

บทที่ 3

ปัญหาบางประการเกี่ยวกับการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหาร ตรากฎหมายลำดับรองในประเทศไทย

3.1 ปัญหากรณีพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายฉบับหนึ่งที่มีการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารเป็นอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมายฉบับนี้ได้กำหนดให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้มีอำนาจตัดสินใจในขั้นตอนที่สำคัญเกี่ยวกับการดำเนินการเปลี่ยนทุนของรัฐวิสาหกิจเป็นหุ้นของบริษัท เช่น การกำหนดให้คณะรัฐมนตรีเป็นผู้มีอำนาจอนุมัติได้ว่าจะให้เปลี่ยนทุนของรัฐวิสาหกิจใดเป็นหุ้น และเมื่อคณะรัฐมนตรีมีมติให้ยุบเลิกรัฐวิสาหกิจใดแล้ว กฎหมายดังกล่าวก็กำหนดให้คณะรัฐมนตรีมีอำนาจตราพระราชกฤษฎีกาเพื่อกำหนดเงื่อนไขเวลายกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้นได้ นอกจากนี้ คณะรัฐมนตรียังมีอำนาจอนุมัติได้ว่าจะให้สิทธิ หนี้ ความรับผิดชอบหรือสินทรัพย์ใดบ้างของรัฐวิสาหกิจ โอนไปเป็นของบริษัทหรือโอนไปเป็นของกระทรวงการคลัง และมีอำนาจตราพระราชกฤษฎีกาเพื่อกำหนดหรืองด อำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของรัฐวิสาหกิจที่มีอยู่ตามกฎหมายเดิมเพื่อไม่ให้โอนไปเป็นอำนาจของบริษัทด้วย ซึ่งการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารอย่างกว้างขวางเช่นนี้ก่อให้เกิดปัญหาหลายประการ ดังที่จะได้กล่าวถึงต่อไป ดังนั้น จึงควรศึกษาถึงสาระสำคัญของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวดูเพื่อจะได้นำไปสู่การศึกษาถึงปัญหาเกี่ยวกับการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารในประเด็นต่างๆ ต่อไป

3.1.1 สาระสำคัญของพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542

กฎหมายว่าด้วยทุนรัฐวิสาหกิจได้เริ่มมีการพิจารณามาเมื่อประมาณสิบกว่าปีที่แล้ว¹ ทั้งนี้ เนื่องจากภาครัฐต้องการเพิ่มบทบาทภาคเอกชนในรัฐวิสาหกิจ โดยการให้เอกชนเข้ามาร่วมถือ

¹ นันทวัฒน์ บรมานันท์, การแปรรูปรัฐวิสาหกิจไทย, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548), น. 88.

หุ้นในกิจการบางส่วนหรือขายหุ้นให้แก่ประชาชนโดยผ่านตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยเพื่อระดมทุนมาใช้ในกิจการของรัฐ โดยการให้บริการของรัฐวิสาหกิจนั้นยังคงดำเนินการอย่างต่อเนื่องต่อไป และพนักงานยังคงมีงานทำต่อไป แต่ในขณะนั้นรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายเฉพาะคือ พระราชบัญญัติและพระราชกฤษฎีกา หรือตั้งขึ้นโดยมติคณะรัฐมนตรียังมีทุนเป็นก้อน ทำให้ไม่สามารถเพิ่มบทบาทภาคของเอกชนโดยการให้เอกชนเข้ามาร่วมถือหุ้นได้ หากรัฐมีความประสงค์จะเพิ่มบทบาทให้แก่ภาคเอกชนโดยวิธีดังกล่าวก็จะต้องมีการแก้ไขกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจที่ละฉบับ ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวต้องใช้เวลาพอสมควร คณะกรรมการรัฐวิสาหกิจแห่งชาติในขณะนั้นจึงได้มีการดำริให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีการ่างกฎหมายกลางขึ้นมาฉบับหนึ่ง เพื่อให้รัฐวิสาหกิจที่มีทุนเป็นก้อนสามารถแปลงเป็นหุ้นในรูปแบบบริษัทได้และได้มีการนำเสนอรัฐบาลในขณะนั้น แต่เนื่องจากเกิดปัญหาเกี่ยวกับการไม่ยอมรับเรื่องการแปรรูปรัฐวิสาหกิจและปัญหาความไม่เข้าใจของพนักงานและประชาชน รัฐบาลจึงได้ขอถอนร่างกฎหมายดังกล่าวมาพิจารณาเพื่อความรอบคอบอีกครั้งหนึ่ง ต่อมาเมื่อมีการประชาสัมพันธ์และทำความเข้าใจกับพนักงานรัฐวิสาหกิจและประชาชนเกี่ยวกับการแปรรูปรัฐวิสาหกิจมากยิ่งขึ้นแล้ว กระทรวงการคลังจึงได้ดำเนินการปรับปรุงร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจฯ ให้เหมาะสมและสอดคล้องกับแนวนโยบายในการให้เอกชนร่วมถือหุ้นในรัฐวิสาหกิจเรื่อยมาเป็นลำดับและได้นำเสนอคณะกรรมการกำกับนโยบายด้านรัฐวิสาหกิจจนมาเป็นพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542

โดยสาระสำคัญของพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 คือ เป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เพื่อแปลง “ทุน” ของรัฐวิสาหกิจประเภทองค์การของรัฐบาลและหน่วยงานธุรกิจที่รัฐบาลเป็นเจ้าของ ให้เป็น “ทุนเรือนหุ้น” ของรัฐวิสาหกิจในรูปแบบบริษัท เพื่อเป็นเครื่องมือของรัฐในการเปลี่ยนสถานะรัฐวิสาหกิจที่มีกฎหมายจัดตั้งขึ้น ให้เป็นรูปแบบบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด (Corporatisation) แต่ยังคงมีสถานะเป็นรัฐวิสาหกิจโดยมีการเปลี่ยนทุนจากรัฐวิสาหกิจเดิมเป็นทุนของบริษัทที่รัฐถือหุ้นทั้งหมด และยังคงให้มีอำนาจเช่นเดิม รวมทั้งให้พนักงานมีฐานะเป็นเช่นเดียวกับที่เคยเป็นพนักงานรัฐวิสาหกิจเดิม เพื่อให้เกิดความคล่องตัวในการดำเนินกิจการและเพื่อสร้างโอกาสในการระดมทุนไปใช้ในการขยายงานของรัฐวิสาหกิจเมื่อมีความจำเป็น โดยไม่จำเป็นต้องไปแก้กฎหมายเป็นรายแห่ง และเป็นพื้นฐานเบื้องต้นที่จะทำให้การแปรรูปรัฐวิสาหกิจเป็นองค์การธุรกิจอย่างเต็มรูปแบบกระทำได้โดยสะดวก โดยกระจายหุ้นที่รัฐถือไว้ให้แก่ภาคเอกชนเพื่อที่ภาคเอกชนจะได้เข้ามามีส่วนร่วมในการลงทุนและการบริหารจัดการในกิจการที่รัฐวิสาหกิจเดิมดำเนินการอยู่ได้ต่อไปในอนาคต

3.1.2 ประเภทของรัฐวิสาหกิจที่จะถูกนำมาแปรรูป

พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 ได้กำหนดประเภทของรัฐวิสาหกิจที่อยู่ในข่ายที่จะสามารถดำเนินการแปรรูปได้ไว้ในมาตรา 3 ของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวโดยได้กำหนดคำนิยามของคำว่ารัฐวิสาหกิจไว้ว่า “รัฐวิสาหกิจ” หมายความว่า รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณที่ไม่ใช่บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด ซึ่งจากคำนิยามดังกล่าวจะเห็นได้ว่า รัฐวิสาหกิจที่จะสามารถดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยทุนรัฐวิสาหกิจจะต้องประกอบด้วยหลักเกณฑ์ 2 ประการ คือ รัฐวิสาหกิจตามความหมายของกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ และประเภทของรัฐวิสาหกิจที่ไม่ใช่บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด

พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 ได้ให้คำจำกัดความของรัฐวิสาหกิจไว้ในมาตรา 4² ซึ่งสรุปได้ว่า รัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณ หมายความว่า กิจการที่ส่วนราชการหรือองค์การของรัฐบาลมีทุนรวมอยู่ในกิจการนั้นเกินกว่าร้อยละห้าสิบ ส่วนรัฐวิสาหกิจประเภทที่ไม่ใช่บริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนที่จะอยู่ในขอบเขตการดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยทุนรัฐวิสาหกิจนั้น มีอยู่ 2 ประเภท คือ

ประเภทที่หนึ่ง รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายมหาชนซึ่งมีอยู่หลายลักษณะ คือ

ก) รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยกฎหมายเฉพาะ (specific law) คือ พระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่เทียบเท่า เช่น ประกาศคณะปฏิวัติ พระราชกำหนด ส่วนใหญ่จะเป็นรัฐวิสาหกิจที่

² พระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502

มาตรา 4 รัฐวิสาหกิจ หมายความว่า

ก. องค์การของรัฐบาลหรือหน่วยงานธุรกิจที่รัฐบาลเป็นเจ้าของ

ข. บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการมีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละ

ห้าสิบ

ค. บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการ และ/หรือรัฐวิสาหกิจตาม ก. และ/หรือ ข. มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ

ง. บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการ และ/หรือรัฐวิสาหกิจตาม ค. และ/หรือรัฐวิสาหกิจตาม ก. และ/หรือ ข. มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ

จ. บริษัทหรือห้างหุ้นส่วนนิติบุคคลที่ส่วนราชการ และ/หรือรัฐวิสาหกิจตาม ง. และ/หรือรัฐวิสาหกิจตาม ก. และ/หรือ ข. และ/หรือ ค. มีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละห้าสิบ

จัดตั้งขึ้นมาเพื่อดำเนินกิจการสำคัญ มีขอบเขตกว้างขวาง และมีความจำเป็นที่จะต้องมีอำนาจและสิทธิพิเศษต่าง ๆ เพื่อให้สามารถดำเนินกิจการของรัฐวิสาหกิจนั้นได้ เช่น ธนาคารแห่งประเทศไทย จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติธนาคารแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2485 การไฟฟ้านครหลวง จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติการไฟฟ้านครหลวง พ.ศ. 2501 การประปานครหลวง จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติการประปานครหลวง พ.ศ. 2510 สำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติสำนักงานสลากกินแบ่งรัฐบาล พ.ศ. 2517 การท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติการท่องเที่ยวแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2522 การทางพิเศษแห่งประเทศไทย จัดตั้งโดยประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่ 290 พ.ศ. 2515 เป็นต้น

ข) รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามพระราชบัญญัติแม่บทคือ พระราชบัญญัติจัดตั้งองค์การของรัฐบาล พ.ศ. 2496 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารในการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจขึ้น โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 3 ว่า “เมื่อรัฐบาลเห็นเป็นการสมควร จะจัดตั้งองค์การเพื่อดำเนินกิจการอันเป็นสาธารณะหรือเพื่อประโยชน์ในทางเศรษฐกิจหรือช่วยเหลือในการครองชีพหรืออำนวยความสะดวกแก่ประชาชนโดยใช้เงินลงทุนจากงบประมาณแผ่นดิน ก็ให้กระทำได้โดยการตราเป็นพระราชกฤษฎีกา”

จากบทบัญญัติดังกล่าวที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารในการที่จะจัดตั้งองค์การหรือหน่วยงานขึ้นมาทำหน้าที่ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะได้ ทำให้เกิดหน่วยงานหลาย ๆ แห่งซึ่งมีสถานะเป็นรัฐวิสาหกิจ เช่น องค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ จัดตั้งโดยพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การขนส่งมวลชนกรุงเทพ พ.ศ. 2519 องค์การรับส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์ จัดตั้งโดยพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การรับส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์ พ.ศ. 2496 องค์การสวนสัตว์ จัดตั้งโดยพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การสวนสัตว์ พ.ศ. 2497 องค์การสวนยาง จัดตั้งโดยพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การสวนยาง พ.ศ. 2504 องค์การจัดการน้ำเสีย จัดตั้งโดยพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การจัดการน้ำเสีย พ.ศ. 2538 เป็นต้น

ประเภทที่สอง คือ รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยมติคณะรัฐมนตรี รัฐวิสาหกิจประเภทนี้จัดตั้งโดยมติคณะรัฐมนตรีเพื่อให้เป็นหน่วยงานธุรกิจของรัฐ ตั้งขึ้นในส่วนราชการโดยใช้เงินทุนหมุนเวียนตามกฎหมายว่าด้วยเงินคงคลังเป็นค่าใช้จ่ายในการดำเนินงาน มีการกำหนดระเบียบบริหารงานภายในของตนเอง รัฐวิสาหกิจเหล่านี้ไม่มีสภาพเป็นนิติบุคคล เช่น องค์การสุรา กรมสรรพสามิต (บริหารงานตามระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดตั้งองค์การสุรา กรมสรรพสามิต พ.ศ. 2506) โรงพิมพ์ตำรวจ กรมตำรวจ (บริหารงานตามข้อบังคับโรงพิมพ์ตำรวจ กรมตำรวจ พ.ศ. 2508) โรงงานยาสูบ กระทรวงการคลัง (บริหารงานตามระเบียบบริหารงาน

โรงงานยาสูบ พ.ศ. 2516) สำนักงานธนานุเคราะห์ กรมประชาสงเคราะห์ (บริหารงานตามข้อบังคับว่าด้วยการบริหารงานสำนักงานธนานุเคราะห์ กรมประชาสงเคราะห์ พ.ศ. 2517) โรงงานไฟ กรมสรรพสามิต (บริหารงานตามระเบียบกระทรวงการคลังว่าด้วยการจัดตั้งโรงงานไฟ กรมสรรพสามิต พ.ศ. 2535) เป็นต้น

เหตุผลที่รัฐวิสาหกิจที่จะอยู่ในขอบเขตการดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยทุนรัฐวิสาหกิจจะต้องเป็นรัฐวิสาหกิจประเภทที่จัดตั้งโดยกฎหมายมหาชน และประเภทที่ตั้งขึ้นโดยมติคณะรัฐมนตรีนั้น เนื่องจากกฎหมายว่าด้วยทุนรัฐวิสาหกิจมีขึ้นเพื่อเปลี่ยน “ทุน” ของรัฐวิสาหกิจประเภทองค์การของรัฐบาลและหน่วยงานธุรกิจที่รัฐบาลเป็นเจ้าของให้เป็น “ทุนเรือนหุ้น” ของรัฐวิสาหกิจในรูปแบบบริษัท ดังนั้น ความหมายของรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยทุนรัฐวิสาหกิจจึงไม่รวมถึงรัฐวิสาหกิจที่อยู่ในรูปบริษัทซึ่งมีทุนเป็นหุ้นและรัฐถือหุ้นกว่าร้อยละห้าสิบอยู่แล้ว

3.1.3 กระบวนการและขั้นตอนการดำเนินการแปรรูปรัฐวิสาหกิจตามพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542

การทำให้รัฐวิสาหกิจหลุดพ้นไปจากความเป็นองค์กรในภาคเศรษฐกิจมหาชน โดยการขายความเป็นเจ้าของกิจการสามารถกระทำได้โดยการขายหุ้นแก่ภาคเอกชน แต่การดังกล่าวไม่สามารถกระทำได้ทันทีในกรณีที่รัฐวิสาหกิจที่จะแปรรูปนั้นเป็นรัฐวิสาหกิจที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน (รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา) หรือกรณีรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยมติคณะรัฐมนตรี ด้วยเหตุเพราะรัฐวิสาหกิจเหล่านี้ยังไม่มีลักษณะทุนที่อยู่ในสภาพที่พร้อมจะโอนไปเป็นของภาคเอกชนได้ การที่จะสามารถโอนกิจการรัฐวิสาหกิจจำต้องทำให้ทุนของรัฐวิสาหกิจแปลงสภาพเป็นทุนเรือนหุ้นเสียก่อน โดยในปัจจุบันกระบวนการแปลงสภาพทุนของรัฐวิสาหกิจได้รับการบัญญัติรับรองโดยพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นกฎหมายที่มุ่งประสงค์สร้างกระบวนการแปลงสภาพทุนของรัฐวิสาหกิจบางประเภทเป็นทุนเรือนหุ้นและทำให้รัฐวิสาหกิจบางประเภทเปลี่ยนลักษณะการดำเนินการกิจการไปอยู่ในรูปบริษัทหรือบริษัทมหาชนที่รัฐโดยกระทรวงการคลังยังคงถือหุ้นในกิจการนั้นอยู่ทั้งหมดซึ่งกระบวนการตามพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวมีองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวข้อง ดังนี้

1. คณะรัฐมนตรี เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่อนุมัติการเปลี่ยนทุนของรัฐวิสาหกิจเป็นหุ้น
2. คณะกรรมการนโยบายทุนรัฐวิสาหกิจ เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่เสนอความเห็น

ในหลักการและแนวทางการเปลี่ยนทุนของรัฐวิสาหกิจเป็นหุ้น และ

3. คณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งบริษัท เป็นองค์กรดำเนินการเตรียมการจัดตั้งบริษัท ตามหลักเกณฑ์ที่คณะรัฐมนตรีอนุมัติ โดยทำหน้าที่ประเมินราคาทรัพย์สิน ประเมินราคาหุ้น และจำนวนหุ้น เป็นต้น

โดยกระบวนการแปลงสภาพกิจการรัฐวิสาหกิจตามพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 มีดังนี้

1. รัฐวิสาหกิจที่ประสงค์จะเปลี่ยนทุนบางส่วนหรือทั้งหมดเป็นหุ้นในรูปแบบบริษัท ให้ทำเรื่องเสนอกระทรวงเจ้าสังกัดให้ความเห็นชอบก่อน เมื่อกระทรวงเจ้าสังกัดให้ความเห็นชอบ ในแนวทางการแปลงสภาพรัฐวิสาหกิจแล้ว ให้เสนอรายละเอียดแก่คณะกรรมการนโยบาย ทุนรัฐวิสาหกิจ

2. คณะกรรมการนโยบายทุนรัฐวิสาหกิจพิจารณาในรายละเอียดแล้วเสนอความเห็น ต่อคณะรัฐมนตรีเพื่ออนุมัติในหลักการและแนวทางการแปลงสภาพรัฐวิสาหกิจ

3. หลังจากคณะรัฐมนตรีอนุมัติหลักการฯ ให้ส่งรายละเอียดไปยังคณะกรรมการ เตรียมการจัดตั้งบริษัท เพื่อกำหนดกิจการ สิทธิ หนี้ ความรับผิดชอบ และสินทรัพย์ของรัฐวิสาหกิจ

4. เมื่อคณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งบริษัทดำเนินการต่าง ๆ เรียบร้อยแล้ว ให้เสนอรายละเอียดต่อคณะกรรมการนโยบายทุนรัฐวิสาหกิจเพื่อพิจารณา

5. คณะกรรมการนโยบายทุนรัฐวิสาหกิจต้องเสนอความเห็นแก่คณะรัฐมนตรี เพื่อพิจารณาอนุมัติการแปลงสภาพกิจการ

6. เมื่อคณะรัฐมนตรีอนุมัติการแปลงสภาพกิจการแล้วให้นำรัฐวิสาหกิจที่ทำการ แปลงสภาพแล้วไปจดทะเบียนเป็นบริษัทหรือบริษัทมหาชนต่อนายทะเบียน แล้วแต่กรณี

เมื่อมีการดำเนินการครบขั้นตอนดังกล่าวแล้ว กิจการ สิทธิ หนี้ ความรับผิดชอบ และสินทรัพย์ของรัฐวิสาหกิจก็จะโอนไปเป็นของบริษัทโดยผลของกฎหมายนับแต่วันที่ มีการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท โดยรัฐวิสาหกิจที่ถูกแปลงสภาพกิจการแล้วและภายหลัง คณะรัฐมนตรีมีมติให้ยุบเลิกรัฐวิสาหกิจใดให้ถือว่ากฎหมายที่จัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้นสิ้นผลบังคับใช้ ตามเงื่อนไขเวลาที่กำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกา และเมื่อรัฐวิสาหกิจถูกแปลงสภาพให้อยู่ในรูปบริษัท แล้ว กระบวนการต่อมาจะทำให้การแปรรูปรัฐวิสาหกิจมีความสมบูรณ์ คือ การดำเนินการ โอนกิจการภาครัฐไปเป็นของภาคเอกชน ซึ่งขั้นตอนนี้มีได้ใช้บังคับกับรัฐวิสาหกิจที่แปลงสภาพ เท่านั้น แต่ใช้บังคับทั้งรัฐวิสาหกิจที่มีทุนเป็นทุนเรือนหุ้นอยู่แล้วด้วยเช่นกัน โดยในปัจจุบัน การดำเนินการโอนกิจการของรัฐวิสาหกิจให้แก่ภาคเอกชนทำได้ 2 รูปแบบ คือ การโอนกิจการ ของรัฐวิสาหกิจโดยวิธีการจำหน่ายหุ้นให้แก่ภาคเอกชนนอกตลาดทุนโดยให้เอกชนถือหุ้นข้างมาก

และการโอนกิจการรัฐวิสาหกิจโดยการนำหุ้นจำหน่ายในตลาดหลักทรัพย์ ซึ่งรัฐวิสาหกิจที่ได้รับการแปลงสภาพอาจโอนกิจการรัฐวิสาหกิจผ่านตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทยโดยการนำหุ้นไปจดทะเบียนกับตลาดหลักทรัพย์

พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 4 ธันวาคม พ.ศ. 2542 ซึ่งปรากฏว่าได้มีรัฐวิสาหกิจเข้าสู่กระบวนการแปลงสภาพทุนของรัฐวิสาหกิจเป็นหุ้นเรือนหุ้นตามขั้นตอนของพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวแล้ว 5 องค์การ คือ

- (1) องค์การโทรศัพท์แห่งประเทศไทย
- (2) การท่าอากาศยานแห่งประเทศไทย
- (3) การสื่อสารแห่งประเทศไทย
- (4) องค์การสื่อสารมวลชนแห่งประเทศไทย
- (5) การปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย

ส่วนการแปรรูปการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยนั้นต้องล้มเลิกไป เนื่องจากศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาในคดีหมายเลขแดงที่ พ 5/2549 ให้เพิกถอนพระราชกฤษฎีกา ทั้ง 2 ฉบับที่ใช้ในการแปรรูปการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย คือ พระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ บริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2548 และพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขและเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2548 เพราะไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากมีการแต่งตั้งบุคคลที่มีคุณสมบัติต้องห้ามตามกฎหมายเป็นคณะกรรมการในกระบวนการแปรรูป กฟผ. คือ มีการแต่งตั้ง นายไอฟาร์ ไชยประวัติ ซึ่งมีตำแหน่งเป็นกรรมการในบริษัท ซินคอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) และเป็นกรรมการบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ให้ดำรงตำแหน่งเป็นกรรมการเตรียมการจัดตั้งบริษัท ถือว่ามีผลประโยชน์ทับซ้อนกับ กฟผ. และการที่นายปริญญา นุตาลัย ซึ่งมีตำแหน่งเป็นผู้ช่วยรัฐมนตรีประจำกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ได้รับการแต่งตั้งให้เป็นประธานคณะกรรมการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนนั้น ถือว่า ตำแหน่งผู้ช่วยรัฐมนตรีประจำกระทรวงเป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองซึ่งต้องห้ามตามกฎหมาย ดังนั้น ศาลปกครองสูงสุดจึงพิพากษาว่าการแต่งตั้งบุคคลที่มีคุณสมบัติต้องห้ามดังกล่าวเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ และพิพากษาให้เพิกถอนพระราชกฤษฎีกาทั้ง 2 ฉบับดังกล่าว

สำหรับกรณีการแปรรูปการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทยนั้น ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาในคดีหมายเลขแดงที่ พ 35/2550 ให้ผู้ถูกฟ้องคดีร่วมกันกระทำการแบ่งแยกทรัพย์สินในส่วนที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน สิทธิการใช้ที่ดินเพื่อวางระบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อ

รวมทั้งแยกอำนาจและสิทธิในส่วนที่เป็นอำนาจมหาชนของรัฐออกจากอำนาจและสิทธิของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ให้เสร็จสิ้นก่อนการแต่งตั้งคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน ตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 และให้ยกคำขอตามคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีที่ขอให้เพิกถอนพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2544 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2550 และพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2544

3.1.4 ปัญหาเกี่ยวกับการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายลำดับรองเพื่อยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจตามมาตรา 28

ประธานสภาผู้แทนราษฎรได้ส่งความเห็นของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จำนวน 114 คน ที่เห็นว่า ร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ซึ่งได้รับความเห็นชอบจากรัฐสภาแล้ว มีข้อความขัดหรือแย้ง หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ เพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามมาตรา 262 (1) ของรัฐธรรมนูญ³

ความเห็นของสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จำนวน 114 คน ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการตรากฎหมายมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายลำดับรอง เพื่อยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ สรุปได้ว่า ร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. เป็นกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงสถานะของรัฐวิสาหกิจตามรูปแบบเดิมที่เป็นรัฐวิสาหกิจประเภทองค์การของรัฐ ให้เป็นรูปแบบบริษัท จำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด ซึ่งเมื่อได้เปลี่ยนทุนของรัฐวิสาหกิจใดเป็นหุ้นและจัดตั้งเป็นบริษัทแล้ว ร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจฯ ให้ยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้น โดยบัญญัติไว้ในมาตรา 27 ว่า ในกรณีที่มีมติคณะรัฐมนตรียุบเลิกรัฐวิสาหกิจใด ให้ถือว่ากฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้น เป็นอันยกเลิกตามเงื่อนไขเวลาที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นเพื่อการนั้น เห็นได้ว่า ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้บัญญัติให้ฝ่ายบริหารใช้มติคณะรัฐมนตรี เพื่อยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจเป็นการตรากฎหมายขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามกระบวนการพิจารณาและออกกฎหมายในระบบรัฐสภา กล่าวคือ การจัดตั้งรัฐวิสาหกิจแต่ละแห่งนั้นมีการจัดตั้งตาม

³ บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในกรณีดังกล่าว คือ บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่มีผลใช้บังคับในขณะที่มีการยื่นคำร้อง

บทบัญญัติของกฎหมายที่แตกต่างกัน โดยเฉพาะรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนด ถ้าฝ่ายบริหารจะอาศัยมติคณะรัฐมนตรีเพื่อยกเลิกพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดที่จัดตั้งรัฐวิสาหกิจตามมาตรา 27 นั้น มติคณะรัฐมนตรีมิได้มีศักดิ์เทียบเคียงกับการตราพระราชกฤษฎีกาตามรัฐธรรมนูญมาตรา 230 วรรคห้า ในการจัดตั้ง ยุบ เลิก ฯลฯ กระทรวง ทบวง กรม ซึ่งก็มีผลเพียงแต่ลบล้างพระราชบัญญัติในกฎหมายปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม เท่านั้น ไม่รวมถึงกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง ดังนั้น ถ้าฝ่ายบริหารมีนโยบายที่จะยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ ฝ่ายบริหารจะต้องดำเนินการตรากฎหมายตามกระบวนการในระบบรัฐสภา เพื่อให้ผู้แทนของปวงชนชาวไทยได้กลั่นกรองการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร กรณีมาตรา 27 ที่บัญญัติให้ใช้มติคณะรัฐมนตรีเพื่อยุบเลิกรัฐวิสาหกิจและให้ถือว่ากฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้นเป็นอันยกเลิกจึงเป็นบทบัญญัติที่ขัดแย้งต่อกระบวนการออกกฎหมายตามรัฐธรรมนูญและเป็นประเด็นที่มีข้อความเป็นสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ ฯ

3.1.4.1 คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 50/2542⁴

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร จำนวน 114 คน คิดเป็นจำนวนไม่น้อยกว่าหนึ่งในสิบของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของทั้งสองสภา เห็นว่า ร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ได้เสนอความเห็นต่อประธานสภาผู้แทนราษฎร แล้วประธานสภาผู้แทนราษฎรส่งความเห็นดังกล่าวมายังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย กรณีเป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 262 (1) ศาลรัฐธรรมนูญจึงรับเรื่องไว้วินิจฉัยได้

คณะรัฐมนตรีได้จัดทำบันทึกคำชี้แจงเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวและนายกรัฐมนตรียังได้มอบหมายให้รัฐมนตรีช่วยว่าการกระทรวงการคลัง (นายพิสิฐ ลี้อาธรรม) กับคณะ มาชี้แจงและส่งเอกสารต่อศาลรัฐธรรมนูญ สรุปสาระสำคัญได้ว่า ร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ ฯ มีหลักการเป็นเพียงให้มีการเปลี่ยนแปลงรูปแบบรัฐวิสาหกิจจากเดิมที่เป็นองค์การของรัฐไปเป็นบริษัทรัฐวิสาหกิจ โดยยังคงมีสถานะเป็นรัฐวิสาหกิจและมีการประกอบกิจการเช่นเดิม ยังมีใช้ขั้นตอนการแปรรูปเป็นบริษัทเอกชน หลังจากนั้นไปจะมีขบวนการขั้นตอนอย่างไรก็แล้วแต่รัฐวิสาหกิจแต่ละแห่ง และเป็นการยกเลิกกฎหมายเดิมโดยบทบัญญัติของกฎหมายนี้ มิใช่โดยมติคณะรัฐมนตรี การที่รัฐสภาได้เห็นชอบกับร่างพระราชบัญญัตินี้ย่อมมีผลเป็นกรณีของรัฐสภา

⁴สรุปจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยที่ 50 / 2542 ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 116 ตอนที่ 125 ก ลงวันที่ 13 ธันวาคม 2542. น. 1 – 10.

ได้ยินยอมวิธีการที่บัญญัติไว้ในร่างพระราชบัญญัตินี้ จึงไม่เป็นการขัดแย้งต่อกระบวนการตรา
กฎหมายตามรัฐธรรมนูญ

ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องวินิจฉัยเกี่ยวกับการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ
คือ มาตรา 27 วรรคหนึ่งของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. (ภายหลังได้มีการ
ปรับปรุงเลขมาตราเป็นมาตรา 28 วรรคหนึ่ง) ที่บัญญัติว่า "ในกรณีที่มีมติคณะรัฐมนตรียุบเลิก
รัฐวิสาหกิจใดให้ถือว่ากฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้นเป็นอันยกเลิกตามเงื่อนไขเวลาที่กำหนด
ในพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นเพื่อการนั้น" เป็นบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อกระบวนการออก
กฎหมายตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ เป็นบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ และเป็น
บทบัญญัติที่มีข้อความเป็นสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวหรือไม่

ตามที่มีผู้ร้องเห็นว่า รัฐวิสาหกิจแต่ละแห่งจัดตั้งขึ้นตามบทบัญญัติของกฎหมาย
ที่แตกต่างกัน หากรัฐวิสาหกิจใดจัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนด ฝ่ายบริหารจะ
อาศัยมติคณะรัฐมนตรีเพื่อยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจที่เป็นพระราชบัญญัติหรือพระราช
กำหนดไม่ได้ เพราะมติคณะรัฐมนตรีมิได้มีลำดับชั้นทางกฎหมายเทียบเท่าพระราชบัญญัติหรือ
พระราชกำหนด การที่มาตรา 28 บัญญัติให้มติคณะรัฐมนตรียุบเลิกรัฐวิสาหกิจใดได้ และให้ถือว่า
กฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้นเป็นอันยกเลิก จึงเป็นบทบัญญัติที่ขัดแย้งต่อกระบวนการออก
กฎหมายตามรัฐธรรมนูญ เป็นบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและเป็นบทบัญญัติที่มี
ข้อความที่เป็นสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวด้วยนั้น

พิจารณาแล้วเห็นว่า ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
พุทธศักราช 2540 การตราพระราชบัญญัติได้บัญญัติไว้ในหมวด 6 ว่าด้วยรัฐสภา ตามที่ปรากฏ
ในมาตราต่างๆ เช่น มาตรา 92 ถึงมาตรา 94 มาตรา 169 ถึงมาตรา 180 มาตรา 190 ซึ่งในกรณี
ร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจฯ นี้ได้ผ่านกระบวนการตราพระราชบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ
โดยคณะรัฐมนตรีได้เสนอร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจฯ ต่อสภาผู้แทนราษฎร
เมื่อสภาผู้แทนราษฎรเห็นชอบแล้วได้เสนอต่อวุฒิสภา ซึ่งวุฒิสภาได้พิจารณาแล้วลงมติให้แก้ไข
เพิ่มเติมแล้วส่งร่างพระราชบัญญัติที่แก้ไขเพิ่มเติมไปยังสภาผู้แทนราษฎร และสภาผู้แทนราษฎร
ได้เห็นชอบกับการแก้ไขเพิ่มเติมนั้น กระบวนการตราพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจฯ
จึงเป็นไปตามกระบวนการตราพระราชบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแล้ว

ส่วนในประเด็นปัญหาที่ว่า ข้อความในมาตรา 28 วรรคหนึ่ง ขัดหรือแย้งต่อ
รัฐธรรมนูญหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณา หลักในการยกเลิกกฎหมายซึ่งรัฐธรรมนูญมิได้
มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการยกเลิกกฎหมายไว้ การจะพิจารณาว่าข้อความในมาตรา 28 วรรคหนึ่ง

ที่บัญญัติเกี่ยวกับการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจจะขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ต้องพิจารณาตามหลักกฎหมายทั่วไปประกอบกับจะต้องดำเนินการโดยกฎหมายที่มีลำดับชั้นของกฎหมายเท่ากันหรือสูงกว่า ทั้งนี้ รัฐวิสาหกิจมีที่มาของการจัดตั้งหลายประเภท เช่น จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติ พระราชกำหนด ประกาศของคณะปฏิวัติ พระราชกฤษฎีกา เป็นต้น ซึ่งการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ ต้องเป็นไปตามหลักกฎหมายทั่วไปในการยกเลิกกฎหมาย โดยตามหลักกฎหมายทั่วไปนั้น การยกเลิกกฎหมายอาจกระทำได้ทั้งการยกเลิกกฎหมายโดยตรงและการยกเลิกกฎหมายโดยปริยาย แต่อย่างไรก็ตาม การยกเลิกกฎหมายไม่ว่าจะยกเลิกทั้งฉบับหรือบางส่วนจะต้องดำเนินการโดยกฎหมายที่มีลำดับชั้นของกฎหมายเท่ากันหรือสูงกว่า

สำหรับมาตรา 28 วรรคหนึ่งนี้เป็นบทบัญญัติของร่างพระราชบัญญัติที่มีหลักการและ เหตุผลในการตราเนื่องจากเห็นว่าเป็นการสมควรให้มีกฎหมายที่จะเป็นเครื่องมือของรัฐเมื่อมีความจำเป็นต้องเปลี่ยนสถานะของรัฐวิสาหกิจจากรูปแบบเดิมที่เป็นรัฐวิสาหกิจประเภทองค์การของรัฐตามที่มีกฎหมายจัดตั้งขึ้นให้เป็นรูปแบบบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด แต่ยังคงมีสถานะเป็นรัฐวิสาหกิจประเภทหนึ่ง โดยมีการเปลี่ยนทุนจากรัฐวิสาหกิจเดิมเป็นทุนของบริษัทที่รัฐถือหุ้นทั้งหมด และยังคงให้มีอำนาจหน้าที่เช่นเดิม รวมทั้งให้พนักงานมีฐานะเป็นเช่นเดียวกับที่เคยเป็นพนักงานรัฐวิสาหกิจเดิม ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดความคล่องตัว ในการดำเนินกิจการ และเป็นพื้นฐานเบื้องต้นที่จะแปรรูปรัฐวิสาหกิจให้เป็นองค์กรธุรกิจอย่างเต็มรูปแบบให้กระทำได้โดยสะดวกเมื่อได้มีการเตรียมการในรายละเอียดเกี่ยวกับการแปรรูปรัฐวิสาหกิจเรียบร้อยแล้ว โดยการกระจายหุ้นที่รัฐถือไว้ให้แก่ภาคเอกชนได้เข้ามามีส่วนร่วมในการลงทุนและการบริหารจัดการในกิจการที่รัฐวิสาหกิจเดิมดำเนินการอยู่ได้ต่อไปในอนาคต โดยมาตรา 22 กำหนดให้กระทรวงการคลังยังคงถือหุ้นดังกล่าวไว้ทั้งหมด ซึ่งหมายถึงบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัดนั้น ยังคงมีฐานะเป็นรัฐวิสาหกิจแต่ไม่ใช่ในรูปแบบขององค์การของรัฐจะเปลี่ยนเป็นรัฐวิสาหกิจที่มีรูปแบบการเป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด ซึ่งมีผลทำให้รัฐวิสาหกิจในรูปแบบขององค์การของรัฐสิ้นสภาพไป การที่มาตรา 28 บัญญัติให้ ในกรณีที่มติดคณะรัฐมนตรียุบเลิกรัฐวิสาหกิจใด ให้ถือว่ากฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจเป็นอันยกเลิกไปนั้น มิได้หมายความว่ากฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้นถูกยกเลิกโดยมติดคณะรัฐมนตรี แต่หมายถึงมติดคณะรัฐมนตรีที่ให้ยุบเลิกรัฐวิสาหกิจใดเป็นเพียงเงื่อนไข ส่วนการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจต้องเป็นไปตามเวลาที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นเพื่อการนั้นซึ่งเป็นเงื่อนไข และเมื่อต้องด้วยเงื่อนไขและเงื่อนไขครบทั้งสองประการแล้ว กฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจจึงถูกยกเลิกโดยร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ ฯ มาตรา 28 นี้ เมื่อการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจที่เป็น

พระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดหรือประกาศของคณะปฏิวัติได้ดำเนินการโดยร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ ฯ ที่มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายแล้ว ก็จะเป็นการยกเลิกโดยกฎหมายที่มีลำดับชั้นของกฎหมายเดียวกัน

อนึ่ง การที่มาตรา 28 วรรคหนึ่ง กำหนดให้มติคณะรัฐมนตรีที่ให้ยุบเลิกรัฐวิสาหกิจเป็นเงื่อนไขและพระราชกฤษฎีกากำหนดระยะเวลาเป็นเงื่อนไข เพื่อให้มาตรา 28 มีผลเป็นการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้น ร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจฯ ดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ในการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจเป็นการทั่วไป โดยให้อำนาจในส่วนที่เป็นเงื่อนไขและเงื่อนไขของการให้กฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจแต่ละฉบับยกเลิกเมื่อใดไปให้คณะรัฐมนตรีเพื่อให้คณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นฝ่ายบริหารที่ต้องบริหารราชการแผ่นดินให้เป็นไปตามนโยบายของรัฐบาลที่ได้แถลงต่อรัฐสภาพิจารณาไม่มีมติในเรื่องนี้เมื่อเห็นว่าได้มีการดำเนินการครบถ้วนตามหลักเกณฑ์ของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจฯ และไม่มีกรณีใดที่รัฐวิสาหกิจเดิมจะต้องดำเนินการต่อไปแล้ว โดยจะต้องตราเป็นพระราชกฤษฎีกาและรายงานต่อสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาตามร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจฯ จึงเห็นว่าข้อความในมาตรา 28 วรรคหนึ่ง ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงได้มีคำวินิจฉัยที่ 50/2542 ลงวันที่ 4 พฤศจิกายน พ.ศ. 2542 วินิจฉัยว่า ร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. มาตรา 28 วรรคหนึ่ง ไม่ขัดหรือแย้งต่อกระบวนการตราพระราชบัญญัติตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และไม่มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

3.1.4.2 ประเด็นตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ

จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญได้กำหนดประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจตามร่างมาตรา 28 วรรคหนึ่ง ของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ไว้ 3 ประเด็น คือ ประเด็นที่ 1 กระบวนการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจตามร่างมาตรา 28 วรรคหนึ่ง ของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. เป็นบทบัญญัติที่ขัดแย้งต่อกระบวนการตามกฎหมายตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ ประเด็นที่ 2 การยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจตามร่างมาตรา 28 วรรคหนึ่ง ของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. เป็นบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ และประเด็นที่ 3 การยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจตามร่างมาตรา 28 วรรคหนึ่ง ของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. เป็นสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. หรือไม่ โดยสามารถพิจารณาแต่ละประเด็นได้ดังนี้

ประเด็นที่ 1 กระบวนการยกเลิกกฎหมายตามร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ขัดหรือแย้งต่อกระบวนการออกกฎหมายตามรัฐธรรมนูญหรือไม่

ร่างมาตรา 28 วรรคหนึ่ง ของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. กำหนดให้ ในกรณีที่มติดคณะรัฐมนตรียุบเลิกรัฐวิสาหกิจใด ให้ถือว่ากฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้นเป็นอันยกเลิกตามเงื่อนไขเวลาที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นเพื่อการนั้น ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวนี้แสดงให้เห็นถึงกระบวนการในการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจตามร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ว่า ให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้มีอำนาจยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจได้ โดยการตรากฎหมายของฝ่ายบริหารคือพระราชกฤษฎีกาเพื่อกำหนดเงื่อนไขในการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจเมื่อคณะรัฐมนตรีมีมติให้ยุบเลิกรัฐวิสาหกิจใด

แต่โดยที่รัฐวิสาหกิจได้รับการจัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายหลายประเภทแตกต่างกันไป เช่น พระราชบัญญัติ ประกาศคณะปฏิวัติ พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เป็นต้น ซึ่งกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจเหล่านี้บางประเภทที่เป็นกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ เช่น พระราชบัญญัติ หรือพระราชกำหนดที่เป็นกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายบริหารแต่ต้องผ่านการพิจารณาของรัฐสภาและมีลำดับศักดิ์สูงกว่ามติดคณะรัฐมนตรี ทำให้ไม่สามารถถูกยุบเลิกได้โดยมติดคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นเพียงการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารและไม่ได้มีสถานะเป็นกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายแต่ประการใด ดังนั้น หากฝ่ายบริหารมีนโยบายที่จะยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจประเภทนี้ ฝ่ายบริหารจะต้องดำเนินการตรากฎหมายตามกระบวนการในระบอบรัฐสภาเท่านั้น แต่หากกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจเป็นกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ตั้งแต่พระราชกฤษฎีกาลงมาแล้ว การยกเลิกกฎหมายด้วยกระบวนการตามร่างมาตรา 28 ก็ย่อมสามารถกระทำได้ เนื่องจากฝ่ายบริหารสามารถออกกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ของตนไม่ว่าจะเป็นพระราชกฤษฎีกาหรือกฎเกณฑ์อื่นที่ต่ำกว่าพระราชกฤษฎีกามาทำการยกเลิกกฎหมายตั้งแต่ระดับพระราชกฤษฎีกาลงมาได้ ซึ่งจากบทบัญญัติตามร่างมาตรา 28 วรรคหนึ่ง ที่กำหนดให้ใช้มติดคณะรัฐมนตรียกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจทุกประเภทได้ทำให้เกิดปัญหาขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญว่า กระบวนการตรากฎหมายเพื่อยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจตามร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ขัดหรือแย้งต่อกระบวนการตรากฎหมายตามรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยประเด็นปัญหาดังกล่าวไว้ในคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 50/2542 ว่า ร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. นี้ ได้ผ่านกระบวนการตราพระราชบัญญัติตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2540 ได้บัญญัติไว้ในหมวด 6 ว่าด้วยรัฐสภาแล้ว โดยคณะรัฐมนตรีได้เสนอร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ

พ.ศ. ต่อสภาผู้แทนราษฎร เมื่อสภาผู้แทนราษฎรเห็นชอบแล้วได้เสนอต่อวุฒิสภา ซึ่งวุฒิสภาได้พิจารณาแล้วลงมติให้แก้ไขเพิ่มเติม และส่งร่างพระราชบัญญัติซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมนั้นไปยังสภาผู้แทนราษฎร และสภาผู้แทนราษฎรได้เห็นชอบกับการแก้ไขเพิ่มเติมของวุฒิสภา ดังนั้นกระบวนการตราร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. จึงเป็นไปตามกระบวนการตราพระราชบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแล้ว

ส่วนความเห็นของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจตามร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. นั้นพิจารณาได้ 3 กรณี คือ

