

สาระสำคัญของหลัก Subsidiarity ในการใช้อำนาจของ ประชาคมยุโรป *

พริณดา ดิงศภักดิ์ **

เค้าโครง

บทนำ

1. ความเป็นมาของหลัก Subsidiarity ในสนธิสัญญาสหภาพยุโรปและสนธิสัญญาโรมก่อตั้งประชาคมยุโรป 1957
2. ความหมายของหลัก Subsidiarity

บทที่ 1 ขอบอำนาจ (Competences) ของประชาคมยุโรป

- 1.1 หลักวิธีการได้มาซึ่งขอบอำนาจของประชาคมยุโรป
- 1.2 ความสัมพันธ์ระหว่างของอำนาจของประชาคมยุโรปกับขอบอำนาจของรัฐสมาชิก

บทที่ 2 การใช้บังคับหลัก Subsidiarity

บทที่ 3 การควบคุมการใช้อำนาจของประชาคมให้สอดคล้องกับหลัก Subsidiarity

หมายเหตุ

เอกสารนี้เป็นเพียงการนำเสนอประเด็นหลักๆ ในสาระสำคัญเพื่อทำความเข้าใจในหลัก Subsidiarity อย่างเป็นระบบว่าเพราะเหตุใดจึงมีการบัญญัติไว้และข้อพิจารณาในการใช้บังคับหลักดังกล่าว จึงจะไม่มี การขยายความในรายละเอียดมากนัก ซึ่งนักศึกษาควรจะต้องค้นคว้าเพิ่มเติมจากตำราและบทความ เอกสารต่างๆ ในบรรณานุกรม สำหรับการอ้างอิงตัวเลขจะอ้างเลขมาตราของสนธิสัญญาสหภาพยุโรป 1992 และสนธิสัญญาโรมก่อตั้งประชาคมยุโรป 1957 ฉบับแก้ไขเพิ่มเติมโดยสนธิสัญญานิซ 2001 และเป็นฉบับ Consolidated Version ส่วนการอ้างอิงร่างสนธิสัญญาว่าด้วยธรรมนูญยุโรป (Draft Treaty Establishing a Constitution for Europe) ซึ่งจะเป็นการแก้ไขเพิ่มเติม TEU และ TREC ครั้งสำคัญเนื่องจากจะเป็นการยกเลิกสนธิสัญญาทั้งสองฉบับนี้และให้ใช้ European Constitution นี้แทน อีกทั้งยังเป็นการปรับเปลี่ยนหลายประการจากที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน และการอ้างอิง Draft Protocol on the Role of National Parliaments และ Draft Protocol on the Application of the Principles of Subsidiarity and Proportionality นั้นจะอ้างร่างฉบับ Draft Consolidated Version ที่ตีพิมพ์ในเอกสาร CIG 87/04 ADD1 ซึ่งยังอาจมีการเปลี่ยนแปลงอีกเล็กน้อยก่อนการลงนามโดยรัฐสมาชิก

บทนำ

1. ความเป็นมาของหลัก Subsidiarity ในสนธิสัญญาสหภาพยุโรปและสนธิสัญญาก่อตั้งประชาคมยุโรป

ผู้ที่ติดตามเรื่องราวของสหภาพยุโรป (European Union, EU) และประชาคมยุโรป (European Community, EC) มาพอสมควร จะรับรู้ดีว่าระบบกฎหมายประชาคมยุโรป (European Community Legal System) นั้นมีความสลับซับซ้อนในหลายประเด็น หนึ่งในนั้นคือเรื่องระบบการแบ่งสรรขอบอำนาจ (Attribution/Conferral of Competences to EC) ให้ประชาคมยุโรป และความสัมพันธ์กันระหว่างขอบอำนาจของ EC กับของรัฐสมาชิกภายใต้

* จากเอกสารคำสอนชั้นปริญญาโทวิชา น.748 ปัญหากฎหมายสหภาพยุโรป ภาค 1/2547 คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

** ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำภาควิชากฎหมายระหว่างประเทศ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ Licence en Droit (Mention Public), Maîtrise en Droit (Mention Public), D.E.A. de droit international de développement, Université de Nice.

ระบบการแบ่งสรรอำนาจอ้างอิงดังกล่าว นอกจากนี้ สนธิสัญญาหลักทั้งสองฉบับ คือ TEU 1992 และ TREC 1957 ก็ได้บัญญัติจำแนกไว้ชัดเจนว่าเรื่องใดเป็นเรื่องที่อยู่ในขอบอำนาจของ EC แต่การพิจารณาว่าเรื่องใดอยู่ใน Competence ของประชาคมยุโรปนั้นจะต้องพิจารณาจาก TREC ทั้งฉบับ โดยพิจารณาจากถ้อยคำใน TREC Article 2,3,4 ซึ่งกำหนด "ภารกิจของประชาคมยุโรป..." (The Community shall have as its task...) และ กิจกรรมที่ต้องดำเนินการโดย EC (activities of the Community...) ว่าระบุไว้ในเรื่องใดบ้างและพิจารณาจากมาตราอื่นๆ ใน TREC ที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนั้นๆ ว่าให้อำนาจ (Powers) แก่ประชาคมยุโรปไว้อย่างไรหรือไม่ในการดำเนินการในเรื่องนั้นๆ

การแก้ไขเพิ่มเติมสนธิสัญญาโรมก่อตั้งประชาคมยุโรปทุกครั้งที่ผ่านมาโดย Single European Act 1986, Treaty on European Union 1992, Treaty of Amsterdam 1997 และ Treaty of Nice 2001 (ซึ่ง TOA และ TON ก็ได้แก้ไขเพิ่มเติม TEU ด้วย) ได้มีการขยายขอบเขตของความร่วมมือระหว่างรัฐสมาชิกให้ลึกซึ้งขึ้น (Deepening of Integration) พร้อมกับขยายขอบอำนาจของประชาคมยุโรปปรับเปลี่ยนระบบวิธีการทำงานของประชาคมมาโดยตลอด อาทิ การดำเนินการก่อตั้ง Economic and Monetary Union เพื่อการดำเนินการสู่การใช้เงินสกุลเดียว การขยายขอบเขตการใช้ qualified majority voting (QMV) ในการดำเนินการของประชาคมที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินงานของตลาดเดียว การขยายความร่วมมือใน Second and Third Pillars ฯลฯ การขยายขอบอำนาจอย่างไม่หยุดยั้งรวมถึงสิ่งที่เกิดขึ้นจากการใช้ระบบการแบ่งสรรอำนาจอ้างอิงที่ใช้อยู่ ทำให้รัฐสมาชิกหลายรัฐหันเกรงว่าการใช้ Competences ของรัฐจะถูกจำกัดมากขึ้นๆ จากการบูรณาการที่ลึกซึ้งขึ้นของประชาคมยุโรป จึงได้มีการผลักดันให้มีการบัญญัติหลัก Subsidiarity¹ ขึ้นใน TEU และ TREC ดังนี้

TEU Preamble, recital 12

Resolved to continue the process of creating an ever closer union among the peoples of Europe, in which decisions are taken as closely as possible to the citizen in accordance with the principle of Subsidiarity.

TEU Article 2 (ex Article B) para.2

The objectives of the Union shall be achieved as provided in this Treaty and in accordance with the conditions and the timetable set out therein while respecting the principle of subsidiarity as defined in Article 5 of the Treaty establishing the European Community.

TREC Article 5 (ex Article 3b)

The Community shall act within the limits of the powers conferred upon it by this Treaty and of the objectives assigned to it therein.

¹ มีความเคลื่อนไหวก่อนหน้าการทำ TEU ที่จะ "จำกัด" การขยายขอบเขตของอำนาจอ้างอิง EC ที่สำคัญ คือ Solemn Declaration on European Union, Stuttgart 1983, Bull. EC 6-1983 ; European Parliament Draft Treaty establishing European Union, 1984, Preamble para. 9 "Intending to entrust common institutions, in accordance with the principle of subsidiarity, only with those powers required to complete successfully the tasks they may carry out more satisfactorily than the States acting independently". ; TREC (as amended by SEA) new Article 130g. 130r โปรดดู D.Z. Cass, The World that Saved Maastricht ? The Principle of Subsidiarity and the Division of Powers Within the European Community, CMLR 29, 1992, p. 1107-1128 ; A.G. Toth, The Principle of Subsidiarity in the Maastricht Treaty, CMLR 29, 1992, p. 1086-1091.

