



รัฐสภาสาร

ปีที่ ๖๓ ฉบับที่ ๗ เดือนกรกฎาคม พ.ศ. ๒๕๕๘

ISSN 0125-0957



สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร

เวลา	จันทร์	อังคาร	พุธ	พฤหัสบดี	ศุกร์	เสาร์		อาทิตย์	เวลา	
05.00	รายการเผยแพร่ความรู้ทางศาสนา								05.00	
06.00	สารคดี “ปกเกล้าธรรมราชา”								06.00	
	คุยข่าวเช้า					แจ้งข่าว : เดือนภัย				
07.00	ถ่ายทอดข่าว สวท.								07.00	
07.30	ทันสถานการณ์					วิจัยก้าวไกล		ทำได้ดี	07.30	
08.00	สถานีอุททองใน (โทรทัศน์รัฐสภา)							ถ่ายทอด คสช. (rerun)	ขบวนการคนตัวเล็ก (เด็กและเยาวชน)	08.00
09.00	มองรัฐสภา (โทรทัศน์รัฐสภา)			มองรัฐสภา (โทรทัศน์รัฐสภา)	รัฐสภาของ ปชช. (โทรทัศน์รัฐสภา)	ร้อยเรื่องเมืองไทย		09.00		
09.30				สภาสนทนา	สภาสนทนา	ร้อยเรียงข่าว	มีข่าวดีมาบอก	09.15		
10.00	การเมืองเรื่องของประชาชน		การเมืองเรื่อง ของประชาชน	เวลา 10.00 น. เป็นต้นไป ถ่ายทอดเสียง การประชุม สภานิติบัญญัติ แห่งชาติ (สนช.) จนเสร็จสิ้น การประชุม (ที่ประชุม สนช. ครั้งที่ 3/2557 21 ส.ค.57)		บ้านสุขภาพ (คนพิการ-ด้อยโอกาส)	ตะลอนทัวร์ ทั่วไทย	10.00		
10.30	สภาสนทนา	สภาสนทนา				บันทึกการประชุมสภา		11.00		
11.00	เวลา 11.00 น. เป็นต้นไป ถ่ายทอดเสียง การประชุม สภาปฏิรูป แห่งชาติ (สปช.) จนเสร็จสิ้น การประชุม (ที่ประชุม สปช. ครั้งที่ 5/2558 26 ม.ค.58)	เวลา 11.00 น. เป็นต้นไป ถ่ายทอดเสียง การประชุม สภาปฏิรูป แห่งชาติ (สปช.) จนเสร็จสิ้น การประชุม (ที่ประชุม สปช. ครั้งที่ 5/2558 26 ม.ค.58)	เกาะติดสภา นิติบัญญัติแห่งชาติ			แผ่นดินถิ่นไทย		12.00		
12.00			รัฐสภาของเรา			ท้องถิ่นบ้านเรา		13.00		
13.00			สายด่วนรัฐสภา (โทรทัศน์รัฐสภา)					15.00		
15.00			รักเมืองไทย			สภาสาระ		15.30		
16.30			กาลครั้งหนึ่ง.. เมื่อวันนั้น			ชีวิตกับการเรียนรู้	สบาย สบาย กับแพทย์ทางเลือก	16.00		
									ละติจูดรอบโลก	สู้กับข่าว...เส้นทางกฎหมาย สบาย สบาย กับแพทย์ทางเลือก
เดินหน้าประเทศไทย (เชื่อมสัญญาณสถานีโทรทัศน์กองทัพบก)						เดินหน้าประเทศไทย (เชื่อมสัญญาณ ททบ.)		18.00		
18.30	กรรมาธิการพบประชาชน		เจตนารมณ์ กฎหมาย	แก้เบียดไถ่ถูรร้าน	เสียงปฏิรูป	เพลงดี ศรีแผ่นดิน	เพลินเพลง ยามเย็น			
19.00	ถ่ายทอดข่าว สวท.								19.00	
19.30	ข่าวภาษาอังกฤษ								19.30	
20.00	ข่าวในพระราชสำนัก (รับสัญญาณจาก สวท.) และ สารคดี “ปกเกล้าธรรมราชา”								20.00	
	รายการจากสถาบันพระปกเกล้า					คุยกันนอกศาล	สนทนากับ คลังสมอง วปอ.ฯ			
21.00	ปชช. พบประชาชน	๓๐ นาที คดีปกครอง	เปิดประตู สู่ กกต.	สดง. พบประชาชน	กรรมการสิทธิฯ/ ผู้ตรวจการแผ่นดินฯ			ธรรมะก่อนนอน		21.00
21.30	ธรรมะก่อนนอน									
22.00	รายการพิเศษ “เดือนบวชกับวิทยุรัฐสภา” ระหว่างวันที่ 17 มิถุนายน - 18 กรกฎาคม 2558								22.00	
05.00									05.00	

หมายเหตุ - เวลา 08.00 น. และ 18.00 น. เคารพธงชาติ และ พระบรมราโชวาท / นำเสนอข่าวต้นชั่วโมง และสปรอตต่างๆ ตั้งแต่เวลา 08.00-21.00 น.

- หากช่วงเวลาได้มีการถ่ายทอดคำสั่ง/ประกาศ/รายการพิเศษจาก คสช. หรืองานที่ได้รับมอบหมาย สถานีฯ จะดำเนินการถ่ายทอดเสียงจนเสร็จสิ้นภารกิจ



រដ្ឋសភា



ISSN 0125-0957



ที่ปรึกษา

นายจรุ พันธ์เปื้อง
นางสาวสุภาสินี ชมะสุนทร

บรรณาธิการ

นายประวิช ตั้งใจมั่น

ผู้จัดการ

นางบุษราคัม เชาวนศิริ

เหรียญก

นางพรรณมนต์ ไทยวัฒนากุล

กองบรรณาธิการ

นางพรรณพร สิ้นสวัสดิ์

นางสาวอรทัย แสนบุตร

นางฟ้าดาว คงนคร

นางสาวจุฬารัตน์ เต็มผล

นางสาวสทวรรณ เพ็ชรไทย

นางสาวนิธิดา ประเสริฐภักดี

นายพิษณุ จารีย์พันธ์

ฝ่ายศิลปกรรม

นายมานะ เรืองสอน

นายนิธิทัศน์ องค์ศิริชัย

นางสาวทิพย์วิมล อ่อนกลิ่น

ฝ่ายธุรการ

นางสาวเสาวลักษณ์ อินชัยอภิภัทร

นางสาวดลธิ์ จุลนันทน์

นางสาวจริยาพร ดีกลิ่นลา

นางสาวอาภรณ์ เนื่องเศรษฐ์

นางชญาณิศ จงไกรจักร์

พิมพ์ที่

สำนักงานพิมพ์

สำนักงานเลขานุการสภาผู้แทนราษฎร

ผู้พิมพ์ผู้โฆษณา

นางฉัตรภรณ์ วิวัฒน์วานิช

รัฐสภาสาร



วัตถุประสงค์

เพื่อเผยแพร่การปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์
ทรงเป็นประมุข และเพื่อเสนอข่าวสารวิชาการในวงงานรัฐสภา
และอื่น ๆ ทั้งภายในและต่างประเทศ

การส่งเรื่องลงรัฐสภาสาร

ส่งไปที่บรรณาธิการวารสารรัฐสภาสาร

สำนักประชาสัมพันธ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร

ถนนประดิพัทธ์ แขวงสามเสนใน เขตพญาไท กรุงเทพฯ ๑๐๕๐๐

โทร. ๐ ๒๒๔๔ ๒๒๔๔ - ๕

โทรสาร ๐ ๒๒๔๔ ๒๒๔๒

e-mail : rattasapasarn@yahoo.com

การสมัครเป็นสมาชิก

ค่าสมัครสมาชิก ปีละ ๕๐๐ บาท (๑๒ เล่ม)

ราคาจำหน่ายเล่มละ ๕๐ บาท (รวมค่าจัดส่ง)

กำหนดออกเดือนละ ๑ ฉบับ

การส่งบทความลงเผยแพร่ในวารสารรัฐสภาสารจะต้องเป็นบทความ
ที่ไม่เคยลงพิมพ์ในวารสารใดมาก่อน การพิจารณาอนุมัติบทความที่
นำลงพิมพ์ดำเนินการโดยกองบรรณาธิการและคณะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ
ทั้งนี้ บทความ ข้อความ ความคิดเห็น หรือข้อเขียนใดที่ปรากฏ
ในหนังสือเล่มนี้เป็นความเห็นส่วนตัว ไม่ผูกพันกับทางราชการ
แต่ประการใด



ประชาสัมพันธ์การส่งบทความเพื่อตีพิมพ์ในวารสารรัฐสภาสาร

สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร ขอเชิญชวนอาจารย์ ข้าราชการ นักวิชาการ นักการศึกษาสาขาต่าง ๆ และผู้สนใจทั่วไป ส่งบทความวิชาการด้านการเมืองการปกครอง เศรษฐกิจ สังคม สิ่งแวดล้อม ฯลฯ ทั้งในประเทศและต่างประเทศ ลงตีพิมพ์ในวารสารรัฐสภาสาร ของสำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร ซึ่งมีกำหนดออกเดือนละ ๑ ฉบับ

ข้อกำหนดบทความ

๑. บทความวิชาการ หมายถึง บทความที่เขียนขึ้นในลักษณะวิเคราะห์ วิจารณ์ หรือ เสนอแนวคิดใหม่ ๆ จากพื้นฐานวิชาการที่ได้เรียบเรียงมาจากผลงานทางวิชาการของตนหรือของผู้อื่น หรือเป็นบทความทางวิชาการที่เขียนขึ้นเพื่อเป็นความรู้สำหรับผู้สนใจทั่วไป โดยบทความวิชาการ จะประกอบด้วย ส่วนเกริ่นนำ ส่วนเนื้อหา ส่วนสรุป เอกสารอ้างอิงและเชิงอรรถ

๒. บทความต้องมีความยาวของต้นฉบับไม่เกิน ๒๐ หน้ากระดาษขนาด A๔

๓. เป็นบทความที่ไม่เคยตีพิมพ์ที่ใดมาก่อน

การเตรียมต้นฉบับเพื่อตีพิมพ์

๑. ตัวอักษรมีขนาดและแบบเดียวกันทั้งเรื่อง โดยพิมพ์ด้วยโปรแกรม Microsoft Word ใช้ตัวอักษรแบบ Angsana New/UPC ขนาด ๑๖ พอยท์ ตัวธรรมดาสำหรับเนื้อหาปกติ และ ตัวหนาสำหรับหัวข้อ โดยจัดพิมพ์เป็น ๑ คอลัมน์ ขนาด A๔ หน้าเดียว และเว้นระยะขอบกระดาษ ดังนี้

- ด้านบน ๑ นิ้ว
- ด้านล่าง ๑ นิ้ว
- ด้านซ้าย ๑ นิ้ว
- ด้านขวา ๑ นิ้ว

๒. การใช้ภาษาไทยให้ยึดหลักพจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถาน

๓. ต้องระบุชื่อบทความ ชื่อ-สกุล ของผู้เขียนบทความ ตำแหน่ง และสถานที่ทำงาน

อย่างชัดเจน



การส่งบทความ

สามารถส่งบทความได้ ๒ วิธี ดังนี้

๑. ส่งต้นฉบับในรูปแบบเอกสาร ๑ ชุด พร้อมแผ่นบันทึกข้อมูล ไปที่
บรรณาธิการวารสารรัฐสภาสาร
กลุ่มงานผลิตเอกสาร สำนักประชาสัมพันธ์
สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร
ถนนประดิพัทธ์ แขวงสามเสนใน เขตพญาไท กรุงเทพมหานคร ๑๐๔๐๐
๒. ส่งไฟล์ข้อมูลทาง e-mail ไปที่ rattasapasarn@yahoo.com

ค่าตอบแทน

หน้าละ ๒๐๐ หรือ ๓๐๐ บาท ซึ่งกองบรรณาธิการรัฐสภาสารจะเป็นผู้พิจารณาว่าสมควรจะจ่ายเงินค่าตอบแทนในจำนวนหรืออัตราเท่าใด โดยพิจารณาตามหลักเกณฑ์ที่คณะกรรมการพิจารณาปรับอัตราค่าเขียนบทความในหนังสือรัฐสภาสาร ได้กำหนดไว้

ติดต่อสอบถามรายละเอียดได้ที่

กองบรรณาธิการวารสารรัฐสภาสาร โทร. ๐ ๒๒๔๔ ๒๒๔๔ และ ๐ ๒๒๔๔ ๒๒๔๑
โทรสาร ๐ ๒๒๔๔ ๒๒๔๒



บทบรรณาธิการ

การประชามติ หรือ Referendum มีใช้เรื่องแปลกใหม่ในสังคมการเมืองประชาธิปไตย หลายประเทศได้นำการประชามติมาใช้เพื่อให้พลเมืองชี้ขาดในการยอมรับหรือปฏิเสธข้อเสนอใดข้อเสนองหนึ่งของรัฐ เช่น การประชามติในกรีซว่าจะให้รัฐบาลยอมรับและทำตามแผนของเจ้าหนี้รัฐบาลกรีซหรือไม่ การประชามติแยกประเทศของราชอาณาจักรอังกฤษและรัฐบาลสกอตแลนด์ การประชามติเปลี่ยนระยะเวลาการดำรงตำแหน่งของประธานาธิบดีในฝรั่งเศส

สำหรับประเทศไทย การประชามติเกิดขึ้นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๔๙๒ จากนั้น การประชามติมีปรากฏในรัฐธรรมนูญอีกหลายฉบับต่อมา และล่าสุด จะมีการทำประชามติอีกครั้ง เพื่อให้พลเมืองไทยตัดสินใจยอมรับรัฐธรรมนูญฉบับที่ผ่านการร่างโดยคณะกรรมการร่างรัฐธรรมนูญและได้รับความเห็นชอบจากสภาปฏิรูปแห่งชาติแล้ว หรือไม่ จากการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗ แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ๑) พุทธศักราช ๒๕๕๘ เมื่อวันที่ ๑๕ กรกฎาคม ๒๕๕๘ ดังนั้น จึงเป็นหน้าที่ของพลเมืองไทยที่ต้องเตรียมตัวให้พร้อมในการศึกษาร่างรัฐธรรมนูญที่จะถูกเผยแพร่โดยคณะกรรมการการเลือกตั้ง ซึ่งหากคำนวณเวลาแล้ว หลังจากเดือนกรกฎาคมไป จะเหลือเวลาไม่มากนัก การให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบในรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว ด้วยเสียงข้างมากจะเป็นตัวกำหนดว่าเราจะต้องอยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ดังกล่าวหรือไม่ ในห้วงเวลานี้เลยทีเดียว

และเพื่อเป็นข้อมูลในการเตรียมตัวสำหรับการทำประชามติ วารสารรัฐสภาสารฉบับเดือนกรกฎาคมนี้ จึงได้หยิบยกสองบทความที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญมานำเสนอ บทความแรก “**บททางแพ่งแห่งสภาพพลเมือง/สมัชชาพลเมืองของไทย**” โดย ธนัย เกตวังกต เป็นบทความที่นำประเด็นสภาพพลเมือง/สมัชชาพลเมือง ที่กำลังเป็นที่ถกเถียงในสังคมไทย อย่างกว้างขวางมาวิเคราะห์ ด้วยหลายภาคส่วนพยายามผลักดันให้สภาพพลเมือง/สมัชชาพลเมืองเป็นเวทีให้ประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจในการปกครองประเทศแท้จริงได้แสดงความคิดเห็น ผู้เขียนเริ่มปูพื้นฐานตั้งแต่หลักการและแนวคิดของสภาพพลเมือง/สมัชชาพลเมือง จากนั้น นำเสนอความหมายหรือนิยามของคำว่าสภาพพลเมือง/สมัชชาพลเมืองที่ถูกกำหนดโดยกลุ่มต่าง ๆ และสุดท้าย ได้เปรียบเทียบแนวคิดของแต่ละองค์กรที่เกี่ยวข้องกับสภาพพลเมือง/สมัชชาพลเมือง

บทความเรื่องที่สอง “**ความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติ : กรณีพิจารณาในเชิงกระบวนการประชาธิปไตย (Procedural approaches)**” โดย ธนโรจน์ หล่อธนะไพศาล เป็นบทความที่วิเคราะห์การทำหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติว่ามีความชอบธรรม



ในการออกกฎหมายมาบังคับใช้หรือไม่หากยึดตามหลักการประชาธิปไตย ซึ่งหากพิจารณาอย่างผิวเผิน เราอาจสนับสนุนว่า มีความชอบธรรมเนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติมาจากการเลือกตั้ง มีฐานะเป็นผู้แทนปวงชนส่วนใหญ่ ในขณะที่ฝ่ายตุลาการผู้ทำหน้าที่ตรวจสอบการทำงานของฝ่ายนิติบัญญัติน่าจะถูกต้องถึงความต้องการในการทำหน้าที่เนื่องจากเป็นฝ่ายที่ถูกแต่งตั้งและมีวาระการทำงานตลอดชีพ ซึ่งสวนทางกับแนวทางแบบประชาธิปไตย กระนั้น ผู้เขียนพยายามชี้ให้เห็นว่า ถ้าหากบัญญัติกฎหมายที่อาจถูกใจเสียงส่วนใหญ่แต่ละเมิดสิทธิของคนกลุ่มน้อยจะเป็นอย่างไร

บทความเรื่องที่สาม มีความน่าสนใจไม่แพ้สองเรื่องข้างต้น เป็นบทความที่น่าเรื่องใกล้ตัวและเป็นข่าวเสมอมา นั่นคือคดีที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม ซึ่งหากว่าทั้งชาวบ้านที่อยู่รายรอบพื้นที่กับเจ้าของโรงงานต่างยึดหลักไม่ละเมิดสิทธิซึ่งกันและกัน คดีดังกล่าวก็อาจไม่เกิดขึ้น แต่เมื่อมีความขัดแย้งกันแล้ว กฎหมายที่ใช้ตัดสินก็ควรให้ความยุติธรรมกับทุกฝ่าย รวมทั้งฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดก็ไม่ควรใช้ช่องว่างของกฎหมายนั้นมาเป็นข้อโต้แย้ง ซึ่งผู้เขียนบทความนี้ได้เสนอแนะแนวทางการแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้น ในบทความเรื่อง **“ปัญหาเรื่องภาระการพิสูจน์ในคดีสิ่งแวดล้อมตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. ๒๕๓๕”** โดย ผศ. ดร. ปราโมทย์ ประजनปัจจุบัน

สำหรับบทความเรื่องที่สี่ **“ครบรอบ ๗๐ ปี สันนิบาตอาหรับ กรณีปัญหาปาเลสไตน์ : เดินหน้าหรืออยู่อยู่กับที่”** โดย ชูชาติ พุฒเพ็ญ เป็นบทความที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับการเมืองระหว่างประเทศ ซึ่งผู้เขียนได้วิเคราะห์ให้เห็นว่า แม้กลุ่มประเทศอาหรับในภูมิภาคตะวันออกกลางและแอฟริการวมตัวกันจัดตั้งองค์การสันนิบาตอาหรับ เพื่อเสริมสร้างความร่วมมือ แก้ไขปัญหาระหว่างกัน และสร้างสันติภาพในภูมิภาค องค์การนี้มีการประชุมระดับผู้นำหลายครั้ง แต่องค์การดังกล่าวกลับไม่ได้รับการยอมรับทั้งจากสมาชิก เวทีระหว่างประเทศ และมหาอำนาจ เนื่องจากไม่สามารถแก้ไขปัญหาภายในและสร้างสันติภาพในภูมิภาคได้

บทความเรื่องสุดท้าย **“สัญญาแสงประโยชน์ในทรัพยากรปิโตรเลียม : ศึกษากรณีระบบการคลังปิโตรเลียม”** โดย สุภัทร ภูพานิชเจริญกุล เป็นบทความที่ผู้เขียนเสนอแนะระบบการคลังปิโตรเลียมที่เหมาะสมกับประเทศไทย ในแง่สอดคล้องกับกฎหมายปกครอง ประกันความมั่นคงทางพลังงานแก่คนไทย และรัฐได้ประโยชน์สูงสุด ผ่านการศึกษาทฤษฎีที่เกี่ยวกับสัญญาการปกครองในการแสวงหาทรัพยากรธรรมชาติ เปรียบเทียบระบบการคลังปิโตรเลียมระหว่างประเทศไทยกับประเทศมาเลเซีย อินโดนีเซีย และฟิลิปปินส์ ซึ่งในตอนท้ายผู้เขียนได้เสนอแนะแนวทางการแก้ไขด้วยการแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

กองบรรณาธิการวารสารรัฐสภาสารหวังเป็นอย่างยิ่งว่าบทความในฉบับเดือนกรกฎาคมนี้ จะเป็นข้อมูลที่เป็นประโยชน์ประกอบการประจักษ์ที่กำลังจะเกิดขึ้นในอนาคตอันใกล้นี้ แล้วพบกันใหม่ฉบับหน้าค่ะ





สารบัญ

ปีที่ ๖๓ ฉบับที่ ๗ เดือนกรกฎาคม พ.ศ. ๒๕๕๘
Vol. 63 No. 7 July 2015

บนทางแพร่งแห่งสภาพเมือง/สมัชชาพลเมืองของไทย

๔

ธัญญ์ เกตวงกต

ความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติ :

กรณีพิจารณาในเชิงกระบวนการประชาธิปไตย

(Procedural approaches)

๒๙

ธนโรจน์ หล่อธนะไพศาล

ปัญหาเรื่องภาระการพิสูจน์ในคดีสิ่งแวดล้อม

ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. ๒๕๓๕

๖๖

ผศ.ดร.ปราโมทย์ ประजनปัจฉิม

ครบรอบ ๓๐ ปี สันนิบาตอาหรับ กรณีปัญหาปาเลสไตน์ : เดินหน้าหรือย่ำอยู่กับที่

๗๔

ชูชาติ พุดมเพ็ง

สัญญาแสวงประโยชน์ในทรัพยากรปิโตรเลียม : ศึกษากรณีระบบการคลังปิโตรเลียม

๙๓

สุภัทร์ ภูพานิชเจริญกุล



บทบาทแห่งสภาพการเมือง / สมัชชาพลเมืองของไทย

นายธัญญ์ เกตวงกต^{*}

สรุป การเมืองไทยได้เปลี่ยนผ่านมาสู่ระบอบประชาธิปไตยตั้งแต่ พ.ศ. ๒๔๗๕ ซึ่งถือว่าเป็นระยะเวลาที่ยาวนานกว่า ๘๐ ปี ที่สังคมไทยได้เรียนรู้การปกครองภายใต้ระบอบประชาธิปไตย เพราะประชาธิปไตยไม่ใช่สูตรสำเร็จของการปกครองหรือการเมืองที่ดี แต่ประชาธิปไตยคือกระบวนการที่จะนำไปสู่การเปิดโอกาสให้พลเมืองของรัฐร่วมคิดและตัดสินใจความเป็นไปของตน หลายครั้งสังคมไทยต้องเผชิญกับการรัฐประหารและยึดอำนาจ จนทำให้การพัฒนาประชาธิปไตยต้องสะดุดหยุดลงเป็นบางครั้ง แต่ด้วยเวลา

^{*} นักวิชาการ สำนักงานสภาพัฒนาการเมือง สถาบันพระปกเกล้า



ที่ยาวนานทำให้แนวคิดการมีส่วนร่วมของประชาชนในการปกครองเริ่มถูกวางหลักปึกฐานในสังคมการเมืองไทย

แม้จะเกิดการรัฐประหารอยู่บ่อยครั้ง ภาคประชาสังคมบางส่วนยังคงคาดหวังต่อการมีส่วนร่วมในการกำหนดนโยบายและจัดการความเป็นไปของสังคมการเมืองของตนผ่านกลไกของรัฐ ดังเห็นได้จากภายหลังการรัฐประหาร ๒๕๕๗ ภายใต้การนำของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) และมีการประกาศกฎอัยการศึกอย่างยาวนานเพื่อไม่ให้ประชาชนชุมนุมและประท้วง แต่ภาคประชาสังคมของไทยยังมีการผลักดันและนำเสนอต่อคณะรักษาความสงบแห่งชาติ รัฐบาล สถาบันนิติบัญญัติแห่งชาติ สภาปฏิรูปแห่งชาติ รวมถึงคณะกรรมการการร่างรัฐธรรมนูญ ในเรื่องของการผลักดันสภาพลเมือง/สมัชชาพลเมืองให้เกิดขึ้นในรัฐธรรมนูญ เพื่อสร้างพื้นที่ให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการกำหนดนโยบายต่าง ๆ

จากความพยายามผลักดันให้เกิดสภาพลเมือง/สมัชชาพลเมืองของภาคประชาสังคมที่มีผู้สนับสนุนหลากหลาย แต่ไม่เห็นพ้องต้องกันนักในรูปแบบของสภาพลเมือง/สมัชชาพลเมือง บทความนี้พยายามจะวิเคราะห์เกี่ยวกับความเป็นการเมืองของสภาพลเมือง/สมัชชาพลเมือง ของกลุ่มต่าง ๆ ที่นำเสนอเพื่อช่วงชิงพื้นที่และนิยามสภาพลเมือง/สมัชชาพลเมืองในสังคมไทยว่า แนวคิดของกลุ่มดังกล่าวมีความคิดและมีข้อจำกัดของแต่ละแนวคิดอย่างไร เพื่อให้บทความนี้อธิบายความเข้าใจเบื้องต้นเกี่ยวกับแนวคิดของสภาพลเมือง/สมัชชาพลเมืองที่กำลังเป็นที่ถกเถียงอยู่ในปัจจุบันของการร่างรัฐธรรมนูญ

ในการที่จะตอบคำถามข้างต้น บทความนี้จะเริ่มพิจารณาตั้งแต่ หลักการแนวคิดของสภาพลเมือง/สมัชชาพลเมือง แล้วนำเสนอแนวคิดของคนและกลุ่มต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสภาพลเมือง/สมัชชาพลเมือง และวิเคราะห์ให้เห็นถึงข้อดีและข้อจำกัดในเชิงทฤษฎีที่พอจะคาดการณ์ได้ โดยกำหนดขอบเขตของการวิเคราะห์ในช่วงของการนำเสนอของกลุ่มต่าง ๆ ในระหว่างการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๘ อันเนื่องจากความคิดเห็นของแต่ละกลุ่มมีความเปลี่ยนแปลงในแต่ละช่วงเวลา และเพื่อให้เกิดการวิเคราะห์เปรียบเทียบกันจึงพิจารณาการผลักดัน



หลังจากการรัฐประหาร พ.ศ. ๒๕๕๗ ถึงปัจจุบันที่คณะกรรมการการยกย่องรัฐธรรมนูญได้ยก (ร่าง) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ในปลายเดือนเมษายน พ.ศ. ๒๕๕๘ และต่อเนื่องจนถึงต้นเดือนพฤษภาคมที่หลายฝ่ายได้แสดงความคิดเห็นต่อร่างรัฐธรรมนูญ ชำต้น ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับสภาพเมือง/สมัชชาพลเมือง

หลักการและแนวคิดสภาพเมือง/สมัชชาพลเมือง

แนวคิดของสภาพเมือง/สมัชชาพลเมือง มีพื้นฐานมาจากแนวคิดประชาธิปไตยทางตรงที่ต้องการให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการกำหนดนโยบายและความเป็นไปของสังคมการเมืองของตน ซึ่งมีรากฐานมาตั้งแต่สมัยกรีกโบราณที่มีการประชุมเมือง เพื่อให้พลเมืองของกรีก (ไม่นับทาสและคนต่างถิ่น) เข้ามามีส่วนร่วมในการดำเนินนโยบายต่าง ๆ และแนวทางการปกครองข้างต้นได้พัฒนาไปสู่ระบอบประชาธิปไตย ต่อมาสังคมมีขนาดใหญ่โตจนไม่สามารถก่อให้เกิดประชาธิปไตยทางตรงแบบกรีกโบราณได้อีก จึงก่อให้เกิดแนวคิดประชาธิปไตยแบบมีตัวแทน ให้พลเมืองของรัฐเป็นผู้เลือกผู้แทนไปทำหน้าที่แทนตน ซึ่งประชาธิปไตยแบบมีตัวแทนมีข้อจำกัดของการตอบสนองต่อประชาชน หลายครั้งประชาชนไม่มีส่วนร่วมในการกำหนดนโยบายต่าง ๆ อย่างแท้จริง ส่งผลให้จำเป็นต้องพัฒนาระบอบประชาธิปไตยแบบตัวแทนให้ก้าวหน้า แนวทางด้านหนึ่งของการพยายามแก้ปัญหาของประชาธิปไตยแบบตัวแทนดังกล่าวคือ แนวคิดเรื่องสภาพเมือง/สมัชชาพลเมือง เป็นแนวคิดที่จะเปิดพื้นที่ในระดับต่าง ๆ ตั้งแต่ระดับชุมชน ตำบล ไปจนถึงระดับชาติ ให้พลเมืองทุกคนที่ต้องการจะแสดงความคิดเห็นและมีส่วนร่วมในการกำหนดนโยบายและความเป็นไปของพลเมืองด้วยตนเอง

นอกจากนี้ สำหรับบทความนี้จะเลือกใช้คำว่า **สภาพเมือง/สมัชชาพลเมือง** ในความหมายกว้าง ๆ เหมือนกัน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าคำทั้งสองคำล้วนไม่มีความแตกต่างกันอย่างมีนัยสำคัญ เพียงแต่ทั้ง ๒ คำนี้เป็นคำที่องค์กรต่าง ๆ เลือกใช้เป็นเสมือนสัญลักษณ์ที่แสดงถึงแนวทางหรือความคาดหวังขององค์กรนั้น ๆ ต่อการกำหนดรูปแบบโครงสร้างของสภาพเมืองหรือสมัชชาพลเมืองให้เป็นไปตามที่องค์กรนั้น ๆ คาดหวังไว้





การต่อสู้แย่งชิงนิยามของสภาพเมือง/สมัชชาพลเมือง

เนื่องจากสภาพเมือง/สมัชชาพลเมืองเป็นแนวคิดใหม่ในสังคมไทย ส่งผลให้การกำหนดนิยามและโครงสร้างของสภาพเมือง/สมัชชาพลเมืองเต็มไปด้วยความหลากหลายตามความเข้าใจของแต่ละองค์กร ทั้งนี้ การเข้าใจสภาพเมือง/สมัชชาพลเมือง ไม่สามารถเข้าใจได้โดยแยกออกจากบริบทของสังคมการเมืองไทย อันเนื่องจากการเกิดขึ้นของสภาพเมือง/สมัชชาพลเมือง ซึ่งเป็นองค์กรทางการเมืองใหม่ (อันจะกลายเป็นสถาบันการเมืองในอนาคต) ที่จะต้องต่อสู้แย่งชิงพื้นที่ อำนาจ และทรัพยากรจากสถาบันเดิมที่ดำรงอยู่ก่อน ดังนั้นกลุ่มที่เคลื่อนไหวและผลักดันต่อการเกิดขึ้นของสภาพเมือง/สมัชชาพลเมือง จึงเป็นสถาบันที่มีอำนาจหน้าที่ที่คาดหมายว่าจะซ้อนทับกับสภาพเมือง/สมัชชาพลเมืองที่จะเกิดขึ้นใหม่ และจะกำหนดนิยาม ที่มาของสมาชิก โครงสร้าง อำนาจหน้าที่ของสภาพเมือง/สมัชชาพลเมือง แตกต่างกันไปตามความคาดหวังและผลประโยชน์ขององค์กรตน อันได้แก่สถาบันหลัก ๔ สถาบัน ดังนี้ คณะกรรมการการยกย่องรัฐธรรมนูญ ราชการส่วนภูมิภาค (กระทรวงมหาดไทย) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และภาคประชาสังคม

๑. คณะกรรมการการยกย่องรัฐธรรมนูญ

คณะกรรมการการยกย่องรัฐธรรมนูญที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญฯ (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช ๒๕๕๗ ได้วางกรอบแนวคิดการร่างรัฐธรรมนูญฯ กำหนดให้มีองค์กรใหม่ คือ สมัชชาพลเมือง ซึ่งบัญญัติ เศรษฐศิริโรตม์ หนึ่งในกรรมการการยกย่องรัฐธรรมนูญ อธิบายเหตุผลของการเลือกใช้คำว่า “สมัชชาพลเมือง” แทนคำว่า “สภาพเมือง” เพราะหากใช้คำว่า “สภา” อาจจะก่อให้เกิดความเข้าใจผิดว่าบุคคลที่จะเข้ามาเป็นสมาชิกจะมีอำนาจ ได้รับค่าตอบแทน ซึ่งไม่ตรงกับความต้องการที่จะเกิดขึ้น อันเนื่องจากคาดหวังให้สมัชชาพลเมืองเป็นพื้นที่กลางของการมีส่วนร่วมของภาคประชาสังคมในการที่จะมาทำงานร่วมกัน ได้แก่ สภาองค์กรชุมชน สภาพัฒนาการเมือง เครือข่ายเกษตรกรรมทางเลือก สมัชชาสุขภาพ สมัชชาองค์กรด้านสิ่งแวดล้อม ชุมชนท้องถิ่นในพื้นที่ เป็นต้น สามารถมาใช้พื้นที่สมัชชาพลเมืองเพื่อแลกเปลี่ยนพูดคุย กำหนดทิศทางการพัฒนา^๑

^๑ สำนักข่าวเนชั่น, บทบาท “สมัชชาพลเมือง” : มอนิเตอร์ร่างรัฐธรรมนูญ, แหล่งที่มา : <http://www.komchadluek.net/> (เข้าถึงเมื่อ ๕ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๘).



ในช่วงการกำหนดกรอบของ (ร่าง) รัฐธรรมนูญของคณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญได้กำหนดให้สมาชิกภาพเมืองมีหน้าที่สร้างการมีส่วนร่วมในการพัฒนาท้องถิ่น สร้างความเข้มแข็งในการจัดการตนเอง และตรวจสอบแผน/โครงการ ผลกระทบต่อคนในพื้นที่ โดยกำหนดโครงสร้างสมาชิกภาพเมืองไว้คร่าว ๆ ๒ รูปแบบ คือ สมาชิกภาพพื้นที่ ได้แก่ ประเทศ ภูมิภาค จังหวัด ตำบล หรือภูมิโนเวศ เช่น ลุ่มน้ำ ทะเล เป็นต้น และสมาชิกภาพประเด็น เช่น การศึกษา สิ่งแวดล้อม แรงงาน สุขภาพ วัฒนธรรม เกษตร เป็นต้น^๒ และมีองค์ประกอบที่มาของสมาชิกภาพเมืองจาก ผู้แทนสภาองค์กรชุมชน ผู้แทนประชาสังคม ผู้แทนภาคเอกชน ผู้แทนสถาบันอุดมศึกษา ผู้นำศาสนา ปราชญ์ชาวบ้าน ฯลฯ^๓

ภายหลังจากร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ...^๔ ที่คณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญได้ยกร่างขึ้นเพื่อรับฟังความคิดเห็นของสภาปฏิรูปแห่งชาติในปลายเดือนเมษายน ๒๕๕๘ ร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้ระบุถึง “สมาชิกภาพเมือง” ในมาตรา ๒๘ มาตรา ๗๑ มาตรา ๗๔ มาตรา ๒๑๕ และมาตรา ๒๘๕ ซึ่งไม่ได้กำหนดองค์ประกอบคุณสมบัติ ที่มา วาระการดำรงตำแหน่ง และภารกิจของสมาชิกภาพเมืองไว้ เพียงแต่กำหนดให้เป็นไปตามกฎหมายที่จะบัญญัติต่อไป (ตามมาตรา ๒๑๕) ทั้งนี้ จากการพิจารณาถึงบริบทของมาตราต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับสมาชิกภาพเมือง จะเห็นได้สมาชิกภาพเมืองที่จะเกิดขึ้นเสมือนเป็นองค์กรตรวจสอบภาคประชาชนต่อการดำเนินนโยบายสาธารณะของรัฐ (มาตรา ๗๑) และตรวจสอบมาตรฐานทางจริยธรรมของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง (มาตรา ๗๔)

^๒ คณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญ, เอกสารภาพรวมและกรอบแนวคิดร่างรัฐธรรมนูญฉบับปฏิรูป ๒๕๕๘ โดยคณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญ, แหล่งที่มา : <http://www.rmthailand.com/> (เข้าถึงเมื่อ ๕ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๘).

^๓ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, “ระบอบการเมือง นักการเมือง และสถาบันการเมือง,” **จุลสารรัฐธรรมนูญ** ๑, ๒ ปีหลัง (มกราคม ๒๕๕๘) : ๑.

^๔ คณะกรรมการการยกร่างรัฐธรรมนูญ, ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย, แหล่งที่มา : <http://www.prachatai.org/> (เข้าถึงเมื่อ ๑ พฤษภาคม ๒๕๕๘).





จากข้อมูลข้างต้นจะเห็นได้ว่ากรอบสมัชชาพลเมืองของคณะกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญเป็นแค่เพียงกรอบกว้าง ๆ ในหลักการ ไม่มีรายละเอียดโครงสร้างหน้าที่ที่ชัดเจนของสมัชชาพลเมืองที่จะเกิดขึ้น ซึ่งจำเป็นต้องพิจารณาในกฎหมายที่จะบัญญัติต่อไป นอกจากนี้ การกำหนดโครงสร้างสมัชชาพลเมืองขึ้นตามพื้นที่และเชิงประเด็น ทำให้เกิดข้อสงสัยได้ว่า สมัชชาในเชิงประเด็น ใครจะเป็นผู้กำหนดและนิยามประเด็นปัญหาที่เหมาะสมจะจัดตั้งขึ้นเป็นสมัชชาพลเมือง เพราะคนที่กำหนดและนิยามประเด็นจะเสมือนมีอำนาจควบคุมการจัดตั้งสมัชชาพลเมืองในประเด็นต่าง ๆ อันเนื่องจากปัญหาในสังคมมีหลากหลายปัญหา และคงมีเพียงบางปัญหาที่ถูกหยิบยกมาพิจารณาเท่านั้น และสมัชชาในเชิงประเด็นอาจจะทับซ้อนกับสมัชชาพลเมืองในเชิงพื้นที่และภูมิภาค ซึ่งอาจจะนำไปสู่การทับซ้อนของอำนาจของสมัชชาพลเมืองทั้งสองแบบข้างต้น

๒. ราชการส่วนภูมิภาค (กระทรวงมหาดไทย)

ราชการส่วนภูมิภาคของไทยเป็นสถาบันทางการเมืองที่มีอำนาจในสังคมการเมืองไทยมาอย่างยาวนาน และภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองมาสู่ระบอบประชาธิปไตย อำนาจของราชการส่วนภูมิภาคยังคงเต็มไปด้วยความเข้มแข็ง เพราะราชการส่วนกลางได้มอบอำนาจในการบริหารจัดการพื้นที่นอกส่วนกลางให้แก่ราชการส่วนภูมิภาคปฏิบัติตามนโยบายจากส่วนกลาง ซึ่งราชการส่วนภูมิภาคที่มีบทบาทในภูมิภาค ได้แก่ จังหวัด และอำเภอ ภายใต้การกำกับดูแลของกระทรวงมหาดไทย ซึ่งองค์กรเหล่านี้จะได้ครอบครองอำนาจเหนืออาณาบริเวณทุกส่วนของรัฐไทย เว้นแต่พื้นที่พิเศษอย่างกรุงเทพมหานครและเมืองพัทยา ดังนั้นการเกิดขึ้นของสภาพลเมืองทั่วประเทศจำเป็นต้องแบ่งปันอำนาจบางส่วนจากราชการส่วนภูมิภาค โดยเฉพาะกระทรวงมหาดไทย ซึ่งมีอำนาจทางการเมืองปกครองในพื้นที่นอกเหนือจากพื้นที่กรุงเทพมหานคร

ด้วยเหตุนี้ กระทรวงมหาดไทยไม่สามารถปล่อยให้สภาพลเมือง/สมัชชาพลเมืองที่เป็นองค์กรภาคประชาชนซึ่งเป็นอิสระปราศจากการควบคุมของกระทรวงมหาดไทยเกิดขึ้น เพราะนั่นเท่ากับเป็นการลดทอนอำนาจของกระทรวงมหาดไทยลง ดังนั้นแนวทางหนึ่งของกระทรวงมหาดไทยคือ การสนับสนุน (ร่าง) พระราชบัญญัติ



สมัชชาพลเมือง พ.ศ.^๕ ซึ่ง (ร่าง) ฉบับนี้ได้กำหนดควบคุมสมัชชาพลเมือง (องค์กรใหม่) ให้อยู่ภายใต้การควบคุมของกระทรวงมหาดไทยนั่นเอง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ ยอมให้จัดตั้งสมัชชาพลเมืองขึ้น แต่สมัชชาพลเมืองจะเป็นเสมือนองค์กรในกำกับของ กระทรวงมหาดไทยนั่นเอง

(ร่าง) พระราชบัญญัติสมัชชาพลเมือง พ.ศ. ได้กำหนดให้สมัชชาพลเมือง เป็นองค์กรพิเศษ มีอาณาเขตตามเขตจังหวัด อำเภอ และกำหนดให้มีสถานะเป็น นิติบุคคล (มาตรา ๕) มีอำนาจหน้าที่สำคัญในการดูแลเสนอแนะนโยบายด้านการ พัฒนาระดับจังหวัด อำเภอ และตำบล ตรวจสอบจัดเวทีประชุม ประชาพิจารณ์ หรือประชาคมตีโนโครงการขนาดใหญ่ ตรวจสอบการทุจริตคอร์รัปชัน และเสนอแนะให้ความเห็น ในการแก้ไขปัญหาต่อจังหวัด อำเภอ ตำบล และหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง (มาตรา ๔๙) อย่างไรก็ตาม สมัชชาพลเมืองที่เกิดขึ้นได้ถูกออกแบบให้อยู่ภายใต้อำนาจของผู้ว่าราชการ จังหวัดที่เป็นที่ตั้งของสมัชชาพลเมืองนั้น โดยกำหนดให้ผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจ หน้าที่กำกับดูแลการบริหารของสมัชชาพลเมือง สมัชชาพลเมืองจะออกร่างบัญญัติใด ๆ ต้องรายงานให้ผู้ว่าราชการจังหวัดรับรอง รวมถึงสมัชชาพลเมืองจะนำเรื่องใดเสนอต่อ รัฐมนตรีต้องรายงานให้ผู้ว่าราชการจังหวัดทราบด้วย (มาตรา ๖๗ - ๗๐) และให้ รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยรักษาการตามพระราชบัญญัติ มีอำนาจในการออก กฎกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศเพื่อปฏิบัติตามพระราชบัญญัติที่ร่างขึ้นนี้ (มาตรา ๔)

จากข้อมูลข้างต้นจะเห็นได้ว่า ถ้าสมัชชาพลเมืองที่เกิดขึ้นเป็นไปตาม รูปแบบของ (ร่าง) พระราชบัญญัติสมัชชาพลเมือง พ.ศ. จะทำให้สมัชชาพลเมืองดังกล่าว เป็นดังแกนหาความชอบธรรมของกระทรวงมหาดไทยที่สามารถได้ความชอบธรรมจาก

^๕ ดร. ศิริฐนันท์ ไทยานนทร์, (ร่าง) พระราชบัญญัติสมัชชาพลเมือง พ.ศ. (เอกสารอัดสำเนา). ซึ่งผู้เขียนเชื่อว่าเป็น (ร่าง) ที่สนับสนุนและมอบอำนาจให้กระทรวงมหาดไทย อย่างเต็มที่ เห็นได้จากอำนาจหน้าที่ของสมัชชาพลเมืองอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกระทรวงมหาดไทย





ความเห็นของประชาชนในการดำเนินนโยบายต่าง ๆ ผ่านช่องทางของสมาชิกสภาพลเมืองที่จะเกิดขึ้น ดังนั้นจึงไม่น่าจะตรงกับความมุ่งหวังที่จะให้สมาชิกสภาพลเมืองเป็นเวทีเปิดพื้นที่ให้แก่ประชาชนได้มีส่วนร่วมในการกำหนดนโยบายและตรวจสอบด้วยตนเอง

๓. องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น

ภายหลังหลังเหตุการณ์พฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๓๕ องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นเติบโตขึ้นอย่างมาก เนื่องจากเหตุการณ์ในครั้งนั้น ประชาชนไทยต่อต้านนายกรัฐมนตรีที่ไม่ได้มาจากการเลือกตั้งจนนำไปสู่การปฏิรูปการเมืองครั้งสำคัญ และการปฏิรูปด้านหนึ่งที่เกิดขึ้นคือ การกระจายอำนาจไปสู่ท้องถิ่น ให้ประชาชนในท้องถิ่นมีอำนาจในการเลือกตั้งผู้นำท้องถิ่น ได้แก่ องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล และเทศบาล อันเป็นการลดทอนอำนาจของกระทรวงมหาดไทยในระดับภูมิภาคอย่างมาก โดยเฉพาะการแบ่งสรรงบประมาณในการบริหารจังหวัดและตำบลให้แก่องค์การปกครองส่วนท้องถิ่น

อย่างไรก็ตาม องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นที่เติบโตมามากกว่า ๒๐ ปี ได้ลงหลักปักฐานเป็นสถาบันทางการเมืองที่สำคัญอย่างหนึ่งของไทย ดังนั้นบางหน่วยงานจึงพยายามจะจัดตั้งสภาพลเมือง/สมาชิกสภาพลเมืองให้องค์และพึงพิงกับองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งในระดับตำบลและจังหวัด ดังข้อเสนอของคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย (คปก.) ที่ได้เสนอ (ร่าง) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับที่กำลังจะเกิดขึ้นในหมวดที่ ๗ เพื่อเสนอต่อหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ให้กำหนดให้สภาพลเมืองเป็นส่วนหนึ่งขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่น^๖

^๖ คณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงและพัฒนากฎหมายด้านการกระจายอำนาจและการมีส่วนร่วมของประชาชน, (ร่าง) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หมวด ๗ การกระจายอำนาจและการปกครองส่วนท้องถิ่น. (มีมติเห็นชอบแล้วเมื่อวันที่ ๒๐ พฤศจิกายน ๒๕๕๗) มาตรา ๕.



