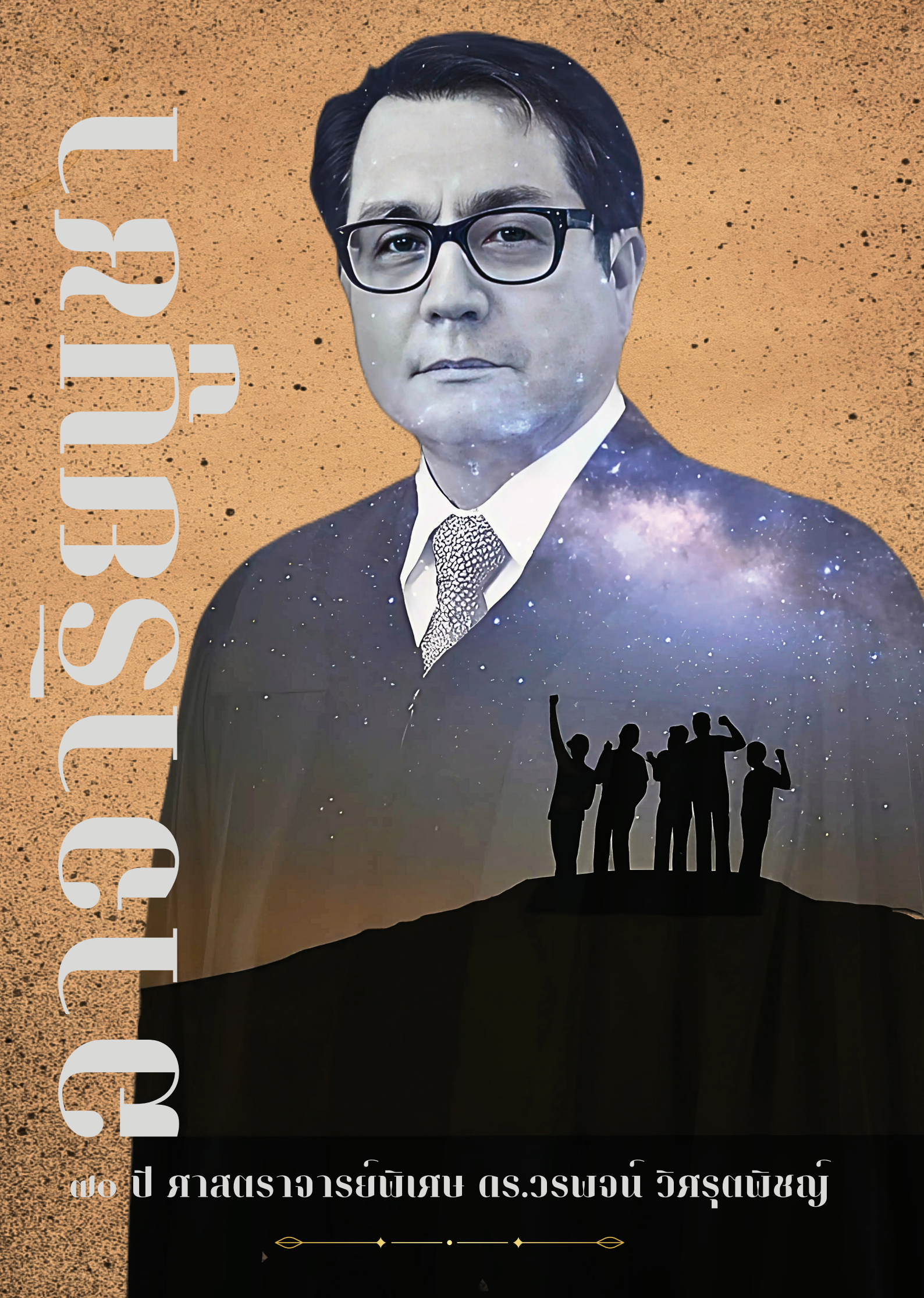
ตามรอยครู



๗๐ ปี ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์

อาจาริยบูชา 70 ปี

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์

บทบรรณาธิการ

หนังสือ **“อาจาริยบูชา 70 ปี ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์”** เล่มนี้ เกิดขึ้นจากความตั้งใจร่วมกันของเหล่าบรรดาลูกศิษย์ของศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ หรือ “อาจารย์วรพจน์” อาจารย์ผู้เป็นที่เคารพรัก ผู้เป็นแบบอย่างการครองตน และผู้มีบทบาทสำคัญยิ่งอีกท่านหนึ่งในวงการกฎหมายมหาชนและศาลปกครองไทย ในวาระที่อาจารย์อายุครบ 70 ปี จึงเป็นโอกาสอันดีที่เหล่าลูกศิษย์จะได้ร่วมกันจัดทำสิ่งที่อาจารย์ชอบใช้เวลาในชีวิตอยู่ด้วย นั่นคือ “หนังสือ” หนังสือ “อาจาริยบูชา 70 ปี ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์” จึงถูกจัดทำขึ้นเพื่อเป็นการตอบแทนคุณ “ครูผู้เคารพรักของเรา”

หนังสือเล่มนี้ จัดแบ่งเนื้อหาออกเป็นสองส่วน **ส่วนแรก** เป็นการเล่าเรื่องผ่านประสบการณ์ ซึ่งเป็นบทสัมภาษณ์ที่คณะทำงานเริ่มต้นจากการพูดคุยยามเย็นกับอาจารย์วรพจน์ถึงบรรดาผู้คน ความทรงจำ และจุดเปลี่ยนผ่านของอาจารย์ในแต่ละช่วงชีวิต จากนั้น คณะทำงานจึงค้นหาผู้คนเหล่านั้นโดยยึดโยงจากช่วงชีวิตของอาจารย์เป็นสำคัญ เริ่มต้นจากช่วงที่เป็นอาจารย์ในมหาวิทยาลัย ช่วงที่ไปศึกษาต่อ ณ ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ช่วงที่ดำรงตำแหน่งอธิบดีศาลปกครองกลาง และช่วงที่ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด เมื่อได้สัมภาษณ์แต่ละท่านด้วยความสนใจและอบอุ่นใจ คณะทำงานจึงนำบทสัมภาษณ์มาเรียบเรียงร้อยเรื่องราวเพื่อให้เห็นตัวตนของอาจารย์วรพจน์ในแต่ละมิติ โดยพยายามรักษาถ้อยคำสำนวนของผู้ให้สัมภาษณ์มากที่สุด ทั้งยังใส่เชิงอรรถและขยายความเนื้อหาบางส่วนที่มีคุณค่าต่อพัฒนาการในทางกฎหมาย เพื่อประโยชน์แก่ผู้อ่านในการศึกษาค้นคว้าต่อไป สำหรับ**ส่วนที่สอง** เป็นการเล่าเรื่องผ่านบทความวิชาการ ซึ่งเป็นบทความที่มาจากบรรดาลูกศิษย์ทั้งหลายที่ได้รับแรงบันดาลใจจากการเรียนการสอนหรือการทำงานกับอาจารย์วรพจน์และนำไปต่อยอดขยายพรมแดนแห่งการเรียนรู้ ปรากฏทั้งแง่มุมทางด้านนิติปรัชญา ทางด้านรัฐธรรมนูญ ทางด้านปกครอง และทางด้านประวัติศาสตร์ จำนวน ๒๕ บทความ

ในการจัดทำหนังสือเล่มนี้ คณะทำงานริเริ่มและดำเนินการจนเสร็จสิ้นด้วยความตั้งใจร่วมกันของคณะทำงานเอง หวังเป็นอย่างยิ่งว่า เนื้อหาในหนังสือนี้จะมีส่วนสร้างพลังใจในการปฏิบัติตน และก่อให้เกิดประโยชน์ทางวิชาการแก่ผู้อ่าน คณะทำงานขอขอบคุณลูกศิษย์ของอาจารย์วรพจน์ทุกท่านที่มีส่วนร่วมไม่ว่าทางใดทางหนึ่ง เพื่อให้หนังสือเล่มนี้สำเร็จสมความตั้งใจ อนึ่ง ประโยชน์ใดอันเกิดจากหนังสือนี้ คณะทำงานขอมอบเป็นอาจาริยบูชาแด่อาจารย์วรพจน์ครูผู้ให้เสมอมา ส่วนความบกพร่องทั้งหลายอันเกิดแต่ความไม่ละเอียดรอบคอบ หรือความอ่อนด้อยประสบการณ์หรือการอื่นใด คณะทำงานขอน้อมรับไว้เสียทั้งสิ้น

ด้วยความเคารพรัก

คณะทำงานจัดทำหนังสือ

อาจาริยบูชา 70 ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์

สารบัญ

บทบูชาครู 7

ประวัติอาจารย์ 11

รวมความประทับใจ 19

บทรำลึก 23

บทความวิชาการ 83

- ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ : ครูกฎหมายที่ยิ่งใหญ่ในใจของพวกเรา 85
  คิดงาม คงตระกูล ลี
- ดุลพินิจในการปฏิเสธ (Versagungsermessen) ในระบบกฎหมายเยอรมัน 97
  จักราวดี มนูญพงศ์
- ความนำว่าด้วยนิติธรรม นิติรัฐ กฎหมาย กับสังคม และองค์กรตุลาการ : ความสัมพันธ์ที่ไม่อาจปฏิเสธได้ 109
  เจตน์ สถาวรศีลพร
- การบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ : ศึกษาขอบอำนาจของศาลปกครองในการตรวจสอบการยอมรับและการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ 115
  ชวพิมพ์ ณ นคร
- การรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาของศาลคดีอื่นในคดีปกครอง 128
  ชัยภัทร ทั่งทอง
  เยี่ยม อรุโณทัยวิวัฒน์
- ผลของคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองและการขจัดผลร้ายซึ่งเกิดจากคำสั่งทางปกครองในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองเยอรมัน 145
  นรินทร์ อิธิสาร
- Référé audiovisuel : มาตรการในคดีกิจการวิทยุและกิจการโทรทัศน์ในกฎหมายฝรั่งเศส 164
  นัดดา หิญชีระนันทน์
- กฎหมายว่าด้วยการรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยสาธารณะ : กฎหมายปกครองที่หายไป 171
  นิติกร ชัยวิเศษ
- อาจารย์วรพจน์กับบทบาทในการสร้างคำพิพากษาบรรทัดฐาน 184
  บรรเจิด สิงคะเนติ
- บทบาทของคำพิพากษาบรรทัดฐาน (le précédent) ในกฎหมายปกครองฝรั่งเศส 197
  ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤกษ์

- อำนาจศาลปกครองฝรั่งเศสในการกำหนดคำบังคับที่มีลักษณะ “สั่งให้กระทำการ” (Le pouvoir d’injonction du juge administratif) 210
  ปิยาภรณ์ ชัยวัฒน์
- พัฒนาการและสาระสำคัญของหลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดีในประเทศอังกฤษ 222
  พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย
- บทบาทของศาลปกครองในยุคเศรษฐกิจแพลตฟอร์ม 241
  พัลภา นุ่มน้อย
- การควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐโดยศาลในระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (ศึกษากรณีหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐด้านโทรคมนาคม) 259
  พิชญ์ณัฏฐ์ คันธารัตนกุล
- ตำแหน่งแห่งที่ขององค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระในฐานะองคาพยพหนึ่งของฝ่ายปกครอง 272
  ภานุวัฒน์ ผ่องใส
- กระบวนการทางวินัยของบุคลากรท้องถิ่น 295
  มาโนช นามเดช
- ข้อพิจารณาเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายไทย 313
  วรเจตน์ ภาคีรัตน์
- ระบบวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครอง 330
  ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรรณชัย บุญบำรุง
- จตุรพิธแห่งศาลปกครอง 341
  วรรธนวรรณ จันทรจนา
- ข้อสังเกตต่อการปรับใช้ทฤษฎีการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนในศาลปกครองเยอรมัน 344
  วันรัฐ งามนิยม
- แนวทางการนำหลักความเสมอภาคมาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดีปกครอง 349
  สัจจา เขม้นงาน
- ศาลยุติธรรมญี่ปุ่นกับการดำรงหลักนิติธรรมในการพิจารณาคดีปกครอง 354
  สุชาดา จันทร์นิธิโชติ
  วศิน ยิ้มแย้ม
- ความเที่ยงธรรมทางสติปัญญาของตุลาการ (Judicial Intellectual Integrity) 362
  ดร.สุนทรียา เหมือนพะวงศ์
- หลักความเสมอภาค และหลักการไม่อาจอ้างหลักความเสมอภาคในการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (No equality in the matter of illegality) ในมุมมองกฎหมายปกครอง 373
  ดร.อนันต์ คงเครือพันธุ์
- ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจและผู้ทรงอำนาจในการปกครองรัฐ 383
  เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล

รวมความทรงจำ **391**

บทบูชาครู

ด้วยความเคารพรัก
ท่านวรพจน์ วิศรุตพิชญ์
ประธานศาลปกครองสูงสุด

แม้ไม่ควรด่วนสิ้งหนึ่งตุลา
แต่ตามกฎกติกาที่กำหนด
วันพ้นจากตำแหน่งแห่งเกียรติยศ
คือวันที่ท่านวรพจน์ต้องอำลา

ทิ้งหลายสิ่งเป็นแบบบทให้จดจำ
ในตำรา และในคำพิพากษา
ฝากแนวความสัตย์ซื่อที่ถือมา
เป็นปรัชญาสำหรับกำกับใจ

ว่าถ้า “ตัวตรง” ตามความเที่ยง
เงาก็จะไม่เฉียง ไม่เฉไฉ
ตุลาการต้องสำนึก และมั่นใน
สัตย์ปฏิญาณ ที่ถวายไว้ เบื้องภูมาล

ตัวตนแห่ง ท่านวรพจน์ วิศรุตพิชญ์
คือความสุจริตและกล้าหาญ
หยัดมั่นคงอยู่ด้วยอุดมการณ์
สถิตและเสถียรผ่านกาลเวลา

จากวงการกฎหมายมหาชน
จุดเริ่มต้นนิติธรรมอันล้ำค่า
สู่อีกสายกระแสยุติธรรมา
เป็นตุลาการที่ศาลปกครอง

เป็นอธิบดีศาลปกครองกลาง
เป็นแบบอย่างแก่ทุกคนผู้เกี่ยวข้อง
ด้วยเป็นผู้ประพฤติธรรมตามครรลอง
เป็นต้นแบบแห่งผองตุลาการ

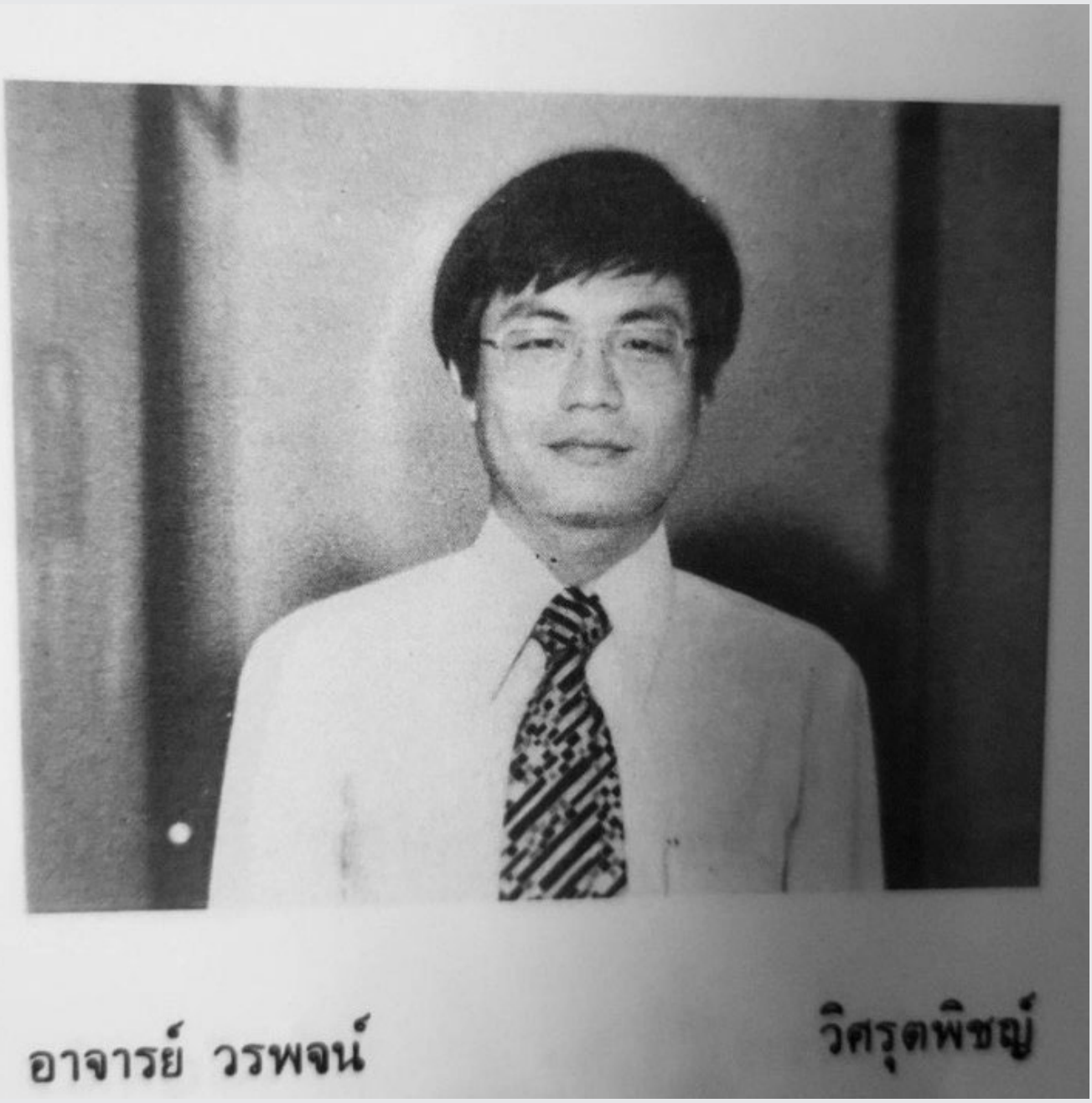
ประพฤติธรรมถือธรรมเป็นหน้าที่
อยู่ในธรรมวิถีอันสะอ้าน
ครองตน ครองคน และครองงาน
ตามสายธารนิติธรรมประเทศไทย

ท่านประธานศาลปกครองสูงสุด
สง่างามด้วยธรรมาวุธวินิจฉัย
เป็นผู้นำองค์กรก้าวมาไกล
ก่อนพ้นไปตามกฎกาลเวลา

อันเชิญพรชัยพระไตรรัตน์
โปรดประทานสรรพสิริสวัสดิรักษา
อันเชิญปวงเทพยดา
โปรดจงมาชุมนุมในวันนี้

มาประทานพรภิญโญแห่งเกียรติยศ
เป็นมงคล ท่านวรพจน์ พิเศษศรี
ให้จำเริญด้วยบุญบารมี
ให้มีความสุข สุขภาพดี ทุกปีเทอญ

ด้วยความเคารพรักยิ่ง
อดุล จันทรศักดิ์
ศิลปินแห่งชาติสาขาวรรณศิลป์
สิงหาคม 2567



อาจารย์ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์

ประวัติอาจารย์

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์
ประธานศาลปกครองสูงสุด

ประวัติส่วนตัว

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ เกิดเมื่อวันที่ 21 ธันวาคม พ.ศ. 2496 ที่อำเภอไชยา จังหวัดสุราษฎร์ธานี เป็นบุตรของนายชวนและนางพรั่ง วิศรุตพิชญ์ มีพี่น้อง 4 คน คือ 1. นางอรศรี พานิชชาติ 2. ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ 3. นางศุลีพร รัตนสกาววงศ์ และ 4. พลโท วรพล วิศรุตพิชญ์ ต่อมา ท่านได้เข้าอุปสมบทที่วัดพระบรมธาตุไชยาราชวรวิหาร แล้วย้ายมาจำพรรษาเพื่อศึกษาธรรมกับท่านพุทธทาสภิกขุ ณ สวนโมกขพลาราม จากนั้น ท่านได้สมรสกับรองศาสตราจารย์สุดา วิศรุตพิชญ์ กรรมการกฤษฎีกา

ประวัติการศึกษา

พ.ศ. 2512	มัธยมศึกษาตอนต้น (ม.ศ. 3) จากโรงเรียนวัดราชโอรส
พ.ศ. 2512 – 2515	มัธยมศึกษาตอนปลาย (ม.ศ. 5) จากโรงเรียนเตรียมอุดมศึกษา (พญาไท)
พ.ศ. 2515 – 2519	ปริญญานิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) จากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
พ.ศ. 2518	เนติบัณฑิตไทย สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา สมัยที่ 28
พ.ศ. 2522 - 2524	Diplôme d'études approfondies (DEA) en droit public (กฎหมายมหาชน) จาก Université de Strasbourg III สาธารณรัฐฝรั่งเศส
พ.ศ. 2531 – 2535	Doctorat en droit (กฎหมายมหาชน) จาก Université des Sciences sociales Toulouse I สาธารณรัฐฝรั่งเศส
พ.ศ. 2544	ประกาศนียบัตรการอบรมหลักสูตรผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง (บ.ย.ส.) รุ่นที่ 15 สำนักงานศาลยุติธรรม
พ.ศ. 2561	ประกาศนียบัตรการอบรมหลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย (นธป.) รุ่นที่ 5 สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ

ประวัติการรับราชการ

พ.ศ. 2519 – 2544	อาจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
พ.ศ. 2544 – 2548	อธิบดีศาลปกครองกลาง
พ.ศ. 2549 – 2553	ตุลาการศาลปกครองสูงสุด
พ.ศ. 2553 – 2558	ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด
พ.ศ. 2558 – 2559	ตุลาการหัวหน้าแผนกคดีบริหารงานบุคคลในศาลปกครองสูงสุด

พ.ศ. 2559 – 2565 รองประธานศาลปกครองสูงสุด
พ.ศ. 2565 – ปัจจุบัน ประธานศาลปกครองสูงสุด

ตำแหน่งทางวิชาการ

พ.ศ. 2527 ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
พ.ศ. 2538 รองศาสตราจารย์ประจำคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
พ.ศ. 2552 ศาสตราจารย์พิเศษ สาขากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

เครื่องราชอิสริยาภรณ์

พ.ศ. 2547 เครื่องราชอิสริยาภรณ์อันมีเกียรติยศยิ่งมงกุฎไทย ชั้นมหาวชิรมงกุฎ
พ.ศ. 2549 เครื่องราชอิสริยาภรณ์อันเป็นที่เชิดชูยิ่งช้างเผือก ชั้นมหาปรมาภรณ์ช้างเผือก
พ.ศ. 2550 Chevalier dans l'Ordre national du Mérite จากสาธารณรัฐฝรั่งเศส
พ.ศ. 2552 เหรียญจักรพรรดิมาลา

รางวัลแห่งเกียรติยศ

พ.ศ. 2547 รางวัลศิษย์เก่าดีเด่นผู้สร้างชื่อเสียงและทำคุณประโยชน์ให้แก่มหาวิทยาลัย ในวาระครบรอบ 70 ปี แห่งการสถาปนามหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
พ.ศ. 2565 รางวัลเข็มเกียรติยศ ธรรมศาสตร์สามัคคี 2565 จากชมรมเพื่อนโดม และมูลนิธิ เพื่อนโดม
พ.ศ. 2567 รางวัลพระราชทาน "นักเรียนเก่าฝรั่งเศสดีเด่น" ของสมาคมนักเรียนเก่าฝรั่งเศสในพระราชูปถัมภ์สมเด็จพระกนิษฐาธิราชเจ้า กรมสมเด็จพระเทพรัตนราชสุดาฯ สยามบรมราชกุมารี

ประวัติการเป็นกรรมการในคณะกรรมการต่าง ๆ

- กรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล
- กรรมการตุลาการศาลปกครองผู้ทรงคุณวุฒิ (ก.ศป.)
- กรรมการสภาวิจัยแห่งชาติ สาขานิติศาสตร์ (13 มิถุนายน 2538 ถึง 8 มกราคม 2544)
- กรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (1 สิงหาคม 2539 ถึง 8 มกราคม 2544)
- กรรมการปฏิรูประบบราชการ สำนักนายกรัฐมนตรี (16 มกราคม 2540 ถึงธันวาคม 2540)
- กรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ภูมิภาคประจำภาคเหนือ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (20 มกราคม 2540 ถึง 8 มกราคม 2544)
- กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง สำนักนายกรัฐมนตรี (14 พฤษภาคม 2540 ถึง 8 มกราคม 2544)
- กรรมการร่างกฎหมาย (คณะพิเศษ) สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (6 สิงหาคม 2540 ถึง 8 มกราคม 2544)
- อ.ก.พ. วิสามัญเกี่ยวกับการรักษาระบบคุณธรรม สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (22 กุมภาพันธ์ 2541 ถึง 8 มกราคม 2544)
- กรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารสาขาต่างประเทศและความมั่นคงของประเทศ สำนักนายกรัฐมนตรี (21 เมษายน 2541 ถึง 8 มกราคม 2544)

- กรรมการพัฒนากฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (23 มิถุนายน 2541 ถึง 8 มกราคม 2544)
- กรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารสาขาสังคม การบริหารราชการแผ่นดินและการบังคับใช้กฎหมาย สำนักนายกรัฐมนตรี (27 กันยายน 2542 ถึง 8 มกราคม 2544)
- กรรมการกฤษฎีกา สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (26 กรกฎาคม 2543 ถึง 8 มกราคม 2544)
- กรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. .... ร่างพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. .... (สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา)
- กรรมาธิการวิสามัญพิจารณา ร่างพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา (ฉบับที่..) พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม (ฉบับที่..) พ.ศ. .... (วุฒิสภา)

ผลงานทางวิชาการ

ประเภทหนังสือ/ตำรา

- ความหมายและความสำคัญของศาลปกครอง, คณะทำงานประชาสัมพันธ์งานจัดตั้งศาลปกครองตามนโยบายของรัฐบาล สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, 2537
- หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง (Fundamental Principles of Administrative Law) โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2538
- สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ : ศึกษารูปแบบการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญให้ไว้อย่างเหมาะสม, สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2538
- ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานในกฎหมายมหาชน, สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2540
- สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540, สำนักพิมพ์วิญญูชน, สิงหาคม 2543
- ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง, สำนักพิมพ์วิญญูชน, กุมภาพันธ์ 2544
- คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยมรดก, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2545
- การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2557
- บันทึกคำบรรยายวิชากฎหมายปกครอง เรื่อง ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง, สำนักพิมพ์วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ 4, 2564

ประเภทบทความ บันทึกคำบรรยาย และเอกสารทางวิชาการต่าง ๆ

- การตรวจสอบความถูกต้องตามรัฐธรรมนูญของรัฐบัญญัติโดยองค์กรตุลาการ, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 10 ฉบับที่ 4 พ.ศ. 2522 หน้า 521 – 580
- ลักษณะเฉพาะของความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายบริหารและรัฐสภาในระบบรัฐสภาของประเทศอังกฤษ, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 14 ฉบับที่ 3 พ.ศ. 2527 หน้า 124 – 144
- การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางการปกครองโดยองค์กรตุลาการ, วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม 8 พ.ศ. 2532 หน้า 33 – 58

- ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับ “พระราชกำหนดนิรโทษกรรมแก่ผู้กระทำความผิด เนื่องในการชุมนุมกัน ระหว่างวันที่ 17 พฤษภาคม พ.ศ. 2535 ถึงวันที่ 21 พฤษภาคม พ.ศ. 2535”, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 22 ฉบับที่ 1 พ.ศ. 2535 หน้า 45 – 54
- ศาลปกครองกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 24 ฉบับที่ 3 พ.ศ. 2537 หน้า 569 – 582
- ความหมายของ “เกษตรกร” ตามพระราชบัญญัติการปฏิรูปที่ดินเพื่อเกษตรกรรม พ.ศ. 2518 แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2519 และ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2532, วารสารรพีสาร, ปีที่ 3 ฉบับที่ 10 ประจำเดือน มกราคม - มีนาคม 2538 หน้า 21 – 29
- กฎหมายเกี่ยวกับระเบียบทางการเงินของพรรคการเมืองในประเทศอังกฤษ, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 25 ฉบับที่ 1 มีนาคม 2538 หน้า 13 – 41
- ความหมายและความสำคัญของศาลปกครอง, วารสารกฎหมายปกครอง, ฉบับศาลปกครอง (2) เล่ม 14 เมษายน 2538 หน้า 1 – 52
- Le contrôle juridictionnel de l’administration en Thaïlande, in Jean-Marie CROUZATIER (sous la direction de), Les juridictions et la protection des Libertés (au Cambodge, en France et en Thaïlande), Presses de l’Université des Sciences sociales de Toulouse), 1995 (พ.ศ. 2538)
- Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois en Droit thaïlandais, in Jean-Marie CROUZATIER (sous la direction de), Le judge et la Constitution, Deuxième colloque régional de droit comparé, Phnom penh, 29 – 30 novembre 1996, Presses de l’Université des Sciences sociales de Toulouse, 1997 (พ.ศ. 2540)
- เจ้าหน้าที่ซึ่งมีอำนาจทำการพิจารณาทางปกครอง, รวมบทความทางวิชาการกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539, พนม เอี่ยมประยูร (บรรณาธิการ) กรุงเทพฯ, วิญญูชน, 2541
- กฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่, วารสารนิติศาสตร์, ปีที่ 28 ฉบับที่ 2 มิถุนายน 2541 หน้า 366 – 387
- การกระทำทางปกครอง, อาจาริยบูชา รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์, สมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย, 2545
- “หลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” คู่มือการศึกษาวิชากฎหมายปกครอง, สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2545
- บันทึกคำบรรยาย “การนำประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้ในคดีปกครอง” เผยแพร่ในหนังสือ 10 ปี ศาลปกครองพิษณุโลก พ.ศ. 2545
- หลักสูตรการเรียนรู้กฎหมายมหาชนด้วยตนเอง : หมวดที่ 2 แนวคิดเกี่ยวกับการกระทำทางปกครอง, สถาบันพัฒนาข้าราชการพลเรือน สำนักงาน ก.พ. โดย วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ / วรเจตน์ ภาคีรัตน์ / บุบผา อัครพิมาน, สถาบันพัฒนาข้าราชการพลเรือน สำนักงาน ก.พ., 2548
- เอกสารวิชาการส่วนบุคคล (Individual Study) เรื่อง การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครอง หลักสูตรผู้บริหารกระบวนการยุติธรรมระดับสูง รุ่นที่ 15 วิทยาลัยการยุติธรรม สำนักงานศาลยุติธรรม พ.ศ. 2554

- บันทึกคำบรรยาย ข้อพิจารณาเรื่องเขตอำนาจศาลยุติธรรมและศาลปกครองในคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ, รายงานประจำปี 2557 คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล, หน้า 69 – 102
- ศาลปกครองกับการดำรงหลักนิติธรรม, เอกสารวิชาการส่วนบุคคล (Individual Study), หลักสูตรหลักนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ 5 วิทยาลัยศาลรัฐธรรมนูญ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ พ.ศ. 2561
- การปกครองระบอบประชาธิปไตยภายใต้รัฐธรรมนูญ, วารสารศาลรัฐธรรมนูญ, ปีที่ 20 เล่มที่ 60 (กันยายน – ธันวาคม 2561) หน้า 271 – 292
- การพิจารณาทางปกครองและการพิจารณาคดีตามระบบไต่สวน, นันทวัฒนาจาริยบูชา : รวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 60 ปี ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์, พ.ศ. 2561, หน้า 591 - 604
- สิทธิมนุษยชนกับสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, รัฐธรรมนูญ 60 : 60 ปี สมคิด เลิศไพฑูรย์, รวมบทความวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 60 ปี ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์ พ.ศ. 2562, หน้า 79 - 136
- ข้อสังเกตเกี่ยวกับขอบเขตแห่งความมีผลใช้บังคับของหลักกฎหมายที่ว่า “นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนไม่อาจถูกบังคับให้ชำระเงินแก่บุคคลหนึ่งบุคคลใด โดยที่นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนไม่มีหน้าที่ (หนี้) ที่จะต้องชำระแก่บุคคลนั้น”, รวมบทความวิชาการเนื่องในโอกาส 60 ปี ศาสตราจารย์ ดร.สุรพล นิติไกรพจน์, พ.ศ. 2563, หน้า 183 – 207
- ข้อกำหนดผนวกคำสั่งทางปกครอง, หนังสือ “ผลึกความคิด ชีวิตเอกบุญ” เนื่องในโอกาสอายุครบ 60 ปี ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล, พ.ศ. 2563, หน้า 105 – 113

ผลงานทางคดีซึ่งเป็นการวางหลักกฎหมายมหาชนและกฎหมายปกครองที่สำคัญ

หลักการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

“...หน้าต่างรถโดยสารมิได้มีไว้เพียงเพื่อให้แสงสว่างจากภายนอกรถเข้าไปภายในรถได้เท่านั้น แต่ยังมีไว้เพื่อให้ผู้โดยสารสามารถมองเห็นสรรพสิ่งที่อยู่ภายนอกรถเพื่อให้เกิดความเพลิดเพลินในระหว่างที่อยู่ในรถและระแวดระวังภยันตรายที่อาจจะมีจากภายนอกรถอีกด้วย รถโดยสารที่ไม่มีหน้าต่างจึงไม่อาจเรียกได้ว่ารถโดยสาร แต่เป็นรถขนส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์ และต้องถือว่าผู้ให้บริการรถโดยสารสาธารณะที่ไม่มีหน้าต่างปฏิบัติต่อผู้โดยสารเยี่ยงวัตถุ ซึ่งเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้โดยสาร...” **คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 231/2550**

หลักความได้สัดส่วน (หลักความพอสมควรแก่เหตุ)

“...เมื่อคณะอนุกรรมการอนุรักษ์ฯ เสนอความเห็นไม่สมควรให้มีการทำเหมืองหินในบริเวณเกาะสมุยปรากฏข้อเท็จจริงที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ตรวจสอบพื้นที่บริเวณที่ผู้ฟ้องคดีขอประทานบัตรแล้วเห็นว่าเหมาะสมที่จะทำเหมืองหิน และรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมของผู้ฟ้องคดีได้ทำการศึกษาวิเคราะห์ถึงผลกระทบของการทำเหมืองหิน และพยายามวางมาตรการป้องกันเพื่อลดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมแล้ว แต่ก็เห็นได้ว่า การทำเหมืองหินในบริเวณดังกล่าวอย่างน้อยที่สุดย่อมส่งผลให้สูญเสียพื้นที่ที่เป็นภูเขาไปอย่างถาวร ซึ่งเป็นความเสียหายที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ อันจะส่งผลกระทบต่อสภาพสิ่งแวดล้อมของเกาะสมุย และเมื่อคำนึงถึงประโยชน์ที่ได้รับจากการทำเหมืองดังกล่าว ซึ่งมีเพียงทำให้หินที่ใช้ในการอุตสาหกรรมก่อสร้างบนเกาะสมุยหาได้ง่ายและมีราคาถูกลงแล้ว ย่อมไม่อาจเทียบได้กับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นแก่สภาพสิ่งแวดล้อมของเกาะสมุย...” **คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 333/2549**

"...การที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นยื่นคำขอฝ่ายเดียวโดยทำเป็นคำร้องต่อศาล ขอให้ศาลมีคำสั่งจับกุมและกักขังบุคคลซึ่งมิได้ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นที่สั่งให้รื้อถอนอาคารเพื่อให้บุคคลดังกล่าวยินยอมรื้อถอนอาคารตามคำสั่ง โดยให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม ตามมาตรา 43 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. 2522 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2535 มีผลเป็นการจำกัดหรือกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญของผู้รับคำสั่งมากกว่าการที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นดำเนินการหรือจัดให้มีการรื้อถอนอาคารโดยเจ้าพนักงานท้องถิ่นเองตามมาตรา 43 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ดังนั้น เจ้าพนักงานท้องถิ่นจะใช้หรือศาลปกครองจะกำหนดคำบังคับให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นใช้มาตรการบังคับทางปกครองมาตรการแรกได้ก็ต่อเมื่อปรากฏชัดตั้งแต่ในเบื้องต้นว่า มาตรการบังคับทางปกครองมาตรการที่สองไม่อาจทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของคำสั่งทางปกครองที่สั่งให้บุคคลรื้อถอนอาคารได้โดยแน่แท้เท่านั้น..." **คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 99/2555**

หลักความเสมอภาคหรือหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

"...แม้ผู้ยื่นคำขอใบอนุญาตให้มีและใช้อาวุธปืนจะเป็นผู้มีคุณสมบัติและไม่มีลักษณะต้องห้ามตามมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. 2490 นายทะเบียนท้องที่ก็มิได้มีหน้าที่หรือความผูกพันตามกฎหมายที่จะต้องออกใบอนุญาตให้ตามที่ขอ หากแต่มีดุลพินิจที่จะพิจารณาออกใบอนุญาตให้หรือไม่ก็ได้ โดยคำนึงถึงเหตุผลความจำเป็นของผู้ยื่นคำขออนุญาตเป็นราย ๆ ไปว่าจำต้องมีและใช้อาวุธปืนสำหรับใช้ในการป้องกันตัวหรือทรัพย์สิน หรือในการกีฬาหรือยิงสัตว์หรือไม่ และมากน้อยเพียงใด เป็นสำคัญเพื่อประโยชน์ในการจัดระเบียบการใช้ดุลพินิจพิจารณาคำขออนุญาตให้มีหรือใช้อาวุธปืนของผู้ยื่นคำขอแต่ละรายให้เป็นไปในทิศทางเดียวกัน ไม่ขัดแย้งกันหรือเกิดการลักลั่นกัน โดยตั้งใจหรือไม่ตั้งใจก็ตาม นายทะเบียนท้องที่หรือผู้บังคับบัญชาของนายทะเบียนท้องที่ย่อมมีความชอบธรรมที่จะกำหนด "แนวนโยบาย" หรือ "แนวปฏิบัติ" ในการใช้ดุลพินิจดังกล่าว และใช้ดุลพินิจในการออกหรือไม่ออกใบอนุญาตให้มีและใช้อาวุธปืนให้แก่ผู้ยื่นคำร้องโดยอ้างอิงแนวนโยบายหรือแนวปฏิบัติที่กำหนดไว้ล่วงหน้าได้ แต่ทั้งนี้นายทะเบียนท้องที่หรือผู้บังคับบัญชาของนายทะเบียนท้องที่จะต้องไม่มีความประสงค์ที่จะให้แนวปฏิบัติหรือแนวนโยบายในการใช้ดุลพินิจดังกล่าวมีสภาพบังคับเป็นกฎ และหรือถือปฏิบัติตามแนวปฏิบัติหรือแนวนโยบายในการใช้ดุลพินิจดังกล่าวอย่างเคร่งครัดดังเช่นการใช้บังคับกฎ ทั้งแนวปฏิบัติหรือแนวนโยบายในการใช้ดุลพินิจดังกล่าวยังจะต้องไม่ชักนำให้นายทะเบียนท้องที่ใช้ดุลพินิจในการออกหรือไม่ออกใบอนุญาตให้มีและใช้อาวุธปืนโดยมิชอบด้วยเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. 2490 และมีข้อความขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งกฎหมายใด ๆ อีกด้วย... หลักการพิจารณาออกใบอนุญาตให้มีและใช้อาวุธปืนแนบท้ายหนังสือกระทรวงมหาดไทย ที่ มท 0501/ว 886 เรื่อง หลักการพิจารณาออกใบอนุญาตให้มีและใช้อาวุธปืน ลงวันที่ 21 สิงหาคม 2521 มีลักษณะเป็นการแบ่งผู้ขออนุญาตให้มีและใช้อาวุธปืนสำหรับป้องกันตัวและทรัพย์สินออกเป็น 2 ประเภท โดยคำนึงถึงอาชีพและภาระหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติ กล่าวคือ ผู้ขออนุญาตที่เป็นข้าราชการซึ่งมีหน้าที่ปราบปรามตามกฎหมายหรือมีหน้าที่ปฏิบัติงานในเขตพื้นที่ที่เสี่ยงอันตรายต่อชีวิต ประเภทหนึ่ง และผู้ขออนุญาตให้มีและใช้อาวุธปืนที่เป็นบุคคลทั่วไปอีกประเภทหนึ่ง แล้วปฏิบัติต่อผู้ขออนุญาตแต่ละประเภทดังกล่าวแตกต่างกัน กล่าวคือ ถ้าผู้ขออนุญาตเป็นข้าราชการซึ่งมีหน้าที่ปราบปรามตามกฎหมายหรือมีหน้าที่ปฏิบัติงานในเขตพื้นที่ที่เสี่ยงอันตรายต่อชีวิต ในการอนุญาตให้มีและใช้ปืนพก นายทะเบียนท้องที่อาจอนุญาตขนาดลำกล้องไม่เกิน .45 หรือ 11 มม.ได้ แต่ถ้าผู้ขออนุญาตเป็นบุคคลทั่วไป ในการอนุญาตให้มีและใช้ปืนพก นายทะเบียนท้องที่อาจอนุญาตขนาดลำกล้องไม่เกิน .38 หรือ 9 มม. เท่านั้น แต่ก็เป็นที่เห็นได้ว่า การปฏิบัติต่อ

ผู้ขออนุญาตให้มีและใช้อาวุธปืนหรือป้องกันตัวหรือทรัพย์สินแตกต่างกันดังกล่าว มิได้เป็นไปตามอำเภอใจแต่อย่างใด หากแต่มีที่มาจากเหตุผลที่ว่า ข้าราชการซึ่งมีหน้าที่ปราบปรามตามกฎหมายหรือมีหน้าที่ปฏิบัติงานในเขตพื้นที่ที่เสี่ยงอันตรายต่อชีวิต ย่อมมีความจำเป็นที่จะต้องใช้อาวุธปืนพกสำหรับป้องกันชีวิต ร่างกายของตน ที่มีอานุภาพร้ายแรงยิ่งกว่าบุคคลโดยทั่วไปที่ไม่มีภาระหน้าที่ดังกล่าว ซึ่งเป็นเหตุผลที่หนักแน่น และควรค่าแก่การรับฟังเป็นอย่างยิ่ง กรณีจึงไม่อาจถือว่า การปฏิบัติต่อผู้ขออนุญาตให้มีและใช้อาวุธปืนพกเพื่อป้องกันตนหรือทรัพย์สินแตกต่างกันดังกล่าวเข้าข่ายเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล อันเป็นการต้องห้ามตามมาตรา 30 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550..." **คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 279/2556**

หลักการสร้างดุลยภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน

"...สิทธิของบุคคลที่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 46 มาตรา 56 และมาตรา 59 บัญญัติรับรองไว้ ย่อมได้รับความคุ้มครองและผูกพันรัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล และองค์กรอื่นของรัฐโดยตรงในการตรากฎหมาย การใช้บังคับกฎหมาย และการตีความกฎหมายทั้งปวง การที่ยังไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการใช้สิทธิดังกล่าวนั้น ไม่ใช่เหตุที่องค์กรของรัฐจะยกขึ้นมาเป็นข้ออ้างเพื่อปฏิเสธไม่ให้ความคุ้มครองสิทธิดังกล่าวได้ ดังนั้น ในการดำเนินโครงการหรือกิจกรรมใด ๆ ที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบอย่างรุนแรงต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพอนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญอื่นใดของบุคคลในชุมชนท้องถิ่น หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องจะต้องทำการศึกษาและประเมินผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพอนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียของบุคคลในชุมชนท้องถิ่นตามที่กฎหมายบัญญัติ และต้องให้บุคคลในชุมชนท้องถิ่นมีสิทธิได้รับข้อมูล คำชี้แจงและเหตุผล ก่อนการดำเนินโครงการหรือกิจกรรมดังกล่าว และให้มีสิทธิแสดงความคิดเห็นของตนในเรื่องดังกล่าวตามกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนตามที่กฎหมายบัญญัติ ในกรณีที่ยังไม่มีกฎหมายบัญญัติกำหนดหลักเกณฑ์ เงื่อนไข และวิธีการในการศึกษาและประเมินผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพอนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียสำคัญของบุคคลในชุมชนท้องถิ่น หรือในการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องก็จะต้องดำเนินการศึกษาและประเมินผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพอนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียของบุคคลในชุมชนท้องถิ่น และรับฟังความคิดเห็นของประชาชนในชุมชนท้องถิ่น ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่สมควรแก่กรณี..." **คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 334/2550**

หลักกฎหมายทั่วไปที่ห้ามมิให้ลงโทษบุคคลใดบุคคลหนึ่งมากกว่าหนึ่งครั้งสำหรับความผิดที่บุคคลนั้นได้กระทำเพียงครั้งเดียว

"...หลักที่ว่าบุคคลไม่อาจถูกลงโทษหลายครั้งสำหรับการกระทำความผิดครั้งเดียว เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ห้ามมิให้ลงโทษบุคคลใดบุคคลหนึ่งมากกว่าหนึ่งครั้งสำหรับความผิดที่บุคคลนั้นได้กระทำเพียงครั้งเดียว ไม่ว่าความผิดที่บุคคลนั้นได้กระทำและโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะเป็นความผิดและโทษทางอาญา ความผิดและโทษทางปกครอง หรือความผิดและโทษทางวินัย ก็ตาม นอกจากนั้น การลงโทษบุคคลไม่ว่าโทษนั้นจะเป็นโทษทางอาญา โทษทางปกครองหรือโทษทางวินัย ถือได้ว่าเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินของบุคคลผู้ถูกลงโทษ การลงโทษบุคคลมากกว่าหนึ่งครั้งสำหรับการกระทำความผิดที่บุคคลนั้นได้กระทำเพียงครั้งเดียว จึงเท่ากับเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายเกินความจำเป็นแก่การรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะที่กฎหมายฉบับที่ให้อำนาจจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพนั้น ๆ มุ่งหมายจะให้ความคุ้มครอง อันเป็นการต้องห้ามตามมาตรา 29 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550..." **คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 7/2557**

ผลงานที่สำคัญอื่น ๆ

- กรรมการจัดการประชุมสมาคมศาลปกครองสูงสุดระหว่างประเทศ ครั้งที่ 9 ระหว่างวันที่ 22 ถึง 24 พฤศจิกายน 2550 ที่กรุงเทพมหานคร โดยได้รับมอบหมายให้เป็นผู้แทนฝ่ายไทยเข้าร่วมประชุมกลุ่มย่อย ในหัวข้อ “การคัดเลือกและพัฒนาตุลาการ”
- คณะผู้แทนศาลปกครองไทยเข้าร่วมประชุมสมาคมศาลปกครองสูงสุดระหว่างประเทศ ครั้งที่ 7 พ.ศ. 2544 ที่กรุงดาการ์ สาธารณรัฐเซเนกัล
- คณะผู้แทนศาลปกครองไทยเข้าร่วมประชุมสมาคมศาลปกครองสูงสุดระหว่างประเทศ ครั้งที่ 8 พ.ศ. 2547 ที่กรุงมาดริด ราชอาณาจักรสเปน
- ผู้บรรยายหลักสูตรความรู้เกี่ยวกับหลักกฎหมายปกครองระดับสูงสำหรับบุคลากรในกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง ของศาลประชาชนสูงสุดแห่งสาธารณรัฐประชาธิปไตยประชาชนลาว รุ่นที่ 1 และรุ่นที่ 2

รวมความประทับใจ




















ศาสตร์ศา



บทรำลึก






บทรำลึก

ท่านอาจารย์วรพจน์เข้าเรียนที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมื่อปี พ.ศ. 2515 ซึ่งเป็นยุคที่ขบวนการนักศึกษากำลังเรียกร้องให้มีรัฐธรรมนูญและประชาธิปไตยจากรัฐบาลเผด็จการทหาร ท่านจบการศึกษานิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ 2) ในปี พ.ศ. 2518 ท่านอาจารย์เล่าว่าท่านจบเนติบัณฑิตไทยก่อนรับปริญญาตรี ทำให้เราได้รู้ว่า ในยุคนั้นการเรียนเนติบัณฑิตสามารถเรียนได้ตั้งแต่ปี 3 ระดับอนุปริญญา

หลังเรียนจบท่านอาจารย์วรพจน์ก็เข้าทำงานเป็นอาจารย์ที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ในปี พ.ศ. 2519 ในฐานะอาจารย์สัมมนา หรือที่เรียกว่า “อาจารย์ติว”[1] เป็นลูกศิษย์ของท่านอาจารย์ปรีดี เกษมทรัพย์ ซึ่งเป็นคณบดีในช่วงเวลานั้น คงไม่ผิดนักหากจะกล่าวว่าท่านอาจารย์วรพจน์เป็นผลิตผลของความเสียสละของท่านอาจารย์ปรีดีในการสร้างระบบอาจารย์ประจำให้แก่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ด้วยการขวนขวายหาทุนให้อาจารย์ใหม่ ๆ ได้ไปเรียนต่อต่างประเทศ ซึ่งท่านอาจารย์วรพจน์ก็ได้รับทุนให้ไปเรียนต่อที่ประเทศฝรั่งเศส ท่านอาจารย์วรพจน์ให้ความเคารพท่านอาจารย์ปรีดีถึงขนาดเรียกท่านอาจารย์ปรีดีว่า “บิดาทางวิชาการ”[2] ของท่าน

หลายคนจะรับรู้ว่าท่านอาจารย์วรพจน์มีความรู้ลึกซึ้งในทางกฎหมายมหาชน แต่น้อยคนที่จะรู้ว่าท่านมีความรู้ลึกซึ้งในด้านกฎหมายมรดกไม่แพ้กัน เนื่องจากท่านเป็นอาจารย์ผู้ช่วยของท่านอาจารย์เพรียบ หุตางกูร ช่วยสอนและติววิชากฎหมายมรดกมาตั้งแต่ก่อนที่ท่านจะไปเรียนต่อที่ประเทศฝรั่งเศส เมื่อไปเรียนที่ประเทศฝรั่งเศสในปี พ.ศ. 2522 ท่านเล่าว่าท่านมุ่งมั่นอยู่กับเรื่องดุลพินิจมาโดยตลอด หลังจากจบ D.E.A. (ประกาศนียบัตรชั้นสูงทางกฎหมายมหาชน) ในปี พ.ศ. 2524 แล้ว ท่านได้กลับมาสอนที่คณะนิติศาสตร์อยู่ช่วงหนึ่ง ก่อนที่จะกลับไปทำปริญญาเอกอีกครั้ง

ในช่วงที่เป็นอาจารย์อยู่ที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่านอาจารย์วรพจน์ได้รับผิดชอบบรรยายวิชากฎหมายมหาชนร่วมกับท่านอาจารย์สมยศ เชื้อไทย ได้ร่วมพัฒนาการสอนกฎหมายมหาชนมาด้วยกัน แลกเปลี่ยนถกเถียงในประเด็นทางกฎหมายมหาชนที่สำคัญหลายประเด็น ทั้งยังได้ร่วมกันเขียนบทความทางวิชาการด้วย บทความดังกล่าวชื่อ “แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญและประชาธิปไตย”[3] ซึ่งเนื้อหาในบทความดังกล่าวยังคงใช้เป็นหลักได้อยู่จนถึงปัจจุบัน

ด้วยเหตุนี้ ในการเริ่มต้นของบทสัมภาษณ์ ทีมงานจึงได้ชวนกันมาสัมภาษณ์ท่านอาจารย์สมยศ เชื้อไทย ผู้ซึ่งเคยเป็นทั้งอาจารย์และเพื่อนร่วมงานทางวิชาการของท่านอาจารย์วรพจน์ ขอให้ท่านย้อนเล่าความหลังครั้งยังเป็นนักกฎหมายหนุ่ม ที่ร่วมคิด ร่วมแลกเปลี่ยน ร่วมพัฒนาการเรียนการสอนกฎหมายมหาชนมาด้วยกัน

---

[1] เป็นแนวทางในการสร้างระบบอาจารย์ประจำ ของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ โดยเปิดรับผู้ซึ่งเรียนจบปริญญาตรีมาเป็นอาจารย์สัมมนา หรือที่เรียกกันว่า “อาจารย์ติว” เพื่อบ่มเพาะความเป็นอาจารย์ จากนั้นส่งไปศึกษาต่อที่ต่างประเทศ เพื่อนำความรู้กลับมาสอนหนังสือ ซึ่งโดยปกติอาจารย์ผู้บรรยายในมหาวิทยาลัยจะรับผู้ที่จบการศึกษาตั้งแต่ระดับปริญญาโทขึ้นไป

[2] คำไว้อาลัยต่อการจากไปของท่านอาจารย์ปรีดี เกษมทรัพย์ โดยศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ในหนังสือที่ระลึกงานพระราชทานเพลิงศพ ศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์ หน้า 116.

