการเรียกประชุมรัฐสภาครั้งแรกและเงื่อนเวลาหรือกำหนดเวลาให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาเห็นชอบบุคคลซึ่งสมควรได้รับแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรี ซึ่งเป็นบทบัญญัติบังคับเด็ดขาดของรัฐธรรมนูญ โดยไม่คำนึงถึงความจำเป็นหรือเงื่อนไขเกี่ยวกับสภาผู้แทนราษฎร อันหมายความว่า ไม่ว่าฝนจะตกฟ้าจะร้องดินจะถล่มฟ้าจะทลาย อาคารรัฐสภาจะใช้ไม่ได้ จะได้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไม่ครบ หรือมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาไม่ถึงกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่แต่ละสภาอันถือว่าไม่ครบองค์ประชุมก็ตาม ก็ต้องมีการเรียกประชุมรัฐสภาครั้งแรกภายในสามสิบวันนับแต่วันเลือกตั้งสภาผู้แทนราษฎรเสมอ แต่เมื่อเรียกประชุมแล้วองค์ประชุมไม่ครบก็เป็นอีกเรื่องหนึ่ง**

ผู้เขียนเห็นว่า การประชุมสภาผู้แทนราษฎร เพื่อให้ความเห็นชอบบุคคล ซึ่งสมควรได้รับการแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรี มาตรา 202 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า "ให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณา ให้ความเห็นชอบบุคคลซึ่งสมควรได้รับการแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรีให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่มีการเรียกประชุมรัฐสภาเป็นครั้งแรกตามมาตรา 159"

มาตรา 159 บัญญัติว่า "ภายในสามสิบวันนับแต่วันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรให้มีการเรียกประชุมรัฐสภา เพื่อให้สมาชิกได้มาประชุมเป็นครั้งแรก

วรรคสอง .....

วรรคสาม ....."

มาตรา 161 บัญญัติว่า “พระมหากษัตริย์ทรงเรียกประชุมรัฐสภา ทรงเปิดและทรงปิดประชุม

พระมหากษัตริย์จะเสด็จพระราชดำเนินมาทรงทำรัฐพิธีเปิดประชุมสมัยประชุมสามัญทั่วไปครั้งแรกตามมาตรา 159 วรรคหนึ่ง ด้วยพระองค์เอง หรือจะโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้รัชทายาทซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้ว หรือผู้ใดผู้หนึ่งเป็นผู้แทนพระองค์มาทำรัฐพิธี ก็ได้”

เห็นได้ว่า รัฐธรรมนูญได้บัญญัติเงื่อนเวลาการเปิดประชุมสภาผู้แทนราษฎร ภายหลังการเลือกตั้งทั่วไปตามมาตรา 159 วรรคหนึ่ง และมาตรา 161 และการให้ความเห็นชอบบุคคลผู้สมควรเป็นนายกรัฐมนตรีไว้ในมาตรา 202 วรรคหนึ่ง ดังกล่าวข้างต้น

เช่นเดียวกับ**สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาให้ความเห็นชอบบุคคลซึ่งสมควรได้รับแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรี**ให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่มีการเรียกประชุมรัฐสภาครั้งแรกแล้วเช่นกัน จะอ้างเหตุว่า ยังได้จำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไม่ครบจำนวนห้าร้อยคน ตามมาตรา 98 วรรคหนึ่ง หรือมีจำนวนสมาชิกวุฒิสภาไม่ครบจำนวนสองร้อยคน ตาม**มาตรา 121** จึงไม่ครบ**องค์ประกอบ**ของสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาหรืออาจเกิดความได้เปรียบเสียเปรียบกันในระหว่างพรรคการเมือง หากไม่รอให้ได้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรครบจำนวนก่อน หรืออ้างว่ามีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยไว้จึงทำให้ไม่อาจเรียกประชุมสภาหรือรัฐสภาได้ เช่นนี้ **เป็นการอ้างเงื่อนไขเกี่ยวกับความไม่สามารถหรือบกพร่องหรือการละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ของบุคคล คณะบุคคลหรือองค์กรใดองค์หนึ่งมาเป็นบทยกเว้นที่จะไม่ยอมปฏิบัติตามเงื่อนเวลาหรือไม่ยอมปฏิบัติหรือถือปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ**

สภาพเช่นนี้ย่อมทำลาย**ความเด็ดขาดและความสูงสุดของรัฐธรรมนูญ**ไม่ว่าจะเป็นข้ออ้างเกี่ยวกับกฎหมายที่ต่ำกว่าก็ดี ข้ออ้างเกี่ยวกับ

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญหรือลบล้างความเด็ดขาด ความสูงสุด และสภาพบังคับของรัฐธรรมนูญ ก็ดี ข้ออ้างเกี่ยวกับความไม่สามารถดำเนินการจัดหรือจัดให้มีการเลือกตั้งให้แล้วเสร็จภายในเวลาที่รัฐธรรมนูญกำหนดก็ดี เมื่อแยกแยะข้ออ้างเหล่านี้ออกมาก็จะเห็นได้ชัดว่าเป็นข้ออ้างที่ไร้น้ำหนัก โดยระบบการเมืองการปกครองและหลักการรัฐธรรมนูญสามารถแก้ไขปัญหาหรือข้ออ้างเหล่านี้ได้อยู่แล้ว

การนำข้ออ้างดังกล่าวมาใช้และดำเนินการตามที่อ้างว่าเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยไม่ปล่อยให้เป็นไปตามระบบและหลักการ จึงเป็นการหักล้างและทำลายรัฐธรรมนูญ หลักการนิติรัฐหรือนิติธรรมและการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอย่างร้ายแรงที่สุด **ทำให้รัฐธรรมนูญและการปกครองประเทศตกอยู่ภายใต้ข้ออ้างความจำเป็นของบุคคล คณะบุคคล หรือองค์กรและภายใต้บังคับควบคุมของบุคคล คณะบุคคล หรือองค์กรดังเช่นศาลรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการการเลือกตั้ง เป็นต้น ส่งผลให้บุคคล คณะบุคคลหรือองค์กรเหล่านี้ในกรณีนี้รวมถึงวุฒิสภาหรือองค์กรอื่นต่อๆ มาด้วยจะใช้เป็นข้ออ้าง**ในการไม่ยอมรับหรือยอมปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ โดยยอมรับและยอมปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ไม่ต้องคำนึงถึงว่า คำวินิจฉัยนั้นเป็นไปตามหลักการของรัฐธรรมนูญหรือหลักการนิติธรรมหรือนิติรัฐหรือหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยหรือไม่ ซึ่งผลกระทบนี้จะส่งผลกระทบเป็นลูกโซ่ต่อไปโดยไม่มีจุดยุติจนกระทั่งอาจทำให้เกิดผลเสียหายจนอาจทำลายล้างรัฐธรรมนูญและการปกครองในระบอบประชาธิปไตยทั้งระบบได้ในท้ายที่สุด

ปัญหาในการดำเนินคดีอาญาตามพระราชบัญญัติมาตรการของฝ่ายบริหารในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2551

*นาวาอากาศตรี พงศธร สัตย์เจริญ**

นธน.ผวก.กธน.สบ.ทอ.

โดยที่พระราชบัญญัติมาตรการของฝ่ายบริหารในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2551 มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 25 มกราคม พ.ศ. 2551 เป็นต้นมา ในมาตรา 47 บัญญัติให้พนักงานอัยการ เป็นผู้ฟ้องคดี โดยถือเป็นอัยการทหารตามกฎหมายว่าด้วยพระธรรมนูญศาลทหารหรือจะมอบหมายให้อัยการทหารเป็นผู้ฟ้องคดีแทนนั้น เป็นเรื่องที่น่าคิดว่าเหตุใดกฎหมายจึงบัญญัติเช่นนั้น กระบวนการยุติธรรมทหารไม่เป็นที่น่าเชื่อถือ หรือว่ากระบวนการยุติธรรมทหารถูกแทรกแซงโดยองค์กรภายนอก แต่ถ้ามองในเชิงบวกก็อาจเป็นเรื่องของเทคนิคในการตรากฎหมายสมัยใหม่ ผู้เขียนเห็นว่าที่จะเป็น ปัญหาในทางปฏิบัติตามกฎหมายฉบับนี้ ได้แก่เรื่องการสั่งคดีของอัยการว่าจะใช้กฎหมายฉบับใดในกรณีที่ถือว่าเป็นอัยการทหารตามกฎหมายว่าด้วยพระธรรมนูญศาลทหาร จะใช้กฎหมายฝ่ายทหาร หรือพระราชบัญญัติมาตรการของฝ่ายบริหารในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2551 ซึ่งกฎหมายฝ่ายทหารมีนิติปรัชญาที่แตกต่างกันกับกฎหมายฝ่ายพลเรือน กฎหมายทหารจึงมีลักษณะเป็นกฎหมายพิเศษ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ กฎหมายทหารนั้น เป็นกฎหมาย

---

* นิติศาสตร์บัณฑิต (มสธ.), ประกาศนียบัตรวิชาภาษาอังกฤษเฉพาะอาชีพ (กฎหมาย) (มสธ.), ประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมายมหาชน (ธรรมศาสตร์), นิติศาสตร์มหาบัณฑิต (สาขากฎหมายมหาชน) (รามคำแหง)

ปกครองกึ่งยุติธรรม[1] ที่ให้ผู้บังคับบัญชาทหารเข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินคดีกับทหาร และมักจะพบว่ากฎหมายทหารกับกฎหมายพลเรือนบัญญัติไว้ไม่สอดคล้องกันเสมอ เช่นกฎหมายฉบับนี้ ดังนี้

ในกรณีที่พนักงานอัยการเห็นควรสั่งไม่ฟ้อง แต่คณะกรรมการ ป.ป.ท. มีมติยืนยันให้ฟ้อง ให้ส่งเรื่องให้อัยการสูงสุดวินิจฉัย คำวินิจฉัยของอัยการสูงสุดให้เป็นที่สุด (มาตรา 45 วรรค 3 พ.ร.บ. มาตรการของฝ่ายบริหารฯ) ข้อบังคับกระทรวงกลาโหมว่าด้วยอัยการทหาร พ.ศ. 2499 ซึ่งอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 ข้อ 5 อัยการทหารมีอำนาจและหน้าที่ ดังนี้

(1) ตรวจสำนวนการสอบสวนคดีอาญาแล้วเสนอความเห็นต่อผู้บังคับบัญชา เพื่อสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้อง หรือสั่งการเป็นอย่างอื่น

(2) เป็นโจทก์ฟ้อง และดำเนินคดีอาญาในศาลทหาร

ฯลฯ

เนื่องจากในการสั่งฟ้องคดีในศาลทหาร ให้อัยการทหารเสนอรายงานการคดีให้ผู้บังคับบัญชาทหารเป็นผู้พิจารณาสั่งคดี อัยการทหารสั่งคดีเองไม่ได้ ในกรณีที่ผู้บังคับบัญชาสั่งคดีแย้งความเห็นของอัยการ ต้องส่งสำนวนพร้อมความเห็นที่แย้งกันไปยังเจ้ากรมพระธรรมนูญเป็นผู้ชี้ขาด

ส่วนบทบัญญัติในมาตรา 37 แห่ง พ.ร.บ. ธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 ให้ผู้มีอำนาจแต่งตั้งตุลาการตามความในมาตรา 30 มีอำนาจแต่งตั้งพนักงานอัยการ จ่าศาลพลเรือน หรือผู้ทรงคุณวุฒิที่เหมาะสมเป็นอัยการทหารและจ่าศาลทหารได้นั้น ใช้ในกรณีศาลทหารในเวลาไม่ปกติ อำนาจการสั่งคดีของอัยการที่ทำหน้าที่อัยการทหาร ในกรณีที่พนักงาน

---

[1] วีระ โชคเหมาะ, **คำอธิบายกฎหมายทหาร**. (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2529), หน้า 3-4

อัยการเห็นควรสั่งไม่ฟ้อง แต่คณะกรรมการ ป.ป.ท. มีมติยืนยันให้ฟ้อง ให้ส่งเรื่องให้อัยการสูงสุดวินิจฉัย คำวินิจฉัยของอัยการสูงสุดให้เป็นที่สุด ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายพลเรือนจะมาสั่งการแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายทหาร ก็ขัดกันกับกฎอัยการศึก พ.ศ. 2457[2] มาตรา 6 และจะนำบทบัญญัติดังกล่าวมาใช้ในกรณีการดำเนินคดีในศาลทหารในเวลาปกติโดยอนุโลมก็ไม่ได้ ดังนั้น บทบัญญัติที่ให้ "อัยการ" ที่ถือว่าเป็น "อัยการทหารตามกฎหมายว่าด้วยพระธรรมนูญศาลทหาร" จึงควรนำกฎหมายฝ่ายทหารมาใช้บังคับตามหลักกฎหมายที่จะนำมาวิเคราะห์ ดังนี้

1. การดำเนินคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 16 บัญญัติว่า "อำนาจศาล อำนาจผู้พิพากษา อำนาจพนักงานอัยการ และอำนาจพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจ ในการที่จะปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ ต้องเป็นไปตามกฎหมายและข้อบังคับทั้งหลายอันว่าด้วยการจัดตั้งศาลยุติธรรมและระบุอำนาจและหน้าที่ของผู้พิพากษา หรือซึ่งว่าด้วยอำนาจและหน้าที่ของพนักงานอัยการหรือพนักงานฝ่ายปกครองหรือตำรวจนั้น"

บทบัญญัตินี้กำหนดอำนาจทั่วไปของสถาบันและเจ้าหน้าที่ของรัฐในอันที่จะปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่าให้เป็นไปตามกฎหมายที่ก่อตั้งสถาบันและจัดให้มีเจ้าพนักงานนั้นๆ ทั้งนี้เพราะประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นเพียงกฎหมายที่กำหนดวิธีการในการนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษ[3]

---

[2] พลโทประดิษฐ์ สุนทราชุน, **กระบวนการยุติธรรมทหาร** (พระนคร : กรมแผนที่ทหาร, 2515), หน้า 133.

[3] คะนึง ฦาไชย, **กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1**, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพมหานคร : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545) หน้า 87

ดังนั้น จึงต้องเข้าใจให้ชัดเจนว่า "เจ้าพนักงาน หมายความถึงผู้ปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยได้รับการแต่งตั้งตามกฎหมาย" (ฎีกาที่ 1787/2524) จึงต้องมีทั้ง 2 หลักประกอบกัน เมื่อเห็นได้ชัดเจนแล้วว่าการแต่งตั้งเจ้าพนักงานนั้น จะต้องมีกฎหมายหรืออาศัยกฎหมาย ลักษณะของกฎหมาย ในที่นี้อาจจะเป็นกฎหมายเฉพาะหรือกฎหมายทั่วไปก็ได้

การแต่งตั้งโดยกฎหมายเฉพาะ กฎหมายนี้อาจระบุโดยตรงถึงตัวผู้ได้รับการแต่งตั้ง หรือระบุองค์กรและให้ผู้ที่สังกัดอยู่ในองค์กรนั้นเป็นเจ้าพนักงานก็ได้

2. หลักการดำเนินคดีโดยรัฐ

ตามหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ ถือว่ารัฐเป็นผู้เสียหายและเจ้าพนักงานของรัฐผู้มีอำนาจหน้าที่ดำเนินคดีอาญาคือพนักงานอัยการ อย่างไรก็ตาม รัฐไม่ได้ผูกขาดการดำเนินคดีอาญาไว้แต่ผู้เดียวโดยเด็ดขาด แม้ในประเทศที่ถือหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐอย่างเคร่งครัดก็มีการผ่อนคลายให้เอกชนฟ้องคดีได้บ้างเช่นกัน แต่จะจำกัดประเภทและฐานความผิดไว้ด้วย สำหรับประเทศเราผู้เสียหายฟ้องคดีได้อย่างกว้างขวาง ที่กล่าวมาข้างต้นว่าพนักงานอัยการเป็นผู้ที่มีอำนาจหน้าที่ดำเนินคดีอาญานั้น หมายความว่า พนักงานอัยการเป็นผู้รับผิดชอบ แต่การดำเนินคดีอาญาชั้นสอบสวนในประเทศเราแยกความรับผิดชอบออกเป็นการดำเนินคดีอาญาของพนักงานสอบสวน แล้วต่อด้วยการดำเนินคดีอาญาของพนักงานอัยการ[4]

3. หลักการดำเนินคดีโดยเอกชน

ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่าการดำเนินคดีอาญาในประเทศเราถือหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ แต่รัฐก็มิอาจผูกขาดการดำเนินคดีอาญาไว้แต่ผู้เดียว ราษฎรผู้เสียหายก็มีอำนาจฟ้องคดีอาญาได้ด้วย

---

[4] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 28

4. วิธีพิจารณาคดีในศาลทหาร

4.1 หลักทั่วไป

ใช้กฎหมาย กฎและข้อบังคับ ซึ่งออกตามกฎหมายฝ่ายทหารมาใช้บังคับ ถ้าไม่มีจึงให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม

4.2 การสอบสวน

นายทหารพระธรรมนูญ หรืออัยการทหารมีอำนาจทำการสอบสวนคดีอาญาทั้งปวง ซึ่งอยู่ในอำนาจศาลทหาร แต่ถ้ามีเหตุอันสมควร ผู้บังคับบัญชาจะสั่งให้นายทหารชั้นสัญญาบัตรทำการสอบสวนก็ได้ ทั้งนี้ไม่ตัดอำนาจของพนักงานสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา การสอบสวนดังกล่าวนี้ถือว่าเป็นการสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

4.3 การฟ้องคดีอาญา

ในเวลาปกติ อัยการทหารหรือผู้เสียหายซึ่งเป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหารมีอำนาจเป็นโจทก์ฟ้องคดีอาญา

ถ้าผู้เสียหายไม่ใช่เป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหาร ต้องมอบคดีให้อัยการทหารเป็นโจทก์

ในเวลาไม่ปกติ หรือในศาลอาญาศึก อัยการทหารเท่านั้นมีอำนาจเป็นโจทก์

5. กฎหมายทั่วไปกับกฎหมายเฉพาะ

5.1 กฎหมายทั่วไป

อาจจำแนกได้เป็น 2 ลักษณะ คือ ลักษณะแรกเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งไม่ได้ระบุไว้เป็นลายลักษณ์อักษร หรือบางแห่งอาจนำมาระบุไว้เป็นลายลักษณ์อักษรก็ได้ กับอีกลักษณะหนึ่งคือ ข้อความที่ระบุไว้

เป็นลายลักษณ์อักษรซึ่งมีใจความครอบคลุมไปทุกกรณีและทุกบุคคลที่เข้ามาเป็นคู่กรณีโดยไม่จำกัดมูลกรณี[5]

5.1.1 หลักกฎหมายทั่วไป ลักษณะแรก หมายถึง การประพฤติปฏิบัติตามทำนองคลองธรรมตามครรลองแห่งจารีตประเพณี ถึงจะไม่บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ก็เป็นประเพณีนิยมที่ต้องปฏิบัติกัน

5.1.2 หลักกฎหมายทั่วไป ลักษณะที่สอง ได้แก่ข้อความในตัวบทกฎหมายที่ใช้บังคับแก่กรณีและบุคคลโดยทั่วไป กล่าวคือไม่จำกัดว่าจะเป็นกรณีใดหรือบุคคลใด กฎหมายลักษณะนี้บัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษร เช่น กฎหมายรัฐธรรมนูญ ประมวลกฎหมายอาญา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ฯลฯ

5.2 กฎหมายเฉพาะหรือกฎหมายพิเศษ เช่นเดียวกับหลักการทั่วไปที่กล่าวกันว่า "เมื่อมีกฎก็ต้องมีข้อยกเว้น" ดังนั้นเมื่อมีกฎหมายทั่วไปก็ต้องมีกฎหมายเฉพาะหรือที่มักจะเรียกว่ากฎหมายพิเศษ ดังนั้นหลักการเกี่ยวกับกฎหมายพิเศษจึงมีลักษณะตรงข้ามกับกฎหมายทั่วไป และกฎหมายพิเศษก็ยังแยกออกได้เป็น 2 ลักษณะอีกเช่นกัน[6] กล่าวคือ กฎหมายพิเศษที่บัญญัติรวมอยู่ในตัวบทกฎหมายทั่วไปลักษณะหนึ่ง และกฎหมายพิเศษที่บัญญัติขึ้นใช้สำหรับกรณีหรือเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะอีกลักษณะหนึ่ง

5.2.1 กฎหมายพิเศษที่บัญญัติรวมอยู่ในตัวบทกฎหมายทั่วไป ได้แก่ ตัวบทกฎหมายที่บัญญัติเรื่องเฉพาะเรื่องในส่วนที่กฎหมายทั่วไปท้าวความถึงเฉพาะในส่วนของมัน ซึ่งมีทั้งในกฎหมายส่วนแพ่ง กฎหมายส่วนอาญา และในกฎหมายวิธีสบัญญัติ

---

[5] พันเอก เอื้อน มนเทียรทอง, "กฎหมายทั่วไปกับกฎหมายเฉพาะ", **วารสารพระธรรมนูญ** ฉบับที่ 2 เทิดพระเกียรติ, เดือนธันวาคม 2518, หน้า 27-28

[6] พันเอก เอื้อน มนเทียนทอง, เรื่องเดิม, หน้า 29

5.2.2 กฎหมายพิเศษที่บัญญัติขึ้นใช้สำหรับกรณีหรือเรื่องหนึ่งโดยเฉพาะ เช่น พ.ร.บ. ธรรมนูญศาลทหาร พ.ร.บ. มาตรการของฝ่ายบริหารฯ

พ.ร.บ. ธรรมนูญศาลทหารเป็นกฎหมายพิเศษฉบับหนึ่งซึ่งบัญญัติถึงกรรมวิธีในการพิจารณาคดีในศาลทหารโดยเฉพาะนอกจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งเป็นกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี ส่วน พ.ร.บ. มาตรการของฝ่ายบริหารฯ ก็เป็นกฎหมายพิเศษอีกฉบับหนึ่งซึ่งบัญญัติถึงกรรมวิธีในการดำเนินคดีทุจริต

พ.ร.บ. ธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 45 ว่า “วิธีพิจารณาความอาญาทหาร ให้นำกฎหมาย กฎและข้อบังคับซึ่งออกตามกฎหมายฝ่ายทหารมาใช้บังคับ ถ้าไม่มีกฎหมาย กฎและข้อบังคับฝ่ายทหารก็ให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาใช้บังคับโดยอนุโลม ถ้าวิธีพิจารณาข้อใดซึ่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามิได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะ ให้นำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับเท่าที่จะใช้บังคับเท่าที่จะใช้ได้” ศาลทหารทุกศาลและทุกระดับชั้นศาลก็ได้ยึดถือและปฏิบัติตามบทบัญญัตินี้ตลอดมา

6. การใช้กฎหมาย

ปกติการใช้กฎหมายมีหลักอยู่ว่าเราจะต้องใช้ตามแนวทางที่กฎหมายในเรื่องนั้นบัญญัติไว้สำหรับกรณีนั้น ๆ กฎหมายเฉพาะที่ออกภายใต้หลักกฎหมายทั่วไปก็จะท้าวความให้เอาตัวบทกฎหมายที่มีอยู่แล้วในกฎหมายทั่วไปมาใช้บังคับแทน เพื่อมิให้ต้องเสียเวลาเขียนกฎหมายเฉพาะให้มีหมดทุกเรื่อง ซึ่งซ้ำกับหลักการที่มีอยู่ในกฎหมายทั่วไปแล้ว เว้นแต่ในกรณีที่ผู้บัญญัติกฎหมายเฉพาะเห็นว่าเป็นเรื่องพิเศษที่ควรจะบัญญัติให้แตกต่างไปจากหลักกฎหมายทั่วไปที่มีอยู่เดิมแล้วนั้น กฎหมายเฉพาะก็จะเรียง

บทบัญญัติของตนขึ้นเป็นพิเศษเฉพาะในเรื่องในเรื่องนั้นๆ หลักดังกล่าวนี้มีปรากฏชัดในกฎหมายอาญา กฎหมายอื่นที่มีโทษทางอาญา และกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ

หลักดังกล่าวอาจสรุปได้ว่าในการใช้กฎหมายนั้น ต้องถือว่ากฎหมายเฉพาะมีน้ำหนักกว่ากฎหมายทั่วไป กฎหมายเฉพาะกับกฎหมายเฉพาะก็เช่นเดียวกันกฎหมายที่มาภายหลังย่อมยกเลิกเพิกถอนกฎหมายที่ออกไปก่อนหน้านั้นได้ (lex posterior derogat legi priori) เฉพาะในส่วนที่ขัดหรือแย้งกันตามหลักความผูกพันต่อกฎหมาย ในกรณีที่พนักงานอัยการเห็นควรสั่งไม่ฟ้อง แต่คณะกรรมการ ป.ป.ท. มีมติยืนยันให้ฟ้องให้ส่งเรื่องให้อัยการสูงสุดวินิจฉัย คำวินิจฉัยของอัยการสูงสุดให้เป็นที่สุด ตามมาตรา 45 วรรค 3 แห่ง พ.ร.บ. มาตรการของฝ่ายบริหารฯ นั้น ผู้เขียน เห็นว่ามุ่งประสงค์ใช้กับพลเรือนโดยตรงเพราะ พ.ร.บ. มาตรการของฝ่ายบริหารให้การป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2551 ในมาตรา 47 ที่บัญญัติให้พนักงานอัยการเป็นผู้ฟ้องคดี “โดยถือเป็นอัยการทหารตามกฎหมายว่าด้วยพระธรรมนูญศาลทหาร” เท่ากับว่ายอมรับในเรื่องเขตอำนาจและหน้าที่ของอัยการทหารตามกฎหมายว่าด้วยพระธรรมนูญศาลทหาร จึงควรนำกฎหมายฝ่ายทหารมาใช้บังคับหากเป็นโจทก์ฟ้องและดำเนินคดีอาญาในศาลทหารด้วยตนเอง

แต่เพื่อไม่ให้เกิดปัญหาในการตีความกฎหมายในเรื่องอำนาจและหน้าที่ของอัยการที่ทำหน้าที่อัยการทหาร ในกรณีที่พนักงานอัยการเห็นควรสั่งไม่ฟ้อง ซึ่งจะส่งผลกระทบถึงประสิทธิภาพ ในการบังคับใช้กฎหมาย ผู้เขียนเห็นว่าควรจะมอบหมายให้อัยการทหารเป็นผู้ฟ้องคดีแทน ตามบทบัญญัติในมาตรา 47 แห่ง พ.ร.บ. มาตรการของฝ่ายบริหารในการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2551 ตอนท้ายน่าจะเป็นการปฏิบัติที่ถูกต้องกว่า และไม่ต้องส่งเรื่องให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตีความอีกด้วย

ระบบอำนาจเดี่ยวในระบบรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ (ตอนที่ 1)

(Monistic Parliamentarism in Constitution)

*ดร. วุฒิชัย จิตตานุ**

1) ความนำ

ระบบรัฐสภา (parliamentary system) เป็นกระบวนการที่มีการวิวัฒนาการในสมัยเริ่มแรกของการปกครองระบบรัฐสภาอังกฤษในปี ค.ศ. 1660 - 1714 จนเป็นธรรมเนียมปฏิบัติในระบบรัฐสภาในสมัยต่อมา ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงเลือกคณะรัฐมนตรีในการบริหารงานตามนโยบายที่ทรงกำหนดไว้ และฝ่ายบริหารมีความชอบธรรมที่จะบริหารราชการแผ่นดินได้ตราบเท่าที่ได้รับความไว้วางใจจากรัฐสภา หากรัฐสภาไม่พอใจตามนโยบายหรือการบริหารงานของรัฐมนตรีจะทำการยับยั้งด้วยการกล่าวโทษรัฐมนตรี (impeachment) ทำให้รัฐมนตรีต้องรับโทษ (David, 1969) ในขณะเดียวกันพระมหากษัตริย์ทรงใช้พระราชอำนาจด้วยการยุบสภา (Chrimes, 1953) ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภากับรัฐบาลของพระมหากษัตริย์ดังกล่าวมีการถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกันระหว่างรัฐสภาและรัฐบาลในระบบอำนาจคู่ (dualist parliamentarism)

---

* สมาชิกสถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ (บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของเอกสารวิจัย)

อาจารย์พิเศษและผู้ทรงคุณวุฒิ โครงการดุษฎีบัณฑิตการพัฒนาบริหาร มหาวิทยาลัยปทุมธานี

สำนักกฎหมายนิติวาทการ

นบ. นบท. LLM. Majoring in Public Law. P.C.E. (American University LA). Ph.D.

ความเปลี่ยนแปลงทางสังคมวิทยาการเมืองในสมัยต่อมา อำนาจของพระมหากษัตรย์ลดน้อยถอยลง พระมหากษัตริย์ทรงอยู่ในฐานะเป็นประมุขแห่งรัฐเพียงพิธีการเท่านั้น อีกทั้งการวิวัฒนาการของพรรคการเมือง รัฐบาลในฐานะผู้ใช้อำนาจทางบริหารและรัฐสภาในฐานะผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติจึงตกอยู่ในอำนาจของกลุ่มการเมืองหรือกลุ่มผลประโยชน์ทางการเมืองที่มีเสียงข้างมากในรัฐสภาที่เป็นคณะบุคคลในกลุ่มเดียวกันในระบบอำนาจเดี่ยว (monistic parliamentarism) ด้วยเหตุนี้ ระบบรัฐสภาในอุดมคติจึงเป็นการวิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของระบบรัฐสภาอังกฤษจนเป็นธรรมเนียมปฏิบัติ มิใช่การคิดค้นของนักปรัชญาหรือความคิดของผู้หนึ่งผู้ใดหรือระบบกฎหมายแต่อย่างใด

2) การวิวัฒนาการในระบบรัฐสภาอังกฤษ

ระบบรัฐสภาอังกฤษเป็นแม่แบบของการปกครองในระบบรัฐสภาและเป็นระบบหนึ่งที่รัฐบาลมีเสถียรภาพมากโดยได้วิวัฒนาการมากว่าเก้าร้อยปีจนถึงปัจจุบันเป็นรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีตั้งแต่ระบบรัฐสภาอำนาจคู่ (dualist of parliamentary system) มาเป็นระบบรัฐสภาอำนาจเดี่ยว (monist of parliamentary system) ดังนี้

1) ระบบอำนาจคู่

ในสมัยพระเจ้าวิลเลียมผู้พิชิต (William the Conqueror) การสถาปนาระบอบศักดินา รวมศูนย์ของพระมหากษัตริย์เชื้อสายนอร์มัน (norman) จนถึงศตวรรษที่ 13 ในสมัยพระเจ้าเฮนรี่ ที่ 3 (Henry III) รูปแบบรัฐสภา (model parliament) ปรากฏในสมัยพระเจ้าเอ็ดเวิร์ดที่ 1 (Edward I) ถึงสมัยพระเจ้าเฮนรี่ที่ 8 ทรงแต่งตั้งสภาองคมนตรี (privy council) ทำหน้าที่เป็นฝ่ายบริหารเปรียบเสมือนคณะรัฐมนตรี ซึ่งได้วิวัฒนาการมาเป็นคณะรัฐมนตรีในปัจจุบัน (Mackintosh, 1971) เป็น

ธรรมเนียมปฏิบัติ (convention)

พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งฝ่ายบริหารเพื่อบริหารตามนโยบายที่ทรงกำหนดไว้ หากรัฐสภาไม่พอใจในนโยบายการบริหารของรัฐมนตรีจะทำการยับยั้งด้วยวิธีการกล่าวโทษรัฐมนตรีด้วยการอิมพีชเมนต์ (impeachment) ทำให้รัฐมนตรีต้องรับโทษขั้นรุนแรง การที่รัฐสภาใช้วิธีการกล่าวโทษในระบบอิมพีชเมนต์ดังกล่าว พระมหากษัตริย์ทรงใช้ความระมัดระวังในการเลือกรัฐมนตรีโดยเลือกบุคคลที่รัฐสภาไว้วางใจ เมื่อรัฐสภาแสดงความไม่ไว้วางใจรัฐมนตรีผู้นั้นต้องรีบลาออกเพราะเกรงถูกกล่าวหาในระบบอิมพีชเมนต์ถูกลงโทษได้ ในการนี้พระมหากษัตริย์ทรงช่วยเหลือโดยวิธีการยุบสภาเป็นธรรมเนียมปฏิบัติในสมัยต่อมาของการปกครองในระบบรัฐสภา (Origins of Parliamentary Government, 2008)

ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภาและรัฐบาลในฐานะฝ่ายบริหารของพระมหากษัตริย์ดังกล่าวย่อมเห็นได้ว่ามีการถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกันของการปกครองในระบบรัฐสภาของฝ่ายบริหารที่พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งขึ้นฝ่ายหนึ่งกับรัฐสภาอีกฝ่ายหนึ่งซึ่งมีการคานอำนาจซึ่งกันและกันเป็นระบบอำนาจคู่ (dualist of parliamentary system) ในระบบรัฐสภา (Schmitz, 1988) ฝ่ายบริหารของพระมหากษัตริย์ซึ่งต้องรับความไว้วางใจต่อรัฐสภาและต้องรับผิดทางการเมืองต่อรัฐสภาในการกล่าวหารัฐมนตรี ในขณะเดียวกันพระมหากษัตริย์ทรงยุบสภาได้ (Gabrilyan, 2006)

2) ระบบรัฐสภาอำนาจเดี่ยว

เนื่องจากการเปลี่ยนแปลงในทางสังคมวิทยาการเมืองและแนวคิดทางปรัชญาการเมืองในยุคสมัยต่อมา ทำให้อำนาจของพระมหากษัตริย์ลดน้อยถอยลง พระมหากษัตริย์ทรงอยู่ในฐานะเป็นประมุขของประเทศเพียงพิธีการเท่านั้น รัฐบาลในฐานะฝ่ายบริหารใช้อำนาจการบริหารนโยบาย และสมาชิกรัฐสภาในฐานะผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ จึงตกอยู่ในอำนาจกลุ่มการเมือง

หรือกลุ่มผลประโยชน์ต่างๆ ทางการเมืองที่มีเสียงข้างมากในรัฐสภาอันเป็นคณะบุคคลในกลุ่มเดียวกัน ที่ใช้ทั้งอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจทางบริหารในขณะเดียวกันในระบบอำนาจเดี่ยว หลักการคานอำนาจในระบบรัฐสภาจึงเปลี่ยนแปลงไป (Preece, 2002) นักกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Schmitz, 1988) เรียกว่าระบบอำนาจเดี่ยวในระบบรัฐสภา (monistic parliamentarism)

ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภาและรัฐบาลมาจากบุคคลในกลุ่มเดียวกันในระบบอำนาจเดี่ยวก่อให้เกิดกลไกควบคุมรัฐบาลและการถ่วงดุลอำนาจเปลี่ยนแปลงไปจากความเป็นจริงในทางปฏิบัติและ แตกต่างจากระบบอำนาจคู่ในระบบรัฐสภาอังกฤษโดยสิ้นเชิง (Schmitz, 1988) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การประกาศอิสระภาพของสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1789 เป็นต้นแบบรัฐธรรมนูญนิยม (constitutionalism) และเป็นต้นกำเนิดของระบบประชาธิปไตยที่สมบูรณ์แบบของโลก ในการใช้รัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายสูงสุดเป็นเครื่องมือในการบัญญัติกลไกต่างๆ ตามสังคมวิทยาการเมืองที่เปลี่ยนแปลงไปในแต่ละยุคสมัย (Richards, 1989) ระบบรัฐสภาอังกฤษจึงเป็นแม่แบบของระบบรัฐสภาที่ประเทศต่างๆ นำไปปรับใช้ในรัฐธรรมนูญ

3) พื้นฐานความคิดการบัญญัติระบบรัฐสภาในรัฐธรรมนูญ

ก่อนสงครามโลกครั้งที่สอง ประเทศต่างๆ ได้นำระบบอำนาจเดี่ยวในระบบรัฐสภาไปบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญโดยการยึดความคิดพื้นฐานหลักการแบ่งแยกอำนาจตามทฤษฎีดุลยภาพแห่งอำนาจ และทฤษฎีความรับผิดทางการเมืองโดยมีนัยสำคัญว่าเป็นสาระสำคัญแห่งรัฐธรรมนูญในการปกครองระบบรัฐสภา

1) ทฤษฎีดุลยภาพแห่งอำนาจ (check and balance)

แนวความคิดสิทธิธรรมชาติ (natural rights) เป็นความคิดของ

นักปรัชญาที่มีมาตั้งแต่สมัยกรีกและโรมันจากนักคิดกฎหมายธรรมชาติในยุค Greek Stoicism ที่มีความเชื่อว่าสิ่งที่เกิดขึ้นเป็นตามความประสงค์สภาวะธรรมชาติ ในศตวรรษที่ 18 จากทฤษฎีกฎหมายธรรมชาติตามแนวความคิดของนักปราชญ์ชาวอังกฤษ John Locke ในปี ค.ศ. 1623-1704 (Locke, 1689) และ Montesquieu ในปี ค.ศ. 1748 (Montesquieu, 1748. Translated by Thomas Nugent, 2001) นักปรัชญาชาวฝรั่งเศส รวมทั้ง Jean-Jacques Rousseau ค.ศ. 1764 (Rousseau, 1764. Translated by Cole, 2001) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง นักปรัชญากฎหมายธรรมชาติต่างมีแนวความคิดว่าการปกครองในระบบรัฐสภาอังกฤษ อำนาจไม่ควรอยู่ในตัวบุคคลคนเดียวกันจำต้องมีการแบ่งแยกอำนาจ (separation of powers)

อย่างไรก็ตาม แนวคิดของนักปราชญ์ดังกล่าวมีคำโต้แย้งจากนักกฎหมายรัฐธรรมนูญหลายประเด็นว่ามีปัญหาต่อการนำเอาระบบอำนาจเดี่ยวในรัฐสภามาปรับใช้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งความจริงแล้วไม่มีแบ่งแยกอำนาจโดยแท้จริงในระบบรัฐสภาตามทฤษฎีแนวคิดแต่อย่างใด แต่เป็นการแบ่งแยกหน้าที่กันทำในองค์กรหนึ่งในการถ่วงดุลอำนาจอีกองค์กรหนึ่ง เป็นการคานอำนาจซึ่งกันและกัน (check and balance) เพื่อป้องกันการบิดเบือนการใช้อำนาจโดยมิชอบ (Spindler, 2008)

หลักการแบ่งแยกอำนาจตามความคิดของนักปรัชญา มองเตสกิเออร์ จากการเดินทางไปศึกษาโดยการเฝ้าสังเกต (observation) ระบบรัฐสภาอังกฤษและสรุปผลจากการค้นคว้าเฝ้าสังเกตระบบรัฐสภามีการแบ่งแยกอำนาจ เป็นผลให้เกิด “ฮาโล เอฟเฟค” (halo effect) ความเชื่อของผู้เฝ้าสังเกตที่คาดผลจากการศึกษาสังเกตมาอย่างใกล้ชิด (Last, 2008) ความเชื่อจากผล ฮาโล เอฟเฟค จากการสังเกตอาจจะคลาดเคลื่อนจากความจริงที่มีอยู่จริงแม้ความจริงนั้นไม่มีอยู่จริงและอาจคลาดเคลื่อนจากความเป็นจริงแม้ข้อเท็จจริงมีอยู่จริงที่ไม่สอดคล้องตามสังคมวิทยาการเมืองที่เปลี่ยนแปลง

ตามแต่ละยุคสมัยได้ ทั้งนี้ เมื่อพิเคราะห์พิจารณาจถึงระบบรัฐสภาอังกฤษ ย่อมเห็นได้ชัดว่าไม่มีการแบ่งแยกอำนาจโดยแท้จริงกล่าวคือ ตำแหน่ง ลอร์ดชานเซลเลอร์ (Lord Chancellor) เป็นผู้นำคณะรัฐมนตรีในการบริหาร ประเทศเป็นประธานสภาขุนนาง เป็นตุลาการตำแหน่งสูงสุด อีกทั้งมี อำนาจหน้าที่รับผิดชอบ รายงานการแต่งตั้งผู้พิพากษาต่อพระมหากษัตริย์ นอกจากนี้ยังทำหน้าที่ในตำแหน่งศาลสูงเป็นศาลอุทธรณ์ในสภาขุนนาง และทำหน้าที่เป็นคณะกรรมการตัดสินของสภาองคมนตรี (privy council) อีกด้วย (Jewell, 1964) เป็นการชี้ให้เห็นว่าตำแหน่ง ลอร์ดชานเซลเลอร์ มีอำนาจหน้าที่ในบุคคลคนเดียวกันทั้งอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ส่วนในสภาขุนนาง (house of lord) นั้น มีอำนาจหน้าที่ ในการใช้อำนาจนิติบัญญัติและทำหน้าที่ศาลสูงในการใช้อำนาจตุลาการ สำหรับสภาองคมนตรี มีอำนาจใช้ทั้งอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจบริหาร ตลอดทั่วราชอาณาจักรที่อยู่ภาคโพ้นทะเล จนเป็นธรรมเนียมปฏิบัติของ ระบบรัฐสภาอังกฤษในปัจจุบัน (Jewell, 1964) โดยไม่มีการแบ่งแยกอำนาจ เด็ดขาดเป็นอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการแต่อย่างใด

ในการนี้ เมื่อพิเคราะห์พิจารณาต่อไปถึงหลักการแบ่งแยกอำนาจ ตามความคิดของ จอห์น ล๊อค ในหนังสือ Second Treaties of Civil Government ของ John Locke. (Locke, 1689) ไว้ตอนหนึ่งว่า “อำนาจ อธิปไตยแบ่งออกเป็น 3 อำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และ อำนาจทำสงคราม ทำสันติภาพหรือสนธิสัญญา...” และแนวคิดของมองเตส กิเออร์ (Montesquieu, 1748. Translated by Thomas Nugent, 2001) ในหนังสือ “เจตนารมณ์ของกฎหมาย” (L’ Esprit des Lois) บทที่ 6 กล่าวไว้ตอนหนึ่งว่า “อำนาจทั้งสามที่เราได้พูดถึงมานั้นในบางกรณี อำนาจ พิพากษาก็ไม่มีอยู่ คงเหลือแต่สองอำนาจเท่านั้น...” ย่อมเห็นได้โดยชัดว่า หลักการแบ่งแยกอำนาจตามแนวคิด ทั้งของ จอห์น ล๊อค และ มองเตสกิเออร์

ไม่มีความมั่นใจต่อการแบ่งอำนาจออกเป็น 3 อำนาจเด็ดขาด อันประกอบด้วยอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งอำนาจตุลาการ นักปรัชญากฎหมายธรรมชาติ จอห์น ล๊อค และมองเตสกิเออร์ เห็นว่าในบางครั้งก็ไม่มีหรือเป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร

หลักการแบ่งแยกอำนาจในการปกครองในระบบรัฐสภาในทางปฏิบัติตามความจริงแล้ว ย่อมเป็นไปได้ยากที่จะมีการคานอำนาจและถ่วงดุลอำนาจระหว่างรัฐสภากับรัฐบาลอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งรัฐสภามีอำนาจมากเหนือกว่ารัฐบาล รัฐบาลย่อมไร้เสถียรภาพ มีการเปลี่ยนรัฐบาลบ่อยครั้งดังปรากฏตามการปกครองในระบบรัฐสภาฝรั่งเศสในสมัยสาธารณรัฐที่ 3 และที่ 4 และรัฐสภาอังกฤษในช่วงทศวรรษที่ 5 ที่ 6 และที่ 19 ในช่วง ค.ศ. 1852-1868 รัฐบาลไร้เสถียรภาพมีการเปลี่ยนรัฐบาลบ่อยครั้ง (Goldwin & Kauman, 1988; Nissabu, 2008) ส่วนในกรณีที่รัฐบาลในฐานะผู้ใช้อำนาจฝ่ายบริหารมีอำนาจเหนือรัฐสภาเป็นผู้นำพรรคการเมืองคุมเสียงข้างมากในรัฐสภา ซึ่งรัฐสภามีเสียงข้างน้อยทำหน้าที่ในฐานะฝ่ายค้านจะคานอำนาจและถ่วงดุลอำนาจของรัฐบาลที่มีเสียงข้างมากในรัฐสภา ย่อมมิอาจจะเกิดขึ้นได้เลย จึงเห็นได้ว่าการปกครองในระบอบรัฐสภาได้ประสบความล้มเหลวตามความเป็นจริงที่ปรากฏขึ้น นักกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Pejic, 2007) จึงใช้รัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือตามแนวความคิดรัฐธรรมนูญนิยมในการสร้างระบบกลไกต่างๆ ในการถ่วงดุลอำนาจตามสังคมวิทยาการเมืองที่เปลี่ยนแปลงไปตามกาลยุคสมัย (Wormuth, 2002)

แนวความคิดทฤษฎีดุลยภาพแห่งอำนาจในรัฐสมัยใหม่ (modern state) ยังคงยึดหลักความคิดการถ่วงดุลคานอำนาจเป็นเรื่องสาระสำคัญ แต่มิได้ยึดติดอยู่กับการแบ่งแยกอำนาจเป็น 3 อำนาจอยู่แต่เดิม แต่เป็นการแบ่งแยกอำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญในการคานถ่วงดุลอำนาจมากขึ้น (Tomic, 2004)

หลักความคิดการแบ่งแยกอำนาจตามรัฐธรรมนูญของประเทศต่างๆ ในการปกครองในระบบรัฐสภาในรัฐสมัยใหม่จึงมีการถ่วงอำนาจซึ่งกันและกันขององค์กรตามรัฐธรรมนูญมากขึ้นโดยการแบ่งแยกอำนาจเป็นหลายอำนาจในการถ่วงดุลอำนาจออกเป็น 6 ระดับด้วยกัน (political education, 2008) ซึ่งเห็นได้ประจักษ์ชัดจากรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 บัญญัติองค์กรตามรัฐธรรมนูญไว้ 6 อำนาจ (Katrougalos, 2008) กล่าวคือ

1) อำนาจประธานาธิบดีสหพันธ์ (president)

2) อำนาจคณะรัฐมนตรี (cabinet)

3) อำนาจนิติบัญญัติ (legislative)

4) อำนาจรัฐสภา (assembly)

5) อำนาจตุลาการ (judicial branch)

6) ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (constitutional court)

นอกจากนี้ หลักการแบ่งแยกอำนาจตามดุลยภาพแห่งอำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ในประเทศไต้หวัน เวเนซูเอลา คอสตาริกา และอีกหลายประเทศบัญญัติองค์กรตามรัฐธรรมนูญในการถ่วงดุลอำนาจเกินกว่าสามอำนาจนอกจากอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ (Meyerson, 2008) จึงเห็นได้โดยชัดว่าทฤษฎีดุลยภาพแห่งอำนาจตามแนวความคิดของรัฐสมัยใหม่ เป็นเรื่องการถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกันขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้เพื่อให้สอดคล้องตามสังคมวิทยาการเมืองที่เปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัยโดยมิได้ยึดหลักการแบ่งแยกอำนาจเด็ดขาด เพียงอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารและอำนาจตุลาการตามแนวความคิดเดิมในศตวรรษที่ 18 อีกต่อไป

2) ทฤษฎีว่าด้วยความรับผิดทางการเมือง (political responsibility)

ความรับผิดทางการเมืองในระบบรัฐสภาเป็นการวิวัฒนาการจากธรรมเนียมปฏิบัติตามระบบรัฐสภาอังกฤษในการที่พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งฝ่ายบริหารต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาขุนนาง หากสภาขุนนางไม่พอใจจะลงมติไม่ไว้วางใจ ก่อให้เกิดธรรมเนียมปฏิบัติ คณะรัฐมนตรีมีความชอบธรรมในการบริหารราชการตราบเท่าที่ได้รับความไว้วางใจจากรัฐสภาและต้องรับผิดต่อรัฐสภาเป็นความรับผิดทางการเมืองทั้งคณะ (collective responsibility) และมีความรับผิดเฉพาะตัวรัฐมนตรี (individual responsibility) และเกิดธรรมเนียมปฏิบัติว่าคณะรัฐมนตรีต้องขอมติไว้วางใจในนโยบายต่อรัฐสภาก่อนเข้ารับหน้าที่ (Woodhouse, 2004)

ความรับผิดทางการเมืองในระบบรัฐสภาจึงเป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภากับรัฐบาล นักกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Uhr, 2005) จึงเห็นว่าการปกครองในระบบรัฐสภามีส่วนที่มีความสัมพันธ์กันและเป็นองค์ประกอบสำคัญอยู่ 2 ส่วน ในส่วนที่หนึ่งได้แก่ประมุขแห่งรัฐ และคณะรัฐมนตรี ซึ่งต้องรับผิดต่อสภา และในขณะเดียวกันก็มีสิทธิยุบสภาได้ ในส่วนที่สอง ได้แก่ รัฐสภามีสิทธิในการลงมติไม่ไว้วางใจในนโยบายของรัฐบาล ซึ่งรัฐบาลและคณะรัฐมนตรีมีความชอบธรรมในการบริหารราชการแผ่นดินตราบเท่าที่ได้รับความไว้วางใจจากรัฐสภา

อย่างไรก็ตาม ความรับผิดทางการเมืองในการปกครองระบบรัฐสภาในรัฐสมัยใหม่ได้เปลี่ยนแปลงไปในทางความเป็นจริง การลาออกของรัฐมนตรีมิได้เป็นไปเพราะความรับผิดทางการเมืองต่อรัฐสภาที่ไม่ได้รับความไว้วางใจจากรัฐสภา แต่การลาออกเพราะเหตุไม่เห็นด้วยกับนโยบายของรัฐบาลที่ร่วมคณะรัฐมนตรี อีกทั้งการยุบสภาของรัฐบาลในฐานะผู้ใช้อำนาจบริหารก็มิได้เป็นไปตามหลักความรับผิดทางการเมือง ซึ่งจะเห็นได้จากการปกครองในระบบรัฐสภาอังกฤษ การยุบสภาเกิดขึ้นจากความได้เปรียบเสียเปรียบ

ทางการเมือง ภายหลังจากมีการหยั่งเสียงจากประชาชนเห็นว่ารัฐบาลยังคงได้รับความนิยมสูงและคงได้รับเลือกจากประชาชนอีก (Uhr, 2005)

นอกจากนี้ ความรับผิดทางเมืองของระบบกึ่งรัฐสภาหรือกึ่งประธานาธิบดีตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 เฉพาะนายกรัฐมนตรีเท่านั้นที่ต้องรับผิดต่อรัฐสภา ส่วนรัฐมนตรีไม่ต้องรับผิดต่อรัฐสภา (Gay & Powell 2004) และรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส สมัยสาธารณรัฐที่ 5 ค.ศ. 1958 ประธานาธิบดีไม่ต้องรับผิดต่อสภา แต่เป็นผู้วางนโยบายแห่งรัฐในการบริหารประเทศ ย่อมไม่เป็นประโยชน์ในการเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลเพื่อให้รัฐบาลลาออก (Goldwin & Kauman, 1988) จึงเห็นได้ชัดว่าหลักความรับผิดทางการเมืองในการปกครองระบบรัฐสภาได้ห่างไกลจากความเป็นจริงของระบบรัฐสภาอังกฤษในความเป็นจริงทางปฏิบัติอยู่มากเป็นการเปลี่ยนแปลงทางสังคมวิทยาการเมืองในแต่ละยุคอย่างเห็นได้ชัด

4) ปัญหาการปรับระบบอำนาจเดี่ยวในระบบรัฐสภามาใช้ตามรัฐธรรมนูญ

การปกครองในระบอบรัฐสภาอังกฤษ นายกรัฐมนตรีมีเสียงข้างมากในรัฐสภา นายกรัฐมนตรีอังกฤษในฐานะหัวหน้าฝ่ายบริหารมีอำนาจมากในการบริหารราชการแผ่นดินได้อย่างมีประสิทธิภาพระบบหนึ่ง ประเทศต่างๆ จึงนำระบบรัฐสภาไปปรับใช้ แต่ประสบความล้มเหลว ทั้งนี้ เนื่องจากการปกครองในระบบรัฐสภาอังกฤษเป็นการวิวัฒนาการประวัติศาสตร์โดยจารีตประเพณีจนกลายเป็นธรรมเนียมปฏิบัติรัฐธรรมนูญจึงสามารถยืดหยุ่นได้ในการสร้างหลักเกณฑ์ใหม่ๆ จนกลายเป็นธรรมเนียมปฏิบัติขึ้นใหม่ในตัวในระบบรัฐสภา จึงเห็นว่าระบบรัฐสภาอังกฤษมิได้เกิดจากผลทางทฤษฎีหรือโดยตัวบทกฎหมายแต่อย่างใด นอกจากนี้การวิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์

ในระบบรัฐสภาในสมัยต่อมาพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ลดน้อยถอยลงเพียงอยู่ในฐานะเป็นประมุขโดยพิธีการ อำนาจทางการเมืองจึงตกอยู่ในมือของกลุ่มบุคคลทางการเมืองในกลุ่มบุคคลเดียวกัน ทั้งรัฐสภาและรัฐบาลในระบบอำนาจเดี่ยว การคานอำนาจในระบบรัฐสภาจึงเปลี่ยนแปลงไปจากความเป็นจริง ซึ่งไม่มีทางที่เสียงข้างน้อยของสมาชิกรัฐสภาจะชนะเสียงข้างมากของรัฐบาลในรัฐสภาได้เลย เป็นทางให้เกิดปัญหาไม่สมประสงค์หลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภาและรัฐบาลมีความไร้เสถียรภาพและไร้ประสิทธิภาพ อีกทั้งปราศจากการถ่วงดุลอำนาจ ซึ่งเป็นปัญหาสำคัญของประเทศต่างๆ ที่นำเอาการปกครองในระบบรัฐสภาอังกฤษไปปรับใช้เป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร (Lôhmus & Tônisson, 2006) กล่าวคือ

1) ความไร้เสถียรภาพและไร้ประสิทธิภาพของรัฐสภา

การปกครองระบบอำนาจเดี่ยวในระบบรัฐสภา อำนาจทางการเมืองตกอยู่แก่กลุ่มบุคคลที่มีผลประโยชน์ทางการเมืองในกลุ่มบุคคลเดียวกันที่มีฐานะเป็นทั้งรัฐสภาและรัฐบาลบริหารราชการแผ่นดิน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศที่นำเอาระบบรัฐสภาอังกฤษไปปรับใช้ไม่มีพรรคการเมืองมีเสียงข้างมากในรัฐสภาเป็นรัฐบาลผสม ย่อมก่อให้เกิดความขัดแย้งในนโยบายในการบริหารราชการแผ่นดิน มีการแย่งชิงอำนาจเพื่อให้ได้มาซึ่งตำแหน่งรัฐมนตรีหรือตำแหน่งอื่นใดในรัฐบาล เกิดความแตกแยกกันในพรรคร่วมรัฐบาลเพื่อผลประโยชน์ของกลุ่มการเมืองเป็นทางให้เกิดการอภิปรายไม่ไว้วางใจเพื่อล้มรัฐบาลบ่อยครั้ง ในลักษณะเช่นนี้ รัฐบาลจะไร้เสถียรภาพและไร้ประสิทธิภาพ รัฐบาลแต่ละชุดมีอายุสั้นและเปลี่ยนรัฐบาลบ่อยครั้ง ขาดความต่อเนื่องในการบริหารราชการแผ่นดิน อันจะเห็นประจักษ์ได้จากระบบรัฐสภาในประเทศฝรั่งเศสสมัยสาธารณรัฐที่ 3 และ 4 และระบบรัฐสภาประเทศเยอรมนีในยุคสมัยสาธารณรัฐไวมาร์

(Goldwin & Kauman, 1988)

ในการนี้ เมื่อพิเคราะห์พิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภากับรัฐบาลในระบบรัฐสภาฝรั่งเศสสมัยสาธารณรัฐที่ 3 ใน ค.ศ. 1940 ประธานาธิบดีในฐานะหัวหน้าฝ่ายบริหารได้รับเลือกจากรัฐสภาทั้งสองสภา ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภากับรัฐบาลนั้น รัฐสภาสามารถตั้งกระทู้ถามและเปิดอภิปรายลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลได้ทันที ในขณะเดียวกันรัฐบาลจะยุบสภาต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาซีเนตก่อน รัฐสภาจึงมีอำนาจมากการยุบสภากระทำได้ยาก ทำให้เสียดุลการคานอำนาจระหว่างรัฐสภากับรัฐบาล รัฐบาลอ่อนแอมีการเปลี่ยนคณะรัฐมนตรีบ่อยครั้ง ทำให้รัฐบาลไร้เสถียรภาพและไร้ประสิทธิภาพในการแก้ไขปัญหาต่างๆ ของประเทศได้ (Philip, 1968) ส่วนในสมัยสาธารณรัฐที่ 4 นั้นปรากฏในช่วงระยะเวลา 12 ปี ได้เปลี่ยนคณะรัฐมนตรีกว่า 20 ชุด เป็นการแสดงถึงความไร้เสถียรภาพและไร้ประสิทธิภาพในระบบรัฐสภาฝรั่งเศสในยุคนั้นก่อนที่จะประกาศใช้รัฐธรรมนูญฝรั่งเศสสมัยสาธารณรัฐที่ 5 ค.ศ. 1958 (Mayer, Burnett & Ogden, 1993)

ส่วนในประเทศเยอรมนีในสมัยสาธารณรัฐไวมาร์ ประธานาธิบดีมีอำนาจมากในการยุบสภาและแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีบ่อยครั้ง รัฐบาลมีอายุสั้นและรัฐสภาไม่มีเสียงข้างมากในการคานอำนาจ นำไปสู่การบิดเบือนการใช้อำนาจในพรรคนาซีนำประเทศเข้าสู่หายนะในสงครามโลกครั้งที่ 2 (Goldwin & Kauman, 1988)

การปกครองในระบบรัฐสภาโดยยึดหลักเสียงข้างมากในรัฐสภาในระบบอำนาจเดี่ยวก่อให้เกิดความขัดแย้งกันในรัฐบาลผสมเพื่อผลประโยชน์ของกลุ่มการเมืองทำให้เกิดการเปลี่ยนรัฐบาลบ่อยครั้ง ทำให้รัฐบาลอ่อนแอไร้เสถียรภาพในการบริหารงานแผ่นดินที่ไร้ประสิทธิภาพโดยแท้จริง (Gay & Powell, 2004)

2) การปราศจากการถ่วงดุลอำนาจและการบิดเบือนการใช้อำนาจในรัฐสภา

การปกครองในระบบรัฐสภาอังกฤษที่ประเทศต่างๆ นำไปปรับใช้โดยยึดหลักเสียงข้างมากในรัฐสภาในระบบอำนาจเดี่ยวในพรรคการเมืองที่มีเสียงข้างมากในรัฐสภาหรือกรณีรัฐบาลผสมที่มีหลายพรรคการเมืองโดยไม่มีความแตกแยกกันในแนวความคิดหรือนโยบายบริหารย่อมมีเสียงข้างมากในรัฐสภา ในขณะเดียวกันย่อมปราศจากการถ่วงดุลอำนาจเนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภาและรัฐบาลเป็นกลุ่มคณะบุคคลเดียวกันที่มีผลประโยชน์ทางการเมืองร่วมกัน การคานอำนาจและการถ่วงดุลอำนาจย่อมเสียไป ซึ่งเสียงข้างน้อยในพรรคฝ่ายค้านไม่มีทางที่จะชนะเสียงข้างมากในรัฐสภาได้เลย เป็นทางให้รัฐบาลใช้อำนาจรัฐเกินขอบเขตโดยบิดเบือนการใช้อำนาจเพื่อแสวงหาประโยชน์ โดยมิชอบสำหรับตนเองและกลุ่มผลประโยชน์ นำไปสู่ระบบเผด็จการทางรัฐสภาโดยธรรมชาติ (Uhr, 2005)

ในช่วงก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2 ประเทศเยอรมนีได้นำระบบรัฐสภามาใช้โดยมีสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์ (Budesrat) ต่อมาสภาดังกล่าวทำหน้าที่น้อยลง โดยให้สภาผู้แทนแห่งสหพันธ์ ทำหน้าที่แทน และในสมัยสาธารณรัฐไวม่าร์ตามรัฐธรรมนูญไวม่าร์ ค.ศ. 1933 ประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์มีอำนาจมากแต่รัฐบาลไร้เสถียรภาพ และปราศจากการคานอำนาจจนพรรคนาซีนำประเทศเข้าสู่สงครามโลกครั้งที่ 2

รัฐธรรมนูญไวม่าร์ อำนาจทางการเมืองตกแก่ประธานาธิบดี ซึ่งประธานาธิบดีมีอำนาจมากในการยุบสภาบ่อยครั้ง มีการเปลี่ยนรัฐบาลบ่อยครั้ง ทำให้รัฐบาลอ่อนแอไร้เสถียรภาพและไร้ประสิทธิภาพในการบริหารงานแผ่นดิน อีกทั้งรัฐสภาไม่มีบทบาทในการถ่วงดุลอำนาจเป็นทางไปสู่การใช้อำนาจรัฐเกินขอบเขตของพรรคนาซีภายใต้การนำของฮิตเลอร์ ในวันที่ 30 มกราคม ค.ศ. 1933 และได้บัญญัติกฎหมายทำให้เหลือ

พรรคการเมืองเพียงพรรคเดียวคือพรรคชาติสังคมนิยม (Nationalsozialistsche Deutsche Hrbeiterpartei - NSDAP) ซึ่งได้ประกาศใช้กฎหมายเมื่อวันที่ 1 ธันวาคม ค.ศ. 1933 (The German Embassy Ottawa, 2008) ในลักษณะเช่นนี้ ฮิตเลอร์จึงมีอำนาจเด็ดขาดในรัฐบาลเพียงพรรคเดียวในการยึดอำนาจทางการเมืองไว้ทั้งหมดในยุคของเผด็จการโดยแท้และนำประเทศเข้าสู่สงครามโลกครั้งที่ 2 และฝ่ายพันธมิตรผู้ชนะสงครามได้ยึดครองประเทศและผลักดันให้สถาปนารัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 หรือกฎหมายพื้นฐาน (Basic Law)

การปกครองในระบบรัฐสภาโดยยึดหลักเสียงข้างมากในระบบอำนาจเดี่ยว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภากับรัฐบาลย่อมเป็นปัญหาสำคัญของประเทศต่างๆ ที่นำเอาระบบอำนาจเดี่ยวในระบบรัฐสภาไปปรับใช้เป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรโดยแท้ อย่างไรก็ตาม มีประเด็นปัญหาว่า การปกครองในระบบรัฐสภาอังกฤษในระบบอำนาจเดี่ยว แต่ปรากฏว่านายกรัฐมนตรีอังกฤษเป็นผู้นำที่เข้มแข็ง อีกทั้งรัฐบาลมีเสถียรภาพและมีประสิทธิภาพมากประเทศหนึ่งในโลก ในทางกลับกันประเทศต่างๆ ได้นำเอาระบบรัฐสภาอังกฤษไปปรับใช้แต่ปรากฏความล้มเหลวในการปกครองระบบรัฐสภา ในเรื่องนี้มีข้อน่าพิเคราะห์พิจารณาคือ

ประการที่หนึ่ง ภายใต้การปกครองในระบบรัฐสภาอังกฤษนั้น ประเทศอังกฤษเป็นประเทศเดียวในโลกที่ใช้รัฐธรรมนูญจารีตประเพณีโดยมิได้บัญญัติรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษ์อักษร ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภากับรัฐบาลได้วิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์และปฏิบัติกันมาเป็นเวลายาวนานจนกลายเป็นธรรมเนียมปฏิบัติ (convention) หลักเกณฑ์ต่างๆ ในการปกครองระบบรัฐสภาอังกฤษจึงสามารถยืดหยุ่นได้และสร้างกลไกขึ้นใหม่เพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นหรือจุดอ่อนหรือข้อบกพร่องจนกลายเป็นหลักเกณฑ์และธรรมเนียมปฏิบัติขึ้นใหม่อีกในตัว ลักษณะเช่นนี้ย่อมทำให้การปกครอง

ในระบบรัฐสภาอังกฤษเป็นระบบรัฐสภาที่สอดคล้องกับสังคมวิทยาการเมืองและทันสมัยอยู่เสมอ ในทางกลับกันประเทศต่างๆ ที่นำเอาระบบรัฐสภาอังกฤษไปปรับใช้โดยการบัญญัติรัฐธรรมนูญเป็นลายลักษณ์อักษรนั้น การสร้างกลไกและหลักเกณฑ์ขึ้นใหม่เพื่อแก้ไขปัญหาด้วยการแก้ไขรัฐธรรมนูญย่อมกระทำได้ยาก ในบางประเทศต้องล้มล้างรัฐธรรมนูญแล้วสร้างรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ทั้งฉบับ บางประเทศล้มเหลวถึงกับเปลี่ยนแปลงระบอบการปกครองไป

ประการที่สอง การวิวัฒนาการในระบบรัฐสภาอังกฤษมาสู่ระบบอำนาจเดี่ยวในกลุ่มการเมืองและกลุ่มผลประโยชน์ทางการเมืองโดยมีพรรคการเมือง ซึ่งประเทศอังกฤษมีระบบพรรคการเมืองใหญ่สองพรรคที่มีคะแนนเสียงที่ได้รับเลือกตั้งจากประชาชนในระดับที่ใกล้เคียงกันทำหน้าที่รัฐบาล และฝ่ายค้าน พรรคการเมืองที่มีเสียงข้างมากในรัฐสภาจะผลัดเปลี่ยนการเป็นรัฐบาล แม้ในระบบอำนาจเดี่ยว เสียงข้างน้อยของฝ่ายไม่มีทางชนะคะแนนเสียงข้างมากของรัฐบาลในรัฐสภาได้ก็ตาม แต่ฝ่ายค้านได้ใช้นโยบายของพรรคเป็นกลยุทธ์ในการโจมตีรัฐบาลเพื่อหวังผลคะแนนนิยมในการเลือกตั้งในคราวต่อไป ทำให้รัฐบาลมีความระมัดระวังและเกรงต่อคะแนนนิยมของประชาชนที่ลดน้อยถอยลง จึงต้องบริหารราชการด้วยความระมัดระวังตามนโยบายที่แถลงไว้ต่อรัฐสภาและคะแนนนิยมของประชาชนที่ได้ให้สัญญาประชาคมไว้ในการหาเสียงเลือกตั้ง ในจุดนี้เอง จึงเป็นจุดคานและถ่วงดุลอำนาจรัฐบาลโดยพื้นการรับรองของประชาชนในนโยบายที่บริหาร อีกทั้งเป็นการผ่อนคลายความเข้มข้มของระบบอำนาจเดี่ยวในคณะบุคคลเดียวกันในรัฐสภา

ในการนี้ ประเทศต่างๆ ที่นำเอาระบบรัฐสภาไปปรับใช้ก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2 ไม่มีระบบพรรคการเมืองใหญ่สองพรรค ไม่มีการคานและถ่วงดุลอำนาจของรัฐบาลในระบบอำนาจเดี่ยวในกรณีที่รัฐบาลมีเสียง

ข้างมากสนับสนุนในรัฐสภาอันนำไปสู่ในการบิดเบือนการใช้อำนาจรัฐหลายประการและประสบความล้มเหลวในการปกครองในระบบรัฐสภาในที่สุด

ประการที่สาม ประเทศต่างๆ ที่นำเอาระบบรัฐสภาอังกฤษไปปรับใช้ก่อนสงครามโลก ครั้งที่ 2 ยังมีความเชื่อมั่นในระบบอำนาจคู่ว่ารัฐสภาและรัฐบาลจะมีการคานและถ่วงดุลอำนาจซึ่งกันและกันในระบบรัฐสภาในทางปฏิบัติโดยมุ่งหมายการอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจเพื่อถอดถอนรัฐบาลและรัฐบาลมีสิทธิยุบสภาได้ตามแนวความคิดทฤษฎีดุลยภาพแห่งอำนาจของนักปรัชญาในยุคก่อน ซึ่งปรากฏตามความเป็นจริงแล้วทั้งรัฐสภาและรัฐบาลมาจากการเลือกตั้ง ในระบบประชาธิปไตยที่เป็นระบบอำนาจเดี่ยวซึ่งรัฐสภาและรัฐบาลมาจากคณะบุคคลในกลุ่มเดียวกันเป็นบุคคลผู้มีส่วนได้เสียมาตั้งแต่ต้นเพื่อหวังผลประโยชน์ทางการเมือง การอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจในรัฐสภาไม่มีทางที่เสียงสนับสนุนข้างน้อยจะชนะคะแนนเสียงข้างมากในรัฐสภาได้เลย การคานอำนาจและการถ่วงดุลอำนาจตามแนวความคิดทฤษฎีไม่มีทางจะเกิดขึ้นได้เลย

ในการนี้ เมื่อพิเคราะห์พิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภาและรัฐบาลอังกฤษก่อนการวิวัฒนาการมาสู่ระบบอำนาจเดี่ยวแล้วจะเห็นได้ว่าการเกิดหลักเกณฑ์รัฐบาลต้องขอมติไว้วางใจในการบริหารตามนโยบายจากรัฐสภา เกิดจากความเกรงกลัวระบบกล่าวหาอิมพีชเมนท์ (impeachment) ของรัฐสภามีโทษถึงจำคุก ซึ่งรัฐมนตรีต้องรีบลาออกหากรัฐสภาไม่พอใจในนโยบายของรัฐบาล ดังนั้น ระบบอิมพีชเมนท์ จึงเป็นกลไกสำคัญในการควบคุมนโยบายรัฐบาลในระบบอำนาจคู่ แม้ระบบรัฐสภาอังกฤษจะวิวัฒนาการมาสู่ระบบอำนาจเดี่ยว ระบบรัฐสภาอังกฤษยังคงไว้ ซึ่งระบบกลไกดังกล่าวที่สามารถปรับเข้ามาสังคมวิทยาการเมืองได้เป็นอย่างดี ในขณะที่ประเทศต่างๆ ปรับระบบรัฐสภาอังกฤษไปใช้ก่อนสงครามโลกครั้ง

ที่ 2 จะมุ่งเน้นถึงการอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลเป็นกลไกสำคัญ โดยมิได้บัญญัติกลไกควบคุมรัฐบาลขึ้นใหม่ให้สอดคล้องตามสังคมวิทยาการเมืองที่เปลี่ยนแปลงไปในระบบอำนาจเดี่ยวซึ่งเสียงข้างน้อยในรัฐสภาไม่อาจควบคุมรัฐบาลได้เลย จึงทำให้การปกครองในระบบรัฐสภาที่ประเทศต่างๆ นำไปปรับใช้ประสบความล้มเหลวในที่สุด

ตามที่กล่าวมาดังกล่าวข้างต้นชี้ให้เห็นว่า ประเทศๆ ที่นำเอาระบบรัฐสภาอังกฤษไปปรับใช้เป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรประสบปัญหาสำคัญเกี่ยวด้วยความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภาและรัฐบาลในเรื่องความไร้เสถียรภาพไร้ประสิทธิภาพและการบิดเบือนการใช้อำนาจรัฐ ซึ่งนำไปสู่ความล้มเหลวในการปกครองระบบรัฐสภาและการบริหารราชการแผ่นดินสิ้นเชิง

5) ระบบอำนาจเดี่ยวในระบบรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญไทย

ประเทศไทยนำระบบรัฐสภาในระบบอำนาจเดี่ยวมาปรับใช้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญตั้งแต่ปี พ.ศ. 2475 จนถึงปัจจุบัน แต่ระบบรัฐสภาของไทยยังไม่ประสบความสำเร็จในการบังคับใช้รัฐธรรมนูญมีการล้มเลิกรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับเรื่อยมาเป็นประเทศที่ประกาศใช้รัฐธรรมนูญมากที่สุดในโลก ทั้งนี้ เนื่องจากมีพหุปัจจัยหลายตัวแปรที่มีผลต่อระบบรัฐสภาไทยตามรัฐธรรมนูญโดยมีสาระสำคัญ มุ่งหมายเพื่อการอภิปรายลงมติไม่ไว้วางใจและการยุบสภาในระบบอำนาจเดี่ยว กล่าวคือ

ความสัมพันธ์ในระบบรัฐสภาระหว่างรัฐสภาและรัฐบาลในการอภิปรายลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 บัญญัติการอภิปรายลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีเป็นรายบุคคลดังนี้

1) การลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรี

รัฐธรรมนูญปัจจุบันบัญญัติการลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีโดยมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร มีสิทธิเข้าชื่อเสนอญัตติขออภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรี ญัตติดังกล่าวต้องเสนอชื่อผู้สมควรดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีคนต่อไปซึ่งต้องเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรด้วย เมื่อมีการเสนอญัตติแล้ว จะมีการยุบสภาผู้แทนราษฎรมิได้ เว้นแต่จะมีการถอนญัตติหรือการลงมตินั้นไม่ได้คะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร (มาตรา 158 วรรคแรก) เมื่ออภิปรายทั่วไปสิ้นสุดลงโดยมิใช่ด้วยมติให้ผ่านระเบียบวาระเปิดอภิปรายนั้น ไปให้สภาผู้แทนราษฎรลงมติไว้วางใจหรือไม่ไว้วางใจ การลงมติมิให้กระทำในวันเดียวกับวันที่การอภิปรายสิ้นสุด มติไม่ไว้วางใจต้องมีคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร (มาตรา 158 วรรคสาม) ในกรณีที่มติไม่ไว้วางใจมีคะแนนเสียงไม่มากกว่า กึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งเข้าชื่อเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายนั้น เป็นอันหมดสิทธิที่จะเข้าชื่อเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไป เพื่อลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีอีกตลอดสมัยประชุมนั้น (มาตรา 158 วรรคสี่) ในกรณีที่มติไม่ไว้วางใจ มีคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎรให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรนำชื่อผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อตามวรรคหนึ่งกราบบังคมทูลเพื่อทรงแต่งตั้งต่อไป และมิให้นำมาตรา 172 มาใช้บังคับ (มาตรา 158 วรรคห้า)

2) การลงมติไม่ไว้วางใจรัฐมนตรี

การลงมติไม่ไว้วางใจรัฐมนตรีเป็นรายบุคคลตามรัฐธรรมนูญบัญญัติให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในหกของจำนวน

สมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร เข้าชื่อเสนอญัตติของเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐมนตรีเป็นรายบุคคล และให้นำบทบัญญัติมาตรา 158 วรรคสอง วรรคสามและวรรคสี่ มาใช้บังคับโดยอนุโลม (มาตรา 159 วรรคแรก) รัฐมนตรีคนใดพ้นจากตำแหน่งเดิมแต่ยังคงเป็นรัฐมนตรีในตำแหน่งอื่นภายหลังจากวันที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเข้าชื่อตามวรรคหนึ่ง ให้รัฐมนตรีคนนั้นยังคงต้องถูกอภิปรายเพื่อลงมติ ไม่ไว้วางใจตามวรรคหนึ่งต่อไป และให้นำความในวรรคสองมาใช้บังคับกับรัฐมนตรีผู้ซึ่งพ้นจากตำแหน่งเดิมไม่เกินเก้าสิบวันก่อนวันที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเข้าชื่อตามวรรคหนึ่งแต่บังคงเป็นรัฐมนตรีในตำแหน่งอื่นด้วยโดยอนุโลม (มาตรา 159 วรรคสองและวรรคสาม)

3) การอภิปรายลงมติไม่ไว้วางใจเมื่อได้บริหารราชการแผ่นดินแล้วเกินกว่าสองปี

ภายหลังจากที่นายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีได้บริหารราชการแผ่นดินมาเกินกว่าสองปี การอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจกระทำได้ในกรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่มิได้อยู่ในพรรคการเมืองที่สมาชิกในสังกัดของพรรคนั้นดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีมีจำนวนไม่ถึงเกณฑ์ที่จะเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไปตามมาตรา 158 หรือมาตรา 159 ให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรดังกล่าวเท่าที่มีอยู่มีสิทธิเข้าชื่อเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไป เพื่อลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีเป็นรายบุคคลตามมาตรา 158 หรือมาตรา 159 (มาตรา 160)

จากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมาตรา 160 ดังกล่าว ในกรณีพรรคฝ่ายค้านมีจำนวนไม่ถึงเกณฑ์ที่จะเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไปตามมาตรา 158 คือไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร มีสิทธิเข้าชื่อเสนอญัตติขออภิปรายทั่วไป เพื่อลงมติ

ไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรี ส่วนในมาตรา 159 โดยมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในหกของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร เข้าชื่อเสนอญัตติของเปิดอภิปรายทั่วไป เพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐมนตรีเป็นรายบุคคลนั้น ต้องมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรดังกล่าวเท่าที่มีอยู่มีสิทธิเข้าชื่อเสนอญัตติ ขอเปิดอภิปรายทั่วไป เพื่อลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีเป็นรายบุคคลตามมาตรา 158 หรือมาตรา 159 นั้น มีประเด็นปัญหาต้องพิเคราะห์และน่าสงสัยเป็นอย่างยิ่งตามสำนวนคำในรัฐธรรมนูญมาตรา 160 **ที่บัญญัติว่าต้องมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรดังกล่าวเท่าที่มีอยู่มีสิทธิเข้าชื่อเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไป เพื่อลงมติไม่ไว้วางใจนั้น** ต้องมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของฝ่ายค้านจำนวนเท่าใด จึงมีสิทธิเข้าชื่อเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจตามมาตรา 160 ได้

ในเรื่องนี้ เมื่อพิเคราะห์พิจารณาตามมาตรา 158 แล้วจะเห็นได้ว่า การเข้าชื่อเสนอญัตติขออภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีต้องมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎรจำนวน 480 คน จึงต้องมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อย 96 คนมีสิทธิเข้าชื่อเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจ ในกรณีที่ไม่ถึงเกณฑ์ตามมาตรา 158 ของพรรคฝ่ายค้านมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนน้อยกว่า 96 คน หากจะตีความว่าต้องมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรดังกล่าวเท่าที่มีอยู่จำนวน 480 คน ย่อมต้องมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนมากกว่า 240 คนซึ่งมากกว่ากึ่งหนึ่งจึงมีสิทธิเข้าชื่อเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจย่อมเป็นการขัดต่อเจตนารมณ์ของมาตรา 160 ย่อมขัดต่อมาตรา 158 ที่บัญญัติต้องมี

สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อย 96 คนมีสิทธิเข้าชื่อเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจ จึงต้องตีความว่าการเข้าชื่อเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจตามมาตรา 160 ต้องมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของพรรคฝ่ายค้านเท่าที่มีอยู่กล่าวคือมีจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมากกว่า 48 คน กรณีจึงเห็นชัดว่าบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมาตรา 160 ดังกล่าวมีเจตนารมณ์เพื่อให้เสนอญัตติเปิดอภิปราย เพื่อลงมติไม่ไว้วางใจเป็นหลักสาระสำคัญโดยแท้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 บัญญัติหลักเกณฑ์ใหม่ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภากับรัฐบาลในมาตรา 158 มาตรา 159 และมาตรา 160 แตกต่างจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 185 โดยเจตนารมณ์แห่งรัฐธรรมนูญฉบับนี้มุ่งเฉพาะการตรวจสอบรัฐบาลด้วยการอภิปรายถอดถอนรัฐบาลเป็นหลัก ซึ่งอาจมีผลต่อการปกครองในระบบรัฐสภาไทยในการบริหารราชการแผ่นดิน จึงมีข้อน่าพิเคราะห์พิจารณาผลที่เกิดขึ้นตามหลักเกณฑ์ใหม่กล่าวคือ

1) รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันบัญญัติการเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีได้ลดจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่มีสิทธิเข้าชื่อเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจจากจำนวนสองในห้าตามรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 มาตรา 185 ลดลงเป็นจำนวนหนึ่งในห้าเพื่อให้มีกระบวนการตรวจสอบรัฐบาลในการอภิปรายเพื่อลงมติให้ง่ายขึ้น จึงมีประเด็นปัญหาน่าพิเคราะห์พิจารณาว่าการควบคุมรัฐบาลด้วยการเปิดอภิปรายลงมติไม่ไว้วางใจตามหลักเกณฑ์ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 เป็นทางก่อให้เกิดเสียงข้างมากเป็นเผด็จการรัฐสภาจริงหรือไม่ เพียงใด

ในเรื่องนี้ ก่อนการยกร่างและประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่ง

ราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ไม่ปรากฏมีรัฐบาลในสมัยใดมีเสียงข้างมากในรัฐสภา จำต้องจัดตั้งรัฐบาลผสมจากหลายพรรคการเมือง เกิดการช่วงชิงอำนาจและต่อรองตำแหน่งทางการเมือง มีการเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลบ่อยครั้งทำให้รัฐบาลไร้เสถียรภาพและไร้ประสิทธิภาพ ทำให้เปลี่ยนรัฐบาลและคณะรัฐมนตรีบ่อยครั้ง รัฐบาลต้องมาตอบคำถามและชี้แจงมากกว่าการปฏิบัติหน้าที่บริหารราชการแผ่นดิน และไม่ปรากฏว่ามีรัฐบาลในสมัยใดอยู่ครบวาระ 4 ปี ต่อมาได้แต่งตั้งคณะกรรมการพัฒนาประชาธิปไตย [คพป] ในปี พ.ศ. 2537 ซึ่งประกอบด้วยผู้ทรงคุณวุฒิเป็นนักกฎหมายมหาชนหลายท่านทำการวิจัยโดยมีแนวความคิดให้มีผู้นำที่เข้มแข็งและรัฐบาลที่มีเสถียรภาพและประสิทธิภาพในการบริหารราชการแผ่นดิน จึงนำหลักเกณฑ์วิธีการอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลต่อเมื่อรัฐสภาสามารถเลือกผู้สืบทอดตำแหน่งนายกรัฐมนตรีคนใหม่ด้วยคะแนนเสียงข้างมากของสมาชิกสภาทั้งหมดของสภาเสียก่อนตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 มาตรา 67 มาปรับใช้ในการเปิด อภิปรายลงมติไม่ไว้วางใจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 185 วรรคแรก บัญญัติว่า

"สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าสองในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร มีสิทธิเข้าชื่อเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรี ญัตติดังกล่าวต้องเสนอชื่อผู้สมควรดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีคนต่อไปซึ่งต้องเป็นบุคคลตามมาตรา 201 วรรคสองด้วย เมื่อได้มีการเสนอญัตติแล้ว จะมีการยุบสภาผู้แทนราษฎรมิได้ เว้นแต่จะมีการถอนญัตติหรือการลงมตินั้นไม่ได้คะแนนเสียงตามวรรคสาม

เมื่ออภิปรายทั่วไปสิ้นสุดลงโดยมิใช่ด้วยมติให้ผ่านระเบียบวาระเปิดอภิปรายนั้น ไปให้สภาผู้แทนราษฎรลงมติไว้วางใจหรือไม่

ไว้วางใจ การลงมติในกรณีเช่นว่านี้ มิให้กระทำในวันเดียวกับวันที่การอภิปรายสิ้นสุดมติไม่ไว้วางใจต้องมีคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร

ในกรณีที่มติไม่ไว้วางใจมีคะแนนเสียงไม่มากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งเข้าชื่อเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายนั้น เป็นอันหมดสิทธิที่จะเข้าชื่อเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีอีกตลอดสมัยประชุมนั้น

ในกรณีที่มติไม่ไว้วางใจมีคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร ให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรนำชื่อผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อตามวรรคหนึ่งกราบบังคมทูลเพื่อทรงแต่งตั้งต่อไป และมิให้นำมาตรา 202 มาใช้บังคับ”

จากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ 2540 มาตรา 185 มีข้อน่าพิเคราะห์ต่อไปว่าหลักเกณฑ์การอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจต้องมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าสองในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร และญัตติดังกล่าว ต้องเสนอชื่อผู้สมควรดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีคนต่อไปซึ่งต้องเป็นบุคคลตามมาตรา 201 วรรคสอง อีกทั้งมติไม่ไว้วางใจต้องมีคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร เป็นทางให้เกิดปัญหาเสียงข้างมากเป็นเผด็จการรัฐสภาหรือไม่ คือ

(ก) ประเด็นปัญหาว่าหลักเกณฑ์การอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจต้องมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าสองในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎรเป็นทางให้เกิดปัญหาเสียงข้างมากเป็นเผด็จการรัฐสภาหรือไม่นั้นในเรื่องนี้ตามรัฐธรรมนูญ บัญญัติจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าสองในห้าของจำนวน

สมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎรในการขอญัตติเปิดอภิปราย เพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาล ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 มาตรา 98 บัญญัติให้สภาผู้แทนราษฎรประกอบด้วยสมาชิกจำนวนห้าร้อยคน และสองในห้าของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่มีสิทธิขอญัตติเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลมีจำนวนสมาชิก 200 คน จึงเห็นว่าจำนวนสมาชิกที่มีสิทธิขอญัตติเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลมีจำนวนไม่ถึงกึ่งหนึ่งในอันที่จะนำไปสู่การมีเสียงข้างมากเด็ดขาดในรัฐสภากลายเป็นอุปสรรคและเป็นปัญหาในการขอญัตติเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลตามที่กล่าวอ้างมาแต่อย่างใด

การบัญญัติจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าสองในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎรในการขอญัตติเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลตามความคิดของคณะวิจัยคณะกรรมการพัฒนาประชาธิปไตย [คพป] ดังกล่าว เพื่อให้สอดคล้องกับสังคมวิทยาการเมืองในขณะนั้นมีการเปิดอภิปรายบ่อยครั้ง เพื่อช่วงชิงอำนาจและตำแหน่งทางการเมือง รัฐบาลและคณะรัฐมนตรีแต่ละชุดมีอายุสั้นมาก รัฐบาลไร้เสถียรภาพและไร้ประสิทธิภาพในการบริหารราชการแผ่นดินจากการที่ขอญัตติเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลเกินความจำเป็นและบ่อยครั้ง กรณีจึงมิใช่เกิดจากข้อบกพร่องของคณะวิจัยคณะกรรมการพัฒนาประชาธิปไตย [คพป] และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 แต่อย่างใด

ด้วยเหตุนี้ ตามรัฐธรรมนูญ ฉบับ 2540 มาตรา 185 บัญญัติให้สภาผู้แทนราษฎรไม่น้อยกว่าสองในห้าของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่มีสิทธิขอญัตติเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจ รัฐบาล ไม่นำไปสู่การมีเสียงข้างมากเด็ดขาดในลักษณะผูกขาดเสียงข้างมากในรัฐสภาและเป็นอุปสรรคและเป็นปัญหาในการขอญัตติเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลแต่

อย่างใดไม่

(ข) ประเด็นปัญหาว่า ญัตติเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลต้องเสนอชื่อผู้สมควรดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีคนต่อไปซึ่งต้องเป็นบุคคลตามมาตรา 201 วรรคสองเป็นทางให้เกิดปัญหาเสียงข้างมากเป็นเผด็จการรัฐสภาหรือไม่ ในเรื่องนี้ เมื่อพิเคราะห์บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 มาตรา 185 แล้วจะเห็นว่าตามความคิดของของคณะวิจัยคณะกรรมการพัฒนาประชาธิปไตย [คพป] ได้นำหลักเกณฑ์ความคิดการอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลได้ เมื่อรัฐสภาสามารถเลือกผู้สืบทอดตำแหน่งนายกรัฐมนตรีคนใหม่ด้วยคะแนนเสียงข้างมากของสมาชิกสภาทั้งหมดของสภาเสียก่อนตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 มาตรา 67 มาปรับใช้ในการเปิดอภิปรายลงมติไม่ไว้วางใจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 185 ทั้งนี้ เพื่อให้มีรัฐบาลใหม่ที่สามารถบริหารราชการแผ่นดินต่อไปได้อย่างต่อเนื่องจากการเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาล

นอกจากนี้ เมื่อพิเคราะห์รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 มาตรา 185 วรรคแรก ต่อไปจะเห็นว่าญัตติดังกล่าวต้องเสนอชื่อผู้สมควรดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีคนต่อไปซึ่งต้องเป็นบุคคลตามมาตรา 201 วรรคสอง ซึ่งมาตรา 201 วรรคสองบัญญัติว่า “นายกรัฐมนตรีต้องแต่งตั้งจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือผู้เคยเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแต่พ้นจากสมาชิกสภาพตามมาตรา 118 (7) ในอายุของสภาผู้แทนราษฎรชุดเดียวกัน” อีกทั้งมาตรา 185 วรรคท้ายบัญญัติว่าในกรณีที่มติไม่ไว้วางใจมีคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎรให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรนำชื่อผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อตามวรรคหนึ่งกราบบังคมทูลเพื่อทรงแต่งตั้งต่อไป และมิให้นำมาตรา 202 มาใช้บังคับ ซึ่งมาตรา 202 บัญญัติวรรคแรกว่า “ให้สภาผู้แทนราษฎร พิจารณาให้ความ

เห็นชอบบุคคลซึ่งสมควรได้รับแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรีให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่มีการเรียกประชุมรัฐสภาเป็นครั้งแรกตามมาตรา 159" วรรคสองบัญญัติว่า "การเสนอชื่อบุคคลซึ่งสมควรได้รับแต่งตั้งเป็นนายกรัฐมนตรีตามวรรคหนึ่ง ต้องมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎรรับรอง" และวรรคท้ายบัญญัติว่า "มติของสภาผู้แทนราษฎรที่เห็นชอบด้วยในการแต่งตั้งบุคคลใดให้เป็นนายกรัฐมนตรี ต้องมีคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร การลงมติในกรณีเช่นนี้ให้กระทำโดยการลงคะแนนโดยเปิดเผย"

จากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าวจะเห็นได้ว่าญัตติเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลต้องเสนอชื่อผู้สมควรดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีคนต่อไปซึ่งต้องเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามมาตรา 201 วรรคสอง และมิให้นำมาตรา 202 มาใช้บังคับ ย่อมมีความหมายว่าการเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีคนต่อไปตามรัฐธรรมนูญไม่ต้องมีคะแนนเสียง มากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎรแต่อย่างใด จึงเห็นได้ชัดว่าหลักเกณฑ์ขอญัตติเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลต้องเสนอชื่อผู้สมควรดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีคนต่อไปไม่เป็นปัญหาหรืออุปสรรคต่อการขอญัตติเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลแต่อย่างใด ดังนั้นหลักเกณฑ์การเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีคนต่อไปก่อนขอญัตติเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาล เพื่อให้มีรัฐบาลบริหารราชการแผ่นดินได้อย่างต่อเนื่องกัน หาเป็นการใช้อำนาจเผด็จการรัฐสภาที่มีเสียงข้างมากเด็ดขาดในรัฐสภาไม่

อย่างไรก็ตาม เมื่อศึกษาเปรียบเทียบหลักเกณฑ์การเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีคนต่อไปก่อนขอญัตติเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ค.ศ. 1940 มาตรา 67 บัญญัติว่า "(1) สภาผู้แทนราษฎร (Bundestag) อาจเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีสหพันธ์ได้ต่อเมื่อได้เลือกผู้สืบต่อตำแหน่งนายกรัฐมนตรีสหพันธ์ด้วยคะแนนเสียงข้างมากของสมาชิกทั้งหมดของสภา และโดยการร้องขอให้ประธานาธิบดีสหพันธ์ถอดถอนนายกรัฐมนตรีสหพันธ์เท่านั้น ประธานาธิบดีสหพันธ์ต้องปฏิบัติตามคำร้องขอและแต่งตั้งผู้ที่ได้รับเลือก (2) ระยะเวลาระหว่างการเสนอญัตติให้มีการเลือกตั้งผู้สืบต่อตำแหน่งกับการเลือกนั้น ต้องมีระยะเวลาไม่น้อยกว่า 48 ชั่วโมง"

จากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเยอรมนีดังกล่าวจะเห็นว่าก่อนขอญัตติเปิดอภิปรายเพื่อ ลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีสหพันธ์ได้ต่อเมื่อได้เลือกผู้สืบต่อตำแหน่งนายกรัฐมนตรีสหพันธ์ด้วยคะแนนเสียงข้างมากของสมาชิกทั้งหมดของสภา ทำให้การขอญัตติเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีสหพันธ์กระทำได้ยาก เพื่อให้รัฐบาลมีเสถียรภาพและมีประสิทธิภาพในการบริหารประเทศได้อย่างเต็มที่ มิใช่มาแก้ต่างจากการอภิปรายไม่ไว้วางใจจากรัฐสภาบ่อยครั้ง อีกทั้งให้นายกรัฐมนตรีสหพันธ์คนใหม่ที่ได้รับเลือกมีคะแนนเสียงข้างมากสนับสนุนในรัฐสภาในการบริหารงานแผ่นดิน ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่บังคับใช้มาจนถึงปัจจุบัน จึงเห็นได้ว่ามีความแตกต่างจากการขอญัตติเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีตามรัฐธรรมนูญไทยฉบับ พ.ศ. 2540 มาตรา 185 ซึ่งมิได้บัญญัติบังคับไว้ว่าการเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีคนต่อไปต้องมีคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎรแต่อย่างใด การเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีคนต่อไปในประเด็นดังกล่าวย่อมไม่เป็นอุปสรรคและไม่เป็นปัญหาในการขอญัตติเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลแต่อย่างใด

(ค) ประเด็นปัญหาว่ามติไม่ไว้วางใจต้องมีคะแนนเสียงมากกว่า

กึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร เป็นทางให้เกิดปัญหาเสียงข้างมากเป็นเผด็จการรัฐสภาหรือไม่ ในเรื่องนี้ การปกครองในระบบรัฐสภายึดหลักเสียงข้างมากในรัฐสภาสนับสนุนการบริหารแผ่นดินของฝ่ายบริหาร หากรัฐสภาไม่มีคะแนนเสียงสนับสนุนตามนโยบายการบริหารของรัฐบาล ในการอภิปรายลงมติไม่ไว้วางใจงานบริหารนโยบายของรัฐบาล รัฐบาลย่อมหมดความชอบธรรมที่จะบริหารราชการแผ่นดินได้ต่อไป ดังนั้น มติไม่ไว้วางใจมีคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของรัฐสภา ย่อมแสดงว่ารัฐบาลบริหารตามนโยบายผิดพลาดซึ่งรัฐบาลต้องลาออก ทั้งนี้หลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นไปตามวิธีการของระบบรัฐสภาซึ่งประเทศต่างๆ นำไปปรับใช้ และรัฐธรรมนูญไทยฉบับก่อนๆ ทุกฉบับได้บัญญัติหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้เห็นว่าไม่เป็นอุปสรรคและไม่เป็นปัญหาในการขอญัตติเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลแต่อย่างใด

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงเห็นว่าตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 185 บัญญัติหลักเกณฑ์การขอญัตติเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาล ไม่เป็นอุปสรรคและไม่เป็นปัญหาในการขอญัตติเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลแต่อย่างใด ซึ่งรัฐธรรมนูญใดบัญญัติให้มีการอภิปรายไม่ไว้วางใจได้โดยง่าย ย่อมเป็นช่องทางให้นักการเมืองใช้เป็นเครื่องมือในการช่วงชิงอำนาจและตำแหน่งทางการเมืองมากกว่าการตรวจสอบควบคุมนโยบายรัฐบาล รัฐบาลจะอ่อนแอไร้เสถียรภาพและไร้ประสิทธิภาพ เป็นผลให้เกิดการเปลี่ยนรัฐบาลและคณะรัฐมนตรีบ่อยครั้ง การตรวจสอบควบคุมนโยบายรัฐบาลตามความจริงย่อมมิอาจจะเกิดขึ้นได้เลย ดังปรากฏตามรัฐธรรมนูญไทยฉบับก่อนๆ ก่อนประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540

2) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 บัญญัติหลักเกณฑ์ใหม่ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภากับรัฐบาลในมาตรา 158

ในการขอขอญัตติเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีได้ลดจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรลงเหลือเป็นจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของของสภาผู้แทนราษฎรและมาตรา 159 ในการขอญัตติเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐมนตรีเป็นรายบุคคลได้ลดจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรลงเหลือเป็นจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในหกของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของของสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งแตกต่างจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 185 บัญญัติจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีสิทธิเข้าชื่อเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีต้องมีจำนวนไม่น้อยกว่าสองในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร และมาตรา 186 บัญญัติไว้ต้องมีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎรโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญอ้างว่าเพื่อให้กระบวนการในการตรวจสอบนี้สามารถกระทำการได้สะดวกและง่ายขึ้น รวมทั้งในทางตรงกันข้ามนายกรัฐมนตรีต้องระมัดระวังในการบริหารราชการแผ่นดินด้วยความถูกต้อง โปร่งใส และสุจริตนั้น

ในเรื่องนี้เห็นว่าจุดอ่อนและปัญหาของระบบรัฐสภาในประเทศต่างๆ ทั่วโลกที่นำไป ปรับใช้พบว่ามีอยู่สองประการ ในประการแรก รัฐสภามีอำนาจมากในการเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจได้ง่ายและบ่อยครั้ง รัฐบาลอ่อนแอ ไร้เสถียรภาพและไร้ประสิทธิภาพในการบริหารงาน ตามนโยบาย และประการที่สอง ในกรณีที่รัฐบาลมีอำนาจมากจะขาดการถ่วงดุลอำนาจอันก่อให้เกิดการบิดเบือนการใช้อำนาจรัฐ ดังนั้นประเทศต่างๆ ที่นำเอาระบบรัฐสภาไปปรับใช้แต่ประสบความล้มเหลวจากปัญหาดังกล่าว จึงมีแนวคิดใช้รัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือในการสร้างระบบกลไกต่างๆ ขึ้นเพื่อให้มีผู้นำที่เข้มแข็ง มีรัฐบาลที่มีเสถียรภาพและมีประสิทธิภาพในการบริหารประเทศมากกว่าสิ่งอื่นใด ส่วนในเรื่องขาดการถ่วงดุลอำนาจอันก่อให้เกิดการ

บิดเบือนการใช้อำนาจรัฐ มีแนวความคิดใช้รัฐธรรมนูญเป็นเครื่องมือในการสร้างระบบกลไกในการควบคุมการใช้อำนาจรัฐ เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มีความเป็นอิสระในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐของฝ่ายบริหาร ซึ่งเห็นว่าระบบรัฐสภาในระบบอำนาจเดี่ยวในการถ่วงดุลอำนาจซึ่งเป็นกลุ่มบุคคลในคณะเดียวกันในระบบอำนาจเดี่ยวที่มีฐานะทั้งสมาชิกรัฐบาลและฝ่ายบริหารในขณะเดียวกัน ย่อมเป็นการยากที่จะถ่วงดุลคานอำนาจซึ่งกันและกันได้ ดังนั้น การอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจในขณะที่รัฐบาลมีเสียงข้างมากในรัฐสภาเพื่อถอดถอนนายกรัฐมนตรีหรือฝ่ายบริหารจึงเป็นการทำได้ยาก ในขณะเดียวกันอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจในขณะที่รัฐบาลไม่มีเสียงข้างมากหรือรัฐบาลผสม รัฐบาลจะอ่อนแอ ไร้เสถียรภาพและไร้ประสิทธิภาพในการบริหารประเทศจนนำไปสู่การปรับคณะรัฐมนตรีบ่อยครั้งเป็นความล้มเหลวในระบบรัฐสภา

เมื่อพิเคราะห์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 158 และมาตรา 159 ลดจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในการขอญัตติเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีเป็นรายบุคคล ย่อมเป็นทางให้เกิดการขอญัตติอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจโดยไม่จำเป็นและบ่อยครั้ง ทั้งนี้ เพื่อช่วงชิงอำนาจและตำแหน่งทางการเมืองหรือเพื่อประโยชน์ทางการเมืองมากกว่าการตรวจสอบรัฐบาลและปฏิบัติหน้าที่เพื่อประโยชน์ของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐบาลที่ไม่มีเสียงข้างมากในรัฐสภาเป็นรัฐบาลผสมจากหลายพรรคการเมืองก่อให้เกิดการต่อรองผลประโยชน์ทางการเมือง เกิดความแตกแยกในพรรคร่วมรัฐบาลมีการเปลี่ยนรัฐบาลและคณะรัฐมนตรีบ่อยครั้ง รัฐบาลอ่อนแอ ไร้เสถียรภาพและไร้ประสิทธิภาพในการบริหารราชการแผ่นดิน ดังปรากฏข้อเท็จจริงขึ้นในระบบรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ การประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540

ดังนั้น การลดจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในการขอญัตติเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีเป็นรายบุคคลตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน มาตรา 158 และมาตรา 159 ทำให้เกิดการเสนอญัตติอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจได้ง่ายและบ่อยครั้ง เป็นทางให้เกิดความไร้เสถียรภาพและประสิทธิภาพในระบบรัฐสภามากกว่าการตรวจสอบนายกรัฐมนตรี

3) รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันบัญญัติว่าเมื่อนายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีได้บริหารราชการแผ่นดินแล้วเกินกว่าสองปี การอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจกระทำได้ในกรณีที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่มิได้อยู่ในพรรคการเมืองที่สมาชิกในสังกัดของพรรคนั้นดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีมีจำนวนไม่ถึงเกณฑ์ที่จะเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไปตามมาตรา 158 หรือมาตรา 159 ให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรดังกล่าวเท่าที่มีอยู่ มีสิทธิเข้าชื่อเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีเป็นบุคคลตามมาตรา 158 หรือมาตรา 159 (มาตรา 160) โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญให้เหตุผลว่า เพื่อให้สามารถเข้าชื่อขอญัตติการอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีได้ ในกรณีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรฝ่ายค้านมีจำนวนไม่ถึงเกณฑ์การเข้าชื่อการขอญัตติการอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจตามปกติได้ โดยจะกระทำได้เมื่อคณะรัฐมนตรีได้บริหารราชการแผ่นดินมาเกินกว่าสองปีแล้ว ทั้งนี้ เพื่อให้คณะรัฐมนตรีที่บริหารราชการแผ่นดินมาแล้วระยะเวลาหนึ่งจะต้องถูกตรวจสอบได้

มีข้อพิเคราะห์พิจารณาตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าวเห็นว่าเป็นแนวความคิด ที่ย้อนยุคสู่รัฐธรรมนูญในอดีต น่าจะเป็นปัญหาอย่างยิ่งดังเช่นสภาพระบบรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ ก่อนที่จะประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2540 อันนำมาสู่ความล้มเหลวในการ

ปกครองระบบรัฐสภา รัฐบาลอ่อนแอ ความไร้เสถียรภาพและไร้ประสิทธิภาพ กล่าวคือ

(1) เมื่อนายกรัฐมนตรีและคณะรัฐมนตรีได้บริหารราชการแผ่นดินแล้วเกินกว่าสองปี ฝ่ายค้านเสียงข้างน้อยในรัฐสภามีสิทธิขอญัตติอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีเป็นรายบุคคลได้ โดยคำขอญัตติไม่จำต้องมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าหรือจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในหกของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร แต่การขอญัตติอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีเป็นรายบุคคลเพียงมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรผู้แทนราษฎรจำนวนกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรฝ่ายค้านเท่าที่มีอยู่มีสิทธิเข้าชื่อเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีเป็นบุคคล ในการนี้ หลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นการขัดต่อระบบรัฐสภา ซึ่งความเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือเป็นสมาชิกรัฐสภามิใช่หมายความเพียงฝ่ายค้านเท่านั้น แต่ยังหมายถึงสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือเป็นสมาชิกรัฐสภาทั้งหมดในรัฐสภา

การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติเพียงมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรผู้แทนราษฎรจำนวนกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรฝ่ายค้านเท่าที่มีอยู่โดยอ้างเหตุผลว่าเพื่อความสะดวกและง่ายต่อการตรวจสอบย่อมเป็นการขัดต่อหลักเหตุผลในระบบรัฐสภา (rationalization of parliamentary system) อย่างยิ่ง ในระบบรัฐสภาในระบบอำนาจเดี่ยว รัฐสภาและรัฐบาลเป็นกลุ่มคณะบุคคลเดียวกัน และรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันมิได้บัญญัติห้ามนายกรัฐมนตรี หรือรัฐมนตรีเป็นสมาชิกรัฐสภาในขณะเดียวกัน ในกรณีที่รัฐบาลมีเสถียรภาพมีเสียงข้างมากในรัฐสภาไม่มีทางที่ฝ่ายเสียงข้างน้อยจะลงมติชนะคะแนนเสียงข้างมากในรัฐสภาในการตรวจสอบรัฐบาลตามความเป็นจริงได้

ในกรณีที่เป็นรัฐบาลผสมไร้เสถียรภาพทางเมืองย่อมเป็นทางให้เกิดการช่วงชิงอำนาจและตำแหน่งทางการเมืองต่อรองผลประโยชน์ทางการเมืองโดยมุ่งหวังเพียงเพื่อการล้มรัฐบาลจะได้จัดตั้งรัฐบาลใหม่มากกว่าการตรวจสอบรัฐบาลเพื่อประโยชน์ของประเทศชาติหรือประชาชนโดยรวม ดังปรากฏตามสภาพระบบรัฐสภาในอดีตที่ผ่านๆ มามีการเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลบ่อยครั้ง รัฐบาลแต่ละชุดแต่ละสมัยมีอายุสั้น และไม่ปรากฏมีรัฐบาลในยุคใดก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 อยู่ในวาระครอบ 4 ปีเลย ดังนั้นหลักเกณฑ์ตามมาตรา 160 ตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันย่อมเป็นทางไปสู่ความไร้เสถียรภาพและไร้ประสิทธิภาพทางการเมืองมากกว่าสิ่งอื่นใด

(2) เมื่อพิเคราะห์บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันตามมาตรา 160 จะเห็นว่าการขอญัตติเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีเป็นรายบุคคลของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรฝ่ายค้านไม่ได้เกณฑ์ตามมาตรา 158 และมาตรา 159 โดยไม่มีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าหรือจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในหกของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร และมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ผู้แทนราษฎรจำนวนกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรฝ่ายค้านเท่าที่มีอยู่มีสิทธิขอญัตติเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีเป็นรายบุคคลตามมาตรา 158 หรือมาตรา 159 ได้ ซึ่งตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าวมิได้บัญญัติต้องเสนอชื่อผู้สมควรดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีคนต่อไปซึ่งต้องเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรด้วย หรือบัญญัติให้นำบทบัญญัติมาตรา 158 วรรคสอง วรรคสาม และ วรรคสี่ มาใช้บังคับโดยอนุโลม ย่อมมีความหมายว่าการเสนอญัตติเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจตามมาตรา 160 ดังกล่าวไม่ต้องเสนอชื่อผู้สมควรดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีคนต่อไปซึ่งต้องเป็นสมาชิกสภา

ผู้แทนราษฎรแต่อย่างใด การขอญัตติเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจตามมาตรา 160 ย่อมเป็นการขัดต่อมาตรา 158 และเป็นการทำลายหลักเกณฑ์ตามมาตรา 158 ที่ต้อง เสนอชื่อผู้สมควรดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีคนต่อไปเพื่อการบริหารราชการแผ่นดินตามระบบรัฐสภาได้ดำเนินไปอย่างต่อเนื่องโดยสิ้นเชิง

บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญตามมาตรา 160 ดังกล่าวจึงมีความมุ่งหมายเพื่อให้มีการเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลเท่านั้น โดยมิได้พิเคราะห์พิจารณาถึงผลกระทบต่อการบริหารราชการแผ่นดินตามระบบรัฐสภาไทยในอดีตที่ได้ประสบความล้มเหลวมาโดยตลอดซึ่งเป็นผลร้ายต่อการพัฒนาระบบรัฐสภาไทยให้สอดคล้องตามสังคมวิทยาการเมืองไทยที่เปลี่ยนแปลงไปแต่ละยุคและแต่ละสมัย นอกจากนี้ หากมีข้อเท็จจริงสมมติต่อไปว่าลำพังเพียงอาศัยสภาผู้แทนราษฎรผู้แทนราษฎรจำนวนกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรฝ่ายค้านในการเปิดอภิปรายเพื่อลงมติขับไล่รัฐบาลได้ รัฐบาลใหม่ย่อมเป็นรัฐบาลเสียงข้างน้อยที่ขาดเสียงสนับสนุนในรัฐสภาหรือเป็นรัฐบาลผสมเป็นรัฐบาลที่ไม่มีเสียงข้างมากในรัฐสภาโดยต้องอาศัยเสียงพรรคร่วมรัฐบาลซึ่งก่อให้เกิดการต่อรองผลประโยชน์ทางเมืองมีความขัดแย้งในนโยบายสูง รัฐบาลที่จัดตั้งขึ้นใหม่ย่อมมีสภาพไร้เสถียรภาพและไร้ประสิทธิภาพในการบริหารราชการแผ่นดินอยู่นั่นเอง

3) หลักเกณฑ์ตามมาตรา 158 มาตรา 159 และมาตรา 160 ตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวข้างต้นยึดหลักการเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลและฝ่ายบริหารมากกว่าคำนึงถึงความมีเสถียรภาพและประสิทธิภาพทางการเมือง ในลักษณะเช่นนี้ ก่อให้เกิดการเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจบ่อยครั้ง รัฐบาลไม่มีโอกาสในการบริหารราชการแผ่นดินตามนโยบายที่แถลงไว้ได้อย่างสมบูรณ์ เป็นทางให้เกิดความไร้เสถียรภาพและไร้ประสิทธิภาพมากกว่ารัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ อย่างมาก ซึ่งระบบรัฐสภา

ไทยจะกลับย้อนยุคตามสภาพในอดีตอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

หลักเกณฑ์ตามมาตรา 158 มาตรา 159 และมาตรา 160 ตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ทำให้การเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลมากกว่ารัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ ในอดีต ย่อมเป็นปัญหาก่อผลให้เกิดความไร้เสถียรภาพและไร้ประสิทธิภาพทางการเมืองในระบอบรัฐสภาไทยยิ่งกว่ารัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ ก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 บัญญัติหลักเกณฑ์การอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลในทำนองเดียวกันว่าการเสนอญัตติเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลต้องมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าหรือจำนวนตามรัฐธรรมนูญบัญญัติของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเท่าที่มีอยู่ ไม่ปรากฏว่ามีรัฐธรรมนูญฉบับใดหรือประเทศใดที่มีการปกครองในระบบรัฐสภาบัญญัติให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรฝ่ายค้านเท่าที่มีอยู่มีสิทธิเข้าชื่อเสนอญัตติขอเปิดอภิปรายทั่วไปเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจได้เลย

เมื่อศึกษาเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ ก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ในการเสนอญัตติและการลงมติเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐบาลปรากฏ ตามตาราง 1 ดังนี้

ตาราง 1 การเปรียบเทียบการเสนอญัตติและการลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลตามรัฐธรรมนูญไทย

รัฐธรรมนูญไทย	มาตรา	การเสนอญัตติ	การลงมติไม่ไว้วางใจ
รัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2538	156	ไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้า	คะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่ง
รัฐธรรมนูญฉบับ 2534	150	ไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้า	คะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่ง
รัฐธรรมนูญฉบับ 2521	137	ไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้า	คะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่ง
รัฐธรรมนูญฉบับ 2517	159	ไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้า	คะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่ง
รัฐธรรมนูญฉบับ 2511	128	ไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้า	คะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่ง
รัฐธรรมนูญฉบับ 2495	76	ไม่ต่ำกว่าหนึ่งในสาม	ลงมติไว้วางใจหรือไม่ไว้วางใจ
รัฐธรรมนูญฉบับ 2492	131	ไม่ต่ำกว่าหนึ่งในสาม	ลงมติไว้วางใจหรือไม่ไว้วางใจ

ในการนี้ เมื่อทำการศึกษาเปรียบเทียบตามรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ ก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ปรากฏว่าการเสนอญัตติเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจรัฐบาลบ่อยครั้ง รัฐบาลอ่อนแอไร้เสถียรภาพและไร้ประสิทธิภาพรัฐบาลแต่ละชุดมีอายุสั้น ไม่ปรากฏว่ามีรัฐบาลชุดใดอยู่ครบวาระ 4 ปีตามรัฐธรรมนูญได้เลย ตามข้อมูลอายุรัฐบาลในระบบรัฐสภาไทยดังต่อไปนี้

ตาราง 2 การศึกษาเปรียบเทียบการดำรงตำแหน่งของรัฐบาลตามรัฐธรรมนูญไทย

นายกรัฐมนตรี	การดำรงตำแหน่งของรัฐบาล	ระยะเวลาดำรงตำแหน่ง
พล.ร.ต. ถวัลย์ ธำรงสวัสดิ์	23 ส.ค. 2489 - 30 พ.ค. 2490	9 เดือน 9 วัน
พล.ร.ต. ถวัลย์ ธำรงสวัสดิ์	30 พ.ค. 2490 - 8 พ.ย. 2490	5 เดือน 9 วัน
จอมพล ป. พิบูลสงคราม	26 มิ.ย. 2492 - 29 พ.ย. 2494	2 ปี 5 เดือน 4 วัน
จอมพลถนอม กิตติขจร	7 มี.ค. 2512 - 17 พ.ย. 2514	2 ปี 8 เดือน 12 วัน
ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช	15 ก.พ. 2518 - 6 มี.ค. 2518	19 วัน
ม.ร.ว. คึกฤทธิ์ ปราโมช	14 มี.ค. 2518 - 12 ม.ค. 2519	9 เดือน 29 วัน
ม.ร.ว. เสนีย์ ปราโมช	20 เม.ย. 2519 - 17 ก.ย. 2519	4 เดือน 28 วัน
พลเอกเกรียงศักดิ์ ชมะนันท์	12 พ.ค. 2522 - 10 ก.พ. 2523	9 เดือน
พลเอกเกรียงศักดิ์ ชมะนันท์	11 ก.พ. 2523 - 26 ก.พ. 2523	18 วัน
พลเอกเปรม ติณสูลานนท์	3 มี.ค. 2523 - 10 มี.ค. 2524	1 ปี 8 วัน
พลเอกเปรม ติณสูลานนท์	11 มี.ค. 2524 - 8 ธ.ค. 2524	8 เดือน 26 วัน
พลเอกเปรม ติณสูลานนท์	9 ธ.ค. 2524 - 19 มี.ค. 2525	1 ปี 3 เดือน 10 วัน
พลเอกเปรม ติณสูลานนท์	7 พ.ค. 2526 - 1 พ.ค. 2529	2 ปี 11 เดือน 24 วัน
พลเอกเปรม ติณสูลานนท์	27 ก.ค. 2529 - 4 ส.ค. 2531	2 ปี 8 วัน
พลเอกชาติชาย ชุณหวัณ	5 ส.ค. 2531 - 23 ก.พ. 2534	2 ปี 6 เดือน 19 วัน
นายชวน หลีกภัย	23 ก.ย. 2535 - 23 ก.พ. 2538	2 ปี 7 เดือน 24 วัน

ข้อมูลดังกล่าวชี้ให้เห็นว่าอายุรัฐบาลในระบบรัฐสภาไทยในแต่ละชุดแต่ละสมัยมีอายุสั้น อยู่ไม่ครบตามวาระ 4 ปี ตามรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับบัญญัติ ทั้งนี้ เนื่องจากมีการเปิดอภิปรายทั่วไป เพื่อลงมติไม่ไว้วางใจรัฐบาลบ่อยครั้ง รัฐบาลอ่อนแอไร้เสถียรภาพและไร้ประสิทธิภาพในการบริหารราชการแผ่นดิน จึงเป็นการชี้ให้เห็นว่าการนำหลักเกณฑ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 158 มาตรา 159 และมาตรา 160 มาใช้จะก่อให้เกิดการเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจบ่อยครั้งโดยไม่มี

ความจำเป็นมากกว่ารัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ การประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 นำมาซึ่งความไร้เสถียรภาพและไร้ประสิทธิภาพเป็นความล้มเหลวการปกครองในระบบรัฐสภาไทยอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

เอกสารอ้างอิง

David, K. L. (1969). *The constitutional history of modern Britain since 1488.* (9th. ed.). London: Adam & Charles Black.

Chrimes, S. D. (1953). *English constitution history.* (2nd., ed.). London: Oxford University Press.

Gabrilyan, R. (2006). *The comparative analysis of Develompment of Bicameralism in Former British colonies and Russia.* Stavropol: Stavropol State Univerity.

Gay, O & Powell, T. (2004). Individual ministerial responsibility - issues and examples: Research paper 04/31, 5 April 2004. London: House of Commons Library.

Goldwin, A. R. & Kauman, A. (1988). Constitution makers on constitution mering. Washington DC : American Enterprise Institute for Publics Policy Research.

Jewell, R. E. C. (1964). *The British constitution.* London: English University Press.

Locke. J. (1689), Separation of Powers, Second Treatise, Section 143, 144, 150, 159. Chapter 10. Retrieved May 6, 2008, from The University of Chicago http://pressw-pubs. uchicago.edu/founders/documents/v1ch10s 3.html

Katrougalos, G. (2008). The principle of separation of powers and the structure of state in the Balkan countries. Retrieved May 6, 2008, from http://www.cecl.gr/RigasNetwork/ databank/REPORTS/r4/GR_4_Katrougalos.html

Last, M. J. (2008). Halo effect. Retrieved November 21, 2008, from http://www.healthline.com/ galccontent/halo-effect

Lôhmus, M., & Tônisson, I. (2006). Capital city management in Estonia, Latvia and Lithuania after restoring their independence. *Halduskultuur*, 7 (January. 2006). P. 50 - 77.

Mackintosh, J. (1971). *The law and the constitution.* London: University of London Press.

Mayer, L. C., Burnett, J. H. & Ogden, S. (1993). *Comparative polities: Nation and theoris in change would.* NJ: Prentice Halls, Englewood Office.

Mark M. Moor, The three-legged acid test for "rights". Retrieved November 15, 2007., from The Arkansas Yong Republican, http://arkpolitics.bsen.com/ rights3.htm.

Meyerson, D. (2008). The rule of law and the separation of powers. Retrieved May 6, 2008, from http://search2.austlii.edu.au/au/journals/MqLJ/2004/1.html

Montesquieu, 1748. Translated by Thomas Nugent (2001). Spirit of Laws, Book 6, CH. 2, BK.11, CHS. 1-7, Chicago : University of Chicago, 2001.

Nissabu, R. (2008). Classical liberalism, Retrieved May 6, 2008, from http://www,liberal.org.il/ libe5bxt.html

Origins of Parliamentary Government. (2008). House of commons of the United Kingdom. Retrieved May 6, 2008, from http://en.wikipedia.org/wiki/Britich_House_of_Commons

Philip, M. W. (1968). *The French parliament (1958-1967).* London: George Allen and Unwin.

Preece, A. A. (2002). The development of bicameral parliamentary system. University of Queenland Papers. Volume 9, 3 September 2002. P. 1-16.

Richards. A. J. D. (1989). *Foundations of American Constitutionalism*. New York: Oxford University Press.

Rousseau, J. J. 1764. Translated by G. D. H. Cole. (2001). Social Contract or Principles of Political Rights. Retrieved May 6, 2008, from http://www.constitution.org/iir/socon.htm

Schmitz, G. (1988). *The opposition in a parliamentary system.* Ottawa: Political and Political and Social Affairs Division.

Spindler, G. (2008). Separation of powers: Doctrine and practice. Retrieved May 6, 2008, from http://www.parliament.nsw.gov.au/prod/parlment/publications.nsf/0/E88B2C638DC23 E51CA256DE00795896

The German Embassy Ottawa. (2008). German and Canada "The German Basic Law - fifty Years of constitutional stability" Retrieved May 10, 2008, from http//www.germanembassyottawa.org/basiclaw.html.

Tomic, Z. (2004). *The Government and ministries: De constitutione ferenda UDC*. 342.518. Belgrade: University of Belgrade.

Uhr, J. (2005). *Ministerial responsibility*. Sydney: Australian National University Press.

Woodhouse, D. (2004). UK ministerial responsibility in 2002: The tale of two resignations. Public Administration. 82 : 1, 2004. P. 1 - 19.

Wormuth, F. D. (2002) *The origins of modern constitutionalism.* New York: Happer & Brothers Publishers,

ปัญหามาตรการต่างๆ ทางสิ่งแวดล้อมเกี่ยวกับอาคาร ตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

*ว่าที่ร้อยตรีกัมพล อยู่มั่นธรรมา**

บทนำ

นับแต่มีการประกาศใช้แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ[1] เพื่อเป็นกรอบในการพัฒนาด้านการลงทุนและการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานของประเทศ เมื่อปี พ.ศ. 2504 ทำให้การดำเนินกิจกรรมต่างๆ ของภาคเอกชนต้องสอดรับกับกรอบการพัฒนานี้อย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ การพัฒนาทางเศรษฐกิจของภาคเอกชน จึงจำเป็นต้องใช้เทคโนโลยีต่างๆ เพื่อให้การประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจดำเนินไปในทิศทางเดียวกับกรอบการพัฒนาของประเทศในภาพรวม ส่งผลให้อาคารและสิ่งก่อสร้างต่างๆ

---

* นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ประกาศนียบัตรวิชาเลือกทางกฎหมายเฉพาะด้านสาขากฎหมายพาณิชย์และธุรกิจ พ.ศ. 2551 ประกาศนียบัตรวิชาเลือกทางกฎหมายเฉพาะด้านสาขากฎหมายมหาชน พ.ศ. 2551 และประกาศนียบัตรวิชาเลือกทางกฎหมายเฉพาะด้านสาขาวิชาชีพในกระบวนการยุติธรรม พ.ศ. 2551 นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ พ.ศ. 2553 ปัจจุบันรับราชการในตำแหน่งเจ้าหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญ กลุ่มงานวิจัยและพัฒนารัฐธรรมนูญ สถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

[1] ในครั้งแรกที่มีการประกาศใช้แผนระดับชาติเพื่อกำหนดทิศทางในการดำเนินการทางเศรษฐกิจใช้ชื่อเพียงว่า **"แผนพัฒนาเศรษฐกิจแห่งชาติ พ.ศ. 2504 - 2509"** เท่านั้น ถัดจากแผนพัฒนาเศรษฐกิจแห่งชาติฉบับนี้ จึงนำมิติในทางสังคม (ซึ่งรวมถึงเรื่องสิ่งแวดล้อม) รวมเข้าไว้ด้วย โดยใช้ชื่อว่า **"แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ"** ซึ่งในปัจจุบันประเทศไทยอยู่ภายใต้การดำเนินการตามแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ฉบับที่ 11 พ.ศ. 2555 - 2559

เกิดขึ้นมากมาย เพื่อใช้เป็นแหล่งในการสร้างปฏิสัมพันธ์ทางการค้า แหล่งชุมนุมชนเพื่อความบันเทิงและความสะดวกสบาย รวมถึงเป็นแหล่งในการพัฒนาด้านที่อยู่อาศัยอย่างครบวงจร นอกเหนือจากการเป็นเพียงที่อยู่อาศัยส่วนบุคคลดังเช่นในอดีต ทำให้รัฐจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522[2] ขึ้น เพื่อให้ทันกับความเปลี่ยนแปลงและพัฒนาการของบ้านเมือง และกำหนดกฎระเบียบในการก่อสร้างหรือดัดแปลงอาคารให้เจ้าของที่ดิน ซึ่งจะใช้ประโยชน์เหนือพื้นดินนั้นๆ ต้องปฏิบัติตาม ไม่ว่าจะเป็นเรื่องความมั่นคงแข็งแรง ความปลอดภัย และที่สำคัญเรื่องทางสิ่งแวดล้อมด้วย

โดยเฉพาะประเด็นในทางสิ่งแวดล้อมนั้น ปัจจุบันถือได้ว่าเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของการจัดการสิ่งแวดล้อมเมืองและชุมชน ควบคู่ไปกับการพัฒนาพื้นที่สีเขียวในเขตเมือง และมาตรการในการแทรกแซงการใช้ทรัพย์สินของประชาชนโดยรัฐ แต่ปรากฏว่าพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 และกฎหมายลำดับรองที่ออกตามความในพระราชบัญญัติฯ ดังกล่าว มิได้กำหนดมาตรการทางสิ่งแวดล้อมเพื่อแก้ไขปัญหาสิ่งแวดล้อมที่เกิดขึ้นเท่าที่ควร ทำให้กฎหมายดังกล่าวไม่ทันต่อความเจริญเติบโตของบ้านเมืองอันเนื่องมาจากเทคโนโลยีใหม่ๆ และไม่สามารถเป็นกลไกหรือเครื่องมือที่สำคัญในการจัดการและควบคุมอาคารให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพตามกรอบแนวทางที่กำหนดไว้ในนโยบายและแผนการจัดการด้านสิ่งแวดล้อม และไม่สนองต่อปัญหาสิ่งแวดล้อมในทางความเป็นจริงที่กำลังดำเนินอยู่ในขณะนี้ได้

---

[2] ก่อนที่จะมีการตราพระราชบัญญัติฉบับนี้ขึ้นใช้บังคับ ประเทศไทยมีพระราชบัญญัติควบคุมการก่อสร้างอาคาร พ.ศ. 2479 ใช้บังคับอยู่ก่อนแล้ว ซึ่งเป็นกฎหมายควบคุมการก่อสร้างอาคารเป็นการทั่วไปฉบับแรก เนื่องจากก่อนที่จะมีการตราพระราชบัญญัติควบคุมการก่อสร้างอาคาร พ.ศ. 2479 จะควบคุมสิ่งก่อสร้างโดยการออกพระราชบัญญัติเฉพาะพื้นที่เพื่อบังคับเป็นคราวๆ ไป

บทความนี้ จึงขอเสนอปัญหามาตรการต่างๆ ทางสิ่งแวดล้อมเกี่ยวกับการควบคุมอาคารตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 เป็นสำคัญในฐานะกฎหมายเฉพาะสำหรับการควบคุมอาคารโดยตรง[3] ไม่ว่าจะเป็นในส่วนของมาตรการและเครื่องมือทางสิ่งแวดล้อม หลักเกณฑ์หรือข้อจำกัดต่างๆ ของกฎหมายที่เป็นอุปสรรคต่อการควบคุมอาคารในทางสิ่งแวดล้อมตามกระบวนการควบคุมอาคารทั้งระบบ อีกทั้งยังเสนอแนวทางการแก้ไขเพื่อให้การกำหนดมาตรการทางสิ่งแวดล้อมเกี่ยวกับการควบคุมอาคารเป็นไปอย่างเหมาะสมกับสภาพแวดล้อม และถูกต้องตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย และที่สำคัญเพื่อให้ประโยชน์ของปัจเจกบุคคลได้สัดส่วนกับมาตรการควบคุมทางกฎหมายภายใต้หลักความพอสมควรแก่เหตุ รวมถึงเป็นไปตามพื้นฐานแห่งประโยชน์ของสาธารณชน

นอกจากนั้น มาตรการและเครื่องมือทางสิ่งแวดล้อมตามกฎหมายฉบับนี้ ย่อมกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินของประชาชนตามมาตรา 41 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ในลักษณะของการจำกัดการดำรงอยู่และขอบเขตแห่งการใช้สิทธิ อีกทั้งมาตรการเหล่านี้

---

[3] กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับมาตรการทางสิ่งแวดล้อมเพื่อการควบคุมอาคารมีด้วยกันหลายฉบับ ไม่ว่าจะเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยตรง กล่าวคือ พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 และกฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยอ้อม อาทิ พระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 พระราชบัญญัติการเดินเรือในน่านน้ำไทย พ.ศ. 2456 พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติการส่งเสริมการอนุรักษ์พลังงาน พ.ศ. 2535 รวมถึงกฎหมายที่มีบทบัญญัติที่มีความเกี่ยวข้องกับการควบคุมอาคารในทางสิ่งแวดล้อม เช่น พระราชบัญญัติจัดรูปที่ดินเพื่อพัฒนาพื้นที่ พ.ศ. 2547 พระราชบัญญัติการชลประทานหลวง พ.ศ. 2485 พระราชบัญญัติจัดสรรที่ดิน พ.ศ. 2543 พระราชบัญญัติการขุดดิน และถมดิน พ.ศ. 2543 พระราชบัญญัติการสาธารณสุข พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 และพระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 เป็นต้น

ยังส่งผลโดยอ้อมต่อเสรีภาพในการเลือกถิ่นที่อยู่อาศัย ตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 34 วรรคสอง ให้อำนาจในการจำกัดเสรีภาพนี้ให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ในกรณีที่จำต้องเป็นไปเพื่อการคุ้มครองสวัสดิภาพของประชาชนและการวางผังเมืองของประเทศ และที่สำคัญ เพื่อให้เกิดการพัฒนาระบบการควบคุมอาคารให้สอดคล้องกับหลักการตามกฎหมายมหาชนทางสิ่งแวดล้อมและสภาพปัญหาของเมืองในปัจจุบันอีกด้วย

1. ความหมายของอาคาร

ก่อนที่จะกล่าวถึงกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการทางสิ่งแวดล้อมที่เกี่ยวข้องกับอาคารตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 จำเป็นต้องพิจารณาความหมายของคำว่า “อาคาร” ตามกฎหมายในเบื้องต้นเสียก่อน เพื่อให้ทราบขอบเขตของคำว่าอาคาร ซึ่งเป็นวัตถุแห่งการควบคุม ตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 โดยคำว่า “อาคาร” ตามกฎหมายนี้สามารถจำแนกความหมายได้เป็น 4 ประเภท[4] คือ

1.1 อาคารโดยสภาพ

เมื่อพิจารณาจากนิยามคำว่า “อาคาร” ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ที่บัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า “อาคาร” หมายความว่า **ตึก บ้าน เรือน โรง ร้าน แพ[5] คลังสินค้า**

---

[4] ดูมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

[5] หมายถึงเฉพาะแพที่บุคคลสามารถเข้าอยู่หรือใช้สอยได้เท่านั้น เช่น เรือนแพในอดีต สวนอาหารบนแพ หรือแพที่ใช้สำหรับอยู่อาศัยของนักท่องเที่ยวแบบโฮมสเตย์ เป็นต้น เพื่อให้สอดคล้องและตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมายฉบับนี้ที่มุ่งควบคุมประสิทธิภาพ ด้านความมั่นคงแข็งแรงและความปลอดภัยของประชาชนผู้เข้าใช้ประโยชน์จากสิ่งก่อสร้างที่มีลักษณะถาวร ทำให้ไม่รวมถึงแพที่บริการนักท่องเที่ยวเพื่อล่องชมทัศนียภาพ หรือเพื่อความสนุกสนาน (ล่องแก่ง) หรือชมทิวทัศน์ทางธรรมชาติในสถานที่ท่องเที่ยวต่างๆ ที่เป็นน้ำตก แต่อย่างใด

สำนักงาน จะเห็นได้ว่า ความหมายของคำว่า "อาคาร" ในกรณีนี้ เป็นความหมายตามความเข้าใจทั่วไปของประชาชนที่สามารถเข้าใจได้ว่าอาคารนั้นหมายถึงสิ่งใด หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ สิ่งก่อสร้างที่มีเสา 4 ต้น และผนังระหว่างเสา 4 ด้านนั่นเอง

1.2 สิ่งปลูกสร้างซึ่งบุคคลอาจเข้าอยู่หรือเข้าใช้สอยได้

อาคารในส่วนนี้ มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ได้ขยายขอบเขตของอาคารตามความหมายที่ประชาชนทั่วไปเข้าใจกัน ทำให้การพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นอาคารตามความหมายนี้ ต้องมุ่งเน้นที่ "สิ่งก่อสร้างซึ่งบุคคลอาจเข้าอยู่หรือใช้สอยได้" เป็นสำคัญด้วย

จากกฎกระทรวงที่ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 คำพิพากษาของศาลฎีกา และตามทางปฏิบัติของทางราชการได้กำหนดลักษณะและตีความคำว่า **"สิ่งก่อสร้างซึ่งบุคคลอาจเข้าอยู่หรือใช้สอยได้"** ไว้มากมาย ในลักษณะของการเข้าใช้ประโยชน์ที่ประชาชนสามารถเข้าไปในสิ่งก่อสร้างดังกล่าวได้ในทางความเป็นจริง ทำให้อาคารตามความหมายนี้รวมถึง โรงงานผสมคอนกรีตผสมเสร็จเพื่อจำหน่ายทั่วไป[6] เต็นท์หรือประรำชั้นเดียวเพื่อใช้ประโยชน์เป็นการชั่วคราว[7] ถังเหล็กใช้บรรจุก๊าซพร้อมฐานคอนกรีตรองรับที่สร้างขึ้นเพื่อใช้บรรจุก๊าซ[8] และเพิงที่จำเลยปลูกอยู่อาศัยและทำการค้าขาย แม้ว่าจะใช้วัสดุค้ำหลังคาไว้อันมี

---

[6] กรุงเทพมหานคร สำนักปลัดกรุงเทพมหานคร, **"บันทึกข้อความ ที่ ก.ท. 036/742 ลงวันที่ 22 พฤษภาคม 2535"** ถึงผู้อำนวยการสำนักการโยธา (อัดสำเนา)

[7] ตามข้อ 6 ในกฎกระทรวง ฉบับที่ 9 (พ.ศ. 2528) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 เพียงแต่ว่า เต้นท์หรือประรำชั้นเดียวดังกล่าว อาจได้รับอนุญาตยกเว้นให้ไม่ต้องขออนุญาตก่อสร้างหรือรื้อถอน หากเป็นอาคารสำหรับใช้เพื่อกิจการพาณิชยกรรม อุตสาหกรรม หรือการศึกษา โดยมีกำหนดเวลารื้อถอนไม่เกินสิบวันเท่านั้น

[8] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 786/2529.

ลักษณะเป็นการชั่วคราวสามารถรื้อถอนได้ก็ตาม[9] เป็นต้น

จากตัวอย่างที่กล่าวมา มีข้อสังเกต 2 ประการ กล่าวคือ ประการแรก อาคารตามความหมายนี้เกิดจากการตีความเป็นส่วนใหญ่ ดังจะเห็นได้จาก กรณีถังบรรจุก๊าซ ซึ่งมิได้มีลักษณะเป็นอาคารตามความเข้าใจทั่วไปของประชาชน แต่เกิดจากการตีความของศาลเพื่อปรับข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีข้อพิพาทที่เกิดขึ้นกับตัวบทกฎหมายที่มีอยู่ และประการที่สอง สิ่งก่อสร้างชั่วคราวต่างๆ ก็ถือว่าเป็นอาคารภายใต้ขอบข่ายการบังคับของกฎหมายฉบับนี้ด้วย ดังเช่น กรณีเต็นท์หรือประรำพิธี เพียงแต่อาจได้รับการยกเว้นไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายบางประการ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับลักษณะของอาคารที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะเข้าควบคุมด้วย

1.3 สิ่งที่ถือว่าเป็นอาคารตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

สิ่งก่อสร้างที่กฎหมายฉบับนี้ให้ถือว่าเป็นอาคารนั้น สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ส่วน คือ กรณีนิยามคำว่า **"อาคาร" ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 4 และกรณีการกำหนดเพิ่มเติมไว้ในมาตรา 79 ในส่วนบทเฉพาะกาล** กล่าวคือ

สำหรับกรณีตามมาตรา 4 นั้น ระบุไว้อย่างชัดเจนว่า ให้หมายความรวมถึงสิ่งก่อสร้าง ดังต่อไปนี้ด้วย คือ

- อัฒจันทร์หรือสิ่งที่สร้างขึ้นอย่างอื่น**เพื่อใช้เป็นที่ชุมนุมของประชาชน**

- เขื่อน สะพาน อุโมงค์ ทางหรือท่อระบายน้ำ อู่เรือ คานเรือ ท่าน้ำ ท่าจอดเรือ รั้ว กำแพง หรือประตู **ที่สร้างขึ้นติดต่อหรือใกล้เคียงกับที่สาธารณะหรือสิ่งที่สร้างขึ้นให้บุคคลทั่วไปใช้สอย**

---

[9] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 884/2535.

- ป้ายหรือสิ่งที่สร้างขึ้นสำหรับติดหรือตั้งป้าย (ตามขนาด ความสูง น้ำหนัก และระยะห่างจากที่สาธารณะ) ตามที่กำหนดไว้ใน **พระราชบัญญัติ**[10] และ**กฎกระทรวง**[11]

- พื้นที่หรือสิ่งที่สร้างขึ้นเพื่อใช้เป็นที่จอดรถ ที่กลับรถ และทางเข้าออกของรถสำหรับอาคารบางชนิดหรือประเภทตามที่กำหนดไว้ใน **กฎกระทรวงที่ออกตามความในมาตรา 8 (9)**[12]

- สิ่งที่สร้างขึ้นอย่างอื่นตามที่กำหนดใน**กฎกระทรวง**[13] เพื่อเปิดช่องไว้สำหรับสิ่งก่อสร้างใหม่ๆ ที่อาจจะเกิดขึ้นในอนาคต อันเป็นการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารสามารถขยายวัตถุแห่งการควบคุมให้สอดรับกับประเภทและลักษณะของสิ่งก่อสร้างที่จะผันแปรไปตามยุคสมัยได้

สำหรับกรณีตามมาตรา 79 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ที่กำหนดให้บรรดา**ประกาศกระทรวงมหาดไทย**[14] ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติควบคุมการก่อสร้าง พ.ศ. 2479 ยังคงมีผลใช้บังคับต่อไปเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับบทบัญญัติของพระราชบัญญัติควบคุม

---

[10] คือ ป้ายหรือสิ่งที่สร้างสำหรับติดหรือตั้งป้ายที่ติดหรือตั้งไว้เหนือที่สาธารณะและมีขนาดเกินหนึ่งตารางเมตรหรือมีน้ำหนักรวมทั้งโครงสร้างเกินสิบกิโลกรัม หรือที่ติดหรือตั้งไว้ในระยะจากที่สาธารณะซึ่งวัดในทางระนาบแล้ว ระยะห่างจากที่สาธารณะมีน้อยกว่า **ความสูงของป้ายนั้นเมื่อวัดจากพื้นดิน และมีขนาดหรือน้ำหนักเกินกว่าที่กำหนดในกฎกระทรวง**

[11] โปรดดูกฎกระทรวง ฉบับที่ 23 (พ.ศ. 2533) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

[12] ปัจจุบันคือ กฎกระทรวง ฉบับที่ 41 (พ.ศ. 2537) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

[13] ปัจจุบันยังไม่มีการกำหนดกฎกระทรวงเพื่อการนี้แต่ประการใด

[14] ประกาศกระทรวงมหาดไทยซึ่งออกโดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมการก่อสร้างอาคาร พ.ศ. 2479

อาคาร พ.ศ. 2522 ทำให้ เตาไฟ ซึ่งใช้เพื่อประโยชน์ในการอุตสาหกรรม การพาณิชยกรรม และการสาธารณสุข ที่มิได้มีไว้เพื่อประกอบอาหารในภัตตาคาร โรงแรม และร้านข้าวแกง และเครื่องจักรทุกชนิดที่ติดตั้งภายในหรือต่อเนื่องกับอาคาร[15] เพิงหรืออาคารซึ่งมีขนาดเกินกว่าสี่ตารางเมตรขึ้นไปโดยจะเคลื่อนที่ได้หรือไม่ก็ตาม[16] และถนนคอนกรีตหรือแอสฟัสต์คอนกรีต[17] (asphalt concrete) ของเอกชนเฉพาะในเขตกรุงเทพมหานครซึ่งแนวถนนมีความกว้างตั้งแต่สี่เมตรขึ้นไปและมีความยาว ตั้งแต่ร้อยเมตรขึ้นไป[18] ถือว่าเป็นอาคารตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ด้วย

จากตัวอย่างที่กล่าวมานี้ แสดงให้เห็นว่าอาคารในส่วนนี้เป็นอาคารโดยผลของกฎหมายที่กำหนดให้สิ่งก่อสร้าง ซึ่งมิได้มีสภาพเป็นอาคารอยู่ภายใต้การควบคุมของพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ไม่ว่าจะเป็นผลจากการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติฉบับนี้หรือเปิดโอกาสให้ฝ่ายบริหารสามารถกำหนดให้เหมาะสมตามข้อเท็จจริงและความจำเป็นเฉพาะเรื่องก็ตาม

---

[15] ประกาศกระทรวงมหาดไทยที่ 5/2493 เรื่องกำหนดสิ่งก่อสร้าง พ.ศ. 2479 ประกาศ ณ วันที่ 15 พฤษภาคม พ.ศ. 2493

[16] ประกาศกระทรวงมหาดไทย เรื่องกำหนดสิ่งปลูกสร้างประเภทเป็นอาคารตามความหมายแห่งพระราชบัญญัติควบคุมการก่อสร้างอาคาร พ.ศ. 2479 ประกาศ ณ วันที่ 19 มีนาคม พ.ศ. 2508

[17] เป็นวัสดุผสมนิยมใช้ในการสร้างผิวถนน ผิวลานจอดรถ และผิวรันเวย์สนามบิน เป็นส่วนประกอบของยางมะตอยที่ใช้เป็นวัสดุประสานและวัสดุเติม สำหรับกรณีของเอกชนนั้น เช่น ถนนลาดยางเข้าหมู่บ้านที่มิใช่ทางสาธารณะหรือถนนลาดยางสำหรับให้รถวิ่งจากหน้าบ้านสู่ตัวบ้านในกรณีบ้านเดี่ยว

[18] ประกาศกระทรวงมหาดไทยเรื่องกำหนดสิ่งปลูกสร้างประเภทเป็นอาคาร ตามความหมายแห่งพระราชบัญญัติควบคุมการก่อสร้างอาคาร พ.ศ. 2479 ประกาศ ณ วันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2519

1.4 ส่วนต่างๆ ของอาคาร

คำว่าส่วนต่างๆ ของอาคารนี้จะมีความหมายเพียงใดนั้น พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 มิได้ให้ความหมายไว้เป็นพิเศษ กำหนดไว้แต่เพียงว่า หากกระทำการใดกับส่วนต่างๆ ของอาคารที่เข้าข่ายเป็นการก่อสร้าง รื้อถอน หรือเคลื่อนย้ายอาคารแล้ว จะต้องแจ้งหรือได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามมาตรา 39 ทวิ เท่านั้น ซึ่งตามความเห็นของผู้เขียนเห็นว่า น่าจะหมายถึง ส่วนต่างๆ ของอาคารโดยสภาพ และสิ่งปลูกสร้างซึ่งบุคคลอาจเข้าอยู่หรือเข้าใช้สอยได้ตามที่กล่าวไว้ข้างต้น โดยเน้นในส่วนของการแสดงรายการคำนวณการรับน้ำหนักและกำลังต้านทานที่เกี่ยวข้องกับความมั่นคงแข็งแรง ความปลอดภัย และการรองรับปริมาณการเข้าใช้ประโยชน์ของประชาชนเป็นสำคัญ เช่น เสา คาน แผ่นพื้น ฝาผนัง และรากฐาน เป็นต้น[19]

แสดงให้เห็นว่า “อาคาร” ตามความหมายในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ต้องพิจารณาจากกฎกระทรวงที่ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 และประกาศกระทรวงมหาดไทยที่ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมการก่อสร้างอาคาร พ.ศ. 2479 ตามนัยยะแห่งมาตรา 79 ด้วย นอกเหนือจากนิยามที่กำหนดไว้ในมาตรา 4 ทำให้ความหมายของอาคารตามกฎหมายนี้ครอบคลุมสิ่งก่อสร้างต่างๆ เป็นอันมาก ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อการบังคับใช้และความไม่สอดคล้องกับลักษณะเฉพาะของสิ่งก่อสร้างตามกฎหมายอื่นที่เชื่อมโยงกับกฎหมายฉบับนี้ (ซึ่งจะกล่าวต่อไปในหัวข้อ 3.1)

---

[19]โปรดดู ข้อ 1 ของกฎกระทรวง ฉบับที่ 6 (พ.ศ. 2527) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

2. มาตรการทางสิ่งแวดล้อมที่เกี่ยวข้องกับอาคารตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

เมื่อพิจารณาความหมายของ “อาคาร” ตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 แล้ว ต่อไปจึงต้องพิจารณามาตรการทางสิ่งแวดล้อมที่เกี่ยวข้องกับอาคารทั้งหมด เพื่อให้ทราบว่ามีวิธีการหรือขั้นตอนใดที่จะสามารถจัดการและควบคุมอาคารเพื่อประโยชน์ในทางสิ่งแวดล้อม แต่ก่อนที่จะพิจารณากฎหมายระดับพระราชบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการทางสิ่งแวดล้อมที่เกี่ยวข้องกับอาคารโดยตรง สมควรพิจารณารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ในฐานะกฎหมายสูงสุดของประเทศว่า มีแนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ ที่เกี่ยวกับการควบคุมอาคารในทางสิ่งแวดล้อมไว้อย่างใดบ้าง เพื่อเป็นกรอบในการกำหนด นโยบายของรัฐและการดำเนินการต่างๆ ของฝ่ายปกครองที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดมาตรการทางกฎหมาย ในประเด็นทางสิ่งแวดล้อมนี้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มิได้บัญญัติเรื่องมาตรการต่างๆ ทางสิ่งแวดล้อมเกี่ยวกับการควบคุมอาคารไว้โดยตรง แต่สามารถเทียบเคียงจากส่วนที่ 8 แนวนโยบายด้านที่ดิน ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ดังนี้

มาตรา 85 รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านที่ดิน ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ดังต่อไปนี้

.....

(3) จัดให้มีการวางผังเมือง พัฒนา และดำเนินการตามผังเมืองอย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล **เพื่อประโยชน์ในการดูแลรักษาทรัพยากรธรรมชาติอย่างยั่งยืน**

.....

จากบทบัญญัติในมาตราดังกล่าว แสดงให้เห็นว่ากฎหมายมีเจตนารมณ์ในภาพรวมที่ประสงค์ให้การวางและจัดทำผังเมืองต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ในการดูแลรักษาทรัพยากรธรรมชาติอย่างยั่งยืน ซึ่งในที่นี้รวมถึงการที่รัฐจะต้องจัดให้มีมาตรการควบคุมการใช้ประโยชน์สำหรับสิ่งก่อสร้างบนพื้นดินอย่างเป็นรูปธรรมด้วย นอกเหนือจากการควบคุมแต่เพียงในทางพื้นที่เท่านั้น และขณะเดียวกัน ต้องมุ่งส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมในภาพรวมของประเทศด้วย จึง**ทำให้ต้องนำเรื่องมาตรการทางสิ่งแวดล้อมเกี่ยวกับการควบคุมอาคารมาเป็นประเด็นสำคัญในการออกกฎกระทรวงหรือข้อบัญญัติต่างๆ** มิใช่พิจารณาเฉพาะเรื่องการจัดระเบียบของเมืองเพื่อประโยชน์ในทางเศรษฐกิจและสังคมเป็นหลักแต่เพียงอย่างเดียว

สำหรับพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522[20] นั้น เป็นการรวมกฎหมายสองฉบับเข้าด้วยกัน คือ พระราชบัญญัติควบคุมการก่อสร้างในเขตเพลิงไหม้ พ.ศ. 2476[21] และพระราชบัญญัติควบคุมการก่อสร้าง พ.ศ. 2479[22] เพื่อความสะดวกในการใช้กฎหมายและปรับปรุงระบบกฎหมายให้เหมาะสมและสอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบันที่มีการขยายตัวของบ้านเมืองเป็นอันมาก รวมถึงเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพด้านต่างๆ ในการควบคุมสิ่งก่อสร้างเหนือพื้นดินทั้งหมดตามลักษณะทางกายภาพของสิ่งก่อสร้าง

---

[20] มีการแก้ไขเพิ่มเติมทั้งสิ้น 3 ครั้ง คือ พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535, (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2543 และ (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2550

[21] กฎหมายนี้จะเข้าควบคุมสิ่งก่อสร้าง ก็ต่อเมื่อมีการเกิดเพลิงไหม้ขึ้น และที่สำคัญจะเข้าควบคุมเฉพาะสิ่งก่อสร้างในเขตเพลิงไหม้เท่านั้น

[22] ในขณะที่มีการใช้กฎหมายฉบับนี้มีการแก้ไขเพิ่มเติมถึง 2 ครั้ง คือ มีการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. 2504 และแก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 192 พ.ศ. 2515 แต่กฎหมายฉบับดังกล่าวมีระบบการอนุญาตและขั้นตอนการตรวจสอบไม่เหมาะสมกับความเจริญ และการพัฒนาของเมืองอย่างรวดเร็วตามยุทธศาสตร์ในแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ

เหล่านั้น[23] และที่สำคัญ**เพื่อให้เป็นไปตามภารกิจลำดับรองของรัฐที่มุ่งควบคุมการใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินของเอกชนที่เป็นอสังหาริมทรัพย์ให้ไม่ขัดกับประโยชน์สาธารณะและกระทบกระเทือนต่อสิทธิของเอกชนอย่างเกินสมควรตามหลักความพอสมควรแก่เหตุ** จึงขออธิบายรายละเอียดของกฎหมายฉบับนี้ในเบื้องต้น เพื่อให้ทราบถึงลักษณะและการบังคับใช้ของกฎหมาย และเป็นประโยชน์ประกอบการวิเคราะห์กรณีปัญหาต่างๆ ที่เกี่ยวข้องต่อไป

2.1 การบังคับใช้พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

เมื่อมีการประกาศพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ.2522 ลงในราชกิจจานุเบกษาแล้ว กฎหมายฉบับนี้ย่อมมีผลใช้บังคับทั่วประเทศ เช่นเดียวกับกฎหมายระดับพระราชบัญญัติอื่นๆ ทั่วไป เพียงแต่หากประสงค์จะให้หลักเกณฑ์หรือมาตรการต่างๆ ทางสิ่งแวดล้อมสำหรับการควบคุมอาคาร ตามที่กำหนดไว้มีผลใช้บังคับกับท้องที่ใดและมีบริเวณเพียงใด จะต้องตราเป็น**พระราชกฤษฎีกา**เสียก่อน แต่อย่างไรก็ตาม หากท้องที่ที่ประสงค์จะใช้มาตรการทางสิ่งแวดล้อมนั้น มีการประกาศใช้บังคับ**ผังเมืองรวม**ตามกฎหมายว่าด้วยการผังเมืองหรือเขตท้องที่นั้นเคยมีการประกาศดังกล่าว ให้มาตรการทางสิ่งแวดล้อมใช้บังคับตามเขตของผังเมืองรวมโดยไม่ต้องตราเป็นพระราชกฤษฎีกา และหากสิ่งก่อสร้างเหล่านั้นเป็น**อาคารสูง**[24] **อาคารขนาดใหญ่พิเศษ**[25] **อาคารชุมนุมคน**[26] และ

---

[23] พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522, หมายเหตุ.

[24] อาคารสูง หมายความว่า อาคารที่บุคคลอาจเข้าอยู่หรือเข้าใช้สอยได้ที่มีความสูงตั้งแต่ยี่สิบสามเมตรขึ้นไป การวัดความสูงของอาคาร ให้วัดจากระดับพื้นดินที่ก่อสร้างถึงดาดฟ้าสำหรับอาคารทรงจั่วหรือปั้นหยาให้วัดจากระดับพื้นดินที่ก่อสร้างถึงยอดผนังของชั้นสูงสุด

[25] อาคารขนาดใหญ่พิเศษ หมายความว่า อาคารที่ก่อสร้างขึ้นเพื่อใช้พื้นที่อาคารหรือหรือส่วนใดของอาคารเป็นที่อยู่อาศัยหรือประกอบกิจการประเภทเดียวหรือหลายประเภท

โรงมหรสพ[27] ให้มาตรการทางสิ่งแวดล้อมมีผลใช้บังคับทันที แม้ว่าอาคารพิเศษเหล่านี้ มิได้ตั้งอยู่ในท้องที่ที่มีพระราชกฤษฎีกาให้ใช้บังคับพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ก็ตาม[28] รวมถึงหากเป็น **เขตเพลิงไหม้** สิ่งก่อสร้างในเขตเพลิงไหม้ทั้งหมดย่อมอยู่ภายใต้มาตรการควบคุมตามกฎหมายนี้โดยทันที เพียงแต่เจ้าพนักงานท้องถิ่นจะต้องประกาศแสดงแนวเขตเพลิงไหม้ เพื่อให้รู้ขอบเขตของการควบคุม พร้อมทั้งระบุให้ทราบถึงการกระทำอันต้องห้ามเกี่ยวกับมาตรการทางสิ่งแวดล้อมตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ด้วย[29]

จะเห็นได้ว่าการบังคับใช้พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 มีลักษณะพิเศษที่แตกต่างจากการบังคับใช้กฎหมายอื่นโดยทั่วไป จึงทำให้เกิดปัญหาและความสับสนในการกำหนดมาตรการเพื่อใช้บังคับกฎหมายขององค์กรและบุคลากรตามพระราชบัญญัตินี้ (ซึ่งจะกล่าวต่อไปในหัวข้อ 3.2)

2.2 วัตถุประสงค์และการดำเนินการเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์

พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 มีวัตถุประสงค์โดยรวมที่จะคุ้มครองสวัสดิภาพของประชาชน ซึ่งการควบคุมอาคารตามกฎหมายนี้จะควบคุมในเรื่องการสถาปัตยกรรม ความมั่นคง แข็งแรง

โดยมีพื้นที่รวมกันทุกชั้นในหลังเดียวกันตั้งแต่หนึ่งหมื่นตารางเมตรขึ้นไป

[26] อาคารชุมนุมคน หมายความถึง อาคารหรือส่วนใดของอาคารที่บุคคลอาจเข้าไปภายในเพื่อประโยชน์ในการชุมนุมคนที่มีพื้นที่ตั้งแต่หนึ่งพันตารางเมตรขึ้นไป หรือชุมนุมคนได้ตั้งแต่ห้าร้อยคนขึ้นไป

[27] โรงมหรสพ หมายความว่า อาคารหรือส่วนใดของอาคารที่ใช้เป็นสถานที่สำหรับฉายภาพยนตร์ แสดงละคร แสดงดนตรี หรือการแสดงรื่นเริงอื่นใด และมีวัตถุประสงค์เพื่อเปิดให้สาธารณชนเข้าชมการแสดงนั้นเป็นปกติธุระ โดยจะมีค่าตอบแทน หรือไม่ก็ตาม

[28] มาตรา 2 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

[29] มาตรา 56 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

ความปลอดภัย การป้องกันอัคคีภัย การสาธารณสุข การอำนวยความสะดวกแก่การจราจร การผังเมือง และที่สำคัญ การรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม[30] ทำให้พระราชบัญญัตินี้มุ่งหมายให้การก่อสร้าง รื้อถอน ดัดแปลงอาคารจะต้องคำนึงถึงประเด็นการรักษาสิ่งแวดล้อมประกอบด้วย นอกเหนือจากความจำเป็นพื้นฐานในเรื่องอื่นๆ ที่กล่าวมาข้างต้น ซึ่งการดำเนินการเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์นี้ สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ประการ กล่าวคือ การดำเนินการโดยฝ่ายการเมือง และการดำเนินการระหว่างส่วนกลางกับท้องถิ่น

- **การดำเนินการโดยฝ่ายการเมือง**

เนื่องจากพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเป็นผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้[31] และที่สำคัญมีอำนาจ**ออกกฎกระทรวง**เพื่อบังคับการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายภายใต้คำแนะนำของคณะกรรมการควบคุมอาคาร โดยในประเด็นเรื่องการควบคุมอาคารเพื่อ**การรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม**นั้น สามารถกำหนดลักษณะ ระดับ ความสูง เนื้อที่ของที่ว่างภายนอกอาคาร แนวเขต ระยะหรือระดับระหว่างอาคารหรือเขตที่ดินของผู้อื่นหรือระหว่างอาคารกับถนน[32] เป็นต้น แต่อย่างไรก็ตาม การดำเนินการเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์นี้ไม่ใช้บังคับกับพระที่นั่งและพระราชวัง[33] รวมถึงอาจออกกฎกระทรวงในลักษณะยกเว้น ผ่อนผัน หรือกำหนดเงื่อนไขการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ได้ หากเป็นอาคารของทางราชการ องค์การระหว่างประเทศ สิ่งก่อสร้างทางศาสนา[34] และอาคารที่รัฐจัดให้มีหรือพัฒนาขึ้น เพื่อเป็นที่อยู่

---

[30] มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

[31] มาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

[32] มาตรา 8 (7) และ(8) แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

[33] มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

[34] โบราณสถาน วัดวาอาราม รวมถึงอาคารต่างๆที่ใช้เพื่อการศาสนา อยู่ภายใต้

อาศัยของผู้มีรายได้น้อย (แต่กรณีหลังต้องมิใช่การยกเว้นหรือผ่อนผันเงื่อนไขเรื่องความมั่นคงแข็งแรงและความปลอดภัยของอาคารและประชาชน)[35] การที่กฎหมายกำหนดให้สามารถยกเว้นหรือผ่อนผันมาตรการทางสิ่งแวดล้อมในสิ่งก่อสร้างบางประเภทหรือในบริเวณพื้นที่ที่รัฐมุ่งให้เกิดการกระตุ้นทางเศรษฐกิจ หรือการพัฒนาทางสังคม จึงอาจส่งผลให้เกิดปัญหาความไม่สอดคล้องกับรายละเอียดของสิ่งก่อสร้างในท้องที่นั้นๆ ได้ รวมถึงอาจไม่สอดคล้องกับมาตรการต่างๆ ตามกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องและประสงค์ให้เกิดการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมให้เป็นไปอย่างยั่งยืนได้ (ซึ่งจะกล่าวต่อไปในหัวข้อ 3.5)

สำหรับประโยชน์ด้าน**ความปลอดภัยของประชาชน**นั้น ถือได้ว่าเป็นวัตถุประสงค์ที่สำคัญที่สุดในเรื่องการควบคุมอาคารในฐานะที่รัฐมีภารกิจพื้นฐานที่จะต้องสร้างหลักประกันในความปลอดภัยต่อสิทธิในชีวิตให้แก่ประชาชน ดังจะเห็นได้จากการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2543 โดยเพิ่มอำนาจให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยสามารถกำหนดประเภทหรือลักษณะของสิ่งที่สร้างขึ้นเพื่อใช้ในการขนส่งบุคคลในบริเวณใดในลักษณะกระเช้าไฟฟ้า หรือที่ใช้เป็นเครื่องเล่นในสวนสนุกหรือในสถานที่อื่นใดเพื่อประโยชน์ในลักษณะเดียวกันได้ รวมถึงสามารถกำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขสำหรับการควบคุมได้ ตามความเหมาะสมของสิ่งก่อสร้างแต่ละประเภทที่มุ่งควบคุม และสามารถกำหนดให้แตกต่างจากที่พระราชบัญญัติกำหนดไว้ได้บนพื้นฐานแห่งความปลอดภัยของประชาชน[36]

พระราชบัญญัติคณะสงฆ์ พ.ศ. 2505 และบางส่วนอาจอยู่ภายใต้พระราชบัญญัติโบราณสถาน โบราณวัตถุ ศิลปวัตถุ และพิพิธภัณฑสถานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 ซึ่งจะกำหนดมาตรการควบคุมการก่อสร้างไว้เป็นการเฉพาะ และเข้มงวดกว่ามาตรการตามกฎหมายฉบับนี้

[35] มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

[36] มาตรา 8 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

จากการที่พระราชบัญญัติกำหนดให้สามารถออกกฎกระทรวงเพื่อกำหนดมาตรการทางสิ่งแวดล้อมตามมาตรา 8 (7) และ (8) และบัญญัติเพิ่มเติมให้สามารถกำหนดการมาตรการควบคุมให้เป็นไปตามสภาพของสิ่งก่อสร้างแต่ละประเภทเพื่อประโยชน์แห่งความปลอดภัยของประชาชนตามมาตรา 8 ทวิ นั้น แสดงให้เห็นว่ากฎหมายประสงค์ให้การกำหนดมาตรการควบคุมอาคารเพื่อการดำเนินการของบุคลากรต่างๆ ที่เกี่ยวข้องนอกจากจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์แห่งความปลอดภัยของประชาชนโดยทั่วไปแล้ว **จะต้องนำประเด็นปัญหาหรือข้อพิจารณาในทางสิ่งแวดล้อมมาพิจารณาประกอบด้วยเสมอ** อันแสดงให้เห็นว่าพระราชบัญญัติฉบับนี้วางหลักเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการควบคุมอาคารในทางสิ่งแวดล้อมไว้ในระดับหนึ่งแล้ว เพียงแต่อาจจะมีปัญหาในรายละเอียดของการกำหนดมาตรการควบคุมบางประการเท่านั้น (ซึ่งจะกล่าวต่อไปในหัวข้อ 3.3)

ในกรณีที่สมควรห้ามก่อสร้าง ดัดแปลง หรือกระทำการอื่นใดเกี่ยวกับการใช้อาคารเพื่อประโยชน์ในการควบคุมทางสิ่งแวดล้อม แต่ยังไม่มีกฎกระทรวงหรือข้อบัญญัติท้องถิ่น (ซึ่งจะกล่าวต่อไป) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย โดยคำแนะนำของอธิบดีกรมโยธาธิการและผังเมืองหรือเจ้าพนักงานท้องถิ่น แล้วแต่กรณี (ตามประเภทของกฎหมายที่กำหนดมาตรการทางสิ่งแวดล้อม) สามารถออก**ประกาศกระทรวงมหาดไทย**เพื่อควบคุมการใช้อาคารเป็นการชั่วคราวได้ แต่ทั้งนี้ ประกาศดังกล่าวมีผลใช้บังคับได้เพียง 1 ปี นับแต่วันที่ประกาศนั้นมีผลใช้บังคับเท่านั้น[37] เพื่อเป็นการยับยั้งการดำเนินการต่างๆ ของเอกชนที่อาจส่งผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมและความปลอดภัยของประชาชนจากการใช้ประโยชน์อาคาร

[37] มาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

- การดำเนินการระหว่างส่วนกลางกับท้องถิ่น

ในกรณีที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยในฐานะผู้กำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นออกกฎกระทรวง เพื่อกำหนดรายละเอียดในเรื่องมาตรการทางสิ่งแวดล้อมในการควบคุมอาคารตามหลักการที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 แล้ว ราชการส่วนท้องถิ่นในฐานะผู้บังคับใช้กฎหมายจะต้องปฏิบัติตามเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายด้วย กล่าวคือ นอกเหนือแต่เพียงการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย ยังกำหนดให้ราชการส่วนท้องถิ่นสามารถออก**ข้อบัญญัติท้องถิ่น**[38] เพื่อกำหนดรายละเอียดในเรื่องดังกล่าวนี้เพิ่มเติมจากที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงโดยไม่ขัดหรือแย้งกับกฎกระทรวงดังกล่าวตามหลักการกระจายอำนาจได้ แต่หากมีความจำเป็นและเหตุผลพิเศษเฉพาะท้องถิ่นก็สามารถออกข้อบัญญัติท้องถิ่นให้ขัดหรือแย้งกับกฎกระทรวงได้ โดยได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการควบคุมอาคาร และภายใต้การอนุมัติจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยเสียก่อน ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และระยะเวลาที่กำหนดไว้[39]

หากยังไม่มีการออกกฎกระทรวง ราชการส่วนท้องถิ่นย่อมมีอำนาจออกข้อบัญญัติท้องถิ่นเพื่อกำหนดมาตรการทางสิ่งแวดล้อมในการควบคุมอาคารได้ ซึ่งหากต่อมาภายหลังมีการออกกฎกระทรวงกำหนด

---

[38] ตามกฎหมายว่าด้วยการปกครองท้องถิ่นแบ่งราชการส่วนท้องถิ่นออกเป็น 5 ประเภท ทำให้ข้อบัญญัติที่ออกโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งหลายมีชื่อเรียกแตกต่างกันออกไป แบ่งเป็น ข้อบัญญัติท้องถิ่นที่ออกโดยองค์กรปกรองส่วนท้องถิ่นรูปแบบทั่วไป กล่าวคือ เทศบาล เรียกว่า “เทศบัญญัติ” องค์การบริหารส่วนตำบล เรียกว่า “ข้อบังคับตำบล” และองค์การบริหารส่วนจังหวัด เรียกว่า “ข้อบัญญัติจังหวัด” สำหรับองค์กรปกรองส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษ กล่าวคือ เมืองพัทยา เรียกว่า “ข้อบัญญัติเมืองพัทยา” และกรุงเทพมหานคร เรียกว่า “ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร”

[39] โปรดดูมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

มาตรการทางสิ่งแวดล้อมในเรื่องเดียวกับที่ข้อบัญญัติท้องถิ่นเคยกำหนดไว้แล้ว ให้ข้อบัญญัติท้องถิ่นในส่วนที่ขัดหรือแย้งกับกฎกระทรวงเป็นอันยกเลิกไปตาม**ลำดับชั้นของกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Hierarchy of Law)** และให้มาตรการทางสิ่งแวดล้อมตามที่กำหนดไว้ในข้อบัญญัติท้องถิ่นในส่วนที่ไม่ขัดหรือแย้งกับกฎกระทรวงยังคงมีผลใช้บังคับต่อไปจนกว่าจะมีการออกข้อบัญญัติท้องถิ่นใหม่ แต่ทั้งนี้ต้องไม่เกิน 1 ปี นับแต่วันที่กฎกระทรวงนั้นประกาศใช้บังคับ[40] เพื่อให้ระยะเวลาแก่ราชการส่วนท้องถิ่นในการพิจารณาความสัมพันธ์และความจำเป็นพิเศษเฉพาะท้องถิ่นในการออกข้อบัญญัติให้สอดคล้องหรือเพิ่มเติมจากที่กำหนดไว้กฎกระทรวงแล้วแต่กรณี

แต่อย่างไรก็ตาม มาตรการทางสิ่งแวดล้อมตามที่กำหนดหลักการไว้ในพระราชบัญญัติหรือที่กำหนดรายละเอียดไว้ในกฎกระทรวงหรือข้อบัญญัติท้องถิ่น จะต้องสอดคล้องกับพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ.2518 จึงทำให้**พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 มีฐานะเป็นมาตรการเสริมทางกฎหมาย**ในการควบคุมอาคารให้สอดคล้องกับการวางและจัดทำผังเมือง ตามแผนผัง ข้อกำหนดการใช้ประโยชน์ที่ดิน ซึ่งหากมาตรการทางสิ่งแวดล้อมในการควบคุมอาคารขัดหรือแย้งกับมาตรการทางผังเมืองตามพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 จะต้องใช้บังคับตามกฎหมายว่าด้วยการผังเมือง[41] จึงทำให้ข้อจำกัดทางกฎหมายในการอนุรักษ์และพัฒนาพื้นที่ทางสิ่งแวดล้อมเพื่อการพัฒนาสิ่งแวดล้อมเมือง (โดยเฉพาะพื้นที่สีเขียว) ส่งผลกระทบอย่างสำคัญต่อการกำหนดมาตรการทางสิ่งแวดล้อมในการควบคุมอาคารอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ (ซึ่งจะกล่าวต่อไปในหัวข้อ 3.4)

---

[40] มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

[41] มาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

2.3 มาตรการและเครื่องมือทางสิ่งแวดล้อมในการควบคุมอาคาร

เมื่อมีการออกกฎกระทรวงและข้อบัญญัติท้องถิ่นแล้ว การบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย เป็นอำนาจของเจ้าพนักงานท้องถิ่นแต่เพียงผู้เดียว ประกอบกับมาตรการที่ใช้ในการควบคุมอาคารตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 มีหลายมาตรการด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็นมาตรการควบคุมอาคารโดยทั่วไปตามที่อธิบายไว้ข้างต้น[42] หรือมาตรการควบคุมอาคารในลักษณะระบบการอนุญาตให้ก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอน เคลื่อนย้าย และใช้หรือเปลี่ยนการใช้อาคาร

สำหรับกรณี**มาตรการทางสิ่งแวดล้อมในการควบคุมอาคารโดยทั่วไป**นั้น มักจะปรากฏในกฎกระทรวงตามที่มาตรา 8 แห่งพระราช-บัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ให้อำนาจในการกำหนดรายละเอียดไว้ ซึ่งจากการพิจารณากฎกระทรวงทั้งหมดที่ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 พบว่า มีกฎกระทรวงที่กำหนดมาตรการทางสิ่งแวดล้อมในการควบคุมอาคารอยู่หลายฉบับด้วยกัน กล่าวคือ กฎกระทรวงฉบับที่ 33 (พ.ศ. 2535) และที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎกระทรวงฉบับที่ 50 (พ.ศ. 2540) กล่าวถึงเรื่อง อัตราส่วนพื้นที่อาคารรวมต่อแปลงที่ดิน (Floor Area Ratio - F.A.R.) และอัตราส่วนพื้นที่ว่างต่อพื้นที่อาคารรวม (Open Space Ratio - O.S.R.) และกฎกระทรวง ฉบับที่ 55 (พ.ศ. 2543) กล่าวถึงเรื่อง ระยะร่น (Set - Back) และความสูง (Height) (ซึ่งจะกล่าวรายละเอียดอย่างละเอียดในหัวข้อ 3.6)

มาตรการควบคุมอาคารในลักษณะระบบการอนุญาตนั้น เป็นระบบการควบคุมของฝ่ายปกครองเพื่อให้การดำเนินการต่างๆ ของเอกชนเป็นไปตามมาตรการต่างๆ ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติ รวมถึง

---

[42] ดูหมวด 1 บททั่วไป มาตรา 6 -13 ตรี แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

สอดคล้องกับความต้องการจำเป็นพิเศษและประโยชน์สาธารณะของรัฐ กล่าวคือ มีอำนาจออกใบอนุญาตให้ก่อสร้างหรือดัดแปลงอาคารให้สอดคล้องกับมาตรการทางสิ่งแวดล้อม และสั่งให้บุคคลใดๆ ซึ่งกระทำการอันฝ่าฝืนต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ดำเนินการให้เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรการทางสิ่งแวดล้อม เช่น ออกคำสั่งให้เจ้าของอาคารรื้อถอนหรือระงับการก่อสร้าง[43] เพื่อให้สิ่งก่อสร้างทั้งหมดสอดคล้องกับมาตรการควบคุมอาคาร รวมถึงประเภทของที่ดินตามแผนผังข้อกำหนดการใช้ประโยชน์ที่ดินมากยิ่งขึ้น

2.4 องค์กรและบุคลากรในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย

พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 กำหนดองค์กรและบุคลากรในการควบคุมอาคาร เพื่อประโยชน์ในทางสิ่งแวดล้อมไว้มากมาย ทั้งในด้านการกำหนดนโยบาย การวางมาตรการควบคุมอาคาร และการใช้บังคับมาตรการทางสิ่งแวดล้อม แต่ในที่นี้จะขอกล่าวถึงเฉพาะที่สำคัญเพื่อใช้ประกอบการพิจารณาปัญหามาตรการทางสิ่งแวดล้อมที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมอาคารในหัวข้อ 3.7 และ 3.8 ซึ่งจะกล่าวต่อไป

- รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย

เป็นผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติฉบับนี้ และมีอำนาจหน้าที่ที่สำคัญหลายประการ ในการกำหนดนโยบายเพื่อเป็นแนวทางสำหรับการออกกฎกระทรวงให้สอดคล้องกับความจำเป็นเร่งด่วนและนโยบายของรัฐ รวมถึงยังเป็นผู้กำกับดูแลราชการส่วนท้องถิ่นในการบังคับใช้กฎหมายให้เป็นไปโดยถูกต้องและตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย

---

[43] ดูหมวด 3 การก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอน เคลื่อนย้าย และใช้หรือเปลี่ยนการใช้อาคาร ตามมาตรา 21-39 ทวิ แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

- คณะกรรมการควบคุมอาคาร

มีฐานะเป็นคณะกรรมการกลางระดับชาติ[44] ทำหน้าที่สำคัญเกี่ยวกับการควบคุมอาคาร ตั้งแต่การให้คำแนะนำแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยในการออกกฎกระทรวงเพื่อกำหนดมาตรการทางสิ่งแวดล้อม การพิจารณาให้ความเห็นชอบ กรณีข้อบัญญัติท้องถิ่นขัดหรือแย้งกับกฎกระทรวง รวมถึงให้คำปรึกษาแนะนำแก่เจ้าพนักงานท้องถิ่นหรือส่วนราชการในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ และที่สำคัญยังทำหน้าที่กำกับดูแลและตรวจสอบการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานท้องถิ่นและผู้ซึ่งมีหน้าที่ปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้[45]

- สำนักงานคณะกรรมการควบคุมอาคาร

เนื่องจากองค์ประกอบของคณะกรรมการควบคุมอาคารมาจากทั้งส่วนราชการและผู้ทรงคุณวุฒิจากหลายหน่วยงานและหลายคนด้วยกัน จึงจำเป็นต้องมีองค์กรสนับสนุนการดำเนินการต่างๆ เพื่อให้การประชุมและการสนองต่อมติต่างๆ ของคณะกรรมการดังกล่าวเป็นรูปธรรมหรือให้มีผลในทางปฏิบัติได้ และเมื่อเนื้อหาของการดำเนินการดังกล่าวนี้เป็นหน้าที่โดยตรงของกรมโยธาธิการและผังเมือง[46] จึงจัดตั้งสำนักงานคณะกรรมการควบคุมอาคารขึ้นในกรมโยธาธิการและผังเมือง กระทรวงมหาดไทย และมีฐานะเป็นกอง ตามพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 โดยกำหนดให้มีอำนาจหน้าที่ในการปฏิบัติงานเกี่ยวกับงานธุรการ

---

[44] โปรดดูที่มาและองค์ประกอบของคณะกรรมการควบคุมอาคารใน มาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

[45] โปรดดูอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการควบคุมอาคารในมาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

[46] เนื่องจากประธานคณะกรรมการควบคุมอาคาร คือ อธิบดีกรมโยธาธิการและผังเมืองโดยตำแหน่ง

และวิชาการแก่คณะกรรมการควบคุมอาคาร และที่สำคัญเป็นหน่วยประสานงานและให้ความช่วยเหลือแก่ราชการส่วนท้องถิ่นในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522[47] อีกด้วย

- เจ้าพนักงานท้องถิ่น[48] (ในนามขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น)

ถือได้ว่าเป็นตัวขับเคลื่อนที่สำคัญที่ทำให้มาตรการทางสิ่งแวดล้อมและมาตรการอื่นๆ ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้ สามารถเกิดผลได้อย่างเป็นรูปธรรมในการประสานประโยชน์มหาชนและประโยชน์เอกชนให้ได้สัดส่วน กล่าวคือ มีอำนาจในการสอดส่องดูแลให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคารปฏิบัติตามกฎหมาย ในลักษณะของการออกคำสั่งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคารหรือผู้ควบคุมงานระงับการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อกฎหมาย หรือมีคำสั่งห้ามมิให้บุคคลใดใช้หรือเข้าไปในส่วนใดๆ ของอาคารที่มีการกระทำฝ่าฝืนได้อีกด้วย และที่สำคัญยังเป็นผู้พิจารณาออกใบอนุญาตให้ก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอน เคลื่อนย้าย ใช้หรือเปลี่ยนการใช้อาคารในท้องถิ่นที่ตนรับผิดชอบด้วย เพื่อตรวจสอบว่าสิ่งก่อสร้างและบริเวณที่ก่อสร้างซึ่งเจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคารได้ยื่นคำขอนั้น ได้กระทำการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามระบบการอนุญาตหรือมาตรการทางสิ่งแวดล้อมเกี่ยวกับการควบคุมอาคารหรือไม่[49]

---

[47] มาตรา 20 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

[48] เจ้าพนักงานท้องถิ่นจะหมายถึงผู้ใดนั้น ขึ้นอยู่กับประเภทขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กล่าวคือ ผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร นายกเมืองพัทยา นายกเทศมนตรี นายกองค์การบริหารส่วนจังหวัด นายกองค์การบริหารส่วนตำบล สำหรับในเขตกรุงเทพมหานคร เมืองพัทยา เทศบาล องค์การบริหารส่วนจังหวัด และองค์การบริหารส่วนตำบล ตามลำดับ และยังหมายความถึงผู้บริหารท้องถิ่นขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่นที่อาจจะมีการก่อตั้งขึ้นในอนาคตด้วย

[49] โปรดดู กระทรวงมหาดไทย กรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น, **มาตรฐานการ**

- นายช่างและนายตรวจ

นอกจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นจะเป็นผู้ดูแลการปฏิบัติการเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายแล้ว ยังกำหนดให้มีนายช่างและนายตรวจเป็นเสมือนหูและตาให้กับเจ้าพนักงานท้องถิ่นในลักษณะของผู้ช่วยเจ้าพนักงานท้องถิ่นในการเข้าไปตรวจสอบอาคารและบริเวณที่ตั้งของอาคาร ซึ่งนายช่างและนายตรวจจะมีอำนาจหน้าที่แตกต่างกัน กล่าวคือ หากเป็นอาคารที่กำลังก่อสร้างหรือดัดแปลงฯ นายช่างและนายตรวจสามารถเข้าไปตรวจสอบอาคารได้ แต่หากเป็นอาคารที่ได้ก่อสร้างหรือดัดแปลงฯ เสร็จเรียบร้อยแล้ว แต่สงสัยว่าอาคารนั้นอาจจะก่อสร้างหรือดัดแปลงโดยฝ่าฝืนต่อกฎหมาย เป็นหน้าที่ของนายช่างเท่านั้นที่จะเข้าไปตรวจสอบได้ รวมถึงสามารถสอบถามข้อเท็จจริงหรือให้แสดงเอกสารหรือพยานหลักฐานจากบุคคลที่อยู่หรือทำงานในสถานที่นั้นด้วย[50] โดยกฎหมายกำหนดให้นายช่างและนายตรวจต้องเป็นข้าราชการหรือพนักงานส่วนท้องถิ่นที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นแต่งตั้งขึ้นมา และต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง[51]

- ผู้ตรวจสอบอาคาร

เพื่อให้การควบคุมอาคารเป็นไปตามหลักวิชาทางสถาปัตยกรรมและวิศวกรรม พระราชบัญญัติจึงกำหนดให้มีผู้ตรวจสอบอาคารขึ้นเพื่อตรวจสอบสภาพโครงสร้างและระบบต่างๆ ของอาคาร[52] ที่จำเป็นต่อการ

ควบคุมอาคาร (Standard for Building Control Administration): น.16-17. ใน <http://www.thailocaladmin.go.th/work/e_book/eb1/stan13/stan13.html>(11 เมษายน 2552)

[50] มาตรา 53 และ54 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

[51] โปรดดู กฎกระทรวง (พ.ศ.2524) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

[52] ประเภทของอาคารที่ต้องจัดให้มีการตรวจสอบด้านวิศวกรรมและสถาปัตยกรรม

ป้องกันภยันตรายต่างๆ ที่อาจจะเกิดขึ้น (รวมถึงเรื่องทางสิ่งแวดล้อมภายในอาคารด้วย) แล้วรายงานผลการตรวจสอบต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่น เพื่อให้การพิจารณาอนุญาตออกใบรับรองการตรวจสอบอาคารของเจ้าพนักงานท้องถิ่นเป็นไปโดยถูกต้องตามหลักวิชาชีพนั้นๆ[53] โดยผู้ตรวจสอบอาคารนี้สามารถเป็นได้ทั้งบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล[54] หากมีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง และการตรวจสอบดังกล่าวจะมีทั้งการตรวจสอบใหญ่ ซึ่งจะกระทำทุก 5 ปี และการตรวจสอบประจำปี[55]

มีจำนวนทั้งสิ้น 9 ประเภท โดยแบ่งเป็นอาคารตามมาตรา 32 ทวิ (1) และ (2) จำนวน 3 ประเภท คือ อาคารสูง อาคารขนาดใหญ่พิเศษ และอาคารชุมนุมคน และตามกฎกระทรวงกำหนดประเภทอาคารที่ต้องจัดให้มีผู้ตรวจสอบ พ.ศ. 2548 เพิ่มเติมอีก 6 ประเภท ตามความในมาตรา 32 ทวิ (3) คือ 1. โรงมหรสพ 2. โรงแรมตามกฎหมายว่าด้วยโรงแรมที่มีจำนวนห้องพักตั้งแต่ 80 ห้องขึ้นไป 3. สถานบริการตามกฎหมายว่าด้วยสถานบริการที่มีพื้นที่ตั้งแต่ 200 ตารางเมตรขึ้นไป 4. อาคารชุดตามกฎหมายว่าด้วยอาคารชุด หรืออาคารอยู่อาศัยรวมที่มีพื้นที่ตั้งแต่ 2000 ตารางเมตร ขึ้นไป (ดูข้อยกเว้นเรื่องระยะเวลาการตรวจสอบในบทเฉพาะกาลด้วย) 5. อาคารโรงงาน ตามกฎหมายว่าด้วยโรงงานที่มีความสูงมากกว่าหนึ่งชั้น และมีพื้นที่ใช้สอยตั้งแต่ 5000 ตารางเมตรขึ้นไป และ 6. ป้ายหรือสิ่งที่สร้างขึ้นสำหรับติดตั้งป้ายที่สูงจากพื้นดิน ตั้งแต่ 15 เมตรขึ้นไปหรือมีพื้นที่ตั้งแต่ 50 ตารางเมตรขึ้นไป หรือป้ายที่ติดตั้งบนหลังคาหรือดาดฟ้าของอาคาร หรือส่วนหนึ่งส่วนใด ของอาคารที่มีพื้นที่ตั้งแต่ 25 ตารางเมตรขึ้นไป

[53] มาตรา 32 ทวิ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 สามารถศึกษาข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับผู้ตรวจสอบอาคารและการตรวจสอบอาคารเพิ่มเติม ใน <http://www.thaibuildinginspector.com> (11 เมษายน 2552)

[54] สามารถตรวจสอบรายชื่อผู้ตรวจสอบอาคาร ประเภทบุคคลธรรมดาและนิติบุคคล ใน <http://www.dpt.go.th>

[55] โปรดดูรายละเอียดต่างๆ เกี่ยวกับการเป็นผู้ตรวจสอบอาคาร ในกฎกระทรวงกำหนดคุณสมบัติเฉพาะของผู้ตรวจสอบ หลักเกณฑ์การขอขึ้นทะเบียนและการเพิกถอนการขึ้นทะเบียนเป็นผู้ตรวจสอบและหลักเกณฑ์การตรวจสอบอาคาร พ.ศ. 2548

3. บทวิเคราะห์มาตรการต่างๆ ทางสิ่งแวดล้อมที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมอาคาร

เมื่อได้พิจารณากฎหมายที่กำหนดมาตรการต่างๆ ทางสิ่งแวดล้อมเกี่ยวกับการควบคุมอาคารโดยสังเขปแล้ว ต่อไปจะขอวิเคราะห์ถึงปัญหาทางกฎหมายที่ทำให้มาตรการทางสิ่งแวดล้อมไม่สามารถควบคุมอาคารได้ตรงตามแนวทางที่ควรจะเป็น ดังนี้

3.1 ความหมายและประเภทของอาคารตามกฎหมาย

เมื่อพิจารณาจากนิยามคำว่า "อาคาร" ตามความหมายที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ตามที่ได้อธิบายไว้แล้ว[56] ทำให้เกิดปัญหาการตีความที่ไม่ตรงตามวัตถุประสงค์แห่งกฎหมาย เนื่องจากเป็นการนิยามให้มีความหมายกว้างกว่าคำที่ใช้ทั่วไป[57] โดยเฉพาะการตีความในประเด็น "สิ่งปลูกสร้างขึ้น ซึ่งบุคคลอาจเข้าอยู่หรือใช้สอยได้" ว่ามีความหมายเพียงใดนั้น น่าจะหมายความรวมถึงเฉพาะสิ่งปลูกสร้างที่มีวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์เยี่ยงการอยู่อาศัยหรือใช้ประโยชน์ในอาคารตามความเข้าใจทั่วไปของประชาชนเท่านั้น เช่น ตู้คอนเทนเนอร์ที่นำมาเป็นที่พักอาศัย เป็นต้น จึงไม่ควรกำหนดไว้ในลักษณะเช่นนี้ เนื่องจากจะทำให้รวมถึงสิ่งปลูกสร้างที่บุคคลอาจเข้าอยู่หรือใช้สอยได้แต่มิได้มุ่งหมายเป็นที่อยู่อาศัยในทางความเป็นจริง

---

[56] โปรดดู ความหมายของอาคารตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ในหัวข้อ 1

[57] ลักษณะของคำนิยามตามแนวทางการตรวจร่างกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกานั้น อาจมีได้ 5 ลักษณะ กล่าวคือ คำนิยามที่ต้องการให้มีความหมายกว้างกว่าคำที่ใช้ทั่วไป คำนิยามที่ต้องการให้มีความหมายแคบกว่าคำที่ใช้ทั่วไป คำนิยามที่ต้องการกำหนดขอบเขตของคำให้ชัดเจน คำนิยามที่มีวัตถุประสงค์เพื่อต้องการประหยัดถ้อยคำ และคำนิยามที่เป็นคำอธิบายทางเทคนิค

สำหรับกรณี **"สิ่งที่ถือว่าเป็นอาคารตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522"** นั้น ถือได้ว่าเป็นการขยายวัตถุแห่งการควบคุมเป็นการเฉพาะ ซึ่งสามารถกระทำได้ตามความจำเป็นและเหตุผลพิเศษ ในการบัญญัติกฎหมายฉบับนั้นๆ เพียงแต่จะต้องนำมาตรการทางสิ่งแวดล้อมในการควบคุมอาคารมาใช้เท่าที่ไม่ขัดต่อลักษณะทางธรรมชาติของสิ่งก่อสร้างด้วย แต่กรณี **"สิ่งที่ถือว่าเป็นอาคารตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ตามความในมาตรา 79 (บทเฉพาะกาล) แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522"** นับได้ว่าเป็นการบัญญัติให้นำวัตถุแห่งการควบคุมตามพระราชบัญญัติควบคุมการก่อสร้างอาคาร พ.ศ. 2479 ซึ่งเป็นกฎหมายอีกฉบับหนึ่งและถูกยกเลิกไปแล้ว ให้อยู่ภายใต้มาตรการควบคุมอาคารตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ด้วย จึงทำให้การบังคับใช้กฎหมายไม่เป็นไปเพื่อการรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมตามวัตถุประสงค์แห่งกฎหมายฉบับที่มีผลใช้บังคับนี้ได้ รวมถึงการเปิดช่องให้มีการขยายความหมายของอาคาร โดยการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้กำหนดให้ชัดเจนเพิ่มเติมขึ้นภายหลัง เพื่อให้ครอบคลุมถึงสิ่งก่อสร้างที่จะเกิดหรือมีขึ้นในอนาคตด้วย[58] อาจทำให้อาคารตามกฎหมายฉบับนี้หมายความรวมถึงสิ่งที่ก่อสร้างขึ้นทุกประเภทซึ่งไม่จำเป็นแก่การควบคุมได้

ปัญหาที่สำคัญอีกปัญหาหนึ่งอันเป็นผลสืบเนื่องมาจากการนิยามความหมายของคำว่า "อาคาร" คือ การที่กฎหมายฉบับอื่นๆ ที่บัญญัติขึ้นภายหลังพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 และพระราชบัญญัติการส่งเสริมการอนุรักษ์พลังงาน พ.ศ. 2535 ซึ่งเป็นกฎหมาย

---

[58] ดูคำว่า **"...และหมายความรวมถึง"** และ **(4) สิ่งก่อสร้างอย่างอื่นตามที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวง** ในนิยามของคำว่า "อาคาร" ตาม มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

ที่จำเป็นต้องมีมาตรการในการควบคุมอาคารไว้เป็นส่วนหนึ่งของการบังคับการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์เฉพาะของกฎหมายเหล่านี้ มีการกำหนดนิยามของคำว่า "อาคาร" ให้หมายถึงอาคารตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร ซึ่งเป็นการอ้างนิยามศัพท์ของกฎหมายอื่นโดยไม่มีคำอธิบายการเขียนนิยามในลักษณะเช่นนี้ จึงทำให้เกิดปัญหาการตีความที่ไม่ตรงตามลักษณะเฉพาะของกฎหมายที่ประสงค์จะควบคุมอาคารที่ก่อสร้างขึ้นในพื้นที่ที่ใช้มาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมให้สอดคล้องกับสภาพพื้นที่ที่กำหนดมาตรการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมไว้ และทำให้การกำหนดมาตรการอนุรักษ์พลังงานในอาคารอาจต้องหมายความรวมถึงอาคารที่มิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อการใช้สอยและการเข้าอยู่อาศัยด้วยตามลำดับ จึงส่งผลอย่างสำคัญให้วัตถุแห่งการควบคุมตามกฎหมายทั้งสองฉบับนี้ไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์เฉพาะเรื่องตามเจตนารมณ์ของการบัญญัติกฎหมายฉบับนั้นๆ ได้

สำหรับ**ประเภทของอาคารพิเศษ**ทั้ง 4 ประเภท อันได้แก่ **อาคารสูง อาคารขนาดใหญ่พิเศษ อาคารชุมนุมคน** และ**โรงมหรสพ** นั้น พบว่ามีการกำหนดนิยามโดยยึดโยงกับจำนวนประชาชนที่อาจเข้าใช้สอยหรือคิดคำนวณจากจำนวนพื้นที่ที่ใช้สอยเป็นสำคัญ จึงทำให้มาตรการทางสิ่งแวดล้อม เพื่อควบคุมอาคารเหล่านี้ ไม่สามารถใช้บังคับกับอาคารที่ไม่อยู่ภายใต้นิยามของอาคารพิเศษเหล่านี้ แต่เมื่อพิจารณาอาคารประกอบกับองค์ประกอบในทางสิ่งแวดล้อมแล้วกลับส่งผลกระทบอย่างสำคัญต่อการรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์หนึ่งของการควบคุมอาคารตามกฎหมาย เช่น กรณีการก่อสร้างอาคารที่มีพื้นที่ใช้สอยของอาคารรวมกันทุกชั้นในหลังเดียวกัน **ใกล้เคียง 10,000 ตารางเมตร จำนวนหลายหลัง** ซึ่งก่อสร้างโดยเจ้าของคนเดียวกัน ทำให้อาคารนี้มิใช่อาคารขนาดใหญ่พิเศษที่จะตกอยู่ภายใต้มาตรการควบคุมพิเศษตามกฎหมายฉบับนี้ ทั้งๆ ที่เมื่อพิจารณาจากพื้นที่ของอาคารทั้งหมดและลักษณะที่ตั้งของอาคารจะส่งผล

กระทบต่อสิ่งแวดล้อมเป็นอย่างมากก็ตาม

ดังนั้น ในการกำหนดความหมายของอาคารตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 จึง**ควรกำหนดโดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ที่กฎหมายฉบับนี้มุ่งควบคุมและกำหนดลักษณะของอาคาร ตามที่กฎหมายประสงค์ให้ฝ่ายบริหารกำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมตามความในมาตรา 8 (1) - (16) และมาตรา 8 ทวิ เป็นสำคัญ** เพื่อให้ความหมายของอาคารยึดโยงกับมาตรการทางสิ่งแวดล้อมที่ฝ่ายบริหารจะต้องกำหนดรายละเอียดแห่งการควบคุมให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการควบคุมอาคารเหล่านั้น

สำหรับกรณีที่กฎหมายฉบับอื่นกำหนดนิยามของคำว่า “อาคาร” ตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารนั้น ส่งผลทางกฎหมายให้ต้องนำความหมายของอาคารตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ซึ่งเป็นกฎหมายหลักเพื่อการควบคุมอาคารมาใช้ จึงจะต้องใช้บังคับเท่าที่ไม่ขัดกับลักษณะเฉพาะของสิ่งก่อสร้างที่มุ่งจะควบคุมและวัตถุประสงค์พิเศษของการบัญญัติกฎหมายนั้นๆ แต่อย่างไรก็ตาม เพื่อป้องกันมิให้เกิดปัญหาการตีความและการบังคับใช้กฎหมายในกรณีที่บัญญัติกฎหมายในลักษณะของการอ้างนิยามศัพท์ของพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 โดยไม่มีการอธิบายไว้ จึงควร**กำหนดความหมายของคำว่าอาคารเป็นการเฉพาะสำหรับกฎหมายฉบับนั้นเสีย** เพื่อจำกัดการตีความถ้อยคำไว้ภายใต้บริบทของกฎหมายฉบับนั้นๆ เท่านั้น

กรณีการกำหนดประเภทของอาคารพิเศษนั้น แม้ว่าจำเป็นจะต้องกำหนดความหมายและลักษณะของอาคารเหล่านั้นเพื่อให้กฎหมายมีความชัดเจนแน่นอนและเพียงพอแก่ผู้บังคับใช้กฎหมาย แต่ก็ไม่ควรกำหนดในลักษณะที่ตายตัวมากเกินไปเหมือนดังเช่นในปัจจุบัน จึงควรเปลี่ยนถ้อยคำในการกำหนดนิยามจากคำว่า “...หมายความว่า...” หรือ “...หมายความถึง...” ก่อนที่จะมีการอธิบายถึงลักษณะของอาคารพิเศษ

ทั้ง 4 ประเภทเหล่านี้ เป็น **"...หมายความรวมถึง..."** เพื่อแสดงให้เห็นว่า การกำหนดนิยามของอาคารพิเศษดังกล่าวนี้เป็นเพียงลักษณะหรือตัวอย่างหนึ่งของอาคารพิเศษเท่านั้น เพื่อให้มาตรการทางสิ่งแวดล้อมในการควบคุมอาคารยืดหยุ่นไปตามวิวัฒนาการของสิ่งก่อสร้างและป้องกันการเลี่ยงกฎหมายของเจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคาร แต่ทั้งนี้ต้องอยู่ภายใต้บริบทแห่งการรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมเป็นสำคัญด้วย

3.2 การใช้บังคับพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

การใช้บังคับพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 นั้น **ส่วนใหญ่จะใช้บังคับตามเขตผังเมืองรวม เนื่องจากในปัจจุบันมีหรือเคยมีการออกกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมครบทุกจังหวัดแล้ว**[59] หรือตามลักษณะเฉพาะของกฎหมายที่ให้พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 มีผลใช้บังคับทันทีใน**บริเวณที่มีอาคารพิเศษ 4 ประเภท** ตามความในมาตรา 2 พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 เพราะนับแต่มีการประกาศใช้กฎหมายฉบับนี้ มีการตราพระราชกฤษฎีกาให้ใช้บังคับพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 เต็มพื้นที่เพียง 12 จังหวัด คือ **กรุงเทพมหานคร นนทบุรี ปทุมธานี สมุทรปราการ สมุทรสาคร ฉะเชิงเทรา นครปฐม เชียงใหม่ ขอนแก่น นครราชสีมา ภูเก็ต และสงขลา** เท่านั้น[60]

---

[59]โปรดดู <http://mapgis.dpt.go.th/M4K/Index.html> (11 เมษายน 2552)

[60]โปรดดู กระทรวงมหาดไทย กรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 49 น. 12. สำหรับในจังหวัดอื่นๆสามารถตรวจสอบข้อมูลการประกาศพระราชกฤษฎีกาให้ใช้บังคับพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ได้ที่สำนักควบคุมและตรวจสอบอาคาร กรมโยธาธิการและผังเมือง

การที่พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 บังคับใช้ตามเขตผังเมืองรวมเป็นหลักนี้ ทำให้เกิดปัญหาเป็นอย่างมาก เนื่องจาก**แผนผังและข้อกำหนดการใช้ประโยชน์ที่ดิน**ตามที่กำหนดในกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวม ตามความในมาตรา 17 แห่งพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 มิได้เป็นไปตามหลักการของ "Zoning" ซึ่งเป็นการควบคุมทางผังเมืองที่สำคัญ ที่ประกอบไปด้วยการควบคุม "use of land" หรือการใช้ประโยชน์ที่ดิน และการควบคุม "density of population" หรือการควบคุมความหนาแน่นของประชากรเป็นสำคัญแต่ประการใด[61] แต่เป็นการนำเอาแผนผังการใช้ประโยชน์ที่ดิน (Land Use Plan) ซึ่งเป็นการกำหนดโดยอาศัยตัวบทกฎหมายมาใช้บังคับเป็นแผนผังข้อกำหนดการใช้ประโยชน์ที่ดิน (Zoning map) โดยปราศจากการปรับเปลี่ยนลักษณะของแผนผังให้ถูกต้องเหมาะสมกับการนำไปใช้บังคับ[62] (ทำให้ไม่ยืดหยุ่น) ลักษณะดังกล่าวจึงส่งผลให้แผนผังการใช้ประโยชน์ที่ดินของผังเมืองรวมมีข้อจำกัดในการแสดงเนื้อหาและรายละเอียดของชนิดและประเภทของอาคาร เนื่องจากแสดงได้แต่เพียงว่าพื้นที่นั้นๆ ต้องมีการใช้ประโยชน์ที่ดินประเภทใด ไม่สามารถแสดงถึงรายละเอียดของอาคารที่ครอบคลุมการใช้ประโยชน์ที่ดินภายใต้การพัฒนาหรือการใช้ประโยชน์ของภาคเอกชน ซึ่งประกอบไปด้วย ย่านเกษตรกรรม ย่านที่อยู่อาศัย ย่านพาณิชยกรรม และย่านอุตสาหกรรมได้ จึงส่งผลให้มาตรการทางสิ่งแวดล้อมในการควบคุมอาคารไม่สามารถตอบสนองในทางพื้นที่ตามสภาพการพัฒนาและบทบาทของเมืองที่กำลังเปลี่ยนแปลงเท่าที่ควร

---

[61]โปรดดู ผ่านณรงค์ โชติเวช, "การจัดย่านมาตรการควบคุมของผังเมืองรวม" ใน **ข่าวสารสำนักผังเมือง** ฉบับที่ 30 (ตุลาคม 2516).

