

ปัญหาทางกฎหมายของคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ที่ 37/2560

Legal Problems of the Order from the Director of the Council for Peace and
Order (NCPO)

สิทธิกร ศักดิ์แสง¹

บทคัดย่อ

ปัญหาทางกฎหมายของคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 37/2560 พบอยู่ 3 ประเด็น คือ ประเด็นสถานะทางกฎหมายของคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 37/2560 นั้น มีฐานะเป็น “กฎหมาย” ที่มีผลเป็นการยกเว้น เปลี่ยนแปลง ระเบียบใช้กฎหมายหรือเป็นการสร้างกลไกขึ้นมาคู่ขนานกับกลไกที่มีอยู่แล้ว ตามกฎหมาย (พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547) ดังนั้น คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ จึงมีวัตถุประสงค์ต้องการให้ปลดระยะเวลาการรักษาราชการแทนอธิการบดีไม่เกิน 180 วัน เป็นไม่มีระยะเวลาที่อยู่ในระหว่างการดำเนินการสรรหา หรือดำเนินการเพื่อแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งอธิการบดีให้มีผลบังคับใช้ตั้งแต่วันประกาศ คำสั่งดังกล่าว คือ วันที่ 8 สิงหาคม 2560

จากการศึกษาพบว่า คำสั่งดังกล่าวยังมีความสับสนและไม่มีความชัดเจนเกี่ยวกับการยกเว้น พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 ว่าบุคคลที่เกษียณอายุราชการ ถือเป็นบุคคลภายนอกที่ไม่ใช่ข้าราชการพลเรือนหรือพนักงานมหาวิทยาลัยจะสามารถดำรงตำแหน่งอธิการบดีได้หรือไม่

ผู้เขียนเห็นพ้องด้วยกับศาลปกครองชั้นต้น (ศาลปกครองนครราชสีมา) ที่ได้มีคำพิพากษาถึงการดำรงตำแหน่งอธิการบดีของมหาวิทยาลัยที่อยู่ภายใต้การบังคับ

¹ อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏสุราษฎร์ธานี

พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 ต้องมีอายุไม่เกิน 60 ปี

คำสำคัญ: คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ, รักษาราชการแทนอธิการบดี, อธิการบดีคนนอก

Abstract

Legal Problems of Order No. 37/2560 from the Leader of the Council for Peace and Order (NCPO) consist of 3 issues. The issue of the status of the Order No. 37/2560 from the Leader of the Council for Peace and Order as a “law” has caused the exemption, modification, suspension or creation the mechanism parallel with existing law (Teacher Civil Service and Educational Personnel Act, B.E. 2547 (2004)). Therefore the Order from the Leader of NCPO has the purpose to dismiss the 180-day valid time limit for those who are acting president of university and to establish limitless time period for the acting president during the selection or appointment process. The order is effective from the date of announcement, namely August 8, 2017.

The study showed that the order was confusing and lacked clarity about the exemption of the Teacher Civil Service and Educational Personnel Act, B.E. 2547 (2004) as well as raising a question whether retired government officer was an outsider irrespective of civil officer or university officer and able to hold the office of President of university or not.

The author agrees with the Lower Administrative Court (Administrative Court of Nakhon Ratchasima) which issued a judgment that those who

hold the office of university president under the Teacher Civil Service and Educational Personnel Act, B.E. 2547 (2004) shall not be over 60 years of age.

Key words: Order from the Leader of the Council for Peace and Order, Acting University President, Outsider University President

ความนำ

ปัจจุบันปัญหาการบริหารงานของสถานศึกษาของรัฐที่จัดการศึกษาระดับอุดมศึกษา มักปรากฏปัญหาการได้มาซึ่งผู้ดำรงตำแหน่งผู้บริหาร ทำให้การบริหารงานของสถานศึกษาต้องหยุดชะงัก ไม่สามารถขับเคลื่อนสถานศึกษาได้อย่างเป็นระบบขาดความต่อเนื่อง และเกิดความล่าช้าในการบริหารงาน ที่สำคัญมีหลายกรณีส่งผลให้การดำเนินการเพื่อปฏิรูปการศึกษาซึ่งเป็นเรื่องสำคัญเรื่องหนึ่ง ในการปฏิรูปประเทศตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ไม่อาจบรรลุผลสำเร็จลงได้ อาศัยอำนาจตามความในมาตรา 265 ของรัฐธรรมนูญ ประกอบกับมาตรา 44² ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักร

² รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 44

“ในกรณีที่หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติเห็นเป็นการจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการปฏิรูปในด้านต่าง ๆ การส่งเสริมความสามัคคี และความสมานฉันท์ของประชาชนในชาติ หรือเพื่อป้องกัน ระงับหรือปราบปรามการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลายความสงบเรียบร้อยหรือความมั่นคงของชาติ ราชบัลลังก์ เศรษฐกิจของประเทศ หรือราชการแผ่นดิน ไม่ว่าจะเกิดขึ้นภายในหรือภายนอกราชอาณาจักร หัวหน้ารักษาความสงบแห่งชาติโดยความเห็นชอบคณะรักษาความสงบแห่งชาติมีอำนาจสั่งการระงับยับยั้งหรือกระทำการใด ๆ ได้ ไม่ว่าการกระทำนั้นจะมีผลบังคับในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหาร หรือในทางตุลาการและให้ถือว่าคำสั่งหรือการกระทำ รวมทั้งการปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว เป็นคำสั่งหรือการกระทำหรือการปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญนี้และเป็นที่สุด ทั้งนี้เมื่อได้ดำเนินการดังกล่าวแล้ว ให้รายงานประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติและนายกรัฐมนตรี”

(ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 131 ตอนที่ 55 ก 22 กรกฎาคม 2557)

ไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ โดยความเห็นชอบของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) จึงมีคำสั่งที่ 37/2560 เรื่องการแก้ไขปัญหาการบริหารงานของสถาบันอุดมศึกษา ดังต่อไปนี้

1. ในคำสั่งนี้ “สถาบันอุดมศึกษา” หมายความว่า สถาบันอุดมศึกษาของรัฐที่เป็นส่วนราชการและเป็นนิติบุคคล “สภาคณาจารย์” หมายความว่า สภาคณาจารย์และข้าราชการ หรือสภาคณาจารย์และบุคลากร หรือสภาที่เรียกชื่ออย่างอื่น ซึ่งทำหน้าที่ทำนองเดียวกับสภาคณาจารย์แล้วแต่กรณี ตามกฎหมายจัดตั้งสถาบันอุดมศึกษา

2. เพื่อประโยชน์ในการบริหารงานของสถาบันอุดมศึกษาให้มีความต่อเนื่องและเกิดประสิทธิภาพ ให้สถาบันอุดมศึกษามีอำนาจแต่งตั้งบุคคลใดที่มีได้เป็นข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา หรือเป็นพนักงานในสถาบันอุดมศึกษามาดำรงตำแหน่งอธิการบดี รองอธิการบดี ผู้ช่วยอธิการบดี คณบดีหรือหัวหน้าหน่วยงานที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่มีฐานะเทียบเท่าคณะได้ สำหรับคุณสมบัติและลักษณะต้องห้ามอื่นให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษาและกฎหมายจัดตั้งสถาบันอุดมศึกษานั้น ๆ

ความในวรรคหนึ่ง ให้นำมาใช้บังคับกับผู้ซึ่งดำรงตำแหน่งอธิการบดี รองอธิการบดี ผู้ช่วยอธิการบดี คณบดีหรือหัวหน้าหน่วยงานที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่มีฐานะเทียบเท่าคณะอยู่ในวันก่อนวันที่คำสั่งนี้ใช้บังคับ และผู้ซึ่งอยู่ในระหว่างกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวในวันที่คำสั่งนี้ใช้บังคับด้วย

3. มิให้นำบทบัญญัติที่เกี่ยวกับระยะเวลาในการรักษาราชการแทนผู้ดำรงตำแหน่งอธิการบดีที่บัญญัติอยู่ในกฎหมายจัดตั้งสถาบันอุดมศึกษามาใช้บังคับกับการรักษาราชการแทนในระหว่างการดำเนินการสรรหาหรือดำเนินการเพื่อแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว

4. ในการดำเนินการเพื่อให้มีสภาคณาจารย์ตามกฎหมายจัดตั้งสถาบันอุดมศึกษาให้คณาจารย์และบุคลากรอื่นของสถาบันอุดมศึกษานั้นซึ่งมิได้เป็นคณาจารย์แต่เป็น

ข้าราชการ หรือพนักงานของสถาบันอุดมศึกษานั้นมีสิทธิเลือกและดำรงตำแหน่งในสภา
คณาจารย์ได้ เช่นเดียวกัน