สำหรับร่างที่คณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงและพัฒนากฎหมายด้านการกระจายอำนาจและการมีส่วนร่วมของประชาชน ภายใต้คณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย ได้กำหนดให้จัดตั้งสภาพลเมืองอยู่ภายใต้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น มีหน้าที่กำหนดทิศทางการพัฒนาร่วมกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและสร้างความเข้มแข็งให้ประชาชนในท้องถิ่น ทั้งนี้วิธีการได้มาซึ่งสมาชิกสภาพลเมืองให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ^๗

จากข้อมูลข้างต้นแสดงให้เห็นได้ว่า สภาพลเมืองที่จะเกิดขึ้นจากความคาดหวังของคณะกรรมการปฏิรูปกฎหมาย (คปก.) จะกลายเป็นองค์กรหนึ่งภายใต้การกำกับขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เพราะองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต่าง ๆ เป็นสถาบันที่เติบโตและดำรงอยู่อย่างมั่นคงถาวร มีระเบียบแบบแผนและวิถีปฏิบัติที่ชัดเจน เมื่อสภาพลเมืองซึ่งเป็นองค์กรใหม่ที่เกิดขึ้นต้องมาพึ่งพิงกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จะส่งผลให้สภาพลเมืองจดจำแนวทางและอาศัยระเบียบและกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ตามแบบที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ดำเนินการมาก่อนผ่านบุคลากรจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มานำเสนอแนวทางการดำเนินงานให้แก่สภาพลเมือง รวมถึงงบประมาณที่ต้องพึ่งพิงจากท้องถิ่น ท้ายที่สุดสภาพลเมืองที่เกิดขึ้นอาจจะกลายเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ จนไม่สามารถจะพัฒนาเป็นองค์กรที่มีอิสระและเปิดพื้นที่ให้แก่ประชาชนทุกคนอย่างแท้จริง^๘

๔. ภาคประชาสังคม

ภาคประชาสังคม/อารยะสังคม (civil society) เป็นแนวคิดที่เริ่มก่อตัวมาตั้งแต่ศตวรรษที่ ๑๕ ที่รัฐเริ่มแยกตัวออกจากสังคม ซึ่งประชาสังคมเป็นแนวคิดที่ปฏิเสธแนวคิดปัจเจกนิยมแบบสุดขีด (individualism) เพราะต้องการให้มนุษย์ร่วมแรงร่วมใจ

^๗ เพิ่งอ้าง

^๘ พิจารณาการพัฒนาของสถาบันทางการเมืองเพิ่มเติมได้ที่ ธนัย เกตวังกต, “การเดินทางจากสถาบันนิยมเก่าไปสู่สถาบันนิยมใหม่,” รัฐศาสตร์สาร ๓๕,๒ (พฤษภาคม – สิงหาคม ๒๕๕๘ : ๑๔๘.





และคิดถึงผลประโยชน์ส่วนรวมมากกว่าผลประโยชน์ส่วนตัว และปฏิเสธ “รัฐนิยม” (statism) คือ ไม่ชอบให้รัฐมีบทบาทมากเกินไป แต่ต้องการให้ชุมชน ภาคเอกชน และกลุ่มต่าง ๆ มีส่วนในการช่วยเหลือสังคมของตนเอง และรับผิดชอบส่วนรวมให้มากขึ้น^๙ ทั้งนี้ อาจสรุปได้ว่าภาคประชาสังคม หมายถึง สภาวະที่สถาบัน สมาคม ชุมชน และภาคส่วนอื่น ๆ ของสังคมนอกจากรัฐมีส่วนร่วมในการบริหารจัดการความเป็นไปของสังคมด้วยตนเอง

สำหรับภาคประชาสังคมของไทยปัจจุบัน สามารถแบ่งคร่าว ๆ ออกได้เป็น ๒ กลุ่ม คือ กลุ่มแรกที่ทำเนียบภารกิจเป้าหมายไปตามความต้องการของกลุ่ม/ชุมชน แต่ไม่ต้องพึ่งพิงและอยู่ภายใต้การกำกับควบคุมของรัฐ^{๑๐} และกลุ่มที่สองที่เกิดขึ้นมาจากการสนับสนุนของภาครัฐ และพึ่งพิงภาครัฐในการดำเนินกิจกรรมทางการเมือง อันเนื่องมาจากเหตุการณ์ทางการเมืองในอดีตได้ก่อให้เกิดการหนุนการเมืองภาคประชาชนโดยรัฐ กล่าวคือ ภายหลังจากการเกิดขึ้นของการชุมนุมเมื่อ พ.ศ. ๒๕๓๕ ต่อต้านการสืบทอดอำนาจของ พลเอก สุจินดา คราประยูร หนึ่งในคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (รสช.) ที่ต้องการจะสืบทอดอำนาจดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีที่ไม่ได้มาจากการเลือกตั้ง เหตุการณ์ในครั้งนั้นได้มีผู้ชุมนุมต่อต้านที่มาจากตัวแทนพรรคการเมือง สหพันธ์นิสิตนักศึกษาแห่งประเทศไทย และประชาชนหลายภาคส่วน จากเหตุการณ์การชุมนุมดังกล่าว ได้พัฒนาความขัดแย้งและขยายตัวจนนำไปสู่ความรุนแรงใจกลางกรุงเทพฯ และผลจากความขัดแย้งครั้งนั้นได้นำไปสู่การก่อตัวขึ้นของแนวคิดการมอบอำนาจให้แก่ประชาชนในการบริหารจัดการตนเอง ทั้งในรูปแบบของการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และการสนับสนุนการเมืองภาคประชาสังคมโดยรัฐ ได้แก่ การจัดตั้งสถาบันพัฒนาองค์กรชุมชน (องค์การมหาชน)

^๙ อเนก เหล่าธรรมทัศน์, **อนุทินการเดินทางของความคิด : จาก “รัฐ” สู่ “อารยสังคม” และ “พลเมือง”**, (กรุงเทพฯ : สถาบันชุมชนท้องถิ่นพัฒนา, ๒๕๔๐).

^{๑๐} พิจารณาการเติบโตของภาคประชาสังคมได้ที่ ประภาส ปันตักแต่ง, **การเมืองบนท้องถนน ๙๙ วัน สมัชชาคนจนและประวัติศาสตร์การเดินขบวนชุมนุมประท้วงในสังคมไทย**, (กรุงเทพฯ : ศูนย์วิจัยและผลิตตำรา มหาวิทยาลัยเกริก, ๒๕๔๐).



ต่อมาเมื่อการเมืองไทยเผชิญกับวิกฤตการเมืองที่ฝ่ายบริหารมีความเข้มแข็ง ภายใต้การนำของ พันตำรวจโท ทักษิณ ชินวัตร อดีตนายกรัฐมนตรี ซึ่งในยุคสมัยนั้นกลไกการตรวจสอบด้วยโครงสร้างและกระบวนการทางระบอบประชาธิปไตยแบบรัฐสภาและองค์กรอิสระเป็นไปได้ยาก จึงทำให้ประชาชนออกมารวมตัวชุมนุม ภายใต้ชื่อพันธมิตรประชาชนเพื่อประชาธิปไตย โดยในช่วงแรก (พ.ศ. ๒๕๔๘) กลุ่มพันธมิตรฯ เป็นการรวมตัวขององค์กร สมาคมต่าง ๆ มากมายเพื่อเรียกร้องให้ปรับเปลี่ยนระบอบประชาธิปไตยให้มีความชอบธรรมมากขึ้น ในส่วนของการใช้อำนาจทางการเมืองให้มีการตรวจสอบการใช้อำนาจฝ่ายบริหารให้ชอบธรรมมากขึ้น ซึ่งหลังจากนั้นเหตุการณ์ชุมนุมได้พัฒนาความขัดแย้งและขยายตัวจนนำไปสู่การรัฐประหารฯ พ.ศ. ๒๕๕๑ และก่อให้เกิดการร่างรัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. ๒๕๕๐ ซึ่งภายใต้รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. ๒๕๕๐ ได้เล็งเห็นถึงความสำคัญของการเมืองภาคประชาชนต่อการสร้างความเข้มแข็งของระบอบประชาธิปไตย จึงได้จัดตั้งองค์กรที่สนับสนุนการเมืองภาคประชาชนขึ้น ได้แก่ สมาพัฒนาการเมือง และสภาองค์กรชุมชน เป็นต้น

จากที่กล่าวมา จะเห็นได้ว่าภาคประชาสังคมที่ได้รับการสนับสนุนในการจัดตั้งองค์กรและงบประมาณที่ผูกพันกับรัฐ ได้กลายเป็นตัวแทนภาคประชาชนของประเทศไทยในปัจจุบัน และมีองค์กรอยู่ ๓ องค์กรที่เติบโตขึ้นและมีส่วนต่อการพยายามจัดตั้งสภาพลเมืองขึ้น ได้แก่ สถาบันพัฒนาองค์กรชุมชน (พอช.) สมาพัฒนาการเมือง และสภาองค์กรชุมชน อันเนื่องจากทั้งสามองค์กรนี้เป็นองค์กรที่จะมีอำนาจหน้าที่และภารกิจใกล้เคียงกันกับสภาพลเมืองที่จะเกิดขึ้น ทั้งในแง่ของบริบทพื้นที่ในการเป็นตัวแทนของประชาชน โครงสร้าง อำนาจหน้าที่ และงบประมาณ ดังนั้น องค์กรดังกล่าวจำเป็นต้องกำหนดให้สภาพลเมืองเป็นไปในแนวทางที่สนับสนุนการดำเนินงานของตน และต้องไม่ทับซ้อนกับการดำเนินงานของตน

๔.๑ สถาบันพัฒนาองค์กรชุมชน (องค์การมหาชน)

สถาบันพัฒนาองค์กรชุมชน ตั้งขึ้นเมื่อวันที่ ๒๗ กรกฎาคม ๒๕๔๓ ตามพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งสถาบันพัฒนาองค์กรชุมชน (องค์การมหาชน) พ.ศ. ๒๕๔๓ เป็นองค์กรของรัฐตามพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. ๒๕๔๒ ภายใต้การกำกับ





ดูแลของรัฐมนตรีนว่าการกระทรวงการคลัง ต่อมาในเดือนตุลาคม ๒๕๔๕ ได้ย้ายมาอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐมนตรีนว่าการกระทรวงการพัฒนาระบบเศรษฐกิจและความมั่นคงของมนุษย์ ซึ่งมีการกำหนดหน้าที่ในการสนับสนุนและให้ความช่วยเหลือองค์กรชุมชน เครือข่ายองค์กรชุมชนเกี่ยวกับการประกอบอาชีพ การพัฒนาอาชีพ การเพิ่มรายได้ การพัฒนาที่อยู่อาศัย การพัฒนาสิ่งแวดล้อม การพัฒนาชีวิตความเป็นอยู่ของสมาชิก ชุมชนเมือง และชนบท^{๑๑}

ข้อเสนอของสถาบันพัฒนาองค์กรชุมชนที่ได้จากการประชุมเวที “สมัชชาพลเมืองภาคประชาชน” เมื่อวันที่ ๒๓ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๘ ซึ่งที่ประชุมได้มีความเห็นให้จัดตั้งสมัชชาพลเมืองขึ้น เนื่องจากตลอดระยะเวลาที่ผ่านมาอำนาจการวางแผนพัฒนาประเทศรวมศูนย์อยู่ที่ส่วนกลางและสั่งการจากข้างบน เป็นอุปสรรคต่อการพัฒนาประเทศและประชาธิปไตย ส่งผลให้ชุมชนท้องถิ่นอ่อนแอไม่สามารถจัดการชีวิตตนเองรวมถึงทรัพยากรธรรมชาติได้ จึงควรคืนอำนาจให้แก่ชุมชนท้องถิ่นในการจัดการตนเองผ่านการจัดตั้งสภาพลเมือง ซึ่งสมัชชาพลเมืองที่เกิดขึ้นควรเป็นนิติบุคคล มีโครงสร้างในระดับชุมชนท้องถิ่น มีที่มาของสมาชิกจากตัวแทนภาคประชาชนที่หลากหลาย และกำหนดให้มีหน้าที่วางแผนการพัฒนาท้องถิ่น ถ่วงดุลอำนาจรัฐในท้องถิ่น และเสริมสร้างความเข้มแข็งของประชาชน^{๑๒}

จากข้อมูลดังกล่าวจะเห็นได้ว่า สมัชชาพลเมืองที่เกิดขึ้นจากแนวคิดของสถาบันพัฒนาองค์กรชุมชน (องค์กรมหาชน) ที่ต้องการจะให้สมัชชาพลเมืองที่เกิดขึ้นเป็นองค์กรระดับชุมชนท้องถิ่น และมีอำนาจหน้าที่ในการวางแผนการพัฒนาท้องถิ่น ถ่วงดุลอำนาจรัฐในท้องถิ่น และเสริมสร้างความเข้มแข็งของประชาชน ทั้งนี้ ถ้าสมัชชา

^{๑๑} สถาบันพัฒนาองค์กรชุมชน (องค์กรมหาชน), **ประวัติพอช.**, แหล่งที่มา : <http://www.codi.or.th/> (เข้าถึงเมื่อ ๕ เมษายน ๒๕๕๘)

^{๑๒} ชัยณรงค์ วงษ์ศรีแก้ว, **สมัชชาพลเมือง คืนอำนาจสู่ชุมชนท้องถิ่น**, แหล่งที่มา : <http://www.codi.or.th/> (เข้าถึงเมื่อ ๕ เมษายน ๒๕๕๘)



พลเมืองที่เกิดขึ้นจะอยู่ภายใต้การสนับสนุนของสถาบันพัฒนาองค์กรชุมชน (องค์การมหาชน) จะกลายเป็นองค์กรที่มีความเข้าช้อนกับสภาองค์กรชุมชนหรือไม่ จะกำหนดให้มีอำนาจหน้าที่ที่แตกต่างกันอย่างไร และสภาองค์กรชุมชนก็มีลักษณะเป็นองค์กรภาคประชาชนที่รัฐสนับสนุนเช่นเดียวกับที่สมัชชาพลเมืองจะเกิดขึ้นอยู่แล้ว

๔.๒ สภาพัฒนาการเมือง

สภาพัฒนาการเมืองจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติสภาพัฒนาการเมือง พ.ศ. ๒๕๕๑ ซึ่งได้ถูกระบุไว้ในรัฐธรรมนูญฯ ๒๕๕๐ โดยมีวัตถุประสงค์ในการพัฒนาการเมืองในระบบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข และส่งเสริมการพัฒนาคุณธรรมและจริยธรรมของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและเจ้าหน้าที่ของรัฐ รวมทั้งดำเนินการส่งเสริมให้ประชาชนมีความเข้มแข็งในทางการเมือง

ข้อเสนอของสภาพัฒนาการเมืองต่อเรื่องสภาพลเมือง/สมัชชาพลเมือง คือ การเสนอให้จัดตั้งสภาพลเมืองขึ้น โดยให้บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ เพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการส่งเสริมความเข้มแข็งภาคพลเมือง และเปิดพื้นที่ให้ภาคพลเมืองมีส่วนร่วมกำหนดวิถีชีวิตของตนเองและชุมชน เช่น มีส่วนร่วมต่อการกำหนดนโยบายเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมของชุมชน^{๑๓} ทั้งนี้ โครงสร้างของสภาพลเมืองที่จะบัญญัติในรัฐธรรมนูญควรมีอย่างน้อย ๓ ระดับ ดังนี้ ๑) ระดับตำบลหรือเทศบาล ๒) ระดับจังหวัด ๓) ระดับชาติ โดยกำหนดที่มาของสมาชิกสภาพลเมืองต้องมียุทธศาสตร์ประกอบจากภาคส่วนต่าง ๆ และเริ่มต้นจากชุมชน จังหวัด และชาติ^{๑๔}

จากข้อมูลดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าสภาพลเมืองที่จะเกิดขึ้นของสภาพัฒนาการเมืองเป็นเพียงกรอบกว้าง ๆ ในเชิงหลักการและแนวคิด แต่ไม่ได้มีลักษณะของ

^{๑๓} ธีรภัทร์ เสรีรังสรรค์, แฉลงข่าวผลการประชุมสภาพัฒนาการเมืองสมัยประชุมที่สอง ครั้งที่ ๒, แหล่งที่มา : <https://www.youtube.com/> (เข้าถึงเมื่อ ๑๑ พฤษภาคม ๒๕๕๘)

^{๑๔} “เสนอปรับแก้ ๓ ประเด็น,” เดลินิวส์ (๑๐ พฤษภาคม ๒๕๕๘) : ๑, ๘.





สภาพเมืองที่เป็นลักษณะโครงสร้างองค์กรที่แน่นอน และโครงสร้าง ๓ ระดับ ดังกล่าว จะสร้างความแตกต่างกับสภาองค์กรชุมชนอย่างไร เพราะอำนาจหน้าที่ที่ระบุไว้ของ สภาพเมืองในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการส่งเสริมภาคประชาชนให้มีความเข้มแข็งมีความทับซ้อน กับอำนาจหน้าที่ของสภาองค์กรชุมชนและสภาพพัฒนาการเมือง ดังนั้น จำเป็นต้องระบุ ให้เห็นถึงความแตกต่างขององค์กรเหล่านี้เพิ่มเติมด้วยไม่เช่นนั้นจะเป็นการขยายองค์กร ภาคประชาสังคมโดยรัฐให้หลากหลายขึ้น แต่มีอำนาจหน้าที่เหมือนกัน หรือมีบุคลากร ภาคประชาสังคมแบบกลุ่มเดียวกัน ทำให้สับสนเปลืองงบประมาณ

๔.๓ สภาองค์กรชุมชน

สภาองค์กรชุมชน คือ เวทีแลกเปลี่ยนเรียนรู้ เพื่อกำหนดแนวทางการพัฒนาชุมชนของคนในชุมชนท้องถิ่นโดยคนในชุมชนท้องถิ่นและเพื่อคนในชุมชนท้องถิ่น ซึ่งเวทีแลกเปลี่ยนเรียนรู้ดังกล่าวประกอบด้วย ตัวแทนของสถาบันในชุมชนท้องถิ่น เช่น วัด โรงเรียน สถานีนามัย เป็นต้น ตัวแทนของกลุ่มองค์กรชุมชนต่างๆ เช่น กลุ่มออมทรัพย์ กลุ่มแม่บ้าน กลุ่มโรงสีรวม กลุ่มอนุรักษ์ป่า และกลุ่มกิจกรรมพัฒนาอื่นๆ ที่มีอยู่ในแต่ละ ชุมชน โดยมีผู้นำชุมชนที่ไม่เป็นทางการ เช่น ผู้รู้ภูมิปัญญา ปราชญ์ชาวบ้าน และผู้นำ ทางการ ได้แก่ กำนัน ผู้ใหญ่บ้านในชุมชนท้องถิ่น เข้ามาร่วมใช้เวทีพูดคุยเพื่อแก้ไขปัญหา ของชุมชนท้องถิ่นร่วมกัน เป็นระบบการจัดการตนเองของชุมชนท้องถิ่นที่มีมาตั้งแต่อดีตแล้ว^๕

ตามพระราชบัญญัติสภาองค์กรชุมชน พ.ศ. ๒๕๕๑ มาตรา ๓๐ กำหนดให้มีการจัดประชุมระดับชาติของสภาองค์กรชุมชนตำบลปีละอย่างน้อยหนึ่งครั้ง และในการประชุมระดับชาติของสภาองค์กรชุมชนตำบล เมื่อวันที่ ๑๑ - ๑๒ ธันวาคม ๒๕๕๗ ได้มีข้อเสนอของที่ประชุมหลัก ๆ ๔ ด้าน คือ ๑) ข้อเสนอต่อรัฐธรรมนูญใหม่ ๒) ข้อเสนอ การปฏิรูปประเทศไทย ๓) ข้อเสนอเร่งด่วนให้รัฐบาล และ ๔) แก้ไขปัญหาที่ประชาชน ประสบ ซึ่งในข้อเสนอดังกล่าวได้มีความคิดเห็นเกี่ยวกับสภาพเมืองให้ประชาชนได้มี

^๕ สภาองค์กรชุมชน, ๑๒ ปัญหาสภาองค์กรชุมชน...ที่มีคำตอบ, แหล่งที่มา : <http://cocesan.blogspot.com/> (เข้าถึงเมื่อ ๕ พฤษภาคม ๒๕๕๘)



ส่วนร่วมในการปกครอง สามารถใช้อำนาจประชาธิปไตยทางตรง ทั้งในระดับตำบล จังหวัด และชาติ โดยให้สภาองค์กรชุมชนเป็นกลไกหลักของภาคประชาชนที่จะพัฒนาไปสู่สภาพลเมือง และให้สภาพลเมืองมีอำนาจหน้าที่ขับเคลื่อนงานภาคพลเมือง และถ่วงดุล ตรวจสอบการบริหารในพื้นที่ โดยให้สภาองค์กรชุมชนเป็นกลไกหลักของภาคประชาชนที่จะพัฒนาไปสู่สภาพลเมือง^{๑๖}

จากข้อมูลดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า สภาพลเมืองภายใต้แนวคิดของสภาองค์กรชุมชน เป็นเสมือนส่วนหนึ่งของสภาองค์กรชุมชน เพราะสภาพลเมืองถูกผลักดันจากสภาองค์กรชุมชน ซึ่งสภาพลเมืองใหม่จะได้รับวิธีการและวิธีปฏิบัติตามแบบแผนของสภาองค์กรชุมชน รวมถึงที่มาของสมาชิกที่เกิดขึ้นจะมีส่วนเกี่ยวเนื่องและสืบทอดตำแหน่งจากสภาองค์กรชุมชนด้วยเช่นกัน และการเกิดขึ้นของสภาพลเมืองดังกล่าวอาจจะนำไปสู่การทับซ้อนกันของสมาชิกและอำนาจหน้าที่ระหว่างสภาพลเมือง สภาองค์กรชุมชน และสภาพพัฒนาการเมือง

นอกจากนี้ คำถามสำคัญอีกคำถามหนึ่งสำหรับภาคประชาสังคมของไทย คือ จำเป็นหรือไม่ที่ภาคประชาสังคมต้องให้รัฐเข้ามาส่งเสริมและสนับสนุน การปล่อยให้รัฐเข้ามาส่งเสริมและสนับสนุนจะส่งผลต่อภาคประชาสังคมของไทยให้ถูกครอบงำด้วยวิธีการบริหารจัดการและงบประมาณของรัฐหรือไม่ และจะส่งผลให้ภาคประชาสังคมอ่อนแอลงหรือไม่ เพราะก่อนหน้านี้ภาคประชาสังคมของไทยสามารถเติบโตขึ้นและเรียกร้องผลประโยชน์ของตนโดยไม่ได้รับการฟังฟังจากรัฐ ซึ่งคำถามเหล่านี้จะต้องคิดและวิเคราะห์กันอย่างจริงจังต่อไป

ข้อมูลเปรียบเทียบสภาพลเมือง/สมัชชาพลเมือง

จากแนวคิดขององค์กรต่าง ๆ ต่อการเสนอสภาพลเมือง/สมัชชาพลเมือง สามารถสรุปแนวคิดของแต่ละองค์กรได้ดังตารางข้อมูลเปรียบเทียบสภาพลเมือง/สมัชชาพลเมือง ดังนี้

^{๑๖} สภาองค์กรชุมชนตำบล, ข้อเสนอที่ประชุมในระดับชาติของสภาองค์กรชุมชนตำบล, แหล่งที่มา : <http://www.codi.or.th/> (เข้าถึงเมื่อ ๕ พฤษภาคม ๒๕๕๘)





ข้อมูลเปรียบเทียบสภาพพลเมือง/สมัชชาพลเมือง						
เรื่อง	คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน	ราชการส่วนภูมิภาค (กระทรวงมหาดไทย)	องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น	สถาบันพัฒนาองค์กรชุมชน (องค์การมหาชน)	สภาพพัฒนาการเมือง	สภาองค์กรชุมชน
อำนาจหน้าที่	๑. เป็นองค์กรตรวจสอบภาคประชาชนต่อการดำเนินนโยบายสาธารณะของรัฐ ๒. ตรวจสอบมาตรฐานทางจริยธรรมของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง	๑. ดูแลและเสนอแนะนโยบายด้านการพัฒนาระดับจังหวัด อำเภอ และตำบล และเป็นพี่เลี้ยงแก่หน่วยงานต่างๆ ๒. ตรวจสอบจัดเวทีประชุมประชาชาติในโครงการขนาดใหญ่ ๓. ตรวจสอบการทุจริตคอร์รัปชัน ๔. ให้ความรู้แก่ประชาชนในด้านสิทธิและเสรีภาพ	๑. กำหนดทิศทางการพัฒนา ร่วมกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ๒. สร้างความเข้มแข็งให้ประชาชนในท้องถิ่น ๓. ตรวจสอบการใช้อำนาจของสภาท้องถิ่น ๔. เสนอต่อประธานสภาท้องถิ่นเพื่อให้พิจารณาออกข้อบัญญัติท้องถิ่น	๑. การวางแผนการพัฒนาท้องถิ่น ๒. การถ่วงดุลอำนาจรัฐในท้องถิ่น ๓. เสริมสร้างความเข้มแข็งของประชาชน	๑. ให้ประชาชนกำหนดวิถีชีวิตของตนเองและชุมชน เช่น นโยบายในการบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติ ๒. ส่งเสริมความเข้มแข็งของภาคประชาสังคม	๑. เป็นกลไกให้ประชาชนสามารถมีส่วนร่วมตามระบอบประชาธิปไตยทางตรง ๒. ขับเคลื่อนงานภาคพลเมือง และถ่วงดุลตรวจสอบการบริหารในพื้นที่
โครงสร้างองค์กรประกอบ	๑. สมัชชาเจ้พื้นที่ตามเขตปกครอง (จังหวัด ตำบล) และภูมิเเวศ (ลุ่มน้ำ) ๒. สมัชชาเจ้ประเด็น การศึกษา, สิ่งแวดล้อม, แรงงาน , สุขภาพ , วัฒนธรรม, เกษตร ฯลฯ	๑. มีฐานะเป็นนิติบุคคล ๒. สมัชชาพลเมืองเป็นองค์กรพิเศษ มีอาณาเขตตามเขตจังหวัด อำเภอ ตำบล ๓. การบริหารสมัชชาพลเมืองประกอบด้วย ๑) สมัชชาพลเมือง ๒) ประธานสมัชชาพลเมือง	สภาพลเมืองท้องถิ่น เป็นส่วนหนึ่งขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น	๑. มีฐานะเป็นนิติบุคคล ๒. โครงสร้างจัดตั้งในระดับชุมชนท้องถิ่น	โครงสร้าง ๓ ระดับดังนี้ ๑) ระดับตำบลหรือเทศบาล ๒) ระดับจังหวัด ๓) ระดับชาติ	โครงสร้างในระดับตำบล จังหวัด และชาติ





เรื่อง	คณะกรรมการสิทธิ ยกร่างรัฐธรรมนูญ	ราชการส่วนภูมิภาค (กระทรวงมหาดไทย)	องค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่น	สถาบันพัฒนาองค์กร ชุมชน (องค์การมหาชน)	สภาพพัฒนาการเมือง	สภาองค์กรชุมชน
ที่มา และคุณสมบัติ	องค์ประกอบสมาชิก ผู้เข้าร่วมเวทีมีความ แตกต่างกันในแต่ละพื้นที่ หรือตามวาระการประชุม	สมาชิกพลเมืองจังหวัด ๑. ตัวแทนของสมาชิก พลเมืองตำบล ตำบลละ ๒ คน ๒. ตัวแทนของสมาชิก พลเมืองอำเภอ อำเภอละ ๒ คน ๓. ตัวแทนองค์กรวิชาชีพ องค์กรละ ๒ คน ๔. ตัวแทนกลุ่มอาชีพอื่น ๒ คน ๕. องค์กรภาคประชาสังคม องค์กรละ ๒ คน สมาชิกพลเมืองอำเภอ/ตำบล ๑. มาจากสมาชิกจำนวน ๒๐ คน ซึ่งเลือกตั้งโดย ราษฎรผู้มีสิทธิเลือกตั้งใน อำเภอ/ตำบลนั้น ๒. สรรหาจากราษฎรในเขต อำเภอ/ตำบลนั้น จำนวน ๑๐ คน โดยมีคณะกรรมการ สรรหาที่แต่งตั้งโดยรัฐมนตรี	มาจากการสรรหาจากบุคคล ผู้มีความรู้ความสามารถและ ประสบการณ์จากกลุ่มหรือ องค์กร ภาคชุมชน ภาค ประชาสังคม ภาควิชาการ ภาควิชาชีพ และภาคอื่นที่ เป็นประโยชน์ ทั้งนี้ให้เป็นไป ตามที่กฎหมายบัญญัติ	มาจากตัวแทนที่มีความ หลากหลาย ได้แก่ ๑. ผู้ทรงคุณวุฒิ ๒. สภาองค์กรชุมชน ๓. องค์กรวิชาชีพ ๔. หน่วยงานท้องถิ่น ๕. กลุ่ม/องค์กรชุมชน ๖. หน่วยงานภาครัฐ ๗. ผู้นำศาสนา ประชาชน ชาวบ้าน ๘. ประชาสังคม ๙. อาสาสมัครต่าง ๆ ๑๐. กลุ่มปัจเจก (ชายขอบ) ๑๑. ภาคธุรกิจ ๑๒. ฯลฯ	มาจากภาคส่วนต่าง ๆ ที่หลากหลายตั้งแต่ระดับ ชุมชน จังหวัด และชาติ	ให้สภาองค์กรชุมชนเป็น กลไกหลักของภาคประชาชน ที่จะพัฒนาไปสู่สภาพเมือง



เรื่อง	คณะกรรมการการ ยกร่างรัฐธรรมนูญ	ราชการส่วนภูมิภาค (กระทรวงมหาดไทย)	องค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่น	สถาบันพัฒนาองค์กร ชุมชน (องค์การมหาชน)	สภาพพัฒนาการเมือง	สภาองค์กรชุมชน
แนวทาง การดำเนินงาน	ไม่ระบุ	๑. ประธานมีหน้าที่กำหนด นโยบายและรับผิดชอบ ในการบริหารกิจการของ สมาชิกพลเมือง ๒. ผู้ว่าราชการจังหวัด มีอำนาจหน้าที่กำกับดูแลการ ปฏิบัติราชการของสมาชิก พลเมือง ๓. เรื่องที่สมาชิกพลเมือง เสนอต่อรัฐมนตรีต้องรายงาน ให้ผู้ว่าราชการจังหวัดทราบ ด้วย ๔. สมาชิกพลเมืองออกร่าง บัญญัติใด ๆ ต้องให้ผู้ว่าฯ รับรองด้วย	ไม่ระบุ	การบริหารเป็นอิสระ คล่องตัว มีงบประมาณ ภายใต้หลักธรรมาภิบาล และการมีส่วนร่วม	ไม่ระบุ	ไม่ระบุ





เรื่อง	คณะกรรมการกิจการ ยกย่องรัฐธรรมนูญ	ราชการส่วนภูมิภาค (กระทรวงมหาดไทย)	องค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่น	สถาบันพัฒนาองค์กร ชุมชน (องค์กรมหาชน)	สภาพพัฒนาการเมือง	สภาองค์กรชุมชน
งบประมาณ	ไม่ระบุ	สมาชิกพลเมืองต้องพิจารณา ร่างข้อบัญญัติงบประมาณ รายจ่ายประจำปีภายใน ๑๕ วัน นับจากที่ได้รับร่าง ข้อบัญญัติถึงงบประมาณ รายจ่าย	ไม่ระบุ	มีงบประมาณของตนเอง	ไม่ระบุ	ไม่ระบุ
สำนักงานเลขานุการ	ไม่ระบุ	ประธานสภาพลเมืองเป็น ผู้บังคับบัญชาและมีอำนาจ แต่งตั้งและถอดถอน เลขานุการประธานสภา พลเมือง ผู้ช่วยเลขานุการ ประธานสภาพลเมือง พนักงานสภาพลเมือง เพื่อช่วยเหลือกิจการตามที่ ได้รับมอบหมาย	ไม่ระบุ	มีสำนักเลขาฯ ทำงานควบคู่	ไม่ระบุ	ไม่ระบุ



สรุป

จากทั้งหมดของบทความนี้ได้แสดงให้เห็นถึงความแตกต่างหลากหลายของหลักการ โครงสร้างหน้าที่ของสภาพลเมือง/สมัชชาพลเมือง ซึ่งจะเป็นไปตามความคิดของแต่ละองค์กรและจะเป็นไปตามความต้องการขององค์กรต่าง ๆ เพราะสภาพลเมือง/สมัชชาพลเมืองที่จะเกิดขึ้นใหม่จะกลายเป็นสถาบันทางการเมืองที่ช่วงชิงพื้นที่ทางการเมืองขององค์กรต่าง ๆ ดังนั้น องค์กรที่เกี่ยวข้องจำเป็นต้องจำกัดควบคุมหรือกำหนดทิศทางให้กับสภาพลเมือง/สมัชชาพลเมือง เป็นองค์กรที่ไม่ลดทอนอำนาจขององค์กรตน และทำให้องค์กรตนได้รับประโยชน์สูงสุด

อย่างไรก็ตาม หลักการและแนวคิดของสภาพลเมือง/สมัชชาพลเมือง คือ การเปิดพื้นที่ให้แก่ประชาชนให้ทุกคนเข้ามามีส่วนร่วมในการกำหนดนโยบาย เพื่อคืนอำนาจให้แก่ประชาชน ประชาชนมีสิทธิในการเข้ามามีส่วนร่วมในการจัดการตนเองในระดับพื้นที่ หรืออาจจะเรียกได้ว่าเป็นหลักการสำคัญของแนวคิดนี้ ทั้งนี้เพื่อให้สภาพลเมือง/สมัชชาพลเมืองเป็นอะไรก็ได้ ดังนั้นอย่างน้อยหลักการดังกล่าวจะต้องเป็นหลักการที่ยอมรับร่วมกัน เพื่อไม่ปล่อยให้สภาพลเมือง/สมัชชาพลเมืองถูกถกเถียงจนกลายเป็นองค์กรที่แตกต่างไปจากหลักการข้างต้น และเมื่อมีใครก็ตามมาพูดให้หลุดออกจากหลักการพื้นฐานดังกล่าว จะไม่ได้รับการยอมรับให้เป็นแนวทางของสภาพลเมือง/สมัชชาพลเมือง

นอกจากนี้ เมื่อสภาพลเมือง/สมัชชาพลเมืองเป็นพื้นที่ของประชาชน ประชาชนทุกคนจึงน่าจะมีส่วนร่วมในการกำหนด แสดงความคิดเห็น ไม่ปล่อยให้ฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นผู้นิยามและกำหนดให้แต่เพียงฝ่ายเดียว ไม่ว่าผู้นั้นจะเป็นฝ่ายรัฐ คณะกรรมการการร่างรัฐธรรมนูญ ฝ่ายภาคประชาสังคมหรือใครก็ตาม เพราะนั่นคือการขัดแย้งตั้งแต่รากฐานทางความคิดของการเกิดขึ้นของสภาพลเมือง/สมัชชาพลเมือง





ความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของอำนาจนิติบัญญัติ : กรณีพิจารณาในเชิงกระบวนการประชาธิปไตย (Procedural approaches)

ธนโรจน์ หล่อธนะไพศาล*

บทนำ

// ๗ ประชาธิปไตย (Democracy) จะเป็นถ้อยคำที่ลื่นไหลยากระบุความหมายชัดเจน แต่มีบทบาทสำคัญในประวัติศาสตร์มนุษยชาติ การล่มสลายการปกครองในยุโรปตะวันออก ตามมาด้วยสหภาพโซเวียต การเปลี่ยนแปลงในโลกอาหรับ (Arab spring) ปัญหาประท้วงเลือกผู้ว่าการในฮ่องกง หรือในไทยจากปัญหาที่ศาลรัฐธรรมนูญ

* ภา.บ.(จุฬา), น.บ., น.ม. (มหาชน - จุฬา)



ของใช้อำนาจอินิจฉัยบททวน (Judicial review) ตามรัฐธรรมนูญแบบคาบลูกคาบดอก ไม่ว่าจะเป็นเจตนาหรือไม่ในประเด็นกฎหมายกับการเมือง ล้วนแล้วแต่เป็นประเด็นประชาธิปไตยทั้งสิ้น แต่ปัจจุบันดูเหมือนโลกทางสังคมศาสตร์หันไปทางเดียวจนแทบไม่มีที่ยืนกับให้อำนาจนอกประชาธิปไตย ดังที่ ฟรานซิส ฟูกูยามา (Francis Fukuyama) ถึงกับกล่าวเปรียบว่า ประวัติศาสตร์มนุษยชาติมาถึงจุดจบแล้วเพราะมาหยุดที่ประชาธิปไตย สิ่งที่ไม่เป็นประชาธิปไตยจะไม่มีที่ยืนในประวัติศาสตร์ ต้องล้มหายตายจากลงไป ปัญหาอำนาจอินิจฉัยบททวนของฝ่ายตุลาการมีความเป็นประชาธิปไตยหรือไม่ หรือสอดคล้องกับหลักการประชาธิปไตยหรือไม่เป็นสิ่งสำคัญ หากไม่มีความเป็นประชาธิปไตย คงยากจะมีที่ยืนอยู่ในทางประวัติศาสตร์มนุษยชาติ แต่หากยังเป็นความจำเป็นของระบอบประชาธิปไตยแล้ว ปัญหาความชอบธรรมในการใช้อำนาจอินิจฉัยบททวนของฝ่ายตุลาการในระบอบประชาธิปไตยก็ไม่เพียงต้องให้ถูกต้องตามกฎหมาย แต่ยังต้องชอบธรรมในหลักการทางประชาธิปไตยด้วย ประเด็นสำคัญคือ การกล่าวถึงอำนาจตุลาการมีความเป็นประชาธิปไตยน้อยกว่าอำนาจฝ่ายอื่นทั้งในเนื้อหาและกระบวนการ จึงควรใช้อำนาจแบบจำกัดกรณีสวนทางกับฝ่ายเสียงข้างมากของฝ่ายนิติบัญญัติ แล้วอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติมีความเป็นประชาธิปไตยมากกว่าหรือไม่ มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตยหรือไม่ ในการทำหน้าที่ในระบอบประชาธิปไตย และจะคานอำนาจฝ่ายตุลาการได้อย่างไร

ภายใต้ทฤษฎีการเมืองการปกครอง ประชาธิปไตยเป็นอุดมการณ์ทางการเมืองที่มีหลักการสำคัญทางประชาธิปไตยที่เชื่อมโยงกันโดยมีเป้าหมายที่ประชาชนเป็นสำคัญ ภายใต้แก่นกลางแนวคิดคือเป็นการปกครองตนเอง จนถือเป็นหลักการแห่งประชาธิปไตย (Principle of democratic) ที่สำคัญได้แก่^๑ หลักอำนาจอิสระสูงสุดเป็นของประชาชน (Popular sovereignty) ที่เป็นหัวใจของประชาธิปไตย ที่แสดงเจตนารมณ์ปกครองโดยเสียง

^๑ สมเกียรติ วันทะนะ, อุดมการณ์ทางการเมืองร่วมสมัย, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์อักษรข้าวสวย, ๒๕๕๑), หน้า ๒๔๕ - ๒๖๖.





