



ศูนย์วิจัยและพัฒนากฎหมาย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่
239 ถ.หัวขี้เหล็ก อ.สุเทพ อ.เมือง จ.เชียงใหม่ 50200
โทร 0 5394 2921 โทรสาร 0 5394 2914

นิติสังคมศาสตร์

วารสารวิชาการทางกฎหมาย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

ปีที่ 5 ฉบับที่ 2/2555 กรกฎาคม - ธันวาคม

นิติสังคมศาสตร์

วารสารวิชาการทางกฎหมาย
คณะนิติศาสตร์
มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

ปีที่ 5 ฉบับที่ 2/2555

กรกฎาคม - ธันวาคม

พลวัตรรัฐธรรมนูญไทย

คำอธิบายพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครอง
แผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2476 ฉบับปฐมฤกษ์
แห่งสยาม

กนกพงศ์ สงสมพันธุ์

การศึกษารัฐธรรมนูญไทย 4 แนวทาง

อนธชา ปรีชาศิลปกุล

สถาบันพระมหากษัตริย์กับการระบอบการตั้งรัฐธรรมนูญ
จารีประเพณีว่าด้วยการรัฐประหาร

ณัฐวี ทองมณี

สิทธิชุมชนในรัฐธรรมนูญไทย

บุญชู ณ นิลเกษร

สำรวจหลุมพรางสิทธิชุมชนในปีที่ 80 ของ
รัฐธรรมนูญไทย

ทศพล ทรรศนกุลพันธ์

หนังสือสั่งการ: สถานาจรรัฐส่วนกลางเหนือองค์การปกครอง
ส่วนท้องถิ่น

ณัฐพงศ์ กาวิไล

Book Review: Law and Society Approaches to Cyberspace

ทศพล ทรรศนกุลพันธ์

นิติสังคมศาสตร์

วารสารนิติสังคมศาสตร์

ปีที่ 5 ฉบับที่ 2/2555 กรกฎาคม - ธันวาคม

พลวัตรัฐธรรมนูญไทย

บรรณาธิการ

กองบรรณาธิการ

สถานที่ติดต่อ

สมชาย ปรีชาศิลป์กุล

บุญชู ณ ป้อมเพ็ชร

ทศพล ทรรศนกุลพันธ์

มณฑิชา รักดีคง

นิจิณี ทองแท้

ศูนย์วิจัยและพัฒนากฎหมาย คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัย

เชียงใหม่ 239 ถ.ห้วยแก้ว ต.สุเทพ อ.เมือง จ.เชียงใหม่ 50200

โทร 0 5394 2921 โทรสาร 0 5394 2914

E-mail: lawcmu.research@hotmail.com

ออกแบบปก / รูปเล่ม นัawangศ์ ชว่ยชวงศ์ > nabw@me.com

ISBN 974-656-310-6

บทบรรณาธิการ: 80 ปีแห่งความยั่งยืนของรัฐธรรมนูญไทย	1
คำอธิบายพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 ฉบับปฐมฤกษ์แห่งสยาม ทินกฤต นุตวงษ์	5
การศึกษารัฐธรรมนูญไทย 4 แนวทาง สมชาย ปรีชาศิลปกุล	29
สถาบันพระมหากษัตริย์กับกระบวนการสร้างรัฐธรรมนูญจารีตประเพณี ว่าด้วยการรัฐประหาร นิฐิณี ทองแท้	45
สิทธิชุมชนในรัฐธรรมนูญไทย บุญชู ณ ป้อมเพ็ชร	77
สำรวจจุดหมายสิทธิมนุษยชนในปีที่ 80 ของรัฐธรรมนูญไทย ทศพล ทวรรณกุลพันธ์	95
หนังสือสั่งการ: อำนาจอัฐส่วนกลางเหนือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น อนุวัช กาวีใจ	123
ปริทัศน์หนังสือ: Law and Society Approaches to Cyberspace ทศพล ทวรรณกุลพันธ์	139



บทบรรณาธิการ: 80 ปีแห่งความ ยวอนแย้งของรัฐธรรมนูญไทย

นับตั้งแต่การเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ มาสู่ระบอบ “กษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ” เมื่อ พ.ศ. 2475 รัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นในสังคมไทยได้ถูกคาดหวังว่าจะเป็นกฎเกณฑ์สำคัญในการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลและสถาบันทางการเมือง รวมถึงการต่อสู้แข่งขันในทางการเมืองระหว่างกลุ่มต่างๆ เจกเช่นเดียวกันกับที่ได้ปรากฏขึ้นในหลายประเทศ

แต่เพียงชั่วระยะเวลาไม่ถึง 4 เดือน ก็ได้บังเกิด “ความเสื่อมโทรม”¹ ขึ้นแก่รัฐธรรมนูญ เมื่อพระยามโนปกรณนิติธาดา นายกรัฐมนตรีในขณะนั้น ได้ประกาศพระราชกฤษฎีกาแก้ไขรัฐธรรมนูญบางมาตราขึ้น ทั้งที่ไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติใดให้อำนาจแก่นายกรัฐมนตรีในการดัดใช้รัฐธรรมนูญบางส่วน การกระทำดังกล่าวสามารถจัดได้ว่าเป็นปฐมบทแห่งการล่อลวงละเมิดต่อรัฐธรรมนูญไทย

อย่างไรก็ตาม นับจาก พ.ศ. 2475 มาจนกระทั่งถึง พ.ศ. 2555 ดูราวกับว่าความเสื่อมโทรมที่ได้บังเกิดขึ้นแก่รัฐธรรมนูญก็ยังคงดำเนินสืบเนื่องมา การรัฐประหารเมื่อ พ.ศ. 2549 และการยกเลิกรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 ที่ได้ชื่อว่า เป็นรัฐธรรมนูญฉบับประชาชนนับเป็นสิ่งที่สะท้อนให้เห็นถึงสถานะ ความหมาย

¹ เดือน บุนนาค และไพโรจน์ ชัยนาม, คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญ (รวมทั้งกฎหมายการเลือกตั้งด้วย): ภาค 2 รัฐธรรมนูญสยาม, พิมพ์ครั้งที่ 1 (พระนคร: โรงพิมพ์นิติสาส์น, 2477) หน้า 30

และความศักดิ์สิทธิ์ของรัฐธรรมนูญในสังคมไทยได้เป็นอย่างดี และเมื่อครบรอบ 80 ปีของการ “อภิวัฒน์” สังคมไทยก็มีรัฐธรรมนูญประกาศใช้มาแล้วเป็นจำนวน 18 ฉบับ ข้อเท็จจริงดังกล่าวนี้ย่อมทำให้ชวนนึกถึงคำเปรียบเปรยถึงรัฐธรรมนูญของนักวิชาการบางท่านซึ่งให้ความเห็นว่าการฉีกรัฐธรรมนูญง่ายกว่าการฉีกกระเปาะเสื้อตีๆ ของหน่วยงานบางแห่ง²

ด้านหนึ่งดูเหมือนรัฐธรรมนูญจะตกอยู่ในสถานะที่ไม่น่าพึงพอใจเพราะตกอยู่ภายใต้การต่อสู้ช่วงชิงอำนาจทางการเมืองของชนชั้นนำในสังคม แต่ในด้านหนึ่งก็จะมีพหุความพยายามผลักดันให้เกิดการรับรองสิทธิในลักษณะที่กว้างขวางและหลากหลายมากขึ้น การฉีกและการร่างรัฐธรรมนูญใหม่ก็ไม่สามารถปฏิเสธการรับรองสิทธิในทั้งแง่ของสิทธิที่ถูกอธิบายว่าเป็นหลักพื้นฐานในการปกป้องเสรีภาพของปัจเจกบุคคล และยังปรากฏการขยายตัวในการรับรองสิทธิของประชาชนที่กว้างขวางออกไปมากขึ้น สิทธิจำนวนมากเป็นสิ่งที่เพิ่งได้รับการตระหนักถึงในสังคมไทยและถูกบัญญัติเอาไว้จนเป็นหลักการสำคัญที่ไม่อาจละเลยไปได้

การทำความเข้าใจกับรัฐธรรมนูญไทยจึงปรากฏลักษณะที่ย้อนแย้งดำรงอยู่ภายใน อันมีความหมายว่าการเลือกพิจารณาในเพียงบางแง่มุมก็อาจทำให้เกิดความหมายไปในบางทิศทาง ขณะที่หากเลือกพิจารณาในอีกแง่มุมก็อาจมองเห็นรัฐธรรมนูญไปในทิศทางที่แตกต่างหรืออาจอยู่ในด้านตรงกันข้ามได้ รัฐธรรมนูญไทยจึงยังคงมีพื้นที่ที่ชวนให้เกิดการศึกษาทำความเข้าใจได้อีกอย่างมาก และทั้งนี้ไม่ใช่เพียงจากความรู้ทางด้านนิติศาสตร์หรือรัฐศาสตร์แต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น

การก้าวเดินสู่ทศวรรษที่ 9 ของรัฐธรรมนูญในสังคมไทยคงจะเป็นเส้นทางที่น่าเฝ้ามองและครุ่นคิดมากขึ้น เนื่องจากเงื่อนไขปัจจัยทางสังคมมีความแตกต่างไปจากเดิมอย่างไพศาล พื้นที่การต่อสู้ในรัฐธรรมนูญให้ช่วงเวลานี้มิได้อยู่ในมือ

² นิธิ เอียวศรีวงศ์, “รัฐธรรมนูญฉบับวัฒนธรรมไทย” ใน ชชาติไทย, เมืองไทย, แบบเรียนและอนุสาวรีย์ (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มติชน, 2538) หน้า 136

ของชนชั้นนำเท่านั้น หากอยู่ในความปรารถนาของประชาชนที่กว้างขวางมากขึ้น รวมทั้งการออกมาผลักดันและช่วงชิงความหมายอย่างแข็งขัน การทบทวนต่อสถานะของความรู้ในหลากหลายแง่มุมที่มีต่อรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะในด้านที่อยู่ภาวะที่น่าพึงพอใจหรือในด้านอันไม่เป็นที่น่าปรารถนา ก็ล้วนแต่จะเป็นพื้นฐานอันดีต่อการทำให้มองเห็นเส้นทางที่จะผลักดันให้รัฐธรรมนูญพ้นไปจากความเสื่อมโทรมและเจริญเติบโตงอกงามให้บังเกิดขึ้นในสังคมแห่งนี้

บรรณานิการ



คำอธิบายพระราชบัญญัติ ธรรมนูญการปกครองแผ่นดิน สยามชั่วคราว พุทธศักราช 2475 ฉบับปฐมฤกษ์แห่งสยาม

กนกฤต บุคตวงษ์¹

วันที่ที่พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าทรงลงพระปรมาภิไธยพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 ฉบับที่คณะราษฎรได้ทูลเกล้าฯ มาให้ ถือได้ว่าประเทศไทย (หรือสยามในขณะนั้น) ได้เปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบประชาธิปไตยอย่างเป็นทางการ แม้ว่าพระองค์ท่านจะเพิ่มคำว่าชั่วคราวต่อท้ายก็ตาม

เนื้อหาของพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองฯ ฉบับดังกล่าว ได้รับการเผยแพร่ครั้งแรกใน ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 49 หน้า 166-179 วันที่ 27 มิถุนายน 2475 โดยเป็นวันเดียวกันกับที่ได้มีการประกาศใช้บังคับ นอกจากนี้ในเดือนถัดมา ยังได้เผยแพร่ลงหนังสือนิติสาส์น² แผนกกฎหมาย ปีที่ 3 เล่ม 4 ประจำเดือนกรกฎาคม พ.ศ. 2475

¹ นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, นักวิจัยอิสระ.

² หนังสือนิติสาส์น นอกจากแผนกกฎหมายแล้วยังมีแผนกสามัญด้วย ซึ่งเนื้อหาส่วนใหญ่ในหนังสือ จะเป็นการลงคำอธิบายหมายหรือบางทีก็เป็นการถอดคำบรรยายของอาจารย์ที่สอนในโรงเรียนกฎหมาย ซึ่งผู้อ่านส่วนใหญ่น่าจะเป็นนักเรียนในโรงเรียนกฎหมาย และผู้ที่อยู่ในวงการกฎหมายเป็นหลัก นอกจากนี้หนังสือนิติสาส์นยังพิมพ์ในโรงพิมพ์ชื่อเดียวกันกับหนังสือ คือ โรงพิมพ์นิติสาส์น ซึ่งมีนายปรีดี พนมยงค์เป็นเจ้าของ และมอบกิจการโรงพิมพ์ให้มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และการเมืองในช่วงเวลาต่อมา

ในเวลาต่อมา ช่วงเดือนสิงหาคม ปีเดียวกัน หนังสือนิติศาสตร์ แผนกสามัญ ได้นำคำอธิบายรายมาตราของพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. 2475 มาลงไว้โดยไม่ได้ระบุชื่อผู้เขียน ซึ่งในเว็บไซต์ของนิติราษฎร์³ ได้นำคำอธิบายดังกล่าวมาเผยแพร่ด้วย และตั้งข้อสมมุติฐานว่า นายเดือน บุนนาค หรือนายไพโรจน์ ชัยนาม เป็นผู้เขียน โดยดูจากสำนวนการเขียน แต่หากดูจากเว็บไซต์ของห้องสมุดเนติบัณฑิตยสภา⁴ ระบุว่าปรีดี พนมยงค์เป็นผู้เขียน (Author) อย่างไรก็ตาม สังเกตได้ว่าข้อความบางส่วนที่ใช้อธิบายตรงกันกับคำอธิบายกฎหมายปกครองที่แสดง ณ โรงเรียนกฎหมายในช่วงปี 2474⁵

อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะเป็นใครที่เป็นคนเขียน แต่คำอธิบายดังกล่าวมีคุณูปการต่อการศึกษากฎหมายรัฐธรรมนูญเป็นอันมาก เพราะเป็นคำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่ปรากฏขึ้นในสังคมไทย ในอีกด้านหนึ่งก็เป็นการอธิบายถึงความหมายของระบอบประชาธิปไตยที่มีกษัตริย์ภายใต้กฎหมายเป็นครั้งแรกอีกด้วย

โดยผู้เขียนบทความคำอธิบายรายมาตราของพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองฯ ได้เริ่มต้นอธิบายถึงความแตกต่างของกฎหมายธรรมนูญการปกครองกับกฎหมายปกครอง ว่ากฎหมายธรรมนูญการปกครองแผ่นดิน เป็นการวางหลักทั่วไปแห่งอำนาจสูงสุดในประเทศ ส่วนกฎหมายปกครองเป็นระเบียบแห่งอำนาจบริหารหรืออำนาจตุลาการ และว่าด้วยการใช้อำนาจนั้น

ทั้งนี้ผู้เขียนได้อธิบายเป็นหมวด โดยมีทั้งหมด 5 หมวด คือ ข้อความทั่วไป กษัตริย์ สภาผู้แทนราษฎร คณะกรรมการราษฎร ศาล

³ คำอธิบายพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ. ๒๔๗๕ (เรียงมาตรา). [ออนไลน์]. <http://www.enlightened-jurists.com/directory/181>.

⁴ รายงานทรัพยากรหนังสือกฎหมายหายาก (งานถ่ายภาพลักษณ์) ห้องสมุดเนติบัณฑิตยสภา. [ออนไลน์]. <http://www.gmwebsite.com/upload/thethaibar.org/le/Rarebooks-Scan.htm>

⁵ โปรดดู คำอธิบายกฎหมายปกครอง, (พระนคร: โรงเรียนกฎหมายกระทรวงยุติธรรม, 2475), หน้า 3, 4, 29, 30, 56, 57

ในหมวดข้อความทั่วไป ผู้เขียนได้ให้ความสำคัญในการอธิบาย 2 เรื่อง คือ อำนาจสูงสุด กับเรื่องผู้ใช้อำนาจสูงสุด โดยผู้เขียนเน้นย้ำว่าปัจจุบันนี้อำนาจสูงสุดเป็นของราษฎร โดยแบ่งแยกอำนาจออกเป็น 3 ประเภท คือ อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหารบัญญัติ อำนาจตุลาการ ส่วนผู้ใช้อำนาจสูงสุดของประเทศนั้น ผู้เขียนได้ยกตัวอย่าง 4 ตัวอย่าง คือ ราษฎรได้ใช้อำนาจสูงสุดเองโดยตรง ราษฎรได้ใช้อำนาจสูงสุดโดยผู้แทนอันจะเพิกถอนไม่ได้จนกว่าจะพ้นระยะเวลาที่ได้แต่งตั้งไว้ ราษฎรได้ใช้อำนาจสูงสุดโดยผู้แทนอันจะเพิกถอนได้ตามความพอใจของราษฎร กษัตริย์ทรงอำนาจเต็มที่ในการที่จะใช้อำนาจสูงสุด

ในหมวด 2 ว่าด้วยกษัตริย์ อันเป็นประมุขของประเทศ ผู้เขียนได้ให้ความสำคัญในการอธิบาย 3 เรื่อง คือ การสืบมรดก การทำหน้าที่แทนกษัตริย์ การฟ้องร้องกษัตริย์ในคดีอาญา ซึ่งการสืบมรดก ผู้เขียนได้อธิบายว่าจะต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาผู้แทนราษฎร และยกรายละเอียดของลำดับการสืบราชสันตติวงศ์ 5 ลำดับ ในกฎหมายเทียบบาลว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พ.ศ. 2467 อีกด้วย ส่วนการทำหน้าที่แทนกษัตริย์เมื่อกษัตริย์มีเหตุจำเป็นชั่วคราว ผู้เขียนได้อธิบายว่าให้คณะกรรมการราษฎรเป็นผู้ใช้สิทธิแทน ไม่จำเป็นที่กษัตริย์ต้องตั้งผู้สำเร็จราชการแผ่นดินต่างพระองค์

ในหมวดที่ 3 ว่าด้วย สภาผู้แทนราษฎร ผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติ ผู้เขียนได้อธิบายถึงอำนาจหน้าที่ ที่มาของผู้แทนราษฎรใน 3 ช่วง โดยผู้เขียนเรียกช่วงแรกว่าเป็นสมัยหัวต่อ ช่วงที่สอง เป็นสมัยที่การจัดประเทศเป็นปกติเรียบร้อยแล้ว ช่วงที่สามเป็นสมัยที่ราษฎรทั่วพระราชอาณาเขตได้สอบไล่วิชาประถมศึกษาได้เป็นจำนวนเกินกว่ากึ่งหนึ่งแล้วและไม่เกิน 10 ปี นับแต่วันประกาศใช้ธรรมนูญ นอกจากนี้ยังอธิบายหลักการฟ้องร้องสมาชิกของสภาผู้แทนราษฎรเป็นคดีอาชญาถึงศาลไม่ได้ต้องขออนุญาตจากสภาก่อน

ในหมวดที่ 4 คณะกรรมการราษฎร ผู้ใช้อำนาจบริหาร ผู้เขียนได้อธิบายอำนาจและหน้าที่ของคณะกรรมการราษฎรในการบริหาร และยังมีอำนาจนิติบัญญัติในบางกรณี นอกจากนี้ยังมีอำนาจให้อภัยโทษ ซึ่งเดิมเป็นพระราช

อำนาจของกษัตริย์ และยังให้เสนาบดีรับผิดชอบต่อคณะกรรมการราษฎร

ในหมวดสุดท้ายว่าด้วย ศาล ผู้ใช้อำนาจตุลาการ ผู้เขียนได้อธิบายว่า ธรรมนูญการปกครองนี้ไม่กระทบกระทั่งถึงศาลเลย โดยให้เป็นไปตามกฎหมายที่ใช้อยู่

อนึ่ง การนำบทความดังกล่าวมาตีพิมพ์ซ้ำอีกครั้ง ณ ที่นี้เป็นการถ่ายสำเนาจากต้นฉบับโดยที่มิได้มีการแก้ไขปรับปรุงแต่อย่างใด เพื่อรักษาคำและความหมายเดิมเช่นเดียวกับที่ได้เคยปรากฏขึ้นในครั้งแรกเมื่อ พ.ศ. 2475



คำอธิบายข้อความ สำคัญบาง อย่างในบท กฎหมายที่ได้
นำลงในหนังสือนิติศาสตร์ แผนกกฎหมาย ปีที่ ๓ เล่ม ๔
(ประจำเดือนกรกฎาคม พุทธศักราช ๒๔๗๕)

(การอ่านคำอธิบายของนี้ ขอท่านได้ โปรดอ่านตัวบทที่ได้นำลงมาแล้วในเล่มที่อ้าง
ข้างต้นประกอบ อนึ่งขอให้เป็นที่เข้าใจด้วยว่า เป็นการจำเป็นอยู่เองที่คำอธิบาย
นี้ ไม่มีขีดาวและไม่ละเอียดพอคือเลือกและนำมาแต่ในข้อสำคัญ เพราะได้กระทำ
โดยด่วนเพื่อให้ทันใจผู้อ่าน)

๑ — พระราชบัญญัติ ธรรมนูญ การปกครอง แผ่นดิน
สยามชั่วคราว พุทธศักราช ๒๔๗๕

กฎหมาย ธรรมนูญ การปกครองแผ่นดิน (Droit Constitu-
tionnel) เป็น สำเนาหนึ่งของกฎหมายมหาชน เป็นกฎหมายที่
บัญญัติ ถึงระเบียบแห่งอำนาจ สูงสุดในแผ่นดินทั้งหลาย และวิธี
ดำเนินการทั่วไป แห่ง อำนาจ เหล่านั้น หรือ กล่าว อีกนัย หนึ่ง ว่า
กฎหมายธรรมนูญการปกครองแผ่นดิน วางหลักทั่วไป แห่งอำนาจ
สูงสุดในประเทศ ส่วนการจำแนกระเบียบแห่งอำนาจบริหารบัญญัติ
หรืออำนาจตุลาการให้พิสดารออกไป และว่าด้วยการใช้อำนาจ
เกี่ยว อยู่ใน กฎหมายปกครอง (Droit Administratif) อัน

(๑) เพื่อจะศึกษา กฎหมายปกครองให้รู้ดี ขอให้ท่านคำ
อธิบายกฎหมายปกครองของหลวงพร.ดิษฐมนธรรม ซึ่งได้นำลง
ในหนังสือนิติศาสตร์แผนกสามัญ ปีที่ ๔ เล่ม ๒ หน้า ๑๑๔ ถึงเล่ม
๑๒ หน้า ๙๕๐

เป็นกฎหมายที่บัญญัติหลักและข้อบังคับ ซึ่งว่าด้วย ระเบียบ และวิธี
ดำเนินการของราชการฝ่ายบริหารบัญญัติ หรือฝ่ายตุลาการและว่า
ด้วยความเกี่ยวข้อง ซึ่งเอกชนจะพึงมีแก่ราชการ แต่อย่างไรก็ดี
กฎหมายทั้งสองนี้ เป็นสาขาอันแยกมาจากกฎหมายมหาชนด้วย
กัน เหตุฉะนั้นในบางเรื่องจึงแยกออกจากกัน ให้เด็ดขาดไม่ได้ก็มี

สาเหตุที่จะ มี พระราชบัญญัติ ธรรมนูญ การ ปกครอง แผ่นดิน
สยามชั่วคราว พ.ศ. ๒๔๗๕ นี้ ออกใช้ ก็ โดยที่ เมื่อวันที่ ๒๔
มิถุนายน พ.ศ. ๒๔๗๕ “ คณะราษฎร ” ซึ่งมี ความเชื่อมั่นว่า ถึง
เวลาแล้วที่ประเทศสยามจะต้องเปลี่ยนแปลง ลักษณะปกครองแผ่น
ดินอย่างใหม่ ได้เข้ายึดอำนาจการปกครองแผ่นดินไว้ได้ และ
ได้ขอ ร้อง พระเจ้าแผ่นดินให้ทรง เป็น กษัตริย์ อยู่ใต้ ธรรมนูญ
การ ปกครอง แผ่นดิน ซึ่งพระเจ้าแผ่นดินได้ทรง ยอมรับ ตาม
คำขอร้องของคณะราษฎรนั้น จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้
ตราพระราชบัญญัติขึ้นไว้

หมวด ๑

ข้อความทั่วไป

มาตรา ๑ — แต่เดิมมา ในประเทศสยาม อำนาจอธิปไตย^๕
เป็นของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว ถัดจากพระองค์ลงไปก็มี

ระบอบการ เมือง ต่าง ๆ ซึ่งได้รับ มอบ หมาย จาก พระ องค์ ให้ ใช้
อำนาจ เหล่านี้ มา บดบัง อำนาจ สูงสุด ของ ประเทศ นั้น เป็น ของ
ราษฎร ทั้ง หาย อำนาจ สูงสุด ของ ประเทศ นั้น แบ่ง แยก ออก ได้ เป็น
๓ ประเภท คือ อำนาจ นิติบัญญัติ (Pouvoir Législatif)
อำนาจ บริหาร นิติบัญญัติ (Pouvoir Exécutif) อำนาจ ตุลาการ
(Pouvoir Judiciaire)

มาตรา ๒ - ผู้ใช้อำนาจสูงสุดของประเทศนั้นอาจเป็นได้อย่าง
โดย อย่างหนึ่ง ต่อ ไป นี้ คือ :-

๑ - ราษฎร ได้ ใช้ อำนาจ สูงสุด เอง โดย ตรง (Gouvernement direct) ซึ่ง อาจ จะมี ขึ้น ได้ ใน ประเทศ เล็ก ทั้ง ประเทศ สวิตเซอร์
แลนด์ การ นิติบัญญัติ กฎหมาย อาจ ต้อง ได้รับ อนุมัติ จาก ราษฎร เช่น
การ เปลี่ยนแปลง แก้ไข ขธรรมนูญการปกครอง แผ่นดิน

๒ - ราษฎร ได้ ใช้ อำนาจ สูงสุด โดย ผู้แทน อัน จะ เพิกถอน ไม่ได้
จนกว่า จะ ผ่าน ระยะเวลา ที่ ได้ แต่ง ตั้ง ไว้ (Gouvernement repré-
sentatif) เช่น ใน ประเทศ อังกฤษ ฝรั่งเศส ญี่ปุ่น

(๑) ขอให้ ดู คำอธิบาย ประมวลกฎหมายแพ่ง และ ทาเนชย์
ของ หลวง ประดิษฐ์ มนุญ ธรรม ใน หนังสือ นิติสาร ปี ที่ ๑ เล่ม ๑ หน้า ๕๐
ถึง ๕๘ ซึ่ง กล่าว อธิบาย ถึง อำนาจ เหล่านี้

๓ - ราษฎร ได้ ใช้ อำนาจ สูงสุด โดย ผู้แทน อัน จะ เพิกถอน ได้
ตาม ความพอใจ (Gouvernement Semi-représentatif) เช่น
ใน สวิตเซอร์แลนด์ โดย เลี้ยง ราษฎร อาจ มีการ ตั้ง ให้ เติง สภา ได้
หรือ ใน สหภาพ ัฐอเมริกา อาจ มีการ ถอดถอน ผู้แทน (Recall) ได้

๔ - กษัตริย์ ทรง อำนาจ เต็ม ที่ ใน การ ที่ จะ ใช้ อำนาจ สูงสุด
(Monarchie absolue) เช่น การ ปกครอง ประเทศ สยาม สมัย
ก่อน มี ขธรรมนูญการปกครอง แผ่นดิน

พระราชบัญญัติ ขธรรมนูญการปกครอง แผ่นดิน ของ เรา นี้ บัญญัติ
ผู้ใช้อำนาจสูงสุดของประเทศแทนราษฎรไว้เป็น ๔ จำพวก ซึ่ง พอ
กล่าว ได้ ว่า เหมาะ กับ ความ ต้องการ ของ ประเทศ ใน บัด จุ บัน นี้ ตั้ง อยู่ แล้ว
และ ขอ ให้ ระลึก ด้วย ว่า ขธรรมนูญ นี้ เป็น แต่ ของ ชั่ว คราว เท่านั้น

หมวด ๒

กษัตริย์

มาตรา ๓ - โดย เหตุ ที่ กษัตริย์ เป็น ประมุข สูงสุด ของ ประเทศ
พระราชบัญญัติ กติ คำวินิจฉัย ของ ศาล กติ การ ขึ้น ๆ ซึ่ง จะ มี บท
กฎหมาย ระบุ ไว้ โดย เฉพาะ กติ ต้อง กระทำ ในนาม ของ กษัตริย์
ปัญหา จึง มี ว่า ถ้า ไม่ ทำ ดัง นั้น การ กระทำ นั้น ๆ จะเป็น อย่างไร มี ผู้ เข้า
ใจ ว่า ย่อม เป็น โมหะ เสีย เป่า ใช้ ไม่ได้

มาตรา ๔ - ในปัจจุบัน ผู้เป็นกษัตริย์ของประเทศ คือพระบาทสมเด็จพระปรมินทรมหาประชาธิปก พระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว ส่วนการสืบมรดกให้เป็นไปตาม กฎมณเฑียรบาล ว่าด้วยการสืบราชสันตติวงศ์ พ.ศ. ๒๔๖๗ แต่ในเงื่อนไขว่า จะต้องได้รับความเห็นชอบของสภาผู้แทนราษฎร ถ้าสืบราชสันตติวงศ์ซึ่งมาตรา ๘ แห่งกฎมณเฑียรบาลฉบับ ที่กล่าวได้บัญญัติไว้ นั้น อาจแยกออกได้ ดังนี้ :-

๑ - กรณีซึ่งสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว ทรงมี พระราชโอรส หรือ พระราชธิดา

๒ - กรณีซึ่งสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวไร้พระราชโอรส และพระราชธิดา แต่ทรงมีสมเด็จพระอนุชาที่ร่วมพระราชชนนีหรือพระโอรสของสมเด็จพระอนุชา

๓ - กรณีซึ่งสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวไร้ พระราชโอรส และพระ

(๑) ขอให้ในหนังสือประชุมกฎหมายไทย ภาค ๘ หน้า ๒๓๓๘-๒๓๔๘

(๒) ขอให้คำอธิบายอย่างละเอียดในคำอธิบายกฎหมายปกครองของหลวงประดิษฐมนูธรรมในหนังสือนิติศาสตร์ ปีที่ ๔ เล่ม ๕ หน้า ๓๕๑-๓๕๘

ราชธิดา กับทั้งไร้สมเด็จพระอนุชาพร้อมพระชนนี แต่ทรงมีสมเด็จพระเชษฐา หรือ สมเด็จพระอนุชาต่าง พระชนนี หรือ พระโอรสของสมเด็จพระเชษฐาหรืออนุชานี้

๔ - กรณีซึ่งสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวไร้พระราชโอรส และพระราชธิดากับทั้งไร้สมเด็จพระอนุชาพร้อมพระชนนี และไร้สมเด็จพระเชษฐาหรือสมเด็จพระอนุชาต่างพระชนนี แต่ทรงมีพระเจ้าพี่ยาเธอหรือพระเจ้าน้องยาเธอหรือ พระโอรสของ พระเจ้าพี่ยาเธอหรือน้องยาเธอ

๕ - กรณีซึ่งสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวไร้พระราชโอรส และพระราชธิดากับทั้งไร้สมเด็จพระอนุชาพร้อมพระชนนี และไร้สมเด็จพระเชษฐาหรือสมเด็จพระอนุชาต่างพระชนนี กับไร้พระเจ้าพี่ยาเธอหรือพระเจ้าน้องยาเธอ แต่ทรงมีสมเด็จพระเจ้าบรมวงศ์เธอ และพระเจ้าบรมวงศ์เธอหรือพระโอรสของสมเด็จพระเจ้าหรือพระเจ้าบรมวงศ์เธอ

มาตรา ๕ - ผลแห่งการที่มีบทบัญญัติ มาตรา นี้ ก็คือ การที่กษัตริย์มีเหตุจำเป็นชั่วคราวที่จะทำหน้าที่ไม่ได้ หรือไม่อยู่ในพระนคร ก็ไม่จำเป็นต้องตั้งผู้รักษาราชการ หรือผู้สำเร็จราชการแผ่นดินต่างพระองค์ ดังเช่นที่เคยทำมาแต่ก่อน คณะกรรมการ ราษฎร

เป็นผู้ใช้สิทธิแทน ดำเนินการงานของรัฐบาลไปตามปกติโดยไม่
ต้องชะงักได้ กรรมการราษฎรคือใครขอให้ต่อสู้ไปทั้งหมด ๔.

มาตรา ๖ - ตามมาตราเกษัตริย์ อาจถูกกล่าวหาทางอาญา
ได้ (ทางแพ่งไม่ได้กล่าวถึง) แต่จะถูกฟ้องร้องยังโรง ศาลไม่ได้
เป็นหน้าที่ของสภาผู้แทนราษฎรจะวินิจฉัย ดังนั้นสภาผู้แทนราษฎร
จึงมีอำนาจตุลาการอยู่ด้วยเฉพาะในข้อนี้

มาตรา ๗ - มาตรานี้เป็นบทจำกัดพระราชอำนาจของเกษัตริย์
วางกำหนดเงื่อนไขแห่ง ความสมบูรณ์ ของ การ กระทำใด ๆ ของ
เกษัตริย์ ซึ่งถ้ามิได้มีกรรมการราษฎรผู้หนึ่งผู้ใดลงนามด้วยโดยได้
รับความยินยอมของคณะกรรมการราษฎรด้วยแล้ว ถือว่าเป็น
โมฆะ ผลของ บทบัญญัติ มาตรา นี้ก็คือ เกษัตริย์ ปราศจาก เสรี ซึ่ง
ความรับผิดชอบใด ๆ ทั้งสิ้น

หมวด ๓

สภาผู้แทนราษฎร

สภาแทนผู้แทนราษฎร เป็นสภาการแผ่นดิน มีทั้งอำนาจ
และหน้าที่ในการปรึกษาหารือ หรือในการชี้ขาดกิจการขึ้นเป็น
อำนาจสูงสุดในการแผ่นดิน

ส่วนที่ ๑

อำนาจและหน้าที่

มาตรา ๘ - บรรดากล้าถึงอำนาจนิติบัญญัติอันเป็นอำนาจ
สูงสุดของประเทศอันหนึ่งนั้น ให้สภาผู้แทนราษฎรมีอำนาจ
และ บทบัญญัติ ซึ่ง ออก โดย อำนาจ นิติบัญญัติ นี้เรียกว่าพระราช
บัญญัติ ตรงกับคำว่า Loi ในภาษาฝรั่งเศส และ Act ใน
ภาษาอังกฤษ พระราชบัญญัติจะเป็นอันใช้บังคับได้ต่อเมื่อ
เกษัตริย์ได้ ประกาศให้ ใช้แล้ว

วรรค ๒ - บัญญัติกรณีนี้ที่ สภาผู้แทนราษฎรมี อำนาจออก
ประกาศพระราชบัญญัติใช้บังคับเป็นกฎหมายได้

มาตรา ๙ - เกี่ยวกับอำนาจของสภาผู้แทนราษฎรที่จะ ควบคุม
คณะบริหาร ซึ่งรวมตลอดตั้งแต่คณะกรรมการราษฎรและ
เดิมนับตั้งมาจนถึงข้าราชการสามัญทุกชั้น

ส่วนที่ ๒

ผู้แทนราษฎร

มาตรา ๑๐ - โดยที่ลักษณะการปกครองแบบนี้เป็นของ
ใหม่สำหรับราษฎรชาวไทย และราษฎรทั่วพระราชอาณาเขต

ยังไม่ได้รับการศึกษาเป็นจำนวนถึงขนาด ประกอบกับขรรมนัญญ
การปกครองนี้ได้ ออกโดยคำ ขอร้อง ของ คณะราษฎร ซึ่ง ได้ยึด
อำนาจปกครองแผ่นดินไว้ได้ดังนี้ สมาชิกในสภาผู้แทนราษฎร
จึงต้องเป็นไปตามกาลสมัยดังที่กำหนดไว้

สมัยที่ ๓ เป็นสมัยหัวต่อ ก็เป็นความจำเป็นชั่วคราวที่
คณะราษฎรซึ่งมี คณะผู้รักษาพระนคร ฝ่ายทหาร เป็นผู้ ใช้ อำนาจ
แทนจัดตั้งผู้แทนราษฎร ชั่วคราวขึ้นเป็นสมาชิกในสภาไปก่อน

สมัยที่ ๒ เป็นสมัยที่การจัดประเทศ เป็นปกติเรียบร้อยแล้ว
จึงให้สมาชิกในสภามีบุคคล ๒ ประเภท ตามที่กำหนดไว้ ทำกิจ
การร่วมกัน เป็นชั้นที่ผ่อนให้ราษฎรเลือกผู้แทน ได้เองครั้ง
หนึ่งก่อน ทั้งนี้ก็เพราะยังไม่แน่ว่าการที่จะปล่อยให้ราษฎร
เลือกผู้แทนได้ทั้งหมด ภายหลังระยะเวลาดังนั้นน้อยนับแต่วัน
ใช้ พระธรรมนูญจะเป็นผลสำเร็จได้แต่เพียงไร เพราะราษฎรไม่
เคยได้และใช้สิทธินี้มาแต่ก่อนเลย

สมัยที่ ๓ เป็นสมัยที่ราษฎรทั่วพระราชอาณาเขตได้เลือก
ได้วิชาปถมศึกษาได้เป็นจำนวนเกินกว่าครึ่งหนึ่งแล้ว และกำหนด
ไว้อย่างช้าต้องไม่เกิน ๓๐ ปีนับแต่วันใช้ พระธรรมนูญ อันเป็น
สมัย ที่ พอ จะ หวัง ได้ ว่า ราษฎร คง จะ เลือก ผู้แทน ทั้งหมด ได้เอง
ได้แล้ว จึงให้ ราษฎรเลือกตั้งตนเองทั้งสิ้น

มาตรา ๓๓- เกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้สมัคร รับเลือกเป็นผู้
แทนโดยราษฎรเลือกตั้ง แต่เฉพาะสำหรับผู้สมัครรับเลือก
เป็นผู้แทนประเภทที่ ๑ ในสมัยที่ ๒ นั้นมีเงื่อนไขว่าจะต้องได้
รับความเห็นชอบของสมาชิกในสมัยที่ ๑ เสียก่อนว่า เป็นผู้
ไม่ควรสงสัยว่าจะนำมาซึ่งความไม่เรียบร้อย ทั้งนี้เป็นบทเฉพาะ
กาล ซึ่งเป็นการจำเป็นอยู่เองที่จะต้องใช้ ความระมัดระวังผู้
แปลกปลอมไม่ให้เข้ามาเป็นปฏิปักษ์ ขัดขวางทางดำเนิน จะก่อ
ให้เกิดความยุ่งยากและเสียหายได้

มาตรา ๓๔- เกี่ยวกับการเลือกตั้งสมาชิกประเภทที่ ๑ สมัย
สมัยที่ ๒ ซึ่งกำหนดให้ทำเป็น ๓ ครั้ง ครั้งที่ ๑ ให้ราษฎรใน
หมู่บ้านเลือกผู้แทนหมู่บ้าน ครั้งที่ ๒ ผู้แทนหมู่บ้านเลือกผู้แทน
ตำบล แล้วในครั้งที่ ๓ ผู้แทนตำบลเลือกตั้งสมาชิกในสภาผู้แทน
ราษฎร การเลือกนั้นเข้าใจว่าคงใช้วิธีอย่างเลือกกำนันผู้ใหญ่
บ้าน ตามพระราชบัญญัติลักษณะปกครองท้องที่ พุทธศักราช
๒๔๕๗ " ส่วน การ เลือก ตั้ง สมาชิกใน สมัย ที่ ๓ จะมี กฎหมาย
บัญญัติภายหลัง

๑. ให้ดัดหนังสือประชุมกฎหมายไทย ภาค ๗ หน้า ๑๗๐๘ -

มาตรา ๓๓ - บัญญัติถึงระยะเวลาที่ผู้แทนประเภทที่ ๓ ใน สัมมัยที่ ๒ จะอยู่ในตำแหน่งได้คราวหนึ่ง ๆ แต่เมื่อถึงสัมมัยที่ ๓ แล้วแม้จะได้ อยู่ในตำแหน่งไม่ถึงกำหนดระยะเวลา นั้น ก็ต้องออกจาก ตำแหน่ง นับแต่วันที่มีผู้แทน ใน สัมมัยที่ ๓ ได้ เข้ารับ ตำแหน่ง แต่ ส่วนผู้แทนประเภทที่ ๒ ไม่มีข้อความ กล่าวถึง แต่ก็พอจะเข้าใจ ได้ว่าคงมีสิทธิอยู่ในตำแหน่งได้ตลอดไปจนถึงสัมมัยที่ ๓ เว้นแต่ กรณีจะเข้ามาตรา ๓๖ หรือคณะราษฎรซึ่งเป็นผู้เลือกตั้งสมาชิก ประเภทนี้เองได้วินิจฉัยเห็นควรให้ออก และเมื่อตำแหน่งผู้แทน ว่างลงเช่นนี้ ก็เลือกตั้งขึ้นใหม่ให้ เต็มที่ว่างได้ ตามความใน วรรค ๒

มาตรา ๓๔ - กล่าวถึง คุณสมบัติของผู้มีสิทธิ ออกเสียงลง มติเลือกผู้แทนหมู่บ้านได้ ซึ่งไม่จำกัดเพศ ราษฎรไม่ว่าชาย หรือหญิง เมื่อมีคุณสมบัติต้องตามที่บัญญัติไว้แล้วก็มี สิทธิออก เสียงได้เสมอกัน ส่วนคุณสมบัติของผู้แทนหมู่บ้านและผู้แทนตำบล นั้นให้อุทธรณ์ตามมาตรา ๓๑

มาตรา ๓๕ - เกี่ยวกับการ ถือคะแนนเสียงในการ เลือกตั้ง ผู้แทน

มาตรา ๓๖ - กล่าวถึง กรณีที่ผู้แทน จะต้อง ออกจากตำแหน่งนอกจากถึงเวรต้องออก

มาตรา ๓๗ - เป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับวิธีพิจารณา ซึ่งพอ เทียบได้กับเรื่องข้าราชการชั้นสัญญาบัตรต้องหา เป็นจำเลยในคดี อาชญา ซึ่งแต่เดิมนั้นศาลต้องขอพระบรมราชานุญาตก่อนที่จะรับ คดีไว้พิจารณาหรือสั่งกักขังตัวจำเลยนั้น แล้วต่อมาโดยที่มีข้าราชการ ชั้นสัญญาบัตรเพิ่มพูนมากขึ้นเป็นอันมาก ระเบียบการดังกล่าว แล้วไม่ สะดวกแก่ทางการของ ศาล จึงได้มี ประกาศ ลงวันที่ ๒๓ มิถุนายน พ.ศ. ๒๔๖๕^๑ เปลี่ยนแปลงระเบียบการนั้นเสีย (ให้ดูกฎ เสนาบดีกระทรวงยุติธรรมที่ ๒๔,๖๓,๖๓ ด้วย) ที่มีบทไว้เช่นนั้น ก็เป็นการสมควรแล้ว เพราะการที่สมาชิกต้องถูกฟ้องร้องนั้น อาจ นำมาซึ่งความเสื่อมเสียกระทบกระทั่งถึงสภาได้ จึงจำเป็นต้องให้สภา รับรู้เสียก่อน

ส่วนที่ ๓

ระเบียบการประชุม

มาตรา ๓๘ - กล่าวถึงประธานและรองประธานของสภา กับ หน้าที่ของประธานและรองประธานนั้น

มาตรา ๓๙ - เกี่ยวกับเมื่อประธานไม่อยู่ หรือไม่สามารถมา ได้ในที่ประชุม และหน้าที่ของรองประธานในกรณีเช่นนี้

๑. ดูประชุมกฎหมายไทย ภาค ๒ หน้า ๕๕๙ และต่อๆ ไป

มาตรา ๒๐ - เกี่ยวกับ ประธาน และ รอง ประธาน ไม่ อยู่ใน ที่ประชุมทั้งสองคน

มาตรา ๒๑ - การ ประชุม ของสภา แบ่ง เป็น ๒ ชนิด คือ ประชุมปกติและประชุมพิเศษ ประชุมปกติเป็นหน้าที่ของสภาที่จะกำหนด ส่วนประชุมพิเศษอาจมีได้ด้วยเหตุต้องประการ คือ เมื่อสมาชิกมีจำนวนรวมกันไม่น้อยกว่า ๑๕ คนได้ร้องขอ หรือ คณะกรรมการราษฎรได้ร้องขอให้เรียกประชุม

มาตรา ๒๒ - กำหนดองค์ประชุมปรึกษาการ ซึ่งต้องไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของนามสมาชิกทั้งหมด

มาตรา ๒๓ - เกี่ยวกับการลงมติวินิจฉัยข้อปรึกษา

มาตรา ๒๔ - บัญญัติ ข้อยกเว้น ความ รับ ผิด ของ สมาชิกใน ถ้อยคำที่กล่าวหรือแสดงเป็นความเห็น หรือใน การ ออกเสียง ลงคะแนนในที่ประชุม

มาตรา ๒๕ - เกี่ยวกับรายงานการประชุมของสภา

มาตรา ๒๖ - เกี่ยวกับ อำนาจ ของสภาที่จะ ตั้ง อนุกรรมการ เพื่อทำการ หรือสอบสวน พิจารณา ทำความเห็นใน เรื่องใด เรื่องหนึ่ง เพื่อการนี้ให้ อำนาจ อนุกรรมการ ที่จะเชิญบุคคลใด ๆ มาชี้แจงแสดงความเห็นได้ด้วย วรรค ๓ เกี่ยวกับองค์ประชุมอนุกรรมการ

มาตรา ๒๗ - ระเบียบการปรึกษาหารือเพื่อดำเนินการให้เป็นไปตามธรรมนูญยังไม่ได้ตั้งขึ้นไว้ ในชั้นแรกนี้ให้ อนุโตมิใช้ข้อบังคับสภากรรมการองคมนตรี เฉพาะที่ไม่ขัดกับธรรมนูญนี้ไปพลางก่อน

หมวดที่ ๔

คณะกรรมการราษฎร

คณะ กรรมการ ราษฎร นี้ เลือก ตั้ง จาก สมาชิก สภา ผู้แทนราษฎรประกอบด้วยประธาน ๑ นาย และกรรมการ ๑๔ นาย ทำหน้าที่ฝ่ายบริหารบัญญัติทั่วไป และในกรณีฉุกเฉินคณะกรรมการราษฎรมีอำนาจนิติบัญญัติด้วย (ดูมาตรา ๒๘)

ส่วนที่ ๑

อำนาจและหน้าที่

มาตรา ๒๘ - เกี่ยวกับ อำนาจ และ หน้าที่ ของ คณะกรรมการราษฎร ตามมาตรา นี้ จะ เห็น ได้ว่า คณะ กรรมการ ราษฎร เป็น คณะ บริหาร โดยแท้ คือ มี อำนาจ และ หน้าที่

จะดำเนินการให้ เป็นไปตามวัตถุประสงค์ ของสภา อำนาจบริหารเป็นอำนาจที่รวมทั้งการ ปฏิบัติตาม กฎหมายและ การปกครอง โดยทั่ว ๆ ไป ยกเว้นแต่ในกิจการที่เกี่ยวกับการบัญญัติกฎหมาย (คณะกรรมการราษฎรมีอำนาจนี้บัญญัติอยู่บ้างตามมาตรา ๒๘) และการวินิจฉัยคดี ซึ่งจัดเข้าอยู่ในสาขาแห่งอำนาจสูงสุดอื่น ๆ

มาตรา ๒๘ - ตามมาตรา ๘ อำนาจออก พระราชบัญญัติทั้งหลาย (อำนาจนิติบัญญัติ) เป็นของสภาผู้แทนราษฎร แต่ มาตราบัญญัติกรณีพิเศษซึ่งคณะกรรมการราษฎรมีอำนาจนิติบัญญัติด้วย

มาตรา ๓๐ - อำนาจให้อภัยโทษ เป็น อำนาจทาง บริหาร อำนาจก่อนมีกรรมนุญ เป็นพระราชอำนาจของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว ซึ่งมักทรงใช้ในโอกาสสำคัญต่าง ๆ เช่นใน ครึ่งที่สี่เมื่อคราวฉลองพระนคร ทรงออกพระราชกำหนดพระราช อภัยโทษ พ.ศ. ๒๔๗๕ สำหรับปวงบุคคลผู้ต้องราชทัณฑ์อยู่ในพินักษาการนั้น การให้อภัยโทษนั้นอาจมีได้โดย ๒ วิธี

๑) ให้อภัยโทษเฉพาะบุคคล (Grace)

๒) ให้อภัยโทษแก่กโทษทั่วไปหรือบางประเภท (Amnesty)

๑. คุณนิสสัยแผนกกฎหมาย ปีที่ ๓ เล่ม ๖ หน้า ๓-๘

มาบังคับอำนาจนี้เป็นของคณะกรรมการราษฎร แต่ถ้าจะใช้ ต้องขอพระบรมราชานุญาตเสียก่อน

มาตรา ๓๑ - เสนาบดีเป็นเจ้าหน้าที่สูงสุดในกระทรวงต่าง ๆ แต่เดิมเสนาบดีมี ๒๒ คน หน้าที่ แต่เพียง กระทำ กิจ การในทางบริหาร บัญญัติหรือทางธุรการอย่างเดียว ยังถวายคำปรึกษาในราชการแผ่นดินด้วย เสนาบดีเหล่านั้นมีฐานะเป็นเสนาบดีการแผ่นดินอันหนึ่ง นอกจาก อภิรัฐมนตรีสภา และเสนาบดีกรมการ ของคมนตรี แต่ บัดนี้เสนาบดีการแผ่นดินเหล่านั้นไม่มีแล้ว อำนาจทั้งหลายของสภา เหล่านี้คงเป็นของสภาผู้แทนราษฎร เสนาบดีคงเป็นผู้รับผิดชอบต่อคณะกรรมการราษฎร ในกิจการทั้งปวงภายในวงจรรแห่งกระทรวงของตน และมีหน้าที่คอยปฏิบัติการตามคำสั่งหรือระเบียบการของคณะกรรมการราษฎร ซึ่งถ้า กระทำ ผิดผิดหรือ โดยกรรมนุญไม่อนุญาตให้ทำได้ การนั้นก็จะเป็นโมฆะใช้ไม่ได้

ส่วนที่ ๒

กรรมการราษฎร และเจ้าหน้าที่ประจำ

มาตรา ๓๒ - เกี่ยวกับจำนวน กรรมการราษฎร ซึ่งให้มี

๑๕ นายและประชาชน ๑ นาย รวมเป็น ๑๖ นาย

มาตรา ๓๓— กรรมการราษฎร^๕ เลือกตั้ง^๕ ขนคณ^๕ คือ สภา
เลือกประธาน ขน ๓ นายก่อน แล้วผู้เป็นประธานเลือกสมาชิก
ในสภา อีก ๑๔ นาย เป็นกรรมการ ตาม มาตรา ๒๘ คณะ
กรรมการราษฎร มีอำนาจ และหน้าที่ ดำเนินการให้เป็นไปตาม
วัตถุประสงค์ ของสภา ทั้งนี้ ถ้ากรรมการ ที่ได้รับเลือกให้
เป็นโดย ได้ รับ ความ เห็น ชอบ ของ สภา แล้ว นั้น มิได้ ดำเนิน กิจ
การ ตาม รัฐประศาสน์ โนบาย ของ สภา ๆ มีอำนาจเชิญให้ ออก
จากหน้าที่ แล้ว เลือกตั้ง ขนใหม่ได้

มาตรา ๓๔— เกี่ยวกับ อำนาจ ของ สภา ที่ จะเลือก กรรมการ
แทนตำแหน่ง กรรมการ คนใด ที่ ออกจาก หน้าที่ ไปโดย มีเหตุอัน
บัญญัติไว้ เกิดขึ้น แก่ กรรมการ คนนั้น

วรรค ๒— ตามนี้ พอกกล่าวได้ว่า กรรมการ เป็นของสภา เมื่อ
สภา หมดกำหนด อายุ ตำแหน่งเมื่อใด ก็ มีผล กระทบถึง กรรม
การ ชุด ของสภา นั้นต้อง หมดกำหนด อายุตำแหน่ง ตามไปด้วย

มาตรา ๓๕— เกี่ยวกับอำนาจการตั้ง การถอดตำแหน่ง เสนาบดี

มาตรา ๓๖— เกี่ยวกับการ เจริญ กิจการ เมือง กับ ต่าง ประเทศ
และการให้ สัตยาบัน สัญญา ทางพระราชไมตรี

มาตรา ๓๗— เกี่ยว แก่การประกาศ สงคราม

ส่วนที่ ๓

ระเบียบการประชุม

มาตรา ๓๘— เกี่ยวกับระเบียบการ ประชุมของ คณะกรรมการ
ราษฎร ซึ่งให้ อนุโตมิใช้ระเบียบ การ ประชุม ของ สภา ผู้แทน
ราษฎร

หมวดที่ ๕

ศาล

ตาม ขรรมนูญ นี้ศาลได้ถูก แบ่ง แยก จัดให้ เป็น คณะบุคคล ผู้
ใช้อำนาจ (อำนาจ ตุลาการ) แทน ราษฎร ด้วยส่วนหนึ่ง
(มาตรา ๒)

มาตรา ๓๙— เป็นมาตราเดียวที่พระธรรมนูญได้กล่าว ถึงศาล
โดยตรง ตามมาตรานี้พระธรรมนูญไม่กะทบกระทั่งถึงศาลเตย
บัญญัติ ให้ การ ร้อง ข้อ พิพาก คงเป็นไป ตาม กฎหมาย ที่ ใช้ อยู่
ใน เวลานั้น

๒. ประกาศผลัดเปลี่ยนเสนาบดี ปลัดทูลฉลอง กระ
ทรวงต่าง ๆ และรวมกระทรวง

การเปลี่ยนเสนาบดีครั้งนี้เป็น การเปลี่ยนทั้งชุด ซึ่งเป็นธรรมเนียม

การศึกษารัฐธรรมนูญ ไทย 4 แนวทาง

สมชาย ปรีชาศิลปกุล¹

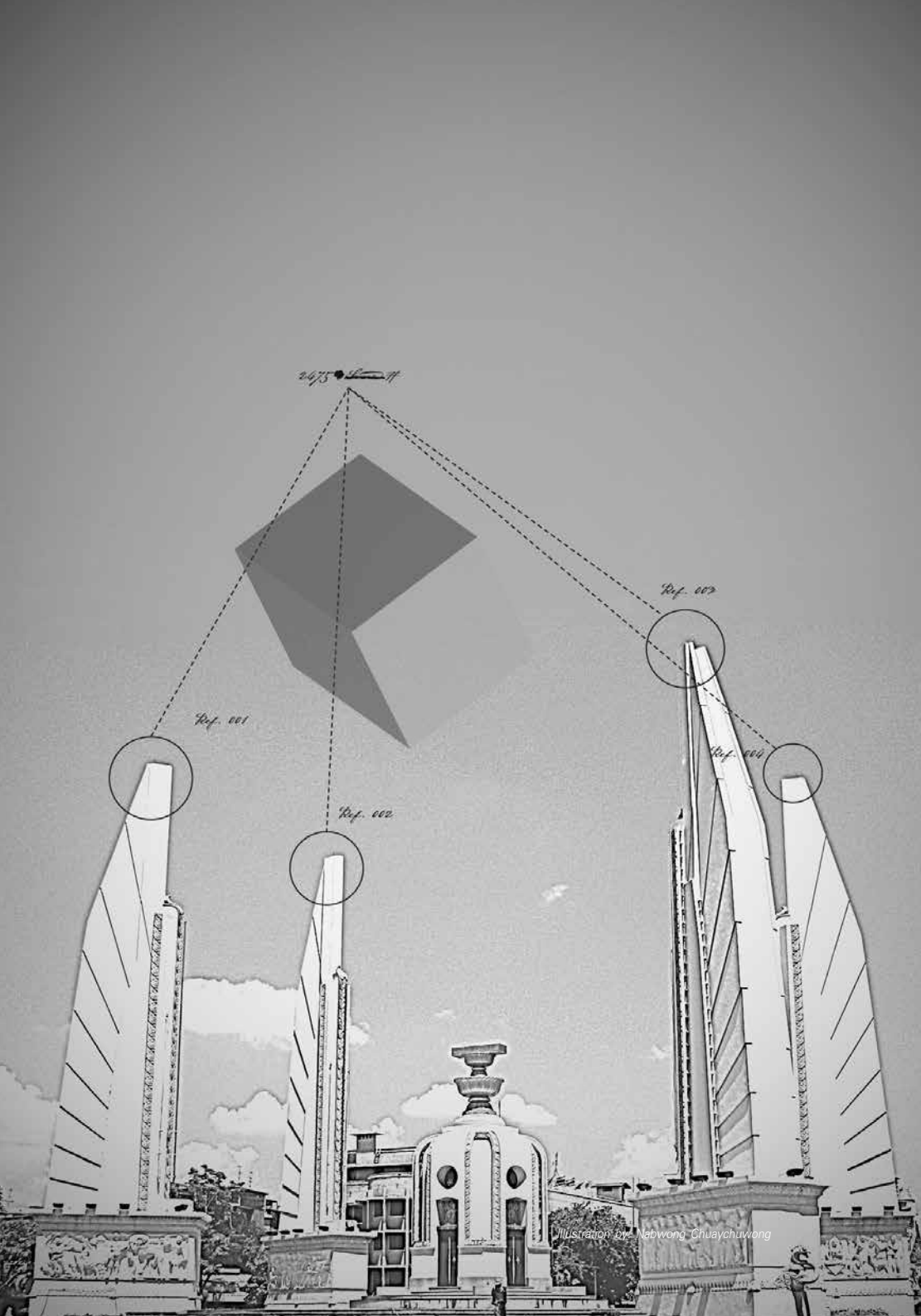
บทคัดย่อ

นับตั้งแต่เปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาสู่ระบอบประชาธิปไตยเมื่อ พ.ศ. 2475 มาจวบจนกระทั่ง พ.ศ. 2555 ประเทศไทยได้มีรัฐธรรมนูญประกาศใช้มาแล้วเป็นจำนวน 18 ฉบับ การมีรัฐธรรมนูญเป็นจำนวนมากส่งผลกระทบต่อสถานะและบทบาทของรัฐธรรมนูญในสังคมไทยซึ่งมีความหมายที่แตกต่างไปจากรัฐธรรมนูญในประเทศอื่นๆ ความแตกต่างของรัฐธรรมนูญไทยส่งผลให้มีความพยายามในการให้คำอธิบายต่อรัฐธรรมนูญไปในหลายแง่มุม บทความนี้ต้องการชี้ให้เห็นแนวทางการศึกษารัฐธรรมนูญไทย 4 แนวทาง อันประกอบด้วยการศึกษารัฐธรรมนูญเชิงนิติ/สถาบัน การศึกษารัฐธรรมนูญเชิงประวัติศาสตร์/วัฒนธรรม การศึกษารัฐธรรมนูญเชิงรัฐศาสตร์/การเมือง และการศึกษารัฐธรรมนูญเชิงเศรษฐศาสตร์

Abstract

Since the revolution in 1932 up to (until) 2012, a total of eighteen constitutions have been promulgated in Thailand. A series of constitutions, which have been dened by different aspects of many other countries' constitutions,

¹ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่



that have effected the status and role of the constitution in Thai society and paved the way for many approaches in explaining the Thai Constitution. This article examines four approaches to Thai constitutional analysis; legal/institutional approach, the historical/cultural approach, the political approach, and the economic approach.