ทั้งนี้ ตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับของสถาบันอุดมศึกษานั้น ๆ ความในวรรคหนึ่ง
มิให้มีผลกระทบต่อผู้ดำรงตำแหน่งในสภาคณาจารย์ของสถาบันอุดมศึกษาที่มีอยู่ในวัน
ก่อนวันที่คำสั่งนี้ใช้บังคับ หรืออยู่ระหว่างการดำเนินการเพื่อให้ได้มา ซึ่งผู้ดำรงตำแหน่ง
ในสภาคณาจารย์ของสถาบันอุดมศึกษาในวันที่คำสั่งนี้ใช้บังคับ

5. ในกรณีเห็นสมควรนายกรัฐมนตรี หรือคณะรัฐมนตรีอาจเสนอให้คณะรักษา
ความสงบแห่งชาติแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งนี้ได้

6. คำสั่งนี้ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป³

**รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560: การรับรองการใช้อำนาจและ
รับรองความชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคำสั่งหัวหน้า คณะรักษา
ความสงบแห่งชาติ ที่ 37/2560**

เมื่อพิจารณาศึกษาถึงการรับรองการใช้อำนาจและรับรองความชอบด้วย
กฎหมาย ชอบด้วยรัฐธรรมนูญของคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ
ที่ 37/2560 จะปรากฏอยู่ในมาตรา 265 กับมาตรา 279 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย
พุทธศักราช 2560⁴ ดังนี้

“มาตรา 265 ให้คณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ดำรงตำแหน่งอยู่ในวันก่อนวัน
ประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ ยังคงอยู่ในตำแหน่งเพื่อปฏิบัติหน้าที่ต่อไปจนกว่าคณะรัฐมนตรี
ที่ตั้งขึ้นใหม่ภายหลังการเลือกตั้งทั่วไปครั้งแรกตามรัฐธรรมนูญนี้จะเข้ารับหน้าที่”

³ สั ญ วันที่ 8 สิงหาคม 2560 โดย พล.อ.ประยุทธ์ จันทร์โอชา หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ
(คสช.) ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 134 ตอนพิเศษ 201. ง 8 สิงหาคม 2560.

⁴ ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 134 ตอนที่ 40 ก 6 เมษายน 2560.

ในระหว่างการปฏิบัติหน้าที่ตามวรรคหนึ่ง ให้หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติและคณะรักษาความสงบแห่งชาติยังคงมีหน้าที่และอำนาจตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 1) พุทธศักราช 2558 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2559 และให้ถือว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยดังกล่าวในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจของหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติและคณะรักษาความสงบแห่งชาติยังคงมีผลใช้บังคับต่อไป

ให้ความหมายในมาตรา 263 วรรคเจ็ด มาใช้บังคับแก่การสมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของผู้ดำรงตำแหน่งในคณะรักษาความสงบแห่งชาติด้วยโดยอนุโลม”

“มาตรา 279 บรรดาประกาศ คำสั่ง และการกระทำของคณะรักษาความสงบแห่งชาติหรือของหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ใช้บังคับอยู่ในวันก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ หรือที่จะออกใช้บังคับต่อไปตามมาตรา 265 วรรคสอง ไม่ว่าเป็นประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำที่มีผลใช้บังคับในทางรัฐธรรมนูญ ทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร หรือทางตุลาการให้ประกาศ คำสั่ง การกระทำ ตลอดจนการปฏิบัติตามประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำนั้นเป็นประกาศ คำสั่ง การกระทำ หรือการปฏิบัติที่ขัดด้วยรัฐธรรมนูญนี้และกฎหมาย และมีผลใช้บังคับโดยขัดด้วยรัฐธรรมนูญนี้ต่อไป

การยกเลิกแก้ไขเพิ่มเติมประกาศหรือคำสั่งดังกล่าวให้กระทำเป็นพระราชบัญญัติ เว้นแต่ประกาศหรือคำสั่งที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางบริหารการยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมให้กระทำโดยคำสั่งนายกรัฐมนตรีหรือมติคณะรัฐมนตรี แล้วแต่กรณี

บรรดาการใด ๆ ที่ได้รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

(ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 1) พุทธศักราช 2558 และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พุทธศักราช 2559 ว่าเป็นการชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย รวมทั้งการกระทำที่เกี่ยวเนื่องกับกรณีดังกล่าว ให้ถือว่าการนั้นและการกระทำนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้และกฎหมาย”

เมื่อพิจารณาศึกษาถึง คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 37/2560 ผู้เขียนพบว่า มีประเด็นปัญหาที่ต้องถกเถียงอยู่ 6 ประเด็นใหญ่ คือ ประเด็นแรก ที่มาสถานะและประเภททางกฎหมายคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 37/2560 ประเด็นที่สอง ประเภทของมหาวิทยาลัยที่อยู่ภายใต้คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 37/2560 ประเด็นที่สาม ผลบังคับใช้คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 37/2560 ประเด็นที่สี่ เกี่ยวกับระยะเวลาในการรักษาราชการแทนผู้ดำรงตำแหน่งอธิการบดีภายใต้คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 37/2560 ประเด็นที่ห้า การกำหนดอายุอธิการบดีเกิน 60 ปีได้หรือไม่ และสุดท้ายประเด็น มติ คำสั่ง กฎ ระเบียบ ข้อบังคับอื่นใดขัด หรือแย้งต่อคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติได้หรือไม่ ดังนี้

วิเคราะห์ประเด็นที่มาสถานะและประเภททางกฎหมายของประกาศ คำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติ

เมื่อวิเคราะห์ถึงประเด็นสถานะ ประกาศ คำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติ หรือ เรียกในทางวิชาการ ว่า “ประกาศคณะปฏิวัติ” (Announcement of the Revolutionary Council) จะพบว่า ปัญหาที่มาของกฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติที่นักกฎหมายไทยยังมีการโต้แย้ง หรือถกเถียงในทางวิชาการ ดังนี้

1. ประเด็นที่มาสถานะกฎหมายของประกาศ คำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติ คือ กฎหมายที่ออกโดยคณะปฏิวัติหรือคณะรัฐประหาร ออกประกาศของคณะปฏิวัติ ที่มีคำบังคับเท่าพระราชบัญญัติ ที่ตราออกมาโดยคณะปฏิวัติหรือคณะรัฐประหาร

ที่ยึดอำนาจการปกครองหรือใช้อำนาจทางนิติบัญญัติออกประกาศคณะปฏิวัติหรือคำสั่งคณะปฏิรูปขึ้นมาเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง เป็นกฎหมายที่ออกโดยนอกวิถีทางรัฐธรรมนูญที่มาจากการรัฐประหารถือว่าอยู่ในกลุ่มกฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรบัญญัติด้วยแต่ก็ยังมี ความขัดแย้งในทางวิชาการเป็นอย่างมากในสังคมปัจจุบันของประเทศไทยว่า “ประกาศคณะปฏิวัติเป็นแหล่งที่มาของกฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติ ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่” ซึ่งยังมีความเห็นอยู่ 2 กลุ่ม ดังนี้

กลุ่มที่ 1 เห็นว่าประกาศของคณะปฏิวัติที่เป็นแหล่งที่มาของกฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติ เพราะได้มีคำพิพากษาของศาลฎีกา⁵ คำพิพากษาของศาลปกครอง

⁵ เมื่อพิจารณาถึงคำพิพากษาศาลฎีกาที่พิพากษารับรองว่าประกาศของคณะปฏิวัติที่เป็นแหล่งที่มาของกฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติ ได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1153 / 1154 / 2495: “...การล้มล้างรัฐบาลเก่าตั้งเป็นรัฐบาลใหม่โดยใช้กำลังนั้นในตอนต้นอาจไม่ชอบด้วยกฎหมายจนกว่าประชาชนจะได้ออมรับนับถือแล้วเมื่อเป็นรัฐที่ถูกต้องตามความเป็นจริง คือ ความหมายว่าประชาชนได้ออมรับนับถือแล้ว ผู้ก่อการกบฏล้มล้างรัฐบาลดังกล่าวก็ต้องเป็นความผิดตามกฎหมายลักษณะอาญา มาตรา 102...” คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45 / 2496: “...ข้อเท็จจริงได้ความว่าใน พ.ศ. 2490 คณะรัฐประหารได้ยึดอำนาจการปกครองประเทศได้เป็นผลสำเร็จ การบริหารประเทศชาติในลักษณะเช่นนี้ คณะรัฐประหารย่อมมีอำนาจที่จะเปลี่ยนแปลงแก้ไข ยกเลิกและออกกฎหมายตามระบบแห่งการปฏิวัติเพื่อบริหารประเทศชาติต่อไป มิฉะนั้นประเทศชาติจะตั้งด้วยความสงบไม่ได้ ดังนั้นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พ.ศ. 2490 จึงเป็นกฎหมายอันสมบูรณ์...” คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1662/ 2502 : “...ศาลฎีกาเห็นว่าเมื่อ พ.ศ. 2501 คณะปฏิวัติได้ทำการยึดอำนาจการปกครองประเทศไทยได้เป็นผลสำเร็จ หัวหน้าปฏิวัติย่อมเป็นผู้ใช้อำนาจการปกครองบ้านเมือง ข้อความใดที่หัวหน้าคณะปฏิวัติสั่งบังคับประชาชนก็ต้องถือเป็นกฎหมาย แม้พระมหากษัตริย์จะมีได้ทรงตราออกมาด้วย ความแนะนำหรือความยินยอมของสภาผู้แทนราษฎรหรือสถาบันนิติบัญญัติของประเทศก็ตาม ดังนั้นคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 45 / 2496 ฉะนั้นคณะปฏิวัติ ฉบับที่ 21 (บุคคลอันธพาล) ซึ่งประกาศคำสั่งของหัวหน้าปฏิวัติบังคับแก่ประชาชนดังกล่าวข้างต้นเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับในการปกครองนั้นด้วย...”