[3] เป็นบทความที่นำเสนอในการสัมมนาทางวิชาการระดับประเทศ ในวาระครบรอบ 50 ปี แห่งการสถาปนามหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เรื่อง ปัญหารัฐธรรมนูญและสถาบันการเมืองในสภาวการณ์ปัจจุบัน ก่อนที่จะนำมาตีพิมพ์ลงในวารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 14 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2527).

ทีมงาน ขออนุญาตให้อาจารย์เริ่มต้นเล่าตั้งแต่ที่ท่านอาจารย์กับท่านอาจารย์วรพจน์เป็นอาจารย์ที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ช่วงนั้นมีความเป็นมาอย่างไรครับ



ท่านอาจารย์สมยศ ถ้างั้นเริ่มจากการเล่าเรื่องตอนเป็นนักศึกษาก่อนก็ได้ อาจารย์วรพจน์ตั้งแต่สมัยเป็นนักศึกษาก็อยู่ในกลุ่มนักศึกษาหัวก้าวหน้า ซึ่งเป็นปกติในบริบททางสังคมประวัติศาสตร์ในช่วงนั้น คือ นักศึกษาส่วนใหญ่โดยเฉพาะพวกหัวก้าวหน้าก็จะเป็นพวกที่สนใจสังคมและการเมือง อาจารย์วรพจน์ก็อยู่ในกลุ่มนี้ ซึ่งก็มีแนวโน้มที่มาใกล้ชิดกับผมด้วย

ทีมงาน ช่วงนั้นเป็นปีไหนครับ

ท่านอาจารย์สมยศ จำไม่ได้แล้ว น่าจะประมาณเดือนตุลาคม รุ่นเดือนตุลาคม ในช่วงปี พ.ศ. 2516 - 18 ช่วงนั้นผมเป็นอาจารย์ที่คณะแล้ว ช่วงแรกเขาเรียกอาจารย์สัมมนา (อาจารย์ติว) ในช่วงนั้นผมก็อยู่ระหว่างจะไปเป็นผู้พิพากษาอย่างที่ทางบ้านต้องการ แต่ส่วนใหญ่พรรคพวกเขาก็บอกว่าเอ็งติวเก่งนะเป็นอาจารย์ดีกว่า พอดีคณะเปิดสอบพอดี คนที่สอบผมก็คือท่านอาจารย์หยุด แสงอุทัย ในที่สุดผมก็มาเป็นอาจารย์ ส่วนอาจารย์วรพจน์ก็รุ่นหลังจากผมไม่เท่าไหร่ ประมาณ 3 - 4 ปี เข้าใจว่าอยู่ในช่วงของยุคของเดือนตุลาคมพอดี ตอนเป็นนักศึกษาช่วงปลายปี 3 ไปปี 4 ก็มาใกล้ชิดกับผม ผมก็ให้อาจารย์วรพจน์ช่วยทำเลกเชอร์ของอาจารย์ปรีดี (เกษมทรัพย์) ทั้งวิชากฎหมายแพ่งหลักทั่วไปและนิติปรัชญา แล้วผมก็ตรวจแล้วก็ส่งพิมพ์เป็นชีทเป็นเอกสารประกอบคำบรรยายก่อน เพราะท่านอาจารย์ปรีดีไม่มีเค้าโครงหรอก (หัวเราะ...) อย่างหนังสือนิติปรัชญานั้น ความจริงแล้วเป็นการเรียบเรียงจากเลกเชอร์ของท่าน มีหลายคนช่วยกัน ทั้งอาจารย์วรพจน์ อาจารย์จำปี (ศนันท์กรณ์ โสตถิพันธุ์) พวกนี้ส่วนใหญ่ก็ล้วนเป็นลูกศิษย์ก้นกุฏิของท่านอาจารย์ปรีดีทั้งนั้น ส่วนอาจารย์กิตติศักดิ์ (ปรกติ) ก็มาทีหลัง นี่คืออาจารย์เก่า ๆ ที่ช่วยกันทำ แต่อาจารย์วรพจน์

ช่วยผมตั้งแต่เป็นนักศึกษาแล้ว ก็ช่วยผมทั้ง 2 วิชานี้พออยู่กับท่านอาจารย์ปรีดี อาจารย์วรพจน์ก็เลยใกล้ชิดกับท่านอาจารย์ปรีดีไปด้วย แล้วอาจารย์ปรีดีก็ชมอาจารย์วรพจน์อยู่เป็นประจำ บอกผมด้วยว่าถ้าอาจารย์มีโอกาสก็ชักชวนให้เขามาเป็นอาจารย์นะ ซึ่งผมก็เห็นแววท่าน ทั้งการเขียน การจับสาระสำคัญ ผมไม่ต้องแก้มากเท่าไหร่ เพราะอาจารย์วรพจน์จับสาระสำคัญได้หมด แววทางวิชาการของท่านอาจารย์วรพจน์นี่คมทั้งในแง่ของการจับประเด็นและการให้เหตุผลตรรกะที่ชัดเจน เพราะฉะนั้นงานเขียนท่านจึงมีพลังในทางวิชาการ ความจริงท่านได้รับสมญาในบรรดาครูอาจารย์ด้วยกันว่าเป็น “เคลเซ่นน้อย” คือ มีตรรกะทางกฎหมายที่เฉียบคม พอคณะเปิดสอบอาจารย์ อาจารย์วรพจน์ก็มาสอบ ก็ได้เป็นอาจารย์ ก็เลยได้ช่วยงานกันอย่างนี้ต่อเนื่องไปอีก

ทีมงาน แสดงว่าท่านมาเป็นอาจารย์ทันทีที่เรียนจบ

ท่านอาจารย์สมยศ เข้าใจว่าอย่างนั้น แล้วก็สอบเนติฯ สอบอะไรได้ ซึ่งก็เป็นแนวทางของคนเรียนกฎหมายในยุคนั้นที่จบแล้วก็ต้องได้เนติฯ สมัยก่อนที่คณะนิติศาสตร์เรารับอาจารย์ที่จบปริญญาตรี ในยุคนั้นก็เป็นยุคก่อร่างสร้างตัวของระบบอาจารย์ประจำที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เขาเรียกเป็นนักวิชาการนิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัย ซึ่งมันอยู่ระหว่างสายวิชาชีพกับสายวิชาการ ที่จริงระบบอาจารย์ประจำนั้นท่านอาจารย์สัญญา (ธรรมศักดิ์) เริ่มต่อจากท่านอาจารย์จิตติ (ติงศภัทิย์) ต่อมาท่านอาจารย์ปรีดีก็ทุ่มเทให้กับงานนี้มาก ๆ เพราะต้องสร้างอาจารย์ประจำ อาจารย์วรพจน์ก็อยู่ในยุคนี้ ส่วนใหญ่เขาไปสายวิชาชีพกันหมด ท่านอาจารย์ปรีดีจึงบอกว่า ใครอยู่ (เป็นอาจารย์) ปี๊บต้องได้ทุน ไปเรียนภาษากันที่นู่น อาจารย์หัสวุฒิ (วิฑิตวิริยกุล) ก็อยู่ด้วย ไปตกระกำลำบากถึงยุโรป ทั้งฝรั่งเศส อิตาลี เยอรมัน ออสเตรีย อาจารย์หัสวุฒิถูกส่งไปออสเตรีย ที่นั่นนักศึกษาต่างชาติน้อย แนวการศึกษาอะไรสำหรับนักศึกษาต่างชาติก็แทบจะไม่มี ท่านอาจารย์หัสวุฒิก็อึด อดทนมาก

ทีมงาน ท่านอาจารย์วรพจน์มีความสนใจทางด้านกฎหมายมหาชนตั้งแต่แรกเลยไหมครับ

ท่านอาจารย์สมยศ ก็กลุ่มนี้ไง ทั้งแพ่งหลักทั่วไปและนิติปรัชญา มันเป็นทฤษฎีกฎหมายทั่วไป ซึ่งท่านอาจารย์ปรีดีบุกเบิกเอาไว้ ทำให้ความคิดของนักกฎหมายมันกว้างไกล ไม่เห็นแต่ตัวบทฎีกา มีมิติทางประวัติศาสตร์ ปรัชญาสังคม ซึ่งก็ถูกใจพวกเรามากอยู่แล้ว เพราะฉะนั้นส่วนใหญ่พวกที่เป็น Activist ก็จะสนใจทางกฎหมายมหาชนซึ่งเป็นเรื่องส่วนรวมอยู่แล้ว สมัยที่มีการเคลื่อนไหวทางการเมือง ผมกับอาจารย์วรพจน์จะมีส่วนหนึ่งที่ช่วยสนับสนุนความเห็นทางกฎหมายให้กับกิจกรรมทางสังคมการเมือง ตอนที่ท่านอาจารย์ปรีดี เกษมทรัพย์ ยังอยู่ ท่านก็ร่วมเสวนากับเราอยู่เรื่อย แต่ส่วนใหญ่เขาก็ว่าท่านอาจารย์ปรีดีเป็นขวา ส่วนลูกศิษย์ที่ล้อมรอบท่านนะเป็นซ้าย มีคนถามอยู่ว่าเราอยู่กันได้ยังไง อย่างถ้าเราเสนอความเห็นอะไรไป ท่านอาจารย์ปรีดีก็ว่าคุณสนใจมากซ์ (Marxism) แต่ดูยังไม่รู้เรื่องอะไรเลยนะ ท่านก็จะโยนหนังสือมากซ์ให้อ่าน สมัยนั้นคนหัวก้าวหน้าเขาอ่านหนังสือมากซ์หนังสือเลนินกัน คนที่นี่มันต้องอ่านหนังสือกันมากนะ รวมทั้งอาจารย์เสกสรรค์ (ประเสริฐกุล) อะไรพวกนี้ด้วย อ่านหนังสือทั้งแนวปฏิวัติแนวการเปลี่ยนแปลงสังคม เป็นนักคิดนักอ่านกันนะ เพราะฉะนั้นในช่วงนี้พวกเราก็มาติดตามท่านอาจารย์ปรีดี ซึ่งก็มีบางกิจกรรมที่ทำร่วมกันทั้งฝ่ายขวาและฝ่ายซ้าย เช่น การต่อต้านการทุจริต ท่านอาจารย์ปรีดีเป็นคนเขียนคำสั่งทางปกครองเพิกถอนประทานบัตรในการขุดแร่ดีบุกของบริษัทเท็มโก้เลยนะ ท่านเป็นคนที่เขียนให้เจ้าหน้าที่ เข้าใจว่าตอนนั้นเป็นกระทรวงอุตสาหกรรม เขียนออกคำสั่งเพิกถอนประทานบัตรของบริษัทเท็มโก้ เขียนคำสั่งซึ่งมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง แต่ตอนนั้นคนยังไม่รู้จักคำสั่งทางปกครอง การยกเลิกการอนุมัติอนุญาตอะไรพวกนี้

ส่วนอาจารย์วรพจน์ก็มามีส่วนใกล้ชิดสนิทสนมกับท่านอาจารย์ปรีดีด้วย ในช่วงที่มาเป็นอาจารย์ใหม่ ในสายกฎหมายมหาชนนั้นตำราความรู้ทางด้านนี้แทบจะว่างเปล่าเลยนะ ของท่านอาจารย์อมร จันทรสมบูรณ์ นี่ ส่วนใหญ่ที่ท่านสอนคือต้องมีศาลปกครอง ต้องมีศาลปกครองก่อน แล้วมันถึงจะมีหลักกฎหมายปกครองเอง คือ ท่านคิดแบบ Common Law แบบฝรั่งเศส เพราะกฎหมายมหาชนฝรั่งเศสมันเป็นแบบ Common Law แล้วเยอรมันนำมาพัฒนาต่อ

ทำให้เกิดความชัดเจนขึ้น เพราะฉะนั้นกฎหมายมหาชนเยอรมันหรือกฎหมายปกครองมันต่อยอดจากฝรั่งเศส ฝรั่งเศสเป็นคนก่อร่างสร้างตัวขึ้นมาจาก case by case แล้วก็แตกตัวออกจากศาลยุติธรรม ศาลยุติธรรมระบบมันต้องเคร่งครัดตามประมวล อย่างอื่นไม่เอา ต้องตามตัวหนังสือ ทีนี้มันก็เป็นปัญหาอุปสรรคในทางบริหาร ถ้าอย่างนั้นทางบริหารให้เขาดูกันเองตัดสินกันเอง แล้วก็ค่อย ๆ พัฒนาไปสู่ “Conseil d’État” ตอนนั้นท่านอาจารย์ปรีดีให้ทุกคนไปเรียนต่างประเทศ คนที่ไปรุ่นแรก ๆ ก็มีผม อาจารย์หัสวุฒิ อาจารย์ดาราพร อาจารย์จำปี ก็ทยอยไป แล้วต่อมาอาจารย์วรพจน์ก็ไปทุนฝรั่งเศส

ทีมงาน ในแง่การไปเรียนกฎหมายมหาชนโดยตรง ท่านอาจารย์วรพจน์ไปเป็นรุ่นที่สองใช่ไหมครับ

ท่านอาจารย์สมยศ อาจารย์วรพจน์ไปเรียนโทเอกเลยนะ แต่ไปสองรอบ ที่ไปสองรอบเพราะท่านป่วยเป็นไมเกรน เพราะท่านเป็นคนเอาจริงเอาจัง ท่านเป็นไมเกรนกลับมาหายด้วยหมอจีน แพทย์แผนจีนที่ท่านอาจารย์ปรีดีแนะนำต้องสั่งยาจีนมาจากประเทศจีนเลยนะ แล้วก็หายไมเกรนจากการแนะนำหมอจีนของท่านอาจารย์ปรีดี เพราะฉะนั้นอาจารย์วรพจน์จึงนับถือท่านอาจารย์ปรีดีอย่างยิ่ง ทั้งในแง่สุขภาพท่านก็ดูแลเอาใจใส่ พอกลับไปอีกครั้งหนึ่งท่านก็สำเร็จปริญญาเอก หัวข้อวิทยานิพนธ์ของท่านอาจารย์วรพจน์นี่มันยากนะ เรื่องอะไรรู้เปล่า? ดุลพินิจไง ท่านเข้าใจไปหา professor เยอรมันเพื่อขอคำแนะนำ professor คนนั้นเป็น professor ของอาจารย์กมลชัยอยู่แล้ว ผมเข้าใจว่าหัวข้อแบบนี้ฝรั่งเศสเขายังไม่ค่อยชัดเจนเท่าไหร่ และยุ่งยาก แต่ท่านจบมานี่ผมถือว่าในหัวข้อนี้นะต้องยกให้อาจารย์วรพจน์ บทความชิ้นแรกที่ว่าด้วยดุลพินิจของท่านนี่เป็น masterpiece ของท่านเลยนะ เดี๋ยวนี้ผมก็ไม่รู้ว่าที่ศาลปกครองมีคนเข้าใจมันแค่ไหนนอกจากอาจารย์วรพจน์นะ เพราะมันมีส่วนหนึ่งที่เป็นแดนของฝ่ายบริหารอยู่ มันขึ้นอยู่กับขอบเขตแค่ไหน มันยาก ในกฎหมายมหาชนส่วนที่ยากมันอยู่ตรงนี้ ตรงอื่นถ้ามันแน่นอนชัดเจนมันก็ตรวจสอบได้ง่าย หัวข้อนี้แน่นอนไม่มีใครเชี่ยวชาญเท่าอาจารย์วรพจน์ แล้วช่วงนั้นทางภาควิชากฎหมายมหาชนได้จัดสัมมนาเรื่องรัฐธรรมนูญเป็นสัมมนาใหญ่ในทางวิชาการ สายรัฐศาสตร์ก็เข้ามาร่วมด้วย แล้วก็มีบทความที่ผมเขียนร่วมกับอาจารย์วรพจน์เกี่ยวกับประชาธิปไตยและนิติรัฐที่ยังเป็นบรรทัดฐานเรื่อยมา

ทีมงาน บทความเรื่องแนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญและประชาธิปไตยฉบับนี้ เป็นบทความที่อาจารย์เขียนกับอาจารย์วรพจน์ลงในวารสารนิติศาสตร์ ฉบับปี พ.ศ. 2527 ซึ่งถ้านับถึงปีนี้ก็ 40 ปี พอดี อยากให้อาจารย์เล่าถึงแรงจูงใจในการเขียนบทความนี้และบรรยากาศในช่วงนั้นให้ฟังหน่อยครับ

ท่านอาจารย์สมยศ ในทางกฎหมายมหาชนขณะนั้นมันมีสภาพเป็นที่รกร้างว่างเปล่า มันต้องบุกเบิกในทุกหัวข้อ แต่หัวข้อนี้เป็นส่วนหนึ่งของประชาธิปไตยกับนิติรัฐ เรื่องนิติรัฐนี่ เดิมตอนที่ผมกลับจากเยอรมัน ผมก็พยายามเขียนและผลักดันเรื่อง “นิติสังคมรัฐ” ซึ่งต่อมาก็รู้ว่ามันไกลไป บางคนไม่เข้าใจหรอก เพราะมันพัฒนาต่อมาจากนิติรัฐ จึงต้องเอานิติรัฐเสียก่อน ตรงนี้ก็คือว่าแล้วประชาธิปไตยกับนิติรัฐมันไปด้วยกันอย่างไร มันอยู่ในบทความชิ้นนี้ ผมเขียนในส่วนแรก อาจารย์วรพจน์เขียนในส่วนที่สอง แต่ว่าเราแลกเปลี่ยนกัน ผมแลกเปลี่ยนความคิดกับอาจารย์วรพจน์บ่อย ผมต้องเขียนหนังสือกฎหมายมหาชนเบื้องต้นซึ่งก็ไม่มีต้นแบบ เขียนหนังสือเล่มนี้ผมก็ได้จากที่อาจารย์ปรีดีให้ผมไปอ่านของ Jellinek แล้วหลายเรื่องหลายประเด็นผมก็ได้จากการแลกเปลี่ยนกับอาจารย์วรพจน์ ผมก็นำมาเขียนไว้ในคำนำ[4] เพราะฉะนั้นงานทางวิชาการที่ดีต้องมีเพื่อนทางวิชาการที่คอยถกเถียงแลกเปลี่ยนข้อโต้แย้งกันได้ เพราะฉะนั้นผมกับอาจารย์วรพจน์ก็ได้ใกล้ชิดกันในแง่ทางวิชาการ ทั้งในวิชากฎหมายแพ่งหลักทั่วไป นิติปรัชญา และกฎหมายมหาชน เดี๋ยวนี้ถ้าใครเรียนปริญญาโท ผมจะแนะนำเสมอว่าให้อ่านหนังสือและบทความของอาจารย์วรพจน์ เพราะว่ามีตรรกะที่ชัดเจน คมชัดและลำดับความคิดของอาจารย์นี่เป็นตัวอย่างได้เลย แล้วไม่ใช่ให้อ่านแต่เนื้อหานะ อ่านแล้วให้สังเกตลีลาสำนวน

---

[4] คำนำในหนังสือกฎหมายมหาชนเบื้องต้น ของท่านอาจารย์สมยศ เชื้อไทย ฉบับพิมพ์ครั้งแรก ปี พ.ศ. 2536

ทางกฎหมาย การให้เหตุผลสนับสนุนมันมีความหนักแน่น ชัดเจน โต้แย้งยาก ตอนที่เสนอเรื่องขอศาสตราจารย์พิเศษให้อาจารย์วรพจน์ ก็มีหนังสือที่เป็นผลงานเล่มเล็กเล่มเดียว คือ หลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครอง ก็มีกรรมการทักท้วงว่า เอ๊ะ! มันมีนิดเดียวเอง ผมก็บอกว่าในฐานะที่ผมเป็นนักกฎหมายมหาชน ถึงมันจะเล่มเล็ก แต่มันก็อัดแน่นด้วยคุณภาพทางวิชาการ และถ้าพิจารณาดูในช่วงเวลาที่งานดังกล่าวออกมาแทบจะไม่มีงานแบบนี้เลย ถือว่าเป็นเรื่องใหม่ในทางวิชาการกฎหมายปกครอง ซึ่งแต่ก่อนก็มีแต่เรื่องระเบียบบริหารราชการแผ่นดินแบ่งเป็น 3 ส่วน ส่วนกลาง ส่วนภูมิภาค ส่วนท้องถิ่น แล้วผลงานของอาจารย์วรพจน์อีกอันหนึ่งคือเรื่องสิทธิเสรีภาพ นี่ก็เล่มเล็กทั้งนั้น ไอ้พวกหนา ๆ เนี่ย โอ๊ยย! มีแต่รายละเอียด เอาโน่นเอานี่มาปะชุนปนกันไปหมด แล้วก็กลายเป็นตัวอย่างให้นักศึกษาเขียนวิทยานิพนธ์ไม่ดี เขียนให้เล่มโต ๆ เข้าไว้ เพราะฉะนั้นหนังสือและบทความของอาจารย์วรพจน์จึงเป็นบรรทัดฐานที่ควรอ่าน โดยเฉพาะในทางกฎหมายมหาชน และท่านคิดว่าท่านผสมผสานทั้งของฝรั่งเศสกับเยอรมันเข้าด้วยกัน

ทีมงาน เรื่องการผสมผสานระหว่างฝรั่งเศสกับเยอรมัน ผมเพิ่งคุยกับอาจารย์วรพจน์ ท่านบอกว่าท่านเองเป็นนักกฎหมายปลา 2 น้ำด้วยซ้ำไป ทีนี้ในฐานะที่อาจารย์เป็นนักกฎหมายที่จบการศึกษาจากประเทศเยอรมนี อยากให้อาจารย์สะท้อนว่ามุมมองหรืออิทธิพลของกฎหมายเยอรมันที่มีต่ออาจารย์วรพจน์ อาจารย์ได้สัมผัสหรือได้รับรู้อย่างไรว่ากฎหมายเยอรมันมีอิทธิพลต่ออาจารย์วรพจน์มากน้อยแค่ไหน ถึงแม้ว่าท่านจะจบจากฝรั่งเศสก็ตามครับ

ท่านอาจารย์สมยศ คุณต้องเข้าใจว่าความรู้พื้นฐานทางนิติศาสตร์และกฎหมายแพ่งหลักทั่วไปของอาจารย์วรพจน์เขาดีนะ ซึ่งอันนี้แหละเป็นแบบเยอรมัน ในบรรพ 1 แพ่งหลักทั่วไป มันเป็นผลงานทางวิชาการของนิติศาสตร์เยอรมันในศตวรรษที่ 19 เขาสร้างบรรพ 1 ขึ้นมาได้ ตอนนั้นฝรั่งเศสยังไม่มี แต่ฝรั่งเศสเป็นผู้นำในแง่การแยกตัวกฎหมายมหาชนออกจากระบบกฎหมายเอกชน แต่มันก็มีจุดอ่อน คือ ความไม่ชัดเจน ถ้าดูอย่างเช่น หลักความพอสมควรแก่เหตุนี่มันมีที่มาจากศาลรัฐธรรมนูญเยอรมันนะ มี 3 เกณฑ์ คำว่าพอสมควรแก่เหตุ เราจะคุ้นเคยกับกฎหมายอาญาเรื่องป้องกันพอสมควรแก่เหตุ แต่มันแค่ไหน เพราะฉะนั้นอาจารย์วรพจน์จะเอามาจากไหน แล้วตอนนั้นมีตำรากฎหมายปกครองเยอรมันที่เขียนเป็นภาษาอังกฤษ[5] เพราะฉะนั้นตัวนี้ถ้าใครต้องการให้มีความชัดเจนขึ้นมาต้องกลับมาที่ระบบของเยอรมัน เพราะมันพัฒนาทีหลัง มันทำให้เกิดความชัดเจนขึ้น เพราะแบบ case by case มันหาเกณฑ์ที่เป็นบรรทัดฐานได้ยาก แม้แต่สัญญาทางปกครองคุณยังต้องออกกฎหมายมากำหนดมัน และที่หลาย ๆ คนบอกว่านิติวิธีในกฎหมายมหาชนมันแยกออกจากกฎหมายเอกชน มันไม่ใช่หรอก นิติวิธีนะมันร่วมกัน วิธีคิดในทางกฎหมายมันไม่ใช่จะแยกได้ขาดหรอก อย่างเรื่องสัญญาทางปกครอง ในที่สุดในเยอรมันก็อาศัยประมวลแพ่งมาอนุโลมใช้ มา modify ใช้ คุณดูอำนาจกำกับดูแลนะ มันมาจากอำนาจของผู้อนุบาล ผู้แทนโดยชอบธรรม นี่ทางแพ่งมันพัฒนาไปก่อนแล้ว แล้วมันจึงไปเรื่องอำนาจกำกับดูแลในทางกฎหมายมหาชน ผมยังต้องเขียนบทความนั้นไง ว่า Civil Law ไม่ใช่กฎหมายแพ่งอย่างเดียว มันเป็นระบบกฎหมายด้วย บางคนเข้าใจผิดว่าสอนแพ่งหลักทั่วไปคือกฎหมายแพ่งอย่างเดียว หลักทั่วไปมันไปหมดนะ ทั้งเรื่องระยะเวลา อายุความ ทรัพย์ อยู่ในบรรพ 1 ประมวลกฎหมายแพ่งหมดเลย และถ้าในกฎหมายอื่นไม่เขียนไว้โดยเฉพาะคุณต้องใช้ภาคทั่วไปตรงนี้ไปถึง เขาคิดมาหมดแล้ว หลักทั่วไปมันอยู่ในนี้มันแผ่ไปหมดมันทะลุทะลวง เพราะฉะนั้นนิติกรรมที่เขียนอยู่ในนี้มันไม่ใช่นิติกรรมทางแพ่งอย่างเดียว มันไปถึงนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งบางท่านไม่ใช้คำว่านิติกรรมทางปกครอง[6] ผมก็บอกว่าการกระทำทางปกครองถ้าไม่คิดในแง่ที่เป็นนิติกรรม มันจะคิดยังไงในแง่ทางนิติสัมพันธ์ทางกฎหมาย มันต้องมี แต่คุณจะเรียกนิติกรรมหรือไม่เรียกมันว่ายังไงนั้นอีกเรื่องหนึ่ง เพราะมันเป็นการคิดในความสัมพันธ์เชิงอำนาจ เป็นความสัมพันธ์ในทางกฎหมาย มันก็จะมีอำนาจเหนือกว่าในการกำหนด มันกำหนดสิทธิและหน้าที่ให้เกิดขึ้น

---

[5] Mahendra P.Singh, German Administrative Law In Common Law Perspective. 1985

[6] โปรดดูข้อเสนอให้หลีกเลี่ยงการใช้คำว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ในการอธิบายความหมายของกฎและคำสั่งทางปกครอง ใน วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป, กรุงเทพฯ : นิติราษฎร์, 2554, หน้า 119-122.

มันเป็นพื้นฐานเลย ความสัมพันธ์เรื่องสิทธิหน้าที่และความรับผิด ถ้าไม่มีตรงนี้คุณไปไม่ได้ ในเรื่องรัฐในทางกฎหมายมหาชน มันต้องคิดเป็นนิติบุคคล แต่ในที่สุดของเราก็ไปให้หน่วยงานของรัฐเป็นนิติบุคคล แต่เราพูดทั่วไปว่าอันนี้เป็นของรัฐใช่ไหม หน่วยงานเป็นเพียงผู้ดูแล ผู้ใช้ เป็นผู้รับผิดชอบ เพราะฉะนั้นตรงนี้เองที่ผมเอาไปพัฒนาในตำรากฎหมายมหาชน เรื่อง Subject of Law จากท่านอาจารย์ปรีดี เกษมทรัพย์ และต้องคิดถึงความสัมพันธ์ในเชิงที่เป็นนิติสัมพันธ์ แล้วมันจะหนีพ้นเรื่องนิติกรรมได้ยังไง อย่างคดีเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองถ้าในเยอรมันจะอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง แล้วศาลเราไปขยายเป็นคำสั่งอื่น แล้วมันคำสั่งอะไร มันคำสั่งทางบริหาร คือ คำสั่งที่ต้องกระทบสิทธิ แต่เราไปเติมเป็นคำสั่งอื่น เพราะอะไร เพราะเดิมมันอยู่ในอำนาจคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ไง ต่อมาเรื่องร้องทุกข์มันถูกยกมาอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง มันขยายได้หรอปกติเขตอำนาจศาลมันศาลเฉพาะ อันนี้ที่คุณถามมามันเป็นปัญหาไทยเรามันก็ผสมผสานนั่นแหละ

ทีมงาน อยากให้อาจารย์ช่วยเล่าถึงการเริ่มขยายตัวและการคลี่คลายตัวของกฎหมายปกครองไทยในช่วงตั้งแต่ประมาณปี พ.ศ. 2528 ซึ่งเรามีวารสารวิชาการ มีวารสารกฎหมายปกครองที่กฤษฎีกา จากนั้นปี พ.ศ. 2530 อาจารย์ในมหาวิทยาลัยเริ่มผลิตบทความกันเยอะขึ้น ก่อนที่จะคลี่คลายตัว จนลงหลักปักฐานได้ในช่วงปี พ.ศ. 2539 ที่มีพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ และพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ ปี พ.ศ. 2540 ที่มีพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการฯ และต่อมาในปี พ.ศ. 2542 ที่มีพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ในช่วงนั้นบทบาทของอาจารย์มหาวิทยาลัย รวมถึงของท่านอาจารย์วรพจน์เป็นอย่างไรบ้างครับ

ท่านอาจารย์สมยศ ในช่วงที่จะจัดตั้งศาลปกครอง มีการสู้กันทางความคิดมานาน สายหนึ่ง คือ สายศาลยุติธรรม อีกสายหนึ่ง คือ สายกฤษฎีกา ผู้นำก็คือท่านอาจารย์อมร จันทรสมบูรณ์ สายวิชาการที่สู้กับสายวิชาชีพก็มีอาจารย์ปรีดี เกษมทรัพย์ อาจารย์อมร จันทรสมบูรณ์ อาจารย์สมศักดิ์ สิงหพันธุ์ โดยเฉพาะท่านอาจารย์อมรนั้นผลักดันให้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นที่สำนักงานเขตกฤษฎีกา ตอนนั้นทุกคนเห็นร่วมกันว่าต้องมีศาลปกครอง แต่ศาลปกครองจะอยู่ที่ไหนอย่างไรมันอยู่ตรงนี้ ท่านอาจารย์อมรนี่แนวฝรั่งเศส ท่านเห็นว่าคุณจะตั้งศาลโดยไม่เตรียมคนไม่ได้ นี่เป็นความฉลาดของท่านอาจารย์อมร ท่านจึงสร้างคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ขึ้นมา แล้วจากนั้นจะให้มีผลบังคับกับฝ่ายบริหารได้ ท่านก็ไปอาศัยนายกรัฐมนตรี แต่กระบวนการพิจารณาเรื่องมันเป็นแบบศาล แล้วก็ดึงเจ้าหน้าที่ของกฤษฎีกาส่วนหนึ่งเข้ามาทำงานด้วย แล้วต่อมาหลายคนก็มาอยู่ที่ศาลปกครองด้วย ผมคิดว่านี่เป็นความชาญฉลาดของท่านอาจารย์อมร ที่บอกว่าคุณจัดตั้งแล้วขาดความรู้เฉพาะด้านทางนี้มันก็จะเป็นปัญหา ท่านจึงต้องทำอันนี้และทำหนังสือเพื่อเผยแพร่อันนี้ด้วย ซึ่งที่จริงในช่วงแรกท่านพยายามทำเรื่องแพ่งมหาชน ท่านเขียนบทความชิ้นแรก ๆ คือ แพ่งมหาชน ซึ่งเดิมคนคิดว่าประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์คือกฎหมายแพ่ง ที่จริงแล้วไม่ใช่ มันมีอีกหลายเรื่องเลย มีทั้งหลักทั่วไปด้วย สาธารณสมบัติของแผ่นดินก็อยู่ในนี้หมด มันเป็นระบบประมวล เพราะฉะนั้น source of law (บ่อเกิดของกฎหมาย) แล้วก็นิติวิธี ก็อยู่ในนี้ ผมถึงพูดเสมอว่ามาตรา 4 ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มันต้องใช้ไปได้หมด มันเป็นหลักพื้นฐาน อาจารย์วรพจน์ก็อยู่ในช่วงนี้ พอตั้งศาลปกครองแล้วก็เลือกตุลาการศาลปกครองสูงสุด ผม แล้วก็อาจารย์ของเราอีก 4 - 5 คน จากสายวิชาการ เข้าใจว่ามีอาจารย์หัสวุฒิ มีผม แล้วก็อาจารย์วรพจน์ เราคิดว่าจะเข้าไปเพื่อช่วยศาลปกครองที่กำลังเริ่มต้น แต่สภาตอนนั้นเข้าใจว่าสภานิติบัญญัติแห่งชาติมั้ง ตีเราตกไป เหลืออาจารย์หัสวุฒิคนเดียว ถามว่าตีเราตกด้วยเหตุผลอะไร คือ อายุน้อยไป แต่ต่อมาพอเปิดสอบตุลาการอาจารย์วรพจน์ไปสอบเลย อาจารย์ตั้งใจมากเลยนะ พอสอบแล้วก็ต้องผ่านแน่นอน ตอนนั้นท่านเป็นอธิบดีศาลปกครองกลางคนแรก อาจารย์วรพจน์นี่เป็นคนจริงจัง มุ่งมั่น เฉียบคมในทางวิชาการอยู่แล้ว ท่านก็มาอยู่เป็นตุลาการจนกระทั่งมาเป็นประธานศาลปกครองสูงสุด ซึ่งผมก็ยินดีกับท่านไปด้วยว่าเป็นความตั้งใจอย่างแรงกล้า ส่วนผมไม่ค่อยอยากไปจากอาจารย์อยู่แล้ว แต่คิดว่าไปช่วยสักพักค่อยออก แต่เมื่อถูกตีตกไปผมก็ไม่เอาแล้ว

ทีมงาน อาจารย์ได้มีโอกาสทำงานกับอาจารย์วรพจน์ในด้านอื่นที่ไม่ใช่การสอนหนังสือบ้างหรือไม่ครับ

ท่านอาจารย์สมยศ ผมกับอาจารย์วรพจน์เป็นกรรมการร่วมกันอยู่ 2 คณะ คือ กรรมการความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่กับกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องความรับผิดทางละเมิดก็มีข้อแย้งกันอยู่ 2 แนว คือ แนวหนึ่งเห็นว่าคำสั่งเรียกให้ชดใช้เงินเป็นคำสั่งทางปกครอง อาจารย์วรพจน์อยู่ฝ่ายนี้ ส่วนผมกับอาจารย์กมลชัยไม่เห็นด้วย เราเห็นว่าเรื่องละเมิดมันไม่ใช่เรื่องนิติกรรม มันเป็นเรื่องนิติเหตุ เมื่อความเสียหายมันเกิดขึ้นแล้วคุณก็ได้แต่เรียกร้องค่าเสียหาย

ทีมงาน อาจารย์คิดว่าความสำคัญของคนที่เป็นนักวิชาการแท้ ๆ เมื่อเข้าไปเป็นตุลาการศาลปกครองในช่วงที่เพิ่งตั้งไข่ มีความสำคัญและส่งผลต่อการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองโดยรวมหรือไม่ครับ

ท่านอาจารย์สมยศ แน่นอน ยิ่งในทางกฎหมายมหาชนและกฎหมายปกครอง เนื้อหามันยาก มันหาเกณฑ์ที่ชัดเจนได้ยาก มันหาทิศทางไม่ได้ มันจึงต้องมีความรู้ทางทฤษฎีเพื่อเป็นเครื่องมือในการคิด มันถึงจะพัฒนาหลักกฎหมายได้หลายเรื่องเวลาเจ้าหน้าที่เขาหาทางในการปฏิบัติไม่เจอ เราก็จะได้บอกทางเลือกเขาได้

ทีมงาน เหมือนกับกรณีที่ท่านอาจารย์วรพจน์ตัดสินคดีแล้วมันทำให้เกิดเป็นคำพิพากษาบรรทัดฐาน ที่เราจะเรียกว่าเป็น source of law อย่างหนึ่งได้ใช่ไหม หมายถึงว่าเราสามารถนำหลักในคำพิพากษาฉบับนั้นมาอ้างอิงกันต่อไปได้

ท่านอาจารย์สมยศ กรณีนี้ก็อาจจะบอกได้ เพราะว่ามันมีบางเรื่องที่ไม่ชัดเจน เพราะไม่สามารถจะเขียนให้ชัดเจน อันนี้บางทีเขาเรียกว่าพัฒนาโดย “หลักกฎหมายทั่วไป” เมื่อมีความชัดเจนแล้วก็เอามาเขียนเป็นลายลักษณ์อักษร เพราะฉะนั้นหลายเรื่องมันจึงมีลักษณะเป็นหลักกฎหมายทั่วไป อย่างเรื่องสัญญามันก็นิยามเรื่องสัญญาทางปกครองไม่ได้ ถามว่าความยุ่งยากอยู่ตรงไหน เลยต้องมามีตัวอย่างใช่ไหม ว่าเป็นนิติสัมพันธ์ในเรื่องอะไร หรือสัญญาที่เกี่ยวกับเรื่องอะไร คำว่า “หมายความรวมถึง” แสดงว่าตัวแก่นของมันนิยามไม่ได้ เมื่อนิยามไม่ได้คุณต้องอาศัยทฤษฎีมาช่วยเพื่อที่จะแยกแยะมัน ในช่วงแรกไปดูสิแกว่งตลอด ไม่รู้อะไรเป็นสัญญาทางปกครอง อะไรเป็นสัญญาทางแพ่ง เพราะโดยเนื้อหามันเกิดจากการตกลงอยู่แล้ว ความยากอยู่ที่สิ่งที่เราต้องค้นหาคืออำนาจที่เหนือกว่ามันปรากฏอยู่ในเรื่องอะไรในความสัมพันธ์อันนั้น ซึ่งเรื่องนี้พอมีขอบเขตในเรื่องส่วนรวมเข้ามากำกับก็เหมือนทางแพ่ง ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนในแต่ละเรื่องมันเป็นอย่างไร ในทางแพ่งก็เหมือนกัน เวลาเราเริ่มจากทางมหาชนมันก็ไปปะทะกับทางเอกชน เพราะทางมหาชนมันเป็นเรื่องส่วนรวม มันก็ไปปะทะกับเรื่องส่วนตัว คุณเริ่มจากเรื่องส่วนตัวก็ไปปะทะกับเรื่องส่วนรวมทางกฎหมายมหาชน ในทางกฎหมายมหาชนหรือในรัฐสมัยใหม่มันทำให้มีการแยกความเป็นส่วนตัวออกจากรัฐ มันเกิดพรมแดนพื้นที่ของเอกชน (private autonomy) ขึ้นมา ซึ่งรัฐต้องเคารพจะข้ามมาไม่ได้ แล้วสิ่งที่อาจารย์วรพจน์ใช้เลยคือ คำว่า “แดนแห่งเสรีภาพ”[7] เพราะฉะนั้นหลายเรื่องนี่มันสะท้อนอยู่ในข้อเขียนของอาจารย์วรพจน์

ทีมงาน ถ้ามองในมุมกลับกัน อาจารย์วรพจน์ไปเป็นตุลาการแล้วท่านก็กลับมาสอนหนังสือที่คณะด้วย คือท่านอาศัยการทำหน้าที่ในฐานะนักวิชาชีพมาสู่ในภาควิชาการด้วยใช่ไหม

ท่านอาจารย์สมยศ อันนี้พออยู่ในทางปฏิบัติมันมี case ที่เป็นรูปธรรม เพราะฉะนั้นอาจารย์ที่ไม่เคยอยู่ในทางปฏิบัติเลยมันมีแต่นามธรรม มีแต่ทฤษฎี แต่ไม่มีตัวอย่างที่เป็นรูปธรรม ส่วนอาจารย์วรพจน์เป็นอาจารย์สอนที่ดีเก่ง นักศึกษาชอบ เพราะว่า หนึ่ง อธิบายได้ชัด สอง มีอารมณ์ขันหน้าตาย (หัวเราะ...) เพราะว่าอาจารย์มีตรรกะทางกฎหมายที่ชัดเจน เลกเชอร์นี่สามารถทำเป็นหนังสือได้เลยนะ คนที่ทำแบบนี้ได้เพราะว่ามีความคิดที่คมชัด

---

[7] ถ้อยคำเช่นนี้ถูกใช้ตั้งแต่ 40 ปี ที่แล้ว ในบทความเรื่อง แนวความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับรัฐธรรมนูญและประชาธิปไตย ที่ท่านอาจารย์วรพจน์เขียนร่วมกับท่านอาจารย์สมยศ เชื้อไทย ลงในวารสารนิติศาสตร์ ปีที่ 14 ฉบับที่ 3 (กันยายน 2527) โดยท่านอาจารย์วรพจน์ใช้คำว่า *“ “แดน” แห่งสิทธิเสรีภาพของราษฎร”*

ตอนผมเขียนผมก็เขียนแบบท่านอาจารย์ปรีดีคือให้มันไหลออกมา มันจะเป็นสำนวนไทยแท้ เขียนแล้วไปปรับอีกที แต่บางทีคำภาษาไทยมีคำสร้อย บางทีไม่ชัดหรอก เช่น คำว่าบริหารจัดการ มันก็อันเดียวกัน จัดการก็คือบริหาร บริหารก็คือจัดการ เราก็เขียนบริหารจัดการ แล้วเดี๋ยวนี้คำว่า “อำนาจกำกับดูแล” ยังไม่ชัดเลย เดี๋ยวก็ควบคุมดูแล อำนาจสั่งการแบบนี้คุณจะใช้คำไหน เพราะ “กำกับดูแล” เป็นศัพท์ทางกฎหมายปกครองไปแล้ว หรือคำว่า “เงื่อนไข” ถ้าในทางแพ่งก็คือเหตุการณ์ที่ไม่แน่นอน แต่ทางปกครองมันอาจเป็นเพียงเกณฑ์ที่มีข้อกำหนด แต่เราก็ใช้คำว่าเงื่อนไขหมดนะ

ผมว่าเป็นความโชคดีที่ศาลปกครองได้อาจารย์วรพจน์ไป เพราะความแม่นยำทั้งทางทฤษฎีและก็ทางนิติวิธีที่ท่านมีพื้นฐานทางนี้มาอย่างดี ผมเคยอ่านคำพิพากษาคดีหนึ่งนะ อ่านแล้วเฮ้ย! คดีนี้ใครเขียน ทำไมมันลึก คนนี้ต้องเรียนนิติปรัชญาหรือเรียนปรัชญามา เรื่องอะไรรู้มั้ย? เรื่องติดโฆษณาบนหน้าต่างรถไฟ[8] ผมยังให้นักศึกษาอ่านอยู่เรื่อยเลย รถไฟมาติดโฆษณาที่หน้าต่าง เขาก็ขนส่งให้คนนั่งปลอดภัย ที่นั่งก็สบายดี แต่คุณมองทิวทัศน์ไม่ชัดเจน มันกระทบต่อสิทธิขั้นพื้นฐานหรือสิทธิในความเป็นมนุษย์อย่างไร ซึ่งคดีนี้เขียนนี่ดีมากเลยนะ คือ เวลาเราสอนเรื่องสิทธิขั้นพื้นฐานนี่มันเป็นนามธรรมหมดเลยนะ เนี่ยมันอยู่ในคดีนี้เลย แล้วคนนี้เขาคิดธรรมดาเลยนะ มันสิทธิที่เขาต้องการความเพลิดเพลินกับทิวทัศน์ นี่คือความเป็นมนุษย์ในแง่สุนทรียภาพของมนุษย์ไง มีมิติของจิตใจและความงดงาม อันนี้ต้องลึกไปในทางปรัชญา เขาต้องเห็นว่าความเป็นมนุษย์มันมีความสุนทรีย์อยู่ด้วย แล้วคุณไปขวางอันนี้ การรถไฟบอกว่าก็ผมส่งคุณทั้งปลอดภัยและที่นั่งสะดวกสบาย แอร์ก็เย็นฉ่ำ แค่มีโฆษณาบดบังทัศนียภาพของคุณแค่นี้มันไม่ใช่สาระสำคัญอะไร ผมก็อ่านคดีนี้เวลาสอนหนังสือผมก็เอาเคสนี้ บอกนักศึกษาว่าคุณไปวิเคราะห์ดู แล้วเวลานำไปใช้มันง่ายเลยว่านี่มันไม่ใช่ขนส่งสินค้า นี่มันขนส่งคน อันนี้วิธีการเขียนที่หยิบข้อเท็จจริงขึ้นมาบรรยาย แล้วล้วงลงไปให้เห็น ฟังแล้วสมเหตุสมผล

ทีมงาน ไม่รู้ว่าอาจารย์วรพจน์เล่าให้ฟังเป็นมุกหรือเปล่านะครับ ท่านเคยเล่าให้ฟังเหมือนกับว่าท่านไปขึ้นรถไฟจริง ๆ

ท่านอาจารย์สมยศ ขึ้นไปจริง ๆ ก็ด้วย แต่ว่ามันต้องมองเห็นลึกว่านี่มันเป็นความเป็นมนุษย์ ความเป็นมนุษย์มันไม่ได้มีแค่ในเรื่องศีลธรรม หรือเรื่องสติปัญญา มันมีมิติของความสุนทรีย์อยู่ด้วย อันนี้หมายถึงว่าคุณต้องลึกไง

ทีมงาน อันนี้เห็นภาพที่อาจารย์บอกว่า พออ่านคำวินิจฉัยหรือการให้เหตุผลของท่านอาจารย์วรพจน์แล้วมันยากต่อการโต้แย้ง มันยอมรับได้ในหลักการ

ท่านอาจารย์สมยศ อันนี้สำคัญเลย เวลาเขียนคำพิพากษานะ ไม่ต้องมามีโฆษกศาล คือ อ่านแล้วต้องคล้อยตามแล้วก็เห็นด้วย

ทีมงาน ท่านชี้ให้เห็นในคำตัดสินว่าทำเหมือนเราเป็นวัตถุถูกขนอยู่ในโบกี้รถไฟ

ท่านอาจารย์สมยศ คุณลองเปรียบเทียบคุณไปบรรยายว่าความเป็นมนุษย์คืออย่างนี้ ๆ ไปเขียนอย่างนั้นมันก็ไม่เข้าใจ พอเห็นคำวินิจฉัยนี้ผมก็เลยเรียกมาดูว่าเอ๊ะใครเป็นคนเขียนคดีนี้ มันต้องเข้าใจสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นอย่างดี เพราะในสิทธิขั้นพื้นฐานมันมีความเบลอความไม่ชัดเจน เพราะฉะนั้นข้อโต้เถียงมันจึงมีเยอะหรือมีเรื่องทางการเมืองด้วย เวลาที่ผมไปสอนนิติปรัชญาก็จะยกเรื่องที่เป็นรูปธรรมด้วย ความยุติธรรมมันอธิบายได้ไม่ชัดเจนแล้วคุณบอกไม่มีจริงไหม? ถ้าเกิดกรณีผู้ใหญ่กระทืบเด็กคุณบอกได้ว่ามันเป็นธรรมหรือไม่เป็นธรรม คุณบอกสิ่งที่ปรากฏที่เป็นรูปธรรมได้ แต่ไอ้ตัวไอเดียเขาเป็นนามธรรม พวกหนึ่งจึงยิ่งปฏิเสธหมดว่ามันไม่มีหรอก แต่ตอนที่เราไม่มีประสบการณ์เราก็สอนตามตัวหนังสือ แต่เมื่อเรามีประสบการณ์เพิ่มขึ้น มองเห็นชีวิตมันมีปรัชญาแฝงอยู่ในนั้น โดยหลักเรามาจากนามธรรม แต่พอเราไปถึงแล้ว รูปธรรมนั้นไปสรุปทีหลัง เพราะเราเห็นชัด ภาษา พอคุณความคิดชัด คุณจะพิถีพิถันในการใช้ภาษามาก