[62]โปรดดู อุทิศ บุญลือ, "สิ่งที่สืบเนื่องมาจากข้อกำหนดการใช้ประโยชน์ที่ดินแต่ละประเภท (Why Zoning)" ใน **ข่าวสารสำนักผังเมือง** ฉบับที่ 37 (ตุลาคม 2523): น.34-35.

ในกรณีที่กำหนดให้พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 มีผลใช้บังคับกับอาคารสูง อาคารขนาดใหญ่พิเศษ อาคารชุมนุมคน และโรงมหรสพโดยไม่ต้องมีการตราพระราชกฤษฎีกานั้น อาจทำให้เกิดช่องว่างในการบังคับใช้มาตรการทางสิ่งแวดล้อมในการควบคุมอาคารได้ เนื่องจากมาตรการทางสิ่งแวดล้อมในการควบคุมอาคารจะใช้ได้กับเฉพาะอาคารพิเศษ 4 ประเภทเท่านั้น ซึ่งอาจไม่ตอบสนองในทางพื้นที่ตามเขตผังเมืองรวมและอาคารประเภทอื่นๆ ที่ตั้งอยู่บริเวณใกล้เคียงกับอาคารพิเศษเหล่านั้นได้

ดังนั้น เพื่อให้มาตรการทางสิ่งแวดล้อมในการควบคุมอาคารสามารถเกิดผลบังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพ จึง**ควรมีการตราพระราชกฤษฎีกาให้ใช้บังคับพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 เต็มพื้นที่ในทุกจังหวัด** เพื่อให้สามารถกำหนดรายละเอียดในเรื่องชนิดและประเภทของอาคาร รวมถึงบริเวณที่ต้องการการควบคุมเป็นพิเศษเฉพาะแห่งได้ และขณะเดียวกันยังอาจทำให้การอนุรักษ์ และพัฒนาสิ่งก่อสร้างเหนือพื้นดินในเขตผังเมืองรวมมีประสิทธิภาพตามหลักการของ Zoning มากยิ่งขึ้น และเป็นการอุดช่องว่างให้อาคารประเภทอื่นๆ ที่มิใช่อาคารพิเศษ 4 ประเภท แต่อยู่บริเวณใกล้เคียงหรือในเขตพื้นที่ที่ต้องการการอนุรักษ์หรือจำกัดความสูงของอาคาร สามารถถูกควบคุมโดยมาตรการทางสิ่งแวดล้อมตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ด้วย และยังเป็นแนวทางสำคัญให้การกำหนดรายละเอียดของชนิดและประเภทของอาคารตามพระราชกฤษฎีกาและแผนผังข้อกำหนดการใช้ประโยชน์ที่ดินนี้ มีความเชื่อมโยงและสอดคล้องกัน เพื่อประโยชน์ในการควบคุมทางพื้นที่ต่อไปได้

3.3 ความสัมพันธ์ระหว่างการกำหนดมาตรการทางสิ่งแวดล้อมตามกฎกระทรวงและข้อบัญญัติท้องถิ่น

จากการที่พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 บัญญัติให้ฝ่ายบริหารกำหนดรายละเอียดแห่งมาตรการทางสิ่งแวดล้อมในการควบคุม

อาคารไว้ในกฎกระทรวงตามความในมาตรา 8 นั้น ทำให้ราชการส่วนท้องถิ่นมีหน้าที่อย่างสำคัญที่จะต้องออกข้อบัญญัติท้องถิ่นเพื่อกำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมให้สอดคล้องกับสภาพของแต่ละท้องถิ่น และเป็นไปตามหลักการที่วางไว้ในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 และรายละเอียดแห่งมาตรการทางกฎหมายที่บัญญัติไว้ในกฎกระทรวง แต่เนื่องจากความกระจัดกระจายของกฎกระทรวงที่ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ที่มีจำนวนมากกว่า 60 ฉบับ[63] รวมถึงกฎกระทรวงหรือประกาศกระทรวงที่ออกตามความในพระราชบัญญัติอื่นที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับมาตรการทางสิ่งแวดล้อมในการควบคุมอาคารอีกเป็นจำนวนมาก เช่น พระราชบัญญัติการส่งเสริมการอนุรักษ์พลังงาน พ.ศ. 2535[64] เป็นต้น จึงทำให้เกิดปัญหาความไม่สอดคล้องเป็นระบบและต่อเนื่องในการกำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมเกี่ยวกับมาตรการทางสิ่งแวดล้อมเพื่อการควบคุมอาคารในข้อบัญญัติท้องถิ่นของแต่ละท้องถิ่นได้ รวมถึงยังทำให้การออกข้อบัญญัติท้องถิ่นให้ตรงกับข้อเท็จจริงตามความจำเป็นหรือเหตุผลพิเศษเฉพาะท้องถิ่นในเรื่องจารีตประเพณี ความเชื่อ และค่านิยม[65] ขาดความเชื่อมโยงเป็นระบบเดียวกันและเกิดปัญหาความขัดหรือแย้งกับกฎกระทรวงที่กำลังมีผลใช้บังคับอยู่ หรือที่ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมขึ้นในภายหลังเป็นอันมาก และ

---

[63] สามารถดูกฎกระทรวงที่ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ทั้งหมดได้ที่ <http://www.krisdika.go.th>

[64] เช่น กฎกระทรวงกำหนดประเภท หรือขนาดของอาคาร และมาตรฐาน หลักเกณฑ์ และวิธีการในการออกแบบอาคารเพื่อการอนุรักษ์พลังงาน พ.ศ. 2552 และ ประกาศกระทรวงวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยี และสิ่งแวดล้อม เรื่องวิธีการจัดทำรายงานการตรวจสอบและวิเคราะห์การใช้พลังงานของอาคารควบคุม เป็นต้น

[65] โปรดดู บุรินทร์ โชคเกิด และวิบูลย์ ทิพยโสตถ์, **คำอธิบายพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535**, (กรุงเทพมหานคร: บพิธการพิมพ์, 2538): น. 97.

ที่สำคัญ เนื้อหาในกฎกระทรวงยังมีความไม่สมบูรณ์ครบถ้วน ขาดความต่อเนื่องและเป็นหมวดหมู่ จึงทำให้เนื้อหาของข้อบัญญัติท้องถิ่นขาดความสมบูรณ์และยากแก่การปฏิบัติงานของผู้เกี่ยวข้องด้วย

ในประเทศ**สหรัฐอเมริกา** ปัญหาความเชื่อมโยงหรือความขัดแย้งของมาตรการควบคุมอาคารระหว่างองค์กรระดับรัฐและระดับมลรัฐไม่เกิดขึ้น ทั้งๆ ที่แต่ละมลรัฐมีกฎหมายเป็นของตนเองและมีรายละเอียดของกฎหมายที่แตกต่างกัน เนื่องจากรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาได้บัญญัติให้การควบคุมอาคารต้องเป็นไปตามประมวลข้อบังคับอาคาร ซึ่งจัดทำโดยหน่วยงานอิสระ[66] เพื่อให้มาตรการควบคุมอาคารมีความสมบูรณ์ครบถ้วนและมีมาตรฐานภายในประเทศเป็นรูปแบบเดียวกัน แทนที่จะมีการกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับมาตรฐานและมาตรการควบคุมอาคารไว้เป็นกฎกระทรวงโดยฝ่ายบริหารเหมือนดังเช่นประเทศไทย จึงทำให้ข้อบังคับเกี่ยวกับการควบคุมอาคารแต่ละมลรัฐมีรูปแบบเดียวกัน (Uniformity) เชื่อมโยงกันอย่างเป็นระบบและมีมาตรฐานที่ใกล้เคียงกัน[67] โดยมีมลรัฐหรือองค์กรท้องถิ่นตามที่ระบุไว้ในกฎหมายเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่ในการตราหรือบังคับใช้ และที่สำคัญจะมีการแก้ไขปรับปรุงประมวลข้อบังคับอาคารทุกๆ สามถึงห้าปี เพื่อให้มีเนื้อหาที่ทันสมัยและเหมาะสมต่อสภาพเทคโนโลยีการก่อสร้างที่กำลังเปลี่ยนแปลงไป และส่งผลอย่างสำคัญให้รัฐบาลท้องถิ่นของแต่ละมลรัฐพิจารณาทบทวน แก้ไข ให้สอดคล้องกับประมวลข้อบังคับอาคารที่ปรับปรุงแก้ไขใหม่และความเหมาะสมของแต่ละพื้นที่ด้วย[68]

---

[66] See Baum, J., "What are Building Codes?", **Chemical Health & Safety**, January / February 2005. and Ghosh, S. K., "The Building Code Process: An Introduction", **PCL Journal**, July-August 2002.

[67] โปรดดู เสถียร เจริญเหรียญ, "ประมวลข้อบังคับอาคารของประเทศสหรัฐอเมริกา" ใน**ข่าวสารกรมโยธาธิการและผังเมือง** ฉบับที่ 21 (2550): น. 24.

[68] เพิ่งอ้าง, น. 26.

ดังนั้น เพื่อให้เหมาะสมแก่การปรับใช้ตามบริบทของประเทศไทยที่เป็นรัฐเดี่ยวและใช้ระบบกฎหมายแบบซิวิลลอว์ จึง**ควรที่จะยังคงมาตรการทางสิ่งแวดล้อมในการควบคุมอาคารไว้ในรูปแบบของกฎกระทรวง** เพื่อให้สามารถนำหลักการต่างๆ ที่เป็นมาตรการควบคุมอาคารมาขยายรายละเอียดไว้ในรูปแบบของมาตรการทางกฎหมายในกฎหมายลำดับรองได้ แต่เพื่อให้การกำหนดมาตรฐานเกี่ยวกับการควบคุมอาคารเป็นไปตามความก้าวหน้าทางวิชาการและสภาพปัญหาสิ่งแวดล้อม ในปัจจุบัน จึงควรกำหนดให้หน่วยงานของรัฐทำหน้าที่รวบรวมมาตรการทางสิ่งแวดล้อมในการควบคุมอาคารตามกฎกระทรวงต่างๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งหมดเข้าไว้ในลักษณะของการจัดทำ **"มาตรฐานและข้อบังคับเกี่ยวกับอาคาร" โดยกำหนดมาตรการทางสิ่งแวดล้อมขึ้นเป็นหมวดหนึ่ง โดยเฉพาะตามระบบการควบคุมอาคาร** หรือหากเป็นไปได้กว่านั้นอาจจะกำหนดเป็น **"มาตรฐานและข้อบังคับด้านสิ่งแวดล้อมเกี่ยวกับอาคาร"** เป็นการเฉพาะ เพื่อรวบรวมบทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรฐานต่างๆ ด้านสิ่งแวดล้อมและด้านเทคนิคของกฎกระทรวงที่เกี่ยวข้องไว้ด้วยกัน[69] ในฐานะเป็นเสมือนมาตรฐานขั้นต่ำ เพื่อการรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมและเป็นกลไกให้กฎกระทรวงและมาตรการควบคุมอาคารเฉพาะแต่ละท้องถิ่นตามที่กำหนดรายละเอียดเพิ่มเติมไว้ในข้อบัญญัติท้องถิ่นเกิดความเชื่อมโยงกันเป็นระบบกฎหมาย

---

[69] หากมีการจัดทำมาตรฐานและข้อบังคับ (ด้านสิ่งแวดล้อม) เกี่ยวกับอาคารตามข้อเสนอของผู้เขียน จะต้องเพิ่มบทบัญญัติในวรรคสองของมาตรา 8 โดยกำหนดให้ "รัฐมนตรีมีหน้าที่รวบรวมมาตรการควบคุมอาคารตามกฎกระทรวง (โดยเฉพาะทางสิ่งแวดล้อม) หรือจะมอบหมายให้กรมโยธาธิการและผังเมืองเป็นผู้รวบรวมก็ได้"

3.4 การมีฐานะทางกฎหมายเป็นมาตรการเสริมทางกฎหมายผังเมือง

เนื่องจากพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 กำหนดให้กฎกระทรวงและข้อบัญญัติท้องถิ่นที่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายว่าด้วยการผังเมือง[70] จะต้องบังคับตามกฎหมายว่าด้วยการผังเมือง[71] จึงแสดงให้เห็นว่ารายละเอียดแห่งมาตรการทางสิ่งแวดล้อมในการควบคุมอาคารจะต้องสอดคล้องกับประเภทและชนิดของอาคาร ที่จะอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ก่อสร้างในแต่ละท้องที่ตามเขตผังเมืองเฉพาะตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 28 (5) (ข) แห่งพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 ด้วย นอกเหนือจากการที่จะต้องควบคุมอาคารให้สอดคล้องกับประเภทของที่ดินตามแผนผังข้อกำหนดการใช้ประโยชน์ที่ดินในผังเมืองรวมแต่เพียงอย่างเดียว

การผังเมืองที่สมบูรณ์ตามกฎหมายจะต้องประกอบไปด้วย "ผังเมืองรวมและผังเมืองเฉพาะ"[72] แต่จากการศึกษาแล้ว พบว่า นับแต่มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 จนถึงปัจจุบัน มิได้มีการตราพระราชบัญญัติให้ใช้บังคับผังเมืองเฉพาะแต่ประการใด มีแต่เพียงการดำเนินการวางและจัดทำผังเมืองเฉพาะในบางพื้นที่เท่านั้น[73] ประกอบ

---

[70] กฎหมายว่าด้วยการผังเมืองที่เป็นกฎหมายหลัก คือ พระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518

[71] ตามความในมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

[72] โปรดดู ความหมายและเจตนารมณ์ของการวางผังเมืองเฉพาะที่ ปรียา ฉิมโฉม, "หลักการแห่งร่างพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. ..." ใน **ข่าวสารสำนักผังเมือง** ฉบับที่ 14.

[73] กล่าวคือ ผังเมืองเฉพาะชุมชนเมืองใหม่แหลมฉบัง ในเขตผังเมืองรวมบริเวณอุตสาหกรรมและชุมชนแหลมฉบังจังหวัดชลบุรี และผังเมืองเฉพาะชุมชนเมืองใหม่มาบตาพุดในเขตผังเมืองรวมบริเวณอุตสาหกรรมและชุมชนจังหวัดระยอง อ้างใน**เอกสารบทความวิชาการประกอบการสัมมนา การประชุมวิชาการสาขาการออกแบบและการวางผังชุมชน**

กับมีการแก้ไขการวางและจัดทำผังเมืองเฉพาะจากการที่กำหนดให้เป็นหน้าที่โดยตรงของกรมโยธาธิการและผังเมือง หรือเจ้าพนักงานท้องถิ่นในนามของราชการส่วนท้องถิ่นเป็นเพียงการใช้ดุลพินิจของราชการส่วนท้องถิ่นที่จะกำหนดให้มีขึ้นหรือไม่ก็ได้[74] จึงทำให้เกิดความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนว่า "ผังเมืองเฉพาะ" เป็นเพียงผังรายละเอียดเพื่อการปฏิบัติในระดับเจ้าหน้าที่เท่านั้น[75] และส่งผลอย่างสำคัญให้กฎหมายว่าด้วยการผังเมืองใช้ได้เพียงบางส่วนเท่านั้น กล่าวคือ มีแต่เพียงผังโครงการเพื่อให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดิน (และสิ่งก่อสร้างเหนือพื้นดินด้วย) ทราบแนวทางการวางผังเมือง แต่ไม่มีผังดำเนินการเพื่อกำหนดรายละเอียดของเขตผังเมืองรวมตามสภาพและประเภทการใช้ประโยชน์ที่ดิน มาตรการทางสิ่งแวดล้อมเพื่อการควบคุมอาคารจึงไม่สามารถตอบสนองตามประเภทและชนิดของอาคารและสิ่งก่อสร้างในทางพื้นที่เฉพาะแห่งเพื่อป้องกันปัญหาสิ่งแวดล้อมได้

ดังนั้น เมื่อมาตรการหลักตามพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. 2518 ไม่สามารถกำหนดประเภทและชนิดของอาคาร รวมถึงรายละเอียดของมาตรการหรือหลักเกณฑ์ต่างๆ ในแต่ละพื้นที่ตามเขตผังเมืองเฉพาะเพื่อ

และผังเมือง ครั้งที่ 1 เรื่อง "มหานคร" โดยกรุงเทพมหานคร ร่วมกับ ภาควิชาการวางแผนภาคและการเมือง คณะสถาปัตยกรรมศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, (มกราคม 2543) : น. 92. แต่ปัจจุบันกองผังเมืองเฉพาะ กรมโยธาธิการและผังเมือง ได้เริ่มทำการศึกษาเพื่อดำเนินการวางและจัดทำร่างผังเมืองเฉพาะในเขตพื้นที่ต่างๆ แล้ว

[74] แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการผังเมือง (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2535 จาก "เมื่อได้มีกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวม ณ ท้องที่ใด **ให้**เจ้าพนักงานท้องถิ่นของท้องที่นั้นจัดให้มีการวางและจัดทำผังเมืองเฉพาะขึ้น หรือจะให้กรมโยธาธิการและผังเมืองเป็นผู้วางและจัดทำก็ได้" เป็น "เมื่อได้มีกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวม ณ ท้องที่ใดแล้ว ถ้าเจ้าพนักงานท้องถิ่นของท้องถิ่นที่นั้น**เห็นสมควร**จะจัดให้มีการวางและจัดทำผังเมืองเฉพาะขึ้นหรือจะขอให้กรมโยธาธิการและผังเมือง เป็นผู้วางและจัดทำผังเมืองเฉพาะก็ได้"

[75] โปรดดู คณะที่ปรึกษา เอ็ม ไอ ที และคณะที่ปรึกษา อี ซี, **ผังเมืองกรุงเทพมหานคร: วิสัยทัศน์สำหรับกรุงเทพหานคร 2538-2548**, (กรุงเทพมหานคร: กรุงเทพมหานคร, 2539)

ให้มาตรการทางสิ่งแวดล้อมในการควบคุมอาคารตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 สามารถเสริมมาตรการทางผังเมืองได้ การกำหนดมาตรการทางสิ่งแวดล้อมตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 จึงต้องกำหนดประเภท ชนิด และขนาดของอาคารให้สอดคล้องกับรายละเอียดและลักษณะของพื้นที่ กิจกรรมต่างๆทางเศรษฐกิจ และจำนวนประชากรที่อาศัยอยู่ในเขตผังเมืองรวมนั้น รวมถึงภารกิจของรัฐในด้านต่างๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับการจัดทำบริการสาธารณะในเขตพื้นที่นั้นด้วย นอกเหนือจากการกำหนดตามการใช้ประโยชน์ที่ดินในเขตผังเมืองรวมเท่านั้น แต่อย่างไรก็ตาม เพื่อมิให้เกิดปัญหากรณีปัญหาความขัดหรือแย้งระหว่างกฎกระทรวงหรือข้อบัญญัติท้องถิ่นกับกฎหมายว่าด้วยการผังเมือง สำนักควบคุมการก่อสร้างและสำนักควบคุมและตรวจสอบอาคารในฐานะหน่วยงานที่ทำหน้าที่โดยตรงในการควบคุมให้เป็นไปตามมาตรการควบคุมอาคาร จึงควรประสานงานกับสำนักผังเมืองรวมและผังเมืองเฉพาะ สำนักสนับสนุนและพัฒนาตามผังเมือง และสำนักงานโยธาธิการและผังเมืองจังหวัด[76] รวมถึงองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้อง เพื่อให้การกำหนดมาตรการทางสิ่งแวดล้อมในการควบคุมอาคารเป็นมาตรการที่มุ่งเสริม และคุ้มครองการรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมให้เป็นไปอย่างมีระบบ สอดคล้องกับระบบมาตรฐานการผังเมืองในทางความเป็นจริง

3.5 ข้อยกเว้นเกี่ยวกับมาตรการควบคุมอาคาร

แม้ว่ากฎกระทรวงที่ออกตามความในมาตรา 8 (1) แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 จะกำหนดประเภท ลักษณะ แบบ รูปทรง และที่ตั้งของอาคารที่จะตกอยู่ภายใต้มาตรการทางสิ่งแวดล้อมในการควบคุม

---

[76]โปรดดู โครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานภายในกรมโยธาธิการและผังเมืองที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการผังเมืองและการควบคุมอาคารเพิ่มเติมใน <http://www.dpt.go.th/about%5Fus/orgchart.html> (11 เมษายน 2552)

อาคารก็ตาม แต่พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ได้วางข้อยกเว้นเกี่ยวกับมาตรการทางสิ่งแวดล้อมในการควบคุมอาคารไว้ 2 ลักษณะ คือ ข้อยกเว้นอย่างเคร่งครัดและข้อยกเว้นธรรมดา

สำหรับ**ข้อยกเว้นอย่างเคร่งครัด**นั้น เป็นไปตามมาตรา 6 ซึ่งกำหนดให้มาตรการทางสิ่งแวดล้อมในการควบคุมอาคารจะต้อง**ไม่ใช้**บังคับกับสิ่งก่อสร้างประเภทพระที่นั่ง[77] หรือพระราชวัง[78] โดยที่ดินอันเป็นที่ตั้งของพระที่นั่งหรือพระราชวังซึ่งถือเป็นทรัพย์สินส่วนสาธารณสมบัติของแผ่นดิน[79] นั้น ส่วนใหญ่จะตั้งอยู่บนที่ดินพิเศษ ประเภท**ที่ดินที่เป็นทรัพย์สินส่วนพระมหากษัตริย์ซึ่งอยู่ในความดูแลของสำนักงานทรัพย์สินส่วนพระมหากษัตริย์**โดยเฉพาะ และที่สำคัญไม่อยู่ภายใต้การกำหนดประเภทที่ดินตามแผนผังข้อกำหนดการใช้ประโยชน์ที่ดินในผังเมืองรวมที่ครอบคลุมการใช้ประโยชน์ที่ดินภายใต้การพัฒนาหรือการใช้ประโยชน์ของภาคเอกชนด้วย พระที่นั่งหรือพระราชวังจึงถือเป็นส่วนควบกับที่ดินและเป็นพระราช-อำนาจโดยชอบในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ได้รับการยกเว้นตามราชนิติ

---

[77] คือ เรือนหลวงใน**พระบรมมหาราชวัง พระราชวัง** ทั้งประเภทเรือนยอด หรือที่เรียกว่าปราสาท และเรือนหลังคาจั่วพระที่นั่งที่เป็นที่ประทับของพระมหากษัตริย์ รวมทั้งสถานที่ภายในองค์ปราสาทที่ใช้สำหรับประกอบกิจต่าง ๆ ด้วย เช่น พระที่นั่งต่างๆ ในพระบรมมหาราชวัง พระที่นั่งวิมานเมฆ และพระที่นั่งอนันตสมาคม เป็นต้น

[78] คือ ที่ประทับของ**พระมหากษัตริย์** ซึ่งมีความสำคัญรองลงมาจาก**พระบรมมหาราชวัง** (วังหลวง) โดยวังใดจะเรียกว่าพระราชวังได้นั้น จะต้องมีพระบรมราชโองการสถาปนาขึ้นเท่านั้น โดยวังที่มีพระบรมราชโองการยกขึ้นเป็นพระราชวัง เช่น พระราชวังเดิม พระราชวังพระนครคีรี พระราชวังบางปะอิน พระราชนิเวศน์มฤคทายวัน พระราชวังปทุมวัน และพระราชวังดุสิต เป็นต้น ไม่หมายรวมถึง วังที่ประทับของเจ้านายชั้นสมเด็จเจ้าฟ้าแต่ประการใด

[79] คือ ทรัพย์สินในพระมหากษัตริย์ซึ่งใช้เพื่อประโยชน์ของแผ่นดินโดยเฉพาะ ตามความในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดระเบียบทรัพย์สินส่วนพระมหากษัตริย์ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2491.

ประเพณี จึงไม่จำเป็นต้องนำมาตรการควบคุมอาคารมาใช้กับสิ่งก่อสร้างดังกล่าวในพื้นที่เฉพาะนี้ ประกอบกับมาตรการทางสิ่งแวดล้อมในการควบคุมอาคารนั้น มุ่งใช้เพื่อจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของเอกชนไม่ให้กระทบต่อประโยชน์สาธารณะเป็นหลัก และที่สำคัญตามทางปฏิบัติของหน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบเกี่ยวกับการซ่อมแซมและบำรุงรักษาอาคารหรือสิ่งก่อสร้างเหล่านี้ ก็จะคำนึงถึงมาตรการทางสิ่งแวดล้อมตามกฎหมายและมาตรการอื่นๆ ประกอบเสมอ

กรณี**ข้อยกเว้นธรรมดา**นั้น สามารถแบ่งสิ่งก่อสร้างที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยมีอำนาจออกกฎกระทรวง**ยกเว้น ผ่อนผัน หรือกำหนดเงื่อนไข**ในการปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนเกี่ยวกับมาตรการทางสิ่งแวดล้อมในการควบคุมอาคารได้เป็น 3 กลุ่ม กล่าวคือ อาคารของส่วนราชการที่ใช้ในราชการหรือเพื่อสาธารณประโยชน์ อาคารตามข้อตกลงระหว่างประเทศหรือสิ่งก่อสร้างทางศาสนาที่มีกฎหมายควบคุมการก่อสร้างไว้โดยเฉพาะ และอาคารที่ก่อสร้างขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เป็นการเฉพาะ[80]

กรณี**อาคารของส่วนราชการ**นั้น แม้ว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยจะมีอำนาจออกกฎกระทรวงเพื่อยกเว้น ผ่อนผัน หรือกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับอาคารได้ แต่นับถึงปัจจุบันมีการออกกฎกระทรวงเพื่อ**ยกเว้นเฉพาะกรณีการขออนุญาตจากราชการส่วนท้องถิ่นในการก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอน เคลื่อนย้าย และใช้หรือเปลี่ยนการใช้อาคารเท่านั้น**[81] แต่ยังคงต้องแจ้งและส่งแผนผังบริเวณแบบแปลนและรายการประกอบแบบแปลนตามกฎหมายแก่ราชการส่วนท้องถิ่น เว้นแต่จะเป็นการก่อสร้าง

---

[80] โปรดดู มาตรา 7 (1) - (8) แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

[81] กฎกระทรวง ฉบับที่ 9 (พ.ศ. 2528) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 และหมวด 3 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

อาคารภายในบริเวณกรุงรัตนโกสินทร์ชั้นในและชั้นนอก[82] หรือเป็นอาคารเกี่ยวกับความมั่นคงในทางราชการทหารหรือตำรวจ หรือเป็นอาคารของราชการส่วนกลางที่คณะรัฐมนตรีอนุญาตในกรณีที่มีเหตุผลพิเศษ[83] สำหรับมาตรการทางสิ่งแวดล้อมในการควบคุมอาคารในทางสถาปัตยกรรมนั้น ยังคงต้องเป็นไปตามกฎกระทรวงที่ออกตามความในมาตรา 8 (7) และ (8) ทุกประการ รวมถึงยังคงต้องเป็นไปตามมาตรการอนุรักษ์พลังงานในอาคารตามพระราชบัญญัติ การส่งเสริมการอนุรักษ์พลังงาน พ.ศ. 2535 ด้วย[84] การยกเว้นนี้ จึงเป็นเพียงการยกเว้นในส่วนที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ตามหลักการบริหารราชการแผ่นดินเท่านั้น อาคารของส่วนราชการดังกล่าวนี้ จึงไม่เกิดปัญหาเกี่ยวกับมาตรการควบคุมอาคารมากเท่าใดนัก

สำหรับ**อาคารตามข้อตกลงระหว่างประเทศหรือสิ่งก่อสร้างทางศาสนาที่มีกฎหมายควบคุมการก่อสร้างไว้โดยเฉพาะ**นั้น มีการ**ยกเว้นเฉพาะกรณีการขออนุญาตต่อราชการส่วนท้องถิ่น**ไว้เช่นเดียวกับอาคารของส่วนราชการทุกประการ **เพียงแต่ได้รับการยกเว้นให้ไม่ต้องปฏิบัติตามมาตรการอนุรักษ์พลังงานในอาคารด้วย**[85] แต่อย่างไรก็ตาม มักไม่เกิดปัญหา

[82] คือ **พื้นที่ระหว่างแม่น้ำเจ้าพระยากับคลองบางลำพูไปจรดคลองโอ่งอ่าง** (คลองรอบกรุง) ซึ่งตามกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2549 กำหนดให้ส่วนใหญ่ของพื้นที่นี้เป็นที่ดินประเภทอนุรักษ์และส่งเสริมศิลปวัฒนธรรมไทย (ผังสีน้ำตาลอ่อน)

[83] ตามความในข้อ 1 กฎกระทรวง ฉบับที่ 9 (พ.ศ. 2528) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

[84] เนื่องจากอาคารควบคุมตามความในมาตรา 3 แห่งพระราชกฤษฎีกากำหนดอาคารควบคุม พ.ศ. 2538 ไม่ยกเว้นอาคารของส่วนราชการ แต่ประการใด ซึ่ง **"อาคารศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา 5 ธันวาคม 2550"** เป็นตัวอย่างของอาคารที่มีการออกแบบและวางผังที่สอดคล้องกับมาตรการอนุรักษ์พลังงานในอาคารตามพระราชบัญญัติการส่งเสริมการอนุรักษ์พลังงาน พ.ศ. 2535 เป็นอย่างมาก

[85] เป็นการยกเว้นตามภารกิจพื้นฐานของรัฐเพื่อการดำรงไว้ซึ่งความสัมพันธ์ระหว่างประเทศของรัฐ

ในทางสิ่งแวดล้อมมากนัก เนื่องจากจะต้องเป็นไปตามมาตรฐานการก่อสร้างและมาตรฐานทางสิ่งแวดล้อมในการควบคุมอาคารตามหลักสากลในทางระหว่างประเทศอยู่แล้ว และจากการศึกษาในทางข้อเท็จจริงของผู้เขียนพบว่า อาคารขององค์การระหว่างประเทศ อาคารที่ทำการสถานทูตหรือสถานกงสุลต่างประเทศนั้น จะดำเนินการตามมาตรการอนุรักษ์พลังงานในอาคารเกือบทั้งหมด แต่มาตรการควบคุมอาคารอื่นๆ โดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับความสูงและขนาดของอาคารนั้น มักจะเกิดปัญหาความไม่สอดคล้องกับประเภทที่ดินและสิ่งก่อสร้างบริเวณโดยรอบ แต่ปัญหานี้ก็ไม่ส่งผลกระทบมากนัก เนื่องจากที่ตั้งของอาคารเหล่านี้ส่วนใหญ่จะอยู่ในบริเวณที่เป็นย่านธุรกิจหรือย่านที่รัฐจัดไว้โดยเฉพาะแล้ว ส่วนสิ่งก่อสร้างในทางศาสนาหรือสิ่งก่อสร้างที่แสดงถึงเอกลักษณ์ของชาติในทางศิลปวัฒนธรรมนั้น จะมีมาตรการควบคุมสิ่งก่อสร้างตามลักษณะและความสำคัญของประเภทสิ่งก่อสร้างนั้นๆ ที่เข้มงวดกว่ามาตรการควบคุมอาคารตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 อยู่แล้ว

อาคารที่ก่อสร้างขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เป็นการเฉพาะ ถือได้ว่ามีปัญหาเกี่ยวกับมาตรการทางสิ่งแวดล้อมในการควบคุมอาคารเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะอาคารที่ก่อสร้างโดยการ**เคหะแห่งชาติซึ่งจัดให้มีหรือพัฒนา**เพื่อเป็นที่อยู่อาศัยสำหรับผู้มีรายได้น้อย เพราะสามารถออกกฎกระทรวงยกเว้นหรือผ่อนผันเกี่ยวกับมาตรการทางสิ่งแวดล้อมตามมาตรา 8 ได้ เนื่องจากกฎหมาย**วางข้อจำกัดมิให้ผ่อนผันหรือยกเว้นเกี่ยวกับความมั่นคงแข็งแรงและความปลอดภัยของอาคารสำหรับผู้ซึ่งอยู่อาศัย หรือใช้ประโยชน์เท่านั้น**[86] กล่าวคือ อาคารที่ก่อสร้างขึ้นส่วนใหญ่จะไม่มั่นคงและมักจะสร้าง

[86] มาตรา 7 (8) แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร (ฉบับที่ 4) พ.ศ. 2522 เช่น กรณีบ้านเอื้ออาทร หรือโครงการต่างๆ ของรัฐ ที่ก่อสร้างอาคารบนที่ราชพัสดุหรือที่ดินที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินอื่นๆ

เพื่อบรรเทาความจำเป็นเฉพาะหน้าของปัญหาที่เกิดขึ้น โดยไม่คำนึงถึงสภาพทางภูมิศาสตร์และสภาพสิ่งแวดล้อม บริเวณโดยรอบ จึงทำให้มาตรการทางสิ่งแวดล้อมในการควบคุมอาคารไม่สามารถเกิดผลในทางปฏิบัติอย่างเป็นรูปธรรมและเป็นไปในแนวทางเดียวกับอาคารอื่นๆ ของบุคคลทั่วไป

สำหรับกรณีอาคารชั่วคราวนั้น แม้ว่าจะได้รับยกเว้นให้ไม่ต้องขออนุญาตจากราชการส่วนท้องถิ่น[87] และบางกรณีได้รับยกเว้นไม่ต้องปฏิบัติตามมาตรการทางสิ่งแวดล้อมในการควบคุมอาคาร[88] แต่ก็**มิได้มีวัตถุประสงค์เพื่อใช้เป็นที่อยู่อาศัยในทางความเป็นจริงและมีกำหนดเวลาในการรื้อถอนที่แน่นอน** จึงทำให้ไม่เกิดผลกระทบต่อการมาตรฐานการควบคุมอาคารในทางสิ่งแวดล้อมมากนัก

ดังนั้น เพื่อแก้ปัญหาความไม่เป็นมาตรฐานเดียวกันของมาตรการทางสิ่งแวดล้อมในการก่อสร้างอาคารประเภทอาคารที่บุคคลทั่วไปใช้สำหรับอยู่อาศัย จึง**ควรกำหนดบริเวณพื้นที่ที่จะจัดหรือพัฒนาโครงการที่อยู่อาศัยของผู้มีรายได้น้อย** ซึ่งจำเป็นต้องยกเว้นหรือผ่อนผันเกี่ยวกับมาตรการทางสิ่งแวดล้อม**ให้สอดคล้องกับสภาพของที่ดินตามแผนผังข้อกำหนดการใช้ประโยชน์ที่ดินตามผังเมืองรวม** และที่สำคัญต้องคำนึงถึง**สภาพทางภูมิศาสตร์อื่นๆ ประกอบ รวมถึงความหนาแน่นและประเภทของอาคาร**

---

[87]โปรดดู ข้อ 3-6 กฎกระทรวง ฉบับที่ 9 (พ.ศ. 2528) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

[88]คือ อาคารชั่วคราวเพื่อใช้ประโยชน์ในการก่อสร้างอาคารถาวรซึ่งสูงไม่เกินสองชั้นหรือสูงจากระดับพื้นดินถึงหลังคาหรือส่วนของหลังคาที่สูงที่สุดไม่เกินห้าเมตร และมีกำหนดเวลารื้อถอนเมื่ออาคารถาวรแล้วเสร็จ และอาคารเพื่อใช้ประโยชน์เป็นการชั่วคราวแทนอาคารเดิมที่ถูกทำลาย หรือทำให้เสียหายเนื่องจากภัยธรรมชาติหรือเพลิงไหม้ หรือเหตุอื่นในลักษณะทำนองเดียวกันซึ่งสูง ไม่เกินสองชั้น หรือสูงจากระดับพื้นดินถึงหลังคาหรือส่วนของอาคารที่สูงที่สุดไม่เกินเก้าเมตร และไม่ใช่อาคารสาธารณะ อาคารพิเศษ หรืออาคารประเภทควบคุมการใช้ตามมาตรา 32 โดยมีกำหนดเวลารื้อถอนไม่เกินสิบสองเดือน

และจำนวนประชากรในพื้นที่ดังกล่าวด้วย เพื่อให้การจัดหรือพัฒนาที่อยู่อาศัยนี้ไม่แตกต่างจากมาตรการทางสิ่งแวดล้อมในการควบคุมอาคารโดยทั่วไปและที่สำคัญ หากเป็นการดำเนิน**โครงการขนาดใหญ่ของรัฐ**เกี่ยวกับการจัดที่อยู่อาศัยของบุคคลผู้มีรายได้น้อย ผู้เขียนเห็นว่า **จะต้องขออนุมัติจากคณะรัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการควบคุมอาคารด้วยหากเป็นไปได้**[89]

3.6 ความไม่สัมพันธ์ของเครื่องมือต่างๆ ทางสิ่งแวดล้อมกับประเภทของอาคารและสภาพพื้นที่

มาตรการทางสิ่งแวดล้อมในการควบคุมอาคารจะสามารถใช้ได้ผลอย่างเป็นรูปธรรมจะต้องมีเครื่องมือทางสิ่งแวดล้อมซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการกำหนดมาตรการควบคุมอาคาร ตามความในมาตรา 8 (7) และ (8) แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ที่แม่นยำและชัดเจน แต่เครื่องมือทางสิ่งแวดล้อมในปัจจุบันไม่สัมพันธ์กับสภาพพื้นที่อันเป็นที่ตั้งของอาคาร จึงขออธิบายปัญหาความไม่สัมพันธ์ของเครื่องมือทางสิ่งแวดล้อมตามประเภทและลำดับความสัมพันธ์ในทางพื้นที่ ดังนี้

- อัตราส่วนพื้นที่อาคารรวมต่อแปลงที่ดิน (F.A.R)

อัตราส่วนพื้นที่อาคารรวมต่อแปลงที่ดิน หรือ Floor Area Ratio คือ พื้นที่อาคารรวมทุกชั้นของอาคารต่อพื้นดินที่เป็นที่ตั้งของอาคาร โดยกฎหมายกำหนดค่าสูงสุดของอัตราส่วนพื้นที่อาคารรวมกันทุกชั้นของอาคารทุกหลังต่อพื้นดินที่ใช้เป็นที่ตั้งอาคารไว้ไม่เกิน 10 ต่อ 1 (คือ ก่อสร้าง

---

[89] เพื่อให้สอดคล้องกับข้อเสนอของผู้เขียน จะต้องเพิ่มความในมาตรา 7 เป็นวรรคสองในทำนองว่า "หากอาคารที่จัดให้มีหรือพัฒนา เพื่อเป็นที่อยู่สำหรับบุคคลผู้มีรายได้น้อยตาม (8) เป็นการก่อสร้างอาคารภายใต้การดำเนินโครงการขนาดใหญ่ ของหน่วยงานราชการรัฐมนตรีจะต้องขออนุมัติจากคณะรัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการควบคุมอาคารเป็นรายๆ ไป"

ได้ 10 เท่าของขนาดที่ดิน 1 ไร่) และบังคับเฉพาะอาคารประเภท**อาคารสูงและอาคารขนาดใหญ่พิเศษ**เท่านั้น[90] เพื่อให้พื้นที่ใช้สอยทั้งหมดในอาคารดังกล่าวสอดคล้องกับจำนวนพื้นที่ว่างภายนอกอาคารในแปลงที่ดินนั้น รวมถึงเพื่อจำกัดให้ความหนาแน่นของจำนวนประชากรที่อาศัยในอาคารต่อพื้นที่ว่างภายนอกอาคารเป็นไปตามมาตรฐานสากล อันเป็นการคุ้มครองสวัสดิภาพของประชาชนโดยทางอ้อม ประการหนึ่ง แต่ปัจจุบันความหนาแน่นของประชากรตามเครื่องมือทางสิ่งแวดล้อมนี้ โดยเฉพาะในกรุงเทพมหานคร **มีอัตราที่เกินมาตรฐานสากลถึง 8 ตารางเมตรต่อคน**[91] เนื่องจากในอดีตการกำหนดอัตราส่วนพื้นที่อาคารรวมต่อแปลงที่ดินจะตั้งอยู่บนพื้นฐานเพื่อตอบสนองต่อประโยชน์ในทางเศรษฐกิจตามแผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติในขณะนั้น (ฉบับที่ 6) ที่ต้องการสร้างอาคารขนาดใหญ่ให้สามารถรองรับจำนวนประชาชนได้อย่างเหมาะสมและเพียงพอต่อความจุของถนนและระบบขนส่งมวลชนเป็นสำคัญ จึงทำให้ประชาชนที่อยู่อาศัยในอาคาร**มีพื้นที่ทางสิ่งแวดล้อมและนันทนาการภายในแปลงที่ดินอันเป็นที่ตั้งของอาคารเพื่อประโยชน์ในทางสุขภาพอนามัยต่อคนน้อยมาก** อย่างไรก็ตาม ปัญหาดังกล่าวนี้จะเกิดขึ้น**เฉพาะอาคารสูงและอาคารขนาดใหญ่ที่ขออนุญาตก่อนการประกาศใช้กฎกระทรวง ให้ใช้บังคับผังเมืองรวมกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2549 เท่านั้น** เนื่องจากในปัจจุบันได้เปลี่ยนแปลงข้อกำหนดการใช้ประโยชน์ที่ดินในส่วน F.A.R สำหรับอาคารของเอกชนทุกประเภท (ยกเว้นสถาบันราชการและกิจการอื่นเพื่อประโยชน์ในทางสาธารณูปโภคและสาธารณูปการ) ให้จำกัดระหว่าง 7:1 ถึง 1:1

---

[90] ข้อ 5 กฎกระทรวง ฉบับที่ 33 (พ.ศ. 2535) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎกระทรวง ฉบับที่ 50 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

[91] มาตรฐานสากล คือ 25 ตารางเมตรต่อคน

เท่านั้น[92] แต่แม้ว่าจะมีการแก้ไขกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมแล้ว การพิจารณาอัตราส่วนของ F.A.R ในการก่อสร้างอาคารขนาดใหญ่ มักจะกำหนดจากอัตราสูงสุดเสมอ ซึ่งเป็นการละเลยการพิจารณาความหนาแน่นของสิ่งก่อสร้างรอบข้างอาคารและพื้นที่สวนสาธารณะบริเวณใกล้เคียง ประกอบกับปัญหาการก่อสร้างอาคารที่มุ่งเพื่อการรองรับระบบขนส่งมวลชนเป็นสำคัญตามที่ได้กล่าวไว้แล้ว จึงทำให้เครื่องมือทางสิ่งแวดล้อมนี้จำกัดสิทธิในทางทรัพย์สินเพื่อให้ประชาชนในอาคารมีพื้นที่ว่างเพื่อสุขภาพอนามัยไม่เพียงพอกับความต้องการที่แท้จริง

- อัตราส่วนพื้นที่ว่างต่อพื้นที่อาคารรวม (O.S.R)

อัตราส่วนพื้นที่ว่างต่อพื้นที่อาคารรวม หรือ Open Space Ratio คือ ที่ว่างปราศจากสิ่งปกคลุมต่อพื้นที่อาคารรวมทุกชั้นของอาคารรวมกันทุกหลังที่ก่อสร้างบนที่ดินแปลงเดียวกัน ซึ่งกฎหมายจำกัดเฉพาะการก่อสร้างอาคารประเภท**อาคารสูงและอาคารขนาดใหญ่พิเศษ**เท่านั้น กล่าวคือ หากอาคารดังกล่าวใช้เป็น**ที่อยู่อาศัย**ต้องมีพื้นที่ว่างไม่น้อยกว่าร้อยละ 30 ของพื้นที่ดินที่ใช้เป็นที่ตั้งอาคาร สำหรับอาคารที่ใช้เป็น**อาคารพาณิชย์ อาคารสาธารณะ และอาคารอื่นที่มิได้ใช้เป็นที่อยู่อาศัย**ต้องมีพื้นที่ว่างไม่น้อยกว่าร้อยละ 10 ของพื้นที่ดินที่ใช้เป็นที่ตั้งอาคาร แต่หากอาคารกรณีหลังนี้ใช้เป็นที่อยู่อาศัยรวมอยู่ด้วยให้มีพื้นที่ว่างเท่ากับอาคารที่อยู่อาศัย[93] กรณีนี้ทำให้เกิดความไม่ชัดเจนในการกำหนดพื้นที่ว่างของอาคารพาณิชย์หรืออาคารสาธารณะที่ใช้เป็นที่อยู่อาศัยรวมอยู่ด้วย เนื่องจาก

---

[92] ดูตารางสรุปข้อกำหนดการใช้ประโยชน์ที่ดินตามกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมกรุงเทพมหานคร พ.ศ. 2549 ท้ายกฎกระทรวง

[93] ข้อ 6 กฎกระทรวง ฉบับที่ 33 (พ.ศ. 2535) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎกระทรวงฉบับที่ 50 (พ.ศ. 2540) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

มิได้กำหนดปริมาณอย่างสูงสำหรับการใช้ประโยชน์ในอาคารที่ใช้เป็นที่อยู่อาศัยนั้น แต่ประการใด และการจำกัดการใช้ประโยชน์ในแปลงที่ดินโดยคำนึงถึงแต่เพียงประเภทของกิจกรรมบนแปลงที่ดินของเอกชนโดยไม่คำนึงถึงความตั้งใจในการพัฒนาพื้นที่ว่างเพื่อประโยชน์ในทางสิ่งแวดล้อม จึงส่งผลอย่างสำคัญให้เครื่องมือทางสิ่งแวดล้อมนี้ **ไม่สามารถตอบสนองต่อการพัฒนาพื้นที่ในอนาคตและการใช้ประโยชน์ในพื้นที่โดยรวมของอาคารอย่างคุ้มค่า** เนื่องจากการกำหนดอัตราส่วนของพื้นที่ว่างคำนึงแต่เพียงจำนวนและความหนาแน่นของประชาชนผู้อาจเข้าไปใช้สอยเป็นสำคัญ รวมถึงไม่ครอบคลุมถึงการก่อสร้างอาคารเพิ่มเติมที่มิใช่อาคารสูงและอาคารขนาดใหญ่พิเศษในที่ดินแปลงเดียวกันนั้น จึงทำให้การกำหนดพื้นที่ว่างเพื่อควบคุมการขยายตัวของอาคาร และเพื่อสุขภาพอนามัยของประชาชนไม่อาจบรรลุผลได้ในทางปฏิบัติ

- ระยะเว้นของการก่อสร้างอาคารบนพื้นดิน (Set-Back)

ระยะเว้นของการก่อสร้างอาคารบนพื้นดินนี้เรียกโดยทั่วไปว่าระยะร่นหรือแนวถอยร่น[94] ถูกใช้ในการสำรองไว้เพื่อการขยายถนนในอนาคตและเพื่อความปลอดภัยของผู้ใช้รถบนถนนเป็นสำคัญ รวมถึงเพื่อป้องกันไม่ให้เจ้าของบ้านสร้างบ้านในขนาดที่ใหญ่จนเกินขนาดของที่ดิน และเพื่อให้พนักงานดับเพลิงสามารถควบคุมและดับเพลิงได้อย่างคล่องตัว รวมทั้งเพื่อให้มีพื้นที่เหลือสำหรับจัดสวนและการปลูกต้นไม้ เพื่อสร้างความร่มรื่นและลดแสงแดดที่ตกกระทบมายังตัวบ้านด้วย โดยระยะร่นของอาคารนั้นจะมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับความกว้างของทางสาธารณะ ไม่ว่าจะเป็นความกว้าง

---

[94] ระยะร่น (Set - Back) มีผู้เข้าใจว่า คือการกำหนดพื้นที่ว่างหน้าอาคาร (Front Yard Requirements) ในระบบ Zoning ซึ่งไม่ถูกต้อง เนื่องจากพื้นที่ว่างหน้าอาคารจะนับจากระยะร่น จึงทำให้เกิดความสับสนได้ และการกำหนดพื้นที่ว่างหน้าอาคารมีไว้เพื่อให้รูปแบบของแนวอาคารดีขึ้นเป็นสำคัญ

ของถนนสาธารณะและแหล่งน้ำสาธารณะเป็นสำคัญ โดยในที่นี้จะขอกล่าวถึงเฉพาะระยะร่นทั่วไปซึ่งเกี่ยวข้องโดยตรงกับการศึกษาเท่านั้น[95] กล่าวคือ กรณีระยะร่นทั่วไปนั้นจะกำหนดโดย**ยึดโยงจากความกว้างของถนนและความสูงของอาคาร**[96] ซึ่งกล่าวโดยสรุปได้ว่า หากความกว้างของถนนยิ่งมาก ระยะร่นจากแนวถนนจะน้อยลง[97] (ระยะร่นแปรผกผันกับความกว้างของถนน) การกำหนดดังกล่าวนี้ จึงเปิดโอกาสให้อาคารในย่านเศรษฐกิจหรือที่ตั้งอยู่ริมถนนสายหลักสามารถก่อสร้างได้สูงกว่าบริเวณอื่นๆ ตามการพัฒนาของถนน ทำให้เกิดปัญหาการบดบังแสงแดดแก่อาคารที่ใช้เป็นที่อยู่อาศัยในบริเวณใกล้เคียงที่มีความสูงน้อยกว่า และทำให้พื้นที่ภายในบ้านอับลม เนื่องจากกีดขวางการเคลื่อนที่ของลมที่จะเข้าสู่ตัวบ้าน นอกจากนี้ตามระบบ

---

[95] ระยะร่น มีหลายประเภทด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็น ระยะร่นจากจากถนนแคบๆ ระยะร่นทั่วไป (แนวถนนสาธารณะ) ระยะร่นจากแหล่งน้ำ และระยะร่นข้างอาคาร รวมถึงระยะร่นในบางกรณียังสัมพันธ์กับความสูงของอาคารด้วย สามารถดูรายละเอียดของระยะร่นโดยสรุปที่กระทรวงมหาดไทย กรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 49 น. 210-216.

[96] ข้อ 41 วรรคสอง กฎกระทรวง ฉบับที่ 55 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

"...อาคารที่สูงเกินสองชั้นหรือเกิน 8 เมตร ห้องแถว ตึกแถว บ้านแถว อาคารพาณิชย์ โรงงาน อาคารสาธารณะ ป้ายหรือสิ่งที่สร้างขึ้นสำหรับติดหรือตั้งป้ายหรือคลังสินค้าที่ก่อสร้างหรือดัดแปลงใกล้ถนนสาธารณะ

(1) ถ้าถนนสาธารณะนั้นมีความกว้างน้อยกว่า 10 เมตร ให้ร่นแนวอาคารห่างจากกึ่งกลางถนนสาธารณะอย่างน้อย 6 เมตร

(2) ถ้าถนนสาธารณะนั้นมีความกว้างตั้งแต่ 10 เมตรขึ้นไป แต่ไม่เกิน 20 เมตร ให้ร่นแนวอาคารห่างจากเขตถนนสาธารณะ อย่างน้อย 1 ใน 10 ของความกว้างของถนนสาธารณะ

(3) ถ้าถนนสาธารณะนั้นมีความกว้างเกิน 20 เมตรขึ้นไป ให้ร่นแนวอาคารห่างจากเขตถนนสาธารณะอย่างน้อย 2 เมตร"

[97] **เมื่อพิจารณาแต่เพียงในทางทฤษฎีของการกำหนดระยะร่นเท่านั้น โดยไม่พิจารณาความสัมพันธ์ของเครื่องมือทางสิ่งแวดล้อมอื่นประกอบ**

การผังเมืองยังมีมาตรการจูงใจในลักษณะระบบโบนัส กล่าวคือ หากเพิ่มระยะร่นให้สาธารณะจะสามารถพัฒนา อาคารให้มีพื้นที่ใช้สอยโดยรวมและมีความสูงเพิ่มขึ้น แต่การเพิ่มระยะร่นนี้ **มิได้เป็นไปเพื่อการรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม เนื่องจากมุ่งให้เกิดความสอดคล้องกับการพัฒนาด้านการขนส่งมวลชนตามแผนผังแสดงโครงการคมนาคมขนส่งเป็นสำคัญ**[98] จึงส่งผลให้เครื่องมือทางสิ่งแวดล้อมนี้เป็นไปเพื่อการอำนวยความสะดวกแก่การจราจรแทนที่จะมุ่งรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมและคุ้มครองสวัสดิภาพของประชาชนด้วย

- ความสูง (Height)

การกำหนดระดับความสูงนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อความปลอดภัยจากเพลิงไหม้ เพื่อให้มีแสงสว่างที่เพียงพอ และป้องกันความแออัดของพื้นที่ รวมถึงเหตุผลในทางสุนทรียศาสตร์ **และที่สำคัญบางครั้ง F.A.R และ O.S.R อาจใช้ไม่ได้กับทุกกรณี จึงจำเป็นต้องกำหนดเครื่องมือในการควบคุมความสูงของอาคารขึ้น** ซึ่งตามกฎหมายกำหนดให้ไม่เกินสองเท่าของระยะราบวัดจากจุดนั้นไปตั้งฉากกับแนวเขตด้านตรงข้ามของถนนสาธารณะที่อยู่ใกล้อาคารนั้นที่สุด[99] อันเป็นการควบคุมความสูงที่สุดของอาคารที่จะสร้างได้โดยเชื่อมโยงกับแนวระยะร่น รวมถึงหากต้องการควบคุมความสูงของ

---

[98] กล่าวคือ หากนำที่ดินที่เพิ่มจากระยะร่นนี้จัดเป็นที่จอดรถยนต์โดยไม่คิดเงิน จะได้ F.A.R เพิ่มขึ้นอีก 20% อย่างไรก็ตาม มาตรการจูงใจนี้ จำกัดเฉพาะ อาคารที่อยู่ในรัศมี 500 เมตร รอบสถานีรถไฟฟ้าเท่านั้น

[99] ข้อ 44 กฎกระทรวง ฉบับที่ 55 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ยกตัวอย่างเช่น ถ้าที่ดินด้านหน้า ติดถนนสาธารณะที่มีเขตทางขนาดกว้าง 10 เมตร และในการก่อสร้างอาคารจะต้องร่นแนวระยะอาคารจากแนวเขตที่ดิน (Set- Back) อีก 1 เมตร ตามกฎหมาย (ข้อ 41 วรรคสอง (1)) ทำให้ผนังด้านหน้าของอาคารอยู่ห่างจากแนวถนนฝากตรงข้ามเป็นระยะ 11 เมตร ดังนั้น ณ แนวผนังด้านหน้าของอาคารจะก่อสร้างได้ในความสูงไม่เกิน 22 เมตร

อาคาร เป็นกรณีพิเศษก็สามารถจำกัดความสูงเป็นการเฉพาะได้อีก ซึ่งส่วนใหญ่จะใช้ใน**พื้นที่ที่ต้องการความสวยงามหรือความปลอดภัย** เช่น พื้นที่อนุรักษ์บริเวณเกาะรัตนโกสินทร์ หรือเขตปลอดภัยการบินบริเวณท่าอากาศยานสุวรรณภูมิ ตามลำดับ แต่การกำหนดระดับความสูงนี้ก็อาจเกิดปัญหากรณี **Benching Effect** ได้ กล่าวคือ เมื่อ**อาคารทั้งหมดมีความสูงเท่ากันที่จุดระดับควบคุม จะเป็นการทำลายทัศนียภาพโดยรวม** ซึ่งสามารถแก้ไขได้โดยการกำหนดเขตความสูงให้อยู่ในบริเวณที่พอเหมาะและให้มีระดับความสูงต่างกันเข้ามาเสริมเพื่อให้เกิดมุมมองที่ดีขึ้น โดยเฉพาะในเขตที่มีสิ่งก่อสร้างที่สำคัญที่มีความเอียงหลัง landmark อยู่มาก[99]

จะเห็นได้ว่า เครื่องมือทางสิ่งแวดล้อมทั้ง 4 ประเภทนี้ มีความสัมพันธ์กันเป็นอย่างมากและสามารถควบคุมอาคารในทางสิ่งแวดล้อมได้เพียงแต่จะ**ต้องใช้เครื่องมือทั้งหมดพร้อมกันในการควบคุมอาคาร** ซึ่งสอดคล้องกับทางปฏิบัติที่รัฐใช้เครื่องมือทั้งหมดนี้ในการควบคุมอาคารอยู่แล้ว เช่น แม้ว่าเอกชนจะร่นระยะการก่อสร้างอาคารจากถนนสาธารณะ (Set-Back) ให้มากกว่าที่กฎหมายกำหนด แต่ก็ไม่สามารถสร้างอาคารที่มีความสูงเพื่อให้มีพื้นที่ใช้สอยในอาคารเพิ่มขึ้นกว่าเดิมได้มากนัก เนื่องจากจะถูกควบคุมพื้นที่รวมของอาคารและความสูงโดยอ้อมจาก F.A.R และพื้นที่ว่างภายนอกอาคารตามระบบ O.S.R ยังสัมพันธ์กับการกำหนดความหนาแน่นของประชาชนต่อ พื้นที่ว่างโดยอ้อมตาม F.A.R ด้วย รวมถึงการควบคุมความสูง (Height) ของอาคาร ยังเป็นการควบคุมอาคารในส่วนพื้นที่เฉพาะที่เครื่องมือทางสิ่งแวดล้อมอื่นไม่สามารถควบคุมได้ทั้งหมด

---

[100] โปรดดู ชูขวัญ สายสะอาด, **"พัฒนาการและมาตรการควบคุมอาคารสูงในเขตกรุงเทพมหานคร"** (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต ภาควิชาการวางแผนภาคและเมือง บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2537)

อันแสดงให้เห็นว่า**เครื่องมือทางสิ่งแวดล้อมทั้ง 4 ประเภทนี้สามารถควบคุมอาคารในทางสิ่งแวดล้อมได้ในระดับหนึ่งเมื่อใช้ประกอบกัน** แต่การกำหนดข้อจำกัดการใช้ประโยชน์บนที่ดินเพื่อก่อสร้างอาคารตามเครื่องมือทางสิ่งแวดล้อมทุกประเภทนี้**ขาดการพิจารณาความสัมพันธ์กับอาคารรอบข้างและพื้นที่ทางสิ่งแวดล้อมบริเวณใกล้เคียง** จึงทำให้การกำหนดมาตรการและมาตรฐานการควบคุมอาคารให้สอดคล้องกับสภาพพื้นที่อันเป็นที่ตั้งของอาคารไม่อาจตอบสนองต่อสภาพความเป็นจริงในพื้นที่ได้ (ยกเว้นมาตรการควบคุมความสูงในพื้นที่อนุรักษ์บางกรณี) ผู้เขียนจึงเห็นว่าควรสร้าง**ระบบการรับรองโดยเอกชน**[101] **(Private Certification) ในลักษณะที่คล้ายคลึงกับผู้ตรวจสอบอาคาร** โดยกำหนดให้ทำหน้าที่พิจารณาความสัมพันธ์ของสภาพพื้นที่และความหนาแน่นของอาคารโดยรวมในบริเวณที่จะก่อสร้างอาคาร เพื่อให้การพิจารณาความสัมพันธ์ของที่ตั้งอาคารกับสภาพรอบข้างของอาคารเป็นไปโดยสอดคล้องกับมาตรการควบคุมอาคารในทางสิ่งแวดล้อมมากยิ่งขึ้น มิใช่คำนึงแต่เพียงมาตรฐานการก่อสร้างอาคารของผู้ตรวจสอบอาคาร แผนผังแนวคิดต่างๆ ในทางพื้นที่ และข้อเสนอแนะแนวทางการพัฒนาพื้นที่ของรัฐตามรายงานประกอบผังเมืองรวมเท่านั้น เพื่อให้เกิดการตรวจสอบโดยภาคเอกชนก่อนนำเสนอขออนุญาตต่อราชการส่วนท้องถิ่นตามกฎหมายต่อไป

3.7 ที่มาของคณะกรรมการควบคุมอาคาร

คณะกรรมการควบคุมอาคารเป็นองค์กรกลางที่ทำหน้าที่อย่างสำคัญในการให้คำแนะนำแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยในการ

---

[101] กรณีระบบการรับรองโดยเอกชนนี้ ผู้เขียนยังไม่สามารถกำหนดรายละเอียดของหน่วยงานหรือการคัดเลือกบุคลากรในการพิจารณาได้ เนื่องจากยังต้องศึกษาเพิ่มเติมจาก**ระบบกฎหมายผังเมืองของประเทศอังกฤษ**อีกมาก จึงขอวางกรอบแนวคิดว่าจะต้องมีการควบคุมการสร้างอาคารให้สอดคล้องกับสภาพข้อเท็จจริงในทางพื้นที่โดยภาคเอกชนเท่านั้น

ออกกฎกระทรวงเพื่อวางมาตรการทางสิ่งแวดล้อมในการควบคุมอาคารตามที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้กำหนดรายละเอียดเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายแต่ละฉบับ และยังทำหน้าที่ในการพิจารณาความสัมพันธ์ระหว่างกฎกระทรวงดังกล่าวและข้อบัญญัติท้องถิ่นที่ออกโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นด้วย

พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 กำหนดให้ที่มาของคณะกรรมการควบคุมอาคารมาจาก 3 ฝ่าย[102] กล่าวคือ ประกอบไปด้วย **ข้าราชการประจำ** (ประกอบด้วย อธิบดีกรมโยธาธิการและผังเมืองเป็นประธาน ผู้แทนกระทรวงสาธารณสุข ผู้แทนกระทรวงอุตสาหกรรม **ผู้แทนกรมการปกครอง**[103] (กระทรวงมหาดไทย) ผู้แทนกรมทางหลวง (กระทรวงคมนาคม) ผู้แทนกรมอัยการ[104] ผู้แทนสำนักผังเมือง[105] **ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ**[106] ผู้แทนกรุงเทพมหานคร เป็น

---

[102] มาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

[103] คณะกรรมการควบคุมอาคารที่มาจาก "ผู้แทนกรมการปกครอง" ปัจจุบัน คือ "ผู้แทนกรมป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย" เพื่อให้สอดคล้องกับภารกิจใหม่ และการแบ่งอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการต่างๆ ภายในกระทรวงมหาดไทย

[104] ปัจจุบันเปลี่ยนชื่อเป็น **"สำนักงานอัยการสูงสุด"**

[105] ปัจจุบันเปลี่ยนชื่อเป็น **"กรมโยธาธิการและผังเมือง กระทรวงมหาดไทย"**

[106] ปัจจุบันคือ **"ผู้แทนสำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม (สผ.) กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม"** เนื่องจากสำนักงานคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติก่อตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2518 แต่ถูกยกเลิกโดยการประกาศใช้พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพ สิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 พระราชบัญญัติฯ ดังกล่าว จึงได้**วางบทเฉพาะกาล มาตรา 115** ให้อำนาจหน้าที่ในการดำเนินการพิจารณาต่างๆของสำนักงานคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติเป็นของสำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม (แก้ไขให้สอดคล้องตามพระราชกฤษฎีกาแก้ไขบทบัญญัติให้สอดคล้องกับการโอนอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง

กรรมการ และหัวหน้าสำนักงานคณะกรรมการควบคุมอาคาร[107] เป็นกรรมการและเลขานุการ) **ผู้แทนจากองค์กรกลางในส่วนของวิชาชีพที่เกี่ยวข้อง** (ประกอบด้วย ผู้แทนคณะกรรมการควบคุมการประกอบวิชาชีพวิศวกรรมและผู้แทนคณะกรรมการควบคุมการประกอบวิชาชีพสถาปัตยกรรม - ปัจจุบันคือ **ผู้แทนคณะกรรมการสภาวิศวกรและคณะกรรมการสภาสถาปนิก** ตามลำดับ) และ**ผู้ทรงคุณวุฒิ** ซึ่งมาจากการแต่งตั้งของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยอีกไม่เกิน 4 คน

จะเห็นได้ว่าองค์ประกอบของคณะกรรมการควบคุมอาคารมีทั้งสิ้น 16 คน โดยในจำนวนนี้มีผู้แทนจากหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องกับเรื่องทางสิ่งแวดล้อมโดยตรงเพียงหน่วยงานเดียวคือ ผู้แทนจากสำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมเท่านั้น (อาจจะมีหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมโดยอ้อม คือ กระทรวงสาธารณสุขและกรมโยธาธิการและผังเมือง) นอกเหนือจากนั้นจะเป็นผู้แทนจากองค์กรที่เกี่ยวข้องกับมาตรฐานทางวิศวกรรมและสถาปัตยกรรม รวมถึงหน่วยงานอื่นต่างๆ ตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายควบคุมอาคารที่กำหนดไว้ในมาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 อันแสดงให้เห็นว่า **การกำหนดที่มาของคณะกรรมการควบคุมอาคารมิได้คำนึงถึงมาตรการควบคุมอาคารเพื่อประโยชน์ในทางสิ่งแวดล้อมเป็นลำดับต้นๆ** แต่ปัญหาที่สำคัญที่สุด คือ **การที่กฎหมายมิได้กำหนดเกณฑ์การคัดเลือกผู้ทรงคุณวุฒิแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยไว้** จึงทำให้ไม่อาจทราบได้ว่ารัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยจะคัดเลือกผู้ทรงคุณวุฒิจากบุคคลที่มีความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับการควบคุมอาคารด้านใด รวมถึง ยังเป็นการไม่

ทบวง กรม พ.ศ. 2545 พ.ศ. 2545) แทน จึงทำให้กรรมการควบคุมอาคารในส่วนนี้ถูกแทนโดยสำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ตั้งแต่นั้นเป็นต้นมา

[107] ปัจจุบัน คือ **"ผู้อำนวยการสำนักงานคณะกรรมการควบคุมอาคาร"**

ประกันสิทธิให้แก่ราชการส่วนท้องถิ่นในกรณีข้อบัญญัติท้องถิ่นขัดหรือแย้งกับกฎกระทรวง เนื่องด้วยความจำเป็นพิเศษหรือเหตุผลเฉพาะท้องถิ่นตามมาตรา 10 (2) และเอกชนโดยทั่วไปที่จะได้รับผลกระทบโดยตรงจากมติของคณะกรรมการควบคุมอาคารอีกด้วย

ผู้เขียนจึงเห็นควรให้มีการ**กำหนดเกณฑ์การคัดเลือกผู้ทรงคุณวุฒิ**ในคณะกรรมการควบคุมอาคารไว้ (แต่ในที่นี้จะขอกล่าวถึงเฉพาะผู้ทรงคุณวุฒิในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมอาคารในทางสิ่งแวดล้อมเท่านั้น) กล่าวคือ ควรจะกำหนดให้ในจำนวนผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย แต่งตั้งนี้ **ต้องมาจากผู้เชี่ยวชาญด้านการจัดการสิ่งแวดล้อมเมืองและชุมชนไม่น้อยกว่า 2 คน** (โดยอาจคัดเลือกจากบุคลากรทางการศึกษาหรือจากองค์กรภาคเอกชนที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเป็นที่ประจักษ์ก็ได้) เพื่อให้ทฤษฎีและหลักการทางสิ่งแวดล้อมในการควบคุมอาคาร รวมถึงสภาพข้อเท็จจริงที่เป็นปัญหา อันเกิดจากการปฏิบัติตามมาตรการทางสิ่งแวดล้อมในการควบคุมอาคารของรัฐหรือเจ้าพนักงานท้องถิ่นได้รับการพิจารณาร่วมด้วยเสมอ

สำหรับ**กรรมการโดยตำแหน่ง**ในส่วนของข้าราชการประจำนั้น ควรเพิ่ม**ผู้แทนกรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น**ในฐานะองค์กรที่ทำหน้าที่โดยตรงในการกำกับดูแลการดำเนินการต่างๆ ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น **ผู้แทนกระทรวงพลังงาน (สำนักงานนโยบายและแผนพลังงาน)** เพื่อพิจารณาในส่วนของมาตรการทางสิ่งแวดล้อมในการอนุรักษ์พลังงานในอาคารซึ่งเป็นมาตรการควบคุมอาคารประเภทหนึ่ง และ**ผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ**[108] เพื่อให้การ

[108] เป็นส่วนราชการที่อยู่ในบังคับบัญชาโดยขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรี ตามมาตรา 7 วรรคสอง (11) แห่งพระราชบัญญัติปรับปรุง กระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. 2545 โปรดศึกษาอำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดแผนพัฒนาพื้นที่ และแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมทั้งหมด ในทางเศรษฐกิจและสังคม ใน <http://www.nesdb.go.th/>

กำหนดมาตรการทางสิ่งแวดล้อมในการควบคุมอาคารสอดคล้องและเป็นไปตามแนวทางของแผนพัฒนาพื้นที่ และแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการพัฒนาทางเศรษฐกิจและสังคมด้วย รวมถึงหากเป็นไปได้ควร**กำหนดให้คณะกรรมการควบคุมอาคารต้องส่งเรื่องที่ตนวินิจฉัยที่อาจจะส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมให้คณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ ให้ความเห็นในเบื้องต้นเสียก่อน** ซึ่งหากเป็นเช่นนี้แล้วก็จะทำให้คณะกรรมการควบคุมอาคารสามารถให้คำแนะนำแก่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย และกำกับดูแลการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานท้องถิ่นหรือส่วนราชการอื่นที่เกี่ยวข้องกับการรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมได้อย่างถูกต้องและสอดคล้องกับประเด็นปัญหาที่เป็นผลมาจากมาตรการควบคุมอาคารในทางสิ่งแวดล้อมมากยิ่งขึ้น

3.8 การใช้ดุลพินิจของเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามกฎหมาย

เนื่องจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจหน้าที่อย่างสำคัญในฐานะเป็น**ผู้พิจารณาอนุญาต**ให้ก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอน เคลื่อนย้าย รับรองการใช้หรือการเปลี่ยนการใช้อาคาร และการรับรองการตรวจสอบการใช้อาคาร รวมถึงเป็น**ผู้ดูแลให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคารปฏิบัติตามกฎหมายหากพบว่ามีการฝ่าฝืน** ซึ่งเป็นการให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานท้องถิ่นอย่างกว้างขวางในการควบคุมอาคาร จึงถือได้ว่าเจ้าพนักงานท้องถิ่นเป็นตัวขับเคลื่อนที่สำคัญในฐานะผู้บังคับใช้กฎหมายโดยตรงเพื่อให้มาตรการต่างๆ ตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัตินี้ สามารถเกิดผลได้อย่างเป็นรูปธรรม

จากการศึกษาพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 และกฎกระทรวงที่ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ทั้งหมดแล้ว พบว่า **มิได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์ควบคุมการใช้ดุลพินิจที่ไม่เหมาะสมของเจ้าพนักงานท้องถิ่นเลย มีแต่เพียงวิธีการและขั้นตอนการ**

ขออนุญาตก่อสร้างหรือดัดแปลงอาคารของเอกชนเท่านั้น ประกอบกับทางปฏิบัติของการอนุญาตให้ก่อสร้างหรือมิให้ก่อสร้างอาคารหรือสิ่งก่อสร้างอื่นใดของเจ้าพนักงานท้องถิ่นนั้น จะมีคำสั่งอนุญาตให้ก่อสร้างอาคารเสมอ หากเจ้าของหรือผู้ครองครองอาคารยื่นแผนผังแบบแปลนและรายการต่างๆ ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎกระทรวงและข้อบัญญัติท้องถิ่นเฉพาะในท้องที่นั้นๆ แม้ว่าโครงการหรือสิ่งก่อสร้างนั้นจะมีผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมก็ตาม ทั้งๆ ที่ตามทฤษฎีและหลักการใช้ดุลพินิจตามความเหมาะสมขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ได้รับการโอนภารกิจและกระจายอำนาจการตัดสินใจจากส่วนกลางจะรับรองให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจในการใช้ดุลพินิจที่จะไม่ออกใบอนุญาตก่อสร้างหรือดัดแปลงอาคารได้ หากเห็นว่าการอนุญาตดังกล่าวจะเกิดปัญหาและผลกระทบต่อสภาพสิ่งแวดล้อม[109] จึงส่งผลอย่างสำคัญให้การควบคุมอาคารในทางสิ่งแวดล้อมไม่ได้รับการกลั่นกรองตามหลักการที่ควรจะเป็นจากราชการส่วนท้องถิ่นเลย

ผู้เขียนจึงเห็นว่า เพื่อให้การใช้อำนาจพิจารณาตามความเหมาะสม (ดุลพินิจ) ของเจ้าพนักงานท้องถิ่นเป็นไปได้ในทางปฏิบัติ และสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการควบคุมอาคารในทางสิ่งแวดล้อมที่มุ่งให้เกิดการบำรุงรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมของประเทศ จึงควร**วางหลักเกณฑ์**

---

[109] เนื่องจากการควบคุมอาคารเป็นภารกิจหนึ่งซึ่งราชการส่วนกลางจำเป็นต้องกระจายอำนาจให้แก่ราชการส่วนท้องถิ่นตามมาตรา 16 (28) (กรณีเทศบาล เมืองพัทยา และองค์การบริหารส่วนตำบล) และมาตรา 18 (กรณีกรุงเทพมหานคร) แห่งพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 โดยหลักการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนี้ ราชการส่วนกลางมีอำนาจแต่เพียงการกำกับดูแลการดำเนินงานของเจ้าพนักงานท้องถิ่นในนามของท้องถิ่นเท่านั้น กล่าวคือ สามารถตรวจสอบได้เฉพาะปัญหาความชอบด้วยกฎหมาย ไม่สามารถก้าวล่วงในส่วนการใช้ดุลพินิจตามความเหมาะสมได้

การใช้ดุลพินิจตามความเหมาะสม โดยการเทียบเคียงรูปแบบและเนื้อหาของระเบียบที่ออกโดยอำนาจตามหลักการบังคับบัญชา[110] **โดยปรับเปลี่ยนให้สอดคล้องและถูกต้องตามหลักการกำกับดูแลขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น** (หากเป็นไปได้ตามกฎหมายว่าด้วยการบริหารราชการแผ่นดินควรกำหนดเป็นมติคณะรัฐมนตรีหรือระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. 2534) เกี่ยวกับกรณีการอนุญาตให้ก่อสร้างอาคารหรือสิ่งก่อสร้างตามกฎหมายที่อาจจะส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมซึ่งต้องห้ามมิให้อนุญาตหรือจำเป็นต้องพิจารณาอย่างรอบคอบในเบื้องต้นเสียก่อน แม้ว่าจะมีการยื่นแผนผังแบบแปลนและรายการต่างๆ ถูกต้องตามกฎหมายก็ตาม เพื่อให้มีหลักเกณฑ์กลางสำหรับควบคุม**ก่อนการใช้ดุลพินิจของเจ้าพนักงานท้องถิ่น**ให้ถี่ถ้วนมากขึ้นกว่าแต่เดิม รวมถึง**ควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปในรูปแบบของกฎกระทรวงเพื่อบังคับให้ราชการส่วนท้องถิ่นต้องขอความเห็นชอบจากคณะกรรมการควบคุมอาคาร**ในฐานะผู้กำกับดูแลการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานท้องถิ่น[111] ก่อนทุกครั้ง หากเป็นการขออนุญาตให้ก่อสร้างอาคารหรือสิ่งก่อสร้างใน**โครงการที่อยู่อาศัยขนาดใหญ่ของเอกชน** ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมหรือชุมชนใกล้เคียงอย่างสำคัญ[112]

---

[110] หมายถึง ระเบียบที่หัวหน้าหน่วยงานออกมาใช้บังคับเป็นการภายในของหน่วยงานนั้น โดยอาศัยอำนาจบังคับบัญชา ที่ผู้บังคับบัญชา ย่อมมีอำนาจแนะนำหรือสั่งการให้เจ้าหน้าที่ที่อยู่ในบังคับบัญชาของตนปฏิบัติหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายให้ถูกต้องตามกฎหมายระเบียบ แบบแผนและเป็นธรรมแก่กรณี ซึ่งเป็นอำนาจทั่วไปและไม่จำต้องมีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้ง โปรดดู ธานินทร์ กรัยวิเชียร, **คำแนะนำนักศึกษากฎหมาย**, พิมพ์ครั้งที่ 3. (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์): น.81-82 และ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, **สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540**, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2543): น.104.

[111] ตามความในมาตรา 18 (4) แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522

[112] จากปัญหาการใช้ดุลพินิจของเจ้าพนักงานท้องถิ่นนี้ ผู้เขียนจึงขอเสนอให้มีการออก

4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 เป็นกฎหมายหลักเกี่ยวกับการควบคุมอาคารที่มุ่งคุ้มครองสวัสดิภาพของประชาชนโดยส่วนรวม และมีวัตถุประสงค์ประการหนึ่งเพื่อการรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมตามความที่บัญญัติไว้ในมาตรา 8 แต่จากการศึกษาปรากฏว่า กฎหมายฉบับดังกล่าวมีข้อจำกัดทางกฎหมายมากมาย ที่เป็นอุปสรรคต่อการควบคุมอาคารเพื่อประโยชน์ในทางสิ่งแวดล้อม ทำให้มาตรการและเครื่องมือต่างๆ ทางสิ่งแวดล้อมตามกฎหมายฉบับนี้ไม่สามารถตอบสนองต่อสภาพปัญหาในทางพื้นที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ไม่ว่าจะเป็นเรื่อง **ความไม่สอดคล้องและสัมพันธ์กันของกฎหมาย บทบัญญัติของกฎหมายไม่รัดกุมเพียงพอต่อการใช้ดุลพินิจของผู้ใช้อำนาจ ที่มาของคณะกรรมการกลางตามกฎหมาย และช่องว่างของกฎหมายที่ทำให้การควบคุมอาคารไม่สามารถบรรลุผลตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้** ส่งผลให้พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ไม่สามารถเป็นเครื่องมือทางกฎหมายในการควบคุมอาคารเพื่อประโยชน์ในทางสิ่งแวดล้อมได้อย่างแท้จริง ผู้เขียนจึงเห็นว่า ควรปรับปรุงพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 และกฎหมายลำดับรองอื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง โดยวาง**ข้อเสนอแนะ**ไว้ดังนี้

- การกำหนดความหมายของอาคารควรกำหนดโดยคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายและยึดโยงกับมาตรการทางสิ่งแวดล้อมที่ฝ่ายบริหารจะต้องกำหนดรายละเอียดแห่งการควบคุมตามมาตรา 8 (1) - (16) และมาตรา 8 ทวิ รวมถึงการกำหนดประเภทของอาคารพิเศษไม่ควรกำหนด

ระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วย การดำเนินการของเจ้าพนักงานท้องถิ่นเกี่ยวกับการอนุญาตให้ก่อสร้างอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างที่อาจจะส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม พ.ศ. .... และกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และประเภทของอาคารหรือสิ่งก่อสร้างที่ต้องขอความเห็นชอบจากคณะกรรมการควบคุมอาคาร พ.ศ. ....

ให้มีลักษณะที่ตายตัวมากเกินไป เพื่อแสดงให้เห็นว่าเป็นเพียงลักษณะหรือตัวอย่างหนึ่งของอาคารพิเศษเท่านั้น

- ต้องตราพระราชกฤษฎีกาให้ใช้บังคับพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 เต็มพื้นที่ในทุกจังหวัด เพื่อให้สามารถกำหนดรายละเอียดในเรื่องชนิด และประเภทของอาคาร รวมถึงบริเวณที่ต้องการการควบคุมเป็นพิเศษเฉพาะแห่งได้

- ควรรวบรวมมาตรการทางสิ่งแวดล้อมในการควบคุมอาคารตามกฎกระทรวงต่างๆ ที่เกี่ยวข้องทั้งหมดเข้าไว้ในลักษณะของ “มาตรฐานและข้อบังคับ (ด้านสิ่งแวดล้อม) เกี่ยวกับอาคาร” เพื่อให้เป็นเสมือนมาตรฐานขั้นต่ำและเป็นกลไกให้กฎกระทรวงและข้อบัญญัติท้องถิ่นเกิดความเชื่อมโยงกันเป็นระบบกฎหมายมากขึ้น

- ควรกำหนดประเภท ชนิด และขนาดของอาคารให้สอดคล้องกับรายละเอียดและลักษณะของพื้นที่ กิจกรรมต่างๆ ทางเศรษฐกิจ และจำนวนประชากรที่อาศัยอยู่ในเขตผังเมืองรวม รวมถึงภารกิจของรัฐในด้านต่างๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับการจัดทำบริการสาธารณะในเขตพื้นที่นั้นๆ นอกเหนือจากการกำหนดตามการใช้ประโยชน์ที่ดินในเขตผังเมืองรวมเท่านั้น รวมถึงควรประสานกับหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการวางผังเมือง เพื่อให้สอดคล้องกับระบบมาตรฐานการผังเมือง และมุ่งเสริมมาตรการสิ่งแวดล้อมตามระบบผังเมืองให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

- ควรกำหนดบริเวณพื้นที่ที่จะจัดหรือพัฒนาโครงการที่อยู่อาศัยของผู้มีรายได้น้อย ซึ่งจำเป็นต้องยกเว้นหรือผ่อนผันเกี่ยวกับมาตรการทางสิ่งแวดล้อมให้สอดคล้องกับสภาพของที่ดินตามแผนผังข้อกำหนดการใช้ประโยชน์ที่ดินตามผังเมืองรวม และที่สำคัญต้องคำนึงถึงสภาพทางภูมิศาสตร์อื่นๆ ประกอบ รวมถึงความหนาแน่นและประเภทของอาคารในพื้นที่ดังกล่าวด้วย

- ควรสร้างระบบการรับรองโดยเอกชน (Private Certification) เพื่อทำหน้าที่พิจารณาความสัมพันธ์ของสภาพพื้นที่ที่ตั้งของอาคารกับสภาพรอบข้าง และความหนาแน่นของอาคารโดยรวมในบริเวณที่จะก่อสร้างอาคาร ก่อนนำเสนอขออนุญาตต่อราชการส่วนท้องถิ่นตามกฎหมาย เพื่อให้การก่อสร้างอาคารสอดคล้องกับมาตรการควบคุมอาคารในทางสิ่งแวดล้อมมากยิ่งขึ้น

- ควรกำหนดเกณฑ์การคัดเลือกคณะกรรมการควบคุมอาคารในส่วนของผู้ทรงคุณวุฒิให้มีที่มาจากผู้เชี่ยวชาญด้านการจัดการสิ่งแวดล้อมเมืองและชุมชนไม่น้อยกว่า 2 คน และที่สำคัญเพื่อให้เกิดการพิจารณาอย่างรอบด้านมากยิ่งขึ้น ควรเพิ่มผู้แทนกรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่นผู้แทนกระทรวงพลังงาน (สำนักงานนโยบายและแผนพลังงาน) และผู้แทนสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาการเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ในส่วนของกรรมการโดยตำแหน่ง รวมถึงหากเรื่องที่ตนวินิจฉัยอาจจะส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมต้องให้คณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติให้ความเห็นในเบื้องต้น เสียก่อนเพื่อให้มติและความเห็นต่างๆ ที่ออกมาเป็นไปโดยสอดคล้องกับประเด็นปัญหาทางสิ่งแวดล้อม

- ต้องวางหลักเกณฑ์กลางเพื่อควบคุมก่อนการใช้ดุลพินิจตามความเหมาะสมของเจ้าพนักงานท้องถิ่นโดยการเทียบเคียงรูปแบบและเนื้อหาของระเบียบที่ออกโดยอำนาจตามหลักการบังคับบัญชาโดยปรับเปลี่ยนให้สอดคล้องและถูกต้องตามหลักการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (หากเป็นไปได้ ควรกำหนดเป็นมติคณะรัฐมนตรีหรือระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายว่าด้วยการบริหารราชการแผ่นดิน) และต้องกำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปในรูปแบบของกฎกระทรวงเพื่อบังคับให้ราชการส่วนท้องถิ่นต้องขอความเห็นชอบจากคณะกรรมการควบคุมอาคาร หากเป็นโครงการที่อยู่อาศัยขนาดใหญ่ของเอกชนซึ่งอาจส่ง

ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมอย่างสำคัญ

แต่อย่างไรก็ตาม ปัญหาที่สำคัญที่สุดคือ การบังคับใช้กฎหมายของเจ้าพนักงานท้องถิ่น จึง**ควรสร้างระบบการประสานความร่วมมือกับหน่วยงานหรือองค์ของรัฐต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง** เพื่อให้การใช้มาตรการควบคุมอาคารมีประสิทธิภาพและเกิดประสิทธิผลมากยิ่งขึ้น โดยการ**จัดทำคู่มือการปฏิบัติงานในลักษณะของ The Implementation Guide แก่เจ้าพนักงานท้องถิ่นและเจ้าหน้าที่อื่นที่เกี่ยวข้อง** ภายใต้ความร่วมมือของกรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น และกรมโยธาธิการและผังเมือง กระทรวงมหาดไทย เพื่อให้ทราบถึงภารกิจและอำนาจหน้าที่ทั้งหมดของหน่วยงาน ความชัดเจนในการปฏิบัติงาน รวมถึงขอบเขตการใช้ดุลพินิจและการกระทำทางปกครองที่ถูกต้องตามกฎหมาย เพื่อประโยชน์ในการควบคุมการใช้ดุลพินิจที่ถูกต้องในทางอ้อม และ**ที่สำคัญยังเป็นช่องทางหนึ่ง สำหรับการส่งเสริมการมีส่วนร่วมของประชาชนในท้องถิ่น** ในลักษณะของการเข้าร่วมกำหนดและปรับปรุงมาตรการทางสิ่งแวดล้อมในการควบคุมอาคารให้สอดคล้องกับสภาพและลักษณะเฉพาะของพื้นที่มากที่สุดอีกด้วย

นอกจากนี้ เพื่อให้มาตรการทางกฎหมายนี้สอดคล้องกับมาตรการในการจัดการสิ่งแวดล้อม ทั้งในเชิงการป้องกัน การควบคุม และการกำกับดูแลการกระทำหรือกิจกรรมต่างๆ ที่เกี่ยวข้อง หน่วยงานดังกล่าวจะต้องจัดทำ**รายงานทบทวนการดำเนินงานตามกฎหมายทุก 4 ปี เพื่อให้ทราบถึงปัญหาต่างๆ ที่เกิดขึ้นในเชิงการปฏิบัติงาน ภายใต้ความร่วมมือของผู้มีความรู้และประสบการณ์จากข้าราชการและเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้อง** เพื่อให้เกิดการปรับปรุงการบังคับใช้กฎหมาย และเกิดผลสุดท้ายในการพิทักษ์รักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับอาคารให้เป็นระเบียบเรียบร้อย มั่นคงปลอดภัย และไม่ส่งผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมตรงตามเจตนารมณ์ของกฎหมายอีกด้วย เนื่องจากมาตรการควบคุมอาคาร

เพื่อประโยชน์ในทางสิ่งแวดล้อมตามกฎหมายฉบับนี้จำเป็นต้องกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สิน และเสรีภาพในการเลือกที่อยู่อาศัยของประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 รับรองและคุ้มครองไว้

สิทธิในกระบวนการยุติธรรม "การนั่งพิจารณาคดีครบองค์คณะโดยผู้พิพากษาหรือตุลาการ"

สิทธิพร เศาภายน[1]

การนั่งพิจารณาและการทำคำพิพากษาโดยผู้พิพากษาหรือตุลาการนอกจากต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในพระธรรมนูญศาลหรือพระราชบัญญัติจัดตั้งศาล นั้น ๆ แล้ว หลักเกณฑ์เหล่านี้ ต้องบัญญัติให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายแม่บทโดยเคร่งครัด กรณีที่ศาลดำเนินกระบวนพิจารณาและมีคำพิพากษา แม้จะเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ แต่กฎหมายนั้นได้บัญญัติไว้โดยไม่สอดคล้องต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ เมื่อเป็นปัญหาจนไปสู่ศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ปัญหาดังกล่าวจะส่งผลกระทบต่อสถาบันตุลาการ ดังเช่นคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 24/2546 โดยศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิของคู่ความในการที่จะได้รับการพิจารณาและพิพากษาคดีโดยศาล ซึ่งต้องมีผู้พิพากษาหรือตุลาการครบองค์คณะ และผู้พิพากษา หรือตุลาการที่มิได้นั่งพิจารณาจะทำคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยไม่ได้

ข้อเท็จจริงสรุปว่า "คดีที่ศาลจังหวัดทหารมีแต่อำนาจพิจารณาไม่มีอำนาจพิพากษา ศาลจังหวัดทหารนั้นต้องส่งสำนวนไปให้ศาลมณฑลทหารหรือศาลทหารกรุงเทพ เป็นผู้พิพากษาคดี เท่ากับว่า ศาลจังหวัดทหารซึ่งเป็นศาลที่นั่งพิจารณาคดีแต่มิได้เป็นศาลที่ทำคำพิพากษา ศาลมณฑลทหารหรือศาลทหารกรุงเทพ ซึ่งไม่ได้นั่งพิจารณาคดีกลับเป็นศาลที่มีอำนาจทำ

---

[1] เจ้าหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญ 9 ชช. ผู้อำนวยการกลุ่มงานคดี 6 สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

คำพิพากษาแทนศาลจังหวัดทหารนั้นได้ตามพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 มาตรา 19 วรรคสาม อีกทั้งตามมาตรา ดังกล่าวก็มิได้บัญญัติไว้ถึงกรณีที่มีเหตุสุดวิสัยหรือมีเหตุจำเป็นอื่นอันมิอาจก้าวล่วงได้แต่อย่างใด และในการพิจารณาคดีของศาลทหารก็ไม่ตกอยู่ภายใต้บทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญ มาตรา 335 (5) ซึ่งใช้บังคับแต่เฉพาะการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรมเท่านั้น ดังนั้น พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 มาตรา 19 วรรคสาม จึงเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจผู้พิพากษาหรือตุลาการที่มิได้นั่งพิจารณาคดีแต่เป็นผู้ทำคำพิพากษาได้จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 236 ที่บัญญัติเป็นหลักประกันสิทธิของคู่ความในการดำเนินกระบวนพิจารณาของศาลโดยการนั่งพิจารณาต้องมีผู้พิพากษาหรือตุลาการครบองค์คณะ และผู้ทำคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยคดีต้องเป็นผู้ที่ได้นั่งพิจารณาคดีนั้น ผู้ที่มิได้นั่งพิจารณาคดีเป็นองค์คณะไม่อาจทำคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยได้ เว้นแต่มีเหตุสุดวิสัยหรือมีเหตุจำเป็นอื่นอันมิอาจก้าวล่วงได้ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ"

ศาลรัฐธรรมนูญโดยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างมากจำนวน 9 ต่อ 5 วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 มาตรา 19 วรรคสาม มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 236 เป็นอันใช้บังคับมิได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 6 การพิจารณาคดีของศาลทหารจึงต้องใช้บังคับตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 236

อย่างไรก็ตาม คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเรื่องนี้ย่อมมีผลผูกพันกับศาลทุกศาล นอกจากศาลยุติธรรมแล้ว ยังมีศาลปกครอง ศาลทหาร และศาลรัฐธรรมนูญเองด้วย โดยความสำคัญของเรื่องดังที่กล่าวมา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ได้นำเรื่องการนั่งพิจารณาคดีของศาลต้องมีผู้พิพากษาหรือตุลาการครบองค์คณะมาบัญญัติเป็นหลักการแห่งสิทธิในกระบวนยุติธรรมที่บุคคลจะได้รับในกระบวนพิจารณาอันเป็น

หลักประกันขั้นพื้นฐาน เรื่องการได้รับการพิจารณาคดีโดยผู้พิพากษาหรือตุลาการที่นั่งพิจารณาคดีครบองค์คณะ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 40 (2) ในบทความฉบับนี้จะศึกษาเกี่ยวกับที่มาของเรื่องการนั่งพิจารณาคดีครบองค์คณะโดยผู้พิพากษาหรือตุลาการว่ามีที่มาและความสำคัญเช่นใดจึงส่งผลให้รัฐธรรมนูญนำมาบัญญัติเป็นสิทธิพื้นฐานในกระบวนพิจารณาที่บุคคลจะพึงได้รับการรับรองและการคุ้มครอง ประกอบด้วยเรื่องของระบบกฎหมาย หลักและสาระสำคัญขององค์กรตุลาการหรือศาล หลักและสาระสำคัญว่าด้วยการนั่งพิจารณาคดีของศาล และบทสรุป

1. ระบบกฎหมาย

ระบบกฎหมายหรือสกุลกฎหมาย (Legal family) ที่สำคัญของโลกปัจจุบันมี 4 ระบบคือ ระบบกฎหมายซีวิลลอว์ ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ ระบบกฎหมายสังคมนิยม และระบบกฎหมายศาสนา[2] การศึกษาระบบกฎหมายของประเทศไทย เนื่องจากประเทศไทยส่งนักเรียนไปศึกษาวิชากฎหมายในประเทศอังกฤษจึงได้นำเอาหลักกฎหมายอังกฤษมาใช้ทั้งการสอนหนังสือและการพิจารณาอรรถคดีของผู้พิพากษา เสมือนว่ากฎหมายอังกฤษเป็นกฎหมายไทยจนเกิดมีกฎหมาย จารีตประเพณีของไทยมีข้อความอย่างเดียวกับหลักเกณฑ์แห่งกฎหมายอังกฤษ[3]

ต่อมาประเทศไทยได้มีการเปลี่ยนให้เป็นประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมาย ความปรากฏชัดในพระราชปรารภของกฎหมายลักษณะอาญา

---

[2] ภูมิชัย สุวรรณคดี และคณะ, **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพ ฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543), หน้า 24.

[3] หยุด แสงอุทัย, **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป**, พิมพ์ครั้งที่ 14 (กรุงเทพ ฯ : สำนักพิมพ์ประกายพรึก, 2542), หน้า 3.

ร.ศ. 127 ว่า ประสงค์จะเจริญรอยตามประเทศญี่ปุ่น[4] และได้ใช้ระบบประมวลกฎหมายมาตราบเท่าทุกวันนี้ การศึกษาเรื่องระบบกฎหมายเพื่อให้มีความสัมพันธ์ใกล้เคียงกับระบบกฎหมายไทย จะศึกษาเฉพาะระบบกฎหมาย Civil Law และระบบกฎหมาย Common Law

1.1 ระบบกฎหมาย Civil Law

ระบบกฎหมายที่เรียกว่า Civil Law มีประเทศฝรั่งเศส เยอรมัน เนเธอร์แลนด์ เบลเยี่ยม อิตาลี สเปน กับประเทศอื่น ๆ ทั้งในยุโรป อเมริกา เอเชีย แอฟริกาที่ได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายโรมันเดิม[5] โดย Civil Law มาจากคำลาติน "Jus Civile" ที่ใช้แก่คนพื้นเมืองโรมันเนื่องจากได้รับเอกสิทธิ์ให้อยู่ใต้บังคับแห่งกฎหมายนี้ ส่วนบุคคลอื่นนั้นต้องอยู่ในบังคับของอีกกฎหมายหนึ่งคือ กฎหมายของโลก "Jus Gentium" ซึ่งกฎหมาย Civil ของชาวโรมันมีที่มาจากคำพิพากษาของศาลบ้าง การตีความของนักปราชญ์บ้าง จนได้รับการพัฒนาเป็นระบบกฎหมายที่ดี และจากนั้น ได้นำเอาระบบกฎหมายดังกล่าวมารวบรวมเป็นประมวลกฎหมายแพ่ง[6] เช่น ประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส และประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมันในเวลาต่อมา ที่สำคัญระบบกฎหมายซึ่งเป็นประมวลกฎหมายนั้นได้มีการเขียนเป็นลายลักษณ์อักษรเป็นส่วนใหญ่ แม้จะยอมรับในรูปจารีตประเพณีอยู่บ้าง แต่ก็เป็นส่วนน้อย จะใช้จารีตประเพณีต่อเมื่อไม่มีการระบุเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรไว้ ที่มาของระบบ Civil Law จึงมาจากหลักการบัญญัติกฎหมายไว้เป็นลายลักษณ์อักษรใช้ในการพิจารณาคดีเพื่อจัดทำคำพิพากษา ศาลจะยึดถือบทกฎหมายเป็นหลักเกณฑ์โดยผู้พิพากษามีอิสระที่จะตัดสินคดี

---

[4] เรื่องเดียวกัน, หน้า 4.

[5] อักขราทร จุฬารัตน, การตีความกฎหมาย, (กรุงเทพ ฯ : สำนักพิมพ์กฎหมายไทย, 2542), หน้า 11.

[6] หยุด แสงอุทัย, เรื่องเดียวกัน, หน้า 9.

ตามตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร คำพิพากษาไม่ใช่ที่มาของกฎหมาย แต่ผู้พิพากษาก็อาจจะพิจารณาคำพิพากษาในคดีก่อนที่มีข้อเท็จจริงเช่นเดียวกัน ซึ่งคำพิพากษาในคดีก่อนมีเหตุผลและใช้กฎหมายได้อย่างถูกต้อง[7]

1.2 ระบบกฎหมาย Common Law

ลักษณะสำคัญของระบบ Common Law ถือหลักว่าคำพิพากษาของศาลเป็นที่มาของกฎหมาย เมื่อมีคดีความเกิดขึ้นและศาลพิพากษาไปแล้ว คำพิพากษาของศาลย่อมถือเป็นบรรทัดฐานที่ผู้พิพากษาซึ่งตัดสินในคดีหลังที่มีลักษณะข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน จำต้องตัดสินไปในแนวทางเดียวกันกับคดีก่อนๆ[8] โดยมีประเทศอังกฤษ สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย อินเดีย ประเทศที่ได้รับอิทธิพลจากการปกครองของอังกฤษและใช้ภาษาอังกฤษ[9] เป็นผู้ใช้ระบบกฎหมายนี้

1.3 ความแตกต่างของระบบกฎหมาย Civil Law และ Common Law

ระบบกฎหมาย Civil Law ที่ในการพิจารณาคดีเพื่อจัดทำคำพิพากษา ศาลจะยึดถือตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร คือ ประมวลกฎหมายซึ่งวางหลักเกณฑ์ทั่วไป การตีความบทบัญญัติของประมวลกฎหมายจึงต้องตีความอย่างกว้างเพื่อจะได้ใช้เป็นรากฐานในการพิพากษาคดีเมื่อมีสถานการณ์ใหม่เกิดขึ้น เพราะด้วยเหตุผลที่ว่าในขณะบัญญัติประมวลกฎหมายยังไม่มีข้อพิพาทเกิดขึ้น ดังนั้น ในประเทศที่ใช้ประมวลกฎหมายหลักฐานต่าง ๆ ที่ใช้ในการร่างกฎหมาย เช่น บันทึกการประชุมของกรรมการร่างกฎหมาย ตลอดจนคำอภิปรายเกี่ยวกับร่างกฎหมายนั้นในสภา จำเป็นต้องรวบรวมเก็บไว้เป็นหลักฐานที่มีความสำคัญอย่างยิ่งเพื่อใช้ประกอบใน

---

[7] ภูมิชัย สุวรรณดี และคณะ, เรื่องเดียวกัน, หน้า 24-25.

[8] เรื่องเดียวกัน, หน้า 25.

[9] อักขราทร จุฬารัตน, เรื่องเดียวกัน, หน้า 11.

การตีความ โดยแสดงให้เห็นถึงเจตนารมณ์แห่งกฎหมาย[10] ส่วนระบบกฎหมาย Common Law ซึ่งมีความแตกต่างตรงข้ามกัน โดยเมื่อประกาศใช้กฎหมายแล้ว การตีความของศาลจะพิจารณาจากถ้อยคำในกฎหมายนั้นเอง ไม่สามารถใช้เอกสารในขั้นตอนยกร่างกฎหมายอ้างตีความได้ และศาลถือว่า Common Law เป็นกฎหมายทั่วไป แต่พระราชบัญญัติเป็นกฎหมายเฉพาะเรื่องสามารถตีความได้ในวงแคบ คำพิพากษาไม่ใช่เป็นกฎหมายเฉพาะคู่ความในคดีเท่านั้น ศาลอื่นจะต้องดำเนินตามในคดีใหม่ที่เกิดมีขึ้นเมื่อรูปลักษณะของคดีใหม่ เป็นอย่างเดียวกัน คำพิพากษาจึงกลายเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายทั่วไป หรือ Common Law โดยเหตุนี้ Common Law จึงเป็นหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ที่อาจกำหนดเป็นหลักทั่วไปได้จากคำพิพากษาของศาลทั้งหลาย[11]

กฎหมายทั้งสองระบบได้ส่งผลต่อการใช้และการตีความกฎหมายที่เชื่อมโยงสู่การใช้ดุลยพินิจของศาลเพื่อตัดสินให้ข้อพิพาทแห่งคดียุติลงด้วยการจัดทำเป็นคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัย แต่ด้วยเหตุที่พื้นฐานของระบบกฎหมายทั้ง Common Law และ Civil Law นั้น มีแหล่งกำเนิดจากที่มาไม่เหมือนกัน จึงส่งผลปรากฏให้เห็นในความแตกต่างโดยพิจารณาข้อแตกต่างซึ่งมีด้วยกัน 6 ประการ[12] ดังนี้

ประการที่ 1 หลักกฎหมายทั่วไป

ระบบกฎหมาย Common Law เกิดขึ้นจากคำวินิจฉัยชี้ขาดของศาลสูง (Case Law) ที่เป็นผู้วางหลักกฎหมายจากคดีที่เกิดขึ้น ทำให้เมื่อเกิดมีข้อพิพาทซึ่งข้อเท็จจริงเป็นอย่างเดียวกันกับคดีก่อน ศาลก็จะใช้หลักกฎหมายที่ได้ตัดสินไว้แล้ว (Precedent) วินิจฉัยข้อพิพาทนั้น แม้ในปัจจุบัน

---

[10] หยุด แสงอุทัย, เรื่องเดียวกัน, หน้า 11.

[11] เรื่องเดียวกัน.

[12] อักขราทร จุฬารัตน, เรื่องเดียวกัน, หน้า 12-21.

จะมีกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นใช้บังคับ (Act of Parliament หรือ Statute) แต่ไม่ถือว่าเป็นหลักแห่งกฎหมายทั่วไปเหมือนเช่นหลักกฎหมายที่ศาลสูงได้วางบรรทัดฐานไว้ในคดีก่อน ๆ

ระบบกฎหมาย Civil Law ถูกจัดทำในรูปของกฎหมายลายลักษณ์อักษร มีประมวลกฎหมาย (Code) เป็นหลักกฎหมายทั่วไปวางหลักกฎหมายไว้ในลักษณะเป็นการทั่วไปกว้าง ๆ อย่างครบถ้วนชัดเจน นอกจากนี้ ยังมีการบัญญัติของกฎหมายลายลักษณ์อักษรในรูปพระราชบัญญัติต่างๆ เสริมประมวลกฎหมาย ดังนั้น หลักกฎหมายทั่วไปจึงได้แก่ สิ่งที่ปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายและ ในพระราชบัญญัติต่าง ๆ ศาลสูงมีฐานะเป็นเพียงผู้มีหน้าที่แปลหรือตีความบทบัญญัติของกฎหมาย เมื่อมีข้อพิพาทหรือปัญหาเกิดขึ้นเพื่อปรับใช้ในแต่ละคดีที่เกิดขึ้นเท่านั้น

ประการที่ 2 วิธีการศึกษากฎหมาย

ระบบกฎหมาย Common Law การศึกษาจะใช้ Case Law ที่ศาลสูงมีคำพิพากษาวางบรรทัดฐานไว้ ผู้พิพากษาในศาลสูงจึงมีความสำคัญต่อการศึกษากฎหมายในระบบกฎหมาย Common Law

ระบบกฎหมาย Civil Law การศึกษากฎหมายจะสอนและศึกษาอย่างใช้เหตุและผลจากทฤษฎีหลักกฎหมาย ซึ่งเป็นที่มาของตัวบทกฎหมาย ความคิดเห็นของผู้สอนระดับศาสตราจารย์ในมหาวิทยาลัยที่เป็นผู้ค้นคว้าในเชิงวิชาการจึงมีความสำคัญต่อการศึกษากฎหมายในระบบ Civil Law

ประการที่ 3 หลักกฎหมายที่แยกกฎหมายมหาชนออกจากหลักกฎหมายเอกชน

ระบบกฎหมาย Common Law มิได้แยกกฎหมายเป็นสาขามหาชนหรือสาขาเอกชน คงใช้หลักกฎหมายแพ่งเอกชนทั่วไป ซึ่งเกิดจากคำพิพากษาของศาลสูงวางบรรทัดฐานไว้ให้ใช้บังคับแก่คดีที่เกิดขึ้น ทั้งในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชน และความสัมพันธ์ระหว่างรัฐหรือ

เจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน

ระบบกฎหมาย Civil Law ที่มีความเป็นมาจากกฎหมายโรมันเดิม เนื่องจากนิติสัมพันธ์ระหว่างรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับเอกชน ถูกวางอยู่บนพื้นฐานของตรรกะที่แตกต่างกับนิติสัมพันธ์ ที่เกิดขึ้นระหว่างเอกชนด้วยกันเอง โดยความสัมพันธ์ของเอกชนกับเอกชนนั้นมีฐานะเท่าเทียมกัน ย่อมจะต้องเป็นไปตามหลักความตกลงสมัครใจของคู่กรณี (การทำนิติกรรมสัญญาตามหลักของ กฎหมายเอกชน) แต่ความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นระหว่างรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกันหรือเกิดขึ้นกับเอกชน โดยฝ่ายรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องทำหน้าที่ดูแลรักษาผลประโยชน์ส่วนรวมของสังคม ส่วนเอกชนมุ่งรักษาสิทธิประโยชน์ของตนเป็นการส่วนตัว จึงไม่สามารถใช้หลักความเสมอภาคเท่าเทียมกันตามหลักกฎหมายแพ่ง จำเป็นต้องใช้หลักกฎหมายที่แตกต่างกันเพื่อสร้างความสมดุลระหว่างการดูแลรักษาผลประโยชน์ของส่วนรวมกับการดูแลรักษาสิทธิเสรีภาพของเอกชน กฎหมายนั้นได้แก่ กฎหมายมหาชน

ประการที่ 4 การจัดระบบศาลซึ่งเป็นองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาท

ระบบกฎหมาย Common Law ใช้ระบบศาลเดี่ยว คือ ศาลยุติธรรมทำหน้าที่วินิจฉัย ชี้ขาดข้อพิพาทจากบทบัญญัติของกฎหมายทั้งในข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างเอกชนด้วยกันโดยเป็นเรื่องของกฎหมายแพ่ง หรือในเรื่องของกฎหมายอาญาเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย และในเรื่องข้อพิพาททางคดีปกครองระหว่างรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกันหรือกับเอกชน

ระบบกฎหมาย Civil Law ส่วนใหญ่ใช้ระบบศาลคู่ คือ มีศาลยุติธรรม ทำหน้าที่เป็นศาลทั่วไปวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเฉพาะในคดีทางแพ่งและคดีทางอาญาเท่านั้น และมีศาลอื่นที่ไม่ใช่ศาลยุติธรรมทำหน้าที่ลักษณะเป็นศาลชำนัญพิเศษ เช่น มีศาลปกครองทำหน้าที่เป็นศาลวินิจฉัยชี้ขาด

คดีพิพาทเกี่ยวกับคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองระหว่างรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐด้วยกันหรือกับเอกชน โดยศาลปกครองจะมีทั้งศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุดที่แยกออกจากศาลยุติธรรมอย่างเด็ดขาด ในบางประเทศอาจมีศาลอื่น ๆ ได้อีกหลายศาล ศาลแต่ละประเภทนั้นจะมีศาลชั้นต้น และศาลสูงสุดของตัวเองที่แยกออกจากศาลยุติธรรม เช่น ประเทศเยอรมันนอกจากจะมีศาลยุติธรรม และศาลปกครองแยกออกจากกันแล้ว ยังมีศาลการเงินการคลัง ศาลสังคม ศาลแรงงาน เป็นต้น อนึ่ง ลักษณะสำคัญของศาลที่เรียกว่า ศาลคู่ จะต้องไม่ใช่การมีศาลสูงสุดเพียงศาลเดียวที่ทำหน้าที่เป็นศาลสูงสุดของศาลทุกประเภท

ประการที่ 5 ระบบวิธีพิจารณาความ

ระบบกฎหมาย Common Law การพิจารณาคดีแพ่งและคดีอาญาของศาลโดยทั่วไปใช้ระบบกล่าวหา โจทก์และจำเลยมีหน้าที่จะต้องดูแลรักษาผลประโยชน์ของตนเอง โดยมีทนายความเป็นผู้ช่วยเหลือในทางคดี บทบาทของผู้พิพากษาจะทำหน้าที่คอยกำกับดูแลให้ทั้งฝ่ายโจทก์และฝ่ายจำเลยต่อสู้คดีกันในกรอบของกฎหมาย จะไม่ก้าวล่วงเข้าไปซักถามเพื่อให้ได้มาซึ่งข้อเท็จจริงนอกเหนือไปจากที่คู่ความดำเนินอยู่ ด้วยเหตุผลที่ว่าผู้พิพากษาต้องทรงไว้ซึ่งความเป็นกลางในการพิจารณาพิพากษาคดี

ระบบกฎหมาย Civil Law วิธีพิจารณาใช้ระบบการไต่สวนเพื่อค้นหาความจริง โดยบทบาทของผู้พิพากษาจะมีบทบาทอย่างสำคัญในการดำเนินกระบวนวิธีพิจารณา เช่น การซักถามของผู้พิพากษาเพื่อทำให้ได้ข้อเท็จจริงที่จำเป็นอันจะนำไปสู่การตัดสินที่ถูกต้องและเป็นธรรมปรากฏขึ้น ไม่ใช่ผู้พิพากษาทำหน้าที่แต่เพียงคอยกำกับดูแลกระบวนพิจารณาคดีโดยปล่อยให้คู่ความและทนายของแต่ละฝ่ายใช้ความสามารถในเชิงการดำเนินคดีเพื่อทำให้ศาลเชื่อข้อเท็จจริงเท่าที่ปรากฏจากการต่อสู้คดีระหว่างกันเท่านั้น

ประการที่ 6 การศึกษาอบรมเพื่อเป็นนักกฎหมาย

ระบบกฎหมาย Common Law เน้นการศึกษาและฝึกอบรมนักกฎหมายเพื่อให้เป็นผู้ประกอบวิชาชีพทางกฎหมาย เช่น Barrister และ Solicitor ในอังกฤษ หรือ Lawyer หรือ Attorney ในสหรัฐอเมริกาเท่านั้นที่จะสามารถเข้าสู่การทำหน้าที่ทั้งเป็นผู้พิพากษาหรืออัยการประกอบวิชาชีพทางกฎหมายด้านคดีแพ่งและคดีอาญา รวมทั้งอาจเข้าสู่การทำหน้าที่ในทางกฎหมายอื่น ๆ เช่นเดียวกับการเป็นนิติกรหรือตำแหน่งอื่นๆ ที่ใช้ความรู้ความสามารถทางกฎหมาย

ระบบกฎหมาย Civil Law การศึกษาวิชากฎหมายจะเริ่มด้วยการเน้นให้ศึกษาในภาควิชาการที่เป็นทฤษฎีทางกฎหมายจากมหาวิทยาลัยเป็นพื้นฐานสำคัญก่อน จากนั้นผู้ที่ต้องการไปประกอบวิชาชีพทางกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและทางแพ่ง กล่าวคือ การเป็นผู้พิพากษา อัยการ หรือทนายความ จะต้องผ่านการฝึกอบรมตามหลักสูตรที่แยกออกมาจากการศึกษาในภาควิชาการเพื่อการไปประกอบวิชาชีพเป็นนักกฎหมายดังกล่าว แต่ถ้าจะไปเป็นผู้ประกอบวิชาชีพทางกฎหมายอื่นๆ เช่น ในกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง หรือจะเข้ารับราชการ (civil servant) หรือการเป็นนิติกร ก็จะมีระบบการศึกษาและการอบรม (training) เฉพาะในแต่ละด้าน ซึ่งแตกต่างจากการฝึกอบรมเป็นเนติบัณฑิต หรือ Barrister หรือ Lawyer

2. หลักและสาระสำคัญขององค์กรตุลาการหรือศาล

องค์กรเจ้าหน้าที่แห่งรัฐซึ่งใช้อำนาจตุลาการได้จะต้องมีองค์ประกอบอื่น ๆ นอกเหนือจากการพิจารณาถึงเนื้อหาของอำนาจที่องค์กรนั้นใช้อยู่ การจะพิจารณาว่าองค์กรของรัฐองค์กรใด องค์กรหนึ่งมีสถานะเป็นองค์กรตุลาการหรือไม่ ศึกษาได้ดังนี้

2.1 ลักษณะสำคัญขององค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ

ลักษณะสำคัญขององค์กรเจ้าหน้าที่แห่งรัฐจะมีสถานะเป็นองค์กรตุลาการที่แท้จริงได้จะต้องประกอบด้วยคุณสมบัติอันจำเป็น 2 ประการ[13] ดังนี้

ประการที่ 1 องค์กรเจ้าหน้าที่แห่งรัฐที่ใช้อำนาจตุลาการจะต้องใช้อำนาจซึ่งมีเนื้อหาเป็นอำนาจตุลาการ

อำนาจตุลาการโดยพิจารณาจากเนื้อหาของอำนาจ คือ อำนาจบังคับการให้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายในกรณีที่มีข้อพิพาทเกิดขึ้นระหว่างคู่กรณีไม่ว่าจะเป็นเอกชนด้วยกันหรือเอกชนกับองค์กรเจ้าหน้าที่ที่ใช้อำนาจปกครองแห่งรัฐ โดยต่างฝ่ายอ้างว่าฝ่ายตนมีสิทธิจะได้รับความคุ้มครองจากรัฐตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายยิ่งกว่าคู่กรณีฝ่ายอื่น

เนื้อหาของอำนาจตุลาการจึงส่งผลให้องค์กรเจ้าหน้าที่แห่งรัฐที่ใช้อำนาจตุลาการนั้น มีภาระหน้าที่จะต้องปฏิบัติอยู่ 2 กรณี

- กรณีที่หนึ่ง การประเมินข้อเท็จจริงที่คู่กรณีแต่ละฝ่ายได้กล่าวอ้างมา เพื่อสรุปให้ได้ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจริง ทั้งนี้ จากการรับฟังและการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานซึ่งคู่กรณีที่เกี่ยวข้องกับคดี ทุกฝ่ายนำมาแสดงสนับสนุนข้ออ้างของฝ่ายตนและหักล้างข้อกล่าวหาของคู่กรณีฝ่ายอื่น และเมื่อได้ผลสรุปแห่งข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจริงตามที่คู่กรณีกล่าวอ้างแล้วจะต้องมีหน้าที่ในการวินิจฉัยให้ได้ข้อยุติว่า ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นและรับฟังเป็นข้อยุตินั้นมีลักษณะเช่นเดียวกันกับกลุ่มข้อเท็จจริงที่กฎหมายในเรื่องใดได้กำหนดไว้ให้เป็นเงื่อนไขของการบังคับตามสิทธิและหน้าที่ตามที่คู่กรณีแต่ละฝ่ายเรียกร้อง

---

[13] กนิษฐา เชี่ยววิทย์, **การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติโดยองค์กรตุลาการ**, (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2532), หน้า 2-3.

- กรณีที่สอง เมื่อสรุปได้ข้อเท็จจริงในกลุ่มเดียวกันกับกลุ่มข้อเท็จจริงที่กฎหมายใน เรื่องนั้น ๆ กำหนดไว้ และนำบทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องนั้นมาใช้ปรับกับข้อเท็จจริงจากที่ได้ประเมินผลไว้เพื่อที่จะมีคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาให้ข้อพิพาทแห่งคดีอันเกิดจากข้อเท็จจริงที่ยุติแล้วจบสิ้นไป อย่างไรก็ตาม หากปรากฏว่ากฎหมายนั้น ๆ กำหนดผลบังคับไว้หลายทางและไม่บังคับให้ เจาะจงเลือกทางใดทางหนึ่งโดยเฉพาะแล้ว องค์กรเจ้าหน้าที่แห่งรัฐที่ใช้อำนาจตุลาการชอบที่จะใช้ดุลพินิจในการเลือกบังคับให้เป็นไปตามแนวทางใดทางหนึ่งตามที่เห็นว่า มีความเหมาะสมและเป็นธรรมแก่คู่กรณีได้อีกด้วย

ประการที่ 2 องค์กรเจ้าหน้าที่แห่งรัฐที่ใช้อำนาจตุลาการมีการจัดโครงสร้างขององค์กรที่แตกต่างจากการจัดองค์กรเจ้าหน้าที่แห่งรัฐฝ่ายนิติบัญญัติและองค์กรเจ้าหน้าที่แห่งรัฐฝ่ายบริหาร

การแยกองค์กรตุลาการออกจากองค์กรนิติบัญญัติและองค์กรบริหาร ด้วยความมุ่งหมายของหลักการแบ่งแยกอำนาจที่จะให้องค์กรตุลาการทำหน้าที่ควบคุมและตรวจสอบการกระทำขององค์กรนิติบัญญัติและองค์กรบริหารให้ดำเนินการตามภารกิจภายใต้หลักเกณฑ์และกรอบของบทบัญญัติกฎหมาย เนื่องจากเหตุผลที่ว่าทั้งองค์กรนิติบัญญัติและองค์กรบริหารมีแนวโน้มที่จะล่วงละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกชนที่อยู่ภายใต้การปกครองอยู่ตลอดเวลา ประกอบกับลักษณะพื้นฐานแห่งอำนาจตุลาการเพื่อต้องทำหน้าที่ชี้ขาดข้อพิพาท ซึ่งเกิดขึ้นจากการโต้แย้งสิทธิและหน้าที่ระหว่างเอกชนด้วยกันหรือระหว่างองค์กรของรัฐกับเอกชน เป็นผลทำให้ได้ข้อสรุปถึงเงื่อนไขสำคัญที่สุดว่าสถานะขององค์กรตุลาการสมควรที่จะต้องจัดโครงสร้างให้แตกต่างจากองค์กรนิติบัญญัติและองค์กรบริหาร กล่าวคือ โครงสร้างขององค์กรตุลาการซึ่งมีลักษณะแห่งการทำหน้าที่แสวงหาข้อเท็จจริงจากข้อพิพาทของคู่กรณีทุกฝ่ายให้ได้ข้อยุติและตัดสิน

ข้อโต้แย้งของคู่กรณีให้เป็นที่ยอมรับอย่าง เหมาะสมและเป็นธรรม ซึ่งการที่จะทำให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ในการทำหน้าที่ได้อย่างแท้จริงก็คือ ความสามารถขององค์กรตุลาการในการจัดทำคำวินิจฉัยของตนได้อย่างอิสระแท้จริงปราศจากซึ่งอคติและความลำเอียง

ดังนั้น การจะนิยามศัพท์ขององค์กรเจ้าหน้าที่แห่งรัฐที่ใช้อำนาจตุลาการ จึงมีความจำเป็นต้องพิจารณาทั้งจากเนื้อหาแห่งการใช้อำนาจขององค์กรที่ใช้อำนาจชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งเกิดจากการโต้แย้งสิทธิระหว่างกันและลักษณะการจัดโครงสร้างขององค์กรตุลาการให้แยกออกจากองค์กรนิติบัญญัติและองค์กรบริหาร เพื่อให้สามารถใช้อำนาจตุลาการได้อย่างบรรลุวัตถุประสงค์ของอำนาจอย่างแท้จริง

2.2 หลักความเป็นอิสระของตุลาการหรือผู้พิพากษา

การใช้อำนาจหน้าที่ตุลาการของศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีก่อให้เกิดผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ดังนั้น ผู้พิพากษาหรือตุลาการจะต้องมีหลักประกันในความเป็นอิสระเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพากษาโดยต้องปราศจากซึ่งการแทรกแซงใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นจากฝ่ายบริหาร ฝ่ายนิติบัญญัติ หรือจากฝ่ายตุลาการด้วยกันเอง

หลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการหรือผู้พิพากษาในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทมีด้วยกัน 3 ประการสำคัญ[14] ได้แก่

ประการแรก ห้ามมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารเข้ามาแทรกแซงการดำเนินงานของศาล (ผู้พิพากษาและตุลาการ) ไม่ว่าจะเป็นการแทรกแซงโดยทางตรงหรือทางอ้อม หลักการนี้จึงทำให้ฝ่ายบริหารไม่อาจสั่งย้ายผู้พิพากษาหรือตุลาการได้เหมือนกับการย้ายข้าราชการทั่วไป

---

[14] มานิตย์ จุมปา, **คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540)**, พิมพ์ครั้งที่ 7 (กรุงเทพ ฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2548), หน้า 425-426.

ประการที่สอง ห้ามมิให้มีการแทรกแซงกันเองภายในฝ่ายตุลาการ นอกจากภายนอก ไม่อาจแทรกแซงตุลาการได้แล้ว ภายในฝ่ายตุลาการก็จะแทรกแซงกันเองไม่ได้ ซึ่งในเรื่องของการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี ผู้พิพากษาหรือตุลาการที่นั่งพิจารณาจะต้องมีจำนวนครบองค์คณะตามที่กฎหมายกำหนดด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้พิพากษาหรือตุลาการได้ร่วมกันใช้ดุลยพินิจอย่างรอบคอบตามหลักแห่งความเป็นอิสระจากการใช้ข้อเท็จจริงที่ได้รับฟังโดยการนั่งพิจารณาคดีซึ่งมีผู้พิพากษาหรือตุลาการที่ครบองค์คณะ นอกจากนั้นในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีของผู้พิพากษาหรือตุลาการก็จะต้องไม่ตกอยู่ภายใต้ระบบการบังคับบัญชาที่ผู้มีตำแหน่งสูงกว่าสามารถสั่งการได้เหมือนดังเช่นข้าราชการทั่วไปด้วย

ประการที่สาม ห้ามเรียกคืนสำนวนคดีจากผู้พิพากษา หรือตุลาการเจ้าของสำนวนคดีที่อยู่ในความรับผิดชอบของผู้พิพากษาหรือตุลาการท่านใดก็ต้องวินิจฉัยให้แล้วเสร็จ ผู้มีตำแหน่งสูงกว่าไม่ว่าจะเป็นอธิบดีหรือประธานของศาลนั้นก็ไม่อาจเรียกคืนสำนวนคดีเพื่อไปให้ผู้พิพากษาหรือตุลาการอื่นพิจารณาวินิจฉัย

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติคุ้มครองความเป็นอิสระของผู้พิพากษาและตุลาการไว้ในมาตรา 197 จำแนกได้ดังนี้

(1) การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาลซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปโดยยุติธรรม ตามรัฐธรรมนูญ ตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์

(2) ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาอรรถคดีให้เป็นไปโดยถูกต้อง รวดเร็ว และเป็นธรรม ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย

(3) การโยกย้ายผู้พิพากษาและตุลาการโดยไม่ได้รับความยินยอมจากผู้พิพากษาและตุลาการนั้น จะกระทำมิได้ เว้นแต่เป็นการโยกย้ายตาม

วาระที่กฎหมายบัญญัติ เป็นการเลื่อนตำแหน่งให้สูงขึ้น เป็นกรณีที่อยู่ในระหว่างถูกดำเนินการทางวินัยหรือตกเป็นจำเลยในคดีอาญา เป็นต้น

2.3 การคุ้มครองและหลักประกันที่ได้รับจากองค์กรตุลาการหรือศาล

ลักษณะแห่งการใช้อำนาจขององค์กรตุลาการหรือศาล เพื่อทำหน้าที่ตามภารกิจหลัก วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งเกิดจากการโต้แย้งสิทธิและหน้าที่ระหว่างเอกชนด้วยกันหรือระหว่างองค์กรของรัฐด้วยกันหรือกับเอกชน โดยกระบวนการของระบบศาลที่ให้ความเป็นอิสระแก่ตุลาการหรือผู้พิพากษาสามารถสร้างคำพิพากษาให้เป็นที่ยอมรับอย่างเหมาะสมและเป็นธรรม ทั้งนี้ องค์กรตุลาการหรือศาลให้การคุ้มครองและสร้างหลักประกันได้ดีกว่าระบบอื่น ๆ ประกอบด้วยเหตุผลสนับสนุน 4 ประการ[15] ดังนี้

1. ศาลหรือองค์กรตุลาการมีความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ไม่ตกอยู่ภายใต้อิทธิพลขององค์กรใด ๆ ของรัฐทั้งทางตรงและทางอ้อม ซึ่งความเป็นอิสระของศาลนี้ย่อมเป็นหลักประกันแก่เอกชนว่า กรณีพิพาทจะได้รับการพิจารณาโดยคนกลางที่ปราศจากความลำเอียงและความมีอคติต่าง ๆ ซึ่งไม่สามารถหาได้จากองค์กรใดในระบบอื่น

2. เมื่อราษฎรได้ยื่นคำฟ้องอย่างถูกต้อง ศาลมีหน้าที่ต้องพิจารณาและพิพากษาคดีเสมอ จะปฏิเสธไม่พิจารณาพิพากษาคดีไม่ได้ จึงเป็นหลักประกันแก่คู่ความฝ่ายที่ฟ้องคดีว่าทุกข์หรือความเดือดร้อนของตนหากมีอยู่จริงจะได้รับการขจัดปัดเป่าภายในเวลาอันสมควร ซึ่งหลักประกันเช่นนี้ไม่อาจพบได้ในระบบอื่น ๆ ขององค์กรแห่งรัฐ

3. วิธีพิจารณาของศาลเป็นไปอย่างเปิดเผย เปิดโอกาสให้

---

[15] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, **หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง**, พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2540), หน้า 79-82.

สาธารณชนเข้าฟังการพิจารณาได้ และเปิดโอกาสให้คู่กรณีทุกฝ่ายนำพยานหลักฐานต่าง ๆ มาสืบสนับสนุนหรือหักล้างข้ออ้างข้อต่อสู้ของตนหรือคู่กรณีฝ่ายตรงข้ามได้อย่างเต็มที่ การที่ศาลเปิดโอกาสให้สาธารณชนเข้าฟังการพิจารณาย่อมเป็นหลักประกันแก่เอกชนว่า ศาลจะไม่ใช้อำนาจตามอำเภอใจ เพราะการพิจารณาคดีอยู่ในสายตาของสาธารณชนตลอดเวลา

4. ศาลต้องให้เหตุผลประกอบคำพิพากษาของตนเสมอ การบังคับให้ศาลแสดงข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่เป็นมูลเหตุจูงใจให้วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทไปในทางใดทางหนึ่ง โดยให้ปรากฏแก่คู่ความและสาธารณชนทั่วไปเช่นนี้ ย่อมเป็นหลักประกันแก่เอกชนว่า ศาลจะไม่พิพากษาคดี ตามอำเภอใจและเป็นการบังคับให้ตุลาการหรือผู้พิพากษาใช้ความไตร่ตรองและใคร่ครวญให้รอบคอบว่า คำพิพากษานั้นมีเหตุผลที่วิญญูชนจะพึงรับฟังเท่านั้น

3. หลักและสาระสำคัญว่าด้วยการนั่งพิจารณาคดีของศาล

อำนาจตุลาการที่ศาลเป็นผู้ใช้ตั้งอยู่บนพื้นฐานของหลักแห่งความเป็นอิสระในการดำเนินกระบวนการยุติธรรม ความเป็นอิสระของศาลจะมีโดยสมบูรณ์ต่อเมื่อศาลได้รับรู้ข้อเท็จจริงทุกอย่างที่จะช่วยประกอบการทำคำพิพากษาเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทจึงกล่าวได้ว่ามีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ศาลจะต้องได้รับฟังคู่ความทุกฝ่ายก่อนที่จะมีคำพิพากษา แนวความคิดนี้มีมาตั้งแต่กฎหมายโรมัน เรียกว่า หลัก "audiatur et altera pars" เป็นหลักที่ปรากฏทั้งในระบบกฎหมาย Civil Law และในระบบกฎหมาย Common Law[16] ศึกษา ได้ดังนี้

---

[16] วรรณชัย บุญบำรุง และคณะ, **หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1**, (กรุงเทพ ฯ : วิญญูชน, 2548), หน้า 207.

3.1 หลักการนั่งพิจารณาและการพิจารณาในรูปองค์คณะของศาล

หลักประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษาหรือตุลาการประการหนึ่งที่ห้ามมิให้มีการแทรกแซงกันในฝ่ายตุลาการด้วยกันเอง มีผลส่งให้ผู้พิพากษาหรือตุลาการที่มิได้นั่งพิจารณาจะทำคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาคดีนั้นไม่ได้ ทั้งนี้ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1 (9) บัญญัติบทวิเคราะห์ศัพท์คำว่า "การนั่งพิจารณา" หมายความว่า การที่ศาลออกนั่งเกี่ยวกับการพิจารณาคดี เช่น ชี้สองสถาน สืบพยาน ทำการไต่สวน ฟังคำขอต่าง ๆ และฟังคำแถลงการณ์ด้วยวาจา หลักทั่วไปประการหนึ่งของกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่ให้ความสำคัญกับการนั่งพิจารณาให้เป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน ไม่ขึ้นอยู่กับดุลพินิจแต่เฉพาะของศาลเท่านั้น โดยลักษณะดังกล่าวนี้เป็นลักษณะบังคับพื้นฐานอย่างหนึ่งของหลักนิติรัฐ[17] ซึ่งมีหลักการได้รับฟังหรือหลักฟังความสองฝ่ายที่ถือว่าเป็นมาตรฐานคุ้มครองคู่ความในการดำเนินกระบวนพิจารณาอย่างหนึ่ง โดยได้นำไปใช้บังคับในทุกประเทศ เช่น ประเทศต่าง ๆ ในยุโรป รัฐธรรมนูญเยอรมัน มาตรา 103 วรรคหนึ่ง ในสวิตเซอร์แลนด์ การตีความมาตรา 4 ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ที่ว่า "ชาวสวิสทุกคนมีสิทธิเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย" นอกจากนี้ ตามมาตรา 6 วรรคหนึ่ง อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ก็ได้กำหนดหลักประกันเรื่องสิทธิในการที่จะได้รับฟังทั้งในคดีแพ่งและในคดีอาญาและในกฎหมาย วิธีพิจารณาความของระบบ Common Law ก็มีหลักว่าศาลจะต้องรับฟังข้อเท็จจริงจากคู่ความทั้งสองฝ่าย กล่าวคือ คู่ความแต่ละฝ่ายมีสิทธิที่จะชี้แจงข้อเท็จจริงของตนต่อศาล เพื่อที่จะให้ศาลได้รับทราบข้อเท็จจริงอย่างครบถ้วนจากคู่ความทุกฝ่าย ซึ่งเป็นหลักการสำคัญหลักหนึ่งในสองประการของหลักใหญ่ที่เรียกว่า "natural justice" ส่วนหลัก

---

[17] เรื่องเดียวกัน, หน้า 71.

อีกประการหนึ่งนั้นคือ ผู้พิจารณาคดีจะต้องมีความเป็นกลางและไม่มีอคติหรือเข้าข้างคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง (meno judex in causa sua) ที่เป็นหลักย่อยรองรับหลักการแห่งสิทธิในการคัดค้านผู้พิพากษา[18]

อย่างไรก็ตาม หลักของการได้รับฟังหรือหลักฟังความสองฝ่ายที่เป็นต้นแบบแห่งหลักการนั่งพิจารณาของศาลโดยบัญญัติถึงนิยามศัพท์ "การนั่งพิจารณา" ไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยนั้น มีพื้นฐานสำคัญที่ประกอบด้วยเหตุผล 2 ประการ[19] คือ

(1) เหตุผลทั่วไป เป้าหมายที่จำเป็นของคำพิพากษาบังคับว่าคำพิพากษาของศาลจะต้องเกิดขึ้นจากการเปิดเผยข้อเท็จจริงทั้งหมดที่ช่วยให้ศาลสามารถพิจารณาในทุกประเด็นเท่าที่จะสามารถทำได้ ลักษณะความจำเป็นดังกล่าวจะได้รับการประกันก็ต่อเมื่อคู่ความทั้งสองฝ่ายมีโอกาสที่จะเสนอข้อกล่าวอ้างหรือข้อต่อสู้ทั้งหมดรวมทั้งความเห็นที่ตนเห็นว่าเกี่ยวข้องกับประเด็นแห่งคดี และความจริงแล้วคู่ความก็จะเสนอข้อเท็จจริงที่ตนเห็นว่าจะเป็นผลดีสำหรับตน สิ่งเหล่านี้จะช่วยทำให้ศาลสามารถค้นหาความเป็นจริงได้ในที่สุด

(2) เหตุผลทางด้านกฎหมาย ตามที่ได้กล่าวแล้วว่า สิทธิในการได้รับฟังนี้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน จึงเป็นผลจากการที่รัฐต้องให้ความเคารพต่อศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ (la dignit" humaine) โดยประชาชนไม่ได้เป็นเพียงวัตถุอย่างหนึ่ง (un objet) ของคำพิพากษาของศาล แต่ยังมีฐานะเป็นผู้ทรงสิทธิหนึ่ง (un sujet) ของกระบวนพิจารณาที่เขาได้เข้ามามีส่วนร่วมด้วย ดังนั้น คู่ความจึงควรมีโอกาสที่จะดำเนินการต่าง ๆ และร่วมมือกับศาลในการค้นหาวิธีทางแก้ไขปัญหาที่เป็นธรรม กระบวนพิจารณาที่มีลักษณะเผด็จการโดยคู่ความไม่มีโอกาสที่จะรักษาผลประโยชน์ของตนเองและต้อง

[18] เรื่องเดียวกัน, หน้า 207-208.

[19] เรื่องเดียวกัน, หน้า 208.

รอคำตัดสินของศาลแต่เพียงอย่างเดียวดังเช่นในอดีตนั้น ไม่เป็นสิ่งที่สอดคล้องกับแนวความคิดในปัจจุบัน โดยเฉพาะในเรื่องศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์

สำหรับเรื่องการพิจารณาในรูปองค์คณะของศาล เนื่องจากการให้หลักประกันแก่คู่ความทุกฝ่ายว่า เมื่อมีคดีขึ้นสู่ศาลแล้วจะได้รับการพิจารณาพิพากษาด้วยความรอบคอบ ซึ่งการที่ผู้พิพากษา หรือตุลาการตามจำนวนที่กฎหมายกำหนดไว้ในคดีใดคดีหนึ่งที่ออกนั่งพิจารณาคดีจะต้องร่วมกันนั่งพิจารณาเป็นองค์คณะ ทั้งนี้ เพื่อการสืบพยานรับฟังข้อเท็จจริงต่าง ๆ จากพยานหลักฐานที่เกี่ยวข้องกับคดี พร้อมทั้งนำพยานหลักฐานต่าง ๆ มาประมวลสรุปเพื่อใช้เป็นฐานข้อมูลในการจัดทำคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยคดีให้ข้อพิพาทแห่งคดีนั้นเป็นอันจบสิ้นไป หลักว่าด้วยการนั่งพิจารณาและการทำคำพิพากษาในรูปองค์คณะของศาล จึงมีความสัมพันธ์ซึ่งกันและกันในกระบวนการยุติธรรมของศาล โดยศาลต้องถูกผูกพันกับวิธีพิจารณาความที่ได้รับการบัญญัติไว้เป็นกฎหมายอย่างสมบูรณ์

หลักประกันแห่งการดำเนินกระบวนการยุติธรรมที่ดีอย่างหนึ่ง ได้แก่ การคำนึงถึงลักษณะของประเภทแห่งคดีที่มีความสำคัญแตกต่างกัน กฎหมายจึงได้กำหนดให้การพิจารณาพิพากษาคดีโดยศาลมีผู้พิพากษาร่วมพิจารณาเป็นองค์คณะ หรือมีเฉพาะแต่เพียงผู้พิพากษานายเดียว[20] โดยการพิจารณาพิพากษาคดีในรูปองค์คณะจะเป็นหลักประกันของความรอบคอบและความเป็นกลางได้อย่างดี การพิจารณาคดีที่อาศัยเสียงข้างมากขององค์คณะผู้พิพากษามีความจำเป็นจะต้องอาศัยการมีส่วนร่วมแสดงความเห็นของผู้พิพากษาทุกคนที่เป็นองค์คณะ ทำให้การพิจารณาคดีได้รับการไตร่ตรองมากขึ้น ช่วยลดความเสี่ยงต่อความผิดพลาด และเป็นการฝึกสอน

[20] เรื่องเดียวกัน, หน้า 186-187.

ให้ผู้พิพากษาใหม่ได้รับประสบการณ์จากผู้พิพากษาอาวุโส สร้างหลักประกันในการใช้ความเห็นที่เป็นกลางของผู้พิพากษาที่เป็นองค์คณะ ทั้งนี้ ส่งผลความต่อเนื่องให้แก่การพิจารณาคดีโดยศาลสูงที่กระทำในรูปขององค์คณะผู้พิพากษาอีกด้วย อย่างไรก็ตาม บางประเทศกำหนดให้การพิจารณาพิพากษาคดีโดยผู้พิพากษานายเดียว เพื่อให้การดำเนินคดีรวดเร็วและเสียค่าใช้จ่ายน้อย เช่น ในอังกฤษและแคนาดา แนวโน้มแห่งวิวัฒนาการของประเทศต่าง ๆ ในปัจจุบันจะให้ความสำคัญกับอำนาจผู้พิพากษานายเดียวมากขึ้น โดยเฉพาะในศาลชั้นต้น ด้วยเหตุผลดังนี้

(1) การพิจารณาคดีโดยองค์คณะในทางปฏิบัติมักจะมอบหมายให้ผู้พิพากษานายเดียว เป็นผู้รับผิดชอบรวบรวมข้อเท็จจริงและเขียนคำพิพากษา ส่วนผู้พิพากษาอื่นที่เป็นองค์คณะ ได้แต่เพียงลงชื่อในคำพิพากษาให้ครบองค์คณะเท่านั้น ทั้งนี้ เนื่องจากจำนวนผู้พิพากษาแต่ละศาลมีน้อยส่วนปริมาณคดีมีเป็นจำนวนมาก

(2) การพิจารณาคดีโดยผู้พิพากษานายเดียวจะเป็นการช่วยประหยัดเวลาและใช้ทรัพยากรบุคคลได้อย่างเต็มที่

(3) ผู้พิพากษานายเดียวสามารถให้หลักประกันในความเป็นกลางและความเป็นอิสระได้ดีเช่นกัน หากมีระบบการควบคุมตรวจสอบที่ดีและการใช้ผู้พิพากษานายเดียวพิจารณาคดีนั้น ผู้พิพากษามักจะตระหนักระมัดระวังในเรื่องนี้มากยิ่งขึ้น

สำหรับประเทศไทย ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 236[21] บัญญัติไว้ว่า การนั่งพิจารณาคดีของศาลต้องมีผู้พิพากษาหรือตุลาการครบองค์คณะ และผู้พิพากษาหรือตุลาการ ซึ่งมิได้นั่งพิจารณาคดีใด จะทำคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยคดีนั้นมิได้ ซึ่งเป็นปัจจัยที่ผลักดันให้

[21]โปรดดูรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 236.

ศาลยุติธรรมนำวิธีการเรื่องการบริหารจัดการคดี (case management) ของสหรัฐอเมริกาและอังกฤษมาปรับใช้ตั้งแต่ประมาณปลายปี พ.ศ. 2545 มีการแยกกลุ่มประเภทคดีเป็นคดีจัดการพิเศษ (fast track) เช่น คดีขาดนัด แยกออกจากคดีสามัญทั่วไป ระบบการพิจารณาคดีต่อเนื่องโดยนั่งพิจารณาคดีติดต่อกันไป (ซึ่งเป็นระบบที่ใช้กันอยู่ในกลุ่มประเทศ Common Law ที่เรียกว่า "a day in court") การใช้ระบบไกล่เกลี่ย การจัดตั้งศูนย์นัดความ ซึ่งมีผลทำให้การพิจารณาคดีในศาลชั้นต้นเป็นไปด้วยความรวดเร็วยิ่งขึ้น

แต่กระนั้นก็ดี การให้ความสำคัญแห่งคดีที่ทำให้เกิดความแตกต่างในการใช้ผู้พิพากษาหรือตุลาการ ซึ่งมีจำนวนองค์คณะเป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดเพื่อดำเนินกระบวนพิจารณาตามหลักการนั่งพิจารณาและการพิจารณาในรูปองค์คณะของผู้พิพากษาหรือตุลาการ สรุปความสำคัญได้ 3 ประการ[22] คือ

(1) การรับฟังพยานหลักฐานตลอดจนการวินิจฉัยข้อเท็จจริงแห่งคดี การที่ผู้พิพากษาในองค์คณะได้ร่วมกันรู้เห็นและฟังคำเบิกความตลอดจนสังเกตอากัปกิริยาของพยานและคู่ความด้วยกัน จะทำให้การวินิจฉัยข้อเท็จจริงในคดีเป็นไปด้วยความละเอียดรอบคอบยิ่งขึ้น

(2) การปรึกษาข้อกฎหมายในการดำเนินกระบวนพิจารณาเมื่อออกนั่งพิจารณาคดี การวินิจฉัยข้อกฎหมายในการดำเนินกระบวนพิจารณาเป็นเรื่องที่ต้องใช้ความรวดเร็วและแม่นยำ การนั่งพิจารณาคดีโดยมีผู้พิพากษาครบองค์คณะจะช่วยให้ผู้พิพากษาสามารถปรึกษาหารือและวินิจฉัยข้อกฎหมายในการดำเนินกระบวนพิจารณาได้โดยถูกต้อง รวดเร็วและเป็นธรรมยิ่งขึ้น

---

[22] สมชาย จันทร์ประเทือง, **การบริหารจัดการคดีเพื่อนำไปสู่การนั่งพิจารณาคดีครบองค์คณะและต่อเนื่อง : ศึกษาเฉพาะกรณีศาลยุติธรรม,** (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2547), หน้า 37-42.

(3) การตรวจสอบและถ่วงดุลซึ่งกันและกัน ผู้พิพากษาที่ออกนั่งพิจารณาคดีมีหน้าที่ในการควบคุมกระบวนพิจารณาให้เป็นไปโดยเรียบร้อย การที่ผู้พิพากษาเพียงคนเดียวใช้อำนาจในการควบคุมกระบวนพิจารณาอาจเกิดการใช้อำนาจอย่างมีอคติและไม่เที่ยงธรรมต่อคู่ความ การที่ผู้พิพากษาออกนั่งพิจารณาคดีครบองค์คณะจะช่วยลดการใช้อำนาจดังกล่าวได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 938/2472 ผู้พิพากษาศาลเดิมนั่งพิจารณาคดีไม่ครบองค์คณะ คู่ความมีโอกาสคัดค้านได้ สละสิทธิเสียไม่คัดค้านในชั้นศาลเดิม ดังนี้ จะยกขึ้นร้องคัดค้านในชั้นศาลอุทธรณ์และฎีกาไม่ได้ (และมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 535/2480 เดินตาม)

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1903/2517 (คดีอาญา) คดีนี้จำเลยฎีกาในปัญหาข้อกฎหมายมีใจความว่าศาลชั้นต้นพิจารณาคดีโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ขัดต่อพระธรรมนูญศาลยุติธรรม มาตรา 23 เพราะมีผู้พิพากษาออกนั่งพิจารณาแต่เพียงนายเดียวเท่านั้น ขอให้ยกฟ้องของโจทก์เสีย

ศาลฎีกาได้พิเคราะห์แล้วเห็นว่า "จำเลยมีโอกาสโดยบริบูรณ์ที่จะคัดค้านการที่ผู้พิพากษาได้ขึ้นนั่งพิจารณาคดีนี้โดยไม่ครบองค์คณะแล้ว ตั้งแต่ในขณะที่ศาลชั้นต้นกำลังดำเนินกระบวนพิจารณาอยู่ต่อหน้าจำเลย การที่จำเลยละเลยเสียมิได้โต้แย้งคัดค้านในเวลาอันสมควรเช่นนี้ ย่อมถือได้ว่าจำเลยได้สละสิทธิ์นั้นแล้ว จำเลยเพิ่งจะมายกขึ้นโต้แย้งต่อเมื่อคดีได้ล่วงเลยจนถึงชั้นนี้แล้วย่อมไม่ได้ ตามนัยแห่งคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 938/2472 ระหว่างอัยการนครปฐม โจทก์ นายสวัสดิ์ ศุภฤกษ์ จำเลย และฎีกาที่ 535/2480 ระหว่างหลวงราชไมตรีขุนประเทิงคดี จำเลย ฎีกาจำเลยฟังไม่ขึ้น"

จากคำพิพากษาศาลฎีกาที่กล่าวมาข้างต้นจะเห็นว่ายอมรับให้มีการนั่งพิจารณาคดี โดยผู้พิพากษาไม่ครบองค์คณะได้ ซึ่งย่อมกระทบต่อสิทธิของคู่ความในคดี ดังนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มาตรา 236 จึงได้บัญญัติถึงสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยผู้พิพากษา

ครบองค์คณะไว้ เพื่อยกฐานะให้เป็นสิทธิในรัฐธรรมนูญ และต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ได้นำมาบัญญัติไว้ในมาตรา 40 (2) ว่า สิทธิพื้นฐานในกระบวนพิจารณา ซึ่งอย่างน้อยต้องมีหลักประกันพื้นฐานเรื่อง ... การได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาหรือตุลาการที่นั่งพิจารณาคดีครบองค์คณะ ...

3.2 องค์คณะและการพิจารณาคดีในศาล

การใช้อำนาจตุลาการโดยศาลแต่ละศาลในรูปขององค์คณะเพื่อดำเนินกระบวนพิจารณาและพิพากษาคดีนั้น ความสำคัญขึ้นอยู่กับว่าข้อพิพาทในเรื่องนั้นๆ มีเกณฑ์แห่งกฎหมายซึ่งตราโดยองค์กรนิติบัญญัติกำหนดให้สอดคล้องต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ โดยให้มีจำนวนผู้พิพากษาหรือตุลาการร่วมกันพิจารณาพิพากษาคดีเพื่อระงับข้อพิพาทให้ยุติเป็นประการใด

3.2.1 ศาลยุติธรรม

ศาลยุติธรรมมี 3 ชั้นศาล[23] คือ ศาลชั้นต้น ศาลอุทธรณ์ และศาลฎีกาโดยในศาลฎีกาให้มีแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง

(1) ศาลชั้นต้น[24] ได้แก่ ศาลแพ่ง... ศาลอาญา... ศาลจังหวัด และศาลแขวง...

(1.1) ศาลแขวง[25] เป็นศาลชั้นต้นมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเล็ก ๆ น้อย ๆ ทั้งคดีแพ่ง คดีอาญา เช่น คดีเล่นการพนัน โสเภณี หรือคดีอาญาโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี ปรับไม่เกิน หกหมื่นบาท หรือ

---

[23]โปรดดูรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 219.

[24]โปรดดูพระธรรมนูญศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 2.

[25]ชุมพล จันทราทิพย์, **พระธรรมนูญศาลยุติธรรม,** พิมพ์ครั้งที่ 12 (กรุงเทพ ฯ : บริษัท ด่านสุทธาการพิมพ์ จำกัด, 2548), หน้า 69-93.

คดีแพ่งทุนทรัพย์ไม่เกินสามแสนบาท มีวิธีพิจารณาแตกต่างกันกับศาลชั้นต้นอื่น ซึ่งวัตถุประสงค์นั้นต้องการให้การพิจารณาเป็นไปโดยรวบรัดเสร็จรวดเร็ว โจทก์อาจฟ้องด้วยวาจาและจำเลยก็อาจให้การแก้คดีด้วยวาจาได้ ประชาชนได้รับความสะดวกไม่ต้องดำเนินคดีที่ศาลแพ่ง ศาลอาญา ซึ่งมีวิธีพิจารณายุ่งยากกว่า

องค์คณะผู้พิพากษาของศาลแขวงมิได้กล่าวไว้โดยตรงในพระธรรมนูญศาลยุติธรรมเหมือนเช่นศาลชั้นต้นอื่น ซึ่งบัญญัติไว้ในมาตรา 26 ว่า ภายใต้บังคับมาตรา 25 ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลชั้นต้น นอกจากศาลแขวงและศาลยุติธรรมอื่นซึ่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลนั้นกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ต้องมีผู้พิพากษาอย่างน้อยสองคน และต้องไม่เป็นผู้พิพากษาประจำศาลเกินหนึ่งคน จึงเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษาคดีแพ่ง คดีอาญาทั้งปวง (พระธรรมนูญศาลยุติธรรม พ.ศ. 2543 มาตรา 27) แต่องค์คณะศาลแขวงพิจารณาได้จากบทบัญญัติในมาตรา 17 ซึ่งกล่าวถึงอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลแขวง แต่โยงไปใช้อำนาจของผู้พิพากษาคนเดียวของศาลชั้นต้น ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 25 วรรคหนึ่ง เฉพาะที่เกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญามีอยู่ตาม (4), (5) คือ ศาลแขวงมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งที่ราคาทรัพย์สินที่พิพาทหรือจำนวนเงินที่ฟ้องไม่เกิน 300,000 บาท และมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญา ซึ่งอัตราโทษอย่างสูงตามที่กฎหมายกำหนดไว้ให้จำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 60,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งคดีเหล่านี้อยู่ในอำนาจของผู้พิพากษาคนเดียว หรือนัยหนึ่งศาลแขวงมีอำนาจที่จะพิจารณาพิพากษาได้ จึงสรุปได้ว่าในศาลแขวงนี้มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีอาญาซึ่งกฎหมายกำหนดอัตราโทษอย่างสูงไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 60,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับแต่จะลงโทษจำคุกเกิน 6 เดือนหรือ ปรับเกิน 10,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ซึ่งโทษจำคุก หรือปรับอย่างใดอย่างหนึ่งหรือทั้งสองอย่างเกินอัตราที่กล่าว

แล้วไม่ได้ (พระธรรมนูญศาลยุติธรรม มาตรา 25 (5)) หมายความว่าคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลแขวง ซึ่งมีองค์คณะผู้พิพากษาคนเดียว คือ คดีตามมาตรา 25 (5) แต่ผู้พิพากษาคนเดียวของศาลแขวงซึ่งเป็นศาลชั้นต้นเช่นเดียวกับศาลจังหวัด ศาลแพ่ง ศาลอาญา ฯลฯ มีอำนาจพิพากษาจำคุกจำเลยได้อย่างสูงไม่เกิน 6 เดือน หรือปรับไม่เกิน 10,000 บาท หากลงโทษเกินกว่าอัตราดังกล่าวผู้พิพากษาศาลแขวงคนเดียวนั้นจะต้องปฏิบัติตามมาตรา 29, มาตรา 31 (2) กล่าวคือจะต้องให้ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลแขวง (หรือผู้ทำการแทนตามมาตรา 9) ลงลายมือชื่อทำคำพิพากษาเป็นองค์คณะด้วย หลังจากได้ตรวจสำนวนแล้วกล่าวคือ องค์คณะผู้พิพากษาจะต้องมีจำนวน 2 คน

(1.2) ศาลชั้นต้นนอกจากศาลแขวง[26] มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญาทั้งปวง คือ ศาลจังหวัด มีอำนาจตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรม ฯ มาตรา 18 ศาลแพ่ง ศาลอาญา ศาลแพ่งกรุงเทพใต้ ศาลอาญากรุงเทพใต้ ศาลแพ่งธนบุรี ศาลอาญาธนบุรี มีอำนาจตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรม ฯ มาตรา 19

องค์คณะผู้พิพากษาเป็นไปตามมาตรา 26 อย่างน้อย 2 คน จึงจะมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีแพ่ง คดีอาญา ทั้งปวง คือ ไม่ว่าคดีจะมีความสำคัญมากน้อยเพียงใด แต่มิใช่ว่าผู้พิพากษาต้องมา 2 คนทุกคดี เพราะคดีบางเรื่องในศาลชั้นต้นนอกจากศาลแขวงผู้พิพากษาคนเดียวมีอำนาจพิจารณาพิพากษาได้ แต่คดีบางเรื่องเกินอำนาจผู้พิพากษาคนเดียว เช่น คดีปล้นทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 340 อันมีอัตราโทษจำคุกตั้งแต่ 10-15 ปี และปรับตั้งแต่ 20,000 บาท ถึง 30,000 บาท ผู้พิพากษาคนเดียวไม่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาเพราะเกินอำนาจของตน

---

[26] เรื่องเดียวกัน, หน้า 56.

(2) ศาลอุทธรณ์[27] เป็นศาลสูงชั้นกลาง อำนาจศาลตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรม มาตรา 22 บัญญัติว่า ศาลอุทธรณ์และศาลอุทธรณ์ภาคมีอำนาจพิจารณาพิพากษาบรรดาคดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลชั้นต้นตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการอุทธรณ์ คือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความ คดีทุกเรื่องไม่ว่าคดีแพ่งคดีอาญาเมื่อศาลชั้นต้นพิจารณาพิพากษาแล้ว หากคู่ความฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่พอใจในคำพิพากษาก็อาจอุทธรณ์ไปศาลอุทธรณ์ได้เสมอ เว้นแต่ต้องห้ามมิให้อุทธรณ์ตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความ เช่น คดีแพ่งที่มีราคาทรัพย์สิน หรือจำนวนทุนทรัพย์ที่พิพาทไม่เกิน 50,000 บาท ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 224 หรือคดีอาญาที่มีอัตราโทษจำคุกไม่เกิน 3 ปี หรือปรับไม่เกิน 60,000 บาท ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 193 ทวิ ต้องห้ามอุทธรณ์ในปัญหาข้อเท็จจริง แต่ภายใต้ข้อยกเว้นบางประการก็อาจอุทธรณ์ได้ดังนี้เป็นต้น การอุทธรณ์ให้ทำเป็นหนังสือยื่นต่อศาลชั้นต้นภายในกำหนด 1 เดือน

ในการพิจารณาชั้นอุทธรณ์ ตามปกติแล้วศาลอุทธรณ์เพียงแต่พิจารณาฟ้องอุทธรณ์คำแก้อุทธรณ์และพยานหลักฐานทั้งปวงในสำนวนความซึ่งศาลชั้นต้นส่งมาแล้วมีอำนาจพิพากษาได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 240

องค์คณะผู้พิพากษา พระธรรมนูญศาลยุติธรรม มาตรา 27 บัญญัติว่า ศาลอุทธรณ์ต้องมีผู้พิพากษาอย่างน้อย 3 คน จึงจะเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษาได้ หมายความว่า ในการพิจารณาก็ดี ในการที่จะพิพากษาก็ดี ในศาลอุทธรณ์นั้น ต้องมีผู้พิพากษาอย่างน้อย 3 คน เป็นองค์คณะเสมอไป จึงจะพิจารณาพิพากษาคดีที่อุทธรณ์มาจากศาลชั้นต้น

---

[27] เรื่องเดียวกัน, หน้า 124-128.

ได้ ไม่ว่าคดีลหุโทษ หรือคดีอุกฉกรรจ์ หรือคดีแพ่ง มีจำนวนทุนทรัพย์มากน้อยเพียงใดก็ตาม

(3) ศาลฎีกา[28] เป็นศาลสูงสุดอำนาจศาลตามพระธรรมนูญศาลยุติธรรม มาตรา 23 มีอำนาจ 3 ประการ คือ

(3.1) มีอำนาจพิจารณาพิพากษาบรรดาคดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลอุทธรณ์ ศาลอุทธรณ์ภาค ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการฎีกา คือ เมื่อศาลอุทธรณ์พิพากษาแล้วคู่ความไม่พอใจก็ฎีกาต่อศาลฎีกาให้วินิจฉัยอีกชั้นหนึ่งเป็นชั้นสุดท้ายได้ แต่มิได้ หมายความว่าฎีกาได้ทุกเรื่อง ต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความว่าด้วยการฎีกา คำพิพากษาศาลอุทธรณ์บางเรื่องกฎหมายห้ามฎีกา เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 248 ในคดีมีราคาทรัพย์สินหรือจำนวนทุนทรัพย์ที่พิพาทไม่เกิน 200,000 บาท และศาลอุทธรณ์พิพากษายืนตามคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลชั้นต้นหรือเพียงแต่แก้ไขเล็กน้อย หรือในคดีอาญาที่ศาลอุทธรณ์พิพากษายืนตามศาลชั้นต้นหรือแก้ไขเล็กน้อยให้ลงโทษจำคุกจำเลยไม่เกิน 5 ปี หรือปรับ หรือทั้งจำทั้งปรับ แต่โทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 218 ห้ามฎีกาในปัญหาข้อเท็จจริง ทั้งนี้ ภายใต้ข้อยกเว้นบางประการดังนี้ เป็นต้น ส่วนข้อกฎหมายนั้นคู่ความฎีกาได้เสมอ ศาลฎีกามีอำนาจพิพากษาได้ 4 ประการ คือ ยก ยืน กลับ แก้ คำพิพากษาศาลอุทธรณ์

(3.2) คดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลชั้นต้นโดยตรงต่อศาลฎีกา เช่น เคยปรากฏตามพระธรรมนูญศาลทรัพย์เชลย พ.ศ. 2460 ว่า อุทธรณ์คัดค้านคำพิพากษาศาลทรัพย์เชลยให้ยื่นต่อศาลฎีกา เวลานี้การอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลภาษีอากร ศาลทรัพย์สินทางปัญญา

---

[28] เรื่องเดียวกัน, หน้า 132-134.

และการค้าระหว่างประเทศ และศาลแรงงาน ให้อุทธรณ์ไปยังศาลฎีกาโดยไม่ผ่านศาลอุทธรณ์

(3.3) อำนาจตามมาตรา 23 แห่งพระธรรมนูญศาลยุติธรรมตอนท้าย คือ อำนาจที่จะวินิจฉัยได้ตามกฎหมายอื่น รวมทั้งมีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดหรือสั่งคำร้อง คำขอ ที่ยื่นต่อศาลฎีกาตามกฎหมาย อำนาจตามข้อนี้เป็นการบัญญัติเผื่อไว้เช่นเดียวกับศาลอุทธรณ์ เพื่อให้อำนาจศาลฎีกาที่จะรับวินิจฉัยคดีได้นอกเหนือจากกรณีปกติตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความ กล่าวคือ ให้ศาลฎีกามีอำนาจพิจารณาพิพากษาโดยไม่ต้องผ่านศาลชั้นต้นหรือศาลอุทธรณ์ ตัวอย่างที่เคยปรากฏ คือความผิดฐานเป็นอาชญากรสงคราม พ.ศ. 2488 บัญญัติให้ศาลฎีกามีอำนาจพิจารณาพิพากษาชั้นต้นและเป็นอันถึงที่สุด

องค์คณะผู้พิพากษา มาตรา 27 แห่งพระธรรมนูญศาลยุติธรรม บัญญัติว่า ศาลฎีกาต้องมีผู้พิพากษาอย่างน้อย 3 คน จึงจะเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษาคดีที่ขึ้นมาสู่ศาลฎีกาได้ ไม่ว่าคดีนั้นจะผ่านศาลอุทธรณ์มาแล้ว หรือเป็นคดีที่ศาลฎีกามีอำนาจพิจารณาพิพากษาตามกฎหมายอื่นก็ตาม องค์คณะศาลฎีกาต้องมีอย่างน้อย 3 คน เพื่อป้องกันให้ความผิดพลาดเกิดขึ้นให้น้อยที่สุด คำพิพากษาศาลฎีกาเป็นคำพิพากษาบรรทัดฐานและเป็นแบบอย่างที่ศาลอื่นจะต้องถือตาม

(4) ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง[29]

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 219 วรรคสี่ บัญญัติให้จัดตั้งศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรง

---

[29] เกียรติศักดิ์ พุฒพันธุ์, **การแก้ไขทบทวนคำพิพากษาของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง**, (วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546). หน้า 73 - 78.