สูงสุด⁶ คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ⁷ พิพากษารับรองและมีบทบัญญัติรัฐธรรมนูญบัญญัติรับรองว่าชอบด้วยกฎหมายชอบด้วยรัฐธรรมนูญ⁸ ดังนั้นจึงถือว่า

⁶ เมื่อพิจารณาถึงคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ 124/2549 คณะปฏิวัติเป็นผู้ใช้อำนาจอธิปไตยประกาศของคณะปฏิวัติจึงมีผลบังคับเป็นกฎหมายเสมือนด้วยพระราชบัญญัติ ซึ่งคำพิพากษานี้แสดงให้เห็นถึงสถานะทางกฎหมายของประกาศคณะปฏิวัติและการยอมรับที่มาของคณะปฏิวัติเป็นที่มาของกฎหมายลายลักษณ์อักษรในระดับกฎหมายบัญญัติ

⁷ เมื่อพิจารณาถึงคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรับรองว่าประกาศของคณะปฏิวัติที่เป็นแหล่งที่มาของกฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติ คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ 3-5/2550 : ในประเด็นต้องวินิจฉัยข้อ 12 ประกาศคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขฉบับที่ 27 ลงวันที่ 30 กันยายน พ.ศ. 2549 ใช้บังคับกับการยุบพรรคการเมือง ตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยพรรคการเมือง พ.ศ. 2541 ย้อนหลังได้ เพราะถือว่าประกาศดังกล่าวเป็นกฎหมาย

⁸ เมื่อพิจารณาถึงคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรับรองว่าประกาศของคณะปฏิวัติที่เป็นแหล่งที่มาของกฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติ ได้แก่

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519 ได้รับรองประกาศของคณะปฏิวัติไว้ในมาตรา 29 บัญญัติไว้ดังนี้

“บรรดาการกระทำประกาศหรือคำสั่งของหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินหรือการกระทำประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองแผ่นดินที่ได้กระทำประกาศหรือสั่งก่อนวันใช้รัฐธรรมนูญนี้ทั้งนี้ที่เกี่ยวกับการปฏิรูปการปกครองแผ่นดินไม่ว่าจะกระทำด้วยประการใดหรือเป็นรูปใดและไม่ว่าจะกระทำประกาศหรือสั่งให้มีผลบังคับในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหารหรือในทางตุลาการให้ถือว่าการกระทำประกาศหรือคำสั่งตลอดจนการกระทำของผู้ปฏิบัติตามประกาศหรือคำสั่งนั้นเป็นการกระทำประกาศหรือชอบด้วยกฎหมาย” (ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ เล่มที่ 93 ตอนที่ 135 วันที่ 22 ตุลาคม 2519 หน้า 1 - 15)

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ได้ยอมรับประกาศหรือคำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (คปค.) ชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ในมาตรา 36 บัญญัติไว้ดังนี้ “บรรดาประกาศและคำสั่งของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขหรือคำสั่ง

ประกาศของคณะปฏิวัติ จึงถือเป็นที่มาของกฎหมายลายลักษณ์อักษรระดับกฎหมายบัญญัติ

ของหัวหน้าคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขที่ได้ประกาศหรือสั่ง ในระหว่างวันที่ 19 กันยายน พุทธศักราช 2549 จนถึงวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ไม่ว่าจะเป็นในรูปใดและไม่ว่าจะประกาศหรือสั่งให้มีผลบังคับทางนิติบัญญัติ ในทางบริหารหรือในทางตุลาการ ให้มีผลใช้บังคับต่อและให้ถือว่าประกาศหรือคำสั่งตลอดจนการปฏิบัติตามประกาศหรือคำสั่งนั้นไม่ว่าการปฏิบัติตามประกาศหรือคำสั่งนั้นจะกระทำก่อนหรือหลังวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ เป็นประกาศหรือคำสั่งหรือการปฏิบัติที่ชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้” (ราชกิจจานุเบกษาฉบับพิเศษ เล่มที่ 123 ตอนที่ 102 วันที่ 1 ตุลาคม 2549)

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้ยอมรับประกาศหรือคำสั่งคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข ไว้ในมาตรา 309 “บรรดาการใด ๆ ที่ได้รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ว่าเป็นการชอบด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญ รวมทั้งการกระทำ ที่เกี่ยวเนื่องกับกรณีดังกล่าวไม่ว่าก่อนหรือหลังวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ ให้ถือว่าการนั้นและ การกระทำนั้นชอบด้วยรัฐธรรมนูญนี้” (ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ เล่มที่ 124 ตอนที่ 47 วันที่ 24 สิงหาคม 2550)

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ได้ยอมรับประกาศหรือคำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ชอบด้วยกฎหมายและชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ไว้ในมาตรา 45 ดังนี้ “บรรดาการกระทำทั้งหลายซึ่งได้กระทำให้เนื่องในการยึด และควบคุมอำนาจการปกครองแผ่นดิน เมื่อวันที่ 22 พฤษภาคม 2557 ของหัวหน้าและคณะรักษาความสงบแห่งชาติรวมทั้งการกระทำของบุคคลที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความดังกล่าว หรือของผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากหัวหน้าหรือคณะรักษาความสงบแห่งชาติ หรือของผู้ซึ่งได้รับคำสั่งจากผู้ซึ่งได้รับมอบหมายจากหัวหน้าหรือคณะรักษาความสงบแห่งชาติ อันได้กระทำไปเพื่อการดังกล่าวข้างต้นนั้น การกระทำความดังกล่าวมาทั้งหมดนี้ไม่ว่าจะเป็นการกระทำเพื่อให้มีผลบังคับในทางรัฐธรรมนูญ ในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหาร หรือในทางตุลาการ รวมทั้งการลงโทษและการกระทำอันเป็นการบริหารราชการอย่างอื่น ไม่ว่ากระทำในฐานะตัวการผู้สนับสนุน ผู้ใช้ให้กระทำ หรือผู้ถูกใช้ให้กระทำ และไม่ว่ากระทำในวันทีกล่าวนั้นหรือก่อนหรือหลังวันทีกล่าวนั้น หากการกระทำนั้นผิดต่อกฎหมาย ให้ผู้กระทำพ้นจากความผิดและความรับผิดโดยสิ้นเชิง” (ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ เล่มที่ 131 ตอนที่ 55 วันที่ 22 กรกฎาคม 2557)

กลุ่มที่ 2 เห็นว่าประกาศของคณะปฏิวัติไม่เป็นแหล่งที่มาของกฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติ เพราะไม่มีที่มาจากองค์กรที่มีอำนาจตรากฎหมายที่ได้รับความยินยอมจากประชาชนตามวิถีทางรัฐธรรมนูญ ทำให้มีการวิพากษ์ถึงการนำแนวความคิดแบบปฏิธานนิยมทางกฎหมาย (Positive Law) มาตัดสินความในเรื่องของประกาศของปฏิวัติ ถือเป็นกฎหมายว่าเป็นสาเหตุสำคัญที่ทำให้วงการนักกฎหมายไทยไม่มีส่วนส่งเสริม สิทธิเสรีภาพของประชาชนเท่าใดนัก เป็นการทำลายหลักนิติรัฐ (Legal State) หรือหลักนิติธรรม (The Rule of Law) ในการปกครองระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขภายใต้รัฐธรรมนูญ⁹

ดังนั้น ประกาศคณะปฏิวัติจึงมีปัญหาการถกเถียงในประเด็นทางวิชาการว่ากฎหมายที่ออกโดยคณะรัฐประหาร คือ ประกาศคณะปฏิวัติถือเป็นกฎหมายระดับกฎหมายบัญญัติและกฎหมายลำดับรองที่สมบูรณ์หรือไม่ สำหรับผู้เขียนมีความเห็นสอดคล้องกับกลุ่มที่ 1 คือ ประกาศของคณะปฏิวัติถือเป็นที่มาของกฎหมายลายลักษณ์อักษร แต่เป็นกฎหมายที่สามารถควบคุมตรวจสอบได้สอดคล้องกับเจตนารมณ์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 279 บรรดาประกาศคำสั่ง

