

คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ ร่วมกับคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
และสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน

รายงานสืบเนื่องการประชุมวิชาการระดับชาติ นิติพัฒน - ธรรมศาสตร์ ครั้งที่ 1



**กฎหมายกับการปฏิรูป
เพื่อการเปลี่ยนแปลงในสังคมไทย
Law and Reform for Transiting in Thai Society**

28 มกราคม 2559

ณ ห้องประชุม ดร.สมศักดิ์ และ คุณหญิงปัทมา ลีสวัสดิ์ตระกูล
ชั้น 2 อาคารสยามบรมราชกุมารี สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์



รายงานสืบเนื่อง
การประชุมวิชาการระดับชาติ
“นิติพัฒน - ธรรมศาสตร์” ครั้งที่ 1

"กฎหมายกับการปฏิรูปเพื่อการเปลี่ยนผ่านในสังคมไทย"
Law and Reform for Transiting in Thai Society



คำสั่งคณะนิติศาสตร์

ที่ ๒๐๐.๑ / ๒๕๕๘

เรื่อง แต่งตั้งกองบรรณาธิการจัดทำรายงานสืบเนื่องการประชุมวิชาการระดับชาติ นิติพัฒน-ธรรมศาสตร์ ครั้งที่ ๑ ประจำปี ๒๕๕๘

ตามที่คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ โดยมีความร่วมมือระหว่างองค์กรทางวิชาการ ได้แก่ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน กำหนดให้มีการประชุมวิชาการระดับชาติ “นิติพัฒน - ธรรมศาสตร์ ครั้งที่ ๑” ในวันที่ ๒๘ มกราคม ๒๕๕๘ เพื่อเผยแพร่ผลงานทางวิชาการของคณาจารย์ นักวิชาการ และนักศึกษาในการประชุมวิชาการระดับชาติ เพื่อให้การพิจารณาผลงานการประชุมวิชาการดำเนินไปด้วยความเรียบร้อยและมีประสิทธิภาพ

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๒๖ แห่งพระราชบัญญัติสถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ พ.ศ. ๒๕๐๙ และอาศัยอำนาจตามความในหมวด ๑ ข้อ ๑๕ แห่งข้อบังคับสถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ว่าด้วยการบริหารและการดำเนินงานของส่วนงานภายในสถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ พ.ศ. ๒๕๕๗ โดยมติความเห็นชอบของที่ประชุมคณะกรรมการประจำคณะนิติศาสตร์ ครั้งที่ ๑๕/๒๕๕๘ (พิเศษ) เมื่อวันที่ ๒๔ กันยายน ๒๕๕๘ จึงแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิเป็นกองบรรณาธิการจัดทำรายงานสืบเนื่องการประชุมวิชาการระดับชาติ “นิติพัฒน - ธรรมศาสตร์ ครั้งที่ ๑” ประจำปี ๒๕๕๘ ดังนี้

๑. ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ
๒. ศาสตราจารย์ ดร.สุนทร มณีสวัสดิ์
๓. ศาสตราจารย์ ดร. ไพโรจน์ กัมพูสิริ
๔. ศาสตราจารย์พิเศษ ดร. ปรีชา สุวรรณทัต
๕. ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.ประชุม โฉมฉาย
๖. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. วรียา ล้ำเลิศ
๗. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. สุปรียา แก้วละเอียด
๘. อาจารย์ ดร. พัชรวรรณ นุชประยูร

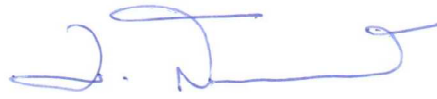
๙. อาจารย์ ดร. เอ็มผกา เตชะอภัยคุณ

๑๐. ดร.สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์

๑๑. ดร.ประสาท พงษ์สุวรรณ

ทั้งนี้ตั้งแต่บัดนี้เป็นต้นไป

สั่ง ณ วันที่ ๒๕ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๕๘



(ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ)

คณบดีคณะนิติศาสตร์



คำสั่งคณะนิติศาสตร์

ที่ ๓๙๖/๒๕๕๘

เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมการจัดการประชุมวิชาการระดับชาติ “นิติพัฒน - ธรรมศาสตร์ ครั้งที่ ๑”
ประจำปี ๒๕๕๙

ตามที่คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ โดยมีความร่วมมือระหว่างองค์กรทางวิชาการ ได้แก่ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน กำหนดให้มีการประชุมวิชาการระดับชาติ “นิติพัฒน - ธรรมศาสตร์ ครั้งที่ ๑” ในวันที่ ๒๘ มกราคม ๒๕๕๙ เพื่อเผยแพร่ผลงานทางวิชาการของคณาจารย์ นักวิชาการ และนักศึกษาในการประชุมวิชาการระดับชาติ เพื่อให้การประชุมวิชาการดำเนินไปด้วยความเรียบร้อยและมีประสิทธิภาพ

อาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๒๖ แห่งพระราชบัญญัติสถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ พ.ศ. ๒๕๐๙ และอาศัยอำนาจตามความในหมวด ๑ ข้อ ๑๕ แห่งข้อบังคับสถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ว่าด้วยการบริหารและการดำเนินงานของส่วนงานภายในสถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ พ.ศ. ๒๕๕๗ โดยมติความเห็นชอบของที่ประชุมคณะกรรมการประจำคณะนิติศาสตร์ ครั้งที่ ๑๕/๒๕๕๘ (พิเศษ) เมื่อวันที่ ๒๔ กันยายน ๒๕๕๘ จึงแต่งตั้งคณะกรรมการจัดการประชุมวิชาการระดับชาติ “นิติพัฒน - ธรรมศาสตร์ ครั้งที่ ๑” ประจำปี ๒๕๕๙ ดังนี้

- | | |
|--|---------------------|
| ๑. คณบดีคณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ | ประธาน |
| ๒. คณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ | รองประธาน |
| ๓. ศาสตราจารย์ ดร.สุนทร มณีสวัสดิ์ | กรรมการ |
| ๔. ศาสตราจารย์ ดร. ไพโรจน์ กัมพูสิริ | กรรมการ |
| ๕. ศาสตราจารย์พิเศษ ดร. ปรีชา สุวรรณทัต | กรรมการ |
| ๖. ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.ประชุม โฉมฉาย | กรรมการ |
| ๗. รองศาสตราจารย์ ดร. สราวุธ ปิตียาศักดิ์ | กรรมการ |
| ๘. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. สุปรียา แก้วละเอียด | กรรมการ |
| ๙. อาจารย์ ดร. เอ็มผกา เตชะอภัยคุณ | กรรมการ |
| ๑๐. อาจารย์ ดร. พัชรวรรณ นุชประยูร | กรรมการและเลขานุการ |

ให้คณะกรรมการดังกล่าวมีอำนาจและหน้าที่ดังต่อไปนี้

๑. ดำเนินการจัดการประชุมวิชาการระดับชาติ “นิติพัฒน - ธรรมศาสตร์ ครั้งที่ ๑” ประจำปี ๒๕๕๙ โดยให้มีการนำเสนอผลงานทางวิชาการของคณาจารย์ นักวิชาการ และนักศึกษาทั้งภายในและภายนอก
๒. กำหนดสารัตถะ และหัวข้อในการนำเสนอผลงานทางวิชาการ
๓. แต่งตั้งคณะอนุกรรมการเพื่อช่วยดำเนินงานของคณะกรรมการ

ทั้งนี้ตั้งแต่บัดนี้เป็นต้นไป

สั่ง ณ วันที่ ๑๗ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๕๘



(ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ)

คณบดีคณะนิติศาสตร์



คำสั่งคณะนิติศาสตร์

ที่ **๓๗๖.๑**/๒๕๕๘

เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมการพิจารณาผลงานการประชุมวิชาการระดับชาติ “นิติพัฒน - ธรรมศาสตร์ ครั้งที่ ๑”
ประจำปี ๒๕๕๘

ตามที่คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ โดยมีความร่วมมือระหว่างองค์กรทางวิชาการ ได้แก่ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน กำหนดให้มีการประชุมวิชาการระดับชาติ “นิติพัฒน - ธรรมศาสตร์ ครั้งที่ ๑” ในวันที่ ๒๘ มกราคม ๒๕๕๘ เพื่อเผยแพร่ผลงานทางวิชาการของคณาจารย์ นักวิชาการ และนักศึกษาในการประชุมวิชาการระดับชาติ และได้มีคำสั่งคณะนิติศาสตร์ ที่ ๓๗๔/๒๕๕๘ เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมการจัดการประชุมวิชาการระดับชาติ “นิติพัฒน - ธรรมศาสตร์ ครั้งที่ ๑” ประจำปี ๒๕๕๘

เพื่อให้การพิจารณาผลงานการประชุมวิชาการดำเนินไปด้วยความเรียบร้อยและมีประสิทธิภาพ อาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๒๖ แห่งพระราชบัญญัติสถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ พ.ศ. ๒๕๐๙ และอาศัยอำนาจตามความในหมวด ๑ ข้อ ๑๕ แห่งข้อบังคับสถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ว่าด้วยการบริหารและการดำเนินงานของส่วนงานภายในสถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ พ.ศ. ๒๕๕๗ โดยมติความเห็นชอบของที่ประชุมคณะกรรมการประจำคณะนิติศาสตร์ ครั้งที่ ๑๕/๒๕๕๘ (พิเศษ) เมื่อวันที่ ๒๔ กันยายน ๒๕๕๘ จึงแต่งตั้งผู้ทรงคุณวุฒิเป็นคณะกรรมการพิจารณาผลงานการประชุมวิชาการระดับชาติ “นิติพัฒน - ธรรมศาสตร์ ครั้งที่ ๑” ประจำปี ๒๕๕๘ ดังนี้

๑. ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ
๒. ศาสตราจารย์ ดร.สุนทร มณีสวัสดิ์
๓. ศาสตราจารย์ ดร. ไพโรจน์ กัมพูสิริ
๔. ศาสตราจารย์พิเศษ ดร. ปรีชา สุวรรณทัต
๕. ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.ประชุม โฉมฉาย
๖. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. วรียา ล้ำเลิศ
๗. ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร. สุปรียา แก้วละเอียด
๘. อาจารย์ ดร. พิชรพรรณ นุชประยูร

๙. อาจารย์ ดร. เอมภา เตชะอภัยคุณ

๑๐. ดร.สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์

๑๑. ดร.ประสาท พงษ์สุวรรณ

ทั้งนี้ตั้งแต่บัดนี้เป็นต้นไป

สั่ง ณ วันที่ ๑๒ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๕๘



(ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ)

คณบดีคณะนิติศาสตร์

คำนำ

การประชุมวิชาการระดับชาติ “นิติพัฒน-ธรรมศาสตร์” ครั้งที่ 1 นี้ เกิดขึ้นจากความร่วมมือระหว่างองค์กรทางวิชาการได้แก่ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ ร่วมกับ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน ซึ่งเป็นหน่วยงานทางกฎหมายที่เป็นผู้ปฏิบัติที่มีส่วนสำคัญในการพัฒนาองค์ความรู้ทางนิติศาสตร์ ในฐานะที่เป็นองค์กรในการตรวจสอบอำนาจรัฐที่มีบทบาทสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในระบบการควบคุมตรวจสอบวินัยทางการคลังและงบประมาณ ได้ร่วมกันจัดประชุมวิชาการระดับชาติ “นิติพัฒน-ธรรมศาสตร์” ครั้งที่ 1 ขึ้น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างโอกาสทางวิชาการให้แก่ นักวิชาการ อาจารย์ นักศึกษาในระดับบัณฑิตศึกษาได้แลกเปลี่ยนองค์ความรู้ และเพื่อเป็นเวทีสาธารณะในการแลกเปลี่ยนทางวิชาการ ประสบการณ์ ตลอดจนนำเสนอผลการศึกษาวิจัยในประเด็นต่าง ๆ ทั้งนี้เพื่อนำไปสู่การรวบรวมข้อมูลที่เป็นประโยชน์เชิงวิชาการรวมทั้งการบูรณาการศาสตร์สาขาวิชาต่าง ๆ เพื่อก่อให้เกิดการพัฒนาคุณภาพงานวิจัยที่เป็นประโยชน์ต่อสังคมและประเทศชาติต่อไป

การประชุมวิชาการระดับชาติในครั้งนี้จัดขึ้นภายใต้หัวข้อ "กฎหมายกับการปฏิรูปเพื่อการเปลี่ยนผ่านในสังคมไทย" โดยมีนักวิชาการ อาจารย์ และนักศึกษา นำเสนอบทความในวันที่ 28 มกราคม 2559 จำนวน 6 บทความ ซึ่งทุกบทความได้ผ่านการประเมินโดยผู้ทรงคุณวุฒิและเป็นบทความสร้างองค์ความรู้อันเป็นประโยชน์ต่อการพัฒนาทางนิติศาสตร์เพื่อการปฏิรูปสังคมไทยในระยะเปลี่ยนผ่านอย่างยิ่ง ท้ายนี้ คณะกรรมการจัดประชุมวิชาการระดับชาติ “นิติพัฒน-ธรรมศาสตร์” ครั้งที่ 1 ขอขอบคุณผู้เขียนบทความ ผู้ทรงคุณวุฒิประเมินบทความ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินที่สนับสนุนการจัดสัมมนาในครั้งนี้

คณะกรรมการการจัดประชุมวิชาการระดับชาติ

สารบัญ

ข้อเสนอเพื่อพัฒนาและรับรองสิทธิใช้ทรัพยากรน้ำในระบบกฎหมายไทย

The Proposal to Develop and Recognize water rights in Thai Legal System

สุรศักดิ์ บุญเรือง..... 1

การปฏิรูปองค์การพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังของไทย

The Reformation of Organization of Budgetary and Financial Disciplinary Adjudication in Thailand

ภัทรวรินทร์ บุญชู..... 29

มาตรการทางกฎหมายเพื่อสร้างความเข้มแข็งในการอนุมัติงบประมาณแผ่นดินของรัฐสภา

Legal measures to reinforce the approval of state budget by the Parliament

ธีรพัฒน์ พิเชษฐวงศ์..... 52

การเตรียมความพร้อมกระทำความผิด: การสำรวจและข้อพิจารณาเบื้องต้นตามหลักสิทธิมนุษยชน และหลักประชาธิปไตย

Preparatory Offences: An Analysis from Human-Right-Principle and Democracy Perspective

รณกรณ์ บุญมี..... 83

การไต่สวนมูลฟ้องในคดีพนักงานอัยการเป็นโจทก์กับการคุ้มครองสิทธิของจำเลยในคดีอาญา

Preliminary Examination in Cases Entered by the Public Prosecutor and the Protection of
Rights of the Accused in Criminal Cases

สุชาดา เรื่องแสงทองกุล..... 106

ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายใน เกี่ยวกับสิทธิและความรับผิดทางอาญา ของเด็กตามกฎหมายอาญาไทยกับสปป.ลาว

Relationship between International Law and Domestic Law about the Rights and Criminal Law
Liability of Child in Thai - Laos

อภิรักษ์ ศรีศิริ..... 120

ข้อเสนอเพื่อพัฒนาและรับรองสิทธิใช้ทรัพยากรน้ำในระบบกฎหมายไทย

The Proposal to Develop and Recognize water rights in Thai Legal System

สุรศักดิ์ บุญเรือง*

บทคัดย่อ

น้ำเป็นทรัพยากรธรรมชาติที่มีคุณค่าต่อมวลมนุษยชาติเนื่องจากทุกคนจำเป็นต้องใช้น้ำการดำรงชีพ ในแง่ของสิทธิเกี่ยวกับการใช้น้ำ กฎหมายเกี่ยวกับการจัดการน้ำของหลายประเทศทั่วโลกมักจะรับรองสิทธิเกี่ยวกับการใช้น้ำไว้อย่างชัดเจนในฐานะกลไกสำคัญในการจัดการทรัพยากรน้ำสมัยใหม่ แต่หากพิจารณาบทบัญญัติเกี่ยวกับสิทธิในการใช้น้ำในระบบกฎหมายไทยแล้วจะพบว่าการรับรองสิทธิดังกล่าวในกฎหมายยังไม่ชัดเจน ไม่สามารถปรับใช้ให้ทันกับสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป รวมทั้งไม่สอดคล้องกับการจัดการน้ำและความต้องการใช้น้ำในสภาวะการณปัจจุบัน บทความนี้เสนอให้มีการกำหนดสิทธิในการใช้น้ำให้มีความชัดเจนขึ้นโดยการกำหนดให้สิทธิใช้น้ำเพื่อการดำรงชีพ (water human rights) เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญ กำหนดเนื้อหาแห่งสิทธิในการใช้น้ำและสถานะทางกฎหมายของแหล่งน้ำสาธารณะให้ชัดเจนในกฎหมายพิเศษรวมทั้งกำหนดหลักการจัดสรรน้ำในภาวะวิกฤติน้ำ นอกจากนี้ควรมีการกำหนดหน้าที่ให้ผู้ใช้น้ำต้องดูแลรักษาแหล่งน้ำในบริเวณที่ผู้ใช้น้ำอาศัยอยู่เพื่อเป็นหลักประกันว่าทรัพยากรน้ำในแหล่งน้ำเหล่านั้นจะได้รับการคุ้มครองและจัดการอย่างเหมาะสม

คำสำคัญ: กฎหมายน้ำของไทย สิทธิขั้นพื้นฐานในการใช้น้ำ สิทธิในน้ำ

Abstract

Water is considered as crucial natural resources for human beings as everyone utilizes water as a basic need in their daily life. In terms of right relating to water use, a number of laws on water management worldwide enunciate water right as an imperative part of modern water management legislation. Unfortunately, Thai legislation seems to fail recognizing this right in a clear way as well as it seems to be obsolete and does not conform to water allocation and water demand of current circumstances. It likely contributes to water use conflict, mismanagement and water pollution in the upcoming future. A viable suggestion is to strengthen water rights in Thai legislation. Water human right should be protected as a fundamental right in the Constitution; the contents of water

* นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ศูนย์ลำปาง

rights and the status of public sources of water must be stated clearly in a specific legislation and water allocation criteria in water crisis period should be provided. Additionally, Thai water law should oblige water users to protect water resource in their neighboring areas to ensure that water resource will be managed and protected properly.

Key words: Thai water law, water human right, water rights

1. บทนำ

น้ำถือเป็นทรัพยากรที่มีค่าต่อมนุษย์และระบบนิเวศน์ เนื่องจากน้ำเป็นองค์ประกอบพื้นฐานในสิ่งมีชีวิตทุกชนิด อีกทั้งยังเป็นปัจจัยพื้นฐานในการผลิตอาหารของผู้ผลิตในห่วงโซ่อาหาร โดยเฉพาะมนุษย์ซึ่งอยู่ในฐานะผู้บริโภคมีความจำเป็นต้องใช้น้ำในการดำรงชีวิต ในแง่ความสำคัญของทรัพยากรน้ำต่อประเทศไทย น้ำถือเป็นปัจจัยพื้นฐานในภาคเกษตรกรรมซึ่งเป็นภาคการผลิตที่สำคัญของประเทศ นอกจากนี้น้ำยังเป็นทรัพยากรที่ถูกนำไปใช้ในกระบวนการผลิตในภาคอุตสาหกรรมจนอาจกล่าวได้ว่าหากหากไม่มีน้ำดื่ม น้ำใช้ การดำเนินกิจกรรมในชีวิตประจำวันรวมทั้งภาคการผลิตคงไม่สามารถดำเนินไปได้

ในแง่ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายและน้ำ กฎหมายถือเป็นเครื่องมือทางสังคมที่มีบทบาทในการกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ประโยชน์น้ำไว้หลายประการด้วยกัน เช่น กำหนดให้น้ำเป็นทรัพย์สินซึ่งมนุษย์มีสิทธิเข้าถึงและใช้ประโยชน์ รวมทั้งกำหนดเงื่อนไขการใช้ประโยชน์ในทรัพยากรน้ำไว้ในหลายลักษณะ เช่น กำหนดวิธีการได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ในน้ำ การแบ่งปันการใช้ประโยชน์รวมทั้งกำหนดหลักเกณฑ์เงื่อนไขในการใช้ประโยชน์ ตลอดจนกำหนดหลักเกณฑ์การปกป้องและคุ้มครองคุณภาพน้ำเพื่อเป็นหลักประกันว่ามนุษย์และสิ่งมีชีวิตชนิดต่าง ๆ จะสามารถใช้ประโยชน์จากน้ำได้อย่างปลอดภัย

สิทธิเกี่ยวกับการใช้น้ำ (water rights) เป็นประเด็นทางกฎหมายที่มีความสำคัญเรื่องหนึ่ง เห็นได้จากการที่กฎหมายต่างประเทศมักจะบัญญัติรับรองเรื่องสิทธิใช้น้ำเป็นหลักกฎหมายสำคัญเรื่องหนึ่งที่ใช้บริหารจัดการทรัพยากรน้ำ เนื่องจากการกำหนดความชัดเจนเรื่องสิทธิใช้น้ำจะนำไปสู่การจัดการทรัพยากรน้ำที่มีประสิทธิภาพ³ อย่างไรก็ตามแม้ว่าในปัจจุบันจะมีกฎหมายหลายฉบับกำหนดมาตรการจัดการรวมถึงกำหนดหลักเกณฑ์การใช้ประโยชน์จากน้ำไว้มากมาย แต่ความต้องการในการใช้ประโยชน์จากน้ำเพิ่มมากขึ้นทั้งในแง่ปริมาณการใช้น้ำต่อกิจกรรมและจำนวนกิจกรรมที่มนุษย์ใช้น้ำ ประกอบกับปริมาณน้ำในแหล่งธรรมชาติซึ่งเหมาะสมต่อการใช้ประโยชน์ของมนุษย์มีปริมาณลดลง ซึ่งเกิดจากปัจจัยต่าง ๆ หลายประการ เช่น การตัดไม้ทำลายป่าทำให้น้ำบริเวณต้นน้ำลดลง รวมทั้งเกิดผลกระทบจากภาวะโลกร้อนและการเปลี่ยนแปลงสภาพอากาศทำให้น้ำมีปริมาณ

³ The World Bank, ‘Thailand Environment Monitor Integrated Water Resources Management: A Way Forward’ (2011), p. 39 <<http://documents.worldbank.org/curated/en/2011/06/14600150/thailand-environment-monitor-integrated-water-resources-management-way-forward> > accessed 18 November 2009

ลดลง⁴ นำไปสู่ความขัดแย้งระหว่างผู้ใช้น้ำซึ่งมีผู้มีส่วนได้เสียหลายฝ่าย นอกจากนี้กฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดสรรทรัพยากรน้ำในประเทศไทยได้บังคับใช้มานานจนไม่สอดคล้องกับสภาพความต้องการน้ำที่เปลี่ยนแปลงไป ซึ่งแตกต่างจากกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดสรรทรัพยากรน้ำของประเทศอื่นที่มีการแก้ไขให้สอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบัน เช่น กฎหมายว่าด้วยทรัพยากรน้ำของเวียดนามซึ่งมีการแก้ไขปรับปรุงครั้งล่าสุดเมื่อ พ.ศ. 2555 เป็นต้น จึงมีความจำเป็นต้องทบทวนว่ากฎหมายในปัจจุบันเหมาะสมที่จะใช้จัดสรรการใช้ประโยชน์จากน้ำหรือไม่ และจะกำหนดมาตรการอย่างไรที่จะนำไปสู่การเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากแหล่งน้ำอย่างเป็นธรรม และเกิดประสิทธิภาพสูงสุด

บทความนี้จะนำเสนอแนวทางการพัฒนาและรับรองสิทธิในการใช้น้ำ โดยเริ่มจากการนำเสนอข้อมูลทั่วไปเกี่ยวกับน้ำและแหล่งน้ำในประเทศไทย รวมทั้งสำรวจกฎหมายที่เกี่ยวกับสิทธิในการใช้น้ำ จากนั้นจะวิเคราะห์ว่าบทบัญญัติในกฎหมายที่เกี่ยวกับการรับรองสิทธิในการใช้น้ำมีปัญหาอย่างไร โดยจะนำเสนอข้อเสนอเพื่อการพัฒนาและรับรองสิทธิดังกล่าวในเชิงกฎหมายเปรียบเทียบ รวมทั้งวิเคราะห์และประเมินความเหมาะสมของหลักการเกี่ยวกับการรับรองสิทธิในร่างพระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ. ... ซึ่งถูกร่างและผลักดันโดยกรมทรัพยากรน้ำและสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (คปก.) โดยวิเคราะห์ว่า ร่างกฎหมายทั้งสองฉบับบัญญัติหลักการรับรองเรื่องดังกล่าวไว้อย่างเหมาะสมหรือไม่และควรกำหนดรายละเอียดประเด็นใดเพิ่มเติมเพื่อให้สอดคล้องและสามารถจัดสรรทรัพยากรน้ำได้อย่างเป็นธรรมและเกิดประสิทธิภาพสูงสุด

2. กฎหมายเกี่ยวกับการรับรองสิทธิในน้ำและการกำหนดเงื่อนไขการจัดการทรัพยากรน้ำ

การพิจารณาว่ากฎหมายรับรองสิทธิในการใช้น้ำไว้อย่างไรบ้างถือเป็นประเด็นทางกฎหมายที่จะต้องพิจารณาในเบื้องต้นเนื่องจากสิทธิในการใช้น้ำจะเป็นตัวกำหนดขอบเขตว่าบุคคลมีสิทธิใช้ประโยชน์จากน้ำมากน้อยเพียงใด ซึ่งประเด็นดังกล่าวมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งเมื่อจะต้องเปลี่ยนแปลงหลักเกณฑ์และเงื่อนไขเกี่ยวกับการใช้น้ำ เพราะจะส่งผลกระทบต่อการใช้ประโยชน์ของปัจเจกบุคคลเสมอ โดยในส่วนนี้จะกล่าวถึงกฎหมายเกี่ยวกับการรับรองสิทธิในน้ำและการกำหนดเงื่อนไขการจัดการทรัพยากรน้ำในแหล่งน้ำสาธารณะแต่ละประเภท

2.1 น้ำในแหล่งน้ำผิวดิน

แหล่งน้ำผิวดินถือเป็นแหล่งน้ำสำคัญที่ประชาชนใช้สอยทั้งในแง่การใช้ประโยชน์โดยมีการดึงน้ำขึ้นมาใช้เพื่อการอุปโภคบริโภค (consumptive use) และการใช้ประโยชน์ในลักษณะไม่มีการดึงน้ำขึ้นมาใช้โดยตรง (non-consumptive use) เช่น การคมนาคม การประมง การผลิตกระแสไฟฟ้า หากพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายในระบบกฎหมายไทยแล้วจะพบว่าไม่มีบทบัญญัติใด ๆ ที่รับรองสิทธิในการใช้น้ำในทางน้ำสาธารณะไว้อย่างชัดเจนและใช้บังคับเป็นการทั่วไป บทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในการใช้ประโยชน์จากน้ำในแหล่งธรรมชาติที่ชัดเจนที่สุดที่อาจจะกล่าวได้คือบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บรรพ 4 ในส่วนที่ว่าด้วยสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ซึ่งได้แก่บทบัญญัติดังต่อไปนี้

⁴ โปรตดู ประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง แผนจัดการคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. 2555 – 2559 ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 129 ตอนพิเศษ 37, (วันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2555) หน้า 4-5

มาตรา 1304 สาธารณสมบัติของแผ่นดินนั้น รวมทรัพย์สินทุกชนิดของแผ่นดินซึ่งใช้เพื่อสาธารณประโยชน์ หรือสงวนไว้เพื่อประโยชน์ร่วมกัน เช่น ...

(1) ทรัพย์สินสำหรับพลเมืองใช้ร่วมกัน เป็นต้นว่า ที่ชายตลิ่ง ทางน้ำ ทางหลวง ทะเลสาบ...

มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่าหากแม่น้ำเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินเสียแล้วน้ำในแม่น้ำก็จะถือเป็น สาธารณสมบัติของแผ่นดินไปด้วยหรือไม่ ในประเด็นนี้มีผู้ให้ความเห็นว่าน้ำในแหล่งน้ำสาธารณะนั้นเป็น องค์ประกอบสำคัญในการดำรงอยู่ของแหล่งน้ำสาธารณะ ซึ่งหมายความว่าหากปราศจากน้ำในแหล่งน้ำสาธารณะ เสียแล้วแหล่งน้ำสาธารณะเหล่านั้นคงไม่อาจคงสภาพเป็นแหล่งน้ำสาธารณะได้อีกต่อไป ดังนั้น สถานะ ของ น้ำในทางน้ำสาธารณะจึงควรจัดให้เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินเช่นเดียวกัน⁵ ผู้เขียนเห็นว่าถ้อยคำในมาตรา 1304 ที่กล่าวถึงสิทธิของประชาชนในการใช้ประโยชน์สาธารณสมบัติของแผ่นดินนั้นชัดเจนอยู่ในตัวเองอยู่แล้วว่า ประชาชนมีสิทธิใช้ประโยชน์จากสาธารณสมบัติของแผ่นดิน (right to enjoy, right to benefit) ซึ่งกรณีของแหล่ง น้ำสาธารณะนั้น การใช้ประโยชน์ย่อมเกิดขึ้นได้ใน 2 ลักษณะ กล่าวคือ การใช้ประโยชน์เพื่อการอุปโภคบริโภค (consumptive use) ซึ่งโดยปกติจะต้องมีการนำน้ำมาใช้ประโยชน์ในลักษณะจำหน่ายจ่ายโอน รวมทั้งสิทธิในการ ใช้ประโยชน์ในลำน้ำโดยไม่มีการนำน้ำออกจากแหล่งน้ำ (non-consumptive use) เช่น ใช้เพื่อการคมนาคม การจับสัตว์น้ำ เป็นต้น อยู่แล้ว ดังนั้น แม้ว่าน้ำในแหล่งน้ำจะเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ประชาชนทั่วไปก็ยังมี ความชอบธรรมในการใช้ประโยชน์ได้ตามลักษณะการใช้ประโยชน์โดยปกติอยู่แล้ว และหากตีความว่าน้ำในแหล่ง น้ำสาธารณะเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีผู้ใดเป็นเจ้าของ (ownerless property) อาจทำให้เกิดปัญหาคือจะไม่มีบุคคลใดมี ความชอบธรรมในการปกป้องแหล่งน้ำนั้น จึงไม่อาจเรียกค่าสินไหมทดแทนเพื่อความเสียหายต่อ ทรัพยากรธรรมชาติได้ในกรณีที่มีบุคคลทำให้แหล่งน้ำเสื่อมคุณภาพจนเกิดความเสียหายตามพระราชบัญญัติ ส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ได้⁶

นอกจากนี้มาตรา 1355 ยังกำหนดหลักการเรื่องสิทธิของเจ้าของที่ดินริมทางน้ำในการใช้น้ำจาก ทางน้ำสาธารณะ (riparian right) เอาไว้โดยเฉพาะอีกว่า “เจ้าของที่ดินริมทางน้ำ หรือมีทางน้ำผ่าน ไม่มีสิทธิจะ ชักเอาน้ำไว้เกินกว่าที่จำเป็นแก่ประโยชน์ของตนตามควร ให้เป็นเหตุเสื่อมเสียแก่ที่ดินแปลงอื่นซึ่งอยู่ตามทางน้ำ นั้น” บทบัญญัติมาตรานี้ยืนยันถึงสิทธิในการใช้น้ำในทางน้ำสาธารณะว่าเจ้าของที่ดินที่อยู่ติดทางน้ำสาธารณะมี สิทธินำน้ำขึ้นมาใช้ประโยชน์ได้ (right to use) แต่กฎหมายกำหนดเงื่อนไขเอาไว้ว่าการนำน้ำขึ้นมาใช้ประโยชน์

⁵ Amnat Wongbandit, ‘Water Management Law of Thailand: Problem and Proposal’, (4(2) Yonsei LJ 301, 2013), p. 311

⁶ หากพิจารณาบทบัญญัติ มาตรา 97 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำ หรือละเว้นการกระทำด้วยประการใดโดยมิชอบด้วย กฎหมายอันเป็นการทำลาย หรือทำให้สูญหาย หรือเสียหายแก่ทรัพยากรธรรมชาติซึ่งเป็นของรัฐ หรือเป็นสาธารณสมบัติของ แผ่นดิน มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายให้แก่รัฐตามมูลค่าทั้งหมดของทรัพยากรธรรมชาติที่ถูกทำลาย สูญหาย หรือเสีย หายไปนั้น” จะพบว่าทรัพยากรธรรมชาติที่จะได้รับการคุ้มครองเยียวยาตามกฎหมายฉบับนี้จะต้องเป็น “ทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งเป็นของรัฐ หรือเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน” ดังนั้น การตีความว่าน้ำเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินจึงมีความเหมาะสมและ จะทำให้ทรัพยากรน้ำได้รับความคุ้มครองตามไปด้วย

จะต้องคำนึงถึงความจำเป็นในการใช้ประโยชน์โดยไม่เกิดความเสียหายต่อที่ดินแปลงอื่นที่อยู่ตามทางน้ำนั้น หลักการดังกล่าวถือเป็นหลักการที่ดีที่กำหนดให้ผู้ใช้น้ำต้องคำนึงถึงประโยชน์ของเจ้าของที่ดินแปลงอื่นด้วย

2.2 น้ำฝนที่ไหลลงสู่แหล่งน้ำสาธารณะ

น้ำฝนถือเป็นทรัพยากรน้ำที่มีความสำคัญเนื่องจากน้ำในแหล่งน้ำสาธารณะส่วนหนึ่งมาจากน้ำฝนที่ตกลงมาและไหลรวมลงสู่แหล่งน้ำสาธารณะ จากข้อมูลของกรมอุตุนิยมวิทยาและธนาคารโลกระบุว่าปริมาณน้ำฝนเฉลี่ยของประเทศไทยอยู่ระหว่าง 1,572.5 มิลลิเมตร⁷ - 1,622 มิลลิเมตร⁸ ซึ่งถือเป็นกลุ่มประเทศที่มีปริมาณน้ำฝนในระดับปานกลางถึงมาก ดังนั้น การควบคุมดูแลการใช้ประโยชน์จากน้ำฝนจึงเป็นเรื่องสำคัญไม่น้อยไปกว่าการจัดสรรทรัพยากรน้ำในแหล่งน้ำสาธารณะทั่ว ๆ ไป ปัจจุบันประเทศไทยมีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ (ป.พ.พ.) มาตรา 1339 ซึ่งบัญญัติว่า

“มาตรา 1339 เจ้าของที่ดินจำต้องรับน้ำซึ่งไหลตามธรรมดาจากที่ดินสูงมาในที่ดินของตน

น้ำไหลตามธรรมดาหมายถึงดินต่ำ และจำเป็นแก่ที่ดินนั้นไซ้ ท่านว่าเจ้าของที่ดินซึ่งอยู่สูงกว่าจะกันเอาไว้ได้เพียงที่จำเป็นแก่ที่ดินของตน”

โดยทั่วไปบทบัญญัติมาตราดังกล่าวอยู่เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับข้อจำกัดกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดินในส่วนที่เกี่ยวกับน้ำซึ่งไหลตามธรรมดาผ่านที่ดินของตน ในขณะที่เดียวกันเนื้อหาของมาตรานี้ก็กำหนดหลักการในเรื่องสิทธิเก็บกักและใช้น้ำซึ่งไหลผ่านที่ดินของตนด้วยว่า เจ้าของที่ดินจะต้องคำนึงถึงการเก็บกักน้ำด้วยว่าเจ้าของที่ดินจะเก็บกักน้ำเอาไว้เกินความจำเป็นไม่ได้ เนื่องจากกฎหมายไม่ประสงค์จะให้เจ้าของที่ดินอาศัยข้อได้เปรียบจากการที่ดินของตนอยู่ในระดับที่สูงกว่า (ซึ่งน้ำฝนจะไหลผ่านที่ดินของตนก่อน) เป็นข้ออ้างในการกักเก็บน้ำไว้เกินจำเป็น อย่างไรก็ตามมาตราดังกล่าวไม่ได้กำหนดเอาไว้ชัดว่าผู้ใดมีสิทธิในน้ำดังกล่าวอย่างชัดเจน กรณีเช่นนี้จะถือได้หรือไม่ว่าเจ้าของที่ดินแปลงซึ่งน้ำไหลผ่านมีกรรมสิทธิ์ในน้ำซึ่งไหลผ่านนั้น หากพิจารณาเพียงผิวเผิน อาจกล่าวได้ว่าเจ้าของที่ดินย่อมมีกรรมสิทธิ์ในบรรดาน้ำที่ไหลผ่านที่ดินของตน อย่างไรก็ตามการมีกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินใด นั้น โดยหลักแล้วผู้ทรงกรรมสิทธิ์ควรระบุตัวทรัพย์สินที่ตนเป็นผู้ทรงได้อย่างชัดเจน แต่หากพิจารณาจากน้ำที่ไหลผ่านที่ดินนั้นจะพบว่าน้ำเป็นทรัพย์สินที่โดยธรรมชาติไหลจากที่สูงลงไปยังที่ต่ำและไม่สามารถจะชี้ชัดลงไปได้ว่ากระแสน้ำที่ไหลผ่านจุดหนึ่ง ๆ นั้น เป็นทรัพย์สินที่สามารถระบุเจาะจงปริมาณแน่นอนได้ ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่าน้ำที่ฝนที่ไหลผ่านที่ดินเป็นทรัพย์สินที่ไม่มีเจ้าของ อย่างไรก็ตามมาตราดังกล่าวอยู่ในฐานะบทรับรองสิทธิให้เจ้าของที่ดินมีสิทธิเก็บกักน้ำและใช้น้ำนั้นได้ตามสมควรโดยพิจารณาจากประโยชน์ต่อที่ดินของตนเป็นหลักจึงทำให้เจ้าของที่ดินที่มีน้ำไหลผ่านมีสิทธิเก็บกักน้ำนั้นและมีสิทธิเป็นเจ้าของน้ำที่ตนกักเก็บนั้นได้

ประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปคือเหตุใดในกรณีดังกล่าวจึงไม่ถือว่าน้ำฝนเป็นสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน ดังเช่นน้ำในแหล่งน้ำสาธารณะที่บุคคลใดก็มีความชอบธรรมที่จะใช้ประโยชน์ได้ กรณีดังกล่าวจะเห็นว่าลักษณะของน้ำฝนที่ไหลผ่านที่ดินแปลงต่าง ๆ นั้น มีลักษณะที่แตกต่างเนื่องจากไหลผ่านที่ดินของเอกชนแต่ละรายซึ่ง

⁷ กรมอุตุนิยมวิทยา, ‘ปริมาณน้ำฝน’ <<http://www.tmd.go.th/info/info.php?FileID=55>> เข้าถึงเมื่อ 10 ธันวาคม 2558

⁸ The World Bank, ‘Data: Average precipitation in depth (mm per year)’ (2015) <<http://data.worldbank.org/indicator/AG.LND.PRPC.MM>> accessed 10 December 2015

โดยสภาพแล้วบุคคลที่ไม่ใช่ผู้เจ้าของที่ดินหรือบุคคลที่มีสิทธิในที่ดินโดยชอบยอมไม่มีสิทธิเข้าถึงน้ำฝนดังกล่าวได้ เว้นเสียแต่จะไหลผ่านที่ดินที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน นอกจากนี้ ปริมาณน้ำฝนที่ตกลงมานั้น อาจเป็นน้ำฝนที่ตกลงมายังที่ดินเอกชนแปลงเดียวและไหลไปยังที่ดินแปลงอื่นซึ่งเป็นเรื่องยากที่จะชี้ชัดว่าน้ำในปริมาณใดมาจากที่ดินแปลงใดซึ่งต่างจากน้ำในแหล่งน้ำสาธารณะที่สภาพของน้ำอยู่ในแหล่งน้ำนั้นชัดเจนแน่นอนอยู่แล้ว และที่ดินที่รองรับน้ำนั้นก็จะเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินอยู่แล้ว ดังนั้น น้ำฝนจึงแตกต่างไปจากน้ำในแหล่งน้ำสาธารณะและควรจัดให้เป็นทรัพย์สินที่ไม่มีเจ้าของมากกว่า อย่างไรก็ตามการที่กฎหมายกำหนดเงื่อนไขการกักเก็บน้ำ โดยพิจารณาจากความจำเป็นต่อประโยชน์ที่ดินนั้น ถือว่าเป็นเงื่อนไขการได้กรรมสิทธิ์อย่างหนึ่ง ว่าผู้ที่กักเก็บน้ำ จะต้องไม่กักเก็บน้ำเกินความจำเป็นจึงจะมีสิทธิเหนือน้ำที่กักเก็บนั้น

แม้บทบัญญัติมาตรานี้จะไม่เกี่ยวข้องกับการใช้น้ำในแหล่งน้ำสาธารณะโดยตรงเพราะเป็นเรื่องของการกักเก็บน้ำในที่ดินเอกชน อย่างไรก็ตามการกำหนดสิทธิในการกักเก็บน้ำฝนดังกล่าวถือเป็นเรื่องจำเป็น เนื่องจากหากไม่มีกฎหมายใดกำหนดหลักเกณฑ์เอาไว้อย่างชัดเจนอาจทำให้เจ้าของที่ดินกักเก็บน้ำเกินสมควร ในกฎหมายของบางประเทศ เช่น กฎหมาย Water Management Act 2000 (NSW) ของรัฐนิวเซาท์เวลส์ ออสเตรเลีย กำหนดให้เจ้าของที่ดินมีสิทธิกักเก็บน้ำที่ไหลผ่านที่ดินของตนได้ไม่เกินร้อยละ 10⁹ เท่านั้น เพื่อให้ น้ำส่วนที่เหลือไหลผ่านไปยังที่ดินแปลงอื่นหรือไหลลงไปยังแหล่งน้ำสาธารณะ

2.3 น้ำใต้ดิน

ในส่วนของน้ำใต้ดินนั้น ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มิได้กำหนดไว้ให้น้ำบาดาลเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินดังเช่นทางน้ำผิวดินดังที่ได้กล่าวไปแล้ว ดังนี้ มีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่าน้ำบาดาลที่อยู่ใต้ที่ดินแปลงใดจะถือว่าเป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดินแปลงนั้นดังที่ ป.พ.พ. มาตรา 1335 บัญญัติว่า “ภายในบังคับแห่งบทบัญญัติในประมวลกฎหมายนี้หรือกฎหมายอื่น ท่านว่าแดนแห่งกรรมสิทธิ์ที่ดินนั้นกินทั้งเหนือพื้นดินและใต้พื้นดินด้วย” หรือไม่

กรณีนี้หากมีกฎหมายพิเศษกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติใด ๆ ไว้เป็นพิเศษแล้วบทกฎหมายนั้น ๆ ก็จะเป็นบทยกเว้นและส่งผลให้เจ้าของที่ดินไม่มีอำนาจเหนือโดยผลของบทบัญญัติเรื่องแดนกรรมสิทธิ์กรณีน้ำบาดาลนั้น พระราชบัญญัติน้ำบาดาล พ.ศ. 2520¹⁰ ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะที่เกี่ยวกับการจัดการทรัพยากรน้ำบาดาลกำหนดเงื่อนไขการใช้น้ำบาดาลในมาตรา 16 บัญญัติว่า

“ห้ามมิให้ผู้ใดประกอบกิจการน้ำบาดาลในเขตน้ำบาดาลใด ๆ ไม่ว่าจะเป็นผู้มีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองที่ดินในเขตน้ำบาดาลนั้นหรือไม่ เว้นแต่จะได้รับใบอนุญาตจากอธิบดีหรือผู้ซึ่งอธิบดีมอบหมาย”

ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ให้นิยามของน้ำบาดาลเอาไว้ในมาตรา 3 ว่า “น้ำบาดาล หมายความว่า น้ำใต้ดินที่เกิดขึ้นในชั้นดิน กรวด หทราย หรือหิน ซึ่งอยู่ลึกจากผิวดินเกินความลึกที่รัฐมนตรีกำหนดโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษา แต่จะกำหนดความลึกน้อยกว่าสิบเมตรมิได้” รวมทั้งให้ความหมายของคำว่า ประกอบกิจการน้ำบาดาล ว่าหมายถึง การเจาะน้ำบาดาล การใช้น้ำบาดาล หรือการระบายน้ำลงบ่อน้ำบาดาล ซึ่งหมายความว่า

⁹ Water Management Act 2000 (NSW), s 53

¹⁰ พระราชบัญญัติน้ำบาดาล พ.ศ. 2520, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 94 ตอนที่ 69 (ฉบับพิเศษ), (วันที่ 28 กรกฎาคม 2520)

กฎหมายกำหนดสิทธิและเงื่อนไขการเข้าถึงและการใช้ประโยชน์น้ำบาดาลเอาไว้ มิได้ให้อำนาจเจ้าของที่ดินนำน้ำบาดาลขึ้นมาใช้ตามสะดวกเนื่องจากจะต้องขออนุญาตประกอบกิจการน้ำบาดาลและอาจต้องจ่ายค่าอนุรักษ์น้ำบาดาลก่อนจึงจะมีสิทธิใช้น้ำบาดาล ดังนั้น น้ำบาดาลจึงไม่ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดินโดยอัตโนมัติ ดังเช่นทรัพย์สินประเภทอื่นที่อยู่ในที่ดิน

กรณีเช่นนี้ จะถือได้หรือไม่ว่าน้ำบาดาลเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน หากพิจารณาจาก พระราชบัญญัติน้ำบาดาลฯ อาจจะพบว่ารัฐมีอำนาจหวงกั้นการใช้ประโยชน์ผ่านกลไก “การขออนุญาต” และการจ่ายค่าอนุรักษ์น้ำบาดาล ดังนั้น ควรสรุปว่าน้ำบาดาลเป็นทรัพย์สินของแผ่นดินที่รัฐมีอำนาจในการหวงกั้นการใช้ประโยชน์ รวมทั้งห้ามการใช้ประโยชน์ได้หากปรากฏว่าการสูบน้ำบาดาลในเขตท้องที่ใดจะทำให้ชั้นน้ำบาดาลเสียหายหรือเสื่อมสภาพ หรืออาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ทรัพยากรของชาติ หรือทำให้สิ่งแวดล้อมเป็นพิษ หรือเป็นอันตรายแก่ทรัพยากรหรือสุขภาพของประชาชน หรือทำให้แผ่นดินทรุด (มาตรา 5 วรรคสอง) อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า การที่บทบัญญัติใดกำหนดเงื่อนไขการเข้าถึงทรัพยากรในลักษณะที่กำหนดให้เอกชนจ่ายค่าตอบแทนไม่ได้ หมายความว่าทรัพยากรนั้นเป็นทรัพยากรของรัฐเสมอไปเนื่องจากรัฐอาจกำหนดเงื่อนไขการใช้ประโยชน์เพื่อให้เกิดการใช้ทรัพยากรนั้น ๆ อย่างเป็นธรรมและเกิดประสิทธิภาพสูงสุดก็ได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งทรัพยากรน้ำนั้น บางครั้งค่าใช้จ่ายที่รัฐเรียกเก็บมิใช่การเรียกเก็บเพื่อการแสวงหากำไรหรือเก็บตามมูลค่าของปริมาณน้ำที่ใช้หากแต่เป็นการเก็บเพื่อนำรายได้มาเป็นค่าใช้จ่ายบริหารจัดการทรัพยากรให้ กรณีเช่นนี้ น่าจะถือว่าการเรียกเก็บค่าใช้จ่ายน้ำบาดาลในบางพื้นที่เป็นไปเพื่อการบริหารจัดการทรัพยากรให้เกิดประโยชน์สูงสุดมิใช่เก็บเพื่อการแสวงหากำไรจากมูลค่าของน้ำ

มีข้อสังเกตกรณีน้ำบาดาลตามกฎหมายฉบับนี้ว่ากฎหมายมิได้ควบคุมการขุดเจาะแหล่งน้ำใต้ดินที่มีความลึกไม่เกิน 10 เมตร¹¹ ซึ่งทำให้เกิดปัญหาว่าน้ำใต้ผิวดินที่มีความลึกน้อยกว่าความลึกที่มีการประกาศกำหนดนั้นจะตกเป็นสิทธิของเจ้าของที่ดินหรือไม่ ในกรณีเช่นนี้จะเห็นว่าบทบัญญัติมาตรา 16 ซึ่งควบคุมการขุดเจาะน้ำบาดาลนั้นเป็นบทกฎหมายเฉพาะและเป็นบทยกเว้นบทบัญญัติเรื่องแดนกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดินตามมาตรา 1335 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น เมื่อบทบัญญัติมาตรา 16 ไม่ได้ควบคุมน้ำใต้ดินที่อยู่ในระดับความลึกไม่เกิน 15 เมตรย่อมหมายความว่าน้ำในระดับความลึกดังกล่าวยังอยู่ในอำนาจแห่งแดนกรรมสิทธิ์ของเจ้าของที่ดิน ดังนั้น เจ้าของที่ดินที่มิได้น้ำใต้ดินในระดับความลึกไม่เกิน 15 เมตรย่อมมีกรรมสิทธิ์ในน้ำใต้ดินส่วนนั้นซึ่งหมายความว่าผู้ใดจะเข้ามาขุดหรือนำน้ำในส่วนดังกล่าวไปใช้ประโยชน์ไม่ได้ เว้นแต่จะได้รับความยินยอมจากเจ้าของหรือบุคคลที่มีสิทธิเหนือที่ดินแปลงนั้น

¹¹ ปัจจุบันประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง กำหนดเขตน้ำบาดาลและความลึกของน้ำบาดาล พ.ศ. 2554 กำหนดให้น้ำบาดาลที่มีความลึกไม่เกิน 15 เมตร ได้รับการยกเว้นไม่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติน้ำบาดาลฯ

ปัจจุบันมีการออกกฎกระทรวงกำหนดอัตราค่าอนุรักษ์น้ำบาดาลและหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข การเรียกเก็บค่าอนุรักษ์น้ำบาดาล พ.ศ. 2547¹² ยกเว้นการจ่ายค่าอนุรักษ์น้ำบาดาลให้กับผู้ที่นำน้ำบาดาลขึ้นมาใช้ ประโยชน์ในกรณีต่อไปนี้

- (1) การใช้น้ำบาดาลเพื่อการอุปโภคหรือบริโภค ทั้งนี้ ไม่รวมถึงการใช้น้ำบาดาลของโรงงานอุตสาหกรรม
- (2) การใช้น้ำบาดาลเพื่อการเพาะปลูก
- (3) การใช้น้ำบาดาลเพื่อการเลี้ยงสัตว์ เฉพาะในส่วนที่ไม่เกินวันละห้าสิบลูกบาศก์เมตร

แม้ว่ากิจกรรมข้างต้นจะได้รับยกเว้นค่าอนุรักษ์น้ำบาดาลก็ตาม แต่การยกเว้นดังกล่าวเป็นสิทธิประโยชน์ ที่ผู้ใช้น้ำบาดาลได้รับโดยผลของกฎกระทรวงซึ่งเป็นการดำเนินการในทางปกครอง มิใช่โดยการรับรองสิทธิการใช้น้ำตามกฎหมาย ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าการยกเว้นในลักษณะดังกล่าวเป็นเรื่องที่ดี แต่ควรมีการกำหนดรับรองสิทธิไว้ในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเพื่อให้หลักประกันสิทธิมีความชัดเจนแน่นอนมิได้ขึ้นอยู่กับนโยบายของฝ่ายปกครองว่าจะยกเว้นหรือไม่ยกเว้นค่าอนุรักษ์น้ำบาดาล

2.4 น้ำในเขตชลประทาน (irrigated areas)

การจัดการน้ำในเขตชลประทานนั้น ปัจจุบันอยู่ภายใต้อำนาจพระราชบัญญัติการชลประทานหลวง พุทธศักราช 2485¹³ ซึ่งกฎหมายฉบับนี้กำหนดหลักการสำคัญในการจัดสรรทรัพยากรน้ำโดยการกำหนดเขตทางน้ำชลประทาน¹⁴ เพื่อจัดให้มีการชลประทาน¹⁵ และให้อำนาจรัฐ (โดยกรมชลประทาน) เข้ามามีอำนาจจัดการทรัพยากรน้ำในเขตชลประทาน¹⁶ และทางน้ำชลประทาน

สำหรับหลักการสำคัญที่เกี่ยวข้องกับการจำกัดสิทธิของประชาชนในการใช้น้ำตามกฎหมายนี้คือ การที่กำหนดให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์มีอำนาจเรียกเก็บค่าชลประทานจากเจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินในเขตชลประทานหรือจากผู้ใช้น้ำจากทางน้ำชลประทาน ไม่ว่าผู้ใช้น้ำจะอยู่ในหรือนอกเขตชลประทานตามจำนวนที่กำหนดในกฎกระทรวง (มาตรา 22) ซึ่งในบางพื้นที่อาจมีการเรียกเก็บค่าชลประทานในอัตราที่แตกต่างกันไป

¹² กฎกระทรวงกำหนดอัตราค่าอนุรักษ์น้ำบาดาลและหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการเรียกเก็บค่าอนุรักษ์น้ำบาดาล พ.ศ. 2547, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 121 ตอนที่ 49 ก (ฉบับพิเศษ), (วันที่ 31 สิงหาคม 2547)

¹³ ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 59 ตอนที่ 62 (ฉบับพิเศษ), (วันที่ 22 กันยายน 2485)

¹⁴ “ทางน้ำชลประทาน” ตามกฎหมายฉบับนี้หมายความว่า ทางน้ำที่รัฐมนตรีได้ประกาศตามความในมาตรา 5 ว่าเป็นทางน้ำชลประทาน

¹⁵ “การชลประทาน” ตามกฎหมายฉบับนี้หมายความว่า กิจกรรมที่กรมชลประทานจัดทำขึ้นเพื่อให้ได้มา ซึ่งน้ำหรือเพื่อ กัก เก็บ รักษา ควบคุม ส่ง ระบายหรือแบ่งน้ำเพื่อเกษตรกรรม การพลังงาน การสาธารณสุข โภค หรือการอุตสาหกรรม และ หมายความรวมถึงการป้องกันความเสียหายอันเกิดจากน้ำกับรวมถึงการคมนาคมทางน้ำซึ่งอยู่ในเขตชลประทานด้วย

¹⁶ “เขตชลประทาน” ตามกฎหมายฉบับนี้หมายความว่า เขตที่ดินที่ทำการเพาะปลูกซึ่งจะได้รับประโยชน์จากการชลประทาน

มีปัญหาที่น่าพิจารณาน้ำในเขตชลประทานถือเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินดังเช่นน้ำนอกเขตชลประทานหรือไม่ ในประเด็นดังกล่าวนี้มีข้อกฎหมายที่จะต้องพิจารณาในเบื้องต้นก่อนว่า พระราชบัญญัติการชลประทานหลวงฯ กำหนดให้ผู้ใช้น้ำในเขตชลประทานมีหน้าที่จะต้องจ่ายค่าใช้น้ำตามอัตราที่ประกาศกำหนดในกฎกระทรวง (มาตรา 8) ซึ่งหากผู้ใดฝ่าฝืน ผู้นั้นจะมีความผิดตามมาตรา 36¹⁷ จึงอาจกล่าวได้ว่ากฎหมายกำหนดเงื่อนไขการใช้น้ำในเขตชลประทานไว้อย่างยิ่งกว่าการเข้าถึงน้ำในแหล่งน้ำสาธารณะทั่วไป จึงมีผู้ให้ความเห็นว่าน้ำในเขตชลประทานน่าจะเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินประเภททรัพย์สินใช้เพื่อประโยชน์ของแผ่นดิน โดยเฉพาะตามป.พ.พ. มาตรา 1304 (3) เนื่องจากน้ำในเขตชลประทานเป็นส่วนสำคัญของการจัดทำบริการสาธารณะของกรมชลประทานซึ่งมีอำนาจหน้าที่ดำเนินโครงการชลประทาน¹⁸ อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่าน้ำในเขตชลประทานควรจัดเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินซึ่งใช้เพื่อประโยชน์ร่วมกันตาม ป.พ.พ. มาตรา 1304วรรคหนึ่งตอนต้น เพียงแต่กฎหมายให้อำนาจกรมชลประทานเข้ามาจัดการการใช้ประโยชน์และกำหนดเงื่อนไขการใช้ประโยชน์โดยเก็บค่าชลประทาน

มีข้อสังเกตว่าแม้ทางน้ำชลประทานจะเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินในความเห็นของผู้เขียนก็ตาม แต่เนื่องจากกฎหมายกำหนดเงื่อนไขการเข้าใช้ประโยชน์จากน้ำในทางน้ำชลประทานเอาไว้ดังที่ได้กล่าวไปแล้ว ทำให้สิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากน้ำในเขตชลประทานแตกต่างจากการเข้าถึงน้ำในแหล่งน้ำสาธารณะทั่วไป ดังนั้น สิทธิในการใช้น้ำในบทความนี้จะไม่รวมถึงสิทธิการใช้น้ำในเขตทางน้ำชลประทาน

3. ปัญหาและข้อจำกัดเกี่ยวกับบทบัญญัติเรื่องสิทธิในน้ำในระบบกฎหมายไทย

จากที่ได้กล่าวไปในหัวข้อก่อนนั้น จะเห็นว่าการบัญญัติสิทธิการใช้น้ำจากแหล่งน้ำสาธารณะในระบบกฎหมายไทยนั้นยังมีข้อจำกัดหลายประการด้วยกันดังพอจะสรุปได้ดังต่อไปนี้

1) การไม่มีบทบัญญัติรับรองสิทธิเกี่ยวกับการใช้น้ำอย่างชัดเจน

แม้จะมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายหลายฉบับกำหนดหลักการใช้น้ำในแหล่งน้ำสาธารณะเอาไว้บ้างแล้ว แต่บทบัญญัติเหล่านั้นขาดความชัดเจนในการรับรองสิทธิ เช่น ป.พ.พ. บรรพ 4 ว่าด้วยทรัพย์สินไม่ได้บัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลที่ไม่ใช่เจ้าของที่ดินที่อยู่ริมทางน้ำเอาไว้ว่าบุคคลเหล่านี้มีสิทธิหรือไม่ รวมทั้งกฎหมายไม่ได้กำหนดหลักการชัดเจนแน่นอนว่าบุคคลที่มีสิทธิใช้น้ำ มีสิทธิใช้น้ำได้โดยไม่เสียค่าใช้จ่ายในกิจการใดบ้าง อีกทั้งกฎหมายไม่ได้บัญญัติลักษณะของสิทธิในน้ำเอาไว้ว่ามีขอบเขตความหมายอย่างไร ซึ่งความไม่ชัดเจนแน่นอนในนิยามความหมายของสิทธิเกี่ยวกับการใช้น้ำนั้นเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในหลายประเทศเมื่อไม่มีการกำหนดนิยาม

¹⁷ มาตรา 36 บัญญัติว่า “ผู้ใดไม่ชำระค่าชลประทานตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ออกตามความในมาตรา 8 (3) หรือ (4) ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสิบเท่าของค่าชลประทานที่ค้างชำระ

เมื่อผู้กระทำความผิดตามวรรคหนึ่งได้นำค่าชลประทานที่ค้างชำระ และเงินเพิ่มอีกหนึ่งเท่าของค่าชลประทานดังกล่าวมาชำระแก่เจ้าพนักงานภายในเวลาที่เจ้าพนักงานกำหนดให้แล้ว ให้ยกเว้นโทษในคดีนั้นเสีย”

¹⁸ Amnat, (n 4) 317

รวมทั้งเนื้อหาแห่งสิทธิเหล่านี้ค่อนข้างชัดเจนแน่นอน¹⁹ ความไม่ชัดเจนเหล่านี้อาจทำให้เกิดข้อขัดแย้งเกี่ยวกับการใช้น้ำในอนาคตได้ง่าย การกำหนดสิทธิของผู้ใช้น้ำให้ชัดเจนย่อมจะช่วยลดข้อขัดแย้งเกี่ยวกับการใช้น้ำได้ เนื่องจากข้อขัดแย้งที่เกิดขึ้นส่วนใหญ่มักเกิดจากการไม่รู้สิทธิหน้าที่ของผู้ใช้น้ำ

2) สถานะทางกฎหมายของทรัพยากรน้ำในแหล่งน้ำสาธารณะยังขาดความชัดเจน

ปัญหาสำคัญประการหนึ่งที่มีมากขึ้นจากการที่กฎหมายกำหนดให้น้ำเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินก็คือ มีบุคคลจำนวนมากไม่น้อยที่เข้าใจว่าสาธารณสมบัติของแผ่นดินคือทรัพย์สินของรัฐ ดังนั้น รัฐจึงมีอำนาจเหนือทรัพยากรน้ำโดยประชาชนไม่มีสิทธิมีส่วนร่วมในการบริหารจัดการ นอกจากนี้ หลักกฎหมายในเรื่องสาธารณสมบัติของแผ่นดินตามที่ปรากฏใน ป.พ.พ. มาตรา 1304 ซึ่งมีทั้งสาธารณสมบัติของแผ่นดินประเภทพลเมืองใช้ร่วมกันและประเภทสาธารณสมบัติของแผ่นดินโดยเฉพาะ มักจะถูกเหมารวมว่าสาธารณสมบัติของแผ่นดินทั้งสองประเภทมีลักษณะเช่นเดียวกัน กล่าวคือ รัฐเป็นผู้ทรงอำนาจเด็ดขาดเหนือสาธารณสมบัติของแผ่นดิน รัฐจึงมีอำนาจกีดกันเอกชนในการเข้าแสวงหาหรือเข้าใช้ประโยชน์ได้ ทั้ง ๆ ที่โดยแนวคิดดั้งเดิมของการกำหนดให้ทรัพย์สินใดเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินประเภทพลเมืองใช้ร่วมกันก็เพื่อมุ่งให้รัฐเข้ามาเป็นผู้ปกป้องรักษาทรัพยากรธรรมชาติในนามของประชาชนตามแนวคิด “public trust doctrine”²⁰ เนื่องจากการพันวิสัยที่จะให้ประชาชนทุกคนเข้าใช้อำนาจปกป้องดูแลโดยถ้วนทั่ว แต่ยังคงให้ประชาชนมีสิทธิใช้ประโยชน์ได้ อย่างไรก็ตามการที่ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายให้สิทธิเอกชนเข้ามามีส่วนร่วมจัดการทรัพยากรธรรมชาติที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน²¹ ทำให้คนทั่วไปเข้าใจว่าสาธารณสมบัติของแผ่นดินคือทรัพย์สินซึ่งรัฐเท่านั้นมีอำนาจในการจัดการจนนำไปสู่แนวคิดที่เสนอให้มีการกำหนดให้ทรัพยากรน้ำเป็นของส่วนรวม²² ปัญหาที่เกิดขึ้นหากมีการยอมรับข้อความคิดดังกล่าวก็คือระบบกฎหมายไทยปัจจุบันยังไม่มีกำหนดแนวคิดเรื่อง “ของส่วนรวมหรือทรัพย์สินส่วนรวม” ไว้ในระบบกฎหมาย ดังนั้น การเสนอให้น้ำเป็นของส่วนรวมจึงอาจก่อให้เกิดปัญหาที่ไม่มีกลไกรองรับ เช่น หากมีผู้ใดทำให้แหล่งน้ำเสียหายหรือเกิดมลพิษจะไม่มีผู้ใดฟ้องร้องดำเนินคดีทางแพ่งเพื่อเยียวยาความเสียหายตามมาตรา 97 พระราชบัญญัติพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 ได้

นอกจากนี้ยังมีปัญหาความไม่ชัดเจนเรื่องเรื่องสิทธิใช้น้ำในแต่ละลุ่มน้ำ ว่าบุคคลที่มีได้มีภูมิลำเนาอยู่ในลุ่มน้ำใดจะมีสิทธิใช้น้ำในลุ่มน้ำนั้นได้หรือไม่ เพียงใด ปัญหาดังกล่าวเกิดขึ้นเนื่องจากหากมีการใช้น้ำจากลุ่มน้ำหนึ่งในลักษณะการผันน้ำไปยังอีกลุ่มน้ำหนึ่งเช่นนี้จะถือว่าทำได้หรือไม่ หากกการผันน้ำเป็นไปเพื่อนำไปใช้ใน

¹⁹ Stephen Hodgson, ‘Modern water rights: Theory and practice’ FAO Legislative Study, (Food and Agriculture Organization of United Nations 2006), p.4

²⁰ Allan Kanner, The Public Trust Doctrine, Parens Patriae, and the Attorney General as the Guardian of the State’s Natural Resources, 16 DELPF LJ 57, 2005) p. 88

²¹ คำว่า “ทรัพยากรธรรมชาติที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินในที่นี้ ผู้เขียนขอให้นิยามว่า หมายถึงบรรดาทรัพย์สินและพลังงานที่มีคุณค่าในเชิงเศรษฐกิจสังคมและสิ่งแวดล้อมซึ่งเป็นที่เกิดขึ้นตามธรรมชาติ เช่น แร่ธาตุ ต้นไม้ สัตว์ป่า แสงแดด เป็นต้น

²² คณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงและพัฒนา กฎหมายด้านที่ดิน ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม, ทรัพยากรน้ำ สิทธิร่วมของชุมชนลุ่มน้ำ, (สำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย 2558), หน้า 34

การดำรงชีพของคนที่อาศัยอยู่ลุ่มน้ำอื่น ปัญหาความไม่ชัดเจนเช่นนี้จึงควรมีการกำหนดกฎเกณฑ์ให้ชัดเจน เพื่อป้องกันหรือช่วยระงับข้อขัดแย้งที่อาจเกิดขึ้นจากกลุ่มผู้ใช้น้ำกลุ่มต่าง ๆ

3) บทบัญญัติที่เกี่ยวกับการรับรองสิทธิในกฎหมายปัจจุบันไม่เหมาะสมกับการบังคับใช้ภายใต้สถานการณ์การใช้น้ำในปัจจุบัน

นอกจากปัญหาเรื่องความชัดเจนแน่นอนเกี่ยวกับสิทธิในน้ำดังที่ได้กล่าวไปแล้ว หากพิจารณาถึงความเหมาะสมของบทบัญญัติที่เกี่ยวกับสิทธิใช้น้ำจะพบว่า การนำบทบัญญัติเรื่องสาธารณสมบัติของแผ่นดินตาม ป.พ.พ. มาตรา 1304 และบทบัญญัติเรื่องสิทธิของเจ้าของที่ดินที่อยู่ริมทางน้ำมาปรับใช้กับสิทธิใช้น้ำในแหล่งน้ำสาธารณะในสถานการณ์ปัจจุบันอาจเกิดปัญหาดังต่อไปนี้

กรณีปัญหาจากการปรับใช้บทบัญญัติมาตรา 1304 กับสิทธิในการใช้น้ำนั้นนำไปสู่ปัญหาดังนี้

ก. ไม่จูงใจให้มีการใช้น้ำจากแหล่งน้ำสาธารณะอย่างประหยัด เนื่องจากน้ำถูกมองว่าเป็นทรัพย์สินสาธารณะ (public goods) ซึ่งใครก็สามารถใช้ได้ฟรี หลักการดังกล่าวไม่สอดคล้องกับ the Dublin Statement²³ ที่กำหนดให้รัฐควรกำหนดให้น้ำเป็นทรัพย์สินที่มีมูลค่าทางเศรษฐกิจ (recognize the economic value of water)

ข. เกิดความเหลื่อมล้ำในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากแหล่งน้ำ ไม่เอื้อให้เกิดการเข้าถึงน้ำอย่างเท่าเทียมกันเพราะใช้หลัก “มือใครยาวสาวได้สาวเอา” กล่าวคือ การที่ไม่มีบทบัญญัติกำหนดหลักการเก็บค่าใช้น้ำดูเหมือนจะเป็นเรื่องที่ดี เพราะทุกคนย่อมมีสิทธิเข้าถึงน้ำในแหล่งน้ำสาธารณะได้ อย่างไรก็ตามบทบัญญัติดังกล่าวเหมือนดาบสองคมที่เปิดโอกาสให้ผู้ที่มิมีฐานะทางเศรษฐกิจดีกว่าสามารถใช้เทคโนโลยีเพื่อนำน้ำขึ้นมาใช้ประโยชน์ได้อย่างไม่จำกัด ซึ่งในท้ายที่สุดจะนำไปสู่ความไม่เสมอภาคในการใช้ประโยชน์จากน้ำ²⁴ และอาจนำไปสู่วิกฤติน้ำในอนาคตได้

ค. บทบัญญัติที่กำหนดสิทธิของผู้ใช้น้ำในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ไม่มีสภาพบังคับทางปกครองเนื่องจากสิทธิในการใช้น้ำดังกล่าวถือเป็นบทกำหนดสิทธิหน้าที่ของเอกชนด้วยกัน เช่น สิทธิของเจ้าของที่ดินที่อยู่ริมทางน้ำ หรือสิทธิของเจ้าของที่ดินที่อยู่สูงกว่าในการกักเก็บน้ำหรือใช้น้ำซึ่งไหลระบายตามธรรมชาติ เป็นเรื่อง หากมีการฝ่าฝืนบทบัญญัติแล้วเจ้าหน้าที่รัฐไม่มีอำนาจบังคับการให้เป็นไปตามบทบัญญัติตามกฎหมายได้โดยตรง บุคคลที่จะขอให้มีการระงับการฝ่าฝืนบทบัญญัติจะต้องเป็นผู้ที่ถูกโต้แย้งสิทธิในทางแพ่งซึ่งในกรณีนี้คือเจ้าของที่ดินริมทางน้ำที่อยู่ท้ายน้ำหรือเจ้าของที่ดินที่อยู่ในระดับที่ดินต่ำกว่าที่ถูกปิดกั้นน้ำที่จะระบายไหลลงมาสู่ที่ดินของตน

ง. อาจทำให้เกิดปัญหามลพิษทางน้ำรุนแรงมากกว่าเดิม อาจก่อให้เกิดปัญหามลพิษทางน้ำและข้อขัดแย้งในการใช้น้ำได้ในอนาคต ปัจจุบันประเทศไทยกำลังเผชิญกับปัญหาน้ำในแหล่งน้ำสาธารณะเสื่อมคุณภาพ

²³ The Dublin Statement on Water and Sustainable Development, Adopted January 31, 1992 in Dublin, Ireland International Conference on Water and the Environment

²⁴ Amnat, (n 4), pp.342-343

เป็นทุนเดิมอยู่แล้ว ปัญหาการขาดแคลนน้ำจะทำให้ปัญหาน้ำเสื่อมคุณภาพแย่ลงไปกว่าเดิม²⁵ เนื่องจากการใช้น้ำที่เพิ่มขึ้นตามความต้องการซึ่งปราศจากกฎเกณฑ์เพดานการใช้น้ำของผู้ใช้น้ำแต่ละกลุ่มจะให้น้ำในแหล่งน้ำสาธารณะลดลงจนปริมาณน้ำลดลงและส่งผลกระทบต่อสิ่งมีชีวิตในน้ำที่มีจำนวนเท่าเดิมซึ่งจะต้องใช้ออกซิเจนในน้ำจนวนน้ำที่มีปริมาณลดลงมีออกซิเจนในน้ำน้อยลงและทำให้น้ำเน่าเสีย²⁶ แม้ว่าทรัพยากรน้ำในประเทศไทยจะไม่ได้รับผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญจากการเปลี่ยนแปลงสภาพอากาศ อย่างไรก็ตามทรัพยากรน้ำในแหล่งต้นน้ำของประเทศไทยมีแนวโน้มลดลงอย่างต่อเนื่องซึ่งเป็นผลมาจากการขยายตัวของชุมชนเมือง การตัดไม้ทำลายป่า รวมทั้งการเพิ่มขึ้นของพื้นที่เกษตรกรรมซึ่งทำให้ความต้องการใช้น้ำในภาคเกษตรกรรมมีเพิ่มขึ้น²⁷

จ. ไม่มีการกำหนดหน้าที่ของผู้ใช้น้ำในการดูแลรักษาคุณภาพน้ำ การกำหนดหน้าที่เป็นเรื่องสำคัญเนื่องจากหากไม่มีการกำหนดหน้าที่บางประการเอาไว้ ผู้ใช้น้ำแต่ละคนจะเห็นว่าตนสามารถเข้าถึงและใช้น้ำได้โดยไม่ต้องทำอะไรตอบแทนและนำไปสู่การใช้ทรัพยากรที่ไร้ขอบเขตจนอาจนำไปสู่เหตุการณ์ที่เรียกว่า “โศกนาฏกรรมของทรัพย์สินสาธารณะ” หรือ “tragedy of the common” ซึ่ง Hardin ตั้งข้อสมมติฐานว่าหากทรัพย์สินส่วนกลาง (the common property) สามารถเข้าถึงได้อย่างเสรีและไม่มีการกำหนดขอบเขตการใช้จะนำไปสู่ความเสียหายของทรัพย์สินชนิดนั้นที่ทุกคนจะต้องประสบความยากลำบากอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้²⁸ แนวทางดำเนินการประการหนึ่งที่พึงกำหนดเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดข้อกังวลในลักษณะนี้เกิดขึ้นก็คือการกำหนดหน้าที่บางประการเพื่อให้ผู้ใช้น้ำดำเนินการ เช่น กำหนดหน้าที่ในการป้องกันไม่ให้แหล่งน้ำเสื่อมคุณภาพหรือหน้าที่ในการคอยระวังไม่ให้น้ำในแหล่งน้ำลดลงจนเกิดความเสียหายต่อระบบนิเวศในแหล่งน้ำนั้น ๆ

ส่วนปัญหาอันเกี่ยวกับการปรับใช้บทบัญญัติเรื่องสิทธิของเจ้าของที่ดินที่อยู่ริมทางน้ำตามมาตรา 1355 นั้น ได้แก่ บทบัญญัติมาตราดังกล่าวมีปัญหาในการตีความอยู่หลายประการด้วยกัน เช่น ไม่มีหลักเกณฑ์ที่ช่วยตีความถ้อยคำว่า “เกินกว่าที่จำเป็นแก่ประโยชน์ของตนตามควร”ว่าจะใช้หลักการใดพิจารณา รวมทั้งการคำนึงถึงผลกระทบเฉพาะต่อเจ้าของที่ดินที่อยู่ริมทางน้ำนั้นเหมาะสมเพียงพอหรือไม่ เนื่องจากยังมีผู้ใช้น้ำในทางน้ำสาธารณะอื่น ๆ ที่มีใช้เจ้าของที่ดินที่ติดทางน้ำ (non-riparian land owner) อยู่ด้วย นอกจากนี้บทบัญญัติมาตราดังกล่าวยังถูกตั้งคำถามถึงความเหมาะสมในการนำมาบังคับใช้ในสถานการณ์ปัจจุบัน²⁹ จึงมีผู้เสนอให้กำหนดหลักเกณฑ์ที่ชัดเจนยิ่งขึ้นเพื่อให้เกิดการตีความการใช้น้ำที่เหมาะสม เช่น ควรจะกำหนดกรอบในเรื่องวัตถุประสงค์การใช้น้ำ ปริมาณการใช้น้ำ ปริมาณน้ำในแหล่งน้ำรวมทั้งความขาดแคลนน้ำในแต่ละช่วงเวลา

²⁵ กอบกุล ราชนคร, ‘การพัฒนาและปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการจัดการทรัพยากรน้ำ’, รายงานฉบับสมบูรณ์ (สำนักงานคณะกรรมการการปฏิรูปกฎหมาย, 2555) หน้า 102-111.