(1) ความเห็นของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่สอดคล้องกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญผู้ทำคำวินิจฉัยในคดีนี้มีจำนวนทั้งสิ้น 13 คน ซึ่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีความเห็นสอดคล้องกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่วินิจฉัยว่ากระบวนการยกเลิกกฎหมายตามร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ไม่ขัดหรือแย้งต่อกระบวนการตรากฎหมายตามรัฐธรรมนูญ มีจำนวน 8 คน สรุปได้ดังนี้

1. นายชวน หลีกภัย ประธานตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ มีความเห็นสรุปได้ว่า คณะรัฐมนตรีได้เสนอร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจต่อสภาผู้แทนราษฎร และสภาผู้แทนราษฎรได้เสนอต่อวุฒิสภา ซึ่งทั้งสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาได้ให้ความเห็นชอบต่อร่างดังกล่าว จึงถือว่าร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ได้ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาแล้ว ดังนั้น ร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. จึงเป็นไปตามกระบวนการตรากฎหมายตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มาตรา 92 มาตรา 169 และมาตรา 178

2. นายจุมพล ณ สงขลา มีความเห็นสรุปได้ว่า ร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ได้ผ่านกระบวนการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติตามขั้นตอนต่าง ๆ ของข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎรและข้อบังคับของวุฒิสภามาครบถ้วนแล้ว ดังนั้นร่างพระราชบัญญัตินี้จึงตราขึ้นโดยถูกต้องตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 92 ถึงมาตรา 94 มาตรา 169 ถึงมาตรา 180 และมาตรา 190

3. พลโท จุล อติเรก มีความเห็นสรุปได้ว่า ร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ได้ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาตามขั้นตอนต่างๆ ตามรัฐธรรมนูญแล้ว จึงไม่ขัดแย้งต่อกระบวนการตรากฎหมายตามรัฐธรรมนูญ

4. นายปรีชา เถลิงมณิชัย มีความเห็นสรุปได้ว่า ร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ได้ผ่านกระบวนการตรากฎหมายตามขั้นตอนต่างๆ ของข้อบังคับการประชุมของสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาและรัฐธรรมนูญครบถ้วนแล้ว และรัฐธรรมนูญตั้งแต่ฉบับแรกจนถึงฉบับปัจจุบันไม่มีฉบับใดที่บัญญัติถึงกระบวนการยกเลิกหรือวิธีการยกเลิกกฎหมายไว้ในรัฐธรรมนูญ มีแต่บทบัญญัติที่กล่าวถึงกระบวนการตรากฎหมายหรือออกกฎหมายเท่านั้น จึงไม่ใช่เรื่องที่ยุ้ร่างรัฐธรรมนูญหลังล้มไม่บัญญัติเรื่องการยกเลิกกฎหมายไว้ ดังนั้น จึงไม่มีบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรในรัฐธรรมนูญที่จะนำมาใช้ตีความว่าการยกเลิกกฎหมายจะต้องกระทำอย่างไรจึงจะชอบด้วยรัฐธรรมนูญ อันจะนำมาปรับใช้กับวิธีการยกเลิกกฎหมายตามร่างมาตรา 28 เพื่อจะพิจารณาว่าการยกเลิกกฎหมายตามร่างมาตรา 28 นั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ดังนั้น จึงไม่สามารถกล่าวได้ว่าการยกเลิกกฎหมายตามร่างมาตรา 28 เป็นการตรากฎหมายที่ไม่ถูกต้องตามกระบวนการพิจารณาและออกกฎหมายในระบบรัฐสภาตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

5. นายสุวิทย์ ธีรพงษ์ มีความเห็นสรุปได้ว่า คณะรัฐมนตรีได้เสนอร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวต่อสภาผู้แทนราษฎร เมื่อสภาผู้แทนเห็นชอบก็ได้เสนอต่อวุฒิสภา และหลังจากวุฒิสภาลงมติแก้ไขเพิ่มเติมแล้วจึงส่งกลับมายังสภาผู้แทนราษฎร สภาผู้แทนราษฎรได้ให้ความเห็นชอบกับร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าว ดังนั้น ร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. จึงตราขึ้นโดยผ่านกระบวนการพิจารณาของรัฐสภาและตราขึ้นโดยถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

6. ศาสตราจารย์อนันต์ เกตุวงศ์ มีความเห็นสรุปได้ว่า ร่างมาตรา 28 วรรคหนึ่งของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ไม่ขัดหรือแย้งต่อกระบวนการตรากฎหมายตามรัฐธรรมนูญ แต่ไม่ได้ชี้แจงเหตุผลไว้ด้วย

7. ศาสตราจารย์ ดร.อิสระ นิติทัศน์ประภาศ มีความเห็นสรุปได้ว่า ร่างมาตรา 28 ของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ไม่ใช่การให้ฝ่ายบริหารใช้มติคณะรัฐมนตรียกเลิกกฎหมาย เนื่องจากรัฐสภาได้กำหนดเป็นหลักการว่า ให้ยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจที่มีการเปลี่ยนทุนเป็นหุ้นแล้วตามร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ได้เมื่อมีมติคณะรัฐมนตรีให้ยุบเลิกรัฐวิสาหกิจนั้น แต่จะยกเลิกเมื่อใดให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้กำหนด

โดยตราเป็นพระราชกฤษฎีกา ซึ่งรัฐธรรมนูญไม่มีบทบัญญัติใดห้ามฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายยกเลิกกฎหมายอื่นดังเช่นเงื่อนไขของร่างมาตรา 28 วรรคหนึ่ง ดังนั้น ร่างมาตรา 28 วรรคหนึ่ง จึงตราขึ้นโดยถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแล้ว

8. นายอุระ หวังอ้อมกลาง มีความเห็นสรุปได้ว่า ร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ได้ผ่านกระบวนการตรากฎหมายตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ในหมวด 6 ว่าด้วยรัฐสภาแล้ว โดยคณะรัฐมนตรีเสนอต่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ต่อสภาผู้แทนราษฎร สภาผู้แทนราษฎรเห็นชอบแล้วเสนอวุฒิสภา วุฒิสภาได้แก้ไขเพิ่มเติมและส่งคืนสภาผู้แทนราษฎร สภาผู้แทนราษฎรเห็นชอบตามที่วุฒิสภาแก้ไขเพิ่มเติม ดังนั้น จึงถือได้ว่าร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวได้ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาแล้ว

(2) ความเห็นของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ขัดแย้งกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีความเห็นขัดแย้งกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ โดยมีความเห็นว่ากระบวนการยกเลิกกฎหมายตามร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ขัดหรือแย้งต่อกระบวนการตรากฎหมายตามรัฐธรรมนูญ มีจำนวน 4 คน สรุปได้ดังนี้

1. ศาสตราจารย์ ดร.โกเมน ภัทรภิรมย์ มีความเห็นสรุปได้ว่า รัฐธรรมนูญไม่ได้มีบทบัญญัติโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายให้อำนาจรัฐสภาที่จะมอบหมายอำนาจในการตรากฎหมายให้แก่คณะรัฐมนตรี ดังนั้น การที่ร่างมาตรา 28 วรรคหนึ่ง ของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. มอบอำนาจในการตรากฎหมายของรัฐสภาให้แก่คณะรัฐมนตรี จึงขัดต่อหลักการและวิธีการตรากฎหมายตามรัฐธรรมนูญมาตรา 92 ถึงมาตรา 94 และมาตรา 169 ถึงมาตรา 178 และเห็นว่าร่างมาตรา 28 ดังกล่าวนั้นเป็นการบัญญัติกฎหมายนอกเหนือหลักการและเหตุผลของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ.

2. ศาสตราจารย์ ดร.ชัยอนันต์ สมุทวณิช มีความเห็นสรุปได้ว่า การที่ร่างมาตรา 28 ของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. บัญญัติให้ใช้มติคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นผลการตัดสินใจของฝ่ายบริหารมายกเลิกกฎหมายซึ่งเป็นผลการตัดสินใจของฝ่ายนิติบัญญัตินั้น เป็นการฝ่าฝืนและขัดแย้งต่อหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยและที่สำคัญยังเป็นอันตรายต่อการถ่วงดุลอำนาจอีกด้วย นอกจากนี้ การตรากฎหมายในลักษณะดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า ฝ่ายนิติบัญญัติที่คุมเสี่ยงข้างมากในสภาต้องการเลี่ยงกระบวนการยกเลิกกฎหมายตามปกติในระบอบประชาธิปไตย โดยฝ่ายบริหารอาศัยเสี่ยงข้างมากในสภาเคลื่อนย้ายกระบวนการนิติบัญญัติไปอยู่ในกระบวนการตัดสินใจของฝ่ายบริหารอันเป็นการตรากฎหมายที่ขัดกับหลักการพื้นฐานของระบอบประชาธิปไตยและขัดกับเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ประกอบกับรัฐวิสาหกิจ

แต่ละแห่งมีเหตุผลในการจัดตั้งที่แตกต่างกัน การยกเลิกรัฐวิสาหกิจจึงจะต้องยกเลิกเป็นรายๆ ไปโดยใช้กระบวนการเกี่ยวกับการตรากฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้นๆ ไม่ใช่ยกเลิกไว้ล่วงหน้า ดังเช่นร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว ดังนั้น จากเหตุผลที่กล่าวมาทั้งหมดจึงสามารถสรุปได้ว่า ร่างมาตรา 28 ของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ขัดหรือแย้งต่อกระบวนการตรากฎหมายของรัฐธรรมนูญ

3. นายประเสริฐ นาสกุล มีความเห็นสรุปได้ว่า ร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ที่นายกรัฐมนตรืเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรนั้นเป็นบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับบันทึกหลักการและเหตุผลประกอบตามข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา แต่กลับเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกกฎหมายโดยไม่ทำตามประเพณีร่างกฎหมาย จึงไม่ต้องด้วยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญมาตรา 7 และมาตรา 191 และร่างมาตรา 28 วรรคหนึ่งนี้ เป็นการให้พระราชกฤษฎีกายกเลิกพระราชบัญญัติ พระราชกำหนด ประกาศคณะปฏิวัติ ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่าจึงเป็นการไม่ชอบด้วยประเพณีการตรากฎหมาย และมีความเห็นว่า การยกเลิกกฎหมายต้องมีบทบัญญัติชัดเจนว่า ให้ยกเลิกกฎหมายฉบับใด ไม่ว่าจะ เป็นพระราชบัญญัติ พระราชกำหนด หรือประกาศคณะปฏิวัติ จะต้องระบุให้ชัดเจนว่าเป็นฉบับใด ฉบับที่เท่าใด จะอ้างเพียงความสะดวกเพื่อจะไม่ต้องยกเลิกกฎหมายหลายฉบับนั้นไม่ถูกต้อง

4. นายมงคล สระแก้ว มีความเห็นสรุปได้ว่า บทบัญญัตินี้เป็นการเปลี่ยนหน้าที่ของรัฐสภาจากองค์กรผู้บัญญัติกฎหมายมาเป็นผู้รับทราบการออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร แทน ซึ่งถือว่าขัดกับหลักการแบ่งอำนาจอธิปไตยตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และการที่ฝ่ายบริหารอ้างว่าร่างมาตรา 28 ของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจเป็นไปเพื่อความสะดวกรวดเร็วและให้ทันกับการเปลี่ยนแปลงทางเศรษฐกิจที่รวดเร็วนั้น เท่ากับว่าฝ่ายนิติบัญญัติไม่มีความจำเป็นต้องออกกฎหมายอีกต่อไป ดังนั้น ร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. จึงมีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

(3) ความเห็นของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ไม่วินิจฉัยในประเด็นดังกล่าว

นายสุจินดา ยงสุนทร เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ไม่ได้วินิจฉัยในประเด็นนี้ เนื่องจากเห็นว่าไม่มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาวินิจฉัยว่าร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือไม่ เพราะประเด็นที่แท้จริงที่ผู้ร้องขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยนั้นเป็นเรื่องเกี่ยวกับข้อความในร่างพระราชบัญญัติว่าขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ไม่ใช่ขอให้วินิจฉัยเรื่องที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการในการตรา

พระราชบัญญัติเพราะไม่ได้มีการกล่าวอ้างว่าการตราร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวทำผิดรัฐธรรมนูญในชั้นตอนใด

ประเด็นที่ 2 การยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจตามร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่

กระบวนการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจตามร่างมาตรา 28 ของพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ก่อให้เกิดปัญหาเป็นอย่างมาก โดยนักกฎหมายจำนวนหนึ่งเห็นว่า กรณีดังกล่าวเป็นการบัญญัติให้ฝ่ายบริหารนำมติคณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารมาใช้ในการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจทุกประเภทได้ตามที่มติคณะรัฐมนตรีต้องการ ทั้งๆ ที่มติคณะรัฐมนตรีสามารถนำมาใช้ยกเลิกกฎเกณฑ์ได้เพียงบางประเภทเท่านั้น คือ กฎเกณฑ์ประเภทที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่ามติคณะรัฐมนตรี ดังนั้น จึงทำให้ไม่สามารถนำมติคณะรัฐมนตรีมาใช้ยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจทุกประเภทได้ เพราะรัฐวิสาหกิจในประเทศไทยตั้งขึ้นโดยกฎหมายหลายประเภทดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว ไม่ว่าจะเป็นจัดตั้งโดยพระราชบัญญัติ ประกาศคณะปฏิวัติ พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ดังนั้น หากตีความได้ว่าร่างมาตรา 28 วรรคหนึ่ง เป็นการใช้มติคณะรัฐมนตรียกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจทุกประเภทแล้ว หลักลำดับศักดิ์ของกฎหมายซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปก็จะถูกทำลายลง เพราะเท่ากับว่ามีการยอมรับให้นำมติคณะรัฐมนตรีไปยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจทุกประเภทที่มีศักดิ์สูงกว่า เช่น พระราชบัญญัติ พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา ได้

ในกรณีดังกล่าวนี้ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยในประเด็นที่ว่า การยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจตามร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ไว้ สรุปได้ว่า รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติเกี่ยวกับการยกเลิกกฎหมายเอาไว้ ดังนั้น การจะพิจารณาว่าการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจตามร่างมาตรา 28 ของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่ ต้องพิจารณาตามหลักกฎหมายทั่วไป คือ ไม่ว่าจะเป็นกรยกเลิกกฎหมายทั้งหมดหรือแต่บางส่วนจะต้องดำเนินการโดยกฎหมายที่ลำดับชั้นของกฎหมายที่เท่ากันหรือสูงกว่าเท่านั้น การที่ร่างมาตรา 28 วรรคหนึ่ง ของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ที่บัญญัติให้ในกรณีที่มีมติคณะรัฐมนตรียุบเลิกรัฐวิสาหกิจใด ให้ถือว่ากฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจเป็นอันยกเลิกไปนั้น มิได้หมายความว่ากฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้นถูกยกเลิกไปโดยมติคณะรัฐมนตรี แต่หมายถึงมติคณะรัฐมนตรีที่ให้ยุบเลิกรัฐวิสาหกิจใดเป็นเพียงเงื่อนไข ส่วนการยกเลิกกฎหมายจัดตั้ง

รัฐวิสาหกิจต้องเป็นตามเวลาที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นเพื่อการนั้นซึ่งเป็นเงื่อนไขเวลา และเมื่อต้องด้วยเงื่อนไขและเงื่อนไขครบทั้งสองประการแล้ว กฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ จึงถูกยกเลิกโดยร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ดังนั้น เมื่อการยกเลิกกฎหมาย จัดตั้งรัฐวิสาหกิจที่เป็นพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดหรือประกาศคณะปฏิวัติได้ดำเนินการ โดยร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ที่มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายแล้ว ก็จะเป็น การยกเลิกโดยกฎหมายที่มีลำดับชั้นของกฎหมายเดียวกัน จึงเห็นว่าข้อความในร่างมาตรา 28 วรรคหนึ่ง ของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญได้ให้ข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า เหตุผลที่การยกเลิกกฎหมายจัดตั้ง รัฐวิสาหกิจตามร่างมาตรา 28 ต้องประกอบด้วยมติคณะรัฐมนตรีและพระราชกฤษฎีกาซึ่งอยู่ ในอำนาจการตัดสินใจของฝ่ายบริหาร เนื่องจากคณะรัฐมนตรีเป็นฝ่ายบริหารที่ต้องบริหาร ราชการแผ่นดินให้เป็นไปตามนโยบายที่ได้แถลงไว้ต่อรัฐสภา แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อใช้ มติคณะรัฐมนตรีตัดสินใจยกเลิกรัฐวิสาหกิจใดไปแล้วก็ต้องตราเป็นพระราชกฤษฎีกาและรายงาน ต่อรัฐสภาเพื่อทราบด้วย ดังนั้น บทบัญญัติเรื่องการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ ตามร่างมาตรา 28 ของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. จึงไม่ขัดหรือแย้ง ต่อรัฐธรรมนูญ

ส่วนความเห็นของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการยกเลิก กฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจตามร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ว่าขัดหรือแย้ง ต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่นี้ พิจารณาได้ 2 กรณี คือ

(1) ความเห็นของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่สอดคล้องกับคำวินิจฉัยของศาล รัฐธรรมนูญ

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีความเห็นสอดคล้องกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ที่วินิจฉัยว่า การยกเลิกกฎหมายตามร่างมาตรา 28 วรรคหนึ่ง ของร่างพระราชบัญญัติ ทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มีจำนวน 8 คน สรุปได้ดังนี้

1. นายชวนันท์ สายเชื้อ มีความเห็นสรุปได้ว่า แม้ว่ารัฐธรรมนูญจะไม่ได้บัญญัติ เรื่องการยกเลิกกฎหมายไว้แต่เป็นที่ยอมรับกันว่าการยกเลิกกฎหมายนั้นไม่ว่าจะเป็นการยกเลิก กฎหมายทั้งฉบับหรือยกเลิกบางส่วนก็ต้องกระทำโดยกฎหมายที่มีลำดับชั้นของกฎหมายที่เท่ากัน หรือสูงกว่า ดังนั้น การยกเลิกพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดจัดตั้งรัฐวิสาหกิจก็ต้องยกเลิก โดยพระราชบัญญัติไม่ใช่โดยมติคณะรัฐมนตรีหรือพระราชกฤษฎีกาซึ่งเป็นกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ ต่ำกว่า การที่ร่างมาตรา 28 ของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. บัญญัติให้ยกเลิก

กฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจตามเงื่อนไขเวลาที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นเพื่อกำหนดนั้น ย่อมหมายถึงกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจทุกประเภท เพราะถ้าจะยกเลิกเฉพาะรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยพระราชกฤษฎีกาและกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่าแล้ว ฝ่ายบริหารก็สามารถยกเลิกได้เองอยู่แล้วโดยตราเป็นพระราชกฤษฎีกาไม่จำเป็นต้องมีบทบัญญัติร่างมาตรา 28 วรรคหนึ่งนี้ ดังนั้น ร่างมาตรา 28 วรรคหนึ่ง จึงไม่มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

2. นายจุมพล ณ สงขลา มีความเห็นสรุปได้ว่า การยุบเลิกรัฐวิสาหกิจตามร่างมาตรา 28 วรรคหนึ่ง ของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจนั้นเป็นวิธีการยุบเลิกกฎหมายทั่วไป โดยมีเงื่อนไขว่าหากจะยุบเลิกรัฐวิสาหกิจใดจะต้องมีมติคณะรัฐมนตรียุบเลิกรัฐวิสาหกิจนั้น และจะต้องมีพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลาที่ให้ยุบเลิกรัฐวิสาหกิจนั้นด้วย ซึ่งเมื่อครบเงื่อนไขแล้วกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้นจะยุบเลิกไปโดยผลของร่างมาตรา 28 ของร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ มิใช่ยุบเลิกโดยมติคณะรัฐมนตรีหรือพระราชกฤษฎีกา

3. พลโท จุล อติเรก มีความเห็นสรุปได้ว่า ร่างมาตรา 28 ของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. เป็นกฎหมายที่บัญญัติให้อำนาจคณะรัฐมนตรีในการสั่งยุบหรือออกพระราชกฤษฎีกายกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ ไม่ใช่เป็นการที่คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจโดยพลการ เพราะกรณีนี้มีกฎหมายซึ่งมีศักดิ์เท่าพระราชบัญญัติกำหนดขั้นตอนก่อนการยุบเลิกไว้เป็นกรณีๆ และกำหนดให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้งว่าจะต้องดำเนินการอย่างไร ทั้งยังกำหนดว่า ถ้าคณะรัฐมนตรีมีมติให้ยุบเลิกรัฐวิสาหกิจใด จะยุบเลิกทันทีไม่ได้จะต้องออกเป็นพระราชกฤษฎีกา และกำหนดระยะเวลายุบเลิกไว้ในพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว ทั้งนี้เพื่อความพร้อมและเหมาะสมกับความจำเป็นจึงได้ออกเป็นพระราชบัญญัติเพื่อให้ยกเลิกได้ทั้งรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งโดยพระราชบัญญัติ พระราชกำหนด พระราชกฤษฎีกา หรือประกาศคณะปฏิวัติ ดังนั้น ร่างมาตรา 28 วรรคหนึ่ง จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

4. นายปรีชา เฉลิมวณิช มีความเห็นสรุปได้ว่า คำร้องของผู้ร้องที่ว่า บทบัญญัติของร่างมาตรา 28 เป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารในการใช้มติคณะรัฐมนตรีในการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจเป็นบทบัญญัติที่ไม่ถูกต้องตามกระบวนการพิจารณาและออกกฎหมายในระบบรัฐสภานั้น หมายความว่า มติคณะรัฐมนตรีที่ออกโดยฝ่ายบริหารและมีศักดิ์หรือลำดับชั้นของกฎหมายที่ต่ำกว่าจะมายกเลิกพระราชบัญญัติที่มีศักดิ์และลำดับชั้นที่สูงกว่าไม่ได้ เป็นการอ้างถึงศักดิ์และลำดับชั้นของกฎหมายที่รัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติไว้โดยตรง นอกจากนี้รัฐธรรมนูญได้กำหนดในเรื่องศักดิ์และลำดับชั้นของกฎหมายไว้ในมาตรา 6 เพียงมาตราเดียว คือ รับรองถึงความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ แต่ไม่ได้บัญญัติรับรอง

ศักดิ์ของพระราชบัญญัติ พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง มติคณะรัฐมนตรี กฎหรือข้อบังคับว่าขัดแย้งต่อพระราชบัญญัติไม่ได้ได้เลย ข้ออ้างของผู้ร้องจึงเป็นเพียงในแง่ขัดกับหลักการและหลักกฎหมายทั่วไป ไม่ใช่เป็นการขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และมีความเห็นต่อไปด้วยว่า การที่มาตรา 230 วรรคสาม และวรรคสี่ ของรัฐธรรมนูญที่ได้บัญญัติให้พระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นเพื่อรวมหรือโอน กระทรวง ทบวง กรม ที่มีพระราชบัญญัติจัดตั้งขึ้นแล้ว โดยไม่มีการเพิ่มอัตราตำแหน่งข้าราชการหรือลูกจ้าง มีผลเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในพระราชบัญญัติหรือกฎหมายที่มีผลใช้บังคับได้นั้น แสดงให้เห็นว่า นอกจากรัฐธรรมนูญจะไม่รับรองศักดิ์ของพระราชบัญญัติแล้ว รัฐธรรมนูญกลับยอมรับหลักการที่ว่ากฎหมายที่มีศักดิ์หรือลำดับชั้นต่ำกว่าพระราชบัญญัติสามารถแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติได้อีกด้วย และจะถือว่าบทบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นบทบัญญัติยกเว้นเฉพาะพระราชกฤษฎีกาตามมาตรา 230 อย่างเดียวก็ไม่ได้ เพราะรัฐธรรมนูญไม่ได้บัญญัติเป็นหลักการทั่วไปรับรองศักดิ์ของพระราชบัญญัติไว้ จึงถือได้ว่าบทบัญญัติของมาตรา 230 เป็นการวางหลักทั่วไปว่ากฎหมายที่มีศักดิ์หรือลำดับชั้นต่ำกว่าพระราชบัญญัติสามารถยกเลิกแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติได้ นอกจากนี้ยังเห็นว่า การที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีการบัญญัติกฎหมายได้เพิ่มขึ้นหลายรูปแบบ เช่น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ข้อกำหนดวิธีพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญ และระเบียบต่างๆ อันจำเป็นต่อการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการการเลือกตั้ง ทำให้เป็นการลดสถานะหรือความสำคัญของพระราชบัญญัติลง เพราะประเภทของกฎหมายที่เกิดขึ้นใหม่เหล่านี้ไม่สามารถระบุได้แน่นอนว่าอยู่ในลำดับชั้นใด จึงแสดงให้เห็นว่า รัฐธรรมนูญมิได้ตั้งใจบัญญัติหลักการรับรองศักดิ์หรือลำดับชั้นของกฎหมายเหล่านี้เอาไว้เช่นกัน จึงจะถือเอาหลักลำดับศักดิ์ของกฎหมายตามหลักกฎหมายทั่วไปมาเป็นหลักการของรัฐธรรมนูญไม่ได้

ดังนั้น จึงมีความเห็นว่า การยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจตามร่างมาตรา 28 วรรคหนึ่ง ของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. หมายถึง การจะยุบเลิกรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นตามกฎหมายใดให้กระทำโดยมติคณะรัฐมนตรีโดยการตราเป็นพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขในการยุบเลิก และเมื่อถึงกำหนดเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกาแล้ว ร่างมาตรา 28 วรรคหนึ่ง ก็ให้ถือว่ากฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้นเป็นอันยกเลิกไปโดยอาศัยอำนาจตามร่างมาตรา 28 ของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. นั่นเอง มิใช่การใช้อำนาจตามมติคณะรัฐมนตรีตราพระราชกฤษฎีกาซึ่งมีศักดิ์ต่ำกว่าเพื่อยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ

5. นายสุวิทย์ ธีรพงษ์ มีความเห็นสรุปได้ว่า การยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ ตามร่างมาตรา 28 ของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. นั้นเป็นการยกเลิกโดยผลของร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้มีใช้เป็นการยกเลิกโดยมติคณะรัฐมนตรี แต่เป็นการใช้มติคณะรัฐมนตรีที่ให้ยุบเลิกรัฐวิสาหกิจใดเป็นเงื่อนไขในการยกเลิกและให้ระยะเวลาที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นเพื่อกำหนดนั้นเป็นเงื่อนไข ทั้งนี้เพื่อให้ร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ไปมีผลยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้น ๆ

6. ศาสตราจารย์อนันต์ เกตุวงศ์ มีความเห็นสรุปได้ว่า ร่างมาตรา 28 วรรคหนึ่ง ของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. เป็นการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจไม่ว่าจะเป็นพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดโดยใช้มติคณะรัฐมนตรีเป็นเงื่อนไขและพระราชกฤษฎีกาที่กำหนดระยะเวลาในการเลิกเป็นเงื่อนไข เพื่อให้ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ไปมีผลยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้น ๆ และเมื่อร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. มีผลใช้บังคับก็จะเป็นกฎหมายที่มีศักดิ์และระดับเดียวกับกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจที่ถูกยกเลิก ดังนั้น การยกเลิกกฎหมายตามร่างมาตรา 28 วรรคหนึ่ง จึงไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญและไม่ต้องด้วยมาตรา 6 แห่งรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

7. ศาสตราจารย์ ดร.อิสสระ นิติทัณฑ์ประภาศ มีความเห็นสรุปได้ว่า ผู้ร้องไม่ได้ชี้แจงว่าบทบัญญัติของร่างมาตรา 28 วรรคหนึ่ง ของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญมาตราใด ดังนั้น จึงเห็นว่าความเห็นของผู้ร้องในประเด็นนี้เคลือบคลุมไม่อาจวินิจฉัยได้ จึงเหลือเพียงประเด็นว่า ร่างมาตรา 28 วรรคหนึ่ง ของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือไม่

8. นายอุระ หวังอ้อมกลาง มีความเห็นสรุปได้ว่า ร่างมาตรา 28 วรรคหนึ่ง ของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. เป็นกฎหมายที่ให้ยกเลิกกฎหมายอื่นโดยตรงเพียงแต่มีการกำหนดเงื่อนไขและเงื่อนไขเอาไว้ โดยจะยุบเลิกได้ต้องมีมติคณะรัฐมนตรีและกำหนดเงื่อนไขที่จะให้ยุบเลิกไว้ในพระราชกฤษฎีกา ดังนั้น ร่างมาตรา 28 นี้จึงเป็นกฎหมายที่ให้ยกเลิกกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์หรือฐานะเท่ากับพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดที่จัดตั้งรัฐวิสาหกิจ เมื่อเป็นเช่นนี้ร่างมาตรา 28 วรรคหนึ่ง จึงไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

(2) ความเห็นของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ขัดแย้งกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีความเห็นขัดแย้งกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ โดยเห็นว่า การยกเลิกกฎหมายตามร่างมาตรา 28 วรรคหนึ่ง ของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. นั้น ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มีจำนวน 5 คน สรุปได้ดังนี้

1. ศาสตราจารย์ ดร.โกเมน ภัทรภิรมย์ มีความเห็นสรุปได้ว่า โดยปกติการยกเลิกกฎหมายจะกระทำโดยการออกกฎหมายใหม่มายกเลิกกฎหมายเดิมซึ่งกฎหมายใหม่ที่จะมายกเลิกกฎหมายเดิมได้นั้นจะต้องเป็นกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์เท่ากันหรือสูงกว่า เช่น กฎหมายเดิมเป็นพระราชบัญญัติ กฎหมายใหม่ที่จะมายกเลิกก็ต้องเป็นพระราชบัญญัติ แต่ร่างมาตรา 28 วรรคหนึ่ง ของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. นั้นกำหนดให้ถ้ามีมติคณะรัฐมนตรียุบเลิกรัฐวิสาหกิจใดให้กฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้นถูกยกเลิกไปด้วย ซึ่งเท่ากับเป็นการให้มติคณะรัฐมนตรีซึ่งไม่ใช่กฎหมายและมีผลบังคับเฉพาะในทางบริหารกลายเป็นกฎหมายแต่จะมีผลเป็นพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกาก็แล้วแต่ว่ากฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้นเป็นกฎหมายระดับใด

2. ศาสตราจารย์ ดร.ชัยอนันต์ สมุทวณิช มีความเห็นสรุปได้ว่า บทบัญญัติของร่างมาตรา 28 ที่ความได้ว่าเป็นการใช้มติคณะรัฐมนตรียกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจแต่ละแห่ง ซึ่งมติคณะรัฐมนตรีในระบอบประชาธิปไตยมีศักดิ์และระดับต่ำกว่าพระราชบัญญัติ นอกจากนี้ ร่างมาตรา 28 ยังใช้พระราชกฤษฎีกาซึ่งเป็นเครื่องมืออีกอย่างหนึ่งของฝ่ายบริหารกำหนดเงื่อนไขในการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจแต่ละแห่งอีกด้วย

3. นายประเสริฐ นาสกุล มีความเห็นสรุปได้ว่า ร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. มีหลักการเพียงเปลี่ยนทุนของรัฐวิสาหกิจให้เป็นหุ้นในรูปแบบของบริษัท แต่ร่างมาตรา 28 วรรคหนึ่งนี้ ให้ใช้พระราชกฤษฎีกายกเลิกพระราชบัญญัติ พระราชกำหนด ประกาศคณะปฏิวัติ ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีศักดิ์สูงกว่า จึงเป็นการไม่ชอบด้วยประเพณีการตรากฎหมายในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข และเกินหลักการและเหตุผลของร่างพระราชบัญญัติที่คณะรัฐมนตรีเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎร

4. นายมงคล สระฐาน มีความเห็นสรุปได้ว่า หลักการยกเลิกกฎหมายตามปกติคือ ออกกฎหมายใหม่ระบุชื่อกฎหมายเก่าที่ต้องการยกเลิกโดยแจ้งชัด หรือการออกกฎหมายใหม่ที่มิบัญญัติของกฎหมายที่ขัดต่อกฎหมายเก่าก็จะเท่ากับว่ากฎหมายเก่าถูกยกเลิกโดยปริยายนั่นเอง แต่การยกเลิกกฎหมายตามร่างมาตรา 28 วรรคหนึ่ง ของร่างพระราชบัญญัติ

ทูลรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. เป็นการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจเมื่อฝ่ายบริหารต้องการซึ่งเป็นการยกเลิกกฎหมายแนวใหม่ และหากบทบัญญัติในลักษณะนี้ใช้ได้แล้ว ย่อมจะส่งผลต่อการออกกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติในอนาคตแน่นอน นอกจากนี้ยังเห็นว่า ตามหลักทั่วไปนั้น จะออกพระราชกฤษฎีกายกเลิกพระราชบัญญัติไม่ได้ นอกจากข้อเว้นตามมาตรา 230 วรรคห้า ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งพระราชกฤษฎีกาที่ออกตามร่างมาตรา 28 วรรคหนึ่ง ก็ขัดหรือแย้งต่อหลักทั่วไปไม่ได้เช่นกัน และเห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวเป็นการเพิ่มอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกกฎหมายเป็นพิเศษนอกเหนือจากที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ และส่งผลกระทบต่อการใช้กฎหมายและการใช้อำนาจยับยั้งกฎหมายของพระมหากษัตริย์ เนื่องจากตามรัฐธรรมนูญพระมหากษัตริย์ไม่มีอำนาจยับยั้งพระราชกฤษฎีกาเหมือนที่ทรงใช้อำนาจยับยั้งพระราชบัญญัติ ดังนั้น จึงเห็นว่าร่างพระราชบัญญัติทูลรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

5. นายสุจินดา ยงสุนทร มีความเห็นสรุปได้ว่า การยกเลิกกฎหมายหรือแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายจะกระทำได้โดยกฎหมายใหม่ที่มีศักดิ์หรือลำดับชั้นของกฎหมายที่สูงกว่าหรือเท่ากันกับกฎหมายที่จะถูกยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติม แต่การยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจตามร่างพระราชบัญญัติทูลรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. นั้นแทนที่ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้จะระบุให้ตัวร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ซึ่งมีศักดิ์และลำดับชั้นสูงพอที่จะยกเลิกพระราชบัญญัติหรือกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจได้ไปมีผลยกเลิกพระราชบัญญัติหรือกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจใดบ้าง แต่กลับบัญญัติให้มติดีคณะรัฐมนตรีประกอบด้วยพระราชกฤษฎีกาไปมีผลยกเลิกพระราชบัญญัติหรือกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจที่ฝ่ายบริหารต้องการจะยุบเลิก โดยที่รัฐสภาไม่ได้เข้าไปมีบทบาทในการพิจารณาเรื่องดังกล่าวซึ่งการบัญญัติกฎหมายในกรณีนี้เป็นการบัญญัติกฎหมายที่นอกเหนือจากที่รัฐธรรมนูญให้อำนาจไว้ เพราะตามรัฐธรรมนูญนั้นรัฐสภาเป็นองค์กรเดียวที่มีอำนาจ หน้าที่และความรับผิดชอบในการตราพระราชบัญญัติ โดยรัฐสภาไม่สามารถถ่ายโอนอำนาจดังกล่าวให้แก่องค์กรใดได้ แต่ร่างมาตรา 28 วรรคหนึ่งนี้ขัดกับหลักการดังกล่าวเนื่องจากรัฐสภาได้สละอำนาจ หน้าที่ และความรับผิดชอบเหล่านั้นไปให้แก่คณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นองค์กรฝ่ายบริหาร นอกจากนี้ หลักการยกเลิกพระราชบัญญัติจะต้องตราพระราชบัญญัติฉบับใหม่โดยต้องระบุชื่อของพระราชบัญญัติที่จะยกเลิกไว้อย่างชัดเจน แต่ร่างพระราชบัญญัติทูลรัฐวิสาหกิจฯ นี้ไม่ได้กระทำเช่นนั้น และมีความเห็นว่า ฝ่ายบริหารมีอำนาจตรากฎหมายได้เฉพาะกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น เช่น อำนาจในการตราพระราชกำหนดตามมาตรา 218 และอำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาตามมาตรา 221 ของรัฐธรรมนูญ

เป็นต้น อีกทั้งเห็นว่า มติคณะรัฐมนตรีไม่มีฐานะเป็นกฎหมายเพราะเป็นเพียงการตัดสินใจของฝ่ายบริหารเท่านั้น ดังนั้นจึงไม่สามารถไปยกเลิกกฎหมายใดๆ ได้ทั้งสิ้น ส่วนพระราชกฤษฎีกานั้น แม้จะมีสภาพเป็นกฎหมายแต่ก็ไม่มีศักดิ์และฐานะเทียบเท่ากับพระราชบัญญัติ จึงไม่อาจไปมีผลยกเลิกพระราชบัญญัติได้ แต่สำหรับกรณีของมาตรา 230 ของรัฐธรรมนูญนั้น เป็นข้อยกเว้นของหลักทั่วไปที่ให้พระราชกฤษฎีกามีผลใช้บังคับได้ดังเช่นพระราชบัญญัติในเรื่องที่กำหนดไว้ ซึ่งกรณีของร่างมาตรา 28 วรรคหนึ่ง ไม่ได้อยู่ในข้อยกเว้นดังกล่าว

ประเด็นที่ 3 บทบัญญัติเรื่องการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจตามร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. เป็นบทบัญญัติที่มีข้อความอันเป็นสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. หรือไม่

ประเด็นดังกล่าวเป็นประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องตัดสินว่าบทบัญญัติร่างมาตรา 28 วรรคหนึ่ง เป็นสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. เพราะหากว่าบทบัญญัติดังกล่าวเป็นสาระสำคัญ แล้วขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญจะส่งผลให้ร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ตกไปทั้งฉบับ แต่หากไม่ใช่สาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติแต่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญก็จะทำให้ตกไปเฉพาะร่างมาตรา 28 วรรคหนึ่ง

โดยศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยในประเด็นที่ว่า บทบัญญัติเรื่องการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจตามร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. เป็นบทบัญญัติที่มีข้อความอันเป็นสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. หรือไม่ ไว้สรุปได้ว่าเมื่อได้วินิจฉัยใน 2 ประเด็นแรกของร่างมาตรา 28 วรรคหนึ่ง ของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ว่า ไม่ขัดหรือแย้งกับกระบวนการตราพระราชบัญญัติตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ และไม่มีข้อความที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กรณีจึงไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยว่าบทบัญญัตินี้มีข้อความอันเป็นสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัตินี้หรือไม่

ส่วนความเห็นของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นปัญหาว่า บทบัญญัติเรื่องการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจตามร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. เป็นบทบัญญัติที่มีข้อความอันเป็นสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. หรือไม่นั้น พิจารณาได้ 3 กรณี คือ

(1) ความเห็นของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่สอดคล้องกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีความเห็นสอดคล้องกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ คือ ไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยในประเด็นนี้ มีจำนวน 8 คน สรุปได้ดังนี้

1. นายเชาวน์ สายเชื้อ มีความเห็นสรุปได้ว่า เมื่อร่างมาตรา 28 วรรคหนึ่ง ของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ไม่มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ กรณีจึงไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีข้อความอันเป็นสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวหรือไม่

2. นายจุมพล ณ สงขลา มีความเห็นสรุปได้ว่า หากศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า บทบัญญัติของร่างมาตรา 28 วรรคหนึ่ง ของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในข้อสาระสำคัญอันจะมีผลให้ร่างพระราชบัญญัตินี้ตกไป ซึ่งมีนโยบายของรัฐบาลต้องตกไปทั้งฉบับตามรัฐธรรมนูญมาตรา 262 วรรคสาม ก็เท่ากับว่า ศาลรัฐธรรมนูญเป็นผู้กำหนดนโยบายในการบริหารประเทศเสียเอง ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงไม่ชอบที่จะวินิจฉัยความเห็นของผู้ร้องในประเด็นนี้

3. พลโท จุล อติเรก ไม่มีความเห็นในประเด็นดังกล่าว

4. นายปรีชา เฉลิมวณิชย์ ไม่มีความเห็นในประเด็นดังกล่าว

5. นายสุวิทย์ ธีรพงษ์ มีความเห็นสรุปได้ว่า เมื่อวินิจฉัยแล้วว่า ข้อความในร่าง มาตรา 28 ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้ว จึงไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยว่าข้อความ ในร่างมาตรา 28 เป็นสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. หรือไม่

6. ศาสตราจารย์อนันต์ เกตุวงศ์ มีความเห็นสรุปได้ว่า เมื่อการตรากฎหมาย ตามร่างมาตรา 28 วรรคหนึ่ง ของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ไม่ขัดกับ หลักรัฐธรรมนูญทั่วไปแล้ว จึงไม่จำเป็นต้องวินิจฉัยว่าร่างมาตรา 28 เป็นบทบัญญัติที่มีข้อความ เป็นสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. หรือไม่

7. ศาสตราจารย์ ดร.อิสสระ นิตินันท์ประกาศ ไม่มีความเห็นในประเด็นดังกล่าว

8. นายอุระ หวังอ้อมกลาง มีความเห็นสรุปได้ว่า เมื่อร่างมาตรา 28 วรรคหนึ่ง ของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแล้วก็ไม่จำเป็นต้อง วินิจฉัยว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีข้อความอันเป็นสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวหรือไม่

(2) ความเห็นของตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่ขัดแย้งกับคำวินิจฉัยของศาล รัฐธรรมนูญ

ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญที่มีความเห็นขัดแย้งกับคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ โดยมีความเห็นว่ามาตรา 28 วรรคหนึ่ง เป็นสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. มีจำนวน 5 คน สรุปได้ดังนี้

1. ศาสตราจารย์ ดร.โกเมน ภัทรภิรมย์ มีความเห็นสรุปได้ว่า บทบัญญัติเรื่องการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจตามร่างมาตรา 28 วรรคหนึ่ง ของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. นั้น ถือเป็นสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้

2. ศาสตราจารย์ ดร.ชัยอนันต์ สมุทวณิช มีความเห็นสรุปได้ว่า ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามประเพณีการปกครองของระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์เป็นประมุข และตามครรลองของการเสนอและพิจารณาร่างพระราชบัญญัติตามรัฐธรรมนูญและข้อความดังกล่าวเป็นสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. จึงต้องตกไปตามมาตรา 262 ของรัฐธรรมนูญ

3. นายประเสริฐ นาสกุล มีความเห็นสรุปได้ว่า การที่นายกรัฐมนตรีได้เสนอร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ต่อสภาผู้แทนราษฎร ทั้ง ๆ ที่ร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวมีการเพิ่มหลักการที่มีได้มีการกำหนดไว้ในบันทึกหลักการและเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติที่นายกรัฐมนตรีเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎร ทำให้ร่างพระราชบัญญัตินี้มีบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องกับหลักการและเหตุผลประกอบร่างพระราชบัญญัติ ตามข้อบังคับการประชุมสภาผู้แทนราษฎรและข้อบังคับการประชุมวุฒิสภา คือ มีการแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกกฎหมายโดยไม่กระทำตามประเพณีการร่างกฎหมาย จึงทำให้เข้าใจได้ว่าร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้เกิดขึ้นจากการร่าง เสนอ และอนุมัติโดยไม่คำนึงถึงหลักการเหตุผลของประเพณีการร่างกฎหมาย ดังนั้น ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้จึงเป็นตกไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 262 วรรคสาม

4. นายมงคล สระแก้ว มีความเห็นสรุปได้ว่า ร่างมาตรา 28 และร่างมาตรา 29 ของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. เป็นบทบัญญัติที่เป็นประเด็นที่มีข้อความอันเป็นสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. และร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. มีข้อความขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ จึงตกไปตามมาตรา 262 วรรคสาม

5. นายสุจินดา ยงสุนทร มีความเห็นสรุปได้ว่า ร่างมาตรา 28 วรรคหนึ่ง ของพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ว่าด้วยเรื่องการยุบเลิกรัฐวิสาหกิจและยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ ดังนั้น จึงถือเป็นหัวใจสำคัญของร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ โดยที่ข้อความของมาตราดังกล่าวยังเป็นสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติซึ่งส่งผลให้ร่างพระราชบัญญัติฉบับนี้ตกไปทั้งฉบับ

3.1.4.3 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายลำดับรองเพื่อยกเลิกกฎหมายที่จัดตั้งรัฐวิสาหกิจ

(1) ปัญหาเกี่ยวกับลำดับศักดิ์ของกฎหมายที่ใช้ยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ

ปัญหาเกี่ยวกับการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจโดยฝ่ายบริหารนี้เป็นปัญหาสำคัญประการหนึ่งที่ทำให้เกิดความขัดแย้งในทางวิชาการเป็นอย่างมากสืบเนื่องมาจากกระบวนการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ ตามกระบวนการขั้นตอนที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 นั้น ได้กำหนดให้ เมื่อรัฐบาลโดยคณะรัฐมนตรีมีความประสงค์ที่จะทำการแปรรูปรัฐวิสาหกิจใดก็จะต้องมีการเปลี่ยนทุนของรัฐวิสาหกิจเหล่านั้นเป็นทุนเรือนหุ้นตามขั้นตอนที่ได้มีการกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 ตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ซึ่งเมื่อรัฐวิสาหกิจผ่านกระบวนการต่าง ๆ แล้ว สภาพความเป็นรัฐวิสาหกิจในรูปแบบขององค์การของรัฐย่อมสิ้นสุดลงและแปลงสภาพไปสู่รูปแบบใหม่ในลักษณะบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชน (จำกัด) และเมื่อสภาพความเป็นรัฐวิสาหกิจในรูปแบบขององค์การของรัฐไม่มีอยู่อีกต่อไปแล้ว ความจำเป็นของการบังคับใช้กฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจที่ถูกแปรรูปไปนั้นย่อมหมดไปด้วย

ด้วยเหตุนี้มาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 จึงบัญญัติให้ “ในกรณีที่มิมีมติคณะรัฐมนตรียุบเลิกรัฐวิสาหกิจใด ให้ถือว่ากฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้นเป็นอันยกเลิกตามเงื่อนไขเวลาที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นเพื่อการนั้น”

เมื่อพิจารณาถึงหลักเกณฑ์ที่จะใช้ในการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจตามมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 ประกอบกับประเภทของกฎหมายที่ใช้จัดตั้งรัฐวิสาหกิจโดยเฉพาะรัฐวิสาหกิจประเภทที่ถูกจัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายระดับพระราชบัญญัติแล้ว จะเห็นได้ว่า พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 บัญญัติให้สามารถให้ใช้มติคณะรัฐมนตรีประกอบกับพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเพื่อยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจที่เป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติได้ ซึ่งการที่พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจไม่บัญญัติให้การยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจที่แปลงทุนเป็นหุ้นและจดทะเบียนเป็นบริษัททำโดยกฎหมายระดับเดียวกับกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ ก่อให้เกิดประเด็นในการพิจารณาเกี่ยวกับการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ ดังนี้

การที่พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 กำหนดให้ใช้มติคณะรัฐมนตรีและพระราชกฤษฎีกาสารณยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจที่เป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติซึ่งมีค่าบังคับสูงกว่า จะสามารถทำได้หรือไม่นั้น ประเด็นดังกล่าวได้มีสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรจำนวนหนึ่งที่เห็นว่า ร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ในบทบัญญัติมาตราดังกล่าว

มีข้อความขัดหรือแย้งหรือตราขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และได้ส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยตามมาตรา 262 (1) ของรัฐธรรมนูญ โดยสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ที่ทำการยื่นเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญนั้น เห็นว่าการที่บทบัญญัติมาตราดังกล่าวกำหนดให้ฝ่ายบริหารใช้มติคณะรัฐมนตรีเพื่อยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจเป็นการตรากฎหมายขึ้นโดยไม่ถูกต้องตามกระบวนการพิจารณาและออกกฎหมายในระบบรัฐสภา กล่าวคือ การจัดตั้งรัฐวิสาหกิจแต่ละแห่งนั้น มีการจัดตั้งตามบทบัญญัติของกฎหมายที่แตกต่างกัน โดยเฉพาะรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนด ถ้าฝ่ายบริหารจะอาศัยมติคณะรัฐมนตรีเพื่อยกเลิกพระราชบัญญัติหรือหรือพระราชกำหนดที่จัดตั้งรัฐวิสาหกิจ โดยเป็นไปตามมาตรา 27 นั้น มติคณะรัฐมนตรีมิได้มีศักดิ์เทียบเคียงกับการตราพระราชกฤษฎีกาตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 230 วรรคห้า ในการจัดตั้ง ยุบ เลิก ฯลฯ กระทรวง ทบวง กรม ซึ่งก็มีผลเพียงแต่ลบล้างพระราชบัญญัติในกฎหมายปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม เท่านั้น ไม่รวมถึงกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง ดังนั้น ถ้าฝ่ายบริหารมีนโยบายที่จะยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ ฝ่ายบริหารจะต้องดำเนินการตรากฎหมายตามกระบวนการในระบบรัฐสภา เพื่อให้ผู้แทนของปวงชนชาวไทยได้ถ่วงการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร กรณีมาตรา 28 ที่บัญญัติให้ใช้มติคณะรัฐมนตรีเพื่อยุบเลิกรัฐวิสาหกิจและให้ถือว่ากฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้นเป็นอันยกเลิก จึงเป็นบทบัญญัติที่ขัดแย้งต่อกระบวนการออกกฎหมายตามรัฐธรรมนูญและเป็นประเด็นที่มีข้อความเป็นสาระสำคัญของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจฯ

ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยสรุปได้ดังนี้ คือ การที่มาตรา 28 บัญญัติในกรณีที่มติคณะรัฐมนตรียุบเลิกรัฐวิสาหกิจใด ให้ถือว่ากฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจเป็นอันยกเลิกไปนั้น มิได้หมายความว่ากฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้นถูกยกเลิกโดยมติคณะรัฐมนตรี แต่หมายถึงมติคณะรัฐมนตรีที่ให้ยุบเลิกรัฐวิสาหกิจใดเป็นเพียงเงื่อนไข ส่วนการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจต้องเป็นไปตามเวลาที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นเพื่อการนั้น ซึ่งเป็นเงื่อนไขและเมื่อต้องด้วยเงื่อนไขและเงื่อนไขครบทั้งสองประการแล้ว กฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจจึงถูกยกเลิกโดยร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจฯ มาตรา 28 นี้ เมื่อการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจที่เป็นพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดหรือประกาศของคณะปฏิวัติได้ดำเนินการโดยร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจฯ ที่มีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายแล้ว ก็จะเป็นการยกเลิกโดยกฎหมายที่มีลำดับชั้นของกฎหมายเดียวกัน อนึ่ง การที่มาตรา 28 วรรคหนึ่ง กำหนดให้มติคณะรัฐมนตรีที่ให้ยุบเลิกรัฐวิสาหกิจเป็นเงื่อนไขและพระราชกฤษฎีกากำหนดระยะเวลา

เป็นเงื่อนไขเวลาเพื่อให้มาตรา 28 มีผลเป็นการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้น ร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจฯ ดังกล่าว มีวัตถุประสงค์ประสงค์ในการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจเป็นการทั่วไป โดยให้อำนาจในส่วนที่เป็นเงื่อนไขและเงื่อนไขเวลาของการให้กฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจแต่ละฉบับยกเลิกเมื่อใดไปให้คณะรัฐมนตรีเพื่อให้คณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นฝ่ายบริหารที่ต้องบริหารราชการแผ่นดินให้เป็นไปตามนโยบายของรัฐบาลที่ได้แถลงต่อรัฐสภาพิจารณาในคดีในเรื่องนี้เมื่อเห็นว่าได้มีการดำเนินการครบถ้วนตามหลักเกณฑ์ของร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจฯ และไม่มีกรณีใดที่รัฐวิสาหกิจเดิมจะต้องดำเนินการต่อไปแล้ว โดยจะต้องตราเป็นพระราชกฤษฎีกาและรายงานต่อสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาตามร่างพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจฯ จึงเห็นว่าข้อความในมาตรา 28 วรรคหนึ่ง ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ

จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจดังกล่าวนี้ เมื่อพิจารณาประกอบกับทฤษฎีลำดับชั้นของกฎหมายลายลักษณ์อักษรแล้ว เห็นว่า กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ถือว่ามีค่าบังคับสูงสุด คือ รัฐธรรมนูญ เนื่องจากรัฐธรรมนูญเกิดขึ้นจากอำนาจจัดให้มีรัฐธรรมนูญหรืออำนาจให้รัฐธรรมนูญ (Pouvoir Constituant) ซึ่งเป็นอำนาจของบุคคลหรือคณะบุคคลที่อยู่ในฐานะที่ตัดสินใจในเรื่องความเป็นอยู่ในทางการเมืองของตนได้ ทั้งนี้หมายความว่า ผู้ใดมีอำนาจอันสูงสุดและแท้จริงในรัฐในขณะใดขณะหนึ่งผู้นั้นก็มีอำนาจให้รัฐธรรมนูญได้ ส่วนกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีค่าบังคับหรือมีลำดับศักดิ์รองลงมาจากรัฐธรรมนูญ คือ กฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติ ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติ เนื่องจากกฎหมายเหล่านี้ เป็นกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติผู้ซึ่งได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจนิติบัญญัติตามรัฐธรรมนูญ นอกจากนี้ยังมีกฎหมายอีกประเภทหนึ่งที่มีค่าบังคับเสมอกับพระราชบัญญัติ เนื่องจากเป็นกฎหมายที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นกรณียกเว้นที่ให้ฝ่ายบริหารสามารถใช้อำนาจในการออกกฎหมายได้ คือ พระราชกำหนด ซึ่งแม้จะเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายบริหารแต่ก็เป็นกรณีที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้โดยเฉพาะให้ฝ่ายบริหารสามารถใช้อำนาจนิติบัญญัติได้

สำหรับกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มีค่าบังคับรองลงมาจากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ก็คือ กฎหมายลำดับรอง (Subordinate Legislation) เช่น พระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ระเบียบ ข้อบังคับ เป็นต้น การที่เป็นกฎหมายลำดับรองก็เนื่องจากเป็นกฎหมายที่ฝ่ายบริหารตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนดฉบับใดฉบับหนึ่งเพื่อกำหนดรายละเอียดในการบังคับการให้เป็นไปตามหลักการและเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติ

หรือพระราชกำหนดฉบับที่เป็นกฎหมายแม่บท (Parent Legislation) กฎหมายลำดับรองจึงมีค่า บังคับหรือลำดับศักดิ์ทางกฎหมายต่ำกว่าพระราชบัญญัติหรือพระราชกำหนด

เมื่อได้พิจารณาถึงลำดับศักดิ์ของกฎหมายลายลักษณ์อักษรดังกล่าวข้างต้นแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า การที่มาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 กำหนดให้สามารถ ใช้มติคณะรัฐมนตรีประกอบกับพระราชกฤษฎีกาสามารถยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจที่เป็น กฎหมายระดับพระราชบัญญัติได้ย่อมเป็นการไม่ชอบ และไม่เห็นด้วยกับความเห็นของ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญฝ่ายข้างมากที่มีความเห็นว่า กฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจถูกยกเลิก โดยบทบัญญัติของพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ ไม่ได้ถูกยกเลิกโดยมติคณะรัฐมนตรีและ พระราชกฤษฎีกา นอกจากนี้ผู้เขียนเห็นว่า การยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ โดยเฉพาะหาก เป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัตินั้นจะต้องกระทำโดยกฎหมายเท่านั้นและจะต้องเป็นกฎหมาย ที่มีค่าบังคับหรือมีลำดับศักดิ์เท่าเทียมกับกฎหมายที่จะถูกยกเลิกไปด้วย นอกจากนี้กฎหมาย ดังกล่าวจะต้องเป็นกฎหมายที่มีความมุ่งหมายในการยกเลิกกฎหมายที่จะถูกยกเลิกโดยตรง ดังนั้น การที่ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า การยกเลิกพระราชบัญญัติที่จัดตั้งรัฐวิสาหกิจ เป็นการยกเลิกโดยผลของพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 จึงไม่ชอบด้วยเหตุผล เพราะพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 แม้จะมีลำดับศักดิ์เทียบเท่ากับพระราชบัญญัติ จัดตั้งรัฐวิสาหกิจก็ตามแต่พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 มิได้เป็นกฎหมายที่มี ความมุ่งหมายในการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจโดยตรง และการกำหนดใน พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 ให้กฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจสิ้นผลไปตามเงื่อนไข ที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาเท่ากับเป็นการกำหนดให้กฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจในระดับ พระราชบัญญัติสิ้นผลไปด้วยผลบังคับใช้ของพระราชกฤษฎีกาโดยปริยาย ซึ่งถือเป็นการทำลาย ลำดับศักดิ์ของกฎหมายลงโดยการกำหนดให้พระราชกฤษฎีกาซึ่งมีลำดับศักดิ์ต่ำกว่าสามารถ ยกเลิกพระราชบัญญัติซึ่งมีลำดับศักดิ์สูงกว่านั่นเอง นอกจากนี้ ผู้เขียนเห็นว่า คำวินิจฉัยของ ศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าวนอกจากจะมีลักษณะเป็นการทำลายหลักการในเรื่องลำดับศักดิ์ ของกฎหมายแล้ว การวินิจฉัยดังกล่าวยังส่งผลให้มาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 มีลักษณะเป็นการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารพิจารณาเรื่องการแปรรูปรัฐวิสาหกิจโดยไม่มี การตรวจสอบถ่วงดุลของฝ่ายนิติบัญญัติเลยก็ว่าได้ เนื่องจากกระบวนการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ ในประเทศไทยที่มีขั้นตอนสำคัญอยู่ 2 ขั้นตอน คือ ขั้นตอนการแปลงสภาพกิจการ ตามพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 และขั้นตอนการจำหน่ายจ่ายโอนหุ้น ของรัฐวิสาหกิจไปสู่ภาคเอกชน จะเห็นได้ว่าฝ่ายบริหารมีอำนาจเบ็ดเสร็จในทั้งสองขั้นตอน

ทั้งการแปลงสภาพกิจการโดยมติคณะรัฐมนตรีซึ่งอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 และการจำหน่ายจ่ายโอนหุ้นของรัฐวิสาหกิจซึ่งเป็นไปตามนโยบายของรัฐบาลซึ่งอาศัยหลักเกณฑ์ตามขั้นตอนของกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการแปรรูปรัฐวิสาหกิจโดยตรงฉบับต่างๆ ดังนั้น การกำหนดให้มีการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจโดยมติคณะรัฐมนตรี และพระราชกฤษฎีกาซึ่งเป็นอำนาจของฝ่ายบริหารโดยตรงจึงเป็นการทำลายการตรวจสอบถ่วงดุลในเรื่องการแปรรูปรัฐวิสาหกิจโดยฝ่ายนิติบัญญัติลงอย่างสิ้นเชิง เพราะแทนที่การยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจจะกระทำโดยพระราชบัญญัติซึ่งต้องผ่านการพิจารณาให้ความเห็นชอบจากรัฐสภาซึ่งจะมีขั้นตอนการอภิปรายและการตรวจสอบในระหว่างการพิจารณาและให้ความเห็นชอบในรายละเอียดต่าง ๆ แต่ผลของพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 กลับกำหนดหลักเกณฑ์การยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจให้เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารไป ซึ่งทำให้การตรวจสอบถ่วงดุลโดยฝ่ายนิติบัญญัติไม่เกิดขึ้น อย่างไรก็ตามมีการให้ความเห็นว่าหากการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจจะต้องกระทำโดยพระราชบัญญัติซึ่งต้องผ่านการพิจารณาและให้ความเห็นชอบจากรัฐสภา สิ่งก็ตามมาก็คือความล่าช้าในการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ ด้วยเพราะสภาพการทำงานในหน้าที่การพิจารณากฎหมายต่าง ๆ ของรัฐสภาไทยมีความล่าช้าในการดำเนินการพอสมควร

เมื่อเปรียบเทียบการแปรรูปรัฐวิสาหกิจในประเทศไทยกับการแปรรูปรัฐวิสาหกิจในต่างประเทศ เช่น ประเทศอังกฤษ ญี่ปุ่น หรือฝรั่งเศส จะเห็นได้ว่า การแปรรูปรัฐวิสาหกิจในประเทศอังกฤษและประเทศญี่ปุ่นนั้นจะมีลักษณะคล้ายคลึงกัน⁵ แต่จะมีลักษณะที่แตกต่างจากการแปรรูปรัฐวิสาหกิจในประเทศไทย กล่าวคือ ประเทศอังกฤษจะมีการออกกฎหมายเพื่อแปรรูปรัฐวิสาหกิจรายใดรายหนึ่งเป็นการเฉพาะ โดยในประเทศอังกฤษนั้นเมื่อมีนโยบายทางการเมืองที่จะแปรรูปรัฐวิสาหกิจใดแล้ว ก็จะมีการจัดตั้งคณะทำงานซึ่งประกอบด้วยเจ้าหน้าที่ของรัฐ ที่ปรึกษากฎหมาย ที่ปรึกษาด้านการเงินและบุคคลอื่นขึ้นมาทำการศึกษาแนวทางในการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ จากนั้นคณะทำงานก็จะจัดทำรายงานผลการศึกษาดังกล่าว (White Paper) และเสนอไปยังคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณา ซึ่งต่อมาก็จะต้องมีการจัดทำกฎหมายพิเศษขึ้นมาเพื่อการแปรรูปรัฐวิสาหกิจโดยกฎหมายดังกล่าวจะจัดทำขึ้นตามแนวทางและวิธีการที่กำหนดไว้ใน White Paper ส่วนการแปรรูปรัฐวิสาหกิจในประเทศญี่ปุ่นนั้นจะเป็นไปตามข้อเสนอ

⁵ นันทวัฒน์ บรมานันท์, การแปรรูปรัฐวิสาหกิจไทย, (กรุงเทพมหานคร: วิญญูชน, 2548), น.148.

ของคณะกรรมการเพื่อการปฏิรูปการบริหารที่ได้เสนอต่อคณะรัฐมนตรีซึ่งประกอบด้วยรายละเอียดของร่างกฎหมายที่จะทำการแปรรูปรัฐวิสาหกิจเหล่านั้น และในประเทศญี่ปุ่นนั้น รัฐวิสาหกิจทุกแห่งถูกจัดตั้งโดยกฎหมายพิเศษระดับพระราชบัญญัติ การแปรรูปรัฐวิสาหกิจก็ดำเนินการโดยการออกกฎหมายพิเศษระดับพระราชบัญญัติยกเลิกกฎหมายเดิม โดยกฎหมายใหม่ระบุให้รัฐวิสาหกิจนั้นมีสถานะเป็นบริษัทจำกัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ทันที

สำหรับการแปรรูปรัฐวิสาหกิจในประเทศฝรั่งเศสจะมีลักษณะที่แตกต่างจากประเทศอังกฤษและประเทศญี่ปุ่น คือ ประเทศฝรั่งเศสมีกฎหมายกลางที่ใช้เป็นหลักเกณฑ์ทั่วไปในการแปรรูปกิจการของรัฐหรือรัฐวิสาหกิจอยู่ 3 ฉบับ ได้แก่⁶

ฉบับที่ 1 รัฐบัญญัติที่ 86 – 793 ลงวันที่ 2 กรกฎาคม 1986 ที่อนุญาตรัฐบาลในการกำหนดมาตรการต่าง ๆ ทางเศรษฐกิจและสังคม กฎหมายฉบับนี้ถือเป็นกฎหมายฉบับแรกของการดำเนินการแปรรูปกิจการของรัฐ

ฉบับที่ 2 รัฐบัญญัติที่ 86 – 912 ลงวันที่ 6 สิงหาคม 1986 ว่าด้วยวิธีการดำเนินการในการแปรรูปกิจการของรัฐที่อนุญาตตามรัฐบัญญัติฯ ลงวันที่ 2 กรกฎาคม 1986

ฉบับที่ 3 รัฐบัญญัติที่ 93 – 923 ลงวันที่ 19 กรกฎาคม 1993 ว่าด้วยการแปรรูปกิจการของรัฐ

การแปรรูปรัฐวิสาหกิจของฝรั่งเศสในทางปฏิบัติแบ่งได้เป็นสองลักษณะใหญ่ ๆ คือ ลักษณะแรก การแปรรูปรัฐวิสาหกิจโดยการปฏิบัติตามกฎหมายกลาง คือ อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั้ง 3 ฉบับดังกล่าวข้างต้น ซึ่งเป็นกระบวนการที่ใช้กันโดยทั่วไปในการดำเนินการแปรรูปกิจการของรัฐที่ผ่าน ๆ มาของฝรั่งเศส โดยทางปฏิบัติจะมีการกำหนดรายชื่อกิจการของรัฐที่จะดำเนินการแปรรูปไว้ในส่วนแนบท้าย (Annexe) ของกฎหมายดังกล่าว และลักษณะที่สอง การแปรรูปกิจการโดยการออกกฎหมายเฉพาะซึ่งเป็นวิธีการที่ใช้บ่อยครั้งมาก โดยจะเห็นตัวอย่างได้จากการดำเนินการแปรรูปของสถานีวิทยุโทรทัศน์ (Television Francaise หรือ T.F.1) ซึ่งการแปรรูปกิจการกระทำโดยรัฐบัญญัติที่ 86 – 1067 ลงวันที่ 30 กันยายน 1986 ว่าด้วยเสรีภาพในการสื่อสารมาตรา 58 ถึง 69 นอกจากนี้ การแปรรูปกิจการของรัฐในฝรั่งเศสอาจเป็นการแปรรูปในกิจการที่รัฐถือหุ้นโดยตรงมากกว่ากึ่งหนึ่งของทุนของกิจการนั้น ซึ่งชื่อของ

⁶สมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์. "การแปรรูปรัฐวิสาหกิจกับการคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวม: ศึกษากรณีของฝรั่งเศส." วารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่ 2 ปีที่ 29, น. 219 - 236 (มิถุนายน 2542).

รัฐวิสาหกิจประเภทนี้ที่ได้รับอนุญาตให้ดำเนินการแปรรูปจะกำหนดไว้ในส่วนแนบท้ายของรัฐบาลบัญญัติต่าง ๆ ข้างต้น หรือเป็นการแปรรูปกิจการสำนักงานสาขา (filiales) ของรัฐ และวิธีการในการดำเนินการแปรรูปจะมีความเคร่งครัดน้อยกว่าการแปรรูปในประเภทแรก เนื่องจากกระทำโดยการออกรัฐกฤษฎีกาหรือการออกประกาศ

จะเห็นได้ว่าการแปรรูปรัฐวิสาหกิจในประเทศอังกฤษและประเทศญี่ปุ่นจะมีการออกกฎหมายเพื่อแปรรูปรัฐวิสาหกิจแห่งใดแห่งหนึ่งเป็นการเฉพาะ กฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจก็ถูกยกเลิกไปเป็นการเฉพาะ โดยกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ทางกฎหมายเท่าเทียมกันกับกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจ คือ กฎหมายแปรรูปรัฐวิสาหกิจแต่ละแห่งจะได้รับการพิจารณาจากฝ่ายนิติบัญญัติเป็นการเฉพาะ มิได้ปล่อยให้เป็นการอำนาจของฝ่ายบริหารเพียงฝ่ายเดียว ต่างจากการแปรรูปรัฐวิสาหกิจในประเทศไทยและประเทศฝรั่งเศสที่มีการใช้กฎหมายกลางในการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ ซึ่งกรณีของประเทศไทยนั้นมีพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายกลางที่ใช้เปลี่ยนทุนของรัฐวิสาหกิจให้เป็นทุนเรือนหุ้น โดยพระราชบัญญัติฉบับนี้กำหนดให้เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารที่จะพิจารณาเลือกรัฐวิสาหกิจที่จะทำการแปรรูปได้โดยไม่ต้องขอความเห็นชอบจากรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรที่สมาชิกประกอบด้วยบุคคลที่มาจาก การเลือกตั้งของประชาชน พร้อมกันนี้ พระราชบัญญัตินี้ยังได้กำหนดให้กฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจถูกยกเลิกได้โดยใช้มติคณะรัฐมนตรีและพระราชกฤษฎีกาซึ่งมีลำดับศักดิ์ทางกฎหมายต่ำกว่ากฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจที่เป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติได้ ซึ่งไม่ชอบด้วยเหตุผลที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น

(2) ปัญหาเกี่ยวกับขอบเขตของอำนาจในการตรากฎหมายของสภา

การที่พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 กำหนดให้ มติคณะรัฐมนตรีและพระราชกฤษฎีกาสมาสามารถยกเลิกพระราชบัญญัติจัดตั้งรัฐวิสาหกิจได้นั้น นอกจากจะมีปัญหาเกี่ยวกับการยกเลิกกฎหมายโดยอาศัยกฎหมายที่มีลำดับศักดิ์ต่ำกว่าแล้ว ผู้เขียนยังมีความเห็นได้ว่ากรณีดังกล่าวเป็นปัญหาเกี่ยวกับอำนาจในการตรากฎหมายของสภาด้วย กล่าวคือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ได้มีการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตยเป็น 3 องค์กร คือ

- 1) พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจนิติบัญญัติโดยผ่านรัฐสภา (ฝ่ายนิติบัญญัติ)
- 2) พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจบริหารโดยผ่านคณะรัฐมนตรี (ฝ่ายบริหาร)
- 3) พระมหากษัตริย์ทรงใช้อำนาจตุลาการโดยผ่านศาล (ฝ่ายตุลาการ)

โดยทั้ง 3 องค์กรดังกล่าวสามารถใช้อำนาจแต่ละประเภทที่ตนมีได้เฉพาะตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น และเมื่อรัฐธรรมนูญระบุให้อำนาจใดเป็นขององค์กรใดแล้ว

องค์การนั้นจะสละหรือมอบอำนาจให้องค์กรอื่นนอกเหนือจากที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ไม่ได้ เช่น รัฐธรรมนูญให้อำนาจนิติบัญญัติซึ่งเป็นอำนาจในการตรากฎหมายเป็นของสภา รัฐสภาจะออกกฎหมายสละอำนาจหรือมอบอำนาจในการตรากฎหมายที่ตนมีไปให้องค์กรอื่นไม่ได้ กฎหมายที่สละหรือมอบอำนาจก็จะขัดกับรัฐธรรมนูญในเรื่องการแบ่งแยกอำนาจ เพราะถ้าหาก รัฐธรรมนูญประสงค์ให้องค์กรใดมีอำนาจอื่นนอกเหนือจากอำนาจที่มีอยู่ปกติแล้ว รัฐธรรมนูญก็จะบัญญัติไว้โดยชัดแจ้ง เช่น กรณีการกำหนดให้ฝ่ายบริหารสามารถใช้อำนาจนิติบัญญัติในการตราพระราชกำหนดขึ้นใช้บังคับได้ อันเป็นการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารใช้อำนาจนิติบัญญัติได้ โดยจำกัดอำนาจของฝ่ายบริหารไว้ตามเงื่อนไขที่รัฐธรรมนูญกำหนด มิได้หมายความว่า ฝ่ายบริหารสามารถตรากฎหมายได้ในทุกกรณี ซึ่งกรณีตามมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติ พุทธวิสาขมาส พ.ศ. 2542 นั้น เห็นว่า ขัดกับหลักการแบ่งแยกอำนาจเช่นกัน เพราะสภาซึ่งเป็้องค์กรนิติบัญญัติแม้จะมีอำนาจในการตรากฎหมายได้อย่างกว้างขวางโดยไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่ก็มีได้หมายความว่าสภาจะมีอำนาจตรากฎหมายถึงขนาดมีลักษณะเป็นการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจนิติบัญญัตินอกเหนือจากที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ กล่าวคือ การที่พระราชบัญญัติพุทธวิสาขมาสในมาตราดังกล่าวกำหนดให้สามารถให้สมเด็จพระสังฆราชและพระราชกฤษฎีกาสามารถยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจที่เป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติที่สภาตราขึ้นได้ เพราะการตรากฎหมายลักษณะดังกล่าวนั้นเท่ากับว่าสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารคือคณะรัฐมนตรีสามารถใช้อำนาจนิติบัญญัติล้มล้างอำนาจนิติบัญญัติของสภาได้ เนื่องจากให้ฝ่ายบริหารสามารถยกเลิกกฎหมายที่สภาใช้อำนาจนิติบัญญัติตราขึ้นได้ ทั้ง ๆ ที่ มติคณะรัฐมนตรีนั้นไม่มีค่าบังคับเป็นกฎหมายและพระราชกฤษฎีกาก็เป็นแต่เพียงกฎหมายลำดับรองที่มีค่าบังคับต่ำกว่ากฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจที่เป็นกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเท่านั้น

หากจะเปรียบเทียบการยกเลิกรัฐวิสาหกิจในประเทศไทยกับการยุบเลิกบริการสาธารณะในประเทศฝรั่งเศสนั้น ตามกฎหมายฝรั่งเศส ก่อนปี ค.ศ. 1958 บริการสาธารณะจะจัดตั้งขึ้นได้ก็แต่โดยกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ (loi) ซึ่งต้องผ่านการพิจารณาของสภา หรือบริการสาธารณะอาจเกิดขึ้นจากการมีกฎหมายอนุญาตให้หน่วยงานของฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะได้ แต่เมื่อรัฐธรรมนูญใช้บังคับ ได้มีการเพิ่มอำนาจให้กับฝ่ายบริหารสามารถจัดตั้งและยุบเลิกบริการสาธารณะได้โดยปริยาย กล่าวคือ มาตรา 34 กำหนดให้ รัฐสภา มีอำนาจจัดตั้งบริการสาธารณะประเภทต่างๆ โดยการตราเป็นรัฐบัญญัติซึ่งปรากฏอยู่เฉพาะที่กำหนดไว้ในมาตรา 34 เท่านั้น เรื่องอื่น ๆ ที่ไม่อยู่ในขอบเขตของการตราบัญญัติ รัฐธรรมนูญ

มาตรา 37 ให้ถือว่าอยู่ในอำนาจการตรากฎหมายของฝ่ายบริหาร จากบทบัญญัติดังกล่าวทำให้ฝ่ายบริหารสามารถจัดทำบริการสาธารณะได้หากเป็นเรื่องที่อยู่นอกเหนืออำนาจของรัฐสภา แต่ในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจในการยุบเลิกบริการสาธารณะนั้นจะไม่เหมือนกับในส่วนที่เกี่ยวกับการจัดตั้งเพราะการจัดตั้งบริการสาธารณะอาจทำโดยรัฐสภาหรือรัฐบาลก็ได้ ในขณะที่อำนาจในการยุบเลิกค่อนข้างตายตัว⁷ กล่าวคือ เมื่อบริการสาธารณะได้จัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายระดับรัฐบัญญัติที่เกิดจากการจัดทำของรัฐสภา การยุบเลิกบริการสาธารณะประเภทดังกล่าวก็ต้องทำโดยกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ ซึ่งเป็นไปตามหลักที่ว่าเฉพาะรัฐบัญญัติเท่านั้นที่จะสามารถถือในสิ่งที่รัฐบัญญัติสร้าง (seule la loi peut defaire ce que la loi a fait) ฝ่ายบริหารไม่สามารถยุบเลิกบริการสาธารณะที่จัดตั้งขึ้นโดยรัฐบัญญัติได้ แต่ถ้าบริการสาธารณะได้รับการจัดตั้งโดยฝ่ายบริหารตามมาตรา 37 ของรัฐธรรมนูญ การยุบเลิกจะกระทำได้ก็แต่โดยฝ่ายบริหารเป็นผู้ยุบเลิก

แต่อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสฉบับปัจจุบัน ค.ศ. 1958 ได้กำหนดข้อยกเว้นกรณีดังกล่าวไว้ในมาตรา 37 วรรคสอง กล่าวคือ เนื่องจากรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันได้จำกัดขอบเขตในการตรากฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติและเพิ่มอำนาจให้กับฝ่ายบริหารโดยกำหนดให้ฝ่ายบริหารสามารถใช้อำนาจนิติบัญญัติได้ โดยมีการบัญญัติเรื่องที่อยู่ในอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะตราเป็นกฎหมายไว้ในมาตรา 34 ส่วนเรื่องอื่นนอกเหนือจากเรื่องที่บัญญัติไว้ในมาตรา 34 นั้น มาตรา 37 แห่งรัฐธรรมนูญ ก็ได้กำหนดไว้ให้เป็นอำนาจของฝ่ายบริหารที่จะออกกฎหมายของฝ่ายบริหาร (reglement) ได้ แต่อย่างไรก็ตาม หากกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติที่จัดทำขึ้นก่อนรัฐธรรมนูญใช้บังคับได้กลายเป็นเรื่องที่ไม่อยู่ในอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติตามมาตรา 34 ภายหลังจากที่รัฐธรรมนูญใช้บังคับมาตรา 37 วรรคสอง ก็ได้กำหนดทางแก้ปัญหาเอาไว้ คือ ฝ่ายบริหารสามารถแก้ไขรัฐบัญญัติดังกล่าวได้ โดยการออกรัฐกฤษฎีกา (decret) ซึ่งจะต้องได้รับการยืนยันจากคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก่อนว่ารัฐบัญญัตินั้นอยู่ในอำนาจการตรากฎหมายของฝ่ายบริหารตามมาตรา 37 แห่งรัฐธรรมนูญ ด้วยเหตุดังกล่าวหากมีรัฐบัญญัติจัดตั้งบริการสาธารณะก่อนวันที่รัฐธรรมนูญใช้บังคับ และต่อมาเมื่อรัฐธรรมนูญใช้บังคับรัฐบัญญัตินี้ดังกล่าวไม่อยู่ในอำนาจของรัฐสภาที่จะปรับปรุงแก้ไขหรือยกเลิก ฝ่ายบริหารก็สามารถออกรัฐกฤษฎีกายุบเลิกบริการสาธารณะนั้นได้ บริการสาธารณะที่จัดตั้งโดยฝ่ายบริหารโดยปกติแล้วฝ่ายบริหารจะใช้รัฐกฤษฎีกาจัดตั้งบริการสาธารณะระดับชาติขึ้น

⁷ นันทวัฒน์ บรมานันท์, หลักกฎหมายปกครองเกี่ยวกับบริการสาธารณะ, (กรุงเทพมหานคร: บริษัท โรงพิมพ์เด็อนตุลา จำกัด, 2544), น. 77.

แต่อย่างไรก็ตาม มีบางกรณีที่ศาลปกครองยอมรับ คือ การจัดตั้งบริการสาธารณะของฝ่ายบริหารโดยกฎกระทรวง (arête ministerial) ดังที่ปรากฏในคำวินิจฉัยของศาลปกครองกรณี Vannier ลงวันที่ 27 มกราคม ค.ศ. 1961 ส่วนบริการสาธารณะระดับท้องถิ่นนั้น สภาท้องถิ่นจะเป็นผู้มีมติ (deliberations) ให้จัดตั้งบริการสาธารณะนั้นขึ้นมา การยุบเลิกบริการสาธารณะที่จัดตั้งโดยฝ่ายบริหาร สามารถทำได้โดยองค์การระดับเดียวกันหรือสูงกว่าที่จะสั่งให้ยุบเลิกบริการสาธารณะนั้น คำสั่งยุบเลิกบริการสาธารณะหรือการตรารัฐกฤษฎีกาหรือกฎกระทรวงหรือมติสภาท้องถิ่นเพื่อยุบเลิกบริการสาธารณะสามารถถูกตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้โดยศาลปกครอง

3.1.5 ปัญหาเกี่ยวกับการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้อนุมัติว่าจะให้ทรัพย์สินใดโอนไปเป็นของบริษัทหรือเป็นของกระทรวงการคลังตามมาตรา 24 หรือให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจ จำกัดหรือลด อำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของรัฐวิสาหกิจที่ได้มีการเปลี่ยนทุนเป็นหุ้นตามมาตรา 26

เมื่อคณะรัฐมนตรีอนุมัติให้เปลี่ยนทุนของรัฐวิสาหกิจใดเป็นหุ้นและจัดตั้งบริษัทแล้ว มาตรา 22 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 กำหนดให้ นายทะเบียนหุ้นส่วนบริษัทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือตามกฎหมายว่าด้วยบริษัทมหาชน จำกัด แล้วแต่กรณี จดทะเบียนบริษัทนั้นตามรายละเอียดที่คณะรัฐมนตรีอนุมัติ และมาตรา 24 วรรคหนึ่ง กำหนดให้ เมื่อมีการจดทะเบียนบริษัทตามมาตรา 22 ให้บรรดากิจการ สิทธิ หนี้ ความรับผิดชอบ สิทธิทรัพย์สินของรัฐวิสาหกิจ ทั้งนี้ ตามที่คณะรัฐมนตรีอนุมัติ โอนไปเป็นของบริษัทหรือเป็นของกระทรวงการคลัง แล้วแต่กรณี

นอกจากนี้ โดยปกติแล้วรัฐวิสาหกิจส่วนใหญ่ที่ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะ จำเป็นต้องมีการใช้อำนาจรัฐบางส่วน เพื่อให้รัฐวิสาหกิจเหล่านั้นสามารถจัดทำบริการสาธารณะได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้น เมื่อรัฐวิสาหกิจเหล่านั้นเปลี่ยนสภาพจากรัฐวิสาหกิจในรูปแบบเดิมมาเป็นรัฐวิสาหกิจในรูปแบบบริษัท พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 ก็ได้มีการกำหนดถึงการดำเนินการเกี่ยวกับอำนาจ สิทธิ หรือประโยชน์ของรัฐวิสาหกิจเหล่านั้นไว้ในมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว คือ เมื่อมีการเปลี่ยนทุนของรัฐวิสาหกิจเป็นหุ้นของบริษัทแล้ว และกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจที่มีการเปลี่ยนทุนเป็นหุ้นของบริษัทหรือกฎหมายอื่นนั้น มีบทบัญญัติเกี่ยวกับรัฐวิสาหกิจดังกล่าว ดังต่อไปนี้

(1) มีบทบัญญัติให้อำนาจรัฐวิสาหกิจดำเนินการใด ๆ ต่อบุคคล ทรัพย์สิน หรือสิทธิของบุคคล

(2) มีบทบัญญัติให้การดำเนินการของรัฐวิสาหกิจนั้น ได้รับยกเว้นไม่อยู่ภายใต้บังคับกฎหมายว่าด้วยการใด

(3) มีบทบัญญัติให้ได้รับยกเว้นการปฏิบัติตามกฎหมายในเรื่องใด

(4) มีบทบัญญัติให้สิทธิพิเศษแก่รัฐวิสาหกิจนั้นเป็นกรณีเฉพาะ

(5) มีบทบัญญัติคุ้มครองกิจการ พนักงานหรือลูกจ้างของรัฐวิสาหกิจ

มาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 ให้ถือว่าบทบัญญัติทั้ง 5 กรณีข้างต้นมีผลใช้บังคับต่อไป โดยบริษัทมีฐานะเช่นเดียวกับรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตาม มาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวได้มอบอำนาจให้คณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นฝ่ายบริหารมีอำนาจตราพระราชกฤษฎีกาเพื่อจำกัดหรืองด อำนาจ สิทธิ หรือประโยชน์ดังกล่าวนี้ได้ หรืออาจกำหนดในพระราชกฤษฎีกาให้อำนาจนั้นเป็นของคณะกรรมการคณะหนึ่ง คณะใดตามที่ จะกำหนดหรือจะให้แต่งตั้งโดยคณะกรรมการนโยบายทุนรัฐวิสาหกิจก็ได้

นอกจากนี้ มาตรา 26 ยังได้กำหนดให้ พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวต้องมีสาระที่ให้บริษัทคงมีอำนาจ สิทธิ ประโยชน์ เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การดำเนินงานที่จะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อส่วนรวม โดยคำนึงถึงความเป็นธรรมในการแข่งขันกันทางธุรกิจ การควบคุมให้การใช้อำนาจทางกฎหมายเป็นไปโดยถูกต้องและการรักษาผลประโยชน์ของรัฐประกอบด้วย

บทบัญญัตินี้ดังกล่าวข้างต้นจึงเป็นบทบัญญัติที่มีขึ้นเพื่อรองรับสถานะของรัฐวิสาหกิจที่มีการเปลี่ยนทุนเป็นหุ้นของบริษัทให้ยังคงมีอำนาจรัฐบางประการอยู่เพื่อจัดทำบริการสาธารณะได้ แต่อย่างไรก็ตาม อำนาจดังกล่าวก็มีขอบเขตซึ่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 ได้กำหนดให้คณะรัฐมนตรีมีอำนาจกำหนดไว้ในกฎหมายลำดับรอง คือ พระราชกฤษฎีกา ซึ่งในทางปฏิบัติที่ผ่านมาคณะรัฐมนตรีได้อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวตราพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัทที่ได้มีการเปลี่ยนทุนเป็นหุ้น ตัวอย่างเช่น พระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2544 พระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ท่าอากาศยานไทย จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2545 พระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัทไปรษณีย์ไทย จำกัด พ.ศ. 2546 และพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2548 โดยพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวมีสาระสำคัญในการทำงานเองเดียวกัน คือ ให้บริษัทมีอำนาจ ได้รับยกเว้น มีสิทธิพิเศษหรือได้รับ

การคุ้มครองตามที่กฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้น ๆ หรือกฎหมายอื่นได้บัญญัติไว้ให้แก่วิสาหกิจเดิม ซึ่งต่อมาได้เกิดกรณีที่เป็นปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาจำนวน 2 ฉบับ คือ พระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2544 และพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2548 ดังจะได้กล่าวถึงต่อไป

3.1.5.1 กรณีพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2544

พระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2544 เป็นกฎหมายลำดับรองที่คณะรัฐมนตรีอาศัยอำนาจตามมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 ตราขึ้น เนื่องจากคณะรัฐมนตรีได้มีมติให้แปลงสภาพของการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทยซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของกระทรวงพลังงาน ไปเป็นบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) และเห็นว่า บริษัทฯ ยังมีความจำเป็นต้องได้รับอำนาจ สิทธิ และประโยชน์บางประการเช่นเดียวกับที่การปิโตรเลียมแห่งประเทศไทยได้รับตามกฎหมายว่าด้วยการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทยและกฎหมายอื่น และจำเป็นต้องจำกัดอำนาจในบางกรณี ดังนั้น คณะรัฐมนตรีจึงต้องตราพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2544⁸ ซึ่งพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

(1) กำหนดให้บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) มีอำนาจ ได้รับยกเว้น มีสิทธิพิเศษ หรือได้รับความคุ้มครองตามที่กฎหมายว่าด้วยการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทยหรือกฎหมายอื่นกำหนดไว้ให้แก่ ปตท. เว้นแต่กรณีที่บัญญัติไว้ตามมาตรา 5 และมาตรา 6

(2) กำหนดให้ทรัพย์สินของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) เฉพาะที่ได้มาจากการเวนคืนตามกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ ไม่ว่าจะก่อนหรือหลังการจัดตั้งบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) และทรัพย์สินของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ในระบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อ เป็นสินทรัพย์ที่ไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี

(3) กำหนดให้ลูกจ้างของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ซึ่งปฏิบัติงานเกี่ยวกับการสร้างและบำรุงรักษาคลังปิโตรเลียม และระบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อ เป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา

⁸ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 118 ตอนที่ 87 ก หน้า 3 วันที่ 8 กันยายน 2544.

นอกจากนี้ ได้มีการตราพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2544 โดยกำหนดให้ยกเลิกพระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 พระราชกำหนดการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2523 และพระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2537 และต่อมาในวันที่ 1 ตุลาคม 2544 ได้มีการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) เป็นนิติบุคคลตามพระราชบัญญัติบริษัทมหาชนจำกัด พ.ศ. 2535

ต่อมาได้มีการตราพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2550⁹ เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2544 โดยกำหนดให้มีคณะกรรมการกำกับการใช้อำนาจของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) และให้อำนาจ สิทธิ และประโยชน์อื่นที่กำหนดให้เป็นของ ปตท. ตามพระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 เป็นของคณะกรรมการดังกล่าว และให้บรรดาอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ที่บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ได้รับตามพระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 โดยผลของพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 สิ้นสุดลงเมื่อพระราชกฤษฎีกาฉบับนี้มีผลใช้บังคับ

หลังจากนั้นบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) มีหนังสือขอยกกรรมสิทธิ์ที่ดินที่ได้มาโดยพระราชบัญญัติเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ในท้องที่ตำบลบางโปรง ตำบลบางด้วนฯ พ.ศ. 2529 ให้กระทรวงการคลัง โดยแจ้งว่า ปตท. ได้เวนคืนที่ดินตามพระราชบัญญัติเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวจำนวน 106 แปลง เนื้อที่รวมประมาณ 32 ไร่ เพื่อประโยชน์ในการพัฒนาเศรษฐกิจของชาติในอ่าวไทย โดยใช้ก่อสร้างระบบขนส่งปิโตรเลียมทางท่อบนบกซึ่งบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) รับโอนที่ดินที่เวนคืนดังกล่าวโดยผลของการเปลี่ยนแปลงตามพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 โดยบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) พิจารณาแล้วเห็นว่า ที่ดินดังกล่าวควรอยู่ในการกำกับดูแลของทางราชการ จึงมีความประสงค์ที่จะยกกรรมสิทธิ์ที่ดินดังกล่าวให้กระทรวงการคลัง โดยให้บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ยังคงใช้ประโยชน์ในการก่อสร้างเป็นระบบขนส่งปิโตรเลียมทางท่อบนบกตามวัตถุประสงค์ของการเวนคืนดังกล่าวได้ตลอดไป โดยไม่ต้องเสียค่าตอบแทน ค่าธรรมเนียม หรือค่าใช้จ่ายใด ๆ ให้แก่กระทรวงการคลังหรือทางราชการ

⁹ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 124 ตอนที่ 11 ก หน้า 1 วันที่ 16 กุมภาพันธ์ 2550.

