



รายงานการศึกษา

บรรทัดฐานสำคัญในคดีรัฐธรรมนูญ เล่ม 2

Prominent Precedents on the Constitutional Adjudication Vol.2



การประชุมใหญ่

สมาคมศาลรัฐธรรมนูญและสถาบันเทียบเท่าแห่งเอเชีย (AACC) ครั้งที่ 6

ระหว่างวันที่ 17 - 21 กันยายน 2567



รายงานการศึกษา
บรรทัดฐานสำคัญในคดีรัฐธรรมนูญ เล่ม 2
Prominent Precedents on the Constitutional Adjudication
Vol. 2

การประชุมใหญ่
สมาคมศาลรัฐธรรมนูญและสถาบันเทียบเท่าแห่งเอเชีย (AACC)
ครั้งที่ 6
ระหว่างวันที่ 17 – 21 กันยายน 2567

ข้อมูลทางบรรณานุกรมของสำนักหอสมุดแห่งชาติ

ศาลรัฐธรรมนูญ.

บรรทัดฐานสำคัญในคดีรัฐธรรมนูญ เล่ม 2.-- กรุงเทพฯ : สำนักงาน
ศาลรัฐธรรมนูญ, 2567.
392 หน้า.

1. ศาลรัฐธรรมนูญ. I. ชื่อเรื่อง.

342.0269

ISBN 978-616-8344-15-6

ชื่อหนังสือ	บรรทัดฐานสำคัญในคดีรัฐธรรมนูญ เล่ม 2
พิมพ์ครั้งที่ 1	สิงหาคม 2567 จำนวน 500 เล่ม
เจ้าของ	สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์ ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา 5 ธันวาคม 2550 เลขที่ 120 หมู่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพฯ 10210 โทรศัพท์ 0-2141-7777 โทรสาร 0-2143-9515 www.constitutionalcourt.or.th
ดำเนินการจัดทำโดย	คณะกรรมการผู้สนับสนุนภารกิจทางวิชาการ ของศาลรัฐธรรมนูญ
พิมพ์ที่	บริษัท แอคทีฟพรีนธ์ จำกัด โทรศัพท์ 0-2530-4114 โทรสาร 0-2108-8951

คำนำ

รายงานการศึกษา เรื่อง “บรรทัดฐานสำคัญในคดีรัฐธรรมนูญ” เล่ม 2 จัดทำขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาบรรทัดฐานของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และคำพิพากษาของศาลฎีกาและศาลปกครองสูงสุด ที่ได้วางบรรทัดฐานเกี่ยวกับการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญตลอดจนเพื่อศึกษา และวิเคราะห์เปรียบเทียบบรรทัดฐานของคำวินิจฉัยในคดีรัฐธรรมนูญของไทย และต่างประเทศ ทั้งนี้ โครงการศึกษาดังกล่าวดำเนินการโดยคณะกรรมการ ผู้สนับสนุนภารกิจทางวิชาการของศาลรัฐธรรมนูญ โดยมีศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ เป็นหัวหน้าคณะผู้ศึกษาและมีคณะผู้ศึกษารายงาน การศึกษา เรื่อง “บรรทัดฐานสำคัญในคดีรัฐธรรมนูญ” ประกอบด้วย ตุลาการ ศาลรัฐธรรมนูญ คณะผู้สนับสนุนการปฏิบัติงานของคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ในตำแหน่งที่ปรึกษาและผู้เชี่ยวชาญประจำคณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ข้าราชการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญและผู้ทรงคุณวุฒิภายนอกร่วมดำเนินการ ดังกล่าว

เนื่องในโอกาสศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้ดำรงตำแหน่ง ประธานสมาคมศาลรัฐธรรมนูญและสถาบันเทียบเท่าแห่งเอเชีย (AACC) เป็นระยะเวลา 2 ปี (พ.ศ. 2566 - 2568) และเป็นเจ้าภาพในการจัดการประชุมใหญ่ สมาคมศาลรัฐธรรมนูญและสถาบันเทียบเท่าแห่งเอเชีย (AACC) ครั้งที่ 6 ระหว่าง วันที่ 17– 21 กันยายน 2567 นี้ ในการประชุมใหญ่สมาคมศาลรัฐธรรมนูญและ สถาบันเทียบเท่าแห่งเอเชีย (AACC) หัวข้อ “ศาลรัฐธรรมนูญและสถาบัน เทียบเท่าในการเสริมสร้างความยุติธรรมทางรัฐธรรมนูญเพื่อสังคมที่ยั่งยืน” (The Constitutional Courts and Equivalent Institutions is Strengthening Constitutional Justice for Sustainable Society) ซึ่งสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ ในฐานะหน่วยงานธุรการของศาลรัฐธรรมนูญได้มีการดำเนินการจัดประชุมใหญ่ ดังกล่าวโดยได้คัดเลือกบรรทัดฐานในส่วนที่เกี่ยวข้องตามโครงการศึกษา

“บรรทัดฐานสำคัญในคดีรัฐธรรมนูญ” มาจัดพิมพ์เป็นเล่ม 2 ต่อเนื่องจากเล่ม 1 ซึ่งสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญใช้ประกอบการประชุมทางวิชาการในโอกาสศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยครบ 25 ปี เมื่อวันที่ 11 เมษายน 2566 โดยการจัดพิมพ์ในครั้งนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อใช้สำหรับประกอบการประชุมใหญ่ สภาศาลรัฐธรรมนูญและสถาบันเทียบเท่าแห่งเอเชีย (AACC) ดังกล่าว โดยจัดแบ่งเนื้อหาออกเป็นจำนวน 11 บรรทัดฐาน ประกอบด้วย 1) ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข จัดทำโดย ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ที่ปรึกษาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 2) บทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญ จัดทำโดย นายบุญเสริม นาคสาร ตุลาการศาลปกครองสูงสุด 3) การกระทำของรัฐบาล จัดทำโดย ดร.ฤทัย หงส์สิริ ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด 4) กระบวนการนิติบัญญัติ จัดทำโดย ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 5) หมายเหตุคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับความหมายของหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญ จัดทำโดย ศาสตราจารย์ ดร.ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช ผู้เชี่ยวชาญประจำตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ 6) หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย จัดทำโดย ดร.สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ 7) สิทธิที่จะไม่ให้การอันเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง จัดทำโดย ดร.สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ 8) การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ จัดทำโดย ดร.ปาพจน์ บุปผาวัลย์ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา 9) สิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ จัดทำโดย นายปรัชญา เจียสกุล สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา 10) สิทธิเสรีภาพของบุคคลผู้เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ จัดทำโดย ดร.นันทชญาณ์ ชาญณรงค์ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และ 11) หลักความเสมอภาคของบุคคลในการรับภาระของรัฐ จัดทำโดย ดร.ฤทัย หงส์สิริ ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญหวังเป็นอย่างยิ่งว่า รายงานการศึกษา เรื่อง “บรรทัดฐานสำคัญในคดีรัฐธรรมนูญ” เล่ม 2 นี้ จะเป็นประโยชน์ในการศึกษาค้นคว้าทางวิชาการและเสริมสร้างความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับบรรทัดฐานสำคัญในคดีรัฐธรรมนูญของไทยและต่างประเทศต่อไป

สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ
กรกฎาคม 2567

สารบัญ

หน้า

คำนำ	(1)
สารบัญ.....	(4)
บทสรุปผู้บริหาร.....	(11)

1. ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข	1
ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ที่ปรึกษาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ	
1. ประเพณีการปกครองในต่างประเทศ	3
1.1. ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ (convention of the constitution) ในประเทศคอมมอนลอว์	3
1.2 จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ (coutume constitutionnelle หรือ constitutional custom).....	5
2. ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข	8
2.1 ศาลฎีกากับประเพณีการปกครอง	8
2.2 ศาลรัฐธรรมนูญกับประเพณีการปกครอง.....	9
2.3 การค้นหาประเพณีการปกครองประเทศไทย ในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ ทรงเป็นประมุข.....	11
2.3.1 ธรรมเนียมปฏิบัติหรือจารีตประเพณี (convention หรือ custom).....	11
2.3.2 การเทียบบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญหลายฉบับ : หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญทั่วไป.....	13

2.4 ผู้มีอำนาจกระทำหรือวินิจฉัยประเพณีการปกครองฯ.....	15
2.4.1 กรณีรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ชัดเจน.....	15
2.4.2 กรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติต้องครที่กระทำ หรือวินิจฉัยประเพณีการปกครองฯ	16
2.5 ศักดิ์ของประเพณีการปกครองในระบอบกฎหมาย	18
ดัชนีค้นคำ.....	19
บรรณานุกรม.....	20
2. บทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญ.....	21
นายบุญเสริม นาคสาร ตุลาการศาลปกครองสูงสุด	
1. บทนำ.....	21
2. บรรทัดฐานสำคัญในคดีรัฐธรรมนูญ :	
บทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญ.....	23
2.1 บทเฉพาะกาลที่รับรองความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของการกระทำของคณะรัฐประหารผู้ใช้อำนาจรัฐสุทธิปัตย์.....	23
2.2 บทเฉพาะกาลที่รับรองสถานะของบุคคลผู้ดำรงตำแหน่ง ตามรัฐธรรมนูญฉบับเดิมให้คงอยู่ปฏิบัติหน้าที่ต่อไป ในวันที่รัฐธรรมนูญฉบับใหม่มีผลใช้บังคับ	40
3. บทสรุป.....	46
ดัชนีค้นคำ.....	49
บรรณานุกรม.....	49
3. การกระทำของรัฐบาล (Acte de gouvernement).....	50
ดร.ฤทัย หงส์สิริ ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด	
- คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 (การกระทำของรัฐบาล Acte de gouvernement)	50
- เนื้อหา	
ดัชนีค้นคำ.....	75
บรรณานุกรม.....	76

4. กระบวนการนิติบัญญัติ	78
ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย	
อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย	
1. องค์ประชุม.....	78
2. การอภิปราย.....	84
3. การลงมติ	89
4. กระบวนการตรากฎหมาย	95
5. คณะกรรมาธิการ.....	101
ดัชนีค้นคำ	106
บรรณานุกรม.....	107
5. หมายเหตุคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับความหมายของ	
“หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญ	112
ศาสตราจารย์ ดร.ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช	
ผู้เชี่ยวชาญประจำตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ	
- บทนำ.....	112
- สรุปความเป็นมาและคำวินิจฉัยกรณีหนังสือขอรับความช่วยเหลือ	
ที่รัฐบาลไทยมีไปยังกองทุนการเงินระหว่างประเทศ	113
- คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศ	120
- ข้อเปรียบเทียบระหว่างคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญไทยและ	
ศาลรัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้.....	121
ดัชนีค้นคำ	123
6. หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย	124
ดร.สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์	
1. ข้อเท็จจริงแห่งคดีโดยย่อและเหตุผลของคำวินิจฉัย	
ของศาลรัฐธรรมนูญ	124

2. หลักกฎหมายว่าด้วย หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย.....	126
2.1 ความเห็นของนักกฎหมายต่างประเทศ.....	126
2.1.1 ความเห็นของนักกฎหมายเยอรมัน	126
2.1.2 ความเห็นของนักกฎหมายคอมมอนลอว์.....	131
2.2 พัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ของหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย.....	135
2.3 เหตุผลเบื้องหลังของหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย	137
3. ข้อแตกต่างระหว่างโทษอาญาและวิธีการเพื่อความปลอดภัย.....	142
4. มาตรการบังคับทางอาญาในส่วนของ การตัดสิทธิทางการเมือง.....	147
5. การวิเคราะห์.....	151
6. ข้อสรุป	155
ดัชนีค้นคำ	157
บรรณานุกรม.....	158
7. สิทธิที่จะไม่ให้การอันเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง	160
ดร.สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์ ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์	
1. ข้อเท็จจริงโดยย่อและเหตุผลในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ.....	160
2. หลักกฎหมายในเรื่องของสิทธิที่จะไม่ให้การ อันเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง	163
2.1 พัฒนาการของสิทธิที่จะนิ่งตามกฎหมายอังกฤษ	163
2.2 ขอบเขตของหลักสิทธิที่จะนิ่งตามกฎหมายอเมริกัน	177
2.3 พัฒนาการในทางประวัติศาสตร์และขอบเขต ของแนวคิดในเรื่องสิทธิที่จะนิ่งตามกฎหมายเยอรมัน.....	185

3. การวิเคราะห์.....	191
4. ข้อสรุป.....	196
ดัชนีค้นคำ.....	197
บรรณานุกรม.....	198
8. การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์.....	200
ดร.ปาพจน์ บุปผาวัลย์ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา	
1. การใช้อำนาจรัฐในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ตามรัฐธรรมนูญ.....	200
2. คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ พ.16/2545 และบทวิเคราะห์.....	202
2.1 คำพิพากษา.....	202
2.2 บทวิเคราะห์.....	204
(1) พัฒนาการระบบการตรวจสอบการใช้อำนาจ ในการเวนคืนของรัฐ.....	204
(2) การปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในการควบคุม ความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกา กำหนดเขตที่ดินที่จะเวนคืนของศาลปกครอง.....	210
(3) แนวคำพิพากษตามกฎหมายฝรั่งเศส.....	214
3. สรุปบรรทัดฐานการใช้อำนาจรัฐในการเวนคืนของ ตามรัฐธรรมนูญ.....	223
ดัชนีค้นคำ.....	229
บรรณานุกรม.....	230
9. สิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ.....	231
นายปรัชญา เจียสกุล สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา	
ก. หลักทฤษฎี.....	231
1. ความนำ.....	231

2. ขอบเขตความคุ้มครองของเสรีภาพในการประกอบอาชีพ	232
3. “การจำกัด” เสรีภาพในการประกอบอาชีพ	243
4. “เงื่อนไข” ในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ.....	245
5. สรุป	256
ข. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 61/2545 (บรรทัดฐานเกี่ยวกับ โครงสร้างการวินิจฉัยกรณีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ)	257
1. สรุปย่อคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ	257
2. คำอธิบายบรรทัดฐานสำคัญในคดีรัฐธรรมนูญ.....	259
ค. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 7/2549 (บรรทัดฐานเกี่ยวกับ ความหมายของเสรีภาพในการประกอบอาชีพและการจำกัด เสรีภาพในการประกอบอาชีพ).....	268
1. สรุปย่อคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ	268
2. คำอธิบายบรรทัดฐานสำคัญในคดีรัฐธรรมนูญ.....	270
ง. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2549 (บรรทัดฐานเกี่ยวกับการใช้หลักความได้สัดส่วน)	277
1. สรุปย่อคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ	277
2. คำอธิบายบรรทัดฐานสำคัญในคดีรัฐธรรมนูญ.....	280
ดัชนีค้นคำ	289
บรรณานุกรม.....	290
10. สิทธิเสรีภาพของบุคคลผู้เป็นเจ้าของหน้าที่ของรัฐ	292
ดร.นันทชัย ชานูณรงค์ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา	
1. บทนำ.....	292
2. สรุปคำวินิจฉัยที่น่าสนใจในคดีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพ ของบุคคลผู้เป็นเจ้าของหน้าที่ของรัฐ.....	293
3. บทวิเคราะห์	302
(1) วิเคราะห์คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 24/2546.....	302

(2) วิเคราะห์คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 26/2546.....	305
(3) วิเคราะห์คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2563.....	310
(4) วิเคราะห์คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อป.238/2562	313
4. สรุป.....	319
ดัชนีค้นคำ.....	320
บรรณานุกรม.....	321
11. หลักความเสมอภาคของบุคคลในการรับภาระของรัฐ.....	324
ดร.ฤทัย หงส์สิริ ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด	
- คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.1198/2558	
หลักความเสมอภาคของบุคคลในการรับภาระของรัฐ	324
(Le principe de l'égalité devant les charges publiques)	
ดัชนีค้นคำ.....	347
บรรณานุกรม.....	348
ภาคผนวก	
รายนามคณะผู้ศึกษา โครงการศึกษา	
“บรรทัดฐานสำคัญในคดีรัฐธรรมนูญ”	350
รายนามคณะกรรมการผู้สนับสนุนภารกิจทางวิชาการ.....	
ของศาลรัฐธรรมนูญ	351

บทสรุปผู้บริหาร

รายงานการศึกษา เรื่อง “บรรทัดฐานสำคัญในคดีรัฐธรรมนูญ” จัดทำโดย ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อวรธรรมโณ เป็นหัวหน้าคณะผู้ศึกษาโครงการฯ จัดทำขึ้นเพื่อศึกษาบรรทัดฐานของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ คณะตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ คำพิพากษาของศาลฎีกาและศาลปกครองสูงสุดที่ได้วางบรรทัดฐานเกี่ยวกับการใช้และการตีความรัฐธรรมนูญ ตลอดจนเพื่อศึกษาและวิเคราะห์เปรียบเทียบบรรทัดฐานของคำวินิจฉัยของคำวินิจฉัยในคดีรัฐธรรมนูญของไทยและต่างประเทศ โดยมีเนื้อหาแบ่งออกเป็น 11 บรรทัดฐาน ดังนี้

1. ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข จัดทำโดย ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อวรธรรมโณ ที่ปรึกษาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข บัญญัติอยู่ในมาตรา 5 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญฯ ซึ่งมีความว่า “เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้นไปหรือวินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” รัฐธรรมนูญฉบับแรกที่บัญญัติรับรอง “ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย” คือ ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 เหตุที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เช่นนี้ก็เพราะเพื่อใช้เป็นบท “อุดช่องว่าง” ของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร ซึ่งมีเนื้อความสั้น ๆ ไม่กี่มาตรา ให้สามารถใช้ประเพณีการปกครองฯ ไปอุดช่องว่างที่ไม่มีบทบัญญัติลายลักษณ์อักษร และมีการบัญญัติรับรองหลักการดังกล่าวในรัฐธรรมนูญฉบับต่อมาจนถึงฉบับปัจจุบัน

เมื่อพิจารณาประเพณีการปกครองในต่างประเทศแล้ว พบว่าในประเทศที่มีระบบกฎหมาย Common Law มีธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ (convention of the constitution) ประเทศภาคพื้นยุโรปที่ใช้ระบบกฎหมาย

Civil Law มีจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ (constitutional custom) ซึ่งทั้งสองอย่างมีลักษณะสำคัญ 2 ประการ คือ 1) มีการปฏิบัติ (practice) มาเป็นเวลายาวนานโดยองค์กรผู้มีอำนาจ ทั้ง ๆ ที่กฎหมายไม่ได้บังคับ 2) องค์กรผู้มีอำนาจมีความรู้สึกร่วมกันว่าจำเป็นต้องปฏิบัติตาม (binding หรือ *opinio necessitates*) จะต้องรู้สึกว่ามันผูกพันโดยธรรมเนียมปฏิบัติที่นั้น ๆ และตนต้องกระทำหรือไม่กระทำตามที่ธรรมเนียมปฏิบัติที่นั้น ๆ กำหนดไว้

ในประเทศไทยประเพณีการปกครองฯ สะท้อนเป็นตัวอย่างให้เห็นได้จากคำพิพากษาศาลฎีกาและคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักไว้โดยในการค้นหาประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข สามารถค้นหาได้จากแนวทาง 2 ประการ คือ

1) ธรรมเนียมปฏิบัติหรือจารีตประเพณี (convention หรือ custom) ซึ่งต้องพิสูจน์การปฏิบัติตามกันมา (practices) และความเชื่อว่าจะต้องทำตาม (*opinio necessitates*) ซึ่งเป็นข้อเท็จจริง (ดังเช่นคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543, 7/2559 และ 3/2562) ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญกล่าวถึง “การยอมรับปฏิบัติสืบต่อมา” และมี “เจตนารมณ์ร่วม... เป็นฉันทามติ” ซึ่งสะท้อนทั้ง 2 องค์ประกอบของจารีตประเพณีไว้

2) การเทียบบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญหลายฉบับ : หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญทั่วไป เนื่องจากประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญหลายฉบับ ทั้งที่ใช้อยู่ในปัจจุบันและที่ยกเลิกไปแล้วถึง 20 ฉบับ การพิจารณาบทบัญญัติที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญทุกฉบับหรือหลายฉบับ ศาลฎีกาใช้วิธีนี้ในการหาประเพณีการปกครองมาตั้งแต่ต้น ศาลรัฐธรรมนูญเองก็เคยใช้วิธีนี้ในการหาประเพณีการปกครองในคำวินิจฉัยที่ 3/2559

ผู้มีอำนาจกระทำหรือวินิจฉัยประเพณีการปกครองฯ กรณีรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ชัดเจนให้เป็นอำนาจขององค์กรนั้น เช่น ธรรมนูญการปกครองฯ 2502 บัญญัติไว้ในมาตรา 20 ว่า “ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใดให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบ

ประชาธิปไตย ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัยกรณีใดตามความในวรรคก่อนเกิดขึ้นในวงงานของสภาหรือเกิดขึ้นโดยคณะรัฐมนตรีขอให้สภาวินิจฉัย ให้สภาวินิจฉัยชี้ขาด” กรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติต้องครที่กระทำหรือวินิจฉัยประเพณีการปกครองฯ กรณี “การกระทำ” องค์กรผู้มีอำนาจก็ใช้ประเพณีการปกครองฯ กระทำการไปได้เลย โดยไม่ต้องขอให้มีการวินิจฉัย เพราะยังไม่มี “ปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัย” ส่วนกรณี “วินิจฉัย” เช่นกรณีใช้ในการตัดสินคดีของศาล ซึ่งแสดงให้เห็นว่าศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองก็ย่อม “วินิจฉัย” ไปตามประเพณีการปกครองฯ ได้ภายในเขตอำนาจของศาลนั้น ๆ ศาลรัฐธรรมนูญเองก็สามารถนำประเพณีการปกครองฯ มาใช้ในการวินิจฉัยคดีที่มาถึงศาลได้

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 พุทธศักราช 2550 และพุทธศักราช 2560 ต่างก็บัญญัติรับรองประเพณีการปกครองฯ โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 นำบทบัญญัติที่รับรองประเพณีการปกครองฯ มาบัญญัติไว้เป็นวรรคสองของมาตรา 5 อันว่าด้วยความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ จึงถือว่าประเพณีการปกครองฯ มีศักดิ์หรือฐานะเท่ากับรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร กฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้น กฎเกณฑ์ที่ออกโดยฝ่ายบริหาร หรือการกระทำอื่นใดขององค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหารหรือองค์กรตุลาการขัดหรือแย้งต่อประเพณีการปกครองฯ ย่อมใช้บังคับมิได้ตามมาตรา 5

2. บทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญ จัดทำโดย นายบุญเสริม นาคสาร ตุลาการศาลปกครองสูงสุด

บทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีความมุ่งหมายสรุปสาระสำคัญ 3 ประการ คือ

ประการแรก การคงองค์กรตามรัฐธรรมนูญและบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งที่มีอยู่ตามรัฐธรรมนูญเดิมไว้ กล่าวคือ เมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่แล้วย่อมทำให้รัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้อยู่สิ้นสุดลง เป็นผลให้องค์กรตามรัฐธรรมนูญ

และบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งที่มีอยู่ตามรัฐธรรมนูญฉบับเก่าสิ้นสุดลงตามไปด้วย แต่รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ไม่ได้ต้องการจะเปลี่ยนแปลงองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญฉบับเก่าเสียทั้งหมดจึงได้ กำหนดไว้ในบทเฉพาะกาลเพื่อรับรองสถานะให้องค์กรตามรัฐธรรมนูญและ บุคคลผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ให้อยู่คงดำรงอยู่ต่อไป

ประการที่สอง การจัดตั้งองค์กรและการตรากฎหมายตามรัฐธรรมนูญ ที่กำหนด กล่าวคือ รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้มีองค์กรใหม่ขึ้นมาหลายองค์กร และมีการตรากฎหมายขึ้นมาเพื่อรับรองการดำเนินการขององค์กรและวางกลไก ต่าง ๆ ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด เช่น บทเฉพาะกาลมาตรา 90 ของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 กำหนดให้ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ตามรัฐธรรมนูญฉบับเดิมเป็นองค์การเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภาภายใน 15 วัน นับแต่ รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ใช้บังคับ หรือ บทเฉพาะกาลมาตรา 334 (3) ของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กำหนดให้มีการดำเนินการจัดตั้ง ศาลปกครองให้แล้วเสร็จภายใน 2 ปี นับแต่วันที่รัฐธรรมนูญใหม่ใช้บังคับ หรือมาตรา 323 บัญญัติว่าภายใน 240 วัน นับแต่วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ให้มีกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และสมาชิกวุฒิสภา กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการ การเลือกตั้ง และกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง เป็นต้น

ประการที่สาม การดำเนินการอื่น ๆ เช่น ในกรณีบทเฉพาะกาลมาตรา 65 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 บัญญัติว่า เมื่อราษฎรผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามบทบัญญัติ แห่งรัฐธรรมนูญนี้ยังมีการศึกษาไม่จบประถมศึกษาสามัญมากกว่ากึ่งจำนวน ทั้งหมด และอย่างช้าไม่เกิน 10 ปี นับแต่วันใช้พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครอง แผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 ให้สภาผู้แทนราษฎรประกอบด้วย สมาชิก 2 ประเภท มีจำนวนเท่ากัน คือ สมาชิกประเภทที่ 1 ได้แก่ ราษฎร

เลือกตั้งขึ้น และสมาชิกประเภทที่ 2 ได้แก่ ผู้ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงตั้งขึ้น หรือการยกเว้นไม่ใช้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในบางเรื่อง ยกตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กำหนดให้มีช่วงระยะเวลา ในการเตรียมการสำหรับการนำระบบต่าง ๆ หรือการจัดตั้งองค์กรใหม่ ๆ ตามรัฐธรรมนูญขึ้นมาใช้บังคับ จึงให้มีการใช้ระบบเดิมหรือใช้อำนาจเดิม ไปพลางก่อน ทำให้มีการยกเว้นไม่ใช้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในบางเรื่อง เช่น บทเฉพาะกาลมาตรา 315 กำหนดให้ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและ สมาชิกวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ทำหน้าที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เนื่องจากมีบทบัญญัติบางประการ ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ไม่สอดคล้องกับ การดำรงตำแหน่งดังกล่าว ดังนั้น บทเฉพาะกาลมาตรา 315 วรคสี่ จึงได้บัญญัติ ยกเว้นบางเรื่องไว้ไม่ให้นำมาใช้กับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา เป็นต้น

3. การกระทำของรัฐบาล จัดทำโดย ดร.ฤทัย หงส์สิริ ตุลาการหัวหน้าคณะ ศาลปกครองสูงสุด

หลักเรื่อง “การกระทำของรัฐบาล” (Acte de gouvernement) ก็เป็น ทฤษฎีกฎหมายที่ใช้แพร่หลายในประเทศต่าง ๆ เช่น ประเทศฝรั่งเศส ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส (Conseil d'Etat) อ้างหลักดังกล่าว เพื่อจำกัด อำนาจศาลในการควบคุมหรือตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหารบางประเภท ปัจจุบันการกระทำที่ถือว่าเป็นการกระทำของรัฐบาลก็จำกัดลงเหลือเพียง การกระทำของฝ่ายบริหารใน 2 กลุ่มใหญ่ ๆ ได้แก่ 1) การกระทำของฝ่ายบริหาร ในความสัมพันธ์กับรัฐสภา เช่น การตรากฤษฎีกา (décret) ประกาศใช้กฎหมาย การตรากฤษฎีกาเปิดหรือปิดสมัยประชุมสภา 2) การกระทำของฝ่ายบริหาร ในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เช่น การกระทำที่เกี่ยวกับการเจรจาและ

การจัดทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศ การกระทำที่เกี่ยวกับการบังคับใช้สนธิสัญญาระหว่างประเทศ และการดำเนินนโยบายต่างประเทศที่ไม่เกี่ยวกับการปฏิบัติตามสนธิสัญญา

ส่วนสาธารณรัฐอิตาลีซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย 'ได้ยอมรับหลักเรื่องการกระทำของรัฐบาลไว้เช่นเดียวกัน ตำรากฎหมายเรียกการกระทำเหล่านี้ว่า L'atto politico ตำรากฎหมายนั้นได้พิจารณาแยกการกระทำของรัฐบาลออกเป็น 2 ส่วน 1) การกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เช่น การที่ประเทศอิตาลีตัดสินใจไม่ลงนามในอนุสัญญาเกี่ยวกับการสารภาพบาปที่แตกต่างจากการสารภาพบาปในศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิก หรือการตัดสินใจที่จะเข้าร่วมข้อตกลงระหว่างประเทศกับสหรัฐอเมริกาในการจัดซื้อเครื่องบินรบ เป็นต้น 2) การกระทำในความสัมพันธ์ภายในประเทศ เช่น การแต่งตั้งสมาชิกสภาแคว้น การแต่งตั้งสมาชิกวุฒิสภาตลอดชีพ (5 ตำแหน่ง) การเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ คำสั่งประธานาธิบดีที่เสนอให้มีการออกเสียงประชามติในเรื่องที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ (Referendum costituzionale) เป็นต้น

นอกจากประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้ว หลักดังกล่าวยังใช้ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายของประเทศแองโกลแซกซอนด้วย เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ เพียงแต่อาจใช้ชื่อเรียกที่ต่างกัน เช่น ประเทศอเมริกาใช้คำว่า Political Questions ในขณะที่ประเทศอังกฤษใช้คำว่า “การกระทำของรัฐ” (Act of State)

โดยสรุป อาจกล่าวได้ว่า ในหลาย ๆ ประเทศไม่ว่าจะเป็นประเทศที่ใช้ระบบศาลเดี่ยวหรือศาลคู่ ศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีปกครองจะไม่รับพิจารณาพิพากษาหรือจำกัดอำนาจของตนเองในการควบคุมการกระทำหรือการใช้อำนาจบางอย่างของฝ่ายบริหาร อาศัยหลักกฎหมายหรือเทคนิคทางกฎหมายที่อาจจะต่างกัน แต่มีผลทางกฎหมายคล้ายคลึงกัน เพื่อให้ฝ่ายบริหารมีอิสระตามสมควรในกิจการบางอย่างที่เป็นเรื่อง “นโยบาย” หรือเป็นเรื่อง

ทางการเมืองอย่างแท้จริงที่ศาลเห็นว่าศาลไม่ควรควบคุม หรือควรควบคุม โดยทางอื่น เช่น การควบคุมทางการเมืองโดยรัฐสภาหรือโดยประชาชน จะเหมาะสมกว่า ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ

ประเทศไทยได้มีกรณีที่เป็นบรรทัดฐานสำคัญ คือ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 เป็นเรื่องและผู้ฟ้องคดีทั้งห้าซึ่งมีทั้งมูลนิธิและเอกชน ไม่เห็นด้วยกับการที่รัฐบาลได้ไปเจรจาและลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น เนื่องจากเห็นว่าเป็นการกระทำที่ทำให้ประเทศไทยเสียหาย จึงนำคดีมาฟ้องเพื่อขอให้ศาลปกครองเพิกถอนมติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีและผู้แทนการเจรจาไปลงนามความตกลงดังกล่าว และให้วินิจฉัยว่าการลงนามความตกลงดังกล่าวเป็นโมฆะ และให้ระงับการลงนามความตกลงดังกล่าว ซึ่งศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าเป็นกรณีที่คณะรัฐมนตรีในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ จึงเป็นคดีที่ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ดังนั้น จะนำคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำดังกล่าวมาฟ้องต่อศาลปกครองไม่ได้

คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 นี้ จึงเป็นการวางบรรทัดฐานของลักษณะคดีเกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารที่อยู่หรือไม่อยู่ในการควบคุมหรือตรวจสอบของศาลปกครอง โดยแยกเป็น 2 ประเภท 1) คดีพิพาทอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ ออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง 2) คดีพิพาทอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการ ซึ่งไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง คดีประเภทหลังนี้อาจเกิดจากการใช้อำนาจทางบริหารใน 2 กลุ่มใหญ่ ๆ กลุ่มแรก ได้แก่ การใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการในความสัมพันธ์กับรัฐสภา กลุ่มที่สอง ได้แก่ การใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการในความสัมพันธ์ระหว่าง

ประเทศ และเหตุที่ทำให้การกระทำดังกล่าวไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ก็เนื่องจากผู้กระทำไม่ใช่ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ที่ใช้อำนาจทางปกครองหรือ ดำเนินกิจการทางปกครอง

ในส่วนของศาลรัฐธรรมนูญ ก็ได้มีคำวินิจฉัยที่ 9/2549 เกี่ยวกับการตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าการยุบสภาเป็นการกระทำของรัฐบาล โดยนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นหัวหน้าของฝ่ายบริหารเป็นผู้ถวายคำแนะนำพระมหากษัตริย์เพื่อทรงยุบสภาผู้แทนราษฎร เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยแท้ที่กำหนดไว้ในระบบรัฐสภา เพื่อให้ฝ่ายบริหารถ่วงดุลหรือคานอำนาจกับฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติกับรัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร จึงเป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหารอย่างแท้จริง ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบการใช้อำนาจโดยศาล ซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายตุลาการ

โดยสรุป จะเห็นได้ว่า หลักหรือทฤษฎีเรื่องการกระทำของรัฐบาล (หรือการกระทำทางรัฐบาล) นั้น ก็มีลักษณะเป็นสากล และใช้ทั้งในศาลไทยและศาลต่างประเทศ ซึ่งหลักดังกล่าวไม่ได้มีความหมายว่าการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารบางประเภทจะไม่อาจถูกตรวจสอบได้ เพียงแต่เห็นว่าควรตรวจสอบโดยวิธีอื่นหรือช่องทางอื่นนอกจากศาล เช่น โดยฝ่ายนิติบัญญัติ หรือโดยประชาชน

4. กระบวนการนิติบัญญัติ จัดทำโดย ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

กระบวนการนิติบัญญัติ (Legislative process) ถือเป็นหัวใจสำคัญของการใช้อำนาจนิติบัญญัติ (Legislative power) ในรัฐเสรีประชาธิปไตย (Vinx, 2021, pp.437) ที่ให้ความสำคัญต่อคุณค่าของระบอบประชาธิปไตยแบบผู้แทน (Representative democracy) ซึ่งมุ่งเน้นให้ความเคารพต่อสิทธิของประชาชนผ่านการปรึกษาหารือ (Deliberation) เพื่อการมีส่วนร่วมในการปกครองประเทศร่วมกัน (Dixon, 2018, pp.135) โดยผู้เขียนได้ยกตัวอย่างบรรทัดฐานคดี

เกี่ยวกับกระบวนการนิติบัญญัติ ได้แก่

(1) องค์ประชุม คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2551 : กรณีองค์ประชุมไม่ครบ เป็นกรณีที่สภานิติบัญญัติแห่งชาติ (สนช.) ลงมติรับหลักการร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. และร่างพระราชบัญญัติสำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. แต่จำนวนสมาชิกที่ลงคะแนนไม่ครบองค์ประชุมมีสมาชิกสภานิติบัญญัติเข้าร่วมประชุมเพียง 86 คน ไม่ถึงกึ่งหนึ่งของสมาชิกสภานิติบัญญัติทั้งหมด (121 คน จากทั้งสิ้น 242 คน) ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า การลงมติของ สนช. ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาตรา 126 วรรคหนึ่ง แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 เนื่องจากรัฐธรรมนูญกำหนดองค์ประชุมของ สนช. ไว้ชัดเจน กฎหมายอื่นหรือข้อบังคับการประชุมสภาขัดแย้งไม่ได้ เป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายก่อนการประกาศใช้ภายใต้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อีกทั้ง ศาลรัฐธรรมนูญได้เข้าไปอธิบายอีกประเด็นว่าองค์ประชุมจะต้องมีอยู่ตลอดเวลาการพิจารณาและลงมติการตรากฎหมาย

(2) การอภิปราย คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 : กรณีฝ่ายข้างน้อยในรัฐสภาถูกห้ามและปิดการอภิปราย เป็นกรณีที่สมาชิกรัฐสภาได้ร่วมกันเข้าชื่อเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยแก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช แก้ไขรูปแบบการได้มาซึ่งสมาชิกวุฒิสภา โดยกำหนดให้สมาชิกวุฒิสภามาจากการเลือกตั้งทั้งหมด ยกเลิกสมาชิกวุฒิสภาที่มาจากสรรหา มีการตัดสิทธิผู้ขออภิปรายในวาระที่หนึ่งและตัดสิทธิผู้ขอแปรญัตติ ผู้สงวนคำแปรญัตติ และผู้สงวนความเห็น ได้ใช้เสียงข้างมากในที่ประชุมปิดการอภิปราย ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าการใช้ดุลพินิจและการใช้เสียงข้างมากนั้น จะต้องไม่ตัดสิทธิการทำหน้าที่ของสมาชิกรัฐสภา หรือละเลยไม่ฟังความเห็นของฝ่ายข้างน้อย การรวบรัดปิดการอภิปรายและปิดประชุมเพื่อให้มีการลงคะแนนเสียง ประกอบกับการกำหนดวันเสนอคำแปรญัตติ

เหลือเพียง 1 วัน จึงเป็นการใช้อำนาจไปในทางที่ไม่ชอบ เอื้อประโยชน์แก่ฝ่ายข้างมากโดยไม่เป็นธรรม เป็นการดำเนินการที่ขัดต่อข้อบังคับการประชุมและไม่เป็นกลาง เหตุผลหลักที่ศาลได้หยิบยกขึ้นมานั้น ได้แก่ เป็นการละเลยการรับฟังเสียงของสมาชิกวุฒิสภาข้างน้อยเหตุผลหนึ่ง และเป็นการละเมิดต่อสิทธิในการทำหน้าที่ของสมาชิกวุฒิสภาอีกเหตุผลหนึ่ง

(3) การลงมติคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 : กรณีการแสดงตนและลงมติแทนสมาชิกอื่นเป็นกรณีสมาชิกวุฒิสภาบางคนใช้บัตรอิเล็กทรอนิกส์แสดงตนและลงมติแทนผู้อื่นในเครื่องออกเสียงลงคะแนนระหว่างที่มีการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมขัดต่อหลักการออกเสียงลงคะแนน ตามบทบัญญัติมาตรา 126 วรรคสาม ที่ให้สมาชิกคนหนึ่งมีเพียงเสียงหนึ่งเสียงในการออกเสียงลงคะแนนข้างต้น มีอาจถือว่าเป็นมติที่ชอบของวุฒิสภาในกระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

(4) กระบวนการตรากฎหมาย คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3-4/2545 : กรณีการพิจารณาร่างกฎหมายโดยไม่ผ่านการพิจารณาของ 2 สภา เป็นกรณีการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติที่สภาผู้แทนราษฎรได้ลงมติเห็นชอบวุฒิสภาได้พิจารณาและมีมติแก้ไขเพิ่มเติม สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาแล้วมีมติไม่เห็นชอบกับการแก้ไขเพิ่มเติม มีการตั้งคณะกรรมการร่วมกัน ได้เสนอรายงานร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวต่อสภาทั้งสอง ที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรมีมติไม่เห็นชอบด้วยกับร่างพระราชบัญญัติที่คณะกรรมการร่วมกันพิจารณาเสร็จแล้ว ที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรได้ลงมติว่า สภาผู้แทนราษฎรสามารถใช้สิทธิยื่นร่างพระราชบัญญัติได้โดยไม่ต้องรอการพิจารณาของวุฒิสภา และมีมติยืนยันให้ใช้ร่างเดิมของสภาผู้แทนราษฎรด้วยคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า กระบวนการตราพระราชบัญญัติจะต้องผ่านการพิจารณาของทั้งสองสภาก่อน จึงจะถือว่าได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้ว ไม่สามารถยกร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวขึ้นพิจารณาใหม่ในทันที และลงมติยืนยันให้ใช้ร่างเดิมของสภาผู้แทนราษฎร รัฐธรรมนูญกำหนดให้ต้อง

รอผลมติการพิจารณาของทั้ง 2 สภาเสียก่อนว่าจะมีมติเช่นไรจึงจะได้ดำเนินการต่อไปตามเงื่อนไขของรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าการใช้ “อำนาจชี้ขาด” (Ultimate power) ของสภาผู้แทนราษฎรภายหลังจากการพิจารณาของคณะกรรมการการร่วมเป็นการ “ลัดขั้นตอน” และการลัดขั้นตอนดังกล่าวนี้มีนัยสำคัญสำหรับกระบวนการตรากฎหมายของรัฐสภา มีลักษณะของการ “ตัดขั้นตอน” การพิจารณากฎหมายส่วนหนึ่ง ซึ่งวุฒิสภาเป็นผู้ดำเนินการออกไปด้วยการไม่ได้เปิดโอกาสให้วุฒิสภาได้ร่วมพิจารณากฎหมาย มีข้อน่าสังเกตว่าการขาดหายไปของการมีส่วนร่วมในการพิจารณากฎหมายของวุฒิสภานั้น ศาลรัฐธรรมนูญมองว่าส่งผลให้กระบวนการตรากฎหมายไม่ครบถ้วน “มีความบกพร่องอย่างร้ายแรง”

(5) คณะกรรมการ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 17/2563 : กรณีอำนาจในการแสวงหาข้อเท็จจริงของคณะกรรมการในรัฐสภาไม่สอดคล้องกับหลักการของรัฐธรรมนูญ เป็นกรณีที่ผู้ร้องจึงยื่นคำร้องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 231 (1) ว่าพระราชบัญญัติคำสั่งเรียกของคณะกรรมการของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา พ.ศ. 2554 มาตรา 5 มาตรา 8 และ มาตรา 13 มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาตรา 129 หรือไม่ โดยพระราชบัญญัติคำสั่งเรียกของคณะกรรมการของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา พ.ศ. 2554 มีขั้นตอนและบทลงโทษทางอาญากรณีผู้รับคำสั่งฝ่าฝืน แต่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2560 มาตรา 129 ได้บัญญัติให้คณะกรรมการมีอำนาจเรียกเอกสารจากบุคคลใด หรือเรียกบุคคลใดมาแถลงข้อเท็จจริงหรือแสดงความเห็นในกิจการที่กระทำหรือในเรื่องที่พิจารณาสอบหาข้อเท็จจริงหรือศึกษามีมาตรการบังคับแตกต่างออกไปจากเดิม ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 129 ได้แก้ไขหลักการของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 135 โดยแก้ไขหน้าที่ และอำนาจของคณะกรรมการจากให้มีอำนาจ

“เรียก” แทนอำนาจ “ออกคำสั่งเรียก” และแก้ไขจาก “การสอบสวน” มาเป็น “การสอบหาข้อเท็จจริง” เนื่องจากการดำเนินการของคณะกรรมการธิการ เป็นการสืบหาข้อเท็จจริง ไม่ใช่การสืบสวนหรือสอบสวน มาตรา 129 วรรคห้า เป็นมาตรการเชิงบังคับโดยให้เป็นหน้าที่ของรัฐมนตรีที่รับผิดชอบในกิจการ ที่คณะกรรมการธิการสอบหาข้อเท็จจริงหรือศึกษาที่จะต้องสั่งการให้เจ้าหน้าที่ ของรัฐในสังกัดหรือในกำกับ ให้ข้อเท็จจริง ส่งเอกสาร หรือแสดงความเห็น ดังนั้น การกำหนดโทษทางอาญาแก่ผู้ฝ่าฝืนคำสั่งเรียกของคณะกรรมการ ธิการจึงไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษทางอาญา จึงขัดหรือแย้งต่อ รัฐธรรมนูญ มาตรา 129 ศาลได้เข้าไปอธิบายถึงธรรมชาติ หรือลักษณะของอำนาจ ในการแสวงหาข้อเท็จจริงค่อนข้างเคร่งครัดกับบทบัญญัติลายลักษณ์อักษร ของรัฐธรรมนูญจนเป็นที่มาของการวินิจฉัย

5. การทำสนธิสัญญา จัดทำโดย ศาสตราจารย์ ดร.ประสิทธิ์ ปิวาวัฒน์พานิช ผู้เชี่ยวชาญประจำตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันในมาตราที่ว่าด้วยการทำหนังสือ สัญญานั้น ผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้ใช้คำว่า “หนังสือสัญญา” มาโดยตลอด อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญทุกฉบับก็มิได้มีการให้คำนิยามหรืออธิบายว่า “หนังสือสัญญา” คืออะไร และมีได้ให้ตัวอย่างของหนังสือสัญญาว่าสามารถอยู่ในรูปแบบใด ได้บ้าง ฉะนั้นเมื่อฝ่ายบริหารทำตราสารระหว่างประเทศขึ้น โดยมีได้ ขอความเห็นชอบจากรัฐสภา จึงเกิดปัญหาว่า ตราสารระหว่างประเทศดังกล่าว ต้องได้รับความยินยอมจากรัฐสภาหรือไม่ เป็นที่มาของคำวินิจฉัยของ ศาลรัฐธรรมนูญในคดีแรกคือคำวินิจฉัยที่ 11/ 2542 ซึ่งคำวินิจฉัยนี้ได้วาง บรรทัดฐานสำคัญของความหมายของคำว่า “หนังสือสัญญา” ที่ใช้ในมาตรา 224 วรรคแรก แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ว่ามี ความหมายอย่างไร โดยในคดีดังกล่าวรัฐบาลได้ทำหนังสือแสดงเจตจำนงขอรับ ความช่วยเหลือทางวิชาการและการเงิน คณะกรรมการป้องกันและปราบปราม การทุจริตแห่งชาติ ก็ได้ส่งเรื่องมายังประธานรัฐสภาเพื่อให้ส่งเรื่องมายัง

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเสียก่อนว่าหนังสือที่รัฐบาลได้เสนอต่อกองทุนระหว่างประเทศนั้น เป็นหนังสือสัญญาที่จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 224 วรรคสองหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า “หนังสือแจ้งความจำนงขอรับความช่วยเหลือทางวิชาการและการเงินที่รัฐบาลมีไปถึงกองทุนการเงินระหว่างประเทศไม่เป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 224 จึงไม่เป็นกรณีที่จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามวรรคสองของมาตราดังกล่าว” ในทางนิติวิธี คดีนี้ประกอบด้วยสองประเด็น คือ ประเด็นแรก สถานะทางกฎหมายของหนังสือแสดงเจตจำนงขอรับความช่วยเหลือทางวิชาการและการเงินที่รัฐบาลไทยทำไปยังกองทุนการเงินระหว่างประเทศนั้น มีนิติฐานะเป็นหนังสือสัญญาตามมาตรา 224 แห่งรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2540 หรือไม่ ส่วนประเด็นที่สอง หากหนังสือแสดงเจตจำนงขอรับความช่วยเหลือทางวิชาการและการเงินดังกล่าวเข้าข่ายเป็นหนังสือสัญญาแล้ว จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่ คดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้อ้างอิง อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (Vienna Convention on the Law of Treaties 1969) มาเป็นเกณฑ์ในการอธิบาย เนื่องจากอนุสัญญานี้ เกิดจากการประมวลกฎหมายเกณฑ์ที่มีสถานะเป็นกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศ (customary international law) ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีใช้ลายลักษณ์อักษรให้อยู่ในรูปของลายลักษณ์อักษร ที่เรียกว่า codification คือ อนุสัญญามีข้อนำคิดว่าศาลรัฐธรรมนูญอาศัยช่องทางใดในการนำเอากฎหมายประเพณีระหว่างประเทศมาใช้หรืออ้างอิงในกรณีนี้ เนื่องจากว่า รัฐธรรมนูญของไทยฉบับแรกจนถึงฉบับปัจจุบัน ไม่เคยรับรองสถานะของกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศไว้ในระบบกฎหมายไทยแต่อย่างใด ซึ่งหากเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญของต่างประเทศแล้วจะพบว่า รัฐธรรมนูญหลายประเทศรับรองสถานะของกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศไว้อย่างชัดเจน ศาลรัฐธรรมนูญได้อ้างอิงอนุสัญญากรุงเวียนนามาเป็นเกณฑ์ในการอธิบายความหมายของคำว่าหนังสือสัญญา โดยเริ่มที่องค์ประกอบของสนธิสัญญาว่ามี 4 ประการ

1) เป็นความตกลงระหว่างรัฐกับรัฐ หรือกับองค์การระหว่างประเทศ
2) เป็นลายลักษณ์อักษร 3) ก่อให้เกิดพันธกรณีหรือผลผูกพันทางกฎหมาย
และ 4) ความตกลงนั้นขึ้นอยู่กับกฎหมายระหว่างประเทศ ศาลก็ได้ชี้ชัดว่า
สถานะของหนังสือดังกล่าวคืออะไร ประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่า หนังสือแสดง
เจตจำนงขอรับความช่วยเหลือทางวิชาการมีสถานะเป็น การกระทำฝ่ายเดียว
ของรัฐ (unilateral act) คำวินิจฉัยคดีนี้สำคัญมากเพราะเป็นการวาง
บรรทัดฐานความหมายของคำว่า “หนังสือสัญญา” ว่าจะมีความหมายเดียวกับ
คำว่า “สนธิสัญญา” (treaty) ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมาย
สนธิสัญญา ค.ศ. 1969 หลังจากคำวินิจฉัยนี้ มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ
อีกสามคดีที่มีประเด็นเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหารว่าจะต้อง
ขอความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่ โดยศาลจะอธิบายความหมายของคำว่า
หนังสือสัญญาเหมือนกับที่เคยวินิจฉัยในคดีนี้

6. หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย จัดทำโดย ดร.สุรสิทธิ์ แสวงวิโรจน์วัฒน์ ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์

ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 3-5/2550 ข้อเท็จจริงได้ความว่า
อัยการสูงสุดยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคพัฒนาชาติไทย
พรรคแผ่นดินไทยและพรรคไทยรักไทย พรรคการเมืองทั้งสามพรรคดังกล่าว
ได้กระทำการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง
พ.ศ. 2541 ต่อมา มีประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย
อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ลงวันที่ 30 กันยายน พุทธศักราช
2549 เกี่ยวกับการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของกรรมการบริหารพรรคการเมือง
ที่ถูกสั่งให้ยุบพรรคการเมืองเป็นเวลาห้าปี ผู้ร้องจึงขอแก้ไขเพิ่มเติมคำร้อง
ขอให้ มีคำสั่งยุบพรรคการเมืองทั้งสามและขอให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง
ของกรรมการบริหารพรรคผู้ถูกร้องทั้งสาม มีกำหนดห้าปี นับแต่วันที่มีคำสั่ง
ให้ยุบพรรคผู้ถูกร้องทั้งสาม ผู้ถูกร้องทั้งสามได้ชี้แจงว่า ประกาศคณะปฏิรูป
การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

ฉบับที่ 27 ลงวันที่ 30 กันยายน พุทธศักราช 2549 ไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลัง เนื่องจากเป็นการกำหนดโทษเพิ่มขึ้นด้วยการให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของ กรรมการบริหารพรรคการเมืองมีกำหนดห้าปี นอกเหนือจากที่พระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 มาตรา 69 กำหนดไว้แต่เดิม และแม้ว่าการให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งจะมีโทษทางอาญา แต่การเพิกถอน สิทธิเลือกตั้งถือเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลในการใช้สิทธิทางการเมือง ซึ่งเป็นโทษทางการเมืองและมีความร้ายแรงกว่าโทษอาญาบางประเภท ตุลาการรัฐธรรมนูญโดยเสียงข้างมากได้ตอบประเด็นข้อกฎหมายดังกล่าว โดยให้เหตุผลว่า การเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งไม่ใช่โทษทางอาญา แต่เป็นเพียง มาตรการทางกฎหมายที่เกิดจากผลของกฎหมายที่ให้อำนาจในการ ยุบพรรคการเมืองที่กระทำการต้องห้ามตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 เพื่อมิให้กรรมการบริหารพรรคการเมือง ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บ้านเมืองและการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

นอกจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญฉบับที่หมายเหตุนี้แล้ว ในส่วนของ ศาลยุติธรรมได้เคยมีประเด็นในทำนองเดียวกันว่า การตัดสิทธิทางการเมือง ถือเป็นโทษทางอาญาหรือไม่ ซึ่งศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่ง ทางการเมืองมีความเห็นว่า การตัดสิทธิทางการเมืองแม้จะไม่ใช่โทษตาม ประมวลกฎหมายอาญา แต่ก็ไม่อาจนำมาใช้บังคับย้อนหลังในทางเป็นโทษได้ โดยเห็นว่าเป็นการขัดต่อหลักนิติธรรม และศาลฎีกาเห็นว่า การตัดสิทธิทางการเมือง เป็นโทษอุปกรณ์ของโทษอาญาเช่นกัน โดยผลของการแปลความดังกล่าว จึงทำให้ ในส่วนของศาลยุติธรรมแล้ว การตัดสิทธิทางการเมืองจึงไม่อาจใช้ย้อนหลังได้ ซึ่งแตกต่างจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

โจทย์ของงานเขียนชิ้นนี้คือ การเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งสามารถที่จะย้อนหลัง ได้หรือไม่ การตอบปัญหาดังกล่าวผู้เขียนหมายเหตุเห็นว่า ต้องทราบเสียก่อนว่า หลักการที่ห้ามกฎหมายย้อนหลังมีความหมายว่าอย่างไร ตลอดจนต้องทราบถึง ข้อแตกต่างระหว่างโทษอาญาและวิธีการเพื่อความปลอดภัย และสถานะ

ในทางกฎหมายของการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งว่ามีสถานะในทางกฎหมายเป็นอย่างไร

จากงานเขียนนี้ได้ข้อสรุปว่า การตัดสิทธิทางการเมือง มีลักษณะของความ เป็นโทษทางอาญา ดังนั้น จึงต้องอยู่ภายใต้บังคับของหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย ที่ต้องห้ามมิให้มีผลบังคับใช้ย้อนหลังในทางที่เป็น ผลร้ายแก่จำเลย คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้ ผู้เขียนจึงไม่เห็นพ้องด้วย และเพื่อให้เกิดความชัดเจนและสอดคล้องกับหลักกฎหมายที่กล่าวมาข้างต้น จึงเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติที่ควรจะบัญญัติผลในทางกฎหมายของ การตัดสิทธิทางการเมืองให้เกิดความชัดเจนแน่นอนว่า ต้องการให้มีลักษณะ ของโทษอาญาหรือไม่อย่างไรต่อไป

7. สิทธิที่จะไม่ให้อันเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง จัดทำโดย ดร.สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์ ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2562 มีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยว่า ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 25 เรื่อง การดำเนินการเกี่ยวกับการยุติธรรมทางอาญา ลงวันที่ 29 กันยายน พ.ศ. 2549 ที่บัญญัติว่า “ผู้ซึ่งถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด อาญามีหน้าที่ต้องพิมพ์ลายนิ้วมือ ลายมือหรือลายเท้า ตามคำสั่งของพนักงาน อัยการ ผู้ว่าคดี หรือพนักงานสอบสวน ผู้ใดฝ่าฝืนมีความผิดฐานกระทำความผิด เกี่ยวกับการยุติธรรม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกิน หนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” เฉพาะในส่วนที่กำหนดให้เป็นความผิดและ โทษอาญา ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 มาตรา 26 มาตรา 28 วรรคหนึ่ง และมาตรา 29 วรรคสี่ หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบ ประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 25 ขัดหรือแย้งต่อ รัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง มาตรา 26 วรรคหนึ่ง และมาตรา 28 วรรคหนึ่ง โดยให้เหตุผลหลักไว้ 2 ข้อด้วยกัน กล่าวคือ ในประการแรก ประกาศฉบับดังกล่าว

ขัดต่อหลักความเป็นภัยอันตราย (Harm Principle) เนื่องจากการกระทำ
ที่เป็นการฝ่าฝืนต่อข้อห้ามของประกาศฉบับดังกล่าวนั้น ไม่ได้เป็นการกระทำ
ที่มีความร้ายแรงหรือกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง
ถึงขนาดที่ต้องบัญญัติให้เป็นความผิดอาญา ในประการที่สอง คือ ประกาศ
ฉบับดังกล่าวขัดต่อหลักความได้สัดส่วน เนื่องจากมีมาตรการอื่นของรัฐที่สามารถ
จัดการกับปัญหาดังกล่าวได้ดีในทำนองเดียวกับการกำหนดข้อห้ามตามประกาศ
ฉบับดังกล่าว

ผู้เขียนเห็นว่า ควรที่จะได้ทำการวิเคราะห์ความเห็นของนักกฎหมายไทย
ในส่วนที่เกี่ยวกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 132 เสียก่อน
เพราะมีเนื้อหาที่มีความเกี่ยวข้อง ซึ่งบัญญัติให้อำนาจพนักงานสอบสวนในการ
แสวงหาพยานหลักฐานในการกระทำความผิดไว้ รวมถึงการพิมพ์ลายนิ้วมือ
ของผู้ต้องหาด้วย เหตุผลเพราะหากผู้ต้องหาปฏิเสธไม่ยอมพิมพ์ลายนิ้วมือ
ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 132 ไม่ได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่า
พนักงานสอบสวนสามารถที่จะบังคับผู้ต้องหาได้ ไม่มีการกล่าวถึงอำนาจของ
พนักงานสอบสวนที่จะบังคับให้ผู้ต้องหาพิมพ์ลายนิ้วมือและถ้าผู้ต้องหาปฏิเสธ
ก็สามารถบังคับให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติเอาไว้ได้ ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า
ในประเด็นนี้นักกฎหมายไทยน่าจะมีความเห็นไปในทางที่ว่า เมื่อไม่ได้มีการ
บัญญัติให้พนักงานสอบสวนสามารถที่จะบังคับให้ผู้ต้องหาพิมพ์ลายนิ้วมือ
พนักงานสอบสวนจึงไม่มีอำนาจในการบังคับให้ผู้ต้องหาพิมพ์ลายนิ้วมือ และ
จึงเป็นผลให้ต้องมีการบัญญัติข้อความตามที่ปรากฏอยู่ในประกาศคณะปฏิรูป
การปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข
ฉบับที่ 25

ตามความเห็นของผู้เขียนหมายเหตุแล้วเห็นว่า หากเรามีแนวคิดในเรื่องของ
การมีหน้าที่ที่ต้องยอมรับต่อการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐ (Duldungspflicht)
น่าจะช่วยให้แปลความกฎหมายในเรื่องดังกล่าวได้ชัดเจนขึ้น และไม่จำเป็นต้อง
มีการบัญญัติถ้อยคำอย่างปรากฏอยู่ในประกาศคณะปฏิรูปการปกครอง

ในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 25
แต่อย่างไรก็ตาม

8. การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ จัดทำโดย ดร.ปาพจน์ บุษพาวัลย์ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

ศาลปกครองไทยได้ยอมรับและนำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้
ในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์
ซึ่งต้องอยู่บนพื้นฐานของเหตุผลความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งในการ
พิจารณาว่าการเวนคืนที่ดินที่รัฐมีความจำเป็นที่จะต้องได้มาเพื่อการอันจำเป็น
หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะนั้น ศาลมิได้ตรวจสอบแต่เพียงว่าการเวนคืนนั้น
มีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินการในกิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะตามที่มี
รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น แต่ศาลจะพิจารณาถึงข้อเท็จจริง
ในการดำเนินการของแต่ละโครงการที่มีการเวนคืนด้วยว่า การกำหนดบริเวณ
หรือเขตที่ดินที่จะเวนคืนที่ปรากฏตามพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินที่จะ
เวนคืนนั้น ฝ่ายปกครองได้ดำเนินการโดยคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนหรือไม่
ซึ่งศาลจะวินิจฉัยตาม “หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ” กล่าวคือ
ศาลจะชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับจากการเวนคืนที่ดิน
ตามพระราชกฤษฎีกากับความเสียหายหรือผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นแก่เอกชน
เจ้าของที่ดินที่ถูกเวนคืน โดยหากศาลพิจารณาแล้วมีหลักฐานที่สนับสนุน
หรือชี้ให้เห็นว่าการเวนคืนที่ดินที่พิพาทนั้นจะนำไปสู่ผลประโยชน์ต่อประชาชน
หรือสังคมโดยรวมเป็นสำคัญ โดยไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนเจ้าของ
ที่ดินที่ถูกเวนคืนจนมากจนเกินสมควรแล้ว การใช้อำนาจในการกำหนดเขตที่ดิน
ที่จะเวนคืนตามพระราชกฤษฎีกาย่อมเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย

ในแง่มุมกฎหมายเปรียบเทียบ บรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลปกครองไทย
ถือได้ว่ามีมาตรฐานการให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินที่มีความเป็นสากล
โดยมีหลักการและแนวคิดที่สอดคล้องกับแนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐ
ของฝรั่งเศส ในคดี Ville Nouvelle Est เป็นคดีแรกที่สภาแห่งรัฐได้นำหลัก

ความได้สัดส่วนมาใช้เพื่อควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในการเวนคืน อสังหาริมทรัพย์เพื่อดำเนินโครงการสาธารณะใด ๆ ให้ต้องอยู่ภายใต้เหตุผล และความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ (utilité publique) การปรับใช้หลัก ดังกล่าวในคดีเวนคืนหรือที่รู้จักกันในอีกชื่อหนึ่งว่า “ทฤษฎีการชั่งน้ำหนัก” (théorie du bilan coût-avantages) เรียกร้องให้ศาลยกระดับความเข้มข้น ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการตราประกาศ DUP ของ ฝ่ายปกครอง โดยต้องพิจารณาถึงบริบทหรือรายละเอียดข้อเท็จจริงของ โครงการในมิติต่าง ๆ เพื่อชั่งน้ำหนักระหว่างข้อดีข้อเสีย ความเสียหาย หรือ ต้นทุนในการดำเนินการโครงการ เทียบกับผลประโยชน์ที่ประชาชนหรือสังคม โดยรวมจะได้รับ เพื่อให้แน่ใจว่าการเวนคืนนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ อย่างแท้จริง โครงการใดที่ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า ผลกระทบหรือความเสียหาย ที่จะเกิดขึ้น ไม่ว่าจะป็นทรัพย์สินของเอกชนที่ได้รับผลกระทบ งบประมาณที่ใช้ ดำเนินการ หรือผลเสียหายอื่น ๆ ในทางสังคม รวมกันแล้วเป็นสัดส่วนมากเกินไป ประโยชน์ที่ส่วนรวมจะได้รับ การเวนคืนนั้นย่อมมิใช่การเวนคืนเพื่อประโยชน์ สาธารณะ

อย่างไรก็ดี แม้ศาลปกครองไทยจะมีแนวคำพิพากษาที่ชัดเจนเป็น บรรทัดฐานเกี่ยวกับแนวทางการใช้อำนาจเวนคืนที่ต้องเป็นไปตามหลักความ ได้สัดส่วน แต่การที่ศาลจะนำหลักดังกล่าวมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงให้เป็นที่ยอมรับและเป็นการให้ความเป็นธรรมแก่ผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่ายนั้นเป็นเรื่อง ที่ไม่ถ่วงน้ำหนักจะเห็นได้จากตัวอย่างในกรณีของประเทศฝรั่งเศส แม้สภาแห่งรัฐ จะได้วางหลักการวินิจฉัยประโยชน์สาธารณะตามทฤษฎีการชั่งน้ำหนักไว้ในคดี Ville Nouvelle Est ตั้งแต่เมื่อปี ค.ศ. 1971 ซึ่งนับเป็นเวลาเกินกว่า 50 ปีแล้ว แต่ปัญหาดังกล่าวก็ยังคงเป็นที่ถกเถียงกันอย่างมากแวดวงวิชาการด้านกฎหมาย ทั้งฝ่ายที่เห็นว่าแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐการยังไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ ในการเป็นเครื่องมือในการคุ้มครองสิทธิของประชาชนได้อย่างแท้จริง โดยมี ข้อเสนอที่ต้องการให้ศาลยกระดับ “ดีกรี” การตรวจสอบให้เข้มข้นขึ้นอีก

แต่ในขณะที่เดียวกันก็มีข้อกังวลว่าหากศาลตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองตามทฤษฎีซึ่งน้ำหนักอย่างเข้มข้นเกินไปอาจทำให้ถูกมองว่าศาลตีความขยายอำนาจของตนจนเป็นการก้าวก้าวหรือใช้อำนาจในทางบริหารแทนรัฐบาลได้

ด้วยสภาพแวดล้อมทางเศรษฐกิจและสังคมในปัจจุบัน ภาครัฐยังคงมีภารกิจที่สำคัญในการขับเคลื่อนเศรษฐกิจและยกระดับคุณภาพชีวิตของประชาชน โดยการจัดให้มีบริการสาธารณะในด้านต่าง ๆ อย่างทั่วถึงและมีประสิทธิภาพ การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เพื่อก่อสร้างหรือพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานจึงเป็นมาตรการทางกฎหมายที่มีความจำเป็นและมีส่วนสำคัญต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ แต่โดยที่การใช้อำนาจเวนคืนของรัฐมีผลเป็นการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลและอาจส่งผลกระทบต่อประชาชนและสังคมในมิติต่าง ๆ โดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ รัฐธรรมนูญฯ จึงได้บัญญัติเงื่อนไขการใช้อำนาจเวนคืนของรัฐให้กระทำ “เพียงเท่าที่จำเป็น” เพื่อการดำเนินกิจการที่เป็นประโยชน์สาธารณะตามที่กำหนด และได้สัดส่วนพอเหมาะแก่กรณีการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้ศาลปกครองไทยในฐานะองค์กรที่มีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจเวนคืนของรัฐจึงมีภารกิจที่ท้าทายในการแสวงหาและพัฒนาแนวทางการปรับใช้ “หลักความได้สัดส่วน” โดยคำนึงถึงบริบททางเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ เพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์ในการเสริมสร้างให้เกิดดุลยภาพ (Balance) ระหว่างผลประโยชน์หรือผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นทั้งต่อส่วนรวมและต่อผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่ายอย่างพอเหมาะ อันจะเป็นหลักประกันสำคัญว่า รัฐจะไม่ใช้อำนาจเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ของเอกชนไปในทางที่ละเมิดหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

9. สิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ จัดทำโดย นายปรัชญา เจียสกุล สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

ผู้เขียนได้อธิบายคำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพ 3 คำวินิจฉัยที่สำคัญ ดังนี้

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 61/2545 (บรรทัดฐานเกี่ยวกับโครงสร้าง การวินิจฉัยกรณีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ) ศาลรัฐธรรมนูญได้วางโครงสร้าง การวินิจฉัยในคดีที่เกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพ โดยแบ่งการวินิจฉัย ออกเป็นสองส่วน กล่าวคือ วินิจฉัยว่ากฎหมายที่มีผู้ร้องมานั้นมีผลเป็นการจำกัด เสรีภาพในการประกอบอาชีพฯ ตามมาตรา 50 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทยหรือไม่ แล้วจึงวินิจฉัยว่ากฎหมายดังกล่าวเป็นไปตาม เงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 50 วรรคสอง และมาตรา 29 หรือไม่ ซึ่งแนวทางในการวินิจฉัยดังกล่าวได้กลายเป็นบรรทัดฐานสำหรับการวินิจฉัยคดี ที่เกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพของศาลรัฐธรรมนูญ อนึ่ง นอกจาก จะได้วางโครงสร้างการวินิจฉัยในภาพรวมแล้ว ในคำวินิจฉัยนี้ ศาลรัฐธรรมนูญ ยังได้อ้างถึงผลกระทบของมาตรา 30 แห่งพระราชกำหนดการปฏิรูประบบ สถาบันการเงินฯ ว่า กระทบเฉพาะบริษัทซึ่งถูกสั่งให้ระงับการดำเนินกิจการแล้วฯ และมีอาจแก้ไขหรือฟื้นฟูฐานะในการดำเนินกิจการได้ ซึ่งเป็นการนำระดับ ความรุนแรงของผลกระทบที่อาจเกิดจากมาตรการของรัฐมาใช้ประกอบการ วินิจฉัยด้วยนั้น โดยถือได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญได้วางแนวทางให้ศาลรัฐธรรมนูญ สามารถวินิจฉัยโดยพิจารณาถึงระดับความรุนแรงที่มาตรการของรัฐอาจมี ผลกระทบต่อบุคคลได้อีกด้วย ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญอาจนำมาใช้ประกอบการให้เหตุผล ในประเด็นสาระสำคัญแห่งสิทธิ (ดังที่ปรากฏในคำวินิจฉัยนี้) หรืออาจใช้ประกอบการ ชั่งน้ำหนักตามหลักความได้สัดส่วนตามความหมายอย่างแคบก็ได้

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 7/2549 (บรรทัดฐานเกี่ยวกับความหมาย ของเสรีภาพในการประกอบอาชีพและการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ) ศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักเกี่ยวกับขอบเขตความคุ้มครองและการกิจของเสรีภาพ ในการประกอบอาชีพว่า “ทำให้ประชาชนมีหลักประกันที่จะเลือกประกอบ กิจการหรือประกอบอาชีพได้อย่างเสรี โดยที่ไม่มีใครมาบังคับ ไม่ถูกกีดกัน ไม่ให้มีโอกาสในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพแข่งขันกับผู้ประกอบการ รายอื่น” ซึ่งนอกจากจะสื่อให้เห็นว่าเสรีภาพในการประกอบอาชีพมิได้เป็นเพียง

แนวคิดทางเศรษฐกิจ แต่มุ่งคุ้มครอง “ความประสงค์” ของปัจเจกในการเลือกประกอบอาชีพด้วยแล้ว หลักดังกล่าวยังเป็นฐานให้ศาลรัฐธรรมนูญชี้ชัดลงไปได้ว่ากฎหมายที่กำหนดให้บุคคลต้องได้รับอนุญาตก่อนจึงจะประกอบอาชีพได้นั้น ย่อมมีลักษณะเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพโดยสภาพ นอกจากนี้ ในการวินิจฉัยว่าการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวเป็นไปตามเงื่อนไขที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น ศาลรัฐธรรมนูญก็ได้กล่าวถึงมาตรการอื่น ๆ ในกฎหมายฉบับดังกล่าว เพื่อแสดงให้เห็นในภาพรวมว่าบทบัญญัติที่กำหนดให้ใช้ระบบอนุญาตมีส่วนในการทำให้บรรลุซึ่งวัตถุประสงค์ของกฎหมายอย่างไรก็ดี เป็นที่น่าเสียดายว่าศาลรัฐธรรมนูญมิได้วินิจฉัยเกี่ยวกับ “ความจำเป็น” ของการกำหนดให้ใช้ระบบอนุญาตดังกล่าวเท่าที่ควร ซึ่งหากพิจารณาแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ในคดีเกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพแล้ว เห็นได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ให้ความสำคัญกับการวินิจฉัย “ความจำเป็น” ของมาตรการเป็นอย่างมากกล่าวคือ รัฐต้องแสดงให้เห็นว่า ไม่มีมาตรการอื่นที่มีความรุนแรงน้อยกว่ามาตรการที่รัฐเลือกใช้ ซึ่งจะทำให้ได้ผลลัพธ์เช่นเดียวกันได้ มิเช่นนั้นศาลรัฐธรรมนูญก็จะวินิจฉัยว่า มาตรการดังกล่าวไม่มีความจำเป็น และขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2549 (บรรทัดฐานเกี่ยวกับการใช้หลักความได้สัดส่วน) ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าประกาศของคณะปฏิวัติฯ ที่กำหนดห้ามมิให้บุคคลขายอาหารหรือเครื่องดื่มในเวลาระหว่าง 01.00 นาฬิกา และ 05.00 นาฬิกา ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้น หากพิจารณาถึงความเป็นมาของประกาศดังกล่าว ซึ่งไม่เพียงแต่จะมุ่งจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลโดยชัดแจ้ง แต่ยังเป็น “คำสั่ง” ที่อยู่บนพื้นฐานของการปฏิเสธอำนาจอธิปไตยของปวงชนซึ่งเป็นประธานแห่งสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติคุ้มครองไว้แล้ว ย่อมไม่อาจปฏิเสธได้ว่าคำวินิจฉัยนี้มุ่งผลที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลในระบอบเสรีประชาธิปไตยตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม สภามอบหมายให้คณะกรรมการการเลือกตั้ง (กกต.) ตรวจสอบการปฏิบัติของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง

สภาพที่ดำรงอยู่ถาวรแต่เป็นเพียงช้อยกเว้นของสภาพบ้านเมืองในเวลาปกติ ฉันทใด หลักที่ศาลรัฐธรรมนูญวางไว้ในคำวินิจฉัยต่าง ๆ ย่อมไม่อาจสะท้อนเพียง ลักษณะเฉพาะของแต่ละกรณี แต่ต้องทำหน้าที่เป็นหลักการที่มีความเหมาะสม กับสภาพบ้านเมืองในเวลาปกติด้วยฉันทนั้น การที่ศาลรัฐธรรมนูญวางหลัก ในคำวินิจฉัยนี้ว่า ในการพิจารณาถึงกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ฯลฯ ต้องพิจารณาสภาพการณ์ของเหตุการณ์บ้านเมือง ตลอดจนวิถีการดำเนินชีวิตของประชาชน ในขณะที่กฎหมายนั้นมีผลใช้บังคับ ประกอบด้วยนั้น จึงไม่เพียงส่งผลเป็นคุณต่อผู้ที่ได้รับผลกระทบจากประกาศ ของคณะปฏิวัติฯ ดังกล่าว แต่ยังเป็นการวางหลักสำหรับการใช้อำนาจของ ฝ่ายนิติบัญญัติต่อไป โดยในการพิจารณากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัตินั้น ผู้ตรากฎหมายย่อมมีหน้าที่คาดการณ์ไปในอนาคตซึ่งกฎหมายนั้นจะมีผล ใช้บังคับว่าสภาพการณ์ต่าง ๆ จะเปลี่ยนแปลงไปหรือไม่ เช่นไร และต้อง พิจารณาออกแบบมาตรการในร่างกฎหมายดังกล่าวให้มีความได้สัดส่วน สอดคล้องกับสภาพการณ์ที่อาจเปลี่ยนไปด้วย ซึ่งหากพิจารณาว่าอนาคต มิใช่สิ่งที่อาจคาดการณ์ได้แม่นยำ โดยสภาพ หลักที่ศาลรัฐธรรมนูญวางไว้ใน คำวินิจฉัยนี้จึงอาจส่งผลจำกัดการใช้ดุลพินิจของผู้ตรากฎหมายพอสมควร จึงเป็นเรื่องที่ต้องติดตามต่อไปว่าศาลรัฐธรรมนูญจะขยายหรือจำกัดความ หลักการที่ศาลฯ วางไว้ในคำวินิจฉัยนี้อีกหรือไม่ เพียงใด

10. สิทธิเสรีภาพของบุคคลผู้เป็นเจ้าของรัฐ จัดทำโดย ดร.นันทขยูนาน ชาญณรงค์ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

ผู้เขียนได้เขียนอธิบายคำวินิจฉัยที่เกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพของบุคคล ผู้เป็นเจ้าของรัฐไว้จำนวน 3 คำวินิจฉัยที่สำคัญ ดังนี้

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 24/2546 เรื่อง ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 198 กรณี พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 มาตรา 19 วรรคสาม มีปัญหา เกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญศาลรัฐธรรมนูญมิได้ให้ความคุ้มครองสิทธิ

ของคู่ความในการที่จะได้รับการพิพากษาวินิจฉัยคดีจากผู้พิพากษาที่หนึ่ง พิจารณาคดี (มาตรา 236 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540) เฉพาะแก่บุคคลทั่วไปในการดำเนินกระบวนการคดีในศาลยุติธรรม เท่านั้น แต่สิทธิดังกล่าวยังให้ความคุ้มครองบุคคลผู้ซึ่งเป็นทหารในกระบวนการพิจารณาคดีในศาลทหารอีกด้วย การจำกัดสิทธิเสรีภาพของทหารให้ต่างไปจากบุคคลซึ่งเป็นบุคคลทั่วไปอื่น ๆ ก็จำเป็นต้องมีเหตุผล การเป็นบุคคลที่ต้องเสียสละเพื่อชาติมากกว่าบุคคลอื่น มิได้แสดงถึงความจำเป็นที่จะต้องให้ทหารสละสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่จะได้รับการตัดสินพิพากษาคดีโดยผู้หนึ่งพิจารณาคดีเท่านั้น

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 26/2546 เรื่อง ศาลฎีกาส่งคำโต้แย้งของจำเลยที่ 1 (จำليبเอก สรวุฒิ ธาราธร) เพื่อศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 กรณีพระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2534 มาตรา 10 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 64 หรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยสรุปความได้ว่าการกำหนดอัตราโทษของบุคคลในภาครัฐบางกลุ่ม เช่น ทหาร ตำรวจ ข้าราชการ หรือเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ ให้สูงกว่าบุคคลทั่วไปนั้น มิได้ขัดต่อบทบัญญัติที่วางหลักรับรองให้บุคคลในภาครัฐมีสิทธิเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป (บทบัญญัติรัฐธรรมนูญ [พ.ศ. 2540] มาตรา 64 หรือบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ฉบับปัจจุบัน มาตรา 27 วรรคห้า) โดยให้เหตุผลเพียงสั้น ๆ ว่า “เป็นแต่เพียงความแตกต่างในอัตราโทษสำหรับผู้กระทำความผิดเท่านั้น มิใช่เป็นความแตกต่างในเรื่องสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น บทบัญญัติรัฐธรรมนูญ [พ.ศ. 2540] มาตรา 64 กับพระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2534 มาตรา 10 จึงเป็นคนละเรื่องไม่เกี่ยวข้องกัน ไม่มีกรณีที่จะขัดหรือแย้งกันได้” เห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาถึงหลัก nullapoena sine lege ที่อาจแปลอย่างง่าย ๆ ได้ว่า “ไม่มีโทษ หากไม่มีกฎหมาย” ในคดีนี้ มาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปราม

ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2534 เป็นกฎหมายที่บัญญัติไว้ให้บุคคลในภาครัฐหลาย ๆ กลุ่ม ต้องได้รับโทษในอัตราที่สูงกว่าบุคคลทั่วไป หากกระทำความผิด นั่นก็แสดงให้เห็นว่าเนื่องจากมีกฎหมายกำหนดไว้แล้ว จึงสามารถลงโทษได้ตามที่กฎหมายกำหนด

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2563 เรื่อง พระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2502 มาตรา 9 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 4 และมาตรา 26 หรือไม่ ศาลปกครองกลางส่งคำโต้แย้งของผู้ฟ้องคดีที่ยื่นฟ้อง กรมบัญชีกลางและอธิบดีกรมบัญชีกลางขอให้แก้ไขคำสั่งการจ่ายบำนาญปกติ โดยให้คำนวณเงินบำนาญตามเวลาราชการที่ผู้ฟ้องคดีเข้ารับราชการทหารจนถึงเกษียณอายุราชการ รวมกับเวลาราชการที่นับเป็นทวีคูณตามพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2494 รวมเวลาราชการทั้งสิ้น 52 ปี 6 เดือน 27 วัน ซึ่งเมื่อคำนวณบำนาญด้วยวิธีตามพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2494 มาตรา 32 แล้ว จะได้ผลลัพธ์มากกว่าเงินเดือนเดือนสุดท้ายของผู้ฟ้องคดี แต่กรมบัญชีกลางและอธิบดีกรมบัญชีกลางได้ส่งจ่ายเงินบำนาญให้ผู้ฟ้องคดีเป็นจำนวนเงินเท่ากับเงินเดือนเดือนสุดท้ายเท่านั้น

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า “บทบัญญัติพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2502 มาตรา 9 แม้จะจำกัดสิทธิของบุคคล แต่ก็เป็นจำกัดสิทธิอย่างพอเหมาะพอควรแก่กรณีและสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะและสิทธิของข้าราชการที่เคยปฏิบัติราชการให้แก่บ้านเมือง ไม่ได้กระทบกระเทือนถึงบำนาญปกติซึ่งคำนวณตามเวลาราชการตามจริงอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ข้าราชการทุกคนพึงได้รับ ซึ่งเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนพอเหมาะพอควรแก่กรณี และไม่เป็นการขัดแย้งต่อหลักนิติธรรม ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ความเสมอภาคของบุคคล ทั้งยังเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจงแต่อย่างใด” โดยในการพิจารณาความได้ความพอเหมาะพอควรของการจำกัดสิทธิครั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า “การคำนวณบำเหน็จบำนาญ

“เงินเดือนเดือนสุดท้าย” ได้รวมถึงเงินเพิ่มพิเศษรายเดือนสำหรับค่าวิชาและหรือเงินเพิ่มการเลื่อนฐานะและหรือสำหรับประจำตำแหน่งที่ต้องฝ่าอันตรายเป็นปกติ และหรือสำหรับการสู้รบ และหรือสำหรับการปราบปรามผู้กระทำความผิดไว้แล้ว ถือเป็นกรให้ประโยชน์แก่ตอบแทนแก่ข้าราชการโดยรัฐตระหนักถึงความเสียสละในการปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการ ในขณะที่ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวมาเป็นเวลานานและเป็นการจัดสรรประโยชน์ให้เป็นพิเศษเพื่อให้สามารถดำรงชีพอยู่ได้โดยเหมาะสมสมควร”

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อบ. 238/2562 เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

ศาลปกครองสูงสุด ได้พิจารณาถึงเหตุผลเรื่องความไม่เป็นกลางทางการเมืองของผู้ฟ้องคดีซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีได้นำมากล่าวอ้างเป็นเหตุผลในการประเมินการปฏิบัติงานของผู้ฟ้องคดีไว้ด้วย โดยเห็นว่า “การที่ผู้ฟ้องคดีฝึกฝนพรรคการเมืองฝ่ายตรงข้ามกับนายศักดิ์ชัย ห่านตระกูล ผู้ชนะการเลือกตั้งนายกเทศมนตรีตำบลเชียงดาวและไปเป็นพยานต่อคณะกรรมการการเลือกตั้งเพื่อคัดค้านผลการเลือกตั้งข้างต้น เป็นเพียงการมีความคิดเห็นแตกต่างกันในทางการเมือง และเป็นสิทธิของผู้ฟ้องคดีที่ให้ถ้อยคำต่อคณะกรรมการการเลือกตั้งเกี่ยวกับผลการเลือกตั้ง แต่ไม่ใช่การกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนข้อห้ามตามระเบียบสำนักคณะรัฐมนตรี [ว่าด้วยมารยาททางการเมืองของข้าราชการพลเรือน ลงวันที่ 16 มีนาคม 2499] ฉบับข้างต้น กรณีไม่อาจถือได้ว่า ผู้ฟ้องคดีไม่รักษาวินัยของพนักงานเทศบาลเกี่ยวกับการวางตัวเป็นกลางทางการเมือง ปฏิบัติตนไม่เหมาะสมกับการเป็นพนักงานเทศบาล ไม่มีมารยาททางการเมืองตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีกล่าวอ้าง” หากพิจารณาคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด จะเห็นว่าสอดคล้องกับความคิดตามกฎหมายเยอรมัน กล่าวคือ ศาลปกครองสูงสุดไม่ได้เห็นว่าการมีความคิดเห็นแตกต่างทางการเมืองของพนักงานเทศบาลเป็นการวางตัวไม่เป็นกลางทางการเมือง ซึ่งแสดงให้เห็นว่าศาลเคารพเสรีภาพ

ทางความคิดทางการเมืองของพนักงานเทศบาลผู้นั้น สำหรับในส่วนที่ศาลเห็นว่าการไปให้การเป็นพยานต่อคณะกรรมการการเลือกตั้งเพื่อคัดค้านผลการเลือกตั้งเป็นสิทธินั้น มีข้อสังเกตว่าการเป็นพยานดังกล่าวอาจไม่ใช่เป็นแค่สิทธิ แต่เป็นหน้าที่ของพลเมืองที่พนักงานเทศบาลต้องปฏิบัติให้ความร่วมมือ เพื่อเป็นพยานในกระบวนการสืบสวนหาความจริงของคณะกรรมการการเลือกตั้งเช่นเดียวกับพลเมืองคนอื่น ๆ ซึ่งตามหลักกฎหมายเยอรมัน หน้าที่การเป็นพยานถือเป็นหน้าที่ทั่วไปของพลเมือง

11. หลักความเสมอภาคของบุคคลในการรับภาระจากรัฐ จัดทำโดย ดร.ฤทัย หงส์สิริ ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด

เป็นกรณีที่กรมชลประทานซึ่งทำการขุดขยายคลองชลประทานซึ่งอยู่ห่างจากที่ดินของผู้ฟ้องคดีทั้งแปด เพื่อก่อสร้างโครงการบรรเทาอุทกภัยอำเภอลาดใหญ่ มีความจำเป็นต้องทำการปิดคลองชลประทานเดิมเพื่อเทคอนกรีตพื้นและผนัง เป็นเหตุให้ผู้เรียนในสวนของผู้ฟ้องคดีทั้งแปดซึ่งอาศัยน้ำในคลองชลประทานนั้นขาดน้ำตาย ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า แม้การก่อสร้างจะเป็นประโยชน์แก่ประชาชนส่วนรวมซึ่งรวมถึงผู้ฟ้องคดีทั้งแปดด้วยก็ตาม แต่การให้ผู้ฟ้องคดีทั้งแปดต้องรับภาระความเสียหายแต่เพียงผู้เดียวจากการที่ต้นทุเรียนตายหมดทั้งสวน ทำให้ขาดรายได้ ย่อมไม่เป็นธรรม จึงพิพากษาให้กรมชลประทานร่วมรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดกับผู้ฟ้องคดีทั้งแปด อันเป็นความรับผิดชอบอื่นของหน่วยงานของรัฐ

จะเห็นได้ว่า ความรับผิดชอบของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ คือ กรมชลประทาน เกิดจากการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ได้เกิดจากการกระทำละเมิดหรือจากการที่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐผิดสัญญา แต่หน่วยงานของรัฐก็ต้องรับผิดชอบอันเป็นความรับผิดชอบที่ปราศจากความผิด จึงเป็นความรับผิดชอบอื่นของรัฐ และเป็นความรับผิดชอบอื่นที่เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนส่วนรวม เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายหรือภาระเป็นพิเศษแก่ผู้ฟ้องคดี ในขณะที่ประชาชนคนอื่นไม่ต้องรับผิดชอบ

ในความเสียหายหรือภาระดังกล่าว ทำให้เกิดความไม่เสมอภาคหรือความไม่เป็นธรรมแก่ผู้ฟ้องคดี จึงทำให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐที่ต้องมีการชดเชยให้แก่ผู้ฟ้องคดี

โดยสรุป หลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่งความรับผิดชอบอื่นของรัฐหรือหลักความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิดที่มีแนวโน้มจะขยายตัวเพิ่มขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้เสียหายจากการใช้อำนาจหรือการดำเนินกิจการของรัฐในกรณีที่ไม่มีความหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ ทั้งนี้ เพื่อความเป็นธรรมแห่งกรณี รวมตลอดถึงบทบาทที่สำคัญของศาลปกครองในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนภายใต้กรอบของกฎหมายและหลักนิติธรรม

ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ
ที่ปรึกษาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยที่ 7/2559 ว่า “ภายหลังจากที่คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญได้แก้ไขร่างรัฐธรรมนูญและปรับปรุงคำปรารภของร่างรัฐธรรมนูญ เพื่อให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ พร้อมส่งร่างรัฐธรรมนูญให้นายกรัฐมนตรี เพื่อนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยแล้วนั้น ได้ปรากฏข้อเท็จจริงว่าในระหว่างนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย พระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาภูมิพลอดุลยเดชเสด็จสวรรคต ซึ่งทำให้คำปรารภของร่างรัฐธรรมนูญไม่สอดคล้องกับความเป็นจริงที่เกิดขึ้น และไม่ปรากฏว่าเคยมีเหตุการณ์เช่นนี้มาก่อน รวมทั้งไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับไว้เป็นการเฉพาะ จึงต้องกระทำไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข อย่างไรก็ตาม ในอดีตที่ผ่านมา รัฐธรรมนูญทุกฉบับล้วนแต่ตราขึ้นและมีผลสมบูรณ์ใช้บังคับได้ต่อเมื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยและประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วทั้งสิ้น ตราบใดที่ยังมิได้ดำเนินการดังกล่าว ร่างรัฐธรรมนูญก็ยังไม่สมบูรณ์ ความข้อนี้จึงเป็นประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขประการหนึ่ง

เพื่อให้ร่างรัฐธรรมนูญมีความสมบูรณ์และสอดคล้องกับความเป็นจริงที่เกิดขึ้น ก่อนที่นายกรัฐมนตรีจะนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย ตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขดังกล่าว จึงเห็นว่า การบัญญัติกฎหมายจำเป็นต้องสะท้อนให้สอดคล้องกับความเป็นจริงที่เกิดขึ้น เพราะความจำเป็นที่เกิดจากความจำเป็นนั้น เป็นสิ่งที่ยิ่งใหญ่ สามารถปกป้องการที่จำต้องกระทำตามความจำเป็นนั้นให้ชอบด้วยกฎหมายและหลักนิติธรรม อีกทั้งเป็นการปรับปรุงคำปรารภซึ่งมิใช่การแก้ไขเปลี่ยนแปลงบทบัญญัติอันเป็นสาระสำคัญของร่างรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การปรับปรุงคำปรารภของร่างรัฐธรรมนูญให้สอดคล้องกับความเป็นจริงที่เกิดขึ้นจึงสามารถกระทำได้”

ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขที่ศาลอ้างนี้ บัญญัติอยู่ในมาตรา 5 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญฯ ซึ่งมีความว่า

“เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้นไป หรือวินิจฉัยกรณินั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข”

ความเป็นมา

รัฐธรรมนูญฉบับแรกที่บัญญัติรับรอง “ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย” คือ ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502 ซึ่งบัญญัติในมาตรา 20 ว่า

“มาตรา 20 ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณินั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย

ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวแก่การวินิจฉัยกรณีใดตามความในวรรคก่อนเกิดขึ้นในวงงานของสภา หรือเกิดขึ้นโดยคณะรัฐมนตรีขอให้สภาวินิจฉัย ให้สภาวินิจฉัยชี้ขาด”

หลังจากนั้น บทบัญญัติในทำนองเดียวกันปรากฏในธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2515 มาตรา 22 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2519 มาตรา 25 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520 มาตรา 30 ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 มาตรา 30

เหตุที่รัฐธรรมนูญชั่วคราวบัญญัติไว้เช่นนี้ก็เพราะเพื่อใช้เป็นบท “อุดช่องว่าง” ของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร ซึ่งมีเนื้อความสั้น ๆ ไม่กี่มาตรา ให้สามารถใช้ประเพณีการปกครองฯ ไปอุดช่องว่างที่ไม่มีบทบัญญัติลายลักษณ์อักษร ผู้ที่เป็นต้นคิดเรื่องนี้ คือ พระยารอรรถการีย์นิพนธ์ (พลโท อัมพรจินตกานนท์, ใน “อนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพพระยารอรรถการีย์นิพนธ์”, 2521, น. 32) ซึ่งเป็นประธานยกร่างธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2502

ต่อมา เมื่อมีการร่างรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 ข้าพเจ้าเป็นผู้เสนอให้บัญญัติบทบัญญัติดังกล่าวไว้ในมาตรา 7 ดังนี้

“มาตรา 7 ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณินั้นไปตามประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” เหตุที่ข้าพเจ้าเสนอเช่นนี้ก็เพราะตระหนักถึงประเพณีการปกครอง

ที่ไม่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหลายประการ อาทิ พระราชอำนาจตามนิติประเพณี ในการทรงพิจารณาฎีการ้องทุกข์ที่ราษฎรถวาย พระราชอำนาจในภาวะวิกฤต ฯลฯ ซึ่งควรรับรองเอาไว้โดยรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรด้วย ซึ่งรัฐธรรมนูญฯ 2550 ก็บัญญัติถ้อยคำทำนองเดียวกันไว้ในมาตรา 7 ส่วนรัฐธรรมนูญฯ 2560 ที่ใช้อยู่ในปัจจุบันก็บัญญัติไว้ในวรรคสอง ของมาตรา 5 ความว่า

“เมื่อไม่มีบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้น หรือวินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” โดยเพิ่มคำว่า “ให้กระทำการนั้น” เข้ามาใหม่

อนึ่ง ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ก็บัญญัติรองรับเรื่องดังกล่าวไว้ในมาตรา 38 ส่วนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ก็บัญญัติไว้ในมาตรา 5

1. ประเพณีการปกครองในต่างประเทศ

1.1 ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ (Convention of the constitution)

ในประเทศคอมมอนลอว์

คำว่าธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญเป็นคำที่รู้จักกันดีในนักกฎหมายรัฐธรรมนูญ และนักรัฐศาสตร์ค่ายคอมมอนลอว์ เช่นใน อังกฤษ สหรัฐอเมริกา ออสเตรเลีย นิวซีแลนด์ แคนาดา ฯลฯ ส่วนนักกฎหมายรัฐธรรมนูญและนักรัฐศาสตร์ภาคพื้นยุโรปเรียกกฎหมายแห่งความประพฤติขององค์กรทางการเมืองเหล่านี้ว่า “จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ” (Constitutional custom หรือ coutume constitutionnelle)

คนที่ใช้คำนี้คนแรก ๆ คือ ไดซี (Dicey) นักกฎหมายรัฐธรรมนูญอังกฤษ ผู้เรียงนามได้ประดิษฐ์ขึ้นเพื่อให้เห็นข้อแตกต่างกันระหว่างส่วนธรรมเนียมปฏิบัติของรัฐธรรมนูญ (convention of the constitution) ซึ่งมีใช้กฎหมายกับส่วนกฎหมายของรัฐธรรมนูญ (law of the constitution) เพราะไดซีเห็นว่าคำว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญ (constitutional law) นั้นกว้างขวางและครอบคลุมทั้ง 2 ประการนี้ เข้าไว้และในฐานะ “ครูสอนกฎหมาย” ไดซีเองจะไม่ยอมสอนเรื่องธรรมเนียมปฏิบัติของรัฐธรรมนูญ แต่จะสอนเฉพาะกฎหมายของรัฐธรรมนูญเท่านั้น (ดู A.V.Dicey, 10th ed, 1959, pp.55 โดยเฉพาะ pp.22-32) ซึ่งไดซี (Dicey) เห็นว่าได้แก่ “ความเข้าใจและยอมรับกัน (understandings) ความเคยชิน (habits) ทางปฏิบัติ

(practices) ซึ่งถึงแม้จะกำหนดความประพฤติขององค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยทั้งหลาย ความประพฤติของรัฐมนตรี ของข้าราชการ ก็มีใช้กฎหมายแต่ประการใด เพราะศาลไม่ยอมรับบังคับให้” (1959, p.24)

ศาสตราจารย์ ฮูด ฟิลลิปส์ (Hood Phillips) เห็นว่า ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ คือ “กฎแห่งการประพฤติปฏิบัติทางการเมือง ที่บุคคลทั้งหลาย ซึ่งถูกกฎนั้นบังคับ ถือว่ามีผลผูกพันตน แต่ซึ่งมิใช่กฎหมายเพราะศาลไม่ยอมรับบังคับตามกฎเหล่านั้น หรือรัฐสภามิได้ยอมรับบังคับตามกฎเหล่านั้นอย่างเป็นทางการ” (Hood Phillips, 1973, p.77)

ส่วนศาสตราจารย์มาร์แชล (Geoffry Marshall) และ มู้ดดี (Graeme C. Moodie) เห็นว่าธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ หมายถึง “กฎเกณฑ์ที่กำหนดความประพฤติทางรัฐธรรมนูญซึ่งบุคคลทั้งหลายผู้มีส่วนในระบอบรัฐธรรมนูญนั้นเห็นว่า มีผลผูกพัน (binding) ตน แต่ซึ่งมิได้มีการบังคับโดยศาลหรือโดยเจ้าพนักงานรัฐสภา” (G Marshall & G.C. Moodie, 1971, p.23-24)

จากความหมายที่กล่าวข้างต้นนี้ ทำให้เราได้ลักษณะของธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญว่ามี 2 ประการ คือ

(1) เป็นทางปฏิบัติ (practice) หรือธรรมเนียมที่เคยประพฤติสืบต่อกันมา ในทางการเมืองทั้ง ๆ ที่กฎหมายมิได้บังคับ เช่น ทางปฏิบัติที่ว่า พระมหากษัตริย์หรือพระราชินีนาถจะไม่ทรงยับยั้งร่างกฎหมายที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบและรัฐบาลได้ทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย ทั้ง ๆ ที่ทรงมีพระราชอำนาจตามกฎหมายที่จะทรงทำได้ หรือธรรมเนียมปฏิบัติในรัฐธรรมนูญไทยก่อนปี 2540 ซึ่งประธานสภาผู้แทนราษฎรจะกราบบังคมทูลเสนอ และพระมหากษัตริย์จะทรงแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีจากหัวหน้าพรรคการเมือง หรือบุคคลอื่นที่ได้รับการสนับสนุนจากสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรฝ่ายข้างมาก โดยมีหนังสือหัวหน้าพรรคร่วมรัฐบาลยื่น การสนับสนุนให้ผู้นั้นเป็นนายกรัฐมนตรี ทั้งที่รัฐธรรมนูญถาวรเหล่านั้นมิได้บังคับให้ประธานสภาผู้แทนราษฎรหรือพระมหากษัตริย์ต้องทำหรือทรงกระทำเช่นนั้นเลย

(2) ทางปฏิบัตินั้นต้องมีผลผูกพัน (binding หรือมี opinio necessitatis) คือ องค์กรการเมืองและบุคคลที่มีอำนาจตามกฎหมายจะต้องรู้สึกว่าจะตนผูกพัน โดยธรรมเนียมปฏิบัตินั้น ๆ และตนต้องกระทำหรือไม่กระทำตามที่ธรรมเนียมปฏิบัติ นั้น ๆ กำหนดไว้ โดยเหตุนี้ ทางปฏิบัติ (practice) ที่ทำตามกันมาโดยผู้ทำไม่รู้สีกว่า

ต้นตอทำยอมไม่ใช้ธรรมเนียมปฏิบัติ เช่น ทางปฏิบัติที่ว่ามีการส่งมอบและรับมอบงานกันระหว่างผู้ที่พ้นตำแหน่งกับผู้ที่เข้ามาดำรงตำแหน่งใหม่ หรือทางปฏิบัติที่ว่ารัฐสภามักกำหนดสมัยประชุมให้อยู่ในช่วงเวลาไถหว่านหรือเก็บเกี่ยว เพราะช่วงนั้นประชาชนซึ่งเป็นเกษตรกรต้องทำงานหนักไม่มีเวลาให้สมาชิกรัฐสภาไปพบปะ ฯลฯ เหล่านี้เป็นตัวอย่างของทางปฏิบัติที่ไม่ใช้ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ

ตัวอย่างธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญในอังกฤษ เช่น ตำแหน่งนายกรัฐมนตรีเป็นตำแหน่งทางธรรมเนียมปฏิบัติ ธรรมเนียมที่ว่าพระมหากษัตริย์จะไม่ทรงยับยั้งร่างกฎหมายพระมหากษัตริย์จะทรงแต่งตั้งหัวหน้าพรรคที่มีเสียงข้างมากในสภาสามัญ พระมหากษัตริย์จะทรงมีพระราชดำรัสจากพระราชบัลลังก์ (Speech from the Throne) เป็นการแถลงนโยบายของรัฐบาลต่อสภา เป็นต้น

อนึ่ง มีข้อน่าสังเกตว่าที่บางท่านเข้าใจว่าธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ (constitutional conventions) นั้น จะปรากฏอยู่แต่ในประเทศที่มีรัฐธรรมนูญ จารีตประเพณีอย่างในประเทศอังกฤษเท่านั้น แต่แท้จริงแล้ว ธรรมเนียมปฏิบัติเช่นนี้มีอยู่ในทุกระบบรัฐธรรมนูญ แม้ในประเทศที่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรแก่ไขยากอย่างสหรัฐอเมริกา ก็ยังมีกฎเกณฑ์ความประพฤติทางการเมืองประเภทนี้ไม่น้อยกว่าที่ปรากฏในอังกฤษ (Dicey, p.28-30) เช่น ก่อนการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ครั้งที่ 22 (amendment XXII) ถือว่าประธานาธิบดีสหรัฐจะดำรงตำแหน่งเกิน 2 วาระติดต่อกันมิได้ตามธรรมเนียมปฏิบัติที่ George Washington วางไว้ แต่เมื่อประธานาธิบดีรูสเวลท์เป็นประธานาธิบดีถึง 4 วาระ อันละเมิดธรรมเนียมปฏิบัตินี้ จึงมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเพื่อห้ามมิให้ดำรงตำแหน่งเกินสองวาระต่อกัน

1.2 จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ (coutume constitutionnelle หรือ constitutional custom)

คำว่าจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญเป็นคำที่ใช้ในกฎหมายมหาชนของประเทศภาคพื้นยุโรปที่ใช้ประมวลกฎหมายและซึ่งมีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นกฎหมายสูงสุด ปัญหาที่เกิดขึ้นในประเทศเหล่านี้ก็คือ เมื่อมีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรชัดเจนแล้ว จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญยังมีที่ใช้อยู่หรือไม่

ในเรื่องนี้ มี 2 กระแสความคิดที่ขัดแย้งกัน

กระแสแรก เห็นว่าจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญมิได้ และมีลักษณะเป็นกฎหมายในตัวเอง กระแสความคิดนี้มีสำนักกฎหมายธรรมชาติ และสำนักประวัติศาสตร์

ของเยอรมันที่นำโดย Savigny ซึ่งถือว่าการที่ศาลรับจารีตประเพณีมาใช้บังคับเป็นการ “รับรู้” และ “รับรองให้ชัดเจน” ขึ้นเท่านั้น ไม่ใช่การ “สร้าง” กฎเกณฑ์ (Savigny, in Archive de Philosophie de droit, p 27, 1982)

กระแสที่สอง ปฏิเสธจารีตประเพณีที่เป็นกฎหมายในตัวเอง โดยถือว่า ประเพณีการปกครองเป็นเพียงข้อเท็จจริง (fact) แต่จะมีผลก็ต่อเมื่อองค์กรผู้ใช้อำนาจของรัฐในระบอบกฎหมายยอมรับมาใช้บังคับ (Hart, H.L.A, แปลเป็นฝรั่งเศส, 1976, pp.62-65)

ในยุโรปถือว่าประเพณีการปกครองที่จะมีผลบังคับนั้นต้องมีลักษณะ 2 ประการดังนี้

(1) **มีการปฏิบัติ** (practice) มาเป็นเวลาช้านานโดยองค์กรผู้ใช้อำนาจจนมีสุภาษิตว่า “การกระทำครั้งเดียวไม่ใช่ประเพณี” (Une fois n'est pas coutume) ซึ่งข้อนี้ต่างจากในอังกฤษที่ถือว่า ถ้ามีฉันทามติยอมรับร่วมกันว่าจะปฏิบัติตามที่ตกลงกันนั้น ก็ทำให้เป็นประเพณีในครั้งเดียวดังเช่น กรณี Statute of Westminster 1931 ที่อังกฤษยอมรับอธิปไตยและเอกราชของประเทศสก็อตตามาณิคมที่เรียกว่า Dominion กรณีถือว่าเป็นธรรมเนียมปฏิบัติระหว่างประเทศที่ประเทศในเครือจักรภพยอมรับร่วมกัน ก็เป็นประเพณีทันที ไม่ต้องรอให้ปฏิบัติเป็นเวลาช้านาน แต่ในยุโรปยังคงถือว่าต้องปฏิบัติต่อเนื่องกันมานานพอสมควร องค์กรประกอบข้อนี้เป็นองค์ประกอบภาวะวิสัย (objective)

(2) **องค์กรผู้ใช้อำนาจมีความรู้สึกร่วมกันว่าจำเป็นต้องปฏิบัติตาม** (opinion necessitatis) หรือ **ความรู้สึกร่วมกันว่าเป็นกฎหมาย** (opinio juris) ซึ่งเป็นองค์ประกอบอัตวิสัย (subjective) ของผู้เกี่ยวข้อง องค์กรประกอบข้อนี้ทำให้ประเพณีต่างจากมารยาทซึ่งควรทำ ไม่ทำก็ถือว่าไม่มีมารยาท แต่ไม่ผิดกฎหมาย

บทบาทประเพณีการปกครองในยุโรปนั้น นักนิติศาสตร์เห็นว่าประเพณีการปกครองอาจมีบทบาทเหมือนจารีตประเพณีทั่วไป คือ **จารีตประเพณีช่วยตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษร (coutume interpretative)** ซึ่งนำไปช่วยให้กฎหมายลายลักษณ์อักษรชัดเจนขึ้นเมื่อมีปัญหาต้องตีความ เช่น ในรัฐธรรมนูญบัญญัติว่า พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการพระราชทานอภัยโทษ ซึ่งปกติใช้ในทางพระราชทานอภัยโทษทางอาญาให้ผู้ต้องคำพิพากษาได้รับโทษทางอาญา แต่พระมหากษัตริย์ไทยเคยทรงใช้พระราชอำนาจพระราชทานโทษอื่น เช่น โทษทาง

วินัยข้าราชการ หรือโทษทางวินัยนิสิต การตีความ “พระราชทานอภัยโทษ” จึงต้อง
ใช้ประเพณีการปกครองประกอบ การตีความว่ารวมถึงพระราชอำนาจพระราชทาน
อภัยโทษทางวินัยข้าราชการ วินัยนิสิตด้วย ในกรณีนี้ ประเพณีการปกครองก็จะมี
ศักดิ์เท่ารัฐธรรมนูญ

นอกจากนั้น ประเพณีการปกครองก็เหมือนจารีตประเพณี คือ นำประเพณี
การปกครองมาใช้เสริมกฎหมายลายลักษณ์อักษร (coutume suppletive) เมื่อไม่มี
บทบัญญัติลายลักษณ์อักษร ในกรณีนี้ก็จะนำประเพณีการปกครองมาใช้เสริม
บทบัญญัติลายลักษณ์อักษร เช่น รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติเรื่องพระราชอำนาจสถาปนา
รัฐธรรมนูญ ไม่ได้บัญญัติเรื่องพระราชอำนาจพิจารณาฎีการ้องทุกข์ของราษฎร
หรือไม่ได้บัญญัติเรื่องพระราชอำนาจทรงแก้วิกฤตรัฐธรรมนูญ เป็นต้น ในกรณีเช่นนี้
ย่อมนำประเพณีการปกครองมาใช้ได้ ในกรณีนี้ประเพณีการปกครองก็จะมีศักดิ์เท่า
รัฐธรรมนูญเพราะนำมาใช้เสริมรัฐธรรมนูญ

แต่ปัญหาเกิดขึ้นเมื่อประเพณีการปกครองขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ
ประเพณีการปกครองที่ยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร
(coutume contra legem) จะมีได้หรือไม่ ซึ่งมี 2 ความเห็น คือ ความเห็นแรก
เป็นนักนิติศาสตร์สำนักปฏิฐานนิยม (Positivism) อย่าง Carré de Malberg เห็นว่า
ประเพณีการปกครองนี้เป็นการละเมิดรัฐธรรมนูญจึงปราศจากฐานทางกฎหมาย
(Carré de Malberg, 1920, p.683, 686) แต่นักนิติศาสตร์ คือ Carbonnier
(ดู Carbonnier, Jean, 1994, p.30) และนักรัฐศาสตร์ คือ Burdeau (ดู Burdeau,
George, 1977, p.65) ยืนยันว่าประเพณีการปกครองเช่นนี้ย่อมทำให้กฎหมาย
ลายลักษณ์อักษรไม่มีการใช้บังคับแล้ว (désuétude) เพราะบทบัญญัติลายลักษณ์
อักษรนั้น องค์การที่เกี่ยวข้องต่างเชื่อกันว่าเป็นบทบัญญัติเก่าที่ถูกประเพณีการปกครอง
ที่เป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายใหม่ใช้บังคับแทนแล้ว (*opinio juris créant une règle
nouvelle*) เรื่องนี้ศาลรัฐธรรมนูญเคยวินิจฉัยไว้ในคำวินิจฉัยที่ 6/2543 วินิจฉัยว่า
พระมหากษัตริย์ พระราชินี พระรัชทายาท และพระบรมราชวงศ์ไม่ต้องทรงไปเลือกตั้ง
เพราะ “... ที่ผ่านมาพระมหากษัตริย์ พระราชินี พระราชโอรส และพระราชธิดา
ไม่เคยทรงใช้สิทธิเลือกตั้งแต่อย่างใด ... หากกำหนดให้ ... ทรงมีหน้าที่ไปใช้สิทธิ
เลือกตั้ง ย่อมก่อให้เกิดความขัดแย้งหรือไม่สอดคล้องกันกับหลักการเกี่ยวกับการ
การดำรงอยู่เหนือการเมืองและความเป็นกลางทางการเมืองของพระมหากษัตริย์”

ดังนั้น มาตรา 68 ซึ่งกำหนดให้บุคคลมีหน้าที่ไปใช้สิทธิเลือกตั้งจึงไม่ใช้กับพระมหากษัตริย์ พระราชินี พระรัชทายาท และพระบรมวงศ์ นอกจากนี้ศาลยังได้อ้างพระราชหัตถเลขาพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวที่ทรงขอให้คณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญห้ามพระบรมวงศานุวงศ์ตั้งแต่ชั้นหม่อมเจ้าขึ้นไป ย่อมอยู่เหนือการเมือง ซึ่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2475 บัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 11 ด้วย แม้คำวินิจฉัยนี้ไม่ได้อ้างประเพณีการปกครองฯ แต่เหตุผลและตรรกะที่ศาลใช้ย่อมแสดงให้เห็นชัดเจนว่าศาลใช้ประเพณีการปกครองฯ มาเป็นข้อยกเว้นมาตรา 68 ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 ซึ่งบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรที่ไม่ได้บัญญัติข้อยกเว้นไว้เลย จึงถือได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญไทยเห็นว่า ประเพณีการปกครองฯ ซึ่งขัดบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรโดยตรง (*coutume contra legem*) ใช้บังคับได้ในฐานะข้อยกเว้นที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษร

2. ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

2.1 ศาลฎีกากับประเพณีการปกครอง

ตั้งแต่มีการบัญญัติประเพณีการปกครองฯ ในธรรมนูญการปกครองฯ พ.ศ. 2502 มาตรา 20 ศาลฎีกาได้ใช้ประเพณีการปกครองฯ ในการพิพากษาคดีมาโดยตลอด อาทิ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 562/2508 ศาลใช้ประเพณีการปกครองตามมาตรา 20 วินิจฉัยว่า การริบทรัพย์ที่ใช้ในการกระทำความผิดโดยไม่ต้องคำนึงว่าบุคคลและเจ้าของจะได้รู้เห็นในการกระทำความผิดหรือไม่ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายศุลกากรขัดต่อประเพณีการปกครองฯ ที่วางไว้ในรัฐธรรมนูญฯ มาตั้งแต่ปี 2492 มาตรา 29 ที่ว่า บุคคลจะต้องรับโทษทางอาญาก็ต่อเมื่อกระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำบัญญัติว่าเป็นความผิด ซึ่งศาลอ้างคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1011/2505 ซึ่งใช้ประเพณีการปกครองฯ วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน วินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติควบคุมการส่งออกไปนอกและการนำเข้ามาในราชอาณาจักรซึ่งสินค้าบางอย่าง (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2493 มาตรา 3 ที่ให้ริบทรัพย์ที่ใช้ในการทำผิด โดยไม่คำนึงว่าจะเป็นของบุคคลใด และเจ้าของจะได้รู้เห็นด้วยในการกระทำผิด ขัดต่อประเพณีการปกครองฯ ใช้บังคับมิได้ (ดูคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 222/2506, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1602-1603/2509, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1240/2514, คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 913/2536) ฯลฯ แต่มีข้อน่าสังเกตว่าศาลฎีกาใช้บทบัญญัติรัฐธรรมนูญฉบับต่าง ๆ

ที่บัญญัติในทำนองเดียวกันในการวินิจฉัยดังจะเห็นได้จากที่ศาลฎีกาอ้างในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 921/2536 ที่ว่า “อำนาจของคณะกรรมการตรวจสอบทรัพย์สิน (คตส.) ดังกล่าวจึงเป็นอำนาจในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี ซึ่งตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันเป็นอำนาจของศาลในอันที่จะดำเนินการตามกฎหมาย ประกาศฉบับดังกล่าว ข้อ 2 และ ข้อ 6 จึงมีผลเป็นการตั้งคณะบุคคลที่ไม่มีศาลให้มีอำนาจทำการพิจารณาพิพากษาคดีเช่นเดียวกับศาลย่อมขัดประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย ทั้งนี้ **เพราะรัฐธรรมนูญทุกฉบับมีบทบัญญัติให้การพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจศาล และการตั้งศาลขึ้นใหม่เพื่อพิจารณาพิพากษาคดีใดคดีหนึ่งโดยเฉพาะแทนศาลที่มีอยู่ตามกฎหมายจะกระทำมิได้**” ซึ่งทำให้มองว่าเป็น “ประเพณีการปกครองฯ” หรือ “หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญทั่วไป” (general principle of the constitutional law) ดังจะได้อีกต่อไป

2.2 ศาลรัฐธรรมนูญกับประเพณีการปกครอง

แม้ศาลรัฐธรรมนูญเองก็เคยอ้างว่ารัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2492 มาตรา 30 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2511 มาตรา 28 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2517 มาตรา 32 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2521 มาตรา 27 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2534 มาตรา 29 วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2540 มาตรา 33 วรรคหนึ่ง และรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 มาตรา 39 วรรคสอง ต่างบัญญัติบทสันนิษฐานว่า ในคดีอาญาต้องสันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด “จึงถือเป็นประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” (คำวินิจฉัยที่ 3/2559) แม้ต่อมาศาลจะได้อ้างหลักนิติธรรมไว้ด้วยก็แสดงให้เห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญก็ใช้แนวทางเดียวกับศาลฎีกาใน “การค้นหา” ประเพณีการปกครองฯ ด้วยประการหนึ่งซึ่งต่างจากคำวินิจฉัยที่ 6/2543 และคำวินิจฉัยที่ 7/2559 ที่ศาลใช้ทางปฏิบัติที่ปฏิบัติตามกันมาตั้งแต่มีการสถาปนารัฐธรรมนูญเมื่อปี 2475 มาใช้ในการค้นหาประเพณีการปกครอง

แต่ในคำวินิจฉัยที่ 3/2562 ศาลรัฐธรรมนูญก็ยังคงใช้ทางปฏิบัติที่องค์กรต่าง ๆ ทำมาโดยมีความเชื่อว่าจำเป็นต้องทำตามเพราะมีผลบังคับเป็นประเพณีดังเช่นที่ กต.เองก็ระบุในคำร้องขอให้ยุบพรรคไทยรักษาชาติว่าการนำสมาชิกชั้นสูงในพระราชวงศ์มาเกี่ยวข้องกับระบบการเมือง “จึงเป็นการกระทำที่ขัดต่อโบราณ

ราชประเพณี ขนบธรรมเนียม และวัฒนธรรมของชาติ... เนื่องจากพระบรมวงศานุวงศ์ทุกพระองค์ทรงอยู่ในหลักการเกี่ยวกับการดำรงอยู่เหนือการเมือง เป็นกลางทางการเมือง และไม่สามารถดำรงตำแหน่งใด ๆ ในทางการเมืองได้” ซึ่งเป็นการอ้างถึงประเพณีการปกครองโดยตรงในคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญเองก็ค้นหาทางปฏิบัติที่ทำตามกันมา (practice) โดยมีความเชื่อว่าจำเป็นต้องทำตาม (opinio necessitatis) ของพระมหากษัตริย์ พระราชินี พระรัชทายาท และพระบรมวงศานุวงศ์ที่ทรงปฏิบัติมาตั้งแต่ปี 2475 จนถึงปัจจุบัน ตลอดจนทางปฏิบัติขององค์กรทั้งหลายที่ไม่นำพระบรมวงศานุวงศ์เข้ามาเกี่ยวข้องกับการเมือง เช่น กกต. เองก็ไม่ได้ถือว่าพระมหากษัตริย์และพระบรมวงศานุวงศ์ต้องทรงไปใช้สิทธิเลือกตั้งและ กกต. เองก็เชื่อว่าการนำพระมหากษัตริย์และพระบรมวงศานุวงศ์มาใช้ในการเสนอให้เป็นผู้สมควรได้รับเลือกเป็นนายกรัฐมนตรีทำไม่ได้ เพราะขัดต่อประเพณีการปกครองดังกล่าว จึงยื่นขออุทธรณ์การเมืองที่กระทำการขัดประเพณีการปกครอง

ในคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า “สาระสำคัญซึ่งเป็นหลักการขั้นพื้นฐานของระบอบการปกครองประชาธิปไตยของไทย ได้ระบุไว้ในความของพระราชกฤษฎีกาที่ 1/60 ลงวันที่ 14 พฤศจิกายน พุทธศักราช 2475 ที่ว่า พระบรมวงศานุวงศ์ตั้งแต่อำมาตย์ชั้นหม่อมเจ้าขึ้นไปย่อมดำรงอยู่เหนือการเมืองทั้งหลายหลักการพื้นฐานดังกล่าวถือเป็นทั้งเจตนารมณ์ร่วมของการสถาปนาระบอบการปกครองของไทยไว้ในรัฐธรรมนูญแต่เริ่มแรก และเป็นฉันทามติที่ฝ่ายสภาผู้แทนราษฎรให้การยอมรับปฏิบัติสืบต่อมาว่า พระมหากษัตริย์และพระบรมวงศานุวงศ์ชั้นสูงควรดำรงฐานะอยู่เหนือการเมือง โดยเฉพาะในแง่การไม่เข้าไปมีบทบาทเป็นฝักฝ่ายต่อสู้แข่งขันรณรงค์ทางการเมืองอันอาจจะนำมาซึ่งการโจมตี ติเตียน และกระทบต่อความสงบเรียบร้อยสมัคสมานเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในระหว่างสถาบันพระมหากษัตริย์กับราษฎร ที่เป็นหลักการพื้นฐานของประเพณีการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ถึงแม้การจัดทำร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 ซึ่งได้เว้นการบัญญัติจำกัดบทบาทของพระบรมวงศานุวงศ์ในทางการเมืองไว้ในรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่กระนั้นก็ได้ทำให้หลักการพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญว่าด้วยฐานะของสมาชิกพระบรมราชวงศ์อันเป็นที่เคารพเหนือการถูกติเตียนและไม่ควรแก้ตำแหน่งการเมืองอันอาจกระทบกระเทือนต่อความเป็นกลางของสถาบันพระมหากษัตริย์ต้องถูกลบล้างไปไม่ ดังปรากฏ

เป็นที่ประจักษ์ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543 และสอดคล้องกับหลักการที่ถือว่า พระมหากษัตริย์ “ทรงราชย์ แต่ไม่ได้ทรงปกครอง” (*reigns, but does not rule*) อันเป็นหลักการทางรัฐธรรมนูญในระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภาในนานาอารยประเทศ ซึ่งมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุขของรัฐ การกระทำของผู้ถูกร้องย่อมมีผลให้หลักการพื้นฐานของระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขของไทยที่ถือว่าพระมหากษัตริย์ทรงราชย์แต่ไม่ได้ทรงปกครองต้องถูกเสาะกร่อนบ่อนทำลายให้เสื่อมทรามไปโดยปริยาย”

ที่ศาลรัฐธรรมนูญระบุว่าหลักความเป็นกลางทางการเมืองของสถาบันพระมหากษัตริย์เป็นทั้ง “เจตนารมณ์ร่วม... และเป็นฉันทามติที่... ยอมรับปฏิบัติสืบต่อมา...” แสดงให้เห็นองค์ประกอบทางภาวะวิสัยคือทางปฏิบัติ (*practice*) ที่ทำกันมาตั้งแต่ พ.ศ. 2475 และองค์ประกอบทางอัตวิสัยขององค์กรที่เกี่ยวข้องคือ เจตนารมณ์ร่วม หรือฉันทามติ อันเป็นความเชื่อว่าจะต้องทำตาม (*opinio necessitatis*) มียุ่ครบถ้วน

2.3 การค้นหาประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข

เมื่อพิเคราะห์เหตุผลที่ศาลฎีกาใช้ประกอบเหตุผลที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้ เราอาจสรุปได้ว่าประเพณีการปกครองฯ ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญไทยครอบคลุม 2 สิ่งที่น่าสนใจศาสตร์ต่างประเทศที่แยกที่มาจากต่างกัน คือ เป็นทั้ง

2.3.1 ธรรมเนียมปฏิบัติหรือจารีตประเพณี (*convention หรือ custom*) ซึ่งต้องพิสูจน์การปฏิบัติตามกันมา (*practices*) และความเชื่อว่าจะต้องทำตาม (*opinio necessitatis*) ซึ่งเป็นข้อเท็จจริง (ดังเช่นคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 6/2543, 7/2559 และ 3/2562) ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญกล่าวถึง “การยอมรับปฏิบัติสืบต่อมา” และมี “เจตนารมณ์ร่วม... เป็นฉันทามติ” ซึ่งสะท้อนทั้ง 2 องค์ประกอบของจารีตประเพณีไว้

ตัวอย่างของประเพณีการปกครองประเภทนี้ซึ่งไม่ต้องมีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เลยมีหลายกรณี เช่น

ประเพณีการปกครองที่ว่า อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (*constituent power*) เป็นของพระมหากษัตริย์ (ดูคำวินิจฉัยที่ 7/2559 และบรรดาศักดิ์ อูวรณโณ, พิมพ์ครั้งที่ 4, 2548, หน้า 241-253) ต่อมาเมื่อให้ประชาชนออกเสียงลงประชามติ

ในร่างรัฐธรรมนูญอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญก็อยู่ที่พระมหากษัตริย์และประชาชน โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 และรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2560 (ดูคำวินิจฉัยที่ 18-22/2555 และคำวินิจฉัยที่ 4/2564 และบรรทัดที่, 2563, หน้า 145-154)

ประเพณีการปกครองฯ ที่พระมหากษัตริย์ทรงเปล่งพระปฐมบรมราชโองการเป็นเสมือนการทรงพระราชปฏิญาณ (royal oath) ต่อหน้ามหาสมาคมที่ประกอบด้วยคณะทูตานุทูต นายกรัฐมนตรี ประธานรัฐสภา และประธานศาลฎีกาว่าจะทรงยึดถือในการทรงราชย์ เมื่อขึ้นเสวยราชสมบัติในพระราชพิธีบรมราชาภิเษก

ประเพณีการปกครองฯ ที่รับรองพระราชอำนาจในภาวะวิกฤตทางการเมือง ดังเช่น กรณี 14 ตุลาคม 2516 และ 17-20 พฤษภาคม 2535 (บรรทัดที่, 2548, หน้า 184-185)

ประเพณีการปกครองฯ ที่รับรองพระราชอำนาจในการทรงพิจารณาฎีการ้องทุกข์ของราษฎร และมีพระบรมราชวินิจฉัยปลดปล่อยทุกข์ (บรรทัดที่, 2548, หน้า 185-186)

ประเพณีการปกครองฯ ที่พระราชทานอภัยโทษได้ทั้งทางอาญา ทางวินัยข้าราชการ และวินัยนิสิต ดังกรณีที่พระบาทสมเด็จพระมหาภูมิพลอดุลยเดชมหาราชบรมนาถบพิตร พระราชทานอภัยโทษวินัยร้ายแรงให้อดีตประธานศาลฎีกาและคณะ โดยมีนายอานันท์ ปันยารชุน ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ และพระราชทานอภัยโทษให้อดีตปลัดกระทรวงการคลังและอดีตปลัดกระทรวงวัฒนธรรม โดยมีนายอภิสิทธิ์ เวชชาชีวะ เป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการพระราชทานอภัยโทษนิสิตจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย 9 คน เมื่อปี 2506 ที่ถูกไล่ออกให้ได้คืนสภาพนิสิต เมื่อสำนักผิดและขอขมา (วรรณวรรณ, 2540)

การหาข้อเท็จจริงที่เป็นทางปฏิบัติและความเชื่อว่าจะต้องทำตามต้องหากองค์กรผู้มีอำนาจหน้าที่โดยตรง และผู้เกี่ยวข้อง อาทิ ตัวอย่างที่ยกข้างต้นเป็นทางปฏิบัติที่พระมหากษัตริย์ สำนักพระราชวัง สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี และหน่วยงานที่เกี่ยวข้องต่างถือปฏิบัติกันมาโดยตลอด โดยเชื่อว่าจำเป็นต้องทำตาม

ในกรณีที่เป็นทางปฏิบัติที่ทำตามกันมา แต่ไม่ได้มีความเชื่อว่าจำเป็นต้องทำตาม ก็อาจขาดองค์ประกอบที่จะเป็นประเพณีการปกครอง เช่น การทำตามมติคณะกรรมการประสานงานสภาผู้แทนราษฎร (วิป) การให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังเป็นประธานคณะกรรมการวิสามัญงบประมาณรายจ่ายประจำปี

ของสภาผู้แทนราษฎร การขอความเห็นส่วนราชการประกอบเรื่องที่เสนอให้ คณะรัฐมนตรี การจัดตำแหน่งเข้าเฝ้าพระมหากษัตริย์ ฯลฯ เหล่านี้ล้วนมีทางปฏิบัติ ที่ทำสืบต่อกันมา แต่ขาดความเชื่อว่ามีผลผูกพันให้ต้องทำตาม ก็ไม่ถือเป็นประเพณี การปกครองฯ

2.3.2 การเทียบบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญหลายฉบับ : หลักกฎหมาย รัฐธรรมนูญทั่วไป

เนื่องจากประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญหลายฉบับทั้งที่ใช้อยู่ในปัจจุบัน และที่ยกเลิกไปแล้ว ถึง 20 ฉบับ การพิจารณาบทบัญญัติที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญ ทุกฉบับหรือหลายฉบับ ศาลฎีกาใช้วิธีนี้ในการหา “ประเพณีการปกครอง” มาตั้งแต่ต้น ดังกล่าวแล้วข้างต้น ในข้อ 2.1 ศาลรัฐธรรมนูญเองก็เคยใช้วิธีนี้ในการหาประเพณี การปกครองในคำวินิจฉัยที่ 3/2559

ในต่างประเทศโดยเฉพาะฝรั่งเศส ทั้งสภาแห่งรัฐ (Conseil d'État) และคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel) ใช้ในการค้นหา “หลักกฎหมายมหาชนทั่วไป” (principes généraux de droit public) (ดู บรรดาศักดิ์, 2538, หน้า 266-273)

ดังนั้น ถ้าวิเคราะห์ตามทฤษฎีที่มาของกฎหมาย (théorie des sources de droit) สิ่งที่ศาลฎีกาและศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าเป็นประเพณีการปกครองฯ ในต่างประเทศถือว่าเป็น “หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญทั่วไป” แต่เมื่อศาลทั้ง 2 ถือว่า การที่รัฐธรรมนูญทุกฉบับ หรือหลายฉบับบัญญัติรับรองหลักดังกล่าวถือเป็นประเพณี การปกครอง เราจึงต้องสรุปว่า ตามกฎหมายที่ใช้อยู่จริงในประเทศไทย (positive law) ก็ต้องถือว่าเป็นประเพณีการปกครองฯ ด้วย ตามที่ศาลทั้ง 2 ถือปฏิบัติในการวินิจฉัย จึงทำให้ประเพณีการปกครองฯ ในประเทศไทยประกอบด้วยกฎเกณฑ์ 2 ประการ ที่ต่างประเทศถือว่าเป็นที่มาของกฎหมายคนละประเภท คือ ทางปฏิบัติที่มีผลผูกพัน ให้ต้องทำตาม ซึ่งเป็นข้อเท็จจริงประการหนึ่ง กับหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญทั่วไป ที่เกิดจากการสกัดหลักการที่รัฐธรรมนูญหลายฉบับรับรอง อีกประการหนึ่ง

วิธีหาหลักกฎหมายกฎหมายทั่วไปนั้น ศาสตราจารย์ ดร.วิชฌุ เครื่องาม และข้าพเจ้าได้เคยเขียนไว้ในหนังสือคำอธิบายธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520 (วิชฌุ เครื่องาม, บรรดาศักดิ์ อูวรรณโณ, 2520, หน้า 167-168)

“ก. นำร่างรัฐธรรมนูญของไทยฉบับก่อน ๆ มาเปรียบเทียบ เพื่อหาหลักเกณฑ์ร่วมกัน เช่น คณะกรรมการร่างกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเคยปฏิบัติเช่นนี้ และเห็นว่ารัฐอาจเวนคืนที่ดินของเอกชนได้ เพื่อประโยชน์บางประการ

ข. หลักเกณฑ์ร่วมกันนั้นต้องไม่ขัดต่อเจตนารมณ์ และบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญการปกครองนี้ไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยาย เช่น แม้ประชาชนชาวไทยจะเคยมีสิทธิเลือกตั้งตามรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ แต่เมื่อสิทธิเช่นว่านี้ ขัดต่อเจตนารมณ์ และบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญการปกครองนี้ สิทธิดังกล่าวไม่เป็นประเพณีการปกครองตามมาตรา 30

ค. การค้นหาประเพณีการปกครองฯ ควรยึดประเพณีตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งมีที่มาอย่างเดียวกัน ต่อเมื่อไม่พบประเพณีการปกครองแล้ว จึงต้องไปค้นหาจากรัฐธรรมนูญซึ่งมีที่มาโดยเหตุอื่น เช่นจะนำรัฐธรรมนูญฉบับร่างโดยสภาร่างรัฐธรรมนูญ มาเทียบเคียงกับฉบับที่ร่างโดยคณะปฏิวัติและถือเป็นอันยุติตามนั้น เช่นนี้หาควรไม่

ง. สิ่งที่เคยปฏิบัติ หรือมีบทบัญญัติรับรองเพียงครั้งเดียวไม่ควรถือว่าเป็นประเพณีการปกครองฯ เช่น รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2517 กำหนดให้มีผู้ตรวจเงินแผ่นดินของรัฐสภาซึ่งเป็นของใหม่ ซึ่งมีเพียงครั้งเดียวก็เป็นอันถูกยกเลิกไป ดังนี้ไม่ควรถือว่าเป็นประเพณีการปกครองฯ แล้ว

จ. สิ่งที่เคยปฏิบัติ หรือมีบทบัญญัติรับรองเพียงครั้งเดียว แต่เป็นการยกเลิก หรือเปลี่ยนแปลงสิ่งที่เคยปฏิบัติหรือมีบทบัญญัติรับรองมาก่อน ดั่งนี้อาจถือว่า สิ่งที่เคยปฏิบัติ หรือมีบทบัญญัติรับรองใหม่นั้นเป็นประเพณีการปกครองฯ ได้ เช่นเคยมีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2511และก่อนหน้านั้นบัญญัติว่า คณะองคมนตรีมีจำนวนไม่มากกว่าเก้าคน แม้ธรรมนูญการปกครอง พ.ศ. 2511 ก็บัญญัติว่า คณะองคมนตรีมีจำนวนไม่เกินเก้าคน จนกระทั่งมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2517 จึงมีบทบัญญัติว่า คณะองคมนตรีมีจำนวนไม่เกิน 15 คน ดั่งนี้ถือได้ว่าจำนวนองคมนตรีล่าสุดนี้ เป็นประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยแล้ว (หยุด แสงอุทัย, 2516, หน้า 158)

อนึ่ง คณะกรรมการกฤษฎีกาก็เคยวินิจฉัยในเรื่องประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยไว้ด้วย โดยการนำรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับที่แล้ว ๆ มาเปรียบเทียบกันดู และที่ประชุมครบคณะของ

คณะกรรมการกฤษฎีกาวินิจฉัยว่า รัฐจะเวนคืนที่ดินได้ก็เพื่อประโยชน์ 4 ประการ คือ (1) เพื่อการอันเป็นสาธารณูปโภค (2) เพื่อการอันจำเป็นในการป้องกันประเทศโดยตรง (3) เพื่อการได้มาซึ่งทรัพยากรธรรมชาติ (4) เพื่อประโยชน์ของรัฐอย่างอื่น (ความเห็นนี้ได้ให้ไว้ก่อนใช้รัฐธรรมนูญ ฉบับ พ.ศ. 2511)”

2.4 ผู้มีอำนาจกระทำหรือวินิจฉัยประเพณีการปกครองฯ

2.4.1 กรณีรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ชัดเจน

รัฐธรรมนูญการปกครองฯ 2502 บัญญัติไว้ในมาตรา 20 ว่า

“มาตรา 20 ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวแก่การวินิจฉัยกรณีใดตามความในวรรคก่อน เกิดขึ้นในวงงานของสภา หรือเกิดขึ้นโดยคณะรัฐมนตรีขอให้สภาวินิจฉัย ให้สภาวินิจฉัยชี้ขาด”

บทบัญญัตินี้ปรากฏข้อความเดียวกันในรัฐธรรมนูญการปกครองฯ 2515 มาตรา 22 รัฐธรรมนูญฯ 2519 มาตรา 25 ก็ใช้ข้อความทำนองเดียวกับรัฐธรรมนูญการปกครองฯ 2520 มาตรา 30 รัฐธรรมนูญการปกครองฯ 2534 มาตรา 30 และรัฐธรรมนูญชั่วคราวฯ 2549 ก็เช่นกัน

รัฐธรรมนูญชั่วคราวทั้ง 6 ฉบับ ต่างกำหนดให้สภาร่างรัฐธรรมนูญ (กรณีรัฐธรรมนูญปี 2502) สภานิติบัญญัติแห่งชาติ หรือสภาปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน (กรณีรัฐธรรมนูญฯ 2519) เป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับกรวินิจฉัยว่าอะไรคือประเพณีการปกครองฯ หรือวินิจฉัยว่าสิ่งนั้นเป็นประเพณีการปกครองฯ หรือไม่ ซึ่งหมายความว่า หากไม่มีปัญหาก็ไม่ต้องใช้มาตรานี้ องค์กรที่มีอำนาจก็กระทำหรือไม่กระทำไปตามประเพณีได้เอง โดยไม่ต้องขอให้วินิจฉัย อาทิ สำนักองคมนตรีและสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีก็ดำเนินการแก้ไขกฎข้อให้ราษฎรตามที่ทรงมีพระบรมราชวินิจฉัยไปตามที่ดำเนินการมา ต่อเมื่อมีผู้โต้แย้งว่าทำไม่ได้หรือทำไม่ถูกต้องตามประเพณี จึงเป็นกรณีที่มีปัญหา ซึ่งอาจทำให้ต้องขอให้สภา วินิจฉัย

อนึ่ง มีข้อสงสัยเกดถ้อยคำที่ว่า “ประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย” ซึ่งทำให้ต้องตีความว่าต้องนำประเพณีในระบอบประชาธิปไตยที่ใช้อยู่ในประเทศไทยมาใช้ ไม่อาจนำประเพณีการปกครองระบอบประชาธิปไตยของประเทศอื่นหรือของสากลมาใช้ เว้นแต่ประเพณีนั้นจะตรงกับประเพณี

การปกครองฯ ที่ใช้ในประเทศไทย นอกจากนั้นคำว่า “อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” เพิ่งเริ่มใช้ในรัฐธรรมนูญชั่วคราว 2549 และใช้อย่างต่อเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน ซึ่งแสดงว่าต้องนำประเพณีการปกครองเกี่ยวกับพระราชสถานะ บทบาท และพระราชอำนาจตามประเพณีฯ มาใช้ด้วย

แต่ในปี 2557 รัฐธรรมนูญชั่วคราวฯ 2557 เปลี่ยนแปลงองค์กรที่มีอำนาจวินิจฉัยโดยบัญญัติไว้ในมาตรา 5 ว่า

“มาตรา 5 เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้บังคับแก่กรณีใด ให้กระทำการนั้นหรือวินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข แต่ประเพณีการปกครองดังกล่าวต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้

ในกรณีที่มีปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัยกรณีใดตามความในวรรคหนึ่งเกิดขึ้นในวงงานของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาด หรือเมื่อมีกรณีที่เกิดขึ้นนอกวงงานของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ คณะรักษาความสงบแห่งชาติ คณะรัฐมนตรี ศาลฎีกา หรือศาลปกครองสูงสุด จะขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยชี้ขาดก็ได้ แต่สำหรับศาลฎีกาและศาลปกครองสูงสุด ให้กระทำได้เฉพาะเมื่อมีมติของที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาหรือที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด และเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการพิจารณาพิพากษาคดี”

เป็นอันว่ารัฐธรรมนูญชั่วคราว 2557 ได้ให้อำนาจนี้ตกอยู่แก่ศาลรัฐธรรมนูญ และเมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฯ 2560 ศาลรัฐธรรมนูญก็ใช้ประเพณีการปกครองฯ วินิจฉัย ดังปรากฏในคำวินิจฉัยที่ 3/2562 ดังกล่าว ดังนั้นจึงสรุปได้ว่าเกิดประเพณีการปกครองฯ ขึ้นว่า ในกรณีที่มีปัญหาต้องวินิจฉัยประเพณีการปกครองฯ ศาลรัฐธรรมนูญจะมีอำนาจนี้ตามประเพณีการปกครองฯ ที่ยึดถือกันมาตั้งแต่คำวินิจฉัยที่ 6/2543, 3/2559, 7/2559 และ 3/2562

2.4.2 กรณีที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติองค์กรที่กระทำหรือวินิจฉัยประเพณีการปกครองฯ

รัฐธรรมนูญถาวรทุกฉบับตั้งแต่รัฐธรรมนูญ 2540, 2550 และฉบับปัจจุบัน ไม่ได้บัญญัติองค์กรที่กระทำหรือวินิจฉัยประเพณีการปกครองฯ ไว้ จึงควรแยกพิจารณาเป็น 2 กรณี คือ

(1) กรณี “การกระทำ”

รัฐธรรมนูญฯ 2560 เป็นฉบับที่บัญญัติให้ “กระทำการนั้น” เหมือนรัฐธรรมนูญชั่วคราว 2557 ซึ่งเป็นฉบับแรกที่บัญญัติเช่นนี้ จึงทำให้การตีความชัดเจนขึ้นว่า เมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ องค์กรผู้มิอำนาจก็ใช้ประเพณีการปกครองฯ กระทำการไปได้เลย โดยไม่ต้องขอให้มีการวินิจฉัยเพราะยังไม่มี “ปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัย” ซึ่งแสดงให้เห็นว่าทั้งรัฐธรรมนูญชั่วคราว 2557 และรัฐธรรมนูญ 2560 ให้อำนาจนี้แก่องค์กรที่ต้องกระทำหรือต้องไม่กระทำตามประเพณี การปกครองฯ เป็นผู้ตีความและใช้อำนาจไปได้เลย หากไม่มีผู้โต้แย้ง ก็ไม่มีปัญหาให้องค์กรผู้มิอำนาจวินิจฉัยเข้ามายุ่งเกี่ยว แต่ถ้ามีผู้โต้แย้ง กรณีก็เป็นเรื่อง “มีปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัย” ว่ากระทำการนั้นได้ตามประเพณีการปกครองฯ หรือไม่ หรือประเพณีดังกล่าวมีสาระและขอบเขตเพียงใด กรณีก็ต้องส่งให้องค์กรผู้มิอำนาจวินิจฉัยเป็นผู้ชี้ขาด

(2) กรณี “วินิจฉัย”

การ “วินิจฉัย” จะเกิดขึ้นได้ก็ต่อเมื่อมีผู้โต้แย้งองค์กรผู้มิอำนาจกระทำการตามประเพณีการปกครองฯ หรือมีเหตุอื่นที่ต้องนำประเพณีการปกครองฯ มาใช้ เช่นมาใช้ในการตัดสินคดีของศาล ซึ่งแสดงให้เห็นว่าศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองก็ย่อม “วินิจฉัย” ไปตามประเพณีการปกครองฯ ได้ภายในเขตอำนาจของศาลนั้น ๆ ศาลรัฐธรรมนูญเองก็สามารถนำประเพณีการปกครองฯ มาใช้ในการวินิจฉัยคดีที่มาถึงศาลได้ ทั้ง ๆ ที่ไม่มีการโต้แย้ง เพราะถ้อยคำในบทบัญญัติที่ว่า “ให้...วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” ไม่ได้ระบุว่าต้องมีการโต้แย้งเกิดขึ้นแต่อย่างใด

แต่ในกรณีที่มีการโต้แย้งกัน เช่น ร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีไม่ผ่านสภาผู้แทนราษฎร แต่คณะรัฐมนตรีไม่ลาออก แต่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเห็นว่า ตามประเพณีการปกครองฯ คณะรัฐมนตรีต้องลาออก กรณีก็เกิดการโต้แย้งกันขึ้น กรณีนี้ก็เป็นการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่จะวินิจฉัยตามประเพณีการปกครองฯ ที่ถือมาตั้งแต่ ปี 2543 ตามคำวินิจฉัยที่ 6/2543 และตอกย้ำโดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญชั่วคราว 2557 มาตรา 5

2.5 ศักดิ์ (hierarchy) ของประเพณีการปกครองในระบบกฎหมาย

เมื่อรัฐธรรมนูญฯ 2540, 2550 และ 2560 ต่างก็บัญญัติรับรองประเพณีการปกครองฯ โดยเฉพาะรัฐธรรมนูญ 2560 นำบทบัญญัติที่รับรองประเพณีการปกครองฯ มาบัญญัติไว้เป็นวรรคสองของมาตรา 5 อันว่าด้วยความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ จึงต้องถือว่า ประเพณีการปกครองฯ มีศักดิ์หรือฐานะเท่ากับรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรนั่นเอง ซึ่งหมายความว่ากฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นก็ดี กฎเกณฑ์ที่ออกโดยฝ่ายบริหาร หรือการกระทำอื่นใดขององค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร หรือองค์กรตุลาการขัดหรือแย้งต่อประเพณีการปกครองฯ ย่อมใช้บังคับไม่ได้ตามมาตรา 5 และปัญหาที่ว่านี้ ก็อาจนำไปสู่การใช้มาตรา 148 ส่งร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือร่างพระราชบัญญัติที่ขัดต่อประเพณีการปกครองฯ ให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้ หรือหากกฎหมายประกาศใช้แล้วก็ส่งไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยได้ตามมาตรา 212 หรือมาตรา 231 (1)

นักนิติศาสตร์ฝรั่งเศสเรียกรับรองตามกฎหมายสูงสุดทั้งที่เป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรและหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปที่มีผลไปใช้ควบคุมอำนาจนิติบัญญัติว่า “กลุ่มกฎหมายที่มีผลบังคับเป็นรัฐธรรมนูญ” (bloc constitutionnel) (ดูวารสารคดี, 2538, หน้า 272)

ดัชนีค้นคำ

convention of the constitution	3
coutume constitutionnelle	3, 5
<i>opinio juris</i>	6
<i>opinio necessitatis</i>	4, 6, 10, 11
การค้นหาประเพณีการปกครองฯ	9, 11, 14
ความรู้สึกร่วมกันว่าจำเป็นต้องปฏิบัติตาม ดู “เจตนารมณ์ร่วม” และ “ฉันทามติ” ประกอบด้วย	11
ความรู้สึกร่วมกันว่าเป็นกฎหมาย	6
จารีตประเพณีช่วยตีความกฎหมาย	6
จารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ	3, 5
ทางปฏิบัติ	3, 4, 5, 9, 10, 11, 12, 13
ธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ	3, 4, 5
ผลผูกพัน	4, 13
พระปฐมบรมราชโองการ	12
พระราชอำนาจในภาวะวิกฤต	3, 12
พระราชอำนาจพิจารณาฎีการ้องทุกข์	7
พระราชอำนาจจกภัยโทษ ทางวินัยข้าราชการ	7, 12
พระราชอำนาจจกภัยโทษ ทางวินัยนิสิตนักศึกษา	7, 12
พระราชอำนาจจกภัยโทษ ทางอาญา	6, 12
ศักดิ์ของประเพณีการปกครอง	18
ศาลฎีกากับประเพณีการปกครอง	8
ศาลรัฐธรรมนูญกับประเพณีการปกครอง	9
หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญทั่วไป	9, 13
หลักกฎหมายมหาชนทั่วไป	13, 18
อุดช่องว่าง	2

บรรณานุกรม

ภาษาไทย

วรศักดิ์ อูวรรณโณ, **กฎหมายมหาชน เล่ม 2 : การแบ่งประเภทกฎหมายมหาชน - เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย**, กรุงเทพฯ : พิมพ์ครั้งที่ 4 สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2548

วรศักดิ์ อูวรรณโณ, **กฎหมายมหาชน เล่ม 3 : ที่มาและนิติวิธี**, กรุงเทพฯ, สำนักพิมพ์นิติธรรม
วรศักดิ์ อูวรรณโณ, **บรรณานุกรม**, กรุงเทพฯ, สำนักหอสมุดศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, แก้ไขเพิ่มเติม 2563

พลโทอัมพร จินตกานนท์, “ท่านเจ้าคุณอรุณการีร์นิพนธ์” **หนังสืออนุสรณ์ในงานพระราชทานเพลิงศพพระยาอรุณการีร์นิพนธ์ (สิทธิ จุณณานนท์)**, โรงพิมพ์สำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี พ.ศ. 2521

วรรณวรรณ ประพัฒน์ทอง, **พระราชอำนาจในการพิจารณาฎีการ้องทุกข์**, วิทยานิพนธ์, กรุงเทพฯ: บัณฑิตวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2540

วิชณุ เครื่องงาม, **วรศักดิ์ อูวรรณโณ, ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2520**, กรุงเทพฯ : นำอักษรการพิมพ์ 2520

ศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย, **คำอธิบายธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย**, ธนบุรี : แสงสุทธิการพิมพ์, 2516

ภาษาต่างประเทศ

Burdeau, Georges, **droit constitutionnel et institutions politiques**, 18 ed, Paris, LGDJ., 1977

Carré de Malberg, Raymond, **Contribution à la théorie Générale de l Etat**, Tome I, Paris, CNRS, 1920

Carbonnier, Jean, **Sociologie juridiques**, Paris, PUF, 1994

Dicey A.V., **An Introduction of the study of the Law of the Constitution**, 10th ed, 1959, Mc millan, New York

G. Marshall & G.C. Moodie, **Some problems of the Constitutional**, London : Hutchinson, 5th ed, 1971

Hant, H.L.A., **Le Concept de droit**, traduction française, Bruxella Fauté Univ. Saint - Louis, 1976

Hood Phillips, **Constitutional and administrative law**, London : Stevens & Son, 5th ed, 1973

Savigny, F.K Von, “**la théorie des sources du droit dans l’Etat historiques**”, in Archives de philosophie du droit, p.27, 1982

บทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนุญ

บุญเสริม นาคสาร¹

1. บทนำ

ความมุ่งหมายของบทบัญญัติของกฎหมายที่ตราขึ้นเป็นบทเฉพาะกาลนั้น สามารถสรุปได้เป็นห้าประการ กล่าวคือ **ประการแรก** เพื่อชะลอการบังคับใช้หลักการบางเรื่องหรือเพื่อให้การดำเนินการของรัฐหรือองค์กรที่เคยมีกฎหมายรับรองสามารถดำเนินการต่อเนื่องต่อไปโดยไม่หยุดชะงักจนกว่ากลไกของกฎหมายที่กำหนดขึ้นใหม่หรือสิ่งที่เรียกว่าอนุบัญญัติหรือกฎหมายในลำดับรองมีความพร้อมหรือสามารถดำเนินการได้ **ประการที่สอง** เพื่อรองรับผลกระทบที่คาดว่าจะเกิดขึ้นหรือขจัดข้อขัดแย้งในเรื่องต่าง ๆ จากการใช้บังคับกฎหมายที่ตราขึ้น ไม่ว่าจะเป็นการตรากฎหมายฉบับใหม่ การยกเลิกปรับปรุงกฎหมาย (ยกเลิกฉบับเก่าแล้วตราขึ้นใหม่) หรือการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย **ประการที่สาม** เพื่อรองรับการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งของเอกชนที่มีขึ้นก่อนกฎหมายที่ตราขึ้นใช้บังคับให้เป็นการดำเนินการที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายต่อไป หรือให้สามารถดำเนินการได้อย่างต่อเนื่องไปในช่วงที่มีการเริ่มใช้บังคับกฎหมาย **ประการที่สี่** เพื่อกำหนดกลไกหรือมาตรการทางกฎหมายที่ใช้บังคับเป็นการชั่วคราวในวาระแรกหรือในระยะเวลาแรกของการใช้บังคับกฎหมาย และ**ประการที่ห้า** เพื่อรับรองสิทธิประโยชน์ที่บุคคลได้รับมาโดยผลของกฎหมายฉบับเดิมที่ถูกยกเลิกไปให้คงมีอยู่ต่อไป² สำหรับบทบัญญัติที่เป็นบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนุญไทยนั้น ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ประเทศไทยมีรัฐธรรมนุญทั้งหมดจำนวน 20 ฉบับ โดยมีรัฐธรรมนุญที่บัญญัติบทเฉพาะกาลไว้มีจำนวน 12 ฉบับ ได้แก่ รัฐธรรมนุญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2575 รัฐธรรมนุญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 รัฐธรรมนุญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2490 รัฐธรรมนุญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 รัฐธรรมนุญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2475 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2495

¹ ตุลาการศาลปกครองสูงสุด

² จารุวรรณ เสงตระกุล และคณะ. คู่มือแบบร่างกฎหมาย. (กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2551), หน้า 245.