เกริ่นนำ

รัฐธรรมนูญเป็นสถาบันทางการเมืองที่ถูกสร้างขึ้นภายใต้อุดมการณ์ของรัฐเสรี/ประชาธิปไตย (Liberal Democracy) โดยบทบาทสำคัญของรัฐธรรมนูญก็คือ เป็นกฎหมายในการจัดตั้งองค์กรของรัฐในการใช้อำนาจ เป็นกติกาในการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนว่าประชาชนจะมีสิทธิเสรีภาพในด้านต่างๆ อย่างไร และการใช้อำนาจของรัฐเข้ามาแทรกแซงในสิทธิเสรีภาพของประชาชนจะกระทำได้อย่างไรเมื่อใดและภายใต้เงื่อนไขอย่างไร

ทั้งนี้รัฐธรรมนูญได้กลายเป็นสิ่งซึ่งได้รับการยอมรับกันว่าเป็นสถาบันการเมืองพื้นฐาน ประเทศต่างๆ ในห้วงเวลาปัจจุบันล้วนต่างมีรัฐธรรมนูญของตนไม่ว่าจะเป็นรัฐในรูปแบบเสรีประชาธิปไตย สังคมนิยม หรือแม้กระทั่งรูปแบบการปกครองในแบบที่เป็นเผด็จการก็ยังคงมีรัฐธรรมนูญในการกำหนดถึงอำนาจหน้าที่ของรัฐในการดำเนินการต่างๆ

ในประเทศไทยก็เช่นเดียวกัน นับตั้งแต่การเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาสู่การปกครองในระบอบ “ประชาธิปไตย” เมื่อ พ.ศ. 2475 รัฐธรรมนูญก็ได้ถูกสถาปนาให้เป็นกติกาสูงสุดในการกำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชน

อย่างไรก็ตาม ในการศึกษาถึงรัฐธรรมนูญในสังคมไทยเผชิญความยุ่งยากอย่างสำคัญ ปรากฏการณ์ที่ชัดเจนก็คือ เมื่อเปรียบเทียบกับต่างประเทศแล้วจะพบว่าภายในระยะเวลา 80 ปี นับจากการเริ่มมีรัฐธรรมนูญฉบับแรกมา

จวบจนกระทั่ง พ.ศ. 2555 สังคมไทยมีรัฐธรรมนูญแล้วทั้งสิ้น 18 ฉบับ การฉีกและประกาศใช้รัฐธรรมนูญเป็นกิจกรรมทางการเมืองซึ่งเป็นที่คุ้นเคยสำหรับสังคมการเมืองไทย และรัฐธรรมนูญที่ปรากฏขึ้นในบางครั้งก็มีเนื้อหาซึ่งแตกต่างกันไปอย่างมาก บางฉบับเป็นรัฐธรรมนูญแบบอำนาจนิยม บางฉบับเป็นรัฐธรรมนูญแบบรัฐสุภานิยม ทำให้มักมีการโต้แย้งว่ารัฐธรรมนูญของไทยไม่ได้มีสถานะเป็นกฎหมายสูงสุดดังที่มักอธิบายกันในแวดวงทางวิชาการ เพราะสามารถจะถูกฉีกหรือแก้ไขให้มีความเปลี่ยนแปลงไปได้ตามความขัดแย้งในทางการเมือง

ความผันผวนของรัฐธรรมนูญในสังคมไทยจึงให้เกิดความยุ่งยากว่า มีแนวทางในการทำความเข้าใจต่อรัฐธรรมนูญอย่างไร อันจะทำให้สามารถมองเห็นสถานะและบทบาทของรัฐธรรมนูญได้อย่างรอบด้านมากที่สุด เนื่องจากคำอธิบายที่ผ่านมาโดยเฉพาะจากแง่มุมจากด้านนิติศาสตร์ซึ่งให้ความสำคัญกับรัฐธรรมนูญในมิติของคำอธิบายทางกฎหมายแบบนิติ/สถาบัน ด้วยการให้ความหมายว่าเป็นกฎหมายสูงสุดเหนือกว่ากฎหมายอื่นใดทั้งปวง กลายเป็นคำอธิบายที่ขัดแย้งกับลักษณะของรัฐธรรมนูญไทยที่มักถูกฉีกทิ้งได้โดยง่าย รวมถึงบุคคลผู้ที่กระทำการดังกล่าวก็ไม่ปรากฏว่าจะได้รับการลงโทษในทางกฎหมายแต่อย่างใด ทั้งที่หากพิจารณาความผิดตามบทบัญญัติของกฎหมายอาญาแล้ว การฉีกรัฐธรรมนูญเป็นความผิดที่มีบทลงโทษรุนแรงก็ตาม

ด้วยข้อจำกัดของคำอธิบายอันสืบเนื่องมาจากปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้น ได้ทำให้มีความพยายามในการนำเสนอแนวทางการทำความเข้าใจต่อรัฐธรรมนูญในแนวทางต่างๆ ที่มาจากมุมมองหลากหลายบนพื้นฐานของสาขาวิชาที่แตกต่างกัน บทความชิ้นนี้เป็นการชี้ให้เห็นถึงแนวทาง (Approach) ในการสร้างคำอธิบายและการทำความเข้าใจต่อรัฐธรรมนูญในสังคมไทย โดยสามารถจัดแบ่งออกได้เป็น 4 แนวทางสำคัญ คือ การศึกษารัฐธรรมนูญเชิงนิติ/สถาบัน การศึกษารัฐธรรมนูญเชิงประวัติศาสตร์/วัฒนธรรม การศึกษารัฐธรรมนูญเชิงการเมือง การศึกษารัฐธรรมนูญเชิงเศรษฐศาสตร์

การศึกษารัฐธรรมนูญเชิงนิติ/สถาบัน

การศึกษารัฐธรรมนูญเชิงนิติ/สถาบัน เป็นแนวทางการศึกษารัฐธรรมนูญที่อยู่ในแวดวงทางด้านนิติศาสตร์ โดยแนวทางการทำความเข้าใจต่อรัฐธรรมนูญในลักษณะเช่นนี้เป็นสิ่งที่ปรากฏขึ้นอย่างชัดเจนนับตั้งแต่ภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองเมื่อ พ.ศ. 2475 โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีการจัดตั้งมหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมืองเมื่อ พ.ศ. 2477 ได้มีการตีพิมพ์คำอธิบายที่เกี่ยวกับรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นและเป็นการมุ่งเน้นในการทำความเข้าใจถึงสถานะ ความหมาย และบทบาทของรัฐธรรมนูญในระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตย

โดยคำอธิบายในแนวทางนิติ/สถาบัน เป็นคำอธิบายซึ่งแพร่หลายไม่เพียงในแวดวงทางด้านนิติศาสตร์เท่านั้น หากยังครอบคลุมถึงในสังคมโดยทั่วไป ทั้งนี้การทำความเข้าใจในแนวทางนี้มีลักษณะที่สำคัญ คือ

ประการแรก เป็นการอธิบายแนวคิด ทฤษฎีที่สำคัญของรัฐธรรมนูญด้วยการยึดเอารูปแบบของคำอธิบายที่ปรากฏขึ้นในตะวันตกเป็นแม่แบบของการทำความเข้าใจ ในการทำความเข้าใจจึงจะประกอบไปด้วยการอธิบายถึงรูปแบบของรัฐ อำนาจอธิปไตย ประวัติศาสตร์ของประเทศที่เป็นต้นแบบสำคัญของระบบรัฐธรรมนูญ หลักการสำคัญในระบบรัฐธรรมนูญในประเทศเสรี/ประชาธิปไตย ชนิดต่างๆ ของรัฐธรรมนูญไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรหรือรัฐธรรมนูญจารีตประเพณี

ประการที่สอง เป็นการอธิบายถึงโครงสร้าง องค์กร และสถาบันทางการเมืองที่มีการจัดระบบ/จำแนกประเภท/องค์ประกอบหรือลักษณะ เพื่อให้เห็นถึงรูปแบบของระบอบการปกครองประเภทต่างๆ ดังเช่น การอธิบายถึงรูปแบบการปกครองในระบบประธานาธิบดีและระบบรัฐสภาว่ามีลักษณะที่เหมือนหรือแตกต่างกันอย่างไร การอธิบายถึงบทบาทหน้าที่ของฝ่ายบริหาร นิติบัญญัติ และตุลาการว่ามีอยู่อย่างไร และมีความสัมพันธ์กันในลักษณะเช่นไร การอธิบายถึงระบบเลือกตั้งว่ามีหลักการพื้นฐานที่สำคัญอย่างไรบ้าง และในการ

เลือกตั้งตัวแทนของประชาชนมีกี่ระบบ แต่ละระบบมีข้อดีและข้อเสียอย่างไร การอธิบายถึงสถาบันต่างๆ ที่มีอยู่ตามรัฐธรรมนูญอยู่บนพื้นฐานความเชื่อที่ว่าแต่ละสถาบันจะทำหน้าที่ไปตามกลไกที่มีอยู่และไม่สนใจที่จะศึกษาหรือทำความเข้าใจถึงความเป็น “การเมือง” ที่ปรากฏขึ้นในรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

ประการที่สาม นอกจากการอธิบายถึงหลักการสำคัญในทางรัฐธรรมนูญซึ่งหยิบยืมมาจากตะวันตกแล้ว ในอีกด้านหนึ่งการอธิบายในเชิงนิติ/สถาบันก็จะมุ่งพิจารณารัฐธรรมนูญไทยแต่ละฉบับว่าประกอบด้วยเนื้อหาอย่างไรบ้าง และในแต่ละส่วนมีโครงสร้างที่สำคัญอย่างไร เช่น ความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายนิติบัญญัติกับฝ่ายบริหาร การเข้าสู่ตำแหน่งในองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร ฝ่ายตุลาการ ว่ามีกระบวนการอย่างไร ขอบเขตในเรื่องสิทธิเสรีภาพของประชาชนมีอย่างไร คำอธิบายในลักษณะเช่นนี้มุ่งเน้นให้เข้าใจถึงรัฐธรรมนูญฉบับที่มีผลใช้บังคับอยู่เป็นสำคัญ ในแง่หนึ่งจึงเป็นการศึกษาที่เน้นกฎหมายที่มีผลบังคับใช้อยู่ในห้วงเวลานั้น (Positive Law) ว่ามีเนื้อหาอยู่อย่างไร แนวทางการศึกษาในลักษณะเช่นนี้จะพบได้ในคำอธิบายรัฐธรรมนูญรายฉบับที่จะปรากฏให้เห็นอย่างสม่ำเสมอ ซึ่งจะเป็นประโยชน์สำหรับผู้ที่ต้องการทำความเข้าใจรัฐธรรมนูญฉบับนั้นๆ ว่ามีกฎเกณฑ์กำหนดไว้อย่างไรในแต่ละประเด็น ด้วยการวิเคราะห์จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเป็นสำคัญ

การอธิบายรัฐธรรมนูญในเชิงนิติ/สถาบันเป็นแนวทางที่มีอิทธิพลอย่างสำคัญภายใต้การครอบงำของความรู้ทางด้านนิติศาสตร์สืบเนื่องมาตั้งแต่การเปลี่ยนแปลงการปกครอง ดังจะสามารถเห็นอิทธิพลของแนวทางการอธิบายรัฐธรรมนูญในลักษณะเช่นนี้ปรากฏอยู่ในตำรากฎหมายรัฐธรรมนูญจำนวนมากที่มีการตีพิมพ์ออกมาอย่างต่อเนื่องเฉพาะอย่างยิ่งในช่วงเปลี่ยนแปลงการปกครอง เช่น กฎหมายรัฐธรรมนูญของหลวงประเจิดอักษรลักษณ์ พ.ศ. 2477², คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญและการเลือกตั้งของเดือน บุนนาคและไพโรจน์

² หลวงประเจิดอักษรลักษณ์, *กฎหมายรัฐธรรมนูญ:คำสอนชั้นปริญญาตรี*. (พระนคร: มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง, 2477).

ชยันต พ.ศ. 2477³ เป็นต้น

ซึ่งก็อาจกล่าวได้ว่าคำอธิบายในแนวทางนิติ/สถาบันเป็น “ความจำเป็นทางประวัติศาสตร์” เนื่องจากในห้วงเวลาดังกล่าวเป็นระยะของการเปลี่ยนจากระบบการปกครองแบบเดิมมาสู่ระบบแบบใหม่ที่ตั้งอยู่บนฐานความรู้ที่แตกต่างกันอย่างมากระจึ้นจำเป็นที่จะต้องมีการให้คำอธิบายต่อระบบการปกครองแบบใหม่อันมีรัฐธรรมนูญเป็นหลักสำคัญของการปกครอง

คำอธิบายในแนวทางดังกล่าวนี้มักจะนำมาสู่การนำเอาแนวคิด ทฤษฎี หรือโครงสร้าง ซึ่งปรากฏขึ้นในตะวันตกมาใช้ประเมินวัดรัฐธรรมนูญที่เป็นอยู่ในสังคมไทยว่ามีลักษณะที่สอดคล้องกับหลักการในตะวันตกหรือไม่ หากรัฐธรรมนูญฉบับใดมีเนื้อหาที่สอดคล้องกับแนวความคิดต่างๆ ก็จะได้รับยกยอมรับว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่มีความเป็น “ประชาธิปไตย” แต่หากรัฐธรรมนูญฉบับใดมีเนื้อหาที่ไม่ได้สอดคล้องกับแนวคิดทฤษฎีที่นำเข้ามา รัฐธรรมนูญกลุ่มนั้นก็จะถูกจำแนกว่าเป็นรัฐธรรมนูญชนิดที่ไม่สอดคล้องกับระบอบประชาธิปไตย การศึกษารัฐธรรมนูญในเชิงนิติสถาบันจึงมีแนวโน้มที่จะนำมาสู่การทำความเข้าใจของ “มาตรฐานตะวันตก” เพื่อใช้ประเมินวัดรัฐธรรมนูญของไทย เพื่อที่จะให้คำตอบว่ารัฐธรรมนูญของไทยสอดคล้องหรือแตกต่างจากมาตรฐานของรัฐธรรมนูญตะวันตกอย่างไรบ้าง หากไม่สอดคล้องก็ถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นไปตามมาตรฐานของตะวันตกและจำเป็นต้องได้รับการปรับปรุงแก้ไขเพื่อให้สอดคล้องกับ “หลักวิชา” ที่เป็นต้นแบบ

ซึ่งแนวทางการอธิบายรัฐธรรมนูญในเชิงนิติ/สถาบัน ก็ยังคงสืบทอดต่อมาในแวดวงการศึกษาทางด้านนิติศาสตร์ที่จะสามารถพบเห็นตำราคำอธิบายรัฐธรรมนูญในเชิงนิติ/สถาบันปรากฏอยู่อย่างต่อเนื่อง เฉพาะอย่างยิ่งภายหลังจากที่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่เกิดขึ้น ตำราหรือคำอธิบาย

³ เดือน บุญนาค และไพโรจน์ ชยันต, คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญ (รวมทั้งกฎหมายการเลือกตั้งด้วย) ภาค 1 หลักทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญ, (พระนคร: โรงพิมพ์นิติสาส์น, 2477).

รัฐธรรมนูญในแนวทางดังกล่าวนี้ก็จะได้รับการตีพิมพ์ออกมาอย่างต่อเนื่อง โดยผู้ทำหน้าที่ผลิตคำอธิบายในลักษณะนี้ก็มักจะถูกผูกขาดไว้โดยนักนิติศาสตร์เป็นสำคัญ

การศึกษารัฐธรรมนูญเชิงประวัติศาสตร์/วัฒนธรรม

การศึกษารัฐธรรมนูญในแนวทางที่ให้ความสำคัญกับประวัติศาสตร์หรือวัฒนธรรมมีจุดเริ่มต้นอย่างสำคัญจากบทความเรื่อง “รัฐธรรมนูญฉบับวัฒนธรรม” ของนิธิ เอียวศรีวงศ์⁴ ซึ่งตีพิมพ์ออกมาครั้งแรกเมื่อ พ.ศ. 2534 นับเป็นงานศึกษารัฐธรรมนูญชิ้นหนึ่งที่มีความสนใจเป็นอย่างมากในแวดวงวิชาการทางด้านสังคมศาสตร์

การพิจารณารัฐธรรมนูญในมุมมองดังกล่าวเริ่มต้นจากการให้ความหมายของรัฐธรรมนูญในรูปแบบที่แตกต่างไปจากการศึกษาในเชิงนิติ/สถาบัน ซึ่งมักจะให้คำอธิบายของรัฐธรรมนูญตามแบบของตะวันตกด้วยการยกย่องให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดเหนือกว่ากฎหมายอื่นใดทั้งปวง แต่รัฐธรรมนูญในความหมายนี้จะถือว่าเป็นข้อกำหนดว่าบุคคลและสถาบันต่างๆ ภายในรัฐจะพึงสัมพันธ์กันอย่างไร หรือหมายถึงว่าใครจะใหญ่กว่าใครและภายใต้เงื่อนไขอะไร

แต่ข้อกำหนดในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างกันมิใช่เป็นสิ่งที่จะเป็นบัญญัติขึ้นเป็นลายลักษณ์อักษรตามใจชอบของใครคนใดคนหนึ่งหรือโดยกลุ่มใดกลุ่มหนึ่ง หากแต่ข้อกำหนดดังกล่าวเกิดจากการต่อสู้ ชั่งชั่งและรักษาสถานะอำนาจเอาไว้เป็นเวลานาน จนกระทั่งเกิดการยอมรับกันอย่างกว้างขวางและกลายเป็นวัฒนธรรมการเมืองซึ่งแต่ละฝ่ายต่างก็ตระหนักและปฏิบัติตามกัน

⁴ นิธิ เอียวศรีวงศ์ “รัฐธรรมนูญฉบับวัฒนธรรมไทย” นิตยสารศิลปวัฒนธรรม ปีที่ 13 ฉบับที่ 1 (พฤศจิกายน 2534) ต่อมาได้รับการตีพิมพ์อีกครั้งในชุดของการรวมบทความใน นิธิ เอียวศรีวงศ์, ขาดไทย, เมืองไทย, แบบเรียนและอนุสาวรีย์. (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มติชน, 2538)

มาอย่างต่อเนื่อง ทั้งนี้หากบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญฉบับลายลักษณ์อักษร สอดคล้องกับวัฒนธรรมทางการเมืองก็จะสามารถมีผลใช้บังคับได้อย่างมั่นคง ตรงกันข้ามหากรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรไม่สอดคล้องหรือรวมถึงขัดแย้ง กับรัฐธรรมนูญฉบับวัฒนธรรมก็สามารถจะถูกฉีกทิ้งไปได้โดยไม่ยากเย็น รัฐธรรมนูญฉบับวัฒนธรรมจึงมีความสำคัญต่อการดำรงอยู่ของรัฐธรรมนูญ ลายลักษณ์อักษร

ตัวอย่างบางสถาบันในรัฐธรรมนูญฉบับวัฒนธรรมเช่นสถาบันพระมหากษัตริย์ โดยในรัฐธรรมนูญฉบับลายลักษณ์อักษรได้กำหนดให้พระมหากษัตริย์ ทรงเป็นประมุขของรัฐ ทรงใช้อำนาจอธิปไตยผ่านองค์กรรัฐสภา คณะรัฐมนตรี และศาล ทรงเป็นอัครศาสนูปถัมภก แต่ในรัฐธรรมนูญฉบับวัฒนธรรม สถาบันพระมหากษัตริย์ของไทยมีความศักดิ์สิทธิ์ ความศักดิ์สิทธิ์ของพระมหากษัตริย์ แสดงออกผ่านทั้งทางธรรมชาติและสังคม พระมหากษัตริย์มีบทบาทสำคัญ ต่อการจรรโลงให้โลกสันติสุข และบันดาลให้ฝนฟ้าตกต้องตามฤดูกาล ความ ศักดิ์สิทธิ์ของพระมหากษัตริย์ยังสืบเนื่องมาแม้กระทั่งในรัชกาลปัจจุบัน ดังจะ เห็นได้จากการที่ประชาชนซึ่งเฝ้ารับเสด็จนำผ้าซึ่งปูรองพระบาทในขณะเสด็จ พระราชดำเนินไปปูซา ขณะที่นักการเมืองแม้ได้รับความนิยมนอย่างกว้างขวาง เพียงใดก็ไม่สามารถมีความศักดิ์สิทธิ์ในลักษณะเดียวกันกับที่สถาบันพระมหากษัตริย์มี ความศักดิ์สิทธิ์ของสถาบันพระมหากษัตริย์จึงทำให้สถาบันนี้มั่นคง มาอย่างยาวนาน อย่างไรก็ตาม ความมั่นคงของสถาบันมิได้หมายความว่าความรวมถึงความมั่นคงของบุคคลภายในสถาบัน เนื่องจากอาจมีการต่อสู้แย่งชิงราชบัลลังก์กันระหว่างแต่ละฝ่ายได้ แต่ทั้งนี้ก็มีเงื่อนไขสำคัญคือบุคคลที่จะดำรง ตำแหน่งพระมหากษัตริย์ได้ต้องมีสถานะ “เจ้า”

หรือกรณีของ ส.ส. บทบาทหน้าที่ตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญหรือตามระบบรัฐสภาก็คือการทำหน้าที่เป็นฝ่ายนิติบัญญัติอันมีในการออกกฎหมายเพื่อ มาบังคับใช้ แต่สำหรับรัฐธรรมนูญฉบับวัฒนธรรมบทบาทของ ส.ส. มีไว้เพื่อ คาน “อำนาจ” ของราชการ เช่น การถูกตำรวจกลั่นแกล้ง การถูกรังแกจาก

ข้าราชการ แม้ว่าหากพิจารณาตามบทบัญญัติของกฎหมายหรือรัฐธรรมนูญ ก็ตาม ส.ส. ไม่มีอำนาจในการแต่งตั้งแม้แต่กำนัน แต่ก็มีสิ่งที่เรียกว่า “อิทธิพล” อันหมายถึงอำนาจที่ปราศจากกฎหมายรองรับไว้ ส.ส. แม้จะไม่มีอำนาจแต่ก็มีอิทธิพลและเป็นสิ่งที่ทำให้ข้าราชการพึงต้องระมัดระวังในการใช้อำนาจของตน แม้จะมีอำนาจอยู่ในมือก็ตามแต่ก็ต้องตระหนักถึงอิทธิพลของ ส.ส. ด้วยเช่นกัน ซึ่งอิทธิพลเช่นนี้เป็นสิ่งที่ไม่ได้มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

ทั้งนี้บุคคลที่จะมาดำรงตำแหน่ง ส.ส. ได้ก็ต้องได้รับความเห็นชอบจากประชาชน ประชาชนจึงเป็นผู้ที่สร้าง ส.ส. ขึ้นด้วยการเลือกตั้ง ผู้สมัคร ส.ส. ที่ต้องไปไหว้ หาเสียงกับชาวบ้านจึงทำให้ชาวบ้านมีความหมายขึ้นมา การเลือกตั้งจึงมีความสำคัญเพราะทำให้ชาวบ้านเป็นผู้กำหนดชะตากรรมของบุคคลที่จะมีอิทธิพลต่อไป

รัฐธรรมนูญฉบับวัฒนธรรมเป็นความพยายามในการให้ความสำคัญกับเงื่อนไขภายในของแต่ละสังคมมากกว่าการให้ความสำคัญของรัฐธรรมนูญด้วยคำอธิบายเชิงเทคนิคที่ปรากฏในตะวันตก เนื่องจากเป็นที่ชัดเจนว่าคำอธิบายในแนวทางดังกล่าวไม่สอดคล้องกับปรากฏการณ์จริงในสังคมไทย บนฐานความเชื่อว่าจะเป็นปัจจัยหลักต่อการให้คำอธิบายรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร โดยเชื่อว่าหากรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญฉบับวัฒนธรรมแล้ว ก็ไม่มีทางที่จะฉีกรัฐธรรมนูญทิ้งได้ไม่ว่าจะด้วยรตถึงกี่คนก็ตาม

การศึกษารัฐธรรมนูญเชิงรัฐศาสตร์/การเมือง

นอกจากการทำความเข้าใจในโครงสร้าง/ทฤษฎีของตะวันตกเป็นต้นแบบตามแนวทางการศึกษาแบบนิติ/สถาบัน การศึกษารัฐธรรมนูญเชิงรัฐศาสตร์/การเมืองจะอธิบายรัฐธรรมนูญตามความสัมพันธ์ของอำนาจในทางการเมืองงานศึกษาสำคัญในแนวทางนี้คือ รัฐธรรมนูญกับการพัฒนาการเมืองไทยของเสนอห์

จามริก⁵ และในภายหลังก็ได้มีการนำแนวทางดังกล่าวมาเป็นกรอบในการศึกษา รัฐธรรมนูญปรากฏขึ้นติดตามมา

โดยรัฐธรรมนูญตามแนวทางการศึกษาเชิงรัฐศาสตร์/การเมืองจะพิจารณา รัฐธรรมนูญว่าเป็นภาพสะท้อนของความสัมพันธ์ของอำนาจทางการเมืองว่าในแต่ละช่วงเวลา ใครมีอำนาจมากกว่าใครหรือเป็นการต่อสู้ช่วงชิงอำนาจระหว่างกลุ่มใด อำนาจทางการเมืองหรือ “สัมพันธภาพทางอำนาจ” ก็จะสะท้อนออกมาในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ซึ่งหากพิจารณาในบริบทของสังคมไทยแล้ว บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญสะท้อนถึงพลังอำนาจของฝ่ายต่างๆ ในทางการเมืองให้ปรากฏขึ้น

ดังเช่นภายหลังจากการเปลี่ยนแปลงการปกครอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม 10 ธันวาคม 2475 มาตรา 11 ได้บัญญัติว่า “พระบรมวงศานุวงศ์ตั้งแต่ชั้นหม่อมเจ้าขึ้นไปโดยกำเนิด หรือแต่งตั้งก็ตาม ย่อมดำรงอยู่ในฐานะเหนือการเมือง” บทบัญญัติดังกล่าวสะท้อนถึงการต่อสู้ระหว่างฝ่ายคณะราษฎรซึ่งต้องการให้สถาบันพระมหากษัตริย์พ้นไปจากการเมือง กับฝ่ายนิยมเจ้าซึ่งมีความเห็นที่แตกต่างออกไป

หรือในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2521 รัฐสภาจะประกอบด้วยสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา โดยสมาชิกของสภาผู้แทนราษฎรหรือ ส.ส. จะต้องมาจากการเลือกตั้ง ขณะที่สมาชิกของวุฒิสภาจะมาจากการแต่งตั้งโดยนายกรัฐมนตรี⁶ หรือในความสัมพันธ์ระหว่างทั้งสองสภาก็ปรากฏว่าประธาน

⁵ เสน่ห์ จามริก, การเมืองไทยกับพัฒนาการรัฐธรรมนูญ (กรุงเทพฯ: สถาบันไทยคดีศึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และมูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2529)

⁶ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2521 มาตรา 84 วุฒิสภาประกอบด้วยสมาชิกซึ่งพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งจากผู้ทรงคุณวุฒิซึ่งมีความรู้ความชำนาญในวิชาการหรือกิจการต่างๆ อันจะยังประโยชน์ให้เกิดแก่การปกครองแผ่นดิน มีสัญชาติไทยโดยการเกิด มีอายุไม่ต่ำกว่าสามสิบห้าปีบริบูรณ์ และไม่เป็นสมาชิกพรรคการเมืองหนึ่งพรรคการเมืองใด สมาชิกวุฒิสภาให้มีจำนวนไม่เกินสามในสี่ของจำนวนสมาชิกทั้งหมดของสภาผู้แทนราษฎร

วุฒิสภาจะดำรงตำแหน่งประธานรัฐสภา ส่วนประธานสภาผู้แทนราษฎรดำรงตำแหน่งรองประธานรัฐสภา⁷ การกำหนดความสัมพันธ์ในลักษณะดังกล่าวนี้เป็นสิ่งที่สะท้อนถึงสถานะของนักการเมืองอาชีพที่ขยายตัวกว้างขวางขึ้นในระบบการเมืองไทยภายหลังจากการสิ้นสุดของระบบเผด็จการทหารภายหลังเหตุการณ์ 14 ตุลาคม 2516 และอีกกลุ่มหนึ่งคือนักการเมืองจากระบอบราชการซึ่งยึดครองอำนาจในการเมืองมาอย่างยาวนาน อันเป็นผลให้ปรากฏรัฐธรรมนูญที่ต้องยอมรับบทบาทของทั้ง 2 กลุ่มดำรงอยู่ร่วมกัน หรือที่ถูกรเรียกว่า “ประชาธิปไตยครึ่งใบ”

การศึกษารัฐธรรมนูญในเชิงรัฐศาสตร์/การเมืองที่สะท้อนถึงพลังอำนาจของแต่ละฝ่ายจึงทำให้สามารถเข้าใจถึงบทบาทของแต่ละกลุ่มในทางการเมืองในห้วงเวลานั้นๆ ได้ ในแง่นี้แม้จะเป็นรัฐธรรมนูญที่เป็นเผด็จการหรือไม่สอดคล้องกับอุดมการณ์แบบเสรี/ประชาธิปไตยก็มีคุณค่าต่อการทำความเข้าใจเพราะทำให้ตระหนักถึงความเป็นจริงที่ดำรงอยู่ในสังคม โดยทั้งนี้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญสามารถที่จะเปลี่ยนแปลงไปได้ตามความสัมพันธ์ทางอำนาจของกลุ่มต่างๆ ที่อาจขยายตัวหรือลดลงตามแต่เงื่อนไขปัจจัยในแต่ละช่วงเวลา เพราะการศึกษาในลักษณะดังกล่าวนี้จะสามารถมองเห็นความเปลี่ยนแปลงอย่างชัดเจนจึงต้องเป็นการศึกษารัฐธรรมนูญในรอบเวลาที่เป็ระยะยาว มิใช่เพียงการอธิบายหรือทำความเข้าใจกับรัฐธรรมนูญเป็นรายฉบับซึ่งจะทำให้ไม่สามารถมองเห็นความเปลี่ยนแปลงทางอำนาจที่เพิ่มขึ้นหรือลดลงของฝ่ายต่างๆ ได้

หากเปรียบเทียบกับการศึกษารัฐธรรมนูญเชิงนิติ/สถาบัน แนวทางในแบบ

⁷ มาตรา 75 ประธานวุฒิสภาเป็นประธานรัฐสภา ประธานสภาผู้แทนราษฎรเป็นรองประธานรัฐสภา ประธานรัฐสภามีอำนาจหน้าที่ดำเนินการของรัฐสภาในกรณีประชุมร่วมกันให้เป็นไปตามระเบียบ และมีอำนาจหน้าที่อื่นตามที่บัญญัติในรัฐธรรมนูญนี้ ในกรณีที่ประธานรัฐสภาไม่อยู่หรือไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ได้ให้รองประธานรัฐสภาทำหน้าที่แทน

แรกจะเป็นการศึกษาต้นไม้ของตะวันตกว่ามีลักษณะอย่างไร ออกดอกออกผล
มามีหน้าตาเช่นใด แต่สำหรับการศึกษาในเชิงรัฐศาสตร์/การเมืองเป็นการศึกษา
ถึงการนำต้นไม้ของตะวันตกเข้ามาเพาะปลูกในสังคมไทย ว่าทำให้ออกดอก
ออกผลมามีรูปร่างหน้าตาอย่างไร เหมือนหรือแตกต่างไปจากที่เป็นต้นแบบ
อยู่ในบริบทของสังคมตะวันตก

การศึกษารัฐธรรมนูญเชิงเศรษฐศาสตร์

แนวทางการวิเคราะห์รัฐธรรมนูญในอีกแง่มุมหนึ่งซึ่งปรากฏขึ้นใน
แวดวงวิชาการของไทยคือ การนำเอามุมมองทางเศรษฐศาสตร์มาวิเคราะห์
รัฐธรรมนูญ หรือที่เรียกกันว่า “เศรษฐศาสตร์รัฐธรรมนูญ” อย่างไรก็ตาม ใน
เบื้องต้นการวิเคราะห์รัฐธรรมนูญด้วยแง่มุมทางเศรษฐศาสตร์ก็มีแนวทาง
ที่แตกต่างหลากหลายกันออกไปตามแต่ละสำนักความคิด เช่น แนวทาง
ในการวิเคราะห์แบบมาร์กซิสต์ (Marxist Approach) เป็นต้น สำหรับงาน
ศึกษารัฐธรรมนูญไทยในทางเศรษฐศาสตร์ที่ปรากฏขึ้นจะเป็นการศึกษา
ด้วยแนวความคิดแบบเศรษฐศาสตร์เสรีนิยม โดยมีงานเรื่อง “เศรษฐศาสตร์
รัฐธรรมนูญ” ของรังสรรค์ ธนะพรพันธุ์⁸ เป็นตัวอย่างของแนวทางการวิเคราะห์
รัฐธรรมนูญด้วยมุมมองทางเศรษฐศาสตร์

รัฐธรรมนูญในมุมมองแบบเศรษฐศาสตร์เสรีนิยมจะเป็นอภิธานที่ทำ
หน้าที่กำกับตลาดการเมือง ทั้งนี้โดยทั่วไปการวิเคราะห์ระบบตลาดมักจะให้
ความสำคัญกับสินค้าเอกชนซึ่งมุ่งผลิตสินค้าหรือบริการที่ตอบสนองต่อความ
ต้องการของปัจเจกบุคคล ตลาดที่มีการแข่งขันอย่างสมบูรณ์จะเป็นตลาดใน
อุดมคติที่นำมาซึ่งการผลิตอย่างมีประสิทธิภาพ ในตลาดที่มีการแข่งขันอย่าง
สมบูรณ์ผู้ซื้อจะมีอิทธิพลในการซื้อขาย สำหรับผู้ขายจะมีความสามารถในการ
ต่อรองที่น้อย การผลิตสินค้าประเภทใดถ้าไม่ตอบสนองต่อความต้องการของผู้

ซื้อก็ต้องออกไปจากตลาด ตลาดที่มีการผูกขาดเป็นระบบที่จะทำให้เกิด
การผลิตและการแข่งขันที่เป็นเสรีอันนำมาซึ่งการผลิตที่ไร้ประสิทธิภาพ ดังเช่น
การผูกขาดการผลิตสินค้าโดยผู้ผลิตบางราย

สำหรับตลาดการเมืองก็เช่นเดียวกันถือเป็นตลาดซื้อขายนโยบาย โดยมี
นักการเมือง/พรรคการเมืองเป็นผู้เสนอเม็ดเงินนโยบายเข้าสู่ตลาดการเมือง และ
ประชาชนผู้มีสิทธิเลือกตั้งเป็นผู้ซื้อบริการการเมืองด้วยการลงคะแนนเสียงให้
กับนักการเมือง/พรรคการเมือง อย่างไรก็ตาม ในตลาดการเมืองประชาชนซึ่ง
เป็นผู้ซื้อนโยบายด้วยการลงคะแนนตกอยู่ในฐานะที่เสียเปรียบเนื่องจากต้อง
ชำระราคาไปก่อนด้วยการลงคะแนน แต่ไม่มีหลักประกันว่าจะได้สินค้าที่ตนเอง
ต้องการตอบแทนกลับมาภายหลังจากการเลือกตั้ง

ความเสียเปรียบของผู้ซื้อในตลาดการเมืองจะปรากฏขึ้นใน 2 ลักษณะ
สำคัญ คือ ประการแรก ความไม่สมบูรณ์ของสัญญา เนื่องจากสินค้าในตลาด
การเมืองต่างจากสินค้าเอกชนเมื่อปัจเจกบุคคลซื้อสินค้าย่อมได้สิ่งที่ต้องการ
แต่ซื้อขายนโยบายไม่ปรากฏเป็นสัญญาที่แจ้งชัดว่าสินค้าจะมีรูปร่างหน้าตา
อย่างไร ประการที่สอง ผู้ซื้อจะต้องเผชิญกับความเสี่ยงจากการซื้อนโยบายของ
นักการเมือง/พรรคการเมือง เนื่องจากการที่บุคคลหรือพรรคการเมืองที่ตนเอง
เลือกไม่ได้รับการเลือกตั้ง หรือได้รับการเลือกตั้งเข้าไปแล้วแต่ไม่ได้เข้าไปเป็น
รัฐบาลจึงทำให้โอกาสนโยบายไปปฏิบัติยากจะเกิดขึ้น หรือแม้ได้เป็นรัฐบาล
แต่บุคคลหรือพรรคการเมืองก็อาจผิดสัญญาโดยไม่นำเอาเม็ดเงินนโยบายที่เสนอ
ขายไว้ไปเป็นนโยบายของรัฐบาล

การบังคับให้ส่งมอบสินค้าแก่ประชาชนตามที่ได้หาเสียงไว้ไม่ใช่กลไกทาง
กฎหมายหากแต่เป็นข้อเสีย ดังนั้นหากมีการเลือกตั้งในครั้งต่อไปประชาชน
ก็อาจเกิดความเคลือบแคลงและไม่ไว้วางใจต่อข้อเสนอขายของนักการเมือง/
พรรคการเมืองนั้นอีก เมื่อเป็นเช่นนี้จึงย่อมเป็นกลไกบังคับให้นักการเมือง/
พรรคการเมืองต้องปฏิบัติตามคำสัญญาของตน อย่างไรก็ตาม ในสังคม
การเมืองไทย เมื่อไม่สามารถส่งมอบนโยบายตามที่ให้คำมั่นสัญญาไว้แก่

⁸ รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์, เศรษฐศาสตร์รัฐธรรมนูญ: บทวิเคราะห์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 เล่ม 1 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มติชน, 2546)

ประชาชน ด้วยกลไกของระบบตลาดที่ติดขัดจึงทำให้แปรเปลี่ยนไปสู่การใช้เงินระบบตลาดการเมือง แทนที่นักการเมือง/พรรคการเมืองจะเสนอเม็ดเงินนโยบายก็แปรเปลี่ยนเป็นการเสนอเงินให้กับประชาชนและประชาชนก็จะลงคะแนนของตนให้เป็นการตอบแทนในระบบตลาดการเมือง ทำให้ระบบตลาดการเมืองเบี่ยงเบนไปจากการแลกเปลี่ยนนโยบายกับคะแนนเสียงของประชาชนมาเป็นการใช้เงินแลกเปลี่ยนกับคะแนนของประชาชนแทน

ความพยายามในการปฏิรูปการเมืองตามแนวคิดแบบเศรษฐศาสตร์รัฐธรรมนูญจึงเป็นความพยายามทำให้ตลาดการเมืองมีการแข่งขันสมบูรณ์มากขึ้น เช่น ทำหน้าที่เป็นอุปสรรคต่อการแข่งขันดังการกำหนดให้ผู้สมัครสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรต้องสังกัดพรรคควรต้องยกเลิก เพื่อให้การเข้าสู่ตลาดเป็นไปได้อย่างเสรีและไม่ถูกจำกัดไว้โดยเงื่อนไขใด ระบบการเลือกตั้งที่ไม่เอื้อต่อการแข่งขันก็ต้องได้รับการแก้ไขให้เกิดการแข่งขันอย่างสมบูรณ์มากที่สุด

ความลึกลับของรัฐธรรมนูญไทย

ความผันผวนที่เกิดขึ้นกับรัฐธรรมนูญไทยนับตั้งแต่ภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครองมาจวบจนกระทั่งปัจจุบัน ในแง่หนึ่งได้ส่งผลกระทบต่อแนวทางการให้คำอธิบายกับรัฐธรรมนูญในเชิงนิติ/สถาบัน เนื่องจากเป็นสิ่งที่ไม่สอดคล้องกับปรากฏการณ์ที่เกิดขึ้นจริง โดยเฉพาะอย่างยิ่งกับคำอธิบายว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดที่มีสถานะเหนือกฎหมายอื่นใดซึ่งจะมาขัดหรือแย้งไม่ได้ อันเป็นปรากฏการณ์ที่ไม่ได้เกิดขึ้นในหลายประเทศ ยิ่งหากพิจารณาจากตะวันตกซึ่งเป็นต้นแบบของรัฐธรรมนูญก็จะมีพบความแตกต่างอย่างสำคัญ กระทั่งสามารถกล่าวได้ว่ารัฐธรรมนูญในสังคมไทยมีความหมายและสถานะที่มีลักษณะเฉพาะเป็นของตนเองอย่างมาก

ความผันแปรของรัฐธรรมนูญได้นำมาซึ่งข้อถกเถียงทั้งในแวดวงวิชาความรู้และในด้านของการบังคับใช้ที่เกิดขึ้นจริงในสังคมไทย หลักวิชาทางด้านรัฐธรรมนูญไม่อาจจำกัดขอบเขตความเข้าใจไว้ในด้านของการอธิบายตัว

บทบัญญัติหรือการตีความเนื้อหาของรัฐธรรมนูญเพียงอย่างเดียว หากจำเป็นต้องขยายมิติการมองให้ครอบคลุมกว้างขวางออกไปสอดคล้องกับเงื่อนไขเฉพาะของสังคมไทย การทำความเข้าใจรัฐธรรมนูญทั้ง 4 แนวทางดังที่กล่าวมาถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของความพยายามในทางวิชาการที่จะช่วยทำให้มองเห็นภาพของรัฐธรรมนูญไทยในมิติต่างๆ ที่กว้างขวางมากขึ้น

การทำความเข้าใจต่อรัฐธรรมนูญของไทยจึงจำเป็นที่จะต้องอาศัยความรู้ในมิติต่างๆ เข้ามาประกอบเป็นแนวทางในการศึกษาซึ่งจะช่วยให้สามารถมองเห็น “รัฐธรรมนูญไทย” ที่สอดคล้องกับความเป็นจริงได้มากยิ่งขึ้น การสร้างคำอธิบายในการให้ความหมายของรัฐธรรมนูญไทยจึงนับความท้าทายสำคัญประการหนึ่งว่าแนวทางในการให้คำอธิบายแบบใดจะสามารถมี “พลัง” ต่อการศึกษาทำความเข้าใจรัฐธรรมนูญมากที่สุดซึ่งยังเปิดกว้างต่อสติปัญญาของบรรดาผู้คนที่เกี่ยวข้องและทำการศึกษารัฐธรรมนูญอยู่ ๕

บรรณานุกรม

- ประเจิดอักษรลักษณ์, หลวง. (2477). **กฎหมายรัฐธรรมนูญ: คำสอนชั้นปริญญาตรี**. พระนคร: มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง.
- เดือน บุนนาค และ ไพโรจน์ ชัยนาม. (2477). **คำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญ (รวมทั้งกฎหมายการเลือกตั้งด้วย) ภาค 1 หลักทั่วไปของกฎหมายรัฐธรรมนูญ**. พระนคร: โรงพิมพ์นิติสาส์น.
- นิธิ เสือศรีวงศ์. (2547). “รัฐธรรมนูญฉบับวัฒนธรรมไทย” ใน **ชาติไทย, เมืองไทย, แบบเรียนและอนุสาวรีย์**. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: มติชน. 2547.
- เสนห์ จามริก. (2529). **การเมืองไทยกับการพัฒนาการรัฐธรรมนูญ**. กรุงเทพฯ: สถาบันไทยคดีศึกษา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์และมูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์.
- รังสรรค์ ธนะพรพันธุ์. (2546). **เศรษฐศาสตร์รัฐธรรมนูญ: บทวิเคราะห์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 เล่ม 1**. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มติชน.

สถาบันพระมหากษัตริย์ กับกระบวนการสร้าง รัฐธรรมนูญจารีตประเพณี ว่าด้วยการรัฐประหาร¹

บีจูนี กองแก้ว²

บทคัดย่อ

งานเขียนนี้ทำการศึกษาถึงการรัฐประหารที่เกิดขึ้นทั้ง 12 ครั้งโดยพิจารณาจากบทบาทความสัมพันธ์ของสถาบันพระมหากษัตริย์กับการรัฐประหารที่เกิดขึ้นและข้อถกเถียงทางกฎหมายที่เกิดขึ้นต่อการรัฐประหาร จากการศึกษาพบว่าสามารถแบ่งบทบาทของสถาบันพระมหากษัตริย์กับการรัฐประหารได้ 3 ช่วงเวลา ดังนี้ คือ ช่วงที่ 1 พ.ศ.2475 - 2500 ซึ่งเป็นช่วงการรัฐประหารก่อนการก่อตัวเป็นรูปแบบจารีตประเพณี ช่วงที่ 2 พ.ศ.2501 - พ.ศ.2516 การรัฐประหารในช่วงที่ก่อตัวเป็นจารีตประเพณี ช่วงที่ 3 พ.ศ.2517 - พ.ศ.2549 การรัฐประหารตามจารีตประเพณี โดยจะแสดงให้เห็นว่าการรัฐประหารได้มีการพัฒนารูปแบบของการรัฐประหารมาอย่างซ้ำๆ จนในที่สุดก็ปรากฏรูปแบบของการรัฐประหารที่ชัดเจน โดยมีสถาบันพระมหากษัตริย์เป็นส่วนหนึ่งในการสร้าง

¹ บทความนี้เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง สถาบันพระมหากษัตริย์กับกระบวนการสร้างรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีว่าด้วยการรัฐประหาร” (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2555).

² นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

การเป็นรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีที่ได้รับการยอมรับจากประชาชน

ABSTRACT

This article is a study of the coup d'etat that have taken place in Thailand for all together twelve times by considering the role of the relationship of the monarch and the coup d'etat, as well as legal debates that have arisen related to coup d'etat. From the study, the student has found that the role of the monarch and the coup d'etat could be divided into three periods of time, which are the 1st period, between B.E. 2475-2500, which was the coup d'etat period before they were organized customary; the 2nd period, between B.E. 2501-2516, the coup d'etat during the custom organization; and the 3rd period, between 2517-2549, the custom coup d'etat. The summary will show how the pattern of coup d'etat has been gradually developed until it nally has its own clear pattern with the monarch playing a part in creating the constitutional customary that is deemed to be acceptable by the general public

บทนำ

การเปลี่ยนแปลงการปกครองในเช้าวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ. 2475 โดยคณะราษฎร ผู้ซึ่งทำการเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ไปสู่การปกครองระบอบประชาธิปไตย ทำให้ประเทศไทยมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศ ในประกาศคณะราษฎร ฉบับที่ 1 ได้วางหลักการของประชาธิปไตยที่สำคัญคือ อำนาจอธิปไตยเป็นของปวงชน โดยมีสภาผู้แทนราษฎรเป็นองค์กรปกครองสูงสุดในการใช้อำนาจอธิปไตย และมีพระมหากษัตริย์ซึ่งอยู่ภายใต้กฎหมายเป็นประมุขของประเทศ พระมหากษัตริย์จะกระทำการใดๆ ต้องได้รับความเห็นชอบจากสภาผู้แทนราษฎรเท่านั้น หลักการดังกล่าวยังปรากฏในพระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยาม

ชั่วคราว พ.ศ. 2475

สถาบันพระมหากษัตริย์ในฐานะที่เป็นองค์กรทางการเมืองหนึ่งที่มีรัฐธรรมนูญให้การรับรองและกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ดังนั้น สถาบันพระมหากษัตริย์จึงมีหน้าที่พื้นฐานในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญอันเนื่องมาจากรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่สถาปนาสถาบันพระมหากษัตริย์³ และยังต้องมีความเป็นกลางทางการเมือง ไม่เข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง อีกทั้งยังต้องสนับสนุนคณะรัฐบาลที่มาจากประชาชนในกรณีที่เกิดเหตุการณ์ที่ไม่ถูกต้องตามรัฐธรรมนูญ และไม่เป็นตามการปกครองระบอบประชาธิปไตย

แต่อย่างไรก็ดี ภายหลังจากการเปลี่ยนแปลงการปกครองแบบฉับพลันทำให้ข้าราชการ ประชาชนยังขาดความเข้าใจในระบบการปกครองใหม่ที่เกิดขึ้น รวมถึงกลุ่มเจ้านายที่แต่เดิมเคยมีอำนาจก็ถูกลดบทบาทลง จึงทำให้เกิดภาวะพึ่งพาอาศัย (symbiosis) ทางการเมือง ระหว่างรัฐราชการที่ไร้ความชอบธรรมกับพระมหากษัตริย์ที่ไร้อำนาจปกครองโดยตรง⁴ อันเนื่องมาจากเดิมที่พระมหากษัตริย์มีพระราชอำนาจสูงสุดและมีความชอบธรรมในการปกครองประเทศตามระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ กลับต้องพึ่งพารัฐซึ่งเป็นผู้ที่มีอำนาจปกครองโดยตรงตามการปกครองระบอบใหม่ โดยใช้อำนาจผ่านทางองค์กรต่างๆ ไม่ว่าจะเป็น คณะกรรมการราษฎร สภาผู้แทนราษฎร หรือศาล ไม่สามารถใช้อำนาจในการปกครองประเทศโดยตรงได้อีกต่อไป ในขณะที่เดียวกัน รัฐราชการที่เกิดมาจากการปฏิวัตินั้น เป็นรัฐที่ปกครองประเทศโดยการได้มาซึ่งอำนาจที่มีชอบธรรม จึงต้องอาศัยความชอบธรรมจากพระมหากษัตริย์เช่นกัน ทำให้เกิดสภาวะการพึ่งพาอาศัยกันของพระมหากษัตริย์และรัฐราชการลักษณะเช่นนี้ ปรากฏให้เห็นอยู่อย่างชัดเจนแม้กระทั่งในปัจจุบัน ดังเช่นการทูลเกล้าถวายรัฐธรรมนูญหรือธรรมนูญฉบับใหม่ให้พระมหากษัตริย์ทรงลงพระ

³ สมชาย ปรีชาศิลปกุล, สถาบันกษัตริย์ในระบบประชาธิปไตย, วิชาษา, ปีที่ 6 ฉบับที่ 1 ลำดับที่ 41 16 มีนาคม - 30 เมษายน, 2555, หน้า 19-20.

⁴ เกษียร เตชะพีระ, คำตาม. ฟาเดียวกัน, ปีที่ 1 ฉบับที่ 3 กรกฎาคม-กันยายน, 2546, หน้า 138-139.

ปรมาภิไธยเพื่อแสดงถึงความชอบธรรมภายหลังการรัฐประหาร

ทั้งนี้ จากการศึกษาเหตุการณ์ทางการเมือง เราจะพบว่ามีกการรัฐประหารเกิดขึ้นถึง 12 ครั้งในประเทศไทย จนอาจเรียกได้ว่าการรัฐประหารเป็นส่วนหนึ่งของการเมืองไทย มาตลอดเวลากว่า 80 ปี ของการเปลี่ยนแปลงการปกครอง สิ่งที่จะเห็นได้จากการรัฐประหารครั้งล่าสุด พ.ศ.2549 คือขั้นตอนของการรัฐประหาร โดยเริ่มจากการรัฐประหารเป็นผลสำเร็จ คณะรัฐประหารเข้าเฝ้าพระมหากษัตริย์เพื่อถวายรายงานสถานการณ์ที่เกิดขึ้น ยกเลิกรัฐธรรมนูญที่ประกาศใช้อยู่ในขณะนั้น และถวายรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ซึ่งเป็นของคณะรัฐประหาร ให้พระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยประกาศใช้ แทนรัฐธรรมนูญฉบับเดิมที่ได้ถูกยกเลิกไป ตลอดทั้งมีการตั้งรัฐบาลชั่วคราวขึ้นเพื่อบริหารประเทศ ขั้นตอนดังกล่าวข้างต้นนั้น มิได้มีข้อกำหนดอันเป็นลายลักษณ์อักษร และได้เกิดขึ้นตั้งแต่ครั้งแรกของการรัฐประหาร หากแต่เป็นสิ่งที่ค่อยๆ สร้างขึ้น และได้รับการปฏิบัติ ยอมรับตามกันมา จนกระทั่งกลายเป็นสิ่งที่เป็นเสมือนจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

งานเขียนนี้จะแสดงถึงการก่อกำเนิดความเปลี่ยนแปลง ในเชิงความสัมพันธ์ระหว่างสถาบันพระมหากษัตริย์กับกระบวนการสร้างรัฐธรรมนูญจารีตประเพณีที่ว่าด้วยการรัฐประหาร ที่ค่อยๆ ก่อตัวขึ้นและได้รับการยอมรับโดยทั่วไปผ่านทฤษฎีรัฐธรรมนูญจารีตประเพณี โดยแบ่งการรัฐประหารออกเป็น 3 ช่วงเวลา ช่วงที่ 1 ช่วงเวลาก่อนการก่อตัวเป็นรูปแบบจารีตประเพณี พ.ศ.2475 – 2500 ช่วงที่ 2 ช่วงเวลาการก่อตัวเป็นรูปแบบจารีตประเพณี พ.ศ.2501 – 2516 และช่วงที่ 3 เป็นช่วงเวลาการรัฐประหารเป็นรูปแบบที่ชัดเจนและกลายเป็นรูปแบบจารีตประเพณีของการรัฐประหาร พ.ศ.2517 – 2549

ช่วงที่ 1 ช่วงเวลาก่อนการก่อตัวเป็นรูปแบบ จารีตประเพณี คือ พ.ศ.2475 – 2500

ช่วงเวลานี้เป็นช่วงเวลาตั้งแต่ภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ.

2475 จนกระทั่ง พ.ศ.2500 ซึ่งเป็นช่วงที่เริ่มวางแนวทางการปกครองระบอบใหม่ ภายหลังจากการปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ที่ยาวนาน พระบารมีของพระมหากษัตริย์ รวมถึงกลุ่มเจ้านายมีอำนาจและมีรากฐานที่มั่นคงอยู่ในประเทศไทย ดังนั้นเมื่อเกิดการเปลี่ยนแปลงการปกครองขึ้น กลุ่มเจ้านายทั้งหลายย่อมเกิดความไม่พอใจต่อการปกครองระบอบใหม่ ที่ลดทอนอำนาจเดิมของกลุ่มตน ในช่วงแรกของการเปลี่ยนแปลงการปกครองนั้น จึงเป็นช่วงของการประนีประนอมกันระหว่างกลุ่มเจ้านายผู้สูญเสียอำนาจกับคณะราษฎรผู้ทำการเปลี่ยนแปลงการปกครอง รวมถึงมีความพยายามในการป้องกันการรัฐประหารยึดอำนาจคณะราษฎรจากกลุ่มที่ไม่พอใจต่อการเปลี่ยนแปลงการปกครอง จึงเกิดความพยายามหาข้ออธิบายเพื่อป้องกันเหตุการณ์ยึดอำนาจที่อาจเกิดขึ้นในอนาคต

โดยหลังจากที่คณะราษฎร ที่นำโดยพระยาพหลพลพยุหเสนาได้ทำการยึดอำนาจการปกครองเป็นที่เรียบร้อยแล้ว ก็ได้ทำการส่งผู้แทนนำหนังสือเพื่อกราบบังคมทูลถวายพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวฯ ในวันที่ 24 มิถุนายน พ.ศ.2475 ให้พระองค์ยอมรับเป็นพระมหากษัตริย์ภายใต้รัฐธรรมนูญ และให้ทรงพระราชทานรัฐธรรมนูญ พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวฯ ทรงเสด็จกลับสู่พระนครโดยรถไฟในเวลาเที่ยงคืนของวันที่ 25 มิถุนายน พ.ศ.2475 มาประทับที่พระราชวังดุสิต ต่อมาในวันที่ 26 มิถุนายน พ.ศ.2475 คณะราษฎรได้ทำการส่งสาส์น 2 ฉบับ เพื่อให้พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวฯ ทรงลงพระปรมาภิไธย ฉบับหนึ่งคือธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยาม พ.ศ.2475 และอีกฉบับหนึ่งคือ พระราชกำหนดนิรโทษกรรมคณะราษฎรนั่นเอง โดยพระบาทสมเด็จพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวฯ ทรงลงพระปรมาภิไธยในพระราชกำหนดนิรโทษกรรมเพียงฉบับเดียว และทรงลงพระปรมาภิไธยในร่างธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยาม พ.ศ.2475 ในวันที่ 27 มิถุนายน พ.ศ.2475 โดยทรงใช้คำว่า “ชั่วคราว” ต่อท้าย การปกครองในระบอบใหม่ก็ได้เริ่มต้นขึ้นในบ่ายวันที่ 28 มิถุนายน พ.ศ.2475 ภายใต้อำนาจของคณะราษฎรปกครองแผ่นดินสยามชั่วคราว พ.ศ.2475” ซึ่งมีการบัญญัติถึงอำนาจอธิปไตย

ว่าเป็นของประชาชน เมืองครุฑที่ใช้อำนาจแทนประชาชน 4 องค์กร ได้แก่ พระมหากษัตริย์ สถาผู้แทนราษฎร คณะกรรมการราษฎร และศาลยุติธรรม

ต่อมาได้มีการเลือกอนุกรรมการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ.2475 ขึ้น โดยมีอนุกรรมการทั้งหมด 9 ท่าน และมีหลวงประดิษฐมนูธรรมเพียงท่านเดียวที่เป็นอนุกรรมการที่มาจากคณะราษฎร⁵ ระหว่างการร่างรัฐธรรมนูญนั้น เกิดการแย่งชิงอำนาจกันระหว่างฝ่ายเจ้าซึ่งเป็นเจ้าของอำนาจเดิมกับฝ่ายคณะราษฎรที่ทำการเปลี่ยนแปลงการปกครอง โดยธรรมนูญที่ร่างขึ้นใหม่นี้มีประเด็นสำคัญที่เป็นข้อโต้เถียงอย่างหนึ่งก็คือสถานะของกลุ่มเจ้า เนื่องจากตามร่างฉบับใหม่นี้กำหนดให้พระมหากษัตริย์รวมถึงพระบรมวงศานุวงศ์ทรงอยู่เหนือการเมือง ซึ่งเป็นที่รู้กันมาก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครองนั้นกลุ่มที่มีบทบาทในการปกครองประเทศส่วนใหญ่เป็นกลุ่มเจ้า การจำกัดบทบาทจึงนำมาซึ่งความไม่พอใจและการโต้แย้งของกลุ่มเจ้า จนในที่สุดได้มีการนำประเด็นดังกล่าวถวายให้พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวฯ ทรงมีพระบรมราชวินิจฉัย ซึ่งพระองค์ก็ทรงเห็นด้วยว่าเจ้านายควรอยู่เหนือการเมืองและหากสภายกเลิกบทบัญญัตินี้ออกอันเนื่องมาจากมีพวกเจ้าไม่พอใจนั้น พระองค์ก็จะไม่ทรงลงพระปรมาภิไธยในรัฐธรรมนูญฉบับถาวร⁶

ความขัดแย้งดังกล่าว นำไปสู่การมีพระราชดำรัสถึงบทบาทของพระมหากษัตริย์ในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญเมื่อเกิดการกบฏล้มล้างรัฐธรรมนูญ โดยทรงมีพระราชดำรัสเมื่อครั้งที่พระยาพลพลพยุหเสนาได้เข้าเฝ้าและกราบทูลถึงการพิทักษ์รัฐธรรมนูญของพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวฯ ที่ว่าควรเขียนไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่ว่า พระมหากษัตริย์มีหน้าที่พิทักษ์รัฐธรรมนูญ พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าฯ จึงมีรับสั่งให้พระยาพลพลพยุหเสนาและนายปรีดี พนมยงค์ เข้าเฝ้าฯ โดยมีพระราชดำรัสว่าไม่ต้องเขียนเนื่องจากพระมหากษัตริย์มีหน้า

⁵ สุพจน์ ด้านตระกูล, ประวัติรัฐธรรมนูญ, (นนทบุรี: สถาบันวิทยาศาสตร์สังคม, 2550), หน้า 22.

⁶ ยาสุกิจิ ยาตาเบ, บันทึกของทูตญี่ปุ่น ผู้เห็นเหตุการณ์ปฏิวัติ 2475 การปฏิวัติและการเปลี่ยนแปลงในประเทศไทย, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มติชนปากเกร็ด, 2550), หน้า 66-67.

ที่พิทักษ์รัฐธรรมนูญอยู่แล้ว ยังทรงรับสั่งด้วยว่าหากมีทหารที่ถูกปลดกองหนุนไปจะคิดล้มล้างรัฐบาลขึ้นมาแล้วทูลเกล้าถวายรัฐธรรมนูญใหม่ให้ทรงลงพระปรมาภิไธย พระองค์ก็จะถือว่าเป็นกบฏ

“พระยาพลพลกราบบังคมทูลว่าการทรงพิทักษ์รัฐธรรมนูญนั้นจะทรงทำอย่างไร พระปกเกล้าฯ รับสั่งว่า ถ้ารัฐบาลเสนอเรื่องใดที่ขัดรัฐธรรมนูญ พระองค์ก็ส่งกลับคืนไป โดยไม่ทรงลงพระปรมาภิไธยให้ พระยาพลฯ กราบทูลต่อไปว่า คณะราษฎรเป็นห่วงว่า นายทหารที่ถูกปลดกองหนุนไปจะคิดล้มล้างรัฐบาลขึ้นมา แล้วจะทูลเกล้าถวาย รัฐธรรมนูญใหม่ของพวกเขาให้ทรงลงพระปรมาภิไธย จะโปรดเกล้าฯอย่างไร รับสั่งว่า พระองค์จะถือว่า พวกนั้นเป็นกบฏ และในฐานะจอมทัพ พระองค์จะถือว่าพวกนั้นเป็นราชศัตรูที่ขัดพระบรมราชโองการ ถ้าพวกนั้นจะบังคับให้พระองค์ทรงลงพระปรมาภิไธย พระองค์ก็จะสละราชสมบัติ ให้พวกเขาหาเจ้านายองค์อื่นลงพระปรมาภิไธยให้”

จากพระราชดำรัสดังกล่าว เป็นจุดเริ่มต้นแนวคิดพระมหากษัตริย์อยู่ในฐานะผู้ปกป้องรัฐธรรมนูญ ซึ่งปรากฏขึ้นครั้งแรกภายหลังจากการเปลี่ยนแปลงการปกครองไม่นาน

นอกจากนี้ เมื่อมีการยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยามเสร็จแล้ว และได้มีการเสนอเข้าสู่สภาผู้แทนราษฎรในวันที่ 16 พฤศจิกายน พ.ศ.2475 พระยามโนปกรณนิติธาดา ประธานอนุกรรมการยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ.2475 ได้ทำคำแถลงมีเนื้อหาบางตอน ดังนี้

“อนึ่ง ข้าพเจ้าขอเสนอด้วยว่า ในการร่างรัฐธรรมนูญนี้ อนุกรรมการได้ทำการติดต่อกับพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวตลอดเวลา จนถึงอาจจะกล่าวได้ว่าได้ร่วมมือกันทำข้อความตลอดในร่างที่เสนอมานี้ ได้ทูลเกล้าฯ ถวาย

⁷ ปรีดี พนมยงค์, “จงพิทักษ์เจตนารมณ์ประชาธิปไตยสมบูรณ์ของวีรชน 14 ตุลาคม, ปรีดี พนมยงค์ กับสังคมไทย, กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2526, หน้า 440.

และทรงเห็นชอบด้วยทุกประการแล้ว และที่กล่าวได้ว่าทรงเห็นชอบนั้น ไม่ใช่แค่เพียงทรงเห็นชอบด้วยอย่างข้อความที่กราบบังคมทูลขึ้นไป ยิ่งกว่านั้น เป็นที่พอพระราชหฤทัยมาก...”⁸

กระทั่งในวันที่ 10 ธันวาคม พ.ศ.2475 ก็ได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ.2475 จากพระราชดำริและคำปรารภในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ.2475 แสดงให้เห็นถึงแนวทางคำอธิบายเริ่มแรกของพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ที่ทรงมีต่อรัฐธรรมนูญ คือทรงอยู่ในฐานะที่เป็นผู้ปกป้องพิทักษ์รัฐธรรมนูญ อันเนื่องมาจากรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่สถาปนาสถาบันพระมหากษัตริย์ให้คงอยู่⁹ และหากการกระทำใดที่ไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ ขัดต่อรัฐธรรมนูญแล้วนั้น พระองค์ก็จะไม่ทรงลงพระปรมาภิไธย¹⁰ ดังนั้น ในกรณีที่เกิดการรัฐประหาร หากพิจารณาตามแนวทางในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญของพระมหากษัตริย์ ผู้ที่ก่อการรัฐประหารนั้นจะถูกถือได้ว่าเป็นกบฏ

แต่อย่างไรก็ดี จากเหตุการณ์การเปลี่ยนแปลงการปกครองทั้งหมดที่เกิดขึ้น แม้จะดูเหมือนเป็นการเปลี่ยนแปลงที่เรียบง่าย ไม่มีความรุนแรงอันใด แต่ความไม่พอใจของกลุ่มเจ้าที่แต่เดิมเคยมีอำนาจต้องเสียอำนาจไป การขาดความเข้าใจอันดีในระบอบการปกครองใหม่ อีกทั้งยังมีความขัดแย้งที่เกิดขึ้นจากการร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ.2475 ฉบับถาวร และความขัดแย้งจากการเสนอร่างเค้าโครงการเศรษฐกิจแห่งชาติ

ทำให้ในวันที่ 1 เมษายน พ.ศ.2476 พระยามโนปกรณนิติธาดา นายกรัฐมนตรีในขณะนั้นได้อ้างถึงความวุ่นวายที่เกิดขึ้นในสภาผู้แทนราษฎร อัน

⁸ สุพจน์ ด้านตระกูล, อ้างแล้ว, หน้า 23-24.

⁹ สมชาย ปรีชาศิลปกุล, อ้างแล้ว, หน้า 19-20.

¹⁰ หยุด แสงอุทัย, คำบรรยายชั้นปริญญาโท คณะรัฐศาสตร์ หลักสูตรรัฐธรรมนูญและกฎหมายเลือกตั้งทั่วไป, อ้างแล้ว, หน้า 208.

เกิดจากการวางแนวนโยบายด้านเศรษฐกิจ¹¹ ทำการรัฐประหารโดยทำการยึดอำนาจจากสภาผู้แทนราษฎรของตนเอง ประกาศพระราชกฤษฎีกาซึ่งเป็นกฎหมายที่มีลำดับชั้นต่ำกว่ารัฐธรรมนูญมาดใช้รัฐธรรมนูญบางมาตรา ส่วนบทบัญญัติอื่นๆ ในรัฐธรรมนูญที่ไม่ขัดกับพระราชกฤษฎีกานี้ให้คงให้อยู่ต่อไป ทำการปิดสภาผู้แทนราษฎร และตั้งคณะรัฐมนตรีชุดใหม่¹² โดยให้คณะรัฐมนตรีชุดใหม่เป็นผู้ใช้อำนาจต่างๆ ตามที่รัฐธรรมนูญได้ให้ไว้แก่คณะรัฐมนตรี ข้ออ้างหลักในการทำการรัฐประหารในครั้งนี้ คือ ปัญหาคอมมิวนิสต์¹³

ในที่สุดสภาผู้แทนราษฎรก็ได้ถูกปิดลง รัฐธรรมนูญที่เพิ่งมีการประกาศใช้ไม่นานก็ได้ถูกดัดใช้บังคับในบางมาตรา ข้าราชการอาวุโสจากระบบเก่าได้ถูกอำนาจทางการเมือง คณะรัฐมนตรีกลายเป็นองค์กรทางการเมืองเดียวที่ใช้อำนาจทั้งด้านนิติบัญญัติและด้านบริหาร¹⁴ มีการตั้งคณะรัฐมนตรีชุดใหม่โดยการตราเป็นพระราชกฤษฎีกา โดยมีพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวฯ เป็นผู้ลงพระปรมาภิไธย การรัฐประหารครั้งนี้จึงเป็นการการรัฐประหารที่อาศัยการประกาศพระราชกฤษฎีกาเพียงฉบับเดียว ในการดัดใช้กฎหมายที่มีลำดับสูงกว่าเช่นรัฐธรรมนูญได้

หากพิจารณาจากหลักการที่พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวฯ ได้ทรงตรัสไว้กับพระยาพหลพลพยุหเสนา ในการพิทักษ์รัฐธรรมนูญนั้น การออกพระราชกฤษฎีกาปิดสภาและดัดใช้รัฐธรรมนูญบางมาตราของพระยามโนปกรณนิติธาดา แม้จะไม่ถึงกับเป็นล้มล้างรัฐธรรมนูญแต่ก็ถือว่าการกระทำดังกล่าว มิได้เป็นไปตามวิถีทางของรัฐธรรมนูญ การรัฐประหารในครั้งนี้อาจไม่เป็นผล หาก

¹¹ ชาญวิทย์ เกษตรศิริ, ประวัติการเมืองไทย, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ดอกหญ้า, 2538), หน้า 125-128.

¹² พระราชกฤษฎีกา ให้ปิดประชุมสภาผู้แทนราษฎร และตั้งคณะรัฐมนตรีชุดใหม่, 1 เมษายน 2476 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 50 หน้า 1.

¹³ อารังศักดิ์ เพชรเลิศอนันต์, “ข้ออ้าง” การปฏิวัติ-รัฐประหาร-กบฏในการเมืองไทยปัจจุบัน: บทวิเคราะห์และเอกสาร, มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2550, หน้า 25.

¹⁴ ชาญวิทย์ เกษตรศิริ, อ้างแล้ว, หน้า 125-128.

พระองค์ทรงปฏิเสธที่จะลงพระปรมาภิไธยในพระราชกฤษฎีกาฉบับดังกล่าว¹⁵ การออกพระราชกฤษฎีกาฉบับนี้ คือการรัฐประหารที่แอบอ้างพระบารมีและเป็นการทำให้สถาบันพระมหากษัตริย์ลงมาสู่ความขัดแย้งทางการเมือง ภายหลังการเปลี่ยนแปลงการปกครอง¹⁶

หลังจากการรัฐประหารตนเองของพระยามโนปกรณนิติธาดาเพียง 2 เดือน พระยาพหลพลพยุหเสนา ได้มีหนังสือถึงพระยามโนปกรณนิติธาดา แจ้งให้คณะรัฐบาลของพระยามโนปกรณนิติธาดาลาออกจากตำแหน่ง เพื่อบังคับใช้รัฐธรรมนูญต่อไปและทำการเปิดสภาผู้แทนราษฎรที่ได้ถูกปิดไป ซึ่งการกระทำดังกล่าว เป็นการกระทำเพื่อปกป้องรัฐธรรมนูญ ซึ่งจะแตกต่างจากการรัฐประหารครั้งอื่นๆ ที่เป็นการรัฐประหารเพื่อยกเลิกรัฐธรรมนูญ¹⁷

ในที่สุด พระยามโนปกรณนิติธาดาได้ยื่นใบลาออกจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรี พร้อมกันนี้คณะรัฐประหารได้ส่งเจ้าพระยาพิชัยญาติ ผู้ดำรงตำแหน่งประธานสภาผู้แทนราษฎร เดินทางไปเข้าเฝ้าพระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวฯ ณ วังไกลกังวล พร้อมด้วยคำร้องขอให้เปิดประชุมสภาผู้แทนราษฎรของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร¹⁸ และในวันที่ 21 มิถุนายน พ.ศ.2476 พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัวฯ ได้มีพระบรมราชโองการแต่งตั้งพระยาพหลพลพยุหเสนาเป็นนายกรัฐมนตรีแทนพระยามโนปกรณนิติธาดาที่ลาออกไป และมีการออกพระราชบัญญัตินิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำการยึดอำนาจ

¹⁵ นครินทร์ เมฆไตรรัตน์, **พระผู้ปกเกล้าฯ ประชาธิปไตย: 60 ปีสิริราชสมบัติกับการเมืองการปกครองไทย**, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), หน้า 29.

¹⁶ สุพจน์ ค้านตระกูล, อ้างแล้ว, หน้า 32.

¹⁷ ข้อสังเกตคือ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 มาตรา 69 ได้มีการบัญญัติถึงสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญ การรัฐประหารเพื่อบังคับใช้รัฐธรรมนูญของพระยาพหลพลพยุหเสนา ก็เป็นไปเพื่อพิทักษ์รัฐธรรมนูญเช่นกัน ซึ่งเป็นไปตาม มาตรา 68 หากการกระทำรัฐประหารของพระยาพหลพลพยุหเสนาในครั้งนั้น เกิดภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 การกระทำของพระยาพหลพลพยุหเสนาก็จะไม่เป็นการรัฐประหาร

¹⁸ ชาญวิทย์ เกษตรศิริ, อ้างแล้ว, หน้า 130-131.

จากเหตุการณ์ยึดอำนาจทั้งสองเราจะพบว่ามี การเข้าเฝ้าพระมหากษัตริย์แต่ยังไม่ปรากฏการยกเลิกรัฐธรรมนูญที่บังคับใช้ในขณะนั้น จนกระทั่งการรัฐประหารในวันที่ 8 พฤศจิกายน พ.ศ.2490 ซึ่งเป็นการรัฐประหารที่เกิดขึ้นภายหลังจากการครองราชย์ของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดชไม่ถึงหนึ่งปี ซึ่งในขณะนั้นพระองค์ยังทรงพระเยาว์ และพำนักอยู่ต่างประเทศ จึงมีการแต่งตั้งผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์คือ พระเจ้าบรมวงศ์เธอกรมขุนชัยนาทนเรนทร และพระยามานวราชเสวี เป็นผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์

ภายหลังจากการรัฐประหารเป็นผลสำเร็จ ได้มีคณะรัฐประหารส่วนหนึ่งได้เดินทางไปพบคณะผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์เพื่อขอให้ลงนามในร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ.2490 โดยเดินทางไปเข้าเฝ้าพระเจ้าบรมวงศ์เธอกรมขุนชัยนาทนเรนทรก่อนเป็นท่านแรก หลังจากทรงลงพระนามเป็นที่เรียบร้อยแล้ว คณะรัฐประหารได้เดินทางไปหาผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์อีกท่านหนึ่งคือ พระยามานวราชเสวีแต่ไม่พบ สุดท้ายก็ได้มีการประกาศใช้ร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ.2490 แม้จะขาดผู้สำเร็จราชการลงนามอีกหนึ่งท่านก็ตาม¹⁹ การรัฐประหารในครั้งนี้ เป็นครั้งแรกที่มีการประกาศยกเลิกรัฐธรรมนูญที่ใช้อยู่ในขณะนั้น และได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ.2490 หรือที่เรียกว่า “รัฐธรรมนูญฉบับได้ตุ้ม” รวมถึงได้มีการล้มรัฐบาลและรัฐสภาเดิมที่บริหารประเทศอยู่ในขณะนั้น

ดังนั้น จึงถือได้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ.2490 เป็นฉบับแรกที่เกิดจากการล้มล้างรัฐธรรมนูญฉบับเดิม และจากข้อเท็จจริงแสดงให้เห็นว่า มีผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์เพียงท่านเดียวลงนามในร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ.2490 ทั้งที่ตามประกาศตั้งผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ซึ่งออกตามมติของรัฐสภา ลงวันที่ 16 มิถุนายน พ.ศ.2489 มีการลงมติตั้งผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ 2 ท่านและมี

¹⁹ นครินทร์ เมฆไตรรัตน์, อ้างแล้ว, หน้า 41.

ข้อตกลงว่าในการลงนามเอกสารราชการนั้น ให้ผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ทั้งสองเป็นผู้ลงนาม²⁰

อย่างไรก็ดี ภายหลังจากการรัฐประหารที่เกิดขึ้น พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดช ได้ทรงมีจดหมายยินดีกับการรัฐประหารที่มีได้เกิดการเสียเลือดเนื้อของคนไทย โดยเมื่อเกิดการรัฐประหารแล้ว พระเจ้าบรมวงศ์เธอกรมขุนชัยนาทนเรนทรในฐานะผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ได้กล่าวรับรองการรัฐประหารกับสหรัฐอเมริกาว่าเป็นการรัฐประหารที่มีความชอบธรรม ไม่มีการเสียเลือดเนื้อ รวมถึงรัฐบาลชุดเก่าไม่ควรทำการต่อต้านเพื่อกลับสู่อำนาจอีกครั้ง และพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดช ทรงมีพระราชหัตถเลขาแสดงความพอพระราชหฤทัยกับการรัฐประหารที่มีได้เกิดการเสียเลือดเนื้อของคนไทย²¹

นอกจากนี้การรัฐประหารในครั้งนี่ยังเป็นจุดเริ่มต้นในการสร้างคำอธิบายถึงความชอบธรรมในการรัฐประหาร และเป็นการเริ่มต้นแนวทางในการรัฐประหารในครั้งต่อไปด้วย เนื่องจากกองบัญชาการทหารแห่งประเทศไทย ได้ออกแถลงการณ์ฉบับที่ 15²² ลงวันที่ 13 พฤศจิกายน พ.ศ.2490 โดยคำแถลง

²⁰ สุพจน์ ด้านตระกูล, อ้างแล้ว, หน้า 64-65.

²¹ ว.ช.ประสังสิต, **ปฏิวัติรัฐประหาร และกบฏจลาจล ในสมัตประชาธิปไตย แห่งประเทศไทย**, (พระนคร: โรงพิมพ์ บริษัทรัฐภักดิ์ จำกัด, 2492), หน้า 245-248.

²² แถลงการณ์ฉบับที่ 15 “หนังสือพิมพ์เกียรติศักดิ์ฉบับลงวันที่ 13 พฤศจิกายน 2490 ได้กล่าวถึงปัญหาในระหว่างที่เกิดรัฐประหาร กล่าวคือ การลาออกของรัฐบาลเก่าและการเข้ามาของรัฐบาลใหม่ ปัญหานี้เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในกรณีรัฐประหารทุกกรณี การกระทำรัฐประหารนั้นในขั้นแรกเป็นการละเมิดรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่ใช้อยู่ปัจจุบัน แต่เมื่อได้กระทำรัฐประหารสำเร็จจนผู้กระทำรัฐประหารได้เข้าครองอำนาจอันแท้จริงในรัฐแล้ว ผู้กระทำการรัฐประหารก็เป็นรัฐาธิปัตย์ มีอำนาจยกเลิกรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่ใช้อยู่ได้ และอาจออกรัฐธรรมนูญและกฎหมายใหม่ได้ บรรดาการกระทำที่ได้เป็นการละเมิดรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่ใช้อยู่เดิมย่อมไม่เป็นและละเมิดต่อไป ฉะนั้นเมื่อคณะทหารได้ก่อรัฐประหารสำเร็จเรียบร้อยแล้ว และได้ขอพระราชทานให้ตรารัฐธรรมนูญใหม่ประกาศใช้แล้ว รัฐธรรมนูญฉบับเดิมย่อมเป็นอันเลิกกันไป โดยเหตุนี้คณะรัฐมนตรีชุดเก่าซึ่งแต่งตั้งโดยอาศัยตามรัฐธรรมนูญเดิมก็ต้องหมดไปด้วย ไม่จำเป็นจะต้องให้คณะรัฐมนตรีชุดเดิมต้องลาออก ฉะนั้นในกรณีนี้จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งคณะรัฐมนตรีโดยอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ได้ทีเดียว และขอได้โปรดเข้าใจเพิ่มเติมด้วยว่า มิใช่แต่คณะรัฐมนตรีเท่านั้นทั้งหมดไปในตัว แม้สถาบันต่างๆ ที่มีอยู่ตามรัฐธรรมนูญเดิม เช่น พุทธสภา และสภาผู้แทนก็เป็นอันเลิกไปในตัวด้วยเหมือนกัน”

การณั้แสดงให้เห็นว่าหากก่อการรัฐประหารแล้ว แม้ไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ แต่หากคณะรัฐประหารสามารถกุมอำนาจในการปกครองประเทศได้ และพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยให้ตรารัฐธรรมนูญฉบับใหม่ขึ้นมาก็เป็นอันว่าการรัฐประหารนั้นเสร็จสิ้นสมบูรณ์ และถือได้ว่าคณะรัฐประหารเป็นรัฐาธิปัตย์ มีความชอบธรรมในการบริหารบ้านเมือง

จากเหตุการณ์ดังกล่าว แม้จะปรากฏการยกเลิกรัฐธรรมนูญ และมีการเข้าเฝ้าพระมหากษัตริย์เมื่อมีการรัฐประหารก็ตาม แต่รูปแบบและขั้นตอนในการรัฐประหาร รวมถึงบทบาทของพระมหากษัตริย์ที่มีต่อการรัฐประหารเองก็ยังไม่เด่นชัดนัก อันเนื่องจากการรัฐประหารในวันที่ 29 พฤศจิกายน พ.ศ.2494 โดยจอมพล ป. พิบูลสงครามได้ประกาศแต่งตั้งคณะรัฐมนตรีชั่วคราว มีคณะผู้บริหารประเทศชั่วคราวเป็นผู้ลงนามประกาศให้จอมพล ป.พิบูลสงครามเป็นนายกรัฐมนตรี โดยไม่มีพระบรมราชโองการของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดช แต่งตั้งแต่ประการใด รวมถึงมีการประกาศยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2492 และประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พ.ศ.2475 แทนโดยที่ไม่มีการลงพระปรมาภิไธย ซึ่งแตกต่างจากหลายครั้งที่ผ่านมาของการรัฐประหารที่จะให้ความสำคัญกับการลงพระปรมาภิไธยในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรี หรือการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ

อย่างไรก็ดี ในพ.ศ.2496 ปรากฏคำอธิบายในการรับรองสถานะของคณะรัฐประหารผ่านคำพิพากษาศาลฎีกา เนื่องจากศาลฎีกามีคำพิพากษาเกี่ยวกับเหตุการณ์การรัฐประหาร วันที่ 8 พฤศจิกายน พ.ศ.2490 โดยคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496 มีเนื้อความตอนหนึ่งว่า

“...ข้อเท็จจริงได้ความว่าในพ.ศ.2490 คณะรัฐประหารได้ยึดอำนาจการปกครองประเทศได้เป็นผลสำเร็จ การบริหารประเทศชาติในลักษณะเช่นนี้ คณะรัฐประหารย่อมมีอำนาจที่จะเปลี่ยนแปลง แก้ไข ยกเลิกและออกกฎหมายตามระบบแห่งการปฏิวัติ เพื่อบริหารประเทศชาติต่อไป มิฉะนั้นประเทศชาติจะตั้งค้ำความสงบไม่ได้ ดังนั้นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว)

พ.ศ.2490 จึงเป็นกฎหมายอันสมบูรณ์...”²³

ซึ่งหยุด แสงอุทัย ได้กล่าวถึงการยอมรับการรัฐประหารในทางกฎหมาย ไว้ในหมายเหตุท้ายคำพิพากษาศาลฎีกาข้างต้นว่า “กฎหมายนี้ คือ กฎหมายที่รัฐบาลของคณะปฏิวัติได้ออก ย่อมเป็นอันสมบูรณ์ และมีผลผูกพันทางกฎหมาย เพราะแม้รัฐบาลซึ่งเป็นผู้ออกกฎหมายนั้นจะเกิดขึ้นโดยการปฏิวัติอันใช้กำลังก็ดี แต่ก็สามารถยืนยันฐานะอันทรงอำนาจ”²⁴

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45/2496 เป็นตัวอย่างอันหนึ่งที่แสดงให้เห็นว่า ศาลยุติธรรมยอมรับผลของการรัฐประหารที่ทำสำเร็จ และคณะรัฐประหารได้กลายเป็นผู้มีอำนาจแท้จริงในรัฐ นั้นหมายความว่ารัฐประหารนั้นเบื้องต้นเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย เมื่อการรัฐประหารสำเร็จ คณะรัฐประหารก็เป็นรัฐาธิปัตย์มีอำนาจสูงสุดในรัฐ ถือว่าเป็นการเริ่มต้นการยอมรับการรัฐประหารโดยกระบวนการยุติธรรมซึ่งเป็นส่วนสำคัญที่ทำให้การรัฐประหารเป็นที่ยอมรับจนกลายเป็นจารีตประเพณี

ภายหลังจากการเกิดคำพิพากษาศาลฎีกาดังกล่าว ก็เกิดการรัฐประหารครั้งสำคัญในประวัติศาสตร์การเมืองไทย คือ การรัฐประหารวันที่ 16 กันยายน พ.ศ. 2500 ขณะนั้นมีจอมพล ป. พิบูลสงครามเป็นนายกรัฐมนตรี ซึ่งประสบปัญหาทางการเมือง รวมถึงความขัดแย้งกับพระมหากษัตริย์ในงานฉลอง 25 พุทธศตวรรษ ตามรายงานการเข้าเฝ้าของนายเบิร์กเลย์ เกจ (Berkeley Cage) ทูตสหราชอาณาจักรประจำประเทศไทย ได้ให้ข้อมูลบางอย่างเกี่ยวกับเหตุการณ์ดังกล่าวว่า

“...ในหลวงทรงแสดงออกว่าทรงชมชื่นอย่างยิ่ง ต่อการปฏิบัติของรัฐบาลต่อพระองค์ในโอกาสการฉลอง 25 พุทธศตวรรษ ซึ่งเพิ่งจัดขึ้นในกรุงเทพ

²³ จรัญ โฆษณานันท์ อ้างใน <http://www.sameskybooks.net/2008/04/05/thai-legal-philosophy/>.

²⁴ อ้างใน ปิยนุตร แสงกนกกุล, รัฐประหารในระบบกฎหมายไทย, <http://www.onopen.com/wp-print.php?p=1036>, 2550.

และสถานทูตจะส่งรายงานเรื่องการฉลองนี้มาต่างหาก พระองค์ไม่ได้รับการปรึกษาจากรัฐบาลเกี่ยวกับรายละเอียดของงาน และท่านทรงไม่พอพระทัยอย่างเห็นได้ชัดในประเด็นที่ว่ารายละเอียดของงานถูกกำหนดขึ้นในลักษณะที่ต้องการทำให้รัฐบาลมีความสำคัญมากเท่ากับพระองค์ — ถ้าไม่ใช่ มากกว่า — ซึ่งความจริงงานฉลองควรมีพระองค์เองเป็นจุดศูนย์กลาง ในหลวงไม่ได้ทรงพยายามปิดบังข้อเท็จจริงที่ว่า แม้จะทรงเป็นหัวก พระองค์ทรงสามารถเข้าร่วมงานฉลองบางรายการได้ แต่ทรงจงใจไม่เข้าร่วมเอง ในหลวงทรงถูกวิจารณ์จากหนังสือพิมพ์บางฉบับ (โดยมากของรัฐบาล) ในการที่ไม่ทรงเข้าร่วมงานฉลอง...”²⁵

ซึ่งแสดงให้เห็นว่าพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดชทรงไม่พอพระราชหฤทัยรัฐบาล และจอมพล ป.พิบูลสงคราม เป็นอย่างมากที่ได้ทำการตัดลดงบประมาณของพระมหากษัตริย์ในการเสด็จเยี่ยมเยียนประชาชนของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดช รวมถึงการตัดงบประมาณในการเสด็จพระราชดำเนินไปปฏิบัติพระราชกรณียกิจในต่างประเทศ ให้ทรงอยู่แต่ในประเทศเท่านั้น ทำให้เกิดความขัดแย้งมาเป็นเวลานาน

ก่อนการรัฐประหารจะเกิดขึ้น จอมพล ป. พิบูลสงครามได้ขอเข้าเฝ้าพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดช ในตอนเช้าของวันที่ 16 กันยายน พ.ศ.2500 เพื่อขอให้ทรงปลดจอมพลสฤษดิ์ ธนะรัชต์ออกจากตำแหน่งผู้บัญชาการทหารบก แต่พระองค์ไม่ทรงทำตามคำขอของจอมพล ป.พิบูลสงคราม และในวันเดียวกัน จอมพลสฤษดิ์ ก็ได้ทำการรัฐประหารยึดอำนาจ และได้เข้าเฝ้าฯ พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดช พระองค์ก็ทรงพระบรมราชโองการแต่งตั้ง จอมพลสฤษดิ์ เป็นผู้รักษาพระนคร²⁶ โดยใน

²⁵ อ้างใน สมศักดิ์ เจียมธีรสกุล, The King and I: รายงานการเข้าเฝ้าของทูตอังกฤษ ปี 2500 ในหลวงทรงมีพระราชดำรัสถึงการเมืองไทย, http://somsakwork.blogspot.com/2006_07_01_archive.html, 2549.

²⁶ สุพจน์ ด้านตระกูล, อ้างแล้ว, หน้า 111-112.

พระบรมราชโองการดังกล่าวปราศจากการลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ²⁷ และทรงมีพระราชหัตถเลขาของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดช ทรงแสดงความเชื่อพระทัยในตัวจอมพลสฤษดิ์ โดยเอกสารชิ้นนี้ได้รับการตีพิมพ์อย่างแพร่หลาย และเป็นการทำให้ประชาชนเห็นว่ารัฐบาลนี้เป็นรัฐบาลอันชอบธรรม²⁸

การรัฐประหารในช่วง พ.ศ.2475 – พ.ศ.2500 นั้น เป็นช่วงเวลาที่มีความผันผวนทางการเมืองเป็นอย่างมาก การรัฐประหารในช่วงเวลานี้จึงเป็นการแย่งชิงอำนาจทางการเมืองให้มีความลงตัวมากขึ้นระหว่างฝ่ายเจ้ากับคณะราษฎร แต่ก็เริ่มปรากฏแนวทางการรัฐประหารที่เริ่มจากการก่อการรัฐประหาร การยกเลิกรัฐธรรมนูญ และการเข้าเฝ้าพระมหากษัตริย์ การประกาศใช้รัฐธรรมนูญ แต่ยังคงไม่เป็นรูปแบบที่แน่ชัด และยังไม่ก่อตัวเป็นรูปแบบจารีตประเพณีที่ได้รับการปฏิบัติตามๆ กันมา

สิ่งที่สำคัญในช่วงนี้คือ การเกิดคำอธิบายถึงความชอบธรรมของคณะรัฐประหารผ่านคำพิพากษาศาลฎีกา ที่ยอมรับว่าหากคณะรัฐประหารกระทำการเป็นผลสำเร็จก็จะเป็นรัฐาธิปัตย์ ซึ่งเป็นส่วนสำคัญในการทำให้การรัฐประหารได้รับการยอมรับและกลายเป็นจารีตประเพณีในเวลาต่อมา

ช่วงที่ 2 การก่อตัวเป็นจารีตประเพณีของ การรัฐประหาร พ.ศ.2501 – 2516

การรัฐประหารที่เกิดขึ้นในช่วงนี้ เป็นช่วงที่อำนาจและบทบาทของคณะราษฎร เริ่มจางหายไปจากการบริหารประเทศ โดยภายหลังจากการรัฐประหาร พ.ศ.2500 เพียง 2 ปี จอมพลสฤษดิ์ก็ได้ทำการรัฐประหารยึดอำนาจจอมพล

²⁷ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 74 ตอนที่ 76 วันที่ 16 กันยายน 2500.

²⁸ ทักษิณ เจริญมิตร, การเมืองระบบพ่อขุนอุปถัมภ์แบบเผด็จการ, (กรุงเทพฯ: มูลนิธิตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์, 2548), หน้า 359.

ถนอม กิตติขจร²⁹ โดยความยินยอมของจอมพลถนอมเอง ซึ่งในครั้งนี้ได้มีการประกาศยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2475 แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. 2495 และมีการทูลเกล้าถวายธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ.2502 เพื่อขอให้พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดช ทรงลงพระปรมาภิไธยประกาศใช้แทนรัฐธรรมนูญฉบับเดิม และต่อมาได้มีการตั้งสภาร่างรัฐธรรมนูญที่พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งขึ้นมาทำหน้าที่ร่างรัฐธรรมนูญ และทำหน้าที่เป็นสถาบันนิติบัญญัติ ทั้งนี้ จอมพลสฤษดิ์ ได้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีจนถึงวันที่ 8 ธันวาคม พ.ศ.2506 ก็ถึงแก่อสัญกรรม จอมพลถนอมได้ขึ้นดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีต่อจากจอมพลสฤษดิ์

จอมพลถนอมได้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีมาจนกระทั่ง พ.ศ.2514 ก็เกิดปัญหาต่างๆ เช่น เกิดภัยคอมมิวนิสต์ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรขัดขวางการบริหารงานของรัฐบาล ซึ่งในที่สุดจอมพลถนอมก็ได้ทำการยึดอำนาจตนเอง ในวันที่ 17 พฤศจิกายน พ.ศ.2514 โดยมีการยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2511 และคณะปฏิวัติ³⁰ ได้ออกคำสั่ง ให้วุฒิสภา สภาผู้แทนราษฎร และคณะรัฐมนตรี ล้มล้างพร้อมรัฐธรรมนูญ องค์มนตรีและศาลให้คงดำรงตำแหน่งอยู่ต่อไป ให้มีกองบัญชาการคณะปฏิวัติ โดยจอมพลถนอม หัวหน้าคณะปฏิวัติเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของข้าราชการทหารและพลเรือน และเป็นผู้รักษาสถานการณ์ทั่วราชอาณาจักร³¹

ซึ่งในช่วงเวลานี้เองสถาบันพระมหากษัตริย์ทรงเริ่มเข้ามามีบทบาทในสังคมไทย เนื่องจากทรงวางรากฐานความมั่นคงของสถาบันพระมหากษัตริย์มาตั้งแต่ยุคของจอมพลสฤษดิ์ โดยเฉพาะภายหลังจากการอสัญกรรมของจอมพลสฤษดิ์ พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดช ทรงมีบทบาทร่วมกับนักศึกษา ไม่ว่าจะเป็นการพระราชทานปริญญาบัตรประจำปี การเสด็จเข้าร่วม

²⁹ สุพจน์ ด้านตระกูล, อ้างแล้ว, หน้า 120-121.

³⁰ การรัฐประหารครั้งนี้ คณะผู้ก่อการได้เรียกตนเองว่า “คณะปฏิวัติ”

³¹ สุพจน์ ด้านตระกูล, อ้างแล้ว, หน้า 151.

กิจกรรมของนักศึกษา และทรงวางพระองค์ให้องค์กรนักศึกษาลงถึงพระองค์ได้นอกจากนี้พระองค์ทรงอยู่ในฐานะที่มีพระราชอำนาจใหม่ในการเมืองระดับชาติ โดยเห็นได้จากที่พระองค์ทรงเสด็จออกให้นายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีเข้าเฝ้าหลายครั้งในยุคนี้อย่างนี้³²

อย่างไรก็ดี ในช่วงเวลานี้มีเหตุการณ์ทางการเมืองที่สำคัญ คือ กรณีเกิดวิกฤตการณ์ทางการเมือง 14 ตุลาคม พ.ศ. 2516 ในครั้งนี้สถาบันพระมหากษัตริย์ทรงกลายเป็นที่พึ่งของประชาชน และเป็นที่ยอมรับจากทุกฝ่าย โดยเฉพาะจากผู้นำสามเหล่าทัพที่ปฏิเสธคำสั่งในการใช้กำลังเข้าปราบปรามของนายกรัฐมนตรีที่ดำรงตำแหน่งผู้บัญชาการทหารสูงสุด โดยประกาศว่าจะทำตามพระบรมราชโองการของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวเท่านั้น³³ ในที่สุดพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดช ทรงมีพระราชดำรัสผ่านทางวิทยุในค่ำของวันที่ 14 ตุลาคม พ.ศ. 2516 ว่า จอมพลถนอม ได้ขอลาออกจากตำแหน่งนายกรัฐมนตรีในค่ำวันนี้ โดยจอมพลถนอมได้ขอลาออกและเดินทางออกนอกประเทศตามพระราชประสงค์ของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดช³⁴ ต่อมาได้ทรงแต่งตั้งนายสัญญา ธรรมศักดิ์ ให้ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีแทนตำแหน่งที่ว่างลง โดยพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดช ได้ทรงตรัสถึงบทบาทครั้งสำคัญในครั้งนี้ว่า

“จำได้ว่า สถาบันจะลงไปเล่นการเมืองอย่างเต็มตัวได้เมื่อเกิดสุญญากาศทางการเมืองจริงๆ อย่าง 14 ตุลาฯ แต่เมื่อได้ก้าวลงไปจัดการทางช่องว่างดังกล่าวหมดไปแล้ว สถาบันพระมหากษัตริย์จะต้องรีบกลับไปอยู่เหนือการเมืองอย่างเดิมโดยเร็วที่สุด เพื่อที่จะได้พร้อมจะไต่ลงมาช่วยอีก ถ้าหากเกิดสุญญากาศขึ้นมาอีก ทั้งนี้ หมายถึงส่วนต่างๆ ที่เกี่ยวข้องโดยตรงกับ

³² เพ็งอ้าง, หน้า 371-373.