²⁶ Hodgson, (n 18) p.23

²⁷ Asia Development Bank, ‘The Economics of Climate Change in Southeast Asia: A Regional Review’, (Manila: Asian Development Bank 2009)

²⁸ Garret Hardin, ‘The Tragedy of the Commons’ (2006) 162 Science, New Series 1242), p. 1244

²⁹ รายละเอียดโปรดดู ญัฐสุดา รัตตมณี, *การควบคุมสิทธิการใช้น้ำของเจ้าของที่ดินริมทางน้ำนอกเขตชลประทาน*, (น.ม. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), 2558, หน้า 137-171

มาใช้ประกอบในการตีความ³⁰ นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่าหลักเกณฑ์ในการใช้น้ำตามมาตรานี้ควรจะต้องคำนึงถึงความต้องการน้ำของผู้ใช้น้ำรายอื่นที่ไม่มีที่ดินติดทางน้ำ (non-riparian landowners) ด้วยไม่ใช่เพียงแต่คำนึงถึงความเสียหายต่อที่ดินแปลงอื่นซึ่งอยู่ตามทางน้ำนั้น เท่านั้น ดังนั้น ควรมีการแก้ไขหลักการในบทบัญญัติ ป.พ.พ. มาตรา 1355 อย่างน้อยสองส่วน กล่าวคือ ควรเพิ่มเงื่อนไขว่าจะต้องไม่เป็นเหตุให้การใช้น้ำเดือดร้อนแก่ผู้ใช้น้ำในแหล่งน้ำนั้น เนื่องจากน้ำในแหล่งน้ำเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่ประชาชนควรมีสติธิใช้อย่างเท่าเทียม ประการที่สองควรเพิ่มเงื่อนไขเรื่องปัจจัยที่ใช้พิจารณาความจำเป็นในการใช้น้ำ ซึ่งอาจกำหนดเงื่อนไขว่า “ภายใต้บังคับของกฎหมายอื่น” หรือถ้อยคำว่า “ทั้งนี้ เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ” เพื่อเปิดช่องให้มีการกำหนดรายละเอียดการจัดสรรน้ำตามควร รวมทั้งจัดเก็บค่าใช้น้ำจากเจ้าของที่ดินได้หากใช้น้ำในปริมาณมาก

4. แนวทางการรับรองสิทธิในการเข้าถึงน้ำเพื่อการดำรงชีพ

แม้ว่าในอดีต สิทธิใช้น้ำในระบบกฎหมายจะผูกติดกับสิทธิของเจ้าของที่ดินที่อยู่ติดริมทางน้ำ แต่ในปัจจุบัน มีการปฏิรูปหลักการรับรองสิทธิในน้ำใหม่เพื่อให้การจัดสรรทรัพยากรน้ำมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น³¹ ในส่วนนี้ ผู้เขียนจะนำเสนอประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณารับรองสิทธิในน้ำในประเด็นต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

1) การกำหนดสถานะทางกฎหมายของแหล่งน้ำสาธารณะให้เกิดความชัดเจน

การกำหนดให้น้ำในแหล่งน้ำสาธารณะเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินประเภทพลเมืองใช้ร่วมกันถือเป็นเรื่องที่มีความสำคัญเนื่องจากสาธารณสมบัติของแผ่นดินเป็นทรัพย์สินที่พลเมืองมีสิทธิใช้และเข้าถึงร่วมกัน การบัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ก็เพื่อลดความขัดแย้งทั้งในแง่การตีความว่าแท้จริงแล้วประชาชนมีความชอบธรรมที่จะใช้น้ำในแหล่งน้ำสาธารณะร่วมกันหรือไม่ รวมทั้งประโยชน์ในแง่การยกย่องต่อรัฐเมื่อรัฐจะกำหนดเงื่อนไขการใช้น้ำหรือจำกัดการใช้สิทธิ นอกจากนี้ หากมีการบัญญัติรับรองสถานะของน้ำในฐานะทรัพยากรธรรมชาติที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินแล้วจะทำให้สถานะดังกล่าวสอดคล้องกับถ้อยคำในกฎหมายอื่นด้วย เช่น สอดคล้องกับทรัพยากรธรรมชาติที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่ได้รับความคุ้มครองตามความในมาตรา 97 ของพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. 2535 เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม สิ่งที่ยังต้องมีการแก้ไขปรับปรุงหลักการเรื่องเดียวกันคือกฎหมายว่าด้วยทรัพยากรน้ำจะต้องบัญญัติรับรองสิทธิของปัจเจกชนและชุมชนที่จะมีส่วนร่วมในการบริหารจัดการทรัพยากรน้ำอย่างเหมาะสม เพื่อให้การจัดสรรทรัพยากรน้ำเหมาะสมและตรงตามความต้องการของผู้ใช้น้ำอย่างแท้จริง และการดำเนินการเช่นนี้จะทำให้ผลของการกำหนดสถานะของน้ำให้เป็นฐานะสาธารณสมบัติของแผ่นดินไม่แตกต่างจากการกำหนดให้เป็นทรัพย์สินส่วนรวมในความเข้าใจของบุคคลทั่วไป เนื่องจากในท้ายที่สุด ไม่ว่าจะมีการบัญญัติถ้อยคำ

³⁰ รายละเอียดโปรดดู เฟิงอ้าง, หน้า 172-178

³¹ Hodgson, (n 18) p.1

เช่นใดผลทางกฎหมายก็ไม่ต่างกัน กล่าวคือประชาชนยังคงมีสิทธิใช้น้ำและมีส่วนร่วมในการบริหารจัดการ ในขณะที่รัฐเองก็ยังคงอำนาจในการกำหนดเงื่อนไขจัดการทรัพยากรน้ำตามความเหมาะสม³²

2) การรับรองสิทธิในน้ำให้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน (human right to water) ในรัฐธรรมนูญ

มีข้อที่ต้องพิจารณาว่า ควรกำหนดให้สิทธิในการเข้าถึงน้ำเพื่อการดำรงชีพ (the right to water) เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ โดยหลักการแล้วสิทธิใดจะพึงกำหนดเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญหรือไม่ นั้น มีหลักการที่ต้องพิจารณาว่าสิทธิเรื่องดังกล่าวเป็นสิ่งที่ขาดไม่ได้ที่จะต้องให้รัฐให้ความคุ้มครอง และเพื่อประโยชน์ในการยกย่องเรื่องดังกล่าวต่อรัฐ กรณีจึงต้องพิจารณาเบื้องต้นก่อนว่าจำเป็นหรือไม่ที่ประเทศไทยต้องบัญญัติรับรองสิทธิในการเข้าถึงน้ำเพื่อการดำรงชีพไว้ในรัฐธรรมนูญ

หากพิจารณาในแง่ความขาดแคลนของทรัพยากรน้ำแล้ว โดยทั่วไปอาจกล่าวได้ว่าทรัพยากรน้ำในประเทศไทยมีความอุดมสมบูรณ์จะขาดแคลนบ้างก็เฉพาะแต่ช่วงฤดูแล้งเท่านั้น กรณีจึงไม่น่าจะต้องบัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด เนื่องจากประชาชนทั่วไปสามารถเข้าถึงน้ำในแหล่งน้ำตามธรรมชาติเพื่อนำไปใช้ในการดำรงชีพได้อยู่แล้ว และดังที่ได้กล่าวไปแล้วว่าการเข้าถึงทรัพยากรน้ำในปัจจุบันนั้น หากเป็นแหล่งน้ำนอกเขตชลประทาน ประชาชนย่อมมีสิทธิเข้าถึงโดยไม่ต้องจ่ายค่าใช้น้ำอยู่แล้วเนื่องจากน้ำในแหล่งดังกล่าวถือเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่พลเมืองมีสิทธิใช้ประโยชน์ร่วมกัน อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาจากสถานการณ์ปัจจุบันจะพบว่าภาวะขาดแคลนน้ำ (water shortage) เริ่มทวีความรุนแรงมากขึ้นทั้งในแง่พื้นที่และระยะเวลา การเกิดภาวะวิกฤติดังกล่าวซึ่งมีสาเหตุมาจากปัจจัยต่างๆ หลายประการด้วยกัน ทั้งสภาพภูมิอากาศที่เปลี่ยนแปลงไปและทรัพยากรน้ำจากแหล่งต้นน้ำที่ลดปริมาณลงเนื่องจากการทำลายแหล่งต้นน้ำ นอกจากนี้ความย่ำแย่ของภาวะขาดแคลนน้ำยังเข้าสู่ภาวะวิกฤติยิ่งกว่าในอดีต เนื่องจากความต้องการในการใช้น้ำมีมากขึ้นเพราะขยายตัวตามความต้องการใช้น้ำในครัวเรือนและในภาคการผลิต ส่งผลกระทบต่อความมั่นคงด้านแหล่งน้ำของประเทศไทยเป็นอย่างยิ่ง³³ ดังนั้น ปัจจัยเรื่องความอุดมสมบูรณ์ของน้ำจึงเปลี่ยนแปลงไปจากแนวคิดในอดีต ประกอบกับแนวคิดเรื่องการรับรองสิทธิในการเข้าถึงน้ำในระดับนานาชาติกำลังเป็นประเด็นสำคัญที่มีการสนับสนุนด้วยเหตุผลหลายประการดังต่อไปนี้

³² ในประเด็นเรื่องการใช้อ้อยคำว่า “น้ำเป็นของส่วนรวม” นี้ ศ.ดร. บรรจงจิต สิงคนติ ในฐานะกรรมการคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายซึ่งมีส่วนยกอ้าง พ.ร.บ.ฯ ฉบับของคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายให้ทัศนะว่า การบัญญัติถ้อยคำดังกล่าวเป็นผลิตผลของการต่อสู้ทางความคิดของประชาชนที่เห็นว่าถ้าหากไม่มีการกำหนดสถานะทางกฎหมายของทรัพยากรน้ำเอาไว้เช่นนี้ ฝ่ายรัฐมักจะอ้างใช้อำนาจจัดการดูแลเพื่อเข้าหาประโยชน์โดยไม่มีการแบ่งปันผลประโยชน์และแบ่งปันอำนาจจัดการให้กับภาคประชาชน จึงเป็นที่มาของการผลักดันให้มีการบัญญัติให้ทรัพยากรน้ำเป็นของส่วนรวม

³³ Somrudee Nicro and Matthew Markopoulos, Environmental Security in Thailand: An Assessment of Food, Water, Air and Energy Sustainability (Thailand Environment Institute (TEI), 2008) p.47

1. การรับรองสิทธิดังกล่าวในฐานะสิทธิขั้นพื้นฐานทำให้รัฐมีหน้าที่ดำเนินการที่ชัดเจนเพื่อให้การรับรองสิทธิในน้ำบรรลุผล³⁴ เช่น หากรับรองสิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรน้ำที่เพียงพอและปลอดภัยในฐานะสิทธิขั้นพื้นฐาน ย่อมทำให้รัฐมีหน้าที่ดำเนินการจัดหาทรัพยากรน้ำให้เพียงพอต่อความต้องการในชีวิตประจำวันรวมทั้งทำให้รัฐวางพันธกิจดำเนินการให้น้ำในแหล่งสาธารณะมีคุณภาพที่ดีเหมาะสมต่อการอุปโภคบริโภค

2. การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานในเรื่องการเข้าถึงน้ำจะช่วยขจัดปัญหาการเลือกปฏิบัติของเจ้าหน้าที่รัฐในการบรรเทาหรือให้ความช่วยเหลือประชาชนในเรื่องการเข้าถึงน้ำเพื่อการยังชีพ³⁵ เนื่องจากการกำหนดสิทธิในเรื่องดังกล่าวไว้ชัดเจนย่อมทำให้ประชาชนใช้ยกยันต่อรัฐได้ นอกจากนี้ การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานในเรื่องดังกล่าวจะส่งผลให้การช่วยเหลือและจัดการเรื่องน้ำมีประสิทธิภาพมากขึ้น

3. การรับรองสิทธิในการเข้าถึงแหล่งน้ำที่เพียงพอและปลอดภัยจะส่งผลให้การรับรองสิทธิในด้านอื่นๆ บรรลุผลตามไปด้วย เช่น สิทธิในการดำรงชีวิตอยู่ในสภาพแวดล้อมที่ปลอดภัย สิทธิในชีวิตร่างกาย หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือสิทธิในการเข้าถึงน้ำเพื่อการดำรงชีพมีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกับสิทธิขั้นพื้นฐานด้านอื่น ๆ ที่รัฐให้การรับรองอยู่แล้ว

4. การรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานเรื่องนี้จะนำไปสู่สิทธิในสิ่งแวดล้อมด้านอื่น ๆ เช่น สิทธิในการมีส่วนร่วมดูแลรักษาแหล่งน้ำ เนื่องจากหากรัฐรับรองสิทธิย่อมมีแนวโน้มที่ประชาชนจะเกิดความหวงแหนแหล่งน้ำมากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะกรณีที่มีบุคคลอื่นมาก่อความเสียหายต่อแหล่งน้ำ ประชาชนผู้เป็นผู้ได้รับความคุ้มครองย่อมมีแนวโน้มที่จะเข้าชดชวกรวมทั้งสอดส่องดูแลซึ่งในท้ายที่สุดจะนำไปสู่กระบวนการมีส่วนร่วมในการจัดการทรัพยากรน้ำอย่างแท้จริง

5. การรับรองสิทธิเรื่องนี้ไว้อย่างชัดเจนจะทำให้ประชาชนรู้ถึงขอบเขตการใช้สิทธิของตนซึ่งทำให้เกิดปัญหาข้อขัดแย้งในการใช้น้ำกรณีมีการใช้น้ำจากแหล่งน้ำสาธารณะในภาวะขาดแคลนน้ำ ซึ่งจะได้กล่าวถึงในหัวข้อถัดไป

สิ่งที่ต้องพึงพิจารณาคือ ควรกำหนดเนื้อหาแห่งสิทธิในการเข้าถึงทรัพยากรน้ำไว้กว้างแคบมากน้อยเพียงใด ซึ่งเป็นประเด็นที่มีความสำคัญเนื่องจากหากกำหนดสิทธิไว้แคบเกินไปอาจทำให้สิทธิที่กฎหมายจะพึงให้ความคุ้มครองไม่ได้รับความคุ้มครองอย่างเต็มที่ ในขณะที่หากกำหนดไว้กว้างมากเกินไปอาจนำไปสู่การใช้ทรัพยากรน้ำที่เกินกว่าปริมาณแหล่งน้ำที่มีอยู่จริง (over exploitation) อันนำไปสู่ปัญหาอื่น ๆ เช่น ปัญหามลพิษทางน้ำ เป็นต้น

การพิจารณากำหนดเนื้อหาสิทธิในการใช้น้ำเพื่อการดำรงชีพมีความจำเป็นจะต้องพิจารณาขอบเขตและเนื้อหาจากบริบทสากลเนื่องจากประเทศไทยยังไม่มีกรรับรองสิทธิเรื่องนี้มาก่อน กรณีนี้ หากพิจารณาความตกลงระหว่างประเทศที่กำหนดแนวทางในการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานเกี่ยวกับน้ำในแถลงการณ์ดับลินว่าด้วยน้ำ

³⁴ John Scanlon, Angela Cassar and Noemi Nemes, *Water as a Human Right, IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 51*, (IUCN-The World Convention Union, 2004), p. 21

³⁵ Ibid p. 20

และการพัฒนาที่ยั่งยืน หรือ Dublin Statement³⁶ แผนปฏิบัติการที่ 21 (Agenda 21) และข้อมติของสภาสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ จะพบหลักการเรื่องดังกล่าวอันมีสาระสำคัญดังนี้

1. Dublin Statement ข้อ 4 กำหนดหลักการเอาไว้ว่าน้ำเป็นทรัพยากรที่มีมูลค่าในทางเศรษฐกิจ (economic value) และควรได้รับการรับรองให้เป็นสินค้าเศรษฐกิจ และภายใต้หลักการเช่นว่านี้ มีความจำเป็นที่จะต้องให้การรับรองในเบื้องต้นถึงสิทธิขั้นพื้นฐานของมวลมนุษยชาติที่จะมีสิทธิเข้าถึงน้ำสะอาดและถูกสุขอนามัย ในราคาที่เหมาะสม

2. Agenda 21 ตอนที่ 18 ซึ่งเกี่ยวกับการใช้น้ำจัดให้การรับรองสิทธิในน้ำขั้นพื้นฐานซึ่งรัฐจะต้องคำนึงถึงหลักการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานของสิทธิในการเข้าถึงน้ำที่มีปริมาณและคุณภาพที่เหมาะสม

3. ข้อมติของสภาสิทธิมนุษยชนขององค์การสหประชาชาติ (Human Rights Council Resolution A/HRC/RES/15/9)³⁷ ในเดือนกันยายน 2553 ยืนยันหลักการว่าสิทธิในน้ำและสุขอนามัย (the right to water and sanitation) เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายระหว่างประเทศและยืนยันอีกด้วยว่าสิทธิเหล่านี้มีผลผูกพันรัฐต่าง ๆ และเรียกร้องให้รัฐต่าง ๆ พัฒนาเครื่องมือหรือกลไกเพื่อให้บรรลุหลักการในการรองรับสิทธิดังกล่าวเพื่อให้เกิดการเข้าถึงน้ำดื่มที่ปลอดภัยและถูกสุขอนามัย

นอกจากนี้ในกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ก็มีการบัญญัติรับรองสิทธิในการเข้าถึงน้ำของประเทศต่าง ๆ ดังสรุปได้ดังต่อไปนี้

ประเทศ	ลักษณะการกำหนดรับรองสิทธิ
เอกวาดอร์	รัฐธรรมนูญเอกวาดอร์ ค.ศ. 2008 (แก้ไขเพิ่มเติม ปี 2011) ในส่วนที่ 2 สิทธิในการดำรงชีวิตที่ดี ส่วนที่ 1 มาตรา 12 ให้การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนว่าด้วยน้ำในฐานะสิ่งจำเป็นในการดำรงชีวิตที่ไม่อาจถูกละเลยในการรับรองสิทธิ และให้การรับรองว่าการใช้น้ำสำหรับการดำรงชีพจะไม่ถูกจำกัดโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ³⁸
ตูนิเซีย	ในมาตรา 44 ของรัฐธรรมนูญตูนิเซีย ค.ศ. 2014 กำหนดคุ้มครองสิทธิในการใช้น้ำ (right to use water) โดยกำหนดให้รัฐและสังคมมีหน้าที่อนุรักษ์และใช้น้ำอย่างประหยัด ³⁹

³⁶ The Dublin Statement on Water and Sustainable Development, Adopted January 31, 1992 in Dublin, Ireland International Conference on Water and the Environment

³⁷ ‘The human rights to water and sanitation milestone’, <http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_milestones.pdf> access 12 December 2015

³⁸ ‘Constitution of the Republic of Ecuador’, <www.constituteproject.org/constitution/Ecuador_2011?lang=en> access 12 December 2015

³⁹ ‘Constitution of Tunisia 2014’, <www.constituteproject.org/constitution/Tunisia_2014?lang=en> access 12 December 2015

ประเทศ	ลักษณะการกำหนดรับรองสิทธิ
ซิมบับเว	ในมาตรา 77 ของรัฐธรรมนูญซิมบับเว ค.ศ. 2013 กำหนดคุ้มครองสิทธิในการใช้น้ำและอาหารที่สะอาดเหมาะสมกับการบริโภค โดยให้รัฐมีหน้าที่บัญญัติกฎหมายและกำหนดมาตรการอื่น ๆ เพื่อให้สิทธิที่ได้รับการรับรองนี้บรรลุผล ⁴⁰
อินโดนีเซีย	มาตรา 5 ของกฎหมายว่าด้วยทรัพยากรน้ำกำหนดให้รัฐต้องประกันว่าปัจเจกชนมีสิทธิเข้าถึงน้ำที่เหมาะสม ⁴¹
ฝรั่งเศส	กฎหมายว่าด้วยน้ำและสิ่งแวดล้อมทางน้ำกำหนดรับรองให้ปัจเจกชนมีสิทธิในการเข้าถึงน้ำดื่มภายใต้เงื่อนไขที่ทุกคนสามารถเข้าถึงในทางเศรษฐกิจได้ ⁴²

จะเห็นว่าการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานในการใช้น้ำเพื่อการดำรงชีพของประเทศต่าง ๆ ที่ผู้เขียนนำมาเป็นตัวอย่างนั้นมีทั้งการกำหนดรับรองในกฎหมายสูงสุดและรับรองในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ โดยกฎหมายเหล่านี้มักกำหนดหลักการรับรองไว้อย่างกว้าง ๆ เพื่อสร้างหลักประกันในการเข้าถึงและใช้น้ำเพื่อการดำรงชีพอย่างเพียงพอและมีคุณภาพซึ่งหากมีการบัญญัติรับรองหลักการเรื่องนี้ในรัฐธรรมนูญจะมีข้อดีในแง่บทบัญญัติแห่งกฎหมายจะกำหนดหลักการเกี่ยวกับสิทธิในน้ำให้ขัดแย้งกับหลักการที่รับรองในรัฐธรรมนูญไม่ได้ ซึ่งจะสามารถสร้างหลักประกันเรื่องสิทธิในน้ำได้ดี แต่มีข้อที่พึงคำนึงถึงคือหากบัญญัติรับรองไว้จะทำให้รัฐออกกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิดังกล่าวได้ยาก การกำหนดรับรองสิทธิเรื่องดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญจึงต้องออกแบบข้อจำกัดสิทธิให้รัดกุมเนื่องจากในบางสถานการณ์รัฐอาจจะต้องกำหนดมาตรการทางกฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิเรื่องดังกล่าว ทั้งนี้ หลักการที่รัฐพึงรับรองและคำนึงถึงเมื่อจะรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานเกี่ยวกับน้ำได้แก่ สิทธิในการเข้าถึงน้ำและสามารถอุปโภคบริโภคน้ำได้อย่างมีคุณภาพและพอเพียงควรได้รับความคุ้มครองในฐานะสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ ในขณะที่เดียวกันรัฐมีหน้าที่จะต้องดูแลจัดการให้แหล่งน้ำสาธารณะมีคุณภาพที่เหมาะสมต่อการอุปโภคบริโภคด้วย⁴³

มีข้อสังเกตว่ามีการผลักดันให้มีการรับรองสิทธิขั้นพื้นฐานเรื่องน้ำเอาไว้โดยปรากฏหลักการดังกล่าวในมาตรา 7 ของร่างพระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ ซึ่งผลักดันโดยสำนักงานคณะกรรมการการปฏิรูปกฎหมาย (คปก.)⁴⁴ โดยบัญญัติรับรองหลักการว่า

มาตรา 7 สิทธิในการใช้น้ำเพื่อการดำรงชีพ การอุปโภคบริโภคในครัวเรือน การเกษตรหรือการเลี้ยงสัตว์ รายย่อย และการใช้น้ำตามจารีตประเพณี เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน

⁴⁰ ‘Constitution of Zimbabwe 2013’, <www.constituteproject.org/constitution/Zimbabwe_2013?lang=en> access 12 December 2015

⁴¹ ‘The rights to water and sanitation in national law’, <www.righttowater.info/progress-so-far/national-legislation-on-the-right-to-water/#MAD> access 12 December 2015

⁴² Ibid

⁴³ Narong Jaiham and Naporn Popattanachai, ‘Analysis of Thai Water Management Legislation from an International Law Perspective’, (4(2) *Yonsei LJ* 301, 2013), p. 364

⁴⁴ คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย, ‘บันทึกความเห็นและข้อเสนอแนะ คปก. (กม คปก (ป) ที่ 1/2558 เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ.)’, <http://www.lrc.go.th/th/?wpfb_dl=1505> เข้าถึงเมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2558

เมื่อพิจารณาเนื้อหาของมาตราดังกล่าวแล้วจะพบว่าเนื้อหาของร่างกฎหมายที่กำหนดเพื่อรับรองสิทธิในน้ำเพื่อการใช้น้ำนั้นครอบคลุมการใช้น้ำในกิจกรรมต่าง ๆ ที่เกี่ยวกับการประกอบอาชีพพื้นฐานในชนบทในประเทศไทย อย่างไรก็ตามผู้เขียนเห็นว่าสิทธิในการใช้น้ำเพื่อการยังชีพข้างต้นนั้นมีขอบวัตถุประสงค์การใช้กว้างเกินไปเนื่องจากไม่เพียงแต่ครอบคลุมการใช้เพื่ออุปโภคบริโภคในครัวเรือน แต่ยังรวมไปถึงการใช้น้ำเพื่อการประกอบอาชีพเฉพาะการเกษตรหรือการเลี้ยงสัตว์รายย่อยและการใช้น้ำตามจารีตประเพณี แต่ไม่ได้กล่าวถึงกิจกรรมการใช้น้ำเพื่อการดำรงชีพกิจกรรมอื่น ๆ เช่น การหัตถกรรม การพาณิชย์กรรมขนาดเล็ก ทั้ง ๆ ที่เป็นกิจกรรมการใช้น้ำเพื่อการประกอบอาชีพเช่นเดียวกัน ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าข้อกำหนดสิทธิใช้น้ำเพื่อการประกอบอาชีพโดยระบุกิจกรรมการใช้ดังที่ปรากฏในร่างกฎหมายอาจเกิดปัญหาเรื่องความเสมอภาคของผู้ใช้น้ำเนื่องจากประชาชนทุกคนไม่ได้ประกอบอาชีพเกษตรกรรมและเลี้ยงสัตว์รายย่อย การกำหนดสิทธิการใช้น้ำโดยกำหนดวัตถุประสงค์จากกิจกรรมการประกอบอาชีพอาจนำไปสู่ความไม่เสมอภาคได้ ดังนั้น อาจจะต้องมีการทบทวนว่ากิจกรรมการใช้น้ำกิจกรรมใดที่พึงได้รับความคุ้มครอง นอกจากนี้การกำหนดรับรองโดยใช้คำว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานยังไม่มีผลชัดเจนว่าการบัญญัติรับรองเช่นนั้นจะส่งผลดีเช่นไร หากจะกล่าวว่าการบัญญัติรับรองให้การใช้น้ำในกิจกรรมดังกล่าวเป็นกิจกรรมที่ไม่ต้องจ่ายค่าใช้น้ำ เช่นนี้ อาจไม่จำเป็นต้องบัญญัติรับรองว่าการใช้น้ำเพื่อกิจกรรมดังกล่าวเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานก็ได้ เนื่องจากสิทธิในการใช้น้ำในแหล่งน้ำสาธารณะโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายกับการกำหนดรับรองให้น้ำเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานไม่ใช่สิ่งเดียวกัน

การกำหนดรับรองให้การใช้น้ำในกิจกรรมใดเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานน่าจะขึ้นอยู่กับว่าเรื่องดังกล่าวเป็นเรื่องที่รัฐประสงค์จะให้ความคุ้มครองและกำหนดหน้าที่ให้รัฐต้องดำเนินการบางอย่างเพื่อให้บรรลุภารกิจมากขึ้นเพียงใด ซึ่งการบัญญัติที่จะมีผลผูกพันหน่วยงานของรัฐมากกว่าคือการบัญญัติรับรองหลักการไว้ในรัฐธรรมนูญโดยผู้เขียนเสนอในเชิงหลักการว่าเฉพาะสิทธิการใช้น้ำเพื่อการยังชีพและอุปโภคบริโภคในครัวเรือนควรถูกกำหนดรับรองให้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐาน โดยต้องกำหนดให้รัฐมีหน้าที่ดำเนินการให้ประชาชนมีสิทธิเข้าถึงน้ำและใช้น้ำเพื่อการบริโภคอุปโภคในชีวิตประจำวันอย่างเพียงพอและกำหนดให้รัฐมีหน้าที่ดูแลคุณภาพน้ำแหล่งน้ำสาธารณะให้มีความเหมาะสมกับการใช้ประโยชน์มากกว่า ส่วนการใช้น้ำเพื่อการประกอบอาชีพที่มีการใช้น้ำไม่มากนัก เช่น การเลี้ยงสัตว์ การเกษตรขนาดเล็กควรจัดให้เป็นสิทธิในการใช้น้ำในกฎหมายพิเศษที่รัฐต้องให้การคุ้มครองโดยการไม่เก็บค่าธรรมเนียมการใช้น้ำมากกว่าที่จะบัญญัติรับรองให้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานโดยปราศจากกลไกการรับรองสิทธิ⁴⁵

3. การกำหนดเนื้อหาของสิทธิในการใช้น้ำแต่ละประเภทเอาไว้ให้ชัดเจนขึ้น

⁴⁵ ในประเด็นเรื่องข้อเสนอให้บัญญัติรับรองเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานเกี่ยวกับน้ำในรัฐธรรมนูญนี้ ศ.ดร.บรรเจิด สิงคนดี ในฐานะผู้มีส่วนได้เสียในการร่างรัฐธรรมนูญเห็นว่าการบัญญัติรับรองสิทธิเกี่ยวกับน้ำอาจมีข้อจำกัดเพราะอาจนำไปสู่การเรียกร้องให้มีการบัญญัติรับรองปัจจัยพื้นฐานในการดำรงชีพด้านอื่นๆ ตามมา เช่น สิทธิในการดำรงอาศัยอยู่ในสภาพแวดล้อมที่มีอากาศที่สะอาด เป็นต้น ดังนั้น ในทางปฏิบัติของการเสนอให้มีการรับรองปัจจัยพื้นฐานในการดำรงชีพไว้ในรัฐธรรมนูญควรกำหนดโดยใช้คำที่มีความหมายรวมถึงปัจจัยดำรงชีพขั้นพื้นฐาน โดยไม่จำเป็นต้องแยกเสนอให้รับรอง น้ำ อากาศและสิ่งแวดล้อมด้านอื่น ๆ เช่น ควรเสนอให้รับรองสิทธิในการดำรงชีวิตโดยมีปัจจัยพื้นฐานในการดำรงชีพที่เหมาะสมแทนการบัญญัติรับรองเฉพาะสิทธิในการใช้ทรัพยากรน้ำ เป็นต้น

นอกจากการรับรองสิทธิการใช้น้ำเพื่อการยังชีพให้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญแล้ว การกำหนดเนื้อหาแห่งสิทธิในการใช้น้ำแต่ละประเภทให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้นย่อมจะช่วยให้ผู้ใช้ในแต่ละกลุ่มเข้าใจสิทธิหน้าที่ของตนเองชัดเจนยิ่งขึ้นซึ่งจะช่วยลดข้อขัดแย้งเกี่ยวกับการใช้น้ำที่อาจเกิดขึ้น รวมทั้งทำให้การบริหารจัดการน้ำเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นเนื่องจากการกำหนดเนื้อหาแห่งสิทธิการใช้น้ำถือเป็นกลไกสำคัญในการบริหารจัดการทรัพยากรน้ำแบบบูรณาการ (integrated water resources management: IWRM) ซึ่งเป็นกลไกจัดการน้ำที่สำคัญในยุคปัจจุบัน

ในเบื้องต้นก่อนจะนำเสนอเนื้อหาเกี่ยวกับสิทธิใช้น้ำที่ควรกำหนดขึ้นในกฎหมายไทยมีความจำเป็นจะต้องทำความเข้าใจความหมายของสิทธิในการใช้น้ำ (water rights) ว่ามีขอบเขตความหมายเช่นไร แม้ว่าจะไม่มีการให้คำนิยามสากลในลักษณะตายตัว แต่อาจกล่าวได้ว่าสิทธิในการใช้น้ำ หมายถึง สิทธิในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์น้ำ (right to abstract and use water) ในปริมาณที่แน่นอนจากแหล่งน้ำ⁴⁶ ในแง่นี้ สิทธิพื้นฐานในการใช้น้ำเพื่อการยังชีพ (human right to water) ย่อมถือเป็นส่วนหนึ่งของสิทธิใช้น้ำ (water rights) ด้วย โดยสามารถจำแนกสิทธิใช้น้ำตามวัตถุประสงค์การใช้น้ำได้ดังต่อไปนี้

- | | | |
|--|---|------------------|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. สิทธิใช้น้ำเพื่อการอุปโภคบริโภคและดำเนินกิจกรรมในครัวเรือน 2. สิทธิในการใช้น้ำในปริมาณน้อยเพื่อการประกอบอาชีพ 3. สิทธิในการใช้น้ำในปริมาณมากเพื่อการประกอบอาชีพ | } | Consumptive |
| <ol style="list-style-type: none"> 4. สิทธิใช้น้ำเพื่อผลิตกระแสไฟฟ้า การคมนาคมทางน้ำ 5. สิทธิใช้น้ำเพื่อการนันทนาการ | } | Non- consumptive |

สิ่งสำคัญที่จะต้องดำเนินการเกี่ยวกับสิทธิเหล่านี้คือจะต้องมีการกำหนดเนื้อหาแห่งสิทธิว่าสิทธิในการใช้น้ำแต่ละประเภทควรใช้ได้อย่างเสรีหรือมีข้อจำกัดอย่างไร เนื่องจากแต่ละกิจกรรมการใช้น้ำใช้น้ำในปริมาณไม่เท่ากัน

แม้ว่าการกำหนดให้สิทธิในการใช้น้ำเพื่อการยังชีพ (the human right to water) จะถูกกำหนดให้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานดังที่ได้กล่าวไปแล้วจะเป็นเรื่องที่ดี แต่หลักการดังกล่าวอาจยังไม่เพียงพอที่จะกำหนดหลักการจัดสรรทรัพยากรน้ำอย่างมีประสิทธิภาพพร้อมทั้งไม่สามารถแก้ไขข้อขัดแย้งเกี่ยวกับการใช้น้ำได้ เนื่องจากหลักการดังกล่าวเป็นเพียงหลักประกันขั้นต่ำในการเข้าถึงและใช้น้ำเพื่อการยังชีพซึ่งเป็นการใช้น้ำในปริมาณที่ไม่มากนัก ดังนั้น จึงมีความจำเป็นต้องศึกษาตัวอย่างการกำหนดเนื้อหาแห่งสิทธิในน้ำที่มีการกำหนดในกฎหมายต่างประเทศมาเป็นแนวทางในการรับรองสิทธิในน้ำของไทยซึ่งผู้เขียนจะเสนอตัวอย่างการรับรองสิทธิดังกล่าวในกฎหมายของประเทศดังสรุปในตารางต่อไปนี้

ประเทศ	เนื้อหาแห่งสิทธิในน้ำ
ออสเตรเลีย (รัฐนิวเซาท์เวลส์)	<ul style="list-style-type: none"> - สิทธิการใช้น้ำที่ต้องใช้ใบอนุญาตและต้องจ่ายค่าใช้น้ำ (water license) - สิทธิในการใช้น้ำที่ได้รับยกเว้นการจ่ายค่าใช้น้ำ (basic water rights)⁴⁷

⁴⁶ Hodgson, (n 18) pp. 4-5

⁴⁷ สิทธิดังกล่าวเป็นไปตามเงื่อนไขและปริมาณการใช้น้ำที่ถูกกำหนดในกฎหมาย Water Management Act 2000 (NSW)

ประเทศ	เนื้อหาแห่งสิทธิในน้ำ
(Water Management Act 2000 (NSW))	<ol style="list-style-type: none"> 1. สิทธิในการกักเก็บน้ำไว้เพื่อใช้ในครัวเรือน (domestic and stock rights) 2. สิทธิการใช้น้ำของชนพื้นเมืองตามกฎหมาย the Commonwealth Native Title Act 1993 ซึ่งใช้น้ำเพื่อกิจกรรมในชีวิตประจำวันที่ไม่ใช่เพื่อการค้าพาณิชย์ 3. สิทธิในการกักเก็บน้ำของเจ้าของที่ดินในพื้นที่ชนบทเพื่อใช้ในแปลงเกษตรตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด (harvestable rights-dams)
เวียดนาม (Law on Water Resources 2012)	<ul style="list-style-type: none"> - สิทธิในการเข้าถึงและใช้น้ำเพื่อกิจกรรมต่าง ๆ ดังต่อไปนี้ <ol style="list-style-type: none"> 1. การใช้น้ำเพื่อกิจกรรมในครัวเรือน (ม. 45) 2. การใช้น้ำเพื่อการเกษตรกรรม (ม. 46) 3. การใช้น้ำเพื่อผลิตกระแสไฟฟ้า (ม. 47) 4. การใช้น้ำเพื่อผลิตเกลือและเพาะเลี้ยงสัตว์น้ำ (ม. 48) 5. การใช้น้ำเพื่อการผลิตในภาคอุตสาหกรรมและการทำเหมืองแร่ (ม. 49) 6. การใช้น้ำเพื่อการขนส่งทางน้ำ (ม. 50) 7. การใช้น้ำเพื่อวัตถุประสงค์อื่น ๆ (ม. 51) - สิทธิในการได้รับประโยชน์จากการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรน้ำ (ม.43) - สิทธิในการได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายในการเข้าถึงและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรน้ำ - สิทธิในการใช้ข้อมูลเกี่ยวกับทรัพยากรน้ำตามหลักเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนด - สิทธิดำเนินกิจกรรมเกี่ยวกับน้ำผ่านแปลงที่ดินที่อยู่ติดแหล่งน้ำ - สิทธิในการร้องเรียนและเริ่มฟ้องคดีเมื่อถูกละเมิดสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายว่าด้วยทรัพยากรน้ำ

หากพิจารณาจากหลักการในเรื่องสิทธิใช้น้ำในร่างกฎหมาย 2 ฉบับ ร่างฯ แรกเป็นของกรมทรัพยากรน้ำ (ผ่านการพิจารณาตรวจแก้จากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา)⁴⁸ และร่างที่สองผลักดันโดยสำนักงานคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมายพบว่าร่างกฎหมายทั้งสองร่างกำหนดหลักการรับรองสิทธิโดยเน้นไปที่การรับรองสิทธิตามแหล่งน้ำที่ใช้ ดังปรากฏรายละเอียดในตารางต่อไปนี้

หน่วยงาน	เนื้อหาร่างกฎหมาย
กรมทรัพยากรน้ำ	มาตรา 7 ทรัพยากรน้ำสาธารณะ ⁴⁹ เป็นของส่วนรวม บุคคลมีสิทธิใช้หรือกักเก็บน้ำได้เท่าที่จำเป็นแก่ประโยชน์ในกิจกรรมและที่ดินของตน โดยไม่เป็นเหตุให้เกิดความเดือดร้อนหรือเสียหายแก่บุคคลอื่นซึ่งอาจใช้น้ำนั้น ทั้งนี้ เว้นแต่พระราชบัญญัตินี้ หรือกฎกระทรวง ประกาศ หรือระเบียบที่ออกตามความในพระราชบัญญัตินี้ หรือกฎหมายอื่นบัญญัติเป็นอย่างอื่น

⁴⁸ ‘ร่างฯ ที่ สคก. ตรวจสอบแล้ว เรื่องเสร็จที่ 1427/2558’ <<http://www.dwr.go.th/article/34-3-32>> เข้าถึงเมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2558

⁴⁹ ร่างพระราชบัญญัตินี้ให้คานียาม ทรัพยากรน้ำสาธารณะเอาไว้ว่า หมายถึง น้ำในแหล่งน้ำที่ประชาชนใช้หรือที่สงวนไว้ให้ประชาชนใช้ หรือโดยสภาพประชาชนอาจใช้ประโยชน์ร่วมกัน และให้หมายความรวมถึงแม่น้ำ ลำคลอง ทางน้ำ บึง แหล่งน้ำที่ดินที่มีความลึกไม่เกินสิบห้าเมตร ทะเลสาบทะเลอาณาเขต พื้นที่ชุ่มน้ำ แหล่งน้ำตามธรรมชาติอื่นๆ แหล่งน้ำที่รัฐจัดสร้างหรือพัฒนาขึ้นเพื่อให้ประชาชนใช้ประโยชน์ร่วมกัน และแหล่งน้ำระหว่างประเทศที่รัฐอาจนำมาใช้ประโยชน์ได้

หน่วยงาน	เนื้อหา ร่างกฎหมาย
	มาตรา 8 เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินซึ่งมีน้ำพุเกิดขึ้นหรือมีน้ำไหลผ่านตามธรรมชาติไม่ว่าบนดินหรือใต้ดิน ย่อมมีสิทธิใช้หรือกักเก็บน้ำนั้นได้เท่าที่จำเป็นแก่ประโยชน์ในที่ดินของตน และไม่เป็นเหตุให้เกิดความเดือดร้อนหรือเสียหายแก่บุคคลอื่น
คณะกรรมการการปฏิรูปกฎหมาย	มาตรา 9 เจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินซึ่งมีน้ำพุเกิดขึ้นหรือมีน้ำไหลผ่านตามธรรมชาติไม่ว่าบนดินหรือใต้ดิน มีสิทธิเก็บ กักหรือใช้น้ำนั้นได้เท่าที่จำเป็นแก่ประโยชน์ในกิจกรรมหรือที่ดินที่ตนเป็นเจ้าของหรือมีสิทธิครอบครอง โดยไม่เป็นเหตุให้เกิดความเดือดร้อนหรือเสียหายเกินสมควรแก่บุคคลอื่นหรือสาธารณะ มาตรา 10 บุคคล ชุมชน หรือหน่วยงานของรัฐ มีสิทธิใช้น้ำเท่าที่จำเป็นแก่ประโยชน์ในกิจกรรมหรือที่ดินที่ตนเป็นเจ้าของหรือมีสิทธิครอบครอง โดยไม่เป็นเหตุให้เกิดความเดือดร้อนหรือเสียหายเกินสมควรแก่บุคคลอื่นหรือสาธารณะ

จะเห็นว่าสิทธิในการใช้น้ำในร่างกฎหมายทั้งสองร่างมีจุดเหมือนกันในส่วนที่เกี่ยวกับการยอมรับสิทธิของบุคคลในการใช้น้ำจากแหล่งน้ำสาธารณะ และยอมรับสิทธิของเจ้าของหรือผู้ครอบครองที่ดินในการใช้น้ำที่ไหลผ่านหรือที่เกิดขึ้นในที่ดินบนพื้นฐานของ “ความจำเป็นในกิจกรรมและ/หรือที่ดินของตน” ซึ่งการบัญญัติในลักษณะดังกล่าวมีข้อดีสองประการคือ ประการแรกทำให้บทบัญญัติเรื่องนี้เปลี่ยนจากสิทธิของบุคคลตามกฎหมายเอกชนไปเป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองตามกฎหมายมหาชนซึ่งจะส่งผลดีในแง่ที่ผู้ทรงสิทธิในการใช้น้ำมีสิทธิยกสิทธิดังกล่าวขึ้นกล่าวอ้างต่อเอกชนด้วยกันรวมทั้งยกยื่นต่อหน่วยงานของรัฐได้ ประการถัดมาคือมีการเพิ่มเงื่อนไขเรื่องการใช้น้ำบนหลัก “ความจำเป็น” ซึ่งต้องคำนึงถึงผลกระทบต่อบุคคลอื่นในลักษณะเป็นการทั่วไปไม่ได้เจาะจงว่าจะต้องเกิดความเสียหายหรือผลกระทบต่อเฉพาะเจ้าของที่ดินแปลงที่อยู่ติดทางน้ำหรือจะต้องรับน้ำในลำดับต่ำกว่าดังเช่นที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อย่างไรก็ตามจุดต่างที่สำคัญคือร่างกฎหมายของกรมทรัพยากรน้ำเปิดช่องให้มีการกำหนดเงื่อนไขในการใช้ กักเก็บน้ำได้หากมีกฎหมายหรือกฎหมายลำดับรองกำหนดเงื่อนไขหรือข้อจำกัดเป็นอย่างอื่น และร่างกฎหมายของคณะกรรมการการปฏิรูปกฎหมายไม่ได้กล่าวถึงสิทธิใช้น้ำในแหล่งน้ำสาธารณะว่าบุคคล ชุมชนมีสิทธิอันเกี่ยวกับการใช้น้ำอย่างไรบ้าง

ผู้เขียนเห็นด้วยกับการบัญญัติรับรองสิทธิในการใช้และกักเก็บน้ำตามร่างของกรมทรัพยากรน้ำเนื่องจากร่างฯ ดังกล่าวบัญญัติรับรองสิทธิในการใช้น้ำสำหรับน้ำทรัพยากรน้ำสาธารณะและน้ำในแหล่งที่อยู่ในบริเวณที่ดินเอกชนอย่างชัดเจนในขณะที่ร่างของสำนักงานคณะกรรมการการปฏิรูปกฎหมายขาดรายละเอียดเกี่ยวกับสิทธิใช้น้ำในแหล่งน้ำสาธารณะ อย่างไรก็ตามผู้เขียนไม่เห็นด้วยกับการให้อำนาจกำหนดเงื่อนไขหรือข้อจำกัดสิทธิในการใช้น้ำในกฎหมายลำดับรองเนื่องจากการบัญญัติเนื้อความเช่นนั้นอาจเปิดช่องให้หน่วยงานของรัฐออกเงื่อนไขจำกัดสิทธิในการใช้ทรัพยากรน้ำสาธารณะในกฎหมายลำดับรองซึ่งในท้ายที่สุดบทบัญญัติที่รับรองสิทธิไว้อาจไม่สามารถกล่าวอ้างสิทธิใดได้ ดังนั้นเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิในร่างฯ มาตรา 7 ของร่างกฎหมายของกรมทรัพยากรน้ำควรถูกจำกัดสิทธิได้เฉพาะโดยผลของกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น

นอกจากนี้ผู้เขียนเห็นว่าการบัญญัติรับรองสิทธิควรกำหนดเนื้อหาของสิทธิในการใช้น้ำโดยพิจารณาจากวัตถุประสงค์หรือกิจกรรมการใช้น้ำควบคู่ไปกับการบัญญัติรับรองสิทธิในการใช้น้ำในแหล่งน้ำประเภทต่างๆ กล่าวคือควรกำหนดให้สิทธิดังต่อไปนี้เป็นสิทธิในการใช้น้ำในระบบกฎหมายไทยด้วย

1. สิทธิใช้น้ำเพื่อการบริโภค/ดำรงชีวิต
2. สิทธิในการใช้น้ำในปริมาณน้อยเพื่อการประกอบอาชีพ
3. สิทธิการใช้น้ำตามจารีตประเพณีของชุมชนท้องถิ่นหรือชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม
4. สิทธิในการใช้น้ำในปริมาณมากเพื่อการประกอบอาชีพ
5. สิทธิใช้น้ำเพื่อผลิตกระแสไฟฟ้า การคมนาคมทางน้ำ
6. สิทธิใช้น้ำเพื่อการนันทนาการ

สำหรับสิทธิใช้น้ำเพื่อการบริโภคหรือเพื่อการดำรงชีวิตนั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรกำหนดรับรองให้เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในรัฐธรรมนูญดังที่กล่าวไปแล้วซึ่งควรได้รับการคุ้มครองให้ประชาชนใช้น้ำในแหล่งน้ำสาธารณะได้โดยไม่เสียค่าใช้จ่ายเพราะเป็นสิ่งจำเป็น ในขณะที่สิทธิในการใช้น้ำในปริมาณน้อยเพื่อการประกอบอาชีพ เช่น เพื่อการเกษตร การเลี้ยงสัตว์ การคหกรรม รวมทั้งสิทธิการใช้น้ำตามจารีตประเพณีของชุมชนท้องถิ่นหรือชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมนั้นควรได้รับการคุ้มครองโดยไม่ต้องเสียค่าธรรมเนียมในการใช้น้ำซึ่งจะต้องมีการกำหนดเพดานการใช้น้ำในกิจกรรมเหล่านั้นอีกครั้งหนึ่ง โดยอาจให้เป็นไปตามมติของคณะกรรมการลุ่มน้ำ กลุ่มผู้ใช้น้ำและผู้ใช้น้ำในแต่ละลุ่มน้ำกำหนด เช่นเดียวกับสิทธิในการใช้น้ำตามจารีตประเพณีซึ่งควรกำหนดไว้ให้ชัดเจนเช่นกัน แม้จะมีการบัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญในส่วนที่ว่าด้วยสิทธิชุมชนแล้วก็ตาม

ส่วนการใช้น้ำในปริมาณมากเพื่อการประกอบอาชีพหรือเพื่อผลิตกระแสไฟฟ้า การคมนาคมทางน้ำ หรือการใช้น้ำเพื่อการนันทนาการอาจจะต้องมีการกำหนดเงื่อนไขการใช้น้ำ เช่น จัดเก็บค่าใช้น้ำ จัดให้อยู่ในลำดับความจำเป็นในการใช้น้ำที่มีความสำคัญรองจากการใช้น้ำเพื่อการบริโภค อุปโภคหรือเพื่อการประกอบอาชีพ เป็นต้น ซึ่งจะได้กล่าวถึงต่อไปเพื่อรองรับการพัฒนาและรับรองสิทธิในส่วนนี้ในหัวข้อถัดไป

การบัญญัติรับรองสิทธิทั้งในแง่ของสิทธิในการเข้าถึงและใช้น้ำจากแหล่งน้ำแหล่งต่างๆ รวมทั้งกำหนดเนื้อหาแห่งสิทธิโดยยึดวัตถุประสงค์หรือกิจกรรมการใช้น้ำด้วยจะช่วยให้สิทธิเกี่ยวกับการใช้น้ำมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น ผู้ใช้น้ำมีสิทธิยกย่นสิทธิที่ตนได้รับต่อทั้งเอกชนและหน่วยงานของรัฐ อีกทั้งการบัญญัติรายละเอียดของสิทธิเช่นนี้จะช่วยให้การจัดสรรน้ำในภาวะขาดแคลนเกิดประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

4. กลไกรองรับการพัฒนาและรับรองสิทธิในน้ำ

นอกจากการรับรองสิทธิในการใช้น้ำดังที่ได้กล่าวไปแล้ว สิ่งสำคัญที่จะต้องกำหนดขึ้นเพื่อรองรับการพัฒนาและรับรองสิทธิในน้ำได้แก่ประเด็นต่าง ๆ ดังต่อไปนี้

ก. การเก็บค่าใช้น้ำสำหรับผู้ใช้น้ำรายใหญ่ (large-scale water users)

แม้จะมีการกำหนดเนื้อหาแห่งสิทธิดังที่ได้กล่าวไปแล้ว อย่างไรก็ตามมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดเงื่อนไขการใช้น้ำของกิจกรรมการใช้น้ำบางประเภทโดยเฉพาะที่มีการใช้น้ำในปริมาณมากหรืออาจจะส่งผลกระทบต่อผู้มีส่วนได้เสียหลายกลุ่มด้วย ในที่นี้มีข้อที่ต้องพิจารณาว่ารัฐมีอำนาจเรียกเก็บค่าใช้น้ำสำหรับกิจกรรมการใช้น้ำในปริมาณมากได้หรือไม่ ผู้เขียนเห็นว่ารัฐมีอำนาจเรียกเก็บค่าใช้น้ำได้เนื่องจากรัฐจำเป็นต้องจัดสรรงบประมาณจำนวนไม่น้อยเพื่อจัดหาและพัฒนาแหล่งน้ำให้เพียงพอต่อความต้องการของประชาชนและเพื่อให้ในแหล่งน้ำเหมาะสมต่อการอุปโภคบริโภค อีกทั้งในบางกรณีที่ผู้ใช้น้ำบางรายใช้น้ำในปริมาณมากก็ดูจะไม่เป็นธรรมหากจะให้ใช้ทรัพยากรดังกล่าวฟรี รัฐจึงมีความชอบธรรมในการเรียกเก็บค่าใช้น้ำโดยหากพิจารณาหลักการที่

ปรากฏใน Dublin Statement หลักการที่ 4 ก็จะพบว่าหลักการสากลก็ไม่ได้ห้ามรัฐเก็บค่าใช้น้ำ หากแต่จะต้องพิจารณาว่าการเข้าถึงและใช้น้ำควรอยู่ในวิสัยที่ประชาชนสามารถจะจ่ายค่าใช้น้ำได้⁵⁰ (affordable) นอกจากนี้ ในทางปฏิบัติของกลุ่มเกษตรกรผู้ใช้น้ำเพื่อการเกษตรก็ต้องจ่ายค่าใช้น้ำทั้งกรณีใช้น้ำในเขตชลประทานและนอกเขตชลประทาน การจัดเก็บค่าธรรมเนียมนการใช้น้ำจึงเป็นเรื่องที่สามารถทำได้และเหมาะสมหากผู้ใช้น้ำใช้น้ำในปริมาณมากและมีความสามารถในการจ่ายค่าใช้น้ำ ดังนั้น หากเป็นการใช้น้ำเพื่อการเกษตรที่ต้องใช้น้ำมาก เช่น ใช้เพื่อการเพาะปลูกพืชในแปลงพืชขนาดใหญ่ เช่นนี้ ควรต้องมีการพิจารณาเก็บค่าใช้น้ำได้ด้วย

ส่วนการกำหนดเพดานปริมาณน้ำเพื่อความจำเป็นต่อการดำรงชีพนี้ ผู้เขียนเห็นว่าควรกำหนดให้ผู้ใช้น้ำเข้ามามีส่วนร่วมในการกำหนดค่าใช้น้ำในแต่ละลุ่มน้ำเนื่องจากเป็นผู้มีส่วนได้เสีย อีกทั้งในแต่ละลุ่มน้ำมีปริมาณน้ำไม่เท่ากัน การกำหนดเพดานการใช้น้ำฟรีเอาไว้แล้วให้กลุ่มผู้ใช้น้ำเป็นผู้จัดการจึงน่าจะมีความเหมาะสม ส่วนหลักการในการจัดเก็บค่าธรรมเนียมนการใช้น้ำนั้นอาจพิจารณาจากหลักการของประเทศต่าง ๆ ซึ่งแต่ละประเทศกำหนดหลักการเก็บค่าธรรมเนียมนแตกต่างกันรายละเอียดปรากฏตามตารางสรุปต่อไปนี้⁵¹

หลักการจัดเก็บค่าใช้น้ำ	ประเทศต้นแบบ
พิจารณาจากปริมาณน้ำที่ถูกนำขึ้นมาจากแหล่งน้ำ พื้นที่ซึ่งน้ำถูกนำไปใช้ และประเภทของแหล่งน้ำที่ถูกนำมาขึ้นมาใช้ประโยชน์	ฝรั่งเศสและรัฐออริโซนา สหรัฐอเมริกา
พิจารณาจากปริมาณน้ำที่ถูกนำขึ้นมาจากแหล่งน้ำ	รัฐวิกตอเรีย ออสเตรเลีย
พิจารณาจากประเภทกิจกรรมการใช้น้ำและแหล่งน้ำซึ่งถูกนำมาขึ้นมาใช้ประโยชน์	เยอรมนี
พิจารณาจากประเภทของแหล่งน้ำที่ถูกนำมาขึ้นมาใช้ประโยชน์	เนเธอร์แลนด์
พิจารณาจากผลกำไร-ประโยชน์ซึ่งผู้ใช้น้ำจะได้รับจากการใช้น้ำ	สเปน
พิจารณาจากต้นทุนค่าจัดการเกี่ยวกับสิทธิการใช้น้ำ	อังกฤษและเวลส์
พิจารณาจากประเภทกิจกรรมการใช้น้ำ	อิตาลีและเม็กซิโก

ข. สิทธิการใช้น้ำตามจารีตประเพณีของชุมชนท้องถิ่นหรือชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม

ดังที่ได้เกริ่นไปแล้วว่าสิทธิการใช้น้ำตามจารีตประเพณีของชุมชนท้องถิ่นหรือชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมควรถูกรับรองให้เป็นส่วนหนึ่งของสิทธิใช้น้ำด้วยเนื่องจากยังมีการใช้น้ำตามจารีตประเพณีในชุมชนท้องถิ่นหรือชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมในหลายพื้นที่ของประเทศไทยอยู่ หลักการรับรองสิทธิเรื่องนี้ไม่เพียงแต่สอดคล้องกับหลักสิทธิชุมชนซึ่งรัฐธรรมนูญให้การรับรองเท่านั้น แต่ยังเป็นที่ยอมรับความมีตัวตนของชุมชนที่มีบทบาทในการใช้น้ำในท้องถิ่นแต่ละพื้นที่ด้วย

⁵⁰ Office of the High Commission for Human Rights, *the Right to Water Fact Sheet No. 35* (United Nations, Geneva 2010), p.11

⁵¹ Stephen Hodgson, *Land and water – the rights interface* (Food and Agriculture Organization (FAO) 2004) p.36

ค. สิทธิในการมีส่วนร่วมบริหารจัดการทรัพยากรน้ำ

กลไกการมีส่วนร่วมเพื่อบริหารจัดการทรัพยากรน้ำถือเป็นกลไกสำคัญที่จะทำให้การบริหารจัดการน้ำแบบบูรณาการมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นเนื่องจากการบริหารจัดการน้ำแบบบูรณาการมีผู้มีส่วนได้เสียเข้ามาเกี่ยวข้องมากมายทั้งเจ้าของที่ดินที่อยู่ริมทางน้ำ ผู้ใช้น้ำ ชุมชนและหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ในการดูแลน้ำในแต่ละพื้นที่อีกทั้งการมีส่วนร่วมนำไปสู่กระบวนการยอมรับนโยบายและแผนที่ภาครัฐจะใช้ในการจัดการทรัพยากรน้ำ⁵² ดังนั้น ผู้เขียนเห็นว่าควรกำหนดสิทธิของผู้ใช้น้ำในแต่ละลุ่มน้ำในการมีส่วนร่วมเอาไว้ในกฎหมายด้วย เพื่อเป็นหลักประกันว่าผู้ใช้น้ำจะเข้าไปมีส่วนร่วมจัดการทรัพยากรน้ำในฐานะทรัพย์สินส่วนรวมอย่างแท้จริง อย่างไรก็ตามในงานเขียนชิ้นนี้มีข้อจำกัดในเรื่องขอบเขตหัวข้อที่ศึกษา จึงไม่สามารถจะนำเสนอรายละเอียดของสิทธิที่เกี่ยวกับกระบวนการมีส่วนร่วมและข้อจำกัดได้มากนักเนื่องจากเป็นประเด็นที่จะต้องนำไปวิเคราะห์เพื่อหาความเหมาะสมในการกำหนดเนื้อหาแห่งสิทธิเป็นอีกส่วนหนึ่ง

ง. การจัดสรรน้ำในภาวะขาดแคลนน้ำให้ผู้ใช้แต่ละประเภท

เพื่อให้การรับรองสิทธิและการจัดการน้ำในภาวะวิกฤติ หรือภาวะการณ์ขาดแคลนน้ำบรรลุวัตถุประสงค์ในการจัดการทรัพยากรน้ำมีความจำเป็นจะต้องพิจารณาว่าหากเกิดภาวะการณ์ดังกล่าว กฎหมายควรกำหนดกลไกการจัดการน้ำเอาไว้ในลักษณะเช่นไร ในสถานการณ์เช่นว่านั้น ซึ่งหลักการเรื่องนี้มีการผลักดันให้เกิดการจัดสรรการใช้น้ำอย่างเป็นรูปธรรมดังปรากฏในร่างพระราชบัญญัติฯ ของ คปก. ซึ่งกำหนดหลักการในจัดสรรน้ำในภาวะขาดแคลนเอาไว้ดังนี้

มาตรา 50 การใช้น้ำในแหล่งน้ำสาธารณะแบ่งเป็น 5 ประเภท คือ

(1) การใช้น้ำประเภทที่หนึ่ง ได้แก่ การใช้น้ำเพื่อการดำรงชีพ อุปโภคบริโภคในครัวเรือน

(2) การใช้น้ำประเภทที่สอง ได้แก่ การใช้น้ำเพื่อจาริตประเพณี รักษาระบบนิเวศและการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อม

(3) การใช้น้ำประเภทที่สาม ได้แก่ การใช้น้ำเพื่อการเกษตรหรือการเลี้ยงสัตว์รายย่อย และการอุตสาหกรรมในครัวเรือน

(4) การใช้น้ำประเภทที่สี่ ได้แก่ การใช้น้ำเพื่อการเกษตรหรือการเลี้ยงสัตว์รายใหญ่ การอุตสาหกรรม การบริการ การท่องเที่ยว และการผลิตพลังงานไฟฟ้า

(5) การใช้น้ำประเภทที่ห้า ได้แก่ การใช้น้ำทุกประเภทเพื่อกิจการขนาดใหญ่ที่ใช้น้ำปริมาณมาก อาจก่อให้เกิดผลกระทบข้ามลุ่มน้ำหรือครอบคลุมพื้นที่อย่างกว้างขวาง...

มาตรา 51 การจัดสรรน้ำและการใช้น้ำให้คำนึงถึงการใช้น้ำเพื่อการดำรงชีพ การอุปโภคบริโภคในครัวเรือน การเกษตรหรือการเลี้ยงสัตว์รายย่อย การใช้น้ำตามจาริตประเพณี และการใช้น้ำเพื่อรักษาบบนิเวศและการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมเป็นลำดับแรก

สำหรับหลักการที่ปรากฏตามร่างดังกล่าวนี้ ผู้เขียนเห็นด้วยเป็นอย่างยิ่งกับการจัดประเภทการใช้น้ำในร่างมาตรา 50 อย่างไรก็ตามในส่วนของการจัดลำดับการจัดสรรการใช้น้ำหากเกิดภาวะขาดแคลนนั้นผู้เขียน

⁵² Jeff Loux, 'Collaboration and Stakeholder engagement' in R. Quentin Grafton and Karen Hussey, *Water Resources Planning and Management*, (Cambridge University Press 2011) p.251

เห็นว่าควรจัดลำดับการจัดสรรการใช้น้ำให้กับการใช้เพื่อการดำรงชีพและการอุปโภคบริโภคในครัวเรือน ในลำดับแรกซึ่งสอดคล้องกับข้อสรุปที่ปรากฏในแผนดำเนินการในการประชุมสุดยอดผู้นำว่าด้วยการพัฒนาที่ยั่งยืน ปี 2002 (the Plan of Implementation of the World Summit on Sustainable development 2002) เนื่องจากการใช้น้ำเพื่อการยังชีพมีความสำคัญและรัฐจะต้องคำนึงถึงการจัดการน้ำเพื่อวัตถุประสงค์นี้ให้มีคุณภาพมากกว่าการจัดสรรน้ำเพื่อวัตถุประสงค์อื่น⁵³ ส่วนการจัดสรรการใช้น้ำเพื่อการเกษตรหรือการเลี้ยงสัตว์ รายย่อย การใช้น้ำตามจารีตประเพณี และการใช้น้ำเพื่อรักษาระบบนิเวศและการอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมควรจัดให้อยู่ในลำดับรองลงมา⁵⁴

จ. การกำหนดหน้าที่ของผู้ใช้น้ำในการอนุรักษ์น้ำและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม

แม้ว่าการพัฒนาและรับรองสิทธิใช้น้ำจะเป็นเรื่องสำคัญเพื่อให้เกิดความเป็นธรรมในการการจัดสรรและใช้ทรัพยากรน้ำ อย่างไรก็ตามกลไกที่ควรกำหนดขึ้นพร้อมกับการพัฒนาและรับรองสิทธิการใช้น้ำคือการกำหนดหน้าที่ของผู้ใช้น้ำในการอนุรักษ์และการรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมบริเวณแหล่งน้ำเพื่อให้ผู้ทรงสิทธิใช้น้ำตระหนักในคุณค่าของสิทธิที่มาพร้อมกับหน้าที่ เนื่องจากหากไม่มีการกำหนดหน้าที่เอาไว้จะทำให้ผู้ทรงสิทธิแต่ละคนขาดจิตสำนึกในการรักษาคุณภาพแหล่งน้ำ ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างของประเทศเวียดนาม ซึ่งกำหนดหน้าที่ของผู้ใช้น้ำเกี่ยวกับการดูแลรักษาทรัพยากรน้ำไว้ในกฎหมายว่าด้วยทรัพยากรน้ำ 2012 ไว้หลายประการ เช่น หน้าที่ในการปกป้องดูแลรักษาทรัพยากรน้ำและแหล่งน้ำที่ตนเข้าใช้ประโยชน์ ใช้น้ำโดยคำนึงถึงคุณค่าของน้ำ ไม่ขีดขวางหรือทำให้เกิดความเสียหายต่อการเข้าใช้น้ำของผู้อื่น (มาตรา 43) เป็นต้น

นอกจากการกำหนดเนื้อหาของหน้าที่ให้ชัดเจนแล้วการกำหนดสภาพบังคับของหน้าที่ถือเป็นสิ่งที่มีความสำคัญไม่แพ้กัน ซึ่งกลไกการกำหนดสภาพบังคับเกี่ยวกับการดูแลรักษาแหล่งน้ำนั้น อาจมอบหมายให้กลุ่มผู้ใช้น้ำในแต่ละพื้นที่กำหนดขึ้นและใช้บังคับในแต่ละลุ่มน้ำก็ได้ หน้าที่ประการหนึ่งที่มีความสำคัญคือการกำหนดหน้าที่ในการเฝ้าระวังคุณภาพแหล่งน้ำและการกำหนดหน้าที่ไม่ให้ผู้ใช้น้ำทำให้แหล่งน้ำเสื่อมคุณภาพ

5. บทสรุป

จากประเด็นที่ได้กล่าวไปทั้งหมดนั้นอาจสรุปว่าแนวทางการพัฒนาและรับรองสิทธิในการใช้น้ำนั้น ควรจัดให้มีและดำเนินการในเรื่องดังต่อไปนี้

⁵³ Donald K. Anton and Dinah L. Shelton, *Environmental Protection and Human Rights*, (Cambridge University Press 2011) p.471

⁵⁴ รศ. ณรงค์ ใจหาญ ในฐานะผู้มีประสบการณ์ในการร่างกฎหมายเกี่ยวกับการบริหารทรัพยากรน้ำมาอย่างยาวนาน ตั้งข้อสังเกตว่า ข้อเสนอที่กำหนดให้การใช้น้ำเพื่อผลิตกระแสไฟฟ้ามีความสำคัญน้อยกว่าการใช้น้ำเพื่อการยังชีพ การใช้ในครัวเรือนและการเกษตรย่อมหมายความว่าหากเกิดภาวะขาดแคลนน้ำ จะต้องจัดสรรน้ำให้กิจกรรมที่อยู่ในลำดับแรกๆ ก่อน อาจจะทำให้ไม่มีน้ำเพียงพอในการผลิตกระแสไฟฟ้าซึ่งก็อาจจะเกิดความเดือดร้อนต่อประชาชนเช่นกัน ปัญหาในส่วนนี้ รศ.ณรงค์ฯ แสดงทัศนะว่าเป็นข้อท้าทายหากมีการเสนอให้จัดลำดับในการใช้น้ำเอาไว้เช่นนี้ ซึ่งกลไกที่สามารถใช้รองรับในการแก้ปัญหาขึ้นคือการผันน้ำจากลุ่มน้ำหนึ่งไปยังอีกลุ่มน้ำหนึ่ง แทนที่การจัดให้การใช้น้ำเพื่อการผลิตกระแสไฟฟ้าอยู่ในฐานะกิจกรรมการใช้น้ำที่มีความสำคัญน้อยที่สุด

1. รัฐควรดำเนินการรับรองสิทธิในการใช้น้ำเพื่อการดำรงชีพในรัฐธรรมนูญเพื่อสร้างหลักประกันสิทธิขั้นพื้นฐานเบื้องต้นว่าประชาชนมีสิทธิในการเข้าถึงและใช้น้ำเพื่อการดำรงชีพอย่างเพียงพอและรัฐมีหน้าที่ในการดูแลคุณภาพน้ำในแหล่งน้ำที่ประชาชนเข้าถึงให้เหมาะสมต่อการใช้ประโยชน์เพื่อให้สอดคล้องกับหลักสิทธิมนุษยชนในการเข้าถึงและใช้น้ำเพื่อการดำรงชีพ (human rights to water)

2. กำหนดให้น้ำในแหล่งน้ำสาธารณะทั้งแหล่งน้ำผิวดินและแหล่งน้ำใต้ดินเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินประเภทประชาชนใช้ร่วมกันโดยออกแบกกฎหมายเพื่อเปิดโอกาสให้ภาคประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดการ

3. แก้ไขปรับปรุงให้สิทธิของเจ้าของที่ดินที่อยู่ริมทางน้ำและบุคคลที่ไม่มีที่ดินติดริมทางน้ำให้มีสิทธิเข้าถึงทรัพยากรน้ำในแหล่งน้ำสาธารณะอย่างเท่าเทียมกัน

4. กำหนดประเภทของใช้การใช้น้ำโดยจำแนกตามประเภทกิจกรรมและปริมาณการใช้น้ำของกิจกรรมแต่ละประเภท โดยหากกิจกรรมใดใช้น้ำน้อยและมีความจำเป็นควรคงสิทธิในการเข้าถึงและใช้น้ำได้ฟรี ส่วนกิจกรรมที่ใช้น้ำมากต้องจัดเก็บค่าใช้น้ำเพื่อให้เกิดความเสมอภาคอย่างแท้จริงและให้ผู้ใช้น้ำตระหนักถึงคุณค่าของน้ำ

5. กำหนดลำดับการจัดสรรการใช้น้ำในภาวะขาดแคลนน้ำ

6. กำหนดหน้าที่ในการดูแลรักษาแหล่งน้ำเพื่อให้ผู้ใช้น้ำตระหนักถึงสิทธิที่มาพร้อมกับหน้าที่

มีข้อที่จะต้องพิจารณาประการหนึ่งว่าการพัฒนาและรับรองสิทธิในการใช้น้ำทำให้รัฐเข้ามามีบทบาทในการจัดการทรัพยากรน้ำมากขึ้น เนื่องจากจะต้องมีการกำหนดสถานะทางกฎหมายของทรัพยากรน้ำในแต่ละแหล่งรวมทั้งจะต้องตั้งองค์กรขึ้นมาเพื่อจัดสรรทรัพยากรน้ำรวมทั้งเก็บค่าใช้น้ำในบางกรณี จึงทำให้เกิดข้อวิพากษ์วิจารณ์ว่าการพัฒนากฎหมายว่าด้วยการรับรองสิทธิการใช้น้ำซึ่งแต่เดิมมีกฎหมายในการจัดการไม่มากนักกลายเป็นเครื่องมือของรัฐในการเข้ามามีการจัดการทรัพยากรน้ำอย่างเบ็ดเสร็จ⁵⁵ ดังนั้น สิ่งที่จะต้องดำเนินการควบคู่กันไปกับการกำหนดรับรองสิทธิใช้น้ำคือการกำหนดบทบาทของประชาชนในการเข้ามามีส่วนร่วมจัดการทรัพยากรน้ำในแต่ละพื้นที่ให้มากที่สุดเท่าที่จะมากได้ เนื่องจากการดำเนินการในลักษณะดังกล่าวจะทำให้ผู้ใช้น้ำในพื้นที่ยอมรับกลไกใหม่ที่จะพัฒนาขึ้น ซึ่งในท้ายที่สุดย่อมจะนำไปสู่การจัดสรรทรัพยากรน้ำอย่างมีประสิทธิภาพมากขึ้นตามไปด้วย

บรรณานุกรม

หนังสือ

Donald K A and Dinah LS, *Environmental Protection and Human Rights*, (Cambridge University Press 2011)
 Jeff L, ‘*Collaboration and Stakeholder engagement*’ in R. Quentin Grafton and Karen Hussey, *Water Resources Planning and Management*, (Cambridge University Press 2011)

John S, S Angela and N Noemi, *Water as a Human Right, IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 51*, (IUCN-The World Convention Union, 2004)

Hodgson S, *Land and water – the rights interface* (Food and Agriculture Organization (FAO) 2004)

⁵⁵ ‘ขวาง ‘พระราชบัญญัติน้ำ’ ฉบับกระทรวงทรัพยากรฯ เตะสกัดกม.เอื้อรัฐอนุมัติโครงการลงทุน’, <www.greennewstv.com/ขวาง-พ-ร-บ-น้ำ-ฉบับกระทรวง/> เข้าถึงเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม 2558

_____, ‘Modern water rights: Theory and practice’ FAO Legislative Study, (Food and Agriculture Organization of United Nations 2006)

Nicro S and Markopoulos M, *Environmental Security in Thailand: An Assessment of Food, Water, Air and Energy Sustainability* (Thailand Environment Institute (TEI), 2008)

บทความ

Kanner A, The Public Trust Doctrine, Parens Patriae, and the Attorney General as the Guardian of the State’s Natural Resources, 16 DELPF LJ 57, 2005)

Garret H, ‘The Tragedy of the Commons’ (2006) 162 Science, New Series 1242)

Jaihar N and Popattanachai N, ‘Analysis of Thai Water Management Legislation from an International Law Perspective’, (4(2) Yonsei LJ 301, 2013)

Wongbandit A, ‘Water Management Law of Thailand: Problem and Proposal’, (4(2) Yonsei LJ 301, 2013)

รายงาน

กอบกุล رایชนะคร, *การพัฒนาและปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการจัดการทรัพยากรน้ำ*, รายงานฉบับสมบูรณ์ (สำนักงานคณะกรรมการการปฏิรูปกฎหมาย, 2555).

คณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงและพัฒนา กฎหมายด้านที่ดิน ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม, *ทรัพยากรน้ำ สิทธิร่วมของชุมชนลุ่มน้ำ*, (สำนักงานคณะกรรมการการปฏิรูปกฎหมาย 2558).

Asia Development Bank, ‘The Economics of Climate Change in Southeast Asia: A Regional Review’, (Manila: Asian Development Bank 2009).

Office of the High Commission for Human Rights, *the Right to Water Fact Sheet No. 35* (United Nations, Geneva 2010).

วิทยานิพนธ์

ณัฐสุดา รัตตมณี, *การควบคุมสิทธิการใช้น้ำของเจ้าของที่ดินริมทางน้ำนอกเขตชลประทาน*, (น.ม. มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), 2558.

ข้อมูลจากเว็บไซต์

กรมอุตุวิทยาน้ำ, ‘ปริมาณน้ำฝน’ <<http://www.tmd.go.th/info/info.php?FileID=55>> เข้าถึงเมื่อ 10 ธันวาคม 2558.

‘ข่าง ‘พระราชบัญญัติน้ำ’ ฉบับกระทรวงทรัพยากรฯ เตะสกัดกม.เอื้อรัฐอนุมัติโครงการลงทุน’, <www.greennewstv.com/ข่าง-พ-ร-บ-น้ำ-ฉบับกระทรวง/> เข้าถึงเมื่อวันที่ 10 ธันวาคม 2558.

คณะกรรมการการปฏิรูปกฎหมาย, ‘บันทึกความเห็นและข้อเสนอแนะ คปก. (กม คปก (ป) ที่ 1/2558 เรื่อง ร่างพระราชบัญญัติทรัพยากรน้ำ พ.ศ.)’, <http://www.lrct.go.th/th/?wpfb_dl=1505> เข้าถึงเมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2558.

‘ร่างฯ ที่ สดก. ตรวจสอบพิจารณาแล้ว เรื่องเสร็จที่ 1427/2558’ <<http://www.dwr.go.th/article/34-3-32>> เข้าถึงเมื่อวันที่ 1 ธันวาคม 2558.

‘Constitution of the Republic of Ecuador’, <www.constituteproject.org/constitution/Ecuador_2011?lang=en> access 12 December 2015.

‘Constitution of Tunisia 2014’, <www.constituteproject.org/constitution/Tunisia_2014?lang=en> access 12 December 2015.

‘Constitution of Zimbabwe 2013’, <www.constituteproject.org/constitution/Zimbabwe_2013?lang=en> access 12 December 2015.

‘The human rights to water and sanitation milestone’, <http://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_milestones.pdf> access 12 December 2015.

‘The rights to water and sanitation in national law’, <www.righttowater.info/progress-so-far/national-legislation-on-the-right-to-water/#MAD> access 12 December 2015.

The World Bank, ‘Data: Average precipitation in depth (mm per year)’ (2015) <<http://data.worldbank.org/indicator/AG.LND.PRCP.MM>> accessed 10 December 2015.

_____, ‘Thailand Environment Monitor Integrated Water Resources Management: A Way Forward’ (2011). <<http://documents.worldbank.org/curated/en/2011/06/14600150/thailand-environment-monitor-integrated-water-resources-management-way-forward>> accessed 18 November 2009

กฎหมายไทยและกฎหมายลำดับรอง

กฎกระทรวงกำหนดอัตราค่าอนุรักษ์น้ำบาดาลและหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขการเรียกเก็บค่าอนุรักษ์น้ำบาดาล พ.ศ. 2547, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 121 ตอนที่ 49 ก (ฉบับพิเศษ), (วันที่ 31 สิงหาคม 2547)

ประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง กำหนดเขตน้ำบาดาลและความลึกของน้ำบาดาล พ.ศ. 2554, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 129 ตอนที่ 21 ง (ฉบับพิเศษ), (วันที่ 23 มกราคม 2555)

ประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เรื่อง แผนจัดการคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. 2555 – 2559 ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 129 ตอนพิเศษ 37, (วันที่ 20 กุมภาพันธ์ 2555)

พระราชบัญญัติการชลประทานหลวง พุทธศักราช 2485, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 59 ตอนที่ 62 (ฉบับพิเศษ), (วันที่ 22 กันยายน 2485)

พระราชบัญญัติน้ำบาดาล พ.ศ. 2520, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 94 ตอนที่ 69 (ฉบับพิเศษ), (วันที่ 28 กรกฎาคม 2520)

กฎหมายต่างประเทศ

Water Management Act 2000 (NSW)

อนุสัญญาระหว่างประเทศ

The Dublin Statement on Water and Sustainable Development, Adopted January 31, 1992 in Dublin, Ireland International Conference on Water and the Environment.

การปฏิรูปองค์กรพิจารณาวินัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังของไทย

The Reformation of Organization of Budgetary and Financial Disciplinary Adjudication in Thailand

ภัทรวรินทร์ บุญชู*

บทคัดย่อ

ปัจจุบัน มีแนวคิดในการจัดตั้งแผนกคดีวินัยทางการคลังและการงบประมาณขึ้นในศาลปกครอง ซึ่งเป็นการจัดตั้งองค์กรพิจารณาวินัยความผิดวินัยฯ ในรูปแบบ “องค์กรตุลาการ” ที่มีอำนาจตรวจสอบการกระทำทางปกครองในรูปแบบของการใช้จ่ายเงินแผ่นดิน หากพิจารณาประวัติการจัดตั้ง “องค์กรตรวจเงินแผ่นดิน” และ “องค์กรพิจารณาวินัยความผิดวินัยฯ” ของประเทศไทยที่ผ่านมา จะเห็นว่ามีการจัดตั้งองค์กรในรูปแบบ “บุคคลคนเดียว” และ “คณะกรรมการ” ซึ่งแนวทางปฏิรูปองค์กรทั้งสองควรเป็นในรูปแบบใด แต่ละองค์กรควรมีบทบาท อำนาจหน้าที่ และความสัมพันธ์เช่นใดนั้น ถือเป็นเรื่องใหม่ที่ต้องทำการศึกษา

บทความนี้ได้ศึกษาโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ขององค์กรตรวจเงินแผ่นดินไทยกับการพิจารณาวินัยความผิดวินัยฯ และการจัดตั้งองค์กรตรวจเงินแผ่นดินและองค์กรพิจารณาวินัยความผิดวินัยฯ ในต่างประเทศ ตลอดจนปัญหาเกี่ยวกับโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ขององค์กรพิจารณาวินัยความผิดวินัยฯ ของไทย ซึ่งจากการศึกษาผู้เขียนเห็นว่าควรมีการจัดตั้งองค์กรตรวจเงินแผ่นดินและองค์กรพิจารณาวินัยความผิดวินัยฯ ในรูปแบบ “คณะกรรมการ” โดยแยกองค์กรในการพิจารณาวินัยความผิดวินัยฯ ออกจากองค์กรตรวจเงินแผ่นดิน และกำหนดให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินทำหน้าที่เป็น “องค์กรตรวจสอบการใช้จ่ายเงินแผ่นดิน” ในขณะที่คณะกรรมการวินัยฯ ทำหน้าที่เป็น “องค์กรพิจารณาวินัยความผิดวินัยฯ” และ ให้ศาลปกครองทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำวินัยในท้ายที่สุด

คำสำคัญ: องค์กรพิจารณาวินัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง, วินัยทางงบประมาณและการคลัง, สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน, องค์กรตรวจเงินแผ่นดิน

ABSTRACT

At Present, having a new idea in Thailand to set up the Financial Disciplinary and Budgetary division in the Administrative Court, as “Court Model”. According to the draft of Constitution of the Kingdom of Thailand B.E. 2015, this division has power and duty to check administrative action which concerning the public expenditure. In addition, in Thailand, Supreme Audit Institution is

* นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นักวิชาการตรวจเงินแผ่นดินชำนาญการ สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน

“Hybrid Model”; Auditor General and Board, Organization of Budgetary and Financial Disciplinary Adjudication is “Board Model”. The Reformation of the organizations should study and analyze to apply the appropriate model. This article studies the structure of Thailand’s Supreme Audit Institution in the role of budgetary and financial disciplinary adjudication, the foreign Supreme Audit Institution and Organization of Budgetary and Financial Disciplinary Adjudication, including, the problem concerning the Organization of Budgetary and Financial Disciplinary Adjudication. This study proposes to set up Supreme Audit Institution and Organization of Budgetary and Financial Disciplinary Adjudication as “Board Model”, in separate organization. Supreme Audit Institution should audit public expenditure and Organization of Budgetary and Financial Disciplinary Adjudication should adjudicate Budgetary and Financial Disciplinary case by making decision. Finally the party can appeal in the case to administrative court to review the decision.

Key Word: Organization of Budgetary and Financial Disciplinary Adjudication, Budgetary and Financial Disciplinary Adjudication, Office of the Auditor General of Thailand, Supreme Audit Institution Thailand.