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2511 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2521 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

บทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีความมุ่งหมายสรุปสาระสำคัญ 3 ประการ คือ **ประการแรก** การคงองค์กรตามรัฐธรรมนูญและบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งที่มีอยู่ตามรัฐธรรมนูญเดิมไว้ กล่าวคือ เมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่แล้วย่อมทำให้รัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้อยู่สิ้นสุดลงเป็นผลให้องค์กรตามรัฐธรรมนูญและบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งที่มีอยู่ตามรัฐธรรมนูญฉบับเก่าสิ้นสุดลงตามไปด้วย แต่รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ไม่ได้ต้องการจะเปลี่ยนแปลงองค์กรตามรัฐธรรมนูญและบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญฉบับเก่าเสียทั้งหมด จึงได้กำหนดไว้ในบทเฉพาะกาลเพื่อรับรองสถานะให้องค์กรตามรัฐธรรมนูญและบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ให้ยังคงดำรงอยู่ต่อไป **ประการที่สอง** การจัดตั้งองค์กร และการตรากฎหมายตามรัฐธรรมนูญที่กำหนด กล่าวคือ รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้มีองค์กรใหม่ขึ้นมาหลายองค์กรและมีการตรากฎหมายขึ้นมาเพื่อรับรองการดำเนินการขององค์กรและวางกลไกต่าง ๆ ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด เช่น บทเฉพาะกาลมาตรา 90 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2489 กำหนดให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญฉบับเดิมเป็นองค์การเลือกตั้งสมาชิกวุฒิสภา ภายใน 15 วันนับแต่รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ใช้บังคับ หรือบทเฉพาะกาลมาตรา 334 (3) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กำหนดให้มีการดำเนินการจัดตั้งศาลปกครอง ให้แล้วเสร็จภายใน 2 ปีนับแต่วันที่รัฐธรรมนูญใหม่ใช้บังคับหรือมาตรา 323 บัญญัติว่าภายใน 240 วันนับแต่วันประกาศใช้รัฐธรรมนูญให้มีกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง และกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง เป็นต้น และ**ประการที่สาม** การดำเนินการอื่น ๆ เช่น บทเฉพาะกาลมาตรา 65 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 บัญญัติว่าเมื่อราษฎรผู้มีสิทธิออกเสียงเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ยังมีการศึกษาไม่จบประถมศึกษาสามัญมมากกว่ากึ่งจำนวนทั้งหมด

และอย่างช้าไม่เกิน 10 ปีนับแต่วันใช้พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 ให้สภาผู้แทนราษฎรประกอบด้วยสมาชิก 2 ประเภท มีจำนวนเท่ากัน คือ สมาชิกประเภทที่ 1 ได้แก่ ราษฎรเลือกตั้งขึ้น และสมาชิกประเภทที่ 2 ได้แก่ ผู้ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงตั้งขึ้น หรือการยกเว้นไม่ใช้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในบางเรื่อง ยกตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กำหนดให้มีช่วงระยะเวลาในการเตรียมการสำหรับการนำระบบต่าง ๆ หรือการจัดตั้งองค์กรใหม่ ๆ ตามรัฐธรรมนูญขึ้นมาใช้บังคับจึงให้มีการใช้ระบบเดิมหรือใช้องค์กรเดิมไปพลางก่อน ทำให้มีการยกเว้นไม่ใช้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในบางเรื่อง เช่น บทเฉพาะกาลมาตรา 315 กำหนดให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ทำหน้าที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และสมาชิกวุฒิสภาตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เนื่องจากมีบทบัญญัติบางประการในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ไม่สอดคล้องกับการดำรงตำแหน่งดังกล่าว ดังนั้น บทเฉพาะกาลมาตรา 315 บรรดาสี่ จึงได้บัญญัติยกเว้นบางเรื่องไว้ไม่ให้นำมาใช้กับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา เป็นต้น³

2. บรรทัดฐานสำคัญในคดีรัฐธรรมนูญ : บทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญ

คดีรัฐธรรมนูญที่ศาลได้วางบรรทัดฐานเกี่ยวกับบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญ มี 2 เรื่องคือ (1) บทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญที่รับรองความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำของคณะรัฐประหารผู้ใช้อำนาจอธิปไตย และ (2) บทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญที่รับรองสถานะของบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งตามรัฐธรรมนูญฉบับเดิมให้คงอยู่ปฏิบัติหน้าที่ต่อไปในวันที่รัฐธรรมนูญฉบับใหม่มีผลใช้บังคับ

2.1 บทเฉพาะกาลที่รับรองความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำของคณะรัฐประหารผู้ใช้อำนาจอธิปไตย

รัฐธรรมนูญทุกฉบับจะมีบทบัญญัติรับรองสถานะความเป็นกฎหมายและการมีผลใช้บังคับอยู่ต่อไปของประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารหรือหัวหน้าคณะรัฐประหารที่ออกมาใช้บังคับก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว แต่สำหรับ

³ ปิยะธิดา วงศ์ศิริวัฒน์. ผลที่เกิดจากบทเฉพาะกาลต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ : ศึกษาเฉพาะกรณีบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 พ.ศ. 2550 และ พ.ศ. 2560. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีการศึกษา 2559.

บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่รับรองความชอบด้วยกฎหมายหรือความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำของคณะรัฐประหารหรือหัวหน้าคณะรัฐประหาร นั้น มีพัฒนาการตามลำดับ สรุปได้เป็น 4 รูปแบบ ดังนี้

1. รูปแบบที่ 1 : รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวที่มีบทบัญญัติรับรอง “ความชอบด้วยกฎหมาย” ของประกาศ หรือคำสั่ง และรวมถึงการปฏิบัติตามประกาศ หรือคำสั่งของคณะรัฐประหาร กล่าวคือ รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวมีบทบัญญัติในลักษณะเดียวกันว่า ประกาศ หรือคำสั่ง หรือการกระทำ รวมถึงการปฏิบัติตามประกาศ หรือคำสั่งของคณะรัฐประหาร หรือหัวหน้าคณะรัฐประหารที่ได้ประกาศ สั่ง หรือกระทำก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญ ให้ถือว่าเป็นประกาศ หรือคำสั่ง หรือเป็นการปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมาย ได้แก่ มาตรา 21 ของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2515⁴ มาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519 มาตรา 32 ของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520 และ มาตรา 32 ของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534⁵ จึงกล่าวได้ว่า คณะรัฐประหารได้ยกเว้นธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2515 มาตรา 21 ขึ้นมาเพื่อรับรองผลในทางกฎหมายหรือรับรอง “ความชอบด้วยกฎหมาย” ของประกาศ หรือคำสั่ง และรวมถึงการปฏิบัติตามประกาศ หรือคำสั่งของคณะรัฐประหาร เป็นครั้งแรกและเป็นต้นแบบที่ยึดถือตามกันมาในการยกเว้นรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวฉบับต่อ ๆ มา

⁴ มาตรา 21 ของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2515 บัญญัติว่า “บรรดาประกาศของคณะปฏิวัติหรือคำสั่งของหัวหน้าคณะปฏิวัติที่ได้ประกาศหรือสั่งในระหว่างการปฏิวัติวันที่ 17 พฤศจิกายน พ.ศ. 2514 จนถึงวันประกาศธรรมนูญการปกครองนี้ไม่ว่าจะเป็นในรูปใดและไม่่ว่าจะประกาศหรือสั่งให้มีผลบังคับในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหาร หรือในทางตุลาการ ให้ถือว่าประกาศหรือคำสั่งตลอดจนการปฏิบัติตามประกาศหรือคำสั่งนั้น เป็นประกาศหรือคำสั่งหรือการปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมาย”

⁵ เช่น มาตรา 32 ของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 บัญญัติว่า “บรรดาการกระทำ ประกาศหรือคำสั่งของหัวหน้าคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ หรือของคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติที่ได้กระทำ ประกาศหรือสั่งก่อนวันใช้ธรรมนูญการปกครองนี้ ทั้งนี้ที่เกี่ยวข้องกับการยึดและควบคุมอำนาจการปกครองแผ่นดิน เมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2534 ไม่ว่าจะกระทำด้วยประการใด หรือเป็นในรูปใด และไม่ว่าจะกระทำ ประกาศหรือสั่งให้มีผลใช้บังคับในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหาร หรือในทางตุลาการ ให้ถือว่าการกระทำ ประกาศหรือคำสั่ง รวมทั้งการกระทำของผู้ปฏิบัติตามประกาศ หรือคำสั่งนั้นตลอดจนการกระทำของบุคคลใด ๆ ซึ่งได้กระทำเนื่องในการยึดหรือควบคุมอำนาจการปกครองแผ่นดินดังกล่าว เป็นการกระทำ ประกาศหรือคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย”

2. รูปแบบที่ 2 : รัฐธรรมนูญฉบับถาวรที่มีบทบัญญัติรับรอง “ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” ของการกระทำของคณะรัฐประหาร ได้แก่ บทเฉพาะกาล มาตรา 222 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534⁶ ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่มีบทเฉพาะกาลรับรอง “ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” ของการกระทำของคณะรัฐประหาร และยังเป็น การรับรองความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ของการกระทำของคณะรัฐประหาร ที่ทำการยึดและควบคุมอำนาจการปกครองแผ่นดิน เมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2534 ไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับถาวรอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งก่อนหน้านี้ได้มีการรับรอง “ความชอบด้วยกฎหมาย” ของการกระทำของคณะรัฐประหารไว้แล้วตามมาตรา 32 ของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534

สำหรับบทเฉพาะกาล มาตรา 222 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ที่รับรอง “ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” ของการกระทำของคณะรัฐประหารนั้น ในเบื้องต้นผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้การใช้อำนาจสามประการซึ่งล้วนเป็นเรื่องการใช้อำนาจเบ็ดเสร็จ ได้แก่ ประการแรก ประกาศหรือคำสั่งของคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติหรือหัวหน้าคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ ประการที่สอง กฎหมายที่มีผลเป็นการแก้ไขหรือเพิ่มเติมประกาศหรือคำสั่งของคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติหรือหัวหน้าคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติที่ออกใช้บังคับก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ และประการที่สาม คำสั่งของนายกรัฐมนตรีหรือประธานสภารักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติที่ออกโดย

⁶ มาตรา 222 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 บัญญัติว่า “บรรดาประกาศหรือคำสั่งของคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติหรือหัวหน้าคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติหรือกฎหมายที่มีผลเป็นการแก้ไขหรือเพิ่มเติมประกาศหรือคำสั่งของคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติหรือหัวหน้าคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติที่ออกใช้บังคับก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ หรือคำสั่งของนายกรัฐมนตรีหรือประธานสภารักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 27 แห่งธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 ทั้งนี้ ไม่ว่าจะมีผลใช้บังคับในทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร หรือทางตุลาการ บรรดาที่ยังมีผลใช้บังคับอยู่จนถึงวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ ให้มีผลใช้บังคับได้โดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้ต่อไป และถ้าประกาศหรือคำสั่งดังกล่าวมีผลบังคับในทางนิติบัญญัติหรือในทางตุลาการการยกเลิกหรือเปลี่ยนแปลงประกาศหรือคำสั่งดังกล่าวให้ตราเป็นพระราชบัญญัติ การตราพระราชบัญญัติตามมาตรา นี้ไม่มีผลกระทบต่อ การปฏิบัติงานของบุคคลหรือคณะบุคคลซึ่งได้กระทำไปตามประกาศหรือคำสั่งดังกล่าว และให้บุคคลหรือคณะบุคคลนั้นได้รับความคุ้มครอง ผู้ใดจะนำไปเป็นเหตุฟ้องร้องในทางใดมิได้”

อาศัยอำนาจตามมาตรา 27 แห่งรัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 ทั้งสามประการนี้ไม่เพียง “ชอบด้วยกฎหมาย” (legal) อย่างที่เคยบัญญัติมา ในรัฐธรรมนูญฉบับก่อน ๆ เท่านั้น แต่ถือไกลไปถึงกับว่า “ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” (constitutional) ซึ่งส่งผลไกลมากในทางกฎหมาย เพราะเมื่อทั้งสามประการนี้ชอบด้วย รัฐธรรมนูญแล้ว ก็หมายความว่าไม่มีทางจะอาศัยการควบคุมกฎหมายมิให้ ขัดต่อรัฐธรรมนูญมาใช้กับสามประการนี้ได้ ในขณะที่ถ้าเป็นพระราชบัญญัติที่ตราขึ้น ก่อนใช้รัฐธรรมนูญนี้ โดยพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยตามคำแนะนำและ ยินยอมของรัฐสภาที่มาจากกาเลือกตั้ง อาจถูกวินิจฉัยว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญนี้ ได้ด้วยกระบวนการควบคุมกฎหมายมิให้ขัดรัฐธรรมนูญตามปกติผลที่ตามมา อีกอย่างหนึ่งก็คือ ต้องถือว่ากาใช้อำนาจเบ็ดเสร็จทั้งสามประการดังกล่าวมีศักดิ์ สูงกว่าพระราชบัญญัติที่ตราโดยพระมหากษัตริย์และรัฐสภาในแง่การควบคุมกฎหมาย มิให้ขัดรัฐธรรมนูญ แต่มีศักดิ์เท่าพระราชบัญญัติที่ตราโดยพระมหากษัตริย์และรัฐสภา ในกรณีในการแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิก เพราะรัฐธรรมนูญมาตรา 222 ยอมรับให้ แก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกได้โดยพระราชบัญญัติ สภาทวิภาวะของกาใช้อำนาจ เบ็ดเสร็จที่มีศักดิ์ (hierarchy) 2 แบบ ในกาใช้อำนาจเดียว คือ “เป็นรัฐธรรมนูญ” ในกรณีกาห้ามมิให้วินิจฉัยว่าขัดรัฐธรรมนูญ แต่ “เป็นพระราชบัญญัติ” ในแง่รูปแบบ การแก้ไขหรือยกเลิกนี้ หากอาจใช้ทฤษฎีทางนิติศาสตร์ใด ๆ อธิบายได้เลยไม่ นอกจาก จะสรุปได้ว่าเป็น “ทฤษฎีแบบไทย ๆ” และที่น่าสังเกตอีกประการหนึ่งก็คือ การบัญญัติ สำทับลงไปว่า แม้จะยกเลิกหรือแก้ไขเปลี่ยนแปลงประกาศหรือคำสั่งดังกล่าวโดย พระราชบัญญัติแล้ว “การตราพระราชบัญญัติตามมาตรา นี้ ไม่มีผลกระทบกระเทือน ต่อการปฏิบัติงานของบุคคลหรือคณะบุคคลซึ่งได้กระทำไปตามประกาศหรือคำสั่ง ดังกล่าว และให้บุคคลหรือคณะบุคคลนั้นได้รับความคุ้มครอง ผู้ใดจะนำไปเป็นเหตุผล ฟ้องร้องในทางใดมิได้” นั้น แสดงให้เห็นว่าผู้ร่างเองไม่แน่ใจในความ “ชอบธรรม” และ “ความชอบด้วยกฎหมาย” ของประกาศหรือคำสั่งนั้นอย่างเด่นชัด เพราะหากประกาศ หรือคำสั่งดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายแล้วผู้ปฏิบัติตามย่อมไม่มีความรับผิดชอบใด ๆ ไม่ว่า ทางแพ่งอาญาอยู่แล้ว การบัญญัติดังกล่าว จึงแสดงให้เห็นนัยตรงกันข้าม นอกจากนั้น การให้คุ้มครองอย่างเด็ดขาดมิให้ฟ้องร้องในทางใด ๆ เลยนั้น ก็ยังมีปัญหาว่าเป็นการ ตัดสิทธิฟ้องคดีตามรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะมาตรา 46 อีกด้วย ซึ่งเป็นการปฏิเสธหลัก “นิติรัฐ” โดยสิ้นเชิง⁷

อย่างไรก็ตาม แม้ว่า มาตรา 32 ของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 และมาตรา 222 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 จะได้รับรองความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำและการกระทำที่ต่อเนื่องของคณะรัฐประหารอันเนื่องมาจากการยึดและควบคุมอำนาจการปกครองแผ่นดิน เมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2534 ไว้ ซึ่งเมื่อได้พิจารณาจากตัวบทบัญญัติแล้วไม่อาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ อาจวินิจฉัยว่าขัดรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่ในความเป็นจริงศาลฎีกาได้ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำและการกระทำที่ต่อเนื่องของคณะรัฐประหาร เมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ 2534 ปรากฏตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 913/2536 โดยในคดีนี้มีนายเสนาะ เทียนทอง เป็นผู้ร้อง ได้ยื่นคำร้องขอให้วินิจฉัยชี้ขาดเบื้องต้นในปัญหาข้อกฎหมายว่า เมื่อวันที่ 25 กุมภาพันธ์ 2534 คณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (รสช.) ได้ออกประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 เรื่อง ให้อายัดและห้ามจำหน่ายจ่ายโอนทรัพย์สินและแต่งตั้งคณะกรรมการตรวจสอบทรัพย์สิน (คตส.) ให้มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณารายชื่อนักการเมืองที่มีพฤติการณ์อันสอดแสดงให้เห็นได้ว่ามีทรัพย์สินร่ำรวยผิดปกติ ซึ่งต่อมา คตส. ได้พิจารณาบรรดาทรัพย์สินของผู้ร้องแล้วมีคำวินิจฉัยว่าผู้ร้องเป็นผู้ร่ำรวยผิดปกติตามนัยข้อ 2 ของประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 ผู้ร้องจึงร้องต่อศาลฎีกาเพื่อแสดงและพิสูจน์ว่า ประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 ใช้บังคับแก่ผู้ร้องมิได้ ศาลฎีกาโดยที่ประชุมใหญ่วินิจฉัยว่า ศาลฎีกา มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยข้อกฎหมายตามคำร้องได้โดยไม่ต้องส่งให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณา โดยให้เหตุผลว่า ขณะที่ รสช. ออกประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 เป็นช่วงเวลาที่ไม่มีการใช้รัฐธรรมนูญหรือธรรมนูญการปกครองฉบับใดใช้บังคับ ต่อมาระหว่างที่ประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 มีผลใช้บังคับอยู่นั้น ได้มีการประกาศใช้ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 ดังนั้น ประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 ซึ่งมีฐานะเทียบเท่ากับพระราชบัญญัติจึงต้องอยู่ภายใต้บังคับของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 และจะขัดหรือแย้งต่อธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 ไม่ได้ ศาลฎีกาเห็นว่าตามหลักกฎหมายทั่วไปศาลมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี จึงมีอำนาจหน้าที่พิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดจะใช้บังคับแก่คดีได้หรือไม่เพียงใด ศาลย่อมมีอำนาจวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้นๆ ขัดหรือแย้งต่อกฎหมาย

⁷ ศาสตราจารย์ ดร.บรรศักดิ์ อูวรรณโณ. กฎหมายมหาชน เล่ม 2 การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย. พิมพ์ครั้งที่ 3. (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2547), หน้า 252-253.

รัฐธรรมนูญหรือไม่ด้วย เว้นแต่จะมีบทกฎหมายใดโดยเฉพาะบัญญัติให้อำนาจนี้ไปตกอยู่แก่องค์กรอื่น และแม้ว่าในขณะที่ศาลฎีกาวินิจฉัยปัญหานี้ได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 แล้ว โดยมีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญกำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจในการวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยเฉพาะในปัญหาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 หรือไม่เท่านั้น อำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 หรือไม่ จึงตกอยู่แก่ศาลตามหลักกฎหมายทั่วไป ศาลฎีกาจึงมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยคำร้องโดยไม่ต้องส่งไปให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ศาลฎีกาได้วินิจฉัยในเนื้อหาคดีว่า อำนาจของ คตส. ดังกล่าวนั้น เป็นอำนาจในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีซึ่งตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยเป็นอำนาจของศาลในอันที่จะดำเนินการตามกฎหมาย ประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 ข้อ 2 และข้อ 6 จึงมีผลเป็นการตั้งคณะบุคคลที่มีศาลให้มีอำนาจทำการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเช่นเดียวกับศาลย่อมขัดต่อประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย เพราะรัฐธรรมนูญทุกฉบับมีบทบัญญัติให้การพิจารณาคดีเป็นอำนาจของศาลและการจัดตั้งศาลขึ้นใหม่เพื่อพิจารณาคดีใดคดีหนึ่งโดยเฉพาะแทนศาลที่มีอยู่ตามกฎหมาย จะกระทำไม่ได้ นอกจากนี้ ทรัพย์สินของผู้ร้องที่ถูกยึดและตกเป็นของแผ่นดินตามคำวินิจฉัยของ คตส. เป็นทรัพย์สินที่ผู้ร้องได้มาหรือมีเพิ่มขึ้นก่อนที่ประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 ข้อ 6 ใช้บังคับ จึงเป็นการออกและใช้กฎหมายที่มีโทษในทางอาญาย้อนหลังไปลงโทษแก่ผู้ร้อง ซึ่งรัฐธรรมนูญทุกฉบับมีบทบัญญัติห้ามออกกฎหมายที่มีโทษทางอาญาให้มีผลย้อนหลัง เพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน อันถือได้ว่าเป็นประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอีกประการหนึ่งด้วย เมื่อประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 ข้อ 2 และข้อ 6 ขัดต่อธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 มาตรา 30⁸ จึงใช้บังคับมิได้ เป็นเหตุให้คำวินิจฉัยของ คตส. ที่อาศัยอำนาจ

⁸ มาตรา 30 วรรคหนึ่ง ของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 บัญญัติว่า “ในเมื่อไม่มีบทบัญญัติแห่งธรรมนูญการปกครองนี้บังคับแก่กรณีใด ให้วินิจฉัยกรณีนั้นไปตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย” และวรรคสอง บัญญัติว่า “ในกรณีมีปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัยกรณีใดตามความในวรรคหนึ่ง เกิดขึ้นในวงงานของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ หรือเกิดขึ้นโดยคณะรัฐมนตรีขอให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติวินิจฉัย ให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติวินิจฉัยชี้ขาด”

ตามประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 ข้อ 2 และข้อ 6 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประกาศคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ ฉบับที่ 26 ลงวันที่ 25 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2534 มาตรา 3 ไม่มีผลบังคับไปด้วย และศาลฎีกาวินิจฉัยว่า บทบัญญัติมาตรา 32⁹ ของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 นั้น เป็นเพียงการรับรองโดยทั่วไปว่า ประกาศหรือคำสั่งของ รสช. ดังกล่าวมีผลให้ใช้บังคับได้เช่นกฎหมายเท่านั้น มิได้บัญญัติรับรองไปถึงว่าให้ใช้บังคับได้แม้เนื้อหาตามประกาศหรือคำสั่ง รสช. ดังกล่าว ขัดหรือแย้งต่อธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 แต่อย่างใด เพราะปัญหาว่าประกาศหรือคำสั่งของ รสช. ใช้บังคับได้เพียงใด ต่างกรณีกันกับปัญหาที่ว่าประกาศหรือคำสั่งนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และที่ผู้คัดค้าน (พนักงานอัยการ สำนักงานอัยการสูงสุด) อ้างว่า ประกาศ รสช. ฉบับที่ 26 ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 222¹⁰ นั้น เห็นว่า เมื่อประกาศ รสช. ฉบับดังกล่าว ข้อ 2 และข้อ 6 ใช้บังคับไม่ได้ตามธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 30 วรรคแรกแล้ว จึงไม่ใช่กฎหมายที่ยังมีผลใช้บังคับอยู่จนถึงวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 จึงไม่อาจนำมาตรา 222 มาบังคับใช้แก่กรณีนี้ได้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 913/2536 นี้ ได้วางบรรทัดฐานในคดีรัฐธรรมนูญอย่างน้อยสามประการ กล่าวคือ

ประการแรก แม้ว่าไม่มีบทบัญญัติใดให้อำนาจกับศาลในการวินิจฉัยว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดขัดหรือแย้งต่อธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ก็ตาม แต่ศาลฎีกาก็วินิจฉัยว่าศาลฎีกามีอำนาจดังกล่าว ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า ศาลมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี จึงมีอำนาจหน้าที่พิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดจะใช้บังคับแก่คดีได้หรือไม่เพียงใด ศาลย่อมมีอำนาจวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ๆ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ด้วย

ประการที่สอง ศาลฎีกาได้นำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยว่า อำนาจในการพิจารณาพิพากษา อรรถคดีซึ่งตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยเป็น

⁹ โปรดดูเชิงอรรถที่ 5

¹⁰ โปรดดูเชิงอรรถที่ 6

อำนาจของศาล ประกาศ รสช. ที่มีผลเป็นการตั้งคณะบุคคลที่มีใช้ศาลให้มีอำนาจทำการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเช่นเดียวกับศาล ย่อมขัดต่อประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย เพราะรัฐธรรมนูญทุกฉบับมีบทบัญญัติให้การพิจารณาคดีเป็นอำนาจของศาล และการจัดตั้งศาลขึ้นใหม่เพื่อพิจารณาคดีใดคดีหนึ่งโดยเฉพาะแทนศาลที่มีอยู่ตามกฎหมายจะกระทำไม่ได้ และประกาศ รสช. ที่กำหนดให้ทรัพย์สินของบุคคลที่ได้มาหรือมีเพิ่มขึ้นก่อนวันที่ประกาศ รสช. ใช้บังคับให้ตกเป็นของแผ่นดิน ย่อมขัดต่อประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย เพราะรัฐธรรมนูญทุกฉบับมีบทบัญญัติห้ามออกกฎหมายที่มีโทษทางอาญาให้มีผลย้อนหลังเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน อันถือได้ว่าเป็นประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย และ

ประการที่สาม แม้ว่าบทบัญญัติตามมาตรา 32 ของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 บัญญัติให้ถือว่าการกระทำ ประกาศหรือคำสั่ง รวมทั้งการกระทำของผู้ปฏิบัติตามประกาศ หรือคำสั่ง ตลอดจนการกระทำของบุคคลใด ๆ ซึ่งได้กระทำเนื่องในการยึดหรือควบคุมอำนาจการปกครองแผ่นดินดังกล่าว เมื่อวันที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2534 เป็นการกระทำ ประกาศหรือคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แต่ศาลฎีกาก็ได้วินิจฉัยว่า บทบัญญัติดังกล่าวนี้เป็นเพียงการรับรองโดยทั่วไปว่า ประกาศหรือคำสั่งของ รสช. ดังกล่าวมีผลให้ใช้บังคับได้เช่นกฎหมายเท่านั้น มิได้บัญญัติรับรองไปถึงว่าให้ใช้บังคับได้แม้เนื้อหาตามประกาศหรือคำสั่ง รสช. ดังกล่าว ขัดหรือแย้งต่อธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 และเมื่อศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่า ประกาศ รสช. ขัดหรือแย้งและใช้บังคับไม่ได้ตามธรรมนูญการปกครองแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 มาตรา 30 วรรคหนึ่งแล้ว จึงไม่ใช่กฎหมายที่ยังมีผลใช้บังคับอยู่จนถึงวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 จึงไม่อาจนำบทเฉพาะกาลตามมาตรา 222 ที่บัญญัติรับรองความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประกาศหรือคำสั่งของ รสช. มาบังคับใช้ได้อีก

3. รูปแบบที่ 3 : รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวที่มีบทบัญญัติรับรอง “ความชอบด้วยกฎหมาย” และ “ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” ของการกระทำของคณะรัฐประหาร ได้แก่ มาตรา 36 และมาตรา 37 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มาตรา 47 และมาตรา 48 ของรัฐธรรมนูญ

แห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557¹¹ กล่าวได้ว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 เป็นรัฐธรรมนูญชั่วคราวฉบับแรกที่มีบทบัญญัติรับรอง “ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” ของการกระทำของคณะรัฐประหาร ทั้งนี้ อาจเนื่องมาจากการที่ธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 มาตรา 32 ซึ่งมีเฉพาะบทบัญญัติรับรองความชอบด้วยกฎหมาย แต่ไม่มีบทบัญญัติรับรองความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำของคณะรัฐประหารไว้ด้วย จึงเป็นเหตุให้ศาลฎีกามีอำนาจตรวจสอบการกระทำของคณะรัฐประหารตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 913/2536 ที่วินิจฉัยว่า บทบัญญัติมาตรา 32 ของธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 นั้นเป็นเพียงการรับรองโดยทั่วไปว่าประกาศหรือคำสั่งของ รสช. ดังกล่าวมีผลให้ใช้บังคับได้เช่นกฎหมายเท่านั้น มิได้บัญญัติรับรองไปถึงว่าให้ใช้บังคับได้แม้เนื้อหาตามประกาศหรือคำสั่ง รสช. ดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2534 ดังนั้น

¹¹ มาตรา 36 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 บัญญัติว่า “บรรดาประกาศและคำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือคำสั่งของหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขที่ได้ประกาศหรือสั่งในระหว่างวันที่ 19 กันยายน พุทธศักราช 2549 จนถึงวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ ไม่ว่าจะเป็นในรูปใดและไม่ว่าจะประกาศหรือสั่งให้มีผลบังคับในทางนิติบัญญัติในทางบริหาร หรือในทางตุลาการ ให้มีผลใช้บังคับต่อไปและให้ถือว่าประกาศหรือคำสั่ง ตลอดจนการปฏิบัติตามประกาศหรือคำสั่งนั้นไม่ว่าการปฏิบัติตามประกาศหรือคำสั่งนั้นจะกระทำก่อนหรือหลังวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้เป็นประกาศหรือคำสั่ง หรือการปฏิบัติที่ขัดด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” และมาตรา 37 บัญญัติว่า “บรรดาการกระทำทั้งหลายซึ่งได้กระทำเนื่องในการยึดและควบคุมอำนาจการปกครองแผ่นดิน เมื่อวันที่ 19 กันยายน พุทธศักราช 2549 ของหัวหน้าและคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข รวมทั้งการกระทำของบุคคลที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการกระทำดังกล่าวหรือของผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากหัวหน้าหรือคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข หรือของผู้ซึ่งได้รับคำสั่งจากผู้ที่ได้รับมอบหมายจากหัวหน้าหรือคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข อันได้กระทำไปเพื่อการดังกล่าวข้างต้นนั้น การกระทำดังกล่าวมาทั้งหมดนี้ ไม่ว่าเป็นการกระทำเพื่อให้มีผลบังคับในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหาร หรือในทางตุลาการ รวมทั้งการลงโทษและการกระทำอันเป็นการบริหารราชการอย่างอื่น ไม่ว่าจะกระทำในฐานะตัวการ ผู้สนับสนุน ผู้ใช้ให้กระทำ หรือผู้ถูกใช้ให้กระทำ และไม่ว่ากระทำในวันดังกล่าวหรือก่อนหรือหลังวันดังกล่าวนี้ หากการกระทำนั้นผิดต่อกฎหมายก็ให้ผู้กระทำพ้นจากความผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิง”

ผู้ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 จึงใช้ถ้อยคำว่า “ชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญ”

4. รูปแบบที่ 4 : รัฐธรรมนูญฉบับถาวรที่มีบทบัญญัติรับรอง “ความชอบด้วยกฎหมาย” และ “ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ” ของการกระทำของคณะรัฐประหาร ได้แก่บทเฉพาะกาล มาตรา 309 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550¹² และบทเฉพาะกาล มาตรา 279 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560¹³ ซึ่งเป็นการบัญญัติบทเฉพาะกาลที่นำบทบัญญัติที่เคยรับรองความชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำของคณะรัฐประหารไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวแล้วมาบัญญัติรับรองความชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญอีกครั้งในรัฐธรรมนูญฉบับถาวร

สำหรับบรรทัดฐานในคดีรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนุญนั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยมีคำวินิจฉัยวางบรรทัดฐานในคดีรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนุญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่รับรองความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำของคณะรัฐประหารผู้ใช้อำนาจรัฐสุทธิปี

¹² มาตรา 309 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 บัญญัติว่า “บรรดาการใด ๆ ที่ได้รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ว่าเป็นการชอบด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญรวมทั้งการกระทำที่เกี่ยวข้องกับกรณีดังกล่าวไม่ว่าก่อนหรือหลังวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ ให้ถือว่าการนั้นและการกระทำนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้”

¹³ มาตรา 279 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “บรรดาประกาศ คำสั่ง และการกระทำของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ หรือของหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ใช้บังคับอยู่ในวันก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ หรือที่จะออกใช้บังคับต่อไปตามมาตรา 265 วรรคสอง ไม่ว่าเป็นประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำที่มีผลใช้บังคับในทางรัฐธรรมนูญ ทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร หรือทางตุลาการ ให้ประกาศ คำสั่ง การกระทำตลอดจนการปฏิบัติตามประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำนั้น เป็นประกาศ คำสั่ง การกระทำ หรือการปฏิบัติที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้และกฎหมาย และมีผลใช้บังคับโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้ต่อไป การยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมประกาศหรือคำสั่งดังกล่าว ให้กระทำเป็นพระราชบัญญัติ เว้นแต่ประกาศหรือคำสั่งที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางบริหาร การยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมให้กระทำโดยคำสั่งนายกรัฐมนตรีหรือมติคณะรัฐมนตรี แล้วแต่กรณี” และวรรคสอง บัญญัติว่า “บรรดาการใด ๆ ที่ได้รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 1) พุทธศักราช 2558 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2559 ว่าเป็นการชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย รวมทั้งการกระทำที่เกี่ยวข้องกับกรณีดังกล่าว ให้ถือว่าการนั้นและการกระทำนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้และกฎหมาย”

ตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 5/2551 ว่า¹⁴

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มาตรา 36 ได้บัญญัติรับรองให้ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 30 เรื่อง การตรวจสอบการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ ลงวันที่ 30 กันยายน พุทธศักราช 2549 มีผลใช้บังคับได้ โดยชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญไว้ชั้นหนึ่งแล้ว และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ยังมีบทเฉพาะกาลตามมาตรา 309 บัญญัติให้ถือว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อีกชั้นหนึ่งด้วย ทั้งนี้เพื่อให้ระบบตรวจสอบการทุจริตประพฤติมิชอบตามประกาศคณะปฏิรูปการปกครองฯ ดังกล่าวดำเนินไปได้อย่างต่อเนื่องในช่วงเปลี่ยนระบบบริหารราชการแผ่นดินโดยไม่ขาดตอน ในทำนองเดียวกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 293 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติว่า “ให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ทำหน้าที่รัฐสภา สภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภามาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้จนกว่าจะมีการประชุมรัฐสภาเป็นครั้งแรกตามมาตรา 127” บทบัญญัติดังกล่าวเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับความต่อเนื่องของการทำหน้าที่ของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ซึ่งเป็นองค์การฝ่ายนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ให้ทำหน้าที่ต่อไปจนกว่าจะมีองค์การฝ่ายนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับดังกล่าว มิได้มีบทบัญญัติใดขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ไม่ว่าจะ เป็นบทมาตราใด

สำหรับพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 30 เรื่อง

¹⁴ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 5/2551 เรื่อง ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 30 เรื่อง การตรวจสอบการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ ลงวันที่ 30 กันยายน พุทธศักราช 2549 และพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 30 เรื่อง การตรวจสอบการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ ลงวันที่ 30 กันยายน พุทธศักราช 2549 พ.ศ. 2550 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หรือไม่

การตรวจสอบการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ ลงวันที่ 30 กันยายน พุทธศักราช 2549 พ.ศ. 2550 เป็นกฎหมายที่มีได้เป็นการจัดตั้งองค์กรตรวจสอบอื่นใด ขึ้นใหม่ เป็นเพียงแต่การขยายระยะเวลาการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจสอบ (คตส.) ออกไปอีกระยะหนึ่งตามความจำเป็น เพื่อให้ คตส. สามารถทำหน้าที่ที่ค้างอยู่ ให้เสร็จสิ้นไปได้ตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายและรัฐธรรมนูญ โดยบัญญัติให้ คตส. ดำเนินการต่อไปได้เฉพาะ “การตรวจสอบหรือสอบสวนเรื่องที่ได้ดำเนินการอยู่แล้ว (และ) ยังไม่แล้วเสร็จ” เท่านั้น จะรับเรื่องใหม่อื่นใดมาตรวจสอบหรือสอบสวนเพิ่มขึ้น อีกมิได้ ทั้งระยะเวลาในการดำเนินการของ คตส. ที่ขยายให้ก็จำกัดระหว่างวันที่ 1 ตุลาคม 2550 ถึงวันที่ 30 มิถุนายน 2551 เป็นระยะเวลาเพียงเก้าเดือนเท่านั้น อันเป็น ระยะเวลาที่มีได้เนิ่นนานจนเกินสมควรแก่กรณีแต่อย่างใด การตราพระราชบัญญัตินี้ เป็นที่ประจักษ์ชัดแก่สุจริตชนทั่วไปว่ามิได้มีเจตนาซ่อนเร้นไปในทางมิชอบหรือ เพื่อกลับแก่งัดบุคคลใด เป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติที่อยู่ในกรอบแห่งความจำเป็น และพอเหมาะพอควรแก่กรณี ทั้งมิได้มีผลกระทบต่อการพิจารณาพิพากษาคดี ของศาลแต่ประการใด พระราชบัญญัติฉบับนี้จึงไม่มีส่วนใดที่ไปขัดหรือแย้งต่อ หลักนิติธรรมหรือกระทบต่อสิทธิมนุษยชนจนกล่าวได้ว่าขัดหรือแย้งต่อบทมาตราใด ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 นอกจากนี้มีมาตรา 309 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่ใช้บังคับอยู่ในขณะที่ มีการประกาศใช้พระราชบัญญัตินี้ยังได้บัญญัติรับรองไว้ในบทเฉพาะกาลอีกชั้นหนึ่ง ด้วยว่า “บรรดาการใดๆ ที่ได้รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ว่าเป็นการชอบด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญ รวมทั้งการกระทำที่เกี่ยวเนื่องกับกรณีดังกล่าวไม่ว่าก่อนหรือหลังวันประกาศใช้ รัฐธรรมนูญนี้ ให้ถือว่าการนั้นและการกระทำนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้” เมื่อประกาศ คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 30 เรื่อง การตรวจสอบการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ ลงวันที่ 30 กันยายน พุทธศักราช 2549 ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มาตรา 36 ว่าชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วย รัฐธรรมนูญแล้ว การตราพระราชบัญญัติที่เป็นปัญหาในคดีนี้จึงเป็นเพียงการกระทำ ที่เกี่ยวเนื่องกับกรณีดังกล่าว แม้พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประกาศคณะปฏิรูป การปกครองฯ ฉบับนี้ได้ประกาศใช้บังคับภายหลังจากวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญ

แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ต้องได้รับการรับรองตามบทเฉพาะกาล มาตรา 309 ของรัฐธรรมนูญนี้ว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญเช่นกัน ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติดังกล่าว ที่ขยายระยะเวลาดำเนินการ ของ คตส. ออกไปถึงวันที่ 30 มิถุนายน 2551 มิได้มีบทบัญญัติใดขัดหรือแย้งต่อ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตราใด

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2551 ดังกล่าวข้างต้นซึ่งวินิจฉัยตาม บทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 สามารถ สรุปรูปเป็นบรรทัดฐานในคดีรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญ ที่รับรองความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำของคณะรัฐประหารผู้ใช้อำนาจ รัฐธำธิปไตยได้ว่า

การกระทำของคณะรัฐประหารผู้ใช้อำนาจรัฐธำธิปไตยโดยการออก ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ ทรงเป็นประมุข ซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับตั้งเช่นระดับพระราชบัญญัติ และการตราพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประกาศคณะปฏิรูปการปกครอง ฯ ดังกล่าว ซึ่งเป็นการกระทำที่เกี่ยวข้อง ถือว่า เป็นการกระทำที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจาก ได้รับการรับรองไว้โดยบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ต่อมาศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับบทเฉพาะกาลของ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่บัญญัติรับรองความชอบด้วย รัฐธรรมนูญของการกระทำของคณะรัฐประหารผู้ใช้อำนาจรัฐธำธิปไตย จำนวน 2 คำวินิจฉัย ดังนี้

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2561¹⁵ ในชั้นการพิจารณาคดีของ ศาลรัฐธรรมนูญ หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ เสนอความเห็นต่อ ศาลรัฐธรรมนูญว่า การออกคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 53/2560

¹⁵ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2561 เรื่อง ผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอเรื่องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 231 (1) ว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 มาตรา 140 และมาตรา 141 วรรคหนึ่ง (5) และวรรคสอง ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยคำสั่งหัวหน้า คณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 53/2560 เรื่อง การดำเนินการตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วย พรรคการเมือง มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 25 มาตรา 26 มาตรา 27 และ มาตรา 45 หรือไม่

แก้ไขพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 มาตรา 140 และมาตรา 141 เป็นไปเพื่อการปฏิรูปการเมืองตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 258 ก. (2) เป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญ และเป็นที่สุดตามรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 44¹⁶ ประกอบรัฐธรรมนูญ มาตรา 265¹⁷ ย่อมทำให้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 มาตรา 140 และมาตรา 141 ที่แก้ไขแล้วนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญและเป็นที่สุดด้วย ผู้ตรวจการแผ่นดินจึงไม่มีหน้าที่และอำนาจที่จะรับเรื่องร้องเรียนของหัวหน้าพรรคการเมืองไว้พิจารณาและเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยเรื่องนี้ ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้มีคำสั่งให้จำหน่ายคำร้องแต่ได้วินิจฉัยในเนื้อหาคดีว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2560 มาตรา 140 และมาตรา 141 วรรคหนึ่ง (5) และวรรคสอง ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 53/2560 เรื่อง

¹⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 44 บัญญัติว่า “ในกรณี ที่หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติเห็นเป็นการจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการปฏิรูปในด้านต่าง ๆ การส่งเสริมความสามัคคีและความสมานฉันท์ของประชาชนในชาติ หรือเพื่อป้องกัน ระงับ หรือปราบปราม การกระทำอันเป็นการบ่อนทำลายความสงบเรียบร้อยหรือความมั่นคงของชาติ ราชบัลลังก์ เศรษฐกิจ ของประเทศ หรือราชการแผ่นดิน ไม่ว่าจะเกิดขึ้นภายในหรือภายนอกราชอาณาจักรให้หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติโดยความเห็นชอบของคณะรักษาความสงบแห่งชาติมีอำนาจสั่งการ ระงับยับยั้ง หรือ กระทบการใด ๆ ได้ ไม่ว่าการกระทำนั้น จะมีผลบังคับในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหาร หรือในทางตุลาการ และให้ถือว่าคำสั่งหรือการกระทำ รวมทั้งการปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว เป็นคำสั่งหรือการกระทำหรือ การปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญนี้ และเป็นที่สุด ทั้งนี้ เมื่อได้ดำเนินการดังกล่าวแล้ว ให้รายงานประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติและนายกรัฐมนตรีทราบโดยเร็ว”

¹⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 265 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ให้คณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ดำรงตำแหน่งอยู่ในวันก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ ยังคงอยู่ในตำแหน่ง เพื่อปฏิบัติหน้าที่ต่อไปจนกว่าคณะรัฐมนตรีที่ตั้งขึ้นใหม่ภายหลังการเลือกตั้งทั่วไปครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญนี้จะเข้ารับหน้าที่” และวรรคสอง บัญญัติว่า “ในระหว่างการปฏิบัติหน้าที่ตามวรรคหนึ่ง ให้หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติและคณะรักษาความสงบแห่งชาติยังคงมีหน้าที่และอำนาจ ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 1) พุทธศักราช 2558 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2559 และให้ถือว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยดังกล่าว ในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจของหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติและคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ยังคงมีผลใช้บังคับต่อไป”

การดำเนินการตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 25 มาตรา 26 มาตรา 27 และมาตรา 45

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 30/2563¹⁸ ศาลแขวงคดีต่งคำโต้แย้งของจำเลยในคดีอาญาซึ่งโต้แย้งว่า ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 29/2557 เรื่อง ให้บุคคลมารายงานตัวตามคำสั่งของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ลงวันที่ 24 พฤษภาคม 2557 และประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 41/2557 เรื่อง กำหนดให้การฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งเรียกบุคคลให้มารายงานตัวเป็นความผิด ลงวันที่ 26 พฤษภาคม 2557 เป็นกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่ขัดต่อหลักนิติธรรม โดยประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติฉบับที่ 29/2557 เรื่อง ให้บุคคลมารายงานตัวตามคำสั่งของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ลงวันที่ 24 พฤษภาคม 2557 ประกาศใช้บังคับหลังจากที่มีคำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ 5/2557 เรื่อง ให้บุคคลมารายงานตัวเพิ่มเติม ลงวันที่ 24 พฤษภาคม 2557 จึงเป็นกฎหมายที่กำหนดโทษทางอาญาใช้บังคับย้อนหลังแก่จำเลย เป็นกฎหมายที่มุ่งหมายใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะเจาะจง ไม่ได้บัญญัติขึ้นเพื่อใช้บังคับเป็นการทั่วไป และประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติทั้งสองฉบับดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่กำหนดโทษทางอาญาเกินสมควรแก่เหตุ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 นอกจากนี้ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 29/2557 ที่ระบุตัวบุคคลตามคำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติเรียกให้บุคคลไปรายงานตัวและกำหนดโทษทางอาญาแก่ผู้ฝ่าฝืนคำสั่ง มีลักษณะเป็นการบังคับข่มขู่ ละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ส่งผลให้บุคคลได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายไม่เท่าเทียมกัน ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 4 และมาตรา 27 อีกทั้งการออกประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติทั้งสองฉบับดังกล่าวเป็นไปเพื่อประโยชน์ในการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองในขณะที่คณะรักษาความสงบแห่งชาติเข้ายึดอำนาจหรืออยู่ในอำนาจเท่านั้น เมื่อคณะรักษาความสงบแห่งชาติสิ้นอำนาจไปแล้ว วัตถุประสงค์ของคำสั่งเรียกบุคคล

¹⁸ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 30/2563 เรื่อง ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 29/2557 เรื่อง ให้บุคคลมารายงานตัวตามคำสั่งของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ลงวันที่ 24 พฤษภาคม 2557 และประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 41/2557 เรื่อง กำหนดให้การฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งเรียกบุคคลให้มารายงานตัวเป็นความผิด ลงวันที่ 26 พฤษภาคม 2557 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 4 มาตรา 26 มาตรา 27 วรรคหนึ่งและวรรคสาม และมาตรา 29 วรรคหนึ่ง หรือไม่

ให้มารายงานตัวจึงสิ้นสุดลงไปด้วย เนื่องจากการลงโทษทางอาญานั้น วัตถุประสงค์ของการกำหนดโทษในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดจะต้องดำรงอยู่ในขณะที่มีการลงโทษ การดำรงอยู่ของประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติทั้งสองฉบับจึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29

ในชั้นการพิจารณาหน้าที่และอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า บทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญ มาตรา 279 บัญญัติรับรองสถานะของประกาศและคำสั่งของคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ใช้บังคับอยู่ในวันก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ ให้เป็นประกาศและคำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้ และกฎหมาย และมีผลใช้บังคับโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้ต่อไป การยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมประกาศหรือคำสั่งดังกล่าว ให้ทำเป็นพระราชบัญญัติเว้นแต่ประกาศหรือคำสั่งที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางบริหาร การยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมให้กระทำโดยคำสั่งนายกรัฐมนตรีหรือมติคณะรัฐมนตรี แล้วแต่กรณี เมื่อรัฐธรรมนูญให้การรับรองสถานการณ์มีผลใช้บังคับต่อไปของประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติทั้งสองฉบับดังกล่าวและยังมีได้มีกรยกเลิกโดยการใช้อำนาจทางนิติบัญญัติหรืออำนาจทางบริหาร ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติทั้งสองฉบับจึงยังมีผลเป็นกฎหมายต่อไป แม้คณะรักษาความสงบแห่งชาติจะสิ้นสภาพไปแล้ว ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีหน้าที่และอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายซึ่งรวมถึงประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติทั้งสองฉบับด้วย ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 210 วรรคหนึ่ง (1)

ในชั้นการพิจารณาเนื้อหาคดี ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า แม้ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติทั้งสองฉบับจะมีวัตถุประสงค์หรือความจำเป็นให้บุคคลมารายงานตัวตามคำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติในฐานะผู้ใช้อำนาจรัฐอธิปไตยในขณะนั้น เพื่อให้การรักษาความสงบและการแก้ไขปัญหาบ้านเมืองเป็นไปด้วยความสงบเรียบร้อยก็ตาม แต่เมื่อเป็นกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล การกำหนดโทษทางอาญาแก่ผู้กระทำความผิด จึงต้องพิจารณาว่ามีความเหมาะสม เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนพอเหมาะพอควรแก่กรณีด้วย แม้การกำหนดโทษทางอาญาดังกล่าวนั้นจะเป็นมาตรการที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ของการให้บุคคลที่คณะรักษาความสงบแห่งชาติประสงค์ให้มารายงานตัวโดยการระบุชื่อเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองอันเป็นประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ส่วนรวม แต่เมื่อเทียบกับ

กรณีการนำตัวบุคคลที่ยังมิได้มีการกระทำอันเป็นความผิด เพียงแต่มีเหตุอันควรสงสัยว่าจะก่อให้เกิดภัยอันตรายหรือจะก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้น มีการกำหนดวิธีการเพื่อความปลอดภัยตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 46 แทนการกำหนดโทษทางอาญา นอกจากนี้ เมื่อเทียบเคียงการไม่รายงานตัวอันเป็นการฝ่าฝืนคำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานตามกฎหมายอื่น การกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามที่กำหนดในประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติทั้งสองฉบับดังกล่าวยังไม่ใช่เป็นการกระทำอันมีผลร้ายแรงหรือกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองถึงขนาดต้องกำหนดโทษทางอาญาให้ระวางโทษจำคุกไม่เกิน 2 ปี หรือปรับไม่เกิน 40,000 บาท หรือทั้งจำทั้งปรับ อีกทั้งยังมีมาตรการทางกฎหมายอื่นซึ่งให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาเพื่อบังคับให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ที่จะรักษาความสงบและการแก้ไขปัญหาบ้านเมืองเป็นไปด้วยความสงบเรียบร้อย อันได้แก่ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 368 วรรคหนึ่ง ที่เป็นมาตรการลงโทษสำหรับผู้ฝ่าฝืนคำสั่งของเจ้าพนักงานโดยไม่มีเหตุหรือข้อแก้ตัวอันสมควร มีอัตราโทษจำคุกไม่เกินสิบวัน หรือปรับไม่เกินห้าพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ อันเป็นความผิดลหุโทษที่เหมาะสมแก่การกระทำฝ่าฝืนคำสั่งของเจ้าพนักงานดังกล่าว ซึ่งรัฐชอบที่จะหาวิธีการที่เหมาะสมเพื่อบังคับการให้ผู้ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานต้องมีภาระหรือความรับผิดชอบเพียงพอที่จำเป็นและพอสมควรแก่กรณีเท่านั้น ดังนั้น เมื่อพิจารณาการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญให้การรับรองไว้กับประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ส่วนรวมตามวัตถุประสงค์ของประกาศทั้งสองฉบับแล้ว เห็นว่า การที่ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 29/2557 เรื่อง ให้บุคคลมารายงานตัวตามคำสั่งของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ลงวันที่ 24 พฤษภาคม 2557 และประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 41/2557 เรื่อง กำหนดให้การฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งเรียกบุคคลให้มารายงานตัวเป็นความผิด ลงวันที่ 26 พฤษภาคม 2557 เฉพาะในส่วนโทษทางอาญา โดยไม่ได้แจ้งสาเหตุแห่งการเรียกให้มารายงานตัว และนำมาเป็นเหตุในการกำหนดโทษทางอาญาเพียงการไม่มารายงานตัวตามคำสั่งของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ไม่มีความเหมาะสมกับลักษณะของการกระทำผิด ไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนพอเหมาะพอควรแก่กรณี เป็นกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเกิน

สมควรแก่เหตุ และขัดต่อหลักนิติธรรม จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 26

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการรับรองความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำของคณะรัฐประหารใช้อำนาจอธิปไตย ตามคำวินิจฉัยที่ 4/2561 และคำวินิจฉัยที่ 30/2563 ดังกล่าวข้างต้นที่ได้วินิจฉัยตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้เปลี่ยนแปลงบรรทัดฐานคดีรัฐธรรมนูญเดิมตามคำวินิจฉัยที่ 5/2551 ที่ได้วินิจฉัยตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 กล่าวคือ

แม้ว่าบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 จะบัญญัติรับรองสถานะของประกาศและคำสั่งของคณะรักษาความสงบแห่งชาติให้มีสถานะเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติที่ใช้บังคับอยู่ในวันก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญ และให้ประกาศและคำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้ และมีผลใช้บังคับโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้ต่อกิจตาม แต่ศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีหน้าที่และอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประกาศและคำสั่งของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัตินั้นว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ทั้งนี้ เป็นการยืนยันหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 5 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎหรือข้อบังคับ หรือการกระทำใด ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ บทบัญญัติหรือการกระทำนั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้ และการใช้อำนาจอธิปไตยในการตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลต้องไม่เพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบขององค์กรศาลตามหลักนิติธรรม (The Rule of Law)

2.2 บทเฉพาะกาลที่รับรองสถานะของบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งตามรัฐธรรมนูญฉบับเดิมให้คงอยู่ปฏิบัติหน้าที่ต่อไปในวันที่รัฐธรรมนูญฉบับใหม่มีผลใช้บังคับ

บทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 273 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ให้ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ และผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ซึ่งดำรงตำแหน่งอยู่ในวันก่อนวันประกาศ

ใช้รัฐธรรมนูญนี้ยังคงอยู่ในตำแหน่งเพื่อปฏิบัติหน้าที่ต่อไป และเมื่อพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องที่จัดทำขึ้นตามมาตรา 267 ใช้บังคับแล้ว การดำรงตำแหน่งต่อไปเพียงใดให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าว ในระหว่างเวลาที่ยังไม่มีพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่จัดทำขึ้นตามมาตรา 267 การพ้นจากตำแหน่งของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ และผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายที่เกี่ยวข้อง”

ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยวางบรรทัดฐานในคดีรัฐธรรมนูญรวม 3 คำวินิจฉัย ได้แก่ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2560 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2561 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 8/2562 สรุปได้ดังนี้

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2560¹⁹ เห็นว่า ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. มาตรา 56²⁰ เป็นร่างบทเฉพาะกาลว่าด้วยการดำรงตำแหน่งต่อไปในช่วงเปลี่ยนผ่านระหว่างการบังคับใช้กฎหมายเดิมที่สิ้นผลกับกฎหมายใหม่ที่ใช้บังคับ ในส่วนของการดำรงตำแหน่งต่อไปเพียงใดของประธานผู้ตรวจการแผ่นดินและผู้ตรวจการแผ่นดินซึ่งดำรงตำแหน่งอยู่ในวันก่อนวันที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวใช้บังคับตามบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญ มาตรา 273 วรรคหนึ่ง โดยร่างบทบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดการดำรงตำแหน่งต่อไปออกเป็นสองส่วน คือ (1) ระยะเวลาของการดำรงตำแหน่งต่อไป ร่างบทบัญญัตินี้กำหนดให้ประธานผู้ตรวจการแผ่นดินและผู้ตรวจการแผ่นดิน ซึ่งดำรงตำแหน่งอยู่ในวันก่อนวันที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับ ยังคงอยู่ใน

¹⁹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2560 เรื่อง ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติส่งความเห็นของสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 148 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบมาตรา 263 ว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. มาตรา 56 มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่

²⁰ ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. มาตรา 56 บัญญัติว่า “ให้ประธานผู้ตรวจการแผ่นดินและผู้ตรวจการแผ่นดินซึ่งดำรงตำแหน่งอยู่ในวันก่อนวันที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับ ยังคงอยู่ในตำแหน่งต่อไปจนกว่าจะครบวาระตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. 2552 หรือพ้นจากตำแหน่งตามมาตรา 18 เว้นแต่กรณีตาม (3) ในส่วนที่เกี่ยวกับการขาดคุณสมบัติตามมาตรา 8 มีให้นำมาใช้บังคับ”

ตำแหน่งต่อไปจนกว่าจะครบวาระตามที่กำหนดในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. 2552 และ (2) คุณสมบัติตามรัฐธรรมนูญ ร่างบทบัญญัตินี้ กำหนดมิให้นำคุณสมบัติบางประการตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติมาใช้ โดยกำหนดให้ ประธานผู้ตรวจการแผ่นดินและผู้ตรวจการแผ่นดินซึ่งดำรงตำแหน่งอยู่ในวันก่อนวันที่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับ พ้นจากตำแหน่งด้วยเหตุตามมาตรา 18 แต่มิให้นำกรณีตาม (3) ในส่วนที่เกี่ยวกับการขาดคุณสมบัติตามมาตรา 8 มาใช้บังคับ เมื่อร่างมาตรา 56 เป็นเพียงร่างบทบัญญัติว่าด้วยการรับรองสถานะของประธาน ผู้ตรวจการแผ่นดินและผู้ตรวจการแผ่นดิน ซึ่งดำรงตำแหน่งอยู่ในวันก่อนวันที่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับ ให้ยังคงอยู่ในตำแหน่งเพื่อปฏิบัติหน้าที่ ต่อไปในช่วงเปลี่ยนผ่านระหว่างการบังคับใช้กฎหมายฉบับก่อนกับฉบับปัจจุบัน เพื่อให้ การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างราบรื่น รวมทั้งเพื่อให้สามารถปฏิบัติหน้าที่ตามที่ รัฐธรรมนูญบัญญัติต่อไปได้อย่างต่อเนื่อง โดยมีให้เกิดช่องว่างอันจะส่งผลกระทบต่อ การปฏิบัติหน้าที่ต้องหยุดชะงัก การกำหนดในรูปแบบของบทเฉพาะกาลดังกล่าว จึงเป็นไป ตามหลักนิติธรรมที่คำนึงถึงเหตุผล ความจำเป็น ความเหมาะสม และเป็นไปตาม เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแล้ว โดยการกำหนดรูปแบบดังกล่าวของผู้ตรวจการแผ่นดิน ก็อาจมีความแตกต่างจากรูปแบบขององค์กรอิสระอื่นได้ ส่วนข้อที่ว่า ร่างมาตรา 56 ที่กำหนดให้ยกเว้นการนำมาตรา 8 มาใช้บังคับซึ่งเป็นคุณสมบัติของผู้ตรวจการแผ่นดิน ที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 228 มีผลให้ร่างมาตราดังกล่าว มีข้อความขัด หรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนั้น เห็นว่า เป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 273 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้ สภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็นผู้กำหนดการดำรงตำแหน่งต่อไปเพียงใดของผู้ ดำรงตำแหน่งตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ถือได้ว่ารัฐธรรมนูญได้มอบอำนาจให้ สภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็นผู้พิจารณากำหนดการดำรงตำแหน่งต่อไปของผู้ดำรง ตำแหน่งดังกล่าว โดยที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติเรื่องระยะเวลาในการปฏิบัติหน้าที่ ต่อไป หรือการพ้นจากตำแหน่ง รวมถึงเหตุยกเว้นคุณสมบัติของบุคคลดังกล่าวไว้ โดยเฉพาะ ดังนั้น การที่ร่างมาตรา 56 กำหนดการยกเว้นคุณสมบัติบางประการตาม รัฐธรรมนูญ จึงมิใช่กรณีที่ร่างมาตรา 56 ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ฉบับนี้จะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. มาตรา 56 ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2561²¹ เห็นว่า ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. มาตรา 185²² เป็นร่างบทเฉพาะกาลที่ว่าด้วยการดำรงตำแหน่งต่อไปในช่วงเปลี่ยนผ่านระหว่าง การบังคับใช้กฎหมายเดิมที่สิ้นผลกับกฎหมายใหม่ที่ใช้บังคับ เมื่อร่างมาตรา 185 ได้บัญญัติมิให้นำลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 11 (1) ต้องไม่เป็นผู้เคยเป็นตุลาการ ศาลรัฐธรรมนูญหรือผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระใด และ (18) ต้องไม่เป็นผู้เคยเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา ข้าราชการการเมือง หรือสมาชิก สภาท้องถิ่นหรือผู้บริหารท้องถิ่นในระยะสิบปีก่อนเข้ารับการคัดเลือกหรือสรรหา มาใช้บังคับ อันเป็นการกำหนดให้ยกเว้นลักษณะต้องห้ามบางประการตามรัฐธรรมนูญ โดยที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 273 วรรคหนึ่ง ประกอบมาตรา 267 บัญญัติให้ผู้ดำรงตำแหน่ง อยู่ในวันก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ยังคงอยู่ในตำแหน่งเพื่อปฏิบัติหน้าที่ต่อไป และไม่มีบทบัญญัติห้ามมิให้ดำรงตำแหน่งไว้ ดังนั้น การที่สภานิติบัญญัติแห่งชาติ ซึ่งเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 263 เป็นผู้พิจารณาและ เห็นชอบร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปราม การทุจริต พ.ศ. มาตรา 185 โดยกำหนดการดำรงตำแหน่งต่อไปของผู้ดำรงตำแหน่ง ในช่วงเปลี่ยนผ่านเพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ของผู้ดำรงตำแหน่งเป็นไปอย่างต่อเนื่อง ตามบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญดังกล่าว จึงเป็นกรณีที่ได้พิจารณาตามหลักนิติธรรม และคำนึงถึงเหตุผล ความจำเป็น และความเหมาะสม ทั้งในเรื่ององค์ประกอบ หน้าที่ และอำนาจของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ และ เป็นการสอดคล้องกับหลักนิติธรรมและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญอันมิได้ขัดหรือ

²¹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2561 เรื่อง ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติส่งความเห็นของสมาชิก สภานิติบัญญัติแห่งชาติขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 148 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบมาตรา 263 ว่าร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปราม การทุจริต พ.ศ. มาตรา 185 มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่

²² ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. มาตรา 185 บัญญัติว่า “ให้ประธานกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติและกรรมการป้องกันและ ปราบปรามการทุจริตแห่งชาติซึ่งดำรงตำแหน่งอยู่ในวันก่อนวันที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ ใช้บังคับ ยังคงอยู่ในตำแหน่งต่อไปจนกว่าจะครบวาระตามที่กำหนดในพระราชบัญญัติประกอบ รัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 และที่แก้ไขเพิ่มเติม หรือพ้นจาก ตำแหน่งตามมาตรา 19 เว้นแต่กรณีตามมาตรา 19 (3) ในส่วนที่เกี่ยวกับการขาดคุณสมบัติตามมาตรา 9 และลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 11 (1) และ (18) มิให้นำมาใช้บังคับ”

แย้งต่อรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. มาตรา 185 ในส่วนที่เกี่ยวกับลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 11 (1) และ (18) มิให้นำมาใช้บังคับ ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 8/2562²³ เห็นว่า พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560 มาตรา 60²⁴ เป็นบทเฉพาะกาล มีความมุ่งหมายเพื่อให้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ กำหนดกระบวนการได้มาซึ่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติให้สอดคล้องกับหลักการว่าด้วยสถานะและหน้าที่ของสถาบันแห่งชาติเพื่อการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน หรือหลักการปารีส ที่กำหนดวิธีการแต่งตั้งสมาชิกของสถาบันดังกล่าวต้องเป็นกระบวนการที่มีหลักประกันที่จะทำให้มั่นใจได้ว่าสถาบันดังกล่าวเป็นตัวแทนที่หลากหลายของสังคมเกี่ยวกับการคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิมนุษยชน ประกอบกับ รัฐธรรมนูญ มาตรา 246 วรรคสี่ ได้บัญญัติให้การสรรหาคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติตามรัฐธรรมนูญนี้เป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ทั้งนี้ บทบัญญัติเกี่ยวกับการสรรหาต้องกำหนดให้ผู้แทนองค์กรเอกชนด้านสิทธิมนุษยชนมีส่วนร่วมในการสรรหาด้วย จึงเป็นการเปลี่ยนแปลงหลักการเกี่ยวกับการสรรหากรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 พระราชบัญญัติประกอบ

²³ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 8/2562 เรื่อง พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560 มาตรา 60 วรรคหนึ่งและวรรคสอง ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 มาตรา 26 และมาตรา 27 หรือไม่

²⁴ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560 มาตรา 60 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “ให้ประธานกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติและกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ซึ่งดำรงตำแหน่งอยู่ในวันก่อนวันที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับพ้นจากตำแหน่ง นับแต่วันที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับ แต่ให้ยังคงปฏิบัติหน้าที่ต่อไปจนกว่าประธานกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติและกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติที่แต่งตั้งขึ้นใหม่จะเข้ารับหน้าที่” และวรรคสอง บัญญัติว่า “ให้ผู้ซึ่งอยู่ปฏิบัติหน้าที่ต่อไปตามวรรคหนึ่งมีสิทธิได้รับเงินเดือน เงินประจำตำแหน่ง และประโยชน์ตอบแทนอื่นตามที่ได้รับอยู่ในวันก่อนวันที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับ และให้มีสิทธิได้รับบำเหน็จตอบแทนตามมาตรา 32 โดยให้ถือว่าเป็นการพ้นจากตำแหน่ง เพราะลาออก โดยให้คำนวณระยะเวลาตั้งแต่วันที่ได้รับโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งจนถึงวันที่หยุดปฏิบัติหน้าที่”

รัฐธรรมนูญนี้จึงต้องกำหนดให้ประธานกรรมการและกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ซึ่งได้รับการสรรหามาตามหลักเกณฑ์และวิธีการของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 พ้นจากตำแหน่งทั้งคณะโดยทันที และจัดให้มีการสรรหาคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติใหม่ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ เพื่อประโยชน์ของประเทศโดยรวมในการแก้ไขปัญหาสถานะและความน่าเชื่อถือของ คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติและกระบวนการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของ ประเทศไทย เมื่อพิจารณาความมุ่งหมายของกฎหมายและบทบัญญัติมาตรา 60 แล้วเห็นได้ว่า หลักเกณฑ์เกี่ยวกับกระบวนการสรรหาคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน แห่งชาติตามที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ได้แก้ไขปรับปรุงให้สอดคล้องกับ หลักการปารีส และให้กระบวนการสรรหาคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติชุดใหม่ เริ่มต้นตั้งแต่ในวาระเริ่มแรกที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับเป็นไป เพื่อให้วัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้บรรลุผล จึงมีความจำเป็นต้องกำหนดให้ประธานกรรมการและกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ชุดเดิมต้องพ้นจากตำแหน่งนับแต่วันที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ใช้บังคับ แต่ยังคงปฏิบัติหน้าที่ต่อไปจนกว่าประธานกรรมการและกรรมการสิทธิมนุษยชน แห่งชาติที่แต่งตั้งขึ้นใหม่จะเข้ารับหน้าที่ เพื่อให้องค์กรคณะกรรมการสิทธิมนุษยชน แห่งชาติสามารถปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้อย่างต่อเนื่อง มิให้เกิดช่องว่างอันส่งผลต่อการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรต้องหยุดชะงัก กรณีจึงสอดคล้องกับหลักความจำเป็น เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติ และไม่ถือว่าเป็น การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. 2560 มาตรา 60 วรรคหนึ่งและวรรคสอง ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 มาตรา 26 และ มาตรา 27

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ทั้งสามคำวินิจฉัยดังกล่าวข้างต้นสามารถ สรุปรูปเป็นบรรทัดฐานคดีรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญที่รับรอง สถานะของบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งตามรัฐธรรมนูญฉบับเดิม ให้คงอยู่ปฏิบัติหน้าที่ต่อไป ในวันที่รัฐธรรมนูญฉบับใหม่มีผลใช้บังคับได้ว่า

บทเฉพาะกาลที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญที่เป็นบทบัญญัติยกเว้นเนื้อหาในรัฐธรรมนูญ เป็นบทบัญญัติที่จำเป็นต้องมีขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาในช่วงเปลี่ยนผ่านระหว่างการบังคับใช้รัฐธรรมนูญฉบับก่อนกับฉบับปัจจุบัน ให้เป็นไปอย่างราบรื่นและเหมาะสมกับสภาพบ้านเมืองในระยะเริ่มแรก รวมทั้งเพื่อให้องค์กรที่ก่อตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญสามารถปฏิบัติหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติต่อไปได้อย่างต่อเนื่อง โดยมีให้เกิดช่องว่างอันจะส่งผลต่อการปฏิบัติหน้าที่ที่ต้องหยุดชะงักจนกว่ากลไกที่กำหนดขึ้นใหม่หรือใช้บังคับนั้นมีความพร้อมหรือสามารถดำเนินการได้ แล้วแต่กรณี หลักการนี้ได้มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 273 วรรคหนึ่ง ซึ่งการรับรองสถานะของบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งกำหนดไว้เป็นสองช่วงเวลา กล่าวคือ ช่วงที่ยังไม่มีพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ การพ้นจากตำแหน่งของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ และผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ย่อมเป็นไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หรือกฎหมายที่เกี่ยวข้อง และช่วงที่มีพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ประกาศใช้บังคับแล้ว การดำรงตำแหน่งต่อไปเพียงใด ย่อมเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ถือได้ว่ารัฐธรรมนูญได้มอบอำนาจให้สภานิติบัญญัติแห่งชาติเป็นผู้พิจารณากำหนดการดำรงตำแหน่งต่อไปของผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว โดยรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติเรื่องระยะเวลาในการปฏิบัติหน้าที่ต่อไป หรือการพ้นจากตำแหน่ง รวมถึงเหตุยกเว้นคุณสมบัติไว้แต่อย่างใด ซึ่งการจะกำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวดำรงตำแหน่งต่อไปเพียงใดนั้น อาจกำหนดได้หลายรูปแบบ เช่น ให้ผู้ดำรงตำแหน่งนั้นดำรงตำแหน่งต่อไปจนกว่าจะครบวาระตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หรือให้เฉพาะผู้ดำรงตำแหน่งที่มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติดำรงตำแหน่งต่อไปได้ หรือให้ผู้ดำรงตำแหน่งนั้นพ้นจากตำแหน่งทั้งหมด ทั้งนี้ การจะกำหนดในรูปแบบใดจะต้องคำนึงถึงเหตุผล ความจำเป็นและความเหมาะสมทั้งในเรื่ององค์ประกอบหน้าที่และอำนาจของแต่ละองค์กร และเป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

3. บทสรุป

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 913/2536 ได้วางบรรทัดฐานในคดีรัฐธรรมนูญว่าศาลมีอำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประกาศหรือคำสั่งของ

คณะรัฐประหาร โดยศาลฎีกาอาศัยอำนาจตามหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่า ศาลมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี จึงมีอำนาจหน้าที่พิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดจะใช้บังคับแก่คดีได้หรือไม่เพียงใด ศาลย่อมมีอำนาจวินิจฉัยว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ๆ ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ด้วย และศาลฎีกาได้นำประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยในเนื้อหาคดีว่า ประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและใช้บังคับไม่ได้ ถึงแม้ว่าจะมีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวตามรัฐธรรมนูญการปกครองแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 บัญญัติรับรองความชอบด้วยกฎหมายของประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหาร และแม้ว่าจะมีบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญฉบับถาวรตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 บัญญัติให้ประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารมีผลใช้บังคับได้โดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่ศาลฎีกาก็ได้วินิจฉัยว่า บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวดังกล่าว นั้น เป็นเพียงการรับรองโดยทั่วไปว่า ประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารมีผลให้ใช้บังคับได้เช่นกฎหมายเท่านั้น มิได้บัญญัติรับรองไปถึงว่าให้ใช้บังคับได้แม้เนื้อหาชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวดังกล่าว และเมื่อศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารชัดหรือแย้งและใช้บังคับไม่ได้ตามรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวแล้ว จึงไม่อาจนำบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญฉบับถาวรที่บัญญัติรับรองความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารมาบังคับใช้ได้อีก

การที่ศาลฎีกามีคำพิพากษาดังกล่าวข้างต้นทำให้มีการร่างบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราวและฉบับถาวรฉบับต่อมา มีบทบัญญัติที่รับรองความชอบด้วยกฎหมายและความชอบด้วยรัฐธรรมนูญที่รัดกุมยิ่งขึ้น แม้ว่าคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 5/2551 จะวินิจฉัยให้การรับรองความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกระทำของคณะรัฐประหารโดยให้เหตุผลว่าประกาศหรือคำสั่งของคณะรัฐประหารชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากได้รับการรับรองไว้โดยบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญว่าเป็นการกระทำที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่ต่อมามีคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2561 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 30/2563 ได้เปลี่ยนแปลงบรรทัดฐานคดีรัฐธรรมนูญเสียใหม่ว่า แม้จะมีบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองให้ประกาศและคำสั่งของคณะรัฐประหารชอบด้วยรัฐธรรมนูญและมีผลใช้บังคับโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญต่อไปก็ตาม แต่ศาลรัฐธรรมนูญย่อมมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

ของประกาศและคำสั่งดังกล่าวนั้น เป็นการยืนยันหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามหลักนิติธรรม (The Rule of Law)

สำหรับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2560 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2561 และคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 8/2562 ได้วางบรรทัดฐานเกี่ยวกับบทเฉพาะกาลรับรองสถานะของบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งตามรัฐธรรมนูญฉบับเดิมให้คงอยู่ปฏิบัติหน้าที่ต่อไปในวันที่รัฐธรรมนูญฉบับใหม่มีผลใช้บังคับนั้น เป็นไปตามบทเฉพาะกาลที่บัญญัติว่า การดำรงตำแหน่งต่อไปเพียงใด ย่อมเป็นไปตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ถือได้ว่ารัฐธรรมนูญได้มอบอำนาจให้ฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้พิจารณากำหนด จึงเป็นไปตามความมุ่งหมายของการมีบทเฉพาะกาล และเป็นกรณีที่ไม่แตกต่างกับการกำหนดบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญที่เป็นการยกเว้นไม่ใช้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในบางเรื่อง เช่น การกำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งตามรัฐธรรมนูญฉบับเดิมยังคงทำหน้าที่อยู่ต่อไปภายในระยะเวลาหนึ่ง เนื่องจากคุณสมบัติของผู้ดำรงตำแหน่งตามรัฐธรรมนูญฉบับเดิมมีบทบัญญัติบางประการไม่สอดคล้องกับคุณสมบัติของผู้ดำรงตำแหน่งตามรัฐธรรมนูญฉบับใหม่

ดัชนีค้นคำ

ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	23, 24, 25, 27, 30, 31, 32
ความชอบด้วยกฎหมาย	24, 25, 26, 27, 30, 31, 32, 47
ผู้ใช้อำนาจรัฐสภาสมัย	23, 32, 35, 38, 40
หลักกฎหมายทั่วไป	27, 28, 29, 47
หลักความเป็นกฎหมายสูงสุด	40, 48
หลักนิติธรรม	34, 37, 40, 43, 48

บรรณานุกรม

- จากรุวรรณ เสงตระกุล และคณะ. คู่มือแบบร่างกฎหมาย. กรุงเทพฯ : สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2551.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. กฎหมายมหาชน เล่ม 2 การแบ่งแยกกฎหมายมหาชน-เอกชน และพัฒนาการกฎหมายมหาชนในประเทศไทย. พิมพ์ครั้งที่ 3. กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2547.
- ปิยะธิดา วงศ์ศิริวัฒน์. ผลที่เกิดจากบทเฉพาะกาลต่อหลักความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ : ศึกษาเฉพาะกรณีบทเฉพาะกาลของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 พ.ศ. 2550 และ พ.ศ. 2560. วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีการศึกษา 2559.

การกระทำของรัฐบาล Acte de gouvernement
(คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550)

ฤทัย หงส์สิริ

ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด

คดีนี้ ผู้ฟ้องคดีทั้งห้าฟ้องว่า กระบวนการดำเนินการเพื่อลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น ชั้นตอนต่าง ๆ ที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งห้าได้กระทำมาแล้ว อันได้แก่ การรับฟังความคิดเห็นของประชาชนเกี่ยวกับผลกระทบของความตกลงดังกล่าวในด้านต่าง ๆ มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 (คณะรัฐมนตรี) ที่ให้เสนอร่างความตกลงดังกล่าวต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติเพื่อให้มีการเปิดอภิปรายทั่วไปในที่ประชุมของสภานิติบัญญัติแห่งชาติโดยไม่ลงมติตามมาตรา 12 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 และมติของผู้ฟ้องคดีที่ 4 เมื่อวันที่ 27 มีนาคม 2550 ที่เห็นชอบให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 5 (นายกรัฐมนตรี) และผู้แทนการเจรจา รวมถึงคณะบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการลงนามความตกลงดังกล่าวดำเนินการลงนามระหว่างวันที่ 2-4 เมษายน 2550 เป็นไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยมีคำขอให้ศาลปกครองพิพากษาหรือมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งห้าจัดให้มีการเริ่มต้นรับฟังความคิดเห็นของประชาชนกรณีความตกลงดังกล่าวตามกระบวนการของกฎหมายอย่างเคร่งครัด และให้การรับฟังความคิดเห็นของประชาชนเมื่อวันที่ 22 ธันวาคม 2549 เป็นโมฆะ ให้มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ที่ให้เสนอร่างความตกลงดังกล่าวต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติ เพื่อให้มีการอภิปรายทั่วไปในที่ประชุมของสภานิติบัญญัติแห่งชาติโดยไม่ลงมติเป็นโมฆะ ให้มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 เมื่อวันที่ 27 มีนาคม 2550 ที่เห็นชอบให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 5 และผู้แทนการเจรจา รวมถึงคณะบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการลงนามความตกลงดังกล่าว ดำเนินการลงนามระหว่างวันที่ 2-4 เมษายน 2550 เป็นโมฆะและให้ระงับการลงนามดังกล่าว และให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 5 ดำเนินการสอบสวนผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ) และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 (รองปลัดกระทรวงการต่างประเทศ) และบุคคลอื่นที่ร่วมกันกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับความตกลงดังกล่าว แต่เมื่อได้พิจารณาคำฟ้องโดยตลอดแล้วเห็นได้ว่า ผู้ฟ้องคดีทั้งห้ามีความประสงค์อันแท้จริงที่จะให้ศาลปกครองพิพากษาหรือมีคำสั่งว่า มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 เมื่อวันที่ 27 มีนาคม 2550 ที่เห็นชอบให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 5

และผู้แทนการเจรจา รวมตลอดถึงคณะบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการลงนามความตกลง
หุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น ดำเนินการลงนามระหว่างวันที่ 2-4 เมษายน 2550
เป็นโมฆะ และให้ระงับการลงนามความตกลงดังกล่าว เพื่อจะได้เริ่มต้นกระบวนการเกี่ยวกับ
ความตกลงดังกล่าวใหม่

ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า คณะรัฐมนตรี (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4)
เป็นคณะบุคคล ซึ่งรัฐธรรมนูญอันได้แก่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว)
พุทธศักราช 2549 และประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตย
อันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข กำหนดให้เป็นผู้ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐ
โดยอำนาจทางบริหารของรัฐที่ผู้ถูกฟ้องคดีใช้กระทำการต่าง ๆ นั้น อาจมีแหล่งที่มา
จากพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติหรือ
จากรัฐธรรมนูญก็ได้ ในกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตาม
พระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ กระทำการ
ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด เพื่อให้การดำเนินกิจการทาง
ปกครองตามที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดบรรลุผล ถือได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 เป็น
“เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและ
วิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และคดีพิพาทอันเนื่องมาจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดี
ที่ 4 ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับ
ดังเช่นพระราชบัญญัติ ออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด หรือคดีพิพาทอันเนื่อง
มาจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ละเลยต่อหน้าที่ที่จะต้องใช้อำนาจทางบริหารของรัฐ
ตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติกระทำการ
ดังกล่าว หรือใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มี
ผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ กระทำการดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร ย่อมเป็น
คดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง
(1) (2) หรือ (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง
พ.ศ. 2542 แล้วแต่กรณี แต่ในกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตาม
รัฐธรรมนูญกระทำการใดๆ ไม่ว่าจะเป็นการกระทำในความสัมพันธ์กับรัฐสภาหรือ
การกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศก็ตาม ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 หาได้กระทำ
ในฐานะที่เป็น “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ตามนัยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้ง
ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ไม่ แต่กระทำในฐานะที่เป็น

“องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” และคดีพิพาทอันเนื่องมาจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการในความสัมพันธ์กับรัฐสภาหรือในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หรือคดีพิพาทอันเนื่องมาจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ละเลยต่อหน้าที่ที่จะต้องใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการดังกล่าว หรือใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการดังกล่าวซ้ำเกินสมควร ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

โดยที่ในการมีมติเมื่อวันที่ 27 มีนาคม 2550 เห็นชอบให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 5 และผู้แทนการเจรจา รวมถึงคณะบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น ดำเนินการลงนามระหว่างวันที่ 2-4 เมษายน 2550 นั้น เป็นกรณีที่ถูกฟ้องคดีที่ 4 ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ มิใช่กรณีที่ถูกฟ้องคดีที่ 4 ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ ออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นใด เพื่อให้การดำเนินกิจการทางปกครองตามที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดบรรลุผล คดีนี้จึงมิใช่คดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องคดีนี้ไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความนั้น ชอบแล้ว ศาลปกครองสูงสุดเห็นพ้องด้วย จึงมีคำสั่งยืนตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น

หมายเหตุ

คดีนี้ เป็นเรื่องที่ถูกฟ้องคดีทั้งห้าซึ่งมีทั้งมูลนิธิและเอกชน ไม่เห็นด้วยกับการที่รัฐบาลได้ไปเจรจาและลงนามความตกลงหุ้นส่วนเศรษฐกิจไทย-ญี่ปุ่น เนื่องจากเห็นว่า เป็นการกระทำที่ทำให้ประเทศไทยเสียหาย จึงนำคดีมาฟ้องเพื่อขอให้ศาลปกครองเพิกถอนมติคณะรัฐมนตรีที่เห็นชอบให้นายกรัฐมนตรีและผู้แทนการเจรจาไปลงนามความตกลงดังกล่าว และให้วินิจฉัยว่าการลงนามความตกลงดังกล่าวเป็นโมฆะ และให้ระงับการลงนามความตกลงดังกล่าว ซึ่งศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าเป็นกรณีที่ คณะรัฐมนตรีในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ จึงเป็นคดีที่ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ดังนั้น จะนำคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำดังกล่าว มาฟ้องต่อศาลปกครองไม่ได้

คดีนี้จึงแตกต่างจากคดีส่วนใหญ่ที่ผ่านมา ซึ่งศาลปกครองได้รับคำฟ้องคดีที่ฟ้องเพิกถอนมติคณะรัฐมนตรี โดยวินิจฉัยว่าคณะรัฐมนตรีเป็นคณะกรรมการซึ่งมีกฎหมายให้อำนาจในการออกกฎ คำสั่ง หรือมติใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อบุคคล จึงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542¹ และมติคณะรัฐมนตรีบางเรื่องมีฐานะเป็นกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่ทำให้บุคคลได้รับความเดือดร้อนเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้ และอาจนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองได้ โดยบางเรื่องเป็นการฟ้องเพิกถอนกฎ เช่น มติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ 21 เมษายน 2541 ที่เห็นชอบหลักเกณฑ์ของคณะกรรมการสงเคราะห์เกษตรกรที่ให้การช่วยเหลือเกษตรกรผู้ได้รับผลกระทบจากการสร้างเขื่อนซึ่งได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการกลาง สามารถนำไปใช้ได้กับทุก ๆ เขื่อน² บางเรื่องเป็นการฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง เช่น มติที่ให้ถอดถอนหรือให้กรรมการรัฐวิสาหกิจพ้นจากตำแหน่งก่อนครบวาระ³ เป็นต้น โดยอาจฟ้องเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) หรือเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

อย่างไรก็ตาม คำวินิจฉัยในคดีนี้ก็สอดคล้องกับแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด⁴ ที่ผ่านมาในคดีที่ฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 โดยศาลวินิจฉัยว่า คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่จะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง หมายถึงคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นเพื่อเป็นกลไกในการบริหารราชการแผ่นดินตามปกติหรือเพื่อกำหนดการอันจำเป็นแก่การดำเนิน

¹ มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้...

“เจ้าหน้าที่ของรัฐ” หมายความว่า... (2) คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท คณะกรรมการหรือบุคคลซึ่งมีกฎหมายให้อำนาจในการออกกฎ คำสั่ง หรือมติใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อบุคคล...

² คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 10/2549

³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 286/2547 มติคณะรัฐมนตรีให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองพ้นจากตำแหน่งกรรมการท่าอากาศยานแห่งประเทศไทย และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 794/2551 มติคณะรัฐมนตรีให้ประธานกรรมการและกรรมการองค์การเภสัชกรรมพ้นจากตำแหน่งก่อนถึงวาระ

⁴ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 45/2549

กิจการทางปกครองตามที่พระราชบัญญัติต่าง ๆ กำหนด เช่น พระราชกฤษฎีกากำหนดที่ดินให้เป็นอุทยานแห่งชาติ พระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2548 หรือพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2548 แต่พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่นั้นหาได้ตรารขึ้นเพื่อเป็นกลไกในการบริหารราชการแผ่นดินตามปกติหรือเพื่อกำหนดการอันจำเป็นแก่การดำเนินกิจการทางปกครองตามที่พระราชบัญญัติต่าง ๆ กำหนดไม่ หากแต่เป็นกลไกในการถ่วงดุลอำนาจระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติในการปกครองระบอบประชาธิปไตยตามระบอบรัฐธรรมนูญ คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 จึงไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะพิจารณาพิพากษาได้⁵ และแม้ผู้ฟ้องคดีจะฟ้องคดีโดยมีคำขอให้เพิกถอนพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 เฉพาะในส่วนที่กำหนดวันเลือกตั้งในวันที่ 2 เมษายน 2549 เท่านั้นก็ตาม แต่พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 ทั้งในส่วนที่กำหนดให้ยุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่ และในส่วนที่ให้เลือกตั้งทั่วไปในวันที่ 2 เมษายน 2549 ไม่อาจแยกออกจากกันได้ เพราะหากพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 ไม่มีข้อความกำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการเลือกตั้งทั่วไปเลย พระราชกฤษฎีกานี้ก็ใช้บังคับมิได้และต้องถือเสมือนหนึ่งว่ามีได้มีการยุบสภาผู้แทนราษฎร คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 ทั้งฉบับหรือเฉพาะแต่ส่วนใดส่วนหนึ่ง จึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองทั้งสิ้น⁶

⁵ ซึ่งก็เป็นไปในแนวทางเดียวกับคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดในคดีหมายเลขดำที่ พ. 3/2549 และคดีหมายเลขแดงที่ พ. 5/2549

⁶ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 28/2549, ที่ พ. 29/2549 และที่ พ. 30/2549 วินิจฉัยทำนองเดียวกัน และต่อมา เมื่อมีการตราพระราชกฤษฎีกาแก้ไขวันเลือกตั้ง ศาลก็ได้วินิจฉัยในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 36/2549 และที่ พ. 39/2549 ว่า แม้จะเป็นการฟ้องเพิกถอนพระราชกฤษฎีกาแก้ไขเพิ่มเติมพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 ในส่วนที่กำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่ แต่ในทางกฎหมายยังถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

คำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 นี้ จึงเป็นการวางบรรทัดฐานของลักษณะคดีเกี่ยวกับการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารที่อยู่หรือไม่อยู่ในการควบคุมหรือตรวจสอบของศาลปกครอง โดยแยกเป็น 2 ประเภท ประเภทหนึ่ง ได้แก่คดีพิพาทอันเนื่องมาจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีผลใช้บังคับดังเช่นพระราชบัญญัติ ออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการซึ่งอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง และอีกประเภทหนึ่ง ได้แก่คดีพิพาทอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการซึ่งไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง คดีประเภทหลังนี้อาจเกิดจากการใช้อำนาจทางบริหารใน 2 กลุ่มใหญ่ ๆ กลุ่มแรก ได้แก่ การใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการในความสัมพันธ์กับรัฐสภา และกลุ่มที่สอง ได้แก่ การใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ และเหตุที่ทำให้การกระทำดังกล่าวไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองก็เนื่องจากผู้กระทำไม่ใช่ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ที่ใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ในส่วนของศาลรัฐธรรมนูญ ก็ได้มีคำวินิจฉัยที่ 9/2549 เกี่ยวกับการตราพระราชกฤษฎีกายุบสภา กรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 198 กรณีการดำเนินการของคณะกรรมการเลือกตั้งเกี่ยวกับการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไป ตั้งแต่วันที่ 2 เมษายน 2549 จนถึงปัจจุบัน มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยศาลเห็นว่า พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 ได้ตราขึ้นและมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2549 โดยนายกรัฐมนตรีได้กราบบังคมทูลฯ เหตุแห่งการตราพระราชกฤษฎีกาและบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกา คือ มาตรา 116 และมาตรา 221 โดยมาตรา 116 บัญญัติพระราชอำนาจในการยุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่ โดยให้กระทำเป็นพระราชกฤษฎีกา ซึ่งต้องกำหนดวันเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่เป็นการเลือกตั้งทั่วไป ส่วนมาตรา 221 บัญญัติถึงพระราชอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกา พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 จึงประกอบด้วยบทบัญญัติที่เป็นสาระสำคัญสองส่วน คือ ส่วนที่หนึ่ง มาตรา 3

บัญญัติให้ยุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรใหม่ และส่วนที่สอง มาตรา 4 กำหนดให้มีการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเป็นการทั่วไป ในวันที่ 2 เมษายน 2549 บทบัญญัติในส่วนที่หนึ่งที่ให้ยุบสภาผู้แทนราษฎร นั้น การยุบสภาเป็นการกระทำของรัฐบาล โดยนายกรัฐมนตรีซึ่งเป็นหัวหน้าของฝ่ายบริหาร เป็นผู้ถวายคำแนะนำพระมหากษัตริย์เพื่อทรงยุบสภาผู้แทนราษฎร เป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยแท้ที่กำหนดไว้ในระบบรัฐสภา เพื่อให้ฝ่ายบริหารถ่วงดุลหรือคานอำนาจกับฝ่ายนิติบัญญัติ เป็นเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างรัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติกับรัฐบาลซึ่งเป็นฝ่ายบริหาร จึงเป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหารอย่างแท้จริง ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบการใช้อำนาจโดยศาลซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายตุลาการ โดยในคำวินิจฉัยนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยโดยอ้างอิงถึงหลักของกฎหมายต่างประเทศว่า พระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2549 ในส่วนที่หนึ่งที่ให้ยุบสภาผู้แทนราษฎร นั้น เป็นการกระทำของรัฐบาล จึงไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบการใช้อำนาจโดยศาลซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายตุลาการ⁷ โดยไม่ได้วินิจฉัยจำกัดว่าเป็น ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง หรือแม้กระทั่งศาลรัฐธรรมนูญเอง

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดเหล่านี้และคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 จึงมีผลเป็นการยอมรับว่า ในกฎหมายไทยมีคดียุติการกระทำของฝ่ายบริหารบางประเภทที่ศาลไม่มีอำนาจตรวจสอบได้ คือ ไม่อาจนำมาฟ้องศาลได้ โดยศาลรัฐธรรมนูญได้อ้างถึงทฤษฎีกฎหมายของต่างประเทศเรื่อง “การกระทำของรัฐบาล” ซึ่งน่าจะเป็นครั้งแรกที่ศาลไทยได้หยิบยกหลักเรื่องการกระทำของรัฐบาลขึ้นวินิจฉัยในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 นี้ จึงมีประเด็นที่น่าคิดว่า เพราะเหตุใดก่อนที่มีการจัดตั้งศาลปกครอง ศาลรัฐธรรมนูญ และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ศาลฎีกา ศาลไม่เคยหยิบยกหลักนี้ขึ้นมาใช้ในการวินิจฉัยคดีเลย หรืออาจเป็นเพราะไม่มีการฟ้องคดีเกี่ยวกับการกระทำประเภทนี้ต่อศาล

⁷ โปรตดู ความเห็นส่วนบุคคลของนายพันล เสงเจริญ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ ที่เห็นว่า การตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรเป็นการกระทำทางฝ่ายบริหารในฐานะของรัฐบาลที่ใช้อำนาจบริหารตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 116 ซึ่งเป็นการกระทำที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลหรือฝ่ายบริหารกับสภาผู้แทนราษฎรอันเป็นฝ่ายนิติบัญญัติตามทฤษฎีว่าด้วยการกระทำของรัฐบาล (Theory of Acts of Government) ซึ่งการกระทำของรัฐบาลอยู่ในการควบคุมทางการเมือง โดยองค์กรและกระบวนการทางการเมือง จึงอยู่นอกเหนือการตรวจสอบขององค์กรตุลาการ

เหตุผลหลักประการหนึ่งคงเนื่องจากศาลฎีกาไม่มีความจำเป็นที่ต้องอ้างทฤษฎีดังกล่าวมาใช้ในการวินิจฉัยคดี เพราะการฟ้องคดีในประเทศไทยที่ศาลยุติธรรม ไม่ว่าจะเป็คดีแพ่งทั่วไปหรือคดีที่มีลักษณะเป็นคดีปกครอง ย่อมอยู่ภายใต้หลักเกณฑ์ของมาตรา 55 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง⁸ คือ การจะนำคดีมาฟ้องศาลได้นั้นต้องเป็นกรณีที่มีการโต้แย้งสิทธิหรือหน้าที่ตามกฎหมาย หรือเป็นกรณีที่ต้องใช้สิทธิทางศาล ทำให้เอกชนไม่อาจนำคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำประเภนี้มาฟ้องต่อศาลยุติธรรมได้ โดยศาลไม่จำต้องอ้างทฤษฎีกฎหมายเรื่องการกระทำของรัฐบาลมาใช้ในการวินิจฉัย เนื่องจากการใช้อำนาจรัฐที่ถือว่าเป็นการกระทำของรัฐบาล ไม่ว่าจะเป็นการเจรจาหรือลงนามในสนธิสัญญา การเสนอร่างกฎหมายของรัฐบาล การตราพระราชกฤษฎีกาเปิดหรือปิดสมัยประชุมสภา มักจะไม่มีผลเป็นการโต้แย้งสิทธิและหน้าที่ของบุคคลโดยตรง เอกชนจึงไม่อาจนำคดีมาฟ้องต่อศาลยุติธรรมได้

อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติก็เคยมีการนำคดีเกี่ยวกับการกระทำประเภนี้มาฟ้องต่อศาลยุติธรรม เช่น ในคำพิพากษาฎีกาที่ 724/2490 ที่เป็นเรื่องการกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศในการประกาศสงครามกับประเทศอื่น คดีนี้โจทก์ยื่นฟ้องรัฐบาลของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว โดยอธิบดีกรมอัยการ อ้างว่าการที่รัฐบาลไทยร่วมเป็นพันธมิตรกับประเทศญี่ปุ่น และประกาศสงครามกับอังกฤษ อเมริกา และกองกำลังสหประชาชาติ เป็นเหตุให้กองกำลังทหารฝ่ายพันธมิตรเข้ามาทำลายทรัพย์สินของโจทก์ได้รับความเสียหายโดยไมควร และไม่ชอบจากการกระทำของรัฐบาล เป็นการกระทำละเมิด ขอให้ศาลบังคับให้ใช้ค่าสินไหมทดแทนสำหรับเรือนเช่าหนึ่งหลัง เป็นเงิน 35,000 บาท ในคดีนี้ ศาลฎีกาได้พิพากษายืนตามคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ที่ไม่รับฟ้องไว้พิจารณา โดยเหตุผลว่าผู้ที่จะฟ้องหรือถูกฟ้องเป็นจำเลย

⁸ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 55

เมื่อมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้น เกี่ยวกับสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลใดตามกฎหมายแพ่ง หรือบุคคลใดจะต้องใช้สิทธิทางศาล บุคคลนั้นขอที่จะเสนอคดีของตนต่อศาลส่วนแพ่งที่มีเขตอำนาจได้ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายแพ่งและประมวลกฎหมายนี้

กรณีจึงต่างจากการฟ้องคดีต่อศาลปกครองซึ่งใช้หลักเกณฑ์การฟ้องคดีอย่างกว้างตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยต้องพิจารณาว่า ผู้ฟ้องคดี เป็น “ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้” หรือไม่ ซึ่งไม่จำกัดถึงขั้นถูกโต้แย้งสิทธิหน้าที่ตามกฎหมาย ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 55 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

ในโรตศาลนั้นจะต้องเป็นบุคคล ซึ่งมีอยู่ 2 ชนิด คือ บุคคลธรรมดาและนิติบุคคล แต่ที่จะเป็นนิติบุคคลได้ ก็แต่ด้วยอาศัยอำนาจแห่งบทบัญญัติทั้งหลายของกฎหมาย ฉะนั้นคำว่า รัฐบาล จึงไม่เป็นนิติบุคคลตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และตามกฎหมายอื่นก็ไม่ปรากฏว่าได้มีบทบัญญัติใดที่ได้บัญญัติให้รัฐบาลเป็นนิติบุคคล จึงไม่อาจเป็นคู่ความหรือถูกฟ้องเป็นจำเลยต่อศาลได้ หรือในคดีที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจทางบริหารกระทำการในความสัมพันธ์กับรัฐสภา เช่น ในคำพิพากษาฎีกาที่ 103/2521 ที่โจทก์ฟ้องว่า คณะรัฐมนตรีกับพวกได้ดำเนินการตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้มีการเลือกตั้งทั่วไป การนำร่างพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวขึ้นทูลเกล้า ฯ นั้น มิได้กระทำโดยคณะรัฐมนตรี และมีได้รับความยินยอมจากสภาผู้แทนราษฎร จึงไม่มีผลใช้บังคับได้และเป็นโมฆะ ขอให้พิพากษาว่าสภาผู้แทนราษฎรซึ่งประกอบด้วยสมาชิกผู้ได้รับเลือกตั้ง และคณะรัฐมนตรีซึ่งจัดตั้งขึ้นเป็นโมฆะ ให้หยุดดำเนินการโดยมอบหมายหน้าที่การงานให้รัฐบาลชุดเดิมซึ่งชอบด้วยกฎหมายรับกลับคืนไป ศาลชั้นต้นเห็นว่าคดีของโจทก์ไม่มีมูลที่จะฟ้องร้อง จึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องของโจทก์ ศาลอุทธรณ์พิพากษายืน ศาลฎีกาเห็นว่า เนื่องจากต่อมาคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินได้เข้ายึดอำนาจการปกครองประเทศและได้มีคำสั่งให้รัฐธรรมนูญสิ้นสุดลง ให้รัฐสภาและคณะรัฐมนตรีสิ้นสุดลงพร้อมกับรัฐธรรมนูญ ต่อมาวันที่ 20 ตุลาคม 2520 คณะปฏิวัติยึดอำนาจการปกครองประเทศ และเมื่อวันที่ 9 พฤศจิกายน 2520 ได้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้า ฯ ให้ใช้รัฐธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พุทธศักราช 2520 ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดว่าด้วยการปกครองประเทศแล้ว ดังนั้น คำฟ้องของโจทก์ไม่อยู่ในวิสัยที่จะบังคับได้ จึงไม่มีประโยชน์ที่จะวินิจฉัยฎีกาของโจทก์ต่อไป ศาลฎีกามีคำสั่งจำหน่ายคดี

จากคำพิพากษาฎีกาททั้งสองเรื่องนี้ ก็ยังไม่อาจสรุปโดยชัดเจนได้ว่าต่อไปศาลยุติธรรมจะรับคำฟ้องของโจทก์ในเรื่องเหล่านี้ไว้พิจารณาหรือไม่ โดยในคดีแรกศาลฎีกาพิพากษายืนไม่รับคำฟ้องของโจทก์ไว้พิจารณา เพราะเหตุที่รัฐบาลไม่ใช่นิติบุคคล ไม่อาจถูกฟ้องต่อศาลได้ และคดีที่สอง ศาลฎีกาได้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความเพราะเหตุที่รัฐสภาและคณะรัฐมนตรีสิ้นสุดลงแล้ว จึงไม่มีประโยชน์ที่จะวินิจฉัยต่อไป จึงมีปัญหาว่า หากไม่ติดปัญหาเทคนิคทางกฎหมายเรื่องการเป็นนิติบุคคลหรือเป็นคู่ความ หรือคณะปฏิวัติไม่ได้ยึดอำนาจการปกครองประเทศก่อนที่ศาลฎีกาจะพิพากษาแล้ว ศาลยุติธรรมจะรับฟ้องคดีเหล่านี้ไว้พิจารณาพิพากษาได้หรือไม่

ด้วยหลักกฎหมายใด หรือจะวินิจฉัยโดยอ้างทฤษฎีเรื่องการทำของรัฐบาล เช่นเดียวกับศาลรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ตาม แนวคิดเรื่องการทำของรัฐบาลนี้ยังคงเห็นได้ในกฎหมายไทย บางฉบับ เช่น ในพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ซึ่งได้บัญญัติให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ซึ่งเป็นคณะกรรมการกฤษฎีกาประเภทหนึ่ง ให้มีอำนาจหน้าที่ตามมาตรา 7 (2) อันรวมถึงการวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ตามบทบัญญัติ แห่งพระราชบัญญัตินี้ และการพิจารณาวินิจฉัยอุทธรณ์คำวินิจฉัยของคณะกรรมการ ที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายอื่นในปัญหาข้อกฎหมาย⁹ เพื่อเป็นการเตรียมรับการจัดตั้ง ศาลปกครอง ประกอบกับเรื่องราวร้องทุกข์เป็นที่มาของคดีปกครอง¹⁰ โดยมาตรา 19 ได้บัญญัติถึงลักษณะของเรื่องร้องทุกข์ที่คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์จะรับไว้ พิจารณาได้ และมาตรา 20 ได้จำกัดอำนาจของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ไว้ ไม่ให้พิจารณาเรื่องร้องทุกข์บางประเภท โดยมาตรา 20 (1) ได้บัญญัติยกเว้นใน “เรื่องร้องทุกข์ที่มีลักษณะเป็นไปทางนโยบายโดยตรง ซึ่งรัฐบาลต้องรับผิดชอบต่อ รัฐสภา” ไว้ ซึ่งข้อยกเว้นนี้ก็จะครอบคลุมไปถึงการทำของฝ่ายบริหารบางเรื่อง ที่ผู้ร่างกฎหมายเห็นว่าไม่ควรอยู่ภายใต้การตรวจสอบขององค์กรวินิจฉัยข้อพิพาททาง ปกครอง ไม่ว่าจะเป็นคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์หรือแม้กระทั่งศาล¹¹ หลังจากนั้น เมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวก็ได้บัญญัติยกเว้นไม่ให้นำพระราชบัญญัตินี้ไปใช้บังคับ แก่... (3) การพิจารณาของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีในงานทางนโยบายโดยตรง... (6) การดำเนินงานเกี่ยวกับนโยบายการต่างประเทศ... ซึ่งนักกฎหมายไทยบางท่าน

⁹ พระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 มาตรา 7 (2) (ก) และ (ค)

¹⁰ หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 ระบุเหตุผลในการประกาศใช้ พระราชบัญญัตินี้ว่า โดยที่กฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ตราขึ้นไว้ตั้งแต่ พ.ศ. 2476 บทบัญญัติต่าง ๆ จึงล้าสมัยไม่สะดวกแก่การปฏิบัติราชการ และรัฐบาลมีนโยบายจัดตั้งศาลปกครอง ซึ่งกระทรวงยุติธรรมกำลังจัดทำอยู่ในขณะนี้ ฉะนั้น จึงมีความจำเป็นต้องเตรียมรับการจัดตั้ง ศาลปกครอง ประกอบกับโดยที่เรื่องราวร้องทุกข์เป็นที่มาของคดีปกครอง...

¹¹ ออมร จันทรมบูรณ ได้ให้ความเห็นว่า ยังมีหลักบางประการที่ได้รับยกเว้นจากการควบคุมของศาล (ศาลยุติธรรมหรือศาลปกครอง) คือ หลักว่าด้วยการกระทำของรัฐ (Act of State) ของประเทศกลุ่ม แองโกลแซ็กซอน และหลักการกระทำของรัฐบาล (Act of Government) ของประเทศกลุ่ม ประมวลกฎหมาย (อมร จันทรมบูรณ, “เราควรมีสศาลปกครองหรือยัง,” *วารสารนิติศาสตร์* 2, ฉ.4 (2514) : 25.

เห็นว่า งานทางนโยบายคืองานที่ในกฎหมายต่างประเทศเรียกกันว่าการกระทำทางการเมือง (political act) ซึ่งเป็นการปฏิบัติหน้าที่ที่ไม่อาจนำกฎหมายมาเป็นเครื่องวัดความรับผิดชอบได้ โดยปกติจะเป็นงานด้านนโยบาย รวมทั้งงานประเภทซึ่งหากผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองปฏิบัติไม่เหมาะสม ก็ต้องรับผิดชอบต่อรัฐสภาที่อาจทำให้ถูกอภิปรายไม่ไว้วางใจในที่สุด ส่วนการต่างประเทศเป็นความหมายในแง่มนูหนึ่งของการกระทำทางการเมือง (political act หรือ acte de gouvernement) ซึ่ง acte de gouvernement (การกระทำของรัฐบาล) ก็เป็นประเภทย่อยหนึ่งของการกระทำทางการเมือง (actes politiques) (ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, 2540: 172-173)

ในต่างประเทศ หลักเรื่อง “การกระทำของรัฐบาล” (Acte de gouvernement) ก็เป็นทฤษฎีกฎหมายที่ใช้แพร่หลายในประเทศต่าง ๆ เช่น ประเทศฝรั่งเศส ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส (Conseil d’Etat) อ้างหลักดังกล่าวเพื่อกำกัต์อำนาจศาลในการควบคุมหรือตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหารบางประเภท โดยศาลจะปฏิเสธไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาในคดีที่ฟ้องการกระทำของฝ่ายบริหารนั้น แต่เดิมศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสจะไม่ตรวจสอบการกระทำของฝ่ายบริหารที่อ้างว่าเป็นเรื่องนโยบายหรือที่มีเหตุผลทางการเมือง โดยอ้างทฤษฎีเรื่องการกระทำที่มีเหตุจูงใจหรือเหตุผลทางการเมือง (la théorie de mobile politique) แต่หลังจากคดี Prince Napoléon¹² ซึ่งรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องได้อ้างว่าการกระทำดังกล่าวเป็นเรื่องนโยบายหรือเป็นเรื่องที่มีเหตุผลทางการเมือง ศาลจึงไม่อาจรับคำฟ้องไว้พิจารณาได้ แต่ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสได้รับคำฟ้องคดีนี้ไว้พิจารณาและวินิจฉัยในประเด็นเนื้อหาแห่งคดีให้ยกฟ้อง อันเป็นการ

¹² Prince Napoléon, Rec. 155 (CE 19 févr. 1875) คดีนี้เป็นกรณีของเจ้าชาย Napoléon-Joseph Bonaparte ญาติของจักรพรรดินโปเลียนที่ 3 ที่ได้รับการแต่งตั้งโดยกฤษฎีกา ลงวันที่ 9 มีนาคม ค.ศ. 1854 ให้เป็นนายพล (général de division) ในสมัยจักรวรรดิที่ 2 ได้ฟ้องคดีต่อศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสเนื่องจากถูกขีดชื่อของตนออกจากทำเนียบนายพลในรายงานประจำปี (annuaire militaire) หลังจากการล่มสลายของจักรวรรดิที่ 2 ซึ่งนายเดวิด (David) ตุลาการผู้แถลงคดีในคดีนี้ได้แถลงการณ์ต่อศาลว่า แม้การกระทำของรัฐบาล โดยสภาพแล้ว จะเป็นเรื่องดุลพินิจของฝ่ายบริหาร ศาลก็ไม่อาจปล่อยให้ฝ่ายบริหารตีความขยายความได้ตามอำเภอใจ แต่ต้องจำกัดอยู่ในเรื่องที่ถูกกฎหมายเห็นว่าจำเป็นต้องให้อำนาจทั่วไปแก่ฝ่ายบริหาร ในการจำกัดสิทธิของเอกชนเพื่อประโยชน์ของรัฐที่สำคัญกว่า ดังนั้น การกระทำดังกล่าวจึงต้องมีลักษณะพิเศษที่จะเป็นเหตุให้ยกเว้นไม่ต้องอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาล ไม่ใช่เพียงแต่เพราะเป็นการกระทำของคณะรัฐมนตรีหรือสมาชิกในรัฐบาล หรือ เป็นการกระทำที่ได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี หรือกระทำโดยมีเหตุผลทางการเมือง เท่านั้น (Long, et al, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 19e éd., (Paris:Dalloz, 2013), 16-17.

แสดงให้เห็นว่าศาลปกครองฝรั่งเศสได้เลิกใช้ทฤษฎีเรื่องการกระทำที่มีเหตุฉุกเฉินหรือ เหตุผลทางการเมือง มาเป็นเหตุที่จะไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาอีกต่อไป หลังจากนั้น ศาลก็ได้มีคำวินิจฉัยต่อๆ มาจำกัดขอบเขตของการกระทำของฝ่ายบริหารที่ศาลไม่อาจ รับไว้พิจารณาหรือที่ถือว่าเป็นการกระทำของรัฐบาลลงเรื่อย ๆ จนปัจจุบันการกระทำ ที่ถือว่าเป็นการกระทำของรัฐบาลก็จำกัดลงเหลือเพียงการกระทำของฝ่ายบริหารใน 2 กลุ่มใหญ่ ๆ ได้แก่

1. การกระทำของฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์กับรัฐสภา เช่น การตรา กฎฎีกา (décret) ประกาศใช้กฎหมาย การตราฎีกาเปิดหรือปิดสมัยประชุมสภา คำสั่งของประธานาธิบดีที่แต่งตั้งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ คำสั่งของนายกรัฐมนตรี ที่ปฏิเสธในการยื่นคำขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยคดีโดยเร่งด่วน เป็นต้น

2. การกระทำของฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เช่น การกระทำที่เกี่ยวกับการเจรจาและการจัดทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศ การกระทำ ที่เกี่ยวกับการบังคับใช้สนธิสัญญาระหว่างประเทศ และการดำเนินนโยบายต่างประเทศ ที่ไม่เกี่ยวกับการปฏิบัติตามสนธิสัญญา เช่น การใช้อำนาจของผู้แทนฝรั่งเศส ในการ คัดค้านชาวฝรั่งเศสในต่างประเทศ คำสั่งปฏิเสธไม่ให้สมาชิกของคณะทูตต่างประเทศ พักอาศัยในประเทศฝรั่งเศส การตัดสินใจใช้กำลังทางทหารฝรั่งเศสในประเทศคอซอวอ (Kosovo) การอนุญาตให้เครื่องบินทหารอังกฤษและอเมริกาบินผ่านพรมแดนฝรั่งเศส เข้าปฏิบัติทางทหารที่ประเทศอิตาลี เป็นต้น รวมตลอดถึงการทำสงครามด้วย¹³

ส่วนสาธารณรัฐอิตาลีซึ่งเป็นประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมาย ได้ยอมรับ หลักเรื่องการกระทำของรัฐบาลไว้เช่นเดียวกับประเทศฝรั่งเศส โดยสภาแห่งรัฐหรือ ศาลปกครองสูงสุดอิตาลีและตำรากฎหมายเรียกการกระทำเหล่านี้ว่า L'atto politico และแม้มาตรา 113 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐอิตาลีจะได้บัญญัติ รับรองสิทธิของประชาชนในการใช้สิทธิทางศาลได้แม้การกระทำของหน่วยงาน ของรัฐไว้ก็ตาม แต่มาตรา 7 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความปกครอง ค.ศ. 2010 ได้บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่า การกระทำหรือการออกคำสั่งของรัฐบาลในการใช้อำนาจ ทางการเมือง ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ในส่วนของตำรา กฎหมายนั้นได้พิจารณาแยกการกระทำของรัฐบาลออกเป็น 2 ส่วน ส่วนที่หนึ่ง ได้แก่ การกระทำในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เช่น การที่ประเทศอิตาลีตัดสินใจ

¹³ Rivéro & Waline, *Droit administrative*, 20e éd., (Paris:Dalloz, 2004), 279-282.

ไม่ลงนามในอนุสัญญาเกี่ยวกับการสารภาพบาปที่แตกต่างจากการสารภาพบาปในศาสนาคริสต์นิกายโรมันคาทอลิก¹⁴ หรือการตัดสินใจที่จะเข้าร่วมข้อตกลงระหว่างประเทศกับสหรัฐอเมริกาในการจัดซื้อเครื่องบินรบ เป็นต้น ส่วนที่สอง ได้แก่ การกระทำในความความสัมพันธ์ภายในประเทศ เช่น การแต่งตั้งสมาชิกสภาควีน การแต่งตั้งสมาชิกวุฒิสภาตลอดชีพ (5 ตำแหน่ง) การเลือกตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ คำสั่งประธานาธิบดีที่เสนอให้มีการออกเสียงประชามติในเรื่องที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ (Referendum costituzionale) เป็นต้น ซึ่งศาลปกครองสูงสุดอิตาลีได้ใช้เกณฑ์ 2 ประการในการพิจารณาว่าเป็นการกระทำของรัฐบาลหรือไม่ ประการแรก คือ เกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นอัตวิสัย (Carattere Soggettivo) โดยพิจารณาจากตัวผู้กระทำหรือผู้ใช้อำนาจว่าเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร และประการที่สอง คือ เกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นภาวะวิสัย (Carattere Oggettivo) โดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการกระทำหรือการใช้อำนาจที่เป็นอิสระ ว่าผู้กระทำหรือผู้ใช้อำนาจมีอิสระในการใช้ดุลพินิจมากกว่าการกระทำทางปกครองที่จะถูกจำกัดด้วยวัตถุประสงค์หรือขอบเขตการใช้อำนาจให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือไม่¹⁵

นอกจากประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้ว หลักดังกล่าวยังใช้ในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายของประเทศแองโกลแซกซอนด้วย เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศอังกฤษ เพียงแต่อาจใช้ชื่อเรียกที่ต่างกัน เช่น ประเทศอเมริกาใช้คำว่า political questions¹⁶ ในขณะที่ประเทศอังกฤษใช้คำว่า “การกระทำของรัฐ” (Act of State) ซึ่งมีความหมายแคบกว่าทฤษฎีเรื่อง “การกระทำของรัฐบาล”

¹⁴ Guido DI MUCCIO, “Atti politici e intese tra lo Stato e le confessioni religiose non cattoliche,” *Federalismi.it*, n. 20/2013. <https://federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=23330> (สืบค้นเมื่อวันที่ 30 ตุลาคม 2565)

¹⁵ Francesco Caringella, *Compendio di diritto amministrativo*, 2 ed., (Roma: Dike Giuridica Editrice, 2010), 39.

¹⁶ เกียรติกร เจริญธนาวัฒน์ และคณะ, *การกระทำทางรัฐบาล: ศึกษากรณีเปรียบเทียบระหว่างประเทศไทย สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกาและอังกฤษ*, กรุงเทพฯ: บริษัท พีเพรส จำกัด, 2554), 235-236. ได้แก่ การกระทำของฝ่ายการเมืองและมีลักษณะของการกระทำทางนโยบายโดยแท้หรือเป็นเรื่องเกี่ยวกับการตรวจสอบการกระทำของประธานาธิบดี อันมีผลเป็นการจำกัดอำนาจขององค์กรตุลาการในการตรวจสอบการกระทำที่เป็นทางรัฐประศาสนนโยบาย ซึ่งศาลสูงเห็นว่าควรแก้ไขด้วยวิธีทางการเมือง เช่น การใช้อำนาจของประธานาธิบดีในการยกเลิกสนธิสัญญา จะต้องขอคำแนะนำและเห็นชอบจากวุฒิสภาหรือไม่ หรือในเรื่องการแบ่งเขตเลือกตั้งของมลรัฐ

(Acte de gouvernement) ตามกฎหมายฝรั่งเศส โดยการกระทำของรัฐมีเนื้อหาเน้นไปทางด้านการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ¹⁷ ซึ่งไม่รวมถึงการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารที่เกี่ยวกับความสัมพันธ์ทางการเมืองระหว่างรัฐบาลและรัฐสภา อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจรัฐในความสัมพันธ์ทางการเมืองระหว่างรัฐบาลและรัฐสภา เช่น การเปิดหรือปิดสมัยประชุมสภา การให้ความเห็นชอบร่างกฎหมาย การแต่งตั้งและถอดถอนรัฐมนตรี การพระราชทานเครื่องอิสริยาภรณ์ การทำสนธิสัญญากับรัฐอื่น เป็นต้น ก็ไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาลเช่นกัน โดยประเทศอังกฤษอ้างหลักกฎหมายจารีตประเพณีในเรื่องพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์โดยเฉพาะ (Crown prerogatives)¹⁸ ซึ่งเป็นเรื่องของกฎหมายคอมมอนลอว์ที่ศาลจะเป็นผู้พิจารณาขอบเขตของการใช้อำนาจดังกล่าว อนึ่งพระราชอำนาจดังกล่าวอาจถูกเปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกได้โดยกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภา¹⁹

โดยสรุป อาจกล่าวได้ว่า ในหลาย ๆ ประเทศไม่ว่าจะเป็นประเทศที่ใช้ระบบศาลเดี่ยวหรือศาลคู่ ศาลที่มีอำนาจในการพิจารณาคดีปกครองจะไม่รับพิจารณาพิพากษาหรือจำกัดอำนาจของตนเองในการควบคุมการกระทำหรือการใช้อำนาจบางอย่างของฝ่ายบริหารที่นักกฎหมายฝรั่งเศสเรียกว่า “การกระทำของรัฐบาล” โดยอาศัยหลักกฎหมายหรือเทคนิคทางกฎหมายที่อาจจะต่างกัน แต่มีผลทางกฎหมายคล้ายคลึงกัน เพื่อให้ฝ่ายบริหารมีอิสระตามสมควรในกิจการบางอย่างที่เป็นเรื่อง “นโยบาย” หรือเป็นเรื่องทางเมืองอย่างแท้จริงที่ศาลเห็นว่าศาลไม่ควรควบคุมหรือควรควบคุมโดยทางอื่น เช่น การควบคุมทางการเมืองโดยรัฐสภาหรือโดยประชาชนจะเหมาะสมกว่า²⁰ ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นไปตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ อันเป็น

¹⁷ อมร จันทสมบุรณ์, “เราควรจะมีศาลปกครองหรือยัง,” 22. ผู้เขียนให้ความเห็นว่า Act of State มีความหมายแคบกว่า Act of Government ของประเทศกลุ่มประมวลกฎหมาย เพราะมีความหมายในเรื่องความสัมพันธ์กับต่างประเทศเท่านั้น

¹⁸ H.W.R. Wade, *Administrative Law*, 5th ed., (Oxford: Clarendon Press, 1982), 213-215, 350-351.

¹⁹ Garner & Jones, *Administrative Law*, 6 ed. (London: Butterworth & Co (Publishers) Ltd., 1985), 12-13.

²⁰ ฤทัย หงส์ศิริ, *นิติกรรมทางปกครอง*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2547)

หลักการสำคัญในการปกครองในระบอบประชาธิปไตย²¹

ดังนั้น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 และคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2549 จึงมีความสำคัญ เพราะเป็นการยืนยันถึงการยอมรับหลักเรื่องการกระทำของรัฐบาลในกฎหมายไทย สอดคล้องกับวิวัฒนาการของกฎหมายไทย และกฎหมายของต่างประเทศ ทั้งยังเป็นหลักเกณฑ์ในการกำหนดขอบเขตหรือข้อจำกัดอำนาจของศาลปกครองไทยในการควบคุมตรวจสอบการกระทำหรือการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร²²

จากคำวินิจฉัยในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 นี้ การกระทำที่จะเป็น “การกระทำของรัฐบาล” ในทัศนะของศาลปกครองไทย จะต้องเป็นการกระทำหรือการใช้อำนาจรัฐของฝ่ายบริหารที่เข้าหลักเกณฑ์ 2 ประการ ได้แก่

1. เป็นการใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญกระทำการใด ๆ ในฐานะที่เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ เนื่องจากการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ เช่น คณะรัฐมนตรี อาจจะเป็นการใช้อำนาจทางปกครองตามพระราชบัญญัติหรือพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ หรืออาจจะเป็นการใช้อำนาจทางบริหารตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยตรงที่เป็นการกระทำของรัฐบาลก็ได้ ซึ่งการใช้อำนาจทางปกครองในกรณีแรกถือว่าเป็นการกระทำทางปกครองที่ยังอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง

2. เป็นการใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการเฉพาะใน 2 เรื่องใหญ่ ๆ คือ ในเรื่องความสัมพันธ์กับรัฐสภา หรือในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ โดยอำนาจของศาลในการตรวจสอบฝ่ายปกครองนั้นจะถูกจำกัดใน 2 เรื่องใหญ่ ๆ นี้ และเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ (พ.ศ. 2560) ก็อาจยกตัวอย่างของการกระทำของรัฐบาลตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญได้ ดังนี้

การใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการในความสัมพันธ์กับรัฐสภา เช่น การตราพระราชกฤษฎีกาเปิดหรือปิดสมัยประชุมสภา²³ การเสนอ

²¹ เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ และคณะ, *การกระทำทางรัฐบาล: ศึกษากรณีเปรียบเทียบระหว่างประเทศไทย สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกาและอังกฤษ*, V.

²² อย่างไรก็ตาม ในคดีต่อ ๆ มา ศาลปกครองสูงสุดได้ปรับใช้หลักดังกล่าวในลักษณะที่ยืดหยุ่น ไม่ได้เคร่งครัดตามตัวอักษรตามที่ระบุในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 (เช่น ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 283/2550)

²³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2560) มาตรา 122

ร่างกฎหมายของคณะรัฐมนตรีต่อสภาผู้แทนราษฎร²⁴ การตราพระราชกฤษฎีกายุบสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้มีการเลือกตั้งทั่วไป²⁵ การที่นายกรัฐมนตรีให้คำรับรองกรณีที่มาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนไม่น้อยกว่ายี่สิบคนเข้าชื่อเสนอร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงิน²⁶ การที่คณะรัฐมนตรีแถลงนโยบายต่อรัฐสภาโดยไม่มีการลงมติความไว้วางใจ²⁷ การที่นายกรัฐมนตรีแจ้งไปยังประธานรัฐสภาขอให้มีการเปิดอภิปรายทั่วไปในที่ประชุมร่วมกันของรัฐสภา ในกรณีที่มีปัญหาสำคัญเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดินที่คณะรัฐมนตรีเห็นสมควรจะฟังความคิดเห็นของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา²⁸ การที่คณะรัฐมนตรีขอให้มีการออกเสียงประชามติในเรื่องใดอันมิใช่เรื่องที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือเรื่องที่เกี่ยวข้องกับตัวบุคคลหรือคณะบุคคล²⁹ การให้รัฐมนตรีพ้นจากความเป็นรัฐมนตรีตามที่นายกรัฐมนตรีถวายคำแนะนำ³⁰

การใช้อำนาจทางบริหารของรัฐตามรัฐธรรมนูญกระทำการในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เช่น อำนาจในการประกาศสงครามเมื่อได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา³¹ อำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ³²

อย่างไรก็ตาม นักกฎหมายมหาชนบางท่านเห็นว่า การใช้เกณฑ์ 2 ประการคือ “องค์กร” ที่กระทำการ ต้องเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และการใช้อำนาจต้องเป็นการใช้อำนาจตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญนั้น ทำให้การตีความขอบเขตของการกระทำของรัฐบาลนั้นแคบไป และไม่สอดคล้องกับเกณฑ์ที่ใช้อยู่ในประเทศที่พัฒนาแล้ว ที่ใช้เกณฑ์ “ลักษณะของการกระทำ (la nature des actes) เป็นหลัก ซึ่งอาจเป็นการกระทำของประมุขของรัฐ หรือคณะรัฐมนตรีและสภานิติบัญญัติ หรือองค์กรหรือสถาบันที่มีอำนาจตามกฎหมายที่จะใช้อำนาจในฐานะ “รัฐบาล” หรือ

²⁴ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2560) มาตรา 133 และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 283/2550

²⁵ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2560) มาตรา 103

²⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2560) มาตรา 133 วรรคสอง

²⁷ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2560) มาตรา 162

²⁸ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2560) มาตรา 165

²⁹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2560) มาตรา 166

³⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2560) มาตรา 171

³¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2560) มาตรา 177 วรรคหนึ่ง

³² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2560) มาตรา 178 วรรคหนึ่ง

“รัฐ” ได้ ก็ได้ และการกระทำนั้นไม่จำเป็นต้องมีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญรับรองไว้ โดยเฉพาะเสมอไป³³

สำหรับเหตุผลว่าทำไมศาลจึงไม่สามารถตรวจสอบการกระทำเหล่านี้ของฝ่ายบริหารได้นั้น นักกฎหมายฝรั่งเศสก็มีทฤษฎีที่แตกต่างกัน ดังนี้

ทฤษฎีแรก คือ การกระทำของรัฐบาลนั้นไม่มีอยู่จริง หรือไม่จำเป็นต้องนำทฤษฎีเรื่อง “การกระทำของรัฐบาล” มาใช้ การที่ศาลไม่อาจควบคุมหรือตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำดังกล่าวได้นั้นก็เนื่องจากคดียุติภาพเกี่ยวกับการกระทำดังกล่าวไม่ใช่คดีปกครองโดยสภาพ เพราะการใช้อำนาจทางบริหารของรัฐในความสัมพันธ์กับรัฐสภานั้นเป็นการกระทำที่สืบเนื่องกับความสัมพันธ์กับรัฐสภา ซึ่งศาลปกครองไม่มีอำนาจควบคุมหรือตรวจสอบการกระทำหรือการใช้อำนาจของรัฐสภาได้อยู่แล้ว ส่วนการใช้อำนาจทางบริหารของรัฐในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศก็ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองอยู่แล้ว เนื่องจากศาลปกครองตรวจสอบเฉพาะการกระทำทางปกครองของหน่วยงานของรัฐ ไม่รวมถึงการกระทำของรัฐอื่นหรือองค์การระหว่างประเทศ³⁴ ดังนั้น คดีเกี่ยวกับการใช้อำนาจของ

³³ ออมร จันทรมบุญ, “คำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ถูกต้องหรือไม่?? (การกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว กรณีฟ้องขอเพิกถอนคำสั่งแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา ขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหาร)”, Public Law Net, <http://www.public-law.net/publaw/view.aspx?id=12๖๕>, สืบค้นเมื่อ ตุลาคม 2564. ผู้เขียนเห็นว่าเงื่อนไขหรือหลักการ 2 ประการ (“องค์กร” ที่กระทำการต้องเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และการใช้อำนาจขององค์กรฯ ต้องเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ) ที่เขียนไว้ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ 178/2550 (กรณี JTEPA) นั้น ได้ทำให้แนวการวินิจฉัยใน “เรื่อง” นี้ของศาลปกครองไทย ออกนอกกรอบของทฤษฎีว่าด้วย acte de gouvernement ของประเทศที่พัฒนาแล้ว ซึ่งจะขึ้นอยู่กับ “ลักษณะของการกระทำ-la nature des actes” มิได้ขึ้นกับผู้กระทำว่าต้องเป็น “องค์กร (ตามรัฐธรรมนูญ)” หรือเป็นองค์กรตามพระราชบัญญัติ และการใช้ “ลักษณะ (ของการกระทำ)” เป็นเกณฑ์ จะมีผลดังนี้ คือ ประการแรก เป็นการจำกัด “ผู้กระทำ” อยู่ในตัว เพราะองค์กรหรือสถาบันที่มีอำนาจตามกฎหมาย ที่จะใช้อำนาจในฐานะ “รัฐบาล” หรือ “รัฐ” ได้ มิได้มีทั้งองค์กร และที่เห็นกันอยู่ก็คือ ประมุขของรัฐ รัฐบาล (คณะรัฐมนตรี) กับสภานิติบัญญัติ และแม้แต่นายกรัฐมนตรีเองในฐานะ “นายกรัฐมนตรี” ก็จะไม่อำนาจทำการเป็น “รัฐบาล” หรือ “รัฐ” และถ้าถือตามแนวความคิดนี้ แม้แต่ประเทศที่ไม่มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร เช่น ประเทศอังกฤษ ก็สามารถใช้หลักการหรือทฤษฎีว่าด้วย act of state ได้ และประการที่สอง โดยนัยกลับกัน ถ้าองค์กรที่มีอำนาจทำการเป็น “รัฐบาล” หรือ “รัฐ” (ไม่ว่าจะเป็นประมุขของรัฐ หรือคณะรัฐมนตรีและสภานิติบัญญัติ) ได้กระทำการที่ไม่มีลักษณะเป็นการกระทำของรัฐบาล การกระทำนั้นก็จะอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครอง

³⁴ M. Virally, *L'introuvable acte de gouvernement*, RD Publ., 2004: 283.

ฝ่ายบริหารเหล่านี้ โดยสภาพแล้วจึงไม่ใช่คดีปกครอง หรือคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

ทฤษฎีที่สอง คือ การกระทำของรัฐบาลนั้น ความจริงแล้วคือการใช้ “อำนาจทางบริหาร” (*fonction gouvernementale*) ของฝ่ายบริหาร ไม่ใช่การใช้ “อำนาจทางปกครอง” จึงไม่อยู่ในอำนาจควบคุมตรวจสอบของศาลปกครอง³⁵ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญ³⁶ ข้างต้น ก็มีลักษณะการให้เหตุผลที่คล้ายคลึงกับทฤษฎีที่สองนี้ โดยวินิจฉัยว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการใช้อำนาจบริหารของฝ่ายบริหาร หรือเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารโดยแท้ จึงไม่ใช่การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองที่อยู่ในอำนาจตรวจสอบของศาลปกครอง

หลังจากศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยวางแนวบรรทัดฐานในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 แล้ว ศาลปกครองสูงสุดในคดีต่อ ๆ มา ก็ได้วินิจฉัยตามแนวบรรทัดฐานดังกล่าว เช่น การฟ้องคดีเกี่ยวกับการจัดทำร่างพระราชบัญญัติจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ. ว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าเป็นเรื่องของการดำเนินการเพื่อที่คณะรัฐมนตรีจะเสนอร่างพระราชบัญญัติตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และวินิจฉัยว่า “เป็นการกระทำของรัฐบาล” ที่ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งของศาลปกครอง³⁷ หรือการฟ้องคดีเกี่ยวกับ

³⁵ M. René Chapus อ้างถึงใน Rivéro & Waline, *Droit administratif*, 20e éd., (Paris: Dalloz, 2004), 284.

³⁶ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญไทยหลายท่านมีความเห็นทำนองเดียวกัน ดังปรากฏในคำวินิจฉัยส่วนตนว่าการกระทำของรัฐบาล เช่น การใช้อำนาจอัยสภเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร หรือเป็นเรื่องที่อยู่ในความรู้เห็นหรือการตัดสินใจของฝ่ายบริหารหรือนายกรัฐมนตรีโดยเฉพาะ จึงไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาล (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 123 ตอนที่ 71 ก 12 กรกฎาคม 2549 หน้า 69, 92, 203 และ 251)

³⁷ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 283/2550 คดีนี้ผู้ฟ้องคดีทั้งสี่ฟ้องว่า การดำเนินการเกี่ยวกับการจัดทำร่างพระราชบัญญัติจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ. ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่ไม่จัดทำประชาพิจารณ์ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นสาธารณะโดยวิธีประชาพิจารณ์ พ.ศ. 2539 ซึ่งเห็นได้ว่า การดำเนินการเหล่านั้นของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสี่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ถึงผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 ล้วนเป็นการเตรียมการเพื่อนำไปสู่การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 9 (คณะรัฐมนตรี) จะเสนอร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติ และการที่ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวจะมีผลใช้บังคับเป็นกฎหมายและมีผลกระทบต่อบุคคลทั่วไป อันรวมถึงผู้ฟ้องคดีทั้งสี่ได้นั้น ย่อมจะต้องผ่านกระบวนการทางนิติบัญญัติ ซึ่งอาจมีการแก้ไขเปลี่ยนแปลงความในบทบัญญัติไปจากร่างพระราชบัญญัติที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 9 เสนอดังนั้น จะเห็นได้ว่า ความเดือดร้อน

มติคณะรัฐมนตรีที่ไม่เห็นชอบร่างพระราชบัญญัติคืนทรัพย์สินบางส่วนที่ตกเป็นของรัฐ ตามคำสั่งนายกรัฐมนตรี ที่ สร. 39/2517 ลงวันที่ 1 สิงหาคม 2517 ให้แก่จอมพล ถนอม กิตติขจร และภริยา จอมพล ประภาส จารุเสถียร และภริยา และ พันเอก ณรงค์ กิตติขจร และภริยา พ.ศ.³⁸ เป็นต้น

น่าสังเกตว่า ในคดีแรกๆ ที่เกี่ยวกับการจัดทำร่างพระราชบัญญัติจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย พ.ศ. นั้น ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำสั่งไม่รับคำฟ้องในส่วนที่ฟ้องผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ถึงที่ 4 ซึ่งได้แก่ สภาจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย นายกสภาจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และอธิการบดีจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ซึ่งไม่ได้เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ และไม่รับฟ้องในส่วนที่ฟ้องเกี่ยวกับการดำเนินการของผู้ถูกฟ้องคดีเหล่านี้ด้วย แม้จะไม่ใช่การกระทำหรือการใช้อำนาจที่มีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยเฉพาะ โดยถือว่าเป็นการเตรียมการหรือการกระทำที่เกี่ยวเนื่องกับการเสนอร่างกฎหมายของคณะรัฐมนตรี อันทำให้การปรับใช้หลักกฎหมายมีความยืดหยุ่นมากขึ้น และมีผลเป็นการขยายขอบเขตของการกระทำที่ไม่อาจฟ้องต่อศาลปกครองให้กว้างขึ้น

อย่างไรก็ตาม ต่อมา ก็มีคดีที่ทำให้เกิดความสงสัยว่าศาลปกครองสูงสุดยังคงใช้แนวบรรทัดฐานนี้อยู่หรือไม่ ซึ่งเป็นคดีที่มีปัญหาได้เถียงกันมากในทางวิชาการ คือ คดีที่เรียกว่า คดีเขาพระวิหาร คดีนี้ ผู้ฟ้องคดีทั้ง 13 ฟ้องคดีต่อศาลปกครองขอให้ศาลพิพากษาให้เพิกถอนมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (คณะรัฐมนตรี) เมื่อวันที่ 17 มิถุนายน 2551 ที่ให้ความเห็นชอบร่างคำแถลงการณ์ร่วมไทย – กัมพูชา (Joint Communiqué) กรณีการขอขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหารเป็นมรดกโลกของประเทศกัมพูชาพร้อมแผนที่แนบท้าย และที่ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ)

หรือเสียหายที่อาจเกิดแก่ผู้ฟ้องคดีทั้งสี่นั้น จะเป็นผลมาจากบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติที่ผ่านการพิจารณาจากองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติจนได้รับการตราเป็นกฎหมายแล้ว กล่าวคือ ในกรณีนี้ต้องฟ้องว่าพระราชบัญญัติมีข้อบกพร่อง อันเป็นการโต้แย้งคัดค้านกระทำทางนิติบัญญัติโดยแท้ (ซึ่งในปัจจุบันร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวก็ยังมิได้ตราเป็นกฎหมาย) หรือหากพิจารณาเฉพาะในส่วนของการดำเนินการก่อนที่ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวจะเข้าสู่การพิจารณาของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ ก็เป็นเรื่องของการดำเนินการเพื่อที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 9 จะเสนอร่างพระราชบัญญัติตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ อันเป็นการกระทำของรัฐบาลดังกล่าวมาข้างต้น ซึ่งล้วนมิใช่เรื่องของการกระทำทางปกครอง

³⁸ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 301/2551

ลงนามในแถลงการณ์ร่วมดังกล่าว โดยในระหว่างการพิจารณาคดีของศาลปกครอง ชั้นต้น ผู้ฟ้องคดีที่ 1 ถึงที่ 9 ได้ยื่นคำขอให้ศาลมีคำสั่งกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษา โดยขอให้ศาลมีคำสั่งห้ามมิให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองดำเนินการใด ๆ ที่เป็นการอ้างหรือใช้ประโยชน์จากมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ที่เห็นชอบแถลงการณ์ร่วมรัฐบาลไทยและรัฐบาลกัมพูชา และการดำเนินการตามมติดังกล่าว จนกว่าคดีจะถึงที่สุดหรือศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น และศาลปกครองสูงสุดได้มีคำสั่งยืนตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นที่กำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนพิพากษาไว้ต่อไปจนกว่าจะมีคำพิพากษาเปลี่ยนแปลงเป็นอย่างอื่น โดยในคำสั่งนี้ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า แม้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองจะได้กระทำในฐานะรัฐบาลในกิจการเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ แต่เมื่อการกระทำดังกล่าวกระทบต่อสิทธิหรือประโยชน์อันชอบธรรมของประชาชนชาวไทย ประกอบกับการที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองกระทำการจัดทำแถลงการณ์ร่วมโดยยังมิได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาตามมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 แล้ว การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองดังกล่าวข้างต้นจึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย มีผลทำให้การจัดทำคำแถลงการณ์ร่วมนั้นไม่อยู่ในอำนาจตรวจสอบของรัฐสภา และเป็นกระทำการอื่นที่นอกเหนือไปจากบทบัญญัติของมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญดังกล่าว ที่กระทบสิทธิของประชาชนในทางปกครองด้วย จึงเป็นการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐในทางปกครองที่อยู่ในอำนาจศาลปกครองรวมอยู่ด้วย³⁹ ซึ่งเมื่อพิจารณาจากถ้อยคำที่ใช้ในคดีนี้แล้ว จะเห็นว่าศาลปกครองสูงสุดไม่ได้ปฏิเสธหลักเรื่องการกระทำของรัฐบาล แต่กลับยืนยันหลักดังกล่าวโดยวินิจฉัยไว้ตอนต้นว่า “แม้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองจะได้กระทำในฐานะรัฐบาลในกิจการเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ” อันเป็นการกระทำของรัฐบาลก็ตาม แต่ในคดีนี้ศาลเห็นว่าอาจมีการกระทำทางปกครองที่ศาลปกครองอาจตรวจสอบได้ รวมอยู่ด้วย อันเป็นการวินิจฉัยทำนองว่าการกระทำดังกล่าวของรัฐบาลไทยในคดีนี้เป็นการกระทำหรือการใช้อำนาจทางปกครองที่อาจแยกพิจารณาออกจากกิจการเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ ซึ่งเป็นการกระทำของรัฐบาลได้ เพราะการที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองกระทำการจัดทำ

³⁹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 547/2551

แถลงการณ์ร่วมโดยยังมิได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ตามมาตรา 190 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีผลทำให้การจัดทำ คำแถลงการณ์ร่วมนั้นไม่อยู่ในอำนาจตรวจสอบของรัฐสภา จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบ ตามขั้นตอนและวิธีการที่บัญญัติไว้ตามมาตรา 190 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 อันเป็นการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายที่อาจ แยกพิจารณาจากการกระทำของรัฐบาล ศาลปกครองจึงมีอำนาจตรวจสอบการกระทำ ดังกล่าวในประเด็นนี้ได้⁴⁰

หลังจากนั้น ศาลปกครองสูงสุดได้ใช้หลักนี้ในการวินิจฉัยคดีต่อ ๆ มา ไม่ว่าจะเป็น คดีที่เกี่ยวกับการกระทำของฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ เช่น ในคดี ที่ฟ้องเกี่ยวกับการดำเนินการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการ ต่างประเทศ) และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (คณะรัฐมนตรี) เกี่ยวกับการจัดทำบันทึก ความเข้าใจฯ ค.ศ. 2000 (MOU พ.ศ. 2543) ข้อกำหนดและแผนแม่บทสำหรับ การสำรวจและจัดทำหลักเขตแดนทางบกระหว่างราชอาณาจักรไทยกับราชอาณาจักร กัมพูชา (TOR 2546) มติรัฐสภาที่เห็นชอบกรอบการเจรจาสำรวจและจัดทำ หลักเขตแดนทางบกไทย - กัมพูชาตลอดแนวในกรอบของคณะกรรมการเขตแดนร่วม ไทย - กัมพูชา และกลไกอื่น ๆ ภายใต้กรอบนี้ การนำบันทึกการประชุมคณะกรรมการ เขตแดนร่วมไทย - กัมพูชา ตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้ให้ความเห็นชอบแล้ว รวม 3 ฉบับ ดังกล่าว เพื่อให้รัฐสภาพิจารณาเห็นชอบ และร่างข้อตกลงชั่วคราวระหว่างรัฐบาล แห่งราชอาณาจักรไทยกับรัฐบาลแห่งราชอาณาจักรกัมพูชาว่าด้วยปัญหาชายแดน ในพื้นที่ (ไทย-ปราสาทพระวิหาร) (กัมพูชา-ปราสาทเปรียะวิเฮียร์) (พระวิหาร

⁴⁰ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 338/2553. ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสเคยวินิจฉัยโดยใช้หลักการ ทำนองเดียวกันว่า แม้จะเป็นการกระทำของฝ่ายบริหารในเรื่องของความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ แต่การกระทำที่เป็นการบังคับใช้สนธิสัญญาระหว่างประเทศจะถือว่าเป็นการกระทำของรัฐบาล หรือ เป็นการกระทำที่อาจแยกต่างหากจากสนธิสัญญา (l'acte détachable) ซึ่งอาจฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ ก็ขึ้นอยู่กับว่าเป็นปัญหาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ หรือเป็นเรื่องของกฎหมายภายใน โดยเฉพาะ (pur droit interne) (Rivéro & Waline, 2004: 282) อย่างไรก็ตาม ก็มีนักวิชาการหลายท่าน ที่ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยนี้ เช่น ศ. ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, คณาจารย์คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ จำนวน 5 ท่าน, ศ.ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ เป็นต้น (วรเจตน์ ภาคีรัตน์. 2551 และ อมร จันทรมบูรณ์. 2551)

ในภาษาไทย)⁴¹ หรือในคดีที่ฟ้องว่าผู้ฟ้องคดีได้ยื่นคำร้องขอสิทธิต่อสำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัยแห่งสหประชาชาติ ประจำประเทศไทย แต่ไม่ได้รับการอนุมัติ จึงฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งปฏิเสธการปฏิบัติตามข้อตกลง เลขที่ 3703 ซึ่งเป็นข้อตกลงระหว่างสหประชาชาติและรัฐบาลไทยเกี่ยวกับสำนักงานใหญ่ของคณะกรรมการเศรษฐกิจเพื่อเอเชียและตะวันออกไกล (ECAFE) ในประเทศไทย⁴² เป็นต้น หรือเป็นคดีที่เกี่ยวกับการกระทำของฝ่ายบริหารในความสัมพันธ์กับรัฐสภา เช่น ในคดีที่ฟ้องว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (นายกรัฐมนตรี) และที่ 2 (คณะรัฐมนตรี) มีมติเห็นชอบตามที่สำนักงบประมาณเสนอ เรื่อง การปรับปรุงปฏิทินงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2563 และหลักเกณฑ์การปรับปรุงคำขอตั้งงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2563 โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ให้ความเห็นชอบก่อนที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จะแถลงนโยบายต่อรัฐสภาเสร็จสิ้น มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และที่ 2 จึงเป็นการนำคำขอตามกรอบวงเงินงบประมาณของรัฐบาลชุดก่อนมาปรับปรุงเท่านั้น มิใช่การจัดทำขึ้นใหม่ภายหลังการแถลงนโยบายของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ต่อรัฐสภา อันเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น⁴³

⁴¹ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 460/2554 วินิจฉัยว่า การดำเนินการดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศ) และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (คณะรัฐมนตรี) ในคดีนี้ เป็นการใช้อำนาจทางบริหารของรัฐโดยฝ่ายบริหารตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และเมื่อบทบัญญัติมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้กำหนดกระบวนการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารในเรื่องดังกล่าวต้องผ่านการตรวจสอบและให้ความเห็นชอบของรัฐสภาในฐานะฝ่ายนิติบัญญัติก่อน อันเป็นการควบคุมทางการเมือง ตามหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข การดำเนินการดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองจึงเป็นการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มิใช่การใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง คดีนี้จึงมีใช้คดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

⁴² คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คร. 185/2562 ศาลเห็นว่า ข้อตกลง เลขที่ 3703 ซึ่งเป็นข้อตกลงระหว่างสหประชาชาติและรัฐบาลไทยเกี่ยวกับสำนักงานใหญ่ของคณะกรรมการเศรษฐกิจเพื่อเอเชียและตะวันออกไกล (ECAFE) ในประเทศไทย มีลักษณะเป็นข้อตกลงเพื่อความร่วมมือระหว่างประเทศ อันเป็นการใช้อำนาจในกิจการระหว่างประเทศของคณะรัฐมนตรีในฐานะฝ่ายบริหาร จึงมิใช่การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองที่อยู่ในอำนาจตรวจสอบของศาลปกครอง

⁴³ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คร. 28/2563 ศาลเห็นว่า การกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และที่ 2 นั้น เป็นการเตรียมการเพื่อให้สำนักงบประมาณไปจัดทำร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2563 เสนอขอความเห็นชอบจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 แล้วผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จะได้เสนอต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาต่อไปตามมาตรา 133 วรรคหนึ่ง ประกอบมาตรา 141 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่ง

ดังนั้น ในปัจจุบันจึงอาจกล่าวได้ว่า หลักเรื่องการกระทำของรัฐบาล หรือ การกระทำของฝ่ายบริหารบางประเภทที่ไม่อยู่ในความควบคุมหรือตรวจสอบ โดยศาล นั้น เป็นหลักที่ยอมรับทั้งในกฎหมายไทยและศาลไทย โดยในบางคดี ศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญก็ได้วินิจฉัยโดยอ้างหลักกฎหมายดังกล่าวโดยตรง ในคำวินิจฉัย ซึ่งหลักดังกล่าวนี้ครอบคลุมการกระทำหรือการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร ใน 2 เรื่องใหญ่ ๆ ได้แก่ การกระทำในความสัมพันธ์กับรัฐสภา หรือในความสัมพันธ์ ระหว่างประเทศ และแม้ถ้อยคำที่ใช้ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550 นี้จะมี ขอบเขตค่อนข้างแคบตามที่นักกฎหมายบาทานตั้งข้อสังเกตไว้⁴⁴ ก็ตาม แต่ในทาง ปฏิบัติศาลปกครองสูงสุดก็ได้นำหลักดังกล่าวมาปรับใช้ในลักษณะที่ยืดหยุ่น และมีคำสั่งไม่รับฟ้องการกระทำขององค์กรหรือเจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำ ดังกล่าว แม้องค์กรหรือเจ้าหน้าที่นั้นจะไม่ใช้องค์กรตามรัฐธรรมนูญหรือไม่มี บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยตรงก็ตาม

สำหรับผลทางกฎหมายของการวินิจฉัยว่าการกระทำใดของฝ่ายบริหาร เป็นการกระทำของรัฐบาลนั้น คือ การกระทำดังกล่าวไม่อยู่ภายใต้การควบคุม

ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นองค์กรที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกำหนดให้เสนอร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีได้ ซึ่งหลักการดังกล่าวก็ได้ถูก บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับต่าง ๆ ที่ผ่านมา ทั้งนี้ เนื่องจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 เป็นองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารที่มีภารกิจต้องดำเนินการบริหารประเทศ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 จะเสนอ ร่างพระราชบัญญัติฉบับหนึ่งฉบับใดหรือในเรื่องหนึ่งเรื่องใดต่อองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ หรือไม่ และเมื่อใด นั้น ย่อมขึ้นอยู่กับนโยบายของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ที่จะพิจารณาโดยคำนึงถึงนโยบายที่ได้แถลงไว้ ต่อองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติและความรับผิดชอบทางการเมืองที่มีต่อองค์กรดังกล่าว อันถือว่าเป็น การกระทำของรัฐบาลที่จะต้องรับผิดชอบทางการเมืองต่อฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งเป็นเรื่องของความสัมพันธ์ ทางการเมืองระหว่างองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารกับองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติ ที่ไม่อยู่ในอำนาจ ตรวจสอบขององค์กรของรัฐฝ่ายตุลาการ ศาลปกครองจึงไม่อาจรับคำฟ้องไว้พิจารณาได้

⁴⁴ อมร จันทรสุมบุรณ์, “คำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขคำที่ 984/2551 ถูกต้องหรือไม่?? (การกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว กรณีฟ้องขอเพิกถอนคำสั่งแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา ขึ้นทะเบียนปราสาทพระวิหาร)”.

