



www.krisdika.go.th



กฤษฎีกาสาร

ปีที่ ๙ ฉบับที่ ๔ เดือนเมษายน - พฤษภาคม ๒๕๕๗

- เครื่องข่ายอินเทอร์เน็ต**ความเร็วสูง 5G**
- “**กริดเล็ก ๆ น้อย ๆ** ในการร่างกฎหมาย”
- **แนวทางการพิจารณาการเป็นหนังสือสัญญา**
ตามมาตรา ๑๙๐





ประมวลภาพกิจกรรม



นายโกมล จิรัชยสุทธิกุล กรรมการร่างกฎหมายประจำ เป็นประธานในพิธีเปิดการสัมมนาบุคลากรเพื่อปฏิบัติราชการตามกฎหมายปกครองของหน่วยงานของรัฐที่เป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จัดโดยสำนักกฎหมายปกครอง เมื่อวันที่พฤหัสบดีที่ ๒๗ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๗ ณ โรงแรมเชียงคน ริเวอร์ เมาทเท่น อำเภอเชียงคน จังหวัดเลย การสัมมนา จัดขึ้นระหว่างวันที่ ๒๗ - ๒๘ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๗ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ตลอดจนเป็นการรับฟังปัญหาและอุปสรรคของการปฏิบัติตามกฎหมายนี้ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ทั้งนี้มีการเปิดโอกาสให้ผู้เข้าร่วมสัมมนาได้แลกเปลี่ยนความคิดเห็นเกี่ยวกับประเด็นปัญหาพร้อมข้อเสนอแนะ และกำหนดแนวทางพื้นฐานในการปฏิบัติราชการให้สอดคล้องกับกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่

บทบรรณาธิการ

ในยุคการสื่อสารไร้พรมแดนเช่นปัจจุบัน การพกสมาร์ทโฟนเพียงเครื่องเดียวก็ช่วยให้การดำเนินชีวิตของเราง่ายขึ้น สะดวกสบายขึ้น เพราะสามารถเป็นได้ทั้งโทรศัพท์เคลื่อนที่ คอมพิวเตอร์พกพา เลขาส่วนตัว รวมทั้งเครื่องให้ความบันเทิงต่าง ๆ มากมาย การใช้สมาร์ทโฟนดังกล่าวต้องพึ่งพาระบบอินเทอร์เน็ตความเร็วสูง ที่ประเทศไทยใช้อยู่ในปัจจุบันคือระบบ 3G ซึ่งเริ่มไม่เพียงพอแก่ความต้องการ และมีแผนจะเปิดประมูลเครือข่ายอินเทอร์เน็ตความเร็วสูงระบบ 4G ในปลายปีนี้ แต่ก็ยังล่าช้ากว่าประเทศเกาหลีใต้เจ้าของสมาร์ทโฟนสุดฮิต ซึ่งมีแผนจะประกาศใช้ระบบ 5G ภายในปี 2020 อยากรบว่า 5G คืออะไร ดีกว่า 4G และ 3G อย่างไร ติดตามได้ในเทคโนโลยีสารสนเทศ

เนื้อหาด้านกฎหมายในฉบับนี้ขอบอกว่าเข้มข้นเป็นอย่างยิ่ง เริ่มจากเรื่องที่เคยเป็นประเด็นที่สาธารณชนให้ความสนใจเป็นอย่างมาก คือ การทำหนังสือสัญญาหรือความตกลงระหว่างประเทศ เรื่องใดบ้างที่ครบองค์ประกอบและถือเป็นหนังสือสัญญาตามมาตรา ๑๙๐ ของรัฐธรรมนูญฯ ซึ่งฝ่ายบริหารจะต้องเสนอขอความเห็นชอบจากรัฐสภา โดยผู้อำนวยการสำนักกฎหมายต่างประเทศ ได้กรุณาอธิบายแจ่มแจ้งไว้อย่างครบถ้วนเข้าใจง่าย ติดตามได้ในสัปดาห์พิเศษ และเรื่องที่หลายท่านติดตามอ่านอย่างสนใจกันเป็นจำนวนมากคือ “นิติรัฐ-นิติธรรม” ๓ ฉบับนี้นำเสนอตอนจบในประเด็นที่น่าสนใจเป็นอย่างยิ่งคือ บทบาทและความชอบด้วยกฎหมายของตุลาการ เรื่องน่ารู้เสนอเรื่อง การให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรในชั้นส่วนพันธุกรรมของมนุษย์ ซึ่งมีกรณีเกิดขึ้นในประเทศออสเตรเลีย และนับเป็นครั้งแรกที่มีการวินิจฉัยให้ชั้นส่วนพันธุกรรมสามารถรับความคุ้มครองสิทธิบัตรได้ สำหรับนักร่างกฎหมายมีเกร็ดเล็ก ๆ น้อย ๆ ในการร่างกฎหมายมาฝากจากนักเขียนเจ้าประจำของกฤษฎีกาสาร กรรมการร่างกฎหมายประจำ นายปกรณ์ นิลประพันธ์ ได้อธิบายถึงความแตกต่างระหว่าง “Form” กับ “Style” ในการร่างกฎหมาย และบทความที่น่าสนใจเสนอความเห็นแตกต่างของการใช้คำว่า “กับ” และ “แก่” ปิดท้ายด้วยกฎหมายใหม่ที่นำเสนอใจเสนอ กฎกระทรวงการวางหลักทรัพย์ จำนวนหรือมูลค่าของหลักทรัพย์และอัตราค่าใช้จ่ายเบื้องต้นสำหรับคดีใช้ค่าเสียหายที่เกิดจากการขนส่ง พ.ศ. ๒๕๕๗

บรรณาธิการ

บทความ ข้อความ หรือความเห็นใด ๆ ที่ปรากฏในกฤษฎีกาสาร เป็นความเห็นส่วนตัวของผู้เขียน ซึ่งสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและกองบรรณาธิการไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

สารบัญ

๒ เทคโนโลยีสารสนเทศ

เครือข่ายอินเทอร์เน็ตความเร็วสูง 5G

๔ เรื่องน่ารู้

การคุ้มครองสิทธิบัตรในชั้นส่วนพันธุกรรมของมนุษย์ จากคำวินิจฉัยของศาลในประเทศออสเตรเลีย

๘ กรณีการร่างกฎหมาย

- “เกร็ดเล็ก ๆ น้อย ๆ ในการร่างกฎหมาย”
- การใช้คำว่า “กับ” และ “แก่”

๑๑ สก๊อปพิเศษ

แนวทางการพิจารณาการเป็นหนังสือสัญญา ตามมาตรา ๑๙๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

๑๖ เรื่องน่ารู้

- นิติรัฐ - นิติธรรม: มีความแตกต่างกันระหว่างสองแนวความคิดนี้หรือไม่? (ต่อจากฉบับที่แล้ว)

๒๓ ความเห็นทางกฎหมาย

- สรุปความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่น่าสนใจ

๒๘ กฎหมายใหม่ที่น่าสนใจ

- กฎกระทรวงการวางหลักทรัพย์ จำนวนหรือมูลค่าของหลักทรัพย์ และอัตราค่าใช้จ่ายเบื้องต้นสำหรับคดีใช้ค่าเสียหายที่เกิดจากการขนส่ง พ.ศ. ๒๕๕๗

คณะผู้จัดทำ

ที่ปรึกษา

นายชูเกียรติ รัตนชัยชาล

เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

นายธรรมนิตย์ สุมนต์กุล นายนิพนธ์ ฐะกิมิ

นายดิศทัต โทตระกิตย์ นายอภิมุข สุขประสิทธิ์

รองเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

และกรรมการร่างกฎหมายประจำทุกท่าน

บรรณาธิการ

นางสิรินันท์ ปานเสมศรี

กองบรรณาธิการ

นางกรรณกนก ช่างกลึงเหมาะ นายนพดล เกร็ฤกษ์ นายเชวง ไทยยิ่ง

นางณัฐนันท์ อัสวเลิศศักดิ์ นางพงษ์สวาท ภายอรุณสุทธิ์

นางสาววันดี สุชาติกุลวิทย์

ผู้ช่วยบรรณาธิการ

นางสาวพรเพ็ญ คำบุญวัฒน์ นางสาวรัชณี สังข์ทองงาม

นางเกสินี แสงสุวรรณ นางชุติมา ใหญ่น้อย

จัดทำโดย

ส่วนช่วยอำนาจการและประชาสัมพันธ์ สำนักงานเลขาธิการ

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

เลขที่ ๑ ถนนพระอาทิตย์ เขตพระนคร กรุงเทพฯ ๑๐๒๐๐

โทรศัพท์ ๐-๒๒๒๒-๐๒๐๖-๙ ต่อ ๑๒๐๕, ๑๖๔๐

โทรสาร ๐-๒๒๒๐-๗๖๓๙

www.krisdika.go.th, www.lawreform.go.th

เครือข่ายอินเทอร์เน็ต ความเร็วสูง 5G



ส่วนสารสนเทศ สำนักงานเลขาธิการ

ขณะที่ประเทศไทยเตรียมเปิดประมูลเครือข่ายอินเทอร์เน็ตความเร็วสูง 4G ช่วงเดือนกันยายนปีนี้ รัฐบาลเกาหลีใต้ประกาศแผน 5G โดยจะทุ่มงบประมาณ ๑๕,๗๐๐ ล้านบาท ในการวิจัย และพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานของเทคโนโลยี ตามแผนนี้ระบบเครือข่าย 5G ของเกาหลีใต้จะมีอัตราการรับส่งข้อมูลเร็วกว่าเครือข่าย 4G ถึง ๑,๐๐๐ เท่า ทำให้ผู้ใช้บริการสามารถส่งไฟล์ข้อมูลขนาดใหญ่ได้อย่างง่ายดาย สามารถดาวน์โหลดภาพยนตร์ความคมชัดสูง หรือ High definition (HD) ได้ภายใน ๑ วินาที เปิดให้บริการ

วิดีโอคอลล์ แบบ HD และภาพยนตร์สามมิติได้อย่างราบรื่น โดยได้มีการวางแผนทดสอบเครือข่ายอินเทอร์เน็ต 5G และคาดว่าจะมีการเปิดตัวให้ใช้ได้ในปี ค.ศ. ๒๐๒๐ สำหรับการพัฒนาระบบเครือข่าย 5G ในเกาหลีใต้ยังช่วยสร้างงานให้ชาวเกาหลีใต้ได้ ๕๗๐,๐๐๐ ตำแหน่ง และสร้างตลาดธุรกิจมูลค่ากว่า ๑๕ ล้านล้านบาท และตลาดผู้บริโภคอีก ๓ ล้านล้านบาท อย่างไรก็ตามก็ยังมีคนบางส่วนกังวลถึงความปลอดภัยของข้อมูลในการเดินทางพัฒนาระบบ 5G เนื่องจากเมื่อมีผู้ใช้งานมากขึ้น ก็มีโอกาสที่ข้อมูลส่วนบุคคลจะรั่วไหลได้มากขึ้นเช่นเดียวกัน

ก่อนที่จะพูดถึงเทคโนโลยีระบบ 5G ต้องขอย้อนไปถึงระบบก่อนหน้านี้คือ ระบบ 3G และ 4G

เทคโนโลยี 3G เป็นเครือข่ายที่สามารถรับส่งข้อมูลด้วยความเร็วสูง ทำให้การติดต่อสื่อสารเป็นไปได้อย่างรวดเร็ว และมีรูปแบบใหม่ๆ มากขึ้น ประกอบกับอุปกรณ์สื่อสารไร้สายในระบบ 3G สามารถให้บริการระบบเสียง และแอปพลิเคชันรูปแบบใหม่ เช่น จอแสดงภาพสี เครื่องเล่น mp3 เครื่องเล่น





วิดีโอ การดาวน์โหลดเกม แสดงภาพกราฟิก และการแสดงแผนที่ต่าง ๆ ทำให้การสื่อสารเป็นแบบอินเทอร์เน็ตที่สร้างความสนุกสนาน และสมจริงมากขึ้น 3G ช่วยให้ชีวิตประจำวันสะดวกสบายและคล่องตัวขึ้น โดยโทรศัพท์เคลื่อนที่เปรียบเสมือนคอมพิวเตอร์แบบพกพา วิทยุส่วนตัว และแม้แต่กล้องถ่ายรูป ผู้ใช้สามารถเช็คข้อมูลใน account ส่วนตัวเพื่อใช้บริการต่าง ๆ ผ่านโทรศัพท์เคลื่อนที่ เช่น self-care (ตรวจสอบค่าใช้จ่าย) แก้ไขข้อมูลส่วนตัว และใช้บริการข้อมูลต่าง ๆ เช่น ข่าวกะเทาะติดสถานการณ์ ข่าวกันตึง ข้อมูลด้านการเงิน ข้อมูลด้านการท่องเที่ยว และตารางนัดหมายส่วนตัว

เทคโนโลยี 4G เป็นเครือข่ายความเร็วสูงพิเศษ เป็นเส้นทางด่วนสำหรับข้อมูลที่ไม่ต้องอาศัยการลากสายเคเบิล สามารถใช้งานแบบไร้สาย รวมถึงคุณสมบัติการเชื่อมต่อเสมือนจริงในรูปแบบสามมิติระหว่างผู้ใช้โทรศัพท์ด้วยกันเอง 4G จะสามารถส่งผ่านข้อมูลแบบไร้สายด้วยระดับความเร็วสูงที่เพิ่มขึ้นถึง ๑๐๐ เมกะไบต์ต่อวินาที สามารถให้บริการรับชมรายการโทรทัศน์ผ่านมือถือได้ หรือจะโหลดหนังมาชมบนโทรศัพท์มือถือ 4G ถูกรอกออกมาเพื่อการใช้งานบนเครือข่ายที่กินพื้นที่กว้าง หรือจะทำเป็นเครือข่ายขนาดเล็ก ๆ แบบ WLAN ก็ได้ และราคาถูกเพราะมี channel bandwidth ที่ยืดหยุ่น

เทคโนโลยี 5G คืออะไร ศาสตราจารย์ราฮิม ทาฟาซอลลี หัวหน้าศูนย์วิจัยระบบการสื่อสารโทรคมนาคมจากมหาวิทยาลัยเซอร์รีย์ เปิดเผยว่า การเติบโตของแอปพลิเคชันใหม่ที่ใช้งานบนเครือข่ายพัฒนาไปอย่างรวดเร็วมาก ยังมี

มือถือมากขึ้นก็หมายความว่าความต้องการเข้าอินเทอร์เน็ตก็ย่อมสูงขึ้นตามไปด้วย ทำให้อัตรา Data Traffic เติบโตอย่างไม่เคยมีมาก่อน ดังนั้นเหตุผลสำคัญที่ทำให้ต้องเร่งพัฒนาเทคโนโลยี 5G ให้ก้าวหน้ายิ่งขึ้นก็เพื่อให้ใช้คลื่นวิทยุที่มีอยู่จำกัดให้เกิดประโยชน์สูงสุด หลักการ 5G = (พื้นที่จริง + ของจริง + สถานการณ์จริง) + (หลักการทางทฤษฎี + ระเบียบเกณฑ์)

เทคโนโลยี 5G เป็นระบบการสื่อสารไร้สายในยุคต่อไป ถัดจากระบบ 4G ในปัจจุบัน ระบบ 5G ยังไม่มีการกำหนดมาตรฐานอย่างเป็นทางการ เนื่องจากยังอยู่ในช่วงการพัฒนา ยังไม่มีกำหนดชัดเจนในเรื่องรูปแบบและกำหนดการที่จะนำออกมาใช้จริง

เทคโนโลยีระบบเครือข่าย 5G นั้นจะประกอบไปด้วย สัญญาณวิทยุหลายระบบมาเชื่อมโยงกันเพื่อให้เกิดเครือข่ายสังคม เรียกว่าการใช้ RATs (Radio Access Technology) เป็นเทคโนโลยีใหม่ใช้งานเฉพาะด้านเท่านั้น แต่ก็ยังคงใช้ระบบ WIFI, 4G (LTE) และ 3G (HSPA) ได้ เพียงแต่ยังต้องพัฒนาระบบทั้งสามนี้ให้ดีขึ้นกว่าเดิม โดยประยุกต์ให้เข้ากับเทคโนโลยีใหม่

การก้าวสู่เทคโนโลยี 5G ในปี ๒๐๒๐ จะมีประโยชน์อย่างมากมาย แต่ในทางกลับกันก็จะมีโทษตามมาเช่นเดียวกัน หากใช้ไปในทางที่เป็นโทษต่อผู้อื่นและสังคม 🍌

- ที่มา : <http://www.thaigoodview.com/library/contest2553/type1/tech03/26/socialnetwork.html>
<http://th.wikipedia.org/wiki/บริการเครือข่ายสังคม>
<http://www.km.mut.ac.th/attachments/1336039859/คุณธรรมและจริยธรรมในการใช้สังคมออนไลน์.pdf>
<http://www.thaigoodview.com/library/contest2553/type1/tech03/26/sort.html>
<http://www.thaigoodview.com/library/contest2553/type1/tech03/26/benefit.html>



การคุ้มครองสิทธิบัตร ในชิ้นส่วนพันธุกรรมของมนุษย์ จากคำวินิจฉัยของศาลในประเทศออสเตรเลีย

นายเอกรินทร์ วิริโย*

๑. บทนำ

ประเด็นทางด้านทรัพย์สินทางปัญญาที่ได้รับความสนใจเป็นอย่างมากขณะนี้ทั้งจากนักวิจัย แพทย์ นักชีววิทยา นักวิชาการด้านกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญา ตลอดจนสาธารณชนทั่วโลก จะเป็นเรื่องการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรในชิ้นส่วนพันธุกรรมของมนุษย์และชิ้นส่วนชีวภาพอื่น ๆ ของมนุษย์ (human genetic and other biological materials) เนื่องจากเมื่อไม่นานมานี้ ได้มีคดีของบริษัทเทคโนโลยีพันธุกรรมขนาดใหญ่ระดับโลกชื่อว่า “Myriad Genetics Inc” (บริษัท Myriad Genetics Inc) เกิดขึ้นในหลายประเทศ ไม่ว่าจะเป็นสหรัฐอเมริกา แคนาดา และออสเตรเลีย โดยคดีนี้มีประเด็นเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิบัตรในชิ้นส่วนทางพันธุกรรมของมนุษย์ ซึ่งชิ้นส่วนพันธุกรรมนี้จะเป็นตัวชี้ให้เห็นถึงความเสี่ยงของการที่จะเป็นมะเร็งเต้านมและมะเร็งรังไข่ และเมื่อปี พ.ศ. ๒๕๕๖ ศาลกลางในระดับสหพันธรัฐของออสเตรเลีย (Federal Court of Australia) ได้มีคำวินิจฉัยในคดีดังกล่าวแล้ว จึงเป็นประโยชน์ที่จะสรุปคำวินิจฉัยของศาลในคดีดังกล่าวพร้อมกับกล่าวถึงหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อเป็น

แนวทางสำหรับการดำเนินคดีในลักษณะเดียวกันที่อาจจะเกิดขึ้นในประเทศอื่น ๆ รวมทั้งประเทศไทยต่อไป