1. บทนำ

การตรวจเงินแผ่นดินไทยได้ถือกำเนิดขึ้นในประเทศไทยเป็นเวลากว่า 100 ปีแล้ว โดยแต่ละยุคสมัยก็มีการเปลี่ยนผ่านแตกต่างกันออกไป จาก “กรมตรวจเงินแผ่นดิน” ในสังกัดกระทรวงพระคลังเป็น “สำนักงานคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน” สังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี จนกระทั่ง ในปี พ.ศ. 2540 การตรวจเงินแผ่นดินไทยได้จัดตั้งขึ้นภายใต้ “สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน” ซึ่งถือเป็นการเปลี่ยนผ่านโครงสร้างจาก “คณะกรรมการ” มาเป็นรูปแบบ “ผู้อำนวยการสำนักงาน” และการมีทั้ง “คณะกรรมการ” และ “ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน” ในท้ายที่สุด

ปัจจุบันสังคมไทยได้ให้ความสำคัญกับการตรวจเงินแผ่นดินมากยิ่งขึ้น ทั้งนี้เพื่อรักษาไว้ซึ่งประสิทธิภาพและประสิทธิผลของการดำเนินงาน และเป็นการป้องกันการทุจริตและความเสียหายมิให้เกิดขึ้นแก่หน่วยงานของรัฐ ดังพระราชดำรัสของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว ที่ว่า “การควบคุมและตรวจสอบเงินแผ่นดินเป็นสิ่งสำคัญและจำเป็น เพราะเงินแผ่นดินนั้น คือ เงินของประชาชนทั้งชาติ”¹ องค์การตรวจเงินแผ่นดินไทยจึงมีบทบาทสำคัญในการควบคุมตรวจสอบการใช้จ่ายเงินแผ่นดินทั้งในส่วนของการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย (Legality Audit) และการตรวจสอบเชิงประสิทธิภาพ (Performance Audit) ตลอดจนช่วยให้พบและดำเนินการกับผู้

¹ พระราชดำรัสของสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว พระราชทานแก่ข้าราชการสำนักงานตรวจเงินแผ่นดิน เนื่องในโอกาสที่สำนักงานตรวจเงินแผ่นดินครบ 80 ปี แห่งการสถาปนา วันที่ 31 สิงหาคม 2538

เกี่ยวข้อง พร้อมทั้งห้ามมาตรการแก้ไขป้องกันไม่ให้เกิดการฝ่าฝืนมาตรการควบคุมการเงินการคลังของรัฐ อันเป็นที่มาของ “วินัยทางงบประมาณและการคลัง” นั้นเอง

“วินัยทางงบประมาณและการคลัง” ปรากฏขึ้นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งกำหนดให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน มีอำนาจในการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีพิจารณาในเรื่อง วินัยทางงบประมาณและการคลัง และกำหนดโทษปรับทางปกครองในการวินิจฉัยความผิดวินัยทาง งบประมาณและการคลังในฐานะองค์กรสูงสุด คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินจึงอาศัยอำนาจดังกล่าวออก พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 โดยกำหนดให้คณะกรรมการ วินัยทางงบประมาณและการคลังเป็นผู้พิจารณาความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังและกำหนดโทษปรับ ทางปกครองในฐานะ “ผู้พิจารณาในเบื้องต้น” และเสนอมติต่อคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเพื่อวินิจฉัยชี้ ขาด² ในฐานะ “องค์กรชี้ขาดสูงสุด” และหากต้องการโต้แย้งในคำวินิจฉัยดังกล่าวสามารถใช้สิทธิโต้แย้งไป ยังศาลปกครองได้

ต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้กำหนดให้ คณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลัง เป็นเพียงองค์กรเดียวที่มีอำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัย ความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง หากไม่พอใจในคำวินิจฉัยดังกล่าวสามารถใช้สิทธิโต้แย้งคำวินิจฉัยชี้ขาด ดังกล่าวต่อศาลปกครองได้³ แต่ด้วยเหตุที่ยังไม่ได้มีการปรับแก้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วย การตรวจเงินแผ่นดินให้สอดคล้องกับบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 ทางปฏิบัติที่ ผ่านมาคณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลังจึงเป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยทางงบประมาณ

² พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 116 ตอนที่ 115 ก, (วันที่ 18 พฤศจิกายน 2542)

มาตรา 15 ให้คณะกรรมการมีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการวางนโยบายการตรวจเงินแผ่นดิน การกำหนดหลักเกณฑ์ มาตรฐานเกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดิน การกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีพิจารณาในเรื่องวินัยทางงบประมาณและการคลัง การให้ คำปรึกษาและคำแนะนำ การเสนอแนะให้มีการแก้ไขข้อบกพร่องเกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดิน การกำหนดโทษปรับทางปกครอง การพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังในฐานะที่เป็นองค์กรสูงสุด การพิจารณาเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่ง ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน และการดำเนินการอื่นตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนี้ในเรื่องดังต่อไปนี้

(5) กำกับและเป็นองค์กรชี้ขาดสูงสุดในกระบวนการทางวินัยทางงบประมาณและการคลังตามบทบัญญัติในส่วนที่ 2 ของหมวดนี้

³ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 124 ตอนที่ 47 ก, (วันที่ 24 สิงหาคม 2550) มาตรา 253 คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีอำนาจหน้าที่กำหนดหลักเกณฑ์มาตรฐานเกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดิน ให้ คำปรึกษา แนะนำ และเสนอแนะให้มีการแก้ไขข้อบกพร่องเกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดิน และมีอำนาจแต่งตั้งคณะกรรมการวินัย ทางการเงินและการคลังที่เป็นอิสระเพื่อทำหน้าที่วินิจฉัยการดำเนินการที่เกี่ยวกับวินัยทางการเงิน การคลัง และการงบประมาณ และให้คดีที่พิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินัยทางการเงินและการคลังในเรื่องดังกล่าวเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจของศาล ปกครอง

และ การคลังและกำหนดโทษปรับทางปกครองเบื้องต้น และคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็นองค์กรวินิจฉัย ซึ่งขาดสูงสุด⁴ เหนือหลักการตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 อยู่เช่นเดิม

จนกระทั่ง ในปี พ.ศ. 2557 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 สิ้นสุดลง⁵ จึงส่งผลให้มีการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับใหม่ขึ้น โดยคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญ (Constitution Drafting Committee: CDC) ได้กำหนดให้มีแผนกคดีวินัยการคลังและการงบประมาณในศาลปกครองกลางและศาลปกครองสูงสุด แม้ร่างรัฐธรรมนูญจะไม่ผ่านความเห็นชอบจากสมาชิกสภาปฏิรูปแห่งชาติ เมื่อวันที่ 6 กันยายน 2558 แต่แนวความคิดดังกล่าวได้เป็นที่มาให้มีการจัดตั้งแผนกคดีวินัยการคลังและการงบประมาณขึ้นในศาลปกครองกลางและศาลปกครองสูงสุด ตามประกาศประธานศาลปกครองสูงสุด ฉบับลงวันที่ 6 พฤศจิกายน 2558

การจัดตั้งองค์กรพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง จึงถือเป็นเรื่องสำคัญสำหรับประเทศไทย ซึ่งจะมีทิศทางไปในทางใดนั้น เป็นเรื่องที่ต้องอาศัยเวลาในการศึกษา วิเคราะห์ เพื่อการเปลี่ยนผ่านที่เหมาะสมกับสภาพสังคม การเมือง และการปกครองของประเทศไทยต่อไป

2. องค์กรตรวจเงินแผ่นดินไทยกับการพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง

2.1 โครงสร้างและอำนาจหน้าที่ขององค์กรตรวจเงินแผ่นดินไทย

ปัจจุบันการตรวจเงินแผ่นดินของไทยเป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 ซึ่งออกตามความในมาตรา 312 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มีสถานะเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญประกอบด้วย คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน คณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลัง ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน และสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน ซึ่งแต่ละหน่วยงานมีโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ ดังนี้

2.1.1 คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน

⁴ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 มาตรา 15 และมาตรา 19 ประกอบกับระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวิธีพิจารณาความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. 2544 ข้อ 5

1) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542

มาตรา 15, *อ้างแล้ว* เจริญธรรมที่ 2

มาตรา 19 เพื่อให้ระบบการควบคุมตรวจสอบการเงินแผ่นดินเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและมีวินัย ให้มีคณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลังคณะหนึ่ง ซึ่งคณะกรรมการแต่งตั้งขึ้นตามมาตรา 20 มีอำนาจหน้าที่พิจารณาและกำหนดโทษปรับทางปกครองเบื้องต้นแก่เจ้าหน้าที่หรือพนักงานของหน่วยรับตรวจที่ฝ่าฝืนมาตรการเกี่ยวกับการควบคุมการเงินของรัฐที่คณะกรรมการกำหนด

2) ระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวิธีพิจารณาความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. 2544

ข้อ 5 ให้คณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลังมีอำนาจหน้าที่พิจารณาและกำหนดโทษปรับทางปกครองเบื้องต้นแก่เจ้าหน้าที่ของหน่วยรับตรวจที่ฝ่าฝืนมาตรการเกี่ยวกับการควบคุมการเงินของรัฐตามระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลังและตามที่กำหนดไว้ในระเบียบนี้

⁵ ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 11/2557 เรื่อง การสิ้นสุดของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ลงวันที่ 22 พฤษภาคม 2557

คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน หรือ คตง. ประกอบด้วยประธานกรรมการคนหนึ่ง และกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิอื่นอีก 9 คน ซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามคำแนะนำของวุฒิสภามีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละ 6 ปีนับแต่วันที่ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งและดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว

คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการวางนโยบายการตรวจเงินแผ่นดิน การกำหนดหลักเกณฑ์มาตรฐานเกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดิน การกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีพิจารณาในเรื่องวินัยทางงบประมาณและการคลัง การให้คำปรึกษาและคำแนะนำ การเสนอแนะให้มีการแก้ไขข้อบกพร่องเกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดิน การกำหนดโทษปรับทางปกครอง การพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังในฐานะที่เป็นองค์กรสูงสุด และการพิจารณาเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน

ในส่วนของวินัยทางงบประมาณและการคลังนั้น คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีพิจารณาในเรื่องวินัยทางงบประมาณและการคลังโดยการตราระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. 2544 และระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวิธีพิจารณาความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. 2544 ขึ้น ซึ่งกำหนดให้ประธานกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็นผู้มีสิทธิเสนอเรื่องความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง และคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณารายงานการพิจารณาของคณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลัง ในฐานะองค์กรสูงสุด โดยคำวินิจฉัยของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินให้ถือเป็นที่สุด หากคู่กรณีต้องการโต้แย้ง สามารถใช้สิทธิโต้แย้งไปยังศาลปกครองได้

2.1.2 คณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลัง

คณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลัง หรือ ควง. ประกอบด้วยกรรมการตรวจเงินแผ่นดินคนหนึ่ง ซึ่งคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินแต่งตั้งให้เป็นประธานกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลังและ ผู้ทรงคุณวุฒิอื่นอีกไม่น้อยกว่า 4 คน แต่ไม่เกิน 7 คนซึ่งคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินแต่งตั้งจากผู้ที่มีความเชี่ยวชาญด้านบัญชี ด้านการตรวจสอบภายใน ด้านการเงินการคลัง ด้านนิติศาสตร์ หรือด้านการบริหาร มีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละ 2 ปี นับแต่วันที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินแต่งตั้ง

ในส่วนของวินัยทางงบประมาณและการคลังนั้น ประธานกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลังจะมอบหมายกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลังจำนวนไม่น้อยกว่า 1 คน ให้ทำหน้าที่เป็นกรรมการไต่สวน และคณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลังทำหน้าที่พิจารณาข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย พยานหลักฐานจากทุกฝ่าย เพื่อกำหนดโทษปรับทางปกครองเบื้องต้นและเสนอต่อคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินวินิจฉัยต่อไป

2.1.3 ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน

คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีหน้าที่สรรหาและจัดทำบัญชีรายชื่อบุคคลที่สมควรดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินเสนอต่อประธานวุฒิสภา เพื่อเสนอวุฒิสภาเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบเมื่อวุฒิสภาได้ให้ความเห็นชอบแล้ว ให้ประธานวุฒิสภานำความขึ้นกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ มีวาระการดำรงตำแหน่งคราวละ 5 ปี นับแต่วันที่ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งและดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว

ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน เป็นผู้บังคับบัญชาและรับผิดชอบการปฏิบัติงานของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน มีอำนาจหน้าที่ในการกำหนดแผนการตรวจสอบแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ตรวจสอบ ให้คำปรึกษา ความเห็นหรือข้อมูลแก่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและรายงานผลการตรวจสอบต่อคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน

ในส่วนของวินัยทางงบประมาณและการคลังนั้น ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินมีบทบาทหน้าที่ในส่วนของกรรายงานผลการตรวจสอบต่อคณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลัง

2.1.4 สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน

สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินเป็นส่วนราชการที่เป็นหน่วยงานอิสระตามรัฐธรรมนูญ มีฐานะเป็นกรมตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดินมีหน้าที่รับผิดชอบงานธุรการของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ตรวจสอบการเงินแผ่นดินจัดทำรายงานผลการปฏิบัติงานประจำปีและการรายงานผลการปฏิบัติงานระหว่างปีของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และคณะรัฐมนตรี รวมถึงติดตามผลการดำเนินงานของหน่วยรับตรวจตามข้อเสนอของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินตามที่ปรากฏในรายงานผลการปฏิบัติงานประจำปีหรือรายงานผลการปฏิบัติงานระหว่างปี

ในส่วนของวินัยทางงบประมาณและการคลังนั้น ข้าราชการสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินซึ่งได้รับแต่งตั้งให้เป็น *เจ้าหน้าที่ตรวจสอบ* โดยอนุมัติผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน เป็นผู้มีสิทธิเสนอเรื่องความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังให้คณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลังพิจารณา นอกจากนี้ ข้าราชการในสำนักงานวินัยทางการเงินและการคลัง ที่ได้รับแต่งตั้งจากคณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลัง ให้เป็น *เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบสำนวน* จะทำหน้าที่ในการทำสำนวนรวบรวมข้อเท็จจริงและเสนอความเห็นโดยอิสระแก่คณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลัง โดยผู้อำนวยการสำนักงานวินัยทางการเงินและการคลัง จะทำหน้าที่เป็น *เลขานุการคณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลัง* มีอำนาจมอบหมายให้เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบสำนวนรับผิดชอบสำนวนความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง

2.2 “วินัยทางงบประมาณและการคลัง” กลไกสำคัญขององค์กรตรวจเงินแผ่นดิน

วินัยทางงบประมาณและการคลังเป็นกลไกสำคัญที่องค์กรตรวจเงินแผ่นดินใช้ในการควบคุมตรวจสอบการใช้จ่ายเงินแผ่นดิน เนื่องจากเป็นมาตรการพิเศษที่กำหนดให้องค์กรตรวจเงินแผ่นดินมีอำนาจพิจารณาและกำหนดโทษกับผู้ฝ่าฝืนมาตรการควบคุมการเงินของรัฐ ซึ่งต่างไปจากเดิมที่องค์กรตรวจเงินแผ่นดินทำได้เพียงรายงานผลการตรวจสอบและชี้มูลความผิดเท่านั้น เนื่องจากในช่วง พ.ศ. 2522 - 2542 ซึ่งเป็นระยะเวลาก่อนมีการกำหนดให้สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินเป็นองค์กรอิสระภายใต้รัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 นั้นการตรวจเงินแผ่นดินไทย ประสบปัญหาการขาดสภาพบังคับทางกฎหมายกับเจ้าหน้าที่ฝ่าฝืนมาตรการการควบคุมการเงินของรัฐเป็นอย่างมาก เนื่องจากเมื่อมีการตรวจพบการกระทำผิดเกี่ยวกับการบริหารงบประมาณแผ่นดิน องค์กรตรวจเงินแผ่นดินจะทำได้เพียงส่งเรื่องไปให้ผู้บังคับบัญชาของผู้กระทำผิดหรือ เจ้าพนักงานสอบสวน เพื่อดำเนินการตามขั้นตอนต่อไป โดยที่สำนักงานตรวจเงินแผ่นดินจะไม่มีส่วนเกี่ยวข้องในการพิจารณาลงโทษแต่ประการ

ดังนั้น เพื่อให้ระบบการควบคุมการตรวจสอบการเงินแผ่นดินเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและมีวินัยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินจึงอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจ

เงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 มาตรา 15 กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีพิจารณาในเรื่องวินัยทางงบประมาณและการคลังขึ้นภายใต้ระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. 2544 และระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวิธีพิจารณาความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. 2544 และที่แก้ไขเพิ่มเติมโดยกำหนดฐานความผิดไว้ 7 ส่วนสำคัญ คือ 1. ความผิดเกี่ยวกับการรับเงิน การเก็บรักษาเงิน และการนำเงินส่ง 2. ความผิดเกี่ยวกับการเบิกเงิน และการจ่ายเงิน 3. ความผิดเกี่ยวกับการบริหารงบประมาณและการก่อหนี้ผูกพัน 4. ความผิดเกี่ยวกับการจัดเก็บรายได้ 5. ความผิดเกี่ยวกับเงินยืม 6. ความผิดเกี่ยวกับพัสดุ 7. ความผิดอื่น ซึ่งฐานความผิดดังกล่าวเป็นข้อกำหนดเกี่ยวกับการบริหารการเงินการคลัง ที่ออกตามความในกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ หรือข้อกำหนดอื่น ในเรื่อง que เห็นว่ามีผลสำคัญและกระทบต่อเงินหรือทรัพย์สินของแผ่นดินอันจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ ซึ่งมีการฝ่าฝืนบ่อยครั้งตามผลการตรวจสอบของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน⁶ หากเจ้าหน้าที่หรือพนักงานของหน่วยรับตรวจจงใจฝ่าฝืนมาตรการเกี่ยวกับการควบคุมการเงินของรัฐตามที่กำหนด ถือเป็นกรกระทำความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง ต้องรับโทษปรับทางปกครอง⁷ โดยการหักเงินเดือนหรือค่าจ้าง หรือการเรียกให้ชำระตามอัตราที่กำหนดไว้หากการกระทำดังกล่าวเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ ถือเป็นเหตุให้ต้องรับโทษหนักขึ้นและเพื่อประโยชน์ในการปรามผู้ละเมิดวินัยโดยทั่วไป คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินจะนำคำวินิจฉัยลงโทษทางวินัยทางงบประมาณและการคลังประกาศในราชกิจจานุเบกษาด้วยก็ได้ ทั้งนี้การวินิจฉัยลงโทษทางวินัยทางงบประมาณและการคลังไม่เป็นการตัดอำนาจของผู้บังคับบัญชาที่จะพิจารณาลงโทษทางวินัยเพราะเหตุเดียวกันนี้อีก แต่โทษดังกล่าวจะต้องเป็นโทษสถานอื่นซึ่งมิใช่โทษตัดเงินเดือนหรือลดขั้นเงินเดือน โดยกระบวนการวิธีพิจารณาความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังสามารถแบ่งเป็นลำดับขั้นการพิจารณา ได้ดังนี้

(1) ชั้นสั่งรับพิจารณา

ผู้มีสิทธิเสนอเรื่อง ได้แก่ 1. ประธานกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน 2. เจ้าหน้าที่ตรวจสอบโดยอนุมัติผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน และเรื่องที่คณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลังจะรับไว้พิจารณาได้นั้นจะต้องระบุชื่อ ตำแหน่ง และหน่วยงานที่สังกัดของคู่กรณีในขณะกระทำความผิด ระบุข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ที่กล่าวหาว่ากระทำความผิดตามสมควร พร้อมพยานหลักฐานอ้างอิง คู่กรณียังมีชีวิตอยู่ ไม่เป็นบุคคลล้มละลาย คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินยังไม่เคยวินิจฉัยในเรื่องนั้นโดยอาศัยข้อเท็จจริงเดียวกัน เว้นแต่มีพยานหลักฐานเพิ่มเติมอันอาจทำให้คำวินิจฉัยเปลี่ยนไป ไม่ขาดอายุความ 5 ปี นับแต่วันที่สำนักรวินัยทางการเงินและการคลังลงทะเบียนรับเรื่อง

⁶ ธนพล โกมารกุล ณ นคร, “แนวทางการจัดตั้งศาลวินัยทางงบประมาณและการคลัง”, (น.ม., มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2548), หน้า 4.

⁷ ปัจจุบันความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง ตามระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. 2544 มีด้วยกัน 4 ชั้น โดยโทษขั้นต่ำต้องปรับไม่เกินเงินเดือนขณะกระทำความผิด 1 เดือน และโทษขั้นสูงต้องปรับไม่เกินเงินเดือนขณะกระทำความผิด 12 เดือน

(2) ขั้นตอนสอบสวนหาข้อเท็จจริง

เมื่อเลขานุการกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลังสั่งรับเรื่องแล้ว เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบสำนวนจะรวบรวมข้อเท็จจริงทั้งหมดในลักษณะการไต่สวนทางลายลักษณ์อักษร โดยทำหนังสือแจ้งผู้ถูกกล่าวหา ให้ชี้แจงข้อเท็จจริงตามที่เจ้าหน้าที่ตรวจสอบตรวจพบ เมื่อรวบรวมข้อเท็จจริงเสร็จแล้วเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบสำนวนจะรวบรวมข้อมูลทั้งหมดประกอบพยานหลักฐานที่ปรากฏในเรื่องเดิม จัดทำบันทึกสรุปเรื่องเบื้องต้น และแสดงความเห็นว่าผู้ถูกกล่าวหากระทำผิดจริงหรือไม่ตามระเบียบข้อใด เมื่อเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบสำนวนเห็นว่ามีความผิด จะเสนอให้มีการแจ้งข้อกล่าวหา โดยเสนอเรื่องให้ประธานกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลังพิจารณาแจ้งข้อกล่าวหา เว้นแต่เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบสำนวนเห็นว่าเรื่องนั้นการกระทำไม่เป็นความผิดอย่างแน่นอน เห็นควรยุติเรื่องจะต้องนำเสนอคณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลังเพื่อพิจารณา ถ้าประธานกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลังเห็นพ้องกับความเห็นของเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบสำนวน ก็จะมีหนังสือแจ้งข้อกล่าวหาไปยังผู้ถูกกล่าวหา ขั้นตอนนี้จะเปิดโอกาสให้คู่กรณีชี้แจงแก้ข้อกล่าวหาภายใน 15 วัน แต่ไม่ได้บังคับว่าคู่กรณีจะต้องมีหนังสือชี้แจงแก้ข้อกล่าวหา เพียงแต่ถ้าพ้นกำหนดเวลาแล้วไม่แก้ข้อกล่าวหาถือว่าคู่กรณีเพียงเสียสิทธิเท่านั้น เมื่อครบกำหนด 15 วันแล้ว เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบสำนวนจะรวบรวมข้อมูลทั้งหมดมาสรุป และเสนอนัดไต่สวนเพื่อให้โอกาสคู่กรณีชี้แจงแก้ข้อกล่าวหาต่อหน้ากรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลังที่ได้รับมอบหมายจากประธานกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลังไม่น้อยกว่า 1 คน เป็นกรรมการไต่สวน

(3) ขั้นตอนไต่สวนและสรุปสำนวน

กรรมการไต่สวนมีสิทธิซักถามคู่กรณีได้ โดยในการไต่สวนจะมีการจดบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษรไว้เป็นหลักฐานเมื่อเสร็จสิ้นการไต่สวนแล้ว เจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบสำนวนจะสรุปสำนวนทั้งหมดตั้งแต่เรื่องเดิมจนถึงวันไต่สวน ข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย พยานหลักฐานต่าง ๆ และเสนอความเห็นโดยอิสระว่าการกระทำเป็นความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังหรือไม่ ข้อใด โดยจัดทำเป็นบันทึกสรุปสำนวนแล้วเสนอให้คณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลังพิจารณา

(4) ขั้นตอนคณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลัง

คณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลังพิจารณابันทึกสรุปสำนวน และจัดทำรายงานการพิจารณาของคณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลัง โดยรายงานจะลงนามคณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลังที่พิจารณาเรื่องนั้น แล้วเสนอรายงานพร้อมสำนวนให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาด

(5) ขั้นตอนวินิจฉัยชี้ขาด

เมื่อคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินได้รับสำนวนซึ่งประกอบด้วยบันทึกสรุปสำนวนของเจ้าหน้าที่ผู้รับผิดชอบสำนวนและรายงานการพิจารณาความผิดวินัยทางงบประมาณ และการคลังของคณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลังแล้ว คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินจะทำการพิจารณาแล้วมีคำวินิจฉัยชี้ขาดความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังว่า คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีความเห็นอย่างไร

ข้อเท็จจริงที่รับฟัง โดยมีพยานหลักฐานใด ให้เหตุผลว่าเป็นความผิดหรือไม่ อย่างไร เป็นความผิดตามระเบียบข้อใด กำหนดโทษปรับทางปกครองและวิธีการชำระค่าปรับ

(6) ชั้นบังคับตามคำวินิจฉัย

คำวินิจฉัยชี้ขาดความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินจะส่งไปยังหน่วยงานที่สังกัดของคู่กรณีเพื่อทราบและดำเนินการ โดยหน่วยงานที่สังกัดของคู่กรณีจะทำการหักเงินเดือนแล้วนำเงินส่งเป็นรายได้แผ่นดิน และรายงานผลให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินทราบ ส่วนผู้กระทำผิดที่พ้นสถานะเจ้าหน้าที่แล้ว คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินจะมีคำวินิจฉัยเรียกให้ชำระค่าปรับทางปกครองโดยตรง ถ้าฝ่าฝืนไม่ชำระจะแจ้งเตือน หากฝ่าฝืนไม่ชำระตามคำวินิจฉัยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน อาจมีคำสั่งให้ใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยให้ยึด आयัดทรัพย์สิน เพื่อเอาเงินชำระค่าปรับทางปกครองได้

3. องค์การพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังในต่างประเทศ

หากพิจารณาการจัดตั้งองค์กรตรวจเงินแผ่นดิน ในฐานะองค์กรที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังของประเทศไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันจะเห็นได้ว่าการเปลี่ยนแปลงผ่านในหลายยุคสมัยด้วยกัน ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งในรูปแบบคณะกรรมการ ผู้อำนวยการ จนกระทั่งมีการจัดตั้งในรูปแบบองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญในท้ายที่สุด แต่อย่างไรก็ตาม การเปลี่ยนแปลงครั้งสำคัญกำลังเกิดขึ้นอีกครั้ง หากประเทศไทยก้าวข้ามไปสู่การจัดตั้งองค์กรในรูปแบบ “องค์กรตุลาการ” ดังนั้น เพื่อให้ระบบการควบคุมตรวจสอบการเงินแผ่นดินเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและมีวินัย ตามเจตนารมณ์ของการตรวจเงินแผ่นดิน ผู้เขียนจึงได้ศึกษาถึงการจัดตั้งองค์กรตรวจเงินแผ่นดิน และองค์กรที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง ในรูปแบบต่าง ๆ ในนานาประเทศ เพื่อหาแนวทางที่เหมาะสมกับการเปลี่ยนแปลงในสังคมไทยต่อไป

3.1 รูปแบบการจัดตั้งองค์กร

โดยทั่วไปการจัดตั้งองค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมการตรวจสอบการใช้จ่ายเงินแผ่นดินจะจัดทำขึ้นใน 2 ลักษณะ คือ (1) การควบคุมโดยองค์กรฝ่ายบริหาร เช่น สำนักงบประมาณ กระทรวงการคลัง และ (2) การควบคุมโดยองค์กรอื่น ทั้งนี้องค์กรตรวจเงินแผ่นดินถือเป็นการควบคุมตรวจสอบการใช้จ่ายเงินแผ่นดินโดยองค์กรอื่น ซึ่งมีความเป็นอิสระในการปฏิบัติงาน อันเป็นหลักสำคัญที่กำหนดอยู่ในองค์กรตรวจเงินแผ่นดิน ของทุกประเทศ เนื่องจาก “ความเป็นอิสระ” ถือเป็นหลักการในการจัดตั้งองค์กรตรวจเงินแผ่นดิน (Founding Principles) ตามที่องค์กรตรวจเงินแผ่นดินโลก (INTOSAI) ได้กำหนดไว้ในปฏิญญาลิม่า (The Lima Declaration of Guidelines on Auditing Precepts 1977)⁸ หากแต่ความเป็นอิสระขององค์กรที่ทำหน้าที่ตรวจเงิน

⁸ เกิดขึ้นจากการประชุม INTOSAI Congress ครั้งที่ 9 ปี ค.ศ. 1977 กล่าวถึงวัตถุประสงค์ในการตรวจสอบขั้นตอนในการตรวจสอบลักษณะการตรวจสอบ ความเป็นอิสระขององค์กรตรวจเงินแผ่นดิน ความเป็นอิสระของสมาชิกและเจ้าหน้าที่ขององค์กรตรวจเงินแผ่นดินความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรตรวจเงินแผ่นดินกับรัฐสภาและฝ่ายบริหาร และการใช้อำนาจขององค์กรตรวจเงินแผ่นดิน

แผ่นดินในแต่ละประเทศอาจมีขอบเขตแตกต่างกันออกไป โดยรูปแบบขององค์กรตรวจเงินแผ่นดิน สามารถแบ่งได้ตามลักษณะการจัดองค์กรได้เป็น 4 รูปแบบ ได้แก่

(1) Westminster system

องค์กรตรวจเงินแผ่นดินรูปแบบนี้ มักจะมอบหมายให้บุคคลคนเดียวรับผิดชอบการตรวจเงินแผ่นดิน และรายงานผลการตรวจสอบการใช้จ่ายเงินแผ่นดินให้รัฐสภาแต่ไม่มีอำนาจในการลงโทษหรือบังคับการให้หน่วยงานที่ถูกตรวจสอบปฏิบัติตามกฎหมายได้ (No Judicial function) เนื่องด้วยฝ่ายนิติบัญญัติมีความเข้มแข็งมาก ส่งผลให้การจัดตั้งองค์กรตรวจเงินแผ่นดินในรูปแบบนี้ ไม่มีการจัดตั้งองค์กรที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง นั่นเอง

การจัดองค์กรแบบ Westminster system พบมากในประเทศในเครือจักรภพ เช่น ออสเตรเลีย แคนาดา อังกฤษ เช่น The Comptroller General ของสหรัฐอเมริกาตามพระราชบัญญัติตรวจเงินแผ่นดินของสหรัฐอเมริกา คือ Budget and Accounting Act 1921 ซึ่งมาจากการแต่งตั้งของประธานาธิบดี โดยคำแนะนำและความยินยอมของวุฒิสภา (Senate) อยู่ในตำแหน่งได้คราวละ 15 ปี จะดำรงตำแหน่งซ้ำมิได้ การพ้นจากตำแหน่งเมื่อครบวาระ 15 ปี หรือ อายุ 70 ปี และสภามีมติให้ออก

ทั้งนี้ ประเทศไทยเมื่อริเริ่มให้มีองค์กรตรวจเงินแผ่นดินในครั้งแรกก็มีการจัดรูปแบบนี้เช่นเดียวกัน โดยมีตำแหน่งผู้อำนวยการสำนักงาน หรือ Auditor General เป็นผู้รับผิดชอบในการตรวจเงินแผ่นดิน

(2) Board system

องค์กรตรวจเงินแผ่นดินรูปแบบนี้คล้ายกับแบบ Westminster system แต่มีความแตกต่างกันตรงที่รูปแบบ Board จะมีการจัดตั้ง “คณะกรรมการ” รับผิดชอบการตรวจเงินแผ่นดิน ทำหน้าที่ตรวจสอบการใช้จ่ายเงินของรัฐ โดยจัดทำรายงานผลการตรวจสอบเป็นประจำทุกปีเสนอทั้งฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ และมีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อบกพร่อง (Decision making Body) เกี่ยวกับการเงิน เพื่อแจ้งให้ฝ่ายบริหารทราบเพื่อนำไปปรับปรุงแก้ไขให้ ถูกต้องต่อไป พบมากในทวีปเอเชีย เช่น อินโดนีเซีย ญี่ปุ่น เกาหลี โดยสามารถแบ่งออกได้เป็น

(2.1) “คณะกรรมการ” ที่มีอำนาจในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย

คณะกรรมการในรูปแบบนี้นอกจากมีอำนาจในการตรวจสอบแล้ว ยังมีอำนาจในการลงโทษ “บุคคล” ที่ฝ่าฝืนมาตรการการเงินการคลังของรัฐอีกด้วย อันส่งผลให้การจัดตั้งองค์กรตรวจเงินแผ่นดินในรูปแบบนี้ มักมีการจัดตั้งองค์กรพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังขึ้น โดยส่วนมากจะจัดตั้งขึ้นในลักษณะของ “คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน” และ “คณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลัง” โดยในบางประเทศองค์กรพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง ก็จะจัดตั้งขึ้นภายใต้องค์กรตรวจเงินแผ่นดิน แต่บางประเทศก็จะจัดตั้งเป็นองค์กรแยกต่างหากจากองค์กรตรวจเงินแผ่นดิน ดังตัวอย่างเช่น

- คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน และคณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลังของประเทศไทย
องค์กรพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังถือเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรตรวจเงินแผ่นดิน

- คณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลังของประเทศแคเมอรูน⁹ (Budget and Finance Disciplinary Board)¹⁰ตามพระราชกฤษฎีกาDecree No. 97-49 of 5 March 1997: Organization and Functioning of the Budget and Finance Disciplinary Board เป็นองค์กรแยกต่างหากจากองค์กรตรวจเงินแผ่นดิน และเป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายบริหาร (Executive branch) ขึ้นตรงต่อประธานาธิบดี¹¹ (Head of State) มีอำนาจหน้าที่ในการลงโทษปรับเจ้าพนักงานที่ฝ่าฝืนมาตรการการเงินการคลังของรัฐ¹²

(2.2) “คณะกรรมการ”ที่ไม่มีอำนาจในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย

คณะกรรมการในรูปแบบนี้มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบการใช้จ่ายเงินแผ่นดิน หรือ ตรวจสอบ“บัญชี” (Accounts) โดยจัดทำรายงานผลการตรวจสอบประจำปี (Annual Report) เสนอต่อฝ่ายบริหารและฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ไม่มีอำนาจในการลงโทษ “บุคคล” ที่ฝ่าฝืนมาตรการเกี่ยวกับการควบคุมการเงินของรัฐ การจัดตั้งองค์กรในลักษณะนี้จึงมักจะอยู่ในรูปของ “คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน” ดังตัวอย่างเช่น

- คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินของประเทศญี่ปุ่น (Board of Audit) ซึ่งจัดตั้งขึ้นตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ มีความเป็นอิสระไม่ขึ้นต่อฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหาร ทำหน้าที่ในการตรวจสอบการใช้จ่ายเงินของรัฐ และรายงานผลการตรวจสอบในรูปของรายงานประจำปีเสนอต่อคณะรัฐมนตรี เพื่อนำเสนอต่อฝ่ายนิติบัญญัติต่อไป

- คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินของประเทศเกาหลี (Board of Audit and Inspection) ซึ่งจัดตั้งขึ้นตามบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญมีความเป็นอิสระไม่ขึ้นต่อฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหาร อำนาจหน้าที่เป็นไปตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน (Board of Audit and Inspection Act) โดยมีหน้าที่ที่สำคัญ 2 ลักษณะ คือ การตรวจสอบบัญชี (Audit Accounts) และการตรวจสอบสืบสวน (Inspection) ผลจากการตรวจสอบจะจัดทำขึ้นในลักษณะของรายงานประจำปีเพื่อนำเสนอต่อประธานาธิบดีและสมัชชาแห่งชาติ (National Assembly) นอกจากนี้หากตรวจพบการกระทำที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ระเบียบ ที่วางไว้ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินสามารถทำความเข้าใจยังกระทรวงเจ้าสังกัด ให้ดำเนินการแก้ไขให้ถูกต้องได้

⁹ ประกอบด้วย ประธานกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลังคนหนึ่งซึ่งมาจากองค์กรตรวจเงินแผ่นดินแคเมอรูน และกรรมการอื่นอีก 6 คน ซึ่งมาจากกระทรวงและหน่วยงานที่เกี่ยวข้องกับการเงินการคลัง เช่น กระทรวงการคลัง กระทรวงยุติธรรม

¹⁰ Decree No. 97-49, Chapter I

1. (1) the Budget and Finance Disciplinary Board shall be responsible for determining the penalties relating to the liability of authorizing officers and vote-holders of the State and State enterprises.

¹¹ ประเทศแคเมอรูน มีองค์กรที่ทำหน้าที่ในการตรวจสอบการเงินแผ่นดิน 2 องค์กร คือ Chambre des comptes de la Cour Suprême de Cameroun (Supreme State Audit Office) ที่มีหน้าที่เหมือนศาลบัญชีของประเทศฝรั่งเศส และ Conseil de discipline budgétaire et financière (Budget and Finance Disciplinary Board) ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของ Le Contrôle Supérieur de l'Etat du Cameroun ที่เป็นองค์กรในฝ่ายบริหารที่ขึ้นตรงต่อประธานาธิบดี

¹² ผู้มีสิทธิเสนอเรื่องต่อคณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลัง ได้แก่ ประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรี หัวหน้าองค์กรตรวจเงินแผ่นดิน รัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด และรัฐมนตรีกระทรวงเจ้าสังกัดของผู้ที่กระทำความผิด

(3) Napoleonic system

องค์กรตรวจเงินแผ่นดินรูปแบบนี้มีลักษณะการจัดตั้งในรูปแบบของ “องค์กรตุลาการ” หรือศาล ซึ่งมีการพิจารณาแบบองค์คณะและมีการประกันความเป็นอิสระของผู้พิพากษา มีความเป็นอิสระจากฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร และมีอำนาจบังคับโดยผลของคำพิพากษาของศาล องค์กรประเภทนี้จะถูกรับรองอย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญ พบมากในประเทศแถบทะเลเมดิเตอร์เรเนียน ประเทศภาคพื้นยุโรป และประเทศอาณานิคมของฝรั่งเศส¹³ เช่น ฝรั่งเศส อิตาลี สเปน โปรตุเกส เนื่องด้วยประเทศฝรั่งเศสถือเป็นแม่แบบแห่งการจัดตั้งองค์กรตรวจเงินแผ่นดินในรูปแบบศาล นั่นเอง โดยการจัดตั้งองค์กรตรวจเงินแผ่นดินในรูปแบบ “องค์กรตุลาการ” เพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบการเงินการคลังของรัฐนั้น สามารถแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะ ที่สำคัญ คือ

(3.1) “องค์กรตุลาการ” ที่มีอำนาจในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย

การจัดตั้งองค์กรตรวจเงินแผ่นดินรูปแบบนี้ มีการใช้ “อำนาจตุลาการ” อย่างแท้จริง เนื่องด้วย มีการพิจารณาวินิจฉัยความผิด และกำหนดโทษแก่เจ้าหน้าที่ที่ฝ่าฝืนมาตรการการเงินการคลังของรัฐ” ส่วนใหญ่จะจัดตั้งขึ้นในลักษณะของ “ศาลวินัยทางงบประมาณและการคลัง”(The Financial Disciplinary Court) ซึ่งมีหน้าที่หลักในการพิจารณาวินิจฉัยความผิดของ “ผู้มีอำนาจสั่งจ่าย” และมักจะลงโทษในรูปของ “ค่าปรับทางปกครอง” (Fine)

ในปัจจุบันมีเพียงไม่กี่ประเทศที่จัดตั้ง “ศาลวินัยทางงบประมาณและการคลัง” แยกออกจากศาลบัญชี เช่น ประเทศฝรั่งเศส¹⁴ และประเทศตูนิเซีย¹⁵ แต่บางประเทศแม้จะจัดตั้งองค์กรในรูปแบบ “ศาลบัญชี” โดยมิได้จัดตั้ง “ศาลวินัยทางงบประมาณและการคลัง” แยกออกจากศาลบัญชี แต่ศาลก็มีเขตอำนาจในการลงโทษทางวินัยทางงบประมาณและการคลังได้ด้วยเช่นกัน ดังจะเห็นได้จากประเทศโมร็อกโก ซึ่งการจัดตั้งองค์กรตรวจเงินแผ่นดินของโมร็อกโก จัดตั้งขึ้นในรูปแบบ “ศาลบัญชี” (Cour des Comptes) มีองค์คณะตุลาการในการพิจารณา โดยมีอำนาจหน้าที่สำคัญใน 2 ลักษณะ คือ 1) การรายงานผลการตรวจสอบ และ 2) การลงโทษผู้ที่ฝ่าฝืนมาตรการการเงินการคลังของรัฐในส่วนของรายงานผลการตรวจสอบนั้น ศาลบัญชีมีหน้าที่ในการจัดทำรายงานประจำปี (Annual Report) เสนอต่อฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร ในขณะที่ศาลก็มีอำนาจหน้าที่ในการลงโทษเจ้าหน้าที่รัฐที่กระทำความผิดมาตรการการเงินการคลังของรัฐ หรือการดำเนินการทางวินัยทางงบประมาณและการคลังได้ โดยการกำหนดเป็นโทษปรับ (fine) ไม่น้อยกว่า 1,000 เดียร์แฮม (Derhams) แต่ไม่เกินกว่าเงินเดือนขณะกระทำความผิดรวม 12 เดือน และกำหนดให้ นายกรัฐมนตรี ประธานรัฐสภา รัฐมนตรีกระทรวงการคลังหรือรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้อง และอัยการสูงสุด เป็นผู้มีสิทธิเสนอเรื่องต่อศาลได้

¹³ เอื้ออารีย์ อังจะนิล, *ศาลบัญชีกับรัฐสภาของประเทศไทย*, (บทบัณฑิตย เล่ม 65 ตอน 1, มีนาคม 2552), หน้า 66

¹⁴ จัดตั้งขึ้นในปี ค.ศ. 1948 ตามรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 25 กันยายน 1948 ปัจจุบันกฎหมายเกี่ยวกับศาลวินัยทางงบประมาณและการคลังได้ถูกบัญญัติไว้ในบรรพ III ของประมวลกฎหมายว่าด้วยศาลทางการคลังตามรัฐบัญญัติเลขที่ 95-851 ลงวันที่ 24 กรกฎาคม 1995

¹⁵ จัดตั้งขึ้นตาม Law No. 85-74, 20 July 1985

(3.2) “องค์กรตุลาการ” ที่ไม่มีอำนาจในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย

บางองค์กรแม้จะใช้ชื่อว่า “ศาล” แต่หากพิจารณาอำนาจหน้าที่แล้วกลับไม่มีอำนาจในการลงโทษผู้ที่ฝ่าฝืนมาตรการการเงินการคลังของรัฐ โดยทำหน้าที่ในการตรวจสอบ (Audit) และรายงานผลจากการตรวจสอบ (Report) ไปยังฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหาร เท่านั้นองค์กรตรวจเงินแผ่นดินรูปแบบนี้มักจัดตั้งขึ้นในลักษณะของ “ศาลบัญชี” (The Court of Accounts, The Court of Auditors) ซึ่งมีหน้าที่หลักในการตรวจสอบ “บัญชี” โดยจะพิจารณาถึงความถูกต้องของบัญชี มิได้พิจารณาความรับผิดชอบของผู้ปฏิบัติงาน ดังตัวอย่างเช่น ศาลบัญชีประเทศออสเตรเลีย ศาลบัญชีประเทศเนเธอร์แลนด์ และศาลบัญชีแห่งสหภาพยุโรป¹⁶ (The European Court of Auditors : ECA)

- ศาลบัญชีแห่งสหภาพยุโรป จัดตั้งขึ้นตามสนธิสัญญา (Treaty on the Functioning of the European Union) มีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย (Legality) และความถูกต้อง (Regularity) ของการใช้จ่ายที่จัดสรรจากงบประมาณของสหภาพยุโรป โดยศาลไม่มีอำนาจในการลงโทษใด ๆ มีเพียงการทำความเข้าใจที่พบจากการตรวจสอบ และตีพิมพ์เผยแพร่ในราชกิจจานุเบกษา (Official Journal of the European Union)

- ศาลตรวจเงินแผ่นดินแห่งสหพันธ์เยอรมัน (Bundesrechnungshof) ซึ่งมีหน้าที่สำคัญ 2 ประการ คือ ประการแรก ทำหน้าที่สนับสนุนการทำงานของฝ่ายนิติบัญญัติในการควบคุมการใช้จ่ายงบประมาณแผ่นดิน และประการที่สอง เป็นเครื่องมือในการควบคุมฝ่ายปกครอง ซึ่งมีใช้การควบคุมโดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือการควบคุมภายในฝ่ายปกครอง อีกทั้ง ไม่มีอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาททางกฎหมาย ทำได้เพียงคำแนะนำเท่านั้น ทั้งนี้องค์กรตรวจเงินแผ่นดินฯ มีสถานะเป็นหน่วยงานระดับสูงสุด ระดับเดียวกับสำนักประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์ และถือเป็นองค์กรอิสระที่อยู่ภายใต้กฎหมาย มีประธานองค์กรตรวจเงินแผ่นดิน เป็นหัวหน้าขององค์กร โดยหลักแล้วองค์กรตรวจเงินแผ่นดินจะมีหน้าที่ตรวจสอบควบคุมใน 3 ลักษณะ ได้แก่ การควบคุมความถูกต้องของบัญชี การตรวจสอบความชอบด้วยหลักเกณฑ์ และการตรวจสอบประสิทธิภาพในการใช้เงินงบประมาณ ในส่วนวิธีพิจารณานั้น ใช้รูปแบบคณะกรรมการ เว้นแต่กรณีสำคัญต้องกระทำโดยที่ประชุมใหญ่ องค์คณะในการพิจารณามีจำนวน 2 คน คือ หัวหน้าแผนกตรวจสอบและหัวหน้าพื้นที่ตรวจสอบ โดยเรื่องที่เข้าสู่การพิจารณาจากการที่องค์กรตรวจเงินแผ่นดินเลือกประเด็นตรวจสอบจากข้อมูลที่ได้จากการปฏิบัติหน้าที่จากประชาชน สื่อมวลชน หรือเรื่องที่รัฐสภาเสนอแนะ อันถือได้ว่าเปิดโอกาสให้ประชาชนเป็นผู้มีสิทธิเสนอเรื่องได้ นั่นเอง

(4) Hybrid system

นอกจากการจัดตั้งองค์กรตรวจเงินแผ่นดินทั้ง 3 รูปแบบข้างต้น ในปัจจุบันยังมีการจัดตั้งองค์กรตรวจเงินแผ่นดินในลักษณะผสมอีกด้วย กล่าวคือ ในองค์กรตรวจเงินแผ่นดินองค์กรเดียวมีผู้รับผิดชอบเกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดินมากกว่า 1 ลักษณะ มีการผสมผสานทั้ง Westminster system, Board system และ Napoleonic system เช่น การมีทั้งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินและคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน เป็นต้น

¹⁶ National Audit Office.State Audit in the European Union.3rded, Heronns gate, December 2005, p.3

โดยตัวอย่างที่มีการจัดตั้งองค์กรตรวจเงินแผ่นดินในรูปแบบนี้ ได้แก่ ประเทศไทย ประเทศลัตเวีย ประเทศเซอร์เบีย และประเทศเซอร์ราลีโอน

- *ประเทศไทย* การตรวจเงินแผ่นดินกระทำโดยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ที่มีความเป็นอิสระและเป็นกลาง นอกจากนี้ยังมีคณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลัง และมีแนวโน้มจะจัดตั้งศาลแผนกคดีวินัยการคลังและการงบประมาณอีกด้วย

- *ประเทศลัตเวีย ประเทศเซอร์เบีย และประเทศเซอร์ราลีโอน* การตรวจเงินแผ่นดินกระทำโดยผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน และคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน

4. องค์กรพิจารณาวินัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังในประเทศไทย

จากการศึกษาโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ขององค์กรในการพิจารณาวินัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังของไทยตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบัน ซึ่งเริ่มมีขึ้นในรูปแบบ “คณะกรรมการ” และกำลังจะเปลี่ยนผ่านไปสู่รูปแบบ “องค์กรตุลาการ” นั้น จะเห็นได้ว่าโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ขององค์กรในการพิจารณาวินัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังของไทยอาจประสบปัญหาดังนี้

4.1 การจัดตั้งองค์กรพิจารณาวินัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังในปัจจุบัน

(1) ปัญหาเกี่ยวกับการจัดโครงสร้างองค์กร

การที่ยังมิได้ปรับแก้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดินฯ และระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินฯ ให้สอดคล้องกับบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. 2550 ส่งผลให้คณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลังเป็นเพียงผู้พิจารณาวินัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังและกำหนดโทษปรับทางปกครองเบื้องต้น ในฐานะ “องค์กรวินัยเบื้องต้น” และคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็น “องค์กรวินัยชี้ขาดสูงสุด” หากเกิดกรณีไม่พอใจในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ให้โต้แย้งต่อศาลปกครองต่อไปตามหลักการในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ส่งผลให้การตรวจเงินแผ่นดินของไทยมีสถานะเป็นองค์กรอิสระที่ทำหน้าที่ตรวจสอบ¹⁷ ในรูปแบบ “คณะกรรมการ” ซึ่งให้อำนาจคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินในการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีพิจารณาเรื่องวินัยทางงบประมาณและการคลัง อันเป็นการใช้อำนาจด้านนิติบัญญัติ ในขณะที่สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินมีหน้าที่ตรวจสอบควบคุมการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนมาตรฐานการเกี่ยวกับการควบคุมการเงินของรัฐ อันเป็นการใช้อำนาจด้านบริหารเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย และคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินยังมีอำนาจในการวินัยชี้ขาดความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังและกำหนดโทษปรับทางปกครอง อันเป็นการใช้

¹⁷ “องค์กรอิสระกสช: ปัญหาเชิงนโยบายและผลกระทบที่จะตามมา”, pioneer.netserv.chula.ac.th/~tpana/Princofindpndntagency.doc. หน้า 2 องค์กรอิสระสามารถแบ่งออกได้เป็น 4 ประเภทด้วยกัน คือ

- 1) องค์กรอิสระที่ใช้อำนาจลักษณะบริหาร (Executive NDPB) ทำหน้าที่ด้านบริหารหรือการพาณิชย์
- 2) องค์กรอิสระที่ใช้อำนาจเสนอแนะ (Advisory NDPB) ทำหน้าที่ให้คำแนะนำที่เป็นอิสระและชำนาญเป็นพิเศษ
- 3) องค์กรอิสระที่ใช้อำนาจตุลาการ (Tribunal NDPB) ทำหน้าที่ คล้ายหรือกึ่งตุลาการ
- 4) องค์กรอิสระที่ใช้อำนาจตรวจสอบ (Board of Auditor) ทำหน้าที่ตรวจสอบและลงโทษ (penal) หน่วยงานของรัฐ

อำนาจกึ่งตุลาการ ซึ่งวินิจฉัยเรื่องที่เกิดจากการตรวจสอบของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินและเกิดการฝ่าฝืนมาตรการเกี่ยวกับการควบคุมการเงินของรัฐ ที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็นผู้กำหนดขึ้นเอง จะเห็นได้ว่ากระบวนการทางวินัยทางงบประมาณและการคลังเป็นการดำเนินการโดยองค์กรตรวจเงินแผ่นดินเพียงองค์กรเดียวเบ็ดเสร็จเด็ดขาด ซึ่งโดยทั่วไปการใช้อำนาจรัฐทั้ง 3 ด้าน คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ ต้องมีการแบ่งแยกการใช้อำนาจแต่ละด้านออกจากกัน เพื่อเป็นการคุ้มครองและประกันสิทธิ เสรีภาพของบุคคลจากการใช้อำนาจรัฐ ประกอบกับคณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลังมาจากการ “แต่งตั้ง” การทำงานของคณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลังไม่ได้ทำงานเต็มเวลา และไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะตามฐานความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง ดังนั้น การจัดตั้งองค์กรในลักษณะนี้ จึงอาจเป็นการขัดต่อ “หลักการแบ่งแยกอำนาจ”¹⁸ “หลักการประกันสิทธิของบุคคล”¹⁹ และ “หลักความเชี่ยวชาญ”²⁰ ได้

(2) ปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่องค์กร

ข้อจำกัดเกี่ยวกับการจัดตั้งองค์กรในรูปแบบ “คณะกรรมการ” ประเด็นสำคัญ คือการขาดอำนาจในการบังคับโทษตามคำวินิจฉัย(Enforcement) เนื่องจากการบังคับโทษปรับทางปกครองตามระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวิธีพิจารณาความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. 2544 และที่แก้ไขเพิ่มเติมนั้น อาจใช้วิธีเรียกให้ชำระเป็นเงินหรือให้หักจากเงินเดือนโดยคำสั่งของหน่วยงานที่สังกัดของคู่กรณีก็ได้โดยส่วนมาก การเรียกให้ชำระเป็นเงินจะใช้ในกรณีที่คู่กรณีพ้นจากสถานะเจ้าหน้าที่แล้ว ถ้าคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินไม่มีคำสั่งให้ทุเลาการบังคับ เมื่อถึงกำหนดแล้วไม่มีการชำระเงินค่าปรับให้ถูกต้องครบถ้วน ให้สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินมีหนังสือเตือนให้คู่กรณีนั้นชำระภายในระยะเวลาที่กำหนด แต่ต้องไม่น้อยกว่า 7 วันทำการถ้าไม่มีการปฏิบัติตามคำเตือน คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินอาจมีคำสั่งให้ใช้มาตรการบังคับตามคำวินิจฉัย โดยให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินของผู้นั้นและขายทอดตลาดเพื่อชำระเงินให้ครบถ้วน โดยวิธีการยึด การอายัด และการขายทอดตลาดทรัพย์สิน ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการบังคับคดีตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาใช้บังคับโดยอนุโลม²¹ ซึ่งการบังคับโทษปรับทางปกครองกรณีเจ้าหน้าที่พ้นจากสถานะเจ้าหน้าที่แล้ว ก่อให้เกิดปัญหาในกระบวนการยึดและอายัดทรัพย์สินของคู่กรณีตามมา เนื่องจาก การยึดอายัดทรัพย์สินเป็นเรื่องที่มีผลกระทบต่อสิทธิทางทรัพย์สินของบุคคล แต่สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินยังขาดความรู้ความเชี่ยวชาญในเรื่องดังกล่าว จึงกำหนดให้นำบทบัญญัติว่าด้วยการบังคับคดีตามประมวลกฎหมาย

¹⁸ ตามทฤษฎีของMontesquieu การแบ่งแยกอำนาจ โดยการแบ่งแยกหน้าที่ (Separation of Function) หรือ แบ่งแยกองค์กร (Separation of Organization)จะมีองค์กรอื่นที่คอยควบคุม (Check and Balance) การกระทำขององค์กรนั้นให้ชอบด้วยกฎหมายและอยู่ภายใต้หลักนิติรัฐ (Legal State)

¹⁹ การประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างเปิดเผย เป็นธรรม และรวดเร็ว

²⁰ ความเชี่ยวชาญ (ad hoc) เป็นลักษณะสำคัญประการหนึ่งขององค์กรที่จะทำหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ และนำมาสู่การพิจารณาคดีที่รวดเร็วและเป็นธรรมได้

²¹ ระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวิธีพิจารณาความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. 2544 และที่แก้ไขเพิ่มเติม, ข้อ 33

วิธีพิจารณาความแพ่ง มาใช้บังคับโดยอนุโลม ซึ่งโดยทั่วไปจะอยู่ในกรอบอำนาจของกรมบังคับคดี แต่ในปัจจุบันกรมบังคับคดีมีงานเป็นจำนวนมากและยังไม่มีการจัดตั้งหน่วยงานเฉพาะขึ้นเพื่อทำหน้าที่ในการยึด และอายัดทรัพย์สินตามคำสั่งทางปกครอง ด้วยเหตุนี้เอง หากเกิดกรณีที่คู่กรณีพ้นจากสถานะเจ้าหน้าที่แล้ว และคู่กรณีไม่ชำระเงินค่าปรับทางปกครอง สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินจึงขาดกลไกในการบังคับโทษตามคำวินิจฉัยของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน เนื่องจากคำวินิจฉัยมิได้มีสถานะเป็น “คำพิพากษา” ซึ่งถือเป็นที่สุด (res judicata) และมีผลผูกพันทุกองค์กรให้ปฏิบัติตามนั่นเอง

4.2 การจัดตั้งองค์กรพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังในอนาคต”

ตามที่ร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2558 ฉบับเสนอสภาพัฒนาปฏิรูปแห่งชาติ และประกาศประธานศาลปกครองสูงสุด ได้กำหนดให้มีการจัดตั้งองค์กรพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง ในรูปแบบ “องค์กรตุลาการ” นั้น ผู้เขียนได้ศึกษาถึงโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ขององค์กรแล้ว พบว่ามีแนวโน้มที่อาจก่อให้เกิดปัญหาได้ ดังนี้

(1) แนวโน้มปัญหาเกี่ยวกับการจัดโครงสร้างองค์กร

จากเดิมที่ให้อำนาจคณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลังทำหน้าที่เป็น “ผู้พิจารณาในเบื้องต้น” และเสนอมติต่อคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเพื่อวินิจฉัยชี้ขาดและหากต้องการโต้แย้งในคำวินิจฉัยดังกล่าวสามารถใช้สิทธิโต้แย้งไปยังศาลปกครองได้ คณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ศาลปกครองแผนกคดีวินัยการคลังและการงบประมาณเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่วินิจฉัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง โดยแบ่งออกเป็นศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุด และกำหนดให้ศาลเป็นองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดเพียงองค์กรเดียว ไม่มีองค์กรวินิจฉัยเบื้องต้น ดังที่ผ่านมา ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าประเด็นนี้อาจส่งผลกระทบต่อการจัดโครงสร้างของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินได้

กรณีแรก หากสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินให้อำนาจคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน และคณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลัง ในการพิจารณาเสนอเรื่องต่อศาล ในขณะที่คณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลัง มิได้ปฏิบัติงานเต็มเวลา และการจะเสนอเรื่องต่อศาลต้องผ่านการพิจารณาจากหน่วยงานทั้งสอง ผู้เขียนเห็นว่า อาจก่อให้เกิดความล่าช้าในการเสนอเรื่องต่อศาลได้

กรณีต่อมา หากสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินให้อำนาจคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ทำหน้าที่ในการพิจารณาเสนอเรื่องต่อศาลน่าจะเป็นการเหมาะสมกว่า ด้วยเหตุที่ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีหน้าที่ในการพิจารณารายงานผลการตรวจสอบของเจ้าหน้าที่ตรวจสอบอยู่แล้ว จึงย่อมต้องทราบพฤติการณ์และข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิดเป็นอย่างดี แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า ควรให้อำนาจผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินเป็นผู้มีสิทธิเสนอเรื่องต่อศาลด้วย เนื่องจากผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินมีหน้าที่รายงานผลการตรวจสอบให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินทราบจึงย่อมต้องทราบพฤติการณ์และข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำความผิดเช่นกัน ประกอบกับตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 ซึ่งเป็นที่มาของการจัดตั้งองค์กรตรวจเงินแผ่นดิน ในสถานะองค์กรอิสระนั้นมีเจตนารมณ์ให้การตรวจเงินแผ่นดินกระทำโดยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ที่มีความเป็นอิสระและเป็นกลาง

(2) แนวโน้มปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กร

(2.1) การเสนอเรื่องความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง

จากเดิมที่กำหนดให้ประธานกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน และเจ้าหน้าที่ตรวจสอบโดยอนุมัติผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินเป็นผู้มีสิทธิเสนอเรื่อง คณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้ ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน หรือ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เป็นผู้มีสิทธิเสนอเรื่อง²²

หากพิจารณาถ้อยคำตามบทบัญญัติของร่างรัฐธรรมนูญ จะเห็นได้ว่าเมื่อประชาชนพึงเห็นได้ว่าเจ้าหน้าที่รัฐกระทำการอันจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ ก็สามารถให้ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน หรือ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ใต้อำนาจและสั่งเรื่องเข้าสู่ศาลได้ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า อาจก่อให้เกิดความซ้ำซ้อนในการเสนอเรื่องระหว่าง สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติและสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน ได้ เนื่องจาก ในบางกรณีหากคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินพิจารณาผลการตรวจสอบแล้ว พบว่ามีพฤติการณ์น่าเชื่อว่าเป็นการทุจริตหรือมีการใช้อำนาจโดยมิชอบ ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เงินหรือทรัพย์สินของราชการ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินต้องส่งเรื่องให้สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติดำเนินคดีด้วย ดังนั้น เมื่อเกิดกรณีเช่นนี้ จึงเป็นการยากที่จะพิจารณาว่าหน่วยงานใดจะเป็นผู้มีสิทธิเสนอเรื่องต่อศาล

(2.2) หลักเกณฑ์ในการดำเนินความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง

จากเดิมระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. 2544 กำหนดเงื่อนไขในการดำเนินความผิดวินัยฯ กับเจ้าหน้าที่รัฐที่ฝ่าฝืนมาตรการเกี่ยวกับการควบคุมการเงินของรัฐ ทั้งในกรณีปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ในส่วนของความเสียหายแก่รัฐเป็นเพียงเหตุที่จะทำให้ได้รับโทษหนักขึ้นเท่านั้น ซึ่งเป็นมาตรการในการป้องกันการกระทำฝ่าฝืน หรือมาตรการทางบริหาร นั่นเอง แต่หลักเกณฑ์ในการดำเนินความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังตามคณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญ กำหนดให้ “ต้องมีหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่า ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใด ก่อให้เกิดการใช้จ่ายเงินแผ่นดินอันวิญญูชนพึงเห็นได้ว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ” แสดงให้เห็นว่า ความเสียหายแก่รัฐเป็นเงื่อนไขหนึ่งในการดำเนินความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังโดยกระบวนการดังกล่าวแตกต่างไปจากการดำเนินคดีกับผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและข้าราชการระดับสูง ที่หากพบว่ามีกรกระทำที่เป็นความผิดจะนำเรื่องเข้าสู่ศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ซึ่งใช้วิธีพิจารณาของคดีอาญา

²² ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2558 ฉบับเสนอสภาพัฒนาการเมือง

มาตรา 244 ในกรณีที่มีหลักฐานอันควรเชื่อได้ว่าผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใด ก่อให้เกิดการใช้จ่ายเงินแผ่นดินอันวิญญูชนพึงเห็นได้ว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน หรือคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ อาจใต้อำนาจสั่งเท็จจริงและสรุปสำนวนยื่นฟ้องต่อศาลปกครองแผนกคดีวินัยการคลังและการงบประมาณ และให้ศาลพิจารณาวินิจฉัยโดยไม่ชักช้า ทั้งนี้ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการนั้น

ที่ต้องสืบพยาน “จนปราศจากข้อสงสัย” จึงจะลงโทษได้ ซึ่งคณะร่างรัฐธรรมนูญ เห็นว่าจะเป็นการทำให้พิจารณาคดีได้รวดเร็วกว่ากระบวนการทางอาญา

ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาถึงความแตกต่างทางโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังดังกล่าวข้างต้นแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่า

ประการแรก กระบวนการพิจารณาความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังมีวัตถุประสงค์ในการป้องปรามมิให้เจ้าหน้าที่รัฐกระทำการฝ่าฝืนมาตรการเกี่ยวกับการควบคุมการเงินการคลังมิได้มุ่งลงโทษเพื่อชดเชยความเสียหายที่เกิดขึ้น เฉกเช่นการลงโทษทางอาญา²³ ดังนั้นการกำหนดให้ “ความเสียหายแก่รัฐ” เป็นหลักเกณฑ์ในการดำเนินความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง จึงอาจไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ในการลงโทษทางวินัยทางงบประมาณและการคลัง

ประการต่อมา การกำหนดให้กรณีที่ยังไม่มีความเสียหายแก่รัฐเกิดขึ้น เพียงแต่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐ ก็สามารถนำคดีสู่ศาลได้แล้ว อาจก่อให้เกิดปัญหาในการควบคุมตรวจสอบ “นโยบายประชานิยม” ได้ เนื่องจากกรณีดังกล่าวเป็นการตรวจสอบก่อนการใช้จ่ายเงินแผ่นดิน หรือ Pre Audit ในขณะที่บทบาทอำนาจหน้าที่ของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน ซึ่งเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการตรวจสอบการใช้จ่ายเงินแผ่นดิน และเป็นหนึ่งในผู้มีสิทธิเสนอเรื่องต่อศาล กลับมุ่งเน้นไปในทางการตรวจสอบหลังการใช้จ่ายเงินแผ่นดิน หรือ Post Audit ประกอบกับอาจก่อให้เกิดประเด็นปัญหาในการพิสูจน์ความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นว่าควรจะเป็นหน้าที่ของศาลหรือผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิด

ประการสุดท้าย การกำหนดให้ ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งก่อให้เกิดการใช้จ่ายเงินแผ่นดินอันวิญญูชนพึงเห็นได้ว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐอยู่ภายใต้การดำเนินคดีของศาลนั้น บทบัญญัติดังกล่าวมีลักษณะเป็นการดำเนินการทางอาญา และมุ่งลงโทษเจ้าหน้าที่รัฐผู้กระทำโดยมิชอบ หรือเน้นไปในทางการปราบปรามการทุจริตเสียมากกว่า จึงอาจก่อให้เกิดปัญหาเรื่องเขตอำนาจศาล ว่าเรื่องใดจะอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลฎีกาแผนกคดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง และเรื่องใดจะอยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลปกครองแผนกคดีวินัยการคลังและการงบประมาณอีกทั้งการกำหนดให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองอยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลแผนกคดีวินัยการคลังและการงบประมาณ อาจก่อให้เกิดปัญหาเรื่องเขตอำนาจ

²³ วิรัตน์ สุนทรวิภาต, วินัยทางงบประมาณและการคลัง ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542, (น.ม.,มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550), หน้า 45 – 47

วัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญา มีดังนี้

- 1) การลงโทษเพื่อตอบแทนแก่แค้นผู้กระทำผิด (Punishment as Retribution)
- 2) การลงโทษเพื่อข่มขู่หรือปราบปรามอาชญากรรม (Punishment as a Deterrent)
- 3) การลงโทษเพื่อชดเชยความผิดที่เกิดขึ้น (Punishment as a Expiation)
- 4) การลงโทษเพื่อป้องกันสังคมหรือตัดโอกาสกระทำผิด (Punishment as a Protection)
- 5) การลงโทษเพื่อปรับปรุงแก้ไขผู้กระทำผิด (Punishment as a Means of Reformation)

ศาลได้เช่นกัน เนื่องจาก ข้าราชการการเมืองอาจสวมหมวก 2 ใบ บางกรณีผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองก็มีการกระทำทางปกครอง เช่น การอนุมัติจัดซื้อจัดจ้างตามวงเงินที่กฎหมายกำหนด

แม้ร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2558 ฉบับเสนอสภาปฏิรูปแห่งชาติจะไม่ผ่านความเห็นชอบจากสมาชิกสภาปฏิรูปแห่งชาติ เมื่อวันที่ 6 กันยายน 2558 แต่แนวความคิดดังกล่าวได้เป็นที่มาให้มีการจัดตั้งแผนกคดีวินัยการคลังและการงบประมาณขึ้นในศาลปกครองกลางและศาลปกครองสูงสุด ตามประกาศประธานศาลปกครองสูงสุด ในราชกิจจานุเบกษา²⁴ ลงวันที่ 6 พฤศจิกายน 2558 ซึ่งกำหนดให้คดีปกครองเกี่ยวกับวินัยการคลังและการงบประมาณ ที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองแผนกคดีวินัยการคลังและการการงบประมาณ หมายถึง “คดีพิพาททางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง และมาตรา 11 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ในกรณีการฝ่าฝืนข้อกำหนดเกี่ยวกับการบริหารการเงินและการคลัง ซึ่งเป็นความผิดวินัยการคลังและการงบประมาณและได้รับการลงโทษปรับทางปกครองตามกฎหมาย” จะเห็นได้ว่า การจัดตั้งองค์กรในรูปแบบดังกล่าวกำหนดให้ศาลเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่ในการทบทวนคำวินิจฉัย (Review) ซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครอง เท่านั้น ศาลมิได้ทำหน้าที่ในการพิจารณาและวินิจฉัยความผิด (Adjudication) วินัยทางงบประมาณและการคลัง ดังนั้น การจัดตั้งองค์กรตามประกาศฯ จึงเป็นเพียงการจัดตั้งองค์กรในศาลปกครองที่มีความเชี่ยวชาญด้านการเงินการคลังเท่านั้น หากได้เป็นการกำหนดบทบัญญัติขึ้นเพื่อรองรับหลักการตามร่างรัฐธรรมนูญพ.ศ. 2558 ฉบับเสนอสภาปฏิรูปแห่งชาติ แต่อย่างใด

5. ข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาการจัดตั้งองค์กรตรวจเงินแผ่นดินและองค์กรพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังทั้งในต่างประเทศและในประเทศไทยข้างต้นจะเห็นได้ว่าในปัจจุบันการจัดตั้งองค์กรตรวจเงินแผ่นดินของไทยอยู่ในรูปแบบ Hybrid system ซึ่งมี “คณะกรรมการ” และ “ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน” และในส่วนขององค์กรพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังอยู่ในรูปแบบ “คณะกรรมการ” โดยมีคณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลัง ทำหน้าที่เป็นองค์กรพิจารณาเบื้องต้น และคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ทำหน้าที่เป็นองค์กรวินิจฉัยสูงสุด และมีแนวโน้มจะจัดตั้ง “องค์กรตุลาการ” เพื่อพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังโดยเฉพาะ ซึ่งการจัดตั้งองค์กรพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังจะเป็นไปในทิศทางใด และการจัดตั้งองค์กรตรวจเงินแผ่นดินไทยควรเป็นเช่นไรนั้น หากพิจารณาลักษณะองค์กรที่จะทำหน้าที่ในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐในเรื่องการคลังสาธารณะ เห็นได้ว่าควรมีลักษณะ ดังนี้²⁵

(1) เป็นองค์กรที่มีความอิสระ (Independence) ตามปฏิญญาสากลว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน (The Lima Declaration 1977) อันได้แก่ การมีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญรับรองความเป็นอิสระและเป็นกลาง

²⁴ เล่ม 132 ตอนที่ 105 ก หน้า 16 -18

²⁵ อรพิน ผลสุวรรณ สบายรูป, โครงการวิจัยทางวิชาการนิติศาสตร์ เรื่อง วินัยทางงบประมาณและการคลังของไทย. โครงการวิจัยทางวิชาการ ,คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545

กระบวนการแต่งตั้งผู้มีอำนาจในองค์กรตรวจเงินแผ่นดินมีหลักประกันความเป็นอิสระ การไม่ถูกแทรกแซงจากฝ่ายการเมือง ความเป็นอิสระในด้านการบริหารงานบุคคลและงบประมาณและมีการรับรองความเป็นอิสระในการตรวจสอบโดยชอบด้วยกฎหมาย

(2) เป็นองค์กรเฉพาะ (ad hoc) ที่มีความรู้ความชำนาญเฉพาะด้าน

(3) มีระเบียบวิธีการปฏิบัติที่เปิดโอกาสให้ประชาชนมีโอกาสนำเรื่องเข้าสู่องค์กรได้

ดังนั้น ผู้เขียนจึงขอเสนอแนวทางในการปฏิรูปองค์กรพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังของไทย ดังนี้

1. เนื่องด้วยการจัดตั้งองค์กรตรวจเงินแผ่นดิน และการจัดตั้งองค์กรพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังซึ่งต้องพิจารณาถึงระบอบการปกครองในต่างประเทศประกอบด้วย ดังเช่นในระบอบการปกครองแบบรัฐสภาของอังกฤษ หรือแบบประธานาธิบดีของสหรัฐอเมริกา ที่ฝ่ายนิติบัญญัติมีความเข้มแข็งมาก ทำให้สามารถตรวจสอบการบริหารงานของฝ่ายบริหารได้เสมือนเป็นองค์กรศาลก็ว่าได้ ส่งผลให้การจัดตั้งองค์กรในระบบการตรวจเงินแผ่นดินจึงจัดตั้งในรูปแบบ “บุคคลคนเดียว” หรือ “Westminster System” ดังนั้น เพื่อให้เหมาะสมกับระบอบการปกครองของประเทศไทย และเพื่อให้เกิดความรวดเร็วในกระบวนการพิจารณาความผิด ผู้เขียนจึงเสนอให้มีการจัดตั้งองค์กรตรวจเงินแผ่นดินและองค์กรพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง ในรูปแบบ “คณะกรรมการ” หรือ “Board System” ซึ่งมีสถานะเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ โดยแยกองค์กรในการพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังออกจากองค์กรตรวจเงินแผ่นดินโดยกำหนดให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินทำหน้าที่เป็น “องค์กรตรวจสอบ” และคณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลัง ทำหน้าที่เป็น “องค์กรพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง” โดยกำหนดให้คณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลังทำหน้าที่พิจารณาและกำหนดโทษทางวินัยทางงบประมาณและการคลัง เสมือนเป็นศาลชั้นต้น หากต้องการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำวินิจฉัย เห็นควรให้อยู่ในอำนาจของศาลปกครองต่อไป ทั้งนี้คณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลังควรปฏิบัติงานเต็มเวลา มีการประกันในการคัดเลือกบุคคลเข้าดำรงตำแหน่ง มีการจัดตั้งคณะกรรมการสรรหา รวมทั้งกำหนดให้บุคคลที่จะเข้ามาดำรงตำแหน่งมีความรู้ความเชี่ยวชาญด้านการเงินการคลังด้วย

2. องค์กรตุลาการ หรือศาล ควรทำหน้าที่เป็นองค์กรตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย (Review) ของคำวินิจฉัยคณะกรรมการวินัยทางงบประมาณและการคลังเท่านั้น เนื่องด้วย การลงโทษทางวินัยทางงบประมาณและการคลัง มีเจตนารมณ์ ในการป้องปรามมิให้เจ้าหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการเงิน การคลังของรัฐ กระทำความผิดซ้ำอีก มิได้มุ่งหมายในการเยียวยาความเสียหายที่เกิดขึ้น ซึ่งกระบวนการพิจารณาต้องมีความรวดเร็ว และต้องใช้ความเชี่ยวชาญเฉพาะ แต่การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐโดยองค์กรตุลาการ อาจก่อให้เกิดความล่าช้าในการพิจารณาคดี และขาดผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน อีกทั้งผู้ถูกระทบบสิทธิจากคำวินิจฉัยสามารถโต้แย้งไปยังศาลปกครองได้นั้น ยังถือเป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนมีสิทธิเสนอเรื่องต่อศาลได้อีกด้วย

3. ในส่วนของมาตรการบังคับคดีทางปกครองนั้น หากมีการจัดตั้งองค์กรพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังในรูปแบบ “คณะกรรมการ” ย่อมปฏิเสธมิได้ว่าเป็นปัญหาสำคัญที่ยากจะหาทางแก้ไขได้

หากแต่ผู้เขียนเห็นว่า ปัญหาดังกล่าวมิใช่ปัญหาเฉพาะองค์กรตรวจเงินแผ่นดิน หรือศาลปกครอง เท่านั้น แต่เป็นปัญหาระดับประเทศที่ต้องหารือกันในหลายหน่วยงาน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ควรมีการกำหนดให้มีพระราชบัญญัติบังคับคดีปกครองต่างหาก แต่สำหรับทั่วโลกในปัจจุบันที่เป็นอยู่นั้น ควรมีการบังคับตามสายการบังคับบัญชา โดยให้เป็นอำนาจหน้าที่ของกระทรวงเจ้าสังกัดที่มีอำนาจในการบังคับโทษได้ แต่หากต้องดำเนินการยึดหรืออายัดทรัพย์ ควรเป็นกระบวนการของรัฐ ซึ่งสำหรับประเทศไทยในปัจจุบันอยู่ในอำนาจของกรมบังคับคดี

4. ควรมีการเพิ่มบทบัญญัติเกี่ยวกับบทบาท และอำนาจหน้าที่ของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน ทั้งในส่วนของการตรวจสอบ และการพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังในรัฐธรรมนูญให้ชัดเจนยิ่งขึ้น ดังเช่นในหลาย ๆ ประเทศได้มีการกำหนดอำนาจหน้าที่ขององค์กรตรวจเงินแผ่นดิน (Supreme Audit Institution: SAI) และองค์กรพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังไว้อย่างชัดเจน

6. บทสรุป

การจัดโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ขององค์กรพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยทางงบประมาณของไทยมีความเป็นอิสระเพียงพอแล้วหรือไม่ ? รูปแบบในอนาคตควรเป็นเช่นไร? ถ้ากำหนดรูปแบบในอนาคตได้แล้ว จะพัฒนาปรับปรุงจากปัจจุบันไปสู่รูปแบบในอนาคตอย่างต่อเนื่องได้อย่างไร?