⁹ เมื่อพิจารณาศึกษาถึงคำแถลงการณ์ของคณะนิติราษฎร์ในวันครบรอบ 1 ปี การก่อตั้งนิติราษฎร์ เมื่อวันที่ 18 กันยายน 2554 ณ ทำพระจันทร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ประกอบด้วย วรเจตน์ ภาคีรัตน์ จันทจิรา เอี่ยมมยุรา รุาปนันทน์ปิฎกกุล ชีระ สุธีวรานุรักษ์ สวัสดิ์ สุขศรี ปิยะบุตร แสงกนกกุล ปูนเทพศิริพงษ์ ในประเด็นที่ 1 การลบล้างผลพวงรัฐประหาร 19 กันยายน 2549 เป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย ทำลายหลักนิติรัฐ – ประชาธิปไตย และยังเป็นต้นเหตุของปัญหาความขัดแย้งทางการเมืองต่อเนื่องมาถึงปัจจุบัน คือ ประกาศให้คณะรัฐประหาร 19 กันยายน 2549 และการกระทำใดที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายของคณะปฏิรูปการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข (คปค.) ตั้งแต่วันที่ 19 กันยายน 2549 จนถึงวันที่ 30 กันยายน 2549 เสียเปล่าและถือว่าไม่เคยเกิดขึ้นและไม่เคยมีผลในทางกฎหมาย และประกาศให้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 มาตรา 36 มาตรา 37 เสียเปล่า และถือว่าไม่เคยเกิดขึ้นและไม่เคยมีผลในทางกฎหมาย ซึ่งจากคำแถลงการณ์ดังกล่าวแสดงให้เห็นการไม่ยอมรับประกาศคณะปฏิวัติเป็นกฎหมาย

และการกระทำของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ หรือของหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติที่ใช้บังคับอยู่ในวันก่อนวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญนี้ หรือที่จะออกใช้บังคับต่อไป ตามมาตรา 265 วรรค 2 ไม่ว่าจะเป็นประกาศ คำสั่ง หรือการกระทำที่มีผลใช้บังคับในทางรัฐธรรมนูญ ทางนิติบัญญัติ ทางบริหาร หรือทางตุลาการ ให้ประกาศ คำสั่ง การกระทำ ตลอดจนการปฏิบัติตามประกาศ คำสั่งหรือการกระทำนั้น เป็นประกาศ คำสั่งการกระทำ หรือการปฏิบัติ ที่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญและกฎหมาย และมีผลใช้บังคับโดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญต่อไป

1) การยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมประกาศหรือคำสั่งดังกล่าว ให้กระทำเป็นพระราชบัญญัติ

2) ประกาศหรือคำสั่ง ที่มีลักษณะเป็นการใช้อำนาจทางบริหารการยกเลิกหรือแก้ไขเพิ่มเติมให้กระทำโดยคำสั่งนายกรัฐมนตรี หรือมติคณะรัฐมนตรี

2. ประเพณีทางกฎหมาย คำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 37/2560 เมื่อวิเคราะห์ถึงประเภทของประกาศ คำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เผยแพร่ บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสร็จที่ 953/2557 เรื่อง สถานะของประกาศและคำสั่งของคณะรักษาความสงบแห่งชาติบางฉบับ กรณีสำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรี ขอรื้อเกี่ยวกับสถานะของประกาศและคำสั่งของคณะรักษาความสงบแห่งชาติ บางฉบับว่าเป็นกฎหมายหรือไม่¹⁰ โดยคณะกรรมการกฤษฎีกา เห็นว่า ประกาศหรือคำสั่งที่เป็นกฎหมายใหม่ หรือที่แก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกกฎหมายที่มีอยู่เดิม หรือมีผลเป็นการยกเว้น เปลี่ยนแปลง หรือระงับใช้กฎหมาย หรือ

¹⁰ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, กฤษฎีกาตอบสำนัเลขานายกฯ ชี้ประกาศ คสช.เป็นกฎหมาย-คำสั่งบริหาร, ประชาไท [Online], เข้าถึงได้จาก <https://prachatai.com/journal/2014/10/560> 15 สืบค้นเมื่อ 15 มกราคม 2561

สร้างกลไกขึ้นมาคู่ขนานกับกลไกที่มีอยู่แล้วตามกฎหมาย เป็น “กฎหมาย” ส่วนประกาศหรือคำสั่งที่มีการตั้งคณะกรรมการขึ้นมาใหม่ทั้งหมด เป็น “คำสั่งทางบริหาร” ดังนี้

2.1 ประกาศ คำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่มีฐานะทางกฎหมาย แยกออกได้ 3 กรณี คือ

1) กรณีที่เป็นประกาศหรือคำสั่งที่เป็นกฎหมายใหม่ เช่น คำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 33/2557 เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมการเกี่ยวกับการตรวจสอบการทำธุรกรรมทางการเงิน หรือการดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินของบุคคลหรือนิติบุคคล เท่าที่จำเป็นแก่การรักษาความมั่นคงของชาติและความปลอดภัยในชีวิต และทรัพย์สินของประชาชนโดยรวม ลงวันที่ 28 พฤษภาคม 2557 เนื่องจากในข้อ 1 ของคำสั่งฉบับนี้ได้กำหนดให้คณะทำงานปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวกับการตรวจสอบการทำธุรกรรมทางการเงิน หรือการดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินของบุคคล หรือนิติบุคคล อันเป็นอำนาจที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ซึ่งโดยปกติต้องออกเป็นกฎหมาย คำสั่งฉบับนี้จึงมีฐานะเป็นกฎหมาย เป็นต้น

2) กรณีที่เป็นประกาศหรือคำสั่งที่แก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกกฎหมายที่มีอยู่เดิม เช่น ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 72/2557 เรื่อง การดำเนินการตามกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต ลงวันที่ 27 มิถุนายน 2557 เนื่องจากประกาศฉบับนี้มีบทบัญญัติให้แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 ซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายโดยปกติต้องออกเป็นกฎหมาย ประกาศฉบับนี้จึงมีฐานะเป็นกฎหมาย เป็นต้น

3) กรณีที่เป็นประกาศหรือคำสั่งที่ไม่ได้แก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน แต่มีผลเป็นการยกเว้น เปลี่ยนแปลง หรือระงับใช้กฎหมาย หรือเป็นการสร้างกลไกขึ้นมาคู่ขนานกับกลไกที่มีอยู่แล้วตามกฎหมาย ซึ่งบางกรณีประสงค์จะใช้เป็นการชั่วคราว เช่น ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 95/2557 เรื่องการให้

เลขาธิการสำนักงานคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานพ้นจากตำแหน่ง และการแต่งตั้งคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน ลงวันที่ 17 กรกฎาคม 2557 เป็นต้น ประกาศฉบับนี้มีผลทำให้บทบัญญัติในกฎหมายที่มีอยู่ใช้บังคับไม่ได้ เช่น ในข้อ 3 ของประกาศฉบับนี้กำหนดยกเว้นมิให้นำบทบัญญัติเกี่ยวกับการสรรหาตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 มาใช้บังคับกับการแต่งตั้งคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานตามประกาศนี้ อันมีผลให้บทบัญญัติดังกล่าวในกฎหมายไม่สามารถใช้บังคับได้ ซึ่งโดยปกติบทบัญญัติที่มีผลให้กฎหมายใช้บังคับไม่ได้ย่อมต้องมีฐานะไม่ต่ำศักดิ์กว่ากฎหมาย ประกาศฉบับนี้จึงมีฐานะเป็น “กฎหมาย” เป็นต้น

2.2 ประเภทคำสั่ง หัวหน้า คณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่มีฐานะเป็นประกาศหรือคำสั่งทางบริหาร (กฎ) เช่น ประกาศคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ฉบับที่ 98/2557 เรื่อง การแก้ไขปัญหাজังหวัดชายแดนภาคใต้ ลงวันที่ 21 กรกฎาคม 2557 ประกอบกับคำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 96/2557 เรื่อง การแต่งตั้งคณะกรรมการขับเคลื่อนการแก้ไขปัญหাজังหวัดชายแดนภาคใต้ ลงวันที่ 21 กรกฎาคม 2557 เนื่องจากอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตามประกาศฉบับนี้มีขึ้นเพื่อประโยชน์ในการบริหารราชการแผ่นดินเกี่ยวกับการแก้ไขปัญหাজังหวัดชายแดนภาคใต้ และไม่มีอำนาจหน้าที่ใดกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ประกาศฉบับนี้จึงมีฐานะเป็นคำสั่งทางบริหาร นั้นหากประกาศหรือคำสั่งใดมีฐานะเป็นคำสั่งทางบริหาร การแก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกย่อมต้องทำโดยคำสั่งทางบริหารหรือโดยมติคณะรัฐมนตรี แล้วแต่กรณี เป็นต้น