ส่วนใหญ่ (Majority Rule) จากฉันทามติ (Consensus) ให้แก่ผู้แทนปวงชน (Representation) ที่ดำเนินการแทนปวงชนโดยมีเป้าหมายที่สิทธิ เสรีภาพ ความเสมอภาค และประโยชน์สาธารณะ ผ่านสถาบันการเมือง เช่น องค์การนิติบัญญัติ องค์การบริหาร และองค์กรตุลาการ ที่ต้องยึดหลักการทางประชาธิปไตยร่วมกับการทำหน้าที่ขององค์กรภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจ (Separation of power) ให้สอดคล้องกลมกลืนกันไปในแต่ละสังคม โดยการปกครองระบอบประชาธิปไตยที่ถือเป็นการปกครองโดยประชาชนที่สร้างกฎหมายของประชาชนขึ้น เป็นหลักในการปกครองตนเองโดยยึดการปกครองโดยกฎหมายเป็นการแสดงอำนาจในการปกครองตนเอง แต่บทบาทขององค์กรของรัฐที่เป็นตัวแทนใช้อำนาจแทน ในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายมีลักษณะแตกต่างกันไปตามธรรมชาติหน้าที่องค์กร ฝ่ายบริหารมีหน้าที่เสนอรูปแบบนโยบายกฎหมายให้ประชาชนตัดสินใจ ฝ่ายนิติบัญญัติมีหน้าที่สร้างกฎหมายตามนโยบายกฎหมายที่ประชาชนเลือก ฝ่ายตุลาการมีหน้าที่ตีความว่ากฎหมายที่ประชาชนเลือกสอดคล้องกับกฎหมายที่องค์กรอื่นเสนอและจัดทำหรือไม่ แต่ความเชื่อมโยงฝ่ายตุลาการกับประชาชนที่ต่างจากฝ่ายอื่น ๆ ทั้งที่มาและความรับผิดชอบต่อประชาชนในทางประชาธิปไตย จึงทำให้มีการกล่าวกันว่าอำนาจวินิจฉัยบททวนของฝ่ายตุลาการ ไม่เป็นประชาธิปไตย (Undemocratic)^๒ หรืออาจต่อต้านกับประชาธิปไตย (Anti-democratic)^๓ ปัญหาเหล่านี้ ฝ่ายตุลาการดูเหมือนจะมีปัญหามากกว่าฝ่ายอื่นเพราะที่มาขาดความเชื่อมโยงกับประชาชนที่จะควบคุมการใช้อำนาจ ทำให้มีปัญหาความชอบธรรมในการใช้อำนาจวินิจฉัยบททวนตามระบอบประชาธิปไตย สิ่งนี้เป็นอำนาจหน้าที่ (Authority) ฝ่ายตุลาการที่ต้องพยายามสร้างหลักการต่าง ๆ เพื่อเป็นหลักยึดถือเป็นกฎพื้นฐานเพื่อให้ประชาชนเห็นการทำงานและการตรวจสอบได้ทั้งทางกฎหมายและทางการเมือง

^๒ Richard A. Posner, "Against constitutional theory," **New York University Law Review** 73,1 (April 1998): 6.

^๓ Water Sinnott - Armstrong , "Weak and strong judicial review," **Law and Philosophy** 22 (2003): 381-392.





บทความนี้มีวัตถุประสงค์จะพิจารณาความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยในเชิงกระบวนการของฝ่ายนิติบัญญัติเป็นหลัก ที่ต้องต่อสู้กับความชอบธรรมของอำนาจวินิจฉัยบททวนของฝ่ายตุลาการ โดยประเด็นนี้ ยังเป็นที่ถกเถียงทางวิชาการอย่างเผ็ดร้อนในสังคมประชาธิปไตยของสหรัฐอเมริกาในปัจจุบัน เพื่อเทียบเคียงทางอ้อมกับสภาพปัญหาในไทย ซึ่งประเด็นนี้ในไทยยังอยู่ในวัยทารกอันอาจเป็นอาหารเสริมให้ทารกประชาธิปไตยเติบโตสมบูรณ์ต่อไปได้ เพราะฝ่ายตุลาการจะต้องต่อสู้ในการวินิจฉัยความชอบธรรมในการทำกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ และฝ่ายบริหารที่ได้รับความชอบธรรมจากประชาชนตามกระบวนการและหลักการเสียงข้างมากในทางประชาธิปไตยว่ามีความชอบธรรมในระบอบประชาธิปไตยเพียงใด โดยพิจารณาถึงประเด็นความชอบธรรมของกระบวนการและผลของกระบวนการประชาธิปไตยจากฝ่ายนิติบัญญัติและฝ่ายตุลาการที่เห็นว่ามีแตกต่างกัน โดยความชอบธรรมในระบอบประชาธิปไตยของฝ่ายที่เห็นว่าการใช้อำนาจตุลาการกรณีสวนทางกับฝ่ายนิติบัญญัตินั้นมีข้อจำกัดยิ่งในทางกระบวนการประชาธิปไตย

ความชอบธรรมธรรมของกระบวนการทางการเมืองและทางประชาธิปไตยของหลักการปกครองโดยเสียงข้างมากของฝ่ายนิติบัญญัติ

แม้ Tilly จะแยกการให้ความหมายประชาธิปไตยเป็น ๔ วิธีการคือ^๔ ๑. ในเชิงรัฐธรรมนูญ (Constitutional approaches) ๒. ในเชิงเนื้อหาสาระ (Substantive approaches) ๓. ในเชิงกระบวนการ (Procedural definitions) ๔. ในเชิงกระบวนการที่สัมพันธ์กับสิ่งอื่น (Process orientated approaches) แต่เพื่อชี้ให้เห็นความหมายในแง่มุมมองที่ต่างกันเท่านั้น ข้อถกเถียงที่สนับสนุนอำนาจฝ่ายตุลาการว่าเป็นประชาธิปไตยของเสาหลัก เช่น แนวคิดโรนัล ดอกกินส์ มักมุ่งไปที่ผลลัพธ์ที่ออกมาเป็นหลักว่า

^๔ Charles Tilly, **Democracy**, (Cambridge : Cambridge University Press, 2007), pp.7-9.



เพื่อปกป้องสิทธิที่เป็นเนื้อหาประชาธิปไตย เช่น เสรีภาพปัจเจกชน (Individual freedom) ความเท่าเทียมกัน (Equity) ความเท่าเทียมทางสังคม (Social equality) โดยพิจารณาฐานที่มาอำนาจฝ่ายตุลาการจากกฎหมายเป็นสำคัญ จะเห็นว่าสิ่งเหล่านี้คือเนื้อหาจากกระบวนการ ในขณะที่ฝ่ายเห็นว่าไม่เป็นประชาธิปไตย เช่น แนวคิด Jeremy Waldron เห็นว่าต้องพิจารณาทั้งความชอบธรรมจากกระบวนการและผลโดยยึดฐานที่มาอำนาจทางการเมืองของฝ่ายนิติบัญญัติจากประชาธิปไตยเป็นสำคัญ ให้ความสำคัญกับกระบวนการ

ถ้ากฎหมายเป็นจุดอ้างอิงหลักที่จะเชื่อมโยงฐานอำนาจฝ่ายตุลาการได้ แต่กฎหมายก็เป็นเจตจำนงของประชาชนแบบที่ Rousseau ว่าเป็น เจตนารมณ์กฎหมายก็คือเจตนารมณ์ประชาชน และหลักการประชาธิปไตยคือการปกครองตนเองโดยประชาชน ให้ประชาชนเป็นผู้กำหนดชะตาตนเองตามสิทธิมนุษยชน เมื่อการปกครองโดยระบอบประชาธิปไตยคือการปกครองโดยประชาชน โดยกฎหมายมีที่มาจากประชาชนผ่านผู้แทน แต่ปัญหากฎหมายคืออะไรกลับให้ฝ่ายตุลาการทำหน้าที่ทางกฎหมาย ปัญหานำมาสู่ประเด็นว่าฝ่ายตุลาการถือเป็นตัวแทนประชาชนทางอ้อมหรือไม่ในทางประชาธิปไตย โดยขอข้ามประเด็นว่าหน้าที่ที่ฝ่ายตุลาการเป็นหน้าที่ตีความกฎหมายหรือการบัญญัติกฎหมายใหม่ไปก่อน น้ำหนักความชอบธรรมทางประชาธิปไตยอาจน้อย หากผลไม่เป็นตามเจตนารมณ์ประชาชน จะรับผิดชอบต่อประชาชนอย่างไรในทางประชาธิปไตย การทำหน้าที่ฝ่ายตุลาการจึงเป็นข้อยกเว้นหรือหลักการยกเว้นที่ต้องมีขอบเขตจำกัดและกระทำการอย่างเคร่งครัดระมัดระวัง เป็นเพียงตัวถ่วงเวลาให้ปวงชนได้คิดทบทวนเท่านั้น ดังที่เทียบว่า ฝ่ายตุลาการเป็นห้ามล้อหรือไฟเตือนทางการเมือง มิเช่นนั้นจะเป็นการปกครองโดยรัฐโดยฝ่ายตุลาการไปเสียมิใช่ปกครองตนเองตามประชาธิปไตย

ลักษณะความเป็นประชาธิปไตยของฝ่ายตุลาการจากการใช้อำนาจวินิจฉัย ทบทวนเป็นประชาธิปไตยหรือไม่ เราไม่อาจแยกการพิจารณาเป็นเชิงกระบวนการหรือเชิงเนื้อหาประชาธิปไตยได้ชัดเจน เพราะประชาธิปไตยมีความหมายทั้งเชิงเนื้อหาและกระบวนการ ข้อโต้แย้งเป็นประเด็นขึ้นกับมุมมองว่าประชาธิปไตยคืออะไรและเป้าหมายในส่วนนั้นคืออะไร ทำให้การพิจารณาอำนาจฝ่ายตุลาการในเชิงประชาธิปไตยต่างกันไปและข้อโต้แย้งทั้งเนื้อหาและกระบวนการไม่อาจแยกจากกัน

**ความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติ :
กรณีพิจารณาในเชิงกระบวนการประชาธิปไตย
(Procedural approaches)**





ประเด็นความชอบธรรมทางประชาธิปไตยคือต้องมีความชอบธรรมทั้งกระบวนการและเนื้อหา หรืออาจกล่าวหาว่าพิจารณาที่กระบวนการกับผลลัพธ์ที่จับคู่แตกต่างกัน อำนาจอธิปไตยที่มอบหมายในเชิงกระบวนการไม่เป็นประชาธิปไตยทางตรงแน่ แต่หากมุ่งที่ผลลัพธ์ในคุณค่าประชาธิปไตยว่าต้องการส่งเสริมประชาธิปไตยโดยมุ่งที่การคุ้มครองสิทธิพลเมืองเป็นหลัก แต่ยังมีรายละเอียดที่ยังถกเถียงถึงขอบเขตการใช้อำนาจอธิปไตยอย่างไร เมื่อใดจึงจะใช้ ฝ่ายที่เห็นว่าอำนาจอธิปไตยที่มอบหมายเป็นประชาธิปไตยมุ่งไปที่ผลลัพธ์ว่าปรับปรุงประชาธิปไตย แต่ฝ่ายที่เห็นว่าไม่เป็นประชาธิปไตยเห็นว่าการพิจารณาทั้งเชิงกระบวนการและผลลัพธ์ โดยเห็นว่ากระบวนการทางการเมืองเป็นส่วนหนึ่งของสาระหรือเนื้อหาสิทธิที่เป็นเนื้อหาด้วย

ปัญหาความชอบธรรมของกระบวนการเสียงข้างมากในทางการเมืองและประชาธิปไตยในสหรัฐอเมริกา นั้น ปัญหานี้ถกเถียงตั้งแต่การออกแบบสถาบันการเมืองในเฟดเดอเรลลิสต์ของสามสถาบันการเมืองภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจที่เห็นว่าอำนาจอธิปไตยฝ่ายตุลาการที่จะใช้อำนาจอธิปไตยแยกมอบหมายต้องมีขอบเขตและอยู่ในลักษณะจำกัด^๕ จนปรากฏในรัฐธรรมนูญสหรัฐอเมริกา และเริ่มการใช้อำนาจอธิปไตยทั้งทางดี ทางร้าย ต่อสังคมโดยสรุปว่า ฝ่ายตุลาการมีปัญหา ๔ ประการในประชาธิปไตยคือ^๖ ๑. ศาลแทรกแซงเจตนารมณ์ปวงชน (Popular will) ๒. แทรกแซงฝ่ายนิติบัญญัติที่ปวงชนเลือกจากรูปแบบประชาธิปไตยทางตรง (Direct form of democracy) ๓. ปัญหาความหมายที่แน่นอนในรัฐธรรมนูญในอำนาจศาล ๔. ปัญหาการยอมรับในอำนาจสูงสุดของฝ่ายตุลาการ (Judicial supremacy) ทางวิชาการเริ่มมีข้อสังเกตการใช้อำนาจอธิปไตยฝ่ายตุลาการ

^๕ See also Randy E. Barnett, “The Origin Meaning of the Judicial Power,” **Supreme Court Economic Review** 12 (2004): 126 - 138.

^๖ Barry Friedman, “The history of the Countermajoritarian Difficulty , Part one : The Road to Judicial Supremacy,” **New York University Law Review** 73,2 (May 1998): 431.





ในทางรัฐธรรมนูญขึ้นโดย James B. Thayer ตั้งข้อสังเกตการใช้อำนาจของฝ่ายตุลาการในการเมืองถึงความชอบธรรมทางประชาธิปไตย โดยเฉพาะการใช้อำนาจตีความรัฐธรรมนูญที่มีผลกระทบนโยบายกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ โดยเห็นว่ารัฐธรรมนูญยอมให้ฝ่ายตุลาการใช้อำนาจต่อฝ่ายนิติบัญญัติอย่างไรและความจริงเป็นเช่นไรกันแน่ โดยเทียบกับอังกฤษ ฝรั่งเศส เยอรมัน สวิตเซอร์แลนด์ ที่ให้ฝ่ายตุลาการมีอำนาจทำให้กฎหมายฝ่ายนิติบัญญัติไม่มีผลบังคับใช้ ประกอบกับพิจารณาที่ปฐมบทการจัดทำรัฐธรรมนูญถึงความเห็นมลรัฐต่างๆ^๗ แล้วเห็นว่า ฝ่ายตุลาการถูกสร้างและให้มีสถานะต่างจากฝ่ายนิติบัญญัติจริง โดยรัฐธรรมนูญกำหนดให้มีอำนาจแบบเหนือกว่า (Superior obligation) แต่ว่าปัญหาสำคัญคือเขตอำนาจศาล (Jurisdiction) ยังต้องอยู่ในขอบเขตและเงื่อนไขภายใต้รัฐธรรมนูญ

๑. หน้าที่สถาบันนิติบัญญัติทางการเมืองในการทำนโยบายกฎหมาย

ในทฤษฎีการเมืองกำหนดหน้าที่ฝ่ายนิติบัญญัติทางการเมืองคือสถาบันกำหนดนโยบายกฎหมาย เป็นนโยบายทางการเมืองซึ่งเป็นเรื่องทางการเมืองเป็นสำคัญ ภายใต้กระบวนการทางการเมืองคือกระบวนการประชาธิปไตย ทำให้ Alexander M. Bickel เห็นว่าฝ่ายตุลาการมีความยากในการสวนทางเสียงข้างมาก (Counter-majoritarian deficiency) ยกเว้นกระบวนการของเสียงข้างมากไม่ถูกต้อง และอำนาจวินิจฉัยบทวน เป็นสถาบันที่แปลกแยกในสังคมประชาธิปไตยอเมริกัน แต่ศาลเห็นว่าการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Unconstitutional) บิดเบือนในเจตนารมณ์ผู้แทน (Thwarts the will of representatives) ฝ่ายตุลาการจึงจะ

^๗ James B. Thayer, "The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law," **Harvard Law Review** 7,3 (1893): 130 - 133.

^๘ Ibid., p.138.





ควบคุมเพราะไม่ใช่ในฐานะตัวแทนเสียงข้างมากแต่เพื่อต่อต้าน^๙ ซึ่งเป็นลักษณะคานอำนาจทางการเมือง (Check and balance)

ฝ่ายนิติบัญญัติมีความชอบธรรมทางการเมืองและประชาธิปไตยในการกำหนดนโยบายกฎหมาย โดย George Mace เห็นว่า ประเด็นสำคัญอยู่ที่กฎหมายที่เป็นนโยบายทางการเมือง เป็นหน้าที่ฝ่ายนิติบัญญัติต้องดำเนินการตามสัญญาประชาคม แต่ภายใต้แนวคิดทางการเมืองแบบพหุนิยม (Plural theory) ที่สังคมประกอบด้วยกลุ่มผลประโยชน์ต่าง ๆ ต้องพิจารณาถึงสิทธิทุกกลุ่มเช่นคนกลุ่มน้อย ฝ่ายตุลาการจะทำหน้าที่โดยอ้างสมดุลประโยชน์สาธารณะกับคนกลุ่มน้อย หักล้างอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติโดยสิ้นเชิงได้หรือในทางประชาธิปไตย โดยอ้างความไม่เสมอภาค หรือเลือกปฏิบัติ

George Mace เห็นว่า อำนาจวินิจฉัยบททวนของฝ่ายตุลาการไม่เป็นประชาธิปไตยเพราะ^{๑๐} ๑. ศูนย์กลางปัญหาเป็นประเด็นเป็นข้อพิพาททางการเมือง (Political controversy) คือ เรื่องนโยบายกฎหมายที่ต้องใช้การเมืองตัดสิน ศาลจะใช้อำนาจวินิจฉัยบททวนทางการเมืองให้มีผลต่อกลุ่มเป้าหมายได้อย่างไร และในบทบาททางการเมือง (Political role) ศาลมีบทบาทมากกว่าฝ่ายอื่นเพราะวาระตลอดชีพอาจทำให้ไม่ต้องสนใจการใช้ดุลยพินิจของตน แต่ฝ่ายตุลาการกลับเห็นว่าไม่ถือว่าฝ่ายตุลาการเห็นด้วยหรือไม่เห็นนโยบายกฎหมาย (Legislative policy) ๒. ศาลใช้อำนาจวินิจฉัยบททวนซึ่งเป็นกระบวนการตีความของศาล (Judicial interpretation) แต่กลับไม่ต่างจากนิติบัญญัติที่เป็นอำนาจหน้าที่ฝ่ายนิติบัญญัติ ตามหลักการประชาธิปไตยที่ศาลจะตัดสินเหมือนบัญญัติกฎหมายโดยไม่ได้รับการยอมรับจากกระบวนการเลือกตั้ง

^๙ Alexander M. Bickel, **The Least Dangerous Branch**, 2nd ed. (Binghamton, NY: Vail-Ballou Press, 1986), pp.16 - 18.

^{๑๐} George Mace, "The Antidemocratic Character of Judicial Review," **California Law Review** 60 (1972): 1140 - 1142.





เป็นเรื่องยอมรับไม่ได้ จึงเชื่อว่าอำนาจวินิจฉัยบททวนสหรัฐอเมริกาไม่สอดคล้องกับจิตวิญญาณและรูปแบบรัฐบาลประชาธิปไตย โดยอ้างประวัติศาสตร์สหรัฐอเมริกาจากเฟดเดอร์ลิสต์ที่สรุปว่าศาลทำได้แต่มีเงื่อนไขต้องเป็นอิสระ ซึ่งเป็นปัญหาว่าฝ่ายตุลาการเป็นอิสระเพียงใด ๓. โดยหลักการแบ่งแยกอำนาจ อำนาจวินิจฉัยบททวนเป็นตัวแรกในการถ่วงดุลอำนาจรัฐสภา แต่การทำหน้าที่ฝ่ายตุลาการเป็นเพียงการวินิจฉัย ไม่ใช่เจตนารมณ์ ตรากฎหมายที่เป็นอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติตามกระบวนการประชาธิปไตย เพราะเป้าหมายของอำนาจวินิจฉัยบททวนมุ่งไปที่รัฐบาลประชาธิปไตยที่เป็นตัวแทนปวงชน (Wholly popular) ในระบบการเมือง อำนาจบททวนจะต่อต้านเสียงข้างมากได้ก็ต้องเป็นอิสระจากเสียงข้างมาก แต่ยากจะเชื่อว่าศาลจะควบคุมผู้ที่ควบคุมตนเองได้ แม้ Alexander Hamilton เห็นว่า การใช้อำนาจวินิจฉัยบททวนต้องมีการบังคับหรือมีเจตนารมณ์ (Force or will) ถ้าขาดสภาพบังคับ ก็เป็นเพียงการตัดสิน (Judgment) ไม่ใช่เจตนารมณ์ (Will) ศาลจะตรวจฝ่ายนิติบัญญัติต้องมีเจตนารมณ์ แต่ศาลไม่มีเจตนารมณ์ เพราะฝ่ายตุลาการไม่ได้รับผิดชอบโดยตรงต่อสังคมเหมือนฝ่ายบริหาร

George Mace ยังเห็นว่า จากที่มาในประวัติศาสตร์ในเฟดเดอร์ลิสต์และบทความส่วนใหญ่ได้ให้คำตอบว่าอำนาจบททวนไม่สอดคล้องกับประชาธิปไตย^{๑๑} จะดูแต่นิยามสถาบันการเมืองโดยไม่ดูความชอบธรรมทางการเมืองไม่ได้ ปัญหาเกิดจากการเปรียบเทียบประชาธิปไตยอังกฤษกับสหรัฐอเมริกา ไปเทียบศาลสูงสุดกับวุฒิสภาของอังกฤษ ทั้งๆ ที่วุฒิสภาอังกฤษไม่เป็นประชาธิปไตย เพราะไปสับสนระหว่างธรรมชาติสถาบันการเมือง (Nature of institution) กับธรรมชาติการปกครอง (Nature of government) ที่มีกระบวนการทางการเมืองมาให้ความชอบธรรมทำให้คิดว่าอำนาจวินิจฉัยบททวนเป็นผลโดยตรงของประชาธิปไตยซึ่งไม่ใช่ และประชาธิปไตยไม่ใช่เสรีภาพ ความเข้าใจผิดในความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของอำนาจวินิจฉัยบททวนต้องพิจารณาทั้งจากนิยามสถาบัน

^{๑๑} Ibid., p.1142.





การเมืองและกระบวนการทางประชาธิปไตยด้วย จะไม่ดูที่มาของรูปแบบไม่ได้ เพราะหลักประชาธิปไตยส่วนหนึ่งคือหลักการปกครองเสียงข้างมาก (Majority rule) คือ ต้องดูความชอบธรรมกระบวนการด้วย มิใช่ยึดผลอย่างเดียว แม้จะเป็นการถกเถียงในเรื่อง สาธารณรัฐกับประชาธิปไตย Mace อ้าง Jefferson ที่ว่าหลักการข้อแรกของสาธารณรัฐ คือ หลักเสียงข้างมาก เป็นกฎพื้นฐานของทุกสังคมที่ปัจเจกชนมีสิทธิเท่าเทียมกัน ที่เจตนารมณ์สังคมถูกหนุ่โดยเสียงข้างมาก Mace เห็นว่าถ้าเอาหลักการนี้มาพิจารณา จะเหมือนที่ Jefferson ว่าฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารเป็นสาธารณรัฐน้อย เพราะ ประชาชนไม่ได้เลือกโดยตรง แต่ฝ่ายตุลาการถึงกับต่อต้านสาธารณรัฐ (Anti-republican) เพราะมาจากการเสนอแต่งตั้งวาระตลอดชีพ แม้ปัจจุบันเห็นว่า ประชาธิปไตยคือ สาธารณรัฐและยึดหลักเสียงข้างมากก็ตาม^{๑๒}

ปัญหาการเชื่อมโยงศาลกับประชาชนในทางประชาธิปไตย Mace เห็นว่า มีปัญหากับอำนาจวินิจฉัยทบทวนในทางประชาธิปไตย ๓ ประการคือ ๑. ความรับผิดชอบ ในทางประชาธิปไตย เป็นไปได้หรือที่ฝ่ายตุลาการจะรับผิดชอบทางอ้อม ต่อผู้เลือกตั้งในทางประชาธิปไตย เพราะผู้เลือกตั้งเลือกฝ่ายบริหารที่เลือกศาล ประธานาธิบดีเป็นฝ่ายเสนอตั้งศาล อาจทำให้หลักการศาลเปลี่ยนไปได้ จากการที่ตุลาการใหม่ เอียงมาทางฝ่ายนิติบัญญัติ หรือฝ่ายบริหารที่มาจากประชาชนเสียงข้างมาก (Popular majority) แต่กระบวนการนี้ยังไม่ทำให้ศาลเป็นประชาธิปไตยถ้าไม่ถูกฝ่ายอื่นตรวจสอบ จึงทำให้เห็นว่าไม่มีทางที่จะให้ศาลรับผิดชอบต่อประชาชนได้^{๑๓} ๒. เจตนารมณ์ของ ฝ่ายตุลาการจะสอดคล้องกับประชาธิปไตยหรือไม่ อาจต้องแก้ไขธรรมชาติของศาลก่อน ศาลที่เป็นประชาธิปไตยมิใช่มีใช้เพียงรูปแบบเป็นประชาธิปไตยเท่านั้น ศาลจะต้อง

^{๑๒} Ibid., p.1146.

^{๑๓} Ibid., p.1147.





ไม่มีเจตนารมณ์ที่เป็นอิสระไปจากเสียงข้างมากในสังคมด้วย^{๑๔} ซึ่งขัดแย้งกับธรรมชาติกระบวนการทางตุลาการที่มีแบบแผน ๓. ปัญหาการควบคุมศาล จะควบคุมทางประชาธิปไตยได้อย่างไร ศาลดูเหมือนไม่เป็นประชาธิปไตยถ้ายึดหลักการเสียงข้างมาก แต่ไม่ใช่ว่าตรงข้ามกับเสียงข้างมากจะไม่ได้ การดีเลวของการปกครองไม่ขึ้นกับองค์กรของรัฐหรือพลเมืองหรือจำนวนเสียง แต่ขึ้นกับความคิดของชนชั้นในสังคม (Idea of social class) ถ้าประชาธิปไตยที่เลวคือประชาธิปไตยที่เด่นชัดว่าวางกฎมุ่งที่ประโยชน์คนบางกลุ่ม ตรงข้ามกับประชาธิปไตยที่ดีที่วางกฎโดยสนใจประโยชน์คนทั้งหมด แต่ประชาธิปไตยที่ดีต้องรับผิดชอบต่อประโยชน์ของคนทั้งหมด เหมือนรัฐบาลมาจากการเลือกตั้ง ต้องรับผิดชอบต่อผู้เลือกตั้ง รัฐบาลประชาธิปไตยต้องสนใจประโยชน์คนทั้งหมด แม้ไม่มีหลักประกันว่ารัฐจะทำเพื่อคนทั้งหมดก็ตาม แต่ประชาธิปไตยที่ดีอาจไม่ใช่ทางเดียวที่จะเข้าถึงนโยบายสังคม (Social policy) มีทางพิเศษอีกหลายทาง ถ้าต้องรับผิดชอบต่อความต้องการของเสียงข้างมากที่ต้องประนีประนอมในผลประโยชน์ของคนทั้งหมด ถ้าศาลต้องปกป้องผลประโยชน์ของประชาชนทั้งหมดแล้วจะควบคุมอย่างไร การปรับใช้อำนาจทบทวนไม่ใช่เรื่องง่ายเพราะว่าอำนาจนี้ไม่เป็นประชาธิปไตย แม้ข้อเท็จจริงไม่ได้ทำให้ระบบไม่เป็นประชาธิปไตย (Undemocratic) และอาจช่วยทำให้เป็นประชาธิปไตยที่ดีก็ตาม^{๑๕} สุดท้ายในประเด็นฝ่ายตุลาการอ้างทำหน้าที่อ่านความเห็นแทนปวงชน (Public opinion) ถูกโต้ว่าเป็นมุมมองที่แคบทั้งที่เป็นเรื่องทางการเมืองที่มีกลไกและระบบอยู่แล้ว โดยเฉพาะระบบตัวแทนเสียงข้างมากจากการเลือกตั้ง โดยฝ่ายตุลาการการสร้างภาพว่าจะใช้อำนาจเพื่อเปลี่ยนสังคม^{๑๖} รวมทั้งปัญหาความสุ่มรอบคอบของฝ่ายนิติบัญญัติในการทำหน้าที่ที่มีระบบกลไกอยู่แล้วเช่นเดียวกันที่เป็นหลักฐานขัดแย้งในรัฐธรรมนูญ

^{๑๔} Ibid.

^{๑๕} Ibid., p.1148.

^{๑๖} John Ferejohn and Pasquale Pasquino, "The Countermajoritarian Opportunity,"

Journal Constitution Law 13,2 (December 2010): 356.





ปัญหาประชาธิปไตย (Democracy) การทำหน้าที้อย่างรอบคอบ (Deliberation) ความยากในการสวนทางเสียงข้างมาก (Countermajoritarianism) เป็นเรื่องซับซ้อน จึงไม่อาจมองหรืออธิบายโดยยึดเพียงจุดเดียวได้

๒. ความชอบธรรมทางประชาธิปไตยจากกระบวนการประชาธิปไตย

John Hart Ely ส่งเสริมความชอบธรรมทางประชาธิปไตย โดยยืนยันความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของผู้แทนจากกระบวนการเลือกตั้งคือแบบแผนประชาธิปไตย (Democratic norm) ที่มีจุดยืนทางการเมืองคือทำกฎหมาย อำนาจอวินิจฉัยทบทวนจะต้องปกป้องแบบแผนประชาธิปไตยทางการเมืองมากกว่าทำร้ายความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของการปกครองโดยรัฐธรรมนูญ Ely มองความชอบธรรมกระบวนการทางประชาธิปไตยไปที่ฝ่ายนิติบัญญัติมากกว่า ทำให้การใช้อำนาจอวินิจฉัยทบทวนของฝ่ายตุลาการต้องมีขอบเขตและถูกจำกัดภายใต้ประชาธิปไตย เพราะฝ่ายนิติบัญญัติมีสิทธิค้นหาคำหมายสิทธิโดยกระบวนการทางประชาธิปไตยได้ Ely เห็นว่าแม้ตุลาการอนุรักษ์นิยมจะปกป้องเจตนารมณ์เดิม เพื่อให้ดุลยพินิจศาลได้รับการยอมรับทางการเมือง แต่อาจสวนทางกับความทรงจำร่วมของสังคมและการยอมรับในดุลยพินิจศาลความเป็นกลางของวิธีการของศาล ประเด็นปัญหาทางประชาธิปไตยของฝ่ายตุลาการคือปัญหาทางศีลธรรม จะต้องจำกัดบทบาทศาลให้ทำในกระบวนการภายใต้โครงสร้างของสาระสำคัญที่มีคุณค่าที่แน่นอน การตัดสินใจของฝ่ายตุลาการจากการใช้ดุลยพินิจจะต้องถูกจองจำจำกัดได้^{๑๗} ไม่ว่าศาลจะอ้างเป็นใช้อำนาจในการตีความหรือไม่ใช่ตีความ (Intepretativist or noninterpretivist) ก็ต้องจำกัดดุลยพินิจศาลในการยืนยันสาระสำคัญ

^{๑๗} John Hart Ely, **Democratic and Distrust : A Theory of Judicial Review**, (Cambridge, MA : Harvard University Press, 1980), pp.1 – 9.





ของรัฐธรรมนูญถึงความหมาย การตัดสินใจของศาลที่จะชอบธรรมเมื่อมีเจตนาแค่หาความหมายเท่านั้น เพราะการเข้าถึงมีหลายวิธี มีข้อเสนอรับให้ฝ่ายตุลาการไปตีความรัฐธรรมนูญแบบปลายเปิดได้

ปัญหาความชอบธรรมของการตีความของฝ่ายตุลาการ ต้องพิจารณาในเชิงกระบวนการประชาธิปไตยที่ต้องยึดเนื้อหา โดยเนื้อหาคุณค่าที่มาจากกระบวนการคือเพื่อประชาธิปไตย ถ้าไม่เช่นนั้น ไม่อาจก่อตั้งอำนาจวินิจฉัยทบทวนได้ ไม่ใช่จะตีความโดยไม่ขึ้นยึดคุณค่าพื้นฐาน (Fundamental values) อะไร และศาลต้องสำรวจอำนาจดุลยพินิจเมื่อปะทะกับดุลยพินิจของผู้แทนทางประชาธิปไตย (Representative democracy) Ely เห็นว่า กระบวนการทำกฎหมายทางประชาธิปไตยเป็นกฎหมายธรรมชาติเหมือนเสียงระฆังกังวานด้วยแนวคิดเป็นกลาง แต่ถ้าขาดนิติวิธีขาดเจตนาและบิดเบือนดุลยพินิจ จะขาดเหตุผลในศีลธรรม จึงต้องแยกระหว่างเหตุผลในศีลธรรมกับลักษณะส่วนบุคคลของศาล^{๑๘} Ely เห็นว่า ประวัติศาสตร์และทางจารีตขัดแย้งว่าสังคมอเมริกันตระหนักในคุณค่าฉันทามติ (Consensus) เอาฝ่ายนิติบัญญัติมากกว่าศาล^{๑๙} และคุณค่าในอนาคตต้องการให้ความไม่เป็นประชาธิปไตยต้องออกไปจากความสุจริตของศาล โดยโจมตีศาลในยุควอร์เรนที่เป็นแอคติวิสต์ ที่ศาลไปบังคับฝ่ายผู้แทนและส่งเสริมการมีส่วนร่วม ทั้งที่กระบวนการปกครองโดยประชาธิปไตยเป็นการกระจายผลประโยชน์อยู่แล้ว โดยเห็นว่าศาลเน้นดูแลกระบวนการตัดสินใจไม่ดูการมีส่วนร่วมและฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งมีคุณค่าในกระบวนการการเมือง จากเลือกตั้งเป็นประชาธิปไตยที่ได้แรงบันดาลใจจากกระบวนการเป็นผู้แทนทางประชาธิปไตย^{๒๐} และศาลเป็นสถาบันที่กระบวนการจึงจะแยกจากกระบวนการทางการเมือง^{๒๑}

^{๑๘} Ibid., pp. 56-60.

^{๑๙} Ibid., pp. 63-69.

^{๒๐} Ibid., p.102.

^{๒๑} Ibid., p.103.





Ely จำกัดบทบาทศาลที่เหมาะสมในการตีความรัฐธรรมนูญแบบเปิดในทางประชาธิปไตยให้มี ๒ หน้าทีเอนั้นในการเป็นผู้ตัดสิน คือ^{๒๒} ๑. ทำให้กระบวนการทางการเมืองเรียบง่าย คือเป็นตำรวจในการกระบวนการทางการเมือง ป้องกันผู้ถืออำนาจขัดขวางกระบวนการประชาธิปไตย ๒. ป้องกันความเสี่ยงจากเป็นทราชเสี่ยงข้างมากของผู้แทนทางประชาธิปไตยเพื่อปกป้องคนกลุ่มน้อยจากเสี่ยงข้างมาก แต่อำนาจวินิจฉัยบททอนของฝ่ายตุลาการต้องสร้างความตระหนักในการตัดสินใจทางจิตวิทยา (Psychology of decision) ให้ส่งผลต่อฝ่ายนิติบัญญัติและบริหารเท่านั้น^{๒๓} เพราะหลักอำนาจเท่าเทียมกันโดยใช้อำนาจวินิจฉัยบททอนเป็นเครื่องมือ โดยชี้ให้เห็นผลทางเนื้อหาที่ผิด (Wrong result) ของฝ่ายนิติบัญญัติ ทำให้ฝ่ายตุลาการกลับกระบวนการทางการเมืองที่บกพร่องจึงจะเป็นบทบาทศาลที่เหมาะสม^{๒๔}

Ely ให้คุณค่ากับการปกครองโดยประชาธิปไตยและเสี่ยงข้างมาก เมื่อดูที่ผู้แทนประชาธิปไตยกับการคัดค้านจากศาล อำนาจวินิจฉัยบททอนต้องมีจุดที่เหมาะสมที่บังคับให้ผู้แทนเป็นประชาธิปไตย โดยเห็นว่าประชาธิปไตยที่ใช้แนวคิดพหุนิยมนั้นใช้เสี่ยงข้างมากเป็นหลักและคนกลุ่มน้อยก็ถูกรวมอยู่ในนั้นแล้ว^{๒๕} กรณีการปกครองที่ขัดแย้งกันคือการยอมรับทางการเมือง ชัดเจนว่าฝ่ายนิติบัญญัติเป็นองค์กรทำนโยบายเป็นการปกครองโดยเสี่ยงข้างมากให้ได้รับการยอมรับ ที่ว่าเจตนารมณ์ฝ่ายเสี่ยงข้างมากไม่ชัดเจนในการแสดงออกของผู้ออกเสียงหรือจำแนกผลประโยชน์ เป็นแค่เรื่องทางจิตวิทยาในความรู้สึกของผู้ร่างกฎหมายก็ได้ Ely เห็นว่า การตัดสินโดยรัฐสภาดีกว่าราชการในเรื่องนโยบายและดีกว่าศาล อย่างน้อยเสี่ยงข้างมากเป็นการเสนอที่แสดง

^{๒๒} Ibid.

^{๒๓} Ibid., p.153.

^{๒๔} Ibid., pp.156 - 157.

^{๒๕} Ibid., p.135.





สาระสำคัญของระบบตัดสินทางการเมืองแล้ว เป็นระบบที่ปวงชนมีอิทธิพล ที่ศาลได้รับการยอมรับน้อยกว่า เพราะการปกครองโดยเสียงข้างมากคือมุมมองในโลกต้องแบ่งปันกันโดยผู้แทน^{๒๖} เป็นองค์ประกอบในหลักการปกครองโดยเสียงข้างมากนิยม คือใช้เป็นตัวตัดสินว่าเมื่อใดเสียงข้างมากมีความชอบธรรมหรือไม่ชอบธรรม ปัญหาอำนาจวินิจฉัยทบทวนตัดสินทางนิติบัญญัติอ้างปัญหาคนกลุ่มน้อยที่เสี่ยงต่อทรวาเสียงข้างมาก แต่กลับไม่คิดบ้างว่าสิทธิเรียกร้องของคนกลุ่มน้อยก็ได้รับการปกป้องจากเสียงข้างมาก ความชอบธรรมนี้ถูกประเมินโดยพลังของแต่ละกลุ่มอยู่แล้ว^{๒๗}

การดูความชอบธรรมทางสังคมหรือทางการเมืองของศาลว่ามีความชอบธรรมหรือไม่ในการตรงข้ามกับเสียงข้างมาก Ely เห็นว่า คุณค่ากระบวนการเหนือกว่าเนื้อหาเพราะช่วยยืนยันให้ความหมายที่แน่นอนในทางรัฐธรรมนูญ^{๒๘} ความชอบธรรมของบทบาทศาลดูไปที่กระบวนการของศาลที่ต่อต้านเสียงข้างมากทางการเมืองและการตรวจสอบได้ทางการเมือง โดยเห็นว่าอำนาจวินิจฉัยทบทวนที่ศาลอ้างให้รัฐมีบทบาทที่เหมาะสมนั้นเป็นการปรับเรื่องกระบวนการมิใช่เรื่องเนื้อหา ไม่เหมือนที่ฝ่ายสนับสนุนศาลอ้างว่าเพื่อปรับเนื้อหาสิทธิของปัจเจกชนในประชาธิปไตย เพราะเรื่องเนื้อหาสิทธิเป็นเรื่องเจตนารมณ์ปวงชนทางประชาธิปไตยของผู้แทนมิใช่ศาล ศาลมีผลทางจิตวิทยาให้รัฐบาลตัดสินใจทำบนพื้นฐานการมีส่วนร่วมที่เหมาะสมเป็นเรื่องเชิงกระบวนการ (Procedural) ศาลทำเพื่อความเท่าเทียมกันและการยอมรับ ที่รัฐต้องดูเสียงข้างมากและคนกลุ่มน้อย โดยศาลถูกบังคับให้ทำหน้าที่ตัดสินเมื่อคนกลุ่มน้อยขาดอำนาจที่จะบังคับหน้าที่นี้^{๒๙} โดยยกตัวอย่างถึงบทบาทความไม่เท่าเทียมกันเรื่องเชื้อชาติ เพศ และความมั่งคั่ง

^{๒๖} Ibid., pp.158 - 159.

^{๒๗} Ibid., pp.164 - 169.

^{๒๘} Ibid., pp.88 - 100.

^{๒๙} Ibid., p.169.





๓. ความชอบธรรมของเสียงข้างมากจากกระบวนการประชาธิปไตย

ในปัจจุบันเสาหลักแนวคิดที่หนุนความชอบธรรมของฝ่ายนิติบัญญัติจากกระบวนการทางการเมืองและประชาธิปไตย คงต้องกล่าวถึง Jeremy Waldron ที่ดูอำนาจวินิจฉัยบททอนไปทางขัดแย้งรุนแรงกับประชาธิปไตย วิจารย์อำนาจวินิจฉัยบททอนของฝ่ายตุลาการในทางประชาธิปไตย แม้การพิจารณาในผลลัพธ์ประชาธิปไตยที่ออกมาจากศาลยังสรุปไม่ได้ แต่พิจารณาในทางกระบวนการประชาธิปไตยแล้วฝ่ายนิติบัญญัติชนะท่วมท้นว่า สิทธิในอำนาจวินิจฉัยบททอนไม่เหมาะสมในสังคม ไม่ใช่ปัญหาฝ่ายนิติบัญญัติบกพร่องในหน้าที่ แต่เพราะสังคมไม่เห็นด้วยกับสิทธิแบบนี้^{๓๐} ในขณะที่ Fallon เห็นด้วยแต่มีมุมมองที่ต่างไปดูอำนาจวินิจฉัยบททอนไปทางส่งเสริมว่า มีเหตุผลที่เชื่อว่าประชาธิปไตยโดยรัฐธรรมนูญออกแบบให้มีระบบอำนาจวินิจฉัยบททอนซึ่งอาจมีศีลธรรมดีกว่าผลจากการเมืองที่ไม่มีอำนาจวินิจฉัยบททอน แม้อำนาจวินิจฉัยบททอนไม่มีความชอบธรรมทางประชาธิปไตย การไม่เห็นด้วยกับศาลไม่ใช่เรื่องถูกผิด

Jeremy Waldron ให้ความชอบธรรมกับกระบวนการประชาธิปไตยแก่ฝ่ายนิติบัญญัติในการทำกฎหมายโดยถกเถียงใน ๒ ประเด็นหลักว่า ๑. อำนาจวินิจฉัยบททอนไม่ได้ปกป้องสิทธิปวงชนดีไปกว่าฝ่ายนิติบัญญัติทางประชาธิปไตย และ ๒. ผลของอำนาจวินิจฉัยบททอนไม่ชอบธรรมทางประชาธิปไตย การใช้อำนาจวินิจฉัยบททอนทำให้เกิดคำถามจากสังคมว่า สถาบันประชาธิปไตยคือฝ่ายนิติบัญญัติทำหน้าที่ได้ดีหรือไม่ และกระทำต่อสิทธิรุนแรงหรือไม่ โดยเห็นว่าการใช้อำนาจวินิจฉัยบททอนมีปัญหาในเชิงกระบวนการประชาธิปไตย โดยแสดง ๔ สมมุติฐานเชิงกระบวนการและเนื้อหา คือ สิทธิที่ฝ่ายตุลาการอ้างใช้อำนาจเพื่อสิทธิพลเมือง แต่ก็เป็นเนื้อหาจากกระบวนการของสถาบันการเมืองอื่นในประชาธิปไตยด้วย ทำให้เห็นว่าแม้ยึดแต่ข้อถกเถียงในสิทธิหรือผลอย่างเดียว ฝ่ายตุลาการก็ยังมีปัญหาในทางประชาธิปไตยเช่นเดียวกัน^{๓๑}

^{๓๐} Allan C. Hutchinson, "A Hard Core Case Against Judicial Review," **Harvard Law Review Forum** 121,7 (May 2008): 57.

^{๓๑} Jeremy Waldron, "The Core of the Case Against Judicial Review," **The Yale Law Journal** 115,1346 (2006): 1346.