ตำแหน่งทางการเมืองขึ้นในศาลฎีกา เพื่อทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีที่ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดตามกฎหมายเฉพาะที่กำหนดไว้ และได้ผ่านขั้นตอนระบบการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐมาแล้วก่อนที่จะนำคดีขึ้นสู่การพิจารณาพิพากษา

(4.1) อำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดี

1) บุคคลที่อยู่ในอำนาจศาล จำแนกได้ 2 ประเภท

ประเภทแรก ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ได้แก่ นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือข้าราชการการเมืองอื่น

ประเภทสอง บุคคลที่เป็นตัวการ ผู้ใช้ ผู้สนับสนุน ในการกระทำความผิด

2) เหตุแห่งคดีที่จะรับไว้พิจารณาพิพากษา จำแนกได้ 2 ประเภท

ประเภทแรก การกล่าวหาว่า ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ตัวการผู้ใช้ ผู้สนับสนุน กระทำความผิดอาญาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 147 - 166 หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่หรือทุจริตต่อหน้าที่ตามกฎหมายอื่น เช่น ความผิดตาม พ.ร.บ. เกี่ยวกับการเสนอราคาต่อหน่วยงานของรัฐ พ.ศ. 2542 เป็นต้น

ประเภทสอง การร้องขอให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดิน ทั้งนี้ ไม่ว่าจะมีข้อมูลมาจากการกล่าวหาว่าร่ำรวยผิดปกติหรือมีทรัพย์สินเพิ่มขึ้นผิดปกติหรือไม่ก็ตาม

(4.2) องค์คณะพิจารณาพิพากษาคดี

องค์คณะผู้พิพากษาประกอบด้วย ผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกาหรือผู้พิพากษา

อาวุโสที่เคยดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกาจำนวนเก้าคน ซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาด้วยวิธีลงคะแนนลับและให้เลือกเป็นรายคดี อนึ่งผู้พิพากษาที่ได้รับเลือกสามารถขอถอนตัวได้ด้วยการแถลงต่อที่ประชุมใหญ่ก่อนการลงคะแนน ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับมติของที่ประชุมใหญ่ว่าจะมีมติอย่างไรและให้เป็นที่สุด จากนั้นองค์คณะผู้พิพากษาทั้งเก้าคนจะเลือกผู้พิพากษาหนึ่งคนให้เป็นผู้พิพากษาเจ้าของสำนวน

(4.3) การพิจารณาพิพากษาคดี

การพิจารณาคดีใช้ระบบไต่สวนโดยยึดถือสำนวนที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้ดำเนินการไต่สวนและสรุปสำนวนเสนอต่อศาลเป็นหลักในการพิจารณา แต่ศาลชอบที่จะไต่สวนหาความจริงเพิ่มเติมได้ ในส่วนของการพิจารณาคดีศาลต้องทำการไต่สวนพยานอย่างต่อเนื่องติดต่อกันไปทุกวัน เว้นแต่มีเหตุสุดวิสัยหรือเหตุจำเป็นอันมิอาจก้าวล่วงได้ทั้งนี้ เพื่อความรวดเร็วในการพิจารณาและตัดสินคดี

หลังจากที่ศาลได้ทำการไต่สวนเสร็จสิ้นแล้ว หรือเรียกว่า "เสร็จสิ้นการพิจารณาคดีแล้ว" ผู้พิพากษาทุกคนในองค์คณะจะต้องทำความเห็นเป็นหนังสือและแถลงด้วยวาจาต่อที่ประชุมก่อนการลงมติ โดยองค์คณะจะนัดประชุมเพื่อการลงมติและถือเสียงข้างมากผลของคำพิพากษา คำสั่งที่เป็นการวินิจฉัยชี้ขาดคดีให้เป็นที่สุด

3.2.2 ศาลปกครอง

ศาลปกครองแบ่งออกได้เป็น 2 ชั้นศาล คือ ศาลปกครองสูงสุด และศาลปกครองชั้นต้น

(1) อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองชั้นต้น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 บัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้

(1.1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็น หรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

(1.2) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(1.3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ อันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายหรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่นหรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

(1.4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

(1.5) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับให้บุคคลต้องกระทำหรือละเว้นกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด

(1.6) คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง

และคดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องดังต่อไปนี้ ไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง

1. การดำเนินการเกี่ยวกับวินัยทหาร

2. การดำเนินการของคณะกรรมการตุลาการ (ก.ต.)

3. คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลเยาวชนและครอบครัว ศาลแรงงาน ศาลภาษีอากร ศาลทรัพย์สินทางปัญญาและการค้าระหว่างประเทศ ศาลล้มละลาย หรือศาลชำนัญพิเศษอื่น

องค์คณะตุลาการในศาลปกครอง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 54 บัญญัติให้ศาลปกครองชั้นต้น ซึ่งได้แก่ ศาลปกครองกลาง และศาลปกครองในภูมิภาค มีตุลาการศาลปกครองอย่างน้อยสามคนเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษา

(2) อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองสูงสุด

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 11, บัญญัติให้ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี ดังนี้

(2.1) คดีที่อุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น

(2.2) คดีพิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามที่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดประกาศกำหนด

(2.3) คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชบัญญัติกฤษฎีกาหรือกฎที่ออกโดยคณะรัฐมนตรี หรือโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี

(2.4) คดีที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจศาลปกครองสูงสุด

องค์คณะตุลาการในศาลปกครอง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 54 บัญญัติให้ศาลปกครองสูงสุด มีตุลาการในศาลปกครองสูงสุดอย่างน้อยห้าคนเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษา

(3) กระบวนการพิจารณาคดีในศาลปกครอง[30]

พยานหลักฐานในคดีทางปกครองส่วนใหญ่มักเป็นเอกสารที่อยู่ในความครอบครองของหน่วยงานทางปกครอง ทำให้คู่กรณีสองฝ่ายอยู่ในฐานะที่ไม่เท่าเทียมกัน การพิจารณาคดีของศาลปกครองจึงต้องใช้วิธีพิจารณาใน "ระบบไต่สวน" ควบคู่ไปกับหลักการให้สิทธิโต้แย้งหรือหลักแห่งการฟังความสองฝ่าย แตกต่างกับ "ระบบกล่าวหา" ของศาลยุติธรรม หรือศาลทหาร โดยวิธีพิจารณาคดีปกครองของศาลปกครองเป็นไปตามระเบียบที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาปกครอง พ.ศ. 2543

3.2.3 ศาลทหาร[31]

ศาลทหารแบ่งออกเป็น 3 ชั้น คือ ศาลทหารชั้นต้น ศาลทหารกลาง และ ศาลทหารสูงสุด (พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหารฯ มาตรา 6 - มาตรา 9) จะกล่าวถึงอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีและองค์คณะของตุลาการศาลทหารเฉพาะในเวลาปกติ

(1) อำนาจของศาลทหารชั้นต้น ศาลทหารกลาง และศาลทหารสูงสุด

---

[30] นันทวัฒน์ บรมานันท์, **กระบวนการกลั่นกรองคดีที่จะเข้าสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 264** (รายงานการวิจัยเสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ), (นครปฐม : มิสเตอร์ก๊อปปี้, 2547), หน้า 133-138.

[31] http://www1.mod.go.th/opsd/jagweb/data/mjp0002.htm.

อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลทหารชั้นต้นตามพระราชบัญญัติธรรมนูญ ศาลทหารฯ บัญญัติเรื่องอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลทหารชั้นต้นไว้ในมาตรา 19 มาตรา 21 และมาตรา 22

จากบทบัญญัติทั้ง 3 มาตรา ศาลทหารมีอำนาจพิจารณาพิพากษาได้แต่เฉพาะคดีอาญาเท่านั้น และมีชั้นยศของจำเลยเข้ามาเกี่ยวข้องด้วย ศาลทหารกรุงเทพมาอำนาจในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญาทุกบทกฎหมาย โดยไม่จำกัดยศของจำเลย หากจำเลยเป็นนายทหารชั้นยศนายพล ก็จะถูกดำเนินคดีที่ศาลทหารกรุงเทพเพียงแห่งเดียวเท่านั้น หากจำเลยมียศทหารชั้นสัญญาบัตรที่มิใช่ชั้นนายพล กระทำความผิดในเขตอำนาจของศาลมณฑลทหารใด ก็จะต้องถูกดำเนินคดีในศาลมณฑลทหารนั้นๆ

ส่วนศาลจังหวัดทหารนั้น เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติตามมาตรา 19 แล้ว จะเห็นว่าศาลจังหวัดทหาร มิได้ถูกจำกัดประเภทคดีที่จะพิจารณาดังเช่น ศาลแขวงตามพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลยุติธรรม แต่มีอำนาจในการพิจารณาคดีอาญาได้ทุกบทกฎหมาย แม้คดีนั้นจะมีอัตราโทษถึงประหารชีวิตก็ตาม ศาลจังหวัดทหารก็มีอำนาจพิจารณาได้เพียงแต่มีข้อจำกัดในเรื่องชั้นยศของจำเลยคือ จำเลยจะต้องมิใช่นายทหารที่มียศชั้นสัญญาบัตร

สำหรับคดีที่ศาลจังหวัดทหารมีอำนาจพิพากษาได้นั้น มีข้อจำกัดอยู่ 2 ประการกล่าวคือ จำกัดด้วยบทลงโทษและโทษที่จะลง ประการแรก การจำกัดบทลงโทษต้องเป็นคดีความผิดที่ไม่มีอัตราโทษขั้นต่ำหรือมีอัตราโทษขั้นต่ำจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 2,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ ประการที่สอง การจำกัดโทษที่จะลงศาลจังหวัดทหารเห็นควรยกฟ้องหรือลงโทษจำคุกไม่เกิน 1 ปี หรือปรับไม่เกิน 2,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับไม่เกินกำหนดโทษดังกล่าว ศาลจังหวัดทหารมีอำนาจ

พิจารณาพิพากษาได้แต่หากคดีที่ศาลจังหวัดทหารพิจารณามีอัตราโทษเกินกว่าที่กล่าวไว้ในประการแรก หรือต้องการลงโทษสูงกว่าที่กล่าวไว้ในประการที่สอง ศาลจังหวัดทหาร ไม่มีอำนาจที่จะพิพากษาได้ จะต้องทำความเห็นส่งสำนวนไปยังศาลมณฑลทหาร หรือศาลทหารกรุงเทพ ที่ศาลจังหวัดทหารนั้นตั้งอยู่ในเขตพื้นที่เพื่อทำคำพิพากษาต่อไปตามแต่กรณี

อำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลทหารกลาง และศาลทหารสูงสุด ซึ่งเป็นศาลทหารชั้นอุทธรณ์และชั้นฎีกา ในพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร ฯ บัญญัติไว้ตามมาตรา 23 และมาตรา 24

บทบัญญัติดังกล่าว คดีใดบ้างที่จะนำขึ้นสู่ศาลทหารกลาง และศาลทหารสูงสุดได้ พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหารบัญญัติไว้ในมาตรา 61 ถึงมาตรา 63[32]

(2) องค์คณะตุลาการ

บุคคลผู้ทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีในศาลทหารเรียกว่า “ตุลาการ” ส่วนในศาลพลเรือนเรียกว่า “ผู้พิพากษา” แต่ก็เป็นผู้มีอิสระในการพิจารณาพิพากษาคดีและกระทำการในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์เช่นเดียวกัน

ตุลาการที่พิจารณาพิพากษาคดีในศาลทหาร มี 2 ประเภท

ประเภทแรก เรียกว่า “ตุลาการ” ซึ่งเป็นนายทหารชั้นสัญญาบัตรที่แต่งตั้งจากผู้บังคับบัญชาทหารของหน่วยต่าง ๆ ในพื้นที่ของศาลทหารนั้น มาเป็นองค์คณะในการพิจารณาพิพากษาคดี ตามข้อบังคับกระทรวงกลาโหมว่าด้วยตุลาการศาลทหาร พ.ศ. 2528

ประเภทที่สอง เรียกว่า “ตุลาการพระธรรมนูญ” เป็นนายทหารชั้นสัญญาบัตร ซึ่งสำเร็จการศึกษาทางด้านกฎหมาย และมี

[32]โปรดดูพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหารบัญญัติไว้ในมาตรา 61 ถึงมาตรา 63.

คุณสมบัติครบถ้วนตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับกระทรวงกลาโหมว่าด้วยตุลาการศาลทหาร พ.ศ. 2528 โดยตุลาการพระธรรมนูญจะเป็นผู้ดำเนินกระบวนพิจารณาให้เป็นไปตามกฎหมาย

พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหารฯ มาตรา 25 บัญญัติถึงอำนาจตุลาการนายเดียว และตุลาการพระธรรมนูญนายเดียวไว้ว่า ในการดำเนินกระบวนพิจารณาตุลาการนายเดียว มีอำนาจ

(1) ออกหมายเรียก ออกหมายอาญา ออกหมายสั่งให้ส่งคนมาจาก หรือไปยังจังหวัดอื่น

(2) ออกคำสั่งใด ๆ ซึ่งมิใช่เป็นไปในทางวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทแห่งคดี

ถ้าตุลาการนั้นเป็นตุลาการพระธรรมนูญ ก็ให้มีอำนาจทำการไต่สวน หรือสืบพยานได้ด้วย

มาตรา 25 ให้อำนาจตุลาการที่มิใช่ตุลาการพระธรรมนูญนายเดียว มีอำนาจ 2 ประการ คือ ในเรื่องการออกหมายประการหนึ่ง และในเรื่องการออกคำสั่งอีกประการหนึ่ง การออกหมายต่าง ๆ นั้นเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ในเรื่องการออกคำสั่งตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 25 (2) ต้องเป็นคำสั่งที่มิใช่เป็นไปในทางวินิจฉัยชี้ขาด ข้อพิพาทแห่งคดี เช่น สั่งรับบัญชีระบุพยาน สั่งปล่อยจำเลยชั่วคราว สั่งเลื่อนคดี เป็นต้น

สำหรับตุลาการพระธรรมนูญนายเดียว นอกจากจะมีอำนาจตามมาตรา 25 (1) และ (2) ดังกล่าวแล้ว ตามมาตรา 25 วรรคสอง บัญญัติให้มีอำนาจเพิ่มขึ้นอีกสองประการ คือ อำนาจ ในการไต่สวนและอำนาจในการสืบพยาน ซึ่งเป็นการดำเนินกระบวนพิจารณาตามที่กฎหมายบัญญัติไว้

การกำหนดองค์คณะตุลาการ พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร บัญญัติไว้ในมาตรา 26 ถึงมาตรา 29[33] ว่า องค์คณะตุลาการศาลทหารนั้น มีลักษณะตายตัวต้องมีจำนวนกี่นายในแต่ละชั้นศาล

3.2.4 ศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ประกอบด้วย ประธานศาลรัฐธรรมนูญคนหนึ่งและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอื่นอีกแปดคน[34]

(1) อำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยคดี แบ่งได้เป็น 9 ประเภท[35]

(1.1) การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย และร่างข้อบังคับการประชุมของฝ่ายนิติบัญญัติก่อนที่จะประกาศใช้บังคับเป็นกฎหมาย เพื่อมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

(1.2) การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประกาศใช้บังคับแล้วมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

(1.3) การวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

(1.4) การวินิจฉัยว่า สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือ กรรมาธิการ กระทำการใดเพื่อให้ตนมีส่วนโดยตรงหรือโดยอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่ายหรือไม่

---

[33] โปรดดูพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหารบัญญัติไว้ในมาตรา 26 ถึงมาตรา 29.

[34] โปรดดูรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 204.

[35] สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, **ความรู้เกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ**, (กรุงเทพ ฯ : บริษัท พี.เพรส. จำกัด, 2550), หน้า 65-113.

(1.5) การวินิจฉัยปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มิใช่ศาลตั้งแต่สององค์กรขึ้นไป

(1.6) การวินิจฉัยมติหรือข้อบังคับของพรรคการเมือง การพิจารณาอุทธรณ์ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และการวินิจฉัยกรณีบุคคลหรือพรรคการเมืองใช้สิทธิและเสรีภาพในทางการเมืองโดยมิชอบด้วยกฎหมาย

(1.7) การวินิจฉัยสมาชิกภาพหรือคุณสมบัติของสมาชิกรัฐสภา รัฐมนตรี และกรรมการการเลือกตั้ง

(1.8) การวินิจฉัยว่าหนังสือสนธิสัญญาใดต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาก่อนหรือไม่

(1.9) อำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2552

(2) องค์คณะและวิธีพิจารณา

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 216 กำหนดให้องค์คณะของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในการนั่งพิจารณาและในการทำคำวินิจฉัย ต้องประกอบด้วยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่น้อยกว่าห้าคน คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้ถือเสียงข้างมาก เว้นแต่จะมีบัญญัติเป็นอย่างอื่นในรัฐธรรมนูญนี้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 216 วรรคแรก กำหนดให้วิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญเป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ และบทเฉพาะกาล มาตรา 300 วรรคห้า ได้กำหนดให้ในระหว่างที่ยังมิได้มีการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณา

ของศาลรัฐธรรมนูญ ให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจออกข้อกำหนดเกี่ยวกับวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัยได้ แต่จะต้องตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญให้แล้วเสร็จภายในหนึ่งปีนับแต่วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ ซึ่งในปัจจุบันศาลรัฐธรรมนูญออกข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 ใช้บังคับเป็นกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

3.3 เจตนารมณ์และสาระสำคัญของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ตราไว้ ณ วันที่ 24 สิงหาคม พ.ศ. 2550 มีความมุ่งหมายดังคำปรารภประการสำคัญอย่างหนึ่ง เพื่อต้องการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ให้ประชาชนมีบทบาทและส่วนร่วมในการปกครองและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐอย่างเป็นรูปธรรม จึงเป็นเงื่อนไขเบื้องต้นที่จำเป็นและสำคัญในการนำไปสู่ความสำเร็จเพื่อการบรรลุวัตถุประสงค์ร่วมกันของประชาชนชาวไทย ตามวิถีทางในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

3.3.1 เจตนารมณ์ของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 40 (2)

กรอบความคิดว่าด้วยสิทธิ หน้าที่ และการมีส่วนร่วมของประชาชน ซึ่งเมื่อจัดทำร่างรัฐธรรมนูญเสร็จแล้ว สภาร่างรัฐธรรมนูญได้เผยแพร่ให้ประชาชนทราบและจัดให้มีการออกเสียงประชามติ โดยในรัฐธรรมนูญนี้ได้เสนอให้บัญญัติสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีโดยผู้พิพากษาหรือตุลาการครบองค์คณะ เป็นสิทธิที่บัญญัติขึ้นปรากฏในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 40 (2) บัญญัติว่า “สิทธิพื้นฐาน

ในกระบวนพิจารณา ซึ่งอย่างน้อยต้องมีหลักประกันขั้นพื้นฐานเรื่องการได้รับการพิจารณาโดยเปิดเผย การได้รับทราบข้อเท็จจริงและตรวจเอกสารอย่างเพียงพอ การเสนอข้อเท็จจริง ข้อโต้แย้ง และพยานหลักฐานของตน การคัดค้านผู้พิพากษาหรือตุลาการ การได้รับการพิจารณาโดยผู้พิพากษาหรือตุลาการที่นั่งพิจารณาครบองค์คณะ และการได้รับทราบเหตุผลประกอบคำวินิจฉัย คำพิพากษา หรือคำสั่ง"

บทบัญญัติดังกล่าวให้ความคุ้มครองต่อสิทธิของประชาชนที่จะได้รับจากการพิจารณาคดีโดยศาลทุกศาล (ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง และศาลทหาร) รัฐธรรมนูญกำหนดให้การนั่งพิจารณาคดีของศาลในแต่ละครั้งต้องมีผู้พิพากษาหรือตุลาการครบองค์คณะ โดยองค์คณะผู้พิพากษาหรือตุลาการ หมายถึง จำนวนผู้พิพากษาหรือตุลาการซึ่งกฎหมายกำหนดไว้ สำหรับทำการนั่งพิจารณาหรือพิพากษาคดีจะมีน้อยกว่าจำนวนที่กฎหมายกำหนดไว้ไม่ได้ มิฉะนั้น การพิจารณาและพิพากษาคดีนั้นย่อมเป็นการมิชอบ[36] เพราะผู้พิพากษาหรือตุลาการจำเป็นต้องนั่งร่วมพิจารณาคดีเพื่อทำการไต่สวน รับฟังพยาน ตลอดจนเหตุผลทั้งหลายในคดี และนำมาประมวลสรุปใช้เป็นฐานข้อมูลในการจัดทำคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยให้ข้อพิพาทแห่งคดีเป็นอันจบสิ้นไป ตามหลักของการนั่งพิจารณาและการทำคำพิพากษาในรูปองค์คณะของศาลตามที่กฎหมายกำหนด

3.3.2 การนั่งพิจารณา

การนั่งพิจารณา หมายความว่า การที่ศาลออกนั่งเกี่ยวกับการพิจารณาคดี เช่น ชี้สองสถาน สืบพยาน ทำการไต่สวน ฟังคำขอต่าง ๆ และฟังคำแถลงการณ์ด้วยวาจา[37]

---

[36] มานิตย์ จุมปา, เรื่องเดียวกัน, หน้า 138.

[37] โปรดดูประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 1 (9).

การออกนั่งพิจารณาจึงเป็นส่วนหนึ่งของการนั่งพิจารณาคดีที่ต้องมีองค์คณะผู้พิพากษาหรือตุลาการครบองค์คณะ กล่าวคือ ต้องมีจำนวนมากกว่าหรือเท่ากับจำนวนผู้พิพากษาหรือตุลาการขั้นต้นที่กฎหมายกำหนด ซึ่งการนั่งพิจารณาเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ มาตรา 40 (2) ที่ว่า สิทธิพื้นฐานในกระบวนพิจารณาซึ่งอย่างน้อยต้องมีหลักประกันขั้นพื้นฐานเรื่อง ... การนั่งพิจารณาคดีโดยผู้พิพากษาหรือตุลาการที่ครบองค์คณะ ... ดังนั้น การพิจารณาคดีในระบบองค์คณะของศาลทุกศาลตามรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาโดยมีผู้พิพากษาหรือตุลาการนั่งพิจารณาคดีครบองค์คณะ เพราะการนั่งพิจารณาคดีมีความสำคัญเกี่ยวกับการรับฟังพยานหลักฐาน จากการนำสืบของคู่ความ โดยผู้พิพากษาหรือตุลาการที่จะชี้ขาดตัดสินคดีด้วย ส่วนศาลจะรับฟังพยานหลักฐานเพียงใดนั้น เป็นไปตามหลักความเชื่อโดยสุจริตของผู้พิพากษาหรือตุลาการจากการที่ได้รับฟังการเบิกความด้วยวาจาของพยานต่าง ๆ ในศาลเพื่อประมวลสรุปจัดทำคำพิพากษาตัดสินชี้ขาดข้อพิพาทให้ระงับลงด้วยการได้ยิน ได้เห็นและได้รับฟังมาด้วยตนเองร่วมกันกับผู้พิพากษาอื่น ที่ประกอบกันเป็นองค์คณะ

4. บทสรุป

วิวัฒนาการของแต่ละสังคมก่อให้เกิดแนวคิดและขนบธรรมเนียมประเพณีวัฒนธรรมที่แตกต่างกัน สุดแท้แต่ว่าสังคมใดจะให้ความสำคัญกับความเชื่อที่ยอมรับกันได้ กฎหมายเป็นศาสตร์แขนงหนึ่งที่ได้รับการพัฒนาจากความเชื่อที่แตกต่างกันของสังคมและอิทธิพลแห่งการเมืองการปกครองจนเกิดเป็นระบบกฎหมายวางรากฐานให้แต่ละประเทศนำไปใช้บังคับสร้างความชอบธรรมให้เกิดแก่รัฐาธิปัตย์ ระบบกฎหมาย Common Law บ่อเกิดแห่งกฎหมายมีที่มาจากคำพิพากษาของศาลสูง ส่วนระบบกฎหมาย Civil Law บ่อเกิดแห่งกฎหมายมีที่มาจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรต่าง ๆ ที่นำ

มารวบรวมจัดทำเป็นประมวลกฎหมายวางหลักเกณฑ์ทั่วไปโดยให้ศาลหยิบยกขึ้นมาตีความได้อย่างกว้างขวาง ระบบกฎหมายทั้งสองจึงมีความแตกต่างกันในทางแนวคิด เช่น การแยกกฎหมายออกเป็นสาขาของกฎหมายเอกชนและสาขาของกฎหมายมหาชน มีเฉพาะในระบบกฎหมาย Civil Law วิธีพิจารณาความโดยระบบกฎหมาย Civil Law ใช้ระบบไต่สวน ซึ่งกระบวนการพิจารณา เพื่อสืบหาข้อเท็จจริงแห่งคดี ศาลสามารถแสวงหาได้ด้วยกระบวนการของศาลที่ไม่จำเป็นต้องให้ได้มาจากเฉพาะแต่ละฝ่ายคู่ความเท่านั้น นอกจากนี้ ระบบศาลคู่ซึ่งมีศาลยุติธรรมเป็นศาลทั่วไปพิจารณาพิพากษาเฉพาะคดีแพ่งและคดีอาญา และมีศาลรูปแบบพิเศษแยกออกจากศาลยุติธรรม เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ หรือศาลปกครอง จะมีก็เฉพาะแต่ในระบบกฎหมาย Civil Law กระบวนการยุติธรรมของประเทศไทยตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติให้มีศาลรัฐธรรมนูญ (มาตรา 204) ศาลยุติธรรม (มาตรา 218) ศาลปกครอง (มาตรา 223) ศาลทหาร (มาตรา 228) แต่ละศาลมีพัฒนาการแตกต่างกัน ทั้งนี้ ตามอำนาจหน้าที่ซึ่งกำหนดไว้โดยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

ศาลเป็นองค์กรของรัฐใช้อำนาจตุลาการในการทำหน้าที่หลักเพื่อประสิทธิ์ประสาทความยุติธรรม โดยระงับข้อพิพาทที่เกิดจากการใช้กฎหมายซึ่งมิได้เป็นไปตามเจตนารมณ์ก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่ประชาชนซึ่งถูกกำหนดให้เข้ามาเกี่ยวข้อง การใช้อำนาจตุลาการโดยศาลทุกศาลย่อมได้รับหลักประกันอันมีผลต่อการปฏิบัติหน้าที่ประการสำคัญ ได้แก่ หลักแห่งความเป็นอิสระในการดำเนินกระบวนพิจารณาพิพากษาคดี โดยปราศจากการแทรกแซงจากองค์กรภายนอกศาลและองค์กรศาลด้วยกันเอง อันเป็นหลักพื้นฐานที่ศาลองค์กรของรัฐได้รับจากการใช้อำนาจตุลาการ เมื่อศาลมีหลักประกันเพื่อทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทให้ยุติได้ด้วยการมีคำพิพากษาหรือ

คำวินิจฉัยที่เป็นธรรมและเป็นกลาง ให้คู่ความทุกฝ่ายยอมรับรวมตลอดถึงการยอมรับของสังคมด้วยแล้ว ศาลจึงมีความจำเป็นต้องสร้างความเชื่อมั่นให้หลักประกันแก่คู่ความทุกฝ่ายด้วยเช่นกันว่า คำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยนั้นศาลได้จัดทำโดยการใช้ข้อมูลที่รวบรวมได้จากกระบวนการแห่งหลักเกณฑ์ของการได้รับฟังความทั้งสองฝ่ายอันเป็นต้นแบบของหลักการนั่งพิจารณาและการทำคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยโดย ผู้พิพากษาหรือตุลาการซึ่งจะต้องมีจำนวนประกอบกันเป็นองค์คณะ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ สุดแท้แต่ความสำคัญของข้อพิพาทแห่งคดีนั้น

ในเรื่องนี้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้นำมาบัญญัติไว้ให้เป็นสิทธิของประชาชนประการหนึ่งที่จะต้องได้รับการรับรองและคุ้มครอง คือ หลักการแห่งสิทธิในกระบวนการยุติธรรมที่บุคคลจะได้รับในกระบวนพิจารณาอันเป็นหลักประกันขั้นพื้นฐานเรื่อง การได้รับการพิจารณาคดีและการทำคำพิพากษาโดยผู้พิพากษาหรือตุลาการที่ครบองค์คณะตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 40 (2) โดยบทบัญญัตินี้มีเจตนารมณ์ที่จะมุ่งคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนซึ่งเป็นคู่ความที่ดำเนินคดีอยู่ในศาล ด้วยกระบวนการนั่งพิจารณาคดีของศาลจะต้องมีผู้พิพากษาหรือตุลาการครบองค์คณะ ทั้งนี้ เพื่อที่ผู้พิพากษาหรือตุลาการที่เป็นองค์คณะนั้น ๆ จะได้นำข้อมูลที่ได้มาจากการรับฟังความทั้งสองฝ่ายใช้ตัดสินชี้ขาดให้ข้อพิพาทยุติลงไปด้วยความเป็นธรรมและเป็นกลางนั่นเอง

เอกสารประกอบการอ้างอิง

กนิษฐา เชี่ยววิทย์. **การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติโดยองค์กรตุลาการ.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2532.

เกียรติศักดิ์ พุฒพันธุ์. **การแก้ไขทบทวนคำพิพากษาของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.

ชุมพล จันทราทิพย์. **พระธรรมนูญศาลยุติธรรม.** พิมพ์ครั้งที่ 12 กรุงเทพ ฯ : บริษัท ด่านสุทธาการพิมพ์ จำกัด, 2548.

นันทวัฒน์ บรมานันท์. **กระบวนการกลั่นกรองคดีที่จะเข้าสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 264** (รายงานการวิจัยเสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ). นครปฐม : มิสเตอร์ ก๊อปปี้, 2547.

ภูมิชัย สุวรรณดี และคณะ. **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป.** พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพ ฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2543.

มานิตย์ จุมปา. **คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540).** พิมพ์ครั้งที่ 7 กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2548.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. **หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง.** พิมพ์ครั้งที่ 2 กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2540.

วรรณชัย บุญบำรุง และคณะ. **หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม 1.** กรุงเทพ ฯ : วิญญูชน, 2548.

สมชาย จันทร์ประเทือง. **การบริหารจัดการคดีเพื่อนำไปสู่การนั่งพิจารณาคดีครบองค์คณะและต่อเนื่อง : ศึกษาเฉพาะกรณีศาลยุติธรรม.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2547.

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. **ความรู้เกี่ยวกับศาลรัฐธรรมนูญ.** กรุงเทพ ฯ : บริษัท พี.เพรส. จำกัด, 2550.

หยุด แสงอุทัย. **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายทั่วไป.** พิมพ์ครั้งที่ 14 กรุงเทพ ฯ : สำนักพิมพ์ประกายพรึก, 2542.

อักขราทร จุฬารัตน. **การตีความกฎหมาย**. กรุงเทพ ฯ: สำนักพิมพ์กฎหมายไทย, 2542.

ฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหารในรัฐธรรมนูญ 2550 : บทเรียนจากอดีตและการกำหนดเป้าหมายในอนาคต

*ศุทธิกานต์ มีจั่น**

บทนำ

รัฐที่ใช้รูปแบบการปกครองแบบประชาธิปไตยในระบบรัฐสภา ถือว่ารัฐสภาเป็นสถาบันทางการเมืองที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติในการกลั่นกรองกฎหมายในการปกครองประเทศรวมไปถึงอำนาจหน้าที่ในการควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินในลักษณะต่างๆ ตลอดจนการรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ในอีกด้านหนึ่งคณะรัฐมนตรีหรือรัฐบาล เป็นสถาบันทางการเมืองที่ใช้อำนาจบริหาร อาทิ การกำหนดนโยบายระดับชาติ การดำเนินการด้านความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และภารกิจสำคัญในการใช้อำนาจด้านการปกครอง เพื่อให้การดำเนินการต่างๆ เป็น ไปตามนโยบายโดยอาศัยองค์กรของรัฐดังปรากฏในการบริหารราชการส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค และส่วนท้องถิ่นตามสายการบังคับบัญชาและการกำกับดูแลตามที่กฎหมายกำหนด[1] ลักษณะเช่นนี้แสดงให้เห็นถึงการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่และการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างกัน เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่บนพื้นฐานของประโยชน์แห่งรัฐนั้นจึงจะบรรลุเป้าหมายที่ตั้งไว้

---

* อาจารย์ประจำสาขารัฐศาสตร์ (การเมืองการปกครอง) วิทยาลัยการเมืองการปกครอง มหาวิทยาลัยมหาสารคาม. E-mail: suthikarnm@yahoo.com

[1] นพดล เฮงเจริญ, "กระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ" หน้า 253-259 ใน สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, **รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 4 : เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน**, (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2548).

บทความนี้ต้องการนำเสนอถึง ฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหารในแง่มุมของความสัมพันธ์ระหว่างกัน ในเชิงโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน อันมีที่มาจากสภาร่างรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นภายหลังการรัฐประหารเมื่อวันที่ 19 กันยายน พ.ศ. 2549 เพื่อชี้ให้เห็นว่ามิติทางความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้น นอกจากแสดงถึงการออกแบบโครงสร้างและเป้าหมายทางการเมืองที่คณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญต้องการให้เกิดขึ้นในอนาคตแล้ว ขณะเดียวกันยังสะท้อนให้เห็นประเด็นปัญหาและความสัมพันธ์ในอดีตขององค์กรทางการเมืองทั้งสองฝ่าย

ประเด็นปัญหาและสถานภาพทางการเมืองของฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหารของไทยในอดีต

นับตั้งแต่การเปลี่ยนแปลงการปกครองของไทยเมื่อปี พ.ศ. 2475 เป็นต้นมา รัฐธรรมนูญได้กลายเป็นหลักในการจัดระเบียบอำนาจของรัฐตลอดจนกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจอธิปไตยในฐานะกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศภายใต้รูปแบบการปกครองระบบรัฐสภา ส่วนการกำหนดให้ใช้ระบบสภาเดี่ยว (unicameral legislature) ที่มีสภานิติบัญญัติแห่งชาติหรือในชื่ออื่นๆ เพียงสภาเดียว หรือการใช้ระบบสองสภา (bicameral legislature) คือ ให้มีทั้งสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา รวมไปถึงการกำหนดขอบเขตอำนาจหน้าที่และความสัมพันธ์ระหว่างกันจะมีความแตกต่างกันเพียงใดนั้นขึ้นอยู่กับบริบททางการเมืองในแต่ละยุคสมัย อันมีผลสำคัญยิ่งทั้งต่อเสถียรภาพของรัฐบาลและสถานการณ์ทางการเมืองในแต่ละช่วงเวลาเป็นสำคัญ ดังปรากฏในพัฒนาการศึกษาประเด็นปัญหาและสถานภาพทางการเมืองของฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหารของไทยที่แบ่งออกเป็น 3 ระยะ ได้แก่

ระยะที่ 1 เป็นการศึกษาความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารก่อนมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งข้อสรุปที่ได้จากผลงานเหล่านี้พบว่า ความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหาร ทั้งในช่วงเวลาของการปกครองแบบประชาธิปไตยครึ่งใบ (semi-democracy) ระหว่าง พ.ศ. 2520-2531 ซึ่งเป็นการประนีประนอมทางการเมืองกันระหว่างฝ่ายทหาร ข้าราชการ กับนักการเมือง และในช่วงประชาธิปไตยเต็มใบ หลังจาก พล.อ.ชาติชาย ชุณหะวัณ หัวหน้าพรรคชาติไทยในขณะนั้นได้รับการเลือกตั้งเป็นนายกรัฐมนตรี เมื่อ พ.ศ. 2531[2] ต่างก็ยังคงมีลักษณะไม่ถ่วงดุลอำนาจกัน เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติมีบทบาททางการเมือง และปฏิบัติงานตามอำนาจหน้าที่ในฐานะองค์กรซึ่งทำหน้าที่กลั่นกรองกฎหมายเท่านั้น แต่ไม่มีบทบาทที่ชัดเจนในการทำหน้าที่ตรวจสอบการทำงานของฝ่ายบริหาร ลักษณะเช่นนี้เป็นผลมาจากปัจจัยสำคัญ 2 ประการ คือ อำนาจหน้าที่และที่มาของสมาชิกรัฐสภาตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับ โดยเฉพาะในส่วนของสมาชิกวุฒิสภาที่มาจากการแต่งตั้งของนายกรัฐมนตรี ส่งผลให้การทำงานของวุฒิสภาที่ผ่านมามีลักษณะให้การสนับสนุนรัฐบาล และดำเนินงานไปในทิศทางเดียวกับความเห็นของรัฐบาล ตลอดจนเอื้อประโยชน์ให้ข้าราชการประจำใช้อำนาจปกครองร่วมกับผู้แทนที่มาจากเลือกตั้งของประชาชน ลักษณะเช่นนี้ชี้ให้เห็นถึงความไม่สอดคล้องกันระหว่างเป้าหมายของการจัดโครงสร้างระบบรัฐสภากับการนำมาปฏิบัติในทางการเมือง อาทิ การนำรูปแบบการจัดระบบการทำงานแบบรัฐสภามาจากต่างประเทศซึ่งมีเป้าหมายเพื่อให้เกิดการถ่วงดุลอำนาจและตรวจสอบการทำงานของฝ่ายบริหาร แต่เมื่อนำมาปรับใช้ในระบบการเมืองไทยกลับให้อำนาจฝ่ายบริหารเป็นผู้คัดสรร

---

[2] นิยม รัฐอมฤต, **"ประชาธิปไตยครึ่งใบ"** Retrieved from URL www.thaipoliticsgovernment.org/wiki/ประชาธิปไตยครึ่งใบ (20 กรกฎาคม 2551).

และแต่งตั้งสมาชิกวุฒิสภา ซึ่งถือเป็นความไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของระบบอย่างชัดเจน ทั้งยังถือได้ว่าการแต่งตั้งสมาชิกวุฒิสภาโดยฝ่ายบริหารในช่วงเวลานี้ ได้กลายเป็นหนึ่งในตัวอย่างของการตอบแทนทางการเมืองมากกว่าการคัดสรรผู้มีความเชี่ยวชาญอันเป็นประโยชน์ในการกลั่นกรองกฎหมาย หรือสร้างกลไกเพื่อควบคุมการบริหารของรัฐบาลให้เกิดประสิทธิภาพ[3]

ระยะที่ 2 เป็นการศึกษาถึงความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 โดยผลงานที่ผ่านมาในกลุ่มนี้ สรุปได้ว่า สาเหตุหลักที่ทำให้โครงสร้างทางการเมืองไทยตามระบบรัฐสภาที่ถูกออกแบบขึ้นใหม่ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีปัญหาเนื่องมาจากบทบัญญัติบางมาตราของรัฐธรรมนูญที่ต้องการสร้างระบบรัฐสภาที่มีนายกรัฐมนตรีเข้มแข็ง (strong prime minister) และทัศนคติของสมาชิกรัฐสภาในการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งยังคงยึดถือระบบอุปถัมภ์ได้นำไปสู่ประเด็นปัญหาที่อยู่นอกเหนือกลไกที่รัฐธรรมนูญควบคุมได้ เช่น การเกิดเผด็จการโดยรัฐสภา ไม่ว่าจะโดยพรรคเดียวเสียงข้างมาก หรือหลายพรรครวมกลุ่มกัน และ

---

[3] ดังตัวอย่างการศึกษาของ ไพบูลย์ ดีคง, **กำเนิดการปกครองระบบรัฐสภาในประเทศไทย**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต ภาควิชาการปกครอง คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2508. สุทัศน์ ชมดี. **บทบาทของรัฐสภาไทยในการควบคุมรัฐบาลโดยอาศัยการอภิปรายทั่วไป**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต ภาควิชาการปกครอง คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2515. ทวีพงศ์ แสงสุวรรณ. **ผลกระทบของระบบ 2 สภาต่อการพัฒนาระบอบประชาธิปไตยของไทย พ.ศ. 2475-2527**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต ภาควิชาการปกครอง คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530. ขจรศักดิ์ ปานสาคร, **โครงสร้างและบทบาทของรัฐสภาไทยภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับปี พุทธศักราช 2517, 2521 และ 2534**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต ภาควิชาการปกครอง คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538.

การแทรกแซงการทำงานขององค์กรอิสระในด้านต่างๆ เป็นต้น[4]

ระยะที่ 3 เป็นทัศนะและข้อเสนอต่อการจัดความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร หลังการรัฐประหาร 19 กันยายน พ.ศ. 2549 ซึ่งนอกจากจะปรากฏในรูปของวิวาทะเกี่ยวกับ ประเด็นต่างๆ ในช่วงของการร่างรัฐธรรมนูญเพื่อลงประชามติแล้ว[5] ผลการศึกษาในช่วงนี้ ยังได้มุ่งเน้นการศึกษาในเชิงของการทบทวนสภาพปัญหาในอดีตและนำเสนอทางออกหรือแนวทางการปรับตัวของสถาบันเพื่อให้เกิดประสิทธิภาพที่ดีขึ้น

บทเรียนเหล่านี้เป็นฐานคิดสำคัญที่นำไปสู่การคิดค้นหรือเป็นข้อสังเกตในการจัดวางโครงสร้างทางการเมืองในอนาคต ที่มักเป็นการกระตุ้นเตือนให้เห็นถึงประเด็นปัญหาทางการเมืองการปกครองที่ผ่านมา ทั้งประสิทธิภาพและกลไกการทำงานที่ประสบปัญหาของรัฐสภา รวมไปถึงพฤติกรรมของนักการเมืองที่ไม่สามารถทำให้กลไกการปฏิรูปการเมืองของไทยสามารถบรรลุเป้าหมายไปได้ ซึ่งนำไปสู่การคิดค้นหรือเป็นข้อสังเกตในการจัดวางโครงสร้างทางการเมืองภายใต้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 นั่นเอง ดังเช่น การเสนอให้สมาชิกวุฒิสภาควรมีที่มาจากการเลือกตั้งต่อไปแต่ควร

---

[4] ดังตัวอย่างการศึกษาของ ปัทมา สูบกำปัง, **บทบาทของวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543. มนตรี รูปสุวรรณ และคณะ. **รายงานวิจัยเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหารและเสถียรภาพของรัฐบาล,** (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547). สุมาลี มีจั่น. **วุฒิสภากับรัฐบาล : ความสัมพันธ์เชิงอำนาจภายหลังการประกาศใช้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.

[5] หนังสือพิมพ์ออนไลน์ประชาไท, **"บทคัดย่อ 'ดีเบต' รธน.40 VS รธน. 50 : จรัญ-เจิมศักดิ์-สมคิด VS นิธิ-จาตุรนต์-วรเจตน์"**, Retrieved from URL http://www.prachatai.com/05web/th/ home/page2.php?mod=mod_ptcms&ID= 9114&Key=HilightNews (15 สิงหาคม 2550).

ทบทวนอำนาจหน้าที่ในการเลือกหรือเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ เช่นเดียวกับการทบทวนระบบการเลือกตั้งของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและอำนาจหน้าที่ในการแก้ไขปรับปรุงกติกา ในการขอเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรี ตลอดจนกระบวนการเข้าชื่อของประชาชน เพื่อเสนอร่างกฎหมาย เป็นต้น[6]

ทั้งยังได้มีการเสนอแนะแนวทางเพื่อสร้างเสถียรภาพและประสิทธิภาพของการเมืองไทย เช่น ความจำเป็นในการรองรับกลุ่มพลังทางการเมืองต่างๆ ได้แก่ ข้าราชการทหาร พลเรือน ชนชั้นกลาง และประชาชนส่วนใหญ่ในชนบทให้อยู่ในโครงสร้างที่เป็นทางการได้อย่างเหมาะสม โดยจะต้องให้ความสำคัญกับการจัดระบบการเลือกตั้งสภาผู้แทนราษฎรให้มีทั้งการเลือกตั้งโดยตรงและแบบระบบสัดส่วนบัญชีรายชื่อ เพื่อตอบสนองความต้องการทั้งประชาชนส่วนใหญ่ในชนบทและชนชั้นกลาง ส่วนที่มาของสมาชิกวุฒิสภาไม่ควรใช้ระบบเลือกตั้งโดยตรงแต่ต้องออกแบบช่องทางการได้มาให้มีความหลากหลายที่สุด แต่มิให้สังกัดพรรคการเมือง ทั้งยังต้องพัฒนาระบบการตรวจสอบรัฐบาลให้เข้มแข็งและเป็นอิสระขึ้น โดยไม่ทำลายความมีประสิทธิภาพในการบริหาร ตลอดจนเร่งสร้างระบบธรรมาภิบาลที่เข้มแข็งและมีประสิทธิภาพทั้งภาครัฐและภาคเอกชน[7]

ทั้งนี้ ได้มีการนำเสนอข้อเสนอแนะต่างๆ ไว้หลายประการ เช่น ต้องขจัดการใช้เงินในการเลือกตั้งให้ได้ผลอย่างแท้จริง นักการเมืองควรผ่านการฝึกอบรมจากสถาบันที่จัดตั้งขึ้นมาโดยเฉพาะ รวมทั้งการให้ประชาชนมี

---

[6] มนตรี รูปสุวรรณ อ้างใน นรนิติ เศรษฐบุตร และคณะ, **รายงานวิจัยเรื่องประสิทธิผลของรัฐสภาไทย**, (นนทบุรี: สถาบันพระปกเกล้า, 2547), หน้า 26-27.

[7] Borwornsak Uwanno, **"Dynamics of Thai Politics"**, Retrieved from URL http://www.kpi.ac.th/kpith/index2.php? option=com_content&task=view&id=119&pop=1&page=18&Itemid=31 (December 15, 2008).

ส่วนร่วมและการควบคุมการทำหน้าที่ของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และคณะรัฐมนตรี[8] เนื่องจากในหลายโอกาสวุฒิสภาไม่ได้วางตัวเป็นกลาง ซึ่งในบางครั้งแสดงบทบาทในการรักษาเสถียรภาพของรัฐบาล และบางครั้งแสดงบทบาทเป็นปฏิปักษ์กับรัฐบาล แม้การกำหนดให้สมาชิกวุฒิสภาที่มาจากการเลือกตั้งโดยตรงจากประชาชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 แต่ก็มีสมาชิกเพียงบางกลุ่มเท่านั้นที่ทำหน้าที่อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งอาจทำให้นำไปสู่การไม่ให้ความสำคัญกับการมีวุฒิสภาต่อไป ทั้งยังรวมไปถึงข้อเสนอต่อการพัฒนาศักยภาพในการพิจารณากลั่นกรองกฎหมายของคณะกรรมาธิการชุดต่างๆ ในสภาผู้แทนราษฎรที่จำเป็นต้องมีการปฏิรูปเนื่องจากเป็นภารกิจหลักที่มีความสำคัญ[9] ซึ่งข้อสังเกตเหล่านี้ชี้ให้เห็นถึงการให้ความสำคัญต่อการสร้างระบบรัฐสภาโดยมีนายกรัฐมนตรีที่เข้มแข็งได้โดยไม่เกิดเผด็จการทางรัฐสภา และมาตรการที่เกี่ยวกับการป้องกันการใช้อำนาจที่ไม่เหมาะสม ด้วยการสร้างเงื่อนไขต่างๆ เช่น ข้อเสนอของการไม่บังคับให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้องสังกัดพรรคการเมือง เป็นต้น[10]

---

[8] บุญเลิศ คชายุทธเดช (ช้างใหญ่),**"การสร้างดุลยภาพระหว่างอำนาจนิติบัญญัติกับอำนาจบริหาร"**, Retrieved from URL http://www.kpi.ac.th/mod_news/news_view.asp?id=MTEg&g= NSAg&rand=1179927013734 (3 สิงหาคม 2550).

[9] อัษฎางค์ ปาณิกบุตร, **"ทำไม ? ต้องมีวุฒิสภา"**, Retrieved from URL http://www.kpi.ac.th/mod_news/news_view.asp?id=MTMg&g=NSAg&rand=1193176694937 (1 พฤษภาคม 2550).

[10] แนวความคิดของ อมร จันทรสมบูรณ์ อ้างใน บรรเจิด สิงคะเนติ, **ปฏิรูปการเมืองครั้งที่ 2 พรรคทางเลือกที่สามเพื่อการปฏิรูปการเมืองครั้งใหม่ตามแนวความคิดของศ.ดร.อมร จันทรสมบูรณ์,** (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2547), หน้า 29-36.

การปรับเปลี่ยนความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550

เมื่อพิจารณาจากตัวบทและเจตนารมณ์ที่อยู่เบื้องหลังการร่างรัฐธรรมนูญฉบับนี้ อาจกล่าวได้ว่า เป็นอิทธิพลของกลไกที่ถูกมองว่าเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในโครงสร้างของฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร ภายใต้การบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 อันเป็นปัจจัยสำคัญ ที่นำไปสู่การออกแบบเพื่อแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นในอดีตและวางกลไกที่ต้องการให้เกิดขึ้นในอนาคต เมื่อเป็นเช่นนี้การสร้างความชอบธรรมทางการเมืองที่รัฐธรรมนูญฉบับนี้ได้ออกแบบให้เกิดรัฐบาลหรือผู้ปกครองที่ชอบธรรม (legitimacy government) เป็นสิ่งที่ต้องผูกพันกับวิถีทางในการเข้าสู่อำนาจ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำหนดวิธีการได้มาและวาระการดำรงตำแหน่งของตำแหน่งทางการเมืองต่างๆ รวมไปถึงเงื่อนไขการพ้นจากตำแหน่งตามรัฐธรรมนูญที่ส่งผลให้เกิดมาตรการในการทบทวนการใช้อำนาจและสถานะของนักการเมืองหรือรัฐบาล ซึ่งสามารถล้มล้างสถานภาพทางการเมืองของผู้ปกครองที่ไม่ชอบธรรมเหล่านั้นได้ จึงได้นำไปสู่การกำหนดที่มา คุณสมบัติ และเงื่อนไขการพ้นจากตำแหน่ง อันเป็นประเด็นหรือเงื่อนไขที่มีความสำคัญต่อการออกแบบโครงสร้างและกลไกทางการเมืองของการร่างรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการปรับปรุงระบบเลือกตั้งทั้งในส่วนของสมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร อันเป็นช่องทางสำคัญในการให้ได้ตัวแทนที่เป็นอิสระ และมีความหลากหลายจากกลุ่มคนทุกกลุ่มในสังคมอย่างเสมอภาคกันที่เอื้อต่อการจัดการปกครองให้มีประสิทธิภาพต่อไป

ดังตัวอย่าง การเปลี่ยนแปลงระบบการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภาที่สำคัญกล่าวคือ การลดจำนวน สมาชิกวุฒิสภาลงจากเดิม 200 คน เหลือ 150 คน รวมทั้งใช้วิธีการได้มาโดยการเลือกตั้งและสรรหา ในสัดส่วนที่ใกล้เคียงกัน เพื่อให้ได้ตัวแทนจากภาคส่วนต่างๆ ที่มีความหลากหลาย และยังเป็นอีกทาง

เลือกหนึ่งของสังคม เช่น เกษตรกร ผู้ใช้แรงงาน ผู้พิการ สตรี เป็นต้น ซึ่งเป็นการลดโอกาสของนักเลือกตั้งไม่ให้เข้าสู่พื้นที่ของวุฒิสภาที่จะก่อให้เกิดความถ่วงดุลและความก้าวหน้ายิ่งขึ้น เป็นต้น[11] นอกจากนี้ ยังได้มีการเพิ่มคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของสมาชิกวุฒิสภาให้มีความเข้มงวดขึ้นด้วยการกำหนดเงื่อนไขต่างๆ เช่น การไม่เป็นครอบครัวเดียวกับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร รวมทั้งเจตนารมณ์ของคณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญเป็นการยืนยันให้มีความชัดเจนขึ้นกว่าเดิมว่าสมาชิกวุฒิสภาต้องปฏิบัติหน้าที่ในฐานะฝ่ายนิติบัญญัติโดยปราศจากความครอบงำของกลุ่มการเมือง รวมไปถึงการที่กำหนดให้สมาชิกวุฒิสภาพ้นจากตำแหน่งเมื่อต้องคำพิพากษาให้จำคุกแม้จะมีการรอการลงโทษนั้น เป็นการตัดสิทธิผู้ที่มีพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสมในฐานะผู้แทนของประชาชนออกไป ซึ่งทำให้เกียรติและศักดิ์ศรีของวุฒิสภาไม่มัวหมองไป ตลอดจนการปรับแก้เงื่อนไขที่ทำให้สมาชิกพรรคการเมืองมีโอกาสในการตัดสินใจในการลงสมัครรับเลือกตั้งมากขึ้น โดยไม่ตกอยู่ภายใต้อาณัติของพรรคการเมืองมากเหมือนที่เคยเป็นมา ด้วยการลดระยะเวลาในการสังกัดพรรคการเมืองของผู้ลงสมัครรับเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในกรณียุบสภา ลงเหลือเพียง 30 วัน จากเดิมที่ได้กำหนดไว้ว่าจะต้องเป็นสมาชิกพรรคการเมืองไม่น้อยกว่า 90 วัน จนถึงวันเลือกตั้งและการแก้ไขระยะเวลาในการจัดการเลือกตั้งในกรณียุบสภา ซึ่งจากเดิมกำหนดไว้เพียงให้จัดให้มีการเลือกตั้งภายใน 60 วัน เป็น "ไม่น้อยกว่า 45 วัน แต่ไม่เกิน 60 วัน" เป็นต้น[12]

---

[11] หนังสือพิมพ์ออนไลน์ประชาไท, **"วาทะประชามติร่างรธน. 50 : จดจารให้ใจจำ"**, Retrieved from URL www.prachatai.com/ 05web/th/home/page2.php?mod=mod_ptcms&ID=9280&Key=HilightNews (30 สิงหาคม 2550).

[12] คณะกรรมาธิการวิสามัญเผยแพร่รัฐธรรมนูญและประชาสัมพันธ์, **"50 ประเด็นเด่นของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช .... เปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญ**

จากที่ได้นำเสนอมา กล่าวได้ว่า คณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้ออกแบบโครงสร้างของรัฐสภาเพื่อให้เกิดความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา ด้วยการมุ่งเน้นที่การแก้ไขระบบการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและระบบการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา เนื่องจากระบบการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และการกำหนดให้สมาชิกวุฒิสภามาจากการเลือกตั้งทั้งหมดที่ผ่านมาเป็นการเปิดโอกาสให้เครือข่ายนักการเมือง และกลุ่มธุรกิจการเมืองเข้ามาแทรกแซงการทำงาน การควบรวมพรรคการเมือง และการสร้างเงื่อนไขให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในฐานะสมาชิกพรรคการเมืองต้องถูกควบคุมให้อยู่ภายใต้เงื่อนไขหรือวินัยของพรรคการเมืองที่ตนเองสังกัดอันเป็นผลมาจากเงื่อนไขตามกฎหมาย ซึ่งจะทำให้การปฏิบัติหน้าที่ในการตรวจสอบการใช้อำนาจบริหารของรัฐบาลไม่สามารถทำได้จริงในทางปฏิบัติ[13]

นอกจากนี้แล้ว การกำหนดเรื่องเงื่อนไขที่มาและคุณสมบัติของนายกรัฐมนตรีที่ต้องได้รับการเสนอชื่อและรับรองจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตลอดจนสถานะความเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีที่ไม่หมดไปเมื่อเข้ารับตำแหน่งในคณะรัฐมนตรี ได้กลายเป็นกลไกสำคัญที่ทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารมีความสัมพันธ์ที่ไม่แยกออกจากกัน เนื่องจากบุคคลที่ดำรงตำแหน่งในฝ่ายบริหารยังคงปฏิบัติหน้าที่ในฐานะสมาชิกรัฐสภาในเวลาเดียวกัน ซึ่งในอีกด้านหนึ่ง ความเป็นสมาชิกของพรรคการเมืองและกลไกของพรรคการเมือง ได้มีส่วนสำคัญอย่างมากต่อ

แห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540", Retrieved from URL http://www.parliament.go. th/parcy/sapa_db/committee_document_count.php?doc_id=2123 (10 สิงหาคม 2550).

[13] คณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ สภาร่างรัฐธรรมนูญ, **"สรุปสาระสำคัญของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับลงประชามติแบบเรียงหมวด"**, Retrieved from URL http://www.parliament.go.th/parcy/sapa_db/committee0-upload/0200707271800 56_main_point(f)(new).pdf (5 สิงหาคม 2550).

การกำหนดทิศทางความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติ ในส่วนของสภาผู้แทนราษฎรกับฝ่ายบริหารหรือรัฐบาล เนื่องมาจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร โดยเฉพาะในส่วนของพรรคการเมืองที่เป็นพรรคฝ่ายรัฐบาล ก็ทำหน้าที่ด้านนิติบัญญัติในฐานะสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และขณะเดียวกันก็เป็นสมาชิกพรรคการเมืองที่ให้การสนับสนุนและรองรับการทำงานของรัฐบาลในการผลักดันให้นโยบายของพรรคได้รับการนำไปปฏิบัติเป็นนโยบายของรัฐต่อไป ซึ่งตรงข้ามกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่เป็นสมาชิกพรรคฝ่ายค้าน เพื่อตรวจสอบการทำงานและถ่วงดุลอำนาจกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของพรรคฝ่ายรัฐบาล ไม่รวมถึงสมาชิกวุฒิสภาจากการเลือกตั้งในแต่ละจังหวัดที่ไม่สามารถสร้างความเชื่อมั่นได้ว่าภายใต้เงื่อนไขคุณสมบัติที่ได้กำหนดไว้อย่างเคร่งครัด จะเป็นหลักประกันได้ว่าผู้ที่ได้รับการเลือกตั้งเหล่านี้ปราศจากการสนับสนุนของเครือข่ายนักการเมืองทั้งในระดับท้องถิ่นและในระดับชาติ ลักษณะเหล่านี้ได้ทำให้ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารในรัฐธรรมนูญต่างมีโครงสร้างที่เกี่ยวข้องกัน ทั้งในแง่ที่เป็นทางการและไม่เป็นทางการอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

ความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหารในรัฐธรรมนูญ 2550

ความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหารตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันสามารถพิจารณาได้ในเชิงของโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ กล่าวคือ ในเชิงโครงสร้างนั้นแสดงให้เห็นจากการกำหนดที่มา คุณสมบัติ วาระการดำรงตำแหน่ง และเหตุที่นำไปสู่การพ้นจากตำแหน่งของสมาชิกหรือผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองขององค์กรทางการเมืองทั้งสองฝ่าย ซึ่งแบ่งออกเป็น 2 รูปแบบกล่าวคือ

รูปแบบแรก เป็นลักษณะของความสัมพันธ์เชิงโครงสร้างโดยตรงด้วยการกำหนดที่มาให้ประชาชนมีอำนาจหน้าที่ในการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาส่วนหนึ่งนั้น กล่าวได้ว่า เป็นกลไกสำคัญในการให้ประชาชนแสดงสิทธิของความเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย[14] โดยฝ่ายบริหารมีที่มาจากฝ่ายนิติบัญญัติ อันเป็นผลจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรไม่น้อยกว่า 1 ใน 5 ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ให้การรับรองผู้นำพรรคการเมืองเสียงข้างมากหรือผู้ที่ได้รับการสนับสนุนจากสมาชิกส่วนใหญ่ในสภาผู้แทนราษฎรให้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นหัวหน้าฝ่ายบริหาร ในขณะเดียวกันหัวหน้าพรรคการเมืองที่มีที่นั่งมากที่สุดในฝ่ายเสียงข้างน้อยของสภาผู้แทนราษฎร จะได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้นำฝ่ายค้าน เพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจของรัฐบาล รวมไปถึงพรรคการเมืองเสียงข้างมากหรือพรรคฝ่ายรัฐบาลในสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งเงื่อนไขเช่นนี้เป็นลักษณะของความสัมพันธ์โดยตรงที่ฝ่ายนิติบัญญัติในส่วนของสภาผู้แทนราษฎรมีต่อฝ่ายบริหาร

รูปแบบต่อมา เป็นลักษณะของความสัมพันธ์เชิงโครงสร้างโดยอ้อม ที่เงื่อนไขคุณสมบัติของ ผู้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีต้องเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและได้รับการรับรองโดยมติของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งการแก้ไขให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสามารถดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีได้โดยไม่ทำให้สถานะของการเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเสียไปนั้น กล่าวได้ว่า ลักษณะเช่นนี้ทำให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในพรรคการเมืองฝ่ายรัฐบาลปฏิบัติหน้าที่ด้านนิติบัญญัติและเป็นส่วนหนึ่งของ

---

[14] ปราณพงษ์ ติลภัทร, "อำนาจรัฐกับกระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐตามรัฐธรรมนูญ" , ใน สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. **รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 6 : "การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐตามรัฐธรรมนูญ".** (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2550) หน้า 432.

พรรคการเมืองฝ่ายรัฐบาลที่มีส่วนสำคัญในการสนับสนุนหรือผลักดันนโยบายและการดำเนินการต่างๆ ของรัฐบาลไปพร้อมๆ กันด้วยนั่นเอง ในขณะเดียวกันเงื่อนไขในการห้ามควบรวมพรรค การปรับเปลี่ยนคุณสมบัติของผู้มีสิทธิลงสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในเรื่องการลดระยะเวลาเป็นสมาชิกพรรคการเมืองของผู้ลงสมัคร ไม่เพียงส่งผลต่อการป้องกันการผูกขาดอำนาจของนายกรัฐมนตรีหรือหัวหน้าพรรคการเมืองเสียงข้างมากที่มีเหนือกว่า ผู้ดำรงตำแหน่งในรัฐบาลและสมาชิกพรรคเท่านั้น แต่ยังนำไปสู่การลดความเข้มแข็งของพรรคการเมืองฝ่ายรัฐบาล และมีแนวโน้มกลับไปสู่การเป็นระบบหลายพรรค (multi-party system) ในสภาผู้แทนราษฎร ตลอดจนการเป็นรัฐบาลผสม (coalition government) ซึ่งเคยถูกระบุว่าเป็นประเด็นปัญหาของฝ่ายบริหารของไทยในช่วงทศวรรษ พ.ศ. 2530 เป็นต้นมา

ข้อสังเกตต่อสภาพปัญหาหลักของคณะรัฐมนตรีในช่วงเวลาดังกล่าวก็คือ แม้ว่ารัฐบาลหรือฝ่ายบริหารจะมาจากการเลือกตั้งของประชาชนโดยอ้อม หมายถึง จากพรรคการเมืองหรือกลุ่มพรรคการเมืองที่ได้รับเสียงข้างมากที่สุดในสภาผู้แทนราษฎรก็ตาม แต่การเลือกสรรบุคคลให้มาดำรงตำแหน่งรัฐมนตรีที่เกิดขึ้นจากการเจรจาต่อรองหลังการเลือกตั้งภายใต้ลักษณะของการเป็นรัฐบาลผสมที่มีความอ่อนแอและขาดเสถียรภาพที่ไม่มีพรรคใดกำหนดนโยบายเรื่องใดได้เอง เป็นเหตุให้ได้รัฐมนตรีบางส่วนขาดคุณภาพ และอาจไม่มีความเหมาะสมหรือไม่ได้รับการยอมรับจากสาธารณชน เนื่องจากเน้นเลือกจากปัจจัยด้านอิทธิพลทางการเมืองหรือเครือข่ายอุปถัมภ์ตามความจำเป็นในการสร้างเสถียรภาพของรัฐบาลและพลังการต่อรองในสภาผู้แทนราษฎรเป็นสำคัญ สิ่งเหล่านี้ทำให้อำนาจต่อรองระหว่างพรรคการเมืองเสียงข้างมากหรือพรรคฝ่ายรัฐบาลกับพรรคการเมืองเสียงข้างน้อยหรือพรรคฝ่ายค้านจะเป็นเช่นใดนั้น ขึ้นอยู่กับกลไกพรรคการเมือง

และจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในแต่ละฝ่ายว่ามีสัดส่วนที่แตกต่างกันมากเกินไปหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหากมีสัดส่วนที่แตกต่างมากเกินไปจนกระทบต่อเงื่อนไขของอำนาจหน้าที่แต่ละด้านที่ต้องอ้างอิงกับจำนวนของสมาชิก เช่น การลงมติในเรื่องต่างๆ และการขอเปิดอภิปรายไม่ไว้วางใจเป็นต้น[15] ย่อมอาจนำไปสู่การผูกขาดอำนาจของพรรคการเมืองขนาดใหญ่ การขาดอำนาจต่อรองของพรรคการเมืองฝ่ายตรงข้ามและอาจกลายเป็นเผด็จการทางรัฐสภาในที่สุด

ด้านวุฒิสภา แม้จะมีการกำหนดโครงสร้างด้านที่มาและคุณสมบัติต่างๆ ที่ดูเหมือนว่าจะแยกออกจากพรรคการเมืองหรือความเกี่ยวข้องกับรัฐบาลอย่างเด็ดขาด แต่ไม่สามารถกล่าวได้ว่า จะเป็นไปตามเจตนารมณ์อย่างแท้จริง เนื่องมาจากหากพิจารณาถึงเงื่อนไขด้านที่มาของสมาชิกวุฒิสภาในส่วนของการเลือกตั้ง จะเห็นได้ว่า มีการกำหนดคุณสมบัติที่ชี้ให้เห็นถึงการสร้างภาวะปราศจากการมีสายสัมพันธ์ทางการเมืองกับนักการเมืองหรือพรรคการเมือง แต่คุณสมบัติดังกล่าวก็เป็นเพียงกลไกการป้องกันสายสัมพันธ์ทางสายเลือด ในฐานะคู่สมรส หรือบุตร ธิดา และการเป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและการเป็นสมาชิกพรรคการเมืองเท่านั้น ในทางตรงกันข้ามหากพิจารณาในสภาพทางการเมืองของไทย โดยเฉพาะในการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาภายใต้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 พบว่า การลงสมัครรับเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาในพื้นที่ส่วนใหญ่ของประเทศไทย มักปรากฏภาพของการพึ่งพาสายสัมพันธ์หรือเครือข่ายของนักเลือกตั้งเป็นฐานการสนับสนุนที่สำคัญ[16] รวมไปถึงการสร้างฐานการสนับสนุนในพื้นที่จังหวัดของผู้สมัครเอง ภายใต้เงื่อนไขในการได้รับ

---

[15] วีรพงษ์ รามางกูร, "การถ่วงดุลอำนาจรัฐบาล". **ประชาชาติธุรกิจ** (21 มีนาคม 2548) : 2.

[16] สุมาลี มีจั่น, อ้างแล้ว, หน้า 155 - 210.

เลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภาที่ต้องเป็นผู้ที่ได้คะแนนสูงสุดของจังหวัด ย่อมเป็นไปได้ยากที่จะหลีกเลี่ยงการประสานความร่วมมือหรือสายสัมพันธ์ของนักการเมืองในระดับต่างๆ ของพื้นที่นั้นๆ ซึ่งกลไกและเครือข่ายของทั้งสมาชิกพรรคในฐานะนักการเมืองและพรรคการเมืองเป็นส่วนสำคัญที่แยกออกจากผู้สมัครสมาชิกวุฒิสภาส่วนใหญ่ได้ยากและอาจส่งผลต่อการทำหน้าที่ในฐานะสมาชิกวุฒิสภาต่อไปในอนาคต ดังนั้น จึงกล่าวได้ว่าความสัมพันธ์เชิงโครงสร้างระหว่าง ฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหาร มีความเกี่ยวข้องและสัมพันธ์ต่อกันอย่างมากทั้งในทางตรงและทางอ้อม ซึ่งความสัมพันธ์แต่ละด้านเป็นพื้นฐานสำคัญต่อการทำงานตามบทบาทอำนาจหน้าที่ของทั้งสองฝ่าย

ในส่วนของอำนาจหน้าที่นั้น เป็นความสัมพันธ์ที่มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันเช่นเดียวกับความสัมพันธ์เชิงโครงสร้าง โดยมีอำนาจหน้าที่ระหว่างกันทั้งในเชิงของอำนาจทางการเมืองและอำนาจทางการบริหารอย่างน้อยใน 3 ด้าน นอกเหนือไปจากภารกิจด้านนิติบัญญัติ[17] ได้แก่

(1) การควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหารโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ด้วยวิธีการต่างๆ ได้แก่ การแถลงนโยบายของคณะรัฐมนตรีต่อรัฐสภา ตามมาตรา 176 เพื่อให้เป็นไปตามแนวนโยบาย แห่งรัฐในด้านต่างๆ ที่กำหนดไว้ในมาตรา 75-87 การตั้งกระทู้ถามโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามมาตรา 156-157 การเปิดอภิปรายเพื่อลงมติไม่ไว้วางใจนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีเป็นรายบุคคลโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามมาตรา 158-159 การเปิดอภิปรายทั่วไปโดยไม่ลงมติโดยสมาชิกวุฒิสภาตามมาตรา 161 ระบบกรรมาธิการของทั้งสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา

---

[17] ดูรายละเอียดเพิ่มเติมได้ใน ปัทมา สูบกำปัง, **รัฐสภาไทยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550**, (นนทบุรี : สำนักวิจัยและพัฒนา สถาบันพระปกเกล้า, 2552), หน้า 15-17 และ 25-28.

ตามมาตรา 135 รวมทั้งการถอดถอนจากตำแหน่งตามมาตรา 270-274 เป็นต้น

(2) การถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายบริหารที่มีต่อฝ่ายนิติบัญญัติ โดยนายกรัฐมนตรีเป็นผู้ถวายคำแนะนำแก่พระมหากษัตริย์เพื่อให้มีพระราชโองการยุบสภาผู้แทนราษฎร ตามมาตรา 108 อันเป็นผลให้สถานภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสิ้นสุดลงในขณะที่คณะรัฐมนตรีจะอยู่ในฐานะรัฐบาลรักษาการ

(3) การตรวจสอบและถ่วงดุลอำนาจระหว่างกันของฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหารในการควบคุมการตรากฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งแต่ละฝ่ายต่างมีอำนาจในการยับยั้งหรือส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญตีความถึงความชอบของร่างกฎหมาย หากเห็นว่าอาจเป็นการขัดกับตัวบทของรัฐธรรมนูญ อันเป็นกฎหมายสูงสุดและกฎหมายอื่นๆ จะละเมิดมิได้ตามมาตรา 154

นอกจากนี้แล้ว ยังกล่าวได้ว่าลักษณะสำคัญที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญฉบับนี้ คือ การควบคุมฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารโดยกลไกขององค์กรตรวจสอบทางการเมืองที่กำหนดขึ้นตามรัฐธรรมนูญ ได้แก่ คณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ และคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน อีกส่วนหนึ่งเป็นองค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นองค์กรที่ดำเนินการอย่างเป็นอิสระจากรัฐบาล โดยมีโอกาสที่จะแสดงความคิดเห็นและข้อเสนอแนะต่อรัฐบาลหรือรัฐสภา ได้แก่ องค์กรอัยการ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ตลอดจนการเข้ามามีบทบาทขององค์กรตุลาการในการคัดเลือกบุคคลให้ดำรงตำแหน่งเป็นสมาชิกวุฒิสภาในส่วนของสมาชิกที่มาจากการสรรหาตามมาตรา 113 และการเลือกผู้ดำรงตำแหน่งต่างๆ ใน

องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญที่เน้นความเป็นอิสระทางการเมือง โดยไม่เปิดช่องทางให้ฝ่ายการเมือง ทั้งพรรคการเมืองฝ่ายรัฐบาลและฝ่ายค้านเข้ามาแทรกแซงได้ รวมไปถึงการขยายขอบเขตให้องค์กรตุลาการหรือองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการเสนอร่างกฎหมายต่างๆ ตามมาตรา 142 เช่น พระราชบัญญัติและร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ เป็นต้น ตลอดจนการลดจำนวนประชาชนในการเข้าชื่อเพื่อเสนอร่างกฎหมายจากเดิม 50,000 รายชื่อ เหลือเพียง 10,000 รายชื่อ และการถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองตามมาตรา 271 จากเดิม 50,000 รายชื่อ เหลือเพียง 20,000 รายชื่อ สิ่งเหล่านี้เป็นตัวอย่างที่ชี้ให้เห็นว่า การควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินในด้านต่างๆ ไม่ได้เป็นภารกิจเฉพาะของฝ่ายนิติบัญญัติ รวมทั้งการถ่วงดุลอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้มีเพียงฝ่ายบริหารเท่านั้น แต่ยังมีกลไกอื่นๆ เข้ามากำกับดูแลอยู่ด้วยเช่นกัน

อย่างไรก็ดี การเข้ามามีบทบาทของฝ่ายตุลาการ หรือที่เรียกกันว่า ตุลาการภิวัตน์ ถูกคาดหวังว่าความสุจริตและเป็นธรรมขององค์กรตุลาการจะนำมาสู่การสร้างสรรค์ให้ระบบการเมืองเป็นไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ[18] แต่ในทางตรงกันข้าม แนวทางที่นำไปสู่การสร้างบทบาททางการเมืองให้แก่องค์กรตุลาการ ดังที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญด้วยการมีอำนาจที่เพิ่มขึ้นในด้านต่างๆ เช่น การเสนอร่างกฎหมาย การเป็นคณะกรรมการสรรหาบุคคลให้ดำรงตำแหน่งสมาชิกวุฒิสภาในสัดส่วนที่มาจากการสรรหา และคัดเลือกบุคคลให้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ เป็นต้น อำนาจหน้าที่ที่เพิ่มขึ้นของสถาบันตุลาการเหล่านี้ได้รับการวิพากษ์วิจารณ์จากนักวิชาการจำนวนหนึ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นเรื่องแนวโน้มที่จะนำไปสู่การลดทอนความน่าเชื่อถือและภาพลักษณ์ที่มีความเป็นกลางทางการเมืองของ

---

[18] ธีรยุทธ บุญมี, **ตุลาการภิวัตน์ (Judicial review),** (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2549), หน้า 11-12.

สถาบันตุลาการ ตลอดจนยังเป็นการเอื้อให้เกิดการสร้างกลไกที่เอื้อต่อการผูกขาดอำนาจรัฐจากข้าราชการประจำให้มีมากยิ่งขึ้นกว่าเดิม[19]

ทั้งนี้ประเด็นต่างๆ ที่ได้รับการพัฒนาหรือปรับเปลี่ยนกลไกทางการเมืองการปกครองเหล่านี้ ได้แสดงให้เห็นว่า โครงสร้างและความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหาร ตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน มีมิติความสัมพันธ์มีความสลับซับซ้อนมากยิ่งขึ้นกว่าตัวบทของรัฐธรรมนูญในอดีต เนื่องจากไม่ได้เป็นการสร้างกลไกเพื่อลดอำนาจผูกขาดและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยนักการเมือง ทั้งในฝ่ายของรัฐบาล สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาเท่านั้น หากแต่ยังหมายรวมถึงตัวแสดงอื่นๆ ที่มีฐานะเป็นข้าราชการประจำ เครือข่ายอำนาจของคณะปฏิรูปการปกครองฯ ตลอดจนการเปิดช่องทางให้ภาคประชาชนเข้ามามีอำนาจต่อรองในการตรวจสอบและถ่วงดุลการใช้อำนาจขององค์กรทั้งสองฝ่ายมากยิ่งขึ้น

บทสรุป

ผลมาจากความพยายามในการปฏิรูปการเมืองอีกครั้งภายหลังการรัฐประหาร 19 กันยายน พ.ศ. 2549 ได้กำหนดโครงสร้างและความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหารตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ให้มีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันทั้งในด้านที่มาและอำนาจหน้าที่ อันมีกลไกพรรคการเมืองทำหน้าที่ในการประสานความร่วมมือหรือถ่วงดุลอำนาจกันระหว่างสถาบันแต่ละฝ่าย รวมทั้งการกำหนดเงื่อนไขเพื่อควบคุมไม่ให้ฝ่ายบริหารมีความเข้มแข็งที่อาจ

---

[19] หนังสือพิมพ์ออนไลน์ประชาไท, **สัมภาษณ์ "รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์" : ร่างรธน. 50 ประชาชนเป็น "จุลอัปรียชน" นักการเมือง เป็น "มหาอัปรียชน",** Retrieved from URL http://www.prachatai=.com/05web/th/home/page2.php?mod=mod_ptcms&ID= 9194& Key=HilightNews (30 กันยายน 2550).

นำไปสู่การผูกขาดอำนาจทางการเมืองได้ ตลอดจนการเข้ามามีบทบาททางการเมืองของฝ่ายตุลาการ ที่กลายเป็นตัวแสดงที่มีความสำคัญในการเข้ามามีอำนาจในการเสนอร่างกฎหมายและการคัดเลือกบุคคลให้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระและสมาชิกวุฒิสภาที่มาจากการสรรหาซึ่งมีอิทธิพลอย่างยิ่งต่อสถาบันทั้งสองฝ่ายทั้งในทางตรงและทางอ้อม โดยการออกแบบโครงสร้างและความสัมพันธ์ทางการเมืองเช่นนี้ สะท้อนให้เห็นประเด็นปัญหาและความเป็นไปด้านความสัมพันธ์ในอดีตขององค์กรทางการเมืองทั้งสองฝ่ายที่ไม่สามารถทำหน้าที่ถ่วงดุลหรือตรวจสอบการทำงานระหว่างกันแม้ว่าจะมีการกำหนดอำนาจหน้าที่หรือเงื่อนไขต่างๆ ไว้แล้วก็ตาม

นอกจากนี้แล้ว ภายใต้บริบททางการเมืองการปกครองของไทยที่ผันแปรไปตามเงื่อนไขความต้องการของสังคมและสภาพแวดล้อม ได้ส่งผลให้มุมมองที่มีต่อรัฐบาลและรัฐสภาไม่ได้เป็นเพียงสถาบันการเมืองที่ทำหน้าที่ด้านการปกครองพื้นฐานเท่านั้น แต่ยังเป็นพื้นที่ของการแข่งขันและต่อรองกันทางการเมือง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการพิจารณาถึงปัจจัยในเรื่องความสัมพันธ์ที่ไม่เป็นทางการ หรือประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นนอกเหนือจากที่ถูกคาดหมายไว้ในการร่างรัฐธรรมนูญที่อาจเกิดขึ้นจากแรงปะทะและการแข่งขันทางการเมืองทั้งภายในและภายนอกสถาบันการเมืองทั้งสองฝ่าย ซึ่งมีผลอย่างยิ่งต่อการทำหน้าที่ของสถาบันทางการเมืองนั้นๆ ให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

รายการอ้างอิง

ขจรศักดิ์ ปานสาคร. **โครงสร้างและบทบาทของรัฐสภาไทยภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับปีพุทธศักราช 2517, 2521 และ 2534.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต ภาควิชาการปกครอง คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538.

คณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ สภาร่างรัฐธรรมนูญ. **สรุปสาระสำคัญของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับลงประชามติแบบเรียงหมวด.** Retrieved from URL http://www.parliament.go.th/parcy/sapa_db/committee0-upload/0-20070727180056_main_ point(f) (new).pdf (5 สิงหาคม 2550).

คณะกรรมาธิการวิสามัญเผยแพร่รัฐธรรมนูญและประชาสัมพันธ์. **"50 ประเด็นเด่นของร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช .... เปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540"** Retrieved from URL http://www.parliament.go.th/parcy/sapa_db/committee_document_count.php?doc_id=2123 (10 สิงหาคม 2550).

ทวีพงศ์ แสงสุวรรณ. **ผลกระทบของระบบ 2 สภาต่อการพัฒนาระบอบประชาธิปไตยของไทย พ.ศ. 2475-2527**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต ภาควิชาการปกครอง คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530.

ธีรยุทธ บุญมี. **ตุลาการภิวัตน์ (Judicial review)**. กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2549.

นพดล เฮงเจริญ. "กระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ". ใน สำนักงาน

ศาลรัฐธรรมนูญ. **รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 4 : เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน**. กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2548.

นรนิติ เศรษฐบุตร และคณะ. **รายงานวิจัยเรื่องประสิทธิผลของรัฐสภาไทย**. นนทบุรี: สถาบันพระปกเกล้า, 2547.

นิยม รัฐอมฤต. "ประชาธิปไตยครึ่งใบ". Retrieved from URL www.thaipoliticsgovernment.org/wiki/ ประชาธิปไตยครึ่งใบ (20 กรกฎาคม 2551).

บรรเจิด สิงคะเนติ. **ปฏิรูปการเมืองครั้งที่ 2 พรรคทางเลือกที่สามเพื่อการปฏิรูปการเมืองครั้งใหม่ตามแนวความคิดของ ศ.ดร.อมร จันทรสมบูรณ์**. กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2547.

บรรลือ สุรินทร์ศิริรัฐ. **บทบาทของสมาชิกรัฐสภาที่เป็นข้าราชการประจำ: ศึกษาเฉพาะกรณีสมาชิกสภาปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต ภาควิชาการปกครอง คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2517.

บุญเลิศ คชายุทธเดช (ช้างใหญ่). "การสร้างดุลยภาพระหว่างอำนาจนิติบัญญัติกับอำนาจบริหาร". Retrieved from URL http://www.kpi.ac.th/mod_news/news_ view.asp?id=MTEg&g=NSAg&rand=1179927013734 (3 สิงหาคม 2550).

ปราณพงษ์ ดิลภัทร. "อำนาจรัฐกับกระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐตามรัฐธรรมนูญ". ใน สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. **รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 6 : "การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐตามรัฐธรรมนูญ"**. กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2550.

ปัทมา สูบกำปัง. **บทบาทของวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2543.

ปัทมา สูบกำปัง. **รัฐสภาไทยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550**. นนทบุรี : สำนักวิจัยและพัฒนา สถาบันพระปกเกล้า, 2552.

ผจญ คงเมือง. **ปัญหาดุลยภาพแห่งอำนาจระหว่างฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติในระบบรัฐสภาไทย.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2542.

ไพบูลย์ ดีคง. **กำเนิดการปกครองระบบรัฐสภาในประเทศไทย**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต ภาควิชาการปกครอง คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2508.

มนตรี เต่งตระกูล. **รัฐสภาไทย : ศึกษาเฉพาะกรณีปัญหาความอ่อนแอ.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต ภาควิชาการปกครอง คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2517.

มนตรี รูปสุวรรณ และคณะ. **รายงานวิจัยเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหารและเสถียรภาพของรัฐบาล**. กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547.

วีรพงษ์ รามางกูร, "การถ่วงดุลอำนาจรัฐบาล". **ประชาชาติธุรกิจ** (21 มีนาคม 2548): 2.

สุทัศน์ ชมดี. **บทบาทของรัฐสภาไทยในการควบคุมรัฐบาลโดยอาศัยการอภิปรายทั่วไป**. วิทยานิพนธ์ ปริญญามหาบัณฑิต ภาควิชาการปกครอง คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2515.

สุมาลี มีจั่น. **วุฒิสภากับรัฐบาล : ความสัมพันธ์เชิงอำนาจภายหลังการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548.

หนังสือพิมพ์ออนไลน์ประชาไท. "วาทะประชามติร่างรธน. 50 : จดจารให้ใจจำ". Retrieved from URLwww.prachatai.com/05web/th/home/page2.php?mod=mod_ptcms&ID=9280&Key=HilightNews (30 สิงหาคม 2550).

หนังสือพิมพ์ออนไลน์ประชาไท. "บทคัดย่อ 'ดีเบต' รธน.40 VS รธน. 50 : จรัญ-เจิมศักดิ์-สมคิด VS นิธิ-จาตุรนต์-วรเจตน์". Retrieved from URL http://www.prachatai.com/05web/th/home/page2.php?mod=mod_ptcms&ID=9114&Key=HilightNews (15 สิงหาคม 2550).

หนังสือพิมพ์ออนไลน์ประชาไท. สัมภาษณ์ "รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์" : ร่างรธน. 50 ประชาชนเป็น "จุลอัปรียชน" นักการเมืองเป็น "มหาอัปรียชน". Retrieved from URL http://www. prachatai =.com/05web/th/home/page2.php?mod=mod_ptcms &ID=9194&Key=HilightNews (30 กันยายน 2550).

อัษฎางค์ ปาณิกบุตร. "ทำไม ? ต้องมีวุฒิสภา". Retrieved from URL http://www.kpi.ac.th/mod_ news/news_view.asp?id=MTMg&g=NSAg&rand=1193176694937 (1 พฤษภาคม 2550).

Borwornsak Uwanno. "Dynamics of Thai Politics". Retrieved from URL http://www.kpi.ac.th/kpith/index2.php?option=com_content&task=view&id=119&pop=1&page=18&Itemid=31 (December 15, 2008).

The Sixth Conference of Asian Constitutional Court Judges Ulaan Bataar, Mongolia 24 – 26 September 2009

Mr. Chalermpon Ake-uru[*]
Mr. Nantapol Khaimuk[**]

The Sixth Conference of Asian Constitutional Court Judges was organised by the Constitutional Court of Mongolia in cooperation with the Konrad Adenauer Stiftung in Ulaan Bataar, Mongolia during 24 – 26 September 2009.

The Conference gathered together judges of Constitutional Courts or equivalent organs from Cambodia, Indonesia, Republic of Korea, Kyrgyzstan, Malaysia, Mongolia, the Philippines, Thailand and Uzbekistan. Participants from the Federal Constitutional Court of Germany, the Venice Commission of the Council of Europe and the Konrad Adenauer Stiftung also attended the Conference.

The Delegation of the Constitutional Court of Thailand was led by the Right Honourable Chut Chonlavorn, President of the Constitutional Court.

The theme of the Conference was "Constitutional Review and Separation of Powers" and the Conference was divided into four sessions.

In the first session dealing with the relations between constitutional review organs, governments and the ordinary

---

[*] Justice of the Constitutional Court of Thailand

[**] Secretary to the Justice of the Constitutional Court of Thailand

judiciary, there were presentations from delegates of the Federal Court of Malaysia, the Constitutional Council of Cambodia, the Constitutional Court of Kyrgyzstan and the Constitutional Court of Thailand. The session focused on the systems of constitutional review and the relations between Constitutional Courts or equivalent organs and other state organs in the presenters' countries, thus safeguarding the principle of separation of powers.

Justice Chalermpon Ake-uru made presentation on behalf the Constitutional Court of Thailand. He explained to the Conference that the principle of separation of powers is enshrined in the Constitution of Thailand; namely: the legislative power is vested in the National Assembly, the executive power is vested in the Council of Ministers and the judicial power is vested in the Courts.

However, since Thailand adopted the parliamentary system of democratic government the principle is not strictly applied as in the case of the United States of America, especially with regard to the relations between the legislative power and the executive power. The system in Thailand is rather the fusion of powers as in the United Kingdom because the executive branch of government is usually from the legislative branch. He stated further that constitutional review of laws or legislation is the area where the Constitutional Court interacts with the government or the ordinary courts. Constitutional review of laws or legislation is the main jurisdiction of the Constitutional Court and the Thai system of constitutional review covers both **a priori** review and **a posteriori** review.

As regards the role of the Government in **a priori** consti-

tutional review, if the Prime Minister is of the opinion that a bill approved by the National Assembly but before submitting for royal assent contains provisions contrary to or inconsistent with the Constitution or the enactment process under the Constitution, he may refer the matter to the Constitutional Court for ruling. In its **a priori** review, the Constitutional Court will look into the substance of the legislation as well as the enactment process. If the provisions of such a bill are decided to be contrary to or inconsistent with the Constitution or its enactment is contrary to the provisions of the Constitution and such provisions of the bill form its essential element, the bill will lapse.

A posteriori review, on the other hand, is a review of promulgated legislation in a concrete case. This is where the Constitutional Court interacts with the ordinary judiciary, i.e. the Courts of Justice and the Administrative Courts. In the application of the provisions of any law to any case, if the court by itself is of the opinion, or a party to case raises an objection with a reason, that the provisions of such a law are contrary to or inconsistent with the Constitution and there are no decisions of the Constitutional Court on such provisions, the Court will submit that opinion to the Constitutional Court for consideration and decision. During such period, the Court may continue the trial but must suspend the adjudication of the case until the Constitutional Court has made its decision.

Justice Chalermpon Ake-uru stated further that another important jurisdiction of the Constitutional Court is to decide on disputes pertaining to the respective powers and duties between two or more constitutional organs other than the Courts. These

constitutional organs are the National Assembly, the Council of Ministers and other Constitutional Organs, such as the Election Commission, the Ombudsmen, the National Counter Corruption Commission and the State Audit Commission. However, questions on the powers and duties of a single organ with respect to its ability to take a certain action will not be accepted for consideration. With this jurisdiction the Constitutional Court can perform the balancing function safeguarding the principle of separation of powers.

The decision of the Constitutional Court is final and binding on the National Assembly, the Council of Ministers, Courts and other State organs. It is final in the sense that the parties may not file an appeal to any court or body. It is binding in the sense that the decision of the Constitutional Court will be binding not only to the parties but also to third parties. Thus, once the Constitutional Court passes a ruling, that ruling will be directly binding on the National Assembly, the Council of Ministers, Courts as well as constitutional organs and state agencies in the enactment, application and interpretation of laws.

Under the second session that discussed the topic of constitutional adjucation vis-à-vis the legislature, the participants from the constitutional courts of Germany, the Republic of Korea, Indonesia, Uzbekistan and the Philippines, presented interesting examples on how the interpretation of the Constitution often affects legislative acts passed by a parliamentary majority. Laws are declared unconstitutional - in full or in part - and lawmakers are asked to pass new legislation to be in line with the respective rulings of the court.

In the third session dealing with reports on important decisions in recent years, participants from Cambodia, Republic of Korea, Kyrgyzstan, Malaysia, Mongolia, the Philippines, Thailand and Uzbekistan made presentations. Justice Suphot Khaimuk presented Constitutional Court Ruling No. 12/2552 dated August 19, 2009. This is a case concerning a Military Government Order issued in 1972 which prohibited owners or possessors of shops from operating food and beverage businesses between 1 a.m. to 5 a.m. without authorization. In this case, the defendant, a rice soup restaurant owner in upcountry Thailand, was accused of breaking the law when he opened his business after 1 a.m. The defendant pleaded not guilty and the provincial Court of Justice submitted the objection of the defendant to the Constitutional Court to determine whether a Military Government Order issued in 1972 was contrary to or inconsistent with the Constitution or not. The Constitutional Court ruled that the Military Government Order was contrary to or inconsistent with the Constitution. The reasons for the decision may be summed up as follows:

First, the restriction of liberties in occupation may be imposed only in accordance with the protection of rights and liberties principle provided by the Constitution. In considering whether the law that is claimed to restrict rights and liberties is contrary to or inconsistent with the Constitution, the country's atmosphere and the people's way of life at the time of the enactment of the law and thereafter must be taken into consideration.

In this case, it was clear when Military Government Order was enacted in 1972, the Military Council controlled both the

legislative power and executive power of the country for the purpose of maintaining public order and a peaceful society until the Constitution had been promulgated. During that period, the Military Council acting as the government, intended to have people stay in peace and order, not conducting activities that may cause chaos and wreck havoc to the security of the State. Therefore, the Military Council deemed it necessary to enact a specific law for the purpose of restricting some rights and liberties, such as law limiting liberties in operating food and beverage businesses and restricting the rights and liberties of consumers.

However, in peaceful circumstances such as the present time, an individual's way of life is different from the past. Economic growth of the country has contributed to easier traveling and a change in working hours. Daily behavior can no more be restricted to certain hours. These kinds of thing pose no threat to national security.

Second, the Constitution stipulates that restriction on such liberties cannot be imposed except by virtue of law specifically enacted for the following purposes: maintaining security and safety of the State or the national economy, protecting the public in regard to public utilities, maintain public order and good morals, regulating the engagement in an occupation; consumer protection, town and country planning, preserving natural resources of the environment, public welfare, preventing monopoly, or eliminating unfair competition. In this case, the Constitutional Court decided that the time limitation for operating and selling food and beverages during 1 a.m. to 5 a.m. not only restricted

the opportunity for people to run businesses and obstructed them from undertaking businesses freely and fairly by imposing unnecessary measures but also put the burden on other people who need to consume those food and beverages at night or any time.

The Constitutional Court therefore ruled that the Military Government order issued in 1972 limited the liberties to run a business and to undertake a fair and free competition and held that that the Military Government order issued in 1972 was against the provision on restriction of the rights and liberties of people as provided by the Constitution as well as the right of engagement in a business or an occupation of the Constitution of the Kingdom of Thailand.

The essence of this decision is to set a standard on the protection of rights and liberties of individuals. It does not matter if the party who submitted the petition is an ordinary merchant without any power or the State authority. Thus, the people's rights and liberties recognized by the decisions of the Constitutional Court achieve the actual manifestation in practice.

In the fourth session, the Conference heard the report from Justice Dong-Heub Lee of the Constitutional Court of the Republic of Korea, Chairman of the Preparatory Committee on the current status and further procedures regarding the establishment of an Asian Association of Constitutional Courts and Equivalent Organs. He stated that much has been achieved since the first and second meetings of the Preparatory Committee in April 2008 and May 2009. The second meeting, held in cooperation with the Konrad Adenauer Stiftung in Seoul, resulted in the agreement on

the current tentative name "Asian Association of Constitutional Courts and Equivalent Organs" and the understanding that it was more important to launch the Association with the current participating countries than to expand the membership. In the meantime, the opinions and suggestions of members have been collected and reflected on the draft Statute of the Association. The Constitutional Courts of the Republic of Korea will host the Third Meeting of the Preparatory Committee some time in spring of 2010.

The representative of the Venice Commission of the Council of Europe made a short intervention regarding the progress of organizing a second World Conference on Constitutional Justice and the preparation for the establishment of the World Conference on Constitutional Justice as a permanent body. Towards the end of the Conference, Indonesia expressed its willingness to host the next Conference of Asian Constitutional Court Judges in 2010 in Indonesia.

Thailand has been involved in the movement to establish a permanent regional body for Asian constitutional courts since its participation at the 3rd Seminar of Asian Constitutional Court Judges in Ulaan Bataar, on September 8, 2005. More recently, Thailand attended the first World Conference on Constitutional Justice held in Cape Town, South Africa during 22-24 January, 2009 to discuss constitutional justice and its influence on society and on developing a global human rights jurisprudence. The Constitutional Court of Thailand is always pleased to participate in a fruitful cooperation among Constitutional Courts and Equivalent Organs on a regional or worldwide basis in the future.

การได้มาของผู้ดำรงตำแหน่งของศาลรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการการเลือกตั้ง และคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

*ปัญญา อุดชาชน**

บทความนี้แบ่งการนำเสนอออกเป็น 4 ส่วนคือ ส่วนแรก หลักประชาธิปไตย ส่วนที่สอง รูปแบบการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศ ส่วนที่สาม รูปแบบการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งของคณะกรรมการการเลือกตั้งต่างประเทศ ส่วนที่สี่ รูปแบบการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติต่างประเทศ ส่วนที่ห้า บทวิเคราะห์ ส่วนสุดท้าย บทสรุปและข้อเสนอแนะ

1. ส่วนแรก หลักประชาธิปไตย[1]

ประกอบด้วย แนวความคิดประชาธิปไตย และทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตย

1.1 แนวความคิดประชาธิปไตย

ประชาธิปไตย (Democracy) คำว่า ประชาธิปไตย มีความหมายกว้างที่สุดซึ่งก่อให้เกิดการถกเถียงและความสับสนอยู่เสมอ การให้คำอธิบาย

---

* รองเลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, ศศ.บ.(รัฐศาสตร์), น.บ., น.ม. (กฎหมายมหาชน), M.P.A.(Detroit), Ph.D. น.ด. (Doctor of Laws), ปปร. รุ่น 8 สถาบันพระปกเกล้า และ วปอ.รุ่นที่ 2550 สถาบันวิชาการป้องกันประเทศ

[1] หลักเสรีประชาธิปไตยจะมุ่งคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชน การที่จะคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชนได้ต้องมีการแบ่งแยกอำนาจขององค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตย ทั้งนี้เพื่อให้มีการถ่วงดุลอำนาจขององค์กรซึ่งกันและกัน

ง่ายๆ เช่น วาทะของประธานาธิบดีอับราฮัม ลินคอล์น ประธานาธิบดีของประเทศสหรัฐอเมริกาที่ว่า ประชาธิปไตยเป็น "การปกครองของประชาชน โดยประชาชน และเพื่อประชาชน"[2]

แนวความคิดประชาธิปไตยสมัยใหม่เกิดขึ้นในศตวรรษที่ 17 เมื่อพ้นสมัยกลาง (Middle Ages) และเข้าสู่สมัยเรอเนซอง (Renaissance) และยุคฟื้นฟูปฏิรูป (Reformation) โดยพื้นฐานสำคัญของแนวความคิดประชาธิปไตยสมัยใหม่มีลักษณะดังนี้

1) การมีศรัทธาในความสามารถของมนุษย์ในสติปัญญา การรู้จักใช้หลักเหตุผล การยึดหลักเหตุผลด้วยวิธีการทดสอบค้นหาตามแบบวิทยาศาสตร์ ตลอดจนการมองมนุษย์ในแง่ดีว่าสามารถร่วมมือกันทำงานเพื่อความสุขส่วนรวมได้ ความคิดในเรื่องเหตุผลนี้มาจากข้อคิดเห็นของ จอห์น ล็อค (John Locke) ที่เรียกว่า ความรู้ทั้งหลายทั้งปวงของคนเราได้มาจากประสบการณ์ในโลกนี้ไม่มี "ความจริง" อันเดียวที่เป็นสัจธรรมสมบูรณ์แบบ (Absolute Truth) แต่สิ่งที่เราเรียกว่า "ความจริง" นั้นสามารถเปลี่ยนแปลงไปได้ มีลักษณะชั่วคราว และขึ้นอยู่กับการตรวจสอบดูว่าเป็นจริงหรือไม่ มิใช่ยึดมั่นอยู่ว่าเป็นความจริงตลอดกาลโดยไม่ตั้งข้อสงสัย

2) ความเชื่อในความเป็นอิสระและเสรีภาพของมนุษย์ ความคิดที่สนับสนุนเสรีภาพทางด้านต่างๆ เช่น เสรีภาพในการเลือกใช้ชีวิต เสรีภาพทางการแสดงความคิดเห็น ทางการพูด การพิมพ์โฆษณาเผยแพร่ การประชุม การรวมกลุ่มจัดตั้งเป็นสมาคม ฯลฯ ดังที่ ฌอง ฌาค รุสโซ (Jean Jaques Rousseau) เขียนไว้ในหนังสือ The Social Contract ว่า "การสละละทิ้งเสรีภาพเท่ากับเป็นการสละละทิ้งความเป็นคน เท่ากับการยอมเสียสิทธิของมนุษยชน และแม้แต่หน้าที่ของเรา การสละละทิ้งเช่นนี้เป็นการขัดต่อ

---

[2] ชัยอนันต์ สมุทวณิช, **ประชาธิปไตย สังคมนิยม คอมมิวนิสต์กับการเมืองไทย,** (กรุงเทพฯ: คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2519), หน้า 1 – 14.

ธรรมชาติของมนุษย์ การที่นำเอาเสรีภาพทั้งหลายออกไปจากเจตจำนงของคนก็เท่ากับการนำเอาศีลธรรมออกไปจากการกระทำของคนนั่นเอง"[3]

3) การยอมรับให้ความเท่าเทียมกันของคน หมายถึง ความเสมอภาคตามกฎหมายและทางการเมือง คนทุกคนควรได้รับการปฏิบัติจากเจ้าหน้าที่ของรัฐ ได้รับความคุ้มครองจากกฎหมายโดยเท่าเทียมกัน และมีสิทธิเสรีภาพทางการเมืองและโอกาสต่างๆ ที่จะใช้ชีวิตในสังคมอย่างเท่าเทียมกันโดยไม่แบ่งแยกเชื้อชาติ กำเนิด เพศ หรือฐานะทางเศรษฐกิจ – สังคม ความเสมอภาคนี้หมายถึงการได้รับโอกาสในการแสวงหาการศึกษา การทำงานที่เท่าเทียมกันด้วย

4) อำนาจสูงสุดในการปกครอง ในการตัดสินปัญหาสำคัญของสังคมอยู่ที่อำนาจสูงสุดมาจากปวงชน (Popular Sovereignty) เมื่อมีการเสนอความคิดที่ว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนย่อมจะมีความหมายว่าประชาชนก็คือรัฐ โดยมีการมอบอำนาจให้กับตัวแทนเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือองค์กร เช่น รัฐสภา เป็นต้น

5) อำนาจอันชอบธรรมในการปกครองของรัฐบาลเกิดจากความยินยอม (Consent) ของประชาชน

แนวความคิดเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพของมนุษย์ การปกป้องสิทธิเสรีภาพของมนุษย์โดยรัฐบาลที่มาจากความยินยอมของคนในสังคม เพื่อดำเนินการปกครองตามจุดมุ่งหมายอย่างเดียว คือ การคุ้มครองสิทธิด้านต่างๆ ที่คนมีมาแต่เดิมก่อนที่จะเข้ามายอมอยู่ใต้อำนาจการปกครองโดยมีที่มาจากทฤษฎีว่าด้วยกฎธรรมชาติ (Natural Law)

6) สิทธิในการคัดค้านและล้มล้างรัฐบาล (The right to dissent, the right to revolt)

---

[3] Jean Jacques Rousseau, **The Social Contract, translated and Introduced by Maurice Cranston** (London : Penguin Books, 1968), p. 52 อ้างใน ชัยอนันต์ สมุทวณิช, เพิ่งอ้าง, หน้า 7.

เนื่องจากรัฐเป็นเพียงอุปกรณ์ที่ช่วยให้คนในสังคมบรรลุถึงความสุขสมบูรณ์และรัฐ อยู่ได้โดยมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองชีวิตทรัพย์สินและช่วยให้คนสามารถแสวงหาความสุขได้ ดังนั้น ประชาชนจึงมีสิทธิเต็มที่ในการต่อต้านรัฐบาลที่ไม่ปฏิบัติตามจุดมุ่งหมายดังกล่าว เมื่อใดที่ผู้ปกครองละเลยหรือไม่สามารถที่จะช่วยรักษาหรือส่งเสริมสิทธิต่างๆ ของคนในสังคม ก็เท่ากับว่ารัฐบาลหรือผู้ปกครองนั้นไม่ได้ทำหน้าที่อันควร ประชาชนย่อมมีสิทธิหรือเป็นหน้าที่ที่จะล้มล้างเปลี่ยนแปลงผู้ปกครองเสียใหม่ ดังที่ จอห์น ล็อค (John Locke) เขียนไว้ว่า

"เมื่อใดที่ผู้ออกกฎหมายพยายามที่จะแย่งและทำลายสิทธิของประชาชนเท่ากับว่าผู้ออกกฎหมายนั้นนำตัวเข้าไปสู่สภาพสงครามกับประชาชน ซึ่งเมื่อเป็นเช่นนี้ประชาชนก็จะไม่ให้ความเชื่อฟังอีกต่อไป และมีสิทธิที่จะนำเอาเสรีภาพดั้งเดิมของเขากลับคืนมาใหม่ และโดยการจัดตั้งสภาผู้แทนราษฎรใหม่ตามที่เห็นสมควร เพื่อให้ความมั่นคงและปลอดภัยซึ่งเป็นจุดหมายในการเข้ามาอยู่ร่วมกันในสังคม"[4]

1.2 ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตย

1) ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐ เช่น

(1) ฌอง โบแดง (Jean Bodin) นักนิติปรัชญาชาวฝรั่งเศสเป็นผู้คิดทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตย (Theory of Sovereignty) โดยได้อธิบายไว้ในหนังสือสาธารณรัฐใน 6 บรรพ (Six livres de la République) โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้[5]

---

[4] John Locke, **Second Treatise of Civil Government, edited by J.W. Gough** (London : Basil Blackwell, 1960) อ้างใน ชัยอนันต์ สมุทวณิช, เพิ่งอ้าง, หน้า 10.

[5] วิษณุ เครืองาม, **ความรู้เบื้องต้นทางปรัชญา**, (กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2530), หน้า 221-222.

(1.1) อำนาจอธิปไตยคืออำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศ ตามความหมายนี้ แสดงว่า โบแดงต้องการจะลบล้างแนวความคิดดั้งเดิมเกี่ยวกับทฤษฎีว่าด้วยความมีอำนาจสูงสุดของพระผู้เป็นเจ้า (The Supremacy) เพราะตามทฤษฎีนี้ ผู้ใช้อำนาจสูงสุดมีอำนาจล้นพ้นเกินไป จนไม่มีขอบเขตจำกัด เช่น พระผู้เป็นเจ้าย่อมมีอำนาจทั่วสากลโลก พระสันตะปาปาย่อมมีอำนาจทั่วอาณาจักรทั้งปวง แต่โบแดงต้องการจะจำกัดอำนาจสูงสุดเพียงแค่การปกครองในประเทศนั้นๆ เท่านั้น ที่โบแดงอธิบายเช่นนี้ เพราะโบแดงต้องการเข้าใจความหมายของคำว่า "รัฐ" เป็นอย่างดี และต้องการจะสร้างความสัมพันธ์ระหว่าง "รัฐ" กับ "รัฏฐาธิปัตย์" ของรัฐนั้นเท่านั้น โดยไม่เกี่ยวกับรัฐอื่น

(1.2) อำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐ (Sovereignty belongs to the State) โบแดงได้คำอธิบายองค์ประกอบข้อหนึ่งของรัฐที่ว่า รัฐต้องมีอำนาจอธิปไตย ฉะนั้น โบแดงจึงสรุปว่า อำนาจอธิปไตยย่อมเป็นของรัฐมิใช่ของราษฎร

(1.3) ผู้ใช้อำนาจอธิปไตยควรเป็นพระมหากษัตริย์ซึ่งทรงเป็นรัฏฐาธิปัตย์ (Sovereign) เพราะพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขของรัฐและผู้นำราษฎรทั้งหลาย

(1.4) รัฏฐาธิปัตย์ คือ ผู้มีอำนาจสูงสุดในแผ่นดิน สามารถออกคำสั่งให้ราษฎรปฏิบัติตามได้ แต่ตนไม่อยู่ใต้คำสั่งของผู้ใด (majestas est summa in civis ac subditog legibusque solute potestas) นอกจากนั้นโบแดงยังได้อธิบายอีกด้วยว่า "ย่อมเป็นที่ประจักษ์ชัดแล้วว่าสาระสำคัญของความเป็นรัฏฐาธิปัตย์ของกษัตริย์... คือการมีอำนาจตรากฎหมายบังคับใช้แก่พสกนิกรทั้งหลาย โดยไม่คำนึงว่า พสกนิกรเหล่านั้นยินยอมหรือหาไม่... ถ้าจะให้รัฏฐาธิปัตย์ปกครองรัฐได้อย่างถูกต้อง ดีงามแล้ว จำต้องให้รัฏฐาธิปัตย์อยู่เหนือกฎหมาย"

ความเห็นนี้ได้รับการยอมรับอย่างมากในทางกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งถือว่าความเป็นอิสระเป็นหัวใจสำคัญของต้นกำเนิดแห่งรัฐและนำมาซึ่งหลักว่าด้วยการไม่แทรกแซงกัน และรัฐจะยอมตกอยู่ภายใต้อำนาจอื่นได้ก็เพราะความสมัครใจของรัฐนั่นเอง เช่น การยอมรับในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลโลกในปัญหาระหว่างประเทศ แนวความคิดนี้มีที่มาจากการพัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของประเทศฝรั่งเศสที่เน้นถึงความมีอำนาจเหนือของกษัตริย์ต่อเจ้าศักดินาและความเป็นอิสระของราชบัลลังก์จากอำนาจทางศาสนา[6]

(2) จัง จ๊าค รุสโซ (Jean Jaques Rousseau) นักนิติปรัชญาชาวสวิสเซอร์แลนด์และต่อมาย้ายมาพำนักในฝรั่งเศส ได้เขียนหนังสือเรื่องสัญญาประชาคม (Social Contract) โดยถือว่า รัฐเกิดจากคนหลายคนมาอยู่รวมกัน โดยแต่ละคนสละสิทธิและเสรีภาพของตนเองเพื่อประโยชน์ส่วนใหญ่ และรัฐจะเป็นผู้กำหนดสิทธิและหน้าที่ของคนส่วนใหญ่ที่อาศัยอยู่ร่วมกัน ซึ่งเรียกว่า ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ สำหรับกฎหมายนั้นต้องมาจากเจตจำนงร่วมของประชาชนและมีผลบังคับใช้กับคนทั่วไป นอกจากนั้น กฎหมายเท่านั้นที่จะจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติถือว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนที่ไม่อาจโอนให้กับผู้แทนได้ ดังนั้น แนวความคิดของรุสโซจึงเป็นหลักของประชาธิปไตยโดยตรง (Direct Democracy)[7] สำหรับในด้านกฎหมายรุสโซ มีความคิดว่า กฎหมายคือ เจตจำนงของประชาชนในชาติซึ่งแสดงออกร่วมกัน เนื่องจากเมื่อปวงชนจะออกกฎหมายในเรื่องใด ราษฎรย่อมแสดงเจตจำนงออกมาว่าจะออกกฎหมายในเรื่องนั้นเพื่อประโยชน์สาธารณะและ

---

[6] โภคิน พลกุล และชาญชัย แสวงศักดิ์, **หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น**, (กรุงเทพฯ: ม.ป.พ., 2549), หน้า 51.

[7] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, **กฎหมายมหาชน เล่ม 1 : วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ** (กรุงเทพฯ: ม.ป.พ., 2538), หน้า 57.

มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่ใช่บังคับเฉพาะบุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือคนกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง รุสโซให้ความสำคัญการออกกฎหมายโดยเจตนารมณ์ร่วมกันมี 2 วิธีคือ วิธีแรก ประชาชนออกเอง หรือวิธีที่สอง มีผู้เสนอแล้วให้ประชาชนออกเสียงเป็นประชามติ

ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยดังกล่าว ส่งผลให้เกิดระบอบการปกครองสมบูรณาญาสิทธิราชย์ขึ้น และถือได้ว่ากลายเป็นหลักกฎหมายมหาชนทั้งภายในและระหว่างประเทศที่สำคัญหลักการหนึ่งในระยะต่อมา

2) ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ เช่น

(1) จอห์น ล็อค (John Locke) นักนิติปรัชญาชาวอังกฤษได้เขียนหนังสือเรื่อง หนังสือสองเล่มว่าด้วยการปกครอง (Two Treatises of Government) โดยเห็นว่า กฎหมายเป็นเครื่องมือคุ้มครองสิทธิตามธรรมชาติ กฎหมายเกิดจากเหตุผล กฎหมายที่ขัดแย้งกับกฎหมายธรรมชาติ กฎหมายนั้นจะถูกยกเลิกโดยรัฐบาล ส่วนการปกครองนั้นเห็นว่า เสรีภาพเป็นกฎเกณฑ์พื้นฐานของระบอบการปกครองและสถาบันทางการเมือง ถูกสร้างขึ้นมาเพื่อคุ้มครองเสรีภาพ ดังนั้น แนวความคิดของล็อคจึงถือว่าเป็นผู้ให้กำเนิดลัทธิเสรีนิยมประชาธิปไตย (Democratic Liberalism) นอกจากนั้น จอห์น ล็อค ยืนยันว่าเสรีภาพเป็นกฎเกณฑ์พื้นฐานของระบอบการปกครอง และสร้างสถาบันทางการเมืองขึ้นมาคุ้มครองเสรีภาพ ประกอบด้วย ดังนี้

1. ต้องใช้หลักเสียงส่วนใหญ่

2. ต้องมีการแยกหน้าที่ขององค์กร โดยแยกเป็นการออกกฎหมายโดยฝ่ายนิติบัญญัติ การปฏิบัติตามกฎหมายโดยฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการ และการทำความสัมพันธ์ระหว่างประเทศโดยฝ่ายบริหาร ทั้งนี้ อำนาจออกกฎหมายกับอำนาจปฏิบัติตามกฎหมายต้องแยกองค์กรใช้อำนาจออกจากกันโดยเด็ดขาด ส่วนอำนาจปฏิบัติตามกฎหมายและการทำความสัมพันธ์ระหว่างประเทศเกี่ยวข้องกันได้ จอห์น ล็อค สรุปว่า

อำนาจทุกชนิดในสังคมมีข้อจำกัด ข้อจำกัดที่สำคัญของอำนาจ คือ การคุ้มครองเสรีภาพและกรรมสิทธิ์ ดังนั้น ถือได้ว่า จอห์น ล็อค เป็นผู้ให้กำเนิดลัทธิปัจเจกชนนิยมและเสรีนิยม[8]

(2) ซีเอเยส์ (Siéyès) นักนิติปรัชญาชาวฝรั่งเศสได้เขียนหนังสือเรื่อง ความเรียงเกี่ยวกับอภิสิทธิ์ (Essai sur les privileges) และอะไรคือสามัญชน (Qu'est – ce que le Tiers Etat?) เป็นผู้คิดทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ โดยถือว่า ชาติ (Nation) เกิดขึ้นจากการรวมกันของคนทุกคน เจตนารมณ์ของชาติจึงเป็นเจตนารมณ์ที่ชอบด้วยกฎหมาย และเจตนารมณ์ของชาติอาจมอบให้ ผู้แทนไปสร้างรัฐธรรมนูญเพื่อก่อตั้งองค์กรทางการเมืองในการปกครองประเทศ ดังนั้น แนวความคิดของซีเอเยส์จึงเป็นหลักของประชาธิปไตยโดยอ้อม (Indirect Democracy) ซีเอเยส์ถือว่า ชาติมีอยู่ก่อนสิ่งอื่นใดและเป็นที่มาของทุกสิ่ง เจตนารมณ์ของชาติจึงเป็นเจตนารมณ์ที่ชอบด้วยกฎหมาย และชาติเกิดขึ้นจากการรวมกันของพลเมืองทุกคน สามัญชนคือคนทุกคนซึ่งรวมเป็นชาติเท่านั้นที่ออกกฎหมายได้โดยผ่านสภาที่ผู้แทนสามัญมีจำนวนเป็นสัดส่วนกับจำนวนที่แท้จริงของสามัญชนในชาติ ดังนั้น เจตนารมณ์ของชาติจะแสดงออกได้ก็แต่โดยชาติโดยผ่านผู้แทนของชาติที่ได้รับเลือกจากประชาชน และเมื่อผู้แทนของชาติได้รับเลือกแล้ว จะไม่ใช่ผู้แทนของราษฎรที่เลือกแต่เป็นผู้แทนของชาติ จึงมีความเป็นอิสระไม่ถูกผูกมัดโดยสัญญาใดๆ กับประชาชนผู้เลือกแต่มีอิสระที่จะทำแทนชาติได้เต็มที่

ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติดังกล่าว ได้ส่งผลให้เป็นที่ยอมรับในหลายๆ ประเทศ ดังที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 และกฎหมายพื้นฐาน (รัฐธรรมนูญ) แห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 เช่น รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐฝรั่งเศส

[8] เพิ่งอ้าง, หน้า 55.

ค.ศ. 1958 มาตรา 3 วรรคแรก บัญญัติว่า หลักของอำนาจอธิปไตย คือ อำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ เป็นของประชาชนซึ่งใช้โดยผ่านทางผู้แทนหรือโดยการออกเสียงประชามติ (Referendum)[9] เป็นต้น

3) ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน

ด้วยอิทธิพลของการปฏิวัติใหญ่ในฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 แนวความคิดที่ว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนได้แพร่หลายไปสู่ประเทศต่างๆ โดยยอมรับว่าอำนาจอธิปไตยหรืออำนาจสูงสุดในการปกครองประเทศเป็นของประชาชนมิใช่อยู่กับคนใดคนหนึ่งแต่เพียงผู้เดียว แต่ด้วยจากสภาพความเป็นจริงในปัจจุบัน ประชาชนทุกคนย่อมไม่สามารถเข้าร่วมกันใช้อำนาจอธิปไตยทุกคนได้ จึงมีการเลือกผู้แทนของตนเองโดยมอบอำนาจและความไว้วางใจให้กับผู้แทน ดังนั้น การเลือกตั้งผู้แทนราษฎรจึงเป็นหลักการสำคัญของทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน ประธานาธิบดีอับราฮัม ลินคอล์น (Abraham Lincon) ประธานาธิบดีคนที่ 16 ของสหรัฐอเมริกา ได้ให้ความหมายของคำว่าประชาธิปไตยว่าเป็นการปกครองของประชาชน โดยประชาชนและเพื่อประชาชน ในพิธียกย่องวีรชนในสงครามกลางเมือง เมื่อวันที่ 19 พฤศจิกายน ค.ศ. 1863 ณ สุสานแห่งชาติเกตติสเบอร์ก (The Gettyburg National Cemetery)

ทฤษฎีว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชนดังกล่าวมีปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญหลายประเทศ เช่น รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐอิตาลี ค.ศ. 1948 บัญญัติว่า อิตาลีเป็นสาธารณรัฐประชาธิปไตย และอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 3 บัญญัติว่า อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชนชาวไทย พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นประมุขทรงใช้อำนาจนั้นทางรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้

---

[9] เพิ่งอ้าง, หน้า 62.

2. ส่วนที่สอง รูปแบบการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศ

2.1 รูปแบบที่ฝ่ายนิติบัญญัติทำหน้าที่สรรหา : ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

2.1.1 กระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์

รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ได้บัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์[10] ว่า ให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ครึ่งหนึ่งคือ จำนวน 8 คน มาจากการเลือกของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ (Bundestag) และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์อีกครึ่งหนึ่ง คือ จำนวน 8 คน มาจากการเลือกของสมาชิกสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์ (Bundesrat) โดยรายละเอียดต่างๆ ให้บัญญัติไว้ในกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ (Statute) ดังนั้น รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์รัฐเยอรมนี ค.ศ. 1998 จึงได้บัญญัติเกี่ยวกับรายละเอียดต่างๆ สำหรับส่วนที่สำคัญเกี่ยวกับกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีดังนี้

2.1.1.1 ด้านองค์ประกอบ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์แบ่งออกเป็น 2 องค์คณะๆ ละ 8 คน รวมทั้งสิ้น จำนวน 16 คน ในจำนวนตุลาการของแต่ละองค์คณะนั้นต้องมาจากผู้พิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์ที่มีประสบการณ์ปฏิบัติหน้าที่ในศาลใดศาลหนึ่งมาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี จำนวน 3 คน ศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์คือ ศาลยุติธรรมสูงสุด ศาลปกครองสูงสุด ศาลแรงงานสูงสุด ศาลสังคมสูงสุด และศาลภาษีอากรสูงสุด ผู้พิพากษา

---

[10] Basic Law for the Federal Republic of Germany 1949, Article 94.

ศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์ จำนวน 3 คนดังกล่าวมาจากการเลือกของสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์เลือกให้องค์คณะที่ 1 จำนวน 2 คน และเลือกให้องค์คณะที่ 2 จำนวน 1 คน และมาจาการเลือกของสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์เลือกให้องค์คณะที่ 1 จำนวน 1 คน และเลือกให้องค์คณะที่ 2 จำนวน 2 คน สำหรับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ อีกจำนวน 5 คน มาจากการเลือกของสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์เลือกให้องค์คณะที่ 1 จำนวน 2 คน และเลือกให้องค์คณะที่ 2 จำนวน 3 คน และมาจากการเลือกของสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์เลือกให้องค์คณะที่ 1 จำนวน 3 คน และเลือกให้องค์คณะที่ 2 จำนวน 2 คน สรุปแล้ว ทั้งสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์และสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์มีอำนาจหน้าที่เลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีจำนวนเท่าๆ กัน คือ องค์คณะละ 4 คน

2.1.1.2 ด้านระยะเวลาดำเนินการ[11]

1) การเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะทำการเลือกล่วงหน้า 3 เดือน ก่อนตำแหน่งนั้นจะว่างลง

2) กรณีที่มีการยุบสภาในระหว่างนั้น ให้ทำการเลือกภายในระยะเวลา 1 เดือนนับแต่วันเริ่มมีการประชุมสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ครั้งแรก

3) กรณีที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพ้นจากตำแหน่งก่อนครบวาระ กล่าวคือ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีวาระดำรงตำแหน่ง 12 ปี[12] ถ้าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพ้นจากตำแหน่งก่อนครบวาระให้ดำเนินการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมาแทนภายในระยะเวลา 1 เดือนจากสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์หรือสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์ แล้วแต่

---

[11] กฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ค.ศ. 1951 มาตรา 5 วรรคสอง และวรรคสาม.

[12] เพิ่งอ้าง, มาตรา 4.

กรณีที่เป็นองค์กรมีอำนาจหน้าที่เลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่พ้นจากตำแหน่งนั้น

2.1.1.3 ด้านวิธีการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ การเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีกระบวนการที่สำคัญ 3 ทาง คือ

1) กระบวนการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์โดยสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ (Bundestag) มีขั้นตอนดังนี้

(1) สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์เลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์โดยทางอ้อม (Indirectly) โดยผ่านคณะกรรมการสรรหา จำนวน 12 คน (a twelve - man electoral committee)[13] คณะกรรมการสรรหาเป็นไปตามสัดส่วนของจำนวนสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ของแต่ละพรรคการเมืองโดยแต่ละพรรคการเมืองเสนอชื่อคณะกรรมการสรรหาตามสัดส่วนในจำนวนของพรรคของตน

(2) คณะกรรมการสรรหาที่มีอายุมาก หรืออาวุโสที่สุดจะเป็นผู้เรียกประชุมคณะกรรมการสรรหาโดยไม่ชักช้าภายใน 1 สัปดาห์ และทำหน้าที่เป็นประธานในที่ประชุม เพื่อดำเนินการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

(3) คณะกรรมการสรรหาร่วมลงคะแนนเสียงเลือกจากรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิที่มีการเสนอชื่อโดยเสียงข้างมาก ถ้าผู้ที่ได้รับคะแนนเสียงข้างมากไม่อาจดำรงตำแหน่งได้ ให้ผู้ที่ได้รับคะแนนรองลงมาจะแทนที่ผู้นั้น

(4) คณะกรรมการสรรหาทุกคนต้องรักษาความลับเกี่ยวกับบุคคลที่ได้รับการเสนอชื่อและการลงคะแนนของ

[13] เพิ่งอ้าง, มาตรา 6 (1).

คณะกรรมการสรรหาแต่ละคน

(5) กรรมการสรรหาคนใดมีความสัมพันธ์ส่วนตัวกับผู้ทรงคุณวุฒิที่ได้รับการเสนอชื่อกรรมการสรรหาผู้นั้นต้องไม่อภิปรายและงดออกเสียง[14]

(6) กรรมการสรรหาคนใดพ้นจากวาระ ให้บุคคลที่มีชื่อในลำดับถัดไปได้รับเป็นกรรมการสรรหาแทน โดยผู้ได้รับเลือกดังกล่าวมีวาระตลอดสมัยของสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์[15]

(7) ผู้ทรงคุณวุฒิที่จะได้รับการคัดเลือกเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ แห่งสหพันธ์ต้องได้คะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของคณะกรรมการสรรหา หรืออย่างน้อยจำนวน 8 เสียง

(8) การจัดทำบัญชีรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิเป็นหน้าที่ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมที่ต้องเป็นผู้จัดเตรียมบัญชีรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิที่มีคุณสมบัติครบถ้วน และบัญชีรายชื่อบุคคลอื่นๆ ซึ่งได้รับการเสนอจากสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ หรือรัฐบาลแห่งสหพันธ์ หรือรัฐบาลแห่งมลรัฐโดยบุคคลนั้นต้องมีคุณสมบัติครบถ้วนตามมาตรา 3 วรรคหนึ่ง และมาตรา 3 วรรคสองของ BVerfGG.

(9) บัญชีรายชื่อต้องปรับปรุงให้ทันสมัยเป็นปัจจุบันอยู่เสมอและจัดส่งต่อประธานสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ และประธานสภาสูงแห่งสหพันธ์อย่างน้อย 1 สัปดาห์ก่อนการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์[16]

(10) เมื่อคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ได้ลงคะแนนเสียงเลือกบุคคลใดแล้ว การเลือก

---

[14] เพิ่งอ้าง, มาตรา 6.

[15] เพิ่งอ้าง, มาตรา 6 (2).

[16] เพิ่งอ้าง, มาตรา 8 (3).

ดังกล่าวถือเป็นอันสิ้นสุดโดยไม่จำเป็นต้องได้รับการรับรองหรือเห็นชอบจากสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์อีก จึงเรียกว่า เป็นการเลือกโดยทางอ้อมโดยใช้คณะกรรมการสรรหาเป็นตัวแทนของสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์

2) กระบวนการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์โดยสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์ (Bundesrat) มีขั้นตอน ดังนี้

(1) สภาสูงแห่งสหพันธ์เลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์โดยทางตรง (Directly) โดยที่ประชุมของสภาสูงแห่งสหพันธ์จะดำเนินการเลือกโดยตรงเนื่องจากมีจำนวนสมาชิกไม่มากนัก คือ มีจำนวน 68 คน ในขณะที่สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์มีจำนวนสมาชิก 672 คน

(2) ในทางปฏิบัติสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์จะตั้งคณะกรรมการขึ้นมีหน้าที่เตรียมการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์และเสนอแนะผู้ทรงคุณวุฒิที่เป็นผู้สมควรได้รับเลือกเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ปัจจุบันคณะกรรมการดังกล่าวประกอบด้วยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมของทั้ง 17 มลรัฐ และโดยปกติที่ประชุมสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์จะเลือกผู้ทรงคุณวุฒิตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการดังกล่าว ดังนั้น จึงถือว่าตัวแทนของมลรัฐเข้ามามีบทบาทสำคัญในการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์

(3) ผู้ทรงคุณวุฒิที่ได้รับเลือกจากสภาที่ปรึกษา แห่งสหพันธ์ ต้องได้คะแนนเสียงไม่น้อยกว่า 2 ใน 3 ของสมาชิกสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์ทั้งหมด[17]

3) กระบวนการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ในกรณีพิเศษ มีขั้นตอน ดังนี้

---

[17] เพิ่งอ้าง, มาตรา 7.

(1) หากหลังจากการสิ้นสุดการดำรงตำแหน่งของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ว่างลงตามมาตรา 6 BVerfGG. แต่การเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแทนตำแหน่งที่ว่างลงยังไม่แล้วเสร็จภายในระยะเวลา 2 เดือน ให้กรรมการที่อาวุโสของคณะกรรมการการคัดเลือกตุลาการ หรือประธานสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์เรียกร้องให้มีการเสนอรายชื่อบุคคลที่ควรได้รับเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

(2) กรณีตามข้อ (1) ให้องค์คณะร่วม (das Plenum) ของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ประชุมเพื่อเสนอชื่อบุคคลที่ควรได้รับเลือกเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ไปยังสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ หรือสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์แล้วแต่กรณีโดยใช้มติเสียงข้างมาก ถ้ามีตำแหน่งว่างลงหลายตำแหน่งให้เสนอรายชื่อไปจำนวน 2 เท่าของตำแหน่งที่ว่างลง

(3) สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ หรือสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์แล้วแต่กรณีมีสิทธิที่จะเลือกบุคคลซึ่งมิใช่บุคคลที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์เสนอชื่อมาก็ได้[18]

2.1.2 การแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์และการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการสรรหา

2.1.2.1 ประธานาธิบดีเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่แต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์[19] ตามข้อเสนอของสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ หรือสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์แล้วแต่กรณี และถือว่าเมื่อประธานาธิบดีได้แต่งตั้งแล้วเป็นการสิ้นสุดกระบวนการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์

[18] เพิ่งอ้าง, มาตรา 7 a.

[19] เพิ่งอ้าง, มาตรา 10.

2.1.2.2 ก่อนเข้ารับตำแหน่ง[20] ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ต้องสาบานตน หรือปฏิญาณตนต่อประธานาธิบดีด้วยข้อความว่า "ข้าพเจ้าขอสาบานว่า ข้าพเจ้าจะเป็นตุลาการที่ตั้งอยู่ในความยุติธรรมตลอดเวลา จะซื่อสัตย์และปกป้องรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธสาธารณรัฐ และจะปฏิบัติหน้าที่ตุลาการต่อบุคคลทุกคนด้วยความรับผิดชอบยิ่ง ขอให้พระเจ้าทรงช่วยข้าพเจ้าในการนี้ด้วย" สำหรับการลาออกจากตำแหน่ง ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีสิทธิที่จะลาออกโดยยื่นคำร้องต่อประธานาธิบดี และประธานาธิบดีจะเป็นผู้อนุมัติให้ลาออกได้[21]

2.1.2.3 ประธานาธิบดีเป็นผู้มีอำนาจในการตรวจสอบว่ากระบวนการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ แต่ประธานาธิบดีไม่มีอำนาจพิจารณาความเหมาะสมของบุคคลที่ได้รับการเสนอชื่อ **ดังนั้น ถือเป็นอำนาจเด็ดขาดของประธานาธิบดีโดยจะไม่มีกระบวนการตรวจสอบโดยองค์กรอื่นอีก แต่อย่างไรก็ตาม ในการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ดังกล่าว หากเกิดความบกพร่องในกระบวนการเลือก จะไม่ส่งผลกระทบต่อการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์แต่อย่างใด**[22]

เมื่อประมวลรูปแบบศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแล้ว อาจสรุปได้ว่า เป็นแบบอย่างที่ถูกนำมาประยุกต์ใช้ในการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญไทยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ลักษณะสำคัญ คือ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ต้องเป็นบุคคลที่สำเร็จการศึกษาทางกฎหมาย มีความรู้ ความเชี่ยวชาญและประสบความสำเร็จในการประกอบอาชีพราชการ ตลอดจนเป็นบุคคลที่

---

[20] เพิ่งอ้าง, มาตรา 11.

[21] เพิ่งอ้าง, มาตรา 12.

[22] Maunz u.a., **Bundesverfassun1987gsgerichtsgesetz,** (Munchen : Kanmentar, 1995), ค 6 Rdur 9

มีชื่อเสียงและเป็นที่ยอมรับของสังคม **สำหรับกระบวนการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ คือ สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ (Bundestag) และสภาสูงแห่งสหพันธ์ (Bundesrat) มีอำนาจหน้าที่ในการสรรหาอย่างเท่าเทียมกันสภาละครึ่ง**

ถือได้ว่าเป็นรูปแบบที่ให้ความสำคัญกับฝ่ายนิติบัญญัติอย่างมากในการสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิที่จะมาดำรงตำแหน่งในศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ขณะเดียวกันพรรคการเมืองได้เข้ามามีบทบาทอย่างสูงสุด โดยเฉพาะอย่างยิ่งพรรคการเมืองที่มีเสียงข้างมากในสภา บุคคลที่มาเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ย่อมรู้จักกับพรรคการเมืองเป็นอย่างดีอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ จากตารางขององค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ปีค.ศ. 1993 ได้ชี้ให้เห็นว่า พรรค CDU และพรรค SPD ได้เข้ามามีบทบาทในการสนับสนุนการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ของสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ (Bundestag) และสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์ (Bundesrat) อย่างละครึ่ง กล่าวคือ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ทั้งองค์คณะที่ 1 และองค์คณะที่ 2 ต่างได้รับการสนับสนุนจากพรรค CDU และพรรค SPD รวมทั้งสิ้นพรรคละจำนวน 8 คน นอกจากนั้น ได้ชี้ให้เห็นว่าศาสตราจารย์ในมหาวิทยาลัยเป็นตำแหน่งที่ได้รับเลือกเข้ามามากที่สุดรวมทั้งสิ้น จำนวน 4 คน จากจำนวนทั้งหมด 16 คน ทั้งนี้ไม่นับตำแหน่งผู้พิพากษาของศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์ (Federal Judge) ซึ่งกฎหมายบัญญัติบังคับไว้ให้มีองค์คณะละ 3 คน รวมทั้งสิ้น จำนวน 6 คน

2.2 รูปแบบที่ฝ่ายบริหารทำหน้าที่สรรหา : ประเทศสหรัฐอเมริกา

2.2.2 กระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาศาลสูงสุดของประเทศ

องค์กรที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาศาลสูงสุดของประเทศประกอบด้วย ประธานาธิบดี และวุฒิสภา

2.2.1.1 ประธานาธิบดี กล่าวคือ ในทางปฏิบัติเพื่อแสดงถึงความโปร่งใสและความถูกต้องในการตัดสินใจของประธานาธิบดี ประธานาธิบดีจะดำเนินการ ดังนี้

1) แต่งตั้งคณะทำงานของประธานาธิบดีขึ้นเพื่อให้การคัดเลือกเป็นรูปแบบของคณะกรรมการ

2) มอบหมายให้หน่วยข่าวกรองของสหรัฐอเมริกา (F.B.I) ทำหน้าที่ตรวจสอบประวัติในเชิงลึก

3) ขอความเห็นชอบต่อสภาทนายความอเมริกา (American Bar Association)

เช่น ประธานาธิบดี Ronald Reagan ได้แต่งตั้งคณะทำงานเพื่อทำหน้าที่คัดเลือกผู้พิพากษาศาลสูงสุดของประเทศ โดยคณะทำงานประกอบด้วย Attorney General ข้าราชการระดับสูงของกระทรวงยุติธรรมและข้าราชการจากทำเนียบขาว จำนวน 7 คน เพื่อพิจารณารายชื่อผู้ที่เหมาะสมที่จะได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้พิพากษา มอบหมายให้ F.B.I. ตรวจสอบประวัติ และให้สภาทนายความอเมริกาให้ความเห็นเกี่ยวกับความรู้ ความสามารถ และประสบการณ์ เพื่อนำเสนอต่อประธานาธิบดีประกอบการตัดสินใจ เป็นต้น

โดยปกติเมื่อประธานาธิบดีเสนอชื่อบุคคลที่จะแต่งตั้งเป็นผู้พิพากษาสูงสุดของประเทศต่อวุฒิสภา มักมีข้อสันนิษฐานว่าหากบุคคลที่ได้รับการเสนอชื่อนั้นเป็นบุคคลที่เป็นที่รู้จักและมีช่องทางเข้าถึงสมาชิกวุฒิสภาได้จะได้รับความเห็นชอบต่อวุฒิสภา[23] แต่อย่างไรก็ตาม วุฒิสภาไม่ใช่สภาตรายางที่ให้ความเห็นชอบบุคคลที่ได้รับการเสนอชื่อง่ายๆ อย่างน้อยจากสถิติปรากฏว่าจากจำนวน 29 ครั้ง วุฒิสภาปฏิเสธหรือถูกบังคับ

---

[23] Michael J. Gerhardt, **The Federal Appointment Process**, (London : Duke University Press, 2000), p. 39.

ให้มีการถอนชื่ออย่างน้อย จำนวน 10 ครั้ง[24] เช่น วุฒิสภา ปฏิเสธการเสนอชื่อ Harold Carswell ของประธานาธิบดี Nixon เนื่องจากขาดคุณสมบัติของผู้ที่จะเข้าไปดำรงตำแหน่งในศาลสูงสุดของประเทศ และประธานาธิบดี Jimmy Carter ตัดสินใจถอนชื่อกรณีของนาย Clarence Thomas เนื่องจากมีข้อสงสัยในคุณสมบัติของบุคคลที่จะดำรงตำแหน่งในศาลสูงสุดของประเทศเช่นเดียวกัน เป็นต้น

2.2.1.2 วุฒิสภา กล่าวคือ รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติเกี่ยวกับรูปแบบและกระบวนการพิจารณาของวุฒิสภาแต่อย่างใด แต่วุฒิสภาสามารถกำหนดวิธีการใดๆ ได้ตามความเหมาะสม เพื่อพิจารณาการให้ความเห็นชอบบุคคลที่ได้รับการเสนอชื่อ วิธีการดังกล่าวมีดังนี้

1) วุฒิสภาเรียกบุคคลที่ได้รับการเสนอชื่อจากประธานาธิบดีมาแสดงวิสัยทัศน์หรือตอบคำถามเพื่อประกอบการพิจารณาตัดสินใจลงมติ

2) วุฒิสภาจะปรึกษาหารือกับประธานาธิบดีก่อนที่ประธานาธิบดีจะเสนอชื่อบุคคลให้วุฒิสภาพิจารณาซึ่งเรียกว่า Senatorial Courtesy ซึ่งเป็นลักษณะที่วุฒิสภาอาจ แทรกแซงการแต่งตั้งบุคคลได้

3) วุฒิสภาพยายามตั้งมาตรฐานหรือเงื่อนไขในการให้ความเห็นชอบการแต่งตั้งบุคคล

ดังนั้น จะเห็นได้ว่า ทั้งฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารต่างมีการคานและดุลอำนาจกันแต่ต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ประธานาธิบดีและสมาชิกวุฒิสภาเสียงข้างมากอยู่คนละพรรคกันเท่านั้น

---

[24] ถวัลย์ สุพรม, "ปัญหาเกี่ยวกับการพิจารณาเลือก แต่งตั้ง ให้คำแนะนำหรือให้ความเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญ" วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 2547), หน้า 45.

ถ้าประธานาธิบดีสังกัดพรรคเดียวกันกับสมาชิกวุฒิสภาเสียงข้างมากก็จะส่งผลให้การพิจารณาแต่งตั้งบุคคลไม่คำนึงถึงความรู้ ความสามารถและประสบการณ์เท่าที่ควร การทำหน้าที่ของประธานาธิบดีในการเสนอชื่อบุคคลเพื่อแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลสูงสุดของประเทศและการทำหน้าที่ของวุฒิสภาในการให้ความเห็นชอบต่อรายชื่อที่ประธานาธิบดีเสนอ จึงเป็นลักษณะการช่วงชิงอำนาจซึ่งกันและกัน และเป็นเกมการเมืองของสถาบันทางการเมืองทั้งสอง เช่น

1) ประธานาธิบดี George Washington (ค.ศ. 1789 – 1797) เสนอชื่อนาย John Rutlege ให้เป็นประธานศาลสูงสุดของประเทศ ปรากฏว่านาย John Rutlege เคยคัดค้านสนธิสัญญาบางฉบับที่สหรัฐอเมริกาทำกับอังกฤษ วุฒิสภาจึงลงมติไม่เห็นชอบการแต่งตั้งเขา

2) ประธานาธิบดี John Tyler (ค.ศ. 1841 – 1845) เสนอชื่อนาย John C. Spencer เป็นผู้พิพากษาศาลสูงสุดของประเทศ แต่ปรากฏว่า เขาเคยมีเรื่องขัดแย้งกับผู้นำเสียงข้างมากในวุฒิสภาซึ่งต่างพรรคการเมืองกับประธานาธิบดี ยิ่งทำให้เขาไม่ได้รับการสนับสนุน ประธานาธิบดี Tyler จึงเสนอชื่อนาย Reuben H. Walworth เข้าไปใหม่แทน[25]

3) ประธานาธิบดี Theodore Roosevelt (ค.ศ. 1901–1909) เสนอชื่อผู้พิพากษา Lesrned Hand เป็นผู้พิพากษาศาลสูงสุดของประเทศโดยเขามีอายุ 72 ปี การที่ นาย Lesrned Hand อายุ 72 ปี กลายเป็นประเด็นปัญหาการพิจารณาของวุฒิสภา เนื่องจากประธานาธิบดี Roosevelt เคยเจรจาต่อรองกับวุฒิสภาเพื่อให้อนุมัติแผนการจัดระบบศาลโดยแผนดังกล่าวได้ต่อต้านการมีผู้พิพากษาที่มีอายุมาก

[25] วิษณุ เครืองาม, “ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาดำรงตนเป็นอิสระได้อย่างไร” **บทบัณฑิตย์,** ตอนที่ 2, ปีที่ 31, หน้า 259–261, (2517).

ตั้งแต่ 70–79 ปี จึงส่งผลให้ประธานาธิบดี Roosevelt ขอถอนชื่อนาย Lesrned Hand และเสนอชื่อนาย Wiley Rutledge อายุ 48 ปี แทน

4) ประธานาธิบดี Ronald Reagan (ค.ศ. 1981–1989) เสนอชื่อผู้พิพากษา Douglas Ginsburg เป็นผู้พิพากษาศาลสูงสุดของประเทศในปี ค.ศ. 1987 ต่อมาสมาชิกวุฒิสภาพรรค Republican ซึ่งเป็นพรรคเดียวกันกับประธานาธิบดี Reagan ไม่สนับสนุนนาย Douglas Ginsburg เนื่องจากเขาเคยปกปิดเรื่องที่เคยเสพกัญชาขณะที่เป็นอาจารย์สอนที่ Havard University และภรรยาของเขาเคยทำแท้งในสมัยที่เป็นแพทย์ฝึกหัด เมื่อเรื่องดังกล่าวนี้ถูกเปิดเผยออกมา สมาชิกวุฒิสภาพรรค Republican จึงไม่ให้การสนับสนุน จึงส่งผลให้นาย Doublas Ginsburg ต้องถอนตัวหลังจากที่ได้รับการเสนอชื่อเข้าสู่วุฒิสภาแล้ว 9 วัน[26]

2.2.2 การแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาศาลสูงสุดของประเทศและการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการสรรหา

2.2.2.1 ประธานาธิบดีมีอำนาจแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลสูงสุดของประเทศโดยได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภา ดังนั้น กระบวนการแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลสูงสุดของประเทศ จึงมีขั้นตอน คือ

1) ประธานาธิบดีจะทำหน้าที่ในการเสนอชื่อบุคคลผู้สมควรดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาศาลสูงสุดของประเทศไปยังวุฒิสภาเพื่อให้วุฒิสภาพิจารณาให้ความเห็นชอบ

2) หากวุฒิสภาไม่เห็นชอบ ประธานาธิบดีต้องเสนอชื่อบุคคลเข้าสู่วุฒิสภาใหม่ แต่หากวุฒิสภาเห็นชอบ วุฒิสภาจะแจ้ง

---

[26] Nadine Cohodas, **Ginsburg Hurt Badly by Marijuana Admission,** (1987), p. 2714.

การมีมติเห็นชอบกับบุคคลที่ได้รับการเสนอชื่อไปยังประธานาธิบดี

3) ประธานาธิบดีจะเป็นผู้ลงนามแต่งตั้งอย่างเป็นทางการต่อไป

2.2.2.2 ผู้พิพากษาศาลสูงสุดของประเทศมีวาระการดำรงตำแหน่งตลอดชีวิต การพ้นจากตำแหน่งได้ต่อเมื่อตาย หรือลาออก หรือถูกถอดถอน (Impeachment) การถูกถอดถอนดังกล่าวต้องมีการพิสูจน์ว่าได้กระทำความผิดโดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเสียงส่วนใหญ่ลงมติว่าได้กระทำผิดและวุฒิสภาลงมติด้วยคะแนนเสียงสองในสามของจำนวนสมาชิกวุฒิสภาทั้งหมด จึงจะทำให้ผู้พิพากษาศาลสูงสุดของประเทศพ้นจากตำแหน่ง การกระทำความผิดที่ต้องถอดถอน เช่น การรับสินบน (Bribery) การกระทำผิดอาญาบางประเภท (High crimes and Misdemeanors) และความผิดฐานกบฏ (Treason) เป็นต้น

2.2.2.3 การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการสรรหาผู้พิพากษาศาลสูงสุดของประเทศไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดบัญญัติไว้โดยตรงว่าองค์กรใด มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบ แต่ถ้าพิจารณาจากคดี Marbury and Madison แล้วปรากฏว่าศาลสูง เป็นองค์กรที่เข้ามาทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการแต่งตั้งผู้พิพากษาในคดีนี้ โดยศาลสูงได้วินิจฉัยกรณีที่นาย William Marbury ยื่นฟ้องต่อศาลสูงเพื่อให้ศาลสูงออกหมายสั่งให้นาย James Madison รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศส่งมอบตำแหน่งผู้พิพากษาที่อดีตประธานาธิบดี John Adams ได้แต่งตั้งตนไว้ว่า

1) William Marbury มีสิทธิตามกฎหมายที่จะได้รับตำแหน่งผู้พิพากษา

2) คำสั่งศาลให้มีการคืนตำแหน่งให้ William Marbury ตำแหน่งผู้พิพากษา

3) ศาลไม่มีอำนาจออกหมายบังคับให้คืนตำแหน่ง

ดังนั้น หากพิจารณาตามบรรทัดฐานของคำพิพากษาของศาลแล้ว ศาลย่อมเป็นองค์กรที่มีอำนาจพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลสูงสุดของประเทศ เพราะว่าการเสนอและการแต่งตั้งผู้พิพากษาศาลสูงสุดของประเทศเป็นอำนาจ ของประธานาธิบดีและวุฒิสภา การให้องค์กรทั้งสองมีอำนาจตรวจสอบการกระทำของตนเอง ย่อมไม่เหมาะสม ศาลจึงเป็นองค์กรกลางที่เข้ามาทำหน้าที่ตรวจสอบกระบวนการแต่งตั้งผู้พิพากษาดังกล่าว

เมื่อประมวลรูปแบบศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา (The U.S. Supreme Court) แล้ว อาจสรุปได้ว่า ศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาทำหน้าที่เป็นศาลรัฐธรรมนูญอีกหน้าที่หนึ่ง ทั้งนี้ เนื่องจากระบบศาลในสหรัฐอเมริกาเป็นระบบศาลเดี่ยวที่ศาลยุติธรรมมีอำนาจหน้าที่พิจารณาคดีทั้งปวง ทั้งคดีแพ่ง คดีอาญา คดีปกครองและคดีรัฐธรรมนูญ ผู้พิพากษาในศาลสูงสุดของประเทศ จึงมีอำนาจหน้าที่สำคัญมากและเป็นองค์กรที่วินิจฉัยชี้ขาดสุดท้าย ดังนั้น บุคคลที่จะมาดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาศาลสูงสุดของประเทศต้องเป็นนักกฎหมายที่มีชื่อเสียงและเป็นที่ยอมรับของสังคม แต่เนื่องจากรัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้ประธานาธิบดีเป็นผู้เสนอชื่อและแต่งตั้งภายใต้เงื่อนไขความเห็นชอบของวุฒิสภา เมื่อประธานาธิบดีและสมาชิกวุฒิสภาเป็นนักการเมืองระดับชาติ ย่อมส่งผลให้กระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาศาลสูงสุดของประเทศถูกแทรกแซงจากการเมืองอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เพราะว่ากฎหมายได้เปิดโอกาสให้ประธานาธิบดีมีอิสระเต็มที่ในการคัดเลือกบุคคลเพื่อให้ปฏิบัติตามนโยบายการดำเนินงานของประธานาธิบดีในฐานะประมุขของประเทศและกฎหมาย ได้เปิดโอกาสให้วุฒิสภากำหนดแนวทางการคัดเลือกบุคคลได้โดยอิสระเช่นเดียวกัน

ความมุ่งหมายกรณีศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา ที่ให้ประธานาธิบดีทำหน้าที่คัดเลือกโดยความเห็นชอบของวุฒิสภา เนื่องจากผู้พิพากษาศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาถูกตรวจสอบจากประชาชนมาก ทั้งทางด้านอุดมการณ์ ปรัชญา และความมีอิสระของผู้พิพากษาโดยความมีอิสระของผู้พิพากษานั้น รัฐธรรมนูญได้ให้การรับรองไว้ใน Article 2 Section 4 ว่า การที่จะให้ผู้พิพากษาออกจากตำแหน่งได้นั้นจะต้องดำเนินการโดยการถอดถอนออกจากตำแหน่ง (Impeachment) เท่านั้น นอกจากนั้น ก่อนที่วุฒิสภาจะให้ความเห็นชอบบุคคลที่ประธานาธิบดีเสนอมา วุฒิสภาแต่งตั้งคณะกรรมการยุติธรรม (Judiciary Committee) เพื่อทำหน้าที่รับฟังข้อมูลเกี่ยวกับบุคคลที่ได้รับการเสนอชื่อเพื่อแต่งตั้งเป็นผู้พิพากษาศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาด้วย หากบุคคลใด มีประวัติเสื่อมเสีย บุคคลนั้นต้องถอนตัวหลังจากที่ได้รับการเสนอชื่อเข้าสู่วุฒิสภา เช่น กรณี ประธานาธิบดี Ronald Reagan เสนอชื่อนาย Douglas Ginsburg เป็นผู้พิพากษาศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกา เป็นต้น

2.3 รูปแบบที่ฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารทำหน้าที่สรรหา : ประเทศสาธารณรัฐออสเตรีย

2.3.1 กระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐออสเตรีย ประกอบด้วย ประธานศาลรัฐธรรมนูญ 1 คน รองประธานศาลรัฐธรรมนูญ 1 คน ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอื่นอีก 12 คน และ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสำรอง 6 คน มีวาระดำรงตำแหน่งเมื่ออายุครบ 70 ปีของวันที่ 31 ธันวาคม โดยหลักแล้วคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่เป็นองค์คณะในการประชุม คือ คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญหลัก (Additional members) จำนวน 14 คน ส่วนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสำรอง (Substitute members) จะทำหน้าที่

ต่อเมื่อตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคนใดคนหนึ่งไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ได้ เช่น ป่วย หรือมีผลประโยชน์ทับซ้อน (Conflict of Interest) เป็นต้น

สำหรับกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐออสเตรีย มีขั้นตอน ดังนี้

2.3.1.1 เมื่อตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญว่างลง ประธานาธิบดีจะต้องแจ้งไปยังนายกรัฐมนตรี (The Federal Chancellor) เพื่อให้นายกรัฐมนตรีได้ตรวจสอบว่าตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ว่างลงนั้นเป็นตำแหน่งใด และเป็นหน้าที่ขององค์กรใดที่ทำหน้าที่สรรหาและเสนอคำแนะนำต่อประธานาธิบดี ดังนั้น ถ้าตำแหน่งที่ว่างลงเป็นตำแหน่งที่เกิดจากคำแนะนำขององค์กรใด เช่น คณะรัฐมนตรี สภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภา เป็นต้น องค์กรนั้นจะทำหน้าที่สรรหา

2.3.1.2 คณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรที่มีหน้าที่เสนอบุคคลที่จะต้องดำรงตำแหน่งประธานศาลรัฐธรรมนูญ รองประธานศาลรัฐธรรมนูญ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน 6 คน และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสำรอง 6 คน โดยตำแหน่งประธานศาลรัฐธรรมนูญ และรองประธานศาลรัฐธรรมนูญต้องมีภูมิลำเนา (Domicile) อยู่ในกรุงเวียนนา

2.3.1.3 สภาผู้แทนราษฎรเป็นองค์กรที่มีหน้าที่เสนอบุคคลที่จะดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน 3 คน และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสำรอง จำนวน 2 คน โดยลักษณะการทำงานของสภาผู้แทนราษฎรจะตั้งคณะกรรมการ (Committee) ขึ้นคณะหนึ่งประกอบด้วยตัวแทนของพรรคการเมืองทุกพรรคที่เป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และประธานสภาผู้แทนราษฎร (Nationalrat's chairman) ทำหน้าที่เป็นประธานคณะกรรมการ (Committee's chairman) การทำงานของคณะกรรมการจะเชิญผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อ (Candidate) มาแสดงวิสัยทัศน์ และตอบคำถามคนละ 15 นาที

2.3.1.4 วุฒิสภาเป็นองค์กรที่มีหน้าที่เสนอบุคคลที่จะดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน 3 คน และตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสำรอง 1 คน โดยประธานวุฒิสภาทำหน้าที่เป็นประธานคัดเลือกผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อ (Candidate)

2.3.1.5 ประธานาธิบดีแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามรายชื่อ และจำนวนที่แต่ละองค์กรเสนอมา

2.3.2 การแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการสรรหา

2.3.2.1 ประธานาธิบดีเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่แต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามข้อเสนอของคณะรัฐมนตรี สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา แล้วแต่กรณี และถือว่าเมื่อประธานาธิบดีได้แต่งตั้งแล้วเป็นการสิ้นสุดของกระบวนการสรรหาแต่งตั้ง

2.3.2.2 กระบวนการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐออสเตรียเป็นอำนาจหน้าที่ทั้งของฝ่ายบริหาร คือ คณะรัฐมนตรี และฝ่ายนิติบัญญัติคือ สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา และในปัจจุบันเมื่อมีการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ไม่ปรากฏว่ามีกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐออสเตรียแต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ตาม ประธานาธิบดีในฐานะผู้มีอำนาจหน้าที่แต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามข้อเสนอของคณะรัฐมนตรี สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา ย่อมมีอำนาจตรวจสอบเกี่ยวกับคุณสมบัติและกระบวนการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้ว่าชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

เมื่อประมวลรูปแบบศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐออสเตรียแล้ว อาจสรุปได้ว่า เป็นแบบอย่างของการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แต่กระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมาจากองค์กรทั้งฝ่ายบริหารและองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่ง

ทั้งสององค์กรดังกล่าวมาจากการเลือกตั้งของประชาชน และประธานาธิบดีผู้มีอำนาจหน้าที่แต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมาจากการเลือกตั้งของประชาชนเช่นเดียวกัน ดังนั้น พรรคการเมือง ย่อมเข้ามามีบทบาทสำคัญต่อการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ที่ผ่านมากระบวนการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะถูกควบคุมโดยพรรคการเมืองใหญ่ 2 พรรค คือ พรรคประชาชนออสเตรีย (ÖVP) และพรรคสังคมประชาธิปไตย (SPÖ)

2.4 รูปแบบที่ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการทำหน้าที่สรรหา : ประเทศสาธารณรัฐเกาหลี

2.4.1 กระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

2.4.1.1 ด้านองค์ประกอบ

รัฐบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลี ค.ศ. 1997 ได้บัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน 9 คน ว่าสภาแห่งชาติมีหน้าที่คัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน 3 คน ประธานาธิบดีมีหน้าที่คัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน 3 คน และศาลสูงสุดมีหน้าที่คัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน 3 คน โดยเมื่อตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญว่างลงองค์กรนั้นจะต้องดำเนินการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ตำแหน่งว่างลง[27] โดยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญมีวาระดำรงตำแหน่ง 6 ปี และเกษียณอายุ 65 ปี ยกเว้นตำแหน่งประธานศาลรัฐธรรมนูญเกษียณอายุ 70 ปี[28]

---

[27] The Constitutional Court of the Republic of Korea Act ค.ศ. 1997.

[28] Ibid., Article 7 (1) (2).

2.4.1.2 ด้านระยะเวลาดำเนินการ

เมื่อตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญว่างลง ตำแหน่งที่ว่างลงนั้นเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ถูกคัดเลือกมาจากองค์กรใดคือ สภาแห่งชาติหรือประธานาธิบดี หรือศาลสูงสุดองค์กรนั้นคือ สภาแห่งชาติ ประธานาธิบดี และศาลสูงสุด แล้วแต่กรณีมีหน้าที่คัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามคุณสมบัติที่กฎหมายกำหนดให้แล้วเสร็จภายใน 30 วันนับแต่วันที่ตำแหน่งว่างลง แล้วเสนอรายชื่อไปให้ประธานาธิบดีเพื่อแต่งตั้งต่อไป

2.4.1.3 ด้านวิธีการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

หลักการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลี มีวิธีการปฏิบัติ ดังนี้

1) สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเป็นหน่วยธุรการที่ทำหน้าที่ตรวจสอบว่าในแต่ละปีจะมีตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคนใดบ้างที่จะครบวาระ 6 ปี หรือเกษียณอายุ 65 ปี ยกเว้นตำแหน่งประธานศาลรัฐธรรมนูญเกษียณอายุ 70 ปี ถ้าในปีใดจะมีตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญว่างลง สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญจะแจ้งไปยังองค์กรที่มีหน้าที่คัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแทนตำแหน่งที่ว่างให้ทราบก่อน 2 เดือน เพื่อให้องค์กรที่มีหน้าที่คัดเลือกเตรียมการคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคนใหม่

2) การคัดเลือกของแต่ละองค์กรคือ สภาแห่งชาติ ประธานาธิบดี ศาลฎีกา แล้วแต่กรณี จะคัดเลือกจากบุคคลที่มีคุณสมบัติตามมาตรา 5 และไม่มีคุณสมบัติต้องห้าม ตามมาตรา 6 แห่งรัฐบัญญัติศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลี ค.ศ. 1997

3) การคัดเลือกของสภาแห่งชาติมีหลักเกณฑ์คือ

(1) พรรคการเมืองฝ่ายรัฐบาลมีสิทธิเลือก

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้ 1 คน

(2) พรรคการเมืองฝ่ายค้านมีสิทธิเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้ 1 คน

(3) ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอีก 1 คน มาจากการคัดเลือกโดยความตกลงร่วมกัน (Mual Consent) ของทั้งสองฝ่าย

4) การคัดเลือกของศาลสูงสุด กล่าวคือ ประธานศาลสูงสุดจะคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจากผู้พิพากษาอาวุโสที่มีบุคลิกลักษณะดี มีชื่อเสียง มีประวัติการทำงานมาตลอด เช่น ตุลาการ Han, Dae Hyun มาจาก Chief Judge of Seoul High Court, ตุลาการ Kim, Young Il มาจาก chief judge of the Pusan District Court และตุลาการ Kim, Kyung Il มาจาก Chief Judge of the Suwon District Court เป็นต้น

5) การคัดเลือกของประธานาธิบดี กล่าวคือ ประธานาธิบดีจะคัดเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจากบุคคลที่เป็นข้าราชการระดับสูง เช่น ตุลาการ Song, In Jun มาจาก Chief Public Prosecutor of Taegu, ตุลาการ Choo, Sun Hoe มาจาก President of Legal Research and Training Institute เป็นต้น

6) ตำแหน่งประธานศาลรัฐธรรมนูญมาจากการคัดเลือกของประธานาธิบดีโดยความเห็นชอบของสภาแห่งชาติด้วยมติเสียงส่วนใหญ่ เช่น ประธานศาลรัฐธรรมนูญ Yun, Young Chul มาจากการคัดเลือกของประธานาธิบดีซึ่งดำรงตำแหน่งเป็นผู้พิพากษาศาลสูงสุดในขณะนั้น

อนึ่ง สำหรับบุคคลที่ถูกคัดเลือกมาจากแต่ละองค์กร ก่อนที่จะเสนอให้ประธานาธิบดีแต่งตั้ง ทุกคนจะต้องถูกตรวจสอบ (Hearing) จากสภาแห่งชาติเสียก่อนเกี่ยวกับความเหมาะสมในการที่จะดำรงตำแหน่ง เพราะถือว่าสภาแห่งชาติเป็นตัวแทนของประชาชนที่อยู่ในรูปลักษณะของพรรคการเมืองที่ได้รับมาจากการเลือกตั้งของประชาชน

2.4.2 การแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการสรรหา

2.4.2.1 ประธานาธิบดีเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่แต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามข้อเสนอ เมื่อประธานาธิบดีได้แต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแล้วถือว่าสิ้นสุดกระบวนการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

2.4.2.2 สภาแห่งชาติเป็นองค์กรที่ตรวจสอบความเหมาะสมของบุคคลที่จะดำรงตำแหน่งก่อนที่ประธานาธิบดีจะแต่งตั้งให้เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทุกคน จึงถือได้ว่าสภาแห่งชาติจะทำหน้าที่ตรวจสอบและกลั่นกรองผู้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

เมื่อประมวลรูปแบบศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลีในปัจจุบันแล้ว อาจสรุปได้ว่า ได้รับการพัฒนามาจากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ และศาลยุติธรรมตามลำดับที่ทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในอดีต โดยมีลักษณะสำคัญ คือ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลีต้องเป็นบุคคลที่มีความรู้ด้านกฎหมาย และมีประสบการณ์การทำงานเกี่ยวกับกฎหมายมาแล้วไม่น้อยกว่า 15 ปี สำหรับกระบวนการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญให้ความสำคัญกับหลักการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย คือ องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรฝ่ายบริหาร และองค์กรฝ่ายตุลาการ แต่ละองค์กรมีอำนาจหน้าที่ในการสรรหาอย่างเท่าเทียมกัน โดยองค์กรละ 3 คน รวมทั้งสิ้น 9 คน จากตารางขององค์ประกอบของศาลรัฐธรรมนูญสาธารณเกาหลี ค.ศ. 2003 ได้ชี้ให้เห็นว่า ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญส่วนใหญ่มาจากผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลฎีกาถึง 6 คน นอกจากนั้น มาจากอัยการและตุลาการศาลปกครอง แต่อย่างไรก็ตาม ก่อนที่ประธานาธิบดีจะแต่งตั้งบุคคลที่ได้รับการคัดเลือกเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ทุกคนจะต้องถูกตรวจสอบเกี่ยวกับความเหมาะสมที่จะดำรงตำแหน่งจากสภาแห่งชาติซึ่งสมาชิกสภาแห่งชาติมาจากการเลือกตั้งของ

ประชาชน

ความมุ่งหมายกรณีตามรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลีที่ให้สภาแห่งชาติ (The National Assembly) ประธานาธิบดี และศาลสูงสุด (Supreme Court) ทำหน้าที่คัดเลือก เนื่องจากหลักการแบ่งแยกอำนาจตามแนวคิดของมงเตสกิเออ (Montésquieu) ได้แก่ องค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ โดยพิจารณาจากความแตกต่างตามอำนาจหน้าที่ของรัฐซึ่งประกอบด้วย การแบ่งแยกอำนาจในแง่ของอำนาจหน้าที่และการแบ่งแยกอำนาจในแง่ของตัวบุคคล ด้วยเหตุนี้ คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลี จำนวน 9 คน ที่มาจากการคัดเลือกของสภาแห่งชาติ 3 คน มาจากการคัดเลือกของประธานาธิบดี 3 คน และมาจากการคัดเลือกของศาลสูงสุด 3 คน ย่อมก่อให้เกิดความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจทั้ง 3 ดังกล่าว ในการยับยั้งซึ่งกันและกัน และทำให้เกิดความสมดุลระหว่างอำนาจซึ่งจะป้องกันมิให้อำนาจหนึ่งอยู่เหนืออำนาจอื่นโดยสิ้นเชิง

2.5 สรุปเปรียบเทียบกระบวนการสรรหาบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในต่างประเทศ

การเปรียบเทียบกระบวนการสรรหาคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ประเด็น	เยอรมนี	อเมริกา	ออสเตรีย	เกาหลี
1. องค์กรที่ทำหน้าที่สรรหา	รัฐสภาจากบัญชีรายชื่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมจัดทำ	ประธานาธิบดี	รัฐสภาและประธานาธิบดี	1. สภาแห่งชาติ 2. ประธานาธิบดี 3. ศาลสูงสุด
2. องค์กรที่ทำหน้าที่แต่งตั้ง	ประธานาธิบดี	ประธานาธิบดีโดยความเห็นชอบวุฒิสภา	ประธานาธิบดี	ประธานาธิบดีโดยความเห็นชอบสภาแห่งชาติ
3. จำนวน	16 คน	9 คน	20 คน	9 คน
4. คุณสมบัติ	1. สำเร็จการศึกษาวิชาชีพกฎหมาย 2. มีชื่อเสียงทางสังคม	1. สำเร็จการศึกษาทางกฎหมาย 2. มีเหตุผลทางการเมืองเดียวกันกับประธานาธิบดี	1. สำเร็จการศึกษาทางกฎหมายหรือรัฐศาสตร์ 2. มีประสบการณ์ทำงานในสาขาที่จบมาแล้วอย่างน้อย 10 ปี	1. สำเร็จการศึกษาทางกฎหมาย 2. มีประสบการณ์ทำงานแล้วไม่น้อยกว่า 15 ปี
5. ระบบการสรรหา	1. สภาผู้แทนราษฎรมีคณะกรรมการ 2. วุฒิสภาไม่มีคณะกรรมการสรรหา	1. ประธานาธิบดีมีคณะกรรมการ 2. วุฒิสภากำหนดให้มีการแสดงวิสัยทัศน์	1. คณะรัฐมนตรีไม่มีคณะกรรมการสรรหา 2. สภาผู้แทนราษฎรมีคณะกรรมการสรรหา	สภาแห่งชาติประธานาธิบดีและศาลสูงสุดคัดเลือกจากผู้มีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนด
6. บทบาทพรรคการเมือง	มีบทบาทอย่างมาก	มีบทบาทอย่างมาก	มีบทบาทอย่างมาก	มีบทบาทอย่างมาก

3. ส่วนที่สาม รูปแบบการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งของคณะกรรมการการเลือกตั้งต่างประเทศ

3.1 รูปแบบที่ฝ่ายบริหารทำหน้าที่สรรหา : ประเทศสาธารณรัฐอินเดีย

3.1.1 กระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งคณะกรรมการการเลือกตั้ง

3.1.1.1 รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐอินเดีย ค.ศ. 1950 บัญญัติให้ประธานาธิบดีมีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการการเลือกตั้งโดยความเห็นชอบของรัฐสภา[29] โดยคณะกรรมการการเลือกตั้งประกอบด้วยประธานกรรมการการเลือกตั้ง 1 คน และกรรมการการเลือกตั้งอีก 2 คน รวมเป็น 3 คน

3.1.1.2 รัฐสภาของสาธารณรัฐอินเดีย ประกอบด้วยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (Lok Sabha) และวุฒิสภา (Rajya Sabha)

3.1.1.3 ด้านวิธีการสรรหา มีวิธีการปฏิบัติ ดังนี้

1) เมื่อตำแหน่งกรรมการการเลือกตั้งว่างลงอาจด้วยเหตุดำรงตำแหน่งครบ 6 ปี หรืออายุครบ 65 ปี สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้งจะแจ้งไปยังสำนักงานประธานาธิบดี

2) ประธานาธิบดีในฐานะประมุขของประเทศตามการปกครองระบอบประชาธิปไตยอาจต้องขอคำแนะนำจากนายกรัฐมนตรีหรือพรรคร่วมรัฐบาลในขณะนั้น เกี่ยวกับตัวบุคคลที่จะเสนอขอความเห็นชอบจากรัฐสภา

3) ประธานาธิบดีมีอำนาจเสนอผู้ทรงคุณวุฒิที่มี

---

[29] The Constitution of India ค.ศ. 1950, Article 324.

คุณสมบัติครบถ้วน ตามที่กฎหมายบัญญัติไปให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบ

4) เมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว จะนำรายชื่อดังกล่าวเสนอประธานาธิบดีเพื่อพิจารณาแต่งตั้งต่อไป

3.1.2 การแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งกรรมการการเลือกตั้งและการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการสรรหา

3.1.2.1 ประธานาธิบดีเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่แต่งตั้งประธานและกรรมการการเลือกตั้งด้วยความเห็นชอบของรัฐสภา เมื่อประธานาธิบดีได้แต่งตั้งประธานและกรรมการการเลือกตั้งแล้ว ถือว่าสิ้นสุดกระบวนการเลือกกรรมการการเลือกตั้ง

3.1.2.2 หากรัฐสภาไม่ให้ความเห็นชอบ ประธานาธิบดีต้องเสนอชื่อผู้ทรงคุณวุฒิ คนใหม่ให้รัฐสภาพิจารณา แต่ในความเป็นจริงในทางปฏิบัติประธานาธิบดีจะปรึกษากับรัฐบาลซึ่งมีเสียงข้างมากในสภาก่อนเพื่อป้องกันมิให้เกิดปัญหาการให้ความเห็นชอบจากรัฐสภา

เมื่อประมวลรูปแบบคณะกรรมการการเลือกตั้งสาธารณรัฐอินเดียแล้ว อาจสรุปได้ว่า

1) คณะกรรมการการเลือกตั้งของสาธารณรัฐอินเดียประกอบด้วย ประธาน 1 คน และกรรมการการเลือกตั้งอีก 2 คน รวมทั้งสิ้น 3 คน โดยบุคคลที่จะมาดำรงตำแหน่งต้องเป็นบุคคลที่มีความซื่อสัตย์ สุจริต มีความเป็นกลางทางการเมือง ไม่เกรงกลัวอิทธิพลใดๆ ทางการเมืองจากนักการเมือง และเป็นบุคคลที่มีเชื่อเสียงเป็นที่ยอมรับของสังคม เช่น Mr. T.N. Seshan ประธานกรรมการการเลือกตั้ง เป็นบุคคลที่เป็นสัญลักษณ์ของความโปร่งใส (Transparency) ของสังคมอินเดีย เป็นต้น

2) คณะกรรมการการเลือกตั้งของสาธารณรัฐอินเดีย ได้ใช้มาตรการทางกฎหมายเป็นเครื่องมือในการทำหน้าที่ได้อย่างมีประสิทธิภาพ เช่น รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐอินเดีย ค.ศ.1950 กฎหมาย

ว่าด้วยการเป็นผู้แทนของประชาชน ค.ศ.1950 และ ค.ศ.1951 กฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งประธานาธิบดีฯ ค.ศ.1952 กฎหมายว่าด้วยการกำหนดเขตเลือกตั้ง ค.ศ.1972 รวมถึงกฎและคำสั่งต่างๆ ที่คณะกรรมการการเลือกตั้งตราขึ้นตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่เกี่ยวข้อง เป็นต้น

3) ประธานาธิบดีมาจากการเลือกตั้งของประชาชนมีอำนาจหน้าที่ในการแต่งตั้งคณะกรรมการการเลือกตั้งโดยความเห็นชอบจากรัฐสภาซึ่งมาจากการเลือกตั้งเช่นเดียวกัน และในทางปฏิบัติประธานาธิบดีจะหารือกับรัฐบาลซึ่งมีเสียงข้างมากในสภาหรือพรรคการเมืองร่วมรัฐบาลก่อนเกี่ยวกับตัวบุคคลที่จะเสนอขอความเห็นชอบจากรัฐสภา

3.2 รูปแบบที่ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการทำหน้าที่สรรหา : ประเทศออสเตรเลีย

3.2.1 กระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งคณะกรรมการการเลือกตั้ง

3.2.2.1 กระบวนการสรรหาประธานกรรมการการเลือกตั้ง (Chairperson) มีดังนี้[30]

1) ประธานศาลฎีกาจัดทำบัญชีรายชื่อผู้พิพากษาศาลฎีกาหรืออดีตผู้พิพากษาศาลฎีกา จำนวน 3 คน เพื่อเสนอ Governor – General โดยมีประสบการณ์ได้ปฏิบัติหน้าที่มาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี

2) Governor – General พิจารณาแต่งตั้งประธานกรรมการการเลือกตั้ง จำนวน 1 คน จากบัญชีรายชื่อที่นำเสนอ

3) การแต่งตั้งประธานกรรมการการเลือกตั้งจะสมบูรณ์เมื่อ Governor – General ได้ลงนามในประกาศแล้ว (Notice of Resignation) และประกาศในราชกิจจานุเบกษา

---

[30] The Commonwealth Electoral Act ค.ศ. 1918, Section 6 (4).

3.2.2.2 กระบวนการสรรหากรรมการการเลือกตั้ง อีก 2 คน มีดังนี้[31]

1) Governor – General พิจารณาแต่งตั้งกรรมการการเลือกตั้ง จำนวน 2 คน จากข้าราชการระดับสูงระดับหัวหน้าส่วนราชการตามพระราชบัญญัติข้าราชการ ค.ศ. 1999 หรือหัวหน้าส่วนราชการที่ตำแหน่งเทียบเท่า เช่น ตำแหน่งเลขาธิการ เป็นต้น โดยปกติแล้วจะแต่งตั้งจากนักสถิติชาวออสเตรเลีย (The Australian Statistician)

2) การแต่งตั้งกรรมการการเลือกตั้งจะสมบูรณ์เมื่อ Governor – General ได้ลงนามในประกาศและประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วเช่นเดียวกัน

3.2.2 การแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งกรรมการการเลือกตั้งและการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการสรรหา

3.2.2.1 เมื่อ Governor – General ได้แต่งตั้งประธานกรรมการการเลือกตั้งและกรรมการการเลือกตั้งแล้ว ถือว่าสิ้นสุดกระบวนการการเลือกกรรมการการเลือกตั้ง

3.2.2.2 Governor – General โดย Federal Executive Council ทำหน้าที่ให้คำปรึกษาและตรวจสอบคุณสมบัติเบื้องต้นทางธุรการเกี่ยวกับตัวบุคคลและประสบการณ์การดำรงตำแหน่งที่ผ่านมาเพื่อเสนอต่อ Governor – General พิจารณาแต่งตั้ง

เมื่อประมวลรูปแบบคณะกรรมการการเลือกตั้งของออสเตรเลียแล้ว อาจสรุปได้ว่า

1) คณะกรรมการการเลือกตั้งของออสเตรเลีย

---

[31] Ibid., Section 6 (5).

ประกอบด้วย ประธาน 1 คน และกรรมการการเลือกตั้งอื่นอีก 2 คน รวมทั้งสิ้น 3 คน โดยได้รับการแต่งตั้งจาก Governor – General ประธานกรรมการการเลือกตั้งแต่งตั้งจากบัญชีรายชื่อผู้พิพากษาศาลฎีกา หรืออดีตผู้พิพากษาศาลฎีกาที่ได้ปฏิบัติหน้าที่มาแล้วไม่น้อยกว่า 3 ปี บัญชีรายชื่อดังกล่าวมีรายชื่อจำนวน 3 คน โดยความเห็นชอบของประธานศาลฎีกา ส่วนกรรมการการเลือกตั้งอีก 2 คน แต่งตั้งจากข้าราชการระดับสูง ระดับหัวหน้าส่วนราชการหรือเทียบเท่า

2) องค์ประชุมของคณะกรรมการการเลือกตั้งของออสเตรเลียใช้จำนวน 2 คน ถ้าประธานกรรมการการเลือกตั้งไม่อยู่ ให้กรรมการการเลือกที่เหลือเลือกคนใดคนหนึ่งให้ทำหน้าที่ประธานในที่ประชุมแทน การพิจารณาตัดสินใช้มติเสียงข้างมาก

3) ภายใต้รัฐธรรมนูญออสเตรเลีย ค.ศ. 1900 ประเทศออสเตรเลียมีฐานะเป็นเครือจักรภาพของอังกฤษ โดยมีสมเด็จพระบรมราชินี Alizabeth ที่ 2 ของอังกฤษเป็นประมุขซึ่งพระองค์ได้แต่งตั้ง Governor – General ผู้แทนพระองค์มาปกครองโดยมีอำนาจหน้าที่ตามพระราชอำนาจของสมเด็จพระบรมราชินีตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

3.3 รูปแบบของฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการทำหน้าที่สรรหา : ประเทศสาธารณรัฐเกาหลี

3.3.1 กระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งคณะกรรมการการเลือกตั้ง

3.3.1.1 ด้านองค์ประกอบ

รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลี ค.ศ. 1948 ได้บัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งคณะกรรมการการเลือกตั้งจำนวน 9 คน ว่าสภาแห่งชาติมีหน้าที่คัดเลือกกรรมการการเลือกตั้ง

จำนวน 3 คน ประธานาธิบดีมีหน้าที่คัดเลือกกรรมการการเลือกตั้ง จำนวน 3 คน และศาลฎีกามีหน้าที่คัดเลือกกรรมการการเลือกตั้ง จำนวน 3 คน[32] โดยคณะกรรมการการเลือกตั้งทั้งหมด จำนวน 9 คน ได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดี เพื่อทำหน้าที่บริหารจัดการการเลือกตั้งและการลงประชามติระดับชาติให้มีความยุติธรรมและดำเนินกิจการต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับพรรคการเมือง

3.3.1.2 ด้านระยะเวลาดำเนินการ

เมื่อตำแหน่งกรรมการการเลือกตั้งว่างลง ตำแหน่งที่ว่างลงนั้นเป็นกรรมการที่ถูกคัดเลือกมาจากองค์กรใด คือ สภาแห่งชาติ หรือประธานาธิบดีหรือศาลสูงสุด องค์กรนั้นคือ สภาแห่งชาติ ประธานาธิบดี และศาลสูงสุดแล้วแต่กรณี มีหน้าที่คัดเลือกกรรมการการเลือกตั้งตามคุณสมบัติที่กฎหมายกำหนด แล้วเสนอชื่อไปให้ประธานาธิบดีเพื่อแต่งตั้งต่อไป

3.3.1.3 ด้านวิธีการสรรหา

หลักการสรรหากรรมการการเลือกตั้ง มีวิธีการปฏิบัติ ดังนี้

1) สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นหน่วยงานธุรการที่ทำหน้าที่ตรวจสอบว่าในแต่ละปีจะมีกรรมการการเลือกตั้งคนใดบ้างที่จะครบวาระซึ่งกฎหมายได้บัญญัติว่ากรรมการการเลือกตั้งมีวาระดำรงตำแหน่ง 6 ปี และห้ามมิให้ออกจากตำแหน่ง เว้นแต่โดยการถอดถอนโดยสภาแห่งชาติหรือโดยคำพิพากษาให้จำคุก หรือให้รับโทษที่สูงกว่านั้น สำนักงานคณะกรรมการการเลือกตั้งจะแจ้งไปยังองค์กรที่ทำหน้าที่

---

[32] The Constitution of the Republic of Korea ค.ศ. 1948 แก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. 1972, Article 114.