เมื่อพิจารณาศึกษา คำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 37/2560 นี้ เป็นกรณีที่เป็นการประกาศหรือคำสั่งที่ไม่ได้แก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน แต่มีผลเป็นการยกเว้น เปลี่ยนแปลง หรือระงับใช้กฎหมาย หรือเป็นการสร้างกลไกขึ้นมาคู่ขนานกับกลไกที่มีอยู่แล้วตามกฎหมายพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 ดังนั้น คำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 37/2560

เป็นคำสั่งที่ขัดด้วยกฎหมายขัดด้วยรัฐธรรมนูญ ตามมาตรา 279 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช และสามารที่หักล้าง นิติบัญญัติ บริหาร ตุลาการ ได้ ตามมาตรา 265 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ที่รับรองให้อำนาจมาตรา 44 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย(ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557¹¹ และเป็นคำสั่งอันเป็นที่สุด ถือว่ามีฐานะเป็น “กฎหมาย” มติหรือคำสั่ง หรือ กฎระเบียบข้อบังคับใด ที่ออกมาขัดกับ “กฎหมาย” ใช้บังคับไม่ได้ ตามลำดับชั้นทางกฎหมาย

วิเคราะห์ประเด็นประเภทของมหาวิทยาลัยที่อยู่ภายใต้คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 37/2560

คำสั่ง หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 37/2560 จะใช้บังคับมหาวิทยาลัยที่เป็นส่วนราชการ ตามคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ข้อ 1 และตามคำนิยาม มาตรา 4 พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา 2547¹² มีอยู่ 3 ประเภท ดังนี้

¹¹ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 44 บัญญัติไว้ว่า

“ในกรณีที่หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติเห็นเป็นการจำเป็นเพื่อประโยชน์ในการปฏิรูปในด้านต่าง ๆ การส่งเสริมความสามัคคีและความสมานฉันท์ของประชาชนในชาติ หรือเพื่อป้องกันระงับ หรือปราบปรามการกระทำอันเป็นการบ่อนทำลายความสงบเรียบร้อยหรือความมั่นคงของชาติราชบัลลังก์ เศรษฐกิจของประเทศ หรือราชการแผ่นดิน ไม่ว่าจะเกิดขึ้นภายในหรือภายนอกราชอาณาจักร ให้หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติโดยความเห็นชอบของคณะรักษาความสงบแห่งชาติมีอำนาจสั่งการระงับยับยั้ง หรือกระทำการใด ๆ ได้ ไม่ว่าการกระทำนั้นจะมีผลบังคับในทางนิติบัญญัติ ในทางบริหาร หรือในทางตุลาการ และให้ถือว่าคำสั่งหรือการกระทำ รวมทั้งการปฏิบัติตามคำสั่งดังกล่าว เป็นคำสั่งหรือการกระทำ หรือการปฏิบัติที่ขัดด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญนี้และเป็นที่สุด ทั้งนี้ เมื่อได้ดำเนินการดังกล่าวแล้ว ให้รายงานประธานสภานิติบัญญัติแห่งชาติและนายกรัฐมนตรีทราบโดยเร็ว”

¹² พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา 2547 มาตรา 4

1. มหาวิทยาลัยมีกฎหมายเฉพาะ และเป็นมหาวิทยาลัยที่ไม่ออกนอกระบบ

มหาวิทยาลัยมีกฎหมายเฉพาะ และเป็นมหาวิทยาลัยที่ไม่ออกนอกระบบ¹³ เป็นมหาวิทยาลัยที่เป็นราชการมีฐานะเทียบเท่า “กรม” เช่น มหาวิทยาลัยรามคำแหง มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช เป็นต้น

“ข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา” หมายความว่า บุคคลซึ่งได้รับบรรจุและแต่งตั้งให้รับราชการตามพระราชบัญญัตินี้โดยได้รับเงินเดือนจากเงินงบประมาณประเภทเงินเดือนในสถาบันอุดมศึกษา

“สภาสถาบันอุดมศึกษา” หมายความว่า สภามหาวิทยาลัย หรือสภาสถาบันอุดมศึกษาแล้วแต่กรณีทั้งนี้ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งมหาวิทยาลัยหรือสภาสถาบันอุดมศึกษานั้น

“สถาบันอุดมศึกษา” หมายความว่า สถานศึกษาของรัฐในสังกัดกระทรวงศึกษาธิการที่จัดการศึกษาระดับอุดมศึกษาระดับปริญญา แต่ไม่รวมถึงสถานศึกษาของรัฐที่มีใช้ส่วนราชการ

“รัฐมนตรี” หมายความว่า รัฐมนตรีผู้รักษาการตามพระราชบัญญัตินี้ (อ้างใน ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 121 ตอนพิเศษ ที่ 70 ก 12 พฤศจิกายน 2547)

พระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวแสดงให้เห็นว่า มหาวิทยาลัยของรัฐ มี อยู่ 2 ประเภท คือ มหาวิทยาลัยของรัฐที่เป็นส่วนราชการ หรือเรียกว่า “มหาวิทยาลัยของของรัฐในระบบราชการ” กับ มหาวิทยาลัยของรัฐในกำกับของรัฐ หรือเรียกว่า “มหาวิทยาลัยนอกระบบราชการ” ดังนั้น มหาวิทยาลัยของรัฐในระบบราชการเท่านั้นที่อยู่ภายใต้พระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 และอยู่ภายใต้บังคับคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 37/2560

¹³ เมื่อพิจารณาศึกษาถึง “มหาวิทยาลัยนอกระบบ” หรือ “มหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐ” ซึ่งเป็นหน่วยงานอื่นของรัฐที่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาและกำกับดูแลของฝ่ายบริหาร หน่วยงานอื่นของรัฐประเภทนี้ไม่ใช่หน่วยราชการ ไม่ใช่รัฐวิสาหกิจ ไม่ใช่องค์กรมหาชน แต่เป็นหน่วยงานอื่นของรัฐที่จัดตั้งขึ้นมาเพื่อบริการสาธารณะและไม่ได้อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 แต่จะอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของฝ่ายบริหาร มีอยู่ 2 ฝ่าย คือ อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของราชการส่วนกลางกับอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของราชการส่วนท้องถิ่น ดังนี้

1. มหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของราชการส่วนกลาง คือ จะอยู่ในกำกับของสำนักงานคณะกรรมการการอุดมศึกษา กระทรวงศึกษาธิการ มีดังต่อไปนี้ มหาวิทยาลัย

2. มหาวิทยาลัยราชภัฏ

มหาวิทยาลัยราชภัฏ¹⁴ เป็นไปตาม พระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยราชภัฏ พ.ศ. 2547 มีฐานะเทียบเท่า “กรม” มีฐานะเป็นนิติบุคคลมหาชน จะพบว่ามีแยกเป็น ภูมิภาค ดังต่อไปนี้ “กลุ่มภาคกลาง” มหาวิทยาลัยราชภัฏจันทรเกษม มหาวิทยาลัยราชภัฏพระนคร มหาวิทยาลัยราชภัฏธนบุรี มหาวิทยาลัยราชภัฏบ้านสมเด็จเจ้าพระยา มหาวิทยาลัยราชภัฏสวนสุนันทา มหาวิทยาลัยราชภัฏวไลยอลงกรณ์ ในพระบรมราชูปถัมภ์ มหาวิทยาลัยราชภัฏพระนครศรีอยุธยา มหาวิทยาลัยราชภัฏเทพสตรี “กลุ่มภาคตะวันตก” มหาวิทยาลัยราชภัฏนครปฐม มหาวิทยาลัยราชภัฏกาญจนบุรี มหาวิทยาลัยราชภัฏหมู่บ้านจอมบึง มหาวิทยาลัยราชภัฏเพชรบุรี “กลุ่มภาคตะวันออก” มหาวิทยาลัยราชภัฏราชนครินทร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏรำไพพรรณี “กลุ่มภาคใต้” มหาวิทยาลัยราชภัฏสุราษฎร์ธานี มหาวิทยาลัยราชภัฏภูเก็ต มหาวิทยาลัยราชภัฏ