ปัญหาเชิงกระบวนการของฝ่ายตุลาการในทางประชาธิปไตย ในทฤษฎี Waldron ให้ความชอบธรรมที่กระบวนการทางการเมืองและประชาธิปไตยเป็นหลัก ไม่ใช่กระบวนการเชิงกฎหมายที่ศาลใช้ โดยตั้งคำถามว่า ศาลมีอำนาจ (Authority) คำกฎหมายหรือไม่ถ้ากฎหมายทำลายสิทธิพลเมือง Waldron เห็นว่า ต้องใช้กระบวนการทางการเมืองตัดสิน อำนาจวินิจฉัยบททวนไม่เหมาะในการเป็นผู้ตัดสินสุดท้ายในสังคมเสรีประชาธิปไตย อ้างทฤษฎีการเมืองแบบธรรมชาติตามแนวคิด John Locke ที่หลักอำนาจสูงสุดแบบเสรีนิยม คือ ฝ่ายนิติบัญญัติที่ถูกเลือกตั้งมาเป็นผู้แทนเพราะประชาชนมีสิทธิปกครองตนเอง รัฐสภาจึงมีอำนาจตรากฎหมาย ถ้าประชาชนไม่เห็นด้วยก็ไม่เลือกตั้ง^{๓๒} คือฝ่ายนิติบัญญัติรับผิดชอบในผลทางการเมือง ที่ศาลกล่าวหาว่าฝ่ายนิติบัญญัติไม่มีความแน่นอนที่แสดงในเจตจำนงประชาชน ถูกย้อนกลับโดยตั้งคำถามถึงศีลธรรมทางการเมืองของศาลที่นโยบายของศาลแน่นอนหรือ ตุลาการอนุรักษนิยมและตุลาการเสรีนิยมก็ตัดสินเปลี่ยนไปมา^{๓๓}

Waldron เห็นว่า มีคุณธรรมในกระบวนการนิติบัญญัติ (Integrity of legislation) ที่เชื่อมกับกฎหมายและการออกเสียง (Vote) ได้ โดยเห็นว่าฝ่ายนิติบัญญัติมีพลัง (Activity) มากกว่าแค่ทำกฎหมาย คือ ภายใต้อำนาจทางการเมือง (Active political process) ยังมีคุณธรรมเชิงกระบวนการ (Integrity of process) ที่สังคมการเมืองและสังคมกฎหมายต้องยอมรับกระบวนการทางการเมืองคือการปกครองโดยการสร้างกฎ (Rule of rulemaking) เป็นนิติธรรม^{๓๔} แล้วร่ายประวัติศาสตร์การยอมรับในกฎหมายจากรัฐาธิปไตยแบบ Hobbes, Austin จนมาถึง Hart ที่สร้างกฎทุติยภูมิ (Secondary rule) ที่ต้องมีกฎเกณฑ์ทำกฎหมายที่แน่นอนคือกระบวนการนิติบัญญัติ (Legislative process)

^{๓๒} Ibid., p.1349.

^{๓๓} Ibid., p.1350.

^{๓๔} Jeremy Waldron, "Legislating with Integrity," *Fordham Law Review* 72,2 (2003): 374.





กระบวนการนิติบัญญัติจึงมีคุณค่าและหลักการ แต่เมื่อมีปัญหากลับไม่ใช้หนทางนี้เปลี่ยนแปลงกฎหมายกลับให้ฝ่ายตุลาการเข้ามาทำให้เปลี่ยนแปลงแทน โดยเห็นว่ากระบวนการเปลี่ยนแปลงต้องเปิดโอกาสให้ทุกคนเข้าร่วมและกระบวนการต้องโปร่งใสที่ทุกคนมีสิทธิเข้าร่วมตามหลักเสรีนิยมของความเป็นสาธารณะ (Liberal principle of publicity) ในการเปลี่ยนกฎหมายเพื่อให้ประชาชนยอมรับในเจตนารมณ์ของตน^{๓๕} ซึ่งต้องเป็นกระบวนการที่เป็นการปกครองตนเอง (Process of self - government) ซึ่งมีวิธีมากมายอย่างเช่นการได้สมาชิกมาเป็นผู้แทนทำหน้าที่นิติบัญญัติจากการเลือกตั้ง เพราะ^{๓๖}

๑. เป็นผู้แทนประชาชนโดยชอบธรรม (Fair representation) ๒. สืบทอดประชาธิปไตย (Democratic enfranchisement) ๓. เป็นความเท่าเทียมกันทางการเมือง (Political equality) ประชาธิปไตยไม่ใช่แค่วางกฎหมาย แต่รวมการตัดสินใจกฎหมายด้วยโดยการนิติบัญญัติคือสถาบันเสียงข้างมาก (Majoritarian institution) ของประชาชน^{๓๗} คุณค่าในคุณธรรม (Value of integrity) ของฝ่ายนิติบัญญัติคือทำหน้าที่ต่อสังคมทั้งหมด เป็นศีลธรรมที่ขึ้นกับแนวคิดทางศีลธรรมของพลเมืองทุกคน ที่จะมีกฎหมายและทำกฎหมาย (Law and law - making) ที่พลเมืองแต่ละคนจะทำหน้าที่โดยระบบเลือกตั้งและการออกเสียง ที่ศาลต้องตระหนักในกระบวนการของฝ่ายนิติบัญญัติด้วย^{๓๘}

Waldron ยังเห็นว่า ความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของอำนาจวินิจฉัยทบทวนมีปัญหาทางปรัชญาการเมือง (Jurisprudence and political philosophy) ใน ๒ ประเด็น^{๓๙} ๑. ประชาชนจะแสดงความเห็นด้วยหรือไม่กับบรรทัดฐาน การตีความ (Precedent texts and interpretation) ของฝ่ายตุลาการได้อย่างไรในทางประชาธิปไตย และ ๒. อำนาจฝ่ายตุลาการแสดงคุณค่าประชาธิปไตยแบบนี้ไม่ชอบธรรมทางประชาธิปไตย

^{๓๕} Ibid., p.380.

^{๓๖} Ibid., p.381.

^{๓๗} Ibid., p.382.

^{๓๘} Ibid., p.386.

^{๓๙} Jeremy Waldron , “The Core of the Case Against Judicial Review,” p.1353.





เพราะเป็นการทำกฎหมาย เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติมาจากการเลือกตั้งเพื่อวางนโยบายทางนิติบัญญัติ แต่อำนาจอธิปไตยแบบแข็งอย่างสหรัฐอเมริกาที่ศาลอาจปรับปรุงผลของกฎหมายที่บังคับใช้กับสิทธิ ปัจเจกชนคือการก่อตั้งกฎหมาย ทำให้ถูกเสียดสีว่าเป็นพรรคการเมืองที่สามโดยอ้างหลักอำนาจสูงสุด ฝ่ายตุลาการ (Judicial supremacy) ต่างจากอำนาจอธิปไตยแบบอ่อนของอังกฤษคือศาลตามกฎหมายฝ่ายนิติบัญญัติอย่างพิถีพิถันว่า อาจไม่เข้ากับสิทธิที่บัญญัติรับรอง แต่ไม่มีผลถึงความถูกต้องของกฎหมาย แต่เห็นว่าการแตกต่างของอำนาจอธิปไตยของฝ่ายตุลาการในแต่ละสังคมขึ้นกับสิทธิปัจเจกชนของระบบรัฐธรรมนูญของสังคมเป็นสำคัญ^{๔๐}

Waldron อธิบายความชอบธรรมของกระบวนการฝ่ายนิติบัญญัติทางประชาธิปไตยในเชิงปรัชญาการเมือง ภายใต้สมมุติฐาน ๔ ประการ ว่า แกนกลางของวัตถุประสงค์อำนาจอธิปไตยคือการจัดขจัดพยาธิสภาพของกฎหมายเท่านั้น^{๔๑} เหตุผลอำนาจอำนาจอธิปไตยไม่ชอบธรรมทางประชาธิปไตยจาก ๔ สมมุติฐานคือ^{๔๒} สมมุติฐานแรก สถาบันประชาธิปไตย (Democratic institution) ต่าง ๆ ทำหน้าที่ได้ดี แม้ไม่สมบูรณ์ แต่ก็มีความก้าวหน้าของตัวเองอยู่แล้ว Waldron เห็นว่า สังคมประชาธิปไตยในโลกตะวันตกชัดเจนว่า ไม่เอาสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ทหารราชย์ และเผด็จการ แต่จะใช้กฎหมายและนโยบายจากประชาชน เป็นระบบการเมืองประชาธิปไตย ฝ่ายนิติบัญญัติมาจากการเลือกตั้งเป็นผู้แทนปวงชน เป็นผู้แทนผลประโยชน์ของสังคมทั้งหมด แต่เมื่อมีข้อพิพาทในประชาธิปไตยที่มีความเสมอภาคทางการเมืองใครจะตัดสิน อาจใช้ประชามติ (Referendum) หรืออย่างอื่นให้ฝ่ายนิติบัญญัติเปลี่ยนแปลงก็ได้เพราะมีวัฒนธรรมประชาธิปไตย สถาบันต่าง ๆ ต้องมีเหตุผลที่ดีในการสร้างกฎ Waldron เห็นว่า กระบวนการเลือกตั้งคือสิ่งที่ยืนยันถึงคุณค่าที่ดีทั้งกระบวนการและผลทางประชาธิปไตยแล้ว^{๔๓}

^{๔๐} Ibid., p.1357.

^{๔๑} Ibid., p.1359.

^{๔๒} Ibid., p.1360.

^{๔๓} Ibid., p.1362.





สมมุติฐานที่สอง จำเป็นหรือที่ต้องให้เป็นหน้าที่สถาบันตุลาการ (Judicial institution) ที่จะให้เหตุผลในระเบียบทางการเมือง Waldron เห็นว่า สังคมมีศาลที่มีอิสระจากการเมืองเพื่อระงับข้อพิพาท เป็นเหตุผลที่ดีในการวางกฎ ให้กฎหมายเหมาะสมโดยยึดหลักนิติธรรม แต่ปัญหาคือศาลไม่ได้มาจากการเลือกตั้งจะเชื่อมโยงกับปวงชนอย่างไร แม้พวกปกป้องอำนาจวินิจฉัยทบทวนว่าเป็นข้อดีที่ศาลไม่ถูกประชาชนกดดัน มีปัญหาในทางประชาธิปไตย ๓ ประการ คือ^{๔๔} ๑. ไม่ใช่ศาลยึดแต่นามธรรมแต่ยังต้องตอบสนองข้อเรียกร้องสิทธิทั้งสองฝ่ายของปวงชนด้วย ๒. ต้องมีกระบวนการการตัดสินใจต้องเชื่อมต่อกันกับปวงชน ๓. ต้องอ้างถึงการตัดสินใจที่ผ่านมาด้วย การทำหน้าที่ของฝ่ายตุลาการจึงถูกตั้งคำถามในทางประชาธิปไตยในการยอมรับจากประชาชนอื่นๆ ที่ไม่เห็นด้วย จะมีความเชื่อมโยงมาได้อย่างไร

สมมุติฐานที่สาม การตัดสินใจของฝ่ายตุลาการจะเปรียบเป็นฉันทามติในทางประชาธิปไตยได้หรือไม่ว่าข้อผูกมัดหรือข้อสรุปในสิทธิ (Commitment to right) ของศาลคืออะไร เพราะในสังคมมีทั้งสิทธิส่วนบุคคลและคนกลุ่มน้อย แม้ใช้แนวคิดอรรถประโยชน์ก็ตาม หลักการเสียงข้างมากเป็นหลักการทางการเมืองที่ยอมรับในประโยชน์ปัจเจกชนที่ดูสิทธิคนกลุ่มน้อยด้วย ในทฤษฎีสิทธิ (Theory of right) สังคมต้องไม่กระทำต่อสิทธิอย่างรุนแรง แต่สิทธิก็เป็นศีลธรรมทางการเมือง (Political morality) ฉันทามติในสังคม (Consensus in the society) ด้วย รวมทั้งสิทธิปัจเจกชนและคนกลุ่มน้อยไปแล้ว ในรัฐธรรมนูญคือสิทธิเสรีภาพพลเมือง (Bill of right)^{๔๕} ไม่ใช่ดังที่ศาลอ้างว่าเพื่อปกป้องสิทธิเป็นการไม่ยุติธรรมในกระบวนการในประชาธิปไตย ที่ศาลชอบอ้างว่าอำนาจวินิจฉัยทบทวนชอบธรรมเพราะดูสิทธิคนกลุ่มน้อย^{๔๖}

^{๔๔} Ibid., p.1363.

^{๔๕} Ibid., p.1365.

^{๔๖} Ibid., p.1366.





สมมุติฐานที่ดี การไม่เห็นด้วยของศาลในสิทธิ (Disagreement about right) ที่อาจทำได้ในทางประชาธิปไตย แต่วิธีของศาลใช้ไม่ได้เพราะฉันทามติเกี่ยวกับสิทธิ ต้องไม่ถูกยกเว้นไปจากหลักการเสียงข้างมาก^{๔๗} ควรใช้กระบวนการทางการเมืองตัดสิน การไม่เห็นด้วยอาจต้องดูระดับปรัชญา สิทธิที่จะไม่เห็นด้วย ต้องไม่ตีความอย่างแคบ ต้องพิจารณาในสังคมเหมือนเอาสิทธิมาล้างน้ำให้สะอาด ทางเลือกนี้ในสังคม ประชาธิปไตยต้องมีเหตุผล มีศีลธรรม และถกเถียงได้ทางการเมือง^{๔๘} แกนกลางปัญหาคือ สิทธิที่เป็นข้อพิพาทอยู่ที่แต่ละฝ่ายอาจมีแนวคิดเรื่องสิทธิที่แตกต่างกันจะตัดสินอย่างไร Waldron เห็นว่า ไม่มีเหตุผลที่จะไม่ยอมรับฉันทามติจากเลือกตั้งเหมือนที่ John Rawls ว่าเป็นภาระของการตัดสินจากการเลือกตั้งเพราะสิทธิเป็นสิ่งที่ดีแต่ซับซ้อนจึงต้องให้ ปวงชนมีภาระการตัดสิน (Burdens of judgment) ในปัญหาไม่เห็นด้วยในบทบัญญัติสิทธิ (Bill of right) จากสังคม

Waldron เห็นว่า ต้องใช้กระบวนการตัดสินคุณค่าเนื้อหาคุณค่าในปัญหา เรื่องสิทธิเป็นเนื้อหาศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ต้องใช้กระบวนการตัดสินที่ศาลอ้าง เพื่อปกป้องสิทธิปัจเจกชน Waldron เห็นว่า เรื่องสิทธิต้องดูกระบวนการกับผลที่สัมพันธ์ กันในทางประชาธิปไตย ไม่ใช่ดูอย่างใดอย่างหนึ่งอ้างเป็นความชอบธรรมได้ ถ้าสิทธิคือ ความต้องการระดับข้อพิพาทในสังคมที่อ้างเป็นที่มาอำนาจวินิจฉัยทบทวน ความเป็นจริง การนิติบัญญัติก็สร้างสิทธิ แต่อาจมีปัญหากเกิดขึ้นที่คนชอบกล่าวหาฝ่ายนิติบัญญัติ ทำลายสิทธิ จึงต้องมีกระบวนการแก้ไขข้อพิพาท ก็ต้องตัดสินโดยกระบวนการโดยอ้างแนวคิด Hobbes แต่คนในสังคมอาจไม่เห็นด้วยเรื่องสิทธิ ต้องมาช่วยกันแบ่งปันความชอบธรรม โดยกระบวนการ^{๔๙}ในทางการเมืองคือใช้กระบวนการปรับปรุงผลลัพธ์ ถ้าต้องการ ตัดสินสิทธิโดยความชอบธรรมแล้วทำไมไม่เห็นด้วยกับการเลือกตั้ง ถ้าต้องการ

^{๔๗} Ibid.

^{๔๘} Ibid., p.1367.

^{๔๙} Ibid., p.1371.





ความยุติธรรมก็ต้องการรับฟังเสียงประชาชนและการมีส่วนร่วมของสังคม แม้ว่าไม่มีกระบวนการอะไรที่สมบูรณ์แบบในโลก แม้แต่ศาลอาญาวินิจฉัยผิดก็ได้ เมื่อแยกกว่าสิทธิที่ต้องการคืออะไรกับสิทธิที่เป็นผลมาจากการตัดสินใจของศาลอาจไม่ตรงกันก็ได้ กฎหมายปกป้องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ได้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เป็นพื้นฐานสิทธิ (Basic of right) กฎหมายเป็นแนวคิดลักษณะสถานะมนุษย์ (Sort of status - concept) ที่ต้องทำอย่างมีจุดยืน (Standing) ที่บุคคลต้องมีในสังคมและต้องกระทำอย่างมีศีลธรรมที่เหมาะสมต่อกัน^{๕๐} โดยเห็นว่านักปรัชญากฎหมายที่มีมุมมองเรื่องสิทธิต่างกัน เช่น Dworkin, Fuller, Hart ต้องใช้กระบวนการตัดสินใจ (Procedure) ปกป้องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เช่น กระบวนการไต่สวนทางคดี ทำให้กฎหมายถูกใช้โดยศาล ต้องมีผู้แทน (Representation) เพื่อรักษาศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์โดยเฉพาะสถานะทางกฎหมาย (Legal status) ของปวงชนให้เท่าเทียมกัน (Equal legal dignity) นี่คือนี่ที่อยู่เบื้องหลังกฎหมาย^{๕๑}

Waldron อธิบายความชอบธรรมของกระบวนการประชาธิปไตยและผลที่เป็นเนื้อหาที่ต้องสัมพันธ์กันแยกจากกันไม่ได้ว่าการระงับข้อพิพาทที่เป็นอำนาจวินิจฉัยบททวนของศาลในเรื่องสิทธิทางประชาธิปไตยต้องพิจารณาสองส่วน คือ^{๕๒} ๑. เหตุผลจากผลลัพธ์ และ ๒. เหตุผลจากกระบวนการ โดยทั้งผลและกระบวนการต้องให้เหตุผลเดียวกัน โดยกระบวนการคือต้องกระทำอย่างมีส่วนร่วมที่ต้องตัดสินใจอย่างอิสระเพื่อผลลัพธ์ที่เหมาะสม ถ้ายึดแต่ผลยากที่ฝ่ายตรงข้ามจะเห็นด้วยแต่การยึดผลเป็นที่นิยมมาก^{๕๓}

^{๕๐} Jeremy Waldron, "How Law Protects Dignity," **New York University school of law public & legal theory research paper series working paper No. 11 - 83**, (December 2011), : 3 - 4. Available from <http://ssrn.com/abstract=1973341> [Online] [July 15, 2015] and see also Jeremy Waldron, "The Dignity of Legislation," **Maryland Law Review** 54 (1995): 633 - 665.

^{๕๑} Ibid., p.17. and see also Olatunde C. A. Johnson, "The dignity of equality legislation," **Harvard Journal of Law & Gender** 36(2013).

^{๕๒} Jeremy Waldron, "The Core of the Case Against Judicial Review," p.1372

^{๕๓} Ibid., p.1373.





ในกระบวนการตัดสินใจทางการเมืองถ้ายึดแต่ผลอาจมีคุณค่าน้อย เพราะในทางประชาธิปไตย มีหลักการกำหนดชะตาชีวิตตนเอง (Principle of self - determination) ของแต่ละสังคม ในระบบการเมือง การตัดสินใจของรัฐแทนประชาชนอาจถูกถามถึงสิทธิมนุษยชน จะดูแต่ผลไม่ได้ต้องดูกระบวนการที่อยู่และผู้ตัดสินใจด้วย ผู้ตัดสินใจต้องมีสิทธิปกป้องตนเอง บนพื้นฐานเพื่อการตอบสนองตนเองถือเป็นหน้าที่^{๕๔}

Waldron เห็นว่าทั้งผลและกระบวนการต้องสัมพันธ์กับเหตุผลคืออธิบายด้วย เหตุผลได้โดยเฉพาะเหตุผลในทางประชาธิปไตย โดยผลที่สัมพันธ์กับเหตุผล (Outcome-related reason) ให้อำนาจไปที่เหตุผลในผลลัพธ์ที่ออกมา^{๕๕} โดยเห็นว่าแม้ยึดแต่ผล ฝ่ายนิติบัญญัติก็ยังมีน้ำหนักในเหตุผล คดีที่ฝ่ายตุลาการใช้อำนาจวินิจฉัยทบทวนยังมีความ เข้าใจผิดว่าผลสำคัญกว่ากระบวนการซึ่งต้องให้น้ำหนักทั้งสองด้าน^{๕๖} ปัญหาคือการเน้น สิทธิและเสรีภาพจนเกินไป เช่น ในคดีเฉพาะ (Orientation to particular cases) ผู้คนเห็น ความเหมาะสมการให้เหตุผลของศาลในเรื่องสิทธิ อาจก่อให้เกิดแนวคิดที่เห็นว่า ฝ่ายตุลาการมีศีลธรรมมากกว่าฝ่ายนิติบัญญัติเป็นมายาภาพ^{๕๗} เพราะในคดีแบบนี้ ในศาลมุ่งไปที่กลุ่มคนเฉพาะ ต่างกระบวนการนิติบัญญัติที่พิจารณาในทุกปัจเจกชน^{๕๘} และในกรณีคดีสัมพันธ์กับเนื้อหาบทบัญญัติสิทธิ (Orientation to the text of a bill of rights) การใช้อำนาจวินิจฉัยทบทวนในการนิติบัญญัติ (Judicial review of legislation) มีศูนย์กลางอยู่ที่ บทบัญญัติสิทธิ ที่สมาชิกในสังคมแบ่งปันข้อผูกมัดต่อกันรวมทั้งสิทธิคนกลุ่มน้อย (Minority rights) อยู่แล้ว ที่มาของสิทธิของศาลที่จะไม่เห็นด้วยจึงถูกตั้งคำถามเพราะบทบัญญัติสิทธิมี กระบวนการตัดสินใจในการก่อตั้งอยู่แล้วตามรัฐธรรมนูญให้ผลลัพธ์จากมุมมองของแต่ละคน

^{๕๔} Ibid., p.1374.

^{๕๕} Ibid., p.1376.

^{๕๖} Ibid.

^{๕๗} Ibid., p.1379.

^{๕๘} Ibid., p.1380.





ที่จะไม่เห็นด้วยในบทบัญญัติสิทธิ^{๕๙} ที่อ้างว่าบทบัญญัติสิทธิเป็นนามธรรมต้องตีความ Waldron เห็นว่า การเขียนบทบัญญัติต้องมีสาระสำคัญที่แน่นอน มีเหตุผลในคำที่บัญญัติ ศาลต้องหาทางอธิบายว่าวิธีการของศาลมีสาระสำคัญเหมือนบทบัญญัติสิทธิอย่างไร ศาลมักให้เหตุผลว่าฝ่ายนิติบัญญัติกระทำรุนแรง กล่าวหาฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้ให้เหตุผลในกฎหมาย ที่จริงตรงกันข้าม ฝ่ายนิติบัญญัติให้เหตุผลในการออกเสียงเหมือนศาล ในการถกเถียงและพิมพ์ไว้ในรายงานด้วย (Congressional record) ต้องดูที่คุณภาพ เหตุผลมากกว่าถกเถียงว่าให้เหตุผลหรือไม่แล้วดูน้ำหนักเหตุผลที่ต่างกันระหว่างศาล กับแนวคิดทางการเมือง เหตุผลสัมพันธ์กับถ้อยคำในบทบัญญัติสิทธิอย่างไร ฝ่ายใดมีเหตุผล มีศีลธรรม และชอบด้วยแนวคิดทางการเมืองมากกว่ากัน โดยเฉพาะ การให้เหตุผลของศาลที่ไม่เดินตามคดีในอดีตต้องมีขอบเขตคือการไม่เห็นด้วยต้องสุจริต (Good faith disagreement) เพราะการไม่เห็นด้วยมีการถกเถียงที่สำคัญในสภาสูงอยู่แล้ว โดยไม่จำเป็นต้องใช้อำนาจวินิจฉัยบททวน^{๖๐}

ในประเด็นที่ว่าจะไม่เป็นธรรมกับอำนาจวินิจฉัยบททวนของศาลถ้าดูแล กระบวนการแบบประชาธิปไตยโดยไม่ดูผล Waldron ว่าไม่จริงเพราะกระบวนการสำคัญ กับผู้กระทำ ความชอบธรรมทางการเมืองของกระบวนการตัดสินใจทำให้เห็นโฉมหน้า ที่แท้จริงของการไม่เห็นด้วยในผลที่ออกมา^{๖๑} เพราะทุกคนมีมุมมองที่ต่างกันในทฤษฎี ความชอบธรรมทางการเมืองจะตัดสินอย่างไร ต้องให้ภาระความชอบธรรมของทฤษฎี (Burden of legitimacy - theory) ให้แต่ละคนอธิบายแนวคิดตนอย่างเหมาะสมออกมา โดยกระบวนการ เพราะแต่ละคนไม่ได้ให้คำตอบที่เหมือนกันในการตัดสิน แล้วใครมีน้ำหนัก มากที่สุดต้องให้กระบวนการชี้ผล ประเด็นให้ฝ่ายนิติบัญญัติตัดสินแทนคนทั้งหมด

^{๕๙} Ibid., p.1381.

^{๖๐} Ibid., p.1383.

^{๖๑} Ibid., p.1386.



Waldron เห็นว่า ชอบธรรมในทางประชาธิปไตย ฝ่ายนิติบัญญัติมาจากทฤษฎีการเลือกตั้งโดยเป็นธรรม (Theory of fair election) การเลือกตั้งที่คนทั้งหมดถูกกระทำอย่างเท่าเทียมกันในการตัดสินใจ ต้องให้น้ำหนักฝ่ายนิติบัญญัติ ให้หลักตัดสินด้วยเสียงข้างมาก (Principle of majority decision) เพราะเป็นธรรมและเท่าเทียมกัน จึงปกป้องกระบวนการฝ่ายเสียงข้างมาก ว่าหลักเสียงข้างมากคือความเป็นกลางระหว่างผลที่ออกมาก จากการมีส่วนร่วมที่เท่าเทียมกัน และความเห็นแสดงชัดแจ้งถึงน้ำหนักที่มีมากที่สุดที่เป็นไปได้เมื่อเทียบกับน้ำหนักทั้งหมด หลักการเสียงข้างมากคือกฎเกณฑ์แห่งการนำไปใช้ (Principle to use) โดยอ้างว่าแม้แต่ Justice Scalia ผู้นำตุลาการฝ่ายอนุรักษนิยมในศาลสูงสุดปัจจุบันยังเห็นว่า ศาลต้องยึดวัตถุประสงค์ของกฎหมายที่แน่นอนซึ่งเป็นบางส่วนของฉันทามติของสังคม (Social consensus) ด้วย

Waldron เห็นว่า เสียงข้างมากที่แสดงในเชิงกระบวนการบอกถึงเนื้อหาสิทธิที่มีความชอบธรรม โดยได้ว่าแม้แต่ศาลสูงสุดยังตัดสินเรื่องสิทธิโดยใช้การออกเสียง (Vote) และบ่อยครั้งเป็นเสียงข้างมากแบบป่าเถื่อน (Bare majority) แต่ไม่ค่อยมีการกล่าวถึงกันแม้แต่ในทางวิชาการว่าอะไรคือหลักการที่เสียงข้างมากที่ศาลปรับใช้ โดยเสียงข้างมากใช้ในระบบประชาธิปไตยบน ๓ พื้นฐานสำคัญ คือ^{๖๒} ๑. เป็นกระบวนการตัดสินใจ (Decision-procedure) ๒. เป็นหนทางไปสู่วัตถุประสงค์เพื่อให้ถึงการตัดสินใจที่ดีที่สุด ๓. บนการตอบสนองหลักความเท่าเทียมกันทางการเมืองซึ่งมีปัญหาทุกข้อถ้าศาลอ้าง เช่น ข้อแรก ศาลจะไม่ยอมรับเสียงข้างมากจากสถาบันการเมืองอื่นหรือ ถ้านำหลักการเสียงข้างมากเชื่อมกับกระบวนการเพื่อการตัดสินใจ (Process of decision - making) ต้องใช้อย่างสุ่มรอบคอบ ต้องใช้ให้ตัดสินอย่างเลวน้อยที่สุด จะเอามิติใดมาวัด เห็นว่าต้องใช้ความชอบธรรม (Legitimacy) วัด ใช้เมื่อมีการไม่เห็นด้วย (Disagreement)^{๖๓} เพราะ

^{๖๒} Jeremy Waldron, "Five to Four: Why Do Bare Majorities Rule on Courts?," **Yale Law Journal** 123 (2014): 1692.

^{๖๓} Ibid., p.1706.





เป็นความชอบธรรมของทั้งผู้ได้และผู้เสีย ให้ทุกฝ่ายยอมรับ การตัดสินใจโดยเสียงข้างมาก จึงเป็นลักษณะทางธรรมชาติ (Natural) และผู้ก่อตั้งสหรัฐอเมริกาใช้ตามแนวคิด Locke แต่เมื่อมาเป็นประชาธิปไตย หลักการเสียงข้างมากกลับไม่ได้ถูกใช้ให้เป็นแบบธรรมชาติ โดยเฉพาะเมื่อเลือกตั้งหรือใช้ตอบโต้ฝ่ายนิติบัญญัติ กลับกลายมาเป็นการเมืองทางตุลาการไป (Judicial politic)^{๖๔} ถ้าจะให้หลักการเสียงข้างมากต้องยึดอรรถประโยชน์ทั้งหมดของปวงชน ต้องดูภายใต้ทฤษฎีการเลือกอย่างมีเหตุผล (Rational choice theory) การใช้หลักการเสียงข้างมากต้องยึดที่ความเห็นเสียงข้างมาก (Majority of opinion) มากกว่าประโยชน์ของเสียงข้างมาก (Majority of interest) แต่ศาลกลับดูต่างออกไป^{๖๕} ไปอ้างความเชี่ยวชาญของศาลที่ไม่เห็นด้วย ทั้งที่เสียงข้างมากแก้ไขปัญหาค่าความไม่เห็นด้วยนั้นแล้ว เหมือนที่ศาลฝ่ายข้างมากกับข้างน้อยตัดสินใจในคดีแล้วให้ฝ่ายข้างมากหรือผู้ช่วยเขียนคำวินิจฉัย และเหตุผลทำไมคิดว่าเหมาะสม การใช้หลักการเสียงข้างมากต้องดูที่ประสิทธิภาพที่ยังรู้ได้ (Epistemic) และความเป็นธรรม^{๖๖} หลักการ ๕ เสียงต่อ ๔ เสียงของศาลก็ไม่ต่างกับเสียงสภาสูง ๒๑๘ เสียงต่อ ๒๑๗ เสียง เป็นการเปลี่ยนในเนื้อหาของปวงชน แล้วตั้ง ๔ ประเด็นท้าทายศาลในเรื่องเสียงข้างมากคือ^{๖๗} ๑. ไม่มีอะไรที่ไม่เข้ากับการใช้เสียงข้างมากตัดสิน แม้แต่ศาลก็ยังใช้ ๒. ใช้หลักการเสียงข้างมากคือใช้กระบวนการ เมื่อไม่เห็นด้วย (Disagreement) เช่น เรื่องสิทธิ ๓. ถ้าศาลใช้หลักการเสียงข้างมากจะอ้างไม่ได้ได้อย่างไร หรือเพราะพูดว่าทรราชเสียงข้างมาก (Tyranny of the majority) ย่อมยากในการสวนทางเสียงข้างมาก (Counter-majorities deficiency) ๔. การใช้เสียงข้างมากของศาลจะอ้างในทฤษฎีประชาธิปไตยว่าเพื่อรอบคอบทางประชาธิปไตย (Deliberative democracy) อย่างไร เมื่อประชาธิปไตยใช้โดยปวงชน ไม่ว่าจะเห็นด้วยหรือไม่เห็นด้วยก็ตาม จะว่าหลักการเสียงข้างมากไม่ปรับประโยชน์ของตนเองได้อย่างไร

^{๖๔} Ibid., p.1708.

^{๖๕} Ibid., p.1710.

^{๖๖} Ibid., pp.1711-1723.

^{๖๗} Ibid., p.1727.



Weldron เห็นว่า หลักการตัดสินโดยเสียงข้างมาก (Principle of majority - decision) โดยตัวมันเองยังเป็นเป็นหลักการที่บอกว่าสังคมไม่เห็นด้วยในการตัดสินบางอย่างที่กระทำในนามทั้งหมดด้วยว่าจุดนี้เป็นสิ่งที่ฝ่ายตุลาการมองข้ามไป^{๖๘} เพราะไปดูแต่ว่ากระบวนการทางการเมืองที่เงื่อนไขไม่ยุติธรรมหรือทำร้ายสิทธิต้องไม่ถูกเลือกใช้ จะเชื่อประชาธิปไตยแต่ไม่ศรัทธาวิธีการประชาธิปไตยหรือ การตัดสินของเสียงข้างมากอาจไม่จำเป็นต้องเป็นประชาธิปไตย แต่หลักการถูกใช้ให้เป็นที่มาของสาระ ในการตัดสินชีวิตคนเป็นล้านด้วยคนจำนวนน้อยศาลก็ใช้วิธีนี้ เช่น อำนาจวินิจฉัยทบทวนแบบแข็งที่คว่ำกฎหมายโดยออกเสียง ๕ ต่อ ๔ หรือ ๖ ต่อ ๓ แต่กลับไปเชื่อว่าเข้ากับประชาธิปไตย^{๖๙} โดย Weldron เรียกว่า วินิจฉัยทบทวนโดยฝ่ายตุลาการที่สวนทางเสียงข้างมาก (Counter - majoritarian judicial review) แล้วแสดงถึงความยุติธรรมในการตัดสินตามหลักการเสียงข้างมาก ที่เทียบการปกครองในรัฐเหมือนที่ปวงชนอาศัยนาวาไปกลางลำน้ำแล้วมีภัยต้องสละคนออก จะใช้วิธีเสียงส่วนใหญ่ เสียงส่วนน้อย หรือสุ่ม ที่ชอบว่าวิธีเสียงส่วนใหญ่อาจไม่ยุติธรรมที่มีอคติ โดยยกตัวอย่างเหตุการณ์จริงที่ศาลสูงสุดแห่งสหรัฐอเมริกาตัดสินว่า ลูกเรือที่โยนผู้โดยสารออกมีความผิดฐานฆ่าคนตายเพราะผู้โดยสารไม่มีพันธะหน้าที่ต้องเสียชีวิตและไม่อยู่ภายใต้หลักความเสมอภาคกับลูกเรือ เหมือนกับอุทธรณ์ต่อพระเจ้าในการเลือกเหยื่อ ไม่มีวิธีใดสอดคล้องกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และความยุติธรรม Weldron เห็นว่า เสียงข้างมากในประชาธิปไตยไม่ใช่เรื่องชีวิตแต่เป็นการเมือง การวาดความปรารถนาแห่งกิเลส^{๗๐} ในเรื่องเรือ ฝ่ายขุนอำนาจตุลาการเห็นว่าตัดสินด้วยเสียงส่วนน้อย (Minority) ดีกว่าเสียงส่วนใหญ่ (Majority) ดีกว่าวิธีการแบบสุ่ม (Dice) แต่ Weldron แสดงโดยใช้หลักความยุติธรรมว่า ไม่มีกระบวนการใดยุติธรรมที่สุดถ้าไม่มี

^{๖๘} Jeremy Waldron, "A Majority in the Lifeboat," **Boston Law Review** 90(2010): 1043.

^{๖๙} Ibid., p. 1044.

^{๗๐} Ibid., p. 1048.





ความยุติธรรม โดยเห็นว่าจะต้องพิจารณาความยุติธรรมเฉพาะกรณีไม่ใช่ในสภาพแวดล้อมทั้งหมด หลักเสียงข้างมากจึงเป็นความยุติธรรมเฉพาะกรณี โดยยืนยันว่าการตัดสินใจโดยเสียงข้างมากไม่ได้ช่วยให้เข้าใจแนวคิดประชาธิปไตยโดยผิดไป แม้ไม่เหมาะที่จะผูกความหมายประชาธิปไตยกับแนวคิดการตัดสินใจโดยเสียงข้างมาก แม้เสียงข้างมากไม่เหมาะสมกรณีเรือ แต่ไม่ได้หมายความว่าไม่เหมาะสมในการเลือกหลักการอธิบาย เอาจมาเทียบกับปัญหานิติบัญญัติ ที่หากใครไม่เห็นด้วยให้ออกเสียงเลือกกระบวนการใหม่คือของศาลมันไม่ยุติธรรม^{๗๑} เพราะศาลยังใช้เสียงข้างมากตัดสินความเหมาะสมของกฎหมาย ใครจะชนะขึ้นกับเสียง ๕ ต่อ ๔ ของศาล ไปอ้างแต่ว่าความรู้สึกส่วนบุคคลมีผลต่อการตัดสินใจเสียงข้างมากดูประโยชน์ตน แล้วถ้าคนไม่ออกเสียงเพื่อประโยชน์ของตนแต่เพื่อประโยชน์สังคม จะเรียกว่าเสียงข้างมากหรือไม่ เป็นเรื่องข้อจำกัดไม่ใช่เรื่องความไม่เหมาะสมหรือความโง่ของประชาธิปไตย ต้องดูเรื่องความเท่าเทียมกันทางการเมืองที่นำไปสู่หลักการตัดสินใจของเสียงข้างมาก ให้เป็นหลักการตัดสินใจทางการเมือง แล้วสรุปว่าเหมาะสมที่แต่ละคนจะออกเสียงในกระบวนการเพื่อแก้ปัญหาข้อขัดแย้งทั่วไปและแต่ละเสียงถูกให้น้ำหนักด้วยโดยมีผลโดยตรงต่อการตัดสินใจที่ถือเป็นเนื้อหาการยอมรับของบุคคลไม่มีใครสำคัญกว่าใคร เท่าเทียมกัน หลักการเสียงข้างมากเหมาะเป็นหลักการให้ความพอใจ โดยกระบวนการที่น่าพอใจเพราะมี ความเด็ดขาด ความเป็นกลาง ความเท่าเทียมกัน และความตอบสนองให้เข้ากับความเท่าเทียมกันเป็นกระบวนการที่มีศีลธรรม^{๗๒}

สุดท้าย Waldron สรุปตอกย้ำประเด็นอำนาจวินิจฉัยบททวนไม่ชอบธรรมทางประชาธิปไตย^{๗๓} ว่า อำนาจวินิจฉัยบททวนไม่ใช่กระทำต่อสิทธิ แต่เป็นสภาพบังคับการตัดสินใจของคนเกี่ยวกับบทบัญญัติสิทธิ โดยไม่ได้ดูที่แกนกลางเพราะบทบัญญัติสิทธิ

^{๗๑} Ibid., pp. 1050-1051.

^{๗๒} Ibid., p. 1055.

^{๗๓} Jeremy Waldron, "The Core of the Case Against Judicial Review," pp.1393 – 1394.





ไม่ได้ก่อข้อพิพาทในสังคมเกี่ยวกับสิทธิปัจเจกชนและสิทธิคนกลุ่มน้อยแต่อย่างใด นามธรรมของบทบัญญัติสิทธิคือสิ่งที่ปวงชนเลือกวิธีเพื่อแก้ไขข้อพิพาทแล้ว ศาลจะมีอำนาจตัดสินก่อนมีข้อผูกมัดในสังคมทางการเมืองได้อย่างไร จะถือว่าศาลเป็นตัวแทนและถูกยืนยันโดยฝ่ายมาจากเลือกตั้งไม่ได้เพราะไม่ใช่ถูกบังคับได้โดยตรงจากฝ่ายเลือกตั้ง อำนาจวินิจฉัยทบทวนไม่ใช่การปรับปรุงเพื่อเข้าถึงของประชาชนในระบบการเมืองเหมือนการออกเสียง เพราะขาดการมีส่วนร่วมของประชาชนโดยเฉพาะความเท่าเทียมกันทางการเมือง ประเด็นกล่าวอ้างแต่ว่าฝ่ายนิติบัญญัติเป็นทรรฆเสียงข้างมาก ต้องให้ฝ่ายตุลาการมาทำให้สำรวมจริงหรือ ทรรฆคือเมื่อสิทธิประชาชนถูกปฏิเสธ แล้วกฎหมายห้ามสูบบุหรี่ในที่สาธารณะ กฎหมายควบคุมทางการเงินเป็นทรรฆหรือ และศาลอาจเป็นทรรฆเองได้ ทรรฆเป็นได้กับเสียงข้างมากที่มาจากการเลือกตั้งเท่านั้น หรือการเป็นทรรฆคือตัดสินออกนอกการมีส่วนร่วมของประชาชนที่แน่นอน และเท่าเทียมกันในการตัดสินด้วย ให้คนกลุ่มน้อยหรือปัจเจกชนได้รับผลคือเลือกปฏิบัติ^{๗๔} คือความไม่ยุติธรรมเมื่อสิทธิหรือประโยชน์คนกลุ่มน้อยด้อยกว่าคนกลุ่มใหญ่^{๗๕}

Richard H. Fallon ถกเถียงประเด็นเรื่องสิทธิและข้อขัดแย้งสิทธิระหว่างฝ่ายตุลาการและฝ่ายนิติบัญญัติในกระบวนการทางประชาธิปไตยที่อ่อนลงมาที่เห็นว่า อำนาจวินิจฉัยทบทวนของฝ่ายตุลาการอาจจำเป็นและเป็นผลดีทางประชาธิปไตยแม้มีเงื่อนไขขอบเขตจำกัดในทางประชาธิปไตย โดยเห็นว่าความชอบธรรมทางประชาธิปไตยมีที่มาหลายทางและอาจต้องให้น้ำหนักผลที่ออกมาต่อสังคมของฝ่ายตุลาการด้วย โดยเห็นว่าประเด็นอำนาจวินิจฉัยทบทวนเป็นประเด็นที่ต้องถกเถียงทั้งทางรัฐธรรมนูญ การเมือง และศีลธรรม ไม่ใช่เฉพาะแค่การเมืองหรือประชาธิปไตยแบบที่ Waldron ว่า ทั้งในประเด็นศาลควรตีความรัฐธรรมนูญอย่างไร และควรมีบทบาทในวัฒนธรรมประชาธิปไตยอย่างไรเมื่อต้องตัดสินรัฐธรรมนูญ แต่ก็เห็นว่าอำนาจวินิจฉัยทบทวนของฝ่ายตุลาการจะต้องถูกแก้ไข ถ้าจะปกป้องไว้ให้ได้ในมุมมองทฤษฎีการเมืองเสรีนิยม

^{๗๔} Ibid., p.1396.

^{๗๕} Ibid., p.1397.