---

[8] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ. 231/2550 ระหว่างนายปรีชา เชื้อพลากิจ ผู้ฟ้องคดี กับ การรถไฟแห่งประเทศไทย ผู้ถูกฟ้องคดี

ในแง่นี้คุณไปอ่านงานของอาจารย์วรพจน์ได้ทุกบรรทัด แล้วคนที่เขียนได้อย่างลึกซึ้งอีกคนหนึ่งแล้วอ่านยาก คือ อาจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ แต่ละย่อหน้าอ่านยากจริง ๆ แล้วท่านเขียนไว้ดี แต่เรายังอ่านไม่ทะลุ ฉะนั้น คนที่ทะลุแล้วไม่ใช่การเข้าใจแพ่งอาญาหรือมหาชนนะ แต่มันคือการมีวิธีคิดทางกฎหมายที่ชัดเจน



ผมสรุปนะ อาจารย์วรพจน์ที่ผมรู้จัก เป็นคนที่หลักแหลม แล้วก็มุ่งมั่นตั้งใจจริงจัง จริงจังในชีวิต ที่จริงท่านสนใจทางพระด้วยนะ บางทีคณะนิติจะเรียกว่าพวกสาขากฎหมายพระ อาจารย์สหธน อาจารย์วรพจน์ อาจารย์จักรพงษ์ อาจารย์หัสวุฒิก็มีหน่อยหนึ่ง อันนี้สายพระ ในที่สุดท่านก็ไปบวชกับท่านพุทธทาสเป็นศิษย์ท่านพุทธทาส ผมแลดูไปข้างหลัง อาจารย์วรพจน์ก็ประสบความสำเร็จพอสมควรในชีวิต ในฐานะทั้งที่ท่านเคยเป็นลูกศิษย์เคยร่วมงานกันมา ก็ชื่นชมยินดีกับท่าน เข้าใจว่าเกษียณ 2 ครั้ง ใช่มั้ย (หมายถึงการทำหนังสืออาจาริยบูชา) อันนี้ครั้งที่ 2 ได้รู้ว่าทางพระเรียกว่าชีวิตมันสั้น ถ้าเป็นข้าราชการเรามองย้อนหลังไปเราก็มีความภาคภูมิใจ ผมว่าอาจารย์วรพจน์มีความภาคภูมิใจในแง่นี้ แล้วท่านก็เป็นคนนับถือครูบาอาจารย์ โดยเฉพาะท่านอาจารย์ปรีดี เกษมทรัพย์ ที่เปิดทางวิชาการให้แก่ท่าน ท่านจึงนับถือเสมือนเป็นบิดาทางวิชาการ ท่านว่าอย่างนั้น ท่านก็ได้ครูที่เก่งและดีแบบท่านอาจารย์ปรีดี ก็ทำให้ท่านอาจารย์วรพจน์ก็เป็นคนเก่งและคนดีด้วย โอกาสนี้ก็ชื่นชมยินดี แล้วก็ในชีวิตนี้มันมีแต่ละช่วง อันนี้ก็จะเป็นช่วง 70 เพราะฉะนั้นใช้ชีวิตช่วง 70 ไป 80 ก็พิจารณาให้ดีว่าเราจะใช้ชีวิตอย่างไรในแต่ละช่วงชีวิต ท่านก็น่าจะมีความสมบูรณ์ในชีวิตพอสมควรทางธรรมก็ควรอันเชิญเข้ามาอยู่ในจิตใจให้มาก ให้มีความสงบเยือกเย็นมากขึ้น ในส่วนบั้นปลายก็เป็นธรรมชาติของชีวิต

ท่านอาจารย์วรพจน์ไปเรียนต่อที่ประเทศฝรั่งเศสเมื่อปี พ.ศ. 2522 ในช่วงที่ท่านอาจารย์วรพจน์ไปเรียนที่ฝรั่งเศส ท่านเล่าให้ทีมงานฟังว่าท่านได้พบกัลยาณมิตรผู้หนึ่ง เป็นคนที่ท่านพูดคุยด้วยแล้วรู้สึกถูกคอกัน จึงได้มีโอกาสแลกเปลี่ยนความคิดความเห็นกันโดยตลอดในช่วงที่เรียนอยู่ที่ฝรั่งเศส ท่านผู้นั้นคือท่านอาจารย์ดิสทัต โหตระกิตย์ ท่านเป็นอดีตเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาและอดีตเลขาธิการนายกรัฐมนตรี

วันนี้ทีมงานจึงชวนกันมาสัมภาษณ์ท่านอาจารย์ดิสทัต โหตระกิตย์ ขอให้ท่านได้เล่าเรื่องราวให้พวกเราฟังกันครับ



ท่านอาจารย์ดิสทัต ยินดีครับแต่ขอใช้ภาษาที่ไม่เป็นทางการ และเล่าเรื่องให้เห็นภาพอย่างมีสีสันเท่าที่จำได้

ทีมงาน ก่อนอื่นขอให้ท่านอาจารย์เล่าให้ฟังหน่อยครับว่า ท่านได้รู้จักกับท่านอาจารย์วรพจน์ได้อย่างไรครับ

ท่านอาจารย์ดิสทัต ผมได้รู้จักอาจารย์วรพจน์ตอนไปเรียนปริญญาโทที่มหาวิทยาลัย Strasbourg เมื่อประมาณปี พ.ศ. 2526 นักเรียนไทยที่นั่นในยุคนั้นส่วนใหญ่เป็นรุ่นพี่จากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ที่มาเรียนด้านกฎหมายมหาชนก็มีอาจารย์วรพจน์ อาจารย์พนม อาจารย์ภาสกร ส่วนที่จบจากจุฬาฯ ก็มีผมและเพื่อนอีกหนึ่งคนที่มาเรียนกฎหมายระหว่างประเทศ และยังมีอีกสามคนที่จบจากรามคำแหง หนึ่งในนั้นเรียนด้านภาษาและวรรณคดี นับจากวันแรกที่ได้รับการเลี้ยงต้อนรับอย่างอบอุ่นจากรุ่นพี่และเพื่อนที่มาเรียนอยู่ก่อน การปะทะคารมระหว่างจุฬาฯ กับธรรมศาสตร์ โดยมีรามคำแหงเป็นฝ่ายยุยงปลุกปั่นก็มีอยู่เรื่อยมาพอให้เกิดความรู้สึกอยากกลับมาสังสรรค์ร่วมกันอีก จุฬาฯ และธรรมศาสตร์ต้องยอมตามใจรามคำแหงเพราะฝีมือทำกับข้าวไม่มีใครสู้ได้

ในขณะนั้น อาจารย์วรพจน์ได้สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาโท (D.E.A.) แล้ว และกำลังทำวิทยานิพนธ์ปริญญาเอกอยู่ ส่วนผมเพิ่งเรียนภาษาฝรั่งเศสที่เมือง Tours และ Grenoble มาได้เพียง 1 ปี หลังจากทราบว่าต้องเรียนวิชาอะไรบ้าง ผมก็เริ่มไปอ่านหนังสือที่ห้องสมุด และก็มักจะพบอาจารย์วรพจน์ยืนถ่ายเอกสารอยู่ที่หน้าห้องสมุดเป็นประจำ ภาพที่ยังจำได้ติดตา คือ อาจารย์วรพจน์จะพกหลอดยาฟู่ (วิตามินละลายน้ำ) ใส่เหรียญ 50 Centimes แล้วนำเหรียญออกมาหยอดใส่เครื่องถ่ายเอกสารไปพลิกหนังสือไป หมดเมื่อไหร่ก็เลิก เมื่อพบกันบ่อยเข้าผมก็เลยเอาหลอดยาฟู่ไปฝาก (แต่ข้างในไม่มีเหรียญนะ) พร้อมขอเคล็ดวิชาจากอาจารย์ โดยถามว่าพี่มีประสบการณ์มาก่อนผม มีคำแนะนำอะไรให้ผมบ้างเพราะวันหนึ่ง ๆ ไม่เคยเห็นพี่นั่งอ่านหนังสือเลย เห็นแต่ยืนถ่ายเอกสารทั้งวัน อาจารย์จึงเฉลยว่า ถ้ามัวนั่ง

อ่านหนังสือในห้องสมุดก็จะอ่านได้น้อย สู้ถ่ายเอกสารเอาไปอ่านที่ห้องพักจะอ่านได้อย่างต่อเนื่องและมีสมาธิมากกว่า แถมจะขีดเขียนอะไรไว้เตือนความจำก็ได้ และเล่าให้ฟังว่าตอนเริ่มเรียนใหม่ ๆ อาจารย์ก็มีปัญหาอย่างเดียวกับผม เพราะเราสองคนเรียนสายวิทย์ ไม่เคยเรียนภาษาฝรั่งเศสมาก่อน ส่วนภาษาอังกฤษพอไปได้ อาจารย์จึงแนะว่าจะลองแบบผมไหม คือ ทำความเข้าใจกฎหมายฝรั่งเศสซึ่งเป็นระบบกฎหมาย Civil Law จากการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบผ่านมุมมองของนักกฎหมายในระบบ Common Law ซึ่งน่าจะเป็นประโยชน์มากกว่ารู้กฎหมายฝรั่งเศสอย่างเดียวด้วยซ้ำไป วันรุ่งขึ้นอาจารย์จึงพาผมไปที่ห้องสมุดของศูนย์ศึกษากฎหมายเปรียบเทียบ ซึ่งเป็นสาขาวิชาที่มีชื่อเสียงอีกสาขาหนึ่งของมหาวิทยาลัย Strasbourg นอกจากสาขากฎหมายมหาชน

จากคำแนะนำของอาจารย์วรพจน์ ผมพบว่าการศึกษากฎหมายเปรียบเทียบทำให้เข้าใจกฎหมายฝรั่งเศสได้ดียิ่งขึ้น และทำให้อ่านตำราภาษาฝรั่งเศสได้เร็วขึ้นด้วยซ้ำ เมื่อผมเริ่มอ่านหนังสือได้หลากหลายและลงลึกยิ่งขึ้น การแลกเปลี่ยนเรียนรู้กับอาจารย์วรพจน์ก็ยิ่งมีรสชาติมากยิ่งขึ้น โดยเฉพาะเนื้อหาวิชา Droit Constitutionnel และ Droit Administratif ส่วน Finance Publique อาจารย์ไม่ชอบคุย ตัดบทหน้าตาเฉยบอกว่าหาทางเอาตัวรอดเอาเองจนหลัง ๆ เมื่อทำงานที่ห้องสมุดเสร็จ เราจึงไปทานข้าวที่โรงอาหารของมหาวิทยาลัยและดื่มกาแฟด้วยกันเสมอ พอนานไปเริ่มเบื่อจึงทำอาหารรับประทานกันเองเป็นครั้งคราว คราวนี้คุยกันยันเที่ยงคืน ถ้ารถเมล์ยังไม่หมดก็ไม่เลิก ต้องจวนเจียนเวลาจริง ๆ และถ้าวันไหนใครไม่ได้วิ่งไปรอรถเมล์เที่ยวสุดท้ายบอกได้เลยว่า “อ่อน” เพราะคงไม่ได้เถียงคอเป็นเอ็นจนหยดสุดท้าย เพื่อน ๆ ที่เรียนกฎหมายทั้งหลายได้ทราบข่าวจึงมาร่วมวงด้วยอย่างน้อยเดือนละครั้ง

ทีมงาน อาจารย์ทั้งสองท่านมีอะไรที่เหมือนกันและมีอะไรที่แตกต่างกันบ้างครับ

ท่านอาจารย์ดิสทัต เราสองคนมีทั้งความเหมือนและความต่างที่ไปด้วยกันได้โดยไม่ขัดเขิน อาจารย์วรพจน์เป็นอาจารย์สอนหนังสือก่อนมาเรียนต่อ จึงเป็นนักค้นคว้าที่ต้องรู้แจ้งเห็นจริง และถ้ารู้เรื่องและเข้าใจแล้วก็จะเรียบเรียงและจัดระบบความคิดได้ดี มาอยู่ที่นี่ไม่มีเวทีให้บรรยายถ่ายทอดความรู้ จึงเหมือนขาดอะไรในชีวิตไปสักอย่าง ส่วนผมเองเป็นคนขี้สงสัยและใฝ่รู้ ผมจึงมีคำถามใหม่ ๆ มาถามอาจารย์วรพจน์เสมอ อาจารย์จึงกลายเป็นนักมวยที่ได้คู่ซ้อมเพราะเมื่ออาจารย์ต้องอธิบายบ่อย ๆ ก็จะลำดับเรื่องแม่น ยิ่งมีคำถามอาจารย์ก็จะนำไปเพิ่มคำอธิบายจนครบถ้วนทุกกระบวนความ ส่วนผมเองก็เหมือนนักศึกษาที่มีติวเตอร์ส่วนตัวได้เรียนกวดวิชาทุกวัน และเหมือนคนที่ถูกซ้อมจากนักมวยเพราะมีการบ้านให้ไปหาความรู้ต่อเพื่อมาดวลกันในวันหน้า

ทีมงาน เรื่องอื่น ๆ นอกจากเรื่องเรียนเป็นอย่างไรครับ

ท่านอาจารย์ดิสทัต ผมกับอาจารย์วรพจน์มีรสนิยมที่คล้ายกัน Strasbourg เป็นเมืองที่มีอากาศหนาวเย็นเกือบทั้งปี ฝนตกบ่อย เราไม่เคยสนใจที่จะมีรถ อย่างมากแค่ใช้จักรยาน เมื่อถูกขโมยไปก็หันมาใช้รถเมล์ แต่ส่วนใหญ่เราจะเดินเพราะใช้ชีวิตอยู่แต่ในตัวเมือง เราจึงนิยมที่จะใช้รองเท้าหนังยี่ห้อ Church’s และเสื้อโค้ทอย่างดีจาก Austria เท่านั้น แม้จะมีราคาแพง ส่วนเงินที่เหลือจากการซื้อหนังสือที่อยากได้แล้วก็จะให้ความสำคัญกับ Gastronomie française อย่างไรก็ตาม ไวน์ขาวและเบียร์เยอรมัน รวมทั้งยาเส้นกลิ่นหอมก็เป็นเรื่องที่เราไม่ละเลยเช่นกัน

ทีมงาน ท่านอาจารย์มีความเห็นเหมือนกันทุกเรื่องหรือไม่ครับ

ท่านอาจารย์ดิสทัต ไม่เลย อะไรที่เกี่ยวกับปัญหาสังคม การเมืองการปกครอง อาจเปรียบได้ว่าอาจารย์วรพจน์นั้นชอบรถพวงมาลัยซ้าย ส่วนผมชอบรถพวงมาลัยขวา เราไม่มานั่งเถียงกันหรอกว่ารถแบบไหนดีกว่ากัน เพราะมันอยู่ที่ความเชื่อและความชอบ แต่เราจะแลกเปลี่ยนเรียนรู้ผ่านอะไรที่เป็นประโยชน์มากกว่านั้น เช่น เรารู้ดีว่าสภาพสังคมและการเมืองมันมีพลวัต ฝรั่งเศสเองหลังปฏิวัติ ปี ค.ศ. 1789 ก็เปลี่ยนแปลงระบอบการเมืองกลับไปกลับมา และใช้รัฐธรรมนูญมาหลายฉบับ ถ้าเราศึกษาเฉพาะลำดับเหตุการณ์ก็อาจจะได้รับความรู้ในเชิงประวัติศาสตร์ แต่ยังมีมุมมองจากนักเขียนช่างวิเคราะห์และให้ความสำคัญกับส่วนที่เป็นรากฐานของระบบ เช่น Tocqueville ที่พูดถึง La Constitution

administrative หรือ Georges Vedel ที่เขียนบทความเรื่อง Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif เป็นต้น เราชอบหัวข้อสนทนาแบบนี้มากกว่า

ทีมงาน ท่านอาจารย์คิดว่าเรื่องที่น่าจดจำที่ได้จากท่านอาจารย์วรพจน์มีอะไรบ้างครับ

ท่านอาจารย์ดิสทัต ทุกเรื่องที่เล่ามานั้นก็เป็นความทรงจำที่ดีตลอดระยะเวลาเกือบสามปีที่ Strasbourg จนผมจบปริญญาโท (D.E.A.) และอาจารย์วรพจน์กลับไปพักรักษาตัวที่เมืองไทยเพราะเริ่มมีปัญหาเกี่ยวกับสุขภาพ แต่จะมีอยู่สามเรื่องที่จะตอบคำถามนี้

เรื่องแรกเกี่ยวกับบุคลิก ท่านเป็นคนใจนักเลง พูดจาตรงไปตรงมาไม่อ้อมค้อม แต่ปฏิบัติตนภายใต้กรอบของความเป็นอาจารย์อยู่เสมอ มีความปรารถนาดีต่อผู้แสวงหาความรู้ และยังพร้อมที่จะแลกเปลี่ยนเรียนรู้และให้คุณค่ากับบุคคลเหล่านี้ เพราะอาจารย์มีความเชื่อในเรื่อง Thesis, Antithesis และ Synthesis ท่านเป็นคนแรกที่ทำให้ผมรู้จักคำเหล่านี้ ซึ่งประกอบเป็นความคิดเชิงวิพากษ์ และเป็นลักษณะเด่นของสังคมฝรั่งเศส ซึ่งผมมาทราบภายหลังว่ามันคือปรัชญาของ KANT และ HEGEL

เรื่องที่สอง ท่านเป็นคนแรกที่ชักนำให้ผมสนใจศึกษากฎหมายเปรียบเทียบ ซึ่งเป็นประโยชน์ต่อการทำงานของผมในเวลาต่อมาเป็นอย่างยิ่ง ผมยังนึกขอบคุณท่านอยู่เสมอจนถึงทุกวันนี้

เรื่องที่สาม ในสมัยที่คุณพ่อของผมรับตำแหน่งทางการเมืองในรัฐบาลชุดหนึ่ง มีจดหมายลึกลับฉบับหนึ่งส่งมาที่บ้าน มีข้อความในเชิงตัดพ้อต่อว่า โดยลงชื่อว่า “V77” หรือ “V78” จำไม่ได้แน่นอน แต่เป็นจดหมายที่เขียนด้วยลายมืออันสวยงามและมีลายเซ็นคล้าย ๆ ของอาจารย์วรพจน์ ผมเคยเล่าให้อาจารย์ฟังและถามว่าอาจารย์พอจะเดาได้ไหมว่าใครเขียนจดหมายฉบับนี้ อาจารย์วรพจน์หัวเราะและถามว่ายังเก็บจดหมายฉบับนั้นไว้อยู่หรือไม่ ผมตอบว่าไม่ได้เก็บแต่จำลายมือและลายเซ็นได้ขึ้นใจ ไม่มีวันลืม

ตอนที่ท่านอาจารย์วรพจน์ไปเรียนที่ประเทศฝรั่งเศส เมื่อปี พ.ศ. 2522 ท่านเล่าให้ทีมงานฟังว่าท่านมุ่งมั่นอยู่กับการศึกษาค้นคว้างานวิชาการเรื่องดุลพินิจของฝ่ายปกครองตั้งแต่ปี ค.ศ. 1981 (พ.ศ. 2524) หลังจากเรียนจบ D.E.A. (ประกาศนียบัตรชั้นสูงทางกฎหมายมหาชนจากฝรั่งเศสในปี พ.ศ. 2524) แล้ว ท่านได้กลับมาสอนหนังสือที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ก่อนที่จะกลับไปเรียนต่อปริญญาเอกอีกครั้ง ท่านเล่าว่าในช่วงที่กลับมาสอนหนังสือท่านมีลูกศิษย์ยุคแรก ๆ ที่เรียนปริญญาโทกับท่านหลายคน เช่น อาจารย์จันทจิรา เอี่ยมมยุรา อาจารย์เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล อาจารย์บรรเจิด สิงคะเนติ อาจารย์สุนทรียา เหมือนพะวงศ์ ในช่วงนั้นท่านอาจารย์วรพจน์เริ่มสอนกฎหมายปกครองจากหลักการพื้นฐาน (basic concept) บทความเรื่อง “การกระทำทางปกครอง” ที่เขียนลงหนังสืออาจาริยบูชาศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์ ที่หลายท่านเคยได้อ่านนั้น เป็นผลผลิตที่พัฒนามาจากบันทึกเอกสารประกอบการสอนเพื่อเป็นข้อความคิดพื้นฐานของกฎหมายปกครองสำหรับสอนนักศึกษาปริญญาโทให้แก่ลูกศิษย์รุ่นแรก ๆ ของท่านอาจารย์วรพจน์ หลังจากที่ได้ฟังท่านอาจารย์เล่าเรื่องนี้แล้ว ทีมงานจึงได้ติดต่อลูกศิษย์ของท่านอาจารย์วรพจน์ 2 ท่าน คือ ท่านอาจารย์เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล และอาจารย์บรรเจิด สิงคะเนติ เพื่อขอให้เล่าความหลังครั้งเก่าจนถึงปัจจุบันให้พวกเราได้ฟัง

วันนี้ทีมงานพาท่านผู้อ่านมาพบกับท่านอาจารย์เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล หนึ่งในลูกศิษย์ในยุคแรก ๆ ของท่านอาจารย์วรพจน์ เพื่อให้ท่านพาพวกเราย้อนอดีตไปเมื่อประมาณ 30 กว่าปีที่แล้ว



ทีมงาน อาจารย์เริ่มรู้จักอาจารย์วรพจน์ครั้งแรกได้อย่างไรครับ

ท่านอาจารย์เอกบุญ ถ้าถามว่ารู้จักครั้งแรกได้อย่างไร ก็รู้จักตอนที่เริ่มเรียนปริญญาโท ผมสอบข้อเขียนได้ ตอนสัมภาษณ์อาจารย์วรพจน์กับอาจารย์สมยศเป็นคนสัมภาษณ์

ทีมงาน ปีไหนครับ

ท่านอาจารย์เอกบุญ ปี พ.ศ. 2528 พอผ่านสัมภาษณ์ มีโอกาสพบท่านก่อนเริ่มเรียน ท่านก็แนะนำตามสไตล์ของท่านเลยว่า “คุณไม่ค่อยรู้พื้นฐานอะไรเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนเลยนะ อ่านหนังสือเยอะ ๆ หน่อย” แล้วท่านก็แนะนำหนังสือให้ไปอ่าน การเข้าไปเรียนปริญญาโทในยุคนั้น อาจารย์ผู้สอนหลัก ๆ ก็จะมีอาจารย์วรพจน์ อาจารย์สมยศ อาจารย์กมลชัย แต่ถ้าเป็นอาจารย์ผู้ใหญ่ไปเลย ก็จะมีท่านอาจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม อาจารย์ประชุม โฉมฉาย อาจารย์เกษม ศิริสัมพันธ์ ผมก็รู้จักอาจารย์วรพจน์ตั้งแต่ตอนนั้น แล้วก็คุยกัน อาจารย์วรพจน์สอนตั้งแต่ปีแรก ท่านสอนผมทั้งกฎหมายรัฐธรรมนูญชั้นสูงและกฎหมายปกครองชั้นสูงด้วย ผมได้เรียนกับอาจารย์ทั้งสองวิชา ที่สำคัญ คือ เนื้อหาวิชาที่อาจารย์วรพจน์สอนมันเป็นอะไรที่แปลกใหม่สำหรับผมในช่วงนั้น เพราะว่ากฎหมายรัฐธรรมนูญก็อาจจะมีตำราพอสมควร มีหนังสือของท่านอาจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม ของท่านอาจารย์หยุด แสงอุทัย แล้วคำอธิบายกฎหมายรัฐธรรมนูญของอาจารย์สมยศก็น่าจะเริ่มมีในช่วงนั้น ในช่วงนั้นตำรากฎหมายรัฐธรรมนูญก็พอจะมี แต่ท่านอาจารย์วรพจน์ก็สอนเน้นหลักการพื้นฐานทางกฎหมายรัฐธรรมนูญที่น่าสนใจ ทั้งข้อความคิดว่าด้วยรัฐ การจัดองค์การทางการเมืองของรัฐภายใต้แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยม คือ หลักนิติรัฐและหลักประชาธิปไตย เป็นต้น สำหรับกฎหมายปกครองในยุคนั้นตำรากฎหมายปกครองยังมีไม่มาก ที่มีให้อ่านจริง ๆ ก็จะเป็นของท่านอาจารย์ประยูร กาญจนดุล

ทีมงาน ของอาจารย์อมร จันทรสมบูรณ์ ไม่มีหรือครับ

ท่านอาจารย์เอกบุญ ของท่านอาจารย์อมรมีเป็นเล่ม คือ ในยุคนั้นที่พอจะเป็นหนังสือให้อ่าน นอกจากของท่านอาจารย์ประยูรแล้วก็จะมีของท่านอาจารย์อมร แล้วก็มีกฎหมายปกครองเปรียบเทียบของท่านอาจารย์

อิสสระ นิติทัณฑ์ประภาศ ซึ่งเล่มนี้เป็นเล่มที่ผมแนะนำเวลาผมสอนกฎหมายปกครองเปรียบเทียบ แต่ว่าที่บอกว่ามันไม่ค่อยมีอะไร เพราะว่าจริง ๆ แล้ว มันเป็นเพราะว่ากฎหมายปกครองในสมัยที่เรียนปริญญาตรี มันไม่ได้เรียนอะไรที่มันเยอะเหมือนปัจจุบัน เท่าที่จำได้ก็น่าจะเน้นไปเรื่องจัดระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน ส่วนวิธีพิจารณาคดีปกครองเปรียบเทียบสมัยนั้นผมก็เรียนกับอาจารย์โภคิน พลกุล แต่ว่าในแง่ของเนื้อหาที่เรียนกับท่านอาจารย์วรพจน์ ประกอบกับตอนนั้นเรารับราชการอยู่ด้วย เวลาทำงานมันมีความรู้สึกว่าสิ่งที่อาจารย์สอนมันเอาไปใช้ประโยชน์ได้ ผมจำได้ เวลาจะสอนอาจารย์วรพจน์ก็จะถามลูกศิษย์ว่าอยากเรียนอะไร เราก็บอกว่าเรียนอะไรก็ได้ที่มันมีประโยชน์เพราะเราก็ไม่รู้อะไรในช่วงนั้นถ้าเป็นวิชากฎหมายปกครองชั้นสูง อาจารย์วรพจน์ก็จะสอนเรื่องข้อความคิดว่าด้วยการกระทำทางปกครอง เพราะฉะนั้นก็จะเรียนทั้งเรื่องนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งก็ คือ เรื่องกฎ เรื่องคำสั่งทางปกครองในปัจจุบัน และเรื่องปฏิบัติการทางปกครอง จนกระทั่งเรื่องเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครอง และเรื่องอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยเฉพาะเรื่องเงื่อนไขความสมบูรณ์นี่ผมจำได้ในยุคนั้นแกสอนแล้วผมบอกแกด้วยประโยคนี้ว่า “อาจารย์สอนเรื่องนี้แล้วผมเหมือนบ้านนอกเข้ากรุง เห็นแสงสี” หัวข้อนี้สำหรับผมมันทำให้เราเห็นหลักเห็นอะไรที่เอาไปใช้ประโยชน์ได้ มันทำให้เวลาที่เราไปทำงาน ตอนนั้นผมเป็นนิติกร มันก็เหมือนกับเราเป็นนิติกรที่ค่อนข้างไปในทางวิชาการ คิดนู่นคิดนี่มีหลักการ สิ่งที่อาจารย์วรพจน์สอนมันทำให้เราเห็นอะไรที่มันเปลี่ยนไป โดยเฉพาะเรื่องการกระทำทางปกครองเป็นเรื่องที่ตอนเรียนเราก็ยังไม่เห็นว่ามันจะเอาไปใช้อย่างไร ด้วยเหตุนี้เวลาที่ผมมาสอนหนังสือผมจะบอกคนเรียนว่า ในยุคที่ผมเรียนนั้นเรื่องการกระทำทางปกครองไม่เป็นหัวข้อสำคัญ ถามว่าทำไม อันนี้ผมอธิบายว่ามันสำคัญขึ้นมาเพราะมันมีระบบศาลคู่ มีศาลปกครอง เพราะก่อนมีศาลปกครองมันไม่ต้องสนใจว่าการกระทำของฝ่ายปกครองมันเป็นแบบไหน มีปัญหาคุณจำเป็นต้องใช้สิทธิทางศาลตามมาตรา 55 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง คุณก็ไปฟ้อง มันเป็นการกระทำอะไรก็ไม่รู้ มันไม่ต้องสนเลย แต่พอมีศาลปกครอง มีมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ เรื่องการกระทำของฝ่ายปกครองมันมาเป็นประเด็นที่คุณต้องรู้เลย คุณจะต้องรู้แล้วว่า เป็นกฎหรือไม่ เป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ หรือแม้กระทั่งเป็นคำสั่งอื่นหรือไม่ หรือเป็นสัญญาทางปกครอง พอมีศาลปกครองขึ้นมามันทำให้ต้องเรียนรู้เรื่องการกระทำของฝ่ายปกครอง ว่าการกระทำแบบไหนถูกฟ้องไปศาลยุติธรรม การกระทำแบบไหนถูกฟ้องไปศาลปกครอง ซึ่งถ้าพิจารณาตามหลักก็ต้องพิจารณาว่าการกระทำแบบไหนไปศาลปกครองก่อน เพราะศาลปกครองเป็นศาลพิเศษถ้าไม่ใช่เมื่อไหร่ถึงจะไปศาลยุติธรรม ศาลยุติธรรมก็จะเป็นศาลทั่วไปที่กวาดคดีไปหมดถ้าคดีนั้นไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง มันก็จะทำให้เรื่องที่เราเรียนพวกนี้ท้ายที่สุดมันเป็นประโยชน์ ประเด็นนี้ก็ถือว่าอาจารย์วรพจน์ทำให้ลูกศิษย์ในยุคแรก ๆ ที่ได้เรียนเอาไปใช้ประโยชน์ทำนู่นทำนี่ได้

ทีมงาน ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2528 เลยหรือครับ

ท่านอาจารย์เอกบุญ ของผมปี พ.ศ. 2528 จริง ๆ ก่อนหน้าผม ถ้าพูดถึงในศาลปกครองก็จะมีรุ่นท่านยงยุทธ อนุกูล ท่านกนิษฐา เชี่ยววิทย์ อีกคนที่รุ่นเดียวกันก็คือท่านเล็ก รดาวรรณ วานิช พวกนี้ถือว่ารุ่นแรก ๆ ก่อนผม

ทีมงาน อาจารย์วรพจน์เล่าว่าพอกลับมาจากฝรั่งเศส ตอนแรกที่มาสอนก็เอา basic concept มาสอนเรื่องการกระทำของฝ่ายปกครอง เรื่องเงื่อนไขความสมบูรณ์ของการกระทำทางปกครอง

ท่านอาจารย์เอกบุญ สอนเรื่องดุลพินิจด้วย

ทีมงาน อาจารย์บอกผมว่าอาจารย์มุ่งมั่นอยู่แต่กับดุลพินิจ ชอบดุลพินิจมาก ๆ ตั้งแต่ตอนที่เรียนที่ฝรั่งเศส

ท่านอาจารย์เอกบุญ ก็อาจารย์วรพจน์ทำวิทยานิพนธ์ปริญญาเอกเรื่องดุลพินิจที่ฝรั่งเศส แล้วเป็นวิทยานิพนธ์เรื่องดุลพินิจที่เปรียบเทียบฝรั่งเศสกับอังกฤษด้วย

ทีมงาน มีพี่ที่รู้จักเขาเอาวิทยานิพนธ์เรื่องดุลพินิจของอาจารย์ไปโชว์อาจารย์วรพจน์ดู แล้วก็ชมว่านี่เป็นวิทยานิพนธ์เล่มแรกเรื่องดุลพินิจ เขียนดีมากเลย แล้วอาจารย์วรพจน์มองค้อน

ท่านอาจารย์เอกบุญ อาจารย์คงมองค้อนเล่น ๆ คือ ถ้าจะว่าไปมันก็จะเป็นส่วนหนึ่งที่เป็นผลงานของอาจารย์นั่นแหละ เพราะอาจารย์วรพจน์เป็นคนสอนผม คือ ถ้าไปถามอาจารย์ประสาท พงษ์สุวรรณ์ อาจารย์ประสาทก็จะบอกว่าของอาจารย์วรพจน์เป็นดุลพินิจภาคภาษาฝรั่งเศส ส่วนของผมเป็นดุลพินิจภาคภาษาไทย แล้วทำอยู่ในช่วงเดียวกันด้วย เพราะว่าช่วงที่ผมทำแล้วผมสอบจบ มันก็เป็นช่วงที่อาจารย์วรพจน์จบปริญญาเอกกลับมาพอดี มันก็เป็นงานที่เหมือนจะออกมาในช่วงปีเดียวกัน ถ้าผมจำไม่ผิดนะ เพราะตอนผมสอบปิดเล่มวิทยานิพนธ์ อาจารย์วรพจน์ไปนั่งฟังผมในห้องสอบ จริง ๆ ผมจะทำวิทยานิพนธ์กับอาจารย์วรพจน์ พอดีอาจารย์ต้องกลับไปฝรั่งเศสรอบสอง แกก็จูงมือผมไปหาอาจารย์พนม เอาผมไปฝากกับอาจารย์พนม จริง ๆ ตั้งใจว่าจะทำวิทยานิพนธ์กับแก เพราะว่าผมคุ้นเคยกับอาจารย์แล้ว

ทีมงาน ในช่วงเวลานั้น อาจารย์วรพจน์เป็นหลักในแง่กฎหมายปกครอง อาจารย์สมยศเป็นหลักในแง่กฎหมายรัฐธรรมนูญ สองท่านนี้เป็นหลักในการสอนกฎหมายมหาชนใช่มั้ยครับ

ท่านอาจารย์เอกบุญ ในแง่อาจารย์ประจำ 2 คนนี้ใช่ แต่สำหรับผม ผมว่าในแง่วิชารัฐธรรมนูญอาจารย์วรพจน์ก็มีส่วนที่ทำให้เราเข้าใจด้วย แกก็ปูพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญด้วย โดยเฉพาะประโยคที่อาจารย์พูด 2 ประโยคที่ต่อเนื่องกันว่าจะเก่งกฎหมายมหาชนได้ต้องเก่งกฎหมายเอกชนก่อน และที่สำคัญคือว่าในแง่กฎหมายมหาชนอย่าทิ้งทั้งรัฐธรรมนูญและปกครอง ห้ามทิ้ง หมายความว่าแม้กฎหมายปกครองคุณจะเด่นอย่างไรก็แล้วแต่ คุณก็ห้ามทิ้งรัฐธรรมนูญ เพราะฉะนั้นรัฐธรรมนูญเราจึงต้องอ่าน ต้องพูดต้องคุย เพียงแต่ว่าเราอาจจะไม่ต้องถึงขั้นหมกมุ่นกับมันตลอดเวลา แต่เราต้องไม่ปล่อยหลักพื้นฐานทางรัฐธรรมนูญที่มีอยู่ ในขณะเดียวกันแม้คุณจะโฟกัสรัฐธรรมนูญ แต่กฎหมายปกครองคุณก็ห้ามทิ้ง นี่คือสิ่งที่อาจารย์วรพจน์สอนมา แกให้ข้อคิดอย่างนี้มาตั้งนานแล้ว แล้วผมก็เอามาสอนต่อ เวลาพูดกับใครแนะนำใครผมก็จะบอกแบบที่อาจารย์สอนเรามา

ทีมงาน อาจารย์วรพจน์สอนอาจารย์กี่ปีก่อนที่จะกลับไปฝรั่งเศสอีกรอบ อยู่กันนานไหมครับช่วงนั้น

ท่านอาจารย์เอกบุญ ถ้าในแง่สอนปกติ สอนตาม course work ก็ 2 ปี อาจารย์ไปฝรั่งเศสตอนผมเริ่มทำวิทยานิพนธ์ และกลับมาตอนผมสอบปิดเล่ม ซึ่งผมไม่ได้จบเร็วนะ ผมน่าจะใช้สิทธิเต็มที่สมัยนั้น 7 ปี เพราะสมัยนั้นปริญญาโทธรรมศาสตร์จบก่อน 7 ปี นี่มันหายากมาก มีแต่ไม่จบกับจบ 7 ปี มีอาจารย์บรรเจิดคนเดียวที่จบเร็ว น่าจะประมาณ 5 ปี

ทีมงาน สะท้อนในมุมคนอ่านได้ไหมครับ ในมุมคนอ่านเห็นว่าในยุคที่อาจารย์ทำวิทยานิพนธ์ ทำออกมาได้ดีกว่าในยุคนี้นะครับ

ท่านอาจารย์เอกบุญ ไม่อยากจะพูด (หัวเราะ...) ไม่อยากจะพูดคำว่าแน่นอน แต่ก็มันต่างกันเยอะอยู่แล้ว เพราะว่าความพิถีพิถันทั้งของอาจารย์ทั้งของลูกศิษย์มันต่างกัน การสอบวิทยานิพนธ์สมัยก่อนไม่เหมือนสมัยนี้ สมัยนี้มานั่งฟังอาจารย์พูด พูดปุ๊บสอบเสร็จปั๊บเดี๋ยวเอาเล่มไปแก้ สมัยผมไม่มี ผมต้อง defense ผมต้องพูดว่าทำไมเราถึงอย่างนั้นอย่างนี้ แม้กระทั่งการใช้คำบางคำ ผมจำได้ก็คือ คำว่า “เงื่อนไขทางข้อเท็จจริงของการใช้อำนาจ” อาจารย์อมรที่เป็นประธานสอบวิทยานิพนธ์ ท่านถามว่าใครใช้คำนี้ อาจารย์วรพจน์นั่งอยู่ข้างหลัง ผมเองครับ!! แกช่วยผมตอบด้วยนะ การสอบสมัยก่อนเป็นการสอบที่แบบเด็กทุกคนจะต้องอกสั่นขวัญแขวน เรื่องความพิถีพิถันในการคิดโครงในการเขียนมันถูกฝึก แล้วก็สไตล์ที่มันเหมือนกับอาจารย์วรพจน์ปลูกฝังการคิดการเขียนสไตล์การเขียน มันทำให้สไตล์แบบนี้เหมือนสไตล์ฝรั่งเศส แต่วันนี้เรามาพูดเรื่องอาจารย์วรพจน์เราก็ต้องบอกว่าวิทยานิพนธ์แกก็สุดยอดนะ เป็นวิทยานิพนธ์ที่ดีนะ ผมอ่านหมดเล่มเลย

ทีมงาน ดีหรือไม่นี่ไม่รู้ รู้แต่ว่าอาจารย์กล้าเพราะกล้าทำของฝรั่งเศสล้วน ๆ เปรียบเทียบกับของอังกฤษไปเลย แล้วก็เป็นกฎหมายเปรียบเทียบที่กล้าทำขนาดนี้ในเวลานั้น

ท่านอาจารย์เอกบุญ มีอยู่ไม่กี่คนที่กล้าทำแบบนี้

ทีมงาน อาจารย์วรพจน์เล่าว่า อาจารย์กลับมาเป็นอาจารย์รุ่นเดียวกับอาจารย์บวรศักดิ์ แล้วเขาก็คุยกันด้วยว่าเขาจะกลับมาปรับวิธีสอนกฎหมายมหาชนใหม่ ให้กลับมาเริ่มศึกษาที่ basic concept

ท่านอาจารย์เอกบุญ มันเป็นสไตล์ยุโรป การเรียนอะไรที่มันกลับสู่ basic concept มันเป็นสไตล์ยุโรป ซึ่งพอผมไปเรียนเวลาใครมาถามผม ผมก็จะแนะนำลูกศิษย์ที่จะไปเรียนเลยว่า ถ้าคุณจะเอา basic concept แน่น ๆ คุณต้องไปฝรั่งเศส ไปยุโรป คุณจะได้ basic concept มันเป็นสไตล์เขาอยู่แล้ว

ทีมงาน นอกจากเรียนกับอาจารย์วรพจน์ในห้องเรียนแล้ว อาจารย์ได้มีโอกาสเรียนรู้จากท่านอาจารย์วรพจน์ในช่วงเวลาอื่นบ้างหรือไม่ครับ

ท่านอาจารย์เอกบุญ ผมโชคดีมากกว่า อาจารย์วรพจน์แกเป็นคนใจดี เวลามาเรียนที่คณะ ไม่ว่าจะเรียนกับอาจารย์หรือไม่ แต่ถ้าเจอกัน ผมเรียนเสร็จผมก็กลับบ้านกับแกทุกวัน ทางไปบ้านอาจารย์วรพจน์จะผ่านทางบ้านผมก่อน ก่อนจะถึงบ้านผม จะมีร้านอาหารอยู่ร้านหนึ่งริมถนน เราก็จะไปจอดรถแล้วก็นั่งกินข้าวกัน มันก็ได้คุยแลกเปลี่ยนความคิดเห็นกันมาตลอด พอกินเสร็จแกก็ขับรถกลับบ้าน ผมก็เดินกลับบ้าน เป็นอย่างนี้นานเป็นปี ๆ อาจจะไม่ถึงทุกวัน แต่อาทิตย์หนึ่งก็หลายวัน ผมก็ซึมซับวิธีคิด แม้กระทั่งการสอบนะ ตอนเรียนกับแก แกก็เอาแบบฝรั่งเศสมาสอบพวกผม คือ สอบข้อเขียนเสร็จ มีสอบปากเปล่า แล้วระหว่างคุณไปนั่งรอหน้าห้องคนอยู่ในห้อง โอ้โห!!! กูจะตายไหมวะเป็นอย่างนั้นเลย เข้มอ่ะ อาจารย์วรพจน์แกสอบแบบนั้นเลย มีสอบข้อเขียน มีสอบปากเปล่า แล้วก็เรียกไปสัมภาษณ์ทีละคน ๆ

ทีมงาน อาจารย์วรพจน์ดุไหม ตอนแลกเปลี่ยนความคิดเห็นกับเราเสียงอาจารย์ดังขึ้นเรื่อย ๆ ไหมครับ

ท่านอาจารย์เอกบุญ กับคนอื่นแกเป็น แต่แกไม่เคยเป็นกับผม ผมเป็นคนโชคดีนะ (หัวเราะ...) วันที่มีสอบพอผมเข้าไปสัมภาษณ์ได้แป๊บนึงนะ วันนั้นผมจำได้เลยสัมภาษณ์เสร็จ อาจารย์แสวงมาเคาะประตูห้อง เข้าไปแล้วจะไปกินข้าวกลางวันพอดี อาจารย์แสวงก็ขอโทษสัมภาษณ์อยู่ อาจารย์วรพจน์แกก็บอกไม่เป็นไรหรอกไอ้คนนี้มันเก่งจบแล้วไปเลยอะไรอย่างนี้ แกไม่ค่อยดุผม

ทีมงาน กับพวกเรานี่เสียงดังลั่นห้องเลย

ท่านอาจารย์เอกบุญ อันนั้นมันเป็นสไตล์พื้นฐานแกอยู่แล้ว สำหรับผม ผมถือว่าในแง่ความเป็นอาจารย์ผมมักจะเปรียบเปรยแกเป็นอาจารย์ที่เป็นอาจารย์แท้ ๆ คือ ถามหนึ่งตอบร้อย ถามอะไรแกก็จะอธิบาย มีคำอธิบายให้อีกอันหนึ่งที่ผมคิดว่าแกทำอย่างสม่ำเสมอ โดยเฉพาะในมุมมองของผมว่า ในฐานะอาจารย์ ผมเปิดประตูห้องเข้าไปเมื่อไหร่แกจะนั่งอ่านตำราอ่านหนังสืออยู่ตลอดเวลา อันนี้ คือ บุคลิกของอาจารย์วรพจน์

ทีมงาน หลังจากอาจารย์วรพจน์กลับไปทำปริญญาเอกที่ฝรั่งเศส คราวนี้อาจารย์กลับมาเจอกันอีกเมื่อไหร่ครับ

ท่านอาจารย์เอกบุญ พอผมจบโทแล้วก็ทำงาน ช่วงนั้นปี พ.ศ. 2530 กว่า ๆ จำได้ว่าเป็นยุครัฐบาลชวนสมัยแรก รัฐบาลมีนโยบายที่จะปรับประกาศคณะปฏิวัติทั้งหลายให้เป็นพระราชบัญญัติ ก็ตั้งกรรมการชุดหนึ่งมีท่านอาจารย์โสภณ รัตนากร เป็นประธาน แล้วก็มีอาจารย์กมลชัย อาจารย์สมยศ อาจารย์วรพจน์ แล้วก็มีอาจารย์จรัญ ภักดีธนากุล ผมเองตอนนั้นอาจารย์ปรีชาเป็น ส.ส.ประชาธิปัตย์ ก็เอาผมไปนั่งหน้าห้องรองบัญญัติ ผมก็ได้ไปช่วยงานชุดนี้ด้วย ก็ได้มาเจออาจารย์วรพจน์จริง ๆ อีกทีก็ตอนนั้น ก็ได้ทำงานด้วยกัน ช่วงนั้นที่เปลี่ยนการเคหะที่จัดตั้งโดยประกาศคณะปฏิวัติมาเป็นพระราชบัญญัติ ช่วงนั้นอาจารย์ปรีชาไปเล่นการเมือง คณะนิติก็เลยขาดอาจารย์ที่จะไปแทนตำแหน่งแก แล้วคณะเปิดสอบไปประมาณสองสามครั้ง มีคนสอบข้อเขียนได้แต่ตกสัมภาษณ์ อาจารย์สมยศกับอาจารย์วรพจน์ก็เลยบอกให้ผมมาสอบ ผมก็เลยไปสอบ ต้องไปนั่งอ่านหนังสือใหม่หมดเลย สิบกว่าปีแล้ว ก็ไปนั่งอ่านหนังสือแล้วก็ถึงไปสอบ ไปสอบเสร็จแล้วไปเป็นอาจารย์ปี พ.ศ. 2537 ช่วงนั้นก็ได้เจอแต่ก็ได้เจอแค่แป๊บเดียวเพราะปี พ.ศ. 2538 ผมก็ไปต่างประเทศ ผมกลับมาอีกทีน่าจะปี พ.ศ. 2545 อาจารย์วรพจน์ก็มาศาลปกครองแล้ว

ทีมงาน อาจารย์รู้สึกว่าตัวเองได้รับอิทธิพลความเป็นอาจารย์จากอาจารย์วรพจน์หรือไม่ อย่างไรครับ

ท่านอาจารย์เอกบุญ ได้รับอิทธิพลอยู่แล้ว เพราะว่าด้วยการที่อาจารย์วรพจน์เป็นคนที่สอนที่พยายามอธิบายให้ลูกศิษย์เข้าใจ คุณก็สังเกตเวลาที่ผมสอนเด็ก เด็กถามอะไรยังไงผมก็จะอธิบายให้หมด ส่วนสไตล์การสอนอาจจะไม่ได้รับอิทธิพลมาทั้ง 100% เพราะสไตล์การสอนมันพูดให้เหมือนกันไม่ได้ เพราะมันอยู่กันคนละยุค ในแง่รูปแบบอาจจะไม่เหมือน แต่สไตล์การสอนคิดว่าอาจจะมีความคล้าย แต่ที่สำคัญมันคืออิทธิพลความคิด

ทีมงาน ตอนผมทำงานอยู่กับอาจารย์วรพจน์ ก่อนที่อาจารย์จะบรรยาย อาจารย์จะเตรียมบรรยายทุกครั้ง ไม่มีครั้งไหนไม่เตรียมตัวก่อนสอนเลย

ท่านอาจารย์เอกบุญ อาจารย์วรพจน์แกจะสอนแกต้องรีบไปมหาวิทยาลัยก่อน ไปนั่งไปทวนไปดู

ทีมงาน ตอนอยู่กับอาจารย์วรพจน์หรือตอนที่สอนด้วยกันอาจารย์วรพจน์ดูเป็นคนกระหายความรู้ไหมครับ

ท่านอาจารย์เอกบุญ ก็ต้องเป็นอย่างนั้นอยู่แล้วเพราะว่าแกเป็นคนอ่านหนังสือตลอด แม้จะเป็นงานที่อ่านแล้วอาจารย์ก็ยังทวนบ่อย ๆ อีกอันหนึ่งที่ผมคิดว่าไม่ค่อยมีใครทำนะ ตอนผมเข้าไปเป็นอาจารย์แล้วก็ช่วยแกสอน เริ่มต้นผมก็เป็นอาจารย์ติว ผมติวเด็กผมก็ติวตามชั่วโมง แล้วผมใช้วิธีให้หัวข้อเด็กแล้วให้เด็กไปทำการบ้านแล้วให้เด็ก Present โดยผมเชิญอาจารย์วรพจน์มานั่งฟังแล้ววิจารณ์ ไม่ได้วิจารณ์อะไรนะ ก็คือวิเคราะห์ว่าถ้าตอบแบบนี้ได้กี่คะแนน ซึ่งอันนี้ไม่เห็นมีใครทำ แกก็ชอบนะเชิญทีไรก็รับทุกที แล้วแกก็มานั่งแล้วฟังเด็ก Present เหมือนให้เด็กฝึกตอบ ตอบเสร็จแล้วแกก็ช่วยชี้แนะให้



ทีมงาน ทุกวันนี้อาจารย์อยากลับความคิด อาจารย์ก็จะเรียกลูกศิษย์เข้ามาแล้วก็อธิบายให้ฟัง แต่รู้สึกว่าอาจารย์จะยอมไม่ค่อยได้ ถ้าถามว่าคุณเข้าใจไหม แล้วเราทำเหมือนไม่ค่อยเข้าใจ ก็จะพยายามอธิบายให้เราเข้าใจให้จงได้