คำถามดังกล่าว ล้วนมีความสำคัญต่อการปฏิรูปกฎหมายเพื่อการเปลี่ยนผ่านของสังคมไทย เนื่องจากวินัยทางงบประมาณและการคลัง เป็นมาตรการสำคัญในการควบคุมตรวจสอบการเงินของรัฐ และปัญหาเกี่ยวกับโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ขององค์กรในการพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังอาจส่งผลกระทบต่อระบบและกระบวนการตรวจสอบควบคุมการใช้อำนาจรัฐในการใช้จ่ายเงินแผ่นดินไม่สัมฤทธิ์ผลซึ่งนำไปสู่ปัญหาการทุจริตและก่อให้เกิดความเสียหายแก่รัฐได้ ดังนั้นจึงควรมีการศึกษา วิเคราะห์ถึงการจัดตั้งองค์กรในการพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังของประเทศไทย เพื่อหาแนวทางปรับปรุง แก้ไข และพัฒนาองค์กรในการพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลังของประเทศไทยให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น และเหมาะสมกับบริบททางสังคม การเมือง การปกครอง ต่อไป

บรรณานุกรม

วิทยานิพนธ์

จิรกิตต์ คงสม, ปัญหาเกี่ยวกับวินัยทางงบประมาณและการคลังในระบบกฎหมายไทย, (น.ม., มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556)

ธนพล โภมารกุล ณ นคร, แนวทางการจัดตั้งศาลวินัยทางงบประมาณและการคลัง, (น.ม., มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2548)

เนตรทราย ตั้งขจรศักดิ์, บทบาทและโครงสร้างของสถาบันการตรวจเงินแผ่นดิน, (น.ม., จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538)

วิรัตน์ สุนทรวิภาต, วินัยทางงบประมาณและการคลัง ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542, (น.ม., คณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550)

ศิริพร ปันประเสริฐ, โครงสร้างของสถาบันการตรวจเงินแผ่นดิน ตามบทบัญญัติรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, (น.ม., มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2544)

สุพร กลัดแพ, *สถานะทางกฎหมายของการกระทำของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน*, (น.ม., มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2551)

สุวิมล นธการกิจกุล, *ความเป็นอิสระของสำนักงานคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน*, (บ.ม., จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2512)

หนังสือ

National Audit Office, *State Audit in the European Union*. (3rded, Heronns gate, December 2005)

บทความ

ไกลกังวล บุญปลูก, *ศาลวินัยทางงบประมาณและการคลังของประเทศไทย*, (วารสารวิชาการศาลปกครอง ฉบับที่ 3 ปีที่ 15 กรกฎาคม – กันยายน 2558)

จารุวรรณ เมณฑกา, *แนวคิดใหม่ในการป้องปรามการทุจริต โดยศาลวินัยทางบัญชี งบประมาณ การเงิน และการคลัง*, (วารสารบริหารธุรกิจ เศรษฐศาสตร์และการสื่อสาร ฉบับที่ 2 ปีที่ 8 เมษายน – กันยายน 2556)

อมร จันทสมบุรณ์, *ข้อพิจารณาในร่างพระราชบัญญัติการตรวจเงินแผ่นดินของรัฐ พ.ศ.*, (วารสารนิติศาสตร์ เล่มที่ 4 ปีที่ 23 ธันวาคม 2536)

อรพิน ผลสุวรรณ สบายรูป, *ศาลวินัยงบประมาณและการคลังฝรั่งเศส*, (รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทสมบุรณ์ หน้า 308-325 กรุงเทพมหานคร : สมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย 2545)

เอื้ออารีย์ อึ้งจะนิล, *ศาลบัญชีกับรัฐสภาของประเทศไทย*, (บทบัณฑิตย เล่ม 65 ตอน 1 มีนาคม 2552)

Word Bank, *Features and function of supreme audit institutions*, (Prem notes Number 59, October, 2011)

เอกสารอื่น ๆ

ประกาศประธานศาลปกครองสูงสุด เรื่อง การจัดตั้งแผนกคดีวินัยการคลังและการงบประมาณในศาลปกครองชั้นต้น, ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 132 ตอนที่ 105 ก, (วันที่ 6 พฤศจิกายน 2558)

ประมวลกฎหมายว่าด้วยศาลทางการคลังประเทศไทย ตามรัฐบัญญัติเลขที่ 95-851 (วันที่ 24 กรกฎาคม 1995)

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542, ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 116 ตอนที่ 115 ก, (วันที่ 18 พฤศจิกายน 2542)

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ,ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 114 ตอนที่ 55 ก, (วันที่ 11 ตุลาคม 2540)

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ,ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 124 ตอนที่ 47 ก, (วันที่ 24 สิงหาคม 2550)

ระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. 2544, ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 118 ตอนที่ 67 ก ,(วันที่ 21 สิงหาคม 2544)

ระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยวิธีพิจารณาความผิดวินัยทางงบประมาณและการคลัง พ.ศ. 2544 และที่แก้ไขเพิ่มเติม, ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 119 ตอนที่ 4 ก, (วันที่ 8 มกราคม 2545)

ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ของคณะกรรมการการร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2558

อรพิน ผลสุวรรณ สบายรูป, *โครงการวิจัยทางวิชาการนิติศาสตร์ เรื่อง วินัยทางงบประมาณและการคลังของไทย*, (โครงการวิจัยทางวิชาการ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2545)

Cameroon, Decree No. 97-49 of 5 March 1997: Organization and Functioning of the Budget and Finance Disciplinary Board

State Audit Office Law of Latvia

Tunisia, Law No. 85-74, 20 July 1985

มาตรการทางกฎหมายเพื่อสร้างความเข้มแข็งในการอนุมัติงบประมาณแผ่นดินของรัฐสภา
Legal measures to reinforce the approval of state budget by the Parliament

ธีรพัฒน์ พิเชฐวงศ์*

บทคัดย่อ

งบประมาณแผ่นดินเป็นเครื่องมือที่สำคัญของฝ่ายนิติบัญญัติในการควบคุมตรวจสอบการบริหารงานและการใช้จ่ายงบประมาณของรัฐบาล แต่โดยที่กระบวนการพิจารณาอนุมัติงบประมาณของรัฐสภายังมีอุปสรรคและข้อจำกัดบางประการตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมายว่าด้วยการเงินการคลังและงบประมาณ ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จึงได้มีข้อเสนอแนะเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายเพื่อสนับสนุนกระบวนการพิจารณาอนุมัติงบประมาณของรัฐสภาให้มีความเหมาะสมและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

คำสำคัญ: งบประมาณแผ่นดิน, รัฐสภา, การอนุมัติงบประมาณ, คณะกรรมาธิการสามัญ, สำนักงานงบประมาณของรัฐสภา, งบประมาณสองขา, ระบบงบประมาณแบบมุ่งเน้นผลงานตามยุทธศาสตร์

Abstract

State budget is a crucial mean of the legislature to control and scrutinize the administration of state affairs, as well as the expenditure of state budget. Nevertheless, the parliamentary processes of annual appropriations approval do not reach their full efficiency due to some restrictions under the Constitution of the Kingdom of Thailand and the laws on monetary, finance, and budget. Thus, this thesis suggests legal measures to support the parliamentary process to consider and approve the annual appropriations bill to be more optimal and efficient.

Keywords: State Budget, Parliament, Approval of State Budget, Standing Committee, Parliamentary Budget Office, Comprehensive Budget, Strategic Performance Based Budgeting

บทนำ

บทความฉบับนี้เป็นการนำเสนอผลการศึกษาในหัวข้อวิทยานิพนธ์ เรื่อง มาตรการทางกฎหมายเพื่อสร้างความเข้มแข็งในการอนุมัติงบประมาณแผ่นดินของรัฐสภา โดยมีขอบเขตของการศึกษาเฉพาะกระบวนการพิจารณาอนุมัติร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณซึ่งเป็นการควบคุมก่อนการใช้จ่าย

* นิติกรชำนาญการ สำนักกฎหมาย สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, นิติศาสตรมหาบัณฑิต (น.ม.) สาขากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, เศรษฐศาสตรมหาบัณฑิต (ศ.ม.) สาขาเศรษฐศาสตร์การศึกษา มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒ.

งบประมาณเท่านั้น ทั้งนี้ ผู้เขียนขอเสนอเนื้อหาโดยแบ่งออกเป็น 3 หัวข้อ ได้แก่ ข้อความคิดว่าด้วยการอนุมัติงบประมาณแผ่นดินโดยรัฐสภา การอนุมัติงบประมาณแผ่นดินโดยรัฐสภาในระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ และปัญหาและแนวทางในการแก้ไขทางกฎหมายเกี่ยวกับการอนุมัติงบประมาณแผ่นดินของรัฐสภาไทย ตามลำดับดังนี้

1. ข้อความคิดว่าด้วยการอนุมัติงบประมาณแผ่นดินโดยรัฐสภา

การปกครองระบอบประชาธิปไตยในระบบรัฐสภามีพื้นฐานทางความคิดที่ว่า อำนาจทางการเมืองหรืออำนาจปกครองนั้นมาจากประชาชน ซึ่งประชาชนมิได้เป็นผู้ใช้อำนาจด้วยตนเองโดยตรง แต่ได้ใช้อำนาจผ่านทางผู้แทนของตนที่เลือกตั้งเข้าไปเป็นผู้แทนราษฎรในรัฐสภา บรรดากฎหมายหรือพระราชบัญญัติต่าง ๆ ที่จะใช้บังคับแก่ราษฎรจึงต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภา ก่อน จากนั้น ฝ่ายบริหารหรือรัฐบาลจึงจะดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายที่รัฐสภาได้ตราขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้จ่ายเงินแผ่นดินอันถือว่าเป็นเงินของประชาชนที่เมื่อรัฐบาลจะนำเงินเหล่านี้มาใช้จ่ายจึงต้องได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาซึ่งเป็นผู้แทนของประชาชนก่อน กล่าวคือต้องมีกฎหมายรองรับโดยการตราเป็นพระราชบัญญัติ ซึ่งประเทศอังกฤษถือเป็นแม่แบบที่ทำให้เกิดหลักการทั่วไปทางการคลังเกี่ยวกับงบประมาณแผ่นดินที่ยึดถือกันในประเทศที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตย คือ หลักการที่ว่า “ฝ่ายบริหารจะเก็บเงินจากราษฎรไม่ได้และจะจ่ายเงินก็ไม่ได้ เว้นไว้แต่โดยอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ”¹ หรือที่เรียกกันว่า “หลักความยินยอม”

งบประมาณแผ่นดินมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการบริหารราชการของประเทศ เนื่องจากรัฐบาลสามารถนำงบประมาณแผ่นดินไปใช้เป็นเครื่องมือเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ต่าง ๆ ได้แก่ การกำหนดนโยบายทางเศรษฐกิจ การส่งเสริมและพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศ การกระจายรายได้ให้เกิดความเป็นธรรมในระหว่างประชาชนและการรักษาเสถียรภาพทางเศรษฐกิจและการคลังของประเทศ รวมทั้ง งบประมาณแผ่นดินยังเป็นเครื่องมือที่สำคัญของฝ่ายนิติบัญญัติในการควบคุมตรวจสอบการบริหารงานและการใช้จ่ายงบประมาณของรัฐบาลให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและป้องกันมิให้เกิดการทุจริตขึ้นได้

รัฐสภาหรือฝ่ายนิติบัญญัติเป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่ในด้านการตรากฎหมาย การควบคุมการบริหารราชการแผ่นดิน และในทางการคลังรัฐสภามีภารกิจที่สำคัญในการควบคุมและตรวจสอบการใช้จ่ายงบประมาณแผ่นดิน ได้แก่ การควบคุมก่อนการใช้จ่ายงบประมาณ โดยการพิจารณาอนุมัติร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และการควบคุมภายหลังการใช้จ่ายงบประมาณ โดยการติดตามและตรวจสอบการใช้จ่ายงบประมาณโดยคณะกรรมการของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าการควบคุมตรวจสอบงบประมาณแผ่นดินโดยรัฐสภาไทยจะเป็นไปตามหลักความยินยอมในการจ่ายเงินแผ่นดินโดยรัฐสภา ดังที่ได้บัญญัติหลักการดังกล่าวไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 หมวด 8 การเงิน การคลังและงบประมาณ มาตรา 166 และหลักเกณฑ์ตามกฎหมายในการ

¹ วิวัฒน์ไชย ไชยยันต์, พระองค์เจ้า, *กฎหมายการคลัง*, (พระนคร, โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมือง, 2484), หน้า 6 - 8.

จ่ายเงินแผ่นดิน ดังที่ได้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 169 วรรคหนึ่ง แต่โดยที่กระบวนการพิจารณาอนุมัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี และการติดตามตรวจสอบการใช้จ่ายงบประมาณของรัฐสภายังไม่สามารถดำเนินการได้อย่างมีประสิทธิภาพเท่าที่ควรตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และกฎหมายว่าด้วยการเงิน การคลังและงบประมาณกำหนด

ดังนั้น วิทยานิพนธ์ฉบับนี้ จึงมุ่งศึกษาถึงมาตรการทางกฎหมายการคลังของประเทศไทยที่มีอยู่อย่างคงเอื้ออำนวยและมีผลในทางปฏิบัติต่อการควบคุมตรวจสอบการใช้จ่ายงบประมาณแผ่นดินของรัฐสภาในปัจจุบันหรือไม่อย่างไร ทั้งนี้ เพื่อให้ทราบถึงปัญหาและข้อจำกัดทางกฎหมายเกี่ยวกับกระบวนการพิจารณาอนุมัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีของรัฐสภา และศึกษาเปรียบเทียบแนวคิด หลักการพื้นฐานและมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการพิจารณาอนุมัติงบประมาณแผ่นดินในระบบกฎหมายต่างประเทศ และนำผลการศึกษามาใช้เป็นแนวทางในการปรับปรุงกฎหมายของไทย เพื่อให้การพิจารณาอนุมัติงบประมาณแผ่นดินของรัฐสภา มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น และเป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญได้อย่างแท้จริง

2. การอนุมัติงบประมาณแผ่นดินโดยรัฐสภาในระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ

การกำหนดมาตรการทางกฎหมายเพื่อให้การอนุมัติงบประมาณแผ่นดินของรัฐสภาไทยมีความเหมาะสมและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นนั้น ผู้เขียนได้ศึกษาแนวคิดและหลักการพื้นฐานที่สำคัญเกี่ยวกับการอนุมัติงบประมาณแผ่นดินโดยรัฐสภาในระบบกฎหมายไทยและต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ฝรั่งเศส และสหรัฐอเมริกา ซึ่งเป็นประเทศที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตยในระบบรัฐสภา และมีวิวัฒนาการของระบบการเมือง การปกครองและสังคมอันต่อเนื่องและยาวนานในการพัฒนาแนวความคิดและทฤษฎีในทางกฎหมายมหาชนเกี่ยวกับบทบาทและอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนในการควบคุมตรวจสอบงบประมาณแผ่นดินของฝ่ายบริหาร รวมทั้ง เป็นประเทศแม่แบบและมีอิทธิพลต่อพัฒนาการของการควบคุมตรวจสอบงบประมาณแผ่นดินของรัฐสภาไทย ดังนี้

2.1 การอนุมัติงบประมาณแผ่นดินโดยรัฐสภาในระบบกฎหมายไทย

กระบวนการพิจารณาอนุมัติงบประมาณของรัฐสภาไทยจะเริ่มขึ้นภายหลังจากที่ร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณได้ผ่านการพิจารณาและได้รับความเห็นชอบจากคณะรัฐมนตรี ตามที่สำนักงบประมาณได้จัดเตรียมและนำเสนอเอกสารงบประมาณแล้วตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 มาตรา 15 จากนั้นคณะรัฐมนตรีก็จะนำร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวเสนอต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาอนุมัติ โดยจะเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรเพื่อพิจารณาก่อนตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 142 วรรคสี่

ในการพิจารณาอนุมัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีของรัฐสภาจะต้องดำเนินการตามหลักเกณฑ์และวิธีการตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎรและข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา หน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติในการอนุมัติงบประมาณเริ่มต้นตั้งแต่เมื่อสภาผู้แทนราษฎรได้รับร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวจากฝ่ายบริหารมาจนกระทั่งถึงขั้นที่มีการออกเป็นพระราชบัญญัติเพื่อบังคับใช้เป็นกฎหมาย ซึ่งโดยทั่วไปการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาจะกระทำเป็นสามวาระ และมีการตั้งคณะกรรมการวิสามัญ

ของแต่ละสภาขึ้นเพื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวซึ่งจะมีบทบาทที่สำคัญอย่างยิ่งในการพิจารณากลับกรองคืนรายละเอียดของร่างพระราชบัญญัติทั้งในเชิงคุณภาพและเชิงปริมาณทั้งหมดแทนสภา

ทั้งนี้ โดยกระบวนการพิจารณาอนุมัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีของรัฐสภานั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 168 ได้บัญญัติหลักการในเรื่องดังกล่าวไว้ว่า ร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ สภาผู้แทนราษฎรจะต้องวิเคราะห์และพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 105 วันนับแต่วันที่ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมาถึงสภาผู้แทนราษฎร ถ้าสภาผู้แทนราษฎรพิจารณาร่างพระราชบัญญัตินั้นไม่แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลาดังกล่าว ให้ถือว่าสภาผู้แทนราษฎรได้ให้ความเห็นชอบในร่างพระราชบัญญัตินั้นและให้เสนอร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวต่อวุฒิสภา ในการพิจารณาของวุฒิสภาจะต้องให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบภายใน 20 วันนับแต่วันที่ร่างพระราชบัญญัตินั้นมาถึงวุฒิสภา โดยจะแก้ไขเพิ่มเติมใด ๆ มิได้ ถ้าพ้นกำหนดเวลาดังกล่าวให้ถือว่าวุฒิสภาได้ให้ความเห็นชอบในร่างพระราชบัญญัตินั้นในกรณีเช่นนี้ และในกรณีที่วุฒิสภาให้ความเห็นชอบ ให้ดำเนินการต่อไปตามมาตรา 150 กล่าวคือร่างพระราชบัญญัติที่ได้รับความเห็นชอบของรัฐสภาแล้ว ให้นายกรัฐมนตรีนำขึ้นทูลเกล้าทูลกระหม่อมถวายภายใน 20 วันนับแต่วันที่ได้รับร่างพระราชบัญญัตินั้นจากรัฐสภา เพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย และเมื่อประกาศในราชกิจจานุเบกษาแล้วให้ใช้บังคับเป็นกฎหมายได้ ถ้าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าววุฒิสภาไม่เห็นชอบด้วย ให้นำบทบัญญัติมาตรา 148 วรรคสอง มาใช้บังคับโดยอนุโลม และในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจะแปรญัตติเพิ่มเติมรายการหรือจำนวนในรายการมิได้ แต่อาจแปรญัตติในทางลดหรือตัดทอนรายจ่ายซึ่งมิใช่รายจ่ายตามข้อผูกพันอย่างใดอย่างหนึ่ง ได้แก่ เงินสงฆ์ ๓๓ เงินกู้ ดอกเบี้ยเงินกู้ และเงินที่กำหนดให้จ่ายตามกฎหมาย

2.2 การอนุมัติงบประมาณแผ่นดินโดยรัฐสภาในระบบกฎหมายต่างประเทศ

2.2.1 การอนุมัติงบประมาณแผ่นดินโดยรัฐสภาในประเทศอังกฤษ

รัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรของประเทศอังกฤษได้วางหลักการที่สำคัญเกี่ยวกับการอนุมัติงบประมาณแผ่นดินของรัฐสภาไว้ว่า ข้อเสนอเกี่ยวกับการเงินของรัฐต้องมาจากคณะรัฐมนตรีและต้องเสนอต่อสภาสามัญเพื่อพิจารณาอนุมัติ และการเก็บภาษีหรือการใช้จ่ายเงินแผ่นดินต้องตราเป็นพระราชบัญญัติ โดยอำนาจในการพิจารณาอนุมัติเป็นของรัฐสภา แต่สภาขุนนางไม่สามารถแปรญัตติร่างพระราชบัญญัติการเงินหากแต่ทำได้เพียงให้คำรับรองหรือไม่รับรองเท่านั้น² ทั้งนี้ ในประเทศอังกฤษการเสนอขออนุมัติงบประมาณแผ่นดินประจำปีต้องเสนอวิธีการหารายได้และการกู้มาใช้จ่ายเพื่อเป็นการขออนุมัติ ซึ่งจะทำให้ประชาชนได้รับทราบถึงการใช้จ่ายของรัฐบาลและภาระหน้าที่ที่เพิ่มขึ้นอีกด้วย³ การที่ประเทศอังกฤษกำหนดให้รัฐบาลเสนองบประมาณรายจ่ายประจำปีพร้อมกับวิธีการหารายได้ก็เพื่อต้องการให้รัฐสภาในฐานะตัวแทนของประชาชนทำหน้าที่ควบคุมดูแลการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐบาลเกี่ยวกับการใช้จ่ายเงินแผ่นดิน และการที่กำหนดให้ต้องเสนอขออนุมัติต่อ

² นิพนธ์ โลหะกุลวิช, ประวัติความเป็นมาและสาระสำคัญของหลักการห้ามฝ่ายนิติบัญญัติริเริ่มกำหนดรายจ่ายแผ่นดินในสหราชอาณาจักร, (วารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่ 1 ปีที่ 26 (มีนาคม 2541)), หน้า 32 - 33.

³ อรรถ ธรรมโน, *ความรู้ทั่วไปทางการคลัง*, (กรุงเทพมหานคร, โรงพิมพ์บริษัทพิธจำกัด, 2518), หน้า 55.

รัฐสภาทุกปีก็เพื่อให้รัฐสภาได้ตรวจสอบว่ารัฐบาลมีการใช้จ่ายเงินและจัดหารายได้มาใช้จ่ายในทางที่เหมาะสมหรือไม่ รวมทั้งเพื่อจะได้ตรวจสอบและรับทราบว่ารัฐบาลมีการใช้จ่ายเพื่อกิจการพิเศษหรือเพื่อนโยบายพิเศษประการใด ทั้งนี้ งบประมาณที่เสนอมจะมีลักษณะของ “งบประมาณรวมยอด” (Unified Budget) อันประกอบด้วย งบประมาณการด้านรายจ่าย และข้อเสนอเกี่ยวกับภาษีอากร และการกู้เงินมาใช้จ่าย พร้อมกันนั้นรัฐบาลต้องดำเนินการเสนอเอกสารประกอบโดยแสดงให้รัฐสภาได้เห็นถึงภาพรวมของแผนการใช้จ่ายในระยะยาว รวมทั้งตัวเลขหลักในงบประมาณรายรับ คือ อัตราภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา ภาษีเงินได้นิติบุคคล ภาษีรถยนต์ ภาษีสรรพสามิตและเบี่ยประกันแห่งชาติ ซึ่งจะถูกลงนามพร้อมทั้งร่างกฎหมายเกี่ยวกับภาษี (Finance Bill) โดยกฎหมายนี้จะให้อำนาจในการกำหนดอัตราภาษีหรือการเปลี่ยนแปลงทางภาษีต่าง ๆ⁴

สำหรับบทบาทและอำนาจของรัฐสภาในการพิจารณาอนุมัติงบประมาณแผ่นดินนั้น กระบวนการพิจารณาอนุมัติงบประมาณแผ่นดินโดยสภาสามัญของรัฐสภาอังกฤษจะกระทำเป็น 3 วาระ ในวาระที่หนึ่ง เลขานุการรัฐสภาจะนำร่างพระราชบัญญัตินั้นมาแถลงอย่างเป็นทางการต่อที่ประชุมสภาสามัญเพื่อรับทราบ⁵ และในวาระที่สอง เป็นการพิจารณาขั้นรับหลักการและขั้นคณะกรรมการธิการ โดยคำแถลงงบประมาณประกอบด้วย การคาดการณ์สถานการณ์ทางเศรษฐกิจของประเทศ แผนการใช้จ่ายเงินและประโยชน์ที่ประชาชนจะได้รับ และมาตรการในการหาเงินมาใช้จ่ายตามแผน⁶ และเมื่อการเสนอแถลงการณ์จบลงข้อเสนอเกี่ยวกับการทบทวนภาษีบางรายการจะมีผลชั่วคราวโดยทันทีตามที่รัฐบาลเสนอโดยไม่มีกรอภิปรายหรือแก้ไขประการใด⁷ จากนั้นเมื่อสภาสามัญได้ลงมติรับหลักการแห่งร่างพระราชบัญญัติงบประมาณแล้วก็จะป็นขั้นคณะกรรมการธิการ ซึ่งที่ประชุมสภาสามัญตั้งขึ้นเพื่อพิจารณางบประมาณรายจ่ายของหน่วยงานต่าง ๆ⁸ โดยที่ประชุมสภาสามัญจะแปรสภาพเป็นคณะกรรมการเต็มสภา ซึ่งประกอบด้วยสมาชิกสภาสามัญทุกคนเป็นกรรมการทำหน้าที่พิจารณา โดยแบ่งออกเป็น 2 ขั้นตอน คือ คณะกรรมการรายจ่าย (Committee of Supply) ซึ่งทำหน้าที่พิจารณาประมาณการรายจ่ายและลงมติกำหนดจำนวนเงินรายจ่ายประจำปี โดยในขั้นนี้กรรมการแต่ละคนสามารถขอแปรญัตติตัดทอนรายการ หรือลดระดับเพดานเงินได้ตามความเหมาะสม⁹ และเมื่อพิจารณาเสร็จแล้วก็จะส่งร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวกลับไปให้สภาสามัญพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง เมื่อเห็นชอบแล้วก็จะส่งร่างนี้ไปยังคณะกรรมการรายได้ (Committee of Ways and Means) ซึ่งเป็นคณะกรรมการเต็มสภา คือ ที่ประชุมสภาแปรสภาพเป็นคณะกรรมการรายได้ คณะกรรมการนี้จะพิจารณารายละเอียดของโครงการต่าง ๆ และรับรอง

⁴ จักราวดี อนุโยธา, แนวทางในการกำหนดมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการงบประมาณแผ่นดิน: ศึกษากรณีการอนุมัติงบประมาณรายรับและรายจ่าย, (น.ม., จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544), หน้า 90 - 94.

⁵ ประสิน โสภณบุญ, วิธีการและวงจรงบประมาณแผ่นดินเปรียบเทียบ (ระหว่างประเทศไทย - อังกฤษ และสหรัฐอเมริกา), (กรุงเทพมหานคร, สำนักพิมพ์ เวอร์สเทิลิตี้, 2527), หน้า 36.

⁶ อริญ ธรรมโม, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 3*, หน้า 57 - 58.

⁷ จักราวดี อนุโยธา, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, หน้า 95 - 96.

⁸ Paul Silk & Rhodri Walters, *How Parliament works*, (New York, Longman, 1995), p.168.

⁹ นิพนธ์ โลหะกุลวิช, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, หน้า 18 - 19, 36.

รายงานว่าจำเป็น รวมทั้ง พิจารณาแหล่งที่มาของรายได้ว่าควรจะมาจกแหล่งใดบ้าง ระบบภาษีอากรควรเป็นอย่างไร ควรมีการเปลี่ยนแปลงอัตราภาษีหรือไม่ และเมื่อพิจารณาเสร็จแล้วก็ส่งกลับไปให้สภาสภามัญพิจารณาเป็นครั้งสุดท้ายในวาระที่สามเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ หลังจากนั้นจึงจะนำเข้าสู่การพิจารณาของสภานางต่อไป¹⁰ ซึ่งสภานางจะพิจารณาโดยกระบวนการเช่นเดียวกับสภาสภามัญ ในกรณีที่สภานางเห็นชอบด้วย หรือสภานางคัดค้านหรือแก้ไข และสภาสภามัญยอมรับกับการแก้ไขเพิ่มเติมของสภานางนั้น ก็ให้นำขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายเพื่อให้พระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยและประกาศในราชกิจจานุเบกษาใช้บังคับเป็นกฎหมายต่อไป¹¹

2.2.2 การอนุมัติงบประมาณแผ่นดินโดยรัฐสภาในประเทศฝรั่งเศส

กระบวนการพิจารณาอนุมัติงบประมาณแผ่นดินของรัฐสภาฝรั่งเศส รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 มาตรา 47 ได้บัญญัติให้รัฐสภามีอำนาจในการควบคุมงบประมาณรายจ่ายของรัฐบาลโดยการพิจารณาลงมติอนุมัติร่างพระราชบัญญัติกำหนดรายได้และรายจ่าย ตามเงื่อนไขและภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนดโดยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ และมาตรา 39 ได้บัญญัติว่าก่อนที่สภาผู้แทนราษฎร จะพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีจะต้องนำร่างกฎหมายดังกล่าวไปให้คณะกรรมการการคลังในทันที ซึ่งเป็นคณะกรรมการประจำ ประกอบด้วยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรที่มีความรู้และประสบการณ์ที่สามารถวิพากษ์วิจารณ์งบประมาณที่จัดทำโดยรัฐบาลได้อย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อพิจารณาโดยละเอียดก่อน พร้อมให้ข้อเสนอแนะเพื่อปรับปรุงแก้ไขงบประมาณในรายการต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับความต้องการของประชาชน เนื่องจากกฎหมายงบประมาณเป็นเรื่องในทางเทคนิคและมีความสลับซับซ้อนมาก โดยคณะกรรมการดังกล่าวจะเป็นคณะกรรมการชุดเดียวที่จะพิจารณาทั้งรายได้และรายจ่ายของประเทศ ซึ่งจะทำให้มีความสะดวกและเป็นการประสานการใช้จ่ายและจัดหารายได้ของประเทศให้อยู่ในลักษณะที่เหมาะสมและมีดุลยภาพ¹²

ในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณแผ่นดินของรัฐสภาฝรั่งเศส รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังจะเป็นผู้แถลงต่อที่ประชุมสภา และเมื่อการรายงานคำชี้แจงของคณะกรรมการการคลังเสร็จแล้วจึงเป็นการเปิดอภิปรายของที่ประชุมสภา โดยที่ประชุมสภาจะมีการลงมติเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติงบประมาณแผ่นดินประจำปีทั้งสองส่วน ได้แก่ การกำหนดกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับรายได้ และในส่วนของรายจ่าย ต่อจากนั้นจึงมีการลงมติร่างพระราชบัญญัติงบประมาณแผ่นดินประจำปีทั้งฉบับ และส่งร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวไปยังวุฒิสภาเพื่อพิจารณา โดยมีกระบวนการพิจารณาที่ไม่แตกต่างกันกับการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งร่างกฎหมายทุกฉบับจะต้องผ่านการอนุมัติของทั้งสองสภา และแต่ละสภาจะต้องลงมติในร่างกฎหมายที่มีเนื้อความเหมือนกันทุกประการ ทั้งนี้ หากวุฒิสภาเห็นชอบด้วยกับร่างพระราชบัญญัติ

¹⁰ ประสิน โสภณบุญ, *อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 5*, หน้า 36 - 37.

¹¹ Central Office of Information, *The British Parliament*, (Printed in England for Her Majesty's Stationery Office by Page Bros., (Norwich) Ltd., 1971), pp.21 - 23, 98 - 94. และดู วิทยา นภาศิริกุล, *ระบบการเมืองอังกฤษ*, (กรุงเทพมหานคร, โรงพิมพ์คุรุสภาลาดพร้าว, 2515), หน้า 87.

¹² จินตมัย อมาตยกุล, *คำบรรยายชั้นปริญญาตรีวิชาการคลัง*, (พระนคร, โรงพิมพ์อักษรประเสริฐ, 2494), หน้า 233.

งบประมาณแผ่นดินประจำปีที่ผ่านการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรแล้วก็จะประกาศเป็นกฎหมายให้มีผลใช้บังคับต่อไป

2.2.3 การอนุมัติงบประมาณแผ่นดินโดยรัฐสภาในประเทศสหรัฐอเมริกา

ในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีการปกครองโดยประธานาธิบดีซึ่งแบ่งแยกอำนาจระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายบริหารอย่างเด็ดขาด รัฐสภาจึงมีบทบาทและอำนาจในการพิจารณาอนุมัติงบประมาณแผ่นดินที่ฝ่ายบริหารเป็นผู้นำเสนอได้อย่างกว้างขวาง กล่าวคือ รัฐสภามีอำนาจตัดทอนรายจ่ายหรือรายได้ของรัฐบาลได้อย่างเต็มที่ ซึ่งจะมีความแตกต่างกับในประเทศอังกฤษและฝรั่งเศสที่รัฐสภาไม่มีอำนาจที่จะเพิ่มเติมรายจ่ายหรือลดรายได้โดยไม่ได้ได้รับความเห็นชอบจากรัฐบาลก่อน นอกจากนี้ การอนุมัติงบประมาณแผ่นดินของรัฐสภาอเมริกามีผลเป็นการให้อำนาจรัฐบาลใช้จ่ายเงินและจัดการเก็บรายได้ซึ่งรวมทั้งภาษีอากร แต่จะมีวิธีการที่แตกต่างจากในประเทศอังกฤษและฝรั่งเศสที่การอนุมัติงบประมาณเป็นการให้อำนาจรัฐบาลเพิ่มหรือลดภาษีอากรในปีหนึ่ง ๆ ด้วย อันมีลักษณะเป็นการอนุมัติประจำปี แต่ในประเทศสหรัฐอเมริการอนุมัติงบประมาณมิได้เป็นการให้อำนาจรัฐบาลเพิ่มหรือลดอัตราภาษีอากรไปด้วย การเพิ่มหรือลดอัตราภาษีอากรจะเสนอเป็นกฎหมายต่างหากเช่นเดียวกับในประเทศไทย กล่าวคือ การพิจารณาอนุมัติงบประมาณจะมีลักษณะเป็น Annual Vote แต่สำหรับการอนุมัติเกี่ยวกับภาษีอากรจะมีลักษณะเป็นการอนุมัติให้อำนาจถาวร คือ การอนุมัติครั้งหนึ่ง ๆ จะมีผลตลอดไปจนกว่าจะได้มีการเปลี่ยนแปลงโดยการอนุมัติครั้งใหม่ และการพิจารณางบประมาณแผ่นดินของรัฐสภาอเมริกายังอยู่ภายใต้หลักการยืนยันร่วมกันของทั้งสองสภา โดยงบประมาณแผ่นดินจะมีลักษณะเป็นงบประมาณรวมยอด ซึ่งแสดงถึงภาพรวมของฐานะทางการคลังของรัฐบาลทุกด้านทั้งด้านรายรับและรายจ่ายในทุกกิจกรรมที่จะทำให้รัฐสภาสามารถพิจารณาเกี่ยวกับดุลยภาพของงบประมาณแผ่นดินได้¹³ รวมทั้ง รัฐสภาของสหรัฐอเมริกาได้มีการจัดตั้งสำนักงานงบประมาณรัฐสภา (Congressional Budget Office: CBO) ขึ้นเพื่อทำหน้าที่จัดเตรียมและวิเคราะห์ข้อมูลงบประมาณให้กับรัฐสภา และพิจารณากำหนดงบประมาณรายจ่ายและอัตราภาษี ตลอดจนกลไกของรัฐสภาที่จะควบคุมการใช้อำนาจของประธานาธิบดีในการชะลอหรือเลื่อนงบประมาณ ซึ่งทำให้การใช้จ่ายเงินงบประมาณของฝ่ายบริหารได้มีการตรวจสอบการใช้จ่ายได้อย่างรัดกุม และเป็นการช่วยเหลือรัฐสภาในการพิจารณาอนุมัติงบประมาณแผ่นดินได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น¹⁴

สำหรับการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณแผ่นดินของรัฐสภาอเมริกัน เมื่อสภาผู้แทนราษฎรได้รับร่างพระราชบัญญัติงบประมาณแผ่นดินพร้อมกับการแถลงนโยบายงบประมาณของฝ่ายบริหารแล้ว ก็จะส่งเอกสารงบประมาณให้แก่คณะกรรมการจัดสรรงบประมาณ (Appropriation Committee) ซึ่งเป็นคณะกรรมการสามัญประจำสภา (Standing Committee) อันประกอบด้วยสมาชิกซึ่งคัดเลือกตามอัตราส่วนจากสมาชิกพรรค

¹³ Robert Keith, *A Brief Introduction to the Federal Budget Process*, (CRS Report for Congress (69 - 912 GOV), (November 1996)), p.11 - 12.

¹⁴ สมชาติ ธรรมศิริ และ สุภิญญา หอมชื่นชม, *สำนักงานงบประมาณรัฐสภา*, (จุลสารรัฐสภา, 3 (กันยายน 2538)), หน้า 42, 46.

การเมืองเสียงข้างมากและสมาชิกพรรคการเมืองเสียงข้างน้อยในสภา¹⁵ ทำการพิจารณาศึกษาก่อนแล้วจึงรายงานต่อสภาผู้แทนราษฎร และจะเริ่มพิจารณางบประมาณทั้งภาค ซึ่งหมายรวมถึงรายได้และรายจ่ายในเชิงมหภาค และเป็นผู้พิจารณาและเสนอรายงานการวางแผนและเป้าหมายเกี่ยวกับงบประมาณภายหลังจากที่สภาผู้แทนราษฎรได้รับเอกสารงบประมาณจากประธานาธิบดี¹⁶ จากนั้น เมื่อคณะกรรมการพิจารณาจ่ายและรายได้ของสภาผู้แทนราษฎรได้ตกลงผ่านร่างพระราชบัญญัติงบประมาณแผ่นดินแล้ว ก็จะเสนอมาให้สภาผู้แทนราษฎรพิจารณาอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งจะได้มีการอภิปรายข้อเสนอของคณะกรรมการ หรือแสดงความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบในรายการต่าง ๆ โดยการพิจารณาจะกระทำเป็นสามวาระเพื่อประโยชน์ในการตรวจรายละเอียดของงบประมาณให้ถี่ถ้วน และเมื่อลงมติรับรองในวาระที่สามแล้วก็จะเสนอร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวไปให้วุฒิสภาพิจารณาต่อไป โดยวุฒิสภาก็จะเริ่มพิจารณาร่างพระราชบัญญัตินี้ในลักษณะเดียวกันกับการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร¹⁷ กล่าวคือ วุฒิสภาจะส่งร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวให้คณะกรรมการจัดสรรงบประมาณของวุฒิสภาทำการพิจารณาโดยมีคณะอนุกรรมการเป็นผู้ช่วยเหลือ จากนั้น เมื่อคณะกรรมการพิจารณาเสร็จแล้วก็จะรายงานต่อวุฒิสภา และสมาชิกวุฒิสภาจะทำการพิจารณาและลงมติให้ความเห็นชอบ¹⁸ ทั้งนี้ วุฒิสภามีอำนาจในการพิจารณาอนุมัติงบประมาณและร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการเงินมากเทียบเท่าหรือสูงกว่าสภาผู้แทนราษฎร และมักจะแก้ไขหรือเปลี่ยนแปลงรายการในร่างพระราชบัญญัติงบประมาณแผ่นดินเสมอ ในบางกรณีก็อาจไม่รับหลักการแห่งร่างพระราชบัญญัติ ซึ่งแตกต่างกับในประเทศอังกฤษและประเทศไทยที่วุฒิสภามีอำนาจในการพิจารณาอนุมัติงบประมาณของประเทศไม่มากนัก¹⁹ และเมื่อวุฒิสภาได้พิจารณาเสร็จแล้วก็จะส่งไปให้ประธานาธิบดีในขั้นสุดท้าย แต่ถ้ามีความคิดเห็นที่ขัดแย้งกันขึ้นระหว่างวุฒิสภาและสภาผู้แทนราษฎรแล้ว ก็จะมีการจัดตั้งคณะกรรมการผสมวิสามัญ (Conference Committee) ทำการพิจารณาไกล่เกลี่ยและต่อรองเพื่อหาข้อยุติที่จะเป็นประโยชน์ต่อประชาชนเป็นส่วนรวม²⁰ จากนั้นเมื่อรัฐสภาได้ให้ความเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติงบประมาณแผ่นดินหรือได้ผ่านการประนีประนอมระหว่างสมาชิกทั้งสองสภาแล้ว ร่างพระราชบัญญัตินั้นจะถูกส่งไปยังประธานาธิบดีพิจารณาลงนามอนุมัติเพื่อประกาศใช้ร่างพระราชบัญญัติงบประมาณแผ่นดินให้เป็นกฎหมายต่อไป²¹

3. ปัญหาและแนวทางในการแก้ไขทางกฎหมายเกี่ยวกับการอนุมัติงบประมาณแผ่นดินของรัฐสภาไทย

สำหรับประเทศไทย รัฐสภาในฐานะที่เป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ และมีบทบาทหน้าที่ที่สำคัญอย่างยิ่งในการถ่วงดุลอำนาจและควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินตามหลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of

¹⁵ Burkhead, Jesse, *Government Budgeting*, (New York, John Wiley & Sons, 1962), p.97.

¹⁶ Peter woll, *Constitutional Democracy: Policies and Politics*, (boston, Little Brown and Company, 1982), p.360.

¹⁷ จินตมัย อมาตยกุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12*, หน้า 232 - 233.

¹⁸ สมบัติ อารังธัญวงศ์, *การเมืองอเมริกา*, (พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพมหานคร, สำนักพิมพ์เสมาธรรม, 2542), หน้า 127 - 128.

¹⁹ จินตมัย อมาตยกุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12*, หน้า 231 - 232.

²⁰ ประสสิน โสภณบุญ, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5*, หน้า 25 - 26.

²¹ จินตมัย อมาตยกุล, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 12*, หน้า 232 - 233.

Powers) แต่โดยที่กระบวนการในการพิจารณาอนุมัติงบประมาณประจำปีของรัฐสภายังไม่สามารถดำเนินการเพื่อควบคุมการใช้จ่ายเงินงบประมาณแผ่นดินของรัฐสภาได้อย่างเต็มประสิทธิภาพตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และกฎหมายว่าด้วยการเงิน การคลังและงบประมาณกำหนด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง จากการศึกษา รูปแบบและกระบวนการพิจารณาอนุมัติงบประมาณประจำปีของรัฐสภาแล้ว พบว่ายังมีอุปสรรคและข้อจำกัดทางกฎหมายบางประการที่ทำให้กระบวนการพิจารณาอนุมัติงบประมาณแผ่นดินของรัฐสภาในฐานะองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติยังขาดประสิทธิภาพและประสิทธิผลเท่าที่ควร อันเนื่องมาจากเหตุผลที่สำคัญ รวม 4 ประการ พร้อมนี้ผู้เขียนจึงได้มีข้อเสนอแนะเกี่ยวกับมาตรการทางกฎหมายเพื่อเสริมสร้างและสนับสนุนกระบวนการพิจารณาอนุมัติงบประมาณแผ่นดินของรัฐสภาให้มีความเหมาะสมและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ดังนี้

ประการที่หนึ่ง ข้อจำกัดเกี่ยวกับกำหนดระยะเวลาในการพิจารณาอนุมัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีของรัฐสภาตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 168 ที่กำหนดให้ร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ สภาผู้แทนราษฎรจะต้องวิเคราะห์และพิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน 105 วันนับแต่วันที่ร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมาถึงสภาผู้แทนราษฎร และวุฒิสภาจะต้องให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบภายใน 20 วันนับแต่วันที่ร่างพระราชบัญญัตินั้นมาถึงวุฒิสภา ซึ่งเอกสารสำหรับประกอบการพิจารณางบประมาณที่รัฐบาลเสนอต่อสภาเพื่อพิจารณาอนุมัติมีเป็นจำนวนมาก และต้องใช้เวลาในการพิจารณาศึกษาและทำความเข้าใจ โดยเฉพาะในขั้นการพิจารณาของคณะกรรมการวิสามัญที่สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาแต่งตั้งขึ้น จะต้องดำเนินการพิจารณางบประมาณในรายละเอียดของส่วนราชการต่าง ๆ จึงทำให้สภาไม่สามารถพิจารณางบประมาณได้โดยละเอียดและรอบคอบเท่าที่ควร เนื่องจากการพิจารณางบประมาณต้องดำเนินการอย่างเร่งรีบเพื่อให้ทันกับระยะเวลาตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด ประกอบกับการกำหนดระยะเวลาในการเสนอร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีของฝ่ายบริหารตามที่พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 มาตรา 15 ได้กำหนดให้ผู้อำนวยความสะดวกสำนักงานงบประมาณเสนองบประมาณประจำปีต่อนายกรัฐมนตรี เพื่อคณะรัฐมนตรีเสนอต่อรัฐสภาเป็นเวลาอย่างน้อย 2 เดือน ก่อนวันเริ่มปีงบประมาณ ซึ่งไม่สอดคล้องกับกำหนดระยะเวลาในการพิจารณาอนุมัติงบประมาณของสภาตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 168 ดังกล่าว

ดังนั้น จึงสมควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 ดังนี้

(1) สมควรกำหนดเพิ่มระยะเวลาในการพิจารณาอนุมัติงบประมาณของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 168 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง เป็นดังนี้ “กำหนดให้สภาผู้แทนราษฎรจะต้องวิเคราะห์และพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ ให้แล้วเสร็จภายในหนึ่งร้อยยี่สิบวันนับแต่วันที่ร่างพระราชบัญญัตินี้มาถึงสภาผู้แทนราษฎร” ซึ่งจะทำให้สภาผู้แทนราษฎรได้พิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีตามที่คณะรัฐมนตรีเสนอต่อรัฐสภาภายในวันที่ 1 เมษายน และส่งให้วุฒิสภาพิจารณาให้ความเห็นชอบต่อไป งบประมาณภายในวันที่ 31 กรกฎาคม รวมระยะเวลาในการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎร ประมาณ 4 เดือน และ “กำหนดให้ในการพิจารณาของวุฒิสภา วุฒิสภาจะต้องให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ร่างพระราชบัญญัติ

นั้นมาถึงวุฒิสภา” ซึ่งจะทำให้วุฒิสภาได้พิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีตามที่สภาผู้แทนราษฎรเสนอ ประมาณวันที่ 1 สิงหาคม รวมระยะเวลาในการพิจารณาของวุฒิสภา ประมาณ 1 เดือน

(2) สมควรแก้ไขเพิ่มเติมความในมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 เกี่ยวกับกำหนดระยะเวลาในการเสนองบประมาณประจำปีของคณะรัฐมนตรีต่อรัฐสภา เป็นดังนี้ “ให้ผู้อำนวยการสำนักงานงบประมาณเสนองบประมาณประจำปีต่อนายกรัฐมนตรี เพื่อคณะรัฐมนตรีเสนอต่อรัฐสภาเป็นเวลาอย่างน้อยหกเดือนก่อนวันเริ่มปีงบประมาณนั้น” ทั้งนี้ เพื่อให้การกำหนดระยะเวลาในการเสนองบประมาณประจำปีของคณะรัฐมนตรีต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาอนุมัติตามมาตรา 15 มีความสอดคล้องกับการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 168 วรรคหนึ่ง และวรรคสาม ดังกล่าว ซึ่งรวมระยะเวลาในขั้นตอนที่นายกรัฐมนตรีนำร่างพระราชบัญญัติที่ได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาขึ้นทูลเกล้าฯ ถวายภายใน 20 วันนับแต่วันที่ได้รับร่างพระราชบัญญัตินั้นจากรัฐสภา เพื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา 150 ไว้ด้วยแล้ว ดังนั้น จึงทำให้ผู้อำนวยการสำนักงานงบประมาณต้องเสนอร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีต่อนายกรัฐมนตรี เพื่อคณะรัฐมนตรีเสนอต่อรัฐสภา จากเดิมที่กำหนดให้เสนอภายในไม่เกินวันที่ 1 สิงหาคม แก้ไขเพิ่มเติมเป็น ภายในไม่เกินวันที่ 1 เมษายน ซึ่งในทางปฏิบัติ คณะรัฐมนตรีก็ได้เสนอร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณา ประมาณเดือน พฤษภาคมอยู่แล้ว จึงพิจารณาได้ว่าการกำหนดเพิ่มระยะเวลาดังกล่าวไม่น่าที่จะก่อให้เกิดข้อจำกัดในทางปฏิบัติของฝ่ายบริหารจนเกินสมควร ทั้งนี้ จากการศึกษาขั้นตอนการจัดเตรียมเสนองบประมาณแผ่นดินของฝ่ายบริหาร เช่น การเริ่มวงจรงบประมาณของประเทศอังกฤษได้มีการเตรียมการก่อนเริ่มปีงบประมาณนานถึง 24 เดือน เพราะส่วนราชการต่าง ๆ จะต้องส่งแผนการใช้จ่ายสำหรับ 2 ปีข้างหน้าไปยังกระทรวงการคลังเพื่อพิจารณาและรับทราบในขั้นต้น และในประเทศสหรัฐอเมริกาที่ส่วนราชการต่าง ๆ ของรัฐบาลกลางจะมีการจัดเตรียมร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีในระยะเวลามากกว่า 1 ปี ล่วงหน้าก่อนวันเริ่มต้นปีงบประมาณ ซึ่งทำให้การพิจารณาอนุมัติงบประมาณของรัฐบาลอเมริกาสามารถทำได้อย่างละเอียดรอบคอบ

ทั้งนี้ เกี่ยวกับกำหนดระยะเวลาในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภานั้น หากรัฐสภาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของกฎหมายและได้กำหนดมาตรการในการสนับสนุนกระบวนการพิจารณาอนุมัติงบประมาณได้อย่างมีประสิทธิภาพและเป็นรูปธรรมแล้ว ได้แก่ การกำหนดเพิ่มอำนาจของรัฐสภาในการพิจารณางบประมาณรายรับเพื่อการควบคุมการก่อหนี้สาธารณะของรัฐบาล การกำหนดให้มีคณะกรรมการสามัญประจำสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาซึ่งมีลักษณะเป็นการถาวรเช่นเดียวกับในประเทศอังกฤษ ฝรั่งเศส และสหรัฐอเมริกา เพื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี และการกำหนดให้มีสำนักงานงบประมาณของรัฐสภาซึ่งเป็นหน่วยงานที่ช่วยสนับสนุนข้อมูลทางวิชาการด้านการเงิน การคลังและงบประมาณ เป็นต้น ก็อาจยังคงกำหนดระยะเวลาการพิจารณาอนุมัติงบประมาณของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาไว้ตามที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 168 วรรคหนึ่ง และวรรคสาม กำหนดได้ แต่อย่างไรก็ตาม จะต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมกำหนดระยะเวลาในการเสนองบประมาณประจำปีของคณะรัฐมนตรีต่อรัฐสภาตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 มาตรา 15 ให้สอดคล้องกับกำหนด

ระยะเวลาในการพิจารณาอนุมัติงบประมาณของรัฐสภาตามที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 168 วรรคหนึ่ง และวรรคสาม กำหนด

ประการที่สอง ข้อจำกัดเกี่ยวกับอำนาจในการพิจารณาอนุมัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีของรัฐสภา ได้แก่ ข้อจำกัดตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่กำหนดให้รัฐสภามีอำนาจในการพิจารณาอนุมัติงบประมาณรายจ่าย แต่ไม่ได้ให้อำนาจรัฐสภาในการพิจารณาอนุมัติงบประมาณรายรับเพื่อควบคุมการก่อหนี้สาธารณะของรัฐบาลไว้ด้วย กล่าวคือ รัฐสภาในฐานะองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติจะมีบทบาทเพียงการรับทราบงบประมาณรายรับ ซึ่งมีสาระสำคัญเกี่ยวกับหนี้ที่รัฐบาลจะขอกู้ แต่รัฐสภาไม่มีอำนาจในการพิจารณาอนุมัติหรือทบทวนการกู้เงินของรัฐบาลในคราวเดียวกับการพิจารณาอนุมัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี แต่ประการใด และตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 167 วรรคหนึ่ง ได้กำหนดรูปแบบในการนำเสนอร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีไว้ ซึ่งในทางข้อเท็จจริงยังไม่ปรากฏอยู่ในงบประมาณรายจ่ายของฝ่ายบริหารในแต่ละกระทรวง และความไม่สอดคล้องเกี่ยวกับการกำหนดรายละเอียดที่ต้องแสดงในการนำเสนอร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีตามมาตรา 167 วรรคหนึ่ง ดังกล่าวกับพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 มาตรา 8 จึงทำให้การพิจารณาอนุมัติงบประมาณของรัฐสภายังไม่ครอบคลุมภาพรวมรายรับและรายจ่ายของภาครัฐได้ทั้งหมด รวมทั้งยังเป็นการจำกัดอำนาจในการควบคุมตรวจสอบงบประมาณแผ่นดินของรัฐสภา เนื่องจากรัฐสภาสามารถพิจารณางบประมาณได้เท่าที่รัฐบาลเสนอมาเท่านั้น

จากการศึกษารูปแบบและกระบวนการงบประมาณของต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ฝรั่งเศส และสหรัฐอเมริกา พบว่ามีลักษณะที่เอื้ออำนวยต่อการควบคุมงบประมาณแผ่นดินของรัฐสภาได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากมีการกำหนดให้รัฐสภาต้องพิจารณาอนุมัติงบประมาณทั้งรายรับและรายจ่ายพร้อมกันไป และเอกสารประกอบงบประมาณที่กำหนดให้เสนอต่อรัฐสภาจะมีสาระสำคัญที่ครบถ้วนและครอบคลุมแผนการใช้จ่ายของรัฐบาล ซึ่งจะทำให้รัฐสภาสามารถควบคุมการบริหารการคลังและการจัดสรรงบประมาณของรัฐบาล มีโอกาสได้ทบทวนการอนุมัติ ประเภทและอัตราการจัดเก็บภาษี และได้พิจารณานโยบายด้านภาษีอากรและความสามารถในการหารายได้ของรัฐบาลได้อย่างมีประสิทธิภาพ อย่างไรก็ตาม ในประเทศสหรัฐอเมริกาแม้ว่ากฎหมายว่าด้วยภาษีอากรจะมีลักษณะเป็นกฎหมายถาวรเช่นเดียวกับประเทศไทยก็ตาม แต่การที่กฎหมายกำหนดให้มีการเสนอรายได้และรายจ่ายต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาทุกปีงบประมาณนั้น ทำให้รัฐสภาได้มีโอกาสพิจารณางบประมาณรายรับและรายจ่าย และภาพรวมทางการคลังก่อนที่จะพิจารณากำหนดกรอบของงบประมาณและพิจารณาจัดสรรงบประมาณหรือให้ข้อเสนอแนะเพื่อการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยภาษีอากรต่อไป

ในการกำหนดรูปแบบและกระบวนการงบประมาณของประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกานั้น ได้ให้ความสำคัญกับรูปแบบงบประมาณที่มีลักษณะของ “งบประมาณรวมยอด” (Unified Budget) ซึ่งช่วยส่งเสริมประสิทธิภาพของรัฐสภาในการพิจารณาอนุมัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี เนื่องจากรัฐสภาจะสามารถพิจารณาภาพรวมทั้งหมดของร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีเพื่อเปรียบเทียบกับความสัมพันธ์ของรายได้ รายจ่าย และการก่อหนี้ รวมถึงแนวทางการจัดสรรงบประมาณในอนาคต โดยงบประมาณในลักษณะรวมยอดของประเทศอังกฤษ ประกอบด้วย 1) รายงานการคลังและรายงานงบประมาณที่แสดงถึงภาพรวม

ของงบประมาณ แผนการและนโยบายทางการเงินและการคลังในรอบครึ่งปีของรัฐบาล การพยากรณ์ทางเศรษฐกิจสำหรับปีปัจจุบันและอีก 2 ปีข้างหน้า การวิเคราะห์ทางการคลังเกี่ยวกับความต้องการทางการเงินในโครงการต่าง ๆ ของภาครัฐ โครงร่างเกี่ยวกับการภาษีและเบี้ยประกันแห่งชาติ และการจัดสรรรายจ่ายสาธารณะ 2) เอกสารเกี่ยวกับรายละเอียดของมาตรการงบประมาณ 3) เอกสารอื่น ๆ เช่น เอกสารที่แสดงถึงนโยบายในเรื่องต่าง ๆ ของรัฐบาล 4) รายละเอียดเกี่ยวกับงบประมาณรายจ่ายของรัฐบาลกลางที่เสนอต่อรัฐสภา 5) รายละเอียดเกี่ยวกับงบประมาณรายจ่ายของหน่วยงานภาครัฐ ซึ่งประกอบด้วยรายละเอียดของงบประมาณรายจ่ายเป้าหมายและวัตถุประสงค์ รวมถึงผลงานของหน่วยงานภาครัฐ และ 6) รายละเอียดเกี่ยวกับงบประมาณรายจ่าย การพยากรณ์ทางเศรษฐกิจ และการขึ้นภาษีบางรายการทันที ซึ่งจะช่วยให้รัฐสภามองเห็นภาพรวมภาษีและค่าใช้จ่ายสำหรับปีงบประมาณหน้า ทั้งนี้ กระบวนการพิจารณาอนุมัติงบประมาณของประเทศอังกฤษนั้น ภายหลังจากที่คณะกรรมการรายจ่ายได้มีมติกำหนดจำนวนเงินรายจ่ายประจำปีแล้ว คณะกรรมาธิการรายได้มีหน้าที่เกี่ยวกับการหารายได้เข้าแผ่นดินและพิจารณาลงมติใน 2 ลักษณะ คือ มติเรื่องการเก็บภาษีอากรอันทำให้เกิดเป็นพระราชบัญญัติการคลังประจำปี (Finance Bill) และมติเรื่องให้เอาเงินรายได้ไปใช้จ่ายได้อันทำให้เกิดเป็นพระราชบัญญัติการอนุญาตจ่ายเงินประจำปี (Appropriation Act) สำหรับรูปแบบงบประมาณที่มีลักษณะของงบประมาณรวมยอดในประเทศสหรัฐอเมริกาจะแสดงถึงภาพรวมของฐานะทางการคลังทุกด้าน ประกอบด้วย งบประมาณการรายจ่าย งบประมาณการรายรับ การกู้ยืม หนี้ ดุลยภาพของงบประมาณ นโยบาย และข้อคิดเห็นเกี่ยวกับระเบียบ กฎหมาย รายละเอียดของแผนงานและโครงการต่าง ๆ ของหน่วยงานรัฐ ข้อมูลทางเศรษฐกิจที่จะดำเนินการในอนาคตและข้อมูลในอดีต และบทวิเคราะห์ทั้งงบประมาณ²²

ดังนั้น รูปแบบงบประมาณของประเทศอังกฤษและประเทศสหรัฐอเมริกาจึงแสดงภาพรวมของฐานะทางการคลังทุกด้านทั้งด้านรายรับและด้านรายจ่าย ซึ่งประกอบด้วย งบประมาณการรายจ่าย รายรับ การกู้ยืม หนี้ นโยบาย และข้อคิดเห็นเกี่ยวกับระเบียบ กฎหมาย รายละเอียดของแผนงานและโครงการต่าง ๆ ของหน่วยงานรัฐ ข้อมูลทางเศรษฐกิจที่จะดำเนินการ รวมถึงข้อมูลในอดีตและบทวิเคราะห์ทั้งงบประมาณ อันจะเป็นประโยชน์ต่อการแสดงฐานะทางการคลังของรัฐบาลซึ่งจะทำให้รัฐสภาสามารถพิจารณาเกี่ยวกับดุลยภาพของงบประมาณได้อย่างมีประสิทธิภาพ²³

สำหรับประเทศฝรั่งเศส กฎหมายงบประมาณประจำปีจะเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายการเงินการคลังประจำปี กฎหมายนี้จะครอบคลุมถึงการเปลี่ยนแปลงแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายทุกฉบับที่มีความเกี่ยวข้องกับการเงินการคลังของรัฐที่รัฐเห็นว่ามีจำเป็น ณ เวลานั้น โดยมีได้เป็นการหวังผลเพียงเฉพาะในระยะเวลาหนึ่งปีงบประมาณที่เกี่ยวข้องเท่านั้น หากแต่เป็นเสมือนการทบทวนประจำปีของบทบัญญัติทางการเงินการคลังทั้งหมด กฎหมายเหล่านี้ ได้แก่ กฎหมายวิธีการงบประมาณ กฎหมายภาษีอากรทุกฉบับ และกฎหมายประกันสังคม เป็นต้น

กฎหมายการเงินการคลังประจำปีของประเทศฝรั่งเศสประกอบด้วยเนื้อหาที่สำคัญ 2 ส่วน คือ ส่วนที่หนึ่ง เกี่ยวกับการกำหนดรายได้และการรักษาดุลยภาพทางงบประมาณ และส่วนที่สอง เกี่ยวกับการกำหนดรายจ่ายของ

²² จักราวดี อนุโยธา, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, หน้า 118 - 119, 191 - 192.

²³ *เพ็งอ้าว*, หน้า 115.

รัฐบาล ซึ่งการลงมติร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีของรัฐบาลดำเนินการโดยการประมาณการ รายได้จะเป็นการลงมติเป็นภาพรวมของงบประมาณทั่วไป งบประมาณผนวกและบัญชีพิเศษ การประมาณการ รายรับและรายจ่ายทางการคลังจะเป็นการลงมติแยกเฉพาะ ในการพิจารณาวงเงินเครดิตของงบประมาณทั่วไป จะเป็นการลงมติแยกตามพันธกิจซึ่งการลงมตินี้จะครอบคลุมทั้งในเรื่องของการอนุมัติให้ก่อหนี้ผูกพันและการเปิด วงเงินเครดิตเพื่อการชำระค่าใช้จ่าย การกำหนดเพดานการอนุมัติตำแหน่งงานจะเป็นการลงมติแยกเฉพาะ และ วงเงินเครดิตของงบประมาณผนวกและวงเงินเครดิตหรือการขาดดุลของบรรดาบัญชีพิเศษจะเป็นการลงมติแยก ตามแต่ละงบประมาณผนวกและแต่ละบัญชีพิเศษ²⁴ ทั้งนี้ การอนุมัติงบประมาณของรัฐบาลจะมีผลเป็นการให้อำนาจรัฐบาลในการใช้จ่ายเงินและจัดการเก็บรายได้ โดยการเพิ่มลดภาษีอากรในปีหนึ่ง ๆ ด้วย อันมีลักษณะ เป็นการอนุมัติประจำปี (Annual Vote) ในลักษณะพระราชบัญญัติงบประมาณประจำปีซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติจะสามารถควบคุมคุณภาพทางการคลังได้อย่างมีประสิทธิภาพ²⁵

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบหลักการทางกฎหมายและแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับรูปแบบของงบประมาณและการอนุมัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีของประเทศไทยกับต่างประเทศ โดยเฉพาะประเทศอังกฤษ ฝรั่งเศสและสหรัฐอเมริกาแล้ว พบว่าสำหรับประเทศไทยแม้จะมีกฎหมายกำหนดรูปแบบงบประมาณรายจ่ายประจำปีที่เสนอ ขออนุมัติต่อรัฐสภาต้องประกอบด้วยรายรับและรายจ่าย แต่ก็ได้มีผลต่อจำนวนและอัตราภาษีอากรที่รัฐต้อง จัดเก็บประจำปีงบประมาณ เนื่องจากประเทศไทยมีกฎหมายภาษีอากรที่มีลักษณะเป็นการอนุมัติถาวร และ กฎหมายว่าด้วยภาษีอากรของไทยเป็นกฎหมายที่มีผลใช้บังคับให้รัฐบาลสามารถจัดเก็บภาษีอากรได้เป็น การประจำ กล่าวคือ การที่รัฐสภาพิจารณาอนุมัติกฎหมายว่าด้วยภาษีอากรครั้งหนึ่ง ๆ จะมีผลตลอดไปจนกว่า จะได้มีการเปลี่ยนแปลงโดยการอนุมัติครั้งใหม่ ไม่มีกฎหมายที่ให้จัดเก็บได้เฉพาะชั่วระยะเวลา 1 ปี โดย งบประมาณและการตั้งภาษีอากรใหม่ หรือการแก้ไขภาษีอากรที่เก็บอยู่แล้วนั้น รัฐบาลอาจเสนอร่าง พระราชบัญญัติต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาอนุมัติให้ประกาศใช้เป็นกฎหมายเมื่อไรก็ได้ ไม่มีกฎหมายกำหนดให้ต้อง เสนอเกี่ยวพันกันไปกับงบประมาณ ดังนั้น การจัดทำงบประมาณเงินรายรับ จึงเป็นการประมาณจำนวนเงินเท่าที่ คาดว่าจะได้ตามกฎหมายที่ใช้อยู่ในขณะที่จัดทำงบประมาณเท่านั้น²⁶ การเสนอขออนุมัติรายรับในอดีตจึงเป็น เพียงการเสนอยอดรวมของประมาณการรายรับต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาถึงความเป็นไปได้ในการจัดเก็บภาษีอากร ตามที่รัฐบาลเสนอมา เช่นเดียวกับประเทศสหรัฐอเมริกาการอนุมัติงบประมาณมิได้เป็นการให้อำนาจรัฐบาลเพิ่ม หรือลดอัตราภาษีอากรไปด้วย การเพิ่มหรือลดอัตราภาษีอากรจะเสนอเป็นกฎหมายต่างหาก เป็นการอนุมัติถาวร

²⁴ รัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 2001 - 692 ลงวันที่ 1 สิงหาคม 2001 ว่าด้วยกฎหมายการเงินการคลัง มาตรา 43 แปลโดย อรพิน ผลสุวรรณ สบายรูป, *โครงการจ้างแปลกฎหมายวิธีการงบประมาณและกฎหมายงบประมาณรายจ่าย ประจำปีของต่างประเทศเพื่อพัฒนากฎหมายวิธีการงบประมาณและกฎหมายงบประมาณรายจ่ายประจำปีของไทยภายใต้ระบบ งบประมาณแบบมุ่งเน้นผลงานตามยุทธศาสตร์*, สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, (กรุงเทพมหานคร, สำนักงบประมาณ, 2549), หน้า 23.

²⁵ จักราวดี อนุโยธา, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 4*, หน้า 115.

²⁶ วิวัฒน์ไชย ไชยยันต์, พระองค์เจ้า, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 1*, หน้า 100 - 101.

แต่รัฐบาลยังมีหน้าที่เสนอรายรับและรายจ่ายให้รัฐสภาพิจารณาทุกปี เพื่อเปิดโอกาสให้รัฐสภาสามารถพิจารณา รายรับและรายจ่าย รวมทั้ง ภาพรวมทางการคลังก่อนที่จะพิจารณากำหนดกรอบของงบประมาณและพิจารณาจัดสรร งบประมาณเพื่อเสนอให้ปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากรต่อไป ในขณะที่ประเทศอังกฤษและฝรั่งเศส รัฐบาลมี หน้าที่เสนอถึงการเปลี่ยนแปลงอัตราภาษีในบางประเภท และต้องตราเป็นพระราชบัญญัติทุก ๆ ปี โดยฝ่ายนิติ บัญญัติ เนื่องจากอำนาจหน้าที่ในการจัดเก็บภาษีของฝ่ายบริหารจะหมดสิ้นไปพร้อม ๆ กับปีงบประมาณ²⁷

ดังนั้น ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้นจึงพิจารณาได้ว่า การพิจารณาอนุมัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีของ รัฐสภาไทยยังมีข้อจำกัดเกี่ยวกับการควบคุมการก่อหนี้สาธารณะ กล่าวคือ รัฐสภาจะมีบทบาทเพียงการรับทราบ งบประมาณรายรับซึ่งมีสาระสำคัญเกี่ยวกับหนี้ที่รัฐบาลจะขอกู้ แต่รัฐสภาไม่มีอำนาจในการพิจารณา อนุมัติหรือ ทบทวนการกู้เงินของรัฐบาลในคราวเดียวกับการพิจารณาอนุมัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีแต่ประการใด หรืออีกนัยหนึ่งก็คือบทบาทของรัฐสภาในการควบคุมการก่อหนี้สาธารณะของรัฐบาลในระบบวิธีการงบประมาณ ซึ่งเป็นภารกิจโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อชดเชยการขาดดุลตามพระราชบัญญัติการบริหารหนี้สาธารณะ พ.ศ. 2548 มาตรา 20 (1) และมาตรา 21 และพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 มาตรา 9 ทวิ เป็นแต่เพียง การควบคุมเชิงพิธีเท่านั้น²⁸

นอกจากนี้ กระบวนการพิจารณาอนุมัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีของรัฐสภาที่ยังมิได้นำรายงานการ ประเมินผลการดำเนินงานและผลการใช้จ่ายเงินงบประมาณในปีที่ผ่านมาของส่วนราชการต่าง ๆ มาพิจารณาว่า สามารถบรรลุผลสำเร็จตามเป้าหมายเชิงยุทธศาสตร์ ผลผลิต/ผลลัพธ์ และตัวชี้วัด หรือไม่อย่างไร ซึ่งอาจปฏิบัติ ไม่ได้จริงหรือเกิดผลเสียหาย ภารกิจใดที่สมควรถูกยกเลิกหรือสมควรได้รับการจัดสรรงบประมาณที่ลดลง จึงทำให้ กระบวนการพิจารณาอนุมัติงบประมาณของรัฐสภายังไม่สอดคล้องกับกระบวนการพิจารณาอนุมัติงบประมาณ ในระบบงบประมาณแบบมุ่งเน้นผลงานตามยุทธศาสตร์ (Strategic Performance Based Budgeting - SPBB)²⁹

²⁷ จักรวดี อนุโยธา, *อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 4*, หน้า 116.

²⁸ ปรีชา สุวรรณทัต, *วิชาการศาสตร์ว่าด้วยการคลัง*, (พิมพ์ครั้งที่ 3, กรุงเทพมหานคร, บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2555), หน้า 267.

²⁹ สมบัติ ชำรงธัญวงศ์, *พัฒนาการของระบบงบประมาณไทย, ใน หนังสือ 50 ปี สำนักงบประมาณ*, (กรุงเทพมหานคร, สำนักงบประมาณ, 2552), หน้า 253. และสำนักงานบริหารโครงการปรับปรุงระบบการจัดการงบประมาณ, *ระบบงบประมาณของ ประเทศไทย, ใน สำนักงบประมาณ: ที่ระลึกครบรอบวันสถาปนาสำนักงบประมาณ 44 ปี (2502 - 2546)*, (กรุงเทพมหานคร, สยามเอ็มแอนนีพับลิชชิง, 2546), หน้า 133 - 137.

“ระบบงบประมาณแบบมุ่งเน้นผลงานตามยุทธศาสตร์ (Strategic Performance Based Budgeting) หมายถึง ระบบ งบประมาณที่ให้ความสำคัญกับการกำหนดพันธกิจขององค์กร จุดมุ่งหมาย วัตถุประสงค์ กลยุทธ์ แผนงานและโครงการอย่างเป็นระบบ มีการติดตามและประเมินผลอย่างสม่ำเสมอเพื่อวัดผลสำเร็จของงานตามเป้าหมายเชิงยุทธศาสตร์ระดับชาติ มีการกระจาย อำนาจและความรับผิดชอบในการวางแผน จัดการและบริหารงานแก่กระทรวง ทบวง กรมต่าง ๆ โดยสามารถแสดงความ รับผิดชอบของฝ่ายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องออกเป็น 3 ระดับ ดังนี้

1) ระดับชาติหรือระดับรัฐบาล โดยมีความรับผิดชอบต่อความสำเร็จของเป้าหมายเชิงยุทธศาสตร์ระดับชาติ (Strategic Delivery Target) ซึ่งกำหนดยุทธศาสตร์ในการจัดสรรงบประมาณประจำปีของประเทศ

เท่าที่ควร เนื่องจากในการพิจารณางบประมาณรายจ่ายของรัฐสภาจะมุ่งเน้นและให้น้ำหนักกับการพิจารณา รายละเอียดเป็นมิติรายกระทรวงและส่วนราชการ ตลอดจนการพิจารณาผลผลิต ตัวชี้วัด กิจกรรมและรายละเอียด ของหน่วยรับงบประมาณในแต่ละมาตราตามที่กำหนดในร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีและ เอกสารประกอบงบประมาณ มากกว่าที่จะพิจารณาว่าการจัดสรรงบประมาณสอดคล้องกับเป้าหมายเชิง ยุทธศาสตร์ที่รัฐบาลกำหนดไว้หรือไม่ อย่างไร รวมทั้ง ในการพิจารณาอนุมัติงบประมาณของรัฐสภา ยังมี ข้อมูลทางวิชาการด้านการเงิน การคลังและงบประมาณสำหรับประกอบการพิจารณาที่ไม่ครบถ้วนและเพียงพอ

ประกอบกับ ตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 167 วรรคสาม ได้มี บทบัญญัติรองรับให้มีกฎหมายการเงินการคลังของรัฐ เพื่อกำหนดกรอบวินัยการเงินการคลัง โดยมีเจตนารมณ์ เพื่อให้กฎหมายการเงินการคลังของรัฐเป็นกรอบควบคุมการบริหารและการใช้จ่ายเงินของรัฐ และวินัยการเงิน การคลัง โดยมีการกำหนดหลักการและขอบเขตของกฎหมายดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน ซึ่งจะต้องใช้เป็นกรอบใน การจัดทำรายได้และกำกับกรใช้จ่ายเงินให้เป็นไปตามหลักการรักษาเสถียรภาพ พัฒนาทางเศรษฐกิจอย่างยั่งยืน

2) ระดับกระทรวงหรือระดับความสำเร็จตามยุทธศาสตร์ของกระทรวง โดยมีรัฐมนตรีเป็นผู้รับผิดชอบต่อเป้าหมาย สำเร็จที่เรียกว่าเป้าหมายการให้บริการสาธารณะ (Service Delivery Target) ซึ่งเป็นองค์ประกอบสำคัญในข้อตกลงการ ให้บริการสาธารณะที่จัดระหว่างคณะกรรมการนโยบายงบประมาณกับรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้อง

3) ระดับกรมหรือระดับหน่วยปฏิบัติ โดยมีหัวหน้าหน่วยงานรับผิดชอบต่อความสำเร็จของผลผลิตที่หน่วยงานนั้น รับผิดชอบในการดำเนินงาน ซึ่งผลผลิตดังกล่าวเป็นองค์ประกอบสำคัญในข้อตกลงการจัดทำผลผลิต (Service Delivery Agreement - SDA) ที่จัดทำขึ้นระหว่างรัฐมนตรีที่กำกับดูแลกับหัวหน้าหน่วยปฏิบัติ”

สำหรับหลักการและกรอบแนวคิดของระบบงบประมาณแบบมุ่งเน้นผลงานตามยุทธศาสตร์นั้น จะเน้นการใช้ยุทธศาสตร์ ชาติและนโยบายรัฐบาลเป็นหลักในการจัดการทรัพยากรให้เกิดประสิทธิผล คุ่มค่า และสอดคล้องกันตามความต้องการของประชาชน โดยเพิ่มบทบาทและความรับผิดชอบของกระทรวง ทบวง กรม ในการบริหารจัดการงบประมาณ และคำนึงถึงความโปร่งใส ตรวจสอบได้

นับตั้งแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 มีผลบังคับใช้ ได้เริ่มมีแนวคิดที่จะทำให้ระบบงบประมาณ สามารถตอบสนองความต้องการของประชาชนได้อย่างเป็นรูปธรรมมากขึ้น จึงได้มีการพัฒนาและนำระบบงบประมาณแบบมุ่งเน้น ผลงาน (Performance Based Budgeting - PBB) มาใช้ซึ่งเน้นถึงผลที่ได้จากการใช้จ่ายงบประมาณ (Output) ต่อมาเมื่อเกิดวิกฤต เศรษฐกิจขึ้นในช่วงปี พ.ศ. 2540 รัฐบาลได้ทำการปฏิรูประบบราชการในลักษณะองค์รวมเพื่อเปลี่ยนแปลงการบริหารจัดการ ภาครัฐไปสู่รูปแบบการบริหารภาครัฐแนวใหม่ ซึ่งเน้นการทำงานที่ยึดผลลัพธ์เป็นหลัก มีการวัดผลลัพธ์ที่เป็นรูปธรรม มีความ โปร่งใส มีการมอบความรับผิดชอบต่อผู้ปฏิบัติและยึดประชาชนเป็นศูนย์กลาง และตั้งแต่ปี พ.ศ. 2546 เป็นต้นมา สำนัก งบประมาณได้พัฒนาระบบและวิธีการงบประมาณของประเทศเพื่อให้งบประมาณแผ่นดินเป็นเครื่องมือในการบริหารจัดการภาครัฐ ที่มีประสิทธิภาพ สามารถตอบสนองต่อนโยบายการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมของประเทศได้อย่างยั่งยืน โดยปรับปรุงการบริหาร จัดการงบประมาณให้เป็นระบบงบประมาณแบบมุ่งเน้นผลงานตามยุทธศาสตร์ (Strategic Performance Based Budgeting - SPBB) และได้นำมาใช้ในการจัดทำงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณจนถึงในปัจจุบัน”

และความเป็นธรรมในสังคม³⁰ ซึ่งในข้อเท็จจริงกฎหมายฉบับดังกล่าวยังไม่มีสภาพบังคับ เนื่องจากในช่วงระยะเวลาที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีผลใช้บังคับ คณะรัฐมนตรียังมิได้มีการเสนอร่างกฎหมายการเงินการคลังของรัฐต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ

ดังนั้น ผู้เขียนจึงได้เสนอมาตรการทางกฎหมายเพื่อเพิ่มอำนาจในการพิจารณาอนุมัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีของรัฐสภา ดังนี้

(1) เนื่องด้วยระบบงบประมาณภาครัฐแบบดั้งเดิม หรือที่เรียกว่า “ระบบงบประมาณขาดดุล” จะเน้นการควบคุมวินัยทางการคลังด้านรายจ่ายเป็นหลัก ทำให้รัฐบาลมีความเสี่ยงที่จะขาดวินัยทางการคลังได้ตลอดเวลา เนื่องจากรัฐบาลสามารถตั้งประมาณการรายได้ให้สูงหรือต่ำเกินระดับที่เหมาะสม และอาจปรับเปลี่ยนหรือลดภาษีเพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการบริหารระบบเศรษฐกิจมหภาคในระหว่างปีงบประมาณได้ ซึ่งจะทำให้รายได้ที่แท้จริงมีความแตกต่างจากประมาณการรายได้เมื่อต้นปีงบประมาณ ด้วยเหตุนี้ประเทศที่ประยุกต์ใช้ระบบงบประมาณแบบมุ่งผลสำเร็จเพื่อรักษาวินัยทางการคลังของรัฐบาลจึงได้พัฒนาระบบ “งบประมาณสองขา” (Comprehensive Budget) ขึ้นเพื่อให้รัฐบาลต้องรักษาวินัยทางการคลังทั้งในด้านรายได้และรายจ่ายไปพร้อม ๆ กัน ในระบบงบประมาณสองขา³¹ รัฐบาลจะต้องเสนอรายงานเศรษฐกิจ กรอบนโยบายการคลัง และแผนงบประมาณระยะปานกลางในช่วง 3 - 5 ปี ข้างหน้าต่อรัฐสภา เพื่อให้รัฐสภาพิจารณาให้ความเห็นชอบ และจะต้องเสนอเอกสารงบประมาณประจำปีซึ่งประกอบด้วยงบประมาณรายรับและงบประมาณรายจ่ายคู่ขนานกันไป และรัฐบาลจะต้องรับผิดชอบต่อผลการบริหารงบประมาณรายรับ ระบบงบประมาณสองขา³¹ ทำให้รัฐบาลต้องปรับปรุงระบบการประมาณการเศรษฐกิจ และการประมาณรายรับและรายจ่ายที่มีความแม่นยำ เชื่อถือได้ และตรวจสอบได้มากยิ่งขึ้น³¹

จากการศึกษาการอนุมัติงบประมาณแผ่นดินในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ซึ่งมีลักษณะที่เอื้ออำนวยต่อการควบคุมงบประมาณแผ่นดินของรัฐสภามากกว่าในประเทศไทยที่กำหนดให้รัฐสภาต้องพิจารณาและอนุมัติงบประมาณรายจ่ายแผ่นดินทั้งรายรับและรายจ่ายทุกปีงบประมาณ รวมทั้ง เอกสารงบประมาณที่กำหนดให้เสนอต่อรัฐสภาโดยมีสาระสำคัญครบถ้วนและครอบคลุมแผนการใช้จ่ายในระยะเวลา 3 - 5 ปี และในรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 มาตรา 47 ได้บัญญัติให้รัฐสภาใช้อำนาจในการควบคุมงบประมาณรายจ่ายของรัฐบาลโดยการพิจารณาลงมติอนุมัติร่างพระราชบัญญัติกำหนดรายได้และรายจ่าย ตามเงื่อนไขและภายใต้หลักเกณฑ์ที่กำหนดโดยรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะเป็นการประสานการใช้จ่ายและจัดหารายได้ของประเทศให้อยู่ในลักษณะที่เหมาะสมและมีดุลยภาพ รวมทั้ง กฎหมายงบประมาณประจำปีของฝรั่งเศสจะเป็นการทบทวนประจำปีของบทบัญญัติทางการเงินการคลังทั้งหมด³² ทั้งนี้ การกำหนดให้รัฐสภาสามารถพิจารณาทั้ง

³⁰ คณะกรรมาธิการวิสามัญบัณฑิตกเจตนาธรรมณ์ จดหมายเหตุ และตรวจรายงานการประชุม สภาร่างรัฐธรรมนูญ, *เจตนาธรรมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550*, (กรุงเทพมหานคร, สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2550), หน้า 165.

³¹ จรัส สุวรรณมาลา, *ระบบงบประมาณและการจัดการแบบมุ่งผลสำเร็จในภาครัฐ: ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับพลเมืองยุคใหม่*, (กรุงเทพมหานคร, บริษัท ธนัทธการพิมพ์ จำกัด, 2546), หน้า 37 - 38.

³² อรุณ ผลสุวรรณีย์ *สบายรูป, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 24*, หน้า 1 - 2.