In areas which do not fall within its exclusive competence, the Community shall take action, in accordance with the principle of subsidiarity, only if and in so far as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the Member States and can therefore, by reason of the scale or effects of the proposed action, be better achieved by the Community.

Any action by the Community shall not go beyond what is necessary to achieve the objectives of this Treaty.

หมายเหตุ ใน Draft Treaty Establishing a Constitution for Europe ได้บัญญัติหลัก Subsidiarity ไว้ในส่วนของ Part 1, Title III Union Competences, Article 1-11 Fundamental Principles

2. ความหมายของหลัก Subsidiarity

ดังได้กล่าวแล้วข้างต้นว่า TEU และ TREC ได้บัญญัติหลัก Subsidiarity ไว้โดยชัดแจ้ง แต่ปัญหาคือหลักนี้มีความหมายเช่นไร เพราะไม่ได้มีคำจำกัดความไว้ในสนธิสัญญาทั้งสองฉบับนี้ เพียงแต่ระบุให้ประชาคมยุโรปต้องเคารพหลักนี้ในการใช้อำนาจในเรื่องใดๆ ที่ไม่ได้อยู่ภายในขอบอำนาจฝ่ายเดียวของประชาคมยุโรป อย่างไรก็ตาม ได้มีการให้คำอธิบายในงานวิชาการต่างๆ โดยอธิบายถึงความเป็นมาและความหมายและบทบาทหน้าที่ (function) ที่เกี่ยวข้องกับหลักการแบ่งสรรอำนาจระหว่างรัฐ-สังคม-กลุ่ม-ปัจเจก เพื่อให้การตัดสินใจใดๆ รวมถึงการดำเนินงานใดๆ ในสังคมนั้นเกิดขึ้นในระดับที่เล็กที่สุดของสังคมให้มากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้เพื่อประสิทธิภาพ อาทิ คำสอนของ Pope Pius XI (Pacal Encycloclal Letter, 1931) ที่กล่าวว่า "...It is an injustice, a grave evil and disturbance of right order for a larger and higher association to arrogate its self functions which can be performed efficiently by smaller and lower societies. This is a fundamental principle of social philosophy, unshaken and unchangeable..." ตลอดจนในมิติหรือบริบทของการเมืองการปกครองและการกระจายอำนาจระหว่างส่วนกลางและส่วนท้องถิ่นในรัฐเดี่ยวหรือระหว่างรัฐบาลกลางกับมลรัฐในระบบสหพันธรัฐ ยิ่งเมื่อนำมาพิจารณาในบริบทของ EU และ EC แล้วจะเห็นได้ว่าการบัญญัติหลักนี้ไว้ในทั้ง TEU และ TREC ย่อมสะท้อนโครงสร้างความสัมพันธ์กับรัฐสมาชิกแบบสหพันธรัฐเพื่อการปฏิบัติหน้าที่ให้บรรลุเป้าหมายและวัตถุประสงค์ (functional federalistic structure) ที่เป็นอยู่ของ EC อย่างชัดเจน และสะท้อนถึงความวิตกกังวลของบางรัฐสมาชิกต่อการขยายขอบอำนาจอย่างไม่หยุดยั้งของ EC นั่นเอง² หลัก Subsidiarity ในบริบทของ EC (หลังการแก้ไขเพิ่มเติม TREC 1957 โดย TEU 1992) จึงมีเป้าหมายและบทบาทหน้าที่ที่สำคัญในการ "วางกรอบในทางจำกัด" การใช้อำนาจของประชาคมยุโรป Karl Lenaerts และ Patrick Van Ypersele วิเคราะห์ว่าหลักนี้มี 2 บทบาทหน้าที่หลัก คือ เป็น Constitutional principle ในการกำหนดว่าควรแบ่งสรรขอบอำนาจระหว่าง EC กับรัฐสมาชิกกันอย่างไร ฝ่ายไหนควรมีขอบอำนาจในเรื่องใด (présider à la répartition constitutionnelle des compétences) และบทบาทหน้าที่ในการกำกับการใช้อำนาจของประชาคม (réguler l'exercice de ses pouvoirs par la Communauté) ในเรื่องทั้งหมดที่รัฐ

² D.Z. Cass, Ibid, p.1111 – 1128 ; Koen Lenaerts et Patrick Van Ypersele, Le principe de subsidiarité et son contexte, Cahier de Droit européen, 1994, No. 1, p. 3-13 นอกจากนี้ใน Draft Treaty establishing a European Constitution ระบุไว้ใน Article 1-11 (3) ว่า "Under the principle of subsidiarity, in areas which do not fall within its exclusive competence the Union shall act only if and insofar as the objectives of the intended action cannot be sufficiently achieved by the Member States, either at central level or at regional level and local level, but can rather, by reason of the scale or effects of the proposed action, be better achieved at Union level".

และประชาคมต่างก็มีขอบอำนาจว่าฝ่ายไหนจะเป็นฝ่ายที่ใช้อำนาจในการดำเนินการ³

ตามที่บัญญัติไว้ใน TREC Article 5 para. 2 ก่อให้เกิดปัญหาสำคัญที่ต้องพิจารณาในการใช้บังคับหลัก Subsidiarity คือจะต้องกำหนดในเบื้องต้นก่อนว่าเรื่องที่ EC จะดำเนินการนั้นอยู่ภายใต้ขอบอำนาจฝ่ายเดียวของตนหรือไม่ หากไม่ใช่ก็ต้องพิจารณาต่อไปว่า EC ควรดำเนินการหรือไม่ หากใช่ EC ต้องระบุเหตุผลอย่างเพียงพอว่าเหตุใดประชาคมจึงควรเป็นฝ่ายดำเนินการแทนที่จะให้เป็นการดำเนินการโดยรัฐสมาชิก และการดำเนินการของประชาคมยุโรปก็ต้องไม่ดำเนินการมากไปกว่าเท่าที่จำเป็นเพื่อบรรลุเป้าหมาย (Principle of proportionality ที่กำกับ / กำหนดขอบเขตหรือขนาดของการดำเนินการ)

บทที่ 1 ขอบอำนาจของประชาคมยุโรป (Competences of the EC)

เนื่องจากประชาคมยุโรปเป็นองค์การระหว่างประเทศที่ก่อตั้งขึ้นโดย TREC 1957 เพื่อให้ดำเนินการให้เป็นไปตามเป้าหมายและวัตถุประสงค์ตามที่กำหนดไว้ในสนธิสัญญาก่อตั้ง มาตรา 2,3,4 ประชาคมยุโรปจึงมีอำนาจ (powers) ในการดำเนินการอย่างไร เพียงใด ในเรื่องใด จะขึ้นอยู่กับว่าประชาคมยุโรปมีขอบอำนาจในเรื่องนั้นๆ หรือไม่ อย่างไรก็ดี หลังจากมีการบัญญัติหลัก Subsidiarity ไว้ในสนธิสัญญาโรม มาตรา 5 วรรค 2 แล้วหลักการใช้อำนาจของประชาคมย่อมได้รับผลกระทบ กล่าวคือ แม้เรื่องนั้นประชาคมมีอำนาจเพราะเรื่องนั้นอยู่ในขอบอำนาจของประชาคม (แม้ว่าจะไม่ใช่เรื่องที่ประชาคมมีอำนาจฝ่ายเดียว) แต่ประชาคมอาจไม่สามารถใช้อำนาจของตนก็ได้ ต้องปล่อยให้เป็นการดำเนินการโดยใช้อำนาจของรัฐสมาชิก

ปัญหาที่สำคัญประการหนึ่งก็คือ ขอบอำนาจ (Competences) ของประชาคมยุโรปนั้นได้มาอย่างไร และสัมพันธ์กันอย่างไรกับขอบอำนาจของรัฐสมาชิก ทั้งนี้เพื่อให้สามารถกำหนดได้ว่า ประชาคมยุโรปมีขอบอำนาจฝ่ายเดียว (exclusive competence) หรือไม่ ในเรื่องใดบ้าง และเพื่อกำหนดในท้ายที่สุดว่าประชาคมจะสามารถใช้อำนาจของตนได้หรือไม่โดยสอดคล้องกับหลัก Subsidiarity