⁴⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, *คำอธิบายกฎหมายมหาชน (เล่ม 3)*, (กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2538), 285. เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 283/2550 และที่ 301/2551 ซึ่งคดีส่วนใหญ่ที่ฟ้อง มักจะเป็นคดีที่ขอให้ศาลวินิจฉัยว่าการกระทำของฝ่ายบริหารดังกล่าวเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วย กฎหมาย ขอให้ระงับ หรือเพิกถอนการกระทำนั้น เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 178/2550, ที่ พ. 28/2549, ที่ พ. 36/2549, ที่ คร. 185/2562, ที่ คร. 28/2563 เป็นต้น

ตรวจสอบขององค์กรตุลาการ แต่จะอยู่ภายใต้การควบคุมโดยวิธีอื่นหรือองค์กรอื่น เช่น การควบคุมทางการเมืองโดยรัฐสภาหรือโดยประชาชน เป็นต้น *ดังนั้น* ในส่วนของกฎหมายไทยนั้น จึงไม่อาจนำคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำดังกล่าวมาฟ้องต่อศาลได้ ไม่ว่าจะ เป็นศาลรัฐธรรมนูญ หรือศาลยุติธรรม หรือศาลปกครอง ไม่ว่าจะฟ้องเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือเป็นคดีละเมิด ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) หรือ (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ก็ตาม⁴⁵ อย่างไรก็ตาม ในต่างประเทศ แม้ผู้เสียหายจะไม่มีสิทธิฟ้องเรียกร้องค่าเสียหายจากรัฐเนื่องจากการกระทำละเมิดได้ก็ตาม แต่ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสได้มีคำวินิจฉัยในคดี *Compagnie générale d'énergie Radio-Électrique*⁴⁶ ว่า ผู้ที่ต้องเสียหายจากการบังคับใช้สนธิสัญญาซึ่งเป็นการกระทำของรัฐบาล ยังมีสิทธิเรียกร้องให้รัฐจ่ายค่าทดแทนภายใต้หลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่ศาลกำหนด อันเป็นความรับผิดชอบอื่นของรัฐบนพื้นฐานของหลักความเสมอภาคของบุคคลในการรับภาระของรัฐ (*Le principe de l'égalité devant les charges publiques*) ได้ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้ต้องเสียหายเนื่องจากการใช้อำนาจของรัฐ⁴⁷

โดยสรุป จะเห็นได้ว่า หลักหรือทฤษฎีเรื่องการกระทำของรัฐบาล (หรือการกระทำทางรัฐบาล) นั้น ก็มีลักษณะเป็นสากล และใช้ทั้งในศาลไทยและศาลต่างประเทศ ซึ่งหลักดังกล่าวไม่ได้มีความหมายว่าการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารบางประเภทจะไม่อาจถูกตรวจสอบได้ เพียงแต่เห็นว่าควรตรวจสอบโดยวิธีอื่นหรือช่องทางอื่นนอกจากศาล เช่น โดยฝ่ายนิติบัญญัติ หรือโดยประชาชน ซึ่งปัจจุบันศาลปกครองก็ได้วินิจฉัยวางหลักการในการพิจารณาว่าการกระทำใดจะถือว่าเป็น

⁴⁶ *Compagnie générale d'énergie Radio-Électrique*, Rec. 257 (CE Ass. 30 mars 1966)

⁴⁷ Long, et al, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 563-570. สิทธิได้รับค่าทดแทนดังกล่าวอยู่ภายใต้เงื่อนไข 2 ประการ ได้แก่ ประการแรก คือ สนธิสัญญาระหว่างประเทศดังกล่าว และกฎหมายที่อนุวัติให้เป็นไปตามสนธิสัญญาดังกล่าว ต้องไม่มีเจตนารมณ์ที่จะไม่ให้ค่าทดแทนแก่ผู้ต้องเสียหายในกรณีนี้ และประการที่สอง คือ ความเสียหายที่ได้รับต้องเป็นความเสียหายแก่ผู้ต้องเสียหายโดยเฉพาะเจาะจง (*spécial*) และต้องเป็นความเสียหายที่มีลักษณะร้ายแรงเกินกว่าปกติ (*anormalement grave*)

การกระทำของรัฐบาลไว้แล้ว แม้บางเรื่องยังคงมีปัญหาในการวินิจฉัยอยู่บ้างก็ตาม
จึงคงต้องรอดูวิวัฒนาการในเรื่องนี้ต่อไป⁴⁸

⁴⁸ เช่น การประกาศใช้กฎอัยการศึก และการประกาศเลิกใช้กฎอัยการศึก ซึ่งในคำสั่งศาลปกครองสูงสุด
ที่ พ. 42/2551 วินิจฉัยว่า เป็นการใช้อำนาจในการดำเนินงานเกี่ยวกับราชการทหารในการป้องกัน
และรักษาความมั่นคงของราชอาณาจักรจากภัยคุกคามทั้งภายนอกและภายในประเทศ อันเป็นการ
ใช้อำนาจที่มีลักษณะเฉพาะพิเศษในเรื่องของความมั่นคงของราชอาณาจักรตามที่รัฐธรรมนูญแห่ง
ราชอาณาจักรไทย และพระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พุทธศักราช 2457 ได้กำหนดหลักเกณฑ์และ
การปฏิบัติไว้เป็นการเฉพาะ จึงมิใช่การกระทำทางปกครองที่ศาลปกครองจะรับคำฟ้องไว้พิจารณาได้
โดยศาลไม่ได้วินิจฉัยว่าเป็นการกระทำของรัฐบาลหรือไม่ เป็นต้น เพราะเหตุนี้นักวิชาการบางท่าน
เสนอให้แก้ไขกฎหมายให้อำนาจศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้วินิจฉัยว่าการกระทำใดเป็นการกระทำของ
รัฐบาล (รศ. ดร.เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ และคณะ, 2554 : 206-208) ในขณะที่สภาพการณ์ในปัจจุบัน
ศาลปกครองเป็นศาลหลักในการวินิจฉัยปัญหานี้เนื่องจากการฟ้องคดีประเภทนี้มักเป็นการฟ้อง
เกี่ยวกับการกระทำหรือการใช้อำนาจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในอำนาจ
ตรวจสอบของศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครองไทยนั้นใช้หลักเกณฑ์การฟ้องคดีอย่างกว้าง
โดยความเสียหายนั้นไม่ต้องถึงขั้นถูกโต้แย้งสิทธิหรือหน้าที่ตามกฎหมาย เพียงแต่เป็นผู้ได้รับความ
เดือดร้อนหรือเสียหาย ก็มีสิทธิฟ้องได้ ในขณะที่การฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมนั้น มักถูกจำกัดโดย
มาตรา 55 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เช่นเดียวกับการนำคดีขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญ
ได้นั้น ก็ต้องเป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น

ดัชนีค้นคำ

การกระทำทางปกครอง	62, 64, 66, 69
การใช้อำนาจทางบริหาร	55, 58, 64, 65, 66
การกระทำของรัฐบาล	56, 57, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 69, 70, 72, 73, 74
การกระทำทางรัฐบาล	73
คดีที่ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง	52
ความรับผิดชอบอื่นของรัฐ	73
หลักความเสมอภาคของบุคคลในการรับภาระของรัฐ (Le principe de l'égalité devant les charges publiques)	73

บรรณานุกรม

หนังสือ

- Francesco Caringella. 2010. Compendio di diritto amministrativo. 2 ed., Roma: Dike Giuridica Editrice.
- H.W.R. Wade. 1982. Administrative Law. 5th ed. Oxford: Clarendon Press.
- J.F. Garner & B.L. Jones. 1985. Administrative Law. 6 ed. London: Butterworth & Co (Publishers) Ltd.
- Long, Weil, Braibant, Delvolvé & Genevois. 2013. Les grands arrêts de la jurisprudence administrative. 19e éd., Paris: Dalloz.
- M. René Chapus อ้างใน Rivéro & Waline. 2004. Droit administratif. 20e éd., Paris: Dalloz.
- M. Virally. 1953. L'introuvable acte de gouvernement. RD Publ. Rivéro & Waline. 2004. Droit administratif. 20e éd. Paris: Dalloz.
- Weil, Braibant, Delvolvé & Genevois. 2013. Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 19e éd. Paris: Dalloz.
- เกรียงไกร เจริญธนาวัฒน์ และคณะ. 2554. การกระทำทางรัฐบาล: ศึกษากรณีเปรียบเทียบระหว่างประเทศไทย สาธารณรัฐฝรั่งเศส สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี สหรัฐอเมริกาและอังกฤษ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ. กรุงเทพฯ: บริษัท พี เพรส จำกัด.
- ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์. 2540. กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง. กรุงเทพฯ: จีริชการพิมพ์.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. 2538. คำอธิบายกฎหมายมหาชน (เล่ม 3). กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์นิติธรรม.
- ฤทัย หงส์สิริ. 2547. นิติกรรมทางปกครอง. คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง. กรุงเทพมหานคร: สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา.
- อมร จันทรสุมบูรณ์. 2514. “เราควรจะมีศาลปกครองหรือยัง.” วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 2 ฉบับที่ 4.

สื่ออิเล็กทรอนิกส์

- G. DI MUCCIO. (2013). Atti politici e intese tra lo Stato e le confessioni religiose non cattoliche. in Federalismi.it. n. 20/2013. Accessed October 2021. Available from <https://federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=23330>
- อมร จันทรสุมบูรณ์. (2551). คำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 984/2551 ถูกต้องหรือไม่ ?? (การกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราว กรณีฟ้องขอเพิกถอนคำสั่งแถลงการณ์ร่วมไทย – กัมพูชา ขึ้นทะเบียน “ปราสาทพระวิหาร” เข้าถึงเมื่อตุลาคม 2564. เข้าถึงได้จาก <http://www.public-law.net/publaw/view.aspx?id=1265>

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. (2551). การกระทำทางรัฐบาลกับคำสั่งศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำ
ที่ 984/2551. เข้าถึงเมื่อตุลาคม 2564 เข้าถึงได้จาก [http://public-law.net/publaw/
view.aspx?id=1264](http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1264)

กระบวนการนิติบัญญัติ

ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย
อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

หมวด 8 กระบวนการนิติบัญญัติ

กระบวนการนิติบัญญัติ (Legislative process) ถือเป็นหัวใจสำคัญของการใช้อำนาจนิติบัญญัติ (Legislative power) ในรัฐเสรีประชาธิปไตย (Vinx, 2021, pp.437) ที่ให้ความสำคัญต่อคุณค่าของระบอบประชาธิปไตยแบบผู้แทน (Representative democracy) ซึ่งมุ่งเน้นให้ความเคารพต่อสิทธิของประชาชนผ่านการปรึกษาหารือ (Deliberation) เพื่อการมีส่วนร่วมในการปกครองประเทศร่วมกัน (Dixon, 2018, pp.135) กล่าวอีกนัยหนึ่ง ภายใต้รัฐเสรีประชาธิปไตย ฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะองค์กรผู้แทนของประชาชน (Aguja and Born, 2017, pp.65) ย่อมใช้อำนาจของตนเองไปอย่างสมบูรณ์ (Validity) (Benoit and Rozenberg, 2020, pp.143) ผ่านกระบวนการอันประกอบไปด้วยกฎเกณฑ์ ขั้นตอนและการดำเนินการต่าง ๆ ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ทั้งนี้เพื่อเป็นการประกันว่าใช้อำนาจนิติบัญญัติของฝ่ายนิติบัญญัติในรูปแบบต่าง ๆ ทุกครั้งนั้นจะเป็นผลผลิตมาจากการตัดสินใจที่ผ่านการปรึกษาหารือร่วมกัน (Cammack, 2020, pp.9) ระหว่างผู้แทนของประชาชนมาอย่างครบถ้วนรอบด้านบนพื้นฐานของเสมอภาคเท่าเทียมกันแล้วนั่นเอง

1. องค์ประชุม

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2551 : กรณีองค์ประชุมไม่ครบ

ข้อเท็จจริงมีอยู่ว่า สภานิติบัญญัติแห่งชาติได้พิจารณาและลงมติรับหลักการแห่งร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. และร่างพระราชบัญญัติสำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. ในวาระที่หนึ่ง จึงตั้งคณะกรรมการวิสามัญขึ้นเพื่อพิจารณาร่างกฎหมายทั้ง 2 ฉบับจนเสร็จและได้เสนอรายงานต่อประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติเพื่อนำเสนอต่อที่ประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติพิจารณา สภานิติบัญญัติแห่งชาติได้พิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. และร่างพระราชบัญญัติสำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. ประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติจึงส่งร่างพระราชบัญญัติ

ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 141

ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า วันออกเสียงลงคะแนนของ สภานิติบัญญัติแห่งชาติในวาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการแห่งร่างพระราชบัญญัติประกอบ รัฐธรรมนูญฉบับนี้มีจำนวนสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติลงชื่อมาประชุมจำนวน 212 คน จาก 242 คน แต่ตามเอกสารบันทึกการออกเสียงลงคะแนนของสมาชิก สภานิติบัญญัติแห่งชาติ ซึ่งประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติส่งมาประกอบการพิจารณา ของศาลรัฐธรรมนูญปรากฏว่า สภานิติบัญญัติแห่งชาติออกเสียงลงคะแนน ในวาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการมีจำนวนผู้เข้าประชุม 86 คน เห็นด้วย 86 คน ไม่มี ผู้ไม่เห็นด้วยไม่มีผู้งดออกเสียงและไม่มีผู้ไม่ลงคะแนน ซึ่งไม่ถึง 121 คน จึงไม่ครบ องค์ประชุมและไม่อาจถือเป็นมติของสภานิติบัญญัติแห่งชาติได้

การกำหนดองค์ประชุมของสภานั้นเป็นบทบัญญัติที่กำหนดโดยชัดเจนใน รัฐธรรมนูญกฎหมายอื่นใดและข้อบังคับการประชุมสภาจะขัดหรือแย้งไม่ได้ ดังนั้น การจะอ้างข้อบังคับการประชุมสภาหรือธรรมเนียมปฏิบัติใดเพื่อมีให้ต้องเป็นไปตาม บทบัญญัติและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญย่อมไม่อาจกระทำได้ ส่วนข้อบังคับ การประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ พ.ศ. 2549 ข้อ 18 วรรคสอง ที่กำหนดว่า “เมื่อมี สมาชิกลงชื่อมาประชุมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมด จึงจะเป็น องค์ประชุม” นั้น เป็นเพียงบทบัญญัติเกี่ยวกับการเปิดประชุมว่าสามารถดำเนินการได้ เมื่อมีสมาชิกลงชื่อมาประชุมไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ ของสภานิติบัญญัติแห่งชาติแต่ภายหลังเปิดการประชุมแล้ว ในขั้นตอนของการลงมติ ซึ่งเป็นผลมาจากการประชุมปรึกษาหารือและแสดงเจตนาออกมาในรูปของมติ ที่ประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติ องค์ประชุมต้องมีอยู่ตลอดเวลาของการพิจารณา และลงมติ มิได้มีความหมายแต่เพียงว่า เมื่อมีสมาชิกลงชื่อมาประชุมครบและ เปิดการประชุมแล้วหลังจากนั้นสมาชิกจะอยู่ร่วมประชุมหรือไม่ก็ได้โดยไม่ต้องคำนึงถึง จำนวนสมาชิกในที่ประชุมอีกต่อไป หากเป็นเช่นนั้นแล้วผลก็จะเป็นว่า หลังจาก เปิดประชุมแม้จะมีสมาชิกอยู่ประชุมเพียงไม่กี่คนก็อาจลงมติและมีเสียงข้างมากได้ ซึ่งมีเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

ส่วนการอ้างเอกสิทธิ์ของสมาชิกสภาที่จะไม่ออกเสียง ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 130 นั้น เป็นคนละเรื่อง กับองค์ประชุมที่ต้องประกอบด้วยจำนวนสมาชิก

ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของสภา และแม้สมาชิกมีเอกสิทธิ์ที่จะออกเสียงเห็นด้วยไม่เห็นด้วยงดออกเสียง หรือไม่ลงคะแนน แต่สมาชิกที่ไม่ประสงค์ออกเสียงต้องอยู่ในที่ประชุมเพื่อแสดงเจตนาให้ปรากฏความเห็นของตนในที่ประชุมเมื่อการประชุมเพื่อลงมติในวาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการ เป็นการประชุมโดยไม่ชอบด้วยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา 126 วรคหนึ่งแล้ว การลงมติในวาระที่หนึ่งจึงเป็นการลงมติโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมีผลให้กระบวนการในการตราร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวในวาระที่หนึ่งขึ้นรับหลักการไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ และไม่สามารถนำไปสู่การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญในวาระที่สองและวาระที่สามต่อไปได้

หมายเหตุ

1. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญนี้เป็นกรณีการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมายก่อนการประกาศใช้ภายใต้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ทั้งนี้ จะเป็นคำวินิจฉัยแรก ๆ ที่ศาลรัฐธรรมนูญเข้าไปวางบรรทัดฐานการตรวจสอบกระบวนการตราตัวบทกฎหมายว่าถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือไม่ด้วยการมุ่งพินิจพิจารณา “ประเด็นองค์ประชุม” ของสภานิติบัญญัติซึ่งทำหน้าที่รัฐสภา ณ ขณะนั้นในฐานะ “องค์ประกอบ” ของกระบวนการตราตัวบทกฎหมายตามรัฐธรรมนูญจนกลายเป็นแนวทางสำหรับศาลรัฐธรรมนูญในคดีหลังเมื่อต้องเข้ามาวินิจฉัยตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในกระบวนการตราของร่างกฎหมายอย่างคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2551, 4/2551, 8/2551, 16/2551, 17/2551 และ 15/2552 ซึ่งมีการวินิจฉัยที่สอดคล้องต้องกันกับคดีนี้

2. จากผลของคำวินิจฉัยคดีนี้ที่ให้ร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. จะผ่านการลงคะแนนมาครบถ้วนแล้ว 3 วาระ และเป็นเอกฉันท์ (Unanimous) ตกไป มีประเด็นที่น่าสนใจในทางวิชาการ เมื่อเข้าไปพิจารณาถึงเหตุผลของศาลรัฐธรรมนูญที่หยิบยกขึ้นอธิบายแล้วจะพบว่า ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่ากระบวนการตรากฎหมายฉบับนี้เป็นกรณีที่มีสมาชิกสภานิติบัญญัติเข้าร่วมประชุมเพียง 86 คน ไม่ถึงกึ่งหนึ่งของสมาชิกสภานิติบัญญัติทั้งหมด (121 คน จากทั้งสิ้น 242 คน) ซึ่งไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 120 ของรัฐธรรมนูญว่าการประชุมสภาผู้แทนราษฎรและการประชุมวุฒิสภาต้องมีสมาชิกมาประชุม

ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกเท่าที่มีอยู่ของแต่ละสภาจึงจะเป็นองค์ประชุม ในการตรากฎหมาย (เป็นคนละกรณีกับการตั้งกระทู้ถาม) ร่างกฎหมายฉบับนี้จึงเป็น ผลผลิตของฝ่ายนิติบัญญัติที่ปราศจากประชุมปรึกษาหารือมาพออันขัดต่อ ความมุ่งหมายสำคัญของรัฐธรรมนูญที่กำหนดเรื่ององค์ประชุมขึ้น คำอธิบายของ ศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวสอดคล้องกับข้อความคิดและหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญและ กฎหมายรัฐสภา แนวคิดเรื่ององค์ประชุมนั้นเกิดขึ้นพร้อมกับการปกครองในระบบ ประชาธิปไตย (Democratic government) โดยเฉพาะอย่างยิ่งประชาธิปไตยแบบ ผู้แทน (Representative democracy) ที่มีรัฐสภาเป็นสถาบันการเมืองหลักที่คอย ทำหน้าที่แทนประชาชนซึ่งมีข้อจำกัดที่อยู่ในรูปแบบขององค์กรกลุ่ม (Collegiate body) กล่าวอีกนัยหนึ่ง แนวคิดการกำหนดองค์ประชุมด้วยจำนวนเสียงข้างมาก ของสมาชิกรัฐสภา (Quorum of Majority) จะเป็นเครื่องประกันว่า การดำเนินการ ของฝ่ายนิติบัญญัติจะผ่านการปรึกษาหารือ (Deliberation) ขบคิดมาอย่างรอบคอบ ระมัดระวัง ชัดเจน และเป็นธรรมแล้ว จนกระทั่งนำมาสู่การตัดสินใจร่วมกันของ ผู้แทนปวงชนอย่างสมาชิกรัฐสภาเพื่อตอบสนองต่อสาธารณะ (Döring, 1995, pp.40) หาใช่ประโยชน์ส่วนตัว ดังนั้น หลักเสียงข้างมากขององค์ประชุมจึงอยู่ในฐานะเงื่อนไข พื้นฐานสำคัญสำหรับการทำหน้าที่ของรัฐสภาดังกล่าว (Madison, 1778)

3. มีประเด็นที่น่าพิศวงหรืออย่างลึกซึ้งต่อไปว่า ด้วยเหตุผลกรณีองค์ประชุม ของสภานิติบัญญัติไม่ครบจึงส่งผลให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้ร่างกฎหมายฉบับนี้ ตกไป สะท้อนให้เห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญมองว่า “องค์ประชุม” อยู่ในฐานะเงื่อนไข หรือ องค์ประกอบสำคัญในกระบวนการตราตัวบทกฎหมายของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญ การใช้อำนาจนิติบัญญัติตรากฎหมายต่าง ๆ โดยปราศจากการปรึกษาหารือกันมากพอ ระหว่างสมาชิกรัฐสภาถือว่ามีลักษณะเป็นความบกพร่องที่รุนแรงอย่างมากจนถึงขนาด ทำให้ร่างกฎหมายนั้นตกไป ประเด็นนี้สามารถอธิบายตามข้อความคิดทาง กฎหมายรัฐธรรมนูญในเชิงปรัชญาได้ว่า อำนาจนิติบัญญัติถือเป็นสิ่งสำคัญในระบบ การปกครองแบบประชาธิปไตย เพราะเป็นอำนาจที่มีจุดเชื่อมโยงกับประชาชนอย่าง ใกล้ชิดผ่านผู้แทน ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า อำนาจนิติบัญญัติที่ถูกใช้โดยรัฐสภาจึงต้อง เป็นอำนาจที่มาจากการยอมของผู้แทนอันเป็นการสะท้อนให้เห็นว่าได้รับการยอมรับ จากประชาชน (Locke, 1823, pp.172) เมื่อผู้แทนของประชาชนที่ได้รับเลือกเข้าไปไม่ได้ มีส่วนร่วมในการปฏิบัติหน้าที่ หรือส่งเสียงแทนและเพื่อประชาชนในการพิจารณา

กฎหมายแล้ว กรณีจึงเป็นการกระทบกระเทือนอย่างรุนแรงต่อ “หลักห่วงโซ่แห่งความชอบธรรม” (Principle of Chain of Legitimacy) ที่เชื่อมโยงระหว่างผู้แทนและประชาชน (Patberg, 2016, pp.635) กฎหมายอันเป็นผลผลิตจากการใช้อำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาจะถือว่าเป็นกฎหมายที่ผ่านการยอมรับ หรือสอดคล้องกับเจตจำนงของประชาชนไปได้อย่างไร คำอธิบายนี้สอดคล้องกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมันในคำวินิจฉัยที่ 2 BvR 739/17 (2020) เกี่ยวกับการใช้อำนาจนิติบัญญัติเพื่อให้สัตยาบันสนธิสัญญาระหว่างประเทศของสภาผู้แทนราษฎร (Bundestag) ซึ่งในคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้การดำเนินการดังกล่าวไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Unconstitutional) เพราะเหตุองค์ประชุมไม่ครบ โดยให้เหตุผลว่า เมื่อองค์ประชุมไม่ครบอันเป็นปัญหาในเชิงกระบวนการ ปัญหานี้ส่งผลให้อำนาจอธิปไตยของประชาชนไม่สามารถถ่ายโอนไปยังผู้แทนของตนเองเพื่อทำหน้าที่ในการให้สัตยาบันได้เนื่องจากการเชื่อมโยงของความชอบธรรม (Legitimationszusammenhang) ทางประชาธิปไตยระหว่างผู้แทนและประชาชน มีความบกพร่องผิดพลาดขาดไป หากอนุญาตให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของสภาในฐานะ “เสียงข้างมากที่ไม่ถูกต้องชอบธรรม” (Unqualified majority) กระทำได้ย่อมมีลักษณะเป็นการใช้อำนาจเกินขอบเขตของรัฐธรรมนูญ (Ultra Vires) ไม่สอดคล้องกับเจตจำนงของประชาชน ขัดต่อหลักอำนาจอธิปไตยของประชาชนที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตามก็ มีข้อนำคิดเปรียบเทียบกับว่า นอกจากกฎหมายรัฐธรรมนูญแล้ว ในทางกฎหมายปกครองเองก็ให้ความสำคัญต่อประเด็นเรื่ององค์ประชุมเช่นกัน โดยเฉพาะกรณีของการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการที่มีอำนาจดำเนินการพิจารณาคดีทางปกครอง ซึ่งในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 79 กำหนดให้ต้องมีกรรมการอย่างน้อยกึ่งหนึ่งจึงจะเป็นองค์ประชุมได้ หากมีการปฏิบัติหน้าที่ไปโดยที่องค์ประชุมไม่ครบถ้วนตามเกณฑ์ดังกล่าวย่อมส่งผลให้มติที่ออกมาโดยคณะกรรมการไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทั้งนี้ตามคำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดที่ อ.245/2552, อ.650/2555

4. อีกประเด็นหนึ่งที่น่าขบคิดและทำความเข้าใจต่อไปได้ด้วยว่า บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เรียกร้องให้รัฐสภาต้องมีสมาชิกมาประชุมกันไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งจึงจะถือเป็นองค์ประชุมได้นั้น จำนวนสมาชิกดังกล่าวต้องมีอยู่โดยตลอดระยะเวลาของการประชุมหรือไม่ กรณีนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้เข้าไปอธิบายไว้ว่า องค์ประชุมจะต้องมีอยู่

ตลอดเวลาการพิจารณาและลงมติการตรากฎหมายมิได้มีความหมายแต่เพียงว่า เมื่อมีสมาชิกลงชื่อมาประชุมครบและเปิดการประชุมแล้วหลังจากนั้นสมาชิกจะอยู่ร่วมประชุมหรือไม่ก็ได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงจำนวนสมาชิกในที่ประชุมอีกต่อไป หากเป็นเช่นนั้นแล้วผลก็จะเป็นว่า หลังจากเปิดประชุมแม้จะมีสมาชิกอยู่ประชุมเพียงไม่กี่คนก็อาจลงมติและมีเสียงข้างมากได้ ซึ่งมีใช้เจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ความเห็นของศาลรัฐธรรมนูญนี้คล้ายคลึงกับความเห็นของศาลฎีกาที่ได้วินิจฉัยไว้ใน คำพิพากษาของศาลฎีกาที่ 3623/2527 กรณีการประชุมผู้ถือหุ้นที่ปรากฏว่า องค์ประชุมครบและได้มีการเปิดประชุมแล้ว กรรมการบางส่วนออกจากที่ประชุม ไปจนท้ายที่สุดมีการลงมติ ศาลฎีกาเห็นว่าเป็นมติที่ไม่ชอบเนื่องจากองค์ประชุม ไม่ครบ อย่างไรก็ตาม มีข้อควรสังเกตต่อคำอธิบายเรื่ององค์ประชุมของศาลรัฐธรรมนูญ ว่า อาจยังไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายรัฐสภาและการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐสภา ในต่างประเทศอย่างประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาที่อยู่ดำเนินการบน “หลักข้อสันนิษฐานว่าด้วยองค์ประชุมครบอยู่เสมอ” (Presumption of Quorum) (Deschler, 1977, pp.292) トラバเท่าที่ยังไม่เป็นที่ประจักษ์ชัดว่าสมาชิกในที่ประชุม จะเบาบางอันเป็นการเห็นว่ามีองค์ประชุม สมาชิกก็ชอบที่จะหยิบยกขึ้นเป็น ประเด็นจนนำไปสู่การัน้องค์ประชุม (May, 1844, pp.228) สำหรับการพิจารณา ที่จะปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้หรือไม่อย่างไรกล่าวให้ชัดเจนยิ่งขึ้นในสายตาของ รัฐสภาอังกฤษและสหรัฐอเมริกาถือว่า เมื่อครบองค์ประชุมเพื่อเปิดประชุมสำหรับ ดำเนินการพิจารณากฎหมายแล้ว สมาชิกรัฐสภาอาจไม่จำเป็นต้องอยู่ตลอดการพิจารณา ก็ได้ (McKee, 1897, pp.504) เป็นการขัดแย้งต่อธรรมชาติการทำงานของฝ่ายนิติบัญญัติ เพราะในทางปฏิบัติ สมาชิกอาจจำเป็นต้องออกจากที่ประชุมเพื่อไปดำเนินการกิจทาง นิติบัญญัติอื่นในสภาก็เป็นได้ ดังนั้นจึงมีการแยกองค์ประชุมของรัฐสภาออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ องค์ประชุมเพื่อเริ่มดำเนินการ (Opening Quorum) และ องค์ประชุมเพื่อลงมติ (Voting Quorum) ซึ่งไม่เหมือนกัน (EscoladoLegislativo, 1997, pp.66) นั้นหมายความว่า เมื่อถึงเวลาของการลงมติ หากสมาชิกรัฐสภาที่ออกไป จากที่ประชุมกลับเข้ามาก็สามารถลงคะแนนได้อันเป็นการสอดคล้องกับความมุ่งหมาย ของรัฐธรรมนูญที่ให้ความสำคัญกับการลงมติของรัฐสภา (Rybicky, 2020, pp.2) อีกทั้งหลักการดังกล่าวมีขึ้นเพื่อป้องกันและแก้ไขปัญหายุบพรรคในกระบวนการ นิติบัญญัติ (Legislative Obstruction) ที่อาจเกิดขึ้นเองโดยธรรมชาติก็ดี หรือ

เกิดขึ้นโดยความตั้งใจของนักการเมืองฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งก็ดี (Wawro and Schickler, 2010, pp.302) อันจะเป็นการส่งผลกระทบต่อการทำงานที่อย่างมีประสิทธิภาพของฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของรัฐธรรมนูญในองค์รวมอีกด้วยนั่นเอง

2. การอภิปราย

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 : กรณีฝ่ายข้างน้อยในรัฐสภาถูกห้ามและปิดการอภิปราย

พลเอก สมเจตน์ บุญถนอม กับคณะ ผู้ร้องที่ 1 นายวิรัตน์ กัลยาศิริ ผู้ร้องที่ 2 นายสาย กังเวकिन กับคณะ ผู้ร้องที่ 3 และนายพีระพันธ์ุ สาสิริฐวิภาค กับคณะ ผู้ร้องที่ 4 ยื่นคำร้องรวมสี่คำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยว่า ประธานรัฐสภา ผู้ถูกร้องที่ 1 รองประธานรัฐสภา ผู้ถูกร้องที่ 2 สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร และสมาชิกวุฒิสภา ผู้ถูกร้องที่ 3 ถึงที่ 312 ได้กระทำการตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 68 โดยผู้ถูกร้องที่ 3 ถึงที่ 312 ได้ร่วมกันเข้าชื่อเสนอญัตติขอแก้ไขเพิ่มเติมร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พุทธศักราช (แก้ไขเพิ่มเติม มาตรา 111 มาตรา 112 มาตรา 115 มาตรา 116 วรรคสอง มาตรา 117 มาตรา 118 มาตรา 120 และมาตรา 241 วรรคหนึ่ง และยกเลิกมาตรา 113 และ มาตรา 114) ต่อผู้ถูกร้องที่ 1 อันมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจในการปกครองประเทศโดยวิธีการที่มีขอบด้วยรัฐธรรมนูญผู้ถูกร้องที่ 1 และผู้ถูกร้องที่ 2 ได้ผลัดกันทำหน้าที่ประธานที่ประชุมได้มีการตัดสินใจขออภิปรายในวาระที่หนึ่งและตัดสินใจขอแปรญัตติ ผู้สงวนคำแปรญัตติ และผู้สงวนความเห็นเป็นจำนวนถึง 57 คน โดยอ้างว่าความเห็นดังกล่าวขัดต่อหลักการ ทั้ง ๆ ที่ยังไม่ได้มีการฟังการอภิปราย ทั้งนี้ ผู้ถูกร้องที่ 1 และผู้ถูกร้องที่ 2 ได้ใช้เสียงข้างมากในที่ประชุมปิดการอภิปราย

ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า แม้การปิดการอภิปรายจะเป็นดุลพินิจของประธาน และแม้เสียงข้างมากมีสิทธิที่จะลงมติให้ปิดการอภิปรายได้ก็ตาม แต่การใช้ดุลพินิจและการใช้เสียงข้างมากนั้น จะต้องไม่ตัดสิทธิการทำหน้าที่ของสมาชิกรัฐสภาหรือละเลยไม่ฟังความเห็นของฝ่ายข้างน้อย การรวบรัดปิดการอภิปรายและปิดประชุมเพื่อให้มีการลงคะแนนเสียงประกอบกับการกำหนดวันเสนอคำแปรญัตติ

เหลือเพียง 1 วันจึงเป็นการใช้อำนาจไปในทางที่ไม่ชอบเอื้อประโยชน์แก่ฝ่ายข้างมาก โดยไม่เป็นธรรมอันเป็นการขัดต่อหลักนิติธรรม เป็นการดำเนินการที่ขัดต่อข้อบังคับการประชุมและไม่เป็นกลาง จึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 125 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง ทั้งขัดต่อหลักนิติธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสองด้วย

หมายเหตุ

1. คำวินิจฉัยนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้เข้าไปวินิจฉัยด้วยการวางบรรทัดฐานเกี่ยวกับความสำคัญในการอภิปรายในรัฐสภาของสมาชิกรัฐสภาโดยเฉพาะอย่างยิ่งฝ่ายข้างน้อย ซึ่งเชื่อมโยงอยู่กับ 2 ประเด็นหลัก ได้แก่ สมาชิกรัฐสภาในฐานะผู้ทรงสิทธิในการอภิปราย และประธานรัฐสภาในฐานะผู้ควบคุมการประชุมและกำหนดการอภิปรายของสมาชิกรัฐสภาให้สามารถดำเนินการได้ ถือเป็นกำหนัดประเด็นที่ค่อนข้างชัดเจนสำหรับการวินิจฉัยคดีทำนองเดียวกันในเวลาถัดมา ดังปรากฏให้เห็นคำวินิจฉัยถัดมาของศาลรัฐธรรมนูญที่ 1/2557 ที่ศาลเองได้ถือเอาแนวบรรทัดฐานในคดีนี้เข้าไปวินิจฉัย

2. ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า กรณีสมาชิกรัฐสภาฝ่ายข้างน้อยซึ่งในคดีนี้ได้แก่ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรในส่วนของพรรคฝ่ายค้านและสมาชิกวุฒิสภาจำนวนหนึ่งถูกปิดกั้นมิให้สามารถอภิปรายในสภา โดยการกำหนดวันเสนอคำแปรญัตติสั้นบ้าง การเสนอของสมาชิกรัฐสภาฝ่ายข้างมากเพื่อปิดการอภิปรายบ้าง หรือการที่ประธานรัฐสภาใช้ดุลพินิจห้ามมิให้อภิปรายบ้าง ทั้งหมดนี้ถือว่าเป็นการขัดต่อบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเนื่องจากมีลักษณะของการใช้อำนาจของประธานรัฐสภาและสมาชิกรัฐสภาฝ่ายข้างมากที่ไม่ชอบทั้งนี้ 2 เหตุผลหลักที่ศาลได้หยิบยกขึ้นมานั้น ได้แก่ เป็นการละเลยการรับฟังเสียงของสมาชิกรัฐสภาข้างน้อยเหตุผลหนึ่ง และเป็นการละเมิดต่อสิทธิในการทำหน้าที่ของสมาชิกรัฐสภาอีกเหตุผลหนึ่ง กล่าวโดยสรุปรวบรวมแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญกำลังชี้ให้เห็นถึงความไม่ถูกต้องชอบธรรมของการใช้เสียงข้างที่ไม่เคารพรับฟังเสียงข้างน้อยซึ่งสอดคล้องกับหลักวิชาและนำขยายความเพิ่มเติม กล่าวคือ ถือเป็นแนวคิดและหลักการพื้นฐานของรัฐสภาในระบบประชาธิปไตยที่จะมีลักษณะเป็น “สภาปรึกษาหารือ” (Deliberative assembly) อันเป็นการบ่งชี้ว่า รัฐสภาได้ปฏิบัติหน้าที่ของตนเองด้วยการพูดคุยแลกเปลี่ยนความคิดเห็นระหว่างสมาชิกรัฐสภาในฐานะผู้แทนปวงชนเพื่อประโยชน์สูงสุดของประชาชนเป็นหลักอยู่เสมอ (Mezey, 2008, pp.34) ด้วยเหตุผลเช่นนี้การอภิปราย

ในรัฐสภา (Parliamentary Debate) จึงถือเป็นแก่นแกนสำคัญสำหรับการทำหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ (May, 2011, pp.235-236) เพราะการได้อภิปรายระหว่างสมาชิกนั้นย่อมส่งผลให้การดำเนินการใด ๆ ของรัฐสภาเป็นการตัดสินใจที่รอบคอบระมัดระวัง อยู่บนข้อมูลต่าง ๆ อย่างครบถ้วนรอบด้านผ่านการเสนอแนะบ้าง ปรีกษาบ้าง ตรวจสอบบ้าง ฯลฯ และด้วยการเป็นสภาปรึกษาหารือตามระบอบประชาธิปไตยนี้เองเสียงของสมาชิกฝ่ายข้างน้อยจึงต้องถูกให้ความเคารพอย่างยิ่ง (Uhr, 1998, pp.230)

3. การเน้นย้ำถึงความสำคัญของสมาชิกรัฐสภาฝ่ายข้างน้อยที่พึงต้องมีสิทธิในการอภิปรายในรัฐสภาเช่นเดียวกันกับสมาชิกฝ่ายข้างมากตามครรลองระบอบประชาธิปไตยตามที่ศาลรัฐธรรมนูญไทยได้กล่าวถึงในคำวินิจฉัยนี้ เป็นการสอดคล้องต้องกันกับที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมันได้กล่าวไว้ในคดีที่ 2 BvL 1/09 ซึ่งเกี่ยวกับกระบวนการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ (Legislative procedure) และในคดีที่ 2 BvE 4/14 ตามลำดับโดยย้ำว่า องค์ประกอบสำคัญของระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภา (Parliamentary democracy) คือ การที่สมาชิกของสภาทุกคนหาได้มีเพียงเฉพาะสิทธิในการลงมติ (Right to vote) เพื่อออกกฎหมายอย่างเดียวไม่ หากแต่มีสิทธิในการอภิปราย (Right to debate) การออกกฎหมายด้วยการอภิปรายนี้จะเปิดโอกาสให้ฝ่ายข้างน้อยในสภาได้สามารถนำเสนอความคิดเห็นและมุมมองที่แตกต่างหลากหลายจากฝ่ายข้างมากซึ่งเป็นเรื่องจำเป็นอย่างมากกล่าวอีกนัยหนึ่ง เมื่อสมาชิกของฝ่ายนิติบัญญัติทุกคนมีสิทธิในการอภิปรายแล้วย่อมบ่งชี้ให้เห็นถึงการมีอยู่ของ “หลักฝ่ายค้านที่มีประสิทธิภาพ” (Principle of Effective Opposition) ในรัฐธรรมนูญที่คอยทำหน้าที่ตรวจสอบการทำงานของฝ่ายข้างมากอย่างมีประสิทธิภาพนั่นเอง

4. เอาเข้าจริงแล้ว คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญคดีนี้ที่พยายามคุ้มครองสิทธิของสมาชิกรัฐสภาเสียงข้างน้อยในการอภิปรายมิให้ถูกปิดกั้นเคลื่อนกลืนโดยการกระทำของสมาชิกเสียงข้างมาก หากจะพูดกันตามทฤษฎีกฎหมายรัฐสภาแล้วอาจกล่าวได้ว่า ก็คือการที่ศาลพยายามวางรากฐานให้การทำหน้าที่ของรัฐสภาไทยอยู่บนหลักกระบวนการนิติบัญญัติที่มีเหตุผล (Legislative Rationality) (Oliver-Lalana, 2013, pp.135) ด้วยการผ่านกฎหมายบนการตัดสินใจของที่ประชุมที่อยู่บนมูลข้อเท็จจริงต่าง ๆ ที่ครบถ้วนจากการอภิปรายของเหล่าสมาชิก ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญ

เห็นว่าคงเป็นการไม่เพียงพอที่จะกล่าวเพียงแค่ว่าสมาชิกรัฐสภาทุกคนมีสิทธิในการอภิปราย หากแต่ต้องมี “ผู้คอยทำหน้าที่พิทักษ์รักษาสีติ” นั้นด้วยอย่างประธานรัฐสภา (Speaker) ที่ปฏิบัติหน้าที่ประธานในที่ประชุมด้วยความเป็นกลางตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ ซึ่งในคดีนี้มีข้อน่าสังเกตว่า มีลักษณะที่ศาลเข้าไปกำหนดบทบาทของประธานสภาในฐานะประธานในที่ประชุมของฝ่ายนิติบัญญัติว่าพึงต้องวางตัวในการปฏิบัติหน้าที่เช่นไร โดยศาลมองว่าประธานสามารถถึงรองประธานสภาไม่ได้ทำหน้าที่อย่างเป็นกลาง เพราะไม่เปิดโอกาสให้สมาชิกสภาฝ่ายข้างน้อยได้อภิปรายอันเป็นการขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา 125 (รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550) ที่กำหนดเงื่อนไขการปฏิบัติหน้าที่อยู่บนความเป็นกลางนี้ไว้ (สำหรับรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (พ.ศ. 2560) บัญญัติไว้ในมาตรา 80) ประเด็นว่าด้วยการวางตนเองอย่างเป็นกลางของประธานรัฐสภาปรากฏเป็น “หลักความเป็นกลางและเป็นธรรม” (Principle of Impartiality and Fairness) ของประธานรัฐสภาในฐานะ “หลักรัฐธรรมนูญทั่วไปของฝ่ายนิติบัญญัติ” (Alder, 2002, pp.268) ที่เรียกร้องให้ประธานรัฐสภาในฐานะ “ประมุขในที่ประชุมสภาและฝ่ายนิติบัญญัติ” ต้องไม่เอนเอียงเข้าข้าง หรือเข้าไปมีส่วนร่วมกับการพรรคการเมืองใด พรรคการเมืองหนึ่ง (Non-partisanship) (Bäck, 2021, pp.198) แม้ตนเองจะเป็นสมาชิกพรรคการเมืองมาก่อนหรือขณะดำรงตำแหน่งก็ตาม ดังจะเห็นได้จากการที่ประธานรัฐสภาจะไม่ลงคะแนนในการประชุม ยกเว้นกรณีที่ประชุมมีคะแนนเสียงเท่ากัน ประธานถึงจะออกเสียงเพื่อชี้ขาด นอกจากนี้แล้ว หลักนี้ก็ยังเรียกร้องให้ประธานรัฐสภาต้องทำหน้าที่ควบคุมการอภิปรายของสมาชิกให้เป็นไปอย่างเรียบร้อยทั่วถึงและเท่าเทียมกันกล่าวให้ถึงที่สุดแล้ว หลัก “ความเป็นกลางและเป็นธรรมทางการเมือง” (Barnett, 2002, pp.461) นี้จะเป็นกลไกและเครื่องประกันว่าการตัดสินใจที่เกิดขึ้นของฝ่ายนิติบัญญัตินั้นจะเป็นการตัดสินใจที่เป็นอิสระของสมาชิกรัฐสภาในฐานะผู้แทนปวงชนทุกคนอย่างครบถ้วนรอบด้าน อันจะเป็นการสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญและกฎหมายเพื่อตอบสนองประโยชน์สาธารณะที่แท้จริงศาลรัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้ในคดี *United Democratic Movement v Speaker of the National Assembly and Others* (2017) ซึ่งมีคำร้องของสมาชิกรัฐสภาฝ่ายข้างน้อยให้ศาลพิจารณาดังบทบาทหน้าที่ของประธานรัฐสภาเคยกล่าวถึงหลักการนี้ไว้ด้วยเช่นเดียวกันว่า ความเป็นกลางและ

เป็นธรรมชาติของประธานรัฐสภาถือเป็นปัจจัยที่สำคัญยิ่งต่อกระบวนการตัดสินใจของสมาชิกรัฐสภาที่จะตอบสนองผลประโยชน์สูงสุดของประชาชนได้ อย่างไรก็ตาม แม้ข้อเท็จจริงจะเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าประธานรัฐสภาต้องทำหน้าที่ของตนเองอย่างเป็นกลาง แต่เมื่อเกิดการกระทำที่อาจก่อให้เกิดข้อสงสัย จึงมีประเด็นที่ต้องขบคิดต่อไปในทางวิชาการถึงความเหมาะสมต่อไปด้วยว่า องค์การตุลาการควรจะเข้าไปวินิจฉัยถึงการทำหน้าที่อย่างเป็นกลางของประธานรัฐสภาที่เป็นเรื่องของการเมืองหรือไม่อย่างไร หากอนุญาตให้กระทำได้จะเป็นการขัดแย้งต่อหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of Powers) หรือไม่ (Reddy and Bhargava, 2020, pp.337) ประเด็นนี้มีการถกเถียงกันของนักวิชาการอย่างมากในประเทศอินเดีย ภายหลังจากศาลสูงสุดแห่งอินเดียในคดี *Keisham Meghachandra Singh v. the Hon'ble Speaker* ได้เข้าไปพิจารณากรณีที่สมาชิกรัฐสภาฝ่ายข้างน้อยยื่นคำร้องให้เข้ามาวินิจฉัยการปฏิบัติหน้าที่ของประธานรัฐสภาที่ไม่เป็นกลางในการพิจารณาคำร้องลาออกจากการเป็นสมาชิกรัฐสภาล่าช้าซึ่งอาจส่งผลให้รัฐบาลได้เปรียบทางการเมือง ซึ่งศาลได้อธิบายและย้ำว่าประธานรัฐสภาต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลางและวินิจฉัยให้ประธานรัฐสภารีบดำเนินการพิจารณาคำร้องขอลาออกให้แล้วเสร็จโดยเร็ว อนึ่ง ข้อวิพากษ์วิจารณ์ในทางวิชาการดังกล่าวก็ปรากฏอยู่ในประเทศแอฟริกาใต้เช่นเดียวกัน (Cachalia, 2016, pp.382)

5. มีประเด็นว่าวิเคราะห์ต่อไปว่า “หลักความเป็นกลางและเป็นธรรม” ของประธานรัฐสภาในรัฐธรรมนูญปรากฏอยู่ในกฎหมายอื่นบ้างหรือไม่ ในกฎหมายปกครอง หลักความเป็นกลางปรากฏอยู่ในมาตรา 16 ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2563 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.795/2555 อาจพอเทียบเคียงให้เห็นภาพกับกรณีการวางตนเป็นกลางของประธานรัฐสภาได้พอสมควร กล่าวคือ ในคดีนี้ผู้ฟ้องคดีฟ้องขอให้ศาลปกครองสูงสุดเพิกถอนคำสั่งไล่่ออกจากราชการในตำแหน่งนักวิชาการแรงงาน ศาลเห็นว่า นาย พ. เคยได้รับการแต่งตั้งเป็นประธานคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยผู้ร้อง ซึ่งมีความเห็นว่าผู้ร้องกระทำผิดวินัยร้ายแรงควรไล่่ออกจากราชการ ต่อมาได้เข้าร่วมประชุมกับ อ.ก.พ. ของกรมฯ ในฐานะกรรมการพิจารณาผลการสอบสวนทางวินัย ศาลเห็นว่านาย พ. เคยเป็นประธานสอบสวนวินัยผู้ร้องมาก่อน ย่อมมีความเห็นที่เป็นปฏิปักษ์ต่อผู้ฟ้องคดี อาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง คำสั่งลงโทษไล่ผู้ฟ้องคดีออกจาก

ราชการจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย แม้จะมีรายละเอียดที่อาจแตกต่างไปจากคดีทางรัฐธรรมนูญกรณีการทำหน้าที่อย่างเป็นทางการของประธานรัฐสภาอยู่บ้าง แต่หากพิจารณาให้ถี่ถ้วนจะพบว่า การที่ระบบกฎหมายปกครองเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองต้องวางตนเป็นกลางโดยการขจัดความเป็นอัตวิสัย (Subjective) ออกไปด้วยการห้ามเกี่ยวข้องกับเรื่องที่กำลังพิจารณาก็เพื่อเป็นหลักประกันว่า คำสั่งทางปกครองจะออกมาเพื่อประโยชน์สาธารณะและยุติธรรมที่สุดตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย (วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, 2562, หน้า 73-74) อย่างเป็น “ภววิสัย” (Objective) มากที่สุด ซึ่งก็มีได้มี “แก่นแกนของข้อความคิด” (Core concept) ที่แตกต่างไปจากวัตถุประสงค์ที่แท้จริงของรัฐธรรมนูญตามที่ได้อธิบายมาก่อนหน้านี้เลย ทั้งนี้เนื่องจากมีจุดยึดโยงอยู่กับหลักคิดทางกฎหมายมหาชนเช่นเดียวกัน

6. คำวินิจฉัยคดีนี้มีข้อพิงสังเกตุว่า ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าการที่ประธานรัฐสภาและสมาชิกฝ่ายข้างมากในรัฐสภาใช้เสียงข้างมากโดยละเลยเสียงข้างน้อย มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจโดยไม่เป็นธรรมจึงขัดต่อหลักนิติธรรมตามมาตรา 3 วรคสอง ของรัฐธรรมนูญด้วยนั้น จึงเป็นการชี้ให้เห็นว่าระบอบประชาธิปไตยหมายรวมถึงหลักนิติธรรม (Rule of Law) ด้วย กล่าวให้เข้าใจง่ายขึ้นคือ ศาลรัฐธรรมนูญมองว่าระบอบประชาธิปไตยกับหลักนิติธรรมเป็นสิ่งเดียวกัน โดยหลักนิติธรรมเป็นองค์ประกอบหนึ่งของระบอบประชาธิปไตยซึ่งในทางวิชาการแล้ว ระบอบประชาธิปไตย (Democracy) และหลักนิติธรรม (Rule of Law) หาใช่สิ่งเดียวกันไม่ตามที่เคลเซน (Hans Kelsen) ได้เคยกล่าวอธิบาย (Bongiovanni, 2007, pp.304) หากแต่เป็น 2 หลักการทำหน้าที่ส่งเสริมซึ่งกันและกันของรัฐเสรีประชาธิปไตย (Liberal democratic state) หรือที่เรียกรัฐในลักษณะนี้ว่า “รัฐประชาธิปไตยที่ปกครองภายใต้หลักนิติธรรม” (Democratic state under the Rule of Law) (May and Winchester, 2018, pp.38)

3. การลงมติ

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 : กรณีการแสดงตนและลงมติแทนสมาชิกอื่น

ในการเสนอญัตติแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญปรากฏการแสดงตนเพื่อนับองค์ประชุมก่อนการลงมติเห็นชอบร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมมีสมาชิกรัฐสภา

บางคนนำบัตรประจำตัวสมาชิกรัฐสภาของคนอื่นมาทำการเสียบบัตรในช่องเสียบบัตรและกดปุ่มแสดงตนแทนเพื่อน้องค์ประชุมก่อนการลงมติ และทำการเสียบบัตรในช่องเสียบบัตรและกดปุ่มแสดงตนลงมติแทนสมาชิกรัฐสภาผู้ซึ่งเป็นเจ้าของบัตรดังกล่าว ทั้งที่มีข้อเท็จจริงว่าสมาชิกรัฐสภาผู้ซึ่งเป็นเจ้าของบัตรไม่ได้อยู่ในห้องประชุมทำให้ผลการนับองค์ประชุมและผลการลงมติไม่ถูกต้องตามความเป็นจริงการกระทำดังกล่าวถือเป็นการออกเสียงหรือลงมติเกินกว่าหนึ่งเสียง จึงขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 126 วรรคสาม และไม่เป็นการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความสุจริตและมีได้เป็นไปเพื่อประโยชน์ของปวงชนชาวไทยซึ่งขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 122 และมาตรา 126 วรรคสาม จึงขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยและมีคำสั่งให้กระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ..) พ.ศ. ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและเป็นโมฆะ

พิจารณาแล้วเห็นว่า คดีนี้ผู้ร้องมีประจักษ์พยานผู้เห็นเหตุการณ์มาเบิกความพร้อมทั้งมีพยานหลักฐานสำคัญมาแสดง คือ คลิปวีดิทัศน์ที่บันทึกภาพเหตุการณ์ขณะที่มีการกระทำดังกล่าวถึงสามตอนที่แสดงให้เห็นว่ามีสมาชิกรัฐสภาบางคนใช้บัตรอิเล็กทรอนิกส์แสดงตนและลงมติแทนผู้อื่นในเครื่องออกเสียงลงคะแนนระหว่างที่มีการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมเกี่ยวกับที่มาของสมาชิกวุฒิสภา ซึ่งในการนี้ นางสาวรังสิมา รอดรัศมี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร พรรคประชาธิปัตย์ ในฐานะพยานบุคคลของผู้ร้องที่ 2 และผู้ร้องที่ 4 ได้เบิกความประกอบคลิปวีดิทัศน์รวม 3 ตอน เพื่อยืนยันว่าในขณะนั้นได้มีบุคคลตามที่ปรากฏในคลิปวีดิทัศน์กระทำการใช้บัตรแสดงตนอิเล็กทรอนิกส์ใส่เข้าไปในเครื่องออกเสียงลงคะแนน และกดปุ่มเพื่อแสดงตนและลงมติคราวละหลายใบ ซึ่งขัดแย้งกับหลักการและวิธีการที่ถูกต้องในเรื่องนี้

การดำเนินการดังกล่าวนอกจากจะเป็นการละเมิดหลักการพื้นฐานของการเป็นสมาชิกรัฐสภาซึ่งถือได้ว่าเป็นผู้แทนปวงชนชาวไทย ซึ่งจะต้องปฏิบัติหน้าที่โดยไม่อยู่ในความผูกมัดแห่งอาณัติมอบหมายหรือการครอบงำใด ๆ และต้องปฏิบัติด้วยความซื่อสัตย์สุจริตเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของปวงชนชาวไทย โดยปราศจากการขัดกันแห่งผลประโยชน์ตามบทบัญญัติมาตรา 122 ของรัฐธรรมนูญแล้ว ยังขัดต่อข้อบังคับการประชุมของรัฐสภา ขัดต่อหลักความซื่อสัตย์สุจริตที่สมาชิกรัฐสภาได้ปฏิญาณตนไว้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 123 และขัดต่อหลักการออกเสียงลงคะแนน

ตามบทบัญญัติมาตรา 126 วรรคสาม ที่ให้สมาชิกคนหนึ่งมีเพียงเสียงหนึ่งเสียงในการออกเสียงลงคะแนนมีผลทำให้การออกเสียงลงคะแนนของรัฐสภาในการประชุมนั้น ๆ เป็นการออกเสียงลงคะแนนที่ทุจริตไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ที่แท้จริงของผู้แทนปวงชนชาวไทย เนื่องมาจากกระบวนการลงคะแนนเสียงที่ไม่ชอบด้วยข้อบังคับการประชุมของรัฐสภา และขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ได้ระบุนมาแล้วข้างต้นมีอาจถือว่าเป็นมติที่ชอบของรัฐสภาในกระบวนการพิจารณาร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม

หมายเหตุ

1. กรณีนี้เกี่ยวกับการแสดงตนลงมติแทนผู้อื่นของสมาชิกรัฐสภา ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าสมาชิกรัฐสภาบางคนใช้บัตรอิเล็กทรอนิกส์แสดงตนและลงมติแทนผู้อื่น ทำให้ผลการนับองค์ประชุมและผลการลงมติไม่ถูกต้องตามความเป็นจริงจึงวินิจฉัยว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ซึ่งอาจอธิบายได้ในเชิงหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญว่า การกระทำความผิดกล่าวอาจขัดต่อ 2 หลักการ ได้แก่ หลักความเป็นอิสระของผู้แทนปวงชน (Free mandate) ที่ถูกรับรองไว้ในมาตรา 122 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 (รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (พ.ศ. 2560) อยู่ในมาตรา 114) และหลักที่เรียกกันว่า “หลักหนึ่งสมาชิกหนึ่งคะแนนเสียง” ที่ถูกรับรองไว้อยู่ในมาตรา 126 วรรคสาม (รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (พ.ศ. 2560) อยู่ในมาตรา 120 วรรคสาม)

2. หลักการที่ศาลรัฐธรรมนูญเข้าไปวินิจฉัยวางบรรทัดฐานในคดีนี้เป็นหลักการทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับสมาชิกรัฐสภาเป็นสำคัญ ไม่ว่าจะเป็นอย่างใดก็เป็นอิสระของผู้แทนปวงชนซึ่งเป็นผลมาจากการที่ประชาชนได้เลือกผู้แทนของตนเองเข้าไปทำหน้าที่แทนตนเองในสภาผ่านกระบวนการการเลือกตั้ง (Boggero, 2018, pp.119) หรือหลักหนึ่งสมาชิกหนึ่งคะแนนเสียงที่สืบสาวมาจากข้อความคิดความเสมอภาคทางการเมือง (Political equality) ที่ประชาชนทุกคนต่างมีสิทธิมีเสียงเท่าเทียมกัน (Rohrschneider, 2004, pp.250) เมื่อเลือกผู้แทนของตนเองเพื่อเข้าไปทำหน้าที่แสดงความคิดเห็นหรือตัดสินใจใด ๆ ทางการเมืองแล้ว ก็ย่อมต้องอยู่บนพื้นฐานของความเสมอภาคเท่าเทียมเช่นเดียวกัน หากได้มีผู้แทนคนใดไม่ว่าจะเป็นผู้แทนของพรรคการเมืองฝ่ายข้างมาก หรือฝ่ายข้างน้อยที่จะมีเอกสิทธิ์หรืออำนาจเหนือกว่าผู้แทนท่านอื่นทั้งหมดต่างก็เป็นหลักที่เข้าไปส่งเสริมการปฏิบัติหน้าที่ของ

สมาชิกรัฐสภาในการทำหน้าที่เพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนในฐานะผู้แทนปวงชนตามระบอบประชาธิปไตยแบบผู้แทน (Representative democracy) ให้ครบถ้วนสมบูรณ์ (Buratti, 2016, pp.56)

3. ในคตินี้มองได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าพฤติกรรมของการแสดงตนและลงคะแนนแทนกันได้เข้าไปทำลายการทำหน้าที่อย่างมีอิสระของผู้แทนปวงชนรวมตลอดถึงเข้าไปทำลายความเสมอภาคระหว่างผู้แทนเนื่องจากอาจมองว่าพฤติกรรมการลงคะแนนแทนเป็นการที่สมาชิกท่านนั้นกำลังเข้าไปแทรกแซงการทำหน้าที่ของสมาชิกอื่น หรือในทางกลับกัน สมาชิกดังกล่าวกำลังถูกรวบงำโดยสมาชิกท่านอื่นอันเป็นการบั่นทอนการทำหน้าที่ที่อิสระอย่างมีนัยสำคัญอันที่จริงแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมันเคยกล่าวถึงองค์ประกอบสำคัญของหลักความเป็นอิสระของผู้แทนไว้อย่างน่าฟังในคำวินิจฉัยที่ 2 BvE 1/06 ว่าหลักความเป็นอิสระของผู้แทนนั้นใกล้ชิดแนบแน่นกับหลักความโปร่งใส (Transparency) เพราะความโปร่งใสนั่นเองจะเป็นหลักประกันให้สมาชิกสามารถลงคะแนน หรือตัดสินใจใด ๆ ในกระบวนการนิติบัญญัติได้อย่างเป็นอิสระในฐานะผู้แทนปวงชนเพื่อประโยชน์สาธารณะ อันเป็นการสร้างความเชื่อมั่นให้กับประชาชนซึ่งถือเป็นหัวใจของระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภา (OECD, 2011, pp.56) กระนั้นก็ดี มีข้อน่าขบคิดต่อไปว่า การลงคะแนนแทนกันระหว่างสมาชิกรัฐสภาโดยสุจริตนั้นจะทำได้หรือไม่ ประเด็นนี้ยังมีการถกเถียงกันอยู่พอสมควร แต่โดยส่วนใหญ่แล้วยังไม่อนุญาตเพราะเกรงเรื่องของการทุจริต หรือแม้แต่การขาดหายไปของการมีส่วนร่วมถกเถียงแลกเปลี่ยน (Deliberation) ในสภา (Wolfensberger, 2001, pp.186) ประเด็นนี้ เออร์สกิน เมย์ (Erskine May) เคยให้ความเห็นไว้ว่าสมาชิกรัฐสภาที่ไม่มาปรากฏตัว ย่อมไม่สามารถลงคะแนนเสียงได้ (May, 1844, pp.221) นอกจากนี้ศาลรัฐธรรมนูญในประเทศยูเครนซึ่งเป็นประเทศที่ประสบกับปัญหาการลงคะแนนแทนกัน (Piano vote) ของสมาชิกรัฐสภาคล้ายคลึงกับประเทศไทยเคยมีคำวินิจฉัยที่ No.9-v2019 ไว้อย่างชัดเจนว่า ในฐานะผู้แทนของประชาชนในสภาการดำเนินการต่าง ๆ นั้น ต้องกระทำด้วยตนเองโดยปราศจากเงื่อนไขซึ่งรวมถึงการลงคะแนนด้วยในประเทศสหรัฐอเมริกา การลงคะแนนแทนกันระหว่างสมาชิกรัฐสภานั้น โดยทั่วไปแล้ว จะกระทำไม่ได้มิได้ ถือเป็น การขัดต่อจริยธรรมเว้นแต่จะมีการบัญญัติในกรณีเกิดเหตุบางประการ เช่น ข้อบังคับการประชุม

สภาผู้แทนราษฎร (House Rules) ของมลรัฐแมสซาชูเซตส์ ข้อ 16A (7) กำหนดไว้ว่าห้ามมิให้มีการลงคะแนนแทน เว้นแต่เกิดเหตุขัดข้องของระบบการลงคะแนน และทางเลขาได้บันทึกถึงปัญหาดังกล่าวไว้แล้ว เป็นต้น

4. การลงคะแนนเสียงแทนกันในคดีนี้มีข้อน่าสังเกตต่อไปว่า กรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้ขัดรัฐธรรมนูญก็เพราะถือไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ที่แท้จริงของผู้แทนปวงชนชาวไทย นั่นสะท้อนให้เห็นว่าการลงคะแนนนั้นถือเป็นเรื่องเฉพาะของผู้แทนคนนั้น ๆ หรืออาจกล่าวได้ว่าเป็น “คุณสมบัติเฉพาะตัว” ที่มีอาจจำหน่ายถ่ายโอนไปให้ใครก็ตามเป็นและกระทำการแทนได้ (เว้นแต่จะมีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น) ซึ่งหากพิจารณาถึงประเด็นว่าด้วย “คุณสมบัติเฉพาะตัว” ดังกล่าวแล้ว อาจพอเทียบเคียงได้กับคำพิพากษาของศาลฎีกาที่เคยวินิจฉัยไว้ในกรณีการประชุมผู้ถือหุ้นบริษัท กล่าวคือ ในคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 89/2512 เป็นกรณีที่ประชุมผู้ถือหุ้นบริษัทหนึ่งมีผู้ซึ่งไม่ใช่ผู้ถือหุ้นได้เข้าไปแสดงความคิดเห็นรวมถึงร่วมลงคะแนนออกเสียงในที่ประชุมด้วย ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าแม้ในที่ประชุมจะประกอบไปด้วยผู้ถือหุ้นจริงและผู้ถือหุ้นเหล่านี้ลงคะแนนเสียงเป็นเอกฉันท์ก็ตาม มติของที่ประชุมก็ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (มาตรา 1176 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์) นอกจากนี้ในกฎหมายปกครอง อาจมีกรณีที่อาจพอเทียบเคียงได้เช่นกัน กล่าวคือ กรณีการดำเนินงานของคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาทางปกครอง ที่ต้องมีการรับรองการประชุมเพื่อการดำเนินการมีประเด็นต้องคำนึงด้วยว่า ผู้เข้าร่วมประชุมในฐานะกรรมการนั้นถูกต้องสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมายหรือไม่อย่างไร ณ ที่นี้อาจเข้ากรณีของ “กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ” หรือกรรมการที่มีการเลือกมาเป็นการเฉพาะ กรณีนี้เคยมีความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ 1) เรื่องเสร็จที่ 135/2544 และเรื่องเสร็จที่ 464/2562 ว่าไม่สามารถมอบหมายให้บุคคลอื่นเข้าประชุมเพื่อดำเนินการแทนได้ ซึ่งก็สอดคล้องกับหลักกฎหมายปกครองที่มุ่งหมายต้องการความรู้ความเชี่ยวชาญเป็นการเฉพาะของกรรมการผู้นั้นเพื่อควมมีประสิทธิภาพในการใช้อำนาจทางปกครอง

5. สำหรับประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญมองว่า การลงคะแนนเสียงแทนกันนั้นเป็นการขัดต่อ “หลักหนึ่งสมาชิกหนึ่งคะแนนเสียง” ตามกฎหมายรัฐสภาว่าด้วยกระบวนการของรัฐสภา (Parliamentary procedure) ซึ่งถือเป็นหลักกฎหมายรัฐสภาพื้นฐาน (Fundamental Principle of Parliamentary Law) มีหลักว่า

“สมาชิกสภาหนึ่งท่าน ย่อมมีหนึ่งเสียง” (Butler, Bogdanor, and Summers, 2004, pp.163) ถึงแม้จะปรากฏข้อเท็จจริงของการมีดำรงตำแหน่งอื่น ๆ ในสภาก็ตามที (Jennings, 2016, pp.14) ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักความเสมอภาคทางการเมือง ซึ่งสืบสาวมาจากการถ่ายโอนอำนาจอธิปไตยของประชาชนมายังผู้แทนผ่านกระบวนการเลือกตั้ง (Harvard Law Review Association, 1975, pp.1184) ดังที่ศาลสูงสุดแห่งสหราชอาณาจักรกล่าวไว้อย่างน่าฟังในคดี *R (Miller) v the Prime Minister and Cherry v Advocate General for Scotland* ว่า “ผู้แทนในสภาเกิดขึ้นได้ก็เพราะประชาชนเป็นผู้เลือก” เมื่อผู้แทนบางคนที่ถูกเลือกไม่เข้าร่วมประชุมเพื่อเข้าไปใช้สิทธิลงคะแนนจึงส่งผลให้ผู้แทนบางคนที่เข้าร่วมประชุม “ใช้สิทธิเกินเลย” ลงคะแนนแทน อันเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาคทางการเมือง หากเปรียบเทียบกับเพื่อนสมาชิกท่านอื่นในสภาที่มีเพียงหนึ่งเสียง อย่่างไรก็ดี นอกจากกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายรัฐสภาที่ใช้หลักการนี้แล้ว กฎหมายปกครองก็มีหลักการนี้ดำรงอยู่เช่นกัน กล่าวคือ มาตรา 82 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ว่าด้วยการดำเนินการพิจารณาทางปกครองของ “คณะบุคคล” อย่างคณะกรรมการ มีการกำหนดไว้ว่า ให้การลงมติในที่ประชุมของคณะกรรมการเพื่อดำเนินการถือเสียงข้างมาก โดยกรรมการแต่ละท่านมีหนึ่งเสียงในการลงคะแนน

6. มีข้อน่าสังเกตว่า คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่เข้าไปวินิจฉัยกรณีการลงคะแนนเสียงแทนกันของสมาชิกฝ่ายนิติบัญญัติมีทั้งสิ้น 3 คดี ได้แก่ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 15-18/2556 (กรณีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ), คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3-4/2557 (กรณีร่างพระราชบัญญัติให้อำนาจกระทรวงการคลังกู้เงินเพื่อการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานด้านคมนาคมขนส่งของประเทศ พ.ศ.), คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 2-3/2563 (กรณีร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2563) ซึ่งแม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญจะได้เข้าไปวินิจฉัยว่าการกระทำดังกล่าวถือเป็นกระบวนการตราที่ไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มติที่ออกมา “ไม่ใช่เจตนารมณ์ที่แท้จริงของผู้แทนปวงชนชาวไทย” แล้ว แต่ผลทางกฎหมายของคำวินิจฉัยในแต่ละคดีนั้นมีความผิดแผกแตกต่างกันอย่างน่าสนใจกล่าวคือ บางกรณีส่งผลให้ร่างกฎหมายตกไปทั้งฉบับบ้าง ในขณะที่บางกรณีไม่ส่งผลให้ร่างกฎหมายตกไปทั้งฉบับ แต่ให้เข้าไปแก้ไขเฉพาะส่วนของกระบวนการที่ตราไม่ถูกต้องเท่านั้น ทั้งนี้หากอธิบายตามหลักวิชาสะท้อนให้เห็นว่า ศาลอาจมีการ

กำหนดระดับของความผิดว่ารุนแรงถึงขนาดทำให้กระบวนการนั้นเสียไปทั้งหมดหรือไม่อย่างไร ทั้งหมดนี้อาจต้องนำมาวิเคราะห์และอธิบายในทางวิชาการให้เกิดความชัดเจนต่อไป

4. กระบวนการตรากฎหมาย

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3-4/2545 : กรณีการพิจารณาร่างกฎหมายโดยไม่ผ่านการพิจารณาของ 2 สภา

ในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินงานขององค์การห้ามอาวุธเคมี พ.ศ. สภาผู้แทนราษฎรได้ลงมติเห็นชอบ และได้เสนอร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวต่อวุฒิสภาวุฒิสภาได้พิจารณาและมีมติแก้ไขเพิ่มเติม และส่งร่างพระราชบัญญัติคืนไปยังสภาผู้แทนราษฎร สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาแล้วมีมติไม่เห็นชอบกับการแก้ไขเพิ่มเติมของวุฒิสภา จึงได้มีการตั้งคณะกรรมการร่วมกันเพื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว คณะกรรมการร่วมกันพิจารณาเสร็จแล้วได้เสนอรายงานร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวต่อสภาทั้งสอง โดยสภาผู้แทนราษฎรนำบรรจุเข้าวาระการประชุม วันที่ 21 พฤศจิกายน 2544 ส่วนวุฒิสภานำบรรจุเข้าวาระการประชุม วันที่ 23 พฤศจิกายน 2544 ที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรพิจารณาร่างพระราชบัญญัติของคณะกรรมการร่วมกันแล้ว มีมติไม่เห็นชอบด้วยกับร่างพระราชบัญญัติที่คณะกรรมการร่วมกันพิจารณาเสร็จแล้ว และสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรเสนอญัตติต่อที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรว่า เนื่องจากร่างพระราชบัญญัตินี้เป็นร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงิน จึงขอให้ที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรใช้สิทธิยื่นยันร่างพระราชบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 176 ต่อไปทันทีที่มีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรอภิปรายทั่วถึงถึงว่า ควรขอให้วุฒิสภาใช้สิทธิพิจารณาร่างพระราชบัญญัติของคณะกรรมการร่วมกันก่อน จากนั้นสภาผู้แทนราษฎรจึงจะใช้สิทธิยื่นยันร่างพระราชบัญญัติได้ ในที่สุดที่ประชุมสภาผู้แทนราษฎรได้ลงมติว่า สภาผู้แทนราษฎรสามารถใช้สิทธิยื่นยันร่างพระราชบัญญัติได้โดยไม่ต้องรอการพิจารณาของวุฒิสภา และมีมติยื่นยันให้ใช้ร่างเดิมของสภาผู้แทนราษฎรด้วยคะแนนเสียงมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของสภาผู้แทนราษฎร

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า กระบวนการตราพระราชบัญญัติจะต้องผ่านการพิจารณาของทั้งสองสภาก่อน จึงจะถือว่าได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้ว ซึ่งเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 92 และมาตรา 90 กรณีร่างพระราชบัญญัติคุ้มครอง

การดำเนินงานขององค์การห้ามอาวุธเคมี พ.ศ. เป็นเรื่องที่ถูกวุฒิสภาแก้ไขเพิ่มเติมร่างพระราชบัญญัติที่สภาผู้แทนราษฎรเห็นชอบแล้วและสภาผู้แทนราษฎรไม่เห็นชอบด้วยกับการแก้ไขเพิ่มเติมของวุฒิสภา จึงมีการตั้งคณะกรรมการร่วมกันเสร็จแล้วจึงเสนอรายงานและร่างพระราชบัญญัติที่คณะกรรมการร่วมกันได้พิจารณาแล้วต่อสภาทั้งสอง ถ้าสภาทั้งสองต่างเห็นชอบด้วยกับร่างพระราชบัญญัติที่คณะกรรมการร่วมกันได้พิจารณาแล้วให้ดำเนินการต่อไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 93 ถ้าสภาใดสภาหนึ่งไม่เห็นชอบด้วยก็ให้ยับยั้งร่างพระราชบัญญัตินั้นไว้ก่อน ซึ่งหมายความว่ากรณีที่สภาใดสภาหนึ่งไม่เห็นชอบด้วยกับร่างพระราชบัญญัติที่คณะกรรมการร่วมกันได้พิจารณาแล้วอันเป็นผลให้ร่างพระราชบัญญัติถูกยับยั้งนั้นทั้งสองสภาจะต้องได้พิจารณาร่างพระราชบัญญัติที่คณะกรรมการร่วมกันพิจารณาแล้วให้ครบถ้วนตามขั้นตอนการตราพระราชบัญญัติที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เสียก่อน

ดังนั้น การที่สภาผู้แทนราษฎรได้พิจารณาและลงมติไม่เห็นชอบด้วยกับร่างพระราชบัญญัติที่คณะกรรมการร่วมกันเสนอในคราวประชุมสภาผู้แทนราษฎร เมื่อวันที่ 21 พฤศจิกายน 2544 จึงยังถือไม่ได้ว่า ร่างพระราชบัญญัติคุ้มครองการดำเนินงานขององค์การห้ามอาวุธเคมี พ.ศ. ถูกยับยั้งจนกว่าวุฒิสภาจะได้พิจารณาร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวที่คณะกรรมการร่วมกันได้พิจารณาแล้วเสียก่อนจึงไม่สามารถยกร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวขึ้นพิจารณาใหม่ในทันที และลงมติยืนยันให้ใช้ร่างเดิมของสภาผู้แทนราษฎรตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 176 ได้แม้ร่างพระราชบัญญัตินั้นจะเป็นร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงินก็ตาม

หมายเหตุ

1. แม้ว่าจะมีรายละเอียดในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติที่เกี่ยวกับการเงิน แต่โดยหลักใหญ่ใจความของคดีนี้แล้วเป็นกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญนั้นได้เข้าไปตรวจสอบและวินิจฉัยในกระบวนการตรากฎหมาย (Legislative process) ของรัฐสภาว่าชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่อย่างไรทั้งนี้ประเด็นสำคัญอยู่ที่การพิจารณาร่างกฎหมายภายหลังวุฒิสภาใช้ “อำนาจยับยั้งชั่วคราว” (Power of suspensive veto) (McHugh, 2017, pp.138) มีมติให้แก้ไขเพิ่มเติมร่างกฎหมายผ่านความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎรแล้วจนนำไปสู่การตั้งคณะกรรมการร่วมกันเพื่อพิจารณาต่อไปภายหลังจากที่คณะกรรมการร่วมพิจารณาแล้วเสร็จจึงได้รายงานการพิจารณา

ไปยัง 2 สภา ตามขั้นตอนหลังจากนี้รัฐธรรมนูญกำหนดให้ต้องรอผลมติการพิจารณาของทั้ง 2 สภาเสียก่อนว่าจะมีมติเช่นไรจึงจะได้ดำเนินการต่อไปตามเงื่อนไขของรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตามก็ปรากฏว่าเมื่อสภาผู้แทนราษฎรมิเห็นชอบกับร่างกฎหมายตามที่คณะกรรมการพิจารณาแล้ว จึงได้หยิบเอาร่างกฎหมายเดิมขึ้นด้วยการใช้ “อำนาจชี้ขาด” (Ultimate power) (Bhangwan and Bhushan, 2010, pp.211) “ลงมติยืนยันไปในทันทีโดยไม่รอผลการพิจารณาของวุฒิสภา” ด้วยมติเกินกว่ากึ่งหนึ่งโดยยกเหตุผลที่ว่า เป็นร่างกฎหมายเกี่ยวกับการเงินซึ่งรัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ คงเพราะเห็นว่าตนเองไม่เห็นชอบร่างกฎหมายที่ส่งมาจากคณะกรรมการร่วมอยู่แล้ว เมื่อเป็นเช่นนี้ มาตรา 176 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ก็มอบอำนาจให้สภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้ใช้อำนาจยืนยันในท้ายที่สุดอยู่ดี จึงไม่จำเป็นต้องรอผลการพิจารณาของวุฒิสภา อนึ่ง มีข้อพิงตรงกันว่า สำหรับการใช้อำนาจชี้ขาดของสภาผู้แทนราษฎรกรณีหากเป็นร่างกฎหมายที่เกี่ยวกับการเงินนั้น ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (พ.ศ. 2560) หาได้มีหลักเกณฑ์เช่นเดียวกันไม่ กล่าวคือ ภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน จะมีการแบ่งประเภทของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเงินเป็น 2 จำพวกหลัก ได้แก่

1. กฎหมายงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ กฎหมายงบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติม และกฎหมายโอนงบประมาณรายจ่าย (มาตรา 143) และ
2. กฎหมายอื่นทั่วไปนอกเหนือจากข้อ 1. (มาตรา 138) ทั้งนี้ กลุ่มกฎหมายจำพวกที่ 1 สภาผู้แทนราษฎรสามารถหยิบยกขึ้นพิจารณายืนยันได้ทันทีเพราะถือว่าเป็นกฎหมายมีความจำเป็นเร่งด่วนที่จะต้องประกาศใช้ในขณะที่กฎหมายจำพวกที่ 2 นั้นไม่อาจหยิบยกขึ้นพิจารณายืนยันได้ทันทีหากแต่สภาผู้แทนราษฎรต้องรอให้พ้น 10 วัน นับตั้งแต่วันที่มีการยับยั้งกฎหมาย

2. คดีนี้หากจะอธิบายให้เข้าใจได้โดยง่ายคือ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าการใช้อำนาจชี้ขาด (Ultimate power) ของสภาผู้แทนราษฎรภายหลังจากการพิจารณาของคณะกรรมการร่วมเป็นการ “ลัดขั้นตอน” และการลัดขั้นตอนดังกล่าวนี้มีนัยสำคัญสำหรับกระบวนการตรากฎหมายของรัฐสภา กล่าวให้ชัดเจนยิ่งขึ้นไป การลัดขั้นตอนของสภาผู้แทนราษฎรมีลักษณะของการ “ตัดขั้นตอน” การพิจารณากฎหมายส่วนหนึ่ง ซึ่งวุฒิสภาเป็นผู้ดำเนินการออกไปด้วยการไม่ได้เปิดโอกาสให้วุฒิสภาได้ร่วมพิจารณากฎหมายมีข้อน่าสังเกตว่า การขาดหายไปของการมีส่วนร่วมในการพิจารณา

กฎหมายของวุฒิสภานั้นศาลรัฐธรรมนูญมองว่า ส่งผลให้กระบวนการตรากฎหมายไม่ครบถ้วน “มีความบกพร่องอย่างร้ายแรง” ที่กล่าวเช่นนั้นเพราะยังมีพิกที่จะใช้กฎเกณฑ์ทางรัฐธรรมนูญเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกระบวนการตราตัวบทกฎหมายหรือไม่อย่างไร ศาลกล่าวว่า กรณีนี้ไม่ถือว่ายังไม่มีการใช้อำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาใด ๆ เลยอันที่จริงแล้ว ในทางวิชาการสามารถอธิบายความคิดเห็นของศาลรัฐธรรมนูญได้ กล่าวคือ ตามหลักกฎหมายมหาชน รัฐสภาถือเป็นองค์กรของรัฐในฐานะองค์กรตามรัฐธรรมนูญ (Constitutional organ) โดยหากมีโครงสร้างฝ่ายนิติบัญญัติแบบสภาคู่ (Bicameralism) ไตซี (Dicey) เคยกล่าวถึงการปรากฏตัวขึ้นของกฎหมายว่าเป็นการใช้อำนาจของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และสถาบันพระมหากษัตริย์ (ผู้ลงพระปรมาภิไธย (Royal assent)) (Dicey, 1982, pp.88) กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ สภาคู่นี้จะมีลักษณะการใช้อำนาจนิติบัญญัติแบบองค์กร่วม (Collective power) (Carmichael and Dickson, 1999, pp.85) อันประกอบไปด้วยการใช้อำนาจผ่านการแสดงเจตนาร่วมกัน (Collective decision-making power) ของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา (Baldwin and Shell, 2001, pp.39) บน “หลักการปรึกษาหารือที่แบ่งแยกกัน” (Principle of Separate Deliberation) (Rao, 2018, pp.45) ซึ่งแตกต่างจากประเทศที่มีโครงสร้างฝ่ายนิติบัญญัติแบบรัฐสภาเดียว (Unicameralism) ที่การใช้อำนาจสามารถกระทำการแสดงเจตนาโดยสภาผู้แทนราษฎรลำพัง (Unilateral decision-making power) (Bingham, 2011, pp.122) เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ประเทศไทยมีฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งมีโครงสร้างเป็นแบบสภาคู่ การใช้อำนาจนิติบัญญัติเพื่อตราตัวบทกฎหมายนั้นจึงต้องอยู่บนพื้นฐานของการใช้อำนาจร่วมกันของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาตามหลักการแล้ว เมื่อนำมาพิจารณากับคดีที่เกิดขึ้น ก็สามารถทำความเข้าใจคำวินิจฉัยได้ว่า เมื่อสภาผู้แทนราษฎรใช้อำนาจตัดสินใจไปฝ่ายเดียวโดยปราศจากการใช้อำนาจตัดสินใจของวุฒิสภา จึงไม่อาจถือได้ว่ามีการใช้อำนาจนิติบัญญัติ “ในนามของรัฐสภา” ได้นั่นเอง (Gagnon and Poirier, 2020, pp.103)

3. มีข้อน่าสนใจว่า ในต่างประเทศเอง ประเทศอังกฤษที่ถือได้ว่าเป็นหนึ่งในประเทศต้นแบบของ “สภาคู่” ของโลกรวมถึงประเทศไทยก็เคยปรากฏคำพิพากษาเกี่ยวกับกระบวนการตรากฎหมายที่บกพร่องอยู่ก่อนหน้านี้นี้ตั้งแต่เมื่อสมัย ค.ศ. 1450 แล้ว ในคดี *Pykington's Case* (Cowen, 1953, pp.276) สภาสามัญ (House

of Commons) ได้ผ่านกฎหมายออกมาบังคับใช้แล้ว แต่มีข้อเท็จจริงว่าก่อนหน้านี้นิติสภาพของสภาขุนนางเอง(House of Lords) มีการแก้ไขกฎหมายวันบังคับใช้ของกฎหมาย จึงมีการฟ้องร้องต่อศาลเพื่อพิจารณาความสมบูรณ์ของกฎหมาย (Legal validity) คดีนี้ถูกมองโดยนักกฎหมายรัฐธรรมนูญอังกฤษว่า อาจไม่ชัดเจนมากนักสำหรับคำอธิบายของศาลเกี่ยวกับกระบวนการออกกฎหมายของรัฐสภาว่าถูกต้องหรือไม่อย่างไร เพราะไม่ปรากฏหลักฐานของคำพิพากษาอย่างเป็นทางการที่แน่ชัด (Steilen, 2016, pp.786) แต่ทางปฏิบัติของข้อเท็จจริงในคดีนี้ ทำ्यที่สุดแล้ว กฎหมายฉบับดังกล่าวไม่ถูกนำมาบังคับใช้ หากแต่ถูกส่งกลับไปยังรัฐสภาเพื่อพิจารณาใหม่อีกครั้งจนเป็นที่รับรู้ได้ในฐานะ “บรรทัดฐานดั้งเดิม” (Old precedent) ถึงการใช้อำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาอังกฤษในรูปแบบสภาคู่ว่าต้องเป็นการร่วมกันพิจารณาของสภาสามัญและสภาขุนนางจึงจะถือได้ว่าเป็น “กฎหมายที่ตราขึ้นโดยรัฐสภา” (Act of Parliament) ที่บังคับใช้ได้ (Lloyd, 1920, pp.21)

4. นอกจากนี้ ยังมีข้อมูลที่น่ารับรู้ต่อไปว่าในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ยังปรากฏคำพิพากษาของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาที่อาจพอเทียบเคียงได้กับคดีนี้ของศาลรัฐธรรมนูญอีกด้วย กล่าวคือ คำพิพากษาศาลสูงสุดในคดี *INS v. Chadha* ซึ่งถือได้ว่าเป็นคดีสำคัญ (Landmark case) ว่าด้วยกระบวนการนิติบัญญัตินั้น มีการกล่าวถึงการใช้อำนาจของสภาสองกระสวยที่มีโครงสร้างเป็นแบบ “สภาคู่” (Bicameralism) ivo อย่างชัดเจนข้อเท็จจริงในคดีนี้เกี่ยวกับ Chadha นักเรียนเชื้อสายอินเดียเคนย่าซึ่งอาศัยอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาเกินเวลาที่กำหนดไว้ในวีซ่าประเภทนักเรียน เมื่อทางการตรวจพบจึงได้ทำการพิจารณาและมีคำสั่งให้ Chadha สามารถอยู่ในประเทศสหรัฐอเมริกาต่อไปได้เนื่องจากอาจก่อให้เกิดความลำบากอย่างมากหากถูกส่งตัวกลับประเทศ อย่างไรก็ตามกฎหมายการอพยพและสัญชาติ (Immigration and Nationality Act) รัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมจะต้องส่งคำสั่งดังกล่าวเข้าสู่การพิจารณาของสภาสองกระสวยต่อไปว่าสภาจะคัดค้าน (Veto) หรือไม่อย่างไร ซึ่งในเวลาต่อมาสภาผู้แทนราษฎร (House of Representatives) ลงมติคัดค้านคำสั่งให้ Chadha อยู่ในประเทศต่อไปโดยอ้างบทบัญญัติในกฎหมาย โดยมติดังกล่าวมิได้ส่งต่อไปให้วุฒิสภา (Senate) และประธานาธิบดีพิจารณาและลงนามตามลำดับ Chadha อุทธรณ์คำสั่งจนกระทั่งนำไปสู่การฟ้องร้อง คดีขึ้นสู่ศาลสูงสุดแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา (US Supreme Court) ศาลได้วินิจฉัยว่า มติคัดค้านการส่งตัวผู้ฟ้องกลับประเทศ

ของสภาผู้แทนราษฎรแม้ในทางรูปแบบจะมีได้เป็นตราตัวบทกฎหมาย แต่มีลักษณะประหนึ่งกฎหมาย (Elliott, 1983, pp.134) เนื่องจากมีผลเป็นการเข้าไปกำหนดสิทธิหน้าที่ของบุคคล เมื่อเป็นเช่นนี้ “การกระทำของสภาคองเกรส” (Congressional action) (Nowak and Rotunda, 2000, pp.305) ซึ่งเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติจึงต้องผ่านกระบวนการนิติบัญญัติที่ต้องผ่านการพิจารณาหรืออย่างเป็นทางการเป็นขั้นเป็นตอน (Goldfeld, 2004, pp.394) หลักสภาคู่ (Principle of Bicameralism) ที่ถูกบัญญัติรับรองไว้ในมาตรา 1 ข้อ 1 และ 7 ของรัฐธรรมนูญเรียกร้องให้ใช้อำนาจนิติบัญญัติต้องผ่านการพิจารณาหรือพิจารณากันของทั้ง 2 สภา (Fisher, 1993, pp.274) ดังนั้นการใช้อำนาจของสภาผู้แทนราษฎรเพียงสภาเดียวตามข้อเท็จจริงของคดีนี้จึงเป็นการขัดต่อ “บทบัญญัติสภาคู่” (Bicameralism (and Presentment) Clause) ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Unconstitutional) (Peterson, 2017, pp.222)

5. อย่างไรก็ดี อาจพึงต้องระมัดระวังในประเด็นว่าด้วยการยับยั้งร่างพระราชบัญญัติกรณีการแก้ไขเพิ่มเติมร่างพระราชบัญญัติของวุฒิสภาภายหลังผ่านการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรด้วยว่าภายใต้มาตรา 137 (3) ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันนั้นมีการบัญญัติ “ข้อความใหม่” ขึ้น เพื่อแก้ไขผลทางกฎหมายของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3-4/2545 นี้ กล่าวคือมาตรา 137 มีการบัญญัติข้อความเพิ่มเติมไว้ใน (3) ว่า “ไม่ว่าอีกสภาหนึ่งจะได้พิจารณาร่างพระราชบัญญัตินั้นแล้วหรือไม่ ให้ยับยั้งร่างพระราชบัญญัตินั้นไว้ก่อน” นั้นหมายความว่า ภายหลังจากการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรเสร็จสิ้นและได้เสนอไปยังวุฒิสภาเพื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัติต่อไปแล้ว ปรากฏว่าที่ประชุมวุฒิสภาได้ทำการแก้ไขเพิ่มเติมร่างพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าว เมื่อได้ดำเนินการจัดตั้งคณะกรรมการของสองสภาขึ้นพิจารณาร่างพระราชบัญญัติร่วมกัน และรายงานพร้อมส่งร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวไปยังแต่ละสภา หากแม้ “สภาใดสภาหนึ่ง” ไม่ว่าจะเป็สภาผู้แทนราษฎรก็ดี หรือวุฒิสภาก็ดี ไม่ให้ความเห็นชอบ ให้ร่างพระราชบัญญัตดังกล่าวถูกยับยั้งไว้ก่อนตามมาตรา 137 ซึ่งกรณีนี้ย่อมเป็นการแตกต่างไปจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3-4/2545 ที่เข้าไปวางหลักเกณฑ์ “กำหนดสถานะทางรัฐธรรมนูญของร่างพระราชบัญญัติที่ถูกยับยั้ง” ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 ว่าลำพังสภาใดสภาหนึ่งไม่เห็นชอบด้วยยังไม่ถือว่าร่างพระราชบัญญัตดังกล่าวถูกยับยั้ง หากแต่จะมีผลสมบูรณ์ตามรัฐธรรมนูญก็ต่อเมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีการลงมติพิจารณาครบถ้วนแล้วของทั้ง 2 สภาเสียก่อนนั่นเอง

5. คณะกรรมการ

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 17/2563 : กรณีอำนาจในการแสวงหาข้อเท็จจริงของคณะกรรมการในรัฐสภาไม่สอดคล้องกับหลักการของรัฐธรรมนูญ

นายไพบุลย์ นิติตะวัน ยื่นหนังสือร้องเรียนขอให้ผู้ร้องเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญว่าพระราชบัญญัติคำสั่งเรียกของคณะกรรมการของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา พ.ศ. 2554 มาตรา 5 มาตรา 8 และมาตรา 13 มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 129 ผู้ร้องเห็นว่า พระราชบัญญัติคำสั่งเรียกของคณะกรรมการของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา พ.ศ. 2554 มาตรา 5 มาตรา 8 และมาตรา 13 เป็นกฎหมายที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีขั้นตอนและบทลงโทษทางอาญากรณีผู้รับคำสั่งฝ่าฝืนแต่ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 129 ได้บัญญัติให้คณะกรรมการมีอำนาจเรียกเอกสารจากบุคคลใดหรือเรียกบุคคลใดมาแถลงข้อเท็จจริงหรือแสดงความเห็นในกิจการที่กระทำหรือในเรื่องที่พิจารณาสอบสวนข้อเท็จจริงหรือศึกษามีมาตรการบังคับแตกต่างกันออกไปจากเดิม โดยให้เป็นหน้าที่ของรัฐมนตรีที่รับผิดชอบเป็นผู้กำกับการให้ข้อเท็จจริงส่งเอกสาร หรือแสดงความเห็นตามที่คณะกรรมการเรียก ผู้ร้องจึงยื่นคำร้องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 231 (1) ว่า พระราชบัญญัติคำสั่งเรียกของคณะกรรมการของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา พ.ศ. 2554 มาตรา 5 มาตรา 8 และมาตรา 13 มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญมาตรา 129 หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 129 ได้แก้ไขหลักการของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 135 โดยแก้ไขหน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการจากให้มีอำนาจ “เรียก” แทนอำนาจ “ออกคำสั่งเรียก” และแก้ไขจาก “การสอบสวน” มาเป็น “การสอบสวนข้อเท็จจริง” เนื่องจากการดำเนินการของคณะกรรมการเป็นการสืบหาข้อเท็จจริง ไม่ใช่การสืบสวนหรือสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา นอกจากนี้ยังกำหนดผลบังคับทางกฎหมายไว้ในมาตรา 129 วรรคห้า เป็นมาตรการเชิงบังคับโดยให้เป็นหน้าที่ของรัฐมนตรีที่รับผิดชอบในกิจการที่คณะกรรมการสอบสวนหาข้อเท็จจริงหรือศึกษาที่จะต้องสั่งการให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใน

สังกัดหรือในกำกับให้ข้อเท็จจริง ส่งเอกสาร หรือแสดงความเห็นตามที่คณะกรรมการมาธิการเรียก เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ที่ให้คณะกรรมการมาธิการดำเนินกิจการในการสนับสนุนการดำเนินงานของรัฐสภาได้อย่างมีประสิทธิภาพดังนั้น การกำหนดโทษทางอาญาแก่ผู้ฝ่าฝืนคำสั่งเรียกของคณะกรรมการมาธิการจึงไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการลงโทษทางอาญาแก่บุคคลและความร้ายแรงของการกระทำความผิดทั้งมิได้กระทบต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนโดยรวมพระราชบัญญัติคำสั่งเรียกของคณะกรรมการมาธิการของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา พ.ศ. 2554 มาตรา 5 มาตรา 8 และมาตรา 13 จึงเป็นบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับหลักการของรัฐธรรมนูญ มาตรา 129 จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 129

หมายเหตุ

1. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญนี้ น่าจะเป็นคดีแรกที่ศาลเข้าไปอธิบายและวางบรรทัดฐานเกี่ยวกับส่วนงานคณะกรรมการมาธิการในรัฐสภาเรื่องการแสวงหาข้อเท็จจริง (Investigation) (CQ Press, 2013, pp.304) อันเป็นกลไกสำคัญในการทำหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติไม่ว่าจะเป็นการตรากฎหมายก็ดี หรือการตรวจสอบการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหารก็ดี ซึ่งสำหรับประเทศไทยเองไม่ค่อยปรากฏคดีประเภทนี้มากนักหากเปรียบเทียบกับต่างประเทศ ทั้งนี้มีประเด็นที่น่าสนใจว่า หากมองกันอย่างผิวเผินแล้ววัตถุประสงค์จะเป็นพระราชบัญญัติคำสั่งเรียกของคณะกรรมการมาธิการของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา พ.ศ. 2554 จนอาจเห็นว่ากรณีนี้มุ่งให้ความสำคัญกับการเข้าไปตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย แต่เมื่อพิจารณาให้ดีแล้วจะพบว่า การตรวจสอบของศาลรัฐธรรมนูญได้มีการเข้าไปอธิบายถึงเนื้อหาของสาระของกฎหมายในประเด็นของอำนาจของคณะกรรมการมาธิการในรัฐสภา ซึ่งมีความสำคัญอย่างมากสำหรับกลไกการทำหน้าที่ของรัฐสภา กล่าวอีกนัยหนึ่ง คำวินิจฉัยนี้ส่งผลโดยตรงต่อการกำหนดบทบาทอำนาจหน้าที่ของรัฐสภา โดยตรงอย่างปฏิเสธไม่ได้ผ่านการกำหนดบทบาทอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการมาธิการนั่นเอง

2. แม้ในคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญจะได้วินิจฉัยให้พระราชบัญญัติคำสั่งเรียกของคณะกรรมการมาธิการของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา พ.ศ. 2554 มาตรา 5 มาตรา 8 และมาตรา 13 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ (ฉบับปัจจุบัน พ.ศ. 2560) มาตรา 129 ที่มีการกำหนดหน้าที่การสอบหาข้อเท็จจริงของคณะกรรมการไว้แล้วก็ตาม

โดยเหตุผลหลักคือ บทบัญญัติรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันและรัฐธรรมนูญฉบับก่อน (พ.ศ. 2550) มีหลักการที่เปลี่ยนแปลงไป อย่างไรก็ตาม เหตุผลและคำอธิบายของศาล มีข้อสังเกตที่น่าสนใจเพียงหยิบยกขึ้นขบคิดอธิบายในทางวิชาการ ทั้งนี้เนื่องจาก หากพิจารณาผลในทางกฎหมายแล้ว มีลักษณะเป็นการปรับเปลี่ยนไปอย่างมีนัยสำคัญ ใน 2 ประเด็นหลักประกอบด้วย 1.อำนาจของคณะกรรมการการในรัฐสภา และ 2.บทบาทหน้าที่ของคณะกรรมการการในรัฐสภา โดยทั้งสองประเด็นดังกล่าวตาม หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญว่าด้วยฝ่ายนิติบัญญัติและกฎหมายรัฐสภามีความ เชื่อมโยงกันจึงสามารถอธิบายไปในคราวเดียวได้ คดีนี้ศาลมองว่าการ “ปรับเปลี่ยนถ้อยคำ” ตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันเรื่องการใช้อำนาจของ คณะกรรมการการให้เป็นการ “เรียก” แทน “คำสั่งเรียก” นั้นเป็นการ “ปรับเปลี่ยน หลักการ” ไปจาก (รัฐธรรมนูญ) เดิม ประหนึ่งเป็นอำนาจคณะชนิด หรือมีวัตถุประสงค์ ไม่เหมือนกันทำให้ “ความเข้มข้น” ของอำนาจนี้ลดลง ส่งผลต่อบทบาทหน้าที่ของ คณะกรรมการการฯ ที่อาจลดลงตามไปด้วยในฐานะ “ผู้ทรงอำนาจ” ซึ่งตามหลัก วิชาการแล้วอาจมิได้เป็นเช่นนั้น เนื่องจากไม่ว่าจะเรียกว่าอย่างไรก็ตาม แต่ก็เป็น อำนาจตามรัฐธรรมนูญเดียวกันนั่นคือ อำนาจนิติบัญญัติ (Legislative power) โดยธรรมชาติและวัตถุประสงค์ของอำนาจนี้ของคณะกรรมการการฯ เป็นการก่อตั้ง หน้าที่ (Obligation) (Garrison, 2013, pp.182) แก่ผู้รับคำเรียกหรือคำสั่งที่จะ ต้องนำมาเสนอข้อเท็จจริง หรือนำส่งเอกสารพยานหลักฐานต่าง ๆ ทั้งสิ้น ดังที่ ท่านผู้พิพากษาวอร์เรน (Warren) อดีตประธานศาลสูงสุดแห่งประเทศสหรัฐอเมริกา เคยกล่าวไว้อย่างชัดเจนในคดี *Clinton v. City of New York* ว่า อำนาจในการแสวงหา ข้อเท็จจริงของสภาอยู่ในส่วนของกระบวนการนิติบัญญัติด้วยเช่นเดียวกัน อย่างมีพัก ต้องสงสัยว่า เมื่อมีการใช้อำนาจนี้แล้ว ถือเป็น “หน้าที่ของประชาชนทุกคน” (Duty of all citizens) ที่ต้องให้ร่วมมือกับสภาในการปฏิบัติหน้าที่ (Mason and Stephenson, 2016, pp.104) นอกจากนี้แล้ว ประเด็นที่น่าพิจารณาต่อไปคือ ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยเพิ่มเติมไปอีกว่า อำนาจนี้ของคณะกรรมการการฯ ไม่ใช่ การสืบสวนหรือสอบสวนตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้เปลี่ยนถ้อยคำว่าให้คณะกรรมการการฯ ทำหน้าที่ “สอบหาข้อเท็จจริง” แทนที่จะเป็น “สอบสวน” แบบเดิม กรณีนี้มีข้อสังเกตในทาง วิชาการว่า ภารกิจของคณะกรรมการการในรัฐสภานั้นมีความมุ่งหมายทางนิติบัญญัติ

(Legislative Purpose) สำคัญคือ การสอบสวน (Investigation) เสาะแสวงหาข้อมูลต่าง ๆ (Hall, Ely, Jr., and Grossman, 2005, pp.309) เพื่อช่วยเหลือฝ่ายนิติบัญญัติจะได้นำข้อมูลดังกล่าวไปประกอบการตัดสินใจต่าง ๆ ทางกระบวนการนิติบัญญัติ ดังที่ปรากฏการรับรองไว้ในคำพิพากษาศาลสูงสุดสำคัญ (Landmark case) แห่งประเทศสหรัฐอเมริกาคดี *McGrain v Daugherty* และประเทศอื่น ๆ อีกมากมาย (พรสันต์, 2558, หน้า 205) เมื่อเป็นเช่นนี้แล้ว หากพิจารณาใน “เชิงรูปแบบ” โดยนึกถึงกรณีเจ้าพนักงานสอบสวนก็อาจเป็นไปอย่างศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยไว้ แต่หากกล่าวกันใน “เชิงเนื้อหา” คงไม่ได้แตกต่างกัน เพราะตามหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญว่าด้วยฝ่ายนิติบัญญัติแล้ว อำนาจนี้เป็นผลมาจากความเป็นผู้แทนปวงชนของรัฐสภาในฐานะ “เอกสิทธิ์ของฝ่ายนิติบัญญัติ” (Legislative Privilege) (Chafetz, 2007, pp.145) ที่มีหน้าที่สำคัญที่จะต้องบำบัดทุกข์บำรุงสุขผู้เลือกตนเองเข้ามาผ่านระบบการรับเรื่องราวร้องทุกข์และทำการแก้ไขเยียวยาปัญหา (Redress of Grievances) (Alder, 1999, pp.223) เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน จึงอาจกล่าวได้ว่า อำนาจนี้เป็น “อำนาจเดียวกัน” กับพนักงานสอบสวน (May, 2019) กระบวนการเดียวกันกับการปฏิบัติภารกิจของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการสืบสวนหรือสอบสวนที่แตกต่างกันคือ การดำเนินการของคณะกรรมการจะอยู่ใน “เขตแดนของฝ่ายนิติบัญญัติ” (Legislatures’ arena) (Horne, 2013, pp.340) ที่เรียกกันว่า “กระบวนการรัฐสภา” (Parliamentary Proceedings) ในขณะที่การดำเนินการของเจ้าหน้าที่พนักงานสอบสวน หรือเจ้าหน้าที่ตำรวจอยู่ใน “เขตแดนของกฎหมาย” (Legal arena) ที่เรียกกันว่า “กระบวนการยุติธรรม” (Justice Proceedings) (Meerts, 2019, pp.165) ดังนั้น การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยในคดีนี้โดยกล่าวถึงความแตกต่างระหว่าง (ชนิดหรือธรรมชาติ) อำนาจของคณะกรรมการฯ ตามรัฐธรรมนูญฉบับเดิม (พ.ศ. 2550) และรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (พ.ศ. 2560) อาจยังไม่สอดคล้องกับคำอธิบายในทางวิชาการมากนัก รวมถึงตลอดถึงการที่ศาลได้นำเอาประเด็นดังกล่าวเชื่อมโยงกับประเด็นเรื่องความเข้มข้นของสภาพบังคับที่เปลี่ยนแปลงไปนั้นจึงอาจเป็นคนละส่วนคนละประเด็นกันหรือไม่อย่างไร

3. คำวินิจฉัยนี้มีประเด็นที่น่าสนใจในการพิเคราะห์เปรียบเทียบกับกรณีต่างประเทศด้วยว่า เมื่อศาลรัฐธรรมนูญยึดโยงการอำนาจของคณะกรรมการในรัฐสภากับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเป็นสำคัญ กล่าวให้ชัดเจนยิ่งขึ้น ศาลได้เข้าไป

อธิบายถึงธรรมชาติ หรือลักษณะของอำนาจในการแสวงหาข้อเท็จจริงค่อนข้างเคร่งครัดกับบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรของรัฐธรรมนูญจนเป็นที่มาของการวินิจฉัยให้พระราชบัญญัติคำสั่งเรียกของคณะกรรมการธิการของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา พ.ศ. 2554 มาตรา 5 มาตรา 8 และมาตรา 13 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้ว คำถามคือ ในอนาคตภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน หากรัฐสภาประสบกับปัญหาสภาพบังคับของอำนาจคณะกรรมการฯ ที่ไม่ได้รับความร่วมมือจากบุคคล หรือหน่วยงานต่าง ๆ อันกระทบต่อการทำหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติในแง่มุมต่าง ๆ จึงเห็นควรตรากฎหมายขึ้นเพื่อกำหนดสภาพบังคับทำนองเดียวกันกับฉบับเดิม จะสามารถกระทำได้หรือไม่ กฎหมายดังกล่าวจะขัดต่อบทบัญญัติมาตรา 129 แห่งรัฐธรรมนูญอีกหรือไม่ หากเห็นว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญแล้ว ด้วยเหตุใดในต่างประเทศเองที่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญไม่ได้มีถ้อยคำที่บัญญัติไว้ชัดเจนว่าอำนาจของคณะกรรมการธิการในรัฐสภาต้องมีสภาพบังคับทางกฎหมาย (ทำนองเดียวกันกับรัฐธรรมนูญฉบับ พ.ศ. 2550) จึงมีการตราตัวบทกฎหมายเพื่อกำหนดกลไกและสภาพบังคับของอำนาจแสวงหาข้อเท็จจริงได้โดยไม่มีประเด็นปัญหาเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Constitutionality) แต่อย่างไร

ดัชนีค้นค่า

กระบวนการนิติบัญญัติ	78, 83, 86, 92, 99, 103, 104
อำนาจนิติบัญญัติ	78, 81, 82, 98, 100, 103
ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ	79, 80, 98, 101, 102, 105
องค์ประชุม	78, 79, 80, 81, 82, 83, 89, 90, 91, 93
เอกสิทธิ์	79, 91, 104
ห้วงโซ่แห่งความชอบธรรม	82
หลักความเป็นกลางและเป็นธรรม	88
หลักนิติธรรม	85, 89
อำนาจชี้ขาด	97

บรรณานุกรม

หนังสือภาษาไทย

- พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. แนวคิดและหลักการว่าด้วยการละเมิดอำนาจรัฐสภา. พิมพ์ครั้งที่ 1. (กรุงเทพฯ: สถาบันพระปกเกล้า, 2558).
- วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานทางกฎหมายปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 3. (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2562).

หนังสือภาษาอังกฤษ

- Alain-G. Gagnon and Johanne Poirier. **Canadian Federalism and its Future: Actors and Institutions.** (Canada: McGill-Queen's University Press, 2020) pp.103.
- Alpheus Thomas Mason and Grier Stephenson. **American Constitutional Law: Introductory Essays and Selected Cases.** (USA: Routledge, 2016) pp.104.
- Andrea Buratti. **Western Constitutionalism: History, Institutions, Comparative Law.** (Italy: Springer, 2016) pp.56.
- Andrew Lintott. **The Constitution of the Roman Republic.** (New York: Oxford University Press, 2002) pp.70.
- Arthur H. Garrison. **Supreme Court Jurisprudence in Times of National Crisis, Terrorism, and War.** (Maryland: Lexington Books, 2013) pp.182.
- C. Alan Jennings, PRP. **Robert's Rules for Dummies.** (New Jersey: John Wiley & Sons, Inc., 2016) pp.14.
- Christopher May and Adam Winchester, **Handbook on the Rule of Law.** (UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2018) pp.228.
- Clarissa A. Meerts. **Corporate Investigations, Corporate Justice and Public-Private Relation: Towards a New Conceptualisation.** (Switzerland: Palgrave Macmillan, 2019) pp.165.
- CQ Press. **Guide to Congress.** (United States: SAGE Publications, Inc., 2013) pp.304.
- Cyril Benoit and Oliver Rozenberg. **Handbook of Parliamentary Studies: Interdisciplinary Approaches to Legislatures.** (UK: Edward Elgar Publishing Limited, 2020) pp.143.
- David Butler, Vernon Bogdanor, and Robert Summers. **The Law, Politics, and the Constitution: Essays in Honour of Geoffrey Marshall.** (New York: Oxford University Press, 2004) pp.163.

- Donald R. Wolfensberger. **Congress and the People: Deliberative Democracy on Trail.** (USA.: The Woodrow Wilson Center Press, 2001) pp.186.
- E. Donald Elliott. **Ins v. Chadha : the Administrative Constitution, the Constitution, and the Legislative Veto.** in the Supreme Court Review (1983) pp.134.
- Elizabeth Rybicki. **Voting and Quorum Procedures in the House of Representatives.** (USA.: Congressional Research Service, 2020) pp.2.
- Escola Do Legislativo. **Glossario de Termos Parlamentares.** (Portugal: Belo Horizonte, 1997) pp.66.
- Giovanni Boggero. **Constitutional Principles of Local Self-Government in Europe.** (Boston: Brill, 2018) pp.119.
- Hanna Bäck, Marc Debus, and Jorge M. Fernandes. **The Politics of Legislative Debate.** (United Kingdom: Oxford University Press, 2021) pp.198.
- Herbert Döring. **Parliaments and Majority Rule in Western Europe.** (Frankfurt: Campus Verlag, 1995) pp.40.
- Hilaire Barnett. **Constitutional and Administrative Law.** (Great Britain: Cavendish Publishing Limited, 2002) pp.461.
- Kermit L. Hall, James W. Ely, Jr. and Joel B. Grossman. **The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States.** (United States: Oxford University Press, 2005) pp.309.
- Lewis Deschler. **Deschler's Precedents of the United States House of Representatives.** (Washington D.C.: U.S. Government Printing Office, 1977) pp.292
- John Alder. **Constitutional and Administrative Law.** (London: Macmillan Press Ltd., 1999) pp.
- John Locke. **Two Treatises of Government.** (London, 1823) pp.172.
- John Uhr. **Deliberative Democracy in Australia: the Changing Place of Parliament.** (United Kingdom: Cambridge University Press, 1998) pp.230.
- Joshua A. Chafetz. **Democracy's Privileged Few: Legislative Privilege and Democratic Norms in the British and American Constitution.** (London: Yale University Press, 2007) pp.145.
- Michael L. Mezey. **Representative Democracy: Legislators and their Constituents.** (The United States of America: Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 2008) pp.34.

- Nicholas Baldwin and Donald Shell. **Second Chambers.** (Great Britain: Frank Cass and Company Limited, 2006) pp.39.
- OECD. **Asset Declarations for Public Officials: A Tool to Prevent Corruption.** (OECD Publishing, 2011) pp.56.
- Paul Carmichael and Brice Dickson. **The House of Lords: Its Parliamentary and Judicial Roles.** (UK: Hart Publishing, 1999) pp.85.
- Pietro Costa and Danilo Zolo. **The Rule of Law History, Theory, and Criticism.** (Netherland: Springer, 2007) pp.304.
- Robert Rohrschneider. **Learning Democracy: Democratic and Economic Values in Unified Germany.** (New York: Oxford University Press, 2004) pp.250.
- Rosalind Dixon. **Australia Constitutional Values.** (Great British: Hart Publishing, 2018) p.135.
- Thomas Erskine May. **A Treatise upon the Law, Privileges, Proceedings and Usage.** (London: Charles Knight & Co. Ludgate-Street, 1844) pp.228
- Thomas H. McKee. **Constitution of the United States. Jefferson's Manual. The Rules of House of Representatives of the Fifty-Forth Congress, and A Digest and Manual of the Rules of Practice of the House of Representatives of the United States.** (Washington: Government Printing Office, 1897) pp.504.
- Tom Bingham. **Lives of the Law: Selected Essays and Speeches 2000-2010.** (New York: Oxford University Press, 2011) pp.122.
- Vishnoo Bhagwan and Vidya Bhushan. **World Constitutions-A Comparative Study.** (New Delhi: Sterling Publishers Private Limited, 2010) pp.211.
- William Scott Ferguson. **Greek Imperialism.** (New York: Biblo and Tannen, 1963) pp.50.

บทความภาษาอังกฤษ

- Charith Reddy and Shagun Bhargava. **For Laws May Come And Law May Go, But Defections Go On Forever: A Critical Analysis of the Role of the Speaker in Indian Anti-Defection Laws.** in NLIULaw Review Vol.XIssue.I. (2020) pp.337.
- Firoz Cachalia. **Judicial Review of Parliamentary Rulemaking: A Provisional Case for Restraint.** in NYSL Law Review Vols.22-63 (2019) pp.382.
- Gregory J. Wawro and Eric Schickler. **Legislative Obstructionism.** in Annu. Rev. Polit. Sci. (2010) pp.302.

- Hans Kelsen. **Foundations of Democracy.** in Ethics Vol.66 No.1 (1955) pp.7.
- Harvard Law Association. **Developments in the Law: Elections.** in Harvard Law Review, Vol.88 No.6 (1975) pp.1184.
- Lars Vinx. **Hans Kelsen and the Material Constitution of Democracy.** in Jurisprudence, Vol.12 No.4 (2021) pp.437.
- Louis Fisher. **The Legislative Veto: Invalidated, It Survives.** in Law and Contemporary Problems Vol.56 No.4 (1993) pp.274.
- Markus Patberg. **Against Democratic Intergovernmentalism; The Case for a Theory of Constituent Power in Global Realm.** in International Journal of Constitutional Law. Vol.14 No.3 (2016) pp.635.
- Mario J. Aguiar and Hans Born. **Who is Policing the Police? – The Role of Parliament in Police Governance in Asia and Europe.** in Themenschwerpunkt Vol.35 No.2 (2107) pp.65.
- Matthew Steilen. **Bill of Attainder.** in House. L. Rev.767 (2016) pp.786.
- Neomi Rao. **Why Congress Matters: The Collective Congress in the Structural Constitution.** in Florida Law Review Vol.70 Issue1 (2018) pp.45.
- Todd David Peterson. **Procedural Checks: How the Constitution (And Congress) Control the Power of the Three Branches.** in Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy Vol.13:1 (2017) pp.222.
- Victor Goldfeld. **Legislative Due Process and Simple Interest Group Politics: Ensuring Minimal Deliberation Through Judicial Review of Congressional Processes.** in New York University Law Review Vol.79:367 (2004) pp.394.

ข้อมูลทางอินเทอร์เน็ต

- Library of Congress. Federalist Papers No.58. Library of Congress. <<https://guides.loc.gov/federalist-papers/full-text#TheFederalistPapers-58>> (14 September 2021)
- Erskine May. Erskine May's treatise on the law, privileges, proceedings and usage of Parliament, (2019) online. <<https://erskinemay.parliament.uk/section/6368/complaints/?highlight=policy%20investigation>> (23 September 2021)

กฎหมาย

- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560
พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539

หมายเหตุคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับ ความหมายของ “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญ

ศาสตราจารย์ ดร.ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช
ผู้เชี่ยวชาญประจำตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ

บทนำ

รัฐธรรมนูญตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันคือรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2560 ในมาตราที่ว่าด้วยการทำหนังสือสัญญานั้น ผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้ใช้คำว่า “หนังสือสัญญา” มาโดยตลอด ไม่เคยมีการเปลี่ยนไปใช้ถ้อยอื่นแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญทุกฉบับก็มิได้มีการให้คำนิยามหรืออธิบายว่า “หนังสือสัญญา” คืออะไร และมีได้ให้ตัวอย่างของหนังสือสัญญาว่าสามารถอยู่ในรูปแบบใดได้บ้าง ฉะนั้น เมื่อฝ่ายบริหารทำตราสารระหว่างประเทศขึ้น โดยมีได้ขอความเห็นชอบจากรัฐสภา จึงเกิดปัญหาว่าตราสารระหว่างประเทศดังกล่าวต้องได้รับความยินยอมจากรัฐสภาหรือไม่ ซึ่งก่อนที่จะพิจารณาว่า ตราสารระหว่างประเทศดังกล่าวอยู่ในข่ายเป็นประเภทหนังสือสัญญาที่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐหรือไม่นั้น จำต้องวินิจฉัยเบื้องต้นก่อนว่า สถานะของตราสารระหว่างประเทศที่ฝ่ายบริหารทำขึ้นนั้นมีสถานะเป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งเป็นที่มาของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีแรกคือคำวินิจฉัยที่ 11/ 2542 ซึ่งคำวินิจฉัยนี้ได้วางบรรทัดสำคัญของความหมายของคำว่า “หนังสือสัญญา” ที่ใช้ในมาตรา 224 วรรคแรก แห่งรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2540 ว่ามีความหมายอย่างไร และต่อมาศาลรัฐธรรมนูญได้อ้างอิงคำวินิจฉัยนี้ในการตีความคำว่า “หนังสือสัญญา” อีก 3 คำวินิจฉัย คือ คำวินิจฉัยที่ 33/2543¹ คำวินิจฉัยที่ 6-7/2551² และคำวินิจฉัยที่ 3/2560³

¹ เป็นเรื่องเกี่ยวกับการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ

² เป็นเรื่องเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา

³ เป็นเรื่องเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของร่างบันทึกความเข้าใจว่าด้วยการผ่านแดนสินค้าระหว่างกรมศุลกากรของประเทศไทยและประเทศกัมพูชา

สรุปความเป็นมาและคำวินิจฉัยกรณีหนังสือขอรับความช่วยเหลือ (Letter of Intent) ที่รัฐบาลไทยมีไปยังกองทุนการเงินระหว่างประเทศ

เนื่องจากประเทศไทยได้ประสบวิกฤตเศรษฐกิจในปี พ.ศ. 2540 ในสมัยนายกรัฐมนตรีพลเอกชวลิต ยงใจยุทธ จนทำให้รัฐบาลต้องตัดสินใจขอรับความช่วยเหลือทางการเงินต่อกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (International Monetary Fund) ด้วยการมีทำหนังสือแจ้งความจำนงฉบับที่ 1 เมื่อวันที่ 14 สิงหาคม พ.ศ. 2540 ซึ่งต่อมา ก็ได้มีสมาชิกผู้แทนราษฎรจากพรรคประชาธิปัตย์บางท่านเห็นว่า การทำหนังสือแจ้งความจำนงฉบับที่ 1 ดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 224 เพราะหนังสือแจ้งความจำนงเป็นหนังสือสัญญาที่ต้องออกพระราชบัญญัติรวมถึงพระราชกำหนดให้เป็นไปตามสัญญา ต่อมารัฐบาลของพลเอกชวลิต ยงใจยุทธ ได้ถูกกดดันให้ลาออกเนื่องจากไม่สามารถแก้ปัญหาเศรษฐกิจได้ และนายชวน หลีกภัยได้เข้ามาเป็นนายกรัฐมนตรีต่อจากพลเอกชวลิต ยงใจยุทธ หลังจากนั้น รัฐบาลของนายชวน หลีกภัย ได้ทำหนังสือทำหนังสือแจ้งความจำนงรวมทั้งสิ้น 6 ฉบับไปยังกองทุนการเงินระหว่างประเทศ พลเอกชวลิต ยงใจยุทธ ในฐานะผู้นำฝ่ายค้านและสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จำนวน 126 คน ได้เข้าชื่อกันร้องขอต่อประธานวุฒิสภาเพื่อให้มีการถอดถอนนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังออกจากตำแหน่ง โดยกล่าวหาว่ามีพฤติการณ์ سوءอาจใช้อำนาจหน้าที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 224 พรรคสองประธานวุฒิสภาได้ส่งคำร้องดังกล่าวไปยังคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.) เพื่อดำเนินการไต่สวน ซึ่งต่อมาคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ก็ได้ส่งเรื่องมายังประธานรัฐสภาเพื่อให้ส่งเรื่องมายังศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยเสียก่อนว่า หนังสือที่รัฐบาลได้เสนอต่อกองทุนระหว่างประเทศนั้น เป็นหนังสือสัญญาที่จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามรัฐธรรมนูญมาตรา 224 พรรคสองหรือไม่

หลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาข้อเท็จจริงจากเอกสารต่าง ๆ ประกอบกับแถลงการณ์ของผู้เกี่ยวข้องแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า “หนังสือแจ้งความขอรับความช่วยเหลือทางวิชาการและการเงินที่รัฐบาลมีไปยังกองทุนการเงินระหว่างประเทศไม่เป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 224 จึงไม่เป็นกรณีที่จะต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาตามวรรคสองของมาตราดังกล่าว”

หมายเหตุ

คำวินิจฉัยที่ 11/ 2542 เป็นคำวินิจฉัยแรกที่ศาลรัฐธรรมนูญอธิบายความหมายของคำว่า “หนังสือสัญญา” ตามมาตรา 224 แห่งรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2540

ว่ามีความหมายอย่างไร ประเด็นของคดีนี้ พรรคฝ่ายค้านมิได้ให้ศาลวินิจฉัยสถานะของหนังสือแสดงเจตจำนงขอรับความช่วยเหลือทางวิชาการและการเงินว่าคืออะไร แต่พรรคฝ่ายค้านส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยประเด็นเดียวคือ การทำหนังสือแสดงเจตจำนงขอรับความช่วยเหลือทางวิชาการและการเงินที่รัฐบาลไทยทำไปยังกองทุนการเงินระหว่างประเทศ เป็นหนังสือสัญญาที่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่ อย่างไรก็ดี ในทางนิติวิธี คดีนี้ประกอบด้วยสองประเด็น คือ ประเด็นแรก สถานะทางกฎหมายของหนังสือแสดงเจตจำนงขอรับความช่วยเหลือทางวิชาการและการเงินที่รัฐบาลไทยทำไปยังกองทุนการเงินระหว่างประเทศนั้น มีนิติฐานะเป็นหนังสือสัญญาตามมาตรา 224 แห่งรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2540⁴ หรือไม่ ประเด็นนี้เรียกว่า ปัญหารองหรือปัญหาที่ศาลต้องวินิจฉัยก่อน (incidental problem) ส่วนประเด็นที่สอง หากหนังสือแสดงเจตจำนงขอรับความช่วยเหลือทางวิชาการและการเงินดังกล่าวเข้าข่ายเป็นหนังสือสัญญาแล้ว จะต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐหรือไม่ ประเด็นนี้จัดว่าเป็นประเด็นหลักของคดี (principal problem) แต่ก่อนที่จะวินิจฉัยปัญหาหลักของคดีได้ ศาลจะต้องวินิจฉัยปัญหารองของคดีให้คล่องเสียก่อน เนื่องจากปัญหาหลักของคดีขึ้นอยู่กับปัญหารองของคดี

สำหรับประเด็นแรกนั้น แม้ว่ารัฐธรรมนูญฉบับแรก⁵ จนถึงปัจจุบันใช้คำว่า “หนังสือสัญญา” มาโดยตลอด⁶ แต่ก็ไม่มีความหมายระดับพระราชบัญญัติหรือกฎหมายลำดับรองใด ๆ รวมถึง คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ และคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ให้คำนิยามหรืออธิบายว่า หนังสือสัญญา ตามรัฐธรรมนูญ มีความหมายอย่างไร ฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงต้องหาเกณฑ์กลางในการอธิบายความหมายของคำว่า หนังสือสัญญา ในคดีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้อ้างอิง อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (Vienna Convention on the Law of Treaties

⁴ มาตรา 224 แห่งรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2540 บัญญัติว่า

พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศ หรือกับองค์การระหว่างประเทศ

หนังสือสัญญาใดมีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตอำนาจแห่งรัฐ หรือ...

จะต้องออกพระราชบัญญัติเพื่อให้การเป็นไปตามสัญญา ต้องได้รับความเห็นชอบของรัฐสภา

⁵ ธรรมนูญการปกครองชั่วคราว มาตรา บัญญัติว่า

⁶ มีคำอื่นที่รัฐธรรมนูญใช้นอกจากคำว่า หนังสือสัญญา เช่น คำว่า สนธิสัญญา ความตกลงระหว่างประเทศ แต่บทบัญญัติเกี่ยวกับพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ในการต่างประเทศแล้ว รัฐธรรมนูญจะใช้คำว่า พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญามาโดยตลอด

1969) มาเป็นเกณฑ์ในการอธิบาย โดยศาลให้เหตุผลในการนำอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 มาปรับใช้ด้วยเหตุผลที่ว่าอนุสัญญาเกิดจากการประมวลจารีตประเพณีและแนวปฏิบัติของนานาประเทศ ในประเด็นนี้ มีข้อสังเกตดังนี้

ประการแรก ประเทศไทยมิได้เป็นภาคีอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ฉะนั้น ประเทศไทยจึงไม่ผูกพันตามกฎหมายภายใต้อนุสัญญานี้ อย่างไรก็ตาม อนุสัญญานี้ เกิดจากการประมวลกฎเกณฑ์ที่มีสถานะเป็นกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศ (customary international law) ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีใช้หลายลักษณะอักษรให้อยู่ในรูปของลายลักษณ์อักษรที่เรียกว่า codification คืออนุสัญญา อย่างไรก็ตาม มีใช้ทุกข้อบัญญัติของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ที่เป็นกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศทั้งหมด มีหลายมาตราที่ คณะกรรมาธิการกฎหมายระหว่างประเทศ (International Law Commission) ขององค์การสหประชาชาติได้เพิ่มเติมสร้างกฎเกณฑ์ขึ้นมาใหม่ซึ่งมิได้มีสถานะเป็นกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศที่เรียกว่า progressive development

สำหรับความหมายของคำว่า “สนธิสัญญา” (treaty) ที่อนุสัญญากรุงเวียนนาได้ให้คำจำกัดความนั้นอยู่ในข้อที่ 2 (a)⁷ ซึ่งมีสถานะเป็นกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศ⁸ หมายความว่า ในส่วนของข้อนี้ผูกพันประเทศไทยในฐานะกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศ⁹ แต่ศาลรัฐธรรมนูญก็ได้ระบุชัดเจนลงไปว่าข้อ 2 ของอนุสัญญาเวียนนามีสถานะเป็นกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศคงกล่าวรวม ๆ แต่เพียงว่าอนุสัญญากรุงเวียนนาเป็นจารีตประเพณีที่ได้รับการยอมรับนับถือทั่วไป

ประการที่สอง มีข้อน่าคิดว่า ศาลรัฐธรรมนูญอาศัยช่องทางใดในการนำเอากฎหมายประเพณีระหว่างประเทศมาใช้หรืออ้างอิงในกรณีนี้ เนื่องจากว่ารัฐธรรมนูญของไทยฉบับแรกจนถึงฉบับปัจจุบันไม่เคยรับรองสถานะของกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศไว้ในระบบกฎหมายไทยแต่อย่างใด ซึ่งหากเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญ

⁷ “treaty” means an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation.

⁸ โปรดตุ Mark Villiger, Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, (The Netherlands: Martinus Nijhoff, 2009), หน้า 83

⁹ แต่มีฐานะอนุสัญญา เนื่องจากประเทศไทยมิได้ให้สัตยาบันหรือออกอนุวัติ

ของต่างประเทศแล้วจะพบว่า รัฐธรรมนูญหลายประเทศรับรองสถานะของกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศไว้อย่างชัดเจน เช่น รัฐธรรมนูญของประเทศแอฟริกา พ.ศ. 1993¹⁰ รัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมัน¹¹ รัฐธรรมนูญของประเทศออสเตรีย¹² ประเด็นนำคดีต่อไปก็คือ มาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์รับรองว่า กฎหมายประเพณีระหว่างประเทศเป็นบ่อเกิดของกฎหมายไทยหรือไม่ เมื่อพิจารณาจากรายงานการประชุม (travaux) ตอนยกร่างประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 4 ไม่ปรากฏว่าคณะกรรมการร่างมีการเอ่ยถึงกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศแต่อย่างใด คำว่า “คลองจารีตประเพณีแห่งท้องถิ่น” ตามมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์จึงน่าจะหมายถึงกฎหมายประเพณีภายในเท่านั้นที่ใช้กับนิติสัมพันธ์ทางแพ่งหรือทางพาณิชย์ นอกจากนี้แล้ว คำว่า “ท้องถิ่น” (local custom) ย่อมบ่งบอกในตัวเองแล้วว่า เป็นทางปฏิบัติหรือแนวปฏิบัติของท้องถิ่น แต่ทางปฏิบัติในเรื่องการทำสนธิสัญญานั้นเป็นทางปฏิบัติของรัฐในระดับระหว่างประเทศที่มีลักษณะเป็นสากล มิใช่มีลักษณะตามท้องถิ่นใดท้องถิ่นหนึ่งอย่างจารีตประเพณีตามกฎหมายภายใน

ประการที่สาม ศาลรัฐธรรมนูญได้อ้างอิงอนุสัญญากรุงเวียนนามาเป็นเกณฑ์ในการอธิบายความหมายของคำว่าหนังสือสัญญา โดยเริ่มที่องค์ประกอบของสนธิสัญญาว่ามี 4 ประการ ดังนี้

- 1) เป็นความตกลงระหว่างรัฐกับรัฐ หรือกับองค์การระหว่างประเทศ
- 2) เป็นลายลักษณ์อักษร
- 3) ก่อให้เกิดพันธกรณีหรือผลผูกพันทางกฎหมาย และ
- 4) ความตกลงนั้นอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญอธิบายความหมายของสนธิสัญญาตามอนุสัญญาแล้ว ศาลเห็นว่า คำว่า “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญมีความหมายเดียวกับคำว่า

¹⁰ มาตรา 231 (4) บัญญัติว่า The rule of customary international law binding on the Republic, shall unless inconsistent with this Constitution or an Act of Parliament, form part of the law of the Republic

¹¹ มาตรา 25 บัญญัติว่า “The general rules of public international law shall be an integral part of federal law. They shall take precedence over statutes...”

¹² มาตรา 9 บัญญัติว่า “the generally recognized rules of international law are held to be component parts of Federal law

“สนธิสัญญา”ตามอนุสัญญากรุงเวียนนา จากนั้นศาลเห็นว่า การที่หนังสือแสดงเจตจำนงขอรับความช่วยเหลือทางวิชาการและการเงินลงนามแต่เพียงรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังและผู้ว่าธนาคารแห่งประเทศไทยลงนามแต่เพียงฝ่ายเดียว และทางกองทุนระหว่างประเทศก็ถือว่า แผนการให้ความช่วยเหลือ มิได้มีสถานะทางกฎหมายเป็นสนธิสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศ ฉะนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่าหนังสือแสดงเจตจำนงขอรับความช่วยเหลือทางวิชาการและการเงินไม่ใช่หนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2540 มาตรา 224

มีข้อสังเกตต่อองค์ประกอบของสนธิสัญญาว่า จริง ๆ แล้ว คำว่า ก่อให้เกิดพันธกรณีหรือผลผูกพันทางกฎหมายนั้นรวมอยู่ในคำว่า “ตกอยู่ภายใต้กฎหมายระหว่างประเทศ” (governed by international law) แต่ตำรากฎหมายไทยหลายเล่มก็เพิ่มองค์ประกอบส่วนนี้เข้ามา

ประการที่สี่ ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย สถานะของหนังสือดังกล่าวมิใช่หนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญ แต่ศาลก็ได้ชี้ชัดว่า สถานะของหนังสือดังกล่าวคืออะไร ประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นว่า หนังสือแสดงเจตจำนงขอรับความช่วยเหลือทางวิชาการ มีสถานะเป็น การกระทำฝ่ายเดียวของรัฐ (unilateral act) หากเปรียบกับกฎหมายแพ่งแล้ว การกระทำฝ่ายเดียวคือ การแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของรัฐที่จะผูกพันตนเองตามเจตนาที่แสดงออกให้บุคคลภายนอกทราบ เช่น คำมั่น การทำพินัยกรรม เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ธรรมนูญของไทยทุกฉบับไม่เคยกล่าวถึง “การกระทำฝ่ายเดียว” ของรัฐแต่ประการใดคงกล่าวถึงกรณี “หนังสือสัญญา” เท่านั้นแม้ว่าในทางปฏิบัติที่ผ่านมา รัฐบาลจะมีการกระทำฝ่ายเดียวในทางระหว่างประเทศก็ตาม เช่น คำประกาศยอมรับเขตอำนาจศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ การทำข้อสงวนกรณีประสาทพระวิหาร การประกาศเขตเศรษฐกิจจำเพาะ การรับรองรัฐ (ปาเลสไตน์) เป็นต้น

ประการที่ห้า ในส่วนของคำวินิจฉัยส่วนตนนั้น คำวินิจฉัยส่วนตนของท่านสุจินดา ยงสุนทร น่าสนใจที่สุด เนื่องจากท่านได้วิเคราะห์ อธิบายความหมาย ทั้งถ้อยคำคำว่า หนังสือสัญญา และ สนธิสัญญาตามอนุสัญญาไว้อย่างชัดเจน ทั้งนี้ น่าจะมาจากท่านรับราชการที่กรมสนธิสัญญาและกฎหมาย และเป็นเอกอัครราชทูตที่กระทรวงการต่างประเทศด้วย ทำให้ท่านมีความรู้ความเข้าใจทั้งหลักกฎหมายและทางปฏิบัติของการทำสนธิสัญญาเป็นอย่างดี

นอกจากนี้แล้ว ผู้เขียนยังเห็นด้วยกับท่านในประเด็นที่ว่า เมื่อหนังสือแสดงเจตจำนงขอรับความช่วยเหลือทางวิชาการและการเงินไม่มีสถานะเป็น หนังสือสัญญา

ตามรัฐธรรมนูญเสียแล้ว ประเด็นเรื่องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่ จึงตกไปไม่จำต้องวินิจฉัย เนื่องจากประเด็นการขอความเห็นชอบจากรัฐสภา (parliamentary approval) นั้น ใช้ในกรณีการทำหนังสือสัญญาเท่านั้น หาได้รวมถึงการกระทำฝ่ายเดียวไม่ ฉะนั้น เมื่อศาลรัฐธรรมนูญเสียงข้างมากวินิจฉัยแล้วว่า สถานะของหนังสือแสดงเจตจำนงขอรับความช่วยเหลือทางวิชาการและการเงินไม่ใช่หนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญ จึงไม่มีประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยอีกต่อไปว่าต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่ อย่างไรก็ดี ศาลรัฐธรรมนูญตัดสินว่า กรณีนี้ จึงไม่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภา ตามมาตรา 224 วรรคสอง

ประการสุดท้าย คำวินิจฉัยคดีนี้สำคัญมากเพราะเป็นการวางบรรทัดฐานความหมายของคำว่า “หนังสือสัญญา” ว่ามีความหมายเดียวกับคำว่า “สนธิสัญญา” (treaty) ตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 หลังจากคำวินิจฉัยนี้ มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญอีกสามคดีที่มีประเด็นเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญาของฝ่ายบริหารว่าจะต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาหรือไม่ ซึ่งก่อนที่ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยประเด็นดังกล่าว ศาลจะวินิจฉัยเบื้องต้นก่อนว่าเป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยศาลจะอธิบายความหมายของคำว่า หนังสือสัญญาเหมือนกับที่เคยวินิจฉัยในคดีการทำหนังสือแสดงเจตจำนงขอรับความช่วยเหลือทางวิชาการและการเงินที่รัฐบาลไทยทำไปยังกองทุนการเงินระหว่างประเทศ โดยการยืนยันว่า ความหมายของคำว่า หนังสือสัญญามีความหมายเดียวกับคำว่า สนธิสัญญาตามอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ดังปรากฏในคำวินิจฉัยที่ ... กรณีการทำแถลงการณ์ ไทย-กัมพูชา เกี่ยวกับปราสาทพระวิหาร¹³ ประเด็นในคดีนี้มีว่า สถานะของแถลงการณ์ร่วม (Joint Communique) ไทย-กัมพูชา มีสถานะเป็นหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 แห่งรัฐธรรมนูญ พุทธศักราชหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญได้ยืนยันว่า ความหมายของคำว่า หนังสือสัญญามีความหมายเหมือนกับคำว่า treaty ที่ใช้ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 และศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้ได้อ้างคำวินิจฉัยที่ 11/ 2542 ว่าได้เคยให้ความหมายไว้แล้ว¹⁴

¹³ คำวินิจฉัยที่ 6-7/2551

¹⁴ ดูคำวินิจฉัยที่ 6-7/2551 หน้า 21

ส่วนคำวินิจฉัยล่าสุดซึ่งเป็นการพิจารณาตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (พุทธศักราช 2560) เป็นเรื่องเกี่ยวกับการทำบันทึกความเข้าใจระหว่างประเทศไทย-ประเทศกัมพูชา เกี่ยวกับการอำนวยความสะดวกสินค้าผ่านแดน¹⁵ ประเด็นมีว่า ร่างบันทึกความเข้าใจ (Memorandum of Understandings) ดังกล่าวมีสถานะเป็น “หนังสือสัญญา” ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 178 วรรคแรก แห่งรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2560¹⁶ หรือไม่นั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้อ้างคำวินิจฉัยที่ 11/2542 เป็นบรรทัดฐานในการตีความคำว่า “หนังสือสัญญา” ว่ามีความหมายอย่างไร¹⁷ โดยศาลเห็นว่า ร่างบันทึกความเข้าใจ มีสถานะเป็นหนังสือสัญญาตามความหมายที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วางบรรทัดฐานไว้ในคำวินิจฉัยที่ 11/2542

โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในคำวินิจฉัยคดีแถลงการณ์ร่วมระหว่างประเทศไทย-ประเทศกัมพูชา นั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้อ้างอิงคำวินิจฉัยในคดีการทำหนังสือแสดงเจตจำนงขอรับความช่วยเหลือทางวิชาการและการเงินที่รัฐบาลไทยทำไปยังกองทุนการเงินระหว่างประเทศและการเข้าเป็นภาคีอนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ อย่างชัดเจนว่าได้ให้ความหมายคำว่า “หนังสือสัญญา” ตามมาตรา 190 แห่งรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2550 มีความหมายตรงกับคำว่า “สนธิสัญญา” ตามอนุสัญญาเวียนนา

ยิ่งกว่านั้น คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีการทำหนังสือแสดงเจตจำนงขอรับความช่วยเหลือทางวิชาการและการเงินที่รัฐบาลไทยทำไปยังกองทุนการเงินระหว่างประเทศยังเป็นบรรทัดฐานให้กับสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาในการทำความเข้าใจประเด็นเรื่องความหมายเกี่ยวกับการทำหนังสือสัญญา อีกด้วย เช่น บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่อง ความตกลงว่าด้วยการจัดตั้งศูนย์ความร่วมมืออนุภูมิภาค LMT-GT¹⁸ และบันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่อง ข้อตกลงกระบวนการตรวจสอบคุณภาพพระหว่างกรมปศุสัตว์กับองค์การตรวจสอบคุณภาพอาหารของประเทศแคนาดาเป็นหนังสือสัญญาตามมาตรา 190 ของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทยหรือไม่¹⁹

¹⁵ คำวินิจฉัยที่ 3/2560

¹⁶ มาตรา 178 วรรคแรก แห่งรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2560 บัญญัติว่า “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ”

¹⁷ คำวินิจฉัยที่ 3/2560 หน้า 9

¹⁸ เรื่องเสรีจที 422/2552 จัดทำโดยคณะที่หก

¹⁹ เรื่องเสรีจที 388/2552

มาตรา 178 แห่งรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2560 บัญญัติว่า “พระมหากษัตริย์ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการทำหนังสือสัญญาสันติภาพ สัญญาสงบศึก และสัญญาอื่นกับนานาประเทศหรือกับองค์การระหว่างประเทศ” ซึ่งเป็นการลอกข้อความตามรัฐธรรมนูญก่อน ๆ ที่บัญญัติไว้ในหมวด คณะรัฐมนตรี โดยมีได้มีการเปลี่ยนแปลง เพิ่มเติมหรือตัดทอนแต่ประการใด ยังคงใช้คำว่า “หนังสือสัญญา” เหมือนเดิม ฉะนั้น ความหมายของคำว่า “หนังสือสัญญา” ตามมาตรา 178 จึงหมายถึงหนังสือสัญญาระหว่างประเทศ (ไม่ใช่การแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของรัฐ) ที่ก่อให้เกิดความผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศระหว่างรัฐหรือองค์การระหว่างประเทศตามที่คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 11/2541 ได้วางบรรทัดฐานไว้

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญของต่างประเทศ

1. คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไต้หวัน

ศาลรัฐธรรมนูญของไต้หวันเคยวินิจฉัยความหมายของคำว่า “สนธิสัญญา” ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญว่ามีความหมายว่าอย่างไร ศาลรัฐธรรมนูญไต้หวันให้เหตุผลว่าสนธิสัญญาตามรัฐธรรมนูญไต้หวันหมายถึงความตกลงที่เป็นลายลักษณ์อักษรทำขึ้นระหว่างสาธารณรัฐจีน (ไต้หวัน) กับรัฐอื่น ๆ หรือองค์การระหว่างประเทศอื่น ๆ ความตกลงเช่นว่านี้ อาจมีชื่อเรียกว่า Treaty, Convention หรือ Agreement ก็ได้ ซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวกับเรื่องที่สำคัญอย่างเช่น การป้องกันตนเอง การทูต การเงินและเศรษฐกิจ หรือที่มีเนื้อหากระหนาบสิทธิและหน้าที่ของประชาชน และหากมีข้อบทที่เกี่ยวกับการให้สัตยาบันแล้ว ก็ควรเสนอให้รัฐสภาให้ความเห็นชอบ²⁰ มีข้อสังเกตว่าศาลรัฐธรรมนูญตีความคำว่า “สนธิสัญญา” ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญไต้หวัน มาตรา 141 ว่าด้วยการต่างประเทศ²¹ โดยที่มิได้พิจารณาจากอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 อย่างศาลรัฐธรรมนูญของประเทศไทย

²⁰ คำวินิจฉัยลงวันที่ 24/12/1993 โปรดดูเพิ่มเติมใน Wen-Chen Chang, An Isolated Nation with Global-minded Citizens: Bottom-up Transnational Constitutionalism in Taiwan, National Taiwan University Law Review, vol. 4, 2009, หน้า 209

²¹ มาตรา 14 ของรัฐธรรมนูญไต้หวันบัญญัติว่า “The foreign policy of the Republic of China shall, in a spirit of independence and initiative and on the basis of the principles of equality and reciprocity, cultivate good-neighbornliness with other nations, and respect treaties and the Charter of the United Nations, in order to protect the rights and interests of Chinese citizens residing abroad, promote international cooperation, advance international justice and ensure world peace.”

2. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้

ในคดี *Harksen v President of the Republic of South Africa and Others*²² ในคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้ได้วินิจฉัยประเด็นว่า คำว่า “international agreement” ที่บัญญัติอยู่ในรัฐธรรมนูญมาตรา 231 ของรัฐธรรมนูญในประเด็นนี้ แม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีได้อำนาจอนุสัญญาเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 โดยตรง แต่ศาลรัฐธรรมนูญก็ตีความคำว่า “international agreement” ว่ามีความหมายเหมือนกับ “treaty” ในอนุสัญญาเวียนนา 1969²³ กล่าวคือ เป็นความตกลงที่ก่อให้เกิดนิติสัมพันธ์ทางกฎหมาย (สิทธิหน้าที่) เท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่ง หากความตกลงระหว่างประเทศใดที่ไม่ได้ก่อให้เกิดสิทธิหน้าที่ตามกฎหมายระหว่างประเทศแล้ว ความตกลงระหว่างประเทศนั้นไม่มีสถานะเป็น “สนธิสัญญา”

ข้อเปรียบเทียบระหว่างคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญไทยและศาลรัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้

ประการแรก ศาลรัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้ไม่ได้พิจารณาว่าอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 มีสถานะเป็นการประมวลกฎหมายประเพณีระหว่างประเทศทุกข้อบท ศาลรัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้ยอมรับว่า บางข้อบทของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 มีสถานะที่เพิ่มเติมขึ้นมาใหม่เพื่อทำให้กฎเกณฑ์มีความสมบูรณ์ ทันสมัยมากขึ้น

ประการที่สอง รัฐธรรมนูญของแอฟริกายอมรับว่า กฎหมายประเพณีระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายแอฟริกา ทำให้ศาลรัฐธรรมนูญแอฟริกาใต้สามารถใช้อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 ได้ แม้ว่าประเทศแอฟริกาใต้จะมีได้เป็นภาคีอนุสัญญาเวียนนาก็ตาม ในขณะที่รัฐธรรมนูญของประเทศไทยไม่เคยยอมรับว่ากฎหมายประเพณีระหว่างประเทศเป็นส่วนหนึ่งของระบบกฎหมายไทย ทำให้เกิดคำถามตามมาว่า ศาลรัฐธรรมนูญอาศัยบทบัญญัติมาตราใดในการอ้างอิงหรือใช้อำนาจอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 เป็นเกณฑ์ในการพิจารณาความหมายของคำว่า “หนังสือสัญญา” ทั้ง ๆ ที่

²² Case Number : CCT 41/99

²³ Michele Olivier, Interpretation of the Constitutional provisions relating to international law, p.12

ประเทศไทยมิได้เป็นภาคีอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 (เช่นเดียวกับประเทศแอฟริกาใต้)

อนึ่ง มีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า ศาลยุติธรรมของสหภาพยุโรป (the Court of Justice of the European Union : CJEU) เคยตีความคำว่า “ความตกลง” (agreement) ในบริบทของกฎหมายสหภาพยุโรปว่าหมายถึงอะไร โดยศาลยุติธรรมของสหภาพยุโรปของได้อ้างอิงความหมายของคำว่า สนธิสัญญาที่บัญญัติไว้ในอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. 1969 แต่ศาลเองก็ได้ตีความความหมายของความตกลงที่กว้างและยืดหยุ่นกว่าอนุสัญญาเวียนนา โดยอนุสัญญากรุงเวียนนาได้บัญญัติว่า สนธิสัญญาเป็นความตกลงระหว่างประเทศที่สร้างขึ้นระหว่างรัฐกับรัฐหรือรัฐกับองค์การระหว่างประเทศ CJEU ได้ตีความคำว่า ความตกลง อาจทำโดยองค์การอื่น ๆ (other entities) นอกจากนี้แล้ว ตามอนุสัญญาเวียนนา คู่สัญญาจะต้องมีเจตนาที่จะก่อให้เกิดผลผูกพันตามกฎหมาย แต่ CJEU ก็ตีความว่า ไม่จำเป็นต้องมีเจตนาเช่นนั้น²⁴

²⁴ Jed Odermatt, The Use of International Treaty Law by the Court of Justice of the European Union, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 2015, pp.