ท่านอาจารย์เอกบุญ นั่นแหละคุณจะเห็นความเป็นครู แกเป็นคนที่ถามหนึ่งตอบร้อย แล้วก็มันเป็นวิธีที่ผมใช้กับอาจารย์ที่ปรึกษาตอนผมเรียนที่ฝรั่งเศสนะ คือ ผมจะวางไว้ว่าผมจะไปพบอาจารย์ที่ปรึกษาเดือนละครั้ง เดือนละครั้ง

ที่ผมไปอาจจะไม่ได้ไปพูดเรื่องงาน เพราะบางทีงานเราอาจจะไม่คืบ ผมก็จะไปอ่านบทความเรื่องที่อยากอ่านแล้วก็ไปคุยกับอาจารย์ เพราะแบบนี้ผมใช้วิธีแบบนี้อย่างน้อยอาจารย์ก็ Happy มันมาทุกเดือน ทำแบบนี้เวลานักเรียนไทยมาใหม่แกก็ให้มาหาผม เพราะว่าเราก็จะดูเหมือนที่อาจารย์เขาดูแลเรา ท่านอาจารย์วรพจน์ก็เป็นแบบนี้ครับ ท่านมีความเป็นครูอยู่ในสายเลือด

นอกจากท่านอาจารย์เอกบุญแล้ว ท่านอาจารย์บรรเจิด สิงคะเนติ ก็เป็นอีกคนที่เป็นลูกศิษย์ในห้องเรียนของท่านอาจารย์วรพจน์ วันนี้ทีมงานจึงพาท่านผู้อ่านมาพบกับ**ท่านอาจารย์บรรเจิด สิงคะเนติ** ขอให้ท่านพาพวกเราย้อนอดีตไปสัมผัสการเรียนกฎหมายมหาชนเมื่อประมาณ 30 กว่าปีที่แล้วว่าเป็นอย่างไร จนมาถึงปัจจุบัน ท่านมีเรื่องอะไรที่อยากเล่าให้ลูกศิษย์รุ่นหลัง ๆ ได้ฟังเพื่อเป็นแรงบันดาลใจบ้าง



ทีมงาน อาจารย์เริ่มรู้จักกับอาจารย์วรพจน์ได้อย่างไรครับ

ท่านอาจารย์บรรเจิด ผมจบปริญญาตรีจากมหาวิทยาลัยรามคำแหง หลังจากที่ผมเรียนจบเนติบัณฑิตแล้วก็ไปทำ NGO ที่ทำงานช่วยเหลือทางด้านกฎหมายให้แก่คนที่อยู่ในสลัม ทำงานด้านนี้ไปได้ประมาณ 2 ปี ก็รู้สึกว่าไม่ใช่ทางของผม ผมก็เลยมาสอบเรียนปริญญาโทด้านกฎหมายมหาชน สอบผ่านข้อเขียนทั้งที่จุฬาฯ และธรรมศาสตร์ และก็มีนัดสัมภาษณ์วันเดียวกัน ผมก็เลือกมาสัมภาษณ์ที่ธรรมศาสตร์ ในวันสัมภาษณ์อาจารย์สมยศและอาจารย์วรพจน์เป็นคนสัมภาษณ์ผม หลังสัมภาษณ์อาจารย์วรพจน์พูดทิ้งท้ายกับผมว่า ไปเตรียมอ่านหนังสือมาเรียนได้แล้ว จริง ๆ เวลานั้นผมยังไปสัมภาษณ์ที่จุฬาฯ ทัน แต่พออาจารย์พูดอย่างนี้ทำให้ผมมั่นใจว่าจะได้เรียนที่ธรรมศาสตร์ ผมก็เลยไม่ไปสัมภาษณ์ที่จุฬาฯ แล้ว ตอนนั้น ปี พ.ศ. 2531 รุ่นนั้นเฉพาะสายมหาชนมีเพียง 7 คน ผมคนเดียวที่เรียนจบปริญญาตรีจากรามคำแหง นอกนั้นจบธรรมศาสตร์หมด ตอนสมัยเรียนที่รามคำแหงก็เคยเรียนเรื่องการกระทำทางปกครอง แต่ตอนผมมาเจออาจารย์วรพจน์ชั่วโมงแรก ท่านเริ่มที่นิติกรรมทางปกครอง!! ผมงงมาก คืออะไร? ชั่วโมงแรกนี่ผมช็อคมาก ในสมัยนั้นคนเรียนกฎหมายมหาชนอย่างดีก็ไปเป็นนิติกรครับ แต่ผมไม่ได้สนใจเรื่องนั้นผมสนใจในเนื้อหาที่ชอบมากกว่า ตอนที่อาจารย์วรพจน์บรรยายเรื่องการกระทำทางปกครองนี่ผมจดทุกตัวอักษรเลยครับ แล้วก็นำมาพิมพ์หนังสือเป็นเล่ม

เพื่อเก็บไว้อ่านและเป็นประโยชน์ให้แก่นักศึกษารุ่นหลัง ๆ ด้วย ปัจจุบันเล่มนั้นก็ยังอยู่นะ เพราะฉะนั้น คนที่วางอิฐก้อนแรกในการเรียนกฎหมายมหาชนให้แก่ผมมีอยู่ 2 ท่าน คือ ท่านอาจารย์วรพจน์วางทางด้านกฎหมายปกครอง และท่านอาจารย์สมยศวางทางด้านกฎหมายรัฐธรรมนูญ

ทีมงาน แสดงว่าที่ท่านอาจารย์วรพจน์เคยเล่าให้ฟังว่าอาจารย์กับอาจารย์สมยศคุยกันว่าต้องปรับการสอนกฎหมายมหาชนโดยต้องเริ่มสอนที่ basic concept นั้นก็เป็นเรื่องจริง

ท่านอาจารย์บรรเจิด ใช่ครับ เพราะจากที่อาจารย์ทั้งสองท่านได้กรุณาปูพื้นนี่แหละที่ทำให้ผมได้พื้นฐานทางกฎหมายมหาชน พอมาถึงช่วงที่ทำวิทยานิพนธ์ผมได้ไปอ่านบทความเรื่องอำนาจฟ้องคดีปกครองที่อาจารย์กมลชัย รัตนสกาววงศ์ เขียนลงวารสารนิติศาสตร์[9] ผมสนใจในเรื่องนี้เพราะช่วงเวลานั้นแนวคิดการจัดตั้งศาลปกครองเริ่มเป็นแนวคิดที่ก่อรูปในสังคมไทย ผมเลยนำมาทำเป็นวิทยานิพนธ์เรื่อง “อำนาจฟ้องคดีปกครองในระบบกฎหมายไทย” โดยมีอาจารย์สมยศเป็นอาจารย์ที่ปรึกษาและอาจารย์กมลชัยเป็นที่ปรึกษาร่วม และในช่วงนั้นก็มีความพยายามผลักดันในการจะจัดตั้งศาลปกครอง ส่วนอาจารย์วรพจน์ต้องกลับไปทำปริญญาเอกที่ฝรั่งเศสต่อ

ทีมงาน ในช่วงที่อาจารย์วรพจน์สอนปริญญาโทบรรยากาศเป็นอย่างไรบ้างครับ

ท่านอาจารย์บรรเจิด ตอนนั้นเรียนกันตอนเย็น คนรุ่นเก่าอย่างพวกเราจะเรียนกันจริงจังมาก อ่านหนังสือกันเยอะ เรียนเยอะ และครูบาอาจารย์ในช่วงนั้นก็ทุ่มเทให้กับการสอนมาก ๆ เตรียมการสอนมาอย่างดี ว่าไปแล้วบรรยากาศการเรียนค่อนไปทางเข้มขรึม โดยเฉพาะวิชาอาจารย์วรพจน์ เนื่องจากเป็นการปูหลักพื้นฐาน ส่วนใหญ่แล้วท่านอาจารย์จะเลกเชอร์เป็นหลัก

ทีมงาน หลายครั้งที่ผมมีโอกาสได้คุยกับท่านอาจารย์วรพจน์ ท่านมักจะพูดถึงอาจารย์บรรเจิดว่าเป็นเด็กที่โตมาในห้องผม เด็กที่โตมาในห้องผมมีอาจารย์บรรเจิด อาจารย์เอกบุญ อยากให้อาจารย์ให้คำจำกัดความหน่อยครับว่าเป็นอย่างไร

ท่านอาจารย์บรรเจิด ในมุมของผม ผมเติบโตมาในทางวิชาการมากับท่านอาจารย์ เวลาเรียนผมจะให้ความสนใจกับการจดเลกเชอร์มาก ๆ มีประเด็นปัญหาอะไรก็เอามาแลกเปลี่ยนกันตลอด ได้รับมอบหมายงานใดพวกเราก็จะทำกันเต็มที่ พอไปเรียนต่างประเทศก็ได้ใช้ประโยชน์จากพื้นฐานที่อาจารย์วรพจน์กับอาจารย์สมยศวางไว้ให้ ท้ายสุดอาจารย์วรพจน์ก็มาเป็นอธิบดีที่ศาลปกครองกลาง ผมก็มาเป็นพนักงานคดีปกครอง เพราะฉะนั้น คำว่า เด็กที่โตมาในห้องผม ผมเข้าใจว่า คงหมายถึง เด็กที่ท่านอาจารย์มีโอกาสในการวางพื้นฐานในทางวิชาการให้ และท่านอาจารย์ได้เห็นความเติบโตทางวิชาการของพวกเรามาเป็นลำดับ เหมือนเด็กที่ค่อยเติบโตขึ้นมาทำนองนั้น

ทีมงาน ช่วงที่อาจารย์วรพจน์ดำรงตำแหน่งอธิบดีศาลปกครองกลาง อาจารย์บรรเจิดได้มีโอกาสร่วมงานกับอาจารย์วรพจน์บ้างหรือไม่ครับ

ท่านอาจารย์บรรเจิด ตอนนั้นยังไม่ได้ร่วมงานกับท่าน เพราะผมเป็นพนักงานคดีปกครอง ซึ่งอยู่ภายใต้สำนักงานศาลปกครอง แต่ก็มีเริ่มประเด็นเรื่องความเห็นทางวิชาการกัน คือ ตอนนั้นรัฐธรรมนูญ 2540 มาตรา 46 บัญญัติให้บุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมมีสิทธิที่จะมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืน ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ กระทรวงเกษตรและสหกรณ์ได้มีประกาศห้ามใช้เครื่องมืออวนลากทำการประมงในฤดูปลาวางไข่ในท้องที่จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ ชุมพร และสุราษฎร์ธานี ชาวประมงในท้องที่นั้นจึงนำมาฟ้องคดี[10] โดยอ้างว่าประกาศฉบับนี้ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพราะจำกัดสิทธิ

---

[9] กมลชัย รัตนสกาววงศ์. “อำนาจฟ้องคดีปกครอง” วารสารนิติศาสตร์ ฉบับที่ 3 (2530).

[10] คำพิพากษาของศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขดำที่ 1284/2544 หมายเลขแดงที่ 2253/2545 (นายสุนทร ทองคำ ที่ 1 กับพวกรวม 23 คน ผู้ฟ้องคดี)

ของประชาชนและมีผลกระทบต่อวิถีชีวิตชุมชนในการอนุรักษ์และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ และไม่ได้ให้ผู้ฟ้องคดีมีส่วนร่วมในกระบวนพิจารณาก่อนออกประกาศ ตอนนั้นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาตรา 29 ที่เป็นหลักประกันการคุ้มครองสิทธิบัญญัติให้นำมาใช้กับการออกกฎด้วย ซึ่งมาตรานี้ คือ หลักความพอสมควรแก่เหตุ[11] คดีนี้แม้อาจารย์วรพจน์ท่านจะไม่ได้เป็นองค์คณะ (ตอนนั้นท่านดำรงตำแหน่งอธิบดีศาลปกครองกลาง) แต่ท่านมีบทบาทในการนำเอา “หลักความพอสมควรแก่เหตุ” ตามรัฐธรรมนูญมาใช้ในการตัดสินคดีนี้เป็นคดีแรก ซึ่งได้วางหลักไว้อย่างถูกต้อง คือเอาหลักการย่อยสามหลักมาปรับใช้อย่างถูกต้องผมได้นำคำวินิจฉัยในคดีนี้มาเขียนลงในวารสารวิชาการศาลปกครองประมาณปี พ.ศ. 2545 ผมเขียนชื่นชมว่าคำพิพากษาฉบับนี้เป็นฉบับแรกของไทยที่นำหลักความพอสมควรแก่เหตุมาใช้ถูกต้องตามหลัก และมีความเหมาะสม แต่ก็มีประเด็นที่ผมไม่เห็นด้วย คือ ผู้ฟ้องคดีอ้างว่าหน่วยงานไม่ได้ให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งได้รับผลกระทบจากประกาศได้รับข้อมูล คำชี้แจง และแสดงความคิดเห็นก่อนออกประกาศตามที่รัฐธรรมนูญมาตรา 46 บัญญัติรับรองสิทธิไว้ แต่ศาลวินิจฉัยว่าในเวลาออกประกาศยังไม่มีกฎหมายบัญญัติหลักเกณฑ์และวิธีการที่บุคคลจะใช้สิทธิดังกล่าว หน่วยงานจึงไม่จำต้องดำเนินการ ผมก็เขียนวิจารณ์ว่าแบบนี้ไม่ได้ ศาลจะบอกว่าไม่มีกฎหมายศาลจึงไม่ให้สิทธิไม่ได้!! ซึ่งประเด็นนี้อาจารย์วรพจน์ก็เห็นด้วยนะครับ จากประเด็นดังกล่าวนี้ต่อมาในภายหลังเมื่อการเขียนรัฐธรรมนูญใหม่ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มีการปรับแก้ ตัดคำว่า “ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ทิ้งไป และไปเพิ่มความในมาตรา 28 วรรคสาม ให้บุคคลสามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในหมวดสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทยได้โดยตรง[12] ภายหลังผมมาเจออาจารย์วรพจน์ถามอาจารย์ว่าอาจารย์ไม่พอใจผมที่คอมเมนต์ในทางวิชาการดังกล่าวไหม ท่านอาจารย์บอกว่าไม่ ๆ หลังจากนั้นหากผมไปพูดถึงคดีนี้ในเวทีไหน ผมก็จะชมคดีนี้ว่าเป็นการนำหลักรัฐธรรมนูญเรื่องความพอสมควรแก่เหตุมาใช้เป็นคดีแรกอย่างถูกต้อง วันหนึ่งไปร่วมเวทีเดียวกันกับท่านอาจารย์วรพจน์ ผมก็พูดถึงคดีนี้ อาจารย์วรพจน์ยังบอกให้ผมต้องพูดถึงประเด็นที่ผมวิจารณ์คำพิพากษาฉบับนี้ด้วย (หัวเราะ...) เพื่อจะให้เห็นว่าไม่ใช่ว่าผมอวยครูบาอาจารย์ แต่หลังจากช่วงกลางปี พ.ศ. 2545 ผมกับอาจารย์ก็ไม่ค่อยได้เจอกันแล้ว เพราะผมย้ายไปเป็นอาจารย์ที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ทีมงาน บรรยากาศในตอนนั้น หลังจากมีประเด็นนี้ อาจารย์คิดว่าอาจารย์วรพจน์เปลี่ยนไปจากตอนที่เป็นอาจารย์ในมหาวิทยาลัยหรือไม่ครับ

ท่านอาจารย์บรรเจิด ผมคิดว่า วิถีการเป็นอาจารย์กับวิถีความเป็นผู้บริหารแบบอธิบดีศาลปกครองกลาง หรือประธานศาลปกครอง จะมีลักษณะการทำงานที่แตกต่างกัน แต่ความเป็น “อาจารย์” ของอาจารย์วรพจน์ก็ยังเหมือนเดิม ในมิติเรื่องวิชาการก็เหมือนเดิม อาจารย์วรพจน์ก็บอกว่าพวกคุณต้องวิจารณ์ศาลบ้าง ผมเองก็อยากจะบอกอาจารย์รุ่นหลังว่าต้องมีคนวิจารณ์คำพิพากษาของศาลปกครองบ้าง ช่วงหลังจะหานักวิชาการเขียนวิจารณ์คำพิพากษาศาลปกครอง (ทางวิชาการ) แทบจะไม่มี เมื่อก่อนผมทำบทความทางวิชาการวิจารณ์คำพิพากษาศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญอยู่พอสมควร รวมเป็นเล่มเลย ที่จริงศาลปกครองต้องการภาพสะท้อนจากภาควิชาการนะ แต่เดี๋ยวนี้อย่าว่าแต่การขาดคนที่จะมาวิจารณ์ทางวิชาการเพื่อเป็นกระจกสะท้อนเลย คนจะมาบรรยายให้ความรู้วิชาการกฎหมายมหาชนก็ยังมีจำกัด ผมเองก็มีข้อจำกัดมากขึ้นในเรื่องเวลา ช่วงหลังจึงไม่ค่อยได้ทำหน้าที่นำคำพิพากษาของศาลปกครองมาเขียนในทางวิชาการ

---

[11] ในหนังสือและคำบรรยายของท่านอาจารย์วรพจน์จะเรียกหลักนี้ว่า “หลักความได้สัดส่วน”

[12] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 มาตรา 28 วรรคสาม บัญญัติว่า บุคคลย่อมสามารถใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับให้รัฐต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติในหมวดนี้ได้โดยตรง หากการใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องใดมีกฎหมายบัญญัติรายละเอียดแห่งการใช้สิทธิและเสรีภาพตามที่รัฐธรรมนูญนี้รับรองไว้แล้ว ให้การใช้สิทธิและเสรีภาพในเรื่องนั้นเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

ทีมงาน หลักจากนั้นที่อาจารย์เรียนกับอาจารย์วรพจน์แล้ว จบจากเยอรมันแล้ว งานวิชาการที่อาจารย์ผลิตออกมา มีส่วนใดที่ได้รับอิทธิพลหรือแรงบันดาลใจจากอาจารย์วรพจน์บ้างหรือไม่ อย่างไร ครับ

ท่านอาจารย์บรรเจิด ความรู้ที่ได้จากอาจารย์วรพจน์เป็นพื้นฐานอยู่แล้ว หลักจากไปเรียนที่เยอรมันผมก็นำองค์ความรู้มาจากเยอรมัน โดยพื้นฐานความรู้ที่ได้จากอาจารย์วรพจน์ก็ทำให้เข้าใจเรื่องหลักพื้นฐานเหล่านี้ได้ง่ายขึ้น หลักการของท่านอาจารย์ก็ยังใช้มาจนถึงทุกวันนี้ แต่องค์ความรู้ส่วนมากที่ผมนำมาผลิตงานวิชาการหลังจากจบจากเยอรมันจะมาจากหลักกฎหมายที่เป็นหลักกฎหมายเยอรมันเป็นหลัก เช่น เรื่องสิทธิและเสรีภาพ จริง ๆ อาจารย์วรพจน์ก็เขียนมาก่อน แต่ของเยอรมันจะมีมุมมองอีกแบบหนึ่งที่แตกต่างกัน หัวใจสำคัญของสิทธิเสรีภาพก็คือหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิ ความจริงแล้วท่านอาจารย์วรพจน์ก็เขียนหนังสือเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพมาก่อน หลังจากผมจบกลับมาหนังสือเล่มแรกที่ผมเขียนก็เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพ

ทีมงาน อาจารย์วรพจน์ก็พูดเรื่องนี้เหมือนกัน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 อาจารย์บอกว่าแก่นของเรื่องนี้ก็คือหลักประกันการคุ้มครองสิทธิ

ท่านอาจารย์บรรเจิด เพราะว่าตอนยกร่าง เข้าใจว่าอาจารย์วรพจน์เป็นประธานอนุกรรมการยกร่างในส่วนที่เกี่ยวกับหมวดสิทธิและเสรีภาพ ท่านก็ได้แนวคิดมาจากรัฐธรรมนูญของเยอรมัน ซึ่งคนที่พูดเรื่องสิทธิและเสรีภาพแล้วไม่พูดเรื่องหลักประกันสิทธิ ก็เท่ากับไม่ได้กล่าวถึงหัวใจสำคัญของเรื่องนี้ (หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพ)

ทีมงาน แต่ของไทยไม่ค่อยมีใครคิดแบบนั้น ของฝรั่งเศสกับของเยอรมันก็มีมุมมองที่แตกต่างกัน อย่างล่าสุดที่มี professor จากฝรั่งเศสมาบรรยายที่ศาลเรื่อง “ความสงบเรียบร้อย” ถ้าเราพิจารณาวิธีการตีความของเขา เขาตีความคำว่า “ความสงบเรียบร้อย” เพื่อคุ้มครองสิทธิ แต่ของเยอรมันจะพูดเรื่องคุ้มครองสิทธิตั้งแต่แรก คือ พิจารณาจากสิทธิเสรีภาพไปก่อน แล้วจึงพิจารณาความสงบเรียบร้อย แต่พอของไทยพูดเรื่องความสงบเรียบร้อยเป็นข้อยกเว้นสิทธิเสรีภาพเด็ดขาดไปเลย แบบนี้ไม่ได้!! ความสงบเรียบร้อยของบ้านเรามันเอาไว้ against สิทธิเสรีภาพประชาชนเลยนะ

ท่านอาจารย์บรรเจิด จริง ๆ ประเภทคดีตามมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ ของไทยเรานี่แยกประเภทคดีตามตัวการกระทำของฝ่ายปกครอง แต่เยอรมันเขาแยกตามวัตถุประสงค์ของการฟ้องคดี หัวใจสำคัญของการแยกตามวัตถุประสงค์ของคำฟ้องมันจะนำไปสู่การคุ้มครองสิทธิได้ตามวัตถุประสงค์ของการฟ้องคดี มันมองจากสิทธิไป

ทีมงาน อาจารย์คิดว่าอาจารย์วรพจน์มีคุณูปการอย่างไรบ้างในวงการกฎหมายมหาชน

ท่านอาจารย์บรรเจิด ผมมองว่าอาจารย์วรพจน์เป็นผู้ที่มีคุณูปการหลายอย่าง ตอนที่อยู่มหาวิทยาลัยอาจารย์วรพจน์เป็นผู้วางรากฐานทางวิชาการให้ลูกศิษย์ลูกหา แต่เมื่อมาเป็นตุลาการศาลปกครอง ผมคิดว่าคำวินิจฉัยของอาจารย์วรพจน์หลายคดีมันมีลักษณะเป็น Sources of Law เพราะว่าคำพิพากษาบรรทัดฐานมีฐานะเป็น Sources of Law ได้ เช่น คดีติดป้ายโฆษณาในหน้าต่างโบกี้รถไฟที่อาจารย์วินิจฉัยว่าละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์[13] คดีโบกี้รถไฟ ผมอธิบายทุกคนก็เห็นด้วยหมดนะครับ คือผมอธิบายว่า คนที่วางหลักในคดีนี้วางหลักได้อย่างถูกต้อง เพราะมีคำสำคัญที่เป็นหัวใจของเรื่องเพียงคำเดียว คือ “เยี่ยงวัตถุ” นี่แสดงว่าอาจารย์วรพจน์ถอดมาถูกหลัก เพราะหลักของเรื่องนี้ก็คือ เมื่อใดก็ตามที่มนุษย์ถูกลดฐานะเป็นเพียงวัตถุแห่งการกระทำของรัฐ เมื่อนั้นกระทบศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์

---

[13] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ. 231/2550 วินิจฉัยว่า “...เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่ารถโดยสารทุกชนิดจะต้องมีหน้าต่าง หน้าต่างรถโดยสารมิได้มีไว้เพียงเพื่อให้แสงสว่างจากภายนอกรถเข้าไปภายในรถได้เท่านั้น แต่ยังมีไว้เพื่อให้ผู้โดยสารสามารถมองเห็นสรรพสิ่งที่อยู่ภายนอกรถ เพื่อให้เกิดความเพลิดเพลินในระหว่างที่อยู่ในรถและระแวดระวังภยันตรายที่อาจจะมีจากภายนอกรถอีกด้วย รถโดยสารที่ไม่มีหน้าต่างจึงไม่อาจเรียกได้ว่ารถโดยสาร แต่เป็นรถขนส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์ และต้องถือว่าผู้ให้บริการรถโดยสารสาธารณะที่ไม่มีหน้าต่างปฏิบัติต่อผู้โดยสารเยี่ยงวัตถุ ซึ่งเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้โดยสาร...”

ดังนั้น คุณูปการประการหนึ่งของการที่ท่านอาจารย์วรพจน์มาเป็นตุลาการศาลปกครอง คือ การสร้างคำพิพากษาบรรทัดฐาน เพราะคนที่จะวางหลักพวกนี้ได้ต้องมีฐานความรู้ทางทฤษฎีแน่น สามารถปรับกับข้อเท็จจริงได้ และนำมาวางหลักเป็นคำพิพากษาบรรทัดฐานได้ คุณูปการนี้จึงเป็นคุณูปการที่สำคัญ อาจารย์วรพจน์ท่านเคยบอกว่าแม้จะมีความรู้ในทางทฤษฎีมากมายประการใดก็ตาม แต่คนเป็นครูบาอาจารย์ก็ไม่อาจทำภารกิจนี้ได้ ดังนั้น อาจารย์วรพจน์จึงสามารถทำภารกิจนี้ได้ด้วยคุณสมบัติเฉพาะตัวของท่าน และนี่คือคุณูปการในวงการกฎหมายมหาชนของไทย



ท่านอาจารย์วรพจน์เล่าว่าเรียนจบปริญญาเอกแล้วกลับเมืองไทยเมื่อปลายปี พ.ศ. 2535 ก่อนที่จะกลับมาสอนหนังสืออย่างจริงจังได้ลาบวช ท่านอาจารย์วรพจน์เป็นคนไชยา บ้านเดียวกับท่านอาจารย์พุทธทาส เคารพและนับถือท่านอาจารย์พุทธทาสมาก จึงไปบวช แล้วขอไปจำพรรษาอยู่กับท่านอาจารย์พุทธทาสที่สวนโมกข์ หนึ่งพรรษา ท่านเล่าว่าตอนนั้นท่านอาจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ ไปเป็นโยมอุปัฏฐาก ซื้อผ้าไตรจีวรให้ตอนที่ไปบวชจำพรรษาอยู่กับท่านอาจารย์พุทธทาส ท่านยังเล่าให้ฟังด้วยว่าหลังจากกลับจากฝรั่งเศสท่านยังได้มีโอกาสขับรถให้ท่านอาจารย์จิตตินั่งอยู่เลย

หลังจากบวชแล้ว ท่านกลับมาสอนหนังสือ โดยสอนวิชานิติปรัชญา กฎหมายรัฐธรรมนูญ กฎหมายปกครอง โดยในการสอนรัฐธรรมนูญชั้นสูงท่านอาจารย์วรพจน์เล่าว่า ท่านไม่ค่อยได้สอนเรื่องสถาบันทางการเมือง ระบอบการปกครอง แต่ท่านอาจารย์จะเน้นสอนเรื่องสิทธิเสรีภาพ แต่โดยรวมแล้วท่านอาจารย์จะเน้นสอนเสาหลักทางกฎหมายมหาชนสองเสา คือ หลักนิติรัฐกับหลักประชาธิปไตย

สำหรับบทบาทในการยกร่างกฎหมายฉบับสำคัญด้านกฎหมายปกครองนั้น พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ พระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดฯ ได้เริ่มต้นยกร่างตั้งแต่ตอนที่ท่านอาจารย์ยังเรียนอยู่ที่ฝรั่งเศส

จึงไม่ได้มีส่วนในการยกร่าง แต่หลังจากท่านกลับมาจากฝรั่งเศสแล้วเมื่อปลายปี พ.ศ. 2535 กฎหมายเหล่านั้นยังไม่เข้าสภา จึงกลับมาทันในช่วงที่มีการนำร่างกฎหมายไปสัมมนารับฟังความคิดเห็น จึงได้มีส่วนในการเขียนคอมเมนต์ร่างกฎหมายต่อมา เมื่อกฎหมายเข้าสภาแล้ว ท่านอาจารย์ได้เข้าไปเป็นกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ร่างพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ฯ และร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ โดยเป็นกรรมาธิการซึ่งมาจากฝั่งรัฐบาล และผู้ที่เสนอชื่อท่านเป็นกรรมาธิการก็คือท่านอาจารย์ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์

นอกจากการร่างกฎหมายแล้ว ท่านอาจารย์ยังเคยเป็นกรรมการในคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง กรรมการวินิจฉัยการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร เป็นกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์และกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ภูมิภาคประจำภาคเหนือ ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2539 จนถึงปี พ.ศ. 2544 ซึ่งคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์นั้นจัดตั้งขึ้นตามแนวคิดของท่านศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์ ที่เห็นว่า การจะจัดตั้งศาลปกครองขึ้น โดยที่ยังไม่มีการจัดระบบกระบวนการยุติธรรมทางปกครองและเตรียมความพร้อมเรื่องบุคลากร อาจก่อให้เกิดปัญหาขึ้นได้ จึงมีการตรากฎหมายจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ขึ้นทำหน้าที่วินิจฉัยข้อพิพาททางปกครอง โดยใช้ระบบร้องทุกข์เป็นฐานในการพัฒนาหลักกฎหมายปกครอง เพื่อจะพัฒนาไปสู่การจัดตั้งศาลปกครองในอนาคต ท่านอาจารย์เคยเล่าให้ทีมงานฟังว่าตอนที่ท่านเป็นกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ภูมิภาคประจำภาคเหนือ ได้นำทฤษฎีหลักความเสมอภาคหรือหลักการห้ามเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมมาใช้ในการวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ กรณีโรงเรียนสาธิตมหาวิทยาลัยเชียงใหม่รับสมัครคัดเลือกนักเรียนเข้าเรียน โดยให้ผู้ปกครองระบุจำนวนเงินบริจาคเพื่อใช้พัฒนาการเรียนให้แก่โรงเรียนไว้ล่วงหน้าพร้อมกับการยื่นใบสมัครสอบ โดยท่านได้วินิจฉัยไว้ ดังนี้[14]

“การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางร่างกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ การที่แยกบุคคลออกเป็นประเภทโดยคำนึงถึงความแตกต่างในเรื่องต่าง ๆ ดังกล่าว แล้วปฏิบัติต่อบุคคลแต่ละประเภทแตกต่างกันนั้น จะกระทำได้โดยชอบด้วยรัฐธรรมนูญต่อเมื่อเป็นการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลอย่างเป็นธรรมเท่านั้น

การพิจารณาว่า การเลือกปฏิบัติต่อบุคคล... จะเป็นการเลือกปฏิบัติอย่างเป็นธรรม ก็ต่อเมื่อมีวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรม และการเลือกปฏิบัตินั้นสามารถทำให้เกิดผลตามวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมเท่านั้น

คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ภูมิภาคประจำภาคเหนือ เห็นว่า การจัดตั้งโรงเรียนสาธิตขึ้นในมหาวิทยาลัยต่าง ๆ ของรัฐ มีวัตถุประสงค์เพื่อให้โรงเรียนสาธิตเป็นห้องปฏิบัติการทดลองของคณะครุศาสตร์ และคณะศึกษาศาสตร์ของมหาวิทยาลัยนั้น ๆ ประการหนึ่ง และเป็นสวัสดิการให้แก่บุคลากรของมหาวิทยาลัยนั้น ๆ ในอันที่จะส่งบุตรหลานของตนเข้าเรียนในโรงเรียนสาธิตมหาวิทยาลัยอีกประการหนึ่ง ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรม การเลือกปฏิบัติต่อนักเรียนที่สมัครสอบคัดเลือกเข้าเรียนในโรงเรียนสาธิตของมหาวิทยาลัยต่าง ๆ ของรัฐจึงต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ดังกล่าวเท่านั้น

การที่โรงเรียนสาธิตมหาวิทยาลัยเชียงใหม่พิจารณาคัดเลือกนักเรียนที่สมัครสอบคัดเลือกเข้าเรียนโดยใช้หลักเกณฑ์อื่น ๆ นอกเหนือจากคะแนนที่นักเรียนสอบได้ และการเป็นญาติ... โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้จำนวนเงินที่ผู้ปกครองนักเรียนแสดงความจำนงจะบริจาคให้โรงเรียนเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคัดเลือกนักเรียนเข้าเรียนในโรงเรียนนั้น มิได้เป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งโรงเรียนสาธิตฯ และดังนั้นจึงเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

---

[14] คำวินิจฉัยคณะกรรมการวินิจฉัยการร้องทุกข์ภูมิภาคประจำภาคเหนือ ที่ 44/2541 ระหว่าง นายประทีป อิสระชาญพานิช ผู้ร้องทุกข์ โรงเรียนสาธิตมหาวิทยาลัยเชียงใหม่ คณะศึกษาศาสตร์ มหาวิทยาลัยเชียงใหม่ หน่วยงานที่รับผิดชอบ

ทางเศรษฐกิจหรือสังคมของนักเรียนและผู้ปกครองนักเรียน ต้องห้ามตามมาตรา 30 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540

คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ภูมิภาคประจำภาคเหนือตระหนักดีว่า โรงเรียนต่าง ๆ อาจมีความจำเป็นขอรับเงินบริจาคจากผู้ปกครองนักเรียนเพื่อนำไปใช้ในการพัฒนาการเรียนการสอน และทำนุบำรุงอาคารสถานที่ของโรงเรียน แต่การขอรับเงินบริจาคดังกล่าวไม่ควรกระทำในขณะที่ผู้ปกครองพานักเรียนไปสมัครสอบคัดเลือก โดยการให้ผู้ปกครองของนักเรียนระบุจำนวนเงินบริจาคล่วงหน้าพร้อมกับการยื่นใบสมัครสอบคัดเลือก

ด้วยเหตุผลดังกล่าว คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ภูมิภาคประจำภาคเหนือจึงมีมติเสนอแนะต่อนายกรัฐมนตรีเพื่อสั่งการให้ทบวงมหาวิทยาลัยดำเนินการให้โรงเรียนสาธิตมหาวิทยาลัยเชียงใหม่ แก้ไขปรับปรุงหลักเกณฑ์ในการคัดเลือกนักเรียนเข้าเรียนในโรงเรียนให้สอดคล้องกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ให้ห้ามมิให้พิจารณาคัดเลือกนักเรียนที่สมัครเข้าเรียนในโรงเรียนโดยใช้จำนวนเงินที่ผู้ปกครองนักเรียนแสดงความจำนงจะบริจาคให้แก่โรงเรียนเป็นหลักเกณฑ์ในการพิจารณาคัดเลือก”

ท่านอาจารย์วรพจน์เปลี่ยนบทบาทจากความเป็นนักวิชาการในสายวิชาการ มาเป็นนักวิชาการในสายวิชาชีพเมื่อวันที่ 21 กุมภาพันธ์ 2544 ซึ่งเป็นวันที่ท่านได้เข้าถวายสัตย์ปฏิญาณต่อองค์พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว เพื่อปฏิบัติหน้าที่ในฐานะตุลาการ ในตำแหน่งอธิบดีศาลปกครองกลาง คนแรกของประเทศไทย ซึ่งต้องรับภาระหนักในการวางระบบการทำงานของตุลาการศาลปกครองชั้นต้นที่ใหญ่ที่สุด และทำหน้าที่สำคัญในการเป็นพี่เลี้ยงให้คำแนะนำในการปฏิบัติหน้าที่แก่ตุลาการศาลปกครองกลางชุดแรก ซึ่งเป็นรากฐานสำคัญของการพัฒนาศาลปกครองในเวลาต่อมา

นับได้ว่าช่วงเวลาดังกล่าวเป็นช่วงอันสำคัญยิ่งต่อพัฒนาการของศาลปกครองในด้านต่าง ๆ ทีมงานจึงพาท่านผู้อ่านมาสัมภาษณ์บุคคลที่มีส่วนช่วยท่านอาจารย์วรพจน์ในการก่อร่างสร้างศาลปกครองกลางขึ้น **ท่านวิชญ์ชัย ธรรมประดิษฐ์ อธิบดีศาลปกครองภูเก็ต** ผู้ซึ่งเป็นผู้อำนวยการส่วนเลขานุการอธิบดีศาลปกครองกลางคนแรก พร้อมกับท่านอาจารย์วรพจน์ซึ่งเป็นอธิบดีศาลปกครองกลางคนแรก และแน่นอนทั้งสองท่านได้มีโอกาสทำงานร่วมกัน มีส่วนร่วมกันในการก่อร่างสร้างระบบศาลปกครองกลางให้เข้มแข็งจนถึงทุกวันนี้ เราจะพาท่านย้อนกลับไปดูว่าในยุคนั้นท่านเริ่มวางระบบทำงานกันอย่างไร และการทำงานกับท่านอาจารย์วรพจน์ในยุคนั้นเป็นอย่างไร

ทีมงาน ท่านเริ่มการทำงานกับท่านอาจารย์วรพจน์ตั้งแต่เมื่อใดครับ

ท่านวิชญ์ชัย ผมไม่ได้จบปริญญาตรีจากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ แต่ผมจบจากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง จากนั้นไปสอบเข้าเรียนในระดับปริญญาโท คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมื่อผมสอบสัมภาษณ์นั้น ท่านอาจารย์ปรีดี เกษมทรัพย์ ได้กรุณาอธิบายให้ผมฟังว่า เนื่องจากผมจบการศึกษาระดับปริญญาตรีจากมหาวิทยาลัยรามคำแหง ไม่มีการเรียนการสอนวิชานิติปรัชญา ซึ่งเป็นวิชาบังคับในคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ แต่วิชานี้เป็นวิชาที่จำเป็นในการเรียนระดับปริญญาโท หากมีเวลาว่างในช่วงกลางวันก็ให้ผมไปฟังการบรรยายวิชานิติปรัชญากับน้อง ๆ ระดับปริญญาตรี ในเวลานั้นการเรียนระดับปริญญาโทที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ จะมีบรรยายในตอนเย็น บังเอิญเวลานั้นผมยังไม่มีงานทำ ผมจึงไปนั่งฟังการบรรยายวิชานิติปรัชญาในระดับปริญญาตรี จึงได้ฟังการบรรยายของอาจารย์วรพจน์ มีความรู้สึกว่าอาจารย์บรรยายให้เห็นภาพของการเรียนนิติปรัชญาที่ไม่ยากเกินไป จึงมีความรู้สึกถูกชะตากับอาจารย์ โดยได้พูดคุยสอบถามเรื่องที่เรียนกับอาจารย์วรพจน์และได้อาสาช่วยงานอาจารย์เล็ก ๆ น้อย ๆ บ่อยครั้งจนมีความคุ้นเคยกัน แต่ผมไม่ได้เรียนในสาขากฎหมายมหาชน หลังจากนั้น เท่าที่จำได้อาจารย์เดินทางไปศึกษาต่อในระดับปริญญาเอกที่ประเทศฝรั่งเศส จึงทำให้ไม่ได้พบกันอีก ต่อมา ในราวปี พ.ศ. 2534 ผมได้โอนมารับราชการที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา จึงได้มาพบกับอาจารย์อีกครั้งหนึ่ง ในช่วงนั้นผมได้รับความกรุณาจากอาจารย์ที่อนุญาตให้ผมเข้าไปนั่งฟังการบรรยายวิชากฎหมายปกครองในการเรียนระดับปริญญาโท

ที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ผมได้รับความรู้ในเรื่องนี้อย่างต่อเนื่อง ซึ่งนับว่าเป็นประโยชน์ในการทำงานมาถึงปัจจุบัน นอกจากที่ไปฟังการบรรยายของอาจารย์แล้ว หลังจากนั้น จำปี พ.ศ. ไม่ได้ อาจารย์ได้รับการแต่งตั้งเป็นกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ จึงได้มีโอกาสสอบถามความรู้จากอาจารย์เป็นระยะ ๆ จนกระทั่งต่อมาเมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 อาจารย์ได้มีส่วนช่วยเป็นอย่างมากในการจัดตั้งศาลปกครอง ในปี พ.ศ. 2544 สำนักงานศาลปกครองได้เริ่มต้นสรรหาบุคคลมาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด รุ่นที่ 1 ซึ่งอาจารย์ได้ร่วมสมัครเข้ารับการสรรหาด้วย แต่มีปัญหาในทางการเมืองเป็นเหตุให้อาจารย์ไม่ได้รับการคัดเลือกเป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุด รุ่นที่ 1 แต่ในมุมมองของผมกลับเห็นว่านับเป็นความโชคดีของศาลปกครอง เพราะเมื่อมีการเปิดรับสมัครสอบเป็นตุลาการศาลปกครองชั้นต้น รุ่นที่ 1 อาจารย์มาสมัครสอบในตำแหน่งอธิบดีศาลปกครองกลาง ซึ่งอาจารย์ผ่านการคัดเลือกเป็นอธิบดีศาลปกครองกลางคนแรก ซึ่งอาจารย์ได้วางรากฐานการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองจนเป็นแบบถึงปัจจุบัน และนั่นเป็นจุดเริ่มต้นที่ผมได้ร่วมทำงานกับอาจารย์อย่างสม่ำเสมอ โดยผมได้รับการแต่งตั้งเป็นผู้อำนวยการส่วนเลขานุการอธิบดีศาลปกครองกลางคนแรกเช่นกัน ตำแหน่งนี้ช่วยทำงานกลั่นกรองคำฟ้อง รวมทั้งคำสั่ง คำพิพากษาให้กับอาจารย์ อีกทั้งจะต้องประสานงานกับท่านตุลาการศาลปกครองกลาง ผมจึงค่อนข้างคุ้นเคยกับท่านตุลาการศาลปกครองกลางในรุ่นที่ 1 รุ่นที่ 2 และรุ่นที่ 3 หากรวมเวลาที่ทำงานกับอาจารย์ในขณะที่อาจารย์ดำรงตำแหน่งอธิบดีศาลปกครองกลางและผมทำงานกับอาจารย์อย่างใกล้ชิดประมาณ 3 ปี คือ ปี พ.ศ. 2544 – พ.ศ. 2546 หลังจากนั้น ผมก็ไปทำงานบริหารของสำนักงานศาลปกครองกลางช่วงเวลาหนึ่งต่อมา ในปี พ.ศ. 2547 – พ.ศ. 2548 ผมก็สอบเป็นตุลาการศาลปกครองชั้นต้น ซึ่งขณะนั้นอาจารย์ขึ้นไปดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุดแล้ว

ทีมงาน การทำงานกับท่านอาจารย์วรพจน์เป็นอย่างไรบ้างครับ

ท่านวิชญ์ชัย การทำงานกับท่านอาจารย์ไม่ว่าช่วงเวลาใด คือ หลังจากที่ผมเป็นตุลาการศาลปกครองชั้นต้นก็ไม่ได้ทำงานร่วมกับอาจารย์มากนัก แต่มาทำงานร่วมกันอีกครั้งในช่วงปี พ.ศ. 2558 – พ.ศ. 2561 ขณะนั้นผมดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองชั้นต้นประจำศาลปกครองสูงสุด อาจารย์ดำรงตำแหน่งรองประธานศาลปกครองสูงสุดคนที่ 2 อาจารย์ได้รับมอบหมายจากท่านประธานศาลปกครองสูงสุดในเวลานั้น คือ ท่านปิยะ ปะตังทา ให้อาจารย์เป็นผู้รับผิดชอบในการควบคุมดูแลฝ่ายเลขานุการที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ในช่วงเวลานี้จึงเป็นช่วงเวลาที่ผมได้ทำงานในทางวิชาการร่วมกับอาจารย์อย่างใกล้ชิด ผมอยากจะสรุปว่า ไม่ว่าในการทำงานกับอาจารย์ในช่วงที่ปฏิบัติหน้าที่ที่ศาลปกครองกลางและในช่วงที่ปฏิบัติหน้าที่ดูแลฝ่ายเลขานุการที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดก็ตาม บรรยากาศในการทำงานไม่เคยแตกต่างกัน ผมขอสรุปบรรยากาศการทำงานกับอาจารย์ไว้ว่า 1. อาจารย์ไม่เคยมีความคิดว่าเจ้าหน้าที่ที่ช่วยงานเป็นผู้รับใช้ อาจารย์คิดเสมอว่าทุกคนที่ทำงานร่วมกับอาจารย์นั้นเป็นเพื่อนร่วมงานในลักษณะเพื่อนที่เกิด แก่ เจ็บ ตาย ตามคำสอนทางพระพุทธศาสนา ดังนั้น อาจารย์จึงถือปฏิบัติกับผมและน้อง ๆ ในลักษณะที่เหมือนกับคุณครูกับลูกศิษย์เสมอ 2. ผมไม่เคยพบความไม่ชอบมาพากลในการทำงานกับอาจารย์ ไม่เคยพบว่าการทำงานในด้านคดีนั้นมีเรื่องของผลประโยชน์หรือเรื่องการนำเอาผลประโยชน์ของประเทศชาติมาแลกกับบุญคุณส่วนตัว ดังนั้น การทำงานกับอาจารย์จึงไม่ต้องห่วงในการเสนอความเห็นทางกฎหมายว่าจะไปกระทบกระทั่งกับผู้ใด 3. อาจารย์เป็นผู้ที่ให้เกียรติกับคนอื่นเสมอแม้เป็นผู้น้อย 4. เมื่อน้อง ๆ ทำงานผิดพลาด อาจารย์จะไม่ใช้อารมณ์กับความผิดพลาดเหล่านั้น แต่จะมีแนวทางในการสอนให้น้อง ๆ รับทราบถึงข้อผิดพลาดและการแก้ไขข้อผิดพลาด 5. อาจารย์ไม่เคยเบื่อที่จะสอนหรือบอกกล่าวการทำงานให้กับน้อง ๆ แม้ว่าจะเป็นการสอนในเรื่องเดิม ๆ อยู่บ่อยครั้ง ดังนั้น การทำงานกับอาจารย์จึงไม่มีบรรยากาศที่เครียดจากภาวะอารมณ์แม้ว่าจะมีความเครียดจากเนื้องานบ้างก็ตาม

ในการทำงานร่วมกับอาจารย์ ทุกคนมีสิทธิเสนอความเห็นทางกฎหมาย ไม่ว่าความเห็นนั้นจะสมเหตุสมผลหรือบางครั้งอาจคลาดเคลื่อนจากกฎหมาย อาจารย์ก็รับฟังเสมอ แล้วก็จะแก้ไขความเข้าใจผิดเหล่านั้นให้กับผู้เสนอความเห็น นอกจากนั้น พวกเราที่ทำงานกับอาจารย์ไม่ต้องกังวลกับความไม่สม่ำเสมอในการทำงาน กล่าวคือ เราไม่ต้องกังวลว่าความเห็นที่เราทำเสนอต่ออาจารย์นั้นจะมีผลกระทบกับผู้ใด บรรยากาศ 2 ข้อนี้ย่อมทำให้เห็นว่า การทำงานกับอาจารย์ไม่ต้องกังวลเรื่องที่ไม่ถูกต้องตามกฎหมาย ดังนั้น ผู้ทำงานก็มีความสบายใจและทำงานได้อย่างตรงไปตรงมา

ทีมงาน ท่านเห็นว่ามีสิ่งใดที่เป็นประโยชน์ที่ท่านได้จากการทำงานร่วมกับท่านอาจารย์วรพจน์บ้างครับ

ท่านวิชญ์ชัย ผมขอสรุปเป็นข้อ ๆ ดังนี้ ข้อที่ 1 การทำงานให้คิดถึงความถูกต้องตามกฎหมาย ความชอบธรรม การอำนวยความยุติธรรมให้ได้มากที่สุด โดยไม่ต้องกังวลว่าการทำงานเช่นนั้นจะมีผลกระทบต่อผลประโยชน์ของผู้ใด ข้อที่ 2 การทำงานทุกอย่างไม่ว่าเป็นงานบริหารหรืองานคดีจะต้องรับฟังข้อเท็จจริงอย่างรอบคอบ รอบด้าน ตามหลักการฟังความสองฝ่ายเสมอ หากข้อเท็จจริงที่จะใช้ในการพิจารณาไม่เพียงพอ เป็นหน้าที่ที่เราจะต้องแสวงหาให้ถึงที่สุด ข้อที่ 3 การทำงานกับบุคคลอื่นต้องให้เกียรติกับผู้ร่วมงาน ไม่นำผลงานของบุคคลอื่นมาเป็นของเราโดยไม่อ้างอิงถึงเจ้าของผลงาน ข้อที่ 4 ต้องเป็นคนที่หัดรับฟังความเห็นของคนอื่นแม้เป็นความเห็นของเจ้าหน้าที่ชั้นผู้น้อยก็ตาม เพราะบางครั้งมุมมองของน้อง ๆ ก็เป็นประโยชน์ อีกทั้งต้องไม่มองว่าบุคคลอื่นมีความฉลาดน้อยกว่า ข้อที่ 5 ต้องเป็นคนที่รู้จักรักษาความลับ แม้ว่าบุคคลที่เราจะพูดเรื่องความลับให้ฟังจะเป็นคนใกล้ชิดกับเราก็ตาม เพราะโอกาสที่ความลับจะหลุดรอดไปมีเสมอ ข้อที่ 6 ในฐานะที่เราเป็นตุลาการต้องพึงระวังไม่พบปะผู้คนโดยไม่พิจารณาว่าเป็นใคร อย่างไรเรื่องนี้ผมขออนุญาตเล่าให้ฟังเพื่อเป็นประโยชน์แก่องค์กรของศาล อาจารย์เล่าให้ฟังหลายครั้งว่า เมื่อคราวที่มีการตัดสินคดีซึ่งเป็นคดีที่มีผลประโยชน์จำนวนมาก มักจะมีผู้คนวิ่งเต้นคดีเข้าหาอาจารย์ผ่านผู้คน ผ่านคนโน้น คนนี้ ทั้งทางตรงและทางอ้อม เพื่อจะได้มีโอกาสชี้แจงข้อเท็จจริงเกี่ยวกับคดีให้กับอาจารย์ฟังเพื่อประโยชน์ในทางคดี ซึ่งอาจารย์หลบเลี่ยงเสมอ บางครั้งมาในรูปแบบการวิ่งเต้นคดีผ่านผู้ที่เคยมีพระคุณกับอาจารย์ และที่สำคัญที่สุดเคยวิ่งเต้นคดีผ่านคุณพ่อของอาจารย์ อาจารย์จึงมักบอกเสมอว่าให้ระมัดระวังในการพบปะกับผู้คน เพราะเราอาจกลายเป็นเหยื่อของคนที่แสวงหาผลประโยชน์ได้ตลอดเวลา