๒. การคุ้มครองสิทธิบัตรในประเทศออสเตรเลีย

กฎหมายคุ้มครองสิทธิบัตรของประเทศออสเตรเลียที่มีผลใช้บังคับในปัจจุบัน คือ พระราชบัญญัติสิทธิบัตร ค.ศ. ๑๙๙๐ (Patent Act 1990) โดยพระราชบัญญัติสิทธิบัตรฯ ได้กำหนดให้ความคุ้มครองสิทธิบัตร ๒ ประเภท คือ (๑) สิทธิบัตรมาตรฐาน (standard patent) ซึ่งได้แก่ การประดิษฐ์และกรรมวิธีการผลิต และ (๒) สิทธิบัตรนวัตกรรม (innovation patent) ซึ่งมีลักษณะคล้ายกับอนุสิทธิบัตร สำหรับสิทธิบัตรมาตรฐานนั้น มาตรา ๑๘ แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตรฯ กำหนดให้การประดิษฐ์ที่จะได้รับความคุ้มครองสิทธิบัตรจะต้อง (๑) มีลักษณะเป็นการประดิษฐ์ในทางอุตสาหกรรม (manner of manufacture) ในความหมายของ Statute of Monopolies (๒) เป็นการประดิษฐ์ใหม่ (๓) มีขั้นการประดิษฐ์ที่สูงขึ้น (๔) มีประโยชน์ และ (๕) ไม่เคยมีการเปิดเผยข้อมูลมาก่อน

* นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการ ฝ่ายพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (ผู้เขียนขอขอบพระคุณ Professor Dianne Nicol, Faculty of Law, University of Tasmania ที่กรุณาให้ข้อมูลทางวิชาการเกี่ยวกับคดีที่เกิดขึ้นในประเทศออสเตรเลีย)

ข้อพิพาทเรื่องการให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรในชิ้นส่วนพันธุกรรมของมนุษย์มีประเด็นสำคัญที่จะต้องพิจารณาว่ามีลักษณะเป็นการประดิษฐ์ในทางอุตสาหกรรม (manner of manufacture) ในความหมายของ Statute of Monopolies หรือไม่

๓. คดีในประเทศออสเตรเลีย

๓.๑ ข้อเท็จจริง

ในคดี Cancer Voices Australia v Myriad Genetics Inc^๑ ศาลกลางในระดับสหพันธรัฐของออสเตรเลีย (Federal Court of Australia) ได้มีคำวินิจฉัยว่า ชิ้นส่วนพันธุกรรมและชิ้นส่วนชีวภาพอื่น ๆ ของมนุษย์ที่มีการแยกออกมาจากร่างกายมนุษย์ (isolated genes and other biological material) เป็นสิ่งที่ได้รับความคุ้มครองสิทธิบัตร นอกจากนี้ ศาลได้วินิจฉัยว่า การที่จะได้รับความคุ้มครองสิทธิบัตรนั้น ไม่จำเป็นว่าชิ้นส่วนพันธุกรรมและชิ้นส่วนชีวภาพดังกล่าวจะต้องมีการเปลี่ยนแปลงทางเคมีหรือทางกายภาพในกระบวนการของการแยกออกมา โดยคดีนี้นับว่าเป็นครั้งแรกที่มีการวินิจฉัยให้ชิ้นส่วนพันธุกรรมสามารถได้รับความคุ้มครองสิทธิบัตรได้

คดี Myriad Genetics เกี่ยวข้องกับสิทธิบัตรหมายเลข ๖๘๖,๐๐๔ ซึ่งเป็นของบริษัท Myriad Genetics Inc โดยบริษัท Myriad Genetics Inc ได้อนุญาตให้บริษัท Genetic Technologies Ltd เป็นผู้ใช้สิทธิตามสิทธิบัตรดังกล่าวในประเทศออสเตรเลีย บริษัท Myriad Genetics Inc ได้ทำการศึกษาและค้นพบตำแหน่งที่ชัดเจนและลำดับพันธุกรรมของชิ้นส่วนพันธุกรรม “BRCA1” และ “BRCA2” ซึ่งการ

เปลี่ยนแปลงของชิ้นส่วนพันธุกรรมดังกล่าวจะทำให้เกิดความเสียหายในการเป็นมะเร็งรังไข่และมะเร็งเต้านม และบริษัท Myriad Genetics Inc ได้ทำการแยกชิ้นส่วนพันธุกรรมดังกล่าวออกมาจากองค์ประกอบของเซลล์อื่น ๆ และร่างกายมนุษย์ได้สำเร็จ เพื่อนำมาตรวจหาการเปลี่ยนแปลงที่จะก่อให้เกิดมะเร็งรังไข่และมะเร็งเต้านม นอกจากนั้น บริษัท Myriad Genetics Inc ได้ขอจดสิทธิบัตรในชิ้นส่วนพันธุกรรมดังกล่าวและได้รับการจดสิทธิบัตรในหลายประเทศ รวมทั้งประเทศออสเตรเลีย จึงทำให้บริษัท Myriad Genetics Inc มีสิทธิแต่เพียงผู้เดียวที่จะสามารถแยกชิ้นส่วนพันธุกรรม “BRCA1” และ “BRCA2” ออกมาจากองค์ประกอบของเซลล์อื่น ๆ และร่างกายมนุษย์ เพื่อนำมาตรวจหามะเร็งได้^๒ ดังนั้นโรงพยาบาล คณะแพทยศาสตร์ และสถาบันการแพทย์อื่น ๆ ไม่สามารถที่จะตรวจหามะเร็งโดยใช้ชิ้นส่วนพันธุกรรม “BRCA1” และ “BRCA2” ได้ และในการนี้จึงทำให้ผู้ป่วยมะเร็งและองค์กรสิทธิมนุษยชนมีความกังวลว่าการผูกขาดในการใช้ประโยชน์จากชิ้นส่วนพันธุกรรมดังกล่าวจะทำให้ผู้ป่วยที่มีรายได้น้อยไม่สามารถเข้าถึงการตรวจหามะเร็งโดยใช้ชิ้นส่วนพันธุกรรมดังกล่าวได้ จึงทำให้มีการขอเพิกถอนสิทธิบัตรดังกล่าว

๓.๒ หลักกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

ตามที่กล่าวมาข้างต้น การประดิษฐ์ที่จะได้รับความคุ้มครองสิทธิบัตรในประเทศออสเตรเลียจะต้องมีลักษณะเป็นการประดิษฐ์ในทางอุตสาหกรรม (manner of manufacture) ในความหมายของ Statute of Monopolies ตามมาตรา ๑๘ (๑) (a) แห่งพระราชบัญญัติสิทธิบัตรฯ^๓ ซึ่งตามคำวินิจฉัยของศาลในคดี

^๑ [2013] FCA 65 (15 February 2013)

^๒ Stephanie Constand, Patently a Problem? Recent Developments in Human Genes Patenting and their Wider Ethical and Practical Implication, Queensland University of Technology Law Review, Vol.13, No.1, 2013, page 114

^๓ section 18 (1) Subject to subsection (2), an invention is a patentable invention for the purposes of a standard patent if the invention, so far as claimed in any claim:

(a) is a manner of manufacture within the meaning of section 6 of the Statute of Monopolies; and

Etc.

Etc.

National Research Development Corporation v Commissioner of Patents^๔ การประดิษฐ์ที่มี “ลักษณะเป็นการประดิษฐ์ในทางอุตสาหกรรม” นั้น จะต้องมียุทธศาสตร์ประกอบ ๒ ประการ คือ (๑) จะต้องเป็นสิ่งที่มีการประดิษฐ์ขึ้นมา (artificially created state of affairs) และ (๒) ด้วยความพยายามที่จะหวังผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจ (in a field of economic endeavour)

(๑) จะต้องเป็นสิ่งที่มีการประดิษฐ์ขึ้นมา

การที่จะเข้าองค์ประกอบแรกว่า “จะต้องเป็นสิ่งที่มีการประดิษฐ์ขึ้นมา” นั้น ขึ้นส่วนพันธุกรรมที่จะได้รับความคุ้มครองสิทธิบัตรจะต้องมีรูปแบบแตกต่างจากชิ้นส่วนที่มีอยู่แล้วตามธรรมชาติ เช่น ในกรณีของพันธุกรรม สำนักงานสิทธิบัตรได้ยอมรับว่า ชิ้นส่วนพันธุกรรมที่มีการแยกออกมาหรือทำให้บริสุทธิ์เป็นสิ่งที่สามารถขอรับสิทธิบัตรได้ เนื่องจากการกระทำที่เป็นการแยกออกมาหรือการทำให้บริสุทธิ์เข้าองค์ประกอบว่า “จะต้องเป็นสิ่งที่มีการประดิษฐ์ขึ้นมา” ซึ่งเหตุผลพื้นฐาน คือ ชิ้นส่วนพันธุกรรมที่มีการแยกออกมาหรือทำให้บริสุทธิ์นั้นเป็นสิ่งที่แตกต่างไปจากรูปแบบที่มีอยู่แต่เดิมตามธรรมชาติ ไม่ว่าจะเป็นส่วนหนึ่งของเซลล์ (cell) หรือสิ่งมีชีวิต (organism)^๕

(๒) ด้วยความพยายามที่จะหวังผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจ

สำหรับองค์ประกอบประการต่อมาว่า จะต้องเป็นการประดิษฐ์ขึ้นมา “ด้วยความพยายามที่จะหวังผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจ” นั้น สำนักงานสิทธิบัตรมีแนวทางการพิจารณาว่า ชิ้นส่วนพันธุกรรมที่จะขอรับความคุ้มครองสิทธิบัตรจะต้องทำหน้าที่บางอย่าง

(putative function) หรือสามารถนำไปใช้ประโยชน์เพื่อวัตถุประสงค์อย่างใดอย่างหนึ่งได้ เช่น การนำมาใช้เป็นกรรมวิธีในการรักษาโรคหรือการวินิจฉัยโรค ดังนั้น ลำพังเพียงการนำมาใช้เป็นเครื่องมือในการอ่านลำดับดีเอ็นเอ (expression sequence tags) จึงไม่เพียงพอที่จะถือได้ว่าเป็นการทำหน้าที่บางอย่างหรือสามารถนำไปใช้ประโยชน์

นอกจากนั้น มาตรา ๑๘ (๒) ได้กำหนดห้ามมิให้ ความคุ้มครองสิทธิบัตรแก่ตัวตนมนุษย์และกระบวนการชีวภาพของการกำเนิดเป็นมนุษย์ (human being and the biological processes for their generation) นอกจากนั้น จากคำวินิจฉัยของสำนักงานสิทธิบัตรในคดี Fertilitesentrum AM and Liminis Pty Ltd’s Application^๖ และ Woo-Suk Hwang^๗ บทบัญญัติดังกล่าวนี้รวมถึงการห้ามมิให้ ความคุ้มครองสิทธิบัตรแก่สเต็มเซลล์ที่สามารถกลายเป็นเนื้อเยื่อทุกชนิดในร่างกายและรอกตัวอ่อนได้ (totipotent stem cells) เนื่องจากสเต็มเซลล์ชนิดดังกล่าวสามารถนำมาสร้างมนุษย์ได้ แต่จะไม่รวมถึงสเต็มเซลล์อื่น ๆ ที่ไม่สามารถก่อให้เกิดผลดังกล่าว เช่น สเต็มเซลล์ที่สามารถเปลี่ยนแปลงไปได้หลายชนิด (pluripotent or



^๔ (1959) 102 CLR 252

^๕ Ranks Hovis McDougall Ltd’s Application (1976) AOJP 3915

^๖ [2004] APO 19 (13 July 2004)

^๗ [2004] APO 24 (9 September 2004)

multipotent stem cells) ดังนั้น จากแนวคำวินิจฉัยดังกล่าว มาตรา ๑๘ (๒) จึงไม่ได้ห้ามที่จะให้ความคุ้มครองสิทธิบัตรแก่ชิ้นส่วนพันธุกรรมที่ไม่สามารถนำมาสร้างมนุษย์ได้

๓.๓ คำวินิจฉัย

ในการพิจารณาองค์ประกอบแรกที่กำหนดว่า “จะต้องเป็นสิ่งที่มีการประดิษฐ์ขึ้นมา” นั้น ศาลมีความเห็นว่าสิ่งที่สิ่งใดจะเข้าข่ายองค์ประกอบดังกล่าวนี้จะต้องเป็นผลมาจากการแทรกแซงของมนุษย์ (human intervention) โดยไม่ได้เป็นผลผลิตจากธรรมชาติ (product of nature) หรือเป็นสิ่งที่มียอยู่แล้วตามธรรมชาติ^๘ ซึ่งในกรณีของชิ้นส่วนพันธุกรรมที่มีการแยกออกมา ศาลได้วินิจฉัยว่าชิ้นส่วนพันธุกรรมนี้เป็นสิ่งที่มีการประดิษฐ์ขึ้นมา เนื่องจากได้มีการแยกชิ้นส่วนดังกล่าวออกมาจากสภาพแวดล้อมตามธรรมชาติและแยกออกมาจากองค์ประกอบของเซลล์อื่น ๆ ซึ่งเป็นผลมาจากการแทรกแซงของมนุษย์ที่เข้าไปแยกชิ้นส่วนดังกล่าวออกมา แม้ว่าคุณสมบัติทางกายภาพของชิ้นส่วนนั้นไม่ได้เปลี่ยนแปลงไปก็ตาม^๙

นอกจากนั้น สำหรับองค์ประกอบดังกล่าวที่กำหนดว่า “จะต้องเป็นสิ่งที่มีการประดิษฐ์ขึ้นมา” ศาลได้มีข้อสังเกต ๓ ประการ คือ (๑) การพิจารณาว่าสิ่งใดเป็นสิ่งที่มีการประดิษฐ์ขึ้นมานั้นจะต้องพิจารณาอย่างกว้าง (๒) ชิ้นส่วนพันธุกรรมที่มีการแยกออกมาเป็นผลผลิตมาจากการแทรกแซงของมนุษย์ และ (๓) ควรจะให้การตอบแทนแก่ผู้ที่ได้ใช้ทักษะและความพยายามในการแยกชิ้นส่วนพันธุกรรมออกมาจากสภาพแวดล้อมตามธรรมชาติและองค์ประกอบของเซลล์อื่น ๆ โดยการ

คุ้มครองสิทธิบัตรชิ้นส่วนพันธุกรรมที่มีการแยกออกมาดังกล่าว ซึ่งเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการคุ้มครองสิทธิบัตรเพื่อกระตุ้นให้มีการประดิษฐ์คิดค้นสิ่งต่าง ๆ ต่อไป^{๑๐}

๔. บทสรุป

จากคำวินิจฉัยของศาลประเทศออสเตรเลียในคดี Myriad Genetics ได้มีข้อกังวลค่อนข้างมากเกี่ยวกับการผูกขาดในชิ้นส่วนพันธุกรรมที่อาจส่งผลกระทบต่อผู้ป่วยที่มีรายได้น้อย^{๑๑} และผลกระทบต่อโรงพยาบาลของรัฐที่ไม่อาจแบกรับค่าใช้จ่ายเพื่อให้ผู้ป่วยสามารถเข้าถึงเทคโนโลยีการตรวจหาความเสี่ยงดังกล่าวได้^{๑๒} แต่ในทางกลับกัน หากไม่มีการคุ้มครองสิทธิบัตรชิ้นส่วนพันธุกรรมดังกล่าวที่มีการค้นพบและแยกออกมาได้สำเร็จนั้น ก็จะทำให้บริษัทเทคโนโลยีพันธุกรรมไม่มีแรงจูงใจที่จะคิดค้นและทำการวิจัยต่อไป อีกทั้งยังทำให้บริษัทเทคโนโลยีพันธุกรรมไม่เติบโตในประเทศได้ นอกจากนี้ คณะแพทยศาสตร์และสถาบันการแพทย์หลายแห่งกำลังทำวิจัยในเรื่องนี้และอาจจะสามารถค้นพบชิ้นส่วนพันธุกรรมตัวใหม่และสามารถแยกออกมาได้สำเร็จ แต่หากไม่มีการคุ้มครองสิทธิบัตรแล้ว ก็อาจทำให้คณะแพทยศาสตร์และสถาบันการแพทย์หยุดการวิจัยดังกล่าว เนื่องจากขาดหลักประกันว่าผลการวิจัยของตนจะได้รับการตอบแทน^{๑๓} หรือเก็บข้อมูลที่ค้นพบไว้เป็นความลับเพื่อเลือกที่จะคุ้มครองในลักษณะของความลับทางการค้า อันจะส่งผลกระทบต่อสังคมโดยรวมในท้ายที่สุดเมื่อไม่มีผลการวิจัยทางการแพทย์ใหม่ ๆ ออกมา

^๘ [2013] FCA 65 (15 February 2013) at para 103

^๙ [2013] FCA 65 (15 February 2013) at para 104

^{๑๐} [2013] FCA 65 (15 February 2013) at para 105

^{๑๑} Alexandra Ridley and Dianne Nicol, “Is There Still a Place for Gene Patents in Australia?”, *Journal of Law Medicine*, Vol.19, 2011, page 288

^{๑๒} Matthew Rimmer, *The Empire of Cancer: Gene Patents and Cancer Voices*, *Journal of Law, Information and Science*, Vol.22 No.2, 2013, page 23

^{๑๓} Centre for International Economics, *Economic Analysis of the Impact of Isolated Human Gene Patents*, Final Report, 2013, page 33



“เกร็ดเล็ก ๆ น้อย ๆ ในการร่างกฎหมาย”

นายปกรณ์ นิลประพันธ์*

ผู้เขียนรู้สึกเบื่อหน่ายทุกครั้งที่ได้ยินบรรดาผู้มีหน้าที่หรือชอบทำงานร่างกฎหมายทั้งที่ไม่เคยมีทักษะในการร่างกฎหมายกันเลย พูดถึงคำว่า “แบบกฎหมาย” กันพรั่นพร่ำเพื่อโดยเฉพาะเมื่อมีใครถามขึ้นมาว่าเหตุใดจึงใช้คำนั้นคำนี้ในกฎหมาย และกูรูทั้งหลายตอบแบบกำปั้นทุบดินว่ามันเป็น “แบบกฎหมาย”

เมื่อผู้ซึ่งไม่เชี่ยวชาญถามต่อไปว่าทำไมมันจึงเป็น “แบบ” ท่านผู้เชี่ยวชาญก็จะอธิบายอย่างซิงซังต่อไปว่าคำนี้มีเขียนในกฎหมายนั้นกฎหมายนี้ หรือไม่มีกฎหมายจำนวนมากที่เขียนอย่างนี้หรือใช้ถ้อยคำที่ว่านี้ มันจึงเป็นแบบ ผู้ซึ่งไม่เชี่ยวชาญอยู่แล้วจึงจมอยู่กับความพิศวงงงงวยของวลีกลับในศาสตร์และศิลป์ของการร่างกฎหมายต่อไป และหลายครั้งที่มีการนำไปกล่าวอ้างต่อว่า “ก็มันเป็นแบบ” เพราะผู้เชี่ยวชาญเขาบอกมาว่าอย่างนั้น

เชื่อไหมครับว่าในบางครั้งก็กฎหมายใช้ถ้อยคำในเรื่องทำนองเดียวกันต่างกัน ผู้เชี่ยวชาญบางท่านถึงกับเสนอให้นับจำนวนเลขที่เดียวว่ากฎหมายใช้ถ้อยคำใดมากกว่ากัน แล้วเสนอต่อไปว่าให้ใช้ถ้อยคำที่ปรากฏในกฎหมายจำนวนมากกว่านั้นเป็น “แบบ” ที่นักร่างกฎหมายทุกคนต้องยึดถือต่อไป