Fallon เห็นว่า ต้องพิจารณาที่ธรรมชาติการออกแบบบทบาทยุทธการเมืองให้ต่างกัน จะดูเปรียบเทียบในกระบวนการเดียวกันไม่ได้ แต่บทบาทที่ต่างกันไม่ใช่ว่าศาลทำถูกต้องกว่าฝ่ายนิติบัญญัติ แต่ศาลถูกออกแบบให้ทำหน้าที่เป็นที่ประชุมที่รวมแห่งหลักการ (forum of principle) ต่างหาก^{๗๖} บทบาทจึงต่างกันไปในเรื่องปกป้องสิทธิและใช้อำนาจต่อฝ่ายนิติบัญญัติที่ทำร้ายสิทธิ แต่เห็นว่าบทบาทนี้ไม่สมบูรณ์ในทางประชาธิปไตย โดยเปรียบเทียบกระบวนการประชาธิปไตยเหมือนกระบวนการทางอาญาฝ่ายนิติบัญญัติและประชาชนเหมือนจำเลยกับลูกขุนที่จำเลยต้องไม่ถูกลงโทษ ถ้าลูกขุนไม่เห็นเอกฉันท์คือการพิสูจน์จนสิ้นสงสัย (Beyond a reasonable doubt) เทียบหน้าที่ศาลเป็นอัยการต้องแสดงหลักฐานให้ลูกขุนหรือปวงชนเห็นด้วย แต่ไม่ยากที่จะตัดสินให้ถูกต้อง ในทางอาญาแม้จะตัดสินโดยเสียงข้างมากก็ต้องอยู่ภายใต้มาตรฐานพยานหลักฐานชัดเจน (Preponderance of the evidence standard) ซึ่งเป็นระบบที่เน้นส่งเสริมทางจำเลยเช่นเดียวกับถ้าเอามาเทียบดูการตัดสินในเรื่องสิทธิปัจเจกชน

แต่ความชอบธรรมฝ่ายตุลาการอาจต้องดูที่ผลที่ออกมาคือสิทธิที่เป็นข้อพิพาทกันด้วย ต้องดูในสิทธิทางศีลธรรมด้วย ไม่ผูกพันกับกระบวนการอย่างเดียว เพราะต้องการผลต่อสังคมมากกว่า โดยเห็นว่าสิทธิทางรัฐธรรมนูญและสิทธิปัจเจกชนที่เกี่ยวกับกระบวนการทางประชาธิปไตย คือเรื่องที่ไม่เห็นด้วยอย่างมีเหตุผล (Reasonable disagreement) ในปัญหาสิทธิ สิทธิที่ว่าเป็นบทบัญญัติสิทธิในรัฐธรรมนูญที่ถือเป็นสิทธิทางศีลธรรม (Moral rights) ด้วย ที่ศาลได้รับการยอมรับว่ามีแบบแผนทางวิชาชีพแต่อาจเป็นพวกต่อต้านปวงชนนิยม (Antipopulism) ไม่ยากที่จะปกป้องอำนาจวินิจฉัยทบทวน ไม่ใช่ศาลจะไม่มีข้อดีในการตัดสินสิทธิ แต่สิ่งสำคัญคือกระบวนการอำนาจวินิจฉัยทบทวนที่สร้างโดยศาลทำลายการนิติบัญญัติทางรัฐธรรมนูญที่การตัดสินไปชี้เหนือฝ่ายนิติบัญญัติ^{๗๗} โดยเปรียบเทียบศาลคือผู้รับอุทธรณ์หลักการทางศีลธรรมที่ศาลอาจเข้าใจ

^{๗๖} Richard H. Fallon, Jr., "The Core of Uneasy Case for Judicial Review," **Harvard Law Review** 121,7 (May 2008): 1695.

^{๗๗} Ibid., p.1697.





เนื้อหาที่เป็นพื้นฐานศีลธรรมของการนิติบัญญัติที่สังคมต้องการ เหมือนที่Waldron ให้สิทธิเสรีภาพในรัฐธรรมนูญ เป็นสิทธิทางศีลธรรม แต่ประวัติศาสตร์มีปัญหาในการตีความถึงเจตนารมณ์ดั้งเดิม

Fallon เห็นว่าประเด็นความชอบธรรมที่กระบวนการ ถ้าศาลดีกว่า ฝ่ายนิติบัญญัติจริงก็ต้องแสดงผลที่ดีกว่าออกมา ที่ Waldron ไปจำกัดอำนาจวินิจฉัย ทบทวนว่าเฉพาะต้องเป็นเรื่องพหุสัญญาสังคมหรือระบบการเมืองเท่านั้น และให้การปกครองตนเองทางการเมืองมาเป็นความชอบธรรมอย่างเดียว โดยให้ความชอบธรรมทางการเมือง เท่ากับความชอบธรรมแบบประชาธิปไตย เมื่อประชาชนมีเสียงและออกเสียง ไม่ดูว่าความชอบธรรมทางการเมืองที่มีความหมายกว้างมากและอาจมาจากหลายแหล่ง แม้อำนาจวินิจฉัยทบทวนขาดความชอบธรรมทางประชาธิปไตย แต่อาจมีเหตุผลที่ดี ที่พลเมืองอาจยอมรับการตัดสินใจที่ไม่เห็นด้วยจากการออกแบบสถาบันเพื่อปกป้องสิทธิ^{๗๘}

Fallon เห็นว่าสมมุติฐานของ Waldron ทั้ง ๔ ข้อ ยังไม่มีลัทธิคำโค่นเพียงพอ และไม่สมบูรณ์ ที่ว่าฝ่ายตุลาการไม่ชอบธรรม แม้ไม่ได้หมายความว่าฝ่ายนิติบัญญัติ ให้คำตอบที่ถูกต้องเพราะข้อถกเถียงนี้แคบ^{๗๙} เพราะสองสมมุติฐานแรกมีปัญหา เพราะการทำงานศาลไม่เหมือนกับฝ่ายนิติบัญญัติในการให้คำตอบที่ถูกต้องเทียบกันไม่ได้ ส่วนสมมุติฐานที่สามประเด็นอำนาจวินิจฉัยทบทวนไม่เพิ่มสิทธิมีส่วนร่วมประชาชนทางประชาธิปไตย เห็นว่าถ้ายึดเพียงศาลกับฝ่ายนิติบัญญัติใครให้คำตอบที่ถูกต้องกว่ากัน ดูแต่เหตุผลจากผลลัพธ์ยังไม่พอ เพราะยังไม่ได้ดูพลัง (Potency) และอำนาจ (Powerful) ทางจารีตของคดีจากอำนาจวินิจฉัยทบทวนต่อสังคม ซึ่งดูเหตุผลต่อสังคม อาจเป็นการเพิ่มการมีส่วนร่วมของประชาชนในการปกครองตนเองได้ โดย Fallon เห็นว่าใช้อำนาจวินิจฉัยทบทวนมีเพื่อบังคับให้สิทธิปัจเจกชนสูงเกินไปดีกว่าต่ำเกินไป

^{๗๘} Ibid., pp.1699

^{๗๙} Ibid., pp.1702-1704.





โดยเห็นว่าบทบัญญัติสิทธิเป็นสิทธิทั่วไปทางการเมืองของเสียงข้างมากที่จะปกครองตนเอง โดยใช้กระบวนการตัดสินใจของเสียงข้างมากไม่เหมือนสิทธิปัจเจกชนทั่วไปที่จะใช้ต่อสู้ฝ่ายนิติบัญญัติที่ทำร้ายสิทธิ^{๔๐} และในสมมุติฐานที่สี่ การตีความเรื่องความไม่เห็นด้วยในสิทธิอย่างมีเหตุผลจากกระบวนการเป็นสิ่งทำได้โดยดูที่เนื้อหา ถ้าประชาชนไม่เห็นด้วยกับสิทธิสถาบันการเมืองก็ต้องอธิบายว่าไม่เห็นด้วยอย่างไร ถ้ามีวิธีแยกสิทธิอาจเห็นได้ว่าใครตัดสินใจถูกต้องไม่ใช่ดูแต่เหตุผลจากผลลัพธ์ การไม่เห็นด้วยอย่างมีเหตุผลเป็นสิ่งที่เป็นไปได้ในการแยกศีลธรรมของการตีความตามหลักการที่ตนเชื่อถือ ถ้าถูกต้องจะต้องอธิบายข้อเท็จจริงได้ ไม่ใช่ใช้ว่าพิสูจน์สถาบันใดดีกว่าสถาบันอื่นในเรื่องผลที่ถูกต้องในสมมุติฐานที่สี่เรื่องดูแลผลมาหนูนอำนาจวินิจฉัยยับยั้งทบทวนว่าอำนาจวินิจฉัยยับยั้งถูกออกแบบให้มีต้นทุนทางศีลธรรม (Total moral cost) ให้บังคับมีสิทธิมากเกินไปดีกว่าบังคับสิทธิแบบน้อยเกินไปมีเหตุผลที่จะเชื่อว่า ประชาธิปไตยทางรัฐธรรมนูญที่อำนาจวินิจฉัยยับยั้งทบทวนคือระบบที่ถูกออกแบบมาอย่างดี มีศีลธรรมดีกว่ารูปแบบผลมากกว่าการเมืองประชาธิปไตยที่ไม่มีอำนาจวินิจฉัยยับยั้งทบทวน และถูกออกแบบให้มีต้นทุนทางศีลธรรมดีกว่าแม้ไม่มีสูตรในการคำนวณ^{๔๑}

ปัญหาอำนาจวินิจฉัยยับยั้งทบทวน อาจไม่ใช่ประเด็นเรื่องยอมรับสถาบันนิติบัญญัติ หรือปกป้องสิทธิปัจเจกชน แต่อาจเป็นเรื่องฝ่ายนิติบัญญัติไปลดเจตจำนงในความสมบูรณ์รอบคอบ และความเป็นอิสระของตนลง ไม่ใช่ปัญหาว่าศาลหรือฝ่ายนิติบัญญัติจะดีกว่าในการจำแนกสิทธิ ต้องมีจุดยึดเดียวกันคือสังคม เพราะสังคมได้สร้างอย่างมีเหตุผลให้ฝ่ายบริหารมีไว้ซึ่งจะไม่เกิดขึ้นถ้าศาลหรือฝ่ายนิติบัญญัติไม่ทำร้ายสิทธิ ไม่ใช่ศาลดีกว่าฝ่ายนิติบัญญัติ ในคดีใช้อำนาจวินิจฉัยยับยั้งทบทวนแบบแข็งเป็นเรื่องพยาธิสภาพทางการเมืองที่ศาลหรือฝ่ายนิติบัญญัติ หรือฝ่ายบริหารเชื่อแล้วต้องทำ^{๔๒} มีเหตุผล

^{๔๐} Ibid., pp.1713.

^{๔๑} Ibid., p.1714.

^{๔๒} Ibid., p.1706.





ที่เชื่อว่าผลลัพธ์ที่ดีอาจสัมพันธ์กับเหตุผล (Good outcome – relate reason) ที่ลูกขุนจะตัดสินว่าไม่ผิดคือไม่พอใจถ้าฝ่ายรัฐไม่พิสูจน์จนสิ้นสงสัย เห็นว่าเหตุผลขัดแย้งคือความผิดมาจากการตัดสินในเรื่องศีลธรรมมากกว่าผลจากความผิด เทียบกันก็ต้องดูผลไปที่เหตุผลที่ต้องการระบบทำร้ายสิทธิปัจเจกชนน้อยที่สุด ที่ให้คุณค่าฝ่ายนิติบัญญัติต่ำในการทำกฎหมายเพราะอาจไปทำร้ายสิทธิปวงชนและให้ฝ่ายบริหารมีวิวัฒนาการ^{๔๓}

Fallon เห็นว่า อำนาจอธิปไตยของประชาชนอาจมีความชอบธรรมทางการเมืองได้ตรงข้ามกับ Waldron ถ้าดูกระบวนการไปสู่เหตุผล และความชอบธรรมทางการเมือง (Process-based reason and political legitimacy) การพิจารณาอำนาจอธิปไตยของประชาชนแต่ในเรื่องกระบวนการทางการเมืองออกจะเกินไปต้องดูความเกี่ยวพันกันของ ๓ แนวคิดคือ^{๔๔} ๑. รูปแบบศีลธรรมที่ดีที่สุดของผล ๒. ความเป็นธรรมของกระบวนการ และ ๓. ความชอบธรรมทางการเมือง ประกอบกัน อำนาจอธิปไตยของประชาชนลดการทำร้ายสิทธิชัดเจนว่าเป็นความเป็นธรรมและอาจเป็นความชอบธรรมด้วย โดยเห็นว่าความชอบธรรมรู้ได้ช้ากว่าความเป็นธรรมและต้องแยกระหว่างความชอบธรรมทางการเมืองทั้งหมด (Overall political legitimacy) ในทฤษฎีการเมืองประชาธิปไตย กับความชอบธรรมทางประชาธิปไตยโดยเฉพาะที่มาจากทางการเมืองแบบเฉพาะ (Specifically democratic legitimacy) การพิจารณาความชอบธรรมทางประชาธิปไตยแบบเฉพาะต้องดูในเนื้อหาด้วยมิใช่กระบวนการอย่างเดียว แม้ให้ความชอบธรรมกับกระบวนการ เพราะข้อจำกัดของหลักการตัดสินโดยเสียงข้างมาก (Principle of majority decision) จะเป็นกลไกแก้ข้อพิพาทในเรื่องนโยบาย แต่ผลที่ออกมาต้องเป็นธรรมภายใต้เนื้อหาความชอบธรรมของการปกครองประชาธิปไตยด้วย^{๔๕} โดยเทียบว่าตนดูอำนาจอธิปไตยของฝ่าย

^{๔๓} Ibid., p.1707.

^{๔๔} Ibid., p.1716.

^{๔๕} Ibid., p.1717.





ตุลาการทั้งแนวคิดในทางบวกและทางลบ แต่ Waldron ดูแต่ในทางลบในเรื่องอำนาจวินิจฉัยบททวน ทางบวกคืออำนาจวินิจฉัยบททวนมีเหตุผลได้รับการปกป้องจากทฤษฎีเสรีนิยมทางการเมือง แม้ไม่ใช่กรณีเป็นพยาธิสภาพทางการเมืองก็ตาม เมื่อคุณผลลัพธ์ไปสู่เหตุผลแล้วมันดีและหนุนอำนาจวินิจฉัยบททวน ประเด็นอำนาจวินิจฉัยบททวนไม่เป็นธรรมและไม่ชอบธรรมทางการเมือง ความชอบธรรมทางการเมืองมาจากหลายแหล่งแต่อำนาจวินิจฉัยบททวนขาดเฉพาะความชอบธรรมทางประชาธิปไตยเท่านั้น^{๔๖}

สรุป

ความชอบธรรมของกระบวนการทางประชาธิปไตยในอุดมการณ์เสรีนิยมประชาธิปไตย มีจุดแข็งอย่างมากที่จะให้ความชอบธรรมแก่ผลที่ออกมาจากกระบวนการประชาธิปไตย หากผู้แทนปวงชนได้ดำเนินกระบวนการให้ถูกต้องย่อมเป็นเจตจำนงปวงชนสร้างกฎหมายในการปกครองตนเอง แต่จะขาดความชอบธรรมเมื่อผู้แทนหรือฝ่ายนิติบัญญัติบิดเบือนเจตนารมณ์ ลดความรอบคอบหรือกระทำขัดรัฐธรรมนูญ ความชอบธรรมในบทบาทฝ่ายนิติบัญญัติทางประชาธิปไตยคือจัดทำนโยบายกฎหมายซึ่งเป็นนโยบายการเมืองที่ต้องใช้กระบวนการทางเมืองตัดสินใจ อาจทำให้ต้องแยกระหว่างบทบาทสถาบันการเมืองกับเรื่องการปกครอง โดยเฉพาะการปกครองภายใต้หลักการเสียงข้างมากที่ให้ความชอบธรรมแก่ฝ่ายนิติบัญญัติในทางประชาธิปไตย ในการทำกฎหมายและข้อพิพาทในเนื้อหากฎหมายโดยใช้กระบวนการตัดสินใจ เพราะกระบวนการรวมสิทธิปวงชนส่วนใหญ่และคนกลุ่มน้อยแล้ว สิ่งนี้กลายเป็นจุดอ่อนในอำนาจวินิจฉัยบททวนของฝ่ายตุลาการในทางประชาธิปไตยคือการตรวจสอบได้ทางการเมืองที่ขาดการมีส่วนร่วมของปวงชนอย่างเท่าเทียมกัน แม้อาจจะโต้แย้งกับสิทธิคนกลุ่มน้อย

^{๔๖} Ibid., p.1735.



ก็ตาม อำนาจวินิจฉัยบททวนของฝ่ายตุลาการจึงไม่สอดคล้องเต็มที่กับหลักการประชาธิปไตยที่สมบูรณ์ในเชิงกระบวนการที่ให้ผล จึงอธิบายความชอบธรรมทางประชาธิปไตยไปที่ผลเป็นหลักแต่อาจมีปัญหาเพราะทางประชาธิปไตยศาสตร์ต้องมีจุดยึดในคุณค่าศีลธรรมที่แน่นอน เพราะไม่เหมือนฝ่ายนิติบัญญัติที่เป็นผู้แทนเปลี่ยนแปลงตามเจตจำนงปวงชนได้เมื่อพิจารณาในทางการเมืองโดยเฉพาะในกระบวนการประชาธิปไตยถึงความชอบธรรมของอำนาจฝ่ายนิติบัญญัติ แม้ยังมีข้อไม่ลงรอยว่าจะใช้อะไรเป็นมาตรวัด จะเห็นได้ว่าฐานความชอบธรรมถูกส่งผ่านมาจากปวงชนภายใต้ความเท่าเทียมกันทางการเมืองโดยมีกระบวนการประชาธิปไตยเป็นที่ยอมรับเจตจำนงที่เป็นผลหรือเนื้อหาออกมา เป็นกฎหมายเพื่อกำหนดเจตจำนงในการปกครองตนเองอันเป็นปรัชญาของประชาธิปไตย ข้อพิพาทเรื่องสิทธิของประชาชนจึงต้องให้ปวงชนพิจารณา ความชอบธรรมทางประชาธิปไตยของฝ่ายนิติบัญญัติจึงเด่นชัดกว่าฝ่ายตุลาการ แม้มีข้อโต้แย้งว่าเป็นเรื่องการออกแบบสถาบันการเมืองแห่งที่มาของความชอบธรรมก็ตาม การใช้อำนาจตุลาการเข้าถ่วงดุลในทางประชาธิปไตยจึงถูกอธิบายว่าต้องกระทำอย่างมีเงื่อนไขและข้อจำกัด แม้ไม่จำเป็นว่าฝ่ายใดจะตัดสินได้ถูกต้องกว่ากัน ทำให้อำนาจฝ่ายตุลาการในทางประชาธิปไตยถูกอธิบายว่าเป็นประชาธิปไตยแบบพิเศษบ้าง ความชอบธรรมประชาธิปไตยมีหลายที่มาบ้างจึงไม่อาจสร้างความชอบธรรมให้อำนาจวินิจฉัยบททวนในทางประชาธิปไตยได้อย่างสมบูรณ์





เอกสารอ้างอิง

สมเกียรติ วันทะนะ. **อุดมการณ์ทางการเมืองร่วมสมัย**. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์อักษรข้าวสวย, ๒๕๕๑.

Allan C. Hutchinson. A Hard Core Case Against Judicial Review. **Harvard Law Review Forum** 121,7 (May 2008): 55-57.

Alexander M. Bickel. **The Least Dangerous Branch**. 2nd ed. Binghamton, NY: Vail - Ballou Press, Inc., 1986.

Barry Friedman. The History of the Countermajoritarian Difficulty , Part one : The Road to Judicial Supremacy. **New York University Law Review** 73,2 (May 1998): 333-433.

Charles Tilly. **Democracy**. Cambridge : Cambridge University Press, 2007 .

George Mace. The Antidemocratic Character of Judicial Review. **California Law Review** 60 (1972): 1140-1149.

James B. Thayer. The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. **Harvard Law Review** 8,3 (1893): 129-156.

Jeremy Waldron. The Dignity of Legislation. **Maryland Law Review** 54 (1995): 633-665.

_____. Legislating with Integrity. **Fordham Law Review** 72,2 (2003): 373-394.

_____. The Core of the Case Against Judicial Review. **The Yale Law Journal** 115,1346 (2006): 1346-1406.

_____. A majority in the Lifeboat. **Boston Law Review** 90 (2010): 1043 - 1057.





Jeremy Waldron. How Law Protects Dignity. **New York University school of law public & legal theory research paper series working paper No. 11 - 83.**

(December 2011).

_____. Five to Four : Why Do Bare Majorities Rule on Courts?. **Yale Law Journal** 123 (2014): 1692-1730.

John Ferejohn and Pasquale Pasquino. The Countermajoritarian Opportunity. **Journal Constitution Law** 13,2 (December 2010): 353-395.

John Hart Ely. **Democratic and Distrust : A Theory of Judicial Review.** Cambridge, MA : Harvard university press,1980.

Olatunde C. A. Johnson, The Dignity of Equality Legislation. **Harvard Journal of Law & Gender** 36 (2013): 89-104.

Randy E. Barnett. The Origin Meaning of the Judicial Power. **Supreme Court Economic Review** 12 (2004): 115-138.

Richard A. Posner. Against Constitutional Theory. **New York University Law Review** 73,1 (April 1998): 1-23.

Richard H. Fallon, Jr., The Core of Uneasy Case for Judicial Review. **Harvard law Review** 121 ,7 (May 2008): 1693-1736.

Water Sinnott-Armstrong. Weak and Strong Judicial Review. **Law and Philosophy** 22 (2003): 381-392.





ปัญหาเรื่องการพิสูจน์คดีสิ่งแวดล้อม

ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. ๒๕๓๕

ผศ.ดร.ปราโมทย์ ประजनปัจฉินีก *

ปัญหาเรื่องการพิสูจน์หรือหน้าที่นำสืบในเรื่องเกี่ยวกับคดีสิ่งแวดล้อมนั้น ถือเป็นปัญหาที่มีความสำคัญอย่างยิ่ง เพราะในการดำเนินคดีนั้น เรื่องการพิสูจน์ ถือเป็นกระบวนการพิจารณาที่ใช้ในชั้นศาลเพื่อพิสูจน์ความจริงว่าข้อเท็จจริงในเรื่องนั้น เป็นอย่างไร อย่างไรก็ตาม หากกฎหมายกำหนดภาระพิสูจน์ให้กับคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง

* ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำภาควิชานิติศาสตร์ คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์



มากจนเกินไปจนทำให้คู่ความอีกฝ่ายต้องรับภาระการพิสูจน์มากจนเกินสมควร ก็อาจจะก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมอันเกิดขึ้นในกระบวนการพิจารณาคดีในชั้นศาลได้

ในอดีตก่อนที่จะมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. ๒๕๓๕ เมื่อเกิดเป็นคดีมีข้อพิพาทเกิดขึ้นและมีความจำเป็นที่จะต้องใช้สิทธิฟ้องร้องคดี จะมีการฟ้องร้องกันตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในเรื่องของละเมิด ซึ่งได้แก่ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา ๔๒๐^๑ ซึ่งถือเป็นบทบัญญัติทั่วไปเกี่ยวกับความรับผิดทางแพ่ง ทั้งนี้พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. ๒๕๓๕ นั้นไม่ใช่เป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับสิ่งแวดล้อมเป็นฉบับแรก กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับสิ่งแวดล้อมโดยตรงเป็นฉบับแรก ได้แก่ พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. ๒๕๑๘ ซึ่งกฎหมายฉบับนี้ มีวัตถุประสงค์ที่จะส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมในภาพรวมทั้งหมด อย่างไรก็ตาม เมื่อมีความเสียหายหรือความผิดต่อสิ่งแวดล้อมที่ผู้ก่อจะต้องรับผิดชอบ พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. ๒๕๑๘ ก็ได้มีบทบัญญัติในเรื่องนั้นไว้เป็นพิเศษ ดังนั้นการฟ้องร้องเป็นคดีความขึ้นมาก็จะต้องนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในการฟ้องเรียกค่าเสียหายนั่นเอง ซึ่งการฟ้องตามบทบัญญัตินี้ดังกล่าวจะอยู่ภายใต้ของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งในเรื่องการนำพยานหลักฐานเข้าสืบ ซึ่งได้แก่

^๑ ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๔๒๐ บัญญัติว่าผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สินหรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นทำละเมิดจำต้องชดเชยค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น





มาตรา ๘๔/๑^๒ ที่ถือหลักว่า “ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้เขียนนั้นมีหน้าที่นำสืบ” ดังนั้นเมื่อผู้เสียหายหรือโจทก์เป็นผู้กล่าวอ้างจึงต้องมีภาระการพิสูจน์ให้ข้อเท็จจริงว่า จำเลยเป็นผู้ก่อให้เกิดความเสียหายจริง ซึ่งการที่โจทก์เป็นผู้เสียหายมีภาระการพิสูจน์หรือหน้าที่นำสืบเช่นนี้ ทั้ง ๆ ที่ในคดีสิ่งแวดล้อมนั้นโดยทั่วไปแล้วจำเลยจะมีฐานะทางเศรษฐกิจที่ดีกว่าฝ่ายโจทก์ซึ่งเป็นผู้เสียหายมาก โดยอาจจะเป็นเจ้าของโรงงานอุตสาหกรรม เนื่องจากแหล่งกำเนิดมลพิษส่วนใหญ่จะเป็นโรงงานอุตสาหกรรม หรือแหล่งลงทุนทางธุรกิจขนาดใหญ่ ซึ่งจะเป็นผู้มีฐานะทางเศรษฐกิจที่ดีกว่าโจทก์หรือผู้เสียหาย และส่วนใหญ่จะมีระบบการดำเนินงานของธุรกิจที่ซับซ้อนและอาจจะต้องใช้หลักวิชาทางวิทยาศาสตร์เข้ามาเกี่ยวข้อง

ดังนั้นการหาพยานหลักฐานในการที่จะนำสืบว่าจำเลยเป็นผู้กระทำผิดจริงและก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ จึงไม่ใช่เรื่องง่ายในการที่พิสูจน์ว่าจำเลยจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำให้โจทก์ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำของจำเลย ถึงแม้ว่าต่อมาจะได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. ๒๕๓๕ โดยได้มีการปรับปรุงจากเดิมที่ภาระการพิสูจน์นั้นตกอยู่กับโจทก์ตามหลัก “ผู้ใดกล่าวอ้าง ผู้เขียนนั้นมีหน้าที่นำสืบ” ซึ่งเป็นภาระการพิสูจน์ที่ไม่เป็นธรรมแก่โจทก์เนื่องจากโจทก์ซึ่งเป็นผู้เสียหายส่วนใหญ่นั้นจะมีฐานะทางเศรษฐกิจที่ด้อยกว่าจำเลยและไม่มีความรู้ความเข้าใจหลักทางด้านวิทยาศาสตร์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการเก็บรวบรวมพยานหลักฐานต่าง ๆ ที่จะใช้พิสูจน์ในชั้นศาล ด้วยเหตุนี้ พระราชบัญญัติส่งเสริม

^๒ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา ๘๔/๑ บัญญัติว่า คู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้างข้อเท็จจริงเพื่อสนับสนุนคำคู่ความของตน ให้คู่ความฝ่ายนั้นมีภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงนั้น แต่ถ้าข้อสันนิษฐานไว้ในกฎหมายหรือข้อสันนิษฐานที่ควรจะเป็นซึ่งปรากฏจากสภาพปกติธรรมดาของเหตุการณ์เป็นคุณแก่คู่ความฝ่ายใด คู่ความฝ่ายนั้นต้องพิสูจน์เพียงว่าตนได้ปฏิบัติตามเงื่อนไขแห่งการที่ตนจะได้รับประโยชน์จากข้อสันนิษฐานนั้นครบถ้วนแล้ว



และรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. ๒๕๓๕ จึงได้นำหลักความรับผิดอย่างเคร่งครัด (Strict Liability) มาใช้ ซึ่งตามแนวคิดของหลักการดังกล่าวนี้ จำเลยที่เป็นเจ้าของแหล่งกำเนิดมลพิษต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นไม่ว่าจะจงใจหรือประมาทเลินเล่อก็ตาม แต่ก็ยังเปิดโอกาสให้จำเลยได้มีข้อแก้ตัวเพื่อเป็นเหตุยกเว้นความรับผิดได้ เช่น กรณีสุดวิสัย เป็นต้น การนำหลักความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้กับคดีสิ่งแวดล้อมนั้น จะก่อให้เกิดผลดีแก่โจทก์ที่เป็นผู้เสียหาย เพราะการที่จะฟ้องเป็นคดีตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา ๔๒๐ โจทก์จะมีการพิสูจน์ว่าจำเลยได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำให้โจทก์ได้รับความเสียหายต่อร่างกาย อนามัย เสรีภาพ หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใด หากโจทก์ซึ่งเป็นผู้เสียหายไม่สามารถนำสืบให้ศาลเห็นว่าจำเลยนั้นได้กระทำโดยจงใจหรือประมาทเลินเล่อจำเลยก็ไม่ต้องรับผิด

แม้ว่าพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. ๒๕๓๕ จะได้นำหลักเรื่องความรับผิดโดยเคร่งครัดมาใช้อย่างปรากฏในมาตรา ๙๖^๓ ก็ตาม

^๓ พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. ๒๕๓๕ มาตรา ๙๖ บัญญัติว่า แหล่งกำเนิดมลพิษใดก่อให้เกิดหรือเป็นแหล่งกำเนิดของการรั่วไหลหรือแพร่กระจายของมลพิษ อันเป็นเหตุให้ผู้อื่นได้รับอันตรายแก่ชีวิตร่างกาย หรือสุขภาพอนามัย หรือเป็นเหตุให้ทรัพย์สินของผู้อื่น หรือของรัฐเสียหาย ด้วยประการใด ๆ เจ้าของหรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษนั้น มีหน้าที่ต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทน หรือค่าเสียหายเพื่อการนั้น ไม่ว่าการรั่วไหลหรือแพร่กระจายของมลพิษนั้นจะเกิดจากการกระทำโดยจงใจ หรือประมาทเลินเล่อของเจ้าของหรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษหรือไม่ก็ตาม เว้นแต่ในกรณีที่พิสูจน์ได้ว่ามลพิษเช่นนั้นเกิดจาก

๑. เหตุสุดวิสัยหรือการสงคราม
 ๒. การกระทำตามคำสั่งของรัฐบาลหรือเจ้าพนักงานของรัฐ
 ๓. การกระทำหรือละเว้นการกระทำของผู้ที่ได้รับอันตรายหรือผู้ได้รับความเสียหายเอง หรือของบุคคลอื่นซึ่งมีหน้าที่รับผิดชอบโดยตรงหรือโดยอ้อมในการรั่วไหลหรือการแพร่กระจายของมลพิษนั้น
- ค่าสินไหมทดแทนหรือค่าเสียหายซึ่งเจ้าของหรือผู้ครอบครองแหล่งกำเนิดมลพิษมีหน้าที่ต้องรับผิดตามวรรคหนึ่ง หมายความว่ารวมถึงค่าใช้จ่ายทั้งหมดที่ทางราชการต้องรับภาระจ่ายจริงในการขจัดมลพิษที่เกิดขึ้นด้วย





แต่การใช้บทบัญญัติดังกล่าวยังคงมีปัญหาที่สำคัญบางประการ กล่าวคือ ผู้เสียหายซึ่งเป็นโจทก์ ยังคงมีหน้าที่ที่จะต้องพิสูจน์ถึงความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล เพราะในบางคดี เป็นการยากที่จะพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าสารพิษที่สะสมอยู่ในร่างกายโจทก์นั้น มาจากแหล่ง กำเนิดมลพิษของจำเลย ซึ่งโจทก์ได้รับสารพิษนั้นติดต่อกันเป็นเวลาหลายปี จนโจทก์เกิด อาการเจ็บป่วย เนื่องจากในแต่ละวันเรามีโอกาสได้รับการพิษจากแหล่งกำเนิดมากมาย และหลักฐานทางวิทยาศาสตร์หรือทางแพทย์ก็ไม่อาจยืนยันได้ชัดเจนแน่นอนว่า การที่ โจทก์มีอาการเจ็บป่วยเช่นว่านั้นเป็นเพราะได้รับสารพิษจากแหล่งกำเนิดของจำเลย หากพิจารณาถึงลักษณะของคดีสิ่งแวดล้อมแล้ว หากกำหนดให้โจทก์มีหน้าที่ต้องพิสูจน์ให้ได้ ความชัดเจนว่า อาการเจ็บป่วยของโจทก์นั้นเกิดจากแหล่งกำเนิดมลพิษของจำเลยแล้ว ก็อาจจะทำให้ประชาชนเป็นจำนวนมากที่ได้รับความเดือดร้อนจากแหล่งกำเนิดมลพิษ ไม่สามารถเรียกค่าสินไหมทดแทนได้เลย เนื่องจากเป็นการยากที่ประชาชนที่เป็นผู้เสียหายนั้น จะพิสูจน์ถึงความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลได้อย่างชัดเจนตามเหตุผลที่ได้ กล่าวไว้ข้างต้นและเท่ากับเป็นการส่งเสริมให้โรงงานอุตสาหกรรมหรือแหล่งกำเนิด มลพิษต่าง ๆ เหล่านี้ผลิตสินค้าหรือให้บริการโดยไม่สนใจกับความเสียหายหรือเดือดร้อน ของผู้อื่น เพราะทราบว่าโอกาสที่ตนจะต้องรับผิดชอบใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้นมีค่อนข้างน้อย

ดังนั้นจึงเห็นควรจะทำให้มีการเปลี่ยนแปลงภาระการพิสูจน์ แต่ก็ไม่สมควร ที่จะให้มีการเปลี่ยนแปลงภาระการพิสูจน์จากฝ่ายโจทก์เป็นของจำเลยทั้งหมด เพราะการ เปลี่ยนแปลงดังกล่าวจะก่อให้เกิดความไม่ยุติธรรมต่อจำเลยมากเกินไปเช่นกัน เพราะจำเลยต้องมีหน้าที่พิสูจน์แก้ตัวว่าไม่ได้ก่อความเสียหายให้กับโจทก์ ในขณะที่โจทก์ก็จะ ไม่มีภาระในการพิสูจน์ในเรื่องนี้แต่อย่างใด เพียงแต่มีหน้าที่กล่าวหาเท่านั้นและอาจ เป็นช่องทางให้โจทก์บางคนใช้ข้อได้เปรียบดังกล่าวกลั่นแกล้งผู้อื่นได้ง่าย เพื่อเป็นการ ป้องกันปัญหาดังกล่าว จึงเห็นควรให้โจทก์มีภาระการพิสูจน์แต่เพียงว่าความเสียหาย ที่โจทก์ได้รับนั้นมีความเป็นไปได้สูงว่ามาจากแหล่งกำเนิดของจำเลยก็เพียงพอ ไม่จำเป็น ที่โจทก์จะต้องพิสูจน์ถึงขนาดปราศจากจากข้อสงสัยว่า การที่โจทก์ได้รับความเสียหายนั้น เป็นเพราะการกระทำของจำเลย หลังจากนั้นจึงให้เป็นภาระการพิสูจน์ของจำเลย ว่า แหล่งกำเนิดมลพิษของจำเลยมิได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่โจทก์ หากจำเลยไม่สามารถ พิสูจน์ในประเด็นนี้ได้ จำเลยก็ต้องรับผิด ตัวอย่างเช่น โจทก์ตั้งบ้านเรือนใกล้เคียง



กับโรงงานแบตเตอรี่ของจำเลยซึ่งมีการปล่อยไอของสารตะกั่วออกสู่บรรยากาศรอบ ๆ โรงงาน ต่อมาโจทก์มีอาการเจ็บป่วย และพบว่าในร่างกายของโจทก์และประชาชนที่อยู่ใกล้เคียงกับโรงงานนั้นมีระดับของสารตะกั่วสูงกว่าคนปกติทั่วไป อาการเจ็บป่วยของโจทก์มีลักษณะใกล้เคียงกับอาการของบุคคลที่ได้รับสารตะกั่วสะสมในร่างกายสูงเกินไป กรณีเช่นนี้โจทก์ควรที่จะมีภาระการพิสูจน์ให้เห็นข้อเท็จจริงดังกล่าวเท่านั้นก็เพียงพอแล้ว ไม่จำเป็นต้องมีภาระการพิสูจน์ถึงขนาดปราศจากข้อสงสัย หลังจากนั้นให้จำเลยมีหน้าที่ต้องพิสูจน์แก้ตัวเพื่อให้พ้นจากความรับผิด^๔ นอกจากนี้หลังการเปลี่ยนแปลงภาระการพิสูจน์ในเรื่องนี้ ควรนำมาใช้ในกรณีที่มีแหล่งกำเนิดมลพิษประเภทเดียวกันหลายแหล่งอยู่ในบริเวณใกล้เคียงกันด้วย ทั้งนี้ ตามหลักภาระการพิสูจน์ ความรับผิดในปัจจุบัน หากมีการกระทำของจำเลยหลายคนและต่างคนต่างทำโจทก์หรือผู้เสียหาย โจทก์ต้องพิสูจน์ให้ได้ว่าจำเลยคนใดเป็นผู้ก่อให้เกิดความเสียหาย หากโจทก์พิสูจน์ไม่ได้ จำเลยก็ไม่ต้องรับผิด เนื่องจากไม่มีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลที่ตามมาคือศาลจะยกฟ้อง เพราะการที่จะให้จำเลยหลายคนร่วมกันรับผิดชอบนั้น จะต้องปรากฏข้อเท็จจริงว่าเป็นกรณีร่วมกันกระทำความผิด แต่ในทางข้อเท็จจริงที่ปรากฏอยู่ในปัจจุบันนั้น แหล่งกำเนิดมลพิษแต่ละแห่งต่างระบายมลพิษของตนออกมาสู่สภาพแวดล้อม ไม่ได้เกี่ยวข้องหรือร่วมกันกระทำการกับแหล่งมลพิษอื่นแต่อย่างใด เพราะฉะนั้นการที่จะให้จำเลยเหล่านี้รับผิดชอบร่วมกันจึงแทบจะเป็นไปไม่ได้ ดังนั้นเพื่อเป็นการคุ้มครองประชาชนที่เป็นผู้เสียหาย จึงสมควรที่จะมีการเปลี่ยนแปลงภาระการพิสูจน์เรื่องความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลในกรณีนี้เช่นกัน กล่าวคือ โจทก์ควรที่จะมีภาระการพิสูจน์ในเบื้องต้นแต่เพียงว่ามีข้อเท็จจริงที่มีความเป็นไปได้สูงที่ความเสียหายที่โจทก์ได้รับนั้น น่าจะเกิดจากการปล่อยมลพิษจากแหล่งกำเนิดมลพิษของจำเลยคนใดคนหนึ่งหรือจำเลยทั้งหมดในกลุ่มดังกล่าว เช่น พิสูจน์ว่าแหล่งกำเนิดมลพิษของจำเลยทุกราย

^๔ อำนาจ วงศ์บัณฑิต, กฎหมายสิ่งแวดล้อม, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๔๕), หน้า ๕๐๒.





มีการปล่อยสารพิษชนิดเดียวกับที่สะสมอยู่ในร่างกายของโจทก์ในปริมาณที่สูงกว่าคนปกติทั่วไปและแหล่งกำเนิดมลพิษของจำเลยทั้งหมดอยู่ในบริเวณใกล้เคียงกันก็เพียงพอแล้ว ไม่ต้องถึงขนาดพิสูจน์ว่าจำเลยรายใดก่อให้เกิดสารพิษสะสมในร่างกายของโจทก์จนเป็นเหตุให้โจทก์เจ็บป่วย หลังจากนั้นเป็นหน้าที่ของจำเลยที่จะต้องพิสูจน์เพื่อให้ตนพ้นจากความรับผิดว่าความเสียหายที่โจทก์ได้รับนั้นมีให้เกิดจากการกระทำของจำเลย หากจำเลยรายใดพิสูจน์ได้ ก็ไม่ต้องรับผิด

ปัญหาเรื่องของการระการพิสูจน์ในคดีสิ่งแวดล้อมถือได้ว่าเป็นปัญหาที่สำคัญถึงแม้ว่าในปัจจุบัน การระการพิสูจน์ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. ๒๕๓๕ จะได้นำหลักความรับผิดอย่างเคร่งครัดมาใช้แล้วก็ตาม ซึ่งเป็นการผลักภาระการพิสูจน์ไปให้จำเลย เพื่อให้จำเลยนำสืบว่าตนมิได้เป็นผู้ก่อมลพิษและมีได้ทำความเสียหายให้แก่โจทก์หรือผู้เสียหาย แต่โจทก์ซึ่งเป็นผู้เสียหายเองก็ยังคงมีหน้าที่นำสืบให้ศาลเห็นว่ามีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผล ซึ่งการนำสืบในลักษณะนี้จะทำให้โจทก์อาจจะไม่ได้รับความยุติธรรมและทำให้โจทก์แพ้คดีได้ เพราะส่วนใหญ่แล้วโจทก์จะมีฐานะทางเศรษฐกิจและสังคมด้อยกว่าจำเลยและโจทก์จะต้องเก็บรวบรวมพยานหลักฐานต่าง ๆ ซึ่งพยานหลักฐานส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับหลักวิชาทางด้านวิทยาศาสตร์ ซึ่งต้องให้ผู้เชี่ยวชาญเป็นผู้ตรวจสอบและเก็บรวบรวมหลักฐาน ต้องใช้เวลาและมีค่าใช้จ่ายสูง และสิ่งสำคัญที่สุดในเรื่องภาระการพิสูจน์ในคดีสิ่งแวดล้อมก็คือ บางครั้งความเสียหายที่โจทก์ได้รับยังไม่ปรากฏ ดังนั้นโจทก์จึงไม่สามารถที่จะนำสืบให้ศาลเห็นความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลได้ หากไม่รีบฟ้อง คดีก็อาจจะขาดอายุความได้ กรณีดังกล่าวนี้จะทำให้โจทก์ซึ่งเป็นผู้เสียหายไม่ได้รับความยุติธรรมเนื่องจากไม่สามารถพิสูจน์ให้ศาลเห็นความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลได้ เพราะโรคที่โจทก์ได้รับอาจใช้เวลานานจึงแสดงอาการ ในขณะที่โจทก์ฟ้องนั้นอาการของโรคยังไม่ปรากฏชัด ศาลจึงต้องยกฟ้องโจทก์ ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้ปัญหาเกิดจากบทบัญญัติของกฎหมายไม่อาจเอื้ออำนวยในการปกป้องรักษาสิ่งแวดล้อมและให้ความยุติธรรมแก่ผู้เสียหายได้ จึงเห็นควรที่จะให้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายในส่วนนี้เพื่อให้โจทก์ซึ่งเป็นผู้เสียหายได้มีโอกาสมากขึ้นในการได้รับการชดเชยค่าสินไหมทดแทน





บรรณานุกรม

ไพจิตร ปุญญพันธ์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด.

พิมพ์ครั้งที่ ๑๑. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, ๒๕๔๘.

มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช. เอกสารการสอนชุดวิชากฎหมายสิ่งแวดล้อม หน่วยที่ ๑ - ๑๕.

ปรับปรุงครั้งที่ ๑. นนทบุรี : สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาราช, มปป.

สุขสม ศุภนิตย์. คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ลักษณะละเมิด. พิมพ์ครั้งที่ ๕.

กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, ๒๕๔๘.

อุดมศักดิ์ สนธิพงษ์. กฎหมายว่าด้วยความเสียหายทางสิ่งแวดล้อม ความรับผิดทางแพ่ง

การชดเชยเยียวยาและการระงับข้อพิพาท. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์

แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๕๖.

อำนาจ วงศ์บัณฑิต. กฎหมายสิ่งแวดล้อม. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๔๕.