เทคโนโลยีสุรนารี มหาวิทยาลัยวลัยลักษณ์ มหาวิทยาลัยมหาจุฬาลงกรณราชวิทยาลัย มหาวิทยาลัยมหามกุฏราชวิทยาลัย มหาวิทยาลัยแม่ฟ้าหลวงมหาวิทยาลัยเทคโนโลยีพระจอมเกล้าธนบุรี มหาวิทยาลัยมหิดลมหาวิทยาลัยเทคโนโลยีพระจอมเกล้าพระนครเหนือ มหาวิทยาลัยบูรพา มหาวิทยาลัยทักษิณ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ สถาบันเทคโนโลยีพระจอมเกล้าเจ้าคุณทหารลาดกระบัง มหาวิทยาลัยพะเยา มหาวิทยาลัยนวมินทราธิราช สถาบันดนตรีกัลยาณีวัฒนา มหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ มหาวิทยาลัยขอนแก่น มหาวิทยาลัยสวนดุสิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ราชวิทยาลัยจุฬาภรณ์ มหาวิทยาลัยศรีนครินทรวิโรฒมหาวิทยาลัยศิลปากรมหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ มหาวิทยาลัยแม่โจ้และสถาบันการพยาบาลศรีสวรินทิรา สภากาชาดไทย

2. มหาวิทยาลัยในกำกับของรัฐที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของราชการส่วนท้องถิ่น ปัจจุบันมีเฉพาะมหาวิทยาลัยนวมินทราธิราชแห่งเดียวที่อยู่ในกำกับของกรุงเทพมหานคร ซึ่งเป็นราชการส่วนท้องถิ่นในรูปแบบพิเศษ

¹⁴ เมื่อพิจารณาศึกษาพบว่า “มหาวิทยาลัยราชภัฏสวนดุสิต” ที่เป็นมหาวิทยาลัยของรัฐในระบบราชการ ในปัจจุบันได้มีการเปลี่ยนเป็นมหาวิทยาลัยของรัฐนอกนกระบบราชการเป็นมหาวิทยาลัยในการกำกับของรัฐ คือ “มหาวิทยาลัยสวนดุสิต” เมื่อวันที่ 8 กรกฎาคม พ.ศ. 2558

นครศรีธรรมราช มหาวิทยาลัยราชภัฏสงขลา มหาวิทยาลัยราชภัฏยะลา “กลุ่มภาคเหนือ” มหาวิทยาลัยราชภัฏเชียงใหม่ มหาวิทยาลัยราชภัฏเชียงราย มหาวิทยาลัยราชภัฏลำปาง มหาวิทยาลัยราชภัฏอุตรดิตถ์ มหาวิทยาลัยราชภัฏพิบูลสงคราม มหาวิทยาลัยราชภัฏกำแพงเพชร มหาวิทยาลัยราชภัฏเพชรบูรณ์ มหาวิทยาลัยราชภัฏนครสวรรค์ และ “กลุ่มภาคตะวันออกเฉียงเหนือ” มหาวิทยาลัยราชภัฏชัยภูมิ มหาวิทยาลัยราชภัฏนครราชสีมา มหาวิทยาลัยราชภัฏบุรีรัมย์ มหาวิทยาลัยราชภัฏสุรินทร์ มหาวิทยาลัยราชภัฏศรีสะเกษ มหาวิทยาลัยราชภัฏอุบลราชธานี มหาวิทยาลัยราชภัฏมหาสารคาม มหาวิทยาลัยราชภัฏร้อยเอ็ด มหาวิทยาลัยราชภัฏเลย มหาวิทยาลัยราชภัฏอุดรธานี มหาวิทยาลัยราชภัฏสกลนคร

3. มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีราชมงคล

มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีราชมงคลเป็นไปตาม พระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยเทคโนโลยีราชมงคล พ.ศ.2548 มีฐานะเทียบเท่า “กรม” เป็นนิติบุคคลคลมหาชน มีมหาวิทยาลัยเทคโนโลยีราชมงคล ประกอบ ด้วย 9 แห่ง ดังต่อไปนี้ มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีราชมงคลธัญบุรี มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีราชมงคลกรุงเทพ มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีราชมงคลตะวันออก มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีราชมงคลพระนคร มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีราชมงคลรัตนโกสินทร์ มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีราชมงคลล้านนา มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีราชมงคลศรีวิชัย มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีราชมงคลสุวรรณภูมิ และ มหาวิทยาลัยเทคโนโลยีราชมงคลอีสาน

วิเคราะห์ประเด็นผลบังคับใช้คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 37/2560

คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติมีผลบังคับ เวลาใด ตามคำสั่ง หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 37/2560 ข้อ 6 คำสั่งนี้ ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป สั่ง ณ วันที่ 8 สิงหาคม 2560 โดย พล.อ.ประยุทธ์ จันทร์โอชา หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ แสดงให้เห็นว่า คำสั่งดังกล่าวมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 8 สิงหาคม 2560 ถึงปัจจุบัน และคำสั่งดังกล่าวไม่ประสงค์บังคับใช้ในกรณีใด

เวลาใดก็ต้องระบุไว้ และผลบังคับใช้คำสั่งดังกล่าวจะมีการเปลี่ยนแปลงแก้ไขได้โดยการเสนอของนายกรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีให้คณะรักษาความสงบแห่งชาติดำเนินการแก้ไขเปลี่ยนแปลง ตามคำสั่ง หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 37/2560 ข้อ 5 หรือการยกเลิกคำสั่งดังกล่าวได้ด้วยการตราพระราชบัญญัติยกเลิกตามมาตรา 279 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 แต่อย่างไรก็ตามการแก้ไขหรือการยกเลิกคำสั่งดังกล่าว หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 37/2560 ก็สามารถใช้อำนาจตามมาตรา 44 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ที่ถูกรับรองโดยมาตรา 265 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

วิเคราะห์ประเด็นเกี่ยวกับระยะเวลาในการรักษาราชการแทนผู้ดำรงตำแหน่ง อธิการบดีภายใต้คำสั่ง หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 37/2560

ประเด็นเกี่ยวกับระยะเวลาในการรักษาราชการแทนผู้ดำรงตำแหน่งอธิการบดีภายใต้คำสั่ง หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 37/2560 ในข้อ 3 มิให้นำบทบัญญัติที่เกี่ยวกับระยะเวลาในการรักษาราชการแทนผู้ดำรงตำแหน่งอธิการบดีที่บัญญัติอยู่ในกฎหมายจัดตั้งสถาบันอุดมศึกษามาใช้บังคับกับการรักษาราชการแทนอธิการบดีในระหว่างดำเนินการดำเนินการสรรหา หรือดำเนินการ เพื่อแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งอธิการบดี กล่าวคือ คำสั่งดังกล่าวถือเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายและมีฐานะเป็น “กฎหมาย” เป็นคำสั่งที่ไม่ได้แก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน แต่มีผลเป็นการยกเว้น เปลี่ยนแปลง หรือระงับใช้กฎหมายหรือเป็นการสร้างกลไกขึ้นมาคู่ขนานกับกลไกที่มีอยู่แล้วตามกฎหมายกับการรักษาราชการแทนผู้ดำรงตำแหน่งอธิการบดี ซึ่งไม่ให้นัระยะเวลาการรักษาราชการแทนผู้ดำรงตำแหน่งอธิการบดี ไม่เกิน 180 วันมาใช้ แต่ให้ใช้บังคับกับการรักษาราชการแทนอธิการบดีในระหว่างดำเนินการสรรหาหรือดำเนินการ เพื่อแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งอธิการบดี ดังนั้น สรุปได้ว่าผู้รักษาราชการแทนอธิการอยู่ปฏิบัติหน้าที่จนกว่าจะได้มีการแต่งตั้งอธิการบดี ตั้งแต่วันที่ 8 สิงหาคม

2560 วันที่ประกาศใช้คำสั่ง หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 37/2560 ในราชกิจจานุเบกษา

แต่อย่างไรก็ตาม การรักษาราชการแทนอธิการบดีที่ไม่นำระยะเวลา 180 วันมาใช้บังคับนี้ ไม่ได้กำหนดระยะเวลาการประเมินรักษาราชการแทนอธิการบดีว่ามีการประเมินอย่างไร ผู้เขียนมีความกังวลอย่างยิ่งว่า จะประเมินผลงานรักษาราชการแทนอธิการบดี เช่นเดียวกับอธิการบดีในกรณีปกติ ผู้เขียนไม่เห็นด้วย ควรให้สภามหาวิทยาลัยแห่งนั้นออกข้อบังคับในการประเมินผลงานรักษาราชการแทนอธิการบดี ในระยะเวลา 180 วัน เพื่อประโยชน์ของมหาวิทยาลัย ดังนั้น รักษาราชการแทนอธิการบดีอาจจะถูกเปลี่ยนได้ เช่น ในกรณีรักษาราชการแทนอธิการบดีลาออก หรือกระทำความผิดวินัย และการประเมินผลงานของรักษาราชการแทนอธิการบดีโดยมติของสภามหาวิทยาลัยได้ เป็นต้น

วิเคราะห์ประเด็นการกำหนดอายุเกิน 60 ปี (เกษียณอายุราชการ) ดำรงตำแหน่งอธิการบดี ได้หรือไม่