ดัชนีค้นคำ

หนังสือสัญญา	112, 113, 114, 116, 117, 118, 119, 120, 121
หนังสือแสดงเจตจำนง	114, 117, 118, 119
สนธิสัญญา	115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122
อนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา	115, 116, 118, 121, 122
กฎหมายระหว่างประเทศ	115, 116, 117, 120, 121
การกระทำฝ่ายเดียว	117
พันธกรณี	116, 117
แถลงการณ์ร่วม	118, 119

หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย

ดร.สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์
ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์

1. ข้อเท็จจริงแห่งคดีโดยย่อและเหตุผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 3-5/2550 ข้อเท็จจริงได้ความว่า อัยการสูงสุดยื่นคำร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำสั่งยุบพรรคพัฒนาชาติไทย พรรคแผ่นดินไทยและพรรคไทยรักไทย เนื่องจากปรากฏแก่นายทะเบียนพรรคการเมืองว่า ระหว่างวันที่ 24 กุมภาพันธ์ 2549 ถึงวันที่ 2 เมษายน 2549 พรรคการเมืองทั้งสามพรรคดังกล่าวได้กระทำการฝ่าฝืนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำสั่งรับคำร้องทั้งสามไว้พิจารณาแล้วและคดีอยู่ในระหว่างที่พรรคการเมืองทั้งสามทำคำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหา คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ประกาศให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 สิ้นสุดลง เมื่อวันที่ 19 กันยายน 2549 และภายหลังมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 เมื่อวันที่ 1 ตุลาคม 2549 โดยมาตรา 35 บัญญัติให้บรรดาอรรถคดีหรือการใดที่อยู่ในระหว่างการดำเนินการของศาลรัฐธรรมนูญก่อนวันที่ 19 กันยายน 2549 ให้โอนมาอยู่ในอำนาจและความรับผิดชอบของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ต่อมาพรรคการเมืองทั้งสามได้ยื่นคำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหาและผู้ร้องยื่นคำร้องแก้ไขเพิ่มเติมคำร้องสรุปได้ว่า เนื่องจากได้มีประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ลงวันที่ 30 กันยายน พุทธศักราช 2549 เกี่ยวกับการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของกรรมการบริหารพรรคการเมืองที่ถูกสั่งให้ยุบพรรคการเมืองเป็นเวลาห้าปี ผู้ร้องจึงขอแก้ไขเพิ่มเติมคำร้องขอให้มีการยุบพรรคการเมืองทั้งสามและขอให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของกรรมการบริหารพรรคผู้ถูกร้องทั้งสาม มีกำหนดห้าปีนับแต่วันที่มีคำสั่งให้ยุบพรรคผู้ถูกร้องทั้งสาม ทั้งนี้ เป็นไปตามประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ลงวันที่ 30 กันยายน พุทธศักราช 2549 ข้อ 3 ด้วย ซึ่งต่อมาผู้ถูกร้องทั้งสามได้ชี้แจงว่า ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย

อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ลงวันที่ 30 กันยายน พุทธศักราช 2549 ไม่มีผลใช้บังคับย้อนหลังเนื่องจากเป็นการกำหนดโทษเพิ่มขึ้นด้วยการให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งของกรรมการบริหารพรรคการเมืองมีกำหนดห้าปี นอกเหนือจากที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 มาตรา 69 กำหนดไว้แต่เดิม และแม้ว่าการให้เพิกถอนสิทธิเลือกตั้งจะมีใช้โทษทางอาญา แต่การเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งถือเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลในการใช้สิทธิทางการเมือง ซึ่งเป็นโทษทางการเมืองและมีความร้ายแรงกว่าโทษอาญาบางประเภท ดังนั้น หากให้สามารถเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งย้อนหลังได้แล้วก็จะเป็นการขัดต่อหลักสากลทางอาญา ตุลาการรัฐธรรมนูญโดยเสียงข้างมากได้ตอบประเด็นข้อกฎหมายดังกล่าวโดยให้เหตุผลว่า การเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งไม่ใช่โทษทางอาญา แต่เป็นเพียงมาตรการทางกฎหมายที่เกิดจากผลของกฎหมายที่ให้อำนาจในการยุบพรรคการเมืองที่กระทำการต้องห้ามตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 เพื่อมิให้กรรมการบริหารพรรคการเมืองที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บ้านเมืองและการปกครองในระบอบประชาธิปไตยมีโอกาสที่จะกระทำการอันเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายซ้ำอีกในช่วงระยะเวลาหนึ่ง และแม้สิทธิเลือกตั้งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนในสังคมที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย แต่การมีกฎหมายกำหนดว่า บุคคลใดสมควรมีสิทธิเลือกตั้ง เพื่อให้เหมาะสมแก่สภาพแห่งสังคมหรือเพื่อให้การปกครองระบอบประชาธิปไตยในสังคมนั้นดำรงอยู่ย่อมมีได้

หมายเหตุ

นอกจากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญฉบับที่หมายเหตุนี้แล้ว ในส่วนของศาลยุติธรรมได้เคยมีประเด็นในทำนองเดียวกันว่า การตัดสิทธิทางการเมืองถือเป็นโทษทางอาญาหรือไม่ ซึ่งศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองมีความเห็นว่า การตัดสิทธิทางการเมือง แม้จะไม่ใช่โทษตามประมวลกฎหมายอาญา แต่ก็ไม่อาจนำมาใช้บังคับย้อนหลังในทางเป็นโทษได้ โดยเห็นว่า เป็นการขัดต่อหลักนิติธรรม¹ และศาลฎีกาเห็นว่า การตัดสิทธิการเมืองเป็นโทษอุปกรณ์ของโทษอาญา² เช่นกัน โดยผลของการแปลความดังกล่าว จึงทำให้ในส่วนของศาลยุติธรรมแล้ว

¹ คำพิพากษาศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง คดีหมายเลขแดงที่ อม. 138/2562 ข้อกฎหมายหรือประมุขใหญ่

² คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8450/2563

การตัดสิทธิทางการเมืองจึงไม่อาจใช้ย้อนหลังได้ ซึ่งแตกต่างจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้

โจทย์ของงานเขียนชิ้นนี้คือ การเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งที่สามารถที่จะย้อนหลังได้หรือไม่ การตอบปัญหาดังกล่าวผู้เขียนหมายเหตุเห็นว่า ต้องทราบเสียก่อนว่า หลักการที่ห้ามกฎหมายย้อนหลังมีความหมายว่าอย่างไร ตลอดจนถึงทราบถึงข้อแตกต่างระหว่างโทษอาญาและวิธีการเพื่อความปลอดภัย และสถานะในทางกฎหมายของการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งว่ามีสถานะในทางกฎหมายเป็นอย่างไร ดังนั้นในงานเขียนชิ้นนี้จึงมีเนื้อหาหลัก ๆ ในสามตอนด้วยกันซึ่งในตอนแรกเป็นส่วนของหลักกฎหมายจะได้แบ่งออกเป็น 3 ส่วนย่อย กล่าวคือ ในส่วนแรกจะเป็นการกล่าวถึงหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย (nullum crimen nulla poena sine lege) ซึ่งการห้ามกฎหมายย้อนหลังเป็นส่วนหนึ่งของหลักการดังกล่าว ในส่วนนี้จะกล่าวถึงเนื้อหา ความเป็นมาในทางประวัติศาสตร์และเหตุผลเบื้องหลังของหลักการดังกล่าว ในส่วนที่สอง จะเป็นการกล่าวถึงข้อแตกต่างระหว่างโทษอาญาและวิธีการเพื่อความปลอดภัย ในส่วนที่สาม จะเป็นการกล่าวถึงสถานะในทางกฎหมายของการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งว่ามีสถานะในทางกฎหมายเช่นไรกล่าวคือ เป็นโทษอาญาหรือไม่ ทั้งนี้ในส่วนของเนื้อหาทั้ง 3 ส่วนย่อยดังกล่าว จะใช้ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นตัวแทนในส่วนของประเทศในกลุ่มซีวิลลอว์ และความเห็นของนักกฎหมายอเมริกันและนักกฎหมายอังกฤษ เป็นตัวแทนในกลุ่มของประเทศคอมมอนลอว์ ในตอนที่สอง จะได้วิเคราะห์ให้เห็นว่า จากการนำหลักกฎหมายที่กล่าวไว้ทั้ง 3 ส่วนย่อยข้างต้นแล้วผลของคดีควรเป็นเช่นไรในความเห็นของผู้เขียนหมายเหตุ ส่วนตอนที่สามที่เป็นตอนสุดท้าย จะเป็นการสรุปให้เห็นว่า บรรทัดฐานที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วางไว้ในคดีนี้ มีข้อน่าคิดอย่างไร

2. หลักกฎหมายว่าด้วย หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย

2.1 ความเห็นของนักกฎหมายต่างประเทศ

2.1.1 ความเห็นของนักกฎหมายเยอรมัน

ในส่วนของหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย ที่นักกฎหมายเยอรมันมักจะเรียกว่า หลักความชอบด้วยกฎหมาย (das Gesetzlichkeitsprinzip) เป็นหลักการสำคัญหลักหนึ่งในนิติรัฐ กล่าวคือ ในนิติรัฐประชาชนทั่วไปไม่เพียงแต่จะได้รับการคุ้มครองจากกฎหมายอาญา หากแต่บุคคลที่อาจตกเป็นผู้กระทำความผิด

ยังจะต้องได้รับการปกป้องจากกฎหมายอาญาด้วย กล่าวคือระบบกฎหมายไม่ แต่เพียงจะต้องมีวิธีการและเครื่องมือที่เหมาะสมในการป้องกันอาชญากรรมเท่านั้น หากแต่เมื่อจะบังคับใช้โทษอาญานั้นก็จะต้องมีกรอบที่ชัดเจนเพื่อที่จะไม่ทำให้กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนจนเกินไป เครื่องมือที่กล่าวไว้ข้างต้นในนิติรัฐเพื่อคุ้มครองประชาชนก็คือ หลักความน่าตำหนิ (das Schuldprinzip) และหลักความได้สัดส่วนหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุ (das Prinzip der Verhältnismäßigkeit) ซึ่งทั้งสองหลักมีไว้เพื่อที่จะเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดการลงโทษบุคคลทางอาญาโดยที่ไม่สามารถที่จะตำหนิบุคคลดังกล่าวได้ หรือลงโทษบุคคลดังกล่าวรุนแรงเกินไป ในทางตรงกันข้าม หลักความชอบด้วยกฎหมายมีไว้เพื่อเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดการลงโทษทางอาญาที่ปราศจากกฎหมายที่ไม่อาจคาดหมายได้ที่เป็นไปตามอำเภอใจ หรือเหตุผลที่กฎหมายมีผลย้อนหลังหรือกฎหมายไม่มีความชัดเจน³

ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 1 และรัฐธรรมนูญเยอรมัน มาตรา 103 (2) ที่บัญญัติถ้อยคำไว้ทำนองเดียวกันว่า “จะลงโทษในทางอาญาแก่การกระทำได้ก็ต่อเมื่อโทษทางอาญานั้นได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายแล้วก่อนที่การกระทำดังกล่าวจะได้กระทำลง” ซึ่งก็มีความหมายว่า การกระทำใดการกระทำหนึ่งนั้นสามารถที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่สังคมและจึงสมควรที่จะถูกลงโทษทางอาญารัฐจะสามารถใช้มาตรการบังคับทางอาญาแก่การกระทำดังกล่าวก็ต่อเมื่อรัฐได้แจ้งให้ทราบโดยชัดแจ้งในกฎหมายแล้ว เช่น เมื่อมีเครื่องขายสินค้าอัตโนมัติเกิดขึ้น ซึ่งในช่วงปี ค.ศ. 1871 ที่ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันมีผลบังคับใช้นั้น ในสมัยนั้นยังไม่มีเครื่องขายสินค้าอัตโนมัติดังกล่าว ดังนั้น การที่บุคคลนำเหรียญพลาสติกที่มีขนาดเหมือนเหรียญจริงไปหยอดใส่เครื่องขายสินค้าอัตโนมัติและได้รับสินค้ามาโดยไม่ต้องชำระค่าสินค้านั้นไม่อาจลงโทษบุคคลดังกล่าวฐานฉ้อโกงได้ (RGSt 68, 65) เพราะองค์ประกอบความผิดฐานฉ้อโกงตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 263 นั้น จากการหลอกลวงจะต้องมีการหลงเชื่อ แต่เครื่องขายสินค้าอัตโนมัติไม่อาจที่จะหลงเชื่อได้ เพราะมีแต่บุคคลเท่านั้น ที่อาจหลงเชื่ออันเป็นผลมาจากการถูกหลอกลวงได้ นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 146, 248 c ก็ไม่อาจปรับใช้กับกรณีเช่นนี้ได้โดยตรง ฝ่ายนิติบัญญัติจึงต้องบัญญัติความผิด

³ Claus Roxin, (2006), Strafrecht : Allgemeiner Teil. Band I Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. Auflage, บทที่ 5, หัวข้อ 1.

ฐานใหม่ขึ้นมาตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 265 a ซึ่งครอบคลุมถึงกรณีของตัวอย่างเครื่องขายสินค้าอัตโนมัติ แต่ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 265 a ก็ใช้ลงโทษได้เฉพาะกับผู้กระทำความผิดที่ได้กระทำภายหลังจากที่ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 265 a มีผลบังคับใช้แล้วเท่านั้น ส่วนผู้กระทำความผิดที่กระทำก่อนที่ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 265 a มีผลใช้บังคับนั้นไม่อาจลงโทษบุคคลดังกล่าวตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 265 a ได้อันเป็นผลมาจากหลักความชอบด้วยกฎหมายนั่นเอง Prof. Claus Roxin พุดถึงกรณีนี้ไว้ว่า ในบางครั้งที่ผู้กระทำความผิดไม่ต้องรับโทษทางอาญาในกรณีเช่นนี้ทั้ง ๆ ที่การกระทำของตนก่อให้เกิดความเสียหายแก่สังคมนั้น เป็นราคาที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องจ่าย (ที่ในความเห็นของ Prof. Claus Roxin แล้วก็เป็นราคาที่ไมแพง) เพื่อแลกกับการที่จะไม่มีการใช้อำนาจตามอำเภอใจและทำให้เกิดความแน่นอนของกฎหมาย (กล่าวคือ การที่ปัจเจกชนแต่ละคนสามารถที่จะคาดหมายได้ถึงโทษทางอาญาของรัฐ)⁴

ประโยคที่ว่า ไม่มีความผิดโดยไม่มีกฎหมายนั้นได้ถูกเสริมโดยประโยคที่ว่า ไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมาย (nulla poena sine lege) ซึ่งมีความหมายว่า ไม่เฉพาะแต่องค์ประกอบความผิดที่บัญญัติการกระทำอย่างใดเป็นความผิดอาญาเท่านั้น แต่รวมถึงรูปแบบของโทษอาญาและระดับของโทษอาญาก็จะต้องกำหนดไว้ในกฎหมายก่อนการกระทำความผิดด้วย เช่น เมื่อมีการก่อวินาศกรรม ฝ่ายนิติบัญญัติอาจจะรู้สึกต้องการเพิ่มโทษที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 129 a (1), (2) แต่ในกรณีเช่นนี้ ศาลก็ต้องตัดสินใจคดีไปตามกรอบของโทษที่กำหนดไว้เดิม หลักที่ว่า ไม่มีความผิดโดยไม่มีกฎหมาย ไม่อาจที่จะอธิบายปัญหาในกรณีเช่นนี้ได้ เพราะความผิดได้มีการกำหนดไว้แล้วก่อนการกระทำความผิด เฉพาะแต่เมื่อมีประโยคที่ว่า ไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายจึงจะเป็นหลักประกันให้กับผู้กระทำความผิดในกรณีเช่นนี้ได้ ปัญหาว่า หลักที่ว่าไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายเป็นหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญหรือไม่ที่เห็นชัดที่สุดก็คือประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 2 (1) ที่เป็นกรณีของข้อห้ามมิให้ย้อนหลังในทางเพิ่มโทษโดยประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 2 (1) บัญญัติว่า โทษอาญาและผลข้างเคียงให้เป็นไปตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะที่กระทำความผิด อย่างไรก็ตาม บทบัญญัติในทำนองประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 2 (1) ไม่ได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเยอรมัน มาตรา 103 (2) ซึ่งต่างจาก

⁴ Ibid, บทที่ 5 หัวข้อ 2-3.

กรณีของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 1 (ซึ่งได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเยอรมัน) จึงอาจที่จะทำให้คิดไปได้ว่าการย้อนหลังในทางเพิ่มโทษแม้จะต้องห้ามตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 2 (1) แต่ก็ไม่ได้เป็นหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญเพราะโทษตามนัยของรัฐธรรมนูญเยอรมัน มาตรา 103 (2) นั้นได้ถูกกำหนดไว้แล้วก่อนการกระทำความผิด อย่างไรก็ตาม ตามความเห็นฝ่ายข้างมากเห็นว่าหลักไม่มีโทษโดยไม่มีกฎหมายเป็นหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ ซึ่ง Prof. Claus Roxin ก็เห็นไปในทำนองเดียวกันโดยให้เหตุผลว่า โทษอาญาตามนัยของรัฐธรรมนูญเยอรมัน มาตรา 103 (2) ต้องตีความไม่เฉพาะแต่กรณีว่าเป็นโทษอาญาหรือไม่เท่านั้น แต่ต้องตีความรวมถึงกรณีที่เมื่อเป็นโทษอาญาแล้วจะลงโทษอย่างไรด้วย หากตีความในทำนองนี้แล้ว การลงโทษย้อนหลังให้หนักขึ้นจึงต้องห้ามตามรัฐธรรมนูญเยอรมัน มาตรา 103 (2) เพราะไม่อาจถือได้ว่ากรณีดังกล่าวได้มีการกำหนดโทษไว้ก่อนการกระทำความผิด ซึ่งการตีความในทำนองดังกล่าวก็เป็นไปตามความเห็นของผู้ยกวางกฎหมายรัฐธรรมนูญ และ Prof. Claus Roxin เห็นว่า การตีความในทำนองนี้เป็นสิ่งที่ถูกต้องเพราะหลักความชอบด้วยกฎหมายที่ถือว่าเป็นหลักประกันในกฎหมายรัฐธรรมนูญก็จะมีคุณค่าน้อยลงหากว่าไม่สามารถที่จะป้องกันไม่ให้เกิดการกำหนดโทษในตอนแรกที่มีอัตราโทษเบาแล้วมาเปลี่ยนภายหลังให้มีอัตราโทษที่รุนแรงขึ้นได้ ซึ่งเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้มีอำนาจรัฐใช้ดุลพินิจได้ตามอำเภอใจ ทั้ง ๆ ที่กฎหมายรัฐธรรมนูญควรที่จะป้องกันไม่ให้เกิดดังกล่าวก่อเกิดขึ้น⁵

หลักความชอบด้วยกฎหมายมีผลสำคัญที่เป็นข้อห้ามทั้ง 4 ประการ⁶ โดยข้อห้ามในสองประการแรกใช้กับผู้พิพากษา ส่วนข้อห้ามสองประการหลังใช้กับฝ่ายนิติบัญญัติ กล่าวคือ ข้อห้ามในการใช้กฎหมายเทียบเคียงและข้อห้ามในการใช้กฎหมายจารีตประเพณีในการเป็นเหตุลงโทษและเพิ่มโทษบุคคล ข้อห้ามของการมิให้กฎหมายมีผลย้อนหลังและข้อห้ามของการที่กฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอน

⁵ Ibid, บทที่ 5 หัวข้อ 4-6.

⁶ Kress, Claus, (2010), Nulla poena nullum crimen sine lege. Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, p. 1.

ข้อห้ามของการใช้กฎหมายเทียบเคียง (Das Analogieverbot) (*nullum crimen nulla poenasine lege stricta*)

การเทียบเคียง หมายถึงการนำหลักเกณฑ์ทางกฎหมายเรื่องหนึ่งไปใช้กับอีกเรื่องหนึ่งที่ไม่ได้มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยใช้แนวทางของความใกล้เคียง การเทียบเคียงแบ่งได้เป็นสองกรณี กล่าวคือ การเทียบเคียงตัวบทกฎหมาย (Gesetzesanalogie) และการเทียบเคียงหลักกฎหมาย (Rechtsanalogie) การเทียบเคียงตัวบทกฎหมายเป็นกรณีของการเทียบเคียงกฎหมายในแต่ละมาตรา ส่วนการเทียบเคียงหลักกฎหมายเป็นกรณีของการเทียบเคียงหลักกฎหมายที่ประกอบไปด้วยบทบัญญัติหลายมาตรา การเทียบเคียงกฎหมายไม่ว่าจะเป็นในกรณีของการเทียบเคียงตัวบทกฎหมายหรือการเทียบเคียงหลักกฎหมาย ซึ่งเป็นสิ่งที่ทำได้ในกฎหมายสาขาอื่น แต่ในกฎหมายอาญาแล้วไม่อาจทำได้ตามรัฐธรรมนูญเยอรมัน มาตรา 103 (2) หากจะเป็นผลร้ายแก่จำเลยเพราะสำหรับกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้แต่เพียงสิ่งที่ใกล้เคียงกันนั้น ก็ต้องถือว่าในกรณีดังกล่าวไม่ได้กำหนดการลงโทษไว้ในกฎหมาย ในกรณีของการใช้เครื่องขายสินค้าอัตโนมัติจึงไม่อาจลงโทษจำเลยได้ โดยการเทียบเคียงบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันมาตรา 263 ในเรื่องของกรรโชกและต้องพิพากษายกฟ้องโจทก์ปล่อยตัวจำเลยไป

ข้อห้ามของการใช้กฎหมายจารีตประเพณีที่เป็นเหตุในการลงโทษ และเพิ่มโทษ (Das Verbot strafbegründenden und strafschaerfenden Gewohnheitsrechts) (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*)

ในกฎหมายสาขาอื่น ๆ นั้น นอกจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้ว กฎหมายจารีตประเพณีที่ไม่ใช่กฎหมายลายลักษณ์อักษร ก็ถือว่าเป็นบ่อเกิดของกฎหมายชนิดหนึ่ง แต่ในกฎหมายอาญานั้นการนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้เป็นเหตุในการลงโทษและเพิ่มโทษเป็นสิ่งที่ต้องห้ามเพราะถือไม่ได้ว่าการลงโทษดังกล่าวเป็นโทษที่กำหนดไว้ในกฎหมาย

ข้อห้ามของการใช้กฎหมายย้อนหลัง (Das Rueckwirkungsverbot) (*nullum crimennulla poena sine lege praevie*)

การย้อนหลังของกฎหมายมีได้ในหลายกรณี ในกรณีแรกจะเป็นกรณีที ในขณะที่กระทำความผิด การกระทำดังกล่าวไม่มีกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดอาญา แล้วมาบัญญัติกฎหมายให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดอาญาในภายหลัง ส่วนกรณีที่สองเป็นกรณีทีการกระทำดังกล่าว กฎหมายบัญญัติเป็นความผิดอาญาไว้แล้วแต่เปลี่ยนรูปแบบของโทษในภายหลังให้หนักขึ้น เช่นจากโทษปรับเป็นโทษจำคุก

ในกรณีที่สามารถเป็นกรณีของการเพิ่มอัตราโทษในรูปแบบของโทษอาญาเดิมให้มีอัตราโทษที่สูงขึ้น เช่น จากจำคุก 5 ปีเป็น 10 ปี เป็นต้น การย้อนหลังของกฎหมายทั้งสามรูปแบบข้างต้นเป็นสิ่งที่ต้องห้ามตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ เพราะถือว่าในกรณีดังกล่าวโทษอาญา (ไม่ว่าจะเป็นโทษอาญาเอง รูปแบบของโทษอาญาหรือระดับของโทษอาญา) ไม่ได้มีการกำหนดไว้ในกฎหมายก่อนการกระทำความผิด

ข้อห้ามของการที่กฎหมายอาญาและโทษอาญาต้องมีความชัดเจน (*Das Verbot unbestimmter Strafgesetze und Strafen*)(*nullum crimen nulla poena sine lege certa*)

หากมีบทบัญญัติในกฎหมายอาญาที่บัญญัติในทำนองว่า “บุคคลใดกระทำการที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยของประชาชนในแนวทางที่ไม่อาจยอมรับได้ ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกิน 5 ปี” ก็จะทำให้กฎหมายอาญาในหลายมาตราไม่จำเป็นที่จะต้องบัญญัติไว้ แต่บทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวก็จะไม่มีผลบังคับใช้เพราะจากบทบัญญัติดังกล่าวไม่อาจที่จะเห็นได้ว่าการกระทำอย่างใดจึงจะเป็นความผิดอาญาตามบทบัญญัติดังกล่าว ในกรณีเช่นนี้จึงต้องถือว่าการลงโทษไม่ได้ถูกกำหนดไว้ในกฎหมายก่อนการกระทำความผิด หากแต่เป็นเรื่องที่ผู้พิพากษาจะต้องมาตีความเอาเองว่าการกระทำอย่างใดจึงจะเป็นการขัดต่อบทบัญญัติดังกล่าว นอกจากนี้ การที่โทษอาญาไม่มีความชัดเจนโดยสิ้นเชิงเลยก็เป็นสิ่งที่ต้องห้ามเช่นกัน ตัวอย่างเช่น หากตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 303 บัญญัติว่า บุคคลใดทำให้เสียหายหรือทำลายทรัพย์สินของผู้อื่นโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ต้องระวางโทษบทบัญญัติดังกล่าวก็ต้องถือว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญและไม่มีผลบังคับใช้เพราะตามบทบัญญัติดังกล่าวไม่ชัดเจนว่าโทษอาญาคืออะไร และในอัตราโทษเท่าใดที่จำเลยจะได้รับหากจำเลยกระทำความผิด⁷

2.1.2 ความเห็นของนักกฎหมายคอมมอนลอว์

ในขณะที่นักกฎหมายเยอรมันอธิบายหลักความชอบด้วยกฎหมายด้วยลักษณะพิเศษ 4 ประการที่กล่าวไว้ข้างต้น⁸ นักกฎหมายอเมริกันอธิบายแนวคิด

⁷ Roxin, Claus (เชิงอรธ 1), บทที่ 5, หัวข้อ 7-11.

⁸ Joecks, Wolfgang/Jaeger, Christian, (2018), Studienkommentar StGB. 12. Auflage, มาตรา 1 หัวข้อ 2-16; Kuehl, Kristian/Heger, Martin, (2014), Strafgesetzbuch Kommentar, 28. Auflage, มาตรา 1 หัวข้อ 1-7; Frister, Helmut, (2008), Strafrecht : Allgemeiner Teil. 3. Auflage, p. 37-48; Jescheck, Hans-Heinrich, (1988), Lehrbuch des Strafrechts : Allgemeiner Teil. 4. Auflage, p. 119-126.

ในเรื่องดังกล่าวในลักษณะทำนองเดียวกัน แต่มีข้อแตกต่างบางประการโดยบางความเห็นกล่าวว่าหลักการดังกล่าวมีลักษณะสำคัญ 3 ประการ กล่าวคือ ในประการแรก การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งไม่อาจกำหนดให้เป็นความผิดอาญาได้ เว้นแต่จะได้มีการบัญญัติองค์ประกอบความผิดของการกระทำดังกล่าวไว้ในกฎหมาย (nullum crimen sine lege) ในประการที่สอง การแปลความพระราชบัญญัติที่มีโทษอาญาต้องตีความโดยเคร่งครัด (nulla poena sine lege) ในประการที่สาม กฎหมายที่มีโทษอาญาไม่อาจมีผลบังคับใช้ย้อนหลังได้ บางความเห็นกล่าวว่า หลักความชอบด้วยกฎหมายประกอบไปด้วยหลักการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งไม่อาจกำหนดให้เป็นความผิดอาญาได้ เว้นแต่จะได้มีการบัญญัติองค์ประกอบความผิดของการกระทำดังกล่าวไว้ในกฎหมาย (nullum crimen sine lege) หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ ไม่อาจมีความผิดอาญาประเภท common law crime ได้ นอกจากนี้ กฎหมายอาญาห้ามมีผลบังคับใช้ย้อนหลัง และกฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอน¹⁰ แม้ว่าจะมีความแตกต่างในทางความเห็น แต่สิ่งหนึ่งที่เห็นตรงกันเกี่ยวกับหลักความชอบด้วยกฎหมายคือ ความผิดอาญาต้องเป็นการกระทำที่กำหนดความผิดไว้ล่วงหน้าโดยฝ่ายนิติบัญญัติและห้ามการบัญญัติความผิดอาญาโดยศาล¹¹ ส่วน Wayne R LaFave เห็นว่า หลักความชอบด้วยกฎหมาย ประกอบไปด้วยหลักกฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง หลักการแปลพระราชบัญญัติอย่างเคร่งครัด หลักกฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจน และการไม่มีหลักความผิดคอมมอนลอว์¹²

ในส่วนของหลักกฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลังนี้ ตามรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาได้ห้ามทั้งรัฐบาลสหพันธรัฐและมลรัฐในการที่จะออกกฎหมายที่มีผลย้อนหลัง

สำหรับนักกฎหมายอังกฤษ เช่น Andrew Ashworth ได้กล่าวว่า หลัก nullum crimen sine lege หรือที่ในบางครั้งเรียกว่า หลักความชอบด้วยกฎหมาย (the principle of legality) ประกอบได้ด้วยหลัก 3 ประการ กล่าวคือ หลักกฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง (the principle of non-retroactivity) หลักกฎหมายอาญา

⁹ Hall, Jerome, 'Nulla poena sine lege' (1937) The Yale Law Journal 47, p.165.

¹⁰ Hessick, Carissa Byrne, 'The Myth of Common Law Crimes' (2019) Virginia Law Review, 105 (5), p.973.

¹¹ Ibid, p.973-974.

¹² La Fave R., Wayne, (2010), Criminal Law. Fifth Edition, p.11.

ต้องมีความชัดเจนแน่นอน (the principle of maximum certainty) และหลักการตีความกฎหมายอาญาอย่างเคร่งครัด (the principle of strict construction of penal statutes)¹³

สาระสำคัญของหลักกฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลังก็คือ บุคคลไม่อาจที่จะถูกตัดสินว่ามีความผิดหรือได้รับโทษ เว้นแต่จะได้กระทำการตามที่มีกฎหมายบัญญัติห้ามไว้ล่วงหน้าแล้ว หลักการดังกล่าวได้ห้ามฝ่ายนิติบัญญัติในการบัญญัติความผิดอาญาแล้วนำไปใช้กับการกระทำที่เกิดขึ้นก่อนที่จะบัญญัติความผิดอาญาดังกล่าว เพราะมีฉะนั้นแล้ว ประชาชนในฐานะที่เป็นปัจเจกชนที่มีความเป็นไทและมีเหตุผลย่อมไม่สามารถที่จะทราบได้ว่าการกระทำของตนเป็นสิ่งที่ต้องห้ามหรือไม่ หากปราศจากการแจ้งเตือนล่วงหน้า ซึ่งถือว่าเป็นการกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนในการมีสิทธิที่จะรับรู้กฎหมายล่วงหน้า¹⁴ ในส่วนของกฎหมายไม่มีผลย้อนหลังนั้น ในประเทศอังกฤษ มีการอธิบายเหตุผลในทำนองเดียวกันกับประเทศเยอรมนี กล่าวคือ เป็นสิ่งที่ไม่เป็นธรรมที่สิ่งที่เคยเป็นสิ่งที่ถูกกฎหมายในขณะที่มีการกระทำจะกลายเป็นความผิดอาญาในภายหลัง หรือเป็นสิ่งที่ไม่เป็นธรรมที่โทษที่เคยกำหนดไว้ในขณะกระทำความผิดต่อมาจะมีการเพิ่มโทษสำหรับการกระทำดังกล่าวให้เพิ่มขึ้น อย่างไรก็ตาม ก็มีการให้ความเห็นไปในทำนองว่า โทษอาญาไม่มีผลในการป้องกันไม่ให้คนกระทำความผิด เพราะคนที่กระทำความผิดจะชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ที่ตนเองได้รับจากการกระทำความผิดกับโทษที่ตนเองจะได้รับมากกว่า ดังนั้น โทษอาญาจึงไม่มีผลในทางยับยั้งไม่ให้คนกระทำความผิด หากผู้กระทำความผิดเห็นว่าตนเองจะได้รับประโยชน์จากการกระทำความผิดมากกว่า ส่วน Jerome Hall เห็นว่า หากพิจารณาจากหลักการลงโทษที่พิจารณาจากความชั่วร้ายของผู้กระทำความผิดและความเป็นอันตรายที่บุคคลดังกล่าวก่อให้เกิดขึ้นแก่สังคมแล้ว การที่กฎหมายบัญญัติให้บุคคลดังกล่าวต้องรับผิดในทางอาญา กฎหมายดังกล่าวจะมีผลย้อนหลังหรือไม่จึงไม่ใช่ข้อสาระสำคัญ แต่สิ่งที่สำคัญกว่า คือหลักในเรื่องของการห้ามการเทียบเคียงในทางอาญา¹⁵

¹³ Ashworth, Andrew, (1991), Principles of Criminal Law, p.59.

¹⁴ Ibid, p.59-61.

¹⁵ Hall, Jerome (เชิงอรรถ 7), p.171-172.

ในส่วนของหลักกฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอนนั้น หลักการดังกล่าวมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับหลักกฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง เพราะบทบัญญัติของกฎหมายที่มีความคลุมเครือนั้น ย่อมนำไปสู่การถูกนำไปใช้ย้อนหลังได้ เนื่องจากไม่มีบุคคลใดทราบได้ว่า การกระทำดังกล่าวเป็นสิ่งที่อยู่ภายในหรือภายนอกบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว หลักกฎหมายอาญาต้องมีความชัดเจนแน่นอนนั้นมีแง่มุมในทางรัฐธรรมนูญและการเมืองอยู่ 2 ประการด้วยกัน กล่าวคือ ในประการแรก หลักการดังกล่าวสนับสนุนการบัญญัติกฎหมายอาญาในรูปของประมวลกฎหมายมากกว่าแนวทางตามกฎหมายคอมมอนลอว์ เพราะการบัญญัติกฎหมายอาญาในรูปของประมวลกฎหมายจะทำให้กฎหมายมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันและทำให้ประชาชนสามารถที่จะทราบได้ถึงความมีอยู่ของกฎหมาย นอกจากนี้ ยังเป็นไปตามหลักการตามกฎหมายรัฐธรรมนูญที่การออกกฎหมายเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติและไม่ใชหน้าที่ของฝ่ายตุลาการ ในประการที่สอง หากกฎหมายมีความคลุมเครือก็จะเป็นช่องทางให้หน่วยงานที่บังคับใช้กฎหมายมีดุลพินิจในการที่จะแปลความการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งให้เป็นความผิดอาญาโดยที่ไม่ได้ผ่านการพิจารณาของฝ่ายนิติบัญญัติ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การที่จะเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ไม่ใช่เกิดจากฝ่ายนิติบัญญัติแต่เกิดจากฝ่ายบริหาร¹⁶

ในส่วนของหลักการตีความกฎหมายโดยเคร่งครัดนั้นเป็นส่วนที่เกี่ยวข้องกับการทำหน้าที่ของศาลโดยตรง โดยที่ไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการเหมือนในกรณีของกฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลังแต่อย่างใด การตีความกฎหมายโดยเคร่งครัด หมายถึงกรณีที่มีความไม่ชัดเจนในถ้อยคำของพระราชบัญญัติจะต้องตีความอย่างแคบเพื่อให้เป็นคุณแก่จำเลย อย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่า จะต้องแปลความอย่างแคบตั้งแต่ต้น แต่หมายความว่า หากค้นหาเจตนารมณ์ของกฎหมายแล้ว ไม่อาจหาได้ จึงจะนำหลักการแปลความกฎหมายอย่างแคบมาใช้เท่านั้น เหตุผลก็เพราะว่าศาลเป็นองค์กรสุดท้ายในการกำหนดขอบเขตของกฎหมายผ่านการตีความ อีกทั้งผู้พิพากษาไม่ได้รับการเลือกตั้งอย่างในกรณีของฝ่ายนิติบัญญัติ ดังนั้น การที่จะขยายกรอบของความผิดอาญาควรปล่อยให้เป็นที่ตีความของฝ่ายนิติบัญญัติ หากฝ่ายตุลาการแปลกฎหมายแคบแล้วฝ่ายนิติบัญญัติเห็นว่าควรที่จะตีความกฎหมายให้กว้างกว่านั้น ฝ่ายนิติบัญญัติก็จะไปแก้ไขกฎหมายเอง¹⁷

¹⁶ Ashworth, Andrew (เชิงอรธร 11), p.64.

¹⁷ Ibid, p.67-70.

เมื่อได้เห็นองค์ประกอบที่สำคัญบางประการของหลักความชอบด้วยกฎหมายแล้ว ในลำดับถัดไปจะได้กล่าวถึงพัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ของหลักการดังกล่าวต่อไป

2.2 พัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ของหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย

องค์ประกอบพื้นฐานของหลักความชอบด้วยกฎหมายที่กำหนดว่า การจะลงโทษคนในทางอาญาได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายกำหนดให้การกระทำดังกล่าวเป็นความผิดมาก่อน และกำหนดโทษมาก่อนนั้น สามารถพบได้ตั้งแต่โบราณในยุคกรีกโรมัน และกฎหมายสมัยกลาง ในยุคโรมันช่วงของ Sulla มีหลักฐานยืนยันว่าความผิดอาญาและโทษอาญานั้นจะต้องมีการกำหนดไว้ล่วงหน้าโดยชัดแจ้งในกฎหมายที่ให้นำคดีมาฟ้องร้อง ไม่อาจนำมาใช้ย้อนหลังได้ ในยุคของ Augustus ได้มีการประกาศว่า กฎหมายที่มีโทษอาญาหลายฉบับ ไม่อาจมีผลใช้บังคับย้อนหลังได้¹⁸ นอกจากนี้ กฎหมายอาญาไม่ได้มีอยู่เฉพาะในกฎหมายลายลักษณ์อักษรเท่านั้น ความคิดที่ว่าความผิดอาญาต้องอยู่ในรูปของลายลักษณ์อักษรเท่านั้น เป็นความคิดที่สามารถย้อนกลับไปที่ Cicero ที่กำหนดความแตกต่างระหว่างพระราชบัญญัติที่กำหนดให้การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นความผิดอาญา และพระราชบัญญัติที่เป็นแต่เพียงประกาศว่าการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งที่โดยตัวของมันแล้วเป็นความผิดในตัวเองให้เป็นความผิดอาญา (mala per se) ข้อห้ามของการใช้กฎหมายอาญาย้อนหลังจึงไม่ใช้กับกรณีของการกระทำที่โดยตัวของมันเองแล้วเป็นความผิดอาญา ประมวลกฎหมายอาญาฉบับ The Constitutio Criminalis Carolina (CCC) ซึ่งเป็นประมวลกฎหมายอาญาที่สำคัญที่สุดของเยอรมันในยุคกลาง (ค.ศ. 1532) แม้จะมีองค์ประกอบบางประการของหลักความชอบด้วยกฎหมาย แต่หลักความชอบด้วยกฎหมายยังไม่ได้รับการยอมรับอย่างสมบูรณ์ในยุคดังกล่าว¹⁹ ในประเทศอังกฤษหลักในเรื่องความชอบด้วยกฎหมายเริ่มมีตั้งแต่ในยุคของพระเจ้า Henry the First โดยหลักการดังกล่าวได้รับการกล่าวซ้ำในรัฐธรรมนูญ Clarendon ในปี ค.ศ. 1164 นอกจากนี้ Magna Carta ต้องถือว่าเป็นสัญลักษณ์ของหลักความชอบด้วยกฎหมายในประเทศอังกฤษ²⁰ และเมื่อเปรียบเทียบกับประเทศในภาคพื้นยุโรป ต้องถือว่าเป็นประเทศ

¹⁸ Hall, Jerome (เชิงอรรถ 7), p.166.

¹⁹ Kress, Claus (เชิงอรรถ 4), p.2.

²⁰ Hall, Jerome (เชิงอรรถ 7), p.167.

อังกฤษนำหน้าประเทศอื่น ๆ ในภาคพื้นยุโรปในเรื่องของหลักความชอบด้วยกฎหมาย เช่น ในประมวลกฎหมายของปรัสเซียในปี ค.ศ. 1721 บัญญัติว่า ในกรณีที่ความผิดอาญาไม่ได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมาย ก็ยังสามารถที่จะลงโทษบุคคลในทางอาญาได้โดยใช้หลักความยุติธรรม (ex aequo et bono) และในกรณีที่บุคคลที่มีความยุ่งยาก กษัตริย์จะเป็นผู้วินิจฉัยเองว่า สมควรที่จะให้เป็นความผิดอาญาหรือไม่ ประมวลกฎหมายของบาวาเรีย ฉบับปี ค.ศ. 1751 บัญญัติว่า หากไม่ได้กำหนดไว้ในกฎหมาย ให้วินิจฉัยตามหลัก ex aequitate et analogia juris ส่วนประมวลกฎหมายของออสเตรีย ฉบับปี ค.ศ. 1769 บัญญัติว่า ในกรณีที่ไม่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายให้ตัดสินตามหลักการต่าง ๆ ของประมวลกฎหมาย เป็นต้น ก่อนการปฏิวัติฝรั่งเศส ได้มีการเคลื่อนไหวในการจัดทำกฎหมายในรูปของประมวลกฎหมาย ซึ่งทำให้มีการนำแนวคิดในเรื่องของหลักความชอบด้วยกฎหมายไปบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายดังกล่าว เช่น ในประมวลกฎหมายของออสเตรียฉบับปี ค.ศ. 1787 ของกษัตริย์ Joseph ที่ 2 ได้มีการบัญญัติห้ามของการเทียบเคียงไว้ในประมวลกฎหมายดังกล่าวเป็นครั้งแรก²¹ ดังนั้น ในยุคโบราณ แม้ว่าจะมีแนวคิดในเรื่องของหลักความชอบด้วยกฎหมาย แต่ก็ไม่ได้เป็นไปตามอย่างที่เข้าใจกันอยู่ในปัจจุบัน

หลักความชอบด้วยกฎหมายตามที่เข้าใจในปัจจุบันเกิดขึ้นในยุครู้แจ้งแห่งปัญญา (Enlightenment) และจากทฤษฎีสัญญาประชาคมที่มีเป้าหมายในการจำกัดอำนาจตุลาการโดยผ่านทางหลักการแบ่งแยกอำนาจ ที่จะเป็นการกรุยทางไปสู่การจัดทำประมวลกฎหมายให้เป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย Montesquieu และ Beccaria ต้องถือว่าเป็นบุคคลสำคัญในการเปลี่ยนแปลงครั้งนี้ อย่างไรก็ตาม Feuerbach เป็นบุคคลแรกที่บัญญัติศัพท์ลาตินที่ว่า nullum crimen nulla poena sine lege²² นอกจากนี้ หลักการดังกล่าวยังได้รับการกล่าวถึงในคำประกาศอิสรภาพของสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. 1776 และคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 รวมทั้ง สนธิสัญญาระหว่างประเทศ เช่น คำประกาศทั่วไปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ในปี ค.ศ. 1948 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ตลอดจน สนธิสัญญาว่าด้วยการปกป้องสิทธิมนุษยชน

²¹ Ibid, p.168.

²² Kress, Claus (เชิงอรรถ 4), p.3.

และเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. 1950²³ ในส่วนของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมืองของฝรั่งเศสในปี ค.ศ. 1789 ที่บัญญัติหลักความชอบด้วยกฎหมาย ไม่ใช่แต่เพียงเป็นหลักประกันในทางรัฐธรรมนูญให้แก่ประชาชนจากการใช้อำนาจอย่างกดขี่ของฝ่ายรัฐบาลเท่านั้น แต่ยังเป็นหลักการสำคัญในกฎหมายอาญาด้วย หลักการดังกล่าวได้รับการระบุอีกครั้งหนึ่งในรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ฉบับลงวันที่ 3 กันยายน ค.ศ. 1791 แม้ว่าจะไม่ได้รับการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา ฉบับปี ค.ศ. 1791 แม้ว่าจะประมวลกฎหมายอาญาของทหารจะได้บัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ก็ตาม แต่ในประมวลกฎหมายอาญา ฉบับปี ค.ศ. 1810 ก็ได้นำหลักการดังกล่าวมาบัญญัติไว้อีกครั้งหนึ่ง ในส่วนของประเทศเยอรมนีนั้น หลักความชอบด้วยกฎหมายได้รับการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของรัฐบาวาเรีย ฉบับปี ค.ศ. 1813 ซึ่งมี Feuerbach เป็นผู้ร่างประมวลกฎหมายฉบับดังกล่าว ก่อนปี ค.ศ. 1850 หลักการดังกล่าวยังไม่ได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของปรัสเซีย และก่อนปี ค.ศ. 1851 หลักการดังกล่าวก็ไม่ได้ได้รับการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายของปรัสเซีย รวมทั้งก่อนปี ค.ศ. 1871 หลักการดังกล่าวก็ไม่ได้ได้รับการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายของอาณาจักรไรซ์ แม้ว่ารัฐธรรมนูญของรัฐอื่น ๆ ในเยอรมนีจะได้มีการบัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญแล้วก็ตาม เช่น รัฐธรรมนูญของแคว้นบาวาเรีย ในปี ค.ศ. 1818 รัฐธรรมนูญของรัฐ Wurtemberg ในปี ค.ศ. 1819²⁴

ในลำดับถัดไป จะได้กล่าวถึงเหตุผลเบื้องหลังของหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย

2.3 เหตุผลเบื้องหลังของหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย

หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย ที่มีภาษาลาตินเต็ม ๆ ว่า “nullum crimen, nulla poena sine lege scripta, praevia, certa, stricta” แม้จะเขียนเป็นภาษาลาติน แต่ไม่ใช่หลักกฎหมายโรมัน หากแต่เป็นหลักที่เกิดขึ้นจากศาสตราจารย์ทางกฎหมาย ในช่วงศตวรรษที่ 18 ซึ่งเป็นชาวเยอรมันที่ชื่อว่า Feuerbach และถือเป็นหลักการพื้นฐานที่กฎหมายอาญาทั้งระบบต้องอยู่ภายใต้หลักการดังกล่าว²⁵

²³ Gradinaru, Daniel, (2018), The Principle of Legality. Research Association for Interdisciplinary Studies. Conference Proceedings, p.289.

²⁴ Hall, Jerome (เชิงอรรถ 7), p.169.

²⁵ Schmitz, Roland, (2003), Muenchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band I paragraph 1-51, มาตรา 1 หัวข้อ 1.

ความสำคัญของหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมายนี้ อยู่ที่ว่า หลักการดังกล่าวเป็นหลักการที่นอกจากจะได้รับการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาแล้ว ยังได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญด้วย ทั้งในส่วนของประเทศไทยและของประเทศเยอรมนี โดยรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนีได้บัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ในมาตรา 103 (2) ส่วนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2560 บัญญัติไว้ในมาตรา 29 วรรคหนึ่ง นอกจากนี้แล้ว หลักการดังกล่าวยังได้รับการบัญญัติไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศหลายฉบับอย่างที่กำลังมาข้างต้น หลักกฎหมายในเรื่องนี้ ในความเห็นของผู้เขียนหมายเหตุแล้วจึงมีฐานะที่เหนือกว่าความเป็นหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญเสียอีก โดยถือเป็นหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนเรื่องหนึ่งเลยทีเดียว

ในส่วนตำราของไทย เมื่อมีการพูดถึงหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมายนี้ ส่วนใหญ่มักอธิบายสาระสำคัญของหลักการดังกล่าวว่าประกอบไปด้วย 4 หลักการใหญ่ ๆ ด้วยกัน กล่าวคือ กฎหมายอาญาต้องชัดเจนแน่นอน กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง ห้ามนำกฎหมายจารีตประเพณีมาใช้ในทางเป็นผลร้ายแก่จำเลย และห้ามนำการเทียบเคียงมาใช้เป็นผลร้ายแก่จำเลย²⁶ โดยไม่ได้มีการอธิบายแนวคิดเบื้องหลังในทางทฤษฎีการเมืองและกฎหมายอาญาของหลักการดังกล่าวไว้แต่อย่างใด ในตำรากฎหมายอาญาภาคทั่วไป เล่ม 1 ของ Prof. Claus Roxin ได้อธิบายรากเหง้าของหลักการดังกล่าวไว้โดยแบ่งออกเป็น 2 ส่วนด้วยกัน²⁷ กล่าวคือ ในส่วนแรกมีที่มาจากทฤษฎีในทางการเมืองและในส่วนที่สองมีที่มาจากทฤษฎีในทางกฎหมายอาญา ซึ่งมีรายละเอียดดังนี้ กล่าวคือในส่วนแรก ซึ่งมีที่มาจากทฤษฎีการเมืองนั้น แบ่งออกเป็น 2 ส่วนกล่าวคือ ความคิดในทางเสรีนิยม (Der politische Liberalismus) และหลักประชาธิปไตยกับการแบ่งแยกอำนาจ (Demokratie und Gewaltenteilung) ในส่วนที่สอง ซึ่งมีที่มาจากหลักกฎหมายอาญา แบ่งออกเป็น 2 ส่วนเช่นกัน กล่าวคือ ทฤษฎีการลงโทษที่เป็นการป้องกันทั่วไป (General prevention) และหลักความนำตำหนิ (Das Schuldprinzip) นักกฎหมายเยอรมันก็อธิบายเหตุผลทั้งสี่ประการดังกล่าวในทำนองเดียวกันกับความเห็นของ Prof. Claus Roxin²⁸ การเข้าใจรากเหง้าของแนวคิดดังกล่าว ผู้เขียนหมายเหตุเชื่อว่าเป็นสิ่งจำเป็นต่อการตีความหลักไม่มี

²⁶ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, (2565), ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ 46, น. 48.

²⁷ Roxin, Claus (เชิงอรธ 1), บทที่ 5 หัวข้อ 18-25.

²⁸ Kress, Claus (เชิงอรธ 4), p.1-2.

ความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมายนี้ จึงจะได้นำเนื้อหาในเรื่องดังกล่าวจากตำราของศาสตราจารย์ Roxin มาอธิบายในลำดับถัดไป

อาจกล่าวได้ว่าความคิดพื้นฐานของหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย คือ ความคิดในทางเสรีนิยม ที่ว่าการที่ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการจะต้องผูกพันกับกฎหมายที่ได้รับการบัญญัติไว้จึงจะทำให้เสรีภาพของประชาชนได้รับการคุ้มครอง การต่อสู้กับอำนาจรัฐของฝ่ายประชาชนที่ได้รับชัยชนะมาในอดีตก็เพราะว่าฝ่ายปกครอง รวมทั้งผู้พิพากษาที่ส่วนใหญ่ขึ้นอยู่กับฝ่ายปกครองเช่นกัน ไม่อาจที่จะใช้อำนาจในการลงโทษทางอาญาได้อย่างอำเภอกว้าง หากแต่จะต้องใช้ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ แม้ว่ารูปแบบการปกครองจะมีการเปลี่ยนแปลงไปจากอดีตมากแล้ว กล่าวคือจากระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตย แต่คำอธิบายในเรื่องของความคิดในทางเสรีนิยมก็ยังคงถูกอ้างถึงว่าเป็นรากเหง้าของหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมายอยู่จนถึงทุกวันนี้

การให้เหตุผลในประการที่สองที่สำคัญไม่แพ้กัน ก็คือหลักประชาธิปไตย และหลักการแบ่งแยกอำนาจ เพราะการลงโทษในทางอาญาถือว่าเป็นการรุกร้าเข้ามาในเสรีภาพของประชาชนที่รุนแรงที่สุด ดังนั้น องค์กรที่จะทำหน้าที่ในการบัญญัติกฎหมายจึงต้องเป็นองค์กรที่มีที่มาจากประชาชนเป็นหลัก ซึ่งก็คือสภาผู้แทนราษฎรนั่นเอง และจากหลักการแบ่งแยกอำนาจที่ทำให้ผู้พิพากษาไม่ต้องมาทำหน้าที่ในการบัญญัติกฎหมายแต่ทำหน้าที่เพียงการตีความกฎหมายเท่านั้น ในขณะที่ฝ่ายบริหารก็ไม่อาจเข้ามาเกี่ยวข้องกับกรลงโทษได้เพราะเป็นเรื่องของอำนาจตุลาการ จึงทำให้เสรีภาพของประชาชนได้รับการคุ้มครอง

เหตุผลประการที่สามของหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย มีที่มาจากทฤษฎีการลงโทษที่เป็นการป้องกันทั่วไปซึ่งมีที่มาจากหลักกฎหมายอาญากล่าวคือ การลงโทษในทางอาญามีวัตถุประสงค์เพื่อให้บุคคลอื่น ๆ ในสังคมเมื่อเห็นว่ามีผู้กระทำความผิดเมื่อทำผิดแล้วถูกลงโทษ ก็จะทำให้บุคคลอื่น ๆ ไม่กล้าที่จะกระทำความผิด การที่จะให้วัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญาดังกล่าวบรรลุผลได้ก็ต่อเมื่อการกระทำที่ถูกห้ามมิให้กระทำนั้นจะต้องได้รับการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนก่อนที่จะกระทำความผิด เพราะหากไม่ได้กำหนดให้การกระทำความผิดดังกล่าวเป็นความผิดอาญาไว้ก่อนที่จะกระทำความผิดแล้วหรือกฎหมายไม่ชัดเจน ก็จะไม่มีผลในการที่จะยับยั้งไม่ให้บุคคลอื่นในสังคมไม่กระทำความผิดเพราะไม่มีใครรู้ว่าการกระทำของตนจะได้รับโทษในทางอาญาหรือไม่

เหตุผลประการสุดท้ายมาจากหลักความน่าตำหนิซึ่งเป็นหลักกฎหมายอาญาเช่นกัน หลักความน่าตำหนิอธิบายว่า จะลงโทษใครในทางอาญาได้ก็ต่อเมื่อสามารถที่จะตำหนิตัวผู้กระทำได้ว่าบุคคลดังกล่าวมีความน่าตำหนิ และเราจะพูดได้ว่าบุคคลดังกล่าวมีความน่าตำหนิ ก็ต่อเมื่อบุคคลดังกล่าวก่อนที่จะกระทำความผิดรู้หรือควรจะรู้ว่าการกระทำดังกล่าวของตน กฎหมายห้ามมิให้กระทำ และเป็นเช่นนี้ได้ก็ต่อเมื่อกฎหมายได้บัญญัติไว้ก่อนที่จะกระทำแล้วว่าหากกระทำการดังกล่าวจะต้องรับโทษทางอาญา

การอธิบายเหตุผลเบื้องหลังของหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย นอกจากนักกฎหมายเยอรมันจะได้อธิบายไว้ดังที่กล่าวมาแล้ว ในตำรากฎหมายคอมมอนลอว์ นักกฎหมายอเมริกันก็ให้คำอธิบายในเรื่องดังกล่าวไว้เช่นกัน เช่น

George P. Fletcher นักกฎหมายชาวอเมริกัน ได้แบ่งความหมายของหลักความชอบด้วยกฎหมายออกเป็น 2 ประเภท กล่าวคือ ความหมายในทางลบและความหมายในทางบวก (The principle of negative and positive legality) โดยอธิบายว่า หลักความชอบด้วยกฎหมายในทางลบมีความหมายว่า ระบบกฎหมายเป็นสิ่งที่มิไว้เพื่อคุ้มครองประชาชนจากการใช้อำนาจของรัฐที่ไม่ชอบธรรม และหลักความชอบด้วยกฎหมายในทางลบเป็นการยืนยันในหลัก *nulla poena sine lege* กล่าวคือ ไม่มีการลงโทษโดยปราศจากการแจ้งเตือนล่วงหน้าก่อนตามกฎหมาย ในส่วนของการให้เหตุผลว่าจะต้องมีการแจ้งเตือนก่อนนั้น ก็ด้วยเหตุผล 2 ประการ กล่าวคือ ในประการแรก การที่มีความคิดในทางศีลธรรมที่แตกต่างกัน ดังนั้น ประชาชนจึงต้องได้รับการแจ้งเตือนล่วงหน้าก่อนว่า การกระทำใดของตนที่จะทำให้ตนเองต้องรับโทษทางอาญาหรือไม่ เพราะมีการกระทำบางอย่างที่บุคคลอาจไม่ทราบว่าเป็นความผิดอาญา เช่น การพนัน การโกหกเจ้าพนักงานตำรวจ เป็นต้น ในกรณีดังกล่าวตามหลักความชอบด้วยกฎหมายแล้วจึงต้องมีการแจ้งเตือนล่วงหน้าก่อน เหตุผลในประการที่สองคือ หลักการที่ต้องแจ้งเตือนล่วงหน้าทางกฎหมายนี้จะเป็นการผูกมัดผู้พิพากษาไม่ให้ตัดสินคดีไปตามอำเภอใจจากเหตุผลที่ผู้พิพากษาคิดเห็นในทางการเมืองอย่างใดอย่างหนึ่ง ส่วนหลักความชอบด้วยกฎหมายในทางบวกมีความหมายว่า หากมีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดแล้ว พนักงานอัยการมีหน้าที่ที่จะต้องฟ้องผู้กระทำความผิดทุกคน ไม่อาจที่จะใช้ดุลพินิจเพื่อสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหาคนใดคนหนึ่งได้ซึ่งความหมายของหลักความชอบด้วยกฎหมาย

ในทางบวกดังกล่าว George P. Fletcher เห็นว่า ขัดแย้งกับแนวคิดของรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา กล่าวคือ ในประเทศสหรัฐอเมริกา รัฐบาลมลรัฐและสหพันธรัฐมีหน้าที่ที่จะต้องคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกกล่าวหา แต่ไม่มีหน้าที่ในการฟ้องร้องผู้ถูกกล่าวหาเพื่อคุ้มครองสังคมและผู้เสียหาย นอกจากนี้ George P. Fletcher ยังได้เปรียบเทียบในตอนท้ายว่า หากเปรียบเทียบหลัก Rule of Law ของประเทศสหรัฐอเมริกาและหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) ของประเทศเยอรมนีแล้ว หลักนิติรัฐของประเทศเยอรมนีจะมีความเข้มข้นกว่าหลักความชอบด้วยกฎหมายในทางลบของประเทศสหรัฐอเมริกาเพราะหลักนิติรัฐ รวมความทั้งหลักความชอบด้วยกฎหมายทั้งในทางลบและทางบวก สำหรับประเทศเยอรมนีแล้ว หลักนิติรัฐจึงเปรียบเสมือนดาบ แต่สำหรับประชาชนอเมริกันแล้ว หลัก Rule of Law เป็นเสมือนโล่ที่ปกป้องประชาชนจากการใช้อำนาจรัฐ²⁹

ในบทความทางกฎหมายเรื่อง The Myth of Common Law Crimes ที่เขียนโดย Carissa Byrne Hessick ได้ระบุถึงคุณค่าบางประการที่เกิดขึ้นจากหลักความชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ การเตือนให้ทราบล่วงหน้า (notice) เพราะความผิดประเภท common law crime ไม่อาจที่จะสร้างหลักประกันดังกล่าวได้ในขณะที่การบัญญัติความผิดอาญาไว้ในพระราชบัญญัติจะทำให้ประชาชนสามารถที่จะทราบล่วงหน้าได้ว่า การกระทำเช่นไรที่ต้องห้ามตามกฎหมาย อีกทั้งยังสอดคล้องกับหลักการประชาธิปไตย (democratic accountability) เพราะฝ่ายนิติบัญญัติเป็นบุคคลที่ได้รับการเลือกตั้งมาจากประชาชน ในขณะที่ผู้พิพากษาไม่ได้มีความเกี่ยวข้องกับประชาชนแต่อย่างใด และหลักการแบ่งแยกอำนาจ (separation of power) เพราะอำนาจในการบัญญัติกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ รวมถึงอำนาจในการที่จะกำหนดว่าการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นความผิดอาญาหรือไม่ ในขณะที่อำนาจฝ่ายตุลาการเป็นอำนาจในการแปลความกฎหมายอาญาที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้บัญญัติขึ้นมา การแบ่งอำนาจดังกล่าวระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการไม่เพียงแต่เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาเท่านั้น แต่ยังเป็นไปเพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนอีกด้วย เพราะจะทำให้มีการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐและทำให้เสรีภาพของประชาชนได้รับการคุ้มครอง นอกจากนี้ การที่ความผิดอาญาต้องถูกบัญญัติไว้เป็นกฎหมายแทนที่จะให้ผู้พิพากษา

²⁹ Fletcher, George P., (1998), Basic Concepts of Criminal Law, p.207-208.

เป็นผู้กำหนดความผิดอาญานั้น ยังเป็นการจำกัดการใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่รัฐและป้องกันมิให้เจ้าหน้าที่รัฐใช้อำนาจโดยมิชอบ (prevention of government abuse) เนื่องจากการให้ผู้พิพากษาเป็นผู้กำหนดให้การกระทำอย่างใดอย่างหนึ่งเป็นความผิดอาญานั้น จากการที่ผู้พิพากษาต้องตัดสินคดีเป็นรายคดีไปจึงอาจมีผลต่อการใช้ดุลพินิจของผู้พิพากษาที่จะพิจารณาว่าจำเลยกระทำความผิดอาญาหรือไม่โดยพิจารณาจากลักษณะเฉพาะตัวของจำเลยแต่ละคน ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องของมิวสิ ความเชื่อในทางศาสนา เป็นต้น ซึ่งแตกต่างจากกรณีที่ความผิดอาญาจะถูกกำหนดขึ้นตามพระราชบัญญัติที่จะกำหนดความผิดอาญาจากลักษณะทั่วไปของการกระทำดังกล่าวเพื่อนำไปใช้กับสมาชิกทุกคนในสังคม ในประการสุดท้าย การกำหนดความผิดอาญาในรูปพระราชบัญญัติจะทำให้กฎหมายอาญามีความเป็นหนึ่งเดียวและมีผลในการยับยั้งการกระทำความผิด (increasing uniformity and deterrence) เนื่องจากตัวพระราชบัญญัติจะระบุไว้โดยชัดเจนว่าการกระทำอย่างใดที่ต้องห้ามตามกฎหมาย การกระทำอย่างใดที่ไม่ต้องห้ามตามกฎหมาย จึงทำให้ผู้พิพากษาสามารถที่จะมั่นใจในการมีคำพิพากษายกฟ้องหรือลงโทษจำเลย นอกจากนี้ ยังทำให้รู้ว่าจะต้องหลีกเลี่ยงไม่กระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง^{30 31}

ภายหลังจากที่จบเนื้อหาในส่วนของหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย แล้ว ในลำดับถัดไปจะได้กล่าวถึงข้อแตกต่างระหว่างโทษอาญาและวิธีการเพื่อความปลอดภัยเนื่องจากเป็นประเด็นหนึ่งที่จะต้องนำมาวิเคราะห์คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญฉบับที่หมายเหตุนี้

3. ข้อแตกต่างระหว่างโทษอาญาและวิธีการเพื่อความปลอดภัย

การเข้าใจถึงข้อแตกต่างระหว่างโทษอาญาและวิธีการเพื่อความปลอดภัยมีความสำคัญต่อการทำความเข้าใจกฎหมายอาญาสมัยใหม่ กล่าวคือ จะลงโทษทางอาญาได้ก็ต่อเมื่อสามารถที่จะตำหนิผู้กระทำผิดได้ซึ่งผู้กระทำได้กระทำไปแล้วในอดีต ในขณะที่วิธีการเพื่อความปลอดภัยพิจารณาจากความเป็นอันตรายของตัวผู้กระทำผิดที่จะไปกระทำความผิดในอนาคต ความน่าตำหนิของผู้กระทำผิดเป็น

³⁰ Hessick, Carissa Byrne (เชิงอรธร 8), p.975-978.

³¹ อย่างไรก็ตาม ข้อดีต่าง ๆ ที่กล่าวมานั้น Carissa Byrne Hessick กลับเห็นว่าสามารถที่จะถูกโต้แย้งได้ทั้งสิ้น โดย Carissa Byrne Hessick เห็นว่า การกำหนดความผิดอาญาตามหลัก common law crime จะให้หลักประกันในเรื่องสิทธิเสรีภาพแก่ประชาชนมากกว่าหลักความชอบด้วยกฎหมาย โปรดดู Hessick, Carissa Byrne (เชิงอรธร 8), p.997-022.

พื้นฐานในการกำหนดโทษทางอาญา ซึ่งก็เป็นไปตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 46 (1) ประโยคที่หนึ่ง ในกรณีที่ไม่อาจกำหนดตัวผู้กระทำความผิดได้เพราะมีความบกพร่องทางจิต (ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 20) หรือเพราะสำคัญผิดในเหตุที่ผู้กระทำความผิดซึ่งไม่อาจที่จะหลีกเลี่ยงได้ (ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 17) ในกรณีเช่นนี้ก็ไม่ว่าจะลงโทษผู้กระทำความผิดได้ ในทางตรงกันข้าม แม้จะไม่สามารถกำหนดตัวผู้กระทำความผิดได้ แต่ก็อาจใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยแก่ผู้กระทำความผิดได้ หากว่าตามสภาพของตัวผู้กระทำความผิดแล้ว ผู้กระทำความผิดจะเป็นอันตรายต่อบุคคลทั่วไป (ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 63 (1)) เช่น อาชญากรโรคจิต ไม่อาจถูกลงโทษทางอาญาในความผิดฐานฆ่าคนตายได้เพราะไม่อาจกำหนดผู้กระทำความผิดได้ แต่ในขณะที่เดียวกันก็สามารถที่จะใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยแก่ผู้กระทำความผิดได้ ตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 63 โดยการนำตัวผู้กระทำความผิดเข้าไปรับการรักษาในโรงพยาบาล โทษทางอาญาและวิธีการเพื่อความปลอดภัยไม่ได้ใช้แยกกันเสมอไป แต่ก็อาจจะใช้ร่วมกันได้ เช่น ในกรณีที่การกระทำความผิดเกี่ยวกับการจราจรที่อาจกำหนดตัวผู้กระทำความผิดได้ เมื่อข้อเท็จจริงในคดีได้ความว่าผู้กระทำความผิดขาดความเหมาะสมที่จะขับขียานพาหนะ นอกจากศาลจะลงโทษจำคุกหรือลงโทษปรับแก่ผู้กระทำความผิดแล้วก็อาจจะใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยทำการเพิกถอนใบอนุญาตขับขียานพาหนะของผู้กระทำความผิดได้ ดังนั้น ความน่าตำหนิของตัวผู้กระทำความผิดแม้จะไม่ใช่ว่าเงื่อนไขของการใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยแต่ก็ไม่ได้หมายความว่า จะไม่สามารถใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยแก่ผู้กระทำความผิดที่มีความน่าตำหนิได้

จากเหตุผลที่กล่าวไว้ข้างต้น การใช้ถ้อยคำว่า กฎหมายอาญา (Strafrecht) จึงเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้องแต่จะต้องใช้ถ้อยคำว่า กฎหมายอาญาและกฎหมายวิธีการเพื่อความปลอดภัย (Straf- und Massregelrecht) เหตุผลที่ใช้เพียงถ้อยคำว่า กฎหมายอาญานั้น หากมองในแง่ประวัติศาสตร์แล้วก็คงมีเหตุผลมาจากการที่วิธีการเพื่อความปลอดภัยนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายครั้งแรกเมื่อวันที่ 24/11/1933 ซึ่งแต่เดิมคงมีแต่โทษทางอาญาเท่านั้นที่เป็นมาตรการบังคับ เมื่อมีการนำวิธีการเพื่อความปลอดภัยมาบัญญัติไว้ในกฎหมายจึงถูกเรียกว่าเป็นระบบสองทางเลือก ซึ่งต่างจากระบบทางเลือกเดียวที่อาจจะจะเป็นเพียงโทษทางอาญาเพียงอย่างเดียว หรือวิธีการเพื่อความปลอดภัยเพียงอย่างเดียว ในแง่ของนโยบายทางอาญาแล้ว วิธีการเพื่อความปลอดภัยมีหลักมาจากว่า โทษทางอาญาไม่อาจที่จะคุ้มครองสังคมได้อย่าง

เพียงพอเนื่องจากกรณีที่โทษทางอาญาจะต้องขึ้นอยู่กับความน่าตำหนิของผู้กระทำผิด ผู้กระทำผิดที่ปราศจากความน่าตำหนิแต่มีความเป็นอันตรายแม้ว่าจะไม่อาจถูกลงโทษในทางอาญาได้แต่ก็ต้องถูกบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยเพื่อเป็นการขัดขวางไม่ให้ไปกระทำความผิดอื่น ๆ เพื่อความปลอดภัยของสังคม ผู้กระทำผิดที่มีความน่าตำหนิแต่เพียงเล็กน้อยแม้การลงโทษทางอาญาจะเป็นสิ่งที่ทำได้ แต่บ่อยครั้งที่ไม่อาจป้องกันอันตรายจากตัวผู้กระทำผิดได้ ดังนั้น จึงต้องใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยในการป้องกันอันตรายดังกล่าว วิธีการเพื่อความปลอดภัยจึงเป็นความจำเป็นของสังคมที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ แม้ว่าวิธีการเพื่อความปลอดภัยจะบัญญัติขึ้นในปี ค.ศ. 1933 ซึ่งเป็นยุคนาซีก็ตาม แต่ก็ไม่ใช่เป็นความคิดของพรรคนาซีแต่อย่างใด หากแต่เป็นความคิดที่เกิดขึ้นมาก่อนหน้านั้นนานนับสิบปีและในการปรับปรุงกฎหมายอาญาได้มีการขยายแนวคิดดังกล่าวออกไป ประมวลกฎหมายอาญาสมัยใหม่ส่วนใหญ่ก็มีแนวคิดพื้นฐานที่วางอยู่บนหลักของการใช้โทษทางอาญาและวิธีการเพื่อความปลอดภัย

ดังที่กล่าวไว้ข้างต้นแล้วว่า ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันนอกจากจะบัญญัติเรื่องโทษอาญาแล้วยังมีบทบัญญัติในเรื่องของวิธีการเพื่อความปลอดภัยด้วย และทั้งโทษอาญาและวิธีการเพื่อความปลอดภัยถือว่าเป็นองค์ประกอบในทางโครงสร้างพื้นฐานของกฎหมายที่ว่าด้วยเรื่องผลในทางกฎหมายตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน จากที่กล่าวไว้ในเรื่องของทฤษฎีว่าด้วยการลงโทษในทางอาญานั้น จะเห็นได้ว่าเหตุใดกฎหมายอาญาที่วางอยู่บนพื้นฐานของหลักความน่าตำหนิจึงต้องมีบทบัญญัติในเรื่องวิธีการเพื่อความปลอดภัยในฐานะที่เป็นทางเลือกที่สองด้วย กล่าวคือกรณีที่โทษอาญาขึ้นอยู่กับหลักความน่าตำหนิจึงทำให้การลงโทษผู้กระทำผิดไม่อาจที่จะลงโทษให้เกินไปกว่าความน่าตำหนิของผู้กระทำผิดได้ ซึ่งโดยทั่วไปแล้วก็ถือว่าการลงโทษบนพื้นฐานของหลักความน่าตำหนิดังกล่าวคุ้มครองประโยชน์ของรัฐและจำเลยได้อย่างเหมาะสมก็ตาม แต่ในบางกรณีที่ตัวผู้กระทำผิดมีความเป็นอันตรายต่อสังคมอย่างมากเสียจนทำให้การลงโทษทางอาญาที่อยู่บนพื้นฐานของหลักความน่าตำหนินั้นไม่อาจที่จะคุ้มครองสังคมได้อย่างเพียงพอ เช่น ในกรณีที่ผู้กระทำผิดเป็นบุคคลวิกลจริตที่ยังสามารถรู้ผิดชอบอยู่บ้างกระทำความผิดที่มีการใช้กำลังทำร้ายอย่างรุนแรงและเป็นที่ยอมรับว่าจะไปกระทำความผิดดังกล่าวอีกนั้นด้วยเหตุนี้ การที่ผู้กระทำผิดดังกล่าวมีความน่าตำหนิที่ลดลงจึงทำให้สามารถลงโทษทางอาญาได้แต่เพียงเล็กน้อยเท่านั้น แต่เพื่อที่จะคุ้มครองสังคมจึงมีความจำเป็น

ที่จะต้องส่งผู้กระทำผิดเข้ารับการรักษาที่โรงพยาบาลโรคจิต และเช่นเดียวกันในกรณีของผู้กระทำผิดที่ติดยาเสพติดหรือติดสุราที่ถือว่ามีควมน่าตำหนิแต่เพียงเล็กน้อย แต่เพื่อที่จะป้องกันอันตรายที่จะเกิดขึ้นจากบุคคลดังกล่าว จึงมีความจำเป็นที่จะต้องส่งบุคคลดังกล่าวไปยังสถานบำบัด (ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 64) เป็นต้น นอกจากนี้ วิธีการเพื่อความปลอดภัยในกรณีอื่น ๆ ตามที่มีระบุไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 61 ก็ล้วนวางอยู่บนแนวคิดพื้นฐานที่ว่า ตัวผู้กระทำผิดมีความเป็นอันตรายต่อสังคมที่โทษอาญาเพียงอย่างเดียวไม่เพียงพอต่อการที่จะคุ้มครองสังคม

วัตถุประสงค์ของวิธีการเพื่อความปลอดภัยจึงเป็นกรณีของการป้องกันโดยวัตถุประสงค์ในขั้นต้นก็คือการป้องกันพิเศษ เพราะการนำวิธีการเพื่อความปลอดภัยมาใช้ก็เพื่อที่จะเป็นการป้องกันมิให้ผู้กระทำผิดกลับไปกระทำความผิดซ้ำขึ้นอีก นอกจากนี้ วิธีการเพื่อความปลอดภัยส่วนใหญ่ก็มิผลในทางป้องกันทั่วไปด้วย ซึ่งถือว่าเป็นวัตถุประสงค์รองของวิธีการเพื่อความปลอดภัย เช่น การเพิกถอนใบอนุญาตขับขี่ยานพาหนะตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 69 ส่งผลให้คนที่กระทำความผิดเกี่ยวกับการจราจรส่วนใหญ่ก็ล้วนการถูกเพิกถอนใบอนุญาตดังกล่าวมากกว่าโทษอาญาที่ตนจะได้รับจากการกระทำความผิดอาญาเกี่ยวกับการจราจร เป็นต้นด้วยเหตุนี้ โดยสาระสำคัญแล้ววัตถุประสงค์ของโทษทางอาญาและวิธีการเพื่อความปลอดภัยก็ไม่ได้มีความแตกต่างกันเท่าไร แต่สิ่งที่ต่างกันก็คือขอบเขตของการใช้โทษอาญาหรือวิธีการเพื่อความปลอดภัย กล่าวคือความรุนแรงและระยะเวลาของการใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยไม่ได้อยู่ภายใต้บังคับของหลักความน่าตำหนิอย่างในกรณีของโทษอาญา หากแต่อยู่ภายใต้หลักความพอสมควรแก่เหตุซึ่งกระทบสิทธิของผู้ถูกบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยมากกว่ากรณีของโทษอาญา ด้วยเหตุนี้จึงมีคำถามว่ารัฐอาศัยความชอบธรรมอันใดในการที่จะมาใช้มาตรการบังคับของวิธีการเพื่อความปลอดภัย ในประเด็นนี้ Prof. Claus Roxin เห็นว่าคำตอบอยู่ที่แนวคิดในเรื่องของการชั่งน้ำหนักประโยชน์ (die Gueterabwaegung) กล่าวคือ เสรีภาพอาจถูกจำกัดได้หากว่าการใช้เสรีภาพดังกล่าวมีความเป็นไปได้อย่างมากที่จะก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่น ดังนั้น ผู้ถูกบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยจึงต้องยอมรับในการจำกัดเสรีภาพของตนหากว่าความเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากการกระทำของตนจะมากกว่าการจำกัดเสรีภาพของตน แนวคิดในเรื่องของการชั่งน้ำหนักประโยชน์จึงเป็นสิ่งที่สอดคล้องกับหลักในประมวลกฎหมายอาญา

เยอรมัน มาตรา 62 กล่าวคือ แม้ว่าผู้กระทำความผิดจะมีความเป็นอันตรายก็ไม่อาจใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยได้หากว่าการใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยดังกล่าวเมื่อเทียบกับความสำคัญของการกระทำที่ผู้กระทำความผิดกระทำไปแล้ว และที่คาดว่าผู้กระทำความผิดจะกระทำรวมถึงระดับของความเป็นอันตรายที่จะเกิดขึ้นจากตัวผู้กระทำความผิดแล้วจะไม่ได้สัดส่วนกับการใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัย หลักการในเรื่องของความพอสมควรแก่เหตุถือว่าเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐจึงมีฐานะเป็นหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญด้วยเหตุนี้ จึงต้องยอมรับความเสียหายและอันตรายที่เกิดจากตัวผู้กระทำความผิดแม้ว่าจะมีประโยชน์ในแง่ของการป้องกันก็ตาม หากว่าประโยชน์ในการป้องกันมีน้ำหนักน้อยกว่าการสูญเสียเสรีภาพที่ผู้ถูกบังคับใช้วิธีการเพื่อความปลอดภัยจะสูญเสียไปจากมาตรการบังคับของวิธีการเพื่อความปลอดภัย

ตามความเห็นของ Prof. Claus Roxin ซึ่งเห็นว่า ทั้งโทษอาญาและวิธีการเพื่อความปลอดภัยมีวัตถุประสงค์อย่างเดียวกันเพียงแต่ต่างกันในเรื่องของขอบเขตของการใช้มาตรการบังคับดังกล่าว ด้วยเหตุนี้ ตามความเห็นของ Prof. Claus Roxin ทั้งโทษอาญาและวิธีการเพื่อความปลอดภัยจึงแทบที่จะเป็นมาตรการบังคับที่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน ในทางตรงกันข้าม หากพิจารณาจากทฤษฎีแก้แค้นทดแทน มาตรการบังคับทางอาญาจะเน้นไปในสองแนวทางที่แตกต่างกันทั้งในส่วนของวัตถุประสงค์และขอบเขตของการบังคับใช้มาตรการบังคับ กล่าวคือในส่วนของโทษอาญาจะพิจารณาในส่วนของกระทำที่กระทำมาแล้วในอดีต และมีกรอบของการบังคับใช้โดยอยู่บนพื้นฐานของหลักความน่าตำหนิ ในขณะที่วิธีการเพื่อความปลอดภัย จะเป็นการพิจารณาไปที่อนาคตและเน้นไปในส่วนของความเป็นอันตรายของตัวผู้กระทำความผิดเท่านั้น อย่างไรก็ตาม Prof. Claus Roxin เห็นว่าโทษอาญาในปัจจุบันไม่อาจที่จะอธิบายด้วยทฤษฎีแก้แค้นทดแทนได้แต่เพียงอย่างเดียวแล้ว ในทางตรงกันข้าม โทษอาญาต้องพิจารณาถึงวัตถุประสงค์ในการป้องกันด้วย ดังนั้น ระบบของมาตรการบังคับในทางอาญาในปัจจุบันที่วางอยู่บนพื้นฐานระหว่างสองแนวทางและหนึ่งแนวทาง (ein zwischen Zwei- und Einspurigkeit stehendes Sanktionensystem) จึงเป็นระบบที่ถูกต้องในการเข้าใจโทษอาญาในปัจจุบัน³²

³² Roxin, Claus (เชิงอรรถ 1), บทที่ 3 หัวข้อ 63-68.

เมื่อเห็นถึงข้อแตกต่างระหว่างโทษอาญาและวิธีการเพื่อความปลอดภัยแล้ว ในลำดับถัดไปจะได้กล่าวถึงมาตรการบังคับทางอาญาในส่วนของ การตัดสิทธิทางการเมืองตามกฎหมายเยอรมันต่อไป

4. มาตรการบังคับทางอาญาในส่วนของ การตัดสิทธิทางการเมือง

ระบบผลในทางกฎหมายของกฎหมายอาญาเยอรมันแบ่งออกเป็นสองประเภท กล่าวคือ ในประเภทแรก ผลในทางกฎหมายของกฎหมายอาญาโดยแท้ กล่าวคือ โทษในทางอาญา (die Strafe) โทษในทางอาญามีถึงการที่ต้องได้รับผลร้ายจากรัฐ (staatliche Uebelszufuegung) และรวมทั้งการที่การกระทำดังกล่าวไม่ได้รับการยอมรับในทางจริยศาสตร์และได้รับการตำหนิ ซึ่งจะเป็นสิ่งที่ทำให้โทษในทางอาญาแตกต่างจากโทษปรับพินัยและมาตรการในการลงโทษทางวินัย นอกจากนี้ การจะลงโทษในทางอาญาได้ก็ต่อเมื่อมีความน่าตำหนิ ในการกำหนดโทษในทางอาญาจึงต้องเป็นไปตามหลักความน่าตำหนิตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 46 (1) ประโยคที่หนึ่ง กล่าวคือ ภารกิจในการป้องกันทั่วไปของโทษในทางอาญาจะต้องทำให้ผู้อื่นไม่กระทำความผิด นอกจากนี้ โทษในทางอาญาจะต้องมีผลในทางป้องกันต่อผู้กระทำความผิดเป็นรายบุคคลไป ซึ่งมีเป้าหมายอยู่ที่การที่จะทำให้ผู้กระทำความผิดสามารถกลับคืนเข้าสู่สังคมได้อีกครั้ง กฎหมายอาญามีรูปแบบของโทษอาญาอยู่สองประเภท กล่าวคือ โทษจำคุกและโทษปรับ ซึ่งเป็นโทษอาญาหลัก นอกจากนี้โทษอาญาหลักก็มีโทษอาญาข้างเคียง ซึ่งก็คือการพักใช้ใบอนุญาตขับขี่ยานพาหนะ ตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 44 ซึ่งสามารถที่จะพักใช้ใบอนุญาตขับขี่ยานพาหนะได้ก็ต่อเมื่อได้มีการลงโทษอาญาหลักด้วย³³

รูปแบบที่สองของมาตรการบังคับในทางอาญาก็คือวิธีการเพื่อความปลอดภัย ซึ่งตามมาตรา 61 ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันได้บัญญัติประเภทของวิธีการเพื่อความปลอดภัยที่แตกต่างกันเอาไว้ เช่น การเพิกถอนใบอนุญาตขับขี่ยานพาหนะ หรือการห้ามประกอบอาชีพ เป็นต้น ลักษณะเฉพาะของวิธีการเพื่อความปลอดภัยก็คือ มีไว้เพื่อคุ้มครองสังคมและคุ้มครองตัวผู้กระทำความผิดเอง ความแตกต่างในทางหลักการระหว่างโทษทางอาญาและวิธีการเพื่อความปลอดภัยก็คือ โทษทางอาญาจะต้องเป็นไปตามหลักความน่าตำหนิ ในขณะที่วิธีการเพื่อความปลอดภัยจะไม่มีส่วนที่

³³ Nelles, Ulrich, 'Statusfolgen als "Nebenfolgen" einer Straftat (Paragraph 45 StGB)' (1991) JZ, p.17.

เกี่ยวข้องกับหลักความน่าตำหนิ และพิจารณาเฉพาะในส่วนของความเป็นอันตรายของตัวผู้กระทำผิดในฐานะที่เป็นมาตรการในการป้องกัน³⁴

การปฏิรูปกฎหมายอาญาในประเทศเยอรมนีได้ยกเลิกการเพิกถอนสิทธิในเกียรติยศของการเป็นพลเมือง (die Aberkennung der Buergerlichen Ehrrechte) ดังนั้น ตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 45 คงกำหนดไว้เฉพาะในกรณีของการสูญเสียสิทธิในการเข้ารับราชการ สิทธิในการลงสมัครรับเลือกตั้ง และสิทธิที่จะลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง ที่ถือเป็นผลที่เกิดขึ้นแก่สถานะของบุคคลอันเป็นผลมาจากการถูกลงโทษในทางอาญาโดยศาลอาญา ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตั้งชื่อของผลที่เกิดขึ้นแก่สถานะของบุคคลดังกล่าวว่าเป็นผลข้างเคียง (Nebenfolgen) เพื่อที่จะชี้ให้เห็นว่าไม่ใช่เป็นกรณีของโทษอาญาข้างเคียง (Nebenstrafen) (ซึ่งตามร่างประมวลกฎหมายอาญาระดับปี 1962 มาตรา 56 ได้กำหนดให้การสูญเสียสิทธิในการเข้ารับราชการ การสูญเสียสิทธิในการรับสมัครเลือกตั้งและการสูญเสียสิทธิในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้งเป็นโทษอาญาข้างเคียง) เช่นเดียวกับกรณีของการพักใช้ใบอนุญาตขับขี่ยานพาหนะตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 44 และในขณะเดียวกันก็ไม่ใช่เป็นกรณีของวิธีการเพื่อความปลอดภัยตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 61 ถึงมาตรา 72 หากแต่เป็นมาตรการบังคับที่มีลักษณะเฉพาะเป็นของตนเอง (Sanktionen eigener Art) ที่มีส่วนสัมพันธ์อยู่กับการพิพากษาลงโทษในทางอาญาที่เป็นผลมาจากบทบัญญัติของกฎหมาย หรืออาจจะมีส่วนสัมพันธ์กับคำพิพากษาของศาล³⁵

การสูญเสียสิทธิที่จะเข้ารับราชการ, สิทธิที่จะได้รับการเลือกตั้งและสิทธิที่จะลงคะแนนเสียงเลือกตั้งตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 45 ได้บัญญัติเกี่ยวกับการสูญเสียสิทธิที่มีกำหนดระยะเวลาของสิทธิที่จะเข้ารับราชการ การลงสมัครรับเลือกตั้งและการลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง

1. การสูญเสียสิทธิที่จะเข้ารับราชการหมายถึง การสูญเสียความสามารถที่จะเป็นข้าราชการของรัฐ (Oeffentliche Aemter) การสูญเสียสิทธิที่จะเข้ารับราชการหมายรวมถึงการที่ข้าราชการที่ต้องคำพิพากษาของศาลต้องขาดจากการเป็นข้าราชการด้วยเท่าที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ให้เห็นเป็นอย่างอื่น การสมัครเข้า

³⁴ Ibid, p.17-18.

³⁵ Jescheck (เชิงอรรด 6), p.712.

รับราชการใหม่หลังจากสิ้นสุดระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดหรือตามระยะเวลาที่คำพิพากษาของศาลกำหนดสามารถที่จะกระทำได้ การสูญเสียสิทธิที่จะได้รับการเลือกตั้งหมายถึงการสูญเสียสิทธิที่จะได้รับการเลือกตั้งของทางราชการ นอกจากนี้การสูญเสียสิทธิในการรับเลือกตั้งหมายถึงการสูญเสียสถานะในทางกฎหมายที่ผู้ต้องคำพิพากษาของศาลมีด้วย (ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 45 (4)) เช่น การสูญเสียตำแหน่งผู้แทนของสภาแห่งมลรัฐ การเลือกตั้งของทางราชการ (oeffentliche wahlen) หมายถึงทุก ๆ การเลือกตั้ง ในประเทศที่เป็นการเลือกตั้งของทางราชการ เช่น การเลือกองค์กรทางนิติบัญญัติของสหพันธรัฐหรือมลรัฐ เป็นต้น การเลือกตั้งของทางศาสนา เช่น เจ้าหน้าที่ของโบสถ์ไม่อยู่ภายใต้บังคับของประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 45 เพราะตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 45 เป็นเฉพาะกรณีของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องในทางโลกเท่านั้น³⁶

2. การสูญเสียสิทธิที่จะเข้ารับราชการ รวมถึงสิทธิที่จะได้รับเลือกตั้งอาจจะเป็นไปโดยอัตโนมัติหรือโดยคำพิพากษาของศาล

a) การสูญเสียสิทธิที่จะเข้ารับราชการและรวมทั้งสิทธิที่จะได้รับเลือกตั้งเป็นไปโดยอัตโนมัติอันเป็นผลมาจากการต้องคำพิพากษาให้ลงโทษจำคุกไม่น้อยกว่าหนึ่งในปีในความผิดอาญาร้ายแรง (ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 45 (1)) ในกรณีนี้การสูญเสียสิทธิที่จะเข้ารับราชการและสิทธิที่จะได้รับเลือกตั้งมีระยะเวลา 5 ปี³⁷

b) ศาลสามารถที่จะเพิกถอนสิทธิที่จะเข้ารับราชการและสิทธิที่จะได้รับเลือกตั้งเป็นระยะเวลา 2-5 ปี หากกฎหมายได้บัญญัติกรณีเช่นนี้ไว้เป็นพิเศษ (ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 45 (2)) การสูญเสียสิทธิที่จะลงคะแนนเสียงเลือกตั้งมิได้เฉพาะกรณีจากคำพิพากษาของศาลเท่านั้น หากกฎหมายได้บัญญัติกรณีเช่นนี้ไว้เป็นพิเศษ (ประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 45 (5))

ทั้งสามมาตรการดังกล่าวข้างต้นบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 92 a, 101, 102 (2), 109 i การสูญเสียสิทธิที่จะเข้ารับราชการและสิทธิที่จะได้รับเลือกตั้งบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 129 a (6), 264 (5) ประโยคที่หนึ่ง การสูญเสียสิทธิที่จะได้รับเลือกตั้งและสิทธิที่จะลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง

³⁶ Ibid, p.713.

³⁷ Ibid, p.713.

บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 108 c การสูญเสียสิทธิที่จะเข้ารับราชการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 358 บทบัญญัติทั้งหลายที่กล่าวมาข้างต้นนี้มีไว้เพื่อเป็นการคุ้มครองรัฐ สถาบันต่าง ๆ ของรัฐและภารกิจต่าง ๆ ของรัฐ ผลที่เกิดขึ้นแก่สถานะของบุคคลที่ถูกกำหนดจากคำพิพากษาของศาลถูกพิจารณาในฐานะที่เป็นโทษอาญาข้างเคียง (als Nebenstrafe) เมื่อเป็นโทษอาญาข้างเคียงจึงต้องนำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 46 ว่าด้วยกฎเกณฑ์ในการใช้ดุลพินิจกำหนดโทษมาปรับใช้ แต่อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการสูญเสียสถานะของบุคคล ฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งแล้วว่าเป็นผลข้างเคียงอื่น ๆ และไม่ใช่โทษอาญาข้างเคียง ด้วยเหตุนี้ ในกรณีดังกล่าวผู้พิพากษาจึงควรที่จะต้องมีการรอบอื่น ๆ ที่จะใช้ในการพิจารณาที่สำคัญในลำดับแรกก็คือ ประเด็นในเรื่องของการป้องกันทั่วไปและการป้องกันพิเศษ โดยเฉพาะอย่างยิ่งความจำเป็นในการที่จะต้องกันผู้กระทำความผิดไม่ให้เข้ามาเกี่ยวข้องกับหน้าที่ความรับผิดชอบของรัฐ และการที่จะทำให้บุคคลในสังคมมีความเคารพต่อกฎหมายโดยที่ในกรณีนี้ผู้พิพากษาไม่จำเป็นต้องยึดหลักความน่าตำหนิ (das Schuldprinzip) โดยเคร่งครัดนัก³⁸

Nelles เห็นว่าผลข้างเคียงอื่น ๆ ไม่ใช่ทั้งโทษอาญาและวิธีการเพื่อความปลอดภัย ดังนั้น ในการตีความผลข้างเคียงอื่น ๆ ศาลจึงต้องพิจารณาเป็นกรณี ๆ ไป กล่าวคือ ในกรณีของการสูญเสียสิทธิในการเข้ารับราชการต้องพิจารณาจากกฎหมายของข้าราชการ (Beamtenrecht) สิ่งที่ต้องพิจารณาเป็นลำดับแรกก็คือ เงื่อนไขในทางเนื้อหาของการแต่งตั้งข้าราชการ เพราะตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 45 เป็นเรื่องของความสามารถที่จะเป็นข้าราชการ นอกจากนี้ ก็เป็นสิ่งที่จำเป็นที่จะต้องมาพิจารณาถึงเงื่อนไขของกรายุติการทำหน้าที่เป็นข้าราชการด้วย อีกนัยหนึ่งก็คือเงื่อนไขในการแต่งตั้งและปลดข้าราชการ ในกรณีของการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งศาลต้องพิจารณาจากกฎหมายเลือกตั้ง (die Wahlgesetze) ซึ่งตามกฎหมายเลือกตั้งของสหพันธ์รัฐได้กำหนดไว้ว่า บุคคลที่ไม่มีสิทธิเลือกตั้งคือบุคคลที่ไม่มีสิทธิที่จะเลือกตั้งหรือไม่อาจที่จะเข้ารับราชการได้ อันเป็นผลมาจากคำพิพากษาของศาล ตามกฎหมายเลือกตั้งจึงกำหนดการไม่มีสิทธิเลือกตั้งไว้เฉพาะกรณีของการต้องคำพิพากษาของศาลโดยไม่ได้กำหนดเงื่อนไขใด ๆ ในทางเนื้อหาของการขาดสิทธิเลือกตั้งไว้เลย ดังนั้นศาลจึงต้องพิจารณาถึงทางเลือกที่เพิ่มเติมขึ้นมา กล่าวคือ

³⁸ Ibid, p. 713-714.

พิจารณาตามบัญญัติของกฎหมายข้าราชการโดยไม่ต้องคำนึงว่าผู้กระทำผิดจะเป็นข้าราชการหรือไม่ ในกรณีของการเพิกถอนสิทธิลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง ศาลต้องพิจารณาจากกฎหมายเลือกตั้ง ซึ่งตามกฎหมายเลือกตั้งจะถือว่าเป็นการตัดสิทธิลงคะแนนเสียงเลือกตั้งเมื่อบุคคลดังกล่าวขาดสิทธิในการเลือกตั้งอันเป็นผลมาจากคำพิพากษาของศาล³⁹

ตามกฎหมายเยอรมันจึงกล่าวได้ว่า การตัดสิทธิทางการเมืองไม่ว่าจะเป็นกรณีของการตัดสิทธิลงสมัครรับเลือกตั้งหรือสิทธิลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง ถือเป็นผลข้างเคียงในทางอาญาซึ่งมีฐานะในทำนองเดียวกับโทษอาญา โดยมีเหตุผลสนับสนุนในข้อนี้อย่างน้อยสองประการด้วยกัน กล่าวคือ ในประการแรก หากพิจารณาจากร่างประมวลกฎหมายอาญา ฉบับปี ค.ศ. 1962 จะเห็นได้ว่า กำหนดให้การตัดสิทธิทางการเมืองเป็นโทษอาญาข้างเคียง ซึ่งผลในทางกฎหมายของโทษอาญาข้างเคียงก็คือ จะลงโทษผู้กระทำความผิดด้วยมาตรการของโทษอาญาข้างเคียงได้ก็ต่อเมื่อได้มีการลงโทษอาญาหลักก่อน กล่าวคือ โทษจำคุกหรือโทษปรับ เช่น การพักใช้ใบอนุญาตขับขี่ ยานพาหนะ จะสามารถใช้มาตรการพักใช้ใบอนุญาตขับขี่ยานพาหนะได้ก็ต่อเมื่อได้มีการลงโทษจำคุกหรือปรับก่อน จึงเท่ากับว่า โทษอาญาข้างเคียงเป็นสิ่งที่ขึ้นอยู่กับโทษอาญาหลัก จึงกล่าวได้ว่า ลักษณะในทางธรรมชาติของโทษอาญาข้างเคียงเป็นไปในทำนองเดียวกับโทษอาญา เหตุผลประการที่สอง ผลข้างเคียงในทางอาญา ไม่อาจนำมาใช้กับการกระทำที่เกิดขึ้นก่อนที่จะมีการบัญญัติมาตรการของผลข้างเคียงในทางอาญาได้ ดังที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 2 (1) ซึ่งเป็นหลักการในทำนองเดียวกันกับโทษอาญา ในลำดับถัดไปจะได้อธิบายในส่วนของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญว่า ในความเห็นของผู้เขียนหมายเหตุแล้ว การตัดสิทธิทางการเมืองสามารถที่จะย้อนหลังได้หรือไม่ และด้วยเหตุผลใด

5. การวิเคราะห์

จากที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมายแม้ว่าระบบกฎหมายเยอรมัน ระบบกฎหมายอังกฤษและระบบกฎหมายอเมริกันจะมีความแตกต่างกันอยู่บ้าง แต่สิ่งที่เห็นตรงกันก็คือ ทั้งสองระบบกฎหมายดังกล่าวต่างยอมรับหลักกฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง ประเด็นตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่หมายเหตุนี้ซึ่งวินิจฉัยให้การตัดสิทธิทางการเมืองสามารถที่จะ

³⁹ Nelles (เชิงอรรถ 31), p.22-23.

ย้อนหลังได้ จึงต้องถือว่าเป็นการยอมรับการย้อนหลังของการตัดสิทธิทางการเมืองอย่างไม่มีข้อสงสัย เพราะข้อห้ามของการตัดสิทธิทางการเมืองเกิดขึ้นภายหลังจากการกระทำที่จำเลยกระทำและพนักงานอัยการโจทก์อ้างเป็นฐานความผิดในการฟ้องร้องจำเลย ปัญหาจึงมีอยู่เพียงว่า อะไรคือเหตุผลที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าเป็นความชอบธรรมที่ทำให้การตัดสิทธิทางการเมืองสามารถที่จะย้อนหลังได้ ซึ่งอาจสรุปได้เป็น 2 ประการด้วยกัน กล่าวคือ ในประการแรก ศาลรัฐธรรมนูญให้เหตุผลว่าการเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งไม่ใช่โทษทางอาญา แต่เป็นเพียงมาตรการทางกฎหมายที่เกิดจากผลของกฎหมายที่ให้อำนาจในการยุบพรรคการเมืองที่กระทำการต้องห้ามตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 เพื่อมิให้กรรมการบริหารพรรคการเมืองที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บ้านเมืองและการปกครองในระบอบประชาธิปไตยมีโอกาที่จะกระทำการอันเป็นการก่อให้เกิดความเสียหายซ้ำอีกในช่วงระยะเวลาหนึ่ง เหตุผลในส่วนนี้ ค่อนข้างชัดเจนว่า ศาลรัฐธรรมนูญมีความเห็นว่า การตัดสิทธิทางการเมืองไม่ใช่โทษอาญา หากเราพิจารณาจากประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 ก็คงจะเห็นไปในทำนองเดียวกันกับความเห็นของศาลรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม แม้ว่าประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 จะถือได้ว่าเป็นโทษอาญาอย่างไม่ต้องสงสัย แต่มาตรการบังคับอื่น ๆ ที่ไม่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 ก็ไม่ได้หมายความว่าจะไม่ใช่เป็นโทษอาญาอย่างน้อยก็ในทางทฤษฎี ประมวลกฎหมายอาญาฉบับปัจจุบัน ได้มีการประกาศใช้มาเป็นเวลา 60 ปีมาแล้ว เวลาที่ผ่านมาไม่ได้มีการแก้ไขประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 18 แต่อย่างใด แม้ว่าจะมีมาตรการบังคับอื่น ๆ ออกมาหลายกรณี เช่น การพักใช้หรือเพิกถอนใบอนุญาตขับขี่ยานพาหนะตามพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 การตัดสิทธิในทางการเมืองไม่ว่าจะเป็นกรณีของการตัดสิทธิในการเลือกตั้งหรือสิทธิรับสมัครเลือกตั้ง เป็นต้น หากพิจารณาแนวคิดในเรื่องดังกล่าวตามกฎหมายอาญาเยอรมันก็จะเห็นได้ว่า ตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันบัญญัติให้การตัดสิทธิในทางการเมืองเป็นผลข้างเคียงอื่น ๆ ในทางอาญา ซึ่งต่างจากร่างประมวลกฎหมายอาญา ฉบับปี ค.ศ. 1962 ที่บัญญัติให้การตัดสิทธิทางการเมืองเป็นโทษอาญาข้างเคียง แต่ไม่ว่าจะเป็นกรณีของโทษอาญาข้างเคียงหรือผลข้างเคียงในทางอาญาก็ตาม ตามประมวลกฎหมายอาญาเยอรมันถือว่า การตัดสิทธิทางการเมืองอยู่ในส่วนของกฎหมายอาญา ดังจะเห็นได้จากประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 2 (1)

ซึ่งบัญญัติว่า ไม่เฉพาะแต่โทษอาญาแต่รวมถึงผลข้างเคียงในทางอาญาด้วยที่ต้องอยู่ภายใต้บังคับของหลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย ในส่วนที่ว่า ต้องใช้กฎหมายในขณะที่กระทำความผิดดังนั้น หากใช้แนวคิดตามกฎหมายอาญาเยอรมันมาปรับใช้กับการตัดสิทธิทางการเมืองตามกฎหมายไทย ย่อมต้องถือว่าการตัดสิทธิทางการเมืองเป็นกรณีที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายอาญา และทำให้ต้องอยู่ภายใต้หลักไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย อันส่งผลให้การตัดสิทธิทางการเมืองไม่อาจใช้ย้อนหลังได้ ซึ่งแตกต่างจากกรณีของวิธีการเพื่อความปลอดภัยที่บัญญัติหลักการไว้แตกต่างกัน กล่าวคือ ใช้กฎหมายในขณะที่ศาลมีคำพิพากษา ไม่ใช่ในขณะที่กระทำความผิด

ถ้าจะกล่าวว่า ศาลรัฐธรรมนูญยืนยันว่า การตัดสิทธิทางการเมืองไม่ใช่โทษอาญา แต่ในขณะเดียว ศาลรัฐธรรมนูญกลับไม่ได้ยืนยันว่า การตัดสิทธิทางการเมืองเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยหรือไม่ แม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญจะให้เหตุผลไปตามแนวคิดของวิธีการเพื่อความปลอดภัยก็ตาม กล่าวคือ อธิบายไปในทางของการป้องกันอันตรายไม่ให้เกิดความเสียหายซ้ำแก่สังคม ซึ่งเป็นการให้เหตุผลในทำนองเดียวกันกับศาสตราจารย์ ดร.ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ ที่เคยให้ความเห็นไว้ก่อนที่ศาลรัฐธรรมนูญจะได้วินิจฉัยคดีดังกล่าวในหนังสือพิมพ์รายวันมติชนว่า การตัดสิทธิทางการเมือง ไม่ใช่โทษทางอาญา แต่เป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัย ในส่วนของการห้ามประกอบอาชีพ ดังนั้น จึงสามารถใช้ย้อนหลังในขณะที่ศาลมีคำพิพากษาได้⁴⁰ ในประเด็นนี้ ผู้เขียนหมายเหตุมีความเห็นว่ ข้อแตกต่างที่สำคัญระหว่างโทษอาญาและวิธีการเพื่อความปลอดภัยคือ โทษอาญาเป็นการพิจารณาในส่วนของกรณีที่รัฐสามารถที่จะดำเนินตัวผู้กระทำได้ว่า ได้กระทำในสิ่งที่รัฐห้ามแม้ว่าตนเองสามารถที่จะหลีกเลี่ยงไม่กระทำการดังกล่าวได้ ในขณะที่วิธีการเพื่อความปลอดภัย ไม่ได้พิจารณาในส่วนของความสามารถดำเนินตัวผู้กระทำผิดอย่างในกรณีของโทษอาญา แต่พิจารณาที่ความเป็นอันตรายของตัวผู้กระทำความผิดที่มีต่อสังคม ดังนั้น หากการตัดสิทธิทางการเมืองเป็นกรณีของวิธีการเพื่อความปลอดภัย ต้องสามารถอธิบายได้ว่า นักการเมืองที่ถูกตัดสิทธิทางการเมืองมีความเป็นอันตรายต่อสังคมอย่างไร และที่สำคัญ ความเป็นอันตรายในกรณีนี้หมายถึง พิจารณาความเป็นอันตรายของตัวผู้กระทำความผิดแต่ละคน ไม่ใช่พิจารณาจากอันตรายที่เกิดจาก

⁴⁰ ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ์, ความคิดเห็นของ อ.ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ์ ต่อคำวินิจฉัยคดียุบพรรค [https://www.blogging.com > viewblog](https://www.blogging.com/viewblog), น.7.

การกระทำของผู้กระทำ หรือพิจารณาจากอาชีพของผู้กระทำความผิด ตัวอย่างที่อาจพอเปรียบเทียบได้ เช่น กรณีของผู้กระทำความผิดอาญาบางประเภทที่มีความเป็นอันตรายต่อสังคม เช่น ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับเพศที่กระทำต่อเด็ก เป็นต้น เมื่อได้รับโทษจำคุกครบตามกำหนดตามคำพิพากษาแล้ว ศาลอาจสั่งให้ใช้วิธีการกักกันเพื่อเป็นการคุ้มครองสังคมจากบุคคลดังกล่าวได้ หรือครูที่ละเมิดทางเพศกับเด็กนักเรียน ต้องถูกห้ามมิให้ประกอบอาชีพในฐานะครู ในทางตรงกันข้าม การที่นักการเมือง หากแม้ว่าจะทำการทุจริตคอร์รัปชัน รัฐก็ต้องลงโทษนักการเมืองคนดังกล่าวด้วยมาตรการของโทษทางอาญา เช่น โทษจำคุก เพราะแม้การทุจริตคอร์รัปชันจะเป็นอันตรายต่อสังคม แต่ความเป็นอันตรายดังกล่าวไม่ได้มาจากตัวของผู้กระทำความผิด แต่มาจากการกระทำความผิดของผู้กระทำ ดังนั้น การที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัย ในส่วนของการตัดสิทธิทางการเมืองของนักการเมืองตามคำวินิจฉัยฉบับนี้ จึงมีข้อน่าคิดว่า นักการเมืองที่ถูกตัดสิทธิทางการเมืองทุกคนเป็นบุคคลที่มีความเป็นอันตรายต่อสังคมจริงหรือไม่

ส่วนเหตุผลอีกประการหนึ่งที่ศาลรัฐธรรมนูญได้ให้ไว้ กล่าวคือ แม้สิทธิเลือกตั้ง เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนในสังคมที่มีการปกครองในระบอบประชาธิปไตย แต่การมีกฎหมายกำหนดว่า บุคคลใดสมควรมีสิทธิเลือกตั้ง เพื่อให้เหมาะสมแก่สภาพแห่งสังคม หรือเพื่อให้การปกครองระบอบประชาธิปไตยในสังคมนั้นดำรงอยู่อย่างมีได้ การให้เหตุผลในลักษณะดังกล่าวแม้จะเป็นการยอมรับความสำคัญของการเมือง แต่ศาลรัฐธรรมนูญก็เห็นว่า สิทธิดังกล่าวสามารถที่จะถูกจำกัดได้ ในประเด็นนี้ หากพิจารณาจากความเห็นของนักกฎหมายอเมริกันที่เห็นว่า สิทธิทางการเมือง ถือเป็นสิทธิที่มีความสำคัญสำหรับสังคมประชาธิปไตยแล้ว⁴¹ ย่อมเห็นได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้ ให้น้ำหนักความสำคัญของสิทธิในทางการเมืองไม่มากนัก เมื่อเทียบกับความเห็นของนักกฎหมายอเมริกัน

ส่วนความเห็นที่โต้แย้งคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้มีทั้งกรณีที่ไม่เห็นด้วยทั้งหมด และความเห็นที่ไม่เห็นด้วยแต่เพียงบางส่วน โดยความเห็นที่ไม่เห็นด้วยในบางส่วน เช่น ความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร ที่เห็นว่า การตัดสิทธิทางการเมืองในคดีนี้เป็นกรณีตามกฎหมายมหาชน ที่สามารถใช้อย้อนหลังได้

⁴¹ Levine, Eli L., (2009), 'Does the Social Contract Justify Felony Disenfranchisement?' 1 Washington University Jurisprudence Review, p.193.

เนื่องจากประโยชน์สาธารณะ แต่เห็นว่า เฉพาะกรณีของสิทธิรับสมัครเลือกตั้งเท่านั้นที่สามารถใช้ย้อนหลังได้ แต่สิทธิในการลงคะแนนเสียงเลือกตั้ง ไม่สามารถใช้ย้อนหลังได้เนื่องจากขัดต่อหลักความได้สัดส่วน⁴² ในกรณีนี้ ผู้เขียนหมายเหตุเห็นว่า แม้ว่ามาตรการในการตัดสิทธิทางการเมืองไม่ได้บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาอย่างที่กล่าวไว้ข้างต้น แต่ก็ต้องถือว่าเป็นมาตรการอื่น ๆ ในทางอาญา ที่มีลักษณะในทำนองเดียวกันกับโทษอาญา เพราะว่าเป็นสิ่งที่ก่อให้เกิดผลร้ายแก่ผู้ที่ถูกมาตรการดังกล่าวบังคับ นอกจากนี้ กฎหมายของต่างประเทศ ไม่ว่าจะเป็นของประเทศเยอรมนีอย่าง ที่กล่าวไว้ข้างต้น หรือประเทศสหรัฐอเมริกา ก็ต่างเห็นว่า การตัดสิทธิทางการเมือง มีลักษณะของโทษอาญาทั้งสิ้นโดยในส่วนของกฎหมายอเมริกัน การถูกตัดสิทธิทางการเมืองส่วนใหญ่จะถูกผูกติดกับการกระทำความผิดอาญาฐาน felony⁴³ ดังนั้น ผู้เขียนหมายเหตุจึงเห็นว่า การตัดสิทธิทางการเมือง ไม่ว่าจะเป็นกรณีของการตัดสิทธิรับสมัครเลือกตั้งหรือตัดสิทธิการลงคะแนน ย่อมไม่สามารถใช้ย้อนหลังได้ ซึ่งเป็นไป ในทำนองเดียวกันกับความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์และคณะฯ ที่เห็นว่า การนำประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 27 ลงวันที่ 30 กันยายน พุทธศักราช 2549 มาบังคับใช้เพิกถอน สิทธิเลือกตั้งเป็นการขัดต่อหลักนิติรัฐ เนื่องจากการนำกฎหมายมาใช้ย้อนหลัง ให้เป็นผลร้าย นอกจากนี้ หลักการห้ามนำกฎหมายย้อนหลังมาใช้ให้เป็นผลร้ายนี้ ไม่ได้จำกัดเฉพาะกรณีของความผิดและโทษทางอาญาเท่านั้น แต่รวมถึงกรณีอื่น ๆ เช่น การเพิกถอนสิทธิเลือกตั้งด้วย⁴⁴ ข้อแตกต่างระหว่างความเห็นของผู้เขียนหมายเหตุและความเห็นของศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ และคณะฯ ต่างกัน แต่เพียงว่า เป็นการมองจากมุมของกฎหมายอาญา หรือกฎหมายมหาชนเท่านั้น

6. ข้อเสนอ

จากที่กล่าวมาทั้งหมด คงได้ข้อสรุปว่า การตัดสิทธิทางการเมือง มีลักษณะของความเป็นโทษทางอาญา ดังนั้น จึงต้องอยู่ภายใต้บังคับของหลักไม่มีความผิดไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย ที่ต้องห้ามมิให้มีผลบังคับใช้ย้อนหลังในทางที่เป็นผลร้าย

⁴² คณิต ผนคร, ‘ปัญหากฎหมายย้อนหลังในคดียุบพรรค (ตอนจบ)’(2550) มติชน สุดสัปดาห์ ฉบับประจำวัน ที่ 6-12 กรกฎาคม 2550 ปีที่ 27 ฉบับที่ 1403, น. 34-35.

⁴³ Eli L. Levine (เชิงอรรถ 39), p.200.

⁴⁴ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์ และคณะ, บทวิเคราะห์คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญกรณีการยุบพรรคการเมือง, ประชาไท, เรียกดูเมื่อ 7 มิถุนายน พ.ศ. 2550.

แก้จำเลย คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้ ผู้เขียนหมายเหตุจึงไม่เห็นพ้องด้วย และเพื่อให้เกิดความชัดเจนและสอดคล้องกับหลักกฎหมายที่กล่าวมาข้างต้น จึงเป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติที่ควรจะบัญญัติผลในทางกฎหมายของการตัดสิทธิทางการเมืองให้เกิดความชัดเจนแน่นอนว่าต้องการให้มีลักษณะของโทษอาญาหรือไม่อย่างไรต่อไป

ดัชนีค้นคำ

ไม่มีความผิด ไม่มีโทษ โดยไม่มีกฎหมาย	126, 135, 137, 138, 139, 140, 142, 151, 153, 155
ห้ามเทียบเคียงกฎหมายอาญา	130, 133, 136
กฎหมายจารีตประเพณี	129, 130, 138
ความชัดเจนแน่นอนของกฎหมายอาญา	129, 132, 133, 134
กฎหมายอาญาไม่มีผลย้อนหลัง	132, 133, 134, 138, 151
หลักความชอบด้วยกฎหมาย	126, 127, 128, 129, 131, 132, 135, 136, 137, 140, 141
วิธีการเพื่อความปลอดภัย	126, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 150, 153
โทษอุปกรณ์	125
โทษอาญาข้างเคียง	147, 148, 150, 151
ผลข้างเคียงในทางอาญา	151, 152
ตัดสิทธิทางการเมือง	125, 147, 151, 152, 153, 154, 155, 156
นิติรัฐ	126, 127, 141, 146, 155
นิติธรรม	125
เพิกถอนสิทธิเลือกตั้ง	124, 125, 126, 152, 155
ความคิดในทางเสรีนิยม	138, 139
หลักประชาธิปไตย	138, 139
หลักการแบ่งแยกอำนาจ	136, 139, 141
ทฤษฎีการลงโทษที่เป็นการป้องกันทั่วไป	138
หลักความน่าตำหนิ	127, 140, 144, 145, 146, 147, 148, 150

บรรณานุกรม

หนังสือภาษาไทย

คณิต ฒ นคร. (2550). ปัญหากฎหมายย้อนหลังในคดีอุบพรรค (ตอนจบ). มติชน สุดสัปดาห์ ฉบับประจำวัน 6-12 กรกฎาคม 2550 ปีที่ 27 ฉบับที่ 1403, น.34-35.

ทวิเกียรติ มินะกนิษฐ, ประมวลกฎหมายอาญา ฉบับอ้างอิง, พิมพ์ครั้งที่ 46, 2565. กรุงเทพมหานคร : บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด

วรเจตน์ ภาคีรัตน์ และคณะ, บทวิเคราะห์คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญกรณีการยุบพรรคการเมือง, ประชาไท, เรียกดูเมื่อ 7 มิถุนายน พ.ศ. 2550

ความคิดเห็นของ อ.ทวิเกียรติ มินะกนิษฐ ต่อคำวินิจฉัยคดีอุบพรรค <https://www.bloggang.com/viewblog>

หนังสือภาษาต่างประเทศ

Ashworth, Andrew. (1991). Principles of Criminal Law. New York : Oxford University Pres.

Fletcher, George P. (1998). Basic Concepts of Criminal Law. New York : Oxford University Press.

Frister, Helmut. (2008). Strafrecht : Allgemeiner Teil. 3. Auflage. Muenchen : C.H. Verlag.

Gradinaru, Daniel. (2018). The Principle of Legality. Research Association for Interdisciplinary Studies. Conference Proceedings, November 19-20 : 289-294

Hall, Jerome. (1937). Nulla poena sine lege, The Yale Law Journal Vol. 47 December No.2 : 165-193

Hessick, Carissa Byrne. (2019). The Myth of Common Law Crimes. Virginia Law Review. Vol. 105 September 2019 No. 5: 965-1024.

Jescheck, Hans-Heinrich. (1988). Lehrbuch des Strafrechts : Allgemeiner Teil. 4. Auflage. Berlin : Duncker & Humblot.

Joecks, Wolfgang/Jaeger, Christian. (2018). Studienkommentar StGB. 12. Auflage. Muenchem : C.H. Beck Verlag

Kress, Claus. (2010). Nulla poena nullum crimen sine lege. Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, Heidelberg and Oxford University Press.

Kuehl, Kristian/Heger, Martin. (2014). Strafgesetzbuch Kommentar. 28. Auflage. Muenchen : C.H. Beck Verlag

La Fave R., Wayne. (2010). Criminal Law. Fifth Edition. USA : West Publishing Co.

- Levine, Eli L. (2009). Does the Social Contract Justify Felony Disenfranchisement? Washington University Jurisprudence Review Vol 1 Issue 1: 193-224.
- Meier, Bernd-Dieter. (2001). Strafrechtliche Sanktionen. Heidelberg : Springer Verlag
- Nelles, Ulrich. Statusfolgen als “Nebenfolgen” einer Straftat (Paragraph 45 StGB), JZ 1991, 17-24)
- Roxin, Claus. (2006). Strafrecht : Allgemeiner Teil. Band I Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre. 4. Auflage. Muenchen : C.H. Beck Verlag.
- Schmitz, Roland. (2003). Muenchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band I paragraph 1-51. Muenchen : C.H.Beck Verlag.

สิทธิที่จะไม่ให้การอันเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง

ดร.สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์
ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์

1. ข้อเท็จจริงโดยย่อและเหตุผลในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2562 มีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยว่า ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 25 เรื่อง การดำเนินการเกี่ยวกับการยุติธรรมทางอาญา ลงวันที่ 29 กันยายน พุทธศักราช 2549 เฉพาะในส่วนที่กำหนดให้เป็นความผิดและโทษอาญา¹ ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 มาตรา 26 มาตรา 28 วรรคหนึ่ง และมาตรา 29 วรรคสี่ หรือไม่

ในส่วนของข้อเท็จจริงที่เข้าสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญได้ความว่า ศาลแขวงปทุมวันได้ส่งข้อโต้แย้งของจำเลยที่ถูกฟ้องในข้อหาไม่ปฏิบัติตามประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 25 ที่บัญญัติว่า “ผู้ซึ่งถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญามีหน้าที่ต้องพิมพ์ลายนิ้วมือ ลายมือหรือลายเท้า ตามคำสั่งของพนักงานอัยการ ผู้ว่าคดี หรือพนักงานสอบสวน ผู้ใดฝ่าฝืนมีความผิดฐานกระทำความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” โดยจำเลยให้เหตุผลโต้แย้งไว้ทั้งหมด 4 ข้อด้วยกัน กล่าวคือ

1. ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 25 ชัดต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 3

2. ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 25 มีเนื้อหาที่ขัดต่อหลักนิติธรรม ที่ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 26

3. ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 25 ขัดต่อหลักความได้สัดส่วนตามมาตรา 28 วรรคหนึ่ง

¹ ต่อไปจะใช้ถ้อยคำว่า “ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 25” เพื่อความสะดวกในการอ้างอิง

4. ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 25 ที่บังคับให้บุคคลต้องพิมพ์ลายมือของตน โดยปราศจากความยินยอม เป็นการขัดต่อหลักในเรื่องสิทธิที่จะไม่ให้การอันเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง ตามที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคสี่ บัญญัติรับรองไว้ เนื่องจากการที่ต้องถูกบังคับให้พิมพ์ลายมือและต้องมอบลายพิมพ์นิ้วมือนี้มีผลดังกล่าวให้แก่พนักงานสอบสวน ถือว่าเป็นการให้การของผู้ถูกกล่าวหา

ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 25 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 3 วรรคสอง มาตรา 26 วรรคหนึ่ง และมาตรา 28 วรรคหนึ่ง โดยให้เหตุผลหลักไว้ 2 ข้อด้วยกัน กล่าวคือ ในประการแรก ประกาศฉบับดังกล่าวขัดต่อหลักความเป็นภยันตราย (Harm Principle) เนื่องจากการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนต่อข้อห้ามของประกาศฉบับดังกล่าวนั้น ไม่ได้เป็นการกระทำที่มีความร้ายแรงหรือกระทบกระเทือนต่อความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองถึงขนาดที่ต้องบัญญัติให้เป็นความผิดอาญา ในประการที่สอง คือ ประกาศฉบับดังกล่าวขัดต่อหลักความได้สัดส่วน เนื่องจากมีมาตรการอื่นของรัฐที่สามารถจัดการกับปัญหาดังกล่าวได้ดีในทำนองเดียวกับการกำหนดข้อห้ามตามประกาศฉบับดังกล่าว เช่น มาตรา 368 วรรคหนึ่ง ประมวลกฎหมายอาญา และมาตรา 131/1 ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา อย่างไรก็ตาม เมื่อศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 25 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 3 วรรคสอง มาตรา 26 วรรคหนึ่ง และมาตรา 28 วรรคหนึ่ง จึงไม่ได้วินิจฉัยในประเด็นตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคสี่แต่อย่างใด

ในประเด็นว่า การที่ต้องถูกบังคับให้พิมพ์ลายมือและต้องมอบลายพิมพ์นิ้วมือนี้มีผลดังกล่าวให้แก่พนักงานสอบสวน ถือว่าเป็นการให้การของผู้ถูกกล่าวหาตามที่จำเลยต่อสู้มาหรือไม่นั้น ตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา ยังไม่มีประเด็นดังกล่าวเข้าสู่การวินิจฉัย แต่ตามคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1368/2500 ศาลฎีกาวินิจฉัยไว้ว่า ผู้ต้องหาไม่ยอมเขียนชื่อในกระดาษตามคำสั่งพนักงานสอบสวนเพื่อตรวจสอบลายมือ ยังไม่มีความผิดฐานขัดคำสั่งเจ้าพนักงาน จากเหตุผลดังกล่าวจึงอาจกล่าวได้ว่า แนวคำพิพากษาศาลฎีกาฉบับดังกล่าว เหมือนศาลฎีกาวางแนวไว้ว่า พนักงานสอบสวนไม่มีอำนาจในการบังคับให้ผู้ต้องหาต้องเขียนชื่อในกระดาษเพื่อตรวจสอบลายมือ นอกจากนี้

ยังมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6969/2544 ซึ่งวางหลักในทำนองเดียวกัน แม้ศาลฎีกาในคดีดังกล่าวจะกล่าวว่าคุณงานสอบสวนมีอำนาจหน้าที่รวบรวมพยานหลักฐานในคดี แต่ในคดีดังกล่าว เนื่องจากผู้เสียหายสมัครใจที่จะลงลายมือชื่อเพื่อพิสูจน์ว่าลายมือชื่อในใบถอนเงินไม่ใช่ลายมือชื่อของตนเอง และเป็นเอกสารปลอม จึงไม่มีประเด็นในเรื่องของการบังคับให้ลงลายมือชื่อแต่อย่างใด

หมายเหตุ

เนื้อหาของงานเขียนชิ้นนี้จะแบ่งออกเป็น 3 ตอนด้วยกัน กล่าวคือ ในตอนแรกจะเป็นการกล่าวถึงหลักกฎหมายในเรื่องของสิทธิที่จะไม่ให้การอันเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง ซึ่งในส่วนนี้จะแบ่งประเด็นหลัก ๆ เป็น 2 ประเด็นด้วยกัน กล่าวคือ ในประเด็นแรก จะกล่าวถึงพัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ของหลักสิทธิที่จะนิ่งหรือหลักไม่ให้การปริกปรัตนเอง² ว่ามีพัฒนาการเกิดขึ้นมาได้อย่างไร เพื่อเข้าสู่ประเด็นที่สองที่ว่า หลักการดังกล่าวมีขอบเขตที่กว้างแคบแค่ไหน เพราะเมื่อเราทราบถึงพัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ของหลักการดังกล่าวแล้ว ย่อมทำให้สามารถที่จะกำหนดขอบเขตของหลักการดังกล่าวได้ อันจะนำไปสู่การตอบคำถามตามโจทย์ว่า ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 25 ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตรา 29 วรรคสี่ หรือไม่ โดยทั้งสองประเด็นนั้นจะใช้กฎหมายของประเทศในกลุ่มซีวิลลอว์ ในส่วนของประเทศเยอรมนีเป็นหลัก ส่วนในกลุ่มของประเทศคอมมอนลอว์จะใช้ประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาเป็นหลัก โดยจะเริ่มจากประเทศในกลุ่มคอมมอนลอว์ก่อน เนื่องจากสิทธิที่จะนิ่งเริ่มแรกมีพัฒนาการมาจากศาลคอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษก่อน ด้วยเหตุนี้ ในส่วนของพัฒนาการของสิทธิที่จะนิ่ง จึงจะใช้เนื้อหาในส่วนของกฎหมายอังกฤษ ส่วนขอบเขตของหลักสิทธิที่จะนิ่งจะใช้กฎหมายอเมริกันเป็นหลัก ภายหลังจากนั้นจะได้กล่าวถึงหลักการของสิทธิที่จะนิ่ง ทั้งในแง่พัฒนาการในทางประวัติศาสตร์ และขอบเขตของแนวคิดดังกล่าวตามกฎหมายเยอรมัน ส่วนในตอนที่สอง ผู้หมายเหตุจะวิเคราะห์ให้เห็นว่า หากใช้หลักกฎหมายที่กล่าวไว้ในตอนที่หนึ่งแล้ว ผลของคดีควรจะเป็นเช่นไร ส่วนในตอนที่สามซึ่งเป็นตอนสุดท้าย จะเป็นข้อสรุปของผลคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้

² ต่อไปจะใช้คำว่า สิทธิที่จะนิ่ง (Right to silence) เพื่อความสะดวกในการอ้างอิง

2. หลักกฎหมายในเรื่องของสิทธิที่จะไม่ให้การอันเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง

2.1 พัฒนาการของสิทธิที่จะนิ่งตามกฎหมายอังกฤษ

สิทธิที่จะนิ่งในประเทศอังกฤษมีพัฒนาการเป็นเวลาร่วมหลายร้อยปี โดยการเกิดขึ้นของสิทธิที่จะนิ่งในประเทศอังกฤษอาจกล่าวได้ว่า เป็นผลผลิตของการขับเคลื่อนระหว่างระบบกล่าวหาโดยศาลคอมมอนลอว์และระบบไต่สวนโดยศาลศาสนา ซึ่งศาลคอมมอนลอว์เป็นผู้ได้รับชัยชนะในการต่อสู้ครั้งนี้ในที่สุด ในประเด็นนี้ Prof. Wigmore ได้แบ่งช่วงเวลาของการพัฒนาแนวคิดดังกล่าวออกเป็นสองช่วงด้วยกัน กล่าวคือ ช่วงแรก ระหว่างปี ค.ศ. 1200 ถึง 1600 ในช่วงเวลาดังกล่าวบุคคลใช้สิทธิที่จะนิ่งในฐานะที่เป็นข้อต่อสู้เมื่อถูกบังคับจากศาลศาสนาให้ตนเองต้องสาบานตามหน้าที่และทำให้ต้องกล่าวหาว่าตนเองกระทำความผิด ส่วนในช่วงที่สอง เริ่มตั้งแต่ต้น ค.ศ. 1600 ในช่วงเวลาดังกล่าว จำเลยยืนยันสิทธิที่จะนิ่งเมื่อถูกตั้งคำถามที่จะทำให้ตนเองต้องรับผิดในทางอาญาในศาลคอมมอนลอว์³

ในช่วงเวลาดังกล่าวตั้งแต่ ค.ศ. 1200 ถึง ค.ศ. 1600 ทั้งศาลคอมมอนลอว์และศาลศาสนาต่างมีเขตอำนาจในการพิจารณาคดีในประเทศอังกฤษโดยมีรูปแบบของกระบวนการพิจารณาคดีที่แตกต่างกัน กล่าวคือ ครอบคลุมถึงช่วงต้นศตวรรษที่ 13 ประเทศอังกฤษมีการใช้ระบบกล่าวหาในศาลคอมมอนลอว์ และใช้ระบบไต่สวนในศาลศาสนาซึ่งได้รับอิทธิพลมาจากศาลในทวีปยุโรป และไม่ว่าจะเป็นศาลคอมมอนลอว์หรือศาลศาสนาต่างใช้กระบวนการพิจารณาคดีที่ใช้คำสาบานและการให้คู่ความต่อสู้กันในลักษณะของการดำเนินไต่สวนเพื่อพิสูจน์ความจริง อย่างไรก็ตาม ในช่วงต้นศตวรรษที่ 13 เริ่มมีการยกเลิกกระบวนการพิจารณาคดีที่ใช้คำสาบาน เนื่องจากมีปัญหาในเรื่องของการทุจริตเกี่ยวกับการสาบาน ในระบบดังกล่าว จำเลยซึ่งมักจะได้รับการสนับสนุนจากบุคคลอื่นจะให้คำสาบานว่าตนเองไม่ได้กระทำความผิด แม้ว่าช่วงแรก ๆ ผู้ที่ให้การสนับสนุนดังกล่าวมักจะเป็นบุคคลที่รู้เห็นเหตุการณ์ด้วยตนเองโดยตรง แต่ต่อมาเงื่อนไขดังกล่าวได้ถูกยกเลิก และถูกแทนที่ด้วยรูปแบบของการให้คำสาบานที่เป็นความลับที่มีความลับซับซ้อน จนถึงในช่วงต้นศตวรรษที่ 13 การพิจารณาคดีที่ใช้การต่อสู้กันของคู่ความแม้จะถูกมองว่าเป็นสิ่งที่เป็นธรรม เพราะผลของการต่อสู้กันของคู่ความถูกมองว่าเป็นคำตัดสินของพระเจ้า แต่ในปี ค.ศ. 1215 ได้มีการยกเลิก

³ Gregory W. O'Reilly, 'England Limits the Right to Silence and Moves towards an Inquisitorial System of Justice' (1994-1995) J. Crim. L. & Criminology 85, p.407.

กระบวนการพิจารณาในลักษณะดังกล่าวและได้นำไปสู่รูปแบบใหม่ของการตัดสินคดี⁴ ในช่วงเวลาดังกล่าวจึงกล่าวได้ว่า การค้นหาความจริงในคดีอาญา ไม่ว่าจะเป็นระบบ กล่าวหาโดยศาลคอมมอนลอว์หรือระบบไต่สวนโดยศาลศาสนายังไม่ได้มีความ แตกต่างกันอย่างชัดเจน

กระบวนการพิจารณาระบบกล่าวหาและระบบไต่สวนได้มีการแบ่งแยกกัน อย่างชัดเจนในช่วงต้นศตวรรษที่ 13 ซึ่งเป็นช่วงเวลาที่ทั้งศาลคอมมอนลอว์และ ศาลศาสนาต่างยังคงมีเขตอำนาจการพิจารณาคดีอยู่ในประเทศอังกฤษ แม้ว่าในขณะ เริ่มต้น ความผิดอาญาส่วนใหญ่จะถูกพิจารณาคดีที่ศาลคอมมอนลอว์ แต่ศาลศาสนา ก็เริ่มที่จะมีเขตอำนาจการพิจารณาคดีเพิ่มขึ้นและไม่ได้จำกัดเฉพาะความผิดที่เกี่ยวกับ ศาสนาเท่านั้น ในส่วนของศาลคอมมอนลอว์ ในช่วงต้นศตวรรษที่ 13 กระบวนการ พิจารณาคดีที่ให้ความต่อสู้กันได้เริ่มที่จะถูกลดลงเรื่อย ๆ และถูกแทนที่ด้วย กระบวนการพิจารณาคดีที่ใช้ระบบลูกขุน ในช่วงต้นของการนำระบบลูกขุนมาใช้ คณะลูกขุนจะเป็นผู้วินิจฉัยว่า มีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะนำบุคคลเข้าสู่กระบวนการ พิจารณาคดีหรือไม่ สิ่งดังกล่าวเป็นไปตามหลักประกันที่ได้รับการรับรองโดย the Magna Carta กล่าวคือ การที่จำเลยจะไม่ถูกนำเข้าสู่กระบวนการ พิจารณาคดีของศาลโดยปราศจากข้อกล่าวหาจากพยานบุคคลที่นำเชื่อถือ จนกระทั่งถึงศตวรรษ ที่ 16 คณะลูกขุนดังกล่าวซึ่งประกอบไปด้วยบุคคลในท้องถิ่นและเป็นผู้ที่รู้เห็น เกี่ยวกับข้อกล่าวหาจะทำหน้าที่ในการรับคำฟ้องโดยการที่จะมีคำสั่งให้รับคำฟ้อง หรือไม่นั้น คณะลูกขุนไม่อาจที่จะมาสอบคำให้การของจำเลย หรือเรียกให้บุคคล ดังกล่าวมาสาบานตน นักกฎหมายบางคน เช่น Prof. Wigmore ให้ความเห็นว่า ในช่วงต้นของการพัฒนาระบบลูกขุนดังกล่าว สิทธิที่จะนิ่งถูกใช้เฉพาะในส่วนของ กระบวนการพิจารณาคดีในชั้นต้นเท่านั้น กล่าวคือ การที่ศาลจะรับคำฟ้องไว้พิจารณาคดี หรือไม่ แต่ไม่ได้ถูกนำมาใช้ในชั้นพิจารณาพิพากษาคดี ภารกิจของคณะลูกขุนในชั้นนี้ จึงมีแต่เพียงว่า เชื่อหรือไม่ว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริง หากเชื่อว่าจำเลยกระทำความ ผิดแล้ว ก็จะมีการรับคำฟ้องอย่างเป็นทางการและจำเลยก็จะเข้าสู่กระบวนการ พิจารณาคดี แต่ลูกขุนไม่ได้เป็นผู้ตัดสินว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดหรือเป็นผู้บริสุทธิ์ เมื่อมีการยกเลิกกระบวนการพิจารณาแบบให้คู่ความต่อสู้กันในศตวรรษที่ 13 แล้ว ก็เป็นอันยุติการพิจารณาพิพากษาคดีแบบดั้งเดิม และผู้พิพากษาที่เริ่มที่จะอดช่องว่าง

⁴ Ibid, p.408.

ที่เกิดขึ้นด้วยการให้คณะลูกขุนซึ่งเป็นผู้ทำหน้าที่ในการรับคำฟ้องมาทำหน้าที่ในส่วนของการพิจารณาพิพากษาคดีด้วย กล่าวคือ เป็นผู้วินิจฉัยในส่วนของข้อเท็จจริงว่าเชื่อหรือไม่ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดด้วย โดยมักจะมีการเพิ่มจำนวนของลูกขุนที่เป็นสมาชิกในชุมชนเพิ่มเข้ามา อย่างไรก็ตาม การให้คณะลูกขุนที่ทำหน้าที่ในการรับคำฟ้องมาทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีด้วย ถูกมองว่าไม่เป็นธรรม ต่อมาจึงได้มีพัฒนาการแบ่งแยกคณะลูกขุนออกเป็นสองคณะ กล่าวคือ ลูกขุนที่ทำหน้าที่ในการรับคำฟ้อง (a presenting jury) และคณะลูกขุนที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดี (a trial jury) และจำเลยได้รับสิทธิในการที่จะต่อสู้คดี ในปี ค.ศ. 1352 จำเลยมีสิทธิที่จะคัดค้านลูกขุนได้ว่าลูกขุนไม่อาจที่จะให้คำวินิจฉัยที่เป็นธรรมได้ในอีกร้อยปีต่อมา คณะลูกขุนก็ได้พัฒนาตัวเองจากการที่เป็นบุคคลที่รู้เห็นเหตุการณ์มาเป็นคณะบุคคลที่มีความเป็นกลางและอิสระที่จะวินิจฉัยคดีโดยพิจารณาจากพยานหลักฐานที่ได้มีการนำสืบกันในศาล มากกว่าการใช้สิ่งที่ตนเองได้รับรู้มาอย่างในอดีต⁵ ในระบบศาลคอมมอนลอว์จึงไม่มีการใช้คำสาบานอย่างที่ศาลศาสนาใช้อยู่ในประเทศอังกฤษในช่วงเวลาเดียวกันอย่างที่สะกล่าวต่อไปแต่อย่างใด⁶ แต่ใช้ระบบลูกขุนในการพิจารณาคดี⁷

ในขณะที่ศาลคอมมอนลอว์ได้พัฒนาการค้นหาความจริงในคดีอาญาด้วยระบบกล่าวหาโดยมีคณะลูกขุนอย่างทีกล่าวมาข้างต้นโดยไม่มีการใช้คำสาบานของผู้ถูกกล่าวหา ในทางตรงกันข้าม ในช่วงเวลาเดียวกัน ในส่วนของศาลศาสนา การค้นหาความจริงในคดีอาญา ไม่ว่าจะเป็นในชั้นของการสืบสวนสอบสวนและการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลกลับใช้วิธีการไต่สวน⁸ กล่าวคือ การใช้คำสาบานที่เป็นวิธีการในการค้นหาความจริงจากคำรับสารภาพที่ได้มาจากผู้ต้องหาและใช้คำรับสารภาพดังกล่าวในฐานะที่เป็นพยานหลักฐานในชั้นต้น โดยคำสาบานดังกล่าว ในตอนเริ่มต้นของกระบวนการพิจารณาคดี ผู้พิพากษาจะเป็นบุคคลที่บอก

⁵ Ibid, p.408-410.

⁶ Moylan, Charles E./Sonsteng, John O., 'The Privilege against Compelled Self-incrimination' (1990), 16 William Mitchell Law Review, p.256.

⁷ Randall, Charles H. Jr, 'Sir Edward Coke and the Privilege Against Self-Incrimination' (1956) 8 S.C.L.R., p.421.

⁸ Walker, Jeffrey K., 'A Comparative Discussion of The Privilege Against Self-Incrimination' (1993) NYLS Journal of International and Comparative Law, 14 (1), p.2-3.

ให้คู่ความสาบานตนว่าจะต้องตอบคำถามทุก ๆ คำถามตามความเป็นจริง เพราะว่าจำเลยในคดีอาญาไม่จำเป็นที่จะต้องรู้อย่างชัดเจนว่า คำถามใดที่ตนเองจะต้องถูกถามในขณะที่ตนเองให้คำสาบานไป จึงเป็นผลให้การให้คำสาบานดังกล่าวของตนเอง กลายมาเป็นพยานหลักฐานยืนยันตนเองในภายหลัง⁹ ในการไต่สวนภายใต้คำสาบานนั้น ผู้ไต่สวนสามารถที่จะให้ผู้ต้องสงสัยตอบไม่เฉพาะแต่การกระทำที่ผู้ไต่สวนยังไม่รู้เท่านั้น แต่รวมถึงสามารที่จะให้เปิดเผยความคิดที่ยังคงเป็นความลับของผู้ต้องสงสัย หรือแม้แต่ความสงสัยใด ๆ ในทางส่วนตัวของผู้ต้องสงสัยที่อาจทำให้เป็นความผิดฐานนอกใจ¹⁰ ตามความเห็นของ Prof. Levy วิธีการค้นหาความจริงซึ่งมีที่มาจาก การสืบสวนสอบสวนของศาลศาสนาที่ใช้วิธีการซักถามบุคคลภายใต้คำสาบานดังกล่าว เมื่อการพิจารณาคดีที่ให้คู่ความต่อสู้คดีถูกยกเลิกไป และถูกแทนที่ด้วยรูปแบบใหม่ของการสืบสวนสอบสวนและการพิจารณาคดีในระบบไต่สวนทั้ง 3 รูปแบบ ก็ยังทำให้มีการนำระบบไต่สวนมาใช้ในศาลศาสนาเร็วยิ่งขึ้น ซึ่งการสืบสวนสอบสวนและพิจารณาคดีทั้ง 3 รูปแบบดังกล่าวมีดังต่อไปนี้ กล่าวคือ รูปแบบแรกเรียกว่า accusation เป็นรูปแบบของการพิจารณาคดีที่เก่าแก่ที่สุด ซึ่งบุคคลจะกล่าวหาบุคคลอื่นโดยสมัครใจ และมีหน้าที่ในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงตามที่ตนเองกล่าวหาและต้องยอมรับความเสี่ยงในการที่จะถูกลงโทษ หากว่าตนเองไม่อาจที่จะพิสูจน์ให้เป็นไปตามที่ตนเองกล่าวหาได้ รูปแบบที่สอง เรียกว่า denunciatio ซึ่งใช้บุคคลที่เป็นเอกชนเป็นผู้กล่าวหาแบบในกรณีแรก แต่ผู้กล่าวหาในกรณีที่สองนี้ ไม่มีภาระการพิสูจน์และไม่มีความเสี่ยงที่จะถูกลงโทษ โดยในกรณีที่สองนี้ บุคคลจะมากล่าวหาจำเลยอย่างลับ ๆ ต่อผู้พิพากษา ซึ่งจะทำหน้าที่ในการฟ้องร้องดำเนินคดีกับจำเลยต่อไป ส่วนรูปแบบที่สามที่เป็นรูปแบบสุดท้าย เรียกว่า inquisition ผู้พิพากษาจะทำหน้าที่เป็นทั้งผู้กล่าวหา ผู้ฟ้องคดีและผู้พิจารณาพิพากษาคดี กระบวนพิจารณาคดีในระบบไต่สวนจึงทำให้ผู้พิพากษามีอำนาจอย่างไร้ขอบเขตจำกัด การนำคดีขึ้นสู่ศาลจึงอาจมีเพียงแค่การมีชื่อเสียงในทางเสื่อมเสียของจำเลย (infamia) นอกจากนี้ การขาดซึ่งพยานหลักฐานไม่ได้เป็นอุปสรรคต่อการพิจารณาคดีในระบบไต่สวนเพราะว่าในการพิจารณาคดีในระบบดังกล่าวขึ้นอยู่กับกระบวนพิจารณาในลำดับถัดไปที่จะแสวงหาพยานหลักฐานจาก

⁹ Helmholtz, Richard H, 'Origins of the Privilege against Self-Incrimination: The Role of the European Ius Commune' (1990) New York University Law Review 65, p.964-965.

¹⁰ Moylan, Charles E./Sonsteng, John O.(เชิงจรด 5), p.254.

คำให้การของจำเลย¹¹ กล่าวคือ กระบวนพิจารณาในระบบไต่สวนเริ่มต้นด้วยการบังคับให้จำเลยสาบานตน (de veritadedicenda)ว่าจะตอบทุกคำถามอย่างสุจริตใจ การให้การสาบานดังกล่าวถูกออกแบบมาเพื่อโน้มน้าวให้จำเลยให้การที่เป็นปฏิบัติของตนเอง เนื่องจากคำให้การรับสารภาพถือว่าเป็นส่วนสำคัญของการพิจารณาคดีในระบบไต่สวน การเปลี่ยนแปลงสิ่งที่จำเลยเคยกล่าวไว้สามารถที่จะถูกแปลความให้เป็นผลร้ายแก่ตัวจำเลยจึงยังมีโอกาสที่จะเกิดได้ง่ายขึ้น เพราะว่าจำเลยไม่รู้ทั้งข้อกล่าวหา ผู้กล่าวหาและพยานหลักฐาน หากว่าเนื้อหาของข้อกล่าวหาของจำเลยในตัวของมันเองแล้ว ไม่อาจที่จะลงโทษจำเลยในทางอาญาได้ ก็ยังอาจที่จะลงโทษจำเลยในข้อหาเบิกความเท็จได้ (perjury) ในระบบไต่สวนจึงอาจกล่าวได้ว่า ผู้ต้องสงสัยไม่อาจที่จะหลีกเลี่ยงการให้การสาบานได้ หากผู้ต้องสงสัยปฏิเสธที่จะให้การสาบานก็จะถูกพิจารณาว่ามีความผิดฐาน pro confesso ซึ่งมีผลเท่ากับว่าบุคคลดังกล่าวได้ให้การรับสารภาพ หรืออาจจะต้องรับโทษจำคุกในความผิดฐานเจตนาไม่เชื่อฟังเจ้าหน้าที่รัฐ (contempt) นอกจากนี้ ในบางกรณี ผู้ต้องสงสัยอาจจะต้องถูกจำคุกตลอดชีวิตหากไม่ยอมให้การใด ๆ¹² การให้คำสาบานที่เรียกว่า de veritadedicenda เริ่มที่จะเป็นที่รู้จักกันในประเทศอังกฤษในชื่อว่า the oath ex officio ซึ่งเป็นระบบที่เกิดขึ้นในปี ค.ศ. 1215 ในยุคของพระสันตะปาปา Innocent III และ the Fourth Lateran Council ซึ่งสภาดังกล่าวเป็นสภาที่ประกอบไปด้วย Bishop เต็มคณะที่มีหน้าที่ในการจัดการกับปัญหาในเรื่องของคนที่กระทำความผิดฐานนอกกริต โดยสภาดังกล่าวเลือกจะใช้วิธีการไต่สวนในการจัดการกับปัญหาดังกล่าว ผู้ทำหน้าที่ไต่สวนจะอยู่ในรูปของคณะกรรมการที่จะตามหาบุคคลที่กระทำความผิดฐานนอกกริตและทำการกำจัดบุคคลดังกล่าว¹³

ด้วยเหตุนี้ในระบบไต่สวนนั้น ผู้พิพากษาทำหน้าที่เป็นทั้งผู้กล่าวหา ผู้ฟ้องคดีและผู้ตัดสินคดีในส่วนของประเทศอังกฤษ ได้มีการคัดค้านต่อระบบการพิจารณาคดีที่ใช้ระบบไต่สวนที่จำเลยจะต้องให้คำสาบานนี้มาตั้งแต่ปี ค.ศ. 1246 ในศตวรรษถัดมา รัฐสภาได้มีการออกกฎหมายห้ามกระบวนพิจารณาคดีในลักษณะดังกล่าว แต่แม้ว่าจะมีกฎหมายจากรัฐสภาห้ามการดำเนินกระบวนพิจารณาดังกล่าวก็ตาม

¹¹ Gregory W. O'Reilly (เชิงอรรถ 2), p.411-412.

¹² Ibid, p.411.

¹³ Moylan, Charles E./Sonsteng, John O., (เชิงอรรถ 5), p.253-254.

แต่ฝ่ายศาสนจักรก็ยังคงใช้วิธีการการสาบานในการตัดสินคดีเกี่ยวกับพวกนอกรีต โดยเริ่มจากฝ่ายคาทอลิก และต่อมาก็เป็นกายของอังกฤษและศาลของพระมหากษัตริย์ (ซึ่งไม่ใช่ศาลคอมมอนลอว์) ก็ได้รับวิธีการดังกล่าวมาใช้ในที่สุด การเปลี่ยนแปลงอย่างสำคัญเกิดขึ้นในช่วงศตวรรษที่ 16 กล่าวคือ ได้มีการคัดค้านต่อกระบวนการพิจารณาคดีระบบไต่สวนที่ใช้คำสาบาน ในปี ค.ศ. 1525 William Tyndale ได้พิมพ์ส่วนที่ 2 ของคัมภีร์ไบเบิลขึ้นมาใหม่เป็นครั้งแรกในประเทศอังกฤษ โดยได้เน้นในส่วนของความเห็นของ Matthew ที่ตำหนิการให้คำสาบานไว้อย่างรุนแรงและเรียกร้องให้มีการคัดค้านต่อการให้คำสาบานดังกล่าว ต่อมาในปี ค.ศ. 1528 William Tyndale ได้ให้ความเห็นเพิ่มเติมในงานเขียนของตนเองโดยตำหนิการให้คำสาบานดังกล่าวว่าเป็นการขัดต่อความรู้สึกผิดชอบชั่วดีของบุคคล (a person's conscience) ในปี ค.ศ. 1532 John Lambert ซึ่งถูกฟ้องคดีในความผิดเกี่ยวกับความเห็นนอกรีต (a heresy prosecution) อาจจะเป็นบุคคลแรกที่วิจารณ์ว่า การให้คำสาบานถือว่าเป็นสิ่งที่ผิดกฎหมายโดยกล่าวอ้างว่า ไม่มีบุคคลใดสามารถที่จะถูกบังคับให้ต้องสาบานก่อนที่ตนเองจะถูกกล่าวหาจากคณะลูกขุนที่มีความน่าเชื่อถือเสียก่อน และในปีดังกล่าว Christopher St. Germain ซึ่งเป็นนักกฎหมายและนักวิชาการที่ได้รับการยอมรับได้พิมพ์หนังสือโจมตีศาลศาสนาและโดยเฉพาะได้กล่าวโจมตีในส่วนของ การให้คำสาบาน โดยได้อ้างความเป็นกฎหมายสูงสุดของกฎหมายคอมมอนลอว์ ที่มีอยู่เหนือกฎหมายศาสนา โดยกล่าวว่า การสาบานเป็นการบังคับจำเลยให้ต้องให้การโดยปราศจากข้อกล่าวหาที่ชัดเจน เป็นสิ่งที่ไม่เป็นธรรมและเป็นการบังคับให้ผู้บริสุทธิ์ต้องเสี่ยงที่จะถูกตัดสินว่าเป็นผู้กระทำความผิด และในที่สุดในปีดังกล่าว รัฐสภาก็ได้ยื่นฎีกาขอให้พระมหากษัตริย์ปรับปรุงเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดีในส่วนที่เกี่ยวกับคำสาบาน กล่าวคือ จะมีการให้คำสาบานก็ต่อเมื่อได้มีการแจ้งข้อกล่าวหาที่ยุติธรรมและอย่างเปิดเผยต่อจำเลยแล้ว¹⁴ ในขณะที่ศาลพระมหากษัตริย์ใช้ระบบการไต่สวนที่ใช้คำสาบานของผู้ต้องหาเป็นหลัก ในทางตรงกันข้าม ตามหลักกฎหมายคอมมอนลอว์โบราณของอังกฤษ ห้ามการบังคับให้ให้การปกป้องปรัตนเอง หลักการดังกล่าวยังเป็นสิ่งที่ปรากฏอยู่ใน the glossa ordinaria to the Decretals (1234) of Pope Gregory IX ซึ่งถือว่าเป็นคำแนะนำในทางกฎหมายศาสนาในยุคกลางที่สำคัญที่สุด หลักการดังกล่าวได้ถูกกล่าวซ้ำและได้รับการรับรองโดย Innocent IV

¹⁴ Gregory W. O'Reilly (เชิงอรรถ 2), p.410-411.

และ Panormitanus ซึ่งถือว่าเป็นนักเขียนเกี่ยวกับกฎหมายศาสนาในยุคกลางที่สำคัญที่สุด นอกจากนี้ หลักการดังกล่าวยังถูกนำไปใส่ไว้ในคู่มือการดำเนินคดีแพ่งและคดีอาญาของยุโรปด้วย¹⁵

ในช่วงกลางของศตวรรษที่ 16 ข้อขัดแย้งแต่เดิมที่คูร์ณีย์เป็นเจ้าหน้าที่รัฐที่พยายามจะใช้วิธีการให้คำสาบานและประชาชนที่ยืนยันในสิทธิที่จะนิ่ง ได้เปลี่ยนคู่เล่นมาเป็น การขัดแย้งกันระหว่างฝ่ายอาณาจักรและฝ่ายศาสนจักร เมื่อได้มีการปฏิรูปศาสนาในประเทศอังกฤษ เมื่อพระเจ้าเฮนรีที่ 8 (ค.ศ. 1491-1547) ได้จัดตั้งศาสนาคริสต์นิกายอังกฤษและปฏิเสธอำนาจของศาสนจักรที่กรุงโรม ยุคหลังพระเจ้าเฮนรีที่ 8 ในรัชสมัยของพระนางแมรีที่ 1 ก็ได้เกิดปฏิกิริยาอย่างรุนแรงเมื่อพระนางแมรีซึ่งนับถือศาสนาคริสต์นิกายคาทอลิกได้นำประเทศอังกฤษกลับไปอยู่ภายใต้ศาสนจักรที่กรุงโรม และเกิดความรุนแรงขึ้นอีก เมื่อพระนางอลิซาเบทที่ 1 ซึ่งเป็นผู้สืบทอดบัลลังก์ต่อจากพระนางแมรีที่ 1 ได้พยายามที่จะนำฝ่ายศาสนจักรให้มาอยู่ภายใต้อำนาจของฝ่ายอาณาจักร ในรัชสมัยของพระนางอลิซาเบทที่ 1 รัฐสภาได้ยอมรับอำนาจดังกล่าวด้วยการออกพระราชบัญญัติอำนาจสูงสุด (Act of Supremacy) ที่ให้อำนาจแก่ศาลของฝ่ายอาณาจักร (Crown) ที่จะพิจารณาคดีที่เกี่ยวกับศาสนาในครั้งหลังของศตวรรษที่ 16 เรื่องที่เกี่ยวกับทางศาสนา จึงกลายมาเป็นเรื่องของทางอาณาจักร และการกระทำที่เป็นความผิดตามกฎหมายศาสนาก็กลายมาเป็นความผิดตามกฎหมายอาณาจักร จึงไม่น่าแปลกใจที่ศาลของฝ่ายอาณาจักร (the Crown) จะนำวิธีการของศาลศาสนามาใช้ กล่าวคือ การนำระบบไต่สวนมาใช้กับการกระทำความผิดตามกฎหมายอาณาจักร การที่ศาลของฝ่ายอาณาจักรใช้ระบบไต่สวน จึงทำให้ศาล High Commission และ ศาล Star Chamber ซึ่งเป็นศาลของฝ่ายอาณาจักรได้เริ่มพัฒนาหลักของสิทธิที่จะนิ่งขึ้นมา ในตอนต้นของศตวรรษที่ 14 ศาล Star Chamber จากที่เดิมเป็นสภาที่ปรึกษาของพระมหากษัตริย์ก็ได้พัฒนาตนเองขึ้นมาเป็นองค์กรตุลาการ ซึ่งในช่วงแรก ก็ใช้กระบวนการพิจารณาคดีที่เป็นความลับและวิธีการส่วนใหญ่ก็ใช้ดุลพินิจของตนเองเป็นหลัก ซึ่งรวมทั้งวิธีการในระบบไต่สวน ไม่ว่าจะเป็นการใช้ผู้กล่าวหาที่ไม่เปิดเผยชื่อ การไม่ทราบข้อกล่าวหามาก่อนของผู้ถูกกล่าวหา หรือแม้แต่การใช้การทรมาน อย่างไรก็ตาม ในปี ค.ศ. 1580 กระบวนการพิจารณาคดีของศาล Star Chamber เริ่มที่จะเปิดเผยมากขึ้นและเขตอำนาจศาลถูกจำกัดเฉพาะการละเมิดต่อ

¹⁵ Helmholtz, Richard H., (เชิงอรรถ 8), p.9.