คัดเลือกกรรมการการเลือกตั้งแทนตำแหน่งที่ว่างให้ทราบก่อน 2 เดือน เพื่อให้องค์กรที่มีหน้าที่คัดเลือกเตรียมการคัดเลือกกรรมการการเลือกตั้งคนใหม่แทนตำแหน่งที่ว่างลง

2) รายละเอียดเกี่ยวกับวิธีการสรรหา คณะกรรมการการเลือกตั้งจะมีลักษณะเช่นเดียวกันกับวิธีการสรรหาคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเกาหลี สำหรับประธานกรรมการการเลือกตั้งโดยปกติแล้วจะเป็นบุคคลที่มาจากการคัดเลือกของศาลสูงสุดซึ่งเป็นผู้พิพากษาศาลสูงสุด มาก่อน

3.3.2 การแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งกรรมการการเลือกตั้งและการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการสรรหา

3.3.2.1 ประธานาธิบดีเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่แต่งตั้งกรรมการการเลือกตั้งตามข้อเสนอ เมื่อประธานาธิบดีได้แต่งตั้งกรรมการการเลือกตั้งแล้ว ถือว่าสิ้นสุดกระบวนการการเลือกกรรมการการเลือกตั้ง

3.3.2.2 สภาแห่งชาติเป็นองค์กรที่ตรวจสอบความเหมาะสมของบุคคลที่จะดำรงตำแหน่งก่อนที่ประธานาธิบดีจะแต่งตั้งเป็นกรรมการการเลือกตั้ง จึงถือได้ว่าสภาแห่งชาติจะทำหน้าที่ตรวจสอบและกลั่นกรองผู้ดำรงตำแหน่งกรรมการการเลือกตั้ง

เมื่อประมวลรูปแบบคณะกรรมการการเลือกตั้งของสาธารณรัฐเกาหลี อาจสรุปได้ว่า

1) รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลี ค.ศ. 1948 มาตรา 114 บัญญัติจัดตั้ง คณะกรรมการการเลือกตั้งขึ้นมีสถานะเป็นองค์กรอิสระ ประกอบด้วย คณะกรรมการการเลือกตั้ง จำนวน 9 คน โดยมาจากการคัดเลือกของประธานาธิบดี จำนวน 3 คน มาจากการคัดเลือกของสภาแห่งชาติ จำนวน 3 คน และมาจากการคัดเลือกของศาลสูงสุด จำนวน 3 คน คณะกรรมการการเลือกตั้งทั้งหมดได้รับการแต่งตั้งจากประธานาธิบดี

มีวาระดำรงตำแหน่ง 6 ปี บุคคลที่จะมาดำรงตำแหน่งต้องมีความเป็นกลางทางการเมืองสูง เช่น ผู้พิพากษา นักกฎหมาย นักการศึกษา เป็นต้น

2) คณะกรรมการการเลือกตั้งของสาธารณรัฐเกาหลีปฏิบัติหน้าที่ภายใต้คำขวัญที่ว่า “Free Fair and Clean Election” มีอำนาจหน้าที่ ดังนี้

(1) บริหารจัดการการเลือกตั้งและการลงประชามติให้มีความยุติธรรม

(2) บริหารจัดการเกี่ยวกับพรรคการเมืองและกองทุนสนับสนุนพรรคการเมือง เช่น การจดทะเบียนพรรคการเมือง เป็นต้น

(3) สนับสนุนกิจกรรมทางการเมือง เพื่อเสริมสร้างวัฒนธรรมทางการเมืองที่ดี

(4) ฝึกอบรมและให้ความรู้เกี่ยวกับการเลือกตั้งโดยมีสถาบันการอบรมการเลือกตั้ง (Election Training Institute)

(5) ออกกฎ กฎเกณฑ์ต่างๆ เกี่ยวกับการเลือกตั้ง

(6) ศึกษาวิจัยเกี่ยวกับการเลือกตั้ง

(7) เสนอการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Constitutional Amendments) และกฎหมาย

จึงแสดงให้เห็นว่า ตัวแทนของประชาชนที่ทำหน้าที่เป็นพรรคการเมืองได้เข้ามามีบทบาทสำคัญในการคัดเลือกกรรมการการเลือกตั้ง ทั้งนี้ เพื่อสร้างความเชื่อมโยงกับประชาชนเช่นเดียวกับกระบวนการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลี

3.4 สรุปเปรียบเทียบกระบวนการสรรหาบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งกรรมการการเลือกตั้งในต่างประเทศ

การเปรียบเทียบกระบวนการสรรหาคณะกรรมการการเลือกตั้ง

ประเด็น	อินเดีย	ออสเตรเลีย	เกาหลี
1. องค์กรที่ทำหน้าที่สรรหา	ประธานาธิบดีขอคำแนะนำจากนายกรัฐมนตรีหรือพรรคร่วมรัฐบาล	1. Governor–General 2. ศาลฎีกา	1. สภาแห่งชาติ 2. ประธานาธิบดี 3. ศาลสูงสุด
2. องค์กรที่ทำหน้าที่แต่งตั้ง	ประธานาธิบดีภายใต้ความเห็นชอบของรัฐสภา	Governor–General in Council	ประธานาธิบดีโดยความเห็นชอบของสภาแห่งชาติ
3. จำนวน	3 คน	3 คน	9 คน
4. คุณสมบัติ	1. มีความซื่อสัตย์ สุจริต 2. มีความเป็นกลางทางการเมือง 3. ไม่เกรงกลัวอิทธิพลใดๆ ทางการเมือง	1. ประธานกรรมการการเลือกตั้งมาจากผู้พิพากษาศาลสูงสุดหรืออดีตผู้พิพากษาศาลสูงสุด	1. เป็นพลเมืองชาวเกาหลี 2. ไม่เป็นสมาชิกพรรคการเมืองหรือร่วมกิจกรรมทางการเมือง
		2. กรรมการการเลือกตั้งอื่นมาจากผู้บริหารระดับสูง	3. มีความเป็นกลางทางการเมือง
5. ระบบสรรหา	ประธานาธิบดีโดยไม่มีคณะกรรมการสรรหา	Governor – General จากบัญชีรายชื่อของผู้พิพากษาศาลฎีกาที่ประธานศาลฎีกาจัดทำในตำแหน่งประธานกรรมการการเลือกตั้ง	สภาแห่งชาติ ประธานาธิบดี และศาลสูงสุด
6. บทบาทพรรคการเมือง	มีบทบาทอย่างมาก	มีบทบาทโดยอ้อม	มีบทบาทอย่างมาก

4. ส่วนที่สี่ รูปแบบการแสวงหาผู้ดำรงตำแหน่งของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติต่างประเทศ

4.1 รูปแบบที่ฝ่ายบริหารทำหน้าที่สรรหา : เขตปกครองพิเศษฮ่องกงฯ

4.1.1 กระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต

4.1.1.1 รัฐธรรมนูญเขตปกครองพิเศษฮ่องกง ค.ศ. 1990 ได้บัญญัติให้ผู้ว่าการเกาะฮ่องกง (The Chief Executive) เป็นประมุขและเป็นตัวแทนของเขตการปกครองพิเศษฮ่องกงโดยต้องรับผิดชอบต่อรัฐบาลกลางของประชาชน (The Central People's Government) ผู้ว่าการเกาะฮ่องกงได้รับการคัดเลือกและแต่งตั้งจากรัฐบาลกลางของประชาชนโดยมีวาระดำรงตำแหน่ง 5 ปี และดำรงตำแหน่ง 2 วาระติดต่อกันไม่ได้[33]

4.1.1.2 กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต (The Commissioner) มาจากการเสนอชื่อของผู้ว่าการเกาะฮ่องกง (The Chief Executive) ตามคุณสมบัติและดุลยพินิจของผู้ว่าการเกาะฮ่องกงต่อรัฐบาลกลางของประชาชน (The Central People's Government)[34]

4.1.1.3 เมื่อรัฐบาลกลางของประชาชนเห็นชอบตามข้อเสนอดังกล่าวแล้ว ผู้ว่าการเกาะฮ่องกงจะแต่งตั้งกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตต่อไป

4.1.1.4 กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตของเขตปกครองพิเศษฮ่องกงจะมี 1 คน และคณะที่ปรึกษา (The Advisory

---

[33] The Constitution of Hong Kong ค.ศ. 1990, Article 43, 45, 46.

[34] Ibid., Artile 48 (1) 5.

Committees) จำนวน 4 คน มาจากการแต่งตั้งของผู้ว่าการเกาะฮ่องกง เช่นเดียวกัน

4.1.1.5 กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตอาจมีรองกรรมการ (Deputy Commissioner) ก็ได้ โดยทำหน้าที่เป็นหัวหน้าฝ่ายปฏิบัติการ (Head of Operations) ในขณะเดียวกันด้วย

4.1.2 การแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการสรรหา

4.1.2.1 ผู้ว่าการเกาะฮ่องกง (The Chief Executive) มีอำนาจหน้าที่ในการแต่งตั้งกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตโดยความเห็นชอบของรัฐบาลกลางประชาชน เมื่อผู้ว่าการเกาะฮ่องกงได้แต่งตั้งแล้ว เป็นการสิ้นสุดกระบวนการเลือกกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต

4.1.2.2 การแต่งตั้งกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตเป็นดุลยพินิจและอำนาจเด็ดขาดของผู้ว่าการเกาะฮ่องกงโดยจะไม่มีกระบวนการตรวจสอบโดยองค์กรอื่นอีก

เมื่อประมวลรูปแบบคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตเขตบริหารพิเศษฮ่องกงแล้ว อาจสรุปได้ว่า

1) คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต มีกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต (The Commissioner) จำนวน 1 คน โดยได้รับการแต่งตั้งจากผู้ว่าการเกาะฮ่องกง (The Chief Executive) นับแต่การก่อตั้ง ICAC ในวันที่ 15 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2517 (ค.ศ. 1974) ICAC มี The Commissioner มาแล้ว จำนวน 13 คน ดังนี้ โดย Mrs. Fanny Law ดำรงตำแหน่งระหว่าง 31 October ค.ศ. 2006 ถึงปัจจุบัน

2) กฎหมายได้บัญญัติให้ ICAC มีอำนาจหน้าที่มากหมาย จึงเป็นปัจจัยหนึ่งที่ส่งผลให้การทำหน้าที่ของ ICAC ในการป้องกันและปราบปรามการทุจริตได้อย่างมีประสิทธิภาพ กฎหมายที่ใช้บังคับดังกล่าว เช่น

(1) Independent Commission Against Corruption Ordinance เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดตั้งองค์กรและหน้าที่ของ ICAC รวมทั้งกฎหมายที่ให้อำนาจ ICAC ในการปฏิบัติงานตามหน้าที่

(2) Prevention of Bribery Ordinance เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการป้องกันการให้สินบนที่เกี่ยวข้องกับข้าราชการ หน่วยงานทางมหาชนหรือลูกจ้างภาคเอกชน โดยให้อำนาจ ICAC ที่จะทำการสืบสวนคดี

(3) Election (Corrupt and illegal Conduct) Ordinance เป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการกระทำทุจริตและการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย อาทิเช่น การป้องกันการทุจริตในการเลือกตั้ง เป็นต้น

4.2 รูปแบบที่ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการทำหน้าที่สรรหา : ประเทศสาธารณรัฐเกาหลี

4.2.1 กระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

4.2.1.1 ด้านองค์ประกอบ

The Anti-Corruption Act ค.ศ. 2001 ได้บัญญัติเกี่ยวกับกระบวนการสรรหา ผู้ดำรงตำแหน่งกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต จำนวน 9 คน ว่าสภาแห่งชาติมีหน้าที่คัดเลือกกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต จำนวน 3 คน ประธานาธิบดีมีหน้าที่คัดเลือกกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต จำนวน 3 คน และ

ศาลสูงสุดมีหน้าที่คัดเลือกกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต จำนวน 3 คน สำหรับการคัดเลือกของประธานาธิบดี จำนวน 3 คนแบ่งออกเป็นการคัดเลือกประธานกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต จำนวน 1 คน และกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตอีก จำนวน 2 คน ซึ่งเรียกว่า Standing Commissioners ส่วนกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตอีกจำนวน 6 คนที่มาจากการคัดเลือกจากสภาแห่งชาติและศาลสูงสุดองค์กรละ 3 คน เห็นว่า Non–Standing Commissioners

4.2.1.2 ด้านระยะเวลาดำเนินการ

เมื่อตำแหน่งกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตว่างลง ตำแหน่งที่ว่างลงนั้นเป็นกรรมการที่ถูกคัดเลือกมาจากองค์กรใด คือ สภาแห่งชาติ หรือประธานาธิบดี หรือศาลสูงสุดองค์กรนั้น คือ สภาแห่งชาติ ประธานาธิบดีและศาลสูงสุด แล้วแต่กรณี มีหน้าที่คัดเลือกกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตตามคุณสมบัติที่กฎหมายกำหนด แล้วเสนอชื่อไปให้ประธานาธิบดีเพื่อแต่งตั้งต่อไป

4.2.1.3 ด้านวิธีการสรรหา

หลักการสรรหากรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต มีวิธีการปฏิบัติ ดังนี้

1) สำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตเป็นหน่วยงานธุรการที่ทำหน้าที่ตรวจสอบว่าในแต่ละปีจะมีกรรมการคนใดบ้างที่จะครบวาระซึ่งกฎหมายได้บัญญัติว่าทั้งประธานกรรมการและกรรมการทั้งหมดมีวาระดำรงตำแหน่งคราวละ 3 ปี และมีสิทธิได้รับการแต่งตั้งใหม่อีกเพียงครั้งเดียวเท่านั้น ถ้าในปีใดจะมีตำแหน่งกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตว่างลง สำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตจะแจ้งไปยังองค์กรที่ทำหน้าที่คัดเลือกกรรมการแทนตำแหน่งที่ว่างให้ทราบก่อน 2 เดือน

เพื่อให้องค์กรที่มีหน้าที่คัดเลือกเตรียมการคัดเลือกกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตคนใหม่แทนตำแหน่งที่ว่างลง

2) การคัดเลือกของแต่ละองค์กรคือ สภาแห่งชาติ ประธานาธิบดี ศาลฎีกา แล้วแต่กรณี จะคัดเลือกจากบุคคลที่ไม่มีคุณสมบัติต้องห้ามตาม Anti – Corruption Act ค.ศ. 2001 มาตรา 14

3) รายละเอียดเกี่ยวกับวิธีการสรรหาคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตจะมีลักษณะเช่นเดียวกันกับวิธีการสรรหาคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเกาหลี ทั้งนี้ ถ้าตำแหน่งกรรมการว่างลง กรรมการคนใหม่จะต้องได้รับการคัดเลือกและแต่งตั้งโดยมิชักช้า[35]

ตัวอย่างกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตที่มาจากการคัดเลือกของศาลฎีกา เช่น Mr. Soo – Jung Cho เคยดำรงตำแหน่ง Judge in Seoul District Court and Seoul High Court, Mr. Deok – Heung Cheong เคยดำรงตำแหน่ง Senior Judge in Seoul High Court และ Mr. Soon – moon Soh เคยดำรงตำแหน่ง Senior Judge in Seoul District Court เป็นต้น

4.2.2 การแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติและการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการสรรหา

4.2.2.1 ประธานาธิบดีเป็นผู้มีอำนาจหน้าที่แต่งตั้งกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตตามข้อเสนอ เมื่อประธานาธิบดีได้แต่งตั้งกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแล้ว ถือว่าสิ้นสุดกระบวนการเลือกกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต

---

[35] Ibid., Article 12 (5).

4.2.2.2 สภาแห่งชาติเป็นองค์กรที่ตรวจสอบความเหมาะสมของบุคคลที่จะดำรงตำแหน่งก่อนที่ประธานาธิบดีจะแต่งตั้งเป็นกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตทุกคน จึงถือได้ว่าสภาแห่งชาติจะทำหน้าที่ตรวจสอบและกลั่นกรองผู้ดำรงตำแหน่งกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต

เมื่อประมวลรูปแบบของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตสาธารณรัฐเกาหลีแล้ว อาจสรุปได้ว่า

1) คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตเป็นองค์กรอิสระที่มีอายุประมาณ 5 ปี โดยจัดตั้ง เมื่อวันที่ 25 มกราคม ค.ศ. 2002 แต่ปรากฏว่า การทำงานของ The Korea Independent Commission Against Corruption : KICAC มีประสิทธิภาพสูงมาก ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับศักยภาพขององค์กร ระบบการทำงาน คุณภาพของผู้ดำรงตำแหน่ง และความร่วมมือของพลเมืองเป็นสำคัญ โดยมีประมวลจริยธรรม (Code of Conduct) เป็นเครื่องมือควบคุมคุณธรรมและจริยธรรม นอกจากนั้น คุณวุฒิ ประสบการณ์การทำงาน ความมีชื่อเสียงเป็นที่ประจักษ์และยอมรับในสังคมก็เป็นปัจจัยอีกส่วนหนึ่งที่ส่งผลให้การทำงานของ KICAC ประสบผลสำเร็จเป็นรูปธรรม ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างประธานกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน มีจำนวน 3 คน คือ Dr. Kang Chul – Kyu, Dr. Lee Nam – Joo และ Dr. Chung Soung – Jin ล้วนแต่มีคุณสมบัติดังกล่าวครบถ้วน

2) กระบวนการสรรหาคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตให้ความสำคัญกับหลักการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย คือ องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ องค์กรฝ่ายบริหาร และองค์กรฝ่ายตุลาการ แต่ละองค์กรมีอำนาจหน้าที่ในการสรรหาอย่างเท่าเทียมกันองค์กรละ 3 คน รวมทั้งสิ้น 9 คน เช่นเดียวกับกระบวนการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

สาธารณรัฐเกาหลี

แต่อย่างไรก็ตาม ก่อนที่ประธานาธิบดีจะแต่งตั้งบุคคลที่ได้รับการคัดเลือกเป็นกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตทุกคน จะต้องถูกตรวจสอบเกี่ยวกับความเหมาะสมที่จะดำรงตำแหน่งจากสภาแห่งชาติ ซึ่งสมาชิกแห่งชาติมาจากการเลือกตั้งของประชาชน

4.3 สรุปเปรียบเทียบกระบวนการสรรหาบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติในต่างประเทศ

การเปรียบเทียบกระบวนการสรรหากรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต

ประเด็น	ฮ่องกง	เกาหลี
1. องค์กรที่ทำหน้าที่สรรหา	ผู้ว่าการเกาะฮ่องกง	1. สภาแห่งชาติ 2. ประธานาธิบดี 3. ศาลสูงสุด
2. องค์กรที่ทำหน้าที่แต่งตั้ง	ผู้ว่าการเกาะฮ่องกงโดยความเห็นชอบของรัฐบาลกลางของประชาชน	ประธานาธิบดีโดยความเห็นชอบของสภาแห่งชาติ
3. จำนวน	1 คน	9 คน
4. คุณสมบัติ	1. มีความซื่อสัตย์ 2. มีความซื่อสัตย์ 3. มีความตั้งใจจริง 4. มีชื่อเสียงในสังคม	1. เป็นพลเมืองเกาหลี 2. ไม่มีลักษณะต้องห้ามตามรัฐบัญญัติข้าราชการของรัฐ 3. ไม่มีความสัมพันธ์กับพรรคการเมือง 4. ไม่เป็นผู้สมัครรับเลือกตั้ง
5. ระบบการสรรหา	ผู้ว่าการเกาะฮ่องกงไม่มีคณะกรรมการสรรหา	สภาแห่งชาติ ประธานาธิบดี และศาลสูงสุดคัดเลือกจากผู้มีคุณสมบัติตามที่กฎหมายกำหนด
6. บทบาทพรรคการเมือง	มีบทบาทอย่างมาก	มีบทบาทอย่างมาก

5. ส่วนที่ห้า บทวิเคราะห์

ด้วยสภาพปัญหาตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เกี่ยวกับองค์ประกอบของคณะกรรมการสรรหาในทางปฏิบัติที่เกิดขึ้นจริง รวมถึงกระบวนและหลักเกณฑ์การทำงานของคณะกรรมการสรรหาของศาลรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการการเลือกตั้ง และคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ จึงส่งผลให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่แก้ไขมีสภาพปัญหาดังกล่าว ที่เกิดขึ้นด้วยการกำหนดองค์ประกอบและอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสรรหาใหม่ที่แตกต่างจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

5.1 ประเด็นปัญหาการสรรหาบุคคลที่มาจากการคัดเลือกขององค์กรศาล ประกอบด้วย ศาลฎีกา และศาลปกครองสูงสุด ในกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งของศาลรัฐธรรมนูญ และคณะกรรมการการเลือกตั้ง ดังนี้

5.1.1 ศาลฎีกา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 204 วรรคสอง บัญญัติว่า “ในกรณีที่ไม่มีผู้พิพากษาในศาลฎีกาหรือตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้รับเลือกตาม (1) หรือ (2) ให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาหรือที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด แล้วแต่กรณีเลือกบุคคลอื่นซึ่งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 205 และมีความรู้ ความเชี่ยวชาญทางด้านนิติศาสตร์ที่เหมาะสม จะปฏิบัติหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตาม (1) หรือ (2) แล้วแต่กรณี” จากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าว เป็นมาตรการทางกฎหมายเพื่อป้องกันปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้น เพื่อที่จะให้มีทางออกหากไม่มีผู้พิพากษาในศาลฎีกา หรือตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้รับเลือก และในทางปฏิบัติศาลฎีกาจะออกระเบียบ ซึ่งเป็นระเบียบภายในของศาลฎีกาเพื่อเลือก

ผู้พิพากษาในศาลฎีกาไปดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ เช่น ศาลฎีกาได้ออกระเบียบว่าด้วยการเลือกผู้พิพากษาในศาลฎีกาไปเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2551 เป็นต้น

จึงแสดงให้เห็นว่า รัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์ที่ให้มีผู้พิพากษาอาชีพหรือตุลาการศาลปกครองสูงสุดที่มีประสบการณ์มาทำหน้าที่เป็นองค์ประกอบหนึ่งที่สำคัญในองค์กรศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีสถานะเป็นศาล ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของศาลฎีกาหรือศาลปกครองสูงสุดที่ต้องปฏิบัติตามพันธกิจตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญที่จะต้องกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อหาวิธีการและแนวทางคัดเลือกบุคคลภายในองค์กรศาลไปดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญให้ได้ ด้วยเหตุนี้ การที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 204 วรรคสอง บัญญัติให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาหรือที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด แล้วแต่กรณี เลือกบุคคลอื่นซึ่งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 205 และมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านนิติศาสตร์ซึ่งไม่ใช่ผู้พิพากษาศาลฎีกาหรือตุลาการศาลปกครองสูงสุดมาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จึงไม่สอดคล้องกับสถานะความเป็นศาลของศาลรัฐธรรมนูญและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาด หากเปรียบเทียบกับกรณีของต่างประเทศ เช่น คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี มีจำนวน 16 คน โดยมาจากผู้พิพากษาศาลสูงสุดแห่งสหพันธ์ จำนวน 6 คน แยกเป็นสภาผู้แทนแห่งสหพันธ์ ทำหน้าที่สรรหา จำนวน 3 คน และสภาสูงแห่งสหพันธ์ทำหน้าที่สรรหา จำนวน 3 คน และมาจาก ผู้ประกอบอาชีพอื่นทางกฎหมาย จำนวน 10 คน แยกเป็นสภาผู้แทนแห่งสหพันธ์ทำหน้าที่สรรหา จำนวน 5 คน และสภาสูงแห่งสหพันธ์ทำหน้าที่สรรหา จำนวน 5 คน หรือคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐเกาหลี มีจำนวน 9 คน โดยมาจากการคัดเลือกของสภาแห่งชาติจากตัวแทนพรรคการเมือง จำนวน 3 คน มาจาก

การคัดเลือกของประธานาธิบดีจากข้าราชการระดับสูง จำนวน 3 คน และมาจากการคัดเลือกของศาลสูงสุดจากผู้พิพากษาอาวุโส จำนวน 3 คน เป็นต้น นอกจากนั้น มีข้อสังเกตว่าระเบียบศาลฎีกาเป็นระเบียบภายในของศาลฎีกา แต่เมื่อใช้บังคับกับบุคคลอื่นซึ่งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 205 และมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านนิติศาสตร์ที่เหมาะสมจะปฏิบัติหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จึงมีลักษณะเป็นการใช้บังคับกับบุคคลภายนอกโดยตรง จึงต้องมีองค์กรทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของระเบียบศาลฎีกาด้วย

สำหรับกรณีคณะกรรมการการเลือกตั้ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 231 (2) บัญญัติว่า "ให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาพิจารณาสรรหาผู้มีคุณสมบัติตามมาตรา 230[36] ซึ่งสมควรเป็นกรรมการการเลือกตั้งจำนวนสองคน เสนอต่อประธานวุฒิสภา โดยต้องเสนอพร้อมความยินยอมของผู้นั้น" ซึ่งเป็นบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกันกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 138 (2) บัญญัติว่า "ให้ที่ประชุมใหญ่ ศาลฎีกาพิจารณาสรรหาผู้สมควรเป็นกรรมการการเลือกตั้งจำนวนห้าคน เสนอต่อประธานวุฒิสภา โดยต้องเสนอพร้อมความยินยอมของผู้ได้รับการเสนอชื่อนั้น" และในทางปฏิบัติที่ผ่านมา ศาลฎีกาจะออกระเบียบซึ่งเป็นระเบียบภายในของศาลฎีกาเพื่อเลือกผู้พิพากษาศาลฎีกา

---

[36] มาตรา 230 กรรมการการเลือกตั้งต้องมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้

(1) มีอายุไม่ต่ำกว่าสี่สิบปีบริบูรณ์

(2) สำเร็จการศึกษาไม่ต่ำกว่าปริญญาตรีหรือเทียบเท่า

(3) มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 205 (1) (4) (5) และ (6)

(4) ไม่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ตรวจการแผ่นดิน กรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ กรรมการตรวจเงินแผ่นดิน หรือกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ให้นำบทบัญญัติมาตรา 207 มาใช้บังคับกับกรรมการการเลือกตั้งด้วยโดยอนุโลม

และบุคคลภายนอกไปดำรงตำแหน่งกรรมการการเลือกตั้ง เช่น ศาลฎีกาได้ออกระเบียบว่าด้วยการสรรหาผู้สมควรเป็นกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. 2540 และระเบียบศาลฎีกาว่าด้วยการสรรหาผู้สมควรเป็นกรรมการการเลือกตั้ง (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2549 ตามลำดับ เป็นต้น ด้วยเหตุนี้ บุคคลที่สมัครเป็นกรรมการการเลือกตั้งจึงมีที่มาอย่างหลากหลายมีทั้งผู้พิพากษาอาชีพและบุคคลภายนอกที่มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม จนบางครั้งบุคคลภายนอกที่ไม่ใช่ผู้พิพากษาอาชีพได้รับความเห็นชอบเป็นกรรมการการเลือกตั้งจากที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาและวุฒิสภาตามลำดับ เช่น นายปริญญา นาคฉัตรีย์ อดีตอธิบดีกรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย เป็นต้น ดังนั้น เมื่อวิเคราะห์จากอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้งทั้งทางด้านการบริหารจัดการการเลือกตั้งและการสืบสวนสอบสวน เพื่อหาข้อเท็จจริง และวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาหรือข้อโต้แย้งที่เกิดขึ้นตามกฎหมาย ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 235 วรรคสอง แล้ว บุคคลที่เป็นหรือเคยเป็นผู้พิพากษาย่อมมีความเหมาะสมที่จะทำหน้าที่ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าว หากเปรียบเทียบกับกรณีของต่างประเทศ เช่น ประธานกรรมการการเลือกตั้งของประเทศออสเตรเลียมาจากผู้พิพากษาศาลฎีกาหรืออดีตผู้พิพากษาศาลฎีกา ซึ่งได้รับความเป็นชอบจากประธานศาลฎีกา หรือกรรมการการเลือกตั้งของประเทศสาธารณรัฐเกาหลีที่มาจากการคัดเลือกของศาลสูงสุด (The Supreme Court) ล้วนเป็นผู้พิพากษาศาลสูงสุดเท่านั้น ด้วยเหตุผลดังกล่าว การสรรหากรรมการการเลือกตั้งโดยศาลฎีกาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 231 (2) ควรสรรหาเฉพาะบุคคลที่เป็นผู้พิพากษาอาชีพเท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อให้สอดคล้องกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้งตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ นอกจากนั้น ระเบียบศาลฎีกาดังกล่าวใช้บังคับกับบุคคลภายนอก จึงต้องมีองค์กรทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของระเบียบศาลฎีกาด้วยเช่นเดียวกัน

5.1.2 ศาลปกครองสูงสุด รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 204 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า "ศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยประธานศาลรัฐธรรมนูญคนหนึ่งและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอื่นอีกแปดคน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของวุฒิสภา จากบุคคลดังต่อไปนี้ (2) ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดโดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวนสองคน" และมาตรา 204 วรรคสอง บัญญัติว่า "ในกรณีที่ไม่มีผู้พิพากษาในศาลฎีกาหรือตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้รับเลือกให้ที่ประชุมใหญ่ ศาลฎีกาหรือที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด แล้วแต่กรณี เลือกบุคคลอื่นซึ่งมีคุณสมบัติ และไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 205 และมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านนิติศาสตร์ที่เหมาะสม จะปฏิบัติหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 204 (1) หรือมาตรา 204 (2) แล้วแต่กรณี" ดังนั้น กรณีดังกล่าวนี้มีลักษณะเช่นเดียวกันกับข้อ 5.1.1 ที่ได้วิเคราะห์แล้ว

5.2 ประเด็นปัญหาการสรรหาบุคคลของคณะกรรมการสรรหาในกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งศาลรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการการเลือกตั้ง และคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติดังนี้

5.2.1 องค์ประกอบและจำนวนของคณะกรรมการสรรหารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 206 (1) บัญญัติว่า "ให้มีคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคณะหนึ่งประกอบด้วยประธานศาลฎีกา ประธานศาลปกครองสูงสุด ประธานสภาผู้แทนราษฎร ผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร และประธานองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งเลือกกันเองให้เหลือ หนึ่งคน เป็นกรรมการ" รวมทั้งสิ้นจำนวน 5 คน มาตรา 231 (1) บัญญัติว่า "ให้มีคณะกรรมการสรรหากรรมการ

การเลือกตั้งจำนวน 7 คน ซึ่งประกอบด้วยประธานศาลฎีกา ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลปกครองสูงสุด ประธานสภาผู้แทนราษฎร ผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร บุคคลซึ่งที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาคัดเลือกจำนวนหนึ่งคน และบุคคลซึ่งที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดคัดเลือกจำนวนหนึ่งคน เป็นกรรมการ" และมาตรา 246 วรรคสาม บัญญัติว่า "การสรรหาและการเลือกกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ให้นำบทบัญญัติมาตรา 204 วรรคสาม และวรรคสี่ มาตรา 206 และมาตรา 207 มาใช้บังคับโดยอนุโลม โดยให้มีคณะกรรมการสรรหาจำนวน 5 คนประกอบด้วยประธานศาลฎีกา ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลปกครองสูงสุด ประธานสภาผู้แทนราษฎร และผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร" เมื่อพิจารณาจากองค์ประกอบและจำนวนของคณะกรรมการสรรหาของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการการเลือกตั้งและคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติดังกล่าวแล้ว พิจารณาได้ ดังนี้

1) ด้านองค์ประกอบ แบ่งออกเป็น 4 กลุ่ม คือ

(1) กลุ่มผู้พิพากษาหรือตุลาการ ประกอบด้วย ประธานศาลฎีกา ประธานศาลรัฐธรรมนูญ และประธานศาลปกครองสูงสุด

(2) กลุ่มพรรคการเมือง ประกอบด้วย ประธานสภาผู้แทนราษฎร และผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร

(3) กลุ่มตัวแทนองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ได้แก่ ประธานองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญเลือกกันเองให้เหลือหนึ่งคน

(4) กลุ่มที่ประชุมใหญ่ของศาล ประกอบด้วย บุคคลที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาคัดเลือกและบุคคลที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดคัดเลือก

2) ด้านจำนวน แบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม คือ

(1) กลุ่มคณะกรรมการสรรหา จำนวน 5 คน คือ ศาลรัฐธรรมนูญและคณะกรรมการการเลือกตั้ง

(2) กลุ่มคณะกรรมการสรรหา จำนวน 7 คน คือ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

เมื่อพิจารณาจากองค์ประกอบและจำนวนของคณะกรรมการสรรหาดังกล่าวแล้ว ปรากฏว่ากลุ่มผู้พิพากษาหรือตุลาการเป็นกลุ่มหลักของคณะกรรมการสรรหาขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งถือว่าสอดคล้องกับหลักความมีอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีโดยปราศจากการแทรกแซงในการทำงาน หลักประกันความเป็นอิสระขององค์กรกลุ่มผู้พิพากษาหรือตุลาการ ประกอบด้วย การมีอำนาจอิสระในการบริหารงาน ความมั่นคงในการดำรงตำแหน่งตลอดวาระยาวพอสมควร การดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว การมีสถานะเป็นเจ้าพนักงาน และการไม่มีผลประโยชน์ทับซ้อน เป็นต้น ด้วยเหตุนี้ ตำแหน่งประมุขของศาลคือ ประธานศาลฎีกา ประธานศาลรัฐธรรมนูญ และประธานศาลปกครองสูงสุด จึงเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของคณะกรรมการสรรหา สำหรับกรณีกลุ่มพรรคการเมืองซึ่งประกอบด้วยประธานสภาผู้แทนราษฎร และผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎรซึ่งไม่ใช่ตัวแทนของพรรคการเมืองโดยตรงแต่เป็นตัวแทนของกลุ่มพรรครัฐบาลและกลุ่มพรรคฝ่ายค้าน ส่วนกลุ่มตัวแทนขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญเป็นประธานองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ได้แก่ คณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ และคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน เลือกกันเองให้เหลือหนึ่งคน ซึ่งเป็นองค์ประกอบของคณะกรรมการสรรหาของศาลรัฐธรรมนูญ และกลุ่มที่ประชุมใหญ่ของศาล ได้แก่ ศาลฎีกา และศาลปกครองสูงสุดซึ่งเป็นองค์ประกอบของคณะกรรมการสรรหา

คณะกรรมการการเลือกตั้ง ดังนั้นกลุ่มผู้พิพากษาหรือตุลาการจะมีจำนวนมากกว่ากลุ่มอื่นๆ ของคณะกรรมการสรรหา

สำหรับจำนวนของคณะกรรมการสรรหาซึ่งมีจำนวน 5–7 คน ถือว่าเป็นจำนวนที่น้อยมาก ทั้งนี้ เนื่องจากหากเกิดมีการยุบสภาเกิดขึ้น ตำแหน่งประธานสภาผู้แทนราษฎรและผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎรจะไม่มี จึงส่งผลให้มีคณะกรรมการสรรหาเหลือเพียง 3–5 คนเท่านั้น ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 206 (1) หรือมาตรา 231 (1) บัญญัติว่า "...ในกรณีที่ไม่มีกรรมการในตำแหน่งใด หรือมีแต่ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ ถ้ากรรมการที่เหลืออยู่นั้นมีจำนวนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่ง ให้คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญหรือกรรมการการเลือกตั้งประกอบด้วยกรรมการที่เหลืออยู่ ดังนั้นคณะกรรมการสรรหา ยังสามารถปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้ทั้งๆ ที่ไม่มีกลุ่มพรรคการเมืองเป็นองค์ประกอบ หากเปรียบเทียบกับวุฒิสภาที่มีหน้าที่ให้ความเห็นชอบซึ่งเป็นองค์กรหนึ่งที่ใช้อำนาจอธิปไตย ย่อมไม่สมดุลกันระหว่างคณะกรรมการสรรหาและสมาชิกวุฒิสภา

5.2.2 อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสรรหา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 206 (2) บัญญัติว่า "...ในกรณีที่วุฒิสภาให้ความเห็นชอบให้ประธานวุฒิสภานำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงแต่งตั้งต่อไป ในกรณีที่วุฒิสภาไม่เห็นชอบในรายชื่อใด ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ให้ส่งรายชื่อนั้นกลับไปยังคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพร้อมด้วยเหตุผลเพื่อให้ดำเนินการสรรหาใหม่ หากคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่เห็นด้วยกับวุฒิสภาและมีมติยืนยันตามมติเดิมด้วยคะแนนเอกฉันท์ ให้ส่งรายชื่อนั้นให้ประธานวุฒิสภานำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงแต่งตั้งต่อไป แต่ถ้ามติที่ยืนยันตามมติเดิมไม่เป็นเอกฉันท์ ให้เริ่มกระบวนการสรรหาใหม่ ซึ่งต้องดำเนินการ

ให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่มีเหตุให้ต้องดำเนินการดังกล่าว" ซึ่งกรณีอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสรรหาของคณะกรรมการการเลือกตั้งและคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติก็มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญลักษณะเดียวกัน จึงแสดงให้เห็นว่า คณะกรรมการสรรหาที่มีจำนวน 5–7 คน กลับมีอำนาจมากกว่าสมาชิกวุฒิสภาที่มีจำนวน 150 คน ซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชน จึงถือว่าขัดต่อหลักประชาธิปไตยและหลักการคานและดุลอำนาจ เป็นที่น่าสังเกตว่า การกำหนดให้มีมติเอกฉันท์ของคณะกรรมการสรรหา จำนวน 5 คน สามารถหักล้างมติของวุฒิสภาได้ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งเห็นคุณค่าหรือความสำคัญของคณะกรรมการสรรหามากกว่าวุฒิสภาทั้งสภา ซึ่งประกอบด้วยสมาชิก 150 คน ซึ่งนับได้ว่าเป็นเรื่องแปลกที่ยังหาตัวอย่างจากต่างประเทศมาเทียบเคียงไม่ได้[37] นอกจากนั้น กรณีของศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อให้การวินิจฉัยคดีในศาลรัฐธรรมนูญเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ อาจต้องถือว่าเป็นภารกิจโดยตรงของคณะกรรมการสรรหาในการที่จะต้องพิจารณาให้น้ำหนักความรู้ทางด้านกฎหมายเป็นพิเศษในขั้นตอนของการสรรหาตัวบุคคลที่เหมาะสม เพื่อให้การดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญต่อไป แต่ทั้งนี้ ความเป็นไปได้ของมาตรฐานในการพิจารณาดังกล่าว ย่อมขึ้นอยู่กับวิจารณญาณ ของคณะกรรมการสรรหาดังกล่าว นับเป็นสำคัญ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าเป็นจุดอ่อนประการหนึ่งของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน[38]และการให้ศาลได้มีบทบาทมากในการสรรหาองค์กรอิสระซึ่งต้องทบทวนรัฐธรรมนูญนี้[39]

---

[37] บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ, **กฎหมายรัฐธรรมนูญ,** (กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551), หน้า 450.

[38] เพิ่งอ้าง, หน้า 452.

[39] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, การปาฐกถาเรื่อง บทบาทสื่อกับการปฏิรูปการเมือง วันที่ 18 พฤษภาคม 2552 ณ สมาคมนักข่าวนักหนังสือพิมพ์แห่งประเทศไทย อ้างใน น.ส.พ.สยามรัฐ วันที่ 19 พฤษภาคม 2552, หน้า 2.

5.2.3 คณะกรรมการสรรหาทดแทน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 206 วรรคสอง บัญญัติว่า "ในกรณีที่ไม่อาจสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิตามมาตรา 206 วรรคแรก (1) ได้ภายในเวลาที่กำหนด ไม่ว่าด้วยเหตุใดๆ ให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาแต่งตั้งผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกาจำนวนสามคน และให้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการ ในศาลปกครองสูงสุดแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดจำนวนสองคน เป็นกรรมการสรรหาเพื่อดำเนินการตาม (1) แทน" มาตรา 231 วรรคแรก (3) บัญญัติว่า "กรรมการสรรหาตามมาตรา 231 (1) และ (2) ให้กระทำภายในสามสิบวันนับแต่วันที่มีเหตุที่ทำให้ต้องมีการเลือกบุคคลให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว ในกรณีที่มีเหตุที่ทำให้ไม่อาจดำเนินการสรรหาได้ภายในเวลาที่กำหนดหรือไม่อาจสรรหาได้ครบจำนวนภายในเวลาที่กำหนดตามมาตรา 231 (1) ให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา พิจารณาสรรหาแทนจนครบจำนวนภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ครบกำหนดตามมาตรา 231 (1)" และมาตรา 246 วรรคสาม บัญญัติว่า "การสรรหาและการเลือกกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ให้นำบทบัญญัติมาตรา 204 วรรคสามและวรรคสี่ มาตรา 206 และมาตรา 207 มาใช้โดยอนุโลม..."

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าว สาเหตุที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้มีคณะกรรมการสรรหาทดแทนคณะกรรมการสรรหาเดิมขึ้นมาใหม่ เนื่องจากคณะกรรมการสรรหาต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่มีเหตุให้ต้องดำเนินการดังกล่าว ซึ่งหมายถึงวันที่มีเหตุต้องสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งของศาลรัฐธรรมนูญ หรือคณะกรรมการการเลือกตั้ง หรือคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ จากสภาพปัญหาในอดีตที่ผ่านมาอันเนื่องมาจากการดำเนินงานของคณะกรรมการสรรหาไม่สามารถสรรหาได้ให้แล้วเสร็จภายใน 30 วัน เพราะว่ากระบวนการ และหลักเกณฑ์

การทำงานของคณะกรรมการสรรหาแต่ละชุดขาดหลักเกณฑ์และวิธีการที่ชัดเจน โดยมีหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันและไม่มีบรรทัดฐานเดียวกัน โดยคณะกรรมการสรรหาแต่ละชุดสามารถกำหนดหลักเกณฑ์ได้เอง

6. ส่วนสุดท้าย บทสรุปและข้อเสนอแนะ

6.1 บทสรุป

องค์กรตามรัฐธรรมนูญมีวิวัฒนาการการกำเนิดภายใต้ทฤษฎีพื้นฐานอันประกอบด้วยหลักประชาธิปไตย หลักรัฐธรรมนูญนิยม และหลักนิติรัฐ ซึ่งประกอบด้วย หลักการแบ่งแยกอำนาจ และหลักความมีอิสระ โดยทฤษฎีพื้นฐานดังกล่าวจะมีความสำคัญอย่างยิ่งกับกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ โดยถือว่าการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งขององค์กรตามรัฐธรรมนูญต้องเชื่อมโยงกับประชาชนภายใต้ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน สอดคล้องกับหลักรัฐธรรมนูญนิยมเกี่ยวกับการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ สอดคล้องกับหลักการแบ่งแยกอำนาจซึ่งก่อให้เกิดการถ่วงดุลระหว่างองค์กรในการสรรหาและองค์กรที่ทำหน้าที่คัดเลือก และสอดคล้องกับหลักความมีอิสระที่ถือว่าศาลและสถาบันการศึกษามีความเป็นกลางในการทำหน้าที่ สำหรับการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญมี 2 ลักษณะ คือ การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ (Constitutional Powers) ที่มีอำนาจเบ็ดเสร็จเด็ดขาดในตนเอง และการใช้อำนาจทางปกครอง (Administrative Power) ที่ถูกตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยศาลตามที่กฎหมายบัญญัติ โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หมวด 11 ว่าด้วยองค์กรตามรัฐธรรมนูญได้แบ่งออกเป็น 2 ส่วน คือ ส่วนที่ 1 องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการป้องกันและปราบปราม การทุจริตแห่งชาติ และคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน

และส่วนที่ 2 องค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วย องค์กรอัยการ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ

กระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งขององค์กรตามรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้แก้ไขสภาพปัญหาในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้ในระดับหนึ่ง แต่การปฏิบัติตามพันธกิจของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ยังคงมีปัญหาที่แตกต่างจากสภาพปัญหาตามรัฐธรรมนูญฉบับเดิมอีก ดังนี้

6.1.1 การสรรหาบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งขององค์กรตามรัฐธรรมนูญขององค์กรศาลคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 204 วรรคสองบัญญัติว่า “ในกรณีที่ไม่มีผู้พิพากษาในศาลฎีกาหรือตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้รับเลือก ให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาหรือที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดแล้วแต่กรณี เลือกบุคคลอื่นซึ่งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 205 และมีความรู้ความเชี่ยวชาญด้านนิติศาสตร์ที่เหมาะสมจะปฏิบัติหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแล้วแต่กรณี” เป็นมาตรการทางกฎหมาย เพื่อป้องกันปัญหาที่อาจจะเกิดขึ้น เพื่อที่จะให้มีทางออกหากไม่มีผู้พิพากษาในศาลฎีกาหรือตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้รับเลือก บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญ มาตรา 205 ดังกล่าว เป็นการเปิดโอกาสให้บุคคลภายนอก เข้ามาเป็นตัวแทนขององค์กรศาลฎีกาหรือศาลปกครองสูงสุด โดยไม่มีประสบการณ์เป็นผู้พิพากษาหรือตุลาการอาชีพมาก่อน นอกจากนั้น ระเบียบศาลฎีกาว่าด้วย การเลือกผู้พิพากษาในศาลฎีกาไปเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 เป็นระเบียบภายในของศาลฎีกา

แต่ใช้บังคับกับบุคคลภายนอก หากการใช้ระเบียบไปกระทบสิทธิกับบุคคลภายนอกโดยตรง องค์กรใดจะมีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของระเบียบศาลฎีกา **ด้วยเหตุผลดังกล่าว บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญของรัฐธรรมนูญ มาตรา 204 วรรคสอง จึงมิใช่การแก้ไขปัญหาที่ถูกต้อง ซึ่งการคัดตัวแทนขององค์กรศาลฎีกาหรือศาลปกครองสูงสุดย่อมถือว่าเป็นหน้าที่ของศาลฎีกาหรือศาลปกครองสูงสุดที่จะคัดเลือกตัวแทนขององค์กรศาลให้ได้ภายใต้ความยินยอม**

6.1.2 การสรรหาบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งขององค์กรตามรัฐธรรมนูญของคณะกรรมการสรรหา คือ

6.1.2.1 องค์ประกอบและจำนวนของคณะกรรมการสรรหา กล่าวคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติเกี่ยวกับองค์ประกอบของคณะกรรมการสรรหา ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ มีจำนวน 5 คน คือ ประธานศาลฎีกา ประธานศาลปกครองสูงสุด ประธานสภาผู้แทนราษฎร ผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร และประธานองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญซึ่งเลือกกันเองให้เหลือ 1 คน ส่วนองค์ประกอบของคณะกรรมการสรรหาคณะกรรมการการเลือกตั้งมีจำนวน 7 คน คือ ประธานศาลฎีกา ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลปกครองสูงสุด ประธานสภาผู้แทนราษฎร ผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร บุคคลซึ่งที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาคัดเลือก จำนวน 1 คน และบุคคลซึ่งที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดคัดเลือก จำนวน 1 คน สำหรับองค์ประกอบของคณะกรรมการสรรหา คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ มีจำนวน 5 คน คือ ประธานศาลฎีกา ประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลปกครองสูงสุด ประธานสภาผู้แทนราษฎร และผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร เมื่อพิจารณาองค์ประกอบของคณะกรรมการสรรหาทั้ง 3 องค์กรดังกล่าวแล้ว ปรากฏว่ามีตำแหน่งทางการเมืองที่ทำหน้าที่เป็น

กรรมการสรรหา คือ ประธานสภาผู้แทนราษฎร และผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร ตำแหน่งทางการเมืองดังกล่าวเป็นตำแหน่งที่ขึ้นอยู่กับสถานการณ์และความมั่นคงทางการเมืองทุกครั้งที่มีการยุบสภา จะส่งผลให้ตำแหน่งประธานสภาผู้แทนราษฎรและผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎรถูกยุบไปด้วย ในกรณีนี้ ถ้าไม่มีกรรมการในตำแหน่งใดหรือมีแต่ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ ถ้ากรรมการที่เหลืออยู่นั้นมีจำนวนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่ง ให้คณะกรรมการสรรหาประกอบด้วยกรรมการที่เหลืออยู่และมติในการคัดเลือกผู้ทรงคุณวุฒิต้องลงคะแนนโดยเปิดเผยและต้องมีคะแนนไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนกรรมการทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ ดังนั้น เมื่อมีการยุบสภาเกิดขึ้น คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ จะมีจำนวนเพียง 3 คน และมติในการคัดเลือกผู้ทรงคุณวุฒิจะมีจำนวนเพียง 2 คน ส่วนคณะกรรมการสรรหาคณะกรรมการการเลือกตั้ง จะมีจำนวนเพียง 5 คน และมติในการคัดเลือกผู้ทรงคุณวุฒิจะมีจำนวนเพียง 4 คน จะเห็นได้ว่า **ทั้งองค์ประกอบและจำนวนคณะกรรมการสรรหาน่าจะไม่เหมาะสมเพราะมีจำนวนน้อยเกินไป แต่หากรอให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแล้วเสร็จซึ่งต้องใช้เวลานานพอสมควรจะส่งผลให้เกิดสุญญากาศของการสรรหา**

6.1.2.2 อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสรรหา กล่าว คือ เมื่อคณะกรรมการสรรหาได้ลงมติในการคัดเลือกแล้ว คณะกรรมการสรรหาต้องจัดทำบัญชีรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิเสนอต่อประธานวุฒิสภาโดยต้องเสนอพร้อมความยินยอมของผู้ได้รับการเสนอชื่อนั้น ผลการพิจารณาคัดเลือกของวุฒิสภามี 2 ลักษณะ คือ

1) ในกรณีที่วุฒิสภาให้ความเห็นชอบให้ประธานวุฒิสภานำความกราบบังคมทูลพระมหากษัตริย์เพื่อทรงแต่งตั้งต่อไป

2) ในกรณีที่วุฒิสภาไม่เห็นชอบในรายชื่อใด

ไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน ให้ส่งรายชื่อนั้นกลับไปยังคณะกรรมการสรรหา พร้อมด้วยเหตุผลเพื่อให้ดำเนินการสรรหาใหม่ หากคณะกรรมการสรรหาไม่เห็นชอบด้วยกับวุฒิสภาและมีมติยืนยันตามมติเดิมด้วยคะแนนเอกฉันท์ ให้ส่งรายชื่อนั้นให้ประธานวุฒิสภานำความกราบบังคมทูลพระมหากษัตริย์เพื่อทรงแต่งตั้งต่อไป แต่ถ้ามติที่ยืนยันตามมติเดิมไม่เป็นเอกฉันท์ ให้เริ่มกระบวนการสรรหาใหม่ ซึ่งต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่มีเหตุให้ต้องดำเนินการดังกล่าว

ดังนั้น อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสรรหาตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าว ขัดต่อหลักประชาธิปไตย เนื่องจากวุฒิสภาเป็นสภาแห่งการตรวจสอบ สภาที่ทำหน้าที่กลั่นกรองกฎหมาย และสภาแห่งความชอบธรรมที่สมาชิกวุฒิสภามาจากการเลือกตั้งของประชาชนและมาจากการคัดเลือกจากตัวแทนขององค์กรต่าง ๆ ในภาควิชาการ ภาครัฐ ภาคเอกชน และภาคอื่นที่เป็นประโยชน์ในการปฏิบัติการตามอำนาจหน้าที่ของวุฒิสภา จำนวนทั้งสิ้น 150 คน เมื่อสมาชิกวุฒิสภาซึ่งทำหน้าที่พิจารณาแต่งตั้งบุคคลผู้ทรงคุณวุฒิเพื่อดำรงตำแหน่งขององค์กรตามรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วไม่เห็นชอบด้วยในรายชื่อที่คณะกรรมการสรรหาส่งมาไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วนก็ตาม วุฒิสภาจะส่งรายชื่อนั้นกลับไปยังคณะกรรมการสรรหาพร้อมด้วยเหตุผลเพื่อให้ดำเนินการสรรหาใหม่ แต่ถ้าคณะกรรมการสรรหาไม่เห็นด้วยกับวุฒิสภาและมีมติยืนยันตามมติเดิม ด้วยคะแนนเอกฉันท์ ให้ส่งรายชื่อนั้นกลับไปยังวุฒิสภาและให้ประธานวุฒิสภานำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงแต่งตั้งต่อไป จึงแสดงให้เห็นว่า คณะกรรมการสรรหา กลับมีอำนาจมากกว่าวุฒิสภาที่เป็นองค์กรหนึ่งที่ใช้อำนาจอธิปไตย ถึงแม้ว่าจะใช้มติด้วยคะแนนเสียงเอกฉันท์ก็ตาม นอกจากนั้น ยังเป็นลักษณะการให้ประธานวุฒิสภาเป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการการแต่งตั้งด้วย หาก

กระบวนการสรรหามีข้อบกพร่องเกิดขึ้น ประธานวุฒิสภาต้องรับผิดชอบต่อความบกพร่องดังกล่าว ดังนั้น อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสรรหาตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 206 (2) จึงขัดต่อตรรกที่มีเหตุผลและหลักประชาธิปไตยซึ่งสมควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญต่อไป

6.1.2.3 คณะกรรมการสรรหาทดแทน กล่าวคือ ในกรณีที่คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไม่อาจสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิเพื่อดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้ภายในเวลาสามสิบวันนับแต่วันที่มีเหตุทำให้ต้องมีการคัดเลือกบุคคลให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวไม่ว่าด้วยเหตุใดๆ ให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาแต่งตั้งผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกาจำนวน 3 คน และให้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด แต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุด จำนวน 2 คน เป็นกรรมการสรรหาเพื่อดำเนินการแทน สำหรับกรณีคณะกรรมการการเลือกตั้งก็เช่นเดียวกัน ในกรณีที่มีเหตุที่ทำให้ไม่อาจดำเนินการสรรหาได้ภายในเวลาที่กำหนดหรือไม่อาจสรรหาได้ครบจำนวนภายในเวลาที่กำหนด ให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาพิจารณาสรรหาแทน จนครบจำนวนภายใน 15 วัน นับแต่วันที่ครบกำหนด

ดังนั้น การที่มีเหตุไม่อาจสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิเพื่อดำรงตำแหน่งขององค์กรตามรัฐธรรมนูญได้ภายในเวลาที่กำหนดไม่อาจจะเป็นความผิดของคณะกรรมการสรรหา ถึงขั้นต้องยุบคณะกรรมการสรรหาทั้งหมด และการแต่งตั้งคณะกรรมการสรรหาใหม่ขึ้นทดแทน โดยประกอบด้วยผู้พิพากษาในศาลฎีกา จำนวน 3 คน และตุลาการในศาลปกครองสูงสุด จำนวน 2 คน รวมทั้งสิ้น จำนวน 5 คน เมื่อพิจารณาจากองค์ประกอบของคณะกรรมการสรรหาทดแทนดังกล่าวล้วนประกอบด้วยผู้พิพากษาหรือตุลาการทั้งสิ้นหรือกรณีการให้ที่ประชุมใหญ่

ศาลฎีกาสรรหาแทนก็ตาม จึงไม่สอดคล้องกับหลักประชาธิปไตยเช่นเดียวกัน เนื่องจากไม่มีตัวแทนของประชาชนที่เป็นพรรคการเมืองในคณะกรรมการสรรหาทดแทน

6.1.3 กระบวนการสรรหาบุคคลของวุฒิสภา คือ

6.1.3.1 จำนวนผู้ทรงคุณวุฒิที่คณะกรรมการสรรหาเสนอต่อประธานวุฒิสภา กล่าวคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติให้คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสนอรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิตามจำนวนผู้ทรงคุณวุฒิที่พึงมีทั้งสาขานิติศาสตร์และสาขารัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ หรือสังคมศาสตร์ ต่อประธานวุฒิสภาเพื่อให้ที่ประชุมสมาชิกวุฒิสภา ให้ความเห็นชอบนั้น ย่อมทำให้สมาชิกวุฒิสภาพิจารณาบุคคลโดยปราศจากตัวเลือก จึงเป็นลักษณะการบังคับการทำหน้าที่ให้ตัดสินใจ โดยการตัดสินใจที่ดีต้องอยู่บนพื้นฐานของทางเลือกหลายทางหรือบุคคลหลายคนก่อนที่จะตัดสินใจว่าเห็นชอบหรือไม่ **ดังนั้น การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติให้คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสนอรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิตามจำนวนผู้ทรงคุณวุฒิที่พึงมีดังกล่าว ย่อมเป็นการไม่เปิดกว้างให้วุฒิสภาทำหน้าที่พิจารณาคัดเลือกบุคคลได้อย่างสมบูรณ์ เนื่องจากขาดบุคคลที่เป็นตัวเลือกให้คัดเลือกได้อย่างเพียงพอ**

6.1.3.2 อำนาจวุฒิสภาในการให้ความเห็นชอบ กล่าวคือ คณะกรรมการสรรหาเป็นองค์กรทำหน้าที่สรรหา วุฒิสภาเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ให้ความเห็นชอบ หากพิจารณาตามหลัก คานและดุลอำนาจระหว่างองค์กรทั้งสองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แล้วปรากฏว่า ไม่สอดคล้องกับหลักการคานและดุลอำนาจและหลักประชาธิปไตย ดังจะเห็นได้จากอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสรรหาและอำนาจหน้าที่ของวุฒิสภา โดยเมื่อวุฒิสภาไม่เห็นชอบในรายชื่อใด ไม่ว่า

ทั้งหมดหรือบางส่วน ให้ส่งรายชื่อนั้นกลับไปยังคณะกรรมการสรรหา พร้อมด้วยเหตุผลเพื่อให้ดำเนินการสรรหาใหม่ หากคณะกรรมการสรรหาไม่เห็นด้วยกับวุฒิสภาและมีมติยืนยันตามมติเดิมด้วยคะแนนเอกฉันท์ ประธานวุฒิสภาต้องนำความกราบบังคับทูลพระมหากษัตริย์เพื่อทรงแต่งตั้งต่อไป การที่คณะกรรมการสรรหามีมติยืนยันตามมติเดิมด้วยคะแนนเอกฉันท์ และประธานวุฒิสภาต้องปฏิบัติตามด้วยการนำรายชื่อขึ้นกราบบังคมทูลพระมหากษัตริย์เพื่อทรงแต่งตั้ง เป็นการบัญญัติให้อำนาจให้กับคณะกรรมการสรรหามากกว่าวุฒิสภาที่มีสมาชิกมาจากการเลือกตั้งของประชาชน นอกจากนั้น วุฒิสภาเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ถวายคำแนะนำต่อพระมหากษัตริย์ในการแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ และประธานวุฒิสภาเป็นผู้รับสนองพระบรมราชโองการ **เมื่อวุฒิสภาเป็นองค์กรที่รับผิดชอบต่อประชาชนในฐานะเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย หากมีปัญหาเกิดขึ้นอันเนื่องจากการแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ วุฒิสภาต้องรับผิดชอบแทนคณะกรรมการสรรหาที่มีมติยืนยันตามมติเดิมด้วยคะแนนเอกฉันท์ จึงทำให้ขาดเหตุผลของความไม่ได้สัดส่วนระหว่างอำนาจของคณะกรรมการสรรหาและอำนาจของวุฒิสภา ดังนั้น บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 206 (1) และ (2) จึงไม่สอดคล้องกับหลักการคานและดุลอำนาจและหลักประชาธิปไตย**

6.2 ข้อเสนอแนะ

เพื่อให้กระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งของศาลรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการการเลือกตั้ง และคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ มีความชัดเจนและตรวจสอบได้ ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะ ดังนี้

6.2.1 ด้านกระบวนการสรรหาบุคคลที่มาจากการสรรหาขององค์กรศาล กล่าวคือ ศาลปกครองสูงสุดควรมีระเบียบศาลปกครองสูงสุด

ว่าด้วยการเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดไปดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ โดยระเบียบดังกล่าวกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับคุณสมบัติของบุคคล วิธีการสมัคร หลักเกณฑ์การคัดเลือก คณะกรรมการคัดเลือก ความยินยอม และความสมบูรณ์ของการคัดเลือก ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในการสรรหาอย่างเป็นระบบ สำหรับกระบวนการสรรหาบุคคลที่มาจากการคัดเลือกขององค์กรศาลคือ ศาลฎีกาและศาลปกครองสูงสุดนั้น บุคคลที่จะได้รับการคัดเลือกต้องเป็นผู้พิพากษาในศาลฎีกาหรือตุลาการในศาลปกครองสูงสุด หรืออดีตผู้พิพากษาหรือตุลาการ แล้วแต่กรณีเท่านั้น ทั้งนี้ เนื่องจากผู้ดำรงตำแหน่งขององค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มาจากการคัดเลือกขององค์กรศาลต้องเป็นผู้พิพากษาหรือตุลาการอาชีพมาก่อนเพราะว่ามีประสบการณ์ในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีทั้งกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชน และถือว่าเป็นหน้าที่ของศาลฎีกาหรือศาลปกครองสูงสุดที่จะคัดเลือกผู้พิพากษาในศาลฎีกาหรือตุลาการในศาลปกครองสูงสุดภายใต้ความยินยอมไปดำรงตำแหน่งของศาลรัฐธรรมนูญและคณะกรรมการการเลือกตั้ง โดยทั้งศาลฎีกาหรือศาลปกครองสูงสุดต้องส่งรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิจำนวนสองเท่าของจำนวนผู้ทรงคุณวุฒิที่พึงมีหรือขาดอยู่ให้วุฒิสภาเห็นชอบ และให้ดำเนินการล่วงหน้าอย่างน้อยหกสิบวันก่อนครบวาระ

6.2.2 ด้านกระบวนการสรรหาบุคคลที่มาจากการสรรหาของคณะกรรมการสรรหา ดังนี้

6.2.2.1 องค์ประกอบและจำนวนของคณะกรรมการสรรหา กล่าวคือ องค์ประกอบ คณะกรรมการสรรหาควรเพิ่มตัวแทนของสถาบันอุดมศึกษา เพราะถือว่า เป็นองค์กรที่มีความเป็นอิสระในทางวิชาการและมีความอิสระในการเข้าสู่ตำแหน่งวาระการดำรงตำแหน่ง เงินเดือน และการสิ้นสุดการดำรงตำแหน่ง สำหรับตัวแทนของสถาบันอุดมศึกษา ควรเป็นตำแหน่งคณบดีคณะนิติศาสตร์หรือเทียบเท่า และตำแหน่งคณบดี

คณะรัฐศาสตร์หรือเทียบเท่าของสถาบันอุดมศึกษาของรัฐทุกแห่ง เป็นองค์ประกอบของคณะกรรมการสรรหาด้วย เพราะว่าตำแหน่งคณบดีดังกล่าวปราศจากการแทรกแซงจากการเมือง โดยกำหนดจำนวนให้คณบดีคณะนิติศาสตร์หรือเทียบเท่าของสถาบันอุดมศึกษาของรัฐทุกแห่งเลือกกันเองให้เหลือ 1 คน และกำหนดจำนวนคณบดีคณะรัฐศาสตร์หรือเทียบเท่าของสถาบันอุดมศึกษาของรัฐทุกแห่งเลือกกันเองให้เหลือ 1 คน รวมทั้งสิ้น 2 คน สำหรับจำนวนคณะกรรมการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งขององค์กรตามรัฐธรรมนูญควรเพิ่มขึ้นจากเดิม ซึ่งมาจากตัวแทนของสถาบันอุดมศึกษาของรัฐดังกล่าว จึงส่งผลให้คณะกรรมการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งของศาลรัฐธรรมนูญเพิ่มขึ้นจากเดิม จำนวน 5 คน เป็นจำนวน 7 คน คณะกรรมการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งของคณะกรรมการการเลือกตั้งเพิ่มขึ้นจากเดิม จำนวน 7 คน เป็นจำนวน 9 คน และคณะกรรมการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเพิ่มขึ้นจากเดิม จำนวน 5 คน เป็นจำนวน 7 คน นอกจากนั้นควรยกเลิกการมีคณะกรรมการสรรหาทดแทน แต่ให้ดำเนินการล่วงหน้าอย่างน้อยหกสิบวันก่อนครบวาระ

6.2.2.2 อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการสรรหา กล่าวคือ ทั้งคณะกรรมการสรรหาและวุฒิสภาควรมีอำนาจหน้าที่ที่สมดุลกันทั้งสององค์กร ดังนี้

1) คณะกรรมการสรรหาต้องส่งรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิจำนวนสองเท่าของจำนวนผู้ทรงคุณวุฒิที่พึงมีหรือขาดอยู่ให้วุฒิสภาเห็นชอบทั้งนี้ เพื่อให้วุฒิสภาได้พิจารณาให้ความเห็นชอบผู้ทรงคุณวุฒิโดยมีตัวเลือกที่ดีที่สุด

2) หากวุฒิสภาเห็นชอบในรายชื่อใดด้วยคะแนนเสียงสูงสุดเกินกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกวุฒิสภาที่มีอยู่ในวุฒิสภา ให้ประธาน

วุฒิสภานำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงแต่งตั้งต่อไป หากวุฒิสภาเห็นชอบในรายชื่อใดด้วยคะแนนเสียงไม่ถึงกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกวุฒิสภาที่มีอยู่ในวุฒิสภา ให้รายชื่อนั้นตกไป

3) เมื่อวุฒิสภาลงคะแนนเสียงให้กับผู้ทรงคุณวุฒิครบทุกคนแล้ว ผู้ทรงคุณวุฒิที่ได้คะแนนสูงสุดเรียงตามลำดับและเกินกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกวุฒิสภาที่มีอยู่ในวุฒิสภา เป็นผู้ที่ได้รับการคัดเลือก แต่ถ้าปรากฏว่ายังขาดผู้ทรงคุณวุฒิตามจำนวนที่พึงมีหรือขาดอยู่ ให้คณะกรรมการสรรหาดำเนินการสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิใหม่และส่งรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิจำนวนสองเท่าของจำนวนผู้ทรงคุณวุฒิที่พึงมีหรือขาดอยู่ให้วุฒิสภาเห็นชอบอีกครั้งหนึ่งต่อไป

6.2.2.3 หลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ กล่าวคือ วุฒิสภาควรกำหนดหลักเกณฑ์กลางเพื่อสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ เพื่อให้คณะกรรมการสรรหาทุกคณะได้ปฏิบัติเป็นมาตรฐานและแนวทางเดียวกัน

6.2.3 ด้านกระบวนการสรรหาบุคคลของวุฒิสภา ดังนี้

6.2.3.1 ศาลและคณะกรรมการสรรหาต้องส่งรายชื่อผู้ทรงคุณวุฒิจำนวนสองเท่า ของจำนวนผู้ทรงคุณวุฒิที่พึงมีหรือขาดอยู่ให้วุฒิสภาเห็นชอบ

6.2.3.2 วุฒิสภาต้องพิจารณาให้ความเห็นชอบผู้ทรงคุณวุฒิทั้งที่ศาลส่งมาและคณะกรรมการสรรหาส่งมา โดยแยกเป็นอิสระต่อกันในวาระการประชุมต่างกัน

6.2.3.3 ผู้ทรงคุณวุฒิที่ได้คะแนนสูงสุดเรียงตามลำดับและเกินกึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกวุฒิสภาที่มีอยู่ในวุฒิสภาเป็นผู้ที่ได้รับการคัดเลือก หากยังขาดผู้ทรงคุณวุฒิตามจำนวน ที่พึงมีหรือขาดอยู่ ให้ศาลหรือคณะกรรมการสรรหา แล้วแต่กรณีสรรหาผู้ทรงคุณวุฒิใหม่

6.2.3.4 ศาลไม่มีอำนาจตรวจสอบกระบวนการสรรหาของวุฒิสภา

เพื่อให้บรรลุข้อเสนอแนะดังกล่าว เห็นควรแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ดังนี้

1. ศาลรัฐธรรมนูญ ได้แก่ มาตรา 204 มาตรา 205 และมาตรา 206

2. คณะกรรมการการเลือกตั้ง ได้แก่ มาตรา 230 และมาตรา 231

3. คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ได้แก่ มาตรา 246 วรรคสาม

ทั้งนี้ กระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งของศาลรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการการเลือกตั้ง และคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ดังกล่าวสามารถนำไปปรับใช้กับกระบวนการสรรหาองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่นตามหมวด 11 มาตรา 229-258 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้อีกด้วย

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

ชัยอนันต์ สมุทวณิช. **ประชาธิปไตย สังคมนิยม คอมมิวนิสต์การเมืองไทย**. กรุงเทพฯ : จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2519.

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. **คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง**. กรุงเทพ, 2540.

_____. **กฎหมายมหาชน เล่ม 1. วิวัฒนาการทางปรัชญาและลักษณะของกฎหมายมหาชนยุคต่างๆ**. กรุงเทพ, 2538.

บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ. **กฎหมายรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพ, 2551.

โภคิน พลกุล และชาญชัย แสวงศักดิ์. **หลักกฎหมายมหาชนเบื้องต้น.** กรุงเทพ, 2549.

วิษณุ เครืองาม. **"ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาดำรงตนเป็นอิสระได้อย่างไร"** บทบัณฑิตย์, 2517.

_____. **ความรู้เบื้องต้นทางปรัชญา**. กรุงเทพ, 2530.

สัมภาษณ์ Dr. Reinhild Huppmann, Chief of Protocol in the Austria Constitutional Court, September 14, 2005, Vienna, Austria.

สัมภาษณ์เลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญเกาหลี เมื่อวันที่ 22 กันยายน 2549 ณ Seoul, The Republic of Korea.

วิทยานิพนธ์และงานวิจัย

ถวัลย์ สุพรม. ปัญหาเกี่ยวกับการพิจารณาเลือก แต่งตั้ง ให้คำแนะนำหรือให้ความเห็นชอบให้บุคคล ดำรงตำแหน่งในองค์กรตามรัฐธรรมนูญ.

วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2547.

ปัญญา อุดชาชน. รายงานการวิจัย เรื่อง **มาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้ง**, เสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2550.

ปัญญา อุดชาชน. รายงานการวิจัย เรื่อง **คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติกับการตรวจสอบการแสดงบัญชีรายการทรัพย์สินและหนี้สินของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง**, เสนอต่อสำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, 2549.

ภาษาต่างประเทศ

Maunz u.a. **Bundesverfassun 1987 gsgerichtsgesetz**, kanmentar, Munchen 1995.

Michael J. Gerhardt. **The Federal Appointment Process**, London, 2000.

Nadine Cohodas. **Ginsburg Hurt Badly by Marijuana Admission**, U.S.A, 1987.

The Anti – Corruption Act 2001.

The Austria Constitution 1929.

Basic Law for the Federal Republic of Germany 1949.

The China Constitution 1982.

The Constitution of the United State of America 1789.

The Constitution of Hong Kong 1990.

The Constitution of India 1950.

The Constitutional of the Republic of Korea 1948 แก้ไขเพิ่มเติม 1972.

The Commonwealth Electoral Act 1918.

ระบบวินัยข้าราชการพลเรือน

สิทธิพร เศาภายน[1]

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 35 กำหนดให้ ข้าราชการพลเรือนมี 2 ประเภท คือ ข้าราชการพลเรือนสามัญ ได้แก่ ข้าราชการพลเรือนซึ่งรับราชการโดยได้รับการบรรจุแต่งตั้งตามที่บัญญัติไว้ในลักษณะ 4 ข้าราชการพลเรือนสามัญ และ ข้าราชการพลเรือนในพระองค์ ได้แก่ ข้าราชการพลเรือนซึ่งรับราชการโดยได้รับบรรจุแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในพระองค์พระมหากษัตริย์ตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา ในบทความคำว่า ข้าราชการพลเรือนให้หมายความถึง เฉพาะข้าราชการพลเรือนสามัญ ส่วนคำว่า ข้าราชการ ให้หมายความถึงข้าราชการทุกประเภท ซึ่งรับราชการโดยได้รับการบรรจุแต่งตั้งตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายของข้าราชการประเภทนั้นๆ รวมข้าราชการพลเรือนด้วย และคำว่า มาตรา หากมิได้ระบุอยู่ในพระราชบัญญัติฉบับใด ให้เป็นมาตราที่อยู่ในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน พ.ศ. 2542 ให้ความหมายคำว่าจริยธรรม น. หมายความว่า ธรรมที่เป็นข้อประพฤติปฏิบัติ ศีลธรรม กฎศีลธรรม. และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 279 บัญญัติว่า มาตรฐานทางจริยธรรมของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ข้าราชการ หรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐแต่ละประเภท ให้เป็นไปตามประมวลจริยธรรมที่กำหนดขึ้นวรรคสอง มาตรฐานทางจริยธรรมตามวรรคหนึ่งจะต้องมีกลไกและระบบในการดำเนินงานเพื่อให้การบังคับใช้

---

[1] เจ้าหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญ 9 ชช. ผู้อำนวยการกลุ่มงานคดี 6 สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ รวมทั้งกำหนดขั้นตอนการลงโทษตามความร้ายแรงแห่งการกระทำ วรรคสาม การฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรมตามวรรคหนึ่ง ให้ถือว่าเป็นการกระทำผิดทางวินัย ...

เมื่อพิจารณาคำว่า จริยธรรม ตามความหมายในพจนานุกรมและที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว เห็นได้ว่า ผู้ดำรงตำแหน่งบางประเภท เช่น ข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐแต่ละประเภทจะต้องมีมาตรฐานทางจริยธรรม[2] ที่เป็นข้อประพฤติปฏิบัติ ทั้งในด้านการประกอบอาชีพเรียกว่า จรรยาบรรณ ตัวอย่างเช่น ข้อบังคับ ก.พ. ว่าด้วยจรรยาบรรณของข้าราชการพลเรือนสามัญ พ.ศ. 2537[3] และในด้านการทำงาน เรียกว่า วินัย ตัวอย่าง เช่น บทบัญญัติว่าด้วยวินัยและการรักษาวินัย ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 โดยในเรื่องของจริยธรรม จรรยาบรรณ และในเรื่องของวินัย ได้เน้นย้ำให้ข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องยึดถือและปฏิบัติโดยเคร่งครัด เพื่อเป็นการป้องกันการทุจริต การประพฤติมิชอบ และเพื่อให้เกิดการเสริมสร้างประสิทธิภาพในการปฏิบัติหน้าที่ให้สอดคล้องกับภารกิจและวัฒนธรรมขององค์กรนั้นๆ อย่างมีประสิทธิภาพ ประสิทธิผล ธำรงไว้ซึ่งศักดิ์ศรีเกียรติคุณให้เป็นที่ยกย่องแก่บุคคลทั่วไป ทั้งนี้เพื่อให้สมกับสถานะความเป็นข้าราชการ

ในบทความจะศึกษาเรื่องของ จริยธรรม จรรยาบรรณ และวินัยของข้าราชการพลเรือนสามัญ ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 อันเป็นกฎหมายที่มีการจัดระบบวินัย ซึ่งได้มาตรฐานกลางมีส่วนราชการอื่นได้นำไปใช้เป็นต้นแบบในเรื่องของวินัยและการดำเนิน

---

[2] ประมวลจริยธรรมข้าราชการพลเรือน ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 126 ตอน พิเศษ 162 ง ลงวันที่ 5 พฤศจิกายน 2552.

[3] ราชกิจจานุเบกษา ฉบับประกาศทั่วไป เล่ม 111 ตอนที่ 19 ง ลงวันที่ 8 มีนาคม 2537.

การทางวินัยต่อข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่สังกัดส่วนราชการนั้น ๆ เมื่อถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดทางวินัยอย่างมีนัยสำคัญ ประกอบด้วยเรื่องของ 1. การรักษาจริยธรรม จรรยาบรรณ และวินัย 2. วินัยและการรักษาวินัย 3. คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมกับการพิทักษ์ระบบคุณธรรม และ 4. บทสรุป

1. การรักษาจริยธรรม จรรยาบรรณ และวินัย

การเปลี่ยนแปลงของสังคมได้เข้ามามีอิทธิพลต่อการบริหารงานบุคคลภาครัฐเป็นอย่างมาก ไม่ว่าจะเป็นด้านวัตถุนิยมแห่งการบริโภคหรือด้านจิตใจของข้าราชการที่ได้รับผลกระทบโดยตรงจาก การเปลี่ยนแปลงของสังคม ซึ่งการเปลี่ยนแปลงที่หลากหลายนั้น ได้ส่งผลให้การบริหารงานราชการแบบเดิมไม่สามารถตอบสนองต่อการแก้ไขปัญหาในการให้บริการแก่ประชาชนได้โดยตรง ทั้งในปัจจุบันระบบราชการได้มีการกระจายอำนาจการบริหารจัดการหลากหลายรูปแบบ ทำให้รัฐมีความจำเป็นต้องพัฒนาจัดทำแผนปฏิรูประบบบริหารภาครัฐขึ้นใหม่ โดยกำหนดให้มีการปรับเปลี่ยนระบบการบริหารงานบุคคล ปรับปรุงระบบวินัย การปรับปรุงระบบวินัยมีวัตถุประสงค์ ก็เพื่อที่จะให้ระบบวินัยข้าราชการพลเรือนสามัญเป็นระบบที่มีวิธีการปกป้องดูแลคุ้มครองและส่งเสริมคนดีให้ได้รับการยกย่อง และลงโทษคนที่ประพฤติปฏิบัติตนไม่เหมาะสมกับสถานะความเป็นข้าราชการตามสมควรแก่กรณี อีกทั้งการบริหารงานภาครัฐในยุคที่สังคมเปลี่ยนแปลงไปจากในอดีตนั้น มีความจำเป็นจะต้องพึ่งพาอาศัยข้อมูลทางเครื่องมืออิเล็กทรอนิกส์เพื่อใช้สนับสนุนการตัดสินใจของผู้บริหาร ยิ่งทำให้เกิดผลกระทบโดยตรงต่อโครงสร้างการบริหารงานบุคคลภาครัฐแบบเดิมเมื่อเป็นเช่นนี้ภาครัฐจึงมีความจำเป็นต้องออกแบบให้มีเครื่องมือที่เอื้อประโยชน์ต่อระบบบริหารงานภาครัฐในด้านการบริหารงานบุคคลสมัยใหม่ เช่น การเน้นความโปร่งใส การเน้นความ

รับผิดชอบ การให้มีระบบบริหารจัดการที่ดี ความเป็นธรรม ความเท่าเทียม ไม่เลือกปฏิบัติ เป็นต้น เครื่องมือเช่นว่าได้ออกแบบมาเพื่อใช้เป็นหลักแห่งการประพฤติและการปฏิบัติตัวของบุคคลในสถานะที่เป็นข้าราชการ ซึ่งมีผลต่อการปรับปรุงระบบวินัยข้าราชการอันสมควรที่จะต้องทำการศึกษา ประกอบด้วยเรื่องของ จริยธรรม จรรยาบรรณ และวินัย

1.1 จริยธรรม[4] หมายถึง ความเป็นผู้มีจิตใจสะอาด บริสุทธิ์ เสียสละ หรือประพฤติดีงาม ในเรื่องจริยธรรมมีการใช้งานใน 3 ลักษณะ

ลักษณะที่ 1 ประมวลกฎหมายที่กลุ่มชนหรือสังคมหนึ่ง ๆ ยอมรับเป็นแนวควบคุมความประพฤติ เพื่อแยกแยะให้เห็นว่าอะไรควรหรือไปกันได้กับการบรรลุวัตถุประสงค์ของกลุ่ม

ลักษณะที่ 2 ปรัชญาสาขาหนึ่งว่าด้วยความประพฤติและการครองชีวิต

ลักษณะที่ 3 กฎเกณฑ์ความประพฤติของมนุษย์ที่เกิดจากธรรมชาติของมนุษย์เอง ได้แก่ ความเป็นผู้มีปัญญาและเหตุผล รู้จักไตร่ตรองแยกแยะความดี - ความชั่ว เป็นการควบคุมตัวเองและควบคุมกันเองในกลุ่ม หรือเป็นศีลธรรมเฉพาะกลุ่ม

คำว่า จริยธรรม ดังได้กล่าวแล้วว่าในรัฐธรรมนูญแห่งราช-อาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 279 ได้บัญญัติให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ข้าราชการ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐแต่ละประเภท จะต้องมีมาตรฐานทางจริยธรรมซึ่งเป็นไปตามประมวลจริยธรรมที่กำหนดขึ้น โดยจะต้องมีกลไกและระบบในการดำเนินงานเพื่อให้การบังคับใช้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ รวมทั้งกำหนดขั้นตอนการลงโทษตามความร้ายแรงแห่งการกระทำ การฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรม ให้ถือว่า

---

[4] จรวยพร ธรณินทร์, **การบริหารราชการตามระบบคุณธรรม**, หน้า 1.

เป็นการกระทำผิดทางวินัย โดยเฉพาะในส่วนของข้าราชการพลเรือน ก.พ. ในฐานะองค์กรกลางบริหารงานบุคคลของข้าราชการพลเรือนพิจารณาเห็นว่า ข้าราชการพลเรือนทุกตำแหน่งมีหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติเพื่อให้งานราชการแผ่นดินในหน้าที่ที่ตนรับผิดชอบเกิดประโยชน์สูงสุดแก่สังคม ซึ่งการใช้อำนาจเพื่อให้หน้าที่ที่ตนรับผิดชอบลุล่วงนั้นจะต้องมีคุณธรรมที่เป็นการอันพึงทำเพราะจะนำมาซึ่งประโยชน์เกิดแก่ส่วนรวมและตนเอง และมีศีลธรรมซึ่งเป็นการอันพึงเว้นเพราะเป็นโทษแก่ส่วนรวมและตนเอง โดยทั้งคุณธรรมและศีลธรรมได้ประกอบกันขึ้นเป็นจริยธรรมของข้าราชการพลเรือนอันเป็นความประพฤติที่ดีงานสมกับอาชีพของความเป็นข้าราชการ ดังนั้น ก.พ. โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีจึงกำหนดมาตรฐานทางจริยธรรมขึ้นเป็นประมวลจริยธรรมข้าราชการพลเรือน[5] เพื่อให้ข้าราชการทั้งหลายเกิดสำนึกลึกซึ้งและเที่ยงธรรมในหน้าที่ ผดุงเกียรติ และศักดิ์ศรีข้าราชการอันควรแก่ความไว้ใจและเชื่อมั่นของปวงชน และดำรงตนตั้งมั่นเป็นแบบอย่างที่ดีงาม

ลักษณะของประมวลจริยธรรมข้าราชการพลเรือนสรุปได้ ดังนี้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 279 กำหนดให้มาตรฐานทางจริยธรรมของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ข้าราชการ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่ละประเภทให้เป็นไป ตามประมวลจริยธรรมที่กำหนดขึ้น โดยจะต้องมีกลไกและระบบในการดำเนินงานเพื่อให้การบังคับใช้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ รวมทั้งกำหนดขั้นตอนการลงโทษตามความร้ายแรงแห่งการกระทำ การฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรฐานทางจริยธรรม ให้ถือว่าเป็นการกระทำผิดทางวินัย

ก.พ. ในฐานะองค์กรกลางบริหารงานบุคคลของข้าราชการพลเรือนได้พิจารณา เห็นว่า ตำแหน่งข้าราชการพลเรือนทุกตำแหน่งมีหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติเพื่อให้ราชการแผ่นดินในส่วนที่ตนรับผิดชอบเกิดประโยชน์สูงสุด

[5] เพิ่งอ้าง.

แก่สังคม ดังนั้น การใช้อำนาจเพื่อให้หน้าที่ที่ตนรับผิดชอบลุล่วงข้าราชการพลเรือนทั้งปวงจึงต้องมีคุณธรรม ซึ่งเป็นการอันพึงทำ เพราะนำประโยชน์ให้เกิดแก่ส่วนรวมและตนเอง และศีลธรรมซึ่งเป็นการอันพึงเว้น เพราะเป็นโทษแก่ส่วนรวมและตนเอง ประกอบกันขึ้นเป็นจริยธรรมข้าราชการพลเรือนอันเป็นความประพฤติที่ดีงามสมกับความเป็น ข้าราชการ รัฐธรรมนูญ มาตรา 280 ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินมีอำนาจหน้าที่เสนอแนะหรือให้คำแนะนำในการจัดทำหรือปรับปรุงประมวลจริยธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 279 และส่งเสริมให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ข้าราชการและเจ้าหน้าที่ของรัฐมีจิตสำนึกในด้านจริยธรรม รวมทั้งมีหน้าที่รายงานการกระทำที่มีการฝ่าฝืนประมวลจริยธรรมเพื่อให้ผู้ที่รับผิดชอบในการบังคับการให้เป็นไปตามประมวลจริยธรรมดำเนินการบังคับให้เป็นไปตามประมวลจริยธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 279 และบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งข้าราชการพลเรือนทุกตำแหน่งต้องมีหน้าที่ดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายเพื่อรักษาประโยชน์ส่วนรวมและประเทศชาติ มีความเป็นกลางทางการเมือง อำนวยความสะดวก และให้บริการแก่ประชาชนตามหลักธรรมาภิบาล โดยจะต้องยึดมั่นในค่านิยมหลักของมาตรฐานจริยธรรมสำหรับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและเจ้าหน้าที่ของรัฐ 9 ประการของสำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน ได้แก่

(1) การยึดมั่นในคุณธรรมและจริยธรรม

(2) การมีจิตสำนึกที่ดี ซื่อสัตย์ สุจริต และรับผิดชอบ

(3) การยึดถือประโยชน์ของประเทศชาติเหนือกว่าประโยชน์ส่วนตนและไม่มีผลประโยชน์ทับซ้อน

(4) การยืนหยัดทำในสิ่งที่ถูกต้อง เป็นธรรม และถูกกฎหมาย

(5) การให้บริการแก่ประชาชนด้วยความรวดเร็ว มีอัธยาศัย และไม่เลือกปฏิบัติ

(6) การให้ข้อมูลข่าวสารแก่ประชาชนอย่างครบถ้วน ถูกต้อง และไม่บิดเบือนข้อเท็จจริง

(7) การมุ่งผลสัมฤทธิ์ของงาน รักษามาตรฐาน มีคุณภาพ โปร่งใส และตรวจสอบได้

(8) การยึดมั่นในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

(9) การยึดมั่นในหลักจรรยาวิชาชีพขององค์กร

เพื่อให้เป็นไปตามความในรัฐธรรมนูญ มาตรา 279 ประกอบค่านิยมหลักสำหรับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและเจ้าหน้าที่ของรัฐ ผู้ตรวจการแผ่นดินได้ให้คำแนะนำหน่วยงานทั้งหลายถือปฏิบัติ ก.พ. โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี จึงกำหนดมาตรฐานทางจริยธรรมขึ้นเป็นประมวลจริยธรรมข้าราชการพลเรือน เพื่อให้ข้าราชการทั้งหลายเกิดสำนึกลึกซึ้งและเที่ยงธรรมในหน้าที่ ผดุงเกียรติและศักดิ์ศรีข้าราชการควรแก่ความไว้วางใจ และเชื่อมั่นของปวงชน และดำรงตนตั้งมั่นเป็นแบบอย่างที่ดีงาม[6]

ประมวลจริยธรรมข้าราชการพลเรือนใช้บังคับกับข้าราชการพลเรือน พนักงานราชการ และลูกจ้างในสังกัดราชการพลเรือน ในเรื่องของจริยธรรมข้าราชการพลเรือนตามที่ได้กำหนดไว้ในประมวลจริยธรรมข้าราชการพลเรือนจึงเป็นเรื่องของกฎเกณฑ์ ข้อบังคับ ที่ใช้ควบคุมความประพฤติของกลุ่มคนดังกล่าว มีลักษณะของการอันพึงกระทำและการอันพึงเว้น ได้แก่ [7]

- ข้าราชการต้องยึดมั่นในจริยธรรมและยืนหยัดกระทำในสิ่งที่ถูกต้องเป็นธรรมโดยอย่างน้อยต้องวางตน ดังนี้

---

[6] คำปรารถ ประมวลจริยธรรมข้าราชการพลเรือน.

[7] ประมวลจริยธรรมข้าราชการพลเรือน ข้อ 3 ถึง ข้อ 12 .

(1) ปฏิบัติตามประมวลจริยธรรมอย่างตรงไปตรงมา และไม่กระทำการเลี่ยงประมวล จริยธรรม ในกรณีที่มีข้อสงสัยหรือมีผู้ทักท้วงว่าการกระทำใดของข้าราชการอาจขัดประมวลจริยธรรม ข้าราชการต้องไม่กระทำการดังกล่าวหรือหากกำลังกระทำการดังกล่าว ต้องหยุดกระทำการและส่งเรื่องให้คณะกรรมการจริยธรรมพิจารณาวินิจฉัย ในกรณีที่คณะกรรมการจริยธรรมวินิจฉัยว่า การกระทำนั้นขัดประมวลจริยธรรม ข้าราชการจะกระทำการนั้นมิได้

(2) เมื่อรู้หรือพบเห็นการฝ่าฝืนประมวลจริยธรรม ข้าราชการมีหน้าที่ต้องรายงานการฝ่าฝืนดังกล่าวพร้อมพยานหลักฐาน ต่อหัวหน้าส่วนราชการและหรือคณะกรรมการจริยธรรมโดยพลัน

ในกรณีที่หัวหน้าส่วนราชการเป็นผู้ฝ่าฝืนจริยธรรมต้องรายงานต่อปลัดกระทรวง หรือผู้บังคับบัญชาเหนือชั้นขึ้นไปของหัวหน้าส่วนราชการนั้นแล้วแต่กรณี และหรือคณะกรรมการจริยธรรม

(3) ต้องรายงานการดำรงตำแหน่งทั้งที่ได้รับค่าตอบแทนและไม่ได้รับค่าตอบแทนในนิติบุคคลซึ่งมิใช่ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน ราชการส่วนท้องถิ่น หน่วยงานอื่นของรัฐ และกิจการที่รัฐถือหุ้นใหญ่ ต่อหัวหน้าส่วนราชการและคณะกรรมการจริยธรรม ในกรณีที่การดำรงตำแหน่งนั้น ๆ อาจขัดแย้งกับการปฏิบัติหน้าที่หรืออาจทำให้การปฏิบัติหน้าที่เสียหาย

ความในข้อนี้ให้ใช้บังคับกับการเป็นลูกจ้าง การรับจ้างทำของ การเป็นตัวแทนการเป็นนายหน้าและการมีนิติสัมพันธ์อื่นในทำนองเดียวกันด้วย

(4) ในกรณีที่ข้าราชการเข้าร่วมประชุมและพบว่ามีการกระทำซึ่งมีลักษณะตาม (2) ของข้อนี้หรือมีการเสนอเรื่อง ซึ่งมีลักษณะตาม (2) ของข้อนี้ผ่านข้าราชการ ข้าราชการมีหน้าที่ต้องคัดค้านการกระทำดังกล่าว และบันทึกการคัดค้านของตนไว้ในรายงานการประชุมหรือในเรื่องนั้นแล้วแต่กรณี

- ข้าราชการต้องมีจิตสำนึกที่ดีและความรับผิดชอบต่อหน้าที่เสียสละ ปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรวดเร็ว โปร่งใส และสามารถตรวจสอบได้ โดยอย่างน้อยต้องวางตน ดังนี้

(1) อุทิศตนให้กับการปฏิบัติงานในหน้าที่ด้วยความรอบคอบ ระมัดระวัง และเต็มกำลังความสามารถที่มีอยู่ ในกรณีที่ต้องไปปฏิบัติงานอื่นของรัฐด้วย จะต้องไม่ทำให้งานในหน้าที่เสียหาย

(2) ละเว้นจากการกระทำทั้งปวงที่จะก่อให้เกิดความเสียหายต่อตำแหน่งหน้าที่ของตนหรือของข้าราชการอื่น ไม่ก้าวก่ายหรือแทรกแซงการปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการอื่น โดยมิชอบ

(3) ใช้ดุลพินิจและตัดสินใจในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความรู้ความสามารถ เยี่ยงที่ปฏิบัติในวิชาชีพ ตรงไปตรงมา ปราศจากอคติส่วนตน ตามข้อมูลพยานหลักฐานและความเหมาะสมของแต่ละกรณี

(4) เมื่อเกิดความผิดพลาดขึ้นจากการปฏิบัติหน้าที่ ต้องรีบแก้ไขให้ถูกต้อง และแจ้งให้หัวหน้าส่วนราชการทราบโดยพลัน

(5) ไม่ขัดขวางการตรวจสอบของหน่วยงานที่มีหน้าที่ตรวจสอบตามกฎหมายหรือประชาชนต้องให้ความร่วมมือกับหน่วยงานที่มีหน้าที่ตรวจสอบตามกฎหมายหรือประชาชนในการ ตรวจสอบโดยให้ข้อมูลที่เป็นจริงและครบถ้วน เมื่อได้รับคำร้องขอในการตรวจสอบ

(6) ไม่สั่งราชการด้วยวาจาในเรื่องที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ราชการ ในกรณีที่สั่งราชการด้วยวาจาในเรื่องดังกล่าว ให้ผู้ใต้บังคับบัญชาบันทึกเรื่องเป็นลายลักษณ์อักษรตามคำสั่งเพื่อให้ผู้สั่งพิจารณาสั่งการต่อไป

- ข้าราชการต้องแยกเรื่องส่วนตัวออกจากตำแหน่งหน้าที่ และยึดถือประโยชน์ส่วนรวม ของประเทศชาติ เหนือกว่าประโยชน์ส่วนตน โดยอย่างน้อยต้องวางตน ดังนี้

(1) ไม่นำความสัมพันธ์ส่วนตัวที่ตนมีต่อบุคคลอื่น ไม่ว่าจะเป็นญาติพี่น้อง พรรคพวก เพื่อนฝูง หรือผู้มีบุญคุณส่วนตัว มาประกอบการใช้ดุลพินิจให้เป็นคุณหรือเป็นโทษแก่บุคคลนั้น หรือปฏิบัติต่อบุคคลนั้นต่างจากบุคคลอื่นเพราะชอบหรือชัง

(2) ไม่ใช้เวลาราชการ เงิน ทรัพย์สิน บุคลากร บริการ หรือสิ่งอำนวยความสะดวกของ ทางราชการไปเพื่อประโยชน์ส่วนตัวของตนเองหรือผู้อื่น เว้นแต่ได้รับอนุญาตโดยชอบด้วยกฎหมาย

(3) ไม่กระทำการใด หรือดำรงตำแหน่ง หรือปฏิบัติการใดในฐานะส่วนตัว ซึ่งก่อให้เกิดความเคลือบแคลงหรือสงสัยว่าจะขัดกับประโยชน์ส่วนรวมที่อยู่ในความรับผิดชอบของหน้าที่ ในกรณีมีความเคลือบแคลงหรือสงสัย ให้ข้าราชการผู้นั้นยุติการกระทำดังกล่าวไว้ก่อน แล้วแจ้งให้ผู้บังคับบัญชา หัวหน้าส่วนราชการ และคณะกรรมการจริยธรรมพิจารณาเมื่อคณะกรรมการจริยธรรมวินิจฉัยเป็นประการใดแล้วจึงปฏิบัติตามนั้น

(4) ในการปฏิบัติหน้าที่ที่รับผิดชอบในหน่วยงานโดยตรงหรือหน้าที่อื่นในราชการ รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน หรือหน่วยงานของรัฐ ข้าราชการต้องยึดถือประโยชน์ของทางราชการเป็นหลัก ในกรณีที่มีความขัดแย้งระหว่างประโยชน์ของทางราชการ หรือประโยชน์ส่วนรวมกับประโยชน์ส่วนตนหรือส่วนกลุ่ม อันจำเป็นต้องวินิจฉัยหรือชี้ขาด ต้องยึดประโยชน์ของทางราชการและประโยชน์ส่วนรวมเป็นสำคัญ

- ข้าราชการต้องละเว้นจากการแสวงประโยชน์ที่มิชอบโดยอาศัยตำแหน่งหน้าที่ และไม่กระทำการอันเป็นการขัดกันระหว่างประโยชน์ส่วนตนและประโยชน์ส่วนรวม โดยอย่างน้อยต้องวางตน ดังนี้

(1) ไม่เรียก รับ หรือยอมจะรับ หรือยอมให้ผู้อื่นเรียก รับ หรือยอมจะรับซึ่งของขวัญแทนตนหรือญาติของตน ไม่ว่าก่อนหรือหลังดำรงตำแหน่งหรือปฏิบัติหน้าที่ไม่ว่าจะเกี่ยวข้องหรือไม่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติ

หน้าที่หรือไม่ก็ตาม เว้นแต่เป็นการให้โดยธรรมจรรยา หรือเป็นการให้ตามประเพณีหรือให้แก่บุคคลทั่วไป

(2) ไม่ใช้ตำแหน่ง หรือกระทำการที่เป็นคุณ หรือเป็นโทษแก่บุคคลใด เพราะมีอคติ

(3) ไม่เสนอ หรืออนุมัติโครงการ การดำเนินการ หรือการทำนิติกรรมหรือสัญญา ซึ่งตนเองหรือบุคคลอื่นจะได้ประโยชน์อันมิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายหรือประมวลจริยธรรมนี้

- ข้าราชการต้องเคารพและปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายอย่างตรงไปตรงมาโดยอย่างน้อยต้องวางตน ดังนี้

(1) ไม่ละเมิดรัฐธรรมนูญ กฎหมาย กฎ ข้อบังคับหรือมติคณะรัฐมนตรีที่ชอบด้วยกฎหมาย ในกรณีมีข้อสงสัย หรือมีข้อทักท้วงว่าการกระทำไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือมติคณะรัฐมนตรีที่ชอบด้วยกฎหมาย ข้าราชการต้องแจ้งให้หัวหน้าส่วนราชการและคณะกรรมการจริยธรรมพิจารณา และจะดำเนินการต่อไปได้ต่อเมื่อได้ข้อยุติจากหน่วยงานที่มีอำนาจหน้าที่แล้ว

(2) ในกรณีที่เห็นว่าคำสั่งผู้บังคับบัญชา หรือการดำเนินการใดที่ตนมีส่วนเกี่ยวข้องไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ กฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับต้องทักท้วงเป็นลายลักษณ์อักษรไว้

(3) ในกรณีที่เห็นว่ามติคณะรัฐมนตรีไม่ชอบด้วยกฎหมาย ต้องทำเรื่องเสนอให้หัวหน้าส่วนราชการพิจารณา และส่งเรื่องให้สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีดำเนินการให้ได้ข้อยุติทางกฎหมายต่อไป

(4) ไม่เลี่ยงกฎหมาย ใช้หรือแนะนำให้ใช้ช่องว่างของกฎหมายที่อยู่ในความรับผิดชอบ ของตนเพื่อประโยชน์ของตนเองหรือผู้อื่น และต้องเร่งแก้ไขช่องว่างดังกล่าวโดยเร็ว

(5) ไม่ยอมให้บุคคลอื่นอาศัยชื่อตนเองถือครองทรัพย์สิน สิทธิ หรือประโยชน์อื่นใดแทนบุคคลอื่นอันเป็นการเลี่ยงกฎหมาย หรือใช้ชื่อบุคคลอื่นถือครองสิ่งดังกล่าวแทนตน เพื่อปกปิดทรัพย์สินของตน

(6) เมื่อทราบว่ามีการละเมิด หรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายในส่วนราชการของตน หัวหน้าส่วนราชการต้องดำเนินการที่จำเป็น เพื่อให้เกิดการเคารพกฎหมายขึ้นโดยเร็ว

(7) เมื่อได้รับคำร้อง หรือคำแนะนำจากผู้ตรวจการแผ่นดิน หรือหน่วยงานอื่นว่ากฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ที่อยู่ในความรับผิดชอบของส่วนราชการของตน สร้างภาระเกินสมควรแก่ประชาชน หรือสร้างความไม่เป็นธรรมให้เกิดขึ้น ต้องดำเนินการทบทวนกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับดังกล่าวโดยเร็ว

- ข้าราชการต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเที่ยงธรรม เป็นกลางทางการเมือง ให้บริการแก่ประชาชนโดยมีอัธยาศัยที่ดีและไม่เลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม โดยอย่างน้อยต้องวางตน ดังนี้

(1) ปฏิบัติหน้าที่ให้ลุล่วง โดยไม่หลีกเลี่ยง ละเลย หรือละเว้นการใช้อำนาจเกินกว่าที่มีอยู่ตามกฎหมาย

(2) ปฏิบัติหน้าที่ หรือดำเนินการอื่น โดยคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และสิทธิ เสรีภาพของบุคคล ไม่กระทำการให้กระทบสิทธิเสรีภาพของบุคคลหรือก่อภาระหรือหน้าที่ให้บุคคล โดยไม่มีอำนาจตามกฎหมาย

(3) ให้บริการและอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนโดยมีอัธยาศัยที่ดี ปราศจากอคติ และไม่เลือกปฏิบัติต่อบุคคลผู้มาติดต่อโดยไม่เป็นธรรมในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษา อบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อ

รัฐธรรมนูญ เว้นแต่จะดำเนินการตามมาตรการที่รัฐกำหนดขึ้น เพื่อขจัดอุปสรรค หรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิและเสรีภาพได้ เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเป็นการเลือกปฏิบัติที่มีเหตุผล เป็นธรรม และเป็นที่ยอมรับกันทั่วไป

(4) ละเว้นการให้สัมภาษณ์ การอภิปราย การแสดงปาฐกถา การบรรยาย หรือการวิพากษ์วิจารณ์อันกระทบต่อความเป็นกลางทางการเมือง เว้นแต่เป็นการแสดงความเห็นทางวิชาการตามหลักวิชา

(5) ไม่เอื้อประโยชน์เป็นพิเศษให้แก่ญาติพี่น้อง พรรคพวก เพื่อนฝูงหรือผู้มีบุญคุณและต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเที่ยงธรรมไม่เห็นแก่หน้าผู้ใด

(6) ไม่ลอกหรือนำผลงานของผู้อื่นมาใช้เป็นของตนเองโดยมิได้ระบุแหล่งที่มา

- ข้าราชการต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยข้อมูลข่าวสารของทางราชการอย่างเคร่งครัดและรวดเร็ว ไม่ถ่วงเวลาให้เนิ่นช้าและใช้ข้อมูลข่าวสารที่ได้มาจากการดำเนินงานเพื่อการในหน้าที่และให้ข้อมูลข่าวสารแก่ประชาชนอย่างครบถ้วน ถูกต้อง ทันการณ์ และไม่บิดเบือนข้อเท็จจริง โดยอย่างน้อยต้องวางตน ดังนี้

(1) ไม่ใช้ข้อมูลที่ได้มาจากการดำเนินงานไปเพื่อการอื่น อันไม่ใช่การปฏิบัติหน้าที่โดยเฉพาะอย่างยิ่งเพื่อเอื้อประโยชน์แก่ตนเองหรือบุคคลอื่น

(2) ชี้แจง แสดงเหตุผลที่แท้จริงอย่างครบถ้วนในกรณีที่กระทำการอันกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพบุคคลอื่น ไม่อนุญาต หรือไม่อนุมัติตามคำขอของบุคคล หรือเมื่อบุคคลร้องขอตาม กฎหมาย เว้นแต่การอันคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองตามกฎหมาย ว่าด้วยวิธีปฏิบัติ

ราชการทางปกครองได้กำหนดยกเว้นไว้ ทั้งนี้ จะต้องดำเนินการภายในสิบห้าวันทำการ นับแต่กระทำการดังกล่าวหรือได้รับการร้องขอ

- ข้าราชการต้องมุ่งผลสัมฤทธิ์ของงาน รักษาคุณภาพและมาตรฐานแห่งวิชาชีพโดยเคร่งครัด โดยอย่างน้อยต้องวางตน ดังนี้

(1) ปฏิบัติงานโดยมุ่งประสิทธิภาพและประสิทธิผลของงานให้เกิดผลดีที่สุดจนเต็มกำลังความสามารถ

(2) ใช้งบประมาณ ทรัพย์สิน สิทธิและประโยชน์ที่ทางราชการจัดให้ ด้วยความประหยัดคุ้มค่า ไม่ฟุ่มเฟือย

(3) ใช้ความรู้ความสามารถ ความระมัดระวังในการปฏิบัติหน้าที่ตามคุณภาพและมาตรฐานวิชาชีพโดยเคร่งครัด

- ข้าราชการต้องยึดมั่นในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข โดยอย่างน้อยต้องวางตน ดังนี้

(1) ไม่แสดงการต่อต้านการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือสนับสนุนให้นำการปกครองในระบอบอื่นที่ไม่มีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขมาใช้ในประเทศไทย

(2) จงรักภักดีต่อพระมหากษัตริย์ และไม่ละเมิดองค์พระมหากษัตริย์ พระราชินี และพระรัชทายาทไม่ว่าทางกาย หรือทางวาจา

- ข้าราชการต้องเป็นแบบอย่างที่ดีในการดำรงตน รักษาชื่อเสียงและภาพลักษณ์ของ ราชการโดยรวม โดยอย่างน้อยต้องวางตน ดังนี้

(1) ไม่ละเมิดหลักสำคัญทางศีลธรรม ศาสนา และประเพณี ในกรณีที่มีข้อขัดแย้งระหว่างประมวลจริยธรรมนี้กับหลักสำคัญทางศีลธรรม ศาสนา หรือประเพณี ข้าราชการต้องเสนอเรื่องให้คณะกรรมการจริยธรรมพิจารณาวินิจฉัย

(2) หัวหน้าส่วนราชการและผู้บังคับบัญชาในส่วนราชการ

ทุกระดับชั้นต้องปกครอง ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาด้วยความเที่ยงธรรม โดยไม่เห็นแก่ความสัมพันธ์หรือบุญคุณส่วนตัว และควบคุม ให้ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาปฏิบัติตามประมวลจริยธรรมโดยเคร่งครัด

(3) หัวหน้าส่วนราชการและผู้บังคับบัญชาในส่วนราชการทุกระดับชั้นต้องสนับสนุน ส่งเสริมและยกย่องผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาที่มีความซื่อสัตย์ มีผลงานดีเด่น มีความรู้ความสามารถและขยันขันแข็ง ไม่เลือกที่รักมักที่ชัง และยึดมั่นในระบบคุณธรรม

(4) ไม่กระทำการใดอันอาจนำความเสื่อมเสียและไม่ไว้วางใจให้เกิดแก่ส่วนราชการหรือราชการโดยรวม

องค์กรคุ้มครองจริยธรรม[8]

ก.พ. เป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ควบคุมกำกับให้มีการปฏิบัติตามประมวลจริยธรรมดังนี้

(1) วางระเบียบเพื่อกำหนดการทั้งหลายอันจำเป็นแก่การใช้บังคับประมวลจริยธรรม

(2) คุ้มครองและประกันความเป็นอิสระและเที่ยงธรรมของคณะกรรมการจริยธรรมและกลุ่มงานคุ้มครองจริยธรรม

(3) คุ้มครองข้าราชการซึ่งปฏิบัติตามประมวลจริยธรรมนี้อย่างตรงไปตรงมามิให้ผู้บังคับบัญชาใช้อำนาจโดยไม่เป็นธรรมต่อข้าราชการผู้นั้น

(4) เผยแพร่และปลูกฝังจริยธรรมให้เป็นที่รับทราบอย่างกว้างขวางทั้งในหมู่ข้าราชการ และประชาชน

(5) ส่งเสริมและยกย่องส่วนราชการ หัวหน้าส่วนราชการ ผู้บังคับบัญชา และข้าราชการที่ปฏิบัติตามประมวลจริยธรรมอย่างจริงจัง

---

[8] ประมวลจริยธรรมข้าราชการพลเรือน ข้อ 13 ถึง ข้อ 15.

(6) ติดตาม สอดส่องการใช้บังคับ และการปฏิบัติตามประมวลจริยธรรมนี้ ในกรณี มีการฝ่าฝืนจริยธรรมและยังไม่มีการดำเนินการใด ก.พ. อาจมีมติให้หัวหน้าส่วนราชการของข้าราชการ ผู้ฝ่าฝืนปฏิบัติตามประมวลจริยธรรมได้

(7) ประสานงานกับผู้ตรวจการแผ่นดิน เพื่อให้การปฏิบัติตามค่านิยมหลักสำหรับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง และเจ้าหน้าที่ของรัฐตลอดจนประมวลจริยธรรมนี้มีผลใช้บังคับ อย่างจริงจัง มีประสิทธิภาพและทั่วถึง

(8) ประเมินผลการปฏิบัติตามประมวลจริยธรรมนี้ ของหัวหน้าส่วนราชการ คณะกรรมการจริยธรรม และข้าราชการทั้งปวง และจัดทำรายงานประจำปีเสนอคณะรัฐมนตรี และผู้ตรวจการแผ่นดิน แล้วเผยแพร่ให้ประชาชนทราบ

(9) ตีความ และวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาอันเกิดจากประมวลจริยธรรมนี้

(10) ประมวลการตีความและวินิจฉัยปัญหาอันเกิดจากการใช้บังคับประมวลจริยธรรมนี้ทุกปี และเผยแพร่ให้ข้าราชการทราบเพื่อยึดถือและเป็นแนวทางปฏิบัติต่อไป

(11) ทบทวนว่าสมควรแก้ไขเพิ่มเติมประมวลจริยธรรมนี้หรือไม่ทุกสี่ปี

(12) ดำเนินการอื่นตามประมวลจริยธรรมนี้ หรือตามที่จะตกลงกับผู้ตรวจการแผ่นดิน

นอกจาก ก.พ. จะมีอำนาจหน้าที่ควบคุมกำกับให้มีการปฏิบัติตามประมวลจริยธรรมแล้วยังมีหน้าที่แต่งตั้งคณะกรรมการจริยธรรมประจำส่วนราชการโดยข้อเสนอของหัวหน้าส่วนราชการเพื่อควบคุม กำกับให้มีการปฏิบัติตามประมวลจริยธรรมนี้ คณะกรรมการจริยธรรมประกอบด้วย

(1) ประธานกรรมการ ซึ่งหัวหน้าส่วนราชการเสนอจากผู้ทรงคุณวุฒิภายนอกผู้มีความซื่อสัตย์เป็นประจักษ์โดยได้รับความเห็นชอบจาก ก.พ.

(2) กรรมการผู้ดำรงตำแหน่งประเภทบริหารหรือประเภทอำนวยการเลือกกันเองให้เหลือสองคน

(3) กรรมการสองคนซึ่งเป็นข้าราชการในส่วนราชการที่ได้รับคัดเลือกจากข้าราชการ พนักงานราชการและลูกจ้างของส่วนราชการนั้นตามวิธีการดำเนินการที่แต่ละส่วนราชการเห็นสมควร

(4) กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิภายนอกสองคน ซึ่งหัวหน้าส่วนราชการและรองหัวหน้าส่วนราชการร่วมกันเสนอให้หัวหน้ากลุ่มงานคุ้มครองจริยธรรมเป็นเลขานุการคณะกรรมการจริยธรรม กรรมการจริยธรรมต้องไม่เคยถูกลงโทษทางวินัย และเป็นผู้มีเกียรติ เป็นที่ยอมรับของส่วนราชการนั้น

ให้คณะกรรมการจริยธรรมมีอำนาจหน้าที่ ดังนี้

(1) ควบคุม กำกับ ส่งเสริมและให้คำแนะนำในการใช้บังคับประมวลจริยธรรมนี้ในส่วนราชการ

(2) สอดส่องดูแลให้มีการปฏิบัติตามประมวลจริยธรรมในส่วนราชการ ในกรณีที่มีข้อสงสัย หรือมีข้อร้องเรียนว่ามีการฝ่าฝืนจริยธรรมให้ส่งเรื่องให้หัวหน้าส่วนราชการเพื่อปฏิบัติตามประมวลจริยธรรมนี้โดยเร็ว

(3) พิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาอันเกิดจากการใช้บังคับประมวลจริยธรรมนี้ในส่วนราชการเมื่อได้วินิจฉัยแล้วให้ส่งคำวินิจฉัยให้ ก.พ. โดยพลัน ถ้า ก.พ. มิได้วินิจฉัยเป็นอย่างอื่น ภายในหกสิบวันนับแต่วันที่ ก.พ. รับเรื่องให้คำวินิจฉัยของคณะกรรมการจริยธรรมเป็นที่สุด

(4) ส่งเรื่องให้ ก.พ.พิจารณาวินิจฉัยในกรณีที่เห็นว่าเรื่องนั้น

เป็นเรื่องสำคัญหรือมีผลกระทบในวงกว้างหลายส่วนราชการ และยังไม่มีคำวินิจฉัยของ ก.พ. หรือผู้ตรวจการแผ่นดิน

(5) คุ้มครองและประกันความเป็นอิสระและเที่ยงธรรมของกลุ่มงานคุ้มครองจริยธรรมของส่วนราชการ

(6) คุ้มครองข้าราชการซึ่งปฏิบัติตามประมวลจริยธรรมนี้อย่างตรงไปตรงมา มิให้ผู้บังคับบัญชาใช้อำนาจโดยไม่เป็นธรรมต่อข้าราชการผู้นั้น

(7) เสนอผลการประเมินการปฏิบัติตามประมวลจริยธรรมนี้ของหัวหน้าส่วนราชการ ต่อ ก.พ. และประเมินผลการปฏิบัติงานของกลุ่มงานคุ้มครองจริยธรรมของส่วนราชการเพื่อเสนอหัวหน้าส่วนราชการเพื่อประกอบการเลื่อนเงินเดือน หรือเลื่อนตำแหน่งข้าราชการในกลุ่มงาน

(8) เสนอแนะการแก้ไขเพิ่มเติมประมวลจริยธรรมนี้ หรือการอื่นที่เห็นสมควรต่อ ก.พ.

(9) ดำเนินการอื่นตามประมวลจริยธรรมนี้ หรือตามที่ ก.พ. มอบหมาย

การประชุมคณะกรรมการจริยธรรมให้นำกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมาใช้บังคับ

ระบบการบังคับใช้ประมวลจริยธรรม[9]

การฝ่าฝืนจริยธรรมตามความในข้อ 3 ถึง ข้อ 12 ของประมวลจริยธรรมเป็นความผิดวินัย ตามกฎหมายว่าด้วยพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยพนักงานราชการ พ.ศ. 2547 หรือระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยลูกจ้างประจำของส่วนราชการ พ.ศ. 2537 แล้วแต่กรณี เมื่อมีกรณีการฝ่าฝืนจริยธรรม ผู้บังคับ

---

[9] ประมวลจริยธรรมข้าราชการพลเรือน ข้อ 18 ถึง ข้อ 21.

บัญชาอาจสั่งลงโทษทางวินัย ว่ากล่าวตักเตือน ทำทัณฑ์บนเป็นหนังสือหรือสั่งให้ได้รับการพัฒนาตามที่เห็นสมควร โดยให้หัวหน้าส่วนราชการ คณะกรรมการจริยธรรม และ ก.พ. ส่งเสริมจริยธรรมข้าราชการ อย่างน้อยต้องดำเนินการ ดังนี้

(1) ในการบรรจุแต่งตั้ง เลื่อนเงินเดือน ย้ายหรือโอนข้าราชการให้ใช้พฤติกรรมทางจริยธรรมของผู้นั้นพิจารณาควบคู่กับความรู้ความสามารถ

(2) ปลูกฝังจริยธรรมให้ข้าราชการใหม่ จัดให้ข้าราชการลงลายมือชื่อรับทราบประมวลจริยธรรม จัดให้มีสมุดบันทึกประวัติในส่วนที่เกี่ยวกับจริยธรรมของข้าราชการแต่ละคน รวมทั้งจัดให้มีกิจกรรมส่งเสริมจริยธรรมผู้บริหาร และข้าราชการอย่างสม่ำเสมอ

(3) ประเมินการปฏิบัติตามประมวลจริยธรรมของข้าราชการ

(4) คุ้มครองข้าราชการผู้ปฏิบัติตามประมวลจริยธรรมนี้อย่างเพียงพอ

(5) ยกย่องข้าราชการและส่วนราชการที่ถือปฏิบัติตามประมวลจริยธรรมนี้โดยเคร่งครัด

(6) ตอบข้อสงสัยหรือคำถามเกี่ยวกับการปฏิบัติตามประมวลจริยธรรมนี้

(7) จัดให้มีการศึกษาค่านิยมที่เป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติตามประมวลจริยธรรมนี้และดำเนินการแก้ไขปรับเปลี่ยนค่านิยมนั้น

(8) เผยแพร่ให้ประชาชน ผู้เป็นคู่สมรส ญาติ พี่น้อง พรรคพวกเพื่อนฝูงของข้าราชการ ตลอดจนประชาชนผู้มาติดต่อราชการทราบประมวลจริยธรรมของข้าราชการ เพื่อไม่ทำการอันเป็นการส่งเสริมหรือก่อให้เกิดการฝ่าฝืนจริยธรรม

(9) จัดให้มีการประเมินผลการปฏิบัติตามประมวลจริยธรรมนี้

เมื่อมีปัญหาการปฏิบัติตามประมวลจริยธรรมนี้ในเรื่องใด ข้าราชการอาจเสนอเรื่องที่เป็นปัญหาดังกล่าวให้หัวหน้ากลุ่มงานคุ้มครองจริยธรรมของส่วนราชการที่ตนสังกัดนำเสนอเพื่อขอคำวินิจฉัยหรืออนุญาตแล้วแต่กรณีจากคณะกรรมการจริยธรรมได้ ในกรณีที่เรื่องนั้นเป็นเรื่องสำคัญหรือมีผลกระทบในวงกว้างหลายส่วนราชการ และยังไม่มีคำวินิจฉัยของ ก.พ. หรือผู้ตรวจการแผ่นดิน แล้วแต่กรณี คณะกรรมการจริยธรรมอาจส่งเรื่องให้ ก.พ. วินิจฉัย ในกรณีที่ ก.พ. เห็นว่าเรื่องดังกล่าว เป็นเรื่องสำคัญอันควรแก่การขอคำแนะนำจากผู้ตรวจการแผ่นดินก็ให้กระทำได้ ข้าราชการที่ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการจริยธรรม ก.พ. หรือผู้ตรวจการแผ่นดิน ไม่ต้องรับผิดทางวินัย

การที่ข้าราชการพลเรือน พนักงานราชการ และลูกจ้างในสังกัดข้าราชการพลเรือน กระทำการโดยฝ่าฝืนประมวลจริยธรรมตามความในข้อ 3 ถึง ข้อ 12 แล้วแต่กรณี ให้ถือว่าเป็นการกระทำผิดวินัย และผู้บังคับบัญชามีอำนาจสั่งลงโทษทางวินัยทั้งโทษทางวินัยที่ไม่ร้ายแรงและโทษทางวินัยที่ร้ายแรง แล้วแต่กรณี หรือผู้บังคับบัญชาจะว่ากล่าวตักเตือน ทำทัณฑ์บน เป็นหนังสือหรือสั่งให้ได้รับการพัฒนาตามที่เห็นสมควรก็ได้

1.2 จรรยาหรือจรรยาบรรณ[10] คือ ประมวลกฎเกณฑ์ความประพฤติหรือประมวลมรรยาท ของผู้ประกอบอาชีพนั้น ๆ โดยต้องเป็นเอกลักษณ์ทางวิชาชีพที่ใช้ความรู้ มีองค์กรหรือสมาคมควบคุม ในเรื่องจรรยาบรรณมีการใช้งานใน 2 ลักษณะ

ลักษณะที่ 1 ประมวลความประพฤติที่ผู้ประกอบอาชีพการงานแต่ละอาชีพกำหนดขึ้น เพื่อรักษาและส่งเสริมเกียรติคุณ ชื่อเสียง และฐานะของบรรดาสมาชิกอาจเขียนเป็นลายลักษณ์อักษร หรือไม่ก็ได้

---

[10] จรวยพร ธรณินทร์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4, หน้า 2.

ลักษณะที่ 2 หลักความประพฤติที่เป็นเครื่องยึดเหนี่ยวจิตใจให้มีคุณธรรมและจริยธรรม ของบุคคลในแต่ละกลุ่มวิชาชีพ

จรรยาบรรณจึงเป็นข้อกำหนดกฎเกณฑ์อันเป็นปทัสถานสำหรับผู้ประกอบอาชีพนั้น ๆ ให้ยึดถือปฏิบัติ เช่น จรรยาบรรณแพทย์ จรรยาบรรณทนายความ สำหรับจรรยาบรรณของข้าราชการพลเรือนนั้น นายกรัฐมนตรีในฐานะประธาน ก.พ. ได้ออกข้อบังคับ ก.พ. ว่าด้วยจรรยาบรรณของข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2537[11] เพื่อให้ข้าราชการพลเรือนมีความประพฤติดี สำนึกงานในหน้าที่สามารถประสานงานให้ได้กับทุกฝ่าย ตลอดจนปฏิบัติหน้าที่ราชการให้ได้ผลดีอย่างมีประสิทธิภาพ และเกิดประสิทธิผลสูงสุด

ลักษณะของข้อบังคับ ก.พ. ว่าด้วยจรรยาบรรณของข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2537 สรุปได้ดังนี้

จรรยาบรรณต่อตนเอง

ข้าราชการพลเรือนพึงเป็นผู้มีศีลธรรมอันดี และประพฤติตนให้เหมาะสมกับการเป็นข้าราชการ ใช้วิชาชีพในการปฏิบัติหน้าที่ราชการด้วยความซื่อสัตย์ และไม่แสวงหาประโยชน์โดย มิชอบ ในกรณีที่วิชาชีพใดมีจรรยาวิชาชีพกำหนดไว้ ก็พึงปฏิบัติตามจรรยาวิชาชีพนั้นด้วย มีทัศนคติที่ดีและพัฒนาตนเองให้มีคุณธรรมจริยธรรม รวมทั้งเพิ่มพูนความรู้ ความสามารถและทักษะในการทำงานเพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ราชการมีประสิทธิภาพประสิทธิผลยิ่งขึ้น (ข้อ 1 ถึง ข้อ 3)

จรรยาบรรณต่อหน่วยงาน

ข้าราชการพลเรือนพึงปฏิบัติหน้าที่ราชการด้วยความสุจริต เสมอภาค และปราศจากอคติ ปฏิบัติหน้าที่ราชการ อย่างเต็มกำลังความสามารถ รอบคอบ รวดเร็ว ขยันหมั่นเพียร ถูกต้องสมเหตุสมผล โดยคำนึงถึง

---

[11] เพิ่งอ้าง.

ประโยชน์ของทางราชการและประชาชนเป็นสำคัญ ประพฤติตนเป็นผู้ตรงต่อเวลา และใช้เวลาราชการให้เป็นประโยชน์ต่อทางราชการอย่างเต็มที่ ดูแลรักษาและใช้ทรัพย์สินของทางราชการ อย่างประหยัด คุ้มค่า โดยระมัดระวังมิให้เสียหายหรือสิ้นเปลืองเยี่ยงวิญญูชนจะพึงปฏิบัติ ต่อทรัพย์สินของตนเอง (ข้อ 4 ถึง ข้อ 7)

จรรยาบรรณต่อผู้บังคับบัญชา ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา และผู้ร่วมงาน

ข้าราชการพลเรือนพึงมีความรับผิดชอบในการปฏิบัติงาน การให้ความร่วมมือช่วยเหลือ กลุ่มงานของตนทั้งในด้านการให้ความคิดเห็น การช่วยทำงานและการแก้ปัญหาร่วมกัน รวมทั้ง การเสนอแนะในสิ่งที่เห็นว่าจะมีประโยชน์ต่อการพัฒนางานในความรับผิดชอบ กรณีข้าราชการ พลเรือน ซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชา ต้องพึงดูแลเอาใจใส่ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาทั้งในด้านการปฏิบัติงาน ขวัญ กำลังใจ สวัสดิการ และยอมรับฟังความคิดเห็นของผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา ตลอดจนปกครองผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาด้วยหลักการและเหตุผลที่ถูกต้องตามทำนองคลองธรรม ช่วยเหลือเกื้อกูลกันในทางที่ชอบ รวมทั้งส่งเสริมสนับสนุนให้เกิดความสามัคคี ร่วมแรงร่วมใจในบรรดาผู้ร่วมงานในการปฏิบัติ หน้าที่เพื่อประโยชน์ส่วนรวม ปฏิบัติต่อผู้ร่วมงานตลอดจนผู้เกี่ยวข้องด้วยความสุภาพ มีน้ำใจ และมนุษยสัมพันธ์อันดี ละเว้นจากการนำผลงานของผู้อื่นมาเป็นของตน (ข้อ 8 ถึง ข้อ 12)

จรรยาบรรณต่อประชาชนและสังคม

ข้าราชการพลเรือนพึงให้บริการประชาชนอย่างเต็มกำลังความสามารถด้วยความเป็นธรรม เอื้อเฟื้อ มีน้ำใจ และใช้กิริยาวาจาที่สุภาพอ่อนโยน เมื่อเห็นว่าเรื่องใด ไม่สามารถปฏิบัติได้หรือไม่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตนจะต้องปฏิบัติ ควรชี้แจงเหตุผลหรือแนะนำให้ติดต่อยังหน่วยงาน หรือบุคคลซึ่งตนทราบว่ามีอำนาจหน้าที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้น ๆ ต่อไป ประพฤติ

ตนให้เป็นที่เชื่อถือของบุคคลทั่วไป ละเว้นการรับทรัพย์สิน หรือประโยชน์อื่นใดซึ่งมีมูลค่าเกินปกติวิสัยที่วิญญูชนจะให้กันโดยเสน่หาจากผู้มาติดต่อราชการ หรือผู้ซึ่งอาจได้รับประโยชน์จากการปฏิบัติหน้าที่ราชการนั้น หากได้รับไว้แล้วและทราบภายหลังว่าทรัพย์สินหรือประโยชน์อื่นใดที่รับไว้มีมูลค่าเกินปกติวิสัย ก็ให้รายงานผู้บังคับบัญชาทราบโดยเร็ว เพื่อดำเนินการตามสมควรแก่กรณี (ข้อ 13 ถึง ข้อ 15)

เรื่องการรักษาจรรยาหรือจรรยาบรรณในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ได้กำหนดให้ข้าราชการพลเรือนสามัญต้องรักษาจรรยาข้าราชการตามที่ส่วนราชการกำหนดไว้ อยู่ในหมวด 5 การรักษาจรรยาข้าราชการ มาตรา 78 - มาตรา 79 โดยในมาตรา 79 กรณีข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดไม่ปฏิบัติตามจรรยาข้าราชการอันมิใช่เป็นความผิดวินัย ให้ผู้บังคับ บัญชาตักเตือน นำไปประกอบการพิจารณาแต่งตั้งเลื่อนเงินเดือน หรือสั่งให้ข้าราชการผู้นั้นได้รับการพัฒนา

1.3 วินัย[12] คือ ลักษณะเชิงพฤติการณ์ที่ได้แสดงออกมาให้ปรากฏเห็นเป็นการควบคุมตนเอง ปฏิบัติตามการนำอยู่ในระเบียบแบบแผน มีความเป็นระเบียบ มีจุดมุ่งหมายและขอบเขตที่แน่นอน บังคับใช้กับข้าราชการโดยมีเหตุผลเฉพาะ ได้แก่

(1) เพื่อให้ราชการดำเนินกิจกรรมไปด้วยดีมีประสิทธิภาพ

(2) เพื่อความเจริญ ความสงบเรียบร้อยของประเทศชาติ

(3) เพื่อความผาสุกของประชาชน

(4) เพื่อสร้างภาพลักษณ์ ชื่อเสียงที่ดี ให้ปรากฏในแวดวงข้าราชการ

---

[12] ปรีชา นิศารัตน์, **การรักษาจรรยาและวินัยข้าราชการ**.

โดยรวมแล้ววินัยข้าราชการจึงหมายถึง ระเบียบ ข้อบังคับ หรือแบบแผนความประพฤติ ที่กำหนดให้ข้าราชการพึงควบคุมตนเอง และควบคุมผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาให้ประพฤติหรือปฏิบัติตน เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ได้กำหนดไว้ ทั้งนี้ เพื่อก่อให้เกิดความเป็นระเบียบเรียบร้อย ความสงบความเจริญ ตลอดจนให้การทำงานในหน้าที่ที่รับผิดชอบดำเนินไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ เกิดความน่าเชื่อถือแก่บุคคลทั่วไป

เรื่องวินัยและการรักษาวินัยของข้าราชการจึงนับว่ามีความสำคัญและมีความจำเป็นอย่างยิ่งต่อระบบราชการและต่อตัวข้าราชการเองด้วยความปรากฏดังนี้

1.3.1 ความสำคัญของข้าราชการที่จะต้องมีความรู้เรื่องของวินัย

เมื่อข้าราชการได้กระทำความผิดทางวินัยแล้วจะอ้างว่าไม่รู้ในเรื่องของวินัย ไม่รู้ระเบียบ ไม่รู้กฎหมาย เพื่อให้ตนนั้นพ้นความรับผิดย่อมไม่ได้ ข้าราชการส่วนมากมองข้ามไม่เห็นถึงความสำคัญในเรื่องของวินัยและการรักษาวินัยที่เป็นเรื่องแห่งความละเอียดอ่อน โดยเรื่องวินัย และการรักษาวินัยที่นอกจากมีกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 เป็นหลักแล้ว ยังมีปรากฏอยู่ใน กฎ ก.พ. ระเบียบ มติคณะรัฐมนตรี คำสั่ง ธรรมเนียมปฏิบัติ และนโยบายของรัฐบาล ซึ่งข้าราชการที่ไม่ปฏิบัติตามก็มักจะถูกลงโทษอยู่เสมอ ๆ ทั้งที่เป็นโทษทางวินัยร้ายแรงและโทษทางวินัยที่ไม่ร้ายแรง วินัยข้าราชการจึงเป็นเรื่องที่มีความสำคัญและข้าราชการทุกคน จะต้องรู้ หากปล่อยปละละเลยให้ผู้ที่ผ่านเข้ามามีอาชีพเป็นข้าราชการโดยที่มิได้มีการเรียนรู้และทำการศึกษาค้นคว้าเพื่อเพิ่มความรู้ในเรื่องของวินัยแล้ว อาจทำให้อนาคตของข้าราชการซึ่งไม่รู้เรื่องของวินัยนั้นต้องจบสิ้นไปจากความมีอาชีพเป็นข้าราชการแน่นอน

1.3.2 ความจำเป็นของข้าราชการที่ต้องมีวินัย

ในการบริหารระบบงานราชการภาครัฐ รัฐมีความจำเป็นจะต้องมีและใช้ข้าราชการให้เป็นกลไกอันสำคัญในการขับเคลื่อนระบบราชการ ทั้งนี้เพื่อการตอบสนองต่อการจัดทำกิจกรรม การให้บริการสาธารณะอันเป็นหัวใจหลักของงานภาครัฐ โดยข้าราชการจะมีสังกัดอยู่ในฝ่ายปกครองหรือองค์กรต่าง ๆ ของรัฐ และจะเป็นผู้ดำเนินการหรือเป็นผู้ที่ได้รับมอบหมายจากรัฐให้มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการให้บริการประชาชน การจัดทำบริการสาธารณะของรัฐที่มีอยู่หลากหลายประเภท ทุกตำแหน่งหน้าที่ในงานของทางราชการล้วนเป็นงานที่เกี่ยวข้องกับผลประโยชน์ทั้งโดยทางตรงหรือโดยทางอ้อมต่อประเทศชาติทั้งสิ้น ข้าราชการแต่ละคนที่เข้ามาทำหน้าที่นั้นมีแนวความคิด พื้นฐานของชีวิต บุคลิกภาพ อุปนิสัย ตลอดจนค่านิยมที่แตกต่างกันออกไป หากมิได้มีการกำหนดวางกฎเกณฑ์ ระเบียบข้อบังคับ หรือกฎหมายในเรื่องของวินัยและการรักษาวินัย เพื่อให้ข้าราชการได้ถือปฏิบัติให้เป็นไปในแนวทางเดียวกันแล้วก็จะก่อให้เกิดปัญหาตามมาอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ เช่นกรณีหากปรากฏว่า ข้าราชการไม่ปฏิบัติหน้าที่ตามที่ได้รับมอบหมาย ข้าราชการเห็นแก่ประโยชน์ส่วนตน ข้าราชการใช้ตำแหน่งหน้าที่แสวงหาผลประโยชน์โดยมิชอบ และภาครัฐไม่มีมาตรการที่ชัดเจนเพื่อควบคุมอีกทั้งไม่มีกฎหมาย ซึ่งจะนำมาใช้ป้องปรามหรือปราบปรามและลงโทษได้แล้ว ย่อมส่งผลกระทบต่อการปฏิบัติงานตามนโยบายทั้งหลายของรัฐบาลในการมุ่งผลสัมฤทธิ์ต่อการบริหารประเทศที่ไม่สามารถกระทำให้บรรลุได้ตามวัตถุประสงค์ ความสูญเสียที่ตามมาจะทำให้ประชาชนได้รับผลกระทบและได้รับความเดือดร้อน ขาดความศรัทธาและขาดความเชื่อถือต่อรัฐบาล จากนั้นรัฐบาลก็จะขาดเสถียรภาพและเป็นเหตุนำไปสู่ความเสื่อมของรัฐบาลในที่สุด ข้าราชการจึงมีความจำเป็นจะต้องมีวินัยและประพฤติปฏิบัติตนให้อยู่ในกรอบของวินัย ตามที่ได้มี กฎเกณฑ์ ระเบียบ ข้อบังคับ

กฎหมายกำหนดไว้ เมื่อข้าราชการประพฤติปฏิบัติตนอยู่ในกรอบของวินัยข้าราชการแล้ว ย่อมเป็นผลดีทั้งต่อตัวข้าราชการและต่อการบริหารงานในระบบราชการ ทำให้ประชาชนนับถือและศรัทธา ผู้บังคับบัญชาตลอดทั้งผู้ใต้บังคับบัญชาให้ความไว้วางใจ ให้ความเกรงใจ

การเสริมสร้างและการรักษาจริยธรรม จรรยาบรรณ วินัยของข้าราชการเป็นเรื่อง ซึ่งมีความจำเป็นโดยต้องใช้ควบคู่กันทั้งในเชิงการป้องกันและการใช้วิธีปราบปราม

- ในเชิงการป้องกัน มีความมุ่งหวังให้ข้าราชการมีแบบแผนในการประพฤติปฏิบัติตนให้อยู่ในกรอบของวินัยตามที่ได้มีกฎหมายกำหนดและมีจารีตประเพณี อันดีงามที่ได้ใช้ปฏิบัติสืบต่อกันมา โดยในด้านของผู้บังคับบัญชาต้องส่งเสริมและจูงใจให้ผู้ใต้บังคับบัญชารู้จักควบคุมตนเอง มีความรับผิดชอบต่อหน้าที่และตระหนักว่าสิ่งใดควรทำ สิ่งใดไม่ควรทำ สิ่งไหนดี สิ่งไหนไม่ดี การสร้างขวัญและกำลังใจ เสริมสร้างพัฒนาทัศนคติ จิตสำนึก และพฤติกรรมของผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาให้เป็นไปในทางที่มีวินัย เอาใจใส่สังเกตการณ์และขจัดเหตุที่อาจก่อให้เกิดการกระทำความผิดในเรื่องอันอยู่ในวิสัยที่จะดำเนินการป้องกันตามควรแก่กรณีได้ อันเป็นลักษณะพฤติกรรม ในเชิงป้องกัน (Positive Discipline)

- ในเชิงปราบปราม มีความมุ่งหวังให้ผู้บังคับบัญชาดำเนินการทางวินัยแก่ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาเมื่อมีมูลกรณีถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดทางวินัย หากผู้บังคับบัญชาละเลย ไม่ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวหรือปฏิบัติหน้าที่โดยไม่สุจริต ให้ถือว่าผู้บังคับบัญชานั้นกระทำความผิดวินัย ดังนั้นเมื่อปรากฏกรณีมีมูลที่ควรกล่าวหาว่าข้าราชการผู้ใดกระทำผิดวินัยโดยมีพยานหลักฐานในเบื้องต้นแล้ว ให้ผู้บังคับบัญชาดำเนินการทางวินัยทันที หรือเมื่อมีการกล่าวหาโดยปรากฏตัวผู้กล่าวหาหรือมีกรณีเป็นที่สงสัยว่าข้าราชการผู้ใดน่าจะกระทำผิดทางวินัยโดยยังไม่มีพยานหลักฐาน ให้ผู้บังคับ

บัญชารีบดำเนินการสืบสวนหรือพิจารณาในเบื้องต้นว่ากรณีมีมูลที่สมควรกล่าวหาผู้นั้นได้กระทำผิดวินัย หรือไม่ ถ้าเห็นว่ากรณีมีมูลที่สมควรกล่าวหาว่าได้กระทำผิดวินัยก็ให้ดำเนินการทางวินัยทันที อนึ่ง การดำเนินการทางวินัยนับว่าเป็นทางเลือกสุดท้ายที่ผู้บังคับบัญชาจะพึงกระทำสำหรับการรักษาวินัยข้าราชการในเชิงปราบปราม (Negative Discipline) เพื่อลงโทษผู้กระทำการฝ่าฝืน

2. วินัยและการรักษาวินัย

การปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการพลเรือนในฐานะที่เป็นตัวจักรสำคัญเพื่อขับเคลื่อนระบบราชการตอบสนองต่อการให้บริการสาธารณะ ซึ่งอาจนำมาได้ทั้งความเจริญหรือความเสื่อมมีผลกระทบต่อประชาชนและประเทศชาติโดยรวม รัฐจึงจำเป็นต้องวางกรอบแบบแผนที่จะใช้ในการควบคุมความประพฤติของข้าราชการพลเรือนขึ้นในลักษณะที่เป็น ระเบียบ ข้อบังคับหรือแบบแผนความประพฤติกำหนดให้ข้าราชการพลเรือนพึงควบคุมตนเองและควบคุมผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาให้ประพฤติหรือปฏิบัติตนเป็นไปดังกรอบที่ได้วางไว้ หรือเรียกว่า ข้าราชการพลเรือนจะต้องมีวินัยและจะต้องรักษาวินัยนั่นเอง ทั้งนี้ก็เพื่อให้เกิดความเป็นระเบียบเรียบร้อยในระบบราชการ ตลอดจนให้ข้าราชการ พลเรือนปฏิบัติ หน้าที่ด้วยความตั้งใจ เอาใจใส่ ระมัดระวังรักษาประโยชน์ของทางราชการ วางตัวให้เหมาะสมกับอาชีพข้าราชการ และทำตนให้เป็นที่เชื่อถือต่อประชาชน หากข้าราชการพลเรือน ไม่อยู่ในกรอบของวินัยและการรักษาวินัย นอกจากจะทำให้เสื่อมเสียเกียรติของความเป็นข้าราชการ ยังทำให้ประชาชนขาดความเชื่อถือศรัทธาในรัฐบาลด้วย ส่งผลกระทบทำความเสียหายต่อประเทศ ชาติและประชาชนโดยรวม ในเรื่องวินัยและการรักษาวินัยจึงเป็นหน้าที่สำคัญประการหนึ่งสำหรับข้าราชการพลเรือนต้องถือปฏิบัติ ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดฝ่าฝืน ข้อห้ามหรือไม่ปฏิบัติตาม

ข้อปฏิบัติเกี่ยวกับวินัยตามที่กำหนดไว้ให้ถือว่าผู้นั้นกระทำความผิดทางวินัย และต้องได้รับโทษตาม ที่กำหนดไว้

หน้าที่ในการรักษาวินัยของข้าราชการพลเรือนสามัญกำหนดไว้อยู่ใน พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 โดยข้าราชการพลเรือนสามัญ ผู้มีหน้าที่สำคัญในการรักษาวินัย ได้แก่ ผู้บังคับบัญชาและผู้อยู่ใต้การบังคับบัญชา

2.1 การมีวินัยและการรักษาวินัยของผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชาในฐานะข้าราชการพลเรือนสามัญ ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 80 ถึง มาตรา 88 สรุปเป็นแนวทางปฏิบัติได้ว่า

2.1.1 ต้องเรียนรู้และศึกษาทำความเข้าใจในเรื่องวินัยข้าราชการพลเรือนสามัญโดยศึกษาให้ละเอียดชัดแจ้งว่า มีข้อกำหนดให้ประพฤติปฏิบัติและมีข้อห้ามมิให้ประพฤติปฏิบัติเช่นใด

2.1.2 ต้องสำนึกในหน้าที่ของการเป็นข้าราชการพลเรือนสามัญที่จะต้องปฏิบัติตนตามกฎและระเบียบของทางราชการโดยเคร่งครัด

2.1.3 ต้องตระหนักในความสำคัญของวินัยว่า การมีและการรักษาวินัยจะช่วยส่งเสริม และช่วยสร้างความเจริญ ความสำเร็จให้แก่ตนเอง และยังส่งผลแห่งความดีไปถึงระบบราชการ โดยรวมอีกด้วย

2.1.4 ต้องปฏิบัติตนให้อยู่ในกรอบของวินัยและการรักษาวินัยโดยเคร่งครัด ละเว้น การปฏิบัติในข้อห้ามตามที่ได้กำหนดไว้ทั้งตามกฎหมายและจารีตประเพณีอันดีงามที่ข้าราชการ ได้ประพฤติปฏิบัติสืบเนื่องกันมา

2.2 ผู้บังคับบัญชามีหน้าที่ในการรักษาวินัยของผู้อยู่ใต้บังคับบัญชา ตามพระราชบัญญัติ ระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551

มาตรา 87 มีแนวทางปฏิบัติอยู่ด้วยกัน 3 แนวทาง[13] คือ

แนวทางที่หนึ่ง การเสริมสร้างและพัฒนาให้ผู้ใต้บังคับบัญชามีวินัยต่อตนเอง และ หมู่คณะด้วยวิธีการ

- ปฏิบัติตนให้เป็นแบบอย่างที่ดี
- จัดให้มีการฝึกอบรม
- จูงใจให้ยึดมั่นในจารีตประเพณีที่ดีงาม
- สร้างขวัญและคอยให้กำลังใจ

แนวทางที่สอง การป้องกันมิให้ผู้ใต้บังคับบัญชากระทำผิดวินัยด้วยวิธีการ

- เอาใจใส่ต่องานในหน้าที่
- สังเกตการณ์
- ขจัดเหตุ

แนวทางที่สาม ปราบปรามผู้กระทำผิดวินัย

- กรณีมีมูลให้ดำเนินการทางวินัยทันที
- กรณีมีการกล่าวหาโดยปรากฏตัวผู้ถูกกล่าวหา หรือมีกรณีเป็นที่สงสัยโดยยังไม่มีพยานหลักฐานให้สืบสวนหรือพิจารณาในเบื้องต้นก่อน

การละเลยหรือการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่สุจริตของผู้บังคับบัญชาให้ถือว่าเป็นการกระทำความผิดทางวินัย

2.3 เรื่องของวินัยและการรักษาวินัยได้มีการกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 อยู่ในหมวด 6 มาตรา 80

---

[13] www.Thailocaladmin.go.th / work / hr / tips-hr / regulate.doc

ถึงมาตรา 89 โดยแยกการกระทำที่เป็นความผิดทางวินัยออกเป็น 2 กลุ่ม

กลุ่มที่ 1 ต้องกระทำการอันเป็นข้อปฏิบัติ ตามมาตรา 82

กลุ่มที่ 2 ต้องไม่กระทำการอันเป็นข้อห้าม มาตรา 83

และบัญญัติการกระทำที่เป็นความผิดทางวินัยร้ายแรงไว้ต่างหากในมาตรา 85 ทั้งนี้ ก.พ. อาจกำหนดความผิดเพิ่มขึ้นอีกก็ได้อันเป็นไปตามมาตรา 82 (11) มาตรา 83 (10) มาตรา 85 (8) มีรายละเอียดสรุปได้ดังนี้

วินัยและการรักษาวินัย

ข้าราชการพลเรือนสามัญต้องรักษาวินัยโดยกระทำการหรือไม่กระทำการตามที่บัญญัติไว้โดยเคร่งครัดอยู่เสมอ ผู้ปฏิบัติราชการในต่างประเทศ นอกจากต้องรักษาวินัยตามที่บัญญัติไว้ในหมวดนี้แล้ว ต้องรักษาวินัยโดยกระทำการหรือไม่กระทำการตามที่กำหนดในกฎ ก.พ. ด้วย (มาตรา 80)

สนับสนุนการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขด้วยความบริสุทธิ์ใจ (มาตรา 81)

ต้องกระทำการอันเป็นข้อปฏิบัติดังต่อไปนี้[14]

(1) ต้องปฏิบัติหน้าที่ราชการด้วยความซื่อสัตย์ สุจริต และเที่ยงธรรม

(2) ต้องปฏิบัติหน้าที่ราชการให้เป็นไปตามกฎหมาย กฎ ระเบียบของทางราชการ มติของคณะรัฐมนตรี นโยบายของรัฐบาล และปฏิบัติตามระเบียบแบบแผนของทางราชการ

(3) ต้องปฏิบัติหน้าที่ราชการให้เกิดผลดีหรือความก้าวหน้าแก่ราชการด้วยความตั้งใจ อุตสาหะ เอาใจใส่ และรักษาประโยชน์ของทางราชการ

[14] พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 82 .

(4) ต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาซึ่งสั่งในหน้าที่ราชการโดยชอบด้วยกฎหมาย และระเบียบของทางราชการ โดยไม่ขัดขืนหรือหลีกเลี่ยง แต่ถ้าเห็นว่าการปฏิบัติตามคำสั่งนั้น จะทำให้เสียหายแก่ราชการหรือจะเป็นการไม่รักษาประโยชน์ของทางราชการจะต้องเสนอความเห็นเป็นหนังสือทันที เพื่อให้ผู้บังคับบัญชาทบทวนคำสั่งนั้น และเมื่อได้เสนอความเห็นแล้ว ถ้าผู้บังคับบัญชายืนยันให้ปฏิบัติตามคำสั่งเดิม ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาต้องปฏิบัติตาม

(5) ต้องอุทิศเวลาของตนให้แก่ราชการ จะละทิ้งหรือทอดทิ้งหน้าที่ราชการมิได้

(6) ต้องรักษาความลับของทางราชการ

(7) ต้องสุภาพเรียบร้อย รักษาความสามัคคีและต้องช่วยเหลือกันในการปฏิบัติราชการระหว่างข้าราชการด้วยกันและผู้ร่วมปฏิบัติราชการ

(8) ต้องต้อนรับ ให้ความสะดวก ให้ความเป็นธรรม และให้การสงเคราะห์แก่ประชาชน ผู้ติดต่อราชการเกี่ยวกับหน้าที่ของตน

(9) ต้องวางตนเป็นกลางทางการเมืองในการปฏิบัติหน้าที่ราชการและในการปฏิบัติการอื่นที่เกี่ยวข้องกับประชาชน กับจะต้องปฏิบัติตามระเบียบของทางราชการว่าด้วยมารยาททางการเมืองของข้าราชการด้วย

(10) ต้องรักษาชื่อเสียงของตน และรักษาเกียรติศักดิ์ของตำแหน่งหน้าที่ราชการของตน มิให้เสื่อมเสีย

(11) กระทำการอื่นใดตามที่กำหนดในกฎ ก.พ.

ต้องไม่กระทำการใดอันเป็นข้อห้าม ดังต่อไปนี้[15]

(1) ต้องไม่รายงานเท็จต่อผู้บังคับบัญชา การรายงานโดยปกปิดข้อความซึ่งควรต้องแจ้ง ถือว่าเป็นการรายงานเท็จด้วย

---

[15] พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 83.

(2) ต้องไม่ปฏิบัติราชการอันเป็นการกระทำการข้ามผู้บังคับบัญชาเหนือตน เว้นแต่ ผู้บังคับบัญชาเหนือตนขึ้นไปเป็นผู้สั่งให้กระทำหรือได้รับอนุญาตเป็นพิเศษชั่วครั้งคราว

(3) ต้องไม่อาศัยหรือยอมให้ผู้อื่นอาศัยตำแหน่งหน้าที่ราชการของตนหาประโยชน์ให้แก่ตนเองหรือผู้อื่น

(4) ต้องไม่ประมาทเลินเล่อในหน้าที่ราชการ

(5) ต้องไม่กระทำการหรือยอมให้ผู้อื่นกระทำการหาผลประโยชน์อันอาจทำให้เสียความเที่ยงธรรม หรือเสื่อมเสียเกียรติศักดิ์ของตำแหน่งหน้าที่ราชการของตน

(6) ต้องไม่เป็นกรรมการผู้จัดการ หรือผู้จัดการ หรือดำรงตำแหน่งอื่นใดที่มีลักษณะงานคล้ายคลึงกันนั้นในห้างหุ้นส่วนหรือบริษัท

(7) ต้องไม่กระทำการอย่างใดที่เป็นการกลั่นแกล้ง กดขี่ หรือข่มเหงกันในการปฏิบัติราชการ

(8) ต้องไม่กระทำการอันเป็นการล่วงละเมิดหรือคุกคามทางเพศตามที่กำหนดใน กฎ ก.พ.

(9) ต้องไม่ดูหมิ่น เหยียดหยาม กดขี่ หรือข่มเหงประชาชนผู้ติดต่อราชการ

(10) ไม่กระทำการอื่นใดตามที่กำหนดในกฎ ก.พ.

การไม่ปฏิบัติตามข้อปฏิบัติตามมาตรา 81 และมาตรา 82 หรือฝ่าฝืนข้อห้ามตามมาตรา 83 ผู้นั้นเป็นผู้กระทำผิดวินัย

การกระทำผิดวินัยในลักษณะดังต่อไปนี้ เป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรง[16]

---

[16] พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 85.

(1) ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยทุจริต

(2) ละทิ้งหรือทอดทิ้งหน้าที่ราชการโดยไม่มีเหตุผลอันสมควรเป็นเหตุให้เสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรง

(3) ละทิ้งหน้าที่ราชการติดต่อในคราวเดียวกันเป็นเวลาเกินสิบห้าวันโดยไม่มีเหตุอันสมควร หรือโดยมีพฤติการณ์อันแสดงถึงความจงใจไม่ปฏิบัติตามระเบียบของทางราชการ

(4) กระทำการอันได้ชื่อว่าเป็นผู้ประพฤติชั่วอย่างร้ายแรง

(5) ดูหมิ่น เหยียดหยาม กดขี่ ข่มเหง หรือทำร้ายประชาชนผู้ติดต่อราชการอย่างร้ายแรง

(6) กระทำความผิดอาญาจนได้รับโทษจำคุกหรือโทษที่หนักกว่าโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกหรือให้รับโทษที่หนักกว่าโทษจำคุก เว้นแต่เป็นโทษสำหรับความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษ

(7) ละเว้นการกระทำหรือกระทำการใด ๆ อันเป็นการไม่ปฏิบัติตามมาตรา 82 หรือ ฝ่าฝืนข้อห้ามตามมาตรา 83 อันเป็นเหตุให้เสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรง

(8) ละเว้นการกระทำหรือกระทำการใด ๆ อันเป็นการไม่ปฏิบัติตามมาตรา 80 วรรคสอง และมาตรา 82 (11) หรือฝ่าฝืนข้อห้ามตามมาตรา 83 (10) ที่มีกฎ ก.พ. กำหนดให้เป็นความผิดวินัย อย่างร้ายแรง

ให้ผู้บังคับบัญชามีหน้าที่เสริมสร้างและพัฒนาให้ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชามีวินัยและป้องกัน มิให้ผู้อยู่ใต้บังคับบัญชากระทำผิดวินัย ทั้งนี้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ ก.พ. กำหนด

ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดกระทำผิดวินัย จะต้องได้รับโทษทางวินัย เว้นแต่มีเหตุ อันควรงดโทษตามที่บัญญัติไว้[17]

โทษทางวินัยมี 5 สถาน ดังต่อไปนี้

(1) ภาคทัณฑ์

(2) ตัดเงินเดือน

(3) ลดเงินเดือน

(4) ปลดออก

(5) ไล่ออก

ทั้งนี้การลงโทษเป็นไปตาม มาตรา 89 ให้ทำเป็นคำสั่ง ผู้สั่งลงโทษต้องสั่งลงโทษให้เหมาะสมกับความผิดและต้องเป็นไปด้วยความยุติธรรมและโดยปราศจากอคติ ในคำสั่งลงโทษให้แสดงว่าผู้ถูกลงโทษกระทำผิดวินัยในกรณีใดและตามมาตราใด

วินัยและการรักษาวินัยจึงเป็นเรื่องสำคัญต่อข้าราชการทุกคนที่อยู่ในระบบงานราชการ สำหรับข้าราชการพลเรือนสามัญที่กระทำความผิดทางวินัยซึ่งอาจมีโทษทางวินัยที่ร้ายแรงหรือไม่ร้ายแรงแล้วแต่กรณี นอกจากมีผลกระทบถึงงานราชการในการให้บริการแก่ประชาชนทั้งทางตรง และทางอ้อมแล้ว ยังมีผลกระทบต่อตัวข้าราชการผู้กระทำผิดไม่ว่าจะเป็นเรื่องของจิตใจ ศักดิ์ศรี รวมตลอดทั้งอาจส่งผลกระทบไปถึงความเป็นอยู่ของครอบครัวได้ด้วย

3. คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมกับการพิทักษ์ระบบคุณธรรม

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 กำหนดให้มีการเสริมสร้างความเข้มแข็งของการพิทักษ์ระบบคุณธรรมในระบบราชการ

---

[17] พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 88.

ปรับปรุงระบบจริยธรรม จรรยาบรรณ วินัย การอุทธรณ์ การร้องทุกข์ เน้นการเพิ่มประสิทธิภาพของระบบวินัยโดยมาตรา 24 ให้มีคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม (ก.พ.ค.) ทำงานควบคู่ไปด้วยกันกับคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ก.พ.) กรณี ก.พ. จะรับผิดชอบเรื่องของการจัดระบบทรัพยากรบุคคล ดูแลค่าตอบแทน การรักษาวินัยของข้าราชการพลเรือนสามัญ เป็นต้น ส่วน ก.พ.ค. จะทำหน้าที่ดูแลและพิทักษ์ระบบคุณธรรมในการบริหารงานบุคคลของข้าราชการพลเรือนสามัญ การพิจารณาเรื่องอุทธรณ์ การพิจารณาเรื่องร้องทุกข์ การคุ้มครองระบบคุณธรรม ให้เป็นไปตามหลักความรู้ความสามารถ ความเสมอภาคในโอกาสความมั่นคงในการดำรงสถานภาพและความเป็นกลางทางการเมือง

ความจำเป็นในการจัดตั้งคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม สืบเนื่องจากสภาพปัญหาการดำเนินงานด้านวินัยของข้าราชการพลเรือนที่ไม่ได้ปรับปรุงมานานจนเกิดปัญหาอุปสรรคในการดำเนินการทางวินัย ปัญหาความไม่เป็นธรรมและมาตรฐานโทษ ที่แตกต่างเหลื่อมล้ำกัน ระหว่างส่วนราชการภายในองค์กรและส่วนราชการภายนอกองค์กร ซึ่งส่วนราชการภายนอกองค์กรนั้น เป็นองค์กรกลางการบริหารงานบุคคลประเภทต่าง ๆ ที่มีความหลากหลาย ปัญหาการสืบสวนสอบสวนที่มีความล่าช้า ปัญหาการขาดมืออาชีพ ในการสืบสวนสอบสวน ตลอดจนสภาพปัญหาที่จะต้องปรับปรุงกฎหมายในเรื่องวินัยและการรักษาวินัยของข้าราชการพลเรือนสามัญให้สอดคล้องกับการจัดตั้งองค์กรของรัฐแบบใหม่ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540[18] ในข้อ 3 จะกล่าวถึงความเป็นมาของคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม อำนาจหน้าที่ การอุทธรณ์ และการพิจารณาอุทธรณ์

[18] www.ocsc.go.th/ocsccms/frontweb/view.jsp?categoryID=CAT0000906

3.1 คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 26 ให้มีคณะกรรมการคัดเลือกกรรมการ ก.พ.ค. มีจำนวน 4 คน ประกอบด้วยประธานศาลปกครองสูงสุด เป็นประธาน รองประธานศาลฎีกาที่ได้รับมอบหมายจากประธานศาลฎีกา 1 คน กรรมการ ก.พ. ผู้ทรงคุณวุฒิ 1 คน ซึ่งได้รับเลือกโดย ก.พ. และให้เลขาธิการ ก.พ. เป็นกรรมการและเลขานุการ คณะกรรมการ คัดเลือกมีหน้าที่คัดเลือกบุคคลผู้มีคุณสมบัติตามมาตรา 25 และไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 27 ประกอบมาตรา 28 จำนวน 7 คน โดยให้ผู้ได้รับคัดเลือกต้องประชุมและเลือกกันเองให้คนหนึ่งเป็นประธานกรรมการ ก.พ.ค. แล้วให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าแต่งตั้งกรรมการ ก.พ.ค. ต้องทำงานเต็มเวลา ให้เลขาธิการ ก.พ. เป็นเลขานุการของ ก.พ.ค. (มาตรา 24) มีวาระการดำรงตำแหน่งหกปี และให้ดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว (มาตรา 29) จึงเห็นได้ว่าที่มาของกรรมการ ก.พ.ค. ทั้ง 7 คน ได้มาโดยกระบวนของการคัดเลือก และให้ผู้ที่ได้รับคัดเลือก เลือกกันเองให้คนหนึ่งเป็นประธาน

มาตรา 24 ให้มีคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมคณะหนึ่ง เรียกโดยย่อว่า “ก.พ.ค.” ประกอบด้วยกรรมการจำนวนเจ็ดคนซึ่งทรงพระกรุณาโปรดเกล้า ฯ แต่งตั้งตามมาตรา 26

กรรมการ ก.พ.ค. ต้องทำงานเต็มเวลา

ให้เลขาธิการ ก.พ. เป็นเลขานุการของ ก.พ.ค.

มาตรา 25 ผู้จะได้รับการแต่งตั้งเป็นกรรมการ ก.พ.ค. ต้องมีคุณสมบัติดังต่อไปนี้

(1) มีสัญชาติไทย

(2) มีอายุไม่ต่ำกว่าสี่สิบห้าปี

(3) มีคุณสมบัติอื่นอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(ก) เป็นหรือเคยเป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน คณะกรรมการข้าราชการครู คณะกรรมการข้าราชการครูและบุคลากรทางการศึกษา คณะกรรมการข้าราชการพลเรือนในมหาวิทยาลัย คณะกรรมการข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา หรือคณะกรรมการข้าราชการตำรวจ

(ข) เป็นหรือเคยเป็นกรรมการกฤษฎีกา

(ค) รับราชการหรือเคยรับราชการในตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์หรือ เทียบเท่า หรือตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองชั้นต้น

(ง) รับราชการหรือเคยรับราชการในตำแหน่งไม่ต่ำกว่าอัยการพิเศษประจำเขตหรือ เทียบเท่า

(จ) รับราชการหรือเคยรับราชการในตำแหน่งประเภทบริหารระดับสูงหรือเทียบเท่า ตามที่ ก.พ. กำหนด

(ฉ) เป็นหรือเคยเป็นผู้สอนวิชาในสาขานิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์เศรษฐศาสตร์ สังคมศาสตร์ หรือวิชาที่เกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดินในสถาบันอุดมศึกษาและดำรงตำแหน่งหรือเคยดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่ารองศาสตราจารย์ แต่ในกรณีที่ดำรงตำแหน่งรองศาสตราจารย์ต้องดำรงตำแหน่งหรือเคยดำรงตำแหน่งมาแล้วไม่น้อยกว่าห้าปี

มาตรา 26 ให้มีคณะกรรมการคัดเลือกกรรมการ ก.พ.ค. ประกอบด้วยประธานศาลปกครองสูงสุด เป็นประธาน รองประธานศาลฎีกาที่ได้รับมอบหมายจากประธานศาลฎีกาหนึ่งคน กรรมการ ก.พ. ผู้ทรงคุณวุฒิหนึ่งคนซึ่งได้รับเลือกโดย ก.พ. และให้เลขาธิการ ก.พ. เป็นกรรมการและเลขานุการ

ให้คณะกรรมการคัดเลือกมีหน้าที่คัดเลือกบุคคลผู้มีคุณสมบัติตามมาตรา 25 จำนวนเจ็ดคน

ให้ผู้ได้รับคัดเลือกตามวรรคสองประชุมและเลือกกันเองให้คนหนึ่งเป็นประธานกรรมการ ก.พ.ค. แล้วให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้า ฯ แต่งตั้ง

หลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกกรรมการ ก.พ.ค. ให้เป็นไปตามที่คณะกรรมการคัดเลือก กำหนด

มาตรา 27 กรรมการ ก.พ.ค. ต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามดังต่อไปนี้

(1) เป็นข้าราชการ

(2) เป็นพนักงานหรือลูกจ้างของหน่วยงานของรัฐหรือบุคคลใด

(3) เป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง กรรมการหรือผู้ดำรงตำแหน่งที่รับผิดชอบในการบริหารพรรคการเมือง สมาชิกพรรคการเมืองหรือเจ้าหน้าที่ในพรรคการเมือง

(4) เป็นกรรมการในรัฐวิสาหกิจ

(5) เป็นกรรมการในองค์กรกลางบริหารงานบุคคลในหน่วยงานของรัฐ

(6) ประกอบอาชีพหรือวิชาชีพอย่างอื่นหรือดำรงตำแหน่งหรือประกอบการใด ๆ หรือเป็นกรรมการในหน่วยงานของรัฐหรือเอกชนอันขัดต่อการปฏิบัติหน้าที่ตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา

มาตรา 28 ผู้ได้รับคัดเลือกเป็นกรรมการ ก.พ.ค. ผู้ใดมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 27 ผู้นั้นต้องลาออกจากการเป็นบุคคลซึ่งมีลักษณะต้องห้ามหรือแสดงหลักฐานให้เป็นที่เชื่อได้ว่า ตนได้เลิกการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพหรือการประกอบการอันมีลักษณะต้องห้ามดังกล่าวต่อเลขานุการ

ก.พ.ค. ภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับคัดเลือก

ในกรณีที่ผู้ได้รับคัดเลือกเป็นกรรมการ ก.พ.ค. มิได้ลาออกหรือเลิกการประกอบอาชีพหรือวิชาชีพหรือการประกอบการดังกล่าวภายในเวลาที่กำหนดตามวรรคหนึ่ง ให้ถือว่า ผู้นั้นมิเคยได้รับคัดเลือกเป็นกรรมการ ก.พ.ค. และให้ดำเนินการคัดเลือกกรรมการ ก.พ.ค. ขึ้นใหม่

มาตรา 29 กรรมการ ก.พ.ค. มีวาระการดำรงตำแหน่งหกปีนับแต่วันที่ทรงพระกรุณาโปรดเกล้า ฯ แต่งตั้ง และให้ดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว

ให้กรรมการ ก.พ.ค. ซึ่งพ้นจากตำแหน่งตามวาระ อยู่ในตำแหน่งเพื่อปฏิบัติหน้าที่ต่อไปจนกว่าจะได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งกรรมการ ก.พ.ค. ใหม่

3.2 อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 กำหนดเรื่องอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมไว้ 6 ประการ ตามมาตรา 31 ความว่า

มาตรา 31 ก.พ.ค. มีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้

(1) เสนอแนะต่อ ก.พ. หรือองค์กรกลางบริหารงานบุคคลอื่นเพื่อให้ ก.พ. หรือองค์กรกลางบริหารงานบุคคลอื่น ดำเนินการจัดให้มีหรือปรับปรุงนโยบายการบริหารทรัพยากรบุคคล ในส่วนที่เกี่ยวกับการพิทักษ์ระบบคุณธรรม

(2) พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ตามมาตรา 114

ข้อความตามมาตรา 114 ความว่า ผู้ใดถูกสั่งลงโทษตามพระราชบัญญัตินี้หรือถูกสั่ง ให้ออกจากราชการตามมาตรา 110 (1) (3) (5) (6) (7) และ (8) ผู้นั้นมีสิทธิอุทธรณ์ต่อ ก.พ.ค. ภายในสามสิบวันนับแต่วัน

ทราบหรือถือว่าทราบคำสั่ง วรรคสอง การอุทธรณ์และการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎ ก.พ.ค.

(3) พิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ตามมาตรา 123

ข้อความตามมาตรา 123 ความว่า การร้องทุกข์ที่เหตุเกิดจากผู้บังคับบัญชา ให้ร้องทุกข์ต่อผู้บังคับบัญชาชั้นเหนือขึ้นไปตามลำดับ วรรคสอง การร้องทุกข์ที่เหตุเกิดจากหัวหน้าส่วนราชการ ระดับกรมที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือรับผิดชอบการปฏิบัติราชการขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรีหรือต่อรัฐมนตรี ปลัดกระทรวงรัฐมนตรีเจ้าสังกัด หรือนายกรัฐมนตรี ให้ร้องทุกข์ต่อ ก.พ.ค. วรรคสาม เมื่อ ก.พ.ค. ได้พิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ประการใดแล้ว ให้หัวหน้าส่วนราชการระดับกรมที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือรับผิดชอบการปฏิบัติราชการขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรีหรือต่อรัฐมนตรี ปลัดกระทรวงรัฐมนตรีเจ้าสังกัด หรือนายกรัฐมนตรี แล้วแต่กรณี ดำเนินการให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของ ก.พ.ค. วรรคสี่ การร้องทุกข์และการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ตามวรรคหนึ่งและวรรคสอง ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎ ก.พ.ค.

(4) พิจารณาเรื่องการคุ้มครองระบบคุณธรรมตามมาตรา 126

ข้อความตามมาตรา 126 ความว่า ในกรณีที่ ก.พ.ค. เห็นว่ากฎ ระเบียบ หรือคำสั่งใดที่ออกตามพระราชบัญญัตินี้และมุ่งหมายให้ใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่สอดคล้องกับระบบคุณธรรมตามมาตรา 42 ให้ ก.พ.ค. แจ้งให้หน่วยงานหรือผู้ออกกฎ ระเบียบ หรือคำสั่งดังกล่าวทราบ เพื่อดำเนินการแก้ไข หรือยกเลิกตามควรแก่กรณี

(5) ออกกฎ ก.พ.ค. ระเบียบ หลักเกณฑ์ และวิธีการเพื่อปฏิบัติการตามพระราชบัญญัตินี้ กฎ ก.พ.ค. เมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับได้

(6) แต่งตั้งบุคคลซึ่งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่ ก.พ.ค. กำหนด เพื่อเป็นกรรมการวินิจฉัยอุทธรณ์หรือเป็นกรรมการวินิจฉัย

ร้องทุกข์

บทบัญญัติมาตรา 31 ได้กำหนดอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม ให้มีขึ้นเป็นครั้งแรกในระบบข้าราชการพลเรือน และการทำหน้าที่ดังกล่าวจะต้องมีลักษณะเป็นการใช้ความรู้ ความสามารถ และประสบการณ์ เพื่อการดำเนินการให้ความยุติธรรมในการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์โทษทางวินัย การพิจารณาเรื่องร้องทุกข์ตามขอบอำนาจที่กฎหมายกำหนด และสร้างระบบคุณธรรมให้เกิดขึ้นในแวดวงของข้าราชการพลเรือนสามัญ

3.3 การอุทธรณ์และการพิจารณาอุทธรณ์

3.3.1 การอุทธรณ์ เป็นวิธีการของกระบวนการยุติธรรมในระบบบริหารงานบุคคล มีจุดประสงค์เพื่อให้ผู้ที่ถูกลงโทษทางวินัยมีช่องทางในการร้องขอรับความยุติธรรม โดยองค์กรหรือผู้มีอำนาจเหนือผู้สั่งลงโทษพิจารณาทบทวนอีกชั้นหนึ่ง เป็นการคัดค้านหรือโต้แย้งคำสั่งของ ผู้บังคับบัญชาว่าได้สั่งลงโทษโดยไม่ถูกต้องหรือไม่ยุติธรรม หรือไม่เป็นธรรม หรือไม่เหมาะสม และ ขอให้พิจารณาแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งลงโทษในความผิดทางวินัย ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันความยุติธรรมให้แก่ข้าราชการที่อาจจะไม่ได้รับความยุติธรรมก็ดี ไม่ได้รับการปฏิบัติด้วยความถูกต้องก็ดี อันเป็นเหตุให้กระทบกระเทือนขวัญและกำลังใจในการปฏิบัติหน้าที่ราชการของข้าราชการผู้ที่มีเหตุเช่นนั้น และหรือข้าราชการผู้อื่นที่เกรงว่าจะเกิดเหตุเช่นว่านี้แก่ตนได้ในโอกาสต่อไป

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 กำหนดการอุทธรณ์ไว้ตาม มาตรา 114 ความว่า “ผู้ใดถูกสั่งลงโทษตามพระราชบัญญัตินี้หรือถูกสั่งให้ออกจากราชการตามมาตรา 110 (1) (3) (5) (6) (7) และ (8) ผู้นั้นมีสิทธิอุทธรณ์ต่อ ก.พ.ค. ภายในสามสิบวันนับแต่วันทราบหรือถือว่าทราบคำสั่ง วรรคสอง การอุทธรณ์และการพิจารณาวินิจฉัย

อุทธรณ์ตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎ ก.พ.ค." คำว่า ผู้ใดถูกสั่งลงโทษตามพระราชบัญญัตินี้หรือถูกสั่งให้ออกจากราชการตามมาตรา 110 ข้างต้น ได้แก่ ข้าราชการพลเรือนสามัญที่ถูกสั่งลงโทษตามมาตรา 88 ภาคทัณฑ์ ตัดเงินเดือน ลดเงินเดือน ปลดออก ไล่ออก หรือถูกสั่งให้ออกจากราชการตามมาตรา 110 เนื่องจาก

- เมื่อข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดเจ็บป่วยไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ราชการของตนได้โดยสม่ำเสมอ

- เมื่อข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดขาดคุณสมบัติทั่วไปตามมาตรา 36 ก. (1) หรือ (3) หรือมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 36 ข. (1) (3) (6) หรือ (7)

- เมื่อข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดไม่สามารถปฏิบัติราชการให้มีประสิทธิภาพและเกิดประสิทธิผลในระดับอันเป็นที่พอใจของทางราชการ

- เมื่อข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดหย่อนความสามารถในอันที่จะปฏิบัติหน้าที่ราชการ บกพร่องในหน้าที่ราชการ หรือประพฤติตนไม่เหมาะสมกับตำแหน่งหน้าที่ราชการ ถ้าให้ผู้นั้นรับราชการต่อไปจะเป็นการเสียหายแก่ราชการ

- เมื่อข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดมีกรณีถูกสอบสวนว่ากระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรงตามมาตรา 93 และผลการสอบสวนไม่ได้ความแน่ชัดพอที่จะฟังลงโทษตามมาตรา 97 วรรคหนึ่ง แต่มีมลทินหรือมัวหมองในกรณีที่ถูกสอบสวน ถ้าให้รับราชการต่อไปจะเป็นการเสียหายแก่ราชการ

- เมื่อข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดต้องรับโทษจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกในความผิดที่ได้กระทำโดยประมาทหรือความผิดลหุโทษหรือต้องรับโทษจำคุกโดยคำสั่งของศาล ซึ่งยังไม่ถึงกับจะต้องถูกลงโทษปลดออกหรือไล่ออก

ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้นั้นมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งได้โดยยื่นอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม (ก.พ.ค.) ภายในสามสิบวันนับแต่วันทราบหรือถือว่าทราบคำสั่ง ทั้งนี้การพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์เป็นอำนาจหน้าที่ประการหนึ่งของคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการ พลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 31 (2)

3.3.2 การพิจารณาอุทธรณ์ หลักเกณฑ์ในการพิจารณาอุทธรณ์ของคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมมีกำหนดไว้อยู่ในกฎหมายแม่บท คือ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 และกฎหมายลูก คือ กฎ ก.พ.ค. เนื้อหาของบทความหัวข้อนี้ จะกล่าวถึงเฉพาะ หลักเกณฑ์การพิจารณาอุทธรณ์ที่มีกำหนดในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 114 - มาตรา 121

ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ถูกสั่งลงโทษตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 หรือถูกสั่งให้ออกจากราชการตามมาตรา 110 (1) (3) (5) (6) (7) และ (8) ของพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน เมื่อเห็นว่าคำสั่งที่ได้สั่งลงโทษหรือสั่งให้ออกจากราชการน่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้นั้นมีสิทธิอุทธรณ์ต่อ ก.พ.ค. ได้ภายในสามสิบวันนับแต่วันทราบหรือถือว่าทราบคำสั่งตามมาตรา 114 ในการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ ก.พ.ค. จะเป็นผู้ทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์เองหรือ จะมอบหมายตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยอุทธรณ์เป็นผู้ทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ก็ได้ ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎ ก.พ.ค. เป็นไปตามมาตรา 115 ความว่า

มาตรา 115 ในการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ ก.พ.ค. จะพิจารณาวินิจฉัยเองหรือจะตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยอุทธรณ์ เพื่อทำหน้าที่เป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ก็ได้ ทั้งนี้ ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎ ก.พ.ค.

โดยการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ให้ดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในหนึ่งร้อยยี่สิบวันนับแต่ วันที่ได้รับอุทธรณ์ เว้นแต่ มีเหตุขัดข้องที่ทำให้การพิจารณาไม่แล้วเสร็จภายในระยะเวลาดังกล่าว ก็ให้ขยายได้อีกไม่เกินสองครั้ง โดยแต่ละครั้งจะต้องไม่เกินหกสิบวัน และให้บันทึกเหตุขัดข้องเป็นไปตามมาตรา 118 ความว่า

มาตรา 118 การพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ตามมาตรา 114 ให้ดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในหนึ่งร้อยยี่สิบวันนับแต่วันที่ได้รับอุทธรณ์ เว้นแต่มีเหตุขัดข้องที่ทำให้การพิจารณา ไม่แล้วเสร็จภายในระยะเวลาดังกล่าว ก็ให้ขยายระยะเวลาได้อีกซึ่งไม่เกินสองครั้ง โดยแต่ละครั้งจะต้องไม่เกินหกสิบวัน และให้บันทึกเหตุขัดข้องให้ปรากฏไว้ด้วย

การปฏิบัติหน้าที่ของกรรมการ ก.พ.ค. และกรรมการวินิจฉัยอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติ ระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ให้เป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา และให้มีอำนาจตามที่กำหนดอยู่ในมาตรา 117 ความว่า

มาตรา 117 ในการปฏิบัติหน้าที่ตามพระราชบัญญัตินี้ ให้กรรมการ ก.พ.ค. และกรรมการวินิจฉัยอุทธรณ์ เป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา และให้มีอำนาจดังต่อไปนี้

(1) สั่งให้ผู้บังคับบัญชาซึ่งสั่งลงโทษหรือสั่งให้ออกจากราชการอันเป็นเหตุให้มีการ อุทธรณ์ส่งสำนวนการสอบสวนและการลงโทษให้ ก.พ.ค. ภายในเวลาที่กำหนด

(2) สั่งให้กระทรวง กรม ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจ และหน่วยงานอื่นของรัฐ รวมตลอดทั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องสอบสวนใหม่หรือสอบสวนเพิ่มเติมหรือ ส่งตัวข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่ในสังกัดมาให้ถ้อยคำ ในการนี้จะกำหนดระยะเวลาในการสอบสวนใหม่หรือสอบสวนเพิ่มเติมไว้ด้วยก็ได้

(3) มีคำสั่งให้ข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของกระทรวง กรม ส่วนราชการ รัฐวิสาหกิจและหน่วยงานอื่นของรัฐ หรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หรือบุคคลใดที่เกี่ยวข้องมาให้ถ้อยคำหรือให้ส่งเอกสารหรือหลักฐานที่เกี่ยวข้อง

(4) เข้าไปในอาคาร หรือสถานที่ใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ของ ก.พ.ค. ทั้งนี้ ในระหว่างพระอาทิตย์ขึ้นถึงพระอาทิตย์ตก หรือในเวลาทำการของสถานที่นั้น

(5) สอบสวนใหม่หรือสอบสวนเพิ่มเติม

กรรมการวินิจฉัยอุทธรณ์ไม่ว่าจะเป็นกรรมการ ก.พ.ค. ซึ่งทำหน้าที่วินิจฉัยอุทธรณ์ หรือกรรมการวินิจฉัยอุทธรณ์ซึ่งทำหน้าที่วินิจฉัยอุทธรณ์ อาจถูกคัดค้านได้ตามที่กำหนดในมาตรา 121 ความว่า

มาตรา 121 เมื่อมีกรณีดังต่อไปนี้ กรรมการวินิจฉัยอุทธรณ์อาจถูกคัดค้านได้

(1) รู้เห็นเหตุการณ์ในการกระทำผิดวินัยที่ผู้อุทธรณ์ถูกลงโทษหรือการถูกสั่งให้ออกจากราชการ

(2) มีส่วนได้เสียในการกระทำผิดวินัยที่ผู้อุทธรณ์ถูกลงโทษหรือการถูกสั่งให้ออกจากราชการ

(3) มีสาเหตุโกรธเคืองกับผู้อุทธรณ์

(4) เป็นผู้กล่าวหา หรือเป็นหรือเคยเป็นผู้บังคับบัญชาผู้สั่งลงโทษหรือสั่งให้ออกจากราชการ

(5) เป็นผู้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการดำเนินการทางวินัยหรือการสั่งให้ออกจากราชการที่ผู้อุทธรณ์ถูกลงโทษหรือถูกสั่งให้ออกจากราชการ

(6) มีความเกี่ยวพันทางเครือญาติหรือทางการสมรสกับบุคคลตาม (1) (2) (3) หรือ (4) อันอาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้อุทธรณ์

กรรมการวินิจฉัยอุทธรณ์ซึ่งมีกรณีตามวรรคหนึ่ง ให้แจ้งต่อประธาน ก.พ.ค. และถอนตัวจากการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์

การยื่นคำคัดค้าน และการพิจารณาคำคัดค้าน ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎ ก.พ.ค.

ในการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ให้ ก.พ.ค. มีอำนาจไม่รับอุทธรณ์ ยกอุทธรณ์ หรือ มีคำวินิจฉัยให้แก้ไขหรือยกเลิกคำสั่งลงโทษ และให้เยียวยาความเสียหาย ให้ผู้อุทธรณ์ หรือให้ดำเนินการอื่นใดเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ตามระเบียบที่ ก.พ.ค. กำหนด กรณีการวินิจฉัยให้แก้ไขหรือให้ดำเนินการอื่น ก.พ.ค. จะให้เพิ่มโทษไม่ได้ เว้นแต่เป็นกรณีได้รับแจ้งจาก ก.พ. ตามมาตรา 104 ว่าสมควรเพิ่มโทษ ในกรณีเช่นนั้น ก.พ.ค. มีอำนาจวินิจฉัยให้เพิ่มโทษได้ ทั้งนี้ เป็นไปตามมาตรา 120 ความว่า

มาตรา 120 ในการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ให้ ก.พ.ค. มีอำนาจไม่รับอุทธรณ์ ยกอุทธรณ์ หรือมีคำวินิจฉัยให้แก้ไขหรือยกเลิกคำสั่งลงโทษ และให้เยียวยาความเสียหายให้ผู้อุทธรณ์ หรือให้ดำเนินการอื่นใดเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม ตามระเบียบที่ ก.พ.ค. กำหนด

การวินิจฉัยให้แก้ไขหรือให้ดำเนินการอื่นตามวรรคหนึ่ง ก.พ.ค. จะให้เพิ่มโทษไม่ได้ เว้นแต่เป็นกรณีได้รับแจ้งจาก ก.พ. ตามมาตรา 104 ว่าสมควรเพิ่มโทษ ในกรณีเช่นนั้น ก.พ.ค. มีอำนาจวินิจฉัยให้เพิ่มโทษได้ และหลังจากที่ ก.พ.ค. ได้พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์แล้ว ให้ผู้บังคับบัญชา ซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 ดำเนินการให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยนั้นภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ ก.พ.ค. มีคำวินิจฉัย ในกรณีที่ผู้อุทธรณ์ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของ ก.พ.ค. ให้ผู้อุทธรณ์ ฟ้องคดีได้ต่อศาลปกครองสูงสุด ตามมาตรา 116 ความว่า

มาตรา 116 เมื่อ ก.พ.ค. พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์แล้ว ให้ผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา 57 ดำเนินการให้เป็นไปตามคำวินิจฉัย

นั้นภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ ก.พ.ค. มีคำวินิจฉัย

ในกรณีที่ผู้อุทธรณ์ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของ ก.พ.ค. ให้ฟ้องคดีต่อศาลปกครองสูงสุดภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ทราบหรือถือว่าทราบคำวินิจฉัยของ ก.พ.ค.

ผู้บังคับบัญชาผู้ใดไม่ปฏิบัติตามวรรคหนึ่ง ให้ถือว่าเป็นการจงใจละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเพื่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น

ในเรื่องการอุทธรณ์และการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม เมื่อกรรมการวินิจฉัยอุทธรณ์ได้มีคำวินิจฉัยแล้ว และผู้อุทธรณ์ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัย อุทธรณ์ที่กระทำในนามของ ก.พ.ค. สามารถที่จะฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองสูงสุดได้ คำวินิจฉัยอุทธรณ์ของคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 จึงเป็นคำวินิจฉัยอุทธรณ์ที่อาจถูกตรวจสอบได้โดยศาล หากผู้ที่ได้อุทธรณ์ไม่เห็นด้วย สามารถฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองได้แก่ ศาลปกครองสูงสุดให้ทบทวนได้ คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมและกรรมการ ก.พ.ค. จึงมีสถานะเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ถูกตรวจสอบการใช้อำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์ได้โดยกระบวนการทางศาล

คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรมจึงเป็นหน่วยงานทางปกครองมีบทบาทดูแลพิทักษ์ระบบคุณธรรมและมีภารกิจสำคัญในด้านการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาด ตามกฎ ก.พ.ค. พระราชบัญญัติ ระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ตลอดถึงกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง แสดงถึงความเป็นหน่วยงานทางปกครองที่มีลักษณะเฉพาะและมีลักษณะพิเศษต่อการใช้คุณธรรมในสถานะที่เป็นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท อันเป็นต้นแบบของสภาพคุณงามความดี ความยุติธรรม ความถูกต้อง ความเป็นธรรมในการวางกฎกฎเกณฑ์ และการมีธรรมจริยา คือ การประพฤติที่ถูกธรรมและประพฤติ

ที่เป็นธรรม ตลอดถึงการทำหน้าที่ในการพิทักษ์ระบบคุณธรรม ทั้งนี้ เพื่อให้การพิทักษ์ระบบคุณธรรม ซึ่งเป็นกระบวนการทางยุติธรรมด่านสุดท้าย ของฝ่ายบริหารสามารถปฏิบัติภารกิจสำเร็จลุล่วงไปได้ตามที่กฎหมาย ให้อำนาจไว้

4. บทสรุป

ความเป็นผู้มีจิตใจสะอาด เสียสละ มีความประพฤติดีงามที่ใช้เป็น เครื่องยึดเหนี่ยวจิตใจ และมีการกำหนดกรอบมรรยาทในการประกอบสัมมา อาชีพการงานเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกลุ่ม โดยมีองค์กรคอยควบคุม บรรดาเหล่าสมาชิกให้รู้จักควบคุมตนเอง ปฏิบัติตนให้อยู่แต่ในกรอบระเบียบ แบบแผน ทั้งนี้เพื่อให้เกิดความผาสุก แก่ประชาชน ความสงบเรียบร้อยของ ประเทศชาติ อันเป็นการสร้างภาพลักษณ์ ชื่อเสียง ให้ปรากฏในแวดวงของ ผู้ประกอบอาชีพข้าราชการด้วยกันเป็นสำคัญ ความดังได้กล่าวมาบรรดา ผู้ประกอบอาชีพเป็นข้าราชการซึ่งมีหน้าที่หลักในการขับเคลื่อนระบบ งานราชการ สนองตอบนโยบายของรัฐบาลและสนองตอบต่อการจัดทำ กิจกรรมบริการสาธารณะ โดยมีเป้าหมายหลักเพื่อความมีกินและความเป็น อยู่ที่ดีของเหล่าประชาชนประเทศไทย จำเป็นจะต้องยึดมั่นถือมั่นและ เอาใจใส่ปฏิบัติจนให้เกิดเป็นความเคยชิน

รัฐในความหมายของศูนย์รวมแห่งอำนาจในความเป็นรัฐบาลบริหาร ประเทศ มีความจำเป็นต้องคิดค้นเพื่อแสวงหากรอบแบบแผนที่จะใช้ควบคุม ความประพฤติของบรรดาผู้ประกอบอาชีพเป็นข้าราชการ ให้ข้าราชการ ประพฤติตัววางตนให้เหมาะสมต่อสถานะความเป็นข้าราชการขับเคลื่อน ระบบราชการให้อยู่ในกรอบของการมีจริยธรรม จรรยาบรรณ และวินัย โดยรัฐได้ออกระเบียบ ข้อบังคับ แบบแผนแห่งความประพฤติให้ข้าราชการ พึงใช้ควบคุมตนเองและควบคุมผู้อยู่ใต้บังคับบัญชาให้ประพฤติและ

ปฏิบัติตนให้เป็นไปตามกรอบซึ่งรัฐได้กำหนดไว้รวมเรียกกันว่า ข้าราชการจะต้องมีวินัยและรักษาวินัย ดังเช่นที่ได้มีบัญญัติไว้เป็นกฎหมายในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 อันเป็นต้นแบบของระบบวินัยข้าราชการพลเรือนสามัญ โดยมีส่วนราชการที่ไม่ได้เป็นข้าราชการพลเรือนสามัญนำเรื่องของวินัยและการรักษาวินัยทั้งที่เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้าราชการพลเรือนสามัญ กฎ ก.พ. และระเบียบ ที่ออกตามความในกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนไปใช้บังคับ โดยอนุโลม มาตรการในเรื่องของวินัยและการรักษาวินัยนั้นหากความปรากฏว่า ข้าราชการผู้ใดได้กระทำการฝ่าฝืนข้อห้ามหรือไม่ปฏิบัติตาม จริยธรรม จรรยาบรรณ และวินัย ตามที่พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน กำหนดไว้ แล้ว ให้ถือว่าข้าราชการผู้นั้นกระทำความผิดทางวินัยและต้องได้รับโทษตามที่ได้กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ด้วย

ในระบบวินัยข้าราชการพลเรือนสามัญได้กำหนดให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ของกระบวนการและการดำเนินการทางวินัย โดยองค์กรที่ใช้อำนาจกึ่งตุลาการ ได้แก่ คณะกรรมการ พิทักษ์ระบบคุณธรรม หรือ ก.พ.ค. กล่าวคือ เมื่อข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดถูกสั่งลงโทษทางวินัยตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ไม่ว่าจะเป็นโทษทางวินัยร้ายแรงหรือโทษทางวินัยไม่ร้ายแรงก็ตาม ผู้นั้นมีสิทธิอุทธรณ์ต่อ ก.พ.ค. จากนั้น ก.พ.ค. ก็จะดำเนินกระบวนพิจารณา และวินิจฉัยอุทธรณ์ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎ ก.พ.ค. โดยความในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ได้กำหนดให้มีคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม หรือ ก.พ.ค. ทำหน้าที่ดูแลและพิทักษ์ระบบคุณธรรมในการบริหารงานบุคคลของข้าราชการพลเรือนสามัญ การพิจารณาเรื่องอุทธรณ์ การพิจารณาเรื่องร้องทุกข์ การคุ้มครองระบบคุณธรรม อย่างไรก็ตามเมื่อ

ก.พ.ค. ได้พิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์แล้ว ในกรณีที่ผู้อุทธรณ์ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของ ก.พ.ค. ก็ยังสามารถที่จะฟ้องคดีต่อศาลปกครองสูงสุดได้ภายในกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันที่ทราบหรือถือว่าทราบ คำวินิจฉัยของ ก.พ.ค. พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 จึงเป็นกฎหมายที่จัดระเบียบเรื่อง ระบบวินัยข้าราชการพลเรือนสามัญที่ได้มาตรฐาน ทั้งนี้ ได้มีส่วนราชการต่าง ๆ นำไปใช้กับข้าราชการของตนด้วยโดยอนุโลม แต่ในเรื่องของการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการการดำเนินการทางวินัยนั้น ข้าราชการประเภทอื่นที่มิใช่ข้าราชการพลเรือนสามัญหากได้รับการลงโทษทางวินัยตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ซึ่งส่วนราชการที่ข้าราชการประเภทนั้นสังกัดได้นำไปใช้โดยอนุโลมแล้ว ปัญหามีอยู่ว่า ข้าราชการประเภทนั้นซึ่งมิใช่ข้าราชการพลเรือนสามัญจะอุทธรณ์คำสั่งที่ถูกลงโทษทางวินัยตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 ต่อ ก.พ.ค. ไม่ได้ เมื่อเป็นเช่นนี้ ข้าราชการประเภทนั้น จะอุทธรณ์คำสั่งที่ถูกลงโทษทางวินัยดังกล่าว ได้อย่างไร ความเห็นของผู้เขียนบทความเห็นว่า การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการการดำเนินการทางวินัยโดยฝ่ายบริหาร สามารถถูกตรวจสอบได้โดยกระบวนการทางศาล และศาลที่จะตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองว่าชอบด้วยกฎหมาย หรือไม่ ก็คือศาลปกครอง ดังนั้นจะต้องฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองชั้นต้นเท่านั้น

เอกสารประกอบการอ้างอิง

กนิษฐา เชี่ยววิทย์. **การควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติโดยองค์กรตุลาการ.** วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2532.

เกียรติศักดิ์ พุฒพันธุ์. **การแก้ไขทบทวนคำพิพากษาของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง**. วิทยานิพนธ์ปริญญามหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.

ชุมพล จันทราทิพย์. **พระธรรมนูญศาลยุติธรรม**. พิมพ์ครั้งที่ 12. กรุงเทพฯ : บริษัท ด่าน สุทธาการพิมพ์ จำกัด, 2548.

สังคมต้องอาศัยจริยธรรมส่วนบุคคลในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ : เหตุผลที่หลักนิติธรรมต้องควบคุมดูแล

วิชช์ จีระแพทย์ *

โดยเหตุที่ปัจจุบันมีการกล่าวถึง การนำจริยธรรมมาใช้กับนักการเมือง นักปกครอง นักกฎหมาย หรือวิชาชีพต่างๆ ซึ่งแต่เดิมคงเป็นแต่เพียงหลักวิชาชีพหรือให้เป็นจิตสำนึก (conscience) และต่อมา มีการอภิปรายหลายครั้งอย่างกว้างขวาง จนในที่สุดส่วนใหญ่เห็นว่า จะต้องยกระดับถึงขั้นจริยธรรม และต้องกำหนดเป็นกฎข้อบังคับ หรือถึงขั้นบัญญัติเป็นกฎหมาย แต่ในความเป็นจริง เรื่องของจริยธรรมได้มีการถกแถลงมานานแล้ว ดังจะได้ยกตัวอย่างที่เกิดขึ้นในประเทศอังกฤษ ดังต่อไปนี้[1]

จากอดีตจนถึงปัจจุบัน การที่สังคมสลับซับซ้อนยิ่งขึ้น ทำให้เกิดแนวคิดว่า ฝ่ายปกครองต้องออกกฎหมายมาปกครองควบคุมดูแลผู้อยู่ใต้การปกครอง ตามแนวคิดของทฤษฎีสำนักกฎหมายบ้านเมือง (positivist theories) ว่าสังคมยิ่งซับซ้อนเท่าไร ก็ต้องออกกฎหมายมาควบคุมดูแลมากเท่านั้น ซึ่งตามแนวคิดของทฤษฎีสำนักกฎหมายธรรมชาติ (Natural Law School) กลับเห็นว่า การกระทำเช่นนี้ อาจกระทบและเป็นการจำกัดขอบเขต

---

* น.บ. (เกียรตินิยมอันดับ 2) (จุฬา), น.บ.ท., น.ม. (จุฬา), น.ด. (Doctor of Laws) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ รางวัล สภาวิจัยแห่งชาติ : วิทยานิพนธ์ระดับดีเยี่ยม ปี 2550, นักปกครองระดับสูง กรมการปกครอง รุ่นที่ 22, วปอ. 355, ปปร. 1 สถาบันพระปกเกล้า, บ.ย.ส. รุ่น 9 สำนักงานศาลยุติธรรม, นักบริหารงานยุติธรรมระดับสูง รุ่นที่ 4 สำนักงานอัยการสูงสุด, วตท. รุ่นที่ 7 วิทยาลัยตลาดทุน, อธิบดีอัยการฝ่ายช่วยเหลือทางกฎหมาย สำนักงานอัยการสูงสุด.

[1] Ian Mcleod, **Legal Theory**. *Third edition,* "Legal regulation of morality", Palgrave macmillan, 2000, p.183-225.

แห่งสิทธิ เสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) ที่ไม่อาจมองข้ามได้ จึงเห็นว่าเป็นเรื่องสำคัญ และเร่งด่วนในการค้นหาความเหมาะสมในการนำกฎหมายมาบังคับใช้กับจริยธรรมส่วนบุคคล (private morality) การยอมรับเสรีภาพ (acceptability of liberalism) ความมีอยู่ ความซับซ้อน และคุณค่าพื้นฐานของเสรีภาพปัจเจกบุคคล โดยเฉพาะปัจจุบันจะกล่าวถึงมากในเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity) ซึ่งศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นเรื่องที่สำคัญอย่างยิ่ง แต่เหตุใดยังต้องมีกฎหมายมาควบคุมดูแลจริยธรรม ส่วนบุคคล ซึ่งอาจกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วย ก่อนอื่นจึงขอกล่าวถึงความเป็นมา ความสำคัญของศักดิ์ศรี ความเป็นมนุษย์แล้วจึงนำเสนอให้เห็นว่า แม้เป็นเรื่องที่กระทบสิทธิมนุษยชน แต่กฎหมายก็ต้องควบคุมดูแล โดยต่างฝ่ายต่างต้องเฝ้าระวังมิให้ล่วงล้ำขอบเขตของตน

ศักดิ์ศรี (Dignity) เป็นคำที่ใช้ในเรื่องของศีลธรรม จริยธรรม และการเมือง ถือเป็นสิทธิที่ติดตัวมนุษย์มาตั้งแต่เกิดที่ต้องเคารพ และถือเป็นเรื่องของจริยธรรมที่ต้องได้รับการดูแล (Dignity is a term used in moral, ethical, and political discussions to signify that a being has an innate right to respect and ethical treatment.) โดยเป็นความเชื่อว่าปัจเจกชนได้รับมอบสิทธิที่มองไม่เห็นนี้จากพระเจ้า ศักดิ์ศรีเป็นเรื่องที่มีหลักการคล้ายกับคุณงามความดี การเคารพนับถือ การเคารพนับถือในตนเอง (Beliefs that individuals have God-given, inviolable rights, and thus is closely related to concepts like virtue, respect, self-respect, autonomy, human rights, and enlightened reason.) อิสรภาพ สิทธิมนุษยชน และเหตุผลที่ยอมรับในทางการเมือง จะมีความหมายเดียวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity)

ในขณะที่คำว่า **ศักดิ์ศรี มีประวัติศาสตร์ทางปรัชญาที่ยาวนาน** แต่

ก็ไม่ค่อยจะมีการให้คำนิยาม ไม่ว่าทางการเมือง กฎหมาย หรือทางวิทยาศาสตร์ เช่นเดียวกับกฎหมายระหว่างประเทศ ตราสารระหว่างประเทศ (While dignity is a term with a long philosophical history, it is rarely defined outright in political, legal, and scientific discussions. International proclamations have thus far left dignity undefined.)

ในศตวรรษที่ 20 ได้มีการกล่าวคำว่า ศักดิ์ศรี ด้วยเหตุผลเพื่อการสร้างสันติและสนับสนุนสิทธิมนุษยชน ตัวอย่างเช่น ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Through much of the 20th Century, dignity appeared in assorted writings as a reason for peacemaking and for promoting human rights. For example, the Universal Declaration of Human Rights) ได้แก่

Article 1. All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood.

มาตรา 1 ทุกคนย่อมมีสิทธิและอิสรภาพบรรดาที่กำหนดไว้ในปฏิญญานี้ โดยปราศจากความแตกต่างไม่ว่าชนิดใดๆ ดังเช่น เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น เผ่าพันธุ์ แห่งชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นๆ[2]

Article 2. Everyone is entitled to all the rights and freedoms set forth in this Declaration, without distinction of any kind, such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status. Furthermore, no distinction shall be made on the basis of the political, jurisdictional or international status of the country or

[2] http//www.krisdika.go.th

territory to which a person belongs, whether it be independent, trust, non-self-governing or under any other limitation of sovereignty.

มาตรา 2 ทุกคนย่อมมีสิทธิและอิสรภาพบรรดาที่กำหนดไว้ในปฏิญญานี้ โดยปราศจากความแตกต่างไม่ว่าชนิดใดๆ ดังเช่น เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น เผ่าพันธุ์แห่งชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน กำเนิด หรือสถานะอื่นๆ

อนึ่ง จะไม่มีความแตกต่างใดๆ ตามมูลสถานแห่งสถานะ ทางการเมือง ทางการศาลหรือทางการระหว่างประเทศ ของประเทศหรือดินแดนที่บุคคลสังกัด ไม่ว่าดินแดนนี้จะเป็นเอกราชอยู่ในความพิทักษ์มิได้ปกครองตนเองหรืออยู่ภายใต้การจำกัดอธิปไตยใดๆ ทั้งสิ้น

สำหรับตราสารระดับรองก็ได้กล่าวถึงคำว่าศักดิ์ศรีเช่นเดียวกัน ได้แก่ the American Convention on Human Rights (1969), article 11(1), proclaims, "Everyone has the right to have his honor respected and his dignity recognized." The African Charter on Human and Peoples Rights (1981), art. 5, insists, "Every individual shall have the right to the respect of the dignity inherent in a human being."

อย่างไรก็ตาม ตราสารระหว่างประเทศต่างก็ไม่ได้ให้คำนิยามถึงความหมายของศักดิ์ศรีไว้ (All the international proclamations leave dignity undefined.)

ยุคต้นของศตวรรษที่ 21 ศักดิ์ศรีเป็นเหตุผลในการจำกัดสิทธิมนุษยชน (At the beginning of the 21st Century, dignity was a reason to curtail human rights.) เช่น การกำหนดบทลงโทษในการกล่าวดูหมิ่นศาสนา แต่ต่อมา The United Nations Human Rights Council ได้มีการออกตราสารที่ไม่มีผลผูกพันว่า การกำหนดความผิดฐานดูหมิ่นศาสนาเป็นการ

ดูถูกศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่จะนำไปสู่การจำกัดเสรีภาพในการนับถือศาสนาที่บุคคลนั้น ยึดมั่น และเป็นการนำสู่การยุยง ส่งเสริมให้เกลียดชังและทำความรุนแรงต่อศาสนาที่เขาไม่ชอบ (Defamation of religions is a serious affront to human dignity leading to a restriction on the freedom of religion of their adherents and incitement to religious hatred and violence.)

หลักการของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Principle of The United Nations Human Rights Council Human Dignity)

ต้นกำเนิดของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ มาจากหลักการของ Imago Dei (The source of human dignity is rooted in the concept of *Imago Dei*) ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิ่งที่อยู่เหนือความสงบเรียบร้อยของสังคม และเป็นพื้นฐานของสิทธิที่ไม่อนุญาตให้สังคมหรือไม่ให้สังคมออกกฎหมายมาบังคับศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ แนวทางนี้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เป็นหลักการพื้นฐานของสิทธิมนุษยชน (Human dignity therefore transcends any social order as the basis for rights and is neither granted by society nor can it be legitimately violated by society. In this way, human dignity is the conceptual basis for human rights.) ความหมายโดยตรงของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ คือ มนุษย์ทุกคนต้องยอมรับคุณค่าความเป็นชุมชนของมนุษย์ เพราะชุมชนของมนุษย์เป็นสิ่งที่แสดงถึงเอกลักษณ์พิเศษของชีวิตที่หลอมรวมชีวิตและจิตวิญญาณของแต่ละปัจเจกบุคคลเข้าด้วยกัน (One direct normative implication of human dignity is that every human being should be acknowledged as an inherently valuable member of the human community and as a unique expression of life, with an integrated bodily and spiritual nature.)

แนวคิดของ Catholic มุมมองทางสังคมต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แล้ว ความหมายของบุคคลแต่ละคนไม่ใช่เพียงเรื่องของปัจเจกบุคคล แต่ถือเป็นส่วนหนึ่งของสังคม ทั้งนี้เพราะจารีตประเพณีจะสะท้อน ให้เห็นการบูรณาการร่วมกันระหว่างชีวิตและวิญญาณ มนุษย์มีความสำคัญและมีคุณค่ามากยิ่งกว่าการกำหนดหลักการทางกายภาพว่าบุคคล แบ่งออกเป็น 2 ส่วน คือ ร่างกายและจิตใจเท่านั้น (In Catholic moral thought, because there is a social or communal dimension to human dignity itself, persons must be conceived of, not in overly-individualistic terms, but as being inherently connected to the rest of society. Because the tradition emphasizes the integral nature of our body and spirit, the human body takes on greater significance and value than in the prevailing dualistic conception of the person.)

สำหรับประเทศไทยนั้น ได้เข้าเป็นภาคีสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ (The United Nations) เมื่อวันที่ 14 ธันวาคม 1946[3] และย่อมต้องถือปฏิบัติตามธรรมนูญ (Bill) ที่บัญญัติเป็นตราสารให้ประเทศให้ภาคีสมาชิกต้องถือปฏิบัติตามข้อตกลง คือ กฎบัตรสหประชาชาติ (Charter of the United Nations) ซึ่งในส่วนอารัมภบท (Preamble) ได้บัญญัติถึงการที่องค์การสหประชาชาติได้กำหนด เงื่อนไขที่ยุติธรรมภายใต้ภาระหน้าที่ที่เกิดขึ้นจากสนธิสัญญาหรือกฎหมายระหว่างประเทศภาคีสมาชิกถือปฏิบัติ (To establish conditions under which justice and respect for the

---

[3] United Nations, **"List of Member States"**, In<UN Press Release ORG/1317 (26 September 2000)> updated 24 April 2003, archived at <http://www.un.org/internet/news/faq/archive/organizations.html>.

อ้างใน วิชช์ จีระแพทย์, สิทธิของคนเข้าเมืองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ได้สัญชาติไทย, วิทยานิพนธ์ระดับดุษฎีบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พ.ศ. 2549, น. 7-8.

obligations arising from treaties and other sources of international law can be maintained) และจัดหากลไกระหว่างประเทศ เพื่อส่งเสริมความก้าวหน้าทางเศรษฐกิจและสังคมของประชาชนทั้งหมด (to employ international machinery for the promotion of the economic and social advancement of all peoples) รวมทั้งกำหนดวัตถุประสงค์ไว้ในมาตรา 1 ในเรื่องสิทธิที่เท่าเทียมกัน (equal rights) สิทธิในการตัดสินใจด้วยตนเอง (Self Determination) และการปราศจากการแบ่งแยก เชื้อชาติ เพศ ภาษา ศาสนา (without distinction as to race, sex, language or religion) ซึ่งประเทศภาคีสมาชิกจะต้องยอมรับและปฏิบัติตามพันธะหน้าที่ที่ได้บัญญัติไว้ในกฎบัตรนี้ ตลอดจนคำวินิจฉัยขององค์กรต่างๆ (Membership in the United Nations is open to all other peace-loving states which accept the obligations contained in the present Charter and, in the judgement of the Organizations are able and willing to carry out these obligations.)

นอกจากกฎบัตรสหประชาชาติแล้ว ในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนยังมีตราสารระหว่างประเทศที่กำหนดให้ภาคีสมาชิกถือปฏิบัติ เช่น กติกาสากลระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International covenant on Civil and Political Rights 1966) และกติกาสากลระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights 1966) และประเทศไทยก็ได้ลงนามและภาคยานุวัติ (accession)[4] เพื่อเป็นภาคีสมาชิกในตราสารระหว่างประเทศต่างๆ หลายฉบับ และต่อมา

[4] ในทางปฏิบัติ ประเทศที่ไม่ได้ร่วมเจรจา หรือไม่ได้ร่วมลงนามยอมรับชั่วคราวในสนธิสัญญาพาหุภาคี อาจเข้าร่วมเป็นภาคีสนธิสัญญาภายหลังก็ได้ ตามทางปฏิบัติที่เป็นอยู่ ประเทศที่มิได้ร่วมลงนาม อาจเข้าร่วมเป็นภาคียอมรับข้อผูกพันใน สนธิสัญญาก่อนสนธิสัญญา

ประเทศไทยที่ถือหลักการของทฤษฎีทวินิยมที่ถือว่า ต้องมีกระบวนการแปลงรูปกฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาเป็นกฎหมายภายในก่อน ดังนั้นประเทศไทยซึ่งเป็นภาคีสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ และเป็นภาคีสมาชิกของตราสารระหว่างประเทศต่างๆ หลายฉบับรวมทั้งประเทศไทยเองก็นำตนเองเข้าผูกพัน เช่น การเข้าร่วมอุปถัมภ์ (Co-Sponsor) ของปฏิญญาบางฉบับ จึงต้องนำมาอนุวรรตน์แปลงรูปกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายภายในซึ่งจะกล่าวโดยย่อถึงหลักเกณฑ์การบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศต่อกฎหมายภายในของแต่ละประเทศเพื่อให้ชัดเจนยิ่งขึ้น[5]

เรื่องของการบังคับใช้กฎหมายระหว่างประเทศต่อกฎหมายภายในของแต่ละประเทศนั้น มีมูลเหตุการณ์มีผลบังคับใช้ของกฎหมายระหว่างประเทศ

ใช้บังคับก็ได้ การยอมรับพันธะตามสนธิสัญญาในลักษณะนี้เรียกว่า ภาคยานุวัติ อ้างใน วิชช์ จีระแพทย์, **สิทธิมนุษยชนตามกฎหมายระหว่างประเทศกับรัฐธรรมนูญไทย,** (มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีราชมงคลธัญบุรี, 2550), น. 47.

[5] สาขาวิชารัฐศาสตร์, มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, **กฎหมายระหว่างประเทศ** กับสงครามระหว่างประเทศ (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, 2546), น. 13, 21-25, น. 136-137.

สาระสำคัญของทฤษฎีเอกนิยม (Monism Doctrine) ถือว่า ระบบกฎหมายไม่ว่าจะเป็นกฎหมายภายในหรือกฎหมายระหว่างประเทศ มีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน เป็นกฎหมายระบบเดียวกัน ไม่ควรแยกจากกันเป็นกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ และกฎหมายระหว่างประเทศสามารถเข้ามามีผลเป็นกฎหมายภายในได้ โดยไม่จำเป็นต้องแปลงรูปกฎหมายระหว่างประเทศให้เป็นกฎหมายภายในก่อน

ผลบังคับใช้ของตราสารขององค์การสหประชาชาติ นั้น ตามหลักการทฤษฎีเอกนิยมถือว่า กฎหมายระหว่างประเทศสามารถเข้ามามีผลเป็นกฎหมายภายในได้ โดยไม่จำเป็นต้องแปลงรูปกฎหมายระหว่างประเทศให้เป็นกฎหมาย ภายในก่อน ซึ่งในกรณีเป็นประเทศภาคีสมาชิก ตราสารระหว่างประเทศนั้น ก็มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายภายในได้เลย โดยไม่ต้องดำเนินการใด ๆ อีก เช่น ประเทศฝรั่งเศส หรือ สหรัฐอเมริกา

ทฤษฎีทวินิยม (Dualism Doctrine) ถือว่า สาระสำคัญของกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายภายใน เป็นระบบกฎหมายที่มีความอิสระเท่าเทียมกัน แต่มีลักษณะแตกต่างกัน โดยบ่อเกิดของกฎหมายระหว่างประเทศ มาจากสนธิสัญญา และจารีตประเพณี

เหนืออำนาจอธิปไตยของแต่ละประเทศ ทั้งนี้เพราะในทัศนะของ ช็อง โบแดง (Jean Bodin, ค.ศ. 1530-1556) ตลอดจน โธมัส ฮอบส์ (Thomas Hobbes) นิกโกโล มาเกียเวลลี (Niccolo Machiavelli) และเบเนดิกต์ เดอ สปิโนซา (Benedict de Spinoza) ก็กล่าวอ้างว่า รัฐต้องมีอำนาจอธิปไตยเสมอ โดยแต่เดิมอำนาจนี้ตกเป็นของกษัตริย์เพียงผู้เดียว ซึ่งจากการที่โธมัส ฮอบส์ อธิบายว่ารัฐาธิปัตย์ มีอำนาจสมบูรณ์เด็ดขาด และยืนยันว่ากฎหมายบ้านเมืองคือ "คำสั่ง" ของรัฐาธิปัตย์ก็เท่ากับเป็นการกรุยทางและวางรากฐานทางความคิดให้แก่สำนักกฎหมายบ้านเมือง (Legal Positvism) ที่จะเติบโตขึ้นในเวลาต่อมาเป็นอย่างดี[6]

ตั้งแต่ปฏิวัติฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 จนถึงปัจจุบัน ก็เกิดอุดมการณ์ที่เรียกว่า "อุดมการณ์ชาตินิยม[7]" หมายถึง หลักเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยของชาติ อำนาจอธิปไตยได้เปลี่ยนแปลงเป็นของรัฐชาติเพื่อพลเมืองของชาติและเพื่อประโยชน์ของชาติ ซึ่งเมื่อเปรียบเทียบอำนาจอธิปไตยของรัฐกับกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ในเรื่องของอำนาจอธิปไตยที่ไม่มีอำนาจจากภายนอกอื่นใดมาบงการหรือบังคับบัญชาแก่กษัตริย์หรือรัฐได้ ความเชื่อดังกล่าวทำให้เกิดวิวัฒนาการของกฎหมายระหว่างประเทศ ให้อำนาจอธิปไตยกลายมาเป็นสิทธิในเอกราช สิทธิในการดำรงอยู่ สิทธิในความเท่าเทียมกันของรัฐ และการบังคับใช้ของกฎหมายระหว่างประเทศต่อกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ

โดยยึดถือความยินยอมของรัฐเป็นสำคัญ ส่วนกฎหมายภายในมีที่มาจากรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การทำให้กฎหมายระหว่างประเทศหรือพันธกรณีระหว่างประเทศ เข้ามามีผลผูกพันตามกฎหมายภายในนั้น จะต้องมีกระบวนการแปลงรูปกฎหมายระหว่างประเทศเข้ามาเป็นกฎหมายภายในเสียก่อน

[6] ปรีดี เกษมทรัพย์, **นิติปรัชญา** (Philosophy of Law), โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2531), น. 203.

[7] จุมพต สายสุนทร, **กฎหมายระหว่างประเทศ (Public International Law) เล่ม 1,** พิมพ์ครั้งที่ 2 (กรุงเทพฯ : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2543), น. 495-497.

ตามความสัมพันธ์ของกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายใน ตามทฤษฎีเอกนิยม (Monism Doctrine) และทฤษฎีทวินิยม (Dualism Doctrine) ความตกลงระหว่างประเทศไม่ว่าจะเป็นจารีตประเพณีระหว่างประเทศ สนธิสัญญาหรือหลักกฎหมายทั่วไปก็ตาม อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายระหว่างประเทศ ตามทฤษฎีทั้งสองดังกล่าวมาแล้ว

ผลของการเป็นภาคีสมาชิกขององค์การสหประชาชาติ และการเป็นภาคีสมาชิกของตราสารระหว่างประเทศต่างๆ และหลักการตามทฤษฎีทวินิยมที่ต้องแปลงรูปกฎหมายระหว่างประเทศเป็นกฎหมายภายใน ซึ่งมีรัฐธรรมนูญอันเป็นกฎหมายภายในที่มีศักดิ์ของกฎหมาย (Hierarchy control of Law) ในลำดับที่สูงที่สุด ได้เริ่มบัญญัติถึงเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้แก่ มาตรา 4, มาตรา 26 และมาตรา 28 และต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้แก่ มาตรา 4, มาตรา 26 และ มาตรา 28

กล่าวได้ว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นรากฐานของสิทธิและเสรีภาพทั้งปวงด้วย เพราะโดยสภาพพื้นฐานแล้ว สิทธิและเสรีภาพต่างๆ นั้น เป็นเพียงผลของการรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นคุณค่าที่มีลักษณะเฉพาะอันสืบเนื่องมาจากความเป็นมนุษย์และเป็นคุณค่าที่ผูกพันเฉพาะกับความเป็นมนุษย์เท่านั้น โดยไม่ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขอื่นใดทั้งสิ้น เช่น เชื้อชาติ ศาสนา เป็นต้น คุณค่าของความเป็นมนุษย์ดังกล่าวนี้มีอยู่ เพื่อให้มนุษย์มีความอิสระในการพัฒนาบุคลิกภาพ ส่วนบุคคลภายใต้ความรับผิดชอบของตนเองโดยอิสระ และถือว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นสิ่งสูงสุดที่มิอาจล่วงละเมิดได้[8]

---

[8] บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานของสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญชน, 2543), หน้า 35-36.

ในการใช้อำนาจปกครอง ฝ่ายปกครองจึงมีหน้าที่ที่สำคัญ (essential function) ในการค้นหาวิธีการ เพื่อควบคุมผู้อยู่ใต้ปกครอง (to seek to control the conduct) ซึ่งหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องมีการจำกัดอิสรภาพของปัจเจกบุคคล เมื่อการรบกวนเสรีภาพของปัจเจกบุคคลเป็นสิ่งจำเป็น ก็ต้องยอมรับว่า สิ่งที่รบกวนเสรีภาพของปัจเจกบุคคล ข้อโต้แย้ง หรือสิ่งต่อต้านเสรีภาพของปัจเจกบุคคล ต้องมีความเป็นธรรม (It follows that the arguments for and agairst liberalism will turn on assessing the extent to which such interference can be justified.)

ต้องยอมรับว่า โดยพื้นฐานแล้ว การพิจารณาข้อโต้แย้ง หรือสิ่งต่อต้านเสรีภาพของปัจเจกบุคคลนั้น เป็นสิ่งที่ขัดแย้งกับความเป็นส่วนตัว และจะกระทบความเป็นส่วนตัวมากหรือน้อยขึ้นอยู่กับการกำหนดข้อโต้แย้ง หรือสิ่งต่อต้านแต่ละประเภท ตามระดับของการกำหนดอย่างไรก็ตาม การกำหนดดังกล่าวต้องได้รับการตำหนิติเตียน

สิ่งสำคัญของความเป็นอิสรภาพโดยแท้นั้น คือ การกำหนดความสำคัญของเสรีภาพแต่ละประเภท ซึ่งเมื่อพิจารณาถึงข้อโต้แย้งหรือสิ่งต่อต้านแล้ว เสรีภาพยังต้องขึ้นอยู่กับสิ่งที่ขัดแย้งกับความเป็นส่วนตัว กล่าวคือ เสรีภาพเป็นสิ่งที่ต้องถูกบังคับด้วย (Liberalism is based on the self-contradictory proposition that freedom is compulsory.) ผู้ซึ่งมีสัญชาตญาณในเรื่องการบังคับบัญชา เห็นว่า จริยธรรมส่วนบุคคลเป็นเรื่องที่ต้องถูกบังคับ ในขณะที่ผู้ซึ่งมีสัญชาตญาณในเรื่องเสรีภาพ เห็นว่า อิสรภาพไม่ใช่เรื่องของการป้องกันปัจเจกบุคคลในการยอมรับอำนาจปกครอง แม้โดยสมัครใจก็ตาม เพราะการยอมรับอำนาจปกครองแต่ละประเภท จะทำให้มีการใช้อำนาจซึ่งไม่เหมาะสมกับเสรีภาพเท่าใดนัก เนื่องจากคุณค่าของอิสรภาพสูงกว่าการใช้อำนาจปกครอง ดังนั้น อิสรภาพจะปฏิเสธการบังคับใช้อำนาจสำหรับผู้ที่ไม่สมัครใจยอมรับ (Liberalism does reject the

imposition of authority on those who do not voluntarily accept it.) สิ่งที่เห็นได้ชัดที่สุดที่แสดงถึงการยอมรับความขัดแย้งระหว่างอำนาจปกครองกับอิสรภาพ คือ การปกป้องผลประโยชน์ของประชาชนโดยกฎหมาย (the protection of the legitimate interests of other people) รวมทั้งเรื่องของระบบการปกครองแบบพ่อปกครองลูก (paternalism) ซึ่งระบบการปกครองแบบพ่อปกครองลูก เป็นเรื่องของการกำหนดข้อจำกัด (a limitation) แต่ไม่ใช่ถึงขั้นปฏิเสธไม่ยอมรับ (a rejection) ดังเช่นเรื่องของอิสรภาพ ดังนั้น ความสมดุลของสิทธิเป็นเรื่องที่ละเอียดอ่อนอย่างยิ่งสำหรับรัฐบาล

ในทางทฤษฎีกฎหมาย การบังคับใช้จริยธรรมส่วนบุคคล มักเป็นเรื่องเกี่ยวกับกฎหมายอาญา และบางครั้งก็เกี่ยวกับกฎหมายแพ่ง ตัวอย่างคดีที่เป็นที่ครึกโครมในประเทศอังกฤษ คือ คดี Pearce v Brookes (1866) LR 1 Exch 213, โสเภณีได้ทำสัญญาเช่ารถที่ประดับประดาเพื่อใช้เกี่ยวกับการค้าบริการทางเพศ โจทก์กล่าวอ้างถึงการไม่ยอมรับให้สัญญานี้มีผลบังคับ โดยอ้างว่าการประดับประดารถให้จำเลย ตามสัญญาเช่ารถนั้น มีจุดประสงค์เพื่อให้จำเลยแสดงถึงการกระทำอันไม่ชอบด้วยศีลธรรม (The carriage had been furnished to the defendant for the purposes of enabling her to make a display favorable to her immoral purposes.) กรณีดังกล่าวเป็นหัวข้อที่ถกแถลงกันอย่างกว้างขวาง ในศตวรรษที่ 19 ซึ่งผู้มีบทบาทสำคัญ คือ John Stuart Mill และ Sir James Fitzjames Stephen และเป็นผลให้ขยายถึงพื้นฐานจริยธรรมในเรื่องอื่นๆ

การถกแถลงในศตวรรษที่ 19

ข้อคิดเห็นของ John Stuart Mill (1806 – 1879)

ในหนังสือ Essay on Liberty ซึ่งตีพิมพ์เมื่อปี ค.ศ.1859 ได้กล่าวถึง

ความสัมพันธ์ระหว่าง กฎหมายกับจริยธรรม ในหัวข้อ หลักความอันตราย หรือเงื่อนไขอันตราย (The Harm Principle or The Harm Condition) ซึ่งวางหลักไว้ว่า จุดประสงค์เดียวที่อำนาจสามารถบังคับใช้ในการต่อต้านหรือขัดแย้งกับเจตนาของสมาชิกของชุมชน คือ เพื่อป้องกันอันตรายที่จะเกิดแก่บุคคลอื่น ไม่ว่าทางกายภาพหรือทางจิตใจ ซึ่งความดีหรือเจตนาดีของชุมชนโดยลำพังไม่มีหลักประกันเพียงพอต่ออันตรายที่จะเกิดขึ้นดังกล่าว (The only purpose for which power can be rightfully exercised over any members of a civilized community, against his will, is to prevent harm to others. His own good, either physical or moral, is not a sufficient warrant.) ในกรณีเช่นนี้ สังคมจะถูกบังคับให้กระทำหรืองดเว้นการกระทำ ถ้าการกระทำที่ถูกบังคับดีกว่า มีความสุขกว่า และถูกต้อง กล่าวได้ว่าด้วยเหตุผลนี้ กฎหมายจึงต้องเข้ามาแทรกแซง เนื่องจากเจตนาดีของสังคมไม่เป็นหลักประกันที่เพียงพอ

ข้อคิดเห็นของ Sir James Fitzjames Stephen (1829 – 1894)

ในหนังสือ Liberty, Equality Fraternity ซึ่งตีพิมพ์เมื่อปี ค.ศ.1893 ได้โต้แย้งข้อคิดเห็นของ John Stuart Mill ว่า ในความเป็นจริงศีลธรรมและศาสนาต้องมีข้อบังคับ เพื่อวัตถุประสงค์ในการควบคุมพฤติกรรมของปัจเจกบุคคล และเชื่อมั่นว่ากฎหมายก็ต้องมีข้อบังคับ เพื่อวัตถุประสงค์เช่นเดียวกัน (Moral and religious obligations operate as real constraints on individual conduct, and that they cannot be convincingly distinguished from legal constraints.) ในทางทฤษฎีเป็นที่ยอมรับว่า บทบัญญัติทางอาญาที่เหมาะสม แม้เป็นกลไกที่มีข้อห้าม แต่ก็ยังไม่มีความสำคัญ เมื่อเทียบกับศีลธรรม และบทลงโทษทางศีลธรรม (Criminal legislation proper may be regarded as an engine of prohibition unimportant in comparison with morals and the forms

of morality sanctioned by theology.) จากข้อคิดเห็นนี้ จึงไม่เห็นด้วยกับ Mill โดยกล่าวว่า ตนไม่ได้กล่าวว่า ข้อคิดเห็นของ Mill เป็นความจริง แต่กล่าวว่า ไม่มีผู้ใดเป็นผู้ไม่มีศีลธรรม หรือประสงค์ร้าย โดยไม่มีการพิสูจน์ก่อน ตามความคิดเห็นของ Mill ควรจะเป็นการกล่าวเฉพาะในกรณีของคำตัดสินในศาลที่ถือหลักว่า ฉันพอใจในตัวฉันเอง และไม่ได้ทำร้ายผู้ใด (I pleased myself and hurt nobody else) ซึ่งไม่มีข้อสงสัยว่าต้องเป็นไปตามแนวคิดของ Mill แต่โดยทั่วไป หลักความอันตรายหรือเงื่อนไขอันตราย (The Harm Principle or The Harm Condition) เป็นเรื่องที่ไม่ชอบด้วยศีลธรรม พระเจ้าลงโทษผู้ใดก็เพื่อป้องกันผู้อื่น ดังนั้นตามแนวคิดนี้ การนำกฎหมายมาแทรกแซงจะเป็นทรราชย์ที่เหยียบย่ำเสรีภาพ (be a tyrant trampling on liberty)

Stephen ได้แสดงความเห็นต่อว่า เหตุใด Mill จึงถือเป็นเรื่องสำคัญในการแบ่งแยกอย่างเด็ดขาดระหว่างสังคมและการลงโทษทางกฎหมาย ซึ่งตนเห็นว่าไม่ต้องพิสูจน์และไม่ต้องพยายามพิสูจน์ แนวคิดของ Mill ควรจะได้รับการพิสูจน์ ถ้าเป็นความจริง แต่โดยความเป็นจริงแล้ว ไม่ต้องพิสูจน์เลย เพราะว่าเป็นสิ่งที่ไม่จริง (Why draw so strongly marked a line between social and legal penalties? Mr. Mill asserts the existence of the distinction.... Yet from one end of his essay to the other I find no proof and no attempt to give the proper and appropriate proof of it. His doctrine could have been proved if it had been true. It was not proved because it was not true.)

รายงานของ The Wolfenden Report

The Wolfenden Report เป็นเอกสารที่ตีพิมพ์เผยแพร่อย่างกว้างขวางในคริสตศตวรรษที่ 19 ในปี 1957 The Committee On Homosexual Offences and Prostitution คณะกรรมการพิจารณา

ความผิดเกี่ยวกับรักร่วมเพศและการค้าประเวณีได้ อภิปราย โดยมี Sir John Wolfenden เป็นประธาน ได้นำประเด็นเรื่องบทบัญญัติของกฎหมายเกี่ยวกับจริยธรรมมาพิจารณา

ตามรายงานของ The Wolfenden Report ได้กล่าวถึงหน้าที่ของกฎหมายอาญา (The function of the Criminal law) ว่า มีหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม ป้องกันพลเมืองไม่ให้ได้รับผลร้ายจากการกระทำผิดอาญา หรือจากการแสวงหาผลประโยชน์หรือการฉ้อราษฎร์บังหลวง โดยเฉพาะป้องกันผู้ที่อ่อนแอ เพราะเหตุเป็นผู้เยาว์ หรืออ่อนแอทางกายหรือจิตใจ หรือขาดประสบการณ์ (To preserve public order and decency, to protect the citizen from what is offensive or injurious and to provide sufficient safeguards against exploitation or corruption of others, particularly those who are specially vulnerable because they are young, weak in body or mind, or inexperienced.)

รายงานฉบับนี้สรุปว่า

การค้าประเวณีโดยตัวของมันเอง เป็นสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมาย ด้วยเหตุผล 2 ประการ ดังนี้

1. การค้าประเวณี โดยตัวของมันเอง ไม่ได้ทำอันตรายผู้ใด เว้นแต่อาจเป็นไปได้ในกรณีผู้ที่เกี่ยวข้องด้วย แต่อย่างไรก็ตาม การเป็นธุระจัดหาตามท้องถนน ควรจะเป็นความผิด เพราะประชาชนทั่วไปที่ดำเนินชีวิตตามปกติ เห็นว่า เป็นความผิด ยิ่งไปกว่านั้น อาจมีความผิดเกี่ยวข้องที่เกิดขึ้น เช่น การกักตัวโสเภณี (brothel-keeping) การอาศัยจากรายได้ที่ไม่ชอบด้วยศีลธรรม (immoral earnings) และการเป็นธุระจัดหา (Procuring) หรืออื่นๆ

2. การรักร่วมเพศ โดยส่วนตัว ไม่ถือเป็นความผิด ทั้งนี้สืบเนื่อง

มาจากการมีความสัมพันธ์ระหว่างหญิงต่อหญิง (lesbian conduct) ไม่เคยถือว่าเป็นความผิดเลย

การอภิปรายโดย Hart-Devlin

H. L. A. Hart ผู้เขียนหนังสือ Concept of Law ได้กล่าวถึงเรื่องนี้ และในปีต่อมา ได้ตีพิมพ์เป็นเรื่องเฉพาะในหนังสือกฎหมาย เสรีภาพ และจริยธรรม (Law, Liberty and Morallity) ส่วน Sir Patrick Devlin ผู้พิพากษาศาลสูง ได้กล่าวถึงเรื่องนี้ในคำบรรยายกฎหมาย ต่อมาได้ตีพิมพ์เป็นหนังสือในชื่อของ การบังคับใช้จริยธรรม (The Enforcement of Morals)

ประเด็นปัญหาที่ Devlin ตั้งเป็นคำถามในการอภิปราย สำหรับเรื่องของจริยธรรม มีดังนี้

1. ศีลธรรมทุกประเภท ต้องเป็นเครื่องตัดสินสังคมหรือไม่ (Is society entitled to pass judgement on all moral matters) หรือว่าเรื่องบางเรื่องเหมาะสมที่จะกำหนดให้อยู่ในขอบเขตของเรื่องส่วนบุคคล (Can some matters be properly reserved into the private sphere?)

2. ถ้าสังคมต้องถูกตัดสินโดยศีลธรรมเช่นนั้นแล้ว จำเป็นต้องนำกฎหมายมาเป็นมาตรการในการบังคับหรือไม่ (If society is entitled to pass judgement, is it also entitled to use the law as a means of enforcement?)

3. ถ้าคำตอบในคำถามที่ 2 เป็นคำตอบในเชิงยอมรับแล้ว กฎหมายต้องเป็นสิ่งบังคับทุกกรณี หรือไม่ หรือเฉพาะบางกรณี และบางกรณีนั้น จะมีเส้นแบ่งอย่างไรว่า กรณีใดต้องถูกบังคับโดยกฎหมาย และกรณีใดไม่ต้องถูกบังคับโดยกฎหมาย (If the second question receives an

affirmative answer, is society entitled to use the law in all cases, or only in some; and if only in some, how is the dividing line to be drawn?)

ทั้ง 3 คำถามนี้ Devlin ได้ตอบคำถามตามลำดับ ดังนี้

1. โครงสร้างของสังคมทุกสังคม ประกอบด้วย การเมืองและศีลธรรม (The Structure of every society is made up of politics and morals.) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง สังคมไม่ใช่สิ่งบางสิ่งที่รวมกันทางกายภาพเท่านั้น แต่เป็นการเกาะเกี่ยวกันด้วย สิ่งที่มองไม่เห็นในเรื่องความรู้สึกนึกคิดร่วมกัน และสิ่งที่เกาะเกี่ยวกันนี้ เป็นส่วนหนึ่งของคุณค่าราคาของสังคม และความเป็นมนุษยชาติที่คิดคำนวณเป็นคุณค่าราคาได้ ซึ่งสิ่งนี้เป็นสิ่งจำเป็นที่สังคมต้องให้ความสำคัญกับคุณค่าราคาดังกล่าว (Society is not something that is kept together physically; it is held by the invisible bonds of common thought. The bondage is part of the price of society; and mankind, which needs society, must pay its price.)

2. ความผิดฐานกบฏ โดยพื้นฐานแล้ว เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยศีลธรรมและข่มขู่ความคงอยู่ของสังคม (Immoral conduct to treason, on the basis that both threaten the continued existence of society.)

สำหรับการปราบปรามความชั่วร้ายแล้ว ต้องถือเป็นหน้าที่สำคัญของกฎหมายในการยุติการกระทำที่ชั่วร้ายซึ่งเป็นการกระทำความผิดของส่วนบุคคล ยิ่งกว่าการพิจารณาถึงขอบเขตของศีลธรรมส่วนบุคคล (The Suppression of vice is as much the law's business as the suppression of subversive activities, it is no more possible to define a sphere of private morality than it is to define a sphere of private subversive activity.) หมายความว่า เมื่อมีการกระทำความผิด

ที่ร้ายแรงคุกคามสังคมแล้ว ถือว่าเป็นหน้าที่สำคัญที่ต้องนำกฎหมายมาบังคับใช้ในการปราบปรามการกระทำดังกล่าวทันที มิใช่ต้องพิจารณาว่าหากปราบปรามแล้ว จะเป็นการละเมิดขอบเขตความเป็นส่วนบุคคล

3. ปัญหาคือการหาความสมดุล ระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ส่วนบุคคล (The problem is to balance public and private interests.) ซึ่งไม่มีกฎเด็ดขาดที่จะเป็นสูตรคำนวณว่าควรทำอย่างไร แต่อย่างไรก็ตาม หลักการพื้นฐานก็คือ การยอมรับเสรีภาพที่มากที่สุดของปัจเจกบุคคล สอดคล้องกับเกียรติภูมิของสังคม (The general principle is that there must be toleration of the maximum individual freedom that is consistent with the integrity of society.) Devlin ยอมรับว่าข้อจำกัดของการยอมรับจะเปลี่ยนแปลงตลอดเวลา แต่การยอมรับไม่ใช่การรับรองหรือการเห็นชอบด้วย (Tolerance is not the same thing as Approval) กล่าวได้ว่า การยอมรับเป็นการยอมในสิ่งที่ผิด (It is appropriate to speak of tolerating thing which are considered to be wrong.) การยอมรับจะสิ้นสุดลง เมื่อปรากฏว่ามีความตั้งใจปฏิบัติต่อสิ่งที่เป็นอันตรายต่อสังคม (A deliberate judgement that the practice is injurious to society.)

ยิ่งไปกว่านั้น ปัจเจกบุคคลที่ไม่ยอมรับความชอบธรรมของจริยธรรมส่วนรวม มักจะไม่ยอมรับความต้องการในการมีจริยธรรม (Individuals who do not accept the rightness of the common morality must nevertheless accept the need for that morality) ดังนั้น เมื่อเปรียบเทียบว่า การก่อการจลาจลเป็นเรื่องที่ต้องปราบปราม (Subversion) หรือเป็นเรื่องของความไม่ชอบด้วยจริยธรรม (immorality) แล้ว Devlin ได้ให้ความเห็นเป็นแง่คิดโดยยกตัวอย่างในเรื่องการก่อการจลาจลว่าการก่อการจลาจลจะเป็นสิ่งที่มีเหตุผล ถ้าคิดว่า เป็นการกระทำที่ถูกต้อง

แต่มันจะกลายเป็นสิ่งที่ไม่มีเหตุผล เมื่อคิดว่า สังคมจะปล่อยให้มีอิสระในการก่อการจลาจล (A rebel may be rational in thinking that is right but he is irrational if he thinks that society can leave him free to rebel.) หมายความว่า การใช้การก่อการจลาจลหรือกฎหมู่ เพื่อโต้แย้งต่อต้านการกระทำใดที่ตนไม่เห็นด้วย เป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง เพราะสังคมไม่ยอมให้ใช้วิธีการก่อการจลาจลเป็นเครื่องมือ เนื่องจากเป็นการกระทบต่อความสงบเรียบร้อยของสังคม ดังนั้น เหตุผลในการอ้างการก่อการจลาจลจึงฟังไม่ขึ้น

สิ่งที่เหมาะสมอย่างยิ่ง ก็คือ ความชอบด้วยกฎหมาย จะแทรกอยู่ระหว่างจริยธรรมของปัจเจกบุคคล ในเรื่องการไม่ยอมรับ (intolerance) ความขุ่นเคือง ไม่พอใจ (indignation) และความรังเกียจ (disgust) ซึ่งขึ้นอยู่กับความรู้สึกนึกคิดของบุคคลธรรมดาทั่วไป เขาเชื่อมั่นอย่างยิ่งว่า บุคคลธรรมดาทั่วไป สามารถแบ่งแยกการไม่ยอมรับ ไม่เห็นชอบด้วยบางสิ่งบางอย่าง และตั้งข้อรังเกียจสิ่งนั้น

ข้อคิดเห็นของ Hart

Hart ได้อภิปรายว่า โดยพื้นฐานแล้ว ในเรื่องของจริยธรรมนั้น โดยความเป็นจริง กฎหมายที่ใช้บังคับกับจริยธรรมของปัจเจกบุคคล ไม่สามารถแก้ไขปัญหาในสิ่งที่ควรจะเป็น ด้วยสาระสำคัญ 4 ประการ

1. ความแตกต่างระหว่างอันตรายที่เกิดกับบุคคล จากเจตนาของการกระทำต่อบุคคลอื่นโดยตรง กับอันตรายที่เกิดจากการกระทำของผู้กระทำที่ไม่ได้มีเจตนาจะทำอันตรายต่อผู้ใดแต่บุคคลอื่นได้รับผลจากการกระทำนั้น กรณีแรกเป็นเรื่องที่สังคมถือว่า อยู่ในขอบเขตของกฎหมายที่จะห้ามการกระทำนั้น สำหรับกรณีหลัง เป็นเรื่องส่วนตัวที่อยู่นอกขอบเขตของกฎหมายที่จะห้ามการกระทำนั้นได้ การตระหนักถึงเสรีภาพปัจเจกบุคคล

เป็นคุณค่าที่ต้องคำนึงถึง อย่างน้อยที่สุด การยอมรับหลักการว่า ปัจเจกบุคคลอาจกระทำในสิ่งที่เขาต้องการ แม้ว่า บุคคลอื่นจะได้รับอันตราย เมื่อได้รับผลจากสิ่งที่ปัจเจกบุคคลนั้นกระทำ เว้นแต่ว่า จะมีเหตุผลที่ชัดเจนเพียงพอในการห้ามการกระทำนั้น

2. จริยธรรมเป็นเครื่องผูกพันสังคมให้คงอยู่ การรักษาไว้ซึ่งความผูกพันของจริยธรรม เป็นสิ่งสำคัญในการรักษาสังคมให้คงอยู่ ประเด็นนี้จริยธรรมทุกประเภทจะโยงใยเกี่ยวข้องกัน ดังนั้น บุคคลใดที่เบี่ยงเบนออกจากจริยธรรมประเภทหนึ่ง ก็มักจะเบี่ยงเบนออกจากจริยธรรมประเภทอื่นด้วย ซึ่งมีผลกระทบและเป็นปฏิปักษ์ต่อสังคม อย่างไรก็ตาม สมมติฐานนี้ก็ยังไม่เป็นที่ยืนยัน

3. จริยธรรมของสังคมแปรเปลี่ยนไปตามกาลเวลา หมายความว่าสังคมหนึ่งต้องคงอยู่ต่อไป ในขณะที่อีกสังคมหนึ่งเกิดขึ้นใหม่ ดังนั้น ความเปลี่ยนแปลงของจริยธรรม ไม่ใช่เพื่อสังคมที่คงอยู่เท่านั้น แต่ต้องเพื่อสังคมที่พัฒนาต่อไปด้วย (not only with the preservation of a society but with its advance)

4. Hart ยอมรับว่า ระบบพ่อปกครองลูก (paternalism) ซึ่งหมายถึงกฎหมายเปรียบเสมือนพ่อปกครองประชาชนที่เปรียบเสมือนลูก ทำให้กฎหมายมีบทบาทในการจำกัดการกระทำของบุคคลที่เป็นอันตรายต่อผู้อื่น แต่ก็ไม่ได้ขยายความไปถึงการยอมรับว่ากฎหมายโดยตัวมันเองจะบังคับไปถึงจริยธรรมของปัจเจกบุคคล

การอภิปรายของ Dworkin's เกี่ยวกับการบูรณาการทางการเมือง (Dworkin's Argument on Political Integration)

หนังสือเรื่อง Liberal Community ซึ่งแสดงถึงความเกี่ยวพันระหว่างจริยธรรมของปัจเจกบุคคลและจริยธรรมของสังคมว่า จำเป็นต้องให้กฎหมาย

เข้ามาควบคุมกำกับ (the law entitled to be authoritarian in respect of individuals' conduct in matters) อีกทั้งถือว่า เป็นเรื่องถูกต้องและสำคัญ (right and important) ในการบูรณาการจริยธรรมของปัจเจกบุคคลและจริยธรรมของสังคมเข้าด้วยกัน สังคมการเมือง ประกอบด้วยชีวิตของส่วนรวม ซึ่งชีวิตของส่วนรวมที่ประสบความสำเร็จหรือล้มเหลว จะเป็นเครื่องแสดงถึงความเป็นอยู่ของสมาชิกในส่วนรวมว่า ดีหรือไม่ (Political communities have a communal life, and the success or failure of a community's communal life is part of what determines whether its members lives are good or bad) ชีวิตของส่วนรวม เป็นชีวิตที่แยกออกจากบุคคลแต่ละคนที่รวมตัวกันเป็นส่วนรวม แต่ยังมีรูปร่างเหมือนกัน เผชิญอุปสรรคขวากหนามเช่นเดียวกัน และขึ้นอยู่กับมาตรฐานความสำเร็จหรือล้มเหลวอย่างเดียวกัน (A communal life is the life of an outside person, and that it has the same shape, encounters the same and ethical watershades and dilemmas, and is subject to the same standards of success and failure, as the several lives of the citizens who make it up.)

ดังนั้น เพื่อป้องกันการเข้าใจผิด จึงควรให้ทราบถึงรูปแบบของการบูรณาการที่ควรจะเป็น (what the phenomenon of integration is supposed to be)

ชีวิตโดยร่วมกันของสังคมการเมืองประกอบด้วย การดำเนินการของราชการทางการเมือง : กฎหมาย การพิจารณาคดี การบังคับใช้กฎหมาย หน้าที่การบริหารจัดการของรัฐบาล (The collective life of a political community includes its official political acts : legislation, adjudication enforcement, and the other executive functions of government.) พลเมืองที่อยู่ร่วมกันเหล่านี้ จะให้คะแนนว่าสังคมการเมือง

ประสบความสำเร็จหรือล้มเหลว จากการดำเนินการทางการเมืองที่เป็นรูปแบบพิธี ซึ่งกระทบต่อชีวิตของเขาว่า มีการพัฒนาหรือล้มเหลว ในมุมมองด้านเสรีภาพ ไม่ต้องให้ความหมายเพิ่มเติมอีก รูปแบบการกระทำทั้งหมดของสังคมการเมืองจะสะท้อนให้เห็นถึงโครงสร้างทางการเมือง ซึ่งพลเมืองจะเข้าใจถึงการกระทำโดยร่วมกันตามโครงสร้างที่กำหนดไว้ (Citizens are understood to act together, as a collective, only in that structured way.)

Dworkin ชี้ให้เห็นว่า ในเรื่องของเสรีภาพแล้ว คุณภาพของชีวิตขึ้นอยู่กับชุมชนที่บุคคลเหล่านั้นอยู่รวมกัน (For liberals the quality of life depends on the nature of the community into which they are integrated.) การหลอมรวมให้จริยธรรมทางการเมือง โดยถือเสมือนเป็นเรื่องประโยชน์ส่วนตัว เป็นสิ่งสำคัญที่ทำให้พลเมืองมีความเท่าเทียมกัน และเป็นแนวทางสำคัญที่พลเมืองจะควบรวมประโยชน์ส่วนตัว บุคลิกภาพของตน ให้เป็นสังคมการเมืองพลเมืองที่บูรณาการแล้วยอมรับว่า คุณค่าในชีวิตของพวกเขาขึ้นอยู่กับความสำเร็จของชุมชน ที่ปฏิบัติต่อทุกคนอย่างเท่าเทียมกัน (An integrated citizen accepts that the value of his own life depends on the success of his community as treating everyone with equal concern.)

แนวทางปฏิบัติบางประการของกฎหมายต่อสังคม

จากความคิดเห็นทางวิชาการที่กล่าวมา จึงนำมาสู่แนวทางปฏิบัติถึงหน้าที่ของกฎหมายเพื่อรองรับกับความคิดเห็นทางวิชาการ หน้าที่ของกฎหมายต่อสังคม มีดังนี้

1. รักษาโครงสร้างของสังคมให้คงอยู่ (Preserving the fabric of society)

2. รักษาเกียรติศักดิ์ของส่วนรวมให้คงอยู่ (Preserving public decency)

3. ระบบพ่อปกครองลูก (Paternalism) เพื่อให้กฎหมายเปรียบเสมือนอยู่ในฐานะพ่อปกครองบังคับใช้กับประชาชนในฐานะลูก

จากแนวคิด การถกแถลงดังกล่าวมาแล้ว จึงนำมาสู่ภาคปฏิบัติที่เป็นรูปธรรมให้เห็นถึงความรับผิดที่เกิดขึ้น ระหว่างการกระทำผิดทางศีลธรรมและการกระทำผิดทางกฎหมาย ทั้งทางอาญา และทางแพ่ง

เปรียบเทียบความรับผิดทางศีลธรรม และความรับผิดทางกฎหมาย[9]

ความหมายของศีลธรรมและกฎหมาย

ศีลธรรมหรือ La morale คืออะไรนั้น ถ้าจะอธิบายแล้ว เข้าใจว่าเป็นของยากยิ่งและเกินขอบเขต ทั้งนอกความรู้ทางนิติศาสตร์ด้วย แต่เมื่อพิจารณาเฉพาะกรณีนี้ ศีลธรรม คือ หลักความประพฤติที่ชอบของมนุษย์ ซึ่งผู้ใดปฏิบัติตามแล้ว ได้ชื่อว่า เป็นมนุษย์ที่ดี ศีลธรรมนี้มีนักนิติศาสตร์หลายท่านเข้าใจว่าเป็นของที่ไม่มีผู้ใดสามารถค้นคว้าจับหลักเกณฑ์ขึ้นมากล่าวแน่นอนได้ เพราะศีลธรรม หมายถึง ธรรมะ (Ethique) ซึ่งติดอยู่ในสัญชาตญาณของมนุษย์ว่าการกระทำใดดีหรือไม่ดี แต่ในตอนปฏิบัติ ความรู้ของมนุษย์ย่อมแตกต่างกันแล้วแต่สมัย เช่น ในสมัยป่าเถื่อน เห็นว่าบุคคลที่ชราแล้ว ควรจะไม่มีชีวิตอยู่ต่อไปเพราะจะทรมานลำบาก มนุษย์สมัยนั้นจึงได้ฆ่าบิดาของตน ดังนี้ เป็นต้น อย่างไรก็ดี สมาคมมนุษย์หรือชุมชนก็อยาก

---

[9] จิ๊ด เศรษฐบุตร, ศาสตราจารย์, ดร., **หลักกฎหมายแพ่งลักษณะละเมิด,** โครงการตำราคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (2518), น. 2-3.

ให้มนุษย์ประพฤติแต่ในสิ่งที่ดีงาม เมื่อศีลธรรมอันใด มนุษย์ส่วนมากรับรองนิยมนับถือ ด้วยเห็นว่า เป็นหลักศีลธรรมที่ชัดเจนแน่นอนที่สุดแล้ว ก็บัญญัติเป็นกฎหมายขึ้น ที่กล่าวไว้นี้ จะทำให้เห็นได้ว่า ศีลธรรมและกฎหมายเกี่ยวพันกัน อย่าเข้าใจว่า ศีลธรรม และกฎหมายมีแดนเขตที่ใช้ (domaine) ต่างหากจากกัน แท้จริงกฎหมายนั้นก็อยู่ในแดนเขตของศีลธรรมนั่นเอง กล่าวอีกนัยหนึ่ง ศีลธรรมเป็นบ่อเกิดแห่งกฎหมาย เป็นเข็มนำทางให้แก่กฎหมาย การร่างกฎหมายก็ดี หรือการตีความในตัวบทกฎหมายก็ดี ผู้ร่างและศาลย่อมจะต้องนำหลักศีลธรรมมาพิจารณาเทียบเคียงประกอบด้วยอยู่เสมอ

แนวแบ่งแยกความรับผิดทางศีลธรรมและความรับผิดทางกฎหมาย

ความรับผิดทางศีลธรรมและความรับผิดทางกฎหมายนั้น มีข้อแตกต่างกันดังนี้

1. ข้อแตกต่างระหว่างความรับผิดทางศีลธรรม และความรับผิดทางกฎหมายในเรื่องการบังคับ ผู้ใดขัดขืนศีลธรรม อันก่อให้เกิดความรับผิดทางศีลธรรมนั้น จะได้รับผลแห่งการขัดขืน คือถูกมนุษย์อื่นๆ ติเตียน และหากตนเองก็รู้สึกผิดด้วย ตนก็จะรู้สึกเศร้าใจในตัวของตัวเองอีก และถ้าหากว่าเป็นการขัดขืนต่อกฎหมาย ซึ่งสมาคมมนุษย์ตั้งบังคับไว้ ผลแห่งความรับผิดจะรุนแรงกว่านั้นมาก ถ้าเป็นกฎหมายอาญา คือ ความรับผิดทางอาญา ผู้ขัดขืนอาจถูกลงโทษถึงประหารชีวิต หรือจำคุก หรือปรับ ฯลฯ ถ้าเป็นกฎหมายชนิดอื่น คือ ความรับผิดทางแพ่ง เขาจะถูกบังคับให้ใช้ค่าสินไหมทดแทนความเสียหายอันเกิดขึ้นจากการขัดขืนกฎหมายนั้นๆ

2. ข้อแตกต่างอันสำคัญอีกข้อหนึ่ง คือ ศีลธรรมเกิดขึ้นจากความรู้สึกในใจของมนุษย์ ฉะนั้นแม้แต่เพียงนึกว่า จะกระทำการขัดขืนศีลธรรมโดยไม่ได้แสดงออกแต่อย่างไร ก็เรียกได้ว่า มีความผิดทางศีลธรรมแล้ว แต่

กฎหมายนั้น มีหลักเกณฑ์ว่า ต้องมีความเสียหายแก่ผู้อื่นเกิดขึ้นด้วย หากไม่มีความเสียหายแล้ว จะไม่มีความรับผิดทางกฎหมายเป็นอันขาด ตามตำราได้แยกความเสียหายออกเป็น 2 ประเภท คือ ความเสียหายแก่ชุมชนหรือสมาคมมนุษย์ (dommage social) กับความเสียหายแก่เอกชน (dommage particulier) ความรับผิดต่อกฎหมายใด จะต้องมีความเสียหายประเภทใดนั้น แบ่งความรับผิดทางกฎหมายออกเป็น 2 ชนิด คือ ความรับผิดทางอาญาและความรับผิดทางแพ่ง

เปรียบเทียบความรับผิดทางอาญา และความรับผิดทางแพ่ง

แนวแบ่งแยกระหว่างความรับผิดทางอาญา และความรับผิดทางแพ่ง

กฎหมายที่ทำให้เกิดความรับผิดขึ้นได้นั้น มีสองประเภท คือ กฎหมายอาญาและกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา เป็นกฎหมายมหาชน มีวัตถุประสงค์คุ้มครองป้องกันความปลอดภัยของสมาคมมนุษย์ ส่วนกฎหมายแพ่ง เป็นกฎหมายเอกชน มีวัตถุประสงค์คุ้มครองป้องกันสิทธิของเอกชนซึ่งมีต่อกัน กฎหมายอาญาและกฎหมายแพ่งจึงมีวัตถุประสงค์แตกต่างกัน และเป็นเหตุให้เห็นความแตกต่างระหว่างความรับผิดทางอาญาและความรับผิดทางแพ่งด้วย ดังนี้

ก. ความรับผิดทางอาญา ต้องมีความเสียหายแก่สมาคมมนุษย์ ส่วนความรับผิดทางแพ่งต้องมีความเสียหายแก่เอกชน

ข. จะมีความรับผิดทางอาญาได้ ก็ต้องมีความเสียหายแก่สมาคมมนุษย์ ส่วนความรับผิดทางแพ่ง ก็ต้องมีความเสียหายแก่เอกชน

สำหรับความรับผิดทางแพ่ง โดยเฉพาะความรับผิดทางละเมิดนั้นต้องมีความเสียหายแก่เอกชนเป็นประเด็นสำคัญอย่างยิ่ง หากฟ้องเรื่อง

ความรับผิดทางละเมิด แต่ไม่ปรากฏว่ามีความเสียหายแก่โจทก์แล้ว ศาลฝรั่งเศสจะยกฟ้องทันที สำหรับความรับผิดทางอาญานั้น การวินิจฉัยว่าการกระทำใดมีความเสียหายแก่ชุมชนหรือไม่ อยู่แก่ผู้ร่างกฎหมาย (lelegislateur) ขณะร่างกฎหมายอาญา ผู้ร่างกฎหมายต้องตรึกตรองแล้วว่า ที่จะห้ามนั้น ห้ามเพื่อความปลอดภัยของสมาคมมนุษย์จริง การกระทำที่จะห้ามทำความเสียหายแก่ชุมชนจริง จึงได้บัญญัติเป็นอาญาขึ้น

แต่มีเหตุที่ทำให้ความรับผิดทางอาญาและความรับผิดทางแพ่งเกี่ยวพันขึ้นมาในคดีเดียวกันได้[10] ทั้งนี้ ก็เพราะการกระทำของมนุษย์อันเป็นการขัดขืนต่อกฎหมาย อาจจะเข้าหลักเกณฑ์ ความผิดทางอาญาและทางแพ่ง คือ ทำความเสียหายแก่ชุมชนทั้งทำความเสียหายแก่เอกชนด้วย เช่นนี้ ย่อมทำให้ปัญหาเรื่องความรับผิดทางอาญาและความรับผิดทางแพ่งเกิดขึ้นในเรื่องเดียวกันได้ ตามปกติการกระทำความผิดทางอาญา มักทำให้เกิดความผิดทางแพ่งด้วย เช่นความผิดทางอาญาฐานลักทรัพย์ ฐานทำร้ายร่างกาย และอื่นๆ ซึ่งทำให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนเหล่านี้ ย่อมทำให้ผู้ผิดมีความรับผิดทางแพ่งด้วย จะหาความผิดทางอาญาซึ่งไม่มีความผิดทางแพ่งเกี่ยวพันด้วยนั้น น้อยรายนัก ที่หาตัวอย่างได้คือความผิดฐานพยายามกระทำผิด ความผิดฐานสมคบกันเป็นอั้งยี่เป็นซ่องโจรผู้ร้าย ฯลฯ ซึ่งการกระทำนั้นยังไม่เกิดมีความเสียหายแก่เอกชน

ส่วนการกระทำความผิดทางแพ่งนั้น โดยมากจะมีความรับผิดทางแพ่งล้วนๆ โดยไม่เป็นความรับผิดทางอาญาปนอยู่ด้วย ทั้งนี้ เพราะหลักเกณฑ์ความรับผิดทางแพ่งเกิดขึ้นง่ายกว่า หลักเกณฑ์ความรับผิดทางอาญา ปัญหาว่าเจตนาหรือไม่ ไม่สำคัญแต่อย่างใด

---

[10] เพิ่งอ้าง, น. 9.

จะเห็นได้ว่า เป็นเรื่องละเอียดอ่อน สลับซับซ้อนอย่างยิ่งที่ กฎหมายตามหลักนิติธรรม ต้องเข้ามาควบคุม แทรกแซง จริยธรรมส่วนบุคคล ตามระดับ (degree) ของการกระทำของบุคคลในจุดที่สมดุล ระหว่างจริยธรรมส่วนบุคคลกับความสงบเรียบร้อยของสังคม และในสังคมที่สลับซับซ้อนยิ่งขึ้นเช่นนี้ จำเป็นที่จะต้องมีความชัดเจนเป็นรูปธรรมในการบัญญัติ เป็นประมวลจริยธรรม ตามแต่ละหลักวิชาชีพ ซึ่งประชาชนในฐานะสมาชิกจำต้องยอมรับ เคารพในกฎกติกา เพื่อความสงบเรียบร้อยของสังคมส่วนรวม

ยิ่งไปกว่านั้น การจะอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้นั้น ต้องคำนึงถึงหน้าที่ตามจริยธรรมส่วนบุคคลของปัจเจกบุคคลด้วย ในขณะเดียวกันการจะอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ซึ่งถือว่าเป็นสิทธิที่ติดตัวมาตั้งแต่เกิด จะต้องตระหนักถึงจริยธรรมส่วนบุคคล ซึ่งเปรียบเสมือนหน้าที่ที่ต้องมีต่อตนเอง ในฐานะสมาชิกของสังคม และหน้าที่ที่ต้องมีต่อสังคมโดยรวม ดังนั้น เมื่อใดก็ตามที่มนุษย์ขาดจริยธรรมส่วนบุคคลแล้ว คุณค่าและความสงบเรียบร้อยของสังคมก็จะได้รับผลกระทบ แล้วจะอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในฐานะเป็นสิทธิได้อย่างไร

นอกจากนี้ การออกกฎหมายตามหลักนิติธรรมมาควบคุมจริยธรรมส่วนบุคคลตามแต่ละหลักวิชาชีพ เพื่อปกป้องสังคมแล้ว ยังต้องเสริมสร้างสังคมโดยรวม ให้เข้มแข็งยิ่งขึ้น สังคมโดยรวมแต่ละระดับ ตั้งแต่ระดับเล็กที่สุด ในด้านส่วนตัว คือครอบครัว ในด้านส่วนรวม คือชุมชนขึ้นไปจนถึงระดับประเทศ และอาจจะขยายไปถึงสังคมโลก

การเสริมสร้างสังคมระดับประเทศไทยให้เข้มแข็งนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จึงต้องบัญญัติถึงหน้าที่ของชนชาวไทย เพื่อบ่มเพาะจริยธรรมส่วนบุคคลให้มีหน้าที่ต่อสังคมในกรอบ ที่ไม่กระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ โดยบัญญัติเฉพาะหน้าที่สำคัญที่มีต่อประเทศ อำนาจอธิปไตย เอกราชของประเทศ ความเป็นปึกแผ่น การคุ้มครองสิทธิของประชาชน โดย

บังคับให้ประชาชน มีหน้าที่ต้องไปใช้สิทธิเลือกตั้ง หรือหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐที่มีต่อประชาชน ในฐานะผู้ใต้ปกครองตามหลักสัญญาประชาคม ซึ่งเห็นได้ว่ากฎหมายตามหลักนิติธรรมจะไม่เข้าไปควบคุม แทรกแซงในขอบเขตของจริยธรรมส่วนบุคคลโดยไม่จำเป็น อีกทั้งได้ยอมรับถึงจริยธรรม ส่วนบุคคลด้านต่าง ๆ รวมทั้งเรื่องของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วย

หน้าที่หลักที่กฎหมายตามหลักนิติธรรมต้องควบคุม แทรกแซงดังกล่าว ได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 70 บุคคลมีหน้าที่พิทักษ์รักษาไว้ซึ่งชาติ ศาสนา พระมหากษัตริย์ และการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญนี้

ข้อวิเคราะห์ การบัญญัติมาตรานี้ เพื่อบังคับจริยธรรมส่วนบุคคลให้มีหน้าที่ธำรงไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตยและเอกราชของประเทศ ตลอดจนพระมหากษัตริย์อันเป็นศูนย์รวมจิตใจของประชาชนไทย

มาตรา 71 บุคคลมีหน้าที่ป้องกันประเทศ รักษาผลประโยชน์ของชาติ และปฏิบัติตามกฎหมาย

ข้อวิเคราะห์ การบัญญัติมาตรานี้ เพื่อบังคับจริยธรรมส่วนบุคคลให้มีหน้าที่ธำรงไว้ซึ่งเอกราชของประเทศ ยึดถือประโยชน์ส่วนรวมเป็นหลักมากกว่าประโยชน์ส่วนตัว และการปฏิบัติตามกฎหมาย เพื่อความสงบเรียบร้อยของสังคม

มาตรา 72 บุคคลมีหน้าที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้ง

บุคคลซึ่งไปใช้สิทธิหรือไม่ไปใช้สิทธิ โดยไม่แจ้งเหตุอันสมควร ที่ทำให้ไม่อาจไปใช้สิทธิได้ ย่อมได้รับสิทธิหรือเสียสิทธิตามที่กฎหมายบัญญัติ

การแจ้งเหตุที่ทำให้ไม่อาจไปเลือกตั้ง และการอำนวยความสะดวกใน

การไปเลือกตั้ง ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

ข้อวิเคราะห์ การบัญญัติมาตรานี้ เพื่อบังคับจริยธรรมส่วนบุคคลให้มีหน้าที่ในการไปใช้สิทธิเลือกตั้งเพื่อให้ประชาชนรักษาสิทธิ ในการคัดเลือกมอบหมายให้บุคคลอื่นเป็นผู้แทนในการใช้สิทธิใช้เสียงแทนตน ในการบริหารราชการแผ่นดิน เพื่อการมีส่วนร่วมในการปกครอง

อนึ่ง การใช้สิทธิเลือกตั้งเพื่อให้การเมืองภาคประชาชนเป็นไปด้วยถูกต้อง บริสุทธิ์ ยุติธรรม จะต้องเลือกผู้แทนประชาชนที่เป็นคนดี ไม่ยอมให้มีการซื้อสิทธิขายเสียงหรือเรียกรับผลประโยชน์ตอบแทนไม่ว่ากรณีใดๆ

มาตรา 73 บุคคลมีหน้าที่รับราชการทหาร ช่วยเหลือในการป้องกันและบรรเทาภัยพิบัติสาธารณะ เสียภาษีอากร ช่วยเหลือราชการ รับการศึกษาอบรม พิทักษ์ ปกป้อง และสืบสานศิลปวัฒนธรรมของชาติและภูมิปัญญาท้องถิ่น และอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

ข้อวิเคราะห์ การบัญญัติมาตรานี้ เพื่อบังคับจริยธรรมส่วนบุคคลให้มีหน้าที่ในการป้องกันอธิปไตยของประเทศ มีหน้าที่รักษาผลประโยชน์ส่วนรวม คุ้มครองรักษาคุณค่าจิตวิญญาณร่วมกัน อันเป็นเครื่องยึดเหนี่ยวสังคมให้ตระหนักถึงคุณค่าของสังคม

มาตรา 74 บุคคลผู้เป็นข้าราชการ พนักงาน ลูกจ้างของหน่วยงานราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ มีหน้าที่ดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมาย เพื่อรักษาประโยชน์ส่วนรวม อำนวยความสะดวก และให้บริการแก่ประชาชนตามหลักธรรมาภิบาลของการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี

ในการปฏิบัติหน้าที่และในการปฏิบัติการอื่นที่เกี่ยวข้องกับประชาชน บุคคลตามวรรคหนึ่ง ต้องวางตนเป็นกลางทางการเมือง

ในกรณีที่บุคคลตามวรรคหนึ่งละเลยหรือไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามหน้าที่ตามวรรคหนึ่งหรือวรรคสอง บุคคลผู้มีส่วนได้เสียย่อมมีสิทธิขอให้บุคคลตามวรรคหนึ่งหรือผู้บังคับบัญชาของบุคคลดังกล่าว ชี้แจง แสดงเหตุผล และขอให้ดำเนินการให้เป็นไปตามบทบัญญัติในวรรคหนึ่งหรือวรรคสองได้

ข้อวิเคราะห์ การบัญญัติมาตรานี้ เพื่อบังคับจริยธรรมส่วนบุคคลของประชาชนผู้อยู่ในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือผู้ปกครอง ผู้บังคับใช้กฎหมาย จะต้องคำนึงถึงประโยชน์ส่วนรวม มีความเป็นธรรม ให้หลักนิติธรรมต้องควบคุมจริยธรรมส่วนบุคคล ไม่ให้มีการใช้อำนาจที่เกินเลยหรือไม่ชอบ โดยได้กำหนดให้มีการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐไว้ด้วย

บทความนี้ จึงแสดงว่า สังคม จริยธรรมส่วนบุคคล ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เชื่อมโยง ถักทอเกาะเกี่ยวไว้ด้วยกัน ด้วยเหตุผล ปัจจัยต่างๆ ดังกล่าวมาแล้ว โดยต้องอาศัยหลักนิติธรรมเป็นกาวหรือตะปูที่เหมาะสมเกาะเกี่ยวยึดโยงให้เป็นโครงรูป ควบคุมให้สังคมที่เป็นโครงรูปทั้งหมด ให้มีความเป็นระเบียบเรียบร้อย โดยเส้นใยถักทอแต่ละเส้นก็ต้องแข็งแรง สวยงาม เป็นระเบียบเรียบร้อยเช่นเดียวกัน

รัฐบัญญัติเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ ค.ศ. 1998[1] (International Religious Freedom Act of 1998)

*วรรณา สุพรรณธะริดา**

1. ความนำ

รัฐสภาของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ตรารัฐบัญญัติเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ ค.ศ. 1998 ขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้อง คุ้มครอง และส่งเสริมให้เกิดเสรีภาพทางศาสนา (Freedom of Religion) ในนานาประเทศตามที่แต่ละประเทศได้ลงนามแสดงเจตจำนงผูกผันตามข้อตกลงระหว่างประเทศหลายฉบับโดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการให้สิทธิในเสรีภาพทางศาสนา อาทิ **ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The Universal Declaration of Human Rights) หรือ กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิของพลเมืองและสิทธิทางการเมือง** (The International Covenant on Civil and Political Rights) โดยประเทศสหรัฐอเมริกาได้จัดให้การคุ้มครองและส่งเสริมเสรีภาพ ทางศาสนาเป็นเป้าหมายสำคัญของนโยบายระหว่างประเทศของประเทศสหรัฐอเมริกาประการหนึ่ง

รัฐบัญญัติเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศฯ กำหนดให้ประธานาธิบดีมีหน้าที่ดำเนินการตามขั้นตอนและมาตรการที่กำหนดเมื่อเกิดการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาในประเทศใดประเทศหนึ่ง หรือตามมาตรการอื่นใดที่ประธานาธิบดีเห็นเหมาะสมกับสภาพปัญหาและการแก้ไขปัญหาการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาในแต่ละประเทศ และกำหนดให้ประธานาธิบดี

---

[1] ข้อมูลจาก http://www.state.gov

* เจ้าหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญ ๕ กลุ่มงานคดี ๗

หรือหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องดำเนินการใดๆ ต่อประเทศที่ไม่พบปัญหาหรือได้พยายามแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาภายในประเทศของตน เพื่อเป็นการส่งเสริมและสนับสนุนให้เกิดเสรีภาพทางศาสนาและความเข้าใจอันดีในสิทธิในเสรีภาพทางศาสนาของบุคคลได้ด้วย พร้อมกันนี้ ยังกำหนดให้หน่วยงานของรัฐบางแห่งมีหน้าที่จัดทำรายงานประจำปีเกี่ยวกับเสรีภาพทางศาสนาของนานาประเทศขึ้นเป็นรายประเทศ เพื่อประโยชน์ในการกำหนดนโยบายของรัฐ รายงานสภาพ ปัญหา และการแก้ไขปัญหาการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาให้รัฐสภาทราบ และเผยแพร่ให้ผู้สนใจได้ทราบด้วย

รัฐบัญญัติเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ ค.ศ. 1998 มีความน่าสนใจที่จะได้ศึกษาในรายละเอียดเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากประเทศสหรัฐอเมริกามักถูกยกเป็นแม่แบบการปกครองประเทศที่แยกเรื่องศาสนาออกจากรัฐ กล่าวคือ ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นประเทศแรกที่ยกเลิกการมีศาสนาประจำชาติ หรือประจำมลรัฐ[2] และกำหนดให้รัฐไม่เข้าเกี่ยวข้องกับเรื่องศาสนา และศาสนาไม่เข้าเกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของรัฐ **(Separation of church and state)**[3] หรือที่เรียกว่า **"รัฐฆราวาส" (Secular State)** แต่ประเทศสหรัฐอเมริกาในฐานะเป็นประเทศมหาอำนาจของโลกกับมีความสนใจที่จะมีมาตรการดำเนินการในเรื่องเสรีภาพทางศาสนาอย่างชัดเจนจริงจัง เพื่อส่งเสริมให้เกิดความสงบสุขและความเข้าใจอันดีระหว่างศาสนิกชนทั่วโลกตามที่ได้มีการตกลงไว้ตามพันธกรณีระหว่างประเทศหลายฉบับในเรื่องสิทธิในเสรีภาพทางศาสนา

---

[2] Religion in the United States, http://en.wikipedia.org (15 กุมภาพันธ์ 2553)

[3] History of Religion in the United States, http://en.wikidia.org (15 กุมภาพันธ์ 2553)

ปัญหาเรื่องการนับถือศาสนาและเสรีภาพในทางศาสนา ถือเป็นบ่อเกิดของความขัดแย้งที่สำคัญที่สุดประการหนึ่งของมนุษย์เช่นเดียวกับปัญหาความขัดแย้งเรื่องเชื้อชาติ ชาติพันธุ์และสีผิว ซึ่งปรากฏตามประวัติศาสตร์ว่าความขัดแย้งทางศาสนาได้นำไปสู่การต่อสู้กันอย่างยาวนานของมนุษย์ มีความรุนแรงถึงขั้นเสียเลือดเนื้อและชีวิตของมนุษย์เป็นจำนวนมาก อาทิ **สงครามครูเสด** เกิดขึ้นตั้งแต่ ค.ศ. 1095-1291 เป็นสงครามที่ต่อสู้กันระหว่างผู้นับถือคริสต์และมุสลิม **สงครามสามสิบปี** เกิดขึ้นตั้งแต่ ค.ศ. 1618-1648 เป็นสงครามที่ต่อสู้กันระหว่างผู้นับถือศาสนาคริสต์นิกายต่างๆ ในทวีปยุโรป[4] รวมถึง ในเหตุการณ์ร่วมสมัย เมื่อ ปี ค.ศ. 2001 กรณีผู้ก่อการร้ายจี้บังคับเครื่องบินพาณิชย์หลายลำบินเข้าชนอาคารหลายแห่งในประเทศสหรัฐอเมริกาทำให้บุคคลหลากหลายเชื้อชาติซึ่งทำงานและอาศัยอยู่ในอาคารดังกล่าวเสียชีวิตจำนวนมาก ซึ่งมีรายงานว่าสาเหตุประการหนึ่งของการกระทำดังกล่าวของผู้ก่อการร้ายเกิดมาจากความขัดแย้งและความกดดันเนื่องมาจากเรื่องความเข้าใจระหว่างศาสนา[5]

ดังนั้น การที่จะลดปัญหาความขัดแย้งในเรื่องศาสนาลงได้ ความรู้ความเข้าใจอันดีในเรื่องสิทธิในเสรีภาพทางศาสนาอย่างรอบด้านจึงมีความจำเป็นเป็นอย่างยิ่ง บทความนี้เขียนขึ้นเพื่อศึกษารัฐบัญญัติเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ ค.ศ. 1998 ของประเทศสหรัฐอเมริกา เพื่อให้เข้าใจถึงวัตถุประสงค์ ความเป็นมา ขั้นตอน และมาตรการสำคัญตามที่รัฐบัญญัติดังกล่าวกำหนด รวมถึงมุมมองในสภาพปัญหา และแนวทางการแก้ไขปัญหาเกี่ยวกับการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาของประเทศสหรัฐอเมริกาต่อนานาประเทศ

[4] แพทริเซีย เอส. แดเนียล์ และสตีเวน จี. ไฮสลอป เขียน คุณากร วาณิชย์วิรุฬห์ แปล, พลิกประวัติศาสตร์โลก, **National Geographic**, หน้า 104

[5] Introduction, International Religious Freedom Report 2002, http://www.state.gov (15 กุมภาพันธ์ 2553)

2. บททั่วไป

แต่เดิมการปกครองในประเทศแถบตะวันตก ศาสนาและรัฐมีความใกล้ชิดเกี่ยวพันกันอย่างมาก การสถาปนากษัตริย์ในแต่ละประเทศต้องได้รับการแต่งตั้งจากผู้นำสูงสุดทางศาสนาคริสต์ และหากฝ่ายอาณาจักรมิได้ดำเนินการให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของพระผู้เป็นเจ้า ศาสนจักรในฐานะผู้แทนของพระเจ้ามีอำนาจเรียกการปกครองกลับคืนมาจากฝ่ายอาณาจักรและศาสนจักรอาจประกาศ คว่ำบาตรตัดความสัมพันธ์กับฝ่ายอาณาจักรได้ ส่วนฝ่ายอาณาจักรมีหน้าที่ต้องให้การปกป้องคุ้มครองและสนับสนุนศาสนาในเรื่องต่างๆ เช่น เมื่อกรณีเกิดข้อพิพาทระหว่างศาสนา รัฐต้องเข้าร่วมต่อสู้ป้องกันศาสนาประจำรัฐของตน ในส่วนของประชาชนการดำเนินชีวิตต้องอยู่ภายใต้กรอบการตีความทางศาสนา และต้องจ่ายเงินบำรุงนักบวชและศาสนาเป็นต้น

สำหรับในประเทศสหรัฐอเมริกาสมัยเริ่มก่อตั้งประเทศ มีผู้คนอพยพมาจากประเทศต่างๆ ในยุโรป เพื่อแสวงหาอิสรภาพในการนับถือศาสนาของตน โดยหลบหนีการบีบคั้นและการถูกกลั่นแกล้ง เนื่องจากความแตกต่างทางความเชื่อและศาสนา โดยผู้ที่นับถือศาสนานิกายเดียวกันมารวมตัวจัดตั้งเป็นชุมชนขึ้น แต่เมื่อจะรวมตัวจัดตั้งประเทศทำให้ต้องมีการลดข้อขัดแย้งในเรื่องศาสนาลง และในที่สุดเมื่อ ปี ค.ศ. 1787 และค.ศ. 1791 รัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา ได้มีความชัดเจนในเรื่องศาสนาและเสรีภาพในการถือศาสนา โดยมีบทบัญญัติห้ามเรื่องการทดสอบ หรือตรวจสอบทางศาสนาเพื่อเป็นคุณสมบัติในการเข้าดำรงตำแหน่งของรัฐ การสถาปนาศาสนาประจำรัฐและการให้เสรีภาพในการถือศาสนา ซึ่งมีผลทำให้แนวความคิดเรื่องการมีศาสนาประจำรัฐและมลรัฐลดลงและถูกยกเลิกไปในที่สุด สำหรับในปัจจุบันประเทศสหรัฐอเมริกาถือเป็นแม่แบบการปกครองประเทศที่แยกเรื่องศาสนาออกจากรัฐ โดยรัฐไม่เข้าเกี่ยวข้องกับศาสนาและการดำเนินการของศาสนา

และศาสนาไม่เข้าเกี่ยวข้องกับรัฐและการดำเนินงานของรัฐ (Separation of church and state) อีกต่อไป และในหลายประเทศทั่วโลกก็ได้นำหลักความคิดดังกล่าวมาเป็นรูปแบบในการปกครองประเทศของตนด้วย แต่สำหรับปัญหาความชัดเจนในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและศาสนายังคงเป็นประเด็นที่ต้องศึกษาต่อไปว่า ศาสนาและรัฐจะเกี่ยวข้องกันและไม่เกี่ยวข้องกันในเรื่องใดและมากน้อยเพียงใด ตามแนวความคิดของประเทศสหรัฐเมริกา ซึ่งแนวคำพิพากษาของศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาในเรื่องดังกล่าวยังคงมีการพัฒนาต่อเนื่อง เพื่อที่จะกำหนดกรอบของหลักการดังกล่าวให้ชัดเจนขึ้น

สำหรับหลักการการไม่เกี่ยวข้องกันระหว่างศาสนาและรัฐที่ได้สะท้อนออกมาในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ค.ศ. 1787 ตั้งแต่สมัยเริ่มก่อตั้งประเทศสหรัฐอเมริกา มาตรา 6[6] วรรคสาม ที่บัญญัติว่า วุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งรัฐ เจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารและตุลาการ ทั้งของสหรัฐฯและของมลรัฐ ต้องผูกพันโดยการสาบานหรือปฏิญาณตนที่จะสนับสนุนรัฐธรรมนูญนี้ แต่**จะใช้การตรวจสอบและทดสอบทางศาสนา (Religious Test)** มาเป็นคุณสมบัติกำหนดไว้สำหรับการเข้าดำรงตำแหน่งหรือความรับผิดชอบสาธารณะใดๆ ของประเทศสหรัฐอเมริกาไม่ได้ และใน

---

[6] United States Constitution, Article VI (1787) - Debts, Supremacy, Oaths วรรคสาม

ฯลฯ

"The Senators and Representatives before mentioned, and the Members of the several State Legislatures, and all executive and judicial Officers, both of the United States and of the several States, shall be bound by Oath or Affirmation, to support this Constitution; but no religious Test shall ever be required as a Qualification to any Office or public Trust under the United States."

บทบัญญัติรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา ค.ศ. 1791 บทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม ครั้งที่ 1 มาตรา 1[7] ได้บัญญัติในเรื่องเกี่ยวกับศาสนาไว้ว่า "รัฐสภาไม่อาจตราบทบัญญัติแห่งกฎหมายเกี่ยวกับการสถาปนาศาสนา หรือห้ามการกระทำโดยเสรีในเรื่องดังกล่าว..." ซึ่งบทบัญญัติรัฐธรรมนูญดังกล่าวก่อให้เกิดหลักกฎหมายที่สำคัญ 2 ประการ คือ **"หลักห้ามการสถาปนาศาสนา" (The Establishment Clause) และ "หลักเสรีภาพในการกระทำการใดๆ ที่เกี่ยวกับศาสนา" (The Free Exercise Clause)** โดยศาลสูงสุดของประเทศสหรัฐอเมริกาได้พิพากษาวางหลักเกี่ยวกับ "หลักการห้ามการสถาปนาศาสนา" ไว้ เช่น หลักการห้ามการช่วยเหลือศาสนาหรือการให้สิทธิพิเศษแก่ศาสนาใดศาสนาหนึ่งเป็นพิเศษ ในส่วนของ "หลักเสรีภาพในการกระทำการใดๆ ที่เกี่ยวกับศาสนา" เช่น การให้เสรีภาพในการประกอบพิธีกรรมทางศาสนา การปฏิบัติตามความเชื่อทางศาสนาเกี่ยวกับอาหาร หรือการแต่งกาย เป็นต้น[8]

แนวทางการตีความของศาลส่วนใหญ่พบว่า ศาลจะพิพากษาห้ามรัฐเข้าไปดำเนินการเกี่ยวข้องกับศาสนา ไม่ว่าจะเป็นไปในรูปแบบ**ของการกระทำการโดยรัฐเอง** เช่น ในคดี **Engel v. Vitale** ในคดีดังกล่าวศาลมีคำพิพากษาว่ามลรัฐนิวยอร์คจะเขียนคำสวดสำหรับใช้ในโรงเรียนรัฐบาล

---

[7] **United States Constitution, Amendment 1 (1791) - Freedom of Religion, Press, Expression.**

"Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the Government for a **redress** of grievances."

[8] ดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน ริยา เด็ดขาด, **เสรีภาพในการถือศาสนาและการเผยแพร่ศาสนาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย,** (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.)

มิได้ แม้ว่านักเรียนซึ่งไม่ยอมรับคำสวดนั้นจะได้รับยกเว้นไม่ต้องสวดมนต์ก็ตาม เพราะไม่ใช่หน้าที่ของรัฐบาลมลรัฐที่จะไปเขียนคำสวดให้กับเด็กนักเรียน หรือในคดี Abington Township School District v. Schempp ในคดีดังกล่าวศาล มีคำพิพากษาว่ามลรัฐเพนซิลเวเนีย และนครรัฐบัลติมอร์จะบังคับให้กล่าวบทสวดถึงพระเจ้าหรืออ่านข้อความในคัมภีร์ไบเบิลในโรงเรียนรัฐบาลมิได้ รัฐบาลจะส่งเสริมศาสนาโดยจะกำหนดให้มีการปฏิบัติการตามความเชื่อของศาสนาบางศาสนา หรือนิยม ศาสนาคริสต์มากกว่าศาสนาอื่นๆ มิได้ การเข้าไปแทรกแซงกับความเชื่อของส่วนบุคคลเช่นนั้นเป็นการละเมิดบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 มาตรา 1[9] **หรือกรณีการสนับสนุนเงินทุน** เช่น ในคดี **Board Of Education Of Kiryas Joel Village School District v. Grumet** ในคดีดังกล่าวศาลมีคำพิพากษาว่ากฎหมายของนครนิวยอร์คที่มีข้อกำหนดให้สร้างโรงเรียนในเส้นทางที่มีหมู่บ้านของผู้นับถือนิกาย Satmar Hasidic ตั้งอยู่นั้น เป็นการละเมิดหลักการห้ามการสถาปนาศาสนา[10] **หรือ กรณีการออกหลักเกณฑ์ที่เป็นการเอื้อประโยชน์หรือเป็นอุปสรรคต่อศาสนาใด ศาสนาหนึ่ง** เช่น ในคดี TORCOSO v. WATHINS ในคดีดังกล่าวศาลมีคำพิพากษาว่า รัฐแมรี่แลนด์ไม่สามารถบังคับให้ผู้สมัครที่ขออนุญาตเป็นโนตารี่ปัปลิคทุกคนลงนามใน

---

[9] ENGEL v. VITALE, 370 U.S. 420 (1961) และ ABINGTON TOWNSHIP SCHOOL DISTRICT v. SCHEMPP, 374 U.S. 203 (1963), **"เรื่องน่ารู้เกี่ยวกับการปกครองและรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกา.** แปลและเรียบเรียงโดย กระมล ทองธรรมชาติ และ สมบูรณ์ สุขสำราญ, (หน้า 68—165) อ้างถึงใน กุลพล พลวัน, **สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก**, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2547), หน้า 658.

[10] BOARD OF EDUCATION OF KIRYAS JOEL VILLAGE SCHOOL DISTRICT v. GRUMET 512 U.S. 687 (1994) อ้างถึงใน ชนาทร จิตติเดโช, "เสรีภาพทางศาสนากับปัญหาสิทธิมนุษยชน", **วารสารคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ** ปีที่ 9 เล่มที่ 25 (2) เดือนมกราคม - เมษายน พ.ศ. 2550, หน้า 92.

คำแถลงแสดงว่าพวกเขาเชื่อในพระเจ้า เพราะข้อบังคับนี้มีผลเท่ากับเป็นการกระทำของรัฐบาลที่สนับสนุนความเชื่อในพระเจ้ามากกว่าความไม่เชื่อในพระเจ้า ซึ่งเป็นการขัดกับบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 มาตรา 1[11]

แต่อย่างไรก็ตาม แนวคำพิพากษาบางเรื่องก็ไม่ได้เป็นไปในแนวทางดังกล่าวข้างต้น ในบางคดีพบว่า **ศาลได้รับรองการกระทำการบางอย่างของรัฐที่เป็นไปตามจารีตประเพณีว่าไม่เป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 มาตรา 1 ในบทบัญญัติเรื่องศาสนา อาทิ ในคดี Marsh v. Chambers**[12] ศาลมีคำพิพากษาว่า การที่ฝ่ายนิติบัญญัติของมลรัฐเนบลาสกรา จัดให้มีการสวดมนต์โดยพระสงฆ์ทางศาสนาคริสเตียน (Service of Chaplain) ก่อนการเริ่มต้นการประชุมของฝ่ายนิติบัญญัติทุกครั้ง โดยที่รัฐเป็นผู้จ่ายเงินให้พระสงฆ์ ไม่ถือเป็นการกระทำที่ละเมิดบทบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 1 มาตรา 1 ของรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับ **"หลักการห้ามการสถาปนาศาสนา"** (establishment of religion) เพราะการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่มีมาอย่างต่อเนื่องยาวนาน ไม่มีลักษณะที่จะไปกระทบต่อหลักการที่รัฐธรรมนูญกำหนด แม้ในรัฐสภาของสหรัฐอเมริกาเองมีการดำเนินการลักษณะดังกล่าวมาเป็นเวลานานกว่าสองร้อยปี และในมลรัฐเนบลาสกราที่เกิดคดีนี้และในมลรัฐอื่น ๆ ก็มีการดำเนินการดังกล่าวมากว่าร้อยปี โดยในมลรัฐเนบลาสกรารัฐจะเป็นผู้คัดเลือกและจ่ายเงินเดือนให้แก่พระสงฆ์ที่เข้ามาปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งศาลเห็นว่า การเริ่มต้นการประชุมด้วยการสวดมนต์ของฝ่ายนิติบัญญัติเกิดขึ้นพร้อมกับแนวความคิดเรื่องการห้ามการสถาปนาศาสนา และเสรีภาพทางศาสนา แม้แต่ในการเริ่มต้นพิจารณาคดีของศาลก็เช่นกัน มีจารีตประเพณีในการกล่าว

---

[11] TORCOSO v. WATHINS, 367 U.S. 488 (1961), อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 9.

[12] MARSH v. CHAMBERS, 463 U.S. 783 (1983) อ้างใน Robert S. Alley, The Constitution & Religion, (New York : Prometheus Books, 1999), หน้า 288.

ถ้อยคำอ้อนวอนพระเจ้าให้คุ้มครองประเทศสหรัฐอเมริกาและศาลเองว่า "God save the United States and this Honorable Court" และมีการตรากฎหมายเพื่อจ่ายเงินให้แก่พระสงฆ์ที่ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวในรัฐสภาแห่งชาติ ตั้งแต่ ปี ค.ศ. 1789 ก่อนการผ่านบทบัญญัติรับรองบทบัญญัติแห่งสิทธิ (Bill of Right) เพียงสามวัน แสดงให้เห็นว่าบทบัญญัติศาสนาตามรัฐธรรมนูญไม่เห็นว่าการจ่ายเงินให้แก่พระสงฆ์ที่สวดมนต์ให้แก่ฝ่ายนิติบัญญัติ และการสวดมนต์เป็นการละเมิดบทบัญญัติรัฐธรรมนูญในบทบัญญัติเรื่องศาสนา และศาลยังกล่าวต่อไปอีกว่า ไม่มีการบ่งชี้ว่าการเลือกพระสงฆ์เพื่อมานำสวดมนต์ในคดีนี้เป็นการให้สิทธิประโยชน์ต่อนิกายใดนิกายหนึ่งเป็นพิเศษ แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าพระสงฆ์ที่ได้รับเลือกจะนับถือนิกายเพรสไบทีเรียน (Presbyterian) และดำรงตำแหน่งดังกล่าวมากว่า 16 ปี และการสวดมนต์ก็ไม่ได้ปรากฏข้อเท็จจริงว่าจะมีการเชิญชวนให้เปลี่ยนความเชื่อทางศาสนา

ยิ่งกว่านั้น ในทางปฏิบัติหลายวาระพบว่ารัฐก็อาจเข้าไปเกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางศาสนาในรูปแบบต่าง ๆ ได้ อาทิ ในกรณีที่ประธานาธิบดีหรือบุคคลสำคัญที่เข้ารับตำแหน่งยังคงสาบานตนตามความเชื่อทางศาสนาโดยใช้คัมภีร์ไบเบิล หรือมีพิธีทางศาสนาคริสต์ในงานระดับรัฐหรือที่เป็นทางการ อีกทั้งมีการกล่าวถ้อยคำบางคำที่มีนัยยะทางความเชื่อทางศาสนา อาทิ ในวลีที่ว่า **"ในพระเจ้า เราวางใจ" (In God We Trust)** ที่ปรากฏข้อความดังกล่าวครั้งแรกในเงินเหรียญ 2 เซ็นต์ ของสหรัฐอเมริกา ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1864 และต่อมาปรากฏในเงินเหรียญทุกประเภท และธนบัตร ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1957 ซึ่งถ้อยคำดังกล่าวได้นำมาใช้เป็นคำขวัญ (national motto) ของประเทศสหรัฐอเมริกา ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1956 ด้วย หรือประโยคที่ว่า **"หนึ่งประเทศภายใต้พระเจ้า"** (One Nation Under God) เพื่อใช้เป็นถ้อยคำในการปฏิญานตนต่อธงชาติของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งถ้อยคำว่า **"ภายใต้**

พระเจ้า" (Under God) ได้มีการเพิ่มเติมขึ้นเมื่อ ปี ค.ศ. 1954[13] ถ้อยคำดังกล่าวข้างต้นเป็นการบ่งบอกความเชื่อทางศาสนาประการหนึ่ง จึงอาจกล่าวได้ว่าในหลายวาระกิจกรรมทางศาสนาก็ยังคงแทรกซึมอยู่ในสังคมอเมริกันอย่างต่อเนื่อง กิจกรรมทางศาสนาโดยเฉพาะศาสนาคริสต์ยังคงได้รับการสนับสนุนจากรัฐและประชาชนอยู่ ซึ่งศาลได้เคยให้คำอธิบายในเรื่อง "หลักการการแบ่งแยกระหว่างรัฐและศาสนา" (Separation of Church and State) ไว้ในส่วนหนึ่งของคำพิพากษา เช่น ในคดี Lynch v. Donnelly ซึ่งศาลได้มีคำพิพากษารับรองการกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ที่ได้ร่วมจัดแสดงสัญลักษณ์เกี่ยวกับวันคริสต์มาสกับองค์กรการค้าปลีกในบริเวณพื้นที่ขององค์กร ที่ไม่แสวงหากำไร โดยจัดแสดงรูปปั้นพระเยซูนอนในรางหญ้า (crèche) ล้อมรอบด้วยพระแม่มารี และนักบุญโยเซฟ ฝูงแกะ พระราชา พร้อมด้วยสิ่งที่ใช้ตกแต่งประกอบอื่น ๆ เช่น ต้นคริสต์มาส บ้านซานตาครอส กวางเรนเดียร์ลากรถเลื่อนของซานตาครอส สัตว์ต่าง ๆ เช่น ช้าง หมี และป้ายเฉลิมฉลองเทศกาล ที่มีข้อความว่า "Seasons Greeting" เป็นต้น โดยศาลพิพากษาว่า การจัดแสดงรูปปั้นพระเยซูนอนในรางหญ้าดังกล่าว ไม่ขัดแย้งกับหลักการห้ามการสถาปนาศาสนา (The Establishment Clause) เนื่องจากรูปปั้นพระเยซูนอนในรางหญ้าเป็นส่วนประกอบสำคัญของประวัติศาสตร์เป็นที่มาของวันสำคัญดังกล่าว ซึ่งเป็นเหตุผลที่ชอบและมีวัตถุประสงค์ไม่เกี่ยวข้องกับเรื่องทางศาสนา (secular purpose) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่ได้กระทำการเพื่อเป็นการเอื้อประโยชน์ทางศาสนา การกระทำดังกล่าวไม่ได้เป็นการแทรกแซงมากเกินจำเป็นระหว่างรัฐบาล และศาสนา และศาลเห็นว่า การป้องกันการล่วงล้ำ

---

[13] อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2. และ Lynch v. Donnelly, 465 U.S. 668 (1984), ในเพิ่งอ้าง. หน้า 300.

ระหว่างศาสนาและรัฐ โดยการแบ่งแยกอย่างเด็ดขาดระหว่างศาสนาและรัฐนั้น (total separation) ไม่อาจเป็นไปได้ เพราะความสัมพันธ์ระหว่างรัฐและศาสนาในบางเรื่องไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ รัฐธรรมนูญไม่เพียงแต่ไม่มุ่งประสงค์ให้เกิดการแบ่งแยกอย่างเด็ดขาดระหว่างรัฐและศาสนา แต่รัฐธรรมนูญยังมุ่งหวังให้รัฐช่วยเหลืออำนวยความสะดวกแก่ศาสนา และไม่เพียงแต่ให้มีขันติธรรมระหว่างศาสนา แต่ยังห้ามการเกลียดชังระหว่างศาสนาด้วย ซึ่งหากพิจารณาตั้งแต่สมัยเริ่มก่อตั้งประเทศ ตั้งแต่ยุคที่ยังเป็นอาณานิคมที่มีการเฉลิมฉลองวันขอบคุณพระเจ้า (Thanksgiving) สำหรับความอุดมสมบูรณ์ของธรรมชาติที่พระเจ้ามอบให้ ซึ่งเป็นการเฉลิมฉลองทางศาสนาประการหนึ่ง ต่อมาวันดังกล่าวถูกกำหนดให้เป็นวันหยุดราชการ และรวมถึงวันหยุดราชการในเทศกาลคริสต์มาสที่ข้าราชการของรัฐได้หยุดงาน และยังคงได้รับเงินเดือนจากภาษีอากรของรัฐด้วย ส่วนในแง่ของศิลปะกับศาสนา รัฐบาลได้ให้เงินสนับสนุนของรัฐในการจัดแสดงภาพศิลปะที่เกี่ยวกับศาสนาในพิพิธภัณฑ์ต่าง ๆ ของรัฐ เป็นต้น รวมถึงในห้องพิจารณาคดีต่าง ๆ ของศาลเองก็ยังประกอบด้วยสัญลักษณ์ทางศาสนา คือ โมเสสและบทบัญญัติ 10 ประกาศ (Moses with the Ten Commandment) หรือกรณีที่รัฐสภาจัดให้มีสถานที่ใช้ในการประกอบศาสนกิจ เป็นต้น ซึ่งเป็นการแสดงให้เห็นความเกี่ยวพันใกล้ชิดระหว่างศาสนาและรัฐ[14]

คนอเมริกันส่วนใหญ่เป็นผู้ที่นับถือศาสนา โดยเฉพาะนับถือศาสนาคริสต์ และจากการสอบถามคนอเมริกันส่วนใหญ่ได้ให้คำตอบว่า ศาสนามีบทบาทที่สำคัญมากในชีวิตของตน คนอเมริกันส่วนใหญ่ ระบุว่าตนเองนับถือศาสนาคริสต์ถึง 76 เปอร์เซ็นต์ และศาสนาอื่น ๆ อีก 4 เปอร์เซ็นต์ และเป็นผู้ไม่นับถือศาสนาใด ๆ 15 เปอร์เซ็นต์ โดยประชากรที่มีความเชื่อเรื่อง

---

[14] Lynch v. Donnelly, 465 U.S. 668 (1984), อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12, หน้า 300.

ศาสนามีความหนาแน่นแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับเขตพื้นที่ ประชากรประมาณ 59 เปอร์เซ็นต์ในรัฐทางด้านตะวันตก ถือเป็นเขตพื้นที่ที่ไม่ใช่พื้นที่ทางศาสนา (Unchurched Belt) รายงานว่า ตนเป็นผู้เชื่อในพระเจ้า และประชากรประมาณ 86 เปอร์เซ็นต์ ในเขตรัฐทางตอนใต้ ซึ่งถือเป็นพื้นที่ทางศาสนาเพราะมีประชากร นับถือคริสต์ศาสนาจำนวนมาก (Bible Belt) รายงานว่าตนเป็นผู้เชื่อในพระเจ้า[15]

จากสถิติ พบว่าประชาชนนับถือศาสนาต่าง ๆ ในประเทศสหรัฐอเมริกาในช่วงปี ค.ศ. 2001[16] เป็นดังนี้

ศาสนา	จำนวนประชากรผู้ใหญ่		จำนวนประชากรทั้งหมด ปี ค.ศ. 2004	จำนวนร้อยละของประชากรสหรัฐทั้งหมด ปี ค.ศ. 2000	ความเปลี่ยนแปลงคิดเป็นร้อยละ 1990-2000
	ปี ค.ศ. 1990	ปี ค.ศ. 2001			
คริสต์	151,225,000	159,030,000	224,437,959	76.5%	+5%
ไม่นับถือศาสนา	13,116,000	27,539,000	38,865,604	13.2%	+110%
ยิว	3,137,000	2,831,000	3,995,371	1.3%	-10%
อิสลาม	527,000	1,104,000	1,558,068	0.5%	+109%
พุทธ	401,000	1,082,000	1,527,019	0.5%	+170%
ผู้ไม่เชื่อว่ามีพระเจ้าเพราะไม่มีใครที่รู้จริง	1,186,000	991,000	1,398,592	0.5%	-16%

[15] อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2.

[16] อ้างใน Largest Religious Groups in the United States of America: http://www.adherents.com/rel_usa.html (10 กุมภาพันธ์ 2553)

ศาสนา	จำนวนประชากรผู้ใหญ่		จำนวนประชากรทั้งหมด ปี ค.ศ. 2004	จำนวนร้อยละของประชากรสหรัฐทั้งหมด ปี ค.ศ. 2000	ความเปลี่ยนแปลงคิดเป็นร้อยละ 1990-2000
	ปี ค.ศ. 1990	ปี ค.ศ. 2001			
ผู้เชื่อว่าไม่มีพระเจ้า	–	902,000	1,272,986	0.4%	–
ฮินดู	227,000	766,000	1,081,051	0.4%	+237%
ยูนิแทเลียน ยูนิเวอร์แซลิสต์	502,000	629,000	887,703	0.3%	+25%
วิคแคน / พาแกน / ดรูอิด	–	307,000	433,267	0.1%	–
นับถือวิญญาน	–	116,000	163,710	0.05%	–
ศาสนาของชนพื้นเมืองอเมริกัน	47,000	103,000	145,363	0.05%	+119%
บาไฮ	28,000	84,000	118,549	0.04%	+200%
นิวเอค	20,000	68,000	95,968	0.03%	+240%
ซิกซ์	13,000	57,000	80,444	0.03%	+338%
ไซแอนโทโลจี	45,000	55,000	77,621	0.02%	+22%
ผู้ศึกษาเกี่ยวกับมนุษย์	29,000	49,000	69,153	0.02%	+69%
นับถือเทพเจ้า พระเจ้า	6,000	49,000	69,153	0.02%	+717%
เต๋า	23,000	40,000	56,452	0.02%	+74%
แอดกันการ์	18,000	26,000	36,694	0.01%	+44%

3. สาระสำคัญของรัฐบัญญัติว่าด้วยเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ ค.ศ. 1998

สถานการณ์ภายในประเทศสหรัฐอเมริกาเองดูเสมือนว่าในหลายกรณีรัฐบาลมีความพยายามจะไม่เข้าไปเกี่ยวข้องกับเรื่องศาสนา แต่ในหลายกรณีรัฐและศาสนาก็ไม่อาจแยกออกจากกันได้โดยเด็ดขาด แต่ในส่วนเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศรัฐสภาของประเทศสหรัฐอเมริกาเห็นว่า เพื่อปฏิบัติให้เป็นไปตามพันธกรณีระหว่างประเทศหลายฉบับ และปัญหาเรื่องสิทธิในเสรีภาพทางศาสนาที่เกิดขึ้นในนานาประเทศมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง ประเทศสหรัฐอเมริกาควรเข้าไปมีบทบาทในเรื่องดังกล่าว โดยในปี ค.ศ. 1998 รัฐสภาของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ตรารัฐบัญญัติเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ ค.ศ. 1998 (International Religious Freedom Act of 1998) ขึ้น เพื่อกำกับดูแลปัญหาเรื่องเสรีภาพทางศาสนาที่อาจเกิดขึ้นทั่วโลก เป็นการแสดงออกถึงนโยบายของประเทศสหรัฐอเมริกา และการให้อำนาจรัฐที่จะกำหนดมาตรการต่างๆ เพื่อสนับสนุนเสรีภาพทางศาสนา และกำหนดมาตรการเพื่อเป็นการตอบโต้กรณีการละเมิดสิทธิในเสรีภาพทางศาสนาต่อประเทศใดประเทศหนึ่ง

สาระสำคัญของรัฐบัญญัติว่าด้วยเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ ค.ศ. 1998 ที่น่าสนใจ มีพอสังเขป ดังนี้

3.1 เหตุผลความเป็นมาในการตรากฎหมาย[17]

รัฐสภาของประเทศสหรัฐอเมริกาให้เหตุผลในการตรารัฐบัญญัติเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศฯ ไว้อย่างน่าสนใจ โดยได้กล่าวถึงเหตุผลที่สิทธิในเสรีภาพทางศาสนาเป็นสิ่งที่มีความสำคัญมากสำหรับประเทศสหรัฐอเมริกานั้น เนื่องมาตั้งแต่สมัยประวัติศาสตร์เริ่มก่อตั้งประเทศ

[17]โปรดดู Section 2 International Religious Freedom Act 1998

สหรัฐอเมริกา ซึ่งผู้เริ่มก่อตั้งประเทศหลายคนต้องหลบหนีจากการถูกกำจัด การถูกกลั้นแกล้ง และถูกบีบคั้น เนื่องจากความเชื่อทางศาสนา (religious persecution) จากถิ่นฐานเดิมของตน ทำให้ความคิดคำนึงในเรื่องเสรีภาพทางศาสนายังคงติดแน่นอยู่ในความทรงจำ หัวใจและความรู้สึกของผู้เริ่มก่อตั้งประเทศ ผู้เริ่มก่อตั้งประเทศจึงได้ตรากฎหมายให้ "เสรีภาพทางศาสนา" เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานและเป็นเสาหลักของประเทศ ประเทศสหรัฐอเมริกาถือเป็นความภาคภูมิใจและเป็นเกียรติประวัติของประเทศเกี่ยวกับจุดยืนของตนในเรื่องเสรีภาพทางศาสนา และการได้ให้ที่หลบภัยแก่ผู้ที่ถูกกลั้นแกล้งบีบคั้นเนื่องจากความเชื่อทางศาสนา และรัฐสภาเห็นว่าเสรีภาพเกี่ยวกับความเชื่อทางศาสนาและการปฏิบัติศาสนกิจเป็นสิทธิมนุษยชนสากล (Universal Human Right) และเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (Fundamental Freedom) ที่ปรากฏในอนุสัญญาระหว่างประเทศหลายฉบับ เช่น

(1) ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The Universal Declaration of Human Right[18]) ที่กำหนดให้ทุกคนมีเสรีภาพในทางความคิด มโนธรรมและศาสนา ซึ่งสิทธิดังกล่าวรวมถึงเสรีภาพในการเปลี่ยนศาสนาหรือความเชื่อ และเสรีภาพโดยลำพัง และโดยชุมชนร่วมกับบุคคลอื่นทั้งในที่สาธารณะและที่ส่วนบุคคล ในการแสดงออกซึ่งศาสนาและความเชื่อโดยการสอน การปฏิบัติศาสนกิจ การเข้าร่วมในพิธีกรรม และการปฏิบัติตามความเชื่อทางศาสนา

(2) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิของพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (The International Covenant on Civil and Political Rights[19]) ที่กำหนดให้ทุกคนมีสิทธิในเสรีภาพทางความคิด มโนธรรมและ

[18]โปรดดู รายละเอียด **The Universal Declaration of Human Right** ในภาคผนวก หมายเลข 1

[19]โปรดดู รายละเอียด **The International Covenant on Civil and Political Rights** ในภาคผนวก หมายเลข 1

ศาสนา ซึ่งสิทธิดังกล่าวรวมถึงเสรีภาพที่นับถือหรือเลือกนับถือศาสนาหรือความเชื่อโดยตนเอง และเสรีภาพในการกระทำโดยตนเองหรือร่วมกับบุคคลอื่นในที่สาธารณะหรือที่ส่วนบุคคล ในการแสดงออกตามศาสนาหรือความเชื่อของตน โดยการเข้าร่วมในพิธีกรรม การประกอบพิธีกรรม ตามความเชื่อทางศาสนา การปฏิบัติและการสอน บุคคลไม่อาจถูกบังคับ ที่เป็นการกระทบต่อ เสรีภาพในการถือหรือการเลือกนับถือศาสนาหรือความเชื่อ เสรีภาพในการปฏิบัติตามศาสนาหรือความเชื่ออาจถูกจำกัดได้ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ และเพื่อความจำเป็นในการคุ้มครองความปลอดภัยสาธารณะ ความสงบเรียบร้อย สุขอนามัยหรือศีลธรรม หรือสิทธิขั้นพื้นฐาน และเสรีภาพของผู้อื่น

(3) ข้อตกลงเฮลซิงกิ (The Helsinki Accords[20]) ที่กำหนดให้รัฐเคารพในสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพขั้นพื้นฐาน รวมถึง เสรีภาพทางความคิด มโนธรรม ศาสนา หรือความเชื่อ โดยไม่มีการเลือกปฏิบัติเนื่องจากเชื้อชาติ เพศ ภาษา หรือศาสนา

(4) ปฏิญญาว่าด้วยการขจัดการ และการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับศาสนาและความเชื่อทุกรูปแบบ (The Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and Discrimination Based on Religion or Belief[21]) ที่กำหนดมาตรการเกี่ยวกับเสรีภาพในการปฏิบัติตามความเชื่อและศาสนา การไม่เลือกปฏิบัติเนื่องจากความเชื่อและศาสนาไว้อย่างเป็นขั้นตอนโดยละเอียด

(5) กฎบัตรสหประชาชาติ (The United Nations Charter[22]) ที่กำหนดให้สร้างความร่วมมือกันเพื่อขจัดปัญหา และส่งเสริมและสนับสนุน

---

[20]โปรดดู รายละเอียด **Helsinki Final Act 1975** ในภาคผนวก หมายเลข 1

[21]โปรดดู รายละเอียด **The Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and Discrimination Based on Religion or Belief** ในภาคผนวก หมายเลข 1

[22]โปรดดู รายละเอียด **The United Nations Charter** ในภาคผนวก หมายเลข 1

ให้มีการเคารพสิทธิมนุษยชน และเสรีภาพ ขั้นพื้นฐานโดยไม่มีการเลือกปฏิบัติเนื่องจากเชื้อชาติ เพศ ภาษา หรือศาสนา

(6) กติกาแห่งยุโรปเพื่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms[23]) ที่กำหนดให้ทุกคนมีเสรีภาพในทางความคิด มโนธรรมและศาสนา ซึ่งสิทธิดังกล่าวรวมถึงเสรีภาพในการเปลี่ยนศาสนาและความเชื่อ และเสรีภาพส่วนบุคคลและในการร่วมกับบุคคลอื่นในที่สาธารณะ และที่ส่วนบุคคล ในการแสดงออกซึ่งศาสนาและความเชื่อโดยการสอน การปฏิบัติศาสนกิจการเข้าร่วมในพิธีกรรม และการปฏิบัติตามความเชื่อทางศาสนา เสรีภาพในการแสดงออกทางศาสนาและความเชื่ออาจถูกจำกัดภายใต้กฎหมายและจำเป็นต่อสังคมประชาธิปไตยเพื่อประโยชน์ในเรื่องความปลอดภัยสาธารณะ เพื่อคุ้มครองความสงบเรียบร้อยของสาธารณะ สุขภาพ และศีลธรรมอันดี หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น

ดังนั้น รัฐบาลสหรัฐอเมริกาจึงมีหน้าที่ให้ความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนและอำนวยความยุติธรรม โดยเห็นว่าเสรีภาพทางศาสนาถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของแต่ละบุคคล ไม่ว่าบุคคลนั้นจะมีเชื้อชาติ เพศ สัญชาติ ชนชาติ และมีความเชื่อใดๆ รัฐบาลของประเทศนั้นๆ ไม่อาจละเมิดได้ และรัฐสภาพบว่าปัญหาเรื่องสิทธิในเสรีภาพทางศาสนายังคงมีอยู่และมีการเพิ่มขึ้นของปัญหาการล่วงละเมิดเสรีภาพดังกล่าว โดยประชาชนจำนวนมากในโลกกำลังตกอยู่ภายใต้ระบอบการปกครองที่มีข้อห้ามที่รุนแรงต่อประชาชนของตนเองเกี่ยวกับการศึกษา ความเชื่อ การปฏิบัติศาสนาที่ประชาชนนับถือ โดยพบการกระทำการละเมิดสิทธิในเสรีภาพทางศาสนามี

---

[23]โปรดดูรายละเอียด The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms ในภาคผนวก หมายเลข 1

สองลักษณะ คือ (1) รัฐเป็นผู้สนับสนุนการละเมิดสิทธิดังกล่าว (government-sponsored violations) และ (2) รัฐเพิกเฉยต่อการละเมิดสิทธิดังกล่าว (government-tolerated violations) เช่น รัฐสนับสนุนการรณรงค์ให้เกิดความแตกแยกและความเข้าใจผิดระหว่างศาสนา การยึดทรัพย์สินทางศาสนา การเฝ้าติดตามการดำเนินการทางศาสนาโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐ รวมถึงจัดให้มีหน่วยงานพิเศษที่เรียกว่า "ตำรวจศาสนา" (religious police) การห้ามการก่อสร้างหรือการซ่อมแซมศาสนสถาน การไม่อนุญาตให้มีการชุมนุมทางศาสนา หรือการไม่รับรองสถานะทางกฎหมายของกลุ่มศาสนา การห้ามการศึกษาต่อหรือการเข้ารับราชการเนื่องจากความเชื่อทางศาสนา การห้ามการพิมพ์ การเผยแพร่ และการมีไว้ในครอบครองซึ่งวรรณกรรมหรือวัตถุต่างๆ เกี่ยวกับศาสนา ในบางประเทศที่มีความรุนแรงยิ่งกว่านั้น มีการกักขัง การทรมาน การเฆี่ยนตี การบังคับให้แต่งงาน การข่มขืน การคุมขัง การบังคับเป็นทาส การบังคับให้ชุมชนต้องย้ายถิ่นฐาน การสังหาร อันเนื่องมาจาก ความเชื่อ การเปลี่ยนและการปฏิบัติตามความเชื่อทางศาสนาในบางประเทศผู้มีความเชื่อทางศาสนาต้องประชุมกันโดยไม่เปิดเผย และผู้นำทางศาสนาเป็นเป้าหมายของหน่วยงานความมั่นคงและฝูงชนที่ไม่เห็นด้วย สำหรับในประเทศที่มีการปกครองแบบเผด็จการหรือเบ็ดเสร็จ (Totalitarian government) โดยกลุ่มบุคคล โดยทหารหรือโดยกลุ่มศาสนาที่มีจำนวนมากกว่า พบว่ามีการกลั่นแกล้งทางศาสนาเกิดขึ้นอย่างกว้างขวาง เป็นระบบและขัดต่อศีลธรรมอันดี ซึ่งรัฐสภาและวุฒิสภาของประเทศสหรัฐอเมริกาเคยออกข้อมติในหลายวาระที่เกี่ยวเนื่องกับการถูกกลั่นแกล้งของกลุ่มผู้นับถือศาสนาคริสต์ที่เกิดขึ้นทั่วโลก หรือการปลดปล่อยผู้นับถือบาไฮในประเทศอิหร่าน

ประเทศสหรัฐอเมริกากำหนดนโยบายเกี่ยวกับเสรีภาพทางศาสนาไว้ว่า ให้มีการตำหนิเมื่อมีการละเมิดเสรีภาพทางศาสนา และจัดให้มีมาตรการ

ช่วยเหลือรัฐบาลที่ไม่ได้มีการกระทำการละเมิดเสรีภาพทางศาสนา ตามกฎหมายการให้ความช่วยเหลือต่างประเทศ (The Foreign Assistance Act of 1961) หรือกฎหมายสถาบันการเงินระหว่างประเทศ (International Financial Institutions Act of 1977) หรือนโยบายเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนของประเทศสหรัฐอเมริกา ทั้งนี้ในการตอบโต้ปัญหาการละเมิดเสรีภาพทางศาสนา ให้คำนึงถึงความเหมาะสมของสภาพปัญหาและความสัมพันธ์ในแต่ละประเทศ โดยทำงานร่วมกับรัฐบาลต่างประเทศ และการใช้บังคับนโยบายระหว่างประเทศที่เหมาะสม เช่น การทูต การเมือง การค้า การกุศล การศึกษา และวัฒนธรรม

3.2 การกำหนดนิยามของการละเมิดเสรีภาพทางศาสนา

รัฐบัญญัติว่าด้วยเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ ค.ศ. 1998 ได้กำหนดนิยามความหมายของคำที่สำคัญ 2 คำ คือ การละเมิดเสรีภาพทางศาสนา และการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาขั้นรุนแรง ซึ่งขอบเขตของถ้อยคำดังกล่าวมีความสำคัญที่จะนำไปกำหนดมาตรการที่ต้องดำเนินการสำหรับประเทศที่เกิดการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาขึ้นตามมุมมองของประเทศสหรัฐอเมริกาต่อไป

3.2.1 การละเมิดเสรีภาพทางศาสนา (Violation of Religious Freedom[24]) การละเมิดเสรีภาพทางศาสนาหมายถึง การละเมิดสิทธิในเสรีภาพทางศาสนาและความเชื่อและการปฏิบัติทางศาสนาตามที่อนุสัญญาระหว่างประเทศตามที่กฎหมายนี้อ้างถึงรับรอง รวมถึงการละเมิดต่าง ๆ อาทิ

(1) การห้าม การจำกัด หรือการลงโทษ โดยอำเภอใจในกรณีที่มีการชุมนุมเพื่อทำกิจกรรมทางศาสนาโดยสงบ ในกรณี

---

[24]โปรดดู Section 3 International Religious Freedom Act 1998 ภาคผนวก หมายเลข 1

- การประกอบพิธีกรรม การเทศน์ การสวดมนต์ รวมถึงการกำหนดเงื่อนไขในการขึ้นทะเบียนเพื่อรับรององค์กรทางศาสนาโดยอำเภอใจ

- การพูดโดยเสรีเกี่ยวกับความเชื่อทางศาสนาของบุคคล

- การเปลี่ยนศาสนาและความเชื่อ

- การครอบครอง และการแจกจ่ายวรรณกรรมทางศาสนา รวมถึง คัมภีร์ไบเบิล หรือ

- การเลี้ยงผู้เยาว์ตามการสอนและการปฏิบัติตามทางความเชื่อของตน

(2) การกระทำดังต่อไปนี้ หากการกระทำดังกล่าวเกิดขึ้นเนื่องจากความเชื่อทางศาสนาและการปฏิบัติศาสนาของบุคคล ได้แก่ การควบคุมตัว การสอบสวน การลงโทษทางการเงินที่เป็นภาระอย่างยิ่ง การบังคับใช้แรงงาน การบังคับให้ย้ายถิ่นฐาน การคุมขัง การบังคับให้เปลี่ยนศาสนา การตี การทรมาน การทำอันตรายแก่ส่วนของร่างกายอย่างร้ายแรง การข่มขืน การบังคับเป็นทาส การฆาตกรรม และการประหารชีวิต

3.2.2 การละเมิดเสรีภาพทางศาสนาขั้นรุนแรง (Particularly Severe Violations of Religious Freedom[25]) หมายถึง การละเมิดเสรีภาพทางศาสนาอย่างเป็นระบบ ต่อเนื่อง เลวร้าย เช่น

- การทรมาน การกระทำที่โหดร้ายหรือโดยไร้มนุษยธรรม การปฏิบัติโดยการลดคุณค่า การลงโทษ

- การควบคุมตัวบุคคลไว้อย่างยาวนานโดยไม่แจ้งข้อกล่าวหา

[25]โปรดดู Section 3 International Religious Freedom Act 1998 ภาคผนวก หมายเลข 2

- การทำให้บุคคลหายสาบสูญ การลักพาตัว การนำตัวไปซ่อนไว้

- การปฏิเสธในขั้นที่ไม่อาจยอมรับได้เกี่ยวกับสิทธิในชีวิต เสรีภาพ และความปลอดภัยของบุคคล

รัฐบัญญัติเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศฯ กำหนดให้ประธานาธิบดีมีหน้าที่ทบทวนสถานะเกี่ยวกับเสรีภาพทางศาสนาของแต่ละประเทศว่ารัฐบาลของประเทศนั้นได้กระทำการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาหรือได้เพิกเฉยต่อการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาภายในประเทศของตนหรือไม่ในระยะเวลา 12 เดือน ที่มีการจัดทำรายงานตามกฎหมายนี้ และหากมีการละเมิดเสรีภาพทางศาสนา ที่ไม่รุนแรงให้ประธานาธิบดีดำเนินการตอบโต้ตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้ แต่หากกรณีที่พบการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาขั้นรุนแรงในประเทศใด ให้ประธานาธิบดีกำหนดให้ประเทศนั้นเป็น "ประเทศที่มีความห่วงใยเกี่ยวกับเสรีภาพทางศาสนาเป็นพิเศษ" (a country of particular concern for religious freedom: CPC) เพื่อมีการดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายนี้กำหนดสำหรับประเทศดังกล่าวต่อไป[26]

3.3 รูปแบบและองค์กร

รัฐบัญญัติเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ ฯ ได้กำหนดให้รูปแบบและองค์กรที่สำคัญ ดังนี้

3.3.1 รัฐสภา

รัฐบัญญัติเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ ฯ กำหนดให้ผู้เกี่ยวข้องมีหน้าที่จัดทำและส่งรายงานพร้อมข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการดำเนินการของรัฐในเรื่องเสรีภาพทางศาสนาในนานาประเทศให้กับ

[26]โปรดดู Section 402 (b) (1) (A) International Religious Freedom Act 1998

รัฐสภาเป็นประจำทุกปี[27] และให้ประธานาธิบดีมีหน้าที่รายงานต่อรัฐสภาก่อนและภายหลังการดำเนินการมาตรการที่สำคัญบางมาตรการตามที่มาตรา 405 ของรัฐบัญญัติเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ ฯ กำหนดต่อรัฐสภา[28] เช่น กรณีประธานาธิบดีตัดสินใจดำเนินมาตรการการยกเลิก จำกัด หรือพักการให้ความช่วยเหลือของประเทศสหรัฐอเมริกาเพื่อการพัฒนาตามกฎหมายว่าด้วยการให้ความช่วยเหลือต่างประเทศ ค.ศ. 1961 มาตรา 116 หรือการกำกับให้ธนาคาร เพื่อการนำเข้าและส่งออกของประเทศสหรัฐอเมริกา องค์กรการลงทุนภาคเอกชนต่างประเทศ หรือองค์กรเพื่อการค้าและการพัฒนา ไม่ออกหนังสือเพื่อการประกัน การประกันภัย การขยายสินเชื่อ การมีส่วนร่วมในการขยายสินเชื่อเป็นการเฉพาะต่อรัฐบาล หน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามที่ประธานาธิบดีกำหนดว่าเป็นผู้ที่มีส่วนรับผิดชอบต่อการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาตาม มาตรา 401 และมาตรา 402 ของรัฐบัญญัติเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ ฯ หรือกรณีที่ประธานาธิบดีกำหนดให้ประเทศใดประเทศหนึ่งเป็น “ประเทศที่มีความห่วงใยเป็นพิเศษในเรื่องเสรีภาพทางศาสนา” เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อเป็นการตรวจสอบหรือรับผิดชอบร่วมกันในการใช้มาตรการใดๆ ของประธานาธิบดีต่อนานาประเทศอีกชั้นหนึ่ง โดยในรายงานในส่วนของการเลือกใช้มาตรการเพื่อการแก้ปัญหาการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาดังกล่าวให้ประธานาธิบดีระบุถึงมาตรการที่ประธานาธิบดีจะดำเนินการรายละเอียดของการละเมิดเสรีภาพทางศาสนา วัตถุประสงค์ของมาตรการที่ประธานาธิบดีเลือกใช้ การประเมินผลของมาตรการที่ใช้หลังจากที่หารือกับผู้เกี่ยวข้อง เช่น ผลกระทบต่อรัฐบาลต่างประเทศ ผลกระทบต่อประชาชน ผลกระทบต่อเศรษฐกิจของประเทศสหรัฐอเมริกา หรือผู้เกี่ยวข้อง เป็นต้น

---

[27] โปรดดู Section 102 Section 203 International Religious Freedom Act 1998

[28] โปรดดู Section 404 International Religious Freedom Act 1998

3.3.2 ประธานาธิบดีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ

รัฐบัญญัติเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศฯ กำหนดให้ประธานาธิบดีมีหน้าที่ กำหนดนโยบายของรัฐบาลในเรื่องเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ และดำเนินการใช้มาตรการตอบโต้ต่อประเทศที่มีการละเมิดเสรีภาพทางศาสนา ในการกำหนดนโยบายและดำเนินการใช้มาตรการใดๆ ให้รับฟังคำแนะนำจากรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ทูตประจำกระทรวงเกี่ยวกับเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ คณะกรรมการเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ ที่ปรึกษาพิเศษเรื่องเสรีภาพทางศาสนาในสภาความมั่นคงแห่งชาติ และคณะทูตประจำแต่ละประเทศ

รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศมีหน้าที่ให้คำเสนอแนะแก่ประธานาธิบดีเกี่ยวกับการดำเนินมาตรการตามที่กฎหมายนี้กำหนด บริหารงานเกี่ยวกับกิจการที่ต้องดำเนินการในเรื่องเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ จัดทำรายงานประจำปีเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในส่วนที่เกี่ยวกับเสรีภาพทางศาสนาและการถูกเลือกปฏิบัติเนื่องจากความเชื่อทางศาสนาเสนอต่อรัฐสภาจัดทำเวปไซต์ที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพทางศาสนาและการบังคับใช้รัฐบัญญัติเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศฯ และจัดอบรมเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกิจการระหว่างประเทศ เป็นต้น

3.3.3 ทูตประจำกระทรวงเกี่ยวกับเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ (Ambassador at Large for International Religious Freedom) และสำนักงานเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ (Office on International Religious Freedom)[29]

---

[29]โปรดดู Section 101 International Religious Freedom Act 1998

รัฐบัญญัติเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศฯ กำหนดให้มีทูตประจำกระทรวงเกี่ยวกับเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ (Ambassador at Large for International Religious Freedom) และสำนักงานเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ (Office on International Religious Freedom) สังกัดกระทรวงต่างประเทศ (Department of State)

ทูตประจำกระทรวงได้รับการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดี โดยคำแนะนำและยินยอมของวุฒิสภา มีตำแหน่งเป็นหัวหน้าสำนักงานเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ ทั้งนี้ โดยส่วนใหญ่จะพบว่า การแต่งตั้งทูตประจำกระทรวงจะเกิดขึ้นในกรณีที่เป็นเรื่องสำคัญต้องการผู้รับผิดชอบในเรื่องใดเรื่องหนึ่งเป็นการเฉพาะโดยมีหน้าที่เป็นตัวแทนของรัฐในเรื่องดังกล่าวได้กว้างขวางทั่วโลกไม่เจาะจง ประเทศใดประเทศหนึ่ง เช่น ทูตประจำกระทรวงเกี่ยวกับการต่อต้านการก่อการร้าย (Ambassador at Large for Counterterrorism) ทูตประจำกระทรวงเกี่ยวกับการอาชญากรรมสงคราม (Ambassador at Large for War Crimes Issues) ทูตประจำกระทรวงเกี่ยวกับเรื่องของสตรีในระดับสากล (Ambassador at Large for Global Women's Issues) เป็นต้น

อำนาจหน้าที่ของทูตประจำกระทรวงเกี่ยวกับเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ มีดังนี้

(1) ส่งเสริมให้มีเสรีภาพทางศาสนาในนานาประเทศ

(2) ออกคำตำหนิกรณีที่พบว่ามีการละเมิดสิทธิเสรีภาพทางศาสนา

(3) ให้คำแนะนำต่อรัฐบาลสหรัฐอเมริกาเพื่อกำหนดมาตรการตอบโต้เมื่อมีการละเมิดสิทธิเสรีภาพทางศาสนา

(4) เป็น "ที่ปรึกษาหลัก" (a principal adviser) ให้แก่ประธานาธิบดีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ในเรื่องเกี่ยวกับ

เสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ

(5) ให้คำแนะนำเกี่ยวกับการกำหนดนโยบายของรัฐบาลต่อรัฐบาล และหน่วยงาน ของรัฐที่กระทำการละเมิดเสรีภาพทางศาสนา หรือที่ไม่ให้หลักประกันต่อสิทธิของบุคคลเกี่ยวกับความเชื่อและการปฏิบัติศาสนา และยังทำหน้าที่กำหนดนโยบายเพื่อส่งเสริมให้เกิดเสรีภาพทางศาสนาในนานาอารยประเทศด้วย

(6) เป็น "ตัวแทนทางการทูต" (Diplomatic Representation) ภายใต้การกำกับของประธานาธิบดี และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ มีอำนาจเป็นตัวแทนของรัฐบาลสหรัฐอเมริกาในเรื่องเกี่ยวกับเสรีภาพทางศาสนา ในการติดต่อกับรัฐบาลของนานาประเทศ องค์กรใดองค์กรหนึ่ง องค์การสหประชาชาติ องค์การระหว่างประเทศ องค์การเกี่ยวกับความมั่นคงและ ความร่วมมือในยุโรป และองค์การระหว่างประเทศอื่นที่ประเทศสหรัฐอเมริกาเป็นสมาชิก เข้าร่วมการประชุมและพบปะในเรื่องเกี่ยวกับเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ

(7) จัดทำรายงานประจำปีร่วมกับคณะกรรมการเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ และกระทรวงต่างประเทศ ตามรัฐบัญญัติเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ ในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในด้านเสรีภาพทางศาสนา และเสรีภาพจากการถูกเลือกปฏิบัติเนื่องจากศาสนาเพื่อเสนอต่อรัฐสภา

(8) ให้ความช่วยเหลือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในการจัดทำเวปไซต์เพื่อเผยแพร่ข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับเสรีภาพทางศาสนา และรายงานประจำปีเกี่ยวกับเสรีภาพทางศาสนานานาประเทศ และข้อมูลข่าวสารอื่นๆ อาทิ อนุสัญญาระหว่างประเทศต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องเสรีภาพทางศาสนา[30]

---

[30]โปรดดู Section 103 International Religious Freedom Act 1998

(9) ให้ความช่วยเหลือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ และเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องในการจัดอบรมเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องตามกฎหมายว่าด้วยกิจการต่างประเทศ (The Foreign Service Act of 1980) เช่น ผู้อำนวยการศูนย์ฝึกอบรมกิจการต่างประเทศแห่งชาติ จัดหลักสูตรอบรมต่าง ๆ อาทิ หลักสูตรเกี่ยวกับอนุสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน ซึ่งเป็นภาคบังคับสำหรับเจ้าหน้าที่เกี่ยวกับกิจการต่างประเทศ นโยบายของประเทศสหรัฐอเมริกาเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน สิทธิเสรีภาพทางศาสนา กิจกรรม ความเชื่อ ความแตกต่างทางศาสนา และรายละเอียดเกี่ยวกับการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาให้แก่เจ้าหน้าที่กิจการต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง[31]

3.3.4 คณะกรรมการเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ (The United States Commission on International Religious freedom: USCIRF)[32]

รัฐบัญญัติเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศฯ กำหนดให้มีคณะกรรมการเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ เป็นองค์กรอิสระของรัฐไม่อยู่ภายใต้กำกับของฝ่ายบริหารหรือรัฐสภา ถือเป็นคณะกรรมการอิสระของรัฐชุดแรกในโลกที่มีภารกิจเฉพาะเรื่อง ในการทบทวนและเสนอแนะนโยบายโดยอาศัยข้อเท็จจริงและสถานการณ์ต่างๆ เกี่ยวกับการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาทั่วโลก[33]

---

[31]โปรดดู Section 104 International Religious Freedom Act 1998

[32]โปรดดู Title II Commission on International Religious Freedom, Section 201-206 International Religious Freedom Act 1998

[33]โปรดดู Annual Report of the U.S. Commission on International Religious Freedom, May 2009, หน้า V (online) http://www.uscirf.gov (25 กุมภาพันธ์ 2553)

คณะกรรมการเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ ประกอบด้วย ทูตประจำกระทรวง เป็นกรรมการโดยตำแหน่งที่ไม่มีสิทธิออกเสียง และกรรมการอื่นอีก 9 คน ซึ่งแต่งตั้งโดยประธานาธิบดี 3 คน ประธานวุฒิสภา 3 คน และประธานสภาผู้แทนราษฎร์อย่างละ 3 คน โดยบุคคลที่ได้รับแต่งตั้งจากวุฒิสภา 2 คน ได้รับการแต่งตั้งตามคำแนะนำของผู้นำในวุฒิสภาที่มาจากพรรคการเมืองที่ไม่ใช่พรรคเดียวกับประธานาธิบดี และอีก 1 คน ได้รับการแต่งตั้งโดยคำแนะนำผู้นำพรรคการเมืองในวุฒิสภาที่เป็นพรรคการเมืองอื่น และบุคคลที่ได้รับแต่งตั้งจากสภาผู้แทนราษฎร 2 คน ได้รับการแต่งตั้งตามคำแนะนำของผู้นำในสภาผู้แทนราษฎรที่มาจากพรรคการเมืองที่ไม่ใช่พรรคเดียวกับประธานาธิบดี และอีก 1 คน จากคำแนะนำผู้นำพรรคการเมืองในสภาผู้แทนราษฎรที่เป็นพรรคการเมืองอื่น การเลือกคณะกรรมการให้คัดเลือกจากความรู้ และประสบการณ์ในเรื่อง เสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ การเมืองระหว่างประเทศ ประสบการณ์ตรงจากต่างประเทศ สิทธิมนุษยชน และกฎหมายระหว่างประเทศ คณะกรรมการมีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละ 2 ปี และอาจได้รับการเลือกตั้งเป็นสมัยที่ 2 ได้

อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมาการฯ มีดังนี้

(1) ทบทวนรายงานประจำปี สถานการณ์ และข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นจากรายงานประจำปี รายงานเรื่องสิทธิมนุษยชน บทสรุปผู้บริหาร และแหล่งข้อมูลต่างๆ เพื่อให้คำแนะนำทาง ด้านนโยบายเกี่ยวกับเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศต่อประธานาธิบดี รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ และรัฐสภา รวมถึงเสนอแนะมาตรการการดำเนินการต่อประเทศต่างๆ ที่มีการกระทำการละเมิดหรือเพิกเฉยในเรื่องเสรีภาพทางศาสนา เช่น ให้มีการสอบถามทางการทูต การประท้วงทางการทูต การประท้วงต่อสาธารณะอย่างเป็นทางการ การกระทำทางการทูตที่เป็นการ

แสดงการประท้วง การตำหนิผ่านการประชุมในวาระต่างๆ การชะลอหรือยกเลิกการแลกเปลี่ยนทางด้านวัฒนธรรม หรือวิทยาศาสตร์ การชะลอหรือการยกเลิกการเยือนระหว่างหัวหน้ารัฐ ไม่ว่าจะเป็นการเยือนอย่างเป็นทางการ หรือการเยือนเพื่อการปฏิบัติงาน การลดหรือการระงับการช่วยเหลือทางการเงิน มาตรการตอบโต้ทางการค้า และการเรียกกลับหัวหน้าหน่วยงานทางการฑูต

(2) ในกรณีประเทศที่มีพัฒนาการที่ดีขึ้นในเรื่องเสรีภาพทางศาสนาคณะกรรมการฯ มีหน้าที่เสนอมาตรการที่เหมาะสม อาทิ การมีคำชมเป็นส่วนตน หรือโดยทางการทูต หรือในที่สาธารณะ หรือในที่ประชุมต่าง ๆ การเพิ่มความร่วมมือทางด้านวัฒนธรรม วิทยาศาสตร์ การลดหรือยุติมาตรการต่าง ๆ การเพิ่มความร่วมมือทางด้านต่าง ๆ หรือมีการเยือนกันอย่างเป็นทางการ เป็นต้น

(3) มีหน้าที่ในการเฝ้าติดตามสถานการณ์การละเมิดเสรีภาพทางศาสนาโดยปรึกษาหารือกับองค์กรสิทธิมนุษยชน และองค์กรเอกชนต่าง ๆ เพื่อแสวงหาคำแนะนำที่เหมาะสม

(4) มีอำนาจในการเรียกบุคคลที่เกี่ยวข้องเข้าชี้แจง

(5) มีหน้าที่จัดทำรายงานคณะกรรมการ ฯ โดยเสนอต่อประธานาธิบดี รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ และรัฐสภา ไม่เกินวันที่ 1 ของเดือนพฤษภาคมของทุกปี เกี่ยวกับข้อเสนอแนะเชิงนโยบายของประเทศสหรัฐอเมริกาที่คณะกรรมการฯ ได้เสนอแนะไว้ คณะกรรมการฯ มีหน้าที่จัดทำรายงานพร้อมข้อเสนอแนะของคณะกรรมการฯ เกี่ยวกับเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศเพื่อเสนอต่อประธานาธิบดี รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ และรัฐสภา คณะกรรมการฯ อาจยื่นรายงานความเห็นส่วนตนประกอบในรายงานด้วยได้

3.3.5 ปรึกษาพิเศษ (Special Adviser)[34]

รัฐบัญญัติเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศฯ กำหนดให้มี "ที่ปรึกษาพิเศษ" เกี่ยวกับเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศให้แก่ประธานาธิบดี ภายใต้กฎหมายความมั่นคงแห่งชาติ (The National Security Act of 1947) โดยเป็นเจ้าหน้าที่ในสภาความมั่นคงแห่งชาติ (National Security Council) มีหน้าที่ช่วยเหลือกิจการในฝ่ายบริหาร มีตำแหน่งเทียบเท่าผู้อำนวยการในฝ่ายบริหารมีหน้าที่รวบรวมเก็บรักษาข้อมูลข่าวสารเกี่ยวกับสถานการณ์ และข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ และให้คำแนะนำเกี่ยวกับนโยบาย โดยทำหน้าที่ประสานงานกับทูตประจำกระทรวงในเรื่องเกี่ยวกับเสรีภาพทางศาสนา และกับคณะกรรมาธิการเกี่ยวกับเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ รัฐสภา องค์กรเอกชนทางด้านศาสนา

ทั้งนี้ สภาความมั่นคงแห่งชาติมีประธานาธิบดีเป็นประธานคณะ ซึ่งสภาความมั่นคงประกอบด้วยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการป้องกันประเทศ และผู้ช่วยประธานาธิบดีในเรื่องกิจการความมั่นคงแห่งชาติ รวมอยู่ในสภาความมั่นคงแห่งชาติด้วย[35]

3.3.6 หัวหน้าคณะผู้แทนของประเทศสหรัฐ (United States chiefs of mission) รัฐบัญญัติเสรีภาพทางศาสนา ฯ กำหนดให้หัวหน้าคณะผู้แทนของประเทศสหรัฐ (ทูต) (United States chiefs of mission) ในแต่ละประเทศ มีหน้าที่พบปะและร่วมประชุมสำคัญ ๆ กับองค์กรเอกชนทาง

---

[34] โปรดดู TITLE III National Security Council Section 301 International Religious Freedom Act 1998

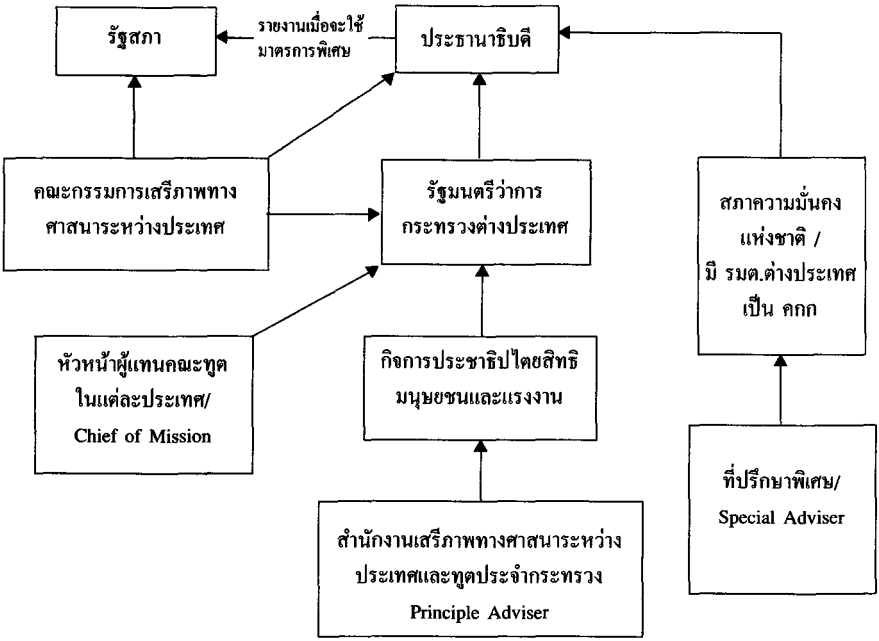
[35] National Security Council, http://www.whitehouse.gov (18 กุมภาพันธ์ 2553)

ด้านศาสนา และร่วมกับเจ้าหน้าที่ที่ดำเนินงานด้านกิจการระหว่างประเทศเข้าพบผู้นำทางศาสนาที่ถูกคุมขัง เมื่อมีสถานการณ์ที่เหมาะสมและเป็นประโยชน์[36]

ผู้แทนทางการทูตของประเทศสหรัฐอเมริกาในประเทศที่รัฐบาลหรือองค์กรของรัฐได้มีส่วนเกี่ยวข้อง หรือเพิกเฉยต่อสิทธิในเสรีภาพทางศาสนาที่ได้รับการรับรองในระหว่างประเทศ มีหน้าที่จัดทำแผนดำเนินงานประจำปี เพื่อกำหนดแนวทางในการส่งเสริมการเคารพเสรีภาพทางศาสนาที่ได้รับการรับรองในระหว่างประเทศ พร้อมทั้งจัดทำคำเสนอแนะเรื่องการจัดสรรเงินทุน หรือผู้แทนสำหรับโครงการต่างๆ และให้ทุนในการช่วยเหลือเพื่อให้มีการส่งเสริมเสรีภาพทางศาสนา[37]

[36]โปรดดู Section 105 International Religious Freedom Act 1998
[37]โปรดดู Section 106 International Religious Freedom Act 1998

แผนภูมิโครงสร้างองค์กรต่างๆ ภายใต้รัฐบัญญัติเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ ค.ศ. 1998



3.4 การดำเนินการของประธานาธิบดีเมื่อมีการละเมิดเสรีภาพทางศาสนา

เพื่อการต่อต้านการละเมิดเสรีภาพทางศาสนา หรือการเพิกเฉยต่อการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาต่อรัฐบาลที่เกี่ยวข้อง และเพื่อส่งเสริมเสรีภาพทางศาสนาในประเทศต่างๆ รัฐบัญญัติว่าด้วยเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศฯ ได้กำหนดมาตรการและขั้นตอนการดำเนินการของประธานาธิบดีไว้อย่างชัดเจน โดยการดำเนินการตามมาตรการใดๆ ของประธานาธิบดีให้อาศัยข้อมูลจากรายงานประจำปีปีล่าสุดของแต่ละประเทศ

ในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน รายงานประจำปี หรือรายงานสรุป หรือพยานหลักฐานที่ปรากฏ และให้รับฟังคำแนะนำจากคณะกรรมการเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ

กรณีที่พบว่ารัฐบาลหรือหน่วยงานของรัฐในประเทศใดมีส่วนเกี่ยวข้องหรือเพิกเฉยต่อการละเมิดเสรีภาพทางศาสนา ประธานาธิบดีต้องดำเนินการตอบโต้โดยวิธีการที่กฎหมายนี้ระบุไว้แล้ว 3 ประการ ดังนี้ โดยการดำเนินการของประธานาธิบดีให้ปรึกษารัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ทูตประจำกระทรวง ที่ปรึกษาพิเศษในสภาความมั่นคงแห่งชาติ และคณะกรรมการเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศด้วย

3.4.1 การปฏิบัติการของประธานาธิบดี (Presidential Actions)

กฎหมายได้แยกการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาไว้ 2 กรณี ดังนี้ เพื่อให้ประธานาธิบดีเลือกใช้มาตรการที่เหมาะสมต่อการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาต่อไป

(1) กรณีการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาทั่วไป (Presidential Actions in Response to Violations of Religious Freedom)[38]

เมื่อมีกรณีการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาทั่วไป กฎหมายกำหนดให้ประธานาธิบดีปฏิบัติการตามที่กำหนดไว้ 15 ประการ[39] ดังนี้ โดยประธานาธิบดีจะเลือกดำเนินมาตรการใดมาตรการหนึ่ง หรือหลายมาตรการควบคู่กันไปก็ได้

---

[38]โปรดดูรายละเอียด Section 401 International Religious Freedom Act 1998

[39]โปรดดูรายละเอียด Section 405 International Religious Freedom Act 1998 ในภาคผนวก หมายเลข 2

(1) ทำการประท้วงโดยวาจาหรือเป็นหนังสือโดยไม่เป็นการสาธารณะ

(2) ทำการประท้วงโดยวาจาหรือหนังสือโดยเป็นทางการและต่อสาธารณะ

(3) ตำหนิต่อสาธารณะ

(4) ตำหนิต่อสาธารณะในที่ประชุมต่าง ๆ

(5) ชะลอ หรือยกเลิกการแลกเปลี่ยนทางวิทยาศาสตร์

(6) ชะลอ หรือยกเลิกการแลกเปลี่ยนทางวัฒนธรรม

(7) ปฏิเสธการเยือนเพื่อปฏิบัติงาน การเยือนโดยเจ้าหน้าที่หรือการเยือนในระดับรัฐ

(8) ชะลอ หรือยกเลิก การเยือนเพื่อปฏิบัติงาน การเยือนโดยเจ้าหน้าที่ หรือการเยือนในระดับรัฐ

(9) ยกเลิก จำกัด หรือ พักการให้ความช่วยเหลือของประเทศสหรัฐอเมริกาเพื่อการพัฒนาตามกฎหมายว่าด้วยการให้ความช่วยเหลือต่างประเทศ ค.ศ. 1961 มาตรา 116

(10) กำกับให้ธนาคารเพื่อการนำเข้าและส่งออกของประเทศสหรัฐอเมริกา องค์กรการลงทุนภาคเอกชนต่างประเทศ หรือองค์กรเพื่อการค้าและการพัฒนา ไม่ออกหนังสือเพื่อการประกัน การประกันภัย การขยายสินเชื่อ การมีส่วนร่วมในการขยายสินเชื่อเป็นการเฉพาะต่อรัฐบาล หน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามที่ประธานาธิบดีกำหนดว่าเป็นผู้ที่มีส่วนรับผิดชอบต่อการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาตามมาตรา 401 และมาตรา 402

(11) การยกเลิก จำกัด หรือพัก ความช่วยเหลือทางด้านความมั่นคง ตามกฎหมายว่าด้วยการให้ความช่วยเหลือระหว่างประเทศ ค.ศ. 1961 มาตรา 502 B

(12) ภายใต้บทบัญญัติตามมาตรา 701 แห่งกฎหมายสถาบันการเงินระหว่างประเทศ ค.ศ. 1977 กำกับให้ผู้อำนวยการสถาบันการเงินของสหรัฐอเมริกาคัดค้านหรือลงมติคัดค้านการให้เงินกู้ยืมเงินที่มีประโยชน์โดยตรงกับรัฐบาล หน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามที่ประธานาธิบดีกำหนดว่าเป็นผู้ที่มีส่วนรับผิดชอบต่อการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาตามมาตรา 401 และมาตรา 402 ของรัฐบัญญัติเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศฯ

(13) ออกคำสั่งให้หัวหน้าหน่วยงานของประเทศสหรัฐอเมริกาที่เกี่ยวข้องไม่ออกใบอนุญาต หรือให้สิทธิในการส่งออกสินค้าหรือวิทยาการบางประเภทเป็นการเฉพาะต่อรัฐบาล หรือหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต่างประเทศ ตามที่ประธานาธิบดีกำหนดว่าเป็นผู้มีที่มีส่วนรับผิดชอบต่อการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาตามมาตรา 401 และมาตรา 402 ของรัฐบัญญัติเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศฯ ภายใต้

- กฎหมายเกี่ยวกับการส่งออก (The Export Administration Act of 1979)
- กฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมการส่งออกอาวุธ (The Arms Export Control Act)
- กฎหมายเกี่ยวกับพลังงานปรมาณู (The Atomic Energy Act of 1954) หรือ
- กฎหมายอื่นๆ ที่กำหนดให้มีการตรวจสอบและอนุญาตโดยรัฐบาลสหรัฐอเมริกาเพื่อเป็นเงื่อนไขในการส่งออกสินค้าหรือบริการ

(14) ห้ามสถาบันการเงินของสหรัฐอเมริกาให้กู้ยืมเงินหรือสินเชื่อมากกว่า 10,000,000 ดอลลาร์ ในเวลา 12 เดือน กับรัฐบาลต่างประเทศนั้น หน่วยงานหรือองค์กรของรัฐ หรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามที่

ประธานาธิบดีกำหนดว่าเป็นผู้มีที่มีส่วนรับผิดชอบต่อการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาตามมาตรา 401 และมาตรา 402 ของรัฐบัญญัติเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศฯ

(15) ห้ามหน่วยงานของสหรัฐอเมริกาจัดซื้อจัดจ้างหรือเข้าทำสัญญาจัดซื้อ จัดจ้างสินค้าและบริการจากรัฐบาลหรือหน่วยงานหรือองค์กรของรัฐ หรือ เจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามที่ประธานาธิบดีกำหนดว่าเป็นผู้ที่มีส่วนรับผิดชอบต่อการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาตามมาตรา 401 และมาตรา 402 ของรัฐบัญญัติเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศฯ

ทั้งนี้ ประธานาธิบดีอาจเลือกใช้มาตรการอื่นใดที่เห็นว่าเหมาะสมแทนมาตรการข้อ (1) – (15) ได้ หากเห็นว่ามาตรการดังกล่าวจะยุติปัญหาการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาได้ การดำเนินมาตรการอื่นใดแทนแล้วให้ประธานาธิบดีมีหน้าที่ต้องรายงานการดำเนินการดังกล่าวพร้อมเหตุผลให้คณะกรรมาธิการรัฐสภาที่เกี่ยวข้องทราบ

สำหรับการดำเนินการตามมาตรการข้อ (9) – (15) หรือมาตรการพิเศษอื่นที่นำมาใช้แทนมาตรการข้อ (9) – (15) ก่อนการดำเนินการมาตรการดังกล่าวให้ประธานาธิบดีปรึกษาหารือกับรัฐบาลที่เกี่ยวข้องที่จะใช้มาตรการนั้นๆ หรืออาจเลือกการใช้ที่ประชุมต่างๆ เพื่อขอความร่วมมือจากนานาประเทศ หรือ การเลือกการเจรจาโดยไม่เปิดเผยต่อสาธารณะ และการปรึกษาองค์กรทางด้านสิทธิมนุษยชนและทางด้านศาสนาเกี่ยวกับผลกระทบที่สำคัญจากนโยบายของประเทศสหรัฐอเมริกาเพื่อสนับสนุนเสรีภาพทางศาสนา หรือ ปรึกษากับผู้มีส่วนได้เสียต่างๆ[40] และประธานาธิบดีมีหน้าที่ต้องรายงานต่อรัฐสภาเกี่ยวกับมาตรการที่ประธานาธิบดีเลือกดำเนินการตามข้อ (9) – (15) หรือมาตรการพิเศษอื่นแทน โดยระบุ

[40]โปรดดู Section 403 International Religious Freedom Act 1998

การละเมิดเสรีภาพทางศาสนา และวัตถุประสงค์ในการเลือกใช้มาตรการ การประเมินผลเพื่อการเลือกใช้มาตรการที่ได้ปรึกษากับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ทูตประจำกระทรวง และคณะกรรมการเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ ที่ปรึกษาพิเศษ และองค์กรและผู้เกี่ยวข้อง[41]

ในการตัดสินใจปฏิบัติการใดๆ ของประธานาธิบดีนั้น กฎหมายกำหนดให้ใช้มาตรการที่เหมาะสมกับสภาพปัญหาความรุนแรงของการละเมิดเสรีภาพทางศาสนา และให้พยายามจำกัดกรอบของการปฏิบัติการดังกล่าวต่อองค์กรของรัฐบาลต่างประเทศที่เกี่ยวข้อง หรือเฉพาะแก่เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดเสรีภาพทางศาสนา เมื่อเป็นไปได้ให้พยายามที่จะจัดให้มีข้อตกลงร่วมกันเพื่อยุติการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาในประเทศที่สหรัฐอเมริกามีความสัมพันธ์ทางการทูตด้วย การเลือกการปฏิบัติการใดๆ ของประธานาธิบดีให้คำนึงถึงการลดผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นได้กับประชาชนในประเทศ การดำเนินการทางด้านมนุษยธรรมของประเทศสหรัฐอเมริกาและองค์กรเอกชนในประเทศนั้น และการเลือกใช้มาตรการใดต้องไม่มีข้อห้าม หรือข้อจำกัดเกี่ยวข้องกับยาหรืออุปกรณ์ทางการแพทย์ หรือของสำรองเพื่อใช้ อาหาร หรือสิ่งที่ให้ความช่วยเหลือเกี่ยวกับมนุษย์

(2) กรณีการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาขั้นรุนแรง (Presidential Actions in Response to Violations of Religious Freedom)[42]

ในทุกรอบปี ประธานาธิบดีมีหน้าที่ทบทวนเรื่องเสรีภาพทางศาสนาในนานาประเทศว่ามีการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาขั้นรุนแรงหรือไม่ หากพบว่ารัฐบาลของประเทศใดมีส่วนเกี่ยวข้องหรือเพิกเฉย

---

[41] โปรดดู Section 404 International Religious Freedom Act 1998

[42] โปรดดู Section 402 International Religious Freedom Act 1998

ต่อการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาขั้นรุนแรง ให้ประธานาธิบดีกำหนดให้ประเทศนั้นเป็น "ประเทศที่ห่วงใยเป็นพิเศษเนื่องจากเสรีภาพทางศาสนา" (a country of particular concern for religious freedom) และระบุหน่วยงาน หรือองค์กรของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีส่วนรับผิดชอบการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาดังกล่าว เพื่อดำเนินการตามมาตรการที่เหมาะสมต่อไป และเมื่อได้กำหนดให้ประเทศใดเป็นประเทศที่ต้องห่วงใยเป็นพิเศษแล้วให้ประธานาธิบดีส่งเรื่องดังกล่าวไปยังคณะกรรมาธิการของรัฐสภาที่เกี่ยวข้องด้วย

มาตรการที่ใช้สำหรับประเทศที่พบการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาขั้นรุนแรงให้ประธานาธิบดีใช้มาตรการตามข้อ (9) – (15) หรือมาตรการพิเศษอื่นแทนตามที่เห็นเหมาะสม หรือ เข้าทำข้อตกลงเพื่อแก้ปัญหาการละเมิดเสรีภาพทางศาสนา ทั้งนี้ ประธานาธิบดีอาจชะลอการใช้มาตรการใด ๆ ต่อประเทศที่มีการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาขั้นรุนแรงได้ โดยให้แจ้งและทำการรับรองต่อรัฐสภาหากมีความจำเป็น ทั้งนี้ ต้องไม่เกิน 90 วัน นับแต่วันที่ต้องดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนด เหตุผลในการชะลอการใช้มาตรการต่อประเทศที่มีการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาขั้นรุนแรงได้ เช่น กรณีที่อยู่ระหว่างการเจรจาเพื่อยุติปัญหาการละเมิดเสรีภาพทางศาสนากับประเทศที่มีการละเมิดเสรีภาพทางศาสนา เพื่อการหามาตรการแก้ไขเยียวยาที่เหมาะสม เป็นต้น

ทั้งนี้ ประธานาธิบดีอาจไม่ใช้มาตรการตามข้อ (9) - (15) ได้ (Presidential Waiver) หากประธานาธิบดีได้ชี้แจงพร้อมทั้งรายงานไปยังคณะกรรมาธิการรัฐสภาที่เกี่ยวข้องว่า รัฐบาลต่างประเทศได้ยุติปัญหาการละเมิดเสรีภาพทางศาสนา หรือการไม่ใช้บังคับตามมาตรการตามที่กฎหมายกำหนดจะก่อให้เกิดประโยชน์ตามความมุ่งหมายของกฎหมาย หรือ

เพื่อประโยชน์อันสำคัญของประเทศสหรัฐอเมริกาได้มากกว่า[43]

เมื่อมีการกำหนดให้ประเทศใดเป็นประเทศที่ต้องห่วงใยเป็นพิเศษ ประธานาธิบดีมีหน้าที่ประกาศในราชกิจจานุเบกษา (Federal Register) พร้อมทั้งระบุองค์กรหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีส่วนรับผิดชอบต่อการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาในประเทศนั้น มาตรการที่ประธานาธิบดีใช้ตามข้อ (9) – (15) หรือมาตรการพิเศษอื่นที่ใช้แทน และวันที่มาตรการมีผลใช้บังคับ และเหตุในการชะลอการดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนด หรือการไม่ใช้มาตรการตามที่กฎหมายกำหนด (Presidential Waiver) โดยอาจปกปิดข้อมูลบ้างส่วนได้ หากเห็นว่าจะกระทบต่อความมั่นคงของประเทศหรือเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติตามกฎหมายนี้[44] มาตรการที่ประธานาธิบดีใช้มีระยะเวลา 2 ปี เว้นแต่ได้มีกฎหมายกำหนดให้ใช้ได้ต่อไป หรือเมื่อประธานาธิบดีกำหนด หลังจากได้ปรึกษาหารือกับคณะกรรมการเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศและได้รับการรับรองจากรัฐสภาว่า รัฐบาลประเทศ ๆ นั้นได้ยุติ หรือดำเนินการอย่างใด ๆ ที่เห็นได้ได้เพื่อยุติปัญหาการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาขั้นรุนแรงแล้ว[45]

3.4.2 มาตรการพิเศษ (Commensurate Action)[46]

ประธานาธิบดีอาจใช้มาตรการพิเศษอื่นใดที่เป็นไปได้ และเหมาะสมเพื่อใช้แทนมาตรการตามที่กฎหมายกำหนดไว้ 15 มาตรการ ตามข้อ 3.4.1 โดยประธานาธิบดีเห็นว่ามาตรการพิเศษจะทำให้มีการยุติการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาได้ โดยประธานาธิบดีมีหน้าที่รายงานการดำเนินการ

---

[43] โปรดดู Section 407 International Religious Freedom Act 1998

[44] โปรดดู Section 408 International Religious Freedom Act 1998

[45] โปรดดู Section 409 International Religious Freedom Act 1998

[46] อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 36

ตามมาตรการพิเศษ พร้อมเหตุผลในการดำเนินการต่อคณะกรรมาธิการรัฐสภาที่เกี่ยวข้องทราบด้วย

3.4.3 การทำข้อตกลง (Binding Agreement)[47]

ประธานาธิบดีอาจเข้าเจรจา และเข้าทำข้อตกลงที่มีผลผูกผันกับรัฐบาลต่างประเทศ เพื่อให้ยุติ หรือเข้าดำเนินการที่สำคัญเพื่อแก้ไขกฎหมาย นโยบาย หรือการปฏิบัติที่ก่อให้เกิดการละเมิดเสรีภาพทางศาสนา วัตถุประสงค์หลักในการเข้าทำข้อตกลงคือการยุติการละเมิดและเพื่อตอบโต้รัฐบาลต่างประเทศที่เกี่ยวข้องหรือเพิกเฉยต่อการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาอย่างร้ายแรง

[47] อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 36

ตารางแสดงการใช้มาตรการตามที่รัฐบัญญัติเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศฯ กำหนดต่อกลุ่มประเทศที่สหรัฐอเมริกามีความห่วงใยเป็นพิเศษ (CPC) ประจำปี ค.ศ. 2009[48]

ประเทศ	มาตรการ
Burma	ห้ามการส่งออก หรือส่งกลับ อุปกรณ์ หรือการให้บริการเกี่ยวกับการป้องกันภายใต้กฎหมายควบคุมการส่งออกอาวุธ
China	มีข้อจำกัดเกี่ยวกับการส่งออกวัสดุ หรืออุปกรณ์เกี่ยวกับการควบคุมอาชญากรรม และการตรวจหา
Eritrea	ปฏิเสธการส่งออกทางการค้าเกี่ยวกับอุปกรณ์ หรือการให้บริการเกี่ยวกับการป้องกัน ภายใต้กฎหมายควบคุมการส่งออกอาวุธ โดยมีการยกเว้นให้ในบางรายการ
Iran	มีข้อจำกัดเกี่ยวกับการให้ความช่วยเหลือในเรื่องเกี่ยวกับความมั่นคง ภายใต้กฎหมายควบคุมการส่งออกอาวุธ
North Korea	มีข้อจำกัดเกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางการค้าปกติ และผลประโยชน์ทางการค้าอื่นๆ
Saudi Arabia	ยังไม่ใช้มาตรการที่ประธานาธิบดีต้องดำเนินการ ตามที่รัฐบัญญัติเสรีภาพทางศาสนากำหนด โดยไม่มีกำหนดระยะเวลา
Sudan	ใช้เสียง และการลงคะแนนของประเทศสหรัฐอเมริกาในการคัดค้านเงินกู้ยืม หรือเงินทุนต่างๆ ของสถาบันการเงินระหว่างประเทศที่จะให้แก่ Sudan
Uzbekistan	ยังไม่ใช้มาตรการที่ประธานาธิบดีต้องดำเนินการ ตามที่รัฐบัญญัติเสรีภาพทางศาสนากำหนด ภายในระยะเวลา 180 วัน

[48] อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 31, หน้า 3.