³³ นครินทร์ เมฆไตรรัตน์, อ้างแล้ว, หน้า 162-163.

³⁴ ยศ สันตสมบัติ, อำนาจ บุคลิกภาพ และผู้นำการเมืองไทย, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2533), หน้า 99.

สถาบันพระมหากษัตริย์ด้วย”³⁵

ซึ่งจากพระราชดำรัสของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดช เป็นส่วนหนึ่งที่แสดงให้เห็นถึงบทบาททางการเมืองของพระมหากษัตริย์ เมื่อเกิดวิกฤตการณ์ทางการเมือง และนายสัญญา ธรรมศักดิ์ ก็เป็นที่ถูกเรียกขานว่าเป็น “นายกฯพระราชทาน” คนแรกของไทย

จากเหตุการณ์ทางการเมืองที่เกิดขึ้นในช่วงเวลานี้ จะพบว่าพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดช ทรงปฏิบัติพระราชภารกิจที่สำคัญเพิ่มขึ้นในการเมือง ทรงมีบทบาทมากขึ้นในการเป็นผู้ทำให้อำนาจทางการเมืองเป็นไปโดยชอบธรรม³⁶ และเริ่มปรากฏรูปแบบของการรัฐประหารที่ชัดเจนขึ้น โดยสามารถสรุปขั้นตอนการรัฐประหารได้ ดังนี้

1. การรัฐประหารเป็นผลสำเร็จ
2. การล้มเลิกรัฐธรรมนูญที่ประกาศใช้อยู่ในขณะที่เกิดการรัฐประหาร และมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่
3. เข้าเฝ้าพระมหากษัตริย์เพื่อถวายรายงานสถานการณ์ที่เกิดขึ้น
4. มีการแต่งตั้งคณะรัฐบาลขึ้นใหม่

นอกจากนี้ยังเป็นช่วงเวลาที่เกิดการสร้างคำอธิบายใหม่ในเรื่องของพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์เมื่อเกิดการรัฐประหาร โดยนายธานินทร์ กรัยวิเชียร³⁷ กล่าวไว้ว่าพระมหากษัตริย์ทรงอยู่เหนือการเมือง แต่ในกรณีที่เกิดวิกฤตจนรัฐบาลไม่อาจแก้ไขได้ พระมหากษัตริย์ซึ่งเป็นที่เคารพสักการะก็จะต้องทรงแก้ไขการนั้นด้วยพระองค์เองในฐานะที่พระองค์ทรงเป็นประมุขของ

³⁵ พระราชดำรัสของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวฯ ทรงตรัสกับ ม.ร.ว.ทองน้อย ทองใหญ่, ม.ร.ว.ทองน้อย ทองใหญ่, จากจิตจรดดา..สู่ประชาไท, นักพูด, 2526, อ้างใน นครินทร์ เมฆไตรรัตน์, พระผู้ปกเกล้าประชานิธิไทย: 60 ปีสิริราชสมบัติกับการเมืองการปกครองไทย, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2549), หน้า 165.

³⁶ ทักษิณ เจริญมิตร, อ้างแล้ว, หน้า 374.

³⁷ ธานินทร์ กรัยวิเชียร, พระมหากษัตริย์ในระบบประชาธิปไตย, (กรุงเทพฯ: กรมวิชาการ กระทรวงศึกษาธิการ, 2520)

ประเทศ โดยที่มิได้มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ และเมื่อแก้ไขวิกฤตการณ์จนผ่านพ้นไปแล้ว พระองค์ก็ทรงกลับคืนสู่ฐานะเดิม คือ ทรงอยู่เหนือการเมืองและทรงเป็นกลางทางการเมืองเช่นเดิม ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นจารีตประเพณีหรือธรรมเนียมปฏิบัติในทางรัฐธรรมนูญที่ประมุขของรัฐต้องกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่ง อันจะทำให้วิกฤตการณ์นั้นๆ สงบลง

ช่วงที่ 3 การรัฐประหารตามจารีตประเพณี พ.ศ.2517 - 2549

ภายหลังจากที่เหตุการณ์วิกฤตการณ์ทางการเมือง พ.ศ.2516 สิ้นสุดลง นายสัญญา ธรรมศักดิ์ได้ขึ้นดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรี และมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2517 ซึ่งให้สิทธิเสรีภาพแก่นักศึกษาและเปิดโอกาสให้กลุ่มสังคมนิยมเคลื่อนไหวได้อย่างเต็มที่ จนกระทั่งในเดือนกุมภาพันธ์ พ.ศ.2519 พลเรือเอกสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ได้เข้าเฝ้าพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดช เพื่อกกราบบังคมทูลถึงสถานการณ์บ้านเมืองและความต้องการทำปฏิวัติ โดยอยากจะได้พรจากพระโอรสให้ทหารดำเนินการตามที่คิด แต่ในหลวงมิได้รับสั่งตรงๆ แต่รับสั่งให้คิดเอาเองว่าควรทำอะไร พลเรือเอกสฤษดิ์เห็นว่าเมื่อมิได้รับสั่งตรงๆ ก็คงทำไม่ได้ จึงกราบบังคมทูลถามว่าหากทหารยึดอำนาจปกครองแล้วใครควรจะเข้ามาเป็นนายกรัฐมนตรี พลเรือเอกสฤษดิ์ได้กราบบังคมทูลรายชื่อของบุคคลที่ควรเป็นนายกรัฐมนตรี 15 ชื่อ แต่ก็ไม่ทรงรับสั่งสนับสนุนผู้ใด เมื่อจะกราบบังคมทูลลากลับในหลวงทรงรับสั่งว่าจะทำอะไรลงไปก็ควรปรึกษานักกฎหมาย คือ คุณธานินทร์ กรัยวิเชียร ผู้พิพากษาศาลฎีกาเสียด้วย³⁸

จนกระทั่งวันที่ 6 ตุลาคม พ.ศ.2519 การรัฐประหารก็เกิดขึ้นภายใต้ชื่อ “คณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน” โดยพลเรือเอกสฤษดิ์ ธนะรัชต์ ซึ่งในครั้งนั้นมีการยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2517 ในทันทีและในวันที่

³⁸ บุญชนะ อุตตการ, บันทึกรวบรวมและวิจารณ์ 16 นายกรัฐมนตรีของไทย, (มูลนิธิ ศ.บุญชนะ อุตตการ เพื่อการศึกษาและวิจัยจัดพิมพ์, 2526), หน้า 161-163.

7 ตุลาคม พ.ศ.2519 เวลาประมาณ 17.00 น. พลเรือเอกสฤษดิ์ได้เข้าเฝ้าพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดช ณ พระตำหนักจิตรลดารโหฐาน เพื่อกกราบบังคมทูลรายงานสถานการณ์ของประเทศในปัจจุบันให้ทรงทราบ³⁹ ต่อมาได้มีพระบรมราชโองการ โปรดเกล้าฯ ให้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2519 และทรงมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งนายธานินทร์ กรัยวิเชียร เป็นนายกรัฐมนตรี ในวันที่ 7 ตุลาคม พ.ศ.2519⁴⁰

ทั้งนี้ เหตุการณ์ที่แสดงถึงความสำคัญของสถาบันพระมหากษัตริย์ที่มีต่อการยึดอำนาจ กลับปรากฏให้เห็นในการก่อกบฏของกลุ่มยังเติร์กเมื่อ 1 เมษายน พ.ศ. 2524 ซึ่งขณะนั้นมีพล.อ.เปรมเป็นนายกรัฐมนตรี ผู้ก่อการได้ทำการปฏิวัติ โดยที่ขณะเกิดการปฏิวัติครั้งนี้ พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดช และเชื้อพระวงศ์ได้เสด็จไปยังค่ายสุรนารีตามคำกราบบังคมทูลของพล.อ.เปรม ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งที่สะท้อนให้เห็นว่าสถาบันพระมหากษัตริย์ทรงไม่เห็นด้วยกับการกบฏในครั้งนี้⁴¹

ภายหลังจากกบฏยังเติร์กผ่านไปกว่า 10 ปี คือ ในวันที่ 23 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2534 เกิดการรัฐประหารยึดอำนาจ พล.อ.ชาติชาย ชุณหะวัณโดยคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ (รสช.) นำโดยพล.อ.สุนทร คงสมพงษ์ พล.อ.สุจินดา คราประยูร โดยอ้างเหตุผลว่า รัฐบาลมีพฤติกรรมทุจริต ข้าราชการรับจ้างหลวง ข้าราชการการเมืองรับจ้างราชการประจำ เกิดเผด็จการรัฐสภา ทำลายสถาบันทหารและกองทัพ อันเนื่องมาจากปัญหาในการแต่งตั้งโยกย้ายนายทหาร บิดเบือนคดีล้มล้างสถาบันพระมหากษัตริย์ ในคดีลอบสังหาร

เมื่อได้ทำการรัฐประหารแล้ว คณะ รสช. ได้เข้าเฝ้าฯ พระบาทสมเด็จพระ

³⁹ สำนักงานพระราชพิธีพืชมงคล, คำสั่งคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินและรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2519, (กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัด อักษร บัณฑิต, 2519), หน้า 8.

⁴⁰ นายธานินทร์ กรัยวิเชียร ได้รับพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งให้เป็นองคมนตรีภายหลังจากการที่ถูกรัฐประหารในวันที่ 20 ตุลาคม พ.ศ.2520.

⁴¹ นครินทร์ เมฆไตรรัตน์, อ้างแล้ว, หน้า 168 - 169.

พระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดช เพื่อขอพระราชทานอภัยโทษและถวายรายงานถึงความจำเป็นในการดำเนินการรัฐประหาร⁴² และมีการประกาศยกเลิกรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2521 โดยนำธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. 2534 ขึ้นทูลเกล้าฯ เพื่อทรงลงพระปรมาภิไธย ประกาศใช้แทน รวมถึงมีการประกาศพระบรมราชโองการแต่งตั้ง พล.อ.สุนทร คงสมพงษ์ เป็นหัวหน้าคณะรักษาความสงบเรียบร้อยแห่งชาติ โดยเป็นประกาศพระบรมราชโองการที่ปราศจากผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการ⁴³ ซึ่งมีลักษณะเช่นเดียวกับที่ครั้งประกาศตั้งจอมพลสฤษดิ์เป็นผู้รักษาพระนครในปี 2500

ในช่วงเวลานี้ยังเกิดคำอธิบายถึงอำนาจอธิปไตยเมื่อเกิดการรัฐประหาร โดยบวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้อธิบายถึงว่าอำนาจอธิปไตยนั้น ก่อนการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. 2475 อำนาจอธิปไตยอยู่ที่พระมหากษัตริย์ เมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองแล้วพระมหากษัตริย์ก็ทรงสละอำนาจนั้นมา ให้ประชาชน ด้วยการพระราชทานรัฐธรรมนูญแล้วลดพระองค์ลงมาอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญ โดยทรงใช้อำนาจนั้นแทนปวงชน ซึ่งถือว่าในทางกฎหมายนั้นพระมหากษัตริย์และประชาชนเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยร่วมกัน เมื่อมีการรัฐประหารยกเลิกรัฐธรรมนูญ อำนาจอธิปไตยก็กลับคืนสู่พระมหากษัตริย์ผู้ทรงเป็นเจ้าของเดิมมาก่อน และเมื่อมีการจัดทำรัฐธรรมนูญใหม่ขึ้นทูลเกล้าฯ เพื่อขอให้ทรงลงพระปรมาภิไธยก็เท่ากับพระมหากษัตริย์สละอำนาจอกลับคืนมาที่ประชาชน⁴⁴ ซึ่งเป็นการอธิบายที่แสดงถึงความชอบธรรมในการใช้พระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์เมื่อการรัฐประหาร

หลังจากเหตุการณ์การรัฐประหาร พ.ศ. 2534 ประเทศไทยก็ปราศจากการรัฐประหารเป็นเวลากว่า 15 ปี จนอาจเป็นที่เข้าใจได้ว่าประเทศได้เข้า

⁴² พล.อ.สุจินดา คราประยูร, “บันทึกความรู้สึกรักของพล.อ.สุจินดา คราประยูร”. ทำเป็นธรรม, (กรุงเทพฯ: มูลนิธิกตเวทิน, 2542), หน้า 390, อ้างใน เฟิงอ้าง, หน้า 170.

⁴³ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 108 ตอนที่ 36 วันที่ 26 กุมภาพันธ์ พ.ศ. 2534.

⁴⁴ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, กฎหมายมหาชน เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2547)

สู่การปกครองระบอบประชาธิปไตย ดำเนินการทางการเมืองผ่านระบอบประชาธิปไตย และไม่มีใครคาดคิดว่าจะเกิดการรัฐประหารขึ้นอีกครั้ง แต่ในวันที่ 19 กันยายน พ.ศ. 2549 ปัญหาการเป็นเผด็จการรัฐสภา ปัญหาความไม่โปร่งใสในการบริหารงานของรัฐบาล ผลประโยชน์ทับซ้อน การครอบงำองค์กรอิสระ ข้องงหาถึงความจงรักภักดีต่อสถาบันพระมหากษัตริย์ และความมีจริยธรรมทางการเมืองของ พ.ต.ท. ดร.ทักษิณ ชินวัตร นายกรัฐมนตรีในขณะนั้น นำไปสู่กระแสการต่อสู้ที่แบ่งออกเป็นสองฝ่าย คือฝ่ายหนึ่งสนับสนุน พ.ต.ท. ดร.ทักษิณ และฝ่ายที่ต่อต้าน โดยทั้งสองฝ่ายต่างมีความพยายามในการดึงสถาบันพระมหากษัตริย์เข้ามาเกี่ยวข้องในการต่อสู้ สุดท้ายจึงนำไปสู่การรัฐประหารครั้งล่าสุดของประเทศไทย ภายใต้ชื่อ “คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข” หรือ คปค. ที่นำโดยพล.อ.สนธิ บุญยรัตกลิน โดยมีข้ออ้างในการรัฐประหารดังนี้⁴⁵

- รัฐบาลปัจจุบัน ได้ก่อให้เกิดปัญหาความแตกแยกอย่างรุนแรงในสังคม อย่างไม่เคยมีมาก่อนคณะรัฐประหารนี้ได้ดำเนิน
- การหมิ่นพระบรมเดชานุภาพต่อสถาบันพระมหากษัตริย์
- การทุจริต มีชอบในการบริหารประเทศ

โดยคณะรัฐประหารได้เข้ายึดอำนาจจากรัฐบาลในค่ำวันที่ 19 กันยายน 2549 ซึ่งขณะนั้น พ.ต.ท.ดร.ทักษิณปฏิบัติภารกิจอยู่ต่างประเทศ คณะรัฐประหารได้เข้ายึดทำเนียบรัฐบาล และสถานีโทรทัศน์โดยทำการเชื่อมสัญญาณกับสถานีโทรทัศน์กองทัพบกช่อง 5 ขณะที่ พ.ต.ท.ดร.ทักษิณ ชินวัตร รักษาการนายกรัฐมนตรี ได้ออกแถลงการณ์สถานการณ์ฉุกเฉินในเขตพื้นที่กรุงเทพมหานคร ผ่านดาวเทียมจากประเทศสหรัฐอเมริกา เผยแพร่ทางสถานีโทรทัศน์ช่อง 9 แต่เมื่ออ่านแถลงการณ์ได้ 3 ฉบับ ก็มีกำลังทหารพร้อมอาวุธกลุ่มหนึ่งบุกเข้าไปยังสถานีฯ พร้อมออกคำสั่งให้หยุดการแพร่ภาพโดยทันที หลังจากนั้นสถานีโทรทัศน์ทุกช่องได้ถูกเชื่อมสัญญาณกับโทรทัศน์รวมการ

⁴⁵ บวรศักดิ์ เพชรเลิศอนันต์, อ้างแล้ว, หน้า 39-40.

เฉพาะกิจแห่งประเทศไทย และมีการเปิดเพลง “ความฝันอันสูงสุด” จนกระทั่งมีการอ่านแถลงการณ์ของ คปค. ถึงการยึดอำนาจในครั้งนี้ ต่อมา คปค. พร้อมด้วยประธานองคมนตรี พล.อ.เปรม ติณสูลานนท์ได้เข้าเฝ้าพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดช ในเวลาประมาณเที่ยงคืน เพื่อถวายรายงานสถานการณ์ที่เกิดขึ้น และในวันที่ 1 ตุลาคม พ.ศ. 2549 ก็ได้มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ.2549

นอกจากนี้ การรัฐประหารครั้งนี้ยังเป็นครั้งแรกที่มีการนิโทษกรรมคณะผู้ก่อการรัฐประหาร โดยบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ.2549 มาตรา 37⁴⁶ เนื่องจากการนิโทษกรรมคณะผู้ก่อการรัฐประหารในอดีตที่ผ่านมา จะออกเป็นการพระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนดแยกต่างหากจากรัฐธรรมนูญ

การรัฐประหารในช่วงนี้ เป็นการรัฐประหารที่มีรูปแบบ ขั้นตอนที่ชัดเจน และมีการสร้างคำอธิบายในเรื่องอำนาจอธิปไตยเมื่อการรัฐประหาร เพื่อเป็นการอธิบายถึงการกระทำของพระมหากษัตริย์ที่เกิดขึ้นระหว่างการรัฐประหาร

⁴⁶ มาตรา 37 บรรดาการกระทำทั้งหลาย ซึ่งได้กระทำให้เนื่องในการยึด และควบคุมอำนาจการปกครองแผ่นดิน เมื่อวันที่ 19 กันยายน พุทธศักราช 2549 ของหัวหน้า และคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข รวมตลอดทั้งการกระทำของบุคคลที่เกี่ยวข้องเนื่องกับการกระทำความดังกล่าว หรือของผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากหัวหน้า หรือคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตย อันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข อันได้กระทำให้ไปเพื่อการดังกล่าวข้างต้นนั้น การกระทำความดังกล่าวมาทั้งหมดนี้ไม่ว่าเป็นการกระทำเพื่อให้มีผลบังคับในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหาร หรือในทางตุลาการ รวมทั้งการลงโทษและการกระทำอันเป็นการบริหารราชการอย่างอื่น ไม่ว่ากระทำในฐานะตัวการ ผู้สนับสนุน ผู้ใช้ให้กระทำให้ หรือผู้ถูกใช้ให้กระทำให้ และไม่ว่ากระทำในวันดังกล่าวหรือก่อน หรือหลังวันดังกล่าว นั้น หากการกระทำนั้นผิดต่อกฎหมาย ให้ผู้กระทำพ้นจากความผิด และความรับผิดโดยสิ้นเชิง

บทสรุป

จากการเกิดการรัฐประหารครั้งต่างๆ ข้างต้น แสดงให้เห็นถึงพัฒนาการของการรัฐประหาร โดยในช่วงแรกนั้นยังมิได้ปรากฏรูปแบบที่ชัดเจนของการรัฐประหารที่มีความเกี่ยวเนื่องกับพระมหากษัตริย์ การอ้างถึงสถาบันพระมหากษัตริย์มิได้เป็นส่วนสำคัญในผลสำเร็จของการรัฐประหาร เนื่องจากในการรัฐประหาร เมื่อวันที่ 29 พฤศจิกายน พ.ศ.2494 มิได้มีการอ้างพระบรมราชโองการในการประกาศแต่งตั้งให้จอมพล ป. พิบูลสงครามเป็นนายกรัฐมนตรี รวมถึงไม่มีการลงพระปรมาภิไธยในการประกาศใช้รัฐธรรมนูญทันทีหลังการรัฐประหาร แต่รัฐประหารครั้งนี้ก็สำเร็จลงและสามารถบริหารบ้านเมืองต่อมาได้

ช่วงเวลาที่เริ่มปรากฏรูปแบบที่ชัดเจนขึ้นในการรัฐประหาร คือ ช่วงการรัฐประหารโดยจอมพลสฤษดิ์ เมื่อวันที่ 16 กันยายน 2500 เริ่มปรากฏรูปแบบว่าเมื่อจะทำการรัฐประหารต้องกระทำการเช่นใดบ้าง ซึ่งจะเห็นได้จากการทำการรัฐประหารของจอมพลสฤษดิ์ เมื่อทำการรัฐประหารแล้วจอมพลสฤษดิ์ได้เข้าเฝ้าพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวภูมิพลอดุลยเดช และได้มีพระบรมราชโองการแต่งตั้งจอมพลสฤษดิ์เป็นผู้รักษาพระนคร

หลังจากการรัฐประหารโดยจอมพลสฤษดิ์ พระมหากษัตริย์ทรงมีพระราชอำนาจมากขึ้น จะเห็นได้จากการแนะนำบุคคลให้กับคณะทหารที่เข้าเฝ้ากราบทูลสถานการณ์บ้านเมือง จนมาสู่การวางรากฐานการรัฐประหารที่อาศัยความชอบธรรมจากพระมหากษัตริย์ ในรูปแบบของการเข้าเฝ้า การขอคำแนะนำต่างๆ รวมถึงการยกเลิกรัฐธรรมนูญที่ประกาศใช้อยู่และประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่แทน จนท้ายสุดนำไปสู่การสร้างรูปแบบของการรัฐประหารซึ่งปรากฏให้เห็นสืบเนื่องต่อมาในภายหลัง

อาจกล่าวได้ว่าบทบาทของพระมหากษัตริย์ในการปกครองตามระบอบประชาธิปไตยโดยมีรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดในการปกครองประเทศนั้นเริ่มปรากฏบทบาทชัดเจนในช่วงเวลาที่ 2 เป็นต้นมาโดยในช่วงที่ 2 ผู้เขียนพบ

ว่าการรัฐประหารมีรูปแบบที่ชัดเจนและคณะรัฐประหารได้ดำเนินการตามรูปแบบเดียวกัน แต่ในช่วงที่ 2 นี้ ในบางครั้งของการรัฐประหาร คณะรัฐประหารอาจไม่ได้รับการยอมรับจากประชาชนซึ่งทำให้การรัฐประหารมียังไม่มีความเป็นจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ แต่ในช่วงที่ 3 จะพบว่าการรัฐประหารมีรูปแบบที่ชัดเจน และได้รับการยอมรับจากประชาชน ซึ่งเป็นส่วนสำคัญที่ทำให้รูปแบบการรัฐประหารกลายเป็นจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญไปในที่สุด นอกจากนี้พบรูปแบบการรัฐประหารที่ชัดเจนแล้ว ยังพบว่าสถาบันพระมหากษัตริย์เป็นส่วนหนึ่งที่ถูกดึงเข้ามาเป็นส่วนที่ทำให้การรัฐประหารได้รับความชอบธรรมและกลายเป็นจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ

จากการศึกษาสามารถสรุปเหตุการณ์การรัฐประหารที่เกิดขึ้นเป็นลำดับขั้นตอนโดยแบ่งออกเป็น 3 ช่วงได้ ดังนี้

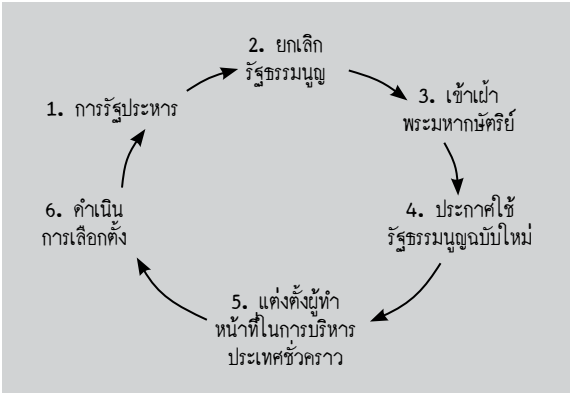
รูปแบบ	ช่วงที่ 1 พ.ศ.2475-2500	ช่วงที่ 2 พ.ศ.2501-2516	ช่วงที่ 3 พ.ศ.2517-2549
การรัฐประหาร	✓	✓	✓
ยกเลิกรัฐธรรมนูญ	—	✓	✓
เข้าเฝ้าพระมหากษัตริย์	—	✓	✓
ประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่	—	✓	✓
แต่งตั้งผู้ทำหน้าที่ในการบริหารประเทศชั่วคราว	—	✓	✓
ดำเนินการเลือกตั้ง	—	✓	✓

หมายเหตุ: ✓ หมายถึง เหตุการณ์ที่เกิดขึ้นทุกครั้งของการรัฐประหารที่เกิดขึ้นในช่วงเวลานั้น
 — หมายถึง เหตุการณ์ที่ไม่ได้เกิดขึ้นทุกครั้งของการรัฐประหารที่เกิดขึ้นในช่วงเวลานั้น

จากตารางข้างต้น แสดงให้เห็นว่าขั้นตอนที่ชัดเจนของการรัฐประหารนั้นมิได้เกิดขึ้นตั้งแต่ครั้งแรกของการรัฐประหาร หากแต่ค่อยๆ มีการก่อตัวขึ้นมาดังจะเห็นได้จากในช่วงแรกของการรัฐประหารมิได้มีการประกาศยกเลิก

รัฐธรรมนูญที่บังคับใช้อยู่ในขณะนั้น และได้มีการอ้างถึงพระบรมราชโองการของพระมหากษัตริย์ ในการแต่งตั้งผู้กระทำการรัฐประหารให้ดำรงตำแหน่งต่างๆ ในทุกครั้งเมื่อเกิดการรัฐประหาร จนมาในช่วงที่ 2 ที่มีรูปแบบที่ชัดเจนแต่ยังไม่ได้รับการยอมรับมากนัก จนกระทั่งในช่วงที่ 3 ที่เริ่มปรากฏรูปแบบที่ชัดเจนขึ้นของการรัฐประหาร โดยเมื่อมีการรัฐประหารแล้ว ต้องมีการเข้าเฝ้าฯ เพื่อทูลเกล้าฯ ถวายรายงานสถานการณ์ที่เกิดขึ้น และต้องมีการยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับที่ประกาศใช้อยู่ และมีการทูลเกล้าฯ รัฐธรรมนูญฉบับของคณะรัฐประหารเพื่อประกาศใช้เป็นการชั่วคราว โดยเริ่มปรากฏรูปแบบครั้งแรกในการรัฐประหารวันที่ 21 ตุลาคม พ.ศ.2501 ที่มีการรัฐประหาร ยกเลิกรัฐธรรมนูญเข้าเฝ้าฯ พระมหากษัตริย์เพื่อถวายรายงาน นำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ให้ทรงลงพระปรมาภิไธยหลังจากการรัฐประหารไม่นาน ภายหลังจากการรัฐประหารในครั้งนี้ การรัฐประหารก็จะดำเนินการไปรูปแบบเดียวกัน การยกเลิกรัฐธรรมนูญทุกครั้ง ภายหลังจากการรัฐประหาร ทำให้การยกเลิกรัฐธรรมนูญกลายเป็นจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญแบบหนึ่งในการรัฐประหาร

ทั้งนี้ สามารถสรุปความสัมพันธ์ของสถาบันพระมหากษัตริย์กับการรัฐประหาร โดยนำไปสู่รูปแบบของการรัฐประหาร ที่กลายเป็นจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญ ได้ดังนี้



รูปแบบของจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในการรัฐประหาร

1. การรัฐประหารเป็นผลสำเร็จ
2. ประกาศยกเลิกรัฐธรรมนูญ
3. คณะรัฐประหารขอเข้าเฝ้าฯ พระมหากษัตริย์ เพื่อถวายรายงานถึงเหตุการณ์ที่เกิดขึ้น และเพื่อนำรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ที่จะประกาศใช้แทนฉบับเก่า ถวายให้พระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธย
4. ประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่
5. ประกาศแต่งตั้งผู้ที่จะมาทำหน้าที่รักษาความสงบในประเทศชั่วคราว โดยแต่งตั้งในชื่อที่แตกต่างกันไปในแต่ละครั้ง เช่น ผู้รักษาพระนคร หรือ คณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข เป็นต้น
6. ดำเนินการจัดการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรขึ้นใหม่ และออกกฎหมายนิรโทษกรรมให้กับคณะรัฐประหาร

การรัฐประหารนั้น ตามวิถีทางประชาธิปไตยแล้ว เป็นเรื่องที่ไม่เป็นไปตามกฎหมาย เพราะเป็นการกระทำที่ไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ คณะที่เข้ามาบริหารประเทศมิได้มาจากหลักการของระบบรัฐสภา คือไม่ได้ผ่านการเลือกตั้งโดยประชาชน จึงเป็นการกระทำที่ไม่เป็นไปตามกฎหมาย แต่เมื่อคณะรัฐประหารสำเร็จ สามารถควบคุมสถานการณ์ความสงบเรียบร้อยในประเทศได้ จึงอยู่ในฐานะของรัฐาธิปัตย์ และกลายเป็นการกระทำที่ถูกกฎหมายไปในที่สุด และมีการเข้าเฝ้าฯพระมหากษัตริย์ เพื่อขอให้ทรงลงพระปรมาภิไธยในรัฐธรรมนูญฉบับใหม่ และการยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับเดิม รวมถึง โดยมีการลงพระปรมาภิไธยของพระมหากษัตริย์เป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้การรัฐประหารเกิดผลสำเร็จ แต่ทั้งนี้ การแสดงออกถึงความสัมพันธ์ของสถาบันพระมหากษัตริย์กับคณะรัฐประหารมิได้หมายความว่าสถาบันพระมหากษัตริย์จะทรงเห็นด้วยหรือไม่กับการรัฐประหาร แต่เป็นส่วนหนึ่งที่ทำให้การรัฐประหารมีรูปแบบที่ชัดเจน และได้รับการยอมรับจนกลายเป็นจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญในที่สุด

จะเห็นได้ว่าแม้การกระทำการรัฐประหารในเบื้องต้นจะเป็นเรื่องที่ไม่เป็นไปตามกฎหมาย แต่เมื่อผ่านกระบวนการต่างๆ ผ่านการพัฒนาปรับเปลี่ยนวิธีการจนปรากฏเป็นรูปแบบเดียวกันเมื่อเกิดการรัฐประหารขึ้น และมีการเข้าเฝ้าฯพระมหากษัตริย์เพื่อให้ทรงลงพระปรมาภิไธย เนื่องจากพระองค์ทรงเป็นประมุขของประเทศนั้น ก็ทำให้ประชาชนให้การยอมรับการรัฐประหาร จนกระทั่งเมื่อมีการทำซ้ำหรือทำรูปแบบเดียวกันต่อมาและได้รับการยอมรับ รูปแบบดังกล่าวก็กลายเป็นจารีตประเพณีทางรัฐธรรมนูญไปในที่สุด โดยไม่ต้องมีการบัญญัติไว้แต่อย่างใด

บรรณานุกรม

หนังสือและวารสาร:

- เกษียร เตชะพีระ. (2546). คำตาม. ฟ้ำเดียวกัน. ปีที่ 1 ฉบับที่ 3 กรกฎาคม – กันยายน. ชาญวิทย์ เกษตรศิริ. (2538). ประวัติการเมืองไทย. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์ดอกหญ้า.
- ทักษ์ เฉลิมเตียรณ. (2548). การเมืองระบบพ่อขุนอุปถัมภ์แบบเผด็จการ. กรุงเทพฯ: มูลนิธิตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์.
- ธานินทร์ กรัยวิเชียร. (2520). พระมหากษัตริย์ไทยในระบอบประชาธิปไตย. กรุงเทพฯ: กรมวิชาการ กระทรวงศึกษาธิการ.
- อรรถศักดิ์ เพชรเลิศอนันต์. (2550). “ข้ออ้าง”การปฏิวัติ-รัฐประหาร กบฏในการเมืองไทยปัจจุบัน: บทวิเคราะห์และเอกสาร. กรุงเทพฯ: มูลนิธิโครงการตำราสังคมศาสตร์และมนุษยศาสตร์.
- นครินทร์ เมฆไตรรัตน์. (2549). พระผู้ปกเกล้าประชาธิปไตย: 60 ปีสิริราชสมบัติกับการเมืองการปกครองไทย. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.
- บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2547). กฎหมายมหาชน เล่ม 2. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน.

บุญชนะ อุตถากร. (2526). **บันทึก วิเคราะห์และวิจารณ์ 16 นายกรัฐมนตรีของไทย**. มุลนิธิ ศ.บุญชนะ อุตถากร เพื่อการศึกษาและวิจัยจัดพิมพ์.

ปรีดี พนมยงค์. “**แจ้งพิทักษ์เจตนารมณ์ประชาธิปไตยสมบูรณ์ของวีรชน 14 ตุลาคม**”. ในปรีดี พนมยงค์ กับสังคมไทย. กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. 2526.

ยศ สันตสมบัติ. (2533). **อำนาจ บุคลิกภาพ และผู้นำการเมืองไทย**. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

ยาสุกิจิ ยาดตาเบ. (2550). **บันทึกของชุดญี่ปุ่น ผู้เห็นเหตุการณ์ปฏิวัติ 2475 การปฏิวัติและการเปลี่ยนแปลงในประเทศไทยสยาม**. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์มติชนปากเกร็ด.

ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 74 ตอนที่ 76 วันที่ 16 กันยายน 2500.

ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 108 ตอนที่ 36 วันที่ 26 กุมภาพันธ์ 2534.

ว.ช.ประสังสิต. (2492). **ปฏิวัติรัฐประหาร และกบฏจลาจล ในสมัยประชาธิปไตยแห่งประเทศไทย**. พระนคร: โรงพิมพ์ บริษัทรัฐภักดี จำกัด.

สมชาย ปรึชาศิลป์กุล. (2550). **สถาบันกษัตริย์ในระบอบประชาธิปไตย**. กรุงเทพฯ. ปีที่ 6 ฉบับที่ 1 ลำดับที่ 41 วันที่ 16 มีนาคม – 30 เมษายน.

สุพจน์ ด่านตระกูล. (2550). **ประวัติรัฐธรรมนูญ**. นนทบุรี: สถาบันวิทยาศาสตร์สังคม (ประเทศไทย).

สำนักงานพระราชพิธีฯ. (2519). **คำสั่งคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดิน และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2519**. กรุงเทพฯ: ห้างหุ้นส่วนจำกัด อักษรบัณฑิต.

หยุด แสงอุทัย. (2513). **คำบรรยายชั้นปริญญาโท คณะรัฐศาสตร์ หลักสูตรรัฐธรรมนูญ และกฎหมายเลือกตั้งทั่วไป**. กรุงเทพฯ: คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

สิ่งพิมพ์อิเล็กทรอนิกส์:

สมศักดิ์ เจียมธีรสกุล. “The King and I: รายงานการเข้าเฝ้าของทูตอังกฤษ

ปี 2500 ในหลวงทรงมีพระราชดำรัสถึงการเมืองไทย” แหล่งที่มา http://somsakwork.blogspot.com/2006_07_01_archive.html (22 ธันวาคม 2551).

ปิยนุตร แสงกนกกุล. “**รัฐประหารในระบบกฎหมายไทย**” แหล่งที่มา <http://www.onopen.com/wp-print.php?p=1036> (19 พฤศจิกายน 2550).

สิทธิชุมชนในรัฐธรรมนูญไทย

บุญชู ณ ป้อมเพ็ชร¹

บทคัดย่อ

ในประเทศไทยแม้ว่ารัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 จะได้บัญญัติรับรองสิทธิชุมชนไว้ แต่การบัญญัติกฎหมายลำดับรองเพื่อบรรองสิทธิ เช่นพระราชบัญญัติป่าชุมชนยังไม่เกิดขึ้น การกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐยังไม่สัมพันธ์ไปกับสิทธิชุมชน รวมถึงคำพิพากษาของศาลที่ยังตัดสินตามกฎหมายลายลักษณ์อักษรและวินิจฉัยในปัญหาด้านเทคนิคต่างๆ โดยไม่ได้วินิจฉัยถึงเนื้อหาของสิทธิชุมชนแต่อย่างใด ทำให้เกิดปัญหาในการรับรองสิทธิชุมชนในประเทศไทยที่ไม่อาจพัฒนาไปได้

Abstract

In Thailand, since the constitution B.E. 2540 and B.E. 2550 stated the affirmation of community rights, there have been no laws issued to confirm those rights. For example, The Community Forest Law still hasn't been issued and the Administrative Act didn't relate to community rights. Furthermore, the court judgments according to written laws and other considerations of technical problems did not involve community rights at all. These practices caused the problems of community rights affirmation in Thailand and have

¹ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

prevented their further development.

พัฒนาการของสิทธิชุมชนก่อนที่จะได้มีการรับรอง ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

ในประเทศไทยก่อนที่จะมีการรับเอาระบบสิทธิตามแนวคิดกฎหมายทางประเทศตะวันตกมาใช้ การจัดการทรัพยากรในประเทศไทยทั้งที่ดิน น้ำและป่าไม้ อยู่ในอำนาจการจัดการของชุมชน โดยรัฐได้ให้อำนาจชุมชนในการจัดการทรัพยากรกันเองซึ่งรัฐจะไม่เข้าควบคุมดูแลจัดการทรัพยากรด้วยตนเอง รูปแบบและวิธีการการจัดการทรัพยากรโดยชุมชนได้เกิดรูปแบบการจัดการทรัพยากรโดยชุมชนตามจารีตประเพณี เช่น ป่าชุมชน เหมืองฝาย และสิทธิทำกินในเขตพื้นที่ป่า เป็นต้น

การจัดการทรัพยากรโดยชุมชนได้ดำเนินมาอย่างต่อเนื่องจนถึงรัตนโกสินทร์ตอนต้น ต่อมาได้มีการเปลี่ยนแปลงเนื่องจากการพัฒนาทางเศรษฐกิจทำให้ทั้งภาครัฐ และภาคเอกชนมีความจำเป็นต้องใช้ทรัพยากรอย่างมาก รัฐจึงต้องรวมอำนาจด้านการจัดการทรัพยากรเข้าสู่ศูนย์กลางโดยการอ้างถึงความเป็นรัฐชาติ และการตรากฎหมายอ้างสิทธิให้รัฐเข้ามาควบคุมและจัดการผ่านกระทรวง ทบวง กรมต่างๆ การจัดการทรัพยากรจึงเปลี่ยนจากชุมชนมาเป็นของราชการส่วนกลางโดยอาศัยกลไกทางกฎหมายและการจัดตั้งหน่วยงานของรัฐเข้ามาจัดการดูแลแทน เช่น พระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช 2484 พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 พระราชบัญญัติการชลประทานหลวง พ.ศ. 2485 ทำให้การจัดการทรัพยากรตกอยู่ภายใต้ระบบทรัพย์สินของรัฐ (State Property)

การเปลี่ยนแปลงดังที่ได้กล่าวมาทำให้เกิดการลดบทบาทของชุมชนและปฏิเสธสิทธิตามจารีตประเพณีของชุมชน สิทธิในการจัดการทรัพยากรของชุมชน เช่น ป่าชุมชน องค์การเหมืองฝาย ของหน้าหมู่บ้าน สิทธิการจัดการทรัพยากรเหล่านี้เมื่อกฎหมายของรัฐไม่ได้รับรองไว้จึงเป็นสิทธิในความเข้าใจ

ของชุมชน (de facto) เท่านั้น ไม่ได้เป็นสิทธิตามกฎหมาย (de jure) ที่จะใช้ยันกับรัฐหรือบุคคลอื่นได้แต่อย่างใด

รัฐได้ปฏิเสธจารีตประเพณีและวัฒนธรรมของชุมชน การจัดการทรัพยากรโดยการปฏิบัติตามวิถีทางของชุมชนต่างๆ เหล่านี้กลับกลายเป็นสิ่งไร้สาระมลาย ชัดแย้งกับกฎหมายของรัฐ และเป็นเพียงข้ออ้างของชุมชนในการทำลายทรัพยากรเท่านั้น มายาคติในเรื่องนี้ได้ถูกสร้างขึ้นบนอุดมการณ์ความเป็นรัฐชาติ และกระแสของการพัฒนาทางเศรษฐกิจจนกลายเป็นความเชื่อของคนทั่วไปว่า กลุ่มคนที่อาศัยอยู่ในเขตป่าโดยเฉพาะกลุ่มชาติพันธุ์นั้นเป็นผู้ทำลายป่า ดังนั้น รัฐจึงต้องเข้ามาเป็นผู้ดูแลโดยกระบวนการการบังคับใช้กฎหมายอย่างเด็ดขาดเพื่อรักษาทรัพยากรให้คงอยู่และกันบุคคลอื่นที่ใช้หรือพึ่งพิงทรัพยากรนั้นออกไปโดยไม่ได้คำนึงถึงการตั้งอยู่ของชุมชน รูปแบบ และวิธีการจัดการของชุมชนท้องถิ่นที่ตั้งอยู่ในเขตพื้นที่ป่านั้นจริงๆ ตามวิถีชีวิตของพวกเขาที่ดำรงกันมา การจัดการทรัพยากรรูปแบบเช่นนี้โดยรัฐจึงเป็นปัญหาอย่างยิ่งต่อวิถีชีวิตของชุมชน

ในช่วงสามทศวรรษที่ผ่านมา การจัดการทรัพยากรธรรมชาติของประเทศไทยอยู่ในสถานการณ์ช่วงชิงทรัพยากรธรรมชาติทั้งการช่วงชิงทรัพยากรธรรมชาติทั้งระหว่างรัฐกับเอกชน รัฐกับชุมชน และเอกชนกับชุมชน ปัญหาดังกล่าวได้ทวีความรุนแรงเพิ่มมากขึ้นมาตลอด ขณะเดียวกันระบบกรรมสิทธิ์ของเอกชน (Private Property) ที่เข้าถือครองทรัพยากรไม่ว่าจะผ่านทางกฎหมาย เช่นโฉนดที่ดิน การปฏิรูปที่ดินเพื่อการเกษตร รวมถึงการบุกรุกแย่งชิงเพื่อได้สิทธิในการครอบครองทรัพยากรธรรมชาติโดยวิธีการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่เกิดขึ้น การเปลี่ยนแปลงเช่นนี้ได้ส่งผลกระทบต่อระบบการจัดการทรัพยากรโดยชุมชน (Common Property) อย่างหนัก จนเป็นความเสื่อมรางของระบบการจัดการทรัพยากรโดยชุมชนท่ามกลางความแก่งแย่งและกีดกันจากอำนาจรัฐ และภาคเอกชน

การปรากฏตัวของสิทธิชุมชนในรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย

ท่ามกลางการแก่งแย่งและกีดกันสิทธิของชุมชนในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ ก็ปฏิเสธไม่ได้เช่นเดียวกันว่า ในความเป็นจริงยังมีชุมชนที่ยังมีรูปแบบการจัดการทรัพยากรโดยชุมชนตามจารีตประเพณีท้องถิ่นอยู่ในช่วงระยะเวลาที่กระแสดการมีส่วนร่วมของภาคประชาชน (Public Participation) มีมากขึ้น และมีงานการศึกษาของนักวิชาการในเรื่องสิทธิชุมชนทั้งงานด้านสังคมวิทยาและมานุษยวิทยา และทางประวัติศาสตร์ เช่น อานันท์ กาญจนพันธุ์² เสน่ห์ จามริก³ ยศ สันตสมบัติ⁴ ที่อธิบายถึงรูปแบบของการจัดการทรัพยากรธรรมชาติโดยชุมชนที่มีรูปแบบการจัดการเป็นระยะเวลาที่ยาวนาน ก่อนการบังคับใช้กฎหมายในรัฐสมัยใหม่ แต่ถูกลดทอน บทบาท อำนาจการครอบครองไป รวมถึงงานศึกษาด้านกฎหมายที่กล่าวถึงสิทธิชุมชน เช่น บวรศักดิ์ อุวรรณโณ⁵ ไพสิฐ พาณิชนกุล⁶ สมชาย ปรีชาศิลปกุล⁷ ที่ได้กล่าวถึงสิทธิทางกฎหมายของชุมชนในการจัดสรรทรัพยากร จึงนำไปสู่กระบวนการเรียกร้องให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการรักษาดูแลและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรแทนที่จะเป็นการผูกขาดจากรัฐเพียงฝ่ายเดียว ซึ่งไม่สอดคล้องกับสภาพความเป็นจริงที่ชุมชนจัดการและดูแลทรัพยากรในพื้นที่ของตนอยู่แล้ว จนกระทั่งหลักการมีส่วนร่วมของชุมชนในการจัดการทรัพยากรได้ถูกยกย่องเป็นกฎหมายเพื่อ

² อานันท์ กาญจนพันธุ์, **มิติชุมชน วิถีคิดท้องถิ่น ว่าด้วย สิทธิ อำนาจและการจัดการทรัพยากร**, (กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย(สกว.), 2544).

³ เสน่ห์ จามริก, **สิทธิมนุษยชนไทยในกระแสโลก**, (กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2549).

⁴ ยศ สันตสมบัติ, **ความหลากหลายทางชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืน**, (เชียงใหม่: นพบุรีการพิมพ์, 2542).

⁵ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, **ข้อสังเกตเชิงกฎหมาย และนโยบายที่เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ**, (กรุงเทพฯ: สถาบันชุมชนท้องถิ่นพัฒนา, 2536).

⁶ ไพสิฐ พาณิชนกุล, **สิทธิชุมชน: สิทธิเสรีภาพที่มีคู่ชุมชน**, (กรุงเทพฯ: กองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2538).

⁷ สมชาย ปรีชาศิลปกุล, **นิติสังคมศาสตร์ ฉบับ Legal pluralism พรหมแดนความรู้ใหม่นิติศาสตร์ไทย**, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2548).

ให้มีสภาพของการบังคับในทางปฏิบัติ ทั้งนี้ได้มีการรับรองหลักการมีส่วนร่วมของประชาชนและสิทธิชุมชนในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 เป็นครั้งแรก และมีการรับรองต่อมาในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 ดังนี้

รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 มาตรา 46 บัญญัติว่า

“บุคคลซึ่งรวมตัวกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมย่อมมีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปะหรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ และมีส่วนร่วมในการจัดการและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืน ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

รัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มาตรา 66 บัญญัติว่า

“บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน ชุมชนท้องถิ่น หรือชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมย่อมมีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ และมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม รวมทั้งความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืน”

การเปลี่ยนผ่านทางกฎหมายที่ไม่เปลี่ยน ผ่านของสิทธิชุมชนของประเทศไทย

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าแนวคิดเรื่องสิทธิชุมชนจะได้รับการรับรองในรัฐธรรมนูญ ซึ่งเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ แต่รูปแบบการรับรองสิทธิชุมชนในรัฐธรรมนูญยังคงมีปัญหาในการบังคับใช้สิทธิชุมชนหลายๆ ประการ โดยปัญหาและอุปสรรคในการบังคับใช้สิทธิของชุมชนเกิดขึ้นทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหาร และฝ่ายตุลาการ ที่ทำให้สิทธิชุมชนไม่สามารถเกิดขึ้นได้อย่างสมบูรณ์

ในส่วนของฝ่ายนิติบัญญัติมีความพยายามที่จะยกย่องพระราชบัญญัติป่าชุมชน เพื่อรับรองสิทธิชุมชนในการจัดการป่าชุมชนให้เกิดขึ้นตั้งแต่ปี พ.ศ.

2530 ยังมีปัญหาและอุปสรรคจากฝ่ายนิติบัญญัติที่กฎหมายไม่สามารถที่จะผ่านจากรัฐสภา แม้ว่ารัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มาตรา 303 จะกำหนดให้มีการตรากฎหมายเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองการใช้สิทธิชุมชนภายในหนึ่งปี รวมถึงการแก้ไขพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องกับป่าไม้ทั้ง 4 ฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. 2484 พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 พระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 พระราชบัญญัติสงวนและคุ้มครองสัตว์ป่า พ.ศ. 2535 ให้สอดคล้องกับหลักการสิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญ ที่ยังไม่มีแนวโน้มที่จะเกิดการแก้ไข

ส่วนของฝ่ายบริหาร รัฐบาลไม่ได้มีนโยบายเกี่ยวกับสิทธิชุมชนอย่างชัดเจน ทั้งนโยบายป่าไม้ นโยบายที่ดิน ทรัพยากรชายฝั่ง รวมถึงหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการจัดการทรัพยากร เช่น กรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่าและพันธุ์พืช กรมป่าไม้ กรมที่ดิน กรมชลประทาน ฯลฯ ยังคงบังคับใช้กฎหมายของตัวเองอย่างเคร่งครัด โดยไม่ได้พิจารณาถึงสิทธิชุมชนในรัฐธรรมนูญและยังมีความเข้าใจในเรื่องสิทธิชุมชนน้อยและการดำเนินการของภาครัฐล้วนแล้วแต่เป็นผลทางลบต่อสิทธิชุมชน เช่นกรณีตัวอย่างต่อไปนี้

กรณีอุทยานแห่งชาติแก่งกระจานเข้าผลักดันกลุ่มปะกาเกอญอที่อาศัยในเขตอุทยาน ซึ่งเจ้าหน้าที่กรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่าและพันธุ์พืชได้ปฏิบัติการตามแผนโครงการขยายผลการอพยพ ผลักดัน จับกุม ชนกลุ่มน้อยที่บุกรุกพื้นที่แนวชายแดนไทยพม่า (ยุทธการตะนาวศรี) โดยได้ทำการบุกรุก รื้อถอน และเผาบ้านเรือนที่อยู่อาศัยอยู่ห่างจากบ้านปะกาเกอญอบ้างบางกลอยตอนบน บ้านห้วยแม่เพรียง ต.ห้วยแม่เพรียง อ.แก่งกระจาน จ.เพชรบุรี ส่งผลกระทบต่อชาวปะกาเกอญอดั้งเดิม 17 ครอบครัว สมาชิก 70 คน ได้รับผลกระทบ และถูกบังคับให้อพยพออกจากพื้นที่ ซึ่งกรมอุทยานฯ อ้างว่าเป็นชนกลุ่มน้อยจากประเทศเพื่อนบ้าน ครอบครองอาวุธสงคราม บุกรุกแผ้วถางป่า และเกี่ยวข้องกับยาเสพติด ต่อมาชาวปะกาเกอญอโดยนายนอแอะ มีมิ ชาวไทยเชื้อสายปะกาเกอญอได้ยื่นฟ้องกรมอุทยานฯ ให้ชดเชยค่าเสียหายเป็นเงินสองล้านหกแสนสองหมื่นสองพันห้าร้อยบาทต่อศาลแพ่งเมื่อวันที่ 1 พฤษภาคม 2555 ซึ่งได้

รับฟ้องคำฟ้องไว้พิจารณาแล้ว⁸

กรณีการดำเนินคดีกับชาวบ้านบ้านปางแดง อำเภอเชียงดาว จังหวัดเชียงใหม่ ซึ่งเจ้าหน้าที่รัฐ ตำรวจ ทหารและเจ้าหน้าที่ป่าไม้ จำนวน 200 นาย ได้สนธิกำลังเข้ารวมจับกุมชาวบ้านปางแดงเมื่อปี พ.ศ. 2547 มีการจับกุมชาวบ้าน 48 คน ขอลาบุกเบิกป่าสงวนแห่งชาติ ซึ่งเป็นการจับกุมครั้งที่สาม ต่อมาศาลได้อนุญาตให้มีการประกันตัวออกไป กรณีบ้านปางแดงเป็นกรณีที่สำคัญเนื่องจากชาวบ้านที่ถูกจับกุมส่วนใหญ่เป็นชาวบ้านที่อาศัยในพื้นที่มาช้านาน การจับกุมดังกล่าวทำให้เห็นได้ว่า หน่วยงานรัฐยังมีความเข้าใจต่อสิทธิชุมชนไม่ชัดเจน⁹

กรณีชาวเลที่หาดราไวย์ อำเภอเมือง จังหวัดภูเก็ต ซึ่งประกอบด้วยชาวมอแกน และฉวักลาไวย์ จำนวน 9 คน ถูกเจ้าหน้าที่อุทยานแห่งชาติหมู่เกาะสิมิลันจับกุม เมื่อวันที่ 12 ตุลาคม พ.ศ. 2555 ขอลาหลักลอยเข้ามาจับสัตว์น้ำในเขตอุทยานแห่งชาติหมู่เกาะสิมิลัน และได้ส่งพนักงานสอบสวน สภ.คุระบุรี อ.คุระบุรี จ.พังงา ชาวเลได้อ้างถึงสิทธิที่ได้อยู่อาศัยในพื้นที่มาถึง 300 ปี และสิทธิในการทำมาหากินและการจับสัตว์น้ำก็เป็นไปตามวิธีดั้งเดิม คือ ดำน้ำจับสัตว์และใช้เหล็กแหลมยิงปลา รวมถึงมติคณะรัฐมนตรีหลักการแนวนโยบายพื้นฐานวิธชีวิตชาวเล วันที่ 2 มิถุนายน พ.ศ. 2553 ที่ให้ผ่อนปรนการประกอบอาชีพประมงที่ใช้อุปกรณ์ดั้งเดิมของกลุ่มชาวเล แต่เจ้าหน้าที่ไม่ยอมรับฟัง

ในส่วนของการตั้งศาลยุติธรรมและศาลรัฐธรรมนูญที่มีข้อจำกัดในการ

⁸ กะเหรี่ยงแก่งกระจานเดินทางฟ้องอุทยานฯ เหตุเผาไล่ที่. [ระบบออนไลน์]. แหล่งที่มา <http://prachatai.com/journal/2012/05/40313>

⁹ ถอดบทเรียนกรณีชาวบ้านปางแดงกับผืนป่า: มองหาสิทธิ เสรีภาพ เสมอภาค ในสังคมไทย (1). [ระบบออนไลน์]. แหล่งที่มา <http://prachatai.com/journal/2010/02/27592>

ตีความในเรื่องสิทธิชุมชน เช่น คดีแดงที่ 3860/2544 ของศาลจังหวัดเชียงใหม่¹⁰ คดีแดงที่ 1035/2546 ของศาลจังหวัดเชียงใหม่¹¹ คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 62/2545 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 25/2547 คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 52-53/2547

คดีที่ศาลจังหวัดเชียงใหม่ตัดสิน คดีแดงที่ 3860/2544 ซึ่งมีข้อเท็จจริง ดังนี้ จำเลยกับพวกที่ยังไม่ได้ตัวมาฟ้องอีกหนึ่งคนได้ร่วมกันมีไม้สนแปรรูปซึ่งเป็น ไม้หวงห้ามประเภท ก. ตามพระราชกฤษฎีกาไม้หวงห้าม พ.ศ. 2530 ไว้ครอบครองภายในเขตควบคุมไม้แปรรูป เหตุเกิดที่ตำบลแม่วีน อำเภอแม่วาง จังหวัดเชียงใหม่ ทั้งนี้เป็นไปตามประกาศกระทรวงเกษตรเรื่องการควบคุม แปรรูปไม้และพระราชกฤษฎีกากำหนดไม้หวงห้าม ได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาและพนักงานเจ้าหน้าที่ได้คัดสำเนาประกาศไว้ ณ สถานที่ราชการ และที่สาธารณะในท้องที่ซึ่งเกี่ยวข้องซึ่งถือว่าจำเลยได้ทราบโดยชอบแล้ว

คำให้การของจำเลยนั้น จำเลยอ้างว่าการตัดไม้สนครั้งนี้กระทำโดยชอบตาม สิทธิขั้นพื้นฐานตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ.2540 มาตรา 46 เพราะนายบุญ ขุยแจ่มจิต หลานชายของจำเลยได้ขออนุญาตไปยังคณะกรรมการหมู่บ้านและได้รับอนุญาตแล้ว การขออนุญาตใช้ไม้ใน “ป่าชุมชน” ของหมู่บ้าน ถือเป็น ประเพณีปฏิบัติมาช้านานในชุมชนของตน และการตัดไม้นั้นก็ทำโดยเปิดเผย รู้เห็นกันในชุมชนทั่วไป

ศาลจังหวัดเชียงใหม่ตัดสินว่า จำเลยเป็นผู้สนับสนุนในความผิดฐานมีไม้สนแปรรูปไว้ในครอบครอง ลงโทษจำเลยจำคุก 8 เดือน ลดโทษให้ 1 ใน 4 คง จำคุก 6 เดือน โทษจำคุกให้รอลงอาญาไว้ 2 ปี ข้อต่อสู้ของจำเลยตามมาตรา

¹⁰ คดีสิทธิชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมกับข้อกังขาว่าด้วยความชอบธรรมในสังคมไทย, เอกสาร หลักประกอบการประชุมเวทีนโยบายสาธารณะเพื่อเอาชนะความยากจน ครั้งที่ 7, 23 มกราคม 2547 จัดโดยคณะทำงานโครงการก่อตั้งสถาบันส่งเสริมการปฏิรูประบบยุติธรรม และความเป็นธรรมในสังคม, หน้า 13-14

¹¹ เรื่องเดียวกัน, หน้า 18-20.