ครบรอบ ๗๐ ปี สันนิบาตอาหรับ กรณีปัญหาปาเลสไตน์ : เดินหน้าหรือย่ำอยู่กับที่

นายชูชาติ พุ่มเพ็ง*

การประชุมสุดยอดผู้นำสันนิบาตอาหรับสมัยสามัญ (Arab League Summit) ครั้งที่ ๒๖ ซึ่งจัดขึ้นระหว่างวันที่ ๒๘ - ๒๙ มีนาคม ค.ศ. ๒๐๑๕ ณ เมืองตากอากาศ ชาร์มอัลเชค ประเทศอียิปต์ ถือเป็นการประชุมสุดยอดผู้นำชาติอาหรับครั้งล่าสุด และเป็นช่วงเวลาสำคัญแห่งการเฉลิมฉลองครบรอบ ๗๐ ปี แห่งการก่อตั้งสันนิบาตอาหรับ ที่ภาคีสมาชิกได้ทุ่มเทความพยายามและส่งเสริมด้านความร่วมมือระหว่างกันมาอย่างต่อเนื่องและยาวนาน

* นักวิเทศสัมพันธ์ชำนาญการ กลุ่มงานภาษาสเปน เยอรมัน และอาหรับ
สำนักภาษาต่างประเทศ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร



นับตั้งแต่มีการก่อตั้งสันนิบาตอาหรับขึ้นในปี ๑๙๔๕ ประกอบด้วยชาติสมาชิกผู้ก่อตั้ง ๗ ประเทศ ได้แก่ ๑. Egypt (๑๙๕๕) ๒. Iraq (๑๙๔๕) ๓. Jordan (๑๙๔๕) ๔. Lebanon (๑๙๔๕) ๕. Saudi Arabia (๑๙๔๕) ๖. Syria (๑๙๔๕) ๗. Yemen (๑๙๔๕) และถัดมาอีกรีก ๑๕ ประเทศในภูมิภาคเข้าร่วม กระทั่งมีจำนวนชาติสมาชิกรวมทั้งสิ้น ๒๒ ประเทศ ตามลำดับรายนามประเทศและปีที่เข้าเป็นสมาชิก ดังนี้ ๘. Libya (๑๙๕๓) ๙. Sudan (๑๙๕๖) ๑๐. Morocco (๑๙๕๘) ๑๑. Tunisia (๑๙๕๘) ๑๒. Kuwait (๑๙๖๑) ๑๓. Algeria (๑๙๖๒) ๑๔. Bahrain (๑๙๗๑) ๑๕. U.A.E. (๑๙๗๑) ๑๖. Oman (๑๙๗๑) ๑๗. Qatar (๑๙๗๑) ๑๘. Mauritania (๑๙๗๓) ๑๙. Somalia (๑๙๗๔) ๒๐. Palestine (๑๙๗๖) ๒๑. Djibouti (๑๙๗๗) และ ๒๒. Comoros (๑๙๙๓)

ตลอดระยะเวลา ๗๐ ปี สันนิบาตอาหรับได้ดำเนินการประชุมและสร้างความร่วมมือระหว่างกันในระดับผู้นำหลายครั้ง โดยครั้งล่าสุดนี้ถือเป็นครั้งที่ ๒๖ และมีบรรดาผู้นำและประมุขแห่งรัฐเข้าร่วมจำนวน ๑๔ คน จาก ๒๒ ชาติ ยกเว้นซีเรีย ซึ่งยังคงปล่อยให้ที่นั่งว่างลง เนื่องจากไม่ได้รับสิทธิ์ให้เข้าร่วมการประชุมสุดยอดผู้นำชาติอาหรับและการประชุมที่เกี่ยวข้องตามมติที่ออกโดยสันนิบาตอาหรับเมื่อปี ๒๐๑๑ เนื่องจากรัฐบาลซีเรียได้ใช้นโยบายปราบปรามและสร้างความรุนแรงต่อประชาชนที่เรียกร้องให้มีการเปลี่ยนแปลงการปกครองตามกระแสอาหรับสปริงส์ (Arab Spring) ที่เกิดขึ้นในภูมิภาคขณะนั้น

หากย้อนประวัติศาสตร์กลับไปในช่วงกลางศตวรรษที่ ๑๙ หลังจากที่มีการรวมตัวของกลุ่มประเทศอาหรับในภูมิภาคตะวันออกกลางและแอฟริกาขึ้น ภายใต้ชื่อสันนิบาตอาหรับอย่างเป็นทางการ โดยมีเป้าหมายเพื่อเสริมสร้างความร่วมมือในภูมิภาค โดยเฉพาะการแก้ปัญหาคความขัดแย้ง และแนวทางการสร้างสันติภาพในภูมิภาคตะวันออกกลางระหว่างอาหรับ - อิสราเอล โดยการประชุมสุดยอดผู้นำชาติอาหรับเกิดขึ้นครั้งแรก ณ พระราชวังอันซาส กรุงไคโร ประเทศอียิปต์ จัดขึ้นในวันที่ ๒๘ พฤษภาคม ค.ศ. ๑๙๔๖ ตามคำเชิญของกษัตริย์ฟารูกแห่งอียิปต์ในขณะนั้น โดยมีชาติสมาชิกผู้ก่อตั้งองค์การสันนิบาตอาหรับเข้าร่วม ๗ ประเทศ ประกอบด้วย อียิปต์ จอร์แดนตะวันออก ซาอุดีอาระเบีย เยเมน อิรัก เลบานอน และซีเรีย ในการประชุมครั้งนั้น ไม่มีถ้อยแถลง





ในวันปิดการประชุมแต่อย่างใด ทว่าที่ประชุมได้ออกมติที่เกี่ยวข้องกับประเด็นปัญหาปาเลสไตน์ไว้อย่างน่าสนใจดังนี้

- เห็นพ้องร่วมกันให้กรณีปัญหาปาเลสไตน์เป็นประเด็นหลักของชาติอาหรับ
- การต่อต้านยิวไซออนิสต์ถือเป็นหน้าที่จำเป็น
- ยุติการอพยพของชาวยิวเข้าไปในดินแดนปาเลสไตน์แบบถาวร
- มีให้ดินแดนที่อาหรับถือครองตกเป็นกรรมสิทธิ์ของยิวไซออนิสต์
- กำหนดแนวทางและเป้าหมายเพื่อให้ปาเลสไตน์ได้รับเอกราช
- ปกป้ององค์อาพยพหรือหน่วยงานปาเลสไตน์หากถูกคุกคาม สนับสนุน

ด้านงบประมาณหรือช่วยเหลือด้วยวิธีการอื่นๆ ที่สามารถดำเนินการได้

ถัดมาในการประชุมสุดยอดผู้นำสันนิบาตอาหรับครั้งที่ ๒ ซึ่งจัดขึ้นในวันที่ ๑๓ มกราคม ค.ศ. ๑๙๖๔ ณ กรุงไคโร ประเทศอียิปต์ ถือเป็นการดำเนินการตามญัตติที่เสนอโดยประธานาธิบดีญามาล อับดุลนาซีร ซึ่งที่ประชุมมีถ้อยแถลงในวันปิดการประชุมโดยมีสาระสำคัญ อาทิ

- ยุติปัญหาความบาดหมางแตกแยกในกลุ่มอาหรับเพื่อสร้างบรรยากาศความร่วมมือ
- เรียกร้องให้ประชาคมโลกยืนเคียงข้างประชาคมอาหรับเพื่อต่อต้านการรุกรานและแสดงความเป็นปรีชาของอิสราเอล

และมติที่เกี่ยวข้องกับปัญหาปาเลสไตน์ซึ่งที่ประชุมได้ให้ความเห็นชอบดังนี้

- เห็นพ้องร่วมกันกรณีอิสราเอลคือภัยคุกคามหลัก
- จำเป็นที่ชาติอาหรับต้องร่วมมือปกป้องและผลักดันให้เกิดสันติภาพ

ในทุกมิติทั้งการเมือง เศรษฐกิจ และการสื่อสาร

- ให้มีการก่อตั้งกองบัญชาการร่วมเพื่อการดำเนินการด้านการทหารชาติอาหรับ
- กำหนดให้องค์กรหรือหน่วยงานปาเลสไตน์ยึดหลักการหรือแนวทางสันติวิธี

ในการตั้งรัฐและกำหนดอนาคตประเทศ



นอกจากนี้ ในปีเดียวกัน วันที่ ๕ กันยายน ได้มีการจัดประชุมสุดยอดผู้นำสันนิบาตอาหรับขึ้น ณ เมืองเอล็กซานเดียร์ ประเทศอียิปต์ โดยมีชาติสมาชิกเข้าร่วมประชุมทั้งสิ้น ๑๔ ประเทศ และออกถ้อยแถลงในวันปิดการประชุมซึ่งมีสาระสำคัญ ดังนี้

- จัดทำแผนการดำเนินการเพื่อให้บรรลุเป้าหมายร่วมกันในการสนับสนุนปาเลสไตน์ให้ได้เป็นรัฐเอกราช

- ต้อนรับองค์การปลดปล่อยปาเลสไตน์ (Palestine Liberation Organization : PLO) เข้าเป็นประเทศผู้สังเกตการณ์ในการประชุมสันนิบาตอาหรับ

- สนับสนุนให้ปาเลสไตน์มีกองกำลังทหารปกป้องตนเอง

- ต่อด้านเจ้าอาณานิคมที่มีอิทธิพลในภูมิภาคโดยเฉพาะประเทศอังกฤษ

ต่อมาในปี ๑๙๖๕ ได้มีการจัดประชุมสุดยอดผู้นำสันนิบาตอาหรับขึ้น ณ กรุงเบรุต ประเทศเลบานอน ตามคำเชิญของ นายกามิล ชัมอูน ประธานาธิบดีเลบานอนขณะนั้น สืบเนื่องจากความต้องการในการแก้ปัญหาการคุกคามของชาติมหาอำนาจทั้งอังกฤษ ฝรั่งเศส และอิสราเอล ต่ออียิปต์และฉนวนกาซา ซึ่งการประชุมครั้งนี้มีสมาชิกชาติอาหรับเข้าร่วมเพียง ๙ ประเทศ

และในปีเดียวกัน ได้มีการจัดประชุมสุดยอดผู้นำสันนิบาตอาหรับขึ้นอีกครั้งในวันที่ ๕ กันยายน ๑๙๖๕ ณ กรุงคาซาบลังกา ประเทศโมร็อกโก ตามคำเชิญของพระราชาธิบดีฮาซัน ที่ ๒ โดยมีชาติสมาชิกเข้าร่วม ๑๒ ประเทศ และอีกหนึ่งองค์การคือ องค์การปลดปล่อยปาเลสไตน์ โดยครั้งนี้ที่ประชุมเห็นชอบต่อสนธิสัญญาความร่วมมืออาหรับ ส่งผลให้ชาติสมาชิกร่วมลงนามในสนธิสัญญานับดังกล่าวเพื่อเป็นกลไกในการสนับสนุนองค์การปลดปล่อยปาเลสไตน์และกองกำลังปาเลสไตน์ รวมทั้งศึกษาข้อเสนอของปาเลสไตน์ในการตั้งองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติในรูปแบบของสมานิติบัญญัติแห่งชาติ พร้อมรับรองแผนการดำเนินการต่อกรณีปัญหาปาเลสไตน์ เพื่อให้เกิดเอกภาพในการนำเสนอต่อเวทีสหประชาชาติและเวทีระหว่างประเทศผ่านช่องทางต่าง ๆ ตามแนวทางสันติวิธี





จนมาถึงปี ๑๙๖๗ ได้มีการประชุมสุดยอดผู้นำสันนิบาตอาหรับอีกครั้ง ในวันที่ ๒๙ สิงหาคม ๑๙๖๗ ณ กรุงคาร์ธูม ประเทศซูดาน หลังสิ้นสุดสงครามระหว่าง อาหรับอิสราเอลช่วงเดือนมิถุนายน โดยอาหรับเป็นฝ่ายแพ้สงครามเป็นเหตุให้ ดินแดนอาหรับถูกยึดครองเพิ่มขึ้นกว่าร้อยละ ๘๕



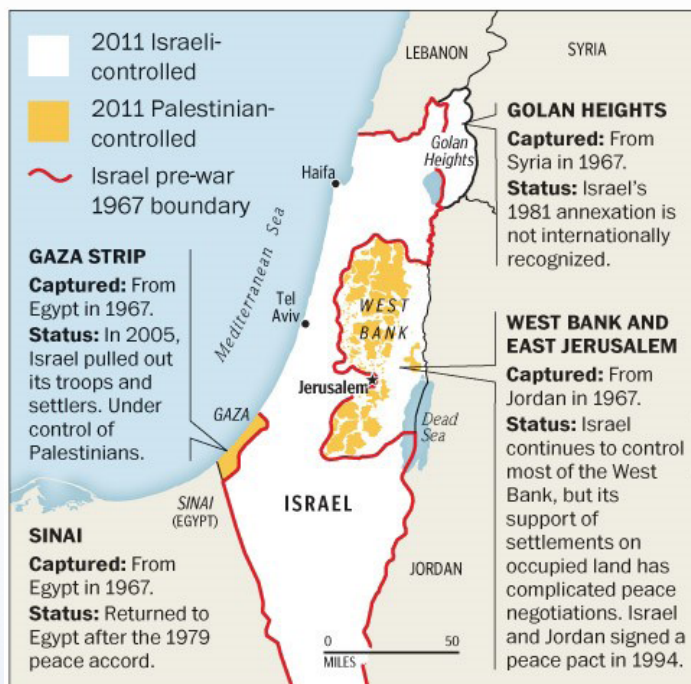
ภาพแสดงดินแดนปาเลสไตน์ที่ถูกยึดครอง ตั้งแต่ปี ๑๙๔๖ - ๒๐๑๐

การประชุมครั้งนี้ มีชาติอาหรับเข้าร่วมทั้งหมดยกเว้นซีเรีย ซึ่งที่ประชุม ได้ออกมติสำคัญสะท้อนความเป็นหนึ่งเดียวกันของชาติอาหรับ นำสู่วาทกรรมที่เป็นที่รับรู้กัน อย่างกว้างขวางภายใต้กลยุทธ์ ๓ ไม่ คือ ไม่สมานฉันท์ ไม่เจรจา และไม่ยอมรับ ในทุกกรณีที่เป็นข้อเสนอของฝ่ายอิสราเอล และถือปฏิบัติตามพันธกรณีที่เกี่ยวข้องกับ ความร่วมมืออาหรับ เพื่อยุติการคุกคามของอิสราเอลต่อดินแดนปาเลสไตน์ และหาแนวทาง หรือมาตรการเพื่อให้อิสราเอลถอนทหารออกจากดินแดนอาหรับที่ได้ยึดครองไว้

กระทั่งวันที่ ๒๑ ธันวาคม ๑๙๖๙ มีการประชุมสุดยอดผู้นำสันนิบาตอาหรับ ขึ้นอีกครั้ง โดยครั้งนี้มีชาติสมาชิกเข้าร่วม ๑๔ ประเทศ จุดประสงค์หลักของการประชุม คือ กำหนดยุทธศาสตร์อาหรับในการเผชิญหน้ากับอิสราเอล แต่ดูเหมือนว่าการประชุมครั้งนี้ ที่ประชุมมีความเห็นและข้อเสนอแตกต่างกันมาก ส่งผลให้เสียงของชาติสมาชิกไม่เป็นไปในทิศทางเดียวกันจึงทำให้ไม่สามารถออกข้อมติใด ๆ ได้



ถัดมาในวันที่ ๒๖ พฤศจิกายน ๑๙๗๓ ได้มีการจัดประชุมสุดยอดผู้นำสันนิบาตอาหรับขึ้น โดยแอลจีเรียเป็นเจ้าภาพ มีชาติสมาชิกเข้าร่วมทั้งสิ้น ๑๖ ประเทศ ตามความริเริ่มของซีเรียและอียิปต์หลังสงครามอาหรับอิสราเอลที่รู้จักกันในนามสงครามเดือนตุลาคม ซึ่งการประชุมครั้งนี้อิรักและลิเบียไม่เข้าร่วมการประชุม อย่างไรก็ตามที่ประชุมได้ออกข้อมติซึ่งมีสาระสำคัญในการรับรองเงื่อนไขสันติภาพระหว่างอาหรับ - อิสราเอลใน ๒ กรณี คือ อิสราเอลต้องถอนกำลังทหารทั้งหมดออกจากดินแดนชาติอาหรับที่ยึดครองไว้ตั้งแต่ปี ๑๙๖๗ โดยเฉพาะเมืองอัลกุดส์อันเป็นที่ตั้งของมัสยิดอัลอักศอว์ในปาเลสไตน์ถือเป็นประเด็นสำคัญลำดับแรก และให้ชาวปาเลสไตน์ได้สิทธิ์การดำรงความเป็นรัฐบาลถาวร



แผนที่ระบุเส้นเขตแดนปาเลสไตน์ปี ๑๙๖๗

และอีกครั้งในปี ๑๙๘๗ ได้มีการประชุมสุดยอดผู้นำสันนิบาตอาหรับขึ้น ณ กรุงอัมมาน ประเทศจอร์แดน โดยมีชาติสมาชิกเข้าร่วม ๒๐ ประเทศ บวกรวมกับองค์การปลดปล่อยปาเลสไตน์ ซึ่งในช่วงท้ายการประชุมมีการออกถ้อยแถลงและข้อมติ





ร่วมกันต่อกรณีปัญหาปาเลสไตน์ ซึ่งที่ประชุมเห็นพ้องให้อิสราเอลคืนดินแดนอาหรับที่ยึดครองไว้ทั้งหมดและให้ถือเรื่องดังกล่าวเป็นหลักการพื้นฐานในการสร้างสันติภาพในภูมิภาค

ต่อมาในวันที่ ๗ พฤษภาคม ๑๙๘๘ มีการประชุมสุดยอดผู้นำสันนิบาตอาหรับ ณ ประเทศแอลจีเรีย ซึ่งครั้งนี้ที่ประชุมได้ออกแถลงการณ์ในวันปิดการประชุม เป็นข้อมติเกี่ยวกับประเด็นปัญหาปาเลสไตน์เช่นกัน โดยที่ประชุมเห็นร่วมกันในการสนับสนุนการลุกฮือของชาวปาเลสไตน์ที่รู้จักในภาษาอาหรับว่า อินติฟาฎะห์ ครั้งที่ ๑ (Intifada I) และเพื่อให้เกิดผลในเชิงรูปธรรมจึงเรียกร้องให้มีการจัดการประชุมสันติภาพระหว่างประเทศ กรณีภูมิภาคตะวันออกกลาง โดยให้อยู่ภายใต้กรอบการดำเนินงานของสหประชาชาติ และที่ประชุมยังมีการแก้ไขเพิ่มเติมหลักปฏิบัติร่วมกันเพื่อใช้บังคับในการคว่ำบาตรอิสราเอล

และในปี ๑๙๘๙ ได้มีการประชุมสุดยอดผู้นำสันนิบาตอาหรับ ณ กรุงคาซาลังกา ประเทศโมร็อกโก ซึ่งที่ประชุมมีมติร่วมกันในการสนับสนุนทั้งงบประมาณและสิ่งจำเป็นสำหรับการประท้วงลุกฮือของชาวปาเลสไตน์ สนับสนุนให้ปาเลสไตน์ได้รับเอกราชและได้รับการยอมรับให้ตั้งรัฐปาเลสไตน์ที่มีอำนาจอธิปไตยและบูรณภาพเหนือดินแดน พร้อมกำหนดกรอบแนวทางเพื่อขอเสียงสนับสนุนจากนานาประเทศให้การยอมรับความเป็นรัฐปาเลสไตน์

ต่อมาประเทศอิรักได้จัดการประชุมสุดยอดผู้นำสันนิบาตอาหรับในวันที่ ๒๘ พฤษภาคม ๑๙๙๐ ณ กรุงแบกแดด ตามคำเชิญของอดีตประธานาธิบดี ซัดดัม ฮุสเซน หลังจากนั้นได้เกิดสงครามอ่าวเปอร์เซีย โดยกองทัพอิรักบุกยึดรัฐคูเวต ส่งผลให้การประชุมสุดยอดผู้นำสันนิบาตอาหรับขาดช่วงลงเกือบ ๖ ปี แต่ระหว่างนั้นยังคงมีการดำเนินการจัดประชุมสันนิบาตอาหรับวาระฉุกเฉินขึ้นเป็นระยะๆ โดยประเทศอียิปต์รับเป็นเจ้าภาพ

ต่อมาในปี ๒๐๐๐ ประเทศอียิปต์ได้จัดการประชุมสุดยอดผู้นำสันนิบาตอาหรับอีกครั้งในวันที่ ๒๑ ตุลาคม ผลสืบเนื่องจากเหตุระเบิดโจมตีชาวปาเลสไตน์หลังชาวปาเลสไตน์ลุกฮือต่อต้านการอิสราเอล ซึ่งรู้จักกันในนามอินติฟาฎะห์ ครั้งที่ ๒ (Intefada II) ทำให้การประชุมครั้งนี้เป็นที่รู้จักกันในนามการประชุมอักษอ (ซีอัมสยิด



ในเมืองอัลกุดส์ซึ่งถือเป็นดินแดนศักดิ์สิทธิ์ของทั้งยิว คริสต์ และอิสลาม) ส่งผลให้ที่ประชุมออกข้อมติสนับสนุนงบประมาณ ๒๐๐ ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ เพื่อช่วยเหลือครอบครัวพลเมืองชาวปาเลสไตน์และผู้บาดเจ็บทุพพลภาพจากความรุนแรง โดยตั้งกองทุนอัลอักศอวงเงิน ๘๐๐ ล้านดอลลาร์สหรัฐฯ เพื่ออุดหนุนและพยุงเศรษฐกิจในปาเลสไตน์

ครั้นมาถึงการประชุมสุดยอดผู้นำสันนิบาตอาหรับครั้งที่ ๑๔ ซึ่งจัดขึ้นระหว่างวันที่ ๒๗ - ๒๘ มีนาคม ๒๐๐๒ ณ กรุงเบรุต ประเทศเลบานอน การประชุมครั้งนี้ถือเป็นก้าวสำคัญเนื่องจากการออกปฏิญญาเบรุตว่าด้วยแผนสันติภาพอาหรับ (The Arab Peace Initiative) ซึ่งซาอูดิอาระเบียเป็นผู้เสนอ เพื่อยุติและแก้ปัญหาความขัดแย้งระหว่างอิสราเอล - ปาเลสไตน์ โดยมีสาระสำคัญประกอบด้วย

- ให้อิสราเอลถอนกำลังทั้งหมดออกจากดินแดนอาหรับที่ยึดครองไว้ตามเส้นเขตแดนปี ๑๙๖๗ รวมถึงที่ราบสูงโกลานของซีเรียและพื้นที่ทางตอนใต้ของเลบานอน

- ให้ยึดหลักการแก้ปัญหาบนพื้นฐานของความยุติธรรมต่อกรณีผู้พลยชาวปาเลสไตน์ ดังปรากฏในข้อมติที่ออกโดยที่ประชุมสมัชชาใหญ่องค์การสหประชาชาติ ฉบับที่ ๑๙๔ (A/RES/194 III) ที่กำหนดให้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการสหประชาชาติว่าด้วยการไกล่เกลี่ยข้อพิพาทให้สำเร็จลุล่วงสำหรับปาเลสไตน์ (The United Nations Conciliation Commission for Palestine : UNCCP) ขึ้นมาชุดหนึ่ง ประกอบด้วยชาติสมาชิกองค์การสหประชาชาติจำนวน ๓ ประเทศ เพื่อทำหน้าที่เป็นกลไกขับเคลื่อนการแก้ปัญหาความขัดแย้งระหว่างอิสราเอล-ปาเลสไตน์ ภายใต้การอำนวยการขององค์การสหประชาชาติ และให้ยอมรับสถานะของนครอัลกุดส์ในกรุงเยรูซาเล็มบนพื้นฐานตามหลักการปกครองถาวรระหว่างประเทศ (Permanent International Regime) โดยการแบ่งพื้นที่การปกครองระหว่างยิวและอาหรับ รวมทั้งการใช้พื้นที่ที่เป็นศาสนสถานร่วมกัน และรับรองสิทธิของผู้ลี้ภัยชาวปาเลสไตน์ให้ได้กลับคืนสู่ถิ่นพำนัก โดยการแก้ไขสถานะพลเมือง เพื่อให้ดินแดนปาเลสไตน์บรรลุสันติภาพอย่างแท้จริงในอนาคต

- ยอมรับการตั้งรัฐปาเลสไตน์เพื่อให้มีเอกราชและอำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนที่ถูกยึดครองรวมทั้งฉนวนกาซาและเขตเวสต์แบงก์ โดยยึดเส้นเขตแดนปี ๑๙๖๗ เป็นหลักพร้อมให้เมืองอัลกุดส์ฝั่งตะวันออกเป็นเมืองหลวง





ให้สมาชิกสันนิบาตอาหรับดำเนินการดังนี้

- ให้พิจารณายุติข้อพิพาทอาหรับอิสราเอล พร้อมให้คู่ขัดแย้งบรรลุข้อตกลงสันติภาพระหว่างกันโดยให้บรรลุสันติภาพและความมั่นคงแบบครอบคลุมรอบด้านทั่วทั้งภูมิภาค
- สร้างความสัมพันธ์ในระดับปกติกับอิสราเอลตามกรอบสันติภาพแบบครอบคลุมทั่วถึง และให้รับประกันการให้ความช่วยเหลือกรณีที่มีการปฏิเสธการให้ถิ่นพำนักกับชาวปาเลสไตน์ที่ได้รับผลกระทบ รวมทั้งการอพยพของชาวปาเลสไตน์ในสถานการณ์พิเศษโดยเฉพาะในประเทศปลายทางที่ให้ถิ่นพำนัก
- เรียกร้องให้รัฐบาลและประชาชนชาวอิสราเอลยอมรับข้อเสนอตามแผนสันติภาพอาหรับ เพื่อให้ทั้งอาหรับและอิสราเอลมีชีวิตความเป็นอยู่เคียงข้างกันอย่างสันติเพื่อให้เกิดเสถียรภาพและความมั่นคงแก่ลูกหลานในอนาคต
- เรียกร้องให้ประชาคมโลกและองค์กรระหว่างประเทศสนับสนุนแผนสันติภาพอาหรับ

อย่างไรก็ตาม แผนสันติภาพอาหรับข้างต้นยังคงไม่ได้รับความสนใจจากมหาอำนาจหรือเวทีระหว่างประเทศ รวมทั้งยังไม่มี การนำสู่การปฏิบัติหรือใช้บังคับอย่างเป็นทางการจากฝ่ายกลุ่มประเทศอาหรับ จนมาถึงช่วงสงครามอิรักโดยการนำของสหรัฐอเมริกาและอังกฤษในปี ๒๐๐๓ ส่งผลให้มีการประชุมสุดยอดผู้นำสันนิบาตอาหรับ ณ กรุงไคโร ประเทศอียิปต์ และมีถ้อยแถลงปิดในวันสุดท้ายของการประชุมที่เน้นประเด็นหลักคือให้ทุกฝ่ายเคารพในอธิปไตยของอิรัก

ต่อมาในปี ๒๐๐๔ มีกำหนดจัดการประชุมสุดยอดผู้นำสันนิบาตอาหรับ ณ ประเทศตูนิเซีย แต่ต้องยกเลิกก่อนเริ่มประชุมเพียง ๑ วัน เนื่องจากมีกลุ่มผู้ชุมนุมรวมตัวประท้วงบนท้องถนนเนื่องจากไม่เห็นประโยชน์จากการประชุมดังกล่าว จนในที่สุดต้องเลื่อนการประชุมออกไปเป็นวันที่ ๒๒ - ๒๓ พฤษภาคม ๒๐๐๔ แต่ในครั้งนี้มีประมุขและผู้นำประเทศเข้าร่วมเพียง ๘ ประเทศ จากทั้งหมด ๒๒ ประเทศ โดยที่ประชุมได้ออกถ้อยแถลงในวันปิดประชุมซึ่งมีประเด็นเกี่ยวข้องกับปาเลสไตน์และนับเป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์การประชุมสุดยอดผู้นำสันนิบาตอาหรับ



ซึ่งที่ประชุมเห็นพ้องให้ประณามกลุ่มต่อต้านปาเลสไตน์ต่อกรณีการใช้แนวทางตอบโต้ด้วยวิธีการระเบิดฆ่าตัวตาย เนื่องจากเห็นว่าเป็นการโจมตีที่สร้างความเสียหายแบบขยายวงกว้าง รวมทั้งเกิดความสูญเสียแก่ชีวิตและทรัพย์สินที่ส่วนใหญ่เป็นพลเรือนผู้บริสุทธิ์

จนมาถึงปี ๒๐๐๕ อันเป็นปีที่ฉลองครบรอบ ๖๐ ปี การก่อตั้งสันนิบาตอาหรับ ได้มีการจัดประชุมสุดยอดผู้นำสันนิบาตอาหรับขึ้น ณ ประเทศแอลจีเรีย โดยมีวาระสำคัญ คือ การยืนยันสันติภาพอาหรับตามยุทธศาสตร์ที่กำหนดไว้ พร้อมนำแผนสันติภาพอาหรับซึ่งได้รับความเห็นชอบและเป็นมติในคราวการประชุมสุดยอดผู้นำสันนิบาตอาหรับ ปี ๒๐๐๒ ณ กรุงเบรุต ประเทศจอร์แดน ให้มีผลบังคับในทางปฏิบัติ

ในปีถัดมา ได้มีการจัดประชุมสุดยอดผู้นำสันนิบาตอาหรับขึ้น ณ กรุงคาร์ทุม ประเทศซูดาน ซึ่งมติที่ประชุมเห็นพ้องให้คัดค้านกรณีการใช้แผนที่แบ่งเขตประเทศที่นายเยฮูด โอลเมิร์ต นายกรัฐมนตรีอิสราเอลขณะนั้น ได้เสนอให้มีการกำหนดเส้นเขตแดนแต่เพียงฝ่ายเดียว

ในปี ๒๐๐๗ มีการประชุมสุดยอดผู้นำสันนิบาตอาหรับ ณ กรุงริยาด เมืองหลวงของซาอุดีอาระเบีย โดยเน้นให้นำแผนสันติภาพอาหรับมาดำเนินการให้เป็นรูปธรรมหลังจากที่ประกาศมาแล้วว่า ๕ ปี พร้อมเรียกร้องให้อิสราเอลยอมรับและดำเนินการตามแผนสันติภาพฉบับดังกล่าว อีกทั้งยังสนับสนุนความเป็นเอกภาพระหว่างองค์การปลดปล่อยปาเลสไตน์และกลุ่มฮามาสที่บรรลุความตกลงระหว่งกันในการจัดตั้งรัฐบาลแห่งชาติเพื่อทำหน้าที่ในการบริหารประเทศ ซึ่งเรื่องนี้เกิดขึ้นเพียงไม่กี่วันก่อนหน้าการประชุมสุดยอดผู้นำสันนิบาตอาหรับ

ต่อมาในปี ๒๐๐๘ และ ๒๐๐๙ ประเทศซีเรียและประเทศกาตาร์เป็นเจ้าภาพการประชุมตามลำดับ โดยมีมติที่ประชุมเน้นประเด็นสันติภาพอาหรับ - อิสราเอลและกำหนดห้วงเวลาให้เป็นกรอบชัดเจนเพื่อให้อิสราเอลปฏิบัติตามพันธกรณีเพื่อมุ่งสู่เป้าหมายกระบวนการสันติภาพ กระทั่งปี ๒๐๑๐ ประเทศลิเบียรับเป็นเจ้าภาพจัดการประชุมสุดยอดผู้นำสันนิบาตอาหรับขึ้นที่เมืองเซิร์ด ก่อนที่เชื้อแห่งการประท้วงภาคประชาชนจะปะทุขยายวงกว้างในภูมิภาค ซึ่งรู้จักกันภายใต้ชื่อปฏิวัติฤดูใบไม้ผลิ





หรืออาหรับสปริงส์ จนมาถึงปี ๒๐๑๒ ถือเป็นการประชุมสุดยอดผู้นำสันนิบาตอาหรับครั้งที่ ๒๓ ณ กรุงแบกแดด เมืองหลวงของอิรัก โดยที่ประชุมเน้นประเด็นการสร้างความสามัคคีระหว่างชาติสมาชิก เนื่องจากหลายฝ่ายมองว่าแต่ละประเทศมีความขัดแย้งและแรงเสียดทานระหว่างกันสูงขึ้น ถัดมาในปี ๒๐๑๓ กาตาร์รับเป็นเจ้าภาพจัดการประชุมสุดยอดผู้นำสันนิบาตอาหรับอีกครั้ง แต่ไม่มีประเด็นใหม่ๆ เกี่ยวกับปาเลสไตน์ เช่นเดียวกับในปี ๒๐๑๔ ที่มีการประชุมสุดยอดผู้นำสันนิบาตอาหรับขึ้นซึ่งถือเป็นครั้งที่ ๒๕ ระหว่างวันที่ ๒๕ - ๒๖ มีนาคม โดยประเทศคูเวตเป็นเจ้าภาพ และในครั้งนี้มีถ้อยแถลงเฉพาะกรณีประเด็นปัญหาปาเลสไตน์ ซึ่งที่ประชุมได้เรียกร้องให้ปาเลสไตน์ดำเนินการตามข้อตกลงปรองดองแห่งชาติและเคารพต่อสถาบันนิติบัญญัติและองค์กรทั้งหมดที่เกี่ยวข้องและยังคงยืนยันร่วมกันเพื่อให้ชาติสมาชิกมั่นใจได้ว่า ประเด็นปาเลสไตน์ยังคงเป็นประเด็นหลักของประชาชาติอาหรับ โดยหันมาเดินหน้าเรียกร้องและยื่นข้อเสนอผ่านคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติและให้ถือเป็นกลไกในการสร้างความชอบธรรมและใช้อำนาจตามกรอบกฎหมายระหว่างประเทศในการแก้ปัญหาความขัดแย้งระหว่างอาหรับ - อิสราเอล ซึ่งปรากฏรายละเอียดของข้อมติ ดังนี้

- ยืนยันให้ทุกฝ่ายยึดยุทธศาสตร์การสร้างสันติภาพในตะวันออกกลางแบบครอบคลุมโดยไม่ตัดส่วนหนึ่งส่วนใดทิ้ง และให้ยึดถือแนวทางตามแผนสันติภาพอาหรับในเรื่องดังกล่าว พร้อมย้ำว่าสันติภาพในภูมิภาคจะบรรลุผลสัมฤทธิ์ได้ต้องให้อิสราเอลถอนกำลังทั้งหมดออกจากดินแดนอาหรับที่ยึดครองไว้ตามเส้นเขตแดนปี ๑๙๖๗ รวมถึงที่ราบสูงโกลานของซีเรีย และพื้นที่ทางตอนใต้ของเลบานอน รวมทั้งการแก้ปัญหากรณีผู้อพยพชาวปาเลสไตน์โดยให้ยึดมติที่ออกโดยสมัชชาใหญ่องค์การสหประชาชาติ ฉบับที่ ๑๙๔ เป็นสำคัญ

- ปฏิเสธทุกอุปสรรคที่ขัดขวางการตั้งรัฐปาเลสไตน์ เพื่อให้มีเอกราชและอำนาจอธิปไตยบนดินแดนที่ถูกยึดครองรวมทั้งฉนวนกาซาและเขตเวสต์แบงก์ โดยยึดเส้นเขตแดน ปี ๑๙๖๗ เป็นหลัก พร้อมให้เมืองอัลกุดส์ฝั่งตะวันออกเป็นเมืองหลวงตามแผนสันติภาพอาหรับ





- ปฏิเสธและตอบโต้ทุกข้อเสนอให้มีการยอมรับรัฐยิวและปฏิเสธทุกแรงกดดันที่เกิดขึ้นกับทางการปาเลสไตน์ในเรื่องดังกล่าว

- เสนอร่างญัตติเพื่อกดดันให้อิสราเอลแสดงท่าทีรับผิดชอบในการค้นหาแนวทางสร้างสันติภาพ พร้อมสนับสนุนแนวทางแก้ปัญหาเพื่อนำสู่การเจรจาสองฝ่ายเกิดขึ้นในที่สุด ซึ่งกระบวนการดังกล่าวจะยิ่งส่งผลให้สมาชิกถาวรในคณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติเปิดโอกาสและให้การตอบรับมากยิ่งขึ้น ในขณะที่เดียวกันประเทศสมาชิกอาหรับร่วมกันเคลื่อนไหวในประเด็นข้อเรียกร้องเพื่อให้อิสราเอลยุติการยึดครองและให้ประเทศสมาชิกฯ ปรับเปลี่ยนแนวปฏิบัติและวิธีดำเนินการในเวทีระหว่างประเทศต่อกรณีการแก้ปัญหาปาเลสไตน์

- เรียกร้องให้คณะมนตรีความมั่นคงแห่งสหประชาชาติรับหน้าที่เป็นผู้แสดงหลักในการหาแนวทางและกลไกในการแก้ปัญหาความขัดแย้งระหว่างอาหรับ - อิสราเอล ในทุกมิติ เพื่อให้สันติภาพในภูมิภาคเกิดขึ้นอย่างครอบคลุมบนพื้นฐานการแบ่งระหว่างสองรัฐตามเส้นเขตแดน ปี ๑๙๖๗

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาบทบาทขององค์กรสันนิบาตอาหรับนับจากอดีตจนถึงปัจจุบัน จะเห็นได้ว่าถ้อยแถลงหรือข้อมติต่าง ๆ โดยเฉพะอย่างยิ่งประเด็นปัญหาปาเลสไตน์และการปะทะกันระหว่างอาหรับ - อิสราเอล ยังคงอยู่ในบริบทและรายละเอียดที่วนเวียนอยู่ในกรอบความคิดเดิม ๆ ซ้ำร้ายสถานการณ์ยิ่งเลื่อมถอยลงเป็นลำดับ เนื่องจากประชาคมอาหรับส่วนใหญ่ต่างขาดความเชื่อมั่นต่อบทบาทการแก้ปัญหาปาเลสไตน์ขององค์กรดังกล่าว หันไปพึ่งพาบทบาทการนำของฝั่งยุโรปมากขึ้น และมองว่าข้อมติที่ออกโดยที่ประชุมสุดยอดผู้นำสันนิบาตอาหรับขาดประสิทธิภาพและไม่มี การบังคับใช้อย่างจริงจัง ทำให้ในสายตาของชาวอาหรับมององค์กรดังกล่าวเป็นเพียงศูนย์รวมความขัดแย้งและความไม่เชื่อใจกันอย่างมีนัยสำคัญ

นอกจากนั้น ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา สันนิบาตอาหรับยังมีการปรับท่าทีตลอดเวลาทั้งในเชิงโครงสร้าง ระบบงาน และบทบาทของตัวแสดง โดยการปรับท่าทีดังกล่าวมีนัยสะท้อนให้เห็นถึงการปล่อยวางโดยไม่ใส่ใจถึงการได้สิทธิอันพึงมีและยืนหยัดในการมีชาติพันธุ์และความเป็นอาหรับอย่างแท้จริง โดยเฉพาะประเด็นหลักอย่างสิทธิ





พลเมืองชาวปาเลสไตน์ เนื่องจากหากพิจารณาให้รัฐปาเลสไตน์ย้อนกลับไปที่เส้นแบ่งเขตแดนปี ๑๙๖๗ จะมีปัญหาเชิงกฎหมายและส่งผลกระทบต่อสิทธิของผู้ลี้ภัยนอกเส้นเขตแดนที่กระจัดกระจายอยู่ทั่วภูมิภาค หรืออาจทำให้ชาวปาเลสไตน์เหล่านั้นต้องถูกแขวนไว้แบบไม่รู้ชะตากรรม ซ้ำร้ายกว่านั้น ชาตอาหรับบางส่วนยังดำเนินนโยบายไปในทิศทางที่เห็นแก่ตัว เพราะไม่เพียงบทบาทการสมรู้ร่วมคิดเพื่อปกป้องสิทธิและความมั่นคงภายในประเทศของตนเองเท่านั้น ยังรวมถึงนโยบายการสร้างอุดมการณ์ร่วมบนพื้นฐานความเป็นเอกภาพเชิงภูมิรัฐศาสตร์ (Geopolitics) ของอาหรับในกลุ่มประเทศอ่าวอาหรับให้ดำรงอยู่อย่างมั่นคงปลอดภัย รวมทั้งพฤติกรรมที่ครอบคลุมไปถึงการสร้างภาคีหุ้นส่วนกับชาติปรปักษ์และร่วมมือกันเพื่อยึดครองดินแดนอาหรับด้วยกัน ตัวอย่างที่เห็นชัดเจน คือ การบุกอิรักของกองทัพสหรัฐฯ ที่หลายประเทศในภูมิภาคให้การสนับสนุนและอนุญาตให้กองทัพอเมริกันตั้งฐานทัพในประเทศ นโยบายบ่อนทำลายเสถียรภาพและมุ่งหมายให้เกิดการเปลี่ยนแปลงระบบการปกครองโดยการใช้อำลัทธิทหารแทรกแซง รวมทั้งการแบ่งแยกพื้นที่ในเชิงภูมิศาสตร์ และการเข้าร่วมเต็มเชื้อไฟความขัดแย้งและสงครามกลางเมืองระหว่างนิกายซุนนี – ชีอะห์ ดังปรากฏให้เห็นในลิเบียและซีเรีย เป็นต้น

นอกจากนั้น ผู้นำอาหรับหลายประเทศทั้งอียิปต์ สหรัฐอาหรับเอมิเรตส์ จอร์แดน ซาอุดีอาระเบีย ยังมีท่าทีหรือมุมมองต่อกลุ่มการเมืองในปาเลสไตน์ที่แตกต่างกับบางประเทศอย่างเช่นกาตาร์ โดยเฉพาะการขึ้นบัญชีดำกลุ่มฮามาส (HAMAS) ในฉนวนกาซาให้มีสถานะเป็นองค์กรการก่อการร้าย เนื่องจากใช้นโยบายรุนแรงตอบโต้อิสราเอล หรือแม้กระทั่งการนิ่งเฉยต่อการปิดล้อมฉนวนกาซาและเขตเวสต์แบงก์และกรณีการขยายอาณานิคมของชาวยิวบนดินแดนปาเลสไตน์ที่กระทำมาอย่างต่อเนื่อง เป็นต้น เพราะหากเปรียบเทียบกับท่าทีของอิสราเอลกลับพบว่าอีกฝ่ายยืนหยัดในจุดยืนเดิมและสะท้อนภาวะผู้นำ โดยไม่ใส่ใจข้อมติที่ออกโดยสันนิบาตอาหรับแต่อย่างใด เนื่องจากอิสราเอลมองว่าการประชุมสันนิบาตอาหรับไม่มีสาระสำคัญนอกจากเสียงตะโกนจากผู้นำที่มักแสดงออกต่อสาธารณะอย่างหนึ่ง แต่ในใจคิดอีกอย่างเข้าทำนองที่ว่าปากไม่ตรงกับใจ อีกหนึ่งตัวอย่างที่เห็นได้ชัดในคราวประชุมสุดยอดผู้นำอาหรับครั้งแรกปี ๑๙๔๖ ณ กรุงไคโร ประเทศอียิปต์ ที่ประชุมเรียกร้องให้





ยุติการอพยพชาวยิว และให้ปาเลสไตน์เป็นเอกราชมีการจัดตั้งรัฐบาลที่คำนึงถึงสิทธิพลเมืองและชอบด้วยกฎหมายโดยปราศจากอคติทางชาติพันธุ์และความเชื่อ หลังจากการประชุมวาระดังกล่าว ครั้นเวลาผ่านไปไม่ถึงสองปี อิสราเอลได้เข้ายึดครองดินแดนปาเลสไตน์มากถึงร้อยละ ๗๘ ของพื้นที่ทั้งหมด ในขณะที่กองทัพชาติอาหรับที่มีภารกิจเข้าช่วยปาเลสไตน์ไม่สามารถดำเนินการใดๆ ได้ เนื่องจากกองทัพขณะนั้นประสบปัญหาขาดแคลนอาวุธยุทโธปกรณ์ ประกอบกับบทบาทการนำหรือบัญชาการทั้งทางการเมืองและการทหารไม่มีศักยภาพและความมุ่งมั่นอย่างแท้จริง ยิ่งในช่วงเดือนมิถุนายน ปี ๑๙๖๗ ได้เกิดสงครามระหว่างอาหรับ – ยิว ที่เปลี่ยนให้เห็นธาตุแท้เชิงระบบของสันนิบาตอาหรับ ในฐานะองค์กรระหว่างประเทศได้เป็นอย่างดี เนื่องจากขณะนั้นไม่มีการแสดงสัญลักษณ์ใดๆ ที่สะท้อนการต่อต้านอิสราเอล และนำดินแดนปาเลสไตน์กลับคืนมา นอกจากเพียงการป่าวประกาศผ่านสื่อในเชิงโฆษณาชวนเชื่อ (Propaganda) เท่านั้น ส่งผลให้สงครามครั้งนี้ ฝ่ายอาหรับต้องพราชัย กองทัพอาหรับพบความหายนะ และดินแดนปาเลสไตน์ตกอยู่ในการยึดครองของอิสราเอลทั้งหมดผนวกรวมกับดินแดนบางส่วนในอียิปต์ ซีเรีย และจอร์แดน