ด้วยความเคารพ ผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับคำตอบเช่นนั้นเท่าใดนักเพราะรู้สึกว่าเป็นคำตอบที่ไม่มีเหตุผลเอาเสียเลย ฟังแล้วหงุดหงิด พักหลังนี้รู้สึกว่ามีคนทั่ว ๆ ไปที่หงุดหงิดกับคำตอบทุบดินเช่นนี้มากขึ้นเรื่อย ๆ เขาก็เริ่มไม่เชื่อมั่นในองค์ความรู้ของผู้ตอบและลูกถามมายังสถาบันต้นสังกัดอยู่เนื่อง ๆ ถ้าไม่แก้ไขประเดี๋ยวก็จะไปกันใหญ่ หรือหากใช้ภาษาฝรั่งแบบพัททยา อู่ตะเภา หรืออุดรเมื่อสมัยผู้เขียนยังเป็นละอ้อนอยู่นั้นก็ต้องพูดว่า “Go so big”

โดยส่วนตัว ผู้เขียนได้รับการสั่งสอนว่าคำว่า “แบบ” (Form) นั้นเขาใช้กับ “โครงสร้าง” (Structure) ของร่างกฎหมาย ไม่ใช่กับถ้อยคำสำนวนอันเป็นส่วนเนื้อหา

(Substance) ของกฎหมาย

แบบกฎหมายตามที่ท่านผู้ใหญ่กรุณาอบรมผู้เขียน เช่นแบบคณะกรรมการ หมายความว่า ถ้ากฎหมายวางกลไกให้ใช้ระบบคณะกรรมการแล้ว หมวดคณะกรรมการนี้ควรประกอบด้วยบทบัญญัติใดบ้างที่เป็นโครงสร้าง ซึ่งแน่นอนว่าต้องมีบทบัญญัติให้มีหรือจัดตั้งคณะกรรมการ องค์กรประกอบของคณะกรรมการ เลขานุการของคณะกรรมการ การได้มาและการแต่งตั้งคณะกรรมการ คุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของคณะกรรมการ วาระการดำรงตำแหน่งและการพ้นจากตำแหน่ง องค์กรประชุมและการประชุมคณะกรรมการ การลงมติอำนาจและหน้าที่ของคณะกรรมการ ค่าตอบแทนกรรมการ และคณะอนุกรรมการที่คณะกรรมการแต่งตั้งขึ้น หน่วยธุรการ (Secretariat unit) ของคณะกรรมการ เป็นต้น

สำหรับเนื้อหา (Substance) ของบทบัญญัติแต่ละมาตรานั้น ท่านผู้ใหญ่ไม่เคยสอนผู้เขียนสักทีว่ามีแบบ ท่านสอนผู้เขียนอยู่เสมอมาจนกระทั่งปัจจุบันว่าการใช้ถ้อยคำในกฎหมายนั้นเป็น “ลีลาการเขียน” (Style) ซึ่งขึ้นอยู่กับบริบทหรือเหตุผลของแต่ละมาตราของกฎหมายแต่ละฉบับ ว่าเหตุใดเขาจึงใช้ลีลานั้นในการเขียน จึงต้องไปค้นรายงานการประชุมแต่ละมาตราเพื่อหาเหตุผลว่าทำไมเขาถึงเขียนอย่างนั้นหรือใช้ถ้อยคำนั้นในการเขียนกฎหมายไม่ใช่ นั่งเทียนคิดเองเออเองอย่างไรก็ดี ท่านผู้ใหญ่สอนว่าถ้ากฎหมายที่จะร่างขึ้นใหม่นั้นมีโครงสร้างทำนองเดียวกับกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่เดิม เป็นเรื่องปกติที่ผู้ร่างกฎหมายจะใช้ลีลาการเขียนในทำนองเดียวกันกับกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันเนื่องจากถ้อยคำสำนวนที่ว่านั้นเป็นที่เข้าใจแพร่หลายกันในหมู่ผู้บังคับใช้กฎหมายและผู้มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายอยู่แล้ว จะได้ไม่เกิดปัญหาในทางปฏิบัติ แต่ทั้งนี้ก็ได้เป็นหลักตายตัวว่าถ้ามีโครงสร้างเหมือนกันแล้ว จะต้องใช้ลีลาการเขียนอย่างเดิมเสมอไป

* กรรมการร่างกฎหมายประจำ (นักกฎหมายกฤษฎีกาทรงคุณวุฒิ) สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ๒๕๕๖



ผู้เขียนเป็นเด็กดีที่ไม่ค่อยเชื่อใครง่าย ๆ จึงไปลองศึกษาเกี่ยวกับตำราการร่างกฎหมายของต่างประเทศก็พบว่าตรงกันกับหลักการที่ท่านผู้ใหญ่ได้กรุณาอบรมผู้เขียนมาโดยตลอดว่า Form กับ Style นั้นแตกต่างกันดังกล่าวข้างต้นในเรื่องลีลาการเขียน (Style) หรือการใช้ถ้อยคำสำนวนในการเขียนกฎหมายนั้น ตำราการร่างกฎหมายที่ผู้เขียนยึดถือมาโดยตลอด คือ Legislative Drafting ของ G. C. Thronton อธิบายว่าต้องง่ายต่อความเข้าใจ (Simplicity) โดยควรใช้คำหรือความที่เป็นที่คุ้นเคยกันดีอยู่แล้วเพื่อการสื่อสารที่ตรงกันและง่ายต่อการทำความเข้าใจ (more easily communicated and understood) นอกจากนี้ ควรใช้คำหรือความที่ตรงกับสิ่งที่ผู้ร่างกฎหมายต้องการ (Precision)

ผู้เขียนวิเคราะห์ว่าเหตุที่นักร่างกฎหมายชอบยกขึ้นอ้างบ่อย ๆ ว่าถ้อยคำสำนวนของกฎหมายนี้เป็นแบบ จึงน่าจะมาจากการที่گردานการร่างกฎหมายของเรามีความสับสนระหว่าง Form กับ Style นั้นเอง

ผู้เขียนมีข้อสังเกตเพิ่มเติมด้วยว่านอกจากผู้ร่างกฎหมายต้องแยก Form กับ Style ให้ได้แล้ว อีกเรื่องหนึ่งที่ทำให้สังคมเชื่อมั่นในตัวนักร่างกฎหมายก็คือผู้ร่างกฎหมายต้องมี “ความเข้าใจในสิ่งที่เขียน” ด้วย

เรื่องของผู้เขียนพบบ่อย ๆ ได้แก่ การใช้คำว่า “ทะเบียน” (registration) ในกฎหมาย เชื่อไหมครับว่าผู้เขียนพบนักร่างกฎหมายจำนวนมากที่ไม่สามารถอธิบายความเป็นมาเป็นไป คำบังคับ และผลกระทบของระบบทะเบียนได้ และใช้ชีวิตที่แสนจะมีค่าอย่างวุ่นวายและสิ้นเปลืองไปกับการประกอบคำว่าตกลงจะใช้คำว่า “ตีทะเบียน” “ขึ้นทะเบียน” “ลงทะเบียน” หรือ “จดทะเบียน” กันดี เขาเกรงว่าถ้าตีก็จะเจ็บ จะใช้ขึ้นก็อาจมีคนท้วงว่าทำไมไม่ใช้ลง จะจดทะเบียนก็ต้องใช้มือเขียนแต่เดี๋ยวนี้เขาใช้คอมพิวเตอร์กันแล้ว ฯลฯ ลองคิดดูครับว่าเป็นอย่างนี้แล้วสังคมจะศรัทธาในนักร่างกฎหมายแค่ไหน

จริง ๆ ทะเบียนไม่ใช่เพียง “ถ้อยคำ” ในกฎหมาย แต่เป็น “ระบบ” ที่กฎหมายกำหนดขึ้นเพื่อการควบคุม หรือรับรองความถูกต้องของบางสิ่งบางอย่างโดยในระบบทะเบียนนี้ รัฐจะเป็นผู้รับจดทะเบียนและเป็นผู้รับรองความถูกต้องและครบถ้วนของข้อมูลที่ปรากฏในทะเบียนที่รัฐเก็บไว้และมีนายทะเบียนเป็นผู้ดำเนินการแทนรัฐ

ทะเบียนนั้นมีสองแบบคือ Inscription กับ Transcription แบบแรกเป็นการควบคุมหรือรับรองทรัพย์สินบางชนิด เช่น ที่ดิน อสังหาริมทรัพย์ สงหาริมทรัพย์บางประเภทที่สำคัญและกฎหมายกำหนดให้มีทะเบียนเฉพาะกาล สัตว์

เป็นต้น แบบนี้จะมีการระบุรูปพรรณสัณฐานของตัวทรัพย์สินในสมุดทะเบียนชัดเจน และมีการตีหรือประทับเลขทะเบียนไว้ที่ทรัพย์สินด้วย Inscription นี้มีรากมาจากการจารหรือจารึก (inscribe) ข้อความต่าง ๆ ที่ฐานของอนุสาวรีย์หรือรูปปั้นต่าง ๆ ของประเทศตะวันตก ส่วน Transcription มักใช้กับการควบคุมหรือรับรองความมีอยู่ จำนวน หรือสถานะของบุคคล เช่น Transcript ที่มหาวิทยาลัยออกให้แก่ผู้สำเร็จการศึกษา ทะเบียนบ้านที่ออกให้แก่เจ้าบ้าน บัตรประจำตัวประชาชน ใบขับขี่ เป็นต้น แต่ไม่ว่าจะเป็นทะเบียนแบบใดเมื่อได้จดทะเบียนแล้ว นายทะเบียนจะออกเอกสารคู่ฉบับให้ไว้แก่เจ้าของทรัพย์สินหรือผู้ขอรับการรับรอง แล้วแต่กรณีด้วยเพื่อนำไปใช้อ้างกับบุคคลที่สามว่าตนมีสิทธิในทรัพย์สินหรือเพื่อรับรองสถานะของตน เช่น โฉนดที่ดิน ทะเบียนเรือ ทะเบียนสัตว์พาหนะ transcript ทะเบียนบ้าน บัตรประจำตัวประชาชน ใบขับขี่ เป็นต้น แต่ความถูกต้องของข้อมูลนั้นจะถือว่าข้อมูลที่ปรากฏในสมุดทะเบียนที่รัฐเก็บรักษาไว้เป็นข้อมูลที่ถูกต้องแท้จริง หากมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขรายละเอียดแตกต่างไปจากที่ปรากฏในสมุดทะเบียน เจ้าของทรัพย์สินหรือบุคคลที่เป็นเจ้าของข้อมูลต้องขอให้นายทะเบียนดำเนินการแก้ไขข้อมูลในสมุดทะเบียนด้วย นายทะเบียนจะแก้ไขข้อมูลเองโดยพลการมิได้

เมื่อการใช้ระบบทะเบียนทำให้รัฐต้องรับผิดชอบความถูกต้องครบถ้วนของข้อมูลที่มีการจดทะเบียน จึงต้องมีระบบการตรวจสอบข้อมูลและเอกสารหลักฐานต่าง ๆ โดยละเอียดเพื่อให้ได้ข้อมูลที่ถูกต้องครบถ้วนที่สุด ต้องใช้เจ้าหน้าที่สนับสนุนนายทะเบียน ต้องใช้วัสดุอุปกรณ์ต่าง ๆ ต้องมีขั้นตอนการตรวจสอบข้อมูลหลายขั้นตอน ต้องมีสถานที่จัดเก็บเอกสารหลักฐานต่าง ๆ ประกอบการยื่นคำขอจดทะเบียน ต้องใช้เวลา นานพอสมควรในการดำเนินการ ฯลฯ นี่ยังไม่รวมภาระที่เกิดขึ้นแก่ประชาชนในการดำเนินการเกี่ยวกับระบบทะเบียนนะครับ

ว่ากันตามจริง ผู้เขียนเห็นว่านักร่างกฎหมายควรให้ความสำคัญกับการวิเคราะห์ว่าการควบคุมหรือกำกับการดำเนินกิจกรรมที่เราพิจารณากันอยู่นี้ควรใช้ระบบทะเบียนจริง ๆ หรือไม่ โดยคำนึงถึง Cost-benefit relationship และ Cost-effectiveness relationship ของระบบทะเบียนกับทางเลือกอื่น มากกว่าจะไปวุ่นวายกับการผสมคำว่า “จดทะเบียน” “ขึ้น” “ลง” หรือ “ตี” ทะเบียนกันดี

เห็นหรือยังครับว่า “ความเข้าใจในสิ่งที่เขียน” กับความชัดเจนในเรื่อง Form และ Style การเขียนกฎหมายสำคัญกับความเชื่อมั่นในตัวนักร่างกฎหมายอย่างไร



การใช้คำว่า

“กับ” และ “แก่”

นางสมภาพร นิลประพันธ์*

หลักการใช้คำว่า “กับ” และ “แก่”

ในการร่างกฎหมาย คำที่สร้างปัญหาปวดเศียรเวียนเกล้าให้นักร่างกฎหมายมากที่สุดคงหนีไม่พ้นคำว่า “กับ” “แก่” “แต่” “ต่อ” “และ” “หรือ” เพราะคนไทยส่วนใหญ่มักจะทักท้วงว่าตนเข้าใจไวยากรณ์ไทยดี ดังนั้น เมื่อใดที่มีการรับฟังความคิดเห็นหรือเมื่อมีการพิจารณาร่างกฎหมาย ผู้เข้าร่วมแสดงความคิดเห็นที่ดี ผู้ร่วมพิจารณาร่างกฎหมายที่ดี ไม่ว่าท่านจะเป็นนักกฎหมายหรือบุคคลทั่วไป จึงมักห่มเทก้าลึงสติปัญญาไปในการพิจารณาการใช้คำเหล่านี้ แทนที่จะสนใจหลักการของร่างกฎหมาย ทำเอานักร่างกฎหมายมือใหม่หรือนักกฎหมายที่สั่นหัดแต่ภาษาต่างประเทศเห็งือตกไปตาม ๆ กันเพราะไม่รู้จะตอบอย่างไร

จริงๆ แล้วในการใช้คำว่า “กับ” “แก่” “แต่” “ต่อ” “และ” “หรือ” ในร่างกฎหมายนั้น ผู้เขียนได้รับการถ่ายทอดจากทั้งอดีตผู้บังคับบัญชาและกรรมการร่างกฎหมายว่า โดยที่กรรมการร่างกฎหมายและเจ้าหน้าที่ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกานั้นไม่ได้จบอักษรศาสตร์ การใช้ถ้อยคำต่าง ๆ ในการเขียนกฎหมายและความเห็นทางกฎหมายจึงต้องว่ากันตามตำรา และตำราที่ว่านี้ก็คือ “มูลบทบรรพกิจ วาหนิตินิกร อักษรประโยค สังโยคพิธาน ไวยากรณ์พิจารณัม พิศาลการันต์” แบบสอนหนังสือไทยของพระยาศรีสุนทรโวหาร (น้อย อาจารยางกูร) เมื่อครั้งยังเป็นหลวงสารประเสริฐ ไม่ใช่เขียนไปเรื่อยเปื่อยอย่างที่ใครหลายคนเข้าใจ

สำหรับการใช้คำ “กับ” และ “แก่” ตามมูลบทบรรพกิจฯ มีหลักการใช้ดังนี้

การใช้คำว่า “กับ”

คำว่า “กับ” นั้น พระยาศรีสุนทรโวหารท่านย้ำหนักหนาว่า “ในคำเหล่านี้ที่ว่ามานี้ ต้องใช้ว่า “กับ” “กับ” จะใช้อย่างอื่นไม่ได้เลย คือ” (๑) คนอยู่ด้วยกัน (๒) ไปด้วยกัน (๓) มาด้วยกัน (๔) นั่งนอนด้วยกัน (๕) ทำด้วยกัน (๖) กินด้วยกัน (๗) เล่นด้วยกัน (๘) พุดกัน (๙) เจรจากัน (๑๐) ปกุษากัน (๑๑) คิดอ่านกัน (๑๒) ดูเหมือนกัน (๑๓) คล้ายกัน (๑๔) อย่างเดียวกัน (๑๕) เรื่องเดียวกัน (๑๖) ชอบกัน (๑๗) วิวาพากัน (๑๘) ชกตีกัน (๑๙) รักใคร่กัน (๒๐) สมคบกัน (๒๑) พบปะกัน (๒๒) ร่วมกัน (๒๓) ช่วยกัน (๒๔) พร้อมกัน (๒๕) สร้างด้วยกัน (๒๖) ผูกพันกัน (๒๗) ร้อยด้วยกัน

(๒๘) คู่กัน (๒๙) สำหรับกัน (๓๐) ตรงกัน (๓๑) ต้องกัน (๓๒) ติดเนื่องกัน (๓๓) ตลอดถึงกัน (๓๔) เพื่อนกัน (๓๕) นับถือกัน (๓๖) เป็นไมตรีกัน (๓๗) ชิดกัน (๓๘) ซ้ำกัน (๓๙) โกล้งกัน (๔๐) เคียงกัน (๔๑) ต่อกัน (๔๒) รวมกัน (๔๓) แข่งกัน (๔๔) แย่งชิงกัน (๔๕) สมทบกัน (๔๖) ประจวบกัน (๔๗) โคนกัน (๔๘) คล้องจองกัน (๔๙) ถูกต้องกัน (๕๐) ผสมกัน (๕๑) คละกัน (๕๒) เจือปนกัน (๕๓) บวกเข้าด้วยกัน (๕๔) คราวเดียวกัน (๕๕) เสมอกัน (๕๖) เท่ากัน

การใช้คำว่า “แก่”

ส่วนคำว่า “แก่” นั้น ตามมูลบทบรรพกิจฯ ท่านใช้ในกรณีดังต่อไปนี้เท่านั้น ใช้อย่างอื่นไม่ได้เลย (๑) ให้ (๒) ส่งให้ (๓) ยอมให้ (๔) แจกให้ (๕) บอกให้ (๖) บอกเล่า (๗) เสียเงินให้ (๘) ตัดสินให้ (๙) แบ่งให้ (๑๐) ให้ถ้อยคำ (๑๑) ให้การ (๑๒) มอบไว้ (๑๓) ขายไว้ (๑๔) จำนำไว้ (๑๕) อย่ายไว้ (๑๖) ผากไว้ (๑๗) ไว้ธุระ (๑๘) ไว้ใจ (๑๙) ปลงใจ (๒๐) ไว้ความ (๒๑) แจ้งความ (๒๒) ชี้แจง (๒๓) แพ้ความ (๒๔) แพ้รู้ (๒๕) บอกไป (๒๖) เสียของไป (๒๗) เสียที่ (๒๘) เสียกล (๒๙) เสียอะไร ๆ (๓๐) ควร (๓๑) สมควร (๓๒) ว่า (๓๓) ต่อว่า (๓๔) ตอบ (๓๕) ขึ้น (๓๖) ทำคุณ (๓๗) ทำโทษ (๓๘) ลงโทษ (๓๙) ทำร้าย (๔๐) ทำอะไร ๆ (๔๑) แจกจ่าย (๔๒) แบ่งปัน (๔๓) ปรับไหม (๔๔) เอ็นดู (๔๕) เป็นสิทธิ์ (๔๖) กลุ่มหลง (๔๗) ทอดเท (๔๘) ทับถม (๔๙) ฆ่าศึก (๕๐) สงเคราะห์ (๕๑) อนุเคราะห์

คำที่มีกถกเถียงอยู่บ่อยครั้ง คือ “ให้” จะใช้ “กับ” หรือ “แก่” คงได้คำตอบชัดเจนแล้ว และเป็นหลักภาษาไทยโดยแท้ ไม่ใช่ “แบบ”

รู้แล้วอย่าใช้ผิดอีกล่ะ! 🍀

ข้อมูลอ้างอิง

มูลบทบรรพกิจ วาหนิตินิกร อักษรประโยค สังโยคพิธาน ไวยากรณ์พิจารณัม พิศาลการันต์ แบบสอนหนังสือไทยของพระยาศรีสุนทรโวหาร (น้อย อาจารยางกูร), สำนักพิมพ์คลังวิทยา, ฉบับพิมพ์ครั้งที่สี่ พ.ศ. ๒๕๒๑, หน้า ๒๖๙-๒๘๓.