1.1 หลักการได้มาซึ่งขอบอำนาจของประชาคม

ขอบอำนาจของประชาคมยุโรปภายใต้ TREC นั้นให้อำนาจดำเนินการในหลายลักษณะที่คล้ายคลึงกับการใช้อำนาจของรัฐ อาทิ อำนาจในการออกกฎหมายลำดับรองในรูปแบบของ Regulation, Directive, Decision (TREC Article 249) เพื่อดำเนินการตามภารกิจในการจัดอุปสรรคต่อการก่อตั้งและการดำเนินการของตลาดเดียว (TREC Article 2, Article 3 para. 1 (a), (c), (h) Article 94-95 ; Approximation of Laws) เป็นต้น และมาตรา 226 ให้อำนาจคณะกรรมาธิการ (European Commission) ในการควบคุมให้รัฐสมาชิกปฏิบัติตามกฎหมายและวัตถุประสงค์ของประชาคมยุโรป หรือในกรณีของนโยบายการแข่งขัน EC มีขอบอำนาจตามมาตรา 2, 3 วรรค 1 (g) , 81-82, Regulation 17/62 และ Merger & Acquisition Regulation 4064/89 เป็นต้น นอกจากนี้ EC ยังมีอำนาจในการเจรจาและทำความตกลงกับรัฐอื่นหรือองค์การระหว่างประเทศอื่นในบางเรื่องที่อยู่ในขอบอำนาจของประชาคมยุโรปด้วย

อย่างไรก็ดี ปัญหาคือ TREC มิได้กำหนดจำแนกชัดเจนแสดงไว้ในมาตราใดมาตราหนึ่งโดยเฉพาะว่าเรื่องใดต่อไปนี้เป็นเรื่องที่อยู่ในขอบอำนาจและอำนาจของประชาคมยุโรป (ดูเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน (Basic Law for the Federal Republic of Germany) มาตรา 70-75 และมาตรา 83-91 แต่จะต้องสกัดออกมาจาก TREC ทั้งฉบับว่าประชาคมยุโรปมีภารกิจ (task) ไດ มีนโยบายร่วม (Common Policies) ที่

³ K.Lenaerts et P.V. Ypersele, เพิ่งอ้าง, p. 8-13

ต้องดำเนินการในเรื่องใดบ้าง มีกิจกรรม (activities) ที่ต้องดำเนินการในเรื่องใดบ้าง และให้อำนาจอะไรเพื่อดำเนินการ (ออกกฎหมาย หรือทำคำแนะนำ) ซึ่งการใช้อำนาจของ EC อาจถูกโต้แย้งว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายตามกระบวนการ Judicial Review, TREC Article 230 ได้ และอาจถูกเพิกถอนเนื่องจากการกระทำโดยปราศจากอำนาจ (lack of competence) หรือกระทำการโดยฝ่าฝืนขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญในกระบวนการสั่งการ (infringement of essential procedure requirement) ที่กำหนดความสมบูรณ์ของการกระทำนั้น อาทิองค์การผู้ออกการกระทำไม่ได้ระบุเหตุผล (motivate) อย่างเพียงพอ (TREC Article 253) หรือฝ่าฝืนกฎหมายประชาคมยุโรปที่มีอยู่หลายที่ที่สามารณำมาใช้ในการทบทวนความชอบด้วยกฎหมายของ acts of EC institutions หรือที่เรียกว่า “Block of Community legality” รวมถึงการเพิกถอนเนื่องจากประชาคมยุโรปใช้อำนาจไม่ถูกต้อง (misuse of powers)

ในประเด็นนี้ศาลประชาคมยุโรป (European Court of Justice) มีบทบาทมากในการวางหลักการแบ่งสรรขอบอำนาจจากคดีต่างๆ ที่นำขึ้นสู่การพิจารณาของศาล โดยหลักที่ศาลวางไว้คือ ประชาคมยุโรปได้มอบอำนาจจากการถ่ายโอนหรือแบ่งสรร (Conferral / Attribution / Transfer of competence) ซึ่งการถ่ายโอนมอบอำนาจดังกล่าวนี้อาจเกิดขึ้นในหลายวิธีการ (Modalities of conferral / attribution of competence) พอสรุปได้ดังนี้

Modalities of conferral / attribution of competence ⁴

1. Specific Competences กล่าวคือ ประชาคมยุโรปจะได้รับการมอบหรือถ่ายโอนมอบอำนาจมาเป็นเรื่องๆ ซึ่งดังได้กล่าวแล้วว่าจะต้องพิจารณาจากสนธิสัญญาโรมทั้งฉบับในส่วนที่เป็นสาระบัญญัติว่ากำหนดภารกิจกิจกรรม นโยบายอะไรบ้างให้ประชาคมดำเนินการ และกำหนดอำนาจให้ดำเนินการในรูปแบบใด การกระทำในรูปแบบนั้นๆ มีผลทางกฎหมายหรือไม่อย่างไร (ดูจาก TREC มาตรา 249) เพื่อให้ประชาคมสามารถบรรลุเป้าหมายได้ จะเห็นได้ว่าเป็นการแบ่งสรรหรือถ่ายโอนมอบอำนาจและอำนาจหน้าที่ในลักษณะที่เป็น Functional Approach ผลของการดำเนินการของประชาคมในเรื่องต่างๆ จึงอาจไม่เบ็ดเสร็จสมบูรณ์แตกต่างกันไปเนื่องจากในเรื่องต่างๆ เหล่านั้น ประชาคมมีอำนาจแตกต่างกัน (เช่น ในเรื่องที่ประชาคมมีอำนาจในการออก Regulation กับเรื่องที่มีอำนาจออกเพียง Recommendation) หรือแม้ในบางเรื่องที่มีอำนาจออกการกระทำที่มีผลทางกฎหมายตามมาตรา 249 ผลการดำเนินการก็อาจยังไม่ครบถ้วน ยังไม่แล้วเสร็จสมบูรณ์ก็ได้ ดังเช่นในเรื่องของการขจัดอุปสรรคต่อการเคลื่อนย้ายเสรีของสินค้า บริการ คนทำงาน นิติบุคคล เงินและทุน ด้วยเหตุนี้แม้ในเรื่องต่างๆ เหล่านั้นประชาคมจะมีขอบอำนาจและมีอำนาจดำเนินการก็ตาม แต่โดยส่วนใหญ่แล้วประชาคมยังดำเนินการไม่เสร็จซึ่งก็จะทำให้เกิดกรณี queเรียกว่าประชาคมยุโรปและรัฐสมาชิกมีขอบอำนาจที่ซ้อนกันอยู่ในเรื่องเดียวกัน (Shared / concurrent competences)

2. ขอบอำนาจเสริม (Subsidiary Competence) TREC Article 308 (ex Article 235) ได้ให้มอบอำนาจแก่ประชาคมยุโรปในการเสริมอำนาจของตนภายใต้เงื่อนไขบางประการ กล่าวคือ ต้องเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับการดำเนินงานของตลาดเดียวแต่บทมาตราที่เกี่ยวข้องมิได้ให้อำนาจที่จำเป็นไว้ แบะกำหนดกระบวนการไว้ด้วยว่า คณะกรรมาธิการจะต้องทำข้อเสนอให้คณะมนตรีตัดสินใจโดยเสียงเอกฉันท์หลังจากที่ได้ปรึกษารัฐสมาชิกแล้ว มาตรานี้จะสามารถขยายอำนาจและอำนาจของ EC ได้โดยไม่ต้องแก้ไขเพิ่มเติม TREC เพื่อให้ได้มาซึ่งอำนาจที่ผ่านมาประชาคมยุโรปได้ใช้มาตราบานี้บ่อยครั้งมาก ทั้งเพื่อเสริมอำนาจที่มีอยู่แล้วหรือเพื่อกนนโยบายใหม่ อาทิ ทำความตกลง EC-ASEAN 1980 โดยอาศัย legal basis คือ TREC Article 113 และ 235 (new 133, 308) ออกนโยบายสิ่งแวดล้อมในปี 1975 ออก Directive on Quality of Water หรือออก Directive 1979 เรื่องการคุ้มครองนก

⁴ Guy Issac et Marc Blaquet, Droit Communautaire général, Armand Colin, 8^{ème} édition, 2001. p. 36-40 : Denys Simon, Le système juridique communautaire, PUF, 2^{ème} édition 1998, p.113

ปา ฯลฯ ซึ่งการแก้ไขเพิ่มเติม TREC ต่อมาก็ได้เพิ่มขอบอำนาจให้ EC ในหลายเรื่องที่ EC ได้ดำเนินการโดยใช้มาตรา 235/308 อย่างไรก็ดี มีหลายกรณีที่มีการโต้แย้งการกระทำที่ออกโดยใช้อำนาจตามนี้ โดยอ้างว่าองค์กรผู้ออกการกระทำใช้ choice of legal basis ไม่ถูกต้อง