ทีมงาน คำถามสุดท้ายครับ ท่านมีความรู้สึกว่าอะไรคือสิ่งที่เป็นตัวอย่างที่ดีในการทำงานของท่านอาจารย์วรพจน์ครับ

ท่านวิชญ์ชัย ผมขอพิจารณาการประพฤติตนของอาจารย์กับคำสอนในทางศาสนาพุทธที่เห็นว่ามีมิติในการพิจารณาเป็นอย่างดี กล่าวคือ ขอวิเคราะห์การประพฤติตนของอาจารย์กับหลักธรรมที่เรียกว่า “สัปปุริสธรรม 7” ซึ่งมีความหมายว่า เป็นธรรมของสัตบุรุษ คุณสมบัติของคนดี ซึ่งมีทั้งสิ้น 7 ประการด้วยกัน ดังนี้

1. ธัมมัญญุตา มีความหมายว่า เป็นผู้รู้จักเหตุ รู้จักความจริง รู้กฎเกณฑ์แห่งเหตุผล การประพฤติตนของอาจารย์ในด้านนี้เปรียบเทียบได้กับความรู้ที่อาจารย์ได้ศึกษากับครูบาอาจารย์และศึกษาด้วยตนเองอย่างต่อเนื่อง ความรู้ทางกฎหมายเข้าถึงสาระแห่งกฎหมาย ซึ่งก็คือกฎเกณฑ์แห่งเหตุผล เห็นได้จากทุกครั้งที่อธิบายข้อความคิดของกฎหมาย อาจารย์จะต้องบอกกล่าวเหตุผลในข้อความคิดเหล่านั้นเสมอ ลักษณะประการนี้อาจารย์ยึดถือปฏิบัติเป็นปกติวิสัย อธิบายถึงที่มาที่ไปในการตัดสินใจในเรื่องต่าง ๆ สม่ำเสมอ

2. อัตถัญญุตา มีความหมายว่า เป็นผู้รู้จักผล รู้ความมุ่งหมาย รู้ประโยชน์ที่ประสงค์ ลักษณะประการนี้เมื่อทำงานกับอาจารย์อย่างใกล้ชิดจึงจะทราบถึงการประพฤติตนลักษณะนี้ เพราะเมื่อใดที่ปรึกษาหารือกับอาจารย์ อาจารย์จะบอกเสมอว่าหากทำเช่นนี้ผลจะเป็นเช่นใด ทำแบบนี้มีความมุ่งหมายมีประโยชน์ใดที่เกิดขึ้น โดยเฉพาะหาก

เป็นปัญหาข้อกฎหมายที่อาจใช้และตีความได้หลายนัย อาจารย์ก็จะอธิบายผลความมุ่งหมายในทุกแนวทางนั้น แนวทางใดก่อให้เกิดผลใด แนวทางใดเป็นประโยชน์แก่การพัฒนากฎหมาย แนวทางใดก่อให้เกิดความบิดเบือนในการใช้กฎหมาย เกิดประโยชน์ในทางไม่ชอบธรรมแก่ตนที่มุ่งจะเอาประโยชน์ เป็นต้น

3. อัตตัญญุตา มีความหมายว่า เป็นผู้รู้จักตน รู้ตัวเองว่ามีภาวะ กำลัง ความรู้เพียงใด หากมีเวลาได้พูดคุยขอความรู้ทางกฎหมายกับอาจารย์ อาจารย์ก็จะอธิบายและพร้อมที่จะบอกว่า เรื่องนี้ ประเด็นนี้ยังไม่แน่ใจ ต้องค้นคว้าจากของต่างประเทศเพื่อใช้เป็นแนวทางเทียบเคียง อาจารย์จะบอกพวกเราตรง ๆ จะไม่อธิบายในประเด็นที่ตัวอาจารย์ยังไม่เข้าใจชัดเจนให้กับพวกเรา ซึ่งความเป็นผู้รู้จักตนของอาจารย์นั้น อาจารย์ประพฤติตนตามแนวทางนี้สม่ำเสมอ กรณีเป็นเรื่องส่วนตน เช่น มีคนถามอาจารย์ว่า เมื่อพอมีเวลาว่างไปเล่นกอล์ฟเสมอ หวังประโยชน์ในทางรางวัลอะไรไหม อาจารย์บอกตรง ๆ ว่า ทักษะในการเล่นกอล์ฟไม่ได้เก่งอะไรเลย เพราะการฝึกฝนมีความหวังเพียงว่าได้ออกกำลังกายเหมาะสมกับวัยผู้สูงอายุ เป็นต้น

4. มัตตัญญุตา มีความหมายว่า เป็นผู้รู้จักประมาณ ความพอดี คุณลักษณะข้อนี้อาจารย์สอนเสมอว่า กฎหมายนั้นต้องการความพอดี ไม่มากในทางใดทางหนึ่งและไม่น้อยในทางใดทางหนึ่งเช่นกัน การเขียนคำพิพากษาก็เช่นเดียวกันต้องมีความพอดี คือ ไม่ขาดตกบกพร่องในเนื้อหาสาระ ข้อเท็จจริงที่จำเป็นต้องใช้ในการพิจารณา ในเวลาเดียวกันส่วนที่เป็นพลความนั้นก็ไม่มากจนเป็นผลให้คำพิพากษาถูกด้อยค่าลง สิ่งที่กฎหมายเรียกร้องต้องมีครบถ้วน ส่วนที่ต้องประกอบจึงมีความสมควรเพียงให้คำพิพากษามีความชัดเจนขึ้น ไม่สร้างปัญหาให้ผู้มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำพิพากษา

5. กาลัญญุตา มีความหมายว่า เป็นผู้รู้จักกาล รู้กาลเวลาอันเหมาะสม สำหรับการประพฤติตนของอาจารย์ในเรื่องนี้ ผมกล่าวได้ว่าอาจารย์เป็นผู้ที่รู้จักกาลมาก ดังเห็นได้จากในขณะที่คณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) จะต้องพิจารณาให้ความเห็นชอบรองประธานศาลปกครองสูงสุดเพื่อดำรงตำแหน่งเป็นประธานศาลปกครองสูงสุดแทนท่านปิยะ นั้น มีการสร้างกระแสในวงในว่าจะมีการผลักดันให้อาจารย์เป็นคู่แข่งกับรองประธานศาลปกครองสูงสุดคนที่ 1 อาจารย์พูดให้ผมฟังว่า “ด้วยเกียรติของผม ผมจะไม่ข้ามหัวผู้ที่มีอาวุโสมากกว่าแน่นอน ถ้าดึงดันเสนอผม ผมก็จะถอนตัว” อาจารย์ยังพูดให้ผมฟังด้วยว่า “ได้ไปพูดให้รองประธานศาลปกครองสูงสุดคนที่ 1 ทราบหลักการของอาจารย์แล้ว อย่าได้กังวลใจ” และในที่สุดก็เป็นไปตามที่อาจารย์บอกให้ฟัง นอกจากการรู้จักกาลของอาจารย์ในเรื่องดังกล่าวซึ่งเป็นผลประโยชน์โดยตรงแล้ว ในเรื่องอื่น ๆ อาจารย์ก็ยังคงเป็นผู้รู้จักกาลเช่นกัน

6. ปริสัญญุตา มีความหมายว่า เป็นผู้รู้จักชุมชน รู้จักที่ประชุม รู้กิริยาที่จะประพฤติตนต่อชุมชน การประพฤติตนของอาจารย์ในที่นี้ปรากฏจากการประพฤติของอาจารย์ที่ไม่ได้แสดงอารมณ์โกรธหรือแสดงกิริยาอาการที่ไม่ได้ในสิ่งที่ตนเองปรารถนาในที่ประชุม ดังเช่นในที่ประชุมเพื่อตัดสินเรื่องใดก็ตาม แม้จะมีแนวโน้มจะไปในทิศทางที่ไม่ใช่เป็นความเห็นของอาจารย์ อาจารย์ก็ไม่เคยแสดงให้เห็นอากัปกิริยาที่ไม่ยอมรับความเห็นของที่ประชุมแต่อย่างใด

7. ปุคคลัญญุตา มีความหมายว่า เป็นผู้รู้จักความแตกต่างของบุคคล การประพฤติตนของอาจารย์ในการทำงานกับการเลือกสรรใช้บุคคล นั้น อาจารย์มอบให้ตามความถนัดของบุคคล แต่ก็ไม่ใช้คนสิ้นเปลืองจนเกินความจำเป็น การรู้จักบุคคล เลือกใช้คนของอาจารย์ ต้องเป็นผู้ที่ทำงานใกล้ชิดกับอาจารย์จึงทราบการประพฤติตนข้อนี้ อาจารย์จะไม่แสดงออกให้เห็นความลำเอียงในการใช้คน เพราะอาจารย์บอกกับผมเสมอว่าแต่ละคนมีจุดเด่นจุดด้อยกันอย่างไร งานนี้เหมาะกับคนแบบนี้ อีกงานก็อีกคนหนึ่ง เป็นต้น

ทั้งหมดนี้ คือ การประพฤติตนของอาจารย์ที่ผมได้พบเห็นและสังเกตมาตลอดในช่วงเวลาที่ได้มีโอกาสทำงานร่วมกับอาจารย์ อยากจะกล่าวไว้อย่างชัดแจ้งอีกครั้งหนึ่งว่า การทำงานกับอาจารย์ที่จะมีผลประโยชน์ของตนเข้ามาเกี่ยวข้อง อาจารย์จะไม่เคยเอาประโยชน์ส่วนตนแลกกับประโยชน์ของประเทศชาติ การทำงานคดีก็ต้องมีลักษณะเช่นนี้ ผู้ทำงานจะได้มีความสบายใจในการร่วมทำงานและสามารถยังความยุติธรรมให้ได้ดีที่สุด

อีกท่านหนึ่งที่ได้มีโอกาสทำงานร่วมกับท่านอาจารย์วรพจน์ คือ **ท่านคิดงาม คงตระกูล ลี ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นประจำกองผู้ช่วยผู้พิพากษาศาลฎีกาและผู้ช่วยเลขานุการคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล** ท่านเป็นลูกศิษย์ผู้ที่ช่วยท่านอาจารย์วรพจน์ก่อร่างสร้างศาลปกครองกลางอยู่หลายปีก่อนที่ท่านจะไปเป็นผู้พิพากษาที่ศาลยุติธรรม



ทีมงาน พี่คิดงามมาทำงานกับท่านอาจารย์ได้อย่างไรครับ หรือเคยเป็นลูกศิษย์อาจารย์กันมาก่อนครับ

ท่านคิดงาม ก่อนที่จะมาทำงานกับอาจารย์ พี่เป็นลูกศิษย์ของอาจารย์ที่ธรรมศาสตร์มาก่อน เรียนกับท่าน 2 วิชา คือ กฎหมายมรดกกับกฎหมายปกครอง ตอนนั้นอาจารย์ท่านจบปริญญาเอกจากฝรั่งเศสมาแล้ว ค่อนข้างดัง เราก็อยากเรียนกับท่าน แม้รุ่นพี่จะขู่ว่าตกเยอะนะ ส่วนที่ถามว่ามาทำงานกับอาจารย์ได้อย่างไร ตอนนั้นพี่สอบโอนมาเป็นพนักงานคดีปกครองรุ่นที่ 1 รุ่นขลัง หายากแล้วนะรุ่นนี้ ก็ทำงานอยู่สำนักงานส่งเสริมคดีปกครอง เพราะตอนนั้นยังไม่มีการสอบคัดเลือกตุลาการ เป็นช่วงที่สำนักงานศาลปกครองเตรียมความพร้อมก่อน พอมีการสอบคัดเลือกตุลาการรุ่นที่ 1 ท่านอาจารย์วรพจน์ก็ได้รับโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอธิบดีศาลปกครองกลางคนแรก พี่สิทธานต์ขณะนั้นเป็นผู้อำนวยการสำนักงานศาลปกครอง ก็ให้พี่มาทำหน้าที่เป็นพนักงานคดีปกครองประจำอาจารย์ตั้งแต่ ปี พ.ศ. 2544 จนกระทั่งพี่สอบผู้ช่วยผู้พิพากษาได้ในปี พ.ศ. 2549

ทีมงาน ทำไมถึงสนใจมาทำงานศาลปกครองครับ เพราะว่าได้เรียนกฎหมายปกครองหรือเพราะเหตุผลอื่น

ท่านคิดงาม ใช่ เพราะเราเรียนมาค่ะ เรียนปริญญาโท สาขากฎหมายมหาชน รู้สึกว่าชอบ แต่สมัยนั้นไม่ค่อยมีคนเรียนนะ พอสำนักงานศาลปกครองเปิดรับสมัคร ดร.ประสาท พงษ์สุวรรณ์ ก็ชวนให้พี่สอบโอนมาทำงานที่นี่ บอกว่าจะได้ใช้ความรู้ที่เรียนมาให้เป็นประโยชน์ ตรงสายพอดี ตอนนั้นพี่ทำวิทยานิพนธ์เรื่องระบบไต่สวนในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองอยู่ด้วย มี ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ เป็นอาจารย์ที่ปรึกษา แต่จริง ๆ วิทยานิพนธ์เล่มนี้ มีผู้มีพระคุณสำคัญอยู่สองท่าน คือ ดร.ประสาท พงษ์สุวรรณ์ และ ดร.วรรณชัย บุญบำรุง ซึ่งทั้งสองท่านจบปริญญาเอกจากฝรั่งเศสทั้งคู่ ท่านก็ช่วยแปลตำราภาษาฝรั่งเศสมาให้ ส่วนเรื่องแนวคิด เนื้อหาในเล่ม ก็จะมีอาจารย์วรเจตน์และอาจารย์วรพจน์ช่วยแนะนำค่ะ นอกจากนี้ ก็มี ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ เลขาธิการสำนักงานศาลปกครองคนแรก ตอนนั้นท่านทราบว่าพี่ทำวิทยานิพนธ์เรื่องนี้ ท่านก็เลยให้เข้าร่วมประชุมจัดทำร่างระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. .... ด้วย ก็ได้ประโยชน์มากเลยค่ะ เพราะเป็นแหล่งข้อมูลแบบปฐมภูมิเลย

ทีมงาน เรียนปริญญาโทกฎหมายมหาชน ทำงานที่สำนักงานศาลปกครองต้องอยู่แต่กับกฎหมายปกครองตลอดเวลา แต่ก็ต้องไปทำงานเป็นผู้พิพากษาที่ศาลยุติธรรม ต้องปรับตัวมากไหมครับ

ท่านคิดงาม ก็ต้องไปฝึกฝนกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา กฎหมายวิธีพิจารณาความเพิ่มเติม เดี๋ยวตามเขาไม่ทัน เพราะเราอยู่ศาลปกครอง 7 ปี อ่านแต่กฎหมายปกครอง แต่ไปอยู่ศาลยุติธรรม ก็ไม่ได้ปรับตัวมากอะไร เพราะตอนทำงานเป็นพนักงานคดีปกครองอยู่กับอาจารย์วรพจน์ก็ทำงานหนักอยู่แล้ว ต้องศึกษาค้นคว้าตลอด เพราะต้องกลั่นกรองงาน ทำบันทึกความเห็นในทางคดี มันก็เหมือนการเขียนคำพิพากษา เราต้องสรุปข้อเท็จจริง พยานหลักฐาน ตั้งประเด็น ปรับใช้กฎหมาย และให้เหตุผลในแต่ละประเด็นว่าเราเห็นด้วยหรือไม่ เห็นด้วยอย่างไร เราได้รับการฝึกเป็นอย่างดีและอย่างหนักตลอดระยะเวลา 6 ปี จากอาจารย์วรพจน์มาแล้ว ดังนั้น เมื่อเป็นผู้พิพากษาไปเขียนคำพิพากษาก็จะไม่รู้สึกยากเท่าไร แต่ที่ต้องปรับตัวมากหน่อย คือ การสืบพยานบนบัลลังก์และการควบคุมกระบวนพิจารณา ซึ่งศาลยุติธรรมใช้ระบบกล่าวหา ดังนั้น ในคดีของศาลยุติธรรม การควบคุมกระบวนพิจารณาเพื่อไม่ให้คู่ความได้เปรียบเสียเปรียบกันจึงเป็นเรื่องสำคัญ ต้องแม่นในเรื่องกฎหมายวิธีพิจารณาความ มันมีปัญหาเฉพาะหน้าให้ตัดสินใจเสมอ เพราะใช้การสืบพยานบนบัลลังก์ แต่ศาลปกครองใช้ระบบไต่สวนและการพิจารณาแบบเอกสาร ซึ่งมีการนั่งพิจารณาคดีแค่ครั้งเดียว แทบจะไม่มีการสืบพยานบุคคล อันนี้เป็นวิธีพิจารณาความที่แตกต่างกันและต้องปรับตัว

ทีมงาน แต่ใด ๆ ก็ยังไม่ได้ทิ้งกฎหมายปกครองซะทีเดียว เพราะว่าตอนนั้นก็ไปทำงานอยู่ในส่วนของการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลซึ่งต้องใช้กฎหมายปกครอง แล้วในการทำคดีที่ศาลยุติธรรมได้มีโอกาสทำคดีที่มีลักษณะเป็นคดีปกครองบ้างไหมคะ

ท่านคิดงาม คือ ตอนที่ไปอยู่ที่ศาลยุติธรรม พี่เป็นรุ่นแรกที่ได้ไปฝึกงานที่ศาลฎีกา และพอท่านอาจารย์ที่นั่นทราบว่ามาจากศาลปกครอง ก็ให้ช่วยทำคดีปกครองที่ค้างอยู่ในศาลฎีกาขณะนั้น เช่น คดีเวนคืน คดีละเมิด แล้วพอไปเป็นผู้พิพากษาอยู่ที่ศาลแพ่ง ก็ได้รับมอบหมายให้ทำคดีสิ่งแวดล้อม คดีฟอกเงินในส่วนแพ่งที่ขอให้ทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดมูลฐานตกเป็นของแผ่นดิน ซึ่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินฯ บัญญัติให้ฟ้องคดีที่ศาลแพ่ง ดังนั้น คดีฟอกเงิน เนื้อหาจริง ๆ ก็เป็นการโต้แย้งคำสั่งของคณะกรรมการธุรกรรมที่ให้ยึดหรืออายัดทรัพย์สินที่อาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินฯ ก็เหมือนทำคดีปกครองเหมือนกัน คือตรวจสอบว่าการยึดหรืออายัดทรัพย์สินนั้นชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ต่อมา เมื่อมาทำงานที่กองผู้ช่วยผู้พิพากษาศาลฎีกา ท่านประธานศาลฎีกาในขณะนั้น ก็แต่งตั้งให้ทำหน้าที่เป็นผู้ช่วยเลขานุการคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล แล้วก็ช่วยยกร่างช่วยตรวจร่างคดีฟอกเงิน คดีละเมิดของเจ้าหน้าที่ที่ขึ้นศาลยุติธรรม อยู่ที่ศาลยุติธรรมก็เรียกว่าได้ใช้ความรู้ที่ได้เรียนมาจากอาจารย์วรพจน์อย่างเต็มที่เลยค่ะ

ทีมงาน กระบวนการทำงานกับท่านอาจารย์วรพจน์เป็นอย่างไรบ้างครับ

ท่านคิดงาม ในช่วงแรกเนื่องจากอาจารย์เป็นอธิบดีศาลปกครองกลางคนแรก ซึ่งภารกิจหนักอึ้งในการที่จะดูแลทั้งความเชื่อมั่นของศาลที่มีต่อประชาชนแบกเอาไว้บนบ่า และความเชื่อมั่นของคนในองค์กรที่มีต่อองค์กรของตนเองที่เป็นหน่วยงานที่ตั้งใหม่ มันคือความรับผิดชอบ เพราะฉะนั้นทุกเรื่องที่มาถึงท่าน ท่านจะไม่ปล่อยผ่านไปง่าย ๆ จะต้องพิจารณาอย่างละเอียด แม้กระทั่งคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาก็ดูอย่างละเอียดทุกเรื่อง สมัยนั้นแฟ้มที่เสนอมาเยอะมาก ทั้งเรื่องคดี เรื่องงานบริหาร

ทีมงาน อาจารย์ดูให้หมดเลยหรือครับ

ท่านคิดงาม ปีนั้นเป็นปีแรกของการจัดตั้งศาลปกครอง คดีต้องมาที่ศาลปกครองกลางก่อนทุกคดี แล้วก็มีคดีที่โอนมาจากคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ตามกฎหมาย คดีประเภทเดียวกันต้องมีมาตรฐานเหมือนกัน ก็จะมีการจัดตั้งองค์คณะไปตามประเภทคดี มีรองอธิบดีศาลปกครองกลางที่ท่านรับผิดชอบในคดีแต่ละประเภทด้วย แต่ถ้าเป็นเรื่องสำคัญก็ต้องเสนอท่านอาจารย์ซึ่งเป็นอธิบดี เมื่อคดีที่เสนออธิบดีมีปริมาณมาก ก็ต้องมีคนช่วยกลั่นกรองงาน ทำความเห็นเสนอในเบื้องต้น สมัยนั้นถ้าจำไม่ผิด อธิบดีศาลปกครองกลางมีพนักงานคดีปกครองประจำตัวมากกว่าตุลาการท่านอื่น

ทีมงาน มีใครบ้างครับตอนนั้น และทำงานกันอย่างไรบ้าง

ท่านคิดงาม สมัยนั้น มีพี่ยุ้ย สิริพร มณีภัณฑ์ พี่สุรีย์ เผ่าสุขถาวร มีตัวพี่ และมีน้องเปิ้ล รัชนิกุล ปันเจียง อาจารย์ก็จะแบ่งงานให้ดูเป็นประเภทคดี เช่น ที่ดิน บริหารงานบุคคล วินัย สัญญาทางปกครอง หน้าที่ของพวกพี่คือการทำความเห็นเบื้องต้นที่ต้องดูทั้งข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย คำวินิจฉัยในแต่ละประเด็น แล้วก็ทำบันทึกความเห็นเสนออาจารย์ซึ่งเป็นอธิบดี น่าจะเป็นแนวทางที่เขาทำไว้ตั้งแต่สมัยเป็นคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ท่านอาจารย์ก็มีเห็นด้วยบ้าง ไม่เห็นด้วยบ้าง ถ้าไม่เห็นด้วยก็เรียกพนักงานคดีปกครองเจ้าของเรื่องเข้าไปคุยเพื่ออธิบายว่าทำไมถึงเห็นแบบนั้น ข้อกฎหมายนี้ที่แท้จริงแล้วเป็นอย่างไร ข้อเท็จจริงครบถ้วนพอที่จะพิพากษาคดีได้แล้วหรือประมาณนี้ ทำงานกันถึงสามสี่ทุ่ม ช่วงหลังงานน่าจะเยอะมาก ก็มีพี่เสริมดรุณี ตันติเวสส ตอนนี้ท่านเป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุดแล้ว มาช่วยตรวจงานของพวกพี่อีกทีหนึ่ง ซึ่งพี่เสริมดรุณีก็จะทำบันทึกความเห็นของท่านควบคู่ไปด้วย ซึ่งอาจจะเห็นด้วยหรือเห็นต่างจากพวกพี่ แต่ในท้ายที่สุดก็เป็นอำนาจตัดสินใจของอาจารย์ซึ่งเป็นอธิบดีค่ะ แต่พี่เสริมดรุณีเป็นคนที่มีความรู้กฎหมายปกครองดีมากทีเดียว กระบวนการทำงานก็มีเช่นนี้

ทีมงาน ตอนที่อาจารย์มาเป็นรองประธานศาลปกครองสูงสุดที่ต้องมาตรวจกลั่นกรองร่างคำพิพากษาอาจารย์ก็ขอให้ท่านเสริมดรุณี มาตรวจงานพวกผมอีกชั้นหนึ่ง คล้าย ๆ กับตอนนั้นเลย

ท่านคิดงาม การทำงานของเรามันไม่เหมือนผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชาหรือระบบราชการทั่วไป แต่มันเหมือนอาจารย์กับลูกศิษย์ที่คอยสอนคอยแนะนำ บางทีพี่เสนอความเห็นไป อาจารย์ก็จะบอกว่า คุณเสนออะไรของคุณเนี่ย แต่ว่าเราไม่ได้รู้สึกน้อยเนื้อต่ำใจ เสียใจ แล้วพออาจารย์อธิบายให้ฟัง เราก็ยังโต้แย้งได้ ซึ่งอาจารย์ก็ฟัง บางเรื่องก็โอเคเห็นด้วย บางเรื่องก็ไม่เห็นด้วยพร้อมแนะนำว่าคุณดูอย่างนี้สิ เสียงจะเริ่มดังขึ้นเรื่อย ๆ ไม่ใช่! คุณต้องมองอย่างนี้สิคิดงามคุณต้องดูอย่างนี้ ถ้าเป็นส่วนราชการอื่น มานั่งเถียงผู้บังคับบัญชาแบบนี้ คงโดนเขม่นไปแล้ว แต่อาจารย์ท่านคิดว่าท่านเป็นครูอยู่ตลอด ไม่ได้คิดว่าเป็นผู้บังคับบัญชา เลยไม่ได้โกรธอะไร จริง ๆ แล้วพนักงานคดีปกครองคนอื่นไม่ค่อยโต้เถียงกับท่านหรอก ส่วนใหญ่จะเรียบร้อย น่าจะมีพี่ที่จะเถียงเก่งหน่อย ซึ่งท่านก็รับฟังความเห็นของเราด้วย ถือว่าใจกว้างจริง ๆ

อาจารย์จะชอบเรียกพนักงานคดีปกครองมาฟังท่านสอน บางทีไม่ใช่คดีของพี่ แต่ท่านก็เรียกมาฟังด้วย เพราะจะได้เรียนรู้ไปพร้อม ๆ กัน เป็นเรื่องที่ดีมากเลย เพราะว่าเราก็ได้เรียนรู้จากพี่คนอื่นหรือน้องว่าเรื่องนี้มันเป็นอย่างนี้นะ

หากเป็นเรื่องลักษณะนี้ถ้ามาถึงเรา เราก็จะได้รู้ว่าต้องทำอย่างไร จัดการอย่างไร มันไม่สามารถเจออย่างนี้ในห้องเรียน ต้องเรียกว่าโชคดีที่เราเจอผู้บังคับบัญชาที่อธิบาย ถามว่าใครจะมาอธิบายเราอย่างนี้ ซึ่งตรงนี้พี่นำไปใช้กับน้อง ๆ ที่ทำงานด้วย การที่เขาทำงาน ไม่ใช่เราได้งานอย่างเดียว น้อง ๆ เขาต้องได้อะไรด้วย สิ่งที่ได้คือความรู้และประสบการณ์ในการทำงาน จากการที่เขาทำงานกับเรา นี่คือสิ่งที่อาจารย์ทำให้เห็นเป็นตัวอย่าง แล้วพี่ก็นำมาใช้กับน้อง ๆ ที่ทำงานด้วยกัน เป็นสิ่งที่ดี ที่หาที่ไหนไม่ได้ ขนาดอาจารย์ท่านงานเยอะมากก็ยังมาสอนเราแบบนี้เหมือนมาเรียนหนังสือ มาอธิบายให้ฟัง

ทีมงาน หากพูดถึงอาจารย์วรพจน์ ขอสักคำนึง สิ่งแรกที่พี่งามจะนึกถึง จะนึกถึงอะไรครับ

ท่านคิดงาม เวลาได้ยินใครพูดว่า “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” นี่พี่นึกถึงอาจารย์เลย หน้าอาจารย์ลอยมาเลย เพราะมันเป็นคำสอนของอาจารย์ที่ฟังมาตั้งแต่เรียนธรรมศาสตร์ จนตอนนี้นักกฎหมายใช้กันเป็นการทั่วไปแล้ว ดังนั้น เวลานึกถึงอาจารย์ พี่จะนึกถึงคำนี้ซึ่งเป็นเรื่องที่ดี เวลาทำงานไม่ว่าจะคดีปกครอง หรือคดีอาญา มันไม่พ้นไปจาก หลักการนี้เลยนะ อีกคำนึงก็จะเป็นคำว่า “อะไรวะ คิดงาม” แต่หากพูดถึงคำนี้จะต้องนึกถึงหน้าอาจารย์ไปด้วย เพราะ เป็นคำที่ได้ยินบ่อยตอนที่เป็นพนักงานคดีปกครองประจำตัวท่าน แล้วทำบันทึกความเห็นไม่ถูกใจหรือไม่ได้เรื่องได้ราว

ทีมงาน ในบทบาทปัจจุบันที่พี่งามช่วยทำงานในส่วนของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ในหน้างานนี้พี่งามกับอาจารย์ได้มีการเชื่อมโยงในการทำงานต่อเนื่องกันไหมครับ มีบรรยากาศในการทำงานใหม่ ๆ ไหม

ท่านคิดงาม พี่อยู่ตรงนี้มา 10 กว่าปี ก่อนที่อาจารย์จะมาทำหน้าที่เป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ ก็โทรปรึกษา อาจารย์เหมือนกัน การทำหน้าที่ของเราในฐานะฝ่ายเลขานุการที่ต้องให้ความเห็นต่อคณะกรรมการนั้น เรามองถึง ความถูกต้องตามหลักกฎหมาย ไม่ได้สนใจผลของเรื่องว่าคดีนี้ต้องไปอยู่ในอำนาจของศาลใด ดังนั้น เราจึงต้องค้นคว้าข้อมูล ทางวิชาการ แนวคิดทางตำราต่าง ๆ ว่า ที่ถูกควรเป็นอย่างไร ซึ่งอาจารย์วรพจน์ท่านเป็นผู้ที่รู้กฎหมายปกครองดีที่สุดท่านหนึ่ง ในยุคนี้ ความรู้และความคิดเห็นของท่านเป็นประโยชน์แก่การตัดสินใจของเรา แต่ก่อนที่จะปรึกษา พี่ก็จะค้นคว้ามา ก่อนแล้ว จึงจะมาคุยและขอคำแนะนำจากอาจารย์ว่าในเรื่องนี้พี่เห็นแบบนี้ อาจารย์มีความเห็นอย่างไร เหมือนกันไหม หรือบางเรื่องพี่เห็นว่าคดีนี้อยู่ในอำนาจของศาลนี้ แต่จะให้เหตุผลอย่างไรให้มันคมกริบ ก็จะขอคำแนะนำจากอาจารย์ มีบางเรื่องพี่เห็นว่าอยู่ในอำนาจศาลปกครอง แต่พอปรึกษาอาจารย์ ท่านก็เห็นว่าอยู่ในอำนาจศาลยุติธรรม แต่บางทีพี่ก็ เชื่อความเห็นตัวเองนะ ก็เสนอความเห็นต่อคณะกรรมการไปตามที่พี่เห็น ก็อยู่ที่คณะกรรมการว่าเห็นด้วยกับเราหรือเปล่า เพราะความเห็นของฝ่ายเลขานุการเป็นเพียงความเห็นเบื้องต้นเท่านั้น ต่อมา เมื่อท่านมาเป็นกรรมการวินิจฉัยชี้ขาด อำนาจหน้าที่ระหว่างศาลผู้ทรงคุณวุฒิ ท่านก็มีหน้าที่โดยตรงที่จะทำงานตรงนี้ พี่ก็จะมีปรึกษาท่านบางเรื่อง แต่ส่วนใหญ่ จะไม่ได้ปรึกษา เพราะท่านเป็นกรรมการที่มีสิทธิอภิปรายว่าเห็นด้วยหรือไม่เห็นด้วยกับความเห็นของฝ่ายเลขานุการ ได้อยู่แล้ว

ทีมงาน อาจารย์มีส่วนในการปรับแก้ร่างคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลด้วยไหมครับ

ท่านคิดงาม อันนี้ถือเป็นความเมตตาของท่านที่มีต่อฝ่ายเลขานุการ ปกติแล้วกระบวนการทำงาน เมื่อ คณะกรรมการฯ ประชุมและวินิจฉัยชี้ขาดเสร็จแล้ว ก็เป็นหน้าที่ของฝ่ายเลขาฯ ที่ต้องไปเรียบเรียงมาให้มันตรงกับ มติที่ประชุมและคำอภิปรายของคณะกรรมการฯ ในช่วงที่อาจารย์เป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิกับเป็นกรรมการโดย ตำแหน่งตอนที่ดำรงตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุด ท่านก็กรุณามาช่วยปรับแก้เหตุผลในร่างฯ ด้วย ถ้าสังเกตให้ดี คำวินิจฉัยไหนที่เขียนยาว ๆ หน่อย จะเป็นคำวินิจฉัยที่อาจารย์ช่วยปรับแก้เหตุผลให้ ช่วงที่อาจารย์มาเป็นกรรมการก็จะมี หลักกฎหมายหลายเรื่องที่กลับแนว เช่น ในเรื่องของละเมิดอันเกิดจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ ต้องปฏิบัติ เราจะเห็นว่ามันจะมีอยู่ช่วงหนึ่งที่คดีละเมิด คนรถขับไปแล้วก็กิ่งไม้ในเขตทางหลวงหล่นมาทับรถ ถ้ามีบรรยาย ฟ้องว่ามีฝนฟ้าพายุเกิดจากเหตุสุดวิสัย คดีอยู่ในอำนาจศาลยุติธรรม แต่ถ้าหากบรรยายฟ้องว่าต้นไม้มันกลวง หน่วยงาน ไม่ได้ดูแลตัดกิ่งทำให้มันไม่มีความมั่นคงแข็งแรงแล้วมันหล่นมา ถ้าบรรยายฟ้องอย่างนี้อยู่ในอำนาจศาลปกครองถือว่าละเลย

ไม่ดูแล ซึ่งตรงนี้มันก็จะทำให้คนฟ้องคดีเกิดความงงนิดนึง เพราะเขตอำนาจศาลจะขึ้นอยู่กับการบรรยายฟ้องของโจทก์ เรื่องนี้ท่านอาจารย์ชาญชัยก็ทักท้วงมาตลอดตั้งแต่สมัยท่านเป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิกับสมัยท่านเป็นประธานศาลปกครองสูงสุด แต่ว่าคำวินิจฉัยเรื่องนี้มาเปลี่ยนในสมัยท่านอาจารย์วรพจน์ ว่าเป็นคดีละเมิดอันเกิดจากละเลยต่อหน้าที่ตามที่มีกฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติที่อยู่ในอำนาจศาลปกครอง พูดง่าย ๆ คือ เป็นหน้าที่ในทางปกครองที่กฎหมายกำหนดให้หน่วยงานต้องทำ แต่หน่วยงานละเลยไม่ทำ ดังนั้น ไม่ว่าจะมีฝนตกฟ้าผ่า หรือหักโค่นเองก็เป็นเรื่องการฟ้องว่าหน่วยงานละเลยต่อหน้าที่

มีอีกเรื่องหนึ่ง คือ เรื่องการฟ้องเรียกเงินบำเหน็จบำนาญ เงินอื่นคืนที่อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม คือ เมื่อก่อนที่ท่านจะมา คณะกรรมการฯ ก็วินิจฉัยว่าคดีประเภทนี้อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม แต่เรื่องเหตุผลในคำวินิจฉัยเดิม ๆ อาจจะไม่ถูกใจอาจารย์ คณะกรรมการฯ ก็ให้ท่านอาจารย์วรพจน์ช่วยดูเหตุผลในคำวินิจฉัย เพราะฉะนั้นจะเห็นได้ว่าช่วงที่อาจารย์มาทำหน้าที่เป็นกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดผู้ทรงคุณวุฒิ คำวินิจฉัยเรื่องเรียกเงินคืน เหตุผลในคำวินิจฉัยจะค่อนข้างยาวนิดนึง เพราะท่านเป็นอาจารย์ ก็เลยจะอธิบายเหตุผลอย่างละเอียดเหมือนสอนหนังสือเลย

เรื่องความละเอียดลออของอาจารย์ยังไม่หมดเท่านี้ ในการประชุมของคณะกรรมการฯ ก็จะมีเรื่องเข้าประชุมแต่ละเดือนไม่เท่ากัน มีอยู่เดือนนึงน่าจะเข้าสัก 8 - 9 เรื่อง แล้วก็มีคดีพิพาทเกี่ยวกับสิทธิในที่ดิน 4 - 5 เรื่อง แต่มี 2 เรื่องที่มีข้อเท็จจริงใกล้เคียงกันมาก เป็นเรื่องของการฟ้องขอให้เพิกถอนการคัดค้านการรังวัด ซึ่งตามแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการเป็นคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจศาลยุติธรรม บันทึกความเห็นของฝ่ายเลขานุการทั้ง 2 เรื่อง ก็เสนอว่าอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม เพียงแต่ให้เหตุผลไม่เหมือนกัน ตกไปประโยคเดียว ท่านก็โทรมาหาพี่ก่อนวันประชุมเลยค่ะ “อะไรวะ ท่านคิดงาม ประชุมครั้งเดียวกัน น่าจะเขียนเหตุผลให้มันเหมือนกันนะ” พอคุยเสร็จ พี่ต้องรีบกลับไปเปิดดูเลย แล้วก็แถลงในที่ประชุม ขอเติมเหตุผลให้เหมือนกันทั้งสองเรื่อง นี่ก็แสดงให้เห็นถึงความเอาใจใส่ในคดีของท่าน คือแสดงว่าอ่านสำนวนอย่างละเอียดก่อนประชุม แล้วท่านเป็นกรรมการที่ให้ความสำคัญในการวินิจฉัยชี้ขาดในแต่ละเรื่องมาก อภิปรายข้อเท็จจริงละเอียดมาก ทั้งที่ท่านเป็นประธานศาลปกครองสูงสุดซึ่งภาระงานน่าจะเยอะกว่าเรา แต่ท่านก็ละเอียดลออ และใส่ใจ เพราะฉะนั้นคืนก่อนวันประชุม พี่ต้องมานั่งอ่านทุกเรื่องที่เข้าประชุมอย่างละเอียดไม่ว่าเรื่องนั้นจะเป็นเรื่องที่พี่รับผิดชอบเป็นเจ้าของสำนวนหรือไม่ เนื่องจากว่า หากอาจารย์ถามว่า เรื่องนี้มันมีข้อเท็จจริงตรงนี้ไหม หรือท่านถามข้อเท็จจริงตรงไหนในสำนวน หรือแนวคำวินิจฉัยเดิม เราซึ่งเป็นฝ่ายเลขานุการต้องตอบให้ได้ ถ้าตอบไม่ได้เดี๋ยวเสียหาย

ทีมงาน น่าจะได้เห็นอาจารย์วรพจน์ในมิติที่ทำงานตั้งแต่เป็นอธิบดีจนปัจจุบันหมดแล้ว พี่งามมีเกร็ดในมิติอื่นของอาจารย์ที่อยากเล่าบ้างไหมคครับ

ท่านคิดงาม อาจารย์ไม่ได้มีความเครียดอย่างเดียว ความฮา ความน่ารักของอาจารย์ก็มี คือ สมัยอาจารย์เป็นอธิบดี พี่อยู่กับท่านเป็นเลขานุการประจำตัวท่านด้วย แล้วก็มีหน้าที่ชงกาแฟให้ท่านด้วยนะ เราก็เสิร์ฟอาจารย์เนื่องด้วยอาจารย์ทำงานเยอะแล้วก็ต้องกินกาแฟต่อเนื่องไป 5 - 6 แก้วตลอดเวลา แล้วท่านน่าจะมีปัญหาสุขภาพ ไปหาหมอหรืออะไรเนี่ยนะ อาจารย์สุดา (รองศาสตราจารย์สุดา วิศรุตพิชญ์) ก็โทรศัพท์มาบอกว่าคิดงามอย่าชงกาแฟให้อาจารย์บ่อย เอาแค่วันละ 2 แก้วเช้าเย็นพอ พี่ก็โอเคชงให้แค่นั้นห้ามกินเกินนี้ พี่ก็ปฏิบัติอย่างนี้ อาจารย์ก็คงรู้สึกอึดอัดว่าฉันเคยกินหลายแก้ว วันนี้จะไม่ชงให้ ตอนนั้นศาลเราเช่าอาคารเอกชนอยู่ใช่ไหม เป็นเจ้าแรกที่เข้าไปเช่าอยู่เลย แล้วข้างล่างเนี่ยเขาเพิ่งมาเปิด Starbucks ช่วงนั้นมีโปรโมชั่น 1 แถม 1 พี่ไม่ดื่มกาแฟ ไม่รู้ว่ากาแฟมันอร่อยอย่างไร แต่รู้แค่ว่าเราต้องชงให้อาจารย์ ชงง่าย ๆ ท่านไม่ใส่อะไร เวลาท่านมาทำงาน คนขับรถจะจอดส่งประตูหน้า เดินเข้าประตูมาก็ต้องผ่านร้าน Starbucks อาจารย์ก็ซื้อมา 1 แถม 1 แล้วก็เอามาให้พี่ 1 แก้ว แล้วท่านก็บอก “อร่อย คิดงามกิน” เออ อร่อยจริง

พี่ก็เลยติดกาแฟ Starbucks ตั้งแต่วันนั้นเลย จากนั้นอาจารย์จะดื่มวันละกี่แก้ว พี่ก็จัดให้ ทีนี้ พี่ไปต่างประเทศไปประเทศไหนก็ซื้อกาแฟมาฝาก ยิ่งไปเวียดนาม ซื้อกาแฟแบบที่ต้องชงเอง ที่เรียกว่า “phin” มาให้ ต้องกรองเองกว่าจะได้กิน สนุกเลย แล้วกาแฟเวียดนามนี่คือเข้มสะใจอาจารย์มาก

ความน่ารักของอาจารย์อีกเรื่องหนึ่งที่พี่ก็รู้สึกประทับใจ คือ สมัยเด็ก ๆ พี่ก็ผอมมาก อาจารย์บอกว่าสงสัยจะเลือดน้อย ตับไตไม่แข็งแรง อาจารย์ไปหาหมอจีนที่โรงพยาบาลหัวเฉียวเป็นประจำอยู่แล้ว ก็พาพี่ไปด้วยแล้วหมอบอกว่าเลือดน้อย ก็ให้ยาจีนมาต้ม ทีนี้ต้มยามันต้องต้มทั้งวันแล้วเรามาทำงานตั้งแต่หกเจ็ดโมงเช้ากลับบ้านสองสามทุ่ม ต้มที่ไหนล่ะ ต้มหน้าห้องอาจารย์เลย อาจารย์ก็อนุญาตนะ กลิ่นยาจีนทั้งนั้นเลย ทีนี้พนักงานคดีปกครองหรือตุลาการคนไหนป่วยเป็นอะไรนี่ท่านพาไปหาหมอจีนหมดเลย ดูแลทุกคนดีมาก แต่ไม่ค่อยดูแลตัวเอง เพราะทำงานหนักมากตั้งแต่เช้าจนมืด แล้วก็ดื่มกาแฟทั้งวัน ก็เป็นความน่ารักของอาจารย์ ที่พี่บอกว่าไม่เหมือนผู้บังคับบัญชาแต่เหมือนครูกับลูกศิษย์และเหมือนพ่อกับลูก แต่เรายังถูกครู ถูกพ่อตีนะ แต่อาจารย์ยังไม่เคยตีเราเลย มีแต่ดุนิด ๆ หน่อย ๆ ว่า “อะไรวะ” แค่นั้นเอง



นอกจากท่านคิดงาม คงตระกูล ลี แล้ว ยังมีอีกท่านหนึ่งที่เป็นลูกศิษย์ที่คอยช่วยงานท่านอาจารย์วรพจน์ในยุคแรกที่ท่านมาเป็นอธิบดีศาลปกครองกลาง คือ**ท่านศิริ มีแสงสกุล ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองชั้นต้นประจำศาลปกครองสูงสุด** ซึ่งพวกเราเรียกกันว่าพี่ศิริ ทีมงานจึงมาขอสัมภาษณ์ท่าน ให้ท่านเล่าถึงการทำงานร่วมกับท่านอาจารย์วรพจน์ในยุคก่อร่างสร้างศาลปกครองกลางกันครับ



ทีมงาน พี่ศิริเริ่มรู้จักกับท่านอาจารย์วรพจน์เมื่อไหร่ครับ

ท่านศิริ กับท่านอาจารย์วรพจน์พี่รู้จักท่านมาตั้งแต่ท่านเป็นกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ในคณะกรรมการกฤษฎีกา พี่อยู่ฝ่ายเลขานุการ แต่ว่าอยู่คนละคณะกับท่าน

ทีมงาน พี่ศิริทำงานที่กฤษฎีกา

ท่านศิริ อยู่ฝ่ายเลขานุการคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ แล้วท่านอาจารย์วรพจน์มาเป็นกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ในยุคที่จะมีการจัดตั้งศาลปกครอง แล้วก็ได้มารู้จักกันจริง ๆ หลังจากมีการจัดตั้งศาลปกครอง แล้วท่านมาเป็นอธิบดีศาลปกครองกลาง พี่ได้รับมอบหมายให้ทำงานตรวจกลั่นกรองร่างคำพิพากษาให้ท่าน จนท่านดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด พี่ก็ไปเป็นพนักงานคดีปกครองให้ท่าน และเมื่อพี่เป็นผู้เชี่ยวชาญด้านคดีปกครอง ในช่วงแรกทำงานของสำนักประธานด้วย แล้วทำงานเป็นพนักงานคดีปกครองของท่านอาจารย์วรพจน์ด้วย จนท่านได้คนมาเพิ่ม

ทีมงาน แสดงว่าตอนพี่ศิริอยู่กับท่านอาจารย์วรพจน์ในช่วงที่ท่านเป็นอธิบดีศาลปกครองกลาง งานในตอนนั้นนอกจากอาจารย์เป็นอธิบดีแล้ว อาจารย์ต้องทำหน้าที่ตรวจกลั่นกรองร่างคำพิพากษา ตอนนั้นมีรองอธิบดีหรือยังครับ

ท่านศิริ มีแล้ว ตอนนั้นมีท่านอาจารย์ฤทัย หงส์สิริ เป็นรองอธิบดี แล้วต่อมาก็มาเพิ่ม แต่พี่จำไม่ได้แล้วว่าตอนนั้นแยกเลยหรือว่าเป็นลำดับว่าจากรองแล้วมาเป็นอธิบดีหรือเปล่าพี่ไม่แน่ใจ จำไม่ได้แต่น่าจะแยก คือ รองก็ดูกี่องค์ไปใช่ไหม อธิบดีก็ดูกี่องค์ไปน่าจะใช่อย่างนั้นมากกว่านะ แต่ไม่แน่ใจเพราะว่าศาลสูงตอนสมัยนั้นศาลสูงเขาจะไม่เหมือนสมัยนี้ ของศาลสูงเขาจะเป็นลำดับ มีรอง 2 คน จากรอง 2 ไปรอง 1 จากรอง 1 แล้วไปประธาน แต่ของศาลต้นพี่จำไม่ได้ว่าตอนนั้นเป็นอย่างไร แต่ก็ประมาณนี้ ทำงานตรวจกลั่นกรองร่างคำพิพากษาให้อาจารย์ จนท่านขึ้นศาลสูงก็ไปเป็นพนักงานคดีปกครอง ให้ท่านจนพี่เป็นเชี่ยวชาญ ก็ยังทำงานกับท่านอยู่พักนึง พอท่านได้คนเพิ่มพี่ก็ไปทำงานของสำนักประธานอย่างเดียว

ทีมงาน บรรยากาศช่วงตั้งไข่ของศาลปกครองกลาง พี่ศิริทำงานกับท่านอาจารย์วรพจน์เป็นอย่างไรบ้างครับ

ท่านศิริ ตอนนั้นต้องบอกว่างานท่านอาจารย์หนักมาก เพราะศาลปกครองเพิ่งเปิด แล้วคดีปกครองค่อนข้างที่จะใหม่มาก เพราะฉะนั้นท่านจะดูตั้งแต่บันทึกของตุลาการเจ้าของสำนวน (ต.14) เพราะว่าถ้าไปดูในชั้นทำคำพิพากษา

มันจะใช้เวลามากเกินไป แต่ถ้าดูตั้งแต่ชั้นเป็นบันทึกของตุลาการเจ้าของสำนวน เวลาไปปรับเป็นคำพิพากษามันก็จะเร็วขึ้น แล้วอีกอย่างหนึ่งท่านมักจะคุยกับเจ้าของสำนวนด้วย คดีมันน่าจะเป็นอย่างนี้ หลักกฎหมายปกครองว่าไว้อย่างไร ช่วงเปิดศาลปกครองใหม่ ๆ ก็ต้องเข้าใจว่าบุคลากรของศาลปกครองรวมถึงสำนักงานศาลปกครองยังคุ้นเคยกับกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา ไม่ค่อยเข้าใจเรื่องหลักกฎหมายปกครอง เพราะฉะนั้นงานค่อนข้างหนักเพราะตอนนั้นท่านดูละเอียดมากในแต่ละคดี ตอนนั้นงานท่านหนักมาก เหมือนกับว่าเป็นการเริ่มสร้างวิธีคิด วิธีเขียน วิธีการวินิจฉัยคดี เป็นการสร้างขึ้นมาเลย เพราะฉะนั้นในขั้นตอนการตรวจกลั่นกรองร่างคำพิพากษาตอนนั้นที่ท่านอาจารย์เป็นอธิบดีศาลปกครองกลาง ในการตรวจกลั่นกรองร่างคำพิพากษาในชั้นบันทึกของตุลาการเจ้าของสำนวนจะใช้เวลานาน แต่ผ่านขั้นตอนนั้นมาแล้ว การปรับเป็นคำพิพากษาก็ง่าย