* ผู้อำนวยการฝ่ายกฎหมายสวัสดิการสังคม กองกฎหมายสวัสดิการสังคม สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (๒๕๕๗)





แนวทางการพิจารณาการเป็นหนังสือ สัญญาตามมาตรา ๑๙๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

นางณัฐนันท์ อัสวเลิศศักดิ์*

คามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ได้กำหนดให้อำนาจในการจัดทำหนังสือสัญญาเป็นของฝ่ายบริหาร เว้นแต่หนังสือสัญญา ๕ ประเภทที่ต้องเสนอขอความเห็นชอบของรัฐสภา ได้แก่ หนังสือสัญญาที่มีบทเปลี่ยนแปลงอาณาเขตไทยหรือเขตอำนาจแห่งรัฐ หนังสือสัญญาที่จะต้องมีการออกกฎหมายเพื่อให้เป็นไปตามหนังสือสัญญา หนังสือสัญญาที่มีผลกระทบต่อความมั่นคงทางเศรษฐกิจหรือสังคมของประเทศอย่างกว้างขวาง หนังสือสัญญาที่มีผลผูกพันต่อการค้า การลงทุน หรืองบประมาณของประเทศอย่างมีนัยสำคัญ แต่รัฐธรรมนูญฯ มิได้กำหนดความหมายของหนังสือสัญญาดังกล่าวไว้ โดยกำหนดให้มีกฎหมายว่าด้วยการกำหนดประเภทและขั้นตอนและวิธีการจัดทำหนังสือสัญญา (มาตรา ๑๙๐ วรรคห้า ของรัฐธรรมนูญฯ) อย่างไรก็ตาม จนถึงปัจจุบัน ยังไม่มีการตรากฎหมายดังกล่าวแต่อย่างใด ทำให้เจ้าหน้าที่หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการทำหนังสือสัญญาตีความการเป็นหนังสือสัญญาตามมาตรา ๑๙๐ วรรคหนึ่ง และวรรคสอง ของรัฐธรรมนูญฯ

แตกต่างกันไป ซึ่งก่อให้เกิดปัญหาในการปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่และทำให้เกิดความล่าช้า รวมทั้งอาจก่อให้เกิดความรับผิดชอบแก่เจ้าหน้าที่ ตลอดจนส่งผลกระทบต่อประโยชน์ของประเทศและภาพลักษณ์ของประเทศไทยในสายตานานาประเทศ^๖

สำนักกฎหมายต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งได้รับมอบหมายให้รับผิดชอบในการตรวจพิจารณาและจัดทำความเห็นกรณีการเป็นหนังสือสัญญาตามมาตรา ๑๙๐ ของรัฐธรรมนูญฯ จึงได้ศึกษาวิเคราะห์และจัดทำเป็นคู่มือการพิจารณาการเป็นหนังสือสัญญา^๗ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า หลักเกณฑ์ที่ได้มีการศึกษาวิเคราะห์ไว้นั้นน่าจะเป็นประโยชน์แก่เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการจัดทำหนังสือสัญญา รวมทั้งประชาชนผู้สนใจ จึงขอนำมาเผยแพร่ พร้อมทั้งเสนอความเห็นและข้อสังเกตต่าง ๆ ของผู้เขียนที่ได้จากการตรวจพิจารณาหนังสือสัญญาและความตกลงต่าง ๆ โดยสังเขป ตามลำดับหัวข้อ ดังนี้

๑. แนวทางการพิจารณาการเป็นหนังสือสัญญาตามมาตรา ๑๙๐ ของรัฐธรรมนูญฯ
๒. องค์ประกอบการเป็นหนังสือ

* ผู้อำนวยการสำนักกฎหมายต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

^๖ รายงานการศึกษาส่วนบุคคล (Individual Study) เรื่อง แนวทางการตรวจสอบการเป็นหนังสือสัญญาตามมาตรา ๑๙๐ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ จัดทำโดยนางณัฐนันท์ อัสวเลิศศักดิ์ ภายใต้การฝึกอบรมหลักสูตรนักบริหารระดับสูง: ผู้นำที่มีวิสัยทัศน์และคุณธรรม รุ่นที่ ๗๕ วิทยาลัยนวัตบริหาร สถาบันพัฒนาข้าราชการพลเรือน สำนักงาน ก.พ. ประจำปี ๒๕๕๕, หน้า ๑๓ - ๑๗

^๗ ผู้สนใจสามารถดูรายละเอียดเพิ่มเติมได้ที่เว็บไซต์สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยเลือกแบนเนอร์สำนักกฎหมายต่างประเทศ เมนูบทความทางวิชาการ หัวข้อ “คู่มือการพิจารณาการเป็นหนังสือสัญญาตามมาตรา ๑๙๐ ของรัฐธรรมนูญฯ” http://web.krisdika.go.th/data/outsidedata/outside21/file/manual_190.pdf



สัญญาตามมาตรา ๑๙๐ วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญฯ
๓. ประเภทของหนังสือสัญญาตามมาตรา ๑๙๐ วรรคสอง
ของรัฐธรรมนูญฯ และ ๔. บทสรุป

๑. แนวทางการพิจารณาการเป็นหนังสือสัญญาตาม มาตรา ๑๙๐ ของรัฐธรรมนูญฯ

การเป็นหนังสือสัญญาจะเริ่มจากการพิจารณาว่า
ความตกลงนั้นครบองค์ประกอบการเป็นหนังสือสัญญา
ตามมาตรา ๑๙๐ วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญฯ หรือไม่
และหากเป็นหนังสือสัญญาตามวรรคหนึ่งแล้ว กรณี
ยังต้องพิจารณาต่อไปว่า เป็นหนังสือสัญญาประเภทหนึ่ง
ประเภทใดที่ต้องเสนอขอความเห็นชอบของรัฐสภาตาม
มาตรา ๑๙๐ วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญฯ หรือไม่ ซึ่ง
หากเป็นหนังสือสัญญาในประเภทดังกล่าวแล้ว หน่วยงาน
ที่เกี่ยวข้องจะต้องดำเนินการในขั้นตอนต่าง ๆ ตามที่
บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๙๐ วรรคสอง วรรคสาม และวรรคสี่
ประกอบกับมาตรา ๓๐๓ (๓) ของรัฐธรรมนูญฯ กล่าวคือ

(๑) การให้ข้อมูลและจัดให้มีการรับฟังความ
คิดเห็นของประชาชน รวมทั้งการศึกษาวិเคราะห์ผลกระทบ
จากการทำหนังสือสัญญาเพื่อนำเสนอต่อรัฐสภา พร้อมทั้ง
การขอความเห็นชอบกรอบการเจรจา ก่อนดำเนินการ
เจรจาเพื่อจัดทำหนังสือสัญญา

(๒) การให้ประชาชนสามารถเข้าถึงรายละเอียด
ของหนังสือสัญญา ภายหลังจากได้มีการลงนามในหนังสือ
สัญญา (signature) แต่ก่อนการแสดงเจตนาให้มีผลผูกพัน
(consent to be bound)

(๓) การเสนอขอความเห็นชอบของรัฐสภาใน
การทำหนังสือสัญญาก่อนการแสดงเจตนาให้มีผลผูกพัน
(consent to be bound)

(๔) การดำเนินการแก้ไขหรือเยียวยาผู้ได้รับ
ผลกระทบจากการปฏิบัติตามหนังสือสัญญาอย่างรวดเร็ว
เหมาะสม และเป็นธรรม

นอกจากนั้น ในกรณีที่ความตกลงครบองค์ประกอบ
การเป็นหนังสือสัญญา ผู้ลงนามในหนังสือสัญญาต้องเป็น
ผู้มีอำนาจลงนามผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศ
อันได้แก่ ประมุขแห่งรัฐ หัวหน้ารัฐบาล หรือรัฐมนตรีว่าการ
กระทรวงการต่างประเทศ หากเป็นบุคคลอื่นนอกเหนือจาก
บุคคลที่กล่าวมานี้ จะต้องหนังสือมอบอำนาจเต็ม (Full
Powers)^๕ จากบุคคลดังกล่าว โดยกระทรวงการต่างประเทศ
จะเป็นผู้จัดทำหนังสือมอบอำนาจเต็มให้แก่ผู้ลงนามซึ่ง
เป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ ๒ กรกฎาคม ๒๕๕๖
เรื่อง หลักเกณฑ์และแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการออก
หนังสือมอบอำนาจเต็ม (Full Powers)

๒. องค์ประกอบการเป็นหนังสือสัญญาตามมาตรา ๑๙๐ วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญฯ

เนื่องจากมาตรา ๑๙๐ ของรัฐธรรมนูญฯ มิได้
กำหนดความหมายของคำว่า “หนังสือสัญญา” จึงได้
พิจารณาจากแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ^๕ และ
ความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา^๖ ซึ่งวางแนวทาง
ในการพิจารณาการเป็นหนังสือสัญญาตามรัฐธรรมนูญฯ
โดยคำนึงถึงความหมายของสนธิสัญญา (Treaty) ใน
ข้อ ๒ ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมาย
สนธิสัญญา ค.ศ. ๑๙๖๙ (Vienna Convention on the
Law of Treaties 1969) และได้กำหนดความหมายของ
การเป็นหนังสือสัญญาไว้สรุปได้ว่า “ความตกลงระหว่าง
ประเทศทุกประเภทที่ประเทศไทยทำขึ้นกับนานาประเทศ
หรือองค์การระหว่างประเทศ เป็นลายลักษณ์อักษร
ไม่ว่าจะถูกบันทึกไว้ในเอกสารฉบับเดียวหรือหลายฉบับ
ไม่ว่าจะมีชื่อเรียกอย่างไร และตกอยู่ภายใต้บังคับของ
กฎหมายระหว่างประเทศ” ซึ่งสามารถแยกองค์ประกอบได้
ดังต่อไปนี้

^๕ ข้อ ๗ ของอนุสัญญากรุงเวียนนาว่าด้วยกฎหมายสนธิสัญญา ค.ศ. ๑๙๖๙ (Vienna Convention on the Law of Treaties)

^๕ คำวินิจฉัยที่ ๑๑/๒๕๕๑ กรณีหนังสือแจ้งความจำนงขอรับความช่วยเหลือทางวิชาการและการเงินที่รัฐบาลมีไปถึงกองทุนการเงินระหว่างประเทศ
คำวินิจฉัยที่ ๓๓/๒๕๕๓ กรณีอนุสัญญาว่าด้วยความหลากหลายทางชีวภาพ และคำวินิจฉัยที่ ๖-๗/๒๕๕๑ กรณีแถลงการณ์ร่วมไทย-กัมพูชา

^๖ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ข้อตกลงด้านกระบวนการตรวจสอบคุณภาพระหว่างกรมปศุสัตว์กับองค์การตรวจสอบคุณภาพอาหาร
ของประเทศแคนาดาเป็นหนังสือสัญญาตามมาตรา ๑๙๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือไม่ (เรื่องเสร็จที่ ๓๘๘/๒๕๕๒) และบันทึกสำนักงาน
คณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง ความตกลงว่าด้วยการจัดตั้งศูนย์ความร่วมมืออนุภูมิภาค IMT-GT (เรื่องเสร็จที่ ๔๒๒/๒๕๕๒) เป็นต้น

๒.๑ ความตกลงระหว่างประเทศทุกประเภทที่ประเทศไทยทำขึ้นกับนานาประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศ

กรณีจะต้องตรวจสอบสถานะของคู่ภาคีว่ามีความเป็นประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศหรือไม่ โดยหากผลการตรวจสอบปรากฏว่า คู่ภาคีไม่เป็นประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศจะส่งผลให้ความตกลงนั้นไม่เข้าข่ายเป็นหนังสือสัญญาโดยไม่ต้องตรวจสอบองค์ประกอบในข้ออื่นอีก

การพิจารณาความหมายของประเทศจะดูจากองค์ประกอบการเป็นรัฐ ได้แก่ อาณาเขต ประชากร และอำนาจอธิปไตย ซึ่งจะต้องมีครบถ้วน รวมทั้งต้องตรวจสอบด้วยว่า ประเทศไทยได้ให้การรับรอง (recognition)^๓ สถานะความเป็นรัฐให้แก่คู่ภาคีในความตกลงหรือไม่ เพราะแม้ว่าภาคีอีกฝ่ายจะมีองค์ประกอบการเป็นรัฐครบตามที่กล่าวถึงข้างต้น แต่หากประเทศไทยไม่ให้การรับรองก็ไม่อาจถือว่าภาคีนั้นมีสถานะเป็นรัฐ ความตกลงที่ทำขึ้นระหว่างกันก็จะไม่เป็นความตกลงที่ประเทศไทยทำกับประเทศอื่นและไม่เป็นหนังสือสัญญา เช่น กรณีได้หวันซึ่งประเทศไทยไม่ให้การรับรองว่ามีสถานะเป็นรัฐตามกฎหมายระหว่างประเทศ เนื่องจากประเทศไทยยึดถือนโยบายจีนเดียวและได้ให้การรับรองว่ารัฐบาลแห่งสาธารณรัฐประชาชนจีนเป็นรัฐบาลที่ชอบด้วยกฎหมายของจีน ดังนั้น ในการทำความตกลงเว้นการเก็บภาษีซ้อนระหว่างประเทศไทยกับได้หวัน จึงมีการใช้ถ้อยคำเรียกได้หวันว่าเป็นอาณาเขต (territory) มิใช่ประเทศ และความตกลงที่ทำขึ้นดังกล่าวไม่เป็นหนังสือสัญญาตามมาตรา ๑๙๐ ของรัฐธรรมนูญ^๔

ส่วนองค์การระหว่างประเทศหมายถึง องค์การที่ก่อตั้งโดยประเทศต่าง ๆ โดยมีสถานะบุคคลเป็นอิสระ แยกต่างหากจากรัฐสมาชิก และมีอำนาจหน้าที่เฉพาะของตน ซึ่งการตรวจสอบสถานะขององค์การระหว่างประเทศสามารถพิจารณาได้จากตราสารจัดตั้งหรือข้อมติที่ประชุมระหว่างประเทศ

นอกจากนั้น ในกรณีที่ประเทศไทยหรือรัฐบาลไทยได้ทำความตกลงกับต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศภายใต้ขอบเขตของหนังสือสัญญาที่ทำขึ้นระหว่างกันมาแล้ว อันเป็นการดำเนินการตามข้อกำหนดในหนังสือสัญญาดังกล่าว กรณีเช่นนี้ไม่ถือว่า การทำความตกลงนั้นเป็นการทำหนังสือสัญญาขึ้นใหม่ ตัวอย่างเช่น

- การดำเนินการตามข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติ ในการขยายเวลาการดำเนินการมาตรการเกี่ยวกับการปราบปรามการค้า อันเป็นโจรสลัดและการปล้นโดยใช้อาวุธบริเวณน่านน้ำนอกชายฝั่งโซมาเลีย เป็นการดำเนินการตามพันธกรณีของประเทศไทยตามกฎหมายบัตรสหประชาชาติ ในฐานะที่เป็นรัฐสมาชิก

- การจัดตั้งกองทุนเยาวชนอาเซียนและการบริจาคเงินสมทบกองทุนเยาวชนอาเซียน เป็นการดำเนินการตามกลไกภายใต้กฎบัตรอาเซียนซึ่งเป็นหนังสือสัญญาที่มีผลใช้บังคับกับประเทศไทยแล้ว

- การจัดทำแผนปฏิบัติการ (Implementation plan) เสนอต่อองค์การอนามัยโลก เพื่อขอขยายเวลาในการดำเนินการตามกฎอนามัยระหว่างประเทศ ค.ศ. ๒๐๐๕ ที่กำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องสร้าง พัฒนา และรักษาระดับความสามารถในการตรวจจับประเมิน แจ้างความ และรายงานเหตุการณ์ตามกฎอนามัยระหว่างประเทศฯ (ข้อ ๕ การเฝ้าระวัง) เป็นการดำเนินการตามพันธกรณีที่กำหนดไว้แล้ว

อนึ่ง โดยที่หนังสือสัญญา หมายถึง ความตกลงที่ประเทศไทยหรือรัฐบาลไทยเป็นคู่ภาคีกับต่างประเทศหรือองค์การระหว่างประเทศเท่านั้น กรณีที่หน่วยงานของรัฐจัดทำความตกลงในนามของตนและภายใต้อำนาจหน้าที่ของตน จะถือเป็นความตกลงในระดับหน่วยงาน และไม่เป็นหนังสือสัญญา แต่หากการปฏิบัติตามความตกลงฯ หน่วยงานดังกล่าวไม่อาจทำได้เพียงลำพังโดยต้องให้หน่วยงานอื่นร่วมด้วย กรณีจะเป็นเรื่องที่ไม่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานนั้น และต้องจัดทำความตกลง

^๓ การรับรอง (recognition) รัฐและรัฐบาลเป็นนโยบายของรัฐที่ให้การรับรอง ทำให้รัฐที่ได้รับการรับรองได้สถานะความเป็นรัฐหรือสถานะของความเป็นรัฐบาลในสายตาของรัฐผู้ให้การรับรอง และรัฐที่ได้รับการรับรองได้สิทธิและสามารถใช้สิทธิตามกฎหมายภายในของรัฐที่ให้การรับรองด้วย

^๔ เรื่องเสรีที่ ๕๘๖/๒๕๕๕

ในระดับหนังสือสัญญา เพื่อให้คณะรัฐมนตรีสั่งการให้หน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการตามความตกลงต่อไป เช่น ในการทำความตกลงเกี่ยวกับการส่งแรงงานไปต่างประเทศ ซึ่งการดำเนินการให้เป็นไปตามความตกลงฯ นอกจากจะอยู่ในความรับผิดชอบของกระทรวงแรงงานแล้ว ยังมีหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้องด้วย ได้แก่ สำนักงานตำรวจแห่งชาติในกรณีการตรวจลงตรา กระทรวงสาธารณสุขในกรณีการตรวจสุขภาพ กระทรวงการต่างประเทศในกรณีความสัมพันธ์ระหว่างประเทศและการดูแลคนไทยในต่างประเทศ หรือในการทำความตกลงหุ้นส่วนยุทธศาสตร์ระหว่างประเทศไทยกับต่างประเทศ เป็นเรื่องที่ถูกพินัยคดีในเรื่องการเมืองและความมั่นคง เศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม และวิทยาศาสตร์ ซึ่งมีใช้เรื่องที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานใดเพียงลำพัง ดังนั้น ความตกลงดังกล่าวที่จะทำขึ้นจึงต้องเป็นความตกลงระหว่างประเทศไทยหรือรัฐบาลไทยกับต่างประเทศ มิใช่ความตกลงในระดับหน่วยงาน

๒.๒ ทำขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษร ไม่ว่าจะถูกบันทึกไว้ในเอกสารฉบับเดียวกันหรือหลายฉบับ และไม่ว่าจะมีชื่อเรียกอย่างไร