3. ขอบอำนาจโดยนัย (Implied competence) ศาลประชาคมยุโรปวางหลักว่าเป็นขอบอำนาจที่ประชาคมไม่มีอยู่โดยชัดแจ้งจากบทมาตราใดมาตราหนึ่งหรือจากหลายๆ มาตราของ TREC แต่การดำเนินการนั้นจำเป็นเพื่อบรรลุเป้าหมาย อาทิ มีอำนาจภายในในเรื่องการขนส่งทางบก (transport policy) ในเรื่องนโยบายสังคม (Social policy) ประมง แต่ไม่ได้ให้อำนาจทำความตกลงระหว่างประเทศในเรื่องนั้นๆ แต่การทำความตกลงดังกล่าวจำเป็นเพื่อบรรลุเป้าหมาย Case-law อาทิ ECJ 22/70 ERTA Case ; 3,4,6/76 Kramer

ประเด็นต่อไปที่ต้องพิจารณาคือขอบอำนาจของประชาคมยุโรปกับของรัฐสมาชิกนั้นสัมพันธ์กันลักษณะใดบ้าง

1.2 ความสัมพันธ์ระหว่างประเด็นขอบอำนาจของประชาคมยุโรปกับของรัฐสมาชิก

ความสัมพันธ์ที่เกิดขึ้นมีได้ 3 ลักษณะ คือ เรื่องที่อยู่ในขอบอำนาจเฉพาะที่สงวนไว้ของรัฐขอบอำนาจซ้อนกันระหว่างประชาคมยุโรปกับรัฐ และขอบอำนาจเฉพาะของประชาคมยุโรป ซึ่งจนถึงปัจจุบันนี้ สนธิสัญญาโรมก็ไม่ได้ระบุไว้ชัดแจ้งว่าเรื่องใดอยู่ภายใต้ขอบอำนาจของรัฐและในลักษณะใด (แต่หาก Draft Treaty establishing a European Constitution มีผลใช้บังคับ ปัญหานี้คงคลี่คลายไปได้ในระดับหนึ่งเนื่องจากการกำหนดไว้ในร่างสนธิสัญญาว่าเรื่องใดบ้างเป็น areas of exclusive competence, shared competence)

1. Reserved domains ของรัฐ ภายใต้หลักการ Conferral of specific competences เรื่องใดที่รัฐไม่ได้ถ่ายโอนแบ่งสรรไปให้ประชาคมยุโรป เรื่องนั้นก็ยังคงเป็นขอบอำนาจของรัฐอยู่ต่อไป หรือ TREC กำหนดไว้อย่างชัดแจ้งว่าเรื่องนั้นเป็นเรื่องที่อยู่ภายใต้ขอบอำนาจของรัฐ เรื่องนั้นก็อยู่นอกขอบเขตการใช้บังคับของกฎหมายประชาคม อย่างไรก็ตาม แม้เป็น reserved domain แต่ในบางกรณี EC ก็อาจเข้ามาแทรกแซงได้เนื่องจากกฎหมายหรือการดำเนินการของรัฐกระทบต่อการดำเนินการของประชาคมยุโรป (Case Law ดู ECJ 30/59 ; ECJ 9/74 Casagrande) นอกจากนี้รัฐยังมีหน้าที่ให้ความร่วมมือเป็นการทั่วไปกับประชาคมยุโรปในการดำเนินการให้บรรลุเป้าหมายและวัตถุประสงค์อีกด้วย TREC Article 10 (ex Article 5)

2. Concurrent / Shared competences ความสัมพันธ์ในลักษณะนี้ถือว่าเป็นกรณีปกติทั่วไป ทั้งนี้เนื่องจาก EC มีภารกิจและกิจกรรมที่ต้องดำเนินการมากมายและส่วนใหญ่ประชาคมก็ยังดำเนินการไม่แล้วเสร็จ เพราะเรื่องนั้นมีหลากหลายประเด็นที่ต้องดำเนินการอย่างค่อยเป็นค่อยไปหรือแม้กระทั่งอาจยังไม่ได้ดำเนินการใดๆ เลย หรือเป็นเพราะในเรื่องนั้นประชาคมมีอำนาจเพียงทำแนวทางหรือประสานงานกับรัฐสมาชิก ดังนั้นขอบอำนาจซ้อนจึงเกิดขึ้นได้ด้วยหลายสาเหตุโดยเฉพาะอย่างยิ่ง กรณีที่เป็น non-exercise of EC competence (ประชาคมมีขอบอำนาจแต่ยังไม่ดำเนินการ) หรือกรณีดำเนินการไปแล้วเพียงบางส่วน (partial exercise of EC Competence) ซึ่งในกรณีใดๆ ที่เรื่องนั้นไม่ได้อยู่ใน EC exclusive competence ประชาคมจะใช้อำนาจได้ก็จะต้องเคารพหลัก Subsidiarity ซึ่งก็อาจกล่าวได้ว่าหมายถึงกรณีที่อยู่ในขอบอำนาจซ้อนนั่นเองที่ประชาคมยุโรปจะต้องปฏิบัติตามหลักที่บัญญัติไว้ใน TREC Article 5 para 2.

อย่างไรก็ดี รัฐยังคงมีพันธกรณีตามมาตรา 10 (หลัก Community loyalty) อีกทั้งยังมีหลัก Pre-emption ที่กำกับการใช้อำนาจของรัฐ กล่าวคือ รัฐจะใช้อำนาจของตนดำเนินการไปฝ่ายเดียวได้ก็ต่อเมื่อประชาคมยุโรปยังไม่ได้

ดำเนินการหรือยังดำเนินการไม่แล้วเสร็จ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจที่หลงเหลืออยู่ของรัฐเป็นการชั่วคราว (provisional and residual competence of Member States) ทั้งนี้เพื่อหลีกเลี่ยง legal vacuum ในเรื่องนั้น หรือในประเด็นนั้น ของเรื่อง โดยที่การดำเนินการของรัฐในลักษณะนี้ไม่ใช่เป็นการที่รัฐ “ถอน” ขอบอำนาจในเรื่องนั้นคืนมาจาก ประชาคมยุโรป อีกทั้งการดำเนินการของรัฐจะต้องไม่กระทบกฎหมาย สิ่งที่ EC ได้ดำเนินการไปแล้วตลอดจน เป้าหมายและวัตถุประสงค์ของประชาคมยุโรป และเมื่อประชาคมเริ่มใช้ขอบอำนาจของตนก็มีผลทำให้การใช้อำนาจ ของรัฐในเรื่องนั้นสิ้นสุดลงด้วย

Case-law ในเรื่องนี้มีมากมายที่เกี่ยวกับการดำเนินงานของตลาดเดียว ซึ่งศาลวางหลักสำคัญไว้หลาย ประการ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คดี ECJ 120/78 Rewe-Zentrale “Cassis de Dijon Case”

3. ขอบอำนาจฝ่ายเดียวของประชาคมยุโรป (EC exclusive competence) กรณีที่ EC มีขอบอำนาจ ฝ่ายเดียวถือได้ว่าเป็นกรณีกวนมาก และมีเพียง 2 เรื่องเท่านั้น คือ ขอบอำนาจใน Common commercial policy ด้านสินค้า (เพราะเกี่ยวข้องกับการเป็นสหภาพศุลกากร Customs union) และเรื่อง conservation of fishery resources

ขอบอำนาจฝ่ายเดียวอาจแบ่งออกได้เป็นสองประเภท คือ exclusive competence by nature กล่าวคือ TREC กำหนดวัตถุประสงค์และเป้าหมายหรือการดำเนินงานไว้ชัดเจนถึงขนาดที่การดำเนินการใดๆ ของรัฐสมาชิก จะเป็นการขัดต่อสนธิสัญญาโรม กับ exclusive competence by exercise⁵ ขอบอำนาจฝ่ายเดียวที่ประชาคมมีอยู่ นั้นอาจเป็นอำนาจภายใน หรือภายนอกหรือทั้งสองด้านควบคู่กันไปก็ได้ การจำแนกเป็นสองประเภทนี้มีความสำคัญคือ หากเป็น exclusive competence by nature ประชาคมไม่สามารถ “คืน” ขอบอำนาจเรื่องนั้นกลับไปให้รัฐสมาชิกได้ ยกเว้นแต่จะมีการแก้ไขสนธิสัญญาโรมเสียก่อน “ตั้ง” ขอบอำนาจเรื่องนั้นกลับไปเป็นของรัฐสมาชิก หรือประชาคมใช้ วิธี “มอบอำนาจ” (delegate power) ให้รัฐดำเนินการ ส่วน exclusive competence by exercise นั้นทราบได้ที่ ประชาคมยังไม่ได้ดำเนินการหรือยังดำเนินการไม่แล้วเสร็จสมบูรณ์ เรื่องนั้นก็เป็นเรื่องที่อยู่ใน concurrent / shared competence