ทีมงาน เหมือนตอนที่พวกเราทำคดีกับท่านอาจารย์ ท่านเองก็จะทำบันทึกของตุลาการเจ้าของสำนวนให้มันละเอียดชัดเจน แล้วก็พอประชุมองค์คณะเสร็จ ตอนยกร่างคำพิพากษาแทบไม่ต้องแก้อะไรเลย อย่างนั้นเลยใช่ไหมครับ

ท่านศิริ ใช่ นอกจากนี้ เป็นยุคเริ่มแรกในการทำสำนวนของตุลาการใหม่ พอเพิ่งเปิดทำการศาลปกครอง ตุลาการบางท่านจะมาจากผู้บริหารหน่วยงาน การทำงานก็จะไม่เหมือนกับการเขียนสำนวนของตุลาการ มีความแตกต่างค่อนข้างมาก ตั้งแต่การรวบรวมข้อเท็จจริง อ้างอิงข้อกฎหมาย ปรับข้อกฎหมายกับข้อเท็จจริงแล้วก็วินิจฉัยชี้ขาด

ทีมงาน แล้วช่วงที่ตรวจกลั่นกรองร่างคำพิพากษากับอาจารย์เวลาเราทำงานเสนออาจารย์ บรรยากาศในช่วงที่อาจารย์ให้ข้อสังเกตเรา อาจารย์สอนงานเราเป็นอย่างไรบ้างครับ

ท่านศิริ ท่านอาจารย์จะใส่ใจและดูแลคนที่ทำงานกับท่านมาก ๆ เลย เจ้าหน้าที่เวลาตรวจร่างบันทึก ต.14 แล้วท่านอาจารย์ก็จะให้ถ่ายสำเนา ไม่ว่าจะปรับแก้มากหรือน้อย ถ้าท่านอาจารย์เห็นด้วย ท่านก็จะแก้เป็นลายมือของท่าน ตุลาการเจ้าของสำนวนหรือองค์คณะจะได้เห็นว่าท่านอาจารย์เป็นคนแก้ ถ้าจะตำหนิว่าการปรับแก้ไขนี้ไม่ถูกต้องให้มาว่าท่านอาจารย์อย่าไปตำหนิเจ้าหน้าที่เพราะว่าท่านเป็นคนแก้ นี่คืออาจารย์วรพจน์ ท่านจะป้องกันเจ้าหน้าที่ไม่ให้ถูกตำหนิ แล้วท่านมีจิตวิญญาณของความเป็นอาจารย์ ท่านจะศึกษาความรู้ตลอด ท่านบอกว่าท่านอ่านตำราทุกวัน ต้องอ่านทุกวัน มากน้อยก็ต้องอ่าน ส่วนใหญ่ที่ท่านอ่านก็จะเป็นตำราต่างประเทศ ถ้าท่านไปอ่านเจอเรื่องที่น่าสนใจ ท่านก็จะเลกเชอร์ให้เจ้าหน้าที่ฟัง ท่านมองไกล เพราะถ้าให้เจ้าหน้าที่ที่ทำงานด้วยได้รับรู้วิชาการตรงนี้ เวลาทำงานเสนอท่านจะได้มีวิธีคิดไปในทางที่ถูก ท่านจะได้ไม่ต้องมาเสียเวลาแก้งานอะไรมาก เหมือนกับที่ท่านจัดให้มีการสัมมนาออนไลน์ ท่านบอกว่าจะทำงานง่ายขึ้นถ้าให้ความรู้ไว้ ท่านมีอะไรท่านจะสอนตลอด แล้วท่านอาจารย์จะเป็นคนที่ทำงานแบบเตรียมตัวก่อน คือ ทำงานแบบเชิงรุก ท่านจะติดตามข่าวสารตลอด ถ้ามีอะไรที่มันจะเป็นคดีปกครองได้ แล้วมันจะอยู่ในความสนใจของประชาชนของสื่อมวลชนท่านก็จะเตรียมพร้อม ตั้งแต่ท่านเป็นอธิบดีศาลปกครองกลางหรือแม้กระทั่งตอนท่านอยู่ศาลปกครองสูงสุดท่านก็จะเรียกเจ้าหน้าที่เข้าไปเตรียมพร้อม อธิบายให้ฟัง ข้อเท็จจริงเป็นกฎหมายที่เกี่ยวข้องมีกฎหมายฉบับไหนบ้าง มีหลักอย่างไร อยู่ในอำนาจศาลปกครองไหม เป็นคดีประเภทไหน ประเด็นของคดีมีอย่างไร การทำคดีก็จะง่ายขึ้น ใช้ระยะเวลาในการวินิจฉัยได้รวดเร็วขึ้น

ทีมงาน ผมนึกว่าอาจารย์บอกผมคนเดียว เพราะว่าในช่วงที่จะมีการเลือกตั้ง อาจารย์เคยให้ผมค้นกฎหมายศึกษา แล้วมาคุยกันว่าตีความอย่างไร มองอย่างไร อาจารย์เตรียมงานล่วงหน้าเช่นนี้ตลอดเลยครับ

ท่านศิริ ใช่ ท่านจะเตรียมพร้อมรับมือ ท่านก็สอนตลอดให้เราเตรียมพร้อมอย่าประมาท แล้วเวลาท่านทำอะไรท่านจะตั้งใจทำอย่างดี ทำให้ดีที่สุด อย่างเวลาท่านจะบรรยายแม้กระทั่งวิชาที่ท่านบรรยายอยู่บ่อย ๆ ไม่ว่าจะเป็นการบรรยายภายในศาลปกครองหรือบรรยายที่มหาวิทยาลัยหรือหน่วยงานอื่น ท่านจะต้องใช้เวลาในการเตรียมตัว เวลาท่านจะเตรียมตัวแต่ละครั้งท่านล็อคห้องเลย ไม่รับแขก เพราะจะต้องเตรียมตัวไปบรรยาย ท่านบรรยายมาไม่รู้จะกี่ครั้งหลับตาพูดก็ได้ ท่านก็ยังใช้เวลาเตรียมตัว ท่านบอกว่าถ้าไม่พร้อมผมไม่บรรยาย

ทีมงาน เป็นตั้งแต่ตอนนั้นเลย มาตรฐานเดิมมาตลอด

ท่านศิริ ใช่ ๆ ท่านอาจารย์จะเป็นคนที่สม่ำเสมอมาก เราดูได้จากผลงานท่านไม่ว่าจะเป็นคดีเล็กหรือคดีใหญ่ก็ตาม มาตรฐานจะสม่ำเสมอ แล้วท่านสมาธิดีมาก ในช่วงที่พี่เป็นพนักงานคดีปกครองให้กับท่าน ท่านตรวจดูสำนวนแล้วท่านบอกปากเปล่าให้เราจดเป็นสิบ ๆ หน้า ท่านพูดออกมาเราก็เขียนตามคำวินิจฉัยได้หนึ่งฉบับรวดเดียวจบเลย น่าทึ่งมาก ทำได้ยังไง ท่านคิดเป็นระบบมาก ท่านก็ไม่ได้คิดว่าท่านจะรู้ไปหมดทุกเรื่องเหมือนแก้วน้ำที่เต็มอยู่ตลอดเวลา เคยมีอยู่ครั้งหนึ่งท่านดูกฎหมายตอนนั้นท่านเป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุด ท่านเป็นเจ้าของสำนวน จริง ๆ ท่านก็รู้แล้ว แต่ท่านก็ไม่มั่นใจเท่าไหร่ คือ ไม่ 100% ท่านก็บอกว่าไปกับผมไปถามท่าน (ตุลาการศาลปกครองชั้นต้น) ซึ่งท่านอาจารย์รู้ว่าตุลาการท่านนี้เชี่ยวชาญกฎหมายด้านนี้ตั้งแต่สมัยที่เป็นข้าราชการพลเรือน ถ้าจะให้รู้แจ้งกระจ่างต้องไปหารือท่านนี้ ท่านจะเป็นคนที่ให้เกียรติคนนะ แต่ท่านเป็นคนที่พูดตรงไม่เก็บอาการ เพราะฉะนั้นบางคนอาจจะรับไม่ได้ อาจจะทนไม่ได้ ท่านมีอะไรหรือไม่พอใจอะไรท่านพูดตอนนั้นเลย พูดตอนนั้นเลยแล้วก็จบ ไม่มีอะไรค้างคาใจ แม้กระทั่งมีคนเคยตำหนิท่าน ต่อว่าท่าน แต่เวลาเขามีปัญหาท่านก็ช่วย มาขอความช่วยเหลือท่านก็ช่วย ท่านอาจารย์ยินดีพร้อมที่จะช่วยเหลือทุกคน ท่านเป็นคนที่มีเมตตาสูง

ทีมงาน พี่ศิริพูดถึงว่าท่านอาจารย์วรพจน์เป็นคนสม่ำเสมอ

ท่านศิริ พูดถึงความสม่ำเสมอดูได้จากการเล่นกอล์ฟของท่านอาจารย์ด้วยความที่เป็นคนสม่ำเสมอ วิธีคิด วิธีการทำงานอะไรต่าง ๆ ท่านถึงเป็นนักกอล์ฟที่ฝีมือดี วงสวิงดี มีความสม่ำเสมอสูง ซึ่งเป็นคุณสมบัติสำคัญของนักกอล์ฟที่ดี สิ่งที่เห็นท่านอาจารย์ทำทุกครั้งคือ Pre-Shot Routine ซึ่งนักกอล์ฟบางคนทำบ้างไม่ทำบ้าง ทำไม่เหมือนกันบ้าง แต่ท่านอาจารย์ทำทุกครั้งก่อนสวิงจริง แล้วเหมือนกันทุกครั้ง

ทีมงาน เหมือนวอร์มร่างกาย ออกกำลังกายหรือเปล่าครับ

ท่านศิริ ไม่ใช่ กอล์ฟเวลาก่อนจะสวิงจริงมันต้องมีการสวิงลม เขาเรียกกันว่า Pre-Shot Routine ท่านอาจารย์วรพจน์จะทำทุก shot เป็นคนที่ไม่ว่าจะลูกง่ายหรือลูกยาก แม้กระทั่งลูกใกล้ ๆ หลุม ซึ่งนักกอล์ฟเกือบ 100% ที่จะเดินเข้าไปแล้วพัตต์เลย แต่ท่านอาจารย์วรพจน์ก็ยังทำ Pre-Shot Routine ก่อนที่จะพัตต์ เวลาไปออกรอบด้วยกัน ท่านจะบอกพี่ว่า “คุณต้องตั้งใจทุก Shot” เวลาทำคดีแม้กระทั่งคำสั่งไม่รับคำฟ้อง ท่านอาจารย์ก็จะเขียนอย่างละเอียด ใส่ข้อเท็จจริง ข้อกฎหมายเป็นมาตรฐานของท่านอาจารย์ นี่คือความสม่ำเสมอของท่านอาจารย์

ทีมงาน ประสบการณ์สมัยที่ทำงานกับอาจารย์ที่ไม่ใช่เรื่องงาน มีเรื่องอะไรที่สนุก ๆ หรือความประทับใจที่เป็นอีกมุมของอาจารย์บ้างไหมครับ

ท่านศิริ ท่านอาจารย์ก็มีมุมของคนอารมณ์ดี มีมุก มีแซว โดยเฉพาะเวลาออกรอบเล่นกอล์ฟ แล้วคนที่โดนท่านอาจารย์แซวบ่อย ๆ ก็ท่านกมลเรานี่แหละ

ทีมงาน ในขั้นตอนที่ท่านอาจารย์เขียนคดีจริง ๆ การทำงานเปลี่ยนไปไหมครับ อาจารย์ท่านวางระบบการทำงานกับเรายังไง

ท่านศิริ ในการทำงานกับอาจารย์เป็นการทำงานที่ง่ายมาก ใครที่เคยทำงานกับตุลาการหลาย ๆ คน ถ้าใครมาทำงานอยู่กับท่านอาจารย์จะรู้ว่าการทำงานกับท่านอาจารย์ง่ายมาก เพราะท่านมีมาตรฐานในการทำงานทุกคดี ที่ท่านเขียนเราสามารถเอามาเป็นแบบได้ โดยเฉพาะในสมัยเปิดศาลปกครองใหม่ ๆ พวกคำสั่งไม่รับคำฟ้องจะเป็นเรื่องเงื่อนไขหรืออำนาจศาล ที่ศาลปกครองชั้นต้นไม่รับคำฟ้อง ท่านก็จะเขียนคดีแรกเป็นต้นแบบที่เราสามารถเอามาปรับได้ โดยใช้ต้นแบบที่ท่านวางไว้ คดีต่อไปเราสามารถที่จะเอามาทำคดีที่สองที่สามได้ เพราะว่าท่านเขียนแบบมีมาตรฐาน ส่วนคำวินิจฉัยในประเด็นเนื้อหาแห่งคดี ส่วนใหญ่แล้วท่านก็จะเขียนเอง (บอกให้เราเขียน) ยกเว้นแต่คดีที่มีแนวเดิมอยู่แล้ว ทำให้เราได้ความรู้ ได้วิธีคิด เป็นระบบ เรื่องนี้ต้องคิดอะไรก่อน ต้องเขียนอะไรก่อน เราได้ความรู้จากการทำงานกับท่านอาจารย์เยอะมาก

ทีมงาน ท่านคิดคดีนี้ท่านคิดล่วงหน้าไปด้วย

ท่านศิริ ใช่ แล้วท่านรู้กฎหมายเยอะ บางทีท่านบอกว่าที่เราคิดไม่ถึงหรือไม่รู้ว่ายังมีกฎหมายฉบับอื่นที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้

ทีมงาน สุดท้ายในช่วงที่ท่านอาจารย์จะเกษียณ พี่ศิริมีอะไรอยากจะกล่าวถึงอาจารย์ไหมครับ

ท่านศิริ ไม่ว่าอาจารย์จะดำรงตำแหน่งอะไรหรือไม่ดำรงตำแหน่งอะไรก็ตาม อาจารย์ก็ยังเป็นอาจารย์ เวลาเราพูดถึงท่าน เราเรียกท่านว่าอาจารย์วรพจน์ ไม่เหมือนกับที่เราเรียกอาจารย์ที่สอนหนังสือตามสถาบันการศึกษาทั่วไป คือเราเรียกเหมือนกับว่าเรียกตามความรู้สึกที่ออกจากใจ มันคือความรู้สึกว่าท่านอาจารย์วรพจน์ก็เป็นอาจารย์ แม้ว่าท่านจะเป็นประธานศาลปกครอง เราก็เรียกท่านว่าอาจารย์ เพราะเรารู้สึกว่าท่านคืออาจารย์ เวลาไปออกรอบเล่นกอล์ฟกับท่าน จะมีคนรู้จักท่านเยอะมาก ใคร ๆ ก็เรียกอาจารย์ พี่ก็อยากให้ท่านอาจารย์ได้ใช้ชีวิตอย่างที่ชอบ เกษียณแล้วคงได้มีเวลาทำในสิ่งที่ชอบเยอะขึ้น มีเวลาในการสอนหนังสือได้เยอะขึ้น โดยเฉพาะมีเวลาในการออกรอบเล่นกอล์ฟได้มากขึ้น ขอให้ท่านอาจารย์ได้ทำสิ่งที่ชอบ ออกรอบเล่นกอล์ฟได้อีกนาน ๆ สัก 20 ปี

หลังจากที่ท่านอาจารย์วรพจน์เป็นอธิบดีศาลปกครองกลางอยู่ประมาณ 5 ปี ต่อมา ในปี พ.ศ. 2549 ท่านก็ขึ้นมาเป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุด การทำงานในยุคที่ท่านเป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุดเราได้ฟังจากท่านศิริ มีแสงสกุลมาบ้างแล้วเล็กน้อย แต่ยังมีอีกหนึ่งท่านที่ท่านอาจารย์วรพจน์เคยชมให้พวกเราทีมงานฟังว่าเป็นพนักงานคดีของท่านที่ทำงานดีมาก และยังเป็นคนที่คอยจดย่อคำวินิจฉัยของท่านอาจารย์วรพจน์เก็บไว้ศึกษาโดยตลอด คือ **ท่านนิทัศน์ แช่มช้อย ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองกลาง**



ทีมงาน พี่นิทัศน์เริ่มเข้ามาทำงานกับท่านอาจารย์วรพจน์ครั้งแรกเมื่อไหร่ครับ

ท่านนิทัศน์ ตอนแรกพี่โอนมาจาก กทม. ก็มาอยู่สำนักวิจัยและวิชาการแล้วสำนักวิจัยฯ ถูกยุบก็ไปอยู่สำนักส่งเสริมงานคดีปกครอง อยู่ ๆ มา ผู้อำนวยการสำนัก (ท่านสมฤดี ธัญญสิริ) ก็มาชักชวน บอกว่าไปทำงานกับอาจารย์ไหม อาจารย์ขาดพนักงานคดีอยู่ เราก็ตกลงเพราะว่าสมัยนั้นโอนมาก็อยากมาทำคดี เราก็เห็นว่าเป็นโอกาสที่ดีเราก็ตกลง จากนั้น ผอ.สมฤดี ก็พาไปหาอาจารย์ ผอ.สมฤดี บอกเอางานเขียนของคุณไปด้วย เอาไปให้อาจารย์ดู เราพอไปถึงก็เหมือนอาจารย์นั่งหรือนอนอ่านหนังสือสูบไปป์อยู่ ผอ.สมฤดีก็พาไปแนะนำนั่นแหละ แล้วอาจารย์ก็พูดคุยซักถามว่ายังไง

เคยทำงานอะไรประมาณนี้ แล้วก็ดูผลงานที่เราถือไปด้วยพลิกไปพลิกมาก็ตกลง นั่นก็คือจุดเริ่มต้นที่ได้ทำงานคดีกับอาจารย์

ทีมงาน พี่นิทัศน์ได้ทำงานอยู่กับอาจารย์กี่ปีครับ

ท่านนิทัศน์ ก็ทำงานอยู่กับอาจารย์ตั้งแต่ปี พ.ศ. 2550 ถึง 2553 จนกระทั่งสอบตุลาการได้

ทีมงาน ทีนี้ในช่วงที่พี่นิทัศน์ทำงานอยู่กับอาจารย์นี่ครับ มีบรรยากาศในการทำงานเป็นอย่างไรบ้าง อยากให้พี่เล่าถึงบรรยากาศการทำงานหน่อยว่ามีช่วงมรสุมหรือว่าสงบราบรื่นดังคลื่นทะเล เล่าแบบว่าประทับใจยังไง อาจารย์โหดไหม หรือความรู้สึกของพี่นิทัศน์ที่ทำงานกับอาจารย์เป็นอย่างไรครับ

ท่านนิทัศน์ ที่จริงก็เครียดนะ ก็เกร็งอยู่ เพราะว่าสมัยนั้นพี่อยู่สำนักส่งเสริมงานคดีปกครองใช่ไหม พี่ก็ไม่เคยทำงานคดี ไม่เคยเขียนคำวินิจฉัย ก็ไปก็ต้องศึกษาใหม่ เริ่มใหม่ตั้งแต่ต้นว่าคำวินิจฉัยเขาเขียนกันยังไง แต่ตอนนั้นวิธีที่จะทำก็คือว่าอ่านคดีของอาจารย์ทุกคดี เพื่อเป็นตัวอย่างในการเขียน

ทีมงาน เรียนจากตรงนี้

ท่านนิทัศน์ ใช่ ๆ เริ่มจากตรงนี้

ทีมงาน พี่นิทัศน์อ่านแล้วก็โน้ตย่อไว้

ท่านนิทัศน์ ใช่ ๆ เพราะว่าพี่ได้ยินกิตติศักดิ์มาว่าอาจารย์ไม่ชอบสำนวนของคนอื่นหรอก ต้องเป็นสำนวนของท่านเอง อย่าไปเอาสำนวนของคนอื่นมาเขียนให้ท่านเลย เพราะฉะนั้นก็จะจดจำถ้อยคำสำนวนแล้วก็แพทเทิร์นการเขียนของท่านทุกอย่าง ทั้งคำสั่งไม่รับคำฟ้องเพราะไม่อยู่ในอำนาจศาลเขียนยังไง เพราะไม่มีสิทธิฟ้องจะเขียนยังไง คือดูรูปแบบแล้วก็เอามาปรับตามข้อเท็จจริงในคดีที่เรารับผิดชอบ

ทีมงาน เรื่องโดนอาจารย์เอ็ด พี่นิทัศน์มีไหมครับ หรือว่าไม่มี

ท่านนิทัศน์ ถ้ากับตัวเองก็ไม่เคยเจอ แต่ว่าตอนนั้นที่อยู่ก็จะเห็นบรรยากาศของการทำงานว่าเวลาอาจารย์เรียกใครเข้าไปในห้องเป็นยังไง (หัวเราะ...)

ทีมงาน เข้าไปทีหนึ่ง หายไปเลยครึ่งวัน เข้าไปนานไหมครับ อย่างสมัยผมเข้าไปทีก็หายไปเป็นวันยันมืดเลย

ท่านนิทัศน์ ก็ทั้งวัน บางทีก็เลิกงานแล้วก็ยังไม่กลับเรากลับแล้วก็ยังอยู่ต่อ

ทีมงาน แล้วพี่นิทัศน์คิดว่าในช่วงเวลา 3 ปีที่อยู่กับอาจารย์ พี่นิทัศน์ประทับใจหรือว่าได้ข้อคิดอะไรทั้งเรื่องงานและการใช้ชีวิตที่อยู่กับท่านอาจารย์บ้างครับ

ท่านนิทัศน์ อาจารย์เป็นคนที่ตั้งใจ ตั้งใจมากกับการเขียนคำวินิจฉัยกับการทำคดี เพราะว่าท่านจะดูคดีละเอียดมาก ทำให้เราได้แบบอย่างที่ดีจากการทำงานของอาจารย์ แล้วอาจารย์ก็จะสอน คือท่านเป็นคนที่มีจิตวิญญาณของความเป็นอาจารย์มาก เวลาท่านเรียกเข้าไปสอนทำคดี พูดคุยดูคดีมีประเด็นอะไรท่านก็จะเปิดโอกาสให้ซักถาม ให้พูดคุย ใช้เวลานาน ให้เวลากับพนักงานคดีในการอธิบายในการสอนงาน แล้วถ้าเรามีข้อสงสัยอะไรนะ อาจารย์ตอบได้หมด ไม่ว่าจะมีข้อสงสัยเกี่ยวกับข้อกฎหมายอะไร กฎหมายทุกประเภท ซึ่งก็คิดอยู่เหมือนกันว่าทำไมถึงรู้หมด เหมือนอาจารย์จะเข้าใจระบบกฎหมาย หลักการของกฎหมายทั้งระบบ เวลาถามแม้ว่าจะเป็นกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา ไม่ว่ากฎหมายอะไรท่านสามารถจะตอบได้หมด ซึ่งทำให้เราทึ่งในความเป็นสัพพัญญูรอบรู้ของอาจารย์มาก ยังคุยกับพนักงานคดี คุยกับคนที่มีปัญหา มีปัญหาอะไรถามอาจารย์ อาจารย์ตอบได้หมด

ทีมงาน ในโอกาสที่ท่านอาจารย์จะเกษียณ แล้วก็ในช่วงที่อาจารย์จะครบรอบ 70 ปี อยากจะให้พี่นิทัศน์พูดอะไรถึงอาจารย์ อยากจะฝากบอกอะไรกับอาจารย์ครับ

ท่านนิทัศน์ ผมคิดว่าตัวผมเองนี่โชคดีที่ได้มาเป็นพนักงานคดีของอาจารย์ มันเป็นจุดเริ่มต้นที่ทำให้เราสามารถจะเขียนคำวินิจฉัยได้ รู้หลักการของการเขียนคำวินิจฉัยซึ่งเป็นประโยชน์ต่อการทำงานแล้วก็เป็นประโยชน์กับอนาคต

ตัวเอง เพราะถือเป็นจุดพลิกผันของชีวิตราชการของผมก็ว่าได้ ถ้าผมไม่ได้มาอยู่กับอาจารย์ ผมก็ไม่แน่ใจหรอกว่าผมจะเขียนคำวินิจฉัยได้ แล้วจะสามารถสอบตุลาการได้ในครั้งแรกที่สอบ เพราะว่า 3 ปี เป็นช่วงเวลาที่มีประโยชน์มากสำหรับการศึกษา สำหรับการเพิ่มพูนความรู้ที่อาจารย์ได้เมตตา สั่งสอน ทำให้ผมประสบความเสร็จในการสอบตุลาการ ซึ่งผมก็ระลึกถึงพระคุณของอาจารย์ในครั้งนี้อยู่ตลอดตั้งแต่นั้นมา จนถึงวันนี้ผมก็ยังระลึกถึงบุญคุณของอาจารย์ในส่วนนี้อยู่

ทีมงาน พี่นิทัศน์คิดว่าตอนที่พี่นิทัศน์เป็นพนักงานคดีกับอาจารย์ พี่ได้นำเอาแง่คิด ทักษะหรือประสบการณ์หรือมุมมองที่เห็นจากอาจารย์มาใช้ตอนเป็นตุลาการบ้างครับ

ท่านนิทัศน์ น่าจะเป็นเรื่องของความละเอียดรอบคอบในการที่จะเขียนคดีสักคดี เขียนคำวินิจฉัยคดีสักคดี ต้องดูหมด ต้องดูคำฟ้อง คำให้การ ดูรายละเอียดในสำนวนคดีทั้งหมด อาจารย์จะดูละเอียดมาก ทำให้เราต้องละเอียดรอบคอบไปด้วย เพราะไม่อย่างนั้นเราจะตอบคำถามอาจารย์ไม่ได้ แล้วนอกจากความละเอียดรอบคอบแล้ว เรายังต้องคิดกลับไปกลับมาชั่งน้ำหนักมากเลย อาจารย์จะชั่งน้ำหนักการที่จะวินิจฉัยคดีไปทางใดทางหนึ่งมีเหตุผลรองรับที่ดี มีเหตุผลทำให้คนอ่านคำวินิจฉัยของท่านแล้วมันเห็นด้วย เป็นอย่างนี้

ทีมงาน มีหรือไม่ครับที่พี่เสนองานไปแล้วอาจารย์ไม่เห็นด้วยเลยแบบ 360 องศา

ท่านนิทัศน์ ไม่มีนะ คือ ผมจำได้คดีแรกที่ผมเขียน ผมก็เกร็งนะเป็นคำสั่งไม่รับคำฟ้องเพราะว่าฟ้องพ้นระยะเวลาพอเสนอไปเสร็จวันหนึ่ง วันต่อมาตอนเช้าอาจารย์เรียกเข้าไปพี่ก็คิดว่าโดนแน่เลย (หัวเราะ...) แต่ปรากฏว่าเข้าไปก็ผิดคาดอาจารย์ก็ไม่ได้ว่าอะไร ท่านถามว่าเป็นอย่างนี้ใช่ไหม ไอ้นี่ใช่ไหม แล้วทำไมคุณไม่เขียนว่าเขาแจ้งสิทธิการฟ้องคดีหรือเปล่า ผมไม่ได้เขียนเพราะว่ามันไม่มีประเด็น ไม่เห็นว่ามีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยเพราะมันไม่ได้เถียงกัน อาจารย์ก็ออมันไม่มีประเด็นที่ต้องวินิจฉัย การเขียนคดีของผมท่านอาจารย์จะไม่ค่อยได้แก้มาก

ทีมงาน เราเอาพี่นิทัศน์เป็นมาตรฐานไม่ได้นะครับ

ท่านนิทัศน์ เท่าที่ดูอาจารย์ไม่ดุนะ อาจารย์จะหงุดหงิดกับงานเขียนที่ไม่ได้ดั่งใจไม่ถึงมาตรฐานที่อาจารย์เห็นว่ามันควรจะเป็นอะไรอย่างนี้ มันจะทำให้อาจารย์หงุดหงิด มันก็เหมือนเรา ตอนเราเป็นตุลาการถ้าพนักงานคดีเขียนมาแล้ว เขียนอะไรมา อันนี้มันก็จะนึกถึงตอนนั้นเลย ตอนเราเป็นพนักงานคดี

ทีมงาน มีอย่างนี้ครับ ตอนผม ผมก็โดนเอ็ดเหมือนกันว่า เขียนอะไรมาวะ!! แล้วอาจารย์ก็โทรมาหาตอนเลิกงานแต่คุยไม่จบ เสาร์อาทิตย์ก็โทรมาอีกครับ



จากบทสัมภาษณ์ของ 4 ท่าน ก่อนหน้านี้ เราได้เห็นความสัมพันธ์ระหว่างท่านอาจารย์วรพจน์กับลูกศิษย์ที่ทำงานร่วมกันในความสัมพันธ์แบบที่ท่านอาจารย์เป็นผู้บังคับบัญชากับลูกศิษย์ที่เป็นผู้ใต้บังคับบัญชา คราวนี้ทีมงานเปลี่ยนบรรยากาศมาเป็นการสัมภาษณ์บุคคลที่เป็นทั้งลูกศิษย์และเพื่อนร่วมงานในฐานะตุลาการศาลปกครองกันบ้าง โดยท่านแรก คือ **ท่านอาจารย์สายทิพย์ สุคติพันธ์ อดีตอาจารย์คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปัจจุบันท่านดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุด** ผู้ซึ่งเคยกล่าวกับท่านอาจารย์วรพจน์ว่า “อาจารย์หนูก็แก่ขนาดนี้แล้ว อาจารย์คงจะเป็นครูคนสุดท้ายของหนู”



ทีมงาน ท่านอาจารย์กับท่านอาจารย์วรพจน์ได้ร่วมงานกันหรือได้พบปะกันครั้งแรกในช่วงไหนครับ

ท่านอาจารย์สายทิพย์ เมื่อเกือบสามสิบปีก่อน ท่านอาจารย์วรพจน์ท่านคงเดินผ่านคณะรัฐศาสตร์ ที่ดิฉันทำงานอยู่บ้าง คือ ดิฉันสอนอยู่ที่คณะรัฐศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ แต่ที่เรียนรัฐศาสตร์ตั้งแต่ปริญญาตรีและปริญญาโทเรียนที่คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ช่วงนั้นทางรัฐศาสตร์จะเรียนเรื่องพฤติกรรมทางการเมืองเป็นส่วนใหญ่ ไม่ค่อยได้เรียนเรื่องสถาบันการเมืองหรือกฎหมายอะไรนัก แต่ปรากฏว่า 40 ปีที่ผ่านมา สิ่งที่ดิฉันจำได้ กลับเป็น วิชาที่รัฐธรรมนูญเปรียบเทียบ สถาบันการเมือง ทฤษฎีรัฐศาสตร์ ปรัชญาการเมือง ในวิชาพวกนั้นเราเรียน จอห์น ล็อค จัง จาร์ค รุสโซ เรียน มาเคียเวลลี ประโยคพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานของมนุษย์เนี่ยมันอยู่ในเลกเชอร์ของอาจารย์พงศ์เพ็ญ ศกุนตาภัย อาจารย์ชัยอนันต์ สมุทวณิช ดิฉันยังได้ยินเสียงและเห็นภาพอาจารย์ทั้งสองท่านพูดถึงรุสโซในทฤษฎีสัญญาประชาคมที่บอกว่า “มนุษย์เกิดมามีเสรี แต่ทุกหนแห่งมนุษย์ถูกพันธนาการด้วยโซ่ตรวน” หรือหลัก limited government หลัก constitutionalism ยังจำได้จนทุกวันนี้ ซึ่งดิฉันคิดว่าเป็นอะไรที่เป็นรากเดียวกับกฎหมายมหาชน รากเดียวกันกับหลักนิติรัฐที่พวกคุณพูดถึง ฉะนั้น ดิฉันอาจท่องนิยามของคำว่านิติรัฐไม่ได้ แต่ดิฉันคิดว่าท่านอาจารย์วรพจน์เห็นว่าดิฉันเข้าใจเรื่องพวกนี้ โดยที่ดิฉันไม่ต้องจบนิติศาสตรบัณฑิต ดิฉันตอบใคร ๆ เสมอเวลามีคนถามว่า เรื่องนี้ต้องใช้หลักนิติศาสตร์หรือใช้หลักรัฐศาสตร์ ดิฉันคิดว่า ในมุมของสิทธิเสรีภาพ การจัดโครงสร้างอำนาจ การควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจ รัฐศาสตร์ กับนิติศาสตร์ มาจากรากเดียวกัน คนที่เรียนกฎหมายมหาชนและใช้กฎหมายมหาชนก็ควรต้องรู้จักความคิดของจอห์น ล็อค โทมัส ฮอบส์ รุสโซ คุณต้องรู้จักคำว่า “สิทธิอันไม่อาจ

พรากไปจากมนุษย์ได้” ของจอห์น ล็อค นี่เองที่ดิฉันคิดว่าท่านอาจารย์วรพจน์ให้โอกาสดิฉัน แม้ดิฉันจะไม่ได้เรียนกฎหมายในความหมายของหลักสูตร หรือ สาขาวิชา แต่ดูเหมือนท่านจะมั่นใจว่าดิฉันมีความเข้าใจเพียงพอกับหลักคิดสำคัญหลายประการ ในชั้นปริญญาเอกดิฉันก็ไปเรียนเศรษฐศาสตร์การเมือง ก็ไม่สนใจวิชากฎหมายอีก เพราะรู้สึกว่าเป็นเรื่องกฎเกณฑ์เฉพาะ แคบ ๆ น่าเบื่อ ไม่ตั้งคำถาม โดยที่ไม่ได้ตระหนักเลยนะว่าสิ่งที่ตัวเองสนใจหลายอย่าง คือรากของกฎหมายมหาชนของกฎหมายรัฐธรรมนูญ

ในช่วงที่ดิฉันมาช่วยทำงานบริหารมหาวิทยาลัย ก็ได้เจอนักกฎหมายสายที่ใกล้ชิดกับรัฐศาสตร์หน่อยคือพวกนักกฎหมายมหาชน เช่น ท่านอาจารย์พนม ท่านอาจารย์สมยศ อาจารย์สุรพล อาจารย์สมคิด ก็เจอกันในที่ประชุมทางด้านบริหารบ้าง แล้วก็ช่วงนั้นมันมีการปฏิรูปการเมืองช่วงปี พ.ศ. 2535 - 2540 เป็นยุคเฟื่องฟูของนักกฎหมายมหาชน ดิฉันก็เริ่มได้ยินชื่อท่านอาจารย์วรพจน์ จากอาจารย์สุรพล อาจารย์สมคิด แต่ท่านอาจารย์วรพจน์ไม่ได้มาทำงานในตำแหน่งทางบริหารเลยนะ ท่านมักอยู่ในงานตรวจสอบ งานที่ปรึกษากฎหมาย พวกสภาอาจารย์ กรรมการอุทธรณ์ กรรมการร้องทุกข์ ฯลฯ จนช่วงที่ดิฉันรับผิดชอบงานอยู่ที่ศูนย์ลำปาง ของธรรมศาสตร์ ก็มีโอกาสได้จัดทำหลักสูตรอบรมกฎหมายปกครอง หกสิบกว่าชั่วโมง ก็ทำให้ดิฉันได้เจอกับท่านอาจารย์วรพจน์ตัวเป็น ๆ นอกจากที่ได้เห็นตอนอาจารย์วรพจน์เดินผ่านตึกคณะรัฐศาสตร์ หอบเสื้อนอกกับแฟ้ม เดินหน้านิ่ง ไปประชุมที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา แล้วดิฉันยกมือไหว้สวัสดีค่ะอาจารย์ ไปประชุมหรือคะ ท่านก็รับไหว้ ตอบว่า อื้อ! จบ นี่คืออาจารย์วรพจน์ที่ดิฉันเจอแถวท่าพระอาทิตย์ (หัวเราะ...) ดิฉันก็ได้พบท่านจริงจังขึ้น ตอนที่ท่านไปช่วยสอนวิชากฎหมายปกครองให้ที่วิทยาเขตลำปาง ทั้งที่จุดยืนของอาจารย์นิติศาสตร์เขาไม่ค่อยเห็นด้วยกับการขยายวิทยาเขต เพราะเขาไม่เชื่อว่าจะไปสอนด้วยระบบ vdo conference ได้ ต้องให้อาจารย์ไปด้วยตัวเอง ประเด็นนี้ดิฉันได้ยินจากท่านอาจารย์สมยศ ซึ่งเชื่อว่าท่านอาจารย์วรพจน์ก็น่าจะเห็นด้วย คือ ท่านบอกว่าการเป็นนักกฎหมายต้องเรียนวิธีคิด ท่วงท่า บุคลิก ไปด้วย ไม่ใช่รู้แต่เนื้อหากฎหมาย หรือแนวฎีกาอย่างเดียว แต่ต้องมีการสอนให้คนเรียนรู้จักทักษะในแสดงความเห็น การโต้แย้ง การให้เหตุผล ซึ่งอาจารย์ผู้สอนจะต้องทำให้ผู้เรียนเห็นว่า นี่คือนักกฎหมาย ดิฉันจึงได้เจอท่านอาจารย์วรพจน์ในช่วงนั้น ได้พาท่านไปทานอาหารบ้าง แอบฟังท่านบรรยายบ้าง แต่ก็ยังรู้สึกว่าอาจารย์ดุเหมือนเดิม คุยกันก็เหมือนอยู่คนละคลื่น ซึ่งหลัง ๆ มา หลังจากรู้จักอาจารย์มา 20 ปี ดิฉันก็ขำ ๆ เมื่อนั่งคิดย้อนไปว่า ใช่สิ! เราคงรู้สึกว่าการจะคุยกับอาจารย์มันยาก เพราะว่าอาจารย์กับดิฉันเป็นมนุษย์คนละบุคลิก ดิฉันเป็นคนพูดมากคุยเก่ง เดินไปยิ้มไป ขณะที่ท่านอาจารย์เคยถามว่าจะให้เดินไปยิ้มไปกับคนไม่รู้จักนี่ บ้าหรือเปล่า (หัวเราะ...)

หลังจากมีการจัดตั้งศาลปกครองแล้ว มีคนรู้จักที่เป็นข้าราชการบ้าง อัยการบ้าง ชวนกันมาสอบเป็นตุลาการศาลปกครอง เพราะตอนนั้นมันเป็นงานใหม่ น่าตื่นเต้น แล้วเงินเดือนก็เยอะกว่าข้าราชการสายอื่น ดิฉันก็กำลังเหนื่อยกับงานที่ต้องเดินทางกับแก้ปัญหารอบตัวทุกเช้าสายบ่ายค่ำ ดิฉันก็ถามอาจารย์วรพจน์ตอนที่ท่านไปบรรยายให้ที่ศูนย์ลำปางว่าอาจารย์คะ หนูจะไปสอบศาลปกครองบ้างดีมั้ย ตอนนั้น อาจารย์วรพจน์เป็นอธิบดีศาลปกครองกลางได้ประมาณครึ่งปีมั้ง ท่านตอบด้วยคำถามที่แปลกมากซึ่งยังจำได้ถึงทุกวันนี้ ว่า “สนใจไปเป็นเลขาธิการไหม” ตอบไม่ตรงคำถามนะ ดิฉันก็เลยมาสอบตุลาการ โดยมีอาจารย์สมคิด เลิศไพฑูรย์ เป็นติวเตอร์ จำได้ว่าอาจารย์สมคิดเขียนผังกฎหมายละเมิดมาให้ (ตอนนี้ปิดทองเก็บไว้) แล้วบอกว่า อาจารย์ช่วยท่องมาตรา 9 ให้หน่อยแล้วกัน และดิฉันก็ซื้อหนังสือความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับศาลปกครอง ของรองศาสตราจารย์วรพจน์ edition ประมาณ พ.ศ. 2535 มาอ่าน แล้วก็ได้อ่านแค่นั้น ไปสอบรุ่นที่ 2 สอบข้อเขียนผ่าน แต่ตอนนั้นด้วยความวุ่นวายในชีวิตการงาน ดิฉันก็ส่งผลงานไม่ครบ ตกผลงานโดนอาจารย์วรพจน์ดุซะ (หัวเราะ...) อันนี้ก็จำได้เป็นฉาก ๆ เหมือนกัน ค่ำนั้น เพิ่งกลับจากเชียงใหม่ แล้วมีนัดทานข้าวกับพวกอาจารย์นิติศาสตร์ แต่ดิฉันก็บอกขอตัว รู้ว่าจะโดนดุ อ้างว่าเพิ่งกลับจากเชียงใหม่เหนื่อย ๆ ขับรถไปถึงลำปาง

ตอน 2 ทุ่ม น้องที่ไปทานข้าวบอกว่าท่านอาจารย์วรพจน์อยากคุยด้วย ชีวิตเริ่มยุ่งละ อาจารย์ก็ถามว่าไง อ้อ “หนูส่งผลงานไม่ครบ” อาจารย์ก็ฟาดเข้าให้ “เนี่ย จบปริญญาเอก แล้วตกผลงานได้ไง” “หนูส่งงานไม่ตรงประเภท ไม่เป็นไรค่ะ ทางศาลเขาไม่อยากได้ หนูไม่เป็นตุลาการก็ได้” อาจารย์บอก “เขาจะเปิดสอบแล้ว ไปสอบอีก” เพราะฉะนั้น ถ้าจะกล่าวว่า ท่านอาจารย์วรพจน์เป็นคนลากดิฉันเข้ามาในศาลก็คงจะได้ ในที่สุดดิฉันก็สอบได้รุ่น 3

ทีมงาน อาจารย์สายทิพย์เข้ามาเป็นตุลาการปีไหนครับ

ท่านอาจารย์สายทิพย์ ดิฉันสอบเข้ามา เมื่อปี พ.ศ. 2546 เดี๋ยวจะเล่าย้อนหลังไปให้พวกเราทุกคนฟังด้วยว่าตอนที่รุ่น 1 สอบเข้ามาเกือบร้อยคน ฟังมาจากท่านกรรณิการ์ สุริยา ซึ่งท่านมาจาก กพ. ท่านบอกว่า ตอนเข้ามาเนี่ยนะ ไม่รู้อะไรเลย กฎหมายก็รู้แค่ตัวบทกันนิด ๆ หน่อย ๆ วิธีพิจารณานี่นึกไม่ออก รายงานกระบวนพิจารณาเขียนยังไงก็ไม่รู้ ต. 14 ต. 15 นี่[15] ก็คิดเอาเองว่าควรจะเขียนอะไรก็เขียนไป คำพิพากษาก็เขียนแบบไม่ได้มีแบบอะไร ใครเคยมีภูมิหลังการทำงานอะไรมาก็เขียนแบบนั้น ท่านที่มาจากนิติกรตามหน่วยงานของรัฐเขาก็เขียนแบบรายงานการสอบสวน พวกนักวิชาการก็เขียนเป็นตำรา มีฟุตโน้ต ก็มีท่านอธิบดีวรพจน์คอยช่วยขัด ๆ เกลา ๆ ตรงนั้นตรงนี้ให้ แล้วก็ภายใน 2 - 3 เดือนก็ส่งรุ่นหนึ่งออกไปต่างจังหวัดเลย ไต่สวนต้องทำยังไง ในห้องพิจารณาต้องทำอะไร สาบานตัวต้องทำอย่างไร ยังไม่มีใครรู้เลย ในยุคนั้น ท่านที่ออกไปอยู่ศาลต่างจังหวัดนี่ไปแบบมือเปล่า แฟ้มเปล่า กระดาษเปล่าเลย เพราะฉะนั้น รุ่น 1 จึงเป็นรุ่นที่ต้องถือว่าท่านอธิบดีศาลปกครองกลางและท่านรองฯ ทั้งหลาย ท่านได้ช่วยกันวางฐานก่อร่างสร้างตัวกันเลย ซึ่งเราก็คงเคยได้ยินอยู่แล้วว่าที่จริงแล้วคุณสมบัติและความรู้ความสามารถของท่านอาจารย์วรพจน์นั้นสามารถปฏิบัติงานในศาลปกครองสูงสุดได้เลย ช่วงที่ท่านดำรงตำแหน่งอธิบดีศาลปกครองกลางไปได้ซักระยะหนึ่งท่านก็ควรจะได้ขึ้นไปอยู่ศาลสูงเลย แต่ว่าในยุคแรก ๆ สภาพเราเป็นอย่างนี้ ท่านคงได้รับการขอให้ช่วยอยู่วางระบบงานก่อน ฉะนั้น สำหรับตุลาการสองสามรุ่นแรกร้อยกว่าท่านที่เข้ามาตอนนั้น มีท่านอาจารย์วรพจน์เป็นเสาหลักจริง ๆ ตุลาการศาลปกครองชั้นต้น รุ่นที่ 1 - 2 เข้ามาห่างกันแค่ 6 - 7 เดือน รุ่นที่ 3 รุ่นดิฉันทิ้งระยะมาแค่ปีครึ่ง เพราะฉะนั้น โดยช่วงอายุและประสบการณ์ สามรุ่นแรกจะรู้สึกว่าแชร์ประสบการณ์ร่วมกันมาก ตอนนั้นยังไม่มีหลักสูตรอบรมอะไรจริงจังนัก แต่ก็เริ่มมีเค้าแล้วว่าองค์ความรู้ที่จำเป็นสำหรับการเป็นตุลาการมันมีอะไรบ้าง รุ่นที่สาม เราก็อบรมอยู่ประมาณเกือบ 2 เดือน โดยต้องลาออกจากงานเดิมออกมาและยังไม่ได้รับเงินเดือนใหม่ เราก็คุยกันว่ามากินข้าวสำนักงานในระหว่างอบรมกันไป เพราะเป็นช่วงที่ยังไม่ได้รับการโปรดเกล้าฯ ในระหว่างอบรม ท่านอาจารย์วรพจน์จะเข้ามาบรรยายและตอบ/อธิบายข้อซักถามต่าง ๆ บ่อยมาก รวมทั้งนำพวกเราไปดูงานที่อิตาลี ฝรั่งเศส จำได้ว่าที่ห้องพิจารณาของ Conseil d’Etat ที่ปารีส ท่านอาจารย์ชี้ให้ดูโพเดียมยืนแถลงของตุลาการผู้แถลงคดี แล้วอธิบายว่าผู้แถลงคดีต้องเก่งขนาดไหน จนดิฉันเองรู้สึกมีเกียรติและชอบการเป็นตุลาการผู้แถลงคดีมาจนทุกวันนี้ เราได้ feel ว่าอาจารย์เป็นครูประจำชั้นของพวกเรา มีความสัมพันธ์ฉันท์ครูลูกศิษย์อย่างยิ่งกับท่านอาจารย์ ตอนนั้นท่านอาจารย์เป็นอธิบดีที่เริ่มเห็นว่าคดีปกครองจริง ๆ มันหน้าตาเป็นยังไง คู่กรณีมาศาลกันอย่างไร ปัญหาจริง ๆ เกิดอะไรขึ้นในห้องพิจารณา เพราะฉะนั้นท่านก็เห็นความสำคัญของเรื่องวิธีพิจารณาที่จำเป็นต้องซักซ้อมกันนอกเหนือจากตัวความรู้ในเนื้อหาของบทกฎหมายต่าง ๆ ตอนนี้ที่ตุลาการรุ่น 3 กลับเข้ามาอบรมเตรียมเป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุด เรายังคุยกันอยู่เลยว่าเราได้กลับมาเป็นลูกศิษย์อาจารย์อีกครั้งหนึ่งนะ ตอนนั้นท่านเป็นอธิบดีศาลปกครองกลาง ตอนนี้ท่านเป็นประธานศาลปกครองสูงสุด

ทีมงาน แสดงว่าตุลาการยุคแรก ๆ มีปฏิสัมพันธ์กับท่านอาจารย์วรพจน์ด้วยความรู้สึกของการเป็นลูกศิษย์กับอาจารย์

---

[15] ต. 14 คือ บันทึกของตุลาการเจ้าของสำนวน ส่วน ต. 15 คือ บันทึกคำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดี

ท่านอาจารย์สายทิพย์ เป็นแบบลูกศิษย์กับอาจารย์มาก ๆ แล้วท่านอาจารย์ก็รู้จักเราดีมาก ทั้งความรู้ความสามารถ ความถนัด อาจจะรวมทั้งบุคลิก นิสัยใจคอด้วย อาจจะตั้งแต่ตอนคัดเลือกอาจารย์ก็จะอ่านประวัติเรามา ท่านก็จะรู้จักเราทุกคน ตอนที่ท่านจัดองค์คณะศาลปกครองสูงสุดเมื่อปลายปีก่อน ท่านก็คงมั่นใจว่าจะเอาเราสิบกว่าคนไว้ตรงไหนจะเหมาะสมที่สุด ท่านรู้จักเราในที่นี้ไม่ได้รู้จักแต่ฝีมือการทำงาน แต่รู้จักนิสัย รู้จุดแข็งและจุดอ่อนของพวกเราด้วย ตั้งแต่ตอนสอบสัมภาษณ์ คำถามเดียวที่อาจารย์ถามดิฉันในวันสอบสัมภาษณ์ คือ เคยเป็นนักวิชาการอยู่ในมหาวิทยาลัยมาก่อน รู้ใช่ไหมว่ามาอยู่ในองค์กรศาลมันจะมีวิธีการทำงาน วิธีวางตัวอีกแบบหนึ่ง จะมีความเห็นอิสระไม่ฟังใคร แสดงความเห็นไปเรื่อยไม่ได้ ดิฉันก็คิดว่านี่มันไม่ใช่คำถาม นี่เป็นคำสอน ดิฉันก็ตอบว่าทราบค่ะอาจารย์ แอบคิดว่าเราก็ไม่ใช่คนหัวดื้อซะหน่อย และก็ระมัดระวังตลอดมาในการแสดงความเห็นต่อสาธารณะ หรือทางสื่อโซเชียลทั้งหลาย

ทีมงาน หากจะกล่าวถึงท่านอาจารย์วรพจน์ เพื่อที่ว่าพวกเราหรือลูกศิษย์รุ่นหลังที่จะได้มาอ่านความเห็นของอาจารย์ที่พูดถึงอาจารย์วรพจน์ อาจารย์คิดว่าตรงไหนที่เป็นจุดเด่นของท่านอาจารย์วรพจน์มากที่สุดครับ