งบประมาณรายรับและรายจ่ายดังกล่าวจะทำให้รัฐสภาได้มีโอกาสพิจารณาถึงนโยบายด้านภาษีอากรและความสามารถในการหารายได้ของรัฐบาลได้ตามสมควร ซึ่งจะเป็นการควบคุมการบริหารการคลังและการจัดสรรงบประมาณของรัฐบาลได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น รวมทั้ง ทำให้รัฐสภาได้มีโอกาสพิจารณารายรับและรายจ่าย และภาพรวมทางการคลังก่อนที่จะพิจารณากำหนดกรอบของงบประมาณ และพิจารณาจัดสรรงบประมาณหรือเสนอให้ปรับปรุงกฎหมายเกี่ยวกับภาษีอากรต่อไป

สำหรับรูปแบบการพิจารณาอนุมัติงบประมาณของรัฐสภาไทยนั้น จะมีการจัดทำร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีของฝ่ายบริหารเสนอต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ ส่วนประมาณการรายรับจะเสนอเป็นเพียงเอกสารสำหรับประกอบการพิจารณาของรัฐสภาเท่านั้น จึงทำให้รัฐสภาไม่มีอำนาจพิจารณาทบทวนภาษีและการก่อกำหนดหนี้สาธารณะได้อย่างครอบคลุมในแต่ละปี

ดังนั้น เพื่อให้การควบคุมงบประมาณแผ่นดินของรัฐสภามีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น จึงเห็นสมควรมีการบัญญัติเพิ่มเติมให้รัฐสภาได้มีโอกาสพิจารณาอนุมัติรายรับและการก่อกำหนดหนี้สาธารณะของประเทศไปพร้อมกับพิจารณาการใช้จ่ายประจำปีไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยด้วย ซึ่งจะทำให้นโยบายภาษีอากรและนโยบายหนี้สาธารณะในแต่ละปีสอดคล้องกับงบประมาณรายจ่าย ภาระของประชาชน และความจำเป็นของประเทศ โดยงบประมาณรายรับจะระบุถึงที่มาของรายรับ ได้แก่ การกู้ยืมเงินของรัฐบาล หรือการจัดเก็บภาษีประเภทใด และอัตราเท่าใด เพื่อป้องกันปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการที่ฝ่ายบริหารไม่สามารถจัดหารายได้มาให้เพียงพอต่อการใช้จ่ายงบประมาณตามที่ได้รับพิจารณาอนุมัติจากรัฐสภาได้ เช่นเดียวกับในประเทศฝรั่งเศส ที่รัฐสภามีอำนาจในการควบคุมงบประมาณทั้งรายรับและรายจ่ายของประเทศ และสามารถควบคุมด้านการคลังของรัฐสภาในลักษณะที่เป็นภาพรวมและครอบคลุมงบประมาณภาครัฐทั้งหมดได้อย่างแท้จริง

โดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเฉพาะในส่วนที่จะบัญญัติหลักการให้อำนาจรัฐสภาในการพิจารณาอนุมัติงบประมาณรายรับนั้น อาจใช้ถ้อยคำว่า “ร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณ และร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติม ต้องแสดงงบประมาณรายรับและงบประมาณรายจ่าย และให้คณะรัฐมนตรีเสนอต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ” ซึ่งงบประมาณรายรับจะระบุถึงที่มาของรายรับ ได้แก่ การกู้ยืมเงินของรัฐบาล หรือการจัดเก็บภาษีประเภทใด และอัตราเท่าใด เพื่อป้องกันปัญหาที่อาจเกิดขึ้นจากการที่ฝ่ายบริหารไม่สามารถจัดหารายได้มาให้เพียงพอต่อการใช้จ่ายงบประมาณตามที่ได้รับพิจารณาอนุมัติจากรัฐสภาได้

ทั้งนี้ โดยอาจนำหลักการตามที่กำหนดในรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ฉบับที่ 2001 - 692 ลงวันที่ 1 สิงหาคม 2001 ว่าด้วยกฎหมายการเงินการคลัง มาตรา 6³³ ของประเทศฝรั่งเศสมาเป็นแนวทางในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเกี่ยวกับการพิจารณาอนุมัติงบประมาณรายรับ ที่กำหนดว่า “รายรับและรายจ่ายทางงบประมาณของรัฐจะแสดงอยู่ในงบประมาณในรูปของรายได้และค่าใช้จ่าย โดยงบประมาณจะแสดงให้เห็นถึงองค์รวมของรายได้และค่าใช้จ่ายทางงบประมาณของรัฐสำหรับระยะเวลาหนึ่งปี ซึ่งประกอบด้วยจำนวนเงินรวมโดยไม่ต้องมีการหักลบระหว่างรายได้และค่าใช้จ่าย องค์รวมของรายได้เป็นเครื่อง

³³ เฟิงฮ้าง, หน้า 6 - 7.

ประกันการดำเนินงานของค่าใช้จ่ายทั้งปวง ซึ่งรายได้และค่าใช้จ่ายทั้งหมดนี้จะปรากฏอยู่ในบัญชีหนึ่งเดียวที่เรียกว่า งบประมาณทั่วไป”

นอกจากนี้ เนื่องด้วย มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 ซึ่งกำหนดรูปแบบและรายละเอียดของงบประมาณประจำปีที่เสนอต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาอนุมัติยักขาคความสัมพันธระหว่างรายรับและรายจ่าย อันเป็นการจำกัดอำนาจในการพิจารณาอนุมัติงบประมาณของรัฐสภาและการควบคุมฝ่ายบริหารในการก่อหนี้และการชำระหนี้ ดังนั้น จึงเห็นสมควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมความในมาตรา 8 เพื่อให้ร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีมีลักษณะของงบประมาณรวมยอด คือ ต้องประกอบด้วยงบประมาณรายรับ ได้แก่ การกำหนดอัตราภาษี การก่อหนี้สาธารณะทั้งภายในและภายนอกประเทศ รวมถึงเงินช่วยเหลือจากต่างประเทศ และงบประมาณรายจ่าย ได้แก่ งบประมาณทั้งรายจ่ายในงบประมาณและรายจ่ายนอกงบประมาณ และต้องแสดงภาพงบประมาณหลายปีเช่นเดียวกับรูปแบบของงบประมาณที่กำหนดในประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกา ซึ่งจะทำให้การพิจารณางบประมาณเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ รวมทั้ง ให้มีการแสดงภาพรวมของแผนการใช้จ่ายงบประมาณในระยะเวลา 3 - 5 ปี และเพิ่มเติมเนื้อหาสาระของงบประมาณให้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น เช่น กำหนดให้มีการแสดงรายละเอียดเกี่ยวกับประมาณการรายรับ หนี้สาธารณะ และผลการวิเคราะห์ความก้าวหน้าเกี่ยวกับการใช้จ่ายงบประมาณแผ่นดิน เพิ่มเติมในร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณที่เสนอต่อรัฐสภา เป็นต้น ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการพิจารณาตัดสินใจของสมาชิกรัฐสภาทั้งในระดับจุลภาคและมหภาค

อนึ่ง แม้ว่าการนำระบบงบประมาณสองขามาประยุกต์ใช้แทนระบบงบประมาณขาเดียวจะทำให้รัฐสภามีอำนาจในการพิจารณาและให้ความเห็นชอบครอบคลุมทั้งงบประมาณรายรับและรายจ่ายของรัฐบาล ซึ่งจะทำให้รัฐสภาได้มีโอกาสพิจารณารายละเอียดของงบประมาณรายรับ ประกอบไปด้วยรายได้สาธารณะและการกู้เงิน เช่น การให้รัฐสภาเข้ามามีอำนาจพิจารณาการยกเว้น ลดหย่อนอันนำไปสู่รายจ่ายแผ่นดินที่เป็นภาษี (Tax expenditure) เป็นต้น ระบบงบประมาณสองขาจึงเป็นเครื่องมือที่สำคัญของฝ่ายนิติบัญญัติในการควบคุมวินัยทางการคลัง การจัดสรรงบประมาณ และการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหารให้มีความโปร่งใส มีประสิทธิภาพและเกิดประโยชน์สูงสุดกับประเทศชาติและประชาชนได้อย่างแท้จริงก็ตาม แต่อย่างไรก็ตาม การประยุกต์ใช้ระบบงบประมาณสองขาในการปฏิรูปกฎหมายงบประมาณดังกล่าวย่อมส่งผลกระทบต่อกระบวนการงบประมาณที่ใช้อยู่ในปัจจุบันของประเทศไทย ซึ่งมีความจำเป็นที่จะต้องปรับปรุงระบบงบประมาณทั้งหมดของประเทศ ทั้งในเรื่องเงินในงบประมาณและเงินนอกงบประมาณ เนื่องจากระบบงบประมาณของประเทศไทยยังไม่ครอบคลุมถึงกองทุนนอกงบประมาณและรัฐวิสาหกิจ ดังนั้น การนำระบบงบประมาณสองขามาประยุกต์ใช้จึงต้องมีการศึกษาเปรียบเทียบจากประเทศซึ่งเป็นประเทศต้นแบบในการใช้ระบบงบประมาณสองขา และมีการเตรียมความพร้อมในด้านต่าง ๆ ได้แก่ การพิจารณาศึกษาและแก้ไขปรับปรุงกฎหมายที่เกี่ยวข้องและจำเป็นต้องแก้ไขให้สอดคล้องกันในคราวเดียวเพื่อป้องกันมิให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติขึ้นในภายหลัง ซึ่งการปรับปรุงกระบวนการงบประมาณดังกล่าวจะต้องใช้ระยะเวลาในการดำเนินการพอสมควร รวมทั้งจะต้องมีกระบวนการสร้างความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับการปรับเปลี่ยนระบบงบประมาณและกระบวนการจัดทำงบประมาณให้กับหน่วยงานต่าง ๆ และผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องทั้งหมดจึงจะบรรลุผลสำเร็จได้เช่นเดียวกับประเทศที่นำระบบงบประมาณสองขามาประยุกต์ใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ

(2) จากการศึกษาหลักการพื้นฐานของระบบงบประมาณแบบมุ่งผลสำเร็จในภาครัฐ ซึ่งประกอบไปด้วย หลักการที่สำคัญ 3 ประการ ได้แก่ การรักษาวินัยทางการคลัง การส่งเสริมประสิทธิภาพการใช้ทรัพยากร และการมุ่งประโยชน์สูงสุดของประชาชน ผลสำเร็จทั้ง 3 ประการนี้มีความเชื่อมโยงกัน กล่าวคือ ผลสำเร็จในเรื่อง การรักษาวินัยทางการคลัง และการส่งเสริมประสิทธิภาพการใช้ทรัพยากรนั้นเป็นเงื่อนไขเบื้องต้นที่จะนำไปสู่ ผลสำเร็จในขั้นสุดท้าย คือ ผลประโยชน์สูงสุดของประชาชน ซึ่งเป็นจุดมุ่งหมายสุดท้ายของระบบงบประมาณแบบ มุ่งผลสำเร็จ³⁴ ซึ่งหลักการดังกล่าวสามารถนำมาปรับใช้กับการพิจารณาอนุมัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีของ รัฐสภาให้สอดคล้องกับระบบงบประมาณแบบมุ่งเน้นผลงานตามยุทธศาสตร์ (SPBB) ได้ดังนี้

2.1) เห็นสมควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมความใน มาตรา 8 แห่งพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 เพื่อกำหนดรายละเอียดของเอกสารประกอบงบประมาณประจำปีที่เสนอต่อรัฐสภาให้สอดคล้องกับการ กำหนดรายละเอียดที่ต้องแสดงในการนำเสนอร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีตามบทบัญญัติ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 167 วรรคหนึ่ง และกำหนดรูปแบบของเอกสาร ประกอบงบประมาณประจำปีที่ฝ่ายบริหารเสนอต่อรัฐสภาต้องแสดงข้อมูลสาระสำคัญให้สอดคล้องกับหลักการ ของระบบ SPBB เช่น กำหนดให้คณะรัฐมนตรีเสนอรายงานการประเมินผลการดำเนินงานของแผนงาน งาน หรือ โครงการ และค่าใช้จ่ายงบประมาณของทุกส่วนราชการในปีงบประมาณที่ผ่านมาต่อรัฐสภา เพื่อการประเมิน ประสิทธิภาพในการดำเนินงานของส่วนราชการต่าง ๆ ว่าสามารถบรรลุผลสำเร็จตามตามแผนพัฒนาเศรษฐกิจและ สังคมแห่งชาติ และเป้าหมายเชิงยุทธศาสตร์ที่รัฐบาลกำหนดไว้ หรือไม่ เพียงใด ทั้งนี้ เพื่อให้งบประมาณ มีความครอบคลุม และรัฐสภาได้เห็นภาพรวมของงบประมาณและมีข้อมูลที่ครบถ้วนสมบูรณ์ในการพิจารณา ตัดสินใจอนุมัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีของฝ่ายบริหารได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

2.2) เห็นสมควรกำหนดหลักการเกี่ยวกับการพิจารณาอนุมัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีของรัฐสภาไว้ใน กฎหมายการเงินการคลังของรัฐ เพื่อกำหนดกรอบวินัยการเงินการคลังตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 167 วรรคสาม กำหนดให้มีขึ้น โดยกำหนดให้การพิจารณาอนุมัติงบประมาณรายจ่าย ประจำปีของรัฐสภาต้องมีความสอดคล้องกับระบบ SPBB ซึ่งจะทำให้รัฐสภาได้มุ่งเน้นและให้น้ำหนักกับ การพิจารณาว่าการจัดสรรงบประมาณของฝ่ายบริหารสอดคล้องกับเป้าหมายเชิงยุทธศาสตร์ของรัฐบาล และ นโยบายของรัฐบาลที่ได้แถลงไว้ต่อรัฐสภาหรือไม่เพียงใด ภารกิจใดมีความเหมาะสมที่จะดำเนินการต่อไป และภารกิจใดที่สมควรถูกยกเลิกหรือสมควรได้รับการจัดสรรงบประมาณที่ลดลง ทั้งนี้ การกำหนดหลักการ เกี่ยวกับการพิจารณาอนุมัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีดังกล่าวต้องยึดหลักการรักษาวินัยทางการคลัง ผลสำเร็จ ผลผลิต และความคุ้มค่าของการใช้จ่ายเงินงบประมาณของรัฐบาลเป็นสำคัญ รวมทั้ง คณะกรรมาธิการพิจารณา งบประมาณต้องนำรายงานการประเมินผลการดำเนินงานของส่วนราชการต่าง ๆ และดัชนีชี้วัดความสำเร็จของ แผนงาน งาน และโครงการของปีงบประมาณที่ผ่านมาของส่วนราชการ เข้ามาประกอบการพิจารณาของส่วนราชการ (Evaluation) ก่อนที่จะอนุมัติหรือปรับลดงบประมาณรายจ่ายประจำปีด้วย

³⁴ จรัส สุวรรณมาลา, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 31*, หน้า 27.

2.3) ปรับปรุงกระบวนการปฏิบัติงานของรัฐสภาโดยการนำระบบ SPBB มาใช้ในขั้นตอนการพิจารณาอนุมัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี ได้แก่ การตรวจสอบร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีที่รัฐบาลเสนอว่าเป้าหมายและผลผลิตที่รัฐบาลจะดำเนินการเป็นภารกิจหรือหน้าที่ตามกฎหมายของรัฐบาลหรือไม่ และประชาชนจะได้รับประโยชน์จากการให้บริการดังกล่าวอย่างเพียงพอ เสมอภาคและคุ้มค่ากับภาระภาษีที่จ่ายให้แก่รัฐบาลหรือไม่ โดยการวิเคราะห์ความสมเหตุสมผลของแผนงาน งาน หรือโครงการ และผลผลิตหลักของรัฐบาล และนำรายงานการประเมินผลสำเร็จและผลผลิตของรัฐบาลในปีที่ผ่านมาและปีปัจจุบันมาประกอบการวิเคราะห์และพิจารณาให้ความเห็นชอบรายการงบประมาณในปีต่อไป นอกจากนี้ รัฐสภาโดยคณะกรรมการสามัญประจำสภาคณะต่าง ๆ ควรดำเนินการตรวจสอบ ติดตาม ประเมินผลสำเร็จและผลผลิตจากการดำเนินงานของรัฐบาล และส่วนราชการต่าง ๆ และการตรวจสอบต้นทุนและประสิทธิภาพในการดำเนินงานของส่วนราชการ ทั้งนี้ เพื่อนำข้อมูลที่ได้รับกลับเข้าสู่กระบวนการพิจารณาอนุมัติงบประมาณในปีต่อไป รวมทั้ง คณะกรรมการฯ ควรมีการกำหนดกรอบและแนวทางในการพิจารณารายละเอียดของงบประมาณรายจ่ายที่ส่วนราชการเสนอเป็นแนวทางหลักที่จะต้องให้ส่วนราชการชี้แจงถึงองค์ประกอบที่สำคัญของงบประมาณในลักษณะระบบ SPBB ออกมาให้ชัดเจน และในการพิจารณาอนุมัติงบประมาณของรัฐสภาควรนำรายงานของคณะกรรมการฯ ในปีที่ผ่านมาพร้อมข้อสังเกต มาใช้สำหรับประกอบการพิจารณาของส่วนราชการต่าง ๆ เพื่อให้มีข้อมูลที่ครบถ้วนสมบูรณ์และเกิดความต่อเนื่อง ซึ่งจะเป็นประโยชน์ต่อประเทศและประชาชนได้อย่างแท้จริง

ดังนั้น หากได้มีการปรับปรุงรูปแบบของเอกสารประกอบงบประมาณประจำปีที่ฝ่ายบริหารต้องเสนอต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาอนุมัติตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 167 วรรคหนึ่ง และพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 มาตรา 8 โดยกำหนดให้มีการแสดงเอกสารข้อมูลที่เป็นสาระสำคัญตามหลักการของระบบ SPBB ซึ่งจะทำให้รัฐสภาได้เห็นภาพรวมของงบประมาณ และได้มีข้อมูลเกี่ยวกับผลการดำเนินงานและการใช้จ่ายเงินงบประมาณที่ผ่านมาของฝ่ายบริหาร รวมทั้ง รัฐสภาจะได้มีการนำหลักการของระบบ SPBB มาใช้สำหรับประกอบการพิจารณาอนุมัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี ซึ่งจะทำให้การพิจารณาของรัฐบาลไม่มุ่งเน้นและให้น้ำหนักเฉพาะกับการพิจารณารายละเอียดเป็นมิติรายกระทรวงและส่วนราชการ หรือการพิจารณารายละเอียดของหน่วยรับงบประมาณในแต่ละมาตราตามที่กำหนดในร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีและเอกสารประกอบงบประมาณ แต่มุ่งเน้นการวัดประสิทธิภาพของการใช้จ่ายเงินงบประมาณ โดยการพิจารณาว่าการจัดสรรงบประมาณสอดคล้องกับเป้าหมายเชิงยุทธศาสตร์ที่รัฐบาลกำหนดไว้หรือไม่ และทำให้รัฐสภาได้มีข้อมูลที่ครบถ้วนสมบูรณ์สำหรับประกอบการพิจารณาอนุมัติงบประมาณของฝ่ายบริหารได้อย่างมีประสิทธิภาพ รวมทั้ง ได้มีโอกาสทบทวนและประเมินผลการดำเนินงานและการใช้จ่ายเงินงบประมาณในปีงบประมาณที่ผ่านมาของฝ่ายบริหารว่าสามารถบรรลุผลสำเร็จตามเป้าหมายเชิงยุทธศาสตร์ หรือไม่อย่างไร

นอกจากนี้ รัฐสภาในฐานะองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติจะได้มีบทบาทในการควบคุมตรวจสอบการดำเนินงานของรัฐบาล โดยใช้เป้าหมายระดับยุทธศาสตร์ที่รัฐบาลได้แถลงไว้ต่อรัฐสภาเป็นมาตรการวัดผลงานของรัฐบาลในระดับนโยบาย และใช้เป้าหมายการให้บริการสาธารณะของหน่วยงาน ซึ่งมีรายละเอียดเป้าหมายที่ชัดเจนเป็นกรอบในการประเมินประสิทธิภาพและประสิทธิผลในระดับปฏิบัติ เพื่อให้การควบคุมตรวจสอบงบประมาณเป็นไปอย่างมีระบบและมีความครอบคลุมทุกด้าน ทั้งนี้ เนื่องด้วยการพิจารณารายงานการประเมินผลการดำเนินงานของ

ฝ่ายบริหารดังกล่าวจะมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อฝ่ายนิติบัญญัติที่จะใช้เป็นข้อมูลย้อนกลับสำหรับประกอบการพิจารณาอนุมัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นต่อไป

(3) ตามที่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 167 วรรคสาม ได้บัญญัติให้มีกฎหมายการเงินการคลังของรัฐ โดยมีเจตนารมณ์เพื่อต้องการให้เป็นกฎหมายกลางที่เกี่ยวกับการเงินการคลังของรัฐ เพื่อกำหนดกรอบวินัยการเงินการคลัง ซึ่งเป็นกรอบในการจัดหารายได้และกำกับการใช้จ่ายเงินตามหลักการรักษาเสถียรภาพ และการพัฒนาทางเศรษฐกิจอย่างยั่งยืนและเกิดความเป็นธรรมในสังคม โดยกฎหมายการเงินการคลังของรัฐดังกล่าวมีความสำคัญอย่างยิ่งเช่นเดียวกับกฎหมายวิธีการงบประมาณและกฎหมายเงินคงคลัง ตลอดจนเป็นกฎหมายที่แสดงถึงสถานะความเป็นกฎหมายกลาง ซึ่งจะช่วยในการบริหารการคลังของประเทศ อันรวมถึงหน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ยั่งยืน โปร่งใส และสามารถตรวจสอบได้

ดังนั้น จึงเห็นสมควรกำหนดบทบัญญัติรองรับให้มีกฎหมายการเงินการคลังของรัฐ เพื่อกำหนดกรอบวินัยการเงินการคลังไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยการแก้ไขเพิ่มเติมความในมาตรา 167 วรรคสาม จากเดิมที่กำหนดว่า “ให้มีกฎหมายการเงินการคลังของรัฐเพื่อกำหนดกรอบวินัยการเงินการคลัง ซึ่งรวมถึง ...” แก้ไขเพิ่มเติมเป็น “ การดำเนินนโยบายทางการคลังของรัฐต้องคำนึงถึงกรอบวินัยการเงินการคลัง ซึ่งรวมถึง ทั้งนี้ ตามที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการเงินการคลังของรัฐบัญญัติ ” ทั้งนี้ เพื่อกำหนดหลักการที่สำคัญของกรอบวินัยการเงินการคลังไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ซึ่งจะทำให้หลักการดังกล่าวมีสภาพบังคับตามกฎหมายและมีผลใช้บังคับได้จริงในทางปฏิบัติต่อไป โดยหลักการที่สำคัญของกรอบวินัยการเงินการคลังที่ควรกำหนดให้มีในกฎหมายเพื่อให้การบริหารการคลังของประเทศอันรวมถึงหน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ เช่น หลักความโปร่งใสและตรวจสอบได้ หลักการรักษาเสถียรภาพทางการคลัง หลักการพัฒนาเศรษฐกิจอย่างยั่งยืน และหลักความเป็นธรรมในสังคม เป็นต้น

โดยที่กฎหมายการเงินการคลังของรัฐเป็นการกำหนดกรอบวินัยการเงินการคลังตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และเป็นกฎหมายที่มีความสำคัญเช่นเดียวกับกฎหมายวิธีการงบประมาณและกฎหมายเงินคงคลัง ตลอดจนเป็นกฎหมายที่แสดงถึงสถานะความเป็นกฎหมายกลาง ดังนั้น จึงอาจกำหนดให้กฎหมายการเงินการคลังของรัฐมีสถานะทางกฎหมายที่สูงกว่ากฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ เช่น การกำหนดให้มีสถานะเป็นกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ เป็นต้น³⁵

นอกจากนี้ ระบบงบประมาณแบบมุ่งเน้นผลงานตามยุทธศาสตร์จะให้ความสำคัญกับการรักษาวินัยทางการเงินการคลังในระดับมหภาคเป็นพิเศษ เนื่องจากเป็นหนทางที่จะนำไปสู่ความสำเร็จของระบบการจัดบริการสาธารณะที่ยั่งยืน ไม่ใช่ความสำเร็จเพียงช่วงเวลาสั้น ๆ เท่านั้น โดยการกำหนดสภาพบังคับของกรอบวินัยการเงินการคลังตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 167 วรรคสาม นั้น รัฐสภาสามารถใช้กระบวนการพิจารณาอนุมัติงบประมาณเพื่อการตรวจสอบวินัยทางการเงินการคลังของรัฐบาลได้โดยการให้ความเห็นชอบรายงานสถานะเศรษฐกิจและกรอบนโยบายการคลัง งบประมาณรายรับ งบประมาณรายจ่าย งบประมาณการบริหารหนี้

³⁵ ปรีชา สุวรรณทัต, *อ้างแล้ว* *เชิงอรรถที่ 28*, หน้า 135.

เพื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี ตามข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภานั้น มีข้อจำกัดในทางกฎหมายอยู่หลายประการ ได้แก่ การกำหนดโครงสร้าง องค์ประกอบ และคุณสมบัติของคณะกรรมการวิสามัญ รวมทั้ง ความรู้และความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน และการจัดทำระบบฐานข้อมูลทางวิชาการเพื่อสร้างความต่อเนื่องในการศึกษา ควบคุมและติดตามรายละเอียดการใช้จ่ายเงินงบประมาณของรัฐบาล ซึ่งอาจส่งผลกระทบต่อประสิทธิภาพ ประสิทธิผลและความเป็นธรรมในการพิจารณาอนุมัติงบประมาณแผ่นดินของรัฐสภา

การแต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อสนับสนุนการดำเนินงานของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาในการพิจารณาอนุมัติงบประมาณของไทยจะมีลักษณะที่แตกต่างจากในต่างประเทศอยู่หลายประการ กล่าวคือ รัฐสภาไทยจะมีการตั้งคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีที่มีลักษณะเป็นการชั่วคราว เมื่อเสร็จสิ้นภารกิจแล้วก็จะพ้นสภาพไป ทำให้ขาดความต่อเนื่องในการปฏิบัติงาน และไม่มีสมาชิกสภาผู้ใดเป็นกรรมการที่อยู่ในตำแหน่งมานานจนเกิดความรู้และความชำนาญในการพิจารณางบประมาณ ซึ่งในต่างประเทศ ได้แก่ ประเทศอังกฤษ ฝรั่งเศส และสหรัฐอเมริกา จะมีการตั้งคณะกรรมการสามัญพิจารณางบประมาณที่มีลักษณะเป็นการถาวร เพื่อให้มีการปฏิบัติงานอย่างต่อเนื่องกันไปทุกปีงบประมาณ จนเกิดความรู้ความชำนาญในการพิจารณาลักษณะและรายละเอียดของร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี และมีระบบเพื่อให้ได้ข้อมูลการพิจารณางบประมาณของคณะกรรมการในปีก่อนสำหรับประกอบการพิจารณาด้วย ประกอบกับประเทศไทยจะมีการแต่งตั้งคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีเพียงคณะเดียว เพื่อพิจารณางบประมาณทั้งหมดทุกด้านของประเทศโดยไม่มีการมอบหมายให้คณะกรรมการสามัญคณะอื่นที่มีอยู่ในสภาช่วยพิจารณาแต่ประการใด ซึ่งต่างจากประเทศอังกฤษและสหรัฐอเมริกาที่จะมีการแต่งตั้งคณะอนุกรรมการ หรือกำหนดให้คณะกรรมการสามัญที่มีอยู่ในสภาผู้แทนราษฎรช่วยพิจารณางบประมาณประจำปีที่มีอยู่เป็นจำนวนมากและหลายด้าน โดยการพิจารณาอนุมัติงบประมาณของสหรัฐอเมริกาได้อาศัยคณะกรรมการสามัญต่างคณะและต่างภารกิจกันทำหน้าที่ตั้งแต่การกำหนดกรอบเขตแดนและวัตถุประสงค์ ซึ่งถือเป็นการพิจารณาภาพรวมอย่างกว้าง ๆ ในระดับมหภาค ก่อนที่จะให้คณะกรรมการสามัญอีกคณะหนึ่งพิจารณาจัดสรรรายจ่ายให้หน่วยงานต่าง ๆ ในระดับจุลภาค รวมทั้ง มีคณะกรรมการเพื่อพิจารณาจัดสรรรายรับเป็นการเฉพาะอีกคณะหนึ่ง โดยคณะกรรมการต่าง ๆ จะเริ่มพิจารณาพร้อมกันไป แต่ในการลงมติ จะเป็นไปตามลำดับ

ดังนั้น จึงเห็นสมควรเสนอมาตรการทางกฎหมายเพื่อสนับสนุนการดำเนินงานของคณะกรรมการให้มีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น ดังนี้

(1) เห็นสมควรกำหนดให้มีการตั้งคณะกรรมการสามัญประจำสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาเพื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณขึ้นที่มีลักษณะเป็นการถาวรและต่อเนื่องตลอดอายุของสภา เช่นเดียวกับในประเทศอังกฤษ ฝรั่งเศส และสหรัฐอเมริกา โดยกำหนดหลักการดังกล่าวไว้ในข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร และข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา ทั้งนี้ เพื่อให้คณะกรรมการสามัญมีเวลาที่มีมากพอในการทำหน้าที่พิจารณาและติดตามงบประมาณได้อย่างใกล้ชิดจนเกิดความชำนาญ และสามารถพัฒนาความรู้และทักษะ ตลอดจนการสั่งสมประสบการณ์ในด้านการงบประมาณ จนเกิดความเข้าใจสภาพแวดล้อมทางเศรษฐกิจ ปัญหาของสังคมและความต้องการของประชาชน

(2) เนื่องจากการพิจารณาอนุมัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีของรัฐบาลเป็นเครื่องมือที่สำคัญของฝ่ายนิติบัญญัติในการควบคุมตรวจสอบการบริหารราชการแผ่นดินและการใช้จ่ายงบประมาณแผ่นดินของรัฐบาลซึ่งจะมีผลกระทบต่อประชาชนทั้งประเทศ จึงเห็นสมควรกำหนดคุณสมบัติของบุคคลที่จะได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งเป็นกรรมาธิการสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี เช่นเดียวกับในประเทศอังกฤษ ฝรั่งเศส และสหรัฐอเมริกา ที่จะมีการคัดเลือกกรรมาธิการสามัญเพื่อพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีจากผู้ที่มีความรู้ ความเชี่ยวชาญ มีประสบการณ์ และมีความเข้าใจถึงโครงสร้างและสาระสำคัญต่าง ๆ ของงบประมาณรายจ่ายประจำปี ตลอดจนได้รับการยอมรับจากประชาชนในการคัดเลือกบุคคลที่จะมาดำรงตำแหน่งเป็นกรรมาธิการ เพื่อให้การพิจารณาอนุมัติงบประมาณของรัฐบาลเกิดประโยชน์สูงสุดต่อประเทศชาติและประชาชนได้อย่างแท้จริง ทั้งนี้ โดยกำหนดไว้ในข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร และข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา ให้ต้องเป็นผู้ที่มีความชำนาญและประสบการณ์ด้านการบัญชี การสอบบัญชี การตรวจสอบภายใน เศรษฐศาสตร์ การเงิน การคลัง การบริหารธุรกิจ นิติศาสตร์ รัฐศาสตร์ หรือศาสตร์สาขาอื่นที่เป็นประโยชน์แก่การควบคุมตรวจสอบงบประมาณและการพิจารณาอนุมัติงบประมาณแผ่นดิน เป็นต้น

(3) การกำหนดให้คณะกรรมาธิการสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา มีอำนาจหน้าที่กระทำการพิจารณาสอบสวน หรือศึกษาเรื่องใด ๆ ที่เกี่ยวกับนโยบายของรัฐบาลในด้านงบประมาณรายรับและรายจ่ายของประเทศ การพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี และการติดตามและประเมินผลการใช้จ่ายเงินงบประมาณประจำปีของส่วนราชการหน่วยงานของรัฐ และรัฐวิสาหกิจ และให้มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาไปพร้อมกับสำนักงบประมาณ ตั้งแต่ขั้นตอนของการจัดเตรียมงบประมาณ ซึ่งจะทำได้คณะกรรมาธิการมีระยะเวลาในการพิจารณาเพิ่มมากขึ้น และกำหนดให้มีอำนาจในการแต่งตั้งคณะอนุกรรมาธิการขึ้นเพื่อช่วยสนับสนุนการดำเนินงานของคณะกรรมาธิการได้ เช่น การตั้งคณะอนุกรรมาธิการพิจารณางบประมาณรายรับและรายจ่าย เช่นเดียวกับในประเทศอังกฤษ และสหรัฐอเมริกา ทั้งนี้ เพื่อให้การพิจารณาของรัฐบาลมีความละเอียดรอบคอบมากยิ่งขึ้น และทำให้สามารถแต่งตั้งบุคคลที่มีความรู้ ความสามารถและมีประสบการณ์ ซึ่งเป็นผู้ทรงคุณวุฒิและมีความเป็นกลางทางการเมืองทั้งจากภายนอกในภาคราชการและภาคเอกชนเข้ามาร่วมพิจารณาอนุมัติงบประมาณได้มากขึ้น เช่น ผู้แทนจากฝ่ายรัฐบาลตามที่คณะรัฐมนตรีเสนอ ได้แก่ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง รัฐมนตรีกระทรวงที่สำคัญ ปลัดกระทรวงการคลัง เลขาธิการคณะกรรมการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ผู้อำนวยการสำนักงบประมาณ และรองผู้อำนวยการสำนักงบประมาณ เป็นต้น ซึ่งจะทำให้การพิจารณาอนุมัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีงบประมาณของรัฐบาลเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพและเกิดประโยชน์สูงสุดต่อประเทศและประชาชนได้อย่างแท้จริง ตลอดจนกำหนดให้คณะกรรมาธิการสามัญประจำสภาคณะต่าง ๆ ได้เสนอความเห็นในการจัดสรรงบประมาณให้แก่คณะกรรมาธิการสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีได้ด้วย ซึ่งจะทำให้รัฐบาลมีบทบาทในการกำหนดนโยบายงบประมาณ นโยบายภาษี ตลอดจนทิศทางและวงเงินงบประมาณในภาพรวมได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

ประการที่สี่ ข้อจำกัดเกี่ยวกับโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของสำนักงบประมาณของรัฐบาลตามประกาศรัฐสภา เรื่อง การแบ่งส่วนราชการภายในสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร (ฉบับที่ 6)

พ.ศ. 2556 ลงวันที่ 21 มีนาคม 2556 ซึ่งจะเป็นหน่วยงานที่มีความสำคัญในการสนับสนุนข้อมูลสำหรับประกอบการพิจารณาอนุมัติร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีของรัฐสภาให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

ปัจจุบันองค์การระหว่างประเทศ เช่น องค์การสหประชาชาติ ธนาคารโลก และกระทรวงพัฒนาระหว่างประเทศ ได้ให้ความสำคัญกับการสร้างความเข้มแข็งของรัฐสภาในการทบทวน ติดตามและตรวจสอบงบประมาณแผ่นดิน ประกอบกับในรัฐสภาต่างประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา ได้มีการจัดตั้งสำนักงานงบประมาณรัฐสภา (Congressional Budget Office: CBO) ซึ่งเป็นกลไกของรัฐสภาในการวิเคราะห์งบประมาณ การจัดทำงบประมาณของรัฐที่เสนอโดยประธานาธิบดีต่อรัฐสภา และการวิเคราะห์การใช้งบประมาณที่เป็นผลจากกฎหมายต่าง ๆ เป็นต้น รวมทั้ง ปัจจุบันการเปลี่ยนแปลงทางด้านสังคม วัฒนธรรม เศรษฐกิจ การเมืองและความเจริญก้าวหน้าทางเทคโนโลยีเป็นไปอย่างรวดเร็วและส่งผลกระทบต่อทุกภาคส่วน รัฐสภาจึงจำเป็นต้องมีการทบทวน ปรับปรุงและเปลี่ยนแปลงการดำเนินการเกี่ยวกับกระบวนการงบประมาณในเชิงพัฒนาที่แสดงถึงความรับผิดชอบต่อภาคประชาชนมากยิ่งขึ้น³⁹

การพัฒนาประสิทธิภาพความเข้มแข็งของรัฐสภาในการปฏิบัติหน้าที่ทั้งในด้านการออกกฎหมาย การควบคุมและติดตามตรวจสอบการปฏิบัติงานของรัฐบาลที่ได้มีการดำเนินการในระบบรัฐสภาของต่างประเทศ โดยส่วนใหญ่จะมุ่งเน้นในด้านการพัฒนาความรู้ทางวิชาการ และการเพิ่มโอกาสในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารที่จำเป็นสำหรับประกอบการตัดสินใจ ดังจะเห็นได้จากผลงานการศึกษาของธนาคารโลก (International Bank for Reconstruction and Development: IBRD) ที่เสนอให้มีการจัดตั้งหรือพัฒนาระบบงานด้านห้องสมุดของรัฐสภา การเพิ่มขีดความสามารถเพิ่มช่องทางในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของฝ่ายนิติบัญญัติ และการจัดหาทีมงานที่มีความเชี่ยวชาญทางวิชาการ การจัดตั้งหน่วยงานทางวิชาการเพื่อช่วยสนับสนุนการทำงานให้แก่สมาชิกสภาและคณะกรรมการ ดังนั้น การศึกษาวิเคราะห์เพื่อกำหนดแนวทางในการจัดตั้งสำนักงานวิเคราะห์และติดตามการใช้งบประมาณแห่งรัฐสภา เพื่อทำหน้าที่เป็นหน่วยงานทางวิชาการช่วยสนับสนุนการปฏิบัติงานของรัฐสภาและคณะกรรมการที่เกี่ยวข้องกับการบริหารงบประมาณจึงเป็นยุทธศาสตร์สำคัญที่รัฐสภาของประเทศต่าง ๆ รวมทั้ง องค์การระหว่างประเทศที่มีโครงการให้ความช่วยเหลือในด้านการพัฒนาความเข้มแข็งของรัฐสภา ให้ความสนใจและผลักดันให้มีการดำเนินการ

สำนักงานวิเคราะห์และติดตามการใช้งบประมาณแห่งรัฐสภาที่ได้มีการจัดตั้งขึ้นโดยรัฐสภาของต่างประเทศ เช่น ประเทศสหรัฐอเมริกา จะมีบทบาทหน้าที่หลักที่ต้องรับผิดชอบดำเนินการ ได้แก่ การพยากรณ์และคาดการณ์สภาพการณ์ทางด้านเศรษฐกิจเพื่อใช้เป็นข้อมูลพื้นฐานในการกำหนดนโยบายงบประมาณ การกำหนดกรอบเงินงบประมาณทั้งในส่วนของประมาณการรายรับและประมาณการรายจ่ายที่เหมาะสมในแต่ละปีงบประมาณ การวิเคราะห์ร่างพระราชบัญญัติ เอกสารงบประมาณที่รัฐบาลนำเสนอโดยจัดให้มีการวิเคราะห์และตรวจสอบความเหมาะสมของแผนงานที่นำเสนอ ตลอดจนจัดให้มีการประเมินผลการดำเนินงาน

³⁹ อ.ก.ร. เฉพาะกิจเพื่อเตรียมความพร้อมในการจัดตั้งสำนักงานงบประมาณของรัฐสภา คณะกรรมการข้าราชการรัฐสภา, เอกสาร เรื่อง การจัดตั้งสำนักงานงบประมาณของรัฐสภา, (กรุงเทพมหานคร, สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, ม.ป.ป.), หน้า 2.

ตามแผนงาน/โครงการ การวิเคราะห์กรอบวงเงินงบประมาณระยะปานกลางเพื่อเสนอแนะให้รัฐสภาทราบถึงภาระผูกพันที่จะเกิดขึ้นเมื่อมีการอนุมัติแผนงบประมาณตามแนวทางของระบบงบประมาณแบบมุ่งผลสำเร็จ รวมทั้งอาจปฏิบัติหน้าที่เพิ่มเติมเกี่ยวกับการวิเคราะห์นโยบายที่นำเสนอโดยรัฐบาลและหน่วยงานต่าง ๆ การพิจารณาเสนอแนะแนวทางในการปรับลดงบประมาณ การวิเคราะห์สภาวะการณ์ทางเศรษฐกิจที่เปลี่ยนแปลงไป การวิเคราะห์ภาษี การวิเคราะห์กรอบวงเงินงบประมาณระยะยาวและการจัดทำเอกสารเผยแพร่เพื่อสร้างความเข้าใจด้านนโยบายแต่ละด้าน เป็นต้น⁴⁰

จากการศึกษากระบวนการพิจารณาอนุมัติงบประมาณแผ่นดินของรัฐสภาไทย พบว่ายังมีข้อจำกัดในการพิจารณาอนุมัติงบประมาณ และการติดตามตรวจสอบการใช้จ่ายเงินงบประมาณแผ่นดินอันเนื่องมาจากสาเหตุต่าง ๆ ได้แก่ ปัญหาการเข้าถึงข้อมูลสารสนเทศเพื่อการติดตามและประเมินผลทั้งในส่วนของคุณภาพสารสนเทศเกี่ยวกับผลการดำเนินงานและการใช้จ่ายเงินงบประมาณของรัฐบาล ปัญหาขีดสมรรถนะในการทำงานของคณะกรรมการ และข้อจำกัดเกี่ยวกับระยะเวลาที่ใช้ในการพิจารณาอนุมัติงบประมาณของรัฐสภา ปัญหาการติดตามข้อมูลเพื่อตรวจสอบการใช้งบประมาณของฝ่ายบริหารได้อย่างครอบคลุม ปัญหาการขาดบุคลากรที่มีความเชี่ยวชาญในการวิเคราะห์งบประมาณและการตรวจสอบผลการใช้จ่ายเงินงบประมาณของรัฐบาล และปัญหาการขาดความเชื่อมโยงการทำงานกับองค์กรควบคุมตรวจสอบงบประมาณตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ซึ่งในปัจจุบันการพิจารณางบประมาณของรัฐสภาจะอาศัยข้อมูลจากหน่วยงานของฝ่ายบริหาร รวมทั้งสมาชิกรัฐสภาจะต้องศึกษาและวิเคราะห์งบประมาณด้วยตนเอง โดยมีคณะกรรมการของรัฐสภาเป็นกลไกขับเคลื่อนที่สำคัญ และในส่วนของการดำเนินการของคณะกรรมการก็ยังมีปัญหา อุปสรรค และข้อจำกัดในการควบคุมตรวจสอบการบริหารราชการแผ่นดินทั้งในด้านระยะเวลา การวิเคราะห์ข้อมูลเชิงวิชาการ และบุคลากรที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านที่จะสนับสนุนการปฏิบัติงานของคณะกรรมการ ตลอดจนไม่สามารถเข้าถึงข้อมูลงบประมาณที่จำเป็นได้⁴¹

ทั้งนี้ ประเทศไทยได้มีการจัดตั้งสำนักงานงบประมาณของรัฐสภาขึ้น ตามประกาศรัฐสภา เรื่อง การแบ่งส่วนราชการภายในสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร (ฉบับที่ 6) พ.ศ. 2556 ลงวันที่ 21 มีนาคม 2556 โดยกำหนดให้มีสำนักงานงบประมาณของรัฐสภา เป็นส่วนราชการที่มีฐานะเป็นกลุ่มงานขึ้นตรงต่อเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร และได้กำหนดตำแหน่งและกรอบอัตรากำลังของสำนักงานงบประมาณของรัฐสภา จำนวน 31 อัตรา ประกอบด้วย รองเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร จำนวน 1 อัตรา และนักวิเคราะห์งบประมาณ จำนวน 30 อัตรา และกำหนดให้สำนักงานงบประมาณของรัฐสภา มีอำนาจหน้าที่ในการศึกษา วิเคราะห์ วิจัยและจัดทำรายงานด้านเศรษฐศาสตร์ การเงินการคลัง การงบประมาณ ให้คำปรึกษา เสนอแนะ หรือให้ความเห็นเกี่ยวกับกระบวนการงบประมาณของรัฐสภา หรือเรื่องที่คณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาดำเนินการศึกษา จัดทำประมาณการรายได้ ค่าใช้จ่ายที่เป็น

⁴⁰ ดำรงค์ วัฒนา และคณะ, *การเสริมสร้างความเข้มแข็งของฝ่ายนิติบัญญัติในกระบวนการงบประมาณแผ่นดิน*, (รายงานการวิจัย ได้รับทุนอุดหนุนจากสำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, 2551), หน้า 104 - 106.

⁴¹ เฟิงอ๋าง, หน้า 1.

ผลกระทบจากร่างพระราชบัญญัติด้านการเงินการคลัง เพื่อจัดทำข้อเสนอแนะต่อสมาชิกวุฒิสภา ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่าย และร่างพระราชบัญญัติด้านการเงินการคลัง ติดตามตรวจสอบการใช้จ่ายงบประมาณของรัฐบาล และจัดทำฐานข้อมูลเกี่ยวกับการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีของวุฒิสภา ทั้งข้อมูลก่อนการพิจารณาโครงการ ข้อมูลระหว่าง การดำเนินโครงการ และข้อมูลหลังจากการดำเนินโครงการ

อย่างไรก็ตาม เนื่องจากการจัดตั้งสำนักงบประมาณของวุฒิสภาดังกล่าว ได้กำหนดให้เป็นส่วนราชการที่มีฐานะเป็นเพียงกลุ่มงานที่ขึ้นตรงต่อเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร และอยู่ภายใต้โครงสร้างการแบ่งส่วนราชการภายในของสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งโดยหลักการและแนวความคิดของการจัดตั้งสำนักงบประมาณของวุฒิสภาทั้งในต่างประเทศและในประเทศไทยนั้นมุ่งที่จะให้เป็นหน่วยงานที่ช่วยสนับสนุนการทำหน้าที่ในการพิจารณาอนุมัติงบประมาณแผ่นดินของสมาชิกวุฒิสภา ได้แก่ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา และคณะกรรมการของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาในการวิเคราะห์งบประมาณและการดำเนินนโยบายการคลังของฝ่ายบริหาร

ดังนั้น เพื่อให้การปฏิบัติงานตามอำนาจหน้าที่ของสำนักงบประมาณของวุฒิสภาสามารถสนับสนุนข้อมูลทางวิชาการด้านงบประมาณสำหรับประกอบการพิจารณาอนุมัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีของสภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และคณะกรรมการของสภาให้เป็นไปอย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพ มีความน่าเชื่อถือ ทันสมัยและมีความต่อเนื่อง โดยไม่จำเป็นต้องอาศัยแต่เพียงข้อมูลจากฝ่ายรัฐบาล โดยนำหลักการที่สำคัญตามที่ได้มีการจัดตั้งสำนักงบประมาณรัฐสภาของประเทศสหรัฐอเมริกามาใช้ให้เข้ากับบริบทของประเทศไทย เพื่อเป็นหน่วยงานที่ทำหน้าที่วิเคราะห์ข้อมูลเชิงวิชาการเกี่ยวกับสถานการณ์ทางเศรษฐกิจและสังคม การวิเคราะห์งบประมาณแผ่นดิน และการวิเคราะห์ความเหมาะสมของการกำหนดวงเงินงบประมาณรวมทั้ง เพื่อเสริมสร้างความเข้มแข็ง และเพิ่มขีดความสามารถให้กับฝ่ายนิติบัญญัติในการกำกับ ควบคุม และติดตามตรวจสอบการใช้จ่ายงบประมาณแผ่นดินทั้งในเชิงนโยบายและเชิงกระบวนการและการบริหารจัดการทรัพยากรของประเทศของฝ่ายบริหารให้เกิดความเป็นธรรมและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นต่อไป จึงเห็นสมควรให้มีการปรับปรุงโครงสร้าง อัตรากำลัง และหน้าที่รับผิดชอบของสำนักงบประมาณของวุฒิสภาตามที่ได้มีการจัดตั้งขึ้นในปัจจุบัน ดังนี้

(1) กำหนดให้สำนักงบประมาณของวุฒิสภาเป็นส่วนราชการที่มีฐานะเป็นสำนัก และอยู่ภายใต้โครงสร้างการแบ่งส่วนราชการภายในของส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่น ซึ่งเป็นส่วนราชการสังกัดรัฐสภาตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการฝ่ายรัฐสภา พ.ศ. 2554 มาตรา 6 วรรคหนึ่ง (3)⁴² และกำหนดให้สำนัก

⁴² พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการฝ่ายรัฐสภา พ.ศ. 2554 มาตรา 6 บัญญัติว่า

“มาตรา 6 ให้มีส่วนราชการสังกัดรัฐสภา ดังต่อไปนี้

(1) สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร

(2) สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา

งบประมาณของรัฐสภา มีการแบ่งส่วนราชการภายนอกเป็นกลุ่มงานตามภารกิจและอำนาจหน้าที่ที่สำคัญ เพื่อให้มีความเป็นอิสระในการบริหารงานบุคคลและการงบประมาณจากสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎรและสำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา และกำหนดให้มีการคัดเลือกบุคลากรเพื่อปฏิบัติหน้าที่ที่มีความรู้และความเชี่ยวชาญในด้านการงบประมาณ ทั้งนี้ เพื่อให้สามารถรองรับภารกิจการปฏิบัติงานและสนับสนุนข้อมูลทางวิชาการสำหรับประกอบการพิจารณาอนุมัติงบประมาณให้แก่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา และคณะกรรมการธิการของสภาได้อย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

(2) กำหนดให้มีการบรรจุแต่งตั้งบุคลากรให้เต็มตามกรอบอัตรากำลังของสำนักงานงบประมาณของรัฐสภา จำนวน 31 อัตรา เนื่องด้วยปัจจุบันยังมีการบรรจุแต่งตั้งบุคลากรในตำแหน่งนักวิเคราะห์งบประมาณไม่เต็มตามกรอบอัตรากำลังดังกล่าว ทั้งนี้ เพื่อรองรับการปฏิบัติหน้าที่ให้สอดคล้องกับปริมาณงานที่มีเป็นจำนวนมากในการสนับสนุนข้อมูลทางวิชาการสำหรับประกอบการพิจารณาอนุมัติงบประมาณให้แก่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภาและคณะกรรมการธิการของสภา รวมทั้ง เพื่อให้สอดคล้องกับการที่จะดำเนินการให้สำนักงานงบประมาณของรัฐสภา มีการแบ่งส่วนราชการภายนอกเป็นกลุ่มงานต่าง ๆ ตามภารกิจและอำนาจหน้าที่ที่สำคัญต่อไปในอนาคต

(3) กำหนดคุณสมบัติของบุคลากรที่จะดำรงตำแหน่งในสำนักงานงบประมาณของรัฐสภาให้มีคุณสมบัติทางด้านเศรษฐศาสตร์ บัญชี การเงินการคลัง และกฎหมาย เพื่อปฏิบัติงานด้านการวิเคราะห์งบประมาณและนโยบายทางเศรษฐกิจ ซึ่งมีลักษณะงานที่ปฏิบัติเกี่ยวกับการศึกษา วิเคราะห์ วิจัย และจัดทำรายงานด้านเศรษฐกิจ การเงิน การคลัง การงบประมาณ ให้คำปรึกษา เสนอแนะ หรือให้ความเห็นเกี่ยวกับกระบวนการงบประมาณของรัฐสภา ติดตาม ตรวจสอบการใช้จ่ายงบประมาณของรัฐบาล ศึกษาและวิเคราะห์เกี่ยวกับภาวะเศรษฐกิจและการเงินการคลัง และจัดทำฐานข้อมูลเกี่ยวกับกระบวนการร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี

(4) กำหนดให้สำนักงานงบประมาณของรัฐสภาเป็นหน่วยงานที่มีหน้าที่รับผิดชอบในการศึกษา วิเคราะห์ วิจัยและจัดทำประมาณการรายได้ ค่าใช้จ่ายที่เป็นผลกระทบจากร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี และร่างพระราชบัญญัติด้านการเงินการคลัง และสนับสนุนข้อมูลในด้านงบประมาณของประเทศ ให้แก่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา และคณะกรรมการ จัดทำรายงานสถานะทางด้านเศรษฐกิจ การเงิน การคลัง และการงบประมาณ ตลอดจนภาวะเศรษฐกิจโดยรวมของประเทศ จัดทำประมาณการแนวโน้มทางด้านเศรษฐกิจและงบประมาณของประเทศทั้งระยะสั้นและระยะยาว ให้คำปรึกษา เสนอแนะ หรือให้ความเห็นเกี่ยวกับกระบวนการงบประมาณของรัฐสภา หรือเรื่องที่คณะกรรมการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี หรือคณะอนุกรรมการของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาดำเนินการศึกษา ติดตาม ตรวจสอบการใช้จ่ายงบประมาณของรัฐบาลให้เป็นไปอย่างเหมาะสม คุ่มค่า และสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติที่รัฐสภาให้ความเห็นชอบและจัดทำรายงานเสนอต่อรัฐสภา จัดทำฐานข้อมูลเกี่ยวกับการพิจารณาร่าง

(3) ส่วนราชการที่เรียกชื่ออย่างอื่น

ส่วนราชการตาม (1) (2) และ (3) เป็นนิติบุคคลและมีอิสระในการบริหารงานบุคคล การงบประมาณ และการดำเนินการอื่นตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัตินี้ และกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการรัฐสภา”

พระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีของรัฐสภา ทั้งข้อมูลก่อนการพิจารณาโครงการ ข้อมูลระหว่างการดำเนินโครงการและข้อมูลหลังการดำเนินโครงการ ข้อเสนอของคณะกรรมการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติงบประมาณรายจ่ายประจำปี และฐานข้อมูลอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง รวมทั้ง การจัดทำรายงานเชิงวิเคราะห์และประมวลผลข้อมูลสารสนเทศด้านงบประมาณ และการเงินการคลังทั้งระดับมหภาคและจุลภาคเพื่อการวิเคราะห์ในเชิงนโยบาย การวิเคราะห์และวิจัยเกี่ยวกับการจัดสรรงบประมาณรายจ่าย การติดตามประเมินผลการใช้จ่ายงบประมาณแผ่นดินของส่วนราชการต่าง ๆ และในระดับท้องถิ่น การติดตามประเมินผลรายจ่ายเพื่อสนับสนุนกองทุนของงบประมาณ และรายจ่ายการลงทุนของภาครัฐในโครงการขนาดใหญ่หรือการร่วมทุนของภาครัฐกับเอกชน การเผยแพร่ความรู้ทางวิชาการต่อสาธารณชนเพื่อให้เกิดความรู้และความเข้าใจเกี่ยวกับงบประมาณแผ่นดินและสถานการณ์เศรษฐกิจในปัจจุบัน และการประสานความร่วมมือทางด้านวิชาการกับสำนักงานงบประมาณของรัฐสภาในต่างประเทศเพื่อการปรับปรุงและพัฒนาการดำเนินงานของสำนักงานงบประมาณของรัฐสภาไทย เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม นอกจากการกำหนดให้สำนักงานงบประมาณของรัฐสภาเป็นส่วนราชการสังกัดรัฐสภาตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการฝ่ายรัฐสภา พ.ศ. 2554 มาตรา 6 วรรคหนึ่ง (3) ดังกล่าวแล้ว อาจให้มีการจัดตั้งสถาบันวิเคราะห์งบประมาณประจำรัฐสภาในอีกแนวทางหนึ่ง โดยการออกเป็นกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติเสนอต่อรัฐสภาเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบในการจัดตั้งสถาบัน เป็นนิติบุคคลที่เป็นหน่วยงานของรัฐ และอยู่ในกำกับดูแลของประธานรัฐสภาเพื่อเป็นการสร้างความรับผิดชอบของสถาบันต่อรัฐสภาซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนในลักษณะเช่นเดียวกับการจัดตั้งสถาบันพระปกเกล้าตามพระราชบัญญัติสถาบันพระปกเกล้า พ.ศ. 2541 ซึ่งเป็นสถาบันที่มีความเป็นกลางและเป็นอิสระทางวิชาการขึ้นเพื่อศึกษาวิเคราะห์และให้ความเห็นตามหลักวิชาการเกี่ยวกับผลกระทบต่อระบบการเงินการคลัง ตลอดจนระบบเศรษฐกิจและสังคมของประเทศที่อาจเกิดขึ้นจากการดำเนินนโยบายที่ต้องใช้จ่ายจากเงินแผ่นดิน เพื่อให้การพิจารณาอนุมัติให้ใช้จ่ายเงินแผ่นดินเพื่อการดังกล่าวเป็นประโยชน์ต่อประเทศชาติอย่างแท้จริง และเพื่อสร้างการมีส่วนร่วมในระบบงบประมาณของฝ่ายนิติบัญญัติและประชาชนโดยเป็นหน่วยงานที่ให้ข้อมูลด้านงบประมาณและการตรวจสอบการใช้จ่ายเงินแผ่นดินของภาครัฐแก่ฝ่ายนิติบัญญัติ รวมทั้ง ให้มีการเปิดเผยผลการศึกษาและให้ความรู้เกี่ยวกับการศึกษาวิเคราะห์ตามหลักวิชาการต่อสาธารณชน เพื่อเป็นกลไกในการเพิ่มประสิทธิภาพการใช้จ่ายเงินของรัฐให้เป็นไปอย่างคุ้มค่าและตอบสนองต่อประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน โดยสอดคล้องกับสถานะทางการเงินการคลังของประเทศ

ทั้งนี้ หากรัฐสภาได้มีการนำแนวทางเกี่ยวกับการกำหนดมาตรการทางกฎหมายดังกล่าวไปปรับใช้ในกระบวนการพิจารณาอนุมัติงบประมาณรายจ่ายประจำปีของรัฐสภาแล้ว ก็จะเป็นการสนับสนุนและเสริมสร้างความเข้มแข็งในการพิจารณาอนุมัติงบประมาณแผ่นดินของรัฐสภาให้เป็นไปอย่างเหมาะสมและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น รวมทั้ง เป็นการเพิ่มอำนาจและขีดความสามารถให้กับฝ่ายนิติบัญญัติในการถ่วงดุล การกำกับ ควบคุม และตรวจสอบการใช้จ่ายงบประมาณแผ่นดินของฝ่ายบริหาร เพื่อให้เกิดธรรมาภิบาลในการบริหารราชการแผ่นดิน โดยสามารถควบคุมตรวจสอบการใช้จ่ายงบประมาณให้เป็นไปตามนโยบายของรัฐบาลที่ได้แถลงไว้ต่อรัฐสภา อันจะส่งผลให้การใช้จ่ายงบประมาณแผ่นดินเกิดประโยชน์สูงสุดแก่ประเทศชาติและประชาชนได้อย่างแท้จริง

บรรณานุกรม

หนังสือ

จรัส สุวรรณมาลา, *ระบบงบประมาณและการจัดการแบบมุ่งผลสำเร็จในภาครัฐ: ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับพลเมืองยุคใหม่*, (กรุงเทพมหานคร, บริษัท ธนจักรการพิมพ์ จำกัด, 2546).

จินตมัย อมาตยกุล, *คำบรรยายชั้นปริญญาตรีวิชาการคลัง*, (พระนคร, โรงพิมพ์อักษรประเสริฐ, 2494).

ประสิน โสภณบุญ, *วิธีการและวงจรงบประมาณแผ่นดินเปรียบเทียบ (ระหว่างประเทศไทย - อังกฤษ และสหรัฐอเมริกา)*, (กรุงเทพมหานคร, สำนักพิมพ์ เวอร์สเทิลิต์, 2527).

ปรีชา สุวรรณทัต, *วิชาธรรมศาสตร์ว่าด้วยการคลัง*, (พิมพ์ครั้งที่ 3, กรุงเทพมหานคร, บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2555).

วิวัฒน์ไชย ไชยยันต์, พระองค์เจ้า, *กฎหมายการคลัง*, (พระนคร, ห้างหุ้นส่วนจำกัด ศิวพร, 2504).

สมบัติ อารังธัญวงศ์, *การเมืองอเมริกา*, (พิมพ์ครั้งที่ 2, กรุงเทพมหานคร, สำนักพิมพ์เสมาธรรม, 2542).

_____, *พัฒนาการของระบบงบประมาณไทย*, หนังสือ 50 ปี สำนักงบประมาณ, (กรุงเทพมหานคร, สำนักงบประมาณ, 2552).

อ.ก.ร. เฉพาะกิจเพื่อเตรียมความพร้อมในการจัดตั้งสำนักงานงบประมาณของรัฐบาล, *เอกสาร เรื่อง การจัดตั้งสำนักงานงบประมาณของรัฐบาล*, (กรุงเทพมหานคร, สำนักการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, ม.ป.ป.).

อรพิน ผลสุวรรณ สบายรูป, *โครงการจ้างแปลกฎหมายวิธีการงบประมาณและกฎหมายงบประมาณรายจ่ายประจำปีของต่างประเทศเพื่อพัฒนากฎหมายวิธีการงบประมาณและกฎหมายงบประมาณรายจ่ายประจำปีของไทยภายใต้ระบบงบประมาณแบบมุ่งเน้นผลงานตามยุทธศาสตร์ เสนอต่อ สำนักงานงบประมาณ*, (กรุงเทพมหานคร, สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549).

อรัญ ธรรมโน, *ความรู้ทั่วไปทางการคลัง*, (กรุงเทพมหานคร, โรงพิมพ์บริษัทพิธจำกัด, 2518).

วิทยานิพนธ์

จักราวดี อนุโยธา, *แนวทางในการกำหนดมาตรการทางกฎหมายเกี่ยวกับการงบประมาณแผ่นดิน: ศึกษากรณีการอนุมัติงบประมาณรายรับและรายจ่าย*, (น.ม., จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2544).

ดำรงค์ วัฒนา และคณะ, *การเสริมสร้างความเข้มแข็งของฝ่ายนิติบัญญัติในกระบวนการงบประมาณแผ่นดิน*, (รายงานการวิจัย ได้รับทุนอุดหนุนจากสำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, 2551).

บทความ

นิพนธ์ โลหะกุลวิษ, *ประวัติความเป็นมาและสาระสำคัญของหลักการห้ามฝ่ายนิติบัญญัติริเริ่มกำหนดรายจ่ายแผ่นดินในสหราชอาณาจักร*, (วารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่ 1 ปีที่ 26 (มีนาคม 2541)).

สมชาติ ธรรมศิริ และ สุกัญญา หอมชื่นชม, *สำนักงบประมาณรัฐบาล*, (จุลสารรัฐบาล, 3 (กันยายน 2538)).

เอกสารอื่น ๆ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550

พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502

พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการฝ่ายรัฐสภา พ.ศ. 2554

ข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎร พ.ศ. 2551

ข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา พ.ศ. 2551

คณะกรรมการวิสามัญบัณฑิตกเจตนาธรรมณ์ จดหมายเหตุ และตรวจรายงานการประชุม สภาร่างรัฐธรรมนูญ, *เจตนาธรรมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550*, (กรุงเทพมหานคร, สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2550).

Books

Burkhead Jesse, *Government Budgeting*, (New York, John Wiley & Sons, 1962).

Central Office of Information, *The British Parliament*, (Printed in England for Her Majesty’s Stationery Office by Page Bros., (Norwich) Ltd., 1971).

Paul Silk & Rhodri Walters, *How Parliament works*, (New York, Longman, 1995).

Peter woll, *Constitutional Democracy: Policies and Politics*, (boston, Little Brown and Company, 1982).

Other

Robert keilth, *A brief Introduction to federal budget Process*, (CRS Report for Congress (69 - 912 GOV), (November 1996)).

การเตรียมกระทำความผิด: การสำรวจและข้อพิจารณาเบื้องต้นตามหลักสิทธิมนุษยชน
และหลักประชาธิปไตย

Preparatory Offences: An Analysis from Human-Right-Principle and
Democracy Perspective

รณกรณ์ บุญมี*

บทคัดย่อ

ปัจจุบันหลายรัฐรวมถึงรัฐไทยกำหนดความรับผิดทางอาญาให้กับการกระทำที่อยู่ในขั้นตอนของการเตรียมการทั้งที่การกระทำดังกล่าวยังอยู่ในช่วงเริ่มต้นของการกระทำผิดและมักจะเป็นการกระทำที่ไม่ได้แสดงถึงความอันตรายอย่างเป็นภววิสัยทำให้เกิดอันตรายต่อเสรีภาพและความเป็นส่วนตัวของประชาชนอย่างมาก บทความนี้ทำการสำรวจและพิจารณาในเบื้องต้นว่าการกำหนดความผิดในขั้นตอนดังกล่าวมีความสอดคล้อง หรือขัดแย้งกับหลักการกฎหมายสิทธิมนุษยชน และประชาธิปไตยอย่างไร

คำสำคัญ: การเตรียมกระทำความผิด, การบัญญัติความผิดอาญา, หลักการความเสียหาย และหลักการเผชิญหน้า, สิทธิความเป็นส่วนตัว, สิทธิที่จะไม่ถูกทรมานหรือปฏิบัติอย่างโหดร้าย ไร้มนุษยธรรม

Abstract

There is a worrying trend among States to criminalize a conduct falling in a preparation step in order to, so being claimed, maximize security of both society and individuals. This paper preliminarily examine whether or not this practice, putting individuals' privacy at risk, is in accordance with the principles of human rights law and democracy.

Keywords: criminal preparation, criminalization, the harm and offences principles, right to pvcacy, right not to be tortured and treated cruelly or inhumanly.

* ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ 2) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, เนติบัณฑิตไทย, นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายอาญา) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, Master of Laws with Merit (Human Rights Law) LSE (Chevening Scholarship), นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, PhD Candidate NUS (ทุนมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์).

'A law that condemned and punished actually harm-causing conduct as wrong, but was utterly silent on attempts to cause such harms, and on reckless risk-taking with respect to such harms, would speak with a strange moral voice'

Anthony Duff¹

1. บทนำ

โดยพื้นฐานกฎหมายอาญาจะลงโทษการกระทำที่ก่อให้เกิดความเสียหาย (harm) โดยที่ผู้กระทำมีความน่าตำหนิได้ของจิตใจ (culpability) ทั่วไปกฎหมายอาญาจะลงโทษบุคคลที่ต่อเมื่อบุคคลนั้นกระทำการเลวขั้นตอนของการเตรียม และถึงขั้นลงมือกระทำความผิดแล้วเท่านั้น² อย่างไรก็ตามหลักการดังกล่าวมีข้อยกเว้นอยู่ โดยหลายกรณีกฎหมายก็ลงโทษการกระทำที่ไม่ได้ก่อ หรือยังไม่ทันได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครอง (“rechtsgut” หรือที่รู้จักกันว่าคุณธรรมทางกฎหมาย) เช่นกรณีความผิดที่เป็นการเริ่มต้น (inchoate crimes) ซึ่งได้แก่การพยายามกระทำความผิด³ การใช้ให้ผู้อื่นกระทำความผิดและความผิดยังมีได้กระทำลงอันเป็นเหตุให้ผู้ใช้ต้องถูกระวางโทษหนึ่งในสามของความผิดสำเร็จ⁴ ความผิดฐานอั้งยี่⁵ ความผิดฐานช่องโจร⁶ รวมทั้งยังมีความผิดอันเกิดจากการสมคบที่จะไปกระทำความผิดเฉพาะอีกหลายฐาน นอกจากนั้นยังอาจกำหนดความผิดเอกเทศลงโทษการกระทำที่โดยตัวของมันเองยังไม่ได้สร้างความเสียหายใด ๆ ซึ่งได้แก่ความผิดฐานครอบครองต่าง ๆ รวมทั้งความผิดหลายฐานในลักษณะ 6 ความผิดเกี่ยวกับการก่อให้เกิด ภัยอันตรายต่อประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งมาตรา 226-237 และโดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำความผิดในชั้นเตรียมซึ่งจะเป็นหัวใจหลักของบทความนี้

ก่อนที่จะกล่าวถึงการกำหนดให้การกระทำในชั้นเตรียมเป็นความผิด ผู้เขียนขออนุญาตเสนอข้อยกเว้นหลักทั่วไปของกฎหมายอาญาอีกด้านคือการที่กฎหมายอาญาลงโทษผู้กระทำที่ได้กระทำการโดยไม่มี ความน่าตำหนิได้ของจิตใจ กล่าวคือกระทำความผิดโดยไม่ได้เจตนา และไม่ได้ประมาทในการกระทำดังกล่าว⁷ ซึ่งโดยทั่วไปความผิดที่ไม่ต้องการความน่าตำหนิได้ของจิตใจนี้มักจะเป็นความผิดลหุโทษ ซึ่งกำหนดความโทษทางอาญาไม่รุนแรงกล่าวคือ จำคุกไม่เกินหนึ่งเดือน และปรับไม่เกินหนึ่งหมื่นบาท⁸ และผู้กระทำความผิดลหุโทษเหล่านี้แม้ในทางกฎหมายเราอาจจะเรียกได้ว่าผู้กระทำเป็นอาชญากร แต่ในทางความเป็นจริงบุคคลเหล่านี้มักจะมี

¹ R. A. Duff, *Criminal Attempts* (OUP 1996) 134.

² เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค 1 บทบัญญัติทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 10, พลสยาม พรินต์ 2551) 539.

³ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80-81

⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 84

⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 209

⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 210

⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 59 วรรค 1

⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 102 ตามที่แก้ไขล่าสุดโดยพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 22) พ.ศ. 2558

ไม่ได้ถูกประณามจากสังคมอย่างผู้กระทำความผิดอาญาโดยแท้จะได้รับการประณาม และมักจะไม่ได้รับผลร้ายอื่นนอกเหนือจากโทษทางอาญาที่กำหนดไว้อย่างไม่รุนแรง⁹ อย่างไรก็ตามประเทศไทยได้ก้าวตามประเทศอังกฤษด้วยการเริ่มกำหนดให้ความผิดอาญาโดยแท้ซึ่งมีระวางโทษสูง และผู้ถูกกระทำย่อมถูกตราหน้าหรือประณามอย่างรุนแรงจากสังคมเป็นความผิดที่ไม่ต้องการองค์ประกอบภายใน ถึงแม้จะเป็นเพียงบางองค์ประกอบก็ตาม¹⁰ ตัวอย่างที่ชัดเจนที่สุดคือการกำหนดให้อายุของผู้ถูกกระทำไม่เป็นองค์ประกอบภายนอกที่ผู้กระทำจะต้องรู้ในความผิดฐานกระทำชำเราเด็กและพรากเด็กอายุต่ำกว่า 13 ปี¹¹ ซึ่งข้อมูลประกอบที่น่าสนใจประการหนึ่งก็คือ ถึงแม้การกำหนดความผิดอาญาให้มีลักษณะเป็นความผิดเด็ดขาดที่ไม่ต้องการองค์ประกอบภายในจะถูกเข้าใจว่าเป็นเพียงข้อยกเว้น และต้องทำด้วยความระมัดระวัง แต่ในความเป็นจริงความผิดอาญาส่วนใหญ่ของประเทศอังกฤษเป็นความผิดเด็ดขาด¹² ซึ่งเป็นเรื่องที่ได้รับการวิจารณ์และถกเถียงอย่างมาก¹³ อย่างไรก็ตาม ถึงแม้ว่าผู้เขียนจะไม่เห็นด้วยเกี่ยวกับทิศทางการกำหนดให้ความผิดอาญาที่สำคัญและมีโทษรุนแรงเป็นความผิดเด็ดขาด แต่เรื่องดังกล่าวไม่ใช่วัตถุประสงค์ของบทความนี้จึงขอเว้นไว้ไม่กล่าวถึงก่อน และขอกลับไปพิจารณาเรื่องการทำผิดในขั้นตอนการเตรียม

โดยทั่วไปกฎหมายไทยลงโทษผู้ที่ตั้งมือกระทำความผิดแต่ไม่สำเร็จในอัตราส่วนสองในสาม¹⁴ของระวางโทษที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำความผิดนั้น และเรียกการลงมือกระทำความผิดนั้นว่าการพยายามกระทำความผิด¹⁵ อย่างไรก็ตามรัฐอาจกำหนดให้ผู้กระทำมีความรับผิดทางอาญาตั้งแต่เมื่อได้เตรียมกระทำความผิดก็ได้ถ้ารัฐเห็นว่าเหมาะสมซึ่งในปัจจุบันกฎหมายไทยได้กำหนดให้การเตรียมกระทำความผิดเป็นความผิดอาญาในหลากหลายรูปแบบทั้งการกำหนดลงโทษอย่างชัดเจนว่าการเตรียมกระทำความผิดอาญาฐานหนึ่งฐานใด

⁹ ตัวอย่างหนึ่งที่ชัดเจนนอกจากเรื่องการรอกำหนดโทษ หรือรอกำหนดโทษตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 56 ก็คือกรณีการเป็นข้าราชการพลเรือน ทั้งในกรณีคุณสมบัติการเข้าเป็นข้าราชการ และกรณีการกระทำความผิดวินัยข้าราชการ ดูพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 36 และ 85 ตามลำดับ

¹⁰ ความผิดเด็ดขาด (strict liability offences) นี้ไม่จำเป็นว่าทุกองค์ประกอบภายนอกจะขาดองค์ประกอบภายในไปเสียทั้งหมด การที่แม้เพียงบางองค์ประกอบภายนอกไม่เรียกร้องให้ม้องค์ประกอบภายในก็ย่อมถือว่าเป็นความผิดเด็ดขาดแล้ว ดูคำอธิบาย และข้อโต้แย้งในเรื่องนี้ที่ Stuart P. Green, ‘Six Senses of Strict Liability: A Plea for Formalism’ in Andrew Simester (ed.) *Appraising Strict Liability* (OUP 2005) 1-19. และดู David Ormerod and Karl Laird, *Smith and Hogan’s Criminal Law* (OUP 2011) 173-175.

¹¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 285/1.

¹² Jonathan Herring, *Criminal Law: Text, Cases, and Materials* (6th edn, OUP 2014) 214.

¹³ ดูข้อเขียนบางส่วนของที่น่าสนใจเกี่ยวกับความผิดเด็ดขาดในอังกฤษได้ที่ Andrew Simester (ed.) *Appraising Strict Liability* (n10 above).

¹⁴ ในกรณีการพยายามกระทำความผิดที่เป็นไปไม่ได้โดยแน่แท้ กฎหมายไทยกำหนดโทษสำหรับผู้กระทำความผิดในอัตราส่วนกึ่งหนึ่งของความผิดสำเร็จ ดูประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 81.

¹⁵ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 80.

โดยเฉพาะเป็นความผิดเช่น ความผิดฐานตระเตรียมเป็นกบฏ¹⁶ การตระเตรียมกระทำความผิดทั้งหลายในหมวด ความผิดต่อความมั่นคงของรัฐภายนอกราชอาณาจักร¹⁷ หรือความผิดฐานตระเตรียมวางเพลิง¹⁸ นอกจากนั้นใน บางครั้งกฎหมายยังกำหนดให้การตระเตรียมเป็นความผิดในลักษณะที่เป็นความผิดที่เป็นเอกเทศต่างหากจาก ความผิดสำเร็จ แต่ยังคงมุ่งหมายที่จะป้องกันการกระทำความผิดสำเร็จฐานใดฐานหนึ่งโดยเฉพาะ เช่นความผิด ฐานปลอมปนอาหารเพื่อให้บุคคลอื่นเสพยา¹⁹ ความผิดฐานมีเครื่องมือสำหรับปลอมหรือแปลงเงินตรา²⁰ หรือ ความผิดฐานมีไว้เพื่อนำออกใช้ซึ่งบัตรอิเล็กทรอนิกส์ของผู้อื่นโดยมิชอบ²¹ สุดท้ายกฎหมายยังบัญญัติให้การ กระทำในขั้นตอนของการตระเตรียมการเป็นความผิดเอกเทศที่ไม่มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันการกระทำความผิด ฐานใดฐานหนึ่งโดยเฉพาะ หากแต่มุ่งหมายที่จะลดความเสี่ยงในการกระทำความผิดทั่ว ๆ ไปเช่นความผิดฐาน ครอบครองอาวุธปืนโดยไม่ได้รับอนุญาต²² เป็นต้น

ผู้เขียนเห็นว่าการบัญญัติให้ผู้กระทำการในขั้นตอนของการตระเตรียมมีความรับผิดชอบทางอาญาโดยไม่มี ขอบเขตที่ชัดเจนแน่นอนนั้นอาจก่อให้เกิดปัญหาอย่างน้อยสามประการที่เกี่ยวข้องกัน

ประการที่หนึ่ง ถึงแม้ว่าเมื่อพิจารณาถึงการตระเตรียมกระทำความผิด เราอาจคิดถึงการทำที่ใกล้ชิด กับพยายามกระทำความผิดที่ยังไม่ถึงขั้นลงมือกระทำความผิด แต่ในความเป็นจริงการตระเตรียมนั้นย้อนหลังไป ถึงตั้งแต่ขั้นตอนต้น ๆ หรือกล่าวให้ถูกก็คือย้อนไปถึงการกระทำในขั้นตอนแรกของผู้กระทำที่แสดงออกหลังจาก ตัดสินใจที่จะกระทำความผิด ดังนั้นย่อมเกิดความเสี่ยงที่รัฐจะลงโทษการกระทำที่ในทางทวิสัยเป็นการกระทำที่ บริสุทธิ์²³ คือไม่ก่ออันตรายใด ๆ แก่บุคคลอื่นหรือสังคมเลย เช่นเพียงการไปหาซื้อคอมพิวเตอร์ หรือแม้แต่ การ กินข้าว²⁴ ถ้าการหาซื้อคอมพิวเตอร์นั้นเป็นไปเพื่อจะนำคอมพิวเตอร์มาค้นหาข้อมูลในอินเทอร์เน็ตเพื่อดูวิธีการทำ ระเบิดเพื่อที่จะกบฏ หรือกินข้าวเพื่อให้ร่างกายพร้อมที่จะออกไปวางเพลิงเผาทรัพย์ก็เป็นล้วนแต่เป็นการ ตระเตรียมทั้งสิ้น และอาจถูกลงโทษตามมาตรา 114 และ 219 ได้ตามลำดับ ซึ่งการยืนยันเรื่องขีดเส้นแบ่งความ

¹⁶ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 114.

¹⁷ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 128.

¹⁸ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 119.

¹⁹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 236.

²⁰ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 246.

²¹ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 269/6.

²² พระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. 2490 มาตรา 7.

²³ Bernadette McSherry, ‘Expanding the Boundaries of Inchoate Crimes’, in Bernadette McSherry, Alan Norrie and Simon Bronitt (eds.), *Regulating Deviance: The Redirection of Criminalisation and the Futures of Criminal Law* (Hart 2008) 154.

²⁴ AP Simester, ‘Prophylactic Crimes’ in GR Sullivan and Ian Dennis (eds.), *Seeking Security: Pre-Empting the Commission of Criminal Harms* (Hart 2012) 63.