คำสั่งของพระมหากษัตริย์ แม้ว่าจะสามารถใช้วิธีการทรมาน การเผาไฟและการจำคุก แต่ก็จะไม่มีการบังคับโทษที่มีความรุนแรง เช่น โทษประหารชีวิต เป็นต้น แนวโน้มที่ปราศจากความรุนแรงดังกล่าวได้สิ้นสุดลงเมื่อปลายศตวรรษที่ 16 เมื่อพระมหากษัตริย์ได้ใช้ศาล Star Chamber และศาล High Commission ที่ใช้กระบวนการพิจารณาคดีระบบไต่สวนเพื่อให้เป็นไปตามความเชื่อในทางศาสนาและความเชื่อในทางการเมืองของตน¹⁶

วิธีการของระบบไต่สวนของศาลพระมหากษัตริย์ กล่าวคือ ศาล Star Chamber และศาล High Commission ได้เริ่มที่จะขัดแย้งกับศาลคอมมอนลอว์ ในปี ค.ศ. 1568 Dyer ซึ่งเป็นประธานศาล Common Pleas ได้ออกหมายปล่อยนักโทษที่ถูกบังคับให้ต้องสาบานตน โดยได้ให้เหตุผลในการคัดค้านการให้คำสาบานด้วยภาษิตที่ต่อมาได้รับการยอมรับโดยทั่วไป กล่าวคือ nemo tenetur seipsum prodere หรือที่แปลเป็นไทยว่า บุคคลไม่จำเป็นต้องถูกบังคับให้ต้องนำพยานหลักฐานมาเป็นผลร้ายแก่ตนเอง ในขณะที่ Dyer เห็นว่า ภาษิตดังกล่าวมีที่มาจากกฎหมายศาสนา ซึ่งรากเหง้าในทางประวัติศาสตร์และความชอบธรรมของภาษิตดังกล่าวยังคงเป็นสิ่งที่คลุมเครือ ความคลุมเครือของที่มาของภาษิตดังกล่าวเป็นสิ่งที่มียู่ทั่วไปในช่วงปลายศตวรรษที่ 16 ดังจะเห็นได้จากการอ้างเหตุผลของความชอบธรรมของสิทธิที่จะนิ่ง เมื่อต้องสาบานตนที่มีอยู่อย่างหลากหลาย เช่น Thomas Cartwright ซึ่งเป็นนักบวชนิกาย Puritan ได้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดเกี่ยวกับศาสนา ก็ได้กล่าวอ้างว่าการที่ต้องสาบานเป็นสิ่งที่ขัดต่อสิทธิส่วนบุคคล ละเมิดต่อสามัญสำนึกของบุคคล และขัดต่อหลักศาสนา ในเวลาไม่นาน กฎหมายคอมมอนลอว์ และ the Magna Carta ก็ได้กลายมาเป็นความชอบธรรมในช่วงแรก ๆ ของการคัดค้านต่อการให้คำสาบาน James Morice ซึ่งเป็นนักกฎหมายที่มีชื่อเสียงและสมาชิกของรัฐสภา ได้กล่าวอ้างว่าการสาบานเป็นการขัดต่อกฎหมายคอมมอนลอว์เนื่องจากบังคับให้ต้องสันนิษฐานว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดและบังคับให้จำเลยต้องพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนเอง ตามความเห็นของ James Morice แล้ว การบังคับให้ต้องสาบานเป็นการละเมิดต่อบทที่ 29 ของ the Magna Carta ที่รับรองว่า ในการดำเนินคดีอาญาต้องเป็นไปตามกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภา และไม่เป็นไปตามที่กษัตริย์ (the Crown) หรือศาลพิเศษใด ๆ ของกษัตริย์ ในปี ค.ศ. 1534 รัฐสภาได้ระงับการใช้คำสาบาน

¹⁶ Gregory W. O'Reilly, (เชิงอรรถ 2), p.412-413.

เมื่อได้ยกเลิกกฎหมายที่มีผลบังคับใช้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1401 ที่บัญญัติให้อำนาจแก่ Bishop ในการที่จะใช้วิธีการในการไต่สวน นอกจากนี้ ฝ่ายที่คัดค้านการใช้คำสาบานยังเห็นว่า วิธีการไต่สวนของศาลพระมหากษัตริย์ที่ใช้ระบบไต่สวนเป็นการละเมิดต่อบทที่ 28 ของ the Magna Carta ที่เรียกร้องว่าจะต้องมีคณะลูกขุน (proper presentment) ก่อนที่จะมีการให้คำสาบาน อีกทั้ง ผู้คัดค้านบางคนเห็นว่า บทที่ 28 ของ the Magna Carta ห้ามใช้คำสาบาน ไม่ว่าจะมีความถูกต้องหรือไม่ (proper presentment) ก็ตาม ข้อโต้แย้งทั้งหลายที่มีต่อระบบการไต่สวนของศาลพระมหากษัตริย์ขึ้นอยู่กับข้อสันนิษฐานที่ว่า ทั้ง the Magna Carta และกฎหมายคอมมอนลอว์เป็นสิ่งที่จะมาจำกัดอำนาจของศาลพระมหากษัตริย์ และรัฐสภาในฐานะที่เป็นบ่อเกิดของกฎหมายคอมมอนลอว์เป็นสิ่งที่จะมาจำกัดอำนาจของศาลพระมหากษัตริย์ จึงไม่ใช่เป็นสิ่งที่แปลกหากว่าศาลพระมหากษัตริย์จะไม่เห็นด้วยกับข้อสันนิษฐานดังกล่าว และยังคงดำเนินกระบวนการพิจารณาแบบเดิมที่ใช้คำสาบานในช่วงศตวรรษที่ 17 การต่อสู้กันระหว่างกระบวนการพิจารณาที่ใช้คำสาบานและสิทธิที่จะนิ่งเริ่มที่จะเป็นการต่อสู้กันระหว่างรัฐสภาและศาลคอมมอนลอว์ฝ่ายหนึ่ง และศาลพระมหากษัตริย์อีกฝ่ายหนึ่ง¹⁷ ข้อขัดแย้งดังกล่าวมาถึงจุดสูงสุดในช่วงสงครามกลางเมืองของประเทศอังกฤษใน ค.ศ. 1640 เป็นต้นมา ซึ่งมีความขัดแย้งทั้งในเชิงการเมือง ศาสนา และกฎหมาย กล่าวคือ ในส่วนของข้อขัดแย้งทางการเมืองเป็นการขัดแย้งกันระหว่างฝ่ายนิยมกษัตริย์ที่ยืนยันในอำนาจอันศักดิ์สิทธิ์ของพระมหากษัตริย์ และฝ่ายรัฐสภาที่สนับสนุนแนวทางประชาธิปไตย ในส่วนข้อขัดแย้งทางศาสนา ฝ่ายนิยมกษัตริย์สนับสนุนศาสนาคริสต์นิกายอังกฤษที่ได้มีการจัดตั้งขึ้นมา ส่วนฝ่ายรัฐสภามีทั้งฝ่ายที่นิยมศาสนจักรที่กรุงโรมเป็นฝ่ายคาทอลิกซึ่งถือเป็นฝ่ายขวา ส่วนฝ่ายที่นิยมศาสนาคริสต์นิกายโปรเตสแตนต์ (Puritan) ถือเป็นฝ่ายซ้าย ในส่วนข้อขัดแย้งทางกฎหมาย ฝ่ายนิยมกษัตริย์สนับสนุนแนวทางของศาล High Commission และศาล Star Chamber ซึ่งใช้ระบบไต่สวนและนำกระบวนการพิจารณาคดีที่ใช้คำสาบานมาใช้ (ex officio) ส่วนฝ่ายรัฐสภา ซึ่งนำโดย Lord Coke สนับสนุนแนวทางของศาลคอมมอนลอว์ในแนวทางของระบบกล่าวหา¹⁸ เช่น ในช่วงต้นศตวรรษที่ 17 รัฐสภาได้ใช้ความพยายามถึง 4 ครั้งในการที่จะยืนยันบทที่ 29 ของ the Magna Carta

¹⁷ Ibid, p.414-415.

¹⁸ Moylan, Charles E./Sonsteng, John O., (เชิงอรรถ 5), p.256.

โดยหวังว่าจะสามารถบังคับศาลพระมหากษัตริย์ให้มาใช้กระบวนการพิจารณาของศาลคอมมอนลอว์ ในช่วงที่มีการขัดแย้งกันระหว่างทั้งสองศาลดังกล่าว ศาลคอมมอนลอว์ก็ได้แสดงบทบาทในเชิงรุกและ Lord Coke อาจกล่าวได้ว่าเป็นบุคคลที่มีบทบาทสำคัญที่สุดในการทำให้ศาลคอมมอนลอว์มีอำนาจเหนือศาลของพระมหากษัตริย์ กล่าวคือ เมื่อ Lord Coke ขณะเป็นประธานของ the Court of Common Pleas แล้ว Lord Coke ได้ยืนยันความมีอำนาจเหนือของศาลคอมมอนลอว์และจำกัดอำนาจของศาลพระมหากษัตริย์ โอกาสดังกล่าวได้มาถึงเมื่อเกิด Fuller's case กล่าวคือ ผู้พิพากษาของศาล King's Bench ได้ขอคำปรึกษาไปยัง Lord Coke ว่าจะลงโทษ Fuller ซึ่งเป็นทนายความและเป็นสมาชิกของ House of Common ได้อย่างไรโดย Fuller ได้กล่าวโจมตีศาล High Commission เมื่อยื่นคำร้องต่อศาล King's Bench เพื่อขอให้ปล่อยลูกความของตนเองที่ถูกฟ้องที่ศาล High Commission โดย Lord Coke ได้เขียนรายงานในคดี Fuller ว่า ศาลพระมหากษัตริย์มีอำนาจเฉพาะคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของตนเท่านั้น กล่าวคือ การกระทำความผิดเกี่ยวกับศาสนา และศาลพระมหากษัตริย์มีเขตอำนาจตามกฎหมายที่ออกโดยรัฐสภาเท่านั้น ส่วนศาลคอมมอนลอว์สามารถที่จะวางกฎเกณฑ์ในการจำกัดเขตอำนาจของศาลพระมหากษัตริย์ได้ การนำหลักการดังกล่าวมาปรับใช้ ศาล High Commission จึงสามารถที่จะลงโทษนาย Fuller ได้เฉพาะความผิดที่เกี่ยวกับศาสนา เช่น ความผิดฐานนอกรีตเท่านั้น และไม่มีเขตอำนาจที่เป็นความผิดตามกฎหมายคอมมอนลอว์ Lord Coke ได้ยืนยันหลักการดังกล่าว โดยได้ออกหมายห้ามหรือยุติกระบวนการพิจารณาที่เป็นการขัดแย้งต่อ the Magna Carta และกฎหมายคอมมอนลอว์ การวางหลักเกณฑ์ดังกล่าวของ Lord Coke เป็นการยืนยันอำนาจของรัฐสภาในการออกกฎหมาย ยืนยันสิทธิของปัจเจกชนที่จะได้รับประโยชน์จากกฎหมายคอมมอนลอว์ และแสดงให้เห็นถึงการเป็นปฏิกษณ์ต่อการให้คำสาบานและกระบวนการพิจารณาในระบบไต่สวน¹⁹ การให้ความเห็นดังกล่าวของ Lord Coke จึงเป็นการยืนยันในหลักการของความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภาอังกฤษ (the supremacy of the law of England) ซึ่งตามหลักการดังกล่าว ในการตัดสินคดี ศาลคอมมอนลอว์มีอำนาจสูงสุดในการที่จะบอกว่า สิ่งที้ออกมาจากรัฐสภาและสิ่งที่เป็นประเพณีของประเทศเป็นกฎหมายหรือไม่ เขตอำนาจของศาลศาสนาจะมีแค่ไหน ศาลคอมมอนลอว์เป็นผู้กำหนด ศาล High Commission

¹⁹ Gregory W. O'Reilly, (เชิงอรรถ 2), p.415.

ได้รับมอบอำนาจมาเท่าที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติ กล่าวคือ พระราชบัญญัติ ความเป็นอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (the Act of Supremacy) และถูกจำกัดเขตอำนาจ ตามที่พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวกำหนดไว้ซึ่งศาลคอมมอนลอว์เป็นผู้แปลความ กฎหมายดังกล่าว หมายถึงห้ามต่าง ๆ สามารถที่จะออกได้เพื่อเป็นการทบทวน ความชอบด้วยกฎหมายของเขตอำนาจหรือรูปแบบของกระบวนการพิจารณาคดีของ ศาลศาสนา²⁰ ไม่ว่าจะเป็ศาล High Commission หรือศาลอื่น ๆ ก็ตาม สิทธิพิเศษ ของพระมหากษัตริย์ก็ต้องถูกจำกัด พระมหากษัตริย์เองก็ต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย ของประเทศ นอกจากนี้ Lord Coke ยังเห็นว่า พระราชบัญญัติต่าง ๆ ที่ออกมาจากรัฐสภาสามารถที่จะถูกตรวจสอบได้โดยอำนาจตุลาการ และหากศาลเห็นว่า พระราชบัญญัติดังกล่าวขัดต่อกฎหมายของประเทศก็สามารถตัดสินให้เป็นโมฆะได้²¹

การวางหลักเกณฑ์ดังกล่าวของ Lord Coke ถือว่าเป็นการคุกคามต่อ กระบวนการพิจารณาคดีระบบไต่สวนที่ศาลพระมหากษัตริย์ใช้อยู่และเป็นการลดทอน อำนาจของ King James เพื่อเป็นการตอบโต้ต่อการกระทำดังกล่าว ในปี ค.ศ. 1616 King James จึงได้ทำการปลด Lord Coke ออกจากตำแหน่ง แม้ Lord Coke จะถูก ปลดออกจากตำแหน่งแต่กฎหมายก็เริ่มที่จะจำกัดการใช้กระบวนการพิจารณาที่ใช้ คำสาบานและจำกัดการตอบคำถามตามระบบไต่สวน และสิทธิที่จะนิ่งก็เริ่มที่จะได้รับ การพัฒนา ศาล Star Chamber จะบังคับให้ผู้ต้องสงสัยสาบานตนและใช้กระบวนการ พิเคราะห์ที่ตั้งคำถามตามระบบไต่สวน ก็เฉพาะในคดีความผิดเล็กน้อยที่ไม่มีการ เสียชีวิตหรือการบาดเจ็บของร่างกายเท่านั้น และเมื่อได้มีการแจ้งข้อกล่าวหาให้ ผู้ต้องสงสัยทราบก่อนเท่านั้น ผลจึงเท่ากับว่า ศาล High Commission สามารถ ใช้กระบวนการพิจารณาที่เป็นการสาบานตนในคดีอาญาได้อย่างจำกัดเท่านั้น ส่วนกระบวนการพิจารณาที่ใช้คำสาบานยังสามารถใช้กับบุคคลที่เป็นพระ ส่วนประชาชนทั่วไป

²⁰ จำเลยในศาลศาสนาสามารถที่จะยื่นคำร้องต่อศาลคอมมอนลอว์เพื่อขอให้ออกหมายห้าม (writ of Prohibition) โดยผู้พิพากษาในศาลคอมมอนลอว์จะส่งหมายไปยังศาลศาสนาและห้ามผู้พิพากษาของ ศาลศาสนาไม่ให้กระทำการเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาคดีที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับเรื่องทางอาญาจักร ในการ พิเคราะห์ว่าเป็นเรื่องของทางอาญาจักรซึ่งอยู่นอกเขตอำนาจของศาลศาสนาหรือไม่นั้น ผู้พิพากษาของ ศาลคอมมอนลอว์จะให้การไต่สวนพยาน หากได้ความว่าคดีมีความเกี่ยวข้องกับเรื่องของฝ่ายอาญาจักร ข้อห้ามตามหมายก็จะได้รับการยืนยันและศาลศาสนาไม่อาจที่จะดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีต่อไปได้ หากได้ความว่า คดีไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับเรื่องทางอาญาจักรก็จะมีการออกหมาย Consultation เพื่อทำการยกเลิกหมายห้ามต่อไป (Randall, Charles H. Jr, เชิงอรธ 6, p.437-438)

²¹ Randall, Charles H. Jr, (เชิงอรธ 6), p.436.

สามารถใช้กระบวนการพิจารณาที่ใช้คำสาบานเฉพาะคดีในส่วนที่เกี่ยวกับพินัยกรรมและการสมรสเท่านั้น²² ดังจะเห็นได้จากคดี Collier v. Collier ที่ภริยาฟ้องสามีฐานมักมากในกามคุณ (incontinency) ศาล Common Pleas ได้วางหลักว่า ในคดีดังกล่าว ศาลศาสนาไม่อาจใช้วิธีบังคับให้จำเลยให้คำสาบานได้ ในคดีต่อมาคือคดี Burrowes and others v. The High Commission ในปี ค.ศ. 1616 Lord Coke ได้อ้างอีก 3 คดี ที่ศาลคอมมอนลอว์ได้ออกหมายปล่อยจำเลยทั้งสามคดีที่ให้ถูกตัดสินให้จำคุก โดยศาล High Commission เนื่องจากปฏิเสธที่จะให้คำสาบานโดยอ้างหลักในเรื่องสิทธิที่จะนิ่ง ดังนี้ จึงเห็นได้ว่าตั้งแต่ก่อนปี ค.ศ. 1600 กระบวนพิจารณาที่ใช้คำสาบานในศาลศาสนาไม่อาจนำมาใช้กับบุคคลธรรมดาได้หากไม่เข้าเงื่อนไขของข้อยกเว้นที่กล่าวมา²³ หลักเกณฑ์ดังกล่าวของ Lord Coke ค่อย ๆ ที่จะถูกขยายขอบเขตการใช้ออกไปเรื่อย ๆ นอกจากนี้ ข้อคัดค้านต่อการใช้การสาบานตนไม่ได้ถูกอ้างด้วยเหตุผลในเรื่องของการไม่มีคณะลูกขุน (proper presentment) อย่างที่เคยเป็นมา แต่ถูกขยายออกไปโดยอ้างว่า เป็นสิ่งที่ผิดที่บังคับให้บุคคลต้องให้การปกป้องปรักปรำตนเอง เพราะกระบวนการพิจารณาคดีดังกล่าวละเมิดต่อศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์และขัดต่อสามัญสำนึกของคนที่จะเอาตัวรอด การฟ้อง John Lilburne อาจถือได้ว่าเป็นจุดเปลี่ยนที่สำคัญของความขัดแย้งระหว่างศาลพระมหากษัตริย์และผู้สนับสนุนกฎหมายคอมมอนลอว์ ผลของคดีดังกล่าวถือว่าเป็นชัยชนะของฝ่ายที่สนับสนุนแนวคิดการใช้สิทธิที่จะนิ่งและยุติกระบวนการพิจารณาในระบบไต่สวนในประเทศอังกฤษ ข้อเท็จจริงในคดีคือ John Lilburne ซึ่งเป็นผู้นำคนสำคัญในรัฐสภาได้ถูกฟ้องยังศาล Star Chamber ด้วยข้อหาว่ามีกรนำเข้าหนังสือเกี่ยวกับการปลุกระดมเข้ามาในประเทศอังกฤษ John Lilburne ได้ปฏิเสธข้อกล่าวหาในการนำเข้าหนังสือดังกล่าวและเรียกร้องที่จะเผชิญหน้ากับผู้กล่าวหาตนและปฏิเสธที่จะให้คำสาบานหรือตอบคำถามใด ๆ ที่ไม่ได้เกี่ยวข้องกับข้อกล่าวหาต่อผู้ไต่สวน เนื่องจากกลัวว่าคำตอบของตนเองจะเป็นการปกป้องปรักปรำตนเอง ในปี ค.ศ. 1639 ศาล Star Chamber ตัดสินว่า John Lilburne มีความผิดเนื่องจากปฏิเสธที่จะให้คำสาบานและได้จำคุกนาย John Lilburne จนกว่าจะยอมให้คำสาบาน และลงโทษด้วยการเขียน จากการถูกลงโทษดังกล่าว John Lilburne ได้เล่าเรื่องราวดังกล่าวให้กลุ่มคนฟังถึงความไม่เป็นธรรม

²² Gregory W. O'Reilly, (เชิงอรรถ 2), p.416-417.

²³ Randall, Charles H. Jr, (เชิงอรรถ 6), p.427-428.

ของระบบการไต่สวน ผลจากเรื่องดังกล่าวทำให้ศาลพระมหากษัตริย์ได้รับการต่อต้าน และในเวลาไม่นาน รัฐสภาและพวก Puritans ก็ได้รับอำนาจทางการเมือง และในช่วงเวลาสองปีที่ John Lilburne ถูกลงโทษนั้น ข้อต่อสู้ของ John Lilburne ที่ต่อต้าน การให้คำสาบานก็ได้รับการยอมรับจากทางฝ่ายการเมือง ในปี ค.ศ. 1641 รัฐสภา ได้ออกกฎหมายว่า คำตัดสินในคดี John Lilburne เป็นสิ่งที่ผิดกฎหมาย และยกเลิกศาล Star Chamber และได้ยกเลิกศาล High Commission รวมทั้งจำกัดการใช้คำสาบาน ในคดีอาญา ในปี ค.ศ. 1688 สิทธิที่จะนิ่งได้รับการยอมรับอย่างมั่นคงเมื่อ King James II ฟ้องนักบวชที่ดำรงตำแหน่ง bishop จำนวน 7 คน เนื่องจากนักบวชดังกล่าวไม่ยอม ทำตามคำสั่งของ King James II ที่ให้ยกเลิกกฎหมายทั้งหมดที่ขัดต่อหลักไต่สวนที่มี อยู่เดิม แต่ Archbishop Sancroft ได้อ้างสิทธิอันชอบธรรมโดยปฏิเสธที่จะพูดสิ่งใด ๆ อันอาจทำให้ตนเองต้องรับโทษทางอาญา²⁴ เมื่อมีการยกเลิกศาลพระมหากษัตริย์ ที่ใช้ระบบไต่สวน กล่าวคือ ศาล Star Chamber ในปี ค.ศ. 1641 และศาล High Commission ในปี ค.ศ. 1660²⁵ ศาลคอมมอนลอว์ก็กลายเป็นศาลหลักในระบบ กระบวนการยุติธรรมทางอาญาของประเทศอังกฤษ การสร้างประเพณีของกฎหมาย คอมมอนลอว์ก็มุ่งไปในแนวทางของระบบกล่าวหา (an accusatorial model) พัฒนาการดังกล่าวได้เกิดขึ้นอย่างช้า ๆ และใช้เวลาหลายร้อยปี เช่น การที่ไม่มี หลักประกันให้แก่จำเลยว่าจะได้รับสำเนาคำฟ้องและได้รับคำปรึกษาจากทนายความ จนถึงปี ค.ศ. 1696 จึงได้รับสิทธิดังกล่าว เป็นต้น²⁶ พัฒนาการของหลักสิทธิที่จะนิ่ง ตามกฎหมายอังกฤษที่กล่าวมาข้างต้น แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับ ระบบกล่าวหา เพราะ ระบบกล่าวหาเป็นระบบกระบวนการยุติธรรมที่ส่งเสริมให้เกิด สิทธิในการนิ่ง ซึ่งต่างจากระบบไต่สวนที่กล่าวมาข้างต้น²⁷

²⁴ Gregory W. O'Reilly, (เชิงอรรถ 2), p.416-418.

²⁵ Sargsyan, Razik. (2016). The right to silence as a safeguard against state abuse of the right to a fair trial. Master Thesis, Faculty of Law, Lund University, p.46.

²⁶ Gregory W. O'Reilly, (เชิงอรรถ 2), p.418.

²⁷ อย่างไรก็ตาม ในประเด็นนี้ Prof. Langbein ได้กล่าวไว้ว่า หลักสิทธิที่จะนิ่งเป็นสิ่งที่เกิดขึ้นมาจากระบบ กล่าวหาในช่วงปลายศตวรรษที่ 18 และไม่ใช่เป็นสิ่งที่เกิดขึ้นเมื่อมีการยกเลิกศาล Star Chamber และศาล High Commission ในช่วงครึ่งหลังของศตวรรษที่ 17 แต่อย่างไรก็ตามโดยกล่าวว่าสิทธิที่จะนิ่งก็คือ งานของการให้คำปรึกษาในการต่อสู้คดี (the work of defense counsel) ดู Langbein, John H, 'The Historical Origins of The Privilege Against Self-Incrimination at CommonLaw' (1994) Michigan Law Review 92, p.1047.

ในระบบกล่าวหา ภาระของฝ่ายรัฐอาจกล่าวได้ว่า มีสองประการ กล่าวคือ ในประการแรก รัฐมีหน้าที่ในการพิสูจน์ว่ามีพยานหลักฐานเพียงพอที่จะฟ้องจำเลยได้ และในประการที่สอง การมีหน้าที่ในการพิสูจน์ให้ผู้พิพากษาที่เป็นกลางเห็นว่า จำเลยเป็นผู้กระทำความผิดตามที่ฟ้อง รัฐสามารถที่จะรับภาระในการพิสูจน์ดังกล่าวได้ดีกว่า จำเลยเพราะรัฐอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าในการที่จะรวบรวมและเก็บรักษาพยานหลักฐาน การกำหนดให้รัฐมีภาระในการพิสูจน์ดังกล่าวจึงมาจากเหตุผลในเรื่องที่รัฐอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าปัจเจกชนแต่ละคนนั่นเอง จากเหตุผลที่ระบบกล่าวหา สันนิษฐานไว้ก่อนว่า จำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์และไม่มีภาระในการพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนเอง จำเลยจึงสามารถที่จะนิ่งได้ หากโจทก์ไม่สามารถที่จะพิสูจน์การกระทำความผิดของจำเลยได้แล้ว ก็จะต้องยกฟ้องโจทก์ปล่อยตัวจำเลยไปโดยจำเลยไม่ต้องนำพยานหลักฐานใด ๆ มาพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตน สิทธิที่จะนิ่งของผู้ต้องหาจึงเป็นการยืนยันให้เห็นว่า รัฐเท่านั้นที่มีภาระในการพิสูจน์การกระทำความผิด โดยต้องนำเสนอพยานหลักฐานที่เป็นอิสระและไม่บังคับให้จำเลยจะต้องมาช่วยเหลือรัฐในการพิสูจน์การกระทำความผิดของตน ระบบกล่าวหาจึงไม่ใช่ระบบที่จะผลักภาระในการพิสูจน์การกระทำความผิดไปยังผู้ต้องสงสัยที่จะต้องมาตอบคำถามจากเจ้าหน้าที่รัฐและอาจทำให้ต้องให้การที่เป็นผลร้ายแก่ตนเอง ระบบกล่าวหาและสิทธิที่จะนิ่งจึงเป็นการจำกัดอำนาจของรัฐที่มีเหนือปัจเจกชน ในทางตรงกันข้าม ระบบไต่สวนก่อให้เกิดความเสี่ยงที่จะมีการใช้วิธีการที่ไม่ชอบต่อผู้ต้องหาเพราะวิธีการในการสอบสวนผู้ต้องหานั้นใช้วิธีการตั้งคำถามให้ตอบและให้การรับสารภาพ รัฐเองก็มักจะใช้วิธีการที่ไม่ชอบเพื่อให้ได้มาซึ่งคำรับสารภาพ เช่น ในช่วงเวลาหนึ่ง กฎหมายคอมมอนลอว์ของประเทศอังกฤษเองก็เคยที่จะใช้วิธีการทรมานเพื่อให้ได้มาซึ่งคำรับสารภาพเช่นกัน สิ่งที่สำคัญที่สุดของระบบกล่าวหาตามที่ Justice Goldberg ได้กล่าวไว้ก็คือ หากปราศจากซึ่งสิทธิที่จะนิ่งแล้ว รัฐก็สามารถที่จะผลักภาระการพิสูจน์การกระทำความผิดไปยังจำเลย ด้วยการที่ให้จำเลยแสดงพยานหลักฐานเพื่อพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตน ทั้งในระหว่างชั้นสอบสวนที่ตนเองถูกสอบสวน รวมทั้งในระหว่างการสืบพยานในชั้นศาลในขณะที่ตนเองเบิกความ หากรัฐสามารถที่จะจำกัดสิทธิที่จะนิ่งและสามารถอนุมานให้เป็นผลร้ายแก่จำเลยได้แล้ว หลักการของข้อสันนิษฐานว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์ก็เป็นอันหมดไป เพราะแค่ข้อกล่าวหาก็คือเป็นการสันนิษฐานว่าเป็นผู้กระทำความผิดแล้ว หากว่าจำเลยไม่อาจที่จะโต้แย้งสิ่งดังกล่าวได้ในระหว่างที่ตนเองถูกสอบสวนและ

ถูกพิจารณาคดี ทั้งผู้พิพากษาหรือลูกขุนก็สามารถที่จะกล่าวอ้างได้ว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิด ระบบดังกล่าวไม่ใช่เป็นระบบที่ให้ผู้ต้องพิสูจนการกระทำความผิดของจำเลยด้วยพยานหลักฐาน แต่เป็นระบบที่จำเลยจะต้องแสวงหาพยานหลักฐานเพื่อมาพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตน²⁸

2.2 ขอบเขตของหลักสิทธิที่จะนิ่งตามกฎหมายอเมริกัน

ในขณะที่ประเทศอังกฤษ ความน่าสนใจอยู่ที่พัฒนาการทางความคิดของหลักสิทธิที่จะนิ่งที่เกิดขึ้นจากศาลคอมมอนลอว์อย่างทีกล่าวไว้ข้างต้น ในส่วนของประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งได้รับแนวความคิดในเรื่องสิทธิที่จะนิ่งมาจากประเทศอังกฤษ ความน่าสนใจกลับอยู่ในส่วนของขอบเขตของสิทธิที่จะนิ่งที่ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาได้ค่อย ๆ ขยายขอบเขตของสิทธิที่จะนิ่งดังกล่าวออกไปในทางมุ่งคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาและจำเลย ดังมีรายละเอียดดังต่อไปนี้ กล่าวคือ ในส่วนของประเทศสหรัฐอเมริกา จนถึงปลายศตวรรษที่ 16 แม้จะใช้กระบวนการพิจารณาคดีระบบไต่สวน ซึ่งเป็นหลักที่รับมาจากประเทศอังกฤษและเป็นหลักที่ถูกใช้โดยศาลศาสนา จำเลยจึงมีหน้าที่ที่จะต้องให้การตามความเป็นจริง และในกรณีจำเป็น ภายใต้คำสาบาน ก็ต้องให้การตามความเป็นจริง แม้ว่าจะเป็นการปรักปรำตนเองก็ตาม นอกจากนี้ คำให้การดังกล่าวก็มักจะถูกบังคับให้ต้องให้การด้วยการใช้กำลังบังคับ จนกระทั่งศตวรรษที่ 17 เริ่มที่จะมีแนวคิดที่ต่อต้านกระบวนการพิจารณาคดีระบบไต่สวนดังกล่าว รวมทั้งต่อต้านรัฐบาลอังกฤษ หลักการที่ในตอนแรกไม่ได้รับการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรและเริ่มได้รับการยอมรับจากทางฝ่ายศาล คือ หลัก *nemo tenetur se ipsum prodere* ซึ่งมีความหมายว่า ไม่มีใครที่จะถูกบังคับให้ต้องให้การปรักปรำตนเอง ต่อหน้าศาล หรือภายใต้คำสาบานจะต้องให้การปรักปรำตนเอง²⁹

หลักการไม่ต้องให้การปรักปรำตนเอง หรือสิทธิที่จะนิ่งตามกฎหมายอเมริกัน ในตอนแรกนั้นมีวัตถุประสงค์แต่เพียงเพื่อสร้างหลักประกันให้แก่ผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดที่ไม่จำเป็นต้องให้ข้อเท็จจริงใด ๆ เกี่ยวกับเรื่องที่ตนเองถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดก่อนที่จะมีการยื่นคำฟ้องต่อคณะลูกขุนใหญ่ อย่างไรก็ตาม หลักการดังกล่าวได้ถูกขยายขอบเขตออกไปโดยแนวคำพิพากษาของศาลและรัฐธรรมนูญ

²⁸ Gregory W. O'Reilly, (เชิงอรรถ 2), p.419-423.

²⁹ Bonnen, Andreas, 'Der Schutz des Beschuldigten vor Selbstbelastung in den USA—eineuropaisches Vorbild?' (2004) NK Neue Kriminalpolitik, 4, p.154.

ของแต่ละมลรัฐและในที่สุด หลักการดังกล่าวได้รับการบัญญัติเป็นกฎหมายไว้ใน Bill of Rights ของรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 5 ในส่วนของหลักกระบวนการของกฎหมายที่เป็นธรรม (due process of law) ตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 14 ที่ใช้บังคับกับทุกมลรัฐ หลักการไม่ต้องให้การปรับปรัตนเองนี้ แนวคำพิพากษาได้วางหลักว่า ให้นำไปใช้กับกระบวนการพิจารณาตีอาญาในทุกมลรัฐด้วย กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของสหรัฐอเมริกาจึงกล่าวได้ว่าอยู่ภายใต้อิทธิพลของ Bill of Rights ภายใต้การแปลความกฎหมายของศาลสูงสุดหลายฉบับที่มีแนวทางไปในทางเสรีนิยม และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในยุคของประธานศาลฎีกา Earl Warren ในช่วงระหว่างปี ค.ศ. 1953 ถึง 1969 ซึ่งในช่วงเวลาดังกล่าวศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาได้แปลความให้หลักประกันที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญไว้อย่างกว้างขวาง และได้สร้างหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาขึ้นจากคำพิพากษาหลายฉบับของศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกา ในยุคหลังประธานศาลฎีกา Earl Warren ได้มีการเปลี่ยนแปลงองค์ประกอบของผู้พิพากษาที่ได้รับการแต่งตั้งเข้ามาใหม่ในส่วนของสัดส่วนของผู้พิพากษาที่มีแนวคิดในทางเสรีนิยมในทางลดลง จึงทำให้สิ่งที่เกิดขึ้นในยุคก่อนหน้าไม่ได้รับการสานต่อ นอกจากนี้ ภายใต้อิทธิพลของผู้พิพากษาที่มีแนวคิดในทางอนุรักษนิยมและภายใต้การนำของผู้พิพากษา Warren Earl Burger ระหว่างปี ค.ศ. 1969 ถึง 1986 และต่อมาภายใต้การนำของผู้พิพากษา William H. Rehnquist ได้ทำให้แนวคิดในทางเสรีนิยมถูกจำกัดลง³⁰

ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1936 กระบวนการพิจารณาตีอาญาตามกฎหมายอเมริกัน นอกจากจะมีหลักการไม่ให้การปรับปรัตนเองแล้ว ยังมีหลักการทดสอบความสมัครใจของคำให้การ (voluntariness test) ซึ่งหลักการดังกล่าวได้รับการบัญญัติไว้ในส่วนของกระบวนการทางกฎหมายที่เป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 14 และใช้บังคับกับทุกมลรัฐ โดยหลักการดังกล่าวมีความหมายว่า คำให้การรับสารภาพของผู้ต้องหาแม้ว่าจะเป็น การให้การปรับปรัตนเองก็ยังสามารถรับฟังได้หากเป็นการให้การโดยสมัครใจ หลักการดังกล่าวมีความสัมพันธ์กับความน่าเชื่อถือของคำให้การรับสารภาพ ในกรณีที่วิธีการในการสอบคำให้การของเจ้าพนักงานตำรวจ พนักงานอัยการ หรือผู้พิพากษามีแนวโน้มที่จะเป็นการชักจูงผู้ถูกกล่าวหาให้ต้องรับสารภาพอย่างไม่ถูกต้องแล้ว คำให้การรับสารภาพดังกล่าวก็ไม่อาจนำมารับฟัง

³⁰ Ibid, p.154.

ในชั้นพิจารณาคดีได้ในช่วงเวลาต่อมาคำพิพากษาในหลายคดีที่วางหลักในการคุ้มครองสิทธิที่จะไม่ให้การปรับปรำตนเองที่ขัดแย้งกับหลักการทดสอบความสมัครใจของคำให้การ ได้ถูกขยายขอบเขตออกไปเรื่อย ๆ คำพิพากษาคดี *Brown vs. Mississippi* ในปี ค.ศ. 1936 ข้อเท็จจริงได้ความว่า ศาลตัดสินประหารชีวิตจำเลยผิดคำหลายคน จากการกระทำความผิดฐานฆ่าคนตาย คำให้การรับสารภาพดังกล่าวของผู้ถูกกล่าวหาที่เกิดจากการถูกทรมานโดยเจ้าพนักงานตำรวจนั้น ต่อมาได้ถูกศาลสูงสุดยกโดยอ้างอิงหลักตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 14 ที่ถือว่าคำให้การรับสารภาพดังกล่าวขัดต่อหลักการทดสอบความสมัครใจของคำให้การ ต่อมาคำให้การรับสารภาพถือว่าไม่อาจนำมารับฟังได้ หากว่าเกิดจากการถูกข่มขู่ การทำให้อดนอน หรือจากการถูกสอบคำให้การอยู่ตลอดเวลา นอกจากนี้ สิ่งที่จะต้องคำนึงประกอบด้วยคือ อายุของผู้ถูกกล่าวหา สภาพจิตใจและระดับการศึกษา ในกรณีที่มีเงื่อนไขดังกล่าวอยู่ ไม่ว่าจะเพียงข้อเดียวหรือหลายข้อ ศาลก็จะถือว่าคำให้การรับสารภาพดังกล่าวไม่ได้เกิดขึ้นโดยสมัครใจ และนำไปสู่ผลในทางกฎหมายที่ว่า ทำให้ไม่สามารถรับฟังคำให้การรับสารภาพดังกล่าวได้³¹

ต่อมาในปี ค.ศ. 1964 ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้วางหลักกฎหมายในคดี *Escobedo vs. Illinois* ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า นาย Danny Escobedo ซึ่งถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดฐานฆ่าคนตายได้ถูกจับและถูกสอบสวน ในตอนเริ่มต้นการสอบสวน นาย Escobedo ได้ร้องขอที่จะพูดคุยกับทนายความแต่ได้รับการปฏิเสธ แม้ว่าสถานีตำรวจที่ทำการสอบสวนนาย Escobedo จะสามารถจัดหาทนายความให้ได้ก็ตาม หลังจากที่ถูกละทิ้งไปหลายชั่วโมงซึ่งในระหว่างนั้น นาย Escobedo ต้องยืนอยู่ตลอดเวลา นาย Escobedo ก็ได้รับแจ้งว่าสามารถที่จะเดินทางกลับบ้านได้ หากว่าได้รับบุตตัวของผู้ร่วมกระทำความผิดและบุคคลดังกล่าวว่าจะต้องถูกลงโทษอย่างไรก็ตาม นาย Escobedo ได้ปฏิเสธที่จะให้การดังกล่าวจากเหตุผลที่ตนเองได้เคยพูดคุยกับทนายความมาในวันก่อนหน้าแล้วว่า ทนายความบอกไม่ให้ตนให้การใด ๆ จนกว่าจะได้มีการพูดคุยกับทนายความ อย่างไรก็ตาม ในที่สุด นาย Escobedo ได้ให้การรับสารภาพ ศาลสูงสุดวินิจฉัยว่า คำให้การรับสารภาพดังกล่าวรับฟังไม่ได้ โดยอ้างอิงหลักตามรัฐธรรมนูญฉบับแก้ไขครั้งที่ 6 ถือว่าสิทธิในการมีทนายความช่วยเหลือถูกละเมิดและจากเหตุผลดังกล่าวจึงถือว่าคำให้การรับสารภาพไม่ได้

³¹ Ibid, p.154.

กระทำโดยสมัครใจ นอกจากนี้ คำให้การของนาย Escobedo ที่เกิดจากการถูกจับครั้งใหม่โดยที่ไม่มีทนายความร่วมอยู่ด้วยนั้น ถือว่าเป็นการให้การที่อยู่ภายใต้ภาวะกดดันและจึงถือว่าเป็นคำให้การที่ไม่ได้เกิดขึ้นโดยสมัครใจ ถือว่าเป็นการขัดต่อหลักการไม่ปรักปรำตนเอง ศาลสูงสุดกล่าวต่อไปว่า ในหลาย ๆ กรณีคำให้การรับสารภาพที่เกิดจากการถูกหลอกลวงถือว่าเป็นคำให้การที่ต้องห้ามไม่ให้รับฟัง ในคำวินิจฉัยดังกล่าวที่เป็นการเพิ่มสิทธิในการได้รับคำปรึกษาจากทนายความถือว่ามีส่วนเกี่ยวข้องอย่างใกล้ชิดกับหลักไม่ให้การปรักปรำตนเองและจึงเป็นการขยายขอบเขตของการคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดออกไปอีก จากผลของคำพิพากษาฉบับดังกล่าว การสอบคำให้การของผู้ถูกกล่าวหาจึงต้องมีทนายความร่วมอยู่ด้วย เจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องแจ้งสิทธิดังกล่าวให้แก่ผู้ถูกกล่าวหาทราบด้วย³²

ใน 2 ปีต่อมา กล่าวคือ ในปี ค.ศ. 1966 คดี Miranda vs. Arizona ซึ่งมีข้อเท็จจริงว่า นาย Ernesto Miranda ได้ถูกศาลพิพากษาว่ามีความผิดฐานชิงทรัพย์และลักพาตัว นาย Miranda ได้ให้การรับสารภาพหลังจากการถูกสอบคำให้การโดยเจ้าพนักงานตำรวจหลายชั่วโมง โดยที่เจ้าพนักงานตำรวจไม่ได้แจ้งสิทธิให้แก่ นาย Miranda ทราบเลยว่าตนเองมีสิทธิตามกฎหมายอะไรบ้าง ในตอนท้ายของการสอบคำให้การ นาย Miranda ได้ลงลายมือชื่อรับสารภาพโดยยืนยันว่า ได้รับการแจ้งถึงสิทธิที่ตนมีตามกฎหมายแล้ว และได้ให้การรับสารภาพโดยสมัครใจ ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาได้ยกคำพิพากษาของศาลล่างโดยให้เหตุผลว่า การให้การรับสารภาพโดยที่ไม่ได้รับการแจ้งถึงสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาที่ได้รับการรับรองตามกฎหมายรัฐธรรมนูญก่อนนั้น ถือว่าเป็นการขัดต่อหลักการไม่ให้การปรักปรำตนเองโดยอ้างหลักตามรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 5 เป็นครั้งแรก รวมทั้งหลักในเรื่องกระบวนการตามกฎหมายที่เป็นธรรมที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 14 ศาลสูงสุดได้วางหลักเป็นครั้งแรกว่า จะต้องแจ้งสิทธิอย่างไรเพื่อที่คำให้การรับสารภาพจะสามารถรับฟังได้ ที่เรียกกันว่า คำเตือนมิรันดา (Miranda Warnings) ที่ผู้ถูกกล่าวหาจะต้องได้รับการแจ้งเตือนทุกครั้งก่อนที่จะสอบคำให้การในครั้งแรก ในทางปฏิบัติแล้ว จึงได้มีการอ่านสิทธิดังกล่าวทันทีในขณะที่มีการจับกุมเพื่อที่ว่าในกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาได้ให้การใด ๆ ออกมาในขณะที่ถูกจับกุมนั้น จะได้รับฟังคำให้การดังกล่าวได้ สิทธิดังกล่าวมีดังต่อไปนี้ กล่าวคือ สิทธิที่จะไม่ให้การในสิ่งที่

³² Ibid, p.155.

ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด สิทธิที่จะได้รับการปรึกษาจากทนายความ ในระหว่างหรือก่อนสอบคำให้การ สิทธิที่จะได้รับการช่วยเหลือจากรัฐในเรื่องค่าใช้จ่ายเกี่ยวกับทนายความ รวมทั้งทุก ๆ คำให้การที่ให้ไปสามารถนำมาใช้ยันตนในกระบวนการพิจารณาคดีได้ หลักในเรื่องคำเตือนมิรันดาได้กลายมาเป็นเงื่อนไขในการที่จะทำให้สามารถรับฟังคำให้การรับสารภาพในชั้นศาลได้ อย่างไรก็ตาม หลักคำเตือนมิรันดาจะสามารถนำมาใช้ได้ก็ต่อเมื่อมีการจับผู้ถูกกล่าวหาหรือมีการใช้มาตรการวิธีการเพื่อความปลอดภัยกับผู้ถูกกล่าวหา หากเป็นการสอบคำให้การในกรณีอื่น ๆ นอกเหนือจากนี้แล้ว ย่อมต้องกลับไปใช้หลักการทดสอบความสมัครใจของคำให้การ กล่าวคือ คำให้การรับสารภาพ แม้ว่าจะไม่ได้มีการแจ้งให้ทราบถึงสิทธิของผู้ถูกกล่าวหา ก็ยังสามารถรับฟังได้ หากว่าเป็นไปโดยสมัครใจ³³

แม้คำพิพากษาของศาลสูงสุดในยุคของประธานศาลฎีกา Earl Warren จะได้มีการขยายหลักการของคดีมิรันดาออกไปอีก แต่เมื่อประธานศาลฎีกา Earl Warren ไม่ได้รับการแต่งตั้งกลับมาอีกครั้งหนึ่งในปี ค.ศ. 1969 และถูกแทนที่โดยประธานศาลฎีกา Warren E. Burger การแปลความกฎหมายในยุคต่อมาโดยศาลสูงสุดจึงไม่ได้ถูกแปลความไปในทางคุ้มครองสิทธิของผู้ถูกกล่าวหา และหลักในเรื่องคำเตือนมิรันดาก็ถูกทำให้อ่อนลงด้วย ในยุคนี้จึงมีแนวโน้มไปในทางของการควบคุมอาชญากรรมแทน และเมื่อมีการออกกฎหมาย 18 U.S.C. มาตรา 3501 ในปี ค.ศ. 1968 ที่เป็นการรุกร้าเข้ามาในสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาอย่างรุนแรง กฎหมายฉบับดังกล่าวมีเนื้อหาของหลักการทดสอบความสมัครใจของคำให้การ กล่าวคือ คำให้การรับสารภาพในทุก ๆ ชั้นของกระบวนการพิจารณาคดีสามารถนำมารับฟังได้ หากว่าเป็นไปโดยสมัครใจ นอกจากนี้ ได้มีการยกตัวอย่างของกรณีที่ถือว่าการให้การรับสารภาพดังกล่าวเป็นไปโดยไม่สมัครใจ การแจ้งสิทธิแก่ผู้ถูกกล่าวหาตามหลักคำเตือนมิรันดาไม่ถือว่าเป็นสิ่งที่จะต้องกระทำอีกต่อไป หากว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐในชั้นสืบสวนสอบสวนสามารถพิสูจน์ได้ว่า คำให้การรับสารภาพเป็นไปโดยสมัครใจตามความหมายของมาตรา 3501 ความหมายและจุดมุ่งหมายของกฎหมายฉบับดังกล่าวก็คือ การทำให้บทบัญญัติว่าด้วยหลักการไม่จำเป็นต้องให้การปรัปไตตนเอง หลักการทดสอบความสมัครใจของคำให้การ และแนวคำพิพากษาของศาลสูงสุดให้มีความสอดคล้องกันและช่วยให้เจ้าหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรมชั้นสืบสวนสอบสวนสามารถที่จะจับกุมผู้กระทำความผิด

³³ Ibid, p.155.

ได้ง่ายขึ้น กล่าวคือ ปรากฏจากกฎเกณฑ์ในทางรูปแบบที่เคร่งครัด ต่อมาคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์ภาค 4 ฉบับหนึ่งได้แสดงให้เห็นถึงการยกเลิกแนวคำพิพากษาตามหลักคำเตือนมิรันดา ในคดีนี้ข้อเท็จจริงได้ความว่า ผู้ถูกกล่าวหาไม่ได้รับการแจ้งสิทธิและไม่รู้ถึงสิทธิของตนตามกฎหมาย แต่ก็ได้ให้การรับสารภาพ ตามความเห็นของศาลอุทธรณ์ภาค 4 เห็นว่า คำให้การรับสารภาพดังกล่าวเป็นไปโดยสมัครใจ ตามความหมายของมาตรา 3501 และไม่ถือว่าเป็นการบังคับให้ให้การรับสารภาพ ผู้ถูกกล่าวหาได้อุทธรณ์โดยอ้างแนวคำพิพากษาในคดีมิรันดาและอ้างหลักการไม่จำเป็นต้องให้การปรับปรัตนเอง ในคดีดังกล่าวซึ่งก็คือคดี Dickerson vs. United States ได้มีการฎีกาต่อมายังศาลสูงสุดที่จะต้องวินิจฉัยว่า กฎหมาย 18 U.S.C. มาตรา 3501 ขอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่³⁴

ในคดี Dickerson vs. United States จำเลยซึ่งชื่อว่า Charles Thomas Dickerson ได้ถูกจับในข้อหาชิงทรัพย์โดยมีอาวุธและถูกสอบคำให้การโดย FBI จำเลยได้ให้การรับสารภาพโดยที่ไม่ได้รับการแจ้งสิทธิก่อนการสอบคำให้การของเจ้าหน้าที่ FBI แต่อย่างไร ในคดีนี้จึงเห็นได้ว่า การสอบคำให้การของเจ้าหน้าที่ FBI ขัดต่อหลักคำเตือนมิรันดาอย่างชัดเจน และคำให้การรับสารภาพก็ไม่อาจถือได้ว่าเป็นการให้การรับสารภาพโดยสมัครใจตามความหมายของหลักการทดสอบความสมัครใจของคำให้การ เพราะนาย Dickerson ได้ให้การรับสารภาพในขอบเขตของการสอบคำให้การอย่างเป็นทางการ อย่างไรก็ตาม Dickerson ได้ถูกตัดสินว่ามีความผิดและถูกพิพากษาให้จำคุกตลอดชีวิต ศาลชั้นต้นให้เหตุผลว่าการให้การรับสารภาพดังกล่าวเป็นไปโดยสมัครใจตามความหมายของมาตรา 3501 ต่อมาศาลอุทธรณ์ภาค 4 ได้มีคำพิพากษายืน ในชั้นฎีกาในปี ค.ศ. 2000 ศาลสูงสุดได้ยกคำพิพากษาของศาลล่างทั้งสอง โดยอ้างหลักตามรัฐธรรมนูญ ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมครั้งที่ 5 และครั้งที่ 14 ตลอดจนคำวินิจฉัยในคดีมิรันดาในเรื่องของสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด นอกจากนี้ ยังวินิจฉัยต่อไปว่า คำเตือนมิรันดาถือว่าเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญ และไม่อาจที่จะถูกทำให้เปลี่ยนแปลงหรือทำให้อ่อนลงด้วยกฎหมายซึ่งในคดีนี้ก็คือมาตรา 3501 ตามคำพิพากษานับดังกล่าว มาตรา 3501 จึงไม่ขอบด้วยกฎหมาย และขัดต่อรัฐธรรมนูญ³⁵

³⁴ Ibid, p.155.

³⁵ Ibid, p.156.

ในกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาไม่ได้รับการแจ้งสิทธิก่อนสอบคำให้การและได้ให้การรับสารภาพ คำให้การรับสารภาพดังกล่าวจะนำมารับฟังได้ก็ต่อเมื่อการสอบคำให้การในครั้งหลังนี้ได้มีการแจ้งสิทธิที่จะไม่ให้การในครั้งก่อนและผู้ถูกกล่าวหาได้ยืนยันที่จะยังคงให้การรับสารภาพ อย่างไรก็ตาม ในระหว่างที่มีการแจ้งสิทธิดังกล่าวนั้น จะต้องแจ้งให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบว่า คำให้การรับสารภาพในครั้งแรกนั้น ไม่อาจนำมารับฟังได้ และเป็นสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาว่าจะยังคงให้การรับสารภาพหรือไม่ หากผู้ถูกกล่าวหาใช้สิทธิที่จะนิ่งภายหลังจากการได้รับการแจ้งสิทธิแล้ว ก็ไม่อาจนำคำให้การรับสารภาพในครั้งก่อนมารับฟังได้ในทางตรงกันข้าม หากว่าผู้ถูกกล่าวหาภายหลังจากการได้รับแจ้งถึงสิทธิในครั้งหลังที่กระทำโดยชอบแล้ว ยังคงยืนยันคำให้การรับสารภาพของตนแล้ว ย่อมสามารถนำคำให้การรับสารภาพดังกล่าวมารับฟังในชั้นพิจารณาคดีให้เป็นผลร้ายแก่ผู้ถูกกล่าวหาได้ ในการตรวจสอบว่าผู้ถูกกล่าวหาได้สละสิทธิของตนหรือไม่นั้น พิจารณาจากความสมัครใจว่าเป็นการสละสิทธิโดยสมัครใจหรือไม่และผู้ถูกกล่าวหาได้รับรู้ถึงผลในทางกฎหมายของการสละสิทธิดังกล่าวหรือไม่ นอกจากนี้ ในหลายกรณี คำให้การรับสารภาพสามารถนำมารับฟังได้แม้ว่าจะไม่ได้มีการแจ้งถึงสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาก็ตาม หากว่าการละเมิดต่อหน้าที่ดังกล่าวไม่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายและการไม่แจ้งสิทธิดังกล่าวไม่ได้มีผลต่อการตัดสินว่าผู้ถูกกล่าวหาเป็นผู้กระทำความผิด³⁶

ก่อนคำวินิจฉัยในคดีมีรินดา ศาลสูงสุดได้มีคำพิพากษายืนยันมาก่อนหน้าหลายคดีแล้วว่า ขอบเขตของการคุ้มครองสิทธิที่จะไม่ให้การปกป้องตัวเองนี้ จำกัดเฉพาะกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาจะต้องร่วมกระทำการกับเจ้าหน้าที่ของรัฐ (aktives Tun) ในการพิสูจน์การกระทำความผิดของตนแต่ไม่รวมถึงกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาทำหน้าที่ที่จะต้องยอมรับการบังคับต่าง ๆ (ein passives Dulden von Untersuchungsmaßnahmen) ที่เจ้าหน้าที่รัฐจะกระทำต่อตนเองโดยที่ตนเองไม่ได้มีการกระทำในลักษณะที่ต้องให้ความร่วมมือแต่อย่างใด เหตุผลก็เพราะว่าในคดีอาญาเป็นหน้าที่ของโจทก์ในการพิสูจน์การกระทำความผิดของจำเลย แต่จำเลยไม่มีหน้าที่ที่จะต้องมาช่วยเหลือเจ้าหน้าที่รัฐในการพิสูจน์การกระทำความผิดของตน ด้วยเหตุนี้ ผู้ถูกกล่าวหาจึงมีหน้าที่ที่จะยอมรับการถ่ายรูปและการพิมพ์ลายนิ้วมือ การตรวจเลือดและการตรวจส่วนอื่น ๆ ของร่างกาย รวมทั้ง การสวมเสื้อผ้าที่พบในที่เกิดเหตุ ผู้ถูกกล่าวหาไม่อาจ

³⁶ Ibid, p.156.

ที่จะปฏิเสธไม่ปฏิบัติตามวิธีการสืบสวนสอบสวนที่มีขอบเขตของการใช้อย่างค่อนข้างจำกัดนี้โดยอ้างหลักในเรื่องของสิทธิที่จะไม่ให้การปรักปรำตนเอง ยิ่งไปกว่านั้นในบางกรณี ผู้ถูกกล่าวหาจะต้องร่วมในการทดสอบเสียงหรือลายมือที่ถือว่าเป็นการกระทำในทาง active อีกด้วย อย่างไรก็ตาม การทดสอบดังกล่าวจะต้องเป็นไปเพื่อยืนยันลักษณะในทางจิตใจของผู้ถูกกล่าวหาและไม่ใช่เป็นการยืนยันถึงคำให้การในทางเนื้อหาแต่อย่างใด มีกรณีพิเศษที่พยานหลักฐานสามารถนำมารับฟังได้แม้ว่าจะไม่ได้มีการแจ้งสิทธิให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบแต่แรก กล่าวคือ ในกรณีที่มีสถานการณ์ที่เป็นอันตรายต่อเจ้าพนักงานตำรวจและเจ้าหน้าที่ที่มีหน้าที่ในการสืบสวน นอกจากนี้ผู้ต้องสงสัยยังสามารถที่จะถูกค้นตัวหรือซักถามได้ หากว่ามีสถานการณ์ที่จำเป็นเกิดขึ้นแก่เจ้าพนักงานที่ทำหน้าที่ในการสืบสวนสอบสวน เช่น ในกรณีที่ต้องทำการยึดอาวุธของผู้ต้องสงสัย ในกรณีนี้ประโยชน์ในการคุ้มครองเจ้าหน้าที่รัฐมีเหนือกว่าประโยชน์ที่จะคุ้มครองผู้ถูกกล่าวหาในเรื่องของสิทธิที่จะไม่ให้การปรักปรำตนเอง³⁷

ในกรณีที่มีการละเมิดต่อหลักในเรื่องสิทธิที่จะไม่ให้การปรักปรำตนเองหรือขัดต่อหลักคำเตือนมิรันดาแล้ว คำให้การดังกล่าวที่ได้มาย่อมไม่อาจที่จะนำมารับฟังได้ตามหลักในเรื่อง บทตัดพยานหลักฐาน อย่างไรก็ตาม ในคดี New York vs. Quarles และคดี Oregon vs. Elstad เฉพาะแต่พยานหลักฐานที่ถูกค้นพบจากคำให้การของผู้ถูกกล่าวหาที่ไม่ได้มีการแจ้งสิทธิตามกฎหมายเท่านั้น ที่ไม่อาจนำมารับฟังเป็นพยานหลักฐานในคดีได้ หลักในเรื่องผลไม่เป็นพิษจึงถูกใช้อย่างจำกัดพยานหลักฐานที่ปกติแล้วจะต้องถูกค้นพบอยู่แล้ว ยังคงสามารถรับฟังได้เพื่อที่ว่ากระบวนการพิจารณาคดีอาญาจะสามารถดำเนินต่อไปได้โดยไม่ติดขัดเพียงเพราะว่ามีข้อบกพร่องในการแจ้งสิทธิเล็ก ๆ น้อย ๆ เกิดขึ้น จากหลักการดังกล่าวจึงก่อให้เกิดผลว่า ในแต่ละคดีจะต้องมีการยืนยันว่าพยานหลักฐานดังกล่าวยังคงสามารถที่จะถูกค้นพบได้โดยปราศจากคำให้การของผู้ถูกกล่าวหาที่ไม่ได้รับการแจ้งถึงสิทธิหรือไม่ รวมทั้งการละเมิดต่อคำเตือนมิรันดา หรือการที่ไม่ได้แจ้งสิทธิให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบนั้น มีความรุนแรงมากน้อยแค่ไหน หลังจากนั้นจึงจะกล่าวได้ว่า พยานหลักฐานดังกล่าวสามารถจะนำมารับฟังเป็นพยานหลักฐานได้หรือไม่ ดังนั้น พนักงานอัยการจึงต้องพิสูจน์ให้เห็นว่า พยานหลักฐานดังกล่าว ไม่ใช่พยานหลักฐานจากต้นไม้พิษ³⁸

³⁷ Ibid, p.156.

³⁸ Ibid, p.156.

เมื่อได้ทราบเนื้อหาของหลักสิทธิที่จะนิ่งตามกฎหมายอังกฤษและกฎหมายสหรัฐอเมริกาแล้ว จะได้กล่าวถึงหลักสิทธิที่จะนิ่งตามกฎหมายเยอรมันในลำดับถัดไป

2.3 พัฒนาการในทางประวัติศาสตร์และขอบเขตของแนวคิดในเรื่องสิทธิที่จะนิ่งตามกฎหมายเยอรมัน

ตามกฎหมายเยอรมัน หากพิจารณาจากวิวัฒนาการของแนวคิดในเรื่องสิทธิที่จะนิ่งแล้ว จะเห็นได้ว่า ภายหลังจากที่ประเทศเยอรมนีได้มีการปฏิรูปกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาก่อนที่จะนำไปสู่การจัดทำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแห่งอาณาจักรไรช์ ฅบปี ค.ศ. 1877³⁹ ไม่ได้มีการบัญญัติหลักการในเรื่องของการที่ผู้ต้องหาไม่จำเป็นต้องให้การปรักรำตนเองนี้ไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแต่อย่างใด เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาของรััฐฮัมบวร์ก ฅบปี ค.ศ. 1869 ได้บัญญัติว่า ทั้งผู้ถูกกล่าวหาและพยานบุคคลมีหน้าที่ที่จะต้องให้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับเรื่องทั้งหมดที่ตนเองได้รับรู้มา ในทางตรงกันข้ามตามร่างประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแห่งอาณาจักรไรช์ ในต้นร่างที่ได้นำแนวคิดดังกล่าวมาจากกฎหมายอังกฤษ⁴⁰ ได้ระบุไว้อย่างชัดเจนว่า หากผู้ถูกกล่าวหาไม่ให้ความยินยอมก็ไม่อาจที่จะบังคับให้ให้การได้และจะต้องแจ้งให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบถึงสิทธิที่จะนิ่งดังกล่าวด้วย แม้ว่าข้อเสนอดังกล่าวจะได้รับการปฏิเสธในทันทีเนื่องจากกลัวว่าจะเป็นการทำให้หน้าที่ในทางศีลธรรมที่จะต้องพูดความจริงของผู้ถูกกล่าวหาหมดไป เหตุผลก็เนื่องมาจากว่า ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมันก่อนที่จะมีการปฏิรูปนั้น มีหลักการในเรื่องที่ผู้ถูกกล่าวหา มีหน้าที่ที่จะต้องให้การตามความเป็นจริง⁴¹ โดยหลักประกันในเรื่องสิทธิที่จะนิ่งได้เริ่มบังคับใช้ในชั้นศาลก่อน ต่อมาจึงได้ขยายไปถึงชั้นสืบสวนสอบสวน และเป็นผลให้เจ้าพนักงาน

³⁹ รายละเอียดของการปฏิรูปกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน ดูจาก สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์, ‘เสี้ยวหลังแลหน้า : หลักและปัญหาการดำเนินคดีอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน’ (2562) บทบัญญัติ 75(1), น.212-241.

⁴⁰ Eser, Albin, ‘Der Schutz vorSelbstbechtigungimdeutschenStrafprozessrecht, Deutschetrafrecht lichelandesreferatInternationalenKongressfuerRechtsvergleichung’ (1974), p.136-171, 141-143.

⁴¹ สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์, ‘หลักการพื้นฐานของกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานบางหลักตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน’ (2556) ศิลปศาสตร์ 60 (2), น.121.

ตำรวจและพนักงานอัยการจะต้องแจ้งสิทธิที่จะนิ่งดังกล่าวก่อนให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบด้วย อย่างไรก็ตาม สิทธิที่จะนิ่งดังกล่าวก่อนของผู้ถูกกล่าวหาช่วยอะไรไม่ได้มาก หากว่าผู้ถูกกล่าวหาไม่ทราบว่า ตนเองถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดในเรื่องใด ดังนั้น ต่อมาจึงได้มีการบัญญัติให้แจ้งแก่ผู้ถูกกล่าวหาด้วยว่า ตนเองถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดในข้อหาใด เมื่อถูกสอบปากคำในครั้งแรกโดยผู้พิพากษา ซึ่งในช่วงแรก บัญญัติเฉพาะการแจ้งในส่วนข้อเท็จจริง ไม่รวมถึงข้อกฎหมาย ต่อมาการแจ้งดังกล่าวจึงได้ขยายรวมในส่วนข้อกฎหมายด้วย และหน้าที่ในการแจ้งดังกล่าวได้ขยายไปยังพนักงานอัยการด้วยในที่สุด

การรับรองสิทธิในการนิ่งตามกฎหมายเยอรมัน เมื่อเทียบกับประเทศในกลุ่มคอมมอนลอว์แล้ว อาจกล่าวได้ว่า ต้องใช้ระยะเวลาที่ยาวนานกว่าสิทธิดังกล่าว จะได้รับการยอมรับ Prof. Eser กล่าวว่าเหตุผลหนึ่งที่น่าจะทำให้สิทธิที่จะนิ่งของผู้ถูกกล่าวหาได้รับการยอมรับตามกฎหมายเยอรมันก็คือ จากประสบการณ์ในช่วงของอาณาจักรไรซ์ที่ 3 จึงทำให้รัฐธรรมนูญเยอรมันรับรองในเรื่องของศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ไว้ในมาตรา 1 (1) ซึ่งเป็นการรับรองหลักในเรื่องศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ไว้ในลำดับแรกและลำดับสูงสุด รวมทั้ง การที่ได้รับการยอมรับกันโดยทั่วไปว่ามนุษย์ทุกคน ซึ่งรวมทั้งบุคคลที่อาจจะเป็นผู้กระทำความผิดจะต้องได้รับการรับรองและคุ้มครองจากกระบวนการที่เป็นไปตามหลักนิติรัฐและอย่างมีมนุษยธรรม ซึ่งย่อมรวมถึงสิทธิที่จะนิ่งของผู้ถูกกล่าวหาด้วย ไม่ว่าในที่สุดแล้ว บุคคลดังกล่าว จะได้รับการพิสูจน์ว่าเป็นผู้กระทำความผิดหรือผู้บริสุทธิ์ก็ตาม⁴²

แม้ว่าสิทธิที่จะไม่ให้การปรักปรำตนเองตามกฎหมายเยอรมัน ไม่ได้ได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่ความเห็นทางฝ่ายตำราก็เห็นว่า สิทธิดังกล่าวมีลักษณะของความเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามกฎหมายรัฐธรรมนูญ (Grundrechtsscharakter des Schweigerechts)⁴³ รวมทั้งศาลเยอรมันเอง ไม่ว่าจะเป็ ศาลรัฐธรรมนูญ⁴⁴ หรือศาลสูงสุดแห่งสหพันธรัฐ⁴⁵ (หมายถึง ศาลฎีกาตามความเข้าใจของนักกฎหมายไทย) ต่างก็เห็นว่า สิทธิที่จะไม่ให้การปรักปรำตนเองนี้มีฐานะในระดับ

⁴² Eser, Albin(เชิงอรรถ 39), p.144-145.

⁴³ Ibid, p.156, 166.

⁴⁴ BVerfGE 56, 37, 43, 49f.; BVerfGStV 1995, 505; NJW 2002, 1411.

⁴⁵ BGHSt 43, 324, 326; 38, 314, 220; 45, 363, 364; 45, 367, 368.

กฎหมายรัฐธรรมนูญ เพราะถือว่าสิทธิดังกล่าวเป็นส่วนหนึ่งของศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ สิทธิความเป็นส่วนตัว และหลักนิติรัฐ ตามรัฐธรรมนูญเยอรมัน มาตรา 1 (1), 2 (1) และมาตรา 20 (3)

สาระสำคัญของสิทธิที่จะไม่ให้เกิดการปรักปรำตนเองนั้น คือเสรีภาพในการให้การ ไม่ว่าจะในทางลบ กล่าวคือ ไม่ว่าจะด้วยการไม่ให้การหรือด้วยการนิ่ง หรือในทางบวก กล่าวคือ ด้วยการให้การเพื่อต่อสู้คดี ในส่วนของการให้การนั้น ซึ่งต้องถือว่าเป็นการใช้สิทธิในการต่อสู้คดีในทางบวกนั้น ย่อมได้รับการคุ้มครองในส่วนของสิทธิที่จะได้รับการฟังความทุกฝ่าย ซึ่งได้รับการรับรองตามรัฐธรรมนูญเยอรมัน มาตรา 103 (1) ในส่วนของการไม่ให้การ การรับรองสิทธิดังกล่าวไม่ได้มีความหมายแต่ในทางข้อเท็จจริงที่สิทธิที่จะนิ่งได้รับการยอมรับตามกฎหมายวิธีพิจารณาความเท่านั้น แต่รวมถึงเมื่อมีการใช้สิทธิดังกล่าวแล้ว ย่อมได้รับการยอมรับและไม่อาจที่จะหยิบยกข้อสงสัยใด ๆ ขึ้นกล่าวอ้างในทางกฎหมายได้จากการใช้สิทธิที่จะนิ่งดังกล่าว⁴⁶ การจะให้สิทธิดังกล่าวเป็นจริงขึ้นมาได้ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน มาตรา 136 a จึงได้บัญญัติวิธีการสอบคำให้การที่ต้องห้ามไว้ นอกจากนี้ ต้องมีการแจ้งให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบถึงสิทธิที่จะนิ่งจากบุคคลที่สอบคำให้การของตนด้วย เพราะหากไม่ทราบถึงสิทธิดังกล่าว ก็ย่อมไม่อาจที่จะใช้สิทธิดังกล่าวได้ รวมทั้งจะต้องแจ้งให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบด้วยว่า ตนเองถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดในเรื่องใด ไม่ว่าจะในแง่ของข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย และในประการสุดท้ายก็คือ สิทธิในการที่จะมีทนายความ ซึ่งรวมถึงการแจ้งให้ทราบถึงสิทธิที่จะมีทนายความด้วย เพราะการจะตัดสินใจว่าจะใช้สิทธิที่จะนิ่งเมื่อใด หรืออย่างไรนั้น หากมีทนายความคอยช่วยเหลือย่อมเป็นผลดีแก่ผู้ถูกกล่าวหามากกว่า โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากผู้ถูกกล่าวหาประสงค์ที่จะให้การทั้งหมด หรือแต่เพียงบางส่วน

ตามกฎหมายเยอรมัน สิทธิที่จะนิ่ง นอกจากจะใช้กับกรณีของผู้ถูกกล่าวหาแล้ว ยังใช้รวมถึงกรณีของพยานบุคคลด้วย กล่าวคือ พยานบุคคลไม่มีหน้าที่ที่จะต้องให้การตามความเป็นจริงหากจะทำให้ตนเองตกเป็นผู้ต้องหาในคดีอาญา หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ ในกรณีดังกล่าว พยานบุคคลสามารถใช้สิทธิที่จะนิ่งได้ กล่าวคือพยานมีสิทธิที่จะไม่ให้การใด ๆ และไม่ใช่ว่าเฉพาะเพื่อคุ้มครองตนเองเท่านั้น แต่รวมถึงการคุ้มครองสมาชิกในครอบครัวของตนเองด้วย (มาตรา 55 แห่งประมวลกฎหมาย

⁴⁶ Eser, Albin(เชิงอรรถ 39), p.147-149.

วิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน) และในทำนองเดียวกับกรณีของผู้ถูกกล่าวหา จะต้องมีการแจ้งให้ทราบถึงสิทธิที่จะนิ่งดังกล่าวแก่พยานบุคคลด้วย แม้ว่าแต่เดิมจะจำกัดการแจ้งสิทธิที่จะนิ่งดังกล่าวไว้ในชั้นศาลก็ตาม แต่ต่อมาก็ได้มีการขยายให้รวมถึงชั้นของเจ้าพนักงานตำรวจและพนักงานอัยการด้วย⁴⁷

ในส่วนของขอบเขตของการใช้สิทธิที่จะนิ่งในกรณีที่เจ้าหน้าที่รัฐใช้มาตรการในการรุกล้ำเข้ามาในเนื้อตัวร่างกายของผู้ถูกกล่าวหา เช่น การตรวจเลือดของผู้ถูกกล่าวหา ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน มาตรา 81 a⁴⁸ หรือการตรวจลายพิมพ์นิ้วมือของผู้ถูกกล่าวหา ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน มาตรา 81 b เป็นต้น แม้ว่าผู้ถูกกล่าวหาไม่จำเป็นที่จะต้องให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่รัฐในการพิสูจน์การกระทำความผิดของตนก็ตาม แต่ผู้ถูกกล่าวหา มีหน้าที่ที่จะต้องยอมรับการกระทำดังกล่าว (Duldungspflicht)⁴⁹ หากว่าเป็นกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะให้ผู้ถูกกล่าวหาต้องยอมรับต่อการกระทำดังกล่าว เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน มาตรา 81, 81 a เป็นต้น โดยถือว่าในกรณีดังกล่าวผู้ถูกกล่าวหาในฐานะเป็น “วัตถุพยาน” ด้วยเหตุนี้ หากเป็นกรณีที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้ให้สามารถที่จะทำการทดสอบได้⁵⁰ เช่น การสอบถามผู้ป่วยภายหลังการให้ยานอนหลับ(Narkoanalyse) (BGHSt 11, 211ff) หรือการใช้เครื่องจับเท็จ (Luegendetektor) (BGHSt 5, 332) รวมทั้งการแอบบันทึกการให้ความเห็นของผู้ถูกกล่าวหาโดยผิดกฎหมาย หากนำเทปดังกล่าวมารับฟังเป็นพยานหลักฐาน ย่อมขัดต่อหลักการให้การปกป้องตัวเองเช่นกัน (BGHSt 14, 364, 365) เพราะย่อมต้องถือว่าเป็นการกระทำในทาง active ที่เป็นการปกป้องตัวเอง การแบ่งแยกแนวความคิดในเรื่องดังกล่าวว่าเป็นกรณีของการร่วมมือกับเจ้าหน้าที่รัฐในการพิสูจน์การกระทำความผิดของตนซึ่งเป็นการต้องห้ามตามหลักสิทธิที่จะนิ่งและการมีหน้าที่ต้องยอมรับต่อการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐในการแสวงหาพยานหลักฐานในการกระทำความผิด เป็นสิ่งที่ได้รับการยอมรับกันโดยทั่วไปในหมู่นักกฎหมายเยอรมัน⁵¹

⁴⁷ Ibid, p.163.

⁴⁸ รายละเอียดดูใน สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์, ‘การตรวจร่างกายและการตรวจเลือด ตามมาตรา ๘๑ a ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน’ (2546) บทบัณฑิตย 59 (4), น.1-8.

⁴⁹ Eser, Albin (เชิงอรรถ 39), p. 146.

⁵⁰ Ibid, p.153.

⁵¹ Roxin/Schuenemann, 2017, Strafverfahrensrecht. 29. Auflage.บทที่ 33, หัวข้อ 6.

อย่างไรก็ตาม หน้าที่ที่ต้องยอมรับต่อการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐนั้นจะเกิดขึ้นก็ต่อเมื่อเป็นกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น เช่น ตามมาตรา 81 a และมาตรา 81 b ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน ที่กล่าวมาข้างต้นนั้น บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่า เจ้าหน้าที่รัฐสามารถกระทำการตามที่กฎหมายบัญญัติไว้ได้ แม้ว่าผู้ถูกกล่าวหาจะไม่ยินยอมก็ตาม อย่างไรก็ตาม หากไม่ได้มีการใช้มาตรการบังคับแล้ว แต่เป็นเพียงการถามข้อมูลส่วนบุคคล ผู้ถูกกล่าวหาเห็นว่าหน้าที่ที่จะต้องให้ข้อมูลดังกล่าว การที่จะต้องให้ข้อมูลเกี่ยวกับตัวตนของผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดไม่ถือว่าอยู่ภายใต้หลักการคุ้มครองของสิทธิที่จะนิ่ง⁵²

หากพิจารณาจากหลักสิทธิที่จะนิ่งตามกฎหมายต่างประเทศที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่าหลักของสิทธิที่จะนิ่งห้ามเฉพาะกรณีที่ยังบังคับให้ผู้ถูกกล่าวหาต้องช่วยเหลือเจ้าหน้าที่รัฐในการพิสูจน์การกระทำความผิดของตนเองเท่านั้น กล่าวคือ เป็นกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาต้องกระทำการในทาง active แต่ไม่ถือว่าเป็นการขัดต่อหลักสิทธิที่จะนิ่ง หากว่าเป็นกรณีของการที่ผู้ถูกกล่าวหาต้องยอมรับการกระทำบางอย่างจากเจ้าหน้าที่รัฐที่กระทำไปเพื่อแสวงหาพยานหลักฐานในการกระทำความผิดของผู้ถูกกล่าวหา หลักการดังกล่าวเป็นหลักการที่กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน⁵³ และออสเตรีย⁵⁴ ได้วางหลักไว้อย่างชัดเจน ศาสตราจารย์ ดร.คินิต ณ นคร แม้ว่าให้เหตุผลในเรื่องของความเป็นประธานแห่งคดีของผู้ถูกกล่าวหา ก็ตาม แต่ก็ไม่ได้อธิบายในทางที่ผู้ถูกกล่าวหาเห็นว่าหน้าที่ต้องยอมรับการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐอย่างนี้นักกฎหมายเยอรมันและนักกฎหมายออสเตรียอธิบายไว้ข้างต้นตามกฎหมายของอเมริกันแม้ว่าจะไม่ได้แบ่งแยกกระหว่างแนวคิดในเรื่องของการช่วยเหลือเจ้าหน้าที่รัฐในการพิสูจน์ความผิดของตนเองและการต้องยอมรับต่อการแสวงหาพยานหลักฐานในการกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่รัฐไว้อย่างชัดเจนเหมือนประเทศเยอรมนีและประเทศออสเตรียก็ตาม แต่ก็ต้องถือว่า หากไม่ใช่เป็นกรณีของการ

⁵² Roesinger, Luna, (2019), Die Freiheit des Beschuldigten vom Zwang zur Selbstbelastung: Studien und Beiträge zum Strafrecht Band 23. Tuebingen, p.5.

⁵³ Roxin/Schuenemann(เชิงอรธร 50), บทที่ 33, หัวข้อ 6; Eser, Albin(เชิงอรธร 39), p. 146; Mitsch, Wolfgang, ‘Das Gesichtsverhuellungsverbot im Strafverfahren’ (2020) KriPoZ 2, p.99.

⁵⁴ Schrank, Christopher, ‘Sicherstellung von Smartphones mit Fingerabdruck oder Face-ID’ (2000) iwP Journal 3, p.46.

ช่วยเหลือเจ้าหน้าที่รัฐในการพิสูจน์การกระทำความผิดของตนแล้ว ก็ไม่ถือเป็นข้อห้ามตามหลักในเรื่องสิทธิที่จะนิ่งแต่อย่างใด ในคดี United States v. Wade (1967) ไม่ถือว่าเป็นการขัดต่อสิทธิที่จะไม่ให้การปรักปรำตนเองตามที่บัญญัติไว้ใน the Fifth Amendment หากว่าเป็นกรณีของการขอตัวอย่างลายมือ⁵⁵ ใน Black's Law Dictionary สิทธิที่จะนิ่งไม่รวมถึงการที่ต้องยอมพิมพ์ลายนิ้วมือ⁵⁶ ในส่วนของกฎหมายอังกฤษ ก็ได้ให้อำนาจแก่เจ้าพนักงานตำรวจในการบังคับเอาลายพิมพ์นิ้วมือและชิ้นส่วนร่างกายที่ไม่ตริงตราถาวร (non-intimate samples)⁵⁷ อย่างไรก็ตาม กฎหมายอังกฤษในช่วงหลังได้วางหลักเกณฑ์ในการยกเว้นหลักของสิทธิที่จะนิ่งในบางกรณีไว้ซึ่งยอมทำให้การที่ผู้ถูกกล่าวหาต้องช่วยเหลือเจ้าหน้าที่รัฐในการพิสูจน์การกระทำความผิดของตนในบางกรณีและไม่ถือว่าเป็นการขัดต่อหลักสิทธิที่นิ่งไปในตัว กล่าวคือกฎหมายฉบับหนึ่งในยุคของอดีตนายกรัฐมนตรี John Major (The Criminal Justice and Public Order Act, 1994 Part III, มาตรา 27-31) ที่เสนอแนวคิดในเรื่องการจำกัดสิทธิที่จะนิ่ง กล่าวคือ การที่ผู้ต้องหาไม่ยอมให้การต่อเจ้าพนักงานตำรวจในชั้นสอบสวนหรือการที่จำเลยไม่ยอมให้การต่อศาลในชั้นพิจารณาทั้งผู้พิพากษาและลูกขุนสามารถที่จะนำการนิ่งดังกล่าวมาพิจารณาเป็นผลร้ายแก่ผู้ต้องหาหรือจำเลยได้⁵⁸ กฎหมายฉบับดังกล่าวได้มีการปรับปรุงข้อจำกัดในเรื่องสิทธิที่จะนิ่งที่รัฐสภาได้มีการกำหนดไว้ในปี ค.ศ. 1988 ในส่วนของไอร์แลนด์เหนือ กฎหมายฉบับนี้ประกอบด้วยทั้งหมด 4 ส่วนด้วยกัน กล่าวคือ (1) ผู้พิพากษาและลูกขุนสามารถที่จะอนุมานเป็นผลร้ายแก่ผู้ต้องหาที่ไม่ให้การในส่วนของข้อเท็จจริงที่เกี่ยวกับสิ่งที่ตนเองจะนำมาใช้ต่อผู้คดีในชั้นศาลต่อเจ้าพนักงานตำรวจในระหว่างการสอบปากคำ หากว่าตนเองสามารถที่จะให้การดังกล่าวได้ (2) หากผู้ถูกกล่าวหาไม่ยอมที่จะเบิกความ ผู้พิพากษาและพนักงานอัยการสามารถที่จะแนะนำคณะลูกขุนให้อนุมานได้ว่าพยานหลักฐานดังกล่าวสามารถรับฟังเป็นผลร้ายแก่ผู้ถูกกล่าวหาได้ (3) ผู้พิพากษาและคณะลูกขุนอาจจะอนุมานเป็นผลร้ายหากว่าผู้ต้องหาไม่ยอมที่จะตอบคำถามแก่เจ้าพนักงานตำรวจเกี่ยวกับวัตถุ สสาร หรือสัญลักษณ์ใด ๆ ที่ต้องสงสัย ที่ถูกพบบนตัว

⁵⁵ จริญญา ภักดีธนากุล, 'กฎหมายลักษณะพยานหลักฐานกับการใช้สิทธิที่จะนิ่ง และสิทธิที่จะไม่ให้การปรักปรำตนเอง' (2546) บทบัณฑิตย 59 (2), น.13.

⁵⁶ Black, Henry Campbell. (1990) Black's Law Dictionary. Sixth Edition, p. 1382

⁵⁷ จริญญา ภักดีธนากุล (เชิงอรธร 57), น.12.

⁵⁸ Gregory W. O'Reilly (เชิงอรธร 2), p.402.

หรือเสื้อผ้า หรือในสถานที่ที่บุคคลดังกล่าวถูกจับกุม (4) ผู้พิพากษาและคณะลูกขุนสามารถอนุมานให้เป็นผลร้ายได้หากว่าผู้ต้องหาไม่ให้อธิบายต่อเจ้าพนักงานตำรวจว่า เหตุใดตนเองจึงได้ไปอยู่ในสถานที่ หรือในเวลาที่มีการกระทำความผิดดังกล่าวและถูกจับกุม⁵⁹

3. การวิเคราะห์

ในงานเขียนชิ้นนี้ จะวิเคราะห์ให้เห็นว่า ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 25 ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคสี่หรือไม่ อย่างไร

คำสั่งตามประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 25 เรื่อง การดำเนินการเกี่ยวกับการยุติธรรมทางอาญาที่กำหนดให้ผู้ซึ่งถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญามีหน้าที่ต้องพิมพ์ลายมือหรือลายเท้า ในส่วนที่กำหนดให้เป็นความผิดและโทษทางอาญา ลงวันที่ 29 กันยายน พุทธศักราช 2549 วรรคสอง ที่บัญญัติว่า “ผู้ซึ่งถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญามีหน้าที่ต้องพิมพ์ลายนิ้วมือ ลายมือหรือลายเท้า ตามคำสั่งของพนักงานอัยการ ผู้ว่าคดีหรือพนักงานสอบสวน ผู้ใดฝ่าฝืนมีความผิดฐานกระทำความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคสี่หรือไม่อย่างนั้น ก่อนที่จะเข้าสู่เนื้อหาของกรณีวิเคราะห์ ผู้เขียนเห็นว่า ควรที่จะได้ทำการวิเคราะห์ความเห็นของนักกฎหมายไทยในส่วนที่เกี่ยวกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 132 เสียก่อน เพราะมีเนื้อหาที่มีความเกี่ยวข้องกับประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 25 หลังจากนั้นจึงจะได้เข้าสู่การวิเคราะห์ในส่วนเนื้อหาของประกาศฯ ดังกล่าวต่อไป

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 132 ซึ่งบัญญัติให้อำนาจพนักงานสอบสวนในการแสวงหาพยานหลักฐานในการกระทำความผิดไว้ ซึ่งรวมถึงการพิมพ์ลายนิ้วมือของผู้ต้องหาด้วย คำถามที่ต้องถามก็คือว่า เมื่อมีประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 132 แล้วทำไมจึงต้องมีประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 25 ทำไมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 132 ที่มีการบัญญัติไว้อยู่แล้ว

⁵⁹ Ibid, p.404.

ไม่สามารถที่จะแก้ปัญหในเรื่องที่ผู้ต้องหาปฏิเสธไม่ยอมพิมพ์ลายนิ้วมือหรืออย่างไร เหตุผลที่พอจะตอบได้อาจเป็นเพราะว่า หากผู้ต้องหาปฏิเสธไม่ยอมพิมพ์ลายนิ้วมือ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 132 ไม่ได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่า พนักงานสอบสวนสามารถที่จะบังคับผู้ต้องหาได้อย่างที่บัญญัติไว้ในมาตรา 81 b ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน และถ้าหากมีการบังคับให้ผู้ต้องหา พิมพ์ลายนิ้วมือด้วยการจับมือพิมพ์ลายนิ้วมือแล้ว จะมีเป็นการบังคับให้ผู้ต้องหา ให้การอันเป็นการปรักปรำตนเองหรือไม่ ในทำนองเดียวกับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131/1 ที่เป็นบทบัญญัติที่ออกมาใช้บังคับในภายหลัง ก็บัญญัติข้อความในทำนองว่า ผู้ต้องหาต้องให้ความยินยอมในการตรวจด้วย หรือเพราะเหตุผลดังกล่าวจึงทำให้ต้องมีการออกประกาศคณะปฏิรูปการปกครอง ในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 25 การมีความเข้าใจประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 132 ในแนวทางที่พนักงานสอบสวนไม่มีอำนาจบังคับผู้ต้องหาให้พิมพ์ลายนิ้วมื่อย่อมเป็นเหตุผล อยู่ในตัวเองที่ทำให้ต้องมีการออกประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 25 ออกมา นอกจากการแปลความ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 132 ตามที่กล่าวมาแล้ว เมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยฉบับที่หมายเหตุนี้ออกมาจึงเป็นเหตุให้ผู้ต้องหาถือเป็น โอกาสในการปฏิเสธที่จะพิมพ์ลายนิ้วมือตามที่พนักงานสอบสวนแจ้ง โดยอ้างคำวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญฉบับที่หมายเหตุนี้ ในส่วนนี้ได้มีคำพิพากษาของศาลแขวงนนทบุรี วินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวเอาไว้ซึ่งพอสรุปสาระสำคัญได้ดังนี้ กล่าวคือ

ศาลแขวงนนทบุรี ได้มีคำพิพากษาลงโทษจำเลยในความผิดฐานขัดคำสั่ง เจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 368 วรรคหนึ่ง (ตามคดีอาญา หมายเลขแดงที่ 2738/2563) เนื่องจากจำเลยในขณะที่เป็นผู้ต้องหาปฏิเสธไม่ยอม ให้พนักงานสอบสวนพิมพ์ลายนิ้วมือ แม้จำเลยจะให้การต่อสู้คดีว่า การพิมพ์ ลายนิ้วมือเป็นการขัดต่อสิทธิที่จะไม่ให้การปรักปรำตนเองและเป็นสิทธิที่ได้รับ การรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญก็ตาม โดยอ้างคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญฉบับที่เขียน หมายเหตุนี้ แต่ศาลแขวงนนทบุรีได้ให้เหตุผลในการลงโทษจำเลยไว้ว่า การอ้าง คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว ข้อเท็จจริงไม่ตรงกับคดีของศาลแขวงนนทบุรี เนื่องจากประเด็นตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเป็นประเด็นในเรื่องความ

ชอบด้วยกฎหมายของประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 25 เรื่อง การดำเนินการเกี่ยวกับการยุติธรรมทางอาญาที่กำหนดให้ผู้ซึ่งถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญามีหน้าที่ต้องพิมพ์ลายมือหรือลายเท้า ในส่วนที่กำหนดให้เป็นความผิดและโทษทางอาญาชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ โดยไม่ได้มีประเด็นเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 368 วรรคหนึ่ง แต่อย่างใด นอกจากนี้ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131 และมาตรา 132 ยังได้ให้อำนาจพนักงานสอบสวนในส่วนของการพิมพ์ลายนิ้วมือของผู้ต้องหาไว้ด้วย เมื่อจำเลยทราบและปฏิเสธที่จะปฏิบัติตามโดยไม่มีเหตุอันสมควร จึงเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 368 วรรคหนึ่ง

ไม่ว่าจะมีความเข้าใจประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 132 อย่างที่กล่าวไว้หรือมีความเห็นตามคำพิพากษาของศาลแขวงนนทบุรีตามที่กล่าวมาก็ตาม สิ่งที่ตรงกันในเรื่องนี้ก็คือ ไม่มีกรกล่าวถึงอำนาจของพนักงานสอบสวนที่จะบังคับให้ผู้ต้องหาพิมพ์ลายนิ้วมือและถ้าผู้ต้องหาปฏิเสธก็สามารถบังคับให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติเอาไว้ได้ แม้ในคำพิพากษาของศาลแขวงนนทบุรีจะระบุว่าพนักงานสอบสวนมีอำนาจในการพิมพ์ลายนิ้วมือตามที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ก็ตาม แต่ก็ไม่ได้ให้เหตุผลไว้ว่าหากผู้ต้องหาปฏิเสธ พนักงานสอบสวนก็สามารถที่จะบังคับให้เป็นไปตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ได้ ในประเด็นนี้ จากการตรวจสอบกลับไม่พบความเห็นในทางตำราที่กล่าวถึงประเด็นดังกล่าวเอาไว้แต่อย่างใด⁶⁰ ที่ตรวจพบและให้ความเห็นว่า พนักงานสอบสวนสามารถที่จะบังคับให้ทำการพิมพ์ลายนิ้วมือได้แต่จะกระทำจนกระทั่งกระทบต่อความเป็นประธานในคดีของผู้ถูกกล่าวหาไม่ได้โดยเด็ดขาด⁶¹ จากที่กล่าวมาทั้งหมด ผู้เขียนจึงมีความเห็นว่า ในประเด็นนี้นักกฎหมายไทย (ยกเว้น ความเห็นของศาสตราจารย์ คณิต ญ นคร) น่าจะมีความเห็นไปในทางที่ว่า เมื่อไม่ได้มีการบัญญัติให้พนักงานสอบสวนสามารถที่จะบังคับให้

⁶⁰ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, (2562), ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ฉบับอ้างอิง. พิมพ์ครั้งที่ 19, มาตรา 132, น.245-248; ธานิศศกพิทักษ์, (2561), คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ภาค 1-2 (มาตรา 1-156) พิมพ์ครั้งที่ 14, น.328; สัญญา ธรรมศักดิ์/ประภาศ อวยชัย, (2529), คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ภาค 1 ถึง ภาค 3 มาตรา 1-171, น.306.

⁶¹ คณิต ญ นคร, (2549), กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 7, บทที่ 8 หัวข้อ 2 บทที่ 14 หัวข้อ 2 บทที่ 30 หัวข้อ 6

ผู้ต้องหาพิมพ์ลายนิ้วมือ พนักงานสอบสวนจึงไม่มีอำนาจในการบังคับให้ผู้ต้องหาพิมพ์ลายนิ้วมือ และจึงเป็นผลให้ต้องมีการบัญญัติข้อความตามที่ปรากฏอยู่ในประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 25 หากพิจารณาจากข้อความตามประกาศ ฉบับดังกล่าวที่บัญญัติว่า “ผู้ซึ่งถูกล่ามหลอกกระทำความผิดอาญามีหน้าที่ต้องพิมพ์ลายนิ้วมือ ลายมือหรือลายเท้า ตามคำสั่งของพนักงานอัยการ ผู้ว่าคดี หรือพนักงานสอบสวน ผู้ใดฝ่าฝืนมีความผิดฐานกระทำความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรม ต้องระวางโทษจำคุกไม่เกินหกเดือน หรือปรับไม่เกินหนึ่งพันบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” ย่อมเห็นได้ว่าเป็นการกำหนดหน้าที่แก่ผู้ต้องหาและอาจส่งผลให้ขัดต่อหลักสิทธิที่จะนิ่งตามกฎหมายต่างประเทศที่กล่าวมาข้างต้นหรือไม่ เพราะเท่ากับว่าผู้ต้องหาต้องให้ความร่วมมือกับเจ้าหน้าที่รัฐในการพิสูจน์การกระทำความผิดของตน เพราะมีฉะนั้นแล้ว ย่อมต้องรับผิดชอบการกระทำความผิดเกี่ยวกับการยุติธรรมที่มีการกำหนดโทษอาญาไว้

หากนำหลักการตามกฎหมายต่างประเทศที่กล่าวมาตอบคำถามดังกล่าวตามความเห็นของผู้เขียนหมายเหตุแล้วเห็นว่า หากเรามีแนวคิดในเรื่องของการมีหน้าที่ที่ต้องยอมรับการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐ (Duldungspflicht) น่าจะช่วยให้แปลความกฎหมายในเรื่องดังกล่าวได้ชัดเจนขึ้น และไม่จำเป็นต้องมีการบัญญัติถ้อยคำอย่างที่ปรากฏอยู่ในประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 25 แต่อย่างใด เพราะแม้ว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 132 จะไม่ได้บัญญัติไว้ชัดเจนว่า สามารถกระทำการได้โดยฝ่าฝืนต่อความยินยอมของผู้ต้องหาอย่างที่กฎหมายเยอรมันบัญญัติไว้ก็ตาม แต่ถ้าไม่แปลความไปในทางที่ว่า พนักงานสอบสวนมีอำนาจที่จะกระทำการดังกล่าวได้แล้ว บทบัญญัติในเรื่องดังกล่าวก็เป็นอันไร้ผล การที่พนักงานสอบสวนมีอำนาจในการพิมพ์ลายนิ้วมือผู้ต้องหานั้นเพื่อเป็นการยืนยันตัวตนของบุคคลซึ่งไม่ได้หมายความว่าจะเป็นผลร้ายแก่ผู้ต้องหาเท่านั้น แต่อาจเป็นผลดีแก่ผู้ต้องหาด้วยก็ได้ นอกจากนี้แม้ว่าประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 132 จะไม่ได้บัญญัติไว้ชัดเจนแต่การที่มีข้อความว่า หากกระทำต่อผู้เสียหายต้องได้รับความยินยอม แต่ในส่วนของผู้ต้องหาไม่ได้มีการบัญญัติข้อความในลักษณะดังกล่าวไว้ จึงยิ่งแสดงให้เห็นว่า ในส่วนของผู้ต้องหาไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมแต่อย่างใดเพราะหากต้องการความยินยอมของผู้ต้องหาแล้ว ย่อมสามารถบัญญัติข้อความในทำนองเดียวกัน

กับประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131/1 ได้ (ส่วนการที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 131/1 บัญญัติข้อความว่า ผู้ต้องหาต้องให้ความยินยอมเป็นบทบัญญัติที่ขอบด้วยหลักกฎหมายหรือไม่ เป็นอีกประเด็นหนึ่ง) และแม้ว่าการฝ่าฝืนต่อประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 132 จะมีโทษอาญาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 368 วรรคหนึ่ง แต่การลงโทษในทางอาญาเนื่องจากปฏิเสธการพิมพ์ลายนิ้วมือของผู้ต้องหา ย่อมไม่ใช่เจตนารมณ์ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 132 ที่จะช่วยพนักงานสอบสวนให้สามารถแสวงหาพยานหลักฐานในการกระทำความผิดได้ การพิมพ์ลายนิ้วมือมีไว้ก็เพื่อเป็นการยืนยันตัวตนของผู้ต้องหา ซึ่งย่อมช่วยในการสืบสวนสอบสวนหาตัวผู้กระทำความผิด ดังนั้น การแปลความไปในทางที่ว่า พนักงานสอบสวนมีอำนาจในการจับมือผู้ต้องหาพิมพ์ลายนิ้วมือได้ แม้ว่าจะฝ่าฝืนต่อความยินยอมของผู้ต้องหา ก็ตาม นอกจากจะทำให้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 132 มีผลบังคับใช้ได้ในทางความเป็นจริงแล้ว ยังทำให้ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องมีการประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 25 แต่อย่างใด ดังนั้น สิทธิที่จะนิ่งจึงไม่รวมถึงกรณีที่ต้องหาต้องยอมรับต่อการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐที่มีกฎหมายบัญญัติรองรับให้สามารถกระทำได้ ซึ่งในกรณีดังกล่าว ศาสตราจารย์ ดร.คณิต ฒ นคร กล่าวว่า ผู้ต้องหาในฐานะเป็นพยานหลักฐานชั้นหนึ่ง⁶² หรือ ที่ Prof. Eser กล่าวว่า ผู้ถูกกล่าวหาในฐานะเป็น “วัตถุพยาน”⁶³ ในทางตรงกันข้าม การบัญญัติข้อความตามประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 25 ที่กล่าวมาข้างต้น ซึ่งเป็นการกำหนดหน้าที่ให้แก่ผู้ต้องหา ย่อมไม่ใช่เพียงแคผู้ต้องหา มีหน้าที่ที่จะต้องยอมรับต่อการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐเท่านั้น หากแต่เป็นการทำให้ผู้ต้องหาเกิดหน้าที่ที่จะต้องช่วยเหลือเจ้าหน้าที่รัฐในการแสวงหาพยานหลักฐานในการกระทำความผิดของตนและยอมทำให้ขัดต่อหลักในเรื่องสิทธิที่จะนิ่งไปในตัว กล่าวโดยสรุป การมีประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 25 ดังกล่าวซึ่งเป็นการกำหนดหน้าที่แก่ผู้ต้องหา ย่อมเป็นการขัดต่อหลักสิทธิที่จะนิ่ง เพราะการบังคับให้ผู้ต้องหาต้อง

⁶² คณิต ฒ นคร (เชิงอรรถ 54), น.212-213.

⁶³ Eser, Albin (เชิงอรรถ 39), p.153.

กระทำการดังกล่าวจะเท่ากับเป็นการเปลี่ยนระบบการค้นหาความจริงจากระบบกล่าวหา ซึ่งเป็นการพิสูจน์ความจริงกันด้วยพยานหลักฐาน มาเป็นระบบไต่สวน ที่เป็นการสอบคำให้การของผู้ต้องหาเพื่อให้ได้มาซึ่งพยานหลักฐานที่จะพิสูจน์ความผิดของบุคคลดังกล่าว⁶⁴ ในทางตรงกันข้าม หากเข้าใจแนวคิดในเรื่องของการมีหน้าที่ที่ต้องยอมรับต่อการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐที่กล่าวข้างต้นแล้ว ซึ่งในกรณีดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นกรณีของสิทธิที่จะนิ่งแล้ว ย่อมทำให้เจ้าหน้าที่รัฐสามารถดำเนินการตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 132 ได้โดยไม่จำเป็นต้องมีประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 25 แต่อย่างใด

4. ข้อสรุป

แม้คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้ จะไม่ได้วินิจฉัยในส่วนของหลักสิทธิที่จะนิ่งไว้ก็ตาม แต่จากแนวคิดตามกฎหมายต่างประเทศที่ผู้หมายเหตุค้นคว้ามานั้น ทำให้เห็นได้ว่า หากนักกฎหมายไทยมีแนวคิดในเรื่องของการที่ผู้ต้องหาหรือจำเลยมีหน้าที่ที่ต้องยอมรับต่อการกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐ (Duldungspflicht) ตามแนวทางของนักกฎหมายเยอรมันและออสเตรเลียแล้ว น่าจะช่วยให้แปลความกฎหมายในเรื่องดังกล่าวได้ชัดเจนขึ้น และไม่จำเป็นต้องมีการบัญญัติถ้อยคำอย่างที่ปรากฏอยู่ในประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 25 แต่อย่างใด

⁶⁴ Gregory W. O'Reilly, 1994-1995, p.405

ดัชนีค้นคำ

สิทธิที่จะไม่ให้การอันเป็นปฏิปักษ์ต่อตนเอง	160, 161, 162, 163
สิทธิที่จะนั่ง	162, 163, 164, 169, 170, 171, 173, 174, 175, 176, 177, 183, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 194, 195, 196
หน้าที่ที่จะต้องยอมรับ	183, 188, 189, 195
ระบบไตสวน	163, 164, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 175, 176, 177
ระบบกล่าวหา	163, 164, 165, 171, 176, 196
ศาลศาสนา	163, 164, 165, 166, 168, 169, 174, 177
ศาลคอมมอนลอว์	163, 164, 165, 168, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 177
ศาลพระมหากษัตริย์	168, 170, 171, 172, 175
หลักความเป็นภยันตราย	161
บังคับให้พิมพ์ลายมือ	161
กระบวนการของกฎหมายที่เป็นธรรม	178
คำเตือนมิรันดา	180, 181, 182, 184
ศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์	174, 186, 187

บรรณานุกรม

หนังสือภาษาไทย

- คณิต ณ นคร (2549). กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา. พิมพ์ครั้งที่ 7. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน
- เจริญ ภัคดีธนากุล. กฎหมายลักษณะพยานหลักฐานกับการใช้สิทธิที่จะนิ่ง และสิทธิที่จะไม่ให้การ ปรีกปรำตนเอง, บทบัณฑิตย เล่มที่ 59 ตอน 2 มิถุนายน 2546: 1-15
- ธานีศ เกศวพิทักษ์. (2561). คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ภาค 1-2 (มาตรา 1-156) พิมพ์ครั้งที่ 14. กรุงเทพมหานคร : บริษัทกรุงสยาม พับลิชชิ่ง จำกัด
- สัญญา ธรรมศักดิ์/ประกาศ อวยชัย. (2529) คำอธิบายประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ภาค 1 ถึง ภาค 3 มาตรา 1-171. กรุงเทพมหานคร : กรุงสยามการพิมพ์
- สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์. การตรวจร่างกายและการตรวจเลือด ตามมาตรา 81a ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน. บทบัณฑิตย เล่มที่ 59 ตอน 4 ธันวาคม 2546: 1-8
- สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์. หลักการพื้นฐานของกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานบางหลักตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน. ดุลพาท เล่มที่ 2 ปีที่ 60 พฤษภาคม-สิงหาคม 2556 : 83-128
- สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์. เหลือหลังแลหน้า : หลักและปัญหาการดำเนินคดีอาญาของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน. บทบัณฑิตย เล่มที่ 75 ตอน 1 มกราคม-มีนาคม 2562: 212-246
- สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล (2562). ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ฉบับอ้างอิง. พิมพ์ครั้งที่ 19. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน

หนังสือภาษาต่างประเทศ

- Black, Henry Campbell. (1990) Black's Law Dictionary. Sixth Edition. St.Paul, MN : West Publishing Co.
- Bonnen, Andreas. Der Schutz des Beschuldigten vor Selbstbelastung in den USA—ein europäisches Vorbild?, NK Neue Kriminalpolitik, 4/2004 : 154-157
- Eser, Albin. Der Schutz vor Selbstbeichtigung im deutschen Strafprozessrecht, Deutsche strafrechtlichelandesreferat Internationalen Kongress fuer Rechtsvergleichung, 9 (1974) : 136-171
- Helmholz, Richard H. Origins of the Privilege against Self-Incrimination: The Role of the European Ius Commune. 65 New York University Law Review 962 (1990): p.962-990

- Gregory W. O'Reilly. England Limits the Right to Silence and Moves towards an Inquisitorial System of Justice. 85 J. Crim. L. & Criminology 402 (1994-1995) : 402-452
- Langbein, John H. The Historical Origins of The Privilege Against Self-Incrimination at Common Law, 92 Michigan Law Review (March 1994): 1047-1085
- Mitsch, Wolfgang. Das GesichtshverhuellungsverbotimStrafverfahren.KriPoZ 2, 2020: 99-103 Moylan, Charles E. Jr. and Sonsteng, John O. (1990) "The Privilege against Compelled Self-incrimination," William Mitchell Law Review: Vol. 16: Iss. 1, Article 6 : 249-307
- Randall, Charles H. Jr (1956) "Sir Edward Coke and the Privilege Against Self-Incrimination," 8 S.C.L.R. 417 : 417-453
- Roesinger, Luna. (2019). Die Freiheit des Beschuldigten vom Zwang zur Selbstbelastung. Studien und Beitrage zum Strafrecht Band 23. Tuebingen : Mohr Siebeck Verlag Roxin, Claus/Schuenemann, Bernd. (2017).Strafverfahrensrecht. 29. Auflage. Muenchen : C.H. Beck Verlag.
- Sargsyan, Razik. (2016). The right to silence as a safeguard against state abuse of the right to a fair trial. Master Thesis, Faculty of Law, Lund University.
- Schrank, Christopher. Sicherstellung von Smartphones mit Fingerabdruckkoder Face-ID.iwp Journal 3, 2000 : 46
- Walker, Jeffrey K. (1993). "A Comparative Discussion of The Privilege Against Self-Incrimination" NYLS Journal of International and Comparative Law. Vol. 14 : No. 1, Article 2. : 1-37

การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์

ดร.ปาพจน์ บุบผาวลัย*

1. การใช้อำนาจรัฐในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ตามรัฐธรรมนูญ

ในระบบกฎหมายไทย ปรากฏแนวคิดเกี่ยวกับการเวนคืนมาแต่สมัยโบราณ โดยที่ถือกันว่าที่ดินเป็นของพระเจ้าแผ่นดิน การที่ราษฎรได้เข้าถือครองที่ดินเป็นการได้รับอนุญาตจากพระเจ้าแผ่นดินให้เข้าอยู่อาศัยได้ ถ้ารัฐต้องการที่ดินคืนเมื่อใดก็อาจไล่ที่ราษฎรได้ และอาจมีการให้ค่าทำขวัญโดยถือว่าเป็นไปเพราะทรงพระกรุณาพระราชทานให้ มิใช่สิทธิตามกฎหมายที่ต้องได้รับ ต่อมาในภายหลังเริ่มมีการวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการไล่ที่ให้เกิดความยุติธรรมยิ่งขึ้นโดยจะต้องเป็นการไล่ที่หรือเอาที่ดินนั้นมาให้รัฐเพื่อใช้ในราชการหรือเพื่อสาธารณประโยชน์¹

ต่อมาเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองในปี พุทธศักราช 2475 ประเทศไทยได้มีการรับรองสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลไว้ในรัฐธรรมนูญ ตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยามพุทธศักราช 2475 เป็นต้นมา และยังคงได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับ โดยมีการปรับปรุงเพิ่มเติมรายละเอียดเกี่ยวกับการให้ความคุ้มครองสิทธิดังกล่าวให้ชัดเจนเพิ่มขึ้นเป็นลำดับ² ดังเช่นในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2492 ที่ได้เพิ่มหลักเกณฑ์เกี่ยวกับขอบเขตและเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลให้สามารถกระทำได้ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งกฎหมาย พร้อมทั้งบัญญัติหลักการใช้อำนาจรัฐในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ขึ้นเป็นครั้งแรกไว้ดังนี้ “การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จะกระทำได้อีกแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการอันเป็นสาธารณูปโภค

* นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการพิเศษ กองกฎหมายการเงินการคลัง สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, Doctoraten droit, Université d'Aix-Marseille.

¹ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ (2526). กฎหมายและการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม. พิมพ์ครั้งที่ 4. (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง). น. 117.

² จีรวัดน์ สุริยะโชติชยางกุล และอิสร์กุล อุณหเกตุ (2557). โครงการวิเคราะห์กฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2530. (สำนักส่งเสริมวิชาการรัฐสภา: สถาบันพระปกเกล้า). น. 6-9.

หรือการอันจำเป็นในการป้องกันประเทศโดยตรงหรือการได้มาซึ่งทรัพย์สินสาธารณะชาติ และต้องชดใช้ค่าทำขวัญอันเป็นธรรมแก่เจ้าของ ตลอดจนผู้ทรงสิทธิตามที่ระบุไว้ในกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์บรรดาที่ได้รับความเสียหายในการเวนคืนนั้นด้วย”

หลักการใช้อำนาจรัฐในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เป็นหลักกฎหมายสำคัญ ที่ได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับต่อเนื่องมาจนกระทั่งรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน³ เพราะแม้รัฐธรรมนูญจะรับรองและคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของบุคคล แต่ประโยชน์ของรัฐย่อมมีความสำคัญเหนือกว่าประโยชน์ส่วนบุคคล รัฐธรรมนูญจึงยอมให้รัฐจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลได้โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย และยอมให้รัฐมีอำนาจเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ได้โดยต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนด⁴ ประการแรก รัฐธรรมนูญรับรองให้ รัฐมีอำนาจเวนคืนได้เพื่อการตามที่ รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ โดยต้องอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติ

³ มาตรา 37 บุคคลย่อมมีสิทธิในทรัพย์สินและการสืบมรดก

ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นว่านี้ ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ที่ตราขึ้นเพื่อการอันเป็นสาธารณูปโภค การป้องกันประเทศ หรือการได้มาซึ่งทรัพย์สินสาธารณะชาติ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น และต้องชดใช้ค่าทดแทนที่เป็นธรรม ภายในเวลาอันควรแก่เจ้าของตลอดจนผู้ทรงสิทธิบรรดาที่ได้รับความเสียหายจากการเวนคืนโดยค่านึงถึงประโยชน์สาธารณะผลกระทบต่อผู้ถูกเวนคืน รวมทั้งประโยชน์ที่ผู้ถูกเวนคืนอาจได้รับจากการเวนคืนนั้น

การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ ให้กระทำเพียงเท่าที่จำเป็นต้องใช้เพื่อการที่บัญญัติไว้ในวรรคสาม เว้นแต่เป็นการเวนคืนเพื่อนำอสังหาริมทรัพย์ที่เวนคืนไปชดเชยให้เกิดความเป็นธรรมแก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเวนคืนตามที่กฎหมายบัญญัติ

กฎหมายเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ต้องระบุวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืนและกำหนดระยะเวลาการเข้าใช้อสังหาริมทรัพย์ให้ชัดเจน ถ้ามิได้ใช้ประโยชน์เพื่อการนั้นภายในระยะเวลาที่กำหนดหรือมีอสังหาริมทรัพย์เหลือจากการใช้ประโยชน์ และเจ้าของเดิมหรือทายาทประสงค์จะคืน ให้คืนแก่เจ้าของเดิมหรือทายาท

ระยะเวลาการขอคืนและการคืนอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเวนคืนที่มีได้ใช้ประโยชน์ หรือที่เหลือจากการใช้ประโยชน์ให้แก่เจ้าของเดิมหรือทายาท และการเรียกคืนค่าทดแทนที่ชดใช้ไป ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

การตรากฎหมายเวนคืนอสังหาริมทรัพย์โดยระบุเจาะจงอสังหาริมทรัพย์หรือเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเวนคืนตามความจำเป็น มิให้ถือว่าเป็นการขัดต่อมาตรา 26 วรรคสอง

⁴ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 21-28/2563

ตรากฎหมายขึ้น ประการที่สอง รัฐต้องมีการใช้ค่าทดแทนที่เป็นธรรมให้แก่ผู้ที่ถูกเวนคืนและต้องมีการคืนที่ดินในกรณีที่ไม่ได้ใช้ประโยชน์ตามวัตถุประสงค์ของการเวนคืนนั้น

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ พ.16/2545 เป็นกรณีที่ศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาคดีที่มีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการใช้อำนาจรัฐในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ว่าเป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยถือเป็นคำพิพากษาฉบับแรกที่ไดวางบรรทัดฐานเกี่ยวกับการใช้อำนาจรัฐดังกล่าวเพื่อให้สอดคล้องตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนด ซึ่งนอกจากการใช้อำนาจดังกล่าวจะต้องเป็นการดำเนินการตามรูปแบบและขั้นตอนตามที่กฎหมายกำหนดซึ่งเป็นหลักการทั่วไปของการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหรือคำสั่งทางปกครองแล้ว ศาลยังได้นำหลักความได้สัดส่วนซึ่งเป็นหลักทั่วไปตามรัฐธรรมนูญมาใช้ตรวจสอบการดำเนินการของรัฐอีกด้วย

2. คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ พ.16/2545 และบทวิเคราะห์

2.1 คำพิพากษา

ข้อเท็จจริงในคดีนี้เกิดจากกรมทางหลวงมีโครงการก่อสร้างทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 417 สายท่าอากาศยานสุราษฎร์ธานี-บรรจบทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 401 เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการคมนาคมขนส่งในเส้นทางที่เชื่อมต่อระหว่างท่าอากาศยานสุราษฎร์ธานีกับตัวเมืองสุราษฎร์ธานี เนื่องจากเส้นทางที่ใช้อยู่เดิมมีลักษณะทางคดเคี้ยว และเขตทางแคบไม่สามารถขยายได้ ต่อมาจึงได้มีการตราพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่จะเวนคืนเพื่อสร้างทางหลวงหมายเลข 417 สายท่าอากาศยานสุราษฎร์ธานี-บรรจบทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 401 พ.ศ. 2540 ซึ่งทำให้ผู้ฟ้องคดีจำนวน 6 ราย ซึ่งเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ดิน ในบริเวณที่จะเวนคืนตามแผนที่แนบท้ายพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวได้รับความเดือดร้อนเสียหายโดยผู้ฟ้องคดีเห็นว่า พระราชกฤษฎีกาฯ และแผนที่ท้ายพระราชกฤษฎีกาฯ เป็นการออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากแนวถนนในบริเวณที่จะเวนคืนฯ ช่วงเข้าตัวเมืองสุราษฎร์ธานีมิได้ยึดถือตามแนวถนนในเขตผังเมืองรวมเมืองสุราษฎร์ธานี ตามมติของคณะกรรมการร่วมสามฝ่าย (กรมทางหลวง กรมการผังเมือง และจังหวัดสุราษฎร์ธานี) จึงขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งให้แก้ไขแผนที่ท้าย

พระราชกฤษฎีกาเพื่อให้การก่อสร้างทางหลวงแผ่นดินของกรมทางหลวงนั้นเป็นไปตามมติที่ประชุมของคณะกรรมการร่วมสามฝ่ายกำหนด

ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาเนื้อหาของคดีแล้วเห็นว่ามีความผิดที่ต้องวินิจฉัยว่าพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวตราขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยศาลเห็นว่าพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 68 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. 2535 ที่บัญญัติว่าเมื่อมีความจำเป็นที่จะต้องได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์เพื่อสร้างหรือขยายทางหลวง ถ้ามิได้ตกลงในเรื่องการโอนไว้เป็นอย่างอื่นให้ดำเนินการเวนคืนตามกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งมาตรา 5 วรรคสาม และมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2530 บัญญัติว่า ในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จะตราพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่จะเวนคืนไว้ก่อนก็ได้ ทั้งนี้ ให้มีแผนที่หรือแผนผังประเมินเขตที่ดินในบริเวณที่จะเวนคืนติดไว้ท้ายพระราชกฤษฎีกานั้น และให้ถือว่าแผนที่หรือแผนผังเป็นส่วนหนึ่งแห่งพระราชกฤษฎีกาด้วย ดังนั้น การตราพระราชกฤษฎีกาฉบับพิพาทนี้ จึงตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามที่กฎหมายบัญญัติรับรองโดยชอบแล้ว

ส่วนประเด็นที่ผู้ฟ้องโต้แย้งว่า การที่กรมทางหลวงได้คัดเลือกแนวถนนที่ปรากฏตามแผนที่ท้ายพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวเป็นการดำเนินการที่ถูกต้อง เพราะไม่ใช่แนวถนนในเขตผังเมืองรวมเมืองสุราษฎร์ธานีตามกฎหมายกระทรวง ฉบับที่ 105 (พ.ศ. 2534) ออกตามความในพระราชบัญญัติผังเมืองนั้น ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าการกำหนดแนวทางถนนในแผนผังแสดงโครงการคมนาคมและขนส่งท้ายกฎกระทรวงใช้บังคับผังเมืองรวม จะกระทำโดยการกำหนดสายทางในเบื้องต้นตามหลักวิชาการสถาปัตยกรรมและการผังเมืองเท่านั้น มิได้สำรวจหรือศึกษารายละเอียดในแง่ของวิศวกรรมศาสตร์ ผลกระทบต่อประชาชนในเขตท้องที่ และผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมหรือการเปลี่ยนระบบโครงสร้างของประชากรจนถึงขั้นพร้อมที่จะสร้างถนนได้ทันที ฉะนั้น เมื่อหน่วยงานที่รับผิดชอบโครงการจะทำการก่อสร้างถนนก็จะสำรวจออกแบบรายละเอียดทางวิศวกรรมศาสตร์และสำรวจรายละเอียดที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ที่จะเวนคืน ตลอดจนงบประมาณที่จะต้องใช้ในการก่อสร้างอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งแนวทางที่เหมาะสมในการก่อสร้างจริงอาจต้องเปลี่ยนแปลงไปจากที่กำหนดไว้ในแผนผังแสดงเส้นทางคมนาคมและขนส่งท้ายกฎกระทรวงใช้บังคับผังเมืองรวมก็ได้ ดังนั้น

เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่า โครงการก่อสร้างทางหลวงสายพิพาทเกิดขึ้นเนื่องจาก ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (กรมทางหลวง) มีความจำเป็นต้องเพิ่มประสิทธิภาพในการคมนาคมขนส่ง วัตถุประสงค์ของโครงการนี้เพื่อเสริมโครงข่ายของถนน อำนวยความสะดวก ความรวดเร็วและความปลอดภัยแก่การจราจรในพื้นที่โดยเฉพาะการเดินทางระหว่าง เมืองสุราษฎร์ธานีกับท่าอากาศยานสุราษฎร์ธานีและสู่กรุงเทพมหานคร ซึ่งเมื่อ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้สำรวจวางแผนในสนามนั้น ได้เสนอผลการศึกษาถึงความไม่เหมาะสมทางเศรษฐศาสตร์และวิศวกรรมศาสตร์ของแนวถนนผังเมืองรวม เนื่องจาก แนวถนนของผังเมืองรวมมีเขตทาง 30 เมตร ในขณะที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ต้องการเขตทาง 80 เมตร การเวนคืนตามแนวถนนของผังเมืองรวมจะมีอาคารสิ่งปลูกสร้างถูกเวนคืน ประมาณ 170 หลัง ซึ่งต้องจ่ายค่าเวนคืนประมาณ 150 ล้านบาท ส่วนการเวนคืน ตามแนวทางที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กำหนด จะมีอาคารสิ่งปลูกสร้างประมาณ 49 หลัง จ่ายค่าเวนคืนประมาณ 76 ล้านบาท ผู้ถูกฟ้องคดีจึงปรับแนวถนนตามความเหมาะสม โดยคำนึงถึงหลักแห่งความได้สัดส่วน เพื่อให้การจำกัดสิทธิเสรีภาพมีผลกระทบต่อ ประโยชน์ส่วนตัวของเอกชนแต่ละคนเป็นไปเพียงเท่าที่จำเป็นต่อการรักษาไว้ซึ่ง ประโยชน์มหาชนทั้งนี้ เพื่อให้การแก้ไขปัญหาต่าง ๆ เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และประสิทธิผลให้มากที่สุด ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กำหนดแนวเขตที่ดิน ในบริเวณที่จะเวนคืนเพื่อสร้างทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 417 ช่วงเข้าตัวเมือง สุราษฎร์ธานี ที่จะบรรจบทางหลวงแผ่นดินหมายเลข 401 แตกต่างไปจากแนวเขต ถนนของโครงการคมนาคมและขนส่งซึ่งกรมการผังเมืองได้สำรวจและกำหนดไว้เดิม จึงไม่เป็นการขัดหรือไม่ถูกต้องตามกฎหมายแต่อย่างใด พระราชกฤษฎีกาฉบับพิพาท จึงชอบด้วยกฎหมายแล้ว พิพากษายกฟ้อง

2.2 บทวิเคราะห์

(1) พัฒนาการระบบการตรวจสอบการใช้อำนาจในการเวนคืนของรัฐ

ในอดีตก่อนที่จะมีการบัญญัติรับรองการใช้อำนาจของรัฐในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ไว้โดยชัดแจ้งในรัฐธรรมนูญเมื่อปี พ.ศ. 2592 การที่รัฐจะใช้อำนาจเวนคืนทรัพย์สินของเอกชนก็ต้องเป็นไปเพื่อการตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น โดยมีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2477 เพื่อนำมาใช้เป็นกฎหมายกลางเมื่อจะมีการเวนคืนที่ดินจากเอกชน และได้กำหนดเงื่อนไขให้รัฐจะใช้อำนาจเวนคืนได้ก็ต่อเมื่อเป็นการเวนคืนเพื่อนำมาใช้ในกิจการอันเป็น

สาธารณูปโภคหรือเพื่อการเหมืองแร่ได้เท่านั้น⁵ ซึ่งโดยทั่วไปองค์กรผู้เวนคืน ไม่ว่าจะเป็นส่วนราชการหรือรัฐวิสาหกิจก็ต้องเสนอเหตุผลและความจำเป็นพร้อมกัน เสนอร่างพระราชบัญญัติเวนคืนเฉพาะแต่แต่ละครั้งให้สภาผู้แทนราษฎรเป็นผู้พิจารณาว่าการเวนคืนกรณีใดเป็นไปเพื่อการสาธารณูปโภคหรือการอื่นใดตามที่มิได้กฎหมายกำหนดหรือไม่ และได้ถือปฏิบัติเช่นนี้ต่อเนื่องมาตลอดแม้ภายหลังจากที่มีการรับรองการใช้อำนาจรัฐในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ไว้โดยเฉพาะในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492

การที่ระบอบกฎหมายไทยได้กำหนดให้การใช้อำนาจเวนคืนต้องกระทำในรูปของกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติที่ตราขึ้นเป็นการเฉพาะอีกฉบับหนึ่งทำให้เกิดคำถามเกี่ยวกับอำนาจในการตรวจสอบเนื้อหาของพระราชบัญญัติเวนคืนดังกล่าว โดยเฉพาะในกรณีที่สภาผู้แทนราษฎรได้ผ่านร่างพระราชบัญญัติที่ตราขึ้นเพื่อเวนคืนอสังหาริมทรัพย์แล้ว แต่ปรากฏข้อเท็จจริงหรือมีข้อโต้แย้งในภายหลังว่า การเวนคืนดังกล่าวมิได้มีเจตนาเป็นไปเพื่อการสาธารณูปโภคดังที่กล่าวอ้าง ปัญหาที่เกิดขึ้นมีว่าเจ้าของกรรมสิทธิ์หรือผู้ที่เกี่ยวข้องจะสามารถนำข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการใช้อำนาจเวนคืนของรัฐฟ้องต่อศาลเพิกถอนการเวนคืนตามที่ได้มีการตราพระราชบัญญัติเพื่อการนั้นจะทำได้หรือไม่ ในประเด็นดังกล่าวปรากฏคำพิพากษาของศาลฎีกาจำนวน 3 ฉบับ ได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1081/2494 ศาลฎีกาที่ 558/2496 และศาลฎีกาที่ 2214/2517 ที่ได้วางแนวทางการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐเพื่อเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ในกรณีที่ปรากฏว่ารัฐได้นำที่ดินที่เวนคืนไปใช้ไม่ตรงตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายกำหนดไว้⁶ โดยคำพิพากษาทั้งสามฉบับเป็นปัญหาที่เกี่ยวกับการเวนคืนที่ดินในโครงการก่อสร้างท่าเรือกรุงเทพโดยในบริเวณที่ก่อสร้างโครงการดังกล่าวที่ได้เวนคืนมาเมื่อปี พ.ศ. 2480 นั้น ปรากฏว่าได้มีการอนุญาตให้ใช้พื้นที่เพื่อก่อสร้างโรงงานฆ่าสัตว์ของกรมพลากิการทหารบก ด้วยเหตุว่าเป็นไปตามความประสงค์ที่จะให้มีโรงงานอุตสาหกรรมอันเป็นกิจการส่วนหนึ่งของกิจการท่าเรือตามโครงการก่อสร้างท่าเรือกรุงเทพอยู่แล้ว ต่อมาเมื่อกระทรวงอุตสาหกรรมได้รับโอนงานก่อสร้างโรงงานฆ่าสัตว์จากกรมพลากิการ

⁵ มาตรา 5 อสังหาริมทรัพย์ซึ่งรัฐบาลต้องการเพื่อกิจการใด ๆ อันเป็นสาธารณูปโภค หรือเพื่อการเหมืองแร่ นั้น เมื่อมิได้ตกลงในเรื่องการโอนไว้เป็นอย่างอื่น ท่านให้เวนคืนตามบทแห่งพระราชบัญญัตินี้

⁶ โปรดดู ศุภเชษฐ์ คุสุวรรณ (2540). ความชอบธรรมทางกฎหมายของการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ในระบบกฎหมายไทย. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. น. 286-300.

ทหารบกได้มีแนวคิดที่จะขยายพื้นที่โรงงานออกไปอีก เพราะรองรับพื้นที่สำหรับเลี้ยงสัตว์ ที่พักสัตว์ รวมถึงโรงงานทำวัตถุดิบได้จากสัตว์ที่ฆ่า จึงได้มีการตราพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่จะเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ เพื่อขยายเขตท่าเรือกรุงเทพ พ.ศ. 2485 และได้มีพระราชบัญญัติเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เพื่อขยายเขตท่าเรือกรุงเทพ พ.ศ. 2486 (พระราชบัญญัติเวนคืนเฉพาะ พ.ศ. 2486) เพื่อเวนคืนที่ดินเพิ่มเติมขยายต่อจากที่ดินที่เวนคืนมาโดยมีอาณาเขตติดต่อกับที่ดินที่กำลังก่อสร้างโรงงานเนื้อสัตว์ ซึ่งภายหลังจากที่มีการเวนคืนแล้วเสร็จ ทางราชการได้เข้าใช้ที่ดินที่เวนคืนนี้บางส่วน โดยการนำสัตว์มาเลี้ยง มีการสร้างที่พักสัตว์และที่ของคณงานซึ่งทำให้เจ้าของที่ดินที่ถูกเวนคืนได้นำความมาฟ้องต่อศาลเพื่อเรียกที่ดินของตนเองที่ถูกเวนคืนไว้ตามพระราชบัญญัติเวนคืนเฉพาะ พ.ศ. 2486

ในคดีตามคำพิพากษาฎีกาที่ 1081/2494 ศาลฎีกาได้พิจารณาในประเด็นการใช้ประโยชน์ในที่ดินพิพาทของจำเลยว่าเป็นไปตามวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืนตามพระราชบัญญัติเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ เพื่อขยายเขตท่าเรือกรุงเทพ พ.ศ. 2486 หรือไม่ ซึ่งข้อเท็จจริงปรากฏว่า ในส่วนของการสร้างโรงฆ่าสัตว์นั้น ไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของกิจการท่าเรือมาแต่ต้น กรมพลาธิการทหารบกเพียงแต่มาขอแบ่งใช้ที่ดินและเมื่อปรากฏว่าที่ดินมีไม่เพียงพอจึงได้มีการตราพระราชบัญญัติเวนคืนเฉพาะ พ.ศ. 2486 โดยอ้างว่าเพื่อขยายเขตท่าเรือกรุงเทพแต่วัตถุประสงค์ที่แท้จริงก็คือเพื่อขยายโรงงานเนื้อสัตว์ ดังนั้น แม้จำเลยจะได้ใช้ที่ดินพิพาทในการเลี้ยงสัตว์ปลูกที่พักสัตว์ สร้างเรือนคณงาน ก็ไม่ถือว่าเป็นการใช้ที่ดินเพื่อกิจการท่าเรืออันเป็นความประสงค์แห่งการเวนคืนแต่อย่างใด ดังนั้น เมื่อไม่มีการใช้ที่ดินของโจทก์ที่เวนคืนมาเกินกว่า 5 ปี โจทก์ก็ชอบที่จะเรียกที่ดินคืนได้

สำหรับกรณีตามคำพิพากษาฎีกาที่ 558/2496 นั้น เป็นการขอให้ศาลเพิกถอนการเวนคืนที่ดินของโจทก์ที่ถูกจำเลยเวนคืนไปตามพระราชบัญญัติเวนคืนเพื่อขยายเขตท่าเรือกรุงเทพ พ.ศ. 2486 โดยข้อเท็จจริงในคดีนี้ศาลอุทธรณ์ฟังมาเป็นที่ยุติว่ากิจการโรงงานเนื้อสัตว์เป็นการค้าไม่ใช่สาธารณูปโภค และโรงงานเนื้อสัตว์ไม่เป็นส่วนหนึ่งของกิจการท่าเรือ ดังนั้น จึงถือได้ว่า การเวนคืนของจำเลยมีวัตถุประสงค์

⁷ ศาลยังได้พิจารณาต่อไปอีกว่า แม้จำเลยจะยืนยันว่าความประสงค์ที่แท้จริงของการตราพระราชบัญญัติเวนคืนเฉพาะ พ.ศ. 2486 ก็เพื่อนำที่ดินมาขยายโรงงานเนื้อสัตว์ การเวนคืนในทำนองนี้ก็ย่อมเป็นการผิดกฎหมายเพราะขัดต่อพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พุทธศักราช 2477 เนื่องจากมิใช่การเวนคืนเพื่อกิจการอันเป็นสาธารณูปโภค ไม่สามารถกระทำได้ (ฎีกาที่ 1081/2494)

เพื่อขยายกิจการโรงงานฆ่าสัตว์อันมิใช่กิจการเพื่อสาธารณูปโภค ไม่ชอบด้วยพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พุทธศักราช 2477 ดังนั้นแม้พระราชบัญญัติเวนคืนเฉพาะ 2486 จะระบุว่าเป็นเวนคืนที่ดินเพื่อขยายเขตท่าเรืออันเป็นสาธารณูปโภค แต่เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าความจริงมีเจตนาเวนคืนเพื่อขยายกิจการโรงงานเนื้อสัตว์อันมิใช่สาธารณูปโภค การเวนคืนที่ดินของโจทก์ตามพระราชบัญญัติเฉพาะปี 2486 จึงไม่มีผลตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พุทธศักราช 2477 กรรมสิทธิ์ในที่ดินจึงไม่ตกมาเป็นของจำเลย

ในคำพิพากษาฎีกาที่ 2214/2517 เป็นข้อพิพาทที่เกิดขึ้นภายหลังจากที่ศาลฎีกามีคำพิพากษาฎีกาที่ 558/2496 โดยได้มีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2477 (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2495 เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมวัตถุประสงค์ของการเวนคืนตามที่กำหนดในมาตรา 5 ให้กว้างขวางยิ่งขึ้น โดยรวมถึงประโยชน์ของรัฐอย่างอื่นด้วย ต่อมา จึงได้มีการตราพระราชบัญญัติเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ ในท้องที่ตำบลคลองตันและตำบลพระโขนง อำเภอพระโขนง จังหวัดพระนคร พ.ศ. 2496 (พระราชบัญญัติเวนคืนเฉพาะ พ.ศ. 2496) เพื่อเวนคืนที่ดินของเจ้าของที่ดินรายเดิมอีกครั้งให้แก่การทำเรือ โดยอ้างว่ารัฐบาลมีความจำเป็นต้องใช้เพื่อประโยชน์ของรัฐ (อย่างอื่น) สำหรับจัดให้มีกิจการโรงงานฆ่าสัตว์ เจ้าของที่ดินจึงเป็นโจทก์ฟ้องการท่าเรือแห่งประเทศไทย ขอให้ศาลวินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติเวนคืนเฉพาะ พ.ศ. 2496 ที่เวนคืนที่ดินทั้ง 6 แปลง เป็นโมฆะ ไม่มีผลใช้บังคับ เพราะการดำเนินกิจการโรงฆ่าสัตว์นั้นเป็นกิจการที่เอกชนพึงกระทำตามธรรมดา การเวนคืนจึงมิใช่เพื่อกิจการอันเป็นสาธารณูปโภคหรือประโยชน์ของรัฐอย่างอื่น

ในประเด็นว่าการเวนคืนที่ดินเพื่อนำไปใช้ประกอบกิจการโรงงานเนื้อสัตว์เป็นกิจการอันเป็นสาธารณูปโภคหรือไม่นั้น ศาลฎีกายังคงยืนยันคำวินิจฉัยเดิมในคำพิพากษาฎีกาที่ 1081/2494 และที่ 558/2496 ที่ได้พิพากษาชี้ขาดไว้แล้วว่า กิจการฆ่าสัตว์เพื่อจำหน่ายเป็นการค้ามิใช่กิจการอันเป็นสาธารณูปโภค ส่วนในประเด็นว่าการดำเนินกิจการโรงงานเนื้อสัตว์เป็นประโยชน์ของรัฐอย่างอื่นหรือไม่ ข้อเท็จจริงปรากฏว่าการเวนคืนดังกล่าวมิได้เป็นไปเพื่อประโยชน์ของการท่าเรือแห่งประเทศไทย แต่กลับฟังได้ว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์ของเอกชนคือบริษัทสหสามัคคีค้าสัตว์จำกัด การเวนคืนจึงมิใช่เพื่อประโยชน์แห่งรัฐ ไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืน จึงไม่มีผลบังคับแก่ที่ดินของโจทก์

จากคำพิพากษาศาลฎีกาทั้ง 3 ฉบับข้างต้น อาจพิจารณาได้ว่าศาลยุติธรรมได้วางบรรทัดฐานและแนวทางในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐในการเวนคืนเพื่อเป็นหลักประกันสิทธิของประชาชนมิให้ถูกละเมิดโดยไม่มีเหตุอันสมควร โดยศาลจะพิจารณาตรวจสอบลงไปในเรื่องเท็จจริงที่เกิดขึ้นในคดีเพื่อสืบทราบเจตนาที่แท้จริงของการเวนคืนนั้นว่าถูกต้องตรงตามวัตถุประสงค์ที่ได้แถลงไว้ในพระราชบัญญัติเวนคืนเฉพาะที่ได้ตราขึ้นหรือไม่ หรือหากไม่ตรงกับวัตถุประสงค์ตามที่ปรากฏในพระราชบัญญัติเวนคืนเฉพาะนั้นแล้ว การเวนคืนดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ที่แท้จริงนั้นอยู่เป็นไปเพื่อการสาธารณูปโภคหรือการอื่นใดตามที่มิถูกกฎหมายกลางกำหนดหรือไม่

มีข้อสังเกตว่า ตามคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้น (ฎีกาที่ 558/2496 และฎีกาที่ 2214/2517) เป็นการขอให้ศาลวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติเวนคืนเฉพาะไม่มีผลใช้บังคับ เนื่องจากรัฐบาลไม่มีอำนาจเวนคืนตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืน พ.ศ. 2477 ทั้งที่ในช่วงเวลาที่มีการตราพระราชบัญญัติเวนคืนเฉพาะดังกล่าวประเทศไทยได้มีรัฐธรรมนูญ⁸ ที่กำหนดกรอบและเงื่อนไขในการใช้อำนาจเวนคืนไว้แล้ว ซึ่งการที่กล่าวอ้างว่าการตราพระราชบัญญัติเวนคืนเฉพาะขัดหรือแย้งกับวัตถุประสงค์การเวนคืนตามที่กฎหมายกำหนดก็ย่อมมีผลทำให้การตรากฎหมายดังกล่าวเป็นการดำเนินการที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญด้วย ซึ่งเป็นกรณีที่น่าจะเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชบัญญัติเวนคืนเฉพาะมากกว่า แต่การที่ศาลฎีกาได้วินิจฉัยว่าพระราชบัญญัติไม่ใช้บังคับ เพราะตราขึ้นโดยขัดหรือแย้งกับกฎหมายกลางว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติเช่นเดียวกัน ทำให้เกิดข้อวิจารณ์ว่าศาลยุติธรรมควรมีอำนาจเข้ามาตรวจสอบในเรื่องดังกล่าวหรือไม่ เนื่องจากไม่มีหลักเกณฑ์หรือทฤษฎีใดรองรับให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบให้พระราชบัญญัติซึ่งขัดหรือแย้งกับพระราชบัญญัติที่ตราขึ้นก่อนถือเป็นโมฆะหรือใช้บังคับไม่ได้มาก่อน โดยเฉพาะในฎีกาที่ 2214/2517 ซึ่งเป็นการวินิจฉัยภายหลังจากที่มีรัฐธรรมนูญวางเกณฑ์ในเรื่องการคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของประชาชนไว้แล้ว และได้เริ่มมีการสร้างกลไกให้องค์กรที่รับผิดชอบตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว⁹

⁸ มาตรา 34 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 และมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2495 แก้ไขเพิ่มเติม พุทธศักราช 2496

⁹ ศุภเชษฐ์ ศุภวรรณ, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5, น. 345-361.

ต่อมาเมื่อมีการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ โดยการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2530 ซึ่งมีการเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ที่สำคัญบางประการในกระบวนการภายหลังจากที่มีการตราพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่จะเวนคืนซึ่งโดยปกติเมื่อรัฐมีความจำเป็นต้องได้มาซึ่งที่ดินเพื่อการอันจำเป็นตามวัตถุประสงค์ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้แล้ว และจำเป็นต้องสำรวจเพื่อให้ทราบที่ดินที่ต้องได้มาโดยแน่ชัด เจ้าหน้าที่เวนคืนอาจเสนอฝ่ายบริหารให้มีการตราพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินที่จะเวนคืนเพื่อให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ในการเข้าไปในที่ดินและอสังหาริมทรัพย์ภายในแนวเขตที่ดินที่กำหนดจนทราบข้อเท็จจริงที่แน่ชัดก่อนที่จะเสนอให้มีการตราพระราชบัญญัติเวนคืนต่อไป อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติฯ ได้กำหนดอำนาจแก่เจ้าหน้าที่เวนคืนในระหว่างที่พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวมีผลใช้บังคับอยู่ นั้น ให้มีอำนาจตกลงซื้อขายและกำหนดจำนวนเงินค่าทดแทนอสังหาริมทรัพย์ที่จะต้องเวนคืนจากเจ้าของหรือผู้ครอบครองโดยชอบด้วยกฎหมายได้ เพื่อดำเนินการจัดซื้อและจ่ายค่าทดแทนอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวต่อไป¹⁰ โดยไม่จำเป็นต้องตราพระราชบัญญัติเวนคืนเฉพาะในทุกกรณีอย่างที่เคยปฏิบัติมาในอดีต

การแก้ไขเพิ่มเติมกระบวนการเวนคืนในประเด็นดังกล่าวส่งผลให้การตราพระราชกฤษฎีกาเพื่อกำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่จะเวนคืนนั้นมีบทบาทที่เปลี่ยนแปลงไป โดยแม้รัฐธรรมนูญจะได้วางหลักการไว้ว่า การเวนคืนจะกระทำมิได้เว้นแต่อาศัยอำนาจตามกฎหมาย แต่ในความเป็นจริงแล้ว การดำเนินการเวนคืนของรัฐนั้นไม่ได้จำเป็นว่าจะต้องมีการออกกฎหมายเฉพาะเพื่อการเวนคืนแต่ละครั้งเสมอไป ในขณะที่จำเป็นจะต้องมีการตรากฎหมายเฉพาะเพื่อให้อำนาจแก่รัฐในการเวนคืนนั้นก็มิใช่ฝ่ายปกครองจะเสนอให้มีการตราพระราชบัญญัติเวนคืนได้ทันที แต่ฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนที่มีพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนที่ตราขึ้นเป็นกฎหมายกลางในเรื่องนี้กำหนดไว้ก่อน ซึ่งต่อมาเมื่อมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยมีเจตนารมณ์เพื่อให้เป็นองค์กรที่มีอำนาจตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในรูปแบบต่าง ๆ ศาลปกครองจึงมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการออกพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินที่จะเวนคืน อันเป็น

¹⁰ พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2530 มาตรา 10

กระบวนการสำคัญที่ฝ่ายปกครองจะต้องดำเนินการก่อนที่จะเสนอให้มีตราพระราชบัญญัติเวนคืนเฉพาะ ดังนั้น หากเจ้าของที่ดินที่ถูกเวนคืนหรือประชาชนที่ได้รับผลกระทบจากการเวนคืนดังกล่าว เห็นว่าการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยการออกพระราชกฤษฎีกานั้นกระทำไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายก็อาจนำคดีฟ้องต่อศาลปกครองขอให้ศาลคำสั่งเพิกถอนพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวได้

(2) การปรับใช้หลักความได้สัดส่วนในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินที่จะเวนคืนของศาลปกครอง

ในการพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่ฝ่ายปกครองกระทำการออกพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ศาลปกครองจะพิจารณาตรวจสอบว่าพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้น ซึ่งอยู่ในความหมายของ “กฎ” ตามคำนิยามที่กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองฯ บัญญัติไว้นั้น เป็นกฎที่ออกโดยฝ่าฝืนเงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยจะดำเนินการตรวจสอบตามเหตุที่บัญญัติไว้ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ว่าการออกกฎดังกล่าวเป็นการกระทำโดยไม่ใช้อำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือเป็นการกระทำโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการ อันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือเป็นการกระทำโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบ

สำหรับคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.16/2545 เป็นกรณีที่เจ้าของที่ดินซึ่งได้รับความเดือดร้อนจากโครงการก่อสร้างทางหลวงแผ่นดินเพื่อเชื่อมต่อระหว่างสนามบินสุวรรณภูมิจังหวัด ได้นำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อให้วินิจฉัยว่าการตราพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่จะเวนคืนในกรณีดังกล่าวเป็นการออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยผู้ฟ้องคดีเห็นว่าแนวถนนในบริเวณที่จะเวนคืนฯ ช่วงเข้าตัวเมืองสุวรรณภูมิจังหวัดได้ยึดถือตามแนวถนนในเขตผังเมืองรวมเมืองสุวรรณภูมิจังหวัด ซึ่งเป็นตามที่คณะกรรมการร่วมสามฝ่ายจากส่วนราชการที่เกี่ยวข้อง อันได้แก่ กรมทางหลวง กรมการผังเมือง และจังหวัดสุวรรณภูมิจังหวัด ได้มีการประชุมหารือและมีมติร่วมกันไว้แล้ว ซึ่งในการวินิจฉัยประเด็นเนื้อหาของคดีนั้น ศาลปกครองสูงสุด ซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจตามมาตรา 11 (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ พิจารณาแล้วเห็นว่ากรณีที่ต้องวินิจฉัยว่า

พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวตราขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยมีการกำหนดประเด็นในการพิจารณาตามลำดับ โดยเริ่มต้นจากการตรวจสอบเงื่อนไขเกี่ยวกับกระบวนการออกพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวว่ามีอำนาจที่มีกฎหมายบัญญัติรองรับไว้แล้วหรือไม่ และต่อมาจึงเป็นการพิจารณาเกี่ยวกับเนื้อหาของพระราชกฤษฎีกาว่าตราขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ในการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของเนื้อหาของพระราชกฤษฎีกาที่เป็นคดีพิพาทข้างต้น เนื่องจากในคดีนี้ผู้ฟ้องคดีได้โต้แย้งการใช้ดุลพินิจของกรมทางหลวงในการคัดเลือกแนวถนนที่จะทำการก่อสร้างทางให้แตกต่างไปจากแนวถนนในเขตผังเมืองรวมเมืองสุราษฎร์ธานีนั้นเป็นการดำเนินการที่ไม่ถูกต้อง ศาลปกครองสูงสุดจึงได้วินิจฉัยตามประเด็นที่มีข้อโต้แย้งข้างต้นเพื่อตรวจสอบว่ากรมทางหลวงได้มีการใช้ดุลพินิจปรับเขตแนวถนนในบริเวณที่จะเวนคืนตามแผนที่ท้ายพระราชกฤษฎีกาเป็นไปโดยชอบแล้วหรือไม่

หากพิจารณาขั้นตอนในการดำเนินการเวนคืนตามกฎหมาย ไม่ว่าจะ เป็นกฎหมายกลางว่าด้วยการเวนคืน¹¹ หรือกฎหมายเฉพาะที่ให้อำนาจในการเวนคืนซึ่งในกรณีตามคดีนี้ได้แก่ มาตรา 68 วรรคหนึ่ง¹² แห่งพระราชบัญญัติทางหลวง พ.ศ. 2535 จะเห็นได้ว่า กฎหมายได้กำหนดให้เป็นดุลพินิจของฝ่ายบริหารในการวินิจฉัยว่าเมื่อใดจึงจะถือได้ว่าเป็นกรณีจำเป็นที่รัฐจะต้องเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เพื่อการตามรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้รวมถึงในการเวนคืนเพื่อการดังกล่าวสมควรจะต้องดำเนินการในบริเวณใด มีขนาดและตำแหน่งของพื้นที่ที่จะเวนคืนเป็นเท่าใด โดยเมื่อฝ่ายบริหารพิจารณาแล้วเห็นสมควรที่จะต้องมีการเวนคืนที่ดินและจำเป็นต้องสำรวจเพื่อให้ทราบที่ดินที่ต้องได้มาโดยแน่ชัด จึงต้องเสนอให้มีการตราพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินที่จะเวนคืนพร้อมทั้งระบุรายละเอียดเกี่ยวกับการเวนคืนไว้ในพระราชกฤษฎีกาด้วย ดังนั้นเมื่อมีการตราพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินที่จะ

¹¹ พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2530 มาตรา 5 เมื่อรัฐมีความจำเป็นที่จะต้องได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์เพื่อกิจการใด ๆ อันจำเป็นเพื่อการอันเป็นสาธารณูปโภคหรือการอันจำเป็นในการป้องกันประเทศ หรือการได้มาซึ่งทรัพยากรธรรมชาติ หรือเพื่อการผังเมือง หรือเพื่อการพัฒนาการเกษตร หรือการอุตสาหกรรม หรือเพื่อการปฏิรูปที่ดิน หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น ถ้ามิได้ตกลงในเรื่องการโอนไว้เป็นอย่างอื่น ให้ดำเนินการเวนคืนตามบทแห่งพระราชบัญญัตินี้

¹² มาตรา 68 เมื่อมีความจำเป็นที่จะต้องได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์เพื่อสร้างหรือขยายทางหลวง ถ้ามิได้ตกลงในเรื่องการโอนไว้เป็นอย่างอื่น ให้ดำเนินการเวนคืนตามกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์

เวนคืนขึ้นยอมถือได้ว่าฝ่ายบริหารได้ใช้อำนาจดุลพินิจตัดสินใจว่าเป็นกรณีที่เหมาะสม จะกระทำการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์แล้ว

สำหรับกรณีตามคำพิพากษา ศาลปกครองได้พิจารณาตามข้อเท็จจริง วัตถุประสงค์ของโครงการและกระบวนการใช้ดุลพินิจของกรมทางหลวงที่ได้นำไปสู่ การปรับแก้เขตถนนให้แตกต่างกันไปจากเขตถนนตามในเขตผังเมืองรวมเมือง สุราษฎร์ธานีซึ่งเมื่อปรากฏว่าในขั้นตอนการสำรวจวางแผนในสนามนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (กรมทางหลวง) ได้เสนอผลการศึกษาถึงความไม่เหมาะสมทางเศรษฐศาสตร์และ วิศวกรรมศาสตร์ของแนວถนนผังเมืองรวม เนื่องจากแนວถนนของผังเมืองรวม มีเขตทาง 30 เมตร ในขณะที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ต้องการเขตทาง 80 เมตร โดยศาล ได้เปรียบเทียบผลกระทบที่จะเกิดขึ้นระหว่างการเวนคืนตามแนວถนนของผังเมืองรวม จะมีอาคารสิ่งปลูกสร้างถูกเวนคืนประมาณ 170 หลัง ซึ่งต้องจ่ายค่าเวนคืนประมาณ 150 ล้านบาท กับผลกระทบที่จะเกิดขึ้นจากการเวนคืนตามแนวทางที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 กำหนด จะมีอาคารสิ่งปลูกสร้างประมาณ 49 หลัง จ่ายค่าเวนคืนประมาณ 76 ล้านบาท ดังนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีจึงปรับแนວถนนตามความเหมาะสม โดยคำนึงถึงหลักแห่ง ความได้สัดส่วน เพื่อให้การจำกัดสิทธิเสรีภาพมีผลกระทบต่อประโยชน์ส่วนตัวของ เอกชนแต่ละคนเป็นไปเพียงเท่าที่จำเป็นต่อการรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชน ทั้งนี้ เพื่อให้การแก้ไขปัญหาต่าง ๆ เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล ให้มากที่สุด ดังนั้น การกำหนดเขตที่ดินของกรมทางหลวงจึงไม่เป็นการขัดหรือ ไม่ถูกต้องตามกฎหมายแต่อย่างใด การออกพระราชกฤษฎีกาฉบับพิพาทจึงชอบด้วย กฎหมายแล้ว

จากแนวคำพิพากษาข้างต้น จะเห็นได้ว่า ศาลปกครองสูงสุดได้นำ “หลักความได้สัดส่วน” มาใช้ในการตรวจสอบควบคุมว่าฝ่ายปกครองได้ใช้ดุลพินิจ กำหนดเขตที่ดินที่จะเวนคืนโดยคำนึงถึงหลักการแล้วหรือไม่ ซึ่งหลักดังกล่าวนั้น แม้มิได้ระบุไว้เป็นเงื่อนไขแห่งความชอบด้วยกฎหมายที่ศาลปกครองจะต้องพิจารณา ตรวจสอบตามมาตรา 9 (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ แต่แท้จริงแล้ว หลักดังกล่าวเป็นหลักกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญ และถือว่าเป็นหลักการย่อย ที่สำคัญของหลักนิติรัฐที่เรียกร้องให้การใช้อำนาจขององค์กรเจ้าหน้าที่รัฐซึ่งก้าวล่วง เข้าไปในแดนสิทธิเสรีภาพของเอกชน ต้องกระทำเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ¹³

¹³ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ (2554). กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป. กรุงเทพฯ : นิติราษฎร์, น. 58

หลักความได้สัดส่วน (หรือหลักความพอสมควรแก่เหตุ) เป็นหลักการพื้นฐานที่เป็นข้อจำกัดอำนาจกระทำการที่ฝ่ายปกครองมีอยู่ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดฉบับใดฉบับหนึ่ง โดยถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ต้องใช้บังคับแก่การใช้อำนาจรัฐกระทำการที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในทุกกรณี ไม่ว่าจะมิใช่กฎหมายบัญญัติรับรองหลักดังกล่าวไว้โดยชัดแจ้งหรือไม่ก็ตาม

ในทางตำรา¹⁴ หลักความได้สัดส่วน (หรือหลักความพอสมควรแก่เหตุ) มีสาระสำคัญประกอบด้วยข้อเรียกร้องหรือหลักการย่อย ๆ สามหลักการ ได้แก่

หลักความสัมฤทธิ์ผล¹⁵ (Principle of Appropriateness) ซึ่งบังคับว่า ผู้ใช้อำนาจรัฐต้องใช้วิจารณญาณเลือกออกมาตรการที่สามารถดำเนินการให้วัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ซึ่งได้แก่ การคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะสำเร็จลุล่วงไปได้เท่านั้น

หลักความจำเป็น (Principle of Necessity) หมายความว่า ในบรรดามาตรการหลาย ๆ มาตรการ ที่สามารถดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์หรือกฎหมายได้ ผู้ใช้อำนาจรัฐต้องตัดสินใจเลือกมาตรการที่มีความรุนแรงน้อยที่สุด

หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in the Narrow Sense) เป็นหลักการที่เรียกร้องให้เกิดดุลยภาพ (Balance) ขึ้นระหว่างความเสียหายอันจะเกิดขึ้นแก่บุคคลและหรือแก่สังคม โดยส่วนรวมกับประโยชน์อันมหาชนจะพึงได้รับจากการดำเนินการให้เป็นไปตามมาตรการใดมาตรการหนึ่งที่ผู้ใช้อำนาจรัฐออกมาใช้บังคับ

เมื่อพิจารณาสาระสำคัญของหลักความได้สัดส่วนและหลักย่อยทั้งสามประการแล้ว จะเห็นได้ว่า ในการดำเนินการขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เพื่อให้สอดคล้องกับหลักรัฐธรรมนูญดังกล่าว จำเป็นต้องพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างเครื่องมือทางกฎหมาย (การออกกฎ หรือคำสั่งทางปกครอง) ที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเลือกใช้ และวัตถุประสงค์ของการกระทำนั้นในบริบทของข้อเท็จจริง

¹⁴ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ (2565). ข้อความคิดและหลักกฎหมายพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง. กรุงเทพฯ : วิญญูชน. น. 49-50.