46 รัฐธรรมนูญ ศาลจังหวัดเชียงใหม่ไม่ได้วินิจฉัยโดยไม่ได้ให้เหตุผล

คดีที่ศาลจังหวัดเชียงใหม่ตัดสิน คดีแดงที่ 1035/2546 ซึ่งมีข้อเท็จจริง ดังนี้ จำเลยได้เข้าตัดไม้สัก ซึ่งเป็นไม้หวงห้ามประเภท ก. ตามพระราชบัญญัติป่า ไม้ พุทธศักราช 2484 ในเขตป่า คำบลปิงโค้ง อำเภอเชียงดาว จังหวัด เชียงใหม่ ซึ่งกฎกระทรวงได้กำหนดให้เป็นเขตป่าสงวนแห่งชาติ และมีพระ ราชกฤษฎีกากำหนดให้เป็นเขตอุทยานแห่งชาติ จำเลยอ้างว่าชุมชนที่ตนเอง อาศัยอยู่มีคณะกรรมการป่าชุมชน ซึ่งแต่งตั้งมาจากทุกหมู่บ้านในพื้นที่ และมีวัฒนธรรมการรักษาป่าและการใช้ประโยชน์จากป่า การใช้ทรัพยากรป่าไม้ ได้มีการขออนุญาตจากคณะกรรมการป่าชุมชนตามจารีตประเพณีและได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการหมู่บ้านแล้ว จึงเข้าใจว่ามีสิทธิทำได้ตาม รัฐธรรมนูญ มาตรา 46 ทำให้จำเลยเข้าใจว่าจำเลยมีสิทธิอยู่อาศัยและทำ กินในป่าชุมชนตามจารีตประเพณี

ศาลพิพากษาว่าจำเลยมีความผิดตามพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 มาตรา 14 ,มาตรา 31 วรรคสอง พระราชบัญญัติป่าไม้ พุทธศักราช 2484 มาตรา 11, 48, 73 วรรคสอง พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. 2504 มาตรา 10 (10) , 25 แต่การกระทำของจำเลยเป็นการ กระทำกรรมเดียวผิดกฎหมายหลายบทให้ลงโทษบทหนักตามพระราชบัญญัติ ป่าไม้ รวมจำคุก 2 ปี ปรับสองหมื่นบาท จำเลยรับสารภาพลดโทษกึ่งหนึ่ง ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 78 คงเหลือโทษจำคุก 1 ปี ปรับหนึ่ง หมื่นบาท จำเลยไม่เคยได้รับโทษจำคุกมาก่อนจึงให้โอกาสจำเลยกลับตัวเป็น พลเมืองดี โทษจำคุกให้รอลงอาญาไว้สองปี ข้อต่อสู้ของจำเลยตามมาตรา 46 เป็นอันตกไปเพราะจำเลยได้สมัครใจรับสารภาพ

คดีที่ศาลจังหวัดเชียงใหม่ตัดสิน คดีแดงที่ 895/2544

จำเลยได้เข้าบุกรุกเข้าไปกั้นสร้าง แ้วถาง ตัดฟันต้นไม้ เผาและยึดถือครอบ ครองที่ดินในเขตป่าสงวนแห่งชาติ พ.ศ. 2507 บริเวณพื้นที่ป่าตำบลแม่จาง

อำเภอแม่แจ่ม จำเลยต่อสู้ว่าพื้นที่ที่เกิดเหตุเป็นชุมชนชาวเขาเผ่าม้ง ซึ่งมีการตั้งหมู่บ้านในพื้นที่นี้มาประมาณ 150 ปี มีจารีตประเพณีการทำไร่หมุนเวียนปลูกข้าวและข้าวโพดมาก่อน การทำไร่หมุนเวียนของจำเลยกระทำเพื่อการยังชีพซึ่งเป็นจารีตประเพณีและวิถีชีวิตของชุมชนที่จำเลยอาศัยอยู่ ในคดีนี้ส่วนคดีอาญาจำเลยรับสารภาพ ศาลจังหวัดเชียงใหม่ พิพากษาว่า จำเลยมีความผิดตามพระราชบัญญัติป่าสงวนแห่งชาติ ลงโทษจำคุก 6 เดือน ปรับหนึ่งหมื่นห้าพันบาท จำเลยรับสารภาพเป็นประโยชน์แก่การพิจารณา ลดโทษให้กึ่งหนึ่ง คงจำคุกสามเดือน ปรับเจ็ดพันห้าร้อยบาท โทษจำคุกให้รอลงอาญาไว้สองปี ให้จำเลยและบริวารออกจากพื้นที่

นอกจากนั้นการกระทำของจำเลยก่อให้เกิดการขาดแคลนไม้และส่งผลกระทบต่อ การเปลี่ยนแปลงสภาวะแวดล้อมตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ.2535 มาตรา 97 ให้คำนวณมูลค่าความเสียหายตามค่าฟอง คิดเป็นเงิน 1,041,758.80บาท จำเลยไม่ยอมชำระ พนักงานจึงฟ้องคดีเป็นคดีแพ่งเรียกค่าเสียหายตามฟ้อง รวมดอกเบี้ยร้อยละ 7.5 ต่อปี คิดเป็นจำนวน 130,219.85 บาท รวมทั้งสิ้น 1,171,987.65 บาท ส่วนคดีแพ่ง จำเลยได้ต่อสู้ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 มาตรา 46 โดยอ้างธรรมเนียมปฏิบัติ ศาลวินิจฉัยว่าคดีนี้เป็นคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญา ศาลถือตามข้อเท็จจริงในส่วนของคดีอาญาที่จำเลยรับสารภาพ ประเด็นจึงมีเพียงว่าจำเลยจะต้องชดใช้ความเสียหายเท่าไร ไม่มีประเด็นจะวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 46

คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 25/2547 ศาลปกครองสูงสุดส่งคำโต้แย้งของผู้ฟ้องคดี (ห้างหุ้นส่วนจำกัด ไวยวัฒน์) ให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 กรณีพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 24และมาตรา26 มีข้อความขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 มาตรา 46 และมาตรา 50 หรือไม่

ข้อเท็จจริงตามคำร้องสรุปได้ว่า ผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องกรมสรรพสามิตต่อศาลปกครองกลางและยื่นอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด โดยผู้ฟ้องอ้างว่า พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 24 บัญญัติห้ามมิให้ผู้ใดทำหรือขายเชื้อสุราเป็นบพัญญูที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ มาตรา 46 การที่ผู้ถูกฟ้องคดีห้ามผลิตแบ่งจำหน่ายหรือให้ขายแบบจำกัดพื้นที่จึงเป็นการจำกัดสิทธิซึ่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 มาตรา 46 ได้คุ้มครองไว้ บทบัญญัติของพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 นั้นย่อมใช้บังคับไม่ได้ จึงขอให้ศาลปกครองสูงสุดส่งเรื่องเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ และคำว่า "ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ" นั้นจะต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา 46 ดังกล่าวหรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า ข้อโต้แย้งพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 24 บัญญัติห้ามมิให้ทำหรือขายเชื้อสุราซึ่งรวมถึงแบ่งจำหน่ายด้วยเป็นบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ นั้น ปัจจุบันยังไม่มีความหมายบัญญัติถึงสิทธิชุมชนซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมเพื่อการอนุรักษ์หรือฟื้นฟูภูมิปัญญาท้องถิ่นเกี่ยวกับแบ่งจำหน่ายไว้ ผู้ร้องจึงไม่อาจโต้แย้งว่า พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 46 ได้

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ 52-53/2547

ศาลแขวงอุบลราชธานีขอให้สำนักงานศาลยุติธรรมส่งความเห็นของผู้ร้องนายสำรอง จันทะวงศ์กับพวกรวม 8 คนเป็นจำเลยในคดีอาญาหมายเลขคำที่ 1532/2545 ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 264 กรณีผู้ร้องโต้แย้งว่าพระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 4 และมาตรา 25 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 6 มาตรา 32 มาตรา 46 มาตรา48 มาตรา 50 มาตรา 83 และมาตรา 87 หรือไม่

ผู้ร้องอ้างว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 มาตรา 32 มาตรา 46 มาตรา 48 มาตรา 50 มาตรา 83 และมาตรา 87 ซึ่งบัญญัติรับรองสิทธิ

ของปวงชนชาวไทยในการใช้สิทธิที่จะอนุรักษ์ภูมิปัญญาท้องถิ่นในการผลิตเครื่องคัมสุราแซ่ของตนหรือแปรรูปผลิตทางการเกษตรของตนให้มีมูลค่าเพิ่มทางเศรษฐกิจ

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่ารัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 มาตรา 46 มีเจตนารมณ์ให้บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมมีสิทธิอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น มีส่วนร่วมในการจัดการเกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติในท้องถิ่นของตนเพื่อให้เกิดประโยชน์แก่ชุมชนของตนเอง การบำรุงรักษาและการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติที่มีอยู่ในชุมชนให้ได้ประโยชน์ร่วมกัน แต่สิทธิตามที่กล่าวนี้ต้องเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติด้วย ซึ่งในขณะนี้ยังไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายเรื่องสิทธิของบุคคลซึ่งรวมตัวกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมบัญญัติไว้จึงไม่อาจอ้างได้ว่า พระราชบัญญัติสุรา พ.ศ. 2493 มาตรา 4 และมาตรา 25 ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 62/2545

กรณีข้อพิพาทการวางท่อก๊าซของการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย ได้มีกลุ่มอนุรักษ์สิ่งแวดล้อมได้เข้าชี้ขขวางการวางท่อก๊าซ และถูกจับกุม ข้อโต้แย้งของกลุ่มดังกล่าวได้อ้างว่า พระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 มาตรา 30 และมาตรา 53 ซึ่งให้อำนาจแก่การปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย เข้าดำเนินการรื้อถอนอาคาร สิ่งก่อสร้างหรือตัดฟันต้นไม้ในเขตรบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อได้โดยไม่ต้องบอกกล่าวล่วงหน้า และเปิดโอกาสให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองยื่นคำร้องแสดงเหตุไม่สมควรไปยังคณะกรรมการการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทยเป็นบทบัญญัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 46

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยปัญหาในข้อนี้ว่า บทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ มาตรา 46 เป็นการบัญญัติรับรองสิทธิของบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมย่อมมีสิทธิอนุรักษ์และฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น

ถิ่น ศิลปะหรือวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและของชาติ มีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษาและการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ แต่ปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายบัญญัติถึงสิทธิของบุคคล ซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมไว้เป็นการเฉพาะ กรณีนี้จึงถือได้ว่าการที่พระราชบัญญัติปิโตรเลียมฯ มาตรา 30 ให้อำนาจกับ ปตท. เข้าไปดำเนินการในการวางระบบขนส่งปิโตรเลียมทางท่อเพื่อประโยชน์สาธารณะโดยการขอให้ใช้พื้นที่ของเอกชนในชุมชนเท่าที่จำเป็นโดยมีการบอกกล่าวล่วงหน้า และเปิดโอกาสให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองโต้แย้งแล้วนั้น ไม่ได้ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 46 อย่างใด

จากคำพิพากษาดังกล่าว เห็นได้ว่า ผู้พิพากษายังมีข้อจำกัดในการตีความและบังคับใช้สิทธิของชุมชนซึ่งล้วนแล้วไม่สอดคล้องกับหลักการของสิทธิชุมชนที่รัฐธรรมนูญรับรอง โดยเฉพาะในช่วงรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 ประเด็นที่ศาลวินิจฉัยมักจะเป็นเรื่องความตามวรรคท้าย คือ เรื่อง “ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ” เมื่อไม่มีกฎหมายระดับพระราชบัญญัติรับรองสิทธิจึงไม่เกิดขึ้น และภายหลังจากรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 จะตัดข้อความ “ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ออกไป แต่คำพิพากษาของศาลก็ยังไม่มีความก้าวหน้าในการตัดสินเกี่ยวกับคดีสิทธิชุมชนแต่อย่างใดโดยเฉพาะการวินิจฉัยในเนื้อหาของสิทธิชุมชนอย่างแท้จริง เช่น คดีแม่อมก¹² ซึ่งศาลจังหวัดแม่สอดมีคำพิพากษาในคดีหมายเลขแดงที่ 1737/2551 วันที่ 5 มีนาคม พ.ศ. 2553 โดยคำพิพากษาได้อ้างถึงเรื่องการทำไร่หมุนเวียน ซึ่งมีมติคณะรัฐมนตรี วันที่ 30 มิถุนายน พ.ศ. 2541 ผ่านฉันทให้อยู่อาศัยและทำกินได้ และประเด็นเรื่องจำเลยสำคัญผิดว่าตนเองสามารถอยู่อาศัยและทำกินในพื้นที่ป่าสงวน การกระทำของจำเลยจึงขาดเจตนา ศาลพิพากษายกฟ้อง ซึ่งเมื่อพิจารณาแล้วศาลยังให้น้ำหนักเรื่ององค์ประกอบการกระทำผิดทางอาญามากกว่าที่จะวินิจฉัยในเนื้อหาของ

¹² ชุมชนบ้านแม่อมก ภาพสะท้อนการบังคับใช้กฎหมายที่ปลายเหตุ. [ระบบออนไลน์]. แหล่งที่มา <http://prachatai.com/journal/2010/03/28535>

สิทธิชุมชนตามรัฐธรรมนูญ ว่า เป็นเรื่องของสิทธิชุมชนหรือไม่

บทสรุป

การพัฒนาที่ดูเหมือนจะก้าวกระโดดในเรื่องสิทธิชุมชนในประเทศไทย โดยการบัญญัติรับรองในรัฐธรรมนูญทั้งรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2540 และรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 แต่ในสภาพความเป็นจริงกลับพบว่า องค์กรอื่นทั้งฝ่ายนิติบัญญัติ บริหารและตุลาการ ไม่มีการปรับตัวต่อเรื่องสิทธิชุมชนในทิศทางที่เป็นบวก แต่อย่างใด พัฒนาการของสิทธิชุมชนจึงเป็นเรื่องที่ครึ่งๆกลางๆ บนความไม่แน่นอนเรื่องการยอมรับจากรัฐ ทั้งนี้ฝ่ายนิติบัญญัติ ฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการจำเป็นที่จะต้องมีการปรับเปลี่ยนเพื่อให้สิทธิชุมชนเกิดผลได้จริง เช่น การตรากฎหมายเพื่อรองรับสิทธิชุมชนโดยยอมรับรูปแบบขององค์กรชุมชนที่ทำหน้าที่ในการจัดการดูแลรักษาและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรตามจารีตประเพณีหรือกฎเกณฑ์กติกาที่ตั้งขึ้นเพื่อให้มีสภาพบังคับได้จริง หรือการตัดสินคดีของศาลในคดีเกี่ยวกับสิทธิชุมชน ผู้พิพากษาจะต้องเปิดพื้นที่ให้แก่กฎหมายจารีตประเพณีเพิ่มมากขึ้นมากกว่าการตัดสินคดีตามตัวบทกฎหมายเพียงอย่างเดียวโดยอาศัยฐานทางกฎหมายจากรัฐธรรมนูญซึ่งรับรองสิทธิของชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม ชุมชนท้องถิ่นในการจัดการทรัพยากร ซึ่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2550 มาตรา 66 ได้ตัดข้อความ “ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ออก และมาตรา 28 วรรค 3 รับรองการใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติตามสิทธิที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยตรง ซึ่งทำให้ศาลสามารถสามารถพิจารณาคดีได้ยืดหยุ่นมากขึ้น

การปรับตัวขององค์กรทั้งนิติบัญญัติ บริหาร และตุลาการ ในรูปแบบที่ได้กล่าวมาข้างต้นจะมีส่วนช่วยในการพัฒนาสิทธิชุมชนในประเทศไทยในการจัดการทรัพยากรให้มีความก้าวหน้ามากยิ่งขึ้นต่อไปกว่าที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน

บรรณานุกรม

กิตติศักดิ์ ปรกิต. (2550). **สิทธิชุมชน**. กรุงเทพฯ :สำนักพิมพ์วิญญูชน.

คณะทำงานโครงการก่อตั้งสถาบันส่งเสริมการปฏิรูประบบยุติธรรมและความเป็นธรรมในสังคม **คดีสิทธิชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมกับข้อกังขาว่าด้วยความชอบธรรมในสังคมไทย**, เอกสารหลักประกอบการประชุมเวทีนโยบายสาธารณะเพื่อเอาชนะความยากจน ครั้งที่ 7, 23 มกราคม 2547

บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. (2536). **ข้อสังเกตเชิงกฎหมาย และนโยบายที่เกี่ยวกับทรัพยากรธรรมชาติ**. กรุงเทพฯ: สถาบันชุมชนท้องถิ่นพัฒนา.

ไพสิฐ พาณิชย์กุล. (2538). **สิทธิชุมชน: สิทธิเสรีภาพที่มีคู่ชุมชน**. กรุงเทพฯ: กองทุนสนับสนุนการวิจัย(สกว.).

ยศ สันตสมบัติ. (2542). **ความหลากหลายทางชีวภาพและภูมิปัญญาท้องถิ่นเพื่อการพัฒนาอย่างยั่งยืน**. เชียงใหม่: นพบุรีการพิมพ์.

สมชาย ปรีชาศิลป์กุล. (2548). **นิติสังคมศาสตร์ ฉบับ Legal pluralism พรมแดนความรู้ใหม่นิติศาสตร์ไทย**. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา.

เสน่ห์ จามริก. (2549). **สิทธิมนุษยชนไทยในกระแสโลก**. กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.).

เสน่ห์ จามริก และ ยศ สันตสมบัติ (บก.). (2536ก). **ป่าชุมชนในประเทศไทย: แนวทางการพัฒนา เล่ม 1 ป่าฝนเขตร้อนกับภาพรวมของป่าชุมชนในประเทศไทย**. กรุงเทพฯ. สถาบันชุมชนท้องถิ่นพัฒนา.

เสน่ห์ จามริก และ ยศ สันตสมบัติ (บก.). (2536ข). **ป่าชุมชนในประเทศไทย: แนวทางการพัฒนา เล่ม 2 ป่าชุมชนภาคเหนือ**. กรุงเทพฯ. สถาบันชุมชนท้องถิ่นพัฒนา.

เสน่ห์ จามริก และ ยศ สันตสมบัติ (บก.). (2536ค). **ป่าชุมชนในประเทศไทย: แนวทางการพัฒนา เล่ม 3 ป่าชุมชนภาคตะวันออกเฉียงเหนือ**. กรุงเทพฯ. สถาบันชุมชนท้องถิ่นพัฒนา.

อรรถจักร์ สัตยานุรักษ์. (2548). **ประวัติศาสตร์เพื่อชุมชน :ทิศทางใหม่ของการศึกษาประวัติศาสตร์**. สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.).



อานันท์ กาญจนพันธุ์ (บก.). (2543). **พลวัตในการจัดการทรัพยากรกระบวนทัศน์และนโยบาย**. สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย (สกว.).

อานันท์ กาญจนพันธุ์. (2544). **มิติชุมชน วิถีคิดท้องถิ่น ว่าด้วย สิทธิ อำนาจและการจัดการทรัพยากร**. สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย(สกว.).



สำรวจหมุดหมายสิทธิมนุษยชน ในปีที่ 80 ของรัฐธรรมนูญไทย

นศพล นรรคนกุลพันธ์¹



บทคัดย่อ

การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนกับการปกครองในระบอบประชาธิปไตยโดยใช้กฎหมายรัฐธรรมนูญถือเป็นสิ่งที่คู่กันและแยกออกจากกันเสียมิได้ เนื่องจากการปกครองโดยใช้กฎหมายย่อมให้อำนาจแก่รัฐในการบังคับประชาชนภายใต้เขตอำนาจของตนและอาจนำไปสู่การใช้อำนาจโดยมิชอบซึ่งอาจกระทบต่อสิทธิมนุษยชนของบุคคลได้ ดังนั้น การสถาปนารัฐธรรมนูญจึงต้องมีการรับรองสิทธิและสร้างกลไกในการคุ้มครองสิทธิไว้เพื่อประกันสิทธิของบุคคลทั้งหลายอย่างเสมอภาคกัน ตลอดแปดสิบปีที่ผ่านมาสิทธิมนุษยชนในรัฐธรรมนูญไทยได้สอดแทรกอยู่ในหมวดสิทธิเสรีภาพ และได้ถูกขยายออกอย่างมากในรัฐธรรมนูญ 2540 และคงไว้ในรัฐธรรมนูญ 2550 แม้จะมีสิทธิบางประการได้ถูกเพิ่มขึ้นแต่ก็มีสิทธิบางประการที่ถูกลดทอนลง อย่างไรก็ตาม กลไกในการตรวจสอบถ่วงดุลการใช้อำนาจรัฐกลับได้เพิ่มจำนวนมากขึ้นและมีขอบเขตของอำนาจมากขึ้น ทั้งนี้ เงื่อนไขทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ก็มีผลสำคัญในการออกแบบรัฐธรรมนูญและบังคับตามสิทธิมนุษยชนที่รับรองไว้

¹ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

Abstract

The Constitutional Democracy must guarantee the Human Rights of person as a basic principal on behalf of equality before the law. In the term of Legal State, Check and Balance Organizations and right contents should be provided in constitution explicitly. Protection of power abusive from state's agencies and authorities could be designed by a constitution through many sections in 1997 and 2007 Constitution. However, the Political, Economic, Social and Cultural conditions of Thai Society have been affected to the development of Human Rights Protections in Thailand in many aspects.

".....หลักใหญ่ๆ ที่คณะราษฎรได้วางไว้มีอยู่ว่า

1. จะต้องรักษาความเป็นเอกราชทั้งหลาย เช่น เอกราชทางการเมือง การศาล ในทางเศรษฐกิจ ฯลฯ ของประเทศไว้ให้มั่นคง
2. จะต้องรักษาความปลอดภัยภายในประเทศ ให้การประทุษร้ายต่อกันลดน้อยลงให้มาก
3. ต้องบำรุงความสุขสมบูรณ์ของราษฎรในทางเศรษฐกิจ โดยรัฐบาลใหม่จะจัดหางานให้ราษฎรทุกคนทำ จะวางโครงการเศรษฐกิจแห่งชาติ ไม่ปล่อยให้ราษฎรอคอย
4. จะต้องให้ราษฎรมีสิทธิเสมอภาคกัน (ไม่ใช่พวกเจ้ามีสิทธิยิ่งกว่าราษฎรเช่นที่เป็นอยู่)
5. จะต้องให้ราษฎรได้มีเสรีภาพ มีความเป็นอิสระ เมื่อเสรีภาพนี้ไม่ขัดต่อหลัก 5 ประการดังกล่าวข้างต้น
6. จะต้องให้การศึกษาย่างเต็มที่แก่ราษฎร....."²

บทความฉบับนี้เขียนขึ้นบนพื้นฐานของการพยายามวิพากษ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่ปรากฏขึ้นในผืนบรรณพิภพมาแล้วเป็นเวลาถึง 80 ปี แต่สังคมไทยและนักกฎหมายกลับตั้งข้อสงสัยและหลีกเลี่ยงที่จะกล่าวเน้นหรืออ้างอิงหลักการสำคัญที่สุดของการมีรัฐธรรมนูญในระบอบประชาธิปไตย นั่นคือ การประกันสิทธิมนุษยชนของปัจเจกชน หรือเทียบเคียงได้กับสิ่งที่คณะราษฎรประกาศไว้ในหลักการทั้ง 6 แม้จะไม่ได้ใช้ถ้อยคำว่า "สิทธิมนุษยชน" โดยตรงก็ตาม แต่ก็เป็นการประกาศให้หลักประกันสิทธิเสรีภาพทั้งหลายตามกฎหมายตามนัยแห่งการประกันสิทธิมนุษยชนในนิติรัฐนั่นเอง

² มาตรา 6 รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้

ด้วยข้อจำกัดด้านเอกสารและข้อมูลเนื่องจากผู้เขียนไม่สามารถเข้าถึงเอกสารภาษาไทยจำนวนมากที่ปล่อยทิ้งไว้ในประเทศไทย จึงจำเป็นต้องใช้แนวทางการตั้งบรรทัดฐานบางอย่างไว้และวิพากษ์แบบไม่คำนึงถึงการอ้างอิงเอกสารตามแนวทางมาตรฐานทางวิชาการ เพื่อเป็นการสะท้อนความคิดของนักกฎหมายสิทธิมนุษยชนที่มีต่อพัฒนาการรัฐธรรมนูญไทยซึ่งได้สร้างสิทธิต่างๆ ขึ้นมาพร้อมกับองค์กรอิสระตรวจสอบถ่วงดุลทั้งหลายที่ปัจจุบันกลายเป็นองค์กรที่มีเสียงวิพากษ์วิจารณ์จากสังคมว่าให้ยกเลิกเสีย เพราะนำไปสู่การขัดขวางการทำงานขององค์กรที่เป็นตัวแทนของประชาชนโดยตรง

สิ่งที่น่าเป็นห่วงอย่างแท้จริง คือ องค์กรอิสระและสิทธิทั้งหลายที่สร้างขึ้นโดยรัฐธรรมนูญจะสูญเสียอำนาจแห่งความชอบธรรมที่จะเป็นหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชน และกลายเป็นองค์กรที่ถูกตั้งข้อสงสัยต่อการทำงานจนไม่อาจตอบสนองเจตนารมณ์ในการสร้างองค์กรเหล่านั้นขึ้นมาประกันสิทธิมนุษยชนของประชาชน

ความพยายามหลักเลี่ยงการพูดถึงเรื่อง “สิทธิมนุษยชน” โดยตรง ของนักกฎหมายหรือแม้กระทั่งนักพัฒนาและเคลื่อนไหวทางสังคม เกิดขึ้นได้ตามที่มาทางประวัติศาสตร์ที่มีการถกเถียงและทำลายคุณค่าของคำว่า “สิทธิมนุษยชน” ด้วยหลายเงื่อนไข ไม่ว่าจะเป็น แนวคิดชาตินิยม ที่ไม่ต้องการรับรองสิทธิมนุษยชนของคนต่างด้าวที่ “ไม่ไทย” ความเคียดแค้นโกรธเคืองของสังคมที่มีต่อนักสิทธิมนุษยชนที่เรียกร้องสิทธิในกระบวนการยุติธรรมให้กับผู้ต้องหาในคดีอุกฉกรรจ์ หรือแม้กระทั่งการเลี่ยงไปใช้คำว่า “สิทธิเสรีภาพ” ของนักกฎหมาย โดยเฉพาะนักกฎหมายมหาชนที่ไม่ต้องการเผชิญหน้ากับรัฐและผู้ละเมิดสิทธิมนุษยชนทั้งหลาย เนื่องจากการกล่าวอ้างสิทธิมนุษยชนจำต้องเรียกร้องต่อการละเมิดสิทธิโดยรัฐทั้งในทางตรง(รัฐเป็นผู้กระทำ) และทางอ้อม (รัฐเพิกเฉยไม่ปกป้องสิทธิให้ประชาชนที่โดนบุคคลอื่นละเมิด)

หากลองเปรียบเทียบกับรัฐประชาธิปไตยในยุโรปที่เป็นต้นทางการประกันสิทธิมนุษยชนด้วยกฎหมาย จะพบว่าการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนเป็นไปใน

ลักษณะตรงไปตรงมาและกล่าวอ้างเนื้อหาในรัฐธรรมนูญเพื่อประกันสิทธิมนุษยชนโดยตรง เพื่อทำให้เกิดผลสะท้อนทางสังคมและวัฒนธรรมในการตระหนักถึงสิทธิมนุษยชนโดยตรง มิใช่การเลี่ยงไปพูดถึงการถ่วงดุลตรวจสอบอำนาจรัฐเพื่อประกันสิทธิเสรีภาพที่ไร้พลังเนื่องจากมีลักษณะเป็นนามธรรมและไม่เห็นคู่ขัดแย้งในข้อพิพาทโดยตรง

อย่างไรก็ดี ประเทศไทยได้มีการประกันสิทธิมนุษยชนทั้งในเชิงเนื้อหาสิทธิและการสร้างกลไกมาบังคับตามสิทธิไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นหลัก และไม่มีกฎหมายเฉพาะในระดับรองที่กล่าวถึงสิทธิมนุษยชนไว้อย่างรอบด้าน(Comprehensive) ไม่ว่าจะเป็น กฎหมายต่อต้านการเลือกปฏิบัติ (Anti-Discrimination Law) หรือ กฎหมายสิทธิมนุษยชน (Human Rights Law) จึงต้องนำรัฐธรรมนูญมาเป็นตัวบท (Text) ในการวิพากษ์ (Critique) โดยใช้หลักการสิทธิมนุษยชนมาเป็นบรรทัดฐาน (Norms) ทั้งนี้ จะมีการหยิบเพียงบางส่วนที่มีผลสะท้อนต่อสิทธิมนุษยชนอย่างชัดเจนมาวิพากษ์

สิทธิเสรีภาพของชนชาวไทย

หากพิจารณาว่าสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทยได้รับรองไว้ในเชิงหลักการอย่างไรบ้าง ก็เป็นที่ทราบกันดีว่านอกจากจะดูจากบทบัญญัติในหมวด 3 ว่าด้วยสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทยแล้ว ยังต้องย้อนกลับไปดูบทบัญญัติในหมวด 1 บททั่วไปที่จะมีผลต่อการตีความรัฐธรรมนูญมาตราอื่นๆ ทั้งหมดด้วย โดยมาตราหลักที่กล่าวถึงการประกันสิทธิมนุษยชนนั้นปรากฏอยู่ในมาตรา 4 และ 5 อย่างชัดเจน³ และในมาตรา 6⁴ ก็ได้ย้ำว่าการตีความกฎหมายทั้งปวงไม่ว่า

³ มาตรา 4 ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคของบุคคล ย่อมได้รับความคุ้มครอง

มาตรา 5 ประชาชนชาวไทยไม่ว่าเหล่ากำเนิด เพศ หรือศาสนาใด ย่อมอยู่ในความคุ้มครองแห่งรัฐธรรมนูญนี้เสมอกัน

⁴ มาตรา 6 รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ บทบัญญัติใดของกฎหมาย กฎ หรือข้อบังคับ ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญนี้ บทบัญญัตินั้นเป็นอันใช้บังคับมิได้

จะเป็นการตีความรัฐธรรมนูญมาตราอื่น หรือการตีความกฎหมายอื่นที่มีผลบังคับใช้เหนือเขตอำนาจศาลไทยจะต้องไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญและมาตรา 4 และ 5 ในบททั่วไปด้วยเช่นกัน โดยนัยของมาตรา 4 และ 5 นั้นเป็นที่ทราบกันว่าได้รับอิทธิพลจากกระแสรัฐธรรมนูญนิยมที่แตกหน่อในยุโรปและออกผลไปในกฎหมายรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะในประเทศที่ใช้ระบบประมวลกฎหมายและมีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่ต้องรับรองประเด็นดังกล่าวไว้ กล่าวคือต้องมีการรับรอง ความเสมอภาค เสรีภาพของบุคคล และต้องธำรงไว้ซึ่งภราดรภาพของสังคมหรือคนในรัฐนั้น ซึ่งภราดรภาพนั้นแม้ไม่ได้เขียนให้ปรากฏชัด แต่เป็นที่แน่ชัดว่าในรัฐธรรมนูญไทยโดยเฉพาะฉบับ พ.ศ.2550 ก็มีความพยายามที่จะสร้างแนวทางในการอยู่ร่วมกันอย่างปรองดอง และใช้สิทธิเสรีภาพตราบเท่าที่ไม่ขัดต่อสิทธิของผู้อื่นหากจะมีการจำกัดสิทธิบางประการก็ต้องมีกฎหมายลำดับศักดิ์พระราชบัญญัติออกมาให้อำนาจในการควบคุมดังปรากฏในหมวด 3 มาตรา 29 ซึ่งดูเหมือนว่ามาตรานี้จะถูกหยิบยกมาใช้โดยศาลและองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐต่างๆ เพื่อจำกัดสิทธิที่รับรองไว้หลายมาตรารวมถึงมาตรา 4 มาตรา 5 มาตรา 26 และมาตรา 27 โดยมักอ้างเหตุผลที่เป็นเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิตามมาตรา 28⁵

จากจุดเริ่มต้นดังกล่าวที่รัฐธรรมนูญได้ประกันสิทธิไว้ แต่ด้วยวัฒนธรรมทางกฎหมายขององค์กรที่มีอำนาจตามกฎหมายซึ่งคุ้นชินกับการบังคับตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ จึงเป็นปัญหาว่าบทบัญญัติที่ให้ทุกองค์กรต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และสิทธิเสรีภาพประชาชนนั้นไม่ได้รับการใส่ใจ แต่มีการนำกฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจกับหน่วยงานทั้งหลายของรัฐจำกัดสิทธิของประชาชนได้อย่างต่อเนื่องทั้งที่ไม่เป็นคดีเข้าสู่การตีความของศาลรัฐธรรมนูญ และไม่มีการนำขึ้นสู่ศาล

⁵ มาตรา 28 บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน...

เมื่อรัฐธรรมนูญบัญญัติให้ทุกองค์กรต้องใช้ และตีความกฎหมายให้เป็นคุณค่าต่อสิทธิเสรีภาพ องค์กรที่มีอำนาจในการตีความกฎหมายมากที่สุด คือ ศาล ทิศทางสำหรับนักกฎหมายสิทธิมนุษยชนและผู้ต่อสู้เพื่อสิทธิของประชาชน จึงหนีไม่พ้นการต้องนำคดีที่เป็นปัญหาเข้าสู่การตีความของศาล ซึ่งแนวทางการตีความกฎหมายที่ศาลตีความกฎหมายให้เป็นคุณค่ากับสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ปรากฏเป็นกระแสของการต่อสู้เพื่อเรียกร้องสิทธิมนุษยชนในหลายประเทศ เรียกว่า ปรากฏการณ์ ตุลาการภิวัตน์ (Judicialization) ซึ่งเกิดพร้อมกับการขยายอำนาจของระบบเศรษฐกิจแบบทุนนิยมเสรีที่เข้าแย่งชิงทรัพยากรและฉวยชิงงบประมาณของรัฐไปในทางที่รอนสิทธิของประชาชนและรัฐบาลก็มีได้มีการประกันสิทธิประชาชน ทำให้ขบวนการเคลื่อนไหวภาคประชาชนต้องนำคดีขึ้นฟ้องสู่ศาลเพื่อให้ศาลบังคับรัฐบาลให้ประกันสิทธิตามกฎหมายให้กับประชาชน แต่ข้อสังเกต คือ การตีความดังกล่าวต้องนำไปสู่การรับรองสิทธิมากขึ้นมิใช่การตีความเพื่อทำให้ฝ่ายหนึ่งได้ประโยชน์และเกิดการจำกัดสิทธิผู้อื่นหรือกลุ่มอื่นดังปรากฏข้อวิพากษ์วิจารณ์ในหลายคดีที่เกิดขึ้นในช่วงปี 2550-2553

ดังนั้น บทบัญญัติที่รับรองสิทธิของประชาชนที่ไม่อาจทราบได้ว่าสิ่งที่กำลังถูกละเมิดอยู่เรียกว่าสิทธิอะไร ประชาชนจึงอาจได้อย่างกว้างๆ ด้วยการอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และสิทธิเสรีภาพ ซึ่งในความเป็นจริงอาจจะถูกปฏิเสธการใช้สิทธิจากเจ้าพนักงานหรือองค์กรของรัฐแต่ประชาชนก็อาจนำคดีขึ้นต่อสู้ในศาลได้ ดังนั้นการฟ้องศาลเพื่อให้ประกันสิทธิมนุษยชนและรับรองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ก็อาจเป็นสิ่งจำเป็นในช่วงก่อรูปว่าสิ่งใดเป็นสิทธิและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อย่างเป็นรูปธรรมบ้างในช่วงตั้งต้นนี้ ไม่ต่างจากการทำงานของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนในหลายประเทศที่ช่วงตั้งต้นจะมีการฟ้องคดีขึ้นสู่ศาลในปริมาณมากเพื่อให้ศาลวินิจฉัยวางบรรทัดฐานไว้ให้ชัดเจนมั่นคง ต่อเมื่อเกิดคดีในภายหลังทุกองค์กรก็สามารถคาดเดาผลได้มากขึ้น ทำให้หน่วยงานรัฐจำต้องประกันสิทธิและให้ความร่วมมือกับองค์กรอิสระที่ทำหน้าที่คุ้มครองสิทธิมนุษยชนง่ายขึ้นด้วย

อย่างไรก็ดี เป็นที่ทราบกันดีว่าในหลายมาตราทำให้สิทธิแก่ประชาชนนั้น ย่อมมีขอบเขตมิให้มีการใช้สิทธิเสรีภาพจนละเมิดผู้อื่น หรือเป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือที่รู้จักกันดีในนาม 3 เงื่อนไขจำกัดสิทธิสุดคลาสสิกนั้นคือ ศีลธรรมอันดี ความสงบเรียบร้อย และความมั่นคงแห่งรัฐ แต่ก็มี ความลักลั่นในการตีความเงื่อนไขเหล่านี้ในลักษณะที่คลุมเครือและขยายความออกไปจำกัดสิทธิในหลายกรณี เช่น การจำกัดสิทธิในสถานการณ์ฉุกเฉิน แต่ไม่มีการดำเนินการต่อการใช้สิทธิที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ เช่น ชุมนุมเรียกร้องให้ทหารออกทำการรัฐประหาร ทั้งที่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ

ส่วนศีลธรรมอันดีนั้นแม้สังคมจะพลวัตรเพียงใด แต่สิ่งที่ไม่เคยเปลี่ยนคือมาตรฐานเชิงศีลธรรม มักจะปรากฏในลักษณะ ความผิดในตัวของมันเอง (Mala in Se) เช่น การฆ่าคน การลักทรัพย์ แต่ประเด็นที่มักเป็นปัญหา คือ มาตรฐานศีลธรรมในเชิงอัตวิสัย (Subjective) ของเจ้าพนักงานรัฐที่มีอำนาจตามกฎหมายเฉพาะ เช่น การตรวจสอบข้อขัดแย้งว่า มีลักษณะไปเปลี่ยน หรือมีเนื้อหาขัดต่อศีลธรรมอันดีหรือไม่ ซึ่งในหลายกรณีขาดการมีส่วนร่วมของสังคมอย่างหลากหลายในการเข้าไปมีส่วนร่วมใช้พิจารณา

ส่วนความสงบเรียบร้อยและความมั่นคง รัฐเป็นผู้ชี้วัดเสียเองว่าความมั่นคงถูกสั่นคลอนต้องประกาศกฎหมายบางอย่างซึ่งให้อำนาจรัฐมาใช้บังคับมาแก้ปัญหาให้ทันทั่วทั้ง อาจมีลักษณะที่จำกัดสิทธิของประชาชนในบางประการ แต่ไม่จำกัดสิทธิทั้งหมด ดังนั้น ความมั่นคง ความสงบเรียบร้อย อาจมีการเปลี่ยนแปลงไปตามสถานการณ์ต่างๆ และหากใช้บ่อยๆ จึงมีความเสี่ยงต่อการละเมิดประชาชนได้ ประชาชนจึงต้องมีการสร้างภูมิคุ้มกัน เพื่อไม่ให้รัฐได้อำนาจความสงบเรียบร้อย มาละเมิดสิทธิของประชาชน ไม่ละเมิดกติกา และถือเป็นการกระทำของสังคม เช่น การนำพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ให้ศาลรัฐธรรมนูญตีความว่ามีเนื้อหาขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งศาลก็ตีความในเชิงกระบวนการออกกฎหมายว่า ถ้ามีการบัญญัติเป็นพระราชบัญญัติก็สามารถจำกัดสิทธิบางประการได้ โดย

ไม่ได้วินิจฉัยในเชิงเนื้อหาว่า มาตราใดของ พระราชกำหนดมีลักษณะขัดกับรัฐธรรมนูญ

นอกจากนี้ การใช้สิทธิเสรีภาพ ในหลายมาตรายังต้องกระทำตามที่กฎหมายบัญญัติ? เท่ากับเป็นการชี้โดยตัวบทบัญญัติเองว่าสิทธิดังกล่าวไม่ใช่สิทธิเด็ดขาด? ทั้งที่รัฐธรรมนูญเองรับรองสิทธิเกือบทุกอย่าง แต่ยังมีบางมาตราระบุไว้ว่า “ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ” หมายถึง รัฐธรรมนูญซึ่งเป็นกฎหมายรับรองจริง แต่ต้องกลับไปดูกฎหมายลำดับรองที่ให้รายละเอียดการใช้สิทธิไว้ ซึ่งมักจะจำกัดสิทธินั้นเอง แต่ก็มีข้อดีที่รัฐธรรมนูญ 2550 ได้ขจัดเงื่อนไขลงไปเสียมากโดยเฉพาะที่เป็นผลชัดเจนคือ สิทธิชุมชน ซึ่งชุมชนสามารถใช้สิทธิได้ทันทีที่มีพักต้องรอกฎหมายลูกออกมารับรองสิทธิต่อไป

ตามหลักกฎหมายทั่วไปการออกกฎหมายมาระงับสิทธิจะทำได้ เว้นแต่ต้องขอความเห็นชอบจากตัวแทนของประชาชนคือรัฐสภาและเท่าที่จำเป็นเท่านั้น จะต้องออกมาจากความถูกต้องของกฎหมาย จะออกกฎหมายเฉพาะ (ลำดับศักดิ์เทียบเท่า พรบ.) เท่าที่จำเป็น และบังคับเป็นการทั่วไป ห้ามบังคับกลุ่มหนึ่งกลุ่มใดเป็นพิเศษ ถ้าควบคุมแล้วต้องควบคุมทั้งหมด แต่ในคดีเกี่ยวกับกฎหมายงบประมาณแผ่นดินศาลรัฐธรรมนูญได้ใช้ดุลยพินิจวินิจฉัยว่ากรณีใดเป็นเหตุฉุกเฉินที่อนุญาตให้รัฐบาลออกกฎหมายลำดับพระราชกำหนด (เทียบเท่าพระราชบัญญัติ) โดยพิจารณาในเนื้อหาของสภาวะเศรษฐกิจเสียด้วย จึงเป็นที่น่าสนใจว่าต่อไปศาลรัฐธรรมนูญจะพิจารณาเนื้อหาของกฎหมายต่างๆ ที่ขัดรัฐธรรมนูญ เช่น กฎการศึกษา พระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 และ พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ.2551 และให้นิยาม “สถานการณ์ฉุกเฉิน” อย่างเป็นรูปธรรมมีขอบเขตชัดเจนเพื่อป้องกันมิให้มีการตีความเพื่อจำกัดสิทธิอย่างไร้พfang

สาระสำคัญอีกประการของสิทธิมนุษยชนคือความเสมอภาค สิ่งเท่า

กัน คือ ความเป็นมนุษย์ ห้ามเลือกปฏิบัติ⁶ แต่ในความเป็นจริง ไม่ได้เป็น อย่างที่กฎหมายต้องการ มีการเลือกปฏิบัติในเชิงปฏิบัติอยู่มาก (De facto Discrimination) หรือ ตัวกฎหมาย เลือกปฏิบัติเอง (De jure Discrimination) ถ้าเลือกปฏิบัติ โดยไม่มีเหตุผลที่วิญญูชนรับได้ ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ต้องขจัด ยกเลิกเพิกถอน หรือ เยียวยาให้กับผู้ถูกเลือกปฏิบัติ ซึ่งประเทศไทยไม่มีกฎหมายเฉพาะเช่นประเทศอื่นที่มีพระราชบัญญัติในเรื่องนี้โดยตรง คดีการเลือกปฏิบัติจึงต้องใช้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในการเรียกร้องสิทธิต่อองค์กรและศาลต่าง ๆ

แต่สิ่งที่ท้าทายเป็นอย่างมากคือ มาตรฐานในการปฏิบัติต่อบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองว่าบุคคลจะไม่ถูกเลือกปฏิบัติไม่ว่าจะมีสถานภาพใด เหล่ากำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ ศาสนา ความเชื่อ สภาพทางเศรษฐกิจ ลัทธิ การเมือง สังคมต้องดำรงอยู่ได้ ภายใต้ความแตกต่างหลากหลาย แต่ในช่วงหลายปีหลังมีข้อวิพากษ์วิจารณ์ต่อ มาตรฐานที่ลักลั่นในการบังคับใช้กฎหมาย ต่อกลุ่มบุคคลที่กระทำการดังกล่าวกันแต่ได้รับการปฏิบัติจากกระบวนการ ยุติธรรมแตกต่างกัน ดังที่เรียกกันว่า “สองมาตรฐาน” (Double Standard) หรือโดยประวัติศาสตร์ของกระบวนการยุติธรรมไทยจะไม่มีมาตรฐานดังที่ ศาสตราจารย์คณิต ณ นคร ได้เคยให้ความเห็นไว้อย่างต่อเนื่อง

ประเด็นสิทธิมนุษยชนด้านสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม ซึ่งสอดคล้องกับคำประกาศของคณะราษฎรก็ได้รับการผลักดันให้เข้าสู่รัฐธรรมนูญตามลำดับ แต่สิ่งที่เป็นคำถามกันเสมอมาก็คือ ประเทศไทยเป็น รัฐสวัสดิการแล้วหรือยัง? การเป็นรัฐสวัสดิการนั้นรัฐต้องให้หลักประกันในการเข้าถึงและได้รับสวัสดิการที่มีคุณภาพอย่างเสมอภาคกันโดยประชาชน จะต้องมียุทธศาสตร์ตามกฎหมายในการเรียกร้องให้รัฐจัดสวัสดิการให้ หากรัฐเพิก

⁶ ใช้ศัพท์บัญญัติตามคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ที่ให้ใช้คำว่า “เลือกปฏิบัติ” ต่อการปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมต่อบุคคลด้วยเหตุที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เช่น เชื้อชาติ ศาสนา เพศ ฯลฯ

เฉยต้องมีสิทธิในการฟ้องร้องต่อศาลเพื่อให้บังคับตามสิทธิที่ได้รับรองไว้ในกฎหมาย อย่างที่ทราบกันดีว่าประเทศไทยยังไม่มีกฎหมายเฉพาะในการรับรองสวัสดิการอย่างรอบด้านและเป็นระบบ ดังนั้นรัฐธรรมนูญในส่วนของสิทธิในบริการสาธารณะของรัฐจึงเป็นส่วนสำคัญในการพิจารณา เมื่อดูจากรัฐธรรมนูญ 2550 จะพบว่ามียุทธศาสตร์บางประการที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ในส่วนที่ 9 สิทธิในการได้รับบริการสาธารณสุขและสวัสดิการจากรัฐ มาตรา 51-55 อันได้แก่

1. บุคคลมีสิทธิเสมอกันในการเข้าถึงบริการสาธารณสุข ต้องหนุนคนจน
2. เด็กและเยาวชนต้องได้รับการคุ้มครองสิทธิและพัฒนาอย่างมีส่วนร่วม
3. เด็ก เยาวชน สตรี และบุคคลในครอบครัว มีสิทธิได้รับความคุ้มครองจากรัฐ ให้ปราศจากการใช้ความรุนแรง และได้รับการฟื้นฟู
4. บุคคลเกิน 60 ปีไม่มีรายได้ ต้องได้รับสวัสดิการ
5. บุคคลพิการทุพพลภาพ และวิกลจริต มีสิทธิเข้าถึงบริการสาธารณะ
6. บุคคลไร้ที่อยู่อาศัย และไม่มีรายได้พอ ต้องได้รับความช่วยเหลือ