Case-law ดู ECJ 22/70 ; ECJ 3,4,6/76 ; ECJ 141/78 France V UK ; ECJ 32/79 Commission V UK ; ECJ 804/79 Commission V UK ; Opinion 1/75 ; Opinion 1/94 เป็นต้น

บทที่ 2 การใช้บังคับหลัก Subsidiarity⁶

จากที่กล่าวมาแล้วในบทที่ 1 ว่าเมื่อพิจารณาแล้วว่าเรื่องนั้นๆ ไม่ได้อยู่ใน exclusive competence of EC หากประชาคมยุโรปจะดำเนินการในเรื่องนั้น ประชาคมยุโรปก็ต้องเคารพหลัก Subsidiarity ซึ่งมีบทบาทในการกำกับการใช้อำนาจของประชาคมยุโรป ว่าระหว่างรัฐหรือประชาคมยุโรป ฝ่ายใดควรจะใช้อำนาจ และเพราะเหตุใด ประชาคมยุโรปจึงเห็นว่าตนทำได้ดีกว่า มีประสิทธิภาพเหนือกว่ารัฐ และถ้าประชาคมจะดำเนินการยังต้องกระทำการ เท่าที่จำเป็นเพื่อบรรลุเป้าหมาย (TREC Article 5 para. 2 In areas which do not fall within its exclusive

⁵ compétence exclusive par nature และ compétence exclusive par exercice, see, Guy Issac et Marc Blaquet, *Droit Communautaire général*, ibid., p. 43-44 ; Philippe Manin, *Les Communautés européennes*, L'Union européenne, Pedone, 5^{ème} édition, 1999 p.79-99 ; K. Lenaerts et Patrick Van Ypersale, ibid., p. 13-28

⁶ K. Lenaerts et Patrick Van Ypersale, ibid., p. 40-82 ; Guy Issac et Marc Blaquet, p. 46-48 ; Philippe Manin, ibid., p.99-104 ; D.Simon, ibid., p.98-100 ; Joel Rideau, *Droit institutionnel de l'Union et des communautés européennes*, LGDJ., 3^{ème} édition, 2000, p.514-518

competence, the Community shall take action, in accordance with the principle of subsidiarity, only if and in so far as the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by the Member States and can therefore, by reason of the *scale or effects* of the proposed action, be better achieved by the Community)

ในอีกมุมมองหนึ่ง มาตรา 5 วรรค 2 ของสนธิสัญญาโรม นี้มีขึ้นเพื่อปกป้องการใช้อำนาจของรัฐสมาชิกในกรณีที่รัฐสมาชิกมีขอบอำนาจและสามารถดำเนินการได้ดีกว่า มีประสิทธิภาพกว่าประชาคมยุโรปด้วย

ปัญหาคือ ประชาคมยุโรปมีหลักเกณฑ์อย่างไรในการพิจารณาว่าประชาคมยุโรปดำเนินงานได้ดีกว่ารัฐ ประชาคมยุโรปมีดุลพินิจเพียงใด พิจารณาประเมินขีดความสามารถของรัฐแต่ละรัฐหรือประเมินขีดความสามารถของทุกรัฐสมาชิก และเป็นการประเมินขีดความสามารถของรัฐที่มีอยู่จริงหรือประเมินศักยภาพของรัฐ ในอนาคต (actual and/or potential aptitude) ด้วย⁷ อีกทั้งประเด็นเกี่ยวกับการประเมิน “ขนาด” ของปัญหา “ระดับ” ของผลที่จะได้ว่าประชาคมควรทำได้ดีกว่าปล่อยให้รัฐสมาชิกดำเนินการ ข้อกำหนดดังกล่าวล้วนมีความไม่ชัดเจนในตัวเอง และเปิดช่องให้ประชาคมยุโรปใช้ดุลพินิจได้มากซึ่งอาจเป็นการใช้ดุลพินิจตามอำเภอใจก็ได้

ประเด็นปัญหาดังกล่าวได้รับการขยายความให้ชัดเจนขึ้นหลังจากได้มีการทำ Interinstitutional agreement of 25 October 1993 between the European Parliament, the Council and the Commission on procedures for implementing the principle of subsidiarity (Bulle. EC 10/93, point 2.2.2) และโดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อมีการทำ Protocol on the application of the principle of subsidiarity and proportionality annexed to Treaty of Amsterdam 1997 ซึ่งสรุปสาระสำคัญได้ ดังนี้ (ดูเอกสารผนวก)

- ทุกองค์กรของประชาคมยุโรปจะต้องเคารพหลักนี้
- การใช้หลักนี้ไม่กระทบ *acquis communautaire*
- จะไม่กระทบหรือรื้อฟื้นอำนาจที่ประชาคมยุโรปได้มาแล้วภายใต้ TREC และที่ได้มีการตีความไว้แล้วโดย ECJ
- หลักนี้ใช้เฉพาะกับเรื่องที่ประชาคมยุโรปไม่มีอำนาจฝ่ายเดียว
- หลักนี้เป็นหลักที่มีพลวัตและจะต้องพิจารณาใช้บังคับให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของประชาคมยุโรป ให้ประชาคมยุโรปทำงานได้ภายในขอบเขตอำนาจที่อาจขยายเพิ่มเติมได้ หากจำเป็นในทางกลับกันอำนาจของประชาคมยุโรปอาจถูกจำกัดหรือสิ้นสุดลงหากไม่มีเหตุผลความจำเป็นอีกต่อไป
- ร่างกฎหมายใดๆ ของประชาคมยุโรปจะต้องระบุเหตุผลว่าเพราะเหตุใด ประชาคมจึงสมควรเป็นฝ่ายดำเนินการและได้ดำเนินการอะไรบ้างเท่าที่จำเป็นเพื่อบรรลุเป้าหมาย
- Point 5 ระบุแนวทาง (guidelines) ที่ประชาคมยุโรปควรใช้ในการพิจารณาว่าประชาคมสามารถดำเนินการได้ดีกว่ารัฐโดยเปรียบเทียบ ดังนี้

“For the Community action to be justified, both aspects of the subsidiarity principle shall met ; the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by Member States action in framework of their national constitutional system and can therefore be better achieved by action on the part of the Community.

⁷ K.Lenaerts et P.V. Yperscale, p. 44-52

The following guidelines should be used in examining whether the abovementioned condition is fulfilled ;

- the issue under consideration has transnational aspects which cannot be satisfactorily regulated by Member States ;
 - actions by Member States alone or lack of Community action would conflict with the requirements of the Treaty (such as the need to correct distortion of competition or avoid disguised restrictions on trade or strengthen economic and social cohesion) or would otherwise significantly damage Member States interests ;
 - action at Community level would produce clear benefits by reason of its scale or effects compared with action at the level of the Member States."
- หากจะออกกฎหมาย ประชาคมจะออกกฎหมายให้น้อยที่สุดเท่าที่จำเป็น และควรออกเป็น Directives มากกว่าเป็น Regulations และเป็น Framework Directives มากกว่าเป็น detailed measures (ข้อนี้เห็นชัดเจนในกรณีของ New Approach for harmonisation of national legislation) และประชาคมยุโรปจะเปิดช่องให้ได้ดำเนินการมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้
 - หากพิจารณาแล้วว่าประชาคมไม่ควรดำเนินการ รัฐสมาชิกยังคงมีพันธกรณีภายใต้ TREC Article 10
 - Point 9 ระบุถึงหน้าที่ของคณะกรรมการ (ในฐานะที่เป็นผู้ริเริ่มร่างกฎหมาย) ที่จะต้องปรึกษาหารือให้รอบด้านที่สุด ซึ่งส่งผลถึงความจำเป็นที่ประชาคมยุโรปควรเป็นฝ่ายดำเนินการออกกฎหมายนั้น และจะต้องคำนึงถึงภาระที่เพิ่มขึ้นของรัฐ ประชาคม ฯลฯ ทั้งในด้านการคลังและทางบริหาร โดยจะต้องก่อภาระดังกล่าวให้น้อยที่สุด
 - Point 11 ระบุถึง ex ante political control โดย EP และ Council ในกระบวนการนิติบัญญัติของประชาคมยุโรป (Consultation – cooperation – codecision procedure)
 - Point 13 กล่าวถึง ex post judicial control ตามกระบวนการปกติ