ท่านอาจารย์สายทิพย์ ดิฉันคิดว่าคงมีราวสี่ห้าเรื่อง

เรื่องแรก คือ ความรู้และความรักในความรู้ อาจารย์ไม่เคยหยุดหาความรู้ ภาพที่พวกเราทุกคนเวลาขึ้นไปหาอาจารย์โดยไม่ได้นัดหมายไว้ก่อน มักจะพบอาจารย์วรพจน์กำลังอ่านหนังสือ หรือกระทั่งเวลาคุยกันในเรื่องอื่น ท่านก็เล่าถึงเรื่องใหม่ ๆ ที่ท่านอ่านพบในที่ประชุมใหญ่ ท่านก็จะสอบถามความรู้จากท่านตุลาการท่านอื่นเสมอ เช่น ผมเพิ่งอ่านตำราเยอรมันที่เขียนเป็นภาษาอังกฤษ ท่านมานิตย์ผมอ่านมาอย่างนี้ผมเข้าใจถูกไหม คือ ท่านหาความรู้ตลอดเวลา ซึ่งนั่นหมายถึงว่าท่านอาจารย์ไม่เคยมั่นใจว่าท่านรู้มากที่สุด เพราะฉะนั้นอาจารย์จึงไม่หยุดหาความรู้รักในความรู้อย่างยิ่ง แล้วความรู้ที่อาจารย์ประมวลเข้าไว้มันเป็นระบบมาก เราจะพบว่าเวลาเราฟังบรรยายของอาจารย์แม้ว่าจะพูดแล้วฟังยาก ประโยคยาว การเขียนก็ย่อหน้าโคตรยาว แต่ว่าการเรียบเรียงและการใช้เหตุผล การเอาเอกสารหลักฐานทั้งหลายมาสนับสนุน จะไม่มีหลุดจากหลักตรรกะความเป็นเหตุเป็นผล มีตรรกะที่สม่ำเสมอ ไม่มีหลุด พูดภาษาธรรมดาก็คือไม่มีมั่ว ข้อเสนอ ข้อสนับสนุนข้อสรุปทั้งหมดจะสอดรับกัน อันนี้เป็นลักษณะการนำเสนอความรู้ที่ฟังแล้วต้องทึ่งทุกครั้ง แต่ขณะเดียวกัน อะไรที่อาจารย์ยังไม่แน่ใจ อาจารย์จะไม่ตอบมั่ว ๆ ดำน้ำไปเด็ดขาด ท่านจะบอกว่าเดี๋ยวผมลองคิดก่อน อันนี้เป็นลักษณะสำคัญของคนที่มีความรู้ และความรู้นั้น มันไม่หยุด ไม่ตาย มันเติบโต แล้วก็เป็นความรู้ที่นำไปสู่กระบวนการคิดแล้วสามารถมีคุณูปการมหาศาลกับคนที่ได้ฟัง คุณสมบัติและความสามารถเช่นนี้ ดิฉันในฐานะเป็นนักวิชาการอยากทำได้บ้าง แต่ไม่มีปัญญาสามารถ (หัวเราะ)

เรื่องที่สอง คือ ความเป็นครู เป็นครูที่ยิ่งใหญ่ ในวันครูของทุกปี ถ้าอยู่แจ้งวัฒนะ ดิฉันจะเอาพวงมาลัยไปกราบขอบคุณท่าน แล้วดิฉันก็จะบอกอาจารย์เสมอว่า หนูก็แก่ขนาดนี้แล้ว อาจารย์คงจะเป็นครูคนสุดท้ายของหนู ในช่วงยี่สิบกว่าปีที่ศาลปกครองนี้ อาจารย์เป็นครูของพวกเราจริง ๆ แล้วก็เป็นครูที่ให้ความรู้ที่เอาไปทำประโยชน์อะไรได้มากมาย เพราะฉะนั้นในความเป็นครูเนี่ย ยิ่งใหญ่มาก แต่ความเป็นครูที่ยิ่งใหญ่อันนี้มันทำร้ายอาจารย์อยู่มากเหมือนกัน มันทำให้อาจารย์สุขภาพไม่ดี คือ ถ้าไม่ติดไม่ขัดจริง ๆ อาจารย์ก็ไม่เคยปฏิเสธที่จะรับบรรยาย รับสอน ช่วงหลัง ๆ ต้องคอยบอกว่าอาจารย์สอนเต็มวันไม่ได้หรอกตั้ง 6 ชั่วโมง แค่ 3 ชั่วโมงก็ถือว่ามากแล้ว แน่นอนว่า เราอยากได้ฟังอาจารย์อธิบาย ตอบข้อข้องใจ แบบกระจ่าง แต่โดยสุขภาพ อาจารย์จะทำแบบนั้นไม่ได้แล้ว แล้วพอถามว่าอาจารย์ถ้าอาจารย์เกษียณไปแล้วจะทำอะไร ผมก็สอน! เป็นครูอย่างยิ่งและมีความสุขทุกครั้ง ทั้งคลาสที่เป็นทางการและไม่เป็นทางการ สอนในวงดื่มไวน์ก็ได้ สอนในวงอะไรก็ได้ เพราะฉะนั้นท่านมีความเป็นครูแบบมากสุดจริง ๆ เป็นครูตลอดเวลา แล้วท่านก็ไม่เป็นครูที่สถาปนาตัวเองว่ามีอำนาจความรู้เหนือลูกศิษย์นะ แต่ว่าจะเป็นครูที่เข้มงวดในแง่ที่จะไม่มีวันปล่อยให้เราเข้าใจผิดหรือทำอะไรผิด ๆ อันนี้เป็นความ Extreme ความ Perfectionist ชนิดหนึ่ง ดิฉันคิดว่าความเป็นครูเช่นนี้ยิ่งใหญ่และเป็นที่ประจักษ์ ในอีกมุมหนึ่ง ท่านมีความเคารพและยกย่องครูของท่านมาก ท่านจะกล่าวถึงยกย่องครู

อาจารย์ของท่านเสมอ ท่านอาจารย์เพรียบ ที่สอนมรดก ท่านอาจารย์จิตติ เป็นต้น รวมทั้งเพื่อนร่วมงานด้วยนะ อย่างเช่น ท่านอาจารย์สมยศ ท่านอาจารย์พนม เอี่ยมประยูร

เรื่องที่สาม คือ ท่านให้เกียรติเพื่อนร่วมงาน ถึงแม้จะเป็นผู้มีความรู้อย่างยอดเยี่ยม เป็นครูของบรรดาตุลาการส่วนใหญ่ แต่ว่าท่านจะไม่ใช้ท่าทีว่าพวกคุณก็เพิ่งเด็ก ๆ ยังไม่รู้เรื่อง พวกเราที่เป็นรุ่น Junior น่าจะรู้สึกได้ว่า เวลาท่านจะบอกจะสอน ก็ไม่ใช่จะข่มว่าท่านรู้มากกว่า คือ เวลาคุยกับคนเก่ง ๆ บางทีเรามีความรู้สึกว่าเราโง่ แต่พอคุยกับอาจารย์เราจะไม่รู้สึกว่าเราโง่ แต่จะรู้สึกว่าเรามีอะไรที่เราต้องเรียนรู้อีก สิ่งที่ท่านบอกคือให้เรารู้ว่าเรายังเติบโตได้ แต่ท่านจะไม่ตำหนิ ดูถูก หรือบอกว่าเราไม่ได้เรื่อง

เรื่องที่สี่ เรื่องความเป็นเลิศในคุณภาพของงานของท่าน ถึงแม้อาจารย์จะเขียนหนังสือที่อ่านยาก คือ มันไม่ใช่วิธีการเขียนหนังสือที่ครูภาษาไทยจะชอบหรอก เขียนถ้อยความที่ยาวและแน่น แต่ทุกคำ ทุกข้อความที่เขียนมีความหมาย ดิฉันเคยยกตัวอย่างให้พวกพนักงานคดีปกครองที่เขียนหนังสือรุงรังทั้งหลายว่า ถ้อยคำฟุ่มเฟือย ลอกซ้ำไปซ้ำมา จะใส่ไปทำไม เขียนตอนต้นไปทางขวา สรุปมาทางซ้าย ฯลฯ ข้อเขียนของอาจารย์จะกลั่นและกรองความคิด และคงขัดและเกลาสำนวนภาษา มาจนต้องจดเก็บไว้เป็นวรรคทองเสมอ ๆ ดิฉันยังชอบเวลาอาจารย์เขียนคำพิพากษามากกว่าเขียนตำรานะ ดิฉันรู้สึกว่าแต่ละบรรทัดแต่ละประโยคมันบอกถึงข้อความคิดเบื้องหลังที่มากกว่าประโยคนั้น เพราะฉะนั้นเรื่องคุณภาพหรือความเป็นเลิศของผลงานของอาจารย์ ดิฉันคิดว่ามันไม่จำเป็นต้องสรรเสริญกัน แต่ต้องรู้สึกขอบคุณที่ศาลปกครองในช่วงก่อตั้งมีท่านที่สามารถสร้างผลงานที่ให้เป็นที่อ้างอิงถึงได้อย่างภาคภูมิ

เรื่องสุดท้ายที่ดิฉันคิดว่าเป็นความประทับใจเกี่ยวกับอาจารย์ก็คือ อาจารย์มีจิตใจที่งดงาม เป็นมนุษย์ที่มีใจงดงาม ความอยากช่วยเหลือผู้คน ความเมตตาเป็นอย่างแรก ถึงแม้ดิฉันจะบอกว่าอาจารย์ดุโคตรเลย ทักก็ยาก กว่าจะเริ่มคุยด้วยให้ผ่านสามสี่ประโยคแรกก็ยาก แต่ว่าทุกครั้งดิฉันจะรู้สึกถึงกระแสความเมตตา ดิฉันเคยทำสิ่งที่ไม่ถูกต้องบางเรื่องที่รู้สึกไม่สบายใจมาก มีอยู่บางครั้งถึงขนาดต้องขอเรียนอาจารย์ ด้วยไม่สบายใจอย่างยิ่งกับเรื่องนี้ อาจารย์ก็จะรับฟัง ให้คำอธิบายที่มีเหตุผล ให้หลักคิด ทำให้เรารู้สึกเย็น นอกจากนั้น อาจารย์ยังเป็นผู้ให้อภัย ให้โอกาสเสมอ ความเมตตามากับการให้อภัย หลายเรื่องที่เป็นวิกฤตใหญ่ ๆ ในช่วงที่ผ่านมา 20 ปี อาจารย์คงต้องใช้หลักธรรมะเยอะมาก ถึงให้อภัยได้และให้โอกาส ความเมตตาที่อาจารย์แสดงออกที่เห็นบ่อย ๆ ก็คือ ทัศนคติของท่านต่อคู่กรณี ท่านจะถูกบ่น ๆ จากตุลาการบางท่าน ว่าอาจารย์คอยห้ามอยู่เรื่อย บางคนมันไม่เคารพเรา ดูถูกเรา เราเป็นยักษ์ไม่มีกระบอง ผู้ใหญ่ก็คอยจะห้ามเราอยู่เรื่อย แต่ดิฉันคิดว่าที่ท่านอาจารย์พยายามจะบอกเราก็คือ ถ้าคู่กรณีเขาจะเกรงเรา เคารพเรา เขาก็ควรต้องเกรงด้วยผลงานของเรา ที่เป็นธรรม ผลงานเราถูกต้อง รอบคอบ มีเหตุผล เราครองตัวดี ถ้าเขาจะเกรง จะให้ความนับถือ ไม่ใช่เพราะผีสิงเรา แต่ว่าเขาจะเกรงเรา เพราะว่าเราวางตัวดี อาจารย์จะบอกเสมอว่าแต่ละคนเขามาหาเราด้วยความทุกข์ร้อน ส่วนผู้ถูกฟ้องคดี หน่วยงาน เขามาด้วยหน้าที่ของเขา เขาก็มีเกียรติของเขา เขาให้เกียรติศาลก็เพราะเราทำงานตำแหน่งหน้าที่นี้ เพราะฉะนั้นอยู่ที่การวางตนของเรา เช่น ท่านบอกว่าเวลาขึ้นบัลลังก์ให้มันสง่างามหน่อย เอาใจใส่คู่กรณีอย่าขึ้นไปนั่งแบบวางอำนาจ ไม่สนใจคู่กรณีเขาเลย หยิบอะไรก็ไม่รู้มานั่งทำ อย่างนั้นมันไม่ถูก หรือกับผู้แถลงคดี เขาก็เป็นเพื่อนตุลาการทำหน้าที่แถลงคดีให้เรา ก็ต้องตั้งใจฟังเขา คนมาศาลเขาจะได้รู้สึกว่าเราน่าเชื่อถือ เราเอาใจใส่เขาจริงจัง เพราะฉะนั้นทำตัวให้น่านับถือ อย่าคิดเพียงแต่ว่าเราเป็นผู้พิพากษาแล้วเขาต้องกลัวเรา แล้วทำไมเขาไม่เคารพเราก็เราทำตัวไม่น่าเคารพ แต่ถ้าเราทำตัวครองตัวดีทั้งต่อหน้าทั้งลับหลัง เราก็ได้รับความเคารพยำเกรงอย่างแท้จริง ยิ่งกับคนที่เป็นผู้น้อยด้วย อาจารย์เป็นแบบอย่างที่ดีให้เห็น กับแม่ค้าขายกับข้าว อาจารย์เดินไปซื้อข้าวกินอาจารย์ก็จะเข้าแถว พูดคุย ทักทาย อาจารย์รับไหว้คน อาจารย์ทักคนตัวเล็ก ๆ น้อย ๆ รปภ. แม่บ้าน คนตัวเล็ก ๆ ทั้งหลาย ซึ่งวัตรปฏิบัติแบบนี้ดิฉันคิดว่า นั่นคือ leadership by example ไม่ต้องสั่งสอน แต่ทำให้ดู มนุษย์เพื่อนร่วมงานเราควรเคารพกันให้เกียรติกันอย่างเหมาะสม บางคนอาจรู้สึกว่าถ้าผ่านสถานะหนึ่งไปสู่สถานะหนึ่ง เราพิเศษไม่ธรรมดาแล้วนะ

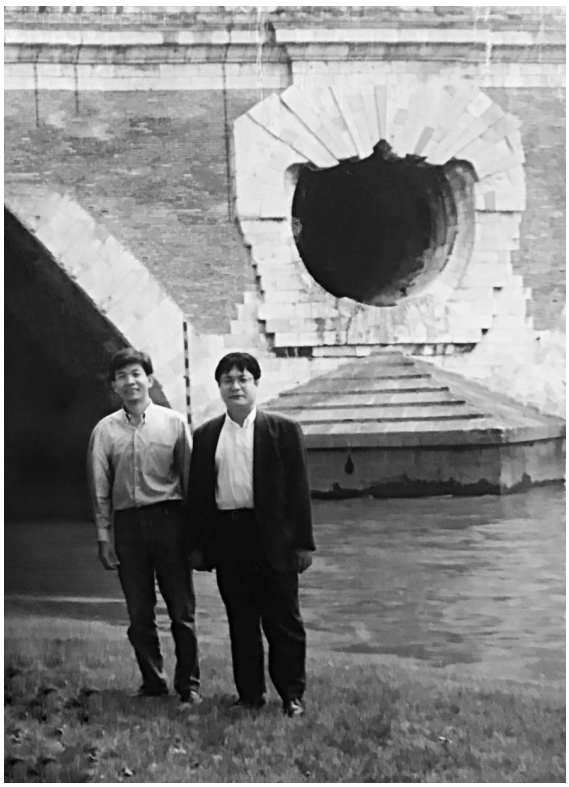
เมื่อ 2 เดือนที่แล้วคุณก็เป็นพนักงานคดี 6 เดือนผ่านมาคุณเป็นท่านตุลาการ การเป็นท่านตุลาการมันก็คือหน้าที่การงานไม่ได้รับพรวิเศษอะไรให้เราเป็นมนุษย์อีกประเภทหนึ่ง ซึ่งเรื่องนี้อาจารย์เป็นตัวอย่างที่ดี (หัวเราะ...) เพียงแต่ ท่านก็ไม่ค่อยฟังเหตุผลว่าทำไมพวกเราถึงต้องเข้าไปนั่งกินข้าวห้องข้างใน (ของโรงอาหาร) ท่านจะนั่งกลางโรงอาหารเหมือนกับเจ้าหน้าที่ ประชาชนผู้มาติดต่อ ท่านก็บ่นห้องนั้นว่าห้องพวกอำมาตย์ พวกเราก็เคยเรียนอาจารย์ว่าไม่ใช่หรอกค่ะมันมาจากเหตุที่ว่าเวลาคนในโรงอาหารเยอะ ๆ ถ้าเรานั่งโต๊ะข้างนอก มันจะทำให้เจ้าหน้าที่เขาไม่มีที่นั่ง เพราะเวลาเรานั่งเขาก็ไม่กล้าเข้ามานั่งใกล้ ๆ พวกเรา เพราะเกรงใจเรา กับอีกอย่างหนึ่ง อาจมีคู่กรณีที่เขามารอคดีหรือว่าเพิ่งลงจากห้องพิจารณากับเรามานั่งชนหลังกัน เราก็รู้สึกลำบากใจ เขาก็ลำบากใจ ห้องมันก็แค่เป็นสัดส่วนเฉย ๆ ไม่ใช่อำมาตย์อะไรหรอก เราก็ยังถือถาดเองเรายังเก็บจานเองอยู่ดีไม่ได้เรียกใครมาเก็บนี่นะ

ทีมงาน ในช่วงที่ท่านอาจารย์วรพจน์จะเกษียณ อยากจะให้อาจารย์สายทิพย์พูดอะไรถึงท่านอาจารย์นิดนึงอะไรก็ได้ครับ

ท่านอาจารย์สายทิพย์ ดิฉันยังมั่นใจว่าถึงแม้เวลาของอาจารย์จะผ่านไปจากสถานภาพของความเป็นผู้บริหารสูงสุดของศาล อาจารย์จะยังเป็นครูของพวกเรา อาจารย์จะยังเป็นแสงสว่างทางปัญญาของพวกเรา ไม่ว่าสังคมบ้านเมืองหรือศาลเราเองจะอยู่ในสภาวะที่ระส่ำระสายหรือว่ามีพายุใหญ่ท้าทายแค่ไหนก็ตาม อาจารย์จะเป็นแสงสว่างที่จะทำให้เรามีสติ มองเห็นปัญหาที่ชัดเจน มีปัญญาเห็นแนวทางที่จะแก้ไขปัญหาได้ เหมือนแสงไฟของประภาคารคอยส่องสว่างให้นักเดินเรือฝ่าพายุ ฝ่าคลื่นแรง หลบกองหิน ซึ่งไม่ว่าอาจารย์จะอยู่ในสถานะไหน ดิฉันคิดว่าอาจารย์จะยังเป็นแสงสว่างของปัญญาด้วยความรู้ทางด้านปรัชญากฎหมาย กฎหมายมหาชน กฎหมายปกครอง กฎหมายทางด้านการบริหารราชการแผ่นดิน และดิฉันยังเชื่อมั่นว่าอาจารย์จะคงอุดมคติของการเป็นนักกฎหมายที่ยืนหยัดในหลักความถูกต้องเป็นธรรม เชื่อมั่นว่าท่านอาจารย์จะยังเป็นครูกฎหมายที่มี Integrity ซึ่งเป็นคำที่อาจารย์ชอบนำมาสั่งสอนพวกเรา มีความซื่อสัตย์ต่อตนเองอย่างไม่เปลี่ยนแปลง ยืนหยัดในความเที่ยงธรรมและความถูกต้อง อาจารย์จะคงอยู่ในสถานะอันเป็นที่เคารพด้วยใจจริงอย่างนี้ตลอดไป ส่วนความห่วงใย ก็คงเป็นเรื่องสุขภาพ ถ้าอาจารย์จะสอนหนังสือก็ไม่อยากให้อาจารย์สอนสนุกจนกระทั่งลืมไปว่าควรพักผ่อนให้เยอะ ๆ ความเครียดคงน้อยลง แต่ดิฉันคิดว่าท่านอาจารย์จะทำประโยชน์ได้อีกมากมาย แล้วก็มั่นใจว่าพวกเราจะมีท่านอาจารย์เป็นครูกฎหมายในดวงใจตลอดไปอย่างแน่นอน



อีกหนึ่งท่านที่จะขาดไปเสียไม่ได้ในหนังสือเล่มนี้ ท่านเป็นทั้งรุ่นน้องที่มหาวิทยาลัย เป็นลูกศิษย์ เป็นเพื่อนร่วมงานในฐานะตุลาการศาลปกครอง เป็นนักวิชาการที่เรียนจบมาจากประเทศฝรั่งเศสเช่นเดียวกับท่านอาจารย์วรพจน์ ผู้ซึ่งคอยต่อสู้โต้แย้งกันทางความคิดกับท่านอาจารย์วรพจน์ให้หลายคนได้ศึกษาเรียนรู้อยู่บ่อยครั้ง ท่านผู้นี้คือ **ท่านอาจารย์ประสาท พงษ์สุวรรณ์ ประธานแผนกคดีบริหารงานบุคคลในศาลปกครองสูงสุด**



ทีมงาน อยากให้อาจารย์เล่าถึงท่านอาจารย์วรพจน์ตั้งแต่ตอนเรียนที่ธรรมศาสตร์เลยครับ

ท่านอาจารย์ประสาท อาจารย์วรพจน์เรียนคณะนิติศาสตร์ รุ่นปี 15 ส่วนผมเข้าเรียนรุ่นปี 18 ห่างกัน 3 ปี ผมเป็นนักศึกษาปี 1 อาจารย์เป็นรุ่นพี่ปี 4 แต่ในยุคนั้นตอนปี 1 เราก็ยังเรียนวิชาอยู่คณะศิลปศาสตร์อยู่เลย พอผมขึ้นปี 2 อาจารย์วรพจน์ก็เข้าทำงานเป็นอาจารย์ ตอนนั้นเรียกว่าเป็นอาจารย์ติว จริง ๆ ผมจะพูดถึงอาจารย์วรพจน์ใน 4 ยุค ยุคแรก คือ ยุคที่ยังเป็นนักศึกษา ยุคที่ 2 คือ ยุคที่ผมเริ่มทำงานที่กฤษฎีกาเมื่อปี พ.ศ. 2522 และยุคที่ 3 คือ ยุคที่ไปเรียนที่ฝรั่งเศส และยุคสุดท้าย คือ ยุคที่ทำงานที่ศาลปกครอง

ทีมงาน ในช่วงที่อาจารย์เรียนที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ บรรยากาศการเรียนกฎหมายปกครองตอนปี พ.ศ. 2518 - 2519 ช่วงก่อน 6 ตุลาคม 2519 การสอนกฎหมายปกครองบ้านเราเป็นอย่างไรบ้าง เหมือนยุคนี้ไหมครับ

ท่านอาจารย์ประสาท ตอนนั้นท่านอาจารย์อมร จันทรสมบูรณ์ สอน ในสายตาผมนะ ต้องถือว่าท่านอาจารย์อมรเป็นบิดาของกฎหมายปกครองสมัยใหม่ของไทย ถ้าไม่มีอาจารย์อมรนี่เราจะไม่มีกฎหมายปกครองแบบนี้ แล้วก็จะไม่มีศาลปกครองด้วย ส่วนท่านอาจารย์วรพจน์ก็ถือว่าเป็นนักกฎหมายปกครองที่สำคัญ และก็มีส่วนร่วมในการผลักดันให้เกิดศาลปกครอง แต่ว่าต้องเรียกว่าเป็นนักกฎหมายปกครองรุ่นกลาง รุ่นใหญ่คือรุ่นท่านอาจารย์อมรซึ่งเป็นอาจารย์ของอาจารย์วรพจน์อีกที จริง ๆ รุ่นใหญ่ก็จะมีท่านอาจารย์อมร จันทรสมบูรณ์ ท่านอาจารย์สมภพ โหตระกิตย์ ท่านอาจารย์อิสสระ นิติทัณฑ์ประภาส ท่านอาจารย์ประยูร กาญจนดุล

ทีนี้หันมาพูดถึงอาจารย์วรพจน์ช่วงเป็นนักศึกษา โดยส่วนตัวผมไม่รู้จักอาจารย์เลยนะ แต่รู้ว่าอาจารย์วรพจน์เป็นอาจารย์สอนที่มีชื่อเสียงมากเรื่องการเป็นอาจารย์ติววิชากฎหมายมรดก เพราะว่าแกจะสอนกฎหมายในเชิงวิทยาศาสตร์ ในเชิงหลักกฎหมายทฤษฎี ไม่ได้สอนแบบท่องจำฎีกา เพราะว่าแกเป็นเด็กสายวิทย์ วิชานิติปรัชญาก็น่าจะติวด้วย เพราะแกเป็นสายลูกศิษย์ท่านอาจารย์ปรีดี เกษมทรัพย์ แต่โดยส่วนตัวไม่เคยติวกับแก แต่รู้ว่าอาจารย์วรพจน์ดังมาก พอผมเรียนจบเดือนตุลาคมปี พ.ศ. 2521 เรียน 3 ปีครึ่ง ผมก็ไปเรียนเนติอีก 6 เดือน สมัยก่อนจบอนุปริญญาปี 3 เราไปสมัครเรียนเนติได้ สมัยนั้นสอบพร้อมกันในเดือนเมษายนทั้งภาคสารบัญญัติและวิธีสบัญญัติ สอบห่างกันหนึ่งสัปดาห์ พอได้เนติสมัยที่ 31 ผมก็หางานทำ ช่วงนั้นกฤษฎีกาเปิดสอบพอดี ผมก็ไปสอบแล้วได้ทำงานที่กฤษฎีกา พร้อมกันนั้นก็สอบเรียนต่อปริญญาโท ซึ่งจริง ๆ ผมอยากเรียนกฎหมายมหาชนมาก เพราะรู้ว่าอาจารย์วรพจน์ก็เรียนกฎหมายมหาชน และใครที่ดูเป็นนักกฎหมายสมัยใหม่ตอนนั้นจะเรียนมหาชน มันดูเท่ เพราะว่าอาจารย์อมรเป็นเหมือนนักกฎหมายแห่งยุค

ทีมงาน แสดงว่าอิทธิพลของข้อเขียนท่านอาจารย์อมร มีอิทธิพลต่อคนอ่านมาก

ท่านอาจารย์ประสาท มีอิทธิพลมาก เหมือนเป็นนักกฎหมายฝ่ายซ้ายเข้าใจไหม มัน Reference ความก้าวหน้า แต่ว่าในที่สุดผมก็เลือกเรียนปริญญาโทด้านกฎหมายเอกชน กฎหมายมหาชนก็ชอบแต่ว่ามันมีอาจารย์อยู่คนเดียวที่บรรยายและมีชื่อเสียง คือ อาจารย์อมร ก็เลยกลัวว่าจะไม่มีใครมาช่วยดูแลวิทยานิพนธ์ ผมจึงเลือกเรียนกฎหมายแพ่งดีกว่า ช่วงผมเข้าทำงานกฤษฎีกาเมื่อเดือนกันยายนปี พ.ศ. 2522 อาจารย์วรพจน์ก็ได้ทุนไปฝรั่งเศสแล้ว หลังจากอาจารย์วรพจน์จบ D.E.A. (ประกาศนียบัตรชั้นสูงทางกฎหมายมหาชน) แล้ว ก็กลับมาเป็นอาจารย์อยู่ที่ธรรมศาสตร์ก่อนที่จะกลับไปทำปริญญาเอกอีกครั้ง ช่วงนั้นผมก็เจออาจารย์บ้างนิดหน่อย เนื่องจากผมได้ทุนรัฐบาลฝรั่งเศสที่ให้ผ่านสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ปี พ.ศ. 2531 เป็นทุนเดียวกับท่านอาจารย์วรพจน์ ผมก็เคยมาคุยกับอาจารย์บ้าง อาจารย์ก็สนับสนุนให้ไปเรียน ช่วงนั้นเจอกันแบบผิวเผิน ผมก็ไม่ค่อยสนิทเท่าไหร่ เพราะว่าอาจารย์ก็คืออาจารย์ ค่อนข้างดุ เสียงดัง มีความเป็นวิชาการสูง เป็นคนจริงจังมาก แต่จริง ๆ แล้วอาจารย์เป็นคนใจดีด้วยซ้ำ

ทีมงาน ปี พ.ศ. 2531 ไม่ใช่อาจารย์วรพจน์กลับไปต่อปริญญาเอกแล้วเหรอครับ

ท่านอาจารย์ประสาท ยัง คือ ช่วงนั้นก็ทราบว่าอาจารย์เตรียมจะกลับไปฝรั่งเศส พอปี พ.ศ. 2531 ผมไปก็คือไปเรียนภาษา 1 ปี เข้าใจว่าเป็นช่วงไล่ ๆ กันกับที่อาจารย์วรพจน์กลับไปเรียนที่ฝรั่งเศส ที่มหาวิทยาลัย Toulouse ช่วงปลายปีผมก็สมัครเรียนหลายแห่ง เพราะทุนที่ให้ไปเป็นทุนกฎหมายพาณิชย์ไปเรียนกฎหมายพาณิชย์ ผมก็ส่งใบสมัครไปทั่วเลยนะ ก็มีรับหลายแห่ง แต่ผมเลือกไป Strasbourg ในช่วงที่เราเรียนปีแรก ผมเรียนกฎหมายแพ่งแล้วสอบตก สอบซ่อมก็ไม่ผ่าน ก็เอ๊ะทำยังไงดี ช่วงนั้นอาจารย์วรพจน์ยังอยู่ อาจารย์วรพจน์ก็แนะนำว่าต้องคุยกับอาจารย์ ผมก็ไปคุยกับอาจารย์ ก็เลยบอกอาจารย์ช่วยผมหน่อยผมได้ทุนมา ถ้าอาจารย์ไม่ให้เรียนซ้ำก็จะเสียทุน ตอนนั้นหวังแค่ให้เรียนซ้ำ การเรียนซ้ำเป็นดุลพินิจของมหาวิทยาลัยแต่ละแห่ง เพราะว่าแต่ละแห่งเป็นอิสระเหมือนกัน แกก็บอกผมคิดออกแล้ว ผมได้ไปคุยกับผอ.หลักสูตรกฎหมายมหาชนแล้ว เขาจะรับคุณ ในที่สุดผมก็ได้รับการอนุมัติให้ข้ามไปเรียนตอนเดือนกุมภาพันธ์ – มิถุนายน ประมาณ 5 เดือน สอบได้เลย ไม่ได้คิดว่ามันง่าย ตอนนั้นคิดว่าอย่างน้อยก็รอดแล้ว พอย้ายไปเรียนสาขากฎหมายมหาชนเดือนกุมภาพันธ์คราวนี้ในการเรียน D.E.A. มันต้องทำหัวข้อเมมมัวหรือวิทยานิพนธ์ระดับปริญญาโท หรือเรียกว่าสารนิพนธ์ก็ได้ ผมก็ถามอาจารย์วรพจน์ว่าจะทำเมมมัวเรื่องอะไรดี อาจารย์วรพจน์ก็แนะนำให้ทำเรื่องนี้เลย เรื่องวิธีพิจารณาเรื่องร้องทุกข์ของกฤษฎีกาซึ่งเป็นงานที่เราทำอยู่เดิม เสร็จแล้วพอจบโทเสร็จผมก็ปรึกษาอาจารย์วรพจน์อีกว่าควรทำวิทยานิพนธ์ปริญญาเอกเรื่องอะไร อาจารย์วรพจน์ก็ให้คำปรึกษาบอกเดี๋ยวผมจะคิดหัวข้อให้คุณ ซึ่งนี่สำคัญมากเลย อาจารย์วรพจน์คิดหัวข้อมาให้ก็เป็นเรื่องวิธีพิจารณาคดีของศาลปกครอง ซึ่งขณะนั้นก็เป็นช่วงที่รัฐธรรมนูญ ปี 2538 ออกมาแล้ว รัฐธรรมนูญ ปี 2538 เป็นช่วงที่มีการต่อสู้ทางความคิดว่า วิธีพิจารณาคดีปกครองจะเป็นแบบไหน ซึ่งช่วงนั้นก็มีวิธีพิจารณาของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์อยู่

ทีมงาน ปีไหนครับอาจารย์ ปีที่อาจารย์จะเริ่มทำวิทยานิพนธ์

ท่านอาจารย์ประสาท เริ่มทำวิทยานิพนธ์ประมาณปี พ.ศ. 2534 – 2535 ก็ศึกษาระเบียบคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ก่อน ตอนหลังมีรัฐธรรมนูญ ปี 2538 ออกมาและผมทำต่อเนื่อง ซึ่งอาจารย์วรพจน์เป็นคนคิดหัวข้อวิทยานิพนธ์เรื่อง วิธีพิจารณาคดีปกครองของไทยระหว่างอดีตและอนาคต คือจริง ๆ แล้วเป็นการศึกษาต่อเนื่องจากอาจารย์ชาญชัยแกเป็นคนทำเรื่องวิธีพิจารณาเรื่องร้องทุกข์ ระเบียบของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ว่าด้วยวิธีพิจารณาและวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ พ.ศ. 2522 ท่านอาจารย์วรพจน์ก็ให้คำแนะนำแล้วท่านชาญชัยก็เห็นดีด้วย เพราะว่าทุกคนเห็นพ้องกันว่าขณะนั้นกำลังจะเปิดศาลปกครอง ซึ่งใช้ระบบศาลคู่แน่เพราะรัฐธรรมนูญ ปี 2538 ก็สู้กันมานาน สมัยรัฐธรรมนูญ ปี 2535 ไม่ได้เขียน แต่รัฐธรรมนูญ ปี 2538 เขียนและเขียนรับรองให้เลือกใช้ระบบศาลคู่อย่างชัดเจน ท่านอาจารย์วรพจน์ก็เห็นว่าต้องเอามาใช้งานได้แน่นอน

ผมอยู่ด้วยกันกับอาจารย์วรพจน์ซัก 3 ปี ได้ เรียกว่าอยู่ห้องติดกัน ฉะนั้น เสาร์ – อาทิตย์ ก็จะมีกิจกรรมทำอาหารกินร่วมกันอะไรต่าง ๆ อาจารย์วรพจน์ก็จะเชี่ยวชาญด้านแกงเผ็ดเป็ดย่าง อาจารย์ก็จะมีมีดหั่นเป็ดแบบปลายแหลม ๆ แกก็ทำแกงเผ็ดเป็ดย่าง เช้าวันเสาร์เราจะเข้าไปในเมือง มีตลาดนัด ทุกคนก็จะเอาเป้ไปใส่ผัก ใส่เนื้อ ใส่ปลา แล้วก็ซื้อพวกองุ่นมาไว้กิน ไปตลาดนัดแล้วก็ไป Supermarket ผมก็จะมีรถโฟล์ค นักเรียนไทยก็จะไปช้อปปิ้งกันที่ Supermarket ก็จะมีกิจกรรมประมาณนี้ เสาร์ – อาทิตย์ก็จะไปจ่ายกับข้าว

ทีมงาน อาจารย์วรพจน์ชอบเที่ยวไหมครับ

ท่านอาจารย์ประสาท ก็ไปทำกิจกรรมกับพวกเราอยู่เหมือนกัน ชอบสูบไปป์ แต่กีฬาไม่เล่น สนใจแต่การอ่านหนังสือมาก อ่านหนังสือได้เป็นวัน ๆ แกบอกผมว่าเป็นนักวิชาการมันต้องอ่านหนังสือทุกวัน ไม่ได้อ่านหนังสือวันไหนจะนอนไม่หลับ ผมก็คิดในใจว่าชาตินี้ผมคงเป็นนักวิชาการไม่ได้ ดูทีวีทุกวัน สมัยอยู่กฤษฎีกา ทำงานทั้งวัน งานเยอะมากทั้งงานในหน้าที่และงานพิเศษ งานอะไรต่อมิอะไรทำไม่หวาดไม่ไหว ตอนจะไปฝรั่งเศสยังคิดว่าไปเรียนอย่างเดียวคงไม่มีอะไรทำแน่ คงเบื่อแน่นอน แต่พอไปอยู่จริงนะทั้งวันมีแต่กิจกรรมแทบไม่มีเวลาเรียน ไม่มีเวลาอ่านหนังสือ คิดไปในอนาคตว่าถ้าปลดเกษียณแล้วบางคนบอกว่าเกษียณแล้วจะเหงา ผมคิดว่าผมไม่เหงาหรอก ผมคิดว่าผมก็จะมีกิจกรรมทำทั้งวันไม่ว่างยิ่งกว่าสมัยเรียนอีก เป็นห่วงแต่อาจารย์วรพจน์ว่าถ้าปลดเกษียณแล้วอาจารย์จะทำอะไร ทีนี้เรามาคุยถึงช่วงที่มาทำงานอยู่ศาลปกครองดีกว่า

ทีมงาน แล้วอาจารย์กลับมาปีไหนครับ

ท่านอาจารย์ประสาท อาจารย์วรพจน์กลับมาก่อน ส่วนผมกลับมาปี พ.ศ. 2539 ที่จริงตอนผมกลับมาวิทยานิพนธ์ผมยังไม่จบด้วยซ้ำ แต่ว่าท่านชาญชัยเห็นว่าผมอยู่นานแล้ว ให้ผมกลับมาก่อน แล้วบอกว่าเขากำลังจะมีรัฐธรรมนูญใหม่ มีศาลปกครอง คุณค่อยเอาวิทยานิพนธ์กลับไปเสนอใหม่ ผมก็กลับมาทำงานก่อน แล้วก็กลับไปเสนอวิทยานิพนธ์อีกครั้งในปี พ.ศ. 2541 ก็ได้เขียนวิธีพิจารณาคดีปกครองตามกฎหมายใหม่เลย เนื่องจากว่ากลับไปช่วงนั้นมีรัฐธรรมนูญออกมาแล้ว แล้วก็มีร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ เข้าสภา ผมก็เลยได้ใช้โครงสร้างของกฎหมายใหม่เปรียบเทียบกับระบบของฝรั่งเศส นอกจากส่วนตัวได้กลับไปเสนอวิทยานิพนธ์แล้ว ส่วนที่เป็นการทำงานผมก็ได้รับทุนจากสถานทูตฝรั่งเศสไปในนามของกฤษฎีกาไปเพื่อไปเข้าอบรมหลักสูตรตุลาการศาลปกครองชั้นต้นของ Conseil d'Etat ของฝรั่งเศสที่เขาจัดอบรมปีหนึ่ง สำหรับตุลาการที่เขารับเข้ามาใหม่ อันนี้คือหัวใจสำคัญที่ทำให้ผมได้ความรู้มาใช้ในการเขียนระเบียบฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ

ทีมงาน แล้วอาจารย์ไปอบรมเสร็จอาจารย์กลับมาก็คือโอนย้ายมาที่อยู่ที่ศาลปกครองเลยหรือครับ

ท่านอาจารย์ประสาท ใช่ กลับมา พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ออกปี พ.ศ. 2542 พร้อมกับพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา ปี พ.ศ. 2542 ที่ยกเลิกคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์แล้วก็โอนคนของกฤษฎีกามาครึ่งหนึ่งที่อยู่สังกัดกองวิเคราะห์กฎหมายและการร้องทุกข์ ที่เป็นฝ่ายเลขานุการกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์มาหมดเลย บังคับมาหมด ตั้งแต่ท่านชาญชัย ท่านกาญจนารัตน์ ท่านชาญชัยเป็นเลขาธิการ ท่านพรทิพย์ ทองดี ก็เป็นรองเลขาธิการ ผมก็เป็น ผอ. สำนักวิจัย ก็ทำหน้าที่ในการยกร่างกฎหมาย ช่วงนี้เรื่องระเบียบ กฎเกณฑ์เกี่ยวกับวิธีพิจารณา ผมในฐานะ ผอ. ที่ทำหน้าที่ในตอนแรกก็ต้องดูทั้งหมด เรื่องกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ยังสามารถมอบคนนั้นไปยกร่างเรื่องนั้นเรื่องนี้ แต่เรื่องระเบียบวิธีพิจารณา ผมต้องลงมือยกร่างเองทั้งหมด เนื่องจากว่าไม่มีใครที่เรียนเรื่องวิธีพิจารณามาโดยตรง ถ้าคนไทยก็มีผมคนเดียวที่ไปเรียนหลักสูตรตุลาการศาลปกครองชั้นต้นของฝรั่งเศส ซึ่งเขาไม่ได้รับอบรมใครแต่เราขอเขาเป็นพิเศษ ท่านชาญชัยขอว่าช่วงนั้นยังอยู่กฤษฎีกานะ ปี พ.ศ. 2541 แต่ว่าบัญญัติรัฐธรรมนูญออกมาแล้ว แกก็บอกต้องไปจะได้เอาความรู้มาใช้ ซึ่งก็โชคดีเลย โชคดีมาก ๆ ฉะนั้น ตรงนี้เองช่วงที่ผมยกร่างระเบียบวิธีพิจารณาก็ได้คุยได้เจอกับอาจารย์วรพจน์บ้าง

ทีมงาน ขยับมาอีกหน่อย อยากให้อาจารย์เล่าถึงตอนที่ท่านอาจารย์วรพจน์เข้ามาเป็นอธิบดีศาลปกครองกลางครับ แล้วอาจารย์ประสาทก็เข้ามาเป็นตุลาการศาลปกครองแล้ว ตอนนั้นได้ทำงานร่วมกันอย่างไรบ้างครับ

ท่านอาจารย์ประสาท ตอนอยู่ศาลปกครองกลาง อาจารย์วรพจน์ก็เป็นอธิบดี ส่วนผมเป็นตุลาการหัวหน้าองค์คณะที่ 15 ช่วยอาจารย์ทั้งในส่วนของการออกระเบียบ การทำคำแนะนำของอธิบดีศาลปกครองกลางเรื่องต่าง ๆ จริง ๆ ช่วยมาตั้งแต่ก่อนเปิดศาลเพราะอาจารย์วรพจน์ก็รู้อยู่ว่าเราเป็นลูกศิษย์แก แล้วก็ศึกษาและทำวิทยานิพนธ์เรื่องวิธีพิจารณา ฉะนั้น พอมาเป็นตุลาการก็ทำระเบียบของศาลปกครองกลาง ประกาศ คำแนะนำของอธิบดี รวมทั้งคำสั่งการจัดแบ่งองค์คณะต่าง ๆ

ทีมงาน ผมอยากให้อาจารย์เล่าตอนตั้งศาลปกครองชั้นต้น มันตั้งยากไหม มันจัดการยากไหมเพราะคนมัน 80 กว่าคน 64 หรือ 84 มารุ่นแรก

ท่านอาจารย์ประสาท คือ ถามว่ายากไหม ก็ไม่ได้ยากนะ เพราะระบบวิธีพิจารณามันวางไว้แล้ว แล้วศาลปกครองเราฟังก์ชั่นแบบไทย ก็คือ ฟังก์ชั่นแบ่งเป็นองค์คณะ พอเราได้ตุลาการมาแล้วเราก็จัดตุลาการแบ่งออกเป็นองค์คณะ ซึ่งขณะนั้นก็ได้ซักประมาณ 16 องค์คณะ ก็มีหัวหน้าองค์คณะ 16 คน แล้วก็แบ่งตามปริมาณคดี 16 องค์คณะว่าด้วยเรื่องอะไรบ้าง เช่น สัญญาจะเป็นองค์คณะที่ 14, 15 คดีเกี่ยวกับที่ดินก็จะเป็นองค์คณะที่ 2, 3 บริหารงานบุคคลก็จะเป็นองค์คณะที่ 4, 5, 6 แล้วก็องค์คณะที่ 16 ก็เป็นเรื่องทั่วไป ก็จะแบ่งเป็นประมาณนี้ องค์คณะที่ 1 ก็ของอธิบดีและรองอธิบดี แล้วก็จะไปเป็นเรื่องสิ่งแวดล้อมบ้างอะไรบ้าง ผมก็เป็นหัวหน้าองค์คณะที่ 15 อันนี้ก็คือส่วนของงานในเรื่องคดี แต่เรื่องอื่น ๆ ก็ยังช่วยอาจารย์

ทีมงาน ตอนอาจารย์ประสาทเป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุด ส่วนท่านอาจารย์วรพจน์เป็นรองประธานศาลปกครองสูงสุดและต่อมาเป็นประธานศาลปกครองสูงสุด ซึ่งได้ทำหน้าที่ตรวจร่างคำพิพากษาขององค์คณะของอาจารย์ประสาท และทั้งสองท่านยังขึ้นเวทีสัมมนาปัญหาคดีปกครองด้วยกันตลอด ช่วงนี้เป็นอย่างไรบ้างครับ

ท่านอาจารย์ประสาท บางครั้งความรู้ที่ผมได้ศึกษามาอาจไม่ตรงกับทัศนคติของอาจารย์บ้าง แต่ว่าก็อยู่ด้วยกันได้ แม้ว่าอาจารย์จะมีความเห็นอย่างหนึ่ง แต่เราเห็นอีกอย่างหนึ่ง ซึ่งเราก็มีความเห็นด้วยความบริสุทธิ์ใจแบบนั้น อาจารย์ก็ให้ความเมตตาให้คำแนะนำมาตลอด มันก็เป็นเรื่องธรรมดา เป็นตุลาการเราก็ส่งเสริมให้คนเห็นต่าง แต่บางครั้งบางทีอาจารย์ก็มีอึดอัดใจเหมือนกัน ตอนผมอยู่ศาลปกครองสูงสุด เป็นหัวหน้าองค์คณะที่ 6 อาจารย์ก็เคยไปถามหาว่าใครจะตรวจกลั่นกรองร่างคำพิพากษา องค์คณะที่ 6 แทนผมบ้าง เพราะรู้สึกว่าผมเห็นอย่างหนึ่งท่านประสาทเขาเห็นอย่างหนึ่ง

อยู่บ่อย ๆ แต่ไม่ใช่ทุกเรื่องนะ ผมก็บอกอาจารย์ต้องเข้าใจผม เราก็เห็นตรงกับอาจารย์สัก 95 เรื่อง มันจะมีสัก 5 เรื่องเท่านั้นที่เห็นไม่ตรงกัน อาจารย์ต้องมอง 95 เรื่องนั้นเป็นหลัก ถ้าอาจารย์เสนอแนะแก้ไขมาเราก็ขอบคุณที่อาจารย์ช่วยให้ข้อสังเกตช่วยให้งานขององค์คณะละเอียดขึ้น การที่ได้ท่านอาจารย์วรพจน์มาทำหน้าที่ตรวจกลั่นกรองร่างคำพิพากษาให้เรา ก็ทำให้เรามั่นใจว่างานของเราจะออกไปดี เพราะว่าอาจารย์ช่วยเหลือเรา

บางครั้งที่อาจารย์คิดมากเพราะอาจารย์เป็นคนที่อ่านงานละเอียดแล้วก็จะมั่นใจ ถ้าใครเห็นต่างอาจารย์ก็อาจจะรู้สึกว่าคนนี้ความคิดไม่ถูกต้อง ไม่ใช่อาจารย์เผด็จการนะ แต่อาจารย์เป็นคนที่อ่านศึกษามามากเป็นอย่างดีแล้วไงก็เลยคิดว่าคนที่เห็นต่างน่าจะยังศึกษามาไม่ดี มองในมุมนั้น อันนี้ก็เป็นความหวังดีของอาจารย์ ซึ่งในโลกความจริงมันก็เป็นไปไม่ได้ที่ทุกคนจะเห็นเหมือนกันหมดทุกอย่าง เราเชื่ออาจารย์นะ เพราะอาจารย์เคยบอกเราว่าเป็นตุลาการต้องมีอิสระในการแสดงความคิดเห็น หลังจากผมพ้นจากงานที่องค์คณะที่ 6 มาแล้ว ก็จะเจออาจารย์ในที่ประชุมใหญ่ซึ่งก็มีอะไรที่เห็นไม่เหมือนกันบ้าง แต่ก็เป็นส่วนน้อย

ส่วนบนเวทีบรรยายหรือสัมมนากฎหมาย อย่างเมื่อสองสามวันที่ผ่านมา มีบรรยายหลักสูตรตุลาการศาลปกครองสูงสุดรุ่นใหม่ วิทยากรก็จะมีท่านอาจารย์วรพจน์ ท่านสุชาติ ท่านประสิทธิ์ศักดิ์ ผม แล้วก็ท่านอนุชา มีท่านตุลาการใหม่ถามว่า กฎหมายที่เรานำมาใช้มันต้องเป็นลายลักษณ์อักษร หรือมาจากแนวคำวินิจฉัยของศาล หรือหลักกฎหมายทั่วไป อาจารย์วรพจน์ก็บอกว่ามันต้องมาจากกฎหมายลายลักษณ์อักษรสิ มันต้องมาจาก Sources of law (บ่อเกิดของกฎหมาย) แต่ Sources of law ก็มี formal sources กับ informal sources แต่ว่ามันต้องวางบนรากฐานกฎหมายลายลักษณ์อักษรอยู่แล้ว ผมก็ปล่อยให้ท่านอาจารย์บรรยายไป ตอนท้ายท่านอนุชาก็หันมาถามว่าท่านอาจารย์ประสาทเห็นว่ายังไง พอโยนมาปุ๊บอาจารย์วรพจน์ก็ชำเลืองมา แล้วก็บอกว่าคนนี้เหรอ Judge made law ดูสิขนาดไม่ได้ถามอาจารย์นะ อาจารย์ยังชำเลืองมาบอก Judge made law (หัวเราะ...) ซึ่งผมก็บอกว่าผมไม่ได้คิดเองหรอก ผมก็บรรยายตามหลักกฎหมายฝรั่งเศส Sources of law มันมี 2 Sources of law แล้วกฎหมายฝรั่งเศส ถามว่าก่อนมีกฎหมายปกครองมีอะไร มันไม่มีพระราชบัญญัติ (ที่เป็นลายลักษณ์อักษร) แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองก็สร้างให้เกิดแนวความคิด เกิดการทำข้อสรุปอะไรต่าง ๆ กลายเป็นหลักกฎหมายทั่วไป มันก็อิงกันเป็นหลักกฎหมายทั่วไป แนวคำวินิจฉัยของศาล ซึ่งยอมรับว่าศาลวินิจฉัยเอง ศาลปกครองสร้างหลักกฎหมายขึ้นมาได้ แล้วแนวความคิดนี้มันก็ไปที่เยอรมัน เยอรมันเขาก็พัฒนาต่อ เขาก็วางหลักทั่วไปในกฎหมายวิธีปฏิบัติอะไรของเขา แต่มันก็ยังไม่สามารถที่จะ dominate ความคิดทางด้านกฎหมายปกครองทั่วโลกได้ เพราะว่ากฎหมายปกครองหรือปัญหาทางการปกครองในการใช้อำนาจการปกครองมันมีกรณีที่แตกต่างกันเป็นร้อยเป็นพันกรณี คราวนี้มันจะใช้ตัวบทที่เป็นหลักทั่วไปนำมาใช้กับทุกกรณีไม่ได้ แนวความคิดของหลักกฎหมายฝรั่งเศสยังใช้ได้จนถึงปัจจุบันและก็มีอิทธิพลไปทั่วโลก ก็ตัวอย่างมาตรา 9 วรรคสอง ข้อยกเว้นอำนาจศาลปกครอง ก็ชัดเจนอยู่แล้ว ซึ่งก็สิ่งที่ท่านอาจารย์วรพจน์พูดก็ถูก แต่ว่าสิ่งที่ผมบรรยายไปแล้วกับท่านผมยังคิดว่าเป็นไปตามนั้นอยู่ หรือทุกเวทีการบรรยายก็จะต้องมีคนถามว่าคำวินิจฉัยอุทธรณ์มันแทนที่หรือไม่แทนที่คำสั่งชั้นต้น คำสั่งที่ 1 กับคำสั่งที่ 2 มันเป็นยังไงกัน อาจารย์วรพจน์ก็จะหันมาเล็งที่ผมเลย เพราะเห็นต่างกับผม (หัวเราะ...)