ปัญหาจึงอยู่ที่บุคคลที่ไม่อาจนิยามได้ชัดเจนว่าเข้าเกณฑ์ในมาตราใด จะได้รับสวัสดิการหรือไม่ เช่น เกษตรไม่มีที่ทำกินอยู่ในข่ายความช่วยเหลือหรือไม่ คนหนุ่มสาวเพิ่งจบการศึกษาและว่างงานจะได้รับสวัสดิการอย่างไร ในช่วงหางานทำ หากมีคนอดอยากไปขอให้ รัฐเปิดโกดัง องค์กรตลาดเพื่อการเกษตร เพื่อเอาอาหารมาแบ่งจะทำได้ไหม รัฐจะเอางบประมาณที่ไหนมาจัดสวัสดิการ ถ้าหากต้องเลือกทางใช้งบประมาณที่มีอยู่อย่างจำกัด ต้องนำเงินมาจัดสวัสดิการก่อนที่จะนำไปลงทุนในโครงการขนาดใหญ่ (Mega Project) หรือไม่

นอกจากนี้ประเด็นความอยู่ดีกินดีของประชาชนในชนบทย่อมเชื่อมโยงอยู่กับสิทธิในการจัดการทรัพยากรดังที่ปรากฏอยู่ในเนื้อหาของ สิทธิชุมชน ทั้งในเชิงรูปแบบของชุมชนที่ได้สิทธิตามมาตรา 66 และ มาตรา 67 และเนื้อหาแห่งสิทธิว่ามีขอบเขตและครอบคลุมกรณีใดบ้างก็ยังเป็นปัญหาอยู่ไม่น้อย แม้สิทธินี้จะบังคับได้ทันทีไม่ต้องมีกฎหมายลูกมารองรับก็ตาม แต่ความชัดเจนในประเด็นต่างๆ ก็ยังจำเป็นต้องพัฒนาต่อไป ดังเช่น

1. ชุมชนไหนบ้างที่มีสิทธิ - ปัจจุบันครอบคลุมชุมชนทุกรูปแบบเมื่อตัดคำว่า “ท้องถิ่นดั้งเดิม” ออกไปดังนั้นชุมชนเหล่านี้จะอยู่ในการคุ้มครองสิทธิหรือไม่ เช่น ชุมชนเมือง ชุมชนชนบท ชุมชน อุตสาหกรรม ชุมชนเกษตรกรรม เพราะในรัฐธรรมนูญ 2540 คุ้มครองชุมชนท้องถิ่น โดยเฉพาะชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม
2. ชุมชนจะสามารถปฏิบัติการตามเนื้อหาของสิทธิตามรัฐธรรมนูญในลักษณะที่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายอื่นเพื่อ รักษาวิถีชีวิตเดิมของตัวเอง พื้นฟูวิถีชีวิตดั้งเดิมของตนขึ้นมา ได้หรือไม่
3. รัฐจะมาบังคับให้เปลี่ยนวิถีชีวิตของชุมชนได้หรือไม่ ไม่ว่าจะด้วยกฎหมายหรือโครงการพัฒนาต่างๆ
4. เนื้อหาแห่งสิทธิหมายถึงทุกอย่างในชุมชน หากความหมายกว้างนักกฎหมายย่อมรู้ว่าสิ่งนั้นจริงๆ แล้วไม่มีความสามารถจะบังคับได้จริง ดังนั้นเนื้อหาแห่งสิทธิชุมชน ควรจะหมายรวมทั้ง ขนบธรรมเนียมจารีตประเพณี การผลิต อาชีพ การรวมกลุ่ม การเลี้ยงดูลูกหลาน การสั่งสอน สิ่งแวดล้อม ทรัพยากรธรรมชาติ สุขภาพอนามัย ฯลฯ ต้องอนุญาตและรับรองความยืดหยุ่นของแต่ละชุมชน
5. รัฐหรือเอกชนจะคิดโครงการอะไรที่กระทบต่อชุมชน ต้องทำแผนประเมินก่อน คือ ต้องศึกษาข้อดีข้อเสียผลกระทบต่อชุมชน มีการชั่งชั่งในการทำแผนประเมินผลกระทบ
6. ชุมชนมีส่วนร่วมในการตัดสินใจว่าจะ เอา หรือ ไม่เอา โครงการ แต่ถ้าประชาชนไม่เอา แต่รัฐอนุญาตให้เดินหน้าต่อไป กฎหมายไม่ได้กำหนดผลไว้ เท่ากับรัฐสามารถอนุมัติให้เดินโครงการต่อไปได้ในหลายกรณี
7. ถ้ารัฐ หรือ องค์กรใดๆ ละเมิดสิทธิชุมชน ชุมชนฟ้องศาล หรือองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญได้จริงหรือ และการเยียวยาที่ได้รับจะอยู่ในรูปแบบใดบ้าง ยังต้องการกรณีศึกษาที่มีการฟ้องร้องจริงอีกมาก ดังเช่นกรณีเหมืองคลิตี้ เป็นต้น

การรัฐประหารเป็นสิ่งที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญทุกครั้งได้หยิบยกมาเป็นประเด็นในการถกเถียงจนเกิดสิทธิหนึ่งขึ้นมาในรัฐธรรมนูญ แต่ยังมีได้มีการนำสิทธิพิทักษ์รัฐธรรมนูญมาเป็นเครื่องมือป้องกันการรัฐประหารอย่างจริงจัง ดังเช่นครั้งเกิดการรัฐประหาร พ.ศ.2549 ก็ไม่มีผู้หยิบสิทธินี้ในรัฐธรรมนูญ 2540 มาใช้ ดังนั้นอาจจะต้องมีการศึกษาและวางแผนการนำสิทธินี้มาใช้เป็นเครื่องป้องกันและอาจนำมาลบล้างผลพวงทางกฎหมายของการรัฐประหารที่เกิดขึ้นหรืออาจเกิดขึ้นในอนาคตได้ ข้อสังเกตเกี่ยวกับสิทธินี้ ได้แก่

1. ประชาชนทุกคนมีสิทธิในการปกป้องรัฐธรรมนูญด้วยวิธีการใดบ้าง หากผู้กุมอำนาจในตอนนั้นออกคำสั่งห้ามการกระทำในหลายรูปแบบ เช่น ชุมนุม แสดงความเห็น เดินขบวน ต่อด่าน ฯลฯ
2. ประชาชนสามารถปกป้องอะไรได้บ้าง สามารถเรียกร้องให้กลับมาใช้รัฐธรรมนูญที่ถูกยกเลิกแล้วได้หรือไม่ หรือเรียกร้องให้ลบล้างการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญต่างๆ เช่น การออกกฎหมายที่เป็นคำสั่งคณะรัฐประหาร และการนิรโทษกรรมผู้ที่ก่ออาชญากรรมร้ายแรง ฯลฯ
3. การซื้อสิทธิขายเสียง โกงเลือกตั้ง รัฐประหาร ถือเป็นการล้มล้างประชาธิปไตยทุกกรณีที่ประชาชนสามารถใช้สิทธิพลเมืองต่อต้านได้โดยตรง หรือต้องใช้สิทธิผ่านองค์กรอื่น
4. กฎหมายรัฐธรรมนูญบังคับให้ร้องเรียนไปยังอัยการสูงสุด หรือ ศาลรัฐธรรมนูญเท่านั้นหรือ
5. ประชาชนต้องรอให้ศาลรัฐธรรมนูญตัดสินลงโทษ ระวังการกระทำเพิกถอนการกระทำเท่านั้นหรือ
6. ประชาชนสามารถใช้ปฏิบัติการทั่วไปในชีวิตปกป้องโดยสันติวิธีได้เสมอเช่นนั้นหรือ

ข้อเปรียบเทียบรัฐธรรมนูญไทยฉบับ พ.ศ. 2540 กับฉบับ พ.ศ.2550

รัฐธรรมนูญ 2550 ยังคงองค์การตรวจตราสิทธิมนุษยชนเดิมไว้ อาทิ ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง ศาลยุติธรรม เป้าหมายคือ ทำอย่างไรให้ไปถึงจุดที่ประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้ดีที่สุด โดยดูว่า องค์การที่มาเป็นกลไกในการบังคับตามสิทธิลดลงหรือไม่ แล้วเพิ่มช่องทางให้กับประชาชนมากขึ้นน้อยเพียงไร

สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ มีความลักลั่นในบางส่วนว่าจะครอบคลุมบุคคลทั้งหลาย หรือเพียงประชาชนชาวไทย

เน้นการเพิ่มสิทธิชุมชนผ่านกระบวนการประชาธิปไตยที่เพิ่มช่องทางเพิ่มการประเมินผลกระทบต่อสุขอนามัย และมีการตั้งองค์การอิสระเพื่อสิ่งแวดล้อม เป็นต้น

เช่นเดียวกับการตั้งองค์การอิสระเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคเป็นอิสระจากรัฐขึ้นมาเพื่อร่วมออกกฎ และกำกับให้รัฐบังคับใช้กฎหมายที่ได้ออกตามมา

เพิ่มสิทธิในการมีส่วนร่วมในประชาธิปไตยทางตรง โดยลดจำนวนประชาชนในการเข้าชื่อเสนอกฎหมาย หรือให้ถอดถอนผู้ดำรงตำแหน่งสำคัญ แต่ทำได้ยากในความจริง แม้จะลดจำนวนรายชื่อในการเข้าชื่อจาก 50,000 ชื่อ เหลือ 10,000 ชื่อก็ตาม เพราะกฎหมายในการเข้าชื่อยังมีข้อจำกัดในทางปฏิบัติหลายประการ เช่น การพกลำเนาเอกสารสำคัญมา และการตรวจความถูกต้องของชื่อและการตัดสิทธิผู้ที่ไม่ได้ไปทำหน้าที่ใช้สิทธิเลือกตั้ง

เพิ่มหลักประกันสิทธิให้กับประชาชนที่อาจได้รับผลกระทบจากต่างประเทศ โดยมาตรา 190 ฉบับปี 2550 เป็นมาตราที่กลับหลักการจากมาตรา 224 ของรัฐธรรมนูญ 2540 มากที่สุดเมื่อเทียบมาตราต่างๆ ในรัฐธรรมนูญ เพราะในอดีตรัฐบาลอยากกระทำข้อตกลงระหว่างประเทศใด ก็ให้ทำได้ก่อน แต่หากมีผลกระทบต่อเขตอำนาจอธิปไตยเรื่องใดๆ ก็จะมาขออนุญาตจากรัฐสภาใน

ภายหลัง แต่ในรัฐธรรมนูญ 2550 กล่าวว่า ต้องไปขอรัฐสภาก่อน หากอนุญาตจึงค่อยลงมือทำ และศาลรัฐธรรมนูญตีความเพิ่มเข้ามาในคดีบันทึกเพื่อความเข้าใจเกี่ยวกับเขาพระวิหาร อีกคือ ไม่ใช่เพียงเรื่องที่มีผลกระทบเท่านั้น หากรวมถึงเรื่องที่ อาจมีผลกระทบก็ต้องขออนุญาตจากรัฐสภาอีกด้วย

การฝังระบอบมาตยาธิปไตยเข้ามาแอบแฝง เช่น การมี สมาชิกวุฒิสภาจากการสรรหา 74 คน ให้ตุลาการมีอำนาจในการคัดเลือกบุคคลเข้ามาดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ

สิทธิเสรีภาพอาจถูกจำกัดได้โดย “ตามที่กฎหมายบัญญัติ”(ศักดิ์ต่ำกว่า) พระราชบัญญัติจะเป็นตัวจำกัดสิทธินั่นเอง โดยอาศัยเงื่อนไขเรื่องความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดี ซึ่งยังเป็นเงื่อนไขในการลิดรอนสิทธิ ประเด็นความมั่นคงของชาติ สถาบันทหาร และสหภาพข้าราชการ ปรากฏขึ้น โดยระบุให้มีสหภาพข้าราชการ เพื่อให้ข้าราชการต่อรองกับนักการเมือง แต่การให้อำนาจต่อรองของกลุ่มที่มีกำลังน้อยกลับมีไม่เยอะ เช่น สหภาพแรงงาน สภาเกษตรกร

ลักษณะของการสอดแทรกบทบาทของศาล เข้ามาในรัฐธรรมนูญ 2550 ได้แก่

1. รัฐธรรมนูญ 2550 ทำให้การเข้านำคดีเข้าสู่ศาลง่ายขึ้น โดยเฉพาะประชาชน
2. ศาลมีบทบาทในการแก้ไขข้อขัดแย้งทางการเมืองมากขึ้น อาจมีผลต่อความเป็นอิสระของศาล โดยเฉพาะกรณีศาลรัฐธรรมนูญซึ่งตอนรัฐธรรมนูญ 2540 ฝ่ายการเมืองเป็นผู้สรรหา แต่ในรัฐธรรมนูญ 2550 สรรหาโดยศาลและมีที่มาจากผู้พิพากษาอาชีพเกินครึ่ง
3. ศาลรัฐธรรมนูญเดิมมีปัญหาเรื่องการวินิจฉัยคดีว่าถูกต้องหรือไม่ ในหลายๆ คดี ปรากฏการใช้ดุลยพินิจที่อาจขัดต่อหลักกฎหมาย ตั้งแต่ยุครัฐธรรมนูญ 2540 เรื่อยมาถึงยุครัฐธรรมนูญ 2550
4. กระบวนการรับคดีของศาลรัฐธรรมนูญ/ศาลปกครองค่อนข้างรวดเร็ว

แต่ระหว่างคดีพิจารณาจะกินเวลามาก/การบังคับใช้มาตรการชั่วคราวเร็ว

5. คดีในศาลมหาชนเริ่มเป็นที่กังขาต่อสังคมทั้งในเชิงเนื้อหาคำพิพากษา และกระบวนการพิจารณาคดี ทั้งในศาลปกครอง และศาลรัฐธรรมนูญ

นอกจากนี้ยังมีปัญหาเกี่ยวกับที่มาของรัฐธรรมนูญที่ไม่สอดคล้องกับสิทธิมนุษยชน เพราะในขณะที่รัฐธรรมนูญมีกระบวนการทำให้เกิดภาพว่าเป็นรัฐธรรมนูญที่ ประชาชนมีส่วนร่วม แต่กลับมีข้อวิจารณ์ในหลายประเด็น คือ

ประการที่ 1 ตั้งองค์กรร่างรัฐธรรมนูญโดยสมาชิกมาจากการเลือกตั้งภายใต้การแต่งตั้ง ซึ่งแม้จะเปิดกว้างขึ้น แต่ประชาชนก็ไม่สามารถคัดเลือกได้จริงๆ

ประการที่ 2 การรับฟังความคิดเห็น แต่มีปัญหาคือไม่ปรากฏหลักเกณฑ์คัดเลือก กลั่นกรอง สรุปและเสนอเป็นบทบัญญัติในรัฐธรรมนูญ

ประการที่ 3 การลงประชามติ ซึ่งอาจมีปัญหาคือการไม่กำหนดจำนวนเสียงขั้นต่ำ ทำให้เพียงแค่เสียงข้างมากของผู้ลงคะแนนซึ่งอาจมีจำนวนน้อยก็ทำให้ประชามตินั้นผ่านได้

รัฐธรรมนูญกับปัญหาผู้ทรงสิทธิ บุคคลชนชาวไทย

มีข้อสงสัยเสมอมาว่าสิทธิตามรัฐธรรมนูญเป็นสิทธิมนุษยชนของบุคคลหรือเป็นสิทธิเสรีภาพที่จำกัดให้มีเฉพาะชาวไทย และไม่รวมถึงการให้สิทธิแก่คนต่างด้าว

- รัฐธรรมนูญไทยไม่แยก สิทธิมนุษยชน กับ สิทธิของพลเมือง
- มีเพียงการกล่าวถึง สิทธิเสรีภาพของปวงชนชาวไทย กับ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์
- การตีความจึงต้องดูเจตนารมณ์ในการร่างรัฐธรรมนูญ
- ซึ่งมีการแยกสิทธิออกเป็น สิทธิห้ามล่วงล้ำ กับ สิทธิก่อตั้ง

- สิทธิของพลเมืองในลักษณะก่อตั้งจึงไม่ใช่ของคนต่างด้าว
- สิทธิห้ามล่วงล้ำที่ติดตัวมาตั้งแต่กำเนิดจึงเป็นของบุคคลทุกคนไม่ว่าแม้แต่คนต่างด้าว

แต่สิ่งหนึ่งที่พึงตระหนัก คือ รัฐไทยให้สัตยาบันและอนุวัติการกติกาสากลว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมืองแล้ว ดังนั้น สิทธิเด็ดขาดที่อยู่ในข้อ 4 แห่งกติกาฯ จึงเป็นเป็นของทุกๆ คน

กลไกเยียวยาสิทธิมนุษยชนของปัจเจกชน

รัฐธรรมนูญ 2550 ได้สร้างกลไกเยียวยาสิทธิมนุษยชนภายในประเทศ ถ้าเกิดการละเมิดสิทธิมนุษยชน รัฐมีหน้าที่ประกันสิทธิหรือเยียวยาสิทธิ ดังนั้น ต้องใช้มาตรการภายในมาเยียวยาสิทธิภายในรัฐก่อน และ กฎหมายระหว่างประเทศมีหลักการไว้ว่า ถ้ายังมีกลไกการเยียวยาภายในเหลืออยู่ ต้องใช้ให้หมดเสียก่อน (Exhaustion of Local Remedy) หากใช้กลไกเยียวยาภายในหมดแล้ว จึงค่อยนำคดีขึ้นสู่กลไกระหว่างประเทศ แต่มีข้อยกเว้นว่า บังคับจนสามารถ ใช้กลไกระหว่างประเทศได้เลย หากปรากฏชัดว่า มีการปฏิเสธความยุติธรรม หรือ กระบวนการยุติธรรมมีแต่อคติ หรือใช้กระบวนการภายใน อาจแก้ไขการละเมิดสิทธิมนุษยชนอย่างร้ายแรงได้อย่างทันที่ (หลัก Denial of justice) ดังนั้นการวิเคราะห์กลไกเยียวยาสิทธิต้องเริ่มจากกลไกภายในรัฐไทยเสียก่อน

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ผู้ตรวจการแผ่นดิน เป็นองค์กรหลักในการรับเรื่องร้องเรียนในการละเมิดสิทธิมนุษยชน เพราะกลไกนี้ รับเรื่องร้องเรียนเกือบทุกเรื่อง และร้องเรียนได้โดยง่าย อีกทั้งถ้าผู้ถูกละเมิดสิทธิไม่มีความประสงค์จะเดินเรื่องต่อ เพราะ ถูกกดดัน หรือ เสี่ยงต่อการละเมิดสิทธิจากผู้มีอิทธิพลผู้มีอำนาจ เป็นต้น คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ผู้ตรวจการแผ่นดิน สามารถดำเนินการแทนต่อไปได้ แต่เมื่อทำข้อเสนอแนะให้องค์กร หรือ หน่วยงานต่างๆ นำไปปรับปรุงเรื่องสิทธิมนุษยชนแล้ว องค์กรหรือหน่วยงานนั้น ไม่จำเป็นจะต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด หากต้องการบังคับอย่างเคร่งครัด ต้องอาศัยอำนาจ

หน่วยงานอื่นตามมาก โดย ใช้ช่องทางศาล จะมีผลบังคับได้ดีที่สุด เช่น หากเป็นเรื่องการกระทำทางปกครอง ก็ให้ไปศาลปกครอง เป็นต้น หากว่าเล็งเห็นถึงการเพิกเฉย หรือ ละเลยไม่ใส่ใจของเจ้าพนักงานของรัฐ ซึ่งเกิดการละเมิดสิทธิ หรือ ส่อว่ามีความทุจริต เรื่องมันจะขยายได้อีก ซึ่งสามารถฟ้องร้องในทางแพ่ง หรือ อาญาได้ และขอบังคับให้มีการชดเชยค่าเสียหายทางแพ่งได้อีกด้วย รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน 2550 ได้เปิดช่องให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชน ผู้ตรวจการแผ่นดินสามารถเป็นตัวแทนของประชาชนในการฟ้องร้องคดีในการเรียกร้องค่าเสียหายในศาลยุติธรรมแทนประชาชนได้ด้วย

รัฐไทยมีการสร้างศาลเพื่อวินิจฉัยและบังคับตามสิทธิมากมาย ได้แก่ ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง ศาลยุติธรรม (คดีแพ่ง และคดีอาญา)

อัยการ - อัยการ สำนักงานคุ้มครองสิทธิเสรีภาพประชาชน มีหน้าที่ รับเรื่องร้องเรียนแห่งอรรถคดี ให้คำปรึกษาด้านกฎหมาย คดีต่างๆ ซึ่งประชาชนไม่มีที่ปรึกษาทางกฎหมาย ก็สามารถไปร้องเรียนได้ อีกทั้งสามารถฟ้องคดีได้ คู่ชนานกับการสั่งฟ้องของเจ้าพนักงานสอบสวนด้วย กล่าวคือ เจ้าพนักงานสอบสวนไม่รับผิดชอบให้ ไม่ทำสำนวนให้ อาจร้องไปช่องทาง สำนักงานคุ้มครองสิทธิและช่วยเหลือทางกฎหมายแก่ประชาชน (สคช.) เลยก็ได้ อัยการนอกจากจะให้อัยการเป็นเหมือนทนายของแผ่นดินในการฟ้องหรือกล่าวหา และเป็นตัวคั่นกลางระหว่างตำรวจและศาล โดยอีกนัยยะหนึ่งคือ อัยการมีหน้าที่คัดกรองคดี ตรวจสอบดูว่าการทำงานของตำรวจ เจ้าพนักงานสอบสวน ได้ทำตามกฎหมายครบถ้วนสมบูรณ์ มีหลักฐานอ้างอิงเพียงพอหรือไม่ เพื่อป้องกันการปรักปรำผู้บริสุทธิ์ อัยการสามารถพิจารณาสั่งไม่ฟ้องก็ได้ เพื่อให้บุคคลที่เสี่ยงต่อการละเมิดสิทธิในกระบวนการยุติธรรม ปลอดภัยจากการถูกกล่าวหาได้เร็วมากยิ่งขึ้น ซึ่งดีกว่าปล่อยให้มีการฟ้องไปจนศาลพิพากษายกฟ้อง ทั้งนี้ประชาชนสามารถฟ้องคดีไปยังอัยการหรือตั้งทนายฟ้องคดีเองได้ คู่ชนานกับการสั่งฟ้องของเจ้าพนักงานสอบสวน หรือแม้พนักงานสอบสวนหรืออัยการสั่งไม่ฟ้องก็ตาม

ฝ่ายบริหาร - กรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ กระทรวงยุติธรรม ฝ่ายบริหารพยายามจัดตั้งกรมคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขึ้นมา เพื่อทำประเด็นในเรื่องสิทธิมนุษยชนโดยเฉพาะ กรมจัดตั้งขึ้นภายหลังการปฏิรูปกระทรวงยุติธรรม ทำหน้าที่ดูแลสิทธิเสรีภาพของประชาชน คู่ชนานไปกับระบบราชการอื่น การที่มีหน่วยงานเยอะ เหมือนกับเป็นการเพิ่มช่องทางให้กับประชาชนเพื่อป้องกันว่าประชาชนหากมีช่องทางน้อย ประชาชนอาจจะจับข้อพิพาทกันเองด้วยการใช้ความรุนแรงได้ รับเรื่องราวร้องทุกข์จากประชาชน สามารถชดเชยค่าเสียหายแก่เหยื่อได้ในหลายกรณี ค่าเสียโอกาสในทางเศรษฐกิจ สังคม วัฒนธรรม เช่น จำคุกไปจนถึงชั้นศาลสูง แต่ศาลสูงพิพากษาว่าไม่มีความผิด ดังนั้นที่จำคุกไป ต้องมีการชดเชยค่าเสียโอกาสทางเศรษฐกิจ เป็นต้น

ฝ่ายนิติบัญญัติ - คณะอนุกรรมการสิทธิมนุษยชนและกิจการยุติธรรม ซึ่งอยู่ในรัฐสภา รัฐสภาอาจจะใช้วิธีออกกฎหมายใหม่เพื่อรับรองสิทธิได้ ขออภิปรายไม่ไว้วางใจฝ่ายบริหารได้หากเห็นว่าฝ่ายบริหารมีการละเมิดสิทธิของประชาชน

องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญอื่น เช่น คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ป.ป.ช.) คณะกรรมการการเลือกตั้ง (กกต.) สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ เช่น เรื่องตำรวจส่อว่ามีการทุจริต ก็ร้องทุกข์ต่อ ป.ป.ช. ได้ สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติจะรับเรื่องราวในเรื่องการริเริ่มโครงการต่างๆ ของรัฐ หากว่าประชาชนเป็นเสียงข้างน้อย และเสี่ยงต่อการละเมิดสิทธิจากโครงการเหล่านั้น ประชาชนอาจส่งเรื่องราวให้สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ รับหรือพิจารณา ว่าโครงการนั้นควรจะเดินหน้าต่อไปหรือไม่ หรือต้องมีการประกันสิทธิต่อประชาชนกลุ่มเสียงนั้นอย่างไร เป็นต้น

กลไกการรับเรื่องราวร้องเรียนในหน่วยราชการ และรัฐวิสาหกิจบางส่วน

กลไกองค์กรอิสระอื่น

กกต. ดูแลเรื่องสิทธิเกี่ยวกับการเลือกตั้ง ระบบสรรหา – ปัจจุบันแต่งตั้งชุดใหญ่ 5 คน ทำหน้าที่ควบคุม และรับรองผลการเลือกตั้ง/ให้ใบเหลืองใบแดง/ส่งสำนวนสู่ศาล การฟ้องศาลเป็นวิธีการประกันสิทธิกับผู้ลงสมัครเลือกตั้ง

ปปช. อำนาจในการตรวจสอบความประพฤติมิชอบในระบบราชการ ในวงราชการคือ ข้าราชการ และ ข้าราชการชั้นสูง รวมถึงนักการเมืองท้องถิ่นด้วย ตรวจสอบบัญชีทรัพย์สิน รับเรื่องร้องเรียนการประพฤติมิชอบในวงราชการ เพื่อสอบสวน และออกคำสั่งไปยังต้นสังกัด หรือส่งศาล การประพฤติมิชอบในวงราชการ เช่น การใช้อำนาจกลั่นแกล้ง ทุจริต หรือไม่รับเรื่องราว ไม่ปฏิบัติหน้าที่ เป็นต้น

สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ – ให้คำปรึกษาในการกำหนดนโยบายของรัฐบาล และภาครัฐ (ไม่ค่อยมีผลแล้ว) ไม่ค่อยมีผล เพราะไม่มีผลบังคับให้ปฏิบัติตามรัฐบาลจึงไม่ค่อยรับฟัง

องค์กรที่ไม่ใช่รัฐ

สภาพนาถความ มีหน่วยงานหนึ่งรับเรื่องราวร้องทุกข์ของประชาชน ทำงานโดยไม่คิดค่าใช้จ่าย เป็นคดีอนาถาสำหรับผู้ยากไร้ คนชายขอบมีการรับทำคดีอนาถา สำหรับผู้ยากไร้ ชายขอบ คดีที่ทำมีความหลากหลาย – สิทธิในกระบวนการยุติธรรม สิ่งแวดล้อม การร่วมให้คำปรึกษาในคดีสำคัญที่กระทบต่อประชาชน

องค์กรพัฒนาเอกชน (NGOs) ทำหน้าที่แล้วแต่เป้าหมายของแต่ละองค์กร NGO รับปัญหาจากประชาชนรากหญ้าผู้มีอำนาจต่อรองต่ำ รับไปขับเคลื่อนทางการเมือง บางครั้งคณะรัฐมนตรี สภาไม่รับเรื่อง จึงต้องมีการผลักดันเองผ่านกระบวนการทางกฎหมาย เช่น อยากได้กฎหมายรับรองสิทธิ แต่ไม่มีผู้ใดรับเรื่องไว้เลย NGO ก็จะทำหน้าที่ไปหารายชื่อเพื่อเสนอกฎหมาย เป็นต้น กรณี

ศึกษา – องค์กรผู้บริโภคร่วมกับการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ FTAWATCH ดูเรื่องการทำสนธิสัญญาโดยกระทบต่อประชาชน

สื่อมวลชน เผื่อระวังการละเมิดสิทธิมนุษยชนในกรณีต่างๆ เพราะสื่อ เป็นตัวให้ข้อมูลข่าวสารและเป็นผู้นำกระแสสังคมมากกดดันการกระทำของรัฐบาลต่างๆ ได้ กระบวนการนี้ในการเยียวยาสิทธิมนุษยชน วิธีมองว่าปัญหาคืออะไร

ระบบการเยียวยาสิทธิมนุษยชนระดับภูมิภาค

ภูมิภาคเอเชียไม่มีระบบการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนระดับภูมิภาค

อาเซียนมีธรรมนูญอาเซียน แต่ไม่มีระบบบังคับใช้ บังคับ ไม่มีผลบังคับ ไม่ได้ออกแบบกลไกการบังคับใช้ด้วย คือ ไม่มีศาล ทำได้แค่เพียงรับเรื่องราวร้องทุกข์ ทำข้อเสนอแนะ ซึ่งรัฐจะปฏิบัติตามหรือไม่ก็ได้

ระบบการเยียวยาสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับรัฐไทย

องค์กรใหญ่ของสหประชาชาติ คือ คณะมนตรีความมั่นคง สมัชชาใหญ่ สหประชาชาติ คณะมนตรีสิทธิมนุษยชน (ใหม่) คณะมนตรีความมั่นคง ทำได้ทุกอย่างในโลก แต่ไม่ทำในหลายๆ กรณี เพราะ กลไกของคณะมนตรี ออกแบบให้ประเทศผู้ชนะสงครามโลก 5 ประเทศ มีอำนาจในการ Veto มติใดก็ได้ แม้เสียงเดียว เสียงส่วนใหญ่ก็อาจตกไปได้ มักจะใช้สิทธิตรงนี้ในการเล่นเกมทางการเมือง แต่ไม่ตอบสนองสิทธิต่างๆ ของคนในโลก

สมัชชาใหญ่ ใช้ระบบเสียงข้างมาก 1 รัฐ ต่อ 1 เสียง มีหลายกรณีที่ส่งเสริมสิทธิมนุษยชนเป็นจำนวนมากคณะมนตรีสิทธิมนุษยชน เป็นบอร์ดบริหาร หากมีกลไกที่อยู่ภายใต้สนธิสัญญาสิทธิมนุษยชน ทำรายงานว่ารัฐมีการละเมิดสิทธิ คณะมนตรีสิทธิมนุษยชนก็จะโหวตว่าจะแก้ปัญหาอย่างไร

องค์กรย่อยภายใต้สหประชาชาติ คือ สำนักงานข้าหลวงใหญ่สิทธิมนุษยชน

ชน สำนักงานข้าหลวงใหญ่ผู้ลี้ภัย กองทุนเด็ก ฯลฯ สำนักงานข้าหลวงใหญ่สิทธิมนุษยชน รับเรื่องราวร้องทุกข์ด้านสิทธิมนุษยชนที่ต่างๆ

ประเทศไทยอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจตราของคณะกรรมการภายใต้อนุสัญญาสิทธิมนุษยชนทั้งหมด 7 ฉบับ เช่น สิทธิเด็ก สิทธิสตรีฯ เป็นต้น

กลไกพิเศษที่เกี่ยวข้อง - 1235 กระบวนการเปิด ตั้งผู้ตรวจการพิเศษแก่กรณี/ประเทศ , 1503 ระบบลี้ภัยเรียนต่อคณะมนตรีสิทธิ ตัวเลข 1235 และ 1503 เป็นตัวเลขมติ ซึ่งสร้างกระบวนการนี้ขึ้นมา เรียกว่า กระบวนการ 1235 เป็นระบบเปิด ซึ่งรับร้องเรียนเรื่องต่างๆ ไป ก็จะตั้งผู้ตรวจการสิทธิมนุษยชนระหว่างประเทศเข้าไป ตรวจตรา เก็บข้อมูล ทำข้อเสนอแนะ และนำรายงานเปิดเผยให้ข้อมูลเพื่อให้เกิดกระแสกดดันเพื่อแก้ไขปัญหา หรือให้ คณะมนตรีความมั่นคงรับรองเพื่อให้เกิดผลบังคับการแก้ไขปัญหาอย่างเข้มข้นมากขึ้น และ กระบวนการ 1503 เป็นกระบวนการปิด โดยให้ร้องเรียนไปยังคณะมนตรีสิทธิมนุษยชน ก็จะตั้งคนมาสืบ และรายงาน แล้วให้สมัชชาใหญ่รับรองนำไปสู่การประณามและกดดันประเทศที่มีการละเมิดสิทธิ เพราะบางเรื่องกระทบความมั่นคง การสืบจึงต้องดำเนินการลับ จนกว่าจะได้ข้อสรุปจึงจะเปิดเผย

วัฒนธรรมการเมือง เรื่องรัฐธรรมนูญไทย

นอกจากนี้ยังมีเงื่อนไขบางประการที่อาจเป็นข้ออุปสรรคต่อการพัฒนาสิทธิมนุษยชนไทยในห้วงเวลาที่ผ่านมา 80 ของรัฐธรรมนูญไทย

นิติธรรม นิติรัฐ เป็นจริงหรือไม่ในสังคมไทย ในความเป็นจริงรัฐไม่ได้ยึดเอาตัวกฎหมาย มีการเขียนได้ก็ฉีกได้ เมื่อมีอำนาจก็ไม่ยอมตนเข้ากับกฎหมาย

วัฒนธรรมการไม่เคารพกฎหมาย ในเมื่อมีการฉีกทิ้งก็ได้ เขียนใหม่ก็ได้ จึงไม่มีความศักดิ์สิทธิ์ในกฎหมาย เมื่อไม่มีความศักดิ์สิทธิ์ การเคารพเชื่อฟังกฎหมายก็เลือนหายไปด้วย

ระบบอุปถัมภ์ และการทำตัวเป็นอภิสิทธิ์ชนของผู้มีอำนาจ เพราะระบบศักดินาเข้ามามีอิทธิพลอยู่ในสังคมปัจจุบัน กล่าวคือ ผู้น้อยจะมีชีวิตที่ดีก็ต่อเมื่อทำตามผู้มีอำนาจนั้น ทำให้ธรรมาภิบาลไม่เกิด

ธรรมาภิบาลกับการปกครอง ความรับผิดชอบทางการเมืองที่มีน้อยของผู้ใหญ่ในสังคมทำให้เกิดวัฒนธรรมเอาอย่างและไม่ยอมแสดงความรับผิดชอบทางการเมือง

การต่อสู้ผ่านการสร้างรัฐธรรมนูญของชนชั้นนำ กับ รัฐธรรมนูญฉบับประชาชน ทำให้รัฐธรรมนูญไทยกลายเป็นเวทีต่อสู้กันระหว่างกลุ่มอำนาจนาในสังคม รัฐธรรมนูญจึงว่าด้วยเรื่องการเมือง มิใช่หลักประกันสิทธิเสรีภาพ กล่าวคือ จะให้ความสำคัญแต่กับเรื่องสมาชิกพรรค วิธีการทางการเมือง มีจำนวน สว. สส. เท่าไหร่ จะยุบพรรคได้หรือไม่อย่างไร แต่ไม่ได้กล่าวถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากนัก และจะพัฒนาสิทธิใดให้ได้รับการประกันเพิ่มเติมบ้าง

การออกแบบกลไกและช่องทางการมีส่วนร่วมในประชาธิปไตยทางตรงแบบพลเมือง ของประชาชน รวมถึงปัญหาชนชั้นกลางที่เฉื่อยชาทางการเมือง ถูกมอม ถูกสกัดกั้น ไปไม่ถึงฝั่งฝันที่คาดหวังไว้

รัฐธรรมนูญจึงไม่ตอบปัญหาสิทธิมนุษยชนของคนชายขอบ เพราะกฎหมายทั้งระบบไม่ได้ตอบสนองกับคนชายขอบ เพราะ คนชายขอบไม่เคยได้โอกาสในการเข้ามาร่างกฎหมาย หรือ มีส่วนร่วมในการตรวจสอบการบังคับใช้กฎหมายเลย

ข้อเสนอต่อการปรับปรุงกฎหมายรัฐธรรมนูญไทย

1. การแยกสิทธิของพลเมือง กับ สิทธิมนุษยชน ออกจากกันโดยชัดเจน เพื่อลดปัญหาการตีความหมวดสามให้คลุมเครือต่างดาว และอาจมีการทำข้อเสนอประกันสิทธิของพลเมืองไว้อย่างชัดเจน
2. การเพิ่มสิทธิบางประการ การขอลี้ภัย การขอสัญชาติ

3. ทำให้แนวนโยบายแห่งรัฐกลายเป็นหน้าที่ของรัฐ เพื่อลดการใช้งบประมาณไปกับโครงการที่ไม่พัฒนาสิทธิและความเป็นอยู่ของประชาชน
4. การลดผลกระทบจากการทำสนธิสัญญาที่ขัด ให้รัฐบาลทำงานได้
5. กำหนดผลของการพิจารณาอย่างชัดแจ้งหากขัดกับนโยบายรัฐว่าจะให้ผลเป็นไปในทิศทางใด
6. กระบวนการเข้าสู่ข้อเสนอกฎหมาย ร้องเรียนต่างๆ ควรดูในทางปฏิบัติให้กระทำการเข้าสู่ข้อได้ง่ายขึ้น

ความสัมพันธ์ระหว่างปฏิกญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน กับ รัฐธรรมนูญ 2550 และกฎหมายภายในที่เกี่ยวข้อง

ปฏิกญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน	รัฐธรรมนูญไทย พ.ศ. 2550	กฎหมายภายในอื่น ๆ
1. ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์	มาตรา 4, 26, 28, 30	-
2. ความเสมอภาคโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ	มาตรา 5, 30, 31	-
3. สิทธิในการมีชีวิตและความมั่นคงแห่งเนื้อตัว ร่างกาย	มาตรา 32	ป.อ.
4. เสรีภาพที่จะปลอดจากการบังคับให้เป็นทาส เสรีภาพที่จะปลอดจากการถูกบังคับกักขังได้ภาระจำยอม	มาตรา 29, 32 โดยข้อ 36 มาตรา 29, 32 , 36	- ป.อ.
5. เสรีภาพจากการถูกทรมานหรือการลงโทษที่โหดร้ายทารุณ	มาตรา 32	ป.อ.
6. สิทธิในการได้รับการยอมรับว่าเป็นบุคคลตามกฎหมาย	มาตรา 30	ป.พ.พ.
7. สิทธิในการได้รับความคุ้มครองโดยกฎหมาย	มาตรา 30, 40, 212	ทุกกฎหมาย

ปฏิกญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน	รัฐธรรมนูญไทย พ.ศ. 2550	กฎหมายภายในอื่น ๆ
8. สิทธิที่จะได้รับการเยียวยาจากศาลเมื่อถูกละเมิดสิทธิ และการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม	มาตรา 28, 40, 81, 212, 218, 223	ป.วิ.อาญา ป.วิ.แพ่ง
9. เสรีภาพจากการถูกจับกุม กักขังหรือเนรเทศโดยพลการ	มาตรา 34, 39, 40	ป.วิ.อาญา
10. สิทธิในการได้รับการพิจารณาคดีในศาลอย่างเป็นธรรม	มาตรา 40, 81, 197, 218, 223	ป.วิ.แพ่ง ป.วิ.อาญา
11. สิทธิในการได้รับการสันนิษฐานว่าเป็นผู้บริสุทธิ์จนกว่าจะพิสูจน์ได้ว่ามีความผิด เสรีภาพที่จะปลอดจากการถูกบังคับใช้กฎหมายอาญาย้อนหลัง	มาตรา 39 มาตรา 39	ป.วิ.อาญา ป.อ.
12. สิทธิในความเป็นส่วนตัว สิทธิในความเป็นอยู่ในครอบครัว สิทธิในเคหสถาน เสรีภาพในการสื่อสาร	มาตรา 35 , มาตรา 33 มาตรา 36	ป.พ.พ. -
13. เสรีภาพในการเดินทางและการเลือกถิ่นที่อยู่	มาตรา 34	กฎหมายคนเข้าเมือง
***14. สิทธิในการลี้ภัย	**รัฐธรรมนูญไทยไม่เคยปรากฏ, มาตรา 82 ไม่ชัด	-
15. สิทธิเสรีภาพในการถือและแปลงสัญชาติ	รัฐธรรมนูญไทยไม่เคยปรากฏ, มาตรา 82 ไม่ชัด	กฎหมายสัญชาติ
16. สิทธิในการสมรสและสร้างครอบครัว	มาตรา 35	ป.พ.พ.
17. สิทธิในการถือครองทรัพย์สิน เสรีภาพจากการถูกยึดคืน/เวนคืนทรัพย์สินโดยพลการ	มาตรา 41 มาตรา 42	ป.พ.พ. พรบ.เวนคืน
18. เสรีภาพในความคิด ความเชื่อและการนับถือศาสนา	มาตรา 37, 79	-
19. เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็นและการแสดงออก	มาตรา 45-48, 163, 164	กฎหมายสื่อสารมวลชน

ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน	รัฐธรรมนูญ ไทย พ.ศ. 2550	กฎหมายภายในอื่น ๆ
20. เสรีภาพในการชุมนุม เสรีภาพในการรวมกันเป็นสมาคม	มาตรา 63 มาตรา 64, 87	- -
21. สิทธิที่จะมีส่วนร่วมในการปกครองโดยผ่านการเลือกตั้ง สิทธิในการเข้าถึงบริการสาธารณะ	มาตรา 2, 3, 87, 88, 93, 94, 95, 111, 112, 165, 284 มาตรา 51-55	กฎหมายเลือกตั้ง กฎหมายเกี่ยวกับการประกันสิทธิในการเข้าถึงบริการรัฐ
22. สิทธิในทางสังคมและความมั่นคง ของมนุษย์ และการได้รับแบ่งปันผล ทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม	มาตรา 43, 83, 84, 85, 190	-
23. สิทธิในการเลือกทำงานและ ได้รับค่าตอบแทนที่เป็นธรรม สิทธิในการเข้าร่วมสหภาพแรงงาน	มาตรา 38, 43, 84 มาตรา 64, 84, 87	กฎหมายแรงงาน
24. สิทธิในการพักผ่อนและมี เวลาว่างจากการทำงาน	มาตรา 44	กฎหมายแรงงาน
25. สิทธิในมาตรฐานการครองชีพที่ เพียงพอและมีคุณภาพชีวิตที่ดี สิทธิในการรักษาพยาบาลที่จำเป็น สิทธิในความมั่นคงจากการว่าง งานหรือขาดไร้อาชีพ สิทธิของบุตรนอกสมรส	มาตรา 51- 55, 80, 84 มาตรา 51, 80 มาตรา 55, 80, 84 มาตรา 52	- กม.สาธารณสุข กม.ประกันสังคม ป.พ.พ.
26. สิทธิในการศึกษา เสรีภาพทางวิชาการ	มาตรา 49, 80 มาตรา 50, 80	กฎหมายการศึกษา
27. สิทธิทางวัฒนธรรม สิทธิในการมีส่วนร่วมกับความ ก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์	มาตรา 66, 67, 80 มาตรา 80, 86	กฎหมายวัฒนธรรม กฎหมายลิขสิทธิ์ - สิทธิบัตร

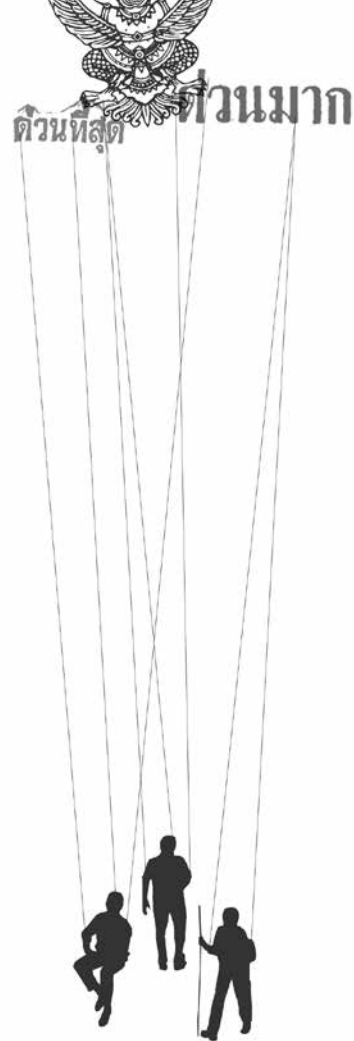


Illustration by: Nabwong Chuaychuwong

หนังสือสั่งการ: อำนาจ รัฐส่วนกลางเหนือองค์กร ปกครองส่วนท้องถิ่น¹

อนุรักษ์ กาวิโจง²

บทคัดย่อ

การควบคุมด้วยวิธีสั่งการผ่านหนังสือราชการจากรัฐส่วนกลางสู่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น แม้ว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยจะมีกฎหมายว่าด้วยการกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และกฎหมายว่าด้วยสภาพัฒนาการส่วนตำบล ให้การรองรับและส่งเสริมการกระจายอำนาจปกครองสู่ท้องถิ่น แต่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็ยังคงถูกควบคุมกำกับโดยรัฐส่วนกลางผ่านหนังสือราชการและการสั่งการในลักษณะที่เป็นอุปสรรคต่อความเป็นอิสระในการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น และรัฐส่วนกลางยังไม่มีมีการกระจายอำนาจการตัดสินใจในกระบวนการบริหารงานปกครองให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ตามแนวทางการกระจายอำนาจปกครองสู่ท้องถิ่น ภายใต้หลักกฎหมายและการมีส่วนร่วมทางการ

¹ บทความนี้เรียบเรียงจากวิทยานิพนธ์ เรื่อง “การควบคุมด้วยวิธีสั่งการผ่านหนังสือราชการจากรัฐส่วนกลางสู่การบริหารส่วนตำบลในอำเภอแม่อน จังหวัดเชียงใหม่” (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2556).

² นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

เมืองของประชาชน

Abstract

The central government control through letter of order over local government organizations. Even though, the Constitution of the Kingdom of Thailand offers the law governing the steps and procedures for decentralization to local government organizations. The Law of Sub-district Council and Sub-district Administration Organization also supports and promotes decentralization to local organizations. But local government organization are regulated by the central government through letter of order and ordering which obstructs independence of local government. Central government dose not decentralize decision-making power in governance process to local government organizations. This decentralization policy should be implemented under the rule of law and political participation of the people.

ปัญหอำนาจรัฐส่วนกลางเหนือท้องถิ่น

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อันเป็นกฎหมายสูงสุดของประเทศ ให้การสนับสนุนและส่งเสริมการกระจายอำนาจปกครองสู่ท้องถิ่น ภายใต้หลักความเป็นอิสระโดยมีการกำกับดูแลจากรัฐส่วนกลาง³ และรัฐส่วนกลาง ในที่นี้ ย่อมหมายถึง คณะรัฐบาล ราชการบริหารส่วนกลาง และราชการบริหารส่วนท้องถิ่น และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็คือ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบทั่วไป ได้แก่ องค์กรบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล องค์กรบริหารส่วนตำบล และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นรูปแบบพิเศษ ได้แก่ กรุงเทพมหานคร

³ นันทวัฒน์ บรมานันท์, การปกครองส่วนท้องถิ่น, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2552), หน้า 157.

และเมืองพัทยา⁴

เมื่อกล่าวถึงองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นในระดับพื้นฐานที่มีความใกล้ชิดประชาชนมากที่สุด ทำให้นึกถึงองค์การบริหารส่วนตำบล⁵ (อบต.) และกฎหมายที่รองรับความมีตัวตนขององค์การบริหารส่วนตำบล (อบต.) ในการเชื่อมความสัมพันธ์กับรัฐส่วนกลาง ก็จะมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย กฎหมายว่าด้วยการกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และกฎหมายว่าด้วยสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล กำหนดไว้

ในความสัมพันธ์ระหว่างรัฐส่วนกลางกับการบริหารราชการขององค์การบริหารส่วนตำบลนั้น กระทรวงมหาดไทย เป็นหน่วยงานของรัฐส่วนกลางที่เกี่ยวข้องสายตรง โดยมีจังหวัดกับอำเภอเป็นตัวแทนในระดับภูมิภาค ซึ่งนับตั้งแต่ได้จัดให้มีการปกครองท้องถิ่นในประเทศไทย กระทรวงมหาดไทยได้เข้ามามีบทบาทเกี่ยวกับการกำกับและการควบคุมการดำเนินงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตลอดมา⁶ และจากรูปแบบของความสัมพันธ์ที่หลากหลายกลับมีรูปแบบอย่างหนึ่งที่ปรากฏได้ชัด คือ การสั่งการโดยใช้หนังสือราชการเป็นเครื่องมือสื่อสารไปถึงองค์การบริหารส่วนตำบลในเรื่องต่างๆ เพื่อให้มีการปฏิบัติตามกรอบแนวทางการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐส่วนกลาง ดังเช่นหนังสือราชการประจำปีงบประมาณ 2553 ทั้งในเรื่องที่เกี่ยวกับโครงการเงินอุดหนุนทั่วไปภายใต้แผนปฏิบัติการไทยเข้มแข็ง 2555 และเรื่องเกี่ยวกับการป้องกันและแก้ไขปัญหายาเสพติด ทั้งนี้ ยังมีหนังสือสั่งการจากรัฐส่วนกลาง

⁴ สมคิด เลิศไพฑูรย์, กฎหมายการปกครองท้องถิ่น, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ: ธรรมกมล การพิมพ์, 2550), หน้า 289-290.

⁵ ศุภล ศรีสุขวัฒนา, อบต. กับการจัดกาปัญหาสาธารณสุขและสิ่งแวดล้อมตามกฎหมาย, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ: กรมอนามัย กระทรวงสาธารณสุข, 2542), หน้า 38-39.

⁶ ชวรงค์ ฉายะบุตร, ขยายฐานประชาธิปไตยสู่ปวงชน, พิมพ์ครั้งที่ 2, (กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ ส่วนท้องถิ่น กรมการปกครอง, 2535), หน้า 95-103.

ผู้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอีกเป็นจำนวนมาก⁷ โดยมีการกำกับดูแลตั้งแต่ระดับกระทรวง จังหวัด และอำเภอ ลงมาตามลำดับ ซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นการเพิ่มภาระหน้าที่ การทำให้สูญเสียงบประมาณเกินความจำเป็น และการกระทบต่อกำลังของบุคลากรในการบริหารราชการขององค์การบริหารส่วนตำบล

การปกครองท้องถิ่นของไทยที่มีมาอย่างยาวนาน โดยการริเริ่มของชนชั้นนำในสังคมไทย อันเป็นการเปลี่ยนแปลงที่เกิดขึ้นจากเบื้องบนสู่เบื้องล่าง (Top-down approach)⁸ จึงทำให้เกิดกรณีปัญหาที่เกิดจากความสัมพันธ์ระหว่างรัฐส่วนกลางกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอย่างตึงเครียด ซึ่งการสั่งการของรัฐส่วนกลางผ่านหนังสือราชการสู่องค์การบริหารส่วนตำบล ก็เป็นปัญหาอย่างหนึ่งของความสัมพันธ์นี้ และดูเหมือนจะเป็นการขัดแย้งกับหลักการกระจายอำนาจปกครองท้องถิ่น ที่จะต้องไม่ใช่เรื่องการสร้างระบบรวมศูนย์อำนาจขึ้นมาในท้องถิ่นต่างๆ แทนการรวมศูนย์อำนาจไว้ที่ศูนย์กลาง⁹

การควบคุมด้วยวิธีสั่งการผ่านหนังสือราชการในเรื่องต่างๆ จากรัฐส่วนกลางสู่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น เป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐส่วนกลางกับท้องถิ่นในรูปแบบที่มักไม่ค่อยมีการตระหนักถึงความสำคัญกันมากนัก จึงทำให้เกิดการมองผ่านกลุ่มขององค์การบริหารส่วนตำบล อันเป็นตัวแทนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลจากรัฐส่วนกลาง ซึ่งได้แก่ องค์การบริหารส่วนตำบลอเนกกลาง องค์การบริหารส่วนตำบลอเนกเหนือ และองค์การบริหารส่วนตำบลทาเหนือ ในอำเภอแม่อน จังหวัดเชียงใหม่ เพื่อวิเคราะห์ถึงลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างรัฐส่วนกลางกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในปัจจุบันกับความเป็นไปตามหลักการกระจายอำนาจปกครองที่ต้องการให้มีการปกครองตนเองโดยประชาชนในท้องถิ่น โดยมีกฎหมายดัง

⁷ สำนักงานส่งเสริมการปกครองท้องถิ่นจังหวัดเชียงใหม่, (2554), ออนไลน์

⁸ ธเนศวร์ เจริญเมือง, 99 ปีของการปกครองท้องถิ่นไทย พ.ศ.2440-2539, (โครงการศึกษาการปกครองท้องถิ่น คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, 2539), หน้า 15-16.