รับผิดชอบอาญาไว้ที่การลงมือที่เรียกร้องการแสดงออกที่เป็นอันตรายอย่างชัดแจ้งนั้น²⁵ จะทำให้ปัญหาการลงโทษ การกระทำที่บริสุทธิ์ในทางทฤษฎีหมดไป ดังนั้นเมื่อรัฐขยายขอบเขตของการกำหนดความผิด และการลงโทษทาง อาญาออกไปให้ครอบคลุมการกระทำในขั้นตอนของการเตรียมการด้วยจึงเป็นสิ่งที่ควรนำมาพิจารณาอย่าง ระมัดระวัง และหาเส้นแบ่งที่ชัดเจนกว่าที่เป็นอยู่

ปัญหาประการถัดไปคือการที่รัฐขยายอำนาจของกฎหมายอาญาไปลงโทษการกระทำตั้งแต่ในขั้นตอน ของการเตรียม โดยเฉพาะการเตรียมในขั้นแรก ๆ ของการกระทำจะทำให้ประชาชนหมดโอกาสที่จะเปลี่ยน การตัดสินใจ หรือคิดทบทวนในการกระทำของตนซึ่งเป็นการปฏิบัติต่อประชาชนเสมือนเป็นวัตถุสิ่งของไม่ใช่ ประชาชนแห่งสิทธิผู้ที่มีความสามารถในการคิดวิเคราะห์ และตัดสินใจเลือกในการกระทำของตนเองอย่าง สมเหตุสมผลได้²⁶ ซึ่งขัดกับหลักการพื้นฐานของแนวคิดเรื่องเสรีนิยมที่เชื่อมั่นว่าประชาชนเป็นผู้มีเหตุผล และสามารถเลือกสิ่งที่สังคมคาดหวังได้ (moral agency) ดังที่จะได้นำเสนอต่อไป

ปัญหาประการสุดท้าย ซึ่งเป็นปัญหาในทางปฏิบัติมากกว่าที่จะเป็นปัญหาในเชิงแนวคิดดังเช่นสอง ปัญหาแรกก็คือปัญหาในเรื่องการบังคับใช้กฎหมาย กล่าวคือหากจะขยายขอบเขตของกฎหมายอาญาไปถึงขั้นตอน ของการเตรียม นั้นย่อมหมายความว่ารัฐไม่ได้มีหน้าที่เพียงที่จะจับกุมหรือ “ปราบปราม” ผู้ที่เตรียม กระทำความผิด หากแต่รัฐยังต้อง “ป้องกัน” ไม่ให้มีการกระทำในขั้นตอนของการเตรียมด้วย เพราะการป้องกัน การกระทำความผิดเป็นหน้าที่พื้นฐานของรัฐ และเป็นวัตถุประสงค์หลักประการหนึ่งของกฎหมายอาญา²⁷ ซึ่ง การที่รัฐจะป้องกันการเตรียมซึ่งอยู่ในพื้นที่ส่วนบุคคลของผู้กระทำได้นั้น รัฐก็ต้องเข้าไปยังพื้นที่ส่วนบุคคล หรือเข้าไปในความคิดของผู้กระทำเพื่อที่จะป้องกันไม่ให้เกิดการเตรียมกระทำความผิดได้ปรากฏออกมาสู่สังคม ภายนอกได้²⁸ ดังนั้นรัฐอาจใช้เหตุผลเรื่องการป้องกันภัย หรือเพื่อความมั่นคงเข้าแทรกแซงพื้นที่ส่วนตัวของ ประชาชนในรูปแบบของการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร อีเมล การสื่อสารในระบบดิจิทัล หรือการดักฟังโทรศัพท์ ฯลฯ²⁹

²⁵ สำหรับข้อโต้แย้งพื้นฐานเรื่องเส้นแบ่งระหว่างการเตรียมกระทำความผิด และการลงมือกระทำความผิด โปรดดู เกียรติขจร (อ้างแล้ว เจริญธรรมที่ 2) 542-554 และ ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป* (พิมพ์ครั้งที่ 10, วิญญูชน 2551) 103-105.

²⁶ R. A. Duff (n1 above) 386-389.

²⁷ Andrew Ashworth and Lucia Zedner, ‘Just Prevention: Preventive Rationales and the Limits of the Criminal Law’ in Anthony Duff and Stuart Green (eds), *Philosophical Foundations of Criminal Law* (OUP 2011) 280-282.

²⁸ Peter Ramsay, ‘Preparation Offences, Security Interests, Political Freedom’ in R.A. Duff, Lindsay Farmer, S.E. Marshall, Massimo Renzo, and Victor Tadros (eds), *The Structures of the Criminal Law* (OUP 2011), 219.

²⁹ ข่าวเกี่ยวกับการแทรกแซงพื้นที่ส่วนบุคคลโดยรัฐ ทั้งที่ถูกกฎหมายและไม่ถูกกฎหมายมีให้เห็นอยู่มากมายทั้งในประเทศไทยและต่างประเทศ ดูตัวอย่าง <<https://www.liberty-human-rights.org.uk/human-rights/privacy/state-surveillance>> accessed 22 December 2015 <<http://www.theguardian.com/us-news/the-nsa-files>> accessed 22 December 2015 <<http://www.theguardian.com/world/2014/feb/03/microsoft-facebook-google-yahoo-fisa-surveillance-requests>>

ซึ่งจะทำให้ประชาชนขาดพื้นที่ส่วนตัวในการคิดต่างและโต้แย้งรัฐและนำไปสู่การพึ่งพิงหรือโอนอ่อนต่อความต้องการของรัฐ ซึ่งขัดกับหลักการประชาธิปไตยที่ประชาชนเป็นอิสระจากรัฐ³⁰ และเป็นผู้ที่แสดงความต้องการของรัฐ แต่กฎหมายดังกล่าวกลับทำให้เกิดความเสี่ยงที่จะทำให้รัฐกลายมาเป็นผู้กำหนดและแสดงความต้องการของประชาชน³¹.

ผู้เขียนเห็นว่าปัญหาของการกำหนดให้การกระทำในขั้นตอนของการเตรียมเป็นการกระทำความผิดนั้น อาจเกิดปัญหาอย่างน้อยต่อหลักการที่สำคัญอย่างน้อยสามหลักการคือ หลักการกำหนดความรับผิดชอบแบบเสรีนิยม หลักกฎหมายสิทธิมนุษยชน และหลักประชาธิปไตย อย่างไรก็ตามด้วยข้อจำกัดของขนาดของบทความ บทความนี้จะกล่าวถึงเฉพาะสองปัญหาหลังเท่านั้น โดยจะอธิบายในหัวข้อที่หนึ่งและสองตามลำดับโดยขอละเว้นประเด็นเรื่องทฤษฎีกฎหมายอาญาไว้³²

2. การเตรียมกระทำความผิดกับหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชน

กฎหมายอาญากับกฎหมายสิทธิมนุษยชนสัมพันธ์กันในฐานะเป็นเสมือนเหรียญคนละด้านของเรื่อง เพราะกฎหมายทั้งสองแท้จริงแล้วต่างก็คุ้มครองสิ่งเดียวกัน และขณะเดียวกันกฎหมายทั้งสองก็ควบคุมกันและกัน กล่าวคือหากรัฐสนใจแต่กฎหมายสิทธิมนุษยชน และปล่อยให้กฎหมายอาญาอ่อนแอเกินไป รัฐก็จะไม่สามารถคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ และความมั่นคงของประชาชนและของรัฐจากการคุกคามของอาชญากรทั้งภายในและภายนอกประเทศได้ ในขณะที่หากกฎหมายสิทธิมนุษยชนถูกละเลย และกฎหมายอาญาก้าวร้าวเกินไป สิทธิเสรีภาพ และความมั่นคงของประชาชนก็จะถูกรัฐคุกคามเสียเอง ดังนั้นการหาสมดุลระหว่างกฎหมายทั้งสองสาขานี้จึงเป็นเรื่องจำเป็น

accessed 22 December 2015<<https://thainetizen.org/2015/01/thailand-chat-app-surveillance-timeline/>>
accessed 22 December 2015.

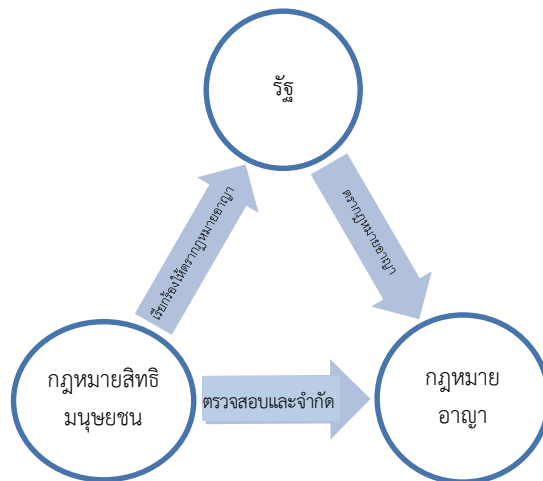
โดยเฉพาะอย่างยิ่งรัฐบาลไทยมีความพยายามที่จะพัฒนากฎหมายไปในทิศทางดังกล่าว ด้วยการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการรักษาความมั่นคงปลอดภัยไซเบอร์แห่งชาติ พ.ศ. ..ที่ให้อำนาจรัฐในการเข้าถึงข้อมูลโดยกว้างขวาง และร่างพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ที่ให้อำนาจในการดักฟัง ซึ่งถึงแม้ร่างกฎหมายทั้งสองจะไม่เกี่ยวข้องกับการเตรียมกระทำความผิดโดยตรงนั้นนอกจากในความผิดเฉพาะบางฐาน เช่นฐานเตรียมก่อการร้าย มาตรา 135/2 แต่ก็แสดงให้เห็นถึงแนวโน้มในการพัฒนากฎหมายไปในทิศทางดังกล่าว จึงเป็นเรื่องที่ควรต้องมีการเฝ้าระวังและพิจารณาให้ถี่ถ้วน ดูข้อสังเกตเบื้องต้นเกี่ยวกับร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวได้ที่ <<http://ilaw.or.th/node/3404>>accessed 22 December 2015 และ <<http://ilaw.or.th/node/3400>> accessed 22 December 2015.

³⁰ Andrew Ashworth and Lucia Zedner, *Preventive Justice* (OUP 2014) 107.

³¹ Peter Ramsay, 'Democratic Limits to Preventive Criminal Law' in Andrew Ashworth, Lucia Zedner, Patrick Tomlin (eds), *Prevention and the Limits of the Criminal Law* (OUP 2013). 225.

³²ผู้เขียนเคยเขียนบทความวิเคราะห์ปัญหาดังกล่าว แต่เป็นการพิจารณาจากกรอบของกฎหมายของอังกฤษ บทความดังกล่าวจะตีพิมพ์ในวารสาร Social Science Asia ในปี 2559 ด้วยชื่อบทความ Preparatory Offences, a Challenge to Criminal Law Boundaries ,Democracy and Human Rights Principles: A Lesson from English Legal System

ในปัจจุบันกฎหมายสิทธิมนุษยชนเกี่ยวข้องกับกฎหมายอาญาไม่ใช่เพียงเรียกร้องและเป็นหลักประกันว่ารัฐจะไม่ตราหรือบังคับใช้กฎหมายอาญาอย่างละเมิดสิทธิเสรีภาพของประชาชนอันเป็นการละเมิดพันธกรณีห้ามกระทำการของรัฐ (negative obligation) เท่านั้น หากแต่ในบางกรณีกฎหมายสิทธิมนุษยชนยังคงเรียกร้องให้รัฐต้องตราและบังคับใช้กฎหมายอาญาเพื่อป้องกันและลงโทษประชาชนจากการละเมิดสิทธิเสรีภาพตนเองโดยเรียกว่าพันธกรณีให้กระทำการ (positive obligation) โดยอาจอธิบายความสัมพันธ์ได้ตามแผนภาพด้านล่าง



แผนผังกลไกทางกฎหมายในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและความมั่นคง

ในบทความนี้จะชี้ให้เห็นว่าถึงแม้กฎหมายอาญาของไทยในปัจจุบันจะไม่ละเมิดพันธกรณีให้กระทำการ (positive obligation) แต่ถ้ายังขยายขอบเขตของกฎหมายอาญาออกไปในลักษณะของการกระทำความผิดในชั้นเตรียมการอาจเป็นการละเมิดพันธกรณีห้ามไม่ให้กระทำการได้ (negative obligation) โดยจะได้อธิบายต่อไปตามลำดับ

2.1 การเตรียมการทำความผิดกับพันธกรณีที่รัฐต้องกระทำการ

โดยปกติพันธกรณีระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนจะจำกัดอำนาจรัฐไม่ให้กระทำการใดที่เป็น การละเมิดสิทธิมนุษยชนเท่านั้น อย่างไรก็ตามแนวโน้มการพัฒนากฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศเห็นว่าการเรียกร้องให้รัฐไม่กระทำการเท่านั้นยังไม่เป็นหลักประกันที่เพียงพอในการทำให้สิทธิเสรีภาพและความมั่นคงของประชาชนได้รับความคุ้มครององค์ที่เกี่ยวกับการตีความและปรับใช้กฎหมายสิทธิมนุษยชนจึงเรียกร้องให้รัฐต้องกระทำการบางอย่างเพื่อเป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิ³³ ตัวอย่างที่เด่นชัดขององค์ที่พัฒนาแนวทางของกฎหมายไปในทิศทางนี้ก็คือศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (European Court of Human Rights: ECtHR) ซึ่งถึงแม้จะเป็นองค์กรระดับภูมิภาคแต่การใช้การตีความกฎหมายสิทธิมนุษยชนของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ก็มีอิทธิพลต่อแนวความคิดของนักกฎหมายสิทธิมนุษยชนทั่วโลก โดยเฉพาะการที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ไม่ได้ใช้

³³ Robin C.A. White and Clare Ovey, Jacobs, White, & Ovey: The European Convention on Human Rights (5th edn, OUP 2010) 100.

แต่อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms หรือที่รู้จักกันว่า อนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน-European Convention on Human Rights: ECHR³⁴) ในการพิจารณาคดี แต่ยังไม่เอาแนวคิด คำตัดสินของศาลระหว่างประเทศ และอนุสัญญาระหว่างประเทศด้านสิทธิมนุษยชนอื่น ๆ มาใช้ร่วมในการพิจารณาคดีของตนเอง³⁵ โดยพันธกรณีที่รัฐต้องกระทำการ (positive obligation) นี้สามารถแบ่งออกได้เป็นสามประเภท³⁶ ได้แก่

1) รัฐมีหน้าที่ต้องสร้างมาตรการป้องกันการกระทำความผิด เมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือควรรู้ว่าสิทธิของประชาชนคนใดคนหนึ่งโดยเฉพาะตกอยู่ในความเสี่ยงที่จะถูกละเมิดคดีที่สำคัญที่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปวางหลักเกณฑ์ดังกล่าวคือ Osman v UK³⁷ ทำให้หน้าที่นี้บางครั้งเรียกว่า Osman obligation³⁸ โดยในคดี Osman นี้ สามีของผู้ร้องถูกฆ่า และบุตรชายของผู้ร้องถูกทำร้ายร่างกายจนได้รับอันตรายสาหัสจากอาวุธของบุตรชาย โดยผู้ร้องอ้างว่าก่อนหน้านั้นผู้ร้องและครอบครัวได้แจ้งเจ้าหน้าที่ไว้ก่อนแล้วแต่เจ้าหน้าที่ไม่ได้กระทำการป้องกันอย่างเพียงพอทำให้ผู้ร้องต้องเสียชีวิต แต่ศาลอุทธรณ์ของอังกฤษอ้างคดี Hill v. Chief Constable of West Yorkshire³⁹ แล้วบอกว่าโดยทั่วไปเจ้าพนักงานตำรวจไม่มีหน้าที่ต้องดูแลสวัสดิภาพของทุกคน (duty of care) ดังนั้นการที่สามีของผู้ร้องถูกฆ่าจึงไม่ถือว่ารรัฐละเมิดสิทธิในการมีชีวิต (right to life) ซึ่งได้รับความคุ้มครอง ใน article 2 ของอนุสัญญา แต่ศาลสิทธิมนุษยชนกลับเห็นว่ารัฐมีหน้าที่จะ “ต้องกระทำการเพื่อปกป้องชีวิตของปัจเจกชนที่ตกอยู่ในความเสี่ยงจากการกระทำความผิดอาญาของปัจเจกคนอื่น”⁴⁰ อย่างไรก็ตามศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่าในกรณีของผู้ร้องข้อเท็จจริงยังไม่ชัดเจนเพียงพอว่าเจ้าหน้าที่ได้ทราบถึงอันตรายที่จะเกิดต่อชีวิตของผู้ร้อง ศาลฯ จึงเห็นว่าสิทธิในชีวิตของสามีผู้ร้องที่เสียไปไม่ได้ถูกละเมิดโดยรัฐบาล⁴¹

³⁴ ดูที่ < <http://conventions.coe.int/treaty/en/treaties/html/005.htm> > เข้าถึงข้อมูลวันที่ 28 กุมภาพันธ์ 2558.

³⁵ Robin C.A. White and Clare Ovey, Jacobs, (n 33 above) 18.

³⁶ Andrew Ashworth, *Positive Obligations on Criminal Law* (Hart 2013) 198.

³⁷ 1998-VIII, 29 EHRR 245, (App.23452/94). Available online at <<http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/1998/101.html>> accessed on 1 January 2016 คดีแรกที่ศาลสิทธิมนุษยชนกล่าวถึง positive obligation คือคดี *X and Y v The Netherlands* A 91 (1985) 8 EHRR 235 และครั้งแรกที่กล่าวถึง positive obligation ในคดีที่เกี่ยวข้องสหราชอาณาจักรคือ *LCB v United Kingdom* 1998-III, 27 EHRR 212, (App.23413/94) para 36.

³⁸ D.J. Harris, M. O’Boyle, E.P. Bates and C.M. Buckley, *Harris, O’Boyle & Warbrick: Law of the European Convention on Human Rights*, (2nd edn, OUP 2009) 44-45.

³⁹ [1987] UKHL 12. Available online at <<http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1987/12.html>> accessed on 1 January 2016.

⁴⁰ *Osman v UK* (n 37 above) para 115.

⁴¹ *Ibid* para 122.

อย่างไรก็ตามในคดี *Mastromatteo v Italy*⁴² Grand Chamber ซึ่งเปรียบเสมือนที่ประชุมใหญ่ของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้ยืนยันว่าหลักการ Osman obligation ใช้เพียงแค่การปกป้องปัจเจกชนที่รัฐได้รับข้อมูลว่าตกอยู่ในอันตรายโดยพิจารณาเป็นรายกรณีไป ไม่ได้ขยายไปถึงการปกป้องสาธารณชนในภาพรวมจากบุคคลที่เป็นอันตรายอย่างเช่นหากมีการพักโทษ และปล่อยตัวนักโทษจากเรือนจำ แล้วนักโทษมาก่อนเหตุฆ่าคนตายจะถือว่ารัฐละเมิดสิทธิในการมีชีวิตอยู่ของผู้ตายไม่ได้⁴³

2) หน้าที่ประการที่สองที่เกิดจากพันธกรณีของรัฐต่อกระทำกรณัั้น คือรัฐมีหน้าที่ต้อง “บัญญัติกฎหมายอาญาที่มีประสิทธิภาพที่จะป้องกันและข่มขู่ไม่ให้มีการกระทำความผิดอาญา...เสริมด้วยการมีกลไกบังคับใช้กฎหมายเพื่อป้องกัน ปรามปรามและลงโทษการกระทำที่เป็นการละเมิดกฎหมายอาญาดังกล่าว”⁴⁴ หน้าที่ในข้อที่ 2) นี้ก็ถูกกล่าวถึงครั้งแรกในคดี *Osman* และถูกเน้นย้ำในคดีอื่นต่อ ๆ มาอีก⁴⁵

3) ในขณะที่สองประการแรกเป็นหน้าที่ที่จะป้องกันก่อนที่จะมีการกระทำที่เป็นการละเมิดสิทธิเกิดขึ้น หน้าที่ประการที่สามซึ่งเป็นหน้าที่ประการสุดท้ายนี้เป็นหน้าที่ที่รัฐจะต้องทำหลังจากเกิดการกระทำความผิดขึ้น โดยหลังมีการกระทำความผิดรัฐจะต้องจัดให้มีการสอบสวนที่เป็นอิสระ พิจารณาข้อมูลทุกด้านที่มีประสิทธิภาพ และเป็นทางขึ้น โดยศาลได้วางหลักการนี้เป็นครั้งแรกในคดี *McCann v UK*⁴⁶ และถูกย้ำอีกครั้งโดย Grand Chamber ในคดี *Ramsahai*⁴⁷.

ถึงแม้พันธกรณีประการสุดท้ายจะไม่เชื่อมโยงกับการกำหนดให้การกระทำในขั้นตอนของการเตรียมเป็นการกระทำความผิดโดยตรง แต่พันธกรณีสองประการแรกก่อให้เกิดหน้าที่แก่รัฐที่จะต้องตรากฎหมายอาญาที่มีประสิทธิภาพในการป้องกันสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน และรัฐยังมีหน้าที่ต้องระวังป้องกันไม่ให้ประชาชนถูกละเมิดสิทธิจากประชาชนด้วยกันด้วยซึ่งจะนำไปสู่การสอดแนมพฤติกรรมประชาชนอย่างใกล้ชิดในท้ายที่สุด ดังนั้นในขั้นนี้เราจึงอาจกล่าวได้ว่าการออกกฎหมายอาญาเพื่อเพิ่มความมั่นคงในการมีและใช้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนจึงไม่น่าจะขัดพันธกรณีทางสิทธิมนุษยชนที่รัฐจะต้องกระทำกร ในทางตรงกันข้ามองค์ระหว่งประเทศที่สำคัญอย่างคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติกลับเรียกร้องให้รัฐสมาชิกต้องบัญญัติให้การกระทำในขั้นตอนของการเตรียมเป็นความผิดเสียด้วยซ้ำ เช่นกรณีหลังเหตุการณ์ 9/11 ที่เรียกร้องให้ “ทุกรัฐต้องประกันว่าบุคคลที่มีส่วนร่วมใน...การเตรียมการ...สำหรับการก่อการร้ายจะถูกนำมาสู่ความยุติธรรม และประกันว่านอกจากวิธีการต่าง ๆ ที่จะใช้จัดการกับบุคคลนั้น การกระทำที่เป็นการก่อการร้ายนั้น

⁴²2002-VIII (Grand Chamber) (App. 37703/97).

<<http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2002/694.html>>accessed on 1 January 2016.

⁴³Ibid paras 73-79.

⁴⁴*Osman* (n 37 above) para 115.

⁴⁵ เช่นคดี *Mahmut Kaya v Turkey* 2000-III, (App.22535/93) para 85.

⁴⁶ A 324 (1995), 21 EHRR 97

⁴⁷*Ramsahai and others v The Netherlands* (2008) (Grand Chamber), 46 EHRR 983, (App.52391/99) para.323-325.

จะต้องเป็นความผิดอาญาที่ร้ายแรงในกฎหมายและกฎเกณฑ์ภายใน และการลงโทษต้องสะท้อนถึงความร้ายแรงของการก่อร้ายดังกล่าวอย่างเหมาะสม...”⁴⁸

อย่างไรก็ตามในขณะที่เดียวกันต้องเข้าใจว่าคำร้องขอ หรือคำแนะนำขององค์กรระหว่างประเทศต่าง ๆ ซึ่งรวมทั้งคณะมนตรีความมั่นคงของสหประชาชาติเองก็ไม่ได้ปลดปล่อยประเทศใด ๆ จากพันธกรณีทางสิทธิมนุษยชนได้ หมายความว่าถ้าประเทศใดทำตามคำร้องขอขององค์กรระหว่างประเทศโดยขัดแย้งกับพันธกรณีระหว่างประเทศทางสิทธิมนุษยชน ประเทศนั้นก็ยังคงมีความรับผิดชอบและถูกถือว่าละเมิดกฎหมายสิทธิมนุษยชน อยู่ดี

ในประเทศสหราชอาณาจักรมีคดี *Al-Jedda*⁴⁹ ซึ่งมีข้อเท็จจริงโดยย่อว่าคนสัญชาติ สหราชอาณาจักร แต่เชื้อชาติอิรักถูกกักขังไว้ในเรือนจำในพื้นที่ของประเทศอิรักบริเวณที่กองทหารร่วมระหว่างสหราชอาณาจักร และสหรัฐอเมริกายึดครองไว้อยู่ โดยถูกขังไว้กว่า 3 ปีโดยไม่มีการแจ้งข้อหาซึ่งเป็นการขัดแย้งกับสิทธิในเสรีภาพแห่งการเคลื่อนไหว (right to liberty) ซึ่งได้รับการรับรองไว้ใน article 5 ของ ECHR แต่รัฐบาลสหราชอาณาจักร เห็นว่าการปฏิบัติการของตนเป็นไปตาม the United Nations Security Council Resolution (UNSC) 1546⁵⁰ ในคำพิพากษา Lord Bingham และผู้พิพากษาเสียงข้างมากเห็นว่า

“...วิธีการเดียวที่จะทำให้หลักเกณฑ์ทั้งสอง (หมายถึงอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป กับ UNSC 1546: ผู้เขียนอธิบาย) ไปด้วยกันได้คือการตัดสินว่า ในกรณีที่น่าเป็นเหตุผลทางด้านความมั่นคง สหราชอาณาจักร ย่อมมีอำนาจตาม UNSC 1546 และข้อมติอื่น ๆ ที่จะทำการกักขังได้ แต่ต้องประกันว่าสิทธิตาม article 5 ของผู้ต้องขังจะไม่ถูกละเมิดไปมากกว่าเท่าที่จำเป็นและเกิดขึ้นจากการกักขัง”⁵¹

อย่างไรก็ตามศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปไม่เห็นด้วยกับ House of Lords และยืนยันว่าข้อมติของคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติต้องถูกตีความไปในทางที่สอดคล้องกับอนุสัญญาให้มากที่สุด เพื่อหลีกเลี่ยงความขัดแย้งที่จะเกิดขึ้นกับพันธกรณีตามอนุสัญญา⁵² นอกจากนี้ข้อตกลงระหว่างประเทศใด ๆ ต้องไม่ละเมิดพันธกรณีตามอนุสัญญา⁵³ ดังนั้นประเทศสหราชอาณาจักรจึงละเมิดสิทธิที่จะมีเสรีภาพตาม article 5 ของผู้ร้อง⁵⁴

คำตัดสินนี้ไม่ได้ทำลายน้ำหนัก หรือทำให้ UNSC กลายเป็นสิ่งที่ไร้ค่าไปทั้งหมด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศที่ไม่ได้อยู่ภายใต้เขตอำนาจของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปอย่างประเทศไทย อย่างไรก็ตามคำตัดสินนี้ของศาลที่มีอิทธิพลต่อแนวความคิดและการพัฒนากฎหมายสิทธิมนุษยชนอย่างมากนี้น่าจะพอใช้เป็นเครื่องเตือนใจ

⁴⁸ UNSC Resolution 1373 (2001), 28 September 2001, 2 (e).

⁴⁹ *Al-Jedda v Secretary of State for Defence* (2007) UKHL58 <<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200708/ldjudgmt/jd071212/jedda.pdf>> accessed 3 January 2016.

⁵⁰ UNSC 1546 (2004) 8 June 2004 <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N04/381/16/PDF/N0438116.pdf?OpenElement>> accessed 3 January 2016.

⁵¹ *Al-Jedda v Secretary of State for Defence* (2007) UKHL 58, para 39.

⁵² *Al-Jedda v United Kingdom* (2011) 53 EHRR 23, [2011] ECHR 1092, 30 BHRC 637, para 102 <<http://www.bailii.org/eu/cases/ECHR/2011/1092.html>> accessed 3 January 2016.

⁵³ *Ibid*, para 108.

⁵⁴ *Ibid*, para 110.

และทำให้องค์กรผู้ออกกฎหมาย และใช้กฎหมายระวางว่าการทำตาม UNSC โดยไม่พิจารณาพันธกรณีทางสิทธิมนุษยชนที่รัฐมีอยู่อาจจะทำให้เกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชนได้ โดยไม่อาจนำ UNSC มาเป็นข้ออ้างเพื่อให้รัฐพ้นจากความรับผิดชอบอันเกิดจากการละเมิดพันธกรณี

2.2 การเตรียมการทำความเข้าใจกับพันธกรณีที่รัฐต้องไม่กระทำ

ในหัวข้อนี้เราจะได้พิจารณาว่ากฎหมายที่กำหนดให้การกระทำในขั้นตอนของการเตรียมเป็นความผิดอาญานั้นเป็นการรุกรานสิทธิขั้นพื้นฐานของเราโดยมีเหตุผลที่สมควรและกระทำด้วยความจำเป็นหรือไม่ โดยสิทธิขั้นพื้นฐานที่เราจะพิจารณาในบทความนี้ก็คือเสรีภาพในการคิดและแสดงความคิดเห็น และสิทธิที่จะไม่ถูกปฏิบัติหรือลงโทษอย่างโหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือย่ำยีศักดิ์ศรีตามลำดับ

สำหรับเสรีภาพที่จะคิดและแสดงความคิดเห็นซึ่งในปัจจุบันได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 มาตรา 4 ประกอบ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 45 และยังได้รับการคุ้มครองโดย กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง⁵⁵ (International Covenant on Civil and Political Rights: ICCPR⁵⁶) ข้อ 19 ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคีและมีพันธกรณีที่จะต้องเคารพด้วยนั้นเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของสังคมเสรีนิยมและการปกครองด้วยระบบประชาธิปไตย เพราะหากประชาชนไม่มีสิทธิที่จะคิดและแสดงออกเสียแล้วการปกครองก็จะไม่ได้สะท้อนความคิดและความต้องการของสังคม เราจะได้วิเคราะห์เรื่องนี้ในหัวข้อต่อไป ซึ่งสิทธิที่จะคิดและแสดงความคิดเห็นนี้ถูกแทรกแซงทันทีที่รัฐออกกฎหมายที่กำหนดให้การคิดและการแสดงออกบางอย่างเป็นความผิด ถึงแม้ผู้คิดและแสดงออกดังกล่าวยังไม่ถูกลงโทษตามกฎหมายอาญาจริง ๆ ก็ตาม⁵⁷

อย่างไรก็ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 45 วรรค 2 ประกอบมาตรา 29 นั้นอนุญาตให้รัฐแทรกแซงสิทธิขั้นพื้นฐานนี้ได้ถ้า 1) มีบทบัญญัติของกฎหมายอนุญาตให้กระทำได้ 2) เป็นการเข้าไปเพื่อวัตถุประสงค์ที่กำหนดซึ่งรวมถึงการรักษาความมั่นคงของรัฐ และการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น 3) เท่าที่จำเป็น และ 4) จะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นไม่ได้เมื่อพิจารณาดังนี้จะเห็นว่ารัฐย่อมมีอำนาจตามรัฐธรรมนูญที่จะจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชนในการคิดและแสดงความคิดเห็นด้วยการตรากฎหมายผ่านรัฐสภากำหนดความรับผิดชอบทางอาญาเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ และคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน อย่างไรก็ตามรัฐต้องทำเท่าที่จำเป็นและไม่กระทบกระเทือนถึงสาระสำคัญของเสรีภาพในการคิดและแสดงออกซึ่งเป็นเงื่อนไขสำคัญที่เราจะได้พิจารณากัน

ประโยคที่ว่ารัฐต้องทำ “เท่าที่จำเป็น” นั้นต้องอาศัยการตีความว่าหมายความว่าอย่างไร ผู้เขียนได้เคยวิเคราะห์เรื่องดังกล่าวไว้แล้ว⁵⁸ และไม่ขอนำมาวิเคราะห์ในบทความนี้อีก กล่าวโดยสรุปการกระทำเท่าที่จำเป็น

⁵⁵ ฉบับภาษาไทยโดยกระทรวงต่างประเทศ ดูที่ <<http://www.mfa.go.th/humanrights/images/stories/iccpirt.pdf>> accessed 3 January 2016.

⁵⁶ <<http://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>> accessed 3 January 2016.

⁵⁷ *Steur v the Netherlands* (2004) 39 EHRR 706, (App. 39657/98), para 44.

⁵⁸ ธรณกรณ์ บุญมี, ความรับผิดชอบทางอาญา : ศึกษากรณีการฆ่าเพื่อรักษาชีวิตด้วยความจำเป็น (คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ 2556) วิทยานิพนธ์ระดับดุษฎีบัณฑิต.

ประกอบด้วยองค์ประกอบสองส่วนคือ 1) ต้องเป็นการทำโดยวิธีทางที่น้อยที่สุด (necessity) และ 2) ต้องได้สัดส่วน (proportionality) หรือพูดในบริบทของบทความนี้ก็คือการตั้งคำถามว่าการออกกฎหมายอาญาเอาผิดการกระทำในขั้นตอนของการเตรียมเป็นวิธีทางที่จำเป็นและไม่มีวิธีการอื่นที่จะสามารถการป้องกันความมั่นคงของรัฐหรือสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้อย่างมีประสิทธิภาพได้อีกแล้วใช่หรือไม่ และความมั่นคงและเสรีภาพที่ได้มานั้นคุ้มค่าหรือได้สัดส่วนกับการที่ประชาชนต้องถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการคิดและแสดงออกหรือไม่

คำถามแรกเป็นคำถามที่ตอบได้ยาก และต้องอาศัยองค์ความรู้ในทฤษฎีกฎหมายอาญา และพิจารณาไปเป็นรายเรื่องไปเพื่อตอบปัญหา อย่างไรก็ตามมีผู้เสนอว่ากฎหมายอาญาอาจจะไม่ใช่คำตอบเดียวของการแก้ปัญหาเรื่องความมั่นคงของรัฐและเสรีภาพของประชาชน⁵⁹ ซึ่งผู้เขียนในเบื้องต้นเห็นด้วย และหวังว่าจะได้รับคำตอบที่กระจ่างชัดมากขึ้นในอนาคต สำหรับในคำถามที่สองซึ่งเป็นการชั่งน้ำหนักของคุณค่าสองประการคือเสรีภาพในการคิดและแสดงออก กับความมั่นคงและสิทธิเสรีภาพของประชาชน⁶⁰ นั้นเมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่าในทางกฎหมายสิทธิมนุษยชนถึงแม้เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นจะเป็นเสรีภาพที่สำคัญ แต่องค์กรสิทธิมนุษยชนชั้นนำหลายองค์กร⁶¹ ก็ยอมให้รัฐมีดุลพินิจ (margin of appreciation)⁶² อย่างกว้างขวางในการที่จะพิจารณาว่าการกระทำของรัฐที่แทรกแซงเสรีภาพดังกล่าวนั้นได้สัดส่วนหรือไม่ อีกทั้งการจำกัดเสรีภาพดังกล่าวในช่วงเวลาฉุกเฉินก็สามารถทำได้ตามกฎหมายสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศ⁶³ และสำหรับในบริบทประเทศไทยนั้นเมื่อเกิดความ

⁵⁹ Andrew Cornford, *Preventive Criminalization* (2015) 18 New CLR 1, 1-34.

⁶⁰ *Silver and others v United Kingdom* A 61 (1983) 5 EHRR 347, (Apps. 55947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, and 7136/75) para 97.

⁶¹ โดยเฉพาะองค์กรของยุโรป และประเทศในทวีปดังกล่าวมักมีแนวโน้มในการคุ้มครองเสรีภาพในการคิดและแสดงออกเมื่อเผชิญกับภัยคุกคามความมั่นคงน้อยกว่าองค์กรของประเทศสหรัฐอเมริกา ดูการเปรียบเทียบการคุ้มครองเสรีภาพในการแสดงออกที่แตกต่างกันในเบื้องต้นได้ที่ <http://www.nytimes.com/2006/02/24/opinion/24iht-edrojan.html?_r=0><<http://www.npr.org/2012/09/19/161439562/held-dear-in-u-s-free-speech-perplexing-abroad>> <<http://www.theguardian.com/commentisfree/cifamerica/2011/mar/04/freedom-of-speech-us-constitution-and-civil-liberties>><<http://www.theatlantic.com/national/archive/2012/07/does-europe-understand-the-first-amendment-better-than-we-do/260244/>> all accessed 3 January 2016.

⁶² ดูตัวอย่างคำตัดสินคดีของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปที่ Harris, O’Boyle, Bates and Buckley (n 38 above) 349-350, 437.

⁶³ ดู ICCPR Art 4.

หรือสถานการณ์ฉุกเฉินรัฐบาลไทยก็มีแนวโน้มที่จะจำกัดเสรีภาพดังกล่าวทั้งทางตรง⁶⁴ และทางอ้อม⁶⁵ โดยถึงแม้มีการเรียกร้องหรือต่อต้านต่อการจำกัดสิทธิดังกล่าวอยู่บ้างแต่ก็เป็นเพียงส่วนน้อย⁶⁶

ดังนั้นผู้เขียนเห็นว่าในขั้นนี้เราอาจจะได้ข้อยุติในเบื้องต้นได้ว่าเสรีภาพในการแสดงออกอาจถูกแทรกแซงได้หากรัฐมีเหตุผลที่ดีเพียงพอและระมัดระวังในการที่จะออกกฎหมายอาญาลงโทษการกระทำในชั้นเตรียมซึ่งแม้จะกระทบกับเสรีภาพในการแสดงออกบ้าง แต่เพื่อประโยชน์แห่งความมั่นคงของรัฐและสิทธิเสรีภาพของประชาชนก็สามารถทำได้ และในขั้นนี้อาจกล่าวได้เสรีภาพในการแสดงออกไม่เป็นคุณค่าที่เข้มแข็งเพียงพอที่จะจำกัดการขยายขอบเขตของกฎหมายอาญา

ในส่วนต่อไปเราจะพิจารณาถึงสิทธิที่เข้มแข็งมากกว่าเสรีภาพในการแสดงออกคือสิทธิที่จะไม่ถูกรัฐทรมาน หรือลงโทษอย่างโหดร้าย ไร้มนุษยธรรม ซึ่งได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 มาตรา 4 ประกอบ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 32 วรรค 2, ICCPR ข้อ 7 และอนุสัญญาต่อต้านการทรมานและการประติบัติหรือการลงโทษที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรมหรือที่ย่ำยีศักดิ์ศรี⁶⁷ (Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment: CAT)⁶⁸ ข้อ 2 และ 16 ซึ่งประเทศไทยเป็นภาคี และสิทธิที่จะไม่ถูกรัฐทรมาน หรือลงโทษอย่างโหดร้าย ไร้มนุษยธรรมนี้เป็นสิ่งที่ได้รับการรับรองไว้อย่างเด็ดขาดไม่สามารถต่อรองหรือยกเว้นได้ไม่ว่าจะเป็นกรณีในประเทศตกอยู่ภายใต้สภาวะการณ์อย่างใด ๆ ทั้งสงคราม สงครามกลางเมือง ภัยพิบัติหรือเหตุฉุกเฉินอย่างอื่น⁶⁹

⁶⁴เช่นการเรียกผู้ที่ยืนต่างไปพูดคุยทำความเข้าใจ หรือที่เรียกว่า “ปรับทัศนคติ” ดูตัวอย่าง <<http://www.dailynews.co.th/politics/352079>><<http://www.manager.co.th/Politics/ViewNews.aspx?NewsID=9580000046248>>accessed 3 January 2016 อย่างไรก็ตามทั้งสองกรณีนี้ไม่ใช่การบังคับใช้กฎหมายอาญา อย่างไรก็ตามมีการใช้กฎหมายอาญาในการจัดการกับผู้มีความเห็นต่างไปพร้อมกัน ดูตัวอย่าง <<http://freedom.ilaw.or.th/report/364-วันหลังรัฐประหาร-ประมวลสถานการณ์เสรีภาพในการแสดงออก>>accessed 3 January 2016.

⁶⁵เช่นการห้ามชุมนุมทางการเมือง โดยกำหนดโทษทางอาญาสำหรับผู้ชุมนุมทางการเมืองโดยไม่ได้รับอนุญาต และผู้สนับสนุน ดูประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 7/2557 49/2557 <http://library2.parliament.go.th/giventake/content_ncpo/ncpo-announce7-2557.pdf><http://library2.parliament.go.th/giventake/content_ncpo/ncpo-announce49-2557.pdf> รวมทั้งการจำกัดสิทธิในการนำเสนอข้อมูลของสื่อมวลชน ดู ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 18/2557, 97 2557/และ 103/2557 <http://library2.parliament.go.th/giventake/content_ncpo/ncpo-announce18-2557.pdf><http://library2.parliament.go.th/giventake/content_ncpo/ncpo-announce97-2557.pdf><http://library2.parliament.go.th/giventake/content_ncpo/ncpo-announce103-2557.pdf> all accessed 3 January 2016.

⁶⁶<<http://isranews.org/isra-news/item/32301-energywalk.html>>accessed 3 January 2016.

⁶⁷<<http://www.mfa.go.th/humanrights/images/stories/catt.pdf>> accessed 3 January 2016.

⁶⁸<<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CAT.aspx>> accessed 3 January 2016.

⁶⁹ดู ICCPR ข้อ 4 และ CAT ข้อ 2.

หรืออาจเรียกว่ากฎหมายเด็ดขาด (*jus cogens*) ศาลแห่งประเทศเยอรมนี⁷⁰ และศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้ตัดสินในคดีหนึ่ง⁷¹ว่าสิทธิที่จะไม่ถูกรทรมาน หรือถูกปฏิบัติหรือถูกลงโทษอย่างโหดร้ายนี้เป็นสิทธิที่ไม่อาจนำมาซึ่งน้ำหนักได้เลยไม่ว่าสิทธิหรือพฤติการณ์ที่เกี่ยวข้องจะเป็นเช่นไรก็ตาม⁷²

บทความนี้จะไม่นำเสนอหรือวิเคราะห์ว่าการกำหนดให้การกระทำในขั้นตอนของการเตรียมเป็นความผิดซึ่งทำให้เกิดการสอดแนมของรัฐในพื้นที่ส่วนตัวของประชาชนอย่างใกล้ชิดจะส่งผลเสียต่อร่างกายและจิตใจของประชาชนจนเป็นการทรมาน หรือปฏิบัติต่อประชาชนอย่างโหดร้าย เพราะนั่นเป็นเรื่องที่ต้องอาศัยความรู้ทางการแพทย์ในการวินิจฉัย แต่บทความจะชี้ให้เห็นว่าการกำหนดให้การกระทำในขั้นตอนของการเตรียมเป็นความผิดอาญานั้นตัวมันเองอาจเป็นการลงโทษที่โหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรมได้⁷³

ถึงแม้ว่ารัฐธรรมนูญจะกำหนดให้การลงโทษตามคำพิพากษาของศาล หรือโดยบทบัญญัติของกฎหมายจะไม่เป็นการทรมานหรือการลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม⁷⁴ซึ่งกฎหมายในที่นี้แม้หลายคนจะเห็นว่าหมายถึงกฎหมายภายในประเทศเท่านั้น แต่ผู้เขียนเห็นว่ากฎหมายดังกล่าวควรต้องหมายความรวมถึงกฎหมายระหว่างประเทศเท่าที่ผูกพันรัฐไทยด้วย⁷⁵ไม่เช่นนั้นกฎหมายระหว่างประเทศโดยเฉพาะพันธกรณีที่รัฐไทยร่วมเข้าผูกพันอย่างสมัครใจผ่านอนุสัญญาต่าง ๆ ที่ไปรวมเป็นภาคีก็จะไม่มีสภาพบังคับ และเป็นแค่คำโกหกของรัฐไทยเพียงเพื่อแลกกับความไว้วางใจ การเข้าเป็นสมาชิกหรือผลตอบแทนอื่นโดยที่ไม่ได้คิดจะปฏิบัติตามตั้งนั้นถึงแม้ว่าโดยหลักการ

⁷⁰Landgericht Frankfurt a. M., Judgment of 20 December 2004, *Neue Juristische Wochenschrift* 2005, 692-696 cited by Florian Jessberger, “Bad Torture-Good Torture? What International Criminal Lawyers May Learn from the Recent Trial of Police Officers in Germany” (2005) 3 *Journal of International Criminal Justice* 1064 see also Yuval Ginbar, *Why not torture terrorists, Moral, Practical, and Legal Aspects of the ‘Ticking Bomb’ Justification for Torture* (OUP 2010) 320.

⁷¹*Gafgen v Germany* App no 22978/05 [2010] 103
<

⁷²*Gafgen v Germany* (n 71 above) para 107.ผลของคดีนี้มีทั้งผู้เห็นด้วยและวิพากษ์วิจารณ์ เบื้องต้นโปรดดู ธรณกรณ์ บุญมี, “การทรมานโดยจำเป็น” (ธันวาคม 2552) 38 *วารสารนิติศาสตร์* 4, 430-454. และ ธรณกรณ์ บุญมี, “ปัญหาในการกำหนดนิยามของการทรมาน และบัญญัติให้เป็นความผิดเฉพาะตามกฎหมายไทย” (2558) *รพี* 2558 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 39-66.

⁷³บทความนี้จะเพียงวินิจฉัยเพียงเบื้องต้น สำหรับผู้ที่สนใจพิจารณาเพิ่มเติมโปรดดู D. van Z. Smit and A. Ashworth, ‘Disproportionate Sentences as Human Rights Violations’ (2004) 67 (4) *MLR*, 541. และ Dennis J. Baker, *The Right not to Be Criminalized: Demarcating Criminal Law’s Authority* (Ashgate 2012) 9.

⁷⁴รัฐธรรมนูญ (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 4 ประกอบกับรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช 2550 มาตรา 32 วรรค 2

⁷⁵Anne-Marie de Brouwer, *Supranational Criminal Prosecution of Sexual Violence: The ICC and the Practice of the ICTY and the ICTR* (Intersentia Publishers 2005) 101 and see Juan E. Méndez, “The Death Penalty and the Absolute Prohibition of Torture and Cruel, Inhuman, and Degrading Treatment or Punishment” available online at <<https://www.wcl.american.edu/hrbrief/20/1mendez.pdf>> accessed 3 January 2016.

กำหนดอัตราโทษให้แก่ความผิดเป็นอำนาจของรัฐโดยแท้⁷⁶ แต่การกำหนดโทษให้กับจำเลยอย่างไม่ได้สัดส่วนอย่างชัดเจนนั้นอาจเป็นการละเมิดสิทธิที่จะไม่ถูกทรมาน หรือถูกลงโทษที่โหดร้ายหรือไร้มนุษยธรรมของจำเลยได้

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้เคยวินิจฉัยวางหลักไว้ในคดี *Weeks v United Kingdom*⁷⁷ ซึ่งมีข้อเท็จจริงโดยย่อว่าในปี 1966 ผู้ร้องซึ่งขณะนั้นอายุ 17 ปีได้ใช้ปืนซึ่งบรรจุกระสุนปลอมจี้เจ้าของร้านสัตว์เลี้ยง และให้ส่งเครื่องคิดเงินมาให้ ซึ่งปรากฏว่ามีเงินเพียง 35 เพนซ์ หรือประมาณ 20 บาท โดยหลักเกิดเหตุเงิน 35 เพนซ์นั้นก็ตกอยู่ที่พื้นร้าน ในวันเดียวกันจำเลยโทรศัพท์แจ้งไปที่สถานีตำรวจท้องถิ่นว่าประสังค์จะมอบตัว ในขณะที่เจ้าพนักงานตำรวจจะเข้าควบคุมตัวตามที่นัดหมาย จำเลยหนีบปืนออกมาจากกระเป่าและปืนลั่นทำให้ข้อมือของเจ้าพนักงานตำรวจคนหนึ่งมีรอยไหม้ ปรากฏในภายหลังว่าจำเลยก่อเหตุเพราะถูกมารดาขู่จะให้หาเงินมาคืนจำนวน 3 ปอนด์ หรือประมาณ 165 บาท ไม่เช่นนั้นให้ย้ายออกจากบ้านไป ถึงแม้แพทย์จะลงความเห็นจำเลยไม่มีอาการทางจิตทำให้ศาลไม่สามารถส่งไปบำบัดจิตใจได้ แต่เจ้าพนักงานคุมประพฤติซึ่งติดตามพฤติกรรมของจำเลยมาตลอดสองปีรายงานว่าจำเลยมีอาการอารมณ์แปรปรวน ขาดวุฒิภาวะทางอารมณ์และมีความสนใจในหนังสือเกี่ยวกับความรุนแรงและปืน นอกจากนี้จำเลยยังดื่มสุราอย่างหนัก และมีแนวโน้มสูงว่าจะใช้ความรุนแรง แต่ไม่มีการตรวจสอบสภาพจิตของจำเลย ในคดีนี้จำเลยถูกศาลตัดสินว่ามีความผิดฐานชิงทรัพย์โดยมีอาวุธจึงลงโทษจำคุกตลอดชีวิต “แบบไม่กำหนดระยะเวลา”⁷⁸ นอกจากนี้ยังถูกลงโทษฐานทำร้ายร่างกายเจ้าพนักงาน และมีอาวุธปืนไว้ในครอบครองเป็นเวลา 2 ปี และ 3 ปีตามลำดับโดยให้ลงโทษพร้อมกันทุกกระทง⁷⁹

⁷⁶ Harris, O’Boyle, Bates and Buckley (n 90 above) 91.

⁷⁷ *Weeks v United Kingdom* A 114 (1987), 10 EHRR 293, para 14, 46

⁷⁸ โทษจำคุกของประเทศอังกฤษแบ่งออกเป็น 1. โทษจำคุกแบบยังไม่บังคับโทษ (suspended prison sentences) ซึ่งผู้ต้องคำพิพากษาจะยังไม่ต้องถูกจำคุก เพียงแต่จะต้องทำงานบริการสาธารณะและตกอยู่ภายใต้เงื่อนไขบางประการ เช่น ห้ามเข้าใกล้คนหรือสถานที่เฉพาะบางแห่ง ซึ่งหากผู้ต้องคำพิพากษาละเมิดเงื่อนไขก็จะต้องเข้าไปรับโทษในเรือนจำ

2. โทษจำคุกแบบกำหนดระยะเวลา (determinate prison sentences) เป็นกรณีที่ศาลกำหนดโทษจำคุก และระยะเวลาที่ชัดเจนแน่นอนว่าต้องจำคุกเท่าไรถ้าโทษจำคุกนั้นต่ำกว่า 12 ปี หลังจากจำคุกได้ 6 เดือน นักโทษจะถูกปล่อยตัวโดยอัตโนมัติ แต่ถ้าโทษจำคุกตั้งแต่ 12 เดือนขึ้นไปจะต้องรับโทษจำคุกครั้งแรกในเรือนจำ และครั้งหลังด้วยการทำงานบริการสังคมภายใต้เงื่อนไขที่กำหนด ซึ่งถ้าหากละเมิดก็จะต้องเข้าไปรับโทษในเรือนจำต่อ

3. โทษจำคุกแบบไม่กำหนดระยะเวลา (indeterminate prison sentences) เป็นกรณีที่ศาลกำหนดโทษจำคุก โดยไม่ระบุระยะเวลาอย่างชัดเจนว่าจะให้รับโทษนานเพียงใด แต่อาจกำหนดโทษที่ต้องอยู่ในเรือนจำขั้นต่ำ (tariff) ก่อนที่ราชทัณฑ์จะพิจารณาพักโทษได้ โดยโทษนี้จะนำมาใช้ต่อเมื่อศาลเห็นว่าจำเลยเป็นอันตรายและควรต้องอยู่ในเรือนจำจนกว่าจะแก้ไขได้

4. โทษจำคุกตลอดชีวิต (life sentences) กรณีนี้โดยทั่วไปจะไม่มีการพิจารณาปล่อยตัว และโทษนี้จะนำมาใช้เมื่อจำเลยมีความผิดฐานฆ่าคนตายโดยเจตนา และไม่มีเหตุบรรเทาโทษ (murder) ซึ่งศาลไม่มีทางเลือกอื่นนอกจากลงโทษจำคุกตลอดชีวิตเท่านั้น ส่วนความผิดกรณีอื่น ๆ เช่น ข่มขืนกระทำชำเรา หรือชิงทรัพย์โดยมีอาวุธศาลอาจใช้โทษนี้ได้

รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู <<https://www.gov.uk/types-of-prison-sentence>> accessed 3 January 2016.

⁷⁹ Ibid paras 11-13

คดีนี้แม้จะฟังดูว่าการลงโทษจำคุกตลอดชีวิตไม่สมเหตุสมผล หรือไม่ได้สัดส่วน โดยเฉพาะเมื่อพิจารณาว่าในจำเลยที่ถูกตัดสินว่ามีความผิดฐานชิงทรัพย์โดยใช้อาวุธจำนวน 54,580 คน มีเพียง 17 คนเท่านั้นที่ศาลลงโทษจำคุกตลอดชีวิต ทำให้ศาลสิทธิมนุษยชน “ตั้งข้อสงสัยอย่างมาก” ว่าคำพิพากษาในคดีนี้ไม่สอดคล้องกับหลักการห้ามไม่ให้ทรมาน และลงโทษที่โหดร้ายไร้มนุษยธรรม⁸⁰ อย่างไรก็ตาม “ด้วยเหตุผลเฉพาะของพฤติการณ์ในคดี”⁸¹ การที่จำเลยถูกลงโทษจำคุกตลอดชีวิตแบบไม่กำหนดระยะเวลาอาจจะเป็นผลดีกับจำเลยมากกว่าการลงโทษจำคุกแบบกำหนดระยะเวลา เพราะจำเลยอาจจะได้รับการปล่อยตัวเร็วขึ้น⁸² เพราะในคดีนี้ศาลอังกฤษไม่ได้กำหนดโทษขั้นต่ำที่ต้องรับ ดังนั้นหากราชทัณฑ์เห็นว่าเหมาะสมและจำเลยไม่เป็นอันตรายต่อสังคมแล้วก็สามารถปล่อยได้เลย หากไม่มีคำอธิบายที่พิเศษเฉพาะนี้ โทษของจำเลยย่อมถือว่าไม่ได้สัดส่วนและขัดต่อสิทธิที่จะไม่ถูกลงโทษอย่างโหดร้าย ไร้มนุษยธรรม⁸³

เมื่อพิจารณาดังนี้แล้วจะเห็นได้ว่าแม้คดีนี้ศาลอังกฤษจะตัดสินโดยมีกฎหมายและแนวทางการกำหนดโทษรองรับ แต่ถ้าไม่มีพฤติการณ์พิเศษการตัดสินของศาลก็อาจเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่สำคัญนี้ได้ ดังนั้นการที่องค์กรที่มีอำนาจตรากฎหมายของไทยกำหนดให้การกระทำความผิดในขั้นตอนของการเตรียมการมีระวางโทษสูง โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีความผิดฐานเตรียมวางเพลิงเผาทรัพย์มีระวางโทษสูงถึงจำคุกตลอดชีวิต⁸⁴ ก็อาจเป็นการละเมิดสิทธิที่จะไม่ถูกทรมาน หรือลงโทษอย่างโหดร้าย ไร้มนุษยธรรมได้

จากข้อพิจารณาเบื้องต้นทางสิทธิมนุษยชนจะเห็นได้ว่ากฎหมายอาญาที่บัญญัติให้การกระทำในขั้นตอนของการเตรียมนั้นโดยหลักไม่ขัดกับหลักกฎหมายสิทธิมนุษยชน ถึงแม้ว่าจะมีข้อต้องควรระวังบ้างโดยเฉพาะในเรื่องของการละเมิดสิทธิที่จะไม่ถูกลงโทษอย่างโหดร้ายไร้มนุษยธรรม แต่ก็ยังเป็นกรอบที่ไม่ชัดเจนประกอบกับกลไกการตรวจสอบเรื่องสิทธิมนุษยชนของไทยยังขาดความเข้มแข็ง และกลไกระดับภูมิภาคหรือระดับระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคีได้ก็ยังไม่เกิดขึ้น การพัฒนาองค์ความรู้และการศึกษาในเรื่องนี้จึงยังอยู่ในช่วงเริ่มต้นและยังไม่อาจเป็นเงื่อนไขหลักในการจำกัดการขยายขอบเขตของกฎหมายอาญาได้ ต่อไปเราจะพิจารณาว่าการกำหนดให้การเตรียมเป็นการกระทำความผิดสอดคล้องหรือขัดข้องกับหลักประชาธิปไตยหรือไม่

3. การเตรียมกระทำความผิดกับหลักประชาธิปไตย

เนื่องด้วยกฎหมายอาญาเป็นกฎหมายที่มีการบังคับโทษอันเป็นการละเมิดสิทธิของประชาชน การบัญญัติให้การกระทำใดเป็นความผิดอาญาจึงควรทำโดยผ่านความเห็นชอบจากประชาชนผู้ที่จะถูกบังคับสิทธิ ในทางเดียวกันเมื่อกฎหมายอาญาได้ตราโดยเสียงข้างมากของสมาชิกรัฐสภาซึ่งเป็นตัวแทนของประชาชนแล้ว โดยหลักจึง

⁸⁰ *Weeks* (n 77 above), para 14, 47-48

⁸¹ Harris, O’Boyle, Bates and Buckley (n 38 above) 91

⁸² Lord Justice Salmon แสดงทัศนคติในคำพิพากษาของศาลอุทธรณ์อังกฤษ.

⁸³ *Weeks* (n 77 above) ดูโดยเฉพาะความเห็นแย้งบางส่วน (partly dissenting opinion) ของผู้พิพากษา Thor Vilhjalmsson, Lagergren, Sir Vincent Evans และ Gersing and ความเห็นแย้งของผู้พิพากษา de Meyer.

⁸⁴ ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 219 ประกอบมาตรา 218, 80, 52.

สมควรจะต้องสอดคล้องกับหลักการประชาธิปไตยที่เป็นการปกครอง “ของ” ประชาชน อย่างไรก็ตาม การปกครองในระบอบประชาธิปไตยไม่ใช่เพียงแค่จัดการให้มีการเลือกตั้งที่เป็นอิสระและเป็นธรรมอันจะทำให้เป็นการปกครอง “ของ” ประชาชนเท่านั้น⁸⁵ หากแต่ยังต้องเป็นการปกครอง “โดย” ประชาชนไปพร้อมกันด้วย ดังนั้น รัฐที่เป็นประชาธิปไตยจึงต้องเป็นรัฐที่ประชาชนได้รวมตัวกันเพื่อปกครองตนเองและตัดสินใจว่ากฎหมายใดที่ตนจะต้องถูกบังคับ และนโยบายใดที่ตนอยากผลักดัน⁸⁶ ซึ่งการจะเป็นการปกครองโดยประชาชนได้นั้นประชาชนต้องเป็นอิสระจากรัฐ และรัฐต้องเป็นตัวแทนที่สะท้อนความต้องการของประชาชน ไม่ใช่ในทางตรงกันข้ามที่ประชาชนเป็นวัตถุประสงค์ของและสะท้อนความต้องการของรัฐ⁸⁷

ความแตกต่างระหว่างการปกครองของประชาชนกับการปกครองโดยประชาชนนั้นอยู่ที่ว่าการปกครองของประชาชนนั้นพิจารณาที่การเลือกตั้งว่าต้องเป็นธรรมและเป็นอิสระซึ่งจะทำให้ได้รัฐบาลที่ประชาชนเป็นผู้เลือก หรือเป็นเจ้าของ แต่อำนาจของประชาชนหาได้หยุดยั้งอยู่ที่การเลือกตั้งไม่ หลังการเลือกตั้งอำนาจของประชาชนไม่ได้ถูกถ่ายโอนไปให้รัฐบาลจนประชาชนกลายมาเป็นวัตถุประสงค์บังการของรัฐ หากแต่ประชาชนยังคงต้องเป็นเจ้าของอำนาจ กำหนดทิศทางนโยบาย และสะท้อนความต้องการผ่านการออกกฎหมายได้ ดังนั้นจึงจะทำให้การปกครองนั้นเป็นการปกครอง “โดย” ประชาชนโดยแท้ ซึ่งการจะคงสภาพความเป็นเจ้าของอำนาจที่แท้จริงได้นั้นอย่างน้อยประชาชนต้องมีอิสระในการเข้าถึงข้อมูล แสดงความคิดเห็นและกระทำการบางอย่างภายใต้ขอบเขตส่วนตัวเพื่อที่จะพัฒนาความคิดและเสนอความต้องการได้แม้จะไม่ใช่ในเวลาเลือกตั้งสิ่งเหล่านี้เป็นคุณค่าพื้นฐานที่สังคมประชาธิปไตยต้องยอมแลกคุณค่าอื่นเพื่อให้ได้มาเพื่อให้สังคมเป็นของประชาชน และเป็นการปกครองโดยประชาชนอย่างแท้จริงได้ อย่างไรก็ตามประชาชนจะไม่สามารถรักษาค่าเหล่านี้ไว้ได้หากพื้นที่ส่วนตัวของประชาชนถูกบุกรุก หรือเข้าแทรกแซงโดยรัฐ

การที่รัฐเอาผิดกับการกระทำที่ยังอยู่ในขั้นตอนของการเตรียม ทำให้รัฐมีความจำเป็นต้องเข้ามาสอดส่องพื้นที่ส่วนตัวของประชาชนจนถึงขนาดที่จะพยายามสอดส่องดูความคิด และแนวโน้มการกระทำของประชาชนจนทำให้ประชาชนไม่สามารถ หรือระมัดระวังจนไม่กล้ามีแนวความคิดที่แตกต่างจากแนวความคิดของรัฐ ซึ่งนั่นเป็นการทำให้ประชาชนต้องพึ่งพา และมีแนวความคิดคล้อยตามกับการความต้องการของรัฐไม่ว่าจะเป็นไปด้วยความเห็นด้วย การถูกบังคับเพราะกฎหมาย หรือการถูกปิดกั้นจากการเข้าถึงข้อมูลจนไม่สามารถพัฒนาความคิดและความต้องการของตนได้ หรือกล่าวโดยสรุปก็คือประชาชนจะไม่เป็นอิสระจากรัฐ⁸⁸ และไม่สามารถปกครองรัฐแต่กลายเป็นรัฐที่มาปกครองประชาชน⁸⁹

นอกจากกฎหมายอาญาในระบอบประชาธิปไตยจะต้องเว้นที่ว่างหรือให้พื้นที่ส่วนแก่ประชาชนในการคิด และแสดงความคิดเห็นต่อการดำเนินการของรัฐ และเรียกร้องว่าประสงคฺจะให้รัฐดำเนินการแบบใดแล้ว กฎหมาย

⁸⁵ Ramsay, ‘Democratic Limits to Preventive Criminal Law’ (n 31 above) 214-215.

⁸⁶ Ibid, 224

⁸⁷ Ibid.

⁸⁸ Ashworth and Zedner, *Preventive Justice* (n 30 above) 107.

⁸⁹ Ramsay, ‘Democratic Limits to Preventive Criminal Law’ (n 31 above) 225.

อาญาในระบอบประชาธิปไตยจะต้องไม่เป็นกฎหมายที่ละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานเสียเอง ซึ่งหลักการที่จะมาขัดแย้งหรือยืนยันว่ากฎหมายอาญาละเมิดสิทธิของประชาชนก็คือกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งวางอยู่บนหลักสันนิษฐานว่าจำเลยเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าศาลจะได้พิพากษาว่าจำเลยมีความผิดจริง (presumption of innocence)⁹⁰ และรัฐเป็นผู้มีหน้าที่ในการพิสูจน์จนสิ้นข้อสงสัยตามสมควรว่าจำเลยมีความผิด⁹¹ ซึ่งเหตุผลพื้นฐานของหลักการทั้งสองก็คือรัฐต้อง “เชื่อ” ว่าประชาชนในฐานะของผู้ทรงสิทธิเป็นผู้ที่เหตุมีผลสามารถตัดสินใจอย่างถูกต้องได้ (moral agency) แต่การที่รัฐเข้ามาสอดส่องพื้นที่ส่วนตัวของประชาชนแสดงว่าความเชื่อใจระหว่างรัฐกับประชาชนได้หมดลงไป และรัฐได้ใช้อำนาจในทางอาญาเข้ามา รุกล้ำสิทธิของประชาชนตั้งแต่ขั้นตอนที่ประชาชนยังไม่ได้ความผิด หลักการเรื่องข้อสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จึงไร้ความหมายอย่างน้อยก็ในทางเนื้อหาในกรณีความผิดในขั้นตอนเตรียม⁹²

นอกจากนั้นความผิดในขั้นตอนของการเตรียมนั้นยังให้อำนาจรัฐลงโทษทางอาญาแก่ “บุคคลอันตราย” ที่ยังไม่มีกรกระทำที่เป็นอันตรายในทางความเป็นจริง หรืออธิบายอีกอย่างก็คือรัฐสามารถใช้ดุลพินิจพิจารณาอย่างไม่เป็นภววิสัยได้ว่าบุคคลใดอันตรายและสมควรต้องถูกลงโทษ การดำเนินชีวิตของประชาชนจึงต้องอยู่ภายใต้อำนาจอัติตวิสัยของรัฐโดยสมบูรณ์ เราจึงต้องทำและคิดตามที่รัฐต้องการหากไม่ต้องการที่จะถูกลงโทษถึงแม้ว่าการกระทำของเราจะยังไม่ได้สร้างอันตรายให้แก่บุคคลใดเลย และเมื่อการลงโทษเป็นการลงโทษสิ่งที่อยู่ภายในโดยไม่มีกรกระทำภายนอกที่เป็นภววิสัยใด ๆ บังชี้ถึงความอันตรายของผู้กระทำ การตรวจสอบโดยประชาชนที่ไม่ได้เป็นคู่กรณีจึงทำได้ยาก หรือทำไม่ได้ ดังนั้นสังคมประชาธิปไตยที่เป็นสังคมเห็นการเปิดกว้างแนวความคิดที่หลากหลาย อดทนต่อแนวความคิดที่แตกต่าง และสังคมแห่งความโปร่งใสและตรวจสอบได้จึงได้รับอันตรายหรือถูกทำลายที่รากฐานด้วยการกำหนดให้การกระทำที่อยู่ในขั้นตอนของการเตรียมเป็นการกระทำ ความผิด

ดังนั้นมันจึงเป็นเป็นการยากที่วางอยู่บนพื้นฐานแห่งการไม่เชื่อใจระหว่างรัฐกับประชาชน สังคมที่ไม่เปิดพื้นที่ส่วนตัวให้กับการคิดและแสดงความเห็น และสังคมที่ประชาชนไม่สามารถตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐได้จะเป็นสังคมที่อยู่ภายใต้ระบอบประชาธิปไตย ถึงแม้สังคมนั้นจะเป็นสังคมที่ปกครองด้วยกฎหมายที่ออกโดยผู้แทนของประชาชนส่วนใหญ่ก็ตาม

ผู้เขียนยอมรับและไม่ได้แย้งว่าคุณค่าของการอยู่ในสังคมประชาธิปไตยเป็นคุณค่าที่มีราคาแพงและอาจนำมาซึ่งความไม่มั่นคงทั้งต่อปัจเจกชน และความมั่นคงของรัฐโดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อการกระทำความผิดที่รัฐมุ่งป้องกันนั้นเป็นความผิดที่ 1) ป้องกันผลได้ยาก และ 2) อาจส่งผลกระทบต่อผู้บริสุทธิ์อย่างร้ายแรงและเป็นวงกว้างอย่างกรณีการก่อการร้าย ซึ่งทำให้การกำหนดให้การเตรียมกระทำความผิดที่ร้ายแรงเหล่านั้นเป็นความผิดอาญาเป็นเรื่องจำเป็น แต่การขยายขอบเขตของกฎหมายอาญาไปในพื้นที่ส่วนบุคคลนั้นจะต้องทำโดยระมัดระวัง

⁹⁰ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 มาตรา 4 ประกอบ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 39

⁹¹ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 227

⁹² Ibid, 228-229.

ในฐานะที่เป็นข้อยกเว้นของการบัญญัติกฎหมายอาญา โดยรัฐจะต้องมีวัตถุประสงค์ที่ชัดเจน และได้มีการพิจารณาซึ่งน้ำหนักข้อดีข้อเสียอย่างละเอียดว่าการออกกฎหมายอาญาในลักษณะดังกล่าวคุ้มค่า และไม่มีทางเลือกอื่นแล้ว

4. บทสรุป

บทความนี้ทำหน้าที่เพียงสำรวจและชี้ให้เห็นถึงปัญหาของการกำหนดให้การในขั้นตอนของการเตรียมเป็นความผิดอาญาจากมุมมองของกฎหมายสิทธิมนุษยชน และหลักประชาธิปไตยเท่านั้นและหลายคนอาจเห็นว่าความห่วงกังวลของผู้เขียนนั้นเป็นความห่วงกังวลที่ไปไกลเกินกว่าความเป็นจริง หรือเป็นความห่วงกังวลในแง่ทฤษฎีเท่านั้น เพราะตัวอย่างที่เห็นชัดเจนจากการที่รัฐเข้ามาแทรกแซงพื้นที่ส่วนตัวของประชาชนจนประชาชนไม่เป็นอิสระจากรัฐและต้องพึ่งพาหรือหวาดกลัวที่จะคิดต่างจากรัฐยังไม่ปรากฏชัดเจนในนิยาย หรือภาพยนตร์เท่านั้น และการกังวลว่าเราจะกลายเป็นวัตถุประสงค์ของไม่ได้เป็นประธานแห่งสิทธิที่พึงดูจะเป็นข้อกังวลของคนศตวรรษที่แล้วที่ประชาชนหวาดกลัวการแทรกแซงของรัฐ ขณะที่ในศตวรรษนี้ภัยที่รุนแรงและเป็นจริงมากกว่าเกิดจากอาชญากร โดยเฉพาะกลุ่มก่อการร้ายที่แสดงให้เห็นถึงความรุนแรงตั้งแต่ต้นศตวรรษและต่อเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน การให้อำนาจแก่รัฐเพิ่มขึ้นเพื่อต่อต้านกลุ่มก่อการร้าย และกลุ่มอาชญากรจึงเป็นเรื่องที่สมเหตุสมผลและทันสมัยมากกว่าที่จะหวาดกลัวรัฐจนประชาชนผู้บริสุทธิ์ต้องตกเป็นผู้เสียหายเสียเอง

ผู้เขียนยอมรับว่าความเห็นดังกล่าวเป็นเรื่องที่มีเหตุผลและต้องยอมรับ อย่างไรก็ตามความห่วงกังวลที่ผู้เขียนนำเสนอไม่ควรถูกเพิกเฉยโดยสิ้นเชิง และรัฐยังคงจะต้องระมัดระวังในการใช้อำนาจหากจะแก้ปัญหาอาชญากรได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยไม่ต้องการวนอยู่ในวัฏจักรระหว่างของการเป็นผู้ละเมิดสิทธิ และผู้ปกป้องสิทธิ

บรรณานุกรม

หนังสือ

เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาค บทบัญญัติทั่วไป*, 10 พิมพ์ครั้งที่ แก้ไขเพิ่มเติม), 1 กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์ พลสยาม พริ้นติ้ง 2551)

คณิต ณ นคร, *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*, (พิมพ์ครั้งที่ 3 ปรับปรุงใหม่, กรุงเทพมหานคร: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2551)

จิตติ ดิงศภัทย์, *กฎหมายอาญาภาค 1*, (พิมพ์ครั้งที่ 9, กรุงเทพมหานคร:สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2536)

ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*, (พิมพ์ครั้งที่ 10 แก้ไขเพิ่มเติม, กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2551)

_____, *คำอธิบายกฎหมายอาญา ภาคความผิด และลหุโทษ*, (พิมพ์ครั้งที่ 4 แก้ไขเพิ่มเติม, กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2546)

_____, *ประมวลกฎหมาย ฉบับอ้างอิง*, (พิมพ์ครั้งที่ 27, กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2554)

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, *ปัญหาพิเศษในกฎหมายอาญา*, กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2547)

หยุด แสงอุทัย, *กฎหมายอาญา ภาค 1*, (พิมพ์ครั้งที่ 21, กรุงเทพ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2554)

_____, *คำอธิบายกฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127*, (พิมพ์ครั้งที่ 6, กรุงเทพ: วิญญูชน, 2548)

Books

- Ashworth A and Horder J, *Principle of Criminal Law* (7th edn, OUP 2012)
- Ashworth A and Zedner L, *Preventive Justice*, (OUP 2014)
- Ashworth A, Zedner L, Tomlin P (eds), *Prevention and the Limits of the Criminal Law* (OUP 2013)
- Ashworth A, *Positive Obligations in Criminal Law* (Hart 2013)
- Baker D, *The Right not to be Criminalized: Demarcating Criminal Law’s Authority* (Ashgate 2012)
- Bronitt S, McSherry B and Norrie AW, *Regulating Deviance: the redirection of criminalisation and the futures of criminal Law* (Hart 2008)
- Brudner A, *Punishment and Freedom* (OUP 2009)
- Clarkson CMV, Keating HM and Cunningham SR, (7th edn, Sweet & Maxwell 2010)
- De Frías AS, Samuel K and White ND (eds), *Counter-Terrorism: International Law and Practice* (OUP 2012)
- Doswald-Beck L, *Human Rights in Times of Conflict and Terrorism* (OUP 2011)
- Duff A and Green S (eds), *Philosophical Foundations of Criminal Law* (OUP 2011)
- _____, *Defining Crimes: Essays on the Special Part of the Criminal Law* (2012 OUP)
- Duff RA, *Answering for Crime: Responsibility and Liability in the Criminal Law* (Hart 2007)
- _____, *Criminal Attempts* (Clarendon 1996)
- _____, Farmer L, Marshall SE, Renzo M, and Tadros V (eds), *The Structures of the Criminal Law* (OUP 2011)
- Feinberg J, *The Moral Limits of the Criminal Law Volume 1: Harm to Others* (OUP 1984)
- Fletcher GP, *Basic Concepts of Criminal Law* (OUP 1998)
- Gross H, *A Theory of Criminal Justice* (OUP 1979)
- Harris DJ, O’ Boyle M, Bates EP and Buckley CM, Harris, O’ Boyle & Warbrick: *Law of the European Convention on Human Rights*, (2nd edn, OUP 2009)
- Herring J, *Criminal Law: Text, Cases and Material*, (5th edn, OUP 2012)
- Husak D, *Overcriminalization: the Limits of the Criminal Law*, (Oxford Scholarship Online 2008)
- John Gardner, *Offences and Defences*, (OUP 2007)
- Michael Moore, *Placing Blame: A Theory of Criminal Law*, (OUP 1997)
- Murphy CC, *EU Counter-Terrorism Law, Pre-Emption and the Rule of Law* (Hart 2012)
- Ramsay P, *The Insecurity State: Vulnerable Autonomy and the Right to Security in the Criminal Law* (OUP 2012)
- Simester AP and Smith ATH (eds), *Harm and Culpability*, (OUP 1996)
- Simester AP and Sullivan GR, *Simester and Sullivan’s Criminal law: theory and doctrine* (4th edn, Hart 2009)
- Simester AP and von Hirsch A, *Crimes, Harms and Wrongs* (Hart 2011)

Sullivan GR and Dennis I (eds), *Seeking Security: Pre-Empting the Commission of Criminal Harms* (Hart 2012)

Tadros V, *The Ends of Harm: the Moral Foundations of Criminal Law* (OUP 2011)

White RCA and Ovey C, Jacobs, White, & Ovey: *The European Convention on Human Rights* (5th edn, OUP 2010)

Journal Articles

Ashworth A, ‘The Unfairness of Risk-Based Possession Offences’ (2001) 5 (3) *Criminal Law and Philosophy* 237-257

Cornford A, ‘Preventive Criminalization’ (2015) 18 (1) *New CLR* 1-34.