หนังสือสัญญาต้องจัดทำเป็นลายลักษณ์อักษร (in written form) ที่มีการบันทึกไว้เป็นตัวอักษรที่อ่านออกได้และแก้ไขไม่ได้ (Permanent and readable)^๙ โดยรูปแบบของหนังสือสัญญาอาจจัดทำเป็นเอกสารฉบับเดียวหรือมากกว่าหนึ่งฉบับก็ได้ เช่น การแลกเปลี่ยนสัตยาบันสาร หรือการมีจดหมายโต้ตอบระหว่างกัน ฯลฯ และอาจเรียกชื่ออย่างไรก็ได้ ไม่ว่าจะเป็นสนธิสัญญา (Treaty) ความตกลง (Agreement) พิธีสาร (Protocol) บันทึกความเข้าใจ (Memorandum of Understanding) หนังสือแลกเปลี่ยน (Exchange of Notes) ซึ่งขึ้นอยู่กับปัจจัยหลายประการ เช่น ระดับความสำคัญของหนังสือสัญญา ผู้ทำหนังสือสัญญา เนื้อหาสาระที่มีการตกลงกัน ภาควิชาของหนังสือสัญญา จำนวนคู่สัญญา และเจตนาของคู่ภาคีที่ประสงค์ให้ความตกลงระหว่าง

ประเทศที่ทำขึ้นนั้นมีชื่อเรียกอย่างไร ฯลฯ ทั้งนี้ ชื่อเรียกที่ต่างกันมิได้มีผลให้สถานะทางกฎหมายของความตกลงนั้นแตกต่างกัน

๒.๓ มุ่งหมายเพื่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายระหว่างกันตามกฎหมายระหว่างประเทศ

หนังสือสัญญาต้องก่อให้เกิดสิทธิและหน้าที่ในทางกฎหมายระหว่างคู่ภาคี กล่าวคือ ภาควิชาหนึ่งสามารถเรียกให้อีกฝ่ายกระทำการหรืองดเว้นกระทำการใดได้ โดยฝ่ายนั้นต้องกระทำการหรืองดเว้นกระทำการดังกล่าว หากคู่ภาคีฝ่ายใดไม่ปฏิบัติตามย่อมทำให้เกิดความรับผิดชอบระหว่างกันและนำไปสู่การชดใช้หรือเยียวยาความเสียหายซึ่งอาจเป็นตัวเงินหรือมิใช่ตัวเงินก็ได้ โดยกฎหมายที่ใช้บังคับระหว่างกัน คือ กฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีเมือง (Public International Law) อันเป็นกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างประเทศต่าง ๆ หรือระหว่างประเทศกับองค์การระหว่างประเทศ

ในการพิจารณาผลผูกพันทางกฎหมายระหว่างกันตามกฎหมายระหว่างประเทศ สามารถตรวจสอบได้จากเจตนาของคู่ภาคีในเวลาที่ลงนาม ซึ่งอาจปรากฏอารัมภบท เนื้อหาของความตกลง หรือเอกสารประกอบการจัดทำความตกลง เช่น เอกสารการประชุม ฯลฯ รวมทั้งถ้อยคำที่อาจอนุมานได้ว่าคู่ภาคีมีเจตนาให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมาย ซึ่งจากแนวคำวินิจฉัยของตุลาการระหว่างประเทศ ได้แก่ ‘shall’ ‘agree’ ‘undertake’ ‘rights’ ‘obligations’ และ ‘enter into force’^{๑๐}

ตัวอย่างกรณีที่ไม่ถือเป็นการก่อให้เกิดผลผูกพันระหว่างกันตามกฎหมายระหว่างประเทศ มีดังนี้

- การแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของประเทศหรือรัฐบาลของประเทศใดโดยไม่มีเจตนาสนองรับจากประเทศหรือรัฐบาลของประเทศอื่นหรือองค์การระหว่างประเทศ เช่น หนังสือขอรับความช่วยเหลือทางการเงินล่วงหน้า (Stand-by arrangement) ซึ่งรัฐสมาชิกยื่นต่อกองทุนการเงินระหว่างประเทศ (IMF) เป็นการแสดง

^๙ Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press; 2 edition (November 12, 2007), p. 16.

^{๑๐} อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๘ หน้า ๒๗

เจตนาฝ่ายเดียวของผู้ยื่นที่ประสงค์จะขอรับความช่วยเหลือทางการเงินและทางวิชาการจาก IMF โดย IMF มิได้เข้าทำสัญญาด้วย และ IMF มีอำนาจที่จะอนุมัติหรือไม่ก็ได้ การอนุมัติดังกล่าวจึงมิใช่การแสดงเจตนาสนองคำเสนอ^{๑๑} หรือหนังสือแสดงเจตจำนง (Letter of Intent) ที่ประเทศไทยยื่นต่อ IMF เป็นการชี้แจงนโยบายและการดำเนินงานของรัฐบาลในการแก้ไขปัญหาเศรษฐกิจและการเงินของประเทศ เพื่อเป็นเหตุผลประกอบการขอใช้สิทธิถอนเงินจาก IMF ซึ่งมีลักษณะเป็นการดำเนินการฝ่ายเดียวของรัฐบาลไทย (unilateral act) โดย IMF มิได้ทำข้อตกลงด้วยและไม่ได้ลงนามในหนังสือแสดงเจตจำนงดังกล่าว อีกทั้ง IMF ไม่ถือว่าหนังสือแจ้งความจำนงเป็นความตกลงระหว่างกันที่ต้องการให้เกิดพันธผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศ^{๑๒}

- บันทึกการประชุมหรือแถลงการณ์ร่วมของที่ประชุมซึ่งกำหนดแนวนโยบายระหว่างประเทศร่วมกัน ในลักษณะที่เป็นกรอบการดำเนินการอย่างกว้าง ไม่มีรายละเอียดของสิ่งที่จะดำเนินการหรือระยะเวลาในการดำเนินการ ไม่มีการลงนามระหว่างกัน หรือไม่มีการใช้ถ้อยคำซึ่งแสดงถึงเจตนามุ่งหมายให้เกิดผลผูกพันตามกฎหมายระหว่างกันตามกฎหมายระหว่างประเทศ เช่น การรายงานความคืบหน้าในการดำเนินการร่วมมือระหว่างกัน การยืนยันความตั้งใจของประเทศสมาชิกในการบรรลุถึงเป้าหมายและเจตนารมณ์ร่วมกัน หรือการแสดงเจตนาพร้อมใจในอันที่จะส่งเสริมและพัฒนาความร่วมมือระหว่างกัน ฯลฯ

- ความตกลงที่กำหนดให้การปฏิบัติตามความตกลงขึ้นอยู่กับความสมัครใจ หรือเป็นกรณีที่สามารถเลือกที่จะดำเนินการหรือไม่ดำเนินการอย่างไรก็ได้

- ความตกลงที่กำหนดให้นำกฎหมายภายในของประเทศหนึ่งประเทศใดมาใช้บังคับ ซึ่งมีผลเป็นการสละเอกลิทธิและความคุ้มกันในฐานะที่เป็นรัฐ เช่น ให้นำกฎหมายประเทศอังกฤษมาใช้บังคับกับความตกลงฯ

- ความตกลงที่มีวัตถุประสงค์ในการค้าโดยคู่ภาคีเข้าผูกพันเสมือนเป็นเอกชนและอยู่บนพื้นฐานแห่งความเท่าเทียมกันตามสัญญา ซึ่งเป็นไปตามกฎหมายระหว่างประเทศแผนกคดีบุคคล (Private International Law) อันเป็นกฎหมายเอกชนระหว่างประเทศ และมีผลเป็นการสละเอกลิทธิและความคุ้มกันในฐานะที่เป็นรัฐ เช่น การกำหนดให้ความตกลงฯ ไม่อยู่ภายใต้บังคับกฎหมายระหว่างประเทศ แต่เป็นไปตามผลการเจรจาอย่างมีอธิปไตยไม่ตรี (international comity) บนพื้นฐานที่เท่าเทียมกันระหว่างรัฐบาลของทั้งสองประเทศ หรือการกำหนดให้การระงับข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากความตกลงฯ เป็นไปโดยการตกลงฉันทมิตรผ่านวิถีทางการทูตระหว่างกัน

(อ่านต่อฉบับหน้า)

ประเภทของหนังสือสัญญาตามมาตรา ๑๙๐)

^{๑๑} มติที่ ๒๖๐๓-(๖๘๑๑๓๒) กันยายน ๒๐, ๑๙๖๘ ของคณะกรรมการบริหารของ IMF เรื่องการใช้ทรัพยากรของกองทุนฯ และหนังสือขอรับความช่วยเหลือทางการเงินล่วงหน้า (Use of Fund's Resources and Stand-by arrangement) ข้อ ๗ กำหนดว่า “ในการพิจารณาลักษณะของหนังสือขอรับความช่วยเหลือทางการเงินล่วงหน้า ภาษาที่มีลักษณะของข้อสัญญาจะต้องหลีกเลี่ยงในเอกสารขอรับความช่วยเหลือล่วงหน้า” จากรายงานการศึกษาผลกระทบของมาตรา ๑๙๐ แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๕๐ ว่าด้วยการจัดทำหนังสือสัญญาระหว่างประเทศต่อการค้าและการลงทุนของประเทศไทย โดยเดือนเด่น นิคมบริรักษ์ และคณะ

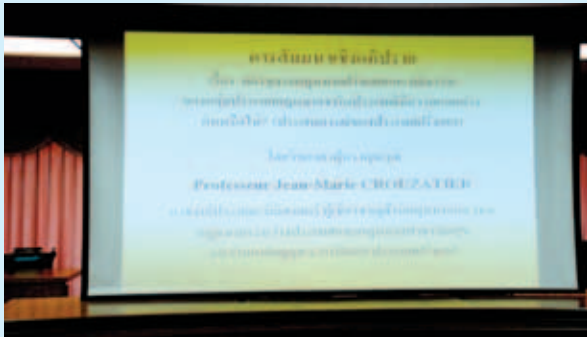
^{๑๒} มติของคณะกรรมการบริหารของ IMF ที่ ๖๐๕๖-(๗๙/๓๘) ลงวันที่ ๒ มีนาคม ค.ศ. ๑๙๗๙ ระบุว่า แผนการให้ความช่วยเหลือ (Stand-by arrangement) ไม่ใช่ข้อตกลงระหว่างประเทศ ดังนั้น จะต้องหลีกเลี่ยงภาษาที่มันยที่จะทำให้เกิดความเข้าใจว่าเป็นการผูกพันทางสัญญาในแผนการให้ความช่วยเหลือและในหนังสือแจ้งความจำนง จากคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ ๑๑/๒๕๕๒



(ต่อจากฉบับที่แล้ว)

ETAT DE DROIT et RULE OF LAW: existe-il des différences entre les deux notions ? นิติรัฐ - นิติธรรม: มีความแตกต่างกันระหว่าง สองแนวความคิดนี้หรือไม่ ?

นางโปรดปราน วัฒนศิริธรรม เปริการ์ต*



๓. ผลที่เกิดขึ้นจากความเชื่อมโยงดังกล่าว: หลักการปกครองโดยตุลาการ (le rgne du juge)

พัฒนาการของแนวคิดเรื่องนิติรัฐและนิติธรรมนำไปสู่การเสริมสร้างอำนาจของตุลาการ ตามแนวคิดนี้ศาลจะเป็นสถานที่สำหรับการถกเถียงที่เปิดโอกาสให้กับพลเมืองมาถกเถียงกันด้วยลักษณะที่ชอบธรรมและมีเหตุผลเกี่ยวกับกฎหมายเมื่อรัฐสภาได้บรรลุหน้าที่ในการตรากฎหมายมาใช้บังคับแล้ว แต่กรณีนี้เสี่ยงที่จะเป็นการปกครองโดยตุลาการ ซึ่งสถานการณ์เช่นนี้ทำให้เกิดคำถามเกี่ยวกับเรื่องความรับผิดชอบของตุลาการ

บทบาทที่สำคัญขององค์กรตุลาการ

ในระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐ บทบาทของตุลาการมีความสำคัญในการทำ

หน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองและความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ ตุลาการยังทำหน้าที่ให้ความคุ้มครองการละเมิดสิทธิและเสรีภาพโดยปัจเจกบุคคลและกลุ่มบุคคลอื่น กรณีที่มีการใช้อำนาจโดยละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของปัจเจกบุคคลและกลุ่มบุคคล นับเป็นเวลากว่า ๓ ศตวรรษแล้วที่นักรัฐธรรมนูญอิสระได้มีการเสนอปัญหาเกี่ยวกับความสัมพันธ์ของกระบวนการยุติธรรมและอำนาจทางการเมืองภายใต้รูปแบบของสถาบันความรู้ทางวิชาการที่แพร่หลาย (institutionnelle vulgarisée) โดย Locke ตามด้วย Montesquieu การแบ่งแยกอำนาจออกเป็น ๓ ฝ่าย อำนาจบริหาร อำนาจนิติบัญญัติ และอำนาจตุลาการ ทฤษฎีความคิดของ Montesquieu ได้รับการยอมรับถึงว่ามีความศักดิ์สิทธิ์ในระดับสูงสุดโดยการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญของสหรัฐอเมริกาในปี ค.ศ. ๑๗๘๗ และจากกฎหมายรัฐบัญญัติพื้นฐานที่กำหนดรองรับในประเทศยุโรปและทั่วโลก

อย่างไรก็ตาม ไม่อาจด่วนสรุปได้ว่าตุลาการมีสภาพเช่นเดียวกับสมาชิกรัฐสภาในกรอบหน้าที่ด้านการนิติบัญญัติหรือรัฐมนตรีซึ่งใช้อำนาจในการบริหาร เป็นที่รู้กันดีว่า รัฐมนตรีสามารถแสดงออกโดยการเป็นบุคคลทางการเมืองอย่างเต็มรูปแบบ แต่ไม่ใช่กรณีของตุลาการซึ่งมีสถานะที่

* นักกฎหมายภาษีกฎหมายชำนาญการ สำนักกฎหมายต่างประเทศ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ผู้แปลและเรียบเรียง





ใกล้เคียงกับข้าราชการ แต่การกล่าวเช่นนี้ก็ไม่ได้ถูกต้องเสมอไปตามประเพณีของระบบกฎหมายภาคพื้นยุโรปหรือระบบกฎหมายซีวิลลอว์ (romano-germanique) ซึ่งตำราการเรียนการสอนของประเทศสหราชอาณาจักรและสหรัฐอเมริกาเสนอแนวคิดว่าการบริหารยุติธรรมเหมือนกับเครื่องอุปกรณ์ที่ทำหน้าที่ในการปรับใช้กฎหมายในลักษณะเดียวกับหน่วยงานราชการ แต่ในขณะเดียวกัน ตำแหน่งและสถานะทำให้ตุลาการมีความอิสระและมีอำนาจมากและได้รับความคุ้มครองมากกว่ารัฐมนตรีที่ดำรงตำแหน่งซึ่งมีลักษณะชั่วคราวหรือสมาชิกสภาซึ่งอาจถูกคุกคามจากสภาวินิจฉัยที่ไม่ได้รับการเลือกตั้งใหม่ก็ได้

ดังความขัดแย้งที่ปรากฏให้เห็นได้เสมอว่าตุลาการเข้ามาแทรกแซงในทางการเมืองและทางสังคมมากขึ้น การรับช่วงต่อการพิจารณาคดีที่เข้ามาแทรกแซงปฏิบัติการ “มือสะอาด” ต่อสู้กับการคอร์รัปชันเช่นในประเทศอิตาลี การเปิดเผยความชั่วร้ายของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและนักการเมืองที่ถูกกล่าวหาในคดีทุจริตทางการเงินของพรรคการเมืองและการเลือกตั้งในประเทศฝรั่งเศส การสอบสวนทางปฏิบัติของเจ้าพนักงานตำรวจที่ใช้ในการตอบโต้การเคลื่อนไหวของกลุ่มเรียกร้องอิสรภาพ (movement indépendantistes) ในประเทศสเปน และกรณีอื่นทั่วโลกที่มีเพิ่มขึ้นทวีคูณที่กระบวนการยุติธรรมเข้ามาใช้กับบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่ถูกเรียกว่า “ผู้ก่อการร้าย” ในทางคู่ขนานกัน กระบวนการยุติธรรมกลายเป็นองค์กรกำกับดูแลสูงสุดทางสังคมและตุลาการเป็นผู้มีอำนาจกำหนดคุณค่าทางศีลธรรม เช่น คดีเกี่ยวกับสุขภาพสาธารณะ สิ่งแวดล้อม การอพยพเข้าเมือง การกำหนดพฤติกรรมสาธารณะและเอ็กซน ความสัมพันธ์ทางอาชีพและทางครอบครัว เป็นต้น

เมื่อกระบวนการยุติธรรมมิได้เป็นบริการสาธารณะเหมือนกับกรณีอื่น แต่เป็นการทำหน้าที่ทางการเมืองโดยแท้ เนื่องจากในสังคมปัจจุบันได้กำหนดให้กระบวนการยุติธรรมทำหน้าที่คุ้มครองและดำรงไว้ซึ่งหลักนิติรัฐ ความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้นก็คือการที่ตุลาการจะกลายเป็นเหมือน “นักบวชของกระบวนการยุติธรรม” ผู้สร้างมาตรฐานทางสังคมที่มีความเป็นอิสระ

มีนักคิดหลายท่านได้เคยกล่าวถึงอันตรายของกรณีนี้ Montesquieu ในฐานะที่เคยเป็นอดีตตุลาการย่อมเข้าใจเรื่องนี้ได้ดีเมื่อได้พัฒนาแนวคิดเรื่องอำนาจตุลาการสำหรับ Montesquieu อำนาจบริหารที่อ่อนแอมีความเสี่ยงที่จะถูกรอบงำจากอำนาจตุลาการที่เข้มแข็งได้ ซึ่งจะเป็นผลร้ายต่อการแบ่งแยกอำนาจซึ่งก็คือ เสรีภาพนั่นเอง ตามแนวคิดของ Montesquieu บทบาทหน้าที่ของตุลาการจะต้องเป็นเหมือนเครื่องจักรโดยแท้ กฎหมายจะต้องตราขึ้นเป็นอย่างดีเพียงพอถึงขนาดที่เมื่อมีการตรากฎหมายเสร็จแล้ว คำพิพากษาเกี่ยวกับกฎหมายนั้นจะดำเนินการตามมาโดยอัตโนมัติ โดยใช้อุปมาอุปไมยภาพที่มีการกล่าวอ้างตามมาเพื่อแสดงบทบาทของตุลาการ เช่น “ตุลาการเป็นเพียงปากที่เปล่งวาจาตามกฎหมาย สิ่งที่ปราศจากชีวิตผู้ซึ่งไม่สามารถปั้นแต่ง บังคับ หรือเข้มงวด” Hobbes น่าจะขอยืมคำอุปมาดังกล่าวมาเพื่อกล่าวถึงตำแหน่งของตุลาการในสาธารณรัฐโดยการเทียบเคียงกับบุคคลที่ได้รับมอบอำนาจอธิปไตยจากผู้ปกครองสำหรับการพิพากษาประชาชน ในฐานะที่เป็น “อวัยวะที่ใช้เปล่งเสียงของร่างกายตามธรรมชาติ”

ภาพในลักษณะเดียวกันนี้ได้มีการนำมาใช้ในแนวคิดทางกฎหมายของประเทศอังกฤษ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง Blackstone ที่กล่าวว่า “กฎหมาย คือ กฎเกณฑ์แต่โดยตัวเองแล้วเหมือนคนเป็นใบ้ ตุลาการ คือ ปากที่เป็นกระบอกเสียงของกฎหมาย” “ตุลาการเป็นแต่เพียงผู้รักษากฎหมาย” อนึ่งปัจจุบันการทำให้กระบวนการยุติธรรมและตุลาการมีความเป็นอิสระ โดยที่แนวคิดทางกฎหมายต้องการให้ตุลาการเป็นแต่เพียงเจ้าหน้าที่เท่านั้น กลายเป็นการชี้้นำให้ตุลาการกล่าวอ้างว่าตนเป็นผู้มีอำนาจแท้จริง ทดแทนองค์กรทางการเมืองที่ทำหน้าที่ปกครองและใช้อำนาจที่ตนได้รับสถาปนามานั้นเพื่อตั้งตัวเป็นคู่แข่งกับรัฐสภา บทบาทในการ

กำกับดูแลตุลาการไม่อาจถูกมองข้ามได้อีกต่อไปและกระตุ้นให้เกิดการโต้แย้งคัดค้านและการวิพากษ์วิจารณ์

เมื่อมีการโต้แย้งอำนาจหรือสถาบันใดขึ้นมา แสดงให้เห็นปัญหาที่มีอาจหลีกเลี่ยงได้เกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายว่าการเป็นผู้วินิจฉัยชี้ขาดของตุลาการอาศัยอำนาจตามกฎหมายใด ? หลักการสูงสุดใดที่สนับสนุนการกล่าวอ้างตนว่าเป็นผู้มีอำนาจให้คำวินิจฉัยและบังคับให้เราต้องเคารพตามคำวินิจฉัยนั้น ? ผู้ใดจะเป็นผู้รับประกันในกรณีที่มีอาจมีการใช้อำนาจโดยไม่ชอบของตุลาการ ?