3.5 การสนับสนุนเรื่องเสรีภาพทางศาสนา

รัฐสภาของประเทศสหรัฐอเมริกาพบว่า ในหลายประเทศทั่วโลกที่มีการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาอย่างรุนแรงมักเกิดจากการขาดแคลนกฎหมายสำหรับประชาชนที่นับถือศาสนาที่มีจำนวนน้อยและขาดความเข้าใจทางด้านสังคมและวัฒนธรรมเกี่ยวกับแบบแผนการปฏิบัติระหว่างประเทศในเรื่องเสรีภาพทางศาสนา ดังนั้น ประเทศสหรัฐอเมริกาจะให้ความช่วยเหลือเป็นกรณีเฉพาะเพื่อสนับสนุนและพัฒนาการคุ้มครองทางด้านกฎหมายและวัฒนธรรมในเรื่องเสรีภาพทางศาสนา เช่น การแลกเปลี่ยน หรือการเยือนระหว่างประเทศในส่วนของผู้นำทางศาสนา นักวิชาการ และผู้เชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายและศาสนา

ในเรื่องที่เกี่ยวกับเสรีภาพทางศาสนา ภายใต้กฎหมายการแลกเปลี่ยนทางด้านการศึกษา และวัฒนธรรม (The Mutual Educational and Cultural Exchange Act of 1961) การจัดให้มีการเผยแพร่กระจายเสียงเพื่อส่งเสริมการเคารพในสิทธิมนุษยชน รวมถึงเสรีภาพทางศาสนา ภายใต้กฎหมายการกระจายเสียงระหว่างประเทศ (The United States International Boardcasting Act of 1994)[49] การมอบรางวัลแก่ผู้ทำคุณประโยชน์ในการส่งเสริมสิทธิมนุษยชนที่ได้รับการรับรอง ในระดับระหว่างประเทศ รวมถึงสิทธิในเสรีภาพทางศาสนา ตามกฎหมายกิจการต่างประเทศ (The Foreign Service Act of 1980)

3.6 การลี้ภัย และการให้ที่ลี้ภัย และการห้ามเข้าประเทศ

ประเทศสหรัฐอเมริกามีนโยบายสำคัญที่จะอนุญาตให้บุคคลถูกกลั่นแกล้งบีบคั้น เนื่องมาจากความเชื่อทางศาสนาขอลี้ภัยเข้ามาอยู่ใน

---

[49]โปรดดู Title V Promotion of Religious Freedom, International Religious Freedom Act 1998

ประเทศสหรัฐอเมริกาได้ และไม่อนุญาตให้เจ้าหน้าที่ของรัฐต่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาที่รุนแรงพร้อมครอบครัวเดินทางเข้ามายังประเทศสหรัฐอเมริกา[50]

3.7 มาตรการอื่น ๆ

รัฐบัญญัติเสรีภาพทางศาสนาได้กำหนดให้ผู้เกี่ยวข้องมีหน้าที่ต้องดำเนินการต่างๆ เพื่อส่งเสริมและป้องกันปัญหาเรื่องเสรีภาพทางศาสนาในนานาประเทศไว้ เช่น

3.7.1 การอนุญาตให้ใช้พื้นที่ของประเทศสหรัฐอเมริกาในต่างประเทศ

รัฐบัญญัติเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศฯ กำหนดให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศอนุญาตประชาชนของประเทศสหรัฐอเมริกาเข้าจัดกิจกรรมที่เกี่ยวข้องกับศาสนาตามที่ร้องขอตามความเหมาะสม โดยคำนึงถึงเรื่องของระยะเวลาและขอบเขตการใช้สถานที่ในสถานที่ที่เป็นของรัฐบาลสหรัฐอเมริกาในต่างประเทศได้ เช่น สถานทูต สถานกงสุล โดยเงื่อนไข ของการอนุญาตให้ถือเสมือนกับการให้ความยินยอมใช้สถานที่กับกิจกรรมขององค์กรเอกชนอื่นๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมทางการทูต (Equal Access)[51] และในการดำเนินกิจกรรมดังกล่าวอาจอนุญาตให้ชาวต่างชาติที่สนใจเข้าร่วมในกิจกรรมดังกล่าวได้ด้วย

3.7.2 การกำหนดเรื่องเสรีภาพทางศาสนาให้เป็นวาระสำคัญในเวทีระหว่างประเทศ

รัฐสภาเห็นว่าเพื่อสนับสนุนให้เกิดความร่วมมือในเรื่องเสรีภาพทางศาสนาในทุกโอกาสที่เป็นไปได้ เจ้าหน้าที่ในฝ่ายบริหารควรขอ

[50]โปรดดู Title VI Refugee, Asylum, and Consular Matters, International Religious Freedom Act 1998

[51]โปรดดู Section 107 International Religious Freedom Act 1998

การสนับสนุนเพิ่มเติมในระหว่างการประชุมผู้แทนในต่างประเทศ การพบประเจ้าหน้าที่ชั้นสูงของต่างประเทศ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ โดยการปรึกษาหารือกับทูตประจำกระทรวง และรัฐมนตรีช่วยว่าการเกี่ยวกับประชาธิปไตย สิทธิมนุษยชน และแรงงาน หัวหน้าคณะผู้แทนของประเทศสหรัฐ ผู้เชี่ยวชาญภูมิภาค และองค์กรเอกชนเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน และองค์กรศาสนา มีหน้าที่เตรียมข้อมูลโดยย่อเกี่ยวกับเสรีภาพทางศาสนาในประเทศ ประกอบด้วยรายชื่อบุคคลที่เชื่อได้ว่าถูกคุมขังควบคุมตัว หรือถูกกักบริเวณให้อยู่ภายในบ้านเนื่องจากความเชื่อประกอบกับการประเมิน หรือความเห็นเกี่ยวนโยบายของประเทศที่เกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพทางศาสนา[52]

3.7.3 มาตรการตัดความช่วยเหลือหรือความร่วมมือระหว่างประเทศ

รัฐบัญญัติเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศฯ กำหนดให้ใช้มาตรการห้ามการช่วยเหลือทางเศรษฐกิจ หรือการช่วยเหลือทางการทหาร หรือการช่วยเหลือในกรณีอื่นๆ เมื่อรัฐบาลของประเทศนั้นเกี่ยวข้องหรือเพิกเฉยต่อการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาขั้นรุนแรง หรือไม่ใช้ความพยายามอย่างจริงจังในการต่อสู้กับปัญหาการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาขั้นรุนแรง ตามกฎหมายการให้ความช่วยเหลือต่างประเทศ (The Foreign Assistance Act of 1961) กฎหมายสถาบันการเงินระหว่างประเทศ (The International Financial Institutions Act)[53]

ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงพาณิชย์ และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศ จัดทำรายการของอุปกรณ์เกี่ยวกับการควบคุม และ

---

[52]โปรดดู Section 108 International Religious Freedom Act 1998

[53]โปรดดู Section 421-422 International Religious Freedom Act 1998

ตรวจจับอาชญากรรมที่มีการส่งออก และส่งกลับไปยังประเทศที่มีความกังวลเป็นพิเศษเกี่ยวกับเสรีภาพทางศาสนา ที่มีข้อบ่งชี้ว่าจะนำสิ่งดังกล่าวไปใช้เพื่อกระทำการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาขั้นรุนแรง และให้ห้ามการส่งออกและส่งกลับอุปกรณ์ดังกล่าว[54]

4. รายงานประจำปีเรื่องเสรีภาพทางด้านศาสนาระหว่างประเทศตามรัฐบัญญัติเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ ค.ศ. 1998

รัฐบัญญัติเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศกำหนดให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องมีหน้าที่จัดรายงานประจำปี โดยแยกเป็น 2 ฉบับ (1) รายงานประจำปีที่จัดทำขึ้นโดยสำนักงานเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ และ (2) รายงานประจำปีที่จัดทำขึ้นโดยคณะกรรมการเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นหน่วยงานอิสระ

4.1 รายงานประจำปีของสำนักงานเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ[55]

4.1.1 การจัดทำรายงานประจำปี

ทูตประจำกระทรวงที่ได้รับแต่งตั้งตามรัฐบัญญัติเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศฯ มีหน้าที่ช่วยเหลือรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศในการเตรียมจัดทำรายงานด้านสิทธิมนุษยชนที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพทางศาสนา และการถูกเลือกปฏิบัติเนื่องจากศาสนา และรายงานประจำปีในส่วนที่เกี่ยวกับเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ เพื่อเสนอต่อรัฐสภาโดยจัดทำรายงานภายในวันที่ 1 กันยายนของทุกปี ในการจัดทำรายงานให้รับฟังคำแนะนำของคณะกรรมการเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ

---

[54]โปรดดู Section 423 International Religious Freedom Act 1998

[55]โปรดดู Section 102 International Religious Freedom Act 1998

4.1.2 รายละเอียดของรายงานประจำปี

รายงานประจำปีประกอบด้วย 3 ส่วนที่สำคัญ คือ (1) สถานการณ์เรื่องเสรีภาพทางศาสนาในแต่ละประเทศ (2) การดำเนินการของประเทศสหรัฐอเมริกาต่อประเทศที่มีปัญหาการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาขั้นรุนแรง (CPCs) และ (3) การส่งเสริมความเข้าใจอันดีระหว่างศาสนา และรวมถึงพัฒนาการเรื่องการเคารพและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพทางศาสนา แนวโน้มการละเมิดเสรีภาพทางศาสนา การเพิกเฉยหรือการมีส่วนในการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาขั้นรุนแรงของรัฐบาลประเทศต่างๆ พร้อมทั้งอธิบายสภาพของการละเมิดเสรีภาพทางศาสนา การกลั่นแกล้งทางศาสนาระหว่างกลุ่มของผู้นับถือศาสนาต่างๆ การกลั้นแกล้งทางศาสนาโดยรัฐบาลหรือองค์กรเอกชน โดยกระทำต่อบุคคลหรือลัทธินิกายหรือศาสนาใดทั้งหมด และนโยบายของรัฐในเรื่องการละเมิดเสรีภาพทางศาสนา และนโยบายของรัฐบาลสหรัฐอเมริกาในเรื่องเสรีภาพทางศาสนาที่ดำเนินการในแต่ละประเทศ รวมถึงการเข้าทำข้อตกลงตามที่กฎหมายนี้กำหนด การจัดฝึกอบรมต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐ เช่น การฝึกอบรมในเรื่องการขออนุญาตเข้าเมือง การขอลี้ภัย การอนุญาตให้ลี้ภัย เป็นต้น

4.1.3 รายงานประจำปี ค.ศ. 2009[56]

รายงานประจำปี ค.ศ. 2009 ได้ระบุสภาพปัญหาสำคัญ 5 ประการ เกี่ยวกับเสรีภาพทางศาสนาที่เกิดขึ้นในแต่ละประเทศ ได้แก่

(1) ระบบการปกครองแบบเผด็จการหรืออำนาจนิยม (Authoritarian government)

ในประเทศที่ปกครองโดยระบบดังกล่าวอย่างเข้มงวด มักมีการควบคุมเรื่องความเชื่อทางศาสนาและการแสดงออกและการ

---

[56] International Religion Freedom Report (online) http://www.state.gov (15 กุมภาพันธ์ 2553)

ดำรงชีวิตตามปกติของพลเรือน โดยบางกลุ่มการปกครอง เห็นว่ากลุ่มความเชื่อทางศาสนาเป็นศัตรูของรัฐ หรือทำให้มีผลกระทบต่อความจงรักภักดีต่อรัฐบางรัฐบาลจะอ้างความมั่นคงทางการเมืองเพื่อจำกัดการปฏิบัติศาสนกิจโดยสงบ

ซึ่งตามรายงานได้มีความพยายามในการแยกกลุ่มที่มีสภาพปัญหาดังกล่าวจริงกับกลุ่มที่มีการใช้ศาสนาเพื่อใช้ความรุนแรงต่อกลุ่มอื่น หรือรัฐ ออกจากกัน

(2) การรังเกียจชนกลุ่มน้อย (Hostility toward minorities)

ปัญหาความรุนแรงเกิดจากรัฐรังเกียจศาสนาของชนกลุ่มน้อยหรือศาสนาที่รัฐไม่ได้ให้ความเห็นชอบ บางรัฐบาลคุกคามและรังควานศาสนาของชนกลุ่มน้อย และเพิกเฉยต่อความรุนแรงทางสังคมที่เกิดแก่ศาสนาของชนกลุ่มน้อย ในบางกรณี รัฐบาลเรียกร้องให้ชนกลุ่มน้อยปฏิเสธความเชื่อทางศาสนาของตน หรือบังคับให้ย้ายถิ่นฐาน หรือให้อพยพออกนอกประเทศ

โดยในรายงานนี้ได้ใช้ความระมัดระวังในการพิจารณาปัญหาความสัมพันธ์ระหว่างศาสนา และชาติพันธุ์ โดยเฉพาะกรณีที่รัฐบาลส่วนใหญ่ประกอบด้วยชาติพันธุ์และศาสนาที่เป็นชนกลุ่มใหญ่กดขี่การแสดงออกทางศาสนาของชนกลุ่มน้อย และรายงานในรายละเอียดในส่วนที่รัฐบาลรุนแรงต่อชนกลุ่มน้อยเนื่องจากคนกลุ่มน้อยบางกลุ่มเกี่ยวข้องกับปัญหาทางการเมืองจริง

(3) การเพิกเฉยต่อปัญหาความขัดแย้งสังคม (Failure to address societal intolerance)

บางรัฐเพิกเฉยต่อปัญหาความรุนแรงที่เกิดขึ้นกับบางกลุ่มศาสนา แม้จะมีกฎหมายกำหนดเรื่องการห้ามเลือกปฏิบัติระหว่างศาสนา

หรือการกลั่นแกล้งทางศาสนา แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ได้ป้องกันปัญหาการทำร้าย การรังควาญ หรือการกระทำอันตรายต่อบุคคลหรือกลุ่มศาสนา ซึ่งนอกจากกฎหมายแล้วในทางปฏิบัติรัฐควรกำหนดมาตรการเพื่อป้องกันปัญหาการทำร้าย และนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ และเยียวยาผู้เสียหาย และสร้างสภาพแวดล้อมให้ประชาชนเกิดความเคารพและมีขันติธรรมในการอยู่รวมกัน

(4) ระบบที่ไม่เป็นธรรม (Institutionalized bias)

บางครั้งรัฐบาลของบางประเทศได้จำกัดเสรีภาพทางศาสนาโดยการตรากฎหมายที่เป็นการเลือกปฏิบัติ หรือกระทำการใดเพื่อให้เกิดสิทธิประโยชน์ต่อศาสนาที่ประชาชนส่วนใหญ่นับถือ ซึ่งปัญหาดังกล่าวอาจสืบเนื่องมาจากความเป็นมาทางประวัติศาสตร์ ทำให้เกิดการเลือกปฏิบัติต่อศาสนาของชนกลุ่มน้อย ซึ่งรวมถึงการที่รัฐให้การรับรองการตีความของกลุ่มศาสนาหลัก ซึ่งมีผลกระทบต่อผู้ที่ตีความต่างกันออกไป

(5) ความไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Illegitimacy)

รัฐบาลบางประเทศได้เลือกปฏิบัติต่อบางกลุ่มศาสนาโดยเรียกกลุ่มศาสนาว่า เป็นลัทธิที่อันตรายและไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากกระทำการที่เป็นอันตรายต่อบุคคลหรือความสงบเรียบร้อยของสังคม ทำให้สถานะภาพของศาสนาดังกล่าวไม่ได้รับการยอมรับ หรือไม่ได้รับความสนใจ นับเป็นการกระทำความรุนแรงต่อกลุ่มศาสนาดังกล่าว

โดยในระยะเวลากว่าสิบปีที่ผ่านมาพบว่า องค์กรของกลุ่มประเทศที่นับถือศาสนาอิสลาม (Organization of the Islamic Conference) ประกอบด้วย 57 ประเทศ ที่ประชากรส่วนใหญ่นับถือศาสนามุสลิม ได้ดำเนินการผ่านองค์การสหประชาชาติ (United Nation) เพื่อเสนอข้อมติประจำปีต่อคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งสหประชาชาติ และที่ประชุมแห่งสหประชาชาติ เกี่ยวกับแนวความคิดเรื่อง “การดูหมิ่นศาสนา” (defa-

mation of religion) หรือกรณีความริเริ่มที่จะให้เกิดการพูดคุยระหว่างกลุ่มที่มีความเชื่อต่างกันเพื่อให้เกิดขันติธรรมและความเข้าใจในระดับระหว่างประเทศ เริ่มเกิดขึ้นในหลายส่วนของโลก โดยเฉพาะในแถบตะวันออกกลาง มีพัฒนาการเรื่องการพูดคุยกันในระหว่างกลุ่มความเชื่อเดียวกันและระหว่างกลุ่มที่มีความเชื่อต่างกัน มีกระแสเรียกร้องให้มีการส่งเสริมในเรื่องขันติธรรม การสื่อสาร และการอยู่ร่วมกัน มีความร่วมมือระหว่างพื้นที่ต่างๆ เกิดขึ้น เช่น การประชุมระหว่างกลุ่มที่มีความเชื่อต่างกัน The Doha Conference on Interfaith Dialogue ที่ประเทศกาตาร์ ซึ่งจัดขึ้นเป็นประจำทุกปี ตั้งแต่ปี ค.ศ. 2002 หรือการประชุมในกลุ่มผู้ที่นับถือศาสนาอิสลาม ณ ประเทศซาอุดิอาราเบีย โดยในการประชุม ปีค.ศ. 2007 ได้มีจดหมายความยาว 21 หน้า จากกลุ่มผู้นำอิสลาม 138 คน จากทั่วโลกถึงพระสันตะปาปาและผู้นำศาสนาคริสต์ ซึ่งต่อมาใน ปี ค.ศ. 2008 มุสลิม และคริสเตียน โดยเฉพาะคาทอลิคได้เริ่มต้นพูดคุยกันในเรื่องของความเชื่อที่ทั้งสองศาสนามีร่วมกัน

จากการพบปะดังกล่าวมุสลิมได้แสวงหาความเคารพในศาสนาอิสลาม โดยเฉพาะจากประเทศแถบตะวันตก และต้องการย้ำให้เห็นว่าศาสนาอิสลามเป็น "ศาสนาของความสงบ" (religion of peace) และไม่เกี่ยวข้องกับความรุนแรง ส่วนสำนักวาติกันได้เสนอเรื่องเสรีภาพทางศาสนาและขันติธรรมระหว่างผู้ที่มีความเชื่อที่แตกต่างกัน พร้อมทั้งประเด็นความห่วงใยอื่น ๆ เช่น การให้ความรู้แก่สาธารณะในหลักการสำคัญของทั้งสองศาสนา การร่วมแบ่งปันประสบการณ์ การส่งเสริมการเคารพซึ่งกันและกันเพื่อแทนที่ความรุนแรงโดยมุ่งเน้นไปที่กลุ่มเยาวชน

นอกจากนี้มีหลายประเทศได้เริ่มดำเนินการในแง่มุมต่าง ๆ อาทิ

- Argentina รัฐบาลได้สนับสนุนให้มีการพูดคุยระหว่างผู้ที่มีความเชื่อ แตกต่างกัน มีการจัดงานวันเสรีภาพทางศาสนา

- Hungary ที่แม้จะมีปัญหาเรื่องการต่อต้านยิว (Anti-Semitic) องค์กรคริสเตียนและยิวก็พยายามจัดให้มีการพบปะพูดคุยกันในระหว่างนักวิชาการ จากการประชุมบูดาเปส Catholic-Jewish Relations International Committee ได้กล่าวว่า คาทอลิค และยิวมีความสัมพันธ์ที่ดีขึ้น

- India ผู้นำแต่ละกลุ่มศาสนาพยายามที่แสดงความนับถือต่อศาสนาอื่น เช่น การเข้าร่วมการเฉลิมฉลองวันหยุดของศาสนาอื่นๆ งานทางด้านสังคมต่างๆ และกรณีที่กลุ่มมุสลิมออกต่อต้านการปฏิบัติที่ไม่เหมาะสมของผู้นับถือศาสนาฮินดูที่เป็นพวกหัวรุนแรงต่อผู้นับถือศาสนาคริสต์ พระสงฆ์ในศาสนาคริสต์และโฆษกขององค์กรคริสเตียนออกคำประณามเพื่อต่อต้านการกระทำความรุนแรงต่อผู้นับถือมุสลิม และผู้นำทางศาสนาทั้งหมดออกคำประณามการโจมตีของผู้ก่อการร้ายที่เมืองมุมไบ

- Norway คณะกรรมการสำหรับชุมชนทางศาสนาและปรัชญา ทั้งที่เป็นศาสนาประจำรัฐและศาสนาอื่นได้จัดให้มีการประชุมร่วมกันในเรื่องที่เกี่ยวกับศาสนาในสถาบันการศึกษา

- Oman รัฐบาลสนับสนุนการจัดประชุมระหว่างผู้ที่มีความเชื่อแตกต่างกัน และมีการตรวจสอบความแตกต่างในเรื่องการตีความของศาสนาอิสลาม ศาสนาคริสเตียน และปรัชญาต่างๆ ที่ไม่เกี่ยวข้องกับศาสนา

- Samoa มีการถกเถียงในเรื่องเสรีภาพทางศาสนาในที่ประชุมสำคัญที่ประกอบด้วยผู้นำรัฐ ผู้นำตุลาการ รองนายกรัฐมนตรี ผู้นำทางศาสนา และนักวิชาการ

- Switzerland ชุมชนทางศาสนากว่า 40 เมือง ได้เข้าร่วมงานเพื่อฉลองงานสัปดาห์ศาสนา มีการเชิญชวนให้ผู้นับถือศาสนาอื่นเข้าร่วมพิธีกรรมทางศาสนา มีการสนทนา ประชุม และการปรึกษาหารือร่วมกัน เป็นต้น

4.2 รายงานประจำปีที่จัดทำขึ้นโดยคณะกรรมการเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ[57]

รัฐบัญญัติเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศฯ บัญญัติให้คณะกรรมการเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นหน่วยงานอิสระ มีหน้าที่ทบทวนรายงานประจำปีของสำนักงานเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ และข้อเท็จจริงต่าง ๆ เพื่อจัดทำข้อเสนอแนะให้แก่ประธานาธิบดี รัฐสภาและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศเกี่ยวกับนโยบายระหว่างประเทศและมาตรการที่ประธานาธิบดีต้องดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนดทุก ๆ ปี ก่อนวันที่ 1 พฤษภาคม

รายงานประจำปีของคณะกรรมการฯ อาจเพิ่มเติม แตกต่างหรือคล้ายคลึงกับรายงานประจำปีของสำนักงานเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศก็ได้ อาทิ รายงานประจำปี 2009 คณะกรรมการเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศได้มีข้อเสนอแนะไปยังประธานาธิบดี ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงต่างประเทศ โดยกำหนดประเทศ 13 ประเทศ **เป็นประเทศที่สหรัฐอเมริกาควรห่วงใยเป็นพิเศษ (CPC)** ได้แก่ Burma, Democratic People's Republic of Korea, Eritrea, Iran, Iran, Iraq, Nigeria, Pakistan, People's Republic of China, Saudi Arabia, Sudan, Turkmenistan, Uzbekistan, and Vietnam ประเทศที่ต้องจับตามอง (Watch List) ได้แก่ Afghanistan, Belarus, Cuba, Egypt, Indonesia, Laos, Russia, Somalia, Tajikistan, Turkey, and Venezuela สำหรับกลุ่มประเทศที่ต้องจับตามองตามที่คณะกรรมการเสรีภาพทางศาสนากำหนดนั้นพบการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาแต่ยังไม่เข้าหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาที่

[57] อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 31

รัฐบัญญัติเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ ฯ กำหนดให้เป็นประเทศที่ต้องห่วงใยเป็นพิเศษ แต่คณะกรรมการเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศเห็นสมควรที่จะเพิ่มกลุ่มประเทศนี้ไว้ด้วย เนื่องจากพบการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาที่เกี่ยวข้องหรือกระทำโดยรัฐบาลของประเทศนั้น เป็นต้น

ตารางเปรียบเทียบรายนามประเทศที่ต้องห่วงใยเป็นพิเศษ และประเทศที่ต้องจับตามองของกระทรวงการต่างประเทศ และของคณะกรรมการเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ[58]

ประเทศที่ต้องห่วงใยเป็นพิเศษของกระทรวงการต่างประเทศ	ประเทศที่ต้องห่วงใยเป็นพิเศษของคณะกรรมการเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ	ประเทศที่ต้องจับตามองของคณะกรรมการเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ
Burma	Burma	Afghanistan
China	China	Belarus
Eritrea	Eritrea	Cuba
Iran	Iran	Egypt
North Korea	**Iraq**	Indonesia
Saudi Arabia	**Nigeria**	Laos
Sudan	North Korea	Russia
Uzbekistan	**Pakistan**	Somalia
	Saudi Arabia	Tajikistan
	Sudan	Turkey
	Turkmenistan	Venezuela
	Uzbekistan	
	Vietnam	

[58] อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 31, หน้า 2.

จากรายงานของคณะกรรมการเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ พบว่าในส่วนของการบังคับใช้รัฐบัญญัติเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศฯ นั้น ผู้ที่เกี่ยวข้องยังไม่ได้ดำเนินมาตรการสำคัญตามที่กฎหมายกำหนด อาทิ รัฐบัญญัติเสรีภาพทางศาสนาไม่ได้กำหนดระยะเวลาที่ผู้เกี่ยวข้องต้องระบุประเทศที่สหรัฐอเมริกาต้องห่วงใยเป็นพิเศษไว้ ทำให้การบังคับใช้มาตรการดังกล่าวต่อประเทศนั้นต้องล่าช้าออกไป[59] หรือกรณีที่ประธานาธิบดียังไม่ได้แต่งตั้งทูตประจำกระทรวงเกี่ยวกับเสรีภาพทางศาสนา และการขาดแคลนบุคคล และงบประมาณในการดำเนินงานของสำนักงานเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศยังไม่ได้กำหนดรายชื่อของบุคคลที่เชื่อว่าถูกคุมขัง กักกัน ภายในบ้านเรือนอันเนื่องมาจากความเชื่อทางศาสนา และนโยบายเรื่องเสรีภาพทางศาสนาในประเทศดังกล่าว นอกจากนี้ยังไม่มีการระบุรายชื่อบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการละเมิดเสรีภาพทางศาสนา ซึ่งรัฐบัญญัติเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศกำหนดห้ามบุคคลดังกล่าวเข้ามายังประเทศสหรัฐอเมริกา ยกเว้นกรณีเดียวที่ห้ามบุคคลเข้าประเทศตามกฎหมายนี้ คือ กรณีนายรัฐมนตรีของประเทศอินเดีย Chief Minister Narenda Modi เกี่ยวกับปัญหาความวุ่นวายในประเทศอินเดีย ที่ Gujarat เมื่อ ปีค.ศ. 2002 เป็นต้น[60]

[59] อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 31, หน้า 3.

[60] อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 31, หน้า 10-11.

5. บทสรุป

การที่รัฐสภาของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ตรารัฐบัญญัติเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ ค.ศ. 1998 ขึ้นนั้น ไม่ได้มีความประสงค์ที่จะพยายามบังคับใช้มาตรฐานของประเทศสหรัฐอเมริกาในเรื่องเสรีภาพทางศาสนาต่อนานาประเทศ แต่มีเจตนารมณ์เพื่อส่งเสริมให้มีการบังคับใช้มาตรฐานสากลในเรื่องเสรีภาพทางศาสนาหรือความเชื่อ ตามที่ได้กำหนดไว้ในปฏิญญาสากลว่าด้วย สิทธิมนุษยชน (The Universal Declaration of Human Right) และอนุสัญญาระหว่างประเทศฉบับต่าง ๆ ที่หลายประเทศลงนามรับรองไว้แล้ว เพื่อลดปัญหาการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาทั่วโลก ซึ่งการดำเนินการตามรัฐบัญญัติดังกล่าวถือเป็นตัวอย่างในความพยายามที่จะทำให้ข้อตกลงระหว่างประเทศในเรื่องต่าง ๆ สัมฤทธิ์ผลเป็นรูปธรรมขึ้นได้ และทำให้กรอบเรื่องการละเมิดเสรีภาพทางศาสนามีความชัดเจนขึ้นอีกชั้นหนึ่ง โดยการกำหนดขอบเขต กรอบ คำนิยาม หรือลักษณะของการละเมิดเสรีภาพทางศาสนา และการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาขั้นรุนแรงไว้อย่างชัดเจน

ในส่วนของความโปร่งใสชัดเจนของบทบัญญัติกฎหมายก็ทำให้นานาประเทศทราบถึงขั้นตอน และการเลือกใช้มาตรการตอบโต้ของประเทศสหรัฐอเมริกา เมื่อมีปัญหาการละเมิดเสรีภาพ ทางศาสนาขึ้นในประเทศใดประเทศหนึ่ง ประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกาไม่ได้ใช้อำนาจในการดำเนินการตอบโต้การละเมิดเสรีภาพต่อประเทศใดประเทศหนึ่งโดยอำเภอใจ ประธานาธิบดีมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามขั้นตอนและวิธีการที่กฎหมายได้กำหนดไว้ชัดเจนเช่นกัน โดยการดำเนินการของประธานาธิบดีใช้รูปแบบการร่วมปรึกษาหารือกับหน่วยงานที่รับผิดชอบซึ่งเป็นผู้มีความเชี่ยวชาญเกี่ยวข้องในเรื่องดังกล่าวโดยตรง ประธานาธิบดีปฏิบัติหน้าที่ตามกรอบกฎหมายที่มีความชัดเจนย่อมทำให้การปฏิบัติหน้าที่ของประธานาธิบดีเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและไม่ถูกโดดเดี่ยวในการปฏิบัติหน้าที่ และไม่ต้อง

วางแผนการปฏิบัติหน้าที่ในเหตุการณ์เฉพาะหน้าเป็นรายกรณีไป เพราะรัฐสภาได้วางกรอบการดำเนินการในกรณีที่มีสภาพปัญหาการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาไว้ล่วงหน้าค่อนข้างชัดเจนในเครื่องมือและแนวทางการแก้ปัญหาการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาแล้วทั้งที่ชัดเจน และยืดหยุ่นในสถานการณ์ที่แตกต่างกัน

ยิ่งไปกว่านั้น รัฐสภาได้มอบหมายหน้าที่ให้แก่หน่วยงานที่เกี่ยวข้องทำงานเกื้อกูลร่วมมือกัน ได้อย่างชัดเจน เช่น รัฐสภา ประธานาธิบดี รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ ทูตประจำกระทรวง เจ้าหน้าที่สภาความมั่นคงแห่งชาติ เจ้าหน้าที่สำนักงานเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ คณะกรรมการเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ คณะผู้แทนทางการทูตประจำในแต่ละประเทศ ซึ่งแต่ละองค์กรอาจมองปัญหาการละเมิดเสรีภาพทางศาสนาในแต่ละประเทศไม่เหมือนกัน ตามที่ปรากฏในรายงานของสำนักงานศาสนาระหว่างประเทศและคณะกรรมการเสรีภาพทางศาสนาระหว่างประเทศ เป็นต้น ซึ่งเป็นประโยชน์ในการตรวจสอบและส่งเสริมการทำงานของแต่ละองค์กร และแต่ละองค์กรมีหน้าที่เสนอนโยบายต่อรัฐสภาและประธานาธิบดี เพื่อกำหนดทิศทางนโยบายของประเทศในเรื่องเสรีภาพทางศาสนาต่อไป ทำให้ผู้เกี่ยวข้องมั่นใจในการทำงานว่าอยู่บนฐานข้อมูล ที่รวบรวมมาไว้อย่างสม่ำเสมอ และเป็นที่เปิดเผย การตัดสินใจลงมือปฏิบัติการใด ๆ ของผู้เกี่ยวข้องจึงน่าจะกระทำได้อย่างถูกต้อง รวดเร็ว และเป็นระบบ ซึ่งประเทศไทยอาจได้รับประโยชน์จากรูปแบบของกฎหมาย การจัดองค์กร และการร่วมมือกันรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ที่ชัดเจนยิ่งขึ้นต่อไป

บรรณานุกรม

หนังสือในประเทศ

(1) ริยา เด็ดขาด. **เสรีภาพในการถือศาสนาและการเผยแพร่ศาสนาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย**. วิทยานิพนธ์ตามหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2546.

(2) กุลพล พลวัน. **สิทธิมนุษยชนในสังคมโลก**. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2547.

(3) ชนาทร จิตติเดโช. "เสรีภาพทางศาสนากับปัญหาสิทธิมนุษยชน" วารสารคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ปีที่ 9 เล่มที่ 25 (2) (มกราคม - เมษายน 2550).

(4) แพทริเซีย เอส. แดเนียล์ และสตีเวน จี. ไฮสลอป เขียน คุณากร วาณิชย์วิรุฬห์ แปล, "พลิกประวัติศาสตร์โลก". **National Geographic.**

หนังสือและบทความต่างประเทศ

(1) Largest Religious Groups in the Untied States of America: (online) http://www.adherents.com (10 กุมภาพันธ์ 2553)

(2) Religion in the United States : (online) http://en.wikipedia.org (15 กุมภาพันธ์ 2553)

(3) International Religion Freedom Report (online) ฉบับรายงานประจำปี ค.ศ. 2009 และค.ศ. 2002 http://www.state.gov (15 กุมภาพันธ์ 2553)

(4) Annual Report of the U.S. Commission on International Religious Freedom (online) http://www.uscirf.gov (15 กุมภาพันธ์ 2553)

(5) Robert S. Alley. **The Constitution & Religion.** New York : Prometheus, 1999.

(6) History of religion in the United States (online), http:// en.wikipedia.org (15 กุมภาพันธ์ 2553)

กฎหมาย

(1) The United States Constitution

(2) International Religion Freedom Act 1998

(3) ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (The Universal Declaration of Human Right)

(4) กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิของพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (The International Covenant on Civil and Political Rights)

(5) ข้อตกลงเฮลซิงกิ (The Helsinki Accords)

(6) ปฏิญญาว่าด้วยการขจัดและการเลือกปฏิบัติเกี่ยวกับศาสนาและความเชื่อทุกรูปแบบ (The Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and Discrimination Based on Religion or Belief)

(7) กฎบัตรสหประชาชาติ (The United Nations Charter)

(8) กติกาแห่งยุโรปเพื่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

คดี

(1) Board Of Education Of Kiryas Joel Village School District v. Grumet, 512 U.S. 687 (1984)

(2) Torcoso v. Wathins, 367 U.S. 488 (1961)

(3) Engel v. Vitale, 370 U.S. 420 (1961)

(4) Abington Township School District v. Schempp, 374 U.S.203 (1963)

(5) Marsh v. Chambers, 463 U.S. 783 (1983)

(6) Lynch v. Donnelly, 465 U.S. 668 (1984)

ภาคผนวก

(หมายเลข 1) อนุสัญญาระหว่างประเทศ

The Universal Declaration of Human Rights 1948 (UDHR)

Article 18

Everyone has the right to freedom of thought, conscience, and religion; this right includes freedom to change his religion or belief, and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in teaching, practice, worship, and observance.

The International Covenant on Civil and Political Rights 1966 (ICCPR)

Article 18

(1) Everyone shall have the right to freedom of thought, conscience, and religion. This right shall include freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice, and freedom, either individually or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in worship, observance, practice, and teaching.

(2) No one shall be subject to coercion, which would impair his freedom to have or to adopt a religion or belief of his choice.

(3) Freedom to manifest one's religion or beliefs may be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedom of the others.

(4) The States Parties to the present Covenant undertake to have respect for the liberty of parents and, when applicable, legal guardians to ensure the religious and moral education of their children in conformity with their own convictions.

Helsinki Final Act 1975

Principle VII

The participating States will respect human rights and fundamental freedoms, including the freedom of thought, conscience, religion or belief, for all without distinction as to race, sex, language or religion.

The Declaration on the Elimination of All Forms of Intolerance and Discrimination Based on Religion or Belief 1981

Article 1

1. Everyone shall have the right to freedom of thought, conscience and religion. This right shall include freedom to have a religion or whatever belief of his choice, and freedom, either individually or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief in worship, observance, practice and teaching.

2. No one shall be subject to coercion which would impair his freedom to have a religion or belief of his choice.

3. Freedom to manifest one's religion or belief may be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary to protect public safety, order, health or morals or the fundamental rights and freedoms of others.

Article 2

1. No one shall be subject to discrimination by any State, institution, group of persons, or person on the grounds of religion or other belief.

2. For the purposes of the present Declaration, the expression "intolerance and discrimination based on religion or belief" means any distinction, exclusion, restriction or preference based on religion or belief and having as its purpose or as its effect nullification or impairment of the recognition, enjoyment or exercise of human rights and fundamental freedoms on an equal basis.

Article 3

Discrimination between human beings on the grounds of religion or belief constitutes an affront to human dignity and a disavowal of the principles of the Charter of the United Nations, and shall be condemned as a violation of the human rights and fundamental freedoms proclaimed in the Universal Declaration of Human Rights and enunciated in detail in the International Covenants on Human Rights, and as an obstacle to friendly and peaceful relations between nations.

Article 4

1. All States shall take effective measures to prevent and eliminate discrimination on the grounds of religion or belief in the recognition, exercise and enjoyment of human rights and fundamental freedoms in all fields of civil, economic, political, social and cultural life.

2. All States shall make all efforts to enact or rescind

legislation where necessary to prohibit any such discrimination, and to take all appropriate measures to combat intolerance on the grounds of religion or other beliefs in this matter.

Article 5

1. The parents or, as the case may be, the legal guardians of the child have the right to organize the life within the family in accordance with their religion or belief and bearing in mind the moral education in which they believe the child should be brought up.

2. Every child shall enjoy the right to have accesses to education in the matter of religion or belief in accordance with the wishes of his parents or, as the case may be, legal guardians, the best interests of the child being the guiding principle.

3. The child shall be protected from any form of discrimination on the ground of religion or belief. He shall be brought up in a spirit of understanding, tolerance, friendship among peoples, peace and universal brotherhood, respect for freedom of religion or belief of others, and in full consciousness that his energy and talents should be devoted to the service of his fellow men.

4. In the case of a child who is not under the care either of his parents or of legal guardians, due account shall be taken of their expressed wishes or of any other proof of their wishes in the matter of religion or belief, the best interests of the child being the guiding principle.

5. Practices of a religion or belief in which a child is brought up must not be injurious to his physical or mental health or to

his full development, taking into account article 1, paragraph 3, of the present Declaration.

Article 6

In accordance with article I of the present Declaration, and subject to the provisions of article 1, paragraph 3, the right to freedom of thought, conscience, religion or belief shall include, inter alia, the following freedoms:

(a) To worship or assemble in connection with a religion or belief, and to establish and maintain places for these purposes;

(b) To establish and maintain appropriate charitable or humanitarian institutions;

(c) To make, acquire and use to an adequate extent the necessary articles and materials related to the rites or customs of a religion or belief;

(d) To write, issue and disseminate relevant publications in these areas;

(e) To teach a religion or belief in places suitable for these purposes;

(f) To solicit and receive voluntary financial and other contributions from individuals and institutions;

(g) To train, appoint, elect or designate by succession appropriate leaders called for by the requirements and standards of any religion or belief;

(h) To observe days of rest and to celebrate holidays and ceremonies in accordance with the precepts of one's religion or belief;

(i) To establish and maintain communications with individuals and communities in matters of religion and belief at the national and international levels.

The United Nations Charter

Article 1 The Purpose of the United Nations are:

....

3. To achieve international co-operation in solving international problems of an economic, social, cultural, or humanitarian character, and in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion; and

....

The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

Article 9 Freedom of thought, conscience and religion

1. Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance.

2. Freedom to manifest one's religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.

(หมายเลข 2) International Religious Freedom Act of 1998

Section 3 In this Act:

(11) PARTICULARLY SEVERE VIOLATIONS OF RELIGIOUS FREEDOM.- The term "particularly severe violations of religious freedom" means systematic, ongoing, egregious violations of religious freedom, including violations such as –

(A) torture or cruel, inhuman, or degrading treatment or punishment;

(B) prolonged detention without charges;

(C) causing the disappearance of persons by the abduction or clandestine detention of those persons; or

(D) other flagrant denial of the right to life, liberty, or the security of persons.

(13) VIOLATIONS OF RELIGIOUS FREEDOM.- The term "violations of religious freedom" means violations of the internationally recognized right to freedom of religion and religious belief and practice, as set forth in the international instruments referred to in section 2(a)(2) and as described in section 2(a)(3) including violations such as -

(A) arbitrary prohibitions on, restrictions of, or punishment for-

(i) assembling for peaceful religious activities such as worship, preaching, and prayer, including arbitrary registration requirements;

(ii) speaking freely about one's religious beliefs;

(iii) changing one's religious beliefs and affiliation;

(iv) possession and distribution of religious literature, including Bibles; or

(v) raising one's children in the religious teachings and practices of one's choices

(B) any of the following acts if committed on account of an individual's religious belief or practice: detention, interrogation, imposition of an onerous financial penalty, forced labor, forced mass resettlement, imprisonment, force religious conversion, beating, torture, mutilation, rape, enslavement, murder, and execution.

Section 405. Description of Presidential Actions.

(a) Description of Presidential Actions.-Except as provided in subsection (d), the Presidential actions referred to in this subsection are the following:

(1) A private demarche.

(2) An official public demarche.

(3) A public condemnation.

(4) A public condemnation within one or more multilateral fora.

(5) The delay or cancellation of one or more scientific exchanges.

(6) The delay or cancellation of one or more cultural exchanges

(7) The denial of one or more working, official, or state visits.

(8) The delay or cancellation of one or more working, official, or state visits.

(9) The withdrawal, limitation, or suspension of United States development assistance in accordance with section 116 of the Foreign Assistance Act of 1961

(10) Directing the Export-Import Bank of the United States, the Overseas Private Investment Corporation, or the Trade and Development Agency not to approve the issuance of any (or a specified number of) guarantees, insurance, extensions of credit, or participations in the extension of credit with respect to the specific government, agency, instrumentality, or official found or determined by the President to be responsible for violations under section 401 or 402.

(11) The withdrawal, limitation, or suspension of United States security assistance in accordance with section 502B of the Foreign Assistance Act of 1961.

(12) Consistent with section 701 of the International Financial Institutions Act of 1977, directing the United States executive directors of international financial institutions to oppose and vote against loans primarily benefiting the specific foreign government, agency, instrumentality, or official found or determined by the President to be responsible for violations under section 401 or 402.

(13) Ordering the heads of the appropriate United States agencies not to issue any (or a specified number of) specific licenses, and not to grant any other specific authority (or a specified number of authorities), to export any goods or technology to the specific foreign government, agency, instrumentality, or official found or determined by the President to be responsible for violations under section 401 or 402, under-

(A) the Export Administration Act of 1979,

(B) the Arms Export Control Act;

(C) the Atomic Energy Act of 1954; or

(D) any other statute that requires the prior review and approval of the United States Government as a condition for the export or reexport of goods or services.

(14) Prohibiting any United States financial institution from making loans or providing credits totaling more than $ 10,000,000 in any 12-month period to the specific foreign government, agency, instrumentality, or official found or determined by the President to be responsible for violations under section 401 or 402.

(15) Prohibiting the United States Government from procuring, or entering into any contract for the procurement of, any goods or services from the foreign government, entities, or officials found or determined by the President to be responsible for violations under section 401 or 402.

(b) Commensurate Action.-Except as provided in subsection (d), the President may substitute any other action authorized by law for any action described in paragraphs (1) through (15) of

subsection (a) if such action is commensurate in effect to the action substituted and if the action would further the policy of the United States set forth in section 2(b) of this Act. The President shall seek to take all appropriate and feasible actions authorized by law to obtain the cessation of the violations. If commensurate action is taken, the President shall report such action, together with an explanation for taking such action, to the appropriate congressional committees.

(c) Binding Agreements.-The President may negotiate and enter into a binding agreement with a foreign government that obligates such government to cease, or take substantial steps to address and phase out, the act, policy, or practice constituting the violation of religious freedom. The entry into force of a binding agreement for the cessation of the violations shall be primary objective for the President in responding to a foreign government that has engaged in or tolerated particularly severe violations of religious freedom.

(d) Exceptions.-Any action taken pursuant to subsection (a) or (b) may not prohibit or restrict the provision of medicine, medical equipment or supplies, food, or other humanitarian assistance.

The Final Preparatory Committee Meeting on the launching of the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions and the 7th Conference of Asian Constitutional Court Judges

*Chalermpon Ake-uru**

From 12–15 July 2010 a Delegation of the Constitutional Court of Thailand, led by the Rt. Hon. Chut Chonlavorn, President of the Constitutional Court, attended two meetings in Jakarta, Republic of Indonesia.

The first meeting - the Final Preparatory Committee Meeting on the launching of the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions - which took place on 12 July 2010 was organized by the Constitutional Court of the Republic of Indonesia. The second meeting – the 7th Conference of Asian Constitutional Court Judges – which took place from 13-15 July 2010 was organized by the Constitutional Court of the Republic of Indonesia in cooperation with the Konrad Adenauer Stiftung.

The first meeting, as its name suggested, is a sequel of the 3rd Preparatory Committee Meeting held in Seoul, the Republic of Korea, during 6–8 April 2010. At that meeting, the participants from the Constitutional Court of the Republic of Indonesia, the Constitutional

* Justice of the Constitutional Court of Thailand

Court of the Republic of Korea, the Constitutional Court of the Kyrgyz Republic, the Federal Court of Malaysia, the Constitutional Court of Mongolia, the Supreme Court of the Philippines, the Constitutional Court of Thailand and the Constitutional Court of the Republic of Uzbekistan could finally agree on the text of the Statute of the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions. The Association would serve as an independent and non-political forum for the constitutional courts and equivalent institutions, members of the Association, to exchange experiences and information on constitutional cases and jurisprudence with a view to promoting the rule of law, democracy and human rights.

The Delegation of the Constitutional Court of Thailand played a key role in the 3rd Preparatory Committee Meeting in bringing about the final agreement on the text of the Statute. It was decided at the Meeting that the Presidents or Heads or their designated representatives of members of the Preparatory Committee would meet on the sidelines one day before the beginning of the 7th Conference of Asian Constitutional Court Judges to be organized by the Constitutional Court of the Republic of Indonesia in Jakarta in July 2010 specifically for adoption of the finalized Statute.

At the Final Preparatory Committee Meeting in Jakarta on 12 July 2010, the Presidents or Heads or their designated representatives of members of the Preparatory Committee (except the Constitutional Court of the Kyrgyz Republic) did adopt the finalized text of the Statute of the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions. They also adopted and signed the Jakarta Declaration on

the Establishment of the Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions, signifying the adoption of the Statute, the official launching of the Association and the decision to convene the inaugural congress of the Association in the Republic of Korea within the next two years. In this connection, the representative of the President of the Constitutional Court of the Republic of Korea announced that the preparatory meeting of the Board of Members of the Association would be held in May 2011.

As regards the preparation of the Jakarta Declaration, it should be mentioned that the Delegation of the Constitutional Court of Thailand was instrumental in making major amendments to the draft Jakarta Declaration, introduced by the Delegation of the Constitutional Court of the Republic of Indonesia, culminating in the agreed text of the Declaration.

The second meeting – the 7th Conference of Asian Constitutional Court Judges – was attended by delegates from 27 countries, both in and outside Asia, and a few delegates from international organizations.

This Conference was opened by His Excellency Susilo Bambang Yudhoyono, President of the Republic of Indonesia. In his speech, the Indonesia President expressed his hope that the Conference would further promote cooperation and partnership of the Constitutional Courts and Equivalent Institutions. He further said that the topic was appropriate, forward-looking and relevant to the dynamics of democracy. In this Conference, the participants would share ideas and experiences on the system, the Constitution, the conduct of general elections, in accordance with the systems in their respective countries.

The theme of the Conference was "General Election Law" and the conference was divided into three sessions.

In the first session dealing with concepts of electoral systems in comparison, there were presentations from delegates of the Republic of Korea, Malaysia, Thailand, Chile, Timor Leste, Sri Lanka, Mongolia, the Philippines, Azerbaijan, Brunei Darussalam and Singapore. The speakers in this session discussed different concepts of election systems. Focus was on the legal framework and whether the principles are laid down in the constitution, in ordinary statutes or in case-law respectively.

Justice Chalermpon Ake-uru made presentation on behalf of the Constitutional Court of Thailand. He stated that just as a soccer game needs rules as well as a referee and linesmen, so an election requires a system of electoral rules as well as an election management body. In Thailand, the most important election is the general election of members of the House of Representatives. So he would give an overview of the electoral system in Thailand as applied in the general election of members of the House of Representatives. Rules regarding the election of members of the House of Representatives are stipulated in the Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2550 (2007) section 93 to 98 and the Organic Act on Election of Members of the House of Representatives and the Installation of Senators B.E. 2550 (2007). Thailand adopted a direct universal suffrage. Every citizen, except those who are excluded by law, can directly participate in the vote and elect his or her representatives without the involvement of

intermediaries. The election is by secret ballot and the forms of ballot paper used are exclusive to each election basis.

The House of Representatives of Thailand consists of 480 members, 400 of whom are from the constituency based election and 80 of whom are from the proportional based election. In Thai general election, the voters have two ballots: one to select their MPs for their constituency and the other one to choose whichever political party they prefer most.

With regard to a constituency based election, a province will be divided according to the population census and provincial division into constituencies by which each constituency will have not more than 3 MPs. In fact, this is a case of the multi-member constituency. An eligible voter will have the right to cast the number of votes corresponding to the number of MPs in such constituency. The fist 3 or 2 candidates, as the case may be, that obtain the most votes are declared elected.

As for a proportional based election, the whole country will be divided into 8 clusters of provinces. Each cluster will be regarded as one constituency and will have 10 MPs. A voter can choose only one list of a political party. The number of MPs for each political party will then be calculated on the proportional basis.

He then talked about the Election Commission which could be viewed as a referee and linesmen in elections. The Election Commission is an independent constitutional organ that organize, supervise elections and regulate other activities connected with

elections such as election campaigns and activities of political parties, candidates and persons having the right to vote so as to ensure that the elections proceed in an honest and fair manner.

One distinctive feature is the power of the Election Commission to conduct an investigation and inquiry in the case of complaints that an election has been carried out improperly or unlawfully. This has to be done forthwith and at the completion of the proceeding the Election Commission must pass a decision. If the Election Commission passes a decision to hold a re-election or suspends the right to vote before the announcement of the result of the election such decision will be final. If, after the announcement of the result of the election, the Election Commission is of the opinion that a re-election must be held or the right to vote of the member of the House of Representatives must be suspended, a complaint will be submitted to the Supreme Court of Justice for decision. Like the referee in the soccer game, the Election Commission has two effective measures at its disposal to deal with cases of electoral frauds, namely: yellow cards and red cards.

Adjudication of criminal offences connected with elections, however, remain within the jurisdiction of the Court of Justice.

In the second session, dealing with typical problems and shortcomings in law and practice, delegates from the following countries made presentations: Pakistan, Morocco, Germany, Colombia, Uzbekistan, Cambodia, Mexico and Venezuela. They elaborated on legal regulations and practices related to apportionment of electoral districts, registration of voters and voters'lists, dealing with voting by mail and overseas voting, fair

competition between candidates, transparency in vote counting, financing election campaigns, allocation to elected members of Parliament, etc.

The third or last session "Dealing with Election Complaints" focussed on the relevant provisions and existing practices in dealing with election complaints either by Supreme Courts or Constitutional Courts, by Ombudsmen, Election Commissions or Parliamentary Committees. Lessons learnt and best practices were also discussed. The delegates from the following countries made presentations in this session: Nepal, Kazakhstan, Lao People's Democratic Republic, Austria, Indonesia, Turkey, Egypt, and Tajikistan.

The two meetings in Jakarta are both important. But they are important in a different way. While the second meeting – the 7th Conference of Asian Constitutional Court Judges – provides a good forum for exchanges of views, ideas, experiences, information as well as best practices regarding constitutional case-law and jurisprudence, the first meeting is important in the sense that an association, a regional grouping for Asia, is established in a permanent fashion for cooperation among Constitutional Courts and Equivalent Institutions. It is hoped that in the future, cooperation among members of the Association will be enhanced for the promotion of the rule of law, democracy and human rights.

The Constitutional Court of Thailand looks forward to participating actively in the activities of the newly established Association of Asian Constitutional Courts and Equivalent Institutions.

องค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

*กมล โสตถิโภคา**

1. ความเป็นมา

ประเทศไทยได้มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เมื่อปี พ.ศ. 2475 และพระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาประชาธิปก ทรงพระราชทาน พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของประเทศไทย เมื่อวันที่ 27 มิถุนายน 2475 ต่อมาพระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาประชาธิปกจึงได้พระราชทานรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม 2475 ซึ่งรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวใช้บังคับมาเป็นเวลาถึง 14 ปี รัฐธรรมนูญชั่วคราวฉบับแรกได้มีการจัดตั้งองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตย อันได้แก่สภาผู้แทนราษฎร คณะกรรมการราษฎร และศาล รวมทั้งมีการกำหนดที่มา อำนาจหน้าที่และความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยนั้น รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจสูงสุดของประเทศเป็นของราษฎรทั้งหลาย แต่ไม่มีบทบัญญัติที่เกี่ยวกับความมีอำนาจสูงสุดของรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติที่เกี่ยวกับความมีอำนาจสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เริ่มบัญญัติขึ้นในมาตรา 61 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ที่บัญญัติว่า “บทบัญญัติแห่ง

---

* เจ้าหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญ ๙ ชช. ผู้อำนวยการกลุ่มงานคดี ๔ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

กฎหมายใดๆ มีข้อความแย้งหรือขัดแก่รัฐธรรมนูญนี้ ท่านว่าบทบัญญัตินั้นๆ เป็นโมฆะ" แต่รัฐธรรมนูญก็มิได้บัญญัติองค์กรที่จะทำหน้าที่วินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญไว้ คงมีบทบัญญัติมาตรา 62 ที่ให้อำนาจสภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ทรงไว้ซึ่งสิทธิเด็ดขาดในการตีความแห่งรัฐธรรมนูญนี้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ใช้บังคับมาเป็นเวลาถึง 14 ปี ในระหว่างนั้น เมื่อปี พ.ศ. 2488 หลังจากสงครามโลกครั้งที่สองยุติลงได้มีการตรา "พระราชบัญญัติอาชญากรสงคราม พ.ศ. 2488" ขึ้นเพื่อลงโทษแก่ผู้ที่ได้กระทำการตามที่กฎหมายนี้ถือว่าเป็นอาชญากรสงครามไม่ว่าการกระทำนั้นจะได้กระทำไปก่อนหรือหลังจากที่กฎหมายนี้ใช้บังคับก็ตาม เมื่อมีคดีเข้าสู่กระบวนการพิจารณาของศาล ศาลฎีกาซึ่งเป็นผู้ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้พิจารณาคดีนี้แต่เพียงผู้เดียว ได้มีคำพิพากษาฎีกาที่ 1/2489 ลงวันที่ 23 มีนาคม 2489 ได้กล่าวอ้างอำนาจของศาลยุติธรรมในการวินิจฉัยปัญหาว่าด้วยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยให้เหตุผลว่าศาลเป็นองค์กรที่ใช้กฎหมายจึงต้องรู้ว่ากฎหมายนั้นใช้บังคับได้หรือไม่ อีกทั้งศาลเป็นองค์กรตุลาการซึ่งมีหน้าที่ใช้บังคับกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้น และฝ่ายนิติบัญญัติไม่มีอำนาจที่จะตีความว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้ตรากฎหมายขึ้นเอง ส่วนฝ่ายบริหารก็ไม่มีอำนาจหน้าที่ตีความว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ เพราะการวินิจฉัยกฎหมายไม่ใช่เป็นเรื่องของฝ่ายบริหาร ศาลฎีกาได้พิพากษาว่า พระราชบัญญัติอาชญากรสงคราม พ.ศ. 2488 ที่ตราขึ้นนั้น เป็นการบังคับใช้กฎหมายอาญาในลักษณะที่มีผลย้อนหลัง เป็นการต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติฉบับนี้จึงใช้บังคับไม่ได้เป็นโมฆะ

คำพิพากษาฎีกาดังกล่าว ได้หยิบยกบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 มาตรา 61 ซึ่งเป็นหลักการที่ยืนยันความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ซึ่งหมายความว่ารัฐธรรมนูญได้รับการยอมรับว่าเป็นกฎหมายที่อยู่ในลำดับสูงสุดในระบบกฎหมายของรัฐ และในกรณีที่มีความขัดแย้งระหว่างกฎหมายกับรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญย่อมอยู่ในฐานะที่มาก่อน ซึ่งมีผลทำให้กฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญนั้นตกเป็นโมฆะ ไม่อาจบังคับใช้ได้ อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 มิได้กำหนดองค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ การที่ศาลฎีกาได้กล่าวอ้างอำนาจศาลยุติธรรมในการวินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ก่อให้เกิดปฏิกิริยาตอบโต้จากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งได้เสนอให้สภาตีความรัฐธรรมนูญ มาตรา 61 และมาตรา 62 ว่าการพิจารณาว่ากฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ควรเป็นอำนาจของสภาผู้แทนราษฎร อย่างไรก็ตาม เมื่อได้มีการตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 ประกาศใช้ตั้งแต่วันที่ 10 พฤษภาคม 2489 จึงได้มีการจัดตั้งองค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญขึ้นในรัฐธรรมนูญ คือ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เพื่อทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ภายหลังจากนั้นเป็นต้นมา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแทบทุกฉบับล้วนมีบทบัญญัติที่จัดตั้งองค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 5) พุทธศักราช 2538 รวมทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 บัญญัติให้มีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ส่วนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติให้มีศาลรัฐธรรมนูญ สำหรับอำนาจหน้าที่ขององค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญในระยะแรกๆ ของการตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย กำหนดอำนาจหน้าที่เพียงการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและการวินิจฉัยสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาเท่านั้น แต่เมื่อได้มีการบริหารราชการแผ่นดินโดยอาศัยรัฐธรรมนูญฉบับต่อๆ มา จึงได้พบปัญหาและอุปสรรคในการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรหรือสถาบันการเมืองตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ซึ่งไม่อาจหรือไม่จำเป็นต้องแก้ไขปัญหาและอุปสรรคนั้น โดยการแก้ไขรัฐธรรมนูญ แต่อาจจะแก้ไขได้โดยเสนอปัญหาและอุปสรรคนั้นเพื่อให้องค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยและให้มีผลผูกพันองค์กรหรือสถาบันการเมือง รัฐธรรมนูญในฉบับต่อๆ มา จึงมีบทบัญญัติเพิ่มเติมอำนาจหน้าที่ขององค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญดังจะได้กล่าวต่อไป

2. คณะตุลาการรัฐธรรมนูญก่อนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 : องค์ประกอบ อำนาจหน้าที่และผลงาน

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จำนวน 7 ฉบับ บัญญัติจัดตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้นในรัฐธรรมนูญ โดยกำหนดองค์ประกอบและอำนาจหน้าที่ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ได้รับแต่งตั้งแต่ละคณะได้มีผลงานการวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญไว้ ดังต่อไปนี้

2.1 **คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489** มาตรา 89 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า "คณะตุลาการรัฐธรรมนูญประกอบด้วยบุคคลผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งรัฐสภาแต่งตั้งขึ้นเป็นประธานตุลาการคนหนึ่งและตุลาการอีกสิบสี่คน" วรรคสองบัญญัติว่า "ให้มีการแต่งตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญใหม่ทุกครั้ง เมื่อได้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทน เพราะเหตุที่สภาผู้แทนหมดอายุหรือถูกยุบ" รัฐธรรมนูญฉบับนี้ กำหนดอำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไว้เพียงพิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ตามความเห็นที่ศาลส่งให้พิจารณาวินิจฉัย (มาตรา 88) อย่างไรก็ตาม แม้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 เป็นฉบับแรกที่บัญญัติให้มีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ แต่ก็มิได้มีการแต่งตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญขึ้นทำหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญดังกล่าว ทั้งนี้อาจเป็นเพราะรัฐธรรมนูญฉบับนี้ใช้บังคับเพียงหนึ่งปีเศษ ก็ถูกยุบเลิกไปโดยการปฏิวัติ

2.2 **คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492** มาตรา 168 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า "คณะตุลาการรัฐธรรมนูญประกอบด้วย ประธานวุฒิสภา ประธานสภาผู้แทน ประธานศาลฎีกา อธิบดีศาลอุทธรณ์ อธิบดีกรมอัยการ และบุคคลอื่นอีกสี่คนซึ่งรัฐสภาแต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิในทางกฎหมาย" วรรคสองบัญญัติว่า "ประธานวุฒิสภาเป็นประธานตุลาการรัฐธรรมนูญ" รัฐธรรมนูญฉบับนี้กำหนดอำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพิ่มเติมจากที่กำหนดให้มีอำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ตามความเห็นที่ศาลส่งให้พิจารณาวินิจฉัย (มาตรา 179) แล้ว ยังกำหนดให้มีอำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยคำร้องของสมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนว่าสมาชิกภาพของสมาชิกแห่งสภานั้นคนใดคนหนึ่งสิ้นสุดลงตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ (มาตรา 81)

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่แต่งตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2482 มีจำนวน 1 คณะ และนับเป็นคณะที่หนึ่ง ประกอบด้วยบุคคล ดังต่อไปนี้

(1) ประธานวุฒิสภา (เจ้าพระยาศรีธรรมาธิเบศ)

(2) ประธานสภาผู้แทน (พระราชธรรมนิเทศ)

(3) ประธานศาลฎีกา (พระยาลัดพลีธรรมประคัลภ์)

(4) อธิบดีศาลอุทธรณ์ (พระมนูเวทย์วิมลนาท)

(5) อธิบดีกรมอัยการ (หลวงอรรถปรีชาชนูปการ)

ผู้ทรงคุณวุฒิในทางกฎหมาย ซึ่งรัฐสภาแต่งตั้ง เมื่อวันที่ 25 มิถุนายน 2492 จำนวน 4 คน

(6) พระยาเทพวิฑูร (พระยาเทพวิฑูรถึงแก่อนิจกรรม รัฐสภาได้แต่งตั้งพระยาอัชราชทรงสิริแทน)

(7) พระยาศรีวิสารวาจา

(8) หม่อมราชวงศ์ เสนีย์ ปราโมช

(9) พระยาอรรถการีย์นิพนธ์

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญคณะนี้ได้พิจารณาคดีรัฐธรรมนูญและมีคำวินิจฉัย จำนวน 4 คำวินิจฉัย คือ

(1) คำวินิจฉัยที่ ต.1/2494 ลงวันที่ 4 มกราคม พุทธศักราช 2494 เรื่อง ศาลจังหวัดสมุทรปราการเห็นว่า มาตรา 71 แห่งพระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2490 ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าความในมาตรา 71 แห่งพระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. 2490 ไม่ขัดต่อบทรัฐธรรมนูญ มาตรา 29[1]

---

[1] สรุปประเด็นความเห็นและความเห็นแย้งในการพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (ฝ่ายงานตุลาการรัฐธรรมนูญ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2540), หน้า 167-168.

(2) คำวินิจฉัยที่ ต.2/2494 ลงวันที่ 4 มกราคม พุทธศักราช 2494 เรื่อง ศาลจังหวัดพัทลุง เห็นว่า มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติการพนัน พุทธศักราช 2478 ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 วรรคแรก สรุปได้ดังนี้

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวางหลักและวินิจฉัยความในมาตรา 30 วรรคแรก ของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติว่า "ในคดีอาญาให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด" มีความหมายเพียงว่าในคดีอาญาทั้งปวงต้องถือว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิดจนกว่าโจทก์จะมีพยานหลักฐานมาหักล้างข้อสันนิษฐานนั้นได้ ฉะนั้นกฎหมายใดที่บัญญัติว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยมีความผิดเสียแต่เบื้องต้นทีเดียว บทกฎหมายนั้นก็ย่อมขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรานี้ และจะใช้บังคับมิได้ แต่พระราชบัญญัติการพนัน พุทธศักราช 2478 มาตรา 6 ที่บัญญัติว่า "ผู้ใดอยู่ในวงการเล่นอันขัดต่อบทแห่งพระราชบัญญัตินี้หรือขัดต่อข้อความในกฎกระทรวงหรือใบอนุญาตซึ่งออกตามพระราชบัญญัตินี้ ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้นั้นเล่นด้วย เว้นแต่ผู้ซึ่งเพียงแต่ดูการเล่นในงานรื่นเริงสาธารณะหรือในงานนักขัตฤกษ์หรือในที่สาธารณะสถาน" หาได้มีความบัญญัติไว้เช่นนั้นไม่ กล่าวคือ คงต้องสันนิษฐานอยู่ว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยยังไม่มีความผิดจนกว่าโจทก์จะนำสืบได้ว่าจำเลยได้เข้าไปอยู่ในวงเล่นการพนันจึงเป็นอันฟังได้ว่าในกรณีเช่นนี้มิได้มีการสันนิษฐานใดๆ ในเบื้องแรกก่อนที่โจทก์นำพยานมาสืบอันจะทำให้ขัดกับความในมาตรา 30 แห่งรัฐธรรมนูญ ที่กฎหมายสันนิษฐานก็เป็นการสันนิษฐานภายหลังจากที่โจทก์ได้นำพยานหลักฐานมาสืบแล้ว การสันนิษฐานเช่นนี้ไม่เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 30 แต่อย่างใดเลย คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าความในมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติการพนัน พุทธศักราช 2478 ไม่ขัดต่อบทรัฐธรรมนูญ มาตรา 30[2]

---

[2] เรื่องเดียวกัน, หน้า 169-170

(3) คำวินิจฉัยที่ ต.3/2494 ลงวันที่ 29 มกราคม พ.ศ. 2494 เรื่อง ศาลฎีกาเห็นว่าบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติสำรวจและห้ามกักกันข้าว พ.ศ. 2489 มาตรา 13 ทวิ (1) แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสำรวจและห้ามกักกันข้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2489 มาตรา 6 เฉพาะที่ให้ริบทรัพย์ของบุคคลอื่นที่มิได้รู้เห็นในการกระทำผิดด้วยนั้น ขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 29

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าบทบัญญัติในมาตรา 13 ทวิ (1) แห่งพระราชบัญญัติสำรวจและห้ามกักกันข้าว พ.ศ. 2489 แก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติสำรวจและห้ามกักกันข้าว (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2489 มาตรา 6 เฉพาะที่ให้ริบทรัพย์ของบุคคลอื่นที่มิได้รู้เห็นในการกระทำผิดด้วยนั้น เป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 29 และบทบัญญัติโดยเฉพาะดังกล่าวนี้ จึงใช้บังคับมิได้ตามความในมาตรา 178 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย[3]

(4) คำวินิจฉัยที่ 1/2494 ลงวันที่ 3 กรกฎาคม พ.ศ. 2494 เรื่อง นายฉ่ำ จำรัสเนตร สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร (จังหวัดนครศรีธรรมราช) ถูกกล่าวหาว่าวิกลจริตหรือจิตฟั่นเฟือน ไม่สมประกอบ

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญส่วนมากลงมติวินิจฉัยว่า นายฉ่ำไม่เป็นบุคคลวิกลจริตหรือจิตฟั่นเฟือนไม่สมประกอบ สมาชิกภาพแห่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจึงไม่สิ้นสุดลงให้ยกคำร้องกล่าวหาเสีย[4]

คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญคณะที่หนึ่งพ้นจากตำแหน่งเพราะมีการปฏิวัติ เมื่อวันที่ 29 พฤศจิกายน 2494

---

[3] เรื่องเดียวกัน, หน้า 171-173.

[4] เรื่องเดียวกัน, หน้า 112-119.

2.3 **<u>คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495</u>** มาตรา 106 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า "คณะตุลาการรัฐธรรมนูญประกอบด้วย ประธานศาลฎีกา อธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ อธิบดีกรมอัยการและบุคคลอื่นอีกสามคน ซึ่งสภาผู้แทนราษฎรแต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิ" วรรคสองบัญญัติว่า "ประธานศาลฎีกา เป็นประธานตุลาการรัฐธรรมนูญ" รัฐธรรมนูญฉบับนี้กำหนดอำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไว้เพียงพิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ตามความเห็นที่ศาลส่งให้พิจารณาวินิจฉัย (มาตรา 114)

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่แต่งตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495 มีจำนวน 3 คณะ และนับเป็นคณะที่สองถึงคณะที่สี่ ประกอบด้วยบุคคลดังต่อไปนี้

<u>คณะที่สอง</u>

(1) ประธานศาลฎีกา (พระมนูเวทย์วิมลนาท)

(2) อธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ (หลวงจำรูญเนติศาสตร์)

(3) อธิบดีกรมอัยการ (หลวงอรรถปรีชาชนูปการ)

ผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งสภาผู้แทนราษฎรแต่งตั้ง เมื่อวันที่ 10 เมษายน 2495 จำนวน 3 คน

(4) พระเจ้าวรวงศ์เธอพระองค์เจ้าวรรณไวทยากร

(5) พระนิติธารณ์พิเศษ (พระนิติธารณ์พิเศษถึงแก่อนิจกรรม สภาผู้แทนราษฎรได้แต่งตั้งพระยาลัดพลีธรรมประคัลภ์แทน)

(6) นายเสริม วินิจฉัยกุล

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญคณะนี้ไม่ได้มีการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญแต่อย่างใดตุลาการรัฐธรรมนูญผู้ทรงคุณวุฒิพ้นจากตำแหน่งเพราะมีการเปิดสมัยประชุมสภาผู้แทนราษฎรครั้งแรก หลังจากการเลือกตั้งทั่วไป เมื่อวันที่ 16 มีนาคม 2500

คณะที่สาม

(1) ประธานศาลฎีกา (พระมนูเวทย์วิมลนาท)

(2) อธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ (หลวงจำรูญเนติศาสตร์)

(3) อธิบดีกรมอัยการ (หลวงอรรถปรีชาชนูปการ)

ผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งสภาผู้แทนราษฎร แต่งตั้งเมื่อวันที่ 11 เมษายน 2500 จำนวน 3 คน

(4) พลตรีพระเจ้าวรวงศ์เธอกรมหมื่นนราธิปพงศ์ประพันธ์

(5) พระยาลัดพลีธรรมประคัลภ์

(6) นายเสริม วินิจฉัยกุล

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญคณะนี้ไม่ได้มีการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด ตุลาการรัฐธรรมนูญผู้ทรงคุณวุฒิพ้นจากตำแหน่งเพราะมีการเปิดสมัยประชุมครั้งแรกหลังจากการเลือกตั้งทั่วไป เมื่อวันที่ 9 มกราคม 2501

คณะที่สี่

(1) ประธานศาลฎีกา (พระมนูเวทย์วิมลนาท) (พระมนูเวทย์วิมลนาทพ้นจากตำแหน่งประธานศาลฎีกาได้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้พระยาบัณฑิตสิทธิศฤงคารเป็นประธานศาลฎีกาแทน เมื่อวันที่ 15 กรกฎาคม 2501)

(2) อธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ (หลวงจำรูญเนติศาสตร์)

(3) อธิบดีกรมอัยการ (หลวงอรรถปรีชาชนูปการ)

ผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งสภาผู้แทนราษฎรแต่งตั้งเมื่อวันที่ 16 มกราคม 2501 จำนวน 3 คน

(4) พลตรี พระเจ้าวรวงศ์เธอกรมหมื่นนราธิปพงศ์ประพันธ์

(5) พระยาอรรถการีย์นิพนธ์

(6) พระยาอัชราชทรงสิริ

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญคณะนี้ ได้พิจารณาคดีรัฐธรรมนูญและมีคำวินิจฉัยจำนวน 1 คำวินิจฉัย คือ คำวินิจฉัย ลงวันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2501 เรื่อง มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดที่ดินเพื่อความเป็นธรรมแก่สังคม พ.ศ. 2497 แย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฯ หรือไม่ สรุปได้ดังนี้

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ เห็นว่า คณะกรรมการจัดที่ดินเพื่อความเป็นธรรมแก่สังคม นอกจากมีอำนาจบริหารแล้วยังเป็นคณะบุคคลที่ก่อตั้งขึ้นให้มีอำนาจกระทำการได้อย่างศาล ซึ่งมีอำนาจพิจารณาพิพากษาอรรถคดีนั่นเอง แต่กฎหมายดังกล่าวให้อำนาจคณะกรรมการทำการสอบสวนโดยมิได้บัญญัติให้ต้องดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาความย่อมมีผลเป็นการบัญญัติกฎหมายกำหนดวิธีพิจารณาขึ้นใหม่ และมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวไม่เพียงแต่ให้อำนาจการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเกี่ยวแก่กรรมสิทธิ์และสิทธิครอบครองที่ดินไว้แก่คณะกรรมการจัดที่ดินเพื่อความเป็นธรรมแก่สังคมเท่านั้น แต่ยังได้ให้อำนาจเหนือและยิ่งกว่าศาลเสียอีก นอกจากนี้ การจัดตั้งคณะกรรมการซึ่งประกอบด้วยเจ้าหน้าที่ฝ่ายบริหารมีอำนาจหน้าที่ชี้ขาดเกี่ยวแก่กรรมสิทธิ์และสิทธิครอบครองอันเป็นกรณีพิพาทระหว่างบุคคล มีผลเป็นการตั้งบุคคลอื่นที่มิใช่ศาลให้มีอำนาจทำการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี คณะตุลาการ

รัฐธรรมนูญมีมติเป็นเอกฉันท์ให้คำวินิจฉัยไว้ว่า มาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดที่ดินเพื่อความเป็นธรรมแก่สังคม พ.ศ. 2497 เป็นบทบัญญัติมีข้อความขัดต่อรัฐธรรมนูญ ต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 113 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495 ใช้บังคับมิได้[5]

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญคณะที่สี่ พ้นจากตำแหน่งเพราะมีการปฏิวัติ เมื่อวันที่ 20 ตุลาคม 2501

2.4 **<u>คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511</u>** มาตรา 164 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า "คณะตุลาการรัฐธรรมนูญประกอบด้วย ประธานวุฒิสภา ประธานสภาผู้แทน ประธานศาลฎีกา อธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ อธิบดีกรมอัยการและบุคคลอื่นอีกสี่คน ซึ่งรัฐสภาแต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิในทางกฎหมาย" วรรคสองบัญญัติว่า "ประธานวุฒิสภาเป็นประธานตุลาการรัฐธรรมนูญ" รัฐธรรมนูญฉบับนี้ กำหนดอำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไว้ 2 กรณี เช่นเดียวกันกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 คือ พิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ตามความเห็นที่ศาลส่งให้พิจารณาวินิจฉัย (มาตรา 175) และพิจารณาวินิจฉัยคำร้องของสมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนว่าสมาชิกภาพของสมาชิกคนใดคนหนึ่งแห่งสภานั้นสิ้นสุดลงตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ (มาตรา 77)

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่แต่งตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 มีจำนวน 2 คณะ และนับเป็นคณะที่ห้าถึงคณะที่หก ประกอบด้วยบุคคลดังต่อไปนี้

---

[5] เรื่องเดียวกัน, หน้า 174 – 177.

คณะที่ห้า

(1) ประธานวุฒิสภา (พันเอก นายวรการบัญชา)

(2) ประธานศาลฎีกา (นายประกอบ หุตะสิงห์)

(3) อธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ (นายกำธร พันธุลาภ)

(4) อธิบดีกรมอัยการ (นายกมล วรรณประภา)

ผู้ทรงคุณวุฒิในทางกฎหมาย ซึ่งรัฐสภาแต่งตั้งเมื่อวันที่ 1 สิงหาคม 2511 จำนวน 3 คน

(5) พระมนูเวทย์วิมลนาท

(6) หลวงประกอบนิติสาร

(7) พลโท สุข เปรุนาวิน

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญคณะนี้ไม่ได้มีการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด ตุลาการรัฐธรรมนูญผู้ทรงคุณวุฒิพ้นจากตำแหน่งเพราะมีการเปิดสมัยประชุมครั้งแรก หลังจากการเลือกตั้งทั่วไป เมื่อวันที่ 25 มีนาคม 2512

คณะที่หก

(1) ประธานวุฒิสภา (พันเอก นายวรการบัญชา)

(2) ประธานสภาผู้แทนราษฎร (พลตรี ศิริ สิริโยธิน)

(3) ประธานศาลฎีกา (นายประกอบ หุตะสิงห์)

(4) อธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ (นายกำธร พันธุลาภ)

(5) อธิบดีกรมอัยการ (นายสงวน ชูปัญญา)

ผู้ทรงคุณวุฒิในทางกฎหมาย ซึ่งรัฐสภาแต่งตั้งเมื่อวันที่ 25 มีนาคม 2512 จำนวน 4 คน

(6) พลตรี พระเจ้าวรวงศ์เธอกรมหมื่นนราธิปพงศ์ประพันธ์

(7) หลวงประกอบนิติสาร (หลวงประกอบนิติสารถึงแก่กรรม รัฐสภาได้แต่งตั้งพระยาอรรถการีย์นิพนธ์ แทน)

(8) พระมนูเวทย์วิมลนาท

(9) พลโท สุข เปรุนาวิน (พลโท สุข เปรุนาวิน ถึงแก่กรรม รัฐสภาได้แต่งตั้งพลโทไสว ดวงมณี แทน)

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ คณะนี้ได้พิจารณาคดีรัฐธรรมนูญและมีคำวินิจฉัยจำนวน 1 คำวินิจฉัย คือ คำวินิจฉัยที่ ต.1/2513 ลงวันที่ 5 มกราคม พ.ศ. 2513 เรื่องความในข้อ 1 และข้อ 2 แห่งประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 แย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือไม่

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ความในข้อ 1 และข้อ 2 แห่งประกาศคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 43 ตามที่ศาลแขวงอุบลราชธานีได้เสนอขึ้นมาขอให้พิจารณานั้นไม่แย้งหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 157 มาตรา 159 มาตรา 160 และมาตรา 27[6]

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ คณะที่หก พ้นจากตำแหน่งเมื่อวันที่ 15 ธันวาคม 2515 เพราะมีการปฏิวัติ

2.5 **<u>คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517</u>** มาตรา 218 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญประกอบด้วยตุลาการรัฐธรรมนูญมีจำนวนเก้าคน โดยรัฐสภา คณะรัฐมนตรีและคณะกรรมการตุลาการตามมาตรา 210 เป็นผู้เลือกจากผู้ทรงคุณวุฒิมีจำนวนฝ่ายละสามคน” วรรคสองบัญญัติว่า “ให้คณะกรรมการตุลาการเลือกตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นลำดับแรกและแจ้งผลการเลือกต่อรัฐสภาและคณะรัฐมนตรีเมื่อรัฐสภาได้เลือกแล้วให้แจ้งผลการเลือกต่อคณะรัฐมนตรี เมื่อคณะรัฐมนตรีได้เลือกแล้วให้นายกรัฐมนตรี

[6] เรื่องเดียวกัน, หน้า 178-184.

นำรายชื่อผู้ได้รับเลือกทั้งหมดกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ให้กระทำให้แล้วเสร็จภายในหกสิบวันนับแต่วันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร" วรรคสามบัญญัติว่า "ให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเลือกตุลาการรัฐธรรมนูญคนหนึ่งเป็นประธาน"

รัฐธรรมนูญฉบับนี้ เพิ่มเติมอำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมากกว่าที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ กล่าวคือ นอกจากอำนาจหน้าที่ 2 กรณี ดังที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 ยังกำหนดให้มีอำนาจหน้าที่เพิ่มขึ้นอีก 4 กรณี คือ พิจารณาร่างพระราชบัญญัติที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้วก่อนพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยว่ามีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ (มาตรา 224) พิจารณาวินิจฉัยความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลงเฉพาะตัวหรือไม่ (มาตรา 188) พิจารณาวินิจฉัยว่าร่างพระราช-บัญญัติที่เสนอโดยคณะรัฐมนตรีหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรมีหลักการอย่างเดียวกันหรือคล้ายกันกับหลักการของร่างพระราชบัญญัติที่ต้องยับยั้งไว้หรือไม่ (มาตรา 151) และพิจารณาวินิจฉัยกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลยุติธรรมกับศาลอื่น หรือระหว่างศาลอื่นด้วยกัน (มาตรา 213)

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่แต่งตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 มีจำนวน 2 คณะ และนับเป็นคณะที่เจ็ดถึงคณะที่แปด ประกอบด้วยบุคคลดังต่อไปนี้

<u>คณะที่เจ็ด</u>

(1) นายสัญญา ธรรมศักดิ์

(2) นายประกอบ หุตะสิงห์

(3) นายกำธร พันธุลาภ

(4) นายไพโรจน์ ชัยนาม

(5) นายปราโมทย์ นาครทรรพ

(6) นายประเสริฐ ปัทมะสุคนธ์

(7) นายจรูญพันธ์ อิศรางกูร ณ อยุธยา

(8) นายสนิท วิไลจิตต์

(9) พลโท ศุภกาญจน์ นิติสิริ

ลำดับที่ 1-3 คณะกรรมการตุลาการเป็นผู้เลือก ลำดับที่ 4-6 รัฐสภาเป็นผู้เลือก ลำดับ 7-9 คณะรัฐมนตรีเป็นผู้เลือก ตุลาการรัฐธรรมนูญ ลำดับที่ 1, 2 และ 7 ขอลาออก มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง หลวงการุณย์นราทร หลวงวิชัยนิตินาท และพันเอกถนัด คอมันตร์ เป็น ตุลาการรัฐธรรมนูญแทน

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญคณะนี้ ไม่ได้มีการพิจารณาวินิจฉัยคดี รัฐธรรมนูญแต่อย่างใดคณะตุลาการรัฐธรรมนูญคณะที่เจ็ด พ้นจากตำแหน่ง เพราะมีการเปิดสมัยประชุมรัฐสภาครั้งแรกหลังจากการเลือกตั้งทั่วไป เมื่อ วันที่ 14 พฤษภาคม 2519

<u>คณะที่แปด</u>

(1) นายประมูล สุวรรณศร

(2) นายโชค จารุจินดา

(3) นายทองคำ จารุเหตุ

(4) นายเทียม ไชยนันทน์

(5) นายประสาท สุคนธมาน

(6) นายหยุด แสงอุทัย

(7) นายอรรถ วิสูตรโยธาภิบาล

(8) นายยง เหลืองรังษี

(9) นายกมล วรรณประภา

ลำดับที่ 1-3 คณะกรรมการตุลาการเป็นผู้เลือก ลำดับที่ 4-6 รัฐสภาเป็นผู้เลือก ลำดับที่ 7-9 คณะรัฐมนตรีเป็นผู้เลือก

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญคณะนี้ ไม่ได้มีการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด คณะตุลาการรัฐธรรมนูญคณะที่แปด พ้นจากตำแหน่งเมื่อวันที่ 6 ตุลาคม 2519 เพราะมีการปฏิวัติ

2.6 **คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521** มาตรา 184 วรรคหนึ่งบัญญัติว่า "คณะตุลาการรัฐธรรมนูญประกอบด้วย ประธานรัฐสภา ประธานศาลฎีกา อธิบดีกรมอัยการและบุคคลอื่นอีกสี่คน ซึ่งรัฐสภาแต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิ" วรรคสองบัญญัติว่า "ประธานรัฐสภาเป็นประธานตุลาการรัฐธรรมนูญ" รัฐธรรมนูญฉบับนี้กำหนดอำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไว้ 6 กรณี เช่นเดียวกันกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 (มาตรา 81 มาตรา 130 มาตรา 155 มาตรา 179 มาตรา 190 และมาตรา 191)

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่แต่งตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 มีจำนวน 4 คณะ และนับเป็นคณะที่เก้าถึงคณะที่สิบสอง ประกอบด้วยบุคคลดังต่อไปนี้

คณะที่เก้า

(1) ประธานรัฐสภา (พลอากาศเอก หะริน หงสกุล)

(2) ประธานศาลฎีกา (นายประพจน์ ถิระวัฒน์) (นายประพจน์ ถิระวัฒน์ พ้นจากตำแหน่ง ประธานศาลฎีกาได้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้นายบัญญัติ สุชีวะ เป็นประธานศาลฎีกา แทน)

(3) อธิบดีกรมอัยการ (นายประเทือง กีรติบุตร) (นายประเทือง กีรติบุตร พ้นจากตำแหน่งอธิบดีกรมอัยการได้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้นายสุจินต์ ทิมสุวรรณ เป็นอธิบดีกรมอัยการแทน)

ผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งรัฐสภาแต่งตั้งเมื่อวันที่ 31 พฤษภาคม 2522 จำนวน 4 คน

(4) นายวิกรม เมาลานนท์

(5) พลโท สมิง ไตลังคะ

(6) นายเสริม วินิจฉัยกุล

(7) นายกมล วรรณประภา

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญคณะนี้ได้พิจารณาคดีรัฐธรรมนูญและมีคำวินิจฉัย จำนวน 2 คำวินิจฉัย คือ

(1) คำร้องหมายเลขแดงที่ 1/2523 ลงวันที่ 16 กรกฎาคม พุทธศักราช 2523 กรณีประธานสภาผู้แทนราษฎร ส่งคำร้องของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร รวม 42 คน ขอให้พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 81 ว่า สมาชิกภาพของนายประจวบ ตั้งชัยศักดิ์ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจังหวัดนครราชสีมา สิ้นสุดลงตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 103(4) หรือไม่

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า นายประจวบ ตั้งชัยศักดิ์ ผู้ถูกร้อง ซึ่งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจังหวัดนครราชสีมา เป็นผู้ขาดคุณสมบัติของผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 มาตรา 94(1) ประกอบด้วยมาตรา 103 (4) และตามพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2522 มาตรา 19 สมาชิกภาพของนายประจวบ ตั้งชัยศักดิ์ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจังหวัดนครราชสีมา จึงสิ้นสุดลง[7]

(2) คำร้องหมายเลขแดงที่ 1/2524 ลงวันที่ 8 มกราคม พุทธศักราช 2524 เรื่อง ความเป็นรัฐมนตรีของนายบรรหาร ศิลปอาชา

[7] เรื่องเดียวกัน, หน้า 120 -131

สิ้นสุดลงตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือไม่ สรุปได้ดังนี้

ประธานสภาผู้แทนราษฎรส่งคำร้องของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร รวม 42 คน ขอให้พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 81 ว่า นายบรรหาร ศิลปอาชา รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ (ผู้ถูกร้อง) เป็นบุคคลที่ขาดคุณสมบัติสำหรับผู้สมัครรับเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 มาตรา 155 (3) โดยบิดาเป็นคนต่างด้าว เชื้อชาติและสัญชาติจีนและนายบรรหาร ยังมีวุฒิการศึกษาต่ำกว่าระดับมัธยมศึกษาตอนปลาย อันเป็นคุณสมบัติที่พระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2522 มาตรา 19 (1) กำหนด คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้พิจารณาคำร้องของผู้ร้อง คำชี้แจงของผู้ถูกร้อง เอกสารหลักฐานต่างๆ ในสำนวนคดี รวมทั้งพยานที่ผู้ร้องนำสืบแล้ว เห็นว่า ผู้ถูกร้องสำเร็จการศึกษาชั้นมัธยมปีที่ 6 โดยสอบไล่ได้ชั้นมัธยมปีที่ 6 ใน พ.ศ. 2489 จึงถือว่าสอบไล่ได้ระดับมัธยมศึกษาตอนปลายตามแผนการศึกษาชาติ พ.ศ. 2479 แล้ว ผู้ถูกร้องจึงมีคุณสมบัติครบถ้วนตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 19 (1) แห่งพระราชบัญญัติการเลือกตั้ง (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2523

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า ผู้ถูกร้อง มิได้เป็นผู้ขาดคุณสมบัติสำหรับผู้สมัครรับเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 มาตรา 155(3) และมาตรา 94(1) ความเป็นรัฐมนตรีของผู้ถูกร้องจึงไม่สิ้นสุดลง[8]

ตุลาการรัฐธรรมนูญผู้ทรงคุณวุฒิพ้นจากตำแหน่งเพราะมีการเปิดสมัยประชุมรัฐสภาครั้งแรกหลังจากการเลือกตั้งทั่วไป เมื่อวันที่ 13 พฤษภาคม 2526

---

[8] เรื่องเดียวกัน, หน้า 132 – 146.

คณะที่สิบ

(1) ประธานรัฐสภา (นายจารุบุตร เรืองสุวรรณ) (นายจารุบุตร เรืองสุวรรณ ถึงแก่อนิจกรรม รัฐสภาได้ลงมติเลือกนายอุกฤษ มงคลนาวิน เป็นประธานรัฐสภาแทน)

(2) ประธานศาลฎีกา (นายบัญญัติ สุชีวะ) (นายบัญญัติ สุชีวะ พ้นจากตำแหน่งประธานศาลฎีกา ได้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้นายภิญโญ ธีรนิติ เป็นประธานศาลฎีกาแทน)

(3) อธิบดีกรมอัยการ (นายสุจินต์ ทิมสุวรรณ)

ผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งรัฐสภาแต่งตั้งเมื่อวันที่ 13 พฤษภาคม 2526 จำนวน 4 คน

(4) นายวิกรม เมาลานนท์

(5) พลโท สมิง ไตลังคะ

(6) นายสัญชัย สัจจวานิช

(7) นายกมล วรรณประภา

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ คณะนี้ได้พิจารณาคดีรัฐธรรมนูญและมีคำวินิจฉัย จำนวน 2 คำวินิจฉัย คือ

(1) คำวินิจฉัยที่ 1/2526 ลงวันที่ 29 พฤศจิกายน พุทธศักราช 2526 กรณีประธานสภาผู้แทนราษฎรส่งคำร้องของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร รวม 36 คน ขอให้พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 81 ว่า นายอดิศักดิ์ โภคกุลกานนท์ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจังหวัดอุบลราชธานี เป็นบุคคลขาดคุณสมบัติของการเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือไม่

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ วินิจฉัยให้ยกคำร้อง เนื่องจากสภาพแห่งคำร้องไม่ชัดแจ้งและไม่มีข้ออ้างที่อาศัยเป็นหลักแห่งคำร้อง ไม่ชอบที่จะได้รับการพิจารณาต่อไปตามพระราชบัญญัติวิธีการพิจารณา

ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2522 มาตรา 11

(2) คำวินิจฉัยที่ 1/2528 ลงวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2528 กรณีประธานสภาผู้แทนราษฎรส่งคำร้องของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร รวม 33 คน ขอให้พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 81 ว่า สมาชิกภาพของนายสราวุธ นิยมทรัพย์ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจังหวัดนครปฐม (ผู้ถูกร้อง) สิ้นสุดลงตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 103 (7) ตามมติของพรรคประชากรไทย หรือไม่

ในระหว่างการพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ผู้ถูกร้องได้ทำหนังสือถึงประธานสภาผู้แทนราษฎรขอลาออกจากสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ตามข้อเท็จจริงดังกล่าวคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่าผู้ถูกร้องจะขาดจากสมาชิกภาพสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามมติของพรรคประชากรไทยหรือไม่ก็ตาม แต่การที่ผู้ถูกร้องได้ยื่นขอลาออกจากสมาชิกภาพต่อประธานสภาผู้แทนราษฎรและไปสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในนามพรรคชาติไทยเช่นนี้ มีผลว่าสมาชิกภาพของผู้ถูกร้องสิ้นสุดลงแล้วตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 103 (3) จึงเป็นกรณีที่ปรากฏต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญว่า สมาชิกภาพของนายสราวุธ นิยมทรัพย์ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สิ้นสุดลงก่อนที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะได้วินิจฉัยว่าสมาชิกภาพของนายสราวุธ นิยมทรัพย์ สิ้นสุดลงหรือไม่ กรณีจึงไม่มีความจำเป็นที่จะต้องดำเนินการพิจารณาต่อไป

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ อาศัยอำนาจตามมาตรา 22 แห่งพระราชบัญญัติวิธีการพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2522 จึงมีคำวินิจฉัยให้จำหน่ายคำร้องนี้เสีย

ตุลาการรัฐธรรมนูญผู้ทรงคุณวุฒิพ้นจากตำแหน่งเพราะมีการเปิดสมัยประชุมรัฐสภาครั้งแรกหลังจากการเลือกตั้งทั่วไป เมื่อวันที่ 2 กันยายน 2529

<u>คณะที่สิบเอ็ด</u>

(1) ประธานรัฐสภา (นายอุกฤษ มงคลนาวิน)

(2) ประธานศาลฎีกา (นายภิญโญ ธีรนิติ) (นายภิญโญ ธีรนิติ พ้นจากตำแหน่ง ประธานศาลฎีกาได้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้นายจำรัส เขมะจารุ เป็นประธานศาลฎีกาแทน)

(3) อธิบดีกรมอัยการ (นายสุจินต์ ทิมสุวรรณ) (นายสุจินต์ ทิมสุวรรณ พ้นจากตำแหน่ง อธิบดีกรมอัยการได้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้นายโกเมน ภัทรภิรมย์เป็นอธิบดีกรมอัยการแทน)

ผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งรัฐสภาแต่งตั้ง เมื่อวันที่ 2 กันยายน 2529 จำนวน 4 คน

(4) นายวิกรม เมาลานนท์

(5) พลโท สมิง ไตลังคะ

(6) นายบัญญัติ สุชีวะ

(7) นายกมล วรรณประภา

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญคณะนี้ ได้พิจารณาคดีรัฐธรรมนูญและมีคำวินิจฉัยจำนวน 1 คำวินิจฉัย และมีคำสั่งให้จำหน่ายเรื่องพิจารณาอีก 1 เรื่อง คือ

(1) คำวินิจฉัยที่ 1/2529 ลงวันที่ 10 ตุลาคม 2529 กรณีประธานสภาผู้แทนราษฎร ส่งคำร้องของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร รวม 44 คน (ผู้ร้อง) ขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่า สมาชิกภาพของนายแคล้ว นรปติ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจังหวัดขอนแก่น (ผู้ถูกร้อง) สิ้นสุดลงตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 103 เนื่องจากศาลมีคำพิพากษาให้ปรับนายแคล้ว 1,000 บาท จำคุก 1 เดือน แต่ให้ยกโทษจำคุก และให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งมีกำหนด 5 ปี กรณีไม่ได้ยื่นรายการค่าใช้จ่ายให้ถูกต้องตามความเป็นจริงต่อ

ผู้ว่าราชการจังหวัดขอนแก่นภายในเวลาที่กฎหมายกำหนดในการเลือกตั้งครั้งก่อน

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ พิจารณาคำร้องของผู้ร้อง คำชี้แจงของผู้ถูกร้อง คำพิพากษาและคำสั่งของศาลในคดีดังกล่าวแล้ว มีปัญหาที่ต้องวินิจฉัยก่อนว่าในวันที่ผู้ถูกร้องสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจังหวัดขอนแก่นนั้น ผู้ถูกร้องอยู่ในระหว่างถูกเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งโดยคำพิพากษาหรือไม่ เห็นว่าผู้ถูกร้องได้รับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจังหวัดขอนแก่น ครั้งนี้เมื่อวันที่ 27 กรกฎาคม 2529 ศาลแขวงขอนแก่นได้พิพากษาเมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน 2528 ว่าผู้ถูกร้องมีความผิดตามพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2522 มาตรา 34 ให้ลงโทษตามมาตรา 87 เมื่อลดโทษและยกโทษจำคุกแล้วคงปรับ 1,000 บาท กับให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของผู้ถูกร้องมีกำหนดห้าปี โดยมิได้พิพากษาว่าให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งดังกล่าวตั้งแต่เมื่อใด ซึ่งเมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 188 หรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 145 ล้วนบัญญัติให้คำพิพากษาหรือคำสั่งให้มีผล หรือให้ถือว่าผูกพัน คู่ความในกระบวนพิจารณาของศาลที่พิพากษาหรือมีคำสั่งนับตั้งแต่วันที่ได้อ่านในศาลโดยเปิดเผยเป็นต้น หรือนับตั้งแต่วันที่ได้พิพากษาหรือมีคำสั่ง ดังนั้นคำพิพากษาที่ให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของผู้ถูกร้องย่อมมีผลตั้งแต่วันที่ 20 พฤศจิกายน 2528 มิใช่วันที่ 23 กรกฎาคม 2522 อันเป็นวันครบกำหนดสามเดือนที่มิได้ยื่นบัญชีค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับการเลือกตั้งครั้งก่อน

ปัญหาต่อไปที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องวินิจฉัย คือ ผู้ถูกร้องอ้างว่า เมื่อผู้ว่าราชการจังหวัดขอนแก่นแจ้งว่าผู้ถูกร้องไม่มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งในการเลือกตั้งครั้งนี้ ผู้ถูกร้องได้ยื่นคำร้องต่อศาลจังหวัดขอนแก่น ศาลได้มีคำสั่งให้รับผู้ถูกร้องเป็นผู้สมัครรับเลือกตั้งจึงฟังเป็นยุติได้ว่าในวันที่

ผู้ถูกร้องยื่นใบสมัครรับเลือกตั้ง ผู้ถูกร้องมีสิทธิสมบูรณ์ทุกประการ ไม่อยู่ในข่ายต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญนั้น เห็นว่า ศาลจังหวัดขอนแก่นวินิจฉัยว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา 93(5) ที่บัญญัติว่า "อยู่ในระหว่างถูกเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งโดยคำพิพากษา" นั้นหมายความว่าต้องเป็นคำพิพากษาของศาลที่ถึงที่สุดแล้ว แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่ามาตราดังกล่าวมิได้บัญญัติว่าต้องเป็นคำพิพากษาถึงที่สุดแตกต่างไปจากรัฐธรรมนูญ มาตรา 87(10) และมาตรา 103(11) ซึ่งบัญญัติว่า "ถูกจำคุกโดยคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุก..." แสดงว่ามาตรา 93(5) ไม่ประสงค์จะต้องให้เป็นคำพิพากษาถึงที่สุด เพราะมิฉะนั้นก็คงจะบัญญัติให้ชัดเจนว่าเป็นคำพิพากษาถึงที่สุด ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 87(10) และมาตรา 103(11) ดังกล่าว ดังนั้น ข้อความที่ว่า "อยู่ในระหว่างถูกเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งโดยคำพิพากษา" ตามมาตรา 93(5) จึงมีความหมายว่าเป็นคำพิพากษาของศาลใดก็ได้ที่มีคำพิพากษาเช่นนั้น เมื่อคำพิพากษาของศาลแขวงขอนแก่นให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของผู้ถูกร้องมีกำหนดห้าปี มีผลตั้งแต่วันที่ 20 พฤศจิกายน 2528 ดังนั้น ในการสมัครรับเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจังหวัดขอนแก่นของผู้ถูกร้อง เมื่อวันที่ 9 มิถุนายน 2529 ผู้ถูกร้องจึงเป็นบุคคลต้องห้ามมิให้ใช้สิทธิสมัครรับเลือกตั้งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 มาตรา 96(3) ประกอบด้วย มาตรา 93(5) ต่อมาคำพิพากษาของศาลแขวงขอนแก่นได้ถึงที่สุดแล้วโดยศาลแขวงขอนแก่นได้อ่านคำพิพากษาศาลฎีกาเมื่อวันที่ 25 สิงหาคม 2529 ซึ่งศาลฎีกาได้พิพากษายืนตามศาลอุทธรณ์ ในปัญหาข้อกฎหมายว่า ศาลแขวงขอนแก่นมีอำนาจพิจารณาพิพากษาและฟ้องของโจทก์ไม่เคลือบคลุมและศาลอุทธรณ์พิพากษายืนตามคำพิพากษาศาลแขวงขอนแก่นในปัญหาข้อเท็จจริงที่ให้ลงโทษและเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของผู้ถูกร้องมีกำหนดห้าปี ฉะนั้นคำพิพากษาอันถึงที่สุดในคดีดังกล่าวจึงมีผลย้อนหลังไปถึงวันที่ศาลแขวงขอนแก่นมีคำพิพากษา

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ วินิจฉัยว่า สมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของผู้ถูกร้องสิ้นสุดลงตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 103(5)[9]

(2) รายงานพิจารณาคำร้องหมายเลขดำที่ 1/2531 ลงวันที่ 2 พฤษภาคม พ.ศ. 2531 กรณีประธานสภาผู้แทนราษฎรส่งคำร้องของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร รวม 35 คน ขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่าสมาชิกภาพของนายสุทัศน์ ศรีรัตนพรรณ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจังหวัดขอนแก่น นางสาวอุ่นเรือน อารีย์เอื้อ นายเวียง วรเชษฐ์ นายขจรศักดิ์ ศรีสวาสดิ์ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจังหวัดร้อยเอ็ด และนายอารมณ์ พุ่มภิริยพฤนท์ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจังหวัดอุตรดิษฐ์ (ผู้ถูกร้อง) สิ้นสุดลงตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 103 (7) หรือไม่

ระหว่างการพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ได้มีพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2531 ลงวันที่ 29 เมษายน 2531 ดังนั้น สมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของผู้ถูกร้องทั้ง 5 คน จึงสิ้นสุดลงตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 103 (1) และตามพระราชบัญญัติวิธีการพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2522 มาตรา 22 บัญญัติว่า “ในกรณีที่ปรากฏต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญว่าสมาชิกภาพของสมาชิกวุฒิสภาหรือสภาผู้แทนราษฎรหรือความเป็นรัฐมนตรีของผู้ถูกร้องสิ้นสุดลงก่อนที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะได้วินิจฉัย...ให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจสั่งจำหน่ายเรื่องที่พิจารณาอยู่นั้นได้...”

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งให้จำหน่ายเรื่องที่พิจารณาอยู่นั้นเสีย[10]

---

[9] เรื่องเดียวกัน, หน้า 156-164.

[10] เรื่องเดียวกัน, หน้า 50-53 และหน้า 165-166.

ตุลาการรัฐธรรมนูญผู้ทรงคุณวุฒิพ้นจากตำแหน่งเพราะมีการเปิดสมัยประชุมรัฐสภาครั้งแรกหลังจากการเลือกตั้งทั่วไป เมื่อวันที่ 25 สิงหาคม 2531

<u>คณะที่สิบสอง</u>

(1) ประธานรัฐสภา (นายอุกฤษ มงคลนาวิน) (นายอุกฤษ มงคลนาวิน พ้นจากตำแหน่งประธานรัฐสภา รัฐสภาได้ลงมติเลือกร้อยตำรวจตรีวรรณ ชันซื่อ เป็นประธานรัฐสภาแทน)

(2) ประธานศาลฎีกา (นายจำรัส เขมะจารุ) (นายจำรัส เขมะจารุ พ้นจากตำแหน่งประธานศาลฎีกา ได้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้นายอำนัคม์ คล้ายสังข์ เป็นประธานศาลฎีกาแทน)

(3) อธิบดีกรมอัยการ (นายโกเมน ภัทรภิรมย์)

ผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งรัฐสภาแต่งตั้ง เมื่อวันที่ 30 สิงหาคม 2531 จำนวน 4 คน

(4) นายสมภพ โหตระกิตย์ (นายสมภพ โหตระกิตย์ ได้รับพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภา จึงพ้นจากตำแหน่งตุลาการรัฐธรรมนูญ รัฐสภาได้ลงมติเลือกนายไพโรจน์ ชัยนาม เป็นตุลาการรัฐธรรมนูญแทน)

(5) นายบัญญัติ สุชีวะ

(6) นายกมล วรรณประภา

(7) พลโท กมล เมธสุวรรณ

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ คณะนี้ ไม่ได้มีการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญแต่อย่างใดคณะตุลาการรัฐธรรมนูญคณะที่สิบสองพ้นจากตำแหน่งเมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2534 เพราะมีการยึดอำนาจการปกครองแผ่นดิน

2.7 **<u>คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับแก้ไขเพิ่มเติม</u>**

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 200 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า "คณะตุลาการรัฐธรรมนูญประกอบด้วย ประธานรัฐสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานศาลฎีกา อัยการสูงสุดและผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์ หรือสาขารัฐศาสตร์อีกหกคน ซึ่งวุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎรแต่งตั้งสภาละสามคน" วรรคสองบัญญัติว่า "ประธานรัฐสภาเป็นประธานตุลาการรัฐธรรมนูญ" รัฐธรรมนูญฉบับนี้กำหนดอำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไว้ นอกจาก 6 กรณี เช่นเดียวกันกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 และฉบับพุทธศักราช 2521 แล้ว ยังเพิ่มเติมอำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ อีก 4 กรณี คือ

- พิจารณาวินิจฉัยว่าข้อบังคับของวุฒิสภาหรือสภาผู้แทนราษฎรหรือรัฐสภาในเรื่องใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรมนูญหรือไม่ (มาตรา 155)

- พิจารณาวินิจฉัยความเห็นของสมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรว่าการตราพระราชกำหนดเป็นไปตามรัฐธรรมนูญมาตรา 172 วรรคหนึ่ง หรือไม่ (มาตรา 173)

- พิจารณาวินิฉัยร่างพระราชบัญญัติที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้ว ก่อนพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยว่าตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ (มาตรา 205)

- พิจารณาตีความรัฐธรรมนูญในเรื่องที่คณะรัฐมนตรี รัฐสภา วุฒิสภา หรือสภาผู้แทนราษฎรมีมติว่ากรณีมีปัญหาที่จะต้องตีความรัฐธรรมนูญ (มาตา 207)

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญฉบับนี้ ยังเพิ่มช่องทางให้นายกรัฐมนตรีเสนอคำร้องต่อประธานแห่งสภาใดสภาหนึ่งเพื่อขอให้คณะตุลาการ

รัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลงเฉพาะตัวหรือไม่ (มาตรา 170)

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่แต่งตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 และที่แก้ไขเพิ่มเติม มีจำนวน 2 คณะ และนับเป็นคณะที่สิบสาม ถึงคณะที่สิบสี่ ประกอบด้วยบุคคลดังต่อไปนี้

คณะที่สิบสาม

(1) ประธานรัฐสภา (นายอุกฤษ มงคลนาวิน) (นายอุกฤษ มงคลนาวิน ได้ลาออกจากตำแหน่งประธานวุฒิสภา และวุฒิสภาได้ลงมติเลือกนายมีชัย ฤชุพันธุ์ เป็นประธานวุฒิสภา ซึ่งบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญกำหนดให้ประธานวุฒิสภาเป็นประธานรัฐสภา)

(2) ประธานสภาผู้แทนราษฎร (นายอาทิตย์ อุไรรัตน์)

(3) ประธานศาลฎีกา (นายสวัสดิ์ โชติพานิช) (นายสวัสดิ์ โชติพานิช พ้นจากตำแหน่ง มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งนายประมาณ ชันซื่อ เป็นประธานศาลฎีกาแทน)

(4) อัยการสูงสุด (นายโกเมน ภัทรภิรมย์) (นายโกเมน ภัทรภิรมย์ พ้นจากตำแหน่ง มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งนายโอภาส อรุณินท์ เป็นอัยการสูงสุดแทน ต่อมานายโอภาส พ้นจากตำแหน่ง มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งนายคณิต ณ นคร เป็นอัยการสูงสุดแทน)

ผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งวุฒิสภาแต่งตั้ง เมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม 2535 จำนวน 3 คน

(5) ศาสตราจารย์ บุญชนะ อัตถากร

(6) พลโท สมิง ไตลังคะ

(7) นายโอวาท สุทธิวาทนฤพุฒิ

ผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งสภาผู้แทนราษฎร แต่งตั้ง เมื่อวันที่ 30 เมษายน 2535 จำนวน 3 คน

(8) ศาสตราจารย์ บัญญัติ สุชีวะ

(9) นายมงคล เปาอินทร์

(10) นายสุธี อากาศฤกษ์

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 แก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 1) พุทธศักราช 2535 โดยบัญญัติให้ประธานสภาผู้แทนราษฎร เป็นประธานรัฐสภา (มาตรา 86) และกำหนดองค์ประกอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเสียใหม่ โดยตัดประธานสภาผู้แทนราษฎรออกและเพิ่มตำแหน่งประธานวุฒิสภาเข้ามาแทน (มาตรา 200) นายมารุต บุนนาค ซึ่งเป็นประธานสภาผู้แทนราษฎรและนายมีชัย ฤชุพันธุ์ ซึ่งเป็นประธานวุฒิสภาอยู่ในขณะนั้น จึงเป็นประธานรัฐสภาและประธานวุฒิสภาตามลำดับ ตามองค์ประกอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญที่แก้ไขเพิ่มเติม นอกจากที่แก้ไขยังคงข้อความเช่นเดิม สำหรับอำนาจหน้าที่ก็ยังคงกำหนดไว้เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 เพียงแต่ยกเลิกช่องทางที่ให้นายกรัฐมนตรีเสนอคำร้องต่อประธานแห่งสภาใดสภาหนึ่งเพื่อขอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลงเฉพาะตัวหรือไม่

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญคณะนี้ได้พิจารณาคดีรัฐธรรมนูญและมีคำวินิจฉัย จำนวน 3 คำวินิจฉัย คือ

(1) คำวินิจฉัยที่ 1/2535 ลงวันที่ 3 มิถุนายน 2535 เรื่อง พระราชกำหนดที่ไม่เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย กรณีประธานรัฐสภาส่งความเห็นของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร รวม 140 คน เพื่อให้พิจารณาวินิจฉัยว่า พระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำ

ความผิดเนื่องในการชุมนุมกันระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม 2535 พ.ศ. 2535 ไม่เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 172 ซึ่งไม่ถือว่าเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นเร่งด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา 173 มิได้ให้สิทธิผู้เสนอความเห็นที่จะเสนอให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าการตราพระราชกำหนดดังกล่าวนั้นไม่เป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้ ตามมาตรา 172 วรรคสอง[11]

(2) คำวินิจฉัยที่ 2/2535 ลงวันที่ 22 กรกฎาคม 2535 เรื่อง พระราชกำหนดไม่เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย กรณีประธานสภาผู้แทนราษฎรได้ส่งความเห็นของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร รวม 154 คน เพื่อให้พิจาณาวินิจฉัยว่าพระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกันระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม 2535 ถึง วันที่ 21 พฤษภาคม 2535 พ.ศ. 2535 ไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 172 วรรคหนึ่ง ทั้งคณะรัฐมนตรีก็มิได้ประชุมปรึกษาหารือกันเพียงแต่ออกหนังสือเวียนแทนการเรียกประชุมคณะรัฐมนตรีเพื่อมีมติ

ในระหว่างการพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ปรากฏว่าได้มีพระราชกฤษฎีกาให้ยุบสภาผู้แทนราษฎรจึงมีปัญหาว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจวินิจฉัยความเห็นนั้นต่อไปได้หรือไม่ ซึ่งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่ามีอำนาจวินิจฉัยต่อไปได้

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้พิจารณาความเห็นประกอบกับเอกสารต่างๆ ที่เกี่ยวข้องแล้ว เห็นว่า จากข้อเท็จจริงที่ปรากฏมีเหตุการณ์

---

[11] เรื่องเดียวกัน, หน้า 185 – 191

และความรุนแรงเกิดขึ้น ซึ่งหากไม่ได้รับการแก้ไข ย่อมจะนำไปสู่ความไม่ปลอดภัยของประเทศ ความไม่ปลอดภัยของประชาชนโดยทั่วกัน กล่าวคือ ความไม่ปลอดภัยสาธารณะได้ และการแก้ไขให้เกิดความสงบเรียบร้อยในกรณีนี้ได้ ก็จะเป็นการป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะซึ่งอาจจะเกิดขึ้นต่อไปได้ การตราพระราชกำหนดดังกล่าวก็เป็นวิธีที่แก้ไขเหตุการณ์ความไม่สงบที่เกิดขึ้นนั้นให้เรียบร้อยลงได้และให้เกิดความสามัคคีในประชาชนชาวไทย และเพื่อมิให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศชาติต่อไป ดังนั้น การตราพระราชกำหนดฉบับนี้ จึงเป็นไปเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะและเพื่อป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะดังที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 172 วรรคหนึ่ง ส่วนความเห็นที่คณะรัฐมนตรีมิได้มีการประชุมปรึกษา เพียงแต่ออกหนังสือเวียนในการออกพระราชกำหนดนั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญไม่สามารถวินิจฉัยให้ได้เพราะรัฐธรรมนูญ ตรา 173 บัญญัติให้วินิจฉัยได้เฉพาะตามมาตรา 172 วรรคหนึ่งเท่านั้น

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าพระราชกำหนดนิรโทษกรรมฯ เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 172 วรรคหนึ่ง[12]

(3) คำวินิจฉัยที่ 3/2535 ลงวันที่ 9 พฤศจิกายน 2535 เรื่องการตีความ มาตรา 172 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 สรุปได้ว่าคณะรัฐมนตรีมีมติว่ามีปัญหาที่จะต้องตีความตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 172 อาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 207 คณะรัฐมนตรีจึงส่งเรื่องให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัย กรณีมีการตราพระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิดเนื่องในการชุมนุมกันระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 พ.ศ. 2535

[12] เรื่องเดียวกัน, หน้า 192 – 201

แต่สภาผู้แทนราษฎรไม่อนุมัติพระราชกำหนดดังกล่าวจะมีผลเกี่ยวกับพระราชกำหนดนิรโทษกรรม มาตรา 3 ที่มีสาระสำคัญว่า "ให้ผู้กระทำพ้นจากความผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิง" เพียงใด

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณา มาตรา 172 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 บัญญัติว่า ถ้าสภาผู้แทนราษฎรไม่อนุมัติพระราชกำหนด ให้พระราชกำหนดนั้นตกไป แต่ทั้งนี้ไม่กระทบกระเทือนกิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนั้น ข้อความที่ว่า "กิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างใช้พระราชกำหนดนั้น" มีความหมายอย่างไร และมีผลเกี่ยวกับบทบัญญัติมาตรา 3 ของพระราชกำหนดนิรโทษกรรมที่ว่า "ให้ผู้กระทำพ้นจากความผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิง" เพียงใดนั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเห็นว่าข้อความที่ว่า "กิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนั้น" มีความหมายว่า กิจการใดๆ ไม่ว่าจะเป็นผลอันเกิดขึ้นจากบทบัญญัติของพระราชกำหนด หรือการกระทำ ผลของการกระทำประโยชน์หรือสิ่งอื่นใดที่ได้เกิดขึ้นได้มีขึ้น หรือได้รับไปแล้ว อันเนื่องจากการปฏิบัติการตามบทบัญญัติแห่งพระราชกำหนดนั้นนับตั้งแต่วันที่พระราชกำหนดมีผลใช้บังคับจนถึงวันที่การไม่อนุมัติพระราชกำหนดมีผล กิจการดังกล่าวนั้นย่อมเป็นกิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนั้น และโดยที่มาตรา 172 วรรคสามของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 บัญญัติว่า การที่พระราชกำหนดตกไปไม่กระทบกระเทือนกิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนั้น ดังนั้นกิจการนั้นจึงไม่ถูกกระทบกระเทือน แม้ว่าพระราชกำหนดนั้นจะตกไป ส่วนปัญหาที่ว่าข้อความดังกล่าวมีผลเกี่ยวกับบทบัญญัติมาตรา 3 ของพระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำผิดเนื่องในการชุมนุมกันระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 พ.ศ. 2535 เพียงใดนั้น มาตรา 3 ของพระราชกำหนดดังกล่าว

บัญญัติว่า "บรรดาการกระทำทั้งหลายทั้งสิ้นของบุคคลที่เกี่ยวเนื่องกับการชุมนุมกันระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 และได้กระทำในระหว่างวันดังกล่าว ไม่ว่าได้กระทำในฐานะเป็นตัวการผู้สนับสนุน ผู้ใช้ให้กระทำ หรือผู้ถูกใช้ หากการกระทำนั้นผิดต่อกฎหมายก็ให้ผู้กระทำพ้นจากความผิด และความรับผิดโดยสิ้นเชิง" ฉะนั้นข้อความที่ว่ากิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนั้น จึงมีผลว่า นับตั้งแต่วันที่ 23 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ซึ่งเป็นวันที่พระราชกำหนดฉบับนี้มีผลใช้บังคับ การกระทำทั้งหลายทั้งสิ้นของบุคคลที่เกี่ยวเนื่องกับการชุมนุมกันระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 และได้กระทำในระหว่างวันดังกล่าว ถ้าการกระทำนั้นผิดกฎหมาย ผู้กระทำย่อมพ้นจากความผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิงไปทันที และการพ้นจากความผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิงนี้ย่อมมีอยู่ตลอดไปโดยไม่ถูกกระทบกระเทือนจากการที่พระราชกำหนดฉบับนี้ตกไปเนื่องจากสภาผู้แทนราษฎรไม่อนุมัติ เพราะพระราชกำหนดก็มีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา 172 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ว่า " -ฯลฯ- พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้" และการที่พระราชกำหนดตกไปนั้น มาตรา 172 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ก็บัญญัติว่าไม่กระทบกระเทือนกิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนั้น กิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดก็คือการพ้นจากความผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิงนั่นเอง หากรัฐธรรมนูญประสงค์จะให้พระราชกำหนดไม่มีผลบังคับมาแต่ต้นก็จะต้องบัญญัติไว้โดยชัดเจน ดังเช่นที่บัญญัติไว้ในมาตรา 173 วรรคสามว่า "ในกรณีที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าพระราชกำหนดใดไม่เป็นไปตามมาตรา 172 วรรคหนึ่ง ให้พระราชกำหนด

นั้นไม่มีผลบังคับมาตั้งแต่ต้น"[13]

<u>คณะที่สิบสี่</u>

(1) ประธานรัฐสภา (นายบุญเอื้อ ประเสริฐสุวรรณ) (นายบุญเอื้อ ประเสริฐสุวรรณ พ้นจากตำแหน่ง มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้นายวันมูหะมัดนอร์ มะทา เป็นประธานรัฐสภาแทน)

(2) ประธานวุฒิสภา (นายมีชัย ฤชุพันธุ์)

(3) ประธานศาลฎีกา (นายประมาณ ชันซื่อ) (นายประมาณ ชันซื่อ พ้นจากตำแหน่งมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้นายศักดา โมกขมรรคกุล เป็นประธานศาลฎีกา แทน)

(4) อัยการสูงสุด (นายคณิต ณ นคร)

ผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งวุฒิสภาแต่งตั้ง เมื่อวันที่ 3 พฤษภาคม 2539 จำนวน 3 คน และผู้ทรงคุณวุฒิ ซึ่งสภาผู้แทนราษฎรแต่งตั้ง เมื่อวันที่ 29 พฤษภาคม 2539 จำนวน 3 คน

(5) ศาสตราจารย์ มารุต บุนนาค

(6) ศาสตราจารย์ ประเทือง กีรติบุตร

(7) พลโท โกวิท มัธยมจันทร์

(8) ศาสตราจารย์ บัญญัติ สุชีวะ

(9) ศาสตราจารย์โสภณ รัตนากร

(10) นายโอภาส อรุณินท์

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่แต่งตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ได้มีคำวินิจฉัยอีก 2 คำวินิจฉัย ภายหลังที่ได้มีการตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

---

[13] เรื่องเดียวกัน, หน้า 202 - 206.

พุทธศักราช 2540 แล้ว เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวในบทเฉพาะกาล มาตรา 320 บัญญัติให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นศาลรัฐธรรมนูญจนกว่าจะมีศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 คือ

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2541 ลงวันที่ 7 มกราคม 2541 เรื่อง ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาและวุฒิสภาตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 255 สรุปได้ว่า "ในการดำเนินการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 255 วุฒิสภาได้พิจารณาบุคคลซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา จำนวน 5 คน แล้วมีมติให้ความเห็นชอบ จำนวน 4 คน และไม่ให้ความเห็นชอบ จำนวน 1 คน และวุฒิสภาได้มีหนังสือแจ้งให้ศาลฎีกาทราบเพื่อให้ดำเนินการเลือกบุคคลอื่นเสนอให้วุฒิสภาพิจารณาใหม่ ต่อมาศาลฎีกาได้มีหนังสือถึงประธานวุฒิสภาแจ้งว่าศาลฎีกามีความเห็นว่าวุฒิสภาไม่มีอำนาจตามรัฐธรรมนูญที่จะพิจารณาให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบแก่บุคคลที่ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาเลือกประธานศาลฎีกาได้มีหนังสือที่ ยธ 0206/13158 ลงวันที่ 8 ธันวาคม 2540 แจ้งว่าที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาได้มีมติให้ส่งปัญหาให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าวุฒิสภามีอำนาจตามรัฐธรรมนูญที่จะพิจารณาให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบแก่บุคคลที่ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาพิจารณาเลือกเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 255(1) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 หรือไม่

ก่อนพิจารณาปัญหาซึ่งที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาเสนอมาให้พิจารณาวินิจฉัย คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาวินิจฉัยปัญหาเบื้องต้น 2 เรื่อง คือ

1. คณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ทำหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 320 ยังคงมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยในปัญหานี้หรือไม่เห็นว่า เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญ มาตรา 320 วรรคหนึ่งและวรรคสองนั้นย่อมหมายความว่า คณะตุลาการรัฐธรรมนูญชุดนี้ยังคงต้องอยู่ต่อไป และต้องทำหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญไปจนกว่าจะได้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งศาลรัฐธรรมนูญ สำหรับระยะเวลาสี่สิบห้าวันตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 320 วรรคสอง นั้น เป็นเพียงการกำหนดระยะเวลาให้ดำเนินการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้น

2. คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะรับพิจารณาปัญหาซึ่งที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาเสนอมาได้หรือไม่ แยกพิจารณาเป็น 3 ประเด็น คือ

2.1 ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาเป็นองค์กรตามความหมายของรัฐธรรมนูญ มาตรา 266 หรือไม่ คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วถือว่าที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 266

2.2 การที่ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาเสนอปัญหาให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณานั้น ถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 266 หรือไม่ คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญโดยเสียงข้างมากเห็นว่าเป็นปัญหาที่เกี่ยวพันระหว่างอำนาจหน้าที่ของทั้ง 2 องค์กร คือ วุฒิสภา กับที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา ดังนั้น จึงมีสิทธิเสนอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้

2.3 กรณีมีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งศาลรัฐธรรมนูญจะต้องพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 266 แล้วหรือไม่ คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า ได้มีข้อโต้แย้งของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาเกี่ยวกับการใช้อำนาจหน้าที่ของวุฒิสภาตามมาตรา 255 แล้ว จึงเป็นกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับการใช้อำนาจหน้าที่ของวุฒิสภาและที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา ซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญจึงรับเรื่องซึ่งที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาเสนอมาไว้พิจารณา

วินิจฉัยต่อไป

สำหรับปัญหาซึ่งที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาส่งมานั้น คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญโดยเสียงข้างมาก เห็นว่า รัฐธรรมนูญได้แยกที่มาของบุคคลที่จะเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและได้กำหนดวิธีการเลือกไว้แล้ว โดยในมาตรา 255 (1) กำหนดว่าต้องเป็นผู้พิพากษาในศาลฎีกา ซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกาซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาโดยวิธีลงคะแนนลับจำนวน 5 คน ส่วนในมาตรา 255 (2) นั้น รัฐธรรมนูญกำหนดว่าต้องเป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุด ซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุดด้วยวิธีลงคะแนนลับ และในมาตรา 255 (3) และ (4) คือ ผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์ และผู้ทรงคุณวุฒิสาขารัฐศาสตร์ ซึ่งต้องดำเนินการคัดเลือกตามมาตรา 257 ดังนั้นจะเห็นได้ว่าตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 255 (1) และ (2) นั้น ได้รับเลือกมาแล้วตามกฎหมายและไม่มีบทบัญญัติในมาตราใดที่กำหนดให้วุฒิสภาทำการคัดเลือกอีกครั้งหนึ่ง วุฒิสภาคงมีแต่หน้าที่ถวายคำแนะนำตามมาตรา 255 วรรคหนึ่งเท่านั้น คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญโดยเสียงข้างมากจึงวินิจฉัยว่าวุฒิสภาไม่มีอำนาจที่จะพิจารณาให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบแก่บุคคลที่ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาพิจารณาเลือกเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 255 (1)"[14]

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 2/2541 ลงวันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2541 เรื่อง ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับการดำเนินการสรรหาและการคัดเลือกนายอุกฤษ มงคลนาวิน เป็นตุลาการ

[14] ดูคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ และคำวินิจฉัยของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในรายงานของคณะกรรมาธิการวิสามัญศึกษาวิเคราะห์อำนาจของวุฒิสภาในการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 1/2541, กองกรรมาธิการ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา ภาคผนวก 3 หน้า 1-41และโปรดศึกษารายงานการวิจัยเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าวในภาคผนวก 2 หน้า 1-94

ศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์ สรุปได้ว่า "นายศรีอัมพร ศาลิคุปต์ และนายปัญจพล เสน่ห์สังคม เป็นโจทก์ยื่นฟ้องต่อศาลรัฐธรรมนูญ โดยอ้างสิทธิตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 28 วรรคสอง และประธานรัฐสภาได้เสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ เพื่อขอให้พิจารณาวินิจฉัยโดยอ้างว่าเป็นกรณีที่เป็นปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 266 โดยขอให้พิจารณาวินิจฉัยในแนวทางเดียวกันว่า

1. คำว่า "ศาสตราจารย์" ตามความในมาตรา 256 (3) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีความหมายรวมถึงศาสตราจารย์พิเศษด้วย หรือไม่

2. ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า คำว่า "ศาสตราจารย์" มิได้มีความหมายรวมถึง ศาสตราจารย์พิเศษ ขอให้วินิจฉัยว่า การเสนอชื่อนายอุกฤษ มงคลนาวิน ของคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญต่อวุฒิสภา และการที่วุฒิสภามีมติเลือกนายอุกฤษ มงคลนาวิน เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญนั้น ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ พิจารณาคำฟ้องของนายศรีอัมพร ศาลิคุปต์และนายปัญจพล เสน่ห์สังคม แล้วเห็นว่าโจทก์ทั้งสองได้ฟ้องคดีนี้ต่อศาลรัฐธรรมนูญ โดยอาศัยรัฐธรรมนูญมาตรา 28 วรรคสอง ซึ่งตามบทบัญญัติดังกล่าว โจทก์จะฟ้องคดีต่อศาลได้ต่อเมื่อโจทก์ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้ แต่ตามคำฟ้องของโจทก์ไม่ปรากฏว่าโจทก์ถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้แต่ประการใด คำฟ้องของโจทก์ไม่ต้องด้วยบทบัญญัติของมาตรา 28 วรรคสอง โจทก์ไม่อาจอาศัยบทบัญญัติดังกล่าวมาฟ้องจำเลยได้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่อาจรับคำฟ้องของโจทก์ทั้งสองไว้พิจารณา สำหรับคำฟ้องของประธานรัฐสภานั้น ที่ประชุมเห็นว่าเป็นกรณีที่เกี่ยวกับการดำเนินการของวุฒิสภา และคณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งถือได้ว่าเป็นปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของ

องค์กรตามรัฐธรรมนูญแล้ว ดังนั้น การที่ประธานรัฐสภาได้เสนอเรื่องนี้ต่อศาลรัฐธรรมนูญจึงถือว่าคำร้องนี้ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ และเป็นเรื่องที่อยู่ในขอบข่ายอำนาจของประธานรัฐสภาที่จะกระทำได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 266 ที่ประชุมจึงเห็นควรรับคำร้องไว้พิจารณาต่อไป

สำหรับปัญหาซึ่งประธานรัฐสภาส่งมานั้น คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้แยกพิจารณาเป็น 2 ประเด็น คือ

ประเด็นแรก คำว่า "ศาสตราจารย์" ตามความในมาตรา 256 (3) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มีความหมายรวมถึงศาสตราจารย์พิเศษด้วยหรือไม่ ซึ่งคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญโดยเสียงข้างมากเห็นว่า คำว่า "ศาสตราจารย์" นั้น เมื่อได้พิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวข้อง โดยเฉพาะพระราชบัญญัติจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ. 2522 แล้วเห็นได้ว่าตามมาตรา 34 ของพระราชบัญญัติจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ. 2522 ได้กำหนดตำแหน่งคณาจารย์ประจำของมหาวิทยาลัย ซึ่งเป็นตำแหน่งทางวิชาการไว้ โดยมี ศาสตราจารย์ รองศาสตราจารย์ ผู้ช่วยศาสตราจารย์ และอาจารย์เท่านั้น นอกจากนั้นในมาตรา 35 ยังได้กำหนดที่มาของศาสตราจารย์ไว้ว่าผู้ที่จะดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์ได้นั้น จะต้องมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งโดยคำแนะนำของสภามหาวิทยาลัยประกอบกับจะต้องเป็นผู้มีคุณวุฒิความสามารถทางการสอนและมีผลงานทางวิชาการตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนในมหาวิทยาลัย และเมื่อได้พิจารณาตามความในมาตรา 4 ของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในมหาวิทยาลัย พ.ศ. 2507 แล้วเห็นว่า การบรรจุแต่งตั้งข้าราชการและลูกจ้างของมหาวิทยาลัยนั้น ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง ทั้งนี้ กฎทบวงซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในมหาวิทยาลัยได้กำหนดให้การแต่งตั้ง "ศาสตราจารย์"

ต้องเป็นไปตามที่คณะกรรมการข้าราชการพลเรือนในมหาวิทยาลัย (ก.ม.) กำหนด ดังนั้นจึงเห็นได้ว่า การแต่งตั้งบุคคลใดให้ดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์ บุคคลนั้นจะต้องผ่านการพิจารณาคัดเลือกจากสภามหาวิทยาลัย และต้องเป็นไปตามที่กฎทบวงกำหนดด้วย

สำหรับตำแหน่งศาสตราจารย์พิเศษนั้น ตามพระราชบัญญัติจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ. 2522 มาตรา 37 บัญญัติว่า "ศาสตราจารย์พิเศษนั้นจะทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งจากผู้ซึ่งเป็นหรือเคยเป็นอาจารย์พิเศษในวิชาที่ผู้นั้นมีความเชี่ยวชาญเป็นพิเศษ โดยคำแนะนำของสภามหาวิทยาลัย" และในวรรคสองได้บัญญัติว่า "คุณสมบัติของผู้ที่จะได้รับการแต่งตั้งเป็นศาสตราจารย์พิเศษให้กำหนดเป็นข้อบังคับของมหาวิทยาลัย" ซึ่งจะเห็นได้ว่าผู้ที่จะได้รับการแต่งตั้งให้เป็น "ศาสตราจารย์พิเศษ"นั้น จะเป็นหรือเคยเป็นอาจารย์พิเศษของมหาวิทยาลัยก็ได้แต่ต้องผ่านความเห็นชอบของสภามหาวิทยาลัยและต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ข้อบังคับของมหาวิทยาลัยกำหนดไว้

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของพระราชบัญญัติจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และกฎหมายที่เกี่ยวข้องดังกล่าวแล้ว เห็นได้ว่า ตำแหน่งศาสตราจารย์ และศาสตราจารย์พิเศษนั้น มีที่มาที่แตกต่างกันโดยสิ้นเชิงและนอกจากนี้ยังเป็นตำแหน่งที่ต่างกันด้วย ประกอบกับเมื่อพิจารณาตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 256 (3) ซึ่งกำหนดคุณสมบัติของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญว่า "ดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าศาสตราจารย์" แล้ว คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างมากจึงเห็นว่า คำว่า "ศาสตราจารย์" ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าว หมายถึงเฉพาะผู้ที่ดำรงตำแหน่งทางวิชาการในตำแหน่ง "ศาสตราจารย์" เท่านั้น มิได้หมายความรวมถึง "ศาสตราจารย์พิเศษ" ด้วย

ประเด็นที่สอง คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญโดยเสียงข้างมากเห็นว่าเมื่อที่ประชุมได้มีมติวินิจฉัยว่า คำว่า "ศาสตราจารย์" ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 256 (3) มิได้มีความหมายรวมถึง "ศาสตราจารย์พิเศษ" ด้วยแล้ว ดังนั้น การพิจารณาเลือก นายอุกฤษ มงคลนาวิน โดยอาศัยคุณสมบัติที่เป็น "ศาสตราจารย์พิเศษ"เพื่อได้รับแต่งตั้งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์ จึงไม่ตรงตามเจตนารมณ์แห่งบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 256 (3) เฉพาะกรณีดังล่าว ซึ่งได้วินิจฉัยไว้แล้วข้างต้น" [15]

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่แต่งตั้งขึ้นนับตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 เป็นต้นมาจนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ส่วนใหญ่มีองค์ประกอบที่ผูกพันกับองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตย 2 อำนาจ คือ อำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจตุลาการ กล่าวคือเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่ง เช่น ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา ประธานศาลฎีกา เป็นต้น ส่วนตุลาการรัฐธรรมนูญผู้ทรงคุณวุฒิส่วนหนึ่งก็มาจากการเลือกตั้งขององค์กรที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชน คือ รัฐสภา หรือสภาผู้แทนราษฎร คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้กระทำหน้าที่ตามบทบัญญัติของรัฐธรมนูญจนเมื่อมีการตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จึงได้มีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญขึ้นเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญแทนคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

---

[15] คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 2/2541 ลงวันที่ 18 กุมภาพันธ์ 2541 ประกาศในราชกิจจานุเบกษา เล่ม 115 ตอนที่ ๗ ก วันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2541.

3. ศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

3.1 <u>องค์ประกอบและการแต่งตั้งบุคคลดำรงตำแหน่ง</u>

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กำหนดให้องค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตุลาการ กำหนดไว้ในหมวดว่าด้วยศาล เรียกชื่อว่า ศาลรัฐธรรมนูญ โดยมาตรา 255 บัญญัติว่า “ศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยประธานศาลรัฐธรรมนูญคนหนึ่งและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอื่นอีกสิบสี่คน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของวุฒิสภาจากบุคคลดังต่อไปนี้

(1) ผู้พิพากษาในศาลฎีกา ซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกา ซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาโดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวนห้าคน

(2) ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุด โดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวนสองคน

(3) ผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์ ซึ่งได้รับเลือกตามมาตรา 257 จำนวนห้าคน

(4) ผู้ทรงคุณวุฒิสาขารัฐศาสตร์ ซึ่งได้รับเลือกตามมาตรา 257 จำนวนสามคน

ให้ผู้ได้รับเลือกตามวรรคหนึ่ง ประชุมและเลือกกันเองให้คนหนึ่งเป็นประธานศาลรัฐธรรมนูญแล้วแจ้งผลให้ประธานวุฒิสภาทราบ

ให้ประธานวุฒิสภาเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ”

โดยรัฐธรรมนูญ มาตรา 257 กำหนดวิธีการสรรหาและการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จากผู้ทรงคุณวุฒิ ตามมาตรา 255 (3) และ (4)

พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวได้ทรงมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน 13 คน เมื่อวันที่ 11 เมษายน 2541 โดยมีนายเชาวน์ สายเชื้อ เป็นประธานศาลรัฐธรรมนูญ คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญชุดนี้ได้ถวายสัตย์ปฏิญาณต่อพระมหากษัตริย์ เมื่อวันที่ 6 พฤษภาคม 2541 ต่อมาเมื่อวันที่ 29 กันยายน 2543 ได้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากศาลปกครองสูงสุด จำนวน 2 คน ซึ่งได้ถวายสัตย์ปฏิญาณต่อพระมหากษัตริย์ เมื่อวันที่ 16 ตุลาคม 2543 คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยบุคคลดังต่อไปนี้

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา จำนวน 5 คน

(1) นายสุวิทย์ ธีรพงษ์

(2) นายปรีชา เฉลิมวณิชย์

(3) นายมงคล สระฏัน

(4) นายอุระ หวังอ้อมกลาง

(5) นายจุมพล ณ สงขลา

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุด จำนวน 2 คน

(6) ศาสตราจารย์ ดร. กระมล ทองธรรมชาติ (ศาสตราจารย์ ดร.กระมล พ้นจากตำแหน่งเนื่องจากมีอายุครบเจ็ดสิบปีบริบูรณ์ เมื่อวันที่ 7 พฤษภาคม 2548 ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดมีมติเลือกและได้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งนายอุดมศักดิ์ นิติมนตรี เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแทน เมื่อวันที่ 3 สิงหาคม 2549)

(7) นายผัน จันทรปาน

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์ จำนวน 5 คน

(8) ศาสตราจารย์ ดร.โกเมน ภัทรภิรมย์ (ศาสตราจารย์ ดร.โกเมน พ้นจากตำแหน่งเมื่อวันที่ 1 มีนาคม 2544 เมื่อผ่านกระบวนการสรรหาแล้วได้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งนายศักดิ์ เตชาชาญ เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแทนเมื่อวันที่ 3 มิถุนายน 2544

(9) นายประเสริฐ นาสกุล (นายประเสริฐ พ้นจากตำแหน่งเนื่องจากมีอายุครบเจ็ดสิบปีบริบูรณ์ เมื่อวันที่ 8 กันยายน 2544 เมื่อผ่านกระบวนการสรรหาแล้วได้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งนายจิระ บุญพจนสุนทร เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ แทน เมื่อวันที่ 14 มีนาคม 2545

(10) ศาสตราจารย์ ดร.อิสสระ นิติทัณฑ์ประภาศ (ศาสตราจารย์ ดร.อิสสระ พ้นจากตำแหน่งเนื่องจากมีอายุครบเจ็ดสิบปีบริบูรณ์ เมื่อวันที่ 3 ตุลาคม 2545 เมื่อผ่านกระบวนการสรรหาแล้วได้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งนายมานิต วิทยาเต็ม เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแทน เมื่อวันที่ 28 มีนาคม 2546)

(11) พลโท จุล อติเรก (พลโท จุล พ้นจากตำแหน่งตามบทเฉพาะกาล มาตรา 322 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เมื่อผ่านกระบวนการสรรหาแล้วได้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งนายสุธี สุทธิสมบูรณ์ เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ แทนเมื่อวันที่ 28 มีนาคม 2546)

(12) นายสุจินดา ยงสุนทร (นายสุจินดา พ้นจากตำแหน่งตามบทเฉพาะกาล มาตรา 322 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เมื่อผ่านกระบวนการสรรหาแล้ว ได้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งศาสตราจารย์ ดร.เสาวนีย์ อัศวโรจน์ เป็นตุลาการ

ศาลรัฐธรรมนูญแทน เมื่อวันที่ 28 มีนาคม 2546)

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้ทรงคุณวุฒิสาขารัฐศาสตร์ จำนวน 3 คน

(13) นายเชาวน์ สายเชื้อ (นายเชาวน์ พ้นจากตำแหน่ง เนื่องจากมีอายุครบเจ็ดสิบปีบริบูรณ์ เมื่อวันที่ 23 ธันวาคม 2542 เมื่อผ่านกระบวนการสรรหาแล้วได้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง ศาสตราจารย์ ดร.สุจิต บุญบงการ เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแทน เมื่อวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2543 ต่อมา ศาสตราจารย์ ดร.สุจิต พ้นจากตำแหน่งตามบทเฉพาะกาล มาตรา 322 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เมื่อผ่านกระบวนการสรรหาแล้วได้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งนายนพดล เฮงเจริญ เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแทนเมื่อวันที่ 5 ธันวาคม 2547)

(14) ศาสตราจารย์ ดร. ชัยอนันต์ สมุทวณิช (ศาสตราจารย์ ดร.ชัยอนันต์ พ้นจากตำแหน่ง เนื่องจากลาออกจากตำแหน่ง เมื่อวันที่ 1 กรกฎาคม 2543 เมื่อผ่านกระบวนการสรรหาแล้วได้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง ศาสตราจารย์ ดร. อมร รักษาสัตย์ เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ แทนเมื่อวันที่ 27 ตุลาคม 2543 ต่อมาศาสตราจารย์ ดร. อมร พ้นจากตำแหน่งเนื่องจากมีอายุครบเจ็ดสิบปีบริบูรณ์ เมื่อวันที่ 10 ธันวาคม 2546 เมื่อผ่านกระบวนการสรรหาแล้วได้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งนายอภัย จันทนจุลกะ เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแทนเมื่อวันที่ 30 มิถุนายน 2547)

(15) ศาสตราจารย์ อนันต์ เกตุวงศ์ (ศาสตราจารย์ อนันต์ พ้นจากตำแหน่งตามบทเฉพาะกาล มาตรา 322 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เมื่อผ่านกระบวนการสรรหาแล้วได้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งพลตำรวจเอก สุวรรณ

สุวรรณเวโช เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญแทนเมื่อวันที่ 28 มีนาคม 2546

คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญชุดนี้ มีผู้ดำรงตำแหน่งประธานศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน 5 คน คือ

(1) นายเชาวน์ สายเชื้อ ระหว่างวันที่ 11 เมษายน 2541 – 23 ธันวาคม 2542

(2) นายประเสริฐ นาสกุล ระหว่างวันที่ 12 กุมภาพันธ์ 2543 – 8 กันยาน 2544

(3) ศาสตราจารย์ ดร.อิสสระ นิติทัณฑ์ประภาศ ระหว่างวันที่ 14 มีนาคม 2545 – 3 ตุลาคม 2545

(4) ศาสตราจารย์ ดร.กระมล ทองธรรมชาติ ระหว่างวันที่ 28 มีนาคม 2546 – 7 พฤษภาคม 2548

(5) นายอุระ หวังอ้อมกลาง ระหว่างวันที่ 3 สิงหาคม 2549 – 19 กันยายน 2549

3.2 **อำนาจหน้าที่**

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กำหนดอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญโดยยังคงอำนาจหน้าที่ตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 และที่แก้ไขเพิ่มเติม แต่ตัดอำนาจหน้าที่ออก 2 กรณี คือ การพิจารณาวินิจฉัยกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลยุติธรรมกับศาลอื่น หรือระหว่างศาลอื่นด้วยกัน และการตีความรัฐธรรมนูญในเรื่องที่คณะรัฐมนตรี รัฐสภา วุฒิสภา หรือสภาผู้แทนราษฎรมีมติว่ากรณีมีปัญหาที่ต้องตีความรัฐธรรมนูญและเพิ่มเติมอำนาจหน้าที่อีก 8 กรณีคือ

- พิจารณาวินิจฉัยว่า มติหรือข้อบังคับในเรื่องใดของพรรคการเมืองจะขัดต่อสถานะและการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภา

ผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญหรือขัดหรือแย้งกับหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือไม่ (มาตรา 47 วรรคสาม)

- พิจารณาวินิจฉัยว่าบุคคลหรือพรรคการเมืองใดกระทำการโดยใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามรัฐธรรมนูญหรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่ (มาตรา 63)

- พิจารณาอุทธรณ์ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่คัดค้านว่ามติของพรรคการเมืองที่ให้ตนพ้นจากการเป็นสมาชิกของพรรคการเมืองนั้นมีลักษณะตามมาตรา 47 วรรคสาม หรือไม่ (มาตรา 118 วรรคหนึ่ง (8))

- พิจารณาวินิจฉัยว่ากรรมการการเลือกตั้งคนใดคนหนึ่งขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 137 หรือกระทำการอันต้องห้ามตามมาตรา 139 หรือไม่ (มาตรา 142)

- พิจารณาวินิจฉัยว่าการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี งบประมาณ ร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติมและร่างพระราชบัญญัติโอนงบประมาณรายจ่ายของสภาผู้แทนราษฎรหรือของคณะกรรมาธิการ การเสนอ การแปรญัตติ หรือการกระทำด้วยประการใดๆ ที่มีผลให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมาธิการ มีส่วนไม่ว่าโดยตรงหรือโดยอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่าย หรือไม่ (มาตรา 180)

- พิจารณาวินิจฉัยเรื่องที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา ขอให้วินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามมาตรา 197 (1) มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ หรือไม่ (มาตรา 198)

- พิจารณาวินิจฉัยกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญ (มาตรา 266)

- พิจารณาวินิจฉัยว่าผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองผู้ใดจงใจไม่ยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สิน และเอกสารประกอบตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ หรือจงใจยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินและเอกสารประกอบด้วยข้อความอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อเท็จจริงที่ควรแจ้งให้ทราบหรือไม่ (มาตรา 295)

นอกจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จะกำหนดอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 ยังกำหนดอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นด้วย เช่น การวินิจฉัยชี้ขาดคำร้องของผู้ขอจัดตั้งพรรคการเมืองซึ่งไม่เห็นด้วยกับคำสั่งไม่รับจดแจ้งการจัดตั้งพรรคการเมืองของนายทะเบียนพรรคการเมือง (มาตรา 17) พิจารณาคำร้องของนายทะเบียนพรรคการเมืองในกรณีต่างๆ ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมืองกรณีจะมีคำสั่งให้ยุบพรรคการเมืองหรือไม่ เป็นต้น (มาตรา 65 และมาตรา 66)

เมื่อพิจารณาอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวแล้ว อาจจัดเป็นกลุ่มได้ 7 กลุ่ม ดังนี้

กลุ่มที่หนึ่ง คือ อำนาจในการควบคุมร่างกฎหมายและกฎหมายรวมทั้งข้อบังคับการประชุมของทั้งสองสภา มิให้ขัดรัฐธรรมนูญตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 198 มาตรา 219 มาตรา 262 มาตรา 263 และมาตรา 264

กลุ่มที่สอง คือ อำนาจในการวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 266

กลุ่มที่สาม คือ อำนาจในการตรวจสอบการดำเนินการภายในองค์งานของสภา โดยเฉพาะการควบคุมมิให้มีการเสนอร่างกฎหมายที่มีหลักการเดียวกันกับร่างกฎหมายที่วุฒิสภายับยั้ง และการแปรญัตติร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีที่มีผลทำให้สมาชิกรัฐสภามีส่วนไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมในการใช้งบประมาณตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 177 และมาตรา 180

กลุ่มที่สี่ คือ อำนาจในการวินิจฉัยการพ้นจากตำแหน่งของสมาชิกรัฐสภา รัฐมนตรี หรือกรรมการการเลือกตั้ง ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 96 มาตรา 142 และมาตรา 216

กลุ่มที่ห้า คือ อำนาจในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมายของพรรคการเมือง โดยเฉพาะที่ว่ามติหรือข้อบังคับพรรคการเมืองขัดต่อสถานะและการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร หรือขัดแย้งกับหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองระบอบประชาธิปไตย และพิจารณาอุทธรณ์ของสมาชิกพรรคการเมืองที่พรรคการเมืองมีมติให้พ้นจากสมาชิกภาพตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 47 วรรคสาม และมาตรา 118(8) รวมทั้ง อำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง อาทิ การยุบพรรคการเมือง

กลุ่มที่หก คือ อำนาจวินิจฉัยว่า ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองจงใจไม่ยื่น หรือจงใจยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินหรือหนี้สินอันเป็นเท็จ หรือปกปิดข้อเท็จจริงที่ควรแจ้งให้ทราบ อันจะทำให้ผู้นั้นพ้นจากตำแหน่ง และห้ามดำรงตำแหน่งทางการเมืองห้าปี ตามมาตรา 295

กลุ่มที่เจ็ด คือ อำนาจคุ้มครองรัฐธรรมนูญมิให้ถูกล้มล้างตามมาตรา 63

3.3 **ผลงาน**

ศาลรัฐธรรมนูญดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ด้วยการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ นับตั้งแต่คำวินิจฉัยที่ 1/2541 ลงวันที่ 23 พฤษภาคม 2541 เรื่อง ประธานสภาผู้แทนราษฎร ขอให้ศาลรัฐธรรมนญวินิจฉัยว่าพระราชกำหนดไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญจนถึงคำวินิจฉัยสุดท้าย คือ คำวินิจฉัยที่ 16-17/2549 ลงวันที่ 7 กันยายน 2549 เรื่อง พระราชบัญญัติการพิมพ์ พุทธศักราช 2484 มาตรา 48 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 39 และมาตรา 41 หรือไม่ รวมทั้งสิ้น 469 คำวินิจฉัย โดยแยกเป็นคำวินิจฉัยในแต่ละปี ดังนี้

พ.ศ. 2541 จำนวน 16 คำวินิจฉัย
พ.ศ. 2542 จำนวน 54 คำวินิจฉัย
พ.ศ. 2543 จำนวน 64 คำวินิจฉัย
พ.ศ. 2544 จำนวน 51 คำวินิจฉัย
พ.ศ. 2545 จำนวน 64 คำวินิจฉัย
พ.ศ. 2546 จำนวน 52 คำวินิจฉัย
พ.ศ. 2547 จำนวน 88 คำวินิจฉัย
พ.ศ. 2548 จำนวน 63 คำวินิจฉัย
พ.ศ. 2549 จำนวน 17 คำวินิจฉัย

เมื่อพิจารณาคำวินิจฉัย โดยจำแนกตามอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในแต่ละปี ปรากฏตามตารางดังนี้

ผลการวินิจฉัยคดีของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

ปี พ.ศ.	ม. 47 วรรคสาม	ม. 63	ม. 96	ม. 118 (8)	ม. 142	ม. 177	ม. 180	ม. 198	ม. 216	ม. 219	ม.262 (1)	ม.262 (2)	ม. 263	ม. 264	ม. 266	ม. 295	พรบ. พรรคการเมือง	รวม
2541	-	-	-	-	-	-	-	-	-	1	2	-	-	6	6	-	1	16
2542	-	-	1	1	-	-	-	-	1	-	3	1	-	35	8	-	4	54
2543	1	-	-	-	-	-	-	1	-	-	2	3	-	32	13	7	5	64
2544	-	-	-	-	-	-	-	2	1	-	-	-	-	25	2	3	18	51
2545	-	-	-	-	-	-	-	1	-	-	1	-	-	30	4	9	19	64
2546	-	-	-	-	-	-	1	4	-	1	-	-	-	21	8	5	12	52
2547	1	-	-	-	-	-	-	1	-	2	-	-	-	62	5	5	12	88
2548	-	-	-	-	-	-	-	1	-	-	1	-	-	48	3	-	10	63
2549	-	-	1	-	1	-	-	1	1	-	1	-	-	6	2	-	4	17
รวม	2	-	2	1	1	-	1	11	3	4	10	4	-	265	51	29	85	469

จากตารางดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าในระยะเวลาตั้งแต่ พ.ศ. 2541 ถึง กันยายน 2549 ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 เป็นจำนวนมากที่สุดถึง 265 คำวินิจฉัย รองลงมาคือ มาตรา 266 จำนวน 51 คำวินิจฉัย มาตรา 295 จำนวน 29 คำวินิจฉัย มาตรา 262 จำนวน 14 คำวินิจฉัย มาตรา 198 จำนวน 11 คำวินิจฉัย มาตรา 219 จำนวน 4 คำวินิจฉัย มาตรา 216 จำนวน 3 คำวินิจฉัย มาตรา 47 วรรคสามและมาตรา 96 มาตราละ 2 คำวินิจฉัย มาตรา 118(8) มาตรา 142[16] และ

[16] คำวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 142 นี้ เป็นกรณีที่ประธานวุฒิสภาทำหน้าที่ประธานรัฐสภาส่งคำร้องของสมาชิกวุฒิสภา จำนวนสามสิบห้าคนที่สมาชิกภาพสิ้นสุดลงแล้ว (แต่รัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติให้ทำหน้าที่ต่อไปจนกว่าสมาชิกวุฒิสภาที่ได้รับเลือกตั้งใหม่จะเข้ารับหน้าที่) ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ากรรมการการเลือกตั้งคนใดคนหนึ่งขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้ามพ้นจากตำแหน่งหรือไม่ แต่ศาลรัฐธรรมนูญไม่รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยเนื่องจากคำร้องไม่ต้องด้วยหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 142

มาตรา 180 มาตราละ 1 คำวินิจฉัย ส่วนอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ที่ศาลรัฐธรรมนูญไม่เคยมีคำวินิจฉัย มีจำนวน 3 กรณี คือ

(1) อำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 63 กรณีบุคคลหรือพรรคการเมืองใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

(2) อำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 177 กรณีร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่คณะรัฐมนตรีหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเสนอ มีหลักการอย่างเดียวกันหรือคล้ายกันกับหลักการของร่างพระราชบัญญัติหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่ต้องยับยั้งไว้ หรือไม่

(3) อำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 263 กรณีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภาหรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกันมีจำนวนไม่น้อยกว่ายี่สิบคน เห็นว่าร่างข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ร่างข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา และร่างข้อบังคับการประชุมรัฐสภาที่สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือรัฐสภาแล้วแต่กรณีให้ความเห็นชอบแล้วแต่ยังมิได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

ส่วนคำวินิจฉัยตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 มีจำนวน 85 คำวินิจฉัย ซึ่งแยกเป็นมาตราต่างๆ ได้ ดังนี้

- มาตรา 17 จำนวน 2 คำวินิจฉัย
- มาตรา 33 ประกอบมาตรา 17 จำนวน 2 คำวินิจฉัย

- มาตรา 65 วรรคหนึ่ง (1) จำนวน 5 คำวินิจฉัย
- มาตรา 65 วรรคหนึ่ง (2) จำนวน 1 คำวินิจฉัย
- มาตรา 65 วรรคหนึ่ง (3) จำนวน 4 คำวินิจฉัย
- มาตรา 65 วรรคหนึ่ง (5) ประกอบมาตรา 25 จำนวน 1 คำวินิจฉัย
- มาตรา 65 วรรคหนึ่ง (5) ประกอบมาตรา 26 จำนวน 6 คำวินิจฉัย
- มาตรา 65 วรรคหนึ่ง (5) ประกอบมาตรา 29 จำนวน 39 คำวินิจฉัย
- มาตรา 65 วรรคหนึ่ง (5) ประกอบมาตรา 35 จำนวน 7 คำวินิจฉัย
- มาตรา 65 วรรคหนึ่ง (5) ประกอบมาตรา 62 จำนวน 9 คำวินิจฉัย
- มาตรา 65 วรรคหนึ่ง (5) ประกอบมาตรา 25 และมาตรา 26 จำนวน 2 คำวินิจฉัย
- มาตรา 65 วรรคหนึ่ง (5) ประกอบมาตรา 26 และมาตรา 62 จำนวน 1 คำวินิจฉัย
- มาตรา 65 วรรคหนึ่ง (5) ประกอบมาตรา 29 และมาตรา 35 จำนวน 2 คำวินิจฉัย
- มาตรา 65 วรรคหนึ่ง (5) ประกอบมาตรา 35 และมาตรา 62 จำนวน 3 คำวินิจฉัย
- มาตรา 73 จำนวน 1 คำวินิจฉัย

ศาลรัฐธรรมนูญปฏิบัติหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 นับตั้งแต่วันที่ 11 เมษายน 2541 และได้ถวายสัตย์

ปฏิญาณต่อพระมหากษัตริย์ จนถึงวันที่ 19 กันยายน 2549 ซึ่งเป็นวันที่คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขได้ทำการยึดอำนาจการปกครองประเทศ และได้มีประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 3 ลงวันที่ 19 กันยายน พุทธศักราช 2549 ให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 สิ้นสุดลง และให้ศาลรัฐธรรมนูญสิ้นสุดลงพร้อมกับรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จึงสิ้นสุดบทบาทนับตั้งแต่บัดนั้น รวมระยะเวลาปฏิบัติหน้าที่ทั้งสิ้น 8 ปี 5 เดือน 8 วัน

4. คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 และศาลรัฐธรรมนูญตามบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

4.1 องค์ประกอบและการแต่งตั้งบุคคลดำรงตำแหน่ง

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 สิ้นสุดลงและศาลรัฐธรรมนูญสิ้นสุดลงพร้อมกับรัฐธรรมนูญ ตามประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 3 ลงวันที่ 19 กันยายน พุทธศักราช 2549 ต่อมาได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม 2549 โดยมาตรา 35 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บรรดาการใดที่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญหรือเมื่อมีปัญหาว่ากฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ให้เป็นอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งประกอบด้วยประธานศาลฎีกาเป็น

ประธาน ประธานศาลปกครองสูงสุดเป็นรองประธาน ผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกา ซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกาโดยวิธีลงคะแนนลับจำนวนห้าคนเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญและตุลาการในศาลปกครองสูงสุดซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุดโดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวนสองคน เป็นตุลาการรัฐธรรมนูญ"

ที่ประชุมใหญ่ของศาลฎีกาและที่ประชุมใหญ่ของศาลปกครองสูงสุดได้ประชุมใหญ่และดำเนินการเลือกผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกาและตุลาการในศาลปกครองสูงสุด เมื่อวันที่ 6 ตุลาคม 2549 ทำให้มีบุคคลซึ่งดำรงตำแหน่งครบถ้วนเรียบร้อยตามองค์ประกอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ และประธานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้มีประกาศ เรื่อง รายชื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ลงวันที่ 1 พฤศจิกายน 2549 ลงประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 7 พฤศจิกายน 2549 ประกอบด้วยบุคคลดังต่อไปนี้

1. นายปัญญา ถนอมรอด ประธานศาลฎีกา เป็นประธานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้นายวิรัช ลิ้มวิชัย ดำรงตำแหน่งประธานศาลฎีกา แทนนายปัญญา ถนอมรอด ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2550 พร้อมทั้งดำรงตำแหน่งประธานศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550)

2. นายอักขราทร จุฬารัตน ประธานศาลปกครองสูงสุด เป็นรองประธานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

3. หม่อมหลวงไกรฤกษ์ เกษมสันต์ ผู้พิพากษาศาลฎีกา เป็นตุลาการรัฐธรรมนูญ

3. นายสมชาย พงษธา ผู้พิพากษาศาลฎีกา เป็นตุลาการรัฐธรรมนูญ

4. นายกิติศักดิ์ กิติคุณไพโรจน์ ผู้พิพากษาศาลฎีกา เป็นตุลาการรัฐธรรมนูญ

5. นายธานิศ เกศวพิทักษ์ ผู้พิพากษาศาลฎีกา เป็นตุลาการรัฐธรรมนูญ

6. นายนุรักษ์ มาประณีต ผู้พิพากษาศาลฎีกา เป็นตุลาการรัฐธรรมนูญ

7. นายจรัญ หัตถกรรม ตุลาการศาลปกครองสูงสุด เป็นตุลาการรัฐธรรมนูญ

8. นายวิชัย ชื่นชมพูนุท ตุลาการศาลปกครองสูงสุด เป็นตุลาการรัฐธรมนูญ

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ปฏิบัติหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 จนกระทั่งมีการตราธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ขึ้นใช้แทนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 เมื่อวันที่ 24 สิงหาคม 2550 โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีบทบัญญัติจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญ แต่บทเฉพาะกาล มาตรา 300 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 เป็นศาลรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ โดยให้ผู้ดำรงตำแหน่งประธานศาลฎีกาเป็นประธานศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ดำรงตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุดเป็นรองประธานศาลรัฐธรรมนูญ แต่ให้ผู้พิพากษาในศาลฎีกาหรือตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่ได้รับเลือกตามมาตรา 35 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 คงดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการศาล

รัฐธรรมนูญต่อไปจนกว่าจะมีการแต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ดังนั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญชุดนี้ จึงปฏิบัติหน้าที่ในฐานะคณะตุลาการรัฐธรรมนูญและศาลรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญดังกล่าว

4.2 **อำนาจหน้าที่**

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ มีอำนาจหน้าที่ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มาตรา 35 วรรคหนึ่งและวรรคสี่ โดยมาตรา 35 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บรรดาการใดที่มีกฎหมายกำหนดให้เป็นอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ หรือเมื่อมีปัญหาว่ากฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ให้เป็นอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ...” และวรรคสี่ บัญญัติว่า “บรรดาอรรถคดีหรือการใดที่อยู่ในระหว่างการดำเนินการของศาลรัฐธรรมนูญก่อนวันที่ 19 กันยายน พุทธศักราช 2549 ให้โอนมาอยู่ในอำนาจและความรับผิดชอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” ดังนั้น อำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงมีดังต่อไปนี้

(1) อำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งปรากฏอยู่ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญจำนวน 3 ฉบับ คือ

(1.1) การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา พ.ศ. 2542 มาตรา 16 และมาตรา 17

(1.2) การตรวจสอบผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองโดยมาตรการยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สิน ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 34

(1.3) อำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541

- การวินิจฉัยชี้ขาดคำสั่งของนายทะเบียนพรรคการเมืองกรณีที่ไม่รับจดแจ้งการจัดตั้งพรรคการเมือง (มาตรา 17) และกรณีที่ไม่รับจดแจ้งการเปลี่ยนแปลงนโยบายพรรคการเมือง ข้อบังคับพรรคการเมือง หรือรายการที่ต้องจดแจ้งกับนายทะเบียน (มาตรา 33)

- การสั่งให้พรรคการเมืองระงับหรือจัดการแก้ไขการกระทำอันอาจเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือให้หัวหน้าพรรคการเมืองหรือกรรมการบริหารพรรคการเมืองทั้งคณะหรือบางคนออกจากตำแหน่ง (มาตรา 27)

- การวินิจฉัยว่ามติหรือข้อบังคับพรรคการเมืองขัดหรือแย้งกับหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือไม่ (มาตรา 28)

- การสั่งให้ยุบพรรคการเมือง (มาตรา 65 มาตรา 66 และมาตรา 67)

(2) อำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่

(3) อำนาจหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีที่โอนมาจากคดีที่อยู่ในระหว่างการดำเนินการของศาลรัฐธรรมนูญ

นอกจากนี้ เมื่อมีการตารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญบัญญัติให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญชุดนี้เป็นศาลรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ดังนั้น จึงมีอำนาจหน้าที่ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

พุทธศักราช 2550 นับตั้งแต่วันที่ 24 สิงหาคม 2550 ซึ่งเป็นวันที่รัฐธรรมนูญฉบับใหม่มีผลใช้บังคับ

4.3 **ผลงาน**

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ด้วยการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ นับตั้งแต่คำวินิจฉัยที่ 1-2/2550 ลงวันที่ 30 พฤษภาคม 2550 เรื่อง อัยการสูงสุดขอให้มีคำสั่งยุบพรรคประชาธิปไตยก้าวหน้าและพรรคประชาธิปัตย์จนถึงคำวินิจฉัยสุดท้าย คือ คำวินิจฉัยที่ 4/2551 ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2551 เรื่อง ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. .... ตามรัฐธรมนูญ มาตรา 141 รวมทั้งสิ้น 30 คำวินิจฉัย โดยในปี พ.ศ. 2550 มีจำนวน 26 คำวินิจฉัย และในปี พ.ศ. 2551 จำนวน 4 คำวินิจฉัย ซึ่งจำแนกตามอำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญตามบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้ดังนี้

(1) อำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยว่ากฎหมายใดขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ จำนวน 5 คำวินิจฉัย

(2) อำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 มาตรา 34 จำนวน 10 คำวินิจฉัย

(3) อำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 จำนวน 12 คำวินิจฉัย ซึ่งแยกเป็นมาตราต่างๆ ได้ดังนี้

- มาตรา 65 วรรคหนึ่ง (5) ประกอบมาตรา 26 จำนวน 1 คำวินิจฉัย

- มาตรา 65 วรรคหนึ่ง (5) ประกอบมาตรา 29 จำนวน 2 คำวินิจฉัย

- มาตรา 65 วรรคหนึ่ง (5) ประกอบมาตรา 35 จำนวน 2 คำวินิจฉัย

- มาตรา 65 วรรคหนึ่ง (5) ประกอบมาตรา 62 จำนวน 2 คำวินิจฉัย

- มาตรา 67 ประกอบมาตรา 66(1)(2)(3) ประกอบประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ลงวันที่ 30 กันยายน พุทธศักราช 2549 ข้อ 3 จำนวน 5 คำวินิจฉัย

(4) อำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 141 จำนวน 3 คำวินิจฉัย

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ปฏิบัติหน้าที่ในฐานะศาลรัฐธรรมนูญตามบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 300 วรรคหนึ่ง จนกระทั่งได้มีการแต่งตั้งคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงสิ้นสุดบทบาทนับตั้งแต่บัดนั้น

5. ศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

5.1 <u>องค์ประกอบและการแต่งตั้งบุคคลดำรงตำแหน่ง</u>

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กำหนดให้องค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ เป็น

องค์กรตุลาการ เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 คือ ศาลรัฐธรรมนูญ โดยมาตรา 204 บัญญัติว่า "ศาลรัฐธรรมนูญประกอบด้วยประธานศาลรัฐธรรมนูญคนหนึ่งและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญอื่นอีกแปดคน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของวุฒิสภาจากบุคคลดังต่อไปนี้

(1) ผู้พิพากษาในศาลฎีกาซึ่งดำรงตำแหน่งไม่ต่ำกว่าผู้พิพากษาในศาลฎีกา ซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาโดยวิธีลงคะแนนลับจำนวนสามคน

(2) ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดโดยวิธีลงคะแนนลับ จำนวนสองคน

(3) ผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์ซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านนิติศาสตร์อย่างแท้จริงและได้รับเลือกตามมาตรา 206 จำนวนสองคน

(4) ผู้ทรงคุณวุฒิสาขารัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์ หรือสังคมศาสตร์อื่น ซึ่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านการบริหารราชการแผ่นดินอย่างแท้จริงและได้รับเลือกตามมาตรา 206 จำนวนสองคน

ในกรณีที่ไม่มีผู้พิพากษาในศาลฎีกาหรือตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้รับเลือกตาม (1) หรือ (2) ให้ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาหรือที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด แล้วแต่กรณี เลือกบุคคลอื่นซึ่งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 205 และมีความรู้ ความเชี่ยวชาญทางด้านนิติศาสตร์ที่เหมาะสมจะปฏิบัติหน้าที่เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญตาม (1) หรือ (2) แล้วแต่กรณี

ให้ผู้ได้รับเลือกตามวรรคหนึ่ง ประชุมและเลือกกันเองให้คนหนึ่งเป็นประธานศาลรัฐธรรมนูญ แล้วแจ้งผลให้ประธานวุฒิสภาทราบ

ให้ประธานวุฒิสภาเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ"

โดยรัฐธรรมนูญ มาตรา 206 กำหนดวิธีการสรรหาและการเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจากผู้ทรงคุณวุฒิตามมาตรา 204 (3) และ (4)

พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวได้ทรงมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งประธานศาลรัฐธรรมนูญและตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน 9 คน เมื่อวันที่ 28 พฤษภาคม 2551 โดยมีนายชัช ชลวร เป็นประธานศาลรัฐธรรมนูญ คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญชุดนี้ได้ถวายสัตย์ปฏิญาณต่อพระมหากษัตริย์ เมื่อวันที่ 11 มิถุนายน 2551 คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ประกอบด้วยบุคคล ดังต่อไปนี้

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา จำนวน 3 คน

(1) นายนุรักษ์ มาประณีต

(2) นายชัช ชลวร

(3) นายบุญส่ง กุลบุปผา

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งได้รับเลือกโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด จำนวน 2 คน

(4) นายอุดมศักดิ์ นิติมนตรี

(5) นายจรูญ อินทจาร

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ทรงคุณวุฒิสาขานิติศาสตร์ จำนวน 2 คน

(6) นายวสันต์ สร้อยพิสุทธิ์

(7) นายจรัญ ภักดีธนากุล

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ทรงคุณวุฒิสาขารัฐศาสตร์ รัฐประศาสนศาสตร์หรือสังคมศาสตร์อื่น จำนวน 2 คน

(8) นายเฉลิมพล เอกอุรุ

(9) นายสุพจน์ ไข่มุกด์

5.2 **อำนาจหน้าที่**

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กำหนดอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ โดยยังคงอำนาจหน้าที่ตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ไว้ แต่ตัดอำนาจหน้าที่ออก 1 กรณี และเพิ่มอำนาจหน้าที่อีก 5 กรณี คือ

5.2.1 อำนาจหน้าที่เดิมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ที่ยังคงกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

(1) คดีที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่า มติหรือข้อบังคับในเรื่องใดของพรรคการเมืองที่ตนเป็นสมาชิกอยู่นั้นจะขัดต่อสถานะและการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญหรือขัดหรือแย้งกับหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ตามมาตรา 65 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญ

(2) คดีที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่า บุคคลหรือพรรคการเมืองใดกระทำการโดยใช้สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเพื่อล้มล้างการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญ

(3) คดีที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่า สมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาคนใดคนหนึ่งสิ้นสุดลงตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ตามมาตรา 91 ของรัฐธรรมนูญ

(4) คดีที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยคำร้องอุทธรณ์ของสมาชิก

สภาผู้แทนราษฎรที่คัดค้านว่ามติของพรรคการเมืองที่ให้ตนพ้นจากการเป็นสมาชิกของพรรคการเมืองนั้นมีลักษณะเป็นการขัดต่อสถานะและการปฏิบัติหน้าที่ของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญ หรือขัดหรือแย้งกับหลักการพื้นฐานแห่งการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ตามมาตรา 106 (7) ของรัฐธรรมนูญ

(5) คดีที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่า ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หรือร่างพระราชบัญญัติใดที่คณะรัฐมนตรีหรือสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรได้เสนอหลักการอย่างเดียวกันหรือคล้ายกันกับหลักการของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือร่างพระราชบัญญัติที่ต้องยับยั้งไว้ ตามมาตรา 140 และมาตรา 149 ของรัฐธรรมนูญ

(6) คดีที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่า ร่างพระราชบัญญัติใดที่รัฐสภาให้ความห็นชอบแล้วก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย ตามมาตรา 150 ของรัฐธรรมนูญ หรือร่างพระราชบัญญัติใดที่รัฐสภาลงมติยืนยันตามมาตรา 151 ของรัฐธรรมนูญ ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัตินั้น ขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายอีกครั้งหนึ่ง มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 154 ของรัฐธรรมนูญ

(7) คดีที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่า ร่างข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร ร่างข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา และร่างข้อบังคับการประชุมรัฐสภา ที่สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือรัฐสภาแล้วแต่กรณีให้ความเห็นชอบแล้ว แต่ยังมิได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษา มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 155 ของรัฐธรรมนูญ

(8) คดีที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่า การพิจารณา

ร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ ร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติม และร่างพระราชบัญญัติโอนงบประมาณรายจ่ายของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือคณะกรรมาธิการ มีการเสนอการแปรญัตติหรือการกระทำด้วยประการใดๆ ที่มีผลให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมาธิการมีส่วนไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่าย ตามมาตรา 168 วรรคเจ็ด ของรัฐธรรมนูญ

(9) คดีที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่า ความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลงเฉพาะตัว ตามมาตรา 182 ของรัฐธรรมนูญ

(10) คดีที่ขอให้วินิจฉัยว่า การตราพระราชกำหนดเป็นไปตามมาตรา 184 วรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ของรัฐธรรมนูญหรือไม่ ตามมาตรา 185 ของรัฐธรรมนูญ

(11) คดีที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง หรือศาลทหาร จะใช้บังคับแก่คดีใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 211 ของรัฐธรรมนูญ

(12) คดีที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่า กรณีมีความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มิใช่ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง หรือศาลทหาร ตั้งแต่สององค์กรขึ้นไป ตามมาตรา 214 ของรัฐธรรมนูญ

(13) คดีที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่า กรรมการการเลือกตั้งคนใดคนหนึ่ง ขาดคุณสมบัติหรือมีลักษณะต้องห้าม หรือกระทำการอันต้องห้าม ตามมาตรา 233 ของรัฐธรรมนูญ

(14) คดีที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ตามคำร้องของผู้ตรวจการแผ่นดิน ตามมาตรา 245 (1) ของรัฐธรรมนูญ

(15) คดีที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยกรณีที่มีบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่บัญญัติให้เป็นอำนาจพิจารณาวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ คือ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 และที่เพิ่มเติมขึ้นใหม่ เพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ คือ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2550 มาตรา 103

5.2.2 อำนาจหน้าที่ที่เพิ่มขึ้นตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

(1) คดีที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้วตามมาตรา 141 ของรัฐธรรมนูญ อำนาจหน้าที่นี้ แม้จะเป็นอำนาจหน้าที่เดิมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 262 วรรคหนึ่ง (2) ก็ตาม แต่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน กำหนดเป็นบทบัญญัติบังคับให้ต้องส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญก่อนประกาศใช้เป็นกฎหมาย จึงแตกต่างจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งกำหนดให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาต้องร่วมกันเสนอความเห็นต่อประธานแห่งสภาตามจำนวนสมาชิกที่รัฐธรรมนูญกำหนดเสียก่อน

(2) คดีที่ขอให้วินิจฉัยชี้ขาดว่า หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทย หรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตยหรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญาหรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของ

ประเทศ อย่างมีนัยสำคัญ ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญ

(3) คดีที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญตามคำร้องของบุคคลซึ่งถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ตามมาตรา 212 ของรัฐธรรมนูญ

(4) คดีที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยสั่งยุบพรรคการเมืองที่ถือว่ากระทำการเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในมาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญ และเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคการเมืองและกรรมการบริหารพรรคการเมือง ตามมาตรา 237 ของรัฐธรรมนูญ

(5) คดีที่ขอให้พิจารณาวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ตามคำร้องของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ตามมาตรา 257 วรรคหนึ่ง (2) ของรัฐธรรมนูญ

5.2.3 อำนาจหน้าที่เดิมของศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลอื่น คือ อำนาจหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยว่าผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองผู้ใดจงใจไม่ยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินและเอกสารประกอบ ตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือจงใจยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินและเอกสารประกอบ ด้วยข้อความอันเป็นเท็จหรือปกปิดข้อเท็จจริงที่ควรแจ้งให้ทราบ ซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยของศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 263

5.3 **ผลงาน**

ศาลรัฐธรรมนูญดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ด้วยการพิจารณาวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญ นับตั้งแต่เข้ารับหน้าที่ภายหลังถวายสัตย์ปฏิญาณต่อพระมหากษัตริย์เมื่อวันที่ 11 มิถุนายน 2551 มีคำวินิจฉัยแรกคือ คำวินิจฉัยที่ 5/2551 ลงวันที่ 30 มิถุนายน 2551 เรื่องประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 30 เรื่องการตรวจสอบการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ ลงวันที่ 30 กันยายน พุทธศักราช 2549 และพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 30 เรื่อง การตรวจสอบการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ ลงวันที่ 30 กันยายน พุทธศักราช 2549 พ.ศ. 2550 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หรือไม่ จนถึงวันที่ 30 ธันวาคม 2553 ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยรวมทั้งสิ้น 59 คำวินิจฉัย โดยในปี พ.ศ. 2551 จำนวน 23 คำวินิจฉัย ปี พ.ศ. 2552 จำนวน 20 คำวินิจฉัย และในปี พ.ศ.2553 จำนวน 16 คำวินิจฉัย ซึ่งจำแนกตามอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญได้ ดังนี้

(1) อำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยว่าสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาคนใดคนหนึ่งสิ้นสุดลงตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 91 จำนวน 5 คำวินิจฉัย

(2) อำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้วตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 141 จำนวน 2 คำวินิจฉัย

(3) อำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติใดที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้วก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย มีข้อความขัดหรือแย้งต่อ

รัฐธรรมนูญหรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 154 จำนวน 4 คำวินิจฉัย แยกเป็นกรณีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา รวมกันเข้าชื่อเสนอความเห็น จำนวน 3 คำวินิจฉัย และกรณีนายกรัฐมนตรีเป็นผู้ส่งความเห็นจำนวน 1 คำวินิจฉัย

(4) อำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยว่า การพิจารณาร่างพระราช-บัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ ร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติม และร่างพระราชบัญญัติโอนงบประมาณรายจ่ายของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา หรือคณะกรรมาธิการมีการเสนอการแปรญัตติหรือการกระทำด้วยประการใดๆ ที่มีผลให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือกรรมาธิการมีส่วนไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อมในการใช้งบประมาณรายจ่าย ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 168 วรรคเจ็ด จำนวน 2 คำวินิจฉัย

(5) อำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยว่าความเป็นรัฐมนตรีสิ้นสุดลงเฉพาะตัวตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 182 จำนวน 4 คำวินิจฉัย แยกเป็น กรณีตามมาตรา 182 วรรคหนึ่ง (7) ประกอบมาตรา 267 จำนวน 2 คำวินิจฉัย กรณีตามมาตรา 182 วรรคหนึ่ง (7) ประกอบมาตรา 269 จำนวน 1 คำวินิจฉัย และกรณีตามมาตรา 182 วรรคหนึ่ง (7) ประกอบมาตรา 268 และมาตรา 266 (1) จำนวน 1 คำวินิจฉัย

(6) อำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยว่าการตราพระราชกำหนดเป็นไปตามมาตรา 184 วรรคหนึ่งหรือวรรคสองของรัฐธรรมนูญหรือไม่ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 185 จำนวน 1 คำวินิจฉัย

(7) อำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยชี้ขาดว่าหนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตพื้นที่นอกอาณาเขตซึ่งประเทศไทยมีสิทธิอธิปไตย หรือมีเขตอำนาจตามหนังสือสัญญาหรือตามกฎหมายระหว่างประเทศ หรือจะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามหนังสือสัญญา

หรือมีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หรือมีผลผูกพันด้านการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 190 จำนวน 2 คำวินิจฉัย

(8) อำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลยุติธรรม ศาลปกครองหรือศาลทหารจะใช้บังคับแก่คดีใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 211 จำนวน 29 คำวินิจฉัย

(9) อำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามคำร้องของผู้ตรวจการแผ่นดิน ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 245 (1) จำนวน 1 คำวินิจฉัย

(10) อำนาจหน้าที่ในการวินิจฉัยสั่งยุบพรรคการเมืองที่ถือว่ากระทำการเพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการซึ่งมิได้เป็นไปตามวิถีทางที่บัญญัติไว้ในมาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญ และเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของหัวหน้าพรรคการเมืองและกรรมการบริหารพรรคการเมือง ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 237 ประกอบพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 มาตรา 94 (1) (2) มาตรา 95 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2550 มาตรา 103 จำนวน 3 คำวินิจฉัย

(11) อำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2550 จำนวน 6 คำวินิจฉัย ซึ่งแยกเป็นมาตราต่างๆ ได้ ดังนี้

- มาตรา 93 ประกอบมาตรา 42 วรรคสอง จำนวน 1 คำวินิจฉัย

- มาตรา 93 ประกอบมาตรา 82 จำนวน 1 คำวินิจฉัย

- มาตรา 93 ประกอบมาตรา 42 วรรคสอง และมาตรา 28 วรรคสอง (5) จำนวน 1 คำวินิจฉัย

- มาตรา 93 ประกอบมาตรา 42 ววรคสองและมาตรา 82 จำนวน 2 คำวินิจฉัย

- มาตรา 94 และมาตรา 95 จำนวน 1 คำวินิจฉัย

6. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเป็นแนวคิดพื้นฐานสำคัญที่จะปกป้องคุ้มครองรัฐธรรมนูญ มิให้มีการล่วงละเมิดบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และเพื่อให้หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญมีผลบังคับอย่างจริงจังและเป็นรูปธรรม รัฐเสรีประชาธิปไตยที่ยึดมั่นในหลักนิติรัฐจึงได้มีการกำหนดกลไกในการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญด้วยการจัดตั้งองค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ประเทศไทยแม้ว่าจะไม่มีวิวัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ในการจัดตั้งองค์กรดังกล่าว แต่จากหลักการแบ่งแยกอำนาจตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ และผลของการใช้อำนาจขององค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยที่ทำให้เกิดปัญหาจนมีการแก้ไขปัญหาด้วยการจัดตั้งองค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญขึ้นในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 ก็นับว่าเป็นเหตุการณ์ในประวัติศาสตร์ที่สำคัญต่อระบบการเมืองการปกครองของไทยที่สะท้อนให้เห็นว่า หลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญย่อมต้องบัญญัติควบคู่ไปกับองค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรมนูญ องค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญตาม

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมีวิวัฒนาการมาอย่างยาวนาน นับตั้งแต่เริ่มจัดตั้งขึ้นในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับต่อๆ มา ต่อเนื่องมาตลอดจนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 และฉบับแก้ไขเพิ่มเติม คือ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ โดยมีองค์ประกอบหลักที่ผูกพันอยู่กับอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการ นั่นคือ ผู้ดำรงตำแหน่งประธานวุฒิสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานศาลฎีกา อธิบดีผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ รวมถึง อธิบดีกรมอัยการ หรืออัยการสูงสุด ดำรงตำแหน่งตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่ง นอกจากนี้ ตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งแต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิรัฐธรมนูญก็บัญญัติให้มาจากการแต่งตั้งของรัฐสภาหรือไม่ ก็สภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภา ผลของการกำหนดองค์ประกอบดังกล่าว ทำให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญต้องพ้นจากตำแหน่ง เมื่อมีการเปิดสมัยประชุมครั้งแรกหลังจากการเลือกตั้งทั่วไป บทบาทของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีเพิ่มมากขึ้นเป็นลำดับตลอดมา เนื่องจากรัฐธรรมนูญให้ความสำคัญและมอบหมายให้ทำหน้าที่แก้ไขปัญหาและอุปสรรคที่เกิดจากการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรหรือสถาบันการเมือง ดังจะเห็นได้จากอำนาจหน้าที่เริ่มต้นซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดให้เพียง 2 กรณี คือ การวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ตามความเห็นที่ศาลส่งให้พิจารณาวินิจฉัยและการวินิจฉัยคำร้องของสมาชิกวุฒิสภาและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรว่าสมาชิกภาพของสมาชิกคนใดคนหนึ่งแห่งสภานั้นสิ้นสุดลงตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ จนกระทั่งเมื่อมีการตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 จึงได้เพิ่มอำนาจหน้าที่ขึ้นเป็น 6 กรณี และเป็น 10 กรณี ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 และเมื่อมีการตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 จึงได้กำหนดให้องค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของ

รัฐธรรมนูญไม่ผูกพันอยู่กับอำนาจนิติบัญญัติและอำนาจตุลาการดังเช่น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับก่อนๆ เพียงแต่ให้มีจุดเกาะเกี่ยวกับองค์กรที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชนด้วยการกำหนดให้วุฒิสภามีส่วนในการเลือกตั้งผู้ทรงคุณวุฒิเพื่อดำรงตำแหน่งในองค์กร การกำหนดให้มีวาระการดำรงตำแหน่งที่แน่นอนกำหนดไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญ และต้องการให้เป็นองค์กรที่ใช้อำนาจวินิจฉัยข้อพิพาททางรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยจะต้องถึงที่สุดและเด็ดขาด และกระบวนการพิจารณาทำคำวินิจฉัยจะต้องเป็นกระบวนการที่เปิดเผยต่อสาธารณชนเปิดโอกาสให้ประชาชนทั่วไปเข้าฟังได้ รวมทั้งองค์กรนั้นจะต้องทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาทอย่างเป็นอิสระ จึงกำหนดเป็นองค์กรตุลาการ คือ ศาลรัฐธรรมนูญ และกำหนดอำนาจหน้าที่ต่อเนื่องกับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ โดยยังคงกำหนดอำนาจหน้าที่ตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 และที่แก้ไขเพิ่มเติม แต่ตัดอำนาจหน้าที่ออก 2 กรณี คือ การวินิจฉัยกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลยุติธรรมกับศาลอื่น หรือระหว่างศาลอื่นด้วยกัน และกรณีการตีความรัฐธรรมนูญในเรื่องที่คณะรัฐมนตรี รัฐสภา วุฒิสภา หรือสภาผู้แทนราษฎร มีมติว่า กรณีมีปัญหาที่ต้องตีความรัฐธรรมนูญ แล้วเพิ่มเติมอำนาจหน้าที่อีก 8 กรณี ความสำคัญขององค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญยังคงดำรงอยู่ตลอดมา แม้ภายหลังมีการปฏิรูปการปกครองโดยคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข เมื่อเดือนกันยายน พ.ศ. 2549 และมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ก็ยังคงให้มีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ในช่วงเวลาการใช้บังคับรัฐธรรมนูญชั่วคราว ระหว่างการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่โดยสภาร่างรัฐธรรมนูญและสภานิติบัญญัติแห่งชาติ เมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

หลักการสำคัญที่กำหนดให้องค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรตุลาการก็ยังคงปรากฏอยู่ และกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ดังกล่าวโดยยังคงกำหนดอำนาจหน้าที่ต่อเนื่องกับศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 แต่ตัดอำนาจหน้าที่ออก 1 กรณี แล้วเพิ่มเติมอำนาจหน้าที่อีก 5 กรณี จึงเห็นได้ว่าองค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมีความต่อเนื่องยาวนาน มีอำนาจหน้าที่เพิ่มขึ้นต่อเนื่องมาตลอด นับถึงปัจจุบันเป็นเวลา 64 ปี ไม่ว่าจะเรียกชื่อว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ หรือศาลรัฐธรรมนูญ

ขอบเขตอำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่มีอยู่อย่างจำกัดในช่วงระยะเวลาเริ่มต้นประกอบกับไม่มีหน่วยงานธุรการที่เป็นอิสระ ดังเช่นที่บัญญัติให้มีขึ้นกับศาลรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 เป็นผลให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีผลการปฏิบัติงานไม่มากนัก อาจนับได้เพียง 15 คำวินิจฉัย และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งทำหน้าที่เป็นศาลรัฐธรรมนูญตามบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 อีก 2 คำวินิจฉัย อย่างไรก็ตาม คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ปฏิบัติหน้าที่ของความเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้อย่างสมบทบาทโดยให้การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนด้วยการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นมาใช้บังคับกับประชาชนขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและใช้บังคับมิได้ จำนวน 2 ฉบับและบทบาทในการกำกับพฤติกรรมของบุคลากรทางการเมืองด้วยการวินิจฉัยว่าสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรสิ้นสุดลง จำนวน 2 คน รวมทั้งได้วางหลักเกณฑ์เกี่ยวกับหลักรัฐธรรมนูญและวิธีพิจารณาของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญไว้เป็น

แนวทางในการวินิจฉัยคดีรัฐธรรมนูญต่อไป สำหรับศาลรัฐธรรมนูญที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ซึ่งรัฐธรรมนูญบัญญัติให้มีหน่วยงานธุรการที่เป็นอิสระ คือ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ทำหน้าที่สนับสนุนการปฏิบัติหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้ปฏิบัติหน้าที่ของความเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญอย่างเต็มที่มีผลการปฏิบัติงานตามอำนาจหน้าที่ออกมาเป็นคำวินิจฉัยจำนวนมากซึ่งสามารถแบ่งออกเป็นประเภทใหญ่ๆ ได้ 3 ประเภท คือ การกำกับพฤติกรรมของบุคลากรทางการเมือง การเสริมสร้างและรักษาเสถียรภาพของระบบการเมืองและการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ในแต่ละประเภทมีผลการปฏิบัติงานที่อาจกล่าวได้ว่า การกำกับพฤติกรรมของบุคลากรทางการเมือง เช่น การวินิจฉัยเกี่ยวกับสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา การสิ้นสุดความเป็นรัฐมนตรีเฉพาะตัว การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยเฉพาะการกระทำที่เป็นการขัดกันแห่งผลประโยชน์ ไม่ว่าจะเป็นการวินิจฉัยการถือหุ้นของรัฐมนตรี การดำรงตำแหน่งในห้างหุ้นส่วน บริษัทหรือองค์กรที่ดำเนินธุรกิจโดยมุ่งหาผลกำไรหรือรายได้มาแบ่งปันกันหรือเป็นลูกจ้างของบุคคลใดของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรี รวมทั้งการตรวจสอบการยื่นบัญชีแสดงรายการทรัพย์สินและหนี้สินและเอกสารประกอบของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยเป็นจำนวนหลายคดีซึ่งถือได้ว่าเป็นการปฏิบัติหน้าที่ได้ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญในเรื่องดังกล่าว สำหรับการเสริมสร้างและรักษาเสถียรภาพของระบบการเมือง เช่น การคุ้มครองเสรีภาพในการรวมกันจัดตั้งพรรคการเมืองเพื่อสร้างเจตนารมณ์ทางการเมืองของประชาชนและเพื่อดำเนินกิจกรรมใน

ทางการเมืองให้เป็นไปตามเจตนารมณ์นั้นตามวิถีทางการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ การขจัดบุคคลที่มิได้มีเจตนารมณ์ในทางการเมืองแต่เข้ามารวมตัวกันจัดตั้งพรรคการเมืองด้วยประโยชน์ส่วนตัว ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่เกี่ยวกับพรรคการเมืองเป็นจำนวนหลายคำวินิจฉัย ส่วนการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เช่น การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ศาลหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญส่งมาให้วินิจฉัย แม้คำวินิจฉัยส่วนใหญ่จะไม่มีปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเพราะไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญซึ่งย่อมหมายความว่าองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติมิได้ใช้อำนาจหน้าที่ล่วงละเมิดความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ศาลรัฐธรรมนูญก็ได้ทำหน้าที่ให้ความคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการที่องค์กรฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอยู่หลายคำวินิจฉัย เช่น คำวินิจฉัยที่ 21/2546 ลงวันที่ 5 มิถุนายน 2546 ที่วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติชื่อสกุลบุคคล พ.ศ. 2505 มาตรา 12 ขัดต่อหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 30 หรือคำวินิจฉัยที่ 24/2546 ลงวันที่ 26 มิถุนายน 2546 ที่วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 มาตรา 19 วรรคสาม ขัดต่อหลักการนั่งพิจารณาคดีของศาลตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 236 หรือคำวินิจฉัยที่ 45/2546 ลงวันที่ 11 พฤศจิกายน 2546 ที่วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล พุทธศักราช 2482 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาล (ฉบับที่ 9) พ.ศ. 2538 เฉพาะในส่วนที่บัญญัติว่า "...แต่บุคคลผู้มีสัญชาติไทยซึ่งบิดาเป็นคนต่างด้าวต้องมีคุณสมบัติตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิก

สภาผู้แทนราษฎรอีกด้วย" ขัดต่อหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 30 หรือคำวินิจฉัยที่ 25/2547 ลงวันที่ 15 มกราคม 2547 ที่วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 24 และมาตรา 26 เฉพาะความหมายของ "เชื้อสุรา" ในส่วนที่หมายความถึงแป้งข้าวหมัก จำกัดเสรีภาพของบุคคลในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 50 หรือ คำวินิจฉัยที่ 30/2548 ลงวันที่ 1 กุมภาพันธ์ 2548 ที่วินิจฉัยว่า ร่างพระราชบัญญัติการผลิตผลิตภัณฑ์ซีดี พ.ศ.....มาตรา 38 วรรคหนึ่ง ขัดต่อหลักไม่มีความผิดไม่มีโทษ โดยปราศจากกฎหมายและจำกัดสิทธิของบุคคลในทรัพย์สิน ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 29 มาตรา 32 และมาตรา 48 หรือคำวินิจฉัยที่ 11/2549 ลงวันที่ 23 พฤษภาคม 2549 ที่วินิจฉัยว่า ร่างพระราชบัญญัติทางหลวง (ฉบับที่..) พ.ศ..... มาตรา 20 จำกัดเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 29 และมาตรา 44 และคำวินิจฉัย ที่ 12/2552 ลงวันที่ 19 สิงหาคม 2552 ที่วินิจฉัยว่า ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 45 ลงวันที่ 17 มกราคม 2515 ข้อ 3 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 252 ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2515 ข้อ 1 จำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 29 วรรคหนึ่ง และมาตรา 43 รวมทั้งกรณีที่ให้ความคุ้มครองประชาชนจากการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนหรือเป็นการใช้อำนาจที่ขัดต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ ในกรณีตามคำวินิจฉัยที่ 15/2541 ลงวันที่ 19 พฤศจิกายน 2541 ที่วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วย

การเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา พ.ศ. 2541 มาตรา 23 ที่บัญญัติให้ผู้มีสิทธิเลือกตั้งที่ไม่ไปใช้สิทธิเลือกตั้งและมิได้แจ้งเหตุแห่งการไม่ไปใช้สิทธิเลือกตั้งหรือแจ้งเหตุแล้วแต่เหตุนั้นมิใช่เหตุอันสมควร เสียสิทธิการได้รับความช่วยเหลือจากรัฐ ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการการเลือกตั้งกำหนด โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการตรากฎหมายของรัฐสภา ไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 และมาตรา 334 (1) จึงเป็นบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและเป็นอันใช้บังคับมิได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 6 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้วางหลักไว้ว่า การจำกัดสิทธิที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้ตราเป็นกฎหมายนั้นเป็นอำนาจของรัฐสภา มิได้ให้อำนาจรัฐสภามอบอำนาจนั้นให้คณะกรรมการการเลือกตั้งเป็นผู้กำหนดการเสียสิทธิและหลักเกณฑ์และวิธีการเสียสิทธิ หรือคำวินิจฉัยที่ 24/2543 ลงวันที่ 15 มิถุนายน 2543 ที่วินิจฉัยว่า ระเบียบคณะกรรมการการเลือกตั้งว่าด้วยการสั่งให้มีการเลือกตั้งใหม่ก่อนการประกาศผลการเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2543 ที่กำหนดว่า “ในกรณีที่คณะกรรมการการเลือกตั้งไม่ประกาศผลการเลือกตั้งของผู้สมัครรับเลือกตั้งผู้ใดเกินกว่าหนึ่งครั้ง คณะกรรมการการเลือกตั้งอาจวินิจฉัยโดยใช้คะแนนเสียงเอกฉันท์ ให้ถือว่าผู้สมัครรับเลือกตั้งผู้นั้นมิได้เป็นผู้สมัครรับเลือกตั้งในการเลือกตั้งใหม่อีก” ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคหนึ่ง และมาตรา 126 ศาลรัฐธรรมนูญวางหลักการพิจารณาว่าคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของบุคคลที่จะสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 125 ประกอบมาตรา 126 ดังนั้น สิทธิของบุคคลในการสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภาจึงเป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะถูกจำกัดได้เฉพะกรณีที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 126 เท่านั้น การออกระเบียบของคณะกรรมการการเลือกตั้งแม้จะอ้างว่าอาศัยอำนาจตามกฎหมายแต่เป็นการออกหลักเกณฑ์ที่

มีสาระเกินกว่าที่กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง มาตรา 10 (7) ให้อำนาจไว้และมีสาระเป็นการจำกัดสิทธิของบุคคลเพิ่มเติมจากที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 126 บัญญัติลักษณะต้องห้ามของบุคคลที่จะสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภาไว้ จึงเป็นบทบัญญัติที่มีลักษณะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ มาตรา 126 ซึ่งจะกระทำมิได้ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องเป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 ซึ่งต้องเป็นกรณีที่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ เมื่อสิทธิของบุคคลในการสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภา เป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ เมื่อมีคุณสมบัติครบถ้วนตาม มาตรา 125 การจำกัดสิทธิดังกล่าวนั้น จึงกระทำมิได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคหนึ่ง และรัฐธรรมนูญ มาตรา 126 ซึ่งบัญญัติลักษณะต้องห้ามของบุคคลผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภาไว้ ก็มิได้บัญญัติให้อำนาจตรากฎหมายเพิ่มเติมลักษณะต้องห้ามดังกล่าวอันเป็นการจำกัดสิทธิของบุคคลผู้มีสิทธิสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภาไว้ ระเบียบของคณะกรรมการการเลือกตั้งดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

องค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้ปฏิบัติหน้าที่ที่มีความสำคัญดังกล่าว ไม่ว่าจะเป็นคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ หรือศาลรัฐธรรมนูญ แต่อาจกล่าวได้ว่าการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรดังกล่าวที่เป็นองค์กรตุลาการ คือ ศาลรัฐธรรมนูญ ได้แก้ไขปัญหาให้กับองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตย องค์กรตามรัฐธรรมนูญ สถาบันการเมือง รวมทั้งให้การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้เป็นอย่างดี แต่สำหรับประเทศไทยที่ปกครองโดยกฎหมายตามหลักนิติธรรมหรือหลักนิติรัฐ จำเป็นที่จะต้องมีการจำกัดอำนาจรัฐโดยกฎหมายโดยรัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติที่กำหนดอำนาจหน้าที่ขององค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตย องค์กรตามรัฐธรรมนูญ สถาบันการเมือง และกำหนดความ

สัมพันธ์ระหว่างองค์กรเหล่านั้น การรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเพื่อมิให้มีการล่วงละเมิดบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มิเช่นนั้นอาจมีการก้าวก่ายอำนาจระหว่างองค์กรซึ่งจะมีผลกระทบต่อระบบการเมืองการปกครองหรือสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอาจถูกล่วงละเมิดโดยอำนาจรัฐ จึงต้องมีศาลรัฐธรรมนูญควบคู่ไปกับความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ประกอบกับความเป็นองค์กรที่ปฏิบัติหน้าที่ต่อเนื่องมาอย่างยาวนาน สร้างหลักเกณฑ์และวิธีพิจารณาคดีรัฐธรรมนูญไว้อย่างมากมายจะเป็นฐานให้กับศาลรัฐธรรมนูญในการปฏิบัติหน้าที่องค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญได้ตลอดไป

ศาลรัฐธรรมนูญกับการพิจารณาวินิจฉัยความขัดแย้งในอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 214

เอกณรงค์ เฉิดพันธ์ *

ความนำ

เมื่อกล่าวถึงอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญ ส่วนใหญ่มักจะรับรู้ว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ การยุบพรรคการเมือง รวมถึงการพิจารณาคุณสมบัติความเป็นนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีหรือสมาชิกภาพของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภา ทั้งที่จริงแล้วอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญยังมีมากกว่าที่กล่าวในข้างต้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 214

ผู้เขียนจึงขอนำเสนอบทความทางวิชาการนี้ ซึ่งเป็นข้อมูลเบื้องต้นเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการพิจารณาวินิจฉัยความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ทราบถึงข้อความคิดของต่างประเทศเกี่ยวกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญและการวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ รวมตลอดถึงอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญไทยในการพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างองค์กรตาม

* เจ้าหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญ 4 กลุ่มงานคดี 5 สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญ โดยมีเนื้อหาประกอบด้วย 1.) ข้อความคิดต่างประเทศในเรื่องขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ 2.) ข้อความคิดต่างประเทศในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ 3.) อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญไทยในการวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และ 4.) บทวิเคราะห์-ข้อสังเกต กรณีคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 23/2553 ลงวันที่ 30 มิถุนายน 2553

1. ข้อความคิดของต่างประเทศในเรื่องขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ

1.1 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน[1]

"องค์กรตามรัฐธรรมนูญ" ของเยอรมัน (Verfassungsorgan) ได้อาศัยความคิดพื้นฐานของนักคิด 2 ท่าน คือ Gierke และ Jellinek โดยได้แบ่งสาระสำคัญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญออกเป็น 2 ประการ คือ 1) องค์กรนั้นจะต้องได้รับการก่อตั้งโดยรัฐธรรมนูญ และ 2) จะต้องมีความเป็นอิสระจากองค์กรอื่น ๆ จากความคิดพื้นฐานดังกล่าวทำให้ Leibhola นักคิดอีกท่านให้ความหมายว่า "องค์กรตามรัฐธรรมนูญ" หมายถึง องค์กรที่ได้รับมอบหมายในการดำเนินภารกิจของรัฐที่มีอำนาจพิเศษ ด้วยเหตุนี้ การดำรงอยู่และการดำเนินภาระหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญขององค์กรดังกล่าวจะทำให้การดำเนินการงานของรัฐบรรลุเป้าหมาย และจะทำให้เกิดความมั่นคงในความเป็นเอกภาพของรัฐ คุณสมบัติของความเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญจึงขึ้นอยู่กับสถานะขององค์กรที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ "องค์กรตามรัฐธรรมนูญ" จึงเป็นองค์กรที่มีสถานะที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาขององค์กรอื่น ต่อมาในปี ค.ศ. 1953 Leibholz ได้กล่าว

---

[1] สมคิด เลิศไพฑูรย์, **รายงานการวิจัย เรื่องการขัดแย้งระหว่างเขตอำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ,** เสนอต่อสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, (มิถุนายน 2549), หน้า 47.