Du Bois-Pedain A, ‘The Wrongfulness Constraint in Criminalisation’ (2014) 8 (1) *Criminal Law and Philosophy* 149-169

Husak D, ‘Reservations About’ (2011) 14 (1) *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal* 97-107

Kolber A, ‘Against Proportional Punishment’ (2013) 66 *Vanderbilt Law Review*, 1141-1179

New C, ‘Time and Punishment’ (1992) 52 (1) *Analysis* 35-40

Ohana D, ‘Desert and Punishment for Acts: Preparatory to the Commission of a Crime’ (2007) 20 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence* 113-142

Ramsay P, ‘Overcriminalization as Vulnerable Citizenship’ (2010) 13 (2) *New Criminal Law Review: An International and Interdisciplinary Journal* 262-285

_____, ‘The Responsible Subject As Citizen: Criminal Law, Democracy and The Welfare State’ (2006) 69 (1) *The Modern Law Review* 29 -58

Rogers J, ‘The Codification of Attempts and the case for ‘preparation’’ (2008) 12 *Criminal Law Review* 937-950

Simester AP and von Hirsch A, ‘Rethinking the Offence Principle’ (2002) 8 (3) *Legal Theory* 269-295

Smilansky S, ‘The Time to Punish’ (1994) 54 (1) *Analysis* 50-53

Smit VZ and Ashworth A, ‘Disproportionate Sentences as Human Violations’ (2004) 67 (4) *Modern Law Review*, 541-560

Von Hirsch A, ‘Proportionality in the Philosophy of Punishment’ (1992) 16 *Chicago Journals: Crime and Justice* 55-98

Waldron J, ‘Security and Liberty: The Image of Balance’ (2003) 11 (2) *The Journal of Political Philosophy* 191-210

_____, ‘Torture and Positive Law: Jurisprudence for the White House’ (2005) 105 (6) *Columbia Law Review* 1681-1750

Cases

Al-Jedda v Secretary of State for Defence (2007) UKHL 58

- Al-Jedda v United Kingdom (2011) 53 EHRR 23, [2011] ECHR 1092, 30 BHRC 637
- Bozano v France A 111 (1987) 9 EHRR 297
- Guzzardi v Italy A 39 (1981) 3 EHRR 333, (App.7367/76)
- Ireland v United Kingdom A 25 (1978) (Grand Chamber) 2 EHRR 25
- Kudla v Poland (2000) 35 EHRR 198
- LCB v United Kingdom 1998-III, 27 EHRR 212, (App.23413/94)
- Mahmut Kaya v Turkey ECHR 2000-III, (App.22535/93)
- Mastromatteo v Italy 2002-VIII (Grand Chamber) (App. 37703/97)
- McCann v United Kingdom A 324 (1995), 21 EHRR 97
- Moldovan and others v Romania (2007) 44 EHRR 302, (Apps. 41138/98 and 64320/01)
- Osman v United Kingdom 1998-VIII, 29 EHRR 245
- Ramsahai and others v The Netherlands (2008) (Grand Chamber), 46 EHRR 983, (App.52391/99)
- Selcuk and Asker v Turkey (1998) 26 EHRR 477, (Apps. 23184/94 and 23185/94)
- Silver and others v United Kingdom A 61 (1983) 5 EHRR 347, (Apps. 55947/72, 6205/73, 7052/75, 7061/75, 7107/75, 7113/75, and 7136/75)
- Soering v United Kingdom A 161 (1989), 11 EHRR 439, (App.14038/88)
- Steur v the Netherlands (2004) 39 EHRR 706, (App. 39657/98)
- Tanli v Turkey 2001-III, 38 EHRR 31
- Tyrer v United Kingdom A 26 (1978) 2 EHRR 1, (App.5856/72)
- Weeks v United Kingdom A 114 (1987), 10 EHRR 293
- X and Y v The Netherlands A 91 (1985) 8 EHRR 235

Government Reports

David Anderson, Report of the Independent Reviewer on the Operation of the Terrorism Act 2000 and Part 1 of the Terrorism Act 2006, July 2013

_____ Report on the Operation in 2010 of the Terrorism Act 2000 and Part 1 of the Terrorism Act 2006, July 2011

Joint Committee on Human Rights, Government Response to the Committee's First Report of Session 2006-07: The Council of Europe Convention on the Prevention of Terrorism, Thirteenth Report of Session 2007-08, 26 February 2008

Law Commission, *Conspiracy and Attempts* (Law Com No 183, 2007)

_____, *Conspiracy and Attempts* (Law Com No 318, 2009)

Sentencing Advisory Council (Melbourne Victoria Australia), *Review of Maximum Penalties for Preparatory Offences*, December 2006

Web pages

International Commission of Jurists (ICJ) and International Commission of Jurists (ICJ), *Addressing Damage, Urging Action. Report of the Eminent Jurists Panel on Terrorism, Counter-Terrorism and Human Rights*, (February 2009) 17 <<http://www.refworld.org/docid/499e76822.html>> accessed 20 August 2014

Mill JS, *On Liberty* (Longman, Roberts & Green, 1869; Bartleby. com, 1999) <www.bartleby.com/130/> accessed 20 August 2014

การไต่สวนมูลฟ้องในคดีพนักงานอัยการเป็นโจทก์กับการคุ้มครองสิทธิของจำเลยในคดีอาญา
Preliminary Examination in Cases Entered by the Public Prosecutor and the Protection
of Rights of the Accused in Criminal Cases

สุชาดา เรืองแสงทองกุล*

บทคัดย่อ

การดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญานอกจากมีจุดมุ่งหมายในการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมโดยการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ จำต้องตระหนักถึงสิทธิของบุคคลในกระบวนการยุติธรรมตามรัฐธรรมนูญในฐานะที่บุคคลเหล่านั้นเป็นส่วนหนึ่งของสังคม การดำเนินคดีอาญาไม่ว่ากระทำโดยพนักงานอัยการซึ่งกระทำแทนรัฐหรือโดยราษฎรซึ่งเป็นผู้เสียหาย ควรอยู่บนพื้นฐานการเคารพสิทธิของบุคคลอย่างเท่าเทียมกัน โดยคำนึงถึงความเหมาะสมในการดำเนินคดีทางอาญาด้วย ในคดีพนักงานอัยการเป็นโจทก์กฎหมายไม่ได้บังคับให้ศาลไต่สวนมูลฟ้องก่อนที่จะสั่งประทับฟ้องหรือยกฟ้องเหมือนกับคดีราษฎรเป็นโจทก์ แต่ศาลอาจสั่งให้ไต่สวนมูลฟ้องได้ถ้าเห็นสมควร ในทางปฏิบัติการไต่สวนมูลฟ้องแทบไม่เคยเกิดขึ้นทำให้บทบัญญัติของกฎหมาย ที่มุ่งคุ้มครองจำเลยไม่ให้ถูกฟ้องคดีอย่างไม่เป็นธรรมไม่ได้ถูกนำไปใช้ และขัดกับหลักที่ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลทุกคนเป็นผู้บริสุทธิ์ ซึ่งถ้ามีการไต่สวนมูลฟ้องและศาลเห็นว่าจำเลยไม่ได้กระทำความผิดสามารถยกฟ้องได้โดยไม่ต้องรอให้คดีเข้าสู่การพิจารณาแล้วพิพากษายกฟ้องในภายหลัง รวมถึงทำให้กลไกของศาลในการตรวจสอบการใช้อำนาจของพนักงานอัยการและพนักงานสอบสวนอันเป็นการดำเนินคดีขึ้นก่อนฟ้องเป็นเพียงหลักการแต่ไม่ได้นำมาบังคับใช้ในทางปฏิบัติ

คำสำคัญ: การไต่สวนมูลฟ้อง, สิทธิของจำเลย, คดีอาญา

Abstract

The purpose of criminal justice proceedings is not only to maintain peace and order but also to protect the rights of the persons related to the criminal justice proceedings as stipulated in the Constitution of the Kingdom of Thailand. Therefore, In the criminal proceedings that are entered by a public prosecutor as an agent of state or injure person should equally respect the rights of the persons based on the appropriateness of the proceedings. Under the criminal procedure code, in a case prosecuted by a public prosecutor, the Court is not obliged to conduct the preliminary examination before dismissing a case or accepting the indictment for further trial. On the other hand, in a case of private prosecution, the Court needs to conduct the preliminary

*อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอีสเทิร์นเอเซีย, นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง

examination. In practice, the court virtually never conducts the preliminary examination of a criminal case prosecuted by a public prosecutor. The provision of law on protecting an accused person from an unfair process is not de facto enforced. It was also against the principle of presumption of innocence of an accused person. During preliminary examination, if the Court is of an opinion that the accused person has not committed the offence, the case can be dismissed. It is unnecessary to direct the case into the trial process and dismiss the case later. Avoiding preliminary examination also weakens a mechanism to monitor the performance of a public prosecutor and an inquiry official.

Keywords: Preliminary Examination, Rights of the Accused, Criminal Case

1. บทนำ

การดำเนินคดีอาญาตามกระบวนการยุติธรรมของไทย ใช้หลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ (public prosecution) เป็นหลัก การดำเนินคดีอาญาตั้งแต่ขั้นตอนเริ่มต้นจนถึงสิ้นสุดกระบวนการเป็นอำนาจหน้าที่ของพนักงานของรัฐทั้งสิ้น แต่ในขณะเดียวกันรัฐได้เปิดโอกาสให้เอกชนซึ่งหมายถึงราษฎรเข้ามามีสิทธิฟ้องคดีอาญาต่อศาลได้ หากราษฎรได้รับความเสียหายจากการกระทำความผิดอาญาเป็นไปตามหลักการดำเนินคดีอาญาโดยเอกชน (private prosecution)¹ โดยทั่วไปการดำเนินคดีอาญาประกอบด้วยโครงสร้างสี่ส่วนด้วยกัน² ได้แก่ การดำเนินคดีอาญาชั้นก่อนฟ้อง การดำเนินคดีอาญาชั้นการประทับฟ้อง การดำเนินคดีอาญา ชั้นการพิจารณา และการดำเนินคดีอาญาชั้นการบังคับคดี หรืออาจแยกได้เป็นสองขั้นตอน³ ได้แก่ ขั้นตอนก่อนฟ้องคดี (pre-trial stage) และขั้นตอนหลังฟ้องคดี (trial – stage) การดำเนินคดีอาญาไม่ว่าในขั้นตอนใดก็ตามนอกจากเป็นไปเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมจำต้องคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนเช่นกัน จึงจะเรียกได้ว่าเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่ดี⁴ บทความนี้มุ่งศึกษาหลักการของกฎหมายเกี่ยวกับการไต่สวนมูลฟ้องคดีอาญา ซึ่งเป็นขั้นตอนตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาในชั้นการประทับฟ้องอันเกิดขึ้นหลังฟ้องคดีแต่ก่อนคดีเข้าสู่ชั้นพิจารณา ศึกษาสภาพการณ์ของแนวปฏิบัติในการไต่สวนมูลฟ้องคดีอาญาในคดีพนักงานอัยการเป็นโจทก์และปัญหาที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิของจำเลยในคดีอาญาและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของไทย

¹ณรงค์ ใจหาญ, *หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1*, (พิมพ์ครั้งที่ 12, กรุงเทพมหานคร, วิญญูชน, 2556), หน้า 31

²คณิต ฒ นคร, *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา*, (พิมพ์ครั้งที่ 8, กรุงเทพมหานคร, วิญญูชน, 2555), หน้า 433

³สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, *กระบวนการยุติธรรมทางอาญาในประเทศไทย: ปัญหาและข้อเสนอแนะบางประการ*, (ตุลพาห เล่มที่ 43 ปีที่ 4 ตุลาคม-ธันวาคม 2539), หน้า 4

⁴คณิต ฒ นคร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, หน้า 46

2. หลักเกณฑ์และเงื่อนไขการฟ้องคดีอาญา

เมื่อมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดให้พนักงานอัยการและผู้เสียหายมีสิทธิฟ้องคดี¹ ผู้เสียหายเป็นบุคคลผู้ได้รับความเสียหายเนื่องจากการกระทำความผิดอาญาฐานใดฐานหนึ่ง รวมทั้งบุคคลอื่นที่มีอำนาจจัดการแทนตามกฎหมาย² การนำคดีอาญาเข้าสู่ศาลโดยพนักงานอัยการและผู้เสียหายมีหลักเกณฑ์ไม่เหมือนกัน ในการฟ้องคดีของพนักงานอัยการมีเงื่อนไขที่พนักงานสอบสวนต้องทำการสอบสวนคดีมาก่อน ถ้าปรากฏว่าคดีอาญาที่จะฟ้องร้องไม่ได้มีการสอบสวนห้ามพนักงานอัยการยื่นฟ้องคดีอาญาดังกล่าว³ แต่ในกรณีที่ผู้เสียหายหรือบุคคลอื่นที่มีอำนาจจัดการแทนฟ้องคดี ซึ่งเป็นกรณีที่ราษฎรได้ยื่นฟ้องต่อศาลด้วยตนเอง กฎหมายไม่ได้บังคับให้ต้องมีการสอบสวนความผิดอาญานั้นมาก่อน เท่ากับผู้เสียหายหรือบุคคลที่มีอำนาจจัดการแทนสามารถฟ้องคดีอาญาต่อศาลได้เลยโดยไม่ต้องผ่านกระบวนการในชั้นพนักงานสอบสวน ประเด็นการสอบสวนคดีอาญาจึงมีความสำคัญยิ่งต่อการฟ้องคดีอาญาของพนักงานอัยการ

3. เงื่อนไขการฟ้องคดีอาญาที่มีผลต่อการไต่สวนมูลฟ้อง

ความแตกต่างกันระหว่างคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์และคดีที่ราษฎรเป็นโจทก์ในเรื่องการสอบสวนคดี ส่งผลต่อการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีในชั้นศาล ในคดีราษฎรเป็นโจทก์เมื่อศาลเห็นว่าคำฟ้องถูกต้องตามกฎหมายให้ศาลจัดการสั่งให้ไต่สวนมูลฟ้อง การไต่สวนมูลฟ้อง หมายถึง กระบวนการไต่สวนของศาลเพื่อวินิจฉัยถึงมูลคดีซึ่งจำเลยต้องหา⁴ ซึ่งในคดีที่ราษฎรฟ้องนั้นถ้าพนักงานอัยการได้ฟ้องจำเลยในข้อหาอย่างเดียวกันด้วยแล้วศาลไม่จำเป็นต้องไต่สวนมูลฟ้อง เว้นแต่ศาลเห็นสมควรจะสั่งให้ไต่สวนมูลฟ้องก่อนก็ได้ ส่วนในคดีพนักงานอัยการเป็นโจทก์กฎหมายไม่ได้บังคับให้มีการศาลไต่สวนมูลฟ้อง แต่ศาลอาจสั่งให้ไต่สวนมูลฟ้องก่อนได้ในกรณีที่ศาลเห็นสมควร⁵ ดังนั้นกรณีที่ผู้เสียหาย บุคคลที่มีอำนาจจัดการแทนฟ้องคดีด้วยตนเองศาลอยู่ในบังคับที่ต้องไต่สวนมูลฟ้องก่อนเสมอเพราะเป็นเงื่อนไขบังคับก่อนศาลจึงไม่อาจปฏิบัติเป็นอย่างอื่นได้ อย่างไรก็ตามศาลอาจไม่สั่งให้ไต่สวนมูลฟ้องได้ในสองกรณี ประการแรก พนักงานอัยการได้ยื่นฟ้องจำเลยในข้อหาเดียวกัน ประการที่สอง จำเลยให้การรับสารภาพทำให้ศาลสามารถประทับฟ้องไว้พิจารณาได้เลย สำหรับคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์กฎหมายไม่ได้บังคับให้ศาลต้องไต่สวนมูลฟ้องเท่ากับเป็นดุลพินิจของศาลโดยแท้ที่จะสั่งหรือไม่สั่งให้ไต่สวนมูลฟ้อง ผลของการไต่สวนมูลฟ้องถ้าปรากฏว่าคดีมีมูล ให้ศาลประทับฟ้องไว้พิจารณาต่อไปเฉพาะกระธงที่มีมูล ถ้าคดีไม่มีมูลให้ศาลพิพากษายกฟ้อง

¹ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 52 ตอนที่ 0ก, (วันที่ 10 มิถุนายน 2478), มาตรา 28

²บุคคลที่มีอำนาจจัดการฟ้องคดีแทนผู้เสียหาย ได้แก่ บุคคลตามมาตรา 4, 5 และ 6 ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

³ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 52 ตอนที่ 0ก, (วันที่ 10 มิถุนายน 2478), มาตรา 120

⁴ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 52 ตอนที่ 0ก, (วันที่ 10 มิถุนายน 2478), มาตรา 2(12)

⁵ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 52 ตอนที่ 0ก, (วันที่ 10 มิถุนายน 2478), มาตรา 161

การไต่สวนมูลฟ้องคดีอาญาตามกฎหมายไทยได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายอังกฤษ⁶ ซึ่งกระบวนการไต่สวนมูลฟ้องตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน⁷ เหตุผลที่กฎหมายกำหนดให้มีการไต่สวนมูลฟ้อง เนื่องจากการฟ้องคดีอาญาต่อศาลมีหลักการสำคัญ คือ คดีที่นำมาฟ้องต่อศาลต้องมีมูลคดี และการไต่สวนมูลฟ้องมุ่งคุ้มครองสิทธิของจำเลยไม่ให้ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดโดยปราศจากมูลความจริง เนื่องจากการที่ราษฎรมีสิทธิฟ้องคดีอาญาต่อศาลได้เช่นเดียวกับพนักงานอัยการ อาจทำให้ราษฎรนำคดีมาฟ้องอย่างกว้างขวางและปราศจากเหตุผลอันสมควร หรือนำคดีมาฟ้องโดยขาดความเข้าใจเกี่ยวกับข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย⁸ คดีที่ราษฎรเป็นโจทก์ราษฎรซึ่งเป็นผู้เสียหาย หรือบุคคลที่มีอำนาจจัดการแทนยื่นฟ้องต่อศาลโดยตรง ซึ่งขึ้นอยู่กับความรู้สึกรู้สึกนึกคิดและการตัดสินใจของแต่ละบุคคลเป็นสำคัญ ไม่ได้ผ่านขั้นตอนการสอบสวนของพนักงานสอบสวนและการสั่งคดีของพนักงานอัยการมาก่อน ศาลจึงจำเป็นต้องตรวจสอบในเบื้องต้นว่าคดีมูลเพียงพอที่จะฟังว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดหรือไม่ เพื่อป้องกันไม่ให้สิทธิของจำเลยถูกระทบกระเทือนอย่างไม่เป็นธรรม ส่วนเหตุผลที่กฎหมายวางหลักว่าคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ศาลไม่จำเป็นต้องดำเนินการไต่สวนมูลฟ้อง ยกเว้นศาลเห็นสมควรอาจสั่งให้ไต่สวนมูลฟ้องได้เช่นกัน เนื่องจากคดีของพนักงานอัยการได้ผ่านขั้นตอนการสอบสวนในการแสวงหาและรวบรวมพยานหลักฐานมาก่อน ทำให้น่าเชื่อว่าคดีมีมูลเพียงพอที่ศาลจะรับคดีไว้พิจารณา อย่างไรก็ตามแม้ว่าพนักงานสอบสวนได้เข้ามาทำสำนวนการสอบสวนและผ่านการกลั่นกรองคดีจากพนักงานอัยการแล้วก็ตาม คดีอาญาจำเป็นต้องมีการไต่สวนมูลฟ้องโดยศาลอีกเช่นกัน เพราะกระบวนการสอบสวนไม่อาจเข้ามาแทนที่การไต่สวนมูลฟ้องได้⁹ อีกทั้งมีความเป็นไปได้ว่าการสอบสวนของพนักงานสอบสวน หรือการกลั่นกรองคดีของพนักงานอัยการอาจจะไม่รอบคอบและเมื่อคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาลคดีของพนักงานอัยการอาจถูกยกฟ้องได้¹⁰

4. การสั่งคดีของพนักงานอัยการกับการไต่สวนมูลฟ้องของศาล

ในการดำเนินคดีอาญาชั้นก่อนฟ้องซึ่งเป็นขั้นตอนการดำเนินงานของเจ้าพนักงานตำรวจและพนักงานอัยการ หลังจากพนักงานสอบสวนผู้รับผิดชอบเห็นว่าการสอบสวนเสร็จสิ้นแล้ว และรู้ตัวผู้กระทำความผิดลำดับต่อไปเป็นอำนาจของพนักงานอัยการในการสั่งคดีโดยการสั่งฟ้องหรือสั่งไม่ฟ้องผู้ต้องหา การสั่งคดีของพนักงานอัยการมีวัตถุประสงค์ ดังนี้¹¹

⁶สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม, *การคุ้มครองสิทธิของจำเลยในชั้นไต่สวนมูลฟ้อง: ศึกษากรณีราษฎรเป็นโจทก์*, (การฝึกอบรมหลักสูตรพัฒนาการพัฒนานิติกรระดับกลาง, 2555), หน้า 229

⁷คำพิพากษาฎีกาที่ 477/2508, เนติบัณฑิตยสภา

⁸คณิง ภาชัย, *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 2*, (พิมพ์ครั้งที่ 8, กรุงเทพมหานคร, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556), หน้า 79

⁹จิตติ ดิงศภัทย์, *ใครควรมีอำนาจสอบสวน*, (วารสารนิติศาสตร์ เล่ม 4 ตอน 3 2519), หน้า 99-100

¹⁰สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, หน้า 44

¹¹คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3509/2549, เนติบัณฑิตยสภา

“การวินิจฉัยสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้องคดีของพนักงานอัยการมิใช่เป็นการวินิจฉัยว่าจำเลยมีความผิดหรือเป็นผู้บริสุทธิ์ดังเช่นกระบวนการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล แต่เป็นเพียงการวินิจฉัยมูลความผิดตามที่กล่าวหาเท่านั้น ซึ่งเกณฑ์วินิจฉัยมูลความผิดของพนักงานอัยการที่วินิจฉัยสั่งฟ้องหรือไม่ฟ้องผู้ต้องหาคือมีเหตุอันสมควรเพียงพอหรือไม่ที่จะนำผู้ต้องหาเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาเพื่อให้ศาลวินิจฉัยขั้นสุดท้ายว่าผู้ถูกกล่าวหากระทำความผิดตามที่ถูกกล่าวหาหรือไม่”

ส่วนในชั้นไต่สวนมูลฟ้องการรับฟังพยานหลักฐานเป็นไปเพื่อให้ทราบว่ามีมูลหรือไม่ ซึ่งศาลได้วางหลักการไว้ดังนี้¹²

“การรับฟังพยานหลักฐานในชั้นไต่สวนมูลฟ้อง กับชั้นพิจารณาแตกต่างกัน ชั้นไต่สวนมูลฟ้องเพียงแค่มูลความผิดตามฟ้องหรือไม่ เมื่อข้อเท็จจริงครบองค์ประกอบฐานความผิดที่ฟ้องโดยไม่มีข้อพิรุธอันเป็นที่ประจักษ์ชัดก็ฟังได้แล้วว่าคดีมีมูลตามฟ้อง ส่วนข้อเท็จจริงที่ได้ความจะเป็นความจริงหรือไม่ เป็นข้อที่จะต้องพิสูจน์กันอีกชั้นหนึ่งในชั้นพิจารณา ซึ่งในชั้นพิจารณาต้องฟังพยานหลักฐานจนได้ความอันสิ้นสงสัยว่าข้อเท็จจริงที่ได้มานั้นเป็นความจริง จึงจะฟังได้ว่ามีการกระทำความผิดตามฟ้อง”

การวางหลักเกณฑ์ของศาลข้างต้นนี้ สรุปได้ว่า การสั่งคดีในชั้นพนักงานอัยการมีวัตถุประสงค์ในการไต่ตรงต่อว่าคดีที่ได้รับสำนวนมาจากพนักงานสอบสวนมีเหตุอันสมควรและเพียงพอต่อการนำผู้ต้องหาเข้าสู่กระบวนการยุติธรรมทางอาญาหรือไม่ ในขณะที่การไต่สวนมูลฟ้องศาลมีหน้าที่รับฟังพยานหลักฐานให้ได้ความว่าข้อเท็จจริงในคดีมีมูลหรือไม่ โดยพิจารณาจากข้อเท็จจริงเข้าก้ององค์ประกอบของฐานความผิดตามกฎหมายเท่านั้น ศาลไม่จำเป็นต้องรับฟังพยานหลักฐานให้ได้ความว่าข้อเท็จจริงในคดีเป็นความจริงหรือความเท็จ เพราะเป็นเรื่องที่ต้องกระทำในชั้นพิจารณาต่อไป หากศาลเห็นว่าข้อเท็จจริงในคดีฟังได้ว่าจำเลยกระทำความผิดจริงก็จะพิพากษาลงโทษจำเลยตามความผิด แต่ถ้าพยานหลักฐานไม่สามารถทำให้ศาลเชื่อโดยปราศจากข้อสงสัยว่าจำเลยเป็นผู้กระทำความผิดศาลต้องยกประโยชน์แห่งความสงสัยให้จำเลยโดยการยกฟ้อง

5. แนวปฏิบัติของศาลในการไต่สวนมูลฟ้องในคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์

แม้กฎหมายเปิดช่องให้ศาลสามารถไต่สวนมูลฟ้องในคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ได้เมื่อศาลเห็นสมควรก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติศาลแทบไม่เคยไต่สวนมูลฟ้องในคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์เลย¹³ จากการค้นคว้าพบว่ามีตัวอย่างเพียงคดีเดียวที่ศาลสั่งให้ไต่สวนมูลฟ้องก่อน¹⁴ เป็นคดีที่พนักงานอัยการฟ้องจำเลยข้อหาบุกรุกโรงแรมซึ่งโดยปกติโรงแรมเป็นที่สาธารณสถานศาลจึงสงสัยว่าจะมีการบุกรุกได้อย่างไร เมื่อไต่สวนมูลฟ้องแล้วได้ความว่าบริเวณที่บุกรุกเป็นส่วนที่กันไว้สำหรับเจ้าของ ทั้งนี้โดยทั่วไปเมื่อศาลเห็นว่าคำฟ้องของโจทก์ถูกต้องตามกฎหมายศาลใช้วิธีประทับฟ้องของโจทก์ไว้พิจารณาแทนการสั่งให้ไต่สวนมูลฟ้อง การที่ศาลประทับฟ้องไว้พิจารณาโดยไม่

¹²คำพิพากษาฎีกาที่ 3965/2553, เนติบัณฑิตยสภา

¹³สรารุช เบญจกุล, ‘ทำไมต้องไต่สวนมูลฟ้องในคดีอาญา,’ (บทความพิเศษ, 18 กุมภาพันธ์ 2554), <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewsID=954000021812> เข้าถึงวันที่ 10 ธันวาคม 2558; สำนักงานพัฒนาข้าราชการศาลยุติธรรม, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, หน้า 12

¹⁴คณิต ฒ นคร, *ปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมทางอาญา*, (กรุงเทพมหานคร, วิญญูชน, 2552), หน้า 59

ดำเนินการไต่สวนมูลฟ้องก่อน ทำให้พนักงานอัยการอยู่ในฐานะเป็นองค์กรสุดท้ายในการทำหน้าที่พิจารณาคดีก่อนคดีได้รับการพิจารณาในชั้นศาล ทั้งที่การวินิจฉัยมูลคดีแห่งการฟ้องเป็นอำนาจของศาลตามกฎหมาย เพราะเมื่อพนักงานอัยการเห็นควรสั่งฟ้องคดีและยื่นฟ้องผู้ต้องหาต่อศาล ศาลเพียงแต่พิจารณาความถูกต้องของคำฟ้อง ซึ่งเป็นการตรวจคำฟ้องว่ามีรูปแบบและรายละเอียดเป็นไปตามองค์ประกอบของหลักเกณฑ์ตามกฎหมายวิธีพิจารณาคดีอาญาหรือไม่เท่านั้น จากแนวปฏิบัติในชั้นพนักงานอัยการและชั้นศาลเช่นนี้ ทำให้การใช้ดุลพินิจของพนักงานอัยการมีผลต่อการนำคดีอาญาเข้าสู่การพิจารณามากกว่าบทบาทของศาล

6. การกลั่นกรองคดีของสหรัฐอเมริกา และเยอรมนี

การดำเนินคดีอาญาของสหรัฐอเมริกาใช้หลักการดำเนินคดีโดยรัฐ การกลั่นกรองคดีก่อนเข้าสู่การพิจารณาของศาลในสหรัฐอเมริกาประกอบด้วย กลไกการไต่สวนมูลฟ้อง (preliminary hearing) และการกลั่นกรองคดีโดยคณะลูกขุนใหญ่ (Grand Jury) แนวคิดของการไต่สวนมูลฟ้องเป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิของจำเลย ในกรณีที่พนักงานอัยการยื่นฟ้องคดีแบบลายลักษณ์อักษรในข้อหาและความผิดตามกฎหมายที่รัฐประสงคิให้ลงโทษ ที่เรียกว่า Information¹⁵ กฎหมายกำหนดให้ศาลไต่สวนมูลฟ้องในคดีที่จำเลยถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญาร้ายแรง (Felony) ซึ่งเป็นความผิดที่มีโทษประหารชีวิต หรือโทษจำคุกเกินกว่าหนึ่งปีขึ้นไป แต่มีข้อยกเว้นที่ศาลไม่ต้องไต่สวนมูลฟ้องเช่นกันถ้าปรากฏข้อเท็จจริงดังนี้¹⁶ จำเลยสละสิทธิการไต่สวนมูลฟ้อง หรือก่อนการไต่สวนมูลฟ้องจำเลยถูกฟ้องโดยคณะลูกขุนใหญ่ หรือรัฐยื่นฟ้องจำเลยตาม Rule 7(6) ว่าจำเลยกระทำความผิดอุกฉกรรจ์ หรือรัฐยื่นฟ้องกล่าวหาว่าจำเลยกระทำความผิดอาญาที่ไม่ร้ายแรง หรือจำเลยถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดอาญาที่ไม่ร้ายแรงและได้ยินยอมให้ศาล Magistrate ดำเนินคดี ในการไต่สวนมูลฟ้องโจทก์มีหน้าที่ต้องนำเสนอพยานหลักฐานอย่างเพียงพอที่จะทำให้ศาลเชื่อว่ามีกระทำความผิดและจำเลยเป็นผู้กระทำ ถ้าศาลเห็นว่าคดีมีมูลจะเข้าสู่กระบวนการพิจารณาคดีต่อไป ในทางตรงกันข้ามถ้าศาลเห็นว่าคดีของโจทก์ไม่มีมูลตามที่ถูกกล่าวหาให้ศาลยกฟ้อง¹⁷ ส่วนการกลั่นกรองคดีโดยคณะลูกขุนใช้กับกรณีคำฟ้องของพนักงานอัยการที่เรียกว่า Indictment ซึ่งเป็นการฟ้องในข้อหาที่เป็นความผิดร้ายแรง¹⁸ คณะลูกขุนทำหน้าที่พิจารณาว่าคดีของพนักงานอัยการเพียงพอที่จะนำไปฟ้องต่อศาลหรือไม่ ถ้าคณะลูกขุนเห็นว่าคำฟ้องที่ยื่นมาทำให้ศาลสามารถลงโทษจำเลยได้ หัวหน้าคณะลูกขุนจะให้ความเห็นขอเอกสาร Indictment ซึ่งพนักงานอัยการจะนำไปยื่นต่อศาลอันหมายถึงการยื่นฟ้องจำเลยต่อศาลด้วย¹⁹

ในขณะที่การดำเนินคดีอาญาของเยอรมนีใช้หลักการดำเนินคดีโดยรัฐ และบางกรณีราษฎรซึ่งเป็นผู้เสียหายมีสิทธิดำเนินคดีได้ ข้อที่น่าพิจารณามีว่า ในเยอรมนีโดยหลักการแล้วพนักงานอัยการเป็นผู้มีอำนาจฟ้อง

¹⁵อุทุมพร จุลนิษฐวงษ์, *คำฟ้องคดีอาญา ศักยภาพบทบาทในชั้นประทับฟ้อง*, (น.ม., มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2556, หน้า 48

¹⁶Federal Rules of Criminal Procedure Rule, 1946, Rule 5.1 (a)

¹⁷Federal Rules of Criminal Procedure Rule, 1946, Rule 5.1 (e), (f),

¹⁸Federal Rules of Criminal Procedure Rule, 1946, Rule 7 (a) (1), (c),

¹⁹สถาบันพัฒนาข้าราชการตุลาการศาลยุติธรรม, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 10*, หน้า 31

คดีเช่นเดียวกับระบบกฎหมายไทย แต่พนักงานอัยการมีอำนาจในการสอบสวนคดีอาญาด้วย²⁰ ในการยื่นฟ้องของพนักงานอัยการต้องแนบสำนวนสอบสวนคดีไปพร้อมกันด้วย ทำให้ศาลสามารถพิจารณาสำนวนสอบสวนได้นอกเหนือจากคำฟ้อง²¹ และศาลมีอำนาจตามกฎหมายในการไต่สวนมูลฟ้องพนักงานอัยการอีกด้วย อย่างไรก็ตาม ศาลไม่จำเป็นต้องไต่สวนมูลฟ้องก่อนถ้าเป็นการดำเนินคดีอาญาเร่งรัดตามที่กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดไว้²² ภายหลังจากมีการยื่นฟ้องคดีต่อศาลซึ่งมีอำนาจชำระคดี กระบวนการไต่สวนมูลฟ้องจะเริ่มต้นขึ้น เมื่อการไต่สวนมูลฟ้องของศาลสิ้นสุดลงถ้าศาลเห็นว่าคดีของผู้ถูกกล่าวหาไม่มีมูลอย่างเพียงพอว่ากระทำความผิดอาญาศาลจะมีคำสั่งประทับฟ้อง ถ้าไม่เข้าเงื่อนไขเช่นนี้ศาลจะมีคำสั่งไม่ประทับฟ้อง²³

การไต่สวนมูลฟ้องของสหรัฐอเมริกามีการกำหนดไว้อย่างชัดเจนว่าคดีของพนักงานอัยการที่ต้องผ่านการไต่สวนมูลฟ้องของศาล Magistrate มีลักษณะเป็นคดีร้ายแรงและกำหนดช้อยกเว้นไว้ชัดเจน ในขณะที่คดีที่ต้องพิจารณาโดยคณะลูกขุนเป็นคดีมีข้อหาร้ายแรงเช่นเดียวกัน การไต่สวนมูลฟ้องของศาลและการกลั่นกรองคดีของคณะลูกขุนเป็นการตรวจสอบการทำหน้าที่ของพนักงานอัยการในทำนองเดียวกัน แม้ว่าสหรัฐอเมริกาใช้ระบบกฎหมายคอมมอนลอว์แตกต่างจากของไทย แต่สะท้อนว่ากฎหมายต้องการให้คดีที่ดำเนินการโดยรัฐจะเข้าสู่การพิจารณาของศาลได้ต้องได้รับการกลั่นกรองคดีก่อน ขณะที่การไต่สวนมูลฟ้องของไทยในคดีพนักงานอัยการเป็นโจทก์กฎหมายกำหนดเป็นเพียงช้อยกเว้นว่าเฉพาะกรณีที่ศาลเห็นสมควรอาจสั่งให้ไต่สวนมูลฟ้องก่อนได้ซึ่งในทางปฏิบัติศาลให้น้ำหนักและเชื่อถือดุลพินิจของพนักงานอัยการอย่างมากจึงประทับฟ้องไปก่อนโดยไม่ได้มีการไต่สวนเพื่อวินิจฉัยมูลความผิดตามที่ฟ้อง

ในส่วนของเยอรมนีกฎหมายกำหนดให้ศาลไต่สวนมูลฟ้องเป็นหลักในกรณีพนักงานอัยการเป็นโจทก์ฟ้องคดี การไม่ไต่สวนมูลฟ้องเป็นช้อยกเว้น เป็นที่น่าสังเกตว่าพนักงานอัยการมีบทบาทในการสอบสวนคดีอาญาและต้องส่งสำนวนการสอบสวนพร้อมกับคำฟ้องต่อศาลรวมทั้งมีการใช้มาตรการไต่สวนมูลฟ้องของศาลด้วยการกลั่นกรองคดีอาญาของเยอรมนีในชั้นประทับฟ้องเข้มงวดกว่าหลักการและแนวปฏิบัติของไทยอย่างเห็นได้ชัดโดยการยื่นฟ้องคดีของไทยเพียงแต่ยื่นคำฟ้องต่อศาลเท่านั้น เพราะไม่มีกฎหมายกำหนดให้แนบสำนวนการสอบสวนคดีด้วย และโดยหลักการแล้วกระบวนการยุติธรรมของไทยตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาแยกการสอบสวนคดีกับการฟ้องร้องคดีออกจากกัน พนักงานอัยการไม่ได้มีส่วนเกี่ยวข้องกับการสอบสวนคดี²⁴ การสั่ง

²⁰ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, ขั้นตอนการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน, (จุลพาฬ เล่มที่ 1 ปีที่ 55 มกราคม-เมษายน, 2551), หน้า 190

²¹ คณิต ญ นคร, นิติธรรมอาพรางในนิติศาสตร์ไทย, (กรุงเทพมหานคร, วิญญูชน, 2548), หน้า 61-62

²² The German Code of Criminal Procedure, 1987, Section 417-420

²³ สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, อ่างแล้ว เชิงอรรถที่ 24, หน้า 190-191

²⁴ เว้นแต่คดีดังต่อไปนี้ 1. คดีอาญาเกิดขึ้นนอกราชอาณาจักร อัยการสูงสุดหรือผู้รักษาการแทนเป็นพนักงานสอบสวน ผู้รับผิดชอบ หรือจะมอบหมายหน้าที่ให้พนักงานอัยการหรือพนักงานสอบสวนคนใดรับผิดชอบทำการสอบสวนแทนก็ได้ 2. คดีอาญาที่มีการสอบสวนเด็กอายุไม่เกินสิบแปดปีในฐานะผู้ต้องหา ผู้เสียหาย หรือพยาน ให้พนักงานอัยการเข้าร่วมการสอบสวนกับพนักงานสอบสวน และ 3. ในกรณีความตายเกิดขึ้นโดยการกระทำของเจ้าพนักงานซึ่งอ้างว่าปฏิบัติราชการตามหน้าที่ หรือตายในระหว่างอยู่ในความควบคุมของเจ้าพนักงานซึ่งอ้างว่าปฏิบัติราชการตามหน้าที่ หรือผู้ตายถูกกล่าวหาว่าต่อสู้ขัดขวางเจ้าพนักงานซึ่งปฏิบัติราชการตามหน้าที่ ให้พนักงานสอบสวนแจ้งให้พนักงานอัยการเข้าร่วมในการทำสำนวนการสอบสวน

คดีของพนักงานอัยการจึงขึ้นอยู่กับสำนวนการสอบสวนของพนักงานสอบสวน นอกจากพนักงานอัยการไม่ได้ค้นหาข้อเท็จจริง รายละเอียดแห่งความผิดและพยานหลักฐานแห่งคดีด้วยตนเองแล้ว ข้อจำกัดด้านระยะเวลาอาจทำให้พนักงานอัยการสั่งฟ้องคดีอย่างรีบร้อนโดยไม่ได้พิจารณามูลความผิดและพยานหลักฐานอย่างรอบคอบจากปัญหาที่อาจเกิดขึ้นนี้ถ้าหากศาลสั่งให้มีการไต่สวนมูลฟ้องคดีก่อนจะทำให้ศาลได้กลิ่นกรองว่าคดีที่พนักงานอัยการฟ้องมานั้นมีมูลเพียงพอที่จะประทับฟ้องไว้พิจารณาคดีต่อไปหรือไม่ ดังนั้นการไต่สวนมูลฟ้องจึงเป็นมาตรการที่จำเป็นอย่างยิ่งในชั้นประทับฟ้อง การที่กฎหมายไทยกำหนดให้การไต่สวนมูลฟ้องในคดีพนักงานอัยการเป็นโจทก์เป็นเพียงข้อยกเว้นและศาลไม่นำมาใช้จึงทำให้แนวปฏิบัติของศาลเกี่ยวกับการไต่สวนมูลฟ้องไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

7. ปัญหาและผลกระทบอันเกิดจากการไม่ไต่สวนมูลฟ้อง

1. ความเข้าใจของจำเลยเกี่ยวกับการกระทำความผิดตามที่ถูกฟ้อง

หลักการไต่สวนมูลฟ้องในคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ต้องทำต่อหน้าจำเลย กฎหมายกำหนดให้จำเลยต้องมาศาลในวันไต่สวนมูลฟ้อง และศาลอยู่ในบังคับที่ต้องอ่านคำฟ้องและอธิบายฟ้องให้จำเลยฟังรวมทั้งถามคำให้การจำเลยด้วย²⁵ อันเป็นหลักการที่ศาลต้องปฏิบัติต่อจำเลยเช่นเดียวกับชั้นพิจารณาคดี ดังนั้นในการดำเนินคดีอาญ่าถ้ามีการไต่สวนมูลฟ้องคดีอาญามาก่อนจะทำให้ศาลได้สอบคำให้การเบื้องต้นของจำเลย ซึ่งเป็นช่องทางที่ช่วยให้จำเลยเข้าใจคดีที่ตนถูกฟ้องได้ดียิ่งขึ้นและเป็นประโยชน์ต่อการต่อสู้คดีในชั้นพิจารณาต่อไป เพราะลำพังเพียงแต่คำฟ้องของพนักงานอัยการเป็นการบรรยายฟ้องตามองค์ประกอบความผิดพอให้จำเลยเข้าใจข้อหาเท่านั้น การไม่ไต่สวนมูลฟ้องจึงทำให้จำเลยเสียสิทธิที่จะรับทราบและเข้าใจสิ่งที่ตนเองถูกฟ้องได้มากขึ้น

2. ปัญหาอันเกิดจากการยกฟ้องของศาลในชั้นพิจารณา

2.1 ความล่าช้าของศาลในการยกฟ้อง

ในชั้นพิจารณาคดีถ้าศาลเห็นว่ากรกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิด จำเลยไม่ได้กระทำความผิด คดีขาดอายุความ หรือมีเหตุตามกฎหมายที่จำเลยไม่ควรได้รับโทษก็ดี ศาลต้องยกฟ้องโจทก์และปล่อยตัวจำเลยไป²⁶ อันเป็นไปตามหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาว่าด้วยคำพิพากษาและคำสั่ง แสดงว่าไม่ว่าจะมีการไต่สวนมูลฟ้องหรือไม่ แต่ท้ายที่สุดถ้าศาลเห็นว่าจำเลยไม่ได้กระทำความผิด ศาลสามารถยกฟ้องได้ไม่ต่างจากการยกฟ้องในชั้นไต่สวนมูลฟ้อง แต่การไต่สวนมูลฟ้องและยกฟ้องก่อนการพิจารณาคดีทำให้คดีไม่ต้องล่วงเลยเข้าสู่การพิจารณาต่อไป หากศาลเห็นว่าจำเลยไม่ได้กระทำความผิดสามารถพิพากษายกฟ้องในชั้นนี้ได้เลย ซึ่งศาลฎีกาได้วางหลักว่าในชั้นไต่สวนมูลฟ้องแม้ศาลจะพิจารณาเพียงว่าคดีโจทก์มีมูลที่จะประทับฟ้องหรือไม่ก็ตาม แต่เมื่อศาลเห็นว่ากรกระทำของจำเลยไม่เป็นความผิด ศาลก็ชอบจะวินิจฉัยและพิพากษายกฟ้องไปเลย ไม่จำเป็นต้องประทับฟ้องไว้ และพิจารณายกฟ้องในภายหลัง²⁷ หลักการที่ศาลยกฟ้องได้ทันทีในชั้นไต่สวนมูลฟ้องเป็นหลักการทั่วไปของการไต่สวนมูลฟ้องไม่ได้นำไปใช้เฉพาะกับคดีที่ราษฎรเป็นโจทก์เท่านั้น นั้นหมายความว่า ในคดีที่

²⁵ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 52 ตอนที่ 0ก, (วันที่ 10 มิถุนายน 2478), มาตรา 165

²⁶ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 52 ตอนที่ 0ก, (วันที่ 10 มิถุนายน 2478), มาตรา 185

²⁷ คำพิพากษาฎีกาที่ 2777/2545, เนติบัณฑิตยสภา

พนักงานอัยการเป็นโจทก์ฟ้องคดี หากศาลสั่งให้ไต่สวนมูลฟ้องและศาลเห็นว่าคดีของโจทก์ไม่มีมูลศาลย่อมสั่งยกฟ้องได้เช่นกัน ฉะนั้นการที่ศาลไม่ไต่สวนมูลฟ้องก่อนทำให้อัยการฟ้องในชั้นไต่สวนมูลฟ้องได้ล่วงเลยเข้าสู่ชั้นพิจารณาของศาลโดยไม่จำเป็น ทำให้เสียเวลาของศาลซึ่งควรจะไปใช้พิจารณาในคดีอื่น ๆ อันจะทำให้กระบวนการพิจารณาคดีอาญาเสร็จสิ้นไปโดยรวดเร็ว ตามคำกล่าวที่ว่า “ความยุติธรรมที่ล่าช้าคือความไม่ยุติธรรม (justice delayed is justice denied)” และตามสุภาษิตไทยที่ว่า “กว่าถั่วจะสุกงาก็ไหม้เสียแล้ว”

2.2. ความเสียหายอันเกิดจากการยกฟ้องในชั้นพิจารณาของศาล

ในคดีที่ไม่มีไต่สวนมูลฟ้องเมื่อคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาลจนเสร็จสิ้น และศาลมีคำพิพากษายกฟ้อง ซึ่งการยกฟ้องนั้นอาจทำได้ตั้งแต่ในชั้นไต่สวนมูลฟ้อง ย่อมส่งผลกระทบต่อผู้เกี่ยวข้องหลายฝ่ายด้วยกัน ในด้านของจำเลยตกอยู่ในฐานะที่ถูกสังคมมองว่าตนเองเป็นผู้กระทำความผิดตลอดเวลาจนกระทั่งศาลมีคำพิพากษายกฟ้อง ซึ่งบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้สันนิษฐานว่าผู้เสียหายหรือจำเลยในคดีอาญาไม่มีความผิด และก่อนมีคำพิพากษาถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิดจะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดไม่ได้ ไม่ได้ส่งผลให้ทัศนคติของคนในสังคมที่มีต่อผู้เสียหายหรือจำเลยเป็นไปในทางบวกแต่อย่างใด จำเลยที่ถูกฟ้องต่อศาลย่อมมีมลทินติดตัวและเสื่อมเสียชื่อเสียงเกียรติคุณไม่มากนักน้อย ในขณะที่ผู้เสียหายจากการกระทำความผิดย่อมต้องการและมีความหวังให้ศาลตัดสินลงโทษผู้กระทำความผิดอย่างแท้จริง หากศาลตัดสินยกฟ้องจำเลยเนื่องจากจำเลยไม่ใช่ผู้กระทำความผิด ความทุกข์ทางจิตใจของผู้เสียหายยังคงไม่ได้รับการเยียวยาต่อไป และในส่วนของศาลทำให้มีคดีค้างพิจารณาอยู่ในศาลเป็นจำนวนมากและเสียเวลาในการพิจารณาคดีแทนที่ศาลจะได้ยกฟ้องไปตั้งแต่ชั้นไต่สวนมูลฟ้อง ยิ่งไปกว่านั้นการตรวจสอบอำนาจฟ้องคดีของพนักงานอัยการเป็นการป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายในการนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ โดยหากการทำงานของพนักงานอัยการขาดความรัดกุมและเป็นเหตุให้ศาลพิพากษายกฟ้อง ผลของการยกฟ้องทำให้ไม่สามารถดำเนินคดีกับจำเลยในคดีนั้นได้อีก อันเป็นไปตามหลักการที่ว่าบุคคลจะไม่เดือดร้อนหลายครั้งในเรื่องเดียวกัน (*ne bis in idem*)²⁸ ซึ่งเป็นหลักการห้ามฟ้องซ้ำเมื่อศาลมีคำวินิจฉัยเสร็จเด็ดขาดในความผิดที่ได้ฟ้อง

3. ผลกระทบต่อสิทธิของจำเลยในกระบวนการยุติธรรม

3.1 หลักให้สันนิษฐานว่าบุคคลทุกคนเป็นผู้บริสุทธิ์

จากที่กล่าวมาแล้วว่าการไต่สวนมูลฟ้องของศาลเกิดขึ้นเสมอในคดีที่ราษฎรเป็นโจทก์ แต่ในคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์การไต่สวนมูลฟ้องแทบจะไม่เคยนำมาใช้ ประกอบกับกระบวนการตรวจคำฟ้องของศาลมีลักษณะไม่เข้มงวด โดยพิจารณาองค์ประกอบความผิดตามที่บรรยายฟ้องมาเป็นสำคัญ ส่งผลให้คำฟ้องที่เสนอเข้ามาส่วนใหญ่เป็นคำฟ้องถูกต้องตามกฎหมาย²⁹ ดังนั้นในทางปฏิบัติเมื่อฟ้องถูกต้องตามกฎหมายแล้วและไม่มีการไต่สวนมูลฟ้องทำให้ศาลต้องรับฟ้องคดีไว้ทุกคดีที่ผ่านขั้นตอนการตรวจฟ้องมาแล้ว เท่ากับว่าการสั่งประทับฟ้องตามคำฟ้องของพนักงานอัยการ ศาลดำเนินการโดยอาศัยคำฟ้องของพนักงานอัยการเพียงอย่างเดียว³⁰ ปัญหาที่นำพิจารณามีว่าเงื่อนไขของถ้อยคำ “เมื่อศาลเห็นสมควร” ต้องเป็นคดีที่มีลักษณะเช่นใด ศาลจึงจะเห็นสมควร และ

²⁸ คณิต นคร, รัฐธรรมนูญกับกระบวนการยุติธรรม, (กรุงเทพมหานคร, วิญญูชน, 2549), หน้า 54-55

²⁹ อุทุมพร จุณิพิฐวงษ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 19, หน้า 3

³⁰ คณิต นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 8, (กรุงเทพมหานคร, วิญญูชน, 2555), หน้า 534

ตลอดระยะเวลาของการฟ้องคดีที่ผ่านมาเหตุใดจึงมีเพียงคดีเดียวที่ศาลเห็นสมควรให้ใช้มาตรการการไต่สวนมูลฟ้องก่อนเข้าสู่การพิจารณาคดี

แนวปฏิบัติของศาลที่มีต่อจำเลยมีความแตกต่างกันอย่างชัดเจนระหว่างคดีที่ราษฎรเป็นโจทก์ฟ้องคดีและคดีที่เจ้าหน้าที่รัฐโดยพนักงานอัยการเป็นโจทก์นั้น ชัดกับหลักการของรัฐธรรมนูญที่กำหนดให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่า ผู้ต้องหา จำเลยในคดีอาญาไม่มีความผิด อันเป็นหลักที่ให้สันนิษฐานว่าบุคคลทุกคนเป็นผู้บริสุทธิ์ (principle of presumption of innocence) และก่อนมีคำพิพากษาถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดไม่ได้ อันเป็นสิทธิของบุคคลในกระบวนการยุติธรรมซึ่งเป็นการคำนึงถึงสิทธิของผู้ถูกกล่าวหา³¹ การที่ศาลไม่นำมาตรการการไต่สวนมูลฟ้องไปใช้โดยประทับฟ้องไว้พิจารณาเพราะเชื่อถือการสั่งคดีของพนักงานอัยการจึงไม่สอดคล้องกับสิทธิของบุคคลข้างต้นที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้³² ทั้งที่ศาลซึ่งเป็นองค์กรของรัฐถูกผูกพันให้ต้องคำนึงถึงสิทธิของบุคคลตามรัฐธรรมนูญด้วย เช่นเดียวกับที่องค์กรอื่นของรัฐทุกองค์กรจำต้องตระหนักถึงความสำคัญของการเคารพสิทธิของบุคคล ตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (พ.ศ. 2550) มาตรา 27 ได้บัญญัติไว้ว่า “สิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้โดยชัดแจ้งโดยปริยาย หรือโดยคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาลรวมทั้งองค์กรตามรัฐธรรมนูญและหน่วยงานของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมายและใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง” และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับชั่วคราว (พ.ศ. 2557) มาตรา 4 บัญญัติว่า “ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับการคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทยในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีอยู่แล้ว ย่อมได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้”

อีกทั้งกฎหมายวิธีพิจารณาคดีอาญาไม่ใช่กฎหมายที่เกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคมเพียงอย่างเดียว แต่เป็นกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนด้วย³³ ซึ่งเป็นไปตามหลักการของหลักนิติรัฐนั่นเอง

3.2 หลักความเท่าเทียมกันตามกฎหมาย

แนวทางปฏิบัติของศาลที่ไม่ไต่สวนมูลฟ้องขัดกับหลักความเสมอภาคของปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights, 1948) ซึ่งมีสาระสำคัญว่า “ทุกคนเสมอภาคตามกฎหมายและมีสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองของกฎหมายเท่าเทียมกัน โดยปราศจากการเลือกปฏิบัติใด ๆ”³⁴ และความเสมอภาคของบุคคลได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญว่า “บุคคลย่อมเสมอภาคกันในกฎหมายและได้รับ

³¹ สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, *อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 3*, หน้า 4

³² อุทุมพร จุลนิพิฐวงษ์, *อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 19*, หน้า 71

³³ คณิต ฒ นคร, *อ่างแล้ว เจริญรอดที่ 32*, หน้า 56

³⁴ Universal Declaration of Human Rights, 1948, Article 7

ความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน”³⁵ และสิทธิในกระบวนการยุติธรรมได้รับรองว่า “ผู้เสียหาย ผู้ต้องหา โจทก์ จำเลย คุกรณี ผู้มีส่วนได้เสีย หรือพยานในคดีมีสิทธิได้รับการปฏิบัติที่เหมาะสมในการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรม” สิทธิของจำเลยที่ได้รับการรองรับตามรัฐธรรมนูญไม่ได้เจาะจงว่าเป็นจำเลยในคดีใด ดังนั้น จากหลักการเรื่องความเสมอภาคและสิทธิดังกล่าว จำเลยในทุกคดีไม่ว่าราษฎรทั่วไปหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็น โจทก์ฟ้องก็ตาม ควรได้รับการปฏิบัติตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน เพราะฉะนั้นในคดีที่พนักงานอัยการเป็น โจทก์สมควรได้รับการคุ้มครองสิทธิไม่น้อยกว่าสิทธิของจำเลยในคดีที่ราษฎรเป็นโจทก์ โดยเฉพาะในคดีที่มีอัตราโทษสูง มาตรการการไต่สวนมูลฟ้องจึงควรนำมาใช้ในคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ด้วย อย่างน้อยที่สุดศาลควร วางแนวปฏิบัติว่าคดีประเภทใดที่จำเป็นต้องมีการไต่สวนมูลฟ้องคดีอาญา เพราะการไต่สวนมูลฟ้องของศาลเป็น กลไกตามกฎหมายที่บัญญัติให้อำนาจแก่ศาลไว้อย่างชัดเจน ซึ่งช่วยให้คดีที่ไม่จำเป็นต้องได้รับการพิจารณาคดีที่มี เหตุต่าง ๆ อันทำให้ศาลต้องพิพากษายกฟ้องเข้าสู่กระบวนการพิจารณาน้อยลง

4. บทบาทของศาลในการค้นหาความจริงของคดี

ในการไต่สวนมูลฟ้องศาลไม่ได้ถูกจำกัดให้รับฟังพยานหลักฐานเฉพาะจากคู่ความในคดี แต่มีอำนาจ รวบรวมพยานหลักฐานอื่น ๆ ได้ในทำนองเดียวกับการรวบรวมพยานหลักฐานของพนักงานสอบสวน ศาลมีอำนาจ เรียกพยานหลักฐานมาเอง เพื่อประกอบการวินิจฉัยทำคำสั่งในชั้นไต่สวนมูลฟ้องได้³⁶ การทำหน้าที่ของศาลในการ รวบรวมพยานหลักฐานอื่นนอกเหนือจากโจทก์และจำเลยได้จึงมีลักษณะเช่นเดียวกับอำนาจการรวบรวม พยานหลักฐานของพนักงานสอบสวน³⁷ การใช้อำนาจของศาลในการเรียกพยานหลักฐานเช่นนี้เป็นการส่งเสริมให้ ศาลมีบทบาทในคดีมากกว่าการเป็นเพียงผู้ตัดสิน³⁸ และถึงแม้ว่าการที่ศาลรับฟังพยานหลักฐานจากโจทก์และ จำเลย มีข้อดีตรงที่บทบาทของศาลมีลักษณะเป็นกลางไม่เอนเอียงฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง แต่มีข้อบกพร่องเช่นกันเพราะ ข้อเท็จจริงที่ปรากฏในศาลอาจขึ้นอยู่กับความสามารถในการต่อสู้คดีของคู่ความแต่ละฝ่ายก็เป็นได้³⁹ โดยเฉพาะ ลักษณะการต่อสู้คดีระหว่างคู่ความตามแบบที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน การต่อสู้คดีของจำเลยไม่อาจที่จะเสาะแสวงหา พยานหลักฐานได้เทียบเท่าพนักงานอัยการซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่รัฐ เพราะฉะนั้นหากศาลสั่งให้ไต่สวนมูลฟ้องทำให้ศาล มีอำนาจเรียกพยานหลักฐานอื่นนอกเหนือจากพยานหลักฐานของโจทก์ พยานหลักฐานที่ปรากฏต่อศาลนี้ย่อม

³⁵รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. (2550), ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 24 ตอนที่ 47 ก, (วันที่ 24 สิงหาคม 2550), มาตรา 30

³⁶คำพิพากษาฎีกาที่ 1621/2506, เนติบัณฑิตยสภา

³⁷กุลพล พลวัน, การพิจารณาคดีระบบกล่าวหาและระบบไต่สวนในกฎหมายไทยที่มีผลกระทบต่อคุ้มครองสิทธิ มนุษยชน, (วารสารศาลรัฐธรรมนูญ เล่มที่ 13 ปีที่ 5 มกราคม – เมษายน 2546), หน้า 48-49

³⁸ในแง่ของระบบดำเนินคดีอาญา ในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์ (Common law) และระบบซีวิลลอว์ (Civil law) ใช้ ระบบกล่าวหา (Accusatorial system) เช่นเดียวกัน แต่บทบาทของศาลในระบบคอมมอนลอว์เป็นการควบคุมการต่อสู้คดีระหว่าง คู่ความสองฝ่ายอันมีลักษณะเป็นการวางเฉย (passive) ในขณะที่การตรวจสอบความจริงของศาลในระบบซีวิลลอว์มีลักษณะ กระตือรือร้น (active) ในส่วนของไทยแม้ใช้ระบบกล่าวหาแต่ระบบการตรวจสอบความจริงของศาลกลับเป็นการวางเฉย ดู คณิต ฒ นคร, ภูมิธรรมและบทบาทของพนักงานอัยการ, (กรุงเทพมหานคร, วิญญูชน, 2551), หน้า 20-21

³⁹กุลพล พลวัน, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 41, หน้า 49

เพียงพอต่อการวินิจฉัยมูลคดีในชั้นไต่สวนมูลฟ้อง และการไต่สวนมูลฟ้องของศาลจำเลยมีสิทธิแต่งตั้งทนายความเข้าถ้ำค้ำพยานโจทก์ได้ อันเป็นช่องทางในการตรวจสอบพยานหลักฐานทำให้เกิดความเป็นธรรมในกระบวนการพิจารณาคดีอาญา ดังนั้นถ้าศาลสั่งให้ไต่สวนมูลฟ้องก่อนไม่น่าจะทำให้ศาลเสียเวลาในการดำเนินกระบวนการพิจารณาคดีเนื่องจากจำเลยไม่มีสิทธินำพยานมาสืบในชั้นนี้โดยตรงแต่อย่างใด และเมื่อการไต่สวนมูลฟ้องได้ทำไปโดยอยู่บนพื้นฐานของพยานหลักฐาน จะทำให้การถ่วงดุลคดีก่อนขึ้นสู่ชั้นพิจารณาคดีเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

5. ปัญหาการตรวจสอบชั้นตอนก่อนฟ้องคดี

เนื่องจากการไต่สวนมูลฟ้องเป็นการตรวจสอบอำนาจฟ้องของพนักงานอัยการทางหนึ่ง ซึ่งเป็นหลักการที่ดีหากนำไปใช้ให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย โดยศาลควบคุมพนักงานอัยการทอดหนึ่ง และพนักงานอัยการไปควบคุมพนักงานสอบสวนอีกทอดหนึ่ง เนื่องด้วยพนักงานอัยการมีความรับผิดชอบต่อสำนวนการสอบสวนด้วย⁴⁰ หากมีการไต่สวนมูลฟ้องจะทำให้พนักงานอัยการมีความตื่นตัวในการเตรียมพยานหลักฐานเพื่อนำมาแสดงให้ศาลเห็นว่าคดีมีมูลอีกด้วยมิฉะนั้นศาลอาจยกฟ้องได้⁴¹ เนื่องจากคำว่า “ถ้าคดีไม่มีมูลให้พิพากษายกฟ้อง” ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามีได้หมายความว่าศาลจะฟังพยานหลักฐานจากการไต่สวนมูลฟ้องแต่เพียงอย่างเดียว กรณีที่โจทก์ไม่สามารถนำพยานมาไต่สวนเพื่อวินิจฉัยถึงมูลคดีซึ่งจำเลยต้องหากก็ถือว่าคดีโจทก์ไม่มีมูลตามความหมายของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเช่นเดียวกัน โดยทั่วไปเมื่อผ่านขั้นตอนการตรวจคำฟ้องแล้วศาลประทับฟ้องไว้พิจารณาแสดงถึงศาลมีความไว้วางใจการสั่งคดีของพนักงานอัยการอย่างมาก อาจเป็นช่องว่างที่ทำให้พนักงานอัยการรวมถึงพนักงานสอบสวนขาดความเอาใจใส่ในการทำคำฟ้องและสำนวนคดี เนื่องจากการบรรยายฟ้องให้ครบองค์ประกอบความผิดก็เพียงพอที่จะให้ศาลประทับฟ้องไว้พิจารณาได้แล้ว

8. บทสรุป

ตามหลักกฎหมายไทยศาลไม่ต้องไต่สวนมูลฟ้องในคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ แต่ศาลอาจสั่งให้ไต่สวนมูลฟ้องได้อันเป็นข้อยกเว้น ซึ่งจะมีการไต่สวนมูลฟ้องหรือไม่ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาล ทำให้บทบัญญัติของกฎหมายในส่วนข้อยกเว้นไม่ถูกนำไปใช้ ส่งผลกระทบต่อสิทธิของจำเลยตามรัฐธรรมนูญที่ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลทุกคนเป็นผู้บริสุทธิ์ และเป็นการปฏิบัติอย่างไม่เท่าเทียมกันกับคดีที่ราษฎรเป็นโจทก์ฟ้องคดี อีกทั้งขาดการถ่วงดุลคดีที่ไม่มีหลักฐานเพียงพอที่จะนำมาพิสูจน์ความผิดของจำเลย ไม่ให้เข้าสู่กระบวนการชั้นพิจารณาคดีของศาล และส่งผลให้สาระสำคัญของหลักการไต่สวนมูลฟ้องที่มุ่งให้ศาลตรวจสอบพนักงานอัยการหมดความสำคัญลง ทั้งที่การไต่สวนมูลฟ้องส่งผลดีต่อการปฏิบัติงานของพนักงานอัยการ เป็นการควบคุมการพิจารณาคดีของพนักงานอัยการให้เป็นไปอย่างรัดกุมยิ่งขึ้นหนึ่ง และทำให้การสอบสวนของพนักงานสอบสวนมีความละเอียดรอบคอบขึ้นอีกด้วย เนื่องจากถ้าศาลไต่สวนมูลฟ้องคดีและยกฟ้องตั้งแต่ในชั้นนี้ได้สะท้อนประสิทธิภาพการทำงานของพนักงานอัยการและพนักงานสอบสวนด้วยเช่นกัน

⁴⁰ คณิต ฒ นคร, *อ้าวแล้ว เชิงอรรถที่ 2*, หน้า 534

⁴¹ คำพิพากษาฎีกาที่ 512/2524, เนติบัณฑิตยสภา

อย่างไรก็ดีการไต่สวนมูลฟ้องในคดีอาญา มีข้อควรพิจารณาว่า ถ้าศาลต้องไต่สวนมูลฟ้องทุกคดีที่พนักงานอัยการเป็นโจทก์ฟ้องก่อนเสมอ ทำให้ศาลต้องไต่สวนมูลฟ้องในคดีเล็กน้อยรวมทั้งคดีอุทธรณ์โดยไม่มีข้อยกเว้น เป็นการสร้างภาระแก่ศาลเกินสมควรทั้งในด้านของเวลาและปริมาณคดี แม้โดยหลักการแล้วการคุ้มครองสิทธิของผู้ต้องหาหรือจำเลยควรเป็นไปอย่างเท่าเทียมกัน ไม่ควรปฏิบัติต่อผู้ต้องหาหรือจำเลยแตกต่างกันเพราะอัตราโทษของข้อหาที่ถูกฟ้องก็ตาม แต่บุคคลที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรมทางอาญาไม่ได้มีเฉพาะผู้ต้องหาหรือจำเลยเท่านั้น การกำหนดขั้นตอนการปฏิบัติในชั้นไต่สวนมูลฟ้องนี้จำต้องคำนึงถึงกระบวนการยุติธรรมในภาพรวมด้วย ในประเด็นนี้เห็นว่าเฉพาะในคดีที่มีข้อหาตามที่ถูกฟ้องนั้นกฎหมายกำหนดอัตราโทษอย่างต่ำไว้ให้จำคุกตั้งแต่ห้าปีขึ้นไป หรือมีโทษที่หนักกว่านั้นควรมีการไต่สวนมูลฟ้องก่อนเสมอ การกำหนดเงื่อนไขของอัตราโทษดังนี้ เทียบเคียงกับหลักการพิจารณาคดีและสืบพยานในคดีอาญาที่จำเลยให้การรับสารภาพ ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 176 วรรคแรก ซึ่งบัญญัติว่า “ถ้าจำเลยให้การรับสารภาพตามฟ้อง ศาลจะพิพากษาโดยไม่สืบพยานหลักฐานต่อไปก็ได้ เว้นแต่คดีที่มีข้อหาในความผิดซึ่งจำเลยรับสารภาพนั้นกฎหมายกำหนดอัตราโทษอย่างต่ำไว้ให้จำคุกตั้งแต่ห้าปีขึ้นไปหรือโทษสถานที่หนักกว่านั้น ศาลต้องฟังพยานโจทก์จนกว่าจะพอใจว่าจำเลยได้กระทำความผิดจริง” หลักการดังกล่าวนี้มีผลโดยตรงต่อสิทธิเสรีภาพของจำเลยยิ่งกว่าขั้นตอนการไต่สวนมูลฟ้อง เพราะกระบวนการหลังการพิจารณาและสืบพยานเป็นขั้นตอนการพิพากษาคดี ดังนั้นหากทุกคดีต้องไต่สวนมูลฟ้องก่อนจะทำให้หลักการและแนวปฏิบัติของศาลในชั้นไต่สวนมูลฟ้องมีลักษณะถูกบังคับมากกว่าขั้นพิจารณาและสืบพยานซึ่งโดยหลักการแล้วไม่น่าจะถึงขนาดนั้น และการให้ศาลไต่สวนมูลฟ้องโดยคำนึงถึงอัตราโทษดังกล่าวของข้อหาที่ถูกฟ้องเป็นไปเพื่อคุ้มครองสิทธิของจำเลยในคดีที่มีข้อหาร้ายแรงให้มีการถ่วงรอกคดีอย่างรอบคอบ นอกจากนี้เป็นการส่งเสริม สนับสนุนให้การดำเนินคดีอาญาชั้นก่อนฟ้องสามารถอำนวยความสะดวกให้กับประชาชนได้ดียิ่งขึ้น เพราะมีกลไกควบคุมการใช้อำนาจรัฐของเจ้าหน้าที่รัฐให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ โปร่งใส และถูกตรวจสอบได้ อันเป็นพื้นฐานสำคัญที่จะทำให้กระบวนการยุติธรรมของไทยเป็นไปตามหลักนิติรัฐและหลักนิติธรรมอย่างแท้จริง

บรรณานุกรม

- คณิต ณ นคร, *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา*, (พิมพ์ครั้งที่ 8, กรุงเทพมหานคร, วิญญูชน, 2555)
- _____, *นิติธรรมอำพรางในนิติศาสตร์ไทย*, (กรุงเทพมหานคร, วิญญูชน, 2548)
- _____, *ปฏิรูปกระบวนการยุติธรรมทางอาญา*, (กรุงเทพมหานคร, วิญญูชน, 2552)
- _____, *ภูมิธรรมและบทบาทของพนักงานอัยการ*, (กรุงเทพมหานคร, วิญญูชน, 2551)
- _____, *รัฐธรรมนูญกับกระบวนการยุติธรรม*, (กรุงเทพมหานคร, วิญญูชน, 2549)
- คณิง ภาชัย, *กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 2*, (พิมพ์ครั้งที่ 8, กรุงเทพมหานคร, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2556)
- จิตติ ดิงศภัทย์, *ใครควรมีอำนาจสอบสวน*, (วารสารนิติศาสตร์ เล่ม 4 ตอน 3 2519)
- ณรงค์ ใจหาญ, *หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เล่ม 1*, (พิมพ์ครั้งที่ 7, กรุงเทพมหานคร, วิญญูชน, 2543)
- สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการศาลยุติธรรม, *การคุ้มครองสิทธิของจำเลยในชั้นไต่สวนมูลฟ้อง: ศีษการณิราชวรเป็นโจทก์*, (การฝึกอบรมหลักสูตรพัฒนาการพัฒนานิติกระดบกลาง, 2555)

สรารุช เบญจกุล, ‘ทำไมต้องไต่สวนมูลฟ้องในคดีอาญา,’ (บทความพิเศษ, 18 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2554), <http://www.manager.co.th/Daily/ViewNews.aspx?NewID=954000021812> เข้าถึงวันที่ 10 ธันวาคม 2558

สุรศักดิ์ ลิขสิทธิ์วัฒนกุล, กระบวนการยุติธรรมทางอาญาในประเทศไทย: ปัญหาและข้อเสนอแนะบางประการ, (ตุลพาห เล่มที่ 43 ปีที่ 4 ตุลาคม-ธันวาคม 2539)

สุรสิทธิ์ แสงวิโรจน์พัฒน์, ขั้นตอนการดำเนินคดีอาญาตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน, (ตุลพาห เล่มที่ 1 ปีที่ 55 มกราคม-เมษายน 2551)

อุทุมพร จุฬนิพัฏฐวงศ์, *คำฟ้องคดีอาญา ศักยภาพบทบาทในชั้นประทับฟ้อง*, (น.ม., มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิต, 2556)

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 52 ตอนที่ 0ก, (วันที่ 10 มิถุนายน 2478)

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. (2550), ราชกิจจานุเบกษา, เล่มที่ 24 ตอนที่ 47 ก, (วันที่ 24 สิงหาคม 2550)

Federal Rules of Criminal Procedure Rule of The United State, 1946

The German Code of Criminal Procedure, 1987

Universal Declaration of Human Rights, 1948

**ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายใน
เกี่ยวกับสิทธิและความรับผิดทางอาญาของเด็กตามกฎหมายอาญาไทยกับสปป.ลาว
Relationship between International Law and Domestic Law about the Rights and
Criminal Law Liability of Child in Thai – Laos**

อภิวัฒน์ ศรีศิริ*

บทคัดย่อ

บทความทางวิชาการนี้มีวัตถุประสงค์นำเสนอเกี่ยวกับสิทธิและความรับผิดทางอาญาของเด็กเยาวชนตามประมวลกฎหมายอาญาไทย - สปป.ลาว โดยวิเคราะห์เชื่อมโยงสิทธิของเด็กเยาวชนตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ 1989 ซึ่งทั้งสองประเทศเป็นภาคีสมาชิกและสิทธิของเด็กเยาวชนตามรัฐธรรมนูญ ว่าตระหนักในการปกป้องคุ้มครองเด็กเยาวชนของชาติอย่างไร อีกทั้งเพื่อเป็นการถ่ายทอดความรู้แนวคิดทางกฎหมายร่วมกันระหว่างสองประเทศซึ่งมีความใกล้ชิดกัน ทั้งด้านเขตแดน เชื้อชาติ ภาษา วัฒนธรรม และขนบธรรมเนียมประเพณี จากการศึกษาพบว่า กฎหมายของสองประเทศ ล้วนแล้วแต่ให้การคุ้มครองสิทธิของเด็ก ดังจะเห็นได้จากมีหลักการบัญญัติไว้รัฐธรรมนูญ ในทางกลับกันกฎหมายอาญาของทั้งสองประเทศต่างได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัยความรับผิดทางอาญาของเด็ก ตลอดทั้งการลงโทษสอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ 1989 ซึ่งให้เห็นว่าทั้งสองประเทศต่างตระหนักในการปกป้องคุ้มครองสิทธิเด็กเยาวชนซึ่งเป็นอนาคตของชาติ อันเป็นการคุ้มครองที่สอดคล้องกับแนวคิดสากล

คำสำคัญ: สิทธิ ความรับผิดทางอาญา เด็ก ไทย ลาว

Abstract

This academic article, it has objective to present about rights and criminal liability of child in criminal law of thai-laos. By analysis Convention on the Rights of the Child 1989 which two countries are the parties. Throughout Right on constitution that how to realize for protection the child of nation. Also in order to transfer acknowledged, concept of law together. It has closely border, race, language, cultural and tradition. The study reveals that the law of two countries have protection child by prescribed the principle investigate and punishment in the penal code Accordance with Convention on the Rights of the Child 1989 Pointed out that both countries

* อาจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอุบลราชธานี: นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต (LL.D) คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

are aware of the protection of children the future of the country consistent with the concept of and ASEAN Charter international protection.

Keywords: Right, Criminal Liability, Child, Thai, Laos

1. บทนำ

ตัวชี้วัดความก้าวหน้าประเทศชาติอีกประการ คือ คุณภาพของเด็กและเยาวชน การพิทักษ์ รักษา ดูแล ส่งเสริม สนับสนุนและการคุ้มครองเด็ก เยาวชน จึงเป็นเรื่องสำคัญที่รัฐทุกรัฐต้องดำเนินการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งเด็ก เยาวชนที่ยังไม่เติบโตเต็มที่ทั้งทางร่างกายและจิตใจ ก็ต้องได้รับการพิทักษ์และการดูแลเป็นพิเศษ รวมถึงต้องมี มาตรการคุ้มครองทางกฎหมายที่เหมาะสมทั้งก่อนและหลังการเกิด และคุ้มครองจากรูปแบบทั้งปวงของความรุนแรง ทั้งทางร่างกายและจิต การทำร้ายหรือการกระทำอันมิชอบ การทอดทิ้งหรือการปฏิบัติโดยประมาท การปฏิบัติที่ผิด หรือการแสวงประโยชน์ รวมถึงการกระทำอันมิชอบทางเพศ

ในขณะที่เดียวกันหากเด็ก เยาวชนหลงกระทำความผิดด้วยปัจจัยต่าง ๆ หรือเหตุไม่พึงประสงค์ รัฐก็ต้องหา มาตรการที่เหมาะสมทั้งปวงแตกต่างกับผู้ใหญ่ เพื่อที่จะประกันว่าเด็ก เยาวชนจะได้รับการคุ้มครองจากการเลือก ปฏิบัติ หรือการลงโทษที่รุนแรงในทุกรูปแบบ บนพื้นฐานของสถานภาพ กิจกรรมความคิดเห็นที่แสดงออกหรือความ เชื่อของบิดา มารดา ผู้ปกครองตามกฎหมาย หรือสมาชิกในครอบครัวของเด็ก เพื่อให้เด็กพัฒนาบุคลิกภาพได้อย่าง กลมกลืนและเต็มที่จะดำรงชีวิตที่เป็นตัวของตัวเองในสังคม ดังนั้นครอบครัวในฐานะเป็นกลุ่มพื้นฐานของสังคมและ เป็นสิ่งแวดล้อมทางธรรมชาติ สำหรับการเจริญเติบโตและความอยู่ดีกินดีของสมาชิกทุกคน โดยเฉพาะเด็กควรจะได้รับ การคุ้มครองและการช่วยเหลือที่จำเป็นเพื่อที่จะสามารถมีความรับผิดชอบในชุมชนของตนได้อย่างเต็มที่อีกด้วย

บทความนี้ จึงมีวัตถุประสงค์หลักที่จะนำเสนอเนื้อหาเกี่ยวกับสิทธิและความรับผิดชอบทางอาญาของเด็ก เยาวชนตามประมวลกฎหมายอาญาไทย - สปป.ลาว เชื่อมโยงสิทธิของเด็กเยาวชนตามแนวคิดในระดับสากลและใน ระดับภูมิภาค ตลอดจนวิเคราะห์เปรียบเทียบสิทธิและความรับผิดชอบทางอาญาระหว่างสองประเทศด้วย เพื่อให้เห็น มุมมองของการปรับปรุง แก้ไขกฎหมายกับการเปลี่ยนผ่านสังคมไทยและสปป.ลาว ผ่านการบัญญัติกฎหมายได้

2. ความหมายของเด็ก

2.1 ความหมายทั่วไป

เด็ก หมายถึง บุคคลที่มีอายุไม่เกิน 18 ปีบริบูรณ์

2.2 ความหมายเฉพาะ

2.2.1 เด็กตามกฎหมายระหว่างประเทศ

เด็ก หมายถึง มนุษย์ทุกคนที่อายุต่ำกว่า 18 ปี เว้นแต่จะบรรลุนิติภาวะก่อนหน้านั้นตามกฎหมายที่ใช้ บังคับแก่เด็กนั้นตามข้อ 1 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child 1989)

2.2.2 เด็กตามกฎหมายภายใน

2.2.2.1 เด็ก ตามพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว

เด็ก หมายความว่า บุคคลอายุยังไม่เกิน 15 ปีบริบูรณ์ และ “เยาวชน” หมายความว่า บุคคลอายุเกิน 15 ปีบริบูรณ์ แต่ยังไม่ถึง 18 ปีบริบูรณ์

2.2.2.2 เด็กตามพระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546

เด็ก หมายความว่า บุคคลซึ่งมีอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ แต่ไม่รวมถึงผู้ที่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส

2.2.2.3 เด็กตามประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 ประเทศไทย

เด็ก หมายถึง บุคคลที่มีอายุยังไม่เกิน 15 ปี (พิจารณาจากมาตรา 73-74 ประมวลกฎหมายอาญาปัจจุบัน)

ส่วน ผู้เยาว์ คือ บุคคลที่มีอายุกว่า 15 ปีแต่ไม่เกิน 18 ปี ทั้งนี้ โดยพิจารณาจากบทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง (มาตรา 73-75 มาตรา 317-319 ประมวลกฎหมายอาญา ปัจจุบัน)

2.2.2.4 เด็กตามประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 2005 สปป.ลาว

เด็ก หมายถึง บุคคลที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี ทั้งนี้ โดยพิจารณาจากบทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง (มาตรา 7 มาตรา 44 และมาตรา 53 ประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ. 2005)

จากความหมายดังกล่าวมา ทำให้เห็นว่าทั้งสองประเทศมีการปรับปรุงแก้ไขนิยามความหมายของเด็กให้สอดคล้องกับหลักสากล ส่วนการกระทำความผิดทางอาญาของเด็กเยาวชน คือ เด็กเยาวชนที่มีกระทำความผิดทางอาญาได้บัญญัติว่าเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ ซึ่งต้องถือว่ามีความผิดตามกฎหมายของเด็ก เยาวชนนั้น เช่น ความผิดฐานทำร้ายร่างกาย ความผิดฐานลักทรัพย์ ความผิดฐานจำหน่ายยาเสพติด เป็นต้น ซึ่งมีการพิจารณาดำเนินคดีแตกต่างกับผู้ใหญ่ หรือเรียกว่า “วิธีพิจารณาคดีและการลงโทษสำหรับเด็ก เยาวชน” ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับกฎหมายภายในแต่ละประเทศ

3. สิทธิของเด็กและเยาวชนตามกฎหมายระหว่างประเทศ

อิทธิพลของข้อตกลงระหว่างประเทศในรูปแบบต่าง ๆ ส่งผลให้กฎหมายภายในของแต่ละประเทศต่างต้องมีการปรับปรุง แก้ไขให้สอดคล้องตามแนวทาง หลักการที่เป็นที่ยอมรับของประชาคมระหว่างประเทศ หนึ่งในข้อตกลงระหว่างประเทศเหล่านั้น คือ ข้อตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิเด็ก เยาวชน

ดังนั้นในส่วนต่อไป ขอศึกษาแนวคิด หลักการสิทธิของเด็กและเยาวชนตามกฎหมายระหว่างประเทศ ที่สำคัญ เพื่อจะนำไปสู่การวิเคราะห์กฎหมายของสปป.ลาวและประเทศไทย และเป็นฐานในศึกษาเรียนรู้ร่วมกันอีกด้วย

3.1 ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็กและเยาวชน

แนวคิดในการให้การคุ้มครองสิทธิของเด็ก ปรากฏในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิเด็กและเยาวชนขององค์การสหประชาชาติ (The United Nations Declaration on the Right of the Child 1959) ซึ่งมีมติเป็นเอกฉันท์ยอมรับและประกาศปฏิญญานี้ เมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน พ.ศ. 2502 (ค.ศ. 1959) ซึ่งปฏิญญาดังกล่าวได้

ประกาศยืนยันว่า “มนุษย์โลกทุกคนมีหน้าที่ต่อเด็กในการที่จะมอบแต่สิ่งที่ดีที่สุดให้กับเด็ก” โดยขอยกมาเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับงานเขียน¹ คือ

(1) ซึ่งกำหนดว่าเด็กและเยาวชน พึงได้รับการพิทักษ์และคุ้มครองเป็นพิเศษเป็นแนวทางในการคุ้มครองสิทธิเด็ก เพื่อมิให้มีการกระทำความผิดฐานพรากเด็กหรือพรากผู้เยาว์

(2) เด็กและเยาวชนพึงได้รับการปกป้องให้พ้นจากการถูกทอดทิ้ง พ้นจากทารุณโหดร้ายและการถูกข่มเหงรังแกทุกชนิด เด็กจะไม่กล่าวเป็นสินค้าไม่ว่ารูปแบบใด

แต่เนื่องจากปฏิญญานี้ ไม่มีผลผูกพันในทางระหว่างประเทศ เนื่องจากไม่มีสถานะเป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศ จึงทำให้หลายประเทศ ไม่มีการนำไปปฏิบัติอย่างจริงจัง อย่างไรก็ตาม ยังเห็นว่า เป็นการเปิดมิติใหม่อย่างเป็นทางการ ให้ประชาคมโลกหันมาให้ความสำคัญกับเด็กมากยิ่งขึ้น และต่อมาในปี ค.ศ. 1989 องค์การสหประชาชาติ จึงได้พัฒนาการคุ้มครองเด็ก ให้เป็นกฎหมายระหว่างประเทศ เพื่อให้มีพันธกรณีทางกฎหมายให้ต้องปฏิบัติตาม โดยจัดทำขึ้นในปี ค.ศ. 1989 ในนามของ อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child) ดังจะได้ศึกษาต่อไป

3.2 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก

โดยอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 (Convention on the Rights of the Child) ถือเป็นอนุสัญญาเฉพาะเรื่องที่ถูกตราขึ้น และได้รับการยอมรับในระดับสังคมนานาชาติ มีประเทศสมาชิก 196 ประเทศ และลงนามไปแล้ว 140 ประเทศ โดยมีสาระสำคัญ² ดังนี้

อารัมภบท

พิจารณาว่า ตามหลักการที่ประกาศในกฎบัตรสหประชาชาตินั้น การยอมรับในศักดิ์ศรีแต่กำเนิดและสิทธิที่เท่าเทียมกัน ซึ่งไม่อาจเพิกถอนได้ของสมาชิกทั้งปวงของมวลมนุษยชาตินั้น เป็นรากฐานของเสรีภาพ ความยุติธรรมและสันติภาพในโลก

คำนึงว่า บรรดาประชาชนแห่งสหประชาชาติ ได้ยืนยันไว้ในกฎบัตรถึงความศรัทธาต่อสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานและต่อศักดิ์ศรีและคุณค่าของมนุษย์ และได้ตั้งเจตจำนงที่จะส่งเสริมความก้าวหน้าทางสังคมและมาตรฐานแห่งชีวิตที่ดีขึ้น ภายใต้เสรีภาพที่กว้างขวางขึ้น

ยอมรับว่า สหประชาชาติได้ประกาศ และตกลงในปฏิญญาและกติกาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนว่าทุกคนมีสิทธิและเสรีภาพทั้งปวงที่กำหนดไว้ โดยปราศจากการแบ่งแยกไม่ว่าชนิดใด ๆ อาทิเช่น เชื้อชาติ สีผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น ต้นกำเนิดทางการเมืองหรือทางอื่น ต้นกำเนิดทางชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน การเกิดหรือสถานะอื่น

ระลึกว่า สหประชาชาติได้ประกาศในปฏิญญาสากลว่าเด็กมีสิทธิที่จะได้รับการดูแล และการช่วยเหลือเป็นพิเศษ

¹เรดัวร์ คีร์ริตัน, ปัญหาการกำหนดอายุเหยื่อในประมวลกฎหมายอาญา, (น.ม สาขากฎหมายอาญา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552), หน้า 9

²กระทรวงการต่างประเทศ, “อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 (Convention on the Rights of the Child 1989)”, (27 ธันวาคม 2558), <http://www.mfa.go.th/humanrights/images/stories/crct.pdf>.