ความชอบด้วยกฎหมายของตุลาการ

คำอธิบายที่กล่าวอ้างเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายเพื่อสนับสนุนอำนาจของตุลาการมี ๓ ประการ การศึกษาที่ตามมาโดยการทบทวนข้อโต้แย้งเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว ทำให้ ประการแรก มีการค้นหาช่องทางที่จะเชื่อมโยงอำนาจหน้าที่และจริยธรรมของตุลาการเข้าด้วยกัน ประการที่สอง กำหนดความรับผิดชอบของตุลาการ และประการสุดท้าย การยอมรับความชอบด้วยกฎหมายด้วยความยุติธรรม

เป็นการสุ่มเสี่ยงที่จะเห็นตุลาการก้าวข้ามจากหลักนิติรัฐไปยังนิติที่ไร้รัฐ ซึ่งก็คือการไม่มีแนวคิดประชาธิปไตยกฎหมายซึ่งมีตุลาการเป็นจุดศูนย์กลางนั้นมีอำนาจดุลพินิจพร้อมอยู่ด้วยแล้ว

ความชอบด้วยกฎหมายตั้งอยู่บนพื้นฐานการปฏิบัติหน้าที่

ตุลาการเป็นผู้กล่าวอ้างกฎหมายโดยการวินิจฉัยปัญหากฎหมาย การกระทำดังกล่าวเป็นการทำหน้าที่ตามที่ได้รับมอบหมายให้ตุลาการเป็นผู้กำกับดูแลการจัดระบบสังคมซึ่งเป็นการสร้างความชอบด้วยกฎหมายให้แก่ตุลาการ แต่ข้อยืนยันดังกล่าวก็ยังทำให้เกิดคำถามว่า ถ้าตุลาการเป็นผู้กล่าวอ้างกฎหมายและเป็นผู้วินิจฉัยตัดสินคดีความในศาลแล้วอะไรคือความเป็นอิสระของตุลาการในการทำหน้าที่ดังกล่าว ? อันที่จริง ตุลาการถูกชักจูงให้ตีความหลักกฎหมายเพื่อที่จะนำมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงตามคดีที่นำมาเสนอในชั้นศาล อนึ่ง การตีความหลักกฎหมายกับการสร้างหลักกฎหมายนั้นใกล้เคียงกันมาก (ห่างกันแค่ก้าวเดียว) เราควรที่จะลดช่องว่างนั้นลงเป็นว่าตุลาการสามารถสร้างกฎหมาย



ได้ใช้หรือไม่ ? ตุลาการซึ่งตีความหลักกฎหมายจะเป็นตุลาการที่สร้างหลักกฎหมายด้วยหรือไม่ ? คำถามดังกล่าวทำให้เกิดความเคลือบแคลงสงสัยการวางรากฐานแต่ดั้งเดิมเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของตุลาการ

เป็นระยะเวลาอันนานมาแล้วที่การกระทำของตุลาการรัฐธรรมนูญได้มีการวิเคราะห์ว่ามีลักษณะทางการเมือง การตีความทำให้ตุลาการรัฐธรรมนูญมีส่วนร่วมสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายด้วยบางส่วน เป็นการให้กรอบการดำเนินการที่กว้างมากเมื่อเปรียบเทียบกับเนื้อหาของกฎหมาย การตีความทำให้ตุลาการรัฐธรรมนูญสร้างแนวบรรทัดฐานทางการเมืองหรือการนำยุทธศาสตร์ของแนวบรรทัดฐานมาใช้ อ่างยันกับองค์กรอื่นรวมทั้งอ่างยันกับความเห็นสาธารณะ การตีความยังเปิดโอกาสให้มีการตัดสินใจทางการเมือง กล่าวคือ การส่งเสริมให้เห็นคุณค่าหรือการยอมรับประโยชน์สาธารณะในบางกรณี ตำแหน่งตุลาการรัฐธรรมนูญแน่นอนว่าเป็นตำแหน่งทางศาลเป็นเรื่องเกี่ยวกับการแสดงความเห็นตามปัญหาข้อกฎหมาย แต่ตุลาการยังต้องทำหน้าที่ทางการเมืองที่มีลักษณะเฉพาะอีกด้วย โดยการจำกัดกรอบการใช้อำนาจรัฐ การปฏิบัติให้เป็นไปตามแรงจูงใจภายในรัฐ ในบางเรื่อง การตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย แต่เดิมวัตถุประสงค์เป็นเรื่องทางกฎหมาย แต่ผลลัพธ์ที่ได้ออกมากลายเป็นเรื่องทางการเมือง ตุลาการรัฐธรรมนูญนั้นแม้ว่าภารกิจเริ่มแรกและระเบียบแบบแผนจะเป็นเรื่องทางศาล แต่การมีคำวินิจฉัยที่มีลักษณะทางการเมือง อนึ่ง เรื่องที่จริงแท้ของตุลาการรัฐธรรมนูญก็คือ ตุลาการรัฐธรรมนูญจะต้องวินิจฉัยในทุกเรื่อง ตุลาการ



รัฐธรรมนูญใช้เจตจำนงของตนอย่างอิสระและยังเป็นผู้วางหลักเกณฑ์ทั่วไปอีกด้วย

นอกจากการตีความแล้ว ตุลาการยังต้องทำหน้าที่อุดช่องว่างของกฎหมายหรือทำให้กฎหมายที่คลุมเครือนั้นเกิดความชัดเจน นิยามคำว่าความยุติธรรมตามที่ Robert ยึดถือ นั้น ยืนยันว่าเป็นหน้าที่ “อำนาจในการสร้างกฎหมาย” กล่าวคือการตัดสินใจที่มีความถี่ที่มีการฟ้องร้องบนพื้นฐานของกฎหมาย แต่การบังคับใช้กฎหมายไม่สามารถแปรสภาพให้เป็นกลไกธรรมดาหรือชุดปฏิบัติการที่ซบด้วยตรรกวิทยาเพียงอย่างเดียว ข้อเท็จจริงมิได้ช่วยให้มีการตรวจสอบโดยง่ายตายและกฎหมายก็มักจะมีความคลุมเครือ เมื่อตุลาการได้แถลงว่าการกระทำที่เกิดขึ้นภายใต้กรอบอำนาจที่กำหนดให้ตุลาการก็มีหน้าที่เพียงแต่จำกัดผลทางกฎหมายให้สอดคล้องกับสถานการณ์เฉพาะเรื่อง นั่นคือสิ่งที่เราเรียกว่าบทบัญญัติของกฎหมาย เราอาจคิดว่ากฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีอยู่มากมายนั้นเปิดช่องให้ตุลาการมีอำนาจสำคัญเฉพาะในการปรับใช้บทบัญญัติของกฎหมายกับข้อเท็จจริงแห่งคดี (pouvoir d'appréciation) เช่น การกำหนดอัตราโทษ การกำหนดจำนวนค่าสินไหมทดแทน (dommages-intérêts) วินิจฉัยผลทางกฎหมายกรณีที่มีการยกเลิกสัญญาหรือระงับสัญญาชั่วคราว การใช้มาตรการชั่วคราวหรือกำหนดมาตรการฉุกเฉิน

เมื่อกล่าวถึงกฎหมายสำหรับตุลาการแล้วบางครั้งนำไปสู่การสร้างกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการตีความกฎหมายที่จะนำมาปรับใช้ หรือการจัดความคลุมเครือของกฎหมายหรือการอุดช่องว่างของกฎหมายที่เกิดขึ้นจริงหรือตามสมมุติฐานที่ตั้งขึ้น หน้าที่ในการสร้างกฎหมายดังกล่าวเป็นการแข่งขันกับองค์กรนิติบัญญัติที่สถาปนาขึ้นโดยรัฐธรรมนูญทั้งที่หน้าที่ซึ่งตุลาการปฏิบัตินั้นไม่อาจสร้างความชอบด้วยกฎหมายให้แก่ตุลาการได้ เนื่องจากเป็นการดำเนินการที่แข่งขันกับผู้แทนทางการเมือง ในขณะที่ตุลาการมิได้มีส่วนร่วมกับความรับผิดชอบทางการเมืองนั้นด้วย

ความชอบด้วยกฎหมายตั้งอยู่บนพื้นฐานของความรับผิดชอบของตุลาการ

ข้อกังวลในการวางพื้นฐานให้อำนาจที่ใช้โดยตุลาการตั้งอยู่บนความรับผิดชอบของตุลาการเป็นแนวคิดที่ดี

อำนาจดังกล่าวเมื่อเทียบกับภาพรวมของสังคมแล้วถือว่า มีค่อนข้างมากและกว้างขวาง นอกจากนี้ ยังได้รับความคุ้มครองจากความเป็นอิสระของตุลาการอีกด้วย (ผันแปรตามสภาพสังคมและยุคสมัย) กระบวนการยุติธรรมและตุลาการเป็นผู้ยึดถือเอกลัทธิซึ่งการใช้อำนาจนั้นมีผลกระทบต้อปัจเจกบุคคล ในแง่ของเสรีภาพ ทรัพย์สิน กิจกรรมสาธารณะและกิจกรรมส่วนบุคคล ผลกระทบรุนแรงของการเข้าแทรกแซงโดยกระบวนการยุติธรรมนำไปสู่สถานการณ์ที่สะท้อนให้เห็นความไม่ยุติธรรมหรือผิดกฎหมาย ความรับผิดชอบของตุลาการเป็นการให้ความสำคัญกับการกำหนดบังคับให้ตุลาการต้องรับผิดชอบต่อการกระทำของตนและยอมรับต่อผลกระทบที่ตามมาหากก่อให้เกิดความเสียหายต่อผู้เสียหาย (victime) หรือสังคม

ความรับผิดชอบทางแพ่ง เป็นกรณีที่ทำให้เกิดข้อโต้แย้ง กล่าวคือ การบังคับให้รับผิดชอบต่อผลเสียหายที่เกิดขึ้นต่อบุคคลอื่นโดยการแก้ไขให้กลับสู่สภาพเดิมหรือใกล้เคียงกับของเดิม (ค่าสินไหมทดแทน) ในกรณีนี้ เช่นเดียวกับกฎหมายของประเทศยุโรปส่วนใหญ่ กฎหมายของประเทศฝรั่งเศสมีการแบ่งแยกกระหว่างความผิดเป็นการส่วนบุคคล (faute personnelle) และกระบวนพิจารณาผิดที่ผิดพลาด (le fonctionnement défectueux du service de la justice) แต่การแบ่งแยกดังกล่าวมีประสิทธิผลเพียงเล็กน้อยในทางปฏิบัติ แท้จริงแล้ว ถ้าผู้เสียหายในคดี (le justiciable) ได้รับความเสียหายด้วยเหตุแห่งกระบวนพิจารณาผิดที่ผิดพลาด โดยวิเคราะห์ว่าเป็นกรณีความผิดร้ายแรงซึ่งไม่ต้องพิสูจน์ความรับผิดชอบ (faute lourde) หรือการปฏิเสธ



ไม่พิจารณาพิพากษาคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของตน (déni de justice) ผู้เสียหายในคดีจะต้องดำเนินการต่อศาลที่มีเขตอำนาจเพื่อยื่นฟ้องต่อรัฐให้เป็นผู้รับผิดชอบ ถ้าเป็นกรณีความเสียหายที่เกิดจากความผิดส่วนตัวของตุลาการ ผู้เสียหายจะต้องดำเนินการต่อรัฐด้วยเช่นกัน โดยถือว่ารัฐจะต้องรับผิดชอบต่อความผิดที่ตุลาการได้กระทำให้ขึ้น สำหรับกรณีหลัง รัฐสามารถเรียกร้องในภายหลังให้ตุลาการรับผิดชอบใช้ค่าเสียหายได้ เมื่อพิจารณาจากประสบการณ์ของฝรั่งเศสแล้วความรับผิดชอบประเภทนี้ดูจะไม่มีผลต่อตุลาการเพราะ**เหตุผลแรก** แนวคำพิพากษาในกรณีนี้มีจำนวนไม่มาก **เหตุผลที่สอง** แนวคำพิพากษามีแนวโน้มที่จะเหมือนกันระหว่าง “ความผิดร้ายแรงต่อหน้าที่” (faute lourde du service) และ “ความผิดส่วนตัวอันเนื่องมาจากการทำหน้าที่” (faute personnelle se rattachant au service) (ซึ่งเป็นกรณีที่ยกเว้นความรับผิดชอบของผู้พิพากษา โดยรัฐเป็นผู้ชดเชยความเสียหายในทั้งสองกรณี) **เหตุผลสุดท้าย** ศาลฎีกาดูเหมือนว่าจะไม่เคยเรียกร้องให้ตุลาการต้องรับผิดชอบต่อรัฐ

กรณีเป็นเช่นเดียวกับ**ความรับผิดชอบทางอาญา** กล่าวคือ การกำหนดบังคับให้ชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิด ศาลฎีกาจจำกัดความเป็นไปได้ในการหาผู้รับผิดชอบทางอาญาไว้แคบมากในกรณีตุลาการที่ดำเนินการตามหน้าที่ของตน แต่ศาลฎีกาก็มิได้ทำให้บทบัญญัติดังต่อไปนี้สิ้นผลไป เช่น บทบัญญัติของประมวลกฎหมายอาญาเกี่ยวกับการปราบปรามการคอร์รัปชัน (มาตรา ๔๓๔.๙) การปฏิเสธไม่พิจารณาพิพากษาคดีที่อยู่ในเขตอำนาจของตน (déni de justice) (มาตรา ๔๓๒.๑) เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจตามหน้าที่ทำให้การบังคับใช้กฎหมายไม่เป็นผล (l'abus d'

autorité dirigé contre l'administration) (มาตรา ๔๓๒-๑ และมาตรา ๔๓๒-๒) และกรณีต่อบุคคลทั่วไปซึ่งเกิดความเสียหายต่อเสรีภาพของปัจเจกบุคคล (มาตรา ๔๓๒-๔ และมาตรา ๔๓๒-๖) ความเสียหายจากการล่วงละเมิดเคหสถานอันเป็นที่รื้อฐาน (les atteintes a l'inviolabilité du domicile) (มาตรา ๔๓๒-๘) ความเสียหายต่อความลับของข้อมูลที่ติดต่อสื่อสาร (les atteintes au secret des correspondances) (มาตรา ๔๓๒-๙) แต่มีข้อสังเกตว่าความรับผิดชอบของตุลาการแทบจะไม่มีในแง่ของความผิดอาญาด้วยเหตุผลของการดำเนินกิจกรรมตามหน้าที่ของตน ตุลาการจึงเหมือนกับบุคคลที่ไม่อาจถูกล่วงละเมิดได้ (personages intouchables)

ความรับผิดชอบทางวินัย ดูเหมือนว่าจะเป็นการลดช่องว่างการโต้แย้งสำหรับกรณีนี้ก็ยังคงวิพากษ์วิจารณ์ด้วยเช่นกัน สถานะของตุลาการได้มีการกำหนด (มาตรา ๔๓) ว่า “ความผิดของตุลาการต่อตำแหน่งหน้าที่ ต่อเกียรติยศ ต่อเรื่องที่มีความละเอียดอ่อน หรือต่อศักดิ์ศรี ถือเป็นความผิดทางวินัย” โดยรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมจะเป็นผู้เริ่มกระบวนการทางวินัยเพื่อเสนอต่อคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม กระบวนการลงโทษทางวินัยกำหนดไว้ตั้งแต่การตำหนิเป็นลายลักษณ์อักษรจนถึงการเพิกถอนจากตำแหน่งโดยกำหนดให้ระงับสิทธิการได้รับบำนาญด้วยหรือไม่ก็ได้ โดยการส่งโยกย้ายหรือปลดจากตำแหน่งหน้าที่อื่นนี้ แม้ว่าจะระบับนี้จะใช้ในทางปฏิบัติแต่ก็ยังมีช่องว่างเช่นเดียวกับกรณีก่อนหน้านี้ ด้วยเหตุที่ไม่มีการเผยแพร่คำวินิจฉัยโทษทางวินัยทำให้การวิเคราะห์แนวคำพิพากษาในเรื่องนี้เป็นไปได้ยาก เพราะกระบวนการทางวินัยมิได้เปิดเผยสู่สาธารณะ นอกจากนี้ มาตรา ๓๘.๒ แห่งรัฐธรรมนูญลงวันที่ ๒๙ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๘๘๑ ว่าด้วยเสรีภาพของสื่อบัญญัติห้าม “เผยแพร่ข้อมูลใดเกี่ยวกับการลงมติของคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรม” (ยกเว้นข้อมูลที่ประธานหรือรองประธานคณะกรรมการตุลาการศาลยุติธรรมจะเป็นผู้ให้ข้อมูล) ในขณะที่การเผยแพร่คดีทางวินัยที่เกี่ยวกับตุลาการในประเทศอิตาลีและประเทศแคนาดาสามารถกระทำได้และถือว่าเป็นประโยชน์ ในประเทศแคนาดากระบวนการทางวินัยนั้นอาจมีการนำเสนอขึ้นโดยตรงจากผู้เสียหายในคดีได้ หากมีการนำข้อเสนอเช่นนี้ไปใช้



ในประเทศฝรั่งเศสก็จะมีแต่ก่อให้เกิดข้อโต้แย้งที่ไม่มีที่สิ้นสุด จากตุลาการว่า เป็นการขัดขวางการดำเนินการตามปกติของระบบกระบวนการยุติธรรม

ความชอบด้วยกฎหมายสร้างขึ้นโดยการเลือกตั้งได้หรือไม่ ?