¹⁵ บางตำราใช้ว่า “หลักความเหมาะสม”, ดูบรรเจิด สิงคะเนติ. (2562). หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. กรุงเทพฯ: วิญญูชน. น. 293-294.

ที่เกิดขึ้น โดยมีขั้นตอนในการพิจารณาเรียงตามลำดับ 4 ขั้นตอน¹⁶ ได้แก่ (1) การค้นหาวัตถุประสงค์ของการกระทำทางปกครองและการตรวจสอบว่า วัตถุประสงค์ของการกระทำนั้นเป็นวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ (2) การพิจารณาว่ามาตรการที่เลือกเป็นมาตรการที่สามารถบรรลุวัตถุประสงค์ที่ต้องการได้หรือไม่ ซึ่งเป็นไปตาม “หลักความสัมฤทธิ์ผล” (3) การพิจารณาว่ามาตรการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องการนั้นเป็นมาตรการที่จำเป็นหรือไม่ ซึ่งเป็นการพิจารณาตาม “หลักความจำเป็น” และ (4) การพิจารณาว่ามาตรการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ที่องค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องการและเป็นมาตรการที่จำเป็นนั้น เป็นมาตรการที่พอสมควรแก่เหตุหรือไม่ ซึ่งเป็นการพิจารณาในขั้นตอนสุดท้าย โดยเป็นไปตาม “หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ” ที่บังคับให้ฝ่ายปกครองต้องชั่งน้ำหนักประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับจากมาตรการนั้นกับประโยชน์ที่ปัจเจกชนต้องสูญเสียไปหรือต้องแบกรับว่าอยู่ในสถานะที่ยอมรับได้หรือไม่

หากพิจารณาตามคำพิพากษาดังกล่าว จะเห็นได้ว่าเป็นกรณีศาลได้เข้าไปตรวจสอบถึงการดำเนินการระบวนการพิจารณาของกรมทางหลวงว่ามีเหตุผลความจำเป็นอย่างไรจึงนำไปสู่การตัดสินใจปรับเขตแนวถนนซึ่งแม้ว่าศาลจะไม่ได้มีกำหนดหรือให้เหตุผลว่าการใช้ดุลพินิจของกรมทางหลวงนั้นสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนในแต่ละหลักการย่อยเป็นลำดับขั้นตอนอย่างไร แต่ก็มีกรให้รายละเอียดพอสมควรเกี่ยวกับข้อที่สมควรต้องนำมาพิจารณาเพื่อวินิจฉัยว่าองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ปฏิบัติตามหลักความได้สัดส่วนหรือไม่ เช่น การเปรียบเทียบผลกระทบที่จะเกิดขึ้นระหว่างการเวนคืนตามแนวถนนเดิมและตามแนวถนนที่ได้ปรับปรุงใหม่ โดยพิจารณาจากจำนวนอาคารสิ่งปลูกสร้างถูกเวนคืนและงบประมาณที่รัฐต้องใช้ในการดำเนินการ ซึ่งเป็นการพิจารณาตามหลักความจำเป็นที่กำหนดให้ผู้ใช้อำนาจรัฐต้องตัดสินใจเลือกมาตรการที่มีความรุนแรงน้อยที่สุด

(3) แนวคำพิพากษาศาลตามกฎหมายฝรั่งเศส

ในระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ศาลเป็นองค์กรสำคัญที่มีบทบาทในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจรัฐในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์โดยมิชอบ โดยเฉพาะในการตรวจสอบว่าการเวนคืนของฝ่ายปกครองนั้นเป็นกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ ซึ่งในการ

¹⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 12. น. 59-62.

พิจารณาว่ากรณีใดจะถือว่าเป็นการเวนคืนเพื่อประโยชน์สาธารณะนั้น สภาแห่งรัฐ (Conseil d'Etat) ในฐานะศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้วางบรรทัดฐานไว้ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1971 ในคดีที่ชื่อว่า Ville Nouvelle Est¹⁷ ซึ่งคำพิพากษาดังกล่าวได้วางหลักกฎหมายสำคัญที่ยังคงมีผลอยู่จนกระทั่งปัจจุบัน

สำหรับข้อเท็จจริงในคดีนี้สืบเนื่องจากรัฐบาลมีโครงการที่จะพัฒนาพื้นที่ทางทิศตะวันออกของเมืองลิล (Lille) ให้เป็นเมืองใหม่ ซึ่งมีลักษณะพิเศษคือเป็นเมืองมหาวิทยาลัยที่นักศึกษาและประชาชนทั่วไปใช้ชีวิตอยู่ร่วมกัน โดยในบริเวณเมืองจะประกอบด้วยอาคารเรียนและสิ่งอำนวยความสะดวกของมหาวิทยาลัยเพื่อรองรับนักศึกษาประมาณ 30,000 คน รวมทั้งบริเวณที่พักอาศัยสำหรับประชาชนประมาณ 25,000 คน และในการก่อสร้างโครงการดังกล่าว รัฐบาลมีความจำเป็นต้องเวนคืนที่ดินและสิ่งปลูกสร้างซึ่งเป็นอาคารบ้านเรือนของประชาชนจำนวนประมาณ 250 หลังคาเรือน และแม้ว่าต่อมาจะได้มีการปรับแผนการก่อสร้างทำให้บ้านเรือนที่ได้รับผลกระทบมีจำนวนลดลงแล้ว แต่ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการก่อสร้างเมืองใหม่ซึ่งได้รวมตัวจัดตั้งเป็นสมาคมก็ยังไม่พอใจและได้ยื่นคำร้องต่อศาลขอให้เพิกถอนประกาศของรัฐมนตรีที่รับรองประโยชน์สาธารณะของโครงการดังกล่าวเนื่องจากเป็นประกาศที่ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะมิได้เป็นกรณีที่จำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ (utilité publique)

ในประเด็นว่าโครงการที่จำเป็นต้องเวนคืนที่ดินเพื่อดำเนินการนั้นเป็นกรณีเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ สภาแห่งรัฐได้วางหลักการวินิจฉัยไว้ว่าการจะประกาศให้โครงการใดเป็นโครงการที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะนั้น จะกระทำไดก็ต่อเมื่อผลเสียที่เกิดขึ้นจากโครงการนั้น ไม่ว่าจะป็นทรัพย์สินของเอกชนที่ได้รับผลกระทบ งบประมาณที่ใช้ดำเนินการ หรือผลเสียหายอื่น ๆ ในทางสังคม ไม่มากเกินกว่าประโยชน์ที่ได้รับ¹⁸ โดยเมื่อพิจารณาตามเอกสารหลักฐาน

¹⁷ CEAss. 28 mai 1971, Ministre de l'équipement et du logement c/ Fédération de défense des personnes concernées par le projet actuellement dénommé « Ville nouvelle Est »

¹⁸ « Une opération ne peut être légalement déclarée d'utilité publique que si les atteintes à la propriété privée, le coût financier, les inconvénients d'ordre social, la mise en cause de la protection et de la valorisation de l'environnement, et l'atteinte éventuelle à d'autres intérêts publics qu'elle comporte, ne sont pas excessifs eu égard à l'intérêt qu'elle présente ».

ที่ปรากฏในคดีแล้ว ศาลเห็นว่าการที่ฝ่ายปกครองจำเป็นที่จะต้องเวนคืนสิ่งปลูกสร้างที่เป็นที่อยู่อาศัยของประชาชนในบริเวณดังกล่าวก็เนื่องมาจากความจำเป็นที่ต้องการให้พื้นที่ก่อสร้างอาคารเรียนไม่อยู่แยกต่างหากออกไปจากบริเวณที่อยู่อาศัย ซึ่งเมื่อพิจารณาในภาพรวมของโครงการแล้ว เห็นว่าไม่ได้มีผลถึงขนาดทำให้โครงการดังกล่าวกลายเป็นโครงการที่มีได้ดำเนินการเพื่อประโยชน์สาธารณะแต่อย่างใด และได้พิพากษาให้ยกฟ้อง

จากคำพิพากษาข้างต้น จะเห็นได้ว่า ศาลปกครองฝรั่งเศสได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ในการพิจารณาว่าการเวนคืนเป็นกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ โดยจะเป็นการพิจารณาลงไปในรายละเอียดของผลกระทบหรือความเสียหายที่เกิดขึ้นจากตัวโครงการในแง่มุมต่าง ๆ เพื่อชั่งน้ำหนักกับประโยชน์ที่จะเกิดต่อสาธารณะให้อยู่ในระดับที่พอเหมาะพอควร

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส การตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในการเวนคืนนั้นสามารถกระทำได้โดยการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง เพื่อขอให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง (Recours pour excès de pouvoir) ซึ่งผู้มีส่วนได้เสียเห็นว่าฝ่ายปกครองได้กระทำไปโดยมิชอบ และขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมดังกล่าว โดยคดีที่เกิดขึ้นโดยมากจะเป็นกรณีการขอให้ศาลเพิกถอนประกาศประเภทหนึ่งซึ่งเรียกว่าประกาศประโยชน์สาธารณะ¹⁹ (Déclaration d'utilité publique : DUP) ซึ่งเป็นประกาศที่ฝ่ายปกครองออกเมื่อได้ตรวจสอบในเบื้องต้นแล้วว่าเหตุที่ฝ่ายปกครองต้องการจะเวนคืนอสังหาริมทรัพย์นั้นเป็นกรณีที่เป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ²⁰

การที่ประมวลกฎหมายเวนคืนฝรั่งเศสได้กำหนดขั้นตอนให้ต้องมีการออกประกาศ DUP เพื่อรับรองเหตุและความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะของการโครงการก่อนที่จะมีการดำเนินการเวนคืนในแต่ละคราวนั้นก็เพื่อให้สอดคล้องกับเงื่อนไขเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิในทรัพย์สิน (La propriété) ของบุคคลซึ่งเป็นสิทธิที่มีการ

¹⁹ Code de l'expropriation pour cause d'utilité publique, Art. L121-1

²⁰ ในทางกฎหมายปกครอง DUP มักถูกยกเป็นตัวอย่างของนิติกรรมทางปกครองซึ่งมิใช่ “กฎ” (actéréglementaire) แต่มีลักษณะพิเศษต่างจาก “คำสั่งทางปกครอง” (acte individuel) ที่มุ่งบังคับกับบุคคลใดบุคคลหนึ่งในทางตำราเรียกคำสั่งทางปกครองประเภทพิเศษ (actesui generis) นี้ว่า “คำสั่งทางปกครองทั่วไป” (acte non réglementaire) หรือ “คำสั่งทางปกครองเฉพาะกรณี” (décision d'espèce) ในประเด็นนี้ โปรดดู R. Chapus, Droit administratif général, tome 2, 15e éd., p.724.

ประกาศรับรองไว้ตามรัฐธรรมนูญ โดยข้อ 17²¹ แห่งปฏิญญาสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ปี ค.ศ. 1789 (Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789) ซึ่งมีศักดิ์เป็นกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญ กำหนดเงื่อนไขในการเวนคืนทรัพย์สินของบุคคลไว้ให้กระทำได้ก็ต่อเมื่อเป็นกรณีเพื่อเหตุจำเป็นสาธารณะ (nécessité publique) ตามที่มีกฎหมายรับรองไว้ (légalement constatée) เท่านั้น อย่างไรก็ตาม ปรากฏว่ามีบทบัญญัติใดในกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ให้คำนิยามของ “เหตุจำเป็นสาธารณะ” ไว้อย่างชัดเจน ในประมวลกฎหมายเวนคืนของฝรั่งเศสเองที่กำหนดเงื่อนไขให้การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จะกระทำได้ก็แต่ในกรณีเพื่อประโยชน์สาธารณะ²² (utilité publique) นั้น ก็ได้ให้คำนิยามคำว่า “ประโยชน์สาธารณะ” ไว้เป็นการทั่วไป หรือมีการยกตัวอย่างว่ากรณีใดบ้างจะเข้าลักษณะเป็น “ประโยชน์สาธารณะ” ในลักษณะทำนองเดียวกับบทบัญญัติเกี่ยวกับกฎหมายเวนคืนของประเทศไทย ซึ่งหากพิจารณาโดยผิวเผินแล้ว ดูเหมือนว่าหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญจะประสงค์ให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องเป็นผู้ตรวจสอบรับรองว่ากรณีใดจะถือเป็นเหตุที่อันสมควรที่รัฐจะสามารถใช้อำนาจเวนคืนได้บ้าง แต่ในความเป็นจริงแล้ว บทบาทของฝ่ายนิติบัญญัติกลับมีอยู่ค่อนข้างจำกัด เพราะนอกจากกฎหมายเฉพาะบางเรื่องที่ได้ตราขึ้นโดยมีการระบุเหตุที่อนุญาตให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจเวนคืนไว้โดยชัดแจ้งแล้ว การดำเนินการเวนคืนโดยทั่วไปจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนที่ประมวลกฎหมายเวนคืนกำหนดไว้ ซึ่งตามบทบัญญัติดังกล่าวยอมรับให้หน่วยงานที่เวนคืนและรับผิดชอบโครงการจะต้องใช้ดุลพินิจพิจารณาว่า กิจกรรมหรือโครงการที่เป็นเหตุให้ต้องมีการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เพื่อนำมาใช้ดำเนินการนั้นจะเข้าลักษณะเป็นกรณีเพื่อ “ประโยชน์

²¹ Déclaration des droits de l’homme et du citoyen de 1789, art. 17 ; « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n’est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l’exige évidemment, et sous la condition d’une juste et préalable indemnité »

²² Code de l’expropriation pour cause d’utilité publique, Art. L1 ; « L’expropriation, en tout ou partie, d’immeubles ou de droits réels immobiliers ne peut être prononcée qu’à la condition qu’elle réponde à une utilité publique préalablement et formellement constatée à la suite d’une enquête et qu’il ait été procédé, contradictoirement, à la détermination des parcelles à exproprier ainsi qu’à la recherche des propriétaires, des titulaires de droits réels et des autres personnes intéressées ».

สาธารณะ” หรือไม่²³

ในอดีต เมื่อมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับดุลพินิจของฝ่ายปกครองเกี่ยวกับการพิจารณา “ประโยชน์สาธารณะ” ของโครงการที่จะต้องเวนคืน ศาลปกครองฝรั่งเศสจะพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการเวนคืนว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์ส่วนรวม²⁴ (intérêt général) หรือไม่ โดยหากปรากฏว่าวัตถุประสงค์ที่ฝ่ายปกครองอ้างคืออ้างเป็นเหตุในการเวนคืนนั้นเป็นการดำเนินการเพื่อประโยชน์แก่ส่วนรวม ศาลก็ถือว่าการเวนคืนดังกล่าวเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะแล้ว โดยจะไม่มี การพิจารณา ลงไปถึงบริบทหรือรายละเอียดข้อเท็จจริงของโครงการเพื่อวิเคราะห์ถึงผลกระทบ หรือประโยชน์ที่ประชาชนจะได้รับจากการเวนคืนแต่อย่างใด วิธีการตีความ “ประโยชน์สาธารณะ” แบบนามธรรม²⁵ (appréciation abstraite de l'utilité publique) ที่ศาลปกครองฝรั่งเศสได้นำมาใช้ในระยะแรกนั้นแม้จะสอดคล้องหลักกฎหมายปกครองทั่วไป ที่เห็นว่าศาลไม่มีอำนาจเข้าไปก้าวล่วงหรือตรวจสอบความเหมาะสมในการใช้ดุลพินิจในการดำเนินการเวนคืนอันเป็นเรื่องที่อยู่ในอำนาจของฝ่ายบริหาร แต่แนวคำพิพากษาดังกล่าวก็ได้ส่งผลให้มีการขยายขอบเขตการเวนคืนเพื่อประโยชน์สาธารณะไปอย่างกว้างขวาง เพราะเพียงแต่สามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าวัตถุประสงค์ของการเวนคืนที่ประสงค์จะดำเนินการนั้นเข้าข่ายเป็นไปเพื่อประโยชน์แก่ประชาชน หรือสังคมโดยรวมก็ถือได้ว่าเป็นการเวนคืนที่มีวัตถุประสงค์เพื่อ “ประโยชน์สาธารณะ” ตามที่กฎหมายรัฐธรรมนูญกำหนดไว้

การจำกัดอำนาจในการตรวจสอบประโยชน์สาธารณะของศาลปกครองฝรั่งเศสทำให้เกิดข้อวิจารณ์ในหมู่นักวิชาการเป็นอย่างมาก ประกอบกับเมื่อสภาพแวดล้อมทางเศรษฐกิจและสังคมได้เปลี่ยนแปลงไปทำให้ภาครัฐจำเป็นต้องมีการลงทุนก่อสร้างโครงการที่เกี่ยวกับโครงสร้างพื้นฐานที่มีขนาดใหญ่และเกี่ยวข้องกับประชาชนจำนวนมาก ซึ่งหากปล่อยให้มีการดำเนินการเวนคืนโดยไม่มีการตรวจสอบอย่างถี่ถ้วน อาจส่งผลกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินจนยากที่จะแก้ไขเยียวยาได้

²³ R. Hostiou, « Propriété privée et action publique. Le droit de l'expropriation en France : entre permanence et changement », RDI 2016, para. 7.

²⁴ ตัวอย่างคำพิพากษา โปรดดู Y. Gaudemet, Traité de droit administratif – Droit administratif des biens, Tome 2, LGDJ, 13e éd., 2008, p.371.

²⁵ R. Chapus, Droit administratif général, tome 2, 15e éd., p.743.

ดังที่ปรากฏในคำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดี²⁶ ในคดี Ville Nouvelle Est ซึ่งเห็นว่าเนื่องจากในสถานการณ์ได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม การเวนคืนมิใช่เป็นเพียงการที่ฝ่ายรัฐจะใช้อำนาจมหาชนเพื่อดำเนินการโดยอ้างเหตุแห่งประโยชน์มหาชนในการเวนคืนกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินจากฝ่ายเอกชนเท่านั้น แต่เป็นการที่ฝ่ายรัฐและฝ่ายเอกชนต้องคำนึงถึงผลประโยชน์จากหลายส่วนควบคู่กัน ซึ่งในบางครั้งก็อาจเป็นไปได้ว่าในกระบวนการตัดสินใจของภาครัฐจะให้น้ำหนักแก่ผลประโยชน์ของภาคเอกชนมากกว่าโดยไม่ได้คำนึงถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นแก่ประโยชน์ส่วนรวมอย่างเพียงพอ การตรวจสอบของศาลจึงไม่อาจพิจารณาจากลักษณะของโครงการว่าเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ แต่จะต้องมีการชั่งน้ำหนักระหว่างข้อดีข้อเสีย ต้นทุนในการดำเนินการกับผลประโยชน์ที่จะได้รับ เพื่อพิจารณาว่าแท้จริงแล้วการเวนคืนที่ฝ่ายรัฐกล่าวอ้างนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่

ด้วยเหตุผลดังกล่าว คดี Ville Nouvelle Est จึงเป็นคดีที่มีความสำคัญ เพราะเป็นคำพิพากษาฉบับแรกที่ศาลปกครองฝรั่งเศสได้ยกระดับความเข้มข้นของการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของประกาศ DUP ของฝ่ายปกครอง โดยยอมรับให้ศาลสามารถพิจารณาไปถึงสภาพข้อเท็จจริงและผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นอย่างเป็นรูปธรรม (contrôle in concreto) มิได้จำกัดเฉพาะเหตุเวนคืนตามที่มีการแถลงหรือรายงานในเอกสาร ซึ่งก็เพื่อที่ศาลจะได้วิเคราะห์หรือชั่งน้ำหนักได้ว่าการเวนคืนดังกล่าวมีผลดีหรือผลเสียเป็นอย่างไร หากดำเนินการไปแล้วจะก่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชนหรือสังคมในวงกว้าง หรือเป็นโครงการที่ต้องใช้เงินลงทุนจำนวนมาก ไม่ได้สัดส่วนกับประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับ กรณีดังกล่าวย่อมไม่อาจถือได้ว่าเป็นการเวนคืนเพื่อประโยชน์สาธารณะที่อาจดำเนินการได้โดยชอบด้วยกฎหมาย

ทฤษฎีการชั่งน้ำหนัก²⁷ (théorie du bilan coût-avantages) ดังที่ปรากฏเป็นหลักการในคำพิพากษาในคดี Ville Nouvelle Est ได้กลายเป็นบรรทัดฐานสำคัญของการตรวจสอบประโยชน์สาธารณะของศาลปกครองในเวลาต่อมา โดยเป็นหนึ่งในองค์ประกอบของประเด็นคำถามที่สภาแห่งรัฐจะพิจารณาเสมอในการ

²⁶ Conclusions du G. Braibant, CE Ass. 28 mai 1971, Ville Nouvelle Est, GAJA, Dalloz, 2021, 23^e éd., n° 77, p.561.

²⁷ R.Hostiou, « Propriété privée et action publique. Le droit de l'expropriation en France : entre permanence et changement », RDI 2016, para. 7

ตรวจสอบว่าการเวนคืนนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่²⁸ ซึ่งประกอบด้วย

(๑) การเวนคืนนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือไม่

(๒) การเวนคืนนั้นจำเป็นหรือไม่ กล่าวคือ ฝ่ายปกครองสามารถใช้วิธีการอื่นเพื่อให้บรรลุเป้าประสงค์ของโครงการนั้นโดยไม่ต้องเวนคืนได้หรือไม่ เช่น ฝ่ายปกครองสามารถใช้ทรัพย์สินที่ตนมีอยู่แล้วเพื่อนำไปใช้ดำเนินโครงการได้หรือไม่

(๓) การเวนคืนนั้นได้สัดส่วนหรือไม่ โดยเป็นการชั่งน้ำหนักเพื่อดูว่าผลกระทบที่เกิดขึ้นจากการเวนคืน ทั้งในแง่ทรัพย์สินที่ถูกเวนคืน จำนวนเงินที่ต้องใช้ดำเนินโครงการ รวมทั้งผลกระทบต่อสังคมในมิติต่าง ๆ ไม่มากจนเกินสมควรเมื่อเทียบกับผลประโยชน์ที่ฝ่ายปกครองคาดว่าจะได้รับจากการเวนคืนนั้น

จากบรรทัดฐานดังกล่าว อาจกล่าวได้ว่า ระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้วางกลไกให้องค์กรศาลปกครองเป็นผู้วางกติกากำหนดหลักเกณฑ์ในการพิจารณาเงื่อนไขสำคัญของการใช้อำนาจเวนคืน อันได้แก่ การเวนคืนนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อการอันเป็นประโยชน์สาธารณะหรือไม่ โดยศาลได้คิดค้นกระบวนการในการตรวจสอบการดำเนินการของฝ่ายปกครองในเรื่องนี้ไว้โดยเฉพาะ ซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แตกต่างไปจากกระบวนการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองอื่นที่ศาลถือปฏิบัติอยู่แต่เดิม ซึ่งหากพิจารณาในมุมมองของการคุ้มครองสิทธิของประชาชน ก็พอจะรับฟังได้ว่าการวางบรรทัดฐานดังกล่าวเรื่องที่มีความจำเป็นเพื่อเป็นหลักประกันว่าสิทธิในทรัพย์สินของประชาชนจะไม่ถูกละเมิดจากการเวนคืนโดยรัฐด้วยเหตุผลอันไม่สมควร แต่ในอีกแง่มุมหนึ่งแนวคำพิพากษาดังกล่าวก็ทำให้ศาลต้องเข้าไปตรวจสอบความเหมาะสม (l'opportunité) ของการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการใช้อำนาจเวนคืน²⁹ ซึ่งทำให้เกิดข้อกังวัลว่าจะเป็นการขยายอำนาจของศาลจนกว้างขวางจนเกินไปจนเป็นการก้าวก่ายภารกิจของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะในกรณีที่ศาลเห็นว่า การเวนคืนที่ฝ่ายปกครองเสนอนั้นไม่มีเหตุผลสมควรว่าเป็นการเวนคืนเพื่อประโยชน์สาธารณะและทำให้การเสนอโครงการนั้นไม่สามารถดำเนินการต่อไปได้

²⁸ CE, 19 oct. 2012, Commune de Levallois-Perret.

²⁹ R.Hostiou, « Propriété privée et action publique. Le droit de l'expropriation en France : entre permanence et changement », RDI 2016, para. 12.

อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาผลของคำพิพากษาในคดีที่มีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับเงื่อนไขความเป็นประโยชน์สาธารณะการเวนคืนที่เกิดขึ้นนับแต่คดี Ville Nouvelle Est จนกระทั่งปัจจุบัน พบว่าคำพิพากษาส่วนใหญ่จะเป็นกรณีที่ศาลพิพากษาให้ยกฟ้อง ส่วนคำพิพากษาที่ให้เพิกถอนประกาศ DUP ซึ่งมีอยู่เป็นส่วนน้อยนั้น เมื่อวิเคราะห์ตามลักษณะของโครงการตามคำพิพากษาดังกล่าวแล้วพบว่ามักเป็นโครงการขนาดกลางหรือขนาดเล็ก มิใช่โครงการลงทุนขนาดใหญ่ที่มีความสำคัญในระดับชาติหรือเป็นโครงการที่ดำเนินการตามนโยบายหลักของรัฐบาล³⁰ เช่น โครงการที่เกี่ยวกับการทหาร การก่อสร้างโรงไฟฟ้านิวเคลียร์ การก่อสร้างทางพิเศษ หรือรถไฟความเร็วสูง³¹

ในแง่หนึ่ง อาจพิจารณาได้ว่า ศาลปกครองฝรั่งเศสได้พยายามใช้อำนาจในการตรวจสอบตามทฤษฎีซึ่งนำหนักอย่างระมัดระวัง และการที่ศาลได้วางบรรทัดฐานในการตรวจสอบไว้ก็เป็นส่วนหนึ่งที่จะช่วยให้ฝ่ายปกครองมีกรอบในการทำงานที่ชัดเจนและพยายามควบคุมการใช้ดุลพินิจของตนให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ศาลกำหนดเพื่อหลีกเลี่ยงมิให้การเสนอโครงการของตนต้องถูกเพิกถอนหรือประสบปัญหาอันจะทำให้เกิดความยุ่งยากตามมา แต่ในมุมมองของนักวิชาการที่สนับสนุนแนวคิดการตรวจสอบประโยชน์สาธารณะอย่างเข้มข้นนั้น การบังคับใช้ทฤษฎีซึ่งนำหนักของศาลปกครองนั้นยังเรียกได้อีกว่าน่าผิดหวัง³² เพราะยังไม่อาจยกระดับการตรวจสอบเงื่อนไขประโยชน์สาธารณะให้เป็นเครื่องมือในการคุ้มครองสิทธิของประชาชนได้อย่างแท้จริง

ข้อวิจารณ์ข้างต้นได้นำไปสู่ข้อเรียกร้องของนักวิชาการบางส่วน³³ ที่ต้องการให้ยกระดับมาตรฐานการตรวจสอบเงื่อนไขประโยชน์สาธารณะให้เข้มข้นขึ้นไปอีก โดยเฉพาะในการพิจารณาว่าการเวนคืนนั้นเป็นกรณีที่มีความจำเป็นหรือไม่

³⁰ R. Chapus, *Droit administratif général*, tome 2, 15^e éd., p.750.

³¹ โครงการขนาดใหญ่ที่เคยถูกพิพากษาเพิกถอนประกาศ DUP เช่น โครงการทางหลวงที่เชื่อมระหว่างเมือง Annemasse และ Thonon-les-Bains (Projet d'autoroute transchablaisienne) โดยศาลให้เหตุผลในเรื่องความจำเป็นและต้นทุนการก่อสร้างที่ต้องใช้เงินจำนวนมาก, CE, Ass., 28 mars 1997, *Association contre le projet de l'autoroute transchablaisienne*

³² P. Wachsmann, « Un bilan du bilan en matière d'expropriation : la jurisprudence Ville Nouvelle Est », in *Mélanges J. Waline*, Dalloz, 2002, p.733.

³³ B. Seiller, « Pour un contrôle de la légalité extrinsèque des déclarations d'utilité publique », *AJDA* 2003, p. 1472 ; D.Labetoulle, « La jurisprudence Ville Nouvelle Est cinquante ans après », *RFDA* 2021, p.299.

โดยเห็นว่าศาลไม่ควรดูแลเพียงว่าทางเลือกที่เสนอนั้นพอเหมาะพอควร (l'adéquation du choix) แก่เป้าหมายของโครงการที่ประสงค์จะดำเนินการหรือไม่ แต่ควรเข้าไปตรวจสอบถึงดุลพินิจในการตัดสินใจเกี่ยวกับหลักการของโครงการด้วยว่าเป็นทางเลือกที่เหมาะสมที่สุดแล้วหรือไม่ หรือมีทางเลือกอื่นที่เหมาะสมกว่าจะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของฝ่ายปกครองได้ การตรวจสอบความเหมาะสมของดุลพินิจของฝ่ายปกครองในลักษณะนี้ หรือที่เรียกว่าการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายภายนอก (contrôle de la légalité extrinsèque) นั้น แม้จะยังมีสถานะเป็นแต่เพียงข้อเสนอในทางวิชาการและยังไม่ได้รับการยอมรับจากศาลปกครองฝรั่งเศส³⁴ แต่นักวิชาการบางท่าน³⁵ ก็คาดการณ์ไว้ว่าด้วยแนวทางการวินิจฉัยปัจจุบันของศาลก็มีแนวโน้มที่จะพัฒนาการไปสู่การตรวจสอบในระดับที่เข้มข้นตามแนวทางดังกล่าวได้ เพราะแม้ว่าที่ผ่านมาศาลจะพยายามจำกัดขอบการใช้อำนาจของตนมิให้ก้าวล่วงหรือชี้แนะว่าฝ่ายปกครองควรจะดำเนินการอย่างไร แต่การจะพิจารณาได้ว่ากิจกรรมหรือโครงการเวนคืนตามที่ฝ่ายปกครองเสนอนั้นว่ามีความจำเป็นมากน้อยเพียงใด ศาลก็จำเป็นต้องพิเคราะห์ในข้อเท็จจริงเกี่ยวกับทางเลือกต่าง ๆ ที่ฝ่ายปกครองมีอยู่ เพื่อให้บรรลุเป้าประสงค์ตามที่ตนต้องการ เช่น การตรวจสอบว่าฝ่ายปกครองมีที่ดินแปลงอื่นที่ฝ่ายปกครองมีอยู่แล้วและสามารถนำมาใช้งานได้หรือมีทางเลือกอื่นในการดำเนินการที่จำให้ไม่ต้องเวนคืนหรือไม่³⁶ หรือในกรณีที่ผู้ร้องอาจจะโต้แย้งเกี่ยวกับแนวเขตหรือการจัดวางโครงการพร้อมทั้งเสนอให้พิจารณาว่าบริเวณแนวเขตที่เหมาะสมนั้นควรเป็นเช่นไร ศาลก็ต้องนำข้อต่อสู้ดังกล่าวมาพิจารณาเปรียบเทียบกับเส้นทางหรือแนวเขตที่ฝ่ายปกครองเสนอ³⁷ เพื่อตรวจสอบว่าเส้นทางหรือแนวเขตที่ต้องการจะเวนคืนนั้นเป็นทางเลือกที่ก่อให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุดแล้วหรือไม่ ซึ่งหากพิจารณาแต่โดยเนื้อหาสาระแล้วย่อมเห็นได้ว่าคำถามต่าง ๆ เหล่านี้ล้วนแต่เป็นสิ่งที่ศาลนำมาใช้เป็นข้อพิจารณาอยู่แล้วในการชั่งน้ำหนักประโยชน์สาธารณะ

³⁴ CE 17 oct. 2013, Collectif des élus qui doutent de la pertinence de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes, AJDA 2013. 2550, note R. Hostiou.

³⁵ H. Hoepffner « Chronique de droit public », Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, vol. 43, no. 2, 2014, p.182.

³⁶ CE, 30 nov. 1974, Époux Thony et Hartmann- Six, Rec. T. 1009, concl. D. Labetoulle

³⁷ CE, 5 avr. 2002, ADEG.

3. สรุปบรรทัดฐานการใช้อำนาจรัฐในการเวนคืนของตามรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติรับรองให้รัฐมีอำนาจในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ของเอกชนไว้ โดยต้องอาศัยอำนาจตามกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติตราขึ้นเพื่อการตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น ในขณะที่ปฏิญญาสิทธิมนุษยชนและพลเมืองปี ค.ศ. 1789 ซึ่งมีศักดิ์เป็นกฎหมายในระดับรัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐฝรั่งเศสกำหนดเงื่อนไขในการเวนคืนทรัพย์สินของบุคคลไว้ให้กระทำได้อีกต่อเมื่อเป็นกรณีเพื่อเหตุจำเป็นสาธารณะ (nécessité publique) ตามที่มีกฎหมายรับรองไว้ ซึ่งในประมวลกฎหมายเวนคืนของฝรั่งเศสซึ่งเป็นกฎหมายกลางในเรื่องดังกล่าวได้กำหนดเงื่อนไขในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ว่าจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ (utilité publique) ซึ่งจะเห็นได้ว่ารัฐธรรมนูญของทั้งสองประเทศมีบทบัญญัติที่ให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของเอกชนไว้คล้ายคลึงกัน โดยมีข้อยกเว้นให้รัฐสามารถจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลโดยวิธีการเวนคืนได้เฉพาะในกรณีที่รัฐมีเหตุผลหรือความจำเป็นอย่างยิ่งเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น

อย่างไรก็ดี การจะพิจารณาว่ากรณีใดเป็นการใช้อำนาจรัฐเวนคืน “เพื่อประโยชน์สาธารณะ” หรือไม่ นั้น มิได้มีการบัญญัตินิยามหรือขอบเขตความหมายไว้อย่างชัดเจน ซึ่งก็คงเนื่องมาจากตามหลักที่รัฐธรรมนูญได้วางไว้ที่กำหนดให้การเวนคืนจะกระทำได้อีกแต่โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายฝ่ายนิติบัญญัติจึงมีอำนาจในการควบคุมและตรวจสอบได้โดยตรงว่าร่างกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อเวนคืนนั้นเป็นกรณีเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ แต่หากพิจารณาในข้อกฎหมายและแนวทางปฏิบัติที่เกี่ยวข้องกับการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์แล้วจะเห็นได้ว่า ฝ่ายนิติบัญญัติของไทยและของฝรั่งเศสมีบทบาทในเรื่องนี้อยู่ค่อนข้างจำกัด โดยมีการการตรากฎหมายกลางเพื่อกำหนดกระบวนการและขั้นตอนในการเวนคืน ยอมรับให้หน่วยงานที่เวนคืนและรับผิดชอบโครงการเป็นผู้ใช้ดุลพินิจพิจารณาว่า การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ที่ฝ่ายปกครองจะดำเนินการนั้นเป็นกรณีที่มีความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือไม่ โดยมีองค์กรศาล ได้แก่ ศาลปกครองไทย และสภาแห่งรัฐฝรั่งเศสเป็นองค์กรที่มีส่วนสำคัญในการควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์

ในระบบกฎหมายไทย คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ พ.16/2545 ถือเป็นคำพิพากษาศาลชั้นต้นที่ได้วางบรรทัดฐานเกี่ยวกับการเวนคืนเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยได้นำ “หลักความได้สัดส่วน” ซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในรัฐธรรมนูญ มาปรับใช้เพื่อควบคุมและตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐให้เป็นไปเพียงเท่าที่จำเป็นต่อการรักษาไว้ซึ่งประโยชน์มหาชน โดยไม่เป็นการสร้างความเสียหายหรือกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลซึ่งรัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครองจนเกินสมควรโดยหลักดังกล่าวถือเป็นหนึ่งในเงื่อนไขที่ศาลปกครองสูงสุดกำหนดขึ้นเพื่อวินิจฉัยว่าพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินที่จะเวนคืนที่เกิดเป็นข้อพิพาทนั้นตรารัฐขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ดังจะเห็นได้จากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.109/2551 กรณีที่มีผู้ฟ้องคดีโต้แย้งว่าการออกพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่จะเวนคืนเพื่อขยายเขตทางบริเวณทางแยกและเพื่อการมองเห็นเพื่อความปลอดภัยของผู้ใช้เส้นทางของแขวงทางหลวงสระบุรี กรมทางหลวง เป็นการกำหนดแนวเขตถนนด้านที่ดินของผู้ฟ้องโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นการสร้างภาระให้แก่ผู้ฟ้องคดีเกินสมควร ซึ่งศาลพิจารณแล้วเนื่องจากมีความจำเป็นต้องเวนคืนที่ดินของผู้ฟ้องคดีบางส่วนเพื่อขยายพื้นที่สำหรับการปรับปรุงทางแยกให้สอดคล้องกับการขยายถนนทางหลวงเส้นทางหลัก ซึ่งเมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดี (กรมทางหลวง) ได้ดำเนินการปรับลดระยะการมองเห็นโดยคำนึงถึงหลักวิชาด้านวิศวกรรมเพื่อปลอดภัยของผู้ใช้ทางและปรากฏว่ามีกรณีเวนคืนเฉพาะบริเวณสวนของผู้ฟ้องคดีเท่านั้นแสดงให้เห็นว่าได้มีการพิจารณาประโยชน์สาธารณะเข้ากับประโยชน์ของผู้ฟ้องคดีโดยคำนึงถึงความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีพึงจะได้รับประกอบกับความจำเป็นที่จะต้องมีการขยายแนวเขตทางแล้ว การกำหนดเขตที่ดินที่จะเวนคืนของกรมทางหลวงจึงไม่เป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นและไม่เป็นการสร้างภาระให้แก่ผู้ฟ้องคดีจนเกินสมควรและเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว พิพากษายกฟ้อง

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.36/2560 ศาลได้วินิจฉัยกรณีที่ผู้ฟ้องว่าการใช้อำนาจของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์เสนอให้ตราพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินที่จะเวนคืนเพื่อประโยชน์แก่การชลประทานตามโครงการพัฒนาลุ่มน้ำตาปี-พุมดวง จังหวัดสุราษฎร์ธานี เป็นไปโดยมิชอบด้วย

กฎหมาย โดยในประเด็นการกำหนดเขตที่ดินที่จะเวนคืนนั้น โดยเมื่อคำนึงถึงผลประโยชน์ตามพระราชกฤษฎีกาฉบับนี้เปรียบเทียบกับความเสียหายที่มีผลกระทบต่อผู้ฟ้องคดีทั้งหนึ่งร้อยสิบคนแล้วจะเห็นได้ว่าหากต้องดำเนินการเพื่อรักษาสถาปัตยกรรมของผู้ฟ้องคดีทั้งหนึ่งร้อยสิบคนก็จะเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะ ประกอบกับผู้ฟ้องคดีย่อมมีสิทธิได้รับการเยียวยาความเสียหายจากการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวตามเงื่อนไขของกฎหมาย การตราพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวจึงไม่เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบและขัดกับเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการชลประทานหลวงฯ แต่อย่างใด พิพากษายกฟ้อง

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ.11/2561 ผู้ฟ้องคดีโต้แย้งว่าการตราพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินที่จะเวนคืนเพื่อดำเนินโครงการของกรุงเทพมหานครในการก่อสร้างเส้นทางลัดจากถนนเพชรบุรีตัดใหม่ผ่านซอยศูนย์วิจัยเชื่อมต่อถนนพระรามเก้านั้นเป็นการดำเนินการโดยมิชอบด้วยกฎหมาย เพราะโครงการดังกล่าวไม่สามารถแก้ไขปัญหาการจราจรได้ และยังเป็นภาระเอื้อประโยชน์แก่เอกชนเป็นการเฉพาะราย อีกทั้งการกำหนดแนวเขตที่จะก่อสร้างกว้างเกินความจำเป็นและไม่มีความจำเป็นต้องเวนคืน ซึ่งศาลได้พิจารณาข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการเวนคืนที่พิพาทแล้วเห็นว่า แนวเขตถนนที่จะก่อสร้างนั้นจะส่งผลกระทบต่อประชาชนทำให้ต้องรื้อถอนทิ้งหลัง ย่อมก่อให้เกิดผลกระทบมาก และเมื่อพิจารณาถึงประโยชน์ที่จะได้รับจากการดำเนินโครงการดังกล่าว นอกจากจะทำให้ประชาชนทั่วไปได้รับประโยชน์จากทางเชื่อมดังกล่าวเป็นทางลัดผ่านเข้าออกระหว่างถนนเพชรบุรีตัดใหม่และถนนพระรามเก้าแล้ว ยังทำให้ประชาชนผู้มาใช้บริการโรงพยาบาลกรุงเทพได้รับความสะดวกด้วย โดยกรุงเทพมหานครได้ออกแบบถนนให้มีความกว้างประมาณ 8 เมตร ซึ่งถือว่ามีความสอดคล้องกับความจำเป็นตามสภาพเศรษฐกิจสังคมในการอยู่อาศัยร่วมกันของชุมชนเมือง จึงวินิจฉัยว่า การใช้ดุลพินิจในการเลือกกำหนดแนวเขตที่จะทำการก่อสร้างถนนและดำเนินการเวนคืนที่ดินอันเป็นข้อพิพาทในคดีนี้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการเวนคืนที่อยู่บนพื้นฐานของเหตุผลความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะเป็นสำคัญ การตราพระราชกฤษฎีกาฉบับพิพาทจึงชอบด้วยกฎหมายแล้ว พิพากษายกฟ้อง

กล่าวโดยสรุป ศาลปกครองไทยได้ยอมรับและนำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้ ในการควบคุมการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ซึ่งต้อง อยู่บนพื้นฐานของเหตุผลความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ ซึ่งในการพิจารณาว่า การเวนคืนที่ดินที่รัฐมีความจำเป็นที่จะต้องได้มาเพื่อการอันจำเป็นหรือเพื่อประโยชน์ สาธารณะนั้น ศาลมิได้ตรวจสอบแต่เพียงว่าการเวนคืนนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินการ ในกิจการเพื่อประโยชน์สาธารณะตามที่รัฐธรรมนูญฯ หรือกฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น แต่ศาลจะพิจารณาถึงข้อเท็จจริงในการดำเนินการของแต่ละโครงการที่มีการเวนคืน ด้วยว่า การกำหนดบริเวณหรือเขตที่ดินที่จะเวนคืนที่ปรากฏตามพระราชกฤษฎีกา กำหนดเขตที่ดินที่จะเวนคืนนั้นฝ่ายปกครองได้ดำเนินการโดยคำนึงถึงหลักความได้ สัดส่วนหรือไม่ ซึ่งศาลจะวินิจฉัยตาม “หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ” กล่าวคือ ศาลจะชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับจากการเวนคืนที่ดิน ตามพระราชกฤษฎีกากับความเสียหายหรือผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นแก่เอกชนเจ้าของ ที่ดินที่ถูกเวนคืน โดยหากศาลพิจารณาแล้วมีหลักฐานที่สนับสนุนหรือชี้ให้เห็นว่า การเวนคืนที่ดินที่พิพาทนั้นจะนำไปสู่ผลประโยชน์ต่อประชาชนหรือสังคมโดยรวม เป็นสำคัญ โดยไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชนเจ้าของที่ดินที่ถูกเวนคืนจนมาก จนเกินสมควรแล้ว การใช้อำนาจในการกำหนดเขตที่ดินที่จะเวนคืนตามพระราชกฤษฎีกา ย่อมเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย

ในแง่กฎหมายเปรียบเทียบ บรรทัดฐานคำพิพากษาของศาลปกครองไทย ถือได้ว่ามีมาตรฐานการให้ความคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินที่มีความเป็นสากล โดยมี หลักการและแนวคิดที่สอดคล้องกับแนวคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐของฝรั่งเศส ในคดี Ville Nouvelle Est เป็นคดีแรกที่สภาแห่งรัฐได้นำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ เพื่อควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เพื่อดำเนิน โครงการสาธารณะใด ๆ ให้ต้องอยู่ภายใต้เหตุผลและความจำเป็นเพื่อประโยชน์สาธารณะ (utilité publique) การปรับใช้หลักดังกล่าวในคดีเวนคืนหรือที่รู้จักกันในอีกชื่อหนึ่งว่า “ทฤษฎีการชั่งน้ำหนัก” (théorie du bilan coût-avantages) เรียกร้องให้ศาลยกระดับ ความเข้มข้นในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการตราประกาศ DUP ของฝ่ายปกครอง โดยต้องพิจารณาถึงบริบทหรือรายละเอียดข้อเท็จจริงของโครงการ ในมิติต่าง ๆ เพื่อชั่งน้ำหนักระหว่างข้อดีข้อเสีย ความเสียหาย หรือต้นทุนในการ

ดำเนินการโครงการ เทียบกับผลประโยชน์ที่ประชาชนหรือสังคมโดยรวมจะได้รับ เพื่อให้แน่ใจว่าการเวนคืนนั้นเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างแท้จริง โครงการใดที่ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า ผลกระทบหรือความเสียหายที่จะเกิดขึ้น ไม่ว่าจะเป็นที่ทรัพย์สินของเอกชนที่ได้รับผลกระทบ งบประมาณที่ใช้ดำเนินการ หรือผลเสียหายนอื่น ๆ ในทางสังคม รวมกันแล้วเป็นสัดส่วนมากเกินกว่าประโยชน์ที่ส่วนรวมจะได้รับ การเวนคืนนั้นย่อมมิใช่การเวนคืนเพื่อประโยชน์สาธารณะ

อย่างไรก็ดี แม้ศาลปกครองไทยจะมีแนวคำพิพากษาที่ชัดเจนเป็นบรรทัดฐานเกี่ยวกับแนวทางการใช้อำนาจเวนคืนที่ต้องเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนแต่การที่ศาลจะนำหลักดังกล่าวมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงให้เป็นที่ยอมรับและเป็นการให้ความเป็นธรรมแก่ผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่ายนั้นเป็นเรื่องที่ไม่ง่ายนัก ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างในกรณีของประเทศฝรั่งเศส แม้สภาแห่งรัฐจะได้วางหลักการวินิจฉัยประโยชน์สาธารณะตามทฤษฎีการชั่งน้ำหนักไว้ในคดี Ville Nouvelle Est ตั้งแต่เมื่อปี ค.ศ. 1971 ซึ่งนับเป็นเวลาเกินกว่า 50 ปีแล้ว แต่ปัญหาดังกล่าวก็ยังคงเป็นที่ถกเถียงกันอย่างมากแวดวงวิชาการด้านกฎหมาย ทั้งฝ่ายที่เห็นว่าแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐการยังไม่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ในการเป็นเครื่องมือในการคุ้มครองสิทธิของประชาชนได้อย่างแท้จริง โดยมีข้อเสนอกับที่ต้องการให้ศาลยกระดับ “ดีกรี” การตรวจสอบให้เข้มข้นขึ้นอีก แต่ในขณะเดียวกันก็มีข้อกังวลว่าหากศาลตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครองตามทฤษฎีชั่งน้ำหนักอย่างเข้มข้นเกินไปอาจทำให้ถูกมองว่า ศาลตีความขยายอำนาจของตนจนเป็นการก้าวท้าวหรือใช้อำนาจในทางบริหารแทนรัฐบาลได้

ด้วยสภาพแวดล้อมทางเศรษฐกิจและสังคมในปัจจุบันภาครัฐยังคงมีภารกิจที่สำคัญในการขับเคลื่อนเศรษฐกิจและยกระดับคุณภาพชีวิตของประชาชน โดยการจัดให้มีบริการสาธารณะในด้านต่าง ๆ อย่างทั่วถึงและมีประสิทธิภาพ การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เพื่อก่อสร้างหรือพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานจึงเป็นมาตรการทางกฎหมายที่มีความจำเป็นและมีส่วนสำคัญต่อการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศ แต่โดยที่การใช้อำนาจเวนคืนของรัฐมีผลเป็นการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลและอาจส่งผลกระทบต่อประชาชนและสังคมในมิติต่าง ๆ โดยมีอาจหลีกเลี่ยงได้ รัฐธรรมนูญฯ จึงได้บัญญัติเงื่อนไขการใช้อำนาจเวนคืนของรัฐให้กระทำ “เพียงเท่าที่จำเป็น” เพื่อการดำเนินกิจการที่เป็นประโยชน์สาธารณะตามที่กำหนดและได้สัดส่วน

พอเหมาะแก่กรณีการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้³⁸ ศาลปกครองไทยในฐานะองค์กรที่มีอำนาจในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจเวนคืนของรัฐจึงมีภารกิจที่ท้าทายในการแสวงหาและพัฒนาแนวทางการปรับใช้ “หลักความได้สัดส่วน” โดยคำนึงถึงบริบททางเศรษฐกิจและสังคมของประเทศเพื่อให้บรรลุเจตนารมณ์ในการเสริมสร้างให้เกิดดุลยภาพ (Balance) ระหว่างผลประโยชน์หรือผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นทั้งต่อส่วนรวมและต่อผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่ายอย่างพอเหมาะ อันจะเป็นหลักประกันสำคัญว่ารัฐจะไม่ใช้อำนาจเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ของเอกชนไปในทางที่ละเมิดหรือจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองโดยไม่มีเหตุผลอันสมควร

³⁸ ศาลรัฐธรรมนูญได้อธิบายหลักการสำคัญดังกล่าวไว้ในคำวินิจฉัยที่ 21-28/2563 โดยสรุปความตอนหนึ่งว่า “รัฐธรรมนูญรับรองและคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของบุคคล อย่างไรก็ตาม ประโยชน์ของรัฐย่อมมีความสำคัญเหนือกว่าประโยชน์ส่วนบุคคล รัฐธรรมนูญยอมให้รัฐจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลได้โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย และยอมให้รัฐมีอำนาจเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ได้ต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนด หากรัฐมีความจำเป็นที่ต้องใช้ทรัพย์สินนั้นเพื่อการตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ต้องกระทำโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย และต้องใช้ค่าทดแทนที่เป็นธรรม โดยการเวนคืนต้องกระทำเท่าที่จำเป็น ได้สัดส่วนพอเหมาะแก่กรณีการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองไว้”

ดัชนีค้นคำ

การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์	200, 201, 202, 203, 205, 207, 208, 209, 210, 214, 217, 223, 225, 226
ผู้ทรงสิทธิ	201
การใช้อำนาจรัฐ	200, 202, 205, 208, 213, 214, 223
หลักความได้สัดส่วน	202, 210, 213, 214, 216, 224, 226, 227, 228
คำสั่งทางปกครอง	202, 213
วัตถุประสงค์แห่งการเวนคืน	206, 207
การใช้ดุลพินิจ	210, 211, 212, 214, 218
ประโยชน์สาธารณะ	220, 221, 225, 226

บรรณานุกรม

หนังสือ

จิรวัดน์ สุริยะโชติชยางกุลและอิสร์กุล อุณหเกตุ (2557). โครงการวิเคราะห์กฎหมายที่มีผลใช้บังคับอยู่ พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2530. (สำนักส่งเสริมวิชาการรัฐสภา : สถาบันพระปกเกล้า).

ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ (2526). กฎหมายและการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม. พิมพ์ครั้งที่ 4. (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยรามคำแหง)

บรรเจิด สิงคะเนติ. (2562). หลักพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิเสรีภาพ และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์. กรุงเทพฯ: วิญญูชน.

วรเจตน์ ภาคีรัตน์ (2554). กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป. กรุงเทพฯ : นิติราษฎร์.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ (2565). ข้อความคิดและหลักกฎหมายพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง. กรุงเทพฯ : วิญญูชน.

วิทยานิพนธ์

ศุภเชษฐ์ คุสุวรรณ (2540). ความชอบธรรมทางกฎหมายของการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ในระบบกฎหมายไทย. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

หนังสือภาษาต่างประเทศ

R. Chapus, Droit administratif général, tome 2, 15^e éd., 2001.

Y. Gaudemet, Traité de droit administratif–Droit administratif des biens, Tome 2, LGDJ, 13^e éd., 2008.

บทความภาษาต่างประเทศ

B. Seiller, « Pour un contrôle de la légalité extrinsèque des déclarations d'utilité publique », AJDA 2003.

D. Labetoulle, « La jurisprudence Ville Nouvelle Est cinquanteans après », RFDA 2021.

H. Hoepffner « Chronique de droit public », Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel, vol. 43, no. 2, 2014.

P. Wachsman, « Un bilan du bilan en matière d'expropriation : la jurisprudence Ville Nouvelle Est », in Mélanges J. Waline, Dalloz, 2002.

R. Hostiou, « Propriété privée et action publique. Le droit de l'expropriation en France : entre permanence et changement », RDI 2016.

เสรีภาพในการประกอบอาชีพ

ปรัชญา เจียสกุล
สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

ก. หลักทฤษฎี

1. ความน่า

การหาเลี้ยงชีพเป็นส่วนหนึ่งของการดำรงชีวิตของมนุษย์มาตั้งแต่ดึกดำบรรพ์ มีวิวัฒนาการจากการเก็บหาของป่า การล่าสัตว์ พัฒนามาเป็นการทำการเกษตรกรรมที่มีการแบ่งงานกันทำและพัฒนาความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านจนกลายเป็นการ “ประกอบอาชีพ” อย่างที่เรารู้จักกัน ในที่สุดการประกอบอาชีพจึงมิได้เป็นเพียงปัจจัยดำรงชีพของปัจเจก แต่ยังเป็นส่วนสำคัญของการอยู่ร่วมกันในสังคมที่แบ่งงานตามความถนัดและความเชี่ยวชาญ ถือเป็นรากฐานของระบบเศรษฐกิจที่ทุก ๆ สังคมต่างให้ความสำคัญ ดังปรากฏให้เห็นผ่านกลไกต่าง ๆ ที่ถูกสร้างขึ้นเพื่อรองรับและคุ้มครองรากฐานดังกล่าวไว้

หนึ่งในกลไกที่ใช้กันอย่างแพร่หลายได้แก่กลไกทางกฎหมาย โดยหากพิจารณาวิวัฒนาการของกฎหมายมหาชนและกฎหมายระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชน จะเห็นได้ว่า “การประกอบอาชีพ” เป็นองค์ประกอบสำคัญที่ได้รับการรับรองไว้ในหลากหลายบริบท ไม่ว่าจะเป็นการรับรองสิทธิที่จะมีงานทำ (right to work)¹ ซึ่งมีลักษณะเป็นการรักษาความยุติธรรมทางสังคม² การคุ้มครองผู้ที่ประกอบอาชีพ

¹ Article 6 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights (ICESCR), ดู Nicolas Bueno, From the Right to Work to Freedom from Work, Introduction to the Human Economy, International Journal of Comparative Labour Law 2017, p.463-487

² สิทธิในการทำงาน เป็นสิทธิทางสังคมและเศรษฐกิจประเภทหนึ่ง ซึ่งเกิดขึ้นเพื่อรับประกันว่าผู้ด้อยโอกาสในสังคมมีมาตรฐานการดำรงชีวิตในสังคมไม่ต่ำไปกว่ามาตรฐานที่ควรจะเป็น ทั้งนี้ เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพ (หรือสิทธิในเสรีภาพ) ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ เป็นประโยชน์กับประชาชนทุกส่วน มิใช่เพียงประชาชนที่มีโอกาสสูงกว่าเท่านั้น โดยปัจจุบันสิทธิทางสังคมและเศรษฐกิจ มิได้ถูกบัญญัติให้เป็น “สิทธิ” ที่ประชาชนจะเรียกร้องจากรัฐได้ แต่มักถูกบัญญัติไว้ในหมวดว่าด้วย “แนวนโยบายแห่งรัฐ” แทน, ดู วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “สิทธิมนุษยชนกับสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ”, ใน: รัฐธรรมนูญ 60 : 60 ปี สมคิด เลิศไพฑูรย์ รวมบทความทางวิชาการ เนื่องในโอกาสครบ 60 ปี ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์, โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2562, หน้า 86

จากการถูกเลือกปฏิบัติ (protection on discrimination)³ ซึ่งมีลักษณะเป็นการคุ้มครองปัจเจก หรือการคุ้มครองเสรีภาพในการเลือกประกอบอาชีพ (freedom of choice)⁴ ซึ่งอยู่บนพื้นฐานแนวคิดปัจเจกนิยมและประสิทธิภาพของกลไกตลาด

ในรัฐธรรมนูญของไทยมีการรับรอง “เสรีภาพในการประกอบอาชีพ” เป็นหนึ่งในสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานมาตั้งแต่ปี 2475 มีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองปัจเจกมิให้รัฐล่วงเข้าไปจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้โดยไร้เหตุผลทั้งนี้ “เสรีภาพในการประกอบอาชีพ” ที่รัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองนี้มีขอบเขตเช่นไร และการกระทำเช่นไรเข้าข่ายเป็นการจำกัดเสรีภาพดังกล่าว ย่อมต้องพิจารณาจากถ้อยบัญญัติ ความมุ่งหมาย และการตีความรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งบรรทัดฐานที่องค์กรตุลาการได้วางไว้สำหรับเสรีภาพในการประกอบอาชีพดังกล่าว

โดยที่ศาลรัฐธรรมนูญไทยได้มีคำวินิจฉัยบรรทัดฐานเกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพแล้วหลายกรณี ซึ่งสามารถใช้เป็นแนวทางสำหรับตีความขอบเขตความคุ้มครองของรัฐธรรมนูญ จึงสมควรที่จะยกคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทยที่เป็นบรรทัดฐานสำคัญสำหรับเสรีภาพในการประกอบอาชีพขึ้นอธิบาย ทั้งนี้ เพื่อให้ผู้อ่านเข้าใจบริบทของคำวินิจฉัยดังกล่าว ผู้เขียนจะขออธิบายหลักทฤษฎีของเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามกฎหมายรัฐธรรมนูญไทยโดยสรุป โดยศึกษาเทียบเคียงกับรัฐธรรมนูญเยอรมัน (กฎหมายพื้นฐานสำหรับสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี หรือ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland)⁵ ในฐานะที่เป็นรัฐธรรมนูญฉบับหนึ่งที่เป็นแม่แบบในการร่างรัฐธรรมนูญของหลายประเทศ ตลอดจนมีอิทธิพลต่อการพัฒนาหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญในประเทศเหล่านั้นด้วย

2. ขอบเขตความคุ้มครองของเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ในแต่ละเรื่องมีขอบเขตความคุ้มครองที่แตกต่างกัน ซึ่งความแตกต่างดังกล่าวไม่เพียงสะท้อนอยู่ในภารกิจของสิทธิเสรีภาพ⁶ แต่ยังสะท้อนอยู่ในเงื่อนไขของการจำกัดสิทธิเสรีภาพ⁷ ที่อาจ

³ Article 2 of the ICESCR, ดู Nicolas Bueno, อ่างแล้วในเชิงบรรทัดที่ 1, p.467

⁴ Article 6 of the ICESCR

⁵ ต่อจากนี้ ใช้ “รัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG)”

⁶ สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานประเภทต่าง ๆ มีภารกิจและลักษณะของการคุ้มครองที่แตกต่างกัน โดยสิทธิฯ บางประเภทมีลักษณะเป็นสิทธิที่ปัจเจกยกขึ้นใช้ทางศาลได้เอง (subjektives Recht) ซึ่งยัง

มีความต่างกันได้ตามลักษณะและความเป็นมาของสิทธิเสรีภาพฯ ในแต่ละเรื่อง ทั้งนี้ หากพิจารณาแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน หรือ das deutsche Bundesverfassungsgericht⁸ เทียบเคียงแล้ว เห็นได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ไม่เพียงแต่จะให้ความสำคัญกับการระบุประเภทของสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่ศาลฯ ยกขึ้นวินิจฉัย แต่ยังให้ความสำคัญกับการกำหนดขอบเขตความคุ้มครองของสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานในแต่ละประเภท หรือที่เรียกกันว่า “แดนแห่งสิทธิ”⁹ และใช้ขอบเขตดังกล่าวเป็นเกณฑ์ในการวินิจฉัยว่าการกระทำหรือการละเว้นการกระทำของบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากมาตรการของรัฐในแต่ละกรณีนั้น อยู่ภายใต้ความคุ้มครองของสิทธิเสรีภาพฯ ในเรื่องใด และอยู่ภายใต้ขอบเขตความคุ้มครองของสิทธิฯ ในเรื่องนั้น ๆ หรือไม่ด้วย โดยหากเป็นกรณีที่มีใช้การใช้เสรีภาพภายในขอบเขตของเรื่องที่รัฐธรรมนูญบัญญัติคุ้มครองไว้ รัฐย่อมสามารถใช้มาตรการเพื่อจำกัดหรือควบคุมการกระทำดังกล่าวได้โดยไม่ต้องคำนึงถึงเงื่อนไขตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้สำหรับการจำกัดเสรีภาพในเรื่องดังกล่าว แต่อาจยังต้องคำนึงถึงเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในส่วนของเสรีภาพประการอื่นเท่าที่ทับบัญญัติที่คุ้มครองเสรีภาพประการอื่นนั้นมีขอบเขตความคุ้มครองครอบคลุมถึงการกระทำของบุคคลในกรณีนั้น ๆ

หากศึกษาคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทย อาจพบว่าศาลรัฐธรรมนูญได้มุ่งเน้นการวินิจฉัยเกี่ยวกับขอบเขตความคุ้มครองของสิทธิเสรีภาพในแต่ละเรื่องตาม

แบ่งออกได้เป็นสิทธิที่คุ้มครองปัจเจกจากการล่วงละเมิดโดยรัฐ (Abwehrrecht) และสิทธิของปัจเจกในการเรียกร้องให้รัฐกระทำกรณียกอย่างหนึ่งอย่างใด อาทิ สิทธิเรียกร้องให้รัฐคุ้มครองปัจเจกจากการกระทำของปัจเจกอื่น (Schutzgewähr) หรือสิทธิเรียกร้องสวัสดิการจากรัฐด้วย (Teilhaberecht) ในขณะที่สิทธิฯ บางประเภทก็มุ่งคุ้มครองเพียงในทางหลักการเท่านั้น (objektives Recht, e.g. institutionelle Garantie) (บรรเจิด, 2561, หน้า 57-62, Pieroth/Schlink, หน้า 16-28)

⁷ รัฐธรรมนูญบัญญัติเงื่อนไขของการจำกัดสิทธิฯ ในแต่ละเรื่องมากหรือน้อยแตกต่างกันตามลักษณะและความเป็นมาของสิทธิฯ โดยอาจแบ่งออกเป็นสิทธิฯ ที่ถูกจำกัดได้โดยกฎหมายที่รัฐตราขึ้น สิทธิฯ ที่ถูกจำกัดได้โดยกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เฉพาะบางประการ หรือสิทธิฯ ที่ไม่อาจจำกัดได้โดยกฎหมาย (บรรเจิด 2561, หน้า 56-57)

⁸ ต่อจากนี้ ใช้ “ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG)”

⁹ “แดนแห่งสิทธิ” ที่ใช้ในความหมายนี้ ตรงกับคำว่า “Schutzbereich” “Grundrechts-tatbestand” หรือ “Gewährleistungsgehalt” ในภาษาเยอรมัน ซึ่งในทางวิชาการไทย พบการใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกัน อาทิ “แดนแห่งสิทธิ”, “แดนสิทธิเสรีภาพ”, “ขอบเขตการคุ้มครองของสิทธิ”

ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ อาจเป็นเพราะแนวคิดเรื่อง “แดนแห่งสิทธิ” ยังไม่มีความแพร่หลายในระบบกฎหมายไทย อย่างไรก็ตาม ในหลาย ๆ กรณี เหตุผลที่ศาลรัฐธรรมนูญยกขึ้นเพื่อวินิจฉัยว่ามาตรการของรัฐเป็นการจำกัดสิทธิ หรือไม่นั้น ก็มีลักษณะเป็นการตีความเพื่อกำหนดขอบเขตความคุ้มครองของสิทธิเสรีภาพฯ ในเรื่องนั้น ๆ ด้วยโดยปริยาย ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาเทียบเคียงกับแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) จะขอกล่าวถึง “แดนแห่งสิทธิ” ของเสรีภาพในการประกอบอาชีพ โดยจำแนกระหว่างหัวข้อ “บุคคลที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้แดนแห่งสิทธิ” (persönlicher Schutzbereich) และ “การกระทำที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้แดนแห่งสิทธิ” (sachlicher Schutzbereich)

2.1 บุคคลที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้แดนแห่งสิทธิ หรือ ผู้ทรงสิทธิ

บุคคลธรรมดาซึ่งมีสัญชาติไทยย่อมเป็นผู้ทรงสิทธิในเสรีภาพในการประกอบอาชีพภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อย่างไรก็ตาม มีประเด็นให้พิจารณาว่าเสรีภาพดังกล่าวคุ้มครองนิติบุคคลหรือคณะบุคคล ตลอดจนบุคคลต่างด้าวด้วยหรือไม่

2.1.1 การคุ้มครองนิติบุคคลหรือคณะบุคคล

หากพิจารณาเฉพาะรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จะพบว่าไม่เคยมีรัฐธรรมนูญไทยฉบับใดที่ได้บัญญัติรับรองสิทธิของนิติบุคคลหรือคณะบุคคลเป็นการเฉพาะ อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาภาพรวมของระบบกฎหมายไทย โดยเฉพาะการวางหลักกฎหมายเกี่ยวกับ “บุคคล” ในลักษณะ 2 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งได้แบ่งออกเป็น หมวด 1 “บุคคลธรรมดา” และหมวด 2 “นิติบุคคล” แล้ว ย่อมเห็นได้ว่าในทางกฎหมาย คำว่า “บุคคล” อาจหมายความรวมถึง “นิติบุคคล” ได้ ประกอบกับมาตรา 67 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฯ บัญญัติว่า นิติบุคคลย่อมมีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับบุคคลธรรมดา เว้นแต่สิทธิและหน้าที่ ซึ่งโดยสภาพจะพึงมีพึงเป็นได้เฉพาะแก่บุคคลธรรมดาเท่านั้น จึงย่อมขยายความคำว่า “บุคคล” ที่ได้รับการคุ้มครองในสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ให้ครอบคลุมถึง “นิติบุคคล” ด้วยได้ โดยไม่เป็นการขัดกับหลักกฎหมายทั่วไปในระบบกฎหมายไทย ทั้งนี้ เพียงเท่าที่สิทธิเสรีภาพในเรื่องดังกล่าวมิใช่สิทธิเสรีภาพซึ่งโดยสภาพแล้วพึงมีพึงเป็นได้เฉพาะแก่บุคคลธรรมดา อาทิ สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย สิทธิของบุคคลในครอบครัว

หรือความเป็นอยู่ส่วนตัว หรือเสรีภาพในการนับถือศาสนา¹⁰

ทั้งนี้ หากพิจารณากฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมันเทียบเคียงซึ่งปรากฏการบัญญัติรองรับสิทธิของนิติบุคคลในประเทศไว้ในมาตรา 19 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) ว่า “สิทธิขั้นพื้นฐานมีผลใช้บังคับกับนิติบุคคลในประเทศด้วย ทั้งนี้ เพียงเท่าที่สามารถจะนำมาใช้กับนิติบุคคลได้โดยสภาพของสิทธิขั้นพื้นฐานนั้น” แล้ว เห็นได้ว่านิติบุคคลได้รับการรับรองโดยรัฐธรรมนูญให้สามารถเป็นประธานแห่งสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานบางประเภทได้ โดยศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ได้วางหลักเป็นบรรทัดฐานไว้ว่า เสรีภาพในการประกอบอาชีพนั้น นอกจากจะมุ่งคุ้มครองเสรีภาพของปัจเจกแล้ว ยังเป็นเสรีภาพขั้นพื้นฐานทางเศรษฐกิจอีกด้วย ดังนั้น เสรีภาพในการประกอบอาชีพจึงไม่จำเป็นต้องตั้งอยู่บนเงื่อนไขที่ยึดโยงกับลักษณะเฉพาะของบุคคลธรรมดาเสมอไป ในแง่นี้ คำว่า “การประกอบอาชีพ” จึงมิใช่คำที่สงวนไว้เฉพาะบุคคลธรรมดาเท่านั้น นิติบุคคลจึงย่อมได้รับความคุ้มครองในเสรีภาพในการประกอบอาชีพด้วย ทั้งนี้ ตามมาตรา 19 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG)¹¹

อย่างไรก็ดี แม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) จะยอมรับว่าสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพย่อมคุ้มครองการกระทำของนิติบุคคลซึ่งไม่มีความยึดโยงกับบุคคลธรรมดาก็ตาม แต่โดยพื้นฐานแล้วรัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกของปัจเจกเป็นสำคัญ ดังนั้น ในกรณีที่มีการจำกัดสิทธิเสรีภาพส่งผลกระทบต่อประธานแห่งสิทธิที่มีใช้บุคคลธรรมดา อาทิ ในกรณีที่กฎหมายกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างองค์ภายในของบริษัทขนาดใหญ่ ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันก็อาจจะให้น้ำหนักกับประโยชน์สาธารณะซึ่งถูกยกขึ้นเพื่ออธิบายเหตุผลความจำเป็นของการจำกัดสิทธิฯ ดังกล่าวมากเป็นพิเศษ¹² กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ในกรณีที่กฎหมายมีผลจำกัดสิทธิฯ ของนิติบุคคล หากปรากฏเหตุผลความจำเป็นในการตรากฎหมายเพื่อรักษาประโยชน์สาธารณะ ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ก็มีแนวโน้มที่จะวินิจฉัยให้กฎหมายดังกล่าวไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ

¹⁰ บรรเจิด สิงคนิต, หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า 71-76; ภาดร สุชีวะ, การจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพในตำแหน่งผู้บริหารนิติบุคคลตามอนุสัญญาต่อต้านองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ ค.ศ. 2000, หน้า 51

¹¹ BVerfG NJW 1979, 699

¹² BVerfG NJW 1979, 699, 708

2.1.2 การคุ้มครองบุคคลต่างด้าว

ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย บทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลถูกจัดไว้ให้อยู่ภายใต้หมวดว่าด้วย “สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย” หรือ “สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย” ซึ่งแสดงให้เห็นว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญประสงค์ที่จำกัดขอบเขตความคุ้มครองไว้เฉพาะกับบุคคลสัญชาติไทยเท่านั้น¹³ สอดคล้องกับความเห็นในวงวิชาการกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย ที่มองว่าการใช้คำว่า “ชนชาวไทย” หรือ “ปวงชนชาวไทย” ส่งผลทำให้บุคคลต่างด้าวไม่อาจอ้างสิทธิเสรีภาพที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญไทยได้¹⁴

ทั้งนี้ การพิจารณาว่ารัฐธรรมนูญคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต่างด้าวด้วยหรือไม่ เพียงใดนั้น มีหลักการพิจารณาที่แตกต่างกันไปในแต่ละประเทศ โดยหลายประเทศยอมรับแนวคิดการแยกระหว่างสิทธิมนุษยชนและสิทธิและเสรีภาพของพลเมือง¹⁵ กล่าวคือ ในขณะที่สิทธิและเสรีภาพบางประเภท เช่น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือสิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกายเป็น “สิทธิมนุษยชน”

¹³ แม้ว่าในทางวิชาการจะเคยมีการถกเถียงกันว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของคนต่างด้าวด้วยหรือไม่ เพียงใด อย่างไรก็ดี หากพิจารณาความเป็นมาของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 แล้ว จะเห็นได้ว่าที่ผ่านมา องค์กรที่ทำหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญทราบดีว่ามีข้อถกเถียงในประเด็นดังกล่าว รวมทั้งมีการเสนอให้กำหนดรับรองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต่างด้าวสำหรับสิทธิและเสรีภาพบางประเภทไว้อีกด้วย แต่องค์กรที่ทำหน้าที่พิจารณาร่างรัฐธรรมนูญต่างมีมติไม่เห็นชอบให้รับรองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต่างด้าวไว้ในรัฐธรรมนูญกรณีจึงเห็นได้ว่า ไม่อาจตีความรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยให้มีผลคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต่างด้าวได้ ไม่ว่าจะพิจารณาจากถ้อยบัญญัติหรือเจตนารมณ์ของผู้ร่างก็ตาม (ดู ปินธเนศ แก้วรุ่งฟ้า, “การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของคนต่างด้าวตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 : ศึกษากรณีสิทธิมนุษยชนกับสิทธิพลเมือง,” วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขาวิชานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2556, กนกวรรณ เหล่าไผ่น, “สิทธิทางรัฐธรรมนูญของนิติบุคคลต่างประเทศตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย,” วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561, น. 49-51)

¹⁴ นักวิชาการทางกฎหมายได้ถูกอ้างอิงในประเด็นนี้มากที่สุดท่านหนึ่ง ได้แก่ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.หยุดแสงอุทัย, ดู หยุด แสงอุทัย, “คำอธิบายรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2511) เรียงมาตรา, กรุงเทพฯ, บำรุงสาส์น, พ.ศ. 2511, หน้า 130-131

¹⁵ การจำแนกสิทธิและเสรีภาพออกเป็นสิทธิมนุษยชนประเภทหนึ่ง และสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองอีกประเภทหนึ่ง เป็นการจำแนกโดยพิจารณาจากกำเนิดของสิทธิและเสรีภาพ ซึ่งส่งผลต่อการกำหนด “ผู้ทรงสิทธิ” ของสิทธิและเสรีภาพแต่ละประเภทนั้นด้วย, ดู วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “สิทธิมนุษยชนกับสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ”, อ้างแล้วในเชิงอรุณที่ 2, หน้า 97, 104

ที่มนุษย์ทุกคนมีติดตัวมาแต่กำเนิดมนุษย์ทุกคนจึงย่อมต้องได้รับความคุ้มครองในสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวโดยมีพึงต้องคำนึงถึงสัญญาชาติของบุคคล แต่ก็ยังมีสิทธิและเสรีภาพอีกบางประเภท เช่น เสรีภาพในการประกอบอาชีพ หรือเสรีภาพในการเดินทางและเลือกถิ่นที่อยู่ ซึ่งจำกัดไว้ให้เฉพาะบุคคลซึ่งมีเอกสิทธิ์ในฐานะที่เป็นพลเมืองของรัฐเท่านั้น เรียกว่า “สิทธิและเสรีภาพของพลเมือง”

กฎหมายรัฐธรรมนูญไทยมิได้แบ่งระหว่างสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองกับสิทธิมนุษยชน ซึ่งต่างจากกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศอื่นหลายประเทศรวมทั้งรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) ซึ่งแม้จะมีได้จำแนกประเภทสิทธิและเสรีภาพออกเป็นสิทธิและเสรีภาพของพลเมืองและสิทธิมนุษยชนอย่างชัดเจน แต่ก็ได้ระบุไว้ในสิทธิและเสรีภาพบางประการให้ชนชาวเยอรมันเท่านั้นเป็นผู้ทรงสิทธิ โดยเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามมาตรา 12 ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) ก็เป็นหนึ่งในสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) ระบุให้ชนชาวเยอรมันเท่านั้นเป็นผู้ทรงสิทธิ จึงกล่าวโดยสรุปได้ว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญไทยและกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมันบัญญัติคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพเฉพาะของพลเมืองเท่านั้น

2.2 สิ่งที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้แดนแห่งสิทธิ

ตั้งแต่มีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 เป็นต้นมา รัฐธรรมนูญไทยได้บัญญัติรับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพมาโดยตลอด โดยอาจใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันออกไปบ้าง เช่น มาตรา 14 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช 2475 ใช้คำว่า “เสรีภาพบริบูรณ์ใน ... การอาชีพ” มาตรา 41 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 ใช้คำว่า “เสรีภาพบริบูรณ์ ... ในการประกอบอาชีพ” มาตรา 48 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2534 ใช้คำว่า “สิทธิของบุคคลในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ” และ มาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ใช้คำว่า “เสรีภาพในการประกอบอาชีพ” แต่ไม่ว่ารัฐธรรมนูญแต่ละฉบับจะใช้ถ้อยคำที่ต่างกัน เช่นไร สิ่งหนึ่งที่บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญมุ่งคุ้มครองได้แก่ “การประกอบอาชีพ” นั้นเอง

2.2.1 ความหมายของคำว่า “อาชีพ”

ที่ผ่านมา ไม่พบว่าเคยมีการนิยามคำว่า “อาชีพ” ไว้ในรัฐธรรมนูญ และไม่ปรากฏว่าศาลรัฐธรรมนูญไทยได้เคยนิยามหรือกำหนดขอบเขตของคำว่า “อาชีพ”

หรือ “การประกอบอาชีพ” ไว้ แต่ศาลรัฐธรรมนูญเคยใช้คำว่า “อาชีพ” ในบริบทต่าง ๆ ที่อาจพอสื่อให้เห็นได้ถึงความเข้าใจของศาลรัฐธรรมนูญต่อขอบเขตความคุ้มครองของเสรีภาพในการประกอบอาชีพ อีกทั้งยังมีการใช้ถ้อยคำในทำนองเดียวกับคำว่า “อาชีพ” ในกฎหมายไทยหลายฉบับ จึงอาจพิจารณาจากบริบทของการใช้คำดังกล่าวได้ว่า ระบบกฎหมายไทยใช้คำว่า “อาชีพ” ในความหมายเช่นไร

ในลำดับแรก อาจพิจารณาได้จาก การกำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของผู้ดำรงตำแหน่งซึ่งกฎหมายประสงค์จะให้ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวเป็น “งานประจำ” เช่น ตำแหน่งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง หรือตำแหน่งกรรมการในคณะกรรมการการแข่งขันทางการค้าตามกฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้า ซึ่งกฎหมายมักระบุมิให้บุคคลที่จะดำรงตำแหน่งเป็น “ข้าราชการซึ่งมีตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำ” หรือ “ประกอบอาชีพหรือวิชาชีพออย่างอื่น”¹⁶ ซึ่งแสดงให้เห็นว่า โดยทั่วไป “การประกอบอาชีพ” ในบริบทของกฎหมายไทยมีลักษณะเป็นงานประจำ ในทำนองที่ว่าหากบุคคลประกอบอาชีพโดยอยู่แล้ว อาจทำให้ไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหน้าที่อย่างเป็นทางการได้

นอกจากนี้ กฎหมายไทยยังมองว่า “การประกอบอาชีพ” เป็นที่มาของรายได้หรือทรัพย์สิน เช่น ในประมวลกฎหมายยาเสพติด มาตรา 69 กล่าวถึงการตรวจสอบทรัพย์สิน โดยกำหนดให้เลขาธิการ ป.ป.ส. รายงานให้คณะกรรมการตรวจสอบทรัพย์สินทราบ หากพบว่าทรัพย์สินที่ผู้ต้องหาหรือได้มานั้น “ไม่เกินกว่าฐานะหรือความสามารถในการประกอบอาชีพหรือกิจกรรมอย่างอื่นโดยสุจริต”¹⁷

¹⁶ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 14 ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดต้องไม่มีลักษณะต้องห้ามในขณะดำรงตำแหน่ง ดังต่อไปนี้

(1) เป็นข้าราชการอื่นซึ่งมีตำแหน่งหรือเงินเดือนประจำ

ฯลฯ

ฯลฯ

(7) เป็นทนายความหรือประกอบอาชีพหรือวิชาชีพออย่างอื่นหรือดำรงตำแหน่งหรือประกอบกิจการใด ๆ อันขัดต่อการปฏิบัติหน้าที่ตามระเบียบที่ ก.ศ.ป. กำหนด

¹⁷ ประมวลกฎหมายยาเสพติด

มาตรา 69 เพื่อประโยชน์ในการสั่งตรวจสอบทรัพย์สินตามมาตรา 68 เมื่อเลขาธิการ ป.ป.ส. ได้รับรายงานเกี่ยวกับทรัพย์สินที่มีเหตุอันควรสงสัยว่าเกี่ยวเนื่องกับการกระทำความผิดร้ายแรงเกี่ยวกับยาเสพติด ให้เลขาธิการ ป.ป.ส. ทำความเห็นเสนอต่อคณะกรรมการตรวจสอบทรัพย์สินเพื่อพิจารณาต่อไป

โดยหากพิจารณาการใช้ถ้อยคำในกฎหมายหลาย ๆ ฉบับประกอบ เช่น พระราชบัญญัติ
รับราชการทหาร พ.ศ. 2497 หรือพระราชบัญญัติคนเข้าเมือง พ.ศ. 2522 ที่ใช้คำว่า
“ทำมาหาเลี้ยงชีพ”¹⁸ หรือ “หาเลี้ยงชีพ” ในทำนองเดียวกับการประกอบอาชีพแล้ว
เห็นได้ว่าระบบกฎหมายไทยมิได้มองเพียงว่าการประกอบอาชีพเป็นเพียงที่มาของ
รายได้หรือทรัพย์สินเท่านั้น แต่รายได้นั้นจำเป็นต่อการเลี้ยงชีพด้วย

ทั้งนี้ นอกเหนือไปจากคุณลักษณะเกี่ยวกับ “อาชีพ” ดังที่ได้กล่าว
ข้างต้นแล้ว กฎหมายไทยก็ได้จำกัดรูปแบบของอาชีพหรือการทำงานไว้อย่างเคร่งครัด
เช่น ในกรณีพระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560
ก็นิยามคำว่า “ทำงาน” หมายความว่า การประกอบอาชีพใด ๆ ไม่ว่าจะมิมีนายจ้างหรือไม่
 ฯลฯ¹⁹ การ “ทำงาน” ตามนัยของกฎหมายดังกล่าว จึงมิได้หมายถึงเฉพาะอาชีพลูกจ้าง
แต่หมายความรวมถึงอาชีพอิสระด้วย หรือในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและ
วิธีพิจารณาคดีปกครองฯ ก็กล่าวถึง “ประกอบอาชีพหรือวิชาชีพออย่างอื่น” ซึ่งสื่อ
ให้เห็นว่าอาชีพมิได้จำกัดอยู่เพียงการงานที่มีลักษณะเป็นวิชาชีพเท่านั้น

หากเห็นว่าเป็นทรัพย์สินที่มีอยู่หรือได้มาไม่เกินกว่าฐานะหรือความสามารถในการประกอบอาชีพ
หรือกิจกรรมอย่างอื่นโดยสุจริต หรือเป็นทรัพย์สินที่บุคคลทั่วไปสามารถมิได้ตามฐานานุรูป หรือ
ตามความจำเป็นในการดำรงชีพ ให้เลขาธิการ ป.ป.ส. รายงานให้คณะกรรมการตรวจสอบทรัพย์สิน
ทราบด้วย

¹⁸ พระราชบัญญัติรับราชการทหาร พ.ศ. 2497

มาตรา 32 ถ้าปรากฏว่าทหารกองเกินซึ่งมีอายุเกินยี่สิบเอ็ดปีบริบูรณ์ และยังไม่ถึงสามสิบปีบริบูรณ์
ในปีที่จะเข้ารับราชการทหารกองประจำการ ไปทำมาหาเลี้ยงชีพในท้องที่อำเภออื่น และนายอำเภอ
ท้องที่เป็นภูมิลำเนาทหารได้ส่งหมายเรียกไปยังนายอำเภอท้องที่ผู้้นั้นไปอยู่มอบแทนให้ เมื่อได้รับ
หมายเรียกแล้ว แต่ไม่สามารถจะไปตามหมายนั้นได้ เพราะไม่มีค่าพาหนะหรือจะไปไม่ทัน ผู้้นั้นต้องรีบ
ชี้แจงต่อนายอำเภอท้องที่ที่ไปอยู่ เมื่อนายอำเภอท้องที่นั้นสอบสวนได้ความจริงก็ให้เข้ารับการตรวจเลือก
พร้อมกับคนในอำเภอท้องที่ที่ไปอยู่ แต่ถ้าไม่สามารถส่งเข้ารับการตรวจเลือกในอำเภอท้องที่นั้นได้ ก็ให้
นายอำเภอรีบจัดส่งผู้้นั้นไปรับการตรวจเลือกยังอำเภอท้องที่ใกล้เคียงตามที่เห็นสมควรให้นายอำเภอ
ท้องที่ที่รับเข้าตรวจเลือกแจ้งต่อนายอำเภอท้องที่ที่ออกหมายเรียก

¹⁹ พระราชกำหนดการบริหารจัดการการทำงานของคนต่างด้าว พ.ศ. 2560

มาตรา 5 ในพระราชกำหนดนี้

ฯลฯ

ฯลฯ

“ทำงาน” หมายความว่า การประกอบอาชีพใด ๆ ไม่ว่าจะมิมีนายจ้างหรือไม่ แต่ไม่รวมถึง
การประกอบธุรกิจของผู้รับใบอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยการประกอบธุรกิจของคนต่างด้าว

ฯลฯ

ฯลฯ

อาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า ระบบกฎหมายไทยมิได้มีนิยามคำว่า “อาชีพ” โดยชัดเจน แต่การบัญญัติเกี่ยวกับ “อาชีพ” “การทำมาหาเลี้ยงชีพ” “การทำงาน” ฯลฯ ในกฎหมายไทย แสดงให้เห็นถึงองค์ประกอบร่วมกันบางประการของคำว่า “อาชีพ” ได้แก่ การเป็นกิจการงานที่บุคคลทำเป็นประจำเพื่อหารายได้มาใช้ในการเลี้ยงชีพ ซึ่งหากพิจารณานิยามในพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน ซึ่งให้ความหมายคำว่า “อาชีพ” ไว้ว่า การเลี้ยงชีวิต การทำมาหากิน งานที่ทำเป็นประจำเพื่อเลี้ยงชีพ แล้ว เห็นได้ว่ากฎหมายไทยใช้คำว่า “อาชีพ” สอดคล้องกับความหมายทั่วไปของคำศัพท์ดังกล่าว จึงเชื่อได้ว่า ในกรณีที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัยคำว่า “อาชีพ” เพื่อกำหนดขอบเขตความคุ้มครองของเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ศาลรัฐธรรมนูญก็จะวินิจฉัยในกรอบความหมายทั่วไปของคำว่า “อาชีพ” ซึ่งใช้อยู่ในระบบกฎหมายไทย เช่นเดียวกัน

อย่างไรก็ดี การพิจารณาขอบเขตความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญย่อมไม่อาจถูกจำกัดโดย “ความเข้าใจ” ตามที่ปรากฏในกฎหมายซึ่งมีสถานะต่ำกว่ารัฐธรรมนูญได้ รัฐธรรมนูญจึงอาจถูกตีความให้มีขอบเขตความคุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพกว้างกว่า หรือแคบกว่าความหมายทั่วไป โดยในแง่นี้ ดูเหมือนว่าศาลรัฐธรรมนูญไทยประสงค์ที่จะจำกัดความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญไว้เฉพาะกับ “สัมมาอาชีพ” เท่านั้น ทั้งนี้ ตามที่ปรากฏในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2562²⁰ อย่างไรก็ดี ศาลรัฐธรรมนูญก็ได้ขยายความคำว่า “สัมมาอาชีพ” ไว้ ซึ่งตีความได้ว่า ศาลฯ มิได้ประสงค์จะใช้คำว่า “สัมมาอาชีพ” ในความหมายเชิงศีลธรรม หรือความเชื่อส่วนบุคคล เพราะการตีความเช่นนั้นย่อมจะจำกัดขอบเขตความคุ้มครองของเสรีภาพในการประกอบอาชีพอย่างมีนัยสำคัญ ซึ่งจำเป็นที่จะต้องให้เหตุผลประกอบโดยละเอียด ดังนั้น คำว่า “สัมมาอาชีพ” ที่ศาลฯ ใช้ น่าจะหมายถึง “สัมมาอาชีพ” ในความหมายทั่วไป กล่าวคือ อาชีพที่ดีที่ไม่เป็นภัยต่อสังคมหรือส่วนรวมอย่างร้ายแรงเท่านั้น

²⁰ ดูคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2562, หน้า 8 โดยศาลรัฐธรรมนูญวางหลักไว้ว่าบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญที่รับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพ “เป็นบทบัญญัติที่รับรองเสรีภาพในการประกอบอาชีพให้อย่างเสรี ตามความพร้อม ความถนัด ศักยภาพ กำลังความสามารถและความต้องการของแต่ละบุคคล รัฐมีหน้าที่คอยดูแลมิให้บุคคลประกอบอาชีพโดยละเมิดต่อกฎหมาย ตลอดจนสนับสนุนบุคคลในการประกอบสัมมาชีพให้มีการแข่งขันอย่างเสรีและเป็นธรรม”

โดยสรุป “อาชีพ” ที่ได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญไทยภายใต้ “เสรีภาพในการประกอบอาชีพ” จึงหมายถึง กิจกรรมที่บุคคลทำเป็นประจำเพื่อหารายได้มาใช้ในการเลี้ยงชีพ โดยไม่จำกัดชนิดหรือประเภท แต่ต้องไม่เป็นการงานที่เป็นภัยต่อสังคมหรือส่วนรวมอย่างร้ายแรง ซึ่งหากพิจารณาควินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) เทียบเคียง ซึ่งได้วางบรรทัดฐานไว้ว่า “อาชีพ” หมายถึง การกระทำหรือการงานใด ๆ ที่ใช้เพื่อแสวงหารายได้ โดยเป็นสิ่งที่ทำเป็นประจำและทำเพื่อให้ได้มาหรือรักษาไว้ซึ่งปัจจัยในการเลี้ยงชีพ แต่ไม่รวมถึงการกระทำที่ต้องห้ามเนื่องจากมีลักษณะเป็นภัยต่อสังคมหรือส่วนรวมอย่างชัดเจน²¹ ย่อมเห็นได้ว่าความหมายของคำว่า “อาชีพ” ในระบบกฎหมายไทยตามที่พิจารณาแล้วข้างต้น มีความสอดคล้องกับความหมายของคำว่า “อาชีพ” (Beruf) ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมัน

2.2.2 เสรีภาพใน “การประกอบ” อาชีพ

(ก) เสรีภาพในการ “เลือก” ประกอบอาชีพ

“อาชีพ” มิใช่สิ่งที่ติดตัวมนุษย์มาแต่กำเนิด การที่บุคคลจะประกอบอาชีพใดจึงเป็นผลจากการตัดสินใจ “เลือก” ประกอบอาชีพของบุคคลนั้น เสรีภาพในการประกอบอาชีพจึงย่อมความรวมถึงเสรีภาพที่จะ “เลือก” ประกอบอาชีพใด ๆ ด้วย

ศาลไทยได้วินิจฉัยรองรับแนวคิดดังกล่าวในหลายกรณี เช่น ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 7/2549 ศาลฯ อธิบายว่า “รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 50 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้การรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม ทำให้ประชาชนมีหลักประกันที่จะเลือกประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพได้อย่างเสรี โดยไม่มีใครมาบังคับ ไม่ถูกกีดกันไม่ให้มีโอกาสในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพแข่งขันกับผู้ประกอบกิจการรายอื่น” หรือในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 15/2545 เกี่ยวกับกฎกระทรวง ฉบับที่ 10 ออกตามความในมาตรา 42 แห่งพระราชบัญญัติธุรกิจนำเที่ยวและมัคคุเทศก์ฯ ซึ่งศาลฯ วินิจฉัยว่าบทบัญญัติที่กำหนดเงื่อนไขในการต่อใบอนุญาต (ซึ่งส่งผลต่อการ “เลือก” ประกอบอาชีพมัคคุเทศก์ต่อ) เป็นบทบัญญัติ

²¹ BVerfG NJW 1958, 1035; BVerfG NJW 2006, 1261, 1262; BVerfGE 22, 286

ที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ แต่เป็นการจำกัดเสรีภาพภายใต้เงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญระบุไว้ จึงไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ

(ข) เสรีภาพใน “รูปแบบและวิธีการ” ประกอบอาชีพ

เมื่อได้ตัดสินใจเลือกประกอบอาชีพได้แล้ว บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการดำเนินกิจการในอาชีพนั้นด้วยรูปแบบและวิธีที่ตนเองเห็นว่าเหมาะสมได้ดังจะเห็นได้ในคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดหลาย ๆ กรณี เช่น กรณีความชอบด้วยกฎหมายของกฎกระทรวงว่าด้วยข้อกำหนดเกี่ยวกับการออกใบอนุญาตขายสุราและการขายสุรา สำหรับผู้ที่ได้รับใบอนุญาตขายสุราประเภทที่ 3 ถึงประเภทที่ 7 พ.ศ. 2548 ซึ่งศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า การวาง “ข้อจำกัดแก่ผู้ที่จำหน่ายให้และจำกัดสถานที่ที่จะขายสุรา ... แม้เนื้อหาของกฎกระทรวงฉบับนี้จะมีผลจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ที่องค์คดีทั้งเข้าในการประกอบอาชีพจำหน่ายสุรา ... แต่เป็นการลดปัญหาสังคม ... จึงเห็นได้ว่า กฎกระทรวงฉบับนี้มีเนื้อหาที่มุ่งคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนโดยรวมอันจะเป็นประโยชน์ยิ่งกว่าประโยชน์ของกลุ่มบุคคล ฯลฯ”²² เห็นได้ว่าศาลปกครองสูงสุด ตีความขอบเขตความคุ้มครองของสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญมิให้จำกัดเฉพาะเพียงเสรีภาพในการ “เลือก” ประกอบอาชีพ แต่ให้รวมถึงเสรีภาพใน “รูปแบบและวิธีการ” ประกอบอาชีพด้วย โดยในกรณีที่ยกขึ้นเป็นตัวอย่างนี้ ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่ากฎที่ออกมีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพ แต่เมื่อกฎดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะ และออกโดยสอดคล้องกับเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญและกฎหมายแล้ว จึงเป็นกฎที่ชอบด้วยกฎหมาย

ทั้งนี้ หากพิจารณารัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) เทียบเคียง ซึ่งบัญญัติในมาตรา 12 วรรคหนึ่งไว้ว่า “ชนชาวเยอรมันมีสิทธิโดยเสรีที่จะเลือกอาชีพ ที่ทำงาน และที่รับการฝึกอบรม โดยรัฐอาจกำหนดรูปแบบและวิธีการประกอบอาชีพได้โดยการตราเป็นกฎหมายหรือโดยอาศัยอำนาจของกฎหมาย”²³ เห็นได้ว่าผู้ร่างรัฐธรรมนูญประสงค์ที่จะกล่าวถึงทั้งการเลือกประกอบอาชีพ และรูปแบบและวิธีการที่ใช้ในการประกอบอาชีพนั้น ๆ ตั้งแต่ต้น โดยในเวลาต่อมา ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ได้วางหลักในคำวินิจฉัยบรรทัดฐาน ว่าการเลือกประกอบอาชีพและรูปแบบและวิธีการที่ใช้ในการประกอบอาชีพนั้น มีความเกี่ยวเนื่องกันจนพิจารณาได้ว่าทั้งสองสิ่งเป็นเพียง

²² คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดง ที่ พ.36/2551 หน้า 22-24

²³ แปลโดยผู้เขียน

องค์ประกอบของสิ่งเดียวกัน ทั้งนี้ เพราะเมื่อบุคคลได้เลือกที่จะเริ่มประกอบอาชีพใด แล้วย่อมเป็นการเลือกรูปแบบและวิธีการประกอบอาชีพดังกล่าวพร้อมกันไปด้วย ในขณะเดียวกัน การประกอบอาชีพด้วยรูปแบบหรือวิธีการใด ย่อมถือเป็นการย้ำความประสงค์ที่จะเลือกประกอบอาชีพนั้น ๆ²⁴ ดังนั้น ทั้งการเลือกอาชีพ และรูปแบบและวิธีการประกอบอาชีพ ต่างเป็นเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ซึ่งรัฐอาจตรากฎหมายหรืออาศัยอำนาจตามกฎหมายเพื่อจำกัดเสรีภาพดังกล่าวได้

3. “การจำกัด” เสรีภาพในการประกอบอาชีพ

การรับรองสิทธิและเสรีภาพในรัฐธรรมนูญ มีภารกิจหลักคือการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกจากการกระทำของรัฐที่อาจส่งผลเป็นการจำกัด (หรือแทรกแซง) สิทธิและเสรีภาพดังกล่าวได้ อย่างไรก็ตาม เนื่องจากรัฐมีองค์ประกอบที่มีบทบาทในทุกภาคส่วนของสังคม จึงเป็นเรื่องยากที่รัฐจะคาดการณ์ได้อย่างแม่นยำว่ามาตรการหนึ่งของรัฐจะก่อให้เกิดผลกระทบในทางอ้อมกับเรื่องใดบ้าง ดังนั้น รัฐธรรมนูญจึงมีองค์ประกอบสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกที่อาจถูกกระทบโดยผลในทางอ้อมที่เกิดจากการกระทำของรัฐบางประการซึ่งรัฐมีอาจที่จะล่วงรู้หรือป้องกันมิให้เกิดผลดังกล่าวได้ เช่น รัฐธรรมนูญมีอาจคุ้มครองปัจเจกมิให้ต้องรับผลกระทบที่เกิดจากการบริหารงานเศรษฐกิจที่ผิดพลาดของภาครัฐได้

หากพิจารณาแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญไทย อาจเห็นได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญ มิได้วางหลักเกณฑ์ไว้อย่างเคร่งครัดว่าการกระทำของรัฐแบบใด เข้าข่ายเป็นการจำกัดหรือแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพของบุคคล ทั้งนี้ ส่วนหนึ่งอาจเป็นเพราะศาลฯ มิได้วินิจฉัยแยกกระหว่าง “การจำกัดสิทธิและเสรีภาพ” และ “เงื่อนไขความชอบในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ” อย่างชัดเจน แต่วินิจฉัยประเด็นดังกล่าวรวมกันไปในหลายกรณี เช่น ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 17/2555 ซึ่งศาลฯ วินิจฉัยว่า “หากพิจารณาบทบัญญัติเฉพาะประมวลรัษฎากร มาตรา 40 ฯลฯ ไม่มีข้อความใด ๆ อันมีลักษณะเป็นการกระทบกระเทือนหรือจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพของบุคคล และมีได้กระทบต่อสาระสำคัญ

²⁴ BVerfGE 7, 377 = NJW 1958, 1035, 1037: „... die Aufnahme der Berufstätigkeit [stellt] sowohl den Angang der Berufsausübung dar wie die gerade hierin ... sich äußernde Betätigung der Berufswahl; ebenso sind der in der laufenden Berufsausübung sich ausdrückende Wille zur Beibehaltung des Berufs ...”

แห่งสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้” ซึ่งแสดงให้เห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญได้แยกทั้งสองประเด็นออกจากกัน เพราะหากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยแต่ละส่วนแยกกันแล้ว เมื่อศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าไม่มีการจำกัดสิทธิและเสรีภาพ ก็ไม่มีเหตุให้ศาลรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัยในประเด็นสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอีก

ในกรณีของกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมันพบว่ามีการพัฒนาหลักเกณฑ์สำหรับพิจารณาว่าการกระทำใดเข้าข่ายเป็นการจำกัดหรือแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพหรือไม่ โดยนักวิชาการกฎหมายรัฐธรรมนูญในเยอรมนีมีแนวโน้มที่จะวางเกณฑ์เพื่อบริยายการจำกัดและแทรกแซงฯ ไว้อย่างเคร่งครัด (der klassische Eingriffs begriff) กล่าวคือการกระทำของรัฐจะเป็นการจำกัดหรือแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวก็ต่อเมื่อ การกระทำดังกล่าวมีลักษณะเป็นคำสั่งที่มุ่งผลโดยตรงทางกฎหมาย การกระทำที่มีได้มีลักษณะเป็นคำสั่งหรือมีได้มุ่งผลทางกฎหมาย หรือการกระทำส่งผลกระทบต่อทางอ้อม ย่อมไม่เป็น “การจำกัดหรือแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพ” ตามความหมายนี้ อย่างไรก็ตาม หลักเกณฑ์ข้างต้นมีจุดอ่อนสำคัญ คือ รัฐสามารถออกแบบมาตรการเพื่อเลี่ยงมิให้เข้าข่ายเป็นมาตรการตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวได้ ดังนั้น จึงมีการพัฒนาแนวคิดที่จะขยายขอบเขตของการจำกัดหรือแทรกแซงสิทธิและเสรีภาพให้รวมถึงการกระทำอื่น ๆ ของรัฐ ซึ่งส่งผลทำให้ปัจเจกไม่อาจใช้สิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองไว้ได้ทั้งหมดหรือบางส่วน ไม่ว่าจะการกระทำนั้นจะมีลักษณะเป็นคำสั่งที่มุ่งผลโดยตรงทางกฎหมายหรือไม่ก็ตาม (der modern Eingriffs begriff) ซึ่งแนวคิดอย่างหลังนี้ ก็ก่อให้เกิดปัญหาตามมาเช่นกัน โดยเฉพาะปัญหาการขยายขอบเขตความรับผิดชอบของรัฐออกไปโดยไม่มีที่สิ้นสุด

ในส่วนของเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ได้วางแนวคำวินิจฉัยในยุคแรก ๆ ไว้ว่า การกระทำของรัฐที่เข้าข่ายเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ต้องมีลักษณะเป็นการกำหนดเกี่ยวกับการประกอบอาชีพหรือการเลือกประกอบอาชีพเป็นการเฉพาะ (berufsregelnde Tendenz)²⁵ โดยต่อมาศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ได้ขยายขอบเขตของหลักดังกล่าวให้ครอบคลุมถึงการกระทำของรัฐที่แม้จะมีได้มุ่งกำหนดเกณฑ์การประกอบอาชีพโดยตรง แต่ก็อาจมีผลเป็นการกำหนดเกี่ยวกับการประกอบอาชีพฯ (objektivberufsregelnde

²⁵ BVerfG NJW 1961, 2299

Tendenz)²⁶ หรือกระทบต่อการประกอบอาชีพของกลุ่มเป้าหมายของการกระทำนั้นได้²⁷ โดยหลักเกณฑ์ที่ศาลฯ พัฒนาขึ้นดังกล่าวแสดงให้เห็นว่าศาลฯ ยังประสงค์ที่จะจำกัดขอบเขตการตีความมิให้กว้างจนเกินไป กล่าวคือในกรณีการกระทำของรัฐที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปและโดยเนื้อหาแล้วไม่ปรากฏว่าจะกระทบต่อการประกอบอาชีพของกลุ่มใด หากในข้อเท็จจริงการกระทำดังกล่าวส่งผลกระทบต่อประกอบอาชีพโดยบังเอิญ ย่อมไม่อาจกล่าวได้ว่าการกระทำดังกล่าวมีความเกี่ยวข้องกับการประกอบอาชีพตามความหมายนี้ และไม่อาจพิจารณาว่ามีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพได้²⁸

4. “เงื่อนไข” ในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

รัฐธรรมนูญได้คุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกอย่างสมบูรณ์ กล่าวคือรัฐธรรมนูญให้อำนาจรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกในบางกรณีได้ หากเข้าเงื่อนไขตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้

เงื่อนไขสำคัญที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ได้แก่ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพโดยอาศัยอำนาจของกฎหมาย โดยรัฐธรรมนูญจำแนกประเภทของเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพออกเป็นสามประเภท²⁹ ได้แก่ (1) สิทธิและเสรีภาพที่ไม่อาจจำกัดได้โดยการตรากฎหมาย เช่น เสรีภาพในการถือศาสนาตามมาตรา 31 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 (2) สิทธิและเสรีภาพที่อาจจำกัดได้โดยการตรากฎหมายทั่วไป เช่น เสรีภาพในการติดต่อสื่อสารกันตามมาตรา 36 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และ (3) สิทธิและเสรีภาพที่อาจจำกัดได้โดยการตรากฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เฉพาะตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่น เสรีภาพในการประกอบอาชีพตามมาตรา 40 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

นอกจากเงื่อนไขการตรากฎหมายแล้ว การจำกัดสิทธิและเสรีภาพยังต้องไม่ขัดกับหลักทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งต้องไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ และต้องเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนด้วย

²⁶ BVerfG NJW 1997, 1975, 1976

²⁷ BVerfG NJW 1974, 30

²⁸ BVerfG NJW 1978, 877, 878

²⁹ ดู บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า 56

4.1 การตรากฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เฉพาะ

ในส่วนของเสรีภาพในการประกอบอาชีพนั้น รัฐธรรมนูญไทยกำหนดให้เป็นสิทธิและเสรีภาพที่อาจจำกัดได้โดยการตรากฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เฉพาะตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ เช่น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 กำหนดไว้ในมาตรา 40 วรรคสองว่า “การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือขจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพียงพอเท่าที่จำเป็น หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอื่น”

อย่างไรก็ดี รัฐธรรมนูญมิได้กำหนดรายละเอียดของวัตถุประสงค์เฉพาะแต่ละประเภท และไม่พบว่าศาลรัฐธรรมนูญได้ขยายหรือจำกัดความเงื่อนไขกฎหมายพิเศษตามที่ระบุไว้ ซึ่งในแง่หนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญอาจมองว่าเงื่อนไขกฎหมายพิเศษมีความชัดเจนอยู่ในตัวแล้ว ประกอบกับเนื้อหาของพระราชกำหนดฯ ก็มีความสอดคล้องกับเหตุผลที่ระบุ จึงไม่จำเป็นต้องขยายความในประเด็นนี้อีก แต่ในอีกแง่หนึ่ง อาจพิจารณาได้ว่า ศาลยอมรับอำนาจของผู้ตรากฎหมายที่จะใช้ดุลพินิจพิจารณาว่ากรณีใดเข้าเงื่อนไขกฎหมายพิเศษที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญฯ บ้าง

อย่างไรก็ดี หากพิจารณาแนวคำตัดสินของศาลปกครองสูงสุด ซึ่งมีหน้าที่วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายลำดับรองด้วย พบว่าศาลปกครองสูงสุดได้มีการขยายความเงื่อนไขพิเศษในรัฐธรรมนูญ ทั้งโดยวิธีวางหลักเกณฑ์อย่างชัดเจน เช่น การตีความเงื่อนไขพิเศษ “การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม”³⁰ หมายถึง “การรักษาทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมให้มีความอุดมสมบูรณ์สามารถใช้ประโยชน์ได้ตลอดไป”³¹ และโดยการอธิบายโดยปริยายผ่านการปรับใช้ในบริบทของคดี เช่น การวินิจฉัยว่าพระราชกฤษฎีกาที่มุ่งคุ้มครองผู้บริโภคจากการใช้สินค้าต่อคุณภาพและมีความปลอดภัยต่ำ³² เป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เกี่ยวกับ “การคุ้มครองผู้บริโภค”³³ และ “สวัสดิภาพของประชาชน”³⁴

³⁰ มาตรา 50 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

³¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ พ. 33/2553

³² คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 34/2550

³³ มาตรา 50 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

³⁴ มาตรา 50 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

ทั้งนี้ หากพิจารณาคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) เทียบเคียง เห็นได้ว่าในกรณีที่รัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) มีบทบัญญัติที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานซึ่งบัญญัติเงื่อนไขกฎหมายพิเศษสำหรับการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ก็จะตีความเงื่อนไขกฎหมายพิเศษเพื่อใช้ในการวินิจฉัยว่า การจำกัดสิทธิเสรีภาพโดยการกระทำของรัฐเข้าเงื่อนไขดังกล่าวหรือไม่³⁵ การพิจารณาว่ากรณีใดเป็นไปตามเงื่อนไขกฎหมายพิเศษตามที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญจึงเป็นเรื่องที่ศาลรัฐธรรมนูญสามารถวินิจฉัยตีความให้สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในแต่ละเรื่องนั้นได้

4.2 กฎหมายต้องไม่กระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของเสรีภาพ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติเงื่อนไขทั่วไปของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ประการหนึ่ง คือ กฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้น ต้องไม่กระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพดังกล่าว

หากพิจารณาแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ เช่น คำวินิจฉัยที่ 59/2545 ศาลรัฐธรรมนูญได้วางแนวทางการพิจารณาสาระสำคัญของสิทธิฯ ว่าเป็นการพิจารณาว่าสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้คืออะไร และการกระทำของรัฐที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธินั้น มีลักษณะเป็นการ “ยกเลิก” สิทธินั้นหรือไม่³⁶ ซึ่งต่อมา ศาลรัฐธรรมนูญก็ได้รับแนวทางดังกล่าวมาใช้ในการวินิจฉัยกรณีที่เกี่ยวข้องกับเสรีภาพในการประกอบ

³⁵ ยกตัวอย่างกรณีเสรีภาพของพลเมืองในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่ ในอาณาเขตของสหพันธ์ ตามมาตรา 11 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) โดยมาตรา 11 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) บัญญัติเงื่อนไขเฉพาะไว้ประการหนึ่งว่า การจำกัดเสรีภาพจะกระทำได้ในกรณีที่ไม่มีปัจจัยที่เพียงพอสำหรับการดำรงชีพและการอนุญาตให้เดินทางและเลือกถิ่นที่อยู่ได้อย่างเสรีนั้นจะทำให้เกิดภาระต่อส่วนรวมเป็นการเฉพาะ ซึ่งในการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ว่า บทบัญญัติที่กำหนดให้บุคคลสัญชาติเยอรมันผู้เข้ามาตั้งถิ่นฐานในภายหลัง (Spätaussiedler) ต้องเสียสิทธิได้รับการช่วยเหลือค่าครองชีพจากรัฐ หากบุคคลดังกล่าวย้ายออกไปจากถิ่นฐานที่รัฐกำหนดให้ เป็นไปตามเงื่อนไขของมาตรา 11 วรรคสองหรือไม่นั้น ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ได้ตีความเงื่อนไขที่บัญญัติในมาตราดังกล่าวว่า การไม่มีปัจจัยที่เพียงพอสำหรับการดำรงชีพ หมายถึงกรณีที่บุคคลไม่สามารถหาปัจจัยครองชีพโดยใช้ความสามารถของตนเองเพียงลำพังได้ และตีความเงื่อนไขเกี่ยวกับภาระต่อส่วนรวมว่า หมายความว่ารวมถึงกรณีที่รัฐต้องลงทุนเกี่ยวกับอาคารที่อยู่ โครงสร้างพื้นฐาน การดูแลเด็กเล็ก การจัดการศึกษา หรือการให้บริการสาธารณะต่าง ๆ โดยเมื่อศาลฯ ได้พิจารณาเทียบเคียงกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายแล้ว จึงวินิจฉัยว่ากฎหมายดังกล่าวเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในมาตรา 11 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) แล้ว (BVerfGNVwZ 2005, 797)

³⁶ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 59/2545, หน้า 12

อาชีพด้วย อาทิจำกัดในคำวินิจฉัยที่ 52-53/2547 ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า แม้บทบัญญัติจะจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพในการทำสุรา “แต่ก็ไม่ได้ห้ามเด็ดขาด” จึงไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพในการประกอบอาชีพ หรือในคำวินิจฉัยที่ 33/2555 ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า บทบัญญัติ “มิได้มีเนื้อหากกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพในการประกอบอาชีพของบุคคล เนื่องจากมิได้ห้ามผู้ประกอบอาชีพค้าปุ๋ยมิให้ประกอบอาชีพโดยเด็ดขาด” นอกจากนั้น ศาลปกครองสูงสุดยังได้นำแนวทางดังกล่าวไปใช้ในการวินิจฉัยคดีทางปกครองที่เกี่ยวกับการพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายลำดับรองด้วย โดยศาลปกครองสูงสุดได้วางแนวทางการพิจารณาว่า หากกฎหมายลำดับรอง**มิได้เป็นการห้ามประกอบอาชีพโดยสิ้นเชิงและตลอดไป**³⁷ ก็ย่อมไม่อาจถือได้ว่าเป็นการกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพ เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 51/2547 ซึ่งศาลปกครองสูงสุดให้คำอธิบายส่วนหนึ่งว่า “ประกาศดังกล่าวห้ามมิให้บุคคลทั่วไปใช้เครื่องมือทำการประมงบางชนิด ฯลฯ เท่านั้น มิได้ห้ามผู้ฟ้องคดีทำการประมงโดยสิ้นเชิงและตลอดไปมิได้กระทบสาระสำคัญในการประกอบอาชีพประมงของผู้ฟ้องคดีทั้งสี่สิบสามคนตามมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฯลฯ”

อย่างไรก็ดี หากพิจารณาแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) เกี่ยวกับการประกันสาระสำคัญแห่งสิทธิ (Wesensgehaltsgarantie) ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 19 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) เทียบเคียงแล้ว เห็นได้ว่า “สาระสำคัญแห่งสิทธิ” ตามความเข้าใจของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) นั้น หมายถึงแก่นสาระขั้นต่ำของสิทธิเสรีภาพในแต่ละเรื่อง ซึ่งยังต้องคงเหลือไว้ให้ผู้ทรงสิทธิฯ สามารถใช้ได้โดยไม่ถูกระทบจากมาตรการของรัฐที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพในเรื่องดังกล่าว³⁸ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) มองว่า สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานแต่ละประเภทย่อมมีแก่นสาระสำคัญแห่งสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองโดยสัมบูรณ์ไม่ว่าในกรณีใด³⁹ ซึ่งในแง่นี้ การจะพิจารณาว่าการจำกัด

³⁷ ดู คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 51/2547, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ 33/2553, คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ 7/2555

³⁸ Pieroth/Schlinke, Grundrechte, Staatsrecht II, marginal no. 301

³⁹ ในวงวิชาการกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนี ยังมีความเห็นแตกต่างกันอยู่ว่าการพิจารณาว่าการจำกัดสิทธิในแต่ละกรณีกระทบกับสาระสำคัญแห่งสิทธิหรือไม่นั้น ควรพิจารณาโดยคำนึงถึงผลกระทบในแต่ละกรณี (ทฤษฎีคุ้มครองสาระสำคัญแห่งสิทธิเสรีภาพอย่างสัมพัทธ์) หรือควรพิจารณา

สิทธิเสรีภาพในแต่ละกรณีกระทบสาระสำคัญแห่งสิทธิแห่งสิทธิหรือไม่นั้น จึงเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาจากเนื้อหาแห่งสิทธิตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติคุ้มครองไว้สำหรับสิทธิฯ ในแต่ละประเภท⁴⁰ มิใช่เป็นการพิจารณาโดยคำนึงถึงความรุนแรงของผลกระทบที่อาจเกิดจากการจำกัดสิทธิในแต่ละกรณี ซึ่งมีลักษณะเป็นการชี้แจงน้ำหนักความรุนแรงของผลกระทบตามหลักความได้สัดส่วนตามความหมายอย่างแคบ (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne) มากกว่าที่จะเป็นการพิจารณาเกี่ยวกับสาระสำคัญแห่งสิทธิ⁴¹

4.3 การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลต้องไม่เกินสมควรแก่เหตุ

นอกจากหลักการไม่กระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพ รัฐธรรมนูญไทยยังบัญญัติเงื่อนไขทั่วไปอีกประการหนึ่งว่า การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำได้เฉพาะเพื่อการ “เท่าที่จำเป็น” ซึ่งเงื่อนไขดังกล่าวสอดคล้องกับหลักกฎหมายทั่วไปที่รู้จักกันในชื่อ “หลักความได้สัดส่วน”

จากเนื้อหาของสิทธิเสรีภาพในแต่ละประเภทตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้เท่านั้น (ทฤษฎีคุ้มครองสาระสำคัญแห่งสิทธิเสรีภาพอย่างสัมบูรณ์) (Piero/Schlink 2002, marginal no. 298-306; บรรณเจต 2562, หน้า 270-273) โดยศาลปกครองสูงสุดแห่งสหพันธ์เคอเวินจีชัยในประเด็นนี้ว่า “หากพิจารณาจากกรณีแล้วพบว่าการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในกรณีนั้น มีน้ำหนักน้อยกว่า [ประโยชน์สาธารณะที่มาตรการนั้นคุ้มครอง] การจำกัดเสรีภาพในกรณีดังกล่าวย่อมไม่กระทบกับสาระสำคัญแห่งสิทธิฯ” (BVerfGE 47, 330, 358) ซึ่งเป็นการให้เหตุผลในการทำงานเดียวกับทฤษฎีคุ้มครองสาระสำคัญแห่งสิทธิฯ อย่างสัมพันธ์ อย่างไรก็ดี การพิจารณาโดยคำนึงถึงผลกระทบในแต่ละกรณีนั้น เป็นส่วนหนึ่งของการพิจารณาตามหลักความได้สัดส่วนอยู่แล้ว ซึ่งการพิจารณาตามหลักความได้สัดส่วนมีวิธีการพิจารณาที่แตกต่างในหลักการจากการพิจารณาเกี่ยวกับสาระสำคัญแห่งสิทธิตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 19 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) กล่าวคือ มาตรา 19 วรรคสอง บัญญัติห้ามมิให้มีการจำกัดสิทธิในลักษณะที่กระทบกับสาระสำคัญแห่งสิทธิโดยเด็ดขาด ในขณะที่การพิจารณาตามหลักความได้สัดส่วนต้องคำนึงถึงสัดส่วนน้ำหนักระหว่างการคุ้มครองสิทธิฯ และประโยชน์สาธารณะที่มาตรการมุ่งปกป้องในแต่ละกรณี โดยในแง่นี้ ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) เคยให้เหตุผลในคำวินิจฉัยว่า ในการพิจารณาเกี่ยวกับสาระสำคัญแห่งสิทธิตามมาตรา 19 วรรคสองนั้น ไม่อาจใช้วิธีการพิจารณาสัดส่วนน้ำหนักของผลกระทบจากการจำกัดสิทธิได้ เนื่องจากการนำวิธีการดังกล่าวมาใช้ เท่ากับเป็นการยอมรับว่า “สาระสำคัญแห่งสิทธิ” มิได้มีสถานะสัมบูรณ์ดังเช่นที่บัญญัติไว้ในมาตรา 19 วรรคสองของรัฐธรรมนูญ (BVerfG NJW 1958, 1035, 1039) ซึ่งเป็นการให้เหตุผลในการทำงานเดียวกับทฤษฎีคุ้มครองสาระสำคัญแห่งสิทธิฯ อย่างสัมบูรณ์นั่นเอง (ให้เหตุผลในแนวทางดังกล่าว ดู วรเจตน์ 2543, หน้า 190-191)

⁴⁰ BVerfG NJW 1967, 1795, 1800

⁴¹ Piero/Schlinke, Grundrechte, Staatsrecht II, marginal no. 298-306; Kloepfe, Michael, Verfassungsrecht II – Grundrechte -, marginal no. 80-84

หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ได้รับการพัฒนาขึ้นจากแนวคิดเรื่องความยุติธรรมในระบบกฎหมายเยอรมัน⁴² ปัจจุบันหลักความได้สัดส่วนได้รับการยอมรับโดยศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ให้มีสถานะเป็นหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ⁴³ โดยเป็นหลักการย่อยของหลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip) มีองค์ประกอบสามประการ ได้แก่ (1) ความเหมาะสม (Geeignetheit) (2) ความจำเป็น (Erforderlichkeit) และ (3) ความได้สัดส่วนตามความหมายอย่างแคบ (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne)

4.3.1 การใช้หลักความได้สัดส่วนในคำวินิจฉัยของศาลไทย

ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญและคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดของไทยในคดีที่เกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพนั้น พบว่าทั้งศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองสูงสุดพิจารณาโดยนำหลักความได้สัดส่วนมาใช้ โดยมีการกล่าวถึงทั้งหลักความเหมาะสม⁴⁴ ความจำเป็น และความได้สัดส่วนอย่างแคบ เช่น ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 15/2545 ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยข้อเท็จจริงแล้วสรุปว่าการกำหนดให้หมัคคุเทศก์ต้องเข้ารับการฝึกอบรมเพิ่มเติมเป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อให้วัตถุประสงค์เช่นนั้นสัมฤทธิ์ผล ฯลฯ เนื่องจากเป็นวิธีการที่เหมาะสมที่สุดที่จะทำให้หมัคคุเทศก์ได้รับความรู้ความเข้าใจและนำไปปฏิบัติ หรือในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 51/2547 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 34/2550 ที่ศาลปกครองสูงสุดเปรียบเทียบมาตรการที่ต้องวินิจฉัยกับมาตรการเดิมหรือมาตรการอื่นว่ามาตรการที่ต้องวินิจฉัยเป็นมาตรการที่จะสามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายหรือกฎได้ดียิ่งกว่าหรือไม่ และหากพิจารณาแล้วเห็นว่ามาตรการเช่นว่านั้นบรรลุวัตถุประสงค์ได้ดีกว่า ศาลปกครองสูงสุดก็จะวินิจฉัยว่ามาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่ “จำเป็น”

นอกจากนั้น ศาลปกครองสูงสุดยังได้นำหลักความได้สัดส่วนอย่างแคบมาใช้ในหลายกรณี โดยศาลฯ อภิปรายในประเด็นนี้โดยใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันออกไป เช่น “หลักดุลยภาพระหว่างความเสียหายที่เกิดขึ้นต่อหมัคคุเทศก์หรือสังคม

⁴² บรรเจิด ลิงคะเนติ, หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า 279

⁴³ BVerfGNJW 1966, 243

⁴⁴ ในทางวิชาการไทย มีการใช้คำเรียกหลักดังกล่าวแตกต่างกันออกไปบ้าง เช่น “หลักความสัมฤทธิ์ผล” หรือ “หลักความสำเร็จประโยชน์”, ดู วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “สิทธิมนุษยชนกับสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ”, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 2, หน้า 112

โดยส่วนรวมกับประโยชน์มหาชน”⁴⁵ หรือ “การนำผลประโยชน์ของส่วนรวมที่จะได้รับจากการกำหนดมาตรการต่าง ๆ ฯลฯ มาเปรียบเทียบกับความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดี ฯลฯ ได้รับหรือคาดคะเนว่าจะได้รับ”⁴⁶

ในส่วนของศาลรัฐธรรมนูญนั้น โดยมากศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยประเด็นเกี่ยวกับหลักความได้สัดส่วนในลักษณะของการชี้ให้เห็นตามข้อเท็จจริงว่ากรณีเป็นการจำกัดเสรีภาพเพียงเท่าที่จำเป็น โดยมีได้มีการวางหลักเพิ่มเติมเพื่ออธิบายหลักความได้สัดส่วน แต่ก็มีคำวินิจฉัยบางเรื่อง ที่ศาลรัฐธรรมนูญกล่าวถึงหลักความได้สัดส่วนในแต่ละประเด็น เช่น ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 7/2549 ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้การกล่าวถึงหลักความได้สัดส่วนอย่างแคบ โดยวินิจฉัยว่า “[มาตรการตามฟ้อง] ยังเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนยิ่งกว่าก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชน” ทั้งนี้ ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 7/2549 ดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญยังได้วางบรรทัดฐานสำหรับการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายให้ต้อง “พิจารณาสภาพการณ์ของเหตุการณ์บ้านเมือง ตลอดจนวิถีการดำเนินชีวิตของประชาชนในขณะที่ยกกฎหมายนั้นมีผลใช้บังคับประกอบด้วย” ซึ่งแม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีได้วางหลักดังกล่าวในบริบทของหลักความได้สัดส่วน แต่หลักการดังกล่าวมีลักษณะเป็นเรื่องความได้สัดส่วนอย่างแคบเช่นกัน (ดังที่จะได้อภิปรายในหัวข้อ ๑.)

4.3.2 หลักความได้สัดส่วนในกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมัน

หากพิจารณาวิวัฒนาการของหลักความได้สัดส่วนที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) แล้ว พบว่าคำวินิจฉัยของศาลฯ ที่เกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพมีบทบาทที่สำคัญเป็นอย่างมากในการพัฒนาหลักความได้สัดส่วน โดยในช่วงแรกซึ่งเป็นช่วงที่ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ยังมีได้วางเกณฑ์ของหลักความได้สัดส่วนไว้อย่างชัดเจนนั้น ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ก็ได้วินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการจำกัดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานในหลาย ๆ กรณี ด้วยการนำเกณฑ์ที่อิงกับหลักความได้สัดส่วนมาใช้ โดยเฉพาะในคดีที่เกี่ยวข้องกับการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ได้สร้างเกณฑ์การวินิจฉัยขึ้นเฉพาะ ซึ่งเกณฑ์ดังกล่าวไม่เพียงแต่จะได้กลายเป็นบรรทัดฐานสำคัญสำหรับการวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการประกอบ

⁴⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 15/2545

⁴⁶ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 33/2553

อาชีพ แต่ยังมีส่วนช่วยพัฒนาแนวคิดเกี่ยวกับการชั่งน้ำหนักระหว่างความรุนแรงของผลกระทบที่เกิดต่อสิทธิเสรีภาพประการหนึ่ง และความสำคัญของประโยชน์ส่วนรวมที่มาตรการดังกล่าวมุ่งให้บรรลุผลอีกประการหนึ่ง ซึ่งมีส่วนพัฒนาหลักความได้สัดส่วนตามความหมายอย่างแคบที่เป็นองค์ประกอบหนึ่งของหลักความได้สัดส่วนอีกด้วย⁴⁷

(ก) *ทฤษฎีบันไดสามขั้น* ในคำวินิจฉัยคดี Apotheken-Urteil

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ที่วางบรรทัดฐานสำคัญสำหรับการวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ได้แก่ คำวินิจฉัยเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยการอนุญาตให้จัดตั้งร้านขายยา⁴⁸ ซึ่งเป็นการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของมาตรา 3 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยร้านขายยาของมลรัฐบาวาเรีย โดยบทบัญญัติดังกล่าวกำหนดห้ามมิให้ผู้ใดตั้งร้านขายยาจนกว่าจะได้รับอนุญาต และกำหนดเงื่อนไขสำหรับการออกใบอนุญาตประการหนึ่งว่า *การตั้งร้านขายยาในแต่ละกรณีนั้นจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ต่อส่วนรวมในอันที่จะมีส่วนทำให้มีปริมาณเวชภัณฑ์ที่เพียงพอต่อความต้องการของประชากร* นอกจากนี้ การออกใบอนุญาตจะทำได้ก็ต่อเมื่อศาลคดีเห็นว่าผู้ขออนุญาตตั้งร้านมีทุนเพียงพอที่จะประกอบกิจการร้านขายยาได้ และการตั้งร้านขายยาดังกล่าวจะไม่กระทบกับธุรกิจของผู้ประกอบการร้านขายยารายอื่นในละแวกใกล้เคียง ถึงขนาดที่อาจทำให้ผู้ประกอบการรายอื่นไม่สามารถดำเนินธุรกิจร้านขายยาโดยปกติต่อไปได้

ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) วินิจฉัยในคดีดังกล่าวว่า การประกอบกิจการร้านขายยาเป็นอาชีพตามความหมายของมาตรา 12 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) ซึ่งมีได้คุ้มครองเพียงเฉพาะเสรีภาพในการประกอบอาชีพรูปแบบเดิม ๆ เท่านั้น แต่คุ้มครองเสรีภาพในการประกอบอาชีพและการเลือกประกอบอาชีพทุกรูปแบบ ดังนั้น มาตรา 3 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยร้านขายยาของมลรัฐบาวาเรียซึ่งจำกัดเสรีภาพในการตั้งร้านขายยาที่ผู้ประกอบการใช้เพื่อแสวงหารายได้สำหรับการดำรงชีพจึงเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามที่รัฐธรรมนูญคุ้มครอง

อย่างไรก็ดี มาตรา 12 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) ให้อำนาจรัฐในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพด้วยการตรากฎหมายเพื่อออก

⁴⁷ Mann/Worthmann, JuS 2013, 385, 390

⁴⁸ Apotheken-Urteil BVerfGE 7, 377 = NJW 1958, 1035

กฎเกณฑ์ (Regelungsvorbehalt) เกี่ยวกับวิธีการประกอบอาชีพ (Berufsausübung) ซึ่งย่อมรวมถึงการออกกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้เสรีภาพในการเลือกประกอบอาชีพ (Berufswahl) ด้วย แต่รัฐจะออกกฎเกณฑ์ที่มีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพได้เพียงเท่าที่จำเป็นต้องมีขึ้น เพื่อคุ้มครองสวัสดิภาพของส่วนรวมเท่านั้น โดยเมื่อพิจารณาว่าบทบัญญัติในมาตรา 12 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) สื่อให้เห็นถึงความสำคัญกับเสรีภาพในการเลือกประกอบอาชีพเป็นพิเศษแล้ว จึงสมควรที่จะแยกเงื่อนไขออกเป็นระดับต่าง ๆ ให้สอดคล้องกับลักษณะของกฎเกณฑ์โดยในกรณีของ **กฎเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีการประกอบอาชีพ (Berufsausübungsregelungen)** นั้น เนื่องจากกฎเกณฑ์ดังกล่าวมิได้ส่งผลห้ามมิให้ปัจเจกประกอบอาชีพตามที่ประสงค์ แต่กำหนดเพียงวิธีการประกอบอาชีพให้ต้องปฏิบัติตาม จึงย่อมกระทบกับเสรีภาพน้อยกว่ากรณีการจำกัดเสรีภาพในการเลือกประกอบอาชีพ รัฐย่อมพิจารณาเลือกใช้มาตรการเพื่อประโยชน์สาธารณะที่มีความเหมาะสมและไม่สร้างภาระเกินความจำเป็นในอันที่บรรล่วัตถุประสงค์ดังกล่าวได้ ในขณะที่การออกกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเลือกประกอบอาชีพนั้น มีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพอย่างชัดเจน รัฐจึงจะออกกฎเกณฑ์ดังกล่าวได้เฉพาะในกรณีที่ต้องปกป้องประโยชน์ของส่วนรวมที่มีความสำคัญอย่างยิ่งยวดถึงขนาดที่ประโยชน์ดังกล่าวมีน้ำหนักสำคัญยิ่งกว่าเสรีภาพของปัจเจก โดยอาจจำแนกกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเลือกประกอบอาชีพออกเป็น **กฎเกณฑ์ที่กำหนดเงื่อนไขหรือคุณสมบัติของบุคคล (Subjektive Zulassungsvoraussetzungen)** และ **กฎเกณฑ์ที่กำหนดเงื่อนไขการเลือกประกอบอาชีพซึ่งไม่อยู่ภายใต้บังคับของบุคคล (Objektive Zulassungsvoraussetzungen)** โดยกฎเกณฑ์ที่กำหนดเงื่อนไขหรือคุณสมบัติของบุคคลเป็นกฎเกณฑ์ที่จำเป็นต้องมีขึ้นเพื่อให้สามารถประกอบอาชีพดังกล่าวได้หรือเพื่อให้การประกอบอาชีพเป็นไปด้วยความถูกต้องเรียบร้อย ซึ่งผู้จะประกอบอาชีพดังกล่าวย่อมต้องรู้ถึงความจำเป็นของการมีกฎเกณฑ์เช่นว่าอยู่แล้ว กฎเกณฑ์ดังกล่าวจึงย่อมมีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพรุนแรงน้อยกว่ากฎเกณฑ์ที่กำหนดเงื่อนไขที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับของบุคคล โดยกฎเกณฑ์ที่กำหนดเงื่อนไขที่ไม่อยู่ภายใต้บังคับของบุคคลนั้นย่อมมีผลกระทบต่อการใช้ชีวิตของปัจเจกเป็นอย่างมาก เนื่องจากปัจเจกไม่อาจคาดการณ์ได้ว่าจะได้รับอนุญาตให้ประกอบอาชีพหรือไม่ แม้ว่าจะมีคุณสมบัติครบถ้วนหรือได้เตรียมความพร้อมมาดีเพียงใดก็ตาม การออกกฎเกณฑ์ในลักษณะดังกล่าวจึงต้องถูกจำกัด

ให้ทำได้เฉพาะในกรณีที่จำเป็นต้องป้องกันมิให้อันตรายต่อประโยชน์ของส่วนรวมที่มีความสำคัญอย่างยิ่งวด ซึ่งได้เกิดขึ้นเป็นประจักษ์แล้วหรือมีความน่าจะเป็นสูงที่จะเกิดขึ้น ทั้งนี้ ในการเลือกออกกฎเกณฑ์ตามประเภทที่จำแนก รัฐต้องพิจารณาเลือกกฎเกณฑ์ที่จำกัดเสรีภาพรุนแรงน้อยกว่าก่อน โดยรัฐจะเลือกออกกฎเกณฑ์ประเภทที่จำกัดเสรีภาพรุนแรงขึ้นได้ก็ต่อเมื่อสามารถแสดงให้เห็นได้ว่า มีความน่าจะเป็นสูงว่าไม่อาจนำกฎเกณฑ์ที่จำกัดเสรีภาพรุนแรงน้อยกว่ามาใช้เพื่อป้องกันอันตรายอย่างมีประสิทธิภาพได้

ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) เห็นว่า มาตรา 3 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยร้านขายยา มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่กำหนดเงื่อนไขการเลือกประกอบอาชีพซึ่งไม่อยู่ภายใต้อำนาจบังคับของบุคคล แต่มีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาปริมาณ คุณภาพ และการจัดสรรยาและเวชภัณฑ์ให้มีความเพียงพอต่อความต้องการของประชากร ซึ่งวัตถุประสงค์ดังกล่าวเข้าเงื่อนไขเป็นการป้องกันอันตรายต่อประโยชน์ของส่วนรวมที่มีความสำคัญอย่างยิ่งวด ซึ่งสามารถใช้เป็นเหตุผลในการออกกฎเกณฑ์ที่กำหนดเงื่อนไขการเลือกประกอบอาชีพซึ่งไม่อยู่ภายใต้อำนาจบังคับของบุคคลได้ อย่างไรก็ตาม รัฐบาเวเรียยังคงต้องแสดงให้เห็นอีกด้วยว่า มีความน่าจะเป็นสูงว่าไม่อาจนำกฎเกณฑ์ที่จำกัดเสรีภาพรุนแรงน้อยกว่ามาใช้แทนมาตรการตามมาตรา 3 เพื่อป้องกันอันตรายอย่างมีประสิทธิภาพเช่นกันได้ ซึ่งศาลฯ พิจารณาแล้วเห็นว่ายังมีมาตรการที่มีประสิทธิภาพในทำนองเดียวกันอีกหลายมาตรการที่มลรัฐบาเวเรียอาจนำมาใช้ได้ อาทิ มาตรการควบคุมคุณภาพของร้านขายยา หรือมาตรการควบคุมคุณภาพเวชภัณฑ์ โดยมลรัฐบาเวเรียก็มิได้แสดงให้เห็นได้ว่า มีความน่าจะเป็นสูงว่ามาตรการดังกล่าวจะมีประสิทธิผลน้อยกว่ามาตรการที่กำหนดไว้ในมาตรา 3 ด้วยเหตุผลดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) จึงวินิจฉัยว่า มาตรา 3 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยร้านขายยาของมลรัฐบาเวเรียขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ

(ข) ข้อคิดจาก “ทฤษฎีบันไดสามขั้น”

แม้ว่าปัจจุบัน ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) จะได้พัฒนาทฤษฎีบันไดสามขั้นให้มีความยืดหยุ่นยิ่งขึ้น จนอาจกล่าวได้ว่าในการวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพนั้น ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ได้นำโครงสร้างทั่วไปของหลักความได้สัดส่วน กล่าวคือ การวินิจฉัยความเหมาะสม ความจำเป็น และความได้สัดส่วนตามความหมายอย่างแคบมาใช้แทนเกณฑ์ที่ศาลฯ

พัฒนาขึ้นเป็นการเฉพาะในคดี *Apotheken-Urteil* แล้วก็ตาม^{49,50} แต่การให้เหตุผลของศาลา ในคดีดังกล่าวได้สร้างบรรทัดฐานที่สำคัญสำหรับการใช้หลักความได้สัดส่วนตามความหมายอย่างแคบในการวินิจฉัยคดีสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐาน กล่าวคือ ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ไม่เพียงแต่จะพิจารณาลำดับความสำคัญของคุณค่าต่าง ๆ เพียงเท่าที่สังเคราะห์ได้จากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ แต่ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ได้นำระดับความรุนแรงของผลกระทบที่มาตรการของรัฐจะมีต่อปัจเจกในกรณีนั้น ๆ และประโยชน์ที่ส่วนรวมจะได้รับจากมาตรการดังกล่าวมาชั่งน้ำหนักกัน⁵¹ ซึ่งในแง่หนึ่ง อาจมีผู้มองว่าการที่ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) วางบรรทัดฐานการพิจารณาชั่งน้ำหนักระหว่างความรุนแรงของผลกระทบของมาตรการที่มีต่อปัจเจกและประโยชน์ที่ส่วนรวมจะได้รับนั้น เป็นการเปิดช่องให้ศาลาใช้ดุลพินิจได้โดยไม่มีเกณฑ์ที่บัญญัติไว้อย่างชัดเจน จึงสุ่มเสี่ยงที่ศาลา จะวินิจฉัยตามอัตวิสัยและก้าวล่วงไปใช้อำนาจกำหนดนโยบายของฝ่ายนิติบัญญัติ⁵² แต่ในอีกแง่หนึ่ง การพิจารณาชั่งน้ำหนักความรุนแรงของผลกระทบมาตรการและประโยชน์ที่ส่วนรวมจะได้รับนั้น จะทำให้ศาลา สามารถตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐว่าสอดคล้องไปกับหลักความยุติธรรมหรือไม่⁵³ ซึ่งสอดคล้องไปกับแนวคิดที่ว่ารัฐมีหน้าที่เพียงคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวม แต่รัฐต้องคำนึงถึงผลกระทบที่อาจเกิดจากมาตรการต่าง ๆ และระมัดระวังมิให้เกิดผลกระทบต่อปัจเจกรุนแรงอย่างไม่ได้สัดส่วนกับประโยชน์ที่จะได้รับด้วย

⁴⁹ ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ได้ชี้ชัดว่า “ทฤษฎีบันไดสามขั้น” ที่ศาลา พัฒนาค้นขึ้นนั้น เป็นการปรับใช้หลักความได้สัดส่วน (BVerfGE 13, 97, 104 = NJW 1961, 2011) ดังนั้น แม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) จะใช้วินิจฉัยคดีเกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพโดยใช้เกณฑ์ในทฤษฎีบันไดสามขั้นเป็นหลัก แต่ศาลา ก็แสดงให้เห็นว่าศาลา อาจปรับใช้ทฤษฎีดังกล่าวให้มีความยืดหยุ่นขึ้นได้ เพื่อให้การวินิจฉัยมีความสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนยิ่งขึ้น อาทิ ในกรณีที่พบว่ามาตรการของรัฐซึ่งโดยลักษณะเป็นกฎเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีการประกอบอาชีพ แต่อาจมีผลกระทบรุนแรงไม่ต่างจากกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการเลือกประกอบอาชีพ ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ก็จะนำเงื่อนไขที่สูงขึ้นมาใช้บังคับกับมาตรการดังกล่าวด้วย (BVerfGE 11, 30, 42; 77, 84, 106)

⁵⁰ *Mann/Worthmann*, JuS 2013, 385, 390

⁵¹ *Pieroth/Schlinke*, Grundrechte, Staatsrecht II, marginal no. 291

⁵² *Pieroth/Schlinke*, Grundrechte, Staatsrecht II, marginal no. 293

⁵³ *Daiber*, JA 2020, 37, 40

5. สรุป

เสรีภาพในการประกอบอาชีพเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานประการหนึ่งที่มีการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญของไทยมาโดยตลอด โดยรัฐธรรมนูญมุ่งประสงค์ที่จะรับรองเสรีภาพของปัจเจกในการเลือกอาชีพ และประกอบอาชีพด้วยรูปแบบและวิธีการตามความประสงค์หรือความถนัดของตนได้โดยไม่ถูกผู้ใช้อำนาจรัฐห้ามหรือกีดขวางอย่างปราศจากเหตุผลอันชอบธรรม ทั้งนี้ อาชีพตามความหมายนี้อาจเป็นกิจการงานใด ๆ ที่บุคคลทำเป็นประจำเพื่อหารายได้มาใช้ในการเลี้ยงชีพ ซึ่งรวมถึงกิจการหรืองานใดที่ยังไม่เคยมีมาก่อน トラบเท่าที่กิจการหรืองานนั้นไม่เป็นภัยต่อสังคมหรือส่วนรวมอย่างร้ายแรง อย่างไรก็ดี รัฐธรรมนูญก็มีได้ให้เสรีภาพโดยปราศจากขอบเขต แต่กำหนดข้อยกเว้นเพื่อให้รัฐสามารถจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะบางประการตามที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญได้ โดยกำหนดให้รัฐต้องใช้อำนาจดังกล่าวภายในกรอบที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐอาจจำกัดเสรีภาพเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุเป้าหมายการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะตามที่มุ่งประสงค์ และต้องไม่กระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญของเสรีภาพนั้น

เสรีภาพในการประกอบอาชีพดังที่กล่าวมาข้างต้น มิได้เป็นเพียงแค่ว่ากล่าวรับรองอย่างนามธรรมแต่ศาลรัฐธรรมนูญของไทยได้นำมาปรับใช้แล้วในหลายคดี⁵⁴ โดยผู้เขียนเห็นสมควรยกคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพที่ผู้เขียนเห็นว่าได้มีการวางบรรทัดฐานในประเด็นต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าจะเป็นบรรทัดฐานเกี่ยวกับโครงสร้างการวินิจฉัยกรณีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 61/2545-ดูหัวข้อ 0) บรรทัดฐานเกี่ยวกับความหมายของเสรีภาพในการประกอบอาชีพและการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 7/2549-ดูหัวข้อ 0) หรือบรรทัดฐานเกี่ยวกับการใช้หลักความได้สัดส่วนในบริบทของเสรีภาพในการประกอบอาชีพ (คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2549- ดูหัวข้อ 0) โดยจะได้ศึกษาเทียบเคียงกับรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) เพื่อแสดงให้เห็นข้อเหมือนและข้อแตกต่าง โดยหวังว่าผู้อ่านจะได้ประโยชน์และนำไปขยายผลในทางวิชาการได้ต่อไป

⁵⁴ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 48/2542, 13/2545, 24/2545, 40/2545, 47/2545, 61/2545, 6/2546, 25/2547, 28/2547, 52-53/2547, 32/2548, 36/2548, 7/2549, 2/2552, 12/2552, 50/2554, 2-4/2555, 17/2555, 31/2555, 33/2555, 9/2562, 13/2563, 14/2563

ข. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 61/2545 (บรรทัดฐานเกี่ยวกับโครงสร้างการวินิจฉัยกรณีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ)

1. สรุปย่อคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

คดีนี้เป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ศาลจะใช้แก้คดีตามมาตรา 264 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยข้อพิพาทที่เป็นเหตุให้ศาลแพ่งยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยนั้น เป็นคดีที่โจทก์ซึ่งรับโอนสิทธิของบริษัทเงินทุนหลักทรัพย์เอกราช จำกัด (มหาชน) จากองค์การเพื่อการปฏิรูประบบสถาบันการเงิน (ปรส.) ฟ้องจำเลยที่ 1 ซึ่งเป็นลูกค้าของบริษัทฯ และจำเลยที่ 2 ซึ่งเป็นผู้ค้าประกันฯ ให้ชำระหนี้คืนให้แก่บริษัท โดยจำเลยทั้งสองโต้แย้งว่า โจทก์ไม่ได้รับโอนสิทธิเรียกร้องจาก ปรส. เนื่องจากพระราชกำหนดการปฏิรูปสถาบันการเงิน พ.ศ. 2540 และที่แก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งเป็นฐานอำนาจในการดำเนินการของ ปรส. นั้น ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ จำเลยจึงปฏิเสธฟ้องของโจทก์ และยื่นคำร้องต่อศาลแพ่งเพื่อส่งให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า กฎหมายดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

ในประเด็นความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของพระราชกำหนดฯ นั้น จำเลยให้เหตุผลว่า มาตรา 7 (1) (3) มาตรา 11 มาตรา 16 (3) มาตรา 23 (5) มาตรา 25 และ มาตรา 30 แห่งพระราชกำหนดการปฏิรูประบบสถาบันการเงิน พ.ศ. 2540 และที่แก้ไขเพิ่มเติม กำหนดให้ ปรส. มีอำนาจแก้ไขฟื้นฟูฐานะและชำระบัญชีบริษัทที่ถูกระงับการดำเนินกิจการ โดยอำนาจดังกล่าวรวมถึงการแต่งตั้งกรรมการ ผู้จัดการ หรือพนักงาน หรือบุคคลผู้มีอำนาจในการจัดการหรือทำสัญญาให้บุคคลอื่นมีอำนาจเด็ดขาดในการบริหารงานของสถาบันการเงิน ตลอดจนอำนาจสั่งให้บริษัทลดทุน เพิ่มทุน จัดสรรหุ้นเพิ่มทุน ฯลฯ และอำนาจเข้าดำเนินการแทนบริษัท ซึ่งมีผลเป็นการจำกัดสิทธิของผู้ถือหุ้น ซึ่งเป็นบุคคลที่เป็นเจ้าของกิจการโดยแท้จริง ในการที่จะครอบงำ ดูแล และจัดการบริษัท โดยการประกอบกิจการผ่านขบวนการแต่งตั้ง กรรมการหรือคณะกรรมการให้เข้าดำเนินการของบริษัท

ศาลรัฐธรรมนูญรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญมาตรา 264 วรรคหนึ่ง โดยศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยแล้ว เห็นว่า มาตรา 11 แห่งพระราชกำหนดการปฏิรูประบบสถาบันการเงินฯ เป็นบทบัญญัติที่กำหนดองค์ประกอบของคณะกรรมการ ปรส. ไม่ได้เป็นเรื่องของการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ

มาตรา 29 และไม่ได้เกี่ยวกับเสรีภาพหรือการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นทางการเป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 50 แต่ในส่วนของมาตรา 30 แห่งพระราชกำหนดดังกล่าวนี้ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า เป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจคณะกรรมการ ป.ร.ส. ในการแต่งตั้งคณะกรรมการเข้าดำเนินการแทนบริษัทที่ถูกระงับการดำเนินกิจการที่ไม่อาจแก้ไขหรือฟื้นฟูฐานะหรือการดำเนินการ โดยให้คณะกรรมการฯ มีอำนาจเข้าดำเนินการแทนบริษัทนั้นได้ ทุกประการและทำการชำระบัญชีบริษัท และเมื่อมีการตั้งคณะกรรมการฯ แล้วให้กรรมการของบริษัทนั้นพ้นจากตำแหน่งทั้งคณะ นอกจากนั้น การใดที่ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือกฎหมายว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัด กำหนดอำนาจหน้าที่ให้เป็นของที่ประชุมใหญ่ ก็ให้เป็นอำนาจและหน้าที่ของรัฐมนตรี ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยแล้วเห็นว่า มาตรา 30 แห่งพระราชกำหนดดังกล่าว เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกิจการของบริษัท โดยมีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการดำเนินการของบริษัททั้งโดยคณะกรรมการของบริษัทและผู้ถือหุ้นของบริษัท เป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นทางการเป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 50 วรรคหนึ่ง ซึ่งตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 วรรคหนึ่ง นั้น การจำกัดเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ โดยพระราชกำหนดดังกล่าวตราขึ้นเนื่องจากจำเป็นต้องแก้ไขปัญหาระบบสถาบันการเงินและฟื้นฟูสถานการณ์การดำเนินการของสถาบันการเงินที่ประสบปัญหา อีกทั้งยังตราขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้ฝากเงินและเจ้าหน้าที่ของสถาบันฯ และเรียกความเชื่อมั่นในระบบสถาบันการเงินกลับคืนมา พระราชกำหนดดังกล่าวจึงเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเนื่องจากมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ และเป็นบทบัญญัติที่ไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญของเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพของบุคคล

ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้แจกแจงเหตุผลความจำเป็นในการตรากฎหมายฉบับดังกล่าวว่า สถาบันการเงินที่ประสบปัญหาและถูกสั่งให้ระงับการดำเนินกิจการโดยคำสั่งของรัฐมนตรี และไม่อาจแก้ไขฟื้นฟูฐานะหรือการดำเนินการได้แล้ว นั้น เป็นกรณีที่ต้องดำเนินการชำระบัญชี พระราชกำหนดการปฏิรูประบบสถาบันการเงินฯ

จึงบัญญัติให้อำนาจคณะกรรมการ ปรส. แต่งตั้งคณะกรรมการขึ้นมาดำเนินการ แทนบริษัทจนชำระบัญชีเสร็จสิ้น เพื่อให้การชำระบัญชีนั้นเป็นไปโดยคำนึงถึงประโยชน์ของผู้ฝากเงินและเจ้าหน้าที่สุจริตของสถาบันการเงิน (ขยายความโดยผู้เขียน) โดยบทบัญญัติดังกล่าวใช้บังคับเป็นการทั่วไปกับบริษัทที่ถูกระงับการดำเนินกิจการ และไม่สามารถดำเนินกิจการต่อไปได้แล้ว

ด้วยเหตุผลข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยโดยมติเอกฉันท์ว่า พระราชกำหนด การปฏิรูประบบสถาบันการเงิน พ.ศ.2540 มาตรา 7 มาตรา 11 มาตรา 16 (3) มาตรา 23 (5) มาตรา 25 และมาตรา 30 ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 และมาตรา 50

2. คำอธิบายบรรทัดฐานสำคัญในคดีรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้ แม้จะไม่ปรากฏประเด็นปัญหา ข้อกฎหมายที่ซับซ้อนแต่หากพิจารณาในภาพรวมจะเห็นได้ว่าศาลฯ ได้วางโครงสร้าง การวินิจฉัยไว้อย่างเป็นระบบ โดยศาลรัฐธรรมนูญได้แยกระหว่างการวินิจฉัยว่า กฎหมายมีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพ⁵⁵ ในการประกอบอาชีพ หรือไม่ประการหนึ่ง แล้วจึงวินิจฉัยว่ากฎหมายนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญระบุไว้หรือไม่ อีกประการหนึ่ง ซึ่งต่อมาศาลรัฐธรรมนูญได้ใช้โครงสร้างดังกล่าวเพื่อวินิจฉัย คดีอื่น ๆ ที่เกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพด้วย⁵⁶ ผู้เขียนจึงเห็นว่าสมควร ยกคำวินิจฉัยนี้เป็นบรรทัดฐานสำคัญสำหรับคดีที่เกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบ อาชีพ โดยจะขอวิเคราะห์เทียบเคียงกับหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมัน เพื่อแสดง ให้เห็นเหตุผลความจำเป็นขององค์ประกอบต่าง ๆ ในโครงสร้างการวินิจฉัยของ คำวินิจฉัยดังกล่าว