เชื่อว่า ครอบครัวในฐานะเป็นกลุ่มพื้นฐานของสังคมและเป็นสิ่งแวดล้อมทางธรรมชาติ สำหรับการเจริญเติบโตและความอยู่ดีกินดีของสมาชิกทุกคน โดยเฉพาะเด็กควรจะได้รับ การคุ้มครองและการช่วยเหลือที่จำเป็นเพื่อที่จะสามารถมีความรับผิดชอบในชุมชนของตนได้อย่างเต็มที่

ยอมรับว่า เพื่อให้เด็กพัฒนาบุคลิกภาพได้อย่างกลมกลืนและเต็มที่ที่จะดำรงชีวิตที่เป็นตัวของตัวเองในสังคม และควรเลี้ยงดูเด็กตามเจตนารมณ์แห่งอุดมคติที่ประกาศไว้ในกฎบัตรของสหประชาชาติ โดยเฉพาะเจตนารมณ์แห่งสันติภาพ ศักดิ์ศรี ความอดกลั้น เสรีภาพ ความเสมอภาค และความเป็นเอกภาพ

คำนึงถึงว่า ได้มีการระบุถึงความจำเป็นที่จะขยายการดูแลโดยเฉพาะแก่เด็กในปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1924 และในปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็กซึ่งสมัชชาได้รับเอาเมื่อวันที่ 20 พฤศจิกายน ค.ศ. 1959 และได้มีการยอมรับในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ในกติกาสากลว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (โดยเฉพาะข้อ 23 และข้อ 24) ในกติกาสากลว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (โดยเฉพาะ ข้อ 10) และในธรรมนูญและตราสารอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องของทบวงการชำนัญพิเศษ และองค์การระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับ สวัสดิภาพของเด็ก

คำนึงถึงว่า ตามที่ได้ระบุในปฏิญญาว่าด้วยสิทธิเด็กนั้น เด็กโดยเหตุที่ยังไม่เติบโตเต็มที่ทั้งทางร่างกายและจิตใจ จึงต้องการการพิทักษ์และการดูแลเป็นพิเศษ รวมถึงต้องการ การคุ้มครองทางกฎหมายที่เหมาะสมทั้งก่อนและหลังการเกิด

ระลึกว่า บทบัญญัติของปฏิญญาว่าด้วยหลักกฎหมายและสังคมอันเกี่ยวกับการคุ้มครองและสวัสดิภาพเด็ก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการอุปการะและการรับเป็นบุตรบุญธรรมทั้งในประเทศและระหว่างประเทศ กฎระเบียบมาตรฐานขั้นต่ำสุดของสหประชาชาติสำหรับการบริหารงานยุติธรรมแก่ผู้เยาว์ (กฎปักกิ่ง) และปฏิญญาว่าด้วยการคุ้มครองสตรีและเด็กในภาวะฉุกเฉิน และกรณีพิพาทกันด้วยอาวุธ

ยอมรับว่า ประเทศทั้งปวงในโลกมีเด็กที่ดำรงชีวิตอยู่ในสภาวะที่ยากลำบากอย่างยิ่ง และเขาเหล่านั้นจำเป็นต้องได้รับการเอาใจใส่เป็นพิเศษ

พิจารณาตามสมควรถึงความสำคัญของประเพณี และค่านิยมทางวัฒนธรรมของชนแต่ละกลุ่มที่มีต่อการคุ้มครองและพัฒนาการอย่างกลมกลืนของเด็ก

ยอมรับ ความสำคัญของความร่วมมือระหว่างประเทศ เพื่อปรับปรุงสภาพความเป็นอยู่ของเด็กในทุก ๆ ประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งประเทศกำลังพัฒนา

3.2.1 แนวคิด หลักการอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็กที่เกี่ยวข้องกับความรับผิดชอบทางอาญาของเด็ก

1. การปฏิบัติต่อเด็ก

จะไม่มีเด็กคนใดได้รับการทรมาน หรือถูกปฏิบัติ หรือลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรม หรือต่ำช้า จะไม่มีการลงโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิตที่ไม่มีโอกาสจะได้รับการปล่อยตัวสำหรับความผิดที่กระทำ โดยบุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี

จะไม่มีเด็กคนใดถูกลิดรอนเสรีภาพ โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือโดยผลการ การจับกุมกักขังหรือ จำคุกเด็กจะต้องเป็นไปตามกฎหมาย และจะใช้เป็นมาตรการสุดท้ายเท่านั้น และให้มีระยะเวลาที่สั้นที่สุดอย่าง เหมาะสม³

2. การส่งเสริมฟื้นฟูเด็ก

จะดำเนินมาตรการที่เหมาะสมทั้งปวง ที่จะส่งเสริมการฟื้นฟูทั้งทางร่างกายและจิตใจ และการกลับคืนสู่ สังคมของเด็กที่ได้รับเคราะห์จากการละเลยในรูปแบบใด ๆ การแสวงประโยชน์ การกระทำอันมิชอบ การทรมานหรือ การลงโทษ หรือการปฏิบัติที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือต่ำช้าโดยรูปอื่น หรือการพิพาทกันด้วยอาวุธ การฟื้นฟูหรือ การกลับคืนสู่สังคมดังกล่าว จะเกิดขึ้นในสภาพแวดล้อมที่ส่งเสริมสุขภาพ การเคารพตนเองและศักดิ์ศรีของเด็ก⁴

3. วิธีพิจารณาความเด็ก

1. ประเทศสมาชิก ยอมรับสิทธิของเด็กทุกคนที่ถูกกล่าวหา ตั้งข้อหา หรือถูกถือว่าได้ฝ่าฝืน กฎหมายอาญา ที่จะได้รับการปฏิบัติต่อในลักษณะที่สอดคล้องกับการส่งเสริมความสำนึกในศักดิ์ศรีและคุณค่าของ เด็ก ซึ่งจะเสริมความเคารพของเด็กต่อสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของผู้อื่น ในลักษณะที่ต้องคำนึงถึง อายุของเด็กและความปรารถนาที่จะส่งเสริมการกลับคืนสู่สังคม และการมีบทบาทเชิงสร้างสรรค์ของเด็กในสังคม

2. ประเทศสมาชิก ประกันว่า

ก) จะไม่มีเด็กคนใดถูกกล่าวหา ตั้งข้อหา หรือถูกถือว่าฝ่าฝืนกฎหมายอาญาโดยเหตุแห่ง การกระทำหรืองดเว้นการกระทำ ซึ่งไม่ต้องห้ามตามกฎหมายภายในหรือกฎหมายระหว่างประเทศ ในขณะที่ การกระทำหรือการงดเว้นการกระทำนั้นเกิดขึ้น

ข) เด็กทุกคนที่ถูกกล่าวหาหรือตั้งข้อหาว่าได้ฝ่าฝืนกฎหมายอาญาอย่างน้อยที่สุดจะ ได้รับ หลักประกัน ดังต่อไปนี้

(1) ได้รับการสันนิษฐานว่าบริสุทธิ์ จนกว่าจะได้รับการพิสูจน์ว่ามีความผิดตามกฎหมาย

(2) ได้รับแจ้งข้อหาทันทีและโดยตรง และในกรณีที่เหมาะสมโดยผ่านบิดามารดา หรือ ผู้ปกครองตามกฎหมาย และจะได้รับความช่วยเหลือทางกฎหมายหรือทางอื่นที่เหมาะสม เพื่อการเตรียมและ การสู้คดีของเด็ก

(3) ได้รับการตัดสินโดยไม่ชักช้า โดยหน่วยงานหรือองค์กรทางตุลาการที่มีอำนาจเป็นอิสระ และเป็นกลาง ในการพิจารณาความอย่างยุติธรรมตามกฎหมาย ทั้งนี้ ให้มีความช่วยเหลือทางกฎหมายหรือทางอื่น ที่เหมาะสม เว้นเสียแต่เมื่อพิจารณาเห็นว่าจะไม่เป็นประโยชน์สูงสุดต่อเด็ก โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อคำนึงถึงอายุของ เด็กหรือสถานการณ์บิดามารดา หรือผู้ปกครองตามกฎหมาย

(4) จะไม่ถูกบังคับให้เปิดเผยความหรือสารภาพผิด สามารถซักถามหรือซักค้านพยาน และให้ พยานของตนเข้ามามีส่วนร่วม และให้มีการซักถามพยานแทนตนภายใต้เงื่อนไขแห่งความเท่าเทียมกัน

³กระทรวงการต่างประเทศ, “ข้อ 37 (ก) (ข) อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989”, (27 ธันวาคม 2558), <http://www.mfa.go.th/humanrights/images/stories/crct.pdf>.

⁴กระทรวงการต่างประเทศ, “ข้อ 39 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989”, (27 ธันวาคม 2558), <http://www.mfa.go.th/humanrights/images/stories/crct.pdf>.

(5) หากพิจารณาว่าได้มีการฝ่าฝืนกฎหมายอาญา ก็ให้การวินิจฉัยหรือมาตรการใดที่กำหนดโดยผลของการวินิจฉัยนั้น ได้รับการทบทวนโดยหน่วยงานหรือองค์กรทางตุลาการที่มีอำนาจเป็นอิสระและเป็นกลางในระดับสูงขึ้นไป

(6) ให้ความช่วยเหลือของล่ามโดยไม่คิดมูลค่า หากเด็กไม่สามารถเข้าใจ หรือพูดภาษาที่ใช้อยู่

(7) ในทุกขั้นตอนของกระบวนการพิจารณา ให้เคารพต่อเรื่องส่วนตัวของเด็กอย่างเต็มที่

3. ประเทศสมาชิก จะหาทางส่งเสริมให้มีการตรากฎหมาย กำหนดกระบวนการวิธีพิจารณา จัดตั้งหน่วยงานและ สถาบันซึ่งจะใช้เป็นการเฉพาะกับเด็กที่ถูกกล่าวหา ตั้งข้อหา หรือถูกถือว่าได้ฝ่าฝืนกฎหมายอาญา และโดยเฉพาะอย่างยิ่ง

ก) การกำหนดอายุขั้นต่ำ ซึ่งเด็กที่มีอายุน้อยกว่านั้นจะถูกละเลยว่าไม่มีความสามารถที่จะฝ่าฝืนกฎหมายอาญาได้

ข) เมื่อเห็นว่าเหมาะสมและเป็นที่ยอมรับ ให้กำหนดมาตรการที่จะใช้กับเด็กเหล่านั้น โดยไม่ต้องอาศัยกระบวนการทางตุลาการ ทั้งนี้ โดยมีเงื่อนไขว่าสิทธิมนุษยชนและการคุ้มครองตามกฎหมาย จะได้รับการเคารพอย่างเต็มที่อยู่

4. การดำเนินการต่าง ๆ เช่น คำสั่งให้มีการดูแล แนะแนว และควบคุมการให้คำปรึกษา การภาคทัณฑ์การอุปการะดูแล แผนงานการศึกษาและฝึกอบรมวิชาชีพ และทางอื่น ๆ นอกเหนือจากการให้สถาบันเป็นผู้ดูแล จะต้องมิใช่เพื่อประกันว่าเด็กจะได้รับการปฏิบัติในลักษณะที่เหมาะสมแก่ความเป็นอยู่ที่ดีของเด็ก และได้สัดส่วนกับทั้งสภาพการณ์และความผิดของเด็ก⁵

3.3 กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง

กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights 1966: ICCPR) ได้กำหนดข้อห้ามในการลงโทษเด็ก ไว้ว่า บุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปีที่กระทำความผิดจะถูกพิพากษาประหารชีวิตมิได้⁶

โดยกติการะหว่างประเทศนี้มีประเทศต่าง ๆ ลงนามกว่า 72 ประเทศ และภาคีกว่า 165 ประเทศ โดยสปป. ลาว ได้เป็นภาคีนี้โดยการภาคยานุวัติเมื่อวันที่ 25 กันยายน 2009 และมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 7 ธันวาคม 2000 ส่วนประเทศไทยเข้าเป็นภาคีโดยการภาคยานุวัติเมื่อวันที่ 29 ตุลาคม พ.ศ. 2539 และมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 29 มกราคม 2540 ดังนั้นสองประเทศ จึงต้องมีพันธกรณีที่ต้องพิจารณาปรับปรุง แก้ไขในส่วนของการกำหนดโทษทางอาญา เพื่อให้สอดคล้องต่อไป ซึ่งประเทศไทยได้ปรับปรุง แก้ไขสอดคล้องกับหลักการของ ICCPR ในเรื่องโทษประหารชีวิตแล้ว

⁵ กระทรวงการต่างประเทศ, “ข้อ 40 อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989”, (27 ธันวาคม 2558), <http://www.mfa.go.th/humanrights/images/stories/crct.pdf>.

⁶ กรมคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม, “กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ภาค 3 ข้อ 6 (5)”, (27 ธันวาคม 2558), http://www.rlpd.go.th/rlpdnew/images/rlpd_1/International_HR/2557/tran_ICCPR-2.pdf

3.4 กฎบัตรอาเซียน

โดยสถานะของกฎบัตรอาเซียนนั้น (ASEAN Charter 2007) มีสถานะเป็นสนธิสัญญาระหว่างประเทศ เพราะประเทศสมาชิกมีเจตนาร่วมกันที่จะผูกพันตน ส่งผลให้ประเทศต่าง ๆ ในฐานะประเทศสมาชิกมีข้อผูกพัน ต้องปฏิบัติตามแนวคิด หลักการภายใต้กฎบัตรอาเซียนนี้

โดยจะขอล่าวถึงเฉพาะ แนวคิด หลักการที่มีความเกี่ยวข้องกับการคุ้มครองสิทธิ และพันธกรณีของประเทศสมาชิกที่ต้องปฏิบัติตามกฎบัตรนี้และกฎหมายระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิและการกำหนดความรับผิดชอบของเด็ก โดยมีสาระสำคัญ กฎบัตรอาเซียน⁷ ดังนี้

อารัมภบท โดยยึดมั่นในหลักการแห่งประชาธิปไตย หลักนิติธรรม และธรรมาภิบาล การเคารพและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน

วัตถุประสงค์

ข้อ 7. เพื่อเสริมสร้างประชาธิปไตย เพิ่มพูนธรรมาภิบาล และหลักนิติธรรม ตลอดจนส่งเสริมและคุ้มครอง สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน โดยคำนึงถึงสิทธิและหน้าที่ของรัฐสมาชิกของอาเซียน

จากวัตถุประสงค์ข้อ 7 ชี้ให้เห็นว่า กฎบัตรอาเซียนได้ให้ความสำคัญกับการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนอาเซียน ดังนั้นการดำเนินการต่าง ๆ จึงต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์นี้

หลักการ

1. อาเซียนและรัฐสมาชิกอาเซียนจะปฏิบัติตามหลักการ ดังต่อไปนี้

(1) การเคารพเสรีภาพพื้นฐาน การส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และการส่งเสริมความยุติธรรมทางสังคม

(2) การยึดถือกฎบัตรสหประชาชาติและกฎหมายระหว่างประเทศ รวมถึงกฎหมายมนุษยธรรมระหว่างประเทศ ที่รัฐสมาชิกอาเซียนยอมรับ

แม้กฎบัตรอาเซียน จะไม่ได้กำหนดถึงสิทธิของเด็กไว้เป็นการเฉพาะ แต่หากพิจารณาถึงแนวคิด หลักการข้างต้น ผู้เขียนเห็นว่า สิทธิและเสรีภาพ ตลอดทั้งหลักการเหล่านั้น มีความครอบคลุมหรือกลืนสิทธิของเด็ก เยาวชนอยู่นั่นเอง อาทิ การเคารพเสรีภาพพื้นฐาน การส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

4. สิทธิและความรับผิดชอบของเด็ก เยาวชนตามกฎหมายภายใน

4.1 สิทธิตามกฎหมายสูงสุด

ในส่วนนี้จะได้ศึกษาหลักการภายใต้กฎหมายลำดับสูงสุด ว่าสองประเทศได้ให้ความสำคัญต่อการปกป้องคุ้มครองสิทธิของเด็กและเยาวชน ไว้อย่างไร ดังนี้

4.1.1 สิทธิของเด็กตามรัฐธรรมนูญสปป.ลาว

⁷ศูนย์ประสานงานสำนักเลขาธิการอาเซียนประจำประเทศไทย, *กฎบัตรอาเซียน ค.ศ. 2007 (ASEAN Charter)*, (กรุงเทพฯ: ศูนย์ประสานงานสำนักเลขาธิการอาเซียนประจำประเทศไทย, 2551), หน้า 1-7.

สิทธิของเด็กตามกฎหมายสูงสุดของประเทศ คือ รัฐธรรมนูญสปป.ลาว ปรากฏในมาตราต่าง ๆ โดยขอยกเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับสิทธิในงานเขียนฉบับนี้ ดังนี้⁸ (รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว (ฉบับปรับปรุงแก้ไข พ.ศ. 2546)

รัฐปกป้องสิทธิเสรีภาพและสิทธิประชาธิปไตยของประชาชนที่ไม่มีใครจะล่วงละเมิดได้ทุกองค์การและพนักงานของรัฐต้องประชาสัมพันธ์และเผยแพร่นโยบายและระเบียบกฎหมายต่อประชาชน และพร้อมทั้งรับประกันต่อสิทธิและผลประโยชน์อันชอบธรรมของประชาชน ห้ามทุกการกระทำแบบอาชญาสิทธิ์ ช่มชู้ อันจะก่อความเสียหายถึงเกียรติศักดิ์ศรี ร่างกาย ชีวิต จิตใจ และทรัพย์สินของประชาชน

พลเมืองลาวล้วนมีความเสมอภาคภายใต้กฎหมายโดยไม่จำแนกเพศ ฐานะทางสังคม ระดับการศึกษา การนับถือศาสนา และชนเผ่า

พลเมืองลาวหญิงชายมีสิทธิเท่าเทียมกัน ในด้านการเมือง เศรษฐกิจ วัฒนธรรม - สังคม และครอบครัว

พลเมืองลาวมีสิทธิร้องทุกข์ ฟ้องร้อง และเสนอความเห็น ต่อองค์กรที่เกี่ยวข้องของรัฐ เกี่ยวกับกรณีที่กระทบถึงสิทธิและผลประโยชน์ส่วนรวมหรือสิทธิและประโยชน์เฉพาะของตนคำร้องทุกข์ คำฟ้องร้อง และความเห็นของพลเมือง ต้องได้รับการพิจารณาและแก้ไขตามที่ได้กำหนดไว้ในกฎหมาย

พลเมืองลาวมีสิทธิ โดยไม่มีใครจะล่วงละเมิดได้ทั้งด้านร่างกาย เกียรติศักดิ์ศรี และเคหะสถาน พลเมืองลาวจะไม่ถูกจับตัวหรือตรวจค้นเคหะสถาน ถ้าหากไม่มีคำสั่งของอัยการและศาล เว้นแต่ในกรณีที่ได้บัญญัติไว้ในกฎหมาย

แม้บทบัญญัติดังกล่าวจะไม่ได้กล่าวถึงเด็กเยาวชนสปป.ลาว โดยตรง แต่เด็กเยาวชน ก็อยู่ในสถานะของประชาชนในชาติเช่นกัน ดังนั้น ย่อมมีสิทธิ หน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญนี้ ได้บัญญัติไว้เช่นกัน

4.1.2 สิทธิของเด็กตามกฎหมายแห่งราชอาณาจักรไทย

สิทธิของเด็กตามกฎหมายสูงสุดในปัจจุบัน คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ได้กำหนดไว้หลักการเกี่ยวกับสิทธิ เสรีภาพ ความเสมอภาค และศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ รวมถึง การปฏิบัติตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยเป็นภาคี⁹

แม้ว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญทั้ง 2 ประเทศ จะไม่ได้กำหนดการให้การคุ้มครองสิทธิของเด็ก และเยาวชนไว้เป็นการเฉพาะภายใต้กฎหมายสูงสุด อย่างไรก็ตาม เด็ก เยาวชนในฐานะพลเมืองหรือคนในชาติ ย่อมต้องได้รับการคุ้มครองเช่นเดียวกัน

4.2 ความรับผิดชอบทางอาญาของเด็กตามกฎหมายภายใน

ในส่วนที่แล้ว เป็นการศึกษาลงถึงสิทธิของเด็กที่ต้องได้รับการคุ้มครอง ส่วนต่อไปจะศึกษามิติด้านความรับผิดชอบ โดยเฉพาะความรับผิดชอบในทางอาญา ที่สามารถเกิดจากการกระทำความผิดของเด็กได้ และ

⁸ มาตรา 35 , มาตรา 37 มาตรา 41 และมาตรา 42 รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว(ฉบับปรับปรุงแก้ไข พ.ศ. 2546). (ค้นวันที่ 17 พฤศจิกายน 2557), http://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/admin_souvaneec/download/article/article_20101015150629.pdf

⁹ มาตรา 4 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2557 (สืบค้น 26 ธันวาคม 2558), <http://www.ratchakittha.soc.go.th/DATA/PDF/2557/A/055/1.PDF>

การกำหนดโทษในทางกฎหมายอย่างไร เพราะเด็ก เยาวชน ก็ยังเป็นบุคคลที่ยังขาดความรับผิดชอบ ชั่วดี ดังนั้นการกำหนดโทษเหมือนผู้ใหญ่ ย่อมเป็นสิ่งที่ไม่เหมาะสม ยังสามารถที่จะนำวิเคราะห์ เพื่อชี้ให้เห็นข้อเหมือน ข้อต่างของความรับผิดชอบของเด็กระหว่างสองประเทศได้

4.2.1 ความรับผิดชอบทางอาญาเด็กตามกฎหมายอาญา สปป.ลาว

ความรับผิดชอบทางอาญาของเด็ก เยาวชนตามกฎหมายอาญา สปป.ลาว หรือ ประมวลกฎหมายอาญา สปป.ลาว 2005) เด็ก หมายถึง บุคคลที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี พิจารณาจากบทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง โดยความรับผิดชอบทางอาญาของเด็ก ดังนี้ คือ

มาตรา 7 วรรคท้าย กำหนดว่า ผู้กระทำความผิดทางอาญาต้องเป็นบุคคลที่มีสติสัมปชัญญะ ไม่เป็นคนวิกลจริต และมีอายุสิบห้าปีขึ้นไป และในปรากฏในมาตรา 50 ของกฎหมายกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิและผลประโยชน์ของเด็ก ค.ศ. 2006¹⁰ ซึ่งกำหนดว่า เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปีในเวลามีการกระทำที่เป็นความผิด จะไม่ถือว่าเป็นผู้กระทำความผิดทางอาญาตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 7 ของกฎหมายอาญา

เหตุผลที่กฎหมายบัญญัติเกณฑ์อายุในความรับผิดชอบทางอาญา เพราะว่าสังคม ชีวิต และวัฒนธรรมของสปป.ลาว ยังเห็นว่าเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี ยังเป็นคนไร้เดียงสา และอีกประการหนึ่ง ระบบกฎหมายสปป.ลาวยังเป็นเรื่องใหม่ สำหรับประชาชนโดยทั่วไป โดยเฉพาะเด็กยิ่งยากที่จะเข้าใจกฎหมาย¹¹ ซึ่งสอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 40 (3) ก

และเมื่อได้ศึกษาความในมาตรา 2 ประกอบ โดยกำหนดว่า บุคคลจะต้องรับผิดชอบทางอาญา ก็ต่อเมื่อได้กระทำโดยเจตนา หรือโดยปราศจากความระมัดระวังที่เป็นอันตรายต่อสังคม ซึ่งได้กำหนดไว้ในกฎหมายอาญา และมีคำตัดสินของศาลเท่านั้น หากเป็นเด็กทารก ไม่รู้เดียงสาสิ่งที่ได้แสดงออกมาย่อมไม่ได้เคลื่อนไหวโดยมีสติสัมปชัญญะ กล่าวคือ ไม่มีการคิด ตกลงใจนั่นเอง การกระทำไปย่อมไม่เป็นความผิดทางอาญา เพราะขาดองค์ประกอบทางด้านภาวะวิสัย (Objective) ซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทยมาตรา 59 วรรค 1

การวางโทษใส่การกระทำความผิดของเด็ก ในการระวางโทษแก่เด็กที่ยังไม่ถึงอายุสิบแปดปี ในเวลากระทำผิด โดยอิงตามระดับและลักษณะของการกระทำผิดดังกล่าว ศาลจะระวางโทษต่ำกว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ก็ได้¹²

สำหรับเด็กอายุยังไม่ถึงสิบห้าปี ที่ได้กระทำความผิด ซึ่งเป็นอันตรายต่อสังคมนั้น ให้ใช้มาตรการบังคับ¹³ ดังนี้

¹⁰Law on The Protection of the Right and Interests of Children 2006

Article 50 Children Who Have Not Reached the Age of Penal Responsibility A child under fifteen years of age at the time of commission of an offence will not be considered as an offender, as provided in Article 7 of the Penal Law

¹¹ลัดตะนา อินทพล, การหันเหเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดออกจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญา : ศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายไทย-ลาว, (น.ม สาขากฎหมายอาญา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553), หน้า 138-139

¹²กระทรวงการเงิน, “มาตรา 44 ประมวลกฎหมายอาญา สปป.ลาว 2005”, (26 ธันวาคม 2558), [http://www.mof.gov.la/sites/default/files/news/Penal%20Law%20\(2005\)%20Lao.pdf](http://www.mof.gov.la/sites/default/files/news/Penal%20Law%20(2005)%20Lao.pdf)

¹³เพ็งอั้ง, มาตรา 53 (ใหม่)

1. ให้ขอภัยผู้เสียหายด้วยวิธีการอันเหมาะสม
2. ชดใช้ค่าเสียหายทางแพ่งโดยพ่อแม่หรือผู้ปกครอง
3. ส่งให้ผู้ปกครองเด็กติดตามศึกษาอบรม
4. ส่งไปยังเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและองค์การจัดตั้งสังคมเพื่อให้เกิดการศึกษาใหม่

สำหรับเด็กที่มีอายุแต่สิบห้าปีขึ้นไป แต่ไม่เกินสิบแปดปี หากได้กระทำความทางอาญาในฐานะลหุโทษและโทษานุโทษ นั้นศาลจะนำใช้มาตรการที่กล่าวมาแล้วนี้ก็ได้

ช่วงอายุในสองมาตราข้างต้น เป็นช่วงอายุ ที่เด็กได้ทำโดยรู้ตัวว่ากำลังทำอะไรอยู่ (อยู่ภายใต้อำนาจบังคับของจิตใจ) ซึ่ง การเคลื่อนไหวโดยรู้สึกตัวได้แก่ การคิดตกลงใจและการกระทำตามที่ตกลงใจหรืออย่างตั้งใจ เพื่อให้บรรลุจุดประสงค์ใดจุดประสงค์หนึ่งอันเป็นอันตรายต่อระบอบการเมือง เศรษฐกิจสังคม ชีวิต ร่างกายของบุคคล หากกระทำโดยเจตนาตามความในมาตรา 9 ว่า การกระทำโดยเจตนา คือ การกระทำหรือการเมินเฉย ซึ่งผู้กระทำรู้ว่าการกระทำหรือการเมินเฉยของตนนั้น เป็นอันตรายต่อสังคมและก็คาดคะเนได้ถึงต่อผลสะท้อนของการกระทำหรือการเมินเฉย แต่จงใจทำหรือปะปละยให้ผลเกิดขึ้น เช่น หลอกหลวงเอาทรัพย์สินคนอื่นไป แกล้งคนอื่น ให้ได้รับบาดเจ็บ เป็นต้น การกระทำลักษณะดังกล่าวย่อมเป็นความผิด โดยศาลจะระวางโทษต่ำกว่าที่กฎหมายบัญญัติไว้ก็ได้ หากเป็นเด็กอายุยังไม่ถึงสิบห้าปี ที่ได้กระทำผิด ซึ่งเป็นอันตรายต่อสังคมนั้น ให้ใช้มาตรการบังคับตามที่กฎหมายกำหนดไว้ จากที่กล่าวมาจะพบว่า สปป.ลาวได้ตระหนักเห็นความสำคัญในการคุ้มครองสิทธิของเด็ก ทั้งสืบเนื่องมาจากที่สปป.ลาวได้เข้าเป็นภาคอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เมื่อวันที่ 7 มิถุนายน ค.ศ 1991 ทำให้มีบทบัญญัติหลายส่วนสอดคล้องหลักสากล ดังจะได้อีกกล่าวต่อไป

และเมื่อสปป.ลาวเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เมื่อวันที่ 7 มิถุนายน ค.ศ 1991 โดยได้กำหนดว่า “จะไม่มีเด็กคนใดได้รับการทรมาน หรือถูกปฏิบัติหรือลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือต่ำช้า จะไม่มี การลงโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิตที่ไม่มีโอกาสจะได้รับการปล่อยตัวสำหรับความผิดที่กระทำโดยบุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี” และยังเป็นภาคีกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง พ.ศ. 2509 โดยการภาคยานุวัติเมื่อวันที่ 25 กันยายน 2009 และมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 7 ธันวาคม 2000 โดยกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิเด็กไว้ในภาค 3 ข้อ 6 (5) ที่กำหนดว่า บุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปีที่กระทำความผิดจะถูกพิพากษาประหารชีวิตมิได้และจะดำเนินการประหารชีวิตสตรีในขณะที่มีครรภ์ไม่ได้ และข้อ 37 ก) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก พ.ศ. 2532 ทำให้สปป.ลาวได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมให้สอดคล้องกับหลักสากล โดยปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 32 ประมวลกฎหมายอาญาสปป.ลาว 2005 ว่าด้วย โทษประหารชีวิต “...ห้ามลงโทษประหารชีวิต ใส่ผู้กระทำผิดที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี ในเวลากระทำความผิดและผู้หญิงที่มีครรภ์ในเวลากระทำความผิดหรือในเวลาตัดสินหรือในเวลาปฏิบัติโทษ และจากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญาสปป.ลาวเรื่องความรับผิดชอบทางอาญาของเด็กเยาวชนนั้น เมื่อเด็กเยาวชนกระทำความผิดทางอาญา เด็กเยาวชนจะได้รับโทษทางอาญาหรือไม่ ต้องพิจารณาจากหลักเกณฑ์อายุ ประกอบและสภาพการกระทำว่ามีสติสัมปชัญญะครบถ้วน อย่างที่ได้กล่าวมาข้างต้น

4.2.2 ความรับผิดชอบทางอาญาเด็กตามกฎหมายอาญาไทย

สำหรับกฎหมายไทย จะพบว่า เรื่องนี้เป็นเรื่องความสามารถในกระทำความผิด หมายถึง ผู้กระทำความผิด ความรู้สึกผิดชอบ ไม่อาจก่อเจตนาในทางอาญาอย่างสมบูรณ์หรือไม่สามารถบังคับตนเองได้ ซึ่งยังคงเป็นการกระทำความผิดทางอาญาอยู่ แต่มีเหตุยกเว้นโทษหรือลดโทษได้¹⁴ โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

4.2.2.1 ความรับผิดชอบทางอาญาของเด็กไม่เกิน 10 ปี และ 10 ปีไม่เกิน 15 ปี

เด็กอายุยังไม่เกินสิบปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิดเด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ¹⁵

ให้พนักงานสอบสวนส่งตัวเด็กตามวรรคหนึ่งให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองเด็ก เพื่อดำเนินการคุ้มครองสวัสดิภาพตามกฎหมายว่าด้วยการนั้น

เด็กอายุกว่าสิบปีแต่ยังไม่เกินสิบห้าปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ แต่ให้ศาลมีอำนาจที่จะดำเนินการ¹⁶ ดังต่อไปนี้

(1) ว่ากล่าวตักเตือนเด็กนั้นแล้วปล่อยตัวไป และถ้าศาลเห็นสมควรจะเรียกบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่มาตักเตือนด้วยก็ได้

(2) ถ้าศาลเห็นว่า บิดา มารดา หรือผู้ปกครองสามารถดูแลเด็กนั้นได้ ศาลจะมีคำสั่งให้มอบตัวเด็กนั้นให้แก่บิดา มารดา หรือผู้ปกครองไป โดยวางข้อกำหนดให้บิดา มารดาหรือผู้ปกครองระวังเด็กนั้นไม่ให้ก่อเหตุร้าย ตลอดเวลาที่ศาลกำหนดซึ่งต้องไม่เกินสามปีและกำหนดจำนวนเงินตามที่เห็นสมควรซึ่งบิดา มารดา หรือผู้ปกครองจะต้องชำระต่อศาลไม่เกินครั้งละหนึ่งหมื่นบาท ในเมื่อเด็กนั้นก่อเหตุร้ายขึ้น

ถ้าเด็กนั้นอาศัยอยู่กับบุคคลอื่นนอกจากบิดา มารดา หรือผู้ปกครอง และศาลเห็นว่าไม่สมควรจะเรียกบิดา มารดา หรือผู้ปกครองมาวางข้อกำหนดดังกล่าวข้างต้น ศาลจะเรียกตัวบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่มาสอบถามว่าจะยอมรับข้อกำหนดทำนองที่บัญญัติไว้สำหรับบิดา มารดา หรือผู้ปกครองดังกล่าวมาข้างต้นหรือไม่ก็ได้ ถ้าบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่ยอมรับข้อกำหนดเช่นนั้น ก็ให้ศาลมีคำสั่งมอบตัวเด็กให้แก่บุคคลนั้นไปโดยวางข้อกำหนดดังกล่าว

(3) ในกรณีที่ศาลมอบตัวเด็กให้แก่บิดา มารดา ผู้ปกครอง หรือบุคคลที่เด็กนั้นอาศัยอยู่ตาม (2) ศาลจะกำหนดเงื่อนไขเพื่อคุ้มครองความปลอดภัยของเด็กนั้นเช่นเดียวกับที่บัญญัติไว้ในมาตรา 56 ด้วยก็ได้ ในกรณีเช่นนี้ให้ศาลแต่งตั้งพนักงานคุมประพฤติหรือพนักงานอื่นใดเพื่อคุ้มครองความปลอดภัยของเด็กนั้น

(4) ถ้าเด็กนั้นไม่มีบิดา มารดา หรือผู้ปกครอง หรือมีแต่ศาลเห็นว่าไม่สามารถดูแลเด็กนั้นได้หรือถ้าเด็กอาศัยอยู่กับบุคคลอื่นนอกจากบิดา มารดา หรือผู้ปกครอง และบุคคลนั้นไม่ยอมรับข้อกำหนดดังกล่าวใน (2) ศาลจะมีคำสั่งให้มอบตัวเด็กนั้นให้อยู่กับบุคคลหรือองค์การที่ศาลเห็นสมควรเพื่อดูแลอบรม และสั่งสอนตามระยะเวลาที่ศาลกำหนดก็ได้ในเมื่อบุคคลหรือองค์การนั้นยินยอม ในกรณีเช่นนี้ให้บุคคลหรือองค์การนั้นมีอำนาจเช่น

¹⁴ทวีเกียรติ มินะกนิษฐ, *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*, (กรุงเทพมหานคร, สำนักพิมพ์วิญญูชนจำกัด, 2557), หน้า 186

¹⁵พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 21) 2551, เล่ม 125 ตอนที่ 30 ก , 7 กุมภาพันธ์ 2551, มาตรา 73

¹⁶พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 21) 2551, เล่ม 125 ตอนที่ 30 ก , 7 กุมภาพันธ์ 2551, มาตรา 74

ผู้ปกครองเฉพาะเพื่อดูแล อบรม และสั่งสอน รวมตลอดถึงการกำหนดที่อยู่และการจัดให้เด็กมีงานทำตามสมควร หรือให้ดำเนินการคุ้มครองสวัสดิภาพเด็กตามกฎหมายว่าด้วยการนั้นก็ได้ หรือ

(5) ส่งตัวเด็กนั้นไปยังโรงเรียน หรือสถานฝึกและอบรม หรือสถานที่ซึ่งจัดตั้งขึ้นเพื่อฝึกและอบรมเด็ก ตลอดระยะเวลาที่ศาลกำหนด แต่อย่าให้เกินกว่าที่เด็กนั้นจะมีอายุครบสิบแปดปี

จากบทบัญญัติในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 73 มาตรา 74 แสดงให้เห็นว่า เด็ก คือ บุคคลตั้งแต่เกิดจนถึงอายุไม่เกิน 15 ปี

สำหรับเด็กทารกแรกเกิด ไร้เดียงสา นั้น อากัปกริยาต่าง ๆ ที่แสดงออกมานั้น ย่อมไม่อาจเข้าใจในสภาพและสาระสำคัญของอาการกระทำของตนเองได้ หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “การเคลื่อนไหวโดยไม่รู้ตัวภายใต้อำนาจบังคับของจิตใจ” ซึ่งในทางการวินิจฉัยความรับผิดชอบทางอาญา “ไม่ถือว่าเป็นการกระทำ” อันจะนำไปสู่การวินิจฉัยในหลักเกณฑ์อื่นตามมาได้ เนื่องจากความรับผิดชอบทางอาญาเริ่มต้นที่ “การกระทำ” หากไม่มีการกระทำก็ย่อมไม่มีความผิด ดังนั้นจึงกล่าวได้ว่าเด็กทารกไร้เดียงสาไม่มีความรับผิดชอบทางอาญาใด ๆ ทั้งสิ้นนั่นเอง

ส่วนเด็กปกติที่มีช่วงอายุต่อมาไม่เกิน 15 ปี หากพิจารณาจากลักษณะการเจริญเติบโต การกระทำของเด็กเหล่านั้นย่อมอยู่ภายใต้จิตใจบังคับ ดังนั้นหากเด็กกระทำไปโดยรู้สำนึกในการกระทำและมีเจตนากระทำความผิด เช่น แอบหยิบเอาทรัพย์สินของผู้อื่นไป หรือเตะ ทบ ต่อยตีผู้อื่น เป็นต้น การกระทำเหล่านี้ย่อมเป็นการกระทำความผิด เด็กนั้นไม่ต้องรับโทษ ตามที่ได้ปรากฏในบทบัญญัติในมาตรา 73 มาตรา 74

โปรดสังเกตมาตรา 73 มาตรา 74 เด็กนั้นจะต้องมี “การกระทำในทางอาญา” คือ ต้องกระทำโดยรู้สำนึก หากไม่รู้สำนึกในการกระทำถือว่าเด็กไม่มีการกระทำอย่างที่กล่าวมาก่อนนี้ ตัวอย่างเช่น แดงเป็นเด็กทารกอายุ 8 เดือนถือไม้แหลมไว้ในมือ และพลิกตัวไปมา ปรากฏว่าไม้ดังกล่าวที่มลูกตาเด็กคนอื่น เช่นนี้ ต้องถือว่าไม่มีการกระทำ เด็กจึงไม่มีความผิดฐานทำร้ายร่างกาย¹⁷

4.2.2.2 ความรับผิดชอบทางอาญาผู้เยาว์อายุตั้งแต่ 15 ไม่เกิน 18 ปี

ผู้ใดอายุกว่าสิบห้าปีแต่ต่ำกว่าสิบแปดปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ให้ศาลพิจารณาถึงความรับผิดชอบและสิ่งอื่นที่พึงเกี่ยวกับผู้นั้น ในอันที่จะควรวินิจฉัยว่าสมควรพิพากษาลงโทษผู้นั้นหรือไม่ ถ้าศาลเห็นว่าไม่สมควรพิพากษาลงโทษก็ให้จัดการตามมาตรา 74 หรือถ้าศาลเห็นว่าสมควรพิพากษาลงโทษ ก็ให้ลดมาตราส่วนโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดลงกึ่งหนึ่ง¹⁸

ผู้ใดอายุตั้งแต่สิบแปดปีแต่ยังไม่เกินยี่สิบปี กระทำการอันกฎหมายบัญญัติเป็นความผิด ถ้าศาลเห็นสมควรจะลดมาตราส่วนโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นลงหนึ่งในสามหรือกึ่งหนึ่งก็ได้¹⁹

¹⁷เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายกฎหมายอาญามาตรา 1, (พิมพ์ครั้งที่ 8, กรุงเทพมหานคร, ห้างหุ้นส่วนจำกัด จีรัชการพิมพ์, 2548), หน้า 420

¹⁸พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 21) 2551, เล่ม 125 ตอนที่ 30 ก, 7 กุมภาพันธ์ 2551, มาตรา 75

¹⁹พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 21) 2551, เล่ม 125 ตอนที่ 30 ก, 7 กุมภาพันธ์ 2551, มาตรา 76

ถัดจากบทบัญญัติของความรับผิดทางอาญาของเด็กไม่เกิน 15 ปี เป็นความรับผิดทางอาญาผู้เยาว์อายุตั้งแต่ 15 ไม่เกิน 18 ปี สาเหตุที่ไม่เรียกบุคคลอายุตั้งแต่ 15 ไม่เกิน 18 ปีว่าเด็กเพราะบุคคลเหล่านี้มีความรู้สึกผิดชอบดีกว่าเด็กในมาตรา 73 และมาตรา 74 ด้วยเหตุนี้กฎหมายจึงให้ศาลใช้ดุลยพินิจพิจารณาในการลงโทษ²⁰ ประกอบกับเมื่อพิจารณาความมาตรา 318 ผู้ใดพรากผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไป เสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล โดยผู้เยาว์นั้นไม่เต็มใจไปด้วย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึงสองหมื่นบาท...และมาตรา 319 ผู้ใดพรากผู้เยาว์อายุกว่าสิบห้าปีแต่ยังไม่เกินสิบแปดปีไป เสียจากบิดามารดา ผู้ปกครอง หรือผู้ดูแล เพื่อหากำไรหรือเพื่อการอนาจาร โดยผู้เยาว์นั้นเต็มใจไปด้วย ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สองปีถึงสิบปี และปรับตั้งแต่สี่พันบาทถึงสองหมื่นบาท... จากการกำหนดสองมาตราดังกล่าว จะพบว่าผู้เยาว์ คือ บุคคลตั้งแต่ อายุตั้งแต่ 15 ไม่เกิน 18 ปี หากพิจารณาจากช่วงอายุแล้ว จะพบว่าช่วงอายุนี้ความเข้าใจในสภาพ สาระสำคัญของการกระทำ ความรู้ผิดชอบชั่วดีย่อมมากกว่าช่วงอายุของเด็กไม่เกิน 15 ปี ดังนั้นหากผู้เยาว์มีเจตนากระทำความผิด ย่อมมีมาตราในการลงโทษด้วยวิธีการที่แตกต่างกับเด็ก โดยให้ศาลพิจารณาถึงความรู้ผิดชอบและสิ่งอื่นที่เกี่ยวพันกับผู้เยาว์นั้นดังปรากฏในมาตรา 75 และมาตรา 76 โดยไม่ได้รับการยกเว้นโทษเห็นหลักเหมือนเด็กกระทำความผิด

จากบัญญัติเรื่องความรับผิดทางอาญาของเด็ก เยาวชนตามประมวลกฎหมายอาญาไทย ดังได้กล่าวมาแล้ว เมื่อเด็กหรือเยาวชนกระทำความผิดทางอาญาแล้วจะต้องได้รับโทษทางอาญาอย่างไร ต้องพิจารณาจากเกณฑ์อายุประกอบ ตัวอย่างดังนี้ คือ

ตัวอย่าง เด็กชายแดง อายุ 7 ปี ได้เข้าไปในร้านสะดวกซื้อแห่งหนึ่ง แต่ด้วยความที่ตนไม่มีเงินเพียงพอระหว่างที่พนักงานเผลอ เด็กชายแดงจึงหยิบขนมมาจำนวนหนึ่ง การกระทำของเด็กชายแดง ย่อมเป็นการกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ผู้อื่น ๆ ซึ่งตามประมวลกฎหมายอาญาของประเทศไทย กำหนดว่า การกระทำของเด็กชายแดง เป็นความผิดทางอาญา แต่ไม่ต้องรับโทษในทางอาญา เช่น จำคุก กักขัง ปรับ แต่จะกำหนดวิธีการที่เหมาะสมสำหรับเด็กได้

ตัวอย่าง นายขจร อายุ 15 ปี 6 เดือน ใช้ไม้ตีเข้าบริเวณไล่ซ้ายของนายขจัด เพราะโมโหที่ถูกแย่งแฟน จนต้องเย็บ 4 เข็ม การกระทำของนายขจรในกรณีนี้ นายขจรมีความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นตามมาตรา 295 นายขจรจะอ้างเหตุเพราะถูกข่มเหงไม่ได้ แต่ทางการพิจารณาคดี ศาลอาจพิจารณาว่า นายขจร ยังขาดความรับผิดชอบเท่าที่ควร ไม่สมควรลงโทษ ศาลก็มีอำนาจว่ากล่าวตักเตือนแล้วปล่อยตัวไปได้ หรือเห็นว่าควรถูกลงโทษ ศาลก็สามารถที่จะลงโทษนายขจรในความผิดฐานทำร้ายร่างกายผู้อื่นได้ โดยการลดมาตราส่วนโทษลงตามความในมาตรา 75 ได้

โดยในปี พ.ศ. 2546 ประมวลกฎหมายอาญาได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในส่วนโทษ สืบเนื่องจากขณะนั้นประเทศไทยเป็นภาคีสัญญาวินิจฉัยว่าด้วยสิทธิเด็ก พ.ศ. 2532 จึงได้มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการลงโทษประหารชีวิตและจำคุกตลอดชีวิตแก่ผู้ซึ่งกระทำความผิดในขณะที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีซึ่งยังไม่สอดคล้องกับภาค 3 ข้อ 6 (5) แห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง พ.ศ. 2509 ที่กำหนดว่า บุคคลอายุต่ำกว่าสิบ

²⁰พิพัฒน์ จักรางกูร, คำอธิบายเรียงมาตรา ปอาญา ภาค 1, (กรุงเทพมหานคร, สำนักพิมพ์นิติบรรณการ), หน้า 356

แปดปีที่กระทำความผิดจะถูกพิพากษาประหารชีวิตไม่ได้และจะดำเนินการประหารชีวิตสตรีซึ่งขณะที่มีครรภ์ไม่ได้ และข้อ 37 ก) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก พ.ศ. 2532 ที่กำหนดว่า จะไม่มีเด็กคนใดได้รับการทรมาน หรือถูกปฏิบัติหรือลงโทษที่โหดร้าย ไร้มนุษยธรรมหรือต่ำช้า จะไม่มีการลงโทษประหารชีวิต หรือจำคุกตลอดชีวิต ที่ไม่มีโอกาสจะได้รับการปล่อยตัวสำหรับความผิดที่กระทำโดยบุคคลที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีซึ่งประเทศไทยเข้าเป็นภาคี โดยปรากฏการแก้ไข เพิ่มเติมในประมวลกฎหมายอาญามาตรา 18 โทษสำหรับลงแก่ผู้กระทำความผิดมีดังนี้

1. ประหารชีวิต

โทษประหารชีวิตและโทษจำคุกตลอดชีวิตมิให้นำมาใช้บังคับแก่ผู้ซึ่งกระทำความผิดในขณะที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปี

ในกรณี ผู้ซึ่งกระทำความผิดในขณะที่มีอายุต่ำกว่าสิบแปดปีได้กระทำความผิดที่มีระวางโทษประหารชีวิตหรือจำคุกตลอดชีวิต ให้ถือว่า ระวางโทษดังกล่าวได้เปลี่ยนเป็นระวางโทษจำคุกห้าสิบปี²¹

5. วิเคราะห์ความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศกับกฎหมายภายในเกี่ยวกับสิทธิของเด็ก ตามกฎหมายสปป.ลาวและไทย

5.1 มิติของประชาคมระหว่างประเทศในระดับสากล

สำหรับการเข้าร่วมเป็นภาคีอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ซึ่งเป็นกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ทั้งสปป.ลาวและประเทศไทยต่างได้ลงนามเป็นภาคีของอนุสัญญานี้ จึงมีผลทำให้ทั้งสองประเทศต้องนำหลักการที่ปรากฏในอนุสัญญาไปอนุวัติการหรือพิจารณาปรับปรุง แก้ไขให้สัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศนี้กับกฎหมายภายใน เพื่อให้สอดคล้อง และจากการวิเคราะห์เชิงเปรียบเทียบ ผู้เขียนเห็นว่า ยังมีบางหลักการที่ยังต้องปรับปรุงแก้ไข ได้แก่

กรณีของประเทศไทย ผู้เขียนเห็นว่าได้ปฏิบัติสอดคล้องกับอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 40 (3) รัฐภาคีจะหาทางส่งเสริมให้มีการตรากฎหมาย กำหนดกระบวนการวิธีพิจารณา จัดตั้งหน่วยงานและ สถาบันซึ่งจะใช้เป็นการเฉพาะกับเด็กที่ถูกกล่าวหา ตั้งข้อหา โดยเฉพาะมีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยศาลเยาวชนและครอบครัว และวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 มีเพียงกรณีการกำหนดอายุที่ถูกถือว่าได้ฝ่าฝืนกฎหมายอาญา ตามข้อ ก) คือ การกำหนดอายุขั้นต่ำ ซึ่งเด็กที่มีอายุต่ำกว่านั้นจะถูกถือว่าไม่มีความสามารถที่จะฝ่าฝืนกฎหมายอาญาได้ เนื่องจากมาตรา 73 ของประมวลกฎหมายอาญาไทย ยังกำหนด ให้เด็กอายุไม่เกิน 10 ปี กระทำการฝ่าฝืนกฎหมายอาญา กล่าวคือ เด็กยังเป็นผู้กระทำความผิดอาญาได้ เพียงแต่กำหนดให้ได้รับการยกเว้นโทษเท่านั้น หรือมีความผิด แต่ได้รับการยกเว้นโทษ ซึ่งให้เห็นว่า ประเทศไทยมีเกณฑ์ขั้นต่ำของอายุเด็กที่จะได้รับการยกเว้นโทษแล้ว แต่ประเทศไทยยังไม่มีเกณฑ์อายุขั้นต่ำในการกำหนดอายุเด็กที่กระทำผิดทางอาญาแล้วจะได้รับการยกเว้นความผิดดังเช่นที่มีอยู่ในประเทศลาว แม้มันนักวิชาการ เห็นว่า การกำหนดว่ามีความผิด แต่ไม่ต้องรับ

²¹พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 16) พ.ศ. 2546, เล่ม 120 ตอนที่ 58 ก, 20 มิถุนายน 2546, มาตรา 18

โทษ ก็เป็นการกำหนดให้ไม่มีความรับผิดชอบทางอาญาเช่นกันก็ตาม แต่ผู้เขียนเห็นว่ายังไม่ชัดเจนเหมือนกฎหมาย สปป.ลาว เพราะกฎหมายของ สปป.ลาว ที่ได้ปรับปรุงแก้ไข โดยเฉพาะในส่วนของข้อกำหนดอายุขั้นต่ำ ซึ่งเด็กที่มีอายุต่ำกว่านั้นจะถูกถือว่าไม่มีความสามารถที่จะฝ่าฝืนกฎหมายอาญาตามข้อ 40 (3) ก อนุสัญญาสิทธิเด็ก โดยกำหนดไว้ในมาตรา 50 ของกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิและผลประโยชน์ของเด็ก ซึ่งกำหนดว่า เด็กที่มีอายุต่ำกว่า 15 ปีในเวลามีการกระทำที่เป็นอันตรายต่อสังคม จะไม่ถือว่าเป็นผู้กระทำทางอาญา ตามความใน มาตรา 7 วรรคท้าย ของกฎหมายอาญา กำหนดว่า ผู้กระทำผิดทางอาญาต้องเป็นบุคคลที่มีสติสัมปชัญญะ ไม่เป็นคนวิกลจริต และมีอายุสิบห้าปีขึ้นไป และในปรากฏใน ดังนั้น จึงไม่ถือว่าเด็กอายุต่ำกว่า 15 ปี เป็นผู้กระทำ ความผิดเลย

จากอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก 1989 ข้อ 39 ที่กำหนด ประเทศสมาชิกต้องดำเนินการที่เหมาะสมทั้งปวง ที่จะส่งเสริมการฟื้นฟูทั้งร่างกายและจิตใจ และการกลับคืนสู่สังคมของเด็ก และจะการโทษกักขังหรือจำคุกเด็กได้ตามกฎหมาย ในระยะเวลาที่สั้นที่สุดอย่างเหมาะสมตามความในข้อ 37 (ข) นั้น จากการศึกษาและวิเคราะห์เห็นว่า กฎหมายโดยเฉพาะกฎหมายอาญา ของแต่ละประเทศอย่าง สปป.ลาวและไทย ต่างพิจารณาปรับปรุงแก้ไขในทางที่เหมาะสมในการกำหนดมาตราอื่นที่ไม่ใช่การลงโทษ เช่น มาตรา 53 ของกฎหมายอาญา สำหรับเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี นอกจากนี้ ยังสามารถนำไปใช้กับเด็กอายุเกิน 15 ไม่เกิน 18 ปีด้วย หากเด็กเป็นผู้กระทำ ให้ดำเนินการ เช่น ให้ขอภัยผู้เสียหายอย่างเหมาะสม ส่งให้ผู้ปกครองติดตามอบรม สำหรับในกฎหมายอาญาไทยก็มีการดำเนินการตามที่ปรากฏในมาตรา 74 สำหรับเด็กอายุกว่า 10 ปีไม่เกิน 15 ปี เด็กไม่ต้องรับโทษ แต่ศาลมีอำนาจดำเนินการ เช่น ตักเตือน ให้ผู้ปกครองดูแล เป็นต้น

ส่วนวิธีพิจารณาความสำหรับเด็กตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ข้อ 40 จากการศึกษา ทั้งสองประเทศ ต่างมีกฎหมายเฉพาะ โดย สปป.ลาว มี กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิ ผลประโยชน์ของเด็ก (Law on The Protection of the Right and Interests of Children 2006) ที่ได้กำหนดหลักการ เช่น สิทธิต่าง ๆ ของเด็กซึ่งผู้กระทำความผิด (Rights of Child Offenders) การไกล่เกลี่ยโดยคนกลาง (Mediation of Juvenile Cases) การสอบสวนเด็ก เยาวชน (Investigation of Juvenile Cases) ศาลเด็กและเยาวชน (Juvenile Courts) ส่วนประเทศไทย มีพระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว พ.ศ. 2553 ที่ได้กล่าวถึงหลักการ เช่น การสอบสวนคดีอาญาสำหรับเด็ก เยาวชน การจัดตั้งศาลเยาวชน การจัดตั้งสถานพินิจและคุ้มครองเด็กและเยาวชน และการใช้มาตรการแทนการดำเนินคดีในพระราชบัญญัติศาลเยาวชนฯ มาตรา 86 มาตรา 90 และมาตรา 132 ซึ่งเห็นว่าแนวทางเหล่านี้ ล้วนมีหลักการที่สอดคล้องแนวทางที่กำหนดไว้ในอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิ ข้อ 40

ส่วนกรณีการปฏิบัติตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ที่ได้กำหนดข้อห้ามในการลงโทษเด็ก ไว้ว่า บุคคลอายุต่ำกว่าสิบแปดปี ที่กระทำความผิดจะถูกพิพากษาประหารชีวิตมิได้ ซึ่ง สปป.ลาวและประเทศไทยต่างเป็นภาคีนั้น และถูกเน้นย้ำจากแนวคิด หลักการในระดับสากลตามอนุสัญญาสิทธิเด็ก ข้อ 37 (ก) ที่กำหนดจะไม่มีเด็กคนใดถูกลงโทษประหารชีวิต และจำคุกตลอดชีวิต โดยไม่มีโอกาสที่จะได้รับการปล่อย ในปัจจุบันได้มีการปรับปรุง แก้ไข สอดคล้องกับกติการะหว่างประเทศและอนุสัญญานี้แล้ว

โดยปรากฏในประมวลกฎหมายอาญาสปป.ลาว 2005 มาตรา 32 และตามประมวลกฎหมายอาญาไทย มาตรา 18
วรรค 2 วรรค 3

ดังนั้น สปป.ลาว กับประเทศไทย ในฐานะประเทศสมาชิกของประชาคมโลก ซึ่งมีพันธกรณีที่ต้องปฏิบัติตาม
อนุสัญญาและกติการะหว่างประเทศนี้ ส่วนใหญ่มีการพิจารณาปรับปรุง แก้ไขให้สอดคล้องแล้ว มีเพียงบาง
ประเด็นข้างต้น ที่ผู้เขียนยังเห็นว่า ต้องพิจารณาปรับปรุงต่อไป

5.2 มิติของประเทศสมาชิกอาเซียนในระดับภูมิภาค

ในมิติที่ สปป.ลาว กับประเทศไทยต่างผูกพันตนเข้าเป็นสมาชิกของการรวมกลุ่มภูมิภาคอาเซียน หรือ
ประชาคมอาเซียน (ASEAN Community: AC) โดยมีกฎบัตรอาเซียนเป็นกรอบกฎหมายสูงสุดของประชาคม
ดังนั้นประเทศสมาชิกจึงมีพันธะผูกพันทางกฎหมายที่ต้องปฏิบัติให้สอดคล้อง สัมพันธ์กับกฎบัตรอาเซียนหรือ
กฎหมายระหว่างประเทศ ฉบับนี้ด้วย ซึ่งจากการศึกษา พบว่า ข้อ 2 (ญ) ของกฎบัตรนี้ได้กำหนดให้ ประเทศ
สมาชิก ต้องยึดถือกฎบัตรสหประชาชาติและกฎหมายระหว่างประเทศ ที่รัฐสมาชิกอาเซียนยอมรับ ซึ่งจาก
การศึกษาพบว่า อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก ค.ศ. 1989 และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิ
ทางการเมือง 1966 เป็นกฎหมายระหว่างประเทศที่ สปป.ลาวและประเทศไทยยอมรับ เนื่องจากได้ลงนามใน
กฎหมายระหว่างประเทศนี้ จึงเห็นว่า กฎบัตรนี้เป็นการกำหนดย้ำพันธกรณีที่ประเทศสมาชิกต่างต้องปฏิบัติใน
ฐานะภาคีของอนุสัญญาเหล่านั้น ซึ่งไม่ได้ลดหย่อนหรือผ่อนคลายนพันธกรณีที่มิได้อยู่เดิมในเรื่องที่สำคัญ ๆ
โดยเฉพาะสิทธิเด็ก ที่ประเทศสมาชิกอาเซียนยอมรับ ดังนั้นการปฏิบัติตามพันธกรณีตามกฎบัตรอาเซียน ก็ไม่ได้
ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายระหว่างประเทศในระดับสากล

นอกจากนี้ในระดับภูมิภาคอาเซียน ยังมีกลไกในการพัฒนาการคุ้มครองสิทธิของเด็ก ดังจะเห็นได้จาก
แผนงานในการจัดตั้งประชาคมสังคมและวัฒนธรรม (ASEAN Socio-Cultural Community: ASCC) (2552-
2558) ได้ระบุให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการอาเซียน เพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิสตรีและสิทธิเด็ก เพื่อเป็น
หลักประกันในการพัฒนาอย่างเท่าเทียมสำหรับเด็ก โดยมีวัตถุประสงค์หลายประการ อาทิ การส่งเสริม คุ้มครอง
สิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของเด็กในอาเซียน การยึดหลักสิทธิมนุษยชนในปฏิญญาสากล อนุสัญญา
ในระดับสากล²² ย่อมสะท้อนให้เห็นว่า ประชาคมอาเซียน ได้เล็งเห็นความสำคัญต่อการพัฒนาเด็ก เพื่อเป็นกำลัง
สำคัญต่อการพัฒนาอาเซียนให้เข้มแข็งต่อไป

จากที่การวิเคราะห์ข้างต้น ว่าด้วยความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายระหว่างประเทศทั้งในระดับสากล และ
ระดับภูมิภาคกับกฎหมายภายในเกี่ยวกับสิทธิของเด็กตามกฎหมาย สปป.ลาวและไทย พบว่า ทั้ง สปป.ลาวกับ
ประเทศไทย ต่างให้ความสำคัญกับการอนุวัติการหลักการในการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของเด็กและเยาวชน
โดยคำนึงถึงวัย วุฒิภาวะ ทั้งนี้ตามแนวคิด ทฤษฎีความสัมพันธ์ระหว่างกฎหมายภายในกับกฎหมายระหว่าง
ประเทศ ที่ประเทศไทย สาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ต่างก็ใช้แนวคิดตามทฤษฎีทวินิยม (Dualism)

²² กองอาเซียน สำนักงานปลัดกระทรวงพัฒนาสังคมและความมั่นคงของมนุษย์, คณะกรรมการอาเซียนว่าด้วยการ
ส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิสตรีและสิทธิเด็ก (ASEAN Commission on the Promotion and Protection of the Rights of
Women and Children –ACWC), สืบค้นวันที่ 2 ธันวาคม 2558 จาก http://www.m-society.go.th /asean/ewt_dl_ link.php?nid=54

6. วิเคราะห์เปรียบเทียบความรับผิดชอบทางอาญาของเด็กระหว่างสปป.ลาวกับไทย

จากการศึกษา จะพบว่า กฎหมายของทั้งสองประเทศต่างกำหนดเรื่องความรับผิดชอบทางอาญา และแนวทางการกำหนดโทษไว้เช่นเดียวกัน ซึ่งมีข้อเหมือน ข้อต่างใน ดังต่อไปนี้

หลักการทางกฎหมาย	สปป.ลาว	ประเทศไทย	เหมือน/แตกต่าง
คำนิยาม เด็ก	เด็ก คือ บุคคลที่มีอายุไม่เกิน 18 ปี ทั้งนี้ โดยพิจารณาจากบทบัญญัติที่เกี่ยวข้อง (มาตรา 7 มาตรา 44 และ มาตรา 53 ตามประมวลกฎหมายอาญา ค.ศ 2005	เด็ก คือ บุคคลที่มีอายุไม่เกิน 15 ปี ผู้เยาว์ คือ บุคคลที่มีอายุกว่าสิบห้าปีแต่ไม่เกินสิบแปดปี ทั้งนี้ โดยพิจารณาจากลักษณะการแบ่งตามมาตรา 73 - มาตรา 75 มาตรา 317 - มาตรา 319 ตามประมวลกฎหมายอาญา พ.ศ. 2499 แต่อย่างไรก็ตาม พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ 2546 กำหนดว่า เด็ก หมายความว่า บุคคลซึ่งมีอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ แต่ไม่รวมถึงผู้ที่บรรลุนิติภาวะด้วยการสมรส	แตกต่าง (ข้อสังเกต: แม้ตามกฎหมายอาญา จะยังไม่สอดคล้อง แต่การแก้ไขปรับปรุงของประเทศไทยมีแนวทางปรับปรุงให้สอดคล้องกันอนุสัญญาสิทธิเด็ก ดังจะเห็นได้จาก พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ 2546)
การกระทำของเด็กไร้เดียงสา	พิจารณาจากความในมาตรา 2 จะเห็น การกระทำความผิดอาญาใด ต้องเริ่มด้วย มีการกระทำ ต้องรู้สำนึก มีสติสัมปชัญญะ สมบูรณ์	พิจารณาจากความในมาตรา 59 จะเห็น การกระทำความผิดอาญาใด ต้องเริ่มด้วย มีการกระทำต้องรู้สำนึกในการกระทำ	เหมือน
เจตนากระทำ ความผิด	- บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญาต่อเมื่อกระทำโดยเจตนาตามมาตรา 2 - การกระทำโดยเจตนา คือ การกระทำ หรือการยินยอมซึ่งผู้กระทำรู้ว่า การกระทำหรือการยินยอมของตนนั้น เป็นอันตรายต่อสังคมและคาดคะเนเดาถึงผลนั้น ตามมาตรา 9	- บุคคลจะต้องรับผิดชอบในทางอาญา เมื่อกระทำโดยเจตนา ตามมาตรา 59 วรรค 1 - กระทำโดยเจตนา ได้แก่ กระทำโดยรู้สำนึกในการที่กระทำและ ในขณะเดียวกันผู้กระทำประสงค์ต่อผล หรือ ย่อมเล็งเห็นผลของการ กระทำนั้น	เหมือน
การกระทำของเด็ก อายุไม่เกิน 10 ปี	ไม่ได้แบ่งช่วงการกระทำตามอายุนี้	ได้แบ่งช่วงการกระทำตามอายุนี้	แตกต่าง
การกระทำของเด็ก อายุไม่เกิน 15 ปี	ได้แบ่งช่วงการกระทำตามอายุนี้	ไม่ได้แบ่งช่วงการกระทำตามอายุนี้	แตกต่าง
การกระทำของเด็ก อายุเกิน 10 ไม่เกิน 15 ปี	ไม่ได้แบ่งช่วงการกระทำตามอายุนี้	ได้แบ่งช่วงการกระทำตามอายุนี้	แตกต่าง
การกระทำของผู้เยาว์อายุเกิน 15 ปี ไม่เกิน 18 ปี	ได้แบ่งช่วงการกระทำตามอายุนี้	ได้แบ่งช่วงการกระทำตามอายุนี้	เหมือน

หลักการทางกฎหมาย	สปป.ลาว	ประเทศไทย	เหมือน/แตกต่าง
การกำหนดอายุขั้นต่ำ (เหตุไม่มีความผิด)	การกระทำความผิดของเด็กอายุไม่เกิน 15 เป็นเหตุยกเว้นความผิดตามมาตรา 7 ประมวลกฎหมายอาญา ประกอบมาตรา 50 กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิและผลประโยชน์ของเด็ก	ไม่ได้กำหนดไว้เป็นเหตุไม่มีความผิด	แตกต่าง
เหตุยกเว้นโทษ (มีความผิด แต่ได้รับการยกเว้นโทษ)	โดยกำหนดมาตรการบังคับอื่น ตามความในมาตรา 44 แทนการรับโทษทางอาญา	การกระทำความผิดของเด็กอายุไม่เกิน 10 ปี รวมถึงอายุกว่า 10 ปี ถึง 15 ปี เป็นเหตุยกเว้นโทษ ตามมาตรา 73 และ มาตรา 74	เหมือน
การกำหนดมาตรารั้วที่ไม่ใช่การลงโทษ	- มี 4 มาตรการตามมาตรา 53 เช่น ให้ขอภัยผู้เสียหายอย่างเหมาะสม ส่งให้ผู้ปกครองติดตามอบรม สำหรับเด็กอายุไม่เกิน 15 ปี นอกจากนี้ ยังสามารถนำไปใช้กับเด็กอายุเกิน 15 ไม่เกิน 18 ปี ด้วย - การกำหนดโทษโดยศาลสำหรับเด็กไม่เกิน 18 ปี ให้อิงกับระดับและลักษณะความผิดตามมาตรา 44	- เด็กอายุกว่า 10 ปีไม่เกิน 15 ปี เด็กไม่ต้องรับโทษ แต่ศาลมีอำนาจดำเนินการ เช่น ตักเตือน ให้ผู้ปกครองดูแล เป็นต้น ตามมาตรา 74 แทนการลงโทษ - บุคคลอายุกว่า 15 ปีไม่เกิน 18 ปี หากศาลเห็นว่าสมควรลงโทษให้ลดมาตราส่วนโทษลงกึ่งหนึ่ง หากเห็นว่าไม่สมควรลงโทษก็ให้ใช้มาตรการตามมาตรา 74 ทั้งนี้ ตามความในมาตรา 75	เหมือน: แนวทางมาตรารั้วทางเลือก
การกำหนดโทษสำหรับเด็ก	- ให้ลดโทษน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดตามมาตรา 44 (ใหม่) - สำหรับโทษลหุโทษและโทษานุโทษ: ใช้มาตรการตามมาตรา 53	- สำหรับประเภทความผิดอาญา : ลดมาตราส่วนโทษที่กำหนดไว้สำหรับความผิดนั้นลงกึ่งหนึ่งตามมาตรา 75	มีแนวทางการคล้ายคลึงกัน
การลงโทษประหารชีวิต	ไม่มีการลงโทษประหารชีวิตตามมาตรา 32	ไม่มีการลงโทษประหารชีวิตตามมาตรา 18	เหมือน
กฎหมายเฉพาะของเด็ก	กฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิและผลประโยชน์ของเด็ก (Law on The Protection of the Right and Interests of Children 2006)	พระราชบัญญัติศาลเยาวชนและครอบครัวและวิธีพิจารณาคดีเยาวชนและครอบครัว	เหมือน

จากที่ตารางการศึกษาข้างต้น พบว่า ส่วนใหญ่ของการบัญญัติเรื่องความรับผิดทางอาญาของสปป.ลาวกับไทย แม้จะมีความแตกต่าง แต่ยังถือว่าเป็นความแตกต่างในทิศทางในลักษณะเดียวกัน โดยเฉพาะเรื่องการแบ่งช่วงความรับผิดทางอาญา เพราะแตกต่างในรายละเอียดเท่านั้น และนอกจากนี้ยังสะท้อนกลับไปยังแนวคิดของระบบกฎหมายที่ทั้งสองประเทศได้รับอิทธิพล คือ ระบบกฎหมายซีวิล ลอว์ (Civil Law System) อีกด้วย ทำให้เค้าโครงแนวคิด หลักการการบัญญัติกฎหมายในประเด็นศึกษานี้มีแนวทางเดียวกันนั่นเอง

ส่วนมาตรการในการลงโทษนั้น เห็นว่า ทั้งสปป.ลาวและประเทศไทย ต่างให้ความสำคัญกับการเบี่ยงเบนหรือการหันเหผู้กระทำความผิดที่เป็นเด็กออกจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดยเน้นไปที่การแก้ไข ฟื้นฟู

ทั้งร่างกายและจิตใจให้กลับคืนสู่สังคมได้ตามปกติ และหลีกเลี่ยงการลงโทษทารุณ โหดร้ายหรือรุนแรงเหมือนผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นผู้ใหญ่

7. บทสรุป

จากการศึกษาทั้งหมด จะพบว่า กฎหมายสปป.ลาว ไม่ได้ล้าสมัย ล้าหลังอย่างที่เรารู้สึก เพราะทั้ง สปป.ลาว และประเทศไทยต่างเห็นความสำคัญต่อการคุ้มครองสิทธิของเด็กในทุกมิติ ดังจะเห็น ตั้งแต่การเข้าเป็น ภาควิชากฎหมายระหว่างประเทศ และมีการบัญญัติแนวคิดการคุ้มครองสิทธิไว้รัฐธรรมนูญ การปรับปรุง แก้ไข กฎหมายให้ทันสมัย โดยเฉพาะที่เกี่ยวข้องในทางอาญา ที่ทั้งสองประเทศต่างได้บัญญัติหลักเกณฑ์ในการวินิจฉัย ความรับผิดชอบทางอาญาของเด็ก ตลอดทั้งการกำหนดโทษและมาตรการอื่น ๆ ในทิศทางเดียวกัน และให้ความสำคัญ กับการเปี่ยงผู้กระทำความผิดซึ่งเป็นผู้ใหญ่ออกจากกระบวนการยุติธรรมกระแสหลัก ซึ่งเน้นการลงโทษในทางอาญา มากกว่า พิจารณาอนุสัญญาที่เกี่ยวข้องในการกำหนด ซึ่งให้เห็นว่าเรื่องที่มีการนำเสนอนี้ ทั้งสองประเทศได้ ตระหนักในการปกป้องคุ้มครองสิทธิเด็กเยาวชนอนาคตของชาติ อันเป็นการคุ้มครองที่สอดคล้องกับแนวคิดทาง กฎหมายที่เป็นสากล เพื่อให้เห็นมุมมองของการปรับปรุง แก้ไขกฎหมายกับการเปลี่ยนผ่านสังคมไทยและเรียนรู้ สังคมสปป.ลาว ผ่านการบัญญัติกฎหมายได้

8. กิตติกรรมประกาศ

ผู้เขียนขอขอบพระคุณ นางลัดตะนา อินทพล (อดีตผู้พิพากษา ประจำศาล) ปัจจุบันตำแหน่ง หัวหน้าแผนก โฆษณาเผยแพร่กฎหมาย กระทรวงยุติธรรม สาธารณะรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว ที่ได้พิจารณาตรวจทาน เนื้อหาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายของสปป.ลาว ให้ถูกต้องสมบูรณ์

“ไม่ว่ายุคใด เด็ก เยาวชน ยังคงเป็นความหวังของการพัฒนาสังคมทุกระดับ”

บรรณานุกรม

- ทวีเกียรติ มีนะกนิษฐ, *กฎหมายอาญา ภาคทั่วไป*, (กรุงเทพมหานคร, สำนักพิมพ์วิญญูชนจำกัด, 2557)
- เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, *คำอธิบายกฎหมายอาญาภาค 1*, (พิมพ์ครั้งที่ 8, กรุงเทพมหานคร, ห้างหุ้นส่วนจำกัด จีรัชการพิมพ์, 2548)
- พิพัฒน์ จักรางกูร, *คำอธิบายเรียงมาตรา ป.อาญา ภาค 1*, (กรุงเทพมหานคร, สำนักพิมพ์นิติบรรณการ)
- ลัดตะนา อินทพล, การหันเหเด็กและเยาวชนที่กระทำความผิดออกจากกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ศึกษา เปรียบเทียบกฎหมายไทย - ลาว, (น.ม สาขากฎหมายอาญา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2553)
- จันทิมา ยิ่งลือชา, *ความรับผิดชอบทางอาญาของเด็กอายุไม่เกินสิบห้าปี*, (น.ม มหาวิทยาลัยรามคำแหง, 2551)
- เรดิรี ศิริรัตน์, *ปัญหาการกำหนดอายุเหยื่อในประมวลกฎหมายอาญา*, (น.ม สาขากฎหมายอาญา คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2552)
- กระทรวงการต่างประเทศ, “อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child 1989)”, (27 ธันวาคม 2558), <http://www.mfa.go.th/humanrights/images/stories/crct.pdf>.

กรมคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม, “กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง ค.ศ. 1966 ภาค 3 ข้อ 6 (5)”, (27 ธันวาคม 2558), http://www.rlpd.go.th/rlpdnew/images/rlpd_1/International_HR/2557/tran_ICCPR-2.pdf

ศูนย์ประสานงานสำนักเลขาธิการอาเซียนประจำประเทศไทย, กฎบัตรอาเซียน ค.ศ. 2007 (ASEAN Charter), (กรุงเทพฯ: ศูนย์ประสานงานสำนักเลขาธิการอาเซียนประจำประเทศไทย, 2551)

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557, (24 ธันวาคม 2558), <http://web.krisdika.go.th/data/law/law1/%c306/%c306-10-9999-update.pdf>

พระราชบัญญัติคุ้มครองเด็ก พ.ศ. 2546 (ประเทศไทย), (24 ธันวาคม 2558), <http://web.krisdika.go.th/data/law/law2/%a493/%a493-20-2546-a0001.pdf>

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 21) 2551, เล่ม 125 ตอนที่ 30 ก, 7 กุมภาพันธ์ 2551, มาตรา 73

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 21) 2551, เล่ม 125 ตอนที่ 30 ก, 7 กุมภาพันธ์ 2551, มาตรา 74

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 16) พ.ศ. 2546, เล่ม 120 ตอนที่ 58 ก, 20 มิถุนายน 2546, มาตรา 18

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 21) 2551, เล่ม 125 ตอนที่ 30 ก, 7 กุมภาพันธ์ 2551, มาตรา 75

พระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา (ฉบับที่ 21) 2551, เล่ม 125 ตอนที่ 30 ก, 7 กุมภาพันธ์ 2551, มาตรา 76

รัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว (ฉบับปรับปรุงแก้ไข พ.ศ. 2546). (ค้นวันที่ 17 พฤศจิกายน 2557), http://www.parliament.go.th/ewtadmin/ewt/admin_souvanee/download/article/article_20101015150629.pdf

กระทรวงการเงิน, “ประมวลกฎหมายอาญา สปป.ลาว 2005”, (26 ธันวาคม 2558), [http://www.mof.gov.la/sites/default/files/news/Penal%20Law%20\(2005\)%20Lao.pdf](http://www.mof.gov.la/sites/default/files/news/Penal%20Law%20(2005)%20Lao.pdf)

Law on the Protection of the Right and Interests of Children 2006, (26 ธันวาคม 2558), [file:///C:/Users/Administrator/Downloads/65.%20Law%20on%20the%20Protection%20of%20the%20Rights%20of%20Children%20\(2006\)%20Eng%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Administrator/Downloads/65.%20Law%20on%20the%20Protection%20of%20the%20Rights%20of%20Children%20(2006)%20Eng%20(2).pdf)



คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
2 ถนนพระจันทร์ เขตพระนคร
กรุงเทพฯ 10200

คณะนิติศาสตร์
สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
118 ถนนเสรีไทย แขวงคลองจั่น
เขตบางกะปิ กทม. 10240

สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน
ถนนพระรามที่ 6 เขตพญาไท
กรุงเทพฯ 10400