ประเด็นของการกำหนดอายุเกิน 60 ปี (เกษียณอายุราชการ) ดำรงตำแหน่งอธิการบดี ได้หรือไม่ เมื่อพิจารณาศึกษา คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 37/2560 ข้อ 2 ได้กำหนดว่า เพื่อประโยชน์ในการบริหารงานของสถาบันอุดมศึกษาให้มีความต่อเนื่องและเกิดประสิทธิภาพ ให้สถาบันอุดมศึกษามีอำนาจแต่งตั้งบุคคลใดที่มีได้เป็นข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา หรือเป็นพนักงานในสถาบันอุดมศึกษา (บุคคลภายนอก) มาดำรงตำแหน่งอธิการบดี (รวมไปถึงรองอธิการบดี ผู้ช่วยอธิการบดี คณบดีหรือหัวหน้าหน่วยงานที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่มีฐานะเทียบเท่าคณะได้ แต่ในที่นี้จะกล่าวถึงกรณีการดำรงตำแหน่งอธิการบดี) สำหรับคุณสมบัติและลักษณะ ต้องห้ามอื่นให้เป็นไปตาม พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 และกฎหมายจัดตั้งสถาบันอุดมศึกษานั้น ๆ และ ให้นำมาใช้บังคับกับผู้ซึ่งดำรงตำแหน่งอธิการบดี อยู่ในวันก่อนวันที่คำสั่งนี้ใช้บังคับ และผู้ซึ่งอยู่ในระหว่างกระบวนการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวในวันที่คำสั่งนี้ใช้บังคับด้วย

เมื่อวิเคราะห์ถึง คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 37/2560 ข้อ 2 นี้เป็นการแก้ไขการบริหารงานของสถาบันอุดมศึกษา ให้สามารถตั้งบุคคลที่มีได้เป็นข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา หรือเป็นพนักงานในสถาบันอุดมศึกษามาดำรงตำแหน่งอธิการบดี แต่อย่างไรก็ตามจะพบปัญหา คือ บุคคลมิได้เป็นข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา หรือเป็นพนักงานในสถาบันอุดมศึกษามาดำรงตำแหน่งอธิการบดินั้นอายุเกิน 60 ปี (เกษียณอายุราชการ) ได้หรือไม่ เพราะคำสั่งหัวหน้า คณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 37/2560 ข้อ 2 ไม่ได้ระบุชัดเจน กล่าวคือ ออกประกาศคำสั่งหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 37/2560 เพื่อมายกเว้นแก้ปัญหการดำรงตำแหน่งอธิการบดี แต่กลับพบว่าในประเด็นนี้ไม่สามารถแก้ปัญหาได้ และยังคงมีปัญหาในการฟ้องร้องอยู่ในศาลปกครองชั้นต้น (ศาลปกครองนครราชสีมา) ได้มีคำวินิจฉัยว่า คำสั่งการสรรหาแต่งตั้งอธิการบดีของสภามหาวิทยาลัยราชภัฏบุรีรัมย์ที่มีอายุเกิน 60 ปี ขัดต่อมาตรา 18¹⁵

¹⁵ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547

“มาตรา 18 ตำแหน่งข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา มีดังนี้

(ก) ตำแหน่งวิชาการ ซึ่งทำหน้าที่สอนและวิจัย ได้แก่ (1) ศาสตราจารย์ (2) รองศาสตราจารย์ (3) ผู้ช่วยศาสตราจารย์ (4) อาจารย์ (5) ตำแหน่งอื่นตามที่ ก.พ.อ. กำหนด

(ข) ตำแหน่งประเภทผู้บริหาร ได้แก่ (1) อธิการบดี (2) รองอธิการบดี (3) คณบดี (4) หัวหน้าหน่วยงานที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่มีฐานะเทียบเท่าคณะ (5) ผู้ช่วยอธิการบดี (6) รองคณบดีหรือรองหัวหน้าหน่วยงานที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่มีฐานะเทียบเท่าคณะ (7) ผู้อำนวยการสำนักงานอธิการบดี ผู้อำนวยการสำนักงานวิทยาเขต ผู้อำนวยการกองหรือหัวหน้าหน่วยงานที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่มีฐานะเทียบเท่ากองตามที่ ก.พ.อ. กำหนด (8) ตำแหน่งอื่นตามที่ ก.พ.อ. กำหนด

(ค) ตำแหน่งประเภททั่วไป วิชาชีพเฉพาะ หรือเชี่ยวชาญเฉพาะ ได้แก่ (1) ระดับเชี่ยวชาญพิเศษ (2) ระดับเชี่ยวชาญ (3) ระดับชำนาญการ (4) ระดับปฏิบัติการ (5) ระดับอื่นตามที่ ก.พ.อ. กำหนดการแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งวิชาการตาม (ก) (1) (2) หรือ (3) ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขที่ ก.พ.อ. กำหนดการแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งประเภทผู้บริหารตาม (ข) (1) (2) (3) (4) (5) หรือ (6) ให้เป็นไปตามพระราชบัญญัติจัดตั้งมหาวิทยาลัยหรือสถาบันอุดมศึกษานั้นในกรณีที่สถาบันอุดมศึกษาใดมีวิทยาเขตนอกที่ตั้งของสถาบันอุดมศึกษา และมีรองอธิการบดีเป็นผู้ดูแล

มาตรา 19¹⁶ มาตรา 65/2¹⁷ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 และได้วินิจฉัยว่าถึงแม้คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 37/2560 ข้อ 2 ได้เปิดโอกาสให้บุคคลภายนอกที่ไม่ใช่ข้าราชการพลเรือนหรือพนักงานมหาวิทยาลัยสามารถเป็นอธิการบดีได้ แต่ไม่ได้รับอายุว่า เกิน 60 ปี เช่นข้าราชการเกษียณอายุราชการ ไว้ในคำสั่งดังกล่าว เป็นต้น ดังนั้น ต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2547 ผู้ที่ดำรงตำแหน่งอธิการบดีได้ต้องไม่เกิน 60 ปี¹⁸ เป็นไปตามเจตนารมณ์ และ มาตรา 19 ยังระบุไว้อีกว่า ข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษาที่ดำรงตำแหน่ง ศาสตราจารย์ หรือรองศาสตราจารย์ที่มีวุฒิปริญญาเอก เมื่ออายุครบ 60 ปี อาจให้ต่ออายุราชการได้อีกจนถึง 65 ปี แต่ห้ามมิให้

รับผิดชอบวิทยาเขต จะกำหนดให้มีตำแหน่งผู้ช่วยอธิการบดีสำหรับวิทยาเขตนั้นด้วยก็ได้ให้ผู้ดำรงตำแหน่งวิชาการตาม (ก) มีสิทธิใช้ตำแหน่งวิชาการเป็นคำนำหน้านามเพื่อแสดงวิทยฐานะได้ตลอดไป

¹⁶ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547

“มาตรา 19 ข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษาซึ่งมีตำแหน่งวิชาการระดับศาสตราจารย์หรือระดับรองศาสตราจารย์ซึ่งสำเร็จการศึกษาระดับปริญญาเอกหรือเทียบเท่า เมื่ออายุครบหกสิบปีบริบูรณ์ในสิ้นปีงบประมาณ อาจให้รับราชการเพื่อทำหน้าที่สอนหรือวิจัยต่อไปได้จนถึงสิ้นปีงบประมาณที่ผู้นั้นมีอายุครบหกสิบห้าปีบริบูรณ์

ในระหว่างการต่อเวลาราชการตามวรรคหนึ่ง ข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษาซึ่งได้รับการต่อเวลาราชการจะดำรงตำแหน่งหรือปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งประเภทผู้บริหารตามมาตรา 18 (ข) และงานบริหารอื่นตามที่ ก.พ.อ. กำหนดมิได้

การต่อเวลาราชการตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขที่ ก.พ.อ. กำหนด”

¹⁷ พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547

“มาตรา 65/2 พนักงานในสถาบันอุดมศึกษามีสิทธิที่จะได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตามมาตรา

18 หรือตำแหน่งอื่นใดตามที่กำหนดไว้ในข้อบังคับของสภาสถาบันอุดมศึกษาที่ออกตามมาตรา 65/1 ได้”

¹⁸ คำพิพากษาศาลปกครองนครราชสีมา (ศาลปกครองชั้นต้น) วันที่ 31 สิงหาคม 2560 คดีเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ดำรงตำแหน่งบริหาร และคดีปกครองดังกล่าว ปัจจุบันอยู่ในระหว่างอุทธรณ์คำสั่งต่อศาลปกครองสูงสุดที่ต้องรอคำพิพากษา