⁹ คณะกรรมการปฏิรูป, ข้อเสนอการปฏิรูปโครงสร้างอำนาจ, พิมพ์ครั้งแรก, (เนนทูนี: บริษัท ที คิว พี จำกัด, 2554), หน้า 10.

ที่กล่าวไว้ข้างต้นรองรับตามแนวทางของการปกครองท้องถิ่นอันเป็นรากฐานของระบอบประชาธิปไตยของไทย

โดยตั้งสมมุติฐานในมุมมองไว้ว่า องค์การปกครองส่วนท้องถิ่นยังถูกควบคุมกำกับโดยรัฐส่วนกลางผ่านหนังสือราชการและการสั่งการในลักษณะที่เป็นอุปสรรคต่อความเป็นอิสระในการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น และรัฐส่วนกลางยังไม่มีมีการกระจายอำนาจการตัดสินใจในกระบวนการบริหารงานปกครองให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

และมีวัตถุประสงค์เพื่อสร้างกระบวนการเข้าใจถึงลักษณะการกำกับดูแลของรัฐส่วนกลางต่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นผ่านหนังสือราชการและการสั่งการในลักษณะที่เป็นอุปสรรคต่อความเป็นอิสระในการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น และความเป็นอิสระในการบริหารราชการขององค์การปกครองส่วนท้องถิ่นของประเทศไทยในปัจจุบัน รวมทั้งวิเคราะห์ลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างรัฐส่วนกลางกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ภายใต้กรอบของหนังสือราชการในรูปแบบต่างๆ

ภายใต้แนวคิดเกี่ยวกับการจัดระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน ซึ่งได้มีการแบ่งหลักการปกครองประเทศไว้ 3 หลักการ คือ หลักการรวมอำนาจปกครอง (Centralization) หลักการแบ่งอำนาจปกครอง (Deconcentration) และหลักการกระจายอำนาจปกครอง (Decentralization) แนวคิดเรื่องการปกครองท้องถิ่น (Local Administration) แนวคิดเรื่องหลักนิติรัฐ (The Rule of Law) และแนวคิดการมีส่วนร่วมทางการเมือง (Political Participation) ผนวกกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หมายความว่าด้วยการกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และกฎหมายว่าด้วยสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล อันเป็นการสร้างความเป็นอิสระในการปกครองตนเองขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของไทยในปัจจุบัน

หนังสือสั่งการจากเบื้องบนสู่เบื้องล่าง

กรมส่งเสริมการปกครองส่วนท้องถิ่น กระทรวงมหาดไทย รวมทั้งจังหวัดและอำเภอ เป็นหน่วยงานของรัฐส่วนกลางในระดับบน ที่มีหนังสือราชการลงมาสู่องค์การบริหารส่วนตำบลในพื้นที่ระดับล่างมากที่สุด โดยเรื่องที่สั่งการส่วนใหญ่ก็เพื่อสนองตอบนโยบายของรัฐบาล การบริหารราชการส่วนกลาง และการบริหารราชการส่วนภูมิภาค ในรูปแบบการกำหนดให้องค์การบริหารส่วนตำบลปฏิบัติตาม การกำหนดแนวทางให้องค์การบริหารส่วนตำบลปฏิบัติ และการขอสนับสนุนงบประมาณจากองค์การบริหารส่วนตำบล ดังตัวอย่างหนังสือราชการจากการสั่งการ ต่อไปนี้

1) หนังสือราชการจากนโยบายของรัฐบาล เช่น เรื่องการก่อสร้างหรือปรับปรุงสิ่งก่อสร้าง ตามโครงการเงินอุดหนุนทั่วไปภายใต้แผนปฏิบัติการไทยเข้มแข็ง 2555 เรื่องการดำเนินงานด้านสวัสดิการผู้สูงอายุและคนพิการ และเรื่องการป้องกันและแก้ไขปัญหายาเสพติด ซึ่งเรื่องเหล่านี้เป็นไปตามการดำเนินโครงการในเรื่องต่างๆ ตามนโยบายของรัฐบาล โดยกำหนดให้ต้องปฏิบัติตามและกำหนดแนวทางดำเนินการ

2) หนังสือราชการจากราชการบริหารส่วนกลาง เช่น เรื่องการป้องกันและควบคุมโรค เรื่องการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย เรื่องการจัดการปัญหาหมอกควัน เรื่องการบริหารการเงินและการคลัง เรื่องการจัดทำงบประมาณ และเรื่องการดำเนินงานบริหารงานบุคคล ซึ่งเรื่องเหล่านี้เป็นไปตามแนวทางและแผนการดำเนินงานในการบริหารราชการของราชการบริหารส่วนกลาง โดยกำหนดให้ต้องปฏิบัติตามและกำหนดแนวทางดำเนินการเช่นกัน

3) หนังสือราชการจากราชการบริหารส่วนภูมิภาค เช่น เรื่องการจัดงานมหกรรมไม้ดอกไม้ประดับ และเรื่องการจัดพิธีรดน้ำดำหัวผู้สูงอายุ ผู้ว่าราชการจังหวัดและข้าราชการชั้นผู้ใหญ่ ในเทศกาลวันสงกรานต์ ซึ่งเรื่องเหล่านี้เป็นไปตามแนวทางและแผนการดำเนินงานในการบริหารราชการของราชการบริหารส่วนภูมิภาค ได้แก่ จังหวัดและอำเภอในเขตพื้นที่จังหวัดเชียงใหม่ โดยกำหนด

ให้สนับสนุนงบประมาณในการจัดกิจกรรม

เมื่อเป็นเช่นนี้ หนังสือราชการจากรัฐส่วนกลางลงสู่องค์การบริหารส่วนตำบล จึงไม่ได้ยึดติดกับรูปแบบของหนังสือสั่งการตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยงานสารบรรณ แต่กลับมีลักษณะเป็นคำสั่งที่มีสภาพบังคับที่แตกต่างกันไปตามสถานการณ์และแนวทางการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐบาล อันเป็นการแสดงถึงลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลกับองค์การบริหารส่วนตำบลที่มีมากกว่าการกำกับดูแลตามปกติ โดยมีหนังสือราชการเป็นเครื่องมือสำคัญในการถ่ายทอดคำสั่งเพื่อตอบสนองต่อนโยบายของรัฐบาล และเป้าหมายในการบริหารราชการแผ่นดิน โดยไม่ได้คำนึงถึงความสัมพันธ์ตามหลักการกระจายอำนาจปกครองสู่ท้องถิ่น

ผลกระทบและความจำยอมของท้องถิ่น

หนังสือสั่งการก่อเกิดปัญหาต่อการบริหารราชการขององค์การบริหารส่วนตำบลอบกลางที่มีความพร้อมอยู่ในระดับสูง องค์การบริหารส่วนตำบลอบเหนือที่มีความพร้อมอยู่ในระดับปานกลาง และองค์การบริหารส่วนตำบลอบเหนือที่มีความพร้อมอยู่ในระดับต่ำ เช่นเดียวกันทั้งหมด โดยส่งผลกระทบต่อภาระหน้าที่ในการที่ต้องรับภาระงานที่เพิ่มขึ้นจากปกติ กระทบต่อบุคลากรในการที่ต้องสูญเสียกำลังเจ้าหน้าที่ และกระทบต่องบประมาณในการที่ต้องสูญเสียเงินงบประมาณโดยใช่เหตุ ในการที่ต้องกระทำการงานตามหนังสือสั่งการในเรื่องนั้นๆ อันเป็นการสูญเสียภาระกำลังในการพัฒนาท้องถิ่นกับความคิดสร้างสรรค์สิ่งใหม่ ที่เรียกว่า นวัตกรรมท้องถิ่น¹⁰

อย่างไรก็ดี แม้การปฏิบัติตามหนังสือสั่งการจะส่งผลกระทบต่อการทำงานขององค์การบริหารส่วนตำบลก็ตาม แต่ในเรื่องสภาพความพร้อมของ

¹⁰ จรัส สุวรรณมาลา และคณะ, รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์โครงการวิถีใหม่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศไทย, (กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2548), หน้า 28-29.

องค์การบริหารส่วนตำบล ไม่ว่าจะเป็นด้านรายได้ โครงสร้างส่วนราชการและเจ้าหน้าที่ สภาพพื้นที่ที่รับผิดชอบ และสภาพแวดล้อมชุมชน ดูเหมือนจะเป็นปัจจัยในการให้ความสำคัญสนองตอบต่อการปฏิบัติตามหนังสือสั่งการ โดยองค์การบริหารส่วนตำบลที่มีความพร้อมอยู่ในระดับสูงจะมีการตัดสินใจสนองตอบต่อการปฏิบัติตามหนังสือสั่งการได้ดีกว่าองค์การบริหารส่วนตำบลที่มีความพร้อมอยู่ในระดับต่ำ และการตัดสินใจสนองตอบนี้เองก็เป็นการบ่งบอกถึงความเป็นอิสระในการบริหารงานปกครองขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น อันจะเป็นภาพสะท้อนต่อประสิทธิภาพของแนวทางการกระจายอำนาจปกครองของไทย

แต่ในขณะเดียวกัน เหตุผลของการจำต้องปฏิบัติตามขององค์การบริหารส่วนตำบล นอกจากหน้าที่ตามกฎหมายบัญญัติแล้ว กลับมีเหตุผลในมิติอื่นๆ คอยกำกับ และสิ่งเหล่านั้นก็คือ การที่องค์การบริหารส่วนตำบลต้องพึ่งพิงอาศัยจากความสัมพันธ์ระหว่างตนเองกับหน่วยงานราชการกำกับดูแล ได้แก่ จังหวัด และอำเภอ การถูกปลูกฝังและกำหนดชนชั้นเบื้องบนกับเบื้องล่างในสภาวะจำยอม รวมทั้งการที่กฎหมายให้อำนาจอย่างกว้างขวางแก่รัฐส่วนกลาง ในการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจนกลับกลายเป็นอำนาจในเชิงควบคุมบังคับบัญชา

การที่กฎหมายให้อำนาจแก่รัฐส่วนกลางอย่างกว้างขวางในการควบคุมกำกับองค์การบริหารส่วนตำบลนั้น แม้จะมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ.2542 กำหนดกรอบอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไว้อย่างกว้างๆ ก็ตาม แต่พระราชบัญญัติสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ.2537 ซึ่งได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมจนถึงฉบับที่ 6 พ.ศ.2552 ในปัจจุบัน กลับให้อำนาจรัฐส่วนกลางเกินขอบเขตแห่งการกำกับดูแล ดังเช่น การให้ต้องปฏิบัติตามภารกิจที่เกินขอบข่ายอำนาจหน้าที่โดยตรงของต้นตอที่ได้รับการมอบหมายจากรัฐส่วนกลาง หากมีการจัดสรรงบประมาณ

หรือบุคลากรมาให้ การให้ทำตามระเบียบของกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการคลัง การงบประมาณ การโอนการจัดการทรัพย์สินต่างๆ อย่างไม่จำกัด หรือการให้กระทรวงมหาดไทยสามารถตรวจสอบการคลัง การบัญชี หรือการเงินอื่นๆ ขององค์การบริหารส่วนตำบลได้ตลอดเวลา ทั้งนี้ ยังให้นายอำเภอกับผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจกำกับดูแลการทำงานขององค์การบริหารส่วนตำบลอย่างใกล้ชิดและมีอำนาจจัดการกับปัญหาอย่างเด็ดขาด

เมื่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นขาดอิสระในการบริหารราชการตามแนวทางของตน จึงไม่อาจจะสามารถทำการจัดบริการสาธารณะแก่ประชาชน และการพัฒนาท้องถิ่นของตนได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งการพัฒนากับการแก้ไขปัญหาของท้องถิ่น ควรจะเป็นท้องถิ่นเองที่ต้องดำเนินการ เนื่องจากคนในท้องถิ่นย่อมจะรู้ว่าท้องถิ่นต้องการอะไร และต้องแก้ไขปัญหาตรงจุดไหน มิใช่ต้องคอยให้คนอื่นซึ่งมิใช่คนในท้องถิ่นมาพัฒนาหรือแก้ไขปัญหาให้ เพราะอาจจะเป็นการพัฒนาหรือแก้ไขปัญหาที่ไม่ตรงจุด และไม่สามารถตอบสนองความต้องการของประชาชนในท้องถิ่นนั้นได้จริงๆ

ความสัมพันธ์กับอำนาจบังคับบัญชา

เมื่อกล่าวถึงการสั่งการผ่านหนังสือราชการจากแนวนโยบายของรัฐบาล และจากราชการบริหารส่วนกลางที่มีกรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น กระทรวงมหาดไทย เป็นหน่วยงานหลัก จึงเป็นการบริหารราชการตามหลักการรวมอำนาจปกครองที่มีการรวมศูนย์อำนาจการปกครองไว้ที่รัฐส่วนกลาง โดยที่รัฐบาลและหน่วยงานราชการบริหารส่วนกลางจะมีบทบาทสำคัญในการบริหารราชการแผ่นดินและมีอำนาจการตัดสินใจในเรื่องต่างๆ ที่มีมาถึงองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เพื่อให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสนองรับต่อการสั่งการในเรื่องต่างๆ ดังเช่นการใช้อำนาจในเชิงควบคุมบังคับบัญชา

ในทำนองเดียวกัน การมีหนังสือราชการจากราชการบริหารส่วนภูมิภาคที่มีจังหวัดและอำเภอเป็นหน่วยงานราชการบริหารส่วนภูมิภาค ก็เป็นการบริหาร

ราชการตามหลักการแบ่งอำนาจปกครองที่ราชการบริหารส่วนกลางมีการมอบอำนาจการตัดสินใจในกิจการบางอย่างให้แก่ราชการบริหารส่วนภูมิภาค โดยมีเจ้าหน้าที่เป็นตัวแทนประจำอยู่และทำการกำกับดูแลองค์การปกครองส่วนท้องถิ่นภายในพื้นที่ปกครองของตนอย่างใกล้ชิด อันเป็นการบริหารราชการแผ่นดินที่ยังคงมีการรวมศูนย์อำนาจปกครองไว้ที่รัฐส่วนกลางอยู่เช่นกัน

การที่รัฐส่วนกลางรวมศูนย์อำนาจปกครองไว้โดยใช้หนังสือราชการเป็นเครื่องมือสื่อสารเพื่อสั่งการไปยังองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในระดับรากหญ้า จึงทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่ได้รับการกระจายอำนาจปกครองที่รัฐส่วนกลางควรจะมอบอำนาจทางปกครองบางอย่างให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เพื่อการจัดทำบริการสาธารณะแก่ประชาชนในท้องถิ่นของตนได้เอง แต่กลับต้องถูกควบคุมกำกับจากรัฐส่วนกลางโดยไม่สอดคล้องกับหลักการปกครองท้องถิ่นที่ไม่มีการกระจายอำนาจการตัดสินใจในกระบวนการบริหารงานปกครองให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ภายใต้หลักนิติรัฐอันเป็นความสัมพันธ์ระหว่างรัฐส่วนกลางที่มีต่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามกรอบของกฎหมาย โดยรัฐที่ปกครองในระบอบประชาธิปไตยต้องให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน และคำนึงถึงการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชนในชุมชนท้องถิ่นที่มีต่อการปกครองท้องถิ่นเป็นสำคัญ ตามแนวคิดการมีส่วนร่วมทางการเมือง เพราะการมีส่วนร่วมทางการเมืองในระดับท้องถิ่น เป็นการมีส่วนร่วมทางการเมืองในระดับที่ใกล้ชิดกับปัญหาของประชาชนที่สุด โดยประชาชนจะสามารถเข้าใจประเด็นนโยบายและปัญหาส่วนรวมของท้องถิ่นของตนได้อย่างชัดเจน¹¹ จึงจะทำให้เกิดการพัฒนากองการปกครองท้องถิ่นของไทยเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

ทั้งนี้ บทบาทของรัฐส่วนกลางควรจะอยู่เพียงการกำกับดูแลท้องถิ่นภายใต้

¹¹ นรนิติ เศรษฐบุตร และคณะ, รายงานการวิจัย เรื่อง การมีส่วนร่วมของชุมชนในการพัฒนาประชาธิปไตย: องค์การบริหารส่วนตำบล, พิมพ์ครั้งที่ 1, (กรุงเทพฯ: กองการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร, 2541), หน้า 14.

หลักการกระจายอำนาจปกครองเท่านั้น มิใช่เป็นอำนาจบังคับบัญชา เพราะรัฐส่วนกลางมิใช่ผู้บังคับบัญชาที่จะใช้อำนาจปกครองท้องถิ่นในฐานะผู้บังคับบัญชา โดยอาศัยการบริหารราชการแผ่นดินแบบกระจายอำนาจปกครองที่แผ่การรวมศูนย์อำนาจไว้ที่รัฐส่วนกลาง และใช้หนังสือสั่งการเป็นเครื่องมือควบคุมกำกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ผลลัพธ์จากการบริหารงานปกครองประเทศ

ผลของหนังสือสั่งการของรัฐส่วนกลางสู่ท้องถิ่น ก่อให้เกิดอำนาจรัฐส่วนกลางในการควบคุมกำกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยหนังสือสั่งการเป็นเครื่องมือของระบบรวมศูนย์อำนาจปกครองของรัฐส่วนกลางพร้อมทั้งเป็นอุปสรรคต่อการกระจายอำนาจปกครองสู่ท้องถิ่น จึงทำให้การบริหารงานปกครองประเทศไม่มีการกระจายอำนาจปกครองสู่ท้องถิ่นอย่างแท้จริง

เมื่อกล่าวถึงการกำกับดูแลของรัฐส่วนกลางกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น หนังสือสั่งการเพื่อให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นปฏิบัติตามในลักษณะต่างๆ จึงเป็นการควบคุมกำกับจากรัฐส่วนกลางมากกว่าการกำกับดูแล และมีมิติในเชิงการบังคับบัญชามากกว่าการใช้บทบาทอำนาจหน้าที่ตามกรอบของกฎหมาย อันเป็นการแสดงให้เห็นว่า อำนาจในการควบคุมของรัฐส่วนกลางมิใช่มีแต่เพียงอำนาจในการควบคุมอย่างเป็นทางการ ภายใต้การกำกับดูแลแต่เพียงอย่างเดียว หากแต่ปรากฏอำนาจในรูปแบบที่เรียกว่า อิทธิพล เป็นผลให้รัฐส่วนกลางเข้าไปมีบทบาทอยู่เหนือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น¹²

ส่วนการบริหารราชการแผ่นดินกับการกระจายอำนาจปกครองสู่ท้องถิ่นนั้น เมื่อการสั่งการผ่านหนังสือราชการจากรัฐส่วนกลางสู่องค์กรปกครองส่วน

¹² วสันต์ เหลืองประภัสร์, “ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรทางปกครอง การกำกับดูแล และความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น: แนวคิด ประเด็นปัญหา และข้อพิจารณาบางประการ”, วารสารวิชาการ มนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์ ปีที่ 13 ฉบับที่ 17 มหาวิทยาลัยบูรพา (2548): 115-116.

ท้องถิ่น มีการควบคุมบังคับบัญชามากกว่าการกำกับดูแล จึงทำให้รัฐส่วนกลางมีหนังสือราชการเป็นเครื่องมือของการบริหารงานปกครอง ผวนกับระบบโครงสร้างการปกครองและการบริหารราชการของไทยยังคงมีลักษณะของการรวมศูนย์อำนาจอย่างกระจาย¹³ อันเป็นอุปสรรคต่อความเป็นอิสระในการบริหารราชการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยไม่มีการกระจายอำนาจการตัดสินใจในกระบวนการบริหารงานปกครองให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอย่างแท้จริง

จากสภาพความสัมพันธ์ระหว่างรัฐส่วนกลางกับท้องถิ่น เมื่อรัฐส่วนกลางยังไม่ได้ให้ความเป็นอิสระในการบริหารราชการแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น อันเป็นการกระจายอำนาจบริหารงานปกครองที่ยังคงแฝงการรวมศูนย์อำนาจไว้ที่รัฐส่วนกลาง ในสายสัมพันธ์แนวดิ่งที่มีการบังคับบัญชาตามลำดับชั้นตั้งแต่บนลงล่าง โดยอาศัยหนังสือสั่งการควบคุมกำกับจากองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น จึงทำให้การจัดรูปแบบและพัฒนาองค์กรปกครองท้องถิ่นเป็นไปตามความมุ่งหมายและทัศนะของชนชั้นนำของประเทศ¹⁴ และส่งผลทำให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นขาดการริเริ่มสร้างสรรค์ในการจัดบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่น หรือนวัตกรรมท้องถิ่น ซึ่งความหลากหลายของประเภทนวัตกรรมท้องถิ่นไม่สามารถเกิดขึ้นได้ในระบบการบริหารบ้านเมืองแบบรวมศูนย์อำนาจโดยรัฐบาลระดับชาติ¹⁵ อันเป็นการสะท้อนถึงความสัมพันธ์ระหว่างรัฐส่วนกลางกับท้องถิ่นที่ไม่เป็นไปตามหลักการกระจายอำนาจปกครองตามแนวทางของการปกครองท้องถิ่นอันเป็นรากฐานของระบอบประชาธิปไตยของไทย

¹³ วิลาวัณย์ หงส์นคร, “ความสัมพันธ์เชิงอำนาจระหว่างราชการบริหารส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค และส่วนท้องถิ่น: กรณีศึกษาการพัฒนาพื้นที่ประวัติศาสตร์กลางเมืองเชียงใหม่ (พ.ศ. 2545-2549)”, วิทยานิพนธ์ หลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ 2551, หน้า 232.

¹⁴ เรื่องเดียวกัน, หน้า 5.

¹⁵ เรื่องเดียวกัน, หน้า 7.

ทั้งนี้ รัฐส่วนกลางกับท้องถิ่น ควรเป็นการกระจายอำนาจปกครองจากรัฐส่วนกลางสู่การบริหารราชการส่วนท้องถิ่น ที่จะต้องไม่ใช่เรื่องการสร้างระบบรวมศูนย์อำนาจขึ้นมาในท้องถิ่นต่างๆ แทนการรวมศูนย์อำนาจไว้ที่ศูนย์กลาง หากจะต้องเป็นเนื้อเดียวกันกับการลดอำนาจรัฐ และเพิ่มอำนาจประชาชนโดยรวม¹⁶

ผลสรุปแล้ว แม้ปัจจุบันนี้จะมีรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย กฎหมายว่าด้วยการกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และกฎหมายว่าด้วยสภาพัฒนาการและองค์การบริหารส่วนตำบลให้การรองรับและส่งเสริมซึ่งหลักการกระจายอำนาจปกครองสู่ท้องถิ่น แต่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นก็ยังถูกควบคุมกำกับโดยรัฐส่วนกลางผ่านหนังสือราชการและการสั่งการในลักษณะที่เป็นอุปสรรคต่อความเป็นอิสระในการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น และรัฐส่วนกลางยังไม่มีมีการกระจายอำนาจการตัดสินใจในกระบวนการบริหารงานปกครองให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอย่างแท้จริง ตามแนวทางการกระจายอำนาจปกครองสู่ท้องถิ่น ภายใต้หลักกฎหมายและการมีส่วนร่วมทางการเมืองของประชาชน ตามระบอบการปกครองแบบประชาธิปไตยของไทย

ข้อเสนอแนะต่อการหลุดพ้นจากอำนาจรัฐของท้องถิ่น

ประการแรก ในการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐส่วนกลางนั้น รัฐส่วนกลางควรมีหนังสือราชการลงสู่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ในรูปแบบของการกำกับดูแล มิใช่สั่งการในเชิงควบคุมกำกับ ทั้งนี้ การกำกับดูแลดังกล่าว ควรคำนึงถึงการให้ความเป็นอิสระในการบริหารราชการแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นสำคัญ เพื่อให้ก่อเกิดการกระจายอำนาจปกครองสู่ท้องถิ่นอย่างแท้จริง

ประการที่สอง ในลักษณะของหนังสือราชการนั้น หนังสือราชการจากรัฐ

¹⁶ นันทวัฒน์ บรรมานันท์, การปกครองส่วนท้องถิ่น, พิมพ์ครั้งที่ 5, (กรุงเทพฯ: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด, 2552), หน้า 157.

ส่วนกลางลงสู่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ควรมีความรวดเร็ว ชัดเจน และลดการกำหนดขั้นตอนและเวลาในการปฏิบัติงาน โดยอยู่ภายใต้กรอบของกฎหมายและอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นสำคัญ รวมทั้งมีความเหมาะสมกับสภาพความพร้อมของแต่ละองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในคราวเดียวกัน ๕

บรรณานุกรม

หนังสือและวารสาร

- คณะกรรมการปฏิรูป. 2554. *ข้อเสนอการปฏิรูปโครงสร้างอำนาจ*. พิมพ์ครั้งแรก. นนทบุรี: บริษัท ที คิว พี จำกัด.
- จรัส สุวรรณมาลา และคณะ. 2548. *รายงานวิจัยฉบับสมบูรณ์โครงการวิถิใหม่ ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศไทย*. กรุงเทพฯ: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย.
- ชูวงศ์ ฉายะบุตร. 2535. *ขยายฐานประชาธิปไตยสู่ปวงชน*. พิมพ์ครั้งที่ 2. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์ส่วนท้องถิ่น กรมการปกครอง.
- ธเนศวร เจริญเมือง. 2539. *99 ปีของการปกครองท้องถิ่นไทย พ.ศ.2440-2539*. โครงการศึกษาการปกครองท้องถิ่น คณะสังคมศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่.
- นรนิติ เศรษฐบุตร และคณะ. 2541. *รายงานการวิจัย เรื่อง การมีส่วนร่วมของชุมชนในการพัฒนาประชาธิปไตย: องค์การบริหารส่วนตำบล*. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: กองการพิมพ์ สำนักงานเลขาธิการสภาผู้แทนราษฎร.
- นันทวัฒน์ บรมานันท์. 2552. *การปกครองส่วนท้องถิ่น*. พิมพ์ครั้งที่ 5. กรุงเทพฯ: บริษัท สำนักพิมพ์วิญญูชน จำกัด.
- วสันต์ เหลืองประภัสร์. 2548. “ความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรทางปกครอง การกำกับดูแล และความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น: แนวคิด ประเด็นปัญหา และข้อพิจารณาบางประการ”. *วารสารวิชาการ มนุษยศาสตร์และสังคมศาสตร์*. มหาวิทยาลัยบูรพา, 13(17): 87-123.

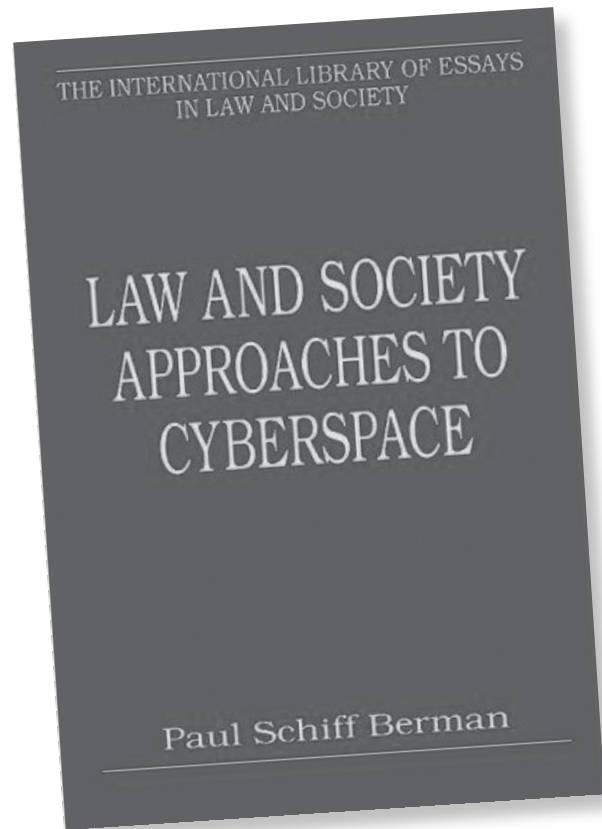
วิลาวัณย์ หงส์นคร. 2551. “ความสัมพันธ์เชิงอำนาจระหว่างราชการบริหารส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค และส่วนท้องถิ่น: กรณีศึกษาการพัฒนาพื้นที่ประวัติศาสตร์กลางเมืองเชียงใหม่ (พ.ศ.2545-2549)”. *วิทยานิพนธ์ หลักสูตรปริญญาวิทยาศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยเชียงใหม่*.

ศุเมธ ศรีสุขวัฒนา. 2542. *อุปสรรคกับการจัดการปัญหาสาธารณสุขและสิ่งแวดล้อมตามกฎหมาย*. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: กรมอนามัย กระทรวงสาธารณสุข.

สมคิด เลิศไพฑูรย์. 2550. *กฎหมายการปกครองท้องถิ่น*. พิมพ์ครั้งที่ 1. กรุงเทพฯ: ธรรมการพิมพ์.

ข้อมูลจากระบบออนไลน์

สำนักงานส่งเสริมการปกครองท้องถิ่นจังหวัดเชียงใหม่. *หนังสือราชการ [ระบบออนไลน์]*. แหล่งที่มา http://local.chiangmai.go.th/webmaster/main_newsall.php (2 กรกฎาคม 2554).



ปรีทัศน์หนังสือ: Law and Society Approaches to Cyberspace

กศพล นรสนกุลพันธ์¹

หนังสือรวมบทความเรื่อง Law and Society Approaches to Cyberspace² เป็นฉบับที่มี Paul Schiff Berman เป็นบรรณาธิการรวบรวมเรียงบทความทั้งหลายที่เกี่ยวข้องกับการศึกษากฎหมายเกี่ยวกับความเปลี่ยนแปลงทางสังคม โดยเฉพาะเจาะจงไปที่โลกในอินเทอร์เน็ต หรือที่นิยมเรียกกันในปัจจุบันว่า “พื้นที่ไซเบอร์” (Cyberspace) หนังสือฉบับนี้มีลักษณะเป็นการรวบรวมบทความที่ได้ตีพิมพ์เผยแพร่ต่างกรรมต่างวาระกันเสียมากกว่าการวางแผนร่วมกัน และแบ่งงานไปเขียนหนังสือภายใต้โครงเรื่องหลักดังหนังสือทั่วไป เพียงแต่มีบรรณาธิการเป็นผู้คัดเลือกบทความตามหัวข้อที่ตนได้วางไว้เพื่อให้ผู้อ่านเกิดความเข้าใจในประเด็นที่ต้องการศึกษา และเขียนบทนำเพื่อขมวดปมประเด็นสำคัญที่ปรากฏในหัวข้อและบทความต่างๆ ไว้ เพื่อให้ผู้อ่านเห็นความเชื่อมโยงและเค้าโครงของเรื่องได้ง่ายขึ้นไว้ในบทนำ

ความใหญ่ของขนาดรูปเล่มกว่า 700 หน้าไม่ใช่สิ่งเดียวที่ทำให้หนังสือฉบับนี้น่าสนใจ แต่การทำหนังสือรวมบทความฉบับนี้เป็นส่วนหนึ่งของโครงการรวบรวมบทความและหนังสือที่เกี่ยวข้องกับการศึกษากฎหมายในแนวทาง

¹ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่

² Paul Schiff Berman, editor, *Law and Society Approaches to Cyberspace*, Ashgate Publishing, Hampshire, 2007.

“กฎหมายกับสังคม” (Law and Society/Socio-Legal Study)³ ยิ่งทำให้เห็นพรมแดนความรู้ด้านกฎหมายที่เชื่อมโยงกับความเปลี่ยนแปลงทางสังคมในด้านต่างๆ ได้อย่างเป็นรูปธรรมมากขึ้น โดยสามารถพลิกอ่านหนังสือเล่มอื่นๆ ที่ได้รับการตีพิมพ์ภายใต้โครงการเดียวกันได้ในปกด้านหน้า

บรรณาธิการได้วางโครงเรื่องหลักไว้ทั้งหมด 9 ส่วน โดยมีการรวบรวมบทความมาทั้งสิ้น 16 บทความ และมีการเขียนบทนำแยกไว้ในช่วงแรกก่อนจะเข้าสู่บทความในส่วนแรก

บรรณาธิการเขียนบทนำไว้เพื่อสร้างความรู้พื้นฐานเกี่ยวกับแนวทางการศึกษากฎหมายแบบเชื่อมโยงกับความสัมพันธ์ทางสังคม ถัดมาจึงได้ให้มุมมองเกี่ยวกับการปรับวิธีการศึกษากฎหมายโดยเชื่อมโยงประเด็นทางสังคมเข้ากับปรากฏการณ์ต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกัฏกฎหมายในโลกอินเทอร์เน็ต หรือที่เรียกว่าพื้นที่ไซเบอร์ (Cyberspace) โดยจะกล่าวถึงบทความต่างๆ ว่าเชื่อมโยงกับโครงเรื่องที่บรรณาธิการวางไว้อย่างไรบ้าง การทบทวนหนังสือที่รวมรวมบทความไว้เป็นจำนวนมากเช่นนี้จึงจำเป็นต้องเดินตามแนวทางที่บรรณาธิการวางไว้ในบทนำเช่นกัน

การศึกษากฎหมายกับสังคม หรือศึกษา กฎหมายโดยเชื่อมโยงกับความเปลี่ยนแปลงทาง สังคม (A Law and Society Approach)

การศึกษากฎหมายในแนวทางกฎหมายกับสังคมเป็นที่แพร่หลายในโลกวิชาการตะวันตกมานับเป็นเวลาเกือบครึ่งศตวรรษ และในปัจจุบันก็ขยายกลายเป็นแนวทางหลักของโรงเรียนสอนกฎหมายชื่อดังทั้งในสหรัฐอเมริกา สหราชอาณาจักร ออสเตรเลีย หรือในภาคพื้นยุโรปที่จะพยายามสร้างจุดเด่นของสถาบันตนโดยการผลิตผลงานทางวิชาการในรูปของกฎหมาย บทความและ

งานวิจัย ที่ใช้วิธีการแบบกฎหมายกับสังคม หรือมีการนำศาสตร์อื่นๆ เข้ามาผสมผสานเพื่อเป็นแนวทางในการศึกษาวิจัย หรือใช้เป็นกรอบในการอธิบาย จนในบางครั้งการอ่านหนังสือกฎหมายบางเรื่องจะเห็นด้วยทฤษฎีกฎหมายน้อยลง แต่เห็นอรรถาธิบายที่เชื่อมโยงกับ เศรษฐกิจการเมือง ทฤษฎีทางสังคม การอ้างอิงผลวิจัยเชิงประจักษ์ หรือใช้วิธีการเก็บข้อมูลแบบนักมานุษยวิทยา มากขึ้นเรื่อยๆ

หากต้องการเชื่อมโยงการศึกษากฎหมายกับสังคมอาจสับสนย้อนกลับไปพบกับสำนักหลักที่ถือธงนำกระแสมาาก่อนนั่นคือ สำนักสังคมนิยมทางกฎหมาย (Legal Realism) ที่ใช้แนวทางวิพากษ์ (Critical) เป็นวิธีการสำคัญในการพิจารณาความเปลี่ยนแปลงทางสังคมว่าได้ทำให้กฎหมายสูญเสียความสามารถในการปรับใช้เพื่อตอบสนองเจตนารมณ์ที่ได้ออกกฎหมายไปแล้วหรือไม่ รวมถึงยังต้องการให้มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายเพื่อให้สามารถประยุกต์ใช้กับปัญหาที่เกิดขึ้นในสังคมได้อย่างทันสถานการณ์

ดังนั้นกรอบความคิดหลักของนักกฎหมายที่ศึกษาวิจัยในแนวทางนี้จึงเชื่อมโยงกับเงื่อนไขต่างๆ ทางสังคม และไม่มีรังเกียจที่จะนำทฤษฎีของศาสตร์ทางสังคมอื่นๆ มาใช้ร่วมด้วยหากปัญหาที่ต้องการศึกษานั้นอาจจะใช้หลักคิดอื่นๆ มาช่วยคลี่คลายปัญหาได้ดีกว่าหลักกฎหมายที่เป็นอยู่ หรือปฏิบัติการทางกฎหมายที่เป็นอยู่ ดังนั้นการศึกษาจึงมิได้จำกัดอยู่ที่ตัวบทกฎหมายแต่ศึกษาทุกอย่างที่แวดล้อมกฎหมายเรื่องนั้นๆ เสียมากกว่า ดังที่ ริชาร์ด อาเบล นักกฎหมายกับสังคมชื่อดังได้กล่าวไว้ว่า “เมื่อถามว่าเราศึกษาอะไร เราจะตอบไปว่า ทุกอย่างที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายนอกจากบทบัญญัติของกฎหมาย” เฉกเช่นเดียวกับนักกฎหมายผู้ยิ่งใหญ่นาม รอสโค พาวด์ ที่ได้ชี้ให้เห็นว่า แนวทางกฎหมายกับสังคมนั้น พิจารณาโครงสร้างเชิงสถาบัน พฤติกรรม ตัวบุคคล วัฒนธรรม และความหมายทั้งหลายที่ได้ก่อรูปขึ้นเป็นบริบททางสังคม สร้างสัญลักษณ์

³ The International Library of Essays in Law and Society, Series Editor: Austin Sarat.

⁴ Abel, Richard L. (1995), ‘What We Talk About When We Talk About Law’, in Richard L. Abel (ed.), *The Law and Society Reader*, New York: New York University Press, pp. 1–10. ‘When asked what I study, I usually respond gnomically: everything about law except the rules’.

และปฏิบัติการของกฎทั้งหลายที่ใช้ในชีวิตประจำวัน แหล่งกำเนิดเหล่านี้ล้วนเป็นที่มาของความแตกต่างในการศึกษาระหว่างกฎหมายที่ปรากฏ “ในตัวบทบัญญัติ” กับ กฎหมายที่อยู่ใน “ปฏิบัติการจริง”⁵ ของสังคม

หากสำรวจงานศึกษาทางสังคมของนักคิดคนสำคัญไม่ว่าจะเป็น คาร์ล มาร์กซ แมกซ์ เวเบอร์ และเดอริไฮม์ จะพบว่านักคิดเหล่านั้นได้ใช้กฎหมายเป็นส่วนหนึ่งในการวิเคราะห์ความเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจและสังคมโดยกฎหมายถือเป็นกลไกเชิงสถาบันที่บ่งชี้ให้เห็นถึงการเปลี่ยนผ่านจากสังคมยุคจารีตมาสู่สังคมอุตสาหกรรม

นักมานุษยวิทยามักจะทำการศึกษากฎหมายที่อยู่นอกเหนือจากกระบวนการในศาลเพื่อให้เข้าใจว่ามีสถาบันหรือกลไกทางสังคมอื่นๆ อีกหรือไม่ที่ทำหน้าที่เป็นกลไกหรือกติกาที่ใช้ระงับข้อพิพาทในสังคม เพื่อเป็นกรอบวิเคราะห์ไปสู่การค้นพบระบบการควบคุม ลำดับศักดิ์สูงต่ำ ความสัมพันธ์เชิงอำนาจ และกระบวนการต่อต้านในสังคมที่ทำการศึกษา ในปัจจุบันนักมานุษยวิทยาสายทฤษฎีปฏิบัติการในชีวิตประจำวัน (Everyday-Life Practice) เริ่มทำการศึกษาระบบการยุติธรรมและศาลในระบบมากขึ้นเพื่อให้เห็นโครงสร้างและการทำงานของคนและกลไกในระบบว่าได้อำนาจอย่างไรบ้าง

สอดคล้องกับนักรัฐศาสตร์ที่หันเหความสนใจจากความหมกมุ่นในการศึกษาเชิงพฤติกรรมและการสร้างทฤษฎีที่สลับซับซ้อนมาเป็นการกระโดดเข้าสู่เวทีแห่งอำนาจที่มีการขับเคลื่อนและต่อสู้กันในแนวหน้าของการปะทะกันระหว่างประชาชนกับระบบบริหารราชการ หรือศาล ที่เกิดขึ้นจริงอยู่ทุกเมื่อเชื่อวัน

การศึกษาเชิงจิตวิทยาก็มีส่วนช่วยขยายพรมแดนการศึกษาอาชญวิทยาและทัณฑวิทยาไปเป็นอันมาก ดังปรากฏการศึกษาการก่อตัวของความผิด

ปกติ เบียงเบน หรือเป็นคนต่อต้านสังคมของสมาชิกในสังคม นอกจากนี้นงานในช่วงหลังยังแต่ละประเด็นกฎหมายกับความเห็นของประชาชนในเรื่องสำคัญอยู่ในความสนใจของสังคม

อย่างไรก็ดี เมื่อย้อนกลับมาดูงานของนักกฎหมายสายสังคมนิยมในช่วงสามสิบปีหลังจะเห็นผลงานเกี่ยวกับการใช้ข้อค้นพบเชิงประจักษ์มาพิสูจน์และสร้างความเข้าใจเกี่ยวกับกระบวนการตัดสินใจของศาล อันทำให้เห็นพลวัตรแห่งอำนาจ และความสัมพันธ์ของสถาบันทางกฎหมายกับกระบวนการทางสังคม ดังที่งานของฝั่งสหรัฐอเมริกาที่ให้ชื่อเล่นแก่งานกลุ่มที่ศึกษากระบวนการตัดสินใจในศาลว่าขึ้นอยู่กับการไขข้อพิพาทของคนนั้นเผชิญว่า “ผู้พิพากษาตามลักษณะอาหารเช้าที่รับประทาน” (Breakfast judge)

จุดเปลี่ยนที่สำคัญในเชิงทฤษฎีและวิธีการศึกษากฎหมายกับสังคมเห็นจะเป็นกระแสการศึกษาสังคมหลังสมัยใหม่ (Post-Modernism) ของกลุ่มนักคิดสายหลังโครงสร้างนิยม (Post-Structuralism) อาทิ มิเชล ฟูโกต์ เฟลิกซ์ กัตตารี จิลส์ เดอเลซ ปิแอร์ บูร์ดิเยอร์ ฯลฯ ที่งานศึกษาของนักคิดเหล่านี้แม้ไม่ได้มุ่งมาที่ตัวกฎหมายโดยตรง แต่แนวทางการศึกษาสังคมของนักคิดเหล่านี้ได้สร้างผลสะท้อนต่อนักคิด นักทฤษฎีทางกฎหมาย จนรับเอาอิทธิพลทางทฤษฎีในกล่องความคิดของนักปราชญ์เหล่านั้น หยิบบางทฤษฎีมาเป็นเครื่องมือตั้งคำถาม หรือสร้างกรอบการวิเคราะห์ สืบย้อนไปจนเห็นการประกอบสร้างเจตนารมณ์และองค์ประกอบที่อยู่แวดล้อมกฎหมายเพื่อให้เห็นความสัมพันธ์ที่สลับซับซ้อนระหว่างกฎหมายกับบริบททางสังคมและวัฒนธรรมของสังคมนั้น

การหวนกลับมาตีความและวิเคราะห์กฎหมายเข้ากับเหตุการณ์จริงในสังคมนั้น แม้เป็นสิ่งที่นักกฎหมายทั่วไปเคยชินอยู่แล้ว แต่สิ่งที่นักกฎหมายกับสังคมใช้นั้นมีความแตกต่างไปอยู่บ้าง เนื่องจากแนวทางการทำงานของนักวัฒนธรรมศึกษานั้นจะทำการตีความกฎหมายภายใต้เงื่อนไขทางสังคมและวัฒนธรรมที่แวดล้อมกฎหมายนั้นๆ อย่างแนบแน่น มิได้มีการหยิบยกตัวบทกฎหมายแยกออกมาเป็นคัมภีร์แล้วชี้พิพากษาบังคับลงไปยังสังคมทันทีโดยไม่

⁵ Pound, Roscoe (1910), ‘Law in Books and Law in Action: Historical Causes of Divergence between the Nominal and Actual Law’, *American Law Review*, 44, pp. 12–34. This is the source of the classic law and society distinction between law as it exists ‘on the books’ and law ‘in action’

สนใจบริบท (Contexts) แต่ยังคงเชื่อมโยงย้อนกลับไปกลับมากับสังคม กล่าวคือ ก่อนใช้กฎหมายจะต้องตีความกฎหมายเชื่อมโยงกับบริบท (Contextualize) ที่สร้างกฎหมายนั้นขึ้นมา (ใกล้เคียงกับการศึกษาเจตนารมณ์ของกฎหมาย) แต่จะเชื่อมโยงทั้งในเชิงประวัติศาสตร์ (Historical/Archaeology) และเชื่อมกับศาสตร์อื่นๆ ที่เกี่ยวข้องกับประเด็น (Genealogy) นั่นๆ ด้วย มิได้แยกออกจากความรู้อื่นๆ ที่เกี่ยวข้อง เมื่อจะตีความปรับใช้ก็ต้องเชื่อมโยงเข้ากับบริบทสังคมในขณะนั้นและความรู้ที่เชื่อมโยงกับประเด็นเหล่านั้นอีกครั้งเพื่อเป็นการพิสูจน์ว่าเงื่อนไขในการใช้กฎหมายยังคงเดิม ควรใช้กฎหมายตามเจตนารมณ์เดิม หรือเงื่อนไขและเหตุผลของเรื่องได้เปลี่ยนไปแล้วต้องปรับการบังคับใช้กฎหมายให้ทันต่อความเปลี่ยนแปลงหรือต้องรื้อถอน (De-Construct) แล้วสร้างกฎหมายเสียใหม่ (Re-Construct) ให้สอดคล้องกับบริบททางสังคมในขณะนั้นหรือไม่ การศึกษาภาษากับสังคมจึงต้องรับรู้และเข้าใจถึงความเปลี่ยนแปลงตลอดเวลา

สรุปได้ว่าพัฒนาการของการศึกษาภาษากับสังคมได้สร้างจุดเปลี่ยนเชิงบรรทัดฐานอย่างเป็นรูปธรรมให้กับการแสวงหาความรู้ เมื่อได้ผสมผสานความรู้ทางสังคมศาสตร์ที่มีแต่เดิมมาเข้ามาขับเคลื่อนให้เห็นถึง อำนาจนำเชิงวัฒนธรรมของกฎหมายในสังคม แล้วค่อยขยายการศึกษาไปที่การประกอบสร้าง “นิติสำนึก” ทางกฎหมายของประเด็นที่เฟื่องพินิจนั้น เพื่อให้ประจักษ์ชัดว่า “กฎหมายและบรรดานิติวิธีที่เกี่ยวข้องนั้นสามารถเข้าถึงและเข้าใจได้ด้วยบุคคลธรรมดาสามัญหากบุคคลนั้นได้ผนวก หลักเหิน หรือต่อต้าน การเข้าเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายและบรรดาความหมายทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง⁶ จึงไม่น่าแปลกใจแต่ประการใดที่การศึกษาพื้นที่ใหม่ล่าสุดในบรรณพิภพอย่างโลกอินเทอร์เน็ตซึ่งยังหลากลั่นไม่ลงตัวและเต็มไปด้วยสิ่งใหม่ๆ จึงจำเป็นต้องนำ

⁶ Ewick, Patricia and Silbey, Susan S., *The Common Place of Law: Stories from Everyday Life*, Chicago, IL: University of Chicago Press, 1998, p.35. “The constitutive turn, when combined with the earlier social science emphasis on law’s hegemonic power, became a study of legal consciousness itself: the ways in which ‘legality is experienced and understood by ordinary people as they engage, avoid, or resist the law and legal meanings’.”

แนวทางกฎหมายกับสังคมที่ให้ความสำคัญกับความเปลี่ยนแปลงมาปรับใช้เพื่อการศึกษาดังจะได้กล่าวในหัวข้อถัดไป

Cyberspace

สิ่งแรกที่ต้องถกเถียงให้ชัดเจนกันเสียก่อน ก็คือ เราจำเป็นต้องมีนิติวิธีสำหรับโลกออนไลน์เป็นการเฉพาะหรือไม่ มีความจำเป็นอันใดที่ทำให้วงการกฎหมายต้องให้ความสำคัญกับเรื่องนี้มากเสียจนต้องแยกโลกออนไลน์ออกมาศึกษาเพื่อหากฎหมาย การบังคับใช้ และการวินิจฉัยข้อกฎหมายเป็นพิเศษแตกต่างจากระบบกฎหมายทั่วไปที่ใช้กับเรื่องอื่นๆ

หากสำรวจข้อถกเถียงเกี่ยวกับเรื่องนี้จะพบนักกฎหมายชาวสหรัฐอเมริกาที่ดำรงตำแหน่งอยู่ในศาลอุทธรณ์ให้ความเห็นว่า “การศึกษาภาษากฎหมายอินเทอร์เน็ตแยกออกไปอีกสาขาหนึ่งนั้น จะไม่เป็นการสร้างข้อแตกต่างไปกับการศึกษา “กฎหมายว่าด้วยลักษณะม้า” ในศตวรรษที่สิบเก้าแต่อย่างใด เพราะกรณีเช่นว่าน่า “หลักกฎหมายทั่วไป” มาปรับใช้ได้โดยไม่จำเป็นต้องสร้างระบอบกฎหมายใหม่ขึ้นมาฉับใด กรณีกฎหมายอินเทอร์เน็ตย่อมอยู่ในทำนองเดียวกันฉับนั้น ไม่มีความจำเป็นใดๆ ที่ต้องสร้าง “กฎหมายเทคโนโลยีสารสนเทศ” ขึ้นมาเลย⁷

กระนั้นนักกฎหมายที่เห็นต่างว่าจำเป็นต้องมี “กฎหมายเฉพาะ” สำหรับพื้นที่นี้เป็นการพิเศษก็ได้ชี้ให้เห็นความแตกต่างที่เกิดจากการใช้อินเทอร์เน็ตเป็นสื่อกลางในการก่อนิติกรรมและนิติเหตุทั้งหลายไว้เช่นกัน เนื่องจากอินเทอร์เน็ตได้สร้างปัญหาแบบใหม่ที่ไม่สามารถนำหลักกฎหมายที่ใช้องค์ประกอบของการสื่อสารแบบเดิมมาปรับใช้ได้อย่างลงตัวในหลายกรณี จึงมีความจำเป็นต้อง

⁷ US Court of Appeals Judge Frank Easterbrook, provocatively argued that studying cyberlaw as a separate eld of study would be no different from studying the ‘law of the horse’ in the nineteenth century, ‘general rules’ without the need to invent a new legal regime. without needing anything called ‘cyberlaw’, 1996.