เมื่อเห็นข้อบกพร่องของความรับผิดชอบทางอาญา ความรับผิดชอบทางแพ่ง หรือความรับผิดชอบทางวินัยแล้ว ทำไมเราจึงไม่นึกถึงความรับผิดชอบทางการเมือง ? ถ้าเห็นแล้วว่าหน้าที่ในการพิพากษาคดีตัดสินคดีไม่อาจโต้แย้งได้ว่าไม่มีลักษณะทางการเมือง ก็ดูสมเหตุสมผลที่จะนำหลักประชาธิปไตย เรื่องการเลือกตั้งทั่วไปมาใช้กับความชอบด้วยกฎหมายของตุลาการ หากหน้าที่ในการพิพากษาคดีเข้ามามีส่วนร่วมในอำนาจอธิปไตย ดังนั้นอำนาจที่เคยเป็นของเจ้าชาย จะกลายเป็นของประชาชนที่จะแต่งตั้งหรือถอดถอนตุลาการ (ตุลาการต้องพ้นจากหน้าที่หากประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งไม่ไว้วางใจอีกต่อไป)

จากเหตุผลดังกล่าวทำให้มีการหยิบยกประเด็นเรื่องการเลือกตั้งตุลาการโดยตรงขึ้นมา แม้ว่าจะมีตัวอย่างของประเทศสหรัฐอเมริกา ญี่ปุ่น และสวิตเซอร์แลนด์ ให้เห็นว่ามี การเลือกตั้งตุลาการในบางกรณี แต่รูปแบบดังกล่าวยังไม่เป็นที่นิยมมากนัก ผู้เชี่ยวชาญได้หยิบยกปัญหาหลายประการขึ้นพร้อมกัน ทั้งปัญหาทางเทคนิค ความเสี่ยงที่จะเลือกตั้งได้บุคคลที่ไม่มีความสามารถ อันตรายจากการที่ต้องแข่งขันกับพรรคการเมืองอาจแปลงสภาพการทำหน้าที่ในการพิพากษาคดี รวมทั้งผู้เชี่ยวชาญบางคนมีความกังวลว่าการเลือกตั้งจะมีผลทำให้ตุลาการอยู่ในระดับเดียวกับผู้แทนราษฎร เมื่อมีการอ้างถึงการเลือกตั้งตุลาการของศาลระหว่างประเทศ (ศาลยุติธรรมระหว่างประเทศ ศาลอาญาระหว่างประเทศ ศาลยุโรปด้วยสิทธิมนุษยชน) ก็มีข้อโต้แย้งว่าไม่สามารถนำเรื่องเขตอำนาจของศาลระหว่างประเทศกับเขตอำนาจของศาลภายในประเทศมาเปรียบเทียบกันได้

ข้อถกเถียงดังกล่าวมีคุณค่าอย่างไรต่อกรณีของ ประเทศฝรั่งเศส ? ไม่มีข้อถกเถียงที่หยิบยกขึ้นเป็นการทั่วไปต่อการเลือกตั้งตุลาการตามที่ได้มีการตรวจสอบ ในประสบการณ์ของประเทศฝรั่งเศสในเรื่องนี้ เนื่องจาก ประเทศฝรั่งเศสได้มีรูปแบบการคัดเลือกตุลาการระหว่าง

ช่วงเวลาการปฏิวัติฝรั่งเศสและมีการเรียกร้องอ้างสิทธิดังกล่าวจนถึงต้นศตวรรษที่ ๒๐ โดยความเห็นส่วนใหญ่ เห็นว่าเป็นเครื่องมือที่รับรองความชอบด้วยกฎหมายสำหรับอำนาจในการพิพากษาคดีอย่างแท้จริง แนวคิดดังกล่าว ยังคงอยู่จนถึงปัจจุบันนี้สำหรับกรณีของศาลพาณิชย์ (Tribunaux de commerce) ศาลแรงงาน (les conseils de prud'hommes) และศาลคดีเกี่ยวกับการเช่าที่ดินเพื่อเกษตรกรรม (Tribunaux paritaires des baux ruraux) การตัดสินใจให้มีการเลือกตั้งตุลาการจากประชาชน เมื่อปี ค.ศ. ๑๗๙๐ เพื่อวัตถุประสงค์ในเวลาเดียวกัน เพื่อยุติระบบการยุติธรรมดั้งเดิมเพื่อหลีกเลี่ยงการทำให้เกิดตุลาการอาชีพขึ้นมาใหม่ และเพื่อรับรองอำนาจหน้าที่และความ เป็นผู้แทนของตุลาการ หากแนวคิดทางประชาธิปไตยของการเปลี่ยนแปลงในการเลือก (recrutement) ดูจะเหมือนจะเป็นลำดับรองในปัจจุบัน อย่างไรก็ตาม เราสังเกตเห็นได้ว่าการนำแนวคิดเรื่องกระบวนการยุติธรรมที่เป็นผู้แทนของประชาชนถือเป็นเรื่องอธิปไตยใหม่ซึ่งได้รับความนิยมนั่นแน่นอนว่าการนำทฤษฎีมาสู่ความเป็นจริงนั้น เป็นเรื่องยากเนื่องจากเป็นเจตจำนงของผู้นำซึ่งอาจจะหรือไม่ปิดบังความต้องการควบคุมบุคลากรด้านการยุติธรรม

การเลือกตั้งทางตุลาการเพียงครั้งเดียวในฤดูหนาวของปี ค.ศ. ๑๗๙๐ - ๑๗๙๑ ที่มีดำเนินการสอดคล้องกับกฎหมาย จากการตรวจสอบคุณสมบัติของผู้สมัครทำให้ทราบถึงคุณลักษณะของผู้ได้รับการเลือกตั้ง: อดีตนายความ ผู้มีชื่อเสียง เกษตรกร นายกเทศมนตรี เจ้าหน้าที่เทศบาล



หรือกรณีอื่น ซึ่งมีชื่อเสียงด้านความซื่อสัตย์และศีลธรรม การเลือกตั้งทำให้มีการคัดเลือกผู้รับสมัครที่มีคุณภาพ มีเกียรติ และได้รับความพึงพอใจเป็นการทั่วไป แต่ด้วยการที่ สถานการณ์ที่ไม่แน่นอนของการปฏิวัติ การครอบงำการเลือกตั้ง การกวาดล้าง (épuration) และสิ่งที่กล่าวมาข้างต้นขัดขวางการดำเนินการเลือกตั้งตุลาการที่ดีและการกำหนดการควบคุมกระบวนการยุติธรรมไว้ล่วงหน้า ในระหว่างระบบการปกครองนโปเลียน (แปลขยายความ)

ในปี ค.ศ. ๑๘๐๒ การเลือกตั้งตุลาการไม่มีอีกแล้ว ในประเทศฝรั่งเศส แม้ว่าเมื่อวันที่ ๑๐ มิถุนายน ๑๘๘๒ สภาผู้แทนราษฎรได้มีการออกเสียงลงมติเห็นชอบด้วยคะแนน ๒๗๕ เสียง และลงมติคัดค้านด้วยคะแนน ๒๐๘ เสียง สำหรับการนำเรื่องการเลือกตั้งตุลาการกลับมาใช้อีก โดยให้ “ตุลาการทุกประเภทมาจากการเลือกตั้ง

ทั่วไป” การรื้อฟื้นหลักการของปี ค.ศ. ๑๗๙๐ ไม่ได้ทำให้เกิดความประหลาดใจเพราะว่าตัวอย่างการเลือกตั้งตุลาการดังกล่าวถูกมองว่าเป็นรูปแบบการเลือกตั้งตุลาการที่ดี ในระหว่างศตวรรษที่ ๑๙ อย่างไรก็ตาม หลักการเกี่ยวกับการเลือกตั้งดังกล่าวไม่สามารถต้านทานความต้องการนำหลักการเกี่ยวกับสาธารณรัฐมาใช้กับกระบวนการคัดเลือกผู้พิพากษา การกวาดล้าง (épuration) ในปี ค.ศ. ๑๘๘๓ ช่วยให้มีการนำหลักการเกี่ยวกับสาธารณรัฐมาใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ มีแต่เพียงคนที่มีแนวคิดสุดโต่ง (radicaux) บางคนที่ยังคงแสดงความยึดมั่นกับอุดมคติของการเลือกตั้งปี ค.ศ. ๑๗๙๐ จนกระทั่งมีระบบการสอบคัดเลือก (concours) (กำหนดโดยรัฐกฤษฎีกา Sarrien ปี ค.ศ. ๑๙๐๖) ข้อเสนอสำหรับการเลือกตั้งตุลาการไม่น้อยกว่า ๔ เรื่อง ได้มีการเสนอต่อสำนักงานสภาผู้แทนราษฎร แต่ไม่เป็นผลสำเร็จ 📌





สรุปความเห็นทางกฎหมาย ของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่น่าสนใจ

การรับเด็กซึ่งเกิดจากการใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์เป็นบุตรบุญธรรม

กองกฎหมายไทย

ท ญิงเจ้าของไข่ซึ่งได้จ้างหญิงอื่นเป็นผู้ตั้งครรภ์แทน และเมื่อเด็กคลอดออกมาแล้วมีผลการตรวจ DNA ของเด็กว่าตรงกับ DNA ของหญิงเจ้าของไข่ ดังนี้ เด็กคนดังกล่าวจะถือเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงเจ้าของไข่หรือไม่ และถ้าไม่ หญิงเจ้าของไข่จะสามารถรับเด็กคนดังกล่าวเป็นบุตรบุญธรรมได้หรือไม่

มาตรา ๑๕๔๖ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ได้บัญญัติว่า เด็กเกิดจากหญิงที่มีได้มีการสมรสกับชาย ให้ถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงนั้น เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น เมื่อเด็กเกิดจากหญิงผู้ตั้งครรภ์แทนซึ่งมิได้มีการสมรส ก็ต้องถือว่าเป็นบุตรชอบด้วยกฎหมายของหญิงผู้ตั้งครรภ์แทน ทั้งกรณีนี้ไม่มีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น หญิงเจ้าของไข่จึงมิใช่มารดาโดยชอบด้วยกฎหมายของเด็ก จึงอาจขอรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรมได้ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และตามพระราชบัญญัติการรับเด็กเป็นบุตรบุญธรรม พ.ศ. ๒๕๒๒

(เรื่องเสรีจที ๘/๒๕๕๗ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การรับเด็กซึ่งเกิดจากการใช้เทคโนโลยีทางการแพทย์เป็นบุตรบุญธรรม, คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะที่ ๑๑))



อำนาจในการอนุมัติให้ผู้อำนวยความสะดวก และภูมิสารสนเทศปฏิบัติหน้าที่เป็นเลขานุการสำนักงานคณะกรรมการ ภูมิสารสนเทศแห่งชาติ

สำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรีมีหนังสือขอให้ คณะกรรมการบริหารสำนักงานพัฒนาเทคโนโลยีอวกาศ และภูมิสารสนเทศ (สทอภ.) อนุมัติให้ผู้อำนวยความสะดวก สทอภ. ปฏิบัติหน้าที่เป็นเลขานุการสำนักคณะกรรมการ ภูมิสารสนเทศแห่งชาติ (สภทช.) โดยอ้างบทบัญญัติ ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยคณะกรรมการ ภูมิสารสนเทศแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๕๖ แต่มาตรา ๒๔ แห่ง พระราชกฤษฎีกาจัดตั้งสำนักงานพัฒนาเทคโนโลยีอวกาศ และภูมิสารสนเทศ (องค์การมหาชน) พ.ศ. ๒๕๔๓ กำหนดให้ผู้อำนวยความสะดวกต้องเป็นผู้สามารถทำงานให้แก่ สำนักงานได้เต็มเวลา ดังนี้ คณะกรรมการบริหาร สทอภ. มีอำนาจอนุมัติตามคำขอดังกล่าวหรือไม่

การไปปฏิบัติหน้าที่เลขานุการ สภทช. ในขณะที่ เดียวกันอีกหน้าที่หนึ่งย่อมส่งผลกระทบต่อ การปฏิบัติหน้าที่เต็มเวลาในฐานะผู้อำนวยความสะดวก สทอภ. และเป็นเหตุ ให้ขาดคุณสมบัติในการดำรงตำแหน่งผู้อำนวยความสะดวก ตามมาตรา ๒๔ แห่งพระราชกฤษฎีกาจัดตั้ง สทอภ.ฯ และ เมื่อพิจารณาพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวแล้ว ไม่มีบทบัญญัติ ใดให้อำนาจคณะกรรมการบริหาร สทอภ. สามารถอนุมัติ

ให้บุคคลใดไปดำรงตำแหน่งในหน่วยงานอื่นได้ ดังนั้น คณะกรรมการบริหาร สทอภ. จึงไม่อาจพิจารณาอนุมัติ ให้ผู้อำนวยความสะดวก สทอภ. ไปปฏิบัติหน้าที่เลขานุการ สภทช. อีกหน้าที่หนึ่งในขณะเดียวกันได้

อนึ่ง มาตรา ๑๑ (๘) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบ บริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๓๔ บัญญัติให้นายก รัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลมีอำนาจหน้าที่ในการวาง ระเบียบปฏิบัติราชการ เพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดิน เป็นไปโดยรวดเร็วและมีประสิทธิภาพ เท่าที่ไม่ขัดหรือ ขัดแย้งกับพระราชบัญญัตินี้หรือกฎหมายอื่น กรณีดังกล่าว จะต้องเป็นการวางระเบียบปฏิบัติราชการที่ใช้บังคับแก่ ราชการส่วนกลาง ราชการส่วนภูมิภาค และราชการ ส่วนท้องถิ่นเท่านั้น มิได้หมายความรวมถึงรัฐวิสาหกิจ หรือองค์การมหาชนด้วย อีกทั้งพระราชกฤษฎีกาการจัดตั้ง สทอภ.ฯ มิได้บัญญัติให้เจ้าหน้าที่ของ สทอภ. ไปปฏิบัติงาน ในหน่วยงานของรัฐอื่นได้ ดังนั้น การที่ข้อ ๑๔ แห่งระเบียบ สำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยคณะกรรมการภูมิสารสนเทศ แห่งชาติฯ บัญญัติให้ สภทช. อาจขอให้คณะรัฐมนตรี มีมติให้พนักงานหรือลูกจ้างของรัฐวิสาหกิจหรือหน่วยงาน อื่นของรัฐไปช่วยปฏิบัติงานเป็นเจ้าหน้าที่ของ สภทช. ได้ และการกำหนดให้ผู้อำนวยความสะดวก สทอภ. ทำหน้าที่เป็น เลขานุการ สภทช. จนกว่าจะมีการแต่งตั้งเลขานุการ สภทช. ตามบทเฉพาะกาลข้อ ๑๙ แห่งระเบียบเดียวกัน จึงเป็นบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับมาตรา ๑๑ (๘) แห่ง พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินฯ

(เรื่องเสรีจที ๕๒/๒๕๕๗ อำนาจในการอนุมัติให้ ผู้อำนวยความสะดวกสำนักงานพัฒนาเทคโนโลยีอวกาศและ ภูมิสารสนเทศปฏิบัติหน้าที่เป็นเลขานุการสำนักงาน คณะกรรมการภูมิสารสนเทศแห่งชาติ, คณะกรรมการ กฤษฎีกา (คณะที่ ๒))





สรุปความเห็นทางกฎหมาย ของคณะกรรมการกฤษฎีกาที่น่าสนใจ

สำนักกฎหมายปกครอง

เรื่อง การใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยการ รื้อถอนอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างออกจากที่ดิน สาธารณประโยชน์

กฤษฎีกาสารณฉบับนี้ สำนักกฎหมายปกครอง ขอเสนอความเห็นทางกฎหมายของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองที่น่าสนใจ เรื่องซึ่งมีประเด็นปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวกับการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง โดยมีข้อเท็จจริงสรุปได้ว่า ประมาณเดือน พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๕๓ เจ้าหน้าที่ขององค์การบริหารส่วนตำบลสาครได้ตรวจสอบพื้นที่หาดในยาง ซึ่งเป็นที่ดินสาธารณประโยชน์ที่สงวนเลี้ยงสัตว์แหลมพิศ-ปากบาง พบว่ามีราษฎรจำนวน ๒๑ ราย บุกรุกที่ดิน ปลูกสร้างอาคารเพื่อเป็นเจ้าของ ยึดถือครอบครอง รวมทั้งดำเนินกิจการค้าขายเปิดเป็นร้านอาหารและเครื่องดื่มโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่น องค์การบริหารส่วนตำบลสาครจึงอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ออกคำสั่งให้ผู้บุกรุกรื้อถอนอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างออกทั้งหมด ผู้บุกรุกได้อุทธรณ์คำสั่งขององค์การบริหารส่วนตำบลสาคร โดยคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์ได้พิจารณาอุทธรณ์ของผู้บุกรุก ผู้บุกรุกจึงได้ยื่นฟ้ององค์การบริหารส่วนตำบลสาครต่อศาลปกครอง นครศรีธรรมราช โดยขอให้มีคำสั่งหรือคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งให้รื้อถอนอาคารหรือสิ่งปลูกสร้าง และมีคำสั่งหรือคำพิพากษาให้เพิกถอนคำวินิจฉัยของคณะกรรมการ

พิจารณาอุทธรณ์ แต่ศาลปกครองนครศรีธรรมราชได้มีคำพิพากษายกฟ้องทุกรายโดยเห็นว่าเจ้าพนักงานท้องถิ่นได้ออกคำสั่งโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว

องค์การบริหารส่วนตำบลสาครได้มีหนังสือแจ้งให้ผู้บุกรุกทุกรายทราบว่า ศาลปกครองนครศรีธรรมราชได้มีคำพิพากษายกฟ้อง และแจ้งให้ผู้บุกรุกดังกล่าวรื้อถอนอาคารหรือสิ่งปลูกสร้าง และขนย้ายทรัพย์สินพร้อมบริวารออกไปจากอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างที่บุกรุกที่ดินสาธารณประโยชน์ให้แล้วเสร็จภายใน ๓๐ วัน ซึ่งขณะนี้ได้เลยกำหนด ๓๐ วันแล้ว แต่ผู้บุกรุกก็ยังไม่ยอมรื้อถอนอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างออกจากที่ดินสาธารณประโยชน์แต่อย่างใด ทั้งนี้ ในหนังสือดังกล่าวได้แจ้งว่า หากผู้บุกรุกไม่ยอมรื้อถอนอาคารหรือสิ่งปลูกสร้าง องค์การบริหารส่วนตำบลสาครมีความจำเป็นต้องใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามมาตรา ๕๘ มาตรา ๕๙ และมาตรา ๖๐ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ โดยจะเข้าดำเนินการรื้อถอนอาคารของผู้บุกรุกหรือมอบหมายให้บุคคลอื่นรื้อถอนอาคารแทน และให้มีการชำระค่าใช้จ่ายในการรื้อถอนอาคารและค่าปรับทางปกครองไม่เกินสองหมื่นบาทต่อวัน พร้อมทั้งได้ติดประกาศที่อาคารผู้บุกรุกให้รื้อถอนภายใน ๗ วันแล้ว แต่ผู้บุกรุกก็ยังไม่ยอมรื้อถอนและได้อุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครอง นครศรีธรรมราชไปยังศาลปกครองสูงสุด นอกจากนี้ องค์การบริหารส่วนตำบลสาครได้ดำเนินคดีอาญา โดยแจ้ง



ความร้องทุกข์ต่อเจ้าพนักงานสอบสวนสถานีตำรวจภูธร ทำฉัตรไชยกับผู้บุกรุกที่ดินสาธารณประโยชน์บริเวณหาด ในยางแล้วทุกราย และคดีอยู่ระหว่างการพิจารณาของ ศาลจังหวัดภูเก็ต