การที่คณะรัฐมนตรีได้มีมติอนุมัติให้แปลงสภาพการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทยไปเป็นบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) และได้มีการตราพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2544 และพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2544 ดังกล่าวข้างต้น นั้น ได้มีผู้ยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองสูงสุดเพื่อให้เพิกถอนพระราชกฤษฎีกาทั้ง 2 ฉบับดังกล่าว เนื่องจากเห็นว่า พระราชกฤษฎีกาทั้ง 2 ฉบับตราขึ้นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังที่จะได้กล่าวถึงต่อไป

(1) คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด

มูลนิธิเพื่อผู้บริโภคและประชาชนผู้ใช้น้ำมันและก๊าซธรรมชาติของการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย (ปตท.) ได้ยื่นฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุดว่า ผู้ถูกฟ้องดำเนินการเปลี่ยนแปลงสภาพ ปตท. ซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจประเภทองค์การของรัฐตามพระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 ไปเป็นรูปแบบบริษัทมหาชนจำกัดตามพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 โดยกระบวนการเปลี่ยนแปลงสภาพและการตราพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2544 และพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2544 ขัดต่อพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 และขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น ขอให้ศาลปกครองสูงสุดเพิกถอนพระราชกฤษฎีกาทั้ง 2 ฉบับดังกล่าว ซึ่งเมื่อศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาคำฟ้อง คำให้การ และเอกสารประกอบต่าง ๆ แล้ว ได้มีคำพิพากษาในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับความชอบด้วยกฎหมายของบทบัญญัติในพระราชกฤษฎีกาทั้ง 2 ฉบับดังกล่าว สรุปได้ดังนี้¹⁰

ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่า การตราพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2544 และพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2544 ขัดกับหลักประกันสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญ เนื่องจากมีผลทำให้มีการโอนทรัพย์สินและสิทธิซึ่งเดิมเป็นของ ปตท. ไปเป็นกรรมสิทธิ์ของ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลเอกชน ได้แก่ ที่ดินที่ ปตท. ได้มาจากการเวนคืนก่อนการเปลี่ยนแปลงสภาพ และที่ดินตามแนวท่อก๊าซธรรมชาติสาย

¹⁰สรุปจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ พ. 35/2550

ประธาน รวมทั้งอสังหาริมทรัพย์อันเป็นส่วนควบกับที่ดินดังกล่าว ซึ่งล้วนเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่ใช้เพื่อประโยชน์ของแผ่นดินโดยเฉพาะตามมาตรา 1304 (3) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และเป็นพระราชพัสดุตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ. 2518 และมีการโอนสิทธิการใช้ที่ดินรวมทั้งระบบท่อก๊าซธรรมชาติอันเป็นทรัพย์สินติดอยู่กับที่ดิน 3 โครงการ คือ โครงการท่อบางปะกง-วังน้อย โครงการท่อจากชายแดนไทยและพม่า-ราชบุรี และโครงการท่อราชบุรี-วังน้อย ไปให้บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ที่มีฐานะเป็นบริษัทเอกชน ทำให้บริษัทดังกล่าวได้รับเอกสิทธิ์เหนือสาธารณชนทั่วไปโดยไม่กำหนดระยะเวลาสิ้นสุด อันมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกินกว่าความจำเป็นที่กำหนดไว้ตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การตราพระราชกฤษฎีกาทั้ง 2 ฉบับดังกล่าว จึงขัดต่อมาตรา 30 มาตรา 50 และไม่สอดคล้องกับมาตรา 87 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น และขัดกับมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 อีกทั้ง การที่มาตรา 4 แห่งพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2544 กำหนดให้ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) มีอำนาจ ด้รับยกเว้น มีสิทธิพิเศษ หรือได้รับความคุ้มครองทั้งหมดตามกฎหมายว่าด้วยการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย ทั้งที่ บริษัท ปตท. จำกัด มีสถานะเป็นนิติบุคคลเอกชน แต่กลับมีอำนาจมหาชนของรัฐ ได้แก่ อำนาจเวนคืนที่ดิน อำนาจในการประกาศเขตระบบขนส่งปิโตรเลียมทางท่อ และอำนาจในรอนสิทธิเหนือพื้นดินของเอกชน ตามมาตรา 29 มาตรา 30 มาตรา 32 ถึงมาตรา 36 และมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 ซึ่งผู้ฟ้องคดีเห็นว่าเป็นการตราพระราชกฤษฎีกาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ในประเด็นปัญหาดังกล่าวนี้อศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ปตท. มีสถานะเป็นนิติบุคคลและเป็นองค์การของรัฐซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อจัดทำกิจการของรัฐ โดยทุนทั้งหมดของ ปตท. ได้มาจากเงินและทรัพย์สินของรัฐที่รับโอนมาจากกระทรวงกลาโหม รวมทั้งเงินที่รัฐบาลจัดสรรให้ นอกจากนี้ พระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 มาตรา 7 และมาตรา 8 ได้บัญญัติให้ ปตท. มีอำนาจถือกรรมสิทธิ์ มีสิทธิครอบครอง หรือมีทรัพย์สินต่างๆ สร้าง ซื้อ จัดหา ส้ารวจ พัฒนา และผลิตปิโตรเลียม และมาตรา 38 บัญญัติให้อำนาจ ปตท. ไว้ว่า เมื่อ ปตท. มีความจำเป็นที่จะต้องได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์เพื่อให้ได้มาซึ่งแหล่งปิโตรเลียม เพื่อจัดสร้างโรงกลั่นปิโตรเลียมทางท่อหรือสิ่งปลูกสร้างอื่นอันจำเป็นและเกี่ยวเนื่องกับกิจการดังกล่าว ให้ดำเนินการเวนคืนตามกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ และมาตรา 30 ได้บัญญัติให้ ในการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อให้ ปตท. มีอำนาจ (1) กำหนดเขตระบบการขนส่ง

ปิโตรเลียมทางท่อตามความจำเป็นโดยได้รับความเห็นชอบจากรัฐมนตรี (2) วางระบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อไปได้ เหนือ ตาม หรือข้ามที่ดินของบุคคลใดๆ (3) รื้อถอนอาคาร โรงเรือนหรือทำลายสิ่งอื่นที่สร้างหรือทำขึ้น หรือทำลายหรือตัดฟันต้นไม้ หรือพืชผลในเขตระบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อสำหรับในส่วนของ การสร้างและบำรุงรักษาระบบขนส่งปิโตรเลียมทางท่อนั้น มาตรา 29 ให้อำนาจพนักงานและผู้ซึ่งปฏิบัติงานร่วมกับพนักงานมีอำนาจที่จะใช้สอยหรือเข้าครอบครองอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งมีไซที่อยู่อาศัยของบุคคลใดๆ เป็นการชั่วคราวภายใต้เงื่อนไขเพื่อการใช้สอยหรือเข้าครอบครองเป็นการจำเป็นสำหรับการสำรวจเพื่อสร้างหรือบำรุงรักษาระบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อ หรือเป็นการจำเป็นสำหรับการป้องกันอันตรายหรือความเสียหายที่จะเกิดแก่ระบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อ ซึ่งจะเห็นได้ว่า อำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวเป็นอำนาจมหาชนของรัฐที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบให้แก่ ปตท. ซึ่งเป็นองค์การของรัฐเป็นผู้ใช้อำนาจดังกล่าว เพื่อให้ได้มาซึ่งแหล่งปิโตรเลียมเพื่อจัดสร้างโรงกลั่นปิโตรเลียม โรงแยกก๊าซ ท่าเรือ คลังปิโตรเลียม หรือเพื่อใช้ในการวางระบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อ หรือสิ่งปลูกสร้างอื่นอันจำเป็นและเกี่ยวเนื่องกับกิจการของรัฐตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว

โดยในส่วนของ การใช้อำนาจมหาชนเพื่อเวนคืนอสังหาริมทรัพย์นั้น รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลตลอดมาว่า การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อกิจการตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น เช่น กิจการเพื่อการอันเป็นสาธารณูปโภค และเพื่อการได้มาซึ่งทรัพยากรธรรมชาติ เป็นต้น และปัจจุบันบทบัญญัติในมาตรา 42 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ได้บัญญัติรับรองและยืนยันถึงหลักการดังกล่าวไว้ว่า การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จะกระทำมิได้ เว้นแต่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะและต้องใช้เพื่อประโยชน์ในกิจการของรัฐเท่านั้น

แม้ว่ามาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 จะบัญญัติให้อำนาจสิทธิ หรือประโยชน์ของรัฐวิสาหกิจที่จะเปลี่ยนทุนเป็นหุ้นของบริษัทอาจจำกัดหรืองดได้ตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกา และอาจกำหนดให้อำนาจนั้นเป็นของคณะกรรมการคณะหนึ่งคณะใดตามที่กำหนดหรือจะให้แต่งตั้งโดยคณะกรรมการนโยบายทุนรัฐวิสาหกิจได้ก็ตาม แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็ได้สงวนการใช้อำนาจไว้ด้วยว่า การออกพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวต้องคำนึงถึงการควบคุมการใช้อำนาจทางกฎหมายให้เป็นไปโดยถูกต้อง และรักษาประโยชน์ของรัฐประกอบด้วย

ดังนั้น การที่ทบบัญญัติในมาตรา 4 แห่งพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2544 กำหนดว่า ในการประกอบธุรกิจปิโตรเลียม ให้บริษัทมีอำนาจ ได้รับยกเว้น มีสิทธิพิเศษ หรือได้รับการคุ้มครองตามที่กฎหมายว่าด้วยการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทยหรือกฎหมายอื่นได้บัญญัติไว้ให้แก่ ปตท. และมาตรา 5 แห่งพระราชกฤษฎีกาฉบับเดียวกัน ได้บัญญัติให้ทรัพย์สินของบริษัทเฉพาะที่ได้มาจากการเวนคืนตามกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ไม่ว่าก่อนหรือหลังการจัดตั้งบริษัท และทรัพย์สินของบริษัทในระบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อ เป็นทรัพย์สินที่ไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี และปรากฏข้อเท็จจริงว่า คณะกรรมการนโยบายพลังงานแห่งชาติมีมติมอบให้ ปตท. ไปดำเนินการแยกกิจการท่อก๊าซธรรมชาติ ออกจากกิจการจัดหาและจำหน่าย โดยให้ ปตท. คงการถือหุ้นในกิจการนี้ร้อยละ 100 และในขั้นตอนการพิจารณาของ คณะกรรมการนโยบายทุนรัฐวิสาหกิจ คณะกรรมการฯ มีข้อสังเกตเสนอต่อคณะรัฐมนตรีว่า หากจะมีการแยกกิจการท่อส่งก๊าซธรรมชาติจัดตั้งเป็นบริษัท แยกออกจากบริษัทจัดซื้อ และจำหน่ายก๊าซธรรมชาติ ในลักษณะการแบ่งแยกตามกฎหมายเฉพาะตั้งแต่แรก จะทำให้การกำกับดูแลมีประสิทธิภาพมากขึ้น จึงควรศึกษาแนวทางที่จะแยกบริษัทท่อส่งก๊าซธรรมชาติก่อนจะทำการกระจายหุ้นในตลาดหลักทรัพย์แห่งประเทศไทย มิฉะนั้นอาจจะแยกบริษัทท่อส่งก๊าซธรรมชาติได้ยาก และหากไม่สามารถแยกบริษัทท่อส่งก๊าซธรรมชาติได้ก่อนการเสนอขายหุ้นแก่ประชาชนเป็นการทั่วไปก็ให้แยกบริษัทท่อส่งก๊าซธรรมชาติภายใน 1 ปี หลังการขายหุ้นแก่ประชาชนทั่วไป ซึ่งคณะรัฐมนตรีให้คณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งบริษัทรับข้อสังเกตนี้ไปประกอบการพิจารณา และคณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งบริษัทได้เสนอไว้ในรายละเอียดเกี่ยวกับการจัดตั้งบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ขอให้คณะรัฐมนตรีอนุมัติหรือให้ความเห็นชอบในหลักการและกำหนดเป็นนโยบายเพิ่มเติมในการจัดตั้งบริษัทท่อส่งก๊าซธรรมชาติ จำกัด และบริษัทท่อจัดจำหน่ายก๊าซธรรมชาติ จำกัด ตามนโยบายแยกกิจการท่อก๊าซธรรมชาติ โดยขอให้ได้รับการสนับสนุนเรื่องต่างๆ เช่นเดียวกับบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) แต่ไม่ปรากฏว่ามีการดำเนินการตามนโยบายและข้อสังเกตดังกล่าวแต่อย่างใด แสดงให้เห็นว่า มีการโอนทรัพย์สินที่ ปตท. ได้มาจากการเวนคืนมาเป็นทรัพย์สินของ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) และพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2544 ก็มีได้มีบทบัญญัติจำกัดอำนาจมหาชนของรัฐในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพย์สินที่ได้มาจากการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ รวมทั้งทรัพย์สินในระบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อ ซึ่งรวมถึงระบบท่อส่งก๊าซธรรมชาติ ตามที่ ปตท. มีอยู่แต่เดิมด้วย

นอกจากนั้น การที่กำหนดให้ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) มีอำนาจเกี่ยวกับการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ ตามมาตรา 29 มาตรา 30 มาตรา 35 มาตรา 36 และมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 ย่อมก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันทางธุรกิจ และไม่เป็นธรรมต่อบุคคลหรือนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนที่ไม่มีอำนาจมหาชนเช่นว่านั้น อันเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค หลักการแห่งความเท่าเทียมกัน อย่างเป็นธรรมในการแข่งขันการประกอบกิจการทางธุรกิจ ตามมาตรา 30 และมาตรา 50 และเป็นการออกกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับมาตรา 87 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ที่บัญญัติให้รัฐกำกับดูแลให้มีการแข่งขันอย่างเป็นธรรมและป้องกันการผูกขาด และเมื่อได้วินิจฉัยไว้ข้างต้นแล้วว่า อำนาจการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เป็นอำนาจมหาชนที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้สำหรับรัฐและต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อกิจการของรัฐอันจำเป็นตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น การที่พระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2544 มิได้จำกัดอำนาจมหาชนดังกล่าวจึงเป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

นอกจากนี้ ในขณะที่คดีอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลปกครองสูงสุดปรากฏว่า คณะรัฐมนตรีได้ตราพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2550 เพื่อแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในมาตรา 3 มาตรา 4 มาตรา 5 และมาตรา 6 แห่งพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2544 โดยบทบัญญัติที่แก้ไขใหม่ได้จำกัดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ที่บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ได้รับตามกฎหมายว่าด้วยการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย และกำหนดให้เป็นอำนาจของคณะกรรมการกำกับการใช้อำนาจของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) กล่าวคือ มาตรา 4 วรรคหนึ่ง กำหนดให้ในการดำเนินธุรกิจปิโตรเลียม บริษัทไม่มีอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ ตามมาตรา 8 มาตรา 11 และมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 และวรรคสอง กำหนดให้ บรรดาอำนาจ สิทธิ และประโยชน์อื่นที่กำหนดให้เป็นของ ปตท. ตามพระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 ให้เป็นของคณะกรรมการกำกับการใช้อำนาจของบริษัทฯ

ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า บทบัญญัติในมาตรา 4 วรรคสอง แห่งพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2544 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2550 เป็นบทบัญญัติที่โอนอำนาจของ ปตท. ที่มีอยู่ตามพระราชบัญญัติ

การปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 ไปเป็นของคณะกรรมการกำกับการใช้อำนาจของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ซึ่งรวมถึงการโอนอำนาจเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นอำนาจมหาชนของรัฐให้เป็นของคณะกรรมการชุดนี้ด้วย ซึ่งเมื่อได้วินิจฉัยไว้ข้างต้นแล้วว่า รัฐธรรมนูญให้การรับรองและยืนยันหลักการในเรื่องอำนาจเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ตลอดมาว่า อำนาจการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เป็นอำนาจมหาชนของรัฐที่ต้องกระทำโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ และบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจนั้น ในทางกฎหมายย่อมหมายถึง กฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติดังเช่นที่บัญญัติให้อำนาจการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์แก่ ปตท. ไว้ในมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 นอกจากนี้พระราชบัญญัติดังกล่าวยังได้บัญญัติให้อำนาจมหาชนของรัฐแก่ ปตท. ไว้หลายประการ เช่น มาตรา 30 บัญญัติให้ ปตท. มีอำนาจกำหนดเขตระบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อ การวางระบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อไปใต้เหนือ ตาม หรือข้ามที่ดินของบุคคลใด ๆ รั้วถนนอาคาร โรงเรือน หรือทำลายสิ่งอื่นที่สร้างหรือทำขึ้น หรือทำลาย หรือตัดฟัน กิ่ง หรือรากของต้นไม้ หรือพืชผลในเขตระบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อ และมาตรา 35 บัญญัติให้อำนาจ ปตท. ไว้ว่า เพื่อประโยชน์แห่งความปลอดภัยให้ ปตท. มีอำนาจทำลายหรือตัดฟันกิ่ง รากของต้นไม้ หรือสิ่งอื่นใดที่อยู่ใกล้ระบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อได้ก็ตาม อำนาจดังกล่าวก็เป็นอำนาจมหาชนของรัฐที่มีผลกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้

ดังนั้น การที่บทบัญญัติในมาตรา 4 วรรคสอง แห่งพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจสิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2544 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2550 บัญญัติให้อำนาจของ ปตท. ตามพระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 โอนไปเป็นอำนาจของคณะกรรมการกำกับการใช้อำนาจของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) จึงเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่คณะบุคคลกระทำการที่เป็นการกระทบกระเทือนต่อสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลซึ่งไม่อาจกระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว

ดังนั้น ศาลปกครองสูงสุดจึงเห็นว่า บทบัญญัติในมาตรา 4 วรรคสอง แห่งพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายและสมควรเพิกถอน

นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุดยังได้วินิจฉัยว่า ที่ดินที่ ปตท. ได้ใช้อำนาจเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ตามพระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 คือ ปตท. ได้เวนคืนที่ดินตามแนวท่อก๊าซธรรมชาติจากจังหวัดระยองมายังจังหวัดสมุทรปราการ

เนื้อที่ประมาณ 32 ไร่ ตามพระราชบัญญัติเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ ในท้องที่ตำบลบางโปรง ตำบลบางด้วน ตำบลบางเมือง ตำบลลำโรงเหนือ อำเภอเมืองสมุทรปราการ ตำบลบางพลีใหญ่ ตำบลบางเสาธง อำเภอบางพลี จังหวัดสมุทรปราการ ตำบลบางปะกง จังหวัดฉะเชิงเทรา ตำบลนาป่า ตำบลหนองรี อำเภอเมืองชลบุรี ตำบลหนองขี้ชากร อำเภอบ้านบึง จังหวัดชลบุรี และตำบลมาบตาพุด อำเภอเมืองระยอง จังหวัดระยอง พ.ศ. 2529 เพื่อให้ประโยชน์ในการก่อสร้างระบบขนส่งปิโตรเลียมทางท่อบนบก ตามแผนพัฒนาห้าชัวรรษชาติในอ่าวไทย ซึ่งเป็นกิจการของ ปตท. อันเป็นกิจการของรัฐตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 ดังนั้น ที่ดินดังกล่าวจึงเป็นทรัพย์สินของรัฐหรือของแผ่นดินที่ใช้เพื่อกิจการของรัฐและเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินประเภททรัพย์สินที่ใช้เพื่อประโยชน์ของแผ่นดินโดยเฉพาะ ตามมาตรา 1304 (3) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยมี ปตท. ในฐานะที่เป็นรัฐวิสาหกิจประเภทองค์การของรัฐที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติและมีฐานะเป็นนิติบุคคลมหาชนซึ่งรัฐเป็นเจ้าของทั้งหมด เป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์แทนรัฐและเป็นผู้ใช้ประโยชน์ในที่ดินดังกล่าวโดยไม่ต้องเสียค่าตอบแทนให้แก่รัฐ และเห็นว่า ที่ดินซึ่งเป็นอสังหาริมทรัพย์ อันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินประเภททรัพย์สินที่ใช้เพื่อประโยชน์ของแผ่นดินโดยเฉพาะ ดังกล่าวนี เป็นที่ราชพัสดุตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ. 2518 ซึ่งมาตรา 8 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดให้ การโอนกรรมสิทธิ์ที่ราชพัสดุเฉพาะที่ดินที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่ใช้เพื่อประโยชน์ของแผ่นดินโดยเฉพาะ ให้กระทำโดยพระราชบัญญัติ ส่วนการโอนกรรมสิทธิ์ที่ราชพัสดุอื่น ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

ดังนั้น ศาลปกครองสูงสุดจึงเห็นว่า การโอนที่ราชพัสดุดังกล่าวให้บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ซึ่งเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัด ซึ่งดำเนินกิจการในฐานะบริษัทตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือกฎหมายว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัด จึงไม่อาจโอนไปโดยผลของการเปลี่ยนสถานะจากรัฐวิสาหกิจที่เป็นองค์การของรัฐเป็นบริษัทมหาชนจำกัดได้ และการที่ ปตท. ได้เปลี่ยนสภาพจากองค์การของรัฐซึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนไปเป็นบริษัทมหาชนจำกัดซึ่งมีสถานะเป็นนิติบุคคลเอกชนตามกฎหมายว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัดแล้ว บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) จึงไม่อาจมีอำนาจมหาชนของรัฐ รวมทั้งไม่อาจถือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของ ปตท. ที่ได้มาจากการใช้อำนาจมหาชนของรัฐอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินแทนรัฐได้ จึงต้องโอนสาธารณสมบัติของแผ่นดินดังกล่าวกลับไปเป็นของรัฐโดยอาศัยมติของคณะรัฐมนตรีตามบทบัญญัติในมาตรา 24 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติ

ทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 ดังนั้น คณะรัฐมนตรีขอที่จะแยกสาธารณสมบัติของแผ่นดินดังกล่าว ออกเสียก่อน ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 24 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 ที่บัญญัติว่า ในวันที่เจ็ดทะเบียนบริษัทตามมาตรา 22 ให้บรรดากิจการ สิทธิ หนี้ ความรับผิดชอบและสินทรัพย์ของรัฐวิสาหกิจ ทั้งนี้ ตามที่คณะรัฐมนตรีอนุมัติโอนไปเป็นบริษัท หรือเป็นของกระทรวงการคลัง แล้วแต่กรณี

ดังนั้น โดยอำนาจหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 24 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติ ทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 คณะรัฐมนตรีจึงขอที่จะต้องอนุมัติโอนสินทรัพย์ของ ปตท. ที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินประเภททรัพย์สินที่ใช้เพื่อประโยชน์ของแผ่นดินโดยเฉพาะ ให้กระทรวงการคลัง ซึ่งเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์แทนรัฐให้เสร็จสิ้นก่อนวันจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท โดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 24 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 และเนื่องจากบทบัญญัติในมาตรา 24 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ซึ่งเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะที่กำหนดเรื่องการจัดการสินทรัพย์ของรัฐวิสาหกิจที่เปลี่ยน สภาพเป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) จึงยังคงมีสิทธิ ในการใช้ที่ราชพัสดุหรือสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่ ปตท. เคยมีอยู่ต่อไป โดยต้องจ่ายค่าตอบแทน เป็นรายได้แผ่นดินตามที่กระทรวงการคลังกำหนด สำหรับในส่วนของทรัพย์สินที่ ปตท. ได้มาโดยมิได้ใช้อำนาจมหาชน แต่ได้มาโดยวิธีการอื่น เช่น การซื้อ จัดหา หรือแลกเปลี่ยน ตามมาตรา 7 (1) แห่งพระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 นั้น ไม่ถือเป็น สาธารณสมบัติของแผ่นดินและไม่ถือเป็นที่ราชพัสดุตามมาตรา 4 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติ ที่ราชพัสดุ พ.ศ. 2518

นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุดยังได้พิจารณาวินิจฉัยด้วยว่า การใช้อำนาจ ของ ปตท. วางระบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อไปได้ เหนือ ตามหรือข้ามที่ดินของบุคคลใด ๆ ตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 เป็นการใช้อำนาจมหาชนของรัฐบังคับแก่ที่ดินอันเป็นอสังหาริมทรัพย์ของเอกชน จึงเป็นสิทธิ ที่ก่อตั้งขึ้นด้วยอำนาจของกฎหมายโดยมีวัตถุประสงค์แห่งสิทธิเป็นอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งถือเป็นสิทธิเด็ดขาด ที่มีอยู่เหนืออสังหาริมทรัพย์ของเอกชน และก่อให้เกิดภาระและหน้าที่ต่อเอกชนซึ่งเป็นเจ้าของ ที่ดินตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 33 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันว่า ในเขตระบบการขนส่ง ปิโตรเลียมทางท่อ ไม่ว่าจะบนบกหรือในน้ำ หรือใต้พื้นท้องน้ำหรือพื้นท้องทะเล ห้ามมิให้ผู้ใดปลูก สร้างอาคาร โรงเรือน ต้นไม้ หรือสิ่งอื่นใด ติดตั้งสิ่งใด เจาะหรือขุดพื้นดิน ถมดิน ทิ้งสิ่งของหรือ กระทำด้วยประการใดๆ ที่อาจทำให้เกิดอันตรายหรือเป็นอุปสรรคแก่ระบบการขนส่งปิโตรเลียม

ทางท่อ เว้นแต่จะได้รับอนุญาตเป็นหนังสือจาก ปตท. และมาตรา 35 วรรคหนึ่งซึ่งบัญญัติว่า เพื่อประโยชน์แห่งความปลอดภัยให้ ปตท. มีอำนาจทำลายหรือตัดฟันต้นไม้ รากของต้นไม้ หรือ สิ่งอื่นใดที่อยู่ใกล้เขตรบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อ แต่ต้องแจ้งเป็นหนังสือให้เจ้าของหรือ ผู้ครอบครองทราบ ถ้าไม่อาจติดต่อกับเจ้าของหรือผู้ครอบครองได้ ให้ ปตท. มีอำนาจดำเนินการได้ ตามที่เห็นสมควร ในกรณีที่ต้นไม้หรือสิ่งอื่นใดนั้นมิได้อยู่ก่อนการสร้างระบบการขนส่งปิโตรเลียมทาง ท่อให้ ปตท. จ่ายค่าทดแทนอันเป็นธรรมให้แก่เจ้าของหรือผู้ครอบครองต้นไม้หรือสิ่งนั้น ตามสมควรแก่กรณี ซึ่งศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ในขณะที่ ปตท. ใช้อำนาจมหาชนของรัฐเหนือ ที่ดินของเอกชนเพื่อวางระบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อ ซึ่งประกอบด้วย ท่อส่งก๊าซ รวมทั้งวัสดุ และอุปกรณ์ที่ประกอบเป็นระบบท่อส่งก๊าซธรรมชาติ เป็นไปเพื่อกิจการของรัฐนั้น ปตท. กระทำ การในฐานะที่เป็นองค์การของรัฐบังคับแก่สังหาริมทรัพย์ของเอกชนและจ่ายเงินค่าทดแทนโดย อาศัยทรัพย์สินของรัฐ ดังนั้น สิทธิเหนือทรัพย์สินของเอกชนที่เกิดจากการใช้อำนาจของ ปตท. เพื่อใช้วางระบบขนส่งปิโตรเลียมทางท่อดังกล่าว จึงถือเป็นทรัพย์สินสิทธิอันเกี่ยวกับที่ดินที่ก่อตั้ง ขึ้นด้วยอาศัยอำนาจตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติการปิโตรเลียม แห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 ตามนัยมาตรา 1298 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประกอบกับมาตรา 1304 (3) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งกำหนดให้สาธารณสมบัติ ของแผ่นดินนั้น รวมทั้งทรัพย์สินทุกชนิดของแผ่นดินซึ่งใช้เพื่อสาธารณประโยชน์หรือสงวนไว้ เพื่อประโยชน์ร่วมกัน เช่น ทรัพย์สินใช้เพื่อประโยชน์ของแผ่นดินโดยเฉพาะ เป็นต้นว่า ป้อมและ โรงทหาร สำนักราชการบ้านเมือง และเมื่อเปรียบเทียบกับทรัพย์สินสิทธิของเอกชน เช่น สิทธิใน การวางท่อน้ำ ท่อระบายน้ำ สายไฟฟ้า หรือสิ่งอื่นซึ่งคล้ายคลึงกันผ่านที่ดินของเอกชน เพื่อประโยชน์แก่ที่ดินที่ติดต่อกัน เป็นทรัพย์สินสิทธิของเอกชนที่ก่อตั้งขึ้นโดยอาศัยอำนาจตาม มาตรา 1352 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ซึ่งมิได้เกิดจากการใช้อำนาจมหาชนของรัฐ ก็ถือเป็นทรัพย์สินสิทธิประเภทหนึ่งที่ใช้บังคับระหว่างเอกชนด้วยกัน จึงแตกต่างจากทรัพย์สินสิทธิของรัฐ ที่มีเหนือที่ดินของเอกชนดังกล่าว ซึ่งก่อตั้งขึ้นโดยอำนาจมหาชนของรัฐตามกฎหมายเฉพาะ และแม้จะถือเป็นอสังหาริมทรัพย์ประเภททรัพย์สินอันเกี่ยวกับที่ดินตามมาตรา 139 แห่งประมวล กฎหมายแพ่งและพาณิชย์ก็ตาม แต่ทรัพย์สินสิทธิดังกล่าวย่อมแตกต่างจากทรัพย์สินสิทธิของเอกชน ในเรื่องที่มาของอำนาจ วัตถุประสงค์ในการใช้ และผู้ทรงสิทธิในทรัพย์สินนั้น

ศาลปกครองสูงสุดจึงเห็นว่า สิทธิเหนือพื้นดินของเอกชนเพื่อใช้วางระบบขนส่ง ปิโตรเลียมทางท่อ ซึ่งรวมถึงท่อส่งก๊าซธรรมชาติทั้ง 3 โครงการดังกล่าว เป็นทรัพย์สินสิทธิของรัฐ และเป็นอสังหาริมทรัพย์อันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินประเภททรัพย์สินของแผ่นดินที่ใช้

เพื่อประโยชน์ของแผ่นดินโดยเฉพาะ ตามมาตรา 1304 (3) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ส่วนทรัพย์สินที่เป็นที่ส่งก๊าซธรรมชาติและอุปกรณ์ที่ประกอบกันเป็นระบบท่อส่งก๊าซธรรมชาติ นั้น ถือเป็นทรัพย์สินที่ได้มาจากการที่ ปตท. ซึ่งเป็นองค์การของรัฐใช้อำนาจมหาชนของรัฐเหนือที่ดินของเอกชนตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง (1) และ (2) แห่งพระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 และใช้เงินของ ปตท. จ่ายเงินค่าทดแทนให้แก่เจ้าของหรือผู้มีสิทธิครอบครองที่ดิน ทรัพย์สินดังกล่าวจึงเป็นทรัพย์สินของรัฐที่ใช้เพื่อประโยชน์ในกิจการปิโตรเลียมอันเป็นกิจการของรัฐโดยเฉพาะ และเมื่อข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า การวางระบบท่อส่งก๊าซธรรมชาติต้องมีการกำหนดเขตระบบการวางท่อและเครื่องหมายแสดงเขตระบบโดยประกาศในราชกิจจานุเบกษาตามมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 แสดงว่า มีการกำหนดแนวเขตระบบท่อส่งก๊าซธรรมชาติไว้แน่นอน และการวางท่อส่งก๊าซธรรมชาติต้องขุดลึกลงไปจากพื้นดินกว่า 2 เมตร อีกทั้งต้องฝังให้ติดตึตรงตราบาวหรือประกอบเป็นอันหนึ่งอันเดียวกับที่ดินและต้องมีมาตรฐานความปลอดภัยสูง จึงไม่อาจวางให้อยู่เหนือพื้นดินเหมือนอย่างระบบการวางท่อน้ำประปาโดยทั่วไป ท่อส่งก๊าซธรรมชาติจึงมีลักษณะเป็นทรัพย์สินอันติดอยู่กับที่ดินในลักษณะติดตึตรงตราบาวเป็นการถาวร ไม่สามารถเคลื่อนย้ายได้โดยง่าย เนื่องจากเขตระบบท่อส่งก๊าซธรรมชาติถูกกำหนดโดยกฎหมายแล้ว จึงเป็นอสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 139 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ดังนั้น ทรัพย์สินส่วนที่เป็นที่ส่งก๊าซธรรมชาติและอุปกรณ์ที่ประกอบกันเป็นระบบท่อส่งก๊าซธรรมชาติ รวมถึงทรัพย์สินที่ประกอบกันเป็นระบบขนส่งปิโตรเลียมทางท่อ เช่น ท่อส่งน้ำมัน ซึ่งใช้อำนาจมหาชนของรัฐดำเนินการเช่นเดียวกับระบบท่อส่งก๊าซธรรมชาติจึงเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินประเภททรัพย์สินที่ใช้เพื่อประโยชน์ของแผ่นดินโดยเฉพาะตามมาตรา 1304 (3) คณะรัฐมนตรีมีหน้าที่ต้องโอนทรัพย์สินดังกล่าวกลับไปเป็นของกระทรวงการคลังตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 24 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 เช่นเดียวกับกรณีการโอนที่ดินที่ได้มาจากการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ให้แก่กระทรวงการคลังด้วย

สำหรับประเด็นเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2544 นั้น ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า แม้ว่าพระราชกฤษฎีกานี้จะบัญญัติไว้ในมาตรา 3 ให้ยกเลิกพระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 ซึ่งมีลำดับศักดิ์สูงกว่า แต่โดยที่ศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยไว้ในคำวินิจฉัยที่ 50/2542 ว่า การที่มาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ

พ.ศ. 2542 บัญญัติว่า ในกรณีที่มีมติคณะรัฐมนตรียุบเลิกรัฐวิสาหกิจใด ให้ถือว่ากฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจเป็นอันยกเลิกตามเงื่อนไขเวลาที่กำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นเพื่อการนั้นมีได้หมายความว่ากฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจถูกยกเลิกโดยมติคณะรัฐมนตรี แต่หมายถึงมติคณะรัฐมนตรีที่ให้ยุบเลิกรัฐวิสาหกิจเป็นเพียงเงื่อนไข ส่วนการยกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจต้องเป็นไปตามเวลาที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาที่ตราขึ้นเพื่อการนั้นซึ่งเป็นเงื่อนไข และเมื่อต้องด้วยเงื่อนไขและเงื่อนไขครบทั้งสองประการแล้ว กฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจนั้นจึงถูกยกเลิกโดยมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า บทบัญญัติในมาตรา 28 ไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นข้อกฎหมายดังกล่าวจึงผูกพันศาล

เมื่อศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาวินิจฉัยในประเด็นปัญหาต่าง ๆ ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาสรุปได้ว่า การที่พระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิและประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2544 มีเนื้อหาไม่ชอบด้วยกฎหมายบางส่วน รวมทั้งมีการโอนทรัพย์สินที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินและสิทธิทั้งหลายที่ได้มาจากการใช้อำนาจมหาชนของรัฐไปให้ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) อันเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งต้องเพิกถอนเพื่อให้มีการแก้ไขการกระทำและบทบัญญัติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายให้ถูกต้องตามความเป็นจริง และเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย แต่เมื่อปรากฏว่าการเปลี่ยนแปลง ปตท. ไปเป็นบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ได้ดำเนินการจนล่วงเลยขั้นตอนการออกพระราชกฤษฎีกาทั้ง 2 ฉบับอันเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนี้ และมีการจดทะเบียนจัดตั้งเป็นบริษัทมหาชน มีการนำหุ้นเข้าจดทะเบียนและซื้อขายในตลาดหลักทรัพย์ เวลาล่วงเลยไปถึง 5 ปี มีการซื้อขายเปลี่ยนมือผู้ลงทุนในหุ้นของบริษัทเป็นจำนวนมาก และมีการกอนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายระหว่างบริษัทกับบุคคลภายนอก หากมีการเพิกถอนพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขยกเลิกกฎหมายว่าด้วยการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2544 เพื่อให้สาธารณสมบัติของแผ่นดิน ทรัพย์สินและสิทธิทั้งหลายที่ได้มาจากการใช้อำนาจมหาชนของรัฐกลับไปเป็นของ ปตท. ดังเดิม ย่อมเป็นที่คาดหมายได้ว่า อาจก่อให้เกิดผลกระทบในวงกว้างต่อระบบเศรษฐกิจ สังคม และความมั่นคงทางด้านพลังงานของประเทศ ทั้งยังอาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อตลาดทุนรวมถึงตลาดเงิน กระทบต่อบุคคลภายนอกที่มีนิติสัมพันธ์กับ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) และอาจก่อให้เกิดปัญหาในการบังคับใช้กฎหมายด้วย

เมื่อพิจารณาถึงผลกระทบที่จะเกิดขึ้นดังกล่าว ประกอบกับการที่ผู้ถูกฟ้องคดีพยายามแก้ไขปัญหา รวมทั้งฝ่ายนิติบัญญัติโดยสภานิติบัญญัติแห่งชาติดำเนินการตรา

พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 โดยบัญญัติให้มีคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานมีอำนาจหน้าที่กำกับดูแลการประกอบกิจการพลังงาน รวมทั้งกิจการก๊าซธรรมชาติ ออกใบอนุญาตประกอบกิจการพลังงาน และให้ความเห็นชอบการวางระบบโครงข่ายพลังงาน โดยในบทบัญญัติมาตรา 104 มาตรา 105 และมาตรา 106 ได้บัญญัติสาระสำคัญเกี่ยวกับการกำหนดให้มีคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน เพื่อให้การใช้อำนาจมหาชนของรัฐเกี่ยวกับการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ รวมทั้งการใช้อำนาจมหาชนของรัฐในการใช้ที่ดินของเอกชน เพื่อประโยชน์ในการประกอบกิจการพลังงานรวมทั้งก๊าซธรรมชาติ อยู่ในอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานและสำนักงานคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานตามพระราชบัญญัตินี้

นอกจากนั้น ในบทเฉพาะกาล มาตรา 146 ได้บัญญัติให้นับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้มีผลใช้บังคับ ให้บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ประกอบกิจการพลังงานได้ต่อไปจนกว่าจะได้รับใบอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้ และในระหว่างการประกอบกิจการพลังงานดังกล่าว บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ต้องปฏิบัติตามพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการกำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) แล้วแต่กรณี และมาตรา 149 บัญญัติว่า เพื่อให้การประกอบกิจการพลังงานของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) สามารถดำเนินงานได้ต่อไปตามมาตรา 146 มิให้นำมาตรา 26 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 มาใช้บังคับกับ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) จนกว่าบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) จะได้รับใบอนุญาตตามพระราชบัญญัตินี้ และในช่วงเวลาดังกล่าวให้พระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2544 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2550 มีผลใช้บังคับต่อไป จึงถือได้ว่า บทบัญญัติมาตรา 146 และมาตรา 149 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 เป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะที่บัญญัติให้คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานใช้อำนาจของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ตามพระราชกฤษฎีกาฉบับดังกล่าวเป็นผู้ใช้อำนาจมหาชนของรัฐแทนคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานเป็นการชั่วคราวแล้ว

ส่วนคำฟ้องในประเด็นเกี่ยวกับการโอนที่ดินอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินเนื้อที่ประมาณ 32 ไร่ ทรัพย์สิ้นและสิทธิการใช้ที่ดินในระบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อ รวมทั้งอำนาจและสิทธิในส่วนที่เป็นอำนาจมหาชนของรัฐที่โอนให้แก่บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ซึ่งเป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย มีผลโดยตรงต่อความไม่ชอบด้วยกฎหมายของบทบัญญัติใน

มาตรา 4 วรรคสอง แห่งพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2544 ดังที่วินิจฉัยไว้ข้างต้น และต่อมาในระหว่างการพิจารณาคดีของศาล มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวโดยพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2550 จึงเป็นหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีที่จะต้องกระทำการแก้ไขการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นว่านั้นให้ชอบด้วยกฎหมาย และในกรณีเช่นนี้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าบังคับสั่งให้บุคคลกระทำหรือละเว้นกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดเพื่อให้เป็นไปตามกฎหมาย รวมทั้งห้ามกระทำทั้งหมดหรือบางส่วนได้ และจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างไรก็ได้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี ตามมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

ดังนั้น เมื่อพิเคราะห์ถึงเหตุแห่งการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผลกระทบที่จะเกิดขึ้นจากการเพิกถอนพระราชกฤษฎีกา และบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 รวมทั้งวิธีการแก้ไขความไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงเห็นว่าไม่จำเป็นต้องเพิกถอนบทบัญญัติในมาตรา 4 วรรคสอง แห่งพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2544 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2550 อีกทั้ง เหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นว่านั้น ก็มีได้มีความร้ายแรงถึงขนาดที่จะเพิกถอนพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2544 ตามคำฟ้องของผู้ฟ้องคดี จึงให้ผู้ถูกฟ้องคดีร่วมกันกระทำการแบ่งแยกทรัพย์สินในส่วนที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินประเภททรัพย์สินที่ใช้เพื่อประโยชน์ของแผ่นดินโดยเฉพาะ สิทธิการใช้ที่ดินเพื่อวางระบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อ รวมทั้งแยกอำนาจและสิทธิในส่วนที่เป็นอำนาจมหาชนของรัฐออกจากอำนาจและสิทธิของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ดังที่ได้วินิจฉัยไว้ข้างต้น เพื่อให้เป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย และตามคำพิพากษาต่อไป

พิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีร่วมกันกระทำการแบ่งแยกทรัพย์สินในส่วนที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน สิทธิการใช้ที่ดินเพื่อวางระบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อ รวมทั้งแยกอำนาจและสิทธิในส่วนที่เป็นอำนาจมหาชนของรัฐออกจากอำนาจและสิทธิของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ทั้งนี้ ให้เสร็จสิ้นก่อนการแต่งตั้งคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 และให้ยกคำขอตามคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีที่ขอให้เพิกถอนพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2544 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด

(มหาชน) (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2550 และพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2544

(2) วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตามมาตรา 24 และมาตรา 26

1. วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้อนุมัติว่าจะให้กิจการ สิทธิ หนี้ ความรับผิด สินทรัพย์ใดของรัฐวิสาหกิจโอนไปเป็นของบริษัทหรือเป็นของกระทรวงการคลังตามมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารโดยเฉพาะคณะรัฐมนตรีเป็นผู้ตัดสินใจในขั้นตอนที่มีความสำคัญเกี่ยวกับกระบวนการในการแปรรูปรัฐวิสาหกิจหลายประการ เช่น มาตรา 16 และมาตรา 21 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว กำหนดให้คณะรัฐมนตรีเป็นผู้มีอำนาจอนุมัติในหลักการให้เปลี่ยนทุนของรัฐวิสาหกิจใดเป็นหุ้นและเป็นผู้พิจารณาอนุมัติให้เปลี่ยนทุนของรัฐวิสาหกิจนั้นเป็นหุ้น ซึ่งเมื่อคณะรัฐมนตรีอนุมัติให้เปลี่ยนทุนของรัฐวิสาหกิจใดเป็นหุ้นและจัดตั้งบริษัทแล้ว มาตรา 22 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 กำหนดให้ นายทะเบียนหุ้นส่วนบริษัท ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือตามกฎหมายว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัด แล้วแต่กรณี จดทะเบียนบริษัทนั้นตามรายละเอียดที่คณะรัฐมนตรีอนุมัติ