⁵⁵ “การจำกัดเสรีภาพ” ที่ใช้ในความหมายนี้ ตรงกับคำว่า “Grundrechtseingriff” ที่ใช้ในภาษาเยอรมัน โดยพบว่าศาลรัฐธรรมนูญไทย รวมตลอดถึงตำราหรืองานวิชาการต่าง ๆ มีการใช้ถ้อยคำอื่นแตกต่างกันไป อาทิ “การแทรกแซงในสิทธิและเสรีภาพ” หรือ “กระทบกระเทือนสิทธิและเสรีภาพ” ทั้งนี้ กฎหมาย รัฐธรรมนูญของประเทศเยอรมนี จะแยกระหว่างกรณีที่มีการจำกัดสิทธิเสรีภาพ (Eingriff) ซึ่งอาจเป็นไป ตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้หรือไม่ก็ได้ กับกรณีที่มีการจำกัดเสรีภาพนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ ซึ่งในกรณีหลัง กฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมันจะใช้ คำว่า “Grundrechtsverletzung” โดยอาจแปลเป็นไทยได้ว่า “การละเมิด” หรือ “การล่วงละเมิด ในสิทธิและเสรีภาพ”

⁵⁶ อาทิ คำวินิจฉัยที่ 28/2547, คำวินิจฉัยที่ 52-53/2547, คำวินิจฉัยที่ 7/2549, คำวินิจฉัยที่ 12/2552, คำวินิจฉัยที่ 50/2554, คำวินิจฉัยที่ 33/2555

2.1 “ขอบเขตความคุ้มครอง” เสรีภาพในการประกอบอาชีพ

ในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 61/2545 ซึ่งเป็นการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายในบริบทของเสรีภาพในการประกอบอาชีพฯ นั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้วางโครงสร้างการวินิจฉัยโดยมุ่งตอบคำถามในสองประเด็น กล่าวคือ ประเด็นที่หนึ่ง กฎหมายที่มีผู้ร้องมานั้นมีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพฯ ตามมาตรา 50 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 หรือไม่ และประเด็นที่สอง หากกฎหมายดังกล่าวมีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพ การจำกัดเสรีภาพนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยในส่วนของประเด็นที่หนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยเพียงว่ากฎหมายที่มีผู้ร้องมา มีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพเป็นการทั่วไป แต่ได้วินิจฉัยว่าเนื้อหาของบทบัญญัติในกฎหมายดังกล่าวมีความ “เกี่ยวข้องกับกระทำการดำเนินกิจการของบริษัทโดยมีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการดำเนินการของบริษัท” จึง “เป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพฯ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 50 วรรคหนึ่ง”

การที่ศาลรัฐธรรมนูญเล็งเห็นถึงความจำเป็นที่ต้องระบุประเภทของเสรีภาพที่ศาลฯ ยกขึ้นวินิจฉัย เท่ากับศาลฯ ยอมรับว่าสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ในแต่ละเรื่องมีขอบเขตความคุ้มครองที่แตกต่างกัน ซึ่งความแตกต่างดังกล่าวไม่เพียงสะท้อนอยู่ในภารกิจของสิทธิเสรีภาพฯ⁵⁷ แต่ยังสะท้อนอยู่ในเงื่อนไขของการจำกัดสิทธิเสรีภาพฯ⁵⁸ ที่อาจมีความต่างกันได้ตามลักษณะและความเป็นมาของสิทธิเสรีภาพฯ ในแต่ละเรื่องโดยในคำวินิจฉัยที่ 61/2545 นี้

⁵⁷ สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานประเภทต่าง ๆ มีภารกิจและลักษณะของการคุ้มครองที่แตกต่างกัน โดยสิทธิฯ บางประเภทมีลักษณะเป็นสิทธิที่ปัจเจกยกขึ้นใช้ทางศาลได้เอง (subjektives Recht) ซึ่งยังแบ่งออกได้เป็นสิทธิที่คุ้มครองปัจเจกจากการล่วงละเมิดโดยรัฐ (Abwehrrecht) และสิทธิของปัจเจกในการเรียกร้องให้รัฐกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด อาทิ สิทธิเรียกร้องให้รัฐคุ้มครองปัจเจกจากการกระทำของปัจเจกอื่น (Schutzgewähr) หรือสิทธิเรียกร้องสวัสดิการจากรัฐด้วย (Teilhaberecht) ในขณะที่สิทธิฯ บางประเภทก็มุ่งคุ้มครองเพียงในทางหลักการเท่านั้น (objectives Recht, e.g. institutionelle Garantie) (บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า 57-62, Pieroth/Schlinke, Grundrechte, Staatsrecht II, หน้า 16-28)

⁵⁸ รัฐธรรมนูญบัญญัติเงื่อนไขของการจำกัดสิทธิฯ ในแต่ละเรื่องมากหรือน้อยแตกต่างกันตามลักษณะและความเป็นมาของสิทธิฯ โดยอาจแบ่งออกเป็นสิทธิฯ ที่ถูกจำกัดได้โดยกฎหมายที่รัฐตรงขึ้น สิทธิฯ ที่ถูกจำกัดได้โดยกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เฉพาะบางประการ หรือสิทธิฯ ที่ไม่อาจจำกัดได้โดยกฎหมาย (บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า 56-57)

ศาลรัฐธรรมนูญไม่เพียงแต่จะชี้ให้เห็นว่าเนื้อหาของกฎหมายมีความ “เกี่ยวข้องกับ การดำเนินกิจการของบริษัทฯลฯ ทั้งโดยคณะกรรมการของบริษัทและผู้ถือหุ้นของ บริษัท” แต่ศาลรัฐธรรมนูญยังได้ระบุในตอนท้ายของคำวินิจฉัยด้วยว่า บทบัญญัติ ดังกล่าว “ใช้บังคับในขั้นตอนหลังจากเมื่อบริษัทถูกสั่งให้ระงับการดำเนินกิจการและ ไม่อาจแก้ไขฟื้นฟูฐานะหรือการดำเนินกิจการได้แล้ว” ซึ่งเท่ากับศาลรัฐธรรมนูญ ได้ตีความเสรีภาพในการประกอบอาชีพฯ ว่า มีขอบเขตความคุ้มครองครอบคลุม การดำเนินกิจการของบริษัท ไม่ว่าจะเป็นการดำเนินการก่อนหรือหลังจากบริษัท ถูกสั่งให้ระงับการดำเนินกิจการและไม่อาจแก้ไขฟื้นฟูฐานะหรือการดำเนินกิจการ ได้แล้วก็ตาม

2.1.1 บุคคลที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้แดนแห่งสิทธิ

ในคำวินิจฉัยนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า “มาตรา 30 ฯลฯ มีผลเป็น การจำกัดเสรีภาพในการดำเนินการของบริษัททั้งโดยคณะกรรมการของบริษัทและ ผู้ถือหุ้นของบริษัท เป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลในการประกอบกิจการหรือ ประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม ฯลฯ ที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้” ซึ่งไม่เพียงแต่เป็นการอ้างอิงถ้อยคำให้มีความสอดคล้องกับความในมาตรา 30 แห่งพระราชกำหนดการปฏิรูปสถาบันการเงินฯ ซึ่งมีสาระสำคัญเป็นการกำหนดให้ คณะกรรมการที่คณะกรรมการ ปรส. แต่งตั้ง เข้าดำเนินการแทนบริษัทนั้นได้ แต่ข้อความดังกล่าวยังแฝงประเด็นในเชิงกฎหมายด้วยว่า “บุคคล” ที่รัฐธรรมนูญ ให้การคุ้มครองในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพฯ นั้น หมายความว่ารวมถึง บริษัทซึ่งเป็นนิติบุคคล หรือคณะกรรมการซึ่งเป็นคณะบุคคลด้วย ทั้งนี้ สอดคล้องกับ หลักกฎหมายของไทยในภาพรวม โดยเฉพาะการวางหลักกฎหมายเกี่ยวกับ “บุคคล” ในลักษณะ 2 ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งแสดงให้เห็นว่าในทางกฎหมาย คำว่า “บุคคล” อาจหมายความรวมถึง “นิติบุคคล” ซึ่งย่อมมีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับ บุคคลธรรมดา เว้นแต่สิทธิและหน้าที่ซึ่งโดยสภาพจะพึงมีพึงเป็นได้เฉพาะแก่ บุคคลธรรมดาเท่านั้น ดังนั้น จึงย่อมขยายความคำว่า “บุคคล” ที่ได้รับการคุ้มครอง ในสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ให้ครอบคลุมถึง “นิติบุคคล” ด้วยได้

2.1.2 การกระทำที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้แดนแห่งสิทธิ

ในคำวินิจฉัยนี้ ศาลรัฐธรรมนูญให้เหตุผลว่า มาตรา 30 แห่ง พระราชกำหนดการปฏิรูประบบสถาบันการเงินฯ “จำกัดเสรีภาพของบุคคลในการ

ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 50” เนื่องจากบทบัญญัติดังกล่าว “เกี่ยวข้องกับกำหนัดการดำเนินกิจการของบริษัท โดยมีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการดำเนินการของบริษัท” นอกจากนั้น ศาลรัฐธรรมนูญยังชี้ให้เห็นด้วยว่า บทบัญญัติดังกล่าว “ใช้บังคับในขั้นตอนหลังจากเมื่อบริษัทถูกสั่งให้ระงับการดำเนินกิจการและไม่อาจแก้ไขหรือฟื้นฟูฐานะหรือการดำเนินกิจการได้แล้ว” โดยแม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญจะมีได้นิยามคำว่า “กิจการ” “อาชีพ” หรือ “การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม” เพื่อกำหนดขอบเขตของแดนแห่งสิทธิเป็นการทั่วไป แต่การที่ศาลรัฐธรรมนูญมาตรา 50 วรรคหนึ่งขึ้นวินิจฉัยโดยมิได้จำแนกระหว่างเสรีภาพในการประกอบกิจการ เสรีภาพในการประกอบอาชีพหรือการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม แสดงให้เห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญมองว่าการประกอบกิจการ การประกอบอาชีพ และการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมนั้นต่างเป็นองค์ประกอบของเสรีภาพตามมาตรา 50 วรรคหนึ่งที่มีความเป็นเอกภาพในแดนแห่งสิทธิ และการดำเนินกิจการของบริษัทย่อมเป็นการกระทำที่อยู่ภายใต้แดนแห่งสิทธิดังกล่าว

อย่างไรก็ดี มีประเด็นให้พิจารณาว่า กรณีบริษัทที่ถูกระงับการดำเนินกิจการ และไม่อาจแก้ไขหรือฟื้นฟูฐานะหรือการดำเนินงานได้นั้น จะยังถือได้ว่าเป็นการทำงานที่ใช้เพื่อแสวงหารายได้หรือทำให้ได้มาหรือรักษาไว้ซึ่งปัจจัยในการเลี้ยงชีพอยู่หรือไม่ โดยศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ได้วางแนวคำวินิจฉัยเพื่อขยายความในประเด็นนี้ว่า เสรีภาพในการประกอบอาชีพนั้น มิได้คุ้มครองเฉพาะการสร้างรายได้ที่เกิดขึ้นจริง แต่คุ้มครองโอกาสที่จะสร้างรายได้ในอนาคตด้วย⁵⁹ ดังนั้นแม้การทำงานโดยยังมิมีรายได้ อาทิ กรณีจิตรกรวาดภาพที่ยังไม่สามารถสร้างรายได้จากผลงาน ก็มีได้หมายความว่ารัฐธรรมนูญจะไม่คุ้มครองโอกาสที่จะสร้างรายได้จากการทำงานนั้น ซึ่งเมื่อพิจารณาโดยคำนึงถึงแนวโน้มของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ที่จะตีความคำว่า “อาชีพ” อย่างกว้างแล้ว กรณีที่จะเข้าข่ายเป็นกิจกรรมที่มีได้มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหารายได้ โดยมากจึงเป็นเพียงกรณีขององค์กรที่ไม่แสวงหากำไร เช่น องค์กรการกุศล หรือกิจกรรมที่มีลักษณะเป็นงานอดิเรกต่าง ๆ⁶⁰

⁵⁹ Scholz, Artikel 12 Grundgesetz, in: Dürig/Herzog/Scholz (ed.), Grundgesetz Kommentar, marginal no. 32

⁶⁰ Kloepfe, § 70, marginal no. 29

ซึ่งกรณีของบริษัทที่ถูกกระทำการดำเนินกิจการและไม่อาจแก้ไขหรือฟื้นฟูฐานะหรือการดำเนินงานได้ตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 61/2545 ย่อมอยู่ภายใต้เงื่อนไขความเป็น “อาชีพ” ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหารายได้อยู่ เพราะบริษัทเหล่านี้ไม่เพียงแต่จะจัดตั้งขึ้นโดยมีสถานะและวัตถุประสงค์เพื่อแสวงหารายได้ แต่ในขณะที่มีการนำมาตรา 30 แห่งพระราชกำหนดการปฏิรูประบบสถาบันการเงินฯ มาใช้บังคับ บริษัทเหล่านี้ก็ยังคงสถานะตามที่ได้จดทะเบียนจัดตั้งไว้ โดยหลักแล้ว จึงต้องถือว่าบริษัทเหล่านี้ยังมีโอกาสที่จะหารายได้ตามวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งอยู่ และย่อมต้องอยู่ภายใต้ขอบเขตความคุ้มครองของเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

2.2 “การจำกัดเสรีภาพ” ในการประกอบอาชีพ

เมื่อได้พิจารณาแล้วว่าการดำเนินกิจการของบริษัทเป็นการใช้เสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมตามที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 50 บัญญัติคุ้มครองไว้ ศาลรัฐธรรมนูญจึงได้วินิจฉัยต่อไปว่า มาตรา 30 แห่งพระราชกำหนดการปฏิรูประบบสถาบันการเงินฯ ซึ่งใช้บังคับกับบริษัทสถาบันการเงินที่ถูกกระทำการดำเนินกิจการ มีเนื้อหาเกี่ยวข้องกับการดำเนินกิจการของบริษัท จึงเป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ

การที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้คำว่า “เป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินกิจการของบริษัท” นั้น เป็นการแสดงให้เห็นว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีเนื้อหาที่มุ่งแทรกแซงการดำเนินกิจการของบริษัท ดังนั้น การที่บริษัทไม่สามารถดำเนินกิจการได้เช่นเดิม ก็เป็นผลตรงตามความมุ่งประสงค์ของบทบัญญัติดังกล่าว ซึ่งหากพิจารณากฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมันเทียบเคียงแล้วย่อมเห็นได้ว่าบทบัญญัติที่เป็นเหตุให้มีการร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญตามคำวินิจฉัยนี้ มีลักษณะเป็นคำสั่งที่มุ่งให้เกิดผลทางกฎหมายโดยตรง⁶¹ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) มองว่ามาตรการของรัฐที่มีลักษณะดังกล่าวเป็นรูปแบบของการจำกัดสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่ชัดเจนที่สุด⁶²

2.3 “เงื่อนไข” ในการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

เมื่อศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยแล้วว่ามาตรา 30 แห่งพระราชกำหนด

⁶¹ ในกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมัน เรียก “การจำกัดสิทธิเสรีภาพ” ตามความเข้าใจนี้ว่า “klassischer Eingriffsbegriff” (Pieroth/Schlinke, Grundrechte, Staatsrecht II, Rn. 238)

⁶² BVerfG NJW 2002, 2626, 2628

การปฏิรูปสถาบันการเงินฯ เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 50 วรรคหนึ่ง ศาลรัฐธรรมนูญก็ได้พิจารณาในลำดับต่อมาว่า การกระทำของรัฐที่มีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ดังกล่าวนั้น เป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในมาตรา 29 วรรคหนึ่ง และมาตรา 50 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือไม่ ซึ่งมาตราดังกล่าวบัญญัติไว้ว่า การจำกัดเสรีภาพฯ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็นเท่านั้น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพนั้นมีได้ โดยในกรณีการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพนั้น ต้องกระทำโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงของรัฐหรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน การจัดระเบียบการประกอบอาชีพ การคุ้มครองผู้บริโภค การผังเมือง การรักษาทรัพยากรธรรมชาติหรือสิ่งแวดล้อม สวัสดิภาพของประชาชน หรือเพื่อป้องกันการผูกขาด หรือขจัดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขัน

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า พระราชกำหนดการปฏิรูประบบสถาบันการเงินฯ มีเหตุผลในการตราเนื่องจากมีความจำเป็นจะต้องแก้ปัญหาในระบบสถาบันการเงินและฟื้นฟูสถานะการดำเนินการของสถาบันการเงินบางแห่งที่ประสบปัญหา ฯลฯ ตลอดจนช่วยเหลือผู้ฝากเงินและเจ้าหน้าที่สุจริตของสถาบันการเงิน โดยเป็นกรณีฉุกเฉินที่มีความจำเป็นรีบด่วนอันมิอาจหลีกเลี่ยงได้ในอันที่จะรักษาความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ พระราชกำหนดดังกล่าวจึงเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญมาตรา 50 วรรคสอง กำหนดไว้ นอกจากนั้น โดยที่มาตรา 30 แห่งพระราชกำหนดดังกล่าวใช้บังคับในชั้นตอนหลังจากเมื่อบริษัทถูกสั่งให้ระงับการดำเนินกิจการและไม่อาจแก้ไขหรือฟื้นฟูฐานะหรือการดำเนินกิจการได้แล้ว จึงเป็นบทบัญญัติที่ไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพของบุคคล พระราชกำหนดการปฏิรูประบบสถาบันการเงินฯ มาตรา 30 จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 และมาตรา 50

2.3.1 เจียนไขกฎหมายพิเศษ

ศาลรัฐธรรมนูญได้ยกเหตุผลตามที่ ระบุไว้ในหมายเหตุท้ายพระราชกำหนดฯ เพื่อรับรองว่าบทบัญญัติในพระราชกำหนดดังกล่าวเป็นกฎหมาย

เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญมาตรา 50 วรรคสอง กำหนดไว้ โดยศาลรัฐธรรมนูญก็มีได้ขยายหรือจำกัดความเงื่อนไขกฎหมายพิเศษตามที่ระบุไว้ในมาตราดังกล่าว ซึ่งอาจพิจารณาได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญมองว่าเงื่อนไขในรัฐธรรมนูญมาตรา 50 วรรคสอง มีความชัดเจนในตัวแล้ว หรือศาลยอมรับอำนาจของผู้ตรากฎหมายที่จะใช้ดุลพินิจพิจารณาว่ากรณีใดเข้าเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 50 วรรคสองของรัฐธรรมนูญฯ บ้าง⁶³

2.3.2 การไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพ

นอกเหนือจากการวินิจฉัยเงื่อนไขกฎหมายเฉพาะว่า “เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญมาตรา 50 วรรคสอง กำหนดไว้ ฯลฯ” แล้ว ศาลรัฐธรรมนูญได้ให้เหตุผลต่อไปว่า มาตรา 30 แห่งพระราชกำหนดการปฏิรูประบบสถาบันการเงินฯ “เป็นบทบัญญัติที่ไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพบุคคล เพราะบริษัทเหล่านั้นได้ถูกสั่งให้ระงับการดำเนินกิจการแล้วโดยคำสั่งของรัฐมนตรีฯ และมีอาจแก้ไขหรือฟื้นฟูฐานะในการดำเนินกิจการได้” ซึ่งอาจพิจารณาได้ว่า ศาลรัฐธรรมนูญกำลังวางหลักเพื่อให้เหตุผลเกี่ยวกับสาระสำคัญแห่งสิทธิและเสรีภาพของเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ซึ่งที่ผ่านมา ศาลรัฐธรรมนูญวางแนวทางไว้ว่า สาระสำคัญแห่งเสรีภาพในการประกอบอาชีพ ได้แก่การไม่ถูกห้ามให้ประกอบอาชีพนั้นโดยเด็ดขาด⁶⁴

อย่างไรก็ดี การที่ศาลรัฐธรรมนูญให้เหตุผลในคำวินิจฉัยนี้ว่า บริษัทที่ได้รับผลกระทบจากมาตรา 30 แห่งพระราชกำหนดการปฏิรูประบบสถาบันการเงินฯ ได้ถูกสั่งให้ระงับการดำเนินกิจการแล้ว และมีอาจแก้ไขหรือฟื้นฟูฐานะในการดำเนินกิจการได้นั้นมิได้เป็นการอธิบายว่ามาตรา 30 แห่งพระราชกำหนดดังกล่าวมีผลเป็นการยกเลิกหรือห้ามมิให้ใช้สิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพโดยเด็ดขาดหรือไม่ แต่เป็นการพิจารณาให้น้ำหนักระดับความรุนแรงของผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการใช้กฎหมายโดยอาจขยายความได้ว่า บริษัทที่ได้รับผลกระทบจากมาตรา 30 นั้น เป็นบริษัทที่ตามข้อเท็จจริงไม่อยู่ในฐานะที่จะสร้างรายได้ได้อยู่แล้ว การใช้บังคับมาตรา 30 กับบริษัทดังกล่าว ย่อมไม่ทำให้บริษัทสูญเสียโอกาสที่จะสร้างรายได้มากไปกว่าที่เป็นอยู่ ดังนั้น การให้เหตุผลในส่วนนี้จึงมีลักษณะเป็นการนำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้ มากกว่าที่จะเป็นการวินิจฉัยในประเด็นสาระสำคัญแห่ง

⁶³ ดูหัวข้อ ก.4.1 ข้างต้น

⁶⁴ ดูหัวข้อ ก.4.2 ข้างต้น

สิทธิและเสรีภาพตามแนวทางที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วางไว้ในคำวินิจฉัยที่ 59/2545 ดังกล่าว

ทั้งนี้ เมื่อได้พิจารณาแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับสาระสำคัญแห่งสิทธิตามมาตรา 29 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 และแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) เกี่ยวกับมาตรา 19 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) ประกอบกันแล้ว⁶⁵ เห็นได้ว่าการที่ศาลรัฐธรรมนูญให้เหตุผลว่าบริษัทที่รับผลกระทบจากมาตรา 30 แห่งพระราชกำหนดการปฏิรูประบบสถาบันการเงินฯ ได้ถูกสั่งให้ระงับการดำเนินกิจการแล้ว ฯลฯ นั้น มิใช่เป็นการให้เหตุผลในประเด็นสาระสำคัญแห่งสิทธิฯ แต่มีลักษณะเป็นการให้เหตุผลตามหลักความได้สัดส่วน ซึ่งจะขอล่าถึงโดยละเอียดในส่วนถัดไป

2.3.3 หลักความได้สัดส่วน

ในคำวินิจฉัยนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้กล่าวถึงเงื่อนไขของการจำกัดสิทธิเสรีภาพให้ทำได้เพียง “เท่าที่จำเป็นเท่านั้น” โดยศาลฯ ก็ได้ได้แจกแจงว่าหลักการจำกัดเสรีภาพเท่าที่จำเป็นนั้นมีความหมายเช่นไร หรือวินิจฉัยว่ามาตรา 30 แห่งพระราชกำหนดการปฏิรูประบบสถาบันการเงินฯ จำกัดเสรีภาพเพียงเท่าที่จำเป็นหรือไม่ อย่างไรก็ดี หากพิจารณาตามความหมายของถ้อยบัญญัติแล้ว เห็นได้ว่าคำว่า “เท่าที่จำเป็นเท่านั้น” มีนัยในทำนองเดียวกับ “ความได้สัดส่วน” ซึ่งเป็นเงื่อนไขตามหลักกฎหมายมหาชนของเยอรมัน^{66,67}

โดยในคำวินิจฉัยนี้ ศาลฯ ได้ให้เหตุผลในตอนท้ายว่า “มาตรา 30ฯ เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นเนื่องจากมีความจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการรักษาความมั่นคงทางเศรษฐกิจของประเทศ และเป็นบทบัญญัติที่ไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพของบุคคล เพราะบริษัทเหล่านั้นได้ถูกสั่งให้ระงับการดำเนินกิจการแล้วโดยคำสั่งของรัฐมนตรีฯ และมีอาจแก้ไขหรือฟื้นฟูฐานะหรือการดำเนินกิจการได้” ซึ่งอาจขยายความได้ว่า บริษัทที่ได้รับ

⁶⁵ ดูหัวข้อ ก.4.2 ข้างต้น

⁶⁶ วรเจตน์ ภาคีรัตน์, วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 30 ฉบับที่ 2, หน้า 187; บรรเจิด สิงคะเนติ, หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์, หน้า 277

⁶⁷ ดูหัวข้อ ก.4.3.2 (ข) ข้างต้น

ผลกระทบจากมาตรา 30 นั้น เป็นบริษัทที่ตามข้อเท็จจริงไม่อยู่ในฐานะที่จะสร้างรายได้ได้อยู่แล้ว การใช้บังคับมาตรา 30 กับบริษัทดังกล่าว ย่อมไม่ทำให้บริษัทสูญเสียโอกาสที่จะสร้างรายได้มากไปกว่าที่เป็นอยู่ จึงเป็นการแสดงให้เห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญได้คำนึงถึงระดับความรุนแรงของผลกระทบที่บทบัญญัติดังกล่าวจะมีต่อผู้ที่อยู่ภายใต้บังคับและนำผลการพิจารณาดังกล่าวมาใช้เป็นเหตุผลประกอบการวินิจฉัย โดยแม้ว่าศาลรัฐธรรมนูญจะอ้างว่าเป็นประเด็นเกี่ยวกับสาระสำคัญแห่งเสรีภาพในการประกอบกิจการ แต่หากพิจารณาแนวคำวินิจฉัย⁶⁸ ของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) เทียบเคียงแล้ว ย่อมเห็นได้ว่ากรณีที่ศาลฯ นำเหตุผลในเรื่องดังกล่าวมาประกอบการวินิจฉัย ถือเป็นกรยอมรับแนวทางที่ให้อำนาจศาลฯ ตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของผู้กำหนดมาตรการว่าได้คำนึงถึงความยุติธรรมอันเป็นผลมาจากการใช้มาตรการดังกล่าวในรายการแล้วหรือไม่ ซึ่งย่อมเป็นบรรทัดฐานให้ศาลรัฐธรรมนูญอ้างอิงได้ต่อไป ไม่ว่าจะเพื่อประโยชน์ในการวินิจฉัยความได้สัดส่วนตามความหมายอย่างแคบ หรือหากศาลรัฐธรรมนูญนำทฤษฎีคุ้มครองสาระสำคัญแห่งสิทธิเสรีภาพอย่างสัมพัทธ์มาใช้เพื่อประโยชน์ในการวินิจฉัยเกี่ยวกับสาระสำคัญแห่งสิทธิฯ ก็ตาม

2.4 สรุป

ในคำวินิจฉัยที่ 61/2545 ศาลรัฐธรรมนูญได้วางโครงสร้างการวินิจฉัยในคดีที่เกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพ โดยแบ่งการวินิจฉัยออกเป็นสองส่วน กล่าวคือ วินิจฉัยว่ากฎหมายที่มีผู้ร้องมานั้นมีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพฯ ตามมาตรา 50 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือไม่ แล้วจึงวินิจฉัยว่ากฎหมายดังกล่าวเป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฯ มาตรา 50 วรรคสอง และมาตรา 29 หรือไม่ ซึ่งแนวทางในการวินิจฉัยดังกล่าวได้กลายเป็นบรรทัดฐานสำหรับการวินิจฉัยคดีที่เกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพของศาลรัฐธรรมนูญ

⁶⁸ ในคำวินิจฉัยเรื่อง Mühlengesetz-Urteil ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ได้พิจารณาเกี่ยวกับความได้สัดส่วนตามความหมายอย่างแคบ โดยให้เหตุผลว่า แม้การกำหนดให้ผู้ที่ประสงค์จะดำเนินกิจการโรงโม่หรือประสงค์จะเพิ่มกำลังผลิตในโรงโม่ของตน ต้องได้รับใบอนุญาตหรือขออนุญาตก่อนก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติ บทบัญญัติดังกล่าวแทบไม่ส่งผลกระทบต่อผู้ที่ยังไม่มีกิจการโรงโม่และประสงค์จะเปิดกิจการโรงโม่ เนื่องจากการเปิดกิจการโรงโม่ซึ่งมีต้นทุนที่สูงและมีโอกาสทำกำไรน้อยมากในขณะนั้น แทบจะไม่อาจเกิดขึ้นได้ การพิจารณาซึ่งนำหน้าหนักระหว่างผลกระทบต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพและประโยชน์สาธารณะ จึงต้องคำนึงถึงข้อเท็จจริงดังกล่าวด้วย (BVerfG NJW 1969, 499, 502) (ดูหัวข้อ ง.2.2.2 และ ง.2.2.3 ด้านล่าง)

อนึ่ง นอกจากจะได้วางโครงสร้างการวินิจฉัยในภาพรวมแล้ว ในคำวินิจฉัยนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังได้อ้างถึงผลกระทบของมาตรา 30 แห่งพระราชกำหนดการปฏิรูประบบสถาบันการเงินฯ ว่ากระทบเฉพาะบริษัทซึ่งถูกสั่งให้ระงับการดำเนินกิจการแล้วฯ และมีอาจแก้ไขหรือฟื้นฟูฐานะในการดำเนินกิจการได้ ซึ่งเป็นการนาระดับความรุนแรงของผลกระทบที่อาจเกิดจากมาตรการของรัฐมาใช้ประกอบการวินิจฉัยด้วยนั้น โดยถือได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญได้วางแนวทางให้ศาลฯ สามารถวินิจฉัยโดยพิจารณาถึงระดับความรุนแรงที่มาตรการของรัฐอาจมีผลกระทบต่อบุคคลได้อีกด้วย ซึ่งศาลฯ อาจนำมาใช้ประกอบการให้เหตุผลในประเด็นสาระสำคัญแห่งสิทธิ (ดังที่ปรากฏในคำวินิจฉัยนี้) หรืออาจใช้ประกอบการชี้แจงน้ำหนักตามหลักความได้สัดส่วนตามความหมายอย่างแคบก็ได้

ค. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 7/2549 (บรรทัดฐานเกี่ยวกับความหมายของเสรีภาพในการประกอบอาชีพและการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ)

1. สรุปย่อคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

คดีนี้เป็นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ศาลจะใช้แก่คดีตามมาตรา 264 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยคดีที่เป็นเหตุให้ศาลแขวงฯ ยื่นคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยนั้น เป็นคดีที่จำเลยซึ่งประกอบอาชีพค้าคอมพิวเตอร์และอุปกรณ์คอมพิวเตอร์ที่ใช้แล้ว ถูกฟ้องในคดีอาญารฐานความผิดประกอบอาชีพค้าของเก่าโดยไม่ได้รับอนุญาตตามพระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่า พุทธศักราช 2474 และที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยจำเลยให้การว่า บทบัญญัติในกฎหมายดังกล่าว ซึ่งกำหนดห้ามมิให้ผู้ใดประกอบอาชีพการขายทอดตลาดหรือค้าของเก่าโดยไม่ได้รับอนุญาตนั้น เป็นบทบัญญัติที่จำกัดเสรีภาพของบุคคลในการประกอบอาชีพ ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญตามที่รัฐธรรมนูญมาตรา 50 บัญญัติรับรองไว้ เพราะตามธรรมดาบุคคลทุกคนย่อมมีสิทธิที่จะมีทรัพย์สินเป็นของตนเองโดยการซื้อขาย ไม่ว่าจะทรัพย์สินนั้นจะเป็นของเก่าหรือเป็นของใหม่ และบุคคลย่อมมีสิทธิที่จะขายทรัพย์สินของตนให้แก่ผู้อื่น การที่บุคคลจะยึดถือเป็นอาชีพรับซื้อทรัพย์สินที่บุคคลอื่นใช้แล้วเพื่อขายและจำหน่ายต่อไปจึงเป็นสิทธิธรรมดาที่บุคคลทุกคนพึงกระทำได้ตามรัฐธรรมนูญ อีกทั้งกรณีตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติดังกล่าว มิใช่กฎหมายตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 50 วรรคสอง จึงขอให้ศาลแขวงฯ ส่งคำร้องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ากฎหมายดังกล่าวชอบด้วย

รัฐธรรมนูญหรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญมาตรา 264 วรรคหนึ่ง โดยมีประเด็นที่ศาลฯ ต้องวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค่าของเก่า พุทธศักราช 2474 มาตรา 4 วรรคหนึ่ง (2) และที่แก้ไขเพิ่มเติม ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 50 ประกอบมาตรา 29 หรือไม่ ซึ่งศาลวินิจฉัยแล้ว เห็นว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 50 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้การรับรองเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ และการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมทำให้ประชาชนมีหลักประกันที่จะเลือกประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพได้อย่างเสรี โดยที่ไม่มีใครมาบังคับ ไม่ถูกกีดกัน ไม่ให้มีโอกาสในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพแข่งขันกับผู้ประกอบกิจการรายอื่นแต่รัฐธรรมนูญ มาตรา 50 วรรคสอง เป็นบทบัญญัติที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมได้โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ ซึ่งต้องเป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 29 โดยศาลฯ เห็นว่า มาตรา 4 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค่าของเก่าฯ เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพค่าของเก่า เพราะกำหนดให้ผู้ที่ประกอบอาชีพค้าของเก่าต้องขอใบอนุญาตและได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานผู้ออกใบอนุญาตเสียก่อนจึงจะประกอบอาชีพได้ หากผู้ใดประกอบอาชีพค้าของเก่าโดยไม่มีใบอนุญาตย่อมเป็นความผิดและระวางโทษตามที่กฎหมายกำหนดแต่บทบัญญัติดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่มีวัตถุประสงค์เพื่อสนับสนุนการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดที่เกี่ยวกับทรัพย์สินฯ อีกทั้งเป็นกฎหมายเพื่อการจัดระเบียบการประกอบอาชีพค้าของเก่าให้ดีขึ้น และคุ้มครองผู้บริโภคที่อาจได้รับผลกระทบจากการซื้อทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิด พระราชบัญญัติดังกล่าวจึงเป็นกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เพื่อการจัดระเบียบการประกอบอาชีพ และเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภคตามมาตรา 50 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญฯ ซึ่งกระทบกระเทือนต่อเสรีภาพเท่าที่จำเป็น ไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญแห่งเสรีภาพ และมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปที่ไม่มุ่งหมายใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง หรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง นอกจากนี้ยังเป็นมาตรการที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนยิ่งกว่าก่อให้เกิดความเสียหายแก่เอกชน

ด้วยเหตุผลข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยโดยมติเอกฉันท์ว่า พระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค่าของเก่า พุทธศักราช 2474 มาตรา 4 วรรคหนึ่ง (2) และที่แก้ไขเพิ่มเติม ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 50 ประกอบมาตรา 29

2. คำอธิบายบรรทัดฐานสำคัญในคดีรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้ เป็นหนึ่งในไม่กี่คดีที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักเพื่อให้คำอธิบายเกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม โดยศาลรัฐธรรมนูญอธิบายว่า เสรีภาพดังกล่าว “ทำให้ประชาชนมีหลักประกันที่จะเลือกประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพได้อย่างเสรี โดยที่ไม่มีใครมาบังคับ ไม่ถูกกีดกันไม่ให้มีโอกาสในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพแข่งขันกับผู้ประกอบการรายอื่น” ซึ่งคำอธิบายนี้ ไม่เพียงแต่จะแสดงให้เห็นถึงหลักการที่เกี่ยวกับการกิจและขอบเขตความคุ้มครองของเสรีภาพในการประกอบอาชีพ แต่ศาลรัฐธรรมนูญยังได้ยกคำอธิบายในทำนองเดียวกันนี้ขึ้นใช้ในคำวินิจฉัยอื่นด้วย⁶⁹ ผู้เขียนจึงเห็นว่าสมควรยกคำวินิจฉัยนี้เป็นบรรทัดฐานสำคัญสำหรับคดีที่เกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพ โดยจะขอยกหลักพื้นฐานที่ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) วางไว้สำหรับเสรีภาพในการประกอบอาชีพมาใช้พิจารณาเปรียบเทียบ

2.1 เสรีภาพในการ “เลือก” ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ

การที่ศาลรัฐธรรมนูญอธิบายว่า เสรีภาพในการประกอบอาชีพเป็นหลักประกันในการ “เลือก” ประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ “โดยไม่มีใครมาบังคับ” หรือ “ถูกกีดกัน” นั้น แสดงให้เห็นว่าตามความเข้าใจของศาลรัฐธรรมนูญ เสรีภาพในการประกอบอาชีพมุ่งที่จะคุ้มครองเสรีภาพของประธานแห่งสิทธิในอันที่จะทำ **ความประสงค์ของตน**⁷⁰ ในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับวิธีการดำรงชีพให้เป็นจริงด้วยการแสดงออกอย่างเป็นรูปธรรมผ่านการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใด โดยไม่สำคัญว่าบุคคลนั้นจะมีความถนัด เป็นผู้มีความรู้ความสามารถที่เพียงพอ หรือจะได้รับการยอมรับว่ามีความเหมาะสมที่จะทำในสิ่งนั้นหรือไม่

⁶⁹ คำวินิจฉัยที่ 33/2555 และคำวินิจฉัยที่ 9/2562

⁷⁰ ความเห็นในทำนองเดียวกันนี้ วันเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพเป็นการคุ้มครองให้บุคคลสามารถประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพแตกต่างกันไปได้ตามความประสงค์, ดู ปกรณ์ นิลประพันธ์, สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) หมวดสิทธิเสรีภาพ เรื่อง 4. สิทธิเสรีภาพทางเศรษฐกิจ, หน้า 34

ทั้งนี้ หากพิจารณาแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) เทียบเคียงแล้ว เห็นได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ได้วางหลักไว้ตั้งแต่ต้นว่า เสรีภาพในการประกอบอาชีพตามที่รัฐธรรมนูญเยอรมัน (GG) บัญญัติคุ้มครองไว้ มิได้เป็นเพียงแค่การกำหนดหลักการทางเศรษฐกิจดังเช่นที่เคยมีการบัญญัติเรื่อง “เสรีภาพทางธุรกิจ”⁷¹ (Gewerbefreiheit) ไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งจักรวรรดิไวมาร์ (Die Verfassung des Deutschen Reichs หรือ Weimer Reichs-verfassung) แต่เป็นการบัญญัติคุ้มครองเสรีภาพของปัจเจกที่จะเลือกการงานใดเป็นอาชีพตามที่ ปัจเจกนั้นเห็นเองว่าเหมาะสมกับตนในแง่ซึ่งเห็นได้ว่า เสรีภาพในการประกอบอาชีพ มีความเกี่ยวข้องกับ “ศักดิ์ศรีและความเป็นตัวตน” ของปัจเจกเป็นอย่างมาก เพราะ การที่ปัจเจกเลือกเอาการงานใดเป็นสิ่งที่ตัวเองจะยึดถือและรับผิดชอบเพื่อใช้เป็น พื้นฐานในการดำรงชีพนั้น ไม่เพียงแต่จะแสดงถึงความประสงค์ที่จะพัฒนา “ตัวตน” ให้สมบูรณ์ แต่ยังเป็นทางเลือกบทบาทที่ตนต้องการจะมีต่อส่วนรวมอีกด้วย⁷² ดังนั้น หากพิจารณาเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญซึ่งให้ความสำคัญกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และตัวตนของปัจเจกแล้ว เสรีภาพในการประกอบอาชีพจึงย่อมต้องคุ้มครองปัจเจก จากการกระทำใด ๆ ของรัฐที่มีผลเป็นการบังคับหรือกีดกันไม่ให้ปัจเจกทำตามความ ประสงค์ดังกล่าวได้

การที่ศาลรัฐธรรมนูญวางหลักในคำวินิจฉัยที่ 7/2549 ว่าเสรีภาพในการ ประกอบอาชีพทำหน้าที่เป็นหลักประกันเสรีภาพในการเลือกโดยไม่ถูกบังคับหรือ กีดกันตามที่ได้กล่าวแล้วข้างต้นนั้น จึงเข้าใจได้ว่าเป็นการมุ่งคุ้มครองการแสดงออกถึง ตัวตนของปัจเจกตามที่ปัจเจกประสงค์ การกิจหลักของเสรีภาพในการประกอบอาชีพ จึงย่อมเป็นการปกป้องคุ้มครองปัจเจกจากการแทรกแซงของรัฐที่มีลักษณะเป็น การบังคับหรือกีดกันมิให้บุคคลแสดงออกถึงตัวตนในอันที่จะเลือกประกอบอาชีพ ได้ตามความประสงค์นั่นเอง

⁷¹ มาตรา 151 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งจักรวรรดิไวมาร์ (WRV) บัญญัติไว้ว่า “เสรีภาพของการค้าและ ธุรกิจได้รับการคุ้มครองภายใต้หลักเกณฑ์ที่บัญญัติไว้ในกฎหมายแห่งจักรวรรดิ” ซึ่งมีได้มีลักษณะเป็น การให้สิทธิเรียกร้องแก่ปัจเจกเพื่อป้องกันมิให้รัฐก้าวเข้าเข้าไปในการใช้เสรีภาพดังกล่าว (subjektives Recht) แต่มีลักษณะเป็นการคุ้มครองในทางหลักการเท่านั้น (objektives Recht) (Dürig/Herzog/Scholz, Art. 12, Rn. 10)

⁷² BVerfG NJW 1958, 1035; BVerfG NJW 1979, 699, 707

2.2 การกระทำของรัฐที่กีดกันการเลือกประกอบอาชีพ เป็นการ “จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ”

เมื่อได้วางหลักความเป็นหลักประกันเสรีภาพในการเลือกประกอบอาชีพฯ โดยไม่ถูกบังคับหรือกีดกันแล้ว ศาลรัฐธรรมนูญจึงได้วินิจฉัยว่า มาตรา 4 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่าฯ ซึ่งห้ามมิให้บุคคลใดประกอบอาชีพค้าของเก่าโดยมิได้รับใบอนุญาตฯ และมาตรา 12 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชดังกล่าว ซึ่งบัญญัติให้ผู้ประกอบอาชีพค้าของเก่าโดยมิได้รับอนุญาต เป็นความผิดต่อระหว่างโทษนั้น เป็น “บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพค้าของเก่า เพราะกำหนดให้ผู้ที่จะประกอบอาชีพฯ ต้องขอใบอนุญาตและได้รับอนุญาตฯ เสียก่อนจึงจะประกอบอาชีพได้ หากผู้ใดประกอบอาชีพฯ โดยไม่มีใบอนุญาตย่อมเป็นความผิดและระหว่างโทษตามที่กฎหมายกำหนด” ซึ่งเหตุผลดังกล่าวไม่เพียงแต่จะมีความสอดคล้องเชื่อมโยงกับขอบเขตความคุ้มครองและภารกิจของเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามที่ศาลฯ ได้วางหลักไว้ในคำวินิจฉัยเดียวกันนี้ แต่ยังเป็นการชี้ชัด⁷³ ด้วยว่า กฎหมายที่กำหนดเงื่อนไขให้บุคคลต้องขออนุญาตประกอบกิจการหรืออาชีพใด และกำหนดให้การประกอบกิจการหรืออาชีพดังกล่าวโดยยังมิได้รับอนุญาตนั้นเป็นความผิด เป็นกฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพโดยสภาพเพราะส่งผลกีดกันไม่ให้บุคคล

⁷³ ก่อนหน้าที่ศาลรัฐธรรมนูญจะมีคำวินิจฉัยในกรณีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญยังมิได้มีแนวทางที่ชัดเจนในการวินิจฉัยเกี่ยวกับกฎหมายที่กำหนดให้บุคคลต้องขออนุญาตในการประกอบอาชีพ ว่ามีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพหรือไม่ โดยในคำวินิจฉัยที่ 6/2546 นั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยเกี่ยวกับพระราชบัญญัติสุราฯ ซึ่งบัญญัติห้ามมิให้ผู้ใดทำสุราหรือมีภาชนะหรือเครื่องกลั่นสำหรับทำสุราไว้ในครอบครอง เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากอธิบดีกรมสรรพสามิต ว่า “ไม่ได้เป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพ และการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมแต่อย่างใด” โดยให้เหตุผลว่า มาตรา 50 วรรคสอง “บัญญัติยกเว้นเรื่องเสรีภาพในการประกอบอาชีพไว้ว่า เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์ในทางเศรษฐกิจของประเทศ ฯลฯ หรือประโยชน์สาธารณะอื่น” แต่ต่อมา ในคำวินิจฉัยที่ 28/2547 ซึ่งเป็นการวินิจฉัยเกี่ยวกับมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติวิชาชีพพยาบาลและการผดุงครรภ์ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2540 และในคำวินิจฉัยที่ 52-53/2547 ซึ่งเป็นการวินิจฉัยเกี่ยวกับมาตรา 4 มาตรา 5 และมาตรา 25 แห่งพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 ซึ่งล้วนเป็นบทบัญญัติที่กำหนดให้บุคคลต้องขออนุญาตในการประกอบอาชีพนั้น ศาลรัฐธรรมนูญก็ได้วินิจฉัยว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ แต่ศาลรัฐธรรมนูญก็ได้วางหลักเหตุผลหรือแสดงความแตกต่างจากกรณีในคำวินิจฉัยที่ 6/2546 แต่อย่างใด

เลือกประกอบอาชีพได้ตามความประสงค์ ซึ่งสอดคล้องกับแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในกรณีอื่น ๆ⁷⁴ ที่เกี่ยวกับกฎหมายที่กำหนดให้ต้องขออนุญาตประกอบกิจการหรืออาชีพด้วย

หากพิจารณาแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) เทียบเคียง พบว่า ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ได้วางหลักเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพไว้ว่า การกระทำของรัฐจะมีผลเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพก็ต่อเมื่อการกระทำของรัฐดังกล่าวมีลักษณะหรือมีผลเป็นการกำหนดเกี่ยวกับการประกอบอาชีพหรือระบอบการประกอบอาชีพของกลุ่มเป้าหมายของการกระทำนั้น⁷⁵ โดยในกรณีที่การกระทำของรัฐมีลักษณะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ที่ระบอบการเลือกประกอบอาชีพ⁷⁶ (Berufswahlregelung) ไม่ว่าจะเป็กฎเกณฑ์ที่กำหนดเงื่อนไขในการเลือกประกอบอาชีพซึ่งไม่อยู่ภายใต้บังคับของบุคคล (Objektive Zulassungsvoraussetzung) หรือจะเป็นเพียงกฎเกณฑ์ที่กำหนดเงื่อนไขหรือคุณสมบัติของบุคคล (Subjektive Zulassungsvoraussetzungen) ก็ตามย่อมเป็นกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นการกำหนดเกี่ยวกับการประกอบอาชีพโดยสภาพ ดังนั้น กฎหมายที่กำหนดให้บุคคลต้องได้รับอนุญาตก่อนที่จะประกอบอาชีพใด มีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ที่ระบอบการเลือกประกอบอาชีพ จึงยอมเป็นกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพด้วย

2.3 จำกัดเสรีภาพเพียง “เท่าที่จำเป็น” เพื่อประโยชน์แก่มหาชน

ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยต่อไปว่า แม้ว่ามาตรา 4 วรรคหนึ่ง (2) และมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค้าของเก่าฯ จะเป็นบทบัญญัติที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพ แต่มาตรา 50 วรรคสอง และมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ก็บัญญัติข้อยกเว้น

⁷⁴ อาทิ คำวินิจฉัยที่ 2/2552, 50/2554

⁷⁵ ดูหัวข้อ ข.2.2 ข้างต้น

⁷⁶ ในคำวินิจฉัยเรื่อง Apotheken-Urteil ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ได้วางบรรทัดฐานสำคัญสำหรับคดีที่เกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพโดยได้จำแนกกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวกับการประกอบอาชีพออกเป็นสามระดับ ได้แก่ กฎเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีการประกอบอาชีพ (Berufsausübungsregelungen) กฎเกณฑ์ที่กำหนดเงื่อนไขในการเลือกประกอบอาชีพซึ่งไม่อยู่ภายใต้บังคับของบุคคล (Objektive Zulassungsvoraussetzung) และกฎเกณฑ์ที่กำหนดเงื่อนไขหรือคุณสมบัติของบุคคล (Subjektive Zulassungsvoraussetzungen) (ดูหัวข้อ ก.4.3.2 (ก) ข้างต้น)

ให้มีการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพได้ หากเป็นการจำกัดเสรีภาพฯ โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์ในเรื่องที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ และต้องเป็นการจำกัดเสรีภาพเพียงเท่าที่จำเป็นและไม่กระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้น ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาเหตุผลของการตราพระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค่าของเก่าฯ แล้ว เห็นว่า พระราชบัญญัติดังกล่าวไม่เพียงแต่จะกำหนดให้ผู้ที่ประสงค์จะประกอบอาชีพค้าของเก่าต้องขออนุญาตเท่านั้น แต่ยังกำหนดเงื่อนไขห้ามมิให้บุคคลซึ่งเคยถูกจำคุกในความผิดเกี่ยวกับทรัพย์สินบางประการได้รับอนุญาตให้ประกอบอาชีพดังกล่าว รวมทั้งกำหนดให้ผู้ที่รับอนุญาตให้ค้าของเก่าต้องจัดทำสมุดบัญชีเพื่อบันทึกรายการซื้อสำคัญทั้งปวงแห่งการค้าทุกราย และจัดทำเลขลำดับเป็นเครื่องปิดกั้นไว้ที่สินค้าด้วย ดังนั้น มาตรา 4 วรรคหนึ่ง (2) และมาตรา 12 จึง “เป็นบทบัญญัติที่สนับสนุนการป้องกันและปราบปรามการกระทำ ความผิดที่เกี่ยวกับทรัพย์สินฯ อีกทั้งเป็นการจัดระเบียบการประกอบอาชีพค้าของเก่าให้ดีขึ้น และเพื่อเป็นการคุ้มครองผู้บริโภคที่อาจได้รับผลกระทบจากการซื้อทรัพย์สินที่ได้มาจากการทำความผิด” ด้วยเหตุผลดังกล่าว “พระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและค่าของเก่าฯ จึงเป็นกฎหมายเฉพาะเพื่อประโยชน์ในการรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เพื่อการจัดระเบียบการประกอบอาชีพ และเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค”

แม้ว่าในคำวินิจฉัยนี้ ศาลรัฐธรรมนูญจะไม่ได้วางหลักเพื่ออธิบายว่า วัตถุประสงค์ในลักษณะใดจึงจะเข้าข่ายเป็นวัตถุประสงค์เพื่อประโยชน์ในการรักษาความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อการจัดระเบียบการประกอบอาชีพ หรือเพื่อการคุ้มครองผู้บริโภค แต่ศาลรัฐธรรมนูญก็ได้นำบทบัญญัติซึ่งกำหนดกลไกควบคุมอื่น ๆ ในพระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและการค้าของเก่าฯ มาใช้ประกอบการอธิบายว่าเหตุใดบทบัญญัติที่ผู้ร้องยกขึ้นนั้น จึงเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เฉพาะตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 50 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ในส่วนของการวินิจฉัยความได้สัดส่วนและสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพซึ่งศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าพระราชบัญญัตินี้เป็นไปตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญฯ แล้วนั้น ไม่ปรากฏว่าศาลรัฐธรรมนูญได้ให้เหตุผลเพื่ออธิบายที่มาของข้อสรุปดังกล่าวแต่อย่างใด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากพิจารณาว่าศาลรัฐธรรมนูญได้ยกมาตรการต่าง ๆ ในพระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาด

และการค้าของเก่าๆ เพื่อใช้วินิจฉัยวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ประกอบกับศาลฯ ได้สอบถามข้อมูลเพิ่มเติมในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับคำร้องจากกระทรวงมหาดไทย ซึ่งเป็นส่วนราชการที่รับผิดชอบการใช้บังคับพระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาด และการค้าของเก่าๆ แล้ว จึงเห็นได้ว่ามิใช่เรื่องเกินวิสัยที่ศาลฯ จะพิจารณาว่าการกำหนดให้บุคคลต้องมาขออนุญาตเพื่อประกอบอาชีพค้าของเก่าซึ่งเป็นมาตรการที่จำกัดสิทธิอย่างรุนแรงนั้น มีความจำเป็นต่อการบรรลุซึ่งวัตถุประสงค์ของกฎหมายเพียงใด กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ หากคงเหลือไว้เพียงมาตรการอื่น ๆ ในพระราชบัญญัติควบคุมการขายทอดตลาดและการค้าของเก่าๆ จะยังสามารถบรรลุซึ่งวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้หรือไม่

หากพิจารณาแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ในประเด็นนี้ เห็นได้ว่าศาลฯ ให้ความสำคัญกับการวินิจฉัย “ความจำเป็น” (Erforderlichkeit) ของมาตรการเป็นอย่างมาก โดยในคดีบรรทัดฐานเรื่อง Apotheken-Urteil⁷⁷ ศาลฯ ได้วางหลักไว้ว่า รัฐต้องพิจารณาเลือกกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพรุนแรงน้อยกว่าก่อน โดยรัฐจะเลือกออกกฎหมายประเภทที่จำกัดเสรีภาพรุนแรงขึ้นได้ก็ต่อเมื่อสามารถแสดงให้เห็นได้ว่า มีความน่าจะเป็นสูงว่าไม่อาจนำกฎหมายที่จำกัดเสรีภาพรุนแรงน้อยกว่ามาใช้เพื่อป้องกันอันตรายอย่างมีประสิทธิภาพได้ซึ่งในแง่ นี้ กฎเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีการประกอบอาชีพ (Berufsausübungsregelungen) ย่อมมีผลจำกัดเสรีภาพรุนแรงน้อยกว่ากฎหมายเกี่ยวกับการเลือกประกอบอาชีพ (Berufswahlregelung) โดยในคดีดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ได้ยกตัวอย่างมาตรการอื่น ๆ ที่มีลักษณะเป็นกฎหมายเกี่ยวกับวิธีการประกอบอาชีพ ซึ่งรัฐสามารถพิจารณาเลือกใช้เพื่อให้ได้ผลในทำนองเดียวกันได้ อาทิ มาตรการควบคุมคุณภาพของร้านขายยา หรือมาตรการควบคุมคุณภาพเวชภัณฑ์⁷⁸ อย่างไรก็ตามหากศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ในเวลาต่อมา ศาลรัฐธรรมนูญมีแนวโน้มที่จะยอมรับอำนาจดุลพินิจของผู้ตรากฎหมายที่จะคาดการณ์ไปในอนาคตว่ากฎหมายจะมีความจำเป็นมากน้อยเพียงใด โดยศาลรัฐธรรมนูญจะตรวจสอบเพียงว่าผู้ตรากฎหมายใช้ดุลพินิจบนพื้นฐานของข้อมูลที่ครบถ้วน

⁷⁷ BVerfG NJW 1958, 1035

⁷⁸ ดูหัวข้อ n.4.3.2 (n) ข้างต้น

และได้ให้เหตุผลที่น่าเชื่อถือแล้วหรือไม่เท่านั้น⁷⁹ แต่ไม่ว่าจะอย่างไร ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) จะวินิจฉัยการเหตุผลของผู้ตรากฎหมายเสมอว่ามีน้ำหนักและความน่าเชื่อถือเพียงพอที่จะทำให้การจำกัดเสรีภาพชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่⁸⁰

2.4 สรุป

ในคำวินิจฉัยที่ 7/2549 ศาลรัฐธรรมนูญได้วางหลักเกี่ยวกับขอบเขตความคุ้มครองและการกิจของเสรีภาพในการประกอบอาชีพว่า “ทำให้ประชาชนมีหลักประกันที่จะเลือกประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพได้อย่างเสรี **โดยที่ไม่มีใครมาบังคับ ไม่ถูกกีดกัน**ไม่ให้มีโอกาสในการประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพแข่งขันกับผู้ประกอบการรายอื่น” ซึ่งนอกจากจะสื่อให้เห็นว่าเสรีภาพในการประกอบอาชีพไม่ได้เป็นเพียงแนวคิดทางเศรษฐกิจ แต่มุ่งคุ้มครอง “ความประสงค์” ของปัจเจกในการเลือกประกอบอาชีพด้วยแล้ว หลักดังกล่าวยังเป็นฐานให้ศาลรัฐธรรมนูญชี้ชัดลงไปได้ว่ากฎหมายที่กำหนดให้บุคคลต้องได้รับอนุญาตก่อนจึงจะประกอบอาชีพได้นั้น **ย่อมมีลักษณะเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพโดยสภาพ** นอกจากนี้ ในการวินิจฉัยว่าการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวเป็นไปตามเงื่อนไขที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญก็ได้กล่าวถึงมาตรการอื่น ๆ ในกฎหมายฉบับดังกล่าว เพื่อแสดงให้เห็นในภาพรวมว่าบทบัญญัติที่กำหนดให้ใช้ระบบอนุญาตมีส่วนในการทำให้บรรลุซึ่งวัตถุประสงค์ของกฎหมายอย่างไร อย่างไรก็ตาม เป็นที่น่าเสียดายว่าศาลรัฐธรรมนูญมิได้วินิจฉัยเกี่ยวกับ “ความจำเป็น” ของการกำหนดให้ใช้ระบบอนุญาตดังกล่าวเท่าที่ควร ซึ่งหากพิจารณาแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ในคดีเกี่ยวกับเสรีภาพในการประกอบอาชีพแล้ว เห็นได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ให้ความสำคัญกับการวินิจฉัย “ความจำเป็น” ของมาตรการเป็นอย่างมาก กล่าวคือ รัฐต้องแสดงให้เห็นว่า **ไม่มีมาตรการอื่นที่มีความรุนแรงน้อยกว่ามาตรการที่รัฐเลือกใช้** ซึ่งจะทำให้ได้ผลลัพธ์เช่นเดียวกันได้ มิเช่นนั้นศาลรัฐธรรมนูญก็จะวินิจฉัยว่ามาตรการดังกล่าวไม่มีความจำเป็น และขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ

⁷⁹ Scholz, Artikel 12 Grundgesetz, in: Dürig/Herzog/Scholz (ed.), Grundgesetz Kommentar, marginal no. 338f.

⁸⁰ ดูหัวข้อ ง.2.2 ด้านล่าง

ง. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 12/2549 (บรรทัดฐานเกี่ยวกับการใช้หลักความได้สัดส่วน)

1. สรุปย่อคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ

คดีนี้เป็นกรณีที่ศาลจังหวัดสระบุรีส่งคำโต้แย้งของจำเลยในคดีอาญาให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 264 โดยในคดีอาญาที่เป็นเหตุให้ศาลจังหวัดฯ ต้องส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยนั้น จำเลยถูกฟ้องในข้อหาเปิดกิจการขายอาหารและเครื่องดื่มในเวลาห้ามขาย โดยไม่ได้รับอนุญาต ซึ่งเป็นการกระทำความผิดตามประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 45 ลงวันที่ 17 มกราคม 2515 ข้อ 3 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 252 ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2515 ข้อ 1 ที่บัญญัติห้ามมิให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองสถานที่ขายอาหารหรือเครื่องดื่ม ขายอาหารหรือเครื่องดื่ม ตั้งแต่เวลา 01.00 น. ถึง 05.00 น. เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากอธิบดีกรมตำรวจ สำหรับนครหลวงกรุงเทพมหานครบุรี หรือผู้ว่าราชการจังหวัดสำหรับจังหวัดอื่น ฯลฯ โดยจำเลยให้เหตุผลว่า ประกาศของคณะปฏิวัติดังกล่าวมีเจตนารมณ์เพื่อป้องกันมิให้มีฉวยชีพใช้เป็นแหล่งนัดพบและมั่วสุมเพื่อประกอบอาชญากรรม แต่ร้านอาหารของจำเลยได้รับใบอนุญาตประกอบกิจการตามพระราชบัญญัติทะเบียนพาณิชย์แล้ว และมีใช้สถานที่อันมีลักษณะเป็นแหล่งมั่วสุมของอาชญากรหรือกระทำการที่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือทำให้ประเทศชาติเสียหาย ประกอบกับปัจจุบันประชาชนมีการเดินทางทั้งกลางวันและกลางคืนซึ่งเปลี่ยนแปลงไปจากอดีต คำสั่งคณะปฏิวัติดังกล่าวจึงไม่อาจนำมาใช้บังคับในยุคสมัยปัจจุบันได้ เพราะเป็นการขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 30 มาตรา 36 และมาตรา 50

ศาลรัฐธรรมนูญรับคำร้องไว้พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญมาตรา 264 วรรคหนึ่ง อย่างไรก็ดี ในขณะที่คำร้องนี้อยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้สิ้นสุดลงตามประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ฉบับที่ 3 ลงวันที่ 19 กันยายน 2549 โดยได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว ซึ่งบัญญัติให้มีคณะตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งมีหน้าที่วินิจฉัยคดีซึ่งเดิมอยู่ภายอานาจการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ซึ่งรวมถึงให้มีอำนาจวินิจฉัยบรรดาอรรถคดีหรือ

การใดที่อยู่ในระหว่างการดำเนินการของศาลรัฐธรรมนูญก่อนวันที่ 19 กันยายน 2549 ด้วย และต่อมาได้มีการตรารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 24 สิงหาคม 2550 โดยมาตรา 300 ของรัฐธรรมนูญฯ พุทธศักราช 2550 บัญญัติให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญฉบับชั่วคราว เป็นศาลรัฐธรรมนูญและมีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยอรรถคดีที่อยู่ในความรับผิดชอบ ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญต่อไปจนกว่าจะมีการตราพระราชบัญญัติประกอบ รัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญขึ้นใช้บังคับ ศาลรัฐธรรมนูญ จึงสามารถพิจารณาคำร้องในกรณีนี้ต่อไปได้ นอกจากนี้ เมื่อบทบัญญัติตาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ที่ผู้ร้องยกขึ้นนั้น มีหลักการ อย่างเดียวกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 30 และมาตรา 43 ศาลรัฐธรรมนูญจึงสามารถวินิจฉัยคำร้องนี้ได้ตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ดังกล่าว

ในคำร้องนี้ มีประเด็นให้ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาวินิจฉัยว่า ประกาศของ คณะปฏิวัติ ฉบับที่ 45 ลงวันที่ 17 มกราคม 2515 ข้อ 3 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม โดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 252 ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2515 ข้อ 1 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 26 มาตรา 27 มาตรา 28 มาตรา 29 มาตรา 30 มาตรา 34 และมาตรา 43 หรือไม่ ซึ่งศาลวินิจฉัยแล้ว เห็นว่า ในการพิจารณาถึงกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพ ของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ นั้น นอกจากจะต้องพิจารณาถึงสภาพการณ์ ของเหตุการณ์บ้านเมือง ตลอดจนวิถีการดำเนินชีวิตของประชาชนในขณะ ที่ตรากฎหมายนั้นแล้ว ยังจะต้องพิจารณาสภาพการณ์ของเหตุการณ์บ้านเมือง ตลอดจนวิถีการดำเนินชีวิตของประชาชนในขณะ ที่กฎหมายนั้นมีผลใช้บังคับ ประกอบด้วย โดยเห็นได้ว่าในขณะ ที่ประกาศใช้บังคับประกาศของคณะปฏิวัตินี้ เป็นช่วงที่คณะปฏิวัติเพิ่งจะกระทำการยึดอำนาจการปกครองแผ่นดินได้สำเร็จ และประสงค์ที่จะให้ประชาชนอยู่ในความสงบ ไม่ก่อความวุ่นวายและส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศในช่วงระหว่างที่คณะปฏิวัติทำหน้าที่บริหารประเทศ จึงได้ออกประกาศของคณะปฏิวัติฯ ห้ามมิให้มีการขายอาหารและเครื่องดื่มในเวลา ดังกล่าว เพราะไม่ต้องการให้ประชาชนออกจากบ้านในเวลากลางคืนซึ่งยากแก่การ

ควบคุมตรวจตรา และอาจก่อให้เกิดการช่งสมก่อนเหตุความไม่สงบ อันส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐและความสงบสุขของบ้านเมือง ซึ่งเป็นกรณีจำเป็นในขณะที่บ้านอยู่ในช่วงรัฐประหาร อย่างไรก็ตาม ในยามที่บ้านเมืองปกติสุข การใช้ชีวิตของปัจเจกบุคคลย่อมแตกต่างกันไปจากสถานการณ์ดังกล่าว ประกอบกับสังคมในยุคโลกาภิวัตน์ได้มีการเปลี่ยนแปลงไปมาก ภาวะเศรษฐกิจของประเทศมีความเจริญก้าวหน้า การคมนาคมเอื้อให้ประชาชนสามารถเดินทางสัญจรไปในสถานที่ต่าง ๆ ได้ตลอดเวลา ทำให้วงจรการใช้ชีวิตประจำวันของประชาชนเปลี่ยนแปลงไปจากเดิมจนไม่สามารถกำหนดเวลาเป็นการแน่นอนได้ว่าช่วงเวลาใดเป็นเวลาทำงานและช่วงเวลาใดเป็นเวลาพักผ่อน รัฐบาลจึงไม่อาจควบคุมให้ประชาชนที่อาจมีความจำเป็นในการเดินทางที่แตกต่างกันไปต้องอยู่เฉพาะแต่ในบ้านในเวลากลางวันได้ รวมถึงไม่อาจห้ามประกอบกิจการหรือประกอบอาชีพขายอาหารหรือเครื่องดื่มในช่วงเวลาดังกล่าวด้วย การที่ประกาศของคณะปฏิวัติดังกล่าวห้ามมิให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองสถานที่ขายอาหารหรือเครื่องดื่ม ขายอาหารหรือเครื่องดื่มตั้งแต่เวลา 01.00 น. ถึง 05.00 น. เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตฯ นั้น ย่อมเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบกิจการหรือการประกอบอาชีพและการแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรมของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 43 วรรคหนึ่งโดยตรง และหากพิจารณาว่าบทบัญญัติดังกล่าวจำกัดโอกาสในการประกอบอาชีพค้าขายโดยสุจริตของประชาชนจำนวนมากโดยไม่จำเป็น อีกทั้งยังเป็นการสร้างภาระให้แก่ประชาชนผู้ประกอบอาชีพสุจริตอื่น ๆ ที่มีความจำเป็นต้องบริโภคอาหารและเครื่องดื่มในช่วงเวลาดังกล่าวโดยไม่มีเหตุผลสนับสนุนที่เพียงพอแล้วและแม้ว่าจะมีบทบัญญัติให้ขอรับใบอนุญาตเพื่อขายอาหารและเครื่องดื่มในช่วงเวลาดังกล่าวได้ แต่ก็เป็นการสร้างเงื่อนไขและภาระแก่การใช้เสรีภาพดังกล่าวโดยไม่จำเป็น เพราะการกำหนดให้ต้องขอใบอนุญาตจากเจ้าหน้าที่ระดับสูงของรัฐนั้น เป็นสิ่งที่ยากต่อการปฏิบัติ ทั้งยังเป็นช่องทางให้ประชาชนผู้ประกอบสัมมาชีพเหล่านั้นต้องตกอยู่ใต้อำนาจครอบงำของเจ้าหน้าที่โดยปราศจากเหตุผลอันสมควรอีกด้วย จึงเห็นได้ชัดว่าการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวมิได้ก่อให้เกิดประโยชน์กับประชาชนชนตามที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 43 วรรคสอง ประกอบกับความจำเป็นในการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองได้เปลี่ยนแปลงไปจากเดิม และไม่เหมาะสมกับวิถีชีวิตของประชาชนในปัจจุบัน จึงเป็นการจำกัดเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้เกินความจำเป็น และกระทบกระเทือนต่อสาระสำคัญแห่งเสรีภาพนั้นด้วย

ด้วยเหตุผลข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยโดยมติที่ไม่เป็นเอกฉันท์ว่า ประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 45 ลงวันที่ 17 มกราคม 2515 ข้อ 3 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม โดยประกาศของคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 252 ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2515 ข้อ 1 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2515 มาตรา 29 วรรคหนึ่ง และมาตรา 43 และเป็นอันบังคับใช้ไม่ได้ตามรัฐธรรมนูญ

2. คำอธิบายบรรทัดฐานสำคัญในคดีรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในคดีนี้ นอกจากจะเป็นหนึ่งในเพียงไม่กี่กรณี⁸¹ ที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยให้การกระทำของรัฐเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพโดยไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว ยังเป็นกรณีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับการจำกัดเสรีภาพ โดยกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ปัญหาเฉพาะหน้าในขณะที่มีการออกกฎหมายนั้น ๆ ซึ่งกรณีดังกล่าวมักนำไปให้เห็นประเด็นปัญหาว่า ศาลรัฐธรรมนูญควรให้ความสำคัญกับความแตกต่างของสภาวะการณ์ในขณะที่ยตรากฎหมายและสภาวะการณ์ในขณะที่ยศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยมากน้อยเพียงใด และการที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยโดยคำนึงถึงสภาวะการณ์ที่เปลี่ยนไปซึ่งผู้ตรากฎหมายมีอาจคาดการณ์ได้โดยวิสัยจะถือเป็นการจำกัดอำนาจดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติเกินจำเป็นหรือไม่⁸² โดยแม้ว่าในคำวินิจฉัยนี้ จะเป็นการวินิจฉัยเกี่ยวกับประกาศของคณะปฏิวัติฯ ซึ่งได้รับการยอมรับเพียงให้มีสถานะเทียบเท่ากฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติจึงอาจมีความต่างจากกรณีกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติอยู่บ้าง แต่การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า “ในการพิจารณาถึงกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ นั้น นอกจากจะต้องพิจารณาถึงสภาพการณ์ของเหตุการณ์บ้านเมือง ตลอดจนวิถีการดำเนินชีวิตของประชาชนในขณะที่ยตราภาษะนั้นแล้ว ยังจะต้องพิจารณา

⁸¹ นอกเหนือจากกรณีในคำวินิจฉัยที่ 12/2549 แล้ว ในคำวินิจฉัยที่ 25/2547 ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 24 และมาตรา 26 ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับ “เชื้อสุรา” ซึ่งตามบทนิยาม มาตรา 4 ให้หมายถึงแป้งข้าวหมักด้วยนั้น เฉพาะในส่วนที่หมายความถึง แป้งข้าวหมัก เป็นบทบัญญัติ แห่งกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 50 และในคำวินิจฉัยที่ 13/2563 ศาลรัฐธรรมนูญ วินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พระพุทธศักราช 2457 มาตรา 12 (11) ในส่วนที่ กำหนดให้การกระทำผิดกฎหมายว่าด้วยการเลือกตั้งเป็นคุณสมบัติต้องห้ามของผู้ที่จะได้รับเลือกเป็น ผู้ใหญ่บ้านโดยไม่จำแนกประเภทการกระทำและความหนักเบาแห่งสภาพบังคับตามลักษณะและ พฤติการณ์แห่งการกระทำนั้น เป็นการเพิ่มภาระหรือจำกัดสิทธิของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ จึงขัด หรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 26 วรรคหนึ่ง

⁸² ดู วรเจตน์ ภาคีรัตน์, วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 30 ฉบับที่ 2, หน้า 188

สภาพการณ์ของเหตุการณ์บ้านเมือง ตลอดจนวิถีการดำเนินชีวิตของประชาชน ในขณะที่กฎหมายนั้นมีผลใช้บังคับประกอบด้วย” ย่อมมีลักษณะเป็นการวางหลักให้ศาลสามารถนำไปใช้วินิจฉัยเกี่ยวกับการจำกัดสิทธิเสรีภาพในกรณีอื่น ๆ ได้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าสมควรยกคำวินิจฉัยนี้เป็นบรรทัดฐานสำคัญ โดยจะขอวิเคราะห์เทียบเคียงกับแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) เพื่อแสดงให้เห็นถึงความเหมือนและความแตกต่างในประเด็นดังกล่าวด้วย

2.1 “เหตุผลความจำเป็น” ของกฎหมายในสภาวะการณ์ขณะที่กฎหมายมีผลใช้บังคับ

กรณีนี้เป็นกรณีเกี่ยวกับกฎเกณฑ์ที่ห้ามมิให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองสถานที่ขายอาหารหรือเครื่องดื่ม ขายอาหารหรือเครื่องดื่มตั้งแต่เวลา 01.00 น. ถึง 05.00 น. เว้นแต่จะจะได้รับใบอนุญาต ซึ่งเป็นกรณีที่กระทบต่อวิธีการขายอาหารและเครื่องดื่ม ซึ่งเป็นการงานที่บุคคลถือเป็นอาชีพเพื่อใช้หาเลี้ยงชีพได้ จึงชอบแล้วที่ศาลรัฐธรรมนูญจะวินิจฉัยว่ากฎเกณฑ์ดังกล่าวมีลักษณะเป็นการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพโดยตรง โดยไม่จำเป็นที่ศาลฯ จะต้องลงรายละเอียดในประเด็นดังกล่าว

ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าเป็นปัญหาให้ต้องพิจารณาวินิจฉัยโดยละเอียดนั้น คือคำถามว่า การจำกัดเสรีภาพดังกล่าวเข้าข่ายกเว้นให้กระทำได้ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้หรือไม่ โดยศาลรัฐธรรมนูญได้เริ่มต้นโดยการวางหลักว่าในการพิจารณาถึงกฎหมายที่จำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคลนั้น ไม่เพียงแต่จะต้องพิจารณาถึงสภาพการณ์ฯ ในขณะที่ตรากฎหมาย แต่ต้องพิจารณาถึงสภาพการณ์ฯ ในขณะที่กฎหมายมีผลใช้บังคับด้วย แล้วศาลรัฐธรรมนูญจึงได้ยกเหตุผลต่าง ๆ เพื่อแสดงว่าประกาศของคณะปฏิวัติฯ ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ เช่นไร โดยศาลฯ ได้ชี้ให้เห็นว่า ประกาศของคณะปฏิวัติฯ ตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ให้ประชาชนอยู่ในความสงบ ไม่ก่อความวุ่นวายและส่งผลกระทบต่อความมั่นคงของประเทศ จึงต้องจำกัดเสรีภาพเพื่อมิให้ประชาชนออกจากบ้านในเวลากลางคืน ซึ่งยากแก่การควบคุมตรวจตรา และอาจเกิดการชงสุ่มก่อเหตุไม่สงบได้ จึงเป็นกรณีจำเป็นในขณะที่บ้านเมืองอยู่ในช่วงรัฐประหารแต่ในยามที่บ้านเมืองปกติสุข สถานการณ์ย่อมแตกต่างกันไป ไม่มีเหตุผลความจำเป็นดังกล่าวเพราะการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวไม่เพียงแต่จะเป็นการจำกัดโอกาสในการประกอบอาชีพและสร้างภาระให้แก่ประชาชนผู้ประกอบอาชีพสุจริตอื่น ๆ โดยไม่จำเป็น แต่ยังเห็นได้ชัด

อีกด้วยว่าการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวมิได้ก่อให้เกิดประโยชน์ต่อความมั่นคงของรัฐ หรือเศรษฐกิจของประเทศ การคุ้มครองประชาชนในด้านสาธารณสุข โภค การรักษา ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือประโยชน์อื่น ๆ ตามที่ระบุไว้ในรัฐธรรมนูญ มาตรา 43 วรรคสอง อีกด้วย

การที่ศาลรัฐธรรมนูญให้เหตุผลว่า แม้ประกาศของคณะปฏิวัติดังกล่าว จะจำเป็นในขณะที่บ้านเมืองอยู่ในช่วงรัฐประหาร แต่เมื่อสถานการณ์เปลี่ยนไปแล้ว จึงไม่มีความจำเป็นดังกล่าวอีกต่อไปนั้น เป็นการแสดงให้เห็นว่า ในการวินิจฉัยว่าการจำกัดเสรีภาพเป็นไปตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้หรือไม่ โดยเฉพาะ การพิจารณาเกี่ยวกับเหตุผลในการตรากฎหมายและความจำเป็นของมาตรการที่บัญญัติไว้ในกฎหมายซึ่งเป็นการวินิจฉัยตามหลักความได้สัดส่วนนั้น ศาลรัฐธรรมนูญ จะพิจารณาโดยคำนึงถึงสภาพการณ์ในขณะที่กฎหมายมีผลใช้บังคับโดยไม่จำกัด เฉพาะเพียงสภาพการณ์ในขณะที่ตรากฎหมายเท่านั้น ในแง่นี้จึงพิจารณาได้ว่า ในการตรากฎหมายทุกฉบับ ผู้ตรากฎหมายย่อมต้องพิจารณาถึงผลในการจำกัด สิทธิเสรีภาพของกฎหมายดังกล่าวว่า มีความได้สัดส่วนกับประโยชน์ที่มหาชนจะได้รับหรือไม่ โดยต้องคาดการณ์ถึงสภาพความเปลี่ยนแปลงในอนาคตตลอดระยะเวลา ที่กฎหมายนั้นจะมีผลใช้บังคับด้วย⁸³

อย่างไรก็ดี การคาดการณ์ถึงสภาพความเปลี่ยนแปลงในอนาคตนั้น เป็นเรื่องซึ่งไม่อาจทำได้อย่างแม่นยำโดยสภาพ หากปรากฏในเวลาต่อมาว่า สภาพการณ์มิได้เป็นไปอย่างที่คุณตรากฎหมายคาดการณ์ไว้ ก็มิได้หมายความว่า ในขณะที่ตราภาษะนั้นผู้ตราภาษามิได้ใช้ดุลพินิจในการคาดการณ์โดยชอบแล้ว ซึ่งในคำวินิจฉัยนี้ศาลรัฐธรรมนูญมิได้กล่าวถึงดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติในการ พิจารณาซึ่งน้ำหนักเหตุผลความจำเป็นในการตรากฎหมาย กรณีจึงไม่อาจสังเคราะห์ จากหลักที่ศาลรัฐธรรมนูญวางไว้ได้ว่า ในกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ใช้ดุลพินิจซึ่งน้ำหนัก เหตุผลความจำเป็นในการตรากฎหมายโดยชอบแล้ว หากปรากฏในเวลาต่อมาว่า

⁸³ ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ พ. 45/2557 ศาลปกครองสูงสุดได้อภิปรายเกี่ยวกับการให้เหตุผล ในการออกกฎหมายหน่วยงานเช่นกัน โดยระบุว่า “การออกประกาศกระทรวงที่พิพาทดังกล่าว จึงเป็นไป โดยมีเหตุผล ข้อมูล ข้อเท็จจริง และข้อกฎหมายรองรับโดยครบถ้วน รวมทั้งมีความจำเป็นที่จะต้อง ดำเนินการแก้ไขปัญหาดังที่กล่าวมาข้างต้น” อย่างไรก็ดี ศาลปกครองสูงสุดก็มิได้วางหลักเพิ่มเติมว่า หน่วยงานพึงใช้เหตุผล ข้อมูล ข้อเท็จจริงเพื่อวิเคราะห์คาดการณ์สิ่งที่จะเกิดขึ้นในอนาคต และนำ ผลวิเคราะห์ดังกล่าวมาใช้ประกอบการพิจารณาเหตุผลความจำเป็นในการออกกฎหมายด้วยหรือไม่ เพียงใด

สภาพการณ์ได้เปลี่ยนไปเกินกว่าวิสัยของบุคคลที่จะคาดการณ์ได้จนส่งผลทำให้กฎหมายดังกล่าวจำกัดเสรีภาพเกินความจำเป็น ศาลรัฐธรรมนูญจะยังคงวินิจฉัยว่ากฎหมายดังกล่าวจำกัดเสรีภาพเกินจำเป็นและไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งหากศาลรัฐธรรมนูญยังคงวินิจฉัยเช่นนั้น ย่อมเท่ากับว่าศาลรัฐธรรมนูญมิได้มุ่งเพียงแต่จะตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของผู้ตรากฎหมาย แต่ประสงค์ที่จะเข้าทำหน้าที่แทนฝ่ายนิติบัญญัติในอันที่จะพิจารณาเกี่ยวกับเหตุผลความจำเป็นของกฎหมายเสียเอง จึงเป็นเรื่องที่ต้องคอยดูต่อไปว่าศาลรัฐธรรมนูญจะนำหลักที่วางไว้ในคำวินิจฉัยนี้ไปปรับใช้เช่นไร

2.2 การวินิจฉัยความได้สัดส่วนของกฎหมายที่หมดความจำเป็นแล้วของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG)

2.2.1 การยอมรับอำนาจดุลพินิจของผู้ตรากฎหมายในการพิจารณาตามหลักความได้สัดส่วน

ในคำวินิจฉัยเรื่อง Apotheken-Urteil^{84,85} ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ได้วางบรรทัดฐานสำหรับการวินิจฉัยความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎเกณฑ์ที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพแบ่งตามระดับความรุนแรงของการจำกัดเสรีภาพ โดยศาลฯ ได้กำหนดเงื่อนไขซึ่งอาจแบ่งออกได้เป็นสองส่วนหลัก ๆ ได้แก่ เงื่อนไขในส่วนของเหตุผลของการจำกัดสิทธิ ซึ่งโดยหลักต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อปกป้องประโยชน์ของส่วนรวมจากอันตรายที่อาจเกิดขึ้น และเงื่อนไขในส่วนของความน่าจะเป็นของอันตรายที่จะเกิดต่อส่วนรวมในกรณีที่รัฐไม่ใช้มาตรการที่จำกัดเสรีภาพดังกล่าว โดยสำหรับเงื่อนไขในส่วนแรกนั้น ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ใช้ถ้อยคำที่มีความหมายอย่างกว้างซึ่งย่อมแสดงให้เห็นว่า ศาลฯ ยอมรับอำนาจดุลพินิจของผู้ตรากฎหมายในอันที่จะพิจารณาว่ากรณีใดเข้าข่ายเป็นประโยชน์สาธารณะที่รัฐสมควรตรากฎหมายเพื่อคุ้มครองหรือปกป้องจากอันตราย⁸⁶ แต่สำหรับเงื่อนไขในส่วนของการแสดงความน่าจะเป็นของอันตรายที่อาจเกิดต่อประโยชน์ส่วนรวมนั้น ในคำวินิจฉัย Apotheken-Urteil ศาลฯ มิได้เพียงตรวจสอบว่า

⁸⁴ BVerfG NJW 1958, 1035

⁸⁵ ดูหัวข้อ ก.4.3.2 (ก) ข้างต้น

⁸⁶ Scholz, Artikel 12 Grundgesetz, in: Dürig/Herzog/Scholz (ed.), Grundgesetz Kommentar, marginal no. 336

ฝ่ายนิติบัญญัติได้ใช้ดุลพินิจอย่างน่าเชื่อถือบนฐานของข้อมูลที่ถูกต้องแล้วหรือไม่ แต่ศาลฯ ได้เข้าไปตรวจสอบข้อเท็จจริงโดยละเอียดเพื่อใช้เป็นเหตุผลประกอบการวินิจฉัยว่าผู้ตรากฎหมายไม่สามารถแสดงให้เห็นได้ว่า มีความน่าจะเป็นสูงว่ามาตรการอื่น ๆ ที่มีความรุนแรงน้อยกว่าจะมีประสิทธิผลในการป้องกันมิให้เกิดอันตรายต่อประโยชน์สาธารณะน้อยกว่ามาตรการที่กำหนดไว้ ซึ่งดูเหมือนศาลฯ จะเข้าไปใช้ดุลพินิจแทนฝ่ายนิติบัญญัติในประเด็นนี้⁸⁷

อย่างไรก็ดี ในเวลาต่อมา ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) มีแนวโน้มที่จะยอมรับอำนาจดุลพินิจของผู้ตรากฎหมายให้รวมถึงการคาดการณ์ไปในอนาคตว่ากฎหมายจะมีความจำเป็นมากน้อยเพียงใดด้วย โดยศาลฯ จะตรวจสอบเพียงว่าผู้ตรากฎหมายใช้ดุลพินิจบนพื้นฐานของข้อมูลที่ครบถ้วนและได้ให้เหตุผลอย่างน่าเชื่อถือเพียงพอแล้วหรือไม่เท่านั้น⁸⁸ โดยเฉพาะอย่างยิ่งศาลฯ ได้ยอมรับว่าผู้ตรากฎหมายซึ่งมีภารกิจในการกำหนดนโยบายเพื่อแก้ปัญหาทางเศรษฐกิจและสังคมนั้น ย่อมต้องตัดสินใจบนพื้นฐานของการคาดการณ์ว่าเหตุการณ์ในอนาคตจะพัฒนาไปในทิศทางใด ซึ่งการคาดการณ์ดังกล่าวย่อมมีข้อจำกัดโดยสภาพ ศาลฯ จึงไม่อาจใช้ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นภายหลังจากที่ได้มีการตรากฎหมายไปจำกัดการใช้ดุลพินิจที่ผู้ตรากฎหมายใช้ในขณะที่ยุติการได้ หากผู้ตรากฎหมายได้ใช้ดุลพินิจนั้นบนพื้นฐานของข้อมูลที่ครบถ้วนและได้ให้เหตุผลอย่างน่าเชื่อถือแล้ว

2.2.2 บรรทัดฐานจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) เรื่อง Mühlengesetz-Urteil

ในกรณีการตรากฎหมายเพื่อแก้ปัญหาเฉพาะหน้าซึ่งผู้ตรากฎหมายย่อมทราบอยู่แล้วว่า ปัญหาดังกล่าวจะมีอยู่เพียงชั่วคราวเท่านั้น หากปรากฏข้อเท็จจริงในเวลาต่อมาว่าปัญหาดังกล่าวสิ้นสุดไป ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ก็มีได้ใช้ข้อเท็จจริงดังกล่าวเป็นเหตุที่จะวินิจฉัยว่ากฎหมายนั้นไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ แต่ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) จะพิจารณาว่าผู้ตรากฎหมายได้ใช้ดุลพินิจในการกำหนดวัตถุประสงค์และเลือกใช้มาตรการโดยชอบแล้วหรือไม่ ดังปรากฏ

⁸⁷ Scholz, Artikel 12 Grundgesetz, in: Dürig/Herzog/Scholz (ed.), Grundgesetz Kommentar, marginal no. 337

⁸⁸ Scholz, Artikel 12 Grundgesetz, in: Dürig/Herzog/Scholz (ed.), Grundgesetz Kommentar, marginal no. 338f.

ในคำวินิจฉัยเรื่อง Mühlengesetz-Urteil⁸⁹ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ต้องวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายว่าด้วยโรงโม่ ซึ่งตราขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ปัญหาทางเศรษฐกิจที่เกิดจากอุปทานล้นตลาดของกำลังการผลิตของโรงโม่ โดยกำหนดห้ามมิให้ตั้งโรงโม่และการขยายกำลังการผลิตของโรงโม่เว้นแต่จะได้รับอนุญาต และกำหนดเงื่อนไขของการอนุญาตให้ทำได้เฉพาะกรณี que jure ที่จำเป็นเพื่อให้มีผลผลิตเกินจากการโม่เพียงพอต่อความต้องการของตลาดเท่านั้น โดยกรณีนี้ผู้ตรากฎหมายได้คาดการณ์ไว้ตั้งแต่ต้นว่าสภาพปัญหาดังกล่าวจะคงอยู่เพียงชั่วคราวระยะเวลาหนึ่ง จึงได้กำหนดให้กฎหมายดังกล่าวสิ้นผลเมื่อถึงเวลาตามที่กำหนด แต่อาจตรากฎหมายเพื่อขยายเวลาใช้บังคับของกฎหมายดังกล่าวได้ซึ่งในการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) นั้น ศาลฯ ได้วางหลักไว้ว่าในการพิจารณาว่าเหตุผลในการตรากฎหมายจะชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น ศาลรัฐธรรมนูญย่อมต้องให้น้ำหนักกับข้อพิจารณาของผู้ตรากฎหมายเป็นหลัก โดยผู้ตรากฎหมายย่อมต้องใช้ข้อมูลที่มีอยู่ในขณะที่ตรากฎหมายเพื่อพิจารณาซึ่งน้ำหนักระหว่างผลกระทบที่คาดว่าจะเกิดจากการจำกัดเสรีภาพและประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับหากปรากฏในเวลาต่อมาว่าผลกระทบหรือประโยชน์ที่ได้รับไม่เป็นไปตามที่คาดการณ์ไว้ก็มีได้หมายความว่ากฎหมายดังกล่าวขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญเสมอไป มิเช่นนั้นจะเท่ากับเป็นการตัดอำนาจมิให้ผู้ตรากฎหมายสามารถใช้ดุลพินิจคาดการณ์ปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตและกำหนดมาตรการเพื่อลดผลกระทบหรือป้องกันมิให้ปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นได้เลย ทั้งนี้ ผู้ตรากฎหมายมีหน้าที่คอยแก้ไขหรือยกเลิกกฎหมายต่าง ๆ ให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ที่เปลี่ยนแปลงอยู่เสมอ

สำหรับกรณีกฎหมายว่าด้วยโรงโม่ นั้น ผู้ตรากฎหมายมีวัตถุประสงค์ที่จะควบคุมปริมาณการผลิตของโรงโม่เพื่อรักษาคุณภาพของตลาดและป้องกันไม่ให้เกิดความขาดแคลนสินค้าบริโภคในอนาคตอันจะเป็นผลจากการที่โรงโม่ต่าง ๆ ต้องปิดตัวลงเนื่องจากอุปทานที่เพิ่มขึ้นมากจนทำให้เกิดการแข่งขันกตราคากันจนโรงโม่ไม่สามารถประกอบกิจการต่อไปได้ ซึ่งการคาดการณ์ดังกล่าวนั้นเป็นไปตามหลักวิชาเศรษฐศาสตร์และประสบการณ์ในอดีต ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) จึงเห็นว่า การกำหนดเป้าหมายดังกล่าวของผู้ตรากฎหมายอยู่บนพื้นฐานของข้อมูล และมีเหตุผลน่าเชื่อถือได้แล้ว ยิ่งไปกว่านั้น ศาลฯ ยังเห็นว่าการกำหนดมาตรการ

⁸⁹ BVerfG NJW 1969, 499

เพื่อจัดระเบียบหรือแก้ปัญหาทางเศรษฐกิจนั้นเป็นเรื่องที่ต้องพิจารณาข้อเท็จจริงที่หลากหลาย ผู้ตรากฎหมายจึงจำเป็นต้องมีดุลพินิจในการพิจารณาเลือกใช้และออกแบบมาตรการที่เหมาะสมได้โดยศาลฯ จะวินิจฉัยว่ามาตรการที่ผู้ตรากฎหมายใช้ดุลพินิจเลือกโดยชอบแล้วนั้นเป็นมาตรการที่รุนแรงโดยไม่จำเป็นก็ต่อเมื่อสามารถแสดงให้เห็นศาลฯ เห็นได้อย่างชัดเจนว่ามีมาตรการอื่นที่กระทบสิทธิเสรีภาพของปัจเจกน้อยกว่าแต่บรรลุวัตถุประสงค์ได้เช่นกัน ซึ่งในกรณีนี้ผู้ยื่นคำร้องไม่อาจแสดงให้เห็นเช่นนั้นได้

ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ได้พิจารณาว่ากฎหมายว่าด้วยโรงไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ปัญหาเป็นการชั่วคราว มิได้มุ่งจัดระเบียบการประกอบอาชีพถาวร ดังนั้น การที่ผู้ตรากฎหมายได้กำหนดมาตรการต่าง ๆ เพื่อรับประกันว่ากฎหมายฉบับนี้จะกระทบเสรีภาพเพียงเท่าที่จำเป็น อาทิ กำหนดให้กฎหมายสิ้นสุดเมื่อถึงกำหนด หรือกำหนดให้มีการทบทวนขอบเขตของมาตรการ จึงเป็นการแสดงให้เห็นว่าผู้ตรากฎหมายคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วนแล้ว อย่างไรก็ตาม หากต่อมาผู้เชี่ยวชาญสามารถชี้ชัดได้ว่าเหตุผลความจำเป็นของกฎหมายดังกล่าวสิ้นสุดลงแล้ว ผู้ตรากฎหมายก็ไม่อาจอ้างเหตุผลในคำวินิจฉัยนี้เพื่อรับรองความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายดังกล่าวได้อีก

2.2.3 บทวิเคราะห์คำวินิจฉัยเรื่อง Mühlengesetz-Urteil

ในคำวินิจฉัยเรื่อง Mühlengesetz-Urteil ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ได้วางหลักไว้อย่างชัดเจนว่า ในการพิจารณาว่าผู้ตรากฎหมายมีเหตุผลที่ชอบในการตรากฎหมายและได้กำหนดมาตรการที่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนแล้วหรือไม่นั้น ศาลรัฐธรรมนูญจะให้น้ำหนักกับ**ข้อพิจารณาของผู้ตรากฎหมายในขณะที่ตรากฎหมายเป็นหลัก** โดยศาลรัฐธรรมนูญจะตรวจสอบเพียงว่าผู้ตรากฎหมายได้ใช้ข้อมูลที่ครบถ้วนและให้เหตุผลอย่างน่าเชื่อถือแล้วหรือไม่ โดยการที่ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ระบุในตอนท้ายของคำวินิจฉัยว่า ในกรณีที่ผู้เชี่ยวชาญสามารถชี้ชัดได้ว่าเหตุผลความจำเป็นของกฎหมายดังกล่าวสิ้นสุดลงแล้ว ผู้ตรากฎหมายก็ไม่อาจอ้างเหตุผลในคำวินิจฉัยนี้เพื่อรับรองความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายดังกล่าวได้อีกนั้น ก็ได้หมายความว่าศาลฯ ยอมรับให้ใช้เหตุดังกล่าวเพื่อวินิจฉัยว่ากฎหมายที่ได้ตราขึ้นในอดีตโดยชอบแล้วนั้นขัดกับรัฐธรรมนูญ แต่ศาลฯ ย่อมหมายถึงกรณีที่ผู้ตรากฎหมายจะตรากฎหมายฉบับใหม่เพื่อยืดระยะเวลาใช้บังคับ

ของกฎหมายว่าด้วยโรงโม่ออกไปอีก โดยหากผู้ตรากฎหมายมีข้อมูลจากผู้เชี่ยวชาญแล้วว่าเหตุผลความจำเป็นของการมีกฎหมายว่าด้วยโรงโม่สิ้นสุดลงแล้ว ผู้ตรากฎหมายย่อมไม่อาจอ้างเหตุผลของศาลฯ ตามที่ปรากฏในคำวินิจฉัยนี้ เพื่ออ้างความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่จะตราขึ้นใหม่นั้นได้อีก

อนึ่ง ในกรณีของกฎหมายว่าด้วยโรงโม่ นั้น ผู้ตรากฎหมาย ได้คาดการณ์ไว้ตั้งแต่ต้นว่าจะใช้มาตรการดังกล่าวเพียงระยะหนึ่งจนกว่าจะแก้ปัญหาเรื่องอุปทานล้นตลาดได้เท่านั้น ผู้ตรากฎหมายจึงได้กำหนดวันสิ้นสุดผลใช้บังคับไว้ในกฎหมายด้วย โดยศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ก็ได้ยอมรับในคำวินิจฉัยว่าการกำหนดวันสิ้นสุดผลใช้บังคับไว้เช่นนี้ มีความเหมาะสมกับลักษณะและความมุ่งหมายของกฎหมายฉบับนี้แล้ว แต่ศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) ก็ไม่ได้ระบุชัดเจนไปว่าการกำหนดวันสิ้นสุดผลใช้บังคับของกฎหมายเป็นประเด็นเกี่ยวกับความได้สัดส่วนของกฎหมายหรือไม่ เพียงใด อย่างไรก็ตาม อาจอนุมานได้ว่าการกำหนดวันสิ้นสุดผลใช้บังคับสำหรับกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อแก้ปัญหาเฉพาะหน้า ย่อมมีส่วนทำให้กฎหมายดังกล่าวกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลเพียงเท่าที่จำเป็น ดังนั้น หากกฎหมายว่าด้วยโรงโม่ถูกตราขึ้น โดยไม่มีการกำหนดวันสิ้นสุดผลใช้บังคับของกฎหมายไว้ตั้งแต่ต้น ก็มีความเป็นไปได้ว่าศาลรัฐธรรมนูญเยอรมัน (BVerfG) จะพิจารณาว่าผู้ตรากฎหมายซึ่งย่อมต้องทราบถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายดังกล่าว นั้น มีได้กำหนดให้มีมาตรการเพื่อรับประกันว่ากฎหมายดังกล่าวจะส่งผลจำกัดสิทธิเสรีภาพเพียงเท่าที่จำเป็น จึงถือเป็นการใช้ดุลพินิจพิจารณา “ความจำเป็น” ของกฎหมายโดยไม่ชอบ หรือศาลฯ อาจพิจารณาว่าผลกระทบที่กฎหมายดังกล่าวจะมีต่อบุคคลนั้น มีได้จำกัดอยู่เฉพาะกรณีที่รัฐมีความจำเป็นต้องรักษาคุณภาพของตลาด แต่จะมีผลต่อเนื่องภายหลังจากที่ความจำเป็นดังกล่าวสิ้นสุดลงแล้วด้วย ผลกระทบจากการจำกัดสิทธิเสรีภาพโดยกฎหมายดังกล่าวจึงไม่มีความได้สัดส่วน (ความได้สัดส่วนตามความหมายอย่างแคบ) กับประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับ

2.3 สรุป

ในคำวินิจฉัยที่ 12/2549 ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าประกาศของคณะปฏิวัติฯ ที่กำหนดห้ามมิให้บุคคลขายอาหารหรือเครื่องดื่มในเวลาระหว่าง 01.00 นาฬิกา และ 05.00 นาฬิกา ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยนั้น หากพิจารณาถึงความจำเป็นมาของประกาศดังกล่าว ซึ่งไม่เพียงแต่จะมุ่งจำกัดสิทธิ

เสรีภาพของบุคคลโดยชัดแจ้ง แต่ยังเป็น “คำสั่ง” ที่อยู่บนพื้นฐานของการปฏิเสธอำนาจอธิปไตยของปวงชนซึ่งเป็นประธานแห่งสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติคุ้มครองไว้แล้ว ย่อมไม่อาจปฏิเสธได้ว่าคำวินิจฉัยนี้มุ่งผลที่จะคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลในระบอบเสรีประชาธิปไตยตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ดี สภาพบ้านเมืองในขณะที่มีการทำรัฐประหารมิใช่สภาพที่ดำรงอยู่ถาวรแต่เป็นเพียงช้อยกเว้นของสภาพบ้านเมืองในเวลาปกติฉับใด หลักที่ศาลรัฐธรรมนูญวางไว้ในคำวินิจฉัยต่าง ๆ ย่อมไม่อาจสะท้อนเพียงลักษณะเฉพาะของแต่ละกรณี แต่ต้องทำหน้าที่เป็นหลักการที่มีความเหมาะสมกับสภาพบ้านเมืองในเวลาปกติด้วยฉับนั้น การที่ศาลรัฐธรรมนูญวางหลักในคำวินิจฉัยนี้ว่าในการพิจารณาถึงกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ ฯลฯ ต้องพิจารณาสภาพการณ์ของเหตุการณ์บ้านเมือง ตลอดจนวิถีการดำเนินชีวิตของประชาชน ในขณะที่ยกกฎหมายนั้นมีผลใช้บังคับประกอบด้วยนั้นจึงไม่เพียงส่งผลเป็นคุณต่อผู้ที่ได้รับผลกระทบจากประกาศของคณะปฏิวัติฯ ดังกล่าว แต่ยังเป็นการวางหลักสำหรับการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติต่อไป โดยในการพิจารณากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัตินั้น ผู้ตรากฎหมายย่อมมีหน้าที่คาดการณ์ไปในอนาคตซึ่งกฎหมายนั้นจะมีผลใช้บังคับว่าสภาพการณ์ต่าง ๆ จะเปลี่ยนแปลงไปหรือไม่ เช่นไร และต้องพิจารณาออกแบบมาตรการในร่างกฎหมายดังกล่าวให้มีความได้สัดส่วนสอดคล้องกับสภาพการณ์ที่อาจเปลี่ยนแปลงไปด้วย ซึ่งหากพิจารณาว่าอนาคตมิใช่สิ่งที่อาจคาดการณ์ได้แม่นยำโดยสภาพ หลักที่ศาลรัฐธรรมนูญวางไว้ในคำวินิจฉัยนี้จึงอาจส่งผลจำกัดการใช้ดุลพินิจของผู้ตรากฎหมายพอสมควร จึงเป็นเรื่องที่ต้องติดตามต่อไปว่าศาลรัฐธรรมนูญจะขยายหรือจำกัดความหลักการที่ศาลรัฐธรรมนูญวางไว้ในคำวินิจฉัยนี้อีกหรือไม่ เพียงใด

ดัชนีค้นคำ

ผู้ทรงสิทธิ	234, 237, 248
ขอบเขตความคุ้มครอง	232, 233, 234, 236, 238, 240, 242, 260, 261, 263, 270, 272, 276
เหตุผลความจำเป็น	235, 258, 259, 281, 282, 283, 286, 287
แดนแห่งสิทธิ	233, 234, 237, 261, 262
หลักความได้สัดส่วน	245, 249, 250, 251, 252, 254, 256, 266, 268, 277, 282, 283, 286
การแข่งขันโดยเสรีอย่างเป็นธรรม	241, 258, 261, 262, 263, 269, 270

บรรณานุกรม

ตำราและบทความวิชาการ

- บรรเจ็ด สิงคะเนติ, *หลักพื้นฐานสิทธิเสรีภาพและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์*, พิมพ์ครั้งที่ 6, 2562
- ปกรณ์ นิลประพันธ์, *สารานุกรมรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2540) สิทธิเสรีภาพทางเศรษฐกิจ*, สถาบันพระปกเกล้า, พิมพ์ครั้งที่ 1, 2544
- ภาดร สุชีวะ, *การจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพในตำแหน่งผู้บริหารนิติบุคคลตามอนุสัญญาต่อต้านองค์การอาชญากรรมข้ามชาติ ค.ศ. 2000*, วิทยานิพนธ์, จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, พ.ศ. 2545
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *เงื่อนไขในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน : “มาตรฐานในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย*, วารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 30 ฉบับที่ 2, มิถุนายน พ.ศ. 2543
- วรพจน์ วิศวตพิชญ์, *สิทธิมนุษยชนกับสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ*, ใน: *รัฐธรรมนูญ 60 : 60 ปี* สมคิด เลิศไพฑูรย์ รวมบทความทางวิชาการ เนื่องในโอกาสครบ 60 ปี ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์, โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2562, หน้า 86
- Daiber, Birgit, *Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne*, in: *Juristische Arbeitsblätter (JA)* 2020, 37-40
- Kloepfe, Michael, *Verfassungsrecht II–Grundrechte -*, München, 2010
- Mann, Thomas/Worthmann, *Esther-Maria*, *Berufsfreiheit (Art. 12 GG) – Strukturen und Problemkonstellationen*, in: *Juristische Schulung (JuS)* 2013, 385-392
- Pieroth, Bodo/Schlinke, *Bernhard*, *Grundrechte, Staatsrecht II*, Heidelberg, 2002
- Scholz, Rupert, *Artikel 12 Grundgesetz, last editin 2006*, in: *Dürig/Herzog/Scholz (ed.)*, *Grundgesetz Kommentar*, C.H.Beck
- Schröder, Ulrich Jan, *Der Schutzbereich der Grundrechte*, in: *Juristische Arbeitsblätter (JA)* 2016, 641pp.
- คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (BVerfG)**
- คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ เมื่อวันที่ 10 มิถุนายน ค.ศ. 1958, จำนวนเลขที่ 1 BvR 596/56 = BVerfGE 7, 377-444 = BVerfG NJW 1958, 1035 (Apotheken-Urteil)
- คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ เมื่อวันที่ 30 ตุลาคม ค.ศ. 1961, จำนวนเลขที่ 1 BvR 833/59 = BVerfGE 13, 181-204 = BVerfG NJW 1961, 2299
- คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ เมื่อวันที่ 15 ธันวาคม ค.ศ. 1965, จำนวนเลขที่ 1 BvR 13/65 = BVerfGE 19, 342-353 = BVerfG NJW 1966, 243

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ เมื่อวันที่ 11 กรกฎาคม ค.ศ. 1967, จำนวนเลขที่ 2 BvR 556/66, 2 BvR 567/66, 2 BvR 79/67 = BVerfGE 22, 180-220 = BVerfG NJW 1967, 1795

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ เมื่อวันที่ 18 ธันวาคม ค.ศ. 1968, จำนวนเลขที่ 1 BvL 5/64, 1 BvL 14/64, 1 BvL 5/65 = BVerfGE 25, 1-24 = BVerfG NJW 1969, 499

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ เมื่อวันที่ 2 ตุลาคม ค.ศ. 1973, จำนวนเลขที่ 1 BvR 459/72, 1 BvR 477/72 = BVerfGE 36, 47-65 = BVerfG NJW 1974, 30

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ เมื่อวันที่ 11 ตุลาคม ค.ศ. 1977, จำนวนเลขที่ 1 BvR 343/73, 1 BvR 83/74, 1 BvR 183/75, 1 BvR 428/75 = BVerfGE 47, 1-46 = BVerfG NJW 1978, 877

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ เมื่อวันที่ 1 มีนาคม ค.ศ. 1979, จำนวนเลขที่ 1 BvR 532/77, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78 และ 1 BvL 21/78 = BVerfGE 50, 290-381 = BVerfG NJW 1979, 699 (Mitbestimmungsgesetz-Urteil)

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ เมื่อวันที่ 8 เมษายน ค.ศ. 1997, จำนวนเลขที่ 1 BvR 48/94 = BVerfGE 95, 267-322 = BVerfG NJW 1997, 1975

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ เมื่อวันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ. 2002, จำนวนเลขที่ 1 BvR 670/91 = BVerfGE 105, 279-312, BVerfG NJW 2002, 2626 (Osho-Urteil)

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ เมื่อวันที่ 26 มิถุนายน ค.ศ. 2002, จำนวนเลขที่ 1 BvR 558/91, 1 BvR 1428/91 = BVerfGE 105, 252-279, BVerfG NJW 2002, 2621 (Glykol-Urteil)

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ เมื่อวันที่ 17 มีนาคม ค.ศ. 2004, จำนวนเลขที่ 1 BvR 1266/00 = BVerfGE 110, 177-199 = BVerfGNVwZ 2005, 797

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ เมื่อวันที่ 28 มีนาคม ค.ศ. 2006, จำนวนเลขที่ 1 BvR 1054/01; BVerfGE 115, 276-320 = BVerfG NJW 2006, 1261 (Sportwetten-Urteil)

คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (BVerwG)

คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์ เมื่อวันที่ 4 พฤศจิกายน ค.ศ. 1965, จำนวนเลขที่ I C 6/63 = BVerwGE 22, 286

สิทธิเสรีภาพของบุคคลผู้เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ

ดร.นันทชญา นานรงค์ (เนติบัณฑิตเยอรมันชั้นสูง)

Dr.iur.Nanchaya Channarong (Ass. iur.)

1. บทนำ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 27 วรรคห้า บัญญัติไว้ว่า “บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ และพนักงาน หรือลูกจ้างขององค์กรของรัฐย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดไว้ในกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรม” ซึ่งการรับรองสิทธิเสรีภาพของบุคคลในภาครัฐในลักษณะนี้ นั้นมีใช้เรื่องใหม่ โดยเห็นได้จากการที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับก่อน ๆ เริ่มตั้งแต่ฉบับปี พ.ศ. 2492 เป็นต้นมา ก็มีบทบัญญัติที่คล้ายคลึงกันเช่นกัน¹ หากพิจารณาเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญเยอรมัน จะเห็นว่า รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ค.ศ. 1949 (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland: GG*) ไม่มีการบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพของบุคคลในภาครัฐเป็นการเฉพาะ แต่เป็นที่ยอมรับโดยทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่ง โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (ต่อไปจะเรียกว่า “ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์”) ว่า การให้ความคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญหรือสิทธิอื่น ๆ ที่เทียบเท่ากับสิทธิพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญนั้นครอบคลุมถึงบุคคลในภาครัฐด้วย เนื่องจากบุคคลในภาครัฐนั้น นอกจากจะเป็นบุคคลที่ปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งของตนที่เกิดขึ้นจากอำนาจรัฐเพื่อกิจการของรัฐแล้ว บุคคลดังกล่าวยังมีฐานะเป็นบุคคลธรรมดาที่มีชีวิตส่วนตัวเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไปอื่น ๆ เช่นกัน² และเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติ

¹ ตัวอย่างเช่น มาตรา 45 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2492 และ มาตรา 52 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2517 และ มาตรา 64 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540.

² ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์, คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10 เมื่อวันที่ 27 ม.ค. ค.ศ. 2015; Battis, 2021, marginal no. 75; Grabenwarter, 2021, marginal no. 149 ff.

มาตรา 17a วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี³ ที่บัญญัติเป็นการเฉพาะให้สามารถออกกฎหมายในกฎหมายว่าด้วยการรับราชการทหารและการรับใช้หรือให้บริการทดแทนการเป็นทหาร เพื่อจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญเพียงบางประการของบุคลากรในกองทัพได้ ก็สามารถสรุปในทางตรงกันข้าม (argumentum e contrario) ได้ว่าบทบัญญัติสิทธิขั้นพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญนั้น ประสงค์ที่จะให้ความคุ้มครองครอบคลุมถึงบุคคลในภาครัฐดังกล่าวด้วย หากไม่แล้วก็จะไม่สามารถเข้าใจได้ว่าทำไมจึงต้องมีการบัญญัติให้มีการจำกัดสิทธิได้ตามมาตรา 17a วรรคหนึ่งอีก อย่างไรก็ตาม จะเห็นว่า มาตรา 17a วรรคหนึ่งนี้ เปิดช่องให้มีการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญบางประการของบุคลากรในกองทัพได้มากกว่าบุคคลทั่วไปอื่น ๆ นอกจากนี้ มาตรา 33 วรรคห้า ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี⁴ ยังบัญญัติให้ต้องคำนึงถึงหลักการทั้งหลายของอาชีพข้าราชการที่ยึดถือปฏิบัติสืบทอดกันมา (Hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums) ในการตราและพัฒนามาตรากฎหมายเกี่ยวกับงานราชการ โดยการกำหนดเช่นนี้ เป็นการยกสถานภาพของหลักการต่าง ๆ ของอาชีพข้าราชการที่ยึดถือปฏิบัติสืบทอดกันมา (Hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums) ขึ้นมาอยู่ในระดับที่เป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ (Verfassungsrang) ซึ่งอาจนำมาใช้เพื่อเป็นเหตุผลในการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคคลในภาครัฐได้อีกทางหนึ่งด้วย

2. สรุปคำวินิจฉัยที่น่าสนใจในคดีที่เกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพของบุคคลผู้เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ

ศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยในคดีที่เกี่ยวข้องกับ

³ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Art 17a

(1) Gesetze über Wehrdienst und Ersatzdienst können bestimmen, dass für die Angehörigen der Streitkräfte und des Ersatzdienstes während der Zeit des Wehr- oder Ersatzdienstes das Grundrecht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten (Artikel 5 Abs. 1 Satz 1 erster Halbsatz), das Grundrecht der Versammlungsfreiheit (Artikel 8) und das Petitionsrecht (Artikel 17), soweit es das Recht gewährt, Bitten oder Beschwerden in Gemeinschaft mit anderen vorzubringen, eingeschränkt werden.

⁴ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Art 33

(5) Das Recht des öffentlichen Dienstes ist unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln und fortzuentwickeln.

เสรีภาพของบุคคลซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐไว้หลายคดี ณ ที่นี้จะขอนำเสนอ 4 คดี ซึ่งเป็นคดีที่น่าสนใจ โดยสามคดีแรกเป็นคดีที่ได้รับการพิจารณาวินิจฉัยจาก ศาลรัฐธรรมนูญ และอีกคดีหนึ่งเป็นคดีที่ถูกตัดสินโดยศาลปกครอง ซึ่งเนื้อหาของคดี รวมถึง หลักการที่ศาลสูงทั้งสองได้วางไว้ในคดีทั้ง 4 นั้น มีรายละเอียดสรุปได้ ดังนี้

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 24/2546 เรื่อง ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 198 กรณี พระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 มาตรา 19 วรรคสาม มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยนี้เป็นกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาโดยการร้องเรียนของ จำสิบเอกเอนก อุทธิยา และจำสิบเอกพนม เทพศิริ ได้ร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญ พิจารณาวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ของมาตรา 19 วรรคสามแห่งพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 ที่บัญญัติว่าคดีที่ศาลจังหวัดทหารไม่มีอำนาจพิพากษา ให้ศาลจังหวัดทหาร ทำความเห็นส่งสำนวนไปให้ศาลมณฑลทหาร หรือศาลทหารกรุงเทพพิพากษาแล้วแต่กรณี โดยผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาซึ่งเป็นผู้ร้อง ได้พิจารณาแล้วเห็นว่ามาตราดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 236 ที่บัญญัติไม่ให้ผู้พิพากษาหรือตุลาการซึ่งมิได้นั่งพิจารณาคดีใด ทำคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยคดีนั้น เว้นแต่มีเหตุสุดวิสัยหรือมีเหตุจำเป็นอันอันมิอาจ ก้าวล่วงได้ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ ซึ่งในการพิจารณาคดีนี้ กรมพระธรรมนูญ ได้มีการโต้แย้งความเห็นดังกล่าวของผู้ร้อง โดยให้เหตุผลอันมีเนื้อหาสรุปสาระสำคัญได้ ดังนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 281 รับรองให้มี ศาลทหารและรับรองการมีอำนาจพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของศาลทหารไว้ต่างหาก ทำให้ทหารต้องมีระบบการพิจารณาคดีอาญาเป็นของตนเอง ซึ่งแตกต่างจากระบบ ที่ถูกนำไปใช้กับพลเรือน ทหารเป็นบุคคลที่ต่างไปจากบุคคลธรรมดา เป็นบุคคลที่ต้อง เสียสละ ต้องถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพในระดับหนึ่ง ในคดีที่ตุลาการเห็นควรลงโทษ จำคุกหรือปรับจำเลยเกินกว่าอัตราที่กฎหมายกำหนดไว้ ระบบศาลทหารจึงจำต้องให้ ตุลาการศาลมณฑลทหารซึ่งเป็นตุลาการที่มีอาวุโสกว่าตุลาการศาลจังหวัดทหาร ตรวจสอบคำวินิจฉัยอีกครั้งหนึ่ง เพื่อให้การวินิจฉัยชี้ขาดคดีนั้นเป็นไปด้วยความถูกต้อง เทียบธรรมยิ่งขึ้น กระบวนการตามมาตรา 19 วรรคสามแห่งพระราชบัญญัติธรรมนูญ

ศาลทหาร พ.ศ. 2498 จึงเป็นกระบวนการกลั่นกรองคำวินิจฉัยของศาลจังหวัดทหารที่ปรากฏในศาลทหารชั้นต้นเท่านั้น ตุลาการศาลมณฑลทหารจะไม่ก้าวล่วงไปถึงการรับฟังข้อเท็จจริงของตุลาการศาลจังหวัดทหารที่รับรู้ได้เห็นได้รับทราบมาขณะนั่งพิจารณาคดี เว้นแต่จะปรากฏให้เห็นชัดเจนว่ามีกรรับฟังข้อเท็จจริงที่บกพร่องหรือผิดพลาดจากที่ปรากฏในสำนวนจึงจะมีการแก้ไข

ในคดีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า “รัฐธรรมนูญ [พ.ศ. 2540] มาตรา 236 ได้บัญญัติเป็นหลักประกันสิทธิของคุณในการดำเนินกระบวนการพิจารณาของศาลโดยการนั่งพิจารณาต้องมีผู้พิพากษาหรือตุลาการครบองค์คณะและผู้ทำคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยต้องเป็นผู้ที่นั่งพิจารณาคดีนั้น ผู้ที่มีได้นั่งพิจารณาคดีเป็นองค์คณะไม่อาจทำคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยได้ เว้นแต่มีเหตุสุดวิสัยหรือมีเหตุจำเป็นอื่นอันมีอาจก้าวล่วงได้ ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติในข้อยกเว้นนี้ หมายความว่า ผู้ที่มีได้นั่งพิจารณาคดีใดจะทำคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยคดีนั้นมิได้ นอกจากจะมีเหตุสุดวิสัยหรือมีเหตุจำเป็นอื่นอันมีอาจก้าวล่วงได้ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้แล้ว ยังจะต้องเป็นผู้พิพากษาหรือตุลาการในศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีนั้นด้วย” และในประเด็นที่ว่า มาตรา 19 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหารขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญมาตราดังกล่าวหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า “ศาลจังหวัดทหาร ศาลมณฑลทหาร ศาลทหารกรุงเทพ และศาลทหารประจำหน่วยทหาร ต่างก็เป็นศาลชั้นต้นด้วยกัน แต่เมื่อศาลจังหวัดทหารได้ดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีอาญาใดตามอำนาจที่ระบุไว้ในกฎหมายแล้ว หากจะพิพากษาคดีลงโทษเกินกว่าที่กฎหมายกำหนดกลับไม่มีอำนาจพิพากษา ต้องทำความเห็นส่งสำนวนไปให้ศาลชั้นต้นประเภทเดียวกัน ได้แก่ ศาลมณฑลทหาร หรือศาลทหารกรุงเทพ แล้วแต่กรณี เป็นศาลที่ทำคำพิพากษา ตามมาตรา 19 วรรคสาม ซึ่งศาลมณฑลทหาร หรือศาลทหารกรุงเทพดังกล่าวก็ได้ดำเนินการออกนั่งพิจารณาคดีมาแต่เริ่มแรกแต่ประการใด ทั้งคำชี้แจงจากกรมพระธรรมนูญ ฯลฯ ประกอบกับพระราชบัญญัติธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498 มาตรา 19 วรรคสามนี้ มิได้มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดบัญญัติถึงเหตุสุดวิสัยหรือมีเหตุจำเป็นอื่นใดอันมีอาจก้าวล่วงได้ ยกเว้นไว้แต่ประการใด ดังนั้น มาตรา 19 วรรคสาม นี้ จึงขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 236”

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 26/2546 เรื่อง ศาลฎีกาส่งคำโต้แย้งของ จำเลยที่ 1 (จำليبเอก สรวุฒิ ธารารร) เพื่อศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัย ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 กรณีพระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปราม ผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2534 มาตรา 10 ชัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 64 หรือไม่

คำวินิจฉัยนี้เป็นกรณีศาลฎีกาส่งคำโต้แย้งของจำลิปเอกสรวุฒิ ธารารร ผู้ร้อง ซึ่งเป็นจำเลยคนหนึ่งในคดีอาญา ซึ่งในคดีดังกล่าวศาลอาญาได้มีคำพิพากษาว่าผู้ร้อง มีความผิดตามพระราชบัญญัติวัตถุที่ออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท พ.ศ. 2518 ให้ลงโทษ ฐานผลิตวัตถุออกฤทธิ์ในประเภทที่ 2 เนื่องจากผู้ร้องเป็นข้าราชการ การกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดจึงต้องระวางโทษเป็นสามเท่าของโทษที่กำหนดไว้สำหรับ ความผิดตามมาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2534 โดยผู้ร้องเห็นว่า บทบัญญัติที่กำหนดเพิ่มโทษ ให้แก่ผู้ที่กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดที่เป็นข้าราชการดังกล่าว ชัดต่อรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 64 ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ พนักงานส่วนท้องถิ่น และพนักงานหรือลูกจ้าง ขององค์การของรัฐ ย่อมมีสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดในกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติ แห่งกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจรรยาบรรณ” เพราะถึงแม้ว่าผู้ร้องจะเป็นข้าราชการทหาร แต่ก็มีสิทธิเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป หากจะต้องรับโทษควรได้รับโทษเท่าบุคคลทั่วไป เนื่องจากศาลฎีกาจำเป็นต้องใช้ บทบัญญัติดังกล่าวในการชี้ขาดวินิจฉัยคดี จึงนำเรื่องเสนอต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อ พิจารณาว่าบทบัญญัตินี้ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

ในคดีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า **“พระราชบัญญัติมาตรการ ในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2534 มาตรา 10 เป็นบทบัญญัติที่กำหนดอัตราโทษผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด ซึ่งเป็น กรรมการหรืออนุกรรมการตามกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติด ฯลฯ ตลอดถึงบุคคล ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 64 อันได้แก่บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการหรือ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ พนักงานส่วนท้องถิ่น และพนักงานลูกจ้างขององค์การของรัฐ สูงกว่าบุคคลทั่วไป ซึ่งเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ [พ.ศ. 2540] มาตรา 32 ที่บัญญัติว่า**

“บุคคลจะไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้...” ซึ่งโทษตามกฎหมายจะต้องเหมาะสมกับความผิดและได้สัดส่วนกับสถานะ ความรู้ผิดชอบของผู้กระทำความผิด และผลกระทบต่อสังคม การที่พระราชบัญญัติมาตรา 10 กำหนดอัตราโทษผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดที่เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐพนักงานส่วนท้องถิ่น และพนักงานลูกจ้างขององค์การของรัฐแตกต่างไปจากบุคคลทั่วไป เป็นแต่เพียงความแตกต่างในอัตราโทษสำหรับผู้กระทำความผิดเท่านั้น มิใช่เป็นความแตกต่างในเรื่องสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น บทบัญญัติรัฐธรรมนูญ [พ.ศ. 2540] มาตรา 64 กับพระราชบัญญัติในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2534 มาตรา 10 จึงเป็นคนละเรื่องไม่เกี่ยวข้องกัน ไม่มีกรณีที่จะขัดแย้งกันได้” และด้วยเหตุผลดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีวินิจฉัยว่าบทบัญญัติมาตราดังกล่าวไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย [พ.ศ. 2540] มาตรา 64

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2563 เรื่อง พระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2502 มาตรา 9 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 4 และมาตรา 26 หรือไม่

คำวินิจฉัยนี้เป็นกรณีที่ศาลปกครองกลางส่งคำโต้แย้งของผู้ฟ้องคดี (พันเอก อัครวิชัย หรือสุทธิพงษ์ เจริญพร) ที่ยื่นฟ้องกรมบัญชีกลางและอธิบดีกรมบัญชีกลาง ขอให้แก้ไขคำสั่งการจ่ายบำนาญปกติ โดยให้คำนวณเงินบำนาญตามเวลาราชการที่ผู้ฟ้องคดีเข้ารับราชการทหารจนถึงเกษียณอายุราชการ รวมกับเวลาราชการที่นับเป็นทวีคูณตามพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2494 รวมเวลาราชการทั้งสิ้น 52 ปี 6 เดือน 27 วัน ซึ่งเมื่อคำนวณบำนาญด้วยวิธีตามพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2494 มาตรา 32 แล้ว จะได้ผลลัพธ์มากกว่าเงินเดือนเดือนสุดท้ายของผู้ฟ้องคดี แต่กรมบัญชีกลางและอธิบดีกรมบัญชีกลางได้ส่งจ่ายเงินบำนาญให้ผู้ฟ้องคดีเป็นจำนวนเงินเท่ากับเงินเดือนเดือนสุดท้ายเท่านั้น ในเรื่องนี้ อธิบดีกรมบัญชีกลางได้ชี้แจงว่าการคำนวณบำนาญดังกล่าวเป็นไปตามพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2494 มาตรา 32 ประกอบกับพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2502 มาตรา 9 โดยมาตรา 9

แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวได้จำกัดจำนวนบำนาญอย่างสูงไม่เกินจำนวนเงินเดือนเดือนสุดท้าย แต่ผู้ฟ้องคดีโต้แย้งว่าบทบัญญัติมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวมีเหตุผลในการประกาศใช้เนื่องจากรัฐบาลได้เสนอร่างกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนและกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ ยกเลิกเงินเพิ่มพิเศษประจำเดือนชั่วคราว (พ.) โดยรวมเงินเพิ่มพิเศษเข้าเป็นเงินเดือน จึงต้องแก้กฎหมายให้สอดคล้องกัน แตกต่างจากกรณีของผู้ฟ้องซึ่งมิได้มีการนำเอาเงินเพิ่มพิเศษประจำเดือนชั่วคราว (พ.) มารวมกับเงินเดือนและถือเป็นเงินเดือน จึงไม่สามารถนำบทบัญญัติมาตรา 9 ดังกล่าวมาใช้บังคับกับผู้ฟ้องคดีได้ ประกอบกับพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2494 มาตรา 32 และพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2502 มาตรา 9 ไม่มีความสัมพันธ์กันและไม่อยู่ในกฎหมายฉบับเดียวกัน จึงไม่สามารถนำมาตรา 9 มาบังคับเหนือหรือเป็นเงื่อนไขของมาตรา 32 ในการคำนวณบำนาญได้ นอกจากนี้ พระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2494 มาตรา 32 ได้ถูกแก้ไขเพิ่มเติมและประกาศใช้ในปี พ.ศ. 2539 ส่วนมาตรา 9 ประกาศใช้เมื่อปี พ.ศ. 2502 หากบทบัญญัติทั้งสองขัดแย้งกัน ต้องใช้กฎหมายที่บัญญัติขึ้นภายหลัง นอกจากนี้ การนับเวลาราชการเป็นทวีคูณตามพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ พ.ศ. 2494 มาตรา 24 นั้นเป็นผลจากการปฏิบัติหน้าที่ในเขตที่มีการประกาศกฎอัยการศึกหรือในเขตย่านอันตราย ฯลฯ หากจำนวนเวลาราชการเท่ากับหรือมากกว่า 50 ปี ผลลัพธ์การคำนวณเงินบำนาญย่อมมากกว่าเงินเดือนเดือนสุดท้าย การกำหนดจำกัดเพดานเงินบำนาญไว้อย่างสูงไม่เกินเงินเดือนเดือนสุดท้ายของมาตรา 9 นั้น จึงเป็นการจำกัดสิทธิในการรับบำนาญของข้าราชการที่มีเวลาราชการมากกว่า 50 ปี โดยเฉพาะเจาะจง และเป็นกฎหมายที่มีได้ผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป แต่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่ง ทั้งการประกาศใช้บังคับพระราชบัญญัติฉบับนี้มิได้ระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิไว้ จึงมิได้เป็นไปตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ขัดต่อหลักนิติธรรม โดยจำกัดสิทธิของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ ขัดต่อหลักความเสมอภาคของบุคคลที่มีสิทธิได้รับบำนาญตามจำนวนเวลาราชการของตน เนื่องจากมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2502 นี้ เป็นบทบัญญัติที่มีความสำคัญในการวินิจฉัยเนื้อหาคดี ศาลปกครองจึงขอให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยว่า บทบัญญัติมาตราดังกล่าว ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 4 และมาตรา 26 หรือไม่

ในคดีนี้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า “บทบัญญัติพระราชบัญญัติบำเหน็จบำนาญข้าราชการ (ฉบับที่ 5) พ.ศ. 2502 มาตรา 9 แม้จะจำกัดสิทธิของบุคคลแต่ก็เป็นกรจำกัดสิทธิอย่างพอเหมาะพอควรแก่กรณีและสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะและสิทธิของข้าราชการที่เคยปฏิบัติราชการให้แก่บ้านเมือง ไม่ได้กระทบกระเทือนถึงบำนาญปกติซึ่งคำนวณตามเวลาราชการตามจริงอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ข้าราชการทุกคนพึงได้รับ ซึ่งเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนพอเหมาะพอควรแก่กรณี และไม่เป็นการขัดแย้งต่อหลักนิติธรรมศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ความเสมอภาคของบุคคล ทั้งยังเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไปไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือบุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจงแต่อย่างใด” โดยในการพิจารณาความได้ความพอเหมาะพอควรของการจำกัดสิทธิครั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า “การคำนวณบำเหน็จบำนาญ “เงินเดือนเดือนสุดท้าย” ได้รวมถึงเงินเพิ่มพิเศษรายเดือนสำหรับค่าวิชาและหรือเงินเพิ่มการเลื่อนฐานะและหรือสำหรับประจำตำแหน่งที่ต้องฝ่าอันตรายเป็นปกติ และหรือสำหรับการสู้รบ และหรือสำหรับการปราบปรามผู้กระทำความผิดไว้แล้ว ถือเป็นการให้ประโยชน์แก่ตอบแทนแก่ข้าราชการโดยรัฐตระหนักถึงความเสียสละในการปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการในขณะปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวมาเป็นเวลานานและเป็นการจัดสรรประโยชน์ให้เป็นพิเศษ เพื่อให้สามารถดำรงชีพอยู่ได้โดยเหมาะสมสมควร” การจำกัดสิทธิโดยการกำหนดเพดานขั้นสูงสำหรับเงินบำนาญกรณีนี้ จึงเป็นการจำกัดที่พอเหมาะพอควร ทำให้เกิดดุลยภาพระหว่างสิทธิในการได้รับเงินตอบแทนของข้าราชการที่พ้นจากราชการไปแล้วด้วยเงินงบประมาณแผ่นดินกับหลักวินัยการเงินการคลังที่ดี ที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 62 กำหนดไว้เพื่อเป็นหลักในการใช้จ่ายเงินงบประมาณแผ่นดิน

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อป. 238/2562 เรื่องคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย (อุทธรณ์คำพิพากษา)

คำพิพากษานี้เกิดจากคดีที่ผู้ฟ้องซึ่งเป็นพนักงานเทศบาล ตำแหน่งเจ้าพนักงานป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย 6ว สังกัดงานป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยฝ่ายอำนวยการ เทศบาลตำบลเชียงดาว ยื่นฟ้องนายกเทศมนตรีตำบลเชียงดาวที่มีคำสั่งไม่เลื่อนขึ้นเงินเดือน ครั้งที่ 1 ประจำปีงบประมาณ พ.ศ. 2556 ให้แก่ผู้ฟ้องคดี

เนื่องจากผู้ฟ้องคดีไม่ผ่านการประเมินประสิทธิภาพและประสิทธิผลการปฏิบัติงาน และขาดราชการโดยไม่มีเหตุผลเป็นเวลา 2 วัน ทั้ง ๆ ที่ผู้บังคับบัญชาชั้นต้นได้ประเมินผลการปฏิบัติงานของผู้ฟ้องคดีว่าอยู่ในระดับเป็นที่ยอมรับได้ และคณะกรรมการกลั่นกรองและประเมินผลการปฏิบัติงานของพนักงานเทศบาลตำบลเชียงดาวและปลัดเทศบาลตำบลเชียงดาวเห็นชอบ แต่ผู้ถูกฟ้องไม่เห็นด้วยและได้แก้ไขการประเมินให้อยู่ในระดับต้องปรับปรุง โดยให้เหตุผลประกอบการประเมินว่า ผู้ฟ้องคดีไม่รักษาวินัยของพนักงานเทศบาล ไม่เป็นกลางทางการเมืองในการปฏิบัติหน้าที่ราชการในช่วงที่มีการเลือกตั้งและปัจจุบัน ทั้งยังส่งข้อมูลให้ฝ่ายการเมืองตรงข้ามเพื่อประโยชน์ทางการเมือง ปฏิบัติตนไม่เหมาะสมกับการเป็นพนักงานเทศบาล ไม่ปฏิบัติตามระเบียบของทางราชการ ไม่รักษามารยาททางการเมืองของพนักงานเทศบาล ไม่เข้าร่วมกิจกรรมของเทศบาล งานรัฐพิธีและงานประเพณีต่าง ๆ และขาดราชการโดยไม่มีเหตุผลสมควร โดยอ้างถึงกรณีที่ถูกฟ้องไม่อนุญาตให้ผู้ฟ้องลาอีกเป็นเวลาสองวันในเดือนมีนาคม 2556 ในคดีนี้ศาลปกครองชั้นต้นได้พิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งเลื่อนขึ้นเงินเดือนให้ผู้ฟ้องดังกล่าว ด้วยเห็นว่าผู้ถูกฟ้องมิได้อำนาจในการประเมินผลการปฏิบัติงานของผู้ฟ้องคดี การออกคำสั่งจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย นอกจากนี้ศาลปกครองชั้นต้นยังเห็นว่าเนื้อหาสาระของคำสั่งนั้นไม่ถูกต้อง เนื่องจากผู้ฟ้องคดีไม่ได้ไม่อยู่ในเงื่อนไขที่จะได้รับการเลื่อนขึ้นเงินเดือนในรอบการประเมินดังกล่าว กล่าวคือ ประการแรกผู้ฟ้องคดีไม่ได้ขาดราชการโดยไม่มีเหตุผลตามที่ผู้ถูกฟ้องกล่าวอ้าง เนื่องจากผู้ฟ้องได้ยื่นลาอีกในวันที่ 25 มีนาคม 2556 เพื่อไปติดต่อรุระเกี่ยวกับการศึกษาของบุตร ในวันที่ 26 มีนาคม 2556 ซึ่งถือว่าเป็นกิจธุระจำเป็นสำหรับผู้เป็นบิดาที่จะต้องให้ความสนใจและช่วยเหลือให้สำเร็จลุล่วงไปด้วยดีเพื่อความมั่นคงในอนาคตของบุตร และปลัดเทศบาลตำบลเชียงดาวผู้บังคับบัญชาของผู้ฟ้องคดีได้พิจารณาแล้วมีความเห็นว่าควรอนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีลาอีกในวันดังกล่าวได้ แสดงให้เห็นว่าการอนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีลาอีกไม่เป็นการขัดข้องต่อการปฏิบัติราชการแต่อย่างใด แต่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่อนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีลาอีกโดยอ้างว่าภรรยาของผู้ฟ้องคดีสามารถจัดการกับการศึกษาของบุตรได้โดยลำพัง จึงเป็นการคาดการณของผู้ถูกฟ้องคดีที่ไม่คำนึงถึงสถาบันครอบครัว โดยเฉพาะหน้าที่ของผู้เป็นบิดา นอกจากนี้ ยังไม่ปรากฏว่ามีภาระแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีทราบถึงคำสั่งไม่อนุญาตและเหตุผลประกอบในการใช้ดุลพินิจพิจารณาไม่อนุญาตจากผู้ถูกฟ้องแต่อย่างใด ซึ่งเป็นเหตุผลให้ผู้ฟ้องคดีเข้าใจว่าได้รับอนุญาต

ตามคำขอ สำหรับการลาภกิจในวันถัดไปนั้นเกิดจากการที่รัฐะที่ท่าในวันที 26 มีนาคม 2556 ไม่แล้วเสร็จ โดยผู้ฟ้องอ้างว่าได้พยายามติดต่อกับผู้บังคับบัญชาชั้นต้นแล้ว แต่ไม่สามารถติดต่อกได้ จึงได้ยื่นใบลาข้อยอนหลังในวันที 28 มีนาคม 2556 ซึ่งเป็นวันแรกทีผู้ฟ้องคดีมาปฏิบัติราชการ แต่ผู้ถูกฟ้องคดีก็มิคำสั่งไม่อนุญาตให้ลาภกิจในวันที 27 มีนาคม 2556 โดยไม่ปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีได้เรียกผู้ฟ้องคดีให้เข้าชี้แจงเหตุผลความจำเป็นแต่อย่างใด การไม่อนุญาตให้ลาภกิจในสองวันดังกล่าว จึงเป็นการวินิจฉัยที่มีชอบด้วยกฎหมายและไม่เป็นธรรม ไม่อาจนำมาเป็นเหตุอ้างว่าผู้ฟ้องคดีขาดราชการโดยไม่มีเหตุผลได้ และประการที่สอง การอ้างว่าผู้ฟ้องคดีไม่รักษาวินัยของพนักงานเทศบาล ไม่เป็นกลางทางการเมือง ปฏิบัติตนไม่เหมาะสมกับการเป็นพนักงานเทศบาล ไม่ปฏิบัติตามระเบียบของทางราชการ ไม่รักษามารยาททางการเมืองของพนักงานเทศบาล ไม่เข้าร่วมกิจกรรมของเทศบาล งานรัฐพิธีและงานประเพณีต่าง ๆ นั้น ไม่ปรากฏหลักฐานยืนยันค้ำกล่าวอ้างดังกล่าว และการทีผู้ถูกฟ้องคดีกล่าวอ้างว่าผู้ฟ้องคดีเป็นปฏิบัติราชการเมืองกับผู้ถูกฟ้องคดี โดยไม่มีพยานหลักฐานยืนยัน แสดงให้เห็นถึงอคติทีผู้ถูกฟ้องมีต่อผู้ฟ้องคดี ข้ออ้างดังกล่าวจึงไม่อาจรับฟังได้

ต่อมาผู้ถูกฟ้องคดียื่นอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองสูงสุด ได้มีคำสั่งพิพากษากลับคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นเป็นยกฟ้อง เนื่องจากเห็นว่าผู้ถูกฟ้องซึ่งเป็นนายกเทศมนตรีมีอำนาจในการสั่งเลื่อนขึ้นเงินเดือนได้ตามทีเห็นสมควร โดยไม่จำเป็นต้องผูกพันตามความเห็นของผู้บังคับบัญชาชั้นต้น ในส่วนของการขาดราชการนั้นเห็นว่าแม้การศึกษาของบุตรผู้ฟ้องคดีจะเป็นกิจรัฐะสำคัญของครอบครัว แต่ก็มีได้เป็นเหตุจำเป็นทีต้องให้ทั้งบิดามารดาไปดำเนินการในคราวเดียวกัน บิดาหรือมารดาคนใดคนหนึ่งก็สามารถไปจัดการกิจรัฐะเกี่ยวกับการศึกษาของบุตรได้ ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีได้อนุญาตให้ภรรยาของผู้ฟ้องคดีลาภกิจส่วนตัวในวันดังกล่าวแล้ว และเมื่อกิจรัฐะดังกล่าวไม่ใช่เหตุจำเป็น การทีผู้ถูกฟ้องคดีไม่อนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีลาภกิจในวันถัดไปจึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบแล้ว ด้วยเหตุแห่งการขาดราชการโดยไม่มีเหตุผลสมควร คำสั่งดเลื่อนเงินเดือนในรอบประเมินนี้จึงชอบด้วยกฎหมาย อย่างไรก็ตามศาลปกครองสูงสุด ได้พิจารณาถึงเหตุผลเรื่องความไม่เป็นกลางทางการเมืองของผู้ฟ้องคดีซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีได้นำมากกล่าวอ้างเป็นเหตุผลในการประเมินการปฏิบัติงานของผู้ฟ้องคดีไว้ด้วย โดยเห็นว่า **“การทีผู้ฟ้องคดีฝึกฝนพรรคการเมืองฝ่ายตรงข้ามกับนายคักดีชัย ทานตระกูล ผู้ชนะการเลือกตั้งนายกเทศมนตรี**

ตำบลเชียงดาวและไปเป็นพยานต่อคณะกรรมการการเลือกตั้งเพื่อคัดค้านผลการเลือกตั้งข้างต้น เป็นเพียงการมีความคิดเห็นแตกต่างกันในทางการเมืองและเป็นสิทธิของผู้ฟ้องคดีที่ให้ถ้อยคำต่อคณะกรรมการการเลือกตั้งเกี่ยวกับผลการเลือกตั้ง แต่ไม่ใช้การกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนข้อห้ามตามระเบียบสำนักคณะรัฐมนตรี [ว่าด้วยมารยาททางการเมืองของข้าราชการพลเรือน ลงวันที่ 16 มีนาคม 2499] ฉบับข้างต้น กรณีไม่อาจถือได้ว่า ผู้ฟ้องคดีไม่รักษาวินัยของพนักงานเทศบาลเกี่ยวกับการวางตัวเป็นกลางทางการเมือง ปฏิบัติตนไม่เหมาะสมกับการเป็นพนักงานเทศบาล ไม่มีมารยาททางการเมืองตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีกล่าวอ้าง”

3. บทวิเคราะห์

(1) วิเคราะห์คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 24/2546

ในส่วนของคดีรัฐธรรมนูญ จะเห็นว่า ในคำวินิจฉัยที่ 24/2546 ศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้ตัดสินรับรองว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในขณะนั้นมีได้ให้ความคุ้มครองสิทธิของคู่ความในการที่จะได้รับการพิพากษาวินิจฉัยคดีจากผู้พิพากษาที่หนึ่งพิจารณาคดี (มาตรา 236 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540) เฉพาะแก่บุคคลทั่วไปในการดำเนินกระบวนการคดีในศาลยุติธรรมเท่านั้น แต่สิทธิดังกล่าวยังให้ความคุ้มครองบุคคลผู้ซึ่งเป็นทหารในกระบวนการพิจารณาคดีในศาลทหารอีกด้วย ซึ่งในการพิจารณานั้น ถึงแม้ว่าจะมีการอ้างว่า “รัฐธรรมนูญมีการรับรองให้มีศาลทหารและรับรองการมีอำนาจพิจารณาคดีไว้ต่างหาก (มาตรา 281 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540)” และอ้างว่า “ทหาร” เป็นบุคคลที่มีลักษณะแตกต่างไปจากบุคคลธรรมดา เป็นบุคคลที่ต้องเสียสละ ต้องถูกจำกัดสิทธิเสรีภาพในระดับหนึ่ง” แต่จากการตัดสินของศาลรัฐธรรมนูญแสดงให้เห็นว่า ถึงกระนั้น การจำกัดสิทธิเสรีภาพของทหารให้ต่างไปจากบุคคลซึ่งเป็นบุคคลทั่วไปอื่น ๆ ก็จำเป็นต้องมีเหตุผล จะเห็นว่าในการพิจารณาคดีกรมพระธรรมนูญซึ่งเป็นผู้ให้ความเห็นแย้งคำร้องทำได้เพียงแต่อ้างว่า “ทหารต้องตกอยู่ในสถานะที่เป็นบุคคลที่อยู่ในอำนาจศาลทหาร จึงต้องมีระเบียบวิธีการปกครองควบคุม ที่แตกต่างไปจากประชาชนธรรมดา” เท่านั้น แต่ไม่ได้ให้เหตุผลความจำเป็นว่าทำไมถึงต้องแตกต่าง การเป็นบุคคลที่ต้องเสียสละเพื่อชาติมากกว่าบุคคลอื่น มิได้แสดงถึงความจำเป็นที่จะต้องให้ทหารสละสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่จะได้รับการตัดสิน

พิพากษาคดีโดยผู้นั่งพิจารณาคดีเท่านั้น เนื่องจากการคุ้มครองสิทธิทางรัฐธรรมนูญดังกล่าวมีเหตุผลตั้งที่ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภาซึ่งเป็นผู้ร้องได้ให้ไว้ว่ามาจากการที่ “ผู้พิพากษาหรือตุลาการที่นั่งพิจารณาคดีเป็นผู้ที่ได้เห็น ได้ยิน หรือรับทราบข้อเท็จจริง ข้อความ ข้อมูล และพยานหลักฐานต่าง ๆ ในคดีที่พิจารณานั้นด้วยตนเองโดยตรง และยังมีโอกาสที่จะได้ซักถามคู่ความและพยานด้วยตนเอง ทำให้สามารถที่จะเข้าใจข้อเท็จจริงต่าง ๆ ในคดีได้อย่างถ่องแท้” โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในการพิจารณาความน่าเชื่อถือของพยานและผู้ที่เกี่ยวข้องจากกิริยาอาการ การแสดงออกต่าง ๆ ในศาล⁵ ซึ่งจะเห็นว่าเหตุผลความจำเป็นในการที่รัฐธรรมนูญต้องให้คุ้มครองสิทธิดังกล่าวเป็นเหตุผลที่เกิดขึ้น มีอยู่ และใช้ได้ทั้งในกระบวนการพิจารณาคดีในศาลยุติธรรมสำหรับบุคคลทั่วไปอื่น ๆ และในกระบวนการพิจารณาคดีในศาลทหารสำหรับบุคคลผู้ซึ่งเป็นทหารโดยไม่มีความแตกต่างกันแม้แต่น้อย นอกจากนี้ การวินิจฉัยดังกล่าวของศาลรัฐธรรมนูญนี้ ยังเป็นไปตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 64 (ปัจจุบัน มาตรา 27 วรรคห้า โดยมีการใช้ถ้อยคำต่างกันเล็กน้อย) ซึ่งบัญญัติให้บุคคลผู้เป็นทหารมีสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดในกฎหมาย ฯลฯ ที่ออกตามบทบัญญัติกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจรรยาบรรณ อีกด้วย

หากพิจารณาคดีนี้จากมุมมองกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมัน จะเห็นว่ารัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 17a เปิดช่องให้มีการออกบทบัญญัติในกฎหมายว่าด้วยการบริหารราชการทหารและการรับใช้หรือให้บริการทดแทนการเป็นทหาร เพื่อจำกัดสิทธิเสรีภาพของทหารไว้อีกเป็นการต่างหาก ซึ่งอาจตีความได้ว่า บทบัญญัตินี้ให้อำนาจแก่ฝ่ายนิติบัญญัติในการจำกัดสิทธิเสรีภาพทหารได้มากหรือแตกต่างจากบุคคลทั่วไปอื่น ๆ แต่ในมาตรา 17a นี้ เปิดช่องให้สามารถกระทำการดังกล่าวต่อสิทธิขั้นพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญเพียง 3 ประการ เท่านั้น อันได้แก่ (1) เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น (มาตรา 5 วรรคหนึ่ง ครั้งแรกของประโยคที่หนึ่ง) (2) เสรีภาพในการชุมนุม (มาตรา 8) และสิทธิในการยื่นฎีกา (มาตรา 17) เฉพาะในส่วนที่ให้สิทธิในการยื่นร้องขอหรือร้องเรียนเป็นหมู่คณะกับบุคคลอื่น ดังนั้น หากพิจารณาเฉพาะตัวบทบัญญัตินี้ ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมัน จะไม่สามารถจำกัดสิทธิทาง

⁵ ศาลฎีกาแห่งสหพันธ์, คำพิพากษาที่ 4 StR 440/87 เมื่อวันที่ 17 ธ.ค. ค.ศ. 1987.

รัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาคดีทางศาล (Prozessgrundrechte) ของทหารให้แตกต่างไปจากบุคคลทั่วไปอื่น ๆ ได้ และหากพิจารณาจากคดีรัฐธรรมนูญ จะเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (โดยมิได้อ้างอิงถึงมาตรา 17a) ได้มีคำวินิจฉัยรับรองไปในทำนองเดียวกัน กล่าวคือ รับรองว่าสิทธิทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาคดีทางศาล (Prozessgrundrechte) ให้ความคุ้มครองบุคคลผู้เป็นทหารในคดีทางวินัยซึ่งอยู่ภายใต้อำนาจของศาลทหารเช่นกัน ตัวอย่างเช่น ในคำวินิจฉัยที่ 2 BvR 993/94 เมื่อวันที่ 14 มิ.ย. ค.ศ. 2000 โดยในคดีดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้กล่าวไว้ในตอนต้นของคำวินิจฉัยเป็นหลักไว้ว่า “มาตรา 2 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ประกอบกับหลักนิติรัฐ ให้ความรับรองสิทธิทั่วไปที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาคดีทางศาลในการที่จะได้รับการดำเนินกระบวนการที่เป็นธรรม ซึ่งสิทธิในการที่จะได้รับการดำเนินกระบวนการที่เป็นธรรมที่ได้รับการยอมรับจากศาลนั้น ถือเป็นหลักการทั่วไปที่มีผลบังคับใช้ในกฎหมายกระบวนการวิธีพิจารณาคดีทุก ๆ กระบวนการพิจารณาคดี” อย่างไรก็ตาม สิทธิทางรัฐธรรมนูญเกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาคดีทางศาลที่เป็นประเด็นในคดีดังกล่าวนี้ ไม่ใช่สิทธิของคุณค่าในการที่จะได้รับการพิพากษาวินิจฉัยคดีจากผู้พิพากษาที่นั่งพิจารณาคดี ดังเช่นในคำวินิจฉัย 24/2546 ของศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย นอกจากนี้ ยังมีข้อสังเกตที่น่าสนใจกว่า ถึงแม้หลักการที่ว่า ผู้พิพากษาวินิจฉัยคดี โดยปกติแล้ว จะต้องเป็นผู้พิพากษาที่นั่งพิจารณาคดี ผู้สืบพยานหลักฐาน ผู้ซึ่งใช้ประสาทสัมผัสรับรู้พยานหลักฐานด้วยตนเอง (Grundsatz der formellen Unmittelbarkeit)⁶ จะเป็นหลักที่ได้รับการรับรองในกฎหมายกระบวนการวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมันสำหรับหลาย ๆ กระบวนการพิจารณาคดี เช่น กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน (มาตรา 226 วรรคหนึ่ง) กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมัน (มาตรา 128 วรรคหนึ่ง มาตรา 355 วรรคหนึ่ง มาตรา 309) และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความศึปกครองเยอรมัน (มาตรา 96 วรรคหนึ่ง ประโยคที่ 1 มาตรา 112) แต่หลักดังกล่าว โดยตัวของมันเองแล้ว ก็ไม่ได้ถูกรับรองให้เป็นสิทธิทางรัฐธรรมนูญ⁷ แต่อย่างใด ซึ่งหากเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

⁶ Fischer, 2019, marginal no. 20; Musielak, 2021, marginal no. 47 f.

⁷ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์, คำวินิจฉัยที่ 2 BvR 2300/07 เมื่อวันที่ 30 ม.ค. ค.ศ. 2008, Bach, 2021, marginal no. 2.