ในการปาฐกถาของเขาว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้จัดตั้งขึ้นเพื่อควบคุมตรวจสอบองค์กรที่ใช้อำนาจของรัฐองค์กรอื่น ๆ ดังนั้น การใช้อำนาจควบคุมตรวจสอบโดยผ่านคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ จึงเท่ากับว่าศาลรัฐธรรมนูญได้เข้าไปมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจสูงสุดของรัฐด้วย ศาลรัฐธรรมนูญจึงเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ Klaus Stern นักกฎหมายที่มีชื่อเสียงอีกคนหนึ่งของเยอรมันเห็นว่า "องค์กรตามรัฐธรรมนูญ" คือ องค์กรสูงสุดของรัฐที่รัฐธรรมนูญก่อตั้งขึ้น และรัฐธรรมนูญจะต้องกำหนดรูปแบบ และอำนาจหน้าที่ขององค์กรดังกล่าว รวมทั้งองค์กรนั้นจะต้องเข้าไปมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจสูงสุดของรัฐด้วย ส่วนนักคิดที่ชื่อ Maunz มีความเห็นว่า "องค์กรตามรัฐธรรมนูญ" หมายถึง องค์กรของรัฐซึ่งการก่อตั้งมีผลโดยตรงมาจากรัฐธรรมนูญ และมีความจำเป็นที่จะต้องมีองค์กรดังกล่าวเพื่อให้บรรลุเป้าหมายตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้

จากแนวคิดดังกล่าวข้างต้น "องค์กรตามรัฐธรรมนูญ" จึงหมายถึง องค์กรที่รัฐธรรมนูญได้ก่อตั้ง อันเป็นการรับรองสถานะโดยรัฐธรรมนูญและรัฐธรรมนูญได้บัญญัติถึงอำนาจหน้าที่ที่สำคัญขององค์กรดังกล่าว และภาระหน้าที่ขององค์กรดังกล่าวได้เข้าไปมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจสูงสุดของรัฐ อย่างไรก็ดีจากการศึกษาของ Laufer[2] ได้แบ่งแยกหลักเกณฑ์ที่ใช้ในการพิจารณาความเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ดังนี้

(1) พิจารณาในทางรูปแบบ (Formelle Kriterien)

1.1 พิจารณาจากการก่อตั้งว่า องค์กรนั้นได้รับการก่อตั้งขึ้นโดยตรงจากรัฐธรรมนูญหรือไม่

1.2 พิจารณาจากอำนาจหน้าที่ว่า อำนาจหน้าที่ขององค์กรได้รับการบัญญัติรับรองไว้โดยรัฐธรรมนูญหรือไม่

---

[2] เรื่องเดียวกัน, หน้า 47-51.

(2) พิจารณาในทางเนื้อหา (Substantielle Kriterien)

2.1 พิจารณาจากบทบัญญัติอำนาจหน้าที่ว่า องค์กรนั้นจะต้องเป็นองค์กรสูงสุดของรัฐ

2.2 พิจารณาในแง่ความเป็นอิสระว่า องค์กรนั้นจะต้องเป็นอิสระไม่อยู่ภายใต้บังคับขององค์กรใด

2.3 พิจารณาในแง่ความสัมพันธ์กับองค์กรอื่นว่า องค์กรนั้นจะต้องเป็นองค์กรที่มีสถานะเท่าเทียมกับองค์กรอื่น

จากข้อพิจารณาดังกล่าว ทำให้องค์กรตามรัฐธรรมนูญของเยอรมันมีทั้งที่เป็นประเภทองค์กรผู้ใช้อำนาจสูงสุดของแต่ละอำนาจจำนวน 5 องค์กร และประเภทองค์กรที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญจำนวน 7 องค์กร รวมเป็นจำนวน 12 องค์กร ดังนี้

ประเภทองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่เป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจสูงสุดของแต่ละอำนาจ จำนวน 5 องค์กร

1. อำนาจนิติบัญญัติ (Legislative Organs) ได้แก่ สภาผู้แทนราษฎร (Bundestag) และสภาสูงแห่งสหพันธ์ (Bundesrat)

2. อำนาจบริหาร (Executive Organs) ได้แก่ ประธานาธิบดีสหพันธ์ (Bundespsidentlin) และรัฐบาลสหพันธ์ (Bundesregierrung)

3. อำนาจตุลาการ (Judiciary) ได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญ

โดยองค์กรทั้ง 3 อำนาจ จำนวน 5 องค์กร ดังกล่าวครอบคลุมตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 63 BVerfGG[3]

ประเภทองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่ได้รับการยอมรับว่าเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ จำนวน 7 องค์กร

---

[3] BverfGG ในที่นี้หมายถึง Bundesverfassungsgerichtsgesetz หรือ Federal Constitutional Court Act ซึ่งก็คือ รัฐบัญญัติว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์.

1. คณะกรรมาธิการร่วม (der germeinsame Ausschuss) ตามมาตรา 53 a GG[4] ซึ่งรัฐธรรมนูญกำหนดให้มีหมวดว่าด้วย "คณะกรรมาธิการร่วม"

2. ประธานสภาสูงแห่งสหพันธ์ (Praesiden des Bundesrates) ซึ่งถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสภาสูงแห่งสหพันธ์ ตามมาตรา 52 วรรคสอง และมาตรา 57 GG

3. คณะกรรมาธิการร่วมระหว่างสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์และสภาสูง (der Vermittlungsschuss) ตามมาตรา 70 GG

4. คณะกรรมาธิการและกลุ่มการเมือง (Fraktion) ในสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์หรือสภาสูงแห่งสหพันธ์ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เคยวินิจฉัยเรื่อง "กลุ่มการเมือง" ว่าเป็นองค์กรที่มีความจำเป็นสำคัญต่อการดำรงอยู่ของรัฐธรรมนูญ และการที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้กลุ่มการเมืองเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้น เป็นเจตนารมณ์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญที่ต้องการจะคุ้มครองเสียงข้างน้อยในสภาผู้แทนราษฎร

5. สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร

6. พรรคการเมือง แต่พรรคการเมืองจะมีสถานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิของพรรคการเมืองนั้นได้รับรองไว้ในมาตรา 23 GG[5]

7. ที่ประชุมร่วมกันแห่งสหพันธ์ระหว่างสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์กับผู้แทนของสภาที่ปรึกษาแห่งสหพันธ์ โดยองค์กรนี้จะทำหน้าที่ในการเลือก

---

[4] GG ในที่นี้หมายถึง Grundgsestz หรือ Basic law of the Federal of Germany ซึ่งก็คือ กฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน.

[5] GG มาตรา 23 (1) กำหนดให้พรรคการเมืองเข้ามามีส่วนร่วมในการสร้างเจตจำนงทางการเมืองของประชาชนการจัดตั้งพรรคการเมืองเป็นไปโดยอิสระ ระเบียบภายในของพรรคการเมืองจะต้องสอดคล้องกับหลักประชาธิปไตย พรรคการเมืองจะต้องเปิดเผยที่มาการใช้จ่าย และทรัพย์สินของพรรคการเมืองต่อสาธารณะ.

ประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์ มาตรา 54 GG

สำหรับสถาบันการตรวจเงินแผ่นดิน (Bundessechnungshof) ธนาคารแห่งสหพันธ์ (Bundesbank) และผู้ตรวจการทางทหารของสภาผู้แทนราษฎร (Wehrbauftrage des Bundesbank) ถึงแม้จะเป็นองค์กรระดับสูงที่ได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่ในทางวิชาการไม่ถือว่าเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ เนื่องจากองค์กรดังกล่าวเป็นเพียงองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีความเป็นอิสระเท่านั้น

1.2 ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส[6]

คำว่า "องค์กรตามรัฐธรรมนูญ" ในระบบกฎหมายประเทศฝรั่งเศสนั้นไม่ได้มีนิยามหรือกล่าวถึงในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (ค.ศ. 1958) โดยตรง แต่ในมาตรา 11 ของรัฐธรรมนูญก็ได้กล่าวถึงสถาบันอำนาจมหาชน (l' organization des pouvoirs publics) ไว้ ซึ่งศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์[7] แปลว่า "สถาบันการเมืองแห่งรัฐ" โดยหมายความรวมถึงกองทัพ (l' armee) และศาลปกครองทั้งหลาย (les jurisdictions del' ordre administratif) เช่นเดียวกับมาตรา 16 ที่บัญญัติถึง Pouvoirs publics constitutionnels หรือที่เรียกว่า "สถาบันแห่งอำนาจมหาชนตามรัฐธรรมนูญ" (องค์กรตามรัฐธรรมนูญ) ซึ่งเป็นคำที่มีความหมายแคบกว่าคำแรก "สถาบันแห่งอำนาจมหาชนตามรัฐธรรมนูญ" จึงหมายถึงเฉพาะ สถาบันหรือองค์กรทั้งหลายที่รัฐธรรมนูญเอ่ยถึง ซึ่งได้แก่ ประธานาธิบดี รัฐบาล รัฐสภา ตุลาการรัฐธรรมนูญ และศาลอาญาชั้นสูงเท่านั้น

---

[6] สมคิด เลิศไพฑูรย์, เรื่องเดิม, หน้า 53.

[7] เรื่องเดียวกัน, หน้า 53.

2. ข้อความคิดของต่างประเทศในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ

2.1 ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน[8]

ลักษณะข้อพิพาทจะเป็นข้อพิพาทเกี่ยวกับ "ความสัมพันธ์ในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ" (Verfassungsrechtsbeziehung) มีความมุ่งหมายเพื่อเป็นการรักษาขอบเขตในเชิงโครงสร้างโดยรวมของรัฐและเพื่อเป็นการคุ้มครองการทำหน้าที่ในทางกระบวนการทางการเมือง โดยวัตถุประสงค์ของคดีมีลักษณะเป็นภาวะวิสัย

ส่วนวัตถุแห่งคดีหรือข้อพิพาทแห่งคดีนั้น ความใน GG มาตรา 93 วรรคหนึ่ง ข้อ 1[9] ไม่ได้กล่าวอ้างไว้อย่างแจ้งชัดว่า คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญควรจะจำกัดอยู่กับการตีความกฎหมายพื้นฐานหรือไม่ หรือวัตถุแห่งคดีจะเป็นข้อกฎหมายที่มีลักษณะเป็นนามธรรมได้หรือไม่ ในทางตรงกันข้ามมาตรา 67 BVerfGG[10] ได้กล่าวอ้างอย่างชัดเจนว่า "ศาลรัฐธรรมนูญจะต้องพิจารณาว่ามาตรการที่ถูกโต้แย้งหรือการละเว้นการปฏิบัติเป็นการละเมิดบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือไม่" ซึ่งแสดงให้เห็นว่า

---

[8] เรื่องเดียวกัน, หน้า 205.

[9] GG มาตรา 93 (ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์และอำนาจหน้าที่)

(1) ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์มีอำนาจวินิจฉัย

1. เกี่ยวกับการตีความกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) อันเนื่องจากข้อพิพาทเกี่ยวกับขอบเขตของสิทธิและหน้าที่ขององค์กรสูงสุดของสหพันธ์ หรือผู้แทนมีส่วนร่วมอื่น ๆ ซึ่งกฎหมายพื้นฐานนี้หรือข้อบังคับขององค์กรสูงสุดของสหพันธ์ได้กำหนดให้บุคคลนั้นมีสิทธิดังกล่าว ฯ ล ฯ

[10] BVerfGG มาตรา 67 (คำพิพากษา)

ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาว่ามาตรการที่ถูกโต้แย้งหรือการละเว้นเป็นการละเมิดบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญอาจวินิจฉัยปัญหาข้อกฎหมายที่มีความสำคัญสำหรับการตีความบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับพิจารณาคดีดังกล่าวได้

วัตถุแห่งคดีหรือข้อพิพาทแห่งคดีนั้นไม่ใช่ข้อกฎหมายที่เป็นนามธรรมเท่านั้น หากแต่ต้องเป็นข้อพิพาทที่เป็นรูปธรรมระหว่างคู่กรณีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำอันใดอันหนึ่งหรือการละเว้นการดำเนินการอันใดอันหนึ่งอันเป็นวัตถุแห่งคดีที่จะนำไปสู่การวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งในมาตรา 63 BVerfGG[11] ก็ได้กำหนดให้ในคดีข้อพิพาทนั้นจะต้องมีคู่กรณี 2 ฝ่ายโดยคู่ความฝ่ายหนึ่งโต้แย้งฝ่ายหนึ่งเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญคุ้มครองสิทธิของตน และมาตรา 64 BVerfGG[12] ได้กำหนดถึงการกล่าวอ้างถึงการละเมิดหรือการก่อให้ภยันตรายต่อสิทธิของผู้ร้อง ในกรณีนี้จึงเป็นการขจัดความเข้าใจผิดที่ว่าคดีข้อพิพาทระหว่างองค์กรเป็นคดีที่เกี่ยวกับการตีความรัฐธรรมนูญในทางหลักการ

ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันได้ให้ความหมายของคดีข้อพิพาทระหว่างองค์กรว่าเป็นคดีประเภท “ข้อพิพาทตามรัฐธรรมนูญ” ส่วนความสัมพันธ์ในทางกฎหมายสารบัญญัติอันเป็นพื้นฐานของข้อพิพาทนั้นจะต้องเป็นความสัมพันธ์ในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญโดยความสัมพันธ์นั้นเป็น

---

[11] BVerfGG มาตรา 63 (ผู้ยื่นคำร้องและผู้ถูกร้อง)

ผู้ยื่นคำร้องและผู้ถูกร้องอาจเป็นบุคคลดังต่อไปนี้ ประธานาธิบดีสหพันธ์ สภาผู้แทนราษฎร สภาสูงแห่งสหพันธ์ รัฐบาลสหพันธ์ หรือสมาชิกขององค์กรดังกล่าวที่ได้รับสิทธิจากรัฐธรรมนูญหรือจากข้อบังคับของสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ หรือจากข้อบังคับของสภาสูงสหพันธ์.

[12] BVerfGG มาตรา 64 (เงื่อนไขการยื่นคำร้อง)

(1) ผู้ยื่นคำร้องจะต้องกล่าวอ้างว่าผู้ยื่นคำร้องหรือองค์กรซึ่งบุคคลนั้นเป็นสมาชิกอยู่ถูกละเมิดโดยมาตรการหรือการละเว้นการปฏิบัติของผู้ถูกร้องอันเป็นการละเมิดสิทธิหรือหน้าที่ที่บุคคลนั้นได้รับจากรัฐธรรมนูญหรือภยันตรายโดยตรงต่อสิทธิและหน้าที่ดังกล่าว

(2) ในคำร้องดังกล่าวจะต้องอ้างถึงบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญซึ่งถูกกล่าวอ้างว่ามีการละเมิดโดยมาตรการหรือการละเว้นของผู้ถูกร้อง

(3) คำร้องดังกล่าวจะต้องยื่นภายใน 6 เดือน หลังจากที่ผู้ยื่นคำร้องได้ทราบถึงมาตรการหรือการละเว้นดังกล่าว.

องค์ประกอบสำคัญของการดำรงอยู่ของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น วัตถุแห่งคดีภายในขอบเขตของมาตรา 93 วรรค 1 ข้อ 1 GG จึงมิได้หมายถึง "สิทธิ" และ "หน้าที่" แต่เพียงอย่างเดียวแต่จำเป็นที่จะต้องกำหนดให้หมายถึงสิทธิหรือหน้าที่ที่เป็นส่วนหนึ่งขององค์ประกอบในการดำรงอยู่ของรัฐธรรมนูญด้วย

2.2 ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส[13]

ดังที่กล่าวแล้วว่า "องค์ตามรัฐธรรมนูญ" ไม่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส จะมีที่ใกล้เคียงก็แต่เพียง "สถาบันแห่งอำนาจมหาชนตามรัฐธรรมนูญ" ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญซึ่งหมายถึงเฉพาะประธานาธิบดี รัฐบาล รัฐสภา ตุลาการรัฐธรรมนูญ[14] และศาลอาญาชั้นสูง เท่านั้น และในส่วนที่เกี่ยวกับการวินิจฉัยปัญหาการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ตุลาการรัฐธรรมนูญในประเทศฝรั่งเศสก็ไม่ได้มีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนี้โดยตรงดังเช่น ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน สาเหตุก็เพราะว่า ตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสเพิ่งจะได้รับการจัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ค.ศ. 1958 เท่านั้น ซึ่งถือว่าใหม่เมื่อเปรียบเทียบกับหลายประเทศในยุโรป การเป็นองค์ใหม่ทำให้มีอำนาจหน้าที่อย่างจำกัด อีกทั้งตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสก็ได้รับการจัดตั้งเพื่อวัตถุประสงค์พิเศษที่แตกต่างไปจากประเทศอื่น เพราะวัตถุประสงค์หลักก็เพื่อให้เป็นองค์กรในการรักษาดุลยภาพระหว่างรัฐสภาและรัฐบาลและหลีกเลี่ยงการกลับไปสู่การมีอำนาจมากของรัฐสภา ผู้ร่างรัฐธรรมนูญจึงมิได้บัญญัติให้ตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการชี้ขาดในเรื่องขององค์กรตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับเยอรมันหรือไทย แต่จะเน้นในเรื่องความขัดแย้ง

---

[13] สมคิด เลิศไพฑูรย์, เรื่องเดิม, หน้า 218 – 220.

[14] ในประเทศฝรั่งเศสจะไม่มีศาลรัฐธรรมนูญ แต่จะมี "ตุลาการรัฐธรรมนูญ", โปรดดูรายละเอียดใน เรื่องเดียวกัน, หน้า 141 – 152.

ระหว่างรัฐสภากับรัฐบาลเท่านั้น สาเหตุอีกประการอาจเป็นไปได้ว่า องค์กรตามรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสมีอยู่จำกัดมาก อีกทั้งองค์กรเหล่านั้นต่างก็มีวิวัฒนาการมาต่อเนื่องยาวนานจึงน่าจะเข้าใจบทบาทของตนเองเป็นอย่างดี ประเทศฝรั่งเศสจึงไม่มีระบบการวินิจฉัยปัญหาอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรเช่นเดียวกับประเทศไทย หรือเยอรมัน อย่างไรก็ตาม ตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสก็ได้ทำหน้าที่วินิจฉัยปัญหาอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญโดยอ้อมคือ ใช้กระบวนการตรวจสอบการตรากฎหมายของรัฐสภาเป็นกระบวนการในการวินิจฉัยปัญหาอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภาและฝ่ายบริหาร เช่น ตามมาตรา 37[15] (ของรัฐธรรมนูญ ฝรั่งเศส ค.ศ. 1958) ซึ่งเป็นกรณีที่ตุลาการรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยชี้ขาดว่า กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นนั้นไม่อยู่ในขอบเขตแห่งเนื้อหาตามที่มาตรา 34[16] บัญญัติไว้

---

[15] มาตรา 37 เรื่องใดที่อยู่นอกขอบเขตของการตรารัฐบัญญัติ ให้อยู่ในอำนาจของฝ่ายบริหารที่จะออกกฎเกณฑ์ได้

รัฐบัญญัติซึ่งตราขึ้นในเรื่องที่อยู่ในอำนาจของฝ่ายบริหารที่จะออกกฎเกณฑ์ได้ อาจแก้ไขเพิ่มเติมได้โดยรัฐกฤษฎีกาภายหลังจากที่ได้รับความเห็นจากสภาแห่งรัฐแล้ว รัฐบัญญัติซึ่งมีลักษณะดังกล่าวที่ตราขึ้นหลังจากที่รัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับแล้วจะแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐกฤษฎีกาได้ก็ต่อเมื่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ประกาศว่ารัฐบัญญัตินั้นมีสาระเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องที่อยู่ในอำนาจของฝ่ายบริหารในการออกกฎเกณฑ์ตามความในวรรคก่อน.

[16] มาตรา 34 รัฐสภาเป็นผู้ตรารัฐบัญญัติเกี่ยวกับเรื่องดังต่อไปนี้

- สิทธิแห่งพลเมืองและหลักประกันขั้นพื้นฐานสำหรับประชาชนในการใช้เสรีภาพ รวมตลอดถึงการเกณฑ์แรงงานและทรัพย์สินของพลเมืองเพื่อประโยชน์ในการป้องกันประเทศ

- สัญชาติ สถานะและความสามารถทางกฎหมายของบุคคล ระบบกฎหมายว่าด้วยการสมรส การสืบมรดก และการให้โดยเสน่หา

- การกำหนดความผิดอาญาขั้นอุกฤษโทษและมัชฌิมโทษ รวมทั้งการกำหนดโทษสำหรับความผิดดังกล่าว วิธีพิจารณาความอาญา การนิรโทษกรรม การจัดตั้งระบบศาลขึ้นใหม่ และสถานภาพของผู้พิพากษา

- ฐานภาษี อัตราและวิธีการจัดเก็บภาษีทุกชนิด การออกใช้เงินตรารัฐบัญญัติกำหนดกฎเกณฑ์ในเรื่องดังต่อไปนี้ด้วยเช่นเดียวกัน

ซึ่งเป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ แต่เข้ามาก้าวก่ายขอบเขตการตรากฎหมายซึ่งเป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร

3. อำนาจของศาลรัฐธรรมนูญไทยในการวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ

3.1 กรณีตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

อำนาจศาลรัฐธรรมนูญไทยในการวินิจฉัยข้อพาทระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้น ได้บัญญัติไว้เป็นครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 266 ความว่า “ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจ

- ระบบการเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภาและสมาชิกสภาท้องถิ่น
- การจัดตั้งประเภทขององค์การมหาชนขึ้นใหม่
- หลักประกันขั้นพื้นฐานสำหรับข้ารัฐการพลเรือนและข้ารัฐการทหาร
- การโอนวิสาหกิจเอกชนมาเป็นของรัฐ และการโอนทรัพย์สินของวิสาหกิจของรัฐไปเป็นของเอกชน

รัฐบัญญัติกำหนดหลักการที่สำคัญในเรื่อง

- การจัดระเบียบในการป้องกันประเทศ
- การบริหารงานโดยอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น อำนาจหน้าที่และรายได้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น
- การศึกษา
- การอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม
- ระบบกรรมสิทธิ์ ทรัพยสิทธิและข้อผูกพันทางแพ่งและทางพาณิชย์
- ระบบกฎหมายแรงงาน กฎหมายว่าด้วยสหภาพแรงงานและการประกันสังคม

รัฐบัญญัติว่าด้วยงบประมาณกำหนดรายได้และค่าใช้จ่ายของรัฐตามเงื่อนไขและภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนดโดยรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

รัฐบัญญัติว่าด้วยการให้เงินอุดหนุนกิจการประกันสังคมกำหนดเงื่อนไขทั่วไปเกี่ยวกับความสมดุลทางการเงิน บัญชีประมาณการรายรับ กำหนดเป้าหมายและค่าใช้จ่ายทั้งนี้ ตามเงื่อนไขและหลักเกณฑ์ที่กำหนดโดยรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญรัฐบัญญัติว่าด้วยแผนงานกำหนดเป้าหมายของการดำเนินการทางเศรษฐกิจและสังคมของรัฐ

บทบัญญัติในมาตรานี้อาจเพิ่มเติมและขยายความได้โดยรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ.

หน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ ให้องค์กรนั้นหรือประธานรัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย"

จากถ้อยคำในบทบัญญัติดังกล่าวมีกรณีที่ต้องพิจารณาว่า องค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญนั้นมีหลักเกณฑ์อย่างไร ได้แก่องค์กรใดบ้าง และปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรดังกล่าวมีลักษณะเป็นเช่นไร

ในส่วนของคำว่า "องค์กรตามรัฐธรรมนูญ" (ตามรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540) มีนักวิชาการได้แสดงความเห็นออกเป็นสามฝ่าย ได้แก่

นักกฎหมายฝ่ายที่หนึ่ง[17] (นายธีระ สุธีวรางกูล) เห็นว่า องค์กรตามรัฐธรรมนูญน่าจะหมายถึงองค์กรของรัฐที่รัฐธรรมนูญมอบหมายให้ใช้อำนาจหน้าที่ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญสามารถตรวจสอบควบคุมได้ตามความมุ่งหมายของรัฐธรรมนูญ จึงได้แก่ สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา คณะรัฐมนตรี ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา ที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุด คณะกรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เป็นต้น แต่กรณีจะเข้าหลักเกณฑ์ตามมาตรา 266 องค์กรดังกล่าวจะต้องใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญด้วย หากใช้อำนาจระดับพระราชบัญญัติย่อมไม่เข้าหลักเกณฑ์ในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ

นักกฎหมายฝ่ายที่สอง[18] (นายเรวัตร จันทรประเสริฐ และนายฤทัย หงส์สิริ) เห็นว่า องค์กรตามรัฐธรรมนูญย่อมมีความหมายอย่างแคบและหมายถึงเฉพาะองค์กรที่จัดตั้งขึ้นและกำหนดอำนาจหน้าที่ไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะเช่น พระมหากษัตริย์ องคมนตรี รัฐสภา สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจ

---

[17] ชุติมา เหลืองอุทัยศิลป์, **"อำนาจศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดความขัดแย้งระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ"**, (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตร์มหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545), หน้า 20.

[18] เรื่องเดียวกัน, หน้า 21.

และสังคมแห่งชาติ ศาลต่าง ๆ และคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เป็นต้น แต่ไม่รวมถึงหน่วยงานของรัฐที่เป็นส่วนราชการส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค หรือส่วนท้องถิ่น หรือหน่วยงานของรัฐอื่นที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายเฉพาะ

นักกฎหมายฝ่ายที่สาม[19] (นายสมคิด เลิศไพฑูรย์) ได้พิจารณาความหมายและหลักเกณฑ์ในการพิจารณาองค์กรตามรัฐธรรมนูญโดยเทียบเคียงกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญของเยอรมันที่ต้องมีองค์ประกอบ 4 ประการ คือ 1) ต้องเป็นองค์กรที่ได้รับการก่อตั้งหรือกล่าวถึงในรัฐธรรมนูญ 2) ได้บัญญัติอำนาจหน้าที่ไว้ในรัฐธรรมนูญและเป็นอำนาจในระดับเดียวกันกับอำนาจอธิปไตย 3) มีความเป็นอิสระไม่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาขององค์กรอื่น และ 4) มีความสัมพันธ์เท่าเทียมกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญองค์กรอื่น ดังนั้น องค์กรตามรัฐธรรมนูญตามองค์ประกอบดังกล่าวจึงได้แก่ รัฐสภา สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา คณะรัฐมนตรี นายกรัฐมนตรี ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง ศาลยุติธรรม ศาลทหาร คณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ส่วนองค์กรที่ไม่ถือว่าเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ได้แก่ คณะกรรมการจัดสรรคลื่นความถี่ตามมาตรา 40 เพราะใช้อำนาจทางปกครอง สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติตามมาตรา 89 เพราะมีสถานะเป็นที่ปรึกษาเท่านั้นไม่ได้ใช้อำนาจในระดับเดียวกับอธิปไตย คณะกรรมาธิการต่าง ๆ ของสภา เพราะถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของสภา ราชการส่วนกลาง ภูมิภาค เพราะถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายบริหาร องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งหลายเพราะมิได้จัดตั้งขึ้นโดยตรงรัฐธรรมนูญ แต่ได้จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายจัดตั้งแต่และประเภทโดยเฉพาะ พรรคการเมืองแม้จะมีส่วน

[19] สมคิด เลิศไพฑูรย์, เรื่องเดิม, หน้า 66 – 125.

ในการใช้อำนาจทางการเมืองแต่ก็ไม่ได้รับการก่อตั้งตามรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ดี ในประเด็นนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักไว้ในคำวินิจฉัยที่ 58 – 63/2543 ว่า *"องค์กรตามรัฐธรรมนูญ"* หมายถึง *"องค์กรที่จัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญและกำหนดหน้าที่ไว้ในรัฐธรรมนูญ"* ซึ่งได้แก่ คณะกรรมการเลือกตั้ง[20] คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ[21] คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ[22] คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน[23] ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา[24] สภาผู้แทนราษฎร[25] วุฒิสภา[26] รัฐสภา[27] คณะรัฐมนตรี[28] อีกทั้งยังรวมถึงศาลปกครอง ศาลยุติธรรม[29] ตลอดจนคณะกรรมการสรรหากรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการสรรหาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการสรรหาคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริต[30] แต่ไม่รวมถึง องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เพราะ

---

[20] เช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2543, คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 13/2543, คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 52/2546.

[21] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 36/2547, คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 63/2547.

[22] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 31/2548.

[23] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 47/2547.

[24] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18/2546, คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 19/2546 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 20/2546.

[25] เช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 51-52/2542, คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 32/2543.

[26] เช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 43/2546, คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 44/2547.

[27] เช่น คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 54/2542, คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 38/2545.

[28] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 26/2543 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2543.

[29] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2541, คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 13/2543 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 52/2546.

[30] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 38/2545, คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 44/2546 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 44/2547.

ถูกจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติ[31] เช่นเดียวกับคณะกรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารเพราะถูกจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติ และไม่รวมถึง กระทรวง ทบวง กรม เพราะเป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายบริหาร[32]

ส่วนกรณีว่า ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรดังกล่าวมีลักษณะเป็นเช่นไร นั้นมีนักกฎหมายให้ความเห็นเป็น 2 แนวทางด้วยกัน คือ

แนวทางแรก[33] (ธีระ สุธีวรางกูล) เห็นว่า ลักษณะของปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญนอกจากจะเป็นกรณีที่มีปัญหาขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญตั้งแต่สององค์กรขึ้นไปแล้ว ยังหมายความรวมถึง เมื่อองค์กรตามรัฐธรรมนูญเกิดความสงสัยในอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญว่าองค์กรนั้นๆ มีอำนาจกระทำการในเรื่องไหนเพียงใด การสงสัยในอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญเช่นนี้ อาจเกิดขึ้นเพราะองค์กรตามรัฐธรรมนูญเห็นเอง หรือองค์กรอื่นเห็นก็ได้

แนวทางที่สอง[34] (นายฤทัย หงส์สิริ) เห็นว่า เมื่อพิจารณาถ้อยคำและเจตนารมณ์ของมาตรา 266 (รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540) แล้ว จะมีความหมายแคบและน่าจะมุ่งไปถึงปัญหาเรื่องขอบเขตอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ คือเฉพาะเมื่อองค์กรตามรัฐธรรมนูญตั้งแต่สององค์กรขึ้นไปเกิดมีปัญหาขัดแย้งกันว่าองค์กรตามรัฐธรรมนูญองค์กรหนึ่งใช้อำนาจ

---

[31] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 58 – 62/2543 ซึ่งกลับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2541, คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 7/2541 และศาลรัฐธรรมนูญคำวินิจฉัยที่ 10/2541 ที่วินิจฉัยว่าเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ.

[32] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2541.

[33] ชุติมา เหลืองอุทัยศิลป์, เรื่องเดิม, หน้า 74.

[34] เรื่องเดียวกัน, หน้า 74.

หน้าที่ล่วงล้ำอำนาจหน้าที่ขององค์กรหนึ่งเท่านั้น โดยอาจเป็นเรื่องที่มีปัญหาเรื่องอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ซ้ำซ้อนกัน หรือองค์กรที่เกี่ยวข้องทั้งหมดอ้างว่าไม่มีอำนาจหน้าที่ในเรื่องนั้น

โดยในประเด็นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญวางหลักไว้ว่ากรณีที่เป็นปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรนั้น

1. ต้องเป็นประเด็นปัญหาในลักษณะที่ว่าองค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้นมีอำนาจกระทำในเรื่องใดเรื่องหนึ่งหรือไม่เพียงใด หรือเป็นปัญหาที่มีการโต้แย้งว่า องค์กรตามรัฐธรรมนูญองค์กรหนึ่งได้ใช้อำนาจหน้าที่ล่วงล้ำ หรือกระทบกระเทือนอำนาจหน้าที่ขององค์กรอีกองค์กรหนึ่งหรือไม่ หรือเป็นกรณีองค์กรตามรัฐธรรมนูญตั้งแต่สององค์กรขึ้นไปมีปัญหาโต้แย้งอำนาจหน้าที่ระหว่างกัน[35]

2. ต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่า ได้มีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่เกิดขึ้นแล้ว กรณีมิใช่เป็นการขอให้อธิบายความหมายของบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ หรือหารือเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรนั้น ๆ โดยที่ยังไม่มีประเด็นปัญหาเกิดขึ้น[36]

แนวคำวินิจฉัยดังกล่าว ศาสตราจารย์ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เคยให้ข้อสังเกตไว้ว่า ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 266 ใช้คำว่า *"มีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ"* ซึ่งน่าจะหมายถึงปัญหาเกี่ยวกับภารกิจ (Function) และอำนาจ

---

[35] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 54/2542, คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2543, คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 38/2545, คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 43/2546, คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 52/2546 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 47/2547.

[36] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2542, คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 7/2542, คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 8/2542, คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 18/2546, คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 19/2546, คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 33/2546 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 44/2547.

ดำเนินการตามภารกิจ (Power) ว่าองค์กรดังกล่าวมีหรือไม่มีภารกิจ หรือใช้อำนาจชอบหรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญอันเป็นปัญหาระหว่างองค์กร เพื่อให้ปัญหายุติลง และรู้ว่าใครหรือองค์กรใดมีอำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ แต่ที่ผ่านมาศาลรัฐธรรมนูญตีความคำว่า "ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่" กว้างมากโดยรวมถึงกระบวนการ (Process) ในการใช้อำนาจและการได้มาซึ่งบุคคลในองค์กรตามรัฐธรรมนูญด้วย กรณีจึงทำให้นักวิชาการโต้แย้งว่าเป็นการขยายอำนาจเกินเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ[37]

3.2 กรณีตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 214 บัญญัติว่า "ในกรณีที่มีความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มิใช่ศาลตั้งแต่สององค์กรขึ้นไป ให้ประธานรัฐสภา นายกรัฐมนตรี หรือองค์กรนั้น เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย"

บทบัญญัติดังกล่าว มีเจตนารมณ์ให้ศาลรัฐธรรมนูญในฐานะองค์กรควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายทำหน้าที่เป็นองค์กรชี้ขาดข้อขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรที่กำหนดไว้ซึ่งได้แก่ รัฐสภาคณะรัฐมนตรี หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มิใช่ศาลตั้งแต่สององค์กรขึ้นไป[38] ทั้งนี้เพื่อรักษาความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยไม่ต้องการให้องค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญใช้อำนาจหน้าที่โต้ตอบกันด้วยวิถีทางการเมือง หากแต่ต้องการให้ปัญหาทางการเมืองได้รับการแก้ไข

---

[37] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, **"คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญ"**, จัดพิมพ์โดย สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ม.ป.พ. หน้า 432.

[38] คณะกรรมการวิสามัญบันทึกเจตนารมณ์ จดหมายเหตุ และตรวจรายงานการประชุม สภาร่างรัฐธรรมนูญ, อ้างใน "เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย" พุทธศักราช 2550, หน้า 206.

ด้วยมาตรการทางกฎหมายโดยให้ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้วินิจฉัย[39]

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าตาม รัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2550 มาตรา 214 ศาลรัฐธรรมนูญยังคงมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับข้อพิพาทระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญอยู่ แต่เมื่อเปรียบเทียบบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540 มาตรา 266 แล้ว ผู้เขียนเห็นว่า รัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2550 มาตรา 214 ได้ปรับปรุงแก้ไขถ้อยคำกรณีการเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาทระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ โดยมีข้อแตกต่างกันในเชิงเนื้อหาซึ่งเป็นสาระสำคัญอย่างน้อย 2 ประการ กล่าวคือ

ประการที่หนึ่ง องค์กรที่จะเป็นคู่กรณีตามรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2550 มาตรา 214 จะถูกระบุไว้ชัดแจ้ง ซึ่งได้แก่ รัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มิใช่ศาล ซึ่งมี 7 องค์กร โดยจำแนกเป็นประเภทองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ[40] 4 องค์กร ได้แก่ คณะกรรมการการเลือกตั้ง

---

[39] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, เรื่องเดิม หน้า 361.

[40] องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญถูกตั้งขึ้นมาอยู่บนพื้นฐานของความจำเป็น 3 ประการ คือ (1) เพื่อเป็นการประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน (2) เพื่อเป็นการจำกัดอำนาจของผู้ปกครองประเทศ และ (3) เพื่อสร้างกลไกในการบริการที่มีประสิทธิภาพ โดยองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญมีการใช้อำนาจหน้าที่ในลักษณะของการตรวจสอบ (Power Sensor) และเป็นองค์กรอำนาจของผู้กำกับและเรียกร้อง (Power Monitor) ที่แยกเป็นอิสระต่างหากจากองค์กรอำนาจของผู้ใช้ (Power User) ซึ่งเป็นองค์กรอำนาจดั้งเดิมที่เคยผูกติดมากับรัฐและผู้ปกครองฝ่ายเดียว ได้แก่อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ อำนาจของฝ่ายบริหาร และอำนาจของฝ่ายตุลาการ โดยแต่เดิมเชื่อกันว่าการแยกอำนาจทั้ง 3 ออกจากกัน เป็นมาตรการที่สามารถให้หลักประกันที่เพียงพอในการใช้อำนาจของผู้ปกครองให้เกิดความยุติธรรมและสามารถคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของประชาชนผู้ใต้ปกครองได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่แนวคิดนี้ได้เปลี่ยนไปแล้ว โดยเชื่อว่าการที่ให้ผู้ปกครองเพียงฝ่ายเดียวเป็นผู้มีอำนาจในการปกครองและประชาชนเป็นผู้รับการปกครองแต่ฝ่ายรับคำสั่งแต่เพียงอย่างเดียว ไม่ได้เป็นหลักประกันต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนอย่างแท้จริง จึงได้สร้างองค์กรอิสระเพื่อทำหน้าที่ในการตรวจสอบการทำงานของผู้ปกครอง ซึ่งเป็นการใช้อำนาจอย่างอิสระ ปราศจากการแทรกแซงของสถาบันการเมือง

ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ และคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน และประเภทองค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ อีก 3 องค์กร ได้แก่ องค์กรอัยการ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ซึ่งกรณีไม่น่าจะทำให้เกิดปัญหาในการตีความดังเช่นตามรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2540 มาตรา 266 ว่าองค์กรตามรัฐธรรมนูญได้แก่ องค์กรใดบ้างอีกต่อไป เรื่องรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2550 ได้ระบุไว้แจ้งชัดแล้วว่าองค์กรตามรัฐธรรมนูญได้แก่ องค์กรใดบ้างดังกล่าว

ประการที่สอง ผู้เขียนเห็นว่า ถ้อยคำตามรัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2550 มาตรา 214 จะมีความหมายในลักษณะที่แคบกว่า เพราะกำหนดไว้เฉพาะกรณีที่เป็นความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่เท่านั้น ซึ่งแตกต่างจากรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 มาตรา 266 ที่ระบุเพียงว่าเป็นปัญหาใด ๆ ในอำนาจหน้าที่ที่เกิดขึ้น ซึ่งอาจมิใช่ความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ก็ได้ ทำให้ลักษณะข้อพิพาทของคดีในปัญหาเกี่ยวกับความขัดแย้งในอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรต่าง ๆ ดังกล่าว อาจจะเกิดขึ้นในลักษณะของการที่องค์กรใดองค์กรหนึ่งที่ระบุในมาตรา 214 ได้ใช้อำนาจหน้าที่ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ แต่อีกองค์กรหนึ่งที่ระบุไว้ในมาตรา 214 เห็นว่าอำนาจหน้าที่นั้นเป็นของตน ลักษณะของการโต้แย้งจึงเป็นเรื่องเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ในเชิงภารกิจหรือการดำเนินการตามภารกิจนั้นว่า แท้จริงแล้วอำนาจหน้าที่นั้นควรจะเป็นภารกิจขององค์กรใด หรืออาจเป็นในกรณีที่ว่าองค์กรใดองค์กรหนึ่งที่ระบุไว้ในมาตรา 214 ได้ใช้อำนาจหน้าที่ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญไปกระทบกระเทือนหรือล่วงล้ำเข้าไปในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของอีกองค์กรหนึ่งตามรัฐธรรมนูญและจำต้องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าแท้จริงแล้ว กรณีเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ไปกระทบกระเทือนหรือ

อื่น, อ้างใน สมคิด เลิศไพฑูรย์, เรื่องเดิม, หน้า 23 – 25.

เข้าไปล่วงล้ำเข้าไปในขอบเขตอำนาจหน้าที่ขององค์กรหนึ่งจริงหรือไม่ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการวางกรอบอำนาจหน้าที่ขององค์กรให้ถูกต้องตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ

4. บทวิเคราะห์หรือข้อสังเกต กรณีคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 23/2553 ลงวันที่ 30 มิถุนายน 2553

คำร้องแรกที่ได้มีการขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยกรณีความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มาตรา 214 คือ เรื่องพิจารณาที่ 2/2553 กรณีประธานกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อขอให้พิจารณาวินิจฉัยกรณีความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินกับวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 214 แต่คำร้องนี้ศาลรัฐธรรมนูญมิได้มีมติออกมาเป็นคำวินิจฉัย หากแต่ออกมาเป็นในรูปของคำสั่งศาลรัฐธรรมนูญ (คำสั่งศาลรัฐธรรมนูญที่ 23/2553 ลงวันที่ 30 มิถุนายน 2553) เนื่องจากกรณีไม่เข้าหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่จะเป็นความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรตามมาตรา 214 รัฐธรรมนูญ โดยในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะนำเสนอเป็น 2 ส่วน โดยส่วนแรกจะเป็นเนื้อหาของคำสั่งแยกออกเป็นส่วน ๆ เพื่อความเข้าใจง่าย และส่วนที่สองจะเป็นบทวิเคราะห์หรือข้อสังเกตเกี่ยวกับคำสั่ง ดังนี้

4.1 เนื้อหาคำสั่ง

ประธานกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน (ผู้ร้อง) ยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย

ข้อเท็จจริงตามคำร้องและเอกสารประกอบคำร้องสรุปได้ว่า ประธานกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน (ผู้ร้อง) ยื่นคำร้องลงวันที่ 20 มกราคม 2553 ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่ง

ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 214 ว่า ในการประชุมวุฒิสภา ครั้งที่ 16 (สมัยสามัญนิติบัญญัติ) วันจันทร์ที่ 23 พฤศจิกายน 2552 วุฒิสภาได้พิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. .... ที่เสนอโดยประธานกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ในฐานะผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 และสภาผู้แทนราษฎรได้พิจารณาให้ความเห็นชอบแล้ว โดยในการพิจารณาในวาระที่สามของวุฒิสภา ที่ประชุมวุฒิสภาได้ลงมติร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. .... ทั้งฉบับ ด้วยคะแนนเสียง เห็นชอบจำนวน 70 เสียง ไม่เห็นชอบจำนวน 53 เสียง งดออกเสียงจำนวน 16 เสียง และไม่ลงคะแนนเสียงจำนวน 2 เสียง จากนั้นประธานวุฒิสภาแจ้งไปยังประธานสภาผู้แทนราษฎรว่า คะแนนเสียงเห็นชอบด้วยกับสภาผู้แทนราษฎรมีไม่มากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 140 (2)[41] จึงขอส่งร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. .... ให้สภาผู้แทนราษฎรดำเนินการต่อไป และแจ้งไปยังประธานกรรมการตรวจ

---

[41] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 140

การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาให้กระทำเป็นสามวาระ ดังต่อไปนี้

(1) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่หนึ่งขั้นรับหลักการ และในวาระที่สองขั้นพิจารณาเรียงลำดับมาตรา ให้ถือเสียงข้างมากของแต่ละสภา

(2) การออกเสียงลงคะแนนในวาระที่สาม ต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบด้วยในการที่จะให้ออกใช้เป็นพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา

ให้นำบทบัญญัติในหมวด 6 ส่วนที่ 7 การตราพระราชบัญญัติมาใช้บังคับกับการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญด้วยโดยอนุโลม.

เงินแผ่นดินว่า วุฒิสภาได้ส่งร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. .... ที่วุฒิสภาลงมติในวาระที่สามแล้ว คืนไปยังสภาผู้แทนราษฎร ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 140 วรรคสอง ประกอบมาตรา 147

ในการนี้ผู้ร้องเห็นว่า ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. .... ได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาแล้ว ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 140 วรรคหนึ่ง ประกอบมาตรา 302 วรรคห้า[42] ซึ่ง

---

[42] **มาตรา 302**

ให้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังต่อไปนี้มีผลใช้บังคับต่อไปภายใต้เงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรานี้

ฯลฯ

(3) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 โดยให้ประธานกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็นผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้

(4) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง พ.ศ. 2542 โดยให้ประธานศาลฎีกาเป็นผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้

ให้ถือว่าการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญโดยพระราชบัญญัติที่ได้ประกาศใช้บังคับในระหว่างวันที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มีผลใช้บังคับ เป็นการแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญนี้

ให้ผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตามวรรคหนึ่ง ดำเนินการปรับปรุงพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเพื่อให้เป็นไปตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญนี้ ภายในหนึ่งปีนับแต่วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ ในกรณีที่ยังไม่มีผู้ดำรงตำแหน่งที่เป็นผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าว ระยะเวลาหนึ่งปีให้เริ่มนับตั้งแต่วันที่มีการแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งนั้น

ให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตามมาตรานี้ให้แล้วเสร็จภายในหนึ่งร้อยยี่สิบวันนับแต่วันที่ได้รับร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าว และให้วุฒิสภาพิจารณาให้แล้วเสร็จภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ได้รับร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้น

เป็นบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญ และไม่ได้ตกไปตามความเห็นของประธานวุฒิสภาโดยมีเหตุผลสนับสนุนว่า เป็นร่างกฎหมายที่ผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 เสนอกฎหมายตามบทบังคับของรัฐธรรมนูญ มาตรา 302 เพื่อให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 140 ประกอบมาตรา 302 โดยมีความมุ่งหมายเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่ใช้บังคับอยู่ก่อนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และการพิจารณากฎหมายของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา มาตรา 302 บัญญัติไว้เป็นกรณีพิเศษแตกต่างจากมาตรา 140 ดังนั้น การลงมติของวุฒิสภาในร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวจึงผ่านความเห็นชอบของวุฒิสภาแล้ว ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 139 มาตรา 140 ประกอบมาตรา 302 เมื่อผู้ร้องขอให้ประธานวุฒิสภาทบทวนการดำเนินการของวุฒิสภา แต่ประธานวุฒิสภายังคงดำเนินการตามนัยของรัฐธรรมนูญมาตรา 140 เช่นเดิม จึงเป็นกรณีที่มีความขัดแย้งกันเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ตามมาตรา 214 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

คำขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย

(1) ขอให้วินิจฉัยว่าการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. .... เป็นไปตามมาตรา 139 มาตรา 140 ประกอบมาตรา 302

การลงมติให้แก้ไขเพิ่มเติมหรือไม่ให้ความเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตามวรรคหนึ่ง ต้องมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกของแต่ละสภา

ให้คณะกรรมการการเลือกตั้งจัดทำร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการออกเสียงประชามติเพื่อให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ โดยให้นำความในวรรคสาม วรรคสี่ และวรรคห้า มาใช้บังคับโดยอนุโลม.

(2) ในกรณีที่เป็นไปตาม (1) ขอให้วินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. .... ได้ผ่านความเห็นชอบของวุฒิสภาแล้ว และให้รัฐสภาดำเนินการต่อไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 141[43] โดยส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญต่อไป

ตุลาการประจำคดีพิจารณาคำร้องเบื้องต้น

ตุลาการประจำคดีได้พิจารณาคำร้องเมื่อวันที่ 10 กุมภาพันธ์ 2553 แล้วเห็นว่า กรณีควรรับไว้พิจารณาวินิจฉัยในเบื้องต้นและแจ้งให้ประธานวุฒิสภาทราบเพื่อยื่นคำชี้แจง

ประธานวุฒิสภายื่นคำชี้แจง

ประธานวุฒิสภาได้มีหนังสือวุฒิสภา ด่วนที่สุด ที่ สว 0007/1289 ลงวันที่ 10 มีนาคม 2553 ยื่นคำชี้แจงว่า การที่วุฒิสภาได้พิจารณาและ

---

[43] มาตรา 141

เมื่อรัฐสภาให้ความเห็นชอบกับร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญแล้วก่อนนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย ให้ส่งศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญซึ่งต้องกระทำให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับเรื่อง

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ให้ข้อความที่ขัดหรือแย้งนั้นเป็นอันตกไป

ในกรณีที่วินิจฉัยว่าข้อความดังกล่าวเป็นสาระสำคัญหรือร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ให้ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นเป็นอันตกไป ในกรณีที่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลทำให้ข้อความที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญเป็นอันตกไปตามวรรคสอง ให้ส่งร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้นกลับคืนสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาเพื่อพิจารณาตามลำดับ ในกรณีเช่นว่านี้ ให้สภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาพิจารณาแก้ไขเพิ่มเติมเพื่อมิให้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญได้ โดยมติในการแก้ไขเพิ่มเติมให้ใช้คะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา แล้วให้นายกรัฐมนตรีดำเนินการตามมาตรา 90 และมาตรา 150 หรือมาตรา 151 แล้วแต่กรณีต่อไป.

ลงมติร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. .... ตามมาตรา 139 ประกอบมาตรา 140 ของรัฐธรรมนูญนั้น ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว เนื่องจากผู้ร้องได้เสนอร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. .... ตามมาตรา 140 และมาตรา 141 ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรได้พิจารณาและลงมติตามที่ผู้ร้องเสนอต่อประธานสภาผู้แทนราษฎรและที่ประชุมวุฒิสภาก็ได้มีการพิจารณาและลงมติตามมาตรา 140 (2) ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งสอดคล้องและเป็นไปในแนวทางเดียวกับสภาผู้แทนราษฎร อีกทั้งกรณีตามคำร้องไม่ต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 214 ของรัฐธรรมนูญ เพราะองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ คือ สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาตามลำดับโดยวุฒิสภามีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณากลั่นกรองร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่ผ่านความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎร ส่วนคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมิได้มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด กรณีจึงไม่อาจเป็นความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. .... ระหว่างคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินกับวุฒิสภาตามมาตรา 214 ของรัฐธรรมนูญ

สมาชิกวุฒิสภาขอยื่นคำชี้แจง

ต่อมา สมาชิกวุฒิสภา จำนวน 19 คน ยื่นคำชี้แจงฉบับลงวันที่ 19 มีนาคม 2553 และสมาชิกวุฒิสภาจำนวน 7 คน ยื่นคำชี้แจงฉบับลงวันที่ 22 มีนาคม 2553 ซึ่งสาระสำคัญของคำชี้แจงทั้ง 2 กรณีดังกล่าวมีเหตุผลทำนองเดียวกันว่า การที่วุฒิสภาได้พิจารณาและลงมติร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. .... ตามมาตรา 139 ประกอบมาตรา 140 ของรัฐธรรมนูญนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว

เนื่องจากผู้ร้องได้เสนอร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. .... ตามมาตรา 140 และ มาตรา 141 ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรได้ดำเนินการพิจารณาและลงมติตามที่ผู้ร้องได้เสนอต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร และที่ประชุมวุฒิสภาก็ได้มีการพิจารณาและลงมติในประเด็นตามมาตรา 140 (2) ซึ่งสอดคล้องและเป็นไปในแนวทางเดียวกับสภาผู้แทนราษฎร อีกทั้งกรณีตามคำร้องไม่ต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 214 ของรัฐธรรมนูญ เพราะองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาร่างกฎหมายคือ สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาตามลำดับ โดยวุฒิสภามีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณากลั่นกรองร่างกฎหมายที่ได้ผ่านความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎร ส่วนผู้ร้องมิได้มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาร่างกฎหมายแต่อย่างใด กรณีจึงไม่อาจเป็นความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. .... ระหว่างผู้ร้องกับวุฒิสภาตามมาตรา 214 ของรัฐธรรมนูญ

ตุลาการประจำคดีพิจารณาคำชี้แจงของสมาชิกวุฒิสภา

ตุลาการประจำคดีพิจารณาคำชี้แจงของสมาชิกวุฒิสภา ฉบับลงวันที่ 19 มีนาคม 2553 และ ฉบับลงวันที่ 22 มีนาคม 2553 เมื่อวันที่ 31 มีนาคม 2553 แล้วเห็นว่า สมาชิกวุฒิสภาจำนวนดังกล่าวมิใช่คู่กรณีหรือผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงในคดี กรณีควรที่จะยื่นคำชี้แจงโดยผู้แทนขององค์กรวุฒิสภา แต่อย่างไรก็ตามเมื่อสมาชิกวุฒิสภาจำนวนดังกล่าวได้ยื่นคำชี้แจงเข้ามาแล้ว จึงมีคำสั่งรับรวมไว้ในสำนวนเพื่อประกอบการพิจารณา

สมาชิกวุฒิสภาขอยื่นคำร้องคัดค้านคำสั่ง

จากนั้น สมาชิกวุฒิสภา จำนวน 26 คน ยื่นคำร้องฉบับลงวันที่ 29 เมษายน 2553 โดยขอให้ศาลรัฐธรรมนูญสั่งให้พวกตนเป็นคู่กรณีหรือผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงในคดี

ตุลาการประจำคดีพิจารณาคำร้องคัดค้านของสมาชิกวุฒิสภา

ตุลาการประจำคดี ได้พิจารณาคำร้องดังกล่าว เมื่อวันที่ 2 มิถุนายน 2553 แล้วเห็นว่า คำร้องดังกล่าวมีลักษณะเป็นการขอให้เปลี่ยนแปลงคำสั่งเดิมซึ่งได้มีคำสั่งไว้แล้ว กรณีไม่มีเหตุที่จะเปลี่ยนแปลงคำสั่งเดิม

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาคำร้อง

ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาเบื้องต้นมีว่า คำร้องนี้ต้องด้วยหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 214 ที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับไว้พิจารณาวินิจฉัยหรือไม่

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 214 บัญญัติว่า "ในกรณีที่มีความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มิใช่ศาลตั้งแต่สององค์กรขึ้นไป ให้ประธานรัฐสภา นายกรัฐมนตรี หรือองค์กรนั้นเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย"

พิจารณาแล้วเห็นว่า กรณีที่จะเป็นความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรตามความหมายของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 214 นั้น จะต้องเป็นการโต้แย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรตั้งแต่สององค์กรขึ้นไปอันเป็นอำนาจหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น กรณีตามคำร้องนี้ ผู้ร้องมีความเห็นว่ากระบวนการในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. .... ของวุฒิสภาไม่ถูกต้องหรือไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นเพียงความเห็นในฐานะผู้เสนอร่างกฎหมายให้รัฐสภาในฐานะองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติพิจารณาให้ความเห็นชอบอันเป็นอำนาจหน้าที่ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ กรณีเป็นเพียงความเห็นที่ต่างกันเกี่ยวกับการใช้และการตีความกฎหมายเท่านั้น หาใช่ความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่

ระหว่างสององค์กรไม่ ทั้งนี้ เนื่องจากกระบวนการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวมิใช่เป็นอำนาจหน้าที่ของผู้ร้อง หากแต่เป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติโดยแท้ คำร้องนี้จึงมิใช่กรณีปัญหาความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของผู้ร้องแต่อย่างใด จึงไม่ต้องด้วยหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่จะเสนอเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 214

ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่ง

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีคำสั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย

4.2 วิเคราะห์/ข้อสังเกต

1. คำร้องนี้ยื่นโดยประธานกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน (โดยคุณหญิงจารุวรรณ เมณฑกา ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ในฐานะผู้ใช้อำนาจหน้าที่แทนประธานกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 301 วรรคสอง[44]) ซึ่งเมื่อหากพิจารณาอำนาจในการเสนอคำร้องแต่เฉพาะตัวองค์กรผู้มีอำนาจเสนอคำร้องโดยยังไม่พิจารณาเนื้อหาของคำร้องว่ากรณีเป็นความขัดแย้งในอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรหรือไม่แล้ว

---

[44] **มาตรา 301** ให้ดำเนินการสรรหาคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินภายในหนึ่งร้อยยี่สิบวันนับแต่วันที่มีการแต่งตั้งประธานสภาผู้แทนราษฎรและผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร ภายหลังจากการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไปครั้งแรกตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ และหากยังไม่มีประธานศาลรัฐธรรมนูญที่มาจากการสรรหาตามรัฐธรรมนูญนี้ ให้คณะกรรมการสรรหาประกอบด้วยกรรมการเท่าที่มีอยู่

ในระหว่างที่ยังไม่มีคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ให้ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินเป็นผู้ใช้อำนาจหน้าที่แทนประธานกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน.

รัฐธรรมนูญ มาตรา 214 บัญญัติว่า *"ในกรณีที่มีความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างรัฐสภา คณะรัฐมนตรี หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่มิใช่ศาล ตั้งแต่สององค์กรขึ้นไป ให้ประธานรัฐสภา นายกรัฐมนตรี หรือองค์กรนั้นเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัย"* จะเห็นได้ว่า ผู้ที่มีอำนาจเสนอคำร้องได้ระบุให้ประธานรัฐสภา นายกรัฐมนตรี หรือองค์กรนั้นมีอำนาจเสนอเรื่องได้ ซึ่งเป็นแต่เฉพาะหัวหน้าสูงสุดในของแต่ละองค์กรเท่านั้น ดังนั้น ประธานกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ซึ่งเป็นหัวหน้าองค์กรคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน จึงมีอำนาจในการเสนอคำร้องนี้ได้

2. เดิมทีร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. .... ได้เคยผ่านการพิจารณาของสภานิติบัญญัติแล้ว แต่ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. .... ที่ผ่านการพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติในครั้งนั้นตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญ มีผลให้ตกไป เนื่องจากองค์ประชุมไม่ครบตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ตามวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2551 ลงวันที่ 19 กุมภาพันธ์ 2551[45] กรณีจึงทำให้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. .... ให้รัฐสภาพิจารณาอีกครั้งโดยประธานกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน และนายนิพิฏฐ์ อินทรสมบัติ กับคณะ เมื่อช่วงเดือน กรกฎาคม 2551 ซึ่งสภาผู้แทนราษฎรได้ลงมติรับหลักการเมื่อวันที่ 13 พฤษภาคม 2552 และลงมติให้ความเห็นชอบเมื่อวันที่ 7 ตุลาคม 2552 แต่ในชั้นการพิจารณาของวุฒิสภาทางประธานกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเห็นว่ามีปัญหาในการผลของการลงมติเกิดขึ้น จึงให้เกิดการยื่นคำร้องนี้

---

[45] เรื่อง ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. .... ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 141.

3. คำสั่งนี้ได้วางหลักข้อกฎหมายเกี่ยวกับกรณีที่จะเป็นความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรว่า *"จะต้องเป็นการโต้แย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรตั้งแต่สององค์กรขึ้นไปอันเป็นอำนาจหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเท่านั้น"* แต่จะเห็นได้ว่า ตามคำร้องเป็นการขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยในลักษณะว่า การลงมติในร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ของวุฒิสภา ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งผู้ร้องมีอำนาจหน้าที่แต่เพียงการเสนอกฎหมาย มิได้มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาด้วย กรณีจึงไม่ใช่การโต้แย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรแต่อย่างใด

4. คำสั่งนี้ได้วางหลักกฎหมายเกี่ยวกับเรื่ององค์กรว่า *"สมาชิกวุฒิสภาจำนวนดังกล่าวมิใช่คู่กรณีหรือผู้มีส่วนได้เสียโดยตรงในคดี กรณีควรที่จะยื่นคำชี้แจงโดยผู้แทนขององค์กรวุฒิสภา"* ซึ่งทำให้เห็นว่า บทบัญญัติในมาตรา 214 มีความหมายเฉพาะตัวองค์กร ไม่รวมถึงบุคคลที่เป็นสมาชิกขององค์กรนั้น ดังนั้น หากคู่กรณีคือ "คณะรัฐมนตรี" จะหมายความถึงตัวคณะรัฐมนตรี ที่มีนายกรัฐมนตรีเป็นผู้แทนกระทำการแทนโดยความเห็นชอบของคระรัฐมนตรี ไม่รวมถึงตัวรัฐมนตรีแต่ละคน

5. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับองค์กรที่เป็นคู่กรณีตามคำร้องนี้ระหว่าง "คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน" กับ "วุฒิสภา" ผู้เขียนเห็นว่า ในส่วนของ "คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน" รัฐธรรมนูญ มาตรา 252 ได้บัญญัติให้มีคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ซึ่งปรากฏในหมวด 11 ว่าด้วยองค์กรตามรัฐธรรมนูญ โดยกำหนดให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญประเภทองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินจึงเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญตามที่ มาตรา 214 ของรัฐธรรมนูญ บัญญัติไว้ แต่ในส่วนของ "วุฒิสภา" นั้นผู้เขียนเห็นว่า ตามคำสั่งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังมิได้วินิจฉัยว่า "วุฒิสภา" เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ เนื่องจาก

ศาลรัฐธรรมนูญเพียงแต่ได้วินิจฉัยว่า ประธานกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน (ผู้ร้อง) มีอำนาจแต่เพียงเสนอกฎหมายเท่านั้น มิได้มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณากฎหมายซึ่งเป็นอำนาจด้านนิติบัญญัติแต่อย่างใด กรณีตามร้องจึงไม่เป็นความขัดแย้งเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรซึ่งผู้เขียนเห็นว่า เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา 214 แล้ว บทบัญญัติดังกล่าว ใช้ถ้อยคำว่า "รัฐสภา" กรณีย่อมสะท้อนให้เห็นถึงเจตนารมณ์ว่า หมายถึงรัฐสภาที่เป็นองค์กรฝ่ายฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งประกอบไปด้วยสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาเป็นสำคัญโดยมีประธานรัฐสภาเป็นประมุขขององค์กร[46] ที่มีอำนาจที่จะเสนอเรื่องตามมาตรา 214 ในขณะที่วุฒิสภาเป็นเพียงส่วนหนึ่งของรัฐสภาเท่านั้น วุฒิสภาจึงมิใช่รัฐสภาที่จะเป็นองค์กรตามนัยของ มาตรา 214 และกรณีไม่อาจนำแนวคำวินิจฉัยเดิมตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 มาตรา 266 ที่วินิจฉัยว่า วุฒิสภาเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญได้ เนื่องจากตามมาตรา 266 แห่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 มิได้ระบุถึงตัวองค์กรไว้ชัดแจ้งดังเช่นรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มาตรา 214 จึงทำให้ศาลรัฐธรรมนูญในยุคนั้นเห็นว่า "วุฒิสภา" เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญด้วย เนื่องจากเป็นองค์กรที่ได้รับจัดตั้งโดยรัฐธรรมนูญและรัฐธรรมนูญก็ได้กำหนดอำนาจหน้าที่ไว้ อีกทั้งหากพิจารณาว่า "วุฒิสภา" เป็นองค์กรตามมาตรา 214 ด้วยเหตุผลว่า วุฒิสภาเป็นส่วนหนึ่งของรัฐสภาด้วยแล้ว ก็จะมีผลให้สภาผู้แทนราษฎรเป็นองค์กรในความหมายของรัฐสภาด้วยเช่นกัน ซึ่งอาจจะเป็นการตีความขยายบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมากเกินไป อีกทั้งหากวุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎรเป็นองค์กรตามความหมายนี้แล้ว หากมีกรณีปัญหาความขัดแย้งระหว่างสภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภา กับองค์กรอื่นที่ระบุในมาตรา 214 แล้ว ทั้งประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานวุฒิสภาย่อมไม่อาจส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามมาตรา 214 นี้ได้ เนื่องจากมิใช่ประธาน

[46] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 89.

รัฐสภาตามที่มาตรา 214 บัญญัติไว้ และในกาลต่อไปข้างหน้าหากมีกรณีปัญหาเกี่ยวกับความขัดแย้งในอำนาจหน้าที่ระหว่างสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาด้วยกันเกิดขึ้น กรณีอาจจะไม่ต้องด้วยหลักเกณฑ์ตาม มาตรา 214 ก็ได้ เพราะเป็นความขัดแย้งภายในองค์กรรัฐสภาด้วยกันมิใช่ระหว่างรัฐสภากับองค์กรอื่น

6. จากคำสั่งจะเห็นว่า ตุลาการประจำคดีได้รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยเบื้องต้นก่อน แต่ในชั้นพิจารณาองค์คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญได้มีมติไม่รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย กรณีดังกล่าวผู้เขียนเห็นว่าสามารถทำได้ กล่าวคือ ตามข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550 นั้น ได้กำหนดกระบวนพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญไว้ว่า เมื่อมีการยื่นคำร้องใด ๆ เข้ามา หากประธานศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาแต่งตั้งตุลาการประจำคดีในคำร้องนั้น ๆ แล้ว[47] ตุลาการประจำคดีจะเป็นองค์คณะที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาคำร้องในเบื้องต้นก่อนว่า คำร้องนั้น ๆ อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญที่จะรับไว้พิจารณาวินิจฉัยหรือไม่ หากตุลาการประจำคดีเห็นว่า เนื้อหาแห่งคำร้องไม่อยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญก็จะเสนอความเห็นไม่รับไว้พิจารณา

---

[47] ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550

ข้อ 25 กรณีมีคำร้องขอให้ศาลพิจารณาวินิจฉัยเรื่องใด ให้ประธานศาลรัฐธรรมนูญแต่งตั้งตุลาการไม่น้อยกว่าสามคน เป็นตุลาการประจำคดี เว้นแต่กรณีตามข้อ 17 (5) และ (9) หรือกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วน ประธานศาลรัฐธรรมนูญอาจไม่แต่งตั้งตุลาการประจำคดีก็ได้

ในกรณีที่ไม่มีประธานศาลรัฐธรรมนูญ หรือประธานศาลรัฐธรรมนูญไม่อยู่หรือไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ ให้ศาลมอบหมายตุลาการคนใดคนหนึ่งทำหน้าที่แต่งตั้งตุลาการประจำคดีแทน

ให้ตุลาการประจำคดีตามวรรคหนึ่งเป็นเจ้าของสำนวน มีอำนาจพิจารณารับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยตามข้อ 27 และออกคำสั่งใด ๆ ซึ่งมิใช่เป็นไปในทางวินิจฉัยชี้ขาดคดีคำสั่งของตุลาการประจำคดีให้ถือเสียงข้างมาก.

วินิจฉัยให้องค์คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา ซึ่งถ้าองค์คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญเห็นพ้องด้วยก็จะทำเป็นคำสั่งของศาล แต่ถ้าไม่เห็นด้วยกับตุลาการประจำคดีก็ให้ดำเนินกระบวนพิจารณาต่อไป[48] แต่หากตุลาการประจำคดี ได้รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยแล้ว ข้อกำหนดฯ ไม่ได้กำหนดอย่างชัดแจ้งว่าองค์คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจะสามารถพิจารณาทบทวนความเห็นของตุลาการประจำคดีได้อีกหรือไม่ แต่อย่างไรก็ตามหากพิจารณาถ้อยตามข้อ 27 วรรคสาม มาพิจารณาเทียบเคียงแล้ว กรณีแสดงให้เห็นว่าองค์คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญสามารถพิจารณาทบทวนความเห็นของตุลาการประจำคดีได้เสมอ แม้ว่าตุลาการประจำคดีจะรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยแล้ว ดังเช่นกรณีตามคำร้องนี้ เนื่องจากตุลาการประจำคดีเป็นส่วนหนึ่งขององค์คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญจึงมีอำนาจโดยชอบที่จะตรวจสอบเบื้องต้นในเนื้อหาแห่งคำร้องว่าอยู่ในอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญได้อีกชั้นหนึ่ง ก่อนที่จะมีการลงมติในประเด็นเนื้อหาแห่งคดี

7. ผู้เขียนเห็นว่า คำขอของผู้ร้องที่ขอให้ศาลรัฐพิจารณาวินิจฉัยว่า (1) การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. .... เป็นไปตามมาตรา 139 มาตรา 140 ประกอบมาตรา 302 และ (2) ในกรณีที่เป็นไปตาม (1) ขอให้วินิจฉัยว่า

---

[48] ข้อกำหนดศาลรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาและการทำคำวินิจฉัย พ.ศ. 2550

ข้อ 27 ให้ตุลาการประจำคดีตามข้อ 25 มีอำนาจตรวจและมีคำสั่งรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับแต่งตั้ง

กรณีตุลาการประจำคดีมีความเห็นควรสั่งไม่รับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัย ให้เสนอศาลพิจารณาภายในเจ็ดวันนับแต่วันมีความเห็น หากศาลเห็นพ้องด้วยให้จัดทำเป็นคำสั่งของศาล

หากศาลไม่เห็นพ้องด้วยกับความเห็นของตุลาการประจำคดีตามวรรคสองให้ดำเนินการตามความเห็นของศาล.

ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. .... ได้ผ่านความเห็นชอบของวุฒิสภาแล้ว และให้รัฐสภาดำเนินการต่อไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 141[49] โดยส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญต่อไป นั้น เป็นคำขอที่ให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่าการลงมติของสมาชิกวุฒิสภานั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ มีลักษณะเป็นการขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยเกี่ยวกับกระบวนการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 141 ได้บัญญัติให้ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่ผ่านการพิจารณาของรัฐสภาทุกกรณีอยู่แล้ว

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งไม่รับไว้พิจารณาวินิจฉัย กรณีจึงมีผลให้ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. .... ต้องกลับไปสู่การพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรอีกครั้งหนึ่งว่าจะพิจารณาอย่างไรต่อไป หากสภาผู้แทนราษฎรลงมติยืนยันด้วยคะแนนเสียงไม่มากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวย่อมตกไปตามมาตรา 148 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งปรากฏว่าเมื่อวันที่ 9 กันยายน พ.ศ. 2553 สภาผู้แทนราษฎรได้ลงมติยืนยันยันด้วยคะแนนเสียงไม่มากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกเท่าที่มีอยู่ทั้งหมดของสภาผู้แทนราษฎร (คือเห็นชอบ 10 เสียง ไม่เห็นชอบ 291 เสียง และงดออกเสียง 28 เสียง จากองค์ประชุม 262 คน ซึ่งช่วงเวลาดังกล่าวมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร 475 คน กึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดคือ 238 คน) กรณีจึงถือว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดินฉบับนี้เป็นอันไม่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา ตาม

[49] ดูเชิงอรรถที่ 43.

มาตรา 148 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อย่างไรก็ตาม แม้ในขณะนี้จะยังไม่มีพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดินตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ตาม แต่ก็สามารถนำพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 ให้ใช้บังคับต่อไปได้ไปพลางก่อนตามมาตรา 302 (4) แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

Second Congress of the World Conference on Constitutional Justice Rio de Janeiro, 16-18 January 2011

SEPARATION OF POWERS AND INDEPENDENCE OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF THAILAND

*Chalermpon Ake-uru**

INTRODUCTION

The principle of separation of powers among the legislature, the executive and the judiciary is of fundamental importance to modern democracy. The separation of powers among the three authorities means mutual checks and balances among them which guarantee the limitation of any excess of power by other powers. One of the importance hallmarks of a state that respects this principle is the independence of the judiciary. In fact, the independence of the judiciary is a logical corollary of the principle of separation of powers in the sense that the vesting of judicial functions in a body separate from the legislature and the executive can only be meaningful if that body is truly independent.

Every constitution that had been promulgated in Thailand since the change from absolute monarchy to constitutional monarchy in 1932 embraced the principle of separation of powers. The current one - the Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2550 (2007) (hereinafter referred to as "the Constitution")

* *Justice of the Constitutional Court of Thailand*

stipulates that Thailand adopts a democratic regime of government with the King as Head of State.[1] Sovereign powers belong to the Thai people. The King as Head of State shall exercise such powers through the National Assembly, the Council of Ministers and the Courts in accordance with the provisions of this Constitution. The performance of duties of the National Assembly, the Council of Ministers, the Courts, Constitutional organs and States agencies shall be in accordance with the rule of law.[2]

The Constitution contains one chapter - Chapter X the Courts - dealing with the judicial powers. Chapter X is divided into 5 parts. Part 1 is the General Provisions which states the general principles regarding the judicial powers, while Parts 2, 3, 4, 5 contain provisions concerning the Constitutional Court, the Courts of Justice, the Administrative Courts and the Military Courts respectively. The division of the Chapter in this fashion signifies that the Judiciary or the Court system in Thailand is a parallel system of judicial jurisdiction with 4 types of courts.

Judicial powers, as one aspect of sovereign powers, are vested in the Courts. This is affirmed in the Constitution which provides that the trial and adjudication of cases are the powers of the Courts, which must be carried out with due regard to justice in accordance with the Constitution, laws and in the name of the King. Judges are independent in the proper, swift and fair trial and adjudication of cases in accordance with the

[1] *The Constitution of the Kingdom of Thailand, B.E. 2550 (2007),* section 2.

[2] *Ibid.,* section 3.

Constitution and laws.[3]

This means that only the Courts can exercise judicial powers to ensure justice. The Constitutional Court, just like other Courts in the system, is independent and has to decide constitutional cases in accordance with the Constitution and laws.

Various guarantees of independence of the Constitutional Court are specified in the Constitution and related laws. These guarantees will now be examined.

I. The independence of the Constitutional Court as an institution

In constitutional democracy, the constitution is regarded as supreme. This principle of the supremacy of the constitution is reflected in the Constitution that the Constitution is supreme law of the State. The provisions of any law, rule and regulation, which are contrary to or inconsistent with the Constitution will be unenforceable.[4]

The Constitutional Court performs the important function of safeguarding this supremacy of the Constitution. It also serves as a judicial body which recognizes and protects the rights and liberties of the people and translate into reality the protection of rights and liberties by the exercise of adjudicative power.

The constitutional status of the Constitutional Court

The Constitutional Court was established by virtue of the Constitution. It consists of the President and eight judges

[3] *Ibid.*, section 197 paras. 1 and 2.

[4] *Ibid.*, section 6.

to be appointed by the King upon advice of the Senate.[5] Judges of the Constitutional Court are styled "Justices of the Constitutional Court".

The Constitution provides for the Constitutional Court to have powers and duties in adjudicating and ruling constitutional cases. These powers and duties may be divided into the following nine categories:

(1) constitutional review of bills and draft rules of procedure of the legislative branch prior to their promulgation to ensure that they are not inconsistent with or contrary to the Constitution;[6]

(2) constitutional review of a promulgated law to ensure that it is not inconsistent with or contrary to the Constitution;[7]

(3) constitutional review of the prerequisites for the enactment of an Emergency Decree to ensure that it is not inconsistent with or contrary to the Constitution;[8]

(4) ruling on whether or not members of the House of Representatives, senators or members of the committee are involved directly or indirectly in the use of the appropriations;[9]

(5) ruling on disputes regarding the powers and duties among the National Assembly, the Council of Ministers or the Constitutional organs other than the Courts which arise between

---

[5] *Ibid.*, section 204 para. 1.

[6] *Ibid.*, sections 141, 149, 154, 155.

[7] *Ibid.*, sections 211, 245, 257, 212.

[8] *Ibid.*, section 184.

[9] *Ibid.*, section 168.

two or more of such organs;[10]

(6) review resolutions or regulations of political parties, consideration of appeals of members of the House of Representatives and ruling on cases concerning the constitutional exercise of political rights and liberties by a person or a political party;[11]

(7) ruling on the membership or qualification of a member of the National Assembly, Ministers and Election Commissioners;[12]

(8) ruling on whether or not a treaty requires prior approval of the National Assembly;[13]

(9) powers and duties prescribed under the Organic Act on Political Parties, B.E. 2550 (2007).[14]

Regulatory autonomy and administrative autonomy

The Constitutional Court has the autonomy to organize itself with regard to case management as well as the general administration of the Court. The Court has an independent secretariat, with the Secretary-General of the Office of the Constitutional Court as the superior official directly responsible to the President of the Constitutional Court. A person to be appointed as the Secretary-General of the Office of the

[10] *Ibid.*, section 214.

[11] *Ibid.*, section 65, 106 (7), 237.

[12] *Ibid.*, sections 91, 182, 233.

[13] *Ibid.*, section 190.

[14] *The Organic Act on Political Parties, B.E. 2550 (2007),* section 13, 14, 41, 33, 20 (4), 31, 91, 93, 94, 98. See also, *Office of the Constitutional Court, A Basic Understanding of the Constitutional Court of the Kingdom of Thailand, 2008* pp. 4 – 32.

Constitutional Court must be nominated by the President of the Constitutional Court with the approval of Justices of the Constitutional Court collectively. The Office of the Constitutional Court has independence in personnel administration, budget and other activities as provided by law.[15]

In this connection, the Office of the Constitutional Court Act, B.E. 2542 (1999) was enacted to give effect to the above-mentioned provision of the Constitution. According to this Act, the Justices of the Constitutional Court collectively have the power to issue regulations or notifications with respect to general administration, personnel administration, budget, finance and property and other businesses of the Office of the Constitutional Court. Such regulations or notifications will be signed by the President of the Constitutional Court and come into force upon their publication in the Government Gazette.[16]

Justices of the Constitutional Court collectively, in practice, play 3 important and distinctive roles. For the adjudicative function, the Justices collectively are the Constitutional Court. The Justices collectively play a role of the Board of Directors in performing administrative affairs of the Office of the Constitutional Court. And, lastly, the Justices collectively become the Central Personnel Administration Body for officials of the Office of the Constitutional Court. All these show the independence of the Constitutional Court in the administration of its own affairs.

---

[15] *Supra,* note 1, section 217.

[16] *Office of the Constitutional Court Act, B.E. 2542 (1999),* section 6.

As for the procedures of the Court, the Constitution provides in Section 216 paragraph six that the procedures of the Constitutional Court shall be in accordance with the Organic Act on Procedures of the Constitutional Court. The Organic Bill on Procedures of the Constitutional Court has been submitted for consideration of the House of Representatives since 2008. Nevertheless, this Bill is still pending consideration in the House of Representatives.

The Constitution provides in Section 300 paragraph five, as part of its transitional provisions, that while the Organic Act on Procedures of the Constitutional Court has not yet been enacted, the Constitutional Court has the powers to prescribe rules on procedures and rendering of decisions. So the Constitutional Court has issued the "Rules of the Constitutional Court on Procedures and Ruling B.E. 2550 (2007)". The Rules have been applied to every case that comes to the Constitutional Court at the present time. Constitutional Court procedures under the Rules provide for an inquisitorial system. Any procedure which is not specifically provided for under these Rules will be governed by provisions of the Civil Procedure Code to the extent that such provisions are applicable and not inconsistent with these Rules.

Budgetary independence

The Constitutional Court administers its own budget which is part of the State budget. The Constitution provides that the State will allocate adequate budgets for the autonomous administration of the Constitutional Court and in consideration of expenditure estimates for the Constitutional Court if the Court is of the opinion that the allocated budget is insufficient, it will

submit a motion to the committee (National Assembly's Budgetary Committee) directly.[17]

As regards the submission of budget estimates, the Office of the Constitutional Court Act, B.E. 2542 (1999) stipulates that the Office will submit to the Council of Ministers its estimates of the budget in accordance with the resolution of the Justices of the Constitutional Court collectively for the purpose of incorporating it in the annual appropriations bill or the supplementary appropriations bill, as the case may be, in order to set it aside as subsidies of the Justices of the Constitutional Court collectively and the Office of the Constitutional Court. In this instance, the Council of Ministers may also prepare the opinion with regard to the allocation of budget of the Justices of the Constitutional Court collectively and the Office of the Constitutional Court to be included in the memorandum accompanying the introduction of the annual appropriations bill or the supplementary appropriations bill. In the consideration of the annual appropriations bill or the supplementary appropriations bill, the House of Representatives or the Senate may allow the Secretary-General of the Office of the Constitutional Court to give explanations.[18]

As it happens every year, the National Assembly Budgetary Committee or the National Assembly rarely changes the budget estimates of the Office of the Constitutional Court.

---

[17] *Supra,* note 1, section 168 paras. 8 and 9.

[18] *Supra,* note 16, section 13.

One outstanding feature of the budgetary management of the Office of the Constitutional Court is that the unspended money left over from the previous fiscal years can be carried forward to the current fiscal year for spending. However, a report regarding this amount has to be submitted to the Council of Ministers at the end of every fiscal year.

All in all, it could be said that the Constitutional Court has necessary autonomy regarding its budget which could contribute to its institutional independence.

Disciplinary independence

Justices of the Constitutional Court are required to follow the Constitutional Court's Guideline for judicial conduct. Serious violation of proper judicial conduct could result in criticism by fellow Justices. It is up to the person's conscience to do what is necessary to rectify the wrong. In practice, however, rarely did unproper conducts occur.

Compliance with decisions of the Constitutional Court

The Constitution stipulates that the decision of the Constitutional Court will be deemed final and binding on the National Assembly, the Council of Ministers, the Courts and other State organs.[19] It is final in the sense that the parties may not file an appeal to any court or body. It is binding in the sense that the decisions of the Constitutional Court will be binding not only to the parties but also to third parties. Thus, once the Constitutional Court passes a ruling, that ruling will be directly binding on the National Assembly, the Council of Ministers, the Courts as well

[19] *Supra,* note 1, section 216 para. 5.

as constitutional organs and state agencies in the enactment, application and interpretation of laws.

In practice, so far, there has never been a case of non-compliance with the decision of the Constitutional Court.

Relationship with the media

The Constitutional Court attaches great importance to public understanding of the works of the Court. In this connection, the Court has undertaken a wide variety of projects, some already executed and some to be executed in the future, in order to promote public understanding of the role of the Constitutional Court as well as its decisions. For example, there are projects of the Court meeting the people in the provinces, quiz competition projects, drawing contest projects, etc. Apart from these, books, pamphlets, journals, bulletins, and newsletters are regularly prepared and distributed to bring information to the knowledge of the public.

Still, the help of the media is needed because the media can make the Court's proceedings and its ruling comprehensible to the general public. The media, as a matter of fact, acts like the public's eyes and ears. Correct and responsible reporting by the media is therefore very important. The good mutual understanding between the Court and the media is therefore necessary and desirable.

The Constitutional Court initiated a dialogue between the Court and the media in the form of seminars organized from time to time. At such seminars, the atmosphere was always good. Views were usually exchanged frankly and freely. Such seminars

will surely be organized regularly in the future.

The Constitutional Court assigns the Office of the Constitutional Court the task of communicating with the media. A spokesmen team has been appointed to do this job, comprising the Secretary-General and one of the Deputy Secretaries-General of the Office of the Constitutional Court. The team usually holds press conference, especially on the day that the Constitutional Court renders a decision. Press release briefing the substance of the Court's decision are distributed at this occasion.

It can be said that, in general, the relationship between the Constitutional Court and the media is pretty good. There are, however, two kinds of problems occasionally coming up in this relationship.

The first kind involves inaccurate or misleading reporting of the essence or reasons of the Court's decisions which results from erroneous interpretation of the decisions on the part of the media for whatever the reason. This kind of problems could, however, be rectified in the future by facilitating or helping the media in the writing of news reports on the Court's decisions. One way is by the Office of the Constitutional Court preparing a decision summary couched in laymen's terms as possible to be distributed to the media. The other way is that the Office of the Constitutional Court organizes from time to time a short training course about the working and functioning of the Constitutional Court and meaning of legal terms usually used in the decisions.

Another kind of problems is more serious. It is noted that every time cases which could have political implications are under consideration of the Constitutional Court, for example, a

case involving whether a big political party would be dissolved or not, some newspapers then act as a "mouthpiece" of some political groups who have interests in the case by reporting only one-side understanding of the story, even rumours, sometimes to the point of bringing the Court into disrepute and diminishing or damaging the credibility and impartiality of the Court. Such being a case, the Office of the Constitutional Court has no choice but to issue explanations concerning the true story in order to dispel misunderstanding and correct false impression.

If the acts on the part of the newspaper amount to defamation or other violations of laws, the Office of the Constitutional Court, at the instance of the Justices of the Court collectively, will make a complaint to the police to start the criminal proceedings, in accordance with due process of law, in the Courts of Justice.

II. The constitutional independence of individual judges

While it is admitted that in one sense the individual independence of the judge depends on "the state of mind" of that particular judge in the discharge of judicial office, it is still important that there should be guarantees of independence of individual judges stipulated in either the Constitution or law. In the case of the Constitutional Court of Thailand, a certain number of guarantees that support the independence of individual judges are provided in the Constitution.

Selection process

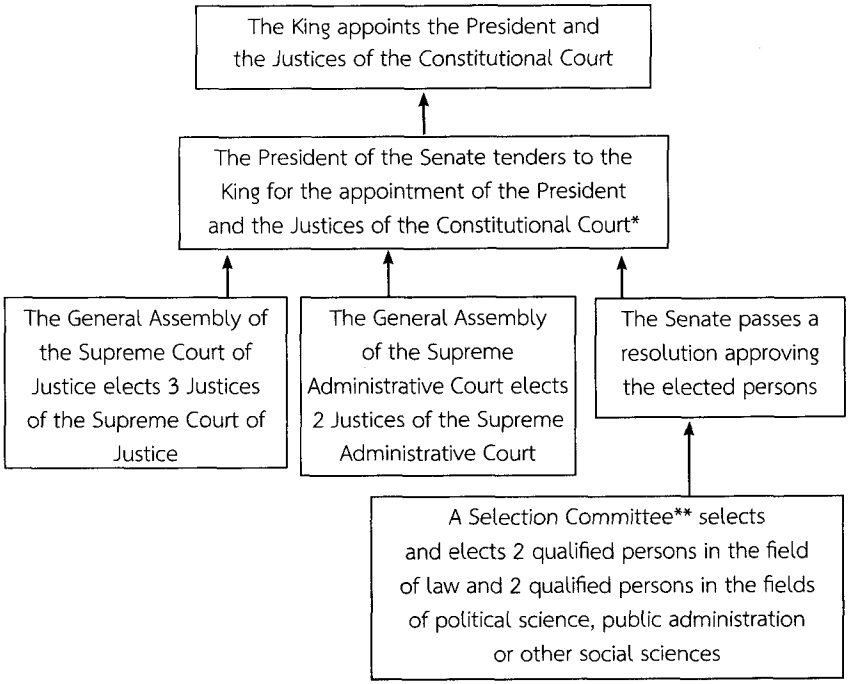
Since the Constitutional Court is a special judicial organ, the selection for the 9 Justices of the Constitutional Court is different from judges of other courts. Justices of the Constitutional Court are from three sources:

(a) *Justices of the Supreme Court of Justice*, 3 of whom are elected at a General Assembly of the Supreme Court of Justice by secret ballot.

(b) *Justices of the Supreme Administrative Court*, 2 of whom are elected at a General Assembly of the Supreme Administrative Court by secret ballot.

(c) *Qualified persons*, 2 qualified persons in the field of law who genuinely possess knowledge and expertise in law and 2 qualified persons in the fields of political science, public administration or other social sciences who genuinely possess knowledge and expertise in the administration of State affairs.

The selection process of the Justices of the Constitutional Court is as set out in a diagram below:



---

* - 9 elected persons shall hold a meeting and elect one among themselves to be the President of the Constitutional Court and notify the result to the President of the Senate accordingly.

- The President of the Senate shall countersign the Royal Command appointing the President and Justices of the Constitutional Court.

** The Selection Committee comprises the following:

1. President of the Supreme Court of Justice;
2. President of the Supreme Administrative Court;
3. Speaker of the House of Representatives;
4. Leader of the Opposition in the House of Representatives;
5. One person selected by and amongst Presidents of independent constitutional organs.

It can be seen that, among the 9 Justices, 5 Justices are elected by the Judiciary while the other 4 are elected by the Legislature. The Executive has minimal, if any, part in the election of the Justices of the Constitutional Court. Indeed, it could be said that the government has only one small voice through the Speaker of the House of Representatives in the Selection Committee of qualified persons since usually the Speaker is from the ruling political party or one of the ruling political parties. The Justices of the Constitutional Court therefore owe no duty of "gratitude" to those who elected them, thus enhancing their individual independence.

Professional qualifications

The Justices of the Constitutional Court have high professional qualifications. Five among the nine Justices are from the highest courts of the Judiciary, namely the Supreme Court of Justice and the Supreme Administrative Court. The other four, those who have been elected as qualified persons in the field of law or the fields of political science, public administration or other social sciences, also have high qualifications in that they must have been a Minister, a judge of the Supreme Military Court, an Election Commissioner, an Ombudsman, a National Counter Corruption Commissioner, a State Audit Commissioner or a National Human Rights Commissioner, or having served in a position of not lower than Deputy Attorney-General, Director-General or a person holding an administrative position in a government agency having administrative powers equivalent to a Director-General, or holding a position of not lower than Professor or having been a lawyer practicing legal profession

regularly and continuously for not less than thirty years up to the date of nomination.

The Justices of the Constitutional Court are equal. The President is the "first among equals (*primus inter pares*)". However, the election for the position of the President has to be done among themselves at the beginning of the term of office before the Royal Appointment or whenever the position is vacant thereafter. Therefore, there is no question of the promotional "temptations" as such.

Age and term of office

The minimum age for qualified persons in the field of law and the fields of political sciences, public administration or other social sciences to be elected to become Justices of the Constitutional Court is 45 years. There is no minimum age as far as Justices of the Constitutional Court who come from the Supreme Court of Justice and the Supreme Administrative Court are concerned. Of course, in practice, any person who could reach the positions of Justices of the Supreme Court of Justice and the Supreme Administrative Court usually are older than 45 years.

The term of office for the President and Justices of the Constitutional Court is 9 years. They will hold office for only one term.

In addition to the vacation of office upon the expiration of term, the President and Justices of the Constitutional Court vacate office upon:

(1) death;

(2) being of seventy years of age;

(3) resignation;

(4) being disqualified or being under any of the prohibitions;

(5) having done an act in violation of incompatibilities;

(6) the Senate passing the resolution for the removal from office;

(7) being sentenced by a judgment to imprisonment notwithstanding the case not being final or the suspension of sentence, except the case of an offence committed through negligence, a petty offence or a defamation offence.[20]

The removal from office by the Senate will be elaborated below.

The fixed term of office and non-renewability certainly serve as a guarantee for individual independence of the President and Justices of the Constitutional Court.

Material benefits

The Constitution stipulates that salaries, emoluments and other benefits of judges shall be as prescribed by law; provided that the system of salary-scale or emoluments applicable to civil servants shall not be applied. The said provisions also apply to Election Commissioners, Ombudsmen, National Counter Corruption Commissioners and State Audit Commissioners mutatis mutandis.[21] In this connection, there is a separate Act on salaries, emoluments and other benefits of the President and Justices of the Constitutional Court. The level of salaries, emoluments

[20] *Ibid.*, section 209.

[21] *Ibid.*, section 202.

and other benefits of the President and Justices of the Constitutional Court is, in principle, on par with those of the Presidents and Justices of the Supreme Court of Justice and the Supreme Administrative Court at a reasonable level commensurate with the positions concerned. It is believed that the level of salaries, emoluments and other benefits would promote the independence of those Justices.

Incompatibilities

According to the Constitution[22], the President and Justices of the Constitutional Court must not be a government official holding a permanent position or receiving a salary. Nor can they be an official or employee of a State agency, State enterprise or local government organization or a director or adviser of a State enterprise or State agency. The other prohibitions are: they must not hold any position in a partnership, a company or an organization carrying out business with a view to sharing benefits or incomes, or be an employee of any person and they must not engage in any other independent profession. These incompatibilities start to be applied when the person concerned assumes his duty: he must have resigned from those positions mentioned above or must produced credible evidence that his engagement in such independent profession has ceased to exist. However, at the time of being elected to the position of the President or a Justice of the Constitutional Court he must not be under any of the prohibitions:

[22] *Ibid.*, section 207.

(a) he must not be a member of the House of Representatives, senator, political official, member of a local assembly or local administrator;

(b) he must not be or have been a member or holder of other position of a political party over the period of three years preceding the taking of office;

(c) he must not be an Election Commissioner, an Ombudsman, a National Counter Corruption Commissioner, a State Audit Commissioner or a National Human Rights Commissioner.

The purpose of having these constitutional limitations is to prevent the Justice from being in a situation of conflict of interests or a situation that could compromise his independence.

Removal from office or impeachment process

The President and Justices of the Constitutional Court who are under exhibited circumstances of unusual wealthiness indicative of the commission of corruption, malfeasance in office, malfeasance in judicial office or an intentional exercise of power contrary to the provisions of the Constitution or law or serious violation or failure to comply with ethical standards, may be removed from office by the Senate.[23]

The process may be initiated by the lodging of complaint to the President of the Senate requesting the Senate to pass a resolution removing the person from office by either of the following:

[23] *Ibid.*, section 270.

(a) members of the House of Representatives of not less than one-fourth of the total number of the existing members of the House; or

(b) senators of not less than one-fourth of the total number of the existing members of the Senate; or

(c) voters of not less than twenty thousand in number.

The complaint must clearly itemize the circumstances in which such a person has allegedly committed the act.[24]

The President of the Senate then refers the matter to the National Counter Corruption Commission for inquisition without delay. When the inquisition is completed, the National Counter Corruption Commission will prepare a report for submission to the Senate. Such a report will clearly state whether, and to what extent, the accusation stated in the complaint contains a prima facie case, whether there are convincing evidences, and the resolution therefor.[25]

Upon receipt of the report of the National Counter Corruption Commission, the President of the Senate will convoke a sitting of the Senate for considering the said matter without delay. A senator will have independence in casting a vote by secret ballot. A resolution for the removal of any person from office must be passed by the votes of not less than three-fifth of the total number of the existing members of the Senate.[26]

---

[24] *Ibid.*, section 271.

[25] *Ibid.*, section 272.

[26] *Ibid.*, sections 273 and 274.

The Oath of office

In Thailand, before taking office, every judge must have an audience with His Majesty the King to make a solemn declaration before the King in the following words:

"I (name of the declarer) do solemnly declare that I will be loyal to His Majesty the King and will faithfully perform my duties in the name of the King without any partiality in the interest of justice, of the people and of the public order of the Kingdom. I will also uphold and observe the democratic regime of government with the King as Head of the State, the Constitution of the Kingdom of Thailand and the law in every respect."[27]

Any solemn declaration before the King is considered the sacred act in Thailand. It is therefore widely believed that this declaration should as least serve as a constant reminder to each individual judge that he should abide by the declaration in the discharge of his judicial office, thereby promoting his independence.

III. Operating procedures of the Constitutional Court

Standing (locus standi) before the Constitutional Court

The Constitutional Court, as a court, cannot start the proceeding by itself at its own initiative. There must be some subjects who have legal standing (locus standi) according to the Constitution to file an application with the Constitutional Court to start the case. The Constitution provides

[27] *Ibid.*, section 201.

that Courts of Justice, Administrative Courts, Military Courts, Constitutional organs, holders of certain important political positions, members of the House of Representatives, senators, Attorney-General and persons whose rights and liberties have been infringed have the right to file an application with the Constitutional Court for a ruling or order.

The filing of an application has to be in accordance with the procedures and conditions stipulated in the Constitution. Just to give examples. For a constitutional review of a bill, only the Speaker of the House of Representatives, President of the Senate, President of the National Assembly and the Prime Minister will have locus standi before the Constitutional Court. However, for the Speaker of the House of Representatives or the President of the Senate or the President of the National Assembly (the Speaker of the House of Representatives also holds this position) to do so, he must be requested by members of the House of Representatives, Senators or members of both Houses constituting no fewer than one-tenth of the existing members of the those Houses. Or in the case of a constitutional review of provisions of promulgated laws, only Courts of Justice, Administrative Courts and Military Courts can apply for ruling if the court finds on its own accord or a party to the case objects with reasons that a provision of law to be applied to the case is contrary to or inconsistent with the Constitution.[28]

[28] For detail, see *Office of the Constitutional Court, A basic Understanding of the Constitutional Court, supra.* note 14. pp. 34-49.

A priori and *a posteriori* constitutional reviews

Thailand's system provides for both a prior and a posteriori constitutional reviews.

Just two examples of *a priori* review cases.

1. A priori review of an Organic Bill before it is presented to the King for Royal Signature. This is compulsory. The Constitutional Court has to complete its determination of its constitutionality within thirty days.[29]

2. *A priori* review of a Bill before it is presented to the King for Royal Signature. If either members of the House of Representatives, senators or members of the both Houses of the National Assembly constituting no fewer than one-tenth of the existing members of both Houses or the Prime Minister finds that such a bill contains provisions which are contrary to or inconsistent with the Constitution or the enactment process as provided by the Constitution was not properly complied with.[30]

In its a *priori* review, the Constitutional Court will look into the substance of the bill as well as the enactment process. The effect of the Constitutional Court's decision will be examined in the next item regarding the role of "negative legislator".

A posteriori review, on the other hand, is a review of promulgated law in a concrete case. Contentious constitutional issues are usually referred to the Constitutional Court by the Courts of Justice, the Administrative Courts or the Military Courts. But the system in the Constitution also allows the

[29] Ibid., section 141.

[30] Ibid., section 154.

Ombudsmen[31] and the National Human Rights Commission[32] to file applications to the Constitutional Court. Moreover, a person whose rights and liberties recognized by the Constitution has been violated by a provision of law has the right to file an application with the Constitutional Court for a ruling. However, in a case of complaint such as this all legal remedies must have been exhausted.

In its a posteriori review, the Constitutional Court can only look into the substance of the promulgated law. If the provisions of law are found to be contrary to or inconsistent with the Constitution they will be unenforceable.[33]

Role of "negative legislator"

In case of *a priori* review of an organic bill, if the Constitutional Court decides that the provisions of an organic bill are contrary to or inconsistent with the Constitution, such provisions shall lapse. But if the Constitutional Court decides that such provisions are the essential element thereof or the organic bill has not been duty enacted under the provisions of the Constitution, such organic bill shall lapse.[34]

However, in the case where a decision of the Constitutional Court results in the lapse of provisions contrary to or inconsistent with the Constitution as stated above, such organic bill will be returned to the House of the Representatives and the Senate

[31] Ibid., section 245.

[32] Ibid., section 245.

[33] Ibid., section 6.

[34] *Ibid.*, section 141 para 2.

respectively for their reconsideration. The House of Representatives or the Senate will amend the organic bill by removing the provisions which are contrary to or inconsistent with the Constitution. The organic bill will then proceed towards promulgation.[35]

In a priori review of an ordinary bill, the Constitution prescribes that if the Constitutional Court rules that such bill contains provisions which are contrary to or inconsistent with the Constitution, or has not been enacted in accordance with the provisions of this Constitution, and such provisions constitute an essential substance, the entire bill will lapse.[36] Such being a case, the enactment process for that bill will have to be restarted.

However, if the Constitutional Court rules that such bill contains provisions which are contrary to or inconsistent with the Constitution, but do not constitute an essential substance, only such contrary or inconsistent provision will lapse. The bill without the lapsed provisions, however, will be able to come into force upon promulgation.[37]

These provisions of the Constitution show that in Thailand, a role of "negative legislator" played by the Constitutional Court is the acceptable norm for the Legislature.

Dissenting Opinions

The Constitution provides that the quorum of Justices of the Constitutional Court for hearing and rendering a decision will consist of not less than five Justices. The decision of the

[35] *Ibid.*, section 141 para 3.

[36] *Ibid.*, section 154 para 3.

[37] *Ibid.*, section 154 para 4.

Constitutional Court will be made by a majority of votes, unless otherwise provided in the Constitution. Every Justice of the

Constitutional Court who constitutes a quorum will give an opinion on his own part and make an oral statement to the meeting before passing a resolution. The decisions of the Constitutional Court and the opinions of all Justices will be published in the Government Gazette.[38]

From this provision, it can be seen that the Justices of the Constitutional Court of Thailand are free to have separate opinions or dissenting opinions. Transparency is served since the Court's decisions as well as each Justice's opinion will appear in the Government Gazette. The process will surely enhance the independence of individual Justices.

Process of deliberation of the Court

The Justices of the Constitutional Court collectively will consider a case after accepting it for consideration and ruling. However, when an application has been filed with the Constitutional Court, the President usually appoint no fewer than three Justices to have charge of the case. The duties of Justices in charge are: consideration whether to accept the application for consideration and ruling or not; have charge over the case file; and issue any order which does not constitute a ruling of the case. An order of Justices in charge of a case will be made by a majority vote.

At present, the President has appointed two groups of four Justices in charge and it works well.

[38] *Ibid.*, section 216.

The Court which means the Justices of the Court collectively considers the case *in camera.* Confidentiality has to be preserved strictly. In the deliberation, the Justices are free to state their opinions on the case. The decision of the Court will be taken by votes on each issue of the case as set by the Court. No abstention will be allowed.

The confidentiality of the deliberation of the Constitutional Court will serve as a guarantee for the Court's independence.

CONCLUSION

Independence is a very important tenet of the judiciary, including the Constitutional Courts. It is a mean which enables judges to decide cases impartially, without fear or favour, affection or ill will. The guarantees of independence of the Constitutional Court of Thailand as an institution as well as the constitutional independence of individual justices as provided in the Constitution and related laws are certainly necessary. But are they sufficient? May be not.

At the present time, when diverse challenges – or even threats – to independence of the Constitutional Court happen to be on the rise, supports from the executive, the legislators, the administrators, the media, civil society organizations and the public in general are required. It is admitted that the diversity of challenges to independence of the Constitutional Court calls for diverse answers to how independence of the Constitutional Court could be defended and reinforced, both in the short term and long term.

In facing these challenges, the "state of mind" of the Justices of the Constitutional Court becomes all the more important. The Justices must stand firm, face the difficulties with great fortitude, and also maintain the high level of resilience in the discharge of their judicial duties with impartiality. Especially, they must abide by their oath of office solemnly declared before His Majesty the King at the time of their taking office.

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามหลักสัดส่วน (Principle of Proportionality) ของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

*ดร. วุฒิชัย จิตตานุ***

1. ความนำ

หลักสัดส่วนตรงกับภาษาอังกฤษว่า Principle of Proportionality เป็นเครื่องมือที่สำคัญในการควบคุมการใช้อำนาจรัฐในการออกกฎหมาย คำสั่ง กฎ และข้อบังคับทางกฎหมาย อีกทั้งศาลรัฐธรรมนูญได้ใช้เป็นเครื่องมือทางกฎหมายในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้การคุ้มครองและการรับรองบรรดาสิทธิต่าง ๆ ไว้ตามรัฐธรรมนูญ สิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ย่อมเป็นกฎหมายสูงสุดด้วย แต่สิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้บางประเภทมิใช่สิทธิเด็ดขาด อาจถูกจำกัดสิทธิได้โดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้ตามสำนวนคำว่า "ให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย" (pursuant to law) การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจการจำกัดสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว ต้องไม่ขัดต่อสาระสำคัญแห่งรัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้ และตกอยู่ภายใต้บังคับตามหลักสัดส่วน ในการกระทำทาง

---

* สมาชิกสถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ (บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของเอกสารวิจัย) กรรมการบริหารโครงการดุษฎีบัณฑิตการการพัฒนาบริหาร มหาวิทยาลัยปทุมธานี สำนักกฎหมายนิติวาทการ

**นบ.นบท. Majoring in Public Law [LLM.]. Certificate of English Proficiency [C.E.P.] (American University). Ph.D.

กฎหมายด้วย ซึ่งในส่วนนี้ได้กล่าวถึง พื้นฐานแนวคิดหลักสัดส่วนทางกฎหมาย การบังคับใช้หลักสัดส่วนแก่สิทธิทางกฎหมาย การบังคับใช้หลักสัดส่วนทางกฎหมายในประเทศต่างๆ การบังคับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายตามหลักสัดส่วนในรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 สิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 การจำกัดสิทธิ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ และการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามหลักสัดส่วนของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

2. พื้นฐานแนวคิดหลักสัดส่วนทางกฎหมาย

หลักสัดส่วน (principle of proportionality) เป็นพื้นฐานสาระสำคัญจากแนวความคิดตามหลักนิติรัฐ (rule of law) ภายใต้การปกครองในระบอบประชาธิปไตย และจากการเปลี่ยนแปลงทางสังคมวิทยาการเมือง ทางเศรษฐกิจ จำต้องมีการบัญญัติกฎหมายมากมายขึ้นโดยให้อำนาจแก่ผู้ใช้อำนาจรัฐในการใช้ดุลพินิจออกคำสั่ง กฎ ข้อบังคับต่าง ๆ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่ง กฎ ข้อบังคับต่าง ๆ เหล่านี้ต้องเป็นไปตามอำนาจกฎหมายที่บัญญัติไว้และจำต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่มีความเหมาะสมและสมเหตุสมผล (Jensen, 2005) หลักการดังกล่าวนักกฎหมาย (The Council of Europe, 2005) เรียกว่า “หลักสัดส่วน”

ทฤษฎีหลักสัดส่วนเป็นพื้นฐานแนวคิดจากนักปรัชญาชาวกรีก อริสโตเติล (Aristotle, Nicomachean eithics. Book V; Hobbes, Leviathan., 1684) ในหนังสือ Nicomachean Eithics. Book V. อธิบายว่า การที่คนใดคนหนึ่งสร้างบัญญัติหลักกฎเกณฑ์ขึ้น ย่อมขาดพื้นฐานความถูกต้อง ทั้งนี้ บุคคลนั้นย่อมบัญญัติหลักกฎเกณฑ์ที่เป็นประโยชน์ส่วนตน

และเริ่มใช้อำนาจเผด็จการ หลักเกณฑ์กฎหมายและกฎหมายธรรมชาติได้อยู่ร่วมกันในสากลโลกในทุกแห่งและทุกเวลา ซึ่งหลักกฎเกณฑ์กฎหมายธรรมชาติในอุดมการณ์มีความถูกต้องในสถานที่หนึ่ง แต่ไม่ถูกต้องในอีกสถานที่หนึ่ง ความยุติธรรมเป็นสัดส่วนระหว่างการประนอมกันทั้งสองส่วน หลักกฎเกณฑ์กฎหมาย และกฎหมายธรรมชาติ จึงต้องอาศัยซึ่งกันและกัน ไม่อาจแบ่งแยกจากกันเป็นสองส่วน เป็นการดำรงอยู่ร่วมกันอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ ซึ่งเป็นสิทธิอันหนึ่งอันเดียวกันในการดำรงอยู่และเป็นศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามพื้นฐานแห่งเหตุผลทางกฎหมาย ในการนี้ นักกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Engle, 2010) เห็นว่าแนวความคิดของอริสโตเติล ชี้ให้เห็นว่า ความยุติธรรมเป็นสัดส่วนระหว่างการประนอมกันของกฎหมายปฏิฐานนิยม และกฎหมายธรรมชาติ จึงต้องอาศัยซึ่งกันและกันไม่อาจแบ่งแยกจากกันเป็นสองส่วนได้ หลักแนวความคิดดังกล่าวเป็นต้นกำเนิดแนวคิดพื้นฐานของหลักสัดส่วน (Principle of Proportionality) ที่นักกฎหมายรัฐธรรมนูญในประเทศต่างๆ ในรัฐสมัยใหม่นำไปปรับใช้ในการชั่งน้ำหนักความได้สัดส่วนทางกฎหมายในปัจจุบัน

แนวคิดของ อริสโตเติล เป็นพื้นฐานกฎหมายตามหลักสัดส่วนในการชั่งน้ำหนักระหว่างพื้นฐานกฎหมายและการได้สัดส่วนที่เป็นสมดุลตามกฎหมายธรรมชาติในเชิงรูปธรรมทางกฎหมายที่ชัดเจนยิ่งขึ้น ในการนี้ นักนิติปรัชญา มาร์คัส ทัลเลียส ซิเซโร (Cicero, Francis Barham tran., 1842) นำแนวความคิด ตามหลักสัดส่วนไปใช้ในการชั่งน้ำหนักทางกฎหมายในหนังสือ Treatise on the Commonwealth [54 BC] นักกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Engle, 2010) เรียกว่า “recta ratio naturae congruens” ต่อมานักนิติปรัชญา โธมัส อไควนัส (Aquinas, Benziger Bros. edition, 1947) ในหนังสือเรื่อง Summa Theologica. The Second Part, Q. 40. เสนอทฤษฎีกฎเกณฑ์แห่งสภาวะการป้องกันตนเอง ได้นำหลักสัดส่วนของ

อริสโตเติล ไปปรับใช้ในการสร้างกระบวนการพหุขั้นตอนสัดส่วน (multi-step proportionality procedure) ซึ่งตามทฤษฎีของ อไควนัส เห็นว่ากฎเกณฑ์แห่งสภาวะการป้องกันตนเอง เป็นพื้นฐานความยุติธรรมที่ได้จากการหลุดพ้นจากการบังคับขู่เข็ญ ซึ่งการบังคับขู่เข็ญต้องไม่มีการบังคับใช้ และต้องบังคับใช้ตามหลักสัดส่วน

จากทฤษฎีของ อไควนัส ตามหลักสัดส่วนในกฎเกณฑ์แห่งสภาวะการป้องกันตนเองดังกล่าว นักนิติปรัชญา ฮูโก กรอเชียส (Grotius, Compbell trans., 1901) ในหนังสือเรื่อง The Tights of war and Peace Including the law of Nature and of Nations. เห็นว่าการปรับพื้นฐานความคิดดังกล่าวไปประยุกต์ใช้นั้นไม่เพียงแต่สภาวะความสัมพันธ์ของกฎหมายปฏิฐานนิยม และกฎหมายธรรมชาติเท่านั้น แต่ยังรวมถึงความสัมพันธ์กับปัจเจกบุคคล อันเป็นความสัมพันธ์แห่งความยุติธรรมตามสัดส่วนด้วย (justice as proportion) เป็นความสัมพันธ์ในสิทธิประโยชน์ที่ได้สัดส่วนเป็นสมดุล (balance) ที่ได้รับ ซึ่งตามแนวความคิดทฤษฎีของ ฮูโก กรอเชียส ดังกล่าว เป็นการสืบทอดแนวความคิดตามหลักสัดส่วนของอริสโตเติล โดยได้วางบรรทัดฐานหลักทฤษฎีดังกล่าวเป็นการชั่งน้ำหนักหลักสัดส่วนที่เป็น สมดุล และหลักการได้สัดส่วน เป็นพื้นฐานทางกฎหมายทั่วไปที่นำไปปรับใช้ทางกฎหมายในปัจจุบัน

หลักสัดส่วนเป็นเครื่องมือสำคัญทางกฎหมายของประเทศต่าง ๆ นำไปปรับใช้กับผู้ใช้อำนาจรัฐในการใช้บังคับกฎหมาย คำสั่ง กฎ และข้อบังคับที่มีผลกระทบต่อสิทธิบุคคลและต้องได้สัดส่วนสมดุลที่เหมาะสมและสมเหตุสมผลระหว่างสิทธิส่วนได้เสียเอกชน (private interests) และสิทธิส่วนได้เสียมหาชน (public interests) จึงเป็นพื้นฐานหลักกฎหมายสหภาพยุโรป (The Council of Europe, 2005) ในกรณีการใช้อำนาจขององค์กรของรัฐในการออกกฎหมาย คำสั่ง กฎ และข้อบังคับที่ปราศจากความเหมาะสม

เป็นสมดุลที่สมเหตุสมผลซึ่งกระทบต่อสิทธิบุคคลที่เป็นสิทธิส่วนได้เสียเอกชนหรือสิทธิส่วนได้เสียมหาชนย่อมเป็นการใช้อำนาจตามอำเภอใจหรือการบิดเบือนการใช้อำนาจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือเป็นการมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ดังนั้น หลักสัดส่วนจึงเป็นเครื่องมือสำคัญในการชั่งน้ำหนักสัดส่วนการใช้อำนาจรัฐในการออกกฎหมาย คำสั่ง กฎ และข้อบังคับตามกฎหมายนั้นว่าสมเหตุสมผลเป็นสมดุล และมีความได้สัดส่วนหรือไม่ (Cardona, 2005)

แนวความคิดตามหลักสัดส่วนเป็นเครื่องมือสำคัญของศาลรัฐธรรมนูญในการชั่งน้ำหนักในการออกกฎหมาย คำสั่ง กฎ และข้อบังคับตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งนอกจากศาลรัฐธรรมนูญต้องคำนึงถึงหลักกฎหมายบัญญัติที่ให้อำนาจไว้แล้ว ยังต้องใช้หลักสัดส่วนเป็นหลักเกณฑ์ในการชั่งน้ำหนักในการควบคุมการใช้อำนาจรัฐในการออกกฎหมาย คำสั่ง กฎ และข้อบังคับตามอำนาจแห่งบทบัญญัติกฎหมายนั้นว่า ได้ความเป็นสัดส่วนที่เหมาะสมหรือไม่ มีความจำเป็นหรือไม่ และการได้สัดส่วนเป็นสมดุลที่กระทบถูกสิทธิบุคคลตามกฎหมายหรือตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ ด้วยเหตุนี้ แนวความคิดตามหลักสัดส่วน จึงมิได้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจไว้โดยชอบเท่านั้น แต่ยังต้องคำนึงถึงความได้สัดส่วนสมดุลในการใช้อำนาจทางกฎหมายอีกด้วย (Engel, 2001) โดยเฉพาะอย่างยิ่งอันเกี่ยวด้วยสิทธิบุคคลเป็นสิทธิส่วนได้เสียเอกชน (private interests) และสิทธิมหาชนเป็นสิทธิส่วนได้เสียมหาชน (public interests) ตามรัฐธรรมนูญ (Michalowski & Woods, 1999)

หลักสัดส่วนดังกล่าวประเทศต่าง ๆ ในรัฐสมัยใหม่ได้นำไปปรับใช้เป็นหลักแห่งความเสมอภาคในการบังคับใช้กฎหมายให้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้นเป็นทวีคูณ (Goold, Lazarus & Swiney, 2007) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องเกี่ยวด้วยสิทธิบุคคลตามกฎหมายที่ผู้ใช้อำนาจรัฐใช้อำนาจ

กฎหมายในการกระทำทางกฎหมายในรูปของคำสั่ง กฎ และข้อบังคับต่าง ๆ นั้น ต้องเป็นไปตามหลักสัดส่วน ในการนี้ ในที่ประชุมประชาคมยุโรปได้นำแนวคิดหลักสัดส่วนไปปรับใช้ในมาตรา 5 EC (ex Article 3b) ในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน และในประเทศสวีเดนได้บรรจุเป็นกฎหมายสวีเดนอันเกี่ยวด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานและเสรีภาพบุคคลไว้ในหมวด 2 เป็นเครื่องมือของรัฐอีกด้วย (Emire, 2005)

แนวคิดตามหลักสัดส่วนได้นำไปปรับใช้ทางกฎหมายในทางอาญาเพื่อหาหลักสัดส่วนในการกำหนดโทษทางอาญา (Cardona, 2005) นอกจากนี้ หลักการดังกล่าวยังถูกนำไปใช้ในกฎหมายระหว่างประเทศตามกฎบัตรสหประชาชาติ มาตรา 51 ในความถูกต้องทางกฎหมายของการทำสงคราม (Fischer, 2005) และหลักสัดส่วนเป็นหลักเกณฑ์สำคัญในการชั่งน้ำหนักบังคับใช้ในกรณีที่ละเมิดสิทธิตามสนธิสัญญาในยูโกสลาเวียของนาโต้ (Starcevie, 2005) จึงเห็นได้ว่า ในการใช้อำนาจในการออกกฎหมาย คำสั่ง กฎ และข้อบังคับต่าง ๆ นอกจากจะเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้อำนาจไว้แล้ว แนวความคิดหลักสัดส่วนยังเป็นพื้นฐานสำคัญและเป็นเครื่องมือสำคัญของศาลทั่วไป และศาลรัฐธรรมนูญในประเทศต่าง ๆ ที่ใช้ในการชั่งน้ำหนักว่าการใช้อำนาจรัฐเป็นไปตามสาระสำคัญแห่งรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และการได้หลักสัดส่วนสมดุลที่เหมาะสมและจำเป็นหรือไม่เพียงใด ด้วยเหตุนี้ การออกกฎหมาย คำสั่ง กฎ และข้อบังคับจึงมิใช่เพียงแต่มีกฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น แต่การใช้อำนาจรัฐในการกระทำทางกฎหมายดังกล่าวยังต้องคำนึงถึงหลักสัดส่วนด้วย ทั้งนี้เป็นไปตามหลักนิติรัฐในการปกครองระบบประชาธิปไตยในรัฐสมัยใหม่ภายใต้สัญญาประชาคมที่ได้ให้ไว้นั่นเอง (Michalowski and Woods, 1999)

3. การบังคับใช้หลักสัดส่วนแก่สิทธิทางกฎหมาย

หลักสัดส่วนเป็นเครื่องมือทางกฎหมายในการควบคุมการใช้อำนาจรัฐขององค์กรตามรัฐรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรของรัฐทุกองค์กร ภายใต้หลักนิติรัฐว่าเป็นไปตามกฎหมายหรือสิทธิตามรัฐธรรมนูญที่เป็นสมดุล สมเหตุสมผล ดังนั้นการใช้อำนาจรัฐในการแทรกแซงทางกฎหมายของผู้ใช้อำนาจรัฐหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรของรัฐ จึงมิใช่เพียงจะกระทำได้ภายใต้ขอบเขตที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้เท่านั้น และการใช้อำนาจรัฐนั้นต้องเป็นไปตามหลักสัดส่วนที่เป็นสมดุลด้วย (Engle, 2010) ทั้งนี้ หลักสัดส่วนที่ใช้ในการตรวจสอบความเหมาะสมแก่กรณีเฉพาะเรื่องของกฎหมาย คำสั่ง กฎ และข้อบังคับตามอำนจแห่งบทบัญญัติกฎหมายเป็นการตรวจสอบการชั่งน้ำหนักความสมดุล (balance) ของการได้สัดส่วนที่มีความเหมาะสมและสมเหตุสมผล (Emire, 2005) หลักสัดส่วนจึงเป็นหลักการทางกฎหมายที่ศาลใช้เป็นเครื่องมือในการควบคุมการใช้อำนาจรัฐในการออกกฎหมาย คำสั่ง กฎ และข้อบังคับที่มิชอบด้วยกฎหมายและมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Vugt, 2005)

การบังคับใช้หลักสัดส่วนในการแทรกแซงแก่สิทธิทางกฎหมายในการออกกฎหมาย คำสั่ง กฎ และ ข้อบังคับของผู้ใช้อำนาจรัฐ นักกฎหมายมหาชน (Starcevie, 2005) ให้หลักองค์ประกอบไว้ดังต่อไปนี้คือ

1) หลักแห่งความเหมาะสม (principle of suitability)

หลักแห่งความเหมาะสมนี้ เป็นหลักที่บังคับให้ผู้ใช้อำนาจรัฐในการออกกฎหมายต้องมีความเหมาะสมกับการดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายเท่านั้น และคำสั่ง กฎ ข้อบังคับใดที่ใช้ดุลพินิจไม่เหมาะสมในการดำเนินการตามที่กฎหมายบังคับไว้ ย่อมถือว่าเป็นคำสั่งที่ไม่เหมาะสม ซึ่งศาลอาจก้าวล่วงใช้อำนาจเพิกถอนได้ (Yucel, 2003)

2) หลักแห่งความจำเป็น (principle of necessity)

หลักแห่งความจำเป็นนี้เป็นหลักการใช้ในการชั่งน้ำหนักว่า การออกกฎหมายและการใช้อำนาจตามกฎหมายนั้นในการออกคำสั่ง กฎ และข้อบังคับนั้น มีความจำเป็นมากน้อยเพียงใดและมีวิธีการทางเลือกอื่นใดที่จะใช้หรือไม่ หากไม่มีมาตรการในทางใดหรือไม่มีมาตรการอื่นใดที่จะเลือกได้แล้วการใช้หลักความจำเป็นนั้นต้องใช้หลักการแทรกแซงที่น้อยที่สุด (Yucel, 2005)

หลักการแทรกแซงที่น้อยที่สุดนั้น การใช้อำนาจรัฐ ต้องคำนึงผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิบุคคลที่จะได้รับที่น้อยที่สุด ในกรณีที่การใช้ดุลพินิจออกกฎหมาย คำสั่ง กฎ และข้อบังคับ ที่เป็นประโยชน์ต่อสิทธิส่วนได้เสียเอกชนแล้ว การใช้ดุลพินิจออกคำสั่งนั้นต้องคำนึงถึงผลที่ทำให้รัฐเสียประโยชน์น้อยที่สุดด้วย (Starcevie, 2005)

3) หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (principle of proportionality in the narrow sense)

การบังคับใช้ตามหลักการนี้ เป็นมาตรการในการชั่งน้ำหนักหาความได้สัดส่วนสมดุลระหว่างสิทธิส่วนได้เสียเอกชนและสิทธิส่วนได้เสียมหาชนว่าเมื่อมีการบังคับใช้หลักแห่งความได้สัดส่วนในการบังคับใช้กฎหมาย คำสั่ง กฎ และข้อบังคับแล้ว ก่อให้เกิดผลเสียหายตกแก่สิทธิประโยชน์ตามสิทธิบุคคลหรือมหาชนมากน้อยเพียงใด

ในการนี้ หลักแห่งความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบมุ่งหมายบังคับให้ผู้ใช้อำนาจรัฐในการออกกฎหมาย คำสั่ง กฎ และข้อบังคับที่มีประสิทธิภาพมากที่สุดในการบังคับใช้กฎหมายและก่อให้เกิดผลความเสียหายแก่เอกชนหรือมหาชนเป็นการน้อยที่สุด ซึ่งการบังคับใช้กฎหมายในการออกคำสั่ง กฎ และข้อบังคับ ที่ไม่คุ้มกับประโยชน์ในสิทธิส่วนได้เสียเอกชนและประโยชน์ในสิทธิส่วนได้เสียมหาชน ย่อมก่อให้เกิดความเสียหาย

แก่เอกชนหรือมหาชนโดยรวมได้ และหลักแห่งความได้สัดส่วนดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญได้นำมาปรับใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้วย (Reinhard, 2005)

4. การบังคับใช้หลักสัดส่วนทางกฎหมายในประเทศต่าง ๆ

หลักสัดส่วนมีพื้นฐานแนวความคิดที่มาจากหลักนิติธรรม เป็นความยุติธรรมที่เป็นสัดส่วน (proportionality) และมีความสัมพันธ์เกี่ยวด้วยในส่วนที่เป็นสิทธิและเสรีภาพบุคคลตามกฎหมาย หลักสัดส่วนจึงเป็นหลักการการแก้ไขปัญหาของความขัดแย้งบนพื้นฐานแห่งกฎหมายที่คำนึงหลักความยุติธรรมเป็นบรรทัดฐานในความเป็นนิติรัฐ ด้วยเหตุนี้ หลักสัดส่วนจึงเป็นหลักห้ามมิให้กระทำทางกฎหมายที่เกินกว่าเหตุ เป็นหลักพื้นฐานที่สำคัญของการบังคับใช้หลักสัดส่วนแก่สิทธิตามกฎหมายในการกระทำทางกฎหมายของการใช้อำนาจรัฐขององค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือองค์กรของรัฐทุกประเภท (Vugt, 2005) จึงเป็นเครื่องมือสำคัญของศาลในประเทศต่าง ๆ นำไปปรับใช้หลายประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการบังคับใช้หลักสัดส่วนแก่สิทธิตามกฎหมาย ในประเทศเยอรมนีและประเทศฝรั่งเศสและประเทศในกลุ่มสหภาพยุโรป (EU) และอีกหลายประเทศในรัฐสมัยใหม่ในการควบคุมการใช้อำนาจรัฐ (Nishihara, 2009)

4.1 การบังคับใช้หลักสัดส่วนตามกฎหมายจารีตประเพณี

ตามกฎหมายจารีตประเพณีในประเทศอังกฤษ หลักสัดส่วนพบในเอกสาร Magna Charta (1215) เป็นพื้นฐานความคิดหลักสัดส่วนตามกฎหมายจารีตประเพณี และกฎหมายจารีตประเพณีสหรัฐอเมริกาในสมัยยุคศตวรรษที่ 17 ซึ่งประเทศอังกฤษได้ขยายขอบเขตการลงโทษจำคุกทางอาญาในคดี Hodges v. Humkin, 2 bulst. 139, 80 Eng. Rep. 1015 (K.B. 1615) แต่ศาลมีคำพิพากษาไว้ตอนหนึ่งว่า “การลงโทษจำคุกต้องมีความ

เสมอภาคได้สัดส่วนตามความผิดที่ได้กระทำเสมอ.....” และหลักสัดส่วนยังปรากฏตามกฎหมาย Bill of Right 1689 (Jones, 2002) ซึ่งศาลได้บังคับใช้หลักสัดส่วนตามกฎหมายจารีตประเพณีในเวลาต่อมาว่า การลงโทษทางอาญาต้องได้สัดส่วนตามความผิดทางอาญาในคดี Harmelin v. Michigan, 501 U.S. 597, 111 S, Ct. 2680, 115 L. Ed. 2d 836 (1991)

อย่างไรก็ตาม การบังคับใช้หลักสัดส่วน ตามกฎหมายจารีตประเพณีของประเทศอังกฤษใช้พื้นฐานตามหลักความยุติธรรมธรรมชาติ (natural justice) อันเป็นหลักระบบกฎหมายจารีตประเพณี แองโกลแซกซอน (Anglo-Saxon) และระบบกฎหมายแพ่งพาณิชย์ของโรมันเยอรมัน (Roman-German) อีกทั้งระบบจารีตประเพณี (convention) ที่เป็นธรรมเนียมปฏิบัติ (Vugt, 2005) ซึ่งระบบแองโกลแซกซอนในการพิจารณาคำสั่ง กฎ และข้อบังคับ ใช้ 2 หลักในการบังคับใช้ คือ หลักไม่มีใครเป็นผู้ตัดสินคดีตนเอง (no-one shall be the judge in his/her own case) และหลักการฟังความสองฝ่าย (both parties shall be heard) ทางกฎหมาย (Anita, 2005)

4.2 การบังคับใช้หลักสัดส่วนตามกฎหมายฝรั่งเศส

หลักสัดส่วนเป็นเครื่องมือสำคัญทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมาย ตามกฎหมายปกครองฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1944 ภายใต้หลักนิติรัฐ (rule of law) หลักสัดส่วนเป็นที่รู้จักกันตามที่เรียกว่า “The Principle de Proportionalité” (Tapio. 2005) ซึ่งตามกฎหมายฝรั่งเศสเดิมมิได้บังคับใช้หลักสัดส่วนกับกฎหมายมหาชนทั่วไป แต่ได้บังคับใช้ตามหลักที่เรียกว่า “Coup de Balance” มาเป็นเวลาช้านานในการกำจัดกฎหมายหรือการกระทำทางปกครองที่ก่อให้เกิดความไม่สมดุลที่ไม่เป็นธรรม (Vugt, 2005) ต่อมาภายหลังในปี ค.ศ. 1974 Guy Brabant ได้นำหลักการสัดส่วนมาใช้ในกฎหมายปกครองฝรั่งเศส เป็นเครื่องมือสำคัญทางกฎหมายในการ

ชั่งน้ำหนักการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในกฎหมายปกครองฝรั่งเศส (Vugt, 2005)

การบังคับใช้หลักสัดส่วนในกฎหมายปกครองฝรั่งเศสในหลักการแรกเพื่อการชั่งน้ำหนัก ความเหมาะสมได้ส่วนสัดสมดุลความแตกต่างระหว่างสิทธิส่วนได้เสียเอกชนกับสิทธิส่วนได้เสียสาธารณะ ในหลักการที่สองได้แก่ หลักแห่งความจำเป็นของการต้องใช้กฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองนั้นเพื่อบรรลุตามความมุ่งหมายแห่งกฎหมายให้มีประสิทธิภาพมากที่สุด ซึ่งหลักเกณฑ์ทั้งสองดังกล่าวคล้ายกับหลักสัดส่วนที่บังคับใช้ในประเทศเยอรมนี ส่วนในหลักที่สาม คือหลักการได้ความเป็นสัดส่วน ในการตรวจสอบชั่งน้ำหนักนั้นตามกฎหมายฝรั่งเศสมีใช้น้อยมาก เว้นแต่เป็นเรื่องกระทบกระเทือนถึงผลประโยชน์ของสิทธิประโยชน์สาธารณะ ซึ่งการบังคับใช้นั้นก็มิได้มีการบังคับใช้ตามหลักสัดส่วน แต่เป็นการบังคับใช้หลักกฎหมายที่เรียกกันว่า “egalite devant les charges publiques” เพื่อการใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองเป็นการชอบด้วยกฎหมายเพื่อประโยชน์สาธาณะ แต่ไม่ก่อผลได้ความเป็นสัดส่วนในสิทธิส่วนได้เสียเอกชนเป็นทางให้มีการเยียวยาค่าเสียหายได้ อย่างไรก็ตาม พื้นฐานกฎหมายทั้งสองมีหลักการที่คล้ายคลึงใกล้เคียงกันมาก (Vugt, 2005)

การบังคับใช้หลักสัดส่วนแก่สิทธิตามกฎหมายดังกล่าวนี้ ได้ปรากฏมีการบังคับใช้ในกฎหมายของประเทศเนเธอร์แลนด์ ตุรกี ออสเตรีย สวิสเซอร์แลนด์ และมีการบังคับใช้ในกฎหมายของสหภาพยุโรป (EC) ซึ่งหลักสัดส่วนดังกล่าว เป็นพื้นฐานทางกฎหมายมหาชนทั่วไปที่มิได้บัญญัติไว้เป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่มีการบังคับใช้ทางกฎหมายในการชั่งน้ำหนักการใช้อำนาจรัฐออกกฎหมาย คำสั่งทางปกครองที่กระทบต่อสิทธิเอกชนและสิทธิประโยชน์ทางสาธารณะ ให้เป็นไปตามหลักสัดส่วนได้สมดุลที่เป็นธรรมและความเสมอภาค

5. การบังคับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายตามหลักสัดส่วนในรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949

ตามทฤษฎีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด บรรดาสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ย่อมถือเป็นกฎหมาย สูงสุด และถือเป็นสาระสำคัญแห่งรัฐธรรมนูญ ผูกพันองค์กรตามรัฐธรรมนูญ รัฐสภา รัฐบาล ศาล และองค์กรของรัฐทุกองค์กร จึงเป็นบทบาทและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในการใช้อำนาจรัฐให้อยู่ภายใต้ขอบเขตแห่งรัฐธรรมนูญ ในการนี้ สิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้มิใช่สิทธิเด็ดขาด ซึ่งสิทธิตามรัฐธรรมนูญอาจถูกจำกัดสิทธิได้ โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่บัญญัติเป็นสำนวนคำว่า “เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย” (pursuant to law) แต่การใช้อำนาจเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในการกระทำทางกฎหมาย ออกคำสั่ง กฎ และข้อบังคับต่าง ๆ เหล่านี้ ต้องไม่ขัดต่อสาระสำคัญแห่งรัฐธรรมนูญ และการกระทำทางกฎหมาย ออกคำสั่ง กฎ และข้อบังคับ ดังกล่าว ต้องเป็นไปตามหลักสัดส่วนด้วย

การจำกัดสิทธิตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว ตามที่รัฐธรรมนูญในประเทศต่าง ๆ ในรัฐสมัยใหม่บัญญัติไว้นั้น มิใช่เป็นการจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ เพื่อมุ่งหวังมิให้มีการใช้บังคับทางกฎหมายตามรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด แต่เนื่องจากความเปลี่ยนแปลงทางสังคมการเมืองและทางเศรษฐกิจในสภาวะปัจจุบัน รัฐจำต้องเข้าแทรกแซงในการจัดระเบียบสังคมตามในรูปคำสั่ง กฎ ข้อบังคับที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้เป็นการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่ง กฎ และข้อบังคับต่างๆ เพื่อการจำกัดสิทธิและเสรีภาพบุคคลในบางประเภท แต่การเข้าแทรกแซงจำกัดสิทธิบุคคลของรัฐในรูปของคำสั่ง กฎ ข้อบังคับนั้น ต้องชอบด้วยรัฐธรรมนูญและต้องมีความเหมาะสมและมีความจำเป็นสมเหตุสมผล

ตามพฤติการณ์แต่ละกรณีไปตามความมุ่งหมายแห่งบทกฎหมายและรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุนี้ หลักสัดส่วนจึงเป็นเครื่องมือสำคัญในการบังคับใช้ในการควบคุมการใช้อำนาจรัฐในการจำกัด สิทธิและเสรีภาพบุคคลที่มิชอบด้วยด้วยรัฐธรรมนูญ (Quirk, 1999) ทั้งนี้ นักกฎหมาย (Yucel, 2003) เห็นว่าการละเมิดสิทธิและเสรีภาพบุคคล ส่วนมากมาจากการใช้อำนาจรัฐในการออกกฎหมาย คำสั่ง กฎ และข้อบังคับต่าง ๆ ของผู้ใช้อำนาจรัฐ การบังคับใช้หลักสัดส่วน จึงเป็นการควบคุมการใช้อำนาจรัฐ ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือองค์องค์ของรัฐในการออกคำสั่ง กฎ ข้อบังคับนั้นจำต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์หลักสัดส่วนด้วย

หลักในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์แห่งรัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้ โดยจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญนั้นต้องไม่ขัดต่อสาระสำคัญแห่งรัฐธรรมนูญ และศาลรัฐธรรมนูญใช้หลักสัดส่วนในการควบคุม คำสั่ง กฎ และข้อบังคับ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามอำนาจรัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้ ดังปรากฏการบังคับใช้หลักสัดส่วนของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Reinhard, 2005) ในกรณีเป็นการขัดต่อหลักสัดส่วนย่อมเป็นการมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญโดยตาม กฎหมายพื้นฐานของเยอรมนีได้บัญญัติหลักการจำกัดสิทธิไว้ในมาตรา 19 และการออกกฎหมาย กฎ ข้อบังคับตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายพื้นฐานย่อมตกอยู่ในบังคับของหลักสัดส่วน ดังนั้น การใช้อำนาจรัฐในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 นอกจากการจำกัดสิทธิตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ยังตกอยู่ภายใต้การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามหลักสัดส่วนของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีด้วย

6. สิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949

ตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 หรือกฎหมายพื้นฐาน ได้สถาปนาขึ้นภายหลังการพ่ายแพ้ในสงครามโลกครั้งที่สองตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของฝ่ายพันธมิตร การร่างรัฐธรรมนูญตามแนวความคิดรัฐธรรมนูญนิยมโดยอาศัยบทเรียนในอดีตจากสงครามและปัญหาทางการเมือง สาระสำคัญส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญได้แก่การคุ้มครองและรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานไว้ในรัฐธรรมนูญ เป็นบทบาทและอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ซึ่งในสมัยอาณาจักรไรช์ (Reich) ตามรัฐธรรมนูญ Bismarck ใน ค.ศ. 1871 ได้บัญญัติเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับองค์กรแห่งรัฐเท่านั้น โดยไม่มีบทบัญญัติรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานไว้ ต่อมาภายหลังสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง ค.ศ. 1871 ได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญไวม่าร์ (Wiemar) ค.ศ. 1919 แทน ซึ่งตามรัฐธรรมนูญไวม่าร์ดังกล่าว ได้บัญญัติระบบการเมืองที่เป็นรูปแบบรัฐสภาสาธารณรัฐ (parliamentary federal republic) ด้วยการรวมศูนย์อำนาจทางการเมืองไว้ ในส่วนที่เกี่ยวกับสิทธิปัจเจกชนถูกจำกัดโดยผลทางการเมือง ซึ่งตามรัฐธรรมนูญไวม่าร์เพียงบัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐานไว้กว้าง ๆ ให้เป็นไปตามกฎหมายบัญญัติ เพื่อให้บัญญัติเป็นตัวบทกฎหมายขึ้นภายหลัง (Hallbronner. 1999) การบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญไวม่าร์ดังกล่าวย่อมเป็นไปตามความต้องการของผู้ใช้อำนาจทางการเมืองเท่านั้น (Goold, Lazarus, & Swiney, 2007)

ตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 หรือเรียกกันว่ากฎหมายพื้นฐาน มาตรา 1(3) บัญญัติว่า “บทบัญญัติตามกฎหมายพื้นฐานผูกพันอำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ เสมือนหนึ่งเป็นการบังคับใช้กฎหมายโดยตรง” ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ

ชี้ให้เห็นว่า ตามกฎหมายพื้นฐานได้บัญญัติให้การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ตั้งแต่ มาตรา 1 ถึง มาตรา 19 และอีกหลายมาตรา บัญญัติสิทธิตามรัฐธรรมนูญไว้ในกฎหมายพื้นฐานซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ ย่อมผูกพันองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรศาล เป็นการบังคับใช้กฎหมาย โดยตรงในการใช้อำนาจรัฐมิให้ละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งหลักการดังกล่าวมีความแตกต่างจากรัฐธรรมนูญไวม่าร์ ค.ศ. 1919 ที่บัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับสิทธิตามรัฐธรรมนูญให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งตราโดยรัฐสภาในวงจำกัดมากหรือมิได้ตราขึ้นเลย หรือตราขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ปรากฏในสมัยรัฐบาลภายใต้การนำของพรรคนาซี Adolf Hitler ได้อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามอำนาจรัฐธรรมนูญไวม่าร์ ค.ศ. 1919 ตรากฎหมายฉบับลงวันที่ 24 มีนาคม ค.ศ.1933 ยกเลิกกฎหมายอันเกี่ยวด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนสิ้นเชิงและรัฐบาลมีอำนาจเต็มในการออกกฎหมายโดยไม่ต้องผ่านรัฐสภาแต่อย่างใด (Hallbronner. 1999) จึงเห็นว่าเป็นการจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญไวม่าร์ โดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญไวม่าร์ที่บัญญัติให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (Andries, 1999) ดังนั้น รัฐบาลภายใต้การนำของพรรคนาซี จึงเป็นการทำลายหลักพื้นฐานรัฐธรรมนูญ (constitutional principles) และหลักสิทธิขั้นพื้นฐาน (basic rights) โดยสมบูรณ์แบบ (Michalowski and Woods, 1999)

จากบทเรียนในอดีตภายใต้การนำของพรรคนาซี คณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญมีแนวความคิดพื้นฐาน เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพจะต้องอยู่เหนือสิ่งอื่นใด ตามที่เรียกว่า “สิทธิขั้นพื้นฐาน” ซึ่งถือเป็นสาระสำคัญแห่งรัฐธรรมนูญในการร่างรัฐธรรมนูญและเป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน อันได้แก่กฎหมายพื้นฐานตั้งแต่มาตรา 1 ถึงมาตรา 19 เป็นเรื่องการคุ้มครองเสรีภาพพลเมือง (civil liberties) รวมทั้งสิทธิขั้นพื้นฐานตามคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ

มาตรา 93 (1) (4a) (b) อันได้แก่สิทธิการต่อต้านการลบล้างรัฐธรรมนูญตาม มาตรา 20 (4) สิทธิความเสมอภาค สิทธิการได้รับการปฏิบัติที่เท่าเทียมกัน ไม่เลือกปฏิบัติจากรัฐหรือเจ้าหน้าที่รัฐ ตามมาตรา 33 สิทธิการเลือกตั้งทั่วไป โดยตรง อิสระ เสมอภาค และลับ ตามมาตรา 38 สิทธิการได้รับการพิจารณาคดีจากศาลที่มีอำนาจตามกฎหมาย จะตั้งศาลพิเศษขึ้นเพื่อพิจารณาคดีโดยเฉพาะไม่ได้ การให้ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีอยู่พ้นจากการพิจารณาคดีไม่ได้ ตามมาตรา 101 สิทธิได้รับการพิจารณาคดีตามกฎหมาย การรับโทษทางอาญาได้เมื่อการกระทำการนั้น กฎหมายที่บังคับใช้อยู่บัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และการรับโทษอาญาในความผิดเดียวกันซ้ำไม่ได้ตาม มาตรา 103 สิทธิที่ได้รับหลักประกันทางกฎหมายในกรณีสูญเสียเสรีภาพตาม มาตรา 104 ซึ่งการจำกัดสิทธิขั้นพื้นแห่งรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ต้องไม่เป็นการขัดต่อสาระสำคัญแห่งรัฐธรรมนูญตาม มาตรา 19 (2) มิฉะนั้นแล้ว การคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตามกฎหมายพื้นฐาน อาจถูกจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานได้ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายได้โดยง่าย (Kommers, 1999) และตามกฎหมายพื้นฐานใน มาตรา 79 (3) บัญญัติในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ในส่วนที่เป็นบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในมาตรา (1) และ มาตรา (20) มิได้ ซึ่งในมาตรา (1) เป็นบทบัญญัติรัฐธรรมนูญสหพันธ์เกี่ยวด้วยการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ซึ่งผูกพันองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการ เสมือนหนึ่งเป็นการใช้บังคับกฎหมาย ส่วนในมาตรา 20 เป็นบทบัญญัติเกี่ยวด้วยอำนาจอธิปไตยสหพันธ์เป็นอำนาจปวงชน และหลักนิติรัฐไม่ว่าการบัญญัติกฎหมายต้องอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญสหพันธ์ อีกทั้ง อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการอยู่ภายใต้กฎหมาย ซึ่งหลักการดังกล่าว นักกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Goold, Lazarus, & Swiney, 2007) เห็นว่า “รัฐธรรมนูญสหพันธ์คุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตาม

รัฐธรรมนูญโดยรัฐธรรมนูญ"

สิทธิตามกฎหมายพื้นฐานเหล่านี้ในสิทธิบางประเภทตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์บัญญัติให้สิทธินั้นเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และสิทธิบางประเภทตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ไม่ได้บัญญัติไว้โดยตรง ซึ่งนักกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Michalowski and Woods, 1999) เห็นว่าการที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์บัญญัติการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น เป็นการจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญดังนี้

6.1 รัฐธรรมนูญาสหพันธ์สงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญ

ตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ในหมวด 1 ว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญบัญญัติให้การคุ้มครองและการรับรองสิทธิตามรัฐธรรมนูญไว้บางประเภทว่า "ให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย" (pursuant to law) ซึ่งตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ดังกล่าว นักกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Michalowski and Woods, 1999) เรียกว่า "การสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญโดยชอบ" (statutory reservation) ย่อมมีความหมายว่าสิทธิขั้นพื้นฐานอาจถูกจำกัดโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งการสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญาสหพันธ์ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว เป็นการสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นการทั่วไป และการสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นการเฉพาะเจาะจง

1) การสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นการทั่วไป: เป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นการทั่วไป ซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับต้องไม่บัญญัติเป็นการเฉพาะเจาะจงไว้ ดังปรากฏตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ว่าด้วยเสรีภาพในการชุมนุม มาตรา 8(2) ซึ่งในมาตรา 8(1) บัญญัติให้การคุ้มครองเสรีภาพในการชุมนุมว่า "ชาวเยอรมันมีสิทธิในการชุมนุมอย่างสงบและปราศจากอาวุธ โดยไม่ต้องแจ้งล่วงหน้า หรือได้รับอนุญาต" มาตรา 8 (2)

บัญญัติว่า "การชุมนุมในกลางแจ้ง สิทธิดังกล่าวอาจถูกจำกัดได้โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย" ตามกฎหมายพื้นฐานในมาตราดังกล่าว เป็นการคุ้มครองเสรีภาพการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ ส่วนการชุมนุมในกลางแจ้งอาจถูกจำกัดสิทธิได้โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย จึงเห็นได้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้นั้น เป็นการสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นการทั่วไป ซึ่งต้องสอดคล้องตามสาระสำคัญแห่งรัฐธรรมนูญ ดังนั้น บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องเป็นบทบัญญัติทั่วไปเกี่ยวด้วยการชุมนุม การบัญญัติเจาะจงเป็นการเฉพาะว่าต้องเป็นการชุมนุมเฉพาะเรื่องใดเรื่องหนึ่ง กาลใดหรือ เวลาใด อาจเป็นการมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ สิทธิและเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ กฎหมายพื้นฐานได้บัญญัติคุ้มครองไว้ใน มาตรา 8 (1) โดยไม่ต้องแจ้งล่วงหน้า หรือได้รับอนุญาต (Michalowski and Woods, 1999)

2) การสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นการเฉพาะเจาะจง: เป็นการจำกัดสิทธิโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ที่บัญญัติเฉพาะเจาะจงไว้เท่านั้น การบัญญัติการจำกัดสิทธิโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่สอดคล้องหรือไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ที่บัญญัติเฉพาะเจาะจงไว้ ย่อมขัดต่อสาระสำคัญแห่งรัฐธรรมนูญสหพันธ์ เป็นการมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ในการนี้ ตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์หรือกฎหมายพื้นฐานบัญญัติการสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นการเฉพาะดังกล่าวนี้เป็นเรื่องเกี่ยวด้วยสิทธิส่วนได้เสียมหาชน (public interests) ไม่ว่าสิทธิส่วนได้เสียมหาชนในด้านการดำรงชีพ ความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินมหาชน ซึ่งนักกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Michalowski and Woods, 1999) เห็นว่าสิทธิประโยชน์ในสิทธิส่วนได้เสียมหาชนมีความสำคัญกว่าสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ จึงสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญไว้เป็นการเฉพาะโดยถือว่าเป็นการชอบด้วยกฎหมายด้วย

การสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นการเฉพาะนี้ ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ว่าด้วยเสรีภาพในการย้านฐานถิ่นที่อยู่ มาตรา 11(2) ซึ่งในมาตรา 11(1) บัญญัติ ว่า "ชาวเยอรมันมีเสรีภาพในการย้ายฐานถิ่นที่อยู่ตลอดอาณาเขตสาธารณรัฐ" และใน มาตรา 11(2) บัญญัติว่า "สิทธิดังกล่าว อาจจำกัดได้โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และเป็นการเฉพาะในกรณีที่บุคคลไม่เพียงพอมีความขาดแคลนสิ่งจำเป็นในการดำรงชีวิต

และส่งผลเป็นภาระเฉพาะแก่ประชาคม หรือในกรณีที่การจำกัดสิทธินี้มีความจำเป็นในการหลีกเลี่ยงภยันตรายในการดำรงชีวิต หรือคำสั่งสหพันธ์หรือมลรัฐในการขจัดอันตรายแห่งการแพร่โรคระบาด เกี่ยวเนื่องจากภัยพิบัติทางธรรมชาติ หรืออุบัติภัยทั่วไป การป้องกันผู้เยาว์จากการทอดทิ้ง การป้องกันอาชญากรรม"

ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญสหพันธ์ดังกล่าว ย่อมเห็นได้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายในการจำกัดสิทธิการย้ายถิ่นที่อยู่ดังกล่าวบัญญัติได้โดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญต้องเป็นการเฉพาะที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์บัญญัติการสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญเท่านั้น ซึ่งการบัญญัติบทบัญญัตแห่งกฎหมายนอกเหนือหลักเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ ย่อมเป็นการขัดต่อสาระสำคัญแห่งรัฐธรรมนูญ เป็นการมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Michalowski and Woods, 1999)

6.2 รัฐธรรมนูญสหพันธ์ไม่ได้สงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญ

ตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ในหมวด 1 ว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญบัญญัติให้การคุ้มครองและการรับรองสิทธิตามรัฐธรรมนูญไว้บางประเภทตามกฎหมายพื้นฐานไม่ได้บัญญัติให้ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ย่อมมีความหมายว่าสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นสาระสำคัญแห่งรัฐธรรมนูญไม่ต้องการให้มีการ

ออกบทบัญญัติแห่งกฎหมายบัญญัติให้เป็นอย่างอื่น และรัฐธรรมนูญสหพันธ์ไม่ต้องการให้มีทางเลือกเป็นอย่างอื่นในการตรากฎหมายโดยนิติบัญญัติ หรือให้ตราบทบัญญัติแห่งกฎหมายในการจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญในประเภทดังกล่าว ซึ่งสิทธิที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์ให้ความคุ้มครองเด็ดขาด ดังบัญญัติไว้ตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ว่าด้วยเสรีภาพในความเชื่อ ความรู้สึกนึกคิด และนับถือศาสนา ตามมาตรา 4 (1) บัญญัติว่า

"เสรีภาพในความเชื่อ ความรู้สึกนึกคิด และเสรีภาพในการนับถือศาสนา หรือหลักปรัชญาทั่วไป จะละเมิดมิได้"

จากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าว นักกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Michalowski and Woods, 1999) เห็นว่ารัฐธรรมนูญสหพันธ์ไม่ได้บัญญัติการสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญโดยชอบด้วยกฎหมาย (without statutory reservation) เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์ให้การรับรองและการคุ้มครองโดยตรง อันมีลักษณะที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์ให้ความคุ้มครองสิทธิประเภทเด็ดขาด และถือเป็นสาระสำคัญแห่งรัฐธรรมนูญ การบัญญัติบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เพื่อจำกัดสิทธิและเปลี่ยนแปลงสิทธิดังกล่าวย่อมเป็นการมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

7. การจำกัดสิทธิตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์

บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญ มิใช่แนวคิดใหม่ตามรัฐธรรมนูญนิยม ในรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 แต่อย่างใด แต่บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้บัญญัติประกาศใช้รัฐธรรมนูญไวม่าร์ (Wiemar) ค.ศ. 1919 ซึ่งตามรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวไม่ได้บัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐานไว้

โดยชัดแจ้ง แต่บัญญัติให้สิทธิเหล่านี้ ให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่รัฐสภาบัญญัติขึ้นภายหลัง ย่อมเป็นการยากที่รัฐสภาจะตรากฎหมายในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพปัจเจกบุคคล แต่บทบัญญัติแห่งกฎหมายตามที่รัฐธรรมนูญไวม่าร์บัญญัติให้อำนาจไว้ กลับกลายเป็นเครื่องมือในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพปักเจกบุคคลและเป็นเครื่องมือในการใช้อำนาจรัฐหรือประโยชน์ทางเมืองอื่น มีผลกระทบต่อกระทบสิทธิส่วนได้เสียเอกชน (private interests) และสิทธิส่วนได้เสียมหาชน (public interests) โดยรวมทั้งทางตรงและทางอ้อม ซึ่งเห็นได้ชัดจากผู้นำรัฐบาลพรรคนาซี ได้อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามอำนาจรัฐธรรมนูญไวม่าร์ ค.ศ. 1919 ตรากฎหมายฉบับลงวันที่ 24 มีนาคม ค.ศ.1933 ยกเลิกกฎหมายอันเกี่ยวด้วยสิทธิขั้นพื้นฐานของปัจเจกชนสิ้นเชิงและรัฐบาลมีอำนาจเต็มในการออกกฎหมายโดยไม่ต้องผ่านรัฐสภาแต่อย่างใด จึงเห็นว่าเป็นการจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญไวม่าร์ โดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญไวม่าร์ที่บัญญัติให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เพื่อการใช้อำนาจรัฐในทางเผด็จการที่แท้จริงและนำประเทศเข้าสู่หายนะในสงครามโลกครั้งที่สอง (Andries, 1999)

จากบทเรียนในอดีตในการใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายตามรัฐธรรมนูญไวม่าร์ ค.ศ. 1919 ของพรรค นาซี ซึ่งในการร่างรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 นักกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Caldwell, 1997) เห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญยังมีความจำเป็นเพื่อสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญบางประเภทเพื่อประโยชน์แก่สิทธิส่วนได้เสียมหาชนโดยรวม จึงได้แบ่งลักษณะสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ เป็นสิทธิประเภทที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์สงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และสิทธิประเภทที่รัฐธรรมนูญไม่ได้สงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย อีกทั้งการจำกัดสิทธิตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญโดยอำนาจรัฐธรรมนูญดังกล่าวต้องเป็นไปตาม

กฎหมายพื้นฐานที่ได้บัญญัติไว้ตามมาตรา 19 ทั้งนี้ เพื่อมิให้ผู้ใช้อำนาจรัฐอาศัยบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้อำนาจไว้ตรากฎหมาย กฎ ข้อบังคับเพื่อการใช้อำนาจเผด็จการ ดังเช่น บทเรียนในอดีตของพรรคนาซี และการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ขึ้น มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ ในการคุ้มครองรัฐธรรมนูญและการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ เป็นการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานจากการใช้อำนาจรัฐโดยเผด็จการและการบิดเบือนการใช้อำนาจรัฐ

ตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 มาตรา 1 ได้บัญญัติหลักคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานและผูกพันองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการ ในการบังคับใช้กฎหมายตามสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ด้วย ในการนี้การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ย่อมต้องเป็นไปตามกฎหมายพื้นฐานบัญญัติไว้ตามมาตรา 19 ว่าด้วยการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานบัญญัติว่า

“มาตรา 19

(1) ภายใต้กฎหมายพื้นฐานนี้ การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานก็โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องเป็นการบังคับใช้ทั่วไปและไม่เป็นการบังคับใช้กฎหมายเฉพาะบุคคลใดบุคคลหนึ่งโดยเจาะจง นอกจากนี้ บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องระบุถึงบทบัญญัติแห่งสิทธิขั้นพื้นฐานและมาตราที่เกี่ยวข้องด้วย

(2) ไม่ว่ากรณีใด ห้ามจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานในส่วนที่เป็นสาระสำคัญแห่งกฎหมายพื้นฐาน

.....”