แต่อย่างไรก็ตาม คดีปกครองดังกล่าว ถึงแม้ยังไม่ถือเป็นคดีที่ถึงที่สุด เพราะยังไม่มีคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดออกมา แต่ก็เกิดความสับสนสะท้อนต่อคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 37/2560 ได้เช่นกัน เพราะคำสั่งดังกล่าวนี้มีวัตถุประสงค์ต้องการให้บุคคลภายนอกที่ไม่ใช่ข้าราชการพลเรือน หรือพนักงานมหาวิทยาลัย เช่น ข้าราชการเกษียณอายุราชการ อายุเกิน 60 ปี สามารถดำรงตำแหน่งอธิการบดีได้ เป็นต้น¹⁹ แต่ศาลปกครองชั้นต้น (ศาลปกครองนครราชสีมา) พิพากษาว่าคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ดังกล่าวเป็นคำสั่งที่ไม่ได้แก้ไขเพิ่มเติมหรือยกเลิกกฎหมายที่มีอยู่ในปัจจุบัน คือ ยกเลิกพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 แต่มีผลเป็นการยกเว้น เปลี่ยนแปลง ระบุใช้กฎหมายหรือเป็นการสร้างกลไกขึ้นมาคู่ขนานกับกลไกที่มีอยู่แล้วตามกฎหมาย

วิเคราะห์ประเด็น มติ คำสั่ง กฎ ระเบียบข้อบังคับอื่นใดขัดหรือแย้งต่อคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติได้หรือไม่

วิเคราะห์ประเด็น มติ คำสั่ง กฎ ระเบียบข้อบังคับอื่นใดขัดหรือแย้งต่อคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 37/2560 ได้หรือไม่ เมื่อพิจารณาศึกษาพบว่า คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 37/2560 มีฐานะเป็น “กฎหมาย” ดังนั้น มติ คำสั่ง กฎ ที่ออกมาขัดหรือแย้งต่อ คำสั่งหัวหน้า คณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 37/2560 จะกระทำไม่ได้เพราะถือเป็นการกระทำที่ผิดกฎหมาย เข้าข่ายการปฏิบัติ

¹⁹ กลุ่มประชาสัมพันธ์และเผยแพร่ สำนักโฆษก, ทำเนียบรัฐบาล, **รัฐบาลไทย** [Online], เข้าถึงได้จาก <http://www.thaigov.go.th/news/contents/details/5798> สืบค้นเมื่อ 2 มีนาคม 2561

หน้าที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย มาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายอาญา²⁰ และที่สำคัญ ถือเป็นการฝ่าฝืนคำสั่ง คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 3/2558 เรื่อง การรักษาความสงบเรียบร้อยและความมั่นคงของชาติ ข้อ 3 ให้เจ้าพนักงานรักษาความสงบเรียบร้อยดำเนินการป้องกันและปราบปราม การกระทำความผิดเป็นความผิด 1) ความผิดต่อองค์พระมหากษัตริย์ พระราชินี รัชทายาท และผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ ตามมาตรา 107 ถึงมาตรา 112 แห่งประมวลกฎหมายอาญา 2) ความผิดต่อความมั่นคงของรัฐภายในราชอาณาจักร ตามมาตรา 113 ถึงมาตรา 118 แห่งประมวลกฎหมายอาญา 3) ความผิดตามกฎหมายว่าด้วยอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิงและสิ่งเทียมอาวุธปืน เฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน และวัตถุระเบิด สำหรับใช้เฉพาะ แต่ในการสงคราม 4) ความผิดอันเป็นการฝ่าฝืนประกาศหรือคำสั่งคณะรักษาความสงบแห่งชาติ

ดังนั้น การกระทำที่ฝ่าฝืนคำสั่ง หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 37/2560 ถือว่าเป็นความผิดตามคำสั่งของหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 3/2558 เข้าข่ายมีความผิดอาญาฐานละเว้นหรือปฏิบัติหน้าที่มิชอบด้วยกฎหมาย มาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายอาญา

บทส่งท้าย

กรณีที่ผู้เขียนได้วิเคราะห์ปัญหาคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 37/2560 ทั้ง 6 ประเด็น คือ ประเด็นสถานะทางกฎหมายของคำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 37/2560 นั้น มีฐานะเป็น “กฎหมาย” ที่มีผลเป็นการยกเว้น

²⁰ มาตรา 157 แห่งประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 157 “ผู้ใดเป็นเจ้าพนักงาน ปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่หนึ่งปีถึงสิบปี หรือปรับตั้งแต่สองหมื่นบาทถึงสองแสนบาท หรือทั้งจำทั้งปรับ” (ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 73/ตอนที่ 95/ฉบับพิเศษ หน้า 1/15 พศุจฉายก 2499)

เปลี่ยนแปลง ระบุใช้กฎหมายหรือเป็นการสร้างกลไกขึ้นมาคู่ขนานกับกลไกที่มีอยู่แล้ว ตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 ดังนั้น คำสั่งดังกล่าวมีวัตถุประสงค์ต้องการให้ปลดระยะเวลาการรักษาราชการแทนอธิการบดี ไม่เกิน 180 วัน เป็นไม่มีระยะเวลาในระหว่างการดำเนินการสรรหา หรือดำเนินการ เพื่อแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งอธิการบดี ให้มีผลบังคับใช้ ตั้งแต่วันประกาศ คำสั่ง คือ วันที่ 8 สิงหาคม 2560 และคำสั่งดังกล่าวยังมีความสับสนและไม่มีความชัดเจนเกี่ยวกับการ ยกเว้นพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 ว่า บุคคลที่เกษียณอายุราชการ ถือเป็นบุคคลภายนอกที่ไม่ใช่ข้าราชการพลเรือนหรือ พนักงานมหาวิทยาลัยสามารถดำรงตำแหน่งอธิการบดีได้หรือไม่นั้น ผู้เขียนเห็นพ้องด้วย กับศาลปกครองชั้นต้น (ศาลปกครองนครราชสีมา) ที่ได้คำพิพากษาถึงการดำรงตำแหน่ง อธิการบดีของมหาวิทยาลัยที่อยู่ภายใต้การบังคับพระราชบัญญัติข้าราชการพลเรือน ในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 ต้องมีอายุไม่เกิน 60 ปี

แต่อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่ายังคงต้องรอดูคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ในคดีปกครองเกี่ยวกับผู้ดำรงตำแหน่งอธิการบดินั้นมีอายุเกิน 60 ปี ได้หรือไม่ และถ้า ศาลปกครองสูงสุดยืนตามคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้น (ศาลปกครองนครราชสีมา) คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 37/2560 อาจต้องมีการแก้ไขเพิ่มเติมโดย การเสนอของนายกรัฐมนตรีหรือคณะรัฐมนตรีให้คณะรักษาความสงบแห่งชาติดำเนินการ แก้ไขเปลี่ยนแปลง ตามคำสั่ง หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ ที่ 37/2560 ข้อ 5 หรือยกเลิกคำสั่งได้ด้วยการตราพระราชบัญญัติยกเลิกตามมาตรา 279 รัฐธรรมนูญแห่ง ราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 แต่กระนั้นก็ดี การแก้ไขหรือการยกเลิกคำสั่ง หัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ สามารถกระทำได้โดยใช้อำนาจตามมาตรา 44 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ที่ถูกรับรองโดย มาตรา 265 รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

เอกสารอ้างอิง

- กลุ่มประชาสัมพันธ์และเผยแพร่ สำนักโฆษก. ทำเนียบรัฐบาล. **รัฐบาลไทย**. [Online]. เข้าถึงได้จาก <http://www.thaigov.go.th/news/contents/details/5798> สืบค้นเมื่อ 2 มีนาคม 2561
- คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ที่ 3/2558 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 132 ตอนพิเศษ 73 ง 1 เมษายน 2558
- คำสั่งหัวหน้าคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) ที่ 37/2560 ราชกิจจานุเบกษา เล่มที่ 134 ตอนพิเศษ 201 ง 8 สิงหาคม 2560
- ประมวลกฎหมายอาญา ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 73/ตอนที่ 95/ฉบับพิเศษ หน้า 1/15 พฤศจิกายน 2499
- พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือนในสถาบันอุดมศึกษา พ.ศ. 2547 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 121 ตอนพิเศษ ที่ 70 ก 12 พฤศจิกายน 2547 ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ เล่มที่ 93 ตอนที่ 135 วันที่ 22 ตุลาคม 2519
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2549 ราชกิจจานุเบกษา ฉบับพิเศษ เล่มที่ 123 ตอนที่ 102 วันที่ 1 ตุลาคม 2549
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 131 ตอนที่ 55 ก 22 กรกฎาคม 2557
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2519
- รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 134 ตอนที่ 40 ก 6 เมษายน 2560
- สำนักงานคณะกรรมการการอาชีวศึกษา. กฎีกาตอบสำนักงานเลขาธิการฯ ชี้ประกาศ คสช. เป็นกฎหมาย-คำสั่งบริหาร. **ประชาไท**. [Online]. เข้าถึงได้จาก <https://pracha.tai.com/journal/2014/10/560> 15 สืบค้นเมื่อ 15 มกราคม 2561