องค์การบริหารส่วนตำบลสาครจึงขอหารือคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองว่า

๑. ผู้บุกรุกที่ดินสาธารณประโยชน์ที่ศาลปกครอง นครศรีธรรมราชยกฟ้องแล้ว องค์การบริหารส่วนตำบลสาคร จะดำเนินการรื้อถอนอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างของผู้บุกรุก ดังกล่าวได้หรือไม่ อย่างไร

๒. องค์การบริหารส่วนตำบลสาครจะเข้าดำเนินการรื้อถอนอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างของผู้บุกรุกที่ดิน สาธารณประโยชน์ที่มีการอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด ได้หรือไม่ อย่างไร

๓. องค์การบริหารส่วนตำบลสาครจะให้มีการ ชำระค่าปรับทางปกครองตามจำนวนที่สมควรแก่เหตุแต่ ไม่เกินสองหมื่นบาทถ้วนต่อวัน ตามที่กำหนดในกฎ กระทรวงกับผู้ฝ่าฝืนที่ไม่ยอมรื้อถอนอาคารที่บุกรุก ในทางปฏิบัติจะต้องดำเนินการอย่างไร ตั้งแต่ต้นจนจบ กระบวนการ

๔. องค์การบริหารส่วนตำบลสาครจะต้องดำเนินการรื้อถอนอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างของผู้บุกรุกที่ดิน สาธารณประโยชน์ จะต้องปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมาย อย่างไร

๕. กรณีที่ผู้บุกรุกที่ดินสาธารณประโยชน์ได้ อุทธรณ์ไปยังศาลปกครองสูงสุด องค์การบริหารส่วนตำบล สาครจะรื้อถอนอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างของผู้บุกรุกดังกล่าว ก่อนได้หรือไม่

๖. ในขณะที่คดีอาญาอยู่ระหว่างการพิจารณา ของศาลจังหวัดภูเก็ต องค์การบริหารส่วนตำบลสาคร จะรื้อถอนอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างของผู้บุกรุกที่ดิน สาธารณประโยชน์ได้หรือไม่

๗. องค์การบริหารส่วนตำบลสาครจะรื้อถอน อาคารหรือสิ่งปลูกสร้างของผู้บุกรุกที่ดินสาธารณประโยชน์ ที่อยู่ระหว่างอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด โดยใช้วิธีบังคับ ทางปกครองตามมาตรา ๕๘ มาตรา ๕๙ และมาตรา ๖๐ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

พ.ศ. ๒๕๓๙ ได้หรือไม่ อย่างไร

คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พิจารณาแล้วเห็นว่า มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาเพียงสาม ประเด็นและมีความเห็นในแต่ละประเด็น ดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง องค์การบริหารส่วนตำบลสาคร จะใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามพระราชบัญญัติ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ เพื่อรื้อถอน อาคารหรือสิ่งปลูกสร้างของผู้บุกรุกที่ดินสาธารณประโยชน์ และจะใช้มาตรการบังคับทางปกครองในระหว่างที่มีการ อุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองนครศรีธรรมราชต่อ ศาลปกครองสูงสุดได้หรือไม่ เห็นว่า แม้พระราชบัญญัติ ควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ จะมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้ มาตรการบังคับทางปกครองในกรณีผู้รับคำสั่งทางปกครอง ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นไว้โดยเฉพาะ แต่หากองค์การบริหารส่วนตำบลสาครพิจารณาแล้วเห็นว่าการ ใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามพระราชบัญญัติ ควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ จะเกิดผลน้อยกว่าการใช้ มาตรการบังคับตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการ ทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ องค์การบริหารส่วนตำบลสาคร ก็อาจนำมาตรการบังคับทางปกครองของส่วนที่ ๘ การบังคับ ทางปกครอง ในหมวด ๒ คำสั่งทางปกครอง มาใช้บังคับได้ ทั้งนี้ ตามมาตรา ๖๓ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติ ราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ และสามารถพิจารณา ใช้มาตรการบังคับทางปกครองในระหว่างที่ผู้บุกรุก ได้อุทธรณ์คำพิพากษาศาลปกครองนครศรีธรรมราช ไปยังศาลปกครองสูงสุดได้ ทั้งนี้ ตามความเห็นของ คณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ซึ่งได้พิจารณาให้ ความเห็นไว้เป็นแนวทางแล้วในเรื่องเสรีที่ ๘๗/๒๕๕๐

ประเด็นที่สอง องค์การบริหารส่วนตำบลสาคร จะใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยให้ผู้บุกรุกที่ไม่ยอม รื้อถอนอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างชำระค่าปรับทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ได้หรือไม่ อย่างไร นั้น เห็นว่า วัตถุประสงค์ของ การใช้มาตรการบังคับทางปกครองก็เพื่อให้เป็นไปตาม คำสั่งทางปกครอง เมื่อองค์การบริหารส่วนตำบลสาครได้ อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ออกคำสั่งให้ผู้บุกรุกรื้อถอนอาคารแต่ผู้บุกรุกไม่ได้รื้อถอน



ซึ่งต่อมาศาลปกครองนครศรีธรรมราชได้มีคำพิพากษาแล้วว่าคำสั่งดังกล่าวชอบด้วยกฎหมาย องค์การบริหารส่วนตำบลสาครุ่ยยอมมีอำนาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามมาตรา ๔๓ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ รวมทั้งสามารถยื่นคำขอต่อศาลเพื่อขอให้มีคำสั่งจับกุมและกักขังบุคคลซึ่งไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่น และมีอำนาจดำเนินการหรือจัดให้มีการรื้อถอนอาคารดังกล่าวได้เองโดยเจ้าของเป็นผู้เสียค่าใช้จ่ายได้ ดังนั้น จะเห็นได้ว่ามาตรการบังคับทางปกครองที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติควบคุมอาคารฯ มีประสิทธิภาพและสมประโยชน์ตามวัตถุประสงค์ในการดำเนินการแก่ผู้บุกรุกที่ดินสาธารณะประโยชน์แล้ว เมื่อเปรียบเทียบกับกรณีจะใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ อย่างไรก็ตาม หากองค์การบริหารส่วนตำบลสาครุ่ยจะเลือกใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามมาตรา ๔๘ (๒) แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ โดยการเรียกให้ผู้บุกรุกชำระค่าปรับทางปกครองเป็นรายวัน จะต้องเป็นกรณีที่องค์การบริหารส่วนตำบลสาครุ่ยไม่ได้ใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยเข้ารื้อถอนอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างเอง เนื่องจากคำสั่งทางปกครองที่ให้ผู้บุกรุกรื้อถอนอาคารได้ถูกดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่เองแล้ว มีผลทำให้สิทธิในการเรียกให้ผู้บุกรุกชำระค่าปรับดังกล่าวเป็นอันสิ้นสุดลง

อนึ่ง การสั่งปรับในทางอาญานั้นเป็นอำนาจของศาลที่กำหนดไว้ตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ส่วนค่าปรับทางปกครองเป็นอำนาจของเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ จึงไม่เป็นการดำเนินการตามกฎหมายที่ซ้ำซ้อนกัน ประกอบกับข้อเท็จจริงในคดีนี้ศาลอาญายังไม่ได้มีคำพิพากษาในคดีดังกล่าว จึงไม่มีเหตุที่จะทำให้ผู้บุกรุกต้องถูกปรับซ้ำซ้อนแต่อย่างใด

ประเด็นที่สาม องค์การบริหารส่วนตำบลสาครุ่ยจะรื้อถอนอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างของผู้บุกรุกในขณะที่ยังคดีอาญาอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลจังหวัดภูเก็ตได้หรือไม่ นั้น เห็นว่า พระราชบัญญัติควบคุมอาคารฯ กำหนดให้การก่อสร้างอาคารบุกรุกที่ดินสาธารณะประโยชน์ซึ่งไม่ได้รับอนุญาตเป็นความผิดทางอาญา และให้พนักงานเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจดูแลรักษาสาธารณสุขสมบัติของแผ่นดินสามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครองรื้อถอนอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างนั้นได้ ประกอบกับไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติใดในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ หรือในกฎหมายอื่นฉบับใดที่บัญญัติไว้ว่าการฟ้องคดีต่อศาลจะมีผลทำให้ไม่สามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ และแม้ว่าในภายหลังคำพิพากษาของศาลปกครองและศาลในคดีอาญาจะไม่สอดคล้องกัน แต่ผลของคดีปกครองและคดีอาญาจะเป็นอย่างไรก็ย่อมเป็นไปตามกระบวนการวินิจฉัยคดี ข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานของแต่ละคดีนั่นเอง ดังนั้น องค์การบริหารส่วนตำบลสาครุ่ยสามารถใช้มาตรการบังคับทางปกครองรื้อถอนอาคารที่ก่อสร้างรุกล้ำที่ดินสาธารณะประโยชน์ควบคุมคู่ไปกับการดำเนินคดีอาญาได้ ทั้งนี้ ตามแนวความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในเรื่องเสร็จที่ ๒๖๐/๒๕๕๔

(บันทึกคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่อง การใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยการรื้อถอนอาคารหรือสิ่งปลูกสร้างออกจากที่ดินสาธารณะประโยชน์ (เรื่องเสร็จที่ ๒๗/๒๕๕๗))



(ต่อจากปกหลัง)

(๒) กำหนดจำนวนหรือมูลค่าของหลักทรัพย์ที่เป็นเงินสดหรือพันธบัตรรัฐบาลไทยอย่างใดอย่างหนึ่งหรือทั้งสองอย่างรวมกัน ในกรณีของผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบการขนส่งประจำทาง ผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบการขนส่งไม่ประจำทาง และผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบการขนส่งส่วนบุคคล เพิ่มเป็นสามหมื่นห้าพันบาทสำหรับรถคันที่หนึ่ง (จากเดิมสามหมื่นบาท) และคันละห้าร้อยบาทสำหรับรถคันต่อ ๆ ไป แต่เมื่อรวมกันแล้วทั้งหมดไม่เกินสามแสนบาท สำหรับกรณีผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบการขนส่งโดยรถขนาดเล็ก เพิ่มเป็นจำนวนหรือมูลค่าสามหมื่นห้าพันบาทสำหรับรถคันที่หนึ่ง (จากเดิมสามหมื่นบาท) เช่นเดียวกัน และคันละสองร้อยบาท สำหรับรถคันต่อ ๆ ไป แต่เมื่อรวมกันแล้วทั้งหมดไม่เกินสองแสนบาท (ข้อ ๕)

(๓) กำหนดให้สัญญาประกันภัยและกรรมธรรม์ประกันภัยตามข้อ ๗ ต้องมีระยะเวลาความคุ้มครองอย่างน้อยตลอดอายุภาษีรถ (จากเดิมที่ต้องมีความคุ้มครองเป็นระยะเวลาเพียงแค่น้อยกว่าสามสิบวันนับแต่วันที่ได้นำมาใช้วางเป็นหลักทรัพย์เท่านั้น) และจำนวนเงินเอาประกันภัยสำหรับความเสียหายแก่ชีวิตและร่างกายของบุคคลภายนอกที่เกิดจากการขนส่งของผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบการขนส่งในแต่ละครั้ง ต้องไม่ต่ำกว่าจำนวนเงินเอาประกันภัยตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองผู้ประสบภัยจากรถ (ข้อ ๘)

(๔) เพิ่มอัตราค่าใช้จ่ายเบื้องต้นที่ผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบการขนส่งจะต้องจ่ายให้แก่ผู้เสียหายหรือทายาท ในกรณีวางหลักทรัพย์เป็นเงินสดหรือพันธบัตร

รัฐบาลไทยอย่างใดอย่างหนึ่งหรือทั้งสองอย่างรวมกัน ให้สอดคล้องกับสภาพการณ์ปัจจุบัน ดังนี้ (ข้อ ๑๒)

(๔.๑) ในกรณีที่ผู้เสียหายมิได้ถึงแก่ความตาย ให้จ่ายค่ารักษาพยาบาลรวมทั้งค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ระหว่างการรักษาพยาบาลตามจำนวนเงินที่ผู้เสียหายได้แสดงหลักฐานการใช้จ่ายไปจริง แต่ทั้งนี้ไม่เกินหนึ่งหมื่นห้าพันบาท (จากเดิมไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท)

(๔.๒) ในกรณีที่ผู้เสียหายถึงแก่ความตายในทันที ให้จ่ายค่าปลงศพแก่ทายาทจำนวนสามหมื่นห้าพันบาท (จากเดิมหนึ่งหมื่นบาท)

(๔.๓) ในกรณีที่ผู้เสียหายมิได้ถึงแก่ความตายในทันที ให้จ่ายค่ารักษาพยาบาลรวมทั้งค่าใช้จ่ายอื่น ๆ ระหว่างการรักษาพยาบาลตาม (๑) และค่าปลงศพตาม (๒)

ทั้งนี้ ในกรณีที่ผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบการขนส่งวางหลักทรัพย์เป็นสัญญาประกันภัยและกรรมธรรม์ประกันภัยในวันก่อนวันที่กฎกระทรวงนี้มีผลใช้บังคับ ให้สัญญาประกันภัยและกรรมธรรม์ประกันภัยนั้นยังคงใช้เป็นหลักทรัพย์ตามกฎกระทรวงนี้ได้ต่อไปจนกว่าจะสิ้นสุดระยะเวลาความคุ้มครอง (ข้อ ๑๔) แต่ผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบการขนส่งซึ่งวางหลักทรัพย์เป็นเงินสดหรือพันธบัตรรัฐบาลไทยอย่างใดอย่างหนึ่งหรือทั้งสองอย่างรวมกัน ในวันก่อนวันที่กฎกระทรวงนี้มีผลใช้บังคับ ต้องนำเงินสดหรือพันธบัตรรัฐบาลไทยมาวางเพิ่มหรือเปลี่ยนชนิดของหลักทรัพย์ให้เป็นไปตามกฎกระทรวงนี้ต่อ นายทะเบียนกลางก่อนการยื่นขอต่ออายุใบอนุญาตประกอบการขนส่งคราวต่อไป (ข้อ ๑๓)





นายอภิมุข สุขประสิทธิ์ รองเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา มอบเกียรติบัตรและเข็มเชิดชูเกียรติข้าราชการพลเรือนดีเด่นให้แก่ข้าราชการของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เนื่องในวันข้าราชการพลเรือน พุทธศักราช ๒๕๕๗ วันอังคารที่ ๑ เมษายน ๒๕๕๗ ณ โรงแรมโกลเด้น ทิวลิป ซอฟเฟอริน ถนนพระราม ๙ กรุงเทพฯ จำนวน ๒ ราย คือ ๑) นางสาวนุชนาถ เกษมพิบูลย์ไชย นักกฎหมายกฤษฎีกาชำนาญการพิเศษ และ ๒) นางกัญญา ทัดสวน เจ้าพนักงานการเงินและบัญชีชำนาญงาน



กฎกระทรวงการวางหลักทรัพย์ จำนวนหรือมูลค่า ของหลักทรัพย์ และอัตราค่าใช้จ่ายเบื้องต้น สำหรับชดใช้ค่าเสียหายที่เกิดจากการขนส่ง พ.ศ. ๒๕๕๗

ก กฎกระทรวงนี้ออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา ๕๒ วรรคหนึ่ง และวรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบการขนส่งประจำทาง ผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบการขนส่งไม่ประจำทาง ผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบการขนส่งโดยรถขนาดเล็ก และผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบการขนส่งส่วนบุคคล ต้องวางหลักทรัพย์เป็นเงินสด หรือพันธบัตรรัฐบาลไทยอย่างใดอย่างหนึ่งหรือทั้งสองอย่างรวมกัน หรือเป็นสัญญาประกันภัยและกรมธรรม์ประกันภัยซึ่งทำกับบริษัทประกันภัยที่นายทะเบียนกลางให้ความเห็นชอบ ต่อนายทะเบียนกลาง ในกรณีเป็นสัญญาประกันภัยและกรมธรรม์ประกันภัยผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบการขนส่ง ต้องเป็นผู้เอาประกันภัย โดยให้บุคคลภายนอกผู้ได้รับความเสียหายเนื่องจากการขนส่งของตนเป็นผู้รับประโยชน์ สำหรับการชดใช้ค่าเสียหายที่เป็นค่าใช้จ่ายเบื้องต้นเพื่อประกันความเสียหายอันเกิดแก่ชีวิตหรือร่างกายของบุคคลภายนอก และซึ่งผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบการขนส่งจะต้องรับผิดชอบเนื่องจากการขนส่งของตน ทั้งนี้ ตามหลักเกณฑ์ วิธีการและเงื่อนไขที่กำหนดในกฎกระทรวง

จำนวนหรือมูลค่าของหลักทรัพย์ตามวรรคหนึ่ง ให้กำหนดตามขนาดและประเภทของการประกอบการขนส่ง แต่ต้องไม่น้อยกว่าที่กำหนดในกฎกระทรวง”

และมาตรา ๕๖ วรรคหนึ่ง และวรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “เมื่อรถของผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบการขนส่ง ได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ร่างกายหรือชีวิตของบุคคลใดนอกจากความรับผิดชอบที่กำหนดไว้ในมาตรา ๕๔ ผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบการขนส่งซึ่งเป็นเจ้าของรถที่ก่อให้เกิดความเสียหายจะต้องชดใช้ค่าใช้จ่ายเบื้องต้นให้แก่ผู้เสียหาย หรือทายาทในกรณีที่ผู้เสียหายถึงแก่ความตาย

ค่าใช้จ่ายเบื้องต้นซึ่งจะต้องจ่ายให้แก่ผู้เสียหาย ให้จ่ายตามความร้ายแรงของความเสียหาย ทั้งนี้ ตามอัตราที่กำหนดในกฎกระทรวง”

โดยกฎกระทรวงนี้เป็นการปรับปรุงกฎกระทรวง ฉบับที่ ๔๖ (พ.ศ. ๒๕๓๗) ออกตามความในพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งมีบทบัญญัติบางประการไม่เหมาะสมกับสภาพการณ์ปัจจุบัน สาระสำคัญบางประการของการปรับปรุงดังกล่าวมีอาทิ

(๑) แก้ไขให้การยื่นคำขอวางหลักทรัพย์โดยผู้ได้รับใบอนุญาตประกอบการขนส่ง สำหรับการชดใช้ค่าเสียหายที่เป็นค่าใช้จ่ายเบื้องต้นเพื่อประกันความเสียหายอันเกิดแก่ชีวิตหรือร่างกายของบุคคลภายนอก แบ่งเป็น ๒ กรณี (ข้อ ๔) คือ กรณีวางหลักทรัพย์เป็นเงินสดหรือพันธบัตรรัฐบาลไทยอย่างใดอย่างหนึ่งหรือทั้งสองอย่างรวมกัน และกรณีวางหลักทรัพย์เป็นสัญญาประกันภัยและกรมธรรม์ประกันภัย โดยกรณีแรกให้ยื่นภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับใบอนุญาตประกอบการขนส่ง (ซึ่งเป็นระยะเวลาตามกฎกระทรวงเดิม) ส่วนกรณีหลังให้ยื่นก่อนหรือภายในวันที่ยื่นนำรถมาขึ้นขอดำเนินการจดทะเบียนตามมาตรา ๗๓ ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความชัดเจน และสอดคล้องกับข้อเท็จจริงในทางปฏิบัติ