จากบทบัญญัติกฎหมายพื้นฐานในมาตรา 19 (1) (2) ดังกล่าว ได้กำหนดหลักเกณฑ์สำคัญในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้

ดังนี้

1) การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานต้องเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้น

2) การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานต้องเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่กฎหมายพื้นฐานบัญญัติให้อำนาจไว้โดยต้องอ้างระบุบทบัญญัติแห่งกฎหมายพื้นฐานนั้นและระบุมาตราที่เกี่ยวข้อง ในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานด้วย

3) การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานต้องเป็นการบังคับใช้ทั่วไป จะบังคับใช้เฉพาะบุคคลคนใดคนหนึ่งไม่ได้

4) การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ต้องไม่ขัดต่อสาระสำคัญแห่งรัฐธรรมนูญสหพันธ์

ในการนี้ นักกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Michalowski and Woods, 1999) ได้อธิบายหลักการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 มาตรา 19 ดังนี้

1) บทบัญญัติแห่งกฎหมายต้องเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์บัญญัติให้อำนาจไว้

การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ต้องเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และต้องเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญที่กฎหมายพื้นฐานบัญญัติให้อำนาจไว้ ตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 19(1) เพื่อมิให้ตรากฎหมายที่ขัดต่อกฎหมายพื้นฐานหรือที่กฎหมายพื้นฐานไม่อนุญาตให้ตราขึ้นใช้บังคับ หรือเกี่ยวกับส่วนที่เป็นสาระสำคัญแห่งกฎหมายพื้นฐาน จึงเป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญให้การคุ้มครองและรับรองไว้เด็ดขาด

2) การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานต้องอ้างบทบัญญัติแห่งกฎหมายพื้นฐานและมาตราที่เกี่ยวข้อง

ตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ตามมาตรา 19(1) ได้บัญญัติต้องเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และต้องเป็นสิทธิตาม

รัฐธรรมนูญที่กฎหมายพื้นฐานบัญญัติให้อำนาจไว้ตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ จึงบัญญัติการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานต้องระบุอ้างบทบัญญัติแห่งกฎหมายพื้นฐานและมาตราที่เกี่ยวข้องด้วย ซึ่งการอ้างบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญและมาตราดังกล่าว เพื่อแสดงว่าสิทธิตามรัฐธรรมนูญ เป็นสิทธิประเภทที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์สงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญในการออกบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยชอบกฎหมาย เพื่อคุ้มครองสิทธิส่วนได้เสียมหาชน และมิใช่บทบัญญัติแห่งกฎหมายตามที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์คุ้มครองไว้เด็ดขาด

3) ห้ามจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเพื่อใช้บังคับแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ

การบัญญัติกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามมาตรา 19(1) ต้องตราเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายและเป็นการบังคับใช้แก่บุคคลทั่วไป ซึ่งกฎหมายที่ตราออกใช้เพื่อการใช้บังคับแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจงไม่ได้ ทั้งนี้ การตรากฎหมายออกใช้บังคับแก่คนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะเป็นการเลือกปฏิบัติอันมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญสหพันธ์ อีกทั้งบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญ เพื่อการใช้อำนาจรัฐให้โทษแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งนั้น เป็นการนำไปสู่การบิดเบือนการใช้อำนาจรัฐตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น หรือเป็นการใช้บทบัญญัติกฎหมายเป็นคุณแก่อีกฝ่ายหนึ่งเพื่อผลประโยชน์ของผู้ใช้อำนาจรัฐในทางอื่นโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

4) ห้ามจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานในส่วนที่เป็นสาระสำคัญแห่งรัฐธรรมนูญสหพันธ์

ตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ตามมาตรา 19(2) บัญญัติว่า ไม่ว่ากรณีใด ห้ามมิให้จำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานในส่วนที่เป็นสาระสำคัญแห่งกฎหมายพื้นฐาน ซึ่งตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ไม่ได้สงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามบทบัญญัติแห่ง

กฎหมาย ย่อมเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์คุ้มครองไว้เด็ดขาด ซึ่งรัฐธรรมนูญสหพันธ์ไม่มุ่งหมายให้มีการเปลี่ยนแปลง แก้ไข หรือตัดตอนในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรรมนูญสหพันธ์ ซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดบัญญัติการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน ย่อมเป็นการมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Goold, Lazarus, & Swiney, 2007)

5) การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานต้องมีความชัดเจนแน่นอนทางกฎหมาย

การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามที่กฎหมายพื้นฐานรับรองไว้ บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องมีความชัดเจนแน่นอนทางกฎหมายตามหลักเกณฑ์การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ตามมาตรา 19 และไม่คลุมเครือสงสัยว่าเป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานใดเกี่ยวกับเรื่องอะไรอย่างไรและเพียงใด หรือบทบัญญัติแห่งกฎหมายบัญญัติโดยมีเงื่อนไขเป็นการไม่แน่นอน ซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดไม่มีความชัดเจนแน่นอนทางกฎหมาย บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

8. การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามหลักสัดส่วนของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

จากแนวความคิดของคณะผู้ร่างรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้บัญญัติรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นไปตามทฤษฎี “รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด” อันก่อให้เกิดหลักเกณฑ์ลำดับชั้นแห่งบรรทัดฐานกฎหมาย (hierarchy of legal norm) ซึ่งหลักลำดับชั้นแห่งบรรทัดฐานกฎหมายดังกล่าว นักกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Heinrich, 2001) เห็นว่ากฎหมายที่มีศักดิ์ต่ำกว่ารองลงมาจากรัฐธรรมนูญจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมิได้ ทั้งนี้เพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานจากการตรากฎหมายโดยอาศัยเสียงข้างมาก

ของรัฐสภาละเมิดต่อสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ในการนี้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพื่อการคุ้มครองรัฐธรรมนูญและการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์รับรองไว้ (Haltern, 1996)

8.1 บทบาทและอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามหลักสัดส่วน

บทบัญญัติแห่งกฎหมาย ในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน เป็นบทบาทและอำนาจหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ตามมาตรา 93 ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์จะริเริ่มบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามหลักสัดส่วนในการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงนามธรรม (abstract norm control) การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรม (concrete norm control) และกระบวนการเยียวยาทางกฎหมาย (legal remedy) ตามคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ (constitutional complaint)

1) การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงนามธรรม: ตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ตามมาตรา 93 (1) (2) ซึ่งบัญญัติให้รัฐบาลสหพันธ์ รัฐบาลมลรัฐ หรือจำนวนหนึ่งในสามของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรยื่นต่อศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้ (Born, 1996) ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ริเริ่มดำเนินการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามหลักสัดส่วน

2) การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรม: ตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ตามมาตรา 100 (1) เป็นการควบคุมกฎหมายเฉพาะที่ศาลมีปัญหาเกี่ยวด้วยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่ศาลจะ

ใช้บังคับแก่คดีว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลจะพักการพิจารณาคดีไว้และส่งเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ เพื่อตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายดังกล่าว (Born, 1998) ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ริเริ่มดำเนินการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามหลักสัดส่วน

3) คำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ: ตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ตามมาตรา มาตรา 93 (1) (4a) และกฎหมายว่าด้วยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ (FCC) มาตรา 90 วรรคสอง บุคคลนั้นย่อมมีสิทธิยื่นคำร้องทุกข์ต่อศาลรัฐธรรมนูญในกรณีที่ถูกละเมิดสิทธิตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ภายใต้หลักส่วนเสริม (subsidiary principle) แต่บุคคลนั้นจะยื่นคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญต่อศาลรัฐธรรมนูญได้ต่อเมื่อได้เสร็จสิ้นกระบวนการของศาลอื่นเสียก่อนและต้องยื่นภายในระยะเวลาที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ (Wöhrmann, 2001) และศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ริเริ่มดำเนินการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามหลักสัดส่วน

ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ริเริ่มการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามหลักสัดส่วน เมื่อร้องขอในการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงนามธรรม การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรม หรือคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ

8.2 การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามหลักสัดส่วน

หลักสัดส่วน เป็นเครื่องมือที่สำคัญศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์กฎหมายเยอรมันเรียกว่า “Verhältnismäßigkeitspnizip” (Yucel, 2005) และได้บังคับใช้หลักสัดส่วนมาก่อนประเทศฝรั่งเศส นักกฎหมายมหาชน (Yucel, 2005) ถึงกับกล่าวว่าประเทศเยอรมนีเป็นแม่แบบของหลักสัดส่วน

โดยแท้ ซึ่งการบังคับใช้หลักสัดส่วนในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ในการนี้ การออกคำสั่ง กฎ และข้อบังคับต่าง ๆ ของผู้ใช้อำนาจรัฐ องค์กรตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ไม่เป็นตามหลักการสัดส่วนหรือไม่สอดคล้องตามสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ย่อมเป็นการมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Michalowski and Woods, 1999) หลักสัดส่วนจึงเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการชั่งน้ำหนักของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

สิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ที่ให้ความคุ้มครองและรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญมิใช่สิทธิเด็ดขาด ซึ่งสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์บางประเภทอาจถูกจำกัดได้ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายภายใต้บทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญสหพันธ์ตามมาตรา 19 ซึ่งการออกคำสั่ง กฎ และข้อบังคับต่าง ๆ ของผู้ใช้อำนาจรัฐหรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวย่อมตกอยู่ภายใต้บังคับตามหลักสัดส่วน (Goold, Lazarus, & Swiney, 2007) ตามหลักเกณฑ์และวิธีการของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญดังนี้

1) รัฐธรรมนูญสหพันธ์ไม่ได้บัญญัติสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

ตามกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ได้บัญญัติการสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญาสหพันธ์ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานได้ แต่มิได้หมายความว่า ฝ่ายนิติบัญญัติมีอำนาจในการบัญญัติกฎหมายในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานโดยไม่มีขอบเขตจำกัดในการขยายการจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้ (Michalowski and Woods, 1999) ดังบัญญัติไว้ตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์

สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ว่าด้วยเสรีภาพในความเชื่อ ความรู้สึกนึกคิด และนับถือศาสนา ตามมาตรา 4 (1) บัญญัติว่า "เสรีภาพในความเชื่อ ความรู้สึกนึกคิด และเสรีภาพในการนับถือศาสนา หรือหลักปรัชญาทั่วไป จะละเมิดมิได้" อีกทั้งตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ มาตรา 79 (3) ห้ามแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในมาตรา (1) และมาตรา 20 ด้วย

จากบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญดังกล่าว ไม่ได้บัญญัติการสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญ เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์ให้การรับรองและการคุ้มครองโดยตรง อันมีลักษณะที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์ให้ความคุ้มครองสิทธิประเภทเด็ดขาด และถือเป็นสาระสำคัญแห่งรัฐธรรมนูญ การบัญญัติบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เพื่อจำกัดสิทธิและเปลี่ยนแปลงสิทธิดังกล่าวย่อมเป็นการมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ในการนี้การจำกัดสิทธิที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์ไม่ได้บัญญัติการสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือการบัญญัติกฎหมายจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามอำเภอใจของฝ่ายนิติบัญญัติ บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นอาจไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ได้นัยตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในคดี BVerfGE 7. 377 (1958) ตอนหนึ่งว่า

"เมื่อดำเนินการในขอบเขตตามสิทธิที่กฎหมายพื้นฐานให้ความคุ้มครองไว้ ฝ่ายนิติบัญญัติต้องบัญญัติบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้สอดคล้องตามกฎหมายพื้นฐานภายใต้ระเบียบสังคมนั้นเหมือนหนึ่งจุดเริ่มต้นแห่งกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติไม่พิจารณาบรรจุบทบัญญัติกฎหมายให้สอดคล้องกับกฎหมายพื้นฐาน เป็นการบัญญัติกฎหมายตามอำเภอใจที่เป็นไปในทางตรงกันข้าม กับกฎหมายพื้นฐาน ย่อมนำไปสู่การจำกัดการพิจารณาของฝ่ายนิติบัญญัติ ในการนี้ ความมุ่งหมายแห่งกฎหมายพื้นฐานเพื่อการป้องกันอิสระภาพปัจเจกบุคคล การที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์สงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญไว้เพียงเพื่อการคุ้มครองที่เพียงพอแก่ประโยชน์สาธารณะ..."

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในคดีดังกล่าว ชี้ให้เห็นว่าสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์บัญญัติคุ้มครองไว้ ฝ่ายนิติบัญญัติบัญญัติกฎหมายจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามอำเภอใจที่ไม่สอดคล้องตามกฎหมายพื้นฐานหรือขัดต่อรัฐธรรมนูญสหพันธ์ไม่ได้ แม้ว่าตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์บัญญัติสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญ (statutory reservation) ไว้ แต่เพื่อการคุ้มครองที่เพียงพอแก่ประโยชน์สาธารณะเท่านั้น

2) รัฐธรรมนูญาสหพันธ์บัญญัติสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งรัฐธรรมนูญสหพันธ์บัญญัติสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นการทั่วไป และบัญญัติสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นการเฉพาะเจาะจงไว้ การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญ สหพันธ์ ย่อมเป็นไปตามหลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 และหลักสัดส่วนดังนี้

2.1) การจำกัดสิทธิตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายต้องเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์บัญญัติให้อำนาจไว้

การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์สงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นการทั่วไป และบัญญัติสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นการเฉพาะเจาะจงตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ตามมาตรา 19(1) ได้บัญญัติต้องเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญที่กฎหมายพื้นฐานบัญญัติให้อำนาจไว้ และต้องระบุอ้างบทบัญญัติแห่งกฎหมายพื้นฐานและมาตราที่เกี่ยวข้องด้วย ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ดำเนินการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญว่า เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์สงวนสิทธิไว้

เพื่อประโยชน์มหาชนหรือไม่ ในเบื้องต้น (Michalowski and Woods, 1999)

การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าว ผู้ร้องได้ระบุอ้างบทบัญญัติแห่งกฎหมายพื้นฐานและมาตราที่เกี่ยวข้องด้วย ส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์บัญญัติสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์จะดำเนินการในหลักเกณฑ์การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในขั้นต่อไป

2.2) การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานในส่วนที่เป็นสาระสำคัญแห่งรัฐธรรมนูญสหพันธ์

ตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ตามมาตรา 19(2) บัญญัติห้ามจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานในส่วนที่เป็นสาระสำคัญแห่งกฎหมายพื้นฐาน ซึ่งการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ต้องไม่ขัดต่อสาระสำคัญแห่งรัฐธรรมนูญสหพันธ์ ในกรณีที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์บัญญัติสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นการทั่วไป ดังปรากฏตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 มาตรา 8(2) บัญญัติว่า “การชุมนุมในกลางแจ้ง สิทธิดังกล่าวอาจถูกจำกัดได้โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย” เป็นการสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นการทั่วไป ซึ่งต้องสอดคล้องตามสาระสำคัญแห่งรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องเป็นบทบัญญัติทั่วไปเกี่ยวด้วยการชุมนุม การบัญญัติเจาะจงเป็นเฉพาะว่า ต้องเป็นการชุมนุมเฉพาะเรื่องใดเรื่องหนึ่ง กาลใดหรือเวลาใด อาจเป็นการมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ สิทธิและเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ กฎหมายพื้นฐานได้บัญญัติคุ้มครองไว้ในมาตรา 8(1) โดยไม่ต้องแจ้งล่วงหน้า หรือได้รับอนุญาต (Michalowski and Woods, 1999)

ในกรณีที่กฎหมายพื้นฐานบัญญัติสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเป็นการเฉพาะเจาะจงไว้ ซึ่งการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ต้องไม่ขัดต่อสาระสำคัญแห่งรัฐธรรมนูญสหพันธ์ที่บัญญัติเฉพาะเจาะจงไว้ ดังปรากฏตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 มาตรา 11(2) บัญญัติว่า “สิทธิดังกล่าว อาจจำกัดได้โดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และเป็นการเฉพาะในกรณีที่บุคคลไม่เพียงพอมีความขาดแคลนสิ่งจำเป็นในการดำรงชีวิต และส่งผลเป็นภาระเฉพาะแก่ประชาคม หรือในกรณีที่การจำกัดสิทธินี้มีความจำเป็นในการหลีกเลี่ยงภยันตรายในการดำรงชีวิต หรือคำสั่งสหพันธ์หรือมลรัฐในการขจัดอันตรายแห่งการแพร่โรคระบาด เกี่ยวเนื่องจากภัยพิบัติทางธรรมชาติ หรืออุบัติภัยทั่วไป การป้องกันผู้เยาว์จากการทอดทิ้ง การป้องกันอาชญากรรม”

บทบัญญัติแห่งกฎหมายในการจำกัดสิทธิการย้ายถิ่นที่อยู่ดังกล่าวต้องเป็นการเฉพาะที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์บัญญัติการสงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญเท่านั้น ได้แก่บุคคลที่ไม่เพียงพอ มีความขาดแคลนสิ่งจำเป็นในการดำรงชีวิต และส่งผลเป็นภาระเฉพาะแก่ประชาคม หรือในกรณีที่การจำกัดสิทธินี้มีความจำเป็นในการหลีกเลี่ยงภยันตรายในการดำรงชีวิต หรือเงื่อนไขอื่นๆ ตามที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์ มาตรา 11 (2) บัญญัติไว้ ซึ่งการบัญญัติบทบัญญัตแห่งกฎหมายนอกเหนือหลักเกณฑ์ที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ ย่อมเป็นการขัดต่อสาระสำคัญแห่งรัฐธรรมนูญ เป็นการมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Michalowski and Woods, 1999)

อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีเป็นการยากในการพิจารณาวินิจฉัยว่า การใดเป็นการขัดต่อสาระสำคัญแห่งรัฐธรรรมนูญสหพันธ์ ในการนี้ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์จะบังคับใช้หลักสัดส่วนในการวินิจฉัย ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ เนื่องจากบทบัญญัติแห่งกฎมายในการจำกัด

สิทธิขั้นพื้นฐานเป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์บัญญัติสงวนไว้ ส่วนใหญ่เป็นการกระทำทางกฎหมายในรูปของคำสั่ง กฎ และข้อบังคับของผู้ใช้อำนาจรัฐ (Michalowski and Woods, 1999) อย่างไรก็ตาม การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ต้องไม่ขัดต่อส่วนที่เป็นสาระสำคัญแห่งกฎหมายพื้นฐานตาม มาตรา 19 (2) อีกทั้งรัฐธรรมนูญสหพันธ์ห้ามการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นการเด็ดขาดตาม มาตรา 79 (3) ด้วย (Goold, Lazarus, & Swiney, 2007)

2.3) การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานเพื่อใช้บังคับแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ

ในขั้นตอนต่อไป ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์จะพิจารณาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามมาตรา 19 (1) ต้องตราเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายและเป็นการบังคับใช้แก่บุคคลทั่วไป ซึ่งกฎหมายที่ตราออกใช้เพื่อการใช้บังคับแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจงหรือใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งโดยเฉพาะไม่ได้ ซึ่งนักกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Michalowski and Woods, 1999) อธิบายว่า ความมุ่งหมายแห่งกฎหมายพื้นฐานเพื่อการแบ่งแยกอำนาจให้ฝ่ายนิติบัญญัติแยกออกจากฝ่ายบริหารเพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งโดยเฉพาะ อีกทั้งป้องกันมิให้ใช้อำนาจเผด็จการในการบัญญัติกฎหมายบังคับใช้กับปัจเจกบุคคลคนใดคนหนึ่งเป็นการเฉพาะ

การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจงหรือใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งโดยเฉพาะ ย่อมเป็นการมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ นัยตาม คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในคดีร้านขายยาในสถานีรถไฟ Pharmacy in Railway Station Case, BVerfGE 13. 255 (1961) ตามข้อเท็จจริงว่า

การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ได้ออกกฎเป็นข้อบังคับให้ร้านขายยาที่อยู่ในสถานีรถไฟนั้นต้องเปิดร้านตามเวลากำหนด เจ้าของร้านขายยา ผู้ร้องได้ยื่นคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ (constitutional compliant) ต่อศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ว่า กฎข้อบังคับตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว เป็นการละเมิดต่อรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ตามมาตรา 19(1) เนื่องจากร้านขายยาของผู้ร้องมีเพียงร้านเดียวในเยอรมนีที่ตั้งอยู่ในสถานีรถไฟเท่านั้น ดังนั้น บทบัญญัติแห่งกฎหมายในการออกกฎข้อบังคับดังกล่าวเพียงเพื่อบังคับใช้กับผู้ร้องเท่านั้น ไม่ได้บังคับใช้แก่บุคคลทั่วไป ซึ่งในคดีนี้ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้วินิจฉัยว่าเป็นการไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญตามมาตรา 19(1) แห่งกฎหมายพื้นฐาน

ตามข้อเท็จจริงในคดีดังกล่าว หากกฎ ข้อ และบังคับดังกล่าวเป็นการใช้บังคับแก่ร้านขายยาทั่วไปและมีร้านขายยาอยู่หลายร้าน กฎข้อบังคับดังกล่าวย่อมเป็นการใช้บังคับต่อบุคคลทั่วไป อาจไม่ขัดต่อมาตรา 19(1) แห่งกฎหมายพื้นฐานได้

จากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ดังกล่าว ชี้ให้เห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ต้องเป็นการบังคับใช้แก่ทั่วไป ซึ่งกฎหมายที่ตราออกใช้เพื่อการใช้บังคับแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจงไม่ได้ เป็นการมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

2.4) บทบัญญัติแห่งกกฎหมายในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานต้องมีความชัดเจนและแน่นอนทางกฎหมาย

การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามที่กฎหมายพื้นฐานรับรองไว้ บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องมีความชัดเจนแน่นอนทางกฎหมายตามหลักเกณฑ์การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐ

เยอรมนี ค.ศ. 1949 ตามมาตรา 19 ซึ่งการบัญญัติบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ไม่ชัดเจนและคลุมเครือ ย่อมไม่อาจเข้าใจได้ว่าเป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานใดและมีขอบเขตเพียงใด ไม่มีความชัดเจนแน่นอนทางกฎหมาย บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นย่อมไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

2.5) การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามหลักสัดส่วน

หลักสัดส่วน (principle of proportionality / Verhältnis-mäßigkeitspnizip) ตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์มิได้มีบทบัญญัติดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่เป็นพื้นฐานหลักเกณฑ์ที่สำคัญที่ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ใช้เป็นเครื่องมือการชั่งน้ำหนักจากการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามที่รัฐธรรมนูญได้รับรองไว้ของผู้ใช้อำนาจรัฐในการกระทำทางกฎหมาย คำสั่ง กฎ และข้อบังคับในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานหรือใช้อำนาจเกินขอบเขตกฎหมายพื้นฐาน ในการนี้ ผู้ใช้อำนาจรัฐในการกระทำทางกฎหมาย ในการออกคำสั่ง กฎ และข้อบังคับต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ในหลักสัดส่วน (Michalowski and Woods, 1999) ดังนี้

(1) หลักความเหมาะสม (suitability/gignetheit)

หลักขั้นแรกของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ใช้ในการชั่งน้ำหนักตามวัตถุประสงค์ที่มุ่งหมายใช้บังคับนั้นมีความเหมาะสมกับการใช้บังคับในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานหรือไม่ ซึ่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์เห็นเป็นการชัดเจนว่าไม่มีความเหมาะสมในการใช้บังคับ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์อาจไม่พิเคราะห์พิจารณาตามหลักเกณฑ์ต่อไป (Yucel, 2005) หลักความเหมาะสม จึงเป็นหลักเกณฑ์การหาวิธีการเลือกทางกฎหมายและความมุ่งหมายสุดท้ายในการใช้บังคับกฎหมายที่มีความเหมาะสมและไม่ไกลกว่าความจำเป็น

นักกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Quirk, 1999) อธิบายว่าหลักความเหมาะสมที่ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ใช้ในการตรวจสอบความชอบด้วย

รัฐธรรมนูญประกอบด้วย (1) หลักวิธีการเลือกทางกฎหมาย (chosen means) และ (2) หลักสุดท้ายที่มุ่งหมายใช้บังคับ (desired end) นัยตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ที่ BVerfGE 55. 159 (1980) ตอนหนึ่งว่า

> "การจำกัดสิทธิตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายบัญญัติให้ใบอนุญาตการฝึกปืนใหญ่ (falconer) ต้องรอบรู้ตามวิธีการใช้อาวุธปืนขนาดเล็กและตามหลักฐานแสดงเป็นผู้เชี่ยวชาญชำนาญการในการใช้อาวุธปืน ซึ่งปืนใหญ่ชนิดนี้ไม่มีการใช้กันแล้ว จึงไม่จำต้องรอบรู้วิธีการใช้อยู่ในตัว อีกทั้งตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายบัญญัติดังกล่าว ไม่ได้แสดงให้เห็นความเชื่อมโยงถึงวิธีการเลือกทางกฎหมายและหลักสุดท้ายที่มุ่งหมายใช้บังคับโดยชัดระหว่างความต้องการในวิธีการใช้อาวุธปืนขนาดเล็กและปืนใหญ่ชนิดนั้นแต่อย่างใด การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวจึงไม่มีความเหมาะสมและไกลกว่าความจำเป็น ซึ่งเป็นการขัดต่อสิทธิตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ มาตรา 2(1) ที่บัญญัติว่า บุคคลทุกคนมีสิทธิในบุคลิกภาพตราบเท่าที่ไม่ละเมิดต่อสิทธิของบุคคลอื่น หรือละเมิดต่อรัฐธรรมนูญหรือศีลธรรมอันดี บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวจึงเป็นการมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญ"

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ดังกล่าว ชี้ให้เห็นว่าสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์บัญญัติคุ้มครองไว้ การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามหลักสัดส่วนต้องมีความเหมาะสม ซึ่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้พิเคราะห์พิจารณาความเชื่อมโยงของหลักวิธีการเลือกทางกฎหมายใช้บังคับนั้นมีความเหมาะสมหรือไม่ ซึ่งเป็นขั้นตอนของฝ่ายนิติบัญญัติในการบัญญัติตั้งแต่เริ่มแรกในรายละเอียดต่าง ๆ ชี้ให้เห็นถึงเหตุผลความจำเป็นนั้น และหลักความ

มุ่งหมายสุดท้ายที่ใช้บังคับว่ามีความเชื่อมโยงกับวิธีการเลือกทางกฎหมายใช้บังคับนั้น ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้พิจารณาพิเคราะห์ล่วงหน้า (ex ant) ว่าเมื่อวิธีการเลือกทางกฎหมายใช้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นแล้วเป็นความมุ่งหมายสุดท้ายที่ใกล้กับความจำเป็นในการบังคับหรือไม่ด้วย (Quirk, 1999)

(2) หลักความจำเป็น (necessity/Erforderlichkeit)

หลักขั้นที่สองเป็นมาตรการของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญเพื่อชั่งน้ำหนักพิเคราะห์พิจารณาว่ามีความจำเป็นต้องเข้าแทรกแซงในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานดังกล่าวหรือไม่ หลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นหลักการหนึ่งของการหาสัดส่วนที่มีการแทรกแซงน้อยที่สุด (the principle of least interference) และหลักการแทรกแซงที่น้อยที่สุด เป็นมาตรการที่มีความจำเป็นเมื่อไม่สามารถจะหามาตรการอื่นใดที่มีผลเช่นเดียวกับมาตรการที่ได้เลือกอีกได้และมาตรการดังกล่าวมีผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานตามกฎหมายพื้นฐานที่น้อยที่สุดด้วย (Michalowski and Woods, 1999)

หลักการแทรกแซงที่น้อยที่สุด ปรากฏตามข้อเท็จจริงในคดี BVerfGE 65. 1 (1983) ซึ่งได้ตราบทบัญญัติแห่งกฎหมายสำมโนประชากรแห่งชาติสหพันธ์ ค.ศ. 1983 บัญญัติให้มีการเก็บข้อมูลสำมโนประชากร และบัญญัติให้ทุกครัวเรือนกรอกและส่งคืนแบบฟอร์ม อีกทั้งบัญญัติให้มีการแลกเปลี่ยน และเปรียบเทียบข้อมูลส่วนตัวในสำมโนประชากรในหน่วยงานอื่นหรือในต่างมลรัฐอื่นหรือเป็นพื้นฐานทางการเมืองหรือการอื่นใดได้นั้น ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์มีคำวินิจฉัยที่ ตอนหนึ่งว่า

> “การเก็บข้อมูลสำมโนประชากรแห่งชาติเป็นการชอบด้วยรัฐธรรมนูญตราบเท่าที่มีความมุ่งหมายใช้ทางสถิติเท่านั้น ส่วนการ

สำรวจข้อมูลส่วนตัวของปัจเจกบุคคล ย่อมไม่มีความจำเป็นเพื่อความมุ่งหมายใช้ทางสถิติ ข้อมูลปัจเจกบุคคลเป็นข้อมูลส่วนตัวอันเกี่ยวด้วยสิทธิตามกฎหมายพื้นฐานมาตรา 2 (1) ประกอบด้วยมาตรา 1 (1) ที่รัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองสิทธิบุคคลในการตัดสินใจในการเปิดเผยข้อมูลส่วนตนและการใช้ข้อมูลส่วนตัวนั้นโดยชอบ การที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายสำมโนประชากรแห่งชาติสหพันธ์ ค.ศ 1983 บัญญัติให้มีการส่งข้อมูลส่วนตัวปัจเจกบุคคลที่ปัจเจกบุคคลมีอำนาจในการตัดสินใจไม่เปิดเผยข้อมูลส่วนตนและการใช้ข้อมูลส่วนตัวนั้นเพื่อการเปรียบเทียบข้อมูลในการลงทะเบียนทางตำรวจเพื่อให้มีข้อมูลที่ทันสมัยนั้น ย่อมไม่มีความจำเป็น (necessity) เป็นการละเมิดต่อเสรีภาพทางข้อมูลส่วนตัวตามกฎหมายพื้นฐาน"

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ดังกล่าว ชี้ให้เห็นว่าการบัญญัติบทบัญญัติแห่งกฎหมายในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานต้องสอดคล้องกับหลักสัดส่วนนอกจากมีความเหมาะสมในการใช้บังคับทางกฎหมายแล้วยังต้องมีความจำเป็นในการบังคับใช้ด้วย ซึ่งการเก็บข้อมูลสำมโนประชากรแห่งชาติมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในทางสถิติเท่านั้น ส่วนการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลโดยบัญญัติให้ลงทะเบียนทางตำรวจหรือหน่วยงานอื่นเพื่อให้มีข้อมูลที่ทันสมัยนั้นไม่มีความจำเป็นแต่อย่างใด ทั้งนี้ ข้อมูลปัจเจกบุคคลเป็นข้อมูลส่วนตัวอันเกี่ยวด้วยสิทธิตามกฎหมายพื้นฐานมาตรา 2 (1) ประกอบด้วยมาตรา 1 (1) ที่รัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองสิทธิบุคคลในการตัดสินใจในการเปิดเผยข้อมูลส่วนตนและให้ใช้ข้อมูลส่วนตัวนั้นโดยชอบ ซึ่งการออกบทบัญญัติแห่งกฎหมายในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญนั้นต้องเป็นการแทรกแซงที่น้อยที่สุด เป็นมาตรการที่มีความจำเป็นเมื่อไม่สามารถจะหามาตรการอื่นใดที่มีผลเช่นเดียวกับมาตรการที่ได้เลือกอีกได้และมาตรการดังกล่าวมีผลกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานตาม

กฎหมายพื้นฐานที่น้อยที่สุดด้วย (Quirk, 1999)

(3) หลักได้สัดส่วน (appropriateness/Verhältnismäβigkeit)

หลักขั้นที่สามของหลักสัดส่วน เป็นการชั่งน้ำหนักสิทธิส่วนได้เสียเอกชนตามกฎหมายพื้นฐานที่บัญญัติคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญ และสิทธิส่วนได้มหาชนต้องได้หลักสัดส่วนที่สมดุลกัน ซึ่งเกิดการกระทบต่อมหาชนเป็นส่วนน้อยและในขณะเดียวการกระทบต่อสิทธิบุคคลน้อยที่สุดด้วย เป็นการชั่งน้ำหนักความเป็นสมดุล (balance) ซึ่งกันและกันของการได้ส่วนสัดระหว่างการได้ประโยชน์และการเสียประโยชน์ในสัดส่วนสมดุลที่เหมาะสม (Yucel, 2005) ในการนี้ นักทฤษฎีหลักสัดส่วน โรเบิร์ต อเล็กซี (Alexy, 2002) เห็นว่าหลักได้สัดส่วนเป็นการชั่งน้ำหนักในการตัดสินที่สำคัญมากเพื่อการแยกแยะเหตุและผลที่มีกระทบต่อสิทธิประโยชน์ส่วนได้เสียในสิทธิปัจเจกชน ซึ่งบุคคลมีสิทธิที่แน่นอนที่รัฐต้องมีเหตุผลในการแทรกแซงจำกัดสิทธิปัจเจกบุคคล อีกทั้งรัฐต้องมีเหตุผลในการสนับสนุนสิทธิที่แน่นอนเหล่านี้เพื่อการดำรงอยู่ที่ดีขึ้น การจำกัดสิทธิส่วนได้เสียเอกชนตามกฎหมายจึงต้องหาหลักการได้สัดส่วนที่มีเหตุผลที่เป็นสมดุล (balance) ว่าได้ความเป็นสัดส่วนในเหตุผลที่มุ่งหมายใช้บังคับด้วย (Réaume, 2009)

หลักการได้สัดส่วนดังกล่าวนี้ เป็นการชั่งน้ำหนักความได้สมดุลการได้สัดส่วนที่เหมาะสมของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มุ่งหมายใช้บังคับ ซึ่งการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายต้องชั่งน้ำหนักที่บังคับใช้ต้องมีพฤติการณ์ที่ยิ่งกว่าพฤติการณ์ธรรมดาทั่วไป ซึ่งพฤติการณ์ในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นต้องมีความจำเป็น มีความสำคัญ และมีความเร่งด่วนมีผลกระทบต่อประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์สาธารณะด้วย (Michalowski and Woods, 1999) นัยตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ที่ BVerfGE 17, 306, 314 (1963) ตอนหนึ่งว่า

> "บทบัญญัติแห่งกฎหมายในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีผลต่อการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานในเรื่องเสรีภาพบุคคล จำต้องมีเหตุผล การได้สัดส่วนที่เหมาะสมได้สมดุลของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มุ่งหมายใช้บังคับที่ขัดต่อเสรีภาพบุคคลที่เรียกร้อง"

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ดังกล่าว ชี้ให้เห็นว่าการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามหลักสัดส่วนของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในขั้นตอนนี้ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ใช้หลักได้สัดส่วนในการชั่งน้ำหนักความได้สมดุลการได้สัดส่วนที่เหมาะสมของบทบัญญัติแห่งกฎหมายในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐาน

หลักได้สัดส่วนเป็นสมดุลในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ดำเนินการพิจารณาการได้สัดส่วนเป็นสมดุลระหว่างสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้กับสิทธิประโยชน์ที่เป็นสิทธิส่วนได้เสียมหาชน (public interests) ซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นต้องมีพฤติการณ์ที่ยิ่งกว่าพฤติการณ์ธรรมดาทั่วไป มีความจำเป็น มีความสำคัญ และมีความเร่งด่วน มีผลกระทบต่อประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์สาธารณะ ปรากฏตามข้อเท็จจริงในคดี Josefine Mutzenbacher Decision ตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ที่ BVerfGE 83, 130 (1990) ซึ่งยื่นคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญเกี่ยวด้วยศิลปกรรมที่กระทบต่อประโยชน์การป้องกันเด็กหนุ่มจากสิ่งพิมพ์ลามก ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์มีคำวินิจฉัยที่ ตอนหนึ่งว่า

> "ในกรณีที่เสรีภาพทางศิลปกรรมขัดต่อสิทธิประโยชน์ตามรัฐธรรมนูญ จำต้องพิเคราะห์ชั่งน้ำหนักการได้สัดส่วนเป็นสมดุลของสิทธิทั้งสองที่ขัดกัน ซึ่งในเรื่องนี้ หลักสัดส่วนมีความสำคัญที่นำมาวินิจฉัย ในประเด็นสำคัญแห่งความสมดุล จึงอยู่ที่ว่าเสรีภาพในด้าน

ศิลปกรรมขัดต่อประโยชน์ตามสิทธิรัฐธรรมนูญ จึงต้องให้รู้เสียก่อนว่าฝ่ายใดจะมีความสำคัญยิ่งหย่อนกว่ากันเพียงใด เมื่อปรากฏได้ชัดแจ้งว่าสิทธิเสรีภาพในศิลปะขัดต่อส่วนได้เสียมหาชน"

จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ดังกล่าว ชี้ให้เห็นว่าการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามหลักสัดส่วนของศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ในคดีนี้

ได้ชั่งน้ำหนักการได้สัดส่วนตามสมดุล (balance) ซึ่งสิทธิด้านศิลปกรรมเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ แต่สิทธิดังกล่าวกระทบต่อประโยชน์การป้องกันเด็กหนุ่มจากสิ่งพิมพ์ลามก เป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีความจำเป็น มีความสำคัญ และมีความเร่งด่วนมีผลกระทบต่อประโยชน์มหาชนหรือประโยชน์สาธารณะตามหลักการได้สัดส่วน

ในการนี้ การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์สงวนสิทธิตามรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หรือองค์กรต่าง ๆ ของรัฐ ที่ได้บัญญัติบทบัญญัติแห่งกฎหมายการกระทำทางกฎหมาย กฎ และข้อบังคับ ต้องสอดคล้องกับหลักสัดส่วนด้วย มิฉะนั้นแล้วการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์ได้ใช้หลักสัดส่วนทั้งสามหลักเป็นองค์ประกอบกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Michalowski and Woods, 1999)

9. บทสรุป

ตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 ได้บัญญัติการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐาน ซึ่งเป็นการคุ้มครองสิทธิตามรัฐธรรมนูญโดยรัฐธรรมนูญสหพันธ์ตาม มาตรา 79 (3) แต่สิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญ

สหพันธ์คุ้มครองไว้มิใช่สิทธิเด็ดขาด เป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์สงวนไว้ แต่การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานต้องเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์บัญญัติให้อำนาจไว้ตามหลักเกณฑ์การจำกัดสิทธิ มาตรา 19 (1) และห้ามการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานในส่วนที่เป็นสาระสำคัญแห่งรัฐธรรมนูญสหพันธ์ตามมาตรา 19 (2) อีกทั้งการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตกอยู่ภายใต้หลักสัดส่วนด้วย

การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานต้องเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์สงวนสิทธิไว้ จึงเห็นได้ชัดว่า แม้ตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ให้อำนาจในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ก็มิได้หมายความว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้ในการจำกัดสิทธิตามรัฐธรรมนูญได้ตามอำเภอใจหรือนอกขอบเขตแห่งรัฐธรรมนูญสหพันได้โดยชอบ ซึ่งบทบัญญัติแห่งกฎหมายในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญสหพันธ์ต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ตาม มาตรา 19 (1) โดยการจำกัดสิทธิตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายต้องเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญสหพันธ์บัญญัติให้อำนาจไว้ การจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานต้องไม่ใช้บังคับแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ และบทบัญญัติแห่งกกฎหมายในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานต้องมีความชัดเจนและแน่นอนทางกฎหมาย อีกทั้ง ห้ามจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานในส่วนที่เป็นสาระสำคัญแห่งกฎหมายพื้นฐานตาม มาตรา 19 (2) นอกจากนี้ บทบัญญัติแห่งกฎหมายในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นยังตกอยู่ภายใต้บังคับตามหลักสัดส่วนในการชั่งน้ำหนักหลักความเหมาะสม หลักความจำเป็น และหลักการได้สัดส่วนเป็นสมดุล

ในการนี้ ศาลรัฐธรรมนูญสหพันธ์มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามหลักสัดส่วน ซึ่งเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญทางภาวะวิสัย (objective constitutional review) และทางจิตวิสัย (subjective

constitutional review) ในการควบคุมบรรทัดฐานในเชิงนามธรรม (abstract norm control) การควบคุมบรรทัดฐานในเชิงรูปธรรม (concrete norm control) และคำร้องทุกข์ตามรัฐธรรมนูญ (constitutional complaint) เพื่อการคุ้มครองรัฐธรรมนูญและการคุ้มครองสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยตรง ซึ่งการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามหลักสัดส่วนดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญในประเทศต่าง ๆ ในรัฐสมัยใหม่ได้นำไปปรับใช้ตามทฤษฎีแนวคิดรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด

เอกสารอ้างอิง

Alexy, B. (2002). A theory of constitutional Rights. (Julian Rivers trans.). Oxford: Oxford University Press.

Andries, E. M. (1999). On the German constitution – fiftieth anniversary: Jacques Maritain and the 1949 Basic Law (Grundgesetz). **Emory International Law review, 13**(1), 1-75.

Anita, A. (2005). **Dissenting Thoughts**, in case No. 2002-20-0103. Retrieved April 17, 2005, from http://www.satv.tiesa.gov.lv/Eng/spriedum/20- 0103(opinions).htm

Aquinas, T. (1947). **Summa theologica.** The second part, Q. 40. (Benziger Bros. edition, 1947). Retrieved July 28, 2010, from http://ccel.org/a/aquinas/summa/SS.html

Aristotle: Nicomachean eithics. Book V; Hobbes, **Leviathan.** (1684). Retrieved July 28, 2010, from http://papers.ssrn.com/so13/PIP_Journal.cfm/pip_jrnl=624301

Born, S. (1996). **Rules of procedure of the Federal Constitutional Court [Geschftsordnung des Bundesverfassungsgerichts, GOBVerfGG].** German law archives: The Federal Constitutional Court. Ilona Orthen: Gerhard Dannemarnn.

Born, S. (1998). **Instructions on lodging a constitutional complaint with the Federal Constitutional Court.** German law archives: The Federal Constitutional Court, Ilona Orthen: Gerhard Dannemann.

Caldwell, P. (1997). **Popular sovereignty and the crisis of**

German constitutional law: The theory and practice of Weimar Constitution. Durharn, NC: Duke University Press.

Cardona, F. (2205). **Liabilities and discipline of civil servants.** Retrieved April 17, 2005, from http://www.sigmaweb.org/PDF/SIGMA_CS_DISCIPLINE_FC_ PDF

Cicero, T. M., Francis Barham tran., (1842). Treatise on the Commonwealth [54 BC] in **the political works of Marcus Tulllus Cicero comprising his treatise on the Commonwealth;** and his treatise on the laws. Retrieved April 17, 2005, from http://oll.libertyfund.org/ index.php?option=com_staticxt&staticfile= show.php%3Ftitle=546&layout=html

Emire. (2005). **Proportionality principle,** Retrieved April 8, 2005, from http://www.ANCHOR-PROPORTIONALI-TETSPRINGCIP-SE.htm

Engel, C. (2001). **The constitutional court – Applying the proportionality Principle-subsidiary authority for the assessment of political outcomes.** Bornn: Max-Planck Projektgruppe Recht der Germeinschaftsguter.

Engle, E. A. (2010). The history of the principle of proportionality: An overview (July 7, 2009). Retrieved July 28, 2010., **Journal of International Law and Dispute** from http://www. willamette. edu.wucl/wjildr/

Fischer, H. (2005). **Proportionality principle.** Retrieved April 8, 2005, from http://www. rimesofwar.org/thebook/proportion-principle.html

Goold, B., Lazarus, L., & Swiney, G. (2007). **Public protection, proportional, and the search the balance.** London: University of Oxford.

Grotius, H., Compbell trans. (1901). **The rights of war and peace including the law of nature and of nations.** Retrieved July 28, 2010, from http://oll.libertyfund.org/title/553/90737/2052898.on.2009-03-08

Haltern, U. R. (1996). **High time for a checkup: Progressivism, populism and constitutional review in Germany.** *Cambridge,* MA: Harvard Law School.

Hallbronner. K. (1999). Fifty years of the basic law-migration, citizenship and asylum, **The fifty years of German Basic Law Conference: The Fifty Years of German Basic Law conference.** John Hopkins University: American Institute for Contemporary German Studies.

Heinrich, H. G. (2001). **The hierarchy of legal norms in CEE constitutional system.** Vienna: University of Vienna.

Jensen, T. (2005). **Judicial review of public administration: Enforcement of Executive Decisions.** Denmark: The Supreme Court of Denmark.

Jones, H. W. (2002). **Bill of rights: The American residency.** Retrieved November 15, 2002. Columbia University, from http://gi.grolier.com/presidents/ea/side/bilright.html

Kommers, D. (1999). **Fifty years of German Basic Law.** Washington D.C.: The American Institute for Contemporary German.

Magna Charta. (1215). Retrieved July 28, 2010, from http://legal-dictionary.thefree dictionary. com/Magna+Charta

Michalowski, S., & Woods, L.(1999). **German constitutional law:The Protection of civil liberties.** England: Dartmouth Publishing.

Nishihara, H. (2009). **Constitutional meaning of the proportionality principle in the face of surveillance state.** Tokyo: Waseda University.

Quirk, P. (1999). **An Australian looks at German proportionality.** Retrieved July 28, 2010, from http://www.austlii.edu.au/au/journals/UNDAULawRw/1999/5.pdf.

Réaume, D. (2009). **Limitations on constitutional rights: The logic of proportionality.** Oxford: Oxford University Press.

Reinhard, R. (2002). Public law: Between law and necessity, **the Federal Constitutional Court confirms the rights of the Federal Government to warn the public** (in reply to Marion Albers), *German Law Journal,* No.12 (December 1, 2002): 8-11.

Starcevie, M. (2005). The violations of the proportionality principle in applying force in Nato air raids on Yugoslavia. **Law and politics,** *1,* 541-549.

Tapio, L. (2005). **The principle of proportionality in the finish sentencing system.** Retrieved April 10, 2005 from http://www.orn.fi/optula/uploads/0baxiwlo9o.pdf

The Council of Europe. (2005). **Concerning the exercise of**

discretionary powers. Retrieved April 17, 2005, Administrative Authorities from http://www.coe.int/T/E/Legal_ affairs/Legal_com

The Deputy Prime Minister Office. (2005) **Subsidiary and proportionality in spatial planning,** Retrieved April 8, 2005, from http://www.odpm.gov.uk/stellent/groups./ odpm_plan_ 606384.hcs

Vugt, A. M. (2005). **Proportionality in administrative law,** Retrived April 17, 2005, from http://www.nvt.nl/tflr/Articles/Adrienne%20de%Moor-van%20Vugt.pdf

Wöhrmann, G. (2001). **The Federal Constitutional Court: An introduction.** Ilonarthen: Gerhard Dannemann.

Yucel, O. G. (2003). **A comparative study on the principle of proportionality In law.** Kamu Hukuku: KhuK.

Yucel, O. G. (2005). **Administrative sanctioning system.** Retrieved April 17, 2005, from http://www.idare.ge.tr/ogurfu-adminstrative.htm

Federal Constitutional Court

BVerfGE 7, 377 (1958)

BVerfGE 13, 255 (1961)

BVerfGE 55. 159 (1980)

BVerfGE 65. 1 (1983)

BVerfGE 17, 306, 314 (1963)

BVerfGE 83, 130 (1990)

ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552*

*ศิวาภรณ์ เฉลิมวงศ์***

1. กล่าวนำ

ในระบบกฎหมายไทย "พระราชกำหนด" (Emergency Decree) เป็นอีกรูปแบบหนึ่งของกฎหมายที่ฝ่ายบริหารสามารถตราขึ้นโดยอำนาจที่รัฐธรรมนูญให้ไว้ ซึ่งหากได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ก็จะส่งผลให้พระราชกำหนดมีค่าบังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ โดยวัตถุประสงค์ของการมีพระราชกำหนดก็คือ การให้อำนาจฝ่ายบริหารสามารถ "ตรากฎหมาย" เพื่อแก้ไขปัญหาสำคัญและฉุกเฉินของประเทศที่หากจะใช้กลไกในการตรากฎหมายโดยรัฐสภาแล้วก็จะไม่ทันการและอาจก่อให้เกิดความเสียหายต่อประเทศและประชาชนได้[1]

โดยภายหลังเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชมาเป็นระบอบประชาธิปไตย ในปี พ.ศ. 2475 นั้น แนวความคิดในการให้อำนาจฝ่ายบริหารตรากฎหมายที่ค่าบังคับในระดับพระราชบัญญัติ

---

* บทความนี้เป็นความเห็นส่วนตัวของผู้เขียนมิได้เกี่ยวข้องกับองค์กรแต่อย่างใด

**เจ้าหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญ ๖ ว กลุ่มประสานงานศาลรัฐธรรมนูญระหว่างประเทศและวิเทศสัมพันธ์ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

[1] นันทวัฒน์ บรมานันท์, **การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดและความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดที่ยังไม่ได้รับการอนุมัติจากรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 219**, สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ 2549. หน้า iii

ก็ได้มีการบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญ คือ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 มาตรา 29 ความว่า *"ถ้ามีการฉุกเฉินเกิดขึ้น ซึ่งคณะกรรมการราษฎรจะเรียกประชุมสภาราษฎรให้ทันท่วงทีมิได้ และคณะกรรมการราษฎรเห็นสมควรจะต้องออกกฎหมาย เพื่อให้เหมาะแก่การฉุกเฉินนั้น ๆ ก็ทำได้แต่จะต้องรีบนำกฎหมายนั้นขึ้นให้สภารับรอง"* รวมถึงในรัฐธรรมนูญฉบับอื่นๆ ของไทยเกือบทุกฉบับ จนกระทั่งในปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ได้บัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ใน 2 มาตรา คือ

มาตรา 184 *"ในกรณีเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้*

การตราพระราชกำหนดตามวรรคหนึ่ง ให้กระทำได้เฉพาะเมื่อคณะรัฐมนตรีเห็นว่าเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้"

มาตรา 186 *"ในระหว่างสมัยประชุม ถ้ามีความจำเป็นต้องมีกฎหมายเกี่ยวด้วยภาษีอากรหรือเงินตราซึ่งจะต้องได้รับการพิจารณาโดยด่วนและลับเพื่อรักษาผลประโยชน์ของแผ่นดิน พระมหากษัตริย์จะทรงตราพระราชกำหนดให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติก็ได้*

พระราชกำหนดที่ได้ตราขึ้นตามวรรคหนึ่ง จะต้องนำเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรภายในสามวันนับแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา และให้นำบทบัญญัติมาตรา 184 มาใช้บังคับโดยอนุโลม"

ซึ่งจากบทบัญญัติดังกล่าวก็อาจจำแนกพระราชกำหนดออกเป็น 2 ประเภท คือ พระราชกำหนดทั่วไป ตามมาตรา 184 และพระราชกำหนดเกี่ยวด้วยภาษีอากรหรือเงินตรา ตามมาตรา 186 สำหรับในบทความนี้ผู้เขียน

จะได้ศึกษาและวิเคราะห์ **"พระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552"** ซึ่งให้อำนาจรัฐบาลในการกู้เงินจำนวน 400,000 ล้านบาท โดยมีประเด็นที่ควรพิจารณาดังนี้

1. เงื่อนไขในการตราพระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552 เป็นไปตามเงื่อนไขบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2550 มาตรา 184 วรรคหนึ่งและวรรคสองหรือไม่ ซึ่งในบทบัญญัติดังกล่าวมีเงื่อนไขที่จะต้องนำมาพิจารณาพร้อมกัน คือ

เงื่อนไขที่ 1 : ต้องเป็นไปเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งดังต่อไปนี้ คือ เพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ

เงื่อนไขที่ 2 : ต้องเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นเร่งด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้

2. พระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552 มาตรา 4 ที่บัญญัติให้การใช้จ่ายเงินกู้ไม่ต้องนำส่งคลังโดยให้นำไปใช้ตามวัตถุประสงค์ในการการกู้ได้เลย ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 169 ที่บัญญัติให้การจ่ายเงินแผ่นดินจะกระทำได้ก็เฉพาะที่ได้อนุญาตไว้ในกฎหมายว่าด้วยงบประมาณฯ เช่น พ.ร.บ. วิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 พ.ร.บ. การบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 และมาตรา 21 เรื่องเพดานการกู้เงิน หรือไม่

ดังนั้น เพื่อให้เกิดความเข้าใจในประเด็นปัญหาข้างต้นอย่างเป็นองค์รวม จึงควรที่จะศึกษาถึงแนวทางการใช้อำนาจนิติบัญญัติของฝ่ายบริหาร

(Executive Power) ในการตราพระราชกำหนด และวิเคราะห์ถึงหลักการดังกล่าวจากแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2552 กรณีการตราพระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552 เป็นไปตามรัฐธรรมนูญพุทธศักราช 2550 มาตรา 184 วรรคหนึ่งและวรรคสอง หรือไม่

2. วิวัฒนาการของการตราพระราชกำหนดในระบบกฎหมายไทย

"พระราชกำหนด" (Emergency Decree)[2] เป็นรูปแบบหนึ่งของกฎหมายที่ฝ่ายบริหาร คือ พระมหากษัตริย์โดยคำแนะนำและยินยอมของคณะรัฐมนตรีตราขึ้นโดยอำนาจที่รัฐธรรมนูญให้ไว้ โดยผู้เสนอร่างพระราชกำหนด ได้แก่ รัฐมนตรีผู้จะรักษาการตามพระราชกำหนดนั้น ส่วนผู้มีอำนาจพิจารณาร่างพระราชกำหนด ได้แก่ คณะรัฐมนตรี และผู้มีอำนาจตราพระราชกำหนดได้แก่ พระมหากษัตริย์ และเมื่อได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว ให้ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติได้

สำหรับวิวัฒนาการของการตราพระราชกำหนดในระบบกฎหมายไทยนั้น รัฐธรรมนูญได้บัญญัติเกี่ยวกับอำนาจของรัฐบาลและเงื่อนไขในการตราพระราชกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับตั้งแต่ฉบับแรกในปี พ.ศ. 2475 จนถึงฉบับปัจจุบัน คือ รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2550 ยกเว้นธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2502 ที่ไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับอำนาจของรัฐบาลในการตราพระราชกำหนดไว้เนื่องจากรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้มีขึ้นในช่วงการปฏิวัติเมื่อวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ. 2501 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับชั่วคราว พุทธศักราช 2549 โดยบทบัญญัติที่กำหนดถึงหลักเกณฑ์การตราพระราชกำหนดในรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับนั้นไม่มี

---

[2] มานิตย์ จุมปา, **คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ.2540)**, กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2547, หน้า 313 - 316.

ความแตกต่างกันมากนัก กล่าวคือ ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับจะมีหลักเกณฑ์สำคัญที่กำหนดไว้ว่า ฝ่ายบริหารเป็นผู้ที่มีอำนาจในการตราพระราชกำหนด และในการที่ฝ่ายบริหารจะตราพระราชกำหนดได้นั้น จะต้องปรากฏเงื่อนไขประการสำคัญว่า ฝ่ายบริหารจำต้องตรากฎหมายขึ้นมาเพื่อใช้บังคับเป็นกรณีฉุกเฉินเร่งด่วน แต่สำหรับเงื่อนไขอื่นๆ นั้นเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ในเรื่องความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ ป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ ซึ่งพอที่จะสรุปหลักเกณฑ์ความจำเป็นของฝ่ายบริหารในการตราพระราชกำหนดได้ 3 ประการ คือ[3]

<u>ประการแรก</u> : ที่มาทางประวัติศาสตร์ของอำนาจออกกฎหมาย โดยประมุขของรัฐในระบบกฎหมายหลายระบบเป็นเหตุจำเป็นที่ต้องยอมรับอำนาจนี้ต่อไป เช่น อำนาจออกพระราชกฤษฎีกาของพระมหากษัตริย์ในระบบกฎหมายไทยนั้น มีมาช้านานก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง ดังนั้นเมื่อเปลี่ยนแปลงการปกครองแล้ว ผู้ร่างรัฐธรรมนูญจึงยอมรับพระราชอำนาจนี้ต่อไป แต่เพิ่มกลไกในการรับสนองพระบรมราชโองการเข้ามา ซึ่งทำให้รัฐบาลต้องเป็นผู้กราบบังคมทูลพระกรุณาเสนอร่างพระราชกฤษฎีกา และลงนามรับสนองพระบรมราชโองการเมื่อทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว

<u>ประการที่สอง</u> : ความจำเป็นทางเทคนิคและข้อจำกัดของฝ่ายรัฐสภา เนื่องจากเรื่องหลายเรื่องในปัจจุบันเป็นเรื่องทางเทคนิคมากทั้งยังพัฒนาเปลี่ยนแปลงอย่างรวดเร็ว ประกอบกับเวลาของรัฐสภามีจำกัด ดังนั้นในรายละเอียดทางเทคนิคเหล่านี้ รัฐสภามักตรากฎหมายแล้วระบุให้ไปขยายความต่อโดยกฎเกณฑ์ที่ตราโดยฝ่ายบริหาร เช่น ไปตราพระราช-กฤษฎีกา กฎกระทรวง หรือประกาศกระทรวง

---

[3] ปัญญา อุดชาชน, **รายงานการวิจัย เรื่อง ศาลรัฐธรรมนูญกับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด**, สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, กรุงเทพมหานคร, 2550, หน้า 22 - 23.

ประการที่สาม : **ความจำเป็นของสถานการณ์** บางสถานการณ์เองก็มีส่วนสำคัญที่ทำให้มีความจำเป็นต้องยอมรับการใช้อำนาจออกกฎเกณฑ์โดยฝ่ายบริหาร เช่น ในกรณีจำเป็นรีบด่วนหรือในเหตุฉุกเฉิน รัฐธรรมนูญไทยยอมรับให้มีการตราพระราชกำหนดได้ หรือในกรณีที่จำเป็นต้องมีกฎหมายว่าด้วยภาษีอากรหรือเงินตราเป็นการด่วนและลับ ก็ให้อำนาจฝ่ายบริหารตราพระราชกำหนดได้

และจากวิวัฒนาการของการตราพระราชกำหนดในระบบกฎหมายไทย โดยศึกษาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญจากอดีตจนถึงปัจจุบัน ก็สามารถสรุปหลักเกณฑ์ในการตราพระราชกำหนดที่มีการเปลี่ยนแปลงสำคัญๆ ดังนี้[4]

1. การตราพระราชกำหนดตามพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 เริ่มปรากฏหลักการในการตราพระราชกำหนด แต่มิได้มีชื่อเรียกว่าพระราชกำหนดแต่อย่างใด

2. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 เริ่มมีการกำหนดให้นำพระราชกำหนดกลับมาเสนอต่อสภาเพื่ออนุมัติ และได้บัญญัติถึงผลของการอนุมัติและไม่อนุมัติพระราชกำหนดเอาไว้

3. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 บัญญัติเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ในการตราพระราชกำหนดเกี่ยวกับภาษีอากรและเงินตรา โดยบัญญัติแยกออกมาเป็นหนึ่งมาตรา และเพิ่มหลักเกณฑ์ในการตราพระราชกำหนดขณะสภาถูกยุบเพิ่มขึ้นมาอีกกรณีหนึ่ง รวมทั้งมีการมอบ

---

[4] นันทวัฒน์ บรมานันท์, อ้างแล้ว, หน้า. 14 - 43, ปัญญา อุดชาชน, "การตราพระราชกำหนด", **รวมบทความทางวิชาการของสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ชุดที่ 6 เรื่อง การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐตามรัฐธรรมนูญ,** (กรุงเทพมหานคร : บริษัท พี. เพรส จำกัด, 2550), หน้า 548 และ วรัญญา ทัศนีศรีวงศ์, **การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด** (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2549), หน้า 98 - 130.

อำนาจให้คณะรัฐมนตรีตราพระราชกำหนดได้ในระหว่างใช้บทเฉพาะกาล

4. ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2515 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่กำหนดให้การอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดต้องประกาศในราชกิจจานุเบกษา และเป็นแบบฉบับของรัฐธรรมนูญที่เกิดจากการปฏิวัติโดยนำบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ในการตราพระราชกำหนดทั่วไปและพระราชกำหนดเกี่ยวกับการภาษีอากรหรือเงินตรามารวมไว้ในมาตราเดียวกัน

5. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 ได้ตัดหลักเกณฑ์การตราพระราชกำหนดกรณีไม่สามารถเรียกประชุมสภาได้ทันท่วงที รวมทั้งกรณีระหว่างสภาถูกยุบออกไป และได้มีการเพิ่มเงื่อนไข “เพื่อรักษาความมั่นคงทางเศรษฐกิจ” เข้าไปอีกประการหนึ่ง

6. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 แยกเงื่อนไขในการตราพระราชกำหนดที่เป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้ออกมาอีกวรรคหนึ่ง ส่งผลต่อการตรวจสอบว่า พระราชกำหนดได้ตราขึ้นสอดคล้องกับเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญบัญญัติหรือไม่ ซึ่งเป็นการเปลี่ยนหลักการในการร่างและการตรวจสอบ โดยกำหนดให้มีการตรวจสอบกระบวนการตราพระราชกำหนดได้เฉพาะกรณีที่มีปัญหาว่า เป็นกรณีที่เข้าเงื่อนไขในการให้อำนาจคณะรัฐมนตรีในการตราพระราชกำหนดหรือไม่ แต่จะไปตรวจสอบกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนไม่ได้

7. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ให้อำนาจในการตรวจสอบกระบวนการตราพระราชกำหนดได้ทั้ง 2 เงื่อนไข กล่าวคือ

7.1 กรณีที่เข้าเงื่อนไขในการให้อำนาจคณะรัฐมนตรีในการตราพระราชกำหนด ตามมาตรา 184 วรรคหนึ่ง และ

7.2 กรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วน ตามมาตรา 184 วรรคสอง

3. เงื่อนไขในการตราพระราชกำหนด

หลักเกณฑ์การให้อำนาจฝ่ายบริหารในการตราพระราชกำหนดตามที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญทุกฉบับ เป็นการมอบอำนาจให้อย่างมีเงื่อนไข ซึ่งเงื่อนไขถือเป็นข้อจำกัดอำนาจที่ปรากฏอยู่ในเนื้อหาของรัฐธรรมนูญ โดยเงื่อนไขของการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตราพระราชกำหนดตามรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับมีหลักเกณฑ์ที่แตกต่างกันไปบ้างเล็กน้อยแล้วแต่สภาพปัญหาของแต่ละยุคสมัย แต่หลักการโดยรวมแล้วเหมือนกัน กล่าวคือ หากเหตุการณ์ตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้มิได้เกิดขึ้น ฝ่ายบริหารย่อมไม่มีอำนาจในการตราพระราชกำหนด และหากพระราชกำหนดนั้นตราขึ้นโดยไม่เป็นไปตามเงื่อนไขตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ พระราชกำหนดนั้นย่อมเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และทำให้ไม่มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมาย

ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ คณะรัฐมนตรีมีอำนาจตราพระราชกำหนดได้ 2 ประเภท คือ พระราชกำหนดทั่วไป และพระราชกำหนดเกี่ยวด้วยภาษีอากรหรือเงินตรา

3.1 พระราชกำหนดทั่วไป

พระราชกำหนดทั่วไปมีลักษณะตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 184 โดยบทบัญญัติรัฐธรรมนูญมาตรา 184 วรรคหนึ่ง ได้บัญญัติองค์ประกอบที่สำคัญของพระราชกำหนดทั่วไปที่ต้องเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 184 วรรคหนึ่ง กล่าวคือ การตราพระราชกำหนดต้องมีเหตุผลอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) การรักษาความปลอดภัยของประเทศ

(2) การรักษาความปลอดภัยสาธารณะ

(3) การรักษาความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือ

(4) การป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ

กรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นเร่งด่วนในอันจะรักษาความปลอดภัยสาธารณะ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะนั้น หมายความว่า ฝ่ายบริหารจะตราพระราชกำหนดได้ก็ต่อเมื่อต้องมีเหตุฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วน คือ จะต้องมีกรณีฉุกเฉิน (emergency) เกิดขึ้นก่อน และกรณีฉุกเฉินนั้นเป็นเหตุให้เกิดความจำเป็นรีบด่วนขึ้น (คือ ความจำเป็นต้องทำในเวลาอันรวดเร็ว) ซึ่งจะทำให้ต้องตราพระราชกำหนด ถ้ามีเหตุฉุกเฉินแต่ความจำเป็นรีบด่วนที่ทำให้ต้องตราพระราชกำหนดไม่มี ก็จะตราพระราชกำหนดไม่ได้ เช่น กฎหมายที่มีอยู่สามารถนำมาใช้ในการรักษาความปลอดภัยสาธารณะได้ กรณีดังกล่าวก็ไม่สามารถตราพระราชกำหนดได้

คำว่า "**เพื่อรักษาความปลอดภัยของประเทศ**" หมายความว่า ประเทศตกอยู่ในภาวะสงคราม เช่น ถูกรุกรานจากอริราชศัตรู หรือเกิดสงครามกลางเมืองขึ้นภายในประเทศ เช่น ราษฎรต่างเชื้อชาติหรือต่างศาสนาทำการรบพุ่งกัน และพระราชกำหนดฝ่ายบริหารได้ตราขึ้นใช้บังคับนั้นมีเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายเพื่อให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ในอันที่จะทำการขับไล่อริราชศัตรู หรือระงับสงครามกลางเมือง[5]

คำว่า "**เพื่อรักษาความปลอดภัยสาธารณะ**" หมายความว่า ได้มีภยันตรายต่อความสงบเรียบร้อยขึ้น เช่น เกิดการกบฏ หรือการจลาจล และพระราชกำหนดที่ฝ่ายบริหารตราขึ้นใช้บังคับนั้นมีเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายเพื่อให้อำนาจพนักงานเจ้าหน้าที่ในอันที่จะปราบปรามคณะผู้ก่อการกบฏหรือการจลาจล

---

[5] อมร จันทรสมบูรณ์ และคณะ, **นิติรัฐกับอำนาจในการตราพระราชกำหนด บทวิเคราะห์คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญในการตราพระราชกำหนดการจัดเก็บภาษีสรรพสามิตจากกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.2546**, ศูนย์นิติศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, 2546, หน้า 176.

คำว่า **"เพื่อรักษาความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ"** หมายความว่า มีภยันตรายคุกคามประเทศในทางเศรษฐกิจ เช่น ฐานะในทางเศรษฐกิจของประเทศตกต่ำ มีคนว่างงานมาก และพระราชกำหนดที่ฝ่ายบริหารตราขึ้นใช้บังคับนั้นมีเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายในอันที่จะพยุงฐานะในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือขจัดปัญหาว่างงานของประชาชน

คำว่า **"เพื่อป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ"** หมายความว่า ได้มีภัยพิบัติสาธารณะเกิดขึ้นแล้วหรือใกล้จะเกิดขึ้น เช่น มีน้ำท่วม แผ่นดินไหว โรคระบาด อัคคีภัยรายใหญ่ๆ ซึ่งถือได้ว่าเป็นภัยต่อประชาชน และพระราชกำหนดที่ฝ่ายบริหารตราขึ้นใช้บังคับนั้นมีเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายเพื่อให้อำนาจแก่พนักงานเจ้าหน้าที่ในอันที่จะขจัดภัยพิบัตินั้นให้หมดสิ้นไป

ถ้าฝ่ายบริหารตราพระราชกำหนดฉบับใดขึ้นใช้บังคับโดยที่มิได้มีเจตนารมณ์หรือความมุ่งหมายอย่างใดอย่างหนึ่งดังกล่าวข้างต้น คือ เพื่อรักษาความปลอดภัยของประเทศ หรือเพื่อรักษาความปลอดภัยสาธารณะ หรือเพื่อรักษาความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือเพื่อป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะแล้ว พระราชกำหนดฉบับนั้นก็ไม่เป็นไปตาม มาตรา 184 วรรคหนึ่ง

3.2 พระราชกำหนดเกี่ยวด้วยภาษีอากรหรือเงินตรา

พระราชกำหนดเกี่ยวด้วยภาษีอากรหรือเงินตรา มีลักษณะตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2550 มาตรา 186 ซึ่งการตราพระราชกำหนดเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตรา มีองค์ประกอบดังต่อไปนี้

(1) ในระหว่างสมัยประชุม

(2) มีความจำเป็นต้องมีกฎหมายเกี่ยวด้วยภาษีอากรหรือเงินตรา

(3) จะต้องได้รับการพิจารณาโดยด่วนและลับเพื่อรักษา

ประโยชน์ของแผ่นดิน

จะเห็นว่า การใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีในการตราพระราชกำหนด คณะรัฐมนตรีต้องดำเนินการในระหว่างสมัยประชุมเท่านั้น คือ สมัยประชุมสามัญทั่วไป หรือสมัยประชุมสามัญนิติบัญญัติ และมีความจำเป็นต้องมีกฎหมายเกี่ยวด้วยภาษีอากรหรือเงินตรา เพื่อประโยชน์ในการบริหารราชการแผ่นดิน โดยคณะรัฐมนตรีเป็นองค์กรที่พิจารณาว่าเป็นกฎหมายเกี่ยวด้วยภาษีอากรหรือเงินตรา ซึ่งอาจกระทบกับรายได้หรือรายรับของแผ่นดิน รวมทั้งเป็นกฎหมายที่ต้องได้รับการพิจารณาโดยด่วนและลับเพื่อรักษาประโยชน์ของแผ่นดินด้วย การตราพระราชกำหนดของคณะรัฐมนตรีดังกล่าว ต้องถูกควบคุมโดยรัฐสภาเช่นเดียวกับการตราพระราชกำหนดตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 184 หมายความว่า หลังจากที่คณะรัฐมนตรีได้ตราพระราชกำหนดและได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้ว คณะรัฐมนตรีต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ คือ

1. ต้องนำเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรภายในสามวัน นับแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา

2. ให้นำบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 184 มาใช้โดยอนุโลม หมายความว่า ให้นำบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 184 วรรคสาม ว่าด้วยการเสนอพระราชกำหนดให้รัฐสภาพิจารณาอนุมัติ มาตรา 184 วรรคสี่ ว่าด้วยหลักการที่พระราชกำหนดที่มีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกบทบัญญัติแห่งกฎหมายใด และพระราชกำหนดนั้นต้องตกไป มาตรา 184 วรรคห้า ว่าด้วยพระราชกำหนดมีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติต่อไป มาตรา 184 วรรคหก ว่าด้วยการอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดให้นายกรัฐมนตรีประกาศในราชกิจจานุเบกษา และมาตรา 184 วรรคท้าย ว่าด้วยการยืนยันการอนุมัติพระราชกำหนดของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาจะต้องกระทำในโอกาสแรกที่มีการประชุมสภานั้น ๆ มาใช้บังคับแก่

กรณีพระราชกำหนดเกี่ยวด้วยภาษีอากรหรือเงินตราเท่าที่ไม่ขัดต่อพระราชกำหนดเกี่ยวด้วยภาษีอากรหรือเงินตราด้วย

4. ระบบการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด

เหตุที่ต้องมีการควบคุมการตราพระราชกำหนด ก็เพื่อป้องกันไม่ให้พระราชกำหนดที่ฝ่ายบริหารตราขึ้นมานั้นขัดแย้งกับรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ โดยแบ่งออกเป็น 2 กรณีด้วยกัน คือ การควบคุมสาเหตุแห่งการตราพระราชกำหนด และการควบคุมบทบัญญัติของพระราชกำหนด

4.1 การควบคุมสาเหตุแห่งการตราพระราชกำหนด

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติเหตุแห่งการตราพระราชกำหนดไว้ในมาตรา 184 และ มาตรา 186 โดยได้บัญญัติสาเหตุแห่งการตราพระราชกำหนดไว้ในลักษณะข้อความที่ไม่เฉพาะเจาะจง ดังนั้น ในการตราพระราชกำหนดดังกล่าว ฝ่ายบริหารจะต้องพิจารณาปัจจัยและเหตุการณ์ทางภาวะวิสัยในขณะนั้นปรับเข้ากับหลักกฎหมายที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ตัวอย่างเหตุแห่งการตราพระราชกำหนดนั้น เช่น ความปลอดภัยสาธารณะ ป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ เพื่อรักษาประโยชน์ของประเทศชาติ เป็นต้น

โดยองค์กรที่มีหน้าที่ตรวจสอบควบคุมสาเหตุแห่งการตราพระราชกำหนดนี้ คือ *ศาลรัฐธรรมนูญ* ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้ในมาตรา 185[6]

---

[6] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 185 การที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภาจะได้อนุมัติพระราชกำหนดตามมาตรา 184 วรรคสาม สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาไม่น้อยกว่าหนึ่งในห้าของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภา มีสิทธิเข้าชื่อเสนอความเห็นต่อประธาน

4.2 การควบคุมบทบัญญัติของพระราชกำหนด

ถือเป็นการควบคุมพระราชกำหนดในเชิงเนื้อหา กล่าวคือ จะพิจารณาว่าเนื้อหาของพระราชกำหนดดังกล่าวนั้น ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ อย่างไร โดยการควบคุมในลักษณะนี้จะแบ่งแนวทางเป็น 2 แนวทางหลักๆ ด้วยกัน คือ การยื่นคำร้องผ่านผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา และการยื่นคำร้องโดยศาลหรือคู่ความ

1) <u>การยื่นคำร้องผ่านผู้ตรวจการแผ่นดิน</u> ตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 245[7] ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ดังนั้น เมื่อพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภากำหนดให้มีการเสนอเกี่ยวกับปัญหาในเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

แห่งสภาที่ตนเป็นสมาชิกว่าพระราชกำหนดนั้นไม่เป็นไปตามมาตรา 184 วรรคหนึ่งหรือวรรคสอง และให้ประธานแห่งสภานั้นส่งเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญภายในสามวัน นับตั้งแต่วันที่ได้รับความเห็นเพื่อวินิจฉัย เมื่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยแล้ว ให้ศาลรัฐธรรมนูญแจ้งคำวินิจฉัยนั้นไปยังประธานแห่งสภาที่ส่งความเห็นนั้นมา

เมื่อประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือประธานวุฒิสภาได้รับความเห็นของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสภาชิกวุฒิสภาตามวรรคหนึ่งแล้ว ให้รอการพิจารณาพระราชกำหนดไว้ก่อนจนกว่าจะได้รับแจ้งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญตามวรรคหนึ่ง

ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่าพระราชกำหนดใดไม่เป็นไปตามมาตรา 184 วรรคหนึ่งหรือวรรคสอง ให้ถือว่าพระราชกำหนดนั้นไม่มีผลมาตั้งแต่ต้น

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญว่าพระราชกำหนดใดไม่เป็นไปตามมาตรา 184 ต้องมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่าสองในสามของจำนวนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญทั้งหมด

[7] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 245 ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองเมื่อเห็นว่ามีกรณีดังต่อไปนี้

(1) บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ และให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ...

ของกฎหมาย (พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด และกฎหมายอื่นที่เทียบเท่า) ต่อศาลรัฐธรรมนูญ จึงส่งผลให้ผู้ตรวจการแผ่นดิน มีหน้าที่ที่สัมพันธ์กับศาลรัฐธรรมนูญในส่วนของการเสนอเรื่องเกี่ยวกับปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายต่อศาลรัฐธรรมนูญ

2) <u>การยื่นคำร้องโดยศาลหรือคู่ความ</u> เมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นในศาลตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ในส่วนของการวินิจฉัยประเด็นปัญหาว่าบทกฎหมายที่ศาลจะใช้ในคดีนั้นๆ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ทั้งนี้เป็นไปตามหลักกฎหมายที่ว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎหรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้ อย่างไรก็ตาม แม้ในรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่ถ้าพิจารณาถึงธรรมเนียมปฏิบัติในเรื่องการปกครองไทย ตั้งแต่การเปลี่ยนแปลงการปกครองในพุทธศักราช 2475 จวบจนปัจจุบัน ประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญแบบลายลักษณ์อักษร และลักษณะพิเศษที่แทรกอยู่ในรัฐธรรมนูญฉบับลายลักษณ์อักษร คือ การเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศประกอบกับอำนาจหน้าที่ของศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบเกี่ยวกับบทบัญญัติของกฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญอีกด้วย ซึ่งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้บัญญัติเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญไว้ใน มาตรา 211[8]

---

[8] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 211 ในการที่ศาลจะใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายบังคับแก่คดีใด ถ้าศาลเห็นเองหรือคู่ความโต้แย้งพร้อมด้วยเหตุผลว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นต้องด้วยบทบัญญัติมาตรา 6 และยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัตินั้น ให้ศาลส่งความเห็นเช่นว่านั้นตามทางการเพื่อศาลรัฐธรรมนูญจะได้พิจารณาวินิจฉัย ในระหว่างนั้นให้ศาลดำเนินการพิจารณาต่อไปได้แต่ให้รอการพิพากษาคดีไว้ชั่วคราว จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ...

4.3 การตรวจสอบความชอบพระราชกำหนดโดยรัฐสภา

ภารกิจในการตรากฎหมายย่อมเป็นขององค์กรนิติบัญญัติตามหลักการแยกอำนาจ แต่หากมีกรณีจำเป็น รัฐธรรมนูญก็อาจให้ฝ่ายบริหารตราพระราชกำหนดออกใช้บังคับได้ ซึ่งเมื่อได้ตราบังคับใช้แล้วตามหลักประชาธิปไตย มีหลักย่อยหลักหนึ่งที่เรียกว่าหลักการปกครองโดยผู้แทนได้เรียกร้องให้บรรดาบทบัญญัติที่ตราใช้บังคับกับประชาชนจะต้องผ่านการพิจารณาของผู้แทนอันมีที่มาจากความเห็นชอบของประชาชน ดังนั้นคณะรัฐมนตรี (ฝ่ายบริหาร) จะต้องนำพระราชกำหนดดังกล่าวเข้าสู่กระบวนการอนุมัติของรัฐสภาเพื่อทำให้พระราชกำหนดนั้นผ่านการพิจารณาจากผู้แทนของประชาชน เพื่อเป็นไปตามหลักนิติรัฐและหลักประชาธิปไตย โดยการนำพระราชกำหนดเข้าสู่การพิจารณาขององค์กรนิติบัญญัติหรือรัฐสภา รวมทั้งผลของการพิจารณาไม่ว่าจะอนุมัติหรือไม่นั้น ได้กำหนดอยู่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 184 วรรคสามเป็นต้นไป[9]

---

[9] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

มาตรา 184 วรรคสาม ในการประชุมรัฐสภาคราวต่อไป ให้คณะรัฐมนตรีเสนอพระราชกำหนดนั้นต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาโดยไม่ชักช้า ถ้าอยู่นอกสมัยประชุมและการรอการเปิดสมัยประชุมสามัญจะเป็นการชักช้า คณะรัฐมนตรีต้องดำเนินการให้มีการเรียกประชุมรัฐสภาสมัยวิสามัญเพื่อพิจารณาอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนดโดยเร็ว ถ้าสภาผู้แทนราษฎรไม่อนุมัติหรือสภาผู้แทนราษฎรอนุมัติแต่วุฒิสภาไม่อนุมัติและสภาผู้แทนราษฎรยืนยันการอนุมัติด้วยคะแนนเสียงไม่มากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร ให้พระราชกำหนดนั้นตกไป แต่ทั้งนี้ไม่กระทบกระเทือนกิจการที่ได้เป็นไปในระหว่างที่ใช้พระราชกำหนดนั้น

หากพระราชกำหนดตามวรรคหนึ่งมีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกบทบัญญัติแห่งกฎหมายใด และพระราชกำหนดนั้นต้องตกไปตามวรรคสาม ให้บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีอยู่ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิก มีผลใช้บังคับต่อไปนับแต่วันที่การไม่อนุมัติพระราชกำหนดนั้นมีผล

ถ้าสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาอนุมัติพระราชกำหนดนั้น หรือถ้าวุฒิสภาไม่อนุมัติ

5. พระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552

การก่อหนี้สาธารณะจะต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์ของพระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 ที่เป็นกฎหมายกลางที่ใช้ในการก่อหนี้ของประเทศ โดยรวมถึงการกู้เงิน ชำระหนี้ และปรับโครงสร้างหนี้ โดยกำหนดเงื่อนไข หลักเกณฑ์ และวิธีการต่างๆ ในการก่อหนี้ ที่สำคัญคือได้มีการกำหนดเพดานการกู้เงินของประเทศในแต่ละเรื่องเอาไว้ เพื่อป้องกันการสร้างหนี้ของประเทศโดยไม่ระมัดระวัง วางระบบการตรวจสอบความโปร่งใสตรวจสอบได้ วางระบบของบริหารหนี้ให้เกิดความคุ้มค่า โดยกระบวนการกู้เงินตามกฎหมายว่าด้วยการบริหารหนี้สาธารณะฯ นั้น กฎหมายกำหนดให้กระทรวงการคลังโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรีดำเนินการกู้เงินตามวัตถุประสงค์ 5 ประการ ได้แก่ 1) กู้เงินเพื่อชดเชยการขาดดุลงบประมาณหรือเมื่อมีรายจ่ายสูงกว่ารายได้ 2) กู้เงินเพื่อพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม 3) กู้เงินเพื่อปรับโครงสร้างหนี้สาธารณะ 4) กู้เงินเพื่อให้หน่วยงานอื่นกู้ต่อ และ 5) กู้เงินเพื่อพัฒนาตลาดตราสารหนี้ในประเทศ

5.1 การแก้ไขปัญหาสภาวะเศรษฐกิจตกต่ำรัฐบาลได้มีการตรา “พระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552” ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวกับการก่อหนี้สาธารณะฉบับแรก หลังจากมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 โดยเนื้อหาของพระราชกำหนดดังกล่าว

และสภาผู้แทนราษฎรยืนยันการอนุมัติด้วยคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร ให้พระราชกำหนดนั้นมีผลใช้บังคับเป็นพระราชบัญญัติต่อไป

การอนุมัติหรือไม่อนุมัติพระราชกำหนด ให้นายกรัฐมนตรีประกาศในราชกิจจานุเบกษา ในกรณีไม่อนุมัติ ให้มีผลตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา การพิจารณาพระราชกำหนดของสภาผู้แทนราษฎรและของวุฒิสภาในกรณียืนยันการอนุมัติพระราชกำหนดจะต้องกระทำในโอกาสแรกที่มีการประชุมสภานั้นๆ

โดยสรุป มีดังนี้

1. ให้กระทรวงการคลังโดยการอนุมัติของคณะรัฐมนตรี มีอำนาจกู้เงินในนามรัฐบาลเพื่อนำไปใช้ดำเนินมาตรการฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ ในวงเงินไม่เกิน 400,000 ล้านบาท โดยให้กู้เป็นเงินบาทและกู้เงินได้ภายในวันที่ 31 ธันวาคม พ.ศ. 2553 และให้คณะรัฐมนตรีเสนอกรอบการใช้จ่ายเงินกู้ตามพระราชกำหนดนี้ต่อรัฐสภาเพื่อทราบก่อนเริ่มดำเนินการด้วย (มาตรา 3)[10]

2. เงินที่ได้จากการกู้ให้นำไปใช้จ่ายตามวัตถุประสงค์ในการกู้ โดยไม่ต้องนำส่งคลัง เว้นแต่คณะรัฐมนตรีจะมีมติให้สมทบเป็นเงินคงคลังโดยกระทรวงการคลังอาจนำเงินกู้ไปให้กู้ต่อแก่หน่วยงานของรัฐ หน่วยงานในกำกับดูแลของรัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ หรือสถาบันการเงินภาครัฐ เพื่อใช้จ่ายหรือลงทุนเพื่อฟื้นฟูหรือเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจก็ได้ (มาตรา 4)[11]

3. กระทรวงการคลังต้องรายงานการกู้เงินให้รัฐสภาทราบภายในหกสิบวันนับแต่วันสิ้นปีงบประมาณ โดยรายงานดังกล่าวอย่างน้อยต้องระบุ

---

[10] *มาตรา 3* ให้กระทรวงการคลังโดยอนุมัติคณะรัฐมนตรี มีอำนาจกู้เงินบาทในนามรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยเพื่อนำไปใช้ในการดำเนินมาตรการเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ โดยให้คณะรัฐมนตรีเสนอกรอบการใช้จ่ายเงินกู้ตามพระราชกำหนดนี้ต่อรัฐสภาเพื่อทราบก่อนเริ่มดำเนินการ

การกู้เงินตามวรรคหนึ่ง ให้มีมูลค่ารวมกันไม่เกินสี่แสนล้านบาท และให้กระทำได้ภายในกำหนดเวลาไม่เกินวันที่ 31 ธันวาคม พ.ศ. 2553

[11] *มาตรา 4* เงินที่ได้จากการกู้ตามมาตรา 3 ให้นำไปใช้จ่ายตามวัตถุประสงค์ในการกู้โดยไม่ต้องนำส่งคลังตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณและกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง เว้นแต่คณะรัฐมนตรีจะมีมติให้สมทบเป็นเงินคงคลัง

กระทรวงการคลังอาจนำเงินที่ได้จากการกู้ไปให้กู้ต่อแก่หน่วยงานของรัฐ หน่วยงานในกำกับดูแลของรัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ หรือสถาบันการเงินภาครัฐตามกฎหมายว่าด้วยการบริหารหนี้สาธารณะ เพื่อใช้จ่ายหรือลงทุนเพื่อฟื้นฟูหรือเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจก็ได้

รายละเอียดของการกู้เงิน วัตถุประสงค์ของการใช้จ่ายเงินกู้ รวมถึงผลสัมฤทธิ์และประโยชน์ที่ได้รับหรือคาดว่าจะได้รับ (มาตรา 7)[12]

4. เมื่อหนี้เงินกู้ถึงกำหนดชำระ กระทรวงการคลังมีอำนาจกู้เงินเพื่อปรับโครงสร้างหนี้ได้และต้องไม่เกินจำนวนเงินกู้ที่ยังค้างชำระ ทั้งนี้ กระทรวงการคลังอาจทยอยกู้เงินเพื่อปรับโครงสร้างหนี้สาธารณะเป็นการล่วงหน้าได้ แต่ไม่เกินสิบสองเดือนก่อนวันที่หนี้ถึงกำหนดชำระ หากหนี้ที่จะปรับโครงสร้างหนี้มีจำนวนมากและไม่อาจกู้เงินภายในคราวเดียวกันได้ (มาตรา 8)[13]

5. นอกจากกรณีที่ได้กำหนดไว้แล้วในพระราชกำหนด ให้นำกฎหมายว่าด้วยการบริหารหนี้สาธารณะมาใช้บังคับโดยอนุโลม (มาตรา 12)[14]

และเพื่อให้เกิดความเข้าใจอย่างครอบคลุมในประเด็นเกี่ยวกับการก่อหนี้สาธารณะในระบบกฎหมายไทย จึงสรุปหลักการก่อหนี้สาธารณะตามระบบกฎหมายไทย ดังนี้

---

[12] *มาตรา 7* ภายในหกสิบวันนับแต่วันสิ้นปีงบประมาณ ให้กระทรวงการคลังรายงานการกู้เงินตามพระราชกำหนดนี้ที่กระทำในปีงบประมาณที่ล่วงมาแล้วให้รัฐสภาทราบ โดยรายงานดังกล่าวอย่างน้อยต้องระบุรายละเอียดของการกู้เงิน วัตถุประสงค์ของการใช้จ่ายเงินกู้ รวมถึงผลสัมฤทธิ์และประโยชน์ที่ได้รับหรือคาดว่าจะได้รับ

[13] *มาตรา 8* ให้กระทรวงการคลังโดยอนุมัติคณะรัฐมนตรีมีอำนาจปรับโครงสร้างหนี้เงินกู้ตามมาตรา 3 โดยดำเนินการกู้เงินรายใหม่เพื่อชำระหนี้เดิม แปลงหนี้ ชำระหนี้ก่อนถึงกำหนดชำระ ขยายหรือย่นระยะเวลาการชำระหนี้ ต่ออายุ ซื้อคืน หรือไถ่ถอนตราสารหนี้ของรัฐบาล หรือทำธุรกรรมทางการเงินอื่นที่เป็นประโยชน์ต่อการปรับโครงสร้างหนี้เงินกู้

[14] *มาตรา 12* นอกจากกรณีที่ได้บัญญัติไว้แล้วในพระราชกำหนดนี้ ให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการบริหารหนี้สาธารณะมาใช้บังคับโดยอนุโลม

หลักการ	การปฏิบัติ	ข้อยกเว้น
1. การก่อหนี้สาธารณะต้องดำเนินการในระบบงบประมาณ	ดำเนินการตาม พ.ร.บ. วิธีการงบประมาณฯ	การก่อหนี้สาธารณะโดยออกเป็นพระราชกำหนด
2. การก่อหนี้สาธารณะโดยฝ่ายบริหารต้องได้รับการอนุมัติจากฝ่ายนิติบัญญัติ	ดำเนินการตาม พ.ร.บ. วิธีการงบประมาณฯ	การก่อหนี้สาธารณะโดยออกเป็นพระราชกำหนด
3. การก่อหนี้สาธารณะต้องยึดหลักวินัยทางการเงินการคลังโดยเคร่งครัด	ดำเนินการตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย	การก่อหนี้สาธารณะโดยออกเป็นพระราชกำหนด
4. การก่อหนี้สาธารณะต้องกระทำในวงเงินที่จำกัด	ไม่เกินร้อยละ 20 ของจำนวนเงินงบประมาณรายจ่ายประจำปีและงบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติม หรือของจำนวนเงินงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณที่ล่วงแล้วมา แล้วแต่กรณี กับอีกร้อยละ 80 ของงบประมาณรายจ่ายที่ตั้งไว้สำหรับชำระคืนต้นในการกู้เงินเพื่อพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม ให้กระทรวงการคลังกู้เป็นเงินตราต่างประเทศได้ไม่เกินร้อยละ 10 ของงบประมาณรายจ่ายประจำปี	การก่อหนี้สาธารณะโดยออกเป็นพระราชกำหนด ซึ่งล่าสุด พ.ร.ก.ให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552 กำหนดวงเงินกู้สูงสุดถึง 800,000 ล้านบาท ซึ่งเกินเพดานที่กฎหมายกำหนด และยังเปิดช่องให้กู้เพื่อการ Refinance ได้

หลักการ	การปฏิบัติ	ข้อยกเว้น
5. เงินกู้ที่ได้มาจากการก่อหนี้สาธารณะต้องนำส่งคลัง	ดำเนินการตาม พ.ร.บ. เงินคงคลัง ฯ	การก่อหนี้สาธารณะโดยออกเป็นพระราชกำหนดใช้ข้อยกเว้นเป็นหลัก ใช้หลักเป็นข้อยกเว้น คือ ไม่ต้องนำส่งคลังเว้นแต่ครม.จะให้นำส่งคลัง

5.2 สรุปคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 11/2552 กรณีพระราช-กำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 11/2552 เรื่อง พระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552 เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 184 วรรคหนึ่ง และวรรคสองหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้ว มีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า พระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552 เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 184 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง หรือไม่ ดังนี้

<u>ประเด็นที่หนึ่ง</u> พระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้ยืมเงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552 ตราขึ้นเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 184 วรรคหนึ่ง หรือไม่

ข้อเท็จจริงเป็นที่รู้กันอยู่ทั่วไปว่า สถานการณ์เศรษฐกิจโลกที่เกิดปัญหาขึ้นส่งผลให้ประเทศไทยได้รับผลกระทบจากสถานการณ์ดังกล่าว นอกจากผลกระทบที่เกิดจากปัจจัยภายนอกแล้ว ปัญหาการเมืองภายใน

ประเทศก็มีความสำคัญที่ทำให้เศรษฐกิจของไทยเกิดภาวะชะลอตัวลง สรุปที่มาของปัญหาโดยมีที่มาจากปัจจัยภายนอก ได้แก่ สภาพเศรษฐกิจโลกที่ชะลอตัวและชะงักงัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งระบบเศรษฐกิจ ตลาดเงิน ตลาดทุน และการล้มละลายของสถาบันการเงินในหลายประเทศที่มีอิทธิพลโดยตรงต่อเศรษฐกิจโลก ปัจจัยภายในได้แก่ สถานการณ์การเมืองที่ขาดเสถียรภาพซึ่งส่งผลให้ความเชื่อมั่นของนักลงทุนลดลง และเกิดความลังเลในการตัดสินใจที่จะมาลงทุน ทำให้ระบบเศรษฐกิจขาดสภาพคล่องทางการเงิน ปัจจัยข้างต้นส่งผลกระทบต่อฐานะการคลังของประเทศ กล่าวคือ รายได้ที่จัดเก็บได้จริงน้อยกว่าประมาณการที่ตั้งเป้าหมายไว้ ทำให้เกิดปัญหาต่อเนื่องถึงความสามารถในการใช้จ่ายและจัดทำบริการสาธารณะของรัฐ การตราพระราชกำหนดให้กระทรวงการคลังโดยอนุมัติคณะรัฐมนตรีมีอำนาจกู้เงินจำนวน 400,000 ล้านบาท เป็นตัวเลขที่มากเกินความจำเป็นในการตราพระราชบัญญัตินั้น รัฐธรรมนูญ หมวด 6 ส่วนที่ 7 ได้กำหนดกระบวนการตราไว้ตั้งแต่มาตรา 142 ถึงมาตรา 153 ซึ่งทำให้กรอบเวลาในการพิจารณาและอนุมัติร่างพระราชบัญญัติของรัฐสภาเป็นสิ่งที่ไม่อาจคาดหมายได้ว่าจะสามารถดำเนินการตราพระราชกำหนดให้เสร็จสิ้นได้แน่นอนเมื่อใด ดังนั้นหากจะใช้กระบวนการเสนอกฎหมายในรูปแบบพระราชบัญญัติสำหรับการแก้ไขปัญหาวิกฤติทางเศรษฐกิจที่จะต้องดำเนินการโดยด่วนแล้วอาจทำให้ไม่สามารถแก้ไขปัญหาได้ทันท่วงที ทำให้เกิดความเสียหายแก่ประเทศชาติโดยรวมได้

เมื่อพิจารณาสาระสำคัญของพระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้ยืมเงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552 ประกอบเหตุผลในการตราพระราชกำหนดดังกล่าวแล้ว ย่อมเห็นได้ว่าการที่คณะรัฐมนตรีตราพระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้ยืมเงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552 ขึ้นมาก็เพื่อ

แก้ไขวิกฤติการณ์ทางเศรษฐกิจของประเทศมิให้ตกต่ำไปมากกว่าที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน ทั้งเพื่อให้ภาครัฐในฐานะที่เป็นแรงขับเคลื่อนเศรษฐกิจที่จะช่วยสร้างกำลังซื้ออย่างเร่งด่วนในระบบในช่วงที่กำลังซื้อจากต่างประเทศและในประเทศหดตัวลงจากวิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจของโลกที่จำเป็นต้องรีบดำเนินมาตรการแก้ไขวิกฤติเศรษฐกิจโดยเร่งด่วนเพื่อป้องกันปัญหาก่อนที่ปัญหาวิกฤติทางเศรษฐกิจจะลุกลามไปในทุกภาคส่วน อันเป็นการทำหน้าที่พื้นฐานทางเศรษฐกิจของรัฐในการสร้างความมั่งคงทางเศรษฐกิจของประเทศ จึงเป็นการกระทำที่มีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 184 วรรคหนึ่ง แล้ว

ประเด็นที่สอง พระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้ยืมเงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552 ตราขึ้นเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 184 วรรคสอง หรือไม่

กรณีใดจะถือว่าเป็นกรณีฉุกเฉินตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 184 วรรคสอง หรือไม่ นั้น ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ต้องเป็นกรณีที่เร่งด่วนที่จะต้องรีบป้องกันแก้ไขโดยพลัน หรือเป็นที่คาดหมายได้ว่าหากไม่เร่งรีบดำเนินการป้องกันและวางแนวทางแก้ไขไว้ก่อน ย่อมจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงยากต่อการแก้ไขเยียวยาในภายหลัง ทั้งนี้ การที่จะพิจารณาว่าสถานการณ์ใดเป็นกรณีฉุกเฉิน หรือไม่ นั้น ต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงเป็นแต่ละกรณีไป

เมื่อพิจารณาถึงสภาพปัญหาความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศที่กำลังประสบอยู่ในปัจจุบัน ทุกเหตุปัจจัยส่งผลกระทบให้เกิดภัยวิกฤติเศรษฐกิจของประเทศจนรัฐบาลต้องเร่งดำเนินมาตรการเพื่อแก้ไขวิกฤติ แต่สภาวะเศรษฐกิจโลกและสภาวะเศรษฐกิจของประเทศยังคงชะลอตัวอย่างต่อเนื่องแล้ว จึงถือได้ว่าเป็นกรณีที่มีความฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอัน

มิอาจจะหลีกเลี่ยงได้เกิดขึ้นแล้ว คณะรัฐมนตรีได้จัดลำดับความสำคัญเร่งด่วนเพื่อยับยั้งและบรรเทาความเสียหายที่เกิดปัญหาขึ้นจากวิกฤติเศรษฐกิจตกต่ำ และเพื่อรักษาความมั่งคงทางเศรษฐกิจไว้มิให้เกิดความเสียหายที่มากกว่าที่เป็นอยู่ในขณะนี้ อันเป็นการแก้ไขปัญหาความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศตามความจำเป็นรีบด่วนที่ลดหลั่นเป็นลำดับ ดังนั้น เมื่อพิจารณาถึงเหตุที่เป็นกรณีความฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้ดังกล่าวข้างต้น ประกอบสาระสำคัญของกรอบการดำเนินการตามพระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552 แล้ว จึงไม่มีมูลกรณีให้เห็นว่าคณะรัฐมนตรีได้ตราพระราชกำหนดขึ้นมาโดยไม่สุจริตหรือใช้ดุลพินิจบิดเบือนหลักการของรัฐธรรมนูญ จึงเห็นว่า การตราพระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552 เป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอัน มิอาจจะหลีกเลี่ยงได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 184 วรรคสอง แล้ว

6. ปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552

6.1 การตราพระราชกำหนดฯ เป็นไปตามเงื่อนไขรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 184 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง หรือไม่ โดยแบ่งการวิเคราะห์ออกเป็น 2 ส่วน คือ

6.1.1 การตรวจสอบพระราชกำหนดที่รัฐสภายังไม่ได้ให้ความเห็นชอบ ซึ่งการตรวจสอบ ควบคุมพระราชกำหนดที่ฝ่ายบริหารได้ตราขึ้นก่อนที่รัฐสภาจะได้ให้ความเห็นชอบ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้มีบทบัญญัติไว้ในมาตรา 185 ที่กำหนดกระบวนการ

ตรวจสอบรัฐธรรมนูญที่ยังไม่ได้ให้ความเห็นชอบไว้ ซึ่งสามารถแยกพิจารณาเป็นการตรวจสอบกระบวนการในการตราพระราชกำหนด และการตรวจสอบเนื้อหาของพระราชกำหนด ดังนี้

1) การตรวจสอบกระบวนการตราพระราชกำหนดว่าสอดคล้องกับเงื่อนไขในการตราพระราชกำหนด หรือไม่ ซึ่งเป็นการพิจารณาและตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจาก *"แบบพิธีในการตรากฎหมาย"* (extrinsic constitutionality) ว่าบทบัญญัติกฎหมายนั้นๆ ได้ถูกบัญญัติขึ้นโดยถูกต้องครบถ้วน ตามเงื่อนไขและขั้นตอนต่างๆ ที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้หรือไม่[15] โดยมีองค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจสอบ คือ ศาลรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไรก็ตามรัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจแก่ศาลรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบความชอบของพระราชกำหนดว่าเป็นไปตามหลักเกณฑ์ในมาตรา 184 วรรคหนึ่งและวรรคสอง หรือพระราชกำหนดทั่วไปเท่านั้น ไม่รวมถึงการตรวจสอบความชอบของพระราชกำหนดเกี่ยวกับภาษีอากรหรือเงินตราก่อนที่จะมีการให้ความเห็นชอบโดยรัฐสภา ตามมาตรา 186

ดังนั้น จึงมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่า "พระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552" เป็นพระราชกำหนดตามรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 184 หรือ มาตรา 186 โดยผู้เขียนเห็นว่าพระราชกำหนดดังกล่าว **มิใช่กรณีพระราชกำหนดเกี่ยวด้วยภาษีอากรหรือเงินตราตามมาตรา 186 แต่อย่างใด** โดยจะเห็นได้จากมาตรา 143 วรรคแรก (ว่าด้วยร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวด้วยการเงิน) ที่แยกกฎหมายเกี่ยวด้วยหนี้สาธารณะ คือ กฎหมายว่าด้วยการกู้เงิน การค้ำประกัน การใช้เงินกู้ หรือการดำเนินการที่ผูกพันทรัพย์สินของรัฐ ตามมาตรา 143[16] วรรคแรก (3) ออกจากกฎหมาย

---

[15] อ้างแล้ว ในเชิงอรรถที่ 1, หน้า 67-72.

[16] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

เกี่ยวด้วยภาษีหรืออากร และกฎหมายว่าด้วยเงินตรา ที่อยู่ในมาตรา 143 วรรคแรก (1) และ (4) ตามลำดับอย่างชัดเจน ดังนั้นจึงสรุปได้ว่า พระราชกำหนดฯ ดังกล่าว เป็นพระราชกำหนดเกี่ยวด้วยการเงินแต่เป็นพระราชกำหนดเกี่ยวด้วยหนี้สาธารณะ ซึ่งมิใช่พระราชกำหนดเกี่ยวด้วยภาษีอากรหรือพระราชกำหนดเกี่ยวด้วยเงินตรา

สำหรับการตรวจสอบในเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดตามมาตรา 184 วรรคหนึ่งและวรรคสอง หรือไม่ โดยจะตรวจสอบในขอบเขตเงื่อนไขดังต่อไปนี้[17]

1.1) องค์กรที่มีอำนาจในการตราพระราชกำหนดเป็นไปตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ หรือไม่

ประเด็นเรื่ององค์กรที่มีอำนาจในการตราพระราชกำหนดถือว่าเป็นเงื่อนไขแรกที่ต้องตรวจสอบ เพราะมาตรา 184 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้กำหนดให้เป็นอำนาจของคณะรัฐมนตรีในตราพระราชกำหนด ดังนั้น หากนายกรัฐมนตรี

มาตรา 143 ร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวด้วยการเงิน หมายความถึง ร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยเรื่องใดเรื่องหนึ่ง ดังต่อไปนี้

(1) การตั้งขึ้น ยกเลิก ลด เปลี่ยนแปลง แก้ไข ผ่อน หรือวางระเบียบการบังคับอันเกี่ยวกับภาษีอากร

(2) การจัดสรร รับ รักษา หรือจ่ายเงินแผ่นดิน หรือการโอนงบประมาณรายจ่ายของแผ่นดิน

(3) การกู้เงิน การค้ำประกัน การใช้เงินกู้ หรือการดำเนินการที่ผูกพันทรัพย์สินของรัฐ

(4) เงินตรา

ฯลฯ

[17] อมร จันทรสมบูรณ์ และคณะ, อ้างแล้ว, หน้า 110 - 111, อ้างถึงใน นันทวัฒน์ บรมานันท์, อ้างแล้ว, หน้า 70.

โดยลำพังหรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งอาศัยอำนาจของความเป็นรัฐมนตรีตราพระราชกำหนด กรณีย่อมไม่อาจกล่าวได้ว่าเป็นพระราชกำหนดที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะองค์กรหรือบุคคลที่ตราพระราชกำหนดนั้นมิได้เป็นองค์กรตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ กรณีจะเห็นได้ว่าองค์กรที่มีอำนาจในการตราพระราชกำหนดจึงเป็นสาระสำคัญเบื้องต้น อย่างไรก็ตามหากพิจารณาจากข้อเท็จจริงแล้วจะเห็นได้ว่าองค์กรที่ตราพระราชกำหนดฉบับนี้ คือ คณะรัฐมนตรี ดังนั้น จึงถือได้ว่าเป็นไปตามหลักเกณฑ์ขององค์กรที่มีอำนาจในการตราพระราชกำหนด

1.2) การตราพระราชกำหนดนั้นเป็นไปตามหลักการการดำเนินการขององค์กรกลุ่ม หรือไม่

โดยรัฐธรรมนูญกำหนดให้คณะรัฐมนตรีที่เป็น “องค์กรกลุ่ม” เป็นผู้ถวายคำแนะนำให้พระมหากษัตริย์ทรงตราพระราชกำหนด ดังนั้น การใช้อำนาจหน้าที่ของคณะรัฐมนตรีจึงต้องปฏิบัติตามหลักการดำเนินงานขององค์กรกลุ่ม กล่าวคือ จะต้องมีการนัดประชุมปรึกษาหารือกันร่วมประชุมครบองค์ประชุม มติที่ประชุมจะต้องถูกต้องตามที่กฎหมายกำหนด และผู้มีส่วนได้เสียในมตินั้นๆ จะต้องไม่เข้าร่วมลงมติดังว่านั้น ดังนั้นในการเสนอพระราชกำหนดต่อพระมหากษัตริย์เพื่อลงพระปรมาภิไธยประกาศใช้บังคับนั้น จะต้องผ่านการพิจารณาของคณะรัฐมนตรี ซึ่งคณะรัฐมนตรีพิจารณาว่าพระราชกำหนดที่ออกไปนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขในมาตรา 184 วรรคแรก และวรรคสองหรือไม่ อย่างไรก็ตามหากพิจารณาจากข้อเท็จจริงจะเห็นได้ว่าพระราชกำหนดดังกล่าวฯ เป็นผลมาจากการประชุมของคณะรัฐมนตรี จึงเข้าหลักเกณฑ์การตราพระราชกำหนดนั้นเป็นไปตามหลักการการดำเนินการขององค์กรกลุ่ม

2) การตรวจสอบเนื้อหาของพระราชกำหนดว่าสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือไม่

การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเนื้อหาหรือสารัตถะ (Context) เป็นการตรวจสอบเนื้อหาของพระราชกำหนดว่าสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น ถือได้ว่าเป็นการพิจารณาและตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจาก *"เนื้อหาของกฎหมาย"* (Intrinsic Constitutionality) ว่าบทบัญญัติดังกล่าว มีเนื้อหาสาระสอดคล้องกับหลักการต่างๆ ที่ประกอบขึ้นเป็นเนื้อหาสาระของรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งหลักการในการตรวจสอบเนื้อหาของกฎหมายนี้ สามารถแบ่งได้เป็น 2 ประเภท[18] คือ

<u>ประเภทแรก</u> เป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหาของกฎหมายก่อนที่จะมีการประกาศใช้ (pre – publication control) หรือเป็นการควบคุมร่างกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ได้แก่ ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือร่างพระราชบัญญัติ ว่าเนื้อหาสารัตถะของร่างกฎหมายดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

ดังที่ได้กล่าวมาแล้วว่า การตราพระราชกำหนดเป็นอำนาจของฝ่ายบริหาร ดังนั้นฝ่ายบริหารจะมีองค์กรเพื่อทำหน้าที่ให้คำแนะนำปรึกษากฎหมาย ในประเทศไทยคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นองค์ที่มีอำนาจหน้าที่สำคัญในการให้คำแนะนำกับฝ่ายบริหาร ซึ่งมีลักษณะเป็นการควบคุมก่อนการตราพระราชกำหนด ซึ่งถือว่าเป็นการกลั่นกรองให้รอบคอบถูกต้องมากยิ่งขึ้น แต่มีข้อจำกัดอยู่ตรงที่ว่าฝ่ายบริหารจะเชื่อฟังคำแนะนำของคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือไม่ก็ได้ ไม่มีผลบังคับผูกพัน แต่อย่างไรก็ตามเมื่อพิจารณาจากกระบวนการตราพระราชกำหนดและหลักเกณฑ์ในการ

---

[18] พิมล ธรรมพิทักษ์พงษ์, **การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดตามมาตรา 218 ของรัฐธรรมนูญ,** จดหมายข่าวศาลรัฐธรรมนูญ ปีที่ 5 ฉบับที่ 6 (เล่มที่ 10) ประจำเดือนกรกฎาคม – สิงหาคม, 2546, หน้า 13 – 14.

ตรวจสอบเนื้อหาแล้ว จะเห็นได้ว่ากรณีของพระราชกำหนดซึ่งเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหารนั้น ไม่อาจที่จะควบคุมตรวจสอบเนื้อหาของพระราชกำหนดก่อนที่จะมีผลบังคับใช้ได้เลย เพราะเมื่อฝ่ายบริหารตราพระราชกำหนดขึ้นมาก็จะมีผลบังคับใช้อย่างเช่นพระราชบัญญัติทันทีโดยที่ยังไม่จำเป็นต้องผ่านการตรวจสอบโดยรัฐสภาหรือองค์กรใดๆ ก่อน[19] ดังนั้น *การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในทางเนื้อหาของพระราชกำหนดก่อนที่จะมีการประกาศใช้ (pre - publication control) จึงไม่มีประเด็นที่จะต้องพิจารณา*

<u>ประเภทที่สอง</u> เป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายหลังมีการประกาศใช้ (post - publication control) เป็นการควบคุมกฎหมายที่มีผลบังคับใช้แล้ว ซึ่งจะประกอบไปด้วยการตรวจสอบด้วยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงนามธรรม (abstract review) หมายถึง การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป โดยยังไม่ได้มีการฟ้องร้องบังคับคดีต่อศาล และการตรวจสอบด้วยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในเชิงรูปธรรม (concrete review) หมายถึง การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่อยู่ระหว่างการดำเนินกระบวนพิจารณาของศาล[20] อย่างไรก็ตาม ในที่นี้มีประเด็นที่จะต้องพิจารณา คือ

2.1) กรณีเข้าเงื่อนไขในส่วนของข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบของกฎหมายที่ให้อำนาจในการตราพระราชกำหนด หรือไม่

องค์ประกอบของกฎหมายในการตราพระราชกำหนดก็คือ การตราพระราชกำหนดเป็นไปตามเงื่อนไขทั้ง 4 ประการ ได้แก่

---

[19] อ้างแล้ว ในเชิงอรรถที่ 1, หน้า 78.

[20] อ้างแล้ว ในเชิงอรรถที่ 1, หน้า 78.

เพื่อรักษาความปลอดภัยมั่นคงของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 184 วรรคแรก) หรือไม่ และเงื่อนไขทั้ง 4 ประการที่กล่าวข้างต้นนั้นจะต้องเป็นเหตุฉุกเฉินมีความจำเป็นเร่งด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 184 วรรคสอง) โดยเงื่อนไขดังกล่าวข้างต้นจะต้องนำมาพิจารณาพร้อมกัน ดังนี้

***เงื่อนไขที่ 1*: ต้องเป็นไปเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้ คือ เพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ**

สำหรับเงื่อนไขว่าด้วยวัตถุประสงค์ของการตราพระราชกำหนดตามมาตรา 184 วรรคแรกที่ประกอบด้วยวัตถุประสงค์ในการรักษาความปลอดภัยของประเทศ การรักษาความปลอดภัยสาธารณะ การรักษาความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ หรือการป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะนั้น จะเห็นได้ว่ากรณีพระราชกำหนดฯ ดังกล่าวชอบด้วยเงื่อนไขว่าด้วยวัตถุประสงค์นี้ กล่าวคือ ในประการที่ว่าเพื่อการรักษาความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ เพราะเมื่อประเทศประสบกับปัญหาความตกต่ำทางเศรษฐกิจในระดับหนึ่งที่ไม่จำเป็นต้องร้ายแรงมาก และภาครัฐต้องการแก้ไขปัญหาดังกล่าวโดยวิธีการตรากฎหมาย กฎหมายดังกล่าวย่อมมีขึ้นเพื่อจุดมุ่งหมายในการรักษาความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศแล้ว เพียงแต่ว่าจะฉุกเฉินหรือจำเป็นรีบด่วนและไม่อาจหลีกเลี่ยงได้หรือไม่เป็นอีกประเด็นหนึ่ง และไม่เพียงเท่านั้น ในประเด็นว่าด้วยความกว้างแคบของความหมายของเงื่อนไข “การรักษาความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศ” นี้ยังอาจกินความรวมถึงการที่ประเทศไม่มีปัญหาทางเศรษฐกิจประการใดเลย

แล้วมีการตรากฎหมายเพื่อปกปักรักษาความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศให้ยั่งยืนและมีเสถียรภาพ ด้วย

***เงื่อนไขที่ 2* : ต้องเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นเร่งด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้**

สำหรับในเงื่อนไขนี้จะพิจารณาจากความเหมาะสมของหลักการทางเศรษฐศาสตร์[21] และความเหมาะสมตามหลักนิติรัฐ

(1) ความเหมาะสมของหลักการทางเศรษฐศาสตร์ หมายถึง รัฐบาลมีความจำเป็นต้องตรากฎหมายเพื่อแก้ไขภาวะวิกฤติอย่างจำเป็นและเร่งด่วนหรือไม่ เมื่อย้อนกลับไปดูแล้วพบว่า

ปี พ.ศ. 2475 - 2540 รัฐบาลได้ตราพระราชกำหนดโดยเหตุผลความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศจำนวนมากที่สุด ทั้งนี้เนื่องจากสภาพเศรษฐกิจช่วงก่อนเปลี่ยนแปลงการปกครองที่เศรษฐกิจตกต่ำขาดเงินอย่างรุนแรงจนต้องมีมาตรการลดเงินเดือนข้าราชการ ปลดข้าราชการออก หรือยุบหน่วยงาน และสภาพเศรษฐกิจหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 สิ้นสุดลงที่ภาวะเศรษฐกิจตกต่ำ ภาวะเงินเฟ้อแผ่ขยายออกไปทั่วเอเชีย เกิดวิกฤตน้ำมัน นอกจากนั้น ในสมัยรัฐบาลของนายกรัฐมนตรีพลเอกชวลิต ยงใจยุทธ เศรษฐกิจตกต่ำอย่างรุนแรง ในปี พ.ศ. 2539-2540 จำเป็นต้องประกาศค่าเงินบาทลอยตัวและกู้เงินจากกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (IMF) ต่อมา ผลจากการตราพระราชกำหนดดังกล่าว ส่งผลให้เศรษฐกิจของประเทศฟื้นตัวในระดับหนึ่ง ทั้งนี้เป็นไปตามวงจรทางเศรษฐกิจ

---

[21] ศักดา ธนิตกุล และศึกฤทธิ์ สิงหพ, (2547). **การตรากฎหมายเพื่อแก้ไขวิกฤติระบบสถาบันการเงินที่เกิดขึ้นในปี พ.ศ.2540,** วารสารกฎหมาย, กรุงเทพมหานคร : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ปีที่ 23, ฉบับที่ 2, หน้า 6 – 8.

และถือได้ว่ามีความเหมาะสมตามหลักการของเศรษฐศาสตร์

ปี พ.ศ. 2552[22] ประเทศไทยประสบปัญหาทางเศรษฐกิจขึ้นมาอีก อันส่งผลมาจากวิกฤตเศรษฐกิจของประเทศในฝั่งทวีปอเมริกาและมีผลต่อระบบเศรษฐกิจในประเทศอื่นๆ ทั่วโลกรวมถึงประเทศไทยด้วย หรือกล่าวโดยสรุปว่า เศรษฐกิจของประเทศไทยได้รับผลกระทบอันเนื่องมาจากเหตุปัจจัยที่มาจากทั้งภายในและภายนอกประเทศ ซึ่งปัจจัยดังที่กล่าวมาข้างต้นยังส่งผลกระทบต่อฐานะการคลังของรัฐบาลด้วย เนื่องจากในปีงบประมาณ พ.ศ. 2552 นี้ ได้มีการประมาณการรายได้ไว้เป็นจำนวน 1,604,640 ล้านบาท แต่ปรากฏว่ารายได้ที่จัดเก็บได้จริงน้อยกว่าประมาณการที่ตั้งเป้าหมายไว้ โดยในช่วง 7 เดือนแรกของปีงบประมาณ (ตุลาคม 2551 - เมษายน 2552) ต่ำกว่าประมาณการไว้แต่เดิม ในขณะที่มีการจัดทำงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2552 ถึง 128,933 ล้านบาท และได้มีการคาดการณ์ไว้ว่าเมื่อสิ้นปีงบประมาณนี้ รายได้ที่จัดเก็บได้จะต่ำกว่าที่ได้ประมาณการไว้เป็นจำนวนเงินประมาณ 280,000 ล้านบาท

ดังนั้น จะเห็นได้จากสถานการณ์ทางเศรษฐกิจในประเทศไทยที่เกิดขึ้นในช่วงเวลาแห่งการตราพระราชกำหนดดังกล่าว มิได้ถึงกับเป็นวิกฤตการณ์ทางเศรษฐกิจที่ร้ายแรงอย่างยิ่งอันไม่มีทางเลือกอื่นใดแล้วแต่อย่างใด โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อเปรียบเทียบความร้ายแรงกับวิกฤตเศรษฐกิจในประเทศไทยในช่วงปี พ.ศ. 2540 ดังนั้น รัฐบาลจึงยังมีเวลาในการดำเนินมาตรการต่างๆ เพื่อการแก้ไข ฟื้นฟู และป้องกันความตกต่ำทางเศรษฐกิจดังกล่าว ทั้งยังมีเครื่องมือหรือวิธีการอื่นนอกเหนือจาก

---

[22] สภาผู้แทนราษฎร, **คำชี้แจงประกอบพระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552 ของคณะรัฐมนตรี,** วันจันทร์ที่ 27 มิถุนายน 2552.

การตราพระราชกำหนดที่สามารถกระทำได้ ไม่ว่าจะเป็นมาตรการหรือเครื่องมือทางการคลังและทางการเงินต่างๆ หรือวิธีการทางรัฐสภาหรือทางกฎหมายที่ผ่านรัฐสภาโดยชอบ เช่น การแก้ไขกฎหมายในส่วนที่ว่าด้วยเพดานเงินกู้เป็นการชั่วคราว เป็นต้น เพราะฉะนั้น กรณีจึงมิใช่กรณีที่ “ฉุกเฉิน” ที่ “มีความจำเป็นรีบด่วน” “อันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้” แต่อย่างใด

เพราะฉะนั้น การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในประเด็นว่าด้วย “กรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอัน มิอาจจะหลีกเลี่ยงได้” ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 184 วรรคสอง โดยกล่าวว่า *“เมื่อพิจารณาถึงสภาพปัญหาความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศที่กำลังประสบอยู่ในปัจจุบัน ไม่ว่ามูลค่าการส่งออกของสินค้าไทยที่หดตัวอย่างรวดเร็ว รายได้จากการท่องเที่ยวลดลง การที่ภาคธุรกิจมีการปิดหรือเลิกกิจการเพิ่มมากขึ้น ปัญหาอัตราการว่างงานที่เพิ่มขึ้นอย่างรวดเร็ว หนี้เสียในระบบสถาบันการเงินมีแนวโน้มสูงขึ้น ซึ่งทุกเหตุปัจจัยส่งผลกระทบให้เกิดภัยวิกฤตเศรษฐกิจของประเทศ จนรัฐบาลต้องเร่งดำเนินมาตรการเพื่อแก้ไขวิกฤตนั้นไม่ว่ามาตรการช่วยเหลือภาคอสังหาริมทรัพย์ มาตรการภาษีเพื่อกระตุ้นเศรษฐกิจ มาตรการเพื่อช่วยเหลือสภาพคล่องทางการเงินให้แก่ภาคเศรษฐกิจที่แท้จริง มาตรการเพื่อช่วยเหลือเกษตรกรและเศรษฐกิจฐานราก มาตรการเพื่อลดภาระค่าใช้จ่ายของประชาชน มาตรการจัดทำงบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติมในปีงบประมาณ พ.ศ.2552 และมาตรการอื่นๆ เพื่อแก้ไขภัยจากวิกฤตเศรษฐกิจดังกล่าว แต่สภาวะเศรษฐกิจโลกและสภาวะเศรษฐกิจของประเทศยังคงชะลอตัวอย่างต่อเนื่องแล้ว”* ในประเด็นนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้หยิบยกปัญหาความตกต่ำต่างๆ ทางเศรษฐกิจของประเทศ จากนั้นจึงพิจารณาต่อมาว่ามาตรการที่รัฐบาลได้กระทำไปไม่อาจแก้ไขปัญหาวิกฤติดังกล่าวได้ขึ้น พิจารณาว่า เป็นกรณีฉุกเฉินรีบด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้แล้ว

นอกจากนี้ ในส่วนของเงื่อนไขกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยง ตามมาตรา 184 วรรคสอง โดยเหตุที่รัฐบาลอ้างว่า *"วิกฤติเศรษฐกิจที่เกิดขึ้น จะหนักกว่าเมื่อปี 2540 ที่เริ่มจากคนไม่เชื่อมั่นสถาบันการเงิน วิกฤติลุกลามจากในประเทศไประดับโลก การแก้ปัญหาขณะนั้นจึงต้องรักษาวินัยและกอบกู้ฐานะทางการเงินการคลังของรัฐบาล แต่วิกฤติครั้งนี้สวนทาง เพราะเริ่มจากข้างนอกและกระทบต่อเศรษฐกิจจริง ไม่ใช่แค่ด้านการเงิน แต่มีผลกระทบต่อชีวิตจริง แนวทางแก้ปัญหาขณะนี้ สิ่งสำคัญคือการรักษากำลังซื้อของประเทศให้คนทั่วๆ ไปยังมีเงินในกระเป๋า ให้มีเงินหมุนเวียนในระบบเศรษฐกิจ เพื่อรักษาการขยายตัวทางเศรษฐกิจ การจ้างงาน ระดับรายได้ของประชาชนทั่วไป นำไปสู่ความจำเป็นที่จะต้องมีแผนกระตุ้นเศรษฐกิจ ทั้งงบประมาณแสนล้าน..."* ดังนั้น วิกฤติเศรษฐกิจของไทยเป็นผลมาจากวิกฤติเศรษฐกิจทั่วโลกโดยมีที่มาจากวิกฤติเศรษฐกิจในประเทศสหรัฐอเมริกา รัฐบาลจึงจำเป็นต้องมีนโยบายหรือมาตรการในการกระตุ้นเศรษฐกิจเพื่อแก้ปัญหาวิกฤติเศรษฐกิจตกต่ำ โดยการตราพระราชกำหนดดังกล่าวเป็นไปเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ ตามมาตรา 184 วรรคหนึ่ง ตามที่รัฐบาลกล่าวอ้างนั้น เมื่อพิจารณาแล้ว ไม่ปรากฏว่าประเทศมีวิกฤติการณ์ทางเศรษฐกิจถึงในระดับที่จะกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจอย่างรุนแรง โดยทั่วโลกย่อมได้รับผลกระทบทางเศรษฐกิจจากปัญหาวิกฤติเศรษฐกิจของสหรัฐอเมริกาซึ่งได้ดำเนินมาตรการแก้ไขจนมีแนวโน้มทางเศรษฐกิจที่ดีขึ้น แม้ประเทศไทยจะได้รับผลกระทบอยู่บ้างก็ตาม อีกทั้งรองนายกรัฐมนตรี (นายกอร์ปศักดิ์ สภาวสุ) ได้ยืนยันว่าระดับเงินคงคลังที่เหลืออยู่ที่ระดับ 80,000 ล้านบาท ไม่มีผลต่อสถานะทางการคลังของรัฐบาล แสดงให้เห็นว่าสถานะทางการคลังของรัฐบาลมิได้มีปัญหารุนแรง นอกจากนี้ นายกรณ์ จาติกวณิช รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง ได้ระบุว่า การจัดเก็บภาษีของ

กรมสรรพากรเริ่มปรับตัวดีขึ้นโดยเฉพาะภาษีมูลค่าเพิ่ม และในเดือนพฤษภาคม 2552 ยังมีเงินก้อนใหญ่ที่ได้จากภาษีนิติบุคคล ประกอบกับงบประมาณกลางปีที่มีจำนวน 116,700 ล้านบาท ได้มีการเบิกจ่ายไปประมาณร้อยละ 42 เท่านั้น อีกทั้งยังมีการกู้เงินตามกรอบเพดานเงินกู้เพื่อชดเชยการขาดดุลงบประมาณที่ยังคงเหลืออยู่ตามพระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548

พิจารณาแล้วเห็นว่ากรณีดังกล่าวไม่ได้เป็นกรณีฉุกเฉินจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ตามที่รัฐบาลกล่าวอ้างแต่อย่างใด เพราะเหตุผลในการกู้เงินของรัฐบาลเพื่อนำเงินไปใช้ใน "**แผนปฏิบัติการไทยเข้มแข็ง 2555**" โดยการตรากฎหมายกู้เงิน จำนวน 2 ฉบับ ได้แก่ พระราชกำหนด และร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจแก่กระทรวงการคลังในการกู้เงินฟื้นฟูเศรษฐกิจและสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจฉบับละ 400,000 ล้านบาท รวมเป็นเงิน 800,000 ล้านบาท ซึ่งมีนัยว่ารัฐบาลอาจจะหลีกเลี่ยงการถูกตรวจสอบจากรัฐสภา นอกจากนี้รัฐบาลจะนำเงินจำนวน 200,000 ล้านบาท มาชดเชยการขาดดุลงบประมาณในปี 2552 - 2553 เงินส่วนที่เหลือก็จะนำไปใช้ในโครงการ "แผนปฏิบัติการไทยเข้มแข็ง 2555" ซึ่งเป็นโครงการลงทุนระยะยาว โดยเริ่มในปีงบประมาณ 2553 (ตั้งแต่วันที่ 1 ตุลาคม 2552) เป็นต้นไป[23] จึงไม่น่าจะเป็นมาตรการที่นำมาใช้ในการแก้ปัญหาวิกฤติเศรษฐกิจในปัจจุบันที่ต้องใช้มาตรการทางการคลังระยะสั้นที่ต้องใช้ความรวดเร็วเพื่อแก้ปัญหาได้อย่างทันท่วงที โดยไม่สอดคล้องกับเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดว่าเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นเร่งด่วนแต่ประการใด

[23] ข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์, คำชี้แจงประกอบ พระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552 ของคณะรัฐมนตรี นายอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ นายกรัฐมนตรี แถลงต่อสภาผู้แทนราษฎรวันจันทร์ที่ 15 มิถุนายน 2552 http://www.nrdb.info

ซึ่งจากกรณีการตราพระราชกำหนดดังกล่าว รวมทั้งประสบการณ์ในอดีต จึงสามารถสรุปได้ว่า **วัฒนธรรมการใช้กฎหมายของไทย โดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการออกพระราชกำหนดของฝ่ายบริหาร มีแนวโน้มที่จะตีความหรือใช้กฎหมายที่เป็นข้อยกเว้นดังกล่าวอย่างกว้างขวาง** ซึ่งไม่ใช่แค่สำหรับฝ่ายบริหารหรือรัฐบาลเท่านั้น แต่ผู้มีหน้าที่ควบคุมตรวจสอบอย่างรัฐสภาและศาลรัฐธรรมนูญหรือคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็เป็นเช่นเดียวกัน ระบบการควบคุมตรวจสอบที่รัฐธรรมนูญได้วางถ่วงดุลให้ไว้จึงปราศจากผลในทางปฏิบัติที่มีประสิทธิภาพอย่างสิ้นเชิง ทั้งนี้เหตุผลประการหนึ่งอาจด้วยเพราะวัฒนธรรมระบบอุปถัมภ์ที่ฝังรากลึกในสังคมไทย ส่งผลให้หลักเกณฑ์การตราพระราชกำหนดในรัฐธรรมนูญของไทยที่บัญญัติให้ไว้ค่อนข้างกว้างเพื่อความมั่นคงปลอดภัยของประเทศกลับถูกนำไปใช้ในเรื่องที่มิได้ฉุกเฉินจำเป็นรีบด่วนจริงอย่างมากเกินไปจนกระทบต่อรากฐานแห่งหลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักนิติรัฐในประเทศไทย ดังนั้น **ประเทศไทยจึงควรที่จะใช้บทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยเงื่อนไขการตราพระราชกำหนดที่แคบลงกว่านี้ และอุดช่องโหว่ที่เกิดขึ้นจากการกำหนดเงื่อนไขที่แคบลงด้วยวิธีการทางนิติบัญญัติโดยรัฐสภาที่รวดเร็ว**

(2) ความเหมาะสมตามหลักนิติรัฐ หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of powers) ซึ่งเป็นหนึ่งในหลักการพื้นฐานที่สำคัญที่สุดประการหนึ่งของหลักนิติรัฐ (The legal state principle หรือ das Rechtsstaatsprinzip) ที่เรียกร้องให้มีการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยของรัฐออกเป็นอำนาจ 3 ประการ คือ อำนาจนิติบัญญัติ (Legislative power) อำนาจบริหาร (Executive power) และอำนาจตุลาการ (Judicial power) โดยให้อำนาจทั้งสามดังกล่าวตรวจสอบถ่วงดุล (check and balance) และคานอำนาจซึ่งกันและกันอย่างเหมาะสม และ

ได้ดุลยภาพระหว่างความชอบด้วยกฎหมายและการพัฒนาหรือความเจริญก้าวหน้าของประเทศทั้งทางด้านเศรษฐกิจ สังคม และด้านต่างๆ

โดยฝ่ายนิติบัญญัติที่มีอำนาจหน้าที่ในการตรากฎหมาย มีข้อจำกัดบางประการเกี่ยวกับความรวดเร็วทันต่อเหตุการณ์ในการกระทำการ และข้อจำกัดเกี่ยวกับความรู้ความเชี่ยวชาญทางเทคนิคเฉพาะเรื่อง เป็นต้น จึงก่อให้เกิดการให้อำนาจที่มากขึ้นแก่ฝ่ายบริหารในการนำกฎหมายไปบังคับใช้และการปฏิบัติการให้เป็นไปตามกฎหมายในรูปแบบต่างๆ อาทิ ในรูปของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นการให้อำนาจดุลพินิจ (Discretionary power) แก่ฝ่ายบริหาร รวมถึงในรูปแบบของการให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารในการใช้อำนาจนิติบัญญัติของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งก็คือ การตรากฎหมายที่มีค่าบังคับในระดับพระราชบัญญัติมาบังคับใช้ หรือที่ในประเทศไทยเรียกว่า “พระราชกำหนด” อันเป็นข้อยกเว้นเพื่อเป็นทางออกให้แก่รัฐในกรณีที่มีความจำเป็นโดยไม่สามารถดำเนินการตามระบบการตรากฎหมายปกติ และแม้ว่าเหตุผลประกอบคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่กล่าวว่า ฝ่ายบริหาร “มีอำนาจตราพระราชกำหนดตามมาตรา 184 อันเป็นข้อยกเว้นของหลักนิติรัฐ ตามมาตรา 3 ซึ่งต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 185 จึงชอบด้วยหลักนิติรัฐ” ก็ตาม แต่ก็ต้องปรากฏว่าการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในการตราพระราช-กำหนดโดยยึดหลักนิติรัฐ ประกอบกับกรณีที่เกิดความจำเป็นอย่างยิ่งที่รัฐบาลไม่มีทางเลือกในการดำเนินการทางอื่น ดังนั้น หากรัฐบาลใช้อำนาจพิเศษอย่างพร่ำเพรื่ออาจเกิดความเสียหายต่อระบบกฎหมายของประเทศซึ่งถือเป็นการไม่สอดคล้องกับหลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักนิติรัฐ การตราพระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552 ก็ย่อมไม่เป็นไปตามหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนด เพราะไม่เข้าหลักเกณฑ์เงื่อนไขการตรา

พระราชกำหนดตามมาตรา 184 วรรคสอง

อย่างไรก็ตาม จะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญฯ มิได้มีบทบัญญัติที่จะกำหนดไว้อย่างชัดเจนถึงอำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเนื้อหาในพระราชกำหนดที่รัฐสภายังไม่ได้ให้ความเห็นชอบอาจก่อให้เกิดประเด็นปัญหาขึ้นในกรณีที่ได้นำมาบังคับใช้ดังเช่นพระราชบัญญัติแล้ว แต่พระราชกำหนดดังกล่าวมีเนื้อหาที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่างๆ ต่อประชาชนได้ และในขณะเดียวกันในเมื่อพระราชกำหนดนั้นยังมิได้ผ่านการพิจารณาจากรัฐสภา ถือได้ว่าพระราชกำหนดนั้นยังเป็นกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายบริหารอย่างแท้จริง ประเด็นที่น่าพิจารณาต่อไป คือ โดยปกติแล้วเมื่อเกิดปัญหาในเรื่องบทบัญญัติหรือการกระทำใดๆ ของฝ่ายบริหาร (ฝ่ายปกครอง) ไม่ชอบด้วยกฎหมายขึ้นมาแล้ว จะเป็นอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองที่จะต้องพิจารณาวินิจฉัยความชอบของปัญหานั้น และสำหรับกรณีข้อเท็จจริงปรากฏว่าเกิดปัญหาในเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญขึ้น องค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยว่ากฎหมายขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้นโดยหลักแล้วคือ ศาลรัฐธรรมนูญ แต่การตรวจสอบโดยศาลรัฐธรรมนูญนั้นมักจะเป็นการตรวจสอบกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ผลของการที่รัฐธรรมนูญมิได้บัญญัติไว้อย่างชัดแจ้ง ในเรื่องการให้อำนาจองค์กรใดองค์กรหนึ่งวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของเนื้อหาของพระราชกำหนดที่สภายังไม่ได้อนุมัติ อาจทำให้เกิดปัญหาในการตรวจสอบว่าแท้ที่จริงแล้วเป็นอำนาจหน้าที่ขององค์กรใด ทั้งนี้ในปัจจุบันยังมิได้มีการหยิบยกประเด็นในเรื่องการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในเนื้อหาของพระราชกำหนดที่สภายังไม่ได้ให้ความเห็นชอบขึ้นให้องค์กรใดวินิจฉัยแต่อย่างใด และศาลรัฐธรรมนูญก็ยังไม่เคยได้วินิจฉัยในประเด็นปัญหาดังกล่าว[24]

[24] อ้างแล้ว ในเชิงอรรถที่ 1, หน้า 79-80.

6.1.2 การตรวจสอบพระราชกำหนดที่รัฐสภาได้ให้ความเห็นชอบแล้ว พระราชกำหนดที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้วมีผลบังคับดั่งเช่นพระราชบัญญัติ การตรวจสอบพระราชกำหนดที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบนั้นจึงมีหลักเกณฑ์แตกต่างไปจากพระราชกำหนดที่รัฐสภายังไม่ได้ให้ความเห็นชอบ เพราะพระราชกำหนดนั้นเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหาร เมื่อผ่านการพิจารณาอนุมัติโดยรัฐสภาก็เท่ากับเป็นการถูกตรวจสอบโดยฝ่ายนิติบัญญัติไปแล้วทำให้มีผลเป็นกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ โดยองค์กรที่จะเข้าตรวจสอบก็คือศาลนั่นเอง ซึ่งสามารถแยกพิจารณาเป็นการตรวจสอบกระบวนการในการตราพระราชกำหนด และการตรวจสอบเนื้อหาของพระราชกำหนด[25] ดังนี้

1) การตรวจสอบกระบวนการตราพระราชกำหนดว่าสอดคล้องกับเงื่อนไขในการตราพระราชกำหนด หรือไม่

สำหรับในประเด็นนี้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 185 ได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบกระบวนการในการตราพระราชกำหนดซึ่งจะกระทำเฉพาะก่อนที่รัฐสภาจะได้อนุมัติพระราชกำหนด ดังนั้น ในกรณีที่พระราชกำหนดนั้นได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาตามมาตรา 184 แล้ว และหากมีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรหรือสมาชิกวุฒิสภาที่เห็นว่า พระราชกำหนดนั้นมิได้ตราขึ้นตามเงื่อนไข 4 ประการ อันเป็นเงื่อนไขของกระบวนการตราพระราชกำหนดตามมาตรา 184 วรรคแรก ก็ไม่อาจที่จะเสนอเรื่องไปยังศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 185 ได้ เพราะถือว่าเป็นการล่วงเวลามาแล้ว[26] และหากจะตรวจสอบกระบวนการตรากฎหมายตามมาตรา 154[27] ก็จะให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญ

---

[25] อ้างแล้ว ในเชิงอรรถที่ 1, หน้า 81.

[26] อ้างแล้ว ในเชิงอรรถที่ 1, หน้า 82.

[27] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

ในการตรวจ “ร่างกฎหมาย” เช่น ร่างพระราชบัญญัติ เท่านั้น ซึ่งจะมีความแตกต่างกับพระราชกำหนดเพราะเมื่อมีการตราพระราชกำหนดก็จะมีผลใช้บังคับเทียบเท่ากับพระราชบัญญัติทันทีแม้จะยังไม่ได้ผ่านการรับรองจากรัฐสภาก็ตาม

2) การตรวจสอบเนื้อหาของพระราชกำหนดว่าสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือไม่

มาตรา 154 ร่างพระราชบัญญัติใดที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้ว ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยตามมาตรา 150 หรือร่างพระราชบัญญัติใดที่รัฐสภาลงมติยืนยันตามมาตรา 151 ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำร่างพระราชบัญญัตินั้นขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายอีกครั้งหนึ่ง

(1) หากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา หรือสมาชิกของทั้งสองสภารวมกัน มีจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา เห็นว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานวุฒิสภา หรือประธานรัฐสภา แล้วแต่กรณี แล้วให้ประธานแห่งสภาที่ได้รับความเห็นดังกล่าวส่งความเห็นนั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้นายกรัฐมนตรีทราบโดยไม่ชักช้า

(2) หากนายกรัฐมนตรีเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ให้ส่งความเห็นเช่นว่านั้นไปยังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย และแจ้งให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรและประธานวุฒิสภาทราบโดยไม่ชักช้า

ในระหว่างที่ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ให้นายกรัฐมนตรีระงับการดำเนินการเพื่อประกาศใช้ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวไว้จนกว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัย

ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ และข้อความดังกล่าวเป็นสาระสำคัญ ให้ร่างพระราชบัญญัตินั้นเป็นอันตกไป

ถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัตินั้นมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ แต่มิใช่กรณีตามวรรคสาม ให้ข้อความที่ขัดหรือแย้งนั้นเป็นอันตกไป และให้นายกรัฐมนตรีดำเนินการตามมาตรา 150 หรือมาตรา 151 แล้วแต่กรณีต่อไป

สำหรับเนื้อหาของพระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552 นั่น หากพิจารณาในตัวเนื้อหาของพระราชกำหนดดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ว่ามีลักษณะเช่นเดียวกับพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี ซึ่งเป็น **กฎหมายตามแบบพิธี หรือ กฎหมายที่ออกมาโดยวิธีบัญญัติกฎหมายโดยไม่ต้องคำนึงว่ากฎหมายนั้นเข้าลักษณะเป็นกฎหมายตามเนื้อความหรือไม่ เช่น พระราชบัญญัติงบประมาณประจำปี ซึ่งแม้ว่าจะเป็น "พระราชบัญญัติ" แต่ก็ไม่มีลักษณะเป็นกฎหมายตามเนื้อความแต่ประการใด เพราะไม่ใช่กฎข้อบังคับที่กำหนดความประพฤติของบุคคลซึ่งผู้ใดฝ่าฝืนจะได้รับผลร้ายหรือถูกลงโทษ ดังนั้น การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 166 กำหนดให้งบประมาณแผ่นดินประจำปีต้องตราขึ้นเป็นพระราชบัญญัติ ก็เพื่อจะให้ผ่านการพิจารณาของรัฐสภาอย่างเดียวกับพระราชบัญญัติอื่นๆ เท่านั้น จึงไม่มีประเด็นที่ต้องวิเคราะห์ถึง**เนื้อหาของพระราชกำหนดว่าสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือไม่

ดังนั้น แม้พระราชกำหนดที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้วจะถือได้ว่าเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายอันอยู่ในขอบอำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของศาลรัฐธรรมนูญตามมาตรา 185 ก็ตาม แต่เมื่อมีกรณีให้ศาลพิจารณาตามมาตราดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญสามารถตรวจสอบได้แต่เฉพาะ "เนื้อหา" ของพระราชกำหนดนั้นๆ เท่านั้น ส่วนการตรวจสอบกระบวนการในการตราพระราชกำหนดที่รัฐสภาได้ให้ความเห็นชอบแล้วโดยอาศัยช่องทางตามมาตรา 185 นี้ไม่อาจทำได้ เพราะการตรวจสอบกระบวนการในการตราพระราชกำหนดที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบแล้วเป็นเรื่องที่พ้นเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญแล้ว

6.2 พระราชกำหนดฯ ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 169 ที่บัญญัติให้การจ่ายเงินแผ่นดินจะกระทำได้ก็เฉพาะที่ได้อนุญาตไว้ในกฎหมายว่าด้วยงบประมาณฯ หรือไม่เพียงใด

การพิจารณาว่าพระราชกำหนดฯ มาตรา 4 ที่บัญญัติให้การใช้จ่ายเงินกู้ไม่ต้องนำส่งคลังโดยให้นำไปใช้ตามวัตถุประสงค์ในการกู้ได้ ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 169 ที่บัญญัติให้การจ่ายเงินแผ่นดินจะกระทำได้ก็เฉพาะที่ได้อนุญาตไว้ในกฎหมายว่าด้วยงบประมาณฯ หรือไม่ นั้น จะต้องพิจารณาประกอบกับกฎหมายที่เกี่ยวข้อง อันได้แก่ พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 พระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 พระราชบัญญัติเงินคงคลัง พ.ศ. 2491 และรัฐธรรมนูญหมวดการเงินการคลังและงบประมาณ โดยมีรายละเอียดการวิเคราะห์ ดังนี้

1) พิจารณาตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 ซึ่งโดยหลักการใช้จ่ายงบประมาณแผ่นดินแล้วฝ่ายบริหารจะต้องเสนอเป็นพระราชบัญญัติงบประมาณประจำปีต่อรัฐสภาตามหลักความยินยอม ซึ่งตาม *มาตรา 8 งบประมาณประจำปีที่เสนอต่อรัฐสภานั้น โดยปกติให้ประกอบด้วยคำอธิบายเกี่ยวกับประมาณการรายรับ คำอธิบายเกี่ยวกับหนี้ของรัฐบาลทั้งที่มีอยู่แล้วในปัจจุบันและที่เสนอขอกู้เพิ่มเติม* เมื่อการกู้เงินไม่ได้ทำในระบบงบประมาณขัดต่อกฎหมายในส่วนนี้ และเมื่อพิจารณาตาม *มาตรา 24 ซึ่งได้กำหนดว่าบรรดาเงินที่ส่วนราชการได้รับเป็นกรรมสิทธิ์ไม่ว่าจะได้รับตามกฎหมาย หรือระเบียบข้อบังคับ หรือได้รับชำระตามอำนาจหน้าที่หรือสัญญา หรือได้รับจากการให้ใช้ทรัพย์สิน หรือเก็บดอกผลจากทรัพย์สินของราชการ ให้ส่วนราชการที่ได้รับเงินนั้นนำส่งคลังตามระเบียบหรือข้อบังคับที่รัฐมนตรีกำหนด เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดเป็นอย่างอื่น* ดังนั้น การที่พระราชกำหนดฯ ได้กำหนดหลักการ (ตามมาตรา 4) ว่าไม่ต้อง

นำเงินที่กู้มาส่งคลัง เว้นแต่คณะรัฐมนตรีจะให้นำส่งคลัง จึงขัดต่อบทบัญญัติกฎหมายส่วนนี้อย่างชัดแจ้งอีกเช่นกัน

2) พิจารณาตามพระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 ซึ่งตามมาตรา 22 *วางหลักว่าการกู้เงินเพื่อพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมให้กระทำได้เมื่อมีความจำเป็นต้องใช้จ่ายเงินนอกเหนือจากงบประมาณรายจ่ายประจำปีและต้องใช้เป็นเงินตราต่างประเทศหรือจำเป็นต้องกู้เงินเพื่อเสริมสร้างความมั่นคงทางการเงินของประเทศ โดยให้กระทรวงการคลังกู้เป็นเงินตราต่างประเทศได้ไม่เกินร้อยละสิบของงบประมาณรายจ่ายประจำปี การกู้เงินดังกล่าวให้กำหนดวัตถุประสงค์ของการใช้เงินอย่างชัดเจนและเป็นไปตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่รัฐมนตรีกำหนดโดยอนุมัติคณะรัฐมนตรี* ซึ่งตามพระราชกำหนดฯ ไม่มีวัตถุประสงค์ของการใช้เงินที่ชัดเจน และขณะที่ตราพระราชกำหนดฯ ยังไม่มีหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขการกู้เงินที่รัฐมนตรีกำหนดโดยการอนุมัติคณะรัฐมนตรีแต่อย่างใด แต่มีการออกหลักเกณฑ์เป็น “ระเบียบ” ภายหลังจากที่ได้ตราพระราชกำหนดแล้ว

3) พิจารณาตามพระราชบัญญัติเงินคงคลัง พ.ศ. 2491 ซึ่งตาม *มาตรา 4 วางหลักว่า ภายใต้บังคับแห่ง มาตรา 13 (ข้อยกเว้นเงินที่ไม่ต้องนำส่งคลัง เช่น เงินบำรุงการศึกษา เงินบำรุงโรงพยาบาล) บรรดาเงินทั้งปวงที่พึงชำระให้แก่รัฐบาลไม่ว่าเป็นภาษีอากร เงินกู้หรือเงินอื่นใด หัวหน้าส่วนราชการที่ได้เก็บหรือรับเงินนั้นมีหน้าที่ควบคุมให้ส่งเงินเข้าบัญชีเงินคงคลังบัญชีที่ 1 หรือส่งคลังจังหวัดหรือคลังอำเภอ...* การที่พระราชกำหนดฯ ได้กำหนดหลักการ (ตามมาตรา 4) ว่าไม่ต้องนำเงินที่กู้มาส่งคลัง เว้นแต่คณะรัฐมนตรีจะให้นำส่งคลัง นอกจากจะขัดต่อพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 แล้ว ยังขัดต่อบทบัญญัติกฎหมายส่วนนี้อีกด้วย

4) พิจารณาตามรัฐธรรมนูญหมวดการเงิน การคลัง และงบประมาณ ซึ่งตาม *มาตรา 167 วรรคสาม กำหนดให้มีกฎหมายการเงินการคลังของรัฐเพื่อกำหนดกรอบวินัยการเงินการคลัง ซึ่งรวมถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการวางแผนการเงินระยะปานกลาง การจัดหารายได้ การกำหนดแนวทางในการจัดทำงบประมาณรายจ่ายของแผ่นดิน การบริหารการเงินและทรัพย์สิน การบัญชี กองทุนสาธารณะ การก่อหนี้ หรือการดำเนินการที่ผูกพันทรัพย์สินหรือภาระทางการเงินของรัฐ* แต่ปัจจุบันยังไม่มีการตรากฎหมายดังกล่าว อย่างไรก็ดีในปัจจุบันยังมีกฎหมายในเรื่องเดียวกันบังคับใช้อยู่แล้วซึ่งมีอยู่ก่อนบังคับใช้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 พระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 และพระราชบัญญัติเงินคงคลัง พ.ศ. 2491 เมื่อการตราพระราชกำหนดฯ ขัดต่อกฎหมายทั้งสามฉบับดังกล่าวจึงมีผลเท่ากับขัดรัฐธรรมนูญในส่วนนี้ด้วย

นอกจากนี้ ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 170 กำหนดว่าเงินรายได้ของหน่วยงานของรัฐใดที่ไม่ต้องนำส่งเป็นรายได้แผ่นดิน ให้หน่วยงานของรัฐนั้นทำรายงานการรับและการใช้จ่ายเงินดังกล่าว การใช้จ่ายเงินรายได้ดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้กรอบวินัยการเงินการคลังตามหมวดนี้ด้วย ดังนั้น แม้จะมีการรายงาน แต่มีปัญหาว่าการใช้จ่ายเงินอยู่ภายใต้กรอบวินัยการเงินการคลังหรือไม่ โดยเฉพาะการนำไปใช้ในโครงการไทยเข้มแข็งที่ขาดแผนปฏิบัติการที่ชัดเจนในการใช้เงิน และฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถตรวจสอบรายละเอียดการใช้เงินได้

อย่างไรก็ตาม ประเด็นในการวิเคราะห์ทั้งสี่ประเด็นข้างต้นนั้นเป็นการวิเคราะห์ในเชิง “หลักทั่วไป” แต่หากพิจารณาถึงข้อยกเว้นแล้วจะเห็นได้ว่า การที่พระราชกำหนดฯ มาตรา 4 ได้บัญญัติให้เงินที่ได้จากการกู้

(โดยผลของพระราชบัญญัติบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 มาตรา 20 (2)[28]) ให้นำไปใช้จ่ายได้ตามวัตถุประสงค์ในการกู้โดยไม่ต้องนำส่งคลังตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ (มาตรา 24 วรรคแรก[29]) และกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง (มาตรา 7 (2)[30]) เว้นแต่คณะรัฐมนตรีจะมีมติให้สมทบเป็นเงินคงคลัง **ดังนั้น จึงสรุปได้ว่าการที่รัฐบาลได้ตราพระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ.2552**

---

[28] พระราชบัญญัติบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548

มาตรา 20 ให้กระทรวงการคลังกู้เงินได้เฉพาะเพื่อวัตถุประสงค์อย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(1) ชดเชยการขาดดุลงบประมาณหรือเมื่อมีรายจ่ายสูงกว่ารายได้

(2) พัฒนาเศรษฐกิจและสังคม

(3) ปรับโครงสร้างหนี้สาธารณะ

(4) ให้หน่วยงานอื่นกู้ต่อ

(5) พัฒนาตลาดตราสารหนี้ในประเทศ

เงินบาทหรือเงินตราต่างประเทศที่ได้รับจากการกู้เงินตาม (2) ถึง (5) ให้นำไปใช้ได้ตามวัตถุประสงค์ของการกู้เงินหรือตามที่คณะรัฐมนตรีอนุมัติ โดยไม่ต้องนำส่งคลังตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณและกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง

[29] พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502

มาตรา 24 บรรดาเงินที่ส่วนราชการได้รับเป็นกรรมสิทธิ์ไม่ว่าจะได้รับตามกฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับ หรือได้รับชำระตามอำนาจหน้าที่หรือสัญญา หรือได้รับจากการให้ใช้ทรัพย์สิน หรือเก็บดอกผลจากทรัพย์สินของราชการ ให้ส่วนราชการที่ได้รับเงินนั้น นำส่งคลังตามระเบียบหรือข้อบังคับที่รัฐมนตรีกำหนด เว้นแต่จะมีกฎหมายกำหนดเป็นอย่างอื่น

[30] พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502

มาตรา 7 ในกรณีต่อไปนี้ให้สั่งจ่ายเงินจากบัญชีเงินคงคลังบัญชีที่ 2 หรือคลังจังหวัดหรือคลังอำเภอได้ก่อนที่มีกฎหมายอนุญาตให้จ่าย คือ

ฯลฯ

(2) มีกฎหมายใด ๆ ที่กระทำให้ต้องจ่ายเงินเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายนั้น ๆ และมีความจำเป็นต้องจ่ายโดยเร็ว

ฯลฯ

ไม่ขัดหรือแย้งกับ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 169 แต่อาจจะขัดกับหลักวินัยทางการเงินการคลังในทางเศรษฐศาสตร์

7. บทสรุป

หากจะพิจารณาว่าการตราพระราชกำหนดเป็นกรณีข้อยกเว้นในการบัญญัติกฎหมายที่ให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจตรากฎหมายใช้บังคับได้ดังเช่นกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ดังที่ได้กล่าวมาแม้รัฐธรรมนูญจะเปิดช่องให้ฝ่ายบริหารกระทำเช่นนั้นได้ แต่ต้องตีความโดยเคร่งครัดในทางที่จำกัดอำนาจของฝ่ายบริหาร ซึ่งควรจำกัดเฉพาะกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนที่ฝ่ายบริหารไม่มีทางเลือกในการดำเนินการอย่างอื่น เพราะหากตีความอย่างกว้างว่าฝ่ายบริหารจะตราพระราชกำหนดเรื่องใดก็ได้ จะทำให้ข้อยกเว้นกลับกลายเป็นหลักปฏิบัติและเปิดช่องให้ฝ่ายบริหารจงใจหลีกเลี่ยงการปฏิบัติตามระบบกฎหมายปกติ ทั้งที่ในกรณีนี้ฝ่ายบริหารอยู่ในสภาพที่สามารถดำเนินการตามกฎหมายปกติได้ และจากข้อเท็จจริงพบว่าฝ่ายบริหารได้เสนอกฎหมายในลักษณะเดียวกันต่อสภา โดยแยกวงเงินกู้ระหว่างกู้ตามพระราชกำหนดกับกู้ตามพระราชบัญญัติอย่างละครึ่ง อันแสดงให้เห็นถึงเจตนาของฝ่ายบริหารในการก่อหนี้สาธารณะเกินวงเงินตามที่กฎหมายได้บัญญัติให้อนุญาตไว้

จากการวิเคราะห์พบว่า พระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552 ไม่สอดคล้องกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการตราพระราชกำหนดและหลักวินัยทางงบประมาณและการคลัง โดยประเด็นหลักที่สำคัญ คือ การตราพระราชกำหนดดังกล่าวไม่เป็นไปตามเงื่อนไขการตราพระราช-กำหนด กล่าวคือ ไม่ชัดเจนว่าเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอัน

มิอาจจะหลีกเลี่ยงได้ ตามมาตรา 184 วรรคสอง หรือไม่

ในส่วนของพระราชกำหนดทั่วไปนั้น ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 184 และมาตรา 185 โดยกำหนดเงื่อนไขในการตราพระราชกำหนดไว้ว่าจะต้องตราขึ้นเพื่อประโยชน์ในอันที่จะรักษาความปลอดภัยของประเทศ ความปลอดภัยสาธารณะ ความมั่นคงในทางเศรษฐกิจของประเทศหรือป้องปัดภัยพิบัติสาธารณะ และจะต้องตราในกรณีที่เป็นเหตุฉุกเฉินที่มีความจำเป็นเร่งด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้เท่านั้น และเมื่อถึงกำหนดประชุมสภาจะต้องนำพระราชกำหนดนั้นให้สภาเห็นชอบโดยมิชักช้า ทั้งนี้ ในส่วนของความชอบด้วยรัฐธรรมนูญทางด้านเงื่อนไขการตรานั้น ศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจเข้ามาตรวจสอบความชอบในส่วนดังกล่าวด้วย แต่ต้องเป็นไปตามบทบัญญัติในมาตรา 185 และพระราชกำหนดอันเกี่ยวเนื่องด้วยภาษีอากรและเงินตรานั้น กระบวนการขั้นตอนนั้นจะแตกต่างจากการตราพระราชกำหนดทั่วไป กล่าวคือ จะต้องตราขึ้นในระหว่างสมัยประชุมเท่านั้น โดยจะต้องพิจารณาโดยการลับและจะต้องทำเพื่อรักษาประโยชน์ของแผ่นดิน ทั้งนี้ลักษณะขั้นตอนในการดำเนินการที่จะต้องนำเข้าสู่สภานั้นให้นำมาตรา 184 มาบังคับใช้โดยอนุโลม

ในบทความนี้ ผู้เขียนเห็นว่าการก่อหนี้สาธารณะโดยฝ่ายบริหารควรดำเนินการตามระบบกฎหมายปกติ ไม่ควรตราเป็นพระราชกำหนด ทั้งนี้เพื่อเป็นหลักประกันความเชื่อมั่นในระบบกฎหมายทั่วไป รวมทั้งระบบกฎหมายการเงินการคลังและงบประมาณของประเทศ ป้องกันปัญหาการใช้อำนาจโดยไม่มีขอบเขตของฝ่ายบริหาร ไม่ให้ฝ่ายบริหารก่อหนี้สาธารณะตามอำเภอใจ อันจะเป็นการสร้างภาระผูกพันต่องบประมาณของประเทศจนนำมาซึ่งวิกฤติทางเศรษฐกิจในอนาคต เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้บัญญัติเรื่องการเงิน การคลังและงบประมาณ รัฐสภาจึงควรเร่งตรากฎหมายการเงินการคลังของรัฐตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด เพื่อกำหนดกรอบวินัย

การเงินการคลังซึ่งรวมถึงหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการก่อหนี้สาธารณะหรือการดำเนินการที่ผูกพันทรัพย์สินหรือภาระทางงบประมาณของรัฐ

สำหรับหลักการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารกรณีการตราพระราชกำหนดโดยเฉพาะที่เกี่ยวกับการเงินและงบประมาณ ศาลรัฐธรรมนูญควรวางหลักอย่างเคร่งครัดเพื่อจำกัดไม่ให้ฝ่ายบริหารใช้อำนาจตราพระราชกำหนดอันเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยไม่จำเป็น ถ้าเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการเงินการคลังและงบประมาณ โดยเฉพาะกรณีการก่อหนี้สาธารณะควรตีความว่าเรื่องใดเป็นเรื่องจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจจะหลีกเลี่ยงได้ที่ต้องตราเป็นพระราชกำหนด และศาลรัฐธรรมนูญอาจใช้ “หลักพอสมแก่เหตุ หรือ “หลักความจำเป็น” มาช่วยในการพิเคราะห์ รวมถึงควรนำข้อมูลหรือความเห็นจากผู้มีความรู้ความเชี่ยวชาญในทางด้านเศรษฐศาสตร์มาใช้ประกอบในการพิจารณาวินิจฉัยคดี และเนื่องจากประเทศไทยเป็นระบบกฎหมายแบบลายลักษณ์อักษร (Civil Law) ดังนั้น การตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญจึงควรเป็นการตีความเพื่อจำกัดอำนาจของฝ่ายบริหารในการตราพระราชกำหนดในฐานะที่เป็นข้อยกเว้นอย่างแท้จริง ทั้งยังต้องตีความให้สอดคล้องกับหลักนิติรัฐเกี่ยวกับการแบ่งแยกอำนาจจึงไม่ควรรวมถึงกรณีการก่อหนี้สาธารณะด้วย

พระราชกำหนด ให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงิน เพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552

.....

ภูมิพลอดุลยเดช ป.ร.

ให้ไว้ ณ วันที่ 13 พฤษภาคม พ.ศ. 2552

เป็นปีที่ 64 ในรัชกาลปัจจุบัน

พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดช มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้า ฯ ให้ประกาศว่า

โดยที่เป็นการสมควรมีกฎหมายว่าด้วยการให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 184 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้า ฯ ให้ตราพระราชกำหนดขึ้นไว้ดังต่อไปนี้

มาตรา 1 พระราชกำหนด นี้เรียกว่า “พระราชกำหนดให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจ พ.ศ. 2552”

มาตรา 2[1] พระราชกำหนดนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

มาตรา 3 ให้กระทรวงการคลังโดยอนุมัติคณะรัฐมนตรี มีอำนาจกู้เงินบาทในนามรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรไทยเพื่อนำไปใช้ในการดำเนิน

---

[1] ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 126/ตอนที่ 28 ก/หน้า 1/13 พฤษภาคม 2552

มาตรการเพื่อฟื้นฟูและเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ โดยให้คณะรัฐมนตรีเสนอกรอบการใช้จ่ายเงินกู้ตามพระราชกำหนดนี้ต่อรัฐสภาเพื่อทราบก่อนเริ่มดำเนินการ

การกู้เงินตามวรรคหนึ่ง ให้มีมูลค่ารวมกันไม่เกินสี่แสนล้านบาท และให้กระทำได้ภายในกำหนดเวลาไม่เกินวันที่ 31 ธันวาคม พ.ศ. 2553

มาตรา 4 เงินที่ได้จากการกู้ตามมาตรา 3 ให้นำไปใช้จ่ายตามวัตถุประสงค์ในการกู้โดยไม่ต้องนำส่งคลังตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณและกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลัง เว้นแต่คณะรัฐมนตรีจะมีมติให้สมทบเป็นเงินคงคลัง

กระทรวงการคลังอาจนำเงินที่ได้จากการกู้ไปให้กู้ต่อแก่หน่วยงานของรัฐ หน่วยงานในกำกับดูแลของรัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ หรือสถาบันการเงินภาครัฐตามกฎหมายว่าด้วยการบริหารหนี้สาธารณะ เพื่อใช้จ่ายหรือลงทุนเพื่อฟื้นฟูหรือเสริมสร้างความมั่นคงทางเศรษฐกิจก็ได้

มาตรา 5 อัตราดอกเบี้ย เงื่อนไข ค่าธรรมเนียม ค่าใช้จ่าย การจัดการและวิธีการที่เกี่ยวกับการกู้เงินแต่ละคราว และระยะเวลาชำระต้นเงินคืน ให้เป็นไปตามที่คณะรัฐมนตรีอนุมัติ

มาตรา 6 ค่าใช้จ่ายในการกู้เงินและการออกและจัดการตราสารหนี้อาจจ่ายจากเงินที่ตั้งไว้ในงบประมาณรายจ่ายประจำปี หรือเงินกู้รายนั้นก็ได้

มาตรา 7 ภายในหกสิบวันนับแต่วันสิ้นปีงบประมาณ ให้กระทรวงการคลังรายงานการกู้เงินตามพระราชกำหนดนี้ที่กระทำในปีงบประมาณที่ล่วงมาแล้วให้รัฐสภาทราบ โดยรายงานดังกล่าวอย่างน้อยต้องระบุรายละเอียดของการกู้เงิน วัตถุประสงค์ของการใช้จ่ายเงินกู้ รวมถึงผลสัมฤทธิ์และประโยชน์ที่ได้รับหรือคาดว่าจะได้รับ

มาตรา 8 ให้กระทรวงการคลังโดยอนุมัติคณะรัฐมนตรีมีอำนาจ

ปรับโครงสร้างหนี้เงินกู้ตามมาตรา 3 โดยดำเนินการกู้เงินรายใหม่เพื่อชำระหนี้เดิม แปลงหนี้ ชำระหนี้ก่อนถึงกำหนดชำระ ขยายหรือย่นระยะเวลาการชำระหนี้ ต่ออายุ ซื้อคืน หรือไถ่ถอนตราสารหนี้ของรัฐบาล หรือทำธุรกรรมทางการเงินอื่นที่เป็นประโยชน์ต่อการปรับโครงสร้างหนี้เงินกู้

มาตรา 9 การกู้เงินเพื่อปรับโครงสร้างเงินกู้ตามมาตรา 3 ให้กระทำได้เฉพาะเพื่อเป็นการประหยัด ลดความเสี่ยงในอัตราแลกเปลี่ยน หรือกระจายภาระการชำระหนี้ โดยกระทรวงการคลังจะกู้เป็นสกุลเงินแตกต่างจากหนี้เดิมก็ได้

เงินกู้ตามวรรคหนึ่ง มิให้นับรวมในวงเงินตามมาตรา 3 และต้องไม่เกินจำนวนเงินกู้ที่ยังค้างชำระ

ในกรณีที่หนี้เงินกู้ซึ่งจะทำการปรับโครงสร้างหนี้มีจำนวนเงินมากและกระทรวงการคลังเห็นว่าไม่สมควรกู้เงินเพื่อปรับโครงสร้างหนี้ดังกล่าวในคราวเดียวกันกระทรวงการคลังอาจทยอยกู้เงินเป็นการล่วงหน้าได้ไม่เกินสิบสองเดือนก่อนวันที่หนี้ถึงกำหนดชำระ

มาตรา 10 ให้กองทุนบริหารเงินกู้เพื่อการปรับโครงสร้างหนี้สาธารณะและพัฒนาตลาดตราสารหนี้ในประเทศทำหน้าที่บริหารเงินที่ได้รับจากการกู้เงินเพื่อปรับโครงสร้างหนี้เงินกู้ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชกำหนดนี้

เงินที่ได้รับจากการกู้เพื่อปรับโครงสร้างหนี้ตามมาตรา 9 วรรคสาม ให้นำส่งเข้ากองทุนบริหารเงินกู้เพื่อการปรับโครงสร้างหนี้สาธารณะและพัฒนาตลาดตราสารหนี้ในประเทศ

โดยให้นำเข้าบัญชีปรับโครงสร้างหนี้สาธารณะ และให้กระทรวงการคลังนำไปใช้จ่ายในการชำระเงินต้น ดอกเบี้ยและค่าใช้จ่ายอื่นที่เกี่ยวกับการกู้เงินเพื่อปรับโครงสร้างหนี้ดังกล่าว

มาตรา 11 ให้สำนักงานบริหารหนี้สาธารณะมีอำนาจหน้าที่

ดำเนินการเกี่ยวกับการบริหารและจัดการการกู้เงิน การเบิกจ่ายเงินกู้ การชำระหนี้ และการอื่นใดที่เกี่ยวกับการกู้เงินตามพระราชกำหนดนี้

มาตรา 12 นอกจากกรณีที่ได้บัญญัติไว้แล้วในพระราชกำหนดนี้ ให้นำบทบัญญัติแห่งกฎหมายว่าด้วยการบริหารหนี้สาธารณะมาใช้บังคับโดยอนุโลม

มาตรา 13 ให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังรักษาการตามพระราชกำหนดนี้

ผู้รับสนองพระบรมราชโองการ
อภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ
นายกรัฐมนตรี

เหตุใดจึงต้องมีศาลรัฐธรรมนูญ

*วิศรุต คิดดี**

ส่วนที่ 1 ข้อความคิดเบื้องต้น

การที่จะตอบคำถามว่าเหตุใดจึงต้องมีศาลรัฐธรรมนูญนั้นในเบื้องต้นจำเป็นต้องตอบประเด็นพื้นฐานเสียก่อนว่าเหตุใดจึงต้องมีรัฐธรรมนูญและรัฐธรรมนูญนั้นมีความสำคัญอย่างไร ซึ่งการตอบประเด็นพื้นฐานดังกล่าวสามารถตอบได้โดยการทำความเข้าใจถึง "แนวความคิดรัฐธรรมนูญนิยม" (Constitutionalism) เพื่อนำไปสู่ความสำคัญของรัฐธรรมนูญและความจำเป็นที่จะต้องมีองค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

แนวความคิดรัฐธรรมนูญนิยม นั้น เป็นแนวคิดที่ให้ความสำคัญกับการจัดทำรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่มีลักษณะเป็นสัญญาประชาคม[1] (Social Contract) กล่าวคือ รัฐธรรมนูญจะต้องมีที่มาจากเจตจำนงร่วมกันของประชาชนและมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป โดยมีพัฒนาการพอสังเขปดังนี้

แรกเริ่มนั้นแนวความคิดนี้ต้องการใช้เพื่อเป็นแนวทางในการควบคุมและจำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครองซึ่งประพฤติตนและใช้อำนาจผิดไปจากจารีตประเพณีการปกครอง ต่อมาได้รับอิทธิพลจากแนวความคิดปัจเจกชนนิยม(Individualism) จึงให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคของปัจเจกบุคคล เน้นการสร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้น

---

* น.บ.(เกียรตินิยมอันดับ 2) ม.ธ. , น.บ.ท. , เจ้าหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญ 3 กลุ่มงานวิจัยและพัฒนารัฐธรรมนูญ

[1] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ และคณะ, "คำบรรยายวิชากฎหมายรัฐธรรมนูญ", (กรุงเทพมหานคร : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2550.) น.20

ในสังคม ตลอดจนสร้างระบบการเมืองที่มีประสิทธิภาพ

โดยผลของการสถาปนาระบอบรัฐธรรมนูญขึ้นมาส่งผลทำให้มีการก่อตั้งระบบกฎหมาย องค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐ และมีการประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชน โดยผลสำคัญประการหนึ่งเนื่องจากการที่รัฐธรรมนูญมีลักษณะของสัญญาประชาคม ก่อตั้งและจัดองค์กรซึ่งใช้อำนาจรัฐตลอดจนประกันและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนนั้น ส่งผลให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐหรือกล่าวได้ว่า เป็นที่มาสูงสุดของความชอบด้วยกฎหมายนั่นเอง ดังนั้นกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับอื่นใดที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญย่อมใช้บังคับไม่ได้

อย่างไรก็ตาม การที่รัฐธรรมนูญมีความเป็นกฎหมายสูงสุดย่อมไม่สามารถเกิดผลอย่างเป็นรูปธรรมได้ หากปราศจากองค์กรซึ่งทำหน้าที่ในการคุ้มครองความเป็นสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

ส่วนที่ 2 องค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

รูปแบบองค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ สามารถแบ่งได้เป็น 3 รูปแบบ คือ[2]

(1) รูปแบบที่ให้ศาลยุติธรรมเป็นผู้ควบคุมในรูปของศาลสูงสุด ซึ่งรูปแบบนี้ใช้อยู่ในประเทศ อังกฤษ สหรัฐอเมริกา แคนาดา ออสเตรเลีย โบลิเวีย เม็กซิโก คิวบา ไนจีเรีย คูเวต และญี่ปุ่น เป็นต้น

(2) รูปแบบที่ให้องค์กรทางการเมืองเป็นผู้ควบคุมในรูปของ

---

[2] บุญเสริม นาคสาร ,"ศาลรัฐธรรมนูญไทยต่างจากศาลอื่น และศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศอย่างไร", **รวมบทความกฎหมายมหาชนจากเว็บไซต์** www.pub-law.net, (กรุงเทพมหานคร : บริษัท พี เพรส จำกัด , พฤษภาคม 2548) , น.46

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ซึ่งรูปแบบนี้ใช้อยู่ในประเทศฝรั่งเศส เวียดนาม กัมพูชา เป็นต้น

(3) รูปแบบที่ให้ศาลที่มีอำนาจเฉพาะเป็นผู้ควบคุมในรูปของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งในรูปแบบนี้ใช้อยู่ในประเทศเยอรมนี อิตาลี สเปน เบลเยี่ยม โปรตุเกส เกาหลีใต้ เป็นต้น

ส่วนที่ 3 พัฒนาการขององค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญจนนำไปสู่การจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญในประเทศไทย

ในกรณีของประเทศไทยนั้นมีพัฒนาการขององค์กรที่ทำหน้าที่คุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ แบ่งได้เป็น 4 ยุค โดยในยุคแรก ภายหลังจากการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ.2475รัฐธรรมนูญฉบับ 10 ธันวาคม 2475 ได้บัญญัติให้อำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญเป็นของสภาผู้แทนราษฎร[3] ซึ่งต่อมาก็เกิดความขัดแย้งระหว่างศาลยุติธรรมกับสภาผู้แทนราษฎร ในคดีอาชญากรรมสงครามที่ 1/2489 ทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงเข้าสู่ ยุคที่สอง ซึ่งมีการตั้ง “คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ” ขึ้นมาแก้ปัญหาความขัดแย้งที่เกิดขึ้น โดยให้ทั้งรัฐสภาและคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญ[4] ต่อมาในยุคที่สาม รัฐธรรมนูญปีพ.ศ. 2534 ได้กำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการตีความรัฐธรรมนูญเพียงองค์กรเดียว[5]

---

[3] **รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช** 2475 มาตรา 62 ประกอบมาตรา 61

[4] **รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช** 2489 มาตรา 86 ถึงมาตรา 89

[5] **รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช** 2534 หมวด 10

อย่างไรก็ตามการที่ระบบการควบคุมความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ โดยใช้ระบบคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในประเทศไทยระหว่างปี พ.ศ.2489 ถึง พ.ศ.2539 นั้น ได้เกิดสภาพปัญหาบางประการกล่าวคือ ลักษณะองค์ประกอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้นมีลักษณะเป็นองค์กรทางการเมืองเกิดขึ้นเพื่อแก้ปัญหาความขัดแย้งระหว่างศาลยุติธรรมกับสภาในปี พ.ศ.2489 นอกจากนั้นยังมีปัญหาเรื่องกระบวนการสรรหาตุลาการรัฐธรรมนูญ วาระการดำรงตำแหน่งซึ่งมาจากการเลือกของรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรทางการเมือง และปัญหาสำคัญก็คือ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้นทำงานในลักษณะของ “คณะกรรมการ” มิใช่ศาล ทำให้เกิดปัญหาบางประการเช่น ไม่มีวิธีพิจารณาซึ่งกำหนดให้ต้องพิจารณาโดยเปิดเผย มีกรณีที่ตุลาการไม่ออกเสียง ท้ายที่สุด รัฐธรรมนูญ 2540[6] จึงบัญญัติให้มีศาลรัฐธรรมนูญขึ้นมา โดยมีการแก้ปัญหาที่เกิดขึ้น ดังตัวอย่างเช่น การปรับปรุงวิธีพิจารณา การตัดองค์ประกอบที่มาจากผู้ดำรงตำแหน่งออกไป การกำหนดให้ดำรงตำแหน่งได้เป็นระยะเวลานานและได้เพียงวาระเดียว และกำหนดสถานะองค์กรให้เป็นลักษณะองค์กรตุลาการ เป็นต้น ซึ่งถือเป็นการเปลี่ยนแปลงเข้าสู่ยุคที่สี่

ส่วนที่ 4 สรุป

กล่าวโดยสรุปได้ว่า การเกิดขึ้นของศาลรัฐธรรมนูญในประเทศไทยนั้นมีเหตุผลที่สำคัญอยู่สองประการ คือ ประการแรก เหตุผลจากแนวความคิดของรัฐซึ่งมีการปกครองโดยใช้กฎหมายเป็นใหญ่ (Rule of Law) โดยที่กฎหมายนั้นจะต้องเป็นกฎหมายซึ่งมีที่มาจากเจตจำนงร่วมกันของประชาชน รัฐธรรมนูญของรัฐเสรีประชาธิปไตยจึงมีลักษณะของสัญญาประชาคมและ

[6] **รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534** มาตรา 255 ถึง มาตรา 270

เป็นที่มาของความชอบด้วยกฎหมายในการใช้อำนาจรัฐ ส่งผลทำให้มีความจำเป็นที่จะต้องมีองค์กรที่ทำหน้าที่ในการคุ้มครองความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ

เหตุผลประการที่สอง เป็นเหตุผลจากพัฒนาการทางสังคมวิทยาการเมือง (Political sociology) ของประเทศไทย สืบเนื่องจากปัญหาของการใช้รูปแบบองค์กรที่มีลักษณะของคณะบุคคลซึ่งเป็นองค์กรทางการเมืองในการคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ ทำให้มีความจำเป็นที่จะต้องมีการสถาปนาองค์กรซึ่งมีลักษณะเป็นองค์กรตุลาการขึ้นมาเพื่อคุ้มครองหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญให้เกิดผลอย่างเป็นรูปธรรมและมีประสิทธิภาพยิ่งขึ้น

เหตุใดคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันทุกองค์กรของรัฐ

ชลภูมิ เย็นทรวง[*]

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 216 วรรคห้า บัญญัติว่า "คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาด มีผลผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐ" จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าสภาพบังคับของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญนั้นมีผลกระทบอันผูกพันและเกี่ยวพันไปถึงบุคคลทั้งหลายทั้งปวงไม่ว่าจะเป็นหรือไม่เป็นคู่ความก็ตาม เรียกว่า "ผลกระทบเป็นการทั่วไป" แตกต่างจากคำวินิจฉัยของศาลยุติธรรม ศาลปกครอง หรือศาลทหารที่มีผลกระทบเฉพาะบุคคลที่เป็นคู่ความ ซึ่งเรียกว่า "คำวินิจฉัยศาลผูกพันเฉพาะคู่กรณี" คนอื่นถ้าจะต้องกระทบก็เป็นเพราะบังเอิญมีรูปคดีแบบเดียวกันหรือตกอยู่ในสถานการณ์แบบเดียวกันแต่คำวินิจฉัยจะไม่ผูกพันบุคคลภายนอก[1] เหตุผลที่ทำให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาดมีผลผูกพันทุกองค์กรของรัฐเหตุผลที่สำคัญมี 2 ประการ ดังต่อไปนี้

---

[*] นบ.(มสธ.) รม.(บริหารรัฐกิจ)(มธ.) ประกาศนียบัตรกฎหมายมหาชน รุ่นที่ 23 (มธ.) ปัจจุบันรับราชการในตำแหน่งเจ้าหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญ 6ว กลุ่มงานประสานงานศาลรัฐธรรมนูญระหว่างประเทศและวิเทศสัมพันธ์ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.

[1] วิษณุ เครืองาม. **การบรรยายพิเศษวิเคราะห์ผลกระทบตามแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ.** วันศุกร์ที่ 7 ตุลาคม 2548 ณ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ.กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2549.หน้า 26-28.

1. ลักษณะของสภาพบังคับและผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

1.1 สภาพบังคับต่อบุคคลที่เป็นคู่ความในคดี (กรณีที่คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญผูกพันเฉพาะคู่กรณี) ที่ถูกผูกพันต่อสภาพบังคับของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ เนื่องจากศาลรัฐธรรมนูญมีฐานะเป็นองค์กรตุลาการองค์กรหนึ่ง คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีผลเป็นที่สุดเด็ดขาดเฉพาะต่อบุคคลผู้เป็นคู่ความในคดีเท่านั้น ไม่รวมถึงบุคคลที่สามซึ่งมิได้เป็นผู้เข้าร่วมเป็นคู่ความในคดีด้วย ดังนั้นบุคคลที่สามจึงสามารถเสนอประเด็นปัญหาที่มีลักษณะอย่างเดียวกันกับประเด็นปัญหาที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยไว้แล้วขึ้นเป็นประเด็นปัญหาต่อศาลรัฐธรรมนูญในคดีอื่นได้อีก เมื่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลบังคับและผลผูกพันในทางกฎหมายแล้วบุคคลผู้เป็นคู่ความในคดีมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ เฉพาะคำวินิจฉัยเพื่อให้กระทำการเท่านั้นที่ต้องมีการดำเนินการบังคับให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลผูกพันคู่ความนับตั้งแต่วันที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัย

1.2 ขอบเขตของการมีผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ (กรณีที่คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญมีผลกระทบเป็นการทั่วไป) ในการพิจารณาว่าบุคคลหรือองค์กรใดบ้างที่ถูกผูกพันต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ คือ การพิจารณาว่าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นคำวินิจฉัยประเภทใด ถ้าคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นการวินิจฉัยที่มีผลเป็นการชี้ขาดความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายหรือร่างข้อบังคับการประชุมของฝ่ายนิติบัญญัติ เช่น กรณีตามมาตรา 141, 154, 155, 149 หรือความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประกาศใช้แล้ว เช่น กรณีตามมาตรา 211, 245, 257, 212 บุคคลที่ถูกผูกพันต่อคำวินิจฉัย

ของศาลรัฐธรรมนูญ คือ บุคคลผู้เป็นคู่ความในคดี องค์กรของรัฐ และบุคคลโดยทั่วไป เพราะคำวินิจฉัยดังกล่าวมีผลบังคับเป็นการทั่วไปเช่นเดียวกับกฎหมาย แต่ถ้าคำวินิจฉัยนั้นเป็นคำวินิจฉัยกรณีอื่นที่มิใช่การชี้ขาดความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย เช่น มาตรา 214 บุคคลที่ถูกผูกพันต่อคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ คือ เฉพาะคู่ความในคดีและองค์กรของรัฐเป็นต้น

1.3 เมื่อศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยในเรื่องใดแล้วต่อมามีข้อเท็จจริงที่มีผลอย่างสำคัญต่อการวินิจฉัยชี้ขาดคดีได้เปลี่ยนแปลงไปอย่างมาก ความผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมสิ้นสุดลง หมายความว่าบุคคลหรือองค์กรที่เกี่ยวข้องมีอำนาจในการเสนอเรื่องดังกล่าวต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาได้อีกครั้ง เช่น ปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย ปัญหาเกี่ยวกับความขัดแย้งระหว่างอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญตั้งแต่สององค์กรขึ้นไปที่ไม่ใช่ศาล เป็นต้น

2. สภาพบังคับของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นสภาพบังคับทางมหาชน

เนื่องจากกฎหมายเป็นเรื่องของกฎเกณฑ์ความประพฤติของมนุษย์ในสังคม โดยมีกระบวนการบังคับที่เป็นกิจจะลักษณะ กฎเกณฑ์ใดที่ไม่มีสภาพบังคับ กฎเกณฑ์นั้นมิใช่กฎหมาย แต่เป็นเพียงศีลธรรมหรือจารีตประเพณี ซึ่งสภาพบังคับของกฎหมายอาจแบ่งออกได้เป็น 3 ประเภท ได้แก่ สภาพบังคับทางแพ่ง สภาพบังคับทางอาญา และสภาพบังคับทางมหาชน ในที่นี้จะขอกล่าวถึงเฉพาะสภาพบังคับทางมหาชน ซึ่งจะเห็นได้ว่าสภาพบังคับประเภทนี้เป็นสภาพบังคับในคำวินิจฉัยที่ศาลอาศัยกฎหมายปกครองหรือรัฐธรรมนูญเป็นหลักในการวินิจฉัยโดยลักษณะจึงเป็นคำวินิจฉัยให้เป็นไปตามกฎหมายเหล่านั้น เช่น การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยผู้ไม่มี

อำนาจ เป็นการวินิจฉัยให้เป็นไปตามกฎหมายที่ให้อำนาจในการออกคำสั่งทางปกครอง หรือการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติของกฎหมายขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ เป็นการวินิจฉัยให้กฎหมายนั้นเป็นไปตามหลักการของรัฐธรรมนูญ หรือการวินิจฉัยสมาชิกภาพของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง เป็นต้น[2]

จากเหตุผลทั้ง 2 ประการดังกล่าวข้างต้นทำให้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญให้เป็นเด็ดขาดมีผลผูกพันทุกองค์กรของรัฐเนื่องจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญมีผลบังคับเป็นการทั่วไปในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญทำหน้าที่ทบทวนวินิจฉัยความถูกผิด ความสมบูรณ์ ความไม่สมบูรณ์ของกฎหมายซึ่งในประเทศที่มีศาลรัฐธรรมนูญได้อุปมาศาลรัฐธรรมนูญในการทำหน้าที่ทบทวนกฎหมายว่าเปรียบเสมือนผู้พิทักษ์รัฐธรรมนูญหรือศาลรัฐธรรมนูญทำให้รัฐธรรมนูญมีชีวิต เคลื่อนไหว ไม่หยุดนิ่งอยู่กับที่ในกรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติรายละเอียดหรือไม่ได้วางหลักเกณฑ์ในเรื่องใดไว้หรือเมื่อสภาพแวดล้อมทางการเมือง เศรษฐกิจและสังคมเปลี่ยนแปลงไป

ศาลรัฐธรรมนูญมีหน้าที่ในการวินิจฉัยวางบรรทัดฐานอาจจะเป็นการขยายคำในรัฐธรรมนูญ อาจจะเป็นการย่นความหมายให้แคบลง จนกระทั่งสร้างหลักขึ้นใหม่ที่รัฐธรรมนูญเองไม่มีหรือบางทีผู้ร่างรัฐธรรมนูญอาจจะไม่เคยได้คิดที่เราเรียกว่าอุดช่องว่างของรัฐธรรมนูญทั้งหมดที่มีอยู่ในรัฐธรรมนูญไม่ใช่เฉพาะศาลรัฐธรรมนูญไทย ศาลรัฐธรรมนูญหรือองค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยทบทวนกฎหมายทั่วโลกคำวินิจฉัยล้วนมีผลกระทบเป็นการทั่วไปทั้งสิ้น

---

[2] อุดม รัฐอมฤต และคณะ. รายงานเรื่อง สภาพบังคับของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2549. หน้า 28 - 31.

ห้องสมุดศาลรัฐธรรมนูญ

550013760

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ ๘๐ พรรษา ๕ ธันวาคม ๒๕๕๐
อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์ เลขที่ ๑๒๐ หมู่ ๓ ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง
เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร ๑๐๒๑๐
โทรศัพท์ ๐-๒๑๔๑-๗๗๗๗ โทรสาร ๐-๒๑๔๓-๙๕๐๐
www.constitutionalcourt.or.th
E-mail: feedback@constitutionalcourt.or.th