นอกจากนี้ เมื่อมีการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทตามมาตรา 22 แล้ว มาตรา 24 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวได้บัญญัติให้คณะรัฐมนตรีเข้ามามีอำนาจที่สำคัญในขั้นตอนของการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ คือ ในวันที่มีการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทตามมาตรา 22 ให้คณะรัฐมนตรีมีอำนาจในการที่จะอนุมัติได้ว่า จะให้กิจการ สิทธิ หนี้ ความรับผิด หรือสินทรัพย์ใดบ้างของรัฐวิสาหกิจ โอนไปเป็นของบริษัทหรือเป็นของกระทรวงการคลังก็ได้ แล้วแต่กรณี

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า ฝ่ายนิติบัญญัติได้ใช้อำนาจนิติบัญญัติตรากฎหมาย คือ พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 มอบอำนาจให้คณะรัฐมนตรี ซึ่งเป็นฝ่ายบริหารมีอำนาจที่จะเลือกได้ว่า คณะรัฐมนตรีต้องการที่จะให้กิจการ สิทธิ หนี้ ความรับผิด หรือสินทรัพย์ใดบ้างของรัฐวิสาหกิจ โอนไปเป็นของบริษัทหรือโอนไปเป็นของกระทรวงการคลัง เมื่อกระบวนการในการเปลี่ยนทุนเป็นหุ้นได้สิ้นสุดลง ซึ่งจะเห็นได้ว่า บทบัญญัตินี้ดังกล่าวมีลักษณะเป็นการตรากฎหมายมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารสามารถใช้ดุลพินิจในเรื่องที่มีความสำคัญได้อย่างกว้างขวาง เนื่องจากพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542

ซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารนั้นมิได้มีการบัญญัติกำหนด หลักเกณฑ์และเงื่อนไข ในการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารไว้แต่อย่างใด

การตรากฎหมายมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารในลักษณะดังกล่าวนี้ได้ก่อให้เกิดปัญหา เกี่ยวกับการที่คณะรัฐมนตรีมิได้ใช้อำนาจตามมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 โอนทรัพย์สินบางประเภทของ ปตท. ให้แก่กระทรวงการคลังในกรณีการแปรรูป การปิโตรเลียมแห่งประเทศไทยดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น กล่าวคือ ในขณะที่ ปตท. มีสถานะ เป็นองค์การของรัฐนั้น ปตท. มีสิทธิและทรัพย์สินที่ ปตท. ได้มาโดยใช้อำนาจมหาชนของรัฐ ตามกฎหมายเพื่อใช้ในการดำเนินการเกี่ยวกับการประกอบกิจการปิโตรเลียมซึ่งเป็นกิจการของรัฐ ดังนี้

(1) ที่ดินตามแนวท่อก๊าซธรรมชาติจากจังหวัดระยองมายังจังหวัดสมุทรปราการ เนื้อที่ประมาณ 32 ไร่ ซึ่ง ปตท. ได้ใช้อำนาจมหาชนของรัฐตามพระราชบัญญัติเวนคืน อสังหาริมทรัพย์ในท้องที่ตำบลบางโปรง ตำบลบางด้วน ตำบลบางเมือง ตำบลลำโรงเหนือ อำเภอ เมืองสมุทรปราการ ตำบลบางพลีใหญ่ ตำบลบางเสาธง อำเภอบางพลี จังหวัดสมุทรปราการ ตำบลบางปะกง จังหวัดฉะเชิงเทรา ตำบลนาป่า ตำบลหนองรี อำเภอมะขามบุรี ตำบลหนอง ช้ำซาก อำเภอบ้านบึง จังหวัดชลบุรี และตำบลมาบตาพุด อำเภอมะขามบุรี จังหวัดระยอง พ.ศ. 2529 เพื่อใช้ประโยชน์ในการก่อสร้างระบบขนส่งปิโตรเลียมทางท่อบนบกซึ่งเป็นกิจการ ของ ปตท. อันเป็นกิจการของรัฐตามมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521

(2) บรรดาสิทธิเหนือพื้นดินของเอกชนเพื่อใช้วางระบบขนส่งปิโตรเลียมทางท่อ ทรัพย์สินส่วนที่เป็นท่อส่งก๊าซธรรมชาติ อุปกรณ์ที่ประกอบกันเป็นระบบท่อส่งก๊าซธรรมชาติ และ ทรัพย์สินที่ประกอบกันเป็นระบบขนส่งปิโตรเลียมทางท่อ

เมื่อมีการเปลี่ยนทุนของ ปตท. เป็นหุ้นของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) แล้ว ปรากฏว่า คณะรัฐมนตรีมิได้ใช้อำนาจตามมาตรา 24 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติ ทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 โอนทรัพย์สินดังกล่าวให้แก่กระทรวงการคลัง ซึ่งในกรณีทรัพย์สิน ดังกล่าวนี้ ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่า ที่ดินที่ได้มาจากการเวนคืนดังกล่าวเป็นทรัพย์สิน ของรัฐหรือของแผ่นดินที่ใช้เพื่อกิจการของรัฐ และเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินประเภท ทรัพย์สินที่ใช้เพื่อประโยชน์ของแผ่นดินโดยเฉพาะ ตามมาตรา 1304 (3) แห่งประมวลกฎหมาย แห่งแพ่งและพาณิชย์ โดยมี ปตท. ในฐานะที่เป็นรัฐวิสาหกิจประเภทองค์การของรัฐที่จัดตั้งขึ้นโดย พระราชบัญญัติและมีฐานะเป็นนิติบุคคลมหาชนซึ่งรัฐเป็นเจ้าของทุนทั้งหมด เป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์

แทนรัฐและเป็นผู้ใช้ประโยชน์ในที่ดินดังกล่าวโดยไม่ต้องเสียค่าตอบแทนให้แก่รัฐ นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุดยังวินิจฉัยไว้ด้วยว่าที่ดินดังกล่าวเป็นที่ราชพัสดุ ซึ่งมาตรา 8 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ. 2518 บัญญัติให้ การโอนกรรมสิทธิ์ที่ราชพัสดุเฉพาะที่ดินที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่ใช้เพื่อประโยชน์ของแผ่นดินโดยเฉพาะ ให้กระทำโดยพระราชบัญญัติ ส่วนการโอนกรรมสิทธิ์ที่ราชพัสดุอื่น ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

ดังนั้น การโอนที่ราชพัสดุดังกล่าวให้บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ซึ่งเป็นนิติบุคคล ตามกฎหมายว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัด จึงไม่อาจโอนไปโดยผลของการเปลี่ยนสถานะจากรัฐวิสาหกิจที่เป็นองค์การของรัฐเป็นบริษัทมหาชนจำกัดได้ การที่ ปตท. ได้เปลี่ยนสภาพจากองค์การของรัฐซึ่งเป็นนิติบุคคลมหาชนไปเป็นบริษัทมหาชนจำกัดซึ่งมีสถานะเป็นนิติบุคคลเอกชน ตามกฎหมายว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัดแล้ว บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) จึงไม่อาจมีอำนาจมหาชนของรัฐ รวมทั้งไม่อาจถือกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของ ปตท. ที่ได้มาจากการใช้อำนาจมหาชนของรัฐอันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินแทนรัฐได้ จึงต้องโอนสาธารณสมบัติของแผ่นดินดังกล่าวกลับไปเป็นของรัฐ โดยอาศัยมติของคณะรัฐมนตรีตามบทบัญญัติในมาตรา 24 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542

ส่วนสิทธิเหนือพื้นดินของเอกชนเพื่อใช้วางระบบขนส่งปีโตรเลียมทางท่อ ทรัพย์สินส่วนที่เป็นท่อส่งก๊าซธรรมชาติ อุปกรณ์ที่ประกอบกันเป็นระบบท่อส่งก๊าซธรรมชาติ และทรัพย์สินที่ประกอบกันเป็นระบบขนส่งปีโตรเลียมทางท่อนั้น ศาลปกครองได้วินิจฉัยว่า ทรัพย์สินดังกล่าวเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินประเภททรัพย์สินที่ใช้เพื่อประโยชน์ของแผ่นดินโดยเฉพาะตามมาตรา 1304 (3) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์เช่นกัน เนื่องจากเป็นทรัพย์สินที่ได้มาจากการที่ ปตท. ซึ่งเป็นองค์การของรัฐได้ใช้อำนาจมหาชนของรัฐตามกฎหมายเหนือที่ดินของเอกชน และเป็นทรัพย์สินของรัฐที่ใช้เพื่อประโยชน์ในกิจการปีโตรเลียมอันเป็นกิจการของรัฐ โดยเฉพาะ

ศาลปกครองสูงสุดจึงเห็นว่า คณะรัฐมนตรีชอบที่จะแยกสาธารณสมบัติของแผ่นดินดังกล่าวออกเสียก่อน ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 24 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 และจะต้องอนุมัติให้โอนสินทรัพย์ของ ปตท. ที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินประเภททรัพย์สินที่ใช้เพื่อประโยชน์ของแผ่นดินโดยเฉพาะให้กระทรวงการคลัง ซึ่งเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์แทนรัฐให้เสร็จสิ้นก่อนวันจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทโดยอาศัยอำนาจตามความในมาตรา 24 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 และเนื่องจากบทบัญญัติ

ในมาตรา 24 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ซึ่งเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะที่กำหนดเรื่องการจัดการสินทรัพย์ของรัฐวิสาหกิจที่เปลี่ยนสภาพเป็นบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) จึงยังคงมีสิทธิในการใช้ที่ราชพัสดุหรือสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่ ปตท. เคยมีอยู่ต่อไป โดยต้องจ่ายค่าตอบแทนเป็นรายได้แผ่นดินตามที่กระทรวงการคลังกำหนด

จากปัญหาที่เกิดขึ้นตามคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดนี้ ผู้เขียนเห็นว่า การที่ มาตรา 24 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 ให้อำนาจคณะรัฐมนตรี แต่เพียงผู้เดียวเป็นผู้มีอำนาจที่จะอนุมัติว่าจะให้กิจการ สิทธิ หนี้ ความรับผิด หรือสินทรัพย์ ใดบ้าง ของรัฐวิสาหกิจ ที่จะให้โอนไปเป็นของบริษัทหรือกระทรวงการคลัง นั้น เป็นการมอบ อำนาจให้คณะรัฐมนตรีใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวาง โดยปราศจากหลักเกณฑ์และเงื่อนไข เพื่อประกอบการใช้ดุลพินิจดังกล่าว ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไข ไว้ในกฎหมายที่ให้อำนาจคณะรัฐมนตรีเพื่อให้คณะรัฐมนตรีได้ใช้พิจารณาประกอบการใช้ดุลพินิจ ด้วยว่า กิจการ สิทธิ หนี้ ความรับผิด หรือสินทรัพย์ ที่มีลักษณะอย่างใดที่คณะรัฐมนตรี จะสามารถใช้ดุลพินิจอนุมัติให้โอนไปเป็นของบริษัทได้ หรือกิจการ สิทธิ หนี้ ความรับผิด หรือสินทรัพย์ที่มีลักษณะอย่างใดที่คณะรัฐมนตรีไม่สามารถใช้ดุลพินิจอนุมัติให้โอนไปเป็นของ บริษัทได้ แต่ต้องโอนให้กระทรวงการคลัง ดังเช่นกรณีการโอนทรัพย์สินที่รัฐวิสาหกิจได้มาโดย การใช้อำนาจมหาชนของรัฐ ควรกำหนดบังคับให้รัฐมนตรีต้องอนุมัติให้โอนไปเป็นของ กระทรวงการคลัง เนื่องจากถ้าหากมอบอำนาจให้คณะรัฐมนตรีใช้อำนาจในเรื่องที่มีความสำคัญ เช่นนี้ได้โดยลำพังและปราศจากหลักเกณฑ์และเงื่อนไขใดๆ แล้ว กิจการหรือทรัพย์สิน ที่มีความสำคัญของรัฐ จะต้องถูกโอนไปเป็นของบริษัทซึ่งเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นด้วยที่ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาให้ คณะรัฐมนตรีต้องทำการแยกสาธารณ สมบัติของแผ่นดินดังกล่าวออกเสียก่อน ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 24 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 และจะต้องอนุมัติให้โอนสินทรัพย์ของ ปตท. ที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินประเภททรัพย์สินที่ใช้เพื่อประโยชน์ของแผ่นดินโดยเฉพาะ ให้กระทรวงการคลัง ซึ่งเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์แทนรัฐให้เสร็จสิ้นก่อนวันจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท

2. วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจ จำกัดหรือลด อำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของรัฐวิสาหกิจที่ได้มีการเปลี่ยนทุนเป็นหุ้นตามมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542

โดยปกติแล้วรัฐวิสาหกิจส่วนใหญ่ที่ดำเนินการจัดทำบริการสาธารณะจำเป็นต้องมี การใช้อำนาจรัฐบางส่วน เพื่อให้สามารถจัดทำบริการสาธารณะได้อย่างมีประสิทธิภาพ ดังนั้น

เมื่อรัฐวิสาหกิจเหล่านั้นเปลี่ยนแปลงสภาพจากรัฐวิสาหกิจในรูปแบบเดิมมาเป็นรัฐวิสาหกิจในรูปแบบบริษัท พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 จึงได้มีการกำหนดถึงการดำเนินการเกี่ยวกับอำนาจ สิทธิ หรือประโยชน์ของรัฐวิสาหกิจเหล่านั้นไว้ในมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว คือ เมื่อมีการเปลี่ยนทุนของรัฐวิสาหกิจเป็นหุ้นของบริษัทแล้ว และกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจที่มีการเปลี่ยนทุนเป็นหุ้นของบริษัทหรือกฎหมายอื่นนั้น มีบทบัญญัติให้อำนาจรัฐวิสาหกิจดำเนินการใด ๆ ต่อบุคคล ทรัพย์สิน หรือสิทธิของบุคคล มีบทบัญญัติให้การดำเนินการของรัฐวิสาหกิจนั้นได้รับยกเว้นไม่อยู่ภายใต้บังคับกฎหมายว่าด้วยการใด มีบทบัญญัติให้ได้รับยกเว้นการปฏิบัติตามกฎหมายในเรื่องใด มีบทบัญญัติให้สิทธิพิเศษแก่รัฐวิสาหกิจนั้นเป็นกรณีเฉพาะ หรือมีบทบัญญัติคุ้มครองกิจการ พนักงานหรือลูกจ้างของรัฐวิสาหกิจ มาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 ให้ถือว่า บทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นนั้นมีผลใช้บังคับต่อไป โดยบริษัทมีฐานะเช่นเดียวกับรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายดังกล่าว

แต่อย่างไรก็ตาม มาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 ได้มอบอำนาจให้คณะกรรมการซึ่งเป็นฝ่ายบริหารมีอำนาจตราพระราชกฤษฎีกา เพื่อจำกัดหรือลดอำนาจ สิทธิ หรือประโยชน์ที่กฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจให้ไว้ให้ได้ หรืออาจกำหนดในพระราชกฤษฎีกาให้อำนาจนั้น เป็นของคณะกรรมการคณะหนึ่งคณะใดตามที่กำหนดหรือจะให้แต่งตั้งโดยคณะกรรมการนโยบายทุนรัฐวิสาหกิจก็ได้ นอกจากนี้ยังได้กำหนดให้ พระราชกฤษฎีกาที่ตรานั้นต้องมีสาระที่ให้บริษัทคงมีอำนาจ สิทธิ ประโยชน์ เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การดำเนินงานที่จะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อส่วนรวม โดยคำนึงถึงความเป็นธรรมในการแข่งขันกันทางธุรกิจ การควบคุมให้การใช้อำนาจตามกฎหมายเป็นไปโดยถูกต้องและการรักษาผลประโยชน์ของรัฐประกอบด้วย

บทบัญญัตินี้จึงเป็นบทบัญญัติที่มีขึ้นเพื่อรองรับสถานะของรัฐวิสาหกิจที่มีการเปลี่ยนทุนเป็นหุ้นของบริษัทให้ยังคงมีอำนาจรัฐบางประการอยู่เพื่อจัดทำบริการสาธารณะได้ แต่อย่างไรก็ตาม อำนาจดังกล่าวอาจถูกจำกัดหรือลดได้ ตามที่คณะกรรมการกำหนดโดยตราเป็นพระราชกฤษฎีกา

การที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจเช่นว่านี้ได้ก่อให้เกิดปัญหาตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นในกรณีการเปลี่ยนทุนของการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทยเป็นหุ้นของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) กล่าวคือ คณะรัฐมนตรีได้อาศัยอำนาจตามมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 ตราพระราชกฤษฎีกา กำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2544 ซึ่งมีสาระสำคัญ

เกี่ยวกับการกำหนดให้ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ซึ่งเป็นบริษัทที่แปลงสภาพมาตาม กระบวนการของพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจและเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน มีอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ เช่นเดียวกับที่ ปตท. ซึ่งเป็นองค์การของรัฐมีอยู่แต่เดิมตามพระราชบัญญัติ การปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 ซึ่งพระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 ได้บัญญัติให้อำนาจมหาชนของรัฐแก่ ปตท. ไว้หลายประการ เช่น มาตรา 30 กำหนดให้ ปตท. มีอำนาจกำหนดเขตระบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อ การวางระบบการขนส่ง ปิโตรเลียมทางท่อไปได้ เหนือ ตาม หรือข้ามที่ดินของบุคคลใด ๆ รั้วถนนอาคาร โรงเรือน หรือ ทำลายสิ่งอื่นที่สร้างหรือทำขึ้น หรือทำลาย หรือตัดฟันต้นไม้ หรือรากของต้นไม้ หรือพืชผลในเขต ระบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อ มาตรา 35 กำหนดให้ ปตท. มีอำนาจทำลายหรือตัดฟันต้นไม้ กิ่ง รากของต้นไม้ หรือสิ่งอื่นใดที่อยู่ใกล้ระบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อได้เพื่อประโยชน์ แห่งความปลอดภัย และมาตรา 38 กำหนดให้ ปตท. มีอำนาจเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เพื่อใช้ ในกิจการต่างๆ ของ ปตท. ตามที่กฎหมายกำหนด ซึ่งอำนาจตามพระราชบัญญัติการปิโตรเลียม แห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 ดังกล่าวข้างต้นนี้ล้วนแต่เป็นอำนาจมหาชนของรัฐที่มีผลกระทบ ต่อสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองคุ้มครองไว้ อีกทั้งอำนาจ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวก็เป็นอำนาจมหาชนของรัฐที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบให้แก่ ปตท. ซึ่งเป็นองค์การของรัฐเป็นผู้ใช้อำนาจดังกล่าว เพื่อให้ได้มาซึ่งสิ่งอันจำเป็นและเกี่ยวเนื่องกับ กิจการของรัฐตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย และหากจะกล่าวโดยเฉพาะถึงการใช้อำนาจมหาชน เพื่อเวนคืนอสังหาริมทรัพย์นั้น รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้การรับรองและคุ้มครองสิทธิในทรัพย์สิน ของบุคคลตลอดมาว่า การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อกิจการตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้เท่านั้น เช่น กิจการ เพื่อการอันเป็นสาธารณูปโภค และเพื่อการได้มาซึ่งทรัพยากรธรรมชาติ เป็นต้น และปัจจุบัน บทบัญญัติในมาตรา 42 วรรคหนึ่งของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ได้ บัญญัติรับรองและยืนยันถึงหลักการดังกล่าวไว้เช่นกัน

ศาลปกครองสูงสุดจึงเห็นว่า การที่บทบัญญัติในมาตรา 4 แห่งพระราชกฤษฎีกา กำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2544 กำหนดว่า ในการประกอบธุรกิจปิโตรเลียม ให้บริษัทมีอำนาจ ได้รับยกเว้น มีสิทธิพิเศษ หรือได้รับการคุ้มครองตามที่กฎหมายว่าด้วยการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทยหรือกฎหมายอื่นได้บัญญัติไว้ ให้แก่ ปตท. โดยมีได้มีบทบัญญัติจำกัดอำนาจมหาชนของรัฐในส่วนของที่เกี่ยวกับทรัพย์สินที่ได้มา จากการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ รวมทั้งทรัพย์สินในระบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อ ซึ่งรวมถึง

ระบบท่อส่งก๊าซธรรมชาติ ตามที่ ปตท. มีอยู่แต่เดิม ซึ่งอำนาจการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ เป็นอำนาจมหาชนที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้สำหรับรัฐและต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อกิจการของรัฐอันจำเป็นตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ซึ่งการที่พระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2544 มิได้ จำกัดอำนาจมหาชนดังกล่าวจึงเป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

แม้ต่อมาจะปรากฏว่า คณะรัฐมนตรีได้ตราพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2550 เพื่อแก้ไขเพิ่มเติม บทบัญญัติในมาตรา 3 มาตรา 4 มาตรา 5 และมาตรา 6 แห่งพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2544 โดยบทบัญญัติที่แก้ไขใหม่ ได้จำกัดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ที่บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ได้รับตามกฎหมายว่าด้วยการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย และกำหนดให้เป็นอำนาจของคณะกรรมการกำกับการใช้อำนาจ ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) กล่าวคือ มาตรา 4 วรรคหนึ่ง กำหนดให้ในการดำเนินธุรกิจ ปิโตรเลียม บริษัทไม่มีอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ตามมาตรา 8 มาตรา 11 และมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 และวรรคสอง กำหนดให้ บรรดาอำนาจ สิทธิ และประโยชน์อื่นที่กำหนดให้เป็นของ ปตท. ตามพระราชบัญญัติ การปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 ให้เป็นของคณะกรรมการกำกับการใช้อำนาจ ของบริษัทฯ ซึ่งการแก้ไขเพิ่มพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวนี้ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า บทบัญญัติ ในมาตรา 4 วรรคสอง แห่งพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2550 เป็นบทบัญญัติที่โอนอำนาจของ ปตท. ที่มีอยู่ ตามพระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 ไปเป็นของคณะกรรมการกำกับ การใช้อำนาจของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ซึ่งรวมถึงการโอนอำนาจการเวนคืน อสังหาริมทรัพย์ซึ่งเป็นอำนาจมหาชนของรัฐให้เป็นของคณะกรรมการชุดนี้ด้วย เมื่อรัฐธรรมนูญ ให้การรับรองและยืนยันหลักการในเรื่องอำนาจการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ตลอดมาว่า อำนาจ การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เป็นอำนาจมหาชนของรัฐที่ต้องกระทำโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติ แห่งกฎหมายเฉพาะ และบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจนั้น ในทาง กฎหมายย่อมหมายถึง กฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติดังเช่นที่บัญญัติให้อำนาจการเวนคืน อสังหาริมทรัพย์แก่ ปตท. ไว้ในมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 นอกจากนี้พระราชบัญญัติดังกล่าวยังได้บัญญัติให้อำนาจมหาชนของรัฐแก่ ปตท. ไว้หลายประการ เช่น มาตรา 30 บัญญัติให้ ปตท. มีอำนาจกำหนดเขตรบบการขนส่งปิโตรเลียม

ทางท่อ การวางระบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อไปได้ เหนือ ตาม หรือข้ามที่ดินของบุคคลใด ๆ หรือถนนอาคาร โรงเรือน หรือทำลายสิ่งอื่นที่สร้างหรือทำขึ้น หรือทำลาย หรือตัดฟัน กิ่ง หรือราก ของต้นไม้ หรือพืชผลในเขตระบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อ และมาตรา 35 บัญญัติให้อำนาจ ปตท. ไว้ว่า เพื่อประโยชน์แห่งความปลอดภัยให้ ปตท. มีอำนาจทำลายหรือตัดฟันกิ่ง ราก ของต้นไม้ หรือสิ่งอื่นใดที่อยู่ใกล้ระบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อได้ก็ตาม อำนาจดังกล่าว ก็เป็นอำนาจมหาชนของรัฐที่มีผลกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้

ดังนั้น การที่บทบัญญัติในมาตรา 4 วรรคสอง แห่งพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2544 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดย พระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2550 บัญญัติให้อำนาจของ ปตท.ตามพระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 โอนไปเป็นอำนาจของคณะกรรมการกำกับการใช้อำนาจของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) จึงเป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่คณะบุคคลกระทำการที่เป็นการกระทบกระเทือน ต่อสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลซึ่งไม่อาจกระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว ดังนั้น ศาลปกครองสูงสุดจึงเห็นว่า บทบัญญัติในมาตรา 4 วรรคสอง แห่งพระราชกฤษฎีกา ดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายและสมควรเพิกถอน

ในประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจ จำกัดหรือลด อำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของรัฐวิสาหกิจที่ได้มีการเปลี่ยนทุนเป็นหุ้นตามมาตรา 26 แห่ง พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 นี้ ผู้เขียนเห็นว่า การที่บทบัญญัตินี้ดังกล่าวกำหนดให้ คณะรัฐมนตรีมีอำนาจ จำกัดหรือลด อำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของรัฐวิสาหกิจที่ได้มีการ เปลี่ยนทุนเป็นหุ้นได้โดยการตราพระราชกฤษฎีกาหรืออาจกำหนดในพระราชกฤษฎีกาให้อำนาจที่ รัฐวิสาหกิจมีอยู่เดิมเป็นของคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นหรือจะให้คณะกรรมการนโยบายทุนรัฐวิสาหกิจ แต่งตั้งก็ได้ นั้น เป็นการมอบอำนาจให้คณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นฝ่ายบริหารมีอำนาจอย่างกว้างขวาง ในการตราพระราชกฤษฎีกาซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรอง เพื่อจำกัดหรือลด อำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของรัฐวิสาหกิจที่ได้มีการเปลี่ยนทุนเป็นหุ้น และเห็นว่าอำนาจที่ฝ่ายบริหารได้รับ ดังกล่าวนี้นี้เป็นเรื่องที่มีความสำคัญเป็นอย่างมาก และต้องมีการควบคุมการใช้อำนาจของ ฝ่ายบริหารในการตรากฎหมายลำดับรองนี้อย่างเคร่งครัด แม้ตามกฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายบริหาร ตรากฎหมายลำดับรองจะได้มีการกำหนดกรอบของการใช้อำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกา ดังกล่าวไว้ด้วยว่า ให้ดำเนินการออกพระราชกฤษฎีกาให้บริษัทคงมีอำนาจ สิทธิ หรือประโยชน์ เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การดำเนินงานที่จะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อส่วนรวม โดยคำนึงถึงความเป็น

ธรรมในการประกอบธุรกิจ การควบคุมให้การใช้อำนาจตามกฎหมายเป็นไปโดยถูกต้อง และการรักษาประโยชน์ของรัฐประกอบด้วย โดยจะกำหนดเงื่อนไขหรือเงื่อนไขให้ต้องปฏิบัติหรือให้กรณีจะต้องได้รับอนุมัติจากคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นก่อนก็ได้ แต่ในทางปฏิบัติก็มีการใช้อำนาจตราพระราชกฤษฎีกาที่มีเนื้อหาอย่างกว้างขวางโดยมิได้คำนึงถึงกรอบที่กฎหมายซึ่งเป็นแหล่งที่มาของอำนาจได้ให้ไว้แต่อย่างใด

ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีได้ใช้อำนาจตามมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 ตราพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2544 และพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2550 ที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นนั้น ผู้เขียนเห็นด้วยกับศาลปกครองสูงสุดว่า พระราชกฤษฎีกาทั้ง 2 ฉบับดังกล่าวมีเนื้อหาที่ไม่สอดคล้องกับหลักการทางกฎหมาย เนื่องจากพระราชกฤษฎีกาฉบับแรกมีสาระสำคัญเป็นการโอนอำนาจที่ ปตท. เคยมีอยู่แต่เดิมตามพระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 ไปเป็นของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ซึ่งมีฐานะเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนที่ประกอบกิจการเพื่อประโยชน์ของผู้ถือหุ้นโดยทั่วไป มิใช่เพื่อประโยชน์สาธารณะดังเช่น ปตท. และพระราชกฤษฎีกาฉบับที่สองซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมพระราชกฤษฎีกาฉบับแรกก็ได้โอนอำนาจมหาชนซึ่งรวมถึงอำนาจในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ที่ ปตท. มีอยู่เดิม ให้แก่คณะกรรมการกำกับการใช้อำนาจของบริษัท ปตท. (จำกัด) มหาชน

โดยอำนาจที่ ปตท. มีอยู่ตามพระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 นั้น มีอำนาจที่เป็นอำนาจมหาชนหลายประการ เช่น มาตรา 30 บัญญัติให้ ปตท. มีอำนาจกำหนดเขตระบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อ การวางระบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อไปได้ เหนือ ตาม หรือข้ามที่ดินของบุคคลใด ๆ รั้วถนนอาคาร โรงเรือน หรือทำลายสิ่งอื่นที่สร้างหรือทำขึ้น หรือทำลาย หรือตัดพินต้น กิ่ง หรือรากของต้นไม้ หรือพืชผลในเขตระบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อ มาตรา 35 บัญญัติให้อำนาจ ปตท. ไว้ว่า เพื่อประโยชน์แห่งความปลอดภัยให้ ปตท. มีอำนาจทำลายหรือตัดพินต้น กิ่ง รากของต้นไม้ หรือสิ่งอื่นใดที่อยู่ใกล้ระบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อได้ รวมถึงให้ ปตท. มีอำนาจเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ได้ตามมาตรา 38 ด้วย ซึ่งอำนาจดังกล่าวเป็นอำนาจมหาชนของรัฐที่มีผลกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรอง ดังนั้น อำนาจดังกล่าวจึงไม่อาจโอนไปเป็นของบริษัท ปตท. (จำกัด) มหาชน หรือโอนไปเป็นของคณะกรรมการกำกับการใช้อำนาจของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ได้โดยอาศัยอำนาจตามพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว

ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด โดยเห็นว่า การที่ คณะรัฐมนตรีอาศัยอำนาจตามมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 ตราพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ทั้ง 2 ฉบับโดยมีเนื้อหาสาระเป็นการมอบ ให้บริษัท ปตท. (จำกัด) มหาชน ซึ่งเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน และมอบให้ คณะกรรมการกำกับการใช้อำนาจของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ซึ่งเป็นคณะบุคคล มีอำนาจมหาชนที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลซึ่งรัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้ นั้น ไม่สามารถกระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามพระราชกฤษฎีกาซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรองที่ ฝ่ายบริหารตราขึ้น เพราะสิทธิในทรัพย์สินเป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองและคุ้มครองไว้ และหากจะมีการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลดังกล่าว รัฐธรรมนูญก็ได้กำหนดให้การจำกัด สิทธินั้นต้องกระทำโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น ดังนั้น จึงไม่สามารถกำหนดให้บุคคลใดมีอำนาจจำกัดสิทธิในทรัพย์สินที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ โดยการตราเป็นพระราชกฤษฎีกาซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรองของฝ่ายบริหารได้

นอกจากนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า ปตท. มีอำนาจมหาชนที่เกี่ยวข้องกับการจำกัด สิทธิในทรัพย์สินของบุคคลหรือมีอำนาจเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ได้ เพราะมีกฎหมายคือ พระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 ให้อำนาจไว้ โดยพระราชบัญญัติ ดังกล่าวนี้นับเป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติคือรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรที่ประกอบไปด้วย ผู้แทนของประชาชน มีที่มาจากประชาชน ดังนั้น การที่รัฐสภาตรากฎหมายมอบให้ ปตท. มีอำนาจ ดังกล่าวได้จึงมีผลเท่ากับว่าประชาชนผู้ซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้นยินยอมให้ ปตท. เป็นผู้ มีอำนาจกระทำการที่มีผลกระทบต่อหรือมีผลเป็นการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของตนได้ การใช้ อำนาจมหาชนที่มีผลกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินดังกล่าวของ ปตท. จึงมีที่มาจากกฎหมายของฝ่ายนิติ บัญญัติซึ่งสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ แต่เมื่อมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 กำหนดให้ บริษัทที่ได้มีการแปลงสภาพ มีอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ เช่นเดียวกับที่ รัฐวิสาหกิจเคยมีอยู่ตามกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจหรือกฎหมายอื่น และถือว่าบริษัทมีฐานะอย่าง เดียวกันกับรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายดังกล่าว ดังนั้น จากบทบัญญัติในมาตรา 26 ย่อมส่งผลให้ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) มีอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ ดังเช่นที่ ปตท. เคยมีอยู่ ตามพระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 ซึ่งหมายความว่า บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) จะมีอำนาจมหาชนของรัฐที่มีผลกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินของบุคคล ด้วย แต่อย่างไรก็ตามมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 ก็ได้ กำหนดให้คณะรัฐมนตรีมีอำนาจตราพระราชกฤษฎีกาเพื่อจำกัดหรือลด อำนาจ สิทธิ

และประโยชน์ ตามกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจเดิมหรือกฎหมายอื่นได้ หรือจะกำหนดให้อำนาจนั้นเป็นของคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นก็ได้ ซึ่งคณะรัฐมนตรีได้ใช้อำนาจตามกฎหมายดังกล่าวตราพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2544 โดยกำหนดให้บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) มีอำนาจ ได้รับยกเว้น มีสิทธิพิเศษ หรือได้รับความคุ้มครองตามที่กฎหมายว่าด้วยการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทยหรือกฎหมายอื่นได้บัญญัติไว้ให้แก่ ปตท. ซึ่งพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวไม่ได้มีการจำกัดหรืองดอำนาจที่จะโอนไปไว้แต่อย่างใด แม้ต่อมาคณะรัฐมนตรีจะได้ตราพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2550 โดยมีสาระสำคัญเป็นการจำกัดมิให้บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) มีอำนาจเวนคืนอสังหาริมทรัพย์แล้วก็ตาม แต่พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวก็ได้บัญญัติมอบอำนาจ สิทธิ และประโยชน์อื่นที่กำหนดให้เป็นของ ปตท. ตามพระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 ให้แก่คณะกรรมการกำกับการใช้อำนาจของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ดังนั้น โดยผลของบทบัญญัติแห่งพระราชกฤษฎีกาทั้งสองฉบับดังกล่าวจึงทำให้บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) มีอำนาจมหาชนของรัฐได้ และส่งผลให้คณะกรรมการกำกับการใช้อำนาจของบริษัทฯ มีอำนาจเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ได้ด้วย

ในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่า การที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารในลักษณะเช่นนี้ก่อให้เกิดปัญหาเป็นอย่างมาก เนื่องจากเป็นการตรากฎหมายมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารอย่างกว้างขวางเกินไป แม้ฝ่ายนิติบัญญัติจะได้มีการกำหนดกรอบของการใช้อำนาจไว้ด้วยแล้วว่า การตราพระราชกฤษฎีกานั้นจะต้องให้บริษัทคงมีอำนาจ สิทธิ และประโยชน์เท่าที่จำเป็นแก่การดำเนินงานที่จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่ส่วนรวม โดยคำนึงถึงความเป็นธรรมในการประกอบธุรกิจ การควบคุมการใช้อำนาจตามกฎหมายให้ถูกต้องและการรักษาผลประโยชน์ของรัฐประกอบด้วย การกำหนดกรอบแห่งการใช้อำนาจดังกล่าวก็มีลักษณะที่กว้างเกินไป ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติควรจะมีการกำหนดกรอบของการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารให้มีความชัดเจนมากขึ้นเพราะหากกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารไม่ได้กำหนดกรอบที่ชัดเจนในการใช้อำนาจไว้ย่อมส่งผลให้เกิดปัญหาเมื่อฝ่ายบริหารใช้อำนาจตามกฎหมายที่ไม่มีความชัดเจนเพียงพอ ดังเช่น กรณีที่คณะรัฐมนตรีตราพระราชกฤษฎีกากำหนดให้บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) และคณะกรรมการกำกับการใช้อำนาจของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) มีอำนาจมหาชนของรัฐโดยเฉพาะอำนาจในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ได้ ซึ่งอำนาจเวนคืนอสังหาริมทรัพย์นั้น จะมีขึ้นได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งประกอบด้วยผู้แทนของ

ประชาชนเท่านั้น คณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ไม่ได้มีฐานที่มาจากประชาชน จึงไม่อาจมีอำนาจอนุญาตหรืออนุมัติให้ผู้ใดมีอำนาจจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลซึ่งเป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองและคุ้มครองไว้ ดังนั้น การใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีตามกฎหมายดังกล่าวจึงจะต้องคำนึงถึงหลักการตามกฎหมายอื่นประกอบด้วยไม่ใช่อ้างแต่เฉพาะว่าตนสามารถกระทำได้นี้เนื่องจากมีกฎหมายให้อำนาจไว้เท่านั้น นอกจากนี้ผู้เขียนยังมีความเห็นว่าการกำหนดว่าจะให้อำนาจ สิทธิ และประโยชน์ใด โอนไปเป็นของบริษัทหรือไม่นั้น เป็นเรื่องที่มีความสำคัญ เพราะอำนาจบางอย่างมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองและคุ้มครองไว้อย่างมาก เช่น อำนาจในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ของบุคคล ดังนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติควรกำหนดไว้ในกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติเองด้วยว่า อำนาจ สิทธิ และประโยชน์ที่มีลักษณะอย่างไรที่ไม่สามารถโอนไปให้บริษัทได้โดยเด็ดขาด หรืออำนาจ สิทธิ และประโยชน์อย่างไรที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะมอบให้ฝ่ายบริหารสามารถใช้ดุลพินิจได้ว่าจะตราพระราชกฤษฎีกาให้โอนไปยังบริษัทที่เกิดจากแปลงสภาพได้ นอกจากนี้ การที่กำหนดให้ บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) มีอำนาจเกี่ยวกับการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ ตามมาตรา 29 มาตรา 30 มาตรา 35 มาตรา 36 และมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 ย่อมก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันทางธุรกิจ และไม่เป็นธรรมต่อบุคคลหรือนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนที่ไม่มีอำนาจมหาชนเช่นว่านั้น อันเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค หลักการแห่งความเท่าเทียมกันอย่างเป็นธรรมในการแข่งขันการประกอบกิจการทางธุรกิจด้วย

3.1.5.2 กรณีพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2548

พระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2548 เป็นกฎหมายลำดับรองที่คณะรัฐมนตรีอาศัยอำนาจตามมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 ตราขึ้น เนื่องจากคณะรัฐมนตรีได้มีมติให้แปลงสภาพของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย ไปเป็นบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) และเห็นว่าการดำเนินงานของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) บริษัทฯ ยังมีความจำเป็นต้องได้รับอำนาจ สิทธิ และประโยชน์บางประการเช่นเดียวกับการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยได้รับตามกฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยและกฎหมายอื่น รวมถึงจำเป็นต้องจำกัดสิทธิในบางกรณี เพื่อประโยชน์ต่อส่วนรวม ดังนั้น คณะรัฐมนตรีจึงต้องตรา

พระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2548¹¹ ซึ่งพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวมีสาระสำคัญดังต่อไปนี้

(1) กำหนดให้บริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) มีอำนาจ ได้รับความเว้น มีสิทธิพิเศษ หรือได้รับความคุ้มครองตามที่กฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยหรือกฎหมายอื่นกำหนดไว้ให้แก่ กฟผ. เว้นแต่กรณีที่มีบัญญัติไว้ตามมาตรา 7 มาตรา 8 มาตรา 13 และมาตรา 14

(2) กำหนดให้มีคณะกรรมการกิจการผลิตไฟฟ้า ทำหน้าที่พิจารณาให้ความเห็นชอบในการเชื่อมโยงระบบไฟฟ้าของโรงไฟฟ้า กับระบบไฟฟ้าของบริษัท การไฟฟ้านครหลวง หรือการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค เพื่อขายพลังงานไฟฟ้าแก่ประชาชน และกำหนดให้คณะกรรมการมีอำนาจให้ความเห็นชอบให้บริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) สามารถดำเนินการประกาศกำหนดเขตเดินสายไฟฟ้าเพื่อประโยชน์แห่งความปลอดภัยในการส่งพลังงานไฟฟ้า เดินสายส่งไฟฟ้า หรือสายจำหน่ายไฟฟ้าไปได้ เหนือ ตาม หรือข้ามพื้นดินของบุคคลใด บั๊กหรือตั้งเสา สถานีไฟฟ้าย่อยหรืออุปกรณ์อื่นลงในหรือบนพื้นดินของบุคคล หรือรื้อถอนโรงเรือนหรือทำลาย สิ่งอื่นที่สร้างหรือทำขึ้น หรือทำลาย หรือตัดฟัน ตัดต้น ตัดกิ่ง หรือรากของต้นไม้หรือพืชผล ในเขตเดินสายไฟฟ้า

(3) กำหนดให้ทรัพย์สินของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) เฉพาะที่เกี่ยวข้องกับการผลิตไฟฟ้าเพื่อประโยชน์ต่อส่วนรวม เป็นสินทรัพย์ที่ไม่อยู่ในความรับผิดชอบแห่งการบังคับคดี

(4) กำหนดให้ลูกจ้างของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) ซึ่งปฏิบัติงานเกี่ยวกับการสำรวจ สร้าง และบำรุงรักษาระบบไฟฟ้า เขตเดินสายไฟฟ้า โรงไฟฟ้า เขื่อน อ่างเก็บน้ำ และสิ่งอื่น ๆ เป็นเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญา

นอกจากนี้ ได้มีการตราพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2548 โดยกำหนดให้ยกเลิกพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 และพระราชบัญญัติที่แก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 ทุกฉบับด้วย และต่อมาได้มีผู้ยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองสูงสุดเพื่อให้เพิกถอนพระราชกฤษฎีกาทั้ง 2 ฉบับดังกล่าว เนื่องจากเห็นว่าพระราชกฤษฎีกาทั้ง 2 ฉบับตราขึ้นโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังที่จะได้กล่าวถึงต่อไป

(1) คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด

¹¹ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 122 ตอนที่ 47 ก หน้า 1 วันที่ 23 มิถุนายน 2548.

มูลนิธิเพื่อผู้บริโภคและประชาชนได้ยื่นฟ้องเป็นคดีต่อศาลปกครองสูงสุดว่า การตราพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2548 และพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2548 ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ด้วยเหตุผลหลายประการ เช่น การตราพระราชกฤษฎีกาทั้ง 2 ฉบับดังกล่าวไม่ได้มีการจัดรับฟังความคิดเห็นของประชาชนอย่างถูกต้องตามกฎหมาย อีกทั้งเนื้อหาของพระราชกฤษฎีกายังมีผลเป็นการโอนสิทธิและทรัพย์สินทั้งหมดของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยไปเป็นของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) ซึ่งไม่อาจกระทำได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งสิทธิใช้ประโยชน์ในทรัพยากรธรรมชาติและกรรมสิทธิ์ที่ดิน ดังนั้น จึงขอให้ศาลปกครองสูงสุดเพิกถอนพระราชกฤษฎีกาทั้ง 2 ฉบับดังกล่าว ซึ่งเมื่อศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาคำฟ้อง คำให้การ คำชี้แจงของบุคคลที่เกี่ยวข้อง และเอกสารประกอบต่าง ๆ แล้ว ได้มีคำพิพากษาในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับความชอบด้วยกฎหมายของบทบัญญัติในพระราชกฤษฎีกาทั้ง 2 ฉบับดังกล่าว สรุปได้ดังนี้¹²

ในประเด็นปัญหาว่า พระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2548 และพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2548 ตราขึ้นโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้น ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 ได้กำหนดกระบวนการเปลี่ยนแปลงสถานะของรัฐวิสาหกิจประเภทองค์การของรัฐตามที่กฎหมายจัดตั้งขึ้น ให้เป็นรูปแบบบริษัทจำกัดหรือบริษัทมหาชนจำกัด โดยมีคณะรัฐมนตรี คณะกรรมการนโยบายทุนรัฐวิสาหกิจ คณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งบริษัท และคณะกรรมการจัดทำกรับฟังความคิดเห็นของประชาชนเป็นคณะบุคคลที่มีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการตามกระบวนการในแต่ละขั้นตอนที่ต่อเนื่องและสัมพันธ์กัน และเมื่อได้ดำเนินการในแต่ละขั้นตอนโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว จึงจะดำเนินการในขั้นตอนสุดท้าย คือ การออกพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการกำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัทตามมาตรา 26 และพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยการกำหนดเงื่อนไขเวลายกเลิกกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจตามมาตรา 28 ต่อไปได้ และเมื่อดำเนินการตราพระราชกฤษฎีกา

¹² สรุปจากคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ พ. 5/2549 วันที่ 23 มีนาคม 2549, น. 35-57.