หลังความสูญเสียครั้งนั้น ชาติอาหรับมีท่าทีแข็งกร้าวและยกระดับเชิงสัญลักษณ์ชัดเจน เริ่มจากกระแสตอบโต้ในคราวการประชุมสุดยอดผู้นำสันนิบาตอาหรับ ซึ่งจัดขึ้นในเมืองคาร์ทุม ประเทศซูดาน ที่สะท้อนผ่านวาทะกรรม ๓ ไม่ “ไม่มีการสมานฉันท์ ไม่มีการเจรจา และไม่ให้การยอมรับอิสราเอล” โดยในครั้งนี้ดูเหมือนว่าชาติอาหรับแสดงท่าทีและเจตนาอันแน่วแน่ และมีการนำชัดเจนอยู่บนพื้นฐานความเป็นชาติพันธุ์อาหรับที่มีเป้าหมายและความหวังร่วมกัน แต่หลังจากนั้น กระแสที่เคยมุ่งมั่นเริ่มส่งสัญญาณถดถอยลงเรื่อยๆ กระทั่งมีการจัดประชุมสุดยอดผู้นำสันนิบาตอาหรับอีกครั้ง ณ เมืองฟาส ประเทศโมร็อกโก ในปี ๑๙๘๑ โดยที่ประชุมมีการเสนอร่างญัตติว่าด้วยแผนสันติภาพตะวันออกกลาง ซึ่งถือเป็นความริเริ่มของพระราชาธิบดีฟาฮัด บิน อับดุลอาซิส แห่งซาอุดีอาระเบีย ญัตติดังกล่าวมีสาระสำคัญเป็นถ้อยความที่ระบุถึงการยอมรับอิสราเอลรวมอยู่ด้วย แต่อิสราเอลกลับตอบโต้ด้วยการทำสงครามกับเลบานอนในเดือนมิถุนายนปี ๑๙๘๒ และปิดล้อมเลบานอนต่อหน้าต่อตาผู้นำชาติอาหรับทั้งหมด





โดยไม่มีอาหารับชาติโดกล้ำพอกที่จะเข้าแทรกแซงหรือสนับสนุนกลุ่มต่อต้านในปาเลสไตน์ และให้การช่วยเหลือเลบานอน ไม่มีแม้เพียงการเสนอความเห็นหรือการออกแถลงการณ์ใด ๆ ที่มีผลบังคับออกมาในรูปแบบที่เรียกว่าสนธิสัญญาการป้องกันอาหรับร่วมกัน จนในที่สุดเหตุการณ์ดังกล่าวจบลงด้วยการหลอกลวง บั่นหัวกลุ่มต่อต้านทั้งปาเลสไตน์ และเลบานอน เพราะเหล่าบรรดาผู้นำระดับสูงของปาเลสไตน์ต้องเร่งรีบไปตามเมืองหลวงของอาหรับหลายประเทศ โดยไม่มีผลลัพธ์ที่เป็นรูปธรรมแต่อย่างใด อีกตัวอย่างที่เห็นได้ชัด คือ ข้อตกลงต่าง ๆ ที่ออกโดยที่ประชุมสันนิบาตอาหรับ ซึ่งดูเหมือนมีผลลัพธ์และความโดดเด่นในเชิงหลักการ แต่ในทางปฏิบัติแล้วถือว่าขาดประสิทธิภาพ เพราะมติที่ออกมาหลายครั้งเป็นเพียงกระดาษที่แสดงลายเส้นผ่านน้ำหมึกเท่านั้น โดยเฉพาะปัญหาความขัดแย้งระหว่างอาหรับ - อิสราเอล หรือประเด็นเฉพาะที่เกี่ยวข้องกับปาเลสไตน์ ที่ฉายภาพการประชุมสุดยอดผู้นำอาหรับในท่าทีการขับเคลื่อนนโยบายตามแนวปฏิบัติแบบหลวม ๆ พร้อมกับโอนอ่อนผ่อนตามและลดความเข้มข้นลงเป็นระยะ ดังปรากฏให้เห็นในการประชุมสุดยอดผู้นำสันนิบาตอาหรับ ณ กรุงเบรุต ประเทศเลบานอน ปี ๒๐๐๒ ที่สะท้อนท่าทีและพฤติกรรมแบบโอนอ่อน อาศัยการยัดเยียดด้วยการจำกัดบทบาทอยู่กับการบรรดาผู้นำประเทศที่มั่งคั่งด้วยทรัพยากรน้ำมันที่เป็นรายได้หลักของประเทศ อย่างเช่น ซาอุดีอาระเบียที่ได้นำเสนอแผนสันติภาพอาหรับ (The Arab Peace Initiative) ตามความริเริ่มของมกุฎราชกุมารแห่งซาอุดีอาระเบียขณะนั้น และแม้ว่าที่ประชุมสุดยอดผู้นำสันนิบาตอาหรับในปี ๒๐๐๒ จะสามารถกำหนดกรอบในการแก้ปัญหาความขัดแย้งระหว่างอิสราเอล - ปาเลสไตน์ ที่มีความชัดเจนมากที่สุด ผ่านการลงนามและบรรจุความตกลงสันติภาพอาหรับก็ตาม แต่หลังจากนั้นยังไม่มีผลลัพธ์ที่แสดงให้เห็นถึงความก้าวหน้าในประเด็นดังกล่าวอย่างเป็นรูปธรรม แม้ว่าสาระสำคัญที่บัญญัติไว้ในแผนสันติภาพดังกล่าวมีข้อเสนอให้อิสราเอลถอนชุมชนชาวยิวทั้งหมดออกจากดินแดนปาเลสไตน์ตามเส้นเขตแดน ปี ๑๙๖๗ เพื่อแลกกับสันติภาพแบบครอบคลุมรอบด้านทั่วภูมิภาค อีกทั้งยังจะเป็นสะพานเชื่อมสู่ความสัมพันธ์ระหว่างอิสราเอลกับประเทศภาคีสมาชิกสันนิบาตอาหรับอีกทางหนึ่ง แต่ผลที่ตามมาคือ นายกรัฐมนตรีเอเวียล ชารอล



ของอิสราเอลขณะนั้น ได้กล่าวตอบโต้แผนสันติภาพดังกล่าวโดยกล่าวว่า “การประชุมสุดยอดผู้นำอาหรับเทียบได้กับการประชุมน้ำหมึกที่ไม่มีค่าใด ๆ” เป็นการแสดงให้เห็นว่าอิสราเอลไม่สนองตอบต่อแผนสันติภาพอาหรับดังกล่าว ไม่เพียงเท่านั้น อิสราเอลยังประกาศกร้าวเดินหน้าปิดล้อมกรุงรอมัลเลาะห์ในเขตเวสต์แบงก์ของปาเลสไตน์ด้วยปฏิบัติการทางทหาร (Operation Defensive Wall) เท่ากับเป็นการปิดล้อมและกักบริเวณนายยะเซอร์ อาราฟัต ผู้นำปาเลสไตน์และผู้นำองค์กรปลดปล่อยปาเลสไตน์โดยปริยาย ซึ่งเหตุการณ์ที่เกิดขึ้นขณะนั้นไม่มีผู้นำชาติอาหรับคนใดหาญกล้ายกหูโทรศัพท์ติดต่อพูดคุยหรือหยิบยกประเด็นดังกล่าวเพื่อบรรจุเข้าระเบียบวาระในการประชุมสันนิบาตอาหรับแต่อย่างใด

กระทั่งมาถึงการประชุมสุดยอดผู้นำสันนิบาตอาหรับ ครั้งที่ ๒๖ ถือเป็นครั้งล่าสุดซึ่งจัดขึ้น ณ เมืองตากอากาศ ชาร์ม อัลเชค ประเทศอียิปต์ ระหว่างวันที่ ๒๘ - ๒๙ มีนาคม ๒๐๑๕ ที่ผ่านมา ได้แสดงให้เห็นว่าบทบาทขององค์กรดังกล่าวเกี่ยวกับประเด็นปัญหาปาเลสไตน์ยังคงอยู่ในบรรยากาศเดิม ๆ แม้ว่าบรรดาผู้นำชาติอาหรับจะประกาศยืนหยัดในสิ่งที่เคยยึดถือมาโดยตลอดเพื่อให้ดำเนินการตามแนวทางที่ได้บัญญัติไว้ในแผนสันติภาพอาหรับก็ตาม ทว่าฝ่ายอิสราเอลไม่เคยแสดงท่าทีตอบสนองหรือเห็นพ้องในแผนสันติภาพดังกล่าว อีกทั้งยังมองว่าเป็นความพยายามที่ไม่เกิดผล แม้ว่ามติหลายข้อจะปรับทิศทางค่อนมาทางเชิงโอนอ่อนผ่อนตามลงอย่างมาก เพื่อมุ่งหวังให้อิสราเอลเห็นชอบในหลักการตามแผนสันติภาพดังกล่าวก็ตาม แต่สุดท้ายไม่ปรากฏสัญญาณการตอบสนองจากอิสราเอลให้เห็นตามเคย





สรุป

องค์กรระหว่างประเทศในนามสันนิบาตอาหรับ (Arab League) เป็นเพียงองค์กรความร่วมมือในระดับภูมิภาคที่เน้นการสร้างดุลยภาพแห่งอำนาจเชิงภูมิรัฐศาสตร์ แต่ในสายตาของชาวอาหรับ ส่วนใหญ่มองว่าองค์กรดังกล่าวไม่สามารถสร้างความหวังใด ๆ เกี่ยวกับการแก้ปัญหาอิสราเอล – ปาเลสไตน์ ได้ แม้จะมีการประชุมในระดับผู้นำรวมครั้งนี้เป็นครั้งที่ ๒๖ ก็ตาม ทว่าในช่วงตลอดระยะเวลา ๗๐ ปีที่ผ่านมา มีการตั้งข้อสังเกตว่า บรรดาชาติสมาชิกที่อยู่ในองค์กรสันนิบาตอาหรับและรวมกลุ่มความร่วมมือขึ้นในนามคณะมนตรีความร่วมมืออ่าวอาหรับ (The Cooperation Council for the Arab States of the Gulf : CCASG) หรือประชาคมโลกรู้จักกันในชื่อ (Gulf Cooperation Council : GCC) ซึ่งประกอบด้วยชาติสมาชิก ๖ ประเทศ ได้แก่ ซาอุดีอาระเบีย คูเวต สหรัฐอาหรับเอมิเรตส์ กาตาร์ บาห์เรน และโอมาน กลับกลายเป็นกลุ่มองค์กรระหว่างประเทศที่ทรงอิทธิพลและมีบทบาทนำในการแสดงท่าทีในทุกเวทีการประชุมทั้งระดับภูมิภาคและระดับนานาชาติ

นอกจากนั้น ภาพที่สะท้อนออกมาในการประชุมสุดยอดผู้นำสันนิบาตอาหรับครั้งล่าสุดนี้ เห็นได้ชัดว่าบทบาทนำในเวทีการประชุมสันนิบาตอาหรับยังอยู่ในอำนาจการครอบงำของกลุ่มประเทศอ่าวอาหรับทั้งสิ้น เห็นได้จากข้อมติที่ออกมาเห็นพ้องกันให้มีการตั้งกองกำลังผสมร่วมกัน แต่ไม่ใช่เพื่อปกป้องดินแดนปาเลสไตน์หรือปลดแอกปาเลสไตน์จากอิสราเอลหรือสนับสนุนให้ปาเลสไตน์หลุดพ้นจากการยึดครองของอิสราเอลแต่อย่างใด แต่เป้าหมายสำคัญคือ เพื่อพิทักษ์ปกป้องผู้นำและสถาบันการปกครองในกลุ่มประเทศอ่าวอาหรับที่อยู่ในฐานะตัวแสดงสะท้อนภาพยักษ์ใหญ่ครองตลาดส่งออกก๊าซและน้ำมันเท่านั้น เห็นได้ชัดจากสถานการณ์การเมืองในเยเมนที่สื่อเคาะลูกลาม ทำให้เกิดปรากฏการณ์การแสวงหาพันธมิตรความร่วมมือระหว่างกองทัพด้วยปฏิบัติการโจมตีทางอากาศต่อเป้าหมายที่เป็นกลุ่มกบฏฮูษีย์ (ชีอะห์) ในเยเมนซึ่งปฏิบัติการดังกล่าวเป็นที่รู้จักกันในชื่อ “พายุแห่งความมุ่งมั่น” ทำให้สถานะตัวแสดงกลายเป็นชาติพันธมิตรอาหรับชุดนี้ นำโดยซาอุดีอาระเบีย ที่ขยายอิทธิพลเพื่อถ่วงดุลอำนาจในภูมิภาค และมีเป้าหมายเพื่อปกป้องและสกัดกั้นภัยคุกคามจากภายนอกที่ประเทศอิหร่านให้การสนับสนุน เนื่องจากกังวลว่ากลุ่มกบฏติดอาวุธฮูษีย์ในเยเมนอาจ





ขยายแนวคิดหรืออุดมการณ์ลูกหลานบานปลายจนเกิดผลกระทบขึ้นในภูมิภาคโดยเฉพาะกลุ่มประเทศอาหรับ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่าทิศทางหรือมุมมองของที่ประชุมสันนิบาตอาหรับผันแปรไปจากหลักการพื้นฐานเดิมที่เคยเน้นและยึดมั่นความเป็นชาติพันธุ์อาหรับ และการแสดงอุดมการณ์ที่ชัดเจนต่อกรณีความขัดแย้งระหว่างอาหรับ – อิสราเอล กลายเป็นการเดินทางสู่ความขัดแย้งกันเองระหว่างนิกายซุนนี – ชีอะห์ หรือการมุ่งเน้นไปสู่ปัญหาความขัดแย้งระหว่างอาหรับ – อิหร่าน (เปอร์เซีย) อย่างมีนัยสำคัญ

บรรณานุกรม

- Adnan Abdelrazek. (2008/2009). Israeli Violation of UN Resolution 194 (III) and Others Pertaining to Palestinian Refugee Property. **the Palestine-Israel Journal** 15,4 & 16,1 Available from : <http://www.pij.org/details.php?id=1220> [2015, April 8]
- Aljazeera Encyclopedia. (2015). **Arab League Statement**. Available from : <http://www.aljazeera.net/encyclopedia/events/2015/4/1/%D8%A7%D9%84%D9%82%D9%85%D9%85-%D8%A7%D9%84%D8%B9%D8%B1%D8%A8%D9%8A%D8%A9> [2015, April 1]
- The guardian. (2011). **Syria suspended from Arab League**. Available from : <http://www.theguardian.com/world/2011/nov/12/syria-suspended-arab-league> [2015, April 2]
- Joshua Teitelbaum. (2009). **The Arab Peace Initiative : A Primer and Future Prospects**. Available from : <http://jcpa.org/text/Arab-Peace-Initiative.pdf> [2015, April 20]
- Kazan Mustafa Al Shami. (2015). **Palestine and 70th years on Joint Arab**. Available from : <http://www.felesteen.ps/prints/news/136092> [2015, April 8]
- Mahmood Kaoosh. (2015). **Today's opinion newspaper**. Available from : <http://www.raialyoun.com/?p=235466> [2015, March 22]





Rasim Obaidat. (2015). **Anything New on Arab League Summit**. Available from :

<http://www.ahewar.org/debat/show.art.asp?aid=461459> [2015, April 16]

Tovah Lazaroff, Khalid Abu Toameh. (2015). **Arab League backs push for UNSC**

resolution to end Israeli ‘occupation’. Available from : <http://www.jpost.com/>

Arab-Israeli-Conflict/Arab-League-back-Palestinian-plan-to-resubmit-UN-

bid-387905 [2015, April 21]





สัญญาแสวงประโยชน์ในทรัพยากรปิโตรเลียม : ศึกษากรณีระบบการคลังปิโตรเลียม

สุภัทร ภูพานิชเจริญกุล**

บทคัดย่อ

บทความนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อศึกษาวิเคราะห์ระบบการให้สิทธิสำรวจและผลิตปิโตรเลียมประเภทต่าง ๆ ที่ใช้อยู่ในอุตสาหกรรมปิโตรเลียมในปัจจุบันนี้ และศึกษาว่าระบบการคลังปิโตรเลียมประเภทใดที่มีความเหมาะสมแก่ประเทศไทยมากที่สุดภายใต้กรอบความคิดของกฎหมายปกครองและสภาพทางสังคมวิทยาของประเทศไทย

* บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน เรื่อง “สัญญาแสวงประโยชน์ในทรัพยากรปิโตรเลียม : ศึกษากรณีระบบการคลังปิโตรเลียม” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

** นบ., นบท., นม.(เกียรตินิยม)



วิธีการศึกษาแบ่งออกเป็น ๒ ส่วน คือ ส่วนแรก เป็นการศึกษาความคิดพื้นฐาน และทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองในการแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ อันประกอบด้วยแนวคิดทฤษฎีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง สัญญาแสวงประโยชน์ ในทรัพยากรปิโตรเลียม และระบบการคลังปิโตรเลียมในการแสวงประโยชน์จากทรัพยากรปิโตรเลียม ส่วนที่สอง เป็นการศึกษาเปรียบเทียบระบบการคลังปิโตรเลียมของประเทศ อินโดนีเซีย ประเทศมาเลเซีย ประเทศฟิลิปปินส์ และประเทศไทย เพื่อศึกษาว่า แต่ละประเทศมีการกำหนดหลักเกณฑ์ของระบบการคลังปิโตรเลียมไว้อย่างไร จากผล การศึกษาพบว่า ระบบสัมปทานซึ่งเป็นระบบการคลังปิโตรเลียมที่ใช้อยู่ในประเทศไทย ในปัจจุบันยังมีลักษณะที่ไม่สอดคล้องกับจุดมุ่งหมายของหลักการสัญญาทางปกครอง กล่าวคือ ๑) สัญญาสัมปทานในปัจจุบัน รัฐไม่มีกรรมสิทธิ์ในทรัพยากรปิโตรเลียมที่ผลิตได้ ระบบสัมปทานของไทยให้ความสำคัญกับค่าภาคหลวงเป็นหลัก ปิโตรเลียมที่ผลิต ขึ้นมาได้จึงตกเป็นกรรมสิทธิ์เอกชนของผู้รับสัมปทานทั้งสิ้น กรรมสิทธิ์ในทรัพยากรปิโตรเลียมเป็นของรัฐเฉพาะทรัพยากรปิโตรเลียมที่อยู่ในแปลงสำรวจและผลิตเท่านั้น ตามมาตรา ๒๓ แห่งพระราชบัญญัติปิโตรเลียม แต่เมื่อมีการให้สิทธิ์สำรวจและผลิต แก่เอกชนผู้รับสัมปทานให้เข้ามาแสวงประโยชน์ในทรัพยากรปิโตรเลียม ผู้รับสัมปทาน เป็นผู้ครอบครองแปลงสำรวจและพื้นที่ผลิต เมื่อเอกชนผลิตปิโตรเลียมขึ้นมาแล้ว ปิโตรเลียมจะตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเอกชนทันทีที่พ้นจากหลุมปิโตรเลียม รัฐจึงไม่มีกรรมสิทธิ์ในปิโตรเลียมจากการให้สัมปทาน ๒) รัฐไม่มีส่วนร่วมในการควบคุม การประกอบกิจการปิโตรเลียมของเอกชน ทรัพยากรปิโตรเลียมเป็นทรัพยากรที่มีผลกระทบ ต่อประโยชน์สาธารณะ แต่จากการศึกษาพบว่ารัฐไม่ได้เข้าไปควบคุมการดำเนินการ ประกอบกิจการปิโตรเลียมของเอกชนคู่สัญญา ผู้รับสัมปทานมีสิทธิเด็ดขาด ในการสำรวจและผลิตปิโตรเลียม โดยที่ผู้รับสัมปทานสามารถเลือกใช้วิธีการสำรวจ และผลิตอย่างไรก็ได้ตามความพอใจของตนภายในขอบเขตของกฎหมายโดยที่รัฐ จะไม่เข้ามายุ่งเกี่ยวหรือควบคุมการดำเนินงานของผู้รับสัมปทาน รัฐทำได้เพียงกำกับดูแล รับรายงานที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงาน หน้าที่ของรัฐตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม โดยหลักแล้ว รัฐเป็นเพียงผู้คอยรับรายงานจากเอกชนคู่สัญญาเท่านั้นตามกฎหมายว่าด้วย





ปิโตรเลียม หน้าที่หลักของรัฐคือ การวางตนเป็นผู้รับผลประโยชน์จากเอกชนเท่านั้น การเข้าไปกำกับดูแลเอกชนเป็นข้อยกเว้นจากหลักทั่วไป ๓) รัฐได้รับประโยชน์จากการให้สิทธิสำรวจปิโตรเลียมแก่เอกชนในสัดส่วนที่น้อย ผลประโยชน์ที่รัฐได้รับภายใต้สัญญาสัมปทานคือค่าภาคหลวง การเก็บค่าภาคหลวงเป็นหลักประกันที่แน่นอน แต่ปัจจุบันทรัพยากรปิโตรเลียมขาดแคลนมากยิ่งขึ้น รัฐได้รับแต่ค่าภาคหลวงที่เป็นตัวเงิน ไม่ได้มีส่วนแบ่งในทรัพยากรปิโตรเลียมซึ่งมีมูลค่าสูงกว่าการจัดเก็บค่าภาคหลวง แต่เพียงอย่างเดียว จึงไม่อาจทำให้เกิดความมั่นคงทางพลังงานได้เมื่อทรัพยากรปิโตรเลียมในตลาดโลกมีราคาสูงขึ้น ในการคัดเลือกบริษัทเอกชนมาลงทุนในการแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรปิโตรเลียม รัฐใช้ดุลพินิจจากแผนปริมาณงานของบริษัทและปริมาณเงิน ซึ่งถือว่าเป็นเงินจำนวนน้อยมากเมื่อเทียบกับค่าภาคหลวงและภาษีเงินได้ปิโตรเลียม โดยไม่มีส่วนที่เป็นผลผลิตปิโตรเลียมซึ่งเป็นสาระสำคัญที่รัฐควรได้รับอยู่เลย

ปัญหาทั้ง ๓ ประการ มีสาเหตุอันเนื่องมาจากผลของระบบการคลังปิโตรเลียม คือ ระบบสัมปทาน ซึ่งยังใช้ค่าภาคหลวงและภาษีเงินได้ปิโตรเลียมเป็นเครื่องมือหลักในการจัดเก็บผลประโยชน์จากเอกชน อีกทั้งรัฐยังไม่สามารถมีส่วนร่วมในการบริหารจัดการหรือควบคุมดูแลการประกอบกิจการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมได้ ทั้งยังไม่มีกรรมสิทธิ์ในทรัพยากรปิโตรเลียม เมื่อเปรียบเทียบกับระบบการคลังปิโตรเลียมของประเทศอื่นในภูมิภาคเอเชียตะวันออกเฉียงใต้ อันได้แก่ ประเทศอินโดนีเซีย ประเทศมาเลเซีย และประเทศฟิลิปปินส์

ดังนั้นเพื่อแก้ไขข้อจำกัดดังกล่าว ผู้ศึกษาจึงขอเสนอแนวทางการแก้ปัญหา คือ ให้มีการแก้ไขพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. ๒๕๑๔ ให้ภาครัฐสามารถใช้ระบบการคลังปิโตรเลียมประเภทอื่นได้ เช่น ระบบแบ่งปันผลผลิต หรือระบบรับจ้างบริการ และกำหนดเครื่องมือทางการคลังที่ใช้ในการจัดเก็บผลประโยชน์ของรัฐให้มีความเหมาะสมและสอดคล้องกับระบบการคลังปิโตรเลียมแต่ละประเภท รวมถึงกำหนดหลักเกณฑ์ที่มีความเหมาะสมสำหรับการเปิดให้เอกชนยื่นคำขอสิทธิสำรวจและผลิตปิโตรเลียมสำหรับแปลงสำรวจบนบกและในทะเลอ่าวไทย หรือการเปิดสัมปทานรอบที่ ๒๑ เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดแก่สาธารณะและรักษาประโยชน์ของเอกชนผู้ลงทุนให้ได้รับความคุ้มครอง



บทนำ

สัญญาแสวงประโยชน์ในทรัพยากรปิโตรเลียมเป็นสัญญาทางปกครองประเภทหนึ่งที่มีความเกี่ยวข้องกับการจัดเก็บผลประโยชน์ทางเศรษฐกิจจากทรัพยากรปิโตรเลียม โดยมีเอกชนเป็นคู่สัญญาในการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมด้วย ผลประโยชน์ที่รัฐจะได้รับอาจแตกต่างกันไปขึ้นอยู่กับเป็นระบบการคลังปิโตรเลียม (Petroleum Fiscal Regime) ประเภทใด โดยทั่วไประบบการคลังปิโตรเลียมแบ่งออกเป็น ๓ ประเภท คือ ระบบสัมปทาน ระบบแบ่งปันผลผลิต และระบบรับจ้างบริการ ความแตกต่างระหว่างระบบการคลังปิโตรเลียมทั้ง ๓ ประเภท คือ สาระสำคัญของแต่ละระบบ ได้แก่ กรรมสิทธิ์ในทรัพยากรปิโตรเลียม วัตถุประสงค์ และข้อมูลเกี่ยวกับการปิโตรเลียม การมีส่วนร่วมของภาครัฐ ความเสี่ยงในการประกอบกิจการ และประโยชน์ที่รัฐได้รับจากการให้สิทธิแก่เอกชนในกิจการปิโตรเลียม

ระบบสัมปทาน ตั้งอยู่บนแนวความคิดที่ว่า เจ้าของที่ดินมีกรรมสิทธิ์ที่ชอบด้วยกฎหมายบนที่ดินของตนเอง กรรมสิทธิ์ดังกล่าวรวมถึงทรัพยากรปิโตรเลียมที่ถูกค้นพบด้วย ดังนั้นเมื่อมีการให้สัมปทานแก่เอกชนจึงเท่ากับเป็นการให้พื้นที่แปลงสัมปทานแก่เอกชน และเมื่อเอกชนพบทรัพยากรปิโตรเลียม ก็ย่อมเป็นเจ้าของปิโตรเลียมด้วย เครื่องมือของรัฐทางการคลังในระบบนี้ คือ ภาษีเงินได้ปิโตรเลียมและค่าภาคหลวง (Tax and Royalty) และอาจมีรายได้พิเศษอื่นๆ ตามที่กฎหมายกำหนด

ปัญหาของการแสวงประโยชน์ในทรัพยากรปิโตรเลียมในประเทศไทย คือ กรรมสิทธิ์ของรัฐในผลผลิตปิโตรเลียม การมีส่วนร่วมของรัฐ และผลประโยชน์ที่รัฐได้รับในระบบสัมปทานของไทย ความเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ของรัฐเหนือทรัพยากรปิโตรเลียมจะถูกปรับเปลี่ยนไปเป็นของบริษัทเอกชนคู่สัญญานับตั้งแต่วันที่ลงนามในสัญญา ดังนั้นปริมาณการผลิตของบริษัทคู่สัญญาจึงไม่มีความจำเป็นต้องสอดคล้องกับความต้องการใช้ในประเทศ เพราะความเป็นกรรมสิทธิ์เหนือทรัพยากรปิโตรเลียมไม่ได้เป็นของรัฐอีกต่อไป แต่เป็นของเอกชนผู้ทำหน้าที่สำรวจและผลิตปิโตรเลียม ดังนั้นเอกชนจึงสามารถคงการผลิตเพื่อการส่งออกและให้เป็นไปตามผลประโยชน์ของบริษัทเอกชนได้ตามที่เอกชนต้องการ อีกทั้งรัฐจะไม่เข้ามายุ่งเกี่ยวหรือควบคุมการดำเนินงานของผู้รับสัมปทาน





รัฐทำได้เพียงกำกับดูแล รับรายงานที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงาน และท้ายที่สุด การเก็บค่าภาคหลวงเป็นหลักประกันที่แน่นอน แต่ปัจจุบันทรัพยากรปิโตรเลียมขาดแคลนมากยิ่งขึ้น รัฐได้รับแต่ค่าภาคหลวงที่เป็นตัวเงินแต่ไม่ได้รับส่วนแบ่งในทรัพยากรปิโตรเลียม

เมื่อเปรียบเทียบกับระบบการคลังปิโตรเลียมในระบบแบ่งปันผลผลิต และระบบรับจ้างบริการ อันเป็นรูปแบบหนึ่งของสัญญาแสวงประโยชน์ในทรัพยากรปิโตรเลียมเช่นกัน ทั้งระบบแบ่งปันผลผลิตและระบบรับจ้างบริการมุ่งให้ความสำคัญในด้านการกรรมสิทธิ์ในทรัพยากรปิโตรเลียมและวัสดุอุปกรณ์ในการสำรวจ และผลิตปิโตรเลียมที่มุ่งเน้นถึงกรรมสิทธิ์ของรัฐในทรัพยากรปิโตรเลียมโดยอาศัยหลักอำนาจอธิปไตยของรัฐเหนือทรัพยากรธรรมชาติ ด้านสิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญาที่เน้นย้ำถึงบทบาทของรัฐที่ต้องเข้ามามีส่วนร่วมในการกำกับดูแลการดำเนินงานของเอกชนคู่สัญญาอย่างใกล้ชิด จนอาจถึงขั้นเป็นผู้ร่วมดำเนินงานกับเอกชนในการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมก็ได้ และสุดท้ายในเรื่องความเสี่ยงภัย รัฐยังคงให้เอกชนเป็นผู้แบกรับความเสี่ยงภัยในการดำเนินการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมเช่นเดียวกับระบบสัมปทาน

ในปี พ.ศ. ๒๕๕๙ ประเทศไทยจะเข้าเป็นส่วนหนึ่งของประชาคมอาเซียน ซึ่งเป็นปีแห่งการเปิดกว้างทางด้านการค้าและการลงทุนภายในภูมิภาคอย่างไม่เคยปรากฏมาก่อน นักลงทุนจากต่างชาติจะหลั่งไหลเข้ามาเพื่อแสวงหาโอกาสในการประกอบกิจการต่างๆ ในประเทศไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกิจการเกี่ยวกับการแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรปิโตรเลียม ซึ่งปัจจุบันประเทศไทยมีบริษัทต่างชาติจำนวนมากเข้ามาขอรับสัมปทานปิโตรเลียม เมื่อพิจารณาจากประเทศต่างๆ ในภูมิภาคอาเซียนแล้ว ประเทศส่วนใหญ่ในอาเซียนต่างได้ทำการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายว่าด้วยการปิโตรเลียมเพื่อเปลี่ยนผ่านจากระบบสัมปทานแบบดั้งเดิมมาสู่ระบบสัญญาอันได้แก่ สัญญาแบ่งปันผลผลิตและสัญญารับจ้างบริการ เช่น ประเทศอินโดนีเซีย ประเทศมาเลเซีย ประเทศฟิลิปปินส์ ยิ่งไปกว่านั้น ปัจจุบัน (พ.ศ. ๒๕๕๘) รัฐบาลได้ประกาศให้ชะลอการเปิดสัมปทานปิโตรเลียมรอบที่ ๒๑ เพื่อให้มีการศึกษาวิจัยและแก้ไขปรับปรุงบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้สิทธิสำรวจและผลิตปิโตรเลียม



เพื่อศึกษาระบบการคลังปิโตรเลียมที่มีความเหมาะสมกับประเทศไทยมากที่สุด ดังนั้น เพื่อเป็นการรองรับการลงทุนและให้รัฐได้รับประโยชน์สูงสุดจากการให้สัมปทาน ประเทศไทยจึงต้องปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับปิโตรเลียมทั้งหมดให้มีความทันสมัยสอดคล้องกับนานาชาติอารยประเทศซึ่งนับวันมีแต่จะยกเลิกระบบสัมปทานเพื่อเปลี่ยนแปลงไปสู่ระบบสัญญาแบ่งปันผลผลิตและสัญญาจ้างบริการ ซึ่งเป็นระบบการคลังปิโตรเลียมที่มีประสิทธิภาพมากกว่า นอกจากนี้ การเปลี่ยนแปลงระบบสัมปทานไปสู่ระบบสัญญาจะส่งผลดีต่อประเทศไทยคือ รัฐสามารถจัดเก็บผลประโยชน์ได้มากกว่าระบบสัมปทาน ซึ่งสอดคล้องกับหลักอำนาจอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติ อันเป็นหลักการในระดับกฎหมายรัฐธรรมนูญและหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่ได้รับการรับรองโดยสมัชชาใหญ่แห่งองค์การสหประชาชาติ และระบบแบ่งปันผลผลิตยังมีความเป็นธรรมต่อประเทศและประชาชนผู้เป็นเจ้าของทรัพยากรปิโตรเลียม

หลักอำนาจอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติและสัญญาแสวงประโยชน์ในทรัพยากรปิโตรเลียม

ทรัพยากรธรรมชาติอยู่ภายใต้แนวคิดที่ว่ารัฐเป็นเจ้าของทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐและประชาชน และยังสะท้อนถึงอำนาจอธิปไตยของรัฐ ดังนั้น บุคคลใดจะแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติไม่ได้ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากรัฐเท่านั้น การเปิดโอกาสให้เอกชนแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติจึงต้องกระทำในรูปแบบของสัญญาทางปกครอง เพราะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องประโยชน์สาธารณะ

ทรัพยากรธรรมชาติ ถือเป็นอำนาจอธิปไตยโดยสมบูรณ์เหนือทรัพยากรธรรมชาติของประเทศสมาชิก การแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติจึงต้องสอดคล้องกับกับวัตถุประสงค์และหลักการทั้งหลายของสหประชาชาติด้วยเช่นกัน^๓

^๓ นิรันดร์ บุญจิต, “การระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัมปทานปิโตรเลียม,” (วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๒๖), หน้า ๑๖๓.





กฎหมายระหว่างประเทศยอมรับอำนาจอธิปไตยของรัฐเหนือดินแดนของตน ซึ่งรวมถึงทรัพยากรธรรมชาติที่อยู่บนหรือใต้ดินแดนเหล่านั้น รัฐเป็นผู้ทรงสิทธิขาดในการที่จะอนุญาตให้บุคคลใด ๆ กระทำการแสวงประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติ

สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติประกาศว่า “การนำทรัพยากรธรรมชาติมาใช้ประโยชน์ต้องตอบสนองต่อประโยชน์สูงสุดของประชาชนผู้เป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตย” แนวคิดนี้ได้รับการรับรองจากข้อมติสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติที่ ๑๘๐๓ ของสมัยประชุมที่ ๗ เรื่องอำนาจอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติ ลงวันที่ ๑๔ ธันวาคม ค.ศ. ๑๙๖๒ (General Assembly resolution 1803 (XVII) of 14 December 1962, “Permanent sovereignty over natural resources”) สมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติกำหนดว่า รัฐสามารถใช้อำนาจอธิปไตยของตนในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติอันเป็นผลประโยชน์ของชาติได้อย่างเสรี และเคารพในความเป็นเอกราชทางเศรษฐกิจของรัฐ ซึ่งหมายความว่า การที่รัฐจะใช้อำนาจของรัฐเวนคืนกิจการของเอกชนได้นั้นก็ต่อเมื่อเป็นไปเพื่อจุดมุ่งหมายความปลอดภัยหรือประโยชน์สาธารณะเท่านั้น และเอกชนจะต้องได้รับค่าทดแทนที่เหมาะสมตามบทบัญญัติของกฎหมายในประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศ เป็นที่น่าสนใจว่าข้อมติฉบับนี้ได้บัญญัติถึงหลักสุจริต (Good Faith) ไว้ข้อมติด้วย คือ ข้อ ๘ ที่กำหนดว่า แม้รัฐจะมีอำนาจในการเวนคืนกิจการของเอกชนเพื่อประโยชน์หรือจุดมุ่งหมายสาธารณะแต่ก็ต้องกระทำโดยสุจริตด้วย^๔ อันเนื่องจากสถานการณ์ก่อนที่จะมีการออกข้อมติ รัฐมักใช้อำนาจในการยึดกิจการของเอกชนมาเป็นของรัฐ (Nationalization) ในหลายกรณี เช่น ปี ค.ศ. ๑๙๓๖ ประเทศเม็กซิโกยึดกิจการปิโตรเลียมของสหรัฐอเมริกา

^๔ Elizabeth Eljuri, Sovereignty Over Natural Resources Versus Right Under Investment Contracts: Which One Prevails?, **TDM Special Issue on Venezuela : The battle of Contract Sanctity vs. Resource Sovereignty**, (London: Essex Court Chambers, 2008), p. 5.



สำหรับประเทศไทยในปัจจุบันนั้น (พ.ศ. ๒๕๕๘) คณะกรรมาธิการยกร่างรัฐธรรมนูญได้นำเสนอร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับใหม่ ซึ่งมีบทบัญญัติที่เปลี่ยนแปลงไปจากรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๐ ในสาระสำคัญหลายประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการบัญญัติรับรองหลักอำนาจอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติไว้ใน มาตรา ๙๔ “ทรัพยากรธรรมชาติเป็นสมบัติของชาติเพื่อประโยชน์สาธารณะ รัฐต้องบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติเพื่อประโยชน์สูงสุดของรัฐ ประชาชน ทั้งในระดับชาติและท้องถิ่น และต้องบริหารจัดการสิ่งแวดล้อมด้วยหลักกรรมภิบาลหลักการพัฒนาที่ยั่งยืน เพื่อสร้างดุลยภาพระหว่างการพัฒนาเศรษฐกิจ สังคม สิ่งแวดล้อม และวัฒนธรรม”

การแสวงประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติมีความแตกต่างจากรูกรวมทางกฎหมายและนิติสัมพันธ์อื่นๆ ด้วยลักษณะพิเศษของสัญญาแสวงประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติที่สามารถก่อให้เกิดบุคคลสิทธิและทรัพย์สินได้ในเวลาเดียวกัน กล่าวคือ สิทธิทางการเงินในระบบการคลังปิโตรเลียม อันเป็นบุคคลสิทธิ และสิทธิในการใช้ที่ดินแปลงสัมปทานอันเป็นทรัพย์สินในภูมิภาคตะวันออกกลางและแอฟริกาเหนือ น้ำมันและก๊าซธรรมชาติถือเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ และการให้สิทธิแก่เอกชนในการแสวงประโยชน์ต้องทำในรูปสัญญาทางปกครอง ซึ่งการให้สัมปทานนี้เองมีทั้งลักษณะทางแพ่งและลักษณะทางมหาชนอยู่ในสัญญาฉบับเดียวกัน สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติมีองค์ประกอบ ๒ ลักษณะ ดังนี้

๑. สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติโดยข้อกำหนดของกฎหมาย

สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ นอกจากจะมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองโดยสภาพแล้ว ยังเป็นสัญญาทางปกครองโดยการกำหนดของกฎหมายอีกด้วย เช่น สัญญาให้เข้าครอบครองสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน (contrats comportant occupation du domaine public) ตามรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ ๑๗ มิถุนายน ค.ศ. ๑๙๓๘ แก้ไขเพิ่มเติมโดยประมวลกฎหมายว่าด้วยที่ดินของรัฐ มาตรา ๘๔ กำหนดให้สัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาทางปกครอง เพราะที่ดินถือว่าทรัพยากรธรรมชาติเป็นของรัฐและประชาชน การนำทรัพยากรธรรมชาติที่รัฐสงวนหวงห้ามไปใช้ประโยชน์



เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากรัฐให้เอกชนเข้าครอบครองที่ดินของรัฐประเภทสาธารณะสมบัติของแผ่นดิน หากไม่ได้รับอนุญาตจากรัฐย่อมมีความผิดตามกฎหมาย ในบางกรณีไม่มีกฎหมายระบุไว้โดยตรงว่าทรัพยากรธรรมชาติเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ แต่สามารถอนุมานได้จากบทบัญญัติต่างๆ ที่แสดงให้เห็นถึงอำนาจเด็ดขาดของรัฐในการให้อาชญาบัตรประทานบัตร หรือสัมปทานบัตรแก่เอกชน โดยการบัญญัติว่าทรัพยากรธรรมชาติเป็นเรื่องของอำนาจอธิปไตยหรือเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ อันแสดงให้เห็นว่าการแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติดังกล่าวต้องขออนุญาตจากรัฐ

การอนุญาตเอกชนแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติสามารถทำได้ ๒ รูปแบบ คือ รูปแบบซึ่งกำหนดขึ้นโดยกฎหมาย เช่น แบบสัญญามาตรฐาน (Model Contract) ของสัญญาแบ่งปันผลผลิตในทรัพยากรปิโตรเลียม (Production Sharing Agreement) ซึ่งอาจจะมีรัฐบัญญัติกำหนดให้องค์กรของรัฐที่เกี่ยวกับออกกฎหมายลำดับรองกำหนดแบบสัญญามาตรฐาน กับอีกรูปแบบหนึ่ง คือ รูปแบบซึ่งเป็นผลของการเจรจาระหว่างคู่กรณีฝ่ายรัฐและเอกชน ซึ่งสัญญาทั้ง ๒ รูปแบบ ต่างมีลักษณะร่วมกันคือต่างเป็นนิติสัมพันธ์ในทางเอกชนและมหาชน กล่าวคือ เป็นทั้งสัญญาตามกฎหมายเอกชนและเป็นใบอนุญาตให้ประกอบกิจการตามกฎหมายมหาชน อย่างไรก็ตาม กฎหมายฝรั่งเศสไม่ถือว่าสัมปทานปิโตรเลียมหรือประทานบัตรเหมืองแร่เป็นสัญญาทางปกครอง แต่ถือเป็นข้อสัญญาที่มีลักษณะเฉพาะในตัวของมันเอง (Sui Generis) ซึ่งอยู่ภายใต้ระบบกฎหมายเอกชน ไม่ใช่กฎหมายปกครองบังคับ^๕

๒. สัญญาแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติโดยสภาพ

แม้จะไม่มีกฎหมายกำหนดไว้ให้สัญญาแสวงประโยชน์ฯ เป็นสัญญาทางปกครอง ก็ต้องมาพิจารณาว่าสัญญาแสวงประโยชน์ดังกล่าวมีลักษณะเป็นการให้เอกชนเข้ามาจัดทำบริการสาธารณะหรือไม่ หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดลักษณะพิเศษ

^๕ ไซวัฒน์ บุณาค, “สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน: วิเคราะห์สัญญาสัมปทาน,” ใน ๘๔ ปี ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ (กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๓๗), หน้า ๑๓๕.