มีข้อสังเกตว่าใน Protocol ฉบับนี้ มิได้กล่าวถึงบทบาทของรัฐสภาของรัฐสมาชิกแต่อย่างใดใน ex ante political control ดังนั้น ในการทำ Draft Treaty establishing a European Constitution (ซึ่งบรรดาผู้แทนของรัฐบาลของทั้ง 25 รัฐสมาชิกที่การประชุมแก้ไขเพิ่มเติมสนธิสัญญา, Conference of the Representatives of the governments of the Member States, IGC ได้เห็นชอบในร่างสนธิสัญญาแล้วเมื่อเดือนมิถุนายน 2004 ที่ผ่านมา ขั้นตอนต่อไปคือการลงนามรับเอาร่างสนธิสัญญาโดยรัฐสมาชิกทุกรัฐ และการให้สัตยาบันจากทุกรัฐสมาชิก จึงเริ่มมีผลใช้บังคับ) นอกจากนี้ ยังได้มีการยกร่าง Protocol on the role of National Parliaments in the European Union และยกร่าง Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality ฉบับใหม่ขึ้นซึ่งจะผนวกแนบท้าย Treaty establishing a European Constitution ร่างพิธีสารฉบับหลังนี้ได้เพิ่มบทบาทของ National Parliaments ในกระบวนการ ex ante political control ว่าประชาคมใช้อำนาจโดยชอบด้วยหลัก subsidiarity หากรัฐสภาของรัฐสมาชิกบางส่วนเห็นว่าร่างกฎหมายที่ร่างโดยสหภาพยุโรปนั้น

ฝ่าฝืนหลัก subsidiarity สหภาพยุโรปจะต้องทบทวนร่างกฎหมายนั้น (Draft Protocol, Article 3,4,5,6)

อนึ่ง แม้ว่า Protocol 1997 จะมีผลบังคับผูกพันประชาคมยุโรปและรัฐสมาชิก เพราะผนวกแนบท้าย Treaty of Amsterdam 1997 ก็ตาม แต่หลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าประชาคมยุโรปควรเป็นฝ่ายดำเนินการหรือไม่เพราะเหตุใด (Point 5) นั้นก็เป็นเพียงแนวทางการพิจารณาซึ่งควรต้องนำใช้เท่านั้น (The following guidelines should be used...) ซึ่งในท้ายที่สุดหากมีการโต้แย้ง validity of the act of EC institutions ว่าประชาคมยุโรปไม่เคารพหลัก Subsidiarity ในการออกการกระทำนั้น จึงน่าสนใจที่จะศึกษาวิเคราะห์ว่าศาลประชาคมยุโรปจะมีข้อจำกัดอย่างไรหรือไม่ หรือมีแนววินิจฉัยอย่างไรในการทบทวนดุลพินิจขององค์กรประชาคมยุโรปผู้ออกกฎหมายลำดับรองฉบับที่ถูกต้องได้แก่นั้น

บทที่ 3 การควบคุมว่าประชาคมยุโรปเคารพหลัก Subsidiarity ในการใช้อำนาจ

การตรวจสอบควบคุมนั้นมี 2 ลักษณะ คือ โดยกระบวนการทางการเมือง โดยองค์กรการเมือง กับการตรวจสอบโดยกระบวนการทางศาลโดยองค์กรที่มีอำนาจตุลาการ ซึ่งการตรวจสอบทั้งสองวิธีนี้ให้ผลที่ต่างกัน

1. Ex ante political monitoring

ในระบบกฎหมายประชาคมยุโรปนั้น TREC ให้อำนาจคณะกรรมการธิการ (European Commission) ค่อนข้างมากในการ “ผูกขาด” อำนาจในการทำข้อเสนอกฎหมาย (Protocol) ซึ่งร่างกฎหมายนั้นจะเข้าสู่กระบวนการนิติบัญญัติของประชาคมยุโรปตามมาตรา 251 (co-decision procedure) หรือ 252 (cooperation procedure) รัฐสภายุโรปจะมีน้ำหนักและบทบาทมากกว่าตามมาตรา 251 และเมื่อพิจารณา Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality 1997 Point 12 แล้วจะเห็นว่ารัฐสภายุโรปมีบทบาทในการรับรู้เหตุผลของคณะมนตรีว่า Council เห็นว่าร่างกฎหมาย (ที่ยกร่างโดยคณะกรรมการ) เคารพหลัก Subsidiarity หรือไม่ อย่างไร แต่ก็ได้ระบุว่าให้รัฐสภายุโรปดำเนินการอย่างไรต่อไปหากไม่สอดคล้องกับหลักดังกล่าว กรณีจึงต้องใช้อำนาจที่มีอยู่ในกระบวนการตามมาตรา 251 หรือ 252

ส่วนในร่าง Protocol ฉบับใหม่นั้น มีการวางระบบและกระบวนการ early warning system ไว้โดยรัฐสภาของรัฐสมาชิกจะมีบทบาทใกล้ชิดมากขึ้นกับองค์กรสหภาพยุโรปในกระบวนการร่างกฎหมายยุโรปและมีอำนาจให้ความเห็นโดยระบุเหตุผล (Reasoned Opinion) ว่าร่างกฎหมายนั้นไม่สอดคล้องกับหลัก Subsidiarity ซึ่งองค์กรของสหภาพจะต้องคำนึงถึงความเห็นดังกล่าว และหากรัฐสภาของรัฐสมาชิกจำนวนหนึ่งเห็นว่าร่างกฎหมายนั้นไม่เคารพหลัก Subsidiarity ร่างกฎหมายนั้นจะต้องมีการทบทวน และหากองค์กรสหภาพผู้เสนอร่างกฎหมายเห็นควรให้คงร่างเดิมไว้ หรือแปรญติ หรือถอนร่างไป องค์กรนั้นจะต้องระบุเหตุผล (Draft Protocol 2004 on the application of the principles of subsidiarity and proportionality, Article 5-6; Article 3 Draft Protocol on the role of National Parliaments in the European Union “National Parliaments may send to the presidents of the European Parliament, the Council and the Commission a reasoned opinion on whether a draft European legislative act complies with the principle of subsidiarity, according to the procedure laid down in the Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality.”)

2. Ex post judicial monitoring : Judicial Review

(เอกสารอ่านประกอบ, K.Lenaerts et P.V. Ypersele, Le principe de subsidiarite et son contexte, Cahier de droit européen, 1994, no.1, p. 83-99 ; Philippe Manin, Les Communautés européennes. L'Union

européennes, LGDJ, 3^{ème} ed. 2000 ; Paul Craig & Grainne De Burca, EU Law : Text, Cases and Materials, Clarendon Press, 3rd ed., 2003, p. 136 – 138)

คดีที่เข้าสู่การพิจารณาของศาลประชาคมยุโรปเพื่อการทบทวนความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของประชาคมยุโรปว่าสอดคล้องกับหลัก Subsidiarity หรือไม่ตามกระบวนการของ TREC Article 230 (ex Article 173) นั้นมีไม่มากนัก และศาลจะนำหลักนี้มาใช้บังคับในการทบทวนความชอบด้วยกฎหมายเฉพาะกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นหลังจากวันที่ 1 พฤศจิกายน 1993 ซึ่งเป็นวันที่ Treaty on European Union มีผลใช้บังคับแล้วเท่านั้น (Case T-29/92 Vereniging van SPO in de Bouwnijverheid and others V Commission of the European Communities ซึ่งเป็นประเด็นการใช้อำนาจของ Commission ในกฎหมายว่าด้วยการแข่งขัน)