ทั้ง 2 ฉบับโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว จึงจะทำให้การเปลี่ยนแปลงสถานะของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยเป็นบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) มีความสมบูรณ์

การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย ซึ่งจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 เป็น บริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) เป็นการจัดการทรัพย์สินของประเทศที่มีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะและความมั่นคงของชาติ และโดยที่การดำเนินการเปลี่ยนแปลงสถานะของรัฐวิสาหกิจตามที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 เป็นกฎหมายพิเศษที่ฝ่ายนิติบัญญัติมอบให้ฝ่ายบริหารดำเนินการได้โดยไม่ต้องเสนอกฎหมายต่อฝ่ายนิติบัญญัติอีก ดังนั้น การดำเนินการในทุกขั้นตอนจึงมีความสำคัญและต้องเป็นไปเพื่อป้องกันการดำเนินการที่รัฐธรรมนุญถือว่าอยู่ในอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งคณะกรรมการหรือคณะบุคคลที่เป็นผู้ใช้อำนาจหน้าที่ในการดำเนินการดังกล่าวจึงต้องเป็นผู้มีคุณสมบัติถูกต้องครบถ้วนตามที่พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 กำหนดไว้โดยเคร่งครัด ซึ่งในการนี้ ศาลปกครองได้กำหนดประเด็นปัญหาที่ต้องวินิจฉัยเพื่อนำไปสู่การวินิจฉัยในประเด็นปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของพระราชกฤษฎีกาทั้ง 2 ฉบับในเบื้องต้น 2 ประเด็น ดังนี้

ก. ประเด็นปัญหาว่า การแต่งตั้งนายโอฬาร ไชยประวัติ เป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งบริษัทของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งในประเด็นนี้ศาลปกครองสูงสุดมีความเห็นสรุปสาระสำคัญได้ว่า มาตรา 17 (5) ประกอบกับมาตรา 5 และมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 กำหนดให้บุคคลที่จะเป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิจะต้องไม่เป็นกรรมการหรือผู้บริหารหรือผู้ใช้อำนาจในการจัดการหรือมีส่วนได้เสียในนิติบุคคลซึ่งเป็นผู้รับสัมปทาน ผู้ร่วมทุน หรือมีประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับกิจการของรัฐวิสาหกิจที่จะเปลี่ยนทุนเป็นหุ้น เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ในขณะที่มีการออกคำสั่งแต่งตั้งนายโอฬาร ไชยประวัติ เป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งบริษัทนั้น นายโอฬารเป็นกรรมการของบริษัท ชิน คอร์ปอเรชั่น จำกัด (มหาชน) และเป็นกรรมการของบริษัท ปตท. (จำกัด) มหาชน ซึ่งมีประโยชน์ได้เสียเกี่ยวข้องกับกิจการของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย ดังนั้น นายโอฬาร ไชยประวัติ จึงมีคุณสมบัติต้องห้ามตามกฎหมาย ส่งผลให้การออกคำสั่งแต่งตั้งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย และถือว่ามีเหตุซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การดำเนินการของคณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งบริษัทไม่มีความเป็นกลางซึ่งมีผลทำให้การกระทำใด ๆ ของคณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งบริษัทเสียไปทั้งหมดหรือไม่มีผลทางกฎหมายด้วย

ข. ประเด็นปัญหาว่า การจัดรับฟังความคิดเห็นของประชาชนตามมาตรา 19 วรรคหนึ่ง (9) แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 เป็นไปตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้หรือไม่ และประธานคณะกรรมการจัดทำกรับฟังความคิดเห็นของประชาชน (นายปริญญา นุตาลัย) เป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองหรือไม่ ซึ่งในประเด็นปัญหานี้ ศาลปกครองสูงสุดมีความเห็นสรุปสาระสำคัญได้ว่า มาตรา 19 วรรคหนึ่ง (9) แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 บัญญัติให้ คณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งบริษัทต้องดำเนินการจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนตามระเบียบคณะกรรมการนโยบายทุนรัฐวิสาหกิจ ว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2543 ซึ่งข้อ 3 ของระเบียบดังกล่าวกำหนดให้ คณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งบริษัทแต่งตั้งคณะกรรมการจากผู้ที่มีความเป็นกลาง ไม่มีส่วนได้เสียในกิจการของรัฐวิสาหกิจ มีความรู้ความเข้าใจในเรื่องที่จะรับฟังความคิดเห็นเป็นอย่างดี ตลอดจนมีความน่าเชื่อถือเป็นที่ยอมรับ และข้อ 5 ของระเบียบดังกล่าวได้กำหนดห้ามมิให้ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองเป็นกรรมการจัดทำกรับฟังความคิดเห็นของประชาชนด้วย

เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า นายปริญญา นุตาลัย ประธานคณะกรรมการดังกล่าว ดำรงตำแหน่งผู้ช่วยรัฐมนตรีประจำกระทรวงทรัพยากรและสิ่งแวดล้อม ซึ่งศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า แม้พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 และระเบียบคณะกรรมการนโยบายทุนรัฐวิสาหกิจดังกล่าวจะไม่ได้กำหนดนิยามคำว่าผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองเอาไว้ แต่กรณีข้อ 5 (3) ของระเบียบดังกล่าวกำหนดลักษณะต้องห้ามของคณะกรรมการจัดทำกรับฟังความคิดเห็นของประชาชน โดยระบุคำว่า ผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง ต่อจากคำว่า ข้าราชการการเมือง นั้น ลักษณะของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองย่อมมีสาระสำคัญเช่นเดียวกับข้าราชการการเมือง และเมื่อพิจารณาถึงที่มาและอำนาจหน้าที่ของผู้ช่วยรัฐมนตรี ตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยคณะกรรมการผู้ช่วยรัฐมนตรี พ.ศ. 2546 แล้ว เห็นว่า ภารกิจสำคัญของผู้ช่วยรัฐมนตรีคือการช่วยเหลือการปฏิบัติหน้าที่ของรัฐมนตรี รวมทั้งนายกรัฐมนตรี ในการอำนวยความสะดวกหรือการควบคุมการบริหารราชการแผ่นดิน อันเป็นภารกิจทำนองเดียวกันกับผู้ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษารัฐมนตรีหรือเลขาธิการรัฐมนตรี ซึ่งเป็นข้าราชการการเมืองตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการการเมือง พ.ศ. 2535 ในทางกฎหมายจึงถือว่าผู้ช่วยรัฐมนตรีเป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองซึ่งต้องห้ามเป็นกรรมการจัดทำกรับฟังความคิดเห็นของประชาชนเช่นกัน

ดังนั้น เมื่อคณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งบริษัทซึ่งประกอบด้วยกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิที่มีลักษณะต้องห้ามตามกฎหมาย ได้ใช้อำนาจตามข้อ 4 ของระเบียบ

คณะกรรมการนโยบายทุนรัฐวิสาหกิจว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2543 แต่งตั้งให้นายปริญญา นุตาลัย ผู้ช่วยรัฐมนตรีประจำกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ซึ่งเป็นผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง เป็นประธานกรรมการจัดทำกรับฟังความคิดเห็นของประชาชน อันเป็นการขัดต่อหลักความเป็นกลางและเป็นผู้มีลักษณะต้องห้ามในการเป็นกรรมการจัดทำกรับฟังความคิดเห็นของประชาชนตามข้อ 4 และข้อ 5 (3) ของระเบียบดังกล่าว และส่งผลให้การดำเนินการของคณะกรรมการจัดทำกรับฟังความคิดเห็นของประชาชน ชุดดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย และทำให้การดำเนินการของคณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งบริษัทที่เป็นผลสืบเนื่องมาจากการดำเนินการของคณะกรรมการชุดนี้ รวมทั้งมติของคณะรัฐมนตรีที่อนุมัติเปลี่ยนแปลงทุนของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยเป็นหุ้นของบริษัท และการออกพระราชกฤษฎีกาทั้ง 2 ฉบับที่เป็นผลสืบเนื่องจากการดำเนินการดังกล่าว ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วย

ส่วนประเด็นปัญหาว่า การจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนก่อนการตราพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2548 และพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2548 กระทำโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้น ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า การจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนถือเป็นขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญสำหรับการดำเนินการเปลี่ยนแปลงทุนของรัฐวิสาหกิจเป็นหุ้นและต้องดำเนินการให้ถูกต้อง โดยเปิดเผยและเปิดโอกาสให้ประชาชนเข้าร่วมแสดงความคิดเห็นได้อย่างกว้างขวาง ซึ่งปรากฏว่า คณะกรรมการจัดทำกรับฟังความคิดเห็นของประชาชนได้จัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน โดยมีการประกาศในหนังสือพิมพ์ที่มีการวางจำหน่ายทั่วประเทศ จำนวน 3 ฉบับ ฉบับละ 1 วัน โดยกำหนดรายละเอียดเรื่องวัน เวลา และสถานที่ลงทะเบียนเข้าร่วมรับฟังความคิดเห็น อีกทั้งจัดให้มีการถ่ายทอดสดทางวิทยุและโทรทัศน์ด้วย ซึ่งศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า การที่ข้อ 9 (1) ของระเบียบคณะกรรมการนโยบายทุนรัฐวิสาหกิจว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2543 กำหนดให้จัดทำประกาศโดยสรุปเรื่องที่จะมีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนทางวิทยุกระจายเสียงหรือวิทยุโทรทัศน์และประกาศในหนังสือพิมพ์รายวันฉบับภาษาไทยที่มีการวางจำหน่ายอย่างแพร่หลายติดต่อกันไม่น้อยกว่า 3 วันนั้น มีเจตนารมณ์เพื่อให้ประชาชนมีโอกาสรับรู้อย่างกว้างขวางว่าจะมีการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน และเพื่อให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการแสดงความคิดเห็นดังกล่าวอย่างหลากหลายและกว้างขวาง การที่ระเบียบดังกล่าวกำหนดให้ประกาศในหนังสือพิมพ์รายวันฉบับภาษาไทยที่มีการวางจำหน่ายอย่างแพร่หลาย

ติดต่อกันไม่น้อยกว่า 3 วัน จึงต้องแปลความว่าหมายถึง ประกาศในหนังสือพิมพ์ฉบับนั้นติดต่อกันไม่น้อยกว่า 3 วัน มิใช่ฉบับละ 1 วัน รวม 3 ฉบับ ตามที่คณะกรรมการจัดทำกรับฟังความคิดเห็นของประชาชนได้มีการประกาศในหนังสือพิมพ์ที่ นอกจากนี้ การประกาศดังกล่าว ก็ได้จัดทำสรุปเรื่องเกี่ยวกับร่างพระราชกฤษฎีกาทั้ง 2 ฉบับที่จะรับฟังความคิดเห็นของประชาชนว่ามีสาระสำคัญเช่นใดบ้าง อีกทั้งในการจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นจากพนักงานและลูกจ้างของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย ก็ไม่ปรากฏว่ามีการจัดทำประกาศสรุปเรื่องที่จะรับฟังความคิดเห็นทางวิทยุกระจายเสียงหรือวิทยุโทรทัศน์ และได้ประกาศในหนังสือพิมพ์รายวันติดต่อกันไม่น้อยกว่า 3 วัน ดังนั้น ศาลปกครองสูงสุดจึงเห็นว่า การรับฟังความคิดเห็นของประชาชนดังกล่าวไม่สอดคล้องกับเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 และไม่ได้ดำเนินการให้ถูกต้องครบถ้วนตามข้อ 6 และข้อ 9 ของระเบียบคณะกรรมการนโยบายทุนรัฐวิสาหกิจว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. 2543 ซึ่งเป็นขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดให้กระทำก่อนการตราพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2548 และพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2548

สำหรับในประเด็นปัญหาว่า บทบัญญัติในพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2548 ขอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้น ในประเด็นนี้ศาลปกครองสูงสุดมีความเห็นสรุปสาระสำคัญได้ว่า อำนาจหน้าที่ตามกฎหมายที่การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยมีอยู่เดิมตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้าแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ คือ

- 1) ดำเนินงานต่างๆ เกี่ยวกับพลังงานไฟฟ้า แหล่งพลังงานอันได้มาจากธรรมชาติหรือเชื้อเพลิง เพื่อการผลิตพลังงานไฟฟ้าและงานอื่นที่ส่งเสริมกิจการของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย
- 2) สร้างเขื่อนกั้นน้ำ เขื่อนระบายน้ำ เขื่อนกักเก็บน้ำ อ่างเก็บน้ำ หรือสิ่งอื่นอันเป็นอุปกรณ์ของเขื่อนหรืออ่างนั้น เพื่อการผลิตพลังงานไฟฟ้า หรือเพื่อการพัฒนาการไฟฟ้าพลังน้ำ หรือเพื่อประโยชน์เกี่ยวกับการไฟฟ้า
- 3) สร้างโรงงานไฟฟ้าพลังความร้อน โรงไฟฟ้าพลังน้ำ โรงไฟฟ้าปรมาณูหรือโรงไฟฟ้าพลังอื่น หรือสร้างระบบไฟฟ้า

โดยในการสำรวจเพื่อหาแหล่งพลังงานหรือเพื่อหาสถานที่สำหรับใช้ในกิจการหรือเพื่อสร้างและบำรุงรักษาระบบไฟฟ้าดังกล่าวนั้น มาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่าย

ผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 ได้บัญญัติให้พนักงานหรือลูกจ้างมีอำนาจที่จะใช้สอยหรือเข้าครอบครองอสังหาริมทรัพย์ในความครอบครองของบุคคลใดๆ ซึ่งมีใช้เคหสถานเป็นการชั่วคราวภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดได้ และในส่วนของ การส่งและจำหน่ายพลังงานไฟฟ้านั้น มาตรา 29 กำหนดให้มีอำนาจเดินสายส่งไฟฟ้าหรือจำหน่ายไฟฟ้าไปได้ เหนือ ตามหรือข้ามพื้นดินของบุคคลใด ปัก หรือตั้งเสา สถานีไฟฟ้าย่อยหรืออุปกรณ์อื่น ลงในหรือบนพื้นดินของบุคคลใดซึ่งมิใช่เป็นที่ตั้งโรงเรือน ประกาศกำหนดเขตเดินสายไฟฟ้า และรื้อถอนโรงเรือนหรือทำลายสิ่งอื่นที่สร้างขึ้นหรือทำขึ้น หรือทำลายหรือตัดฟัน ตัดต้น กิ่ง หรือรากของต้นไม้หรือพืชผลในเขตเดินสายไฟฟ้า ซึ่งเป็นอำนาจในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ และมีสิทธิเหนือพื้นดินของเอกชนเกี่ยวกับระบบส่งไฟฟ้าซึ่งเป็นทรัพย์สินอันติดอยู่กับที่ดินและเป็นอสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 139 ประกอบกับมาตรา 1298 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ อันเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินซึ่งเป็นทรัพย์สินใช้เพื่อประโยชน์ของแผ่นดินโดยเฉพาะตามมาตรา 1304 (3) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

ส่วนพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2548 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 4 ว่า ในการดำเนินกิจการผลิตไฟฟ้า ให้บริษัทมีอำนาจ ครอบครอง มีสิทธิพิเศษหรือได้รับความคุ้มครองตามที่กฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย เว้นแต่กรณีที่ยกเว้นในมาตรา 7 มาตรา 8 มาตรา 13 และมาตรา 14 ซึ่งเมื่อพิจารณาสิทธิที่การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยมีอยู่เดิมตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 กับอำนาจหน้าที่ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) ที่ถูกจำกัดตามพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2548 แล้ว ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า พระราชกฤษฎีกา กำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2548 ไม่มีบทบัญญัติใดที่จำกัดอำนาจของรัฐในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ที่การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยมีอยู่เดิมตามมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 ซึ่งเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะที่ให้อำนาจการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยดำเนินการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์อันเป็นอำนาจมหาชนของรัฐ ตามมาตรา 49 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญ และการที่พระราชกฤษฎีกาดังกล่าวยังคงให้บริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) มีอำนาจในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ต่อไปนั้น นอกจากจะทำให้บริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) มีอำนาจที่จะดำเนินการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์แล้ว ยังเป็นการให้อำนาจและสิทธิบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) ถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินที่การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยได้มาโดยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์

ก่อนการเปลี่ยนสถานะด้วย และโดยที่การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องและมีผลกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลและเป็นการใช้อำนาจมหาชนที่รัฐธรรมนูญสงวนไว้ให้เป็นอำนาจรัฐ ซึ่งได้รับการรับรองไว้ในมาตรา 49 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญว่า การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จะกระทำมิได้ เว้นแต่อาศัยอำนาจตามบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการอันเป็นสาธารณูปโภค การอันจำเป็นในการป้องกันประเทศ การได้มาซึ่งทรัพยากรธรรมชาติ การผังเมือง การส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม การพัฒนาการเกษตรหรือการอุตสาหกรรม การปฏิรูปที่ดิน หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่นเท่านั้น

แม้ว่ามาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 จะบัญญัติให้อำนาจสิทธิ หรือประโยชน์ของรัฐวิสาหกิจที่จะเปลี่ยนทุนเป็นหุ้นของบริษัทอาจกำหนดหรืองดได้ตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาและอาจกำหนดให้อำนาจนั้น เป็นของคณะกรรมการคณะหนึ่งคณะใดตามที่กำหนด หรือจะให้แต่งตั้งโดยคณะกรรมการนโยบายทุนรัฐวิสาหกิจได้ก็ตาม แต่บทบัญญัติดังกล่าวก็ได้สงวนการใช้อำนาจไว้ด้วยว่า การออกพระราชกฤษฎีกาต้องคำนึงถึงการควบคุมให้การใช้อำนาจตามกฎหมายเป็นไปโดยถูกต้องประกอบกับรักษาผลประโยชน์ของรัฐด้วย ดังนั้น จึงไม่อาจแปลความเพื่อเป็นการยกเว้นและนำมาใช้กับกรณีการใช้อำนาจทางกฎหมายเป็นไปโดยถูกต้องประกอบกับการรักษาผลประโยชน์ของรัฐด้วย ดังนั้น จึงไม่อาจแปลความเพื่อเป็นการยกเว้นและนำมาใช้กับกรณีการใช้อำนาจการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 49 ของรัฐธรรมนูญได้ และแม้คณะรัฐมนตรีจะมีมติกำหนดว่า กระทรวงการคลังถือหุ้นไม่ต่ำกว่าร้อยละ 75 ก็ไม่อาจเป็นเครื่องยืนยันได้ว่า บริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) จะคงสภาพการเป็นรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายว่าด้วยวิธีการงบประมาณที่มีกระทรวงการคลังถือหุ้นเกินกว่าร้อยละ 50 ตลอดไป เพราะกระทรวงการคลังอาจถือหุ้นต่ำกว่าจำนวนดังกล่าวได้ตามบทบัญญัติในมาตรา 26 วรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542

เมื่อศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้ข้างต้นแล้วว่า อำนาจการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เป็นอำนาจมหาชนที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้สำหรับรัฐ และต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ การที่พระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2548 มิได้จำกัดอำนาจมหาชนดังกล่าว จึงมีผลให้อำนาจมหาชนดังกล่าวโอนไปเป็นของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) ซึ่งไม่อาจกระทำได้ตามมาตรา 48 และมาตรา 49 ของรัฐธรรมนูญ ประกอบกับมาตรา 26 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 และการให้บริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) มีอำนาจเกี่ยวกับการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 28 มาตรา 29 และมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย

พ.ศ. 2511 ย่อมก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันทางธุรกิจและไม่เป็นธรรมต่อบุคคลหรือนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนซึ่งไม่มีอำนาจมหาชนเช่นว่านั้น อันเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค หลักการแห่งความเท่าเทียมกันอย่างเป็นธรรมในการแข่งขันทางธุรกิจตามมาตรา 30 และมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญ ประกอบกับมาตรา 26 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 และเป็นการออกกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับมาตรา 87 ของรัฐธรรมนูญด้วย

นอกจากนี้ ศาลปกครองสูงสุดยังได้พิจารณาวินิจฉัยด้วยว่า ที่ดินที่การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย ได้มาโดยการเวนคืนตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 ประกอบกับกฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ คือ ที่ดินจำนวน 1 แปลง ในท้องที่ตำบลบางปะกง อำเภอบางปะกง จังหวัดฉะเชิงเทรา ซึ่งการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยได้ใช้อำนาจเวนคืนตามพระราชบัญญัติเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ ในท้องที่ตำบลบางปะกง อำเภอบางปะกง จังหวัดฉะเชิงเทรา พ.ศ. 2521 นั้น เป็นที่ดินที่การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย ซึ่งเป็นองค์การของรัฐได้กรรมสิทธิ์มาโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการอันเป็นสาธารณูปโภคด้านพลังงานไฟฟ้า จึงเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่ใช้เพื่อประโยชน์ของแผ่นดินโดยเฉพาะและถือเป็นที่ราชพัสดุ

ส่วนสิทธิเหนือพื้นดินเกี่ยวกับระบบส่งไฟฟ้า รวมทั้งสายส่งไฟฟ้าซึ่งเป็นทรัพย์สินอันติดอยู่กับที่ดินและเป็นอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์นั้น เป็นสิทธิที่ก่อตั้งโดยพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 โดยการใช้อำนาจมหาชนของรัฐ และยังมีอยู่ตราบเท่าที่มีการใช้ประโยชน์เพื่อการนั้นอยู่ ดังนั้น สิทธิเหนือพื้นดินเกี่ยวกับระบบส่งไฟฟ้ารวมทั้งสายส่งไฟฟ้า จึงเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่ใช้เพื่อประโยชน์ของแผ่นดินโดยเฉพาะตามมาตรา 1304 (3) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และเป็นที่ราชพัสดุตามมาตรา 4 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ. 2518 ด้วยเช่นกัน

เมื่อมีการเปลี่ยนสถานะของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยไปเป็นบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) โดยเปลี่ยนทุนเป็นหุ้น ทำให้การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยเปลี่ยนสถานะจากรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติเป็นบริษัทมหาชนจำกัดตามกฎหมายว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัดในระบบกฎหมายเอกชน แม้ว่ากระทรวงการคลังจะยังคงถือหุ้นทั้งหมดก็ตาม แต่บริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) ยังคงเป็นรัฐวิสาหกิจตามมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2502 ซึ่งเป็นบริษัทที่มีส่วนราชการมีทุนรวมอยู่ด้วยเกินกว่าร้อยละ 50 ทำให้บริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) มีสถานะทางกฎหมายเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชน

และมีการดำเนินการทางธุรกิจเช่นเดียวกับนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัด

กระทรวงการคลังได้เสนอแนวทางเกี่ยวกับการรักษาสาธารณสมบัติและทรัพย์สินของชาติต่อคณะรัฐมนตรี โดยเสนอให้กำหนดเป็นหลักการในการโอนทรัพย์สินที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินหรือที่ได้มาโดยใช้อำนาจรัฐ ซึ่งเดิมอยู่ในการครอบครองของรัฐวิสาหกิจนั้น ให้กลับมาเป็นของแผ่นดิน แต่คณะรัฐมนตรีมีมติว่าจะอนุมัติให้ทรัพย์สินที่ได้มาโดยการใช้อำนาจรัฐเป็นของกระทรวงการคลังหรือเป็นของบริษัทได้ตามความจำเป็นแล้วแต่กรณี

ต่อมาคณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งบริษัทมีมติเสนอความเห็นต่อคณะกรรมการนโยบายทุนรัฐวิสาหกิจในส่วนที่เกี่ยวกับการโอนกิจการ สิทธิ หนี้สิน ความรับผิดชอบ และสินทรัพย์ของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยส่วนที่จะโอนไปยังบริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่ และส่วนที่จะให้ตกเป็นของกระทรวงการคลัง ดังต่อไปนี้

1) ให้โอนกิจการที่การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยดำเนินการทั้งหมดให้แก่บริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน)

2) ให้โอนกรรมสิทธิ์ในโครงสร้างสันเขื่อนและอ่างเก็บน้ำที่ใช้ในการเก็บกักน้ำ โดยไม่รวมโรงไฟฟ้าพลังน้ำ และให้โอนที่ดินที่ตั้งอยู่ในบริเวณเขื่อน อ่างเก็บน้ำและห้วงานให้กระทรวงการคลัง โดยบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) ยังคงมีสิทธิใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินดังกล่าว และบริษัทฯ ควรรับโอนกิจการที่เกี่ยวข้องกับเขื่อนและอ่างเก็บน้ำด้วย

3) ในวันจดทะเบียนบริษัท ให้บริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) รับโอนสินทรัพย์ทั้งหมดของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย ในราคาตามมูลค่าทางบัญชี และให้การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยโอนกรรมสิทธิ์โครงสร้างสันเขื่อนและอ่างเก็บน้ำที่ใช้ในการเก็บกักน้ำจำนวน 21 เขื่อน และที่ดินที่ตั้งอยู่ในบริเวณเขื่อน อ่างเก็บน้ำ ห้วงานให้แก่กระทรวงการคลัง

คณะกรรมการนโยบายทุนรัฐวิสาหกิจมีมติเห็นชอบตามความเห็นของคณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งบริษัทในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพย์สินข้างต้น และคณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบตามมติของคณะกรรมการนโยบายทุนรัฐวิสาหกิจเช่นกัน และต่อมา การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยได้มีหนังสือแจ้งการโอนโครงสร้างสันเขื่อนและอ่างเก็บน้ำที่ใช้ในการกักเก็บน้ำจำนวน 21 เขื่อน และที่ดินที่ตั้งอยู่ในบริเวณเขื่อน อ่างเก็บน้ำ และห้วงานให้แก่กระทรวงการคลัง โดยให้มีผลตั้งแต่วันที่ 24 มิถุนายน 2548 ซึ่งเป็นวันจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) แต่มิได้โอนที่ดินซึ่งเป็นที่ตั้งโรงไฟฟ้ากังหันก๊าซและโรงไฟฟ้าพลังน้ำ ที่อยู่ในท้องที่ตำบลบางปะกง

อำเภอบางปะกง จังหวัดฉะเชิงเทรา และสิทธิเหนือพื้นดินเกี่ยวกับระบบไฟฟ้า สายส่งไฟฟ้า รวมทั้งทรัพย์สินอื่นที่ก่อให้เกิดสิทธิดังกล่าวให้แก่กระทรวงการคลัง

เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่า คณะรัฐมนตรีมีมติให้โอนอสังหาริมทรัพย์อื่นที่ได้มาเพื่อใช้ประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะด้านพลังงานไฟฟ้าให้แก่กระทรวงการคลังแล้ว แต่คณะรัฐมนตรีมิได้อนุมัติให้โอนที่ดินที่การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยได้มาโดยการเวนคืนที่ดินตามมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะ รวมทั้งสิทธิเหนือพื้นดินเกี่ยวกับระบบส่งไฟฟ้า รวมถึงสายส่งและทรัพย์สินอื่นที่ก่อให้เกิดสิทธิดังกล่าวที่การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยได้มาตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวให้แก่กระทรวงการคลังด้วย นอกจากนั้น ยังปรากฏว่า ในการโอนทรัพย์สินให้แก่กระทรวงการคลังตามมติคณะรัฐมนตรีนั้น การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยมีหนังสือลงวันที่ 23 มิถุนายน 2548 ถึงปลัดกระทรวงการคลังเพื่อแจ้งรายการทรัพย์สินที่จะโอนให้แก่กระทรวงการคลัง โดยแจ้งว่าจะจัดส่งข้อมูลรายละเอียดให้กระทรวงการคลัง และต่อมา บริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) กับกรมธนารักษ์ได้จัดทำบันทึกความเข้าใจเกี่ยวกับการเช่าหรือการใช้ที่ราชพัสดุที่โอนให้แก่กระทรวงการคลังโดยมีข้อตกลงว่าจะทำสัญญาเช่าภายใน 3 ปี นับแต่วันจดทะเบียน แสดงให้เห็นว่า การดำเนินการเตรียมโอนทรัพย์สินดังกล่าวยังไม่แล้วเสร็จเป็นการโอนกันเพียงอาศัยข้อมูลทางบัญชีซึ่งถือไม่ได้ว่ามีการดำเนินการเสร็จสมบูรณ์ก่อนที่จะดำเนินการออกพระราชกฤษฎีกาทั้ง 2 ฉบับดังกล่าว และการที่คณะรัฐมนตรีมีมติให้โอนเฉพาะเขื่อนและอ่างเก็บน้ำจำนวน 21 แห่ง และที่ดินที่ตั้งอยู่ในบริเวณเขื่อน อ่างเก็บน้ำ และห้วงน้ำให้แก่กระทรวงการคลัง โดยมีได้โอนที่ดินซึ่งเป็นที่ตั้งโรงไฟฟ้ากังหันก๊าซและโรงไฟฟ้าพลังน้ำในท้องที่อำเภอบางปะกง และสิทธิเหนือพื้นดินเกี่ยวกับระบบส่งไฟฟ้ารวมถึงสายส่งและทรัพย์สินอื่นที่ทำให้เกิดสิทธิดังกล่าว จึงเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

เมื่อขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญก่อนการตราพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2548 เป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมมีผลไปถึงไม่ชอบด้วยกฎหมายของการตราพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขยกเลิกกฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 ด้วย เพราะการตราพระราชกฤษฎีกาฉบับนี้ เพื่อใช้บังคับทำให้สถานะทางกฎหมายของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 ถูกยกเลิกไป ดังนั้น การตราพระราชกฤษฎีกา กำหนดเงื่อนไขยกเลิกกฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2548 ขึ้นใช้บังคับจึงไม่อาจกระทำได้

ศาลปกครองสูงสุดจึงเห็นว่า การดำเนินการในชั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญในการเปลี่ยนทุนของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย เป็นหุ้นของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกระทำของคณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งบริษัทนั้น ได้เสียไปทั้งหมดหรือไม่ผลตามกฎหมาย และย่อมมีผลทำให้การดำเนินการต่อมา รวมทั้งมติของคณะรัฐมนตรี ที่มีมติอนุมัติเปลี่ยนทุนของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยเป็นหุ้นและจัดตั้งบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) รวมทั้งการออกพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2548 และพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2548 เสียไปด้วยเช่นกัน

พิพากษาเพิกถอนพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2548 และพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนไขเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2548 ตั้งแต่วันที่ 24 มิถุนายน 2548 ซึ่งเป็นวันใช้บังคับพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว

(2) วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตามมาตรา 24 และมาตรา 26

1. วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารเป็นผู้อนุมัติว่าจะให้กิจการ สิทธิ หนี้ ความรับผิด สินทรัพย์ใดของรัฐวิสาหกิจโอนไปเป็นของบริษัทหรือเป็นของกระทรวงการคลังตามมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542

มาตรา 24 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติให้คณะรัฐมนตรีเข้ามามีอำนาจที่สำคัญในขั้นตอนของการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ คือ ในวันที่มีการจดทะเบียนจัดตั้งบริษัทตามมาตรา 22 ให้คณะรัฐมนตรีมีอำนาจในการที่จะอนุมัติได้ว่าจะให้กิจการ สิทธิ หนี้ ความรับผิด หรือสินทรัพย์ใดบ้างของรัฐวิสาหกิจ โอนไปเป็นของบริษัทหรือเป็นของกระทรวงการคลังก็ได้ แล้วแต่กรณี ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวนี้เป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ใช้อำนาจนิติบัญญัติตรากฎหมาย คือ พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 มอบอำนาจให้คณะรัฐมนตรีซึ่งเป็นฝ่ายบริหารมีอำนาจที่จะเลือกได้ว่าคณะรัฐมนตรีต้องการที่จะให้กิจการ สิทธิ หนี้ ความรับผิด หรือสินทรัพย์ใดบ้างของรัฐวิสาหกิจ โอนไปเป็นของบริษัทหรือโอนไปเป็นของกระทรวงการคลัง เมื่อกระบวนการในการเปลี่ยนทุนเป็นหุ้นได้สิ้นสุดลง ซึ่งจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีลักษณะเป็นการตรากฎหมายมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารสามารถใช้ดุลพินิจในเรื่องที่มีความสำคัญได้อย่างกว้างขวาง เนื่องจาก

พระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 ซึ่งเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารนั้น มิได้มีการบัญญัติกำหนด หลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารไว้แต่อย่างใด

การตรากฎหมายมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารในลักษณะดังกล่าวนี้ได้ก่อให้เกิดปัญหา เกี่ยวกับการที่คณะรัฐมนตรีมิได้ใช้อำนาจตามมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 โอนทรัพย์สินบางประเภทของ กฟผ. ให้แก่กระทรวงการคลังในกรณีการแปรรูป การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น ซึ่งเป็นปัญหาในลักษณะเดียวกัน กับกรณีการแปรรูปการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย กล่าวคือ ในขณะที่ กฟผ. มีสถานะ เป็นองค์การของรัฐนั้น กฟผ. มีสิทธิและทรัพย์สินที่ กฟผ. ได้มาโดยใช้อำนาจมหาชนของรัฐ ตามกฎหมายเพื่อใช้ในการประกอบกิจการไฟฟ้าตามที่กฎหมายให้อำนาจ ดังนี้

(1) กฟผ. ได้ที่ดินมาจากการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ จำนวน 1 แปลง ในท้องที่ตำบล บางปะกง อำเภอบางปะกง จังหวัดฉะเชิงเทรา ตามพระราชบัญญัติเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ใน ท้องที่ตำบลบางปะกง อำเภอบางปะกง จังหวัดฉะเชิงเทรา พ.ศ. 2521 อันเป็นการดำเนินการ โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติในพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 ประกอบกับพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. 2497 ซึ่งที่ดิน แปลงนี้เป็นที่ดินที่การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยซึ่งเป็นองค์การของรัฐได้กรรมสิทธิ์มา โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะเพื่อการอันเป็นสาธารณูปโภคด้านพลังงาน ไฟฟ้า จึงเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดินที่ใช้เพื่อประโยชน์ของแผ่นดินโดยเฉพาะและถือเป็น ที่ราชพัสดุ

(2) กฟผ. มีสิทธิเหนือพื้นดินเกี่ยวกับระบบส่งไฟฟ้ารวมทั้งสายส่งไฟฟ้าซึ่งเป็น ทรัพย์สินติดอติดอยู่กับที่ดินและเป็นอสังหาริมทรัพย์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งสิทธิดังกล่าวเป็นสิทธิที่ก่อตั้งโดยพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 โดยการใช้อำนาจมหาชนของรัฐ และยังมีอยู่ตราบเท่าที่มีการใช้ประโยชน์เพื่อการนั้น อยู่ ดังนั้น สิทธิเหนือพื้นดินเกี่ยวกับระบบส่งไฟฟ้ารวมทั้งสายส่งไฟฟ้า จึงเป็นสาธารณสมบัติ ของแผ่นดินที่ใช้เพื่อประโยชน์ของแผ่นดินโดยเฉพาะตามมาตรา 1304 (3) แห่งประมวลกฎหมาย แพ่งและพาณิชย์ และเป็นที่ราชพัสดุตามมาตรา 4 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติที่ราชพัสดุ พ.ศ. 2518 ด้วยเช่นกัน

กระทรวงการคลังได้เสนอแนวทางเกี่ยวกับการรักษาสาธารณสมบัติและทรัพย์สิน ของชาติต่อคณะรัฐมนตรี โดยเสนอให้กำหนดเป็นหลักการในการโอนทรัพย์สินที่เป็นสาธารณ สมบัติของแผ่นดินหรือที่ได้มาโดยใช้อำนาจรัฐ ซึ่งเดิมอยู่ในการครอบครองของรัฐวิสาหกิจนั้น

ให้กลับมาเป็นของแผ่นดิน แต่คณะรัฐมนตรีมีมติว่าจะอนุมัติให้ทรัพย์สินที่ได้มาโดยการใช้อำนาจรัฐเป็นของกระทรวงการคลังหรือเป็นของบริษัทได้ตามความจำเป็นแล้วแต่กรณี และคณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งบริษัทมีมติเสนอความเห็นต่อคณะกรรมการนโยบายทุนรัฐวิสาหกิจในส่วนที่เกี่ยวกับการโอนกิจการ สิทธิ หนี้สิน ความรับผิดชอบและสินทรัพย์ของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยส่วนที่จะโอนไปยังบริษัทที่จัดตั้งขึ้นใหม่และส่วนที่จะให้ตกเป็นของกระทรวงการคลัง ดังต่อไปนี้

1) ให้โอนกิจการที่การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยดำเนินการทั้งหมดให้แก่บริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน)

2) ให้โอนกรรมสิทธิ์ในโครงสร้างสันเขื่อนและอ่างเก็บน้ำที่ใช้ในการเก็บกักน้ำ โดยไม่รวมโรงไฟฟ้าพลังน้ำ และให้โอนที่ดินที่ตั้งอยู่ในบริเวณเขื่อน อ่างเก็บน้ำและห้วงานให้กระทรวงการคลัง โดยบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) ยังคงมีสิทธิใช้ประโยชน์ในทรัพย์สินดังกล่าว และบริษัทฯ ควรรับโอนกิจการที่เกี่ยวข้องกับเขื่อนและอ่างเก็บน้ำด้วย

3) ในวันจดทะเบียนบริษัท ให้บริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) รับโอนสินทรัพย์ทั้งหมดของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย ในราคาตามมูลค่าทางบัญชี และให้การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยโอนกรรมสิทธิ์โครงสร้างสันเขื่อนและอ่างเก็บน้ำที่ใช้ในการเก็บกักน้ำ จำนวน 21 เขื่อน และที่ดินที่ตั้งอยู่ในบริเวณเขื่อน อ่างเก็บน้ำ ห้วงานให้แก่กระทรวงการคลัง

คณะกรรมการนโยบายทุนรัฐวิสาหกิจมีมติเห็นชอบตามความเห็นของคณะกรรมการเตรียมการจัดตั้งบริษัทในส่วนที่เกี่ยวกับทรัพย์สินข้างต้น และคณะรัฐมนตรีได้มีมติเห็นชอบตามมติของคณะกรรมการนโยบายทุนรัฐวิสาหกิจเช่นกัน

ต่อมา การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยได้มีหนังสือแจ้งการโอนโครงการสันเขื่อนและอ่างเก็บน้ำที่ใช้ในการกักเก็บน้ำ จำนวน 21 เขื่อน และที่ดินที่ตั้งอยู่ในบริเวณเขื่อน อ่างเก็บน้ำและห้วงานให้แก่กระทรวงการคลัง โดยให้มีผลตั้งแต่วันที่ 24 มิถุนายน 2548 ซึ่งเป็นวันจดทะเบียนจัดตั้งบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) แต่มิได้โอนที่ดินซึ่งเป็นที่ตั้งโรงไฟฟ้ากังหันก๊าซและโรงไฟฟ้าพลังน้ำ ที่อยู่ในท้องที่ตำบลบางปะกง อำเภอบางปะกง จังหวัดฉะเชิงเทรา และสิทธิเหนือพื้นดินเกี่ยวกับระบบไฟฟ้า สายส่งไฟฟ้า รวมทั้งทรัพย์สินอื่นที่ก่อให้เกิดสิทธิดังกล่าวให้แก่กระทรวงการคลัง เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่า คณะรัฐมนตรีมีมติให้โอนอสังหาริมทรัพย์อื่นที่ได้มาเพื่อใช้ประโยชน์ในการจัดทำบริการสาธารณะด้านพลังงานไฟฟ้าให้แก่กระทรวงการคลังแล้ว แต่คณะรัฐมนตรีมิได้อนุมัติให้โอนที่ดินที่การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยได้มาโดยการเวนคืนที่ดินตามมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย

ไทย พ.ศ. 2511 ซึ่งเป็นกฎหมายเฉพาะ รวมทั้งสิทธิเหนือพื้นดินเกี่ยวกับระบบส่งไฟฟ้า รวมถึงสายส่งและทรัพย์สินอื่นที่ก่อให้เกิดสิทธิดังกล่าวที่การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยได้มาตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวให้แก่กระทรวงการคลังด้วย ซึ่งการที่คณะกรรมการมีมติให้โอนเฉพาะเขื่อนและอ่างเก็บน้ำจำนวน 21 แห่ง และที่ดินที่ตั้งอยู่ในบริเวณเขื่อน อ่างเก็บน้ำและห้วงงานให้แก่กระทรวงการคลัง โดยมีได้โอนที่ดินซึ่งเป็นที่ตั้งโรงไฟฟ้ากังหันก๊าซและโรงไฟฟ้าพลังน้ำในท้องที่อำเภอบางปะกง และสิทธิเหนือพื้นดินเกี่ยวกับระบบส่งไฟฟ้ารวมถึงสายส่งและทรัพย์สินอื่นที่ก่อให้เกิดสิทธิดังกล่าวนั้น ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยว่าคณะกรรมการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ปัญหาที่เกิดขึ้นตามคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดนี้ ผู้เขียนเห็นว่า การที่มาตรา 24 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 ให้อำนาจคณะกรรมการแต่เพียงผู้เดียวเป็นผู้มีอำนาจที่จะอนุมัติว่าจะให้กิจการ สิทธิ หนี้ ความรับผิดชอบ หรือสินทรัพย์ใดบ้างของรัฐวิสาหกิจ ที่จะให้โอนไปเป็นของบริษัทหรือกระทรวงการคลัง นั้น เป็นการมอบอำนาจให้คณะกรรมการใช้ดุลพินิจได้อย่างกว้างขวาง โดยปราศจากหลักเกณฑ์และเงื่อนไขเพื่อประกอบการใช้ดุลพินิจดังกล่าว ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า ควรมีการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขไว้ในกฎหมายที่ให้อำนาจคณะกรรมการเพื่อให้คณะกรรมการได้ใช้พิจารณาประกอบการใช้ดุลพินิจด้วยว่า กิจการ สิทธิ หนี้ ความรับผิดชอบ หรือสินทรัพย์ ที่มีลักษณะอย่างไรที่คณะกรรมการจะสามารถใช้ดุลพินิจอนุมัติให้โอนไปเป็นของบริษัทได้ หรือกิจการ สิทธิ หนี้ ความรับผิดชอบ ที่มีลักษณะอย่างไรที่คณะกรรมการไม่สามารถใช้ดุลพินิจอนุมัติให้โอนไปเป็นของบริษัทได้ แต่ต้องโอนให้กระทรวงการคลัง ดังเช่นกรณีการโอนทรัพย์สินของรัฐวิสาหกิจได้มาโดยการใช้อำนาจมหาชนของรัฐกรณีการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ ควรกำหนดบังคับให้รัฐมนตรีต้องอนุมัติให้โอนทรัพย์สินที่ได้มาจากการใช้อำนาจเวนคืนดังกล่าวโอนไปเป็นของกระทรวงการคลัง เนื่องจากถ้าหากมอบอำนาจให้คณะกรรมการใช้อำนาจในเรื่องที่มีความสำคัญเช่นนี้ได้โดยลำพังและปราศจากหลักเกณฑ์และเงื่อนไขใด ๆ แล้ว กิจการหรือทรัพย์สินที่มีความสำคัญของรัฐจะต้องถูกโอนไปเป็นของบริษัทซึ่งเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนทั้งหมด เนื่องจากเมื่อมีการเปลี่ยนสถานะของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยไปเป็นบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) โดยเปลี่ยนทุนเป็นหุ้นตามพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 และมีการจดทะเบียนเป็น บริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) นั้น ทำให้การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยเปลี่ยนสถานะจากรัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติเป็นบริษัทมหาชนจำกัดตามกฎหมายว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัดในระบบ

กฎหมายเอกชนจึงมีสถานะทางกฎหมายเป็นนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนและมีการดำเนินการทางธุรกิจเช่นเดียวกับนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายว่าด้วยบริษัทมหาชนจำกัด

2. วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจ จำกัดหรืองดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของรัฐวิสาหกิจที่ได้มีการเปลี่ยนทุนเป็นหุ้นตามมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542

เมื่อมีการเปลี่ยนทุนของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยเป็นหุ้นของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) แล้ว คณะรัฐมนตรีได้อาศัยอำนาจตามมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 ตราพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2548 โดยกำหนดให้ ในการดำเนินกิจการผลิตไฟฟ้า ให้บริษัทมีอำนาจ ได้รับยกเว้น มีสิทธิพิเศษหรือได้รับความคุ้มครองตามที่กฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย ซึ่งอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายที่ กฟผ. มีอยู่เดิมตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้าแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 ในส่วนที่เป็นสาระสำคัญ คือ

1) ดำเนินงานต่างๆ เกี่ยวกับพลังงานไฟฟ้า แหล่งพลังงานอันได้มาจากธรรมชาติหรือเชื้อเพลิง เพื่อการผลิตพลังงานไฟฟ้าและงานอื่นที่ส่งเสริมกิจการของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย

2) สร้างเขื่อนกั้นน้ำ เขื่อนระบายน้ำ เขื่อนกักเก็บน้ำ อ่างเก็บน้ำ หรือสิ่งอื่นอันเป็นอุปกรณ์ของเขื่อนหรืออ่างนั้น เพื่อการผลิตพลังงานไฟฟ้า หรือเพื่อการพัฒนาการไฟฟ้าพลังน้ำหรือเพื่อประโยชน์เกี่ยวกับการไฟฟ้า

3) สร้างโรงงานไฟฟ้าพลังความร้อน โรงไฟฟ้าพลังน้ำ โรงไฟฟ้าปรมาณูหรือโรงไฟฟ้าพลังอื่น หรือสร้างระบบไฟฟ้า

โดยในการสำรวจเพื่อหาแหล่งพลังงานหรือเพื่อหาสถานที่สำหรับใช้ในกิจการหรือเพื่อสร้างและบำรุงรักษาระบบไฟฟ้าดังกล่าว นั้น พระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 ได้บัญญัติให้ กฟผ. มีอำนาจดำเนินการต่าง ๆ ได้หลายประการ เช่น มาตรา 28 ได้บัญญัติให้ พนักงานหรือลูกจ้างมีอำนาจที่จะใช้สอยหรือเข้าครอบครอง อสังหาริมทรัพย์ในความครอบครองของบุคคลใดๆ ซึ่งมีใช้เคหสถานเป็นการชั่วคราวภายใต้เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดได้ และในส่วนของ การส่งและจำหน่ายพลังงานไฟฟ้านั้น มาตรา 29 บัญญัติให้ กฟผ. มีอำนาจเดินสายส่งไฟฟ้าหรือจำหน่ายไฟฟ้าไปได้ เหนือ ตาม หรือข้ามพื้นดินของบุคคลใด ปัก หรือตั้งเสา สถานีไฟฟ้าย่อยหรืออุปกรณ์อื่น ลงในหรือบนพื้นดินของบุคคลใด ซึ่งมีใช่เป็นที่ตั้งโรงเรือน ประกาศกำหนดเขตเดินสายไฟฟ้า และรื้อถอนโรงเรือนหรือทำลายสิ่งอื่นที่

สร้างขึ้นหรือทำขึ้น หรือทำลายหรือตัดฟัน ตัดต้น กิ่ง หรือรากของต้นไม้ หรือพืชผลในเขตเดินสายไฟฟ้า และมาตรา 36 ได้บัญญัติให้ กฟผ. มีอำนาจเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เพื่อให้ได้มาซึ่งแหล่งพลังงานด้วย

เมื่อพิจารณาอำนาจที่การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยมีอยู่เดิมตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 กับอำนาจหน้าที่ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) ที่ถูกจำกัดตามพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2548 แล้ว ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า พระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2548 ไม่มีบทบัญญัติใดที่จำกัดอำนาจของรัฐในส่วนที่เกี่ยวกับการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ที่การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยมีอยู่เดิมตามมาตรา 36 แห่งพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 ซึ่งเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะที่ให้อำนาจการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยดำเนินการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์อันเป็นอำนาจมหาชนของรัฐ ตามมาตรา 49 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การที่พระราชกฤษฎีกาฉบับนี้ยังคงให้บริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) มีอำนาจในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ต่อไป จึงไม่ขัดด้วยกฎหมายเนื่องจากการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องและมีผลกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลและเป็นการใช้อำนาจมหาชนที่รัฐธรรมนูญสงวนไว้ให้เป็นอำนาจรัฐ ซึ่งได้รับการรับรองไว้ในมาตรา 49 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญว่า การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จะกระทำมิได้ เว้นแต่อาศัยอำนาจตามบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ เพื่อการอันเป็นสาธารณูปโภค การอันจำเป็นในการป้องกันประเทศ การได้มาซึ่งทรัพยากรธรรมชาติ การผังเมือง การส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม การพัฒนาการเกษตรหรือการอุตสาหกรรม การปฏิรูปที่ดิน หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่นเท่านั้น

แม้ว่ามาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 จะบัญญัติให้อำนาจ สิทธิ หรือประโยชน์ของรัฐวิสาหกิจที่จะเปลี่ยนทุนเป็นหุ้นของบริษัทอาจกำหนดหรือดัดได้ตามที่กำหนดในพระราชกฤษฎีกาและอาจกำหนดให้อำนาจนั้น เป็นของคณะกรรมการคณะหนึ่งคณะใดตามที่กำหนด หรือจะให้แต่งตั้งโดยคณะกรรมการนโยบายทุนรัฐวิสาหกิจได้ก็ตาม แต่บทบัญญัตินี้ดังกล่าวก็ได้สงวนการใช้อำนาจไว้ด้วยว่า การออกพระราชกฤษฎีกาต้องคำนึงถึงการควบคุมให้การใช้อำนาจทางกฎหมายเป็นไปโดยถูกต้องประกอบกับรักษาผลประโยชน์ของรัฐด้วย ดังนั้น จึงไม่อาจแปลความเพื่อเป็นการยกเว้นและนำมาใช้กับกรณีการใช้อำนาจการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา 49 ของรัฐธรรมนูญได้

เมื่อศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้ข้างต้นแล้วว่า อำนาจการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ เป็นอำนาจมหาชนที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้สำหรับรัฐ และต้องอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเฉพาะ การที่พระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2548 มิได้จำกัดอำนาจมหาชนดังกล่าว จึงมีผลให้อำนาจมหาชนดังกล่าวโอนไป เป็นของบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) ซึ่งไม่อาจกระทำได้ตามมาตรา 48 และมาตรา 49 ของรัฐธรรมนูญ ประกอบกับมาตรา 26 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 และการให้บริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) มีอำนาจเกี่ยวกับการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ ตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 ย่อมก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันทางธุรกิจและไม่เป็นธรรมต่อบุคคลหรือนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนซึ่งไม่มีอำนาจมหาชนเช่นว่านั้น อันเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค หลักการแห่งความเท่าเทียมกันอย่างเป็นธรรมในการแข่งขันทางธุรกิจ ตามมาตรา 30 และมาตรา 50 ของรัฐธรรมนูญ ประกอบกับมาตรา 26 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 และเป็นการออกกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับมาตรา 87 ของรัฐธรรมนูญด้วย

ในประเด็นนี้ผู้เขียนเห็นด้วยกับคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด โดยเห็นว่า การที่ คณะรัฐมนตรีอาศัยอำนาจตามมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 ตราพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท กฟผ. (จำกัด) มหาชน พ.ศ. 2548 โดยมีเนื้อหาสาระเป็นการมอบให้บริษัท กฟผ. (จำกัด) มหาชน ซึ่งเป็นนิติบุคคล ตามกฎหมายเอกชน มีอำนาจมหาชนที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคล ซึ่งรัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองไว้ นั้น ไม่สามารถกระทำได้โดยอาศัยอำนาจตามพระราชกฤษฎีกา ซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรองที่ฝ่ายบริหารตราขึ้น เพราะสิทธิในทรัพย์สินเป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญ บัญญัติรับรองและคุ้มครองไว้ และหากจะมีการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลดังกล่าว รัฐธรรมนูญก็ได้กำหนดให้การจำกัดสิทธินั้นต้องกระทำโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติ แห่งกฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น ดังนั้น จึงไม่สามารถกำหนดให้บุคคลใดมีอำนาจ จำกัดสิทธิในทรัพย์สินที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยการตราเป็นพระราชกฤษฎีกาซึ่งเป็นกฎหมาย ลำดับรองของฝ่ายบริหารได้

นอกจากนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า กฟผ. มีอำนาจมหาชนที่เกี่ยวข้องกับการจำกัด สิทธิในทรัพย์สินของบุคคลหรือมีอำนาจเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ได้เพราะมีกฎหมาย คือ พระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 ให้อำนาจไว้ โดยพระราชบัญญัติ ดังกล่าวนี้นี้เป็นกฎหมายที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติคือรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรที่ประกอบไปด้วย

ผู้แทนของประชาชน มีที่มาจากประชาชน ดังนั้น การที่รัฐสภาตรากฎหมายมอบให้ กฟผ. มีอำนาจดังกล่าวได้จึงมีผลเท่ากับว่าประชาชนผู้ซึ่งเป็นเจ้าของทรัพย์สินนั้นยินยอมให้ กฟผ. เป็นผู้ใช้อำนาจกระทำการที่มีผลกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินของตนได้ การใช้อำนาจมหาชนที่มีผลกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินดังกล่าวของ กฟผ. จึงมีที่มาจากกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ แต่เมื่อมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 กำหนดให้ บริษัทที่ได้มีการแปลงสภาพ มีอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ เช่นเดียวกับที่รัฐวิสาหกิจเคยมีอยู่ตามกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจหรือกฎหมายอื่น และถือว่าบริษัทมีฐานะอย่างเดียวกันกับรัฐวิสาหกิจตามกฎหมายดังกล่าวย่อมส่งผลให้ บริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) มีอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ ดังเช่นที่ กฟผ. เคยมีอยู่ตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 ซึ่งหมายความว่า บริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) จะมีอำนาจมหาชนของรัฐที่มีผลกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลด้วย แต่อย่างไรก็ตามมาตรา 26 แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. 2542 ก็ได้กำหนดให้คณะรัฐมนตรีมีอำนาจตราพระราชกฤษฎีกาเพื่อจำกัดหรือลด อำนาจ สิทธิ และประโยชน์ ตามกฎหมายจัดตั้งรัฐวิสาหกิจเดิมหรือกฎหมายอื่นได้ หรือจะกำหนดให้อำนาจนั้นเป็นของคณะกรรมการที่ตั้งขึ้นก็ได้ ซึ่งคณะรัฐมนตรีได้ใช้อำนาจตามกฎหมายดังกล่าวตราพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของ บริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. 2548 โดยกำหนดให้บริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) มีอำนาจได้รับยกเว้น มีสิทธิพิเศษ หรือได้รับความคุ้มครองตามที่กฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยหรือกฎหมายอื่นได้บัญญัติไว้ให้แก่ กฟผ. ซึ่งพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวไม่ได้มีการจำกัดหรือลดอำนาจที่จะโอนไปไว้แต่อย่างใด

ในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่า การที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารในลักษณะเช่นนี้ก่อให้เกิดปัญหาเป็นอย่างมาก เนื่องจากเป็นการตรากฎหมายมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารอย่างกว้างขวางเกินไป แม้ฝ่ายนิติบัญญัติจะได้มีการกำหนดกรอบของการใช้อำนาจไว้ด้วยแล้วว่า การตราพระราชกฤษฎีกานั้นจะต้องให้บริษัทต้องมีอำนาจ สิทธิ และประโยชน์เท่าที่จำเป็นแก่การดำเนินงานที่จะก่อให้เกิดประโยชน์แก่ส่วนรวม โดยคำนึงถึงความเป็นธรรมในการประกอบธุรกิจ การควบคุมการใช้อำนาจตามกฎหมายให้ถูกต้องและการรักษาผลประโยชน์ของรัฐประกอบด้วย การกำหนดกรอบแห่งการใช้อำนาจดังกล่าวก็มีลักษณะที่กว้างเกินไป ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติควรจะมีการกำหนดกรอบของการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารให้มีความชัดเจนมากขึ้นเพราะหากกฎหมายที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายบริหารไม่ได้กำหนดกรอบที่ชัดเจนในการใช้อำนาจไว้ย่อมส่งผลให้เกิดปัญหาเมื่อฝ่ายบริหารใช้อำนาจตามกฎหมาย

ที่ไม่มีความชัดเจนเพียงพอ ดังเช่น กรณีที่คณะรัฐมนตรีตราพระราชกฤษฎีกากำหนดให้บริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) มีอำนาจมหาชนของรัฐโดยเฉพาะอำนาจในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ได้ ซึ่งอำนาจเวนคืนอสังหาริมทรัพย์นั้น จะมีขึ้นได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะที่ตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งประกอบด้วยผู้แทนของประชาชนเท่านั้น คณะรัฐมนตรี ซึ่งเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ไม่ได้มีฐานที่มาจากประชาชน จึงไม่อาจมีอำนาจอนุญาต หรืออนุมัติให้ผู้ใดมีอำนาจ จำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลซึ่งเป็นสิทธิที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติ รับรองและคุ้มครองไว้ ดังนั้น การใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีตามกฎหมายดังกล่าวจึงจะต้อง คำนึงหลักการตามกฎหมายอื่นประกอบด้วยไม่ใช่อ้างแต่เฉพาะว่าตนสามารถกระทำได้นี้เนื่องจาก มีกฎหมายให้อำนาจ นอกจากนี้ผู้เขียนยังมีความเห็นว่า การกำหนดว่าจะให้อำนาจ สิทธิ และประโยชน์ใด โอนไปเป็นของบริษัทหรือไม่นั้น เป็นเรื่องที่มีความสำคัญ เพราะอำนาจ บางอย่างมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองและคุ้มครองไว้ อย่างมาก เช่น อำนาจในการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ของบุคคล ดังนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติ ควรกำหนดไว้ในกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติเองด้วยว่า อำนาจ สิทธิ และประโยชน์ที่มีลักษณะ อย่างไม่สามารถโอน ไปให้บริษัทได้โดยเด็ดขาด หรืออำนาจ สิทธิ และประโยชน์อย่างไร ที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะมอบให้ฝ่ายบริหารสามารถใช้ดุลพินิจได้ว่า จะตราพระราชกฤษฎีกาให้โอนไป ยังบริษัทที่เกิดจากแปลงสภาพ และการที่กำหนดให้ บริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) มีอำนาจ เกี่ยวกับการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ตามพระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2521 ย่อมก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมในการแข่งขันทางธุรกิจ และไม่เป็นธรรมต่อบุคคล หรือนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนที่ไม่มีอำนาจมหาชนเช่นว่านั้น อันเป็นการกระทำที่ขัดต่อ หลักความเสมอภาค หลักการแห่งความเท่าเทียมกันอย่างเป็นธรรมในการแข่งขันการประกอบ กิจการทางธุรกิจด้วย

3.2 ปัญหากรณีพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542

ปัญหาเรื่องการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายลำดับรองในกรณีของ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 นี้ เป็นปัญหา เกี่ยวกับการกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการได้มาซึ่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน เนื่องจาก มาตรา 312 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้กำหนดให้มีการตรา พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเพื่อกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับคุณสมบัติ ลักษณะต้องห้าม

การสรรหาและการเลือก และการพ้นจากตำแหน่ง ของผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน แต่เมื่อมีการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 แล้ว มาตรา 30 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวได้กำหนดให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็นผู้มีอำนาจออกระเบียบเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาบุคคลที่จะได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน และคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินก็ได้อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวออกระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2543 ซึ่งต่อมาได้มีการสรรหาและเลือกผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้น และเกิดเป็นปัญหาเกี่ยวกับกระบวนการขั้นตอนในการสรรหาและเลือกผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ดังจะได้กล่าวถึงต่อไป ดังนั้น จึงควรจะได้ศึกษาถึงหลักเกณฑ์ต่าง ๆ ในการได้มาซึ่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ดังต่อไปนี้

3.2.1 หลักเกณฑ์การได้มาซึ่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ประกอบกับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 และระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2543 ได้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการได้มาซึ่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินไว้พิจารณาได้ดังนี้

3.2.1.1 หลักเกณฑ์ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 312 ได้บัญญัติถึงคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน และสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน ซึ่งเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่เกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดินไว้ สรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

(1) กำหนดให้มืองค์กรที่ทำหน้าที่เกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดิน คือ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ที่มีความเป็นอิสระและเป็นกลาง โดยได้บัญญัติให้ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ประกอบด้วยประธานกรรมการหนึ่งคนและกรรมการอื่นอีกเก้าคน ซึ่งพระมหากษัตริย์แต่งตั้งตามคำแนะนำของวุฒิสภา จากผู้มีความชำนาญและประสบการณ์ด้านการตรวจเงินแผ่นดิน การบัญชี การตรวจสอบภายใน การเงินการคลัง และด้านอื่น

(2) กำหนดให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีหน่วยธุรการที่เป็นอิสระ โดยมีผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินเป็นผู้บังคับบัญชาของหน่วยธุรการนั้นและขึ้นตรงต่อประธานกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดินพร้อมกันนี้ รัฐธรรมนูญยังได้กำหนดให้ พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินตามคำแนะนำของวุฒิสภา จากผู้มีความชำนาญและประสบการณ์ด้านการตรวจเงินแผ่นดิน การบัญชี การตรวจสอบภายใน การเงินการคลัง และด้านอื่น โดยให้ประธานวุฒิสภาเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งประธานกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน กรรมการตรวจเงินแผ่นดิน และผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน

(3) กำหนดให้คุณสมบัติ ลักษณะต้องห้าม การสรรหาและการเลือก และการพ้นจากตำแหน่งของกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน รวมทั้งอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน และสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน เป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน ทั้งนี้ การกำหนดคุณสมบัติและวิธีการเลือกบุคคลซึ่งจะได้รับการแต่งตั้งเป็นกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน จะต้องเป็นไปเพื่อให้ได้บุคคลที่มีคุณสมบัติเหมาะสมและมีความซื่อสัตย์สุจริตและเพื่อให้ได้หลักประกันความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ของบุคคลด้วย

นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 333 ได้บัญญัติให้ กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดินนั้น อย่างน้อยจะต้องมีสาระสำคัญ ดังต่อไปนี้

(1) อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ได้แก่ การวางนโยบาย การให้คำปรึกษาและคำแนะนำ การเสนอแนะให้มีการแก้ไขข้อบกพร่องเกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดิน การกำหนดหลักเกณฑ์มาตรฐานเกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดิน การกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีพิจารณาในเรื่องวินัยทางงบประมาณและการคลัง การกำหนดโทษปรับทางปกครอง การพิจารณาวินัยจรรยาบรรณวินัยและงบประมาณและการคลังในฐานะที่เป็นองค์กรสูงสุด และการพิจารณาเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน

(2) การปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน

(3) การจัดให้มีสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินที่เป็นอิสระเพื่อดำเนินการเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคล การงบประมาณ การปฏิบัติงานและการดำเนินการอื่น

3.2.1.2 หลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการได้มาซึ่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กำหนดไว้ สรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

(1) กำหนดให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีหน้าที่สรรหาและจัดทำบัญชีรายชื่อบุคคลที่มีคุณสมบัติตามมาตรา 28 และไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 29 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าว เพื่อเสนอต่อประธานวุฒิสภา (มาตรา 30 วรรคหนึ่ง) และต้องได้รับความยินยอมของบุคคลนั้นก่อนเสนอรายชื่อไปยังประธานวุฒิสภาด้วย (มาตรา 30 วรรคสอง)

(2) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 กำหนดให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็นผู้กำหนดระเบียบเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาบุคคลที่จะได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน (มาตรา 30 วรรคสาม)

(3) เมื่อประธานวุฒิสภาได้รับรายชื่อบุคคลที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเสนอแล้ว ให้เสนอวุฒิสภาเพื่อพิจารณาให้ความเห็นชอบ ซึ่งการพิจารณาให้ความเห็นชอบผู้ที่สมควรดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินนั้น ให้วุฒิสภาลงมติโดยใช้วิธีลงคะแนนลับ และต้องมีคะแนนเสียงเห็นชอบมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา (มาตรา 31 วรรคหนึ่ง วรรคสอง และวรรคสาม)

(4) เมื่อวุฒิสภาได้ให้ความเห็นชอบแล้ว ให้ประธานวุฒิสภานำความขึ้นกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง และในกรณีที่วุฒิสภาไม่ให้ความเห็นชอบให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินคัดเลือกบุคคลซึ่งมีคุณสมบัติตามมาตรา 28 และไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 29 เสนอวุฒิสภาเพื่อให้ความเห็นชอบต่อไปจนกว่าวุฒิสภาจะให้ความเห็นชอบ (มาตรา 31 วรรคสี่)

(5) ให้ประธานวุฒิสภาเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน (มาตรา 31 วรรคห้า)

3.2.1.3 หลักเกณฑ์ตามระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2543

คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินได้อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 ออกระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน

พ.ศ. 2543 เพื่อกำหนดคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามของบุคคลที่จะได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินไว้ในข้อ 4 และข้อ 5 ของระเบียบดังกล่าว และได้กำหนดวิธีการสรรหาผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินไว้ในข้อ 6 กล่าวคือ การดำเนินการสรรหาผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินให้ดำเนินการดังต่อไปนี้

(1) คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินอาจแต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อดำเนินการสรรหาผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน เพื่อเสนอให้คณะกรรมการพิจารณา

(2) ผู้ที่จะได้รับการสรรหาอาจสมัครด้วยตนเองหรือได้รับการเสนอชื่อ เพื่อรับการสรรหากก็ได้

(3) ผู้ที่จะได้รับการสรรหาต้องผ่านการตรวจสอบคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในข้อ 4 และข้อ 5

(4) คณะกรรมการหรือคณะกรรมการอาจให้ผู้ที่ได้รับการสรรหาแถลงหรือแสดงหลักฐานผลงานทางวิชาการหรือทางประสบการณ์ ที่บ่งชี้ถึงความรู้ ความสามารถ หรือด้านอื่นตามที่กำหนด

(5) การเลือกผู้มีคุณสมบัติเหมาะสม ถือตามมติคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินโดยวิธีลงคะแนนลับ ในการนี้ให้ผู้ซึ่งได้รับคะแนนเสียงสูงสุดและมีคะแนนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของกรรมการทั้งหมดเท่าที่มีอยู่เป็นผู้ได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการ ถ้ามีผู้ได้รับคะแนนสูงสุดไม่ถึงกึ่งหนึ่ง ให้ลงมติอีกครั้งหนึ่งต่อเนืองกันไป และในกรณีนี้ให้ผู้ที่ได้รับคะแนนสูงสุดเป็นผู้ได้รับเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการ

เมื่อคณะกรรมการสรรหาบุคคลตามข้อ 6 ได้แล้ว ให้เสนอชื่อไปยังประธานวุฒิสภาโดยเร็ว และต้องได้รับความยินยอมของบุคคลนั้นก่อน

กล่าวโดยสรุป เมื่อพิจารณาจากกฎหมายที่เกี่ยวข้องดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่า กฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์และขั้นตอนเกี่ยวกับการสรรหา การเลือกและการแต่งตั้งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินไว้ 3 ขั้นตอน คือ ขั้นตอนในการสรรหา ขั้นตอนในการเลือก และขั้นตอนในการให้ความเห็นชอบและแต่งตั้งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ซึ่งมีองค์ประกอบที่เกี่ยวข้องดังนี้

(1) ขั้นตอนการสรรหา กฎหมายกำหนดให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีหน้าที่สรรหาและจัดทำบัญชีรายชื่อบุคคลที่มีคุณสมบัติตามมาตรา 28 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 และไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 29

โดยต้องได้รับความยินยอมของบุคคลนั้น แล้วเสนอบัญชีรายชื่อต่อประธานวุฒิสภา ซึ่งในการปฏิบัติตามอำนาจหน้าที่ดังกล่าว คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินได้อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 มาตรา 30 วรรคสาม ออกระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2543

(2) ขั้นตอนในการเลือก กฎหมายกำหนดให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีมติเลือกผู้ที่มีคุณสมบัติเหมาะสมโดยวิธีการลงคะแนนลับจากผู้ที่ได้รับการสรรหา และเสนอชื่อผู้ที่ได้รับคะแนนสูงสุดและไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเท่าที่มีอยู่เป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินต่อประธานวุฒิสภา เพื่อดำเนินการให้วุฒิสภาให้ความเห็นชอบต่อไป

(3) ขั้นตอนในการให้ความเห็นชอบและแต่งตั้ง กฎหมายกำหนดให้วุฒิสภามีหน้าที่ให้ความเห็นชอบผู้ที่สมควรดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน โดยวุฒิสภาต้องลงมติโดยมีคะแนนเสียงให้ความเห็นชอบมากกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนสมาชิกทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ของวุฒิสภา และให้ออกเสียงลงคะแนนโดยวิธีลับ ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 หลังจากนั้น ประธานวุฒิสภาก็จะนำรายชื่อของผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินที่ได้รับการเห็นชอบจากวุฒิสภาแล้วขึ้นกราบบังคมทูลฯ เพื่อพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งต่อไป

3.2.2 ปัญหาเกี่ยวกับการมอบอำนาจให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน

จากบทบัญญัติของกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการดำเนินการสรรหาและเลือกผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นนั้น ได้เคยเกิดกรณีที่เป็นปัญหาเกี่ยวกับการสรรหาและเลือกผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน คือ กรณีที่ที่ประชุมวุฒิสภามีมติเลือกคุณหญิงจารุวรรณ เมณฑกา เป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน และต่อมาได้มีสมาชิกวุฒิสภาบางส่วนยื่นคำร้องต่อประธานรัฐสภาเพื่อขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 266 กรณีการใช้อำนาจของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและวุฒิสภาในการเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน โดยมีข้อเท็จจริงตามคำร้องสรุปสาระสำคัญได้ดังนี้

1. พันตำรวจเอก สุรพงษ์ ไผ่นวล สมาชิกวุฒิสภากับคณะ ได้มีหนังสือขอให้ ประธานรัฐสภาเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยกรณีการใช้ อำนาจคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและวุฒิสภา ในการเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่งผู้ว่าการ ตรวจเงินแผ่นดิน โดยมีรายละเอียด ดังนี้

1.1 คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินได้มีหนังสือ เสนอรายชื่อผู้ได้รับการสรรหาจาก คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน จำนวน 3 คน ไปยังประธานวุฒิสภา เพื่อให้วุฒิสภามีมติเลือก 1 คน เป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจ เงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 มาตรา 31 และมาตรา 32

1.2 ที่ประชุมวุฒิสภาได้มีมติตั้งคณะกรรมการสิทธิการสามัญ เพื่อทำหน้าที่ ตรวจสอบประวัติและความประพฤติของผู้ได้รับการเสนอชื่อให้ดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงิน แผ่นดินตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 135 เมื่อคณะกรรมการฯ ตรวจสอบประวัติและความ ประพฤติเสร็จเรียบร้อยแล้วได้รายงานต่อวุฒิสภา

1.3 ที่ประชุมวุฒิสภาพิจารณาเพื่อคัดเลือกบุคคลผู้สมควรดำรงตำแหน่ง ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน โดยมีประเด็นอภิปรายโต้แย้งกันว่าวุฒิสภามีอำนาจหน้าที่ในการลงมติ เลือกบุคคล 1 คน จากบัญชีรายชื่อจำนวน 3 คน เพื่อดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน หรือไม่ หรือวุฒิสภามีอำนาจเพียงให้ความเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบตามพระราชบัญญัติประกอบ รัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดินฯ มาตรา 31 เท่านั้น ซึ่งได้มีการลงมติ ปรากฏผล การลงมติว่า มีมติให้วุฒิสภานำหน้าที่เลือกบุคคล 1 คน จากจำนวน 3 คน เป็นผู้ว่าการ ตรวจเงินแผ่นดิน จากนั้นประธานวุฒิสภาได้นำความขึ้นกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ และได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง นางจารุวรรณ เมณฑกา เป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน แล้ว

1.4 พันตำรวจเอก สุรพงษ์ ไผ่นวล กับคณะ เห็นว่า ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 333 ประกอบกับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดินฯ มาตรา 15 ปรากฏชัดว่า คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีอำนาจหน้าที่พิจารณาเลือกผู้สมควร ดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินและเสนอชื่อผู้สมควรได้รับการพิจารณาแต่งตั้งฯ ต่อวุฒิสภา โดยผ่านประธานวุฒิสภา นอกจากนี้ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าว มาตรา 31 ระบุไว้ชัดเจนว่าวุฒิสภามีหน้าที่ให้ความเห็นชอบเท่านั้น หากวุฒิสภาไม่ให้ความเห็น ชอบก็ให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินคัดเลือกบุคคลซึ่งมีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้าม เสนอต่อวุฒิสภาเพื่อให้ความเห็นชอบต่อไปจนกว่าวุฒิสภาจะให้ความเห็นชอบ ดังนั้น การที่

วุฒิสภาทำการเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินเสียเอง จึงเป็นการไปทำหน้าที่แทนคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ซึ่งไม่มีบทบัญญัติมาตราใดให้อำนาจกระทำได้ จึงเห็นว่า มติของวุฒิสภาและการเลือกผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินกรณีดังกล่าวเป็นการปฏิบัติที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ มาตรา 333 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดินฯ มาตรา 31

2. ประธานวุฒิสภาพิจารณาแล้ว เห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา 333 ประกอบกับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดินฯ มาตรา 15 มาตรา 30 มาตรา 31 และมาตรา 33 ระบุไว้ชัดเจนและเป็นที่ยอมรับได้ว่า ในการดำเนินการเลือกผู้ดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีอำนาจหน้าที่ในการคัดเลือกผู้ที่เหมาะสม มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามแล้วเสนอต่อวุฒิสภาเพื่อให้ความเห็นชอบ โดยวุฒิสภามีอำนาจเพียงให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบเท่านั้น และหากวุฒิสภาไม่ให้ความเห็นชอบ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินก็มีหน้าที่ที่จะต้องคัดเลือกผู้ที่เหมาะสมดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินเสนอต่อวุฒิสภาต่อไปจนกว่าวุฒิสภาจะให้ความเห็นชอบ ประกอบกับตามระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาผู้ที่เหมาะสมได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2543 ข้อ 6 (5) ซึ่งออกโดยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ได้กำหนดวิธีการในการสรรหาผู้ที่เหมาะสมได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินไว้อย่างชัดเจนว่า "การเลือกผู้ที่มีคุณสมบัติเหมาะสม ถือตามมติคณะกรรมการโดยวิธีลงคะแนนลับ ในการนี้ให้ผู้ซึ่งได้รับคะแนนเสียงสูงสุดเป็นผู้ได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการ" ดังนั้น การที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินได้เสนอรายชื่อบุคคลที่สมควรดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน จำนวน 3 คน ต่อวุฒิสภาเพื่อทำการคัดเลือก และการที่วุฒิสภาได้มีมติคัดเลือกบุคคลผู้สมควรดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินจำนวน 1 คน จากจำนวน 3 คน จึงเป็นการปฏิบัติหน้าที่ที่น่าจะไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดินฯ นอกจากนี้ ยังได้มีคำวินิจฉัยของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ กรณีนายปัญญา ตันตยวงค์ ประธานกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ถูกกล่าวหาว่ากระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่หรือกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ โดยได้เสนอบัญชีรายชื่อบุคคลผู้สมควรได้รับการพิจารณาแต่งตั้งเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินต่อวุฒิสภา โดยเสนอชื่อบุคคลที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมิได้พิจารณาคัดเลือกให้วุฒิสภาพิจารณาด้วย อันเป็นการไม่ชอบด้วยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 ระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหา

ผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2543 และมติคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ซึ่งคณะกรรมการ ป.ป.ช. มีความเห็นว่า พฤติการณ์และการกระทำดังกล่าวเป็นการฝ่าฝืนระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2543 ข้อ 6 (5) และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 ซึ่งคำวินิจฉัยดังกล่าวของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นการสนับสนุนความเห็นที่ว่า การปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและวุฒิสภาซึ่งเป็นองค์กรตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญน่าจะ ไม่ชอบด้วยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดินฯ และเป็นการโต้แย้งการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและวุฒิสภาแล้ว แม้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและวุฒิสภาจะไม่ได้โต้แย้งการปฏิบัติหน้าที่ของอีกฝ่ายหนึ่งก็ตาม ประกอบกับการปฏิบัติหน้าที่ในเรื่องนี้เป็น การสรรหาและคัดเลือกบุคคลสำคัญ เพื่อไปดำรงตำแหน่งในองค์กรด้วย ดังนั้น หากการได้มาซึ่งบุคคลซึ่งจะต้องไปปฏิบัติหน้าที่ในองค์กรตามรัฐธรรมนูญเป็นไปโดยมิชอบด้วยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแล้ว ก็ย่อมส่งผลกระทบต่อ การปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรดังกล่าวด้วย

ดังนั้น ประธานรัฐสภาอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญมาตรา 266 เสนอเรื่องพร้อมความเห็นเป็นคำร้องมายังศาลรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาวินิจฉัยให้เป็นบรรทัดฐานต่อไปว่า การที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเสนอชื่อผู้สมควรเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินต่อวุฒิสภาจำนวน 3 คน และการที่วุฒิสภามีมติเลือกผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินจำนวน 1 คน จากจำนวน 3 คน ที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเสนอมานั้น ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

3.2.2.1 ประเด็นตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ 47/2547¹³

ศาลรัฐธรรมนูญกำหนดประเด็นในการพิจารณาปัญหาตามคำร้องดังกล่าวข้างต้น ดังนี้

(1) ประเด็นที่จะต้องพิจารณาในเบื้องต้น คือ ศาลรัฐธรรมนูญจะรับคำร้องของประธานรัฐสภาไว้พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 266 ได้หรือไม่

พิจารณาแล้วเห็นว่า คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็นองค์กรที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 312 บัญญัติให้มีขึ้นและบัญญัติให้อำนาจหน้าที่ตามที่กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ

¹³ สรุปลงจากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ คำวินิจฉัยที่ 47 / 2547 ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 122 ตอนที่ 26 ก ลงวันที่ 23 มีนาคม 2548. น. 1-16.

กำหนด โดยมาตรา 333 กำหนดสาระสำคัญเป็นอย่างน้อยที่กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดินต้องบัญญัติไว้ด้วย คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินจึงเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ส่วนวุฒิสภาเป็นองค์กรที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 121 บัญญัติให้มีขึ้นและบัญญัติอำนาจหน้าที่ไว้ในรัฐธรรมนูญหลายมาตรา เช่น มาตรา 175 มาตรา 182 มาตรา 183 เป็นต้น วุฒิสภาจึงเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน เพราะต่างเป็นองค์กรที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้มีขึ้นและกำหนดอำนาจหน้าที่ไว้

เมื่อรัฐธรรมนูญ มาตรา 312 บัญญัติให้พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินตามคำแนะนำของวุฒิสภา โดยให้การสรรหาและการเลือกผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินเป็นไปตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน และมาตรา 333 (1) บัญญัติให้กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวต้องบัญญัติอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินในการพิจารณาเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินด้วย การใช้อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินในการเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน จึงเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ และการใช้อำนาจหน้าที่ของวุฒิสภาในการให้ความเห็นชอบบุคคลที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเสนอ ก็เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญในการถวายคำแนะนำพระมหากษัตริย์ จึงเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ และเมื่อประธานรัฐสภาซึ่งเป็นผู้มีสิทธิในการเสนอเรื่องพร้อมความเห็นเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 266 เห็นว่าการดำเนินการสรรหาผู้สมควรดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินโดยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและวุฒิสภา เป็นการปฏิบัติหน้าที่ที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 จึงเป็นการเสนอเรื่องพร้อมความเห็นให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญอันเป็นกรณีมีปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 266 และเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นจริง ศาลรัฐธรรมนูญจึงรับคำร้องนี้ไว้พิจารณาวินิจฉัยต่อไปได้

ในการนี้สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินได้ชี้แจงความเห็นว่า เมื่อพิจารณาตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ มาตรา 312 และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 แล้ว เห็นว่า กฎหมายต้องการให้วุฒิสภาทำหน้าที่เลือกผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินโดยให้ความเห็นชอบบุคคลตามบัญชีรายชื่อที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินสรรหาและจัดทำเสนอต่อประธานวุฒิสภา นอกจากนี้ ตามข้อ 6 ของระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อ

เป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2543 ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 กำหนดในข้อ 6 (1) ให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินแต่งตั้งคณะกรรมการเพื่อดำเนินการสรรหาผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินได้ จึงเป็นการมอบหมายอำนาจให้คณะกรรมการดำเนินการสรรหาแทน เพื่อป้องกันมิให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเข้าไปสรรหาโดยตรง เนื่องจากอาจมีผลกระทบต่อความเป็นอิสระและเป็นกลางของผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ดังนั้น บุคคลผู้ผ่านการสรรหาของคณะกรรมการฯ จึงเป็นผู้ที่ได้รับการสรรหา เพื่อเสนอให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินพิจารณาและมีส่วนในการให้น้ำหนักผู้ผ่านการสรรหาด้วยการลงคะแนนผู้ที่ได้คะแนนสูงสุดตามที่กำหนดเป็นผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้สมควรได้รับการแต่งตั้งตามความเห็นของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน เพื่อเป็นข้อมูลประกอบการพิจารณาเห็นชอบจากวุฒิสภาต่อไป แต่อย่างไรก็ตาม คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินจะต้องจัดทำบัญชีรายชื่อบุคคลผู้ผ่านการสรรหามาได้ เสนอต่อประธานวุฒิสภาตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2543 มาตรา 30 ด้วย แม้นายนนทพล นิมสมบุญ ซึ่งไม่ได้คะแนนเลยก็ต้องส่งรายชื่อไปด้วย เนื่องจากเป็นบุคคลหนึ่งผู้ผ่านการสรรหา

ต่อมาประธานกรรมการตรวจเงินแผ่นดินได้ชี้แจงเพิ่มเติมว่า ตามหนังสือที่ประธานกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีไปถึงประธานคณะกรรมการสามัญตรวจสอบประวัติและความประพฤติผู้ผ่านการสรรหาเป็นผู้สมควรได้รับการเลือกเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน เป็นการยืนยันว่ามีผู้ผ่านการสรรหาจากคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน จำนวน 3 คน มิใช่ผ่านการสรรหาเพียงคนเดียว และการที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินได้เสนอชื่อนายประธาน ดาบเพชร เป็นความเห็นของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน เพื่อประกอบการพิจารณาเลือกโดยความเห็นชอบจากวุฒิสภา มิได้เป็นการชี้แนะหรือกำลวงการใช้ดุลพินิจหรือกระบวนการตัดสินใจเลือกโดยความเห็นชอบของวุฒิสภาแต่อย่างใด โดยมีความนึกคิดว่าหากวุฒิสภาไม่ให้ความเห็นชอบบุคคลทั้ง 3 คน คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินก็จะต้องดำเนินการสรรหาใหม่ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 มาตรา 31 วรรคสี่ การที่วุฒิสภาจะเลือกบุคคล 1 คน ในจำนวน 3 คน จากบัญชีรายชื่อก็เป็นอำนาจของวุฒิสภา ซึ่งคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีอาจกำลวงได้ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินได้ดำเนินการถูกต้องตามกฎหมายและระเบียบทุกประการ ซึ่งหากมีสิ่งใดไม่ถูกต้อง วุฒิสภาก็ต้องส่งเรื่องกลับคืนมา แต่ก็ไม่ได้ปรากฏว่าวุฒิสภาส่งเรื่องคืนมาแต่ประการใด อีกทั้ง รัฐธรรมนูญ มาตรา 312 วรรคหนึ่ง บัญญัติให้ การตรวจเงินแผ่นดินให้กระทำโดยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน

และผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินที่เป็นอิสระและเป็นกลาง ดังนั้น คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินซึ่งเป็นองค์กর্তัดสินชี้ขาดและผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินซึ่งเป็นองค์กর্তตรวจสอบ จึงอยู่ในฐานะถ่วงดุลและคานอำนาจกัน

(2) ประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญต้องพิจารณาวินิจฉัย คือ การที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเสนอชื่อผู้สมควรเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินต่อวุฒิสภา จำนวน 3 คน และการที่วุฒิสภามีมติเลือกผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินจำนวน 1 คน จากจำนวน 3 คน ที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเสนอมานั้น เป็นกระบวนการเพื่อให้ได้มาซึ่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่

กรณีตามคำร้องเป็นกรณีเกี่ยวกับการใช้อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและวุฒิสภาซึ่งเป็นองค์กর্তตามรัฐธรรมนูญในการสรรหาและเลือกผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินซึ่งรัฐธรรมนูญมาตรา 312 วรรคสี่ บัญญัติให้พระมหากษัตริย์แต่งตั้งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินตามคำแนะนำของวุฒิสภา และวรรคเจ็ด บัญญัติให้การสรรหาและการเลือกผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน รวมทั้งอำนาจหน้าที่ของผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน เป็นไปตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญ มาตรา 333 (1) ได้บัญญัติให้กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดินจะต้องมีสาระสำคัญเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินในการพิจารณาเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน

เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการสรรหาและการเลือกผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินแล้วเห็นว่า รัฐธรรมนูญ มาตรา 312 บัญญัติถึงองค์กর্তที่มีหน้าที่เกี่ยวข้องกับการสรรหาและการเลือกผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินก่อนที่จะถวายคำแนะนำพระมหากษัตริย์ไว้รวม 2 องค์กর্ত คือ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและวุฒิสภา โดยให้รายละเอียดในการสรรหาและการเลือกเป็นไปตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน ซึ่งต้องมีสาระสำคัญเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินในการพิจารณาเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินตามที่รัฐธรรมนูญ มาตรา 333 (1) บัญญัติไว้ด้วย กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าว คือ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 15 วรรคหนึ่ง (6) มาตรา 30 และมาตรา 31 โดยกำหนดให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีหน้าที่สรรหาและจัดทำบัญชีรายชื่อบุคคลเสนอประธานวุฒิสภา เพื่อนำเสนอให้วุฒิสภาพิจารณาให้ความเห็นชอบ แล้วประธานวุฒิสภานำความขึ้นกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งต่อไป และมาตรา 30 วรรคสาม

ได้บัญญัติให้หลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาบุคคลของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน เป็นไปตามระเบียบที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินกำหนด ซึ่งคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินได้อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดินฯ ดังกล่าว ออกระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2543 โดยมีข้อ 6 (5) กำหนดให้ การเลือกผู้มีความคุณสมบัติเหมาะสม ถือตามมติคณะกรรมการโดยวิธีลงคะแนนลับ ในการนี้ให้ผู้ซึ่งได้รับคะแนนเสียงสูงสุดและมีคะแนนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของกรรมการทั้งหมดเท่าที่มีอยู่เป็นผู้ได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการ

เมื่อพิจารณารัฐธรรมนูญ มาตรา 312 และมาตรา 333 (1) ประกอบพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดินฯ และระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินฯ แล้ว เห็นว่าเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญในการสรรหาและการเลือกผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินนั้น ต้องการให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็นองค์กรสรรหาและเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน โดยให้วุฒิสภาเป็นองค์กรกลั่นกรองและมีอำนาจหน้าที่ถวายคำแนะนำพระมหากษัตริย์เพื่อทรงแต่งตั้ง ซึ่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดินฯ ก็ได้บัญญัติอำนาจหน้าที่ส่วนนี้ของวุฒิสภาไว้โดยให้วุฒิสภามีอำนาจหน้าที่ในการให้ความเห็นชอบบุคคลที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเลือกแล้วเสนอให้วุฒิสภาพิจารณาให้ความเห็นชอบ

การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติอำนาจหน้าที่ของวุฒิสภาในการถวายคำแนะนำพระมหากษัตริย์เพื่อทรงแต่งตั้งบุคคลนั้น ก่อนที่จะถวายคำแนะนำ รัฐธรรมนูญได้บัญญัติถึงอำนาจหน้าที่ของวุฒิสภาในการพิจารณาบุคคลไว้ ทั้งโดยวิธีการให้ความเห็นชอบบุคคลและการเลือกบุคคล ซึ่งการให้ความเห็นชอบบุคคลและการเลือกบุคคลนั้น มีความหมายที่แตกต่างกัน หากรัฐธรรมนูญบัญญัติให้วุฒิสภามีอำนาจหน้าที่ในการเลือกบุคคล บทบัญญัติดังกล่าวก็จะมีกระบวนการของการสรรหาให้ได้มาซึ่งบุคคลเป็นจำนวนมากกว่าที่วุฒิสภาต้องเลือก เพื่อให้วุฒิสภาเลือกบุคคลเท่าที่รัฐธรรมนูญต้องการจากกลุ่มบุคคลจำนวนมากว่านั้น หากรัฐธรรมนูญบัญญัติให้วุฒิสภามีอำนาจหน้าที่ในการให้ความเห็นชอบ ก็จะไม่มีบทบัญญัติของกระบวนการสรรหาให้ได้มาซึ่งบุคคลเป็นจำนวนมากกว่าจำนวนที่ต้องการให้วุฒิสภาให้ความเห็นชอบ ซึ่งหากวุฒิสภาพิจารณาแล้วไม่ให้ความเห็นชอบบุคคลใดที่มีการสรรหาและเสนอมา ก็มีผลให้องค์กรที่มีหน้าที่ในการสรรหาเบื้องต้นจะต้องดำเนินการสรรหาบุคคล

ตามจำนวนที่จะให้วุฒิสภาเห็นชอบขึ้นมาใหม่ เพื่อเสนอให้วุฒิสภาให้ความเห็นชอบ จนกว่าจะได้บุคคลที่วุฒิสภาต้องให้ความเห็นชอบครบถ้วนตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้

กรณีการสรรหาและการเลือกผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินนั้น รัฐธรรมนูญบัญญัติให้การสรรหาและการเลือกผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินเป็นไปตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน เมื่อพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดินฯ มาตรา 15 วรรคหนึ่ง (6) มาตรา 30 และมาตรา 31 บัญญัติให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็นองค์การสรรหาและเลือก แล้วเสนอให้วุฒิสภาให้ความเห็นชอบ ดังนั้น การที่วุฒิสภาให้ความเห็นชอบ จึงย่อมต้องมีความหมายในลักษณะเดียวกับถ้อยคำตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของวุฒิสภาในการให้ความเห็นชอบบุคคลไว้ คือ วุฒิสภามีอำนาจหน้าที่เพียงให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบเฉพาะบุคคลที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีมติเลือกด้วยคะแนนเสียงสูงสุดและมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของกรรมการตรวจเงินแผ่นดินทั้งหมดเท่าที่มีอยู่มาแล้วเท่านั้น ไม่อาจที่จะใช้อำนาจหน้าที่ในการเลือกบุคคลอื่นที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินไม่ได้มีมติเลือกด้วยคะแนนเสียงดังที่กล่าวแต่อย่างใด ทั้งนี้ หากวุฒิสภาไม่ให้ความเห็นชอบบุคคลที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีมติเลือก พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวก็ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 31 ให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินคัดเลือกบุคคลซึ่งมีคุณสมบัติตามมาตรา 28 และไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 29 เสนอวุฒิสภาเพื่อให้ความเห็นชอบต่อไปจนกว่าวุฒิสภาจะให้ความเห็นชอบ

ประธานกรรมการตรวจเงินแผ่นดินในนามของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินได้มีหนังสือถึงประธานวุฒิสภาว่า คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินได้ดำเนินการสรรหาและพิจารณาคัดเลือกบุคคลที่สมควรได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินเสร็จสิ้นแล้ว ผลปรากฏว่ามีรายชื่อผู้ที่ได้รับการสรรหาและได้รับความยินยอม จำนวน 3 ราย และคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินได้ประชุมพิจารณาคัดเลือกโดยวิธีลงคะแนนลับ ปรากฏว่ามีผู้ได้รับคะแนนเสียงเลือกจำนวน 2 ราย และนายประธาน ดาบเพชร ได้รับคะแนนเสียงอันดับ 1 รายละเอียดปรากฏตามบัญชีรายชื่อ และเอกสารประกอบการพิจารณาที่ส่งมาด้วยพร้อมนี้ จึงกราบเรียนมาเพื่อโปรดนำเสนอให้วุฒิสภาพิจารณาเลือกบุคคลตามบัญชีรายชื่อดังกล่าว และดำเนินการต่อไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 มาตรา 31 และมาตรา 32

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาแล้วเห็นว่า คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินได้ดำเนินการสรรหาและเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ได้ผู้ที่ได้รับคะแนนเสียงสูงสุด

และมีคะแนนเสียงไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของกรรมการทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ คือ นายประธาน ดาบเพชร เป็นการดำเนินการที่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 312 มาตรา 333 (1) ประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดินฯ มาตรา 15 วรรคหนึ่ง (6) มาตรา 30 และระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2543 ข้อ 6 (5) แล้ว ส่วนการที่ประธานกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน มีหนังสือในนามคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเสนอรายชื่อบุคคลจำนวน 3 คน ให้วุฒิสภา พิจารณาเลือก และวุฒิสภามีมติเลือกผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินจำนวน 1 คน จากจำนวน 3 คน นั้น เมื่อรัฐธรรมนูญบัญญัติให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีอำนาจหน้าที่ในการเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน และให้วุฒิสภาเป็นองค์กรถวายคำแนะนำ พระมหากษัตริย์ โดยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดินฯ มาตรา 15 วรรคหนึ่ง (6) มาตรา 30 และมาตรา 31 บัญญัติให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็นองค์กรสรรหาและเลือกแล้วเสนอให้วุฒิสภาให้ความเห็นชอบ การให้ความเห็นชอบของวุฒิสภา จึงย่อมต้องมีความหมายเพียงการให้ความเห็นชอบหรือไม่ให้ความเห็นชอบ เฉพาะบุคคลที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีมติเลือกด้วยคะแนนเสียงสูงสุดและมีคะแนนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของกรรมการตรวจเงินแผ่นดินทั้งหมดเท่าที่มีอยู่มาแล้วเท่านั้น การที่วุฒิสภา ดำเนินการเลือกบุคคลในบัญชีรายชื่อที่ประธานกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเสนอในนามของ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมาพร้อมกับหนังสือนำส่งผลการเลือกของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน โดยเลือกนางจารุวรรณ เมณฑกา ซึ่งได้คะแนนในอันดับที่สอง และไม่ได้จำนวนคะแนนที่ไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของกรรมการตรวจเงินแผ่นดินทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ จึงเป็นการใช้อำนาจหน้าที่ที่ไม่เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 312 มาตรา 333 (1) และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 มาตรา 15 วรรคหนึ่ง (6) มาตรา 30 ประกอบด้วย ระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2543 ข้อ 6 (5) และมาตรา 31

ในการนี้ ศาลรัฐธรรมนูญโดยตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน 11 คน คือ นายกระมล ทองธรรมชาติ นายจิระ บุญพจนสุนทร นายผัน จันทรปาน นายมงคล สระวัณ นายมานิต วิทยาเต็ม นายสุจิต บุญบงการ นายสุธี สุทธิสมบุรณ์ พลตำรวจเอก สุวรรณ สุวรรณเวโช นายสุวิทย์ ธีรพงษ์ นางเสาวนีย์ อัครโรจน์ และนายอุระ หวังอ้อมกลาง เห็นว่า คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินได้ดำเนินการสรรหาและเลือกผู้สมควรดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ได้ผู้ที่ได้รับคะแนนเสียงสูงสุด และมีคะแนนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของกรรมการตรวจ

เงินแผ่นดินทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 312 มาตรา 333 (1) และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 มาตรา 15 วรรคหนึ่ง (6) มาตรา 30 ประกอบด้วยระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2543 ข้อ 6 (5) แล้ว ส่วนการที่ประธานกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีหนังสือในนามคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเสนอรายชื่อบุคคลจำนวน 3 คน ให้วุฒิสภามีมติเลือก และวุฒิสภามีมติเลือกผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินจำนวน 1 คน จากจำนวน 3 คน ตามที่ประธานกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีหนังสือในนามคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเสนอมานั้น เป็นการใช้อำนาจหน้าที่ที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะมิได้ดำเนินการให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 312 มาตรา 333 (1) และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 มาตรา 15 วรรคหนึ่ง (6) มาตรา 30 ประกอบด้วยระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2543 ข้อ 6 (5) และมาตรา 31

ส่วนตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ จำนวน 2 คน คือ นายจุมพล ณ สงขลา และนายปรีชา เฉลิมวณิชย์ เห็นว่ากรณีตามคำร้องของประธานรัฐสภาไม่ได้เป็นปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญเกิดขึ้น คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและวุฒิสภาต่างไม่มีข้อโต้แย้งในปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญที่ศาลรัฐธรรมนูญจะรับไว้พิจารณาวินิจฉัยตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 266 ให้ยกคำร้อง

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลรัฐธรรมนูญจึงวินิจฉัยว่า กรณีตามคำร้องของประธานรัฐสภาที่เกี่ยวกับปัญหาการใช้อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและวุฒิสภาซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญในกระบวนการเพื่อให้ได้มาซึ่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินนั้น มีการใช้อำนาจหน้าที่ที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะมิได้ดำเนินการให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ มาตรา 312 มาตรา 333 (1) พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 มาตรา 15 วรรคหนึ่ง (6) มาตรา 30 ประกอบด้วยระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2543 ข้อ 6 (5) และมาตรา 31

3.2.2.2 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการมอบอำนาจให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็นผู้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน

ตามที่ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยที่ 47/2547 ว่ากระบวนการได้มาซึ่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินได้ดำเนินการไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ได้ก่อให้เกิดปัญหาข้อถกเถียงกัน

ในทางวิชาการหลายประเด็น เช่น ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 266 ว่าศาลรัฐธรรมนูญมีอำนาจรับคำร้องเรื่องดังกล่าวไว้พิจารณาหรือไม่ เนื่องจากนักวิชาการบางท่านเห็นว่า มาตรา 266 ได้รับการออกแบบมาให้ใช้กับกรณีที่เกิดความขัดแย้งในทางรัฐธรรมนูญระหว่างองค์กร ตามรัฐธรรมนูญด้วยกัน ไม่ได้ถูกออกแบบมาให้ศาลรัฐธรรมนูญเข้าไปวินิจฉัยชี้ขาดความขัดแย้ง

ภายในองค์กรซึ่งยุติลงแล้วด้วยการตัดสินใจของสมาชิกเสียงข้างมากในองค์กรนั้น¹⁴ ในขณะที่ประธานรัฐสภาเห็นว่า แม้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและวุฒิสภาจะไม่ได้โต้แย้งการปฏิบัติหน้าที่ของอีกฝ่ายหนึ่งก็ตาม แต่การที่คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ มีคำวินิจฉัยว่า การปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและวุฒิสภาซึ่งเป็นองค์กร ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ น่าจะไม่ชอบด้วยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 นั้น เท่ากับเป็นการโต้แย้งการปฏิบัติหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและวุฒิสภาแล้ว จึงอาศัยอำนาจตามมาตรา 266 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ส่งเรื่องไปให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณา วินิจฉัยได้

สำหรับศาลรัฐธรรมนูญนั้นมีความเห็นว่า คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและวุฒิสภาต่างก็เป็นองค์กรที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้มีขึ้นและกำหนดอำนาจหน้าที่ไว้ จึงเป็นองค์กร ตามรัฐธรรมนูญ และการใช้อำนาจในการสรรหา การเลือกและการให้ความเห็นชอบให้กับบุคคลดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินนั้น ก็เป็นการใช้อำนาจหน้าที่ตามที่รัฐธรรมนูญกำหนดไว้ และเมื่อประธานรัฐสภาซึ่งเป็นผู้มีสิทธิในการเสนอเรื่องพร้อมความเห็นเพื่อให้ศาลรัฐธรรมนูญ พิจารณาวินิจฉัยตามมาตรา 266 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เห็นว่า การดำเนินการสรรหาผู้สมควรดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินโดยคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและวุฒิสภา เป็นการปฏิบัติหน้าที่ที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 จึงเป็นการเสนอเรื่องพร้อมความเห็น ให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ อันเป็นปัญหาเกี่ยวกับ

¹⁴ ความเห็นของ รศ. ดร. วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ในบทความเรื่อง ผลของคำวินิจฉัย ศาลรัฐธรรมนูญ ที่ 47/2547 กับตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน เผยแพร่ใน <http://www.pub-law.net>.

อำนาจหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญและเป็นปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 266 และเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นจริง ศาลรัฐธรรมนูญจึงมีความเห็นว่าตนมีอำนาจรับคำร้องไว้วินิจฉัยได้ นอกจากนี้ ศาลรัฐธรรมนูญไม่ได้มีการพิจารณาถึงระยะเวลาในการยื่นคำร้องด้วยว่า คำร้องที่ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของกระบวนการแต่งตั้งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินนี้ มีการยื่นหลังจากที่ได้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินไปแล้วกว่าหนึ่งปีห้าเดือนนั้น ศาลควรรับไว้พิจารณาหรือไม่ แม้จะไม่มีกฎหมายกำหนดระยะเวลาในการยื่นคำร้องไว้ก็ตาม เนื่องจากบุคคลดังกล่าวได้เข้ารับตำแหน่งมาเป็นเวลานานแล้ว

อีกทั้ง ในการวินิจฉัยประเด็นเกี่ยวกับกระบวนการในการได้มาซึ่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินนั้น ศาลรัฐธรรมนูญก็วินิจฉัยแต่เพียงว่า การใช้อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินและวุฒิสภาซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญในกระบวนการเพื่อให้ได้มาซึ่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินมีการใช้อำนาจหน้าที่ที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เพราะมิได้ดำเนินการให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 และระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2543 โดยศาลรัฐธรรมนูญมิได้วินิจฉัยด้วยว่า เมื่อกระบวนการได้มาซึ่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว บุคคลที่ได้รับการโปรดเกล้าฯ ให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวไปแล้วนั้น จะต้องพ้นจากตำแหน่งหรือไม่

นอกจากนี้ ในการดำเนินการสรรหาและเลือกผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน นอกจากจะมีปัญหาตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว ยังมีปัญหาเกี่ยวกับการกำหนดหลักเกณฑ์ในการได้มาซึ่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินด้วย กล่าวคือ ในการดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินนั้น คณะกรรมการตรวจเงินและวุฒิสภา ได้ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 และระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2543

โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 312 ได้บัญญัติให้คุณสมบัติ ลักษณะต้องห้าม การสรรหาและการเลือก และการพ้นจากตำแหน่ง รวมทั้งอำนาจหน้าที่ของผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินให้เป็นไปตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ

ส่วนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 มาตรา 30 ได้บัญญัติให้ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีหน้าที่สรรหาและจัดทำบัญชีรายชื่อ

บุคคลที่มีคุณสมบัติและไม่มีคุณสมบัติต้องห้ามตามกฎหมาย เพื่อเสนอต่อประธานวุฒิสภา และการเสนอรายชื่อไปยังวุฒิสภานั้นจะต้องได้รับความยินยอมจากบุคคลดังกล่าวก่อน นอกจากนี้ยังได้บัญญัติให้ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็นผู้ออกระเบียบเพื่อกำหนด หลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาบุคคลที่จะได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินด้วย

คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินได้อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติ ประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 ออกระเบียบคณะกรรมการ ตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการ ตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2543 โดยกำหนดให้การสรรหาผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการ ตรวจเงินแผ่นดิน ให้ดำเนินการดังนี้

- 1) คณะกรรมการอาจแต่งตั้งคณะอนุกรรมการเพื่อดำเนินการสรรหาผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน เพื่อเสนอให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินพิจารณา
- 2) ผู้ที่จะได้รับการสรรหาอาจสมัครด้วยตนเอง หรือได้รับการเสนอชื่อเพื่อรับการสรรหากก็ได้
- 3) ผู้ที่จะได้รับการสรรหาต้องผ่านการตรวจสอบคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในระเบียบนี้
- 4) คณะอนุกรรมการหรือคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินอาจให้ผู้ที่ได้รับการสรรหา แลกหรือแสดงหลักฐานผลงานทางวิชาการหรือทางประสบการณ์ก็ได้
- 5) การเลือกผู้ที่มีคุณสมบัติเหมาะสม ถือตามมติคณะกรรมการโดยวิธีลงคะแนนลับ และให้ผู้ที่ได้รับคะแนนเสียงสูงสุดและมีคะแนนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของกรรมการทั้งหมดเท่าที่มีอยู่ เป็นผู้ได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการ และถ้ามีคะแนนเสียงสูงสุดไม่เกินกึ่งหนึ่ง ให้ลงมติอีกครั้งหนึ่ง ต่อเนื่องกันไปและให้ผู้ที่ได้รับคะแนนสูงสุดเป็นผู้ที่ได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการ¹⁵

ประเด็นปัญหาจึงมีว่า เมื่อรัฐธรรมนูญบัญญัติให้การสรรหาและการเลือกผู้ว่าการ ตรวจเงินแผ่นดินเป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ดังนั้น รัฐสภาจะตรา พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญมอบอำนาจให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็นผู้กำหนด หลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาบุคคลที่จะได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน

¹⁵ ระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2543 ข้อ 6.

ที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นอำนาจของรัฐสภาไปให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็นผู้กำหนดแทนได้หรือไม่

ในประเด็นปัญหาดังกล่าวนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า การที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า การสรรหาและการเลือกผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญนั้น แสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญมีเจตนารมณ์ที่จะให้รัฐสภาซึ่งเป็นฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการสรรหาและการเลือกผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ซึ่งเป็นบุคคลที่มีอำนาจหน้าที่ที่สำคัญด้วยตนเอง เนื่องจากพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 ได้กำหนดให้ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินเป็นผู้ที่จะเข้าไปมีอำนาจหน้าที่บังคับบัญชาและรับผิดชอบสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน มีอำนาจออกคำสั่งหรือข้อบังคับเกี่ยวกับการปฏิบัติงานและการบริหารงานการตรวจสอบของสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน อีกทั้งให้มีอำนาจกำหนดแผนการตรวจสอบ เรื่องที่จะต้องตรวจสอบ วิธีการ ขอบเขต แนวการตรวจสอบและการเสนอรายงานการตรวจสอบ ซึ่งเป็นอำนาจที่กฎหมายมอบให้แก่ผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินเพื่อให้การตรวจบัญชี การรับ การใช้ประโยชน์ และการเก็บรักษาเงินของรัฐเป็นไปโดยสุจริตและเกิดประสิทธิภาพสูงสุด ดังนั้น เมื่อพิจารณาจากอำนาจหน้าที่ที่สำคัญของผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินแล้ว จึงมีความเห็นว่า หลักเกณฑ์ในการการสรรหาและการเลือกผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินนี้จะต้องได้รับการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด รัฐสภาจะมอบอำนาจดังกล่าวไปให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเป็นผู้กำหนดหลักเกณฑ์เพื่อให้ได้มาซึ่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินไม่ได้ เนื่องจากตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดินเป็นตำแหน่งที่มีความสำคัญและมีอำนาจหน้าที่สำคัญเกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดินของรัฐดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น การกำหนดหลักเกณฑ์ที่เป็นสาระสำคัญเพื่อให้ได้มาซึ่งผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว จึงควรเป็นอำนาจหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นผู้แทนของประชาชน ฝ่ายนิติบัญญัติไม่สามารถมอบให้บุคคลอื่นไปกำหนดเกี่ยวกับเรื่องที่มีความสำคัญเช่นนี้ได้ และเห็นว่าหากฝ่ายนิติบัญญัติเป็นผู้กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการสรรหาและการเลือกบุคคลที่จะเข้ามาดำรงตำแหน่งที่มีความสำคัญด้วยตนเองและกำหนดไว้ให้ชัดเจนแล้ว ก็จะไม่เกิดปัญหาดังเช่นกรณีทีวุฒิสภาเห็นว่า วุฒิสภามีอำนาจเลือกบุคคลจากบัญชีรายชื่อที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินสรรหามาได้ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2542 และไม่จำเป็นต้องถูกผูกมัดว่าจะต้องให้ความเห็นชอบบุคคลที่ได้รับคะแนนเสียงมากที่สุดและเกินกึ่งหนึ่งตามที่คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินเลือกมาแล้ว

ตามระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการสรรหาผู้ที่สมควรได้รับการเสนอชื่อเป็นผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. 2543 ดังที่ได้เกิดเป็นปัญหาดังกล่าวข้างต้นด้วย

3.3 ปัญหากรณีพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคง ภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551

3.3.1 สารสำคัญของพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551

พระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 มีสารสำคัญเกี่ยวกับการกำหนดให้จัดตั้ง “กองอำนวยการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร” (กอ.รมน.) มีฐานะเป็นส่วนราชการรูปแบบเฉพาะอยู่ภายใต้การบังคับบัญชาขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรี และให้นายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาล เป็นผู้อำนวยการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร (ผอ.รมน.) รับผิดชอบในการปฏิบัติราชการของ กอ.รมน. โดยมีผู้บัญชาการทหารบกเป็นรองผู้อำนวยการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร ซึ่งกฎหมายฉบับนี้กำหนดให้ กอ.รมน. ทำหน้าที่เป็นหน่วยปฏิบัติงานหลักเพื่อรับผิดชอบการดำเนินการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร โดยติดตาม ตรวจสอบ และประเมินแนวโน้มของสถานการณ์ที่อาจก่อให้เกิดภัยคุกคามด้านความมั่นคงภายในราชอาณาจักร ประสานงานกับทุกส่วนราชการ และส่งเสริมให้ประชาชนเข้ามามีส่วนร่วมในการป้องกันและแก้ไขปัญหาดัง ๆ ที่กระทบต่อความมั่นคงและความสงบเรียบร้อยของสังคม

โดยมาตรา 15 ของพระราชบัญญัตินี้กำหนดให้ ในกรณีที่ปรากฏเหตุการณ์อันกระทบต่อความมั่นคงภายในราชอาณาจักร แต่ยังไม่มีความจำเป็นต้องประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามกฎหมายว่าด้วยการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน และเหตุการณ์นั้นมีแนวโน้มที่จะมีอยู่ต่อไปเป็นเวลานานทั้งอยู่ในอำนาจหน้าที่หรือความรับผิดชอบในการแก้ไขปัญหของหน่วยงานของรัฐหลายหน่วย คณะรัฐมนตรีจะมีมติมอบหมายให้ กอ.รมน. เป็นผู้รับผิดชอบในการป้องกันปราบปราม ระวัง ยับยั้ง และแก้ไขหรือบรรเทาเหตุการณ์ที่กระทบต่อความมั่นคงภายในราชอาณาจักรนั้นภายในพื้นที่และระยะเวลาที่กำหนดได้ ทั้งนี้ ให้ประกาศให้ทราบโดยทั่วไป และในกรณีที่เหตุการณ์ดังกล่าวสิ้นสุดลงหรือสามารถดำเนินการแก้ไขได้ตามอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐที่รับผิดชอบตามปกติ ให้นายกรัฐมนตรีประกาศให้อำนาจหน้าที่ของ กอ.รมน. ที่ได้รับมอบหมายสิ้นสุดลง และให้นายกรัฐมนตรีรายงานผลต่อสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภาทราบโดยเร็ว

3.3.2 วิเคราะห์ปัญหาเกี่ยวกับการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายลำดับรอง เพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคล

ในการดำเนินงานของฝ่ายบริหารเพื่อให้บรรลุตามวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 ซึ่งมีความมุ่งหมายเพื่อป้องกันและแก้ไขปัญหาดังกล่าวไว้ที่กระทบต่อความมั่นคงและความสงบเรียบร้อยของสังคมนั้น ย่อมหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่การใช้อำนาจฝ่ายบริหารจะกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งกฎหมายดังกล่าวก็ได้มีการบัญญัติมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกข้อกำหนดที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน คือ

มาตรา 18 ของพระราชบัญญัติดังกล่าว¹⁶ ได้กำหนดให้ ผู้อำนวยการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร โดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจออกข้อกำหนดในเรื่องต่าง ๆ เพื่อประโยชน์ในการป้องกันปราบปราม ระวัง ยับยั้ง และแก้ไขหรือบรรเทาเหตุการณ์ภายในพื้นที่ที่กำหนด โดยเป็นข้อกำหนดเกี่ยวกับเรื่องดังต่อไปนี้

- (1) ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องปฏิบัติการหรืองดเว้นการปฏิบัติการอย่างหนึ่งอย่างใด
- (2) ห้ามเข้าหรือให้ออกจากบริเวณพื้นที่ อาคาร หรือสถานที่ที่กำหนดในเวลาที่ปฏิบัติการ เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับการยกเว้น
- (3) ห้ามออกนอกเคหสถานในเวลาที่กำหนด
- (4) ห้ามนำอาวุธออกนอกเคหสถาน
- (5) ห้ามการใช้เส้นทางคมนาคมหรือการใช้ยานพาหนะ หรือกำหนดเงื่อนไขการใช้เส้นทางคมนาคมหรือการใช้ยานพาหนะ
- (6) ให้บุคคลปฏิบัติหรืองดเว้นการปฏิบัติอย่างหนึ่งอย่างใดอันเกี่ยวกับเครื่องมือหรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ เพื่อป้องกันอันตรายที่จะเกิดแก่ชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินของประชาชน

ข้อกำหนดตามวรรคหนึ่งจะกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไขหรือเงื่อนไขที่กำหนดไว้ด้วยก็ได้ทั้งนี้ การกำหนดดังกล่าวต้องไม่ก่อความเดือดร้อนแก่ประชาชนเกินสมควรแก่เหตุ

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้น เห็นได้ว่า มาตรา 18 แห่งพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 ได้บัญญัติให้อำนาจฝ่ายบริหาร คือ ผู้อำนวยการ

¹⁶ ราชกิจจานุเบกษา, เล่ม 125 ตอนที่ 39ก วันที่ 27 กุมภาพันธ์ 2551, น. 41.

รักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร ซึ่งในที่นี้คือ นายกรัฐมนตรี มีอำนาจในการออกข้อกำหนดที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองและคุ้มครองไว้หลายประการ เช่น สิทธิและเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย เสรีภาพในเคหสถาน เสรีภาพในการเดินทาง และเสรีภาพในการสื่อสารถึงกัน เป็นต้น

ซึ่งตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย กำหนดให้ การจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เฉพาะเพื่อการที่รัฐธรรมนูญนี้กำหนดไว้และเท่าที่จำเป็น และจะกระทบกระเทือนสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพนั้นมิได้ ซึ่งกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพดังกล่าวต้องมีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป และไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง ทั้งต้องระบอบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจในการตรากฎหมายนั้นด้วย นอกจากนี้ รัฐธรรมนูญได้กำหนดให้นำหลักเกณฑ์ในการตรากฎหมายเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลดังกล่าวข้างต้น มาใช้บังคับกับกฎที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วยโดยอนุโลม

โดยขณะที่คณะรัฐมนตรีได้เสนอร่างพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงในราชอาณาจักร พ.ศ. ต่อสมานิติบัญญัติแห่งชาติเพื่อพิจารณานั้น มาตรา 18 ที่ได้มีการประกาศในราชกิจจานุเบกษาเพื่อใช้บังคับเป็นกฎหมายอยู่ในปัจจุบันนั้น แต่เดิมคือมาตรา 17 ของร่างพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงในราชอาณาจักร พ.ศ. ซึ่งมาตรา 17 ได้กำหนดให้ เพื่อประโยชน์ในการป้องกัน ปราบปราม ระวัง ยับยั้ง และแก้ไขหรือบรรเทาเหตุการณ์ภายในพื้นที่ตามมาตรา 14 ให้ผู้อำนวยการโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจออกข้อกำหนด ดังต่อไปนี้

- (1) ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องของปฏิบัติการหรืองดการปฏิบัติการอย่างหนึ่งอย่างใด
- (2) ห้ามเข้าหรือให้ออกจากบริเวณพื้นที่ อาคาร หรือสถานที่ที่กำหนด เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับการยกเว้น
- (3) ห้ามออกนอกเคหสถานในเวลาที่กำหนด
- (4) ห้ามนำอาวุธออกนอกเคหสถาน
- (5) ห้ามการใช้เส้นทางคมนาคมหรือการใช้ยานพาหนะ หรือกำหนดเงื่อนไขการใช้เส้นทางคมนาคมหรือการใช้ยานพาหนะ

(6) ให้นำบุคคลปฏิบัติหรืองดเว้นการปฏิบัติอย่างหนึ่งอย่างใดอันเกี่ยวกับเครื่องมือหรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ เพื่อป้องกันอันตรายที่จะเกิดแก่ชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินของประชาชน

มาตรา 17 ของร่างพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงในราชอาณาจักร พ.ศ. มีเนื้อหาที่แตกต่างจากมาตรา 18 ของพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 กล่าวคือ ร่างมาตรา 17 จะกำหนดไว้แต่เพียงว่า ผู้อำนวยการรักษาความมั่นคงในราชอาณาจักรมีอำนาจออกข้อกำหนดเพื่อกำจัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้เฉพาะที่ได้มีการกำหนดไว้ในร่างมาตรา 17 (1) - (6) เท่านั้น และการออกข้อกำหนดต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ในการป้องกัน ปราบปราม ระงับ ยับยั้ง และแก้ไขหรือบรรเทาเหตุการณ์ภายในพื้นที่ที่กำหนด ซึ่งจะเห็นได้ว่ากฎหมายได้มอบอำนาจให้ฝ่ายบริหารออกข้อกำหนดซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรองที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนได้อย่างกว้างขวาง

ซึ่งการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงในราชอาณาจักร พ.ศ. ในวาระที่ 2 ชั้นกรรมาธิการ ของสภานิติบัญญัติแห่งชาติ นั้น กรรมาธิการที่พิจารณาร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวได้มีการอภิปรายและแสดงความคิดเห็นเกี่ยวกับร่างมาตรา 17 อย่างกว้างขวาง โดยกรรมาธิการที่เป็นผู้แทนจากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาให้คำชี้แจงเกี่ยวกับร่างมาตรา 17 ว่า¹⁷ ร่างมาตรา 17 (1) - (6) เป็นเรื่องของกาหนดหลักการว่า ผู้อำนวยการรักษาความมั่นคงในราชอาณาจักร จะออกข้อกำหนดห้ามในเรื่องใดได้บ้าง ส่วนรายละเอียดจะต้องไปกำหนดในข้อกำหนดว่า เฉพาะในเรื่องใด กรณีใด เหตุการณ์ เงื่อนไข หลักเกณฑ์หรือวิธีการอย่างไร ซึ่งการบัญญัติหลักการเพื่อให้ไปออกข้อกำหนดเช่นนี้จะทำให้สามารถออกข้อกำหนดได้เหมาะสมกับสภาวการณ์ของแต่ละพื้นที่ อย่างไรก็ตาม กรรมาธิการบางท่านเห็นว่า การกำหนดอำนาจในการออกข้อกำหนดของผู้อำนวยการรักษาความมั่นคงในราชอาณาจักรไว้ลอย ๆ เช่นนี้ จะมีปัญหาในเรื่องที่จะไปกระทบต่อการใช้อำนาจหน้าที่โดยไปสั่งบุคคลที่เป็นการเฉพาะเจาะจงและเป็นการใช้อำนาจโดยไม่สมควร ซึ่งกรรมาธิการที่เป็นผู้แทนจากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาก็ได้ชี้แจงในประเด็นดังกล่าวว่า ข้อกำหนดนี้เป็นเรื่องที่เป็นการทั่วไป ใช้กับบุคคลทุกคนที่อยู่ในเงื่อนไข ไม่ใช่การทำให้เป็นคำสั่งเฉพาะเรื่องหรือเฉพาะ

¹⁷ รายงานการประชุมของคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงในราชอาณาจักร พ.ศ. สภานิติบัญญัติแห่งชาติ วันพฤหัสบดีที่ 29 พฤศจิกายน 2550.

บุคคล ซึ่งในท้ายที่สุด ที่ประชุมคณะกรรมการฯ ก็เห็นควรให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมร่างมาตรา 17 เป็นดังนี้¹⁸

“มาตรา 17 เพื่อประโยชน์ในการป้องกันปราบปราม ระวัง ยับยั้ง และแก้ไขหรือบรรเทาเหตุการณ์ภายในพื้นที่ตามมาตรา 14 ให้ผู้อำนวยการโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีมีอำนาจออกข้อกำหนด ดังต่อไปนี้

(1) ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องปฏิบัติการหรือดำเนินการปฏิบัติการอย่างหนึ่งอย่างใด

(2) ห้ามเข้าหรือให้ออกจากบริเวณพื้นที่ อาคาร หรือสถานที่ที่กำหนดในห้วงเวลาที่ปฏิบัติการ เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือเป็นบุคคลซึ่งได้รับการยกเว้น

(3) ห้ามออกนอกเคหสถานในเวลาที่กำหนด

(4) ห้ามนำอาวุธออกนอกเคหสถาน

(5) ห้ามการใช้เส้นทางคมนาคมหรือการใช้ยานพาหนะ หรือกำหนดเงื่อนไขการใช้เส้นทางคมนาคมหรือการใช้ยานพาหนะ

(6) ให้บุคคลปฏิบัติหรือดำเนินการปฏิบัติอย่างหนึ่งอย่างใดอันเกี่ยวกับเครื่องมือหรืออุปกรณ์อิเล็กทรอนิกส์ เพื่อป้องกันอันตรายที่จะเกิดแก่ชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินของประชาชน

ข้อกำหนดตามวรรคหนึ่งจะกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไขหรือเงื่อนไขที่กำหนดไว้ด้วยก็ได้ ทั้งนี้ การกำหนดดังกล่าวต้องไม่ก่อความเดือดร้อนแก่ประชาชนเกินสมควรแก่เหตุ”

เมื่อคณะกรรมการได้พิจารณาร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวแล้วเสร็จ ก็ได้เสนอรายงานของคณะกรรมการต่อที่ประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติเพื่อให้ที่ประชุมพิจารณา ร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเรียงตามลำดับมาตราจนจบร่างและลงมติต่อไปในวาระที่ 3 ว่า จะเห็นควรให้ประกาศใช้ร่างพระราชบัญญัตินี้เป็นกฎหมายหรือไม่ ซึ่งที่ประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติก็ได้ลงมติเห็นชอบด้วยกับการแก้ไขเพิ่มเติมร่างมาตรา 17 ของคณะกรรมการ และได้ลงมติในวาระที่ 3 เห็นสมควรประกาศใช้ร่างพระราชบัญญัตินี้ดังกล่าวเป็นกฎหมาย

¹⁸ รายงานของคณะกรรมการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงในราชอาณาจักร พ.ศ. สภานิติบัญญัติแห่งชาติ , สำนักกรรมการ 2 สำนักงานเลขาธิการวุฒิสภา, น. 7.

ร่างมาตรา 17 ดังกล่าวมีสาระสำคัญเกี่ยวกับการมอบอำนาจให้ฝ่ายบริหาร ออกข้อกำหนดที่อาจผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองและคุ้มครองไว้ ซึ่งกรรมาธิการที่ได้พิจารณาร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวในวาระที่ 2 ได้ตระหนักถึงผลกระทบดังกล่าว เนื่องจากเห็นว่า ร่างมาตรา 17 กำหนดไว้แต่เพียงหลักเกณฑ์อย่างกว้างว่า ฝ่ายบริหารจะออกข้อกำหนดที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในเรื่องใดได้บ้าง พร้อมกับกำหนดวัตถุประสงค์ในการออกข้อกำหนดไว้ด้วยการออกข้อกำหนดดังกล่าวต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์ในการป้องกันปราบปราม ระวัง ยับยั้ง และแก้ไขหรือบรรเทาเหตุการณ์ภายในพื้นที่ตามมาตรา 14 ส่วนเนื้อหาของข้อกำหนดที่ควรจะมีและขอบเขตของข้อกำหนดควรเป็นอย่างไรนั้น ร่างมาตรา 17 ไม่ได้กำหนดไว้ ซึ่งจากการที่กรรมาธิการเห็นว่าข้อกำหนดดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นอย่างมากได้ ที่ประชุมคณะกรรมาธิการจึงได้เพิ่มเติมข้อความขึ้นเป็นวรรคสองของร่างมาตรา 17 โดยกำหนดให้ ข้อกำหนดตามวรรคหนึ่งจะกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไขหรือเงื่อนไขที่กำหนดไว้ด้วยก็ได้ ทั้งนี้ การกำหนดดังกล่าวต้องไม่ก่อความเดือดร้อนแก่ประชาชนเกินสมควรแก่เหตุ

แต่อย่างไรก็ตาม ข้อความที่ได้มีการเพิ่มเติมขึ้นเป็นวรรคสองของร่างมาตรา 17 นี้ ก็ไม่ได้แสดงให้เห็นว่าสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจะได้รับการคุ้มครองเพิ่มมากขึ้นจากการใช้อำนาจออกข้อกำหนดของฝ่ายบริหารแต่อย่างใด เนื่องจาก ข้อกำหนดที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามวรรคหนึ่ง ซึ่งเป็นสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญรับรองและคุ้มครองไว้นั้น ร่างมาตรา 17 วรรคสอง กำหนดไว้ว่า ข้อกำหนดตามวรรคหนึ่งจะกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไขหรือเงื่อนไขที่กำหนดไว้ด้วยก็ได้ ย่อมแสดงว่า ข้อกำหนดที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนนี้ กฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารในการออกข้อกำหนดไม่ได้บังคับว่า ข้อกำหนดซึ่งเป็นกฎหมายลำดับรองจะต้องกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไขหรือเงื่อนไขที่กำหนดไว้ด้วยทุกกรณี ซึ่งมีผลให้ฝ่ายบริหารมีอำนาจในการออกข้อกำหนดเพื่อจำกัดสิทธิและเสรีภาพได้อย่างกว้างขวาง แม้กฎหมายแม่บทจะกำหนดไว้ด้วยว่า การกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไขหรือเงื่อนไขที่กำหนดนั้น ต้องไม่ก่อความเดือดร้อนแก่ประชาชนเกินสมควรแก่เหตุก็ตาม เนื่องจากกฎหมายได้กำหนดไว้ในเบื้องต้นเสียก่อนแล้วว่า ข้อกำหนดนั้นจะกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไขหรือเงื่อนไขที่กำหนดไว้ด้วยหรือไม่ก็ได้ ซึ่งในกรณีที่ฝ่ายบริหารออกข้อกำหนดโดยไม่กำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไขหรือเงื่อนไขที่กำหนดไว้ ไว้ในข้อกำหนด ประชาชนที่จะต้องถูกจำกัดสิทธิและเสรีภาพย่อมไม่อาจ

ทราบได้ล่วงหน้าว่าสิทธิและเสรีภาพของตนที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองและคุ้มครองไว้ นั้น จะถูกระทบกระเทือนจนเกินสมควรแก่เหตุหรือไม่

เช่น กรณีร่างมาตรา 17 (2) กำหนดให้ ผู้อำนวยการรักษาความมั่นคง ในราชอาณาจักรมีอำนาจออกข้อกำหนดห้ามเข้าหรือให้ออกจากบริเวณพื้นที่ อาคาร หรือสถานที่ ที่กำหนดในห้วงเวลาที่ปฏิบัติการ เว้นแต่ได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่ หรือเป็นบุคคล ซึ่งได้รับการยกเว้น ซึ่งตามอนุมาตรานี้ แต่เดิมนั้นกฎหมายไม่ได้กำหนดว่า การห้ามเข้าหรือ ให้ออกจากบริเวณพื้นที่ อาคาร หรือสถานที่ที่กำหนดนั้น ประชาชนจะถูกห้ามในเวลาใด ซึ่งคณะกรรมการก็ได้มีการเพิ่มเติมเป็นว่า การห้ามเข้าหรือให้ออกจากบริเวณพื้นที่ อาคาร หรือสถานที่ที่กำหนดนั้น ประชาชนจะถูกห้ามในห้วงเวลาที่ปฏิบัติการ ร่างมาตรา 17 (2) เท่ากับ เป็นการบังคับฝ่ายบริหารว่า ข้อกำหนดที่จะห้ามเข้าหรือให้ออกจากบริเวณพื้นที่ อาคาร หรือสถานที่ที่กำหนดนั้น จะต้องมียุติเวลาบังคับว่าห้ามเข้าหรือให้ออกจากบริเวณพื้นที่ อาคาร หรือสถานที่ที่กำหนดเฉพาะในห้วงเวลาที่เจ้าหน้าที่ปฏิบัติงานเพื่อให้เกิดความสงบเรียบร้อย ในบ้านเมือง แต่ในขณะเดียวกัน วรคสองของร่างมาตรา 17 ดังกล่าวก็ไม่ได้บังคับว่าข้อกำหนด ตามวรรคหนึ่งจะต้องกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไขหรือเงื่อนไขที่กำหนดไว้ด้วย ผลจึงเป็นว่า วัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้นในความเป็นจริงแล้วกฎหมายต้องการบังคับให้มีการกำหนดให้ ประชาชนทราบว่า จะถูกห้ามเฉพาะเวลาที่เจ้าหน้าที่ปฏิบัติงาน แต่ภายหลังในเรื่องเดียวกันนี้กฎหมาย ให้เลือกได้ว่าจะระบุเวลาในการห้ามหรือไม่ก็ได้

ส่วนกรณีร่างมาตรา 17 (5) ที่ให้อำนาจออกข้อกำหนดห้ามการใช้เส้นทางคมนาคม หรือการใช้นานพาหนะนั้น ข้อกำหนดดังกล่าวจะมีผลกระทบกระเทือนต่อเสรีภาพในการเดินทาง ของบุคคล และถ้าข้อกำหนดดังกล่าวไม่ได้กำหนดระยะเวลาในการห้ามใช้เส้นทางคมนาคม หรือการใช้นานพาหนะไว้ด้วย ประชาชนก็ไม่อาจทราบได้เลยว่าตนถูกห้ามมิให้ใช้เสรีภาพดังกล่าว เป็นระยะเวลาอันเพียงใด และการห้ามเช่นนั้นจะทำให้ตนได้รับความเดือดร้อนจนเกินสมควร หรือไม่ เนื่องจากกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารออกข้อกำหนด ได้บัญญัติให้สามารถแปล ความได้ว่า ฝ่ายบริหารจะออกข้อกำหนดโดยระบุเงื่อนไขไว้ในข้อกำหนดด้วยหรือไม่ก็ได้ ดังนั้น การออกข้อกำหนดโดยไม่ระบุเวลาในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพก็ย่อมทำได้ ซึ่งหากเป็นเช่นนี้ เท่ากับกฎหมายแม่บทยอมให้ฝ่ายบริหารตรากฎหมายลำดับรองที่อาจมีผลกระทบกระเทือน ต่อสาระสำคัญของสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองคุ้มครองไว้ได้

แนวทางที่ควรจะเป็นของกฎหมายมาตรานี้เพื่อให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชน ได้รับการคุ้มครองอย่างแท้จริง คือ กฎหมายควรจะมีมอบอำนาจโดยบัญญัติบังคับให้ฝ่ายบริหาร

ต้องกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไขหรือเงื่อนไขที่กำหนดไว้ ไว้ในข้อกำหนดที่ฝ่ายบริหารออกด้วย ไม่ใช่ให้ฝ่ายบริหารใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจว่าจะกำหนดหรือไม่กำหนดก็ได้ และการกำหนดดังกล่าวต้องไม่ก่อความเดือดร้อนแก่ประชาชนเกินสมควรแก่เหตุ