สร้างระบบกฎหมายใหม่ที่ก้าวทันความล้ำหน้าของเทคโนโลยีการสื่อสารที่เปลี่ยนไปซึ่งต้องใช้กรอบวิเคราะห์แบบใหม่เข้ามาจัดการเพื่อให้บรรลุเป้าหมายและสร้างความยุติธรรมที่สอดคล้องกับสภาวะใหม่นี้

เทคโนโลยีสารสนเทศที่เชื่อมโยงกิจกรรมทั้งหลายของมนุษย์นี้ได้เปลี่ยนความสัมพันธ์ของคนในสังคมไปอย่างไพศาล เนื่องจากการฉนวนธรรมชาติที่เกิดขึ้นในโลกออนไลน์ได้เปลี่ยนผลของการกระทำในกรณีต่างๆ ไปจากเดิมและย่อมส่งผลให้เกิดการปรับเปลี่ยนผลทางกฎหมายที่กฎหมายได้กำหนดไว้อย่างหยุดนิ่งตายตัวตามบรรทัดฐานเดิมที่วางไว้หรือตามตัวบทบัญญัติ

ดังนั้น การปรับตัวเพื่อเปลี่ยนหลักกฎหมายต่างๆ ที่เกี่ยวข้องกับอินเทอร์เน็ตซึ่งแต่เดิมเคยลงตัวและมั่นคงหยุดนิ่ง จึงมีความจำเป็นอย่างเสียมิได้ที่จะทำให้เกิดการเปลี่ยนแปลงอย่างถึงรากถึงโคนทั้งในแง่ของกระบวนการนิติบัญญัติเอง หรือการออกกฎหมายใหม่ที่เกี่ยวข้อง การใช้อำนาจบังคับตามกฎหมาย หรือการวินิจฉัยข้อพิพาททางกฎหมาย เนื่องจากหลักการพื้นฐานของระบอบกฎหมายเดิมตั้งอยู่บนหลัก “เขตอำนาจศาล” ซึ่งเชื่อมโยงกับอาณาเขตและดินแดนของรัฐที่ชัดเจนตามรูปแบบกฎหมายและการสร้างรัฐสมัยใหม่ที่อำนาจอธิปไตยเหนือดินแดนเป็นหลักการสำคัญเบื้องต้นของหลักกฎหมายที่เหลือทั้งหมด ลำพังประเด็นแรกนี้ก็สร้างปัญหาในการใช้กฎหมายกับโลกออนไลน์เสียแล้ว เนื่องจากกิจกรรมในโลกออนไลน์ได้สร้างผลกระทบข้ามพรมแดนทั้งในเชิงดินแดน และกระทบกระเทือนต่อบุคคลที่อยู่ต่างเขตอำนาจศาลกันตลอดเวลา การใช้กฎหมายของรัฐหนึ่งจึงมีข้อจำกัดเป็นอย่างมากต่อกิจกรรมในอินเทอร์เน็ตที่มีลักษณะข้ามพรมแดนตลอดเวลาในปริมาณมหาศาลเช่นนี้

หากลองวิเคราะห์ถึงระบอบกฎหมายที่ใช้อยู่ในโลกออนไลน์จะพบว่ารัฐบาลต่างๆ ได้ร่วมมือกับบริษัทเจ้าของเทคโนโลยีและองค์ความรู้ในการออกแบบกฎหมายต่างๆ เพื่อใช้เป็นกติกาในสื่อ หรือชุมชน นั้น เนื่องจากรัฐก็ยังปรับตัวรับกับความเปลี่ยนแปลงได้ไม่ทันต่อความเปลี่ยนแปลงที่รวดเร็ว และยังไป

กว่านั้นบริษัทก็เป็นเจ้าของเทคโนโลยีทั้งหลายที่ใช้กันอยู่ ไม่รวมถึงกระแสบอกแบบกฎหมายภายใต้โครงสร้างทุนนิยมโลกาภิวัตน์ที่รัฐจำต้องให้เสรีภาพในการดำเนินกิจกรรมต่างๆ ทางเศรษฐกิจและให้การคุ้มครองความเป็นเจ้าของเหนือทรัพย์สินและความรู้ต่างๆ ที่เอกชนผลิตขึ้นมา จึงไม่ประหลาดแต่อย่างใดที่รัฐและบริษัทจะร่วมกันออกกฎ และบังคับใช้กฎเพื่อควบคุมกิจกรรมในโลกออนไลน์

นอกจากนี้โลกออนไลน์ยังเป็นสิ่งสมมติที่มนุษย์สร้างขึ้นโดยอาศัยรหัสทางเทคนิคในการออกแบบหน้าตาารูปร่างและสายใยต่างๆ ที่โยงใยกันในอินเทอร์เน็ต ดังนั้นผู้ออกแบบระบบหรือสถาปนิกแห่งโลกออนไลน์ย่อมมีความได้เปรียบในการใช้อำนาจควบคุมทิศทางและกิจกรรมต่างๆ ที่ไหลไปในแนวทางที่ตนต้องการได้อย่างแท้จริง ผ่านการเขียนรหัสทั้งหลายให้กลายเป็นเครื่องมือควบคุมการใช้งานในโลกออนไลน์ได้ตลอดเวลา ดังนั้น อำนาจเดิมในโลกจริงที่เราใช้กฎหมายเป็นพลังในการควบคุมก็ผันเป็นเพียงอำนาจหนึ่งในโลกออนไลน์เนื่องจากต้องอาศัยการสร้างรหัสทางคอมพิวเตอร์เป็นกำแพงในการควบคุมกิจกรรมทั้งหลายในอินเทอร์เน็ต ซึ่งรัฐเองมิได้เป็นเจ้าของหรือเป็นผู้เชี่ยวชาญในการสร้างกำแพงเหล่านั้นเสียด้วย

อำนาจที่ไม่อยู่ในมือของรัฐนี้ได้นำความลำบากมาให้กับการติดตามค้นหาผู้ละเมิดกฎหมายทั้งหลายที่ล่องลอยอยู่ในโลกออนไลน์ เนื่องจากรัฐต้องร่วมมือกับผู้ประกอบการหรือเจ้าของเทคโนโลยีในการติดตามค้นหาหรือแสวงหาหลักฐานมาใช้ประกอบการพิจารณาดีทางกฎหมายที่อาจตามมา เพราะฉะนั้นคำถามสำคัญก็คือ รัฐอาศัยอำนาจใดในการบังคับให้เอกชนทั้งหลายทำตามคำสั่งหรือให้ความร่วมมือหากเอกชนเหล่านั้นอยู่นอกเขตอำนาจศาลของรัฐผู้ร้องขอ หรือจะต้องมีการสร้างเขตเฉพาะหรือแนวทางเฉพาะสำหรับแต่ละชุมชนแต่ละช่องทางในการสื่อสารบนอินเทอร์เน็ตเพื่อบังคับใช้กฎหมายหรือกติกาบางอย่างเพื่อประกันสิทธิของผู้ใช้และให้อำนาจจัดการกับกิจกรรมที่กระทบกระเทือนสิทธิของผู้อื่นอย่างมีประสิทธิภาพ

ข้อจำกัดที่ได้กล่าวถึงได้ทำให้การใช้อำนาจเหนือพื้นที่ต้องเปลี่ยนไปอย่างเสียมิได้ รัฐมีอาจผูกขาดอำนาจเหนือพื้นที่ต่างๆ อย่างสมบูรณ์ดังที่ได้กล่าวอ้างไว้ในแนวทางกฎหมายของรัฐสมัยใหม่ที่รัฐอ้างอธิปไตยเหนือดินแดนอย่างสมบูรณ์ ไปสู่การพยายามสร้างบรรทัดฐานบางประการ ร่วมกับการขอความร่วมมือทางเทคโนโลยีจากผู้ประกอบการผู้เชี่ยวชาญ และสร้างแนวร่วมภาคประชาชนในการสอดส่องจับตาดำเนินการทั้งหลายที่รัฐต้องการกำจัด ซึ่งสอดคล้องกับความคิดของนักสังคมศาสตร์ชื่อดังอย่าง หลุยส์ อัลธุสแซร์ และเป็นการบ่งชี้ให้เห็นว่าอำนาจในอินเทอร์เน็ตนั้นกระจายไปอยู่ในมือของผู้เล่นต่างๆ มิได้อยู่ในมือรัฐแต่เพียงผู้เดียว ดังที่ มิเชล ฟูร์โกต์ ได้กล่าวไว้เช่นกัน การออกกฎหมายแบบเป็นลำดับขั้น ลำดับศักดิ์และมีการออกแบบขั้นตอนบังคับบัญชาควบคุมอย่างชัดเจนเข้มแข็งดังที่ จอห์น ออสติน กล่าวไว้ในยุคสมัยใหม่เห็นจะเป็นไปได้ยากในโลกออนไลน์

กระนั้นผู้ใช้อินเทอร์เน็ตทั้งหลายก็ได้มีเสรีภาพหรืออำนาจตามอำเภอใจที่จะใช้อินเทอร์เน็ตอย่างไรก็ได้ เนื่องจากรัฐก็ยังคงมีความพยายามรูปแบบอื่นๆ ในการบังคับควบคุมกิจกรรมต่างๆ ในโลกออนไลน์ หากแต่การสูญเสียอำนาจในการปกครองบังคับตามกฎหมายของรัฐในโลกอินเทอร์เน็ตไปให้กับผู้ออกแบบระบบหรือผู้ประกอบการ หรือองค์กรอื่นๆ ที่มีรัฐ ย่อมแสดงให้เห็นว่ารัฐมิได้สูญเสียอำนาจทั้งหมดเหนือโลกออนไลน์ เพียงแต่รัฐเปลี่ยนบทบาทไปตามสถานการณ์จากผู้ปกครองบังคับกฎ เป็นผู้ออกกฎ กำหนดบรรทัดฐาน และควบคุมผู้ประกอบการและองค์กรต่างๆ ให้ควบคุมและจัดการภายใต้เกณฑ์ที่รัฐได้วางเองไว้

โลกออนไลน์จึงเป็นพื้นที่ซึ่งร่องรอยของบุคคลปรากฏหลงเหลือให้ติดตามสืบย้อนไปหาได้เสมอและมีการบันทึกเก็บหลักฐานเหลือค้างไว้ในที่ใดสักแห่ง ซึ่งรอการเปิดเผย เนื่องจากอินเทอร์เน็ตเป็นเทคโนโลยีที่กองทัพสหรัฐอเมริกาออกแบบไว้ให้มีการบันทึกและเชื่อมโยงข้อมูลที่อาจสูญเสียจากสงครามล้างโลก เพื่อให้มีการเก็บสำรองคลังข้อมูลไว้สำหรับการรื้อฟื้นข้อมูลกลับมา เพียง

แต่ผู้ค้นหาข้อมูลต้องมีความสามารถในการเชิงเทคนิควิธีการเท่านั้น

ข้อถกเถียงทั้งหลายเกี่ยวกับโลกออนไลน์หรือพื้นที่ไซเบอร์ได้สะท้อนให้เห็นพอสังเขปแล้วว่าเหตุใดการศึกษากฎหมายกับสังคมในพื้นที่ไซเบอร์จึงจำเป็นต้องแสวงหาแนวทางที่พิเศษแตกต่างไปจากการศึกษาปัญหาทั่วไปที่อาจปรับใช้หลักกฎหมายทั่วไปได้ การศึกษาของนักคิดทั้งหลายที่จะกล่าวถึงต่อไปในบทความทั้ง 16 ชิ้นในหนังสือฉบับนี้ก็ได้เชื่อมโยงโลกออนไลน์เข้ากับเงื่อนไขทางการเมือง เศรษฐกิจ สังคมและวัฒนธรรมในหลากหลายประเด็นเพื่อชี้ให้เห็นว่า “ข้อถกเถียงที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายและสังคมเกือบทั้งหมดล้วนสัมพันธ์กับวิวาทะเรื่อง หลักกฎหมายที่ควรจะเป็น กับ กฎหมายที่เป็นอยู่ในการปฏิบัติจริง ซึ่งไม่อาจแยกออกจากอำนาจทางเศรษฐกิจที่โยงใยอยู่ ดังนั้น จึงเป็นสิ่งสำคัญที่เราต้องเชื่อมโยงพื้นที่หรือประเด็นทางกฎหมายที่ศึกษาเหล่านั้น เข้ากับระบอบกฎหมายและบทบาทของรัฐ (ที่แม้มองไม่เห็นอย่างชัดเจนแต่มีอยู่จริง) บทบาทของชุมชนทั้งหลายที่ร่วมสร้างบรรทัดฐาน รวมถึงผลกระทบจากโลกาภิวัตน์”⁸ ซึ่งจะได้กล่าวต่อไปในการทบทวนบทความแต่ละเรื่อง

⁸ Paul Schiff Berman, (2007), ‘Law and Society Approaches to Cyberspace’, in Law and Society Approaches to Cyberspace, Ashgate Publishing, Hampshire. p.xix. “all of the quintessential law and society debates – about law on the ground vs. law in action, the role of entrenched economic power, the importance of embedded (though often invisible) legal regimes, the ubiquitous (though again often invisible) role of the state, the significance of non-state communities to the construction of norms, the role of globalization”

บทความ

หนังสือรวบรวมบทความฉบับนี้นำงานศึกษาวิจัยที่เสนอแบบทดลองวิเคราะห์ประเด็นเกี่ยวกับโลกออนไลน์ที่สามารถนำมาช่วยในการศึกษาค้นคว้าเกี่ยวกับประเด็นกฎหมายกับสังคมบนโลกออนไลน์ต่อไปได้ แม้บางบทความจะมีใช้บทความทางกฎหมายโดยตรงแต่ก็มีส่วนสร้างมโนทัศน์บางประการที่เป็นประโยชน์ โดยแยกออกเป็น 9 หมวด 16 บทความ ซึ่งจะได้ทบทวนไปตามลำดับดังต่อไปนี้

หมวดที่ 1 พื้นที่ไซเบอร์และกระบวนทัศน์ทางปัญญา PART I CYBERSPACE AND INTELLECTUAL PARADIGMS

บทความแรกเป็นของ เซอร์รี เทิร์คเคิล เกี่ยวกับผลกระทบที่คอมพิวเตอร์สร้างให้กับความคิดของเราเกี่ยวกับการศึกษาระดับสูง⁹ แม้มีใช้ทางกฎหมายโดยตรงแต่บทความนี้ได้ช่วยพัฒนาความคิดของผู้สนใจศึกษาโลกออนไลน์ให้ตระหนักถึงผลกระทบที่คอมพิวเตอร์ได้สร้างให้กับวิถีคิดเกี่ยวกับโลก เพื่อตระหนักถึงความเปลี่ยนแปลงที่คอมพิวเตอร์และการสื่อสารผ่านเทคโนโลยีสารสนเทศโดยเฉพาะอินเทอร์เน็ตได้เปลี่ยนโลกใบเดิมที่มนุษย์เชื่อในสิ่งที่เห็น ชัด จับต้องได้ มั่นคง แน่นนอน ไปสู่โลกหลังสมัยใหม่ที่ทุกอย่างเป็น “ภาพลักษณ์” ฉาบฉวย ตื้นเขิน แสดงให้เราเห็นแต่เปลือกผิวนอก แต่มีผลกระทบตื้นเร้าความคิด อารมณ์ความรู้สึกของมนุษย์ แต่เคลื่อนไหวเปลี่ยนแปลงไปตลอดเวลา แม้กระทั่งอัตลักษณ์ที่จะบ่งชี้ตัวบุคคลก็ยืดหยุ่นผันแปรเป็นอันมาก เว็บไซต์ (หรือการเชื่อมโยงผ่านเครือข่าย) กลายเป็นวิถีคิดหลักเกี่ยวกับวิถีคิดของมนุษย์ในปัจจุบัน ไม่ว่าจะเป็นวิถีในการเชื่อมโยงความคิดของตนเข้ากับแผนภาพแผนภูมิหรือภาพลักษณ์ของบรรษัทข้ามชาติต่างๆ ที่มีกิจกรรมหลากหลายเชื่อมโยงกับเรา และยังเชื่อมโยงเข้ากับกฎหมายระหว่างประเทศ หรือแม้กระทั่งกิจกรรมที่รุนแรงสุดโต่งเช่น การก่อการร้าย ก็ล้วนเชื่อมโยงกับกฎหมาย

⁹ Sherry Turkle (2004), ‘How Computers Change the Way We Think’, *Chronicle of Higher Education*, 26, pp. 1–5.

ระหว่างประเทศและวิธีคิดแบบเชื่อมโยงของอินเทอร์เน็ตทั้งสิ้น ทั้งนี้การจัดวางว่าเรื่องซึ่งเกิดจากเทคโนโลยีใหม่ๆ ก็ตาม จะเกี่ยวข้องกับกฎหมายใดเพื่อปรับใช้กฎหมายในประเด็นเฉพาะเรื่องนั้นๆ ย่อมถูกกระทบอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้

หมวดที่ 2 พื้นที่ไซเบอร์กับบุคลาณฐาน (การใช้ตัวอุปมาอุปไมยเพื่อปรับใช้กฎหมาย)

PART II CYBERSPACE AND METAPHOR

บทความแรกของหมวดนี้ แดน ฮันเตอร์ เขียนเกี่ยวกับ เหตุใดกฎหมายกรรมของยุคดิจิทัลที่พื้นที่ไซเบอร์กลายเป็นดินแดนที่ไม่เป็นมิตรต่อระบอบกรรมสิทธิ์ร่วม¹⁰ โดยบทความนี้ตั้งข้อสันนิษฐานว่าเทคโนโลยีสารสนเทศได้สร้างผลกระทบต่อวัฒนธรรมทางกฎหมายในทิศทางที่คาดไม่ถึงมากกว่าการเกิดผลทางกฎหมายที่นักกฎหมายสามารถจินตนาการล่วงหน้าเป็นโจทย์ตุ๊กตาที่มักนำมาใช้เป็นตัวอย่างประกอบการตีความกฎหมาย เนื่องจากกรอบที่จะวิเคราะห์ความเปลี่ยนแปลงนั้นได้ ต้องเชื่อมโยงกับบริบทจริงของสังคมมากกว่า การคิดหาความเป็นไปได้ตามหลักเหตุผลและหลักเงื่อนไขทั่วไปที่นักกฎหมายนิยมใช้ ดังนั้นการศึกษผลกระทบทางกฎหมายจากอินเทอร์เน็ตต้องเชื่อมกับพลวัตรความเปลี่ยนแปลงทางการเมือง สังคม และเศรษฐกิจที่มีอยู่จริง

บทความถัดไป ริชาร์ด รอสส์ ชี้ให้เห็น ความสัมพันธ์ระหว่างการปฏิวัติการสื่อสารกับวัฒนธรรมทางกฎหมายว่ามีความเกี่ยวเนื่องกันอย่างชัดเจน¹¹ เนื่องจากความคุ้นชินของนักกฎหมายโดยเฉพาะนักกฎหมายในระบบคอมมอนลอว์ในการปรับหลักกฎหมายหรือตีความกฎหมายโดยใช้ตัวอย่าง หรือตุ๊กตาหรือสถานการณ์บางอย่างที่สอดคล้องกับตัวอย่างเดิมที่มีอยู่เป็นบรรทัดฐาน ดังนั้นการคาดเดาเอาเองของนักกฎหมายว่าสิ่งที่เกิดขึ้นในอินเทอร์เน็ตเทียบเคียง

¹⁰ Dan Hunter (2003), ‘Cyberspace as Place and the Tragedy of the Digital Anticommons’, *California Law Review*, 91, pp. 439–519.

¹¹ Richard J. Ross (2002), ‘Communications Revolutions and Legal Culture: An Elusive Relationship’, *Law and Social Inquiry*, 27, pp. 637–84.

ได้กับ บุคคลนั้น ตัวอย่างนี้ หรือหลักการนั้น จึงเป็นการแสดงการจับจองสิ่งใหม่ในโลกออนไลน์ให้อยู่ภายใต้กรอบความคิดเดิมที่นักกฎหมายคุ้นชิน ซึ่งไม่ช่วยให้มีการปรับหลักกฎหมายสอดคล้องกับสิ่งที่เกิดขึ้นใหม่ในอินเทอร์เน็ต เนื่องจากการเลือกใช้ตัวอย่างใดๆ มาเทียบเคียงกับสิ่งใหม่ๆ ที่เกิดขึ้น ย่อมมีการเลือกให้เหมาะกับเจตนารมณ์ส่วนตัวของผู้ตีความซึ่งมีเหตุผลและความต้องการเฉพาะของผู้นั้นหรือสถาบัน องค์กรนั้นๆ อยู่แล้ว นั่นคือมี “ความเป็นการเมือง” ในการเลือกตัวอย่างมาอุปมาอุปมันั่นเอง

หมวด 3 พื้นที่ไซเบอร์กับโลกาภิวัตน์ PART III CYBERSPACE AND GLOBALIZATION

หลังจากสงครามเย็นที่แบ่งโลกออกเป็นสองขั้วได้จบลงไปด้วยชัยชนะของระบบตลาดแบบทุนนิยมโลกาภิวัตน์ สิ่งที่มาพร้อมกับระบบตลาดและการเปิดระบบเศรษฐกิจแบบเสรีก็คือการสื่อสารข้ามพรมแดนโดยอาศัยเทคโนโลยีสารสนเทศที่ทุนและบริษัทต่างๆ ได้ผลักดันเข้ามาพร้อมกับการขยายการลงทุนในธุรกิจด้านต่างๆ อินเทอร์เน็ตจึงกลายเป็นเครื่องมือเชื่อมต่อความสัมพันธ์ที่ขยายสภาวะโลกาภิวัตน์ให้เห็นเป็นรูปธรรม ทั้งนี้อินเทอร์เน็ตได้สร้างผลกระทบในเชิงสังคมและการเมืองอย่างมีนัยสำคัญเนื่องจากได้เพิ่มโอกาสในการเชื่อมความสัมพันธ์ของบุคคลและองค์กรทั้งหลาย และยังมีส่วนลดการรวมศูนย์อำนาจไว้ ณ จุดใดจุดหนึ่งเสียด้วย ซึ่งผลกระทบนี้ได้สะท้อนต่อความคิดเกี่ยวกับหลักการอำนาจเหนืออาณาเขตของรัฐอย่างรุนแรงและอาจทำให้หลักการนี้ต้องเปลี่ยนไปในอนาคตอันใกล้

บทความแรกในหมวดนี้เขียนโดย กุนเธอร์ เทิร์บเนอร์ ว่าด้วย การสถาปนาระบบอธิปไตยบนกฎหมายในสังคมใหม่ที่ท้าทายต่อทฤษฎีรัฐธรรมนูญเดิมที่มีรัฐเป็นศูนย์กลาง¹² ซึ่งพิจารณาความเป็นไปได้ของการเกิดระบบรัฐธรรมนูญ

¹² Gunther Teubner (2004), ‘Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional Theory?’, in Christian Joerges, Inger-Johanne Sand and Gunther Teubner (eds), *International Studies in the Theory of Private Law Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford: Hart Publishing, pp. 3–28.

นิยมที่มีได้ตั้งอยู่บนฐานอำนาจของรัฐสมัยใหม่แต่อาจกระจายไปอยู่ที่องค์กรทางสังคมอื่นๆ หรือชุมชนต่างๆ ในอินเทอร์เน็ตที่จะสถาปนากฎกติกาหรือความสัมพันธ์เชิงอำนาจภายในชุมชนของตนเองเพื่อให้มีอำนาจในการจัดการตนเองโดยไม่ต้องรออำนาจหรือการจัดการของรัฐที่อาจไม่ทันการณ์หรือไม่ทั่วถึง โดยรัฐก็จะกลายเป็นองค์กรหนึ่งในหลายองค์กรที่เป็นผู้สร้างกฎหมายท่ามกลางกลุ่ม ชุมชน หรือองค์กรอีกมากมายในอินเทอร์เน็ตที่สามารถออกกฎหมายใช้กำกับควบคุมกิจกรรมบนพื้นที่ไซเบอร์

บทความถัดมาเขียนโดยบรรณาธิการของหนังสือเล่มนี้ ได้หยิบเอาทฤษฎีจักรวาลทัศน์มาปรับใช้ในการแก้ไขปัญหากฎหมายขัดกันเพื่อขยายพื้นที่ให้กับทางเลือกในการจัดการความขัดแย้งโดยไม่ต้องปรับเปลี่ยนนิยามความหมายของ “ผลประโยชน์แห่งรัฐ” ท่ามกลางยุคสมัยที่โลกเปลี่ยนไปเสียใหม่¹³ ผู้เขียนได้ลดทอนเอกสิทธิ์สำคัญของรัฐสมัยใหม่ นั่นคือ หลักเขตอำนาจศาลเหนือดินแดนอธิปไตยอย่างสมบูรณ์ของรัฐ ให้น้อยลงจากหลักศักดิ์สิทธิ์ที่ห้ามแตะต้องแก้ไข ไปเป็นหลักการที่ต้องสำรวจกันเสียใหม่ โดยใช้ทฤษฎีจักรวาลทัศน์ที่มีกระบวนการแสวงหาทางสายกลางระหว่างการยึดถืออาณาเขตอย่างเข้มงวดกับความเป็นสากลอย่างสุดโต่งเพื่อหาทางออกให้กับปัญหาในการใช้กฎหมายกับกิจกรรมที่มีลักษณะข้ามพรมแดนอย่างเข้มข้น นอกจากนี้การมองหาทางแก้ปัญหที่เกิดจากการหาความเชื่อมโยงกับ “จุดเกาะเกี่ยว” ที่บุคคลนั้นเชื่อมโยงกับชุมชนจำนวนมากทั้งในระดับท้องถิ่น โลก และมีลักษณะข้ามพรมแดนตลอดเวลา

หมวด 4 พื้นที่ไซเบอร์กับสัจนิยมทางกฎหมาย PART IV CYBERSPACE AND LEGAL REALISM

นักกฎหมายสำนักสัจนิยมได้พยายามแสดงให้เห็นที่รณรงค์เรื่องเสรีภาพ

¹³ Paul Schiff Berman (2005), ‘Towards a Cosmopolitan Vision of Conflict of Laws: Redefining Governmental Interests in a Global Era’, *University of Pennsylvania Law Review*, 153, pp. 1819–1882.

อย่างสุดโต่งในอินเทอร์เน็ตอย่างกลุ่มปลดปล่อยในโลกออนไลน์เห็นถึงความ เป็นจริงในโลกออนไลน์ด้วยบทความ 2 เรื่องต่อไปนี้ที่แสดงให้เห็นความจริง และข้อพึงตระหนักเกี่ยวกับอำนาจรัฐและการควบคุม ซึ่งอินเทอร์เน็ตอาจมีใช้ สวรรค์สำหรับปัจเจกชนที่ปรารถนาเสรีภาพ

เจมส์ บอยล์ นักกฎหมายซึ่งเป็นนักเขียนนวนิยายชื่อดัง ได้นำกระบวนการ ทศน์และทฤษฎีของฟูร์โด้มาปรับใช้กับปฏิบัติการของรัฐบนอินเทอร์เน็ตรูปแบบ การคุ้มครองข้อมูลโดยเชื่อมโยงกับอำนาจอธิปไตยของรัฐและการ ใช้อำนาจตรวจเนื้อหาเพื่อนำไปสู่การห้ามเผยแพร่ข้อมูลที่ไม่ประสงค์¹⁴ บอยล์ได้พยายามโต้แย้งข้อเสนอที่กล่าวว่าอินเทอร์เน็ตจะเป็นพื้นที่เสรีสำหรับ ปัจเจกชน โดยพยายามแสดงให้เห็นความสามารถของรัฐในการสวมใส่อำนาจ เข้าไปอยู่ในโลกออนไลน์ผ่านเทคโนโลยีและสถาปัตยกรรมทางคอมพิวเตอร์ซึ่ง สามารถขัดขวางและปิดกั้นการไหลเวียนของข้อมูลได้อย่างมีประสิทธิภาพด้วยการ เขียนรหัสคอมพิวเตอร์

บทความต่อมา มาร์กาเร็ต เจน ราดิน ผู้เสนอบทความให้รัฐพยายามกำกับ ควบคุมกิจกรรมในอินเทอร์เน็ตด้วยการสนับสนุนการบังคับตามสัญญาและ มีการใช้กลไกทางเทคโนโลยีมาหนุนเสริม¹⁵ โดยราดินได้ชี้ให้เห็นข้อดีของการ ปลดปล่อยให้เอกชนบังคับสัญญาตนเองเนื่องจากเอกชนย่อมไม่มีอำนาจในการ บังคับผู้อื่นด้วยอำนาจของตัวเอง ในกรณีนี้บทความเน้นไปที่เรื่องสัญญาเกี่ยว กับทรัพย์สินทางปัญญา โดยชี้ว่าแม้จะมีการพยายามสร้างเทคโนโลยีและรหัส ต่างๆ มาป้องกันการละเมิดสัญญาทั้งหลาย แต่ไม่อาจประสบผลสำเร็จหาก ขาดอำนาจรัฐช่วยบังคับ การปล่อยปละละเลยมีส่วนทำให้สัญญาเหล่านั้น กลายเป็น “กฎหมายของบริษัท” ที่ต้องพยายามบังคับกันเอง โดยบทความนี้ เรียกร้องให้รัฐร่วมบังคับสัญญาเพื่อให้เกิดหลักประกันต่อสัญญาทางกฎหมาย

¹⁴ James Boyle (1997), ‘Foucault in Cyberspace: Surveillance, Sovereignty, and Hardwired Censors’, *University of Cincinnati Law Review*, 66, pp. 177–205.

¹⁵ Margaret Jane Radin (2004), ‘Regulation by Contract, Regulation by Machine’, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 160, pp. 142–56.

และระบอบทรัพย์สิน และสร้างขอบเขตที่ชัดเจนระหว่างทรัพย์สินสาธารณะกับ ทรัพย์สินของเอกชน

หมวด 5 พื้นที่ไซเบอร์กับเสรีภาพในการแสดงออก PART V CYBERSPACE AND FREEDOM OF EXPRESSION

หมวดนี้จะหยิบยกบทความเกี่ยวกับความกังวลต่อเสรีภาพในการ แสดงออกที่อาจถูกจำกัดและคุกคามด้วยอำนาจของเอกชน เช่น บริษัท ผู้ให้บริการและผู้ประกอบการบนอินเทอร์เน็ต แสดงให้เห็นว่าอาจมีใช้รัฐเท่านั้นที่มี ส่วนจำกัดเสรีภาพในการแสดงออกของบุคคล

บทความแรกเขียนโดย ลอว์เรนซ์ เลสสิก ปรมาจารย์กฎหมายเทคโนโลยี สารสนเทศและทรัพย์สินทางปัญญา ผู้ได้ตั้งข้อสังเกตไว้ตั้งแต่ปี พ.ศ.2541 ว่า สิ่งที่น่ามากำกับควบคุมการแสดงออกของบุคคลน่าจะเป็นอะไรได้บ้างระหว่าง เทคโนโลยีในการคัดกรองด้วยการเขียนรหัสคอมพิวเตอร์หรือการออกแบบ ระบบการสื่อสารสองทางที่ผู้ประกอบการอินเทอร์เน็ตสามารถควบคุมได้¹⁶ เลสสิกได้เสนอว่ามีความเป็นไปได้ที่รัฐจะสร้างพื้นที่เฉพาะบางส่วนขึ้นเป็นเขต ควบคุมพิเศษเพื่อใช้สอดส่องและควบคุมการแสดงออกของปัจเจกชนมากกว่า การพยายามสร้างตัวกรองความคิดเห็นไปอย่างแพร่หลายและกระจายกระจาย ซึ่งการใช้ตัวคัดกรองความคิดเห็นของประชาชนโดยใช้เทคโนโลยีของผู้ให้บริการนั้นสามารถกระทำได้โดยที่ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตไม่ทันรู้ตัวเสียด้วยซ้ำ เมื่อ เห็นตัวอย่างและข้อเสนอทั้งหลายแล้วจะพบว่ามีความร่วมมืออย่างแยบคาย ระหว่างรัฐและเอกชน ซึ่งเป็นการปรับเปลี่ยนกระบวนการทศน์เกี่ยวกับอินเทอร์เน็ต ที่เชื่อกันว่าเป็นพื้นที่แห่งเสรีภาพไปสู่การเป็นพื้นที่เป้าหมายสำคัญของรัฐในการ ควบคุมการแสดงออก

บทความถัดมา แจ็ค บอลคิน พยายามแสวงหาทฤษฎีที่จะใช้อธิบาย

¹⁶ Lawrence Lessig (1998), ‘What Things Regulate Speech: CDA 2.0 vs. Filtering’, *Jurimetrics Journal*, 38, pp. 629–670.

เสรีภาพในการแสดงออกสำหรับสังคมข้อมูลข่าวสารที่อยู่ในรูปแบบการสื่อสารผ่านข้อมูลดิจิทัลและสัมพันธ์กับวัฒนธรรมประชาธิปไตย¹⁷

บทความนี้ได้สร้างข้อถกเถียงและเรียกร้องอย่างน่าตื่นเต้นด้วยการพยายามเสนอช่องทางที่นักกฎหมายจะร่วมกันเปิดโอกาสหรือส่งเสริมประชาชนให้มีส่วนร่วมในการสร้างสรรค์และจำหน่ายจ่ายแจกวัฒนธรรมในรูปแบบสื่อดิจิทัลโดยไม่ติดอยู่ในกรงขังของระบอบทรัพย์สินและอำนาจเหนือเทคโนโลยีของบริษัทที่หวงกั้นสิทธิและสร้างข้อจำกัดด้วยเทคโนโลยีต่างๆ ที่บริษัทอุตสาหกรรมคอมพิวเตอร์และบันเทิงสร้างขึ้นมากขึ้น

หมวด 6 พื้นที่ไซเบอร์กับทรัพย์สินทางปัญญา PART VI CYBERSPACE AND COPYRIGHT

เสรีภาพในการแสดงออกบนโลกออนไลน์นั้นมีความสัมพันธ์อย่างใกล้ชิดกับประเด็นกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเนื่องจากกฎหมายลิขสิทธิ์สามารถห้ามปรามการเผยแพร่ความคิดหรือการแสดงออกในงานสร้างสรรค์ได้อย่างมีประสิทธิภาพโดยอ้างเหตุแห่งการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชนอย่างเด็ดขาดเพื่อเป็นแรงจูงใจให้เกิดการผลิตงานขึ้นมา แต่ก็มีผลต่อการเผยแพร่และวิจารณ์ ดัดแปลงต่อยอดงานต้นแบบนั้นให้อยู่ในอำนาจของผู้ประพันธ์ตั้งต้น บทความถัดไปทั้งสองจะหยิบเอาวิวาทะดังกล่าวมาอภิปราย

บทความแรกของ เจน กินสเบิร์ก มีจุดยืนในการเรียกร้องให้เพิ่มอำนาจในการควบคุมและป้องกันการจำหน่ายจ่ายแจกผลงานและเทคโนโลยีให้เป็นไปตามกฎหมายลิขสิทธิ์¹⁸ โดยแสดงเหตุผลที่ควรที่จะเพิ่มอำนาจให้กับหน่วยงานและเพิ่มความเข้มงวดในการควบคุมการเผยแพร่งานสร้างสรรค์เพื่อให้เกิดแรง

¹⁷ Jack M. Balkin (2004), 'Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society', *New York University Law Review*, 79, pp. 1-58.

¹⁸ Jane C. Ginsburg (2001), 'Copyright and Control Over New Technologies of Dissemination', *Columbia Law Review*, 101, pp. 1613-1647.

จูงใจในการผลิตงานเพื่อให้มีผลงานออกมาสู่พื้นที่สาธารณะมากขึ้นอันจะเป็นผลดีแก่ประชาชนทั่วไปในการมีทางเลือกในการเสพผลงานที่หลากหลายมากขึ้นนั่นคือ ให้ใช้ระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาทั่วไประบบพื้นที่ไซเบอร์

ส่วนบทความถัดมาของ เจสสิกา ลิทแมน ได้เสนอแนวทางบทจุดยืนตรงกันข้ามกับบทความก่อนหน้านี้โดยกระตุ้นให้คิดค้นระบบในการแบ่งปันผลงานอย่างเป็นรูปธรรมเพื่อทำให้เกิดการจำหน่ายจ่ายแจกอย่างชอบธรรมภายใต้ระบบกฎหมายที่ออกแบบขึ้นใหม่¹⁹ เนื่องจากการจ่ายแจกผลงานในโลกออนไลน์มีลักษณะแตกต่างออกไปจากการจ่ายแจกในโลกแห่งความเป็นจริง โดยเฉพาะการใช้หน้าเว็บไซต์เป็นที่พบปะของผู้ที่ครอบครองผลงานลิขสิทธิ์ได้มาแลกเปลี่ยนผลงานที่ตนมีกับผู้บริโภคคนอื่นๆ โดยที่หน้าเว็บไซต์ดังกล่าวมิได้เป็นผู้เผยแพร่เอง และเมื่อปิดหน้าเว็บบ้างด้วยอำนาจใดก็แล้วแต่ หน้าเว็บไซต์ทำนองเดียวกันก็จะผุดขึ้นมาในที่อื่นๆ ดังนั้น การเพิ่มอำนาจในการบังคับกฎหมายลิขสิทธิ์จึงไม่เป็นที่สำเร็จเท่ากับการค้นหาระบบที่เหมาะสมกับการจัดการปัญหานี้ นั่นคือให้สร้างระบบกฎหมายทรัพย์สินทางปัญญาเฉพาะเป็นพิเศษแตกต่างกับพื้นที่ไซเบอร์

หมวด 7 พื้นที่ไซเบอร์กับความเป็นส่วนตัว PART VII CYBERSPACE AND PRIVACY

ในหมวดนี้มีเพียงบทความเดียวจาก จูลี โคเฮน ที่จะประเมินชีวิตของมนุษย์ในยุคสารสนเทศว่าเมื่อพูดถึงความเป็นส่วนตัวของบุคคลยังอยู่ในฐานะประธานแห่งสิทธิหรือได้กลายเป็นวัตถุแห่งสิทธิไปเสียแล้ว²⁰ ผู้เขียนได้แสดงหลักฐานจากการเก็บสะสมข้อมูลส่วนบุคคลจำนวนมหาศาลของบริษัทเอกชนซึ่งถือเป็นภัยคุกคามต่อความเป็นส่วนตัวอย่างรุนแรงขององค์กรที่ไม่ใช่

¹⁹ Jessica Litman (2004), 'Sharing and Stealing', *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, 27, pp. 1-50.

²⁰ Julie E. Cohen (2000), 'Examined Lives: Informational Privacy and the Subject as Object', *Stanford Law Review*, 52, pp. 1373-1438.

รัฐในยุคนี้ ทั้งนี้การเก็บสะสมข้อมูลของบรรษัทกระทำโดยอ้างว่าผู้ให้บริการได้แสดงความยินยอมก่อนแล้ว แต่สิ่งที่น่าสงสัยคือ ผู้ใช้ของบรรษัทมีทางเลือกที่จะไม่ยินยอมให้เก็บสะสมข้อมูลส่วนบุคคลหรือไม่ หากจะรับบริการจากผู้ประกอบการเหล่านั้น และได้เสนอว่าการพัฒนาระบบคุ้มครองความเป็นส่วนตัวในข้อมูลส่วนบุคคลต้องตั้งอยู่บนพื้นฐานของเงื่อนไขที่จะปกป้องรักษาความเป็นส่วนตัวเพื่อจะมีพื้นที่ให้หายใจหายคอและสามารถหยุดคิดเพื่อพัฒนาตนเอง และจัดการชีวิตตนเองได้อย่างเต็มภาคภูมิ

หมวด 8 พื้นที่ไซเบอร์ อัตลักษณ์ และชุมชน 1 PART VIII CYBERSPACE, IDENTITY AND COMMUNITY I

แม้การสร้างอินเทอร์เน็ตโดยเริ่มแรกจะเกิดขึ้นด้วยวัตถุประสงค์ทางการทหารและถูกขยายออกมาสู่เหตุผลด้านการจัดเก็บข้อมูลเพื่อบริหารจัดการกิจกรรมต่างๆ แต่เมื่อเทคโนโลยีได้แพร่สู่ประชาชนในวงกว้างทำให้เกิดการดัดแปลงใช้อินเทอร์เน็ตสร้างโลกสมมติ หรือ ชุมชนเสมือน ขึ้นมาบนอินเทอร์เน็ต และมีกิจกรรมที่ใกล้เคียงกับโลกจริงมากขึ้นเรื่อยๆ อินเทอร์เน็ตได้เปิดให้ชุมชนคนชายขอบที่ด้อยอำนาจได้ฉวยใช้เป็นช่องทางในการแสดงความคิดเห็น สร้างพื้นที่ขึ้นให้กับตัวตนที่แตกต่างหลากหลายตามความต้องการของตนเอง เพราะฉะนั้นการใช้อินเทอร์เน็ตเพื่อการรวมตัวและสร้างชุมชนผู้รักในเสรีภาพและเพิ่มอำนาจในการมีส่วนร่วมในสังคมของกลุ่มเสรีนิยมต่างๆ จึงมีความเป็นไปได้ เพราะสามารถเชื่อมต่อกับผู้ที่มีอุดมการณ์หรือความสนใจเดียวกันในที่อื่นทั่วโลก อย่างไรก็ตาม ในพากหนึ่งผู้ที่มีความเชื่อแบบสุดโต่งหรือนิยมความรุนแรงและเกลียดชังก็สามารถแนวร่วมเดียวกับตนในโลกออนไลน์ได้ เฉกเช่นเดียวกัน โลกไซเบอร์จึงสะท้อนให้เห็นความเป็นไปของโลกจริงที่ได้ย้ายกิจกรรมและการกระทำทั้งหลายเข้ามาใช้พื้นที่นี้แทนบทความสองเรื่องในหมวดนี้จะเน้นไปที่การสร้างสังคมและชุมชนเสมือนในอินเทอร์เน็ต

เริ่มด้วยบทความของ อานูภัม แชนเดอร์ ที่ตั้งคำถามว่าโลกไซเบอร์และ

สังคมสมมติเหล่านั้นเป็นสาธารณรัฐของใคร²¹ เนื่องจากอินเทอร์เน็ตได้ทำให้เกิดการแตกตัวทางสังคมเป็นชุมชนย่อยๆ ด้วยเหตุที่ผู้ใช้อินเทอร์เน็ตจำนวนไม่น้อยไม่สามารถถกเถียงหรือดกดันที่จะแลกเปลี่ยนความคิดเห็นในวงกว้างกับเพื่อนร่วมสังคมอื่นๆ ได้ จึงเลียงตนมาสร้างชุมชนที่มีสมาชิกสนใจหรือคิดเห็นไปในทิศทางเดียวกันกับตน ซึ่งเป็นอุปสรรคอย่างยิ่งหลวงต่อสังคมในการหลอมรวมความคิดเห็นที่แตกต่างหลากหลายให้เข้ามาอยู่ในสังคมเดียวกันเพื่อทำความเข้าใจความเป็นจริงที่เกิดขึ้นในโลกปัจจุบัน เนื่องจากชุมชนเสมือนย่อยๆ เหล่านั้นได้ละทิ้งความเข้าใจต่อโลกแห่งความเป็นจริงที่เต็มไปด้วยความหลากหลายทางวัฒนธรรม

แต่ในมุขกลับกันก็ปรากฏความงามของชุมชนผู้ด้อยอำนาจและชนกลุ่มน้อยทั้งหลายที่สามารถแสวงหาเพื่อนร่วมความคิด ความเชื่อ ความสนใจ ศาสนาและสร้างเป็นชุมชนที่ก้าวข้ามอุปสรรคทั้งหลายจนกลายเป็นชุมชนที่ส่งเสริมศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และเพิ่มศักยภาพของความเป็นพลเมือง ซึ่งสิ่งนี้อาจมองได้ว่าเป็น “สิทธิในการปฏิบัติตนเป็นพลเมืองเต็มขั้นตามความปรารถนาของตนเอง” ซึ่งก้าวพ้นจากการกดขี่เหยียดหยามให้เป็นพลเมืองชั้นสองในโลกแห่งความเป็นจริง

เจอร์รี กัง เขียนบทความเรื่อง เชื้อชาติในโลกไซเบอร์²² โดยได้บ่งชี้ว่าลักษณะเฉพาะทางเชื้อชาติเป็นสิ่งที่แทบจะมองไม่เห็นในอินเทอร์เน็ตก่อนที่จะเทคโนโลยีสารสนเทศจะสามารถให้บุคคลเผยแพร่ภาพถ่าย และวีดิทัศน์ของตนขึ้นสู่อินเทอร์เน็ต เพราะในยุคก่อนหน้านี้มีเพียงตัวอักษรที่แสดงตัวตนของเจ้าของแต่ไม่สามารถแยกได้ว่าเป็นใครเชื้อชาติไหนอย่างชัดเจน ซึ่งปรากฏการณ์ได้ส่งผลสำคัญ 3 ประการ คือ

- 1) กิจกรรมออนไลน์ที่ผู้ใช้แทบจะเป็นบุคคลนิรนามจะทะลุทะลวงการ

²¹ Anupam Chander (2002), “Whose Republic?”, *University of Chicago Law Review*, 65, pp. 1479–500.

²² Jerry Kang (2000), “Cyber-Race”, *Harvard Law Review*, 113, pp. 1130–1208.

กีดกันและหวงพื้นที่โดยใช้เชื้อชาติเป็นตัวกำหนด

2) กิจกรรมออนไลน์ระหว่างบุคคลต่างเชื้อชาติที่มีปริมาณมากขึ้นอย่างมหาศาลจะหล่อหลอมรวมบุคคลทั้งหลายเข้าหากันในลักษณะสังคมบูรณาการมากขึ้น

3) ศักยภาพในการก้าวข้ามเส้นแบ่งเชิงเชื้อชาติของบุคคลที่เป็นสมาชิกของกลุ่มเชื้อชาติอื่นจะสั่นคลอนเส้นแบ่งแยกระหว่างเชื้อชาติให้เบาบางลง

หมวด 9 พื้นที่ไซเบอร์ อัตลักษณ์ และชุมชน 2 PART IX CYBERSPACE, IDENTITY AND COMMUNITY II

ชีวิตทางสังคมของมนุษย์นั้นส่วนหนึ่งก็มีกิจกรรมในลักษณะการสร้างชุมชนทางเลือกขึ้นมา ดังนั้นการสร้างกฎหมายและกฎระเบียบต่างๆ ขึ้นมาควบคุมชุมชนเหล่านั้นก็มีความสำคัญ คำถามสำคัญจึงอยู่ที่ว่าชุมชนนั้นควรมีอำนาจในการก่อรูปการควบคุมปกครองตนเอง และมีอำนาจในเชิงกฎหมายหรือการลงโทษสมาชิกหรือบุคคลที่เข้ามากระทบชุมชนหรือไม่ บทความทั้งสองเรื่องสุดท้ายได้พยายามหาวิธีในการปกครองควบคุมชุมชนเสมือนในอินเทอร์เน็ต รวมถึงแนวทางการศึกษาที่อาจนำมาใช้กับชุมชนเหล่านั้นได้

เจนนิเฟอร์ มนูจิน ที่เปิดประเด็นเกี่ยวกับการสร้างกฎหมายที่จับต้องได้เพื่อใช้กับสังคมสมมติในโลกออนไลน์โดยหยิบกรณีเว็บแลมบ์ดามู (LambdaMOO) มาเป็นตัวอย่างประกอบ²³ โดยได้หยิบตัวอย่างของการสร้างกลุ่มผู้สอดส่องดูแลพฤติกรรมไม่พึงประสงค์ในอินเทอร์เน็ตของผู้ใช้กลุ่มหนึ่งขึ้นมา ซึ่งเธอมองว่าอาจเป็นแนวทางในการสร้างรูปแบบการบริหารจัดการอินเทอร์เน็ตเพื่อควบคุมพฤติกรรมไม่พึงประสงค์ในอินเทอร์เน็ตที่อาจเป็นแนวทางหนึ่งซึ่งสังคมแสวงหาอยู่ก็เป็นได้

²³ Jennifer L. Mnookin (1996), "Virtual(ly) Law: The Emergence of Law in LambdaMOO", *Journal of Computer-Mediated Communication*, 2, pp. 645-701.

บทความสุดท้ายเป็นของ เจมส์ กริมเมลมันน์ ที่เสนอว่าอาจมีแนวทางในการศึกษาโลกสมมติในอินเทอร์เน็ตด้วยการใช้วิธีศึกษากฎหมายเปรียบเทียบ²⁴ โดยใช้กรณีศึกษาจากชุมชนผู้เล่นเกมออนไลน์ที่มีผู้ใช้จำนวนมาก โดยพิจารณาถึงการสร้างกติกาและการบังคับกฎเพื่อปกครองกันในกลุ่มชุมชนนั้น โดยอุปมาชุมชนเสมือนนั้นเปรียบเป็นสังคมอีกสังคมหนึ่งที่มีระบบกฎหมายที่สร้างขึ้นมาเป็นทางเลือกแบบหนึ่ง แล้วนำกรอบวิธีศึกษากฎหมายเปรียบเทียบมาวิเคราะห์พิจารณาสังคมนั้น

ผู้เขียนบทความทุกคนในหนังสือฉบับนี้ล้วนมีความเห็นว่าอินเทอร์เน็ตและโลกออนไลน์ได้ส่งผลกระทบต่อวงการกฎหมายและบางอย่างบางประเด็นได้เปลี่ยนไปอย่างมีนัยสำคัญ หากใช้แนวทางศึกษาแบบกฎหมายกับสังคมเข้ามาวิเคราะห์พื้นที่นี้แล้วจะเห็นได้อย่างชัดเจนว่าไม่มีหลักกฎหมายที่ชัดเจนมั่นคงให้กับพื้นที่นี้ในหลายประเด็น การปล่อยให้พื้นที่นี้ไร้การวิเคราะห์ศึกษาอย่างจริงจังเท่ากับเป็นการปล่อยให้ประเด็นที่นับวันจะทวีความสำคัญขึ้นเรื่อยๆ นี้รอกชัก แต่หากนำหลักกฎหมายเก่ามาควบคุมก็จะกลายเป็นการปล่อยให้พลวัตของระบบกฎหมายที่จะใช้กับโลกออนไลน์หยุดชะงักลง ดังนั้นการปล่อยให้เกิดพัฒนาการในโลกออนไลน์ไปตามเทคโนโลยีแล้วนำปัญหาต่างๆ ที่ผุดขึ้นมาเข้ามาสู่วงอภิปรายเพื่อสร้างกรอบวิเคราะห์ต่างๆ ที่สอดคล้องกับสภาพของโลกออนไลน์ย่อมจะสร้างคุณค่าให้กับวงการกฎหมายและวงวิชาการได้ไม่น้อย

²⁴ James Grimmelmann (2004), "Virtual Worlds as Comparative Law", *New York Law School Law Review*, 1, pp. 147-184.

วารสารนิติสังคมศาสตร์ หลักเกณฑ์ในการลง ตีพิมพ์ต้นฉบับวารสารนิติสังคมศาสตร์

1. ต้นฉบับที่ผู้เขียนส่งมาเพื่อการพิจารณาจะต้องไม่เคยตีพิมพ์ในวารสารใดวารสารหนึ่งมาก่อน (หากบทความของผู้เขียนอยู่ระหว่างการเสนอขอตีพิมพ์ในวารสารอื่น กรุณาแจ้งให้ทางกองบรรณาธิการของวารสารนิติสังคมศาสตร์ทราบด้วย)
2. เนื้อหาในต้นฉบับควรเป็นงานที่ผู้เขียนสังเคราะห์ขึ้นเอง โดยไม่ได้ลอกเลียนหรือคัดลอกมาจากผลงานของผู้อื่น โดยไม่ได้รับอนุญาตหรือปราศจากการอ้างอิงที่เหมาะสม
3. ผู้เขียนต้องเขียนต้นฉบับตามรูปแบบข้อกำหนดในระเบียบการส่งต้นฉบับ
4. ให้มีบทคัดย่อภาษาไทยและภาษาอังกฤษ ไม่เกิน 100 คำ
5. ผู้เขียนควรแก้ไขความถูกต้องของเรื่องที่ส่งมาตีพิมพ์ ตามข้อเสนอแนะของคณะกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ (Peer Review)
6. หลังจากผู้เขียนได้แก้ไขเรื่องแล้ว กองบรรณาธิการจะดำเนินการตรวจสอบความถูกต้องอีกครั้งหนึ่ง

ติดต่อสอบถาม/ส่งต้นฉบับได้ที่

E-mail : lawcmu.research@hotmail.com ถึง กองบรรณาธิการวารสารนิติสังคมศาสตร์

ฉบับต่อไปรับบทความในหัวข้อ

“LGBT (เพศหลากหลาย)”