ปัญหาของศาลประชาคมยุโรปในการใช้อำนาจตาม TREC Article 230 (ex Article 173) ก็คือขอบเขตหรือความเข้มข้นในการทบทวนการใช้ดุลยพินิจ (intensity of judicial control of discretionary power) ขององค์กรผู้ออกกฎหมายประชาคมฉบับที่ถูกต้องได้ และโดยที่วัตถุประสงค์ของประชาคมยุโรปเป็นเรื่องทางเศรษฐกิจเป็นส่วนใหญ่ จึงนำไปสู่การใช้ขอบอำนาจที่มีอยู่ในการออกกฎหมายทางเศรษฐกิจ หากศาลก้าวล่วงไปตรวจสอบการใช้อำนาจดุลยพินิจของ Commission / Council / EP and Council มากเกินไปในการวินิจฉัยว่าเรื่องใดที่ประชาคมควรดำเนินการได้ดีกว่ารัฐ และเพราะเหตุใด (principle of subsidiarity) และประชาคมควรออกมาตรการใดจึงจะเหมาะสม สมเหตุสมผลและได้สัดส่วนกับเป้าหมายโดยไม่ก่อให้เกิดภาระมากเกินไปจากความจำเป็น (principle of proportionality) ก็เท่ากับศาลไม่เคารพหลักการแบ่งแยกอำนาจหน้าที่ระหว่างองค์กรประชาคมยุโรปด้วยตนเอง แต่หากศาลจำกัดขอบเขตการตรวจสอบโดยค้นหาว่ามีการผิดพลาดในข้อเท็จจริงหรือในข้อกฎหมายอย่างเห็นได้ชัด (manifest error) เท่านั้นหรือไม่ (ซึ่งเป็นแนวทางที่ศาลใช้มาโดยตลอด อาทิ ECJ 114/76 Skimmed milk power case ; ECJ 55/75 Balkan) ศาลก็อาจถูกวิพากษ์วิจารณ์ได้ว่าเป็นผู้ทำให้หลัก Subsidiarity ใน TREC Article 5 ไร้ความหมายได้ และในหลายคดีศาลให้ความสำคัญมากกับการตรวจสอบทบทวนว่าประชาคมจะระบุเหตุผลที่แจ้งการใช้อำนาจกระทำการไว้อย่างเพียงพอหรือไม่ (motivate reasons justifying Community action) (Case C-233/94 Germany V EP and Council เยอรมันโต้แย้งว่าประชาคมยุโรปไม่ได้ให้เหตุผลอย่างเพียงพอในการออก Directive 94/19 EC on deposit guarantee schemes ซึ่งมีผลทำให้สถาบันการเงินสัญชาติเยอรมันที่เปิดสาขาอยู่ในประเทศสมาชิกอื่นๆ ไม่สามารถประกันเงินฝากตามระบบที่เป็นอยู่เดิมของเยอรมันได้ ซึ่งระบบเยอรมันอาจให้หลักประกันแก่ผู้ฝากเงินได้ดีกว่า แต่ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า Directive ฉบับนี้ motivate อย่างเพียงพอแล้ว, para. 22-29)

ในคดี C-84/94 United Kingdom V Council นั้นศาลได้เพิกถอนมาตรา 5 second sentence ของ Directive 93/104 EC concerning certain aspects of the organisation of working time ที่บังคับให้รัฐทุกรัฐต้องกำหนดให้วันอาทิตย์เป็นวันหยุดทำงานในสัปดาห์ด้วย เหตุผลว่าไม่เคารพหลัก proportionality แม้ว่าอังกฤษจะต่อสู้ว่าประชาคมยุโรปฝ่าฝืนหลัก subsidiarity ก็ตาม แต่ศาลเห็นว่า Council ไม่ได้อ้างหลักดังกล่าวไว้ในกฎหมายนี้ นอกจากนี้ศาลยังได้ระบุถึงแนวทางและขอบเขตในการตรวจสอบดุลพินิจว่าองค์กรประชาคมยุโรปเคารพหลัก subsidiarity และ proportionality ว่า “(para.58...As to judicial review of those conditions, however, the Council must be allowed a wide discretion in an area, as here, involves the legislature in making social policy choices and requires it to carry out a complex assessment. Judicial review of the exercise of that discretion must therefore be limited to examining whether it has been vitiated by manifest error or misuse of powers, or whether the institution concerned has manifestly exceeded the limits of its discretion”

ส่วนคดีอื่นๆ นั้น โปรดดู C-377/98 Netherlands V Parliament and Council, para. 30-34 เนเธอร์แลนด์ ได้แย้งว่า Directive 98/44 EC on the legal protection of biotechnological inventions ฝ่าฝืนหลัก subsidiarity และประชาคมไม่ได้ระบุเหตุผลชี้แจงอย่างเพียงพอในการใช้อำนาจออกกฎหมายดังกล่าวแทนที่จะให้เป็นเรื่องของแต่ละรัฐที่จะดำเนินการ ทั้งนี้ ประชาคมยุโรปเห็นว่าเรื่อง legal protection of biotechnological inventions นี้เกี่ยวข้องโดยตรงกับ functioning of the single market จึงควรเป็นอำนาจของประชาคมในการออกกฎหมายระดับประชาคม เพื่อป้องกันไม่ให้รัฐต่างๆ ออกกฎหมายของตนซึ่งแต่ละรัฐอาจกำหนดระบบคุ้มครองและนวัตกรรมที่ได้รับการคุ้มครองภายใต้กฎหมายของรัฐนั้นๆ แตกต่างกันไป และคดี C-491/01 British American Tobacco (Investments) Ltd. And Imperial Tobacco Ltd. V Secretary of State for Health

บทสรุป

การใช้บังคับหลัก Subsidiarity เป็นเรื่องที่มีขั้นตอนมากมายและการกำหนดหลักเกณฑ์เพื่อพิจารณาว่าอย่างไรประชาคมยุโรปได้ดำเนินการโดยเคารพหลักดังกล่าวแล้วก็เป็นเรื่องที่ไม่ชัดเจน มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับอำนาจดุลพินิจในการดำเนินการด้านเศรษฐกิจสังคมที่สลับซับซ้อน การใช้กระบวนการทางศาลเพื่อทบทวนความชอบด้วยหลัก subsidiarity จึงมีความยุ่งยากและข้อจำกัดมากทีเดียว ดังนั้น ระบบ early warning system ที่วางไว้ใน Draft Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality จึงน่าจะมีบทบาทสำคัญและเหมาะสมในการป้องกันหลีกเลี่ยงการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายที่ศาลประชาคมยุโรป

บรรณานุกรม

- Josephine Steiner, Lorna Woods, Textbook on EC Law , BlackStone Press, 7th ed., 2000.
- Paul Craig, P., De Burca, Grainne., EU Law : Text, Cases and Materials , Oxford, 3rd ed., 2003.
- Stephen Weatherill, Cases and Materials on EC Law , Blackstone Press, 2nd ed., 1995.
- Stephen Weatherill, Law and Integration in the European Union , Oxford, Clarendon Law Series , 1995.
- Joel Rideau, Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes, Paris:LGDJ, 3^{ème} éd.1999.
- Denys Simon, Le système juridique communautaire , PUF, 2^{ème} édition 1998,
- Guy Issac et Marc Blaquet, Droit Communautaire général , Armand Colin, 8^{ème} édition, 2001.
- Philippe Manin, Les Communautés européennes , L'Union europeenne , Pedone, 5^{ème} édition, 1999.
- Koen Lenaerts et Patrick Van Ypersele, Le principe de subsidiarité et son contexte , Cahier de Droit européen, 1994, No.1 , p. 3-85
- A.G. Toth, The Principle of Subsidiarity in the Maastricht Treaty , CMLR 29, 1992, p. 1079-1105.
- Deborah Z. Cass, The World That Saves Maastricht ? The Principle of Subsidiarity and the Division of Powers Within the European Community , 29 CMLR 1992, p. 1107 – 1136.

--- เอกสารผนวก 1 ---

CONFERENCE
THE REPRESENTATIVES
OF THE GOVERNMENTS
OF THE MEMBER STATES

Brussels, 6 August 2004 OF
(OR. Fr)

CIG 87/04
ADD 1

ADDENDUM 1 TO CIG 87/04

*Subject : Protocols and Annexes I and II annexed to the Treaty establishing a
Constitution for Europe*

--- Selected Article ---

I. PROTOCOL ON THE ROLE OF NATIONAL PARLIAMENTS
IN THE EUROPEAN UNION

ARTICLE 2

Draft European legislative acts sent to the European Parliament and to the Council shall be forwarded to national Parliaments.

For the purposes of this Protocol, “draft European legislative acts” shall mean proposals from the Commission, initiatives from a group of Member States, initiatives from the European Parliament, requests from the Court of Justice, recommendations from the European Central Bank and requests from the European Investment Bank for the adoption of a European legislative act.

Draft European legislative acts originating from the Commission shall be forwarded to national Parliaments directly by the Commission, at the same time as to the European Parliament and the Council.

Draft European legislative acts originating from the European Parliament shall be forwarded to national Parliaments directly by the European Parliament.

Draft European legislative acts originating from a group of Member States, the Court of Justice, the European Central Bank or the European Investment Bank be forwarded to national Parliaments by the Council.

ARTICLE 3

National Parliaments may send to the Presidents of the European Parliament, the Council and the Commission a reasoned opinion on whether a draft European legislative act complies with the principle of subsidiarity, in accordance with procedure laid down in the Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality.