อันเป็นการให้เอกสิทธิ์เป็นพิเศษแก่รัฐซึ่งไม่ปรากฏในระบบกฎหมายแพ่งหรือไม่ หากเข้าลักษณะข้อใดข้อหนึ่งแล้วย่อมเป็นสัญญาทางปกครอง^๖ ซึ่งสัญญาแสวงประโยชน์ฯ มักมีข้อสัญญาซึ่งลักษณะให้เอกสิทธิ์แก่รัฐเป็นกรณีพิเศษไม่ค่อยปรากฏในสัญญาทางแพ่งโดยทั่วไป เช่น ในสัญญาสัมปทาน สัญญาแบ่งปันผลผลิต หรือสัญญารับจ้างบริการ มักจะกำหนดถึงข้อผูกพันและหน้าที่ของผู้รับสัมปทาน และสัญญาแสวงประโยชน์โดยทั่วไปจะมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทานในตัวเอง^๗

จากแนวคิดที่ว่า ทรัพยากรธรรมชาติเป็นของรัฐและประชาชน การเปิดโอกาสให้เอกชนเข้ามาแสวงประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติจึงเป็นเรื่องสำคัญ เอกชนผู้มีความสนใจจัดทำกิจการดังกล่าวจะกระทำได้โดยพลการไม่ได้ แม้ทรัพยากรธรรมชาตินั้นอยู่บนที่ดินหรืออาณาเขตที่ดินมีกรรมสิทธิ์หรือสิทธิครอบครองก็ตาม รัฐจะเป็นผู้ที่มีบทบาทในการควบคุมดูแลการแสวงประโยชน์โดยเอกชนให้เกิดประโยชน์สูงสุด และเอกชนจะต้องขออนุญาตจากรัฐหรือได้รับสัมปทานจากรัฐในการประกอบกิจการดังกล่าวและจ่ายค่าตอบแทนแก่รัฐในการแสวงประโยชน์ เพื่อให้รัฐนำค่าตอบแทนดังกล่าวไปใช้ให้เกิดประโยชน์สาธารณะ^๘

ระบบการคลังปิโตรเลียม

ระบบการคลังปิโตรเลียม หมายถึง “การกำหนดสิทธิและหน้าที่ระหว่างรัฐผู้เป็นเจ้าของแหล่งปิโตรเลียมกับเอกชนผู้ขอรับสิทธิในการสำรวจ ผลิต และประกอบกิจการปิโตรเลียมในด้านอื่นๆ” หรืออีกนัยหนึ่ง หมายถึง รูปแบบของสัญญาแสวงประโยชน์

^๖ บุญผา อัครพิมาน, สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายฝรั่งเศสและของไทย, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๕๕), หน้า ๑๐๘.

^๗ วรเจตน์ ภาศิริรัตน์, ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๔๙), หน้า ๒๖๑.

^๘ บุญผา อัครพิมาน, เรื่องเดิม, หน้า ๑๐๗.





ในทรัพยากรปิโตรเลียมนั่นเอง ระบบการคลังปิโตรเลียมในปัจจุบัน ได้แก่ ระบบสัมปทาน (Concession หรือ License) ระบบแบ่งปันผลผลิต (Production Sharing) และระบบรับจ้างบริการหรือจ้างเหมา (Service Contract หรือ Contract of Work) ซึ่งแต่ละระบบอาจไม่ได้มีลักษณะที่แตกต่างแยกจากกันอย่างชัดเจน เช่น ระบบรับจ้างบริการ รัฐอาจให้ค่าตอบแทนการดำเนินงานแก่เอกชนโดยแบ่งปิโตรเลียมที่ผลิตให้แก่ผู้รับจ้างเช่นเดียวกับระบบแบ่งปันผลผลิตก็ได้ ประเภทของสัญญาแสวงประโยชน์ในทรัพยากรปิโตรเลียมขึ้นอยู่กับนโยบายของแต่ละประเทศว่ารัฐต้องการมีอำนาจเด็ดขาดในการควบคุมกิจการปิโตรเลียมหรือไม่ (State Participation)^๙ จากเกณฑ์ดังกล่าวอาจแบ่งสัญญาแสวงประโยชน์ในทรัพยากรปิโตรเลียมได้ดังต่อไปนี้

๑. สัญญาสัมปทาน (Concessionary system) มักใช้ในกรณีที่รัฐไม่ต้องการมีอำนาจเด็ดขาดในการควบคุมกิจการปิโตรเลียม ซึ่งหมายความรวมถึงการสำรวจ การผลิต การเก็บรักษา การขนส่ง และการขาย รัฐจะมอบสิทธิให้เอกชนผู้รับสัมปทานไปดำเนินการในลักษณะผูกขาดเฉพาะราย

๑.๑ กรรมสิทธิ์ในผลผลิตและวัสดุอุปกรณ์

ทรัพยากรปิโตรเลียมขณะอยู่ในพื้นพิภพนั้น ย่อมถือว่าเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ แต่หากเอกชนคู่สัญญาได้ขุดเจาะนำปิโตรเลียมขึ้นมาจากพื้นดินหรือพื้นน้ำเมื่อปิโตรเลียมแยกออกมาต่างหากแล้ว กรรมสิทธิ์ในปิโตรเลียมที่ขุดเจาะขึ้นมาตกเป็นกรรมสิทธิ์ของบริษัทเอกชนทันที อย่างไรก็ตาม ถ้าเป็นการแสวงประโยชน์ยังอยู่ในขั้นตอนของการสำรวจ กรรมสิทธิ์ในปิโตรเลียมยังคงเป็นของรัฐ ไม่ใช่ของเอกชนดังเช่นขั้นตอนของการผลิต^{๑๐}

^๙ ไชยวัฒน์ บุณนาค, “กฎหมายปิโตรเลียม,” **วารสารนิติศาสตร์** ๑๓, ๑ (๒๕๒๖) : ๙.

^{๑๐} Carla Alves Paulo Silva , “PRODUCTION SHARING” CONTRACTS AND CONCESSIONS IN THE BRAZILIAN SUBSALT REGION : A Comparative Analysis, (Master thesis of University of Oslo), p. 28. Retrieved October 7, 2014 from <https://www.duo.uio.no/handle/10852/22787>



๑.๒ สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา

สัมปทานคือการให้สิทธิผูกขาดแก่เอกชนรายใดรายหนึ่งทำการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมภายในพื้นที่ที่กำหนดและภายในเวลาที่กำหนด ผู้รับสัมปทานมีสิทธิเด็ดขาดในการสำรวจ ผลิต หรือประกอบกิจการปิโตรเลียมด้านอื่นๆ ทั้งนี้ ผู้รับสัมปทานอาจเลือกใช้วิธีการสำรวจหรือผลิตตามความพอใจของตนภายในขอบเขตของกฎหมายว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย การอนุรักษ์แหล่งปิโตรเลียม รัฐจะไม่เข้ามายุ่งเกี่ยวหรือควบคุมการดำเนินงานของผู้รับสัมปทาน เพียงแต่คอยรับรายงานเกี่ยวกับการดำเนินงานดังกล่าว

๑.๓ การจัดการผลประโยชน์

ผู้รับสัมปทานเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในปิโตรเลียมที่เจ้าชุดขึ้นมาได้ โดยเสียค่าตอบแทนให้แก่รัฐในรูปของค่าภาคหลวง ซึ่งอาจเป็นตัวเงินหรือปิโตรเลียมก็ได้ เช่น พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. ๒๕๑๔ มาตรา ๘๓ ภาษีเงินได้ปิโตรเลียม และเอกชนอาจเสนอให้ผลประโยชน์ตอบแทนพิเศษตามที่ระบุไว้ในสัญญาสัมปทาน เช่น เงินโบนัสทุนการศึกษาและดูงาน เป็นต้น

๑.๓.๑ ค่าภาคหลวง

ค่าภาคหลวง เป็นแนวความคิดที่มักใช้ในกลุ่มประเทศด้อยพัฒนาหรือกำลังพัฒนา เนื่องจากขาดความรู้ความสามารถในทางเทคโนโลยีอุตสาหกรรม การสำรวจและผลิตปิโตรเลียม เพราะไม่สามารถรู้ได้ว่าเอกชนผู้รับสัมปทานมีกำไรจากการแสวงประโยชน์มากน้อยเพียงใด จึงต้องเก็บภาษีต้นทางคือค่าภาคหลวงแล้วจึงเก็บภาษีเงินได้ปิโตรเลียมจากการประกอบกิจการ อันเป็นที่มาของการเรียกระบบสัมปทานในอีกชื่อหนึ่งว่า ระบบค่าภาคหลวงและภาษี หรือ Royalty and Tax (R&D) นับเป็นรูปแบบการจ่ายผลตอบแทนแก่รัฐที่เก่าแก่ที่สุด ใช้กับสัมปทานทั้งทางบกและทางทะเล

๑.๓.๒ ภาษีเงินได้

ภาษีเงินได้เป็นเครื่องมือทางการคลังที่มีอยู่ทั้งในระบบสัมปทานและระบบแบ่งปันผลผลิต แต่ภาษีเงินได้ในระบบสัมปทานมีความสำคัญมากกว่าในระบบแบ่งปันผลผลิต เพราะภาษีเงินได้ถือเป็นแหล่งรายได้สำคัญของรัฐในระบบสัมปทานควบคู่ไปกับ



ค่าภาคหลวง ในขณะที่ระบบแบ่งปันผลผลิต ภาษีเงินได้จะถูกลดความสำคัญลง เพราะจะคิดจากอัตราของน้ำมันส่วนกำไรที่รัฐกับเอกชนแบ่งกันแล้วเท่านั้น

๒. สัญญาแบ่งปันผลผลิต ระบบแบ่งปันผลผลิต (Production Sharing Agreement) วิวัฒนาการมาจากแนวคิดแบ่งผลผลิต ซึ่งแต่เดิมใช้ในภาคเกษตรของประเทศอินโดนีเซีย นำมาปรับใช้เป็นครั้งแรกที่ประเทศอินโดนีเซีย โดยมีแนวคิดพื้นฐานว่า แหล่งปิโตรเลียมเป็นของรัฐและรัฐมีอำนาจควบคุมการดำเนินงาน ส่วนเงินทุนและความเสี่ยงในการสำรวจและผลิตเป็นภาระของเอกชนคู่สัญญา หากเอกชนประสบผลสำเร็จจะได้รับส่วนแบ่งในปิโตรเลียมในส่วนของค่าใช้จ่ายต้นทุนหรือกำไรส่วนน้ำมันและน้ำมันส่วนกำไรที่กำหนดไว้ล่วงหน้า ระบบการแสวงประโยชน์ในปิโตรเลียมได้รับความนิยมมากที่สุดในปัจจุบัน เป็นกลไกทางกฎหมายในการจัดสรรผลประโยชน์ระหว่างรัฐกับเอกชนที่เปิดโอกาสให้รัฐเข้าควบคุมดูแลทรัพยากรธรรมชาติทั้งหมดและมีอำนาจในการตัดสินใจในกระบวนการผลิตปิโตรเลียม และเข้ามากำหนดเงื่อนไขส่วนแบ่งผลผลิตปิโตรเลียม ในขณะเดียวกันก็ให้กรรมสิทธิ์แก่รัฐในทรัพยากรปิโตรเลียมทั้งในพื้นดินและเมื่อผลิตแล้วด้วย ทั้งนี้ แม้ปิโตรเลียมจะเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ แต่ยังคงแบ่งกันระหว่างรัฐกับเอกชนตามสัดส่วนของน้ำมันส่วนต้นทุนและน้ำมันส่วนกำไร^{๑๑}

๒.๑ กรรมสิทธิ์ในผลผลิตและวัสดุอุปกรณ์

ในประเทศที่ใช้ระบบแบ่งปันผลผลิต รัฐเพียงแต่โอนสิทธิในการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมให้แก่เอกชนคู่สัญญา แต่ผลผลิตปิโตรเลียมที่ผลิตได้ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐหรือบริษัทน้ำมันแห่งชาติที่รัฐตั้งขึ้นทันที เมื่อการแสวงประโยชน์จากปิโตรเลียมเกิดขึ้นโดยเอกชน รัฐในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์ในผลผลิตปิโตรเลียมมีสถานะเสมือนผู้จ้างให้เอกชนทำการผลิตปิโตรเลียมให้ตน จึงต้องจ่ายค่าต้นทุนในการผลิตให้แก่เอกชน

^{๑๑} Ismaila P. Jalo, **The rights to explore for and exploit petroleum. What manner of award of rights is best suited for the Iraqi petroleum industry**, Centre for Energy, Petroleum and Mineral Law and Policy, p. 5, Retrieved September 20, 2014 from <http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/gateway/?news=32374>, p.7.



เป็นค่าใช้จ่าย หรือที่เรียกว่าน้ำมันและก๊าซส่วนต้นทุน แล้วจึงแบ่งกำไรระหว่างรัฐกับเอกชน เรียกกำไรส่วนนี้ว่า น้ำมันและก๊าซส่วนกำไร

๒.๒ สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา

ภายใต้ระบบแบ่งปันผลผลิต เอกชนจะมีฐานะเป็นคู่สัญญา (Contractor) มีโซ่ผู้รับสัมปทาน (Concessionaire หรือ Licensee) และเป็นคู่สัญญากับบริษัทน้ำมันแห่งชาติ (National Oil Company) และแบกรับความเสี่ยงตามสัญญาแต่เพียงผู้เดียว รัฐสามารถเข้ามาควบคุมการบริหารสัญญาได้โดยตรงผ่านองค์กรของรัฐหรือผ่านผู้ทำการแทนรัฐ ในกรณีที่มีการจัดตั้งบริษัทน้ำมันแห่งชาติ บริษัทน้ำมันแห่งชาติในฐานะตัวแทนของรัฐ สามารถทำหน้าที่เป็นเสมือนผู้กำกับดูแล (Regulator) ให้สิทธิสำรวจและผลิตปิโตรเลียม แก่เอกชนได้ หรือทำหน้าที่เป็นผู้ปฏิบัติการ (Operator) ดำเนินกิจการแสวงประโยชน์ร่วมกับ เอกชนก็ได้เช่นกัน^{๑๒}

๒.๓ การจัดการผลประโยชน์

๒.๓.๑ น้ำมันและก๊าซส่วนต้นทุน

น้ำมันส่วนต้นทุนเป็นวิธีการของเอกชนคู่สัญญาในการหักค่า การสำรวจ การพัฒนาปิโตรเลียม และการปฏิบัติการออกจากรายได้ของตน ซึ่งจะมีการกำหนด อัตราเพดานของน้ำมันส่วนต้นทุนที่เอกชนสามารถหักได้ แต่แม้จะมีการกำหนดเพดานไว้ เอกชนก็ยังสามารถนำค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่ยังไม่ได้หักไว้ในปีก่อนมาหักในภายหลังได้ ซึ่งอัตราการหักน้ำมันส่วนต้นทุนจะอยู่ที่ร้อยละ ๓๐ ถึง ๖๐ ค่าใช้จ่ายโดยปกติสามารถนำมา หักได้ ได้แก่ ค่าใช้จ่ายจากปีก่อนที่ยังไม่ได้มีการหัก ค่าใช้จ่ายในการปฏิบัติการ เงินลงทุน ที่ได้จ่ายไป ค่าเสื่อมราคา ค่าสูญเสียและค่าตัดการจำหน่าย (Depreciation, Depletion and Amortization) ดอกเบี้ยเงินกู้ เครดิตภาษีเพื่อการลงทุน ค่ารีดออนอุปกรณ์การผลิต^{๑๓}

^{๑๒} Carla Alves Paulo Silva, op. cit.

^{๑๓} Omolade A. Akinwumi, **Cost Recovery And High Oil Price : How Can Host Governments Capture Adequate Revenue? A Case Study Of Nigeria**, The Centre for Energy, Petroleum and Mineral Law and Policy Gateway, p. 8. Retrieved October 10, 2014 from <http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/gateway/?news=29867>



๒.๓.๒ น้ำมันและก๊าซส่วนกำไร

น้ำมันส่วนกำไรเป็นรายได้หรือผลผลิตสุทธิหลังจากหักค่าภาคหลวงและน้ำมันส่วนต้นทุนแล้ว แบ่งกันระหว่างเอกชนคู่สัญญาและรัฐ โดยปกติสัดส่วนของน้ำมันส่วนกำไรที่จัดสรรให้แก่เอกชนสามารถเจรจาต่อรองกันได้และมักจะกำหนดไว้ในสัญญาเป็นการล่วงหน้า การกำหนดสัดส่วนของน้ำมันส่วนกำไรของแต่ละประเทศอาจแตกต่างกันไป แม้แต่ในประเทศเดียวกันก็อาจมีการกำหนดสัดส่วนน้ำมันส่วนกำไรของเอกชนคู่สัญญาแต่ละสัญญาแตกต่างกันได้ และสัดส่วนน้ำมันส่วนกำไรของรัฐกับเอกชนอาจใช้อัตราแบบคงที่ (Flat Rate) หรือใช้อัตราแบบก้าวหน้า (Sliding Scale) ก็ได้ เช่น ประเทศไนจีเรียกำหนดการจัดสรรน้ำมันส่วนกำไรระหว่างรัฐกับเอกชนขึ้นอยู่กับจำนวนน้ำมันที่ผลิตได้ต่อวัน หากสามารถผลิตน้ำมันได้ต่ำกว่า ๑๐ ล้านบาร์เรลต่อวัน ให้ใช้สัดส่วน ๕๐ ต่อ ๕๐ แต่หากผลิตได้ตั้งแต่ ๑๐ - ๒๐ ล้านบาร์เรลต่อวัน ให้ใช้สัดส่วน ๖๐ ต่อ ๔๐ เป็นต้น^{๑๔}

๓. **สัญญารับจ้างบริการ** หรืออาจเรียกอีกชื่อหนึ่งคือ Buy - Back Contract เป็นระบบที่ให้สิทธิเอกชนเป็นเพียงผู้รับจ้างของรัฐโดยทำตามคำสั่งของรัฐ และไม่มีกรรมสิทธิ์ในปิโตรเลียมที่ขุดได้ เมื่อพบปิโตรเลียมรัฐจะจ่ายค่าจ้างให้แก่เอกชน แต่หากไม่พบปิโตรเลียมภายในระยะเวลาที่กำหนดสัญญารับจ้างบริการก็สิ้นสุดลง โดยอุปกรณ์และเครื่องมือในการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมจะตกเป็นกรรมสิทธิ์ของรัฐ เมื่อการสำรวจสิ้นสุดลง ลักษณะของระบบรับจ้างบริการคือ จะต้องจัดตั้งบริษัทน้ำมันแห่งชาติ (National Oil Company) ให้มีอำนาจดูแลพื้นที่ตามกฎหมายแต่เพียงผู้เดียว ปิโตรเลียมทั้งหมดที่ผลิตได้เป็นทรัพย์สินของบริษัทนับแต่ปากหลุม บริษัทเอกชนต่างชาติอยู่ในฐานะผู้รับจ้าง ไม่ใช่ในฐานะผู้รับสัมปทานหรือหุ้นส่วน

^{๑๔} Ibid, p. 7.



๓.๑ กรรมสิทธิ์ในผลผลิตและวัสดุอุปกรณ์

กลุ่มประเทศที่ใช้ระบบรับจ้างบริการ มีสาเหตุมาจากความประสงค์ในการรักษาไว้ซึ่งอำนาจอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติโดยที่รัฐยังคงกรรมสิทธิ์ในพื้นที่สัมปทานและกรรมสิทธิ์ในผลผลิตปิโตรเลียม รัฐผู้ให้เช่าตอบแทนแก่เอกชนเป็นค่าบริการจากการขายผลผลิตปิโตรเลียม แต่ไม่ได้ให้สัมปทานในการแสวงประโยชน์หรือการผลิตให้แก่เอกชนอย่างเด็ดขาด ระบบนี้ทำให้รัฐสามารถเข้าไปควบคุมการดำเนินการตามสัญญาของเอกชนได้อย่างเต็มที่และอาศัยความเชี่ยวชาญของเอกชนในการแสวงประโยชน์โดยที่ไม่ต้องสูญเสียกรรมสิทธิ์ในทรัพยากรปิโตรเลียมไปแม้แต่น้อย รัฐเป็นเจ้าของปิโตรเลียมที่ผลิตมาได้เองทั้งหมด เอกชนผู้รับจ้างเป็นแต่เพียงผู้มีสิทธิได้รับค่าจ้างซึ่งอาจให้ในรูปของปิโตรเลียมส่วนหนึ่งก็ได้ ภายใต้ระบบรับจ้างบริการความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับเอกชนคู่สัญญาไม่ว่าเอกชนคู่สัญญาจะเป็นบริษัทน้ำมันที่ตั้งขึ้นในประเทศหรือกรณีบริษัทน้ำมันสาขามีสถานะเหมือนคู่สัญญาทั่วไป คู่สัญญาอีกฝ่าย ได้แก่ บริษัทน้ำมันแห่งชาติ รัฐไม่ได้เข้ามาเป็นคู่สัญญาโดยตรงบริษัทน้ำมันแห่งชาติ เป็นแต่เพียงองค์การของรัฐเท่านั้น สถานะของบริษัทน้ำมันแห่งชาติในสัญญาจ้างบริการจะมีบทบาทค่อนข้างมากกว่าบริษัทน้ำมันแห่งชาติในระบบแบ่งปันผลผลิต เพราะบริษัทน้ำมันแห่งชาติเป็นผู้ครอบครองพื้นที่ที่จะทำการสำรวจ การที่เอกชนเข้ามาทำการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมในพื้นที่ที่รัฐจัดสรรจึงเป็นการดำเนินการแสวงประโยชน์ในนามของรัฐหรือเป็นการกระทำการแทนบริษัทเอกชนคู่สัญญา ไม่ใช่เป็นผู้ได้รับสิทธิ์ตามสัญญาสัมปทานหรือเป็นหุ้นส่วนร่วมกับรัฐ

๓.๒ สิทธิและหน้าที่ของคู่สัญญา

มีลักษณะคล้ายคลึงกับสัญญาแบ่งปันผลผลิต คือ รัฐยังคงอำนาจอธิปไตยในการสำรวจ ผลิต และประกอบกิจการปิโตรเลียมอื่นๆ แต่ในทางปฏิบัติ เมื่อเจรจาเกี่ยวกับแผนการดำเนินงานเรียบร้อยแล้ว (Work Program) รัฐจะไม่เข้าไปยุ่งเกี่ยวกับการปฏิบัติงานประจำวันของผู้รับจ้าง เอกชนคู่สัญญามีสถานะเป็นผู้รับจ้างอิสระ (Independent Contractor) ปฏิบัติงานภายใต้การควบคุมขององค์การปิโตรเลียมของรัฐ และรัฐมีสิทธิ์เข้าเกี่ยวกับการประกอบกิจการปิโตรเลียมด้านอื่นๆ ทั้งปวง เช่น การขนส่ง การเก็บรักษา



และการขาย รัฐเป็นผู้ว่าจ้างเอกชนคู่สัญญาเพราะความสามารถทางเทคโนโลยีและทางการเงินของเอกชน เอกชนอยู่ในสถานะผู้รับจ้าง รับผิดชอบต่อความเสี่ยงและค่าใช้จ่ายทั้งหมดที่เกิดจากการสำรวจและผลิตปิโตรเลียม แต่มีสิทธิได้รับค่าตอบแทนเมื่อมีการสำรวจปิโตรเลียมจนค้นพบแหล่งปิโตรเลียมเชิงพาณิชย์ เมื่อเริ่มกระบวนการผลิตรัฐจึงเป็นผู้เข้ามาควบคุมเอกชนผู้รับจ้างต่อ

๓.๓ การจัดการผลประโยชน์

ผลประโยชน์ที่รัฐจะได้รับจากการให้เอกชนแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรปิโตรเลียมภายใต้ระบบรับจ้างบริการ คือ รัฐเป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์ในทรัพยากรปิโตรเลียมทั้งก่อนและหลังจากที่ได้ผลิตขึ้นมา บริษัทน้ำมันที่เข้ามาทำการสำรวจและผลิตเป็นเพียงคู่สัญญาที่กระทำการแทนรัฐและรับค่าจ้างในรูปของเงินสดหรือปิโตรเลียม รัฐเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากทรัพยากรปิโตรเลียมที่ผลิตขึ้นมาได้เป็นส่วนใหญ่ รายได้ของรัฐในส่วนของทรัพยากรปิโตรเลียมนี้จะไม่ถูกแบ่งให้แก่บริษัทน้ำมันฝ่ายเอกชนเหมือนเช่นในระบบสัมปทานหรือระบบแบ่งปันผลผลิต ระบบนี้จึงไม่มีการเรียกเก็บค่าภาคหลวงและภาษีเช่นในระบบสัมปทานหรือระบบแบ่งปันผลผลิต แต่ในบางกรณียังมีการเรียกเก็บภาษีอยู่ โดยบริษัทเอกชนคู่สัญญาจะต้องชำระภาษีเงินได้เช่นเดียวกับบริษัทเอกชนอื่นๆ ทั่วไป

ตารางเปรียบเทียบความแตกต่างของระบบการคลังปิโตรเลียมทั้ง ๓ ระบบ^{๑๕}

	ระบบสัมปทาน	ระบบแบ่งปันผลผลิต	ระบบรับจ้างบริการ
กรรมสิทธิ์ในปิโตรเลียม	เอกชน	เอกชน/รัฐ	รัฐ
ผู้ปฏิบัติการ	เอกชน	เอกชน	เอกชน/รัฐ
ค่าตอบแทนที่จ่ายแก่เอกชน	ไม่มี	แบ่งปันผลผลิต	ค่าจ้างในอัตราคงที่
ผู้รับความเสี่ยง	เอกชน	เอกชน/รัฐ	เอกชน/รัฐ

^{๑๕} Abbas Ghandi and Cynthia Lin, *Oil and Gas Service Contract around the World : A Review* (California, CA. : University of California, 2014), p. 7.



ประเทศที่ผู้ศึกษาได้นำมาเปรียบเทียบกับระบบการคลังปิโตรเลียมของประเทศไทยในบทความนี้ ได้แก่ ประเทศอินโดนีเซียที่ใช้ระบบแบ่งปันผลผลิต ประเทศมาเลเซียซึ่งใช้ระบบแบ่งปันผลผลิตและระบบรับจ้างบริการควบคู่กัน และประเทศฟิลิปปินส์ซึ่งใช้ระบบรับจ้างบริการ

ความแตกต่าง	ระบบสัมปทาน (ไทย)	ระบบแบ่งปันผลผลิต (อินโดนีเซียและมาเลเซีย)	ระบบรับจ้างบริการ (มาเลเซียและฟิลิปปินส์)
กรรมสิทธิ์ - ทรัพยากรปิโตรเลียม - ข้อมูลที่ได้จากการประกอบกิจการปิโตรเลียม - วัสดุอุปกรณ์ที่นำเข้าหรือซื้อ	ของเอกชน ของเอกชน ของเอกชน	ของรัฐ (บางส่วน) ของรัฐ ของรัฐ	ของรัฐ (ทั้งหมด) ของรัฐ ของรัฐ
การมีส่วนร่วมของรัฐ - ฐานะของคู่สัญญา - การควบคุมของรัฐ	ผู้รับสัมปทาน น้อย	คู่สัญญา มาก	ผู้รับจ้าง (ในนามของรัฐ) มาก
ความเสี่ยงภัย	เอกชน	เอกชน	เอกชน (กรณีมีสัญญาแบบรับภาระความเสี่ยง)
ผลประโยชน์ที่รัฐได้รับ - ค่าภาคหลวง - ภาษีเงินได้ - การแบ่งผลผลิต - การหักต้นทุนการผลิต - การถ่ายทอดเทคโนโลยี - การพัฒนาท้องถิ่น	จัดเก็บ จัดเก็บ ไม่มี ไม่มี มี (Thailand 3+) มี (Thailand 3+)	จัดเก็บ จัดเก็บ มี มี มี มี	ไม่จัดเก็บ จัดเก็บ ไม่มี ไม่มี มี มี



บทสรุป

จากผลการศึกษาระบบการคลังปิโตรเลียมแบบสัมปทานที่ใช้ในประเทศไทยนั้นพบว่า ปัญหาของระบบสัมปทานตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ.๒๕๑๔ อาจกล่าวโดยสรุปได้ ๓ ประการ คือ

ประการแรก รัฐไม่มีกรรมสิทธิ์ในทรัพยากรปิโตรเลียมที่ผลิตได้

ระบบสัมปทานของไทยให้ความสำคัญกับค่าภาคหลวงเป็นหลัก ปิโตรเลียมที่ผลิตขึ้นมาได้จึงตกเป็นกรรมสิทธิ์เอกชนของผู้รับสัมปทานทั้งสิ้น กรรมสิทธิ์ในทรัพยากรปิโตรเลียมเป็นของรัฐเฉพาะทรัพยากรปิโตรเลียมที่อยู่ในแปลงสำรวจและผลิตเท่านั้นตามมาตรา ๒๓ แห่งพระราชบัญญัติปิโตรเลียม แต่เมื่อให้สิทธิสำรวจและผลิตแก่เอกชนผู้รับสัมปทานในการเข้ามาแสวงประโยชน์ทรัพยากรปิโตรเลียม ผู้รับสัมปทานเป็นผู้ครอบครองแปลงสำรวจและพื้นที่ผลิต เมื่อเอกชนผลิตปิโตรเลียมขึ้นมา ปิโตรเลียมจะตกเป็นกรรมสิทธิ์ของเอกชนทันทีที่พ้นจากหลุมปิโตรเลียม รัฐจึงไม่มีกรรมสิทธิ์ในปิโตรเลียมจากการให้สัมปทาน

ประการที่สอง รัฐไม่มีส่วนร่วมในการควบคุมการประกอบกิจการปิโตรเลียมของเอกชน

ทรัพยากรปิโตรเลียมเป็นทรัพยากรที่มีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะ แต่จากการศึกษาพบว่า รัฐไม่ได้เข้าไปควบคุมการดำเนินการประกอบกิจการปิโตรเลียมของเอกชนคู่สัญญา ผู้รับสัมปทานมีสิทธิเด็ดขาดในการสำรวจและผลิตปิโตรเลียม ทำให้ผู้รับสัมปทานสามารถเลือกใช้วิธีการสำรวจและผลิตอย่างไรก็ได้ตามความพอใจของตนภายในขอบเขตของกฎหมาย รัฐจะไม่เข้ามายุ่งเกี่ยวหรือควบคุมการดำเนินงานของผู้รับสัมปทาน รัฐทำได้เพียงกำกับดูแล รับรายงานที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงาน ซึ่งเป็นไปตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียมที่กำหนดให้รัฐเป็นเพียงผู้คอยรับรายงานจากเอกชนคู่สัญญา และวางตนเป็นผู้รอรับผลประโยชน์จากเอกชนเท่านั้น การเข้าไปกำกับดูแลเอกชนเป็นข้อยกเว้นจากหลักทั่วไป



ประการที่สาม ผลประโยชน์ที่รัฐได้รับ

ผลประโยชน์ที่รัฐได้รับภายใต้สัญญาสัมปทาน คือ ค่าภาคหลวง การเก็บค่าภาคหลวงเป็นหลักประกันที่แน่นอน แต่ปัจจุบันทรัพยากรปิโตรเลียมขาดแคลนมากยิ่งขึ้น รัฐได้รับแต่ค่าภาคหลวงที่เป็นตัวเงิน แต่ไม่ได้รับส่วนแบ่งในทรัพยากรปิโตรเลียมซึ่งเป็นสิ่งมีมูลค่าสูงกว่าการจัดเก็บค่าภาคหลวงแต่เพียงอย่างเดียว จึงไม่อาจทำให้เกิดความมั่นคงทางพลังงานได้เมื่อทรัพยากรปิโตรเลียมในตลาดโลกมีราคาสูงขึ้น ในการคัดเลือกบริษัทเอกชนมาลงทุนในการแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรปิโตรเลียม รัฐใช้ดุลพินิจจากแผนปริมาณงานของบริษัทและปริมาณเงินซึ่งถือว่าเป็นเงินจำนวนน้อยมากเมื่อเทียบกับค่าภาคหลวงและภาษีเงินได้ปิโตรเลียมโดยไม่มีส่วนที่เป็นผลผลิตปิโตรเลียมซึ่งเป็นสาระสำคัญที่รัฐควรได้รับอยู่เลย

นอกจากนี้ จากผลการศึกษาพบว่า การที่รัฐตัดสินใจว่าจะใช้ระบบการคลังปิโตรเลียมประเภทใด ไม่ว่าจะเป็นระบบสัมปทาน ระบบแบ่งปันผลผลิต และระบบรับจ้างบริการ ต้องคำนึงถึงปัจจัยอื่นๆ ที่อาจส่งผลกระทบต่อความสนใจที่มีต่อนักลงทุนซึ่งได้แก่ ผลประโยชน์ที่รัฐเรียกเก็บและปัจจัยทางสภาพภูมิศาสตร์ของแปลงสำรวจด้วย ดังนั้น การใช้ระบบการคลังปิโตรเลียมไม่ว่าจะเป็นระบบใดก็ตามจะต้องมีการปรับเปลี่ยนเครื่องมือทางการคลัง เช่น ค่าภาคหลวง ภาษีเงินได้ปิโตรเลียม ปิโตรเลียมส่วนกำไร ปิโตรเลียมส่วนต้นทุน หรือค่าใช้จ่ายในการประกอบกิจการปิโตรเลียม ให้มีความเหมาะสมโดยคำนึงถึงปัจจัยทั้งสองประการดังกล่าวด้วย

จากการศึกษาระบบการคลังปิโตรเลียมทั้งหมด ระบบการคลังปิโตรเลียมที่มีความเหมาะสมกับประเทศไทย สามารถทำให้รัฐมีกรรมสิทธิ์ในปิโตรเลียมที่ผลิตได้เพิ่มอำนาจรัฐในการควบคุมการประกอบกิจการปิโตรเลียม และสามารถสร้างผลประโยชน์ให้รัฐได้มากกว่าระบบสัมปทานที่มีอยู่เดิม คือ ระบบการคลังปิโตรเลียมแบบรับจ้างบริการ นอกจากนี้ ระบบรับจ้างบริการยังเป็นระบบที่มีความสอดคล้องกับหลักสัญญาทางปกครองของไทยมากที่สุด และสอดคล้องกับหลักอำนาจอธิปไตยเหนือทรัพยากรธรรมชาติตามมติสมัชชาใหญ่แห่งสหประชาชาติ ทำให้รัฐมีอำนาจในการควบคุมทรัพยากรปิโตรเลียมได้มากกว่าระบบสัมปทานที่ใช้อยู่แต่เดิมตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. ๒๕๑๔



เอกสารอ้างอิง

- Akinwumi, Omolade A. **Cost Recovery And High Oil Price : How Can Host Governments Capture Adequate Revenue? A Case Study Of Nigeria.** Retrieved October 10, 2014 from <http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/ngateway/?news=29867>
- Eljuri, Elizabeth. Sovereignty Over Natural Resources Versus Right Under Investment Contracts : Which One Prevails?. in **TDM Special Issue on Venezuela : The battle of Contract Sanctity vs. Resource Sovereignty.** London: Essex Court Chambers, 2008.
- Ghandi, Abbas and Lin, Cynthia. **Oil and Gas Service Contract Around the World : A Review.** California, CA.: University of California, 2014.
- Jalo, Ismaila P. **The Rights to Explore for and Exploit Petroleum. What Manner of Award of Rights is Best Suited for the Iraqi Petroleum Industry.** Retrieved September 20, 2014 from <http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/gateway/?news=32374>
- Silva, Carla Alves Paulo. **Production Sharing Contracts and Concessions in the Brazilian Subsalt Region : A Comparative Analysis.** Retrieved October 7, 2014 from <https://www.duo.uio.no/handle/10852/22787>
- ไชยวัฒน์ บุญนาค. กฎหมายปิโตรเลียม. **วารสารนิติศาสตร์** ๑๓, ๑ (๒๕๒๖) : ๑๔-๑๖.
 _____. สัญญาระหว่างรัฐกับเอกชน : วิเคราะห์สัญญาสัมปทาน. ใน **๘๔ ปี ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์.** กรุงเทพฯ : คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๓๗.
- นิรันดร์ บุญจิต. การระบับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการในสัมปทานปิโตรเลียม. วิทยานิพนธ์ปริญญาโทบริหารธุรกิจ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๒๖.
- บุปผา อัครพิมาน. **สัญญาทางปกครอง : แนวคิดและหลักกฎหมายฝรั่งเศสและของไทย.** กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์แห่งจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๔๕.
- วรเจตน์ ภาคีรัตน์. **ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง : หลักการพื้นฐานในกฎหมายปกครองและการกระทำทางปกครอง.** กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๔๙.

ใบสมัคร / ต่ออายุสมาชิก “รัฐสภาสาร”

อัตราค่าสมัครสมาชิก ปีละ ๕๐๐ บาท รวมค่าจัดส่ง (ราคาปลีกเล่มละ ๕๐ บาท)

ข้าพเจ้า..... มีความประสงค์จะสมัคร / ต่ออายุ
สมาชิกรัฐสภาสาร เริ่มตั้งแต่ฉบับเดือน พ.ศ. ถึงฉบับเดือน
..... พ.ศ.

ทั้งนี้ ขอให้ออกใบเสร็จรับเงินในนาม โดยส่งวารสาร
“รัฐสภาสาร” ถึงข้าพเจ้าที่ หมู่ที่ ตรอก/ซอย
ถนน แขวง / ตำบล
เขต / อำเภอ จังหวัด รหัสไปรษณีย์.....
โทรศัพท์ โทรสาร

การชำระเงิน

☐ เงินสด ที่กลุ่มงานผลิตเอกสาร สำนักประชาสัมพันธ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร

☐ ตัวแลกเงิน หรือ ☐ ธนาณัติ สั่งจ่ายไปรษณีย์รัฐสภา กรุงเทพฯ ๑๐๓๕๐ ในนาม **ผู้จัดการ**

รัฐสภาสาร กลุ่มงานผลิตเอกสาร สำนักประชาสัมพันธ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร

ถนนอุทองใน เขตดุสิต กรุงเทพฯ ๑๐๓๐๐ จำนวนเงิน บาท

ผังรายการสถานีวิทยุโทรทัศน์รัฐสภา เดือนกรกฎาคม พ.ศ.2558						
เวลา	จันทร์	อังคาร	พุธ	พฤหัสบดี	ศุกร์	เสาร์
08.00 น.			เคารพธงชาติ พระบรมราชโองการ สารคดี พระปกเกล้าธรรมราชา (3)			เคารพธงชาติ พระบรมราชโองการ สารคดี พระปกเกล้าธรรมราชา (3)
08.05 น.			สถานีวิทยุทองใน (live) วันการเมือง (5) ข่าวรัฐสภาต้นขลุ่ย			รับสัญญาณ คสช. บ้านฉันมะ (55)
09.00 น.			มองรัฐสภา (live) ข่าวรัฐสภาต้นขลุ่ย			Politics in Minutes (3-5)
09.05 น.						เด็กฉลาดชาติเจริญ (25)
09.55 น.						Like English (25)
10.00 น.						คติอาลา (55)
10.05 น.	1 สัปดาห์กับ ส.นท. ๕	World for all ๕	ข่าวรัฐสภาต้นขลุ่ย	เกาะอุดมศึกษา		
11.00 น.	เกาะอุดมศึกษา		กรมการปกครองประชาชน(55)	ถ่ายทอดสดการประชุม สภาปฏิบัติแห่งชาติ ตั้งแต่เริ่มต้น	ถ่ายทอดสดการประชุม สภาปฏิบัติแห่งชาติ ตั้งแต่เริ่มต้น	สารคดีความรู้ (30)
11.05 น.	ถ่ายทอดสดการประชุม สภาปฏิบัติแห่งชาติ ตั้งแต่เริ่มต้น	ถ่ายทอดสดการประชุม สภาปฏิบัติแห่งชาติ ตั้งแต่เริ่มต้น	กฎหมายหน้า 1 (live) (55)			Young อย่างรู้ (25)
12.00 น.			ห้องข่าวรัฐสภาชนเผ่า (live)			ใครทำดียกมือให้ (55)
13.00 น.			สายด่วนรัฐสภา (live) (2 ชม.)			สรุปข่าวรัฐสภาในรอบสัปดาห์ (60)
14.00 น.			สายด่วนรัฐสภา (ต่อเนื่อง)			check in รัฐสภา (5)
15.00 น.			ข่าวรัฐสภาต้นขลุ่ย			กฎหมายหน้า 1 (55) ๕
15.05 น.			สัมมนาวิชาการ (55)			สายด่วนรัฐสภา (55) ๕
16.00 น.			ข่าวรัฐสภาต้นขลุ่ย			ZOOM IN ๕
16.05 น.	เด็กฉลาดชาติเจริญ ๕	เกาะอุดมศึกษา	Young อย่างรู้ ๕	ใครทำดียกมือให้ ๕	คติอาลา ๕	ปิดทองหลังพระ ๕
16.30 น.	นทีกฎหมาย ๕	Like English ๕	กลางเมือง (25)			กรมการปกครองประชาชน ๕
17.00 น.			ข่าวรัฐสภาต้นขลุ่ย			World for all (25)
17.05 น.			มองรัฐสภา ๕			รู้กฎหมายไม่ใช่ผู้พิการ (25)
18.00 น.			เคารพธงชาติ + รับสัญญาณ คสช. รายการ เดินทางประเทศไทย			เคารพธงชาติ+รับสัญญาณ คสช. รายการเดินทางประเทศไทย
18.30 น.			ปิดทองหลังพระ (25)			สารคดีความรู้ (30)
19.00 น.			ห้องข่าวรัฐสภาชนเผ่า (60)			สรุปข่าวรัฐสภาในรอบสัปดาห์ (60)
20.00 น.			ข่าวพระราชสำนัก			ข่าวพระราชสำนัก
20.30 น.			วันการเมือง (5)			วันการเมือง (5)
20.35 น.			ZOOM IN (55)			รับสัญญาณ คสช. ZOOM IN (40)
21.30 น.			Politics in Minutes (3-5)			รัฐสภาอาเซียน (55)
21.35 น.			กฎหมายหน้า 1 (55)			(รับสัญญาณช่อง NBT)
22.30 น.			ข่าวรัฐสภาต้นขลุ่ย			ส.ปช. เสียงประชาชน (90)
22.35 น.			สายด่วนรัฐสภา (55)			ข่าวนานาชาติไทย (55)
23.30 น.	พลเมืองผู้เปลี่ยนทิศ (25)	รู้กฎหมายไม่ใช่ผู้พิการ ๕	ต้นกล้าพลเมือง (25)	World for all ๕	Parliament Film ๕	มอญรัฐสภา ๕
24.00 น.			สารคดีสมณะปริศนา (5)			รัฐสภาของประชาชน ๕
			พระบรมราชโองการ + ปิดสถานี			สารคดีสมณะปริศนา (5)
						พระบรมราชโองการ+ปิดสถานี
07.59 น.						

เพลงความรูรัฐสภา

๕ นายถึง รายการรัฐ

หมายเหตุ	ถ่ายทอดสดการประชุมสภาปฏิบัติแห่งชาติ ทุกวันจันทร์ ตั้งแต่เวลา 11.00 น เป็นต้นไป และอังคาร ตั้งแต่เวลา 10.30 น เป็นต้นไป
	ถ่ายทอดสดการประชุมสภาปฏิบัติแห่งชาติ ทุกวันพฤหัสบดี และวันศุกร์ ตั้งแต่เวลา 10.00 น เป็นต้นไป
	(การถ่ายทอดสดการประชุมอาจมีการเปลี่ยนแปลงขึ้นอยู่กับประชุมสภา)



จัดทำโดย

กลุ่มงานผลิตเอกสาร สำนักประชาสัมพันธ์

สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร

<http://www.parliament.go.th>