จะเห็นว่า รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ก็ไม่มีการรับรองสิทธิดังกล่าวให้เป็นสิทธิทางรัฐธรรมนูญแล้วเช่นเดียวกัน

(2) วิเคราะห์คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 26/2546

ในคดีนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยสรุปความได้ว่า การกำหนดอัตราโทษของบุคคลในภาคีรัฐบางกลุ่ม เช่น ทหาร ตำรวจ ข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐให้สูงกว่าบุคคลทั่วไปนั้น มิได้ขัดต่อบทบัญญัติที่วางหลักรับรองให้บุคคลในภาคีรัฐมีสิทธิเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป (บทบัญญัติรัฐธรรมนูญ [พ.ศ. 2540] มาตรา 64 หรือบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ฉบับปัจจุบัน มาตรา 27 วรรคห้า) โดยให้เหตุผลเพียงสั้น ๆ ว่า “เป็นแต่เพียงความแตกต่างในอัตราโทษสำหรับผู้กระทำความผิดเท่านั้น มิใช่เป็นความแตกต่างในเรื่องสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น บทบัญญัติรัฐธรรมนูญ [พ.ศ. 2540] มาตรา 64 กับพระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2534 มาตรา 10 จึงเป็นคนละเรื่องไม่เกี่ยวข้องกัน ไม่มีกรณีที่จะขัดหรือแย้งกันได้” โดยศาลรัฐธรรมนูญได้อ้างถึง บทบัญญัติรัฐธรรมนูญ [พ.ศ. 2540] มาตรา 32 (บทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ฉบับปัจจุบัน มาตรา 29 วรรคหนึ่ง) ที่บัญญัติไว้ว่า “บุคคลจะไม่ต้องรับโทษอาญา เว้นแต่จะได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้...” และยังให้คำอธิบายเพิ่มเติมด้วยว่า “โทษตามกฎหมายจะต้องเหมาะสมกับความผิดและได้สัดส่วนกับสถานะ ความรู้ผิดชอบของผู้กระทำความผิด และผลกระทบต่อสังคม” จากคำวินิจฉัยดังกล่าวจะเห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญได้พิจารณาถึงหลัก nulla poena sine lege ที่อาจแปลอย่างง่าย ๆ ได้ว่า “ไม่มีโทษ หากไม่มีกฎหมาย” ซึ่งในคดีนี้ มาตรา 10 แห่งพระราชบัญญัติมาตรการในการปราบปรามผู้กระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด พ.ศ. 2534 เป็นกฎหมายที่บัญญัติไว้ให้บุคคลในภาคีรัฐหลาย ๆ กลุ่มต้องได้รับโทษในอัตราที่สูงกว่าบุคคลทั่วไปหากกระทำความผิด นั่นก็แสดงให้เห็นว่าเนื่องจากมีกฎหมายกำหนดไว้แล้ว จึงสามารถลงโทษได้ตามที่กฎหมายกำหนด โดยไม่ขัดต่อหลัก nulla poena sine lege ตามรัฐธรรมนูญ แต่อย่างไร ซึ่งการพิจารณาในส่วนนี้มีความเป็นเหตุเป็นผล แต่ที่น่าสนใจคือคำอธิบายเพิ่มเติมที่แสดงให้เห็นว่าศาลรัฐธรรมนูญเข้าใจว่าการกำหนดโทษตามกฎหมายนั้น จะต้องพิจารณาถึงองค์ประกอบหลายประการ ตัวอย่างเช่น ความผิด และความได้สัดส่วนกับสถานะ ฯลฯ แต่นั่นก็ไม่ได้เป็นการขัดขวางมิให้ศาลรัฐธรรมนูญมีคำวินิจฉัยไปในทำนองที่ว่า

ความแตกต่างในอัตราโทษ มิใช่ความแตกต่างในสิทธิเสรีภาพ เป็นคนละเรื่อง ไม่เกี่ยวข้องกัน ซึ่งการให้คำอธิบายเพิ่มเติมและข้อสรุปในคำวินิจฉัยดังกล่าวมีความขัดแย้งกันในตัวเองเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากการกำหนดโทษตามกฎหมาย มิได้หมายความว่าถึงแก่การกำหนดว่าการกระทำใดมีโทษหรือไม่ (das Ob) เท่านั้น แต่ยังหมายความว่าถึงแก่การกำหนดว่ามีโทษอย่างไร (das Wie) ซึ่งรวมถึงอัตราโทษด้วย โดยเหตุผลสำหรับความเห็นของผู้เขียนในประเด็นนี้ก็อยู่ในคำอธิบายของรัฐธรรมนูญเอง ที่อธิบายไว้ว่าการกำหนดโทษนอกจากจะต้องพิจารณาถึงความผิดแล้ว ยังต้องพิจารณาถึงความได้สัดส่วนกับสถานะ ฯลฯ อีกด้วย อีกประการหนึ่ง หลักการที่ว่าโทษตามกฎหมายนั้น จะต้องกำหนดโดยพิจารณาถึงความผิด ความได้สัดส่วนกับสถานะ ความรู้ผิดชอบของผู้กระทำความผิด และผลกระทบต่อสังคม ฯลฯ นั้น ก็มีที่มาจาก รัฐธรรมนูญเอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งจาก “ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์” ซึ่งเป็นสิ่งที่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ให้การรับรองคุ้มครองไว้ในมาตรา 4 และเป็นสิ่งที่ถือว่าเป็นส่วนสำคัญของสิทธิและเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญอื่น ๆ ของบุคคลในหลาย ๆ ประการด้วย⁸ ดังนั้น การสรุปในทำนองที่ว่า การกำหนดอัตราโทษและสิทธิเสรีภาพเป็นคนละเรื่องกัน จึงอาจจะเป็นการสรุปที่เร็วเกินไปและไม่สมเหตุสมผลมากนัก

ในมุมมองของกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมัน การกำหนดโทษ ซึ่งรวมถึงการกำหนดอัตราโทษด้วยนั้น นอกจากจะต้องคำนึงถึงหลัก nulla poena sine lege (มาตรา 103 วรรคสองของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี)⁹ แล้ว ยังต้องคำนึงถึงหลัก nulla poena sine culpa ที่อาจแปลได้อย่างง่าย ๆ ว่า “ไม่มีโทษ หากไม่มีความชั่ว” หรืออาจเรียกสั้น ๆ ว่า หลักแห่งความชั่ว (Schuldprinzip) ก็ได้ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้รับรองและยกระดับหลักแห่งความชั่ว (Schuldprinzip) นี้ ให้มีฐานะเป็นส่วนหนึ่งของรัฐธรรมนูญ (Verfassungsrang) เนื่องจากศาลฯ เห็นว่าหลักดังกล่าวมีรากฐานอยู่ในหลักแห่งความยุติธรรมในเนื้อหาสาระ (Materielle Gerechtigkeit) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip)

⁸ เปรียบเทียบ Herdegen, 2021, marginal no. 26.

⁹ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Art 103

(2) Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.

อันเป็นหลักที่สำคัญของรัฐธรรมนูญ โดยตามหลักแห่งความยุติธรรมในเนื้อหาสาระดังกล่าว นั้น การกำหนดองค์ประกอบและผลทางกฎหมายที่ตามมาจะต้องได้สัดส่วนเหมาะสมกัน¹⁰ ในขณะเดียวกัน หลักแห่งความชั่ว (Schuldprinzip) ยังมีรากฐานสำคัญอยู่ในศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ (มาตรา 1 วรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี)¹¹ และความรับผิดชอบของมนุษย์ (ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของเสรีภาพในการกระทำทั่วไป ตามมาตรา 2 วรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี)¹² ด้วย¹³ โดยหลักแห่งความชั่ว (Schuldprinzip) นี้ เกิดจากความคิดตั้งต้นที่ว่า “ผู้ที่จะสามารถถูกลงโทษได้ ต้องเป็นผู้ที่กระทำสิ่งที่เป็นการกระทำที่ชั่วร้าย” ซึ่งความคิดตั้งต้นนี้ก็ตั้งอยู่บนความคิดที่ว่า “มนุษย์ที่สามารถเป็นผู้กำหนดการกระทำของตนด้วยตนเองและสามารถใช้เสรีภาพในความต้องการของตนตัดสินใจเลือกทำสิ่งที่ถูกต้องหรือไม่ถูกต้องเองได้นั้น ต้องมีความรับผิดชอบในการกระทำของตน” และการคุ้มครองศักดิ์ศรีของมนุษย์ก็มีความคิดตั้งต้นมาจากการที่มองว่า “มนุษย์ที่เป็นสิ่งมีชีวิตที่มีจิตวิญญาณและศีลธรรม ซึ่งลักษณะดังกล่าวมีเป้าหมายให้ มนุษย์สามารถมีอิสระที่จะกำหนดและพัฒนาตนด้วยตัวเองได้”¹⁴

นอกจากในกฎหมายรัฐธรรมนูญแล้ว จะเห็นว่า หลักแห่งความชั่ว (Schuldprinzip) นี้ได้รับการบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาเยอรมัน มาตรา 46 วรคหนึ่ง ประโยคที่ 1¹⁵ ด้วย โดยมาตราดังกล่าวกำหนดให้ความชั่วของผู้กระทำ ความผิดเป็นพื้นฐานของการพิจารณากำหนดโทษ แต่เนื่องจากหลักแห่งความชั่ว

¹⁰ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์, คำวินิจฉัยที่ 2 BvR 506/63 เมื่อวันที่ 25 ต.ค. ค.ศ. 1966.

¹¹ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Art 1

(1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt.

¹² Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Art 2

(1) Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.

¹³ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์, คำวินิจฉัยที่ 2 BvL 15 23/68 เมื่อวันที่ 26 ก.พ. 1969.

¹⁴ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์, คำวินิจฉัยที่ 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 เมื่อวันที่ 30 มิ.ย. ค.ศ. 2009.

¹⁵ Strafgesetzbuch (StGB) § 46 Grundsätze der Strafzumessung

(1) Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe.

(Schuldprinzip) เป็นหลักที่มีที่มาจากหลักและเสรีภาพสำคัญทั้งสามของรัฐธรรมนูญ ดังที่ได้กล่าวมาแล้วโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ สิ่งที่ได้รับการรับรองสูงสุดจากรัฐธรรมนูญที่ผูกพัน อำนาจอรัฐ ทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ บริหาร และ ตุลาการ (มาตรา 1 วรรคหนึ่งและวรรคสามของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐ เยอรมนี)¹⁶ ดังนั้น ไม่ว่าจะมีการกำหนดหลักดังกล่าวไว้ในกฎหมายซึ่งมีศักดิ์รองลงมา ดังเช่นในประมวลกฎหมายอาญาหรือไม่ หลักดังกล่าวก็ผูกพันต่ออำนาจอรัฐทั้ง 3 เช่นกัน ส่งผลให้ในการตรากฎหมายกำหนดโทษและอัตราโทษ ซึ่งรวมถึงการกำหนด ประเภทของโทษและกรอบของอัตราโทษ ฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถทำตามอำเภอใจได้ แต่จะต้องคำนึงถึงเนื้อหาสาระและปริมาณของความไม่ถูกต้อง (Unrechtsgehalt) และเนื้อหาสาระและปริมาณของความชั่วร้าย (Schuldgehalt) ที่มีอยู่ในความผิด ทางอาญาแต่ละลักษณะ โดยองค์ประกอบของความผิด (ซึ่งความชั่ว (Schuld) เป็นหนึ่งในองค์ประกอบหลักของการกระทำความผิดทางอาญาในกฎหมายอาญา เยอรมัน) และผลทางกฎหมายที่ตามมาจะต้องได้สัดส่วนกัน¹⁷ หากพิจารณา คดีรัฐธรรมนูญของไทยข้างต้นนี้จากมุมมองกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมันจะเห็นว่า การกำหนดอัตราโทษเป็นสิ่งที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับสิทธิเสรีภาพ กล่าวคือ ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ซึ่งเป็นสิ่งที่เป็นรากฐานของสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญอื่น ๆ

สิ่งที่ต้องพิจารณาต่อไปคือประเด็นที่ว่า การกำหนดอัตราโทษของบุคคล ในภาครัฐ เช่น ทหาร ข้าราชการ ฯลฯ ในคดีอาชญากรรมให้มากกว่าบุคคลธรรมดาอื่น ๆ นั้น ถูกต้องตามและอยู่ภายใต้หลักแห่งความชั่ว (Schuldprinzip) หรือไม่ เมื่อพิจารณาจาก คดีอาญาในศาลยุติธรรมเยอรมันที่มีผู้กระทำความผิดเป็นข้าราชการจะพบว่าศาลฎีกา แห่งสหพันธ์ได้วางหลักไว้ว่า “สถานะทางอาชีพของจำเลยจะสามารถถูกนำมาเป็น เหตุผลของการกำหนดโทษให้สูงขึ้นได้เฉพาะในกรณีทีสถานะดังกล่าวทำให้เกิด หน้าที่พิเศษ ซึ่งการกระทำผิดต่อหน้าที่พิเศษดังกล่าวต้องมีความหมายต่อ การกระทำความผิดที่กำลังได้รับการพิจารณาอยู่” และ “หากการกระทำความผิด

¹⁶ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Art 1

(1) Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt. ...

(3) Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.

¹⁷ Kinzig, 2019, marginal no. 40.

เกิดขึ้นภายในพื้นที่การใช้ชีวิตส่วนตัวของจำเลย หน้าที่ที่เกิดจากอาชีพของจำเลย จะถูกนำมาใช้เป็นเหตุผลสร้างความชอบธรรมในการกำหนดโทษให้สูงขึ้นได้ก็ต่อเมื่อ อาชีพของจำเลยและการกระทำความผิดดังกล่าว มีความสัมพันธ์ภายในต่อกัน อันทำให้ความรุนแรงต่อการกระทำความผิดต่อหน้าที่นั้นเพิ่มมากขึ้น”¹⁸ ตัวอย่างเช่น ในกรณีที่รัฐมนตรีกระทรวงยุติธรรมเปิดเผยความลับทางราชการที่ตนได้รู้มาจากการรายงานข้อมูลจากสำนักงานอัยการโดยที่ตนไม่มีสิทธิที่จะเปิดเผยความลับนั้น¹⁹ เป็นต้น แต่ความสัมพันธ์ระหว่างหน้าที่และการกระทำความผิดในลักษณะดังกล่าวนี้ ไม่ได้เกิดขึ้นในทุกกรณี ยกตัวอย่างง่าย ๆ เช่น กรณีข้าราชการพลเรือนหรือทหาร ผู้มีหน้าที่ทำงานธุรการ เสพหรือมอบสิ่งเสพติดให้บุคคลอื่นนอกเวลาราชการ ด้วยสถานะของบุคคลคนดังกล่าวไม่ได้ทำให้เกิดหน้าที่ที่มีความสัมพันธ์กับการกระทำความผิดอันจะแสดงให้เห็นถึงความชั่วที่มากขึ้นและทำให้ผู้กระทำความผิดที่เป็นข้าราชการนั้นต้องรับโทษทางอาญามากขึ้นไปกว่าบุคคลทั่วไปอื่น ๆ แต่อย่างไร

สิ่งที่จะต้องแยกออกจากหน้าที่พิเศษที่เมื่อมีการกระทำความผิดต่อหน้าที่นั้นแล้วแสดงให้เห็นถึงความชั่วที่เพิ่มมากขึ้น คือ หน้าที่ที่เกิดจากการมีสถานภาพเป็น ข้าราชการหรือบุคคลในภาครัฐ ซึ่งโดยปกติ บุคคลดังกล่าวจะมีหน้าที่เฉพาะของตน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หน้าที่ที่จะต้องไม่ทำผิดกฎหมาย ด้วยเหตุผลที่ว่าการกระทำ ความผิดต่อกฎหมายของบุคคลดังกล่าว อาจทำลายความไว้วางใจและความเชื่อมั่น ของรัฐผู้ซึ่งเป็นนายจ้างของบุคคลผู้นั้นและอาจทำลายความไว้วางใจและความเชื่อมั่น ของประชาชนทั่วไปในการที่จะให้บุคคลผู้นั้นทำงานของราชการต่อไป²⁰ แต่โดยที่ การจัดการให้ข้าราชการปฏิบัติตามหน้าที่ที่เกิดจากการเป็นข้าราชการดังกล่าว รวมถึง การจัดการกับการกระทำความผิดต่อหน้าที่นั้น เป็นหน้าที่เฉพาะของกฎหมาย เรื่องวินัย²¹ ดังนั้น ตามหลักกฎหมายเยอรมัน กรณีที่ข้าราชการหรือทหารกระทำ ความผิดในเรื่องสิ่งเสพติด อาจส่งผลให้ถูกลงโทษมากกว่าบุคคลทั่วไปอื่น ๆ ได้ก็จริง คือ จะได้รับโทษ ทั้งโทษทางอาญาและโทษทางวินัยได้²² แต่การที่มีการกำหนดอัตราโทษ

¹⁸ ศาลฎีกาแห่งสหพันธ์, คำวินิจฉัยที่ 2 StR 500/86 เมื่อวันที่ 29 เม.ย. ค.ศ. 1987; คำพิพากษาที่ 3 StR 575/96 เมื่อวันที่ 28 ม.ค. ค.ศ. 1998.

¹⁹ ศาลฎีกาแห่งสหพันธ์, คำวินิจฉัยที่ 1 StR 83/08 เมื่อวันที่ 16 เม.ย. ค.ศ. 2008.

²⁰ เปรียบเทียบ ศาลปกครองแห่งสหพันธ์, คำพิพากษาที่ 2 C 25/17 เมื่อวันที่ 17 พ.ย. ค.ศ. 2017.

²¹ Jarass, 2020, GG Art. 33 marginal no. 88.

²² Weber, 2017, marginal no. 1787 ff.

ทางอาญาของทหาร ข้าราชการ และบุคคลอื่นในภาครัฐให้มากกว่าบุคคลทั่วไป โดยคำนึงถึงแค่สถานภาพการเป็นข้าราชการหรือการเป็นคนทำงานราชการ แต่เพียงอย่างเดียว นั้น ไม่น่าจะถูกต้องตามหลักแห่งความชั่ว (Schuldprinzip) ส่งผลให้การกระทำดังกล่าวของฝ่ายนิติบัญญัติไม่สอดคล้องต่อศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ความรับผิดชอบของมนุษย์ และหลักนิติรัฐตามรัฐธรรมนูญ

(3) วิเคราะห์คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 9/2563

สำหรับการคำนวณเงินบำนาญที่รัฐต้องจ่ายให้แก่ข้าราชการที่เกษียณอายุราชการ ตามกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมัน มาตรา 33 วรรคห้า ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กำหนดให้การตราหรือพัฒนากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับงานราชการ ซึ่งรวมถึงการคำนวณเงินบำนาญด้วยนั้น ต้องคำนึงถึงหลักการทั้งหลายของอาชีพข้าราชการที่ยึดถือปฏิบัติสืบทอดกันมา (Hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums) โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้ให้คำนิยามของคำว่า หลักการทั้งหลายของอาชีพข้าราชการที่ยึดถือปฏิบัติสืบทอดกันมา (Hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums) ไว้แปลความได้ว่า “สิ่งที่มีอยู่อันเป็นแก่นของหลักการทางโครงสร้างทั้งหลาย ที่โดยทั่วไปหรือโดยส่วนใหญ่แล้ว ได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักที่มีผลผูกพันหรือได้รับการยึดถือปฏิบัติกันมา เป็นช่วงเวลาที่ยาวนาน อันเป็นช่วงเวลาที่สร้างให้เกิดเป็นประเพณี โดยอย่างน้อยที่สุดต้องเป็นหลักการที่ได้รับการยอมรับว่ามีผลผูกพันหรือได้รับการยึดถือปฏิบัติภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งอาณาจักรไวมาร์”²³ ในส่วนของการตราหรือพัฒนากฎหมายเรื่องการคำนวณเงินบำนาญนั้น มาตรา 33 วรรคห้า ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้ให้อิสระแก่ฝ่ายนิติบัญญัติในการสร้างสรรค์บทบัญญัติค่อนข้างกว้าง แต่มีหลัก Alimentation (Alimentationsprinzip) เป็นข้อจำกัดที่สำคัญ โดยตามหลักดังกล่าว รัฐผู้เป็นนายจ้างมีหน้าที่ที่จะต้องช่วยเหลือทางการเงินแก่ผู้ที่เป็นข้าราชการและครอบครัวอย่างเหมาะสมตลอดชีวิต และมีหน้าที่ที่จะต้องให้เงินค่าครองชีพแก่ข้าราชการอย่างเหมาะสม พอเหมาะพอควรกับตำแหน่งหน้าที่ราชการ โดยต้องสอดคล้องกับตำแหน่ง ความรับผิดชอบที่สัมพันธ์กับตำแหน่งหน้าที่งานราชการ ความสำคัญของอาชีพข้าราชการที่มีต่อสาธารณะ พัฒนาการของ

²³ ตัวอย่างเช่น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์, คำวินิจฉัยที่ 2 BvR 1387/02 เมื่อวันที่ 27 ก.ย. ค.ศ. 2005.

สถานการณ์ทางเศรษฐกิจและการเงินโดยทั่วไป และมาตรฐานในการดำรงชีวิตทั่วไป²⁴ นอกจากนี้ การคำนวณเงินบำนาญนั้น ยังมีหลักอีกว่า ตามปกติ จะต้องคิดจากพื้นฐานของเงินเดือนทั้งหลายที่ข้าราชการได้รับในการดำรงตำแหน่งสุดท้าย และต้องสอดคล้องกับหลักการปฏิบัติงาน (Leistungsprinzip) กล่าวคือ จำนวนเงินบำนาญที่จะได้รับจะต้องแสดงให้เห็นถึงระยะเวลาที่มีการปฏิบัติงานรับราชการด้วย ซึ่งหลักเหล่านี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้วินิจฉัยให้เป็นส่วนหนึ่งของหลักการทั้งหลายของอาชีพข้าราชการที่ยึดถือปฏิบัติสืบทอดกันมา (Hergebrachte Grundsätze des Berufsbeamtentums) ตามรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 33 วรรคห้า ซึ่งจะเห็นว่าหลักดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หลัก Alimentation (Alimentationsprinzip) เป็นหลักที่ต้องคำนึงถึงบริบทที่เปลี่ยนแปลงไปตามสถานการณ์ในแต่ละระยะเวลา ดังนั้น ข้าราชการจึงไม่มีสิทธิที่จะเรียกร้องให้ทบัพัญญติ กฎหมายใด ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการคำนวณเงินเดือนหรือเงินบำนาญ ที่มีผลบังคับใช้ในระหว่างที่ข้าราชการผู้นั้นเข้าสู่การเป็นข้าราชการหรือข้าราชการบำนาญ คงอยู่ตามเดิม ไม่เปลี่ยนแปลง²⁵ อย่างไรก็ตาม หน้าที่ที่รัฐจะต้องให้เงินบำนาญแก่ข้าราชการนั้น ไม่ได้มีที่มาจากหลักรัฐสังคมนิยม (Sozialstaatsprinzip) จึงมีความแตกต่างจากหน้าที่ตามหลักรัฐสังคมนิยม (Sozialstaatsprinzip) ที่รัฐจะต้องช่วยเหลือให้ปัจเจกบุคคลในสังคมนั้นได้รับสิ่งทีน้อยที่สุดที่มีความจำเป็นต่อการดำรงชีวิตของปัจเจกบุคคลนั้นในด้านความมั่นคงและตามมาตรฐานทางสังคม ดังนั้น ในการที่รัฐปฏิบัติตามหน้าที่ของตนในการที่จะต้องจ่ายเงินบำนาญให้แก่ข้าราชการบำนาญ รัฐไม่สามารถลดจำนวนเงินบำนาญง่าย ๆ โดยคำนึงถึงเฉพาะแต่ความสามารถทางเศรษฐกิจของตน การประเมินความจำเป็นทางการเมือง หรือขนาดหรือขอบเขตของความพยายามที่จะปฏิบัติตามหลักรัฐสังคมนิยม (Sozialstaatsprinzip) ทั่วไปได้ ซึ่งหมายความว่า การที่จะแก้ไขกฎหมายเพื่อลดเงินบำนาญ จะใช้เหตุผลว่ารัฐพยายามที่จะประหยัดค่าใช้จ่ายแต่เพียงอย่างเดียวไม่ได้ แต่จะต้องมีเหตุผลอื่นซึ่งเป็นสิ่งที่อยู่ในระบบการจ่ายเงินบำนาญนั้น และเป็นสิ่งที่สามารถแสดงให้เห็นถึงความชอบธรรมในการลดจำนวนเงินบำนาญลง มาเป็นเหตุผลประกอบด้วย²⁶

²⁴ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์, เพิ่งอ้าง.

²⁵ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์, เพิ่งอ้าง.

²⁶ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์, เพิ่งอ้าง.

หากพิจารณาอรรถคดีของคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 9/2563 ตามหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมัน จะเห็นว่า การกำหนดเพดานขึ้นสูงสำหรับเงินบำนาญที่ต้องจ่ายให้แก่ข้าราชการบำนาญให้เป็นจำนวนไม่เกินจำนวนเงินเดือนสุดท้ายนั้น สอดคล้องกับหลักที่กำหนดให้ใช้เงินเดือนทั้งหลายที่ข้าราชการได้รับในการดำรงตำแหน่งสุดท้ายเป็นพื้นฐานในการคำนวณ นอกจากนี้ ยังไม่ขัดกับหลักการปฏิบัติงาน (Leistungsprinzip) เพราะอย่างน้อยที่สุด การคำนวณดังกล่าวก็คำนึงถึงระยะเวลาในการปฏิบัติงานจริงของข้าราชการแต่ละคนแล้ว การกำหนดเพดานขึ้นสูงสำหรับเงินบำนาญที่ต้องจ่ายข้าราชการบำนาญ ถึงแม้จะมีเหตุผลด้านการพยายามที่จะลดภาระค่าใช้จ่ายของรัฐตามวินัยการเงินการคลัง แต่ก็ยังมีเหตุผลที่อยู่ในระบบการเงินเดือนและเงินบำนาญสำหรับข้าราชการเอง กล่าวคือ การเปลี่ยนแปลงระเบียบข้าราชการพลเรือนและกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการฝ่ายตุลาการ ยกเลิกเงินเพิ่มพิเศษประจำเดือนชั่วคราว (พ.) โดยรวมเงินเพิ่มพิเศษเข้าเป็นเงินเดือน ทำให้ต้องมีการจำกัดเพดานขึ้นสูงสำหรับเงินบำนาญ ซึ่งเป็นเหตุผลที่หากพิจารณาตามหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมันแล้ว น่าจะยังคงเป็นเหตุผลที่เพียงพอและชอบธรรมที่จะจำกัดสิทธิของข้าราชการบำนาญโดยการกำหนดเพดานขึ้นสูงดังกล่าวได้ ถึงแม้ว่าผู้ฟ้องในคดีจะอ้างว่าเหตุผลดังกล่าวใช้ไม่ได้กับตนเนื่องจากตนมิใช่ข้าราชการพลเรือนหรือข้าราชการฝ่ายตุลาการ กรณีของตนมิได้มีการนำเอาเงินเพิ่มพิเศษประจำเดือนชั่วคราว (พ.) มารวมกับเงินเดือนและถือเป็นเงินเดือนถึงกระนั้น หากไม่กำหนดเพดานขึ้นสูงสำหรับเงินบำนาญที่จ่ายให้แก่ข้าราชการบำนาญให้เป็นไม่เกินจำนวนเงินเดือนสุดท้าย ก็อาจเกิดปรากฏการณ์ที่ประหลาดขึ้น กล่าวคือ ข้าราชการบำนาญที่พ้นจากหน้าที่ราชการไปแล้วได้เงินบำนาญเป็นจำนวนที่มากกว่าเงินเดือนที่ได้รับในขณะปฏิบัติหน้าที่ครั้งสุดท้าย ซึ่งหากพิจารณาจากหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมัน ปรากฏการณ์ดังกล่าวอาจจะไม่สอดคล้องกับหลักที่กำหนดให้ใช้เงินเดือนทั้งหลายที่ข้าราชการได้รับในการดำรงตำแหน่งสุดท้ายเป็นพื้นฐานในการคำนวณได้ ดังนั้น ผลลัพธ์ที่ได้ หากพิจารณาจากมุมมองของกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมันจึงเหมือนกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

สิ่งที่ควรตั้งข้อสังเกตอีกประการหนึ่ง คือ เมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในส่วนที่ศาลรัฐธรรมนูญได้ให้ความเห็นไว้ว่า “การคำนวณบำเหน็จบำนาญ “เงินเดือนเดือนสุดท้าย” ได้รวมถึงเงินเพิ่มพิเศษ

รายเดือนสำหรับค้าวิชาและหรือเงินเพิ่มการเลื้อนฐานะ และหรือสำหรับเงินประจำตำแหน่งที่ต้องฝ้าอันตรายเป็นปกติ และหรือสำหรับการสู้รบ และหรือสำหรับการปราบปรามผู้กระทำความผิดไว้แล้ว ถือเป็นการให้ประโยชน์ตอบแทนแก่ข้าราชการโดยรัฐตระหนักถึงความเสียสละในการปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการในขณะที่ปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวมาเป็นเวลานานและเป็นการจัดสรรประโยชน์ให้เป็นพิเศษ เพื่อให้สามารถดำรงชีพอยู่ได้โดยเหมาะสมสมควร” จะเห็นว่าความเห็นดังกล่าวคล้ายคลึงกับหลัก Alimentation (Alimentationsprinzip) ซึ่งเป็นหลักการสำคัญในการกำหนดเงินเดือนและเงินบำนาญตามกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมัน

(4) วิเคราะห์ค้ापิทกษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ ๒๒. 238/2562

เมื่อศึกษารายละเอียดค้ापิทกษาศาลปกครองสูงสุดนี้ จะเห็นว่า ในการพิจารณาว่าการใช้ดุลพินิจของนายกเทศมนตรีที่จะตัดสินใจอนุญาตให้พนักงานเทศบาลได้บังคับบัญชาแรงงานเพื่อประกอบกิจการส่วนตัวได้หรือไม่นั้น ทั้งศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาโดยคำนึงถึงสิทธิในครอบครัวของพนักงานเทศบาลคนดังกล่าว ซึ่งเป็นสิทธิที่ได้รับความคุ้มครองตามมาตรา 32 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยในการพิจารณาประเด็นนี้ ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่าการใช้ดุลพินิจไม่อนุญาตให้ลาภิจเป็นการไม่คำนึงถึงสถาบันครอบครัว โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หน้าที่ของผู้เป็นบิดา การที่ผู้บังคับบัญชา (ผู้ถูกฟ้อง) อ้างว่าภรรยาของพนักงานเทศบาล (ผู้ฟ้อง) สามารถจัดการกับการศึกษาของบุตรได้โดยลำพัง จึงเป็นแค่การคาดการณ์เท่านั้น แต่ในประเด็นนี้ ศาลปกครองสูงสุดได้มีความเห็นต่าง โดยเห็นว่าผู้ถูกฟ้องได้ชี้แจงน้ำหนักระหว่างประโยชน์ส่วนตัวของผู้ฟ้องกับประโยชน์ของทางราชการและประโยชน์ส่วนรวมของประชาชนในเขตเทศบาล อันเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบแล้ว

จากมุมมองของกฎหมายเยอรมัน คำสั่งอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ลา กรณีเป็นการลาของข้าราชการ คำสั่งดังกล่าวจะเป็นคำสั่งทางปกครอง (Verwaltungsakt)²⁷ ซึ่งในการใช้ดุลพินิจในการออกคำสั่งทางปกครองนั้น ผู้ออกคำสั่ง ในฐานะผู้ใช้อำนาจรัฐ ซึ่งในที่นี้ก็คืออำนาจฝ่ายบริหาร จะเป็นผู้ที่มีหน้าที่ผูกพันต่อสิทธิขั้นพื้นฐาน

²⁷ ศาลปกครองเมือง Ansbach, ค้ापิทกษาค้า AN 1 K 15.00797 เมื่อวันที่ 25 ส.ค. ค.ศ. 2015.

ทางรัฐธรรมนูญตามมาตรา 1 วรรคสามของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี²⁸ การใช้ดุลพินิจจึงต้องนำสิทธิเสรีภาพทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องมาพิจารณาด้วย สำหรับกรณีที่เป็นการลาของพนักงานหรือลูกจ้างของรัฐ ซึ่งถูกจ้างงานตามสัญญาจ้างงาน คำสั่งอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ลา นั้น ไม่จัดเป็นคำสั่งทางปกครอง (Verwaltungsakt) แต่เป็นการตัดสินใจของรัฐในฐานะนายจ้าง (ผ่านผู้ปฏิบัติหน้าที่บังคับบัญชา) ที่ต้องเป็นไปตามหลักการทางสัญญางานตามกฎหมายเอกชน²⁹ โดยในมาตรา 7 วรรคหนึ่ง ประโยคที่ 1 แห่งกฎหมายวันหยุดแห่งสหพันธ์ (Bundesurlaubsgesetz) บัญญัติไว้ว่า “ในการกำหนดวันเวลาหยุดนั้นให้คำนึงถึงความต้องการในเรื่องวันหยุดของลูกจ้าง หากไม่ใช่เป็นกรณีที่มีเหตุผลเร่งด่วนที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์ของบริษัทหรือความต้องการในเรื่องวันหยุดของลูกจ้างคนอื่น ๆ ที่เมื่อพิจารณาถึงประเด็นทางสังคมแล้วสมควรได้รับวันหยุดในลำดับก่อนหน้า มาเป็นอุปสรรค”³⁰ ดังนั้น ในการกำหนดวันเวลาหยุดหรือการอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ลาหยุด ต้องคำนึงถึงความต้องการของลูกจ้างด้วย อย่างไรก็ตาม ในความสัมพันธ์ตามกฎหมายเอกชน สิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญไม่ได้มีผลบังคับใช้โดยตรง แต่ตามความเข้าใจของกฎหมายรัฐธรรมนูญเยอรมัน สิทธิขั้นพื้นฐานมิได้มีหน้าที่คุ้มครองปัจเจกบุคคลจากการกระทำละเมิดจากรัฐเท่านั้น แต่ยังเป็นพื้นฐานของระเบียบแห่งคุณค่าของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีอีกด้วย ดังนั้น อิทธิพลของสิทธิขั้นพื้นฐานจึงแผ่กระจายเข้าไปในกฎหมายอื่น ๆ ทั้งหลาย ซึ่งรวมถึงกฎหมายเอกชนด้วย โดยผ่านทางบทบัญญัติทางกฎหมายที่บัญญัติไว้โดยใช้ถ้อยคำทั่วไปกว้าง ๆ (Generalklausel)³¹ ตัวอย่างเช่น

²⁸ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Art 1

(3) Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.

²⁹ Spinner, 2020, marginal no. 119.

³⁰ Mindesturlaubsgesetz für Arbeitnehmer (Bundesurlaubsgesetz) § 7 Zeitpunkt, Übertragbarkeit und Abgeltung des Urlaubs

(1) Bei der zeitlichen Festlegung des Urlaubs sind die Urlaubswünsche des Arbeitnehmers zu berücksichtigen, es sei denn, daß ihrer Berücksichtigung dringende betriebliche Belange oder Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer, die unter sozialen Gesichtspunkten den Vorrang verdienen, entgegenstehen.

³¹ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์, คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 400/51 เมื่อวันที่ 15 ม.ค. ค.ศ. 1958; Voßkuhle/Kaiser, p. 411 f.; Schubert, 2019, marginal no. 53.

มาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน ที่บัญญัติหลัก Treu und Glauben ไว้ที่อาจแปลได้ง่าย ๆ ว่า หลักความซื่อสัตย์และความเชื่อ หรืออาจแปลได้ว่าหลักสุจริต โดยมาตราดังกล่าวได้บัญญัติไว้ว่า “ลูกหนี้มีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เกิดผลโดยปฏิบัติในลักษณะตามที่ Treu และ Glauben กำหนด โดยคำนึงถึงธรรมเนียมปฏิบัติในแวดวงธุรกิจสำหรับธุรกรรมนั้น ๆ (Verkehrssitte)”³² สำหรับคำว่า Treu นั้น หากจะแปลความตามความหมายของคำแล้ว อาจแปลได้ว่า การแสดงออกและการมีทัศนคติต่อผู้อื่น ซึ่งมีต้นกำเนิดจากการที่เราเป็นคนที่เป็นที่เชื่อถือและไว้วางใจได้ (Zuverlässigkeit) มีความประพฤติตรงตามความเชื่อข้างในของเรา หรือความเป็นคนจริง (Aufrichtigkeit) และรู้จักคำนึงถึงผู้อื่น ส่วนคำว่า Glauben นั้น หมายความว่า การเชื่อใจในการแสดงออกหรือทัศนคตินั้น ดังนั้น การรวมกันระหว่างคำว่า Treu และ Glauben จึงเป็นการนำคุณค่าทางจริยธรรมสังคมเข้ามาในกฎหมาย³³ ซึ่งหนึ่งในคุณค่าดังกล่าวคือสิทธิขั้นพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญอันถือเป็นคุณค่าหลักที่สำคัญที่สุดดังที่ได้กล่าวมาแล้ว ดังนั้น การปฏิบัติตามหน้าที่ของนายจ้างตามมาตรา 7 วรรคหนึ่ง ประโยคที่ 1 แห่งกฎหมายวันหยุดพักผ่อนแห่งสหพันธ์ (Bundesurlaubsgesetz) ประกอบกับมาตรา 242 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งเยอรมัน (Bürgerliches Gesetzbuch)³⁴ ในการกำหนดวันหยุดของลูกจ้าง นายจ้างจึงต้องคำนึงถึงสิทธิขั้นพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวข้องด้วย หรือหากจะมาพิจารณาถึงบทบาทของศาล ในกรณีที่เกิดความขึ้นสู่ศาล เนื่องจากศาลเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐและมีหน้าที่ต่อสิทธิขั้นพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญตามมาตรา 1 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ศาลจึงมีหน้าที่ที่จะต้องปกป้องคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานนั้นด้วย (Staatlicher Schutzauftrag/ Staatliche Schutzpflicht) ในการพิจารณาคดีในประเด็นที่ว่า การกำหนดวันหยุดหรือก็คือการอนุญาตหรือไม่อนุญาตให้ลาตามคำขอนั้นสอดคล้องต่อบทบัญญัติของกฎหมายหรือไม่ ศาลจึงต้องพิจารณา

³² Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) § 242 Leistung nach Treu und Glauben

Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

³³ Grüneberg, 2018, marginal no. 6.

³⁴ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์, คำวินิจฉัยที่ 1 BvF 1 - 6/74 เมื่อวันที่ 25 ก.พ. ค.ศ. 1975; ศาลแรงงานแห่งสหพันธ์, คำพิพากษาที่ 6 AZR 563/18 เมื่อวันที่ 19 ธ.ค. ค.ศ. 2019; Schubert, 2019, marginal no. 54.

โดยคำนึงถึงสิทธิขั้นพื้นฐานของนายจ้างและสิทธิขั้นพื้นฐานของลูกจ้างหรือสิทธิหรือหลักอื่น ๆ ของรัฐธรรมนูญ และสร้างความสมดุลระหว่างสิทธิทั้งหลายที่ขัดแย้งกันเหล่านั้น (Herstellung praktischer Konkordanz)³⁵ ทั้งนี้ต้องพิจารณาตามบริบทของแต่ละคดี หากนำอรรถคดีของคดีหมายเลขแดงที่ อป. 238/2562 ของศาลปกครองสูงสุดมาพิจารณาตามมุมมองของกฎหมายเยอรมัน จะเห็นว่าการไม่อนุญาตให้ลาได้อาจยังอยู่ในขอบเขตของการใช้ดุลพินิจที่ชอบแล้ว เนื่องจากผู้ไม่อนุญาตให้ลาได้คำนึงถึงสิทธิในครอบครัวหรือสถาบันครอบครัวของผู้ลาแล้ว (มาตรา 6 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี) โดยเห็นว่าภรรยาของผู้ลาสามารถจัดการกับการศึกษาของบุตรได้โดยลำพัง และโดยที่ผู้ลาอื่นในใบลา ก่อนหน้าวันลาเพียงหนึ่งวัน ประกอบกับเมื่อพิจารณาถึงตำแหน่งของผู้ลาซึ่งเป็นเจ้าพนักงานป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย 6v สังกัดงานป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยฝ่ายอำนวยการ ซึ่งเป็นตำแหน่งที่มีความสำคัญในกรณีเกิดเหตุฉุกเฉินขึ้น และเหตุฉุกเฉินนั้นก็อาจเกิดขึ้นได้ทุกขณะเวลา กรณีนี้เจ้าหน้าที่ต่อนายจ้างและหน้าที่ต่อส่วนรวม จึงอาจมีน้ำหนักมากกว่าหน้าที่ของผู้เป็นบิดาที่มีต่อบุตรซึ่งสอดคล้องกับคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด

สำหรับการให้เหตุผลในคำพิพากษาในส่วนของสิทธิในการแสดงความคิดเห็นนั้น ถึงแม้พนักงานเทศบาลจะต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความเป็นกลางทางการเมืองตามระเบียบสำนักคณะรัฐมนตรีว่าด้วยมารยาททางการเมืองของข้าราชการพลเรือน ลงวันที่ 16 มีนาคม 2499 แต่ในคดีนี้ เมื่อพิจารณาจากการกระทำของพนักงานเทศบาลผู้ฟ้องแล้ว ทั้งศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าไม่ปรากฏพฤติการณ์ที่ไม่เป็นกลาง โดยศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยรับรองไว้อย่างชัดเจนว่า การที่ผู้ฟ้องฝากไฟพรรคการเมืองฝ่ายตรงข้ามกับบุคคลผู้ซึ่งเป็นผู้ชนะการเลือกตั้งนายกเทศมนตรีและไปเป็นพยานต่อคณะกรรมการการเลือกตั้งเพื่อคัดค้านผลการเลือกตั้ง เป็นการมีความเห็นแตกต่างกันในทางการเมือง และเป็นสิทธิของผู้ฟ้องที่ให้อภัยค่าต่อคณะกรรมการการเลือกตั้งเกี่ยวกับผลการเลือกตั้ง

เมื่อพิจารณาตามหลักกฎหมายเยอรมัน ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี บุคคล เช่น ข้าราชการ ลูกจ้างและพนักงานของรัฐนอกจากจะมีสภาพเป็นบุคลากร

³⁵ สำหรับหลักการสร้างสมดุล (Grundsatz praktischer Konkordanz) เปรียบเทียบเฉพาะ Jarass, 2020, Vorbemerkungen vor Art. 1: Allgemeine Grundrechtslehren, marginal no. 53.

ในภาครัฐแล้ว ยังมีสภาพเป็นปัจเจกบุคคลอีกด้วย จึงได้รับการคุ้มครองเสรีภาพทางความคิดตามรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 5 วรรคหนึ่ง ครั้งแรกของประโยคที่ 1 ซึ่งบัญญัติว่า “บุคคลแต่ละคนมีสิทธิในการแสดงและเผยแพร่ความคิดเห็นของตนโดยคำพูด การเขียน และรูปภาพ”³⁶ แต่บุคลากรในภาครัฐดังกล่าวก็มีหน้าที่ในการวางตัวเป็นกลางทางการเมืองเช่นกัน (ตัวอย่างเช่น มาตรา 60 กฎหมายว่าด้วยข้าราชการของสหพันธ์ (Bundesbeamten-gesetz)³⁷) ซึ่งหน้าที่ในการวางตัวเป็นกลาง (Neutralitätspflicht) มีที่มาจากหลัก ๆ จากหลักประชาธิปไตย ตามมาตรา 20 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี³⁸ ซึ่งบัญญัติไว้ว่า “อำนาจรัฐทั้งหมดนั้นมาจากปวงประชาชน โดยปวงประชาชนจะใช้อำนาจนั้นในการเลือกตั้งและการลงคะแนนและโดยผ่านองค์กรพิเศษฝ่ายนิติบัญญัติ บริหารและตุลาการ”³⁹ เมื่ออำนาจของรัฐมาจากปวงประชาชนแล้ว การสร้างเจตนารมณ์ทางการเมืองจึงต้องเป็นไปในทิศทางเดียวกัน คือเริ่มขึ้นจากปวงประชาชนขึ้นไปยังองค์กรของรัฐ โดยมีพรรคการเมืองเป็นตัวเชื่อมช่วยร่วมสร้างเจตนารมณ์ทางการเมืองของปวงประชาชน ตามมาตรา 21 วรรคหนึ่ง ประโยคที่ 1

³⁶ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Art 5

(1) Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten ...

³⁷ Bundesbeamten-gesetz (BBG) § 60 Grundpflichten

(1) Beamtinnen und Beamte dienen dem ganzen Volk, nicht einer Partei. Sie haben ihre Aufgaben unparteiisch und gerecht zu erfüllen und ihr Amt zum Wohl der Allgemeinheit zu führen. Beamtinnen und Beamte müssen sich durch ihr gesamtes Verhalten zu der freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne des Grundgesetzes bekennen und für deren Erhaltung eintreten.

(2) Beamtinnen und Beamte haben bei politischer Betätigung diejenige Mäßigung und Zurückhaltung zu wahren, die sich aus ihrer Stellung gegenüber der Allgemeinheit und aus der Rücksicht auf die Pflichten ihres Amtes ergeben.

³⁸ Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, 2019, p. 4.

³⁹ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Art 20

(2) Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.

ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี⁴⁰ ดังนั้น เพื่อมิให้การสร้างเจตนารมณ์ทางการเมืองเกิดขึ้นในทางตรงข้าม กล่าวคือ จากรัฐไปยังวงประชาชน รัฐจึงต้องวางตัวเป็นกลางทางการเมือง ส่งผลให้บุคลากรในภาครัฐซึ่งเป็นผู้ปฏิบัติหน้าที่ใช้อำนาจรัฐจึงต้องวางตัวเป็นกลางด้วย⁴¹ อย่างไรก็ตาม ตามที่ได้กล่าวมาแล้วว่า รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มาตรา 5 วรรคหนึ่ง ครั้งแรกของประโยคที่ 1 ให้ความคุ้มครองเสรีภาพทางความคิดเห็นของบุคลากรในภาครัฐดังกล่าวด้วย บุคลากรดังกล่าวจึงสามารถที่จะมีความคิดเห็นและสามารถแสดงความคิดเห็นทางการเมืองของตนเองได้เช่นกัน แต่ต้องอยู่ในขอบเขตที่จำกัดกว่าบุคคลทั่วไป แต่จะจำกัดมากน้อยแค่ไหน ก็ขึ้นอยู่กับสถานการณ์และบริบทแวดล้อม เช่น ขณะปฏิบัติหน้าที่ราชการ ข้าราชการหรือเจ้าหน้าที่รัฐอาจถูกจำกัดเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นมากกว่าการแสดงความคิดเห็นนอกเวลาการปฏิบัติหน้าที่ราชการในขณะที่ใช้ชีวิตดังเช่นบุคคลทั่วไป⁴²

หากพิจารณาคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อป. 238/2562 จะเห็นว่าสอดคล้องกับความคิดตามกฎหมายเยอรมัน กล่าวคือ ศาลปกครองสูงสุดไม่ได้เห็นว่าการมีความคิดเห็นแตกต่างทางการเมืองของพนักงานเทศบาลเป็นการวางตัวไม่เป็นกลางทางการเมือง ซึ่งแสดงให้เห็นว่าศาลเคารพเสรีภาพทางความคิดทางการเมืองของพนักงานเทศบาลผู้นั้น สำหรับในส่วนที่ศาลเห็นว่าการไปให้การเป็นพยานต่อคณะกรรมการการเลือกตั้งเพื่อคัดค้านผลการเลือกตั้งเป็นสิทธินั้น มีข้อสังเกตว่าการเป็นพยานดังกล่าวอาจไม่ใช่เป็นแค่สิทธิ แต่เป็นหน้าที่ของพลเมืองที่พนักงานเทศบาลต้องปฏิบัติให้ความร่วมมือ เพื่อเป็นพยานในกระบวนการสืบสวนหาความจริงของคณะกรรมการการเลือกตั้งเช่นเดียวกับพลเมืองคนอื่น ๆ ซึ่งตามหลักกฎหมายเยอรมัน หน้าที่การเป็นพยานถือเป็นหน้าที่ทั่วไปของพลเมือง⁴³

⁴⁰ Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Art 21

(1) Die Parteien wirken bei der politischen Willensbildung des Volkes mit.

⁴¹ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์, คำวินิจฉัยที่ 2 BvE 1/76 เมื่อวันที่ 2 มี.ค. ค.ศ. 1977; คำวินิจฉัยที่ 2 BvE 2/14 เมื่อวันที่ 16 ธ.ค. ค.ศ. 2014; Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, 2019, p. 4 ff.

⁴² Masuch, 2021, p. 521 ff.; Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, 2019, p.5.

⁴³ เปรียบเทียบ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์, คำวินิจฉัยที่ 2 BvL 3/78 เมื่อวันที่ 10 ต.ค. ค.ศ. 1978.

4. สรूप

บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์กรของรัฐ เป็นบุคคลที่มีสถานภาพ 2 สถานภาพ คือ ด้านหนึ่งเป็นบุคคลที่ปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งของตนที่เกิดขึ้นจากอำนาจรัฐเพื่อกิจการของรัฐ และอีกด้านหนึ่งเป็นมนุษย์บุคคลธรรมดาทั่วไป ในฐานะที่เป็นบุคคลปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งของตนที่เกิดขึ้นจากอำนาจรัฐเพื่อกิจการของรัฐนั้น บุคคลถือเป็นตัวแทนของรัฐซึ่งไม่มีสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญหมวด 3 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และไม่มีสิทธิในสิทธิขั้นพื้นฐานหรือสิทธิที่เทียบเท่ากับสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี เนื่องจากรัฐไม่ใช่เป็นผู้ที่มีที่จะได้รับความคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ หากแต่เป็นผู้ที่มีหน้าที่ต่อสิทธิเสรีภาพนั้น ในทางกลับกัน ในฐานะที่เป็นมนุษย์บุคคลธรรมดาทั่วไป บุคคลในภาครัฐมีสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป ทั้งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธสาธารณรัฐเยอรมนี และเมื่อพิจารณาต่อรัฐธรรมนูญทั้ง 4 คติ ที่นำมาวิเคราะห์จะเห็นว่าทุกคติเป็นคติที่มีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการกระทำของรัฐซึ่งกระทบกับสิทธิเสรีภาพของบุคคลในภาครัฐในฐานะที่เป็นปัจเจกบุคคลทั้งสิ้น อย่างไรก็ตาม การกระทำของบุคคลอยู่ในภาครัฐนั้น อาจกระทบต่อความเชื่อมั่นของรัฐและประชาชนต่อบุคคลดังกล่าวและความไว้วางใจของสาธารณะต่อรัฐได้ ดังนั้น สิทธิเสรีภาพของบุคคลในภาครัฐจึงอาจถูกจำกัดได้มากกว่าบุคคลอื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ด้วยกฎหมายในเรื่องวินัย เมื่อพิจารณาในเนื้อหาของคติรัฐธรรมนูญทั้ง 4 คติ จะเห็นว่า ศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองสูงสุดแห่งราชอาณาจักรไทยได้ตัดสินให้การรับรองสิทธิเสรีภาพของบุคคลในภาครัฐ โดยคำวินิจฉัยและคำพิพากษาส่วนใหญ่ หากพิจารณาจากมุมมองของรัฐธรรมนูญเยอรมันแล้ว มีเหตุผลและผลลัพธ์ใกล้เคียงกันกับหลักการทั้งหลายในกฎหมายเยอรมัน เว้นแต่ในกรณีของการกำหนดอัตราโทษในคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 26/2546

ดัชนีค้นค่า

เจ้าหน้าที่รัฐ	292, 305, 318
ไม่มีโทษ หากไม่มีกฎหมาย	305
ความได้สัดส่วน	299, 306
ศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์	306, 307, 308
หลักแห่งความชั่ว	306, 307, 310
การกำหนดอัตราโทษ	305, 306, 308, 309
ความรับผิดชอบของมนุษย์	307, 310
หลักนิติรัฐ	304, 306, 310
การใช้ดุลพินิจ	300, 301, 313, 314, 316

บรรณานุกรม

- Bach, I. (2021). ZPO § 355 Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme. In V. Vorwerk & C. Wolf (eds.) BeckOK ZPO (41st Edition, marginal no. 1-29). C.H.Beck.
- Battis, U. (2021). GG Art. 33 [Gleichstellung als Staatsbürger, öffentlicher Dienst]. In M.Sachs (ed.), Grundgesetz Kommentar (9th edition, marginal no. 1-76). C.H.Beck.
- Fischer, T (2019). Einleitung. In R. Hannich (ed.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung. (8th Edition, marginal no. 1-457). C.H.Beck.
- Grabenwarter, C. (2021). GG Art. 5 Abs. 1, Abs. 2. In R. Herzog, R. Scholz, M. Herdegen & H. H. Klein (eds.), Grundgesetz Kommentar (Maunz/Dürig) (94th supplement, volume 1, marginal no. 1-1037). C.H.Beck.
- Grüneberg, C. (2018). BGB § 242. In G. Brudermüller, J. Ellenberger et al, Becksche' Kurz-Kommentare Bürgerliches Gesetzbuch (Palandt) (77th Edition, marginal no. 1-107). C.H.Beck.
- Herdegen, M. (2021). GG Art. 1 Abs. 1. In R. Herzog, R. Scholz, M. Herdegen & H. H. Klein (eds.), Grundgesetz Kommentar (Maunz/Dürig) (94th supplement, volume 1, marginal no. 1-121). C.H.Beck.
- Jarass, H. D. (2020). Vorbemerkungen vor Art. 1: Allgemeine Grundrechtslehren. In H.D. Jarass & M. Kment, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Jarass/Pieroth) (16th Edition, marginal no. 1-58). C.H.Beck.
- Jarass, H. D. (2020). GG Art. 33 [Gleiche (staats)bürgerliche Rechte, Öffentlicher Dienst]. In H. D. Jarass & M. Kment, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Jarass/Pieroth) (16th Edition, marginal no. 1-88). C.H.Beck.
- Kinzig, J. (2019). Vorbemerkungen zu den §§ 38 ff. In A. Eser (ed.), Schönke/Schröder Strafgesetzbuch (30th Edition, marginal no. 1-66). C.H.Beck.
- Masuch, T. (2021). Vom Maß der Freiheit – Der Beamte zwischen Meinungsfreiheit und Mäßigungsgebot, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ), issue 8, p.520-525. C.H.Beck.
- Musielak, H-J. (2021). Einleitung. In H-J. Musielak & W. Voit (eds.), Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar (18th Edition, marginal no. 1-78). Vahlen.

- Schubert, C. (2019). BGB § 242 Leistung nach Treu und Glauben. In W. Krüger (ed), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (8th Edition, volume 2, marginal no. 1-547). C.H.Beck.
- Spinner, G. (2020). BGB § 611a Arbeitsvertrag. In M. Henssler & W. Krüger (eds.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (8th Edition, volume 5, marginal no. 1-1215). C.H.Beck.
- Voßkuhle, A. & Kaiser, A-B. (2011). ‘Grundwissen–Öffentliches Recht: Funktionen der Grundrechte’, Juristische Schulung, issue 5, p.411-413.
- Weber, K. (2017). Vorbemerkungen zu den §§ 29 ff. In K. Weber (ed.), Betäubungsmittelgesetz Arzneimittelgesetz Anti-Doping-Gesetz Neue-psychoaktive-Stoffe-Gesetz Kommentar (5. Edition, marginal no. 1-1815). C.H.Beck.
- Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages (2019). Sachstand: Mäßigungsgebot für Bedienstete im öffentlichen Dienst (Sachstand WD 6-3000-045/19), p.1-9. Deutscher Bundestag

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

- คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 400/51 เมื่อวันที่ 15 ม.ค. ค.ศ. 1958
- คำวินิจฉัยที่ 2 BvR 506/63 เมื่อวันที่ 25 ต.ค. ค.ศ. 1966
- คำวินิจฉัยที่ 2 BvL 15 23/68 เมื่อวันที่ 26 ก.พ. 1969
- คำวินิจฉัยที่ 1 BvF 1-6/74 เมื่อวันที่ 25 ก.พ. ค.ศ. 1975
- คำวินิจฉัยที่ 2 BvE 1/76 เมื่อวันที่ 2 มี.ค. ค.ศ. 1977
- คำวินิจฉัยที่ 2 BvL 3/78 เมื่อวันที่ 10 ต.ค. ค.ศ. 1978
- คำวินิจฉัยที่ 2 BvR 993/94 เมื่อวันที่ 14 มิ.ย. ค.ศ. 2000
- คำวินิจฉัยที่ 2 BvR 1387/02 เมื่อวันที่ 27 ก.ย. ค.ศ. 2005
- คำวินิจฉัยที่ 2 BvR 2300/07 เมื่อวันที่ 30 ม.ค. ค.ศ. 2008
- คำวินิจฉัยที่ 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09 เมื่อวันที่ 30 มิ.ย. ค.ศ. 2009
- คำวินิจฉัยที่ 2 BvE 2/14 เมื่อวันที่ 16 ธ.ค. ค.ศ. 2014
- คำวินิจฉัยที่ 1 BvR 471/10, 1 BvR 1181/10 เมื่อวันที่ 27 ม.ค. ค.ศ. 2015

คำพิพากษาและคำวินิจฉัยศาลฎีกาแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

- คำวินิจฉัยที่ 2 StR 500/86 เมื่อวันที่ 29 เม.ย. ค.ศ. 1987
- คำพิพากษาที่ 4 StR 440/87 เมื่อวันที่ 17 ธ.ค. ค.ศ. 1987

คำพิพากษาที่ 3 StR 575/96 เมื่อวันที่ 28 ม.ค. ค.ศ. 1998

คำวินิจฉัยที่ 1 StR 83/08 เมื่อวันที่ 16 เม.ย. ค.ศ. 2008

คำพิพากษาศาลแรงงานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

คำพิพากษาที่ 6 AZR 563/18 เมื่อวันที่ 19 ธ.ค. ค.ศ. 2019

คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

คำพิพากษาที่ 2 C 25/17 เมื่อวันที่ 17 พ.ย. ค.ศ. 2017

คำพิพากษาศาลอื่น ๆ

ศาลปกครองเมือง Ansbach, คำพิพากษาที่ AN 1 K 15.00797 เมื่อวันที่ 25 ส.ค. ค.ศ. 2015

หลักความเสมอภาคของบุคคลในการรับภาระของรัฐ
(Le principe de l'égalité devant les charges publiques)
(คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.1198/2558)

ดร.ฤทัย หงส์สิริ
ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด

คดีนี้ ข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า ผู้ฟ้องคดีทั้งแปดเป็นเจ้าของสวนทุเรียนตั้งอยู่
อำเภอหาดใหญ่ จำนวน 60 ต้น อายุประมาณ 28 ปี เมื่อปลายปี พ.ศ. 2547
กรมชลประทาน (ผู้ถูกฟ้องคดี) ทำการขุดขยายคลองชลประทานซึ่งอยู่ห่างจากที่ดิน
ของผู้ฟ้องคดีทั้งแปดประมาณ 10 เมตร เพื่อก่อสร้างโครงการบรรเทาอุทกภัย
อำเภอหาดใหญ่ ผู้ถูกฟ้องคดีได้ทำการปิดคลองชลประทานเดิมเพื่อเทคอนกรีต
พื้นและผนัง ทำให้ต้นทุเรียนของผู้ฟ้องคดีทั้งแปดที่อาศัยน้ำในคลองชลประทานเดิม
ขาดน้ำตาย

ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการก่อสร้างโครงการ
บรรเทาอุทกภัย อันเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายเพื่อประโยชน์สาธารณะในการป้องกัน
บรรเทาอุทกภัย เมื่อการก่อสร้างโครงการได้มีการรุกกล้าเข้าไปในที่ดินของผู้ฟ้องคดี
ทั้งแปด จึงไม่อาจรับฟังได้ว่าเป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย การปิดคลอง
ชลประทานเดิมและสูบน้ำออกเพื่อเทคอนกรีตพื้นและผนังคลองชลประทานใหม่
ก็ไม่อาจรับฟังได้ว่าเป็นการกระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อเช่นเดียวกัน จึงไม่เป็
นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดี

อย่างไรก็ตาม มาตรา 30 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
พุทธศักราช 2540 บัญญัติว่า บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครอง
ตามกฎหมายเท่าเทียมกัน เมื่อการก่อสร้างโครงการบรรเทาอุทกภัยอำเภอหาดใหญ่
จังหวัดสงขลา อันเนื่องมาจากพระราชดำริ เป็นการก่อสร้างเพื่อประโยชน์สาธารณะ
ในการป้องกันบรรเทาอุทกภัยในพื้นที่อำเภอหาดใหญ่ อันเป็นประโยชน์แก่ประชาชน
ส่วนรวมเป็นจำนวนมาก แต่ผู้ฟ้องคดีทั้งแปดอ้างว่า ในระหว่างการก่อสร้างโครงการ
ดังกล่าว ผู้ถูกฟ้องคดีได้ทำการปิดคลองชลประทานเดิมและสูบน้ำออกเพื่อเทคอนกรีต
ส่งผลให้สวนทุเรียนของผู้ฟ้องคดีทั้งแปดที่เคยได้รับน้ำจากคลองชลประทานเดิม
มาตลอด 30 ปี ต้องขาดน้ำและน้ำในบ่อน้ำตื้นในสวนของผู้ฟ้องคดีทั้งแปดแห้งขอด...

ผู้ว่าราชการจังหวัดสงขลาจึงได้มีคำสั่งแต่งตั้งคณะทำงานพิสูจน์สาเหตุการตายของต้นทุเรียน... คณะทำงานดังกล่าวตรวจสอบแล้วได้มีมติว่าต้นทุเรียนของผู้ฟ้องคดีทั้งแปดตายเพราะขาดน้ำอันเนื่องมาจากการขาดคลอโรฟิลล์ประทุกันเป็นคลอโรซีโบลตามโครงการบรรเทาอุทกภัยอำเภหาดใหญ่... ประกอบกับในปี พ.ศ. 2548 ฝนตกน้อยทำให้ไม่มีน้ำเพียงพอ... กรณีจึงรับฟังได้ว่า การที่ต้นทุเรียนของผู้ฟ้องคดีทั้งแปดตายมีสาเหตุมาจากการปิดคลอโรฟิลล์เดิมเพื่อก่อสร้างโครงการบรรเทาอุทกภัยอำเภหาดใหญ่... ดังนั้น แม้ภายหลังการก่อสร้างโครงการบรรเทาอุทกภัยอำเภหาดใหญ่... แล้วเสร็จ ...จะเป็นประโยชน์แก่ประชาชนส่วนรวมซึ่งรวมถึงผู้ฟ้องคดีทั้งแปดด้วยก็ตาม แต่การให้ผู้ฟ้องคดีทั้งแปดซึ่งมีอาชีพทำสวนทุเรียนต้องรับภาระความเสียหายแต่เพียงผู้เดียว จากการที่ต้นทุเรียนของผู้ฟ้องคดีทั้งแปดตายหมดทั้งสวน ทำให้ขาดรายได้จากการประกอบอาชีพ... ย่อมไม่เป็นธรรม จึงสมควรให้ผู้ถูกฟ้องคดี... มีส่วนร่วมรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดกับผู้ฟ้องคดีทั้งแปด อันเป็นความรับผิดชอบอย่างอื่นของหน่วยงานของรัฐ... ประกอบกับปรากฏข้อเท็จจริงตามรายงานการประชุมของคณะทำงานพิสูจน์สาเหตุการตายของต้นทุเรียน...ว่า สาเหตุการตายของต้นทุเรียนของผู้ฟ้องคดีทั้งแปด เนื่องจากในปี พ.ศ. 2548 ฝนตกน้อย ทำให้ไม่มีน้ำเพียงพอด้วย และผู้ฟ้องคดีทั้งแปดซึ่งเป็นเจ้าของสวนทุเรียนย่อมต้องพยายามหาแหล่งน้ำอื่น ๆ เพื่อป้องกันหรือบรรเทาความเดือดร้อนเสียหายที่จะเกิดขึ้น และแก้ปัญหาไม่ทำให้ต้นทุเรียนต้องขาดน้ำตาย เมื่อคำนึงถึงพฤติการณ์และความร้ายแรงแห่งการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีแล้ว จึงเห็นควรกำหนดค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดีทั้งแปดเป็นเงิน 1,000,000 บาท

หมายเหตุ

ข้อเท็จจริงคดีนี้ (ต่อไปจะเรียกว่า “คดีสวนทุเรียน”) เป็นกรณีที่กรมชลประทานซึ่งทำการขุดขยายคลองชลประทานซึ่งอยู่ห่างจากที่ดินของผู้ฟ้องคดีทั้งแปดเพื่อก่อสร้างโครงการบรรเทาอุทกภัยอำเภหาดใหญ่ มีความจำเป็นต้องทำการปิดคลอโรฟิลล์เดิมเพื่อเทคอนกรีตพื้นและผนัง เป็นเหตุให้ทุเรียนในสวนของผู้ฟ้องคดีทั้งแปดซึ่งอาศัยน้ำในคลองชลประทานนั้นขาดน้ำตาย ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า แม้การก่อสร้างจะเป็นประโยชน์แก่ประชาชนส่วนรวมซึ่งรวมถึงผู้ฟ้องคดีทั้งแปดด้วยก็ตาม แต่การให้ผู้ฟ้องคดีทั้งแปดต้องรับภาระความเสียหายแต่เพียงผู้เดียวจากการที่ต้นทุเรียนตายหมดทั้งสวน ทำให้ขาดรายได้ ย่อมไม่เป็นธรรม จึงพิพากษาให้

กรมชลประทานร่วมรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดกับผู้ฟ้องคดีทั้งแปด อันเป็นความรับผิดชอบอื่นของหน่วยงานของรัฐ

ที่ผ่านมา การที่จะเรียกเงินจากทางราชการ หรือเรียกให้รัฐหรือหน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบนั้น มักจะเป็นกรณีที่หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นเหตุให้บุคคลอื่นได้รับความเสียหาย หรือที่กฎหมายเรียกว่าเป็นการกระทำละเมิดตามมาตรา 420 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ความจริงแล้ว ความรับผิดชอบของรัฐนั้น โดยหลักอาจมีที่มาจาก 3 มูลใหญ่ ๆ มูลแรกได้แก่สัญญา มูลที่สองได้แก่ละเมิด และมูลที่สามได้แก่ความรับผิดเพราะเหตุอื่นที่ไม่ใช่สัญญาและละเมิด หรือที่มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 เรียกว่า “ความรับผิดอย่างอื่น”¹ ซึ่งในคดีนี้ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การกระทำของกรมชลประทานไม่เป็นการกระทำละเมิดเนื่องจากไม่ได้เป็นการกระทำผิดกฎหมายหรือไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะเป็นการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ของกรมชลประทานในการป้องกันบรรเทาอุทกภัย อันเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย แต่อย่างไรก็ตาม กรมชลประทานยังต้องรับผิดต่อผู้ฟ้องคดีทั้งแปดในฐานะที่เป็นความรับผิดอย่างอื่น อันแสดงให้เห็นว่าความรับผิดของรัฐนั้นไม่จำเป็นต้องเกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น แม้จะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ก็อาจก่อให้เกิดความรับผิดของรัฐขึ้นได้ หรือที่ในตำราบางเล่มเรียกว่า “ความรับผิดโดยปราศจากความผิด” (*responsabilité sans faute*)²

¹ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่อง ดังต่อไปนี้...

(3) คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร

² Bertrand SEILLER, *Droit administratif 2. L'action administrative* (5e édition, Champs université, 2014) 298. ผู้เขียนเห็นว่า ความรับผิดโดยปราศจากความผิดนี้ ก็เป็นตัวอย่งถึงแสดงถึงลักษณะพิเศษของหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความรับผิดของรัฐที่ยืนยันในคำวินิจฉัยคดี Blanco ของศาลคดีชดกัน และเป็นความจริงที่ว่า การจัดทำกิจการของฝ่ายปกครองเพื่อประโยชน์สาธารณะโดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อใช้อำนาจรัฐ ก็เป็นที่มาของการสั่งการหรือการกระทำที่แม้จะชอบด้วยกฎหมาย ก็ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นได้

ในเรื่องความรับผิดอย่างอื่นจากการใช้อำนาจรัฐนั้น ที่ผ่านมาศาลปกครอง เคยวินิจฉัยให้หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดมาแล้วหลายคดี เช่น ในคดีฟ้องให้ชดใช้ค่าทดแทนจากการเวนคืนตามกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ หรือในคดีฟ้องให้จ่ายเงินค่าทดแทนเนื่องจากที่ดินของผู้ฟ้องคดีถูกเขตเดินสายไฟฟ้าของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) พาดผ่านตามกฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย หรือในคดีฟ้องให้จ่ายค่าชดใช้จากการสังฆ่าสัตว์หรือทำลายซากสัตว์ที่เป็นโรคระบาดหรือมีเหตุอันควรสงสัยว่าเป็นโรคระบาด ตามกฎหมายว่าด้วยโรคระบาดสัตว์ เป็นต้น อันเป็นความรับผิดตามกฎหมายเฉพาะในเรื่องนั้น ๆ เนื่องจากการจ่ายเงินของรัฐนั้นต้องมีกฎหมายบัญญัติให้จ่ายได้³ แต่สิ่งที่น่าสนใจในคดีนี้ คือ ศาลได้วินิจฉัยให้หน่วยงานของรัฐในฝ่ายปกครอง ซึ่งกฎหมายเรียกว่า หน่วยงานทางปกครอง⁴ ต้องรับผิดที่เป็นความรับผิดอย่างอื่น แม้จะไม่มีกฎหมายเฉพาะบัญญัติไว้ โดยไม่ได้วินิจฉัยว่ากรมชลประทานต้องรับผิดตามกฎหมายใด ซึ่งต่างจากกรณีของการเวนคืน หรือกรณีที่ดินถูกจำกัดสิทธิการใช้สอยเนื่องจากถูกเขตเดินสายไฟฟ้าพาดผ่าน หรือกรณีของการสังฆ่าสัตว์หรือทำลายซากสัตว์ที่เป็นหรือมีเหตุอันควรสงสัยว่าเป็นโรคระบาด⁵ ซึ่งกฎหมายกำหนด

³ นอกจากนั้น ปัจจุบัน ก็ยังมีอีกหลายเรื่องศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าเป็นความรับผิดอย่างอื่น เช่น การใช้สิทธิเรียกร้องค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปราชการตามระเบียบกระทรวงมหาดไทย ว่าด้วยค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปราชการของเจ้าหน้าที่ท้องถิ่น หรือสิทธิได้รับเงินช่วยเหลือผู้ประสบภัยพิบัติกรณีฉุกเฉิน ตามหลักเกณฑ์และวิธีดำเนินการให้ความช่วยเหลือผู้ประสบภัยพิบัติกรณีฉุกเฉิน หรือสิทธิได้รับเงินคืนตามโครงการรถยนต์ใหม่คันแรกตามนโยบายรัฐบาลและมติคณะรัฐมนตรี หรือสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหายจากการบริหารจัดการน้ำของกรมชลประทานเพื่อป้องกันภัยพิบัติสาธารณะ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 930/2561, ที่ อ. 253/2562, ที่ อร. 7/2563 และที่ อ. 604/2560)

⁴ **พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มาตรา 3**
ในพระราชบัญญัตินี้

“หน่วยงานทางปกครอง” หมายความว่า กระทรวง ทบวง กรม ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่นและมีฐานะเป็นกรม ราชการส่วนภูมิภาค ราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ และให้หมายความรวมถึงหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครอง...

⁵ **พระราชบัญญัติโรคระบาดสัตว์ พ.ศ. 2558 มาตรา 13 (4)**

เมื่อได้มีการแจ้งตามมาตรา 11 หรือตรวจพบ หรือมีเหตุอันควรสงสัยว่าสัตว์ป่วยหรือตายโดยโรคระบาด นอกจากสัตว์แพทย์มีอำนาจตามมาตรา 40 แล้ว ให้มีอำนาจตรวจสัตว์หรือซากสัตว์ รวมทั้งออกคำสั่งเป็นหนังสือให้เจ้าของสัตว์หรือซากสัตว์จัดการ ดังต่อไปนี้... (4) ทำลายสัตว์ที่เป็นโรคระบาดหรือมีเหตุอันควรสงสัยว่าเป็นโรคระบาด หรือสัตว์หรือซากสัตว์ที่เป็นพาหะของโรคระบาด ตามหลักเกณฑ์

กรณีที่ต้องรับผิดชอบ รวมถึงหลักเกณฑ์ในการคำนวณจำนวนเงินที่ต้องชดใช้ในความรับผิดชอบดังกล่าวไว้โดยเฉพาะ เช่น ในกรณีของการเวนคืน ให้ค่านึงถึงราคา สภาพ เหตุ และวัตถุประสงค์ของการเวนคืนประกอบกัน⁶ หรือในกรณีของโรคระบาดสัตว์ ให้ชดใช้ราคาแก่เจ้าของสัตว์หรือซากสัตว์ไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของราคาสัตว์หรือซากสัตว์ ซึ่งอาจขายได้ในตลาดท้องที่ก่อนเกิดโรคระบาด⁷ เป็นต้น โดยหลักเกณฑ์หรือรายละเอียดดังกล่าวอาจกำหนดไว้ในกฎหมายหรือกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายนั้นก็ได้

อย่างไรก็ตาม คดีสวนทุเรียนนี้ไม่ใช่คดีแรกที่ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยให้หน่วยงานของรัฐต้องรับผิดชอบต่อบุคคลอื่นที่ ไม่ได้ได้กระทำผิดหรือกระทำละเมิด และไม่มีกฎหมายบัญญัติให้รัฐต้องรับผิดชอบไว้โดยเฉพาะ เพราะก่อนหน้านั้น ก็มีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 29/2557 หรือที่หลายท่านเรียกว่า “คดีด่านซังน้ำหนัก” วินิจฉัยในทำนองเดียวกันให้หน่วยงานของรัฐ คือ กรมทางหลวง ต้องรับผิดชอบในกรณีที่ได้ดำเนินการก่อสร้างด่านซังน้ำหนักถาวรในเขตทางหลวงแผ่นดินอยู่หน้าที่ดินที่ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้จัดการมรดก เพื่อตรวจจับรถบรรทุกที่มีน้ำหนักบรรทุกเกินพิกัดที่กฎหมายกำหนด เพื่อยึดอายุการใช้งานของถนน โดยมีได้รู้กล้าที่ดินของผู้ฟ้องคดี ซึ่งการกำหนดจุดตั้งด่านซังน้ำหนักนั้นได้นำแนวทางปฏิบัติในการกำหนดจุดตั้งด่านซังน้ำหนักถาวร

และวิธีการที่อธิบดีประกาศกำหนด ทั้งนี้ ให้ชดใช้ราคาแก่เจ้าของสัตว์หรือซากสัตว์ไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของราคาสัตว์หรือซากสัตว์ซึ่งอาจขายได้ในตลาดท้องที่ก่อนเกิดโรคระบาด ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง เว้นแต่กรณีที่เจ้าของสัตว์หรือซากสัตว์ได้แจ้งใจระทำความผิดต่อบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัตินี้

⁶ พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนและการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2562 มาตรา 20 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง

การกำหนดราคาเบื้องต้นสำหรับที่ดินที่เวนคืน ให้ค่านึงถึงราคา สภาพ เหตุ และวัตถุประสงค์ดังต่อไปนี้ประกอบกัน

- (1) ราคาที่ซื้อขายกันตามปกติในท้องตลาดของที่ดินในวันใช้บังคับพระราชกฤษฎีกา...
- (2) ราคาประเมินที่ดินของทางราชการ...
- (3) ราคาประเมินทุนทรัพย์เพื่อเรียกเก็บค่าธรรมเนียมในการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม...
- (4) สภาพและที่ตั้งของที่ดินนั้น และ
- (5) เหตุและวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืน

การกำหนดราคาเบื้องต้นตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

⁷ พระราชบัญญัติโรคระบาดสัตว์ พ.ศ. 2558 มาตรา 13 (4) ประกอบกับกฎกระทรวงกำหนดค่าชดใช้ราคาสิ่งของที่ถูกทำลายอันเนื่องจากมีเชื้อโรคระบาดหรือมีเหตุอันควรสงสัยว่ามีเชื้อโรคระบาด พ.ศ. 2560

บนทางหลวงทั่วประเทศมาใช้ อันเป็นหลักเกณฑ์ที่ได้ข้อมูลมาจากการศึกษาสำรวจบนทางหลวงทั่วประเทศตามหลักวิชาการทางด้านวิศวกรรมภายใต้การกำหนดมาตรฐานและการควบคุมในทางวิชาการของอธิบดีกรมทางหลวงตามที่กฎหมายให้อำนาจไว้ โดยฟังว่ากรมทางหลวงกับพวก ซึ่งเป็นผู้ถูกฟ้องคดีได้ใช้ดุลพินิจภายใต้หลักเกณฑ์และแนวทางปฏิบัติในการกำหนดจุดก่อสร้างด่านซึ่งนำหนักถาวรโดยคำนึงประโยชน์สาธารณะโดยชอบแล้ว และเมื่อเทียบสัดส่วนระหว่างผลกระทบที่ผู้ฟ้องคดีได้รับกับประโยชน์สาธารณะแล้ว เห็นว่า การก่อสร้างด่านซึ่งนำหนักถาวรในบริเวณดังกล่าวจะเป็นประโยชน์ต่อสาธารณะ ในขณะที่ผู้ฟ้องคดีได้รับผลกระทบเพียงไม่ได้รับความสะดวกในการเข้าออกที่ดิน จึงไม่เป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดี *อย่างไรก็ตาม การตั้งด่านเพื่อควบคุมรถมิให้บรรทุกน้ำหนักเกิน เพื่อป้องกันมิให้เกิดความเสียหายกับถนน เป็นการจัดทำบริการสาธารณะอย่างหนึ่ง ในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดี เมื่อการกระทำดังกล่าวแม้มิได้เป็นการละเมิด หากแต่ก่อให้เกิดผู้ฟ้องคดีต้องรับภาระความไม่สะดวกในการเข้าออกสู่ที่ดินของตน ในขณะที่ผู้ถือกรรมสิทธิ์ที่ดินอื่นในบริเวณใกล้เคียงไม่ต้องรับภาระดังกล่าว จึงเป็นความรับผิดชอบอย่างอื่นที่ผู้ถูกฟ้องคดีต้องชดเชยความไม่สะดวกดังกล่าวแก่ผู้ฟ้องคดี⁸ แต่ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 29/2557 นี้ไม่ได้ให้เหตุผลว่าทำไมจึงเป็นความรับผิดชอบอย่างอื่นที่กรมทางหลวงต้องรับผิดชอบ และโดยอาศัยหลักกฎหมายใด เพียงแต่ให้เหตุผลว่าการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดผู้ฟ้องคดีต้องรับภาระความไม่สะดวกในการเข้าออกสู่ที่ดิน*

⁸ *อย่างไรก็ตาม ในบางคดี เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1497/2559 แม้ศาลเห็นว่า การก่อสร้างด่านซึ่งนำหนักถาวรของผู้ถูกฟ้องคดีจะไม่เป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีทั้งสองซึ่งเป็นเจ้าของที่ดินก็ตาม แต่หากทำให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองในฐานะเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ ได้รับความเดือดร้อนเกินที่ควรคิดหรือคาดหมายได้ว่าจะเป็นที่ตามปกติและเหตุอันควรในเมื่อเอาสภาพและตำแหน่งที่อยู่แห่งทรัพย์สินนั้นมาคำนึงประกอบ ผู้ฟ้องคดีทั้งสองย่อมมีสิทธิปฏิบัติการเพื่อยุติความเดือดร้อนหรือเสียหายนั้นให้สิ้นไปตามมาตรา 1337 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ศาลก็พิพากษาให้รื้อถอนสิ่งปลูกสร้างซึ่งปิดบังหน้าที่ดินของผู้ฟ้องคดีทั้งสองออกบางส่วนได้ เพื่อเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดีเป็นต้น แต่หากการก่อสร้างอาคารด่านซึ่งนำหนักถาวรนั้น มีการเปลี่ยนแปลงจุดก่อสร้างโดยไม่มีเหตุอันควร โดยไม่ปรากฏว่าได้มีการสำรวจว่าการก่อสร้างดังกล่าวจะก่อให้เกิดความเดือดร้อนแก่เจ้าของที่ดินที่ได้รับผลกระทบมาก่อนหรือไม่ แม้การก่อสร้างดังกล่าวสามารถที่จะเปลี่ยนแปลงจุดก่อสร้างได้เพื่อความเหมาะสม แต่ศาลก็เห็นว่า เป็นการใช้สิทธิตามกฎหมาย ซึ่งมีแต่จะทำให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดี จึงเป็นการกระทำละเมิดอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย และพิพากษาให้กรมทางหลวงกับพวก ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสาม รื้อถอนอาคารและด่านซึ่งนำหนักถาวรออกทั้งหมด ให้พ้นไปจากหน้าที่ดินของผู้ฟ้องคดี (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 217/2558, และที่ อ. 1427/2558)*

ของตน ในขณะที่ผู้ถือกรรมสิทธิ์ที่ดินอื่นในบริเวณใกล้เคียงไม่ต้องรับภาระดังกล่าวเท่านั้น ซึ่งแม้หน่วยงานของรัฐจะอ้างคำพิพากษาของศาลเป็นเหตุให้ต้องจ่ายเงินของรัฐให้แก่ผู้เสียหายได้ก็ตาม แต่ในทางกฎหมายแล้วศาลเองก็ไม่อาจพิพากษาให้หน่วยงานของรัฐจ่ายเงินของทางราชการได้โดยไม่มีกฎหมายรองรับหรือมีเหตุตามที่กฎหมายบัญญัติไว้

ดังนั้น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.1198/2558 หรือคดีสวนทุเรียน ที่ได้วินิจฉัยในปีต่อมานี้ โดยอ้างอิงถึงหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ จึงเป็นคำตอบของหลักกฎหมายที่ใช้ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 29/2557 โดยศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยโดยเหตุผลทำนองเดียวกันว่า แม้การก่อสร้างจะเป็นประโยชน์แก่ประชาชนส่วนรวมซึ่งรวมถึงผู้ฟ้องคดีทั้งแปดด้วยก็ตาม แต่การให้ผู้ฟ้องคดีทั้งแปดต้องรับภาระความเสียหายแต่เพียงผู้เดียวจากการที่ต้นทุเรียนตายหมดทั้งหมดทั้งหมดทำให้ขาดรายได้ ย่อมไม่เป็นธรรม จึงพิพากษาให้กรมชลประทานร่วมรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดแก่ผู้ฟ้องคดีทั้งแปด อันเป็นความรับผิดชอบอื่นของหน่วยงานของรัฐ โดยในคดีนี้ศาลได้อ้างถึงหลักความเสมอภาคตามมาตรา 30 ววรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญ ปี 2540 มาประกอบการวินิจฉัยให้กรมชลประทานต้องรับผิดชอบ เนื่องจากเห็นว่าการปิดคลองชลประทานเดิมเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์ส่วนรวม ซึ่งประชาชนส่วนรวมรวมทั้งผู้ฟ้องคดีทั้งแปดได้รับประโยชน์ แต่เมื่อเกิดความเสียหายขึ้นกลับตกเป็นภาระแก่ผู้ฟ้องคดีทั้งแปดแต่ฝ่ายเดียวที่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายดังกล่าว ย่อมไม่เป็นธรรม เพราะทำให้เกิดความไม่เสมอภาคหรือความไม่เท่าเทียมกันแก่บุคคลที่ต้องมารับภาระซึ่งควรเป็นของรัฐ จึงจำต้องมีการชดเชยความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีทั้งแปด

จากคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในคดีสวนทุเรียนและคดีด้านข้างนี้ น้ำหนักนี้ จะเห็นได้ว่า ความรับผิดชอบของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ คือ กรมชลประทาน และกรมทางหลวงนั้น เกิดจากการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ได้เกิดจากการกระทำละเมิดหรือจากการที่รัฐหรือหน่วยงานของรัฐผิดสัญญา แต่หน่วยงานของรัฐก็ต้องรับผิดชอบ อันเป็นความรับผิดชอบที่ปราศจากความผิด จึงเป็นความรับผิดชอบอื่นของรัฐ และเป็นความรับผิดชอบอื่นที่เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย คือ การใช้อำนาจหน้าที่ของกรมชลประทานในการก่อสร้างโครงการบรรเทาอุทกภัยอำเภอลำปางใหญ่ หรือของกรมทางหลวงในการสร้างด่านซ่งน้ำหนักเพื่อบำรุงรักษาถนนไม่ให้เสียหาย และ

เหตุที่ทำให้หน่วยงานของรัฐทั้งสองต้องรับผิดชอบ ก็เกิดจากการที่หน่วยงานของรัฐทั้งสองใช้อำนาจตามกฎหมาย เพื่อประโยชน์สาธารณะหรือเพื่อประโยชน์แก่ประชาชนส่วนรวม เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายหรือภาวะเป็นพิษแก่ผู้ฟ้องคดี ในขณะที่ประชาชนคนอื่นไม่ต้องรับผิดชอบในความเสียหายหรือภาวะดังกล่าว ทำให้เกิดความไม่เสมอภาคหรือความไม่เป็นธรรมแก่ผู้ฟ้องคดี เพราะการดำเนินการดังกล่าวเป็นประโยชน์ทั้งแก่ประชาชนและผู้ฟ้องคดี แต่เมื่อเกิดภาวะหรือความเสียหาย กลับตกแก่ผู้ฟ้องคดีแต่ฝ่ายเดียว โดยประชาชนอื่นที่ได้รับประโยชน์ไม่ต้องรับภาระหรือความเสียหายนั้นด้วย จึงทำให้เกิดความรับผิดชอบของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐที่ต้องมีการชดเชยให้แก่ผู้ฟ้องคดี⁹

ต่อมา ศาลปกครองสูงสุดนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาใช้กับเรื่องอื่น ๆ เช่น ความรับผิดชอบจากการบริหารจัดการน้ำของรัฐ อย่างเช่นในกรณีตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อผ. 270/2563¹⁰ ซึ่งวินิจฉัยว่า แม้การปิดกั้นและขุดลอกคลองจะเป็นการกระทำเพื่อบรรเทาอุทกภัยในพื้นที่อำเภอบางระกำ จังหวัดพิษณุโลก และพื้นที่เชื่อมต่อ อันเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวม แต่ก่อให้เกิดความเสียหายเป็นพิษแก่ผู้ฟ้องคดีโดยเฉพาะเจาะจง จึงควรต้องมีการจ่ายเงินชดเชยเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้ฟ้องคดีซึ่งต้องรับภาระอันเกิดจากการจัดทำกิจการของรัฐเพื่อประโยชน์แก่ส่วนรวม อันเป็นความรับผิดชอบอื่นของหน่วยงานของรัฐ โดยเป็น “ความรับผิด

⁹ Yves Gaudemet, *Traité de Droit administrative, Droit administratif general* (T.1, 16^e éd., LGDJ 2001) 804. ผู้เขียนอธิบายว่า หลักความเสมอภาคของบุคคลในการรับภาระของรัฐ เป็นที่มาประการหนึ่งของความรับผิดชอบฝ่ายปกครอง โดยที่การจัดทำบริการสาธารณะของรัฐจัดทำเพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศหรือของท้องถิ่น ประเทศหรือท้องถิ่นได้รับประโยชน์จากบริการดังกล่าว ดังนั้น หากการจัดทำบริการสาธารณะนั้นก่อให้เกิดความเสียหายเป็นพิษแก่บุคคลใด ก็เป็นสิ่งที่ถูกต้องที่ประเทศหรือท้องถิ่นต้องรับภาระในการชดเชยความเสียหายดังกล่าว อันเป็นแนวคิดเรื่องของความเสมอภาคของบุคคลในการรับภาระของรัฐ

¹⁰ คดีนี้การที่กรมชลประทานขุดลอกเป็นการดำเนินการตามนโยบายบางระกำโมเดลของนายกรัฐมนตรี ในขณะนั้น และเป็นการดำเนินการในโครงข่ายบริหารจัดการแม่น้ำยม-แม่น้ำน่าน ของกรมชลประทานเพื่อบรรเทาอุทกภัยในพื้นที่อำเภอบางระกำ จังหวัดพิษณุโลก และพื้นที่เชื่อมต่อ และในการขุดลอกคลองจำเป็นต้องก่อสร้างทำนบดินปิดกั้นลำน้ำคลองเพื่อไม่ให้เป็นอุปสรรคต่องานขุดลอกคลอง ทำให้น้ำที่เกิดจากฝนตกหนัก ไม่สามารถระบายไปตามคลองลงสู่แม่น้ำยมได้ตามปกติ เพราะถูกทำนบดินขวางทางน้ำไว้ จึงเป็นเหตุให้น้ำท่วมพื้นที่ที่อยู่เหนือทำนบดินกั้นคลองดังกล่าวขึ้นไป เป็นเหตุให้น้ำท่วมนาข้าวจำนวน 47 ไร่ ของผู้ฟ้องคดี

โดยปราศจากความผิด” แม้จะไม่มีกฎหมายบัญญัติให้ต้องรับผิดชอบไว้โดยเฉพาะก็ตาม¹¹ อันแสดงให้เห็นถึงวิวัฒนาการในเรื่องความรับผิดชอบของรัฐ หรือคดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดชอบอื่นของหน่วยงานทางปกครอง ที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 คำวินิจฉัยของศาลปกครองดังกล่าวเป็นการนำหลักความเสมอภาคมาใช้บังคับแก่คดี อันมีผลเป็นการขยายความรับผิดชอบของรัฐออกไปเพื่อคุ้มครองผู้ที่ต้องเสียหายจากการใช้อำนาจหน้าที่ของรัฐ แม้จะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม ซึ่งหากไม่มีการนำหลักกฎหมายดังกล่าวมาใช้ ความเสียหายย่อมตกเป็นภาระแก่ผู้เสียหาย ทั้ง ๆ ที่หากไม่มีการขุดลอกคลองและก่อสร้างทำนบดินปิดกั้นลำน้ำคลองแล้ว ผู้เสียหายอาจได้รับความเสียหายน้อยกว่านี้ ซึ่งย่อมไม่เป็นธรรมแก่ผู้เสียหาย

การนำหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิด และความเสมอภาค มาปรับใช้ในลักษณะนี้ก็มีตัวอย่างในต่างประเทศเหมือนกัน เช่น ในประเทศฝรั่งเศส ซึ่งมีการแบ่งแยกประเภทความรับผิดชอบของรัฐทำนองเดียวกันกับของประเทศไทย คือแบ่งเป็นความรับผิดที่เกิดจากสัญญา ความรับผิดที่เกิดจากความผิดของฝ่ายปกครองในการจัดทำกิจการของรัฐ (faute administrative ou faute de service) ซึ่งเทียบเท่ากับ ละเมิด ตามกฎหมายไทย และความรับผิดโดยปราศจากความผิด ซึ่งเทียบเท่ากับ ความรับผิดชอบอื่น ตามกฎหมายไทย ซึ่งความรับผิดโดยปราศจากความผิด ก็ยังมีลักษณะเป็นทฤษฎีลำดับรอง เพราะโดยหลักแล้วรัฐจะต้องรับผิดก็ต่อเมื่อได้กระทำผิดหรือกระทำละเมิด อย่างไรก็ตาม ความรับผิดโดยปราศจากความผิดในทางปกครองก็ยังมีขอบเขตกว้างกว่าในทางแพ่ง เพราะนอกจากครอบคลุมถึงกรณีของรัฐทำให้เอกชนต้องเสี่ยงภัย (la création d'un

¹¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อผ. 230/2564 เติมนตาม อย่างไรก็ตาม ในคดีทำนองเดียวกัน เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อผ. 95/2563 ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำวินิจฉัยต่างจากแนวคำวินิจฉัยนี้ โดยวินิจฉัยว่า การใช้อำนาจของกรมชลประทานเป็นละเมิด ไม่ใช่ความรับผิดอื่น เนื่องจากผู้ฟ้องคดีที่ 2 (กรมชลประทาน) ย่อมเล็งเห็นได้ว่า การก่อสร้างทำนบดินในฤดูน้ำหลากอาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่เกษตรกรที่อยู่บริเวณเหนือน้ำและท้ายน้ำได้ และเมื่อก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดี ทำให้น้ำท่วมได้รับความเสียหาย จึงเป็นการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ประมาทเลินเล่อทำต่อผู้ฟ้องคดีโดยผิดกฎหมาย เป็นเหตุให้ทรัพย์สินของผู้ฟ้องคดีเสียหาย อันเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดี (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อผ.137/2563 และที่ อผ.359/2563 เติมนตาม)

risqué) แล้ว ยังครอบคลุมถึงการกระทำที่กระทบต่อหลักความเสมอภาคของบุคคล ในการรับภาระของรัฐด้วย¹²

สำหรับความรับผิดชอบเพื่อความเสียหาย (responsabilité pour risque) นั้น ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส (Conseil d'Etat) วินิจฉัยให้รัฐรับผิดชอบตามกฎหมายนี้ ก่อนมีการตรากฎหมายคุ้มครองแรงงานเพื่อคุ้มครองลูกจ้างที่ได้รับอุบัติเหตุจากการ ทำงานในโรงงานของรัฐ (C.E., 21 juin 1895, Cames, Gr. Ar. p. 29) และต่อมา ก็ได้ใช้หลักกฎหมายนี้ในกรณีของบุคคลที่เข้ามาช่วยงานของรัฐเป็นครั้งคราว หรือ ได้รับคำร้องขอให้มาช่วยงานของรัฐ ซึ่งตามหลักดังกล่าว เมื่อบุคคลที่เข้าร่วมจัดทำ บริการสาธารณะได้รับความเสียหายจากการเข้ามีส่วนร่วมในการจัดทำกิจการดังกล่าว มีผลให้หน่วยงานที่ได้รับประโยชน์ต้องรับผิดชอบต่อบุคคลนั้น (หรือทายาท) บนพื้นฐาน ของความเสียหายที่บุคคลนั้นได้รับเนื่องจากการเข้าร่วมจัดทำกิจการนั้น¹³ นอกจากนี้ ยังใช้หลักกฎหมายดังกล่าวกับกรณีที่ความเสียหายเกิดจากอาวุธหรือวัตถุอันตราย (dommages causés par les choses dangereuses) เช่น กรณีระเบิดที่คลังแสง ของทางราชการเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับความเสียหาย (C.E., 28 mars 1919, Regnault-Desroziers, RDP 1919, p. 239)¹⁴ หรือการใช้อาวุธปืนของตำรวจที่ก่อให้เกิดการ เสียหายเป็นพิเศษสำหรับบุคคลและทรัพย์สิน กรณีของเจ้าของร้านค้าแพชนะนั่ง หน้าร้านที่ได้รับบาดเจ็บจากกระสุนปืนของตำรวจที่ยิงเพื่อสกัดจับรถยนต์ต้องสงสัย (C.E. Ass., 24 juin 1949, Lecomte et Franquette et Daramy, RDP 1949, p. 583)¹⁴ และใช้กับกรณีที่ความเสียหายเกิดจากจัดทำกิจกรรมที่มีลักษณะเป็นอันตราย เช่น การทำลายอาคารที่สกรปรกโดยใช้ไฟเผา แล้วไฟลามไปไหม้บ้านเรือนของผู้อื่น ที่อยู่ในบริเวณนั้น (C.E., 24 déc. 1926, Walter, S., 1927. III, p.44)¹⁵

นอกจากความรับผิดชอบเพื่อความเสียหายแล้ว ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส ยังวินิจฉัยให้รัฐรับผิดชอบในกรณีอื่น บนพื้นฐานของหลักความเสมอภาคของบุคคล ในการรับภาระของรัฐ (Le principe de l'égalité devant les charges publiques) เช่น ในเรื่องของงานโยธาสาธารณะ (travaux publics) ที่ก่อให้เกิดความเสียหาย

¹² Jean Rivero, *Droit administrative* (9^e éd., Dalloz 1980) 281-287.

¹³ René CHAPUS, *Droit administratif general* (T.1, 15^e éd., Montchrestien 2001) 1348.

¹⁴ เพิ่งอ้าง 1338.

¹⁵ Jean Rivero (เชิงอรรถ 12) 286.

ที่มีลักษณะเป็นถาวรแก่ผู้ที่อยู่ในบริเวณใกล้เคียง แม้งานดังกล่าวจะไม่มีลักษณะเป็นวัตถุหรือสิ่งปลูกสร้างที่เป็นอันตราย เป็นต้น ซึ่งหลักความเสมอภาคของบุคคลในการรับภาระของรัฐในกฎหมายฝรั่งเศสนั้นมีที่มาจากข้อ 13 ของประกาศว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและสิทธิของพลเมือง ค.ศ. 1789 ที่กำหนดว่า เพื่อประโยชน์ในการดูแลกองกำลังของรัฐและเป็นค่าใช้จ่ายในการบริหารจัดการประเทศ การจัดเก็บภาษีกับพลเมืองจึงเป็นสิ่งที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ แต่ภาษีดังกล่าวต้องมีการแบ่งสรรระหว่างพลเมืองอย่างเท่าเทียมกัน และตามความสามารถของแต่ละบุคคล¹⁶ ซึ่งต่อมาคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil constitutionnel) ได้วินิจฉัยว่าประกาศดังกล่าวถือว่าเป็นกฎหมายที่มีค่าบังคับเทียบเท่ากับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ดังนั้นหลักดังกล่าวนี้ถือว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไปในระดับรัฐธรรมนูญที่มีผลให้รัฐต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดแก่เอกชน แม้จะไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่ารัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม อันเป็น “ความรับผิดโดยปราศจากความผิด” (responsabilité sans faute)

ต่อมา ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้นำหลักกฎหมายทั่วไปนี้มาใช้ในการวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับความรับผิดของรัฐอีกหลายคดี เช่น ในคดีนาย Couitéas¹⁷ ที่เป็นเจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาฟ้องเรียกค่าเสียหายจากรัฐกรณีเจ้าหน้าที่ปฎิเสธไม่บังคับคดีตามคำพิพากษาที่ให้ขับไล่ชนพื้นเมืองดั้งเดิมจำนวนประมาณ 8,000 คนออกจากที่ดินประมาณ 38,000 เฮกตาร์ (237,500 ไร่) เนื่องจากเห็นว่าการบังคับคดีดังกล่าวจะก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยหรือความไม่ปลอดภัยขึ้นในบ้านเมือง ซึ่งศาลวินิจฉัยว่าแม้ในภาวะกรณีดังกล่าวคำสั่งปฏิเสธไม่ให้ใช้กำลังบังคับคดีจะเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แต่ก็ไม่สามารถปล่อยให้ความเสียหายจากคำสั่งปฏิเสธดังกล่าวตกเป็นภาระแก่ผู้มีส่วนได้เสีย (เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษา) ได้ และพิพากษาให้รัฐจ่ายค่าชดเชยหรือค่าทดแทนแก่นาย Couitéas เจ้าหน้าที่ตามคำพิพากษาซึ่งนักกฎหมายฝรั่งเศสบางท่านอธิบายว่าคดีนี้เป็นตัวอย่างของการที่ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสวินิจฉัยคดีโดยอาศัยหลักความเสมอภาคของบุคคลในการรับภาระ

¹⁶ Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 Article 13 Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés.

¹⁷ Couitéas, Rec. 789 (CE, 30 nov. 1923) และ Long, et al, 2013, pp.241-249.

ของรัฐ¹⁸ ซึ่งต่อมาศาลใช้หลักกฎหมายดังกล่าวกับคดีอื่น ๆ เช่น ในคดี Société anonyme des produits laitiers “La Fleurette” (บริษัทผลิตผลิตภัณฑ์นมชื่อ “ลาเฟอแรต” หรือที่เรียกย่อ ๆ ว่า คดี La Fleurette)¹⁹ ซึ่งเป็นบริษัทที่ผลิตผลิตภัณฑ์นมพองเรียกค่าเสียหายหรือค่าชดเชยจากรัฐเนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติได้ออกกฎหมายทำให้บริษัทต้องหยุดการผลิตผลิตภัณฑ์ดังกล่าว และเป็นเหตุให้บริษัทได้รับความเสียหาย หรือในคดี Compagnie générale d’énergie Radio-Électrique²⁰ ซึ่งเป็นบริษัทเอกชนที่ได้รับความเสียหายจากการไม่ได้ใช้อาคารที่เป็นที่ตั้งของสถานีวิทยุกระจายเสียงที่ถูกกองทัพเยอรมันยึดครองในช่วงสงครามโลก พ้องเรียกค่าชดเชยจากรัฐโดยอ้างว่ารัฐได้ทำสนธิสัญญากับประเทศอื่นที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงเงื่อนไขในการใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายของบริษัท และศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสได้มีคำวินิจฉัยวางหลักทำนองเดียวกันกับคดี “La Fleurette” ว่า ผู้ที่ต้องเสียหายจากการบังคับใช้สนธิสัญญาซึ่งเป็นการกระทำของรัฐบาล แม้จะไม่มีสิทธิฟ้องเรียกร้อง

¹⁸ หลังจากนั้น ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสได้วินิจฉัยในทำนองเดียวกันให้มีการจ่ายเงินชดเชยในกรณีนี้ที่ผู้ว่าราชการจังหวัดปารีสจะให้ใช้กำลังบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษา แก่ผู้ประท้วงหยุดงานที่ยึดครองสถานที่ทำงานโดยไม่ชอบ หรือผู้ครอบครองที่อยู่อาศัยของผู้อื่นโดยไม่มีสิทธิ (C.E. ass., 3 juin 1938, Soc. Cartonnerie Saint-Clartes , Lebon, p.539 ; 5 mai 2006, Min. int., sécurité int. et lib. loc. c/ Vallée, Lebon, p.983 ; 18 février 2010, Soc. d’HLM de Guyaner, AJDA 2010, p.857) อ้างใน Marie-Christine Rouault, *Droit administratif et institutions administratives* (15^e éd., Bruylant 2018) 493. นอกจากนี้ ศาลยังได้วินิจฉัยทำนองเดียวกันในกรณีความเสียหายที่เกิดจากการที่เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจไม่อาจดำเนินการให้บุคคลทั่วไปสามารถใช้ประโยชน์จากสาธารณสมบัติของแผ่นดินได้โดยเสรี (CE 25 mai 1977, SA Victoir Delforge, p.253) อ้างใน Bertrand SEILLER, *Droit administratif 2. L’action administrative* (5^e éd., Champs université, 2014) 307. และ René CHAPUS (เชิงจรด 13) 1367-1370.

¹⁹ Société anonyme des produits laitiers “La Fleurette”, Rec. 25 (CE Ass. 14 janv. 1938) ซึ่งคดีนี้ข้อเท็จจริงปรากฏว่า บริษัทลาเฟอแรต เป็นบริษัทที่ผลิตผลิตภัณฑ์ชื่อ Gradine ซึ่งผลิตจากวัตถุดิบ คือ นม น้ำมันถั่วลิสง และไข่ขาว ผสมกัน ต่อมาฝ่ายนิติบัญญัติได้ออกกฎหมาย ลงวันที่ 9 มิถุนายน ค.ศ. 1934 เพื่อคุ้มครองผลิตภัณฑ์นม โดยกฎหมายบัญญัติห้ามมิให้บุคคลใดผลิตและประกอบกิจการเชิงพาณิชย์ซึ่งผลิตภัณฑ์ที่มุ่งหมายให้ใช้เช่นเดียวกับครีม ที่ไม่ได้ผลิตมาจากวัตถุดิบที่เป็นนมเพียงอย่างเดียว ทำให้บริษัทต้องหยุดผลิตสินค้าดังกล่าว อ้างใน Long, et al, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* (19^e éd., Dalloz 2013) 315.

²⁰ Compagnie générale d’énergie Radio-Électrique, (CE Ass., 30 mars 1966, Rec. 257) อ้างใน Long, et al, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative* (7^e éd., Sirey 1978) 534-536.

ค่าเสียหายจากรัฐเนื่องจากการกระทำละเมิดก็ตาม แต่ก็มิสิทธิเรียกร้องให้รัฐจ่ายค่าทดแทนบนพื้นฐานของหลักความเสมอภาคของบุคคลในการรับภาระของรัฐได้ โดยการใช้สิทธิเรียกร้องดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไข 2 ประการ ประการแรก คือ สนธิสัญญาระหว่างประเทศและกฎหมายที่อนุวัติให้เป็นไปตามสนธิสัญญาดังกล่าว ต้องไม่มีเจตนารมณ์ที่จะตัดสิทธิของผู้ที่ต้องเสียหายในการเรียกร้องค่าชดเชยในกรณีนี้ และประการที่สอง คือ ความเสียหายที่ได้รับ ต้องเป็นความเสียหายแก่ผู้ที่ต้องเสียหาย โดยเฉพาะเจาะจง (spécial) และต้องเป็นความเสียหายที่มีลักษณะร้ายแรงเกินกว่าปกติ แต่กรณีของผู้ฟ้องคดีไม่เข้าหลักเกณฑ์ตามเงื่อนไขประการที่สองที่ว่า ต้องเป็นความเสียหายแก่ผู้ที่ต้องเสียหายโดยเฉพาะเจาะจง โดยพิจารณาจากจำนวนของชาวฝรั่งเศสที่ได้รับความเสียหายทำนองเดียวกันกับกรณีที่ผู้ฟ้องคดีอ้าง ผู้ฟ้องคดีจึงไม่มีสิทธิได้รับค่าชดเชย และพิพากษายกฟ้อง เป็นต้น

จากเหตุผลและหลักกฎหมายที่ใช้ในคำพิพากษาดังกล่าว จะเห็นได้ว่าศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสวินิจฉัยให้รัฐต้องรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนหรือค่าชดเชยได้ แม้จะไม่ได้กระทำละเมิด บนพื้นฐานของหลักความเสมอภาคของบุคคลในการรับภาระของรัฐ ภายใต้เงื่อนไข 2 ประการ กล่าวคือ

ประการแรก คือ เงื่อนไขเกี่ยวกับเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติ โดยพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายรวมตลอดถึงเอกสารในชั้นร่างกฎหมายว่า ฝ่ายนิติบัญญัติมีเจตนารมณ์ที่จะตัดสิทธิหรือไม่ให้ค่าทดแทนแก่ผู้ที่ต้องเสียหายหรือไม่ เพราะหากกฎหมายมีเจตนารมณ์ดังกล่าว ศาลย่อมไม่อาจพิพากษาขัดต่อกฎหมายได้

ประการที่สอง คือ เงื่อนไขเกี่ยวกับความเสียหายของผู้ที่ต้องเสียหายว่า ต้องมีลักษณะเฉพาะเจาะจง (spécial) ไม่ใช่ความเสียหายที่เกิดแก่บุคคลทั่วไป เช่น ในคดี Compagnie générale d'énergie Radio-Électrique ที่ศาลพิพากษายกฟ้อง เนื่องจากมีชาวฝรั่งเศสจำนวนมากที่ได้รับความเสียหายทำนองเดียวกันกับผู้ฟ้องคดี และต้องเป็นความเสียหายที่มีลักษณะร้ายแรงเกินกว่าปกติ (anormalement grave)²¹

²¹ น่าสังเกตว่า ในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดไทยจะเน้นเงื่อนไขที่ว่า ต้องเป็นความเสียหายแก่ผู้ที่ต้องเสียหายโดยเฉพาะเจาะจง (spécial) อย่างเช่นในคดีสวนทุเรียนที่วินิจฉัยว่า แม้การก่อสร้างโครงการบรรเทาอุทกภัยอำเภอหาดใหญ่จะเป็นประโยชน์แก่ประชาชนส่วนรวมซึ่งรวมถึงผู้ฟ้องคดีทั้งแปดด้วยก็ตาม แต่การให้ผู้ฟ้องคดีทั้งแปดต้องรับภาระความเสียหายแต่เพียงผู้เดียวไม่เป็นธรรมหรือในคดีด้านซังน้ำหนักที่วินิจฉัยว่า การตั้งด่านเพื่อควบคุมรมให้บรรทุกน้ำหนักเกิน ก่อให้ผู้ฟ้องคดีต้องรับภาระความไม่สะดวกในการเข้าออกสู่ที่ดินของตน ในขณะที่ผู้ถือกรรมสิทธิ์ที่ดินอื่นในบริเวณ

มีฉะนั้นแล้ว ก็เป็นหน้าที่ของผู้เสียหายที่ต้องรับภาระในความเสียหายดังกล่าว ไม่ใช่รัฐต้องรับผิดชอบในทุกกรณี²² อันเป็นเงื่อนไขที่สำคัญที่ทำให้ดุลพินิจแก่ศาล ในการพิจารณาว่าความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีอ้างนั้นมีลักษณะร้ายแรงเกินกว่าปกติที่รัฐ ควรต้องรับผิดชอบชดเชยให้แก่ผู้ฟ้องคดีหรือไม่ และต้องชดเชยเพียงใด เนื่องจากการชดเชยนั้นจำกัดอยู่เฉพาะ “เพื่อความเสียหายที่มีลักษณะร้ายแรงเกินกว่าปกติ” เท่านั้น²³

ยิ่งไปกว่านั้น นักกฎหมายฝรั่งเศสหลายท่านเห็นว่า หลักความเสมอภาค ของบุคคลในการรับภาระของรัฐนี้มีความสำคัญในทางทฤษฎีเกี่ยวกับความรับผิดชอบ ของรัฐ เนื่องจากเป็นหลักการพื้นฐานที่อธิบายว่าทำไมรัฐจึงต้องรับผิดชอบ ใดๆ ที่รัฐไม่ได้ กระทำละเมิด เพราะความจริงแล้วความรับผิดชอบของรัฐนั้นเป็นผลสืบเนื่องมาจาก หลักกฎหมายดังกล่าว เนื่องจากการกระทำของฝ่ายปกครองนั้นทำเพื่อประโยชน์ของ ประชาชนโดยรวม ดังนั้น ถ้าการกระทำดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคล โดยเฉพาะเจาะจงที่มีลักษณะร้ายแรงเป็นพิเศษและหากบุคคลดังกล่าวไม่ได้รับการ เยียววยา ก็จะทำให้บุคคลนั้นต้องเสียสละเพื่อส่วนรวมโดยไม่มีเหตุที่จะอ้างเพื่อ สนับสนุนการเลือกปฏิบัติที่ไม่ธรรมนี้ได้ การชดเชยแก่ผู้ต้องเสียหายจึงเป็นวิธีการ ที่จำเป็นเพื่อให้ดุลยภาพของประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของเอกชนที่เสียไป กลับคืนมา²⁴ และหลักความเสมอภาคของบุคคลในการรับภาระของรัฐนี้ใช้ในการ

ใกล้เคียงไม่ต้องรับภาระดังกล่าว เป็นต้น แต่ไม่ได้เน้นเงื่อนไขที่ว่า ต้องเป็นความเสียหายที่มีลักษณะ ร้ายแรงเกินกว่าปกติ (anormalement grave) อย่างชัดเจนเช่นคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส ซึ่งเห็นว่าเงื่อนไขมีความสำคัญมาก

²² Long, et al. (เชิงอรรถ 19) 563-570.

²³ CHAPUS René (เชิงอรรถ 13) 1372. เช่น ในคดี Soc. Boulenger ซึ่งศาลกำหนดค่าบังคับให้รัฐต้อง รับผิดชอบในสี่ส่วนของความเสียหายที่ได้รับ หรือในคดี Port autonome de Marseille ซึ่งศาล กำหนดให้รัฐต้องรับผิดชอบในความเสียหายที่เกิดขึ้นหลังจากสงครามที่เรือต้องจอดนิ่ง ไม่สามารถ แล่นต่อไปได้ เป็นต้น

²⁴ Rivero & Waline, *Droit administratif* (20^e éd., Dalloz 2004) 394.) อย่างไรก็ตาม นักกฎหมาย บางท่าน (Gilles PELLISSIER) เห็นว่า การชดเชยแก่ผู้ต้องเสียหายเป็นวิธีการที่ทำให้ดุลยภาพของ ประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของเอกชนที่เสียไปกลับคืนมา อย่างไม่สมบูรณ์ เพราะความ ไม่เสมอภาคที่มีการชดเชยนั้นก็เฉพาะแต่เพื่อความเสียหายที่มีลักษณะร้ายแรงเกินกว่าปกติ และเป็นความเสียหายแก่ผู้ที่ต้องเสียหายโดยเฉพาะเจาะจง เท่านั้น ความรับผิดชอบของรัฐนั้นเป็นเพียงการแก้ไข ผลของความไม่เสมอภาคที่ร้ายแรง และมีจำนวนไม่กี่กรณี จึงไม่เป็นอุปสรรคหรือภาระทางงบประมาณ ของรัฐมากนัก ยิ่งไปกว่านั้น การที่ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจพิจารณาในส่วนเงื่อนไขของความ

เรียกค่าชดเชยหรือค่าทดแทนเพื่อความเสียหายได้ทั้งจากการกระทำหรือการใช้อำนาจรัฐที่เป็นการออกกฎหมายหรือคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย หรือการปฏิเสศไม่ใช่กำลังบังคับเพื่อให้เป็นไปตามคำพิพากษา รวมตลอดถึงการออกกฎหมายและการทำสนธิสัญญาระหว่างประเทศ²⁵

ดังนั้น เมื่อเปรียบเทียบกับกฎหมายฝรั่งเศสแล้ว จะเห็นว่ากฎหมายไทยก็มีลักษณะบางประการที่คล้ายกับกฎหมายฝรั่งเศส โดยหลักความเสมอภาคของบุคคลในการรับภาระของรัฐนั้นต่างมีพื้นฐานมาจากหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญหรือตามบทบัญญัติที่มีค่าบังคับเฉกเช่นรัฐธรรมนูญ ไม่มีกฎหมายเฉพาะกำหนดความรับผิดของรัฐไว้เหมือนกรณีของการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ของเอกชน ทั้งต้องเป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติหรือกฎหมายไม่ได้มีเจตนารมณ์ที่จะตัดสิทธิหรือไม่ให้ค่าทดแทนแก่ผู้ที่ต้องเสียหาย เพียงแต่ในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดของไทยเน้นในเรื่องของความไม่เท่าเทียมกันของบุคคลในการรับภาระของรัฐ เช่น ในคดีสวนทุเรียนเป็นกรณีที่ทำให้ผู้ฟ้องคดีทั้งแปดซึ่งมีอาชีพทำสวนทุเรียนต้องรับภาระความเสียหายแต่เพียงผู้เดียว ย่อมไม่เป็นธรรม หรือในคดีด่านซังน้ำหนกซึ่งศาลปกครองสูงสุดไทยวินิจฉัยว่า การกระทำของกรมทางหลวงดังกล่าวก่อให้เกิดผู้ฟ้องคดีต้องรับภาระความไม่สะดวกในการเข้าออกสู่ที่ดินของตน ในขณะที่ผู้ถือกรรมสิทธิ์ที่ดินอื่นในบริเวณใกล้เคียงไม่ต้องรับภาระดังกล่าว แต่ไม่ได้วินิจฉัยว่าความเสียหายนั้นต้องเป็นความเสียหายแก่ผู้ที่ต้องเสียหายโดยเฉพาะเจาะจง และต้องเป็นความเสียหายที่มีลักษณะร้ายแรงเกินกว่าปกติ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสเห็นว่า เป็นเงื่อนไขที่สำคัญ และหากไม่เข้าเงื่อนไขดังกล่าวแล้ว ก็ไม่มีสิทธิได้รับเงินชดเชยหรือค่าทดแทนจากรัฐ ดังเช่นกรณีของผู้ฟ้องคดีในคดี *Compagnie générale d'énergie Radio-Electrique* อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงข้อเท็จจริงในคดีสวนทุเรียนหรือในคดีด่านซังน้ำหนกแล้ว ก็เห็นได้ว่าเป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหายโดยเฉพาะเจาะจง และเป็นความเสียหายที่มีลักษณะร้ายแรงเกินกว่าปกติ เช่น ในคดีสวนทุเรียน ปรากฏว่าทุเรียนในสวนของผู้ฟ้องคดีทั้งหมดตายทั้งสิ้น เป็นต้น

เสียหายที่ต้องมีลักษณะเฉพาะเจาะจง หรือร้ายแรงเกินกว่าปกติ ก็ทำให้กรณีของรัฐต้องรับผิดจากหลักความเสมอภาคนั้นมีลักษณะเป็นข้อยกเว้นของหลักทั่วไปที่ว่ารัฐไม่ต้องรับผิด (Gilles PELLISSIER, *Le principe d'égalité en droit public* (LGDJ 1996) 118.)

²⁵ Bertrand SEILLER (เชิงอรรถ 18) 306-310, Marie-Christine Rouault, (เชิงอรรถ 18) 492-497, Gilles PELLISSIER, (เชิงอรรถ 24) 115-116. และ CHAPUS René, (เชิงอรรถ 13) 1366-1377.

อย่างไรก็ตาม ต่อมาศาลปกครองสูงสุดไทยก็ได้นำหลักความเสมอภาคของบุคคลในการรับภาระของรัฐมาวินิจฉัยคล้ายคลึงกับศาลปกครองฝรั่งเศส เช่น ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 140/2565 และที่ อ. 147/2565 ที่เกษตรกรมีอาชีพทำนา ได้นำคตี่มาฟ้องกรมชลประทานต่อศาลปกครองกรณีเจ้าหน้าที่ของกรมได้ปรับบานระบายน้ำของเขื่อนราษีไศล จากระยะ 0.10 เมตร เป็นระยะ 0.20 เมตร เพื่อช่วยเหลือนักกภัยด้านเหนือเขื่อนราษีไศลและจังหวัดใกล้เคียงที่ติดกับลำน้ำมูลและลำน้ำสาขา เป็นเหตุให้น้ำท่วมที่นาของผู้ฟ้องคดีและเกษตรกรที่อยู่ท้ายเขื่อน ข้าวนาปรังของผู้ฟ้องคดีเสียหาย โดยศาลปกครองสูงสุดไทยวินิจฉัยว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีบริหารจัดการน้ำโดยปรับบานระบายน้ำของเขื่อนราษีไศลเพื่อช่วยเหลือนักกภัยด้านเหนือเขื่อนราษีไศลและจังหวัดใกล้เคียงที่ติดกับแม่น้ำมูลและลำน้ำสาขา โดยเฉพาะอุทกภัยที่เกิดจากพายุไซโคลนโมรนาในเขตจังหวัดสุรินทร์ ซึ่งเป็นพื้นที่แนวเขตติดกันกับเขื่อนราษีไศล จึงไม่เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมายและไม่เป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดี แต่ถ้าการบริหารจัดการน้ำดังกล่าวกระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ อันได้แก่ การบรรเทาความเสียหายจากอุทกภัยอันจะเกิดแก่ประชาชนจำนวนมากบริเวณเหนือเขื่อนราษีไศล และจังหวัดใกล้เคียงที่ติดกับแม่น้ำมูลและลำน้ำสาขา โดยเฉพาะอุทกภัยที่เกิดจากพายุไซโคลนก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดี จึงถือว่าผู้ฟ้องคดีต้องรับภาระต่อส่วนรวมมากกว่าคนอื่น จึงเป็นการละเมิดหลักความเสมอภาคของบุคคลในภาระหน้าที่ที่มีต่อส่วนรวม กรมชลประทานจึงมีความรับผิดชอบเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดีอันเป็นความรับผิดชอบอื่นของกรมชลประทานที่ศาลอาจกำหนดค่าบังคับให้ผู้ถูกฟ้องคดีใช้เงินเพื่อเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดีได้

ส่วนเงื่อนไขเกี่ยวกับความเสียหายของผู้ที่ต้องเสียหายในการจ่ายค่าทดแทนนั้น ศาลก็วินิจฉัยว่ามีสองประการทำนองเดียวกันกับของฝรั่งเศส คือ ประการที่หนึ่ง ความเสียหายที่เกิดขึ้นเป็นความเสียหายที่เกิดขึ้นจริงและเป็นความเสียหายเฉพาะตัว ประการที่สอง ความเสียหายที่เกิดขึ้นต้องเป็นความเสียหายกรณีพิเศษ กล่าวคือ ต้องก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งหรือกลุ่มบุคคลใดกลุ่มบุคคลหนึ่งเป็นการเฉพาะ และความเสียหายดังกล่าวมิใช่เป็นแค่เพียงความเดือดร้อนรำคาญหรือความไม่สะดวกที่อาจเกิดขึ้นเป็นปกติทั่วไปเท่านั้น

ดังนั้น อาจกล่าวได้ว่า ในปัจจุบันศาลปกครองไทยก็มีแนวการวินิจฉัยคดีโดยอาศัยหลักความเสมอภาคของบุคคลในการรับภาระของรัฐไปในทิศทางเดียวกันกับของศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส

ผลที่ตามมาคือ การใช้หลักความเสมอภาคของบุคคลในการรับภาระของรัฐบังคับแก่การกระทำทางปกครองนั้นมีผลทางกฎหมายเป็นการขยายขอบเขตของความรับผิดชอบของรัฐให้กว้างขึ้น โดยมีผลให้รัฐต้องรับผิดชอบในการกระทำซึ่งโดยปกติรัฐไม่ต้องรับผิดชอบ ตามหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิดเพิ่มขึ้น ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองผู้เสียหายจากการดำเนินกิจการทางปกครองหรือการใช้อำนาจทางปกครอง ดังนั้น หลักความเสมอภาคนี้จึงมีบทบาทที่สำคัญในกฎหมายไทย เนื่องจากเป็นฐานทางกฎหมายให้แก่ผู้ที่ต้องเสียหายจากการกระทำของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐ ในการใช้สิทธิเรียกร้องให้หน่วยงานของรัฐรับผิดชอบใช้ค่าทดแทนหรือค่าชดเชยที่มีลักษณะร้ายแรงเกินกว่าปกติได้ แม้การกระทำของรัฐหรือหน่วยงานของรัฐจะเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่ผู้ที่ต้องเสียหาย ซึ่งหากไม่มีหลักกฎหมายดังกล่าว ผู้ที่ต้องเสียหายก็จะไม่มีสิทธิเรียกร้องเงินจากทางราชการเนื่องจากทางราชการไม่ได้กระทำการละเมิดหรืออาจมีสิทธิเรียกร้องค่าทดแทนหรือค่าชดเชยเพียงตามที่ระเบียบของทางราชการกำหนดไว้เท่านั้น²⁶

อย่างไรก็ตาม การใช้หลักความเสมอภาคของบุคคลในการรับภาระของรัฐโดยศาลปกครองไทยนั้นก็คงไม่สามารถพัฒนาไปไกลได้เช่นเดียวกับของฝรั่งเศส เนื่องจากมีข้อจำกัดทางกฎหมายมากกว่าในกฎหมายฝรั่งเศส โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจอื่นที่ไม่ใช่การใช้อำนาจทางปกครอง เช่น การเรียกให้รัฐรับผิดชอบเนื่องจากการใช้อำนาจนิติบัญญัติ หรือการใช้อำนาจบริหารที่เรียกว่า การกระทำของรัฐบาล (Acte de gouvernement) เนื่องจากในปัจจุบันคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำดังกล่าวไม่เป็นคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง ประกอบกับมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

²⁶ เช่น เงินช่วยเหลือจากทางราชการกรณีประสบภัยพิบัติฉุกเฉินเพราะเหตุอุทกภัย ตามระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยเงินอุดหนุนราชการเพื่อช่วยเหลือผู้ประสบภัยพิบัติกรณีฉุกเฉิน พ.ศ. 2546 เป็นต้น

ปัญหาที่ต้องวินิจฉัยต่อไป คือ เมื่อผู้ที่ต้องเสียหายมีสิทธิเรียกให้หน่วยงานของรัฐรับผิดชอบค่าทดแทนหรือเงินชดเชยตามหลักความเสมอภาคของบุคคลในการรับภาระของรัฐแล้ว จะต้องชดใช้กันเพียงใด เนื่องจากไม่มีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ในการคำนวณค่าทดแทนไว้นั้น กรณีนี้จะแตกต่างจากความรับผิดชอบอื่นที่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ เช่น กรณีของการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ ที่ให้กำหนดค่าทดแทนโดยพิจารณาหลักเกณฑ์หลายอย่างประกอบกัน เช่น ราคาที่ซื้อขายกันตามปกติในท้องตลาดของที่ดินในวันใช้บังคับพระราชกฤษฎีกา ราคาประเมินที่ดินของทางราชการ ราคาประเมินทุนทรัพย์เพื่อเรียกเก็บค่าธรรมเนียมในการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม สภาพและที่ตั้งของที่ดินนั้น และเหตุและวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืนหรือกรณีของโรคระบาดสัตว์ ที่ให้ชดใช้ราคาแก่เจ้าของสัตว์หรือซากสัตว์ไม่ต่ำกว่าสามในสี่ของราคาสัตว์หรือซากสัตว์ซึ่งอาจขายได้ในตลาดท้องที่ก่อนเกิดโรคระบาดตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง²⁷ หรือกรณีของการจ่ายค่าตอบแทนแก่ผู้เสียหายที่ได้รับความเสียหายถึงแก่ชีวิตหรือร่างกายหรือจิตใจเนื่องจากการกระทำความผิดอาญาของผู้อื่น โดยตนมิได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดนั้น ที่กฎหมายกำหนดให้จ่ายได้เฉพาะที่กำหนดไว้ เช่น ค่าใช้จ่ายที่จำเป็นในการรักษาพยาบาล รวมทั้งค่าฟื้นฟูสมรรถภาพทางร่างกายและจิตใจ ค่าตอบแทนในกรณีที่ผู้เสียหายถึงแก่ความตาย จำนวนไม่เกินที่กำหนดในกฎกระทรวง ค่าขาดประโยชน์ทำมาหาได้ และค่าตอบแทนความเสียหายอื่นตามที่คณะกรรมการเห็นสมควร ทั้งนี้ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และอัตราที่กำหนดในกฎกระทรวง²⁸ ซึ่งไม่ได้ชดเชยเต็มตาม

²⁷ อ้างแล้ว ดูเชิงอรรถที่ 5 และที่ 6

²⁸ พระราชบัญญัติค่าตอบแทนผู้เสียหาย และค่าทดแทนและค่าใช้จ่ายแก่จำเลยในคดีอาญา พ.ศ. 2544 มาตรา 3 ในพระราชบัญญัตินี้

“ผู้เสียหาย” หมายความว่า บุคคลซึ่งได้รับความเสียหายถึงแก่ชีวิตหรือร่างกายหรือจิตใจเนื่องจากการกระทำความผิดอาญาของผู้อื่น โดยตนมิได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดนั้น

มาตรา 17 ความผิดที่กระทำให้ผู้เสียหายอันอาจขอรับค่าตอบแทนได้ต้องเป็นความผิดตามรายการที่ระบุไว้ท้ายพระราชบัญญัตินี้

มาตรา 18 ค่าตอบแทนตามมาตรา 17 ได้แก่

- (1) ค่าใช้จ่ายที่จำเป็นในการรักษาพยาบาล รวมทั้งค่าฟื้นฟูสมรรถภาพทางร่างกายและจิตใจ
 - (2) ค่าตอบแทนในกรณีที่ผู้เสียหายถึงแก่ความตาย จำนวนไม่เกินที่กำหนดในกฎกระทรวง
 - (3) ค่าขาดประโยชน์ทำมาหาได้ในระหว่างที่ไม่สามารถประกอบการงานได้ตามปกติ
 - (4) ค่าตอบแทนความเสียหายอื่นตามที่คณะกรรมการเห็นสมควร
- ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการ และอัตราที่กำหนดในกฎกระทรวง...

ความเสียหายที่ผู้ที่จะต้องเสียหายได้รับเนื่องจากไม่ใช่กรณีที่รัฐทำละเมิดต่อเอกชนที่ต้องชดใช้เต็มตามความเสียหายเพื่อให้ผู้ต้องเสียหายกลับคืนสู่ฐานะเดิมก่อนถูกระทำละเมิด แต่เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดไทยแล้วจะเห็นว่าศาลจะพิจารณาจากความเสียหายที่เกิดขึ้นตามความเป็นจริงว่ามีจำนวนเท่าใด และเกิดจากเหตุใด โดยไม่ได้คำนึงถึงจำนวนเงินช่วยเหลือตามหลักเกณฑ์ที่ทางราชการกำหนดไว้เพื่อเยียวยาผู้ต้องเสียหายเพราะเหตุอื่นซึ่งเป็นคนละส่วนกัน²⁹ เช่น ในคดีด้านชั่งน้ำหนัก การก่อสร้างด้านชั่งน้ำหนักทำให้ที่ดินของผู้ฟ้องคดีรวมความยาวประมาณ 53 เมตร เป็นจุดที่ไม่สามารถออกสู่ถนนได้เลย ถูกจำกัดสิทธิการใช้ประโยชน์จากการจัดทำประโยชน์สาธารณะของกรมทางหลวง หรือในกรณีที่ความเสียหายเกิดจากเหตุอื่นด้วย เช่น ในคดีสวนทุเรียน ศาลพิจารณาค่าขาดรายได้จากต้นทุเรียนตามปกติ และจะกำหนดค่าทดแทนที่จะชดใช้ให้แก่ผู้ต้องเสียหายโดยหักความเสียหายที่เกิดจากเหตุอื่นออก เช่น ในคดีสวนทุเรียนที่ศาลเห็นว่าความเสียหายของผู้ฟ้องคดีนั้นส่วนหนึ่งเกิดจากฝนตกน้อย ทำให้ไม่มีน้ำเพียงพอ ซึ่งเป็นเหตุหนึ่งที่ทำให้ต้นทุเรียนตายด้วย ศาลจึงพิพากษาให้กรมชลประทานรับผิดชอบในความเสียหายเพียงบางส่วน หรือในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อพ. 270/2563 (คดีบางระกำโมเดล) ซึ่งศาลวินิจฉัยว่า สาเหตุของความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้รับ (น้ำท่วมนาของผู้ฟ้องคดี) เกิดจากปัจจัยที่เกี่ยวข้อง 3 ประการ ประกอบกัน คือ ประการแรก การก่อสร้างทำนบดินปิดกั้นในลำน้ำ คลองแม่ขม-คลองบางแก้ว ของกรมชลประทาน ประการที่สอง การที่มีฝนตกติดต่อกันหลายวันจนเกิดอุทกภัย และประการที่สาม สภาพพื้นที่ผู้ฟ้องคดีเช่าทำเป็นที่ลุ่มต่ำ และเมื่อพิจารณาถึงสัดส่วนของสาเหตุของความเสียหายดังกล่าวแล้ว เห็นสมควรกำหนดให้กรมชลประทานเยียวยาความเสียหายเฉพาะส่วนที่เป็นต้นทุนการผลิตที่ผู้ฟ้องคดีลงทุนไป เป็นต้น และในบางคดีจะเห็นได้จาก

²⁹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อพ. 230/2564 (คดีทำนองเดียวกันกับคดีบางระกำโมเดล) การทดแทนหรือเยียวยาความเสียหายเนื่องจากความรับผิดชอบอื่นของรัฐดังกล่าว ไม่มีกฎหมาย ระเบียบของทางราชการ กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ แต่เป็นค่าทดแทนความเสียหายที่รัฐจะจ่ายให้เฉพาะส่วนที่ผู้ฟ้องคดีจะต้องรับภาระเพิ่มขึ้นเพื่อประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ของส่วนรวมอันเนื่องมาจากการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายของรัฐ ส่วนการกำหนดเงินช่วยเหลือตามระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยเงินทดรองราชการเพื่อช่วยเหลือผู้ประสบภัยพิบัติกรณีฉุกเฉิน พ.ศ. 2546 ในอัตราไร่ละ 606 บาท นั้น เป็นการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ประสบภัยพิบัติตามธรรมชาติ ซึ่งเป็นเงินคนละส่วนกันกับความรับผิดชอบอื่นของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย

คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดไทยที่มุ่งจะชดเชยเต็มตามความเสียหายทั้งหมดของผู้ฟ้องคดี เช่น ในคดีด้านซังน้ำหนัก ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาให้จ่ายค่าทดแทนให้แก่ผู้ฟ้องคดีโดยใช้ราคาประเมินปัจจุบันของที่ดินบริเวณดังกล่าวจากศูนย์ข้อมูลกรมที่ดิน ตารางวาละ 1,500 บาท เป็นเงิน 795,000 บาท ทั้ง ๆ ที่ผู้ฟ้องคดีได้รับผลกระทบเพียงไม่ได้รับความสะดวกในการเข้าออกที่ดิน แต่ที่ดินยังคงเป็นกรรมสิทธิ์ของผู้ฟ้องคดี ไม่ได้ถูกทางราชการเวนคืน เป็นต้น ซึ่งต่างจาก*กฎหมายฝรั่งเศส* ที่การชดเชยนั้นจำกัดอยู่เฉพาะในส่วนที่เป็นความเสียหายที่มีลักษณะร้ายแรงเกินกว่าปกติเท่านั้น³⁰ ดังนั้น ประเด็นเรื่องการชดเชยความเสียหายแก่ผู้ที่ต้องเสียหายว่าต้องชดเชยเต็มจำนวนความเสียหายทั้งหมดของผู้ฟ้องคดีหรือไม่ ยังคงเป็นปัญหาที่ต้องรอแนวคำวินิจฉัยที่ชัดเจนต่อไป

ปัญหาที่ต้องวินิจฉัยต่อมาคือ จะใช้หลักกฎหมายใดบังคับกับความรับผิดชอบของรัฐที่เกิดจากหลักความเสมอภาคนี้ คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดยังมีแนวคำวินิจฉัยที่แตกต่างกัน ในบางคดีศาลได้วินิจฉัยว่า คดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดชอบอื่นของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย ที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เช่นเดียวกับกรณีการกระทำละเมิด จึงต้องนำบทบัญญัติมาตรา 224 ประกอบกับมาตรา 204 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับแก่คดีในฐานะเป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ทั้งนี้ ตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายดังกล่าว³¹ แต่ในบางคดีศาลได้วินิจฉัยให้นำมาตรา 224

³⁰ Marie-Christine Rouault, (เชิงอรุณ 18) 494.

³¹ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 208/2562 คดีที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสองฟ้องกรมชลประทานที่ใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายในการบริหารจัดการน้ำในอ่างเก็บน้ำเขื่อนอุบลรัตน์เพื่อมิให้น้ำไหลเข้าท่วมบ้านเรือนและทรัพย์สินของราษฎรที่อยู่บริเวณใต้เขื่อน เป็นเหตุให้น้ำท่วมนาข้าวของผู้ฟ้องคดีทั้งสองที่อยู่บริเวณเหนือเขื่อน ทำให้ต้นข้าวได้รับความเสียหาย เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดชอบอื่นของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย กรณีจึงไม่อาจนำมาตรา 206 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่เกี่ยวกับหนี้อันเกิดแต่มูลละเมิดมาใช้บังคับได้ และโดยการกำหนดดอกเบี้ยกรณีความรับผิดชอบอื่นของหน่วยงานทางปกครองอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เช่นเดียวกับกรณีการกระทำละเมิด กรณีจึงต้องนำบทบัญญัติมาตรา 224 ประกอบกับมาตรา 204 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับแก่คดีในฐานะเป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายดังกล่าว (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 604/2560 วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน ในกรณีของน้ำท่วมที่เกิดจากปริมาณน้ำฝนที่ตกหนักในพื้นที่ดังกล่าวเพราะอิทธิพลของพายุ และอีกส่วนหนึ่งเกิดจากการที่เจ้าหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ระบายน้ำในเขื่อนในปริมาณที่มากเพื่อบริหารจัดการน้ำในเขื่อนมิให้เพิ่มปริมาณสูงขึ้น

ประกอบกับมาตรา 206 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเป็นการผิฉินัดเนื่องจากการกระทำละเมิด มาใช้บังคับในฐานะเป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียง³² ทั้ง ๆ ที่ความจริงแล้ว ความรับผิดชอบของรัฐที่เกิดจากหลักความเสมอภาคของบุคคลในการรับภาระของรัฐเป็นหน้อย่างหนึ่ง และเมื่อไม่มีกฎหมายบัญญัติยกเว้นไว้โดยเฉพาะ จึงต้องนำบทบัญญัติเรื่องหนี้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ 2 มาใช้บังคับ ไม่ใช่กรณีที่น่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับกับความรับผิดชอบดังกล่าวในฐานะเป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง ไม่ว่าจะเป็นในเรื่องกำหนดเวลาชำระหน้การผิฉินัด ดอกเบียผิฉินัด เช่น ในกรณีที่มีความรับผิดชอบดังกล่าวเป็นหน้ที่ไม่ได้กำหนดชำระตามวันแห่งปฏิทิน โดยหลักทางราชการยังไม่ตกเป็นผู้ผิฉินัด เว้นแต่จะได้เตือนให้ชำระหน้แล้วทางราชการไม่ชำระหน้หนั้น จึงจะตกเป็นผู้ผิฉินัดและต้องรับผิดชอบใช้ดอกเบียผิฉินัดแก่ผู้ต้องเสียหาย ตามมาตรา 204 วรรคหน้ ประกอบมาตรา 224 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และไม่อาจนำมาตรา 206 มาใช้บังคับกับความรับผิดชอบนี้ได้ เพราะไม่ใช่การกระทำละเมิด ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้ใช้หลักกฎหมายในเรื่องหน้มาวินิจฉัยคดีความรับผิดชอบอย่างอื่นในกรณีอื่น เช่น กรณีความรับผิดชอบกรมสรรพสามิตในการค้เงินให้แก่อู่ชื้อรถยนต์ตามมาตรการรถยนต์ใหม่ค้แรก

จนอาจทำให้เกิดอันตรายต่อความมั่นคงของตัวเช้อนและพื้นที่ทางการเกษตรหรือบ้านเรือนราษฎรรวมทั้งพื้นที่ที่มีความสำคัญทางเศรษฐกิจจนเกิดความเสียหายร้ายแรง) และต่อมาในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 140/2565 และที่ อ. 147/2565 กรณีกรมชลประทานระบายน้ำของเช้อนราศีไศล ศาลก็ย้งวินิจฉัยหน้ของเช้อนเดียวกันว่าเป็นการนำมาใช้บังคับแก่คดีในฐานะเป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

³² คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อผ. 270/2563 (คดีบางระกำโมเดล) ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าความรับผิดชอบอื่นที่เกิดจากการบริหารจัดการน้ำโดยชอบ เป็นกรณีที่ไม่ม่กฎหมายกำหนดดอกเบียในมูลหน้ดังกล่าวไว้โดยตรง จึงต้องนำบทบัญญัติในมาตรา 224 ประกอบกับมาตรา 206 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้บังคับกับคดีนี้ในฐานะเป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียง (ในขณะที่คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อผ. 95/2563 ที่ อผ. 137/2563 และที่ อผ. 359/2563 วินิจฉัยว่าการกระทำดังกล่าวเป็นละเมิด จึงนำหลักเกณฑ์เรื่องผิฉินัดตามมาตรา 206 มาใช้บังคับ) หรือในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1476/2559 ซึ่งศาลวินิจฉัยให้นำบทบัญญัติมาตรา 224 ประกอบกับมาตรา 204 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาใช้บังคับแก่คดีนี้ในฐานะเป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่งตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายดังกล่าว (คดีที่กรมชลประทานใช้อำนาจตามกฎหมายบริหารจัดการน้ำโดยระบายน้ำออกจากเช้อนภูมิพล เช้อนสิริกิต์ และเช้อนเจ้าพระยาในปริมาณน้ำที่เกินกว่า 3,000 ลูกบาศก์เมตรต่อวินาที เกินกว่าที่ปริมาณความจุของแม่น้ำเจ้าพระยาจะรับได้ จนทำให้มีปริมาณน้ำที่ล้นเกินจากแม่น้ำเจ้าพระยาและก่อให้เกิดน้ำท่วมบ้านเรือนประชาชนในบริเวณลุ่มน้ำเจ้าพระยารบิเวณใกล้เคียงรวมถึงบริเวณที่ตั้งทรัพย์สินซึ่งเป็นโรงเลี้ยงเป็ดของผู้ฟ้องคดี

ตามนโยบายรัฐบาล³³ หรือกรณีความรับผิดชอบของคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย ในการชำระเงินค่าตอบแทนตามต้นทุนการบริการในอดีตให้แก่พนักงาน ตามข้อ 4 วรรคหนึ่ง ของข้อบังคับคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย ว่าด้วยค่าตอบแทนตามต้นทุนการบริการในอดีต พ.ศ. 2554³⁴ หรือความรับผิดชอบของกรมชลประทานในการระบายน้ำออกจากเขื่อนในปริมาณน้ำที่เกินกว่าปริมาณความจุของแม่น้ำที่จะรับได้ ทำให้มีปริมาณน้ำที่ล้นเกินจากแม่น้ำและก่อให้เกิดน้ำท่วมบ้านเรือนประชาชน³⁵ เป็นต้น ซึ่งเป็นความรับผิดชอบของรัฐหรือหนี้ที่ไม่ได้กำหนดชำระตามวันแห่งปฏิทิน หนี้นั้นจึงต้องถึงกำหนดชำระและมีการเตือนให้ชำระหนี้ก่อน หากไม่ชำระ จึงจะผิดนัดชำระหนี้และต้องรับผิดชอบดอกเบี้ยระหว่างผิดนัด ตามมาตรา 204 วรรคหนึ่ง ประกอบกับมาตรา 224 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งเดิมกำหนดอัตราดอกเบี้ยไว้ร้อยละ 7.5 ต่อปี ต่อมาได้มีการตราพระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2564 ซึ่งประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ 10 เมษายน 2564 และมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 11 เมษายน 2564 แก้ไขในส่วนของดอกเบี้ยผิดนัดที่ถึงกำหนดชำระตั้งแต่วันที่ 11 เมษายน 2564 อันเป็นวันที่พระราชกำหนดดังกล่าวใช้บังคับ เป็นต้นไป ต้องคิดดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 3 ต่อปี หรืออัตราดอกเบี้ยใหม่ที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาซึ่งออกตามความในมาตรา 7 วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่แก้ไขใหม่ บวกด้วยอัตราเพิ่มร้อยละ 2 ต่อปี ของต้นเงิน³⁶ ดังนั้น กรณีนี้

³³ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 40/2562 วินิจฉัยว่า เมื่อผู้ฟ้องคดีครอบครองรถยนต์คันดังกล่าวครบ 1 ปี และได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดไว้สำหรับมาตรการรถยนต์ใหม่คันแรก ตามนโยบายรัฐบาลโดยถูกต้องทุกประการแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (กรมสรรพสามิต) จึงมีหน้าที่และความรับผิดชอบตามกฎหมายในอันที่จะต้องคืนเงินซึ่งเป็นหนี้ที่ถึงกำหนดชำระแล้วให้แก่ผู้ฟ้องคดี และเมื่อผู้ฟ้องคดีมีหนังสือถึงอธิบดีกรมสรรพสามิต ร้องเรียนกรณีไม่ได้รับสิทธิคืนเงินสำหรับรถยนต์ใหม่คันแรก แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ซึ่งมีหน้าที่ต้องคืนเงินให้แก่ผู้ฟ้องคดี กลับปฏิเสธไม่ดำเนินการคืนเงิน ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จึงตกเป็นผู้ผิดนัดเพราะเขาเตือนแล้วตามมาตรา 204 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งต้องเสียดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปีตามมาตรา 224 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายเดียวกัน

³⁴ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1418/2563 และที่ อ. 1061/2561 วินิจฉัยว่า ความรับผิดชอบตามข้อบังคับคณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย ว่าด้วยค่าตอบแทนตามต้นทุนการบริการในอดีต พ.ศ. 2554 เป็นหนี้ที่ไม่ได้กำหนดชำระตามวันแห่งปฏิทิน ต้องเตือนก่อนจึงจะผิดนัด

³⁵ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1476/2559

³⁶ พระราชกำหนดแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. 2564 มาตรา 3 มาตรา 4 และมาตรา 6

จึงเป็นการนำหลักเกณฑ์ของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยหนี้มาใช้บังคับแก่คดีโดยตรง ไม่ใช่ในฐานะที่เป็นบทกฎหมายที่ใกล้เคียงอย่างยิ่ง

โดยสรุป จะเห็นได้ว่า แม้คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดยังมีแนวคำวินิจฉัยที่แตกต่างกันบ้างในบางประเด็น แต่โดยภาพรวมก็มีความสอดคล้องต่อกัน และแสดงให้เห็นถึงวิวัฒนาการของหลักกฎหมายเรื่องความรับผิดของรัฐ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ความรับผิดอย่างอื่นของรัฐหรือหลักความรับผิดโดยปราศจากความผิด ที่มีแนวโน้มจะขยายตัวเพิ่มขึ้นเพื่อคุ้มครองผู้เสียหายจากการใช้อำนาจหรือการดำเนินกิจการของรัฐในกรณีที่ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ ทั้งนี้ เพื่อความเป็นธรรมแห่งกรณีรวมตลอดถึงบทบาทที่สำคัญของศาลปกครองในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนภายใต้กรอบของกฎหมายและหลักนิติธรรม

ดัชนีค้นคำ

หลักกฎหมายทั่วไป	334
หลักความเสมอภาคของบุคคลในการรับภาระของรัฐ	333, 334, 336, 337, 338, 339, 340, 341
ความรับผิดชอบของรัฐ	334, 337, 338, 340, 343, 344, 345, 346
ความรับผิดโดยปราศจากความผิด	326, 332, 334, 340, 346
ความรับผิดอย่างอื่น	325, 326, 327, 329, 330, 332, 339, 341, 343, 344, 346

บรรณานุกรม

- Bertrand SEILLER, 2014. Droit administratif 2. L'action administrative, 5^e éd., Champs université, Paris:Flammarion
- CHAPUS René, 2001. Droit administratif général, t.1, Domat droit public, 15^e éd., Paris:Montchrestien
- Yves Gaudemet, 2001. Traité de Droit administratif t.1, Droit administratif général, 16^e éd., Paris:L.G.D.J.
- Long, Weil & Braibant. 1978. Les grands arrêts de la jurisprudence administrative. 7^e éd., Paris:Sirey.
- Long, Weil, Braibant, Delvolvé & Genevois. 2013. Les grands arrêts de la jurisprudence administrative. 19^e éd., Paris:Dalloz.
- Jean Rivero. 1980. Droit administratif. 9^e éd., Paris:Dalloz.
- Jean Rivero & Jean Waline. 2004. Droit administratif. 20^e éd.,... Paris:Dalloz.
- Gilles PELLISSIER, 1996. Le principe d'égalité en droit public, Paris:L.G.D.J..
- Marie-Christine Rouault, 2018. Droit administratif et institutions administratives, 15^e éd., Bruxelles: Bruylant

ภาคผนวก

รายนามคณะผู้ศึกษา
โครงการศึกษา “บรรทัดฐานสำคัญในคดีรัฐธรรมนูญ”

1. ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ
ที่ปรึกษาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ
2. ดร.ฤทัย หงส์สิริ
ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด
3. นายบุญเสริม นาคสาร
ตุลาการศาลปกครองสูงสุด
4. ศาสตราจารย์ ดร.ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช
ผู้เชี่ยวชาญประจำตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ
5. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย
อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
6. ดร.สุรสิทธิ์ แสงวีโรจนพัฒน์
ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์
7. ดร.ปาพจน์ บุปผาวัลย์
สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
8. นายปรัชญา เจียสกุล
สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
9. ดร.นันทชัย ชัยวัฒน์
สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

รายนามคณะกรรมการผู้สนับสนุนภารกิจ ทางวิชาการของศาลรัฐธรรมนูญ

- | | |
|--|---------------|
| 1. ท่านนครินทร์ เมฆไตรรัตน์
ประธานศาลรัฐธรรมนูญ | ที่ปรึกษา |
| 2. ท่านปัญญา อุดชาชน
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ | ที่ปรึกษา |
| 3. ท่านอุดม รัฐอมฤต
ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ | ที่ปรึกษา |
| 4. ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ
ที่ปรึกษาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ | ประธานกรรมการ |
| 5. ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ
ผู้เชี่ยวชาญประจำตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ | กรรมการ |
| 6. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.โสภณ เจริญ
ที่ปรึกษาตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ | กรรมการ |
| 7. ศาสตราจารย์ ดร.ประสิทธิ์ ปิวาวัฒนพานิช
ผู้เชี่ยวชาญประจำตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ | กรรมการ |
| 8. นายสมผล ตระกูลรุ่ง
ผู้เชี่ยวชาญประจำตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ | กรรมการ |
| 9. นายวรเดช วีระเวคิน
ผู้เชี่ยวชาญประจำตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ | กรรมการ |
| 10. นางภรณ์ สีนุตพงษ์
ผู้เชี่ยวชาญประจำตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ | กรรมการ |
| 11. นายสัตยะพล สัจจเดชะ
ผู้เชี่ยวชาญประจำตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ | กรรมการ |
| 12. นายสุทธิรักษ์ ทรงศิริไล
เลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ | กรรมการ |

- | | | |
|-----|--|---------------------|
| 13. | นางวิภาวรรณ หะวานนท์
ผู้เชี่ยวชาญด้านบริหาร รักษาราชการแทน
รองเลขาธิการสำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ | กรรมการและเลขานุการ |
| 14. | นางสาวทักษณกร ลิขะไชย
ผู้อำนวยการสถาบันรัฐธรรมนูญศึกษา | ผู้ช่วยเลขานุการ |
| 15. | นายณเรศ บัวเกษ
ผู้อำนวยการกลุ่มงานวิจัย
และพัฒนากฎหมายรัฐธรรมนูญ | ผู้ช่วยเลขานุการ |
| 16. | นายเจนวิวัฒน์ ต້องประสงค์
นักวิชาการศาลรัฐธรรมนูญชำนาญการ | ผู้ช่วยเลขานุการ |
| 17. | นางสาวรัฐญ์วรัตน์ โพธิ์ชัย
นักวิชาการศาลรัฐธรรมนูญชำนาญการ | ผู้ช่วยเลขานุการ |
| 18. | นางสาวจิตราภรณ์ โสตฤกุล
นักวิชาการศาลรัฐธรรมนูญปฏิบัติการ | ผู้ช่วยเลขานุการ |
| 19. | นายธนกร สุขหอม
นักวิชาการศาลรัฐธรรมนูญปฏิบัติการ | ผู้ช่วยเลขานุการ |



สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ศูนย์ราชการเฉลิมพระเกียรติ 80 พรรษา 5 ธันวาคม 2550
อาคารราชบุรีดิเรกฤทธิ์ 120 หมู่ 3 ถนนแจ้งวัฒนะ
แขวงทุ่งสองห้อง เขตหลักสี่ กรุงเทพมหานคร 10210



โทรศัพท์ : 0-2141-7777 สายด่วน : 1201



www.constitutionalcourt.or.th



สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ



สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