ARTICLE 6

When the European Council intends to make use of Article IV-444 (1) or (2) of the Constitution, national Parliaments shall be informed of the initiative of the European Council at least six months before any European decision is adopted.

ARTICLE 7

The Court of Auditors shall forward its annual report to national Parliaments, for information, at the same time as to European Parliament and to the Council.

ARTICLE 8

Where the national Parliamentary system is not unicameral, Article 1 to 7 shall apply to the component chambers.

--- Selected Article ---

II. PROTOCOL ON THE APPLICATION OF THE PRINCIPLES OF SUBSIDIARITY AND PROPORTIONALITY

ARTICLE 3

For the purposes of this Protocol, the term “draft European legislative act” shall mean Commission proposals, initiatives of groups of Member States, initiatives of the European Parliament, requests from the Court of Justice, recommendations from the European Central Bank and requests from the European Investment Bank for the adoption of a European legislative act.

ARTICLE 4

The Commission shall forward its draft European legislative acts and its amended drafts to national Parliaments at the same time as to the Union legislator.

The European Parliament shall forward its draft European legislative acts and its amended drafts to national Parliaments.

The Council shall forward draft European legislative acts originating from a group of Member States, the Court of Justice, the European Central Bank or the European Investment Bank and amended drafts to national Parliaments.

Upon adoption, legislative resolutions of the European Parliament and positions of the Council shall be forwarded by them to national Parliaments.

If the draft European legislative act originates from the Court of Justice, the European Central Bank or the European Investment Bank, the President of the Council shall forward the opinion to the institution or body concerned.

ARTICLE 7

The European Parliament, the Council and the Commission, and, where appropriate, the group of Member States, the Court of Justice, the European Central Bank or the European Investment Bank, if the draft legislative act originates from them, shall take account of the reasoned opinions issued by national Parliaments or by a chamber of a national Parliament.

Each national Parliaments shall have two votes, shared out on the basis of the national Parliamentary system. In the case of a bicameral Parliamentary system, each of the two chambers shall have one vote.

Where reasoned opinions on a draft European legislative act's non-compliance with the principle of subsidiarity represent at least one third of all the votes allocated to the national Parliaments in accordance with the second paragraph, the draft must be reviewed. This threshold shall be a quarter in the case of a draft European legislative act submitted on the basis of Article III-264 of the Constitution on the area of freedom, security and justice.

After such review, the Commission or, where appropriate, the group of Member States, the European Parliament, the Court of Justice, the European Central Bank or the European Investment Bank, if the draft European legislative act originated from them, may decide to maintain, amend or withdraw the draft. Reasons must be given for this decision.

--- เอกสารผนวก 2 ---

Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality

Origin: Treaty of Amsterdam 1997.

THE HIGH CONTRACTING PARTIES,

DETERMINED to establish the conditions for the application of the principles of subsidiarity and proportionality enshrined in Article 5 of the Treaty establishing the European Community with a view to defining more precisely the criteria for applying them and to ensure their strict observance and consistent implementation by all institutions;

WISHING to ensure that decisions are taken as closely as possible to the citizens of the Union;

TAKING ACCOUNT of the Interinstitutional Agreement of 25 October 1993 between the European Parliament, the Council and the Commission on procedures for implementing the principle of subsidiarity;

HAVE CONFIRMED that the conclusions of the Birmingham European Council on 16 October 1992 and the overall approach to the application of the subsidiarity principle agreed by the European Council meeting in Edinburgh on 11-12 December 1992 will continue to guide the action of the Union's institutions as well as the development of the application of the principle of subsidiarity, and, for this purpose,

HAVE AGREED UPON the following provisions which shall be annexed to the Treaty establishing the European Community:

1. In exercising the powers conferred on it, each institution shall ensure that the principle of subsidiarity is complied with. It shall also ensure compliance with the principle of proportionality, according to which any action by the Community shall not go beyond what is necessary to achieve the objectives of the Treaty.
2. The application of the principles of subsidiarity and proportionality shall respect the general provisions and the objectives of the Treaty, particularly as regards the maintaining in full of the *acquis communautaire* and the institutional balance; it shall not affect the principles developed by the Court of Justice regarding the relationship between national and Community law, and it should take into account Article 6(4) of the Treaty on European Union, according to which 'the Union shall provide itself with the means necessary to attain its objectives and carry through its policies'.
3. The principle of subsidiarity does not call into question the powers conferred on the European Community by the Treaty, as interpreted by the Court of Justice. The criteria referred to in the second paragraph of Article 5 of the Treaty shall relate to areas for which the Community does not have exclusive competence. The principle of subsidiarity provides a guide as to how those powers are to be exercised at the Community level. Subsidiarity is a dynamic concept and should be applied in the light of the objectives set out in the Treaty. It allows Community action within the limits of its powers to be expanded where circumstances so require, and conversely, to be restricted or discontinued where it is no longer justified.
4. For any proposed Community legislation, the reasons on which it is based shall be stated with a view to justifying its compliance with the principles of subsidiarity and proportionality; the reasons for concluding that a Community objective can be better

achieved by the Community must be substantiated by qualitative or, wherever possible, quantitative indicators.

5. For Community action to be justified, both aspects of the subsidiarity principle shall be met: the objectives of the proposed action cannot be sufficiently achieved by Member States' action in the framework of their national constitutional system and can therefore be better achieved by action on the part of the Community.

The following guidelines should be used in examining whether the abovementioned condition is fulfilled:

— the issue under consideration has transnational aspects which cannot be satisfactorily regulated by action by Member States;

— actions by Member States alone or lack of Community action would conflict with the requirements of the Treaty (such as the need to correct distortion of competition or avoid disguised restrictions on trade or strengthen economic and social cohesion) or would otherwise significantly damage Member States' interests;

— action at Community level would produce clear benefits by reason of its scale or effects compared with action at the level of the Member States.

6. The form of Community action shall be as simple as possible, consistent with satisfactory achievement of the objective of the measure and the need for effective enforcement. The Community shall legislate only to the extent necessary. Other things being equal, directives should be preferred to regulations and framework directives to detailed measures. Directives as provided for in Article 249 of the Treaty, while binding upon each Member State to which they are addressed as to the result to be achieved, shall leave to the national authorities the choice of form and methods.

7. Regarding the nature and the extent of Community action, Community measures should leave as much scope for national decision as possible, consistent with securing the aim of the measure and observing the requirements of the Treaty. While respecting Community law, care should be taken to respect well established national arrangements and the organisation and working of Member States' legal systems. Where appropriate and subject to the need for proper enforcement, Community measures should provide Member States with alternative ways to achieve the objectives of the measures.

8. Where the application of the principle of subsidiarity leads to no action being taken by the Community, Member States are required in their action to comply with the general rules laid down in Article 10 of the Treaty, by taking all appropriate measures to ensure fulfilment of their obligations under the Treaty and by abstaining from any measure which could jeopardise the attainment of the objectives of the Treaty.

9. Without prejudice to its right of initiative, the Commission should:

— except in cases of particular urgency or confidentiality, consult widely before proposing legislation and, wherever appropriate, publish consultation documents;

— justify the relevance of its proposals with regard to the principle of subsidiarity; whenever necessary, the explanatory memorandum accompanying a proposal will give details in this respect. The financing of Community action in whole or in part from the Community budget shall require an explanation;

— take duly into account the need for any burden, whether financial or administrative, falling upon the Community, national governments, local authorities, economic operators and citizens, to be minimised and proportionate to the objective to be achieved;

— submit an annual report to the European Council, the European Parliament and the Council on the application of Article 5 of the Treaty. This annual report shall also be sent to the Committee of the Regions and to the Economic and Social Committee.

10. The European Council shall take account of the Commission report referred to in the fourth indent of point 9 within the report on the progress achieved by the Union which it is required to submit to the European Parliament in accordance with Article 4 of the Treaty on European Union.

11. While fully observing the procedures applicable, the European Parliament and the Council shall, as an integral part of the overall examination of Commission proposals, consider their consistency with Article 5 of the Treaty. This concerns the original Commission proposal as well as amendments which the European Parliament and the Council envisage making to the proposal.

12. In the course of the procedures referred to in Articles 251 and 252 of the Treaty, the European Parliament shall be informed of the Council's position on the application of Article 5 of the Treaty, by way of a statement of the reasons which led the Council to adopt its common position. The Council shall inform the European Parliament of the reasons on the basis of which all or part of a Commission proposal is deemed to be inconsistent with Article 5 of the Treaty.

13. Compliance with the principle of subsidiarity shall be reviewed in accordance with the rules laid down by the Treaty.