ทีมงาน ในมุมผม ผมชอบ เพราะว่ามันทำให้คนฟังมีความหลากหลายทางความคิด ตอนทำงานกับอาจารย์อาจารย์ก็ไม่ได้ชอบคนที่พินอบพิเทาแบบว่าอาจารย์ว่ายังไงก็ต้องว่าตามอาจารย์ อาจารย์ชอบให้คนอ่านหนังสือเยอะ ๆ แล้วไปนั่งเถียงกับอาจารย์มากกว่า

ท่านอาจารย์ประสาท ถูกต้อง อาจารย์ไม่ได้ชอบคนที่ไม่มีความคิด อาจารย์ชอบคนที่มีความคิด แต่ก็ชอบให้คิดเหมือนอาจารย์ (หัวเราะ...) คนที่บอกเอาไงก็ได้ อาจารย์จะไม่ชอบเลยเพราะว่าคุณไม่ขยัน

ทีมงาน ผมชอบประโยคที่อาจารย์บอกว่า อาจารย์วรพจน์ชอบให้คนโต้แย้ง แต่ก็อยากให้เห็นเหมือนกันด้วย จริง ๆ แล้ว ผมว่าอาจารย์มีความพยายามโน้มน้าวด้วยการพยายามอธิบายเหตุผลให้คนฟังเห็นด้วยสูง คือ อยากให้เรา

เห็นด้วย แต่ไม่บังคับ แต่จะพยายามโน้มน้าวพยายามอธิบายเหตุผลเพื่อจะให้เราคิดตามแล้วเห็นด้วย แล้วจะรู้สึกรำคาญใจตัวเองถ้าเรายังไม่เห็นด้วย

ท่านอาจารย์ประสาท ใช่ อาจารย์วรพจน์แกจะมีความสุขมากถ้าอธิบายให้เราฟังแล้วเราเข้าใจแล้วเห็นด้วย

ทีมงาน อาจารย์คิดว่าคาแร็กเตอร์ของคนที่เป็นตุลาการในศาลปกครองควรเป็นอย่างไร โดยเฉพาะในการทำงานร่วมกันเป็นองค์คณะ

ท่านอาจารย์ประสาท สิ่งสำคัญเลย คือ ต้องยึดมั่นในหลักกฎหมาย แล้วก็สามารถ defense ในหลักกฎหมายได้อย่างเต็มที่ แต่ว่าต้องมีความเคารพ ประการแรก คือ เคารพในเสียงข้างมาก ประการที่สอง คือ เคารพในเพื่อนร่วมงาน การพูดจากันต้องให้เกียรติกัน ให้เกียรติก็คือต้องคุยกันด้วยเหตุผล ต้องเคารพในความรู้สึกของอีกฝ่ายด้วย และก็เคารพในความเป็นเพื่อนก็คือต้องใช้ถ้อยคำดี ๆ แล้วก็อย่าให้เขารู้สึกว่าเรามีความเอนเอียงเพราะตัวบุคคล เช่นว่าถ้าเป็นคนนี้พูด ผมต้องเห็นต่างทุกครั้ง หรือถ้าเป็นคนนั้นพูด ผมต้องเห็นด้วยทุกครั้ง แบบนี้ไม่ใช่ เราพร้อมที่จะเห็นพ้องกับทุก ๆ คน ถ้าความเห็นนั้นมันถูกหรือเราก็พร้อมจะเห็นต่างถ้าความเห็นนั้นไม่ถูก แม้แต่ตัวบุคคลก็ต้องแยกออกจากความเป็นเพื่อนร่วมงาน ความเป็นเพื่อนผมก็ไม่ได้เรียกร้องว่าต้องมีความเห็นเหมือนผมเพราะว่าคนเราไม่ได้เป็นเพื่อนกันมาก่อน เป็นเพื่อนกันในเรื่องส่วนตัว แต่ความเป็นเพื่อนร่วมงานต้องแยกออกและต้องเคารพกัน อันนี้สำคัญมาก เราต้องแสดงความเคารพใน 2 ส่วน เคารพในเหตุผลกับเคารพในตัวบุคคล เพราะผมว่าหลัง ๆ มันน้อยลงไปเยอะ

ทีมงาน คำถามสุดท้ายครับ อาจารย์คิดว่าการที่อาจารย์ได้ทำงานร่วมกับท่านอาจารย์วรพจน์ มีแง่คิดอะไรบ้างที่เป็นประโยชน์ที่ได้จากการทำงานร่วมกัน อันนี้อันแรก อันที่สองอาจารย์คิดว่าอะไรคือตัวอย่างที่ดีของอาจารย์วรพจน์ที่อาจารย์รู้จักมา จะเป็นเพื่อนร่วมงาน เป็นคนทำงานร่วมกัน หรือเป็นประธานศาลปกครองสูงสุด หรือเป็นตุลาการอะไรอย่างนี้ อาจารย์คิดว่าอย่างไรบ้าง 2 ประเด็นครับ

ท่านอาจารย์ประสาท ตัวอย่างที่ดีมี 2 – 3 ประการ ประการที่หนึ่ง คือ การเป็นนักวิชาการของอาจารย์โดยส่วนตัวของท่าน ท่านเป็นนักวิชาการ ท่านอ่านตลอดเวลา แล้วก็อ่านทุกวันเหมือนกับเป็นอาหารชนิดหนึ่ง แม้กระทั่งทุกวันนี้ก็ยังอ่าน ยังศึกษาอยู่เรื่อย ๆ อันนี้เป็นตัวอย่างที่ดี ความเป็นนักวิชาการต้องเป็นแบบนี้ นี่เป็นจุดเด่นมากของอาจารย์วรพจน์ นอกจากที่ท่านอ่านหนังสือตลอดเวลาแล้วท่านยังความจำดีมากด้วย

ประการที่สอง ผมว่าอาจารย์มีความเมตตา คือ อาจารย์วรพจน์ไม่น่าจะโกรธใครเป็นพิเศษ แม้ว่าจะมีคนที่ทำให้แกโกรธเป็นพิเศษ คือ อาจารย์ไม่มีข้อรังเกียจใครเป็นพิเศษ โดยเฉพาะกับผมเองเรียกได้ว่าอาจารย์ให้ความเมตตาเป็นพิเศษ แม้วิธีปฏิบัติของผมจะทำให้แกหงุดหงิดอยู่พอสมควรเหมือนกัน ผมรู้ว่าอาจารย์ไม่ชอบอะไร แต่ผมก็จะทำในสิ่งที่ผมเป็น ไม่ใช่ว่าผมตั้งใจทำในสิ่งที่อาจารย์ไม่ชอบนะ คือ สิ่งที่ผมเป็นแล้วอาจารย์ไม่ชอบมีหลายอย่าง เช่น ค่อนข้างจะเห็นต่างจากอาจารย์แล้วก็แสดงออกมา โดยคนอื่นอาจจะเกรงใจอาจารย์มากกว่า แต่อาจารย์ก็ยังยอมรับอยู่มันก็เห็นต่างของมันแบบนั้น มีความเมตตา ไม่มีเจตนาร้ายอะไร มีความยอมรับความเห็นที่แตกต่าง ซึ่งไม่อย่างนั้นจะอยู่ยากเพราะว่าอาจารย์มีสถานะทั้ง 1. มีความเป็นอาจารย์ และ 2. มีความเป็นประธานศาลปกครองสูงสุด ซึ่งคนที่จะมีทั้ง 2 สถานะพร้อมกันไม่ง่าย คนที่มีคุณสมบัติอย่างนี้ปกติเขาจะต้องมี EGO สูงมาก แต่อาจารย์แกก็ยอมรับว่าเราเห็นต่างได้

ประการที่สาม คือ แกก็ยังเห็นผมเป็นลูกศิษย์ตลอดไม่เห็นว่าเป็นอย่างอื่น สมัยก่อนตอนอยู่กฤษฎีกาแกบอกว่าคนนี้เดี๋ยวก็เป็นเลขาธิการ พอมาอยู่ศาลปกครองแกก็บอกว่า ต้องมีอนาคตดีแน่นอน ผมบอกว่าผมไม่ได้มีอนาคตดีหรอก ผมก็เป็นแค่นี้ อาจารย์บอกผมยังเชื่อมั่นคุณอยู่ อันนี้ผมไม่ได้คิดอะไรมาก แต่ก็ถือว่าอาจารย์มีความปรารถนาดี แม้ผมจะไม่ใช่คนที่ประจบประแจง แต่ว่าอาจารย์ก็คืออาจารย์ อาจารย์ช่วยผมตั้งแต่ทำเมมมัวของ D.E.A. หัวข้อวิทยานิพนธ์ แล้วก็ในครั้งที่เขียนร่างระเบียบวิธีพิจารณาก็ปรึกษากันแล้วก็รายงานความคืบหน้ากันอยู่เรื่อย ๆ ในการทำงาน

ของศาลปกครองกลางอาจารย์ก็ให้ความไว้วางใจในการที่ให้ช่วยทำนู่นทำนี่ให้ แกก็เห็นว่าเราไม่ได้มีความคิดทะเยอทะยานอะไรมาก ให้ทำอะไรเราก็ทำ อันนี้คือส่วนที่ผมว่าแกเห็นผมเป็นลูกศิษย์ ซึ่งอันนี้คือข้อดี

ส่วนสิ่งที่ประทับใจอาจารย์วรพจน์ ผมคิดว่าอาจารย์เรียกว่าเป็นคนที่พร้อมที่จะให้คำแนะนำในการทำงาน รวมทั้งในการใช้ชีวิตส่วนตัวด้วย ซึ่งแกก็เป็นห่วงเรื่องการใช้ชีวิตส่วนตัวของผมอยู่หลายเรื่องเหมือนกัน แต่ว่าบางเรื่องผมก็ไม่สามารถเปลี่ยนแปลงอะไรได้ตามที่แกแนะนำ สำหรับผมอาจารย์เหมือนอยากจะบอกว่าทั้งรักทั้งชัง แต่ก็ไม่น่าจะใช่ น่าจะมีความรักมากกว่าความชัง (หัวเราะ...)



หนังสือเล่มนี้คงจะขาดความสมบูรณ์ไปไม่น้อย หากขาดเรื่องเล่าในองค์คณะศาลปกครองสูงสุดไป และหากจะพูดถึงองค์คณะในศาลปกครองสูงสุดที่น่าจดจำแล้ว ตุลาการศาลปกครองสูงสุด องค์คณะที่ 4 ในขณะที่ท่านอาจารย์วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ประธานศาลปกครองสูงสุด เป็นหัวหน้าคณะ น่าจะเป็นองค์คณะที่หลายคนระลึกถึงในระดับต้น ๆ ซึ่งองค์คณะที่ 4 ในขณะนั้นจะพิจารณาคดีเวนคืน คดีบริหารงานบุคคล และคดีอื่น ๆ มีลูกคณะซึ่งประกอบไปด้วยท่านวราวุธ ศิริยุทธ์วัฒนา ท่านสมชาย งามวงศ์ชน ท่านมนูญ ปุญญกริยากร ท่านสุชาติ มงคลเลิศลพ และต่อมามีท่านบรรจงศักดิ์ วงศ์ปราชญ์ ท่านสมรรถชัย วิศาลาภรณ์ ท่านประวิตร บุญเทียม ร่วมด้วย

ท่านสมชาย งามวงศ์ชน ถือเป็นหนึ่งในลูกคณะที่ได้ทำงานร่วมกับท่านอาจารย์วรพจน์อย่างใกล้ชิด จึงเป็นเรื่องน่าสนใจอย่างยิ่งว่าบรรยากาศในห้องประชุมองค์คณะ ขณะนั้นจะเป็นเช่นใด การทำงานร่วมกับท่านอาจารย์จะเข้มข้นเคร่งเครียดมากน้อยขนาดไหน ประสบการณ์อันทรงค่าเช่นนั้นคงไม่มีใครจะบอกเล่าเก้าสิบให้พวกเราได้รับทราบได้ดีไปกว่าท่าน ฉะนั้น ปีนี้เมื่อท่านอาจารย์วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ จะเกษียณอายุราชการ **จึงเป็นโอกาสที่ดีและเป็นเกียรติอย่างยิ่งที่ท่านสมชาย งามวงศ์ชน จะมาบอกเล่าความรู้สึก ความผูกพัน และบรรยากาศการทำงานครั้งอดีตกับอาจารย์ให้พวกเราได้ระลึกถึงกัน...**

จุดเริ่มต้นแห่งมิตรภาพ เป็นตุลาการศาลปกครองชั้นต้นรุ่นแรก



ทีมงาน ท่านเริ่มรู้จักกับท่านอาจารย์วรพจน์ และมีโอกาสได้ทำงานร่วมกับท่านอาจารย์วรพจน์ตั้งแต่เมื่อใดครับ

ท่านสมชาย ผมเริ่มรู้จักกับท่านอาจารย์วรพจน์ตั้งแต่เข้ามาเป็นตุลาการศาลปกครองชั้นต้นเมื่อปี พ.ศ. 2544 ตอนนั้นผมเป็นตุลาการศาลปกครองกลางชุดแรก เป็นหัวหน้าองค์คณะที่ 3 ส่วนท่านอาจารย์เป็นอธิบดีศาลปกครองกลาง ผมกับท่านก็เลยได้รู้จักและสัมผัสกับท่านในตอนนั้น ตอนนั้นพวกเราตุลาการศาลปกครองชั้นต้นก็ยังใหม่กันอยู่ ประสบการณ์ในด้านคดีปกครองหรือกฎหมายมหาชนอาจจะเชี่ยวชาญในระดับหนึ่ง แต่ก็ยังต้องเรียนรู้เพิ่มเติม บางครั้งก็เลยต้องเข้าไปขอคำปรึกษาจากอาจารย์ อาจารย์ก็ให้คำแนะนำที่ดีให้แก่พวกเราเสมอมา พวกเราได้ความรู้ทางด้านกฎหมายและประสบการณ์ในการทำงานจากท่านเยอะมาก ๆ แต่เวลาท่านแนะนำเสียงท่านอาจจะดังหน่อย ซึ่งถือว่าเป็นบุคลิกส่วนตัวของท่าน ทุกคนจะเข้าใจกันดี มีอยู่ครั้งหนึ่งผมจะเข้าไปปรึกษาคดีกับท่าน พอไปถึงหน้าประตูห้องได้ยินเสียงท่านดังออกมาจากประตู ผมนี่ชะงักเลย ยังไม่กล้าเข้าไป ไม่รู้ท่านกำลังอบรมหรือดุใครอยู่ ทุกคนจะเข้าใจบรรยากาศอย่างนี้เป็นอย่างดี ถือเป็นบุคลิกของท่าน แต่ท่านไม่มีอะไรนะ พอเสียงเงียบทุกอย่างก็จบ ผมก็เข้าไปปรึกษาคดีกับท่านกันเงียบ ๆ

ตอนอยู่ศาลปกครองกลางผมจะไปปรึกษาท่านบ่อย ๆ แต่พอผมออกไปอยู่ศาลปกครองภูมิภาค ตั้งแต่ไปเป็นรองอธิบดีศาลปกครองเชียงใหม่ แล้วก็อธิบดีศาลปกครองสงขลา ก็ไม่ค่อยได้เจอท่านสักเท่าไหร่ จนขึ้นมาอยู่ที่ศาลปกครองสูงสุด ก็มาเจอท่านอีกครั้ง อาจารย์ท่านเป็นคนที่ให้เกียรติคนอื่นเป็นอย่างมาก ถึงแม้ว่าท่านเองจะเป็นหัวหน้าคณะ หรือแม้กระทั่งตอนท่านเป็นประธานศาลปกครองสูงสุด เวลาเจอกันกับผม ท่านอาจารย์ไม่ได้เรียกคุณกับผมนะ แต่ท่านจะเรียกพี่ตลอด แม้ปัจจุบันท่านก็ยังเรียกพี่ ถือได้ว่าท่านให้เกียรติคนอื่น ไม่ได้ถือว่าตัวเองมีตำแหน่งสูงกว่า ผมเห็นหัวหน้าคณะบางคนเรียกคุณ เรียกคนที่มีอายุมากกว่าอาวุโสมากกว่าว่าคุณ แต่อาจารย์เรียกคนที่อาวุโสกว่าว่าพี่เสมอ ตรงนี้ถือเป็นการให้เกียรติคนอื่นซึ่งเป็นเรื่องที่น่าชื่นชมมาก ๆ ทำให้เกิดความสนิทสนมและรู้สึกเป็นกันเองกับผู้ที่ได้พบเจอ

ประสบการณ์อันทรงค่า ตุลาการศาลปกครองสูงสุด องค์คณะที่ 4

ทีมงาน อยากให้ท่านเล่าถึงบรรยากาศการทำงานขององค์คณะที่ 4 ครับว่า ตอนนั้นบรรยากาศการทำงานร่วมกันเป็นอย่างไร

ท่านสมชาย ตอนผมมาอยู่ศาลปกครองสูงสุดแรก ๆ ท่านอาจารย์ยังไม่ได้เป็นหัวหน้าคณะองค์คณะที่ผมอยู่ ตอนหลังท่านจึงขึ้นเป็นหัวหน้าองค์คณะที่ 4 จึงได้ทำงานใกล้ชิดกันมากขึ้น ตอนนั้นองค์คณะที่ 4 แรก ๆ ก็จะมีคดีหลากหลาย หลัง ๆ มาก็จะเป็นคดีเกี่ยวกับเวนคืน คดีเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคล ไม่ว่าจะฟ้องเพิกถอนคำสั่งประเมิน คำสั่งลงโทษทางวินัย หรือการกระทำเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคล ถือว่าเป็นองค์คณะที่มีปริมาณคดีเยอะมาก ตอนนั้นมีท่านอาจารย์เป็นหัวหน้าคณะ ลูกคณะก็มีผม ท่านวราวุธ (ศิริยุทธ์วัฒนา) ท่านมนูญ (ปุญญกริยากร) ท่านสุชาติ (มงคลเลิศลพ) ตอนหลัง ๆ ก็จะมีท่านบรรจงศักดิ์ (วงศ์ปราชญ์) ท่านสมรรถชัย (วิศาลาภรณ์) ท่านประวิตร (บุญเทียม) เข้ามาสมทบด้วย

สำหรับบรรยากาศการทำงานขององค์คณะที่ 4 ที่ผมระลึกถึงอยู่เสมอ จุดเด่นหนึ่งที่สำคัญอย่างยิ่ง คือ องค์คณะของเรามีหัวหน้าคณะที่เป็นท่านอาจารย์ ซึ่งเป็นนักวิชาการที่มีองค์ความรู้ด้านกฎหมายปกครองที่ดีเยี่ยม เพราะฉะนั้นเวลาเราหยิบยกข้อกฎหมายใดขึ้นมาโต้เถียงกันในองค์คณะ ก็จะมีท่านคอยให้ความเห็นและอธิบายข้อกฎหมายดังกล่าวได้อย่างแม่นยำและสร้างความกระจ่างให้กับพวกเรา ด้วยความที่ท่านแม่นยำในหลักกฎหมาย ในเรื่องข้อกฎหมายนี่ท่านจะไม่ค่อยยอมใคร หากเห็นว่าไม่ถูกต้องตามหลักกฎหมายท่านจะโต้แย้งขึ้นมาเลยและจะไม่ยอมให้ผ่านไปง่าย ๆ แต่ว่าถ้าเป็นเรื่องข้อเท็จจริงในคดีท่านจะฟังความเห็นของตุลาการเจ้าของสำนวน และความเห็นขององค์คณะ

ตอนนั้นผมจำได้คดีหนึ่ง เป็นคดีวินัย อาจารย์ฟังข้อเท็จจริงที่ผมวิเคราะห์ให้ท่านฟัง ท่านเห็นด้วย คดีนั้นมีข้อเท็จจริงหลายอย่างเชื่อมโยงกัน ต้องทำข้อเท็จจริงอย่างละเอียด เหตุการณ์น่าจะเป็นอย่างนั้นอย่างนี้ ข้อเท็จจริงต้องตรงกับเหตุการณ์จริง บางทีเราจะไปเชื่อสำนวนสอบสวนเสียทีเดียวไม่ได้ จริง ๆ จะเป็นอย่างนั้นจริงหรือเปล่าก็ไม่รู้ เราคนทำคดีต้องเจาะให้ถึงข้อเท็จจริงตรงนั้นให้ได้ ตอนหลังผมไม่ค่อยเชื่อสำนวนสอบสวนสักเท่าไหร่ ยังไงเราก็ต้องมาดูข้อเท็จจริงให้ละเอียดอีกที

ผมมองว่าบรรยากาศในห้องประชุมองค์คณะของเรา ได้ประโยชน์ทั้งในส่วนของผลคดีที่ได้ข้อสรุปจบลงได้ในการประชุม และอีกด้านหนึ่งพวกเราก็ได้ความรู้ความเข้าใจในส่วนของคำอธิบายในหลักกฎหมายต่าง ๆ ที่ยังสงสัยและไม่แน่ใจว่าจะนำมาปรับบทใช้กับข้อเท็จจริงที่เรามีอยู่ได้หรือไม่ และองค์คณะที่ 4 ท่านอาจารย์ได้อนุญาตให้พนักงานคดีปกครองที่รับผิดชอบสำนวนแต่ละคดีเข้าร่วมพิจารณาคดีด้วย ซึ่งถือว่าพนักงานคดีปกครองแต่ละท่านก็ได้รับความรู้ในส่วนนี้ไปด้วย ทั้งในแง่การตีความข้อกฎหมายและปรับบทข้อกฎหมายกับข้อเท็จจริงให้ถูกต้องตามรูปคดี ทำให้ประเด็นปัญหาทางกฎหมายหลาย ๆ ประการได้รับการคลี่คลายไปในทิศทางที่ดีขึ้น ซึ่งทำให้การดำเนินกระบวนพิจารณาในแต่ละคดีรวดเร็วขึ้น นอกจากนี้ บางครั้งผมได้นำความเห็นของพนักงานคดีปกครองที่แม้จะไม่ตรงกับผมเข้ามาประกอบการพิจารณาในองค์คณะด้วย เพื่อให้องค์คณะมีมุมมองในแง่อื่นด้วย คือ ถ้าเราเสนอเฉพาะในมุมมองของตัวเอง ตุลาการในองค์คณะท่านอื่นเขาจะไม่มีโอกาสได้เห็นมุมมองอีกมุมหนึ่ง แล้วจะได้เอาไปเปรียบเทียบว่าควรจะตัดสินคดีเช่นใด การพิจารณาคดีก็จะรอบคอบมากยิ่งขึ้น นี่ถือเป็นจุดดีอันหนึ่งที่เห็นได้ชัดในการประชุมองค์คณะแต่ละครั้ง

ส่วนวิธีการทำงานในองค์คณะนั้น ท่านอาจารย์จะปล่อยให้ตุลาการเจ้าของสำนวนเล่าข้อเท็จจริงให้องค์คณะฟังอย่างละเอียด เพราะถ้าหากข้อเท็จจริงใดตกหล่นไปจะมีผลกระทบต่อผลของคดีโดยรวม ถ้าท่านเห็นว่าข้อเท็จจริงยังไม่ครบถ้วน ก็จะสอบถามเพิ่มเติม บรรยากาศจึงเป็นไปแบบถ้อยทีถ้อยอาศัยกัน เน้นเหตุผล ไม่มีอารมณ์เข้ามาเกี่ยวข้อง ท่านจะให้เกียรติซึ่งกันและกัน ไม่ได้ยึดติดความเห็นของตัวเองเป็นใหญ่ และถ้าความเห็นไม่ตรงกัน เราจะมาคุยกันเพื่อให้ทุกฝ่ายยอมรับในเหตุผลที่อ้างขึ้นมา อันไหนเป็นประโยชน์ต่อคู่กรณีกว่ากัน หรือเป็นประโยชน์ต่อสังคมกว่ากัน จนกระทั่งได้ข้อสรุปร่วมกัน ดังนั้นบรรยากาศแบบนี้จึงไม่ทำให้เกิดข้อขัดแย้งขึ้นในองค์คณะ ผมเห็นว่าการโหวตเสียงข้างมาก มันได้ข้อสรุปรวดเร็วก็จริง แต่มันอาจจะสร้างบาดแผลขึ้นได้

ในส่วนของการประชุมกำหนดวันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริง องค์คณะของเราจะพิจารณาบันทึกของตุลาการเจ้าของสำนวน (ต. 24) โดยละเอียดในชั้นนี้เลย เพราะถ้าเรากำหนดวันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริงไปแล้ว

เรื่องข้อเท็จจริงก็จะเป็นที่ยุติ จะเปลี่ยนแปลงก็ยากหน่อย จะมีให้เห็นอยู่บ่อย ๆ ที่คดีไปพลิกหลังการนั่งพิจารณาคดีครั้งแรกในตอนประชุมชั้นทำคำพิพากษา แล้วก็มีบ่อย เวลาจะทำคำพิพากษาก็ต้องกลับไปดูบันทึกของตุลาการเจ้าของสำนวนใหม่ ปรากฏว่าไม่มีข้อเท็จจริงตรงนั้นตรงนี้ มันก็จะยุ่งวุ่นวาย เพราะฉะนั้น หากเราพิจารณาบันทึกของตุลาการเจ้าของสำนวนโดยละเอียดในชั้นองค์คณะ ก็จะไม่มีปัญหาเกิดขึ้นในชั้นทำคำพิพากษา

ส่วนการนั่งพิจารณาคดีครั้งแรกขององค์คณะ ผมเห็นว่ากระบวนพิจารณาตรงนี้ยังไม่มีขอบเขตที่ชัดเจนว่าจะให้คู่กรณีแถลงคดีได้มากน้อยแค่ไหน เพราะฉะนั้นก็จะมีคู่กรณีจำนวนหนึ่งที่จะแถลง แต่ก็ถูกห้ามไม่ให้เขาได้แถลง โดยบอกว่าข้อเท็จจริงมีอยู่แล้วในสำนวน บางทีมันจะเกิดความรู้สึกไม่ค่อยดีนักกับกระบวนวิธีพิจารณาของเราตรงนี้ จริง ๆ แล้ว เราควรจะให้คู่กรณีในคดีเขาได้แถลง เพียงแต่เราต้องควบคุมให้เขาอยู่ในกรอบ ให้อยู่ในประเด็นคดี ไม่ให้เกินเลยจากประเด็นของคดีออกไป สมมุติว่าเรื่องเวนคืน เขาไม่พอใจเงินค่าทดแทนที่หน่วยงานกำหนดให้เพราะอะไร แถลงสั้น ๆ เข้าประเด็นเลย ผมว่าถ้าเราให้คู่กรณีเขาพูดบ้างก็จะดีขึ้น เหมือนบางคนเตรียมตัวอยากจะมาแถลง ถ้าเราไม่ให้คู่กรณีเขาแถลง เขาก็จะอึดอัด ในส่วนนี้หากคู่กรณีจะแถลงด้วยวาจา ท่านอาจารย์จะอนุญาตให้แถลงเสมอ แต่จะกำชับให้แถลงอยู่ในประเด็น ท่านจะคอยควบคุมให้คู่กรณีแถลงอยู่ในประเด็น หลังจากคู่กรณีแถลงเสร็จ ผมจะต้องจดสิ่งที่เขาแถลงไว้ในรายงานกระบวนพิจารณา (ต. 12) ทุกครั้ง ผมจะจดว่าเขาแถลงอะไรบ้าง แต่จะจดสั้น ๆ เป็นประเด็น ๆ ไป เพราะมิฉะนั้นเขาก็จะมีความรู้สึกว่าสิ่งที่พูดไปก็ไม่ได้ประโยชน์อะไร ผมไม่เห็นด้วยเลยกับการจดรายงานกระบวนเพียงแค่ว่าคู่กรณีแถลงตามเอกสารที่ยื่นมา หรือตามข้อเท็จจริงที่มีในสำนวนอยู่แล้ว เขาจะโต้แย้งเราได้ว่าแถลงไปศาลก็ไม่ได้จด แล้วจะเอาที่เขาแถลงไปวินิจฉัยได้อย่างไร แม้ข้อเท็จจริงมันมีอยู่แล้วในสำนวน แต่ว่าเขาจะแถลงเน้นให้ศาลเห็นเป็นพิเศษตรงไหน มันมีประโยชน์นะ บางทีองค์คณะไม่ได้รู้รายละเอียดในสำนวนเท่ากับตุลาการเจ้าของสำนวน สรุปมา ถ้าคู่กรณีมาแถลงเน้นว่าตรงนี้ไม่ถูกต้อง ไม่ตรงกับข้อเท็จจริง องค์คณะก็จะได้กลับไปดูว่าจริงไหม มันจะทำให้เราวินิจฉัยคดีได้ตรงประเด็นและถูกต้อง บรรยากาศในวันนั่งพิจารณาคดีครั้งแรกขององค์คณะเราจึงราบรื่น และเปิดโอกาสคู่กรณีได้ใช้สิทธิแถลงด้วยวาจาอย่างเต็มที่ แต่ต้องอยู่ภายในประเด็นของคดี ถือเป็นการสร้างความมั่นใจให้คู่กรณีว่าศาลได้ให้ความยุติธรรมโดยรับฟังข้อเท็จจริงของคู่กรณีครบถ้วนแล้ว

ทีมงาน สุดท้ายนี้ อยากให้ท่านเล่าถึงแง่คิดดี ๆ ที่ได้จากการทำงานร่วมกันกับท่านอาจารย์วรพจน์ครับ

ท่านสมชาย แง่คิดที่ดีก็ คือ การให้เกียรติซึ่งกันและกัน ไม่ได้ยึดถือความเห็นของตัวเป็นใหญ่ ในการทำงานในองค์คณะ เราจะมาปรึกษากันเพื่อให้ทุกฝ่ายยอมรับในเหตุผลที่ตนเองอ้างขึ้นมา เพราะฉะนั้นบรรยากาศแบบนี้มันก็เลยไม่ทำให้เกิดความไม่พอใจในใจของแต่ละคน ทำให้ไม่เกิดข้อขัดแย้งขึ้นในองค์คณะ



อีกท่านหนึ่งที่จะขาดไปเสียไม่ได้ สำหรับองค์คณะที่ 4 คือ **ท่านมนูญ ปุญญกริยากร** ท่านเป็นตุลาการที่มีรอยยิ้มในการทำงานตลอดเวลา ไม่ว่าการประชุมคดีจะเคร่งเครียดแค่ไหน แต่ท่านก็ทำให้บรรยากาศผ่อนคลายได้เสมอ สำหรับบทสัมภาษณ์ของ**ท่านมนูญ ปุญญกริยากร** นั้น ท่านได้กรุณาเขียนให้แก่ทีมงานตามประเด็นที่ทีมงานได้ขอไป ดังนั้นจึงขอนำข้อเขียนของท่านมาลงทั้งฉบับ ในหัวข้อที่ท่านตั้งว่า

“ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ในภาพของตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด”



ผมเคยรับราชการที่กระทรวงแรงงาน ทำงานเกี่ยวกับกฎหมายแรงงานและการบริหารแรงงาน จนปีสุดท้ายก่อนที่จะเกษียณอายุราชการจึงได้เข้ามาเป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุด โดยขณะทำงาน ที่กระทรวงแรงงานก็ศึกษาหาความรู้ที่เกี่ยวข้องกับกฎหมาย โดยเฉพาะกฎหมายปกครองจากการอ่านตำรา หนังสือ และคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดตลอดมา

ตำราและหนังสือที่ผมให้ความสนใจส่วนใหญ่จะเป็นของอาจารย์วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ทั้ง ๆ ที่ผมไม่เคยรู้จักกับอาจารย์วรพจน์ฯ มาก่อน เนื่องจากหนังสือของอาจารย์วรพจน์ฯ อ่านแล้วเข้าใจง่าย อาจารย์วรพจน์ฯ จึงเปรียบเสมือนเป็นอาจารย์ของผมก่อนเข้าทำงานที่ศาลปกครอง เมื่อผมได้มาเป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุด และทำงานในหลายองค์คณะทำให้ผมเห็นว่าตุลาการหัวหน้าคณะแต่ละท่านมีแบบอย่างในการบริหารงานที่แตกต่างกันออกไป โดยทุกท่านล้วนมุ่งเน้นให้ผลงานขององค์คณะเป็นไปด้วยความรวดเร็ว มีประสิทธิภาพ และยุติธรรมแก่คู่กรณีทั้งสิ้น

ผมได้มาอยู่ในองค์คณะที่อาจารย์วรพจน์ฯ เป็นตุลาการหัวหน้าคณะ ซึ่งผมถือว่าเป็นช่วงเวลาที่มีคุณค่ามากที่สุดเนื่องจากอาจารย์วรพจน์ฯ จะทราบว่าตุลาการศาลปกครองสูงสุดที่อยู่ร่วมองค์คณะนั้นมีความรู้ ความสามารถ มีประสบการณ์ และมีความเชี่ยวชาญทางด้านใด เพื่อจะจ่ายสำนวนให้ตรงกับความเชี่ยวชาญ ทำให้ผลงานออกมาได้อย่างถูกต้อง แม่นยำมากที่สุด

มีประเด็นในขณะนั้น คือ องค์คณะของตุลาการศาลปกครองสูงสุดมีน้อยมาก เมื่อเปรียบเทียบกับคดีที่เข้ามาสู่ศาลปกครองสูงสุด หากนำคดีมาจัดลำดับที่เข้ามาในองค์คณะก่อนหลัง การออกเลขคดีแดงอาจทำให้เกิดความรู้สึกว่าคดีค้างอยู่ในศาลปกครองสูงสุดนานมาก

ส่วนสำคัญคือ การประชุมองค์คณะ ณ เวลานั้น นอกจากตุลาการในองค์คณะจะเข้าร่วมประชุมแล้ว อาจารย์วรพจน์ฯ อนุญาตให้พนักงานคดีปกครองที่เกี่ยวข้องกับคดีเข้าร่วมประชุมด้วย เพื่อให้ได้เรียนรู้ว่าคดี แต่ละคดีล้วนมีเนื้อหาสาระในข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย การนำมาปรับใช้ให้ถูกต้อง เพื่อนำไปสู่การวินิจฉัยแตกต่างกันไป

จึงเป็นโอกาสที่ดียิ่งสำหรับพนักงานคดีปกครองในการเก็บเกี่ยวความรู้จากข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย แนวทางการวินิจฉัย ได้มากกว่าการเข้ารับฟังคำบรรยายจากที่อื่นใด สามารถนำไปปรับใช้ในการทำงาน ได้เป็นอย่างดี

ในระหว่างการประชุมองค์คณะ ตุลาการเจ้าของสำนวนจะสรุปข้อเท็จจริงประเด็นข้อกฎหมาย และความเห็นหากต้องการใช้เอกสารใด ๆ พนักงานคดีปกครองจะส่งให้ได้ทันที ท่านตุลาการในองค์คณะ จะซักถามให้ความเห็นเพิ่มเติม หากมีหลักกฎหมายที่ยังไม่ยุติอาจารย์วรพจน์ฯ จะสรุปเพิ่มเติม เปรียบเทียบ ชี้แนะ อธิบายความให้เกิดความเข้าใจและมั่นใจความถูกต้องจนหาข้อยุติได้

ผมชื่นชมอาจารย์วรพจน์ เพราะอาจารย์จะต้องอ่านสรุปสำนวนคดีในองค์คณะทุกคดี และความเห็นของตุลาการเจ้าของสำนวนจะจดจำได้ทุกเรื่อง รวมทั้งเตรียมข้อชี้แนะเพื่อให้การพิจารณาคดีมีความสมบูรณ์

เป็นแบบอย่างของหัวหน้าองค์คณะที่จะมีต่อตุลาการในองค์คณะ ต่อพนักงานคดีปกครองที่อยู่ในทีม

มีบางคดีที่ท่านประธานศาลปกครองสูงสุดมอบหมายให้องค์คณะของอาจารย์วรพจน์ฯ ทำ โดยอาจารย์วรพจน์ฯ ได้จ่ายสำนวนคดีให้ตุลาการในองค์คณะเรียบร้อยแล้ว ขณะเดียวกันอาจารย์วรพจน์ฯ มีเหตุให้ต้องขอถอนตัวออกจากคดี โดยขอให้ประธานศาลปกครองสูงสุดมอบหมายให้ตุลาการหัวหน้าคณะ ท่านอื่นทำหน้าที่เป็นตุลาการหัวหน้าคณะแทน

กรณีการขอถอนตัวของตุลาการศาลปกครองสูงสุดส่วนใหญ่เนื่องจาก ตุลาการศาลปกครองสูงสุดนั้น เคยเป็นตุลาการศาลปกครองชั้นต้นมาก่อน และเคยเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษาคดีนั้น ในชั้นศาลปกครองชั้นต้น ซึ่งคดีดังกล่าวคู่กรณีได้มีการอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุด เมื่อคู่กรณีในคดีหรือตุลาการศาลปกครองสูงสุดนั้น เห็นว่าจะเป็นเหตุให้การพิจารณาคดีมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาคดีทางปกครองไม่เป็นกลาง และทำให้ไม่สามารถพิจารณาคดีนั้นต่อไปได้ จึงขอถอนตัวออกจากคดี

มีคดีที่อาจารย์วรพจน์ฯ ได้รับมอบหมายนั้นปรากฏว่าภรรยาของอาจารย์วรพจน์ฯ (รองศาสตราจารย์สุดา วิศรุตพิชญ์) มีส่วนเกี่ยวข้องในชั้นการพิจารณายกร่างกฎกระทรวง อาจารย์วรพจน์ฯ จึงได้ขอถอนตัวตามความในมาตรา 13 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 เมื่ออาจารย์วรพจน์ฯ ทราบว่าภรรยาของท่านได้มีส่วนที่เกี่ยวข้องกับคดีนี้มาก่อน

ผมจำได้เพราะเป็นคดีที่อาจารย์วรพจน์ฯ มอบหมายให้ผมเป็นเจ้าของสำนวน โดยเป็นคดีที่ผู้ฟ้องคดี ขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งยกเลิกเพิกถอนกฎกระทรวงกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการดำเนินการ ตามหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุขที่เป็นไปเพียงเพื่อยืดการตายในวาระสุดท้ายของชีวิต หรือเพื่อยุติการทรมานจากการเจ็บป่วย พ.ศ. 2553 (ศาลปกครองสูงสุดคดีหมายเลขดำที่ ฟ. 147/2554 คดีหมายเลขแดงที่ ฟ. 11/2558)

ประการสำคัญของเรื่องนี้ที่ทำให้ผมซาบซึ้ง คือ อาจารย์วรพจน์ฯ ท่านประพฤติปฏิบัติตนอยู่ในหลักธรรมที่ส่งเสริมให้อยู่ครองเรือน ซึ่งเรียกว่า สมชีวิธรรม 4 คือ สมสัทธา คือ มีศรัทธาเสมอกัน สมสีลา คือ มีศีลเสมอกัน มีปกตินิสัยเหมือนกัน สมจาคา คือ มีจาคะเสมอกัน มีความเสียสละ ความเอื้ออารีต่อกัน การบำเพ็ญประโยชน์ต่อผู้อื่นเหมือนกัน และสมปัญญา คือ มีปัญญาเสมอกัน รู้เหตุรู้ผล เข้าใจกัน พูดกันรู้เรื่อง มิใช่ต่างคนต่างอยู่ อาจารย์วรพจน์ฯ จึงทราบว่าภรรยาของท่านมีส่วนเกี่ยวข้องกับกฎกระทรวงนี้

เรียกได้ว่าเป็น “คู่สร้าง คู่สม” ตัวจริง ทั้งชาตินี้ – ชาติหน้า

สำหรับผมเองจากคดีดังกล่าวนี้ ผมและภรรยาก็ได้ทำหนังสือแสดงเจตนาไม่ประสงค์จะรับบริการสาธารณสุข ตามมาตรา 12 แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ. 2550 แล้วครับ

สุดท้ายนี้ ในภาพของตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด ทั้งในหน้าที่การงาน ความสัมพันธ์ กับผู้ใต้บังคับบัญชา และในด้านการครองเรือน ล้วนแต่เป็นตัวอย่างที่ดีงามครับ

บทความวิชาการ



ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ : ครูกฎหมายที่ยิ่งใหญ่ในใจของพวกเรา

โดย คิดงาม คงตระกูล ลี
ผู้พิพากษาศาลชั้นต้นประจำกองผู้ช่วยผู้พิพากษาศาลฎีกา

เมื่อประมาณปลายเดือนมกราคม 2567 ได้รับโทรศัพท์จากน้อง ๆ ที่ศาลปกครอง ขอให้ช่วยเขียนบทความเพื่อลงในหนังสืออาจาริยบูชา 70 ปี ของศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ โดยขอให้เขียนในมุมมองที่คนอื่นไม่เคยเห็น ทั้งในฐานะอาจารย์ ผู้บังคับบัญชาและกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ต้องขอขอบคุณทีมงานเป็นอย่างมากที่ให้โอกาสผู้เขียนได้เขียนบทความถึงอาจารย์ที่เป็นครูกฎหมายที่ยิ่งใหญ่ในหนังสือสำคัญเล่มนี้

ลูกแม่โดม - ครูกฎหมายที่สุดของแรงบันดาลใจ

สมัยช่วงก่อนปี พ.ศ. 2544 การเรียนการสอนในคณะนิติศาสตร์ของมหาวิทยาลัยส่วนใหญ่ยังเน้นกฎหมายสี่มุมเมือง คือ กฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา น้อยคนนักที่จะให้ความสำคัญกับกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายปกครอง เพราะไม่ใช่วิชาที่จะนำไปสอบเป็นผู้พิพากษาหรืออัยการ ดังนั้นคนที่จะเข้าเรียนครบทุกคาบ นอกจากจะเป็นเด็กเรียนนั่งหน้าห้องที่อาจารย์จำหน้าได้แล้ว จะต้องเป็นพวกที่ชอบจริง ๆ เท่านั้น แน่นอนว่าผู้เขียนก็ไม่ใช่บุคคลทั้งสองประเภท เพราะผู้เขียนเป็นเด็กกิจกรรมที่ไม่ชอบเข้าห้องเรียนมากนัก แต่หากใครเป็นเด็กธรรมศาสตร์ไม่ว่าจะเข้าเรียนหรือไม่เข้าเรียนย่อมจะต้องรู้จักอาจารย์วรพจน์ เพราะเป็น “คนดัง” ขึ้นชื่อเรื่องเข้าสอนตรงเวลาและเลิกตรงเวลา ที่สำคัญดุอยู่พอสมควร จำได้ว่า ผู้เขียนลงเรียนกับอาจารย์วรพจน์ 2 วิชา คือ กฎหมายปกครองและกฎหมายมรดก สมัยนั้นวิชากฎหมายปกครองมีอาจารย์สอนสองท่าน นักศึกษาต้องเลือกลงทะเบียนว่าจะเรียนกับอาจารย์ท่านใด เพราะการสอนของอาจารย์ทั้งสองท่านจะเน้นเนื้อหาไม่เหมือนกัน ผู้เขียนเลือกลงเรียนกับอาจารย์วรพจน์ ซึ่งรุ่นพี่ที่สนิท ๆ สอบตกหลายคน แต่เนื่องจากก่อนหน้านี้เคยเรียนวิชากฎหมายมหาชนกับอาจารย์สมยศ เชื้อไทย แล้วรู้สึกว่าเราน่าจะเอาดีได้ทางสาขากฎหมายมหาชน จึงลงเรียนกับอาจารย์วรพจน์ซึ่งจบปริญญาเอกกฎหมายปกครองมาจากฝรั่งเศส สิ่งที่จำได้อยู่เสมอถึงคำสอนของอาจารย์ที่เรียกได้ว่าถ้าได้ยินประโยคนี้ที่ไหนหน้าของอาจารย์จะลอยมาอยู่ในสมอง นั่นคือประโยคที่ว่า “การกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย” “ไม่มีกฎหมายไม่มีอำนาจ” และ “ประชาชนมีสิทธิที่จะกระทำอะไรก็ได้ทุกอย่างในประเทศนี้ เว้นแต่ที่มีกฎหมายห้ามไว้ แต่รัฐจะกระทำการใด ๆ ได้จะต้องมีกฎหมายให้อำนาจ” ผู้เขียนรู้สึกว่าคำเหล่านี้มันเปิดโลกแคบ ๆ ของเราในสมัยนั้นซึ่งไม่มีโซเชียลมีเดีย สังคมยังไม่ค่อยสนใจกฎหมายมหาชนที่เน้นเรื่องสิทธิเสรีภาพของประชาชน หรือระบบการตรวจสอบการใช้อำนาจของรัฐ ผู้เขียนจึงรู้สึกชอบ เพราะที่เลือกสอบเข้ามาเรียนที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ก็ด้วยเหตุผลที่ว่า “ธรรมศาสตร์สอนให้ฉันรักประชาชน” และซาบซึ้งกับคำว่า “เหลืองของเราคือธรรมประจำจิต แดงของเราคือโลหิตอุทิศให้” ซึ่งเป็นการนิยามสีประจำมหาวิทยาลัยว่า เป็นสีแห่งความเป็นธรรมและเป็นสีแห่งโลหิต

ที่พร้อมจะอุทิศให้เพื่อรักษาความเป็นธรรม และผู้เขียนค้นพบแล้วว่า “อาจารย์ท่านนี้สอนให้ฉันรักประชาชน” เมื่อจบปริญญาตรี และสอบเข้าศึกษาในชั้นปริญญาโท แน่นอนว่าผู้เขียนก็เลือกเรียนสาขากฎหมายมหาชน ซึ่งสมัยนั้นขึ้นชื่อว่าสอบยากมาก เพราะแต่ละปีรับเพียงไม่กี่คน (แต่จริง ๆ ก็มีคนสมัครสอบไม่กี่คนด้วย) และในปีนั้นผู้เขียนก็เป็นหนึ่งในห้าคนที่ได้มีโอกาสเรียนหลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน โดยมีแรงบันดาลใจจากอาจารย์วรพจน์

อธิบดีศาลปกครองกลางคนแรก : ภาระหนักอึ้งของอาจารย์

ผู้เขียนสอบโอนมาเป็นเจ้าหน้าที่ศาลปกครองรุ่นแรก และได้มีโอกาสไปทำหน้าที่เป็นพนักงานคดีปกครองและเป็นเลขานุการประจำอธิบดีศาลปกครองกลาง ซึ่งอาจารย์วรพจน์ได้รับพระบรมราชโองการโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอธิบดีศาลปกครองกลางคนแรก และในขณะนั้นทั้งประเทศมีศาลปกครองกลางเป็นศาลปกครองชั้นต้นแห่งเดียว แน่นอนว่าอาจารย์วรพจน์และรองอธิบดีศาลปกครองกลางในสมัยนั้นต้องมีภารกิจสำคัญในการวางแนวคำพิพากษาศาลปกครองและรักษามาตรฐานคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้น ผู้เขียนจำได้ว่าอาจารย์วรพจน์ทำงานหนักมาก ทำให้ผู้เขียนและพนักงานคดีปกครองทุกคนต้องทำงานหนักตามไปด้วย ผู้เขียนมาทำงานตั้งแต่หกโมงเช้าและกลับบ้านตอนเกือบสี่ทุ่ม ทีมพนักงานคดีปกครองคนอื่นที่ประจำตัวท่านก็ทำเช่นเดียวกัน วิธีการทำงานของอาจารย์วรพจน์จะไม่เหมือนกับผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชา แต่จะเป็นลักษณะของครูกับลูกศิษย์ เหมือนกับที่เราเรียนที่ธรรมศาสตร์ หรือพ่อกับลูกที่พูดคุยกันได้ทุกเรื่อง พวกเราไม่เคยรู้สึกโง่ในสิ่งที่เราไม่รู้หรือต้องถามอาจารย์ในเรื่องง่าย ๆ เพราะถึงแม้อาจารย์จะดุจะบ่นเราบ้าง เราก็ไม่รู้สึกว่าอาจารย์ดุหรือบ่นเพราะเกลียดเรา ตรงกันข้าม อาจารย์อยากสอนและถ่ายทอดให้ความรู้ และคงรู้สึกขัดใจเหมือนกันเวลาที่สอนเท่าไรก็ไม่จำหรือเถียงอะไรไม่เข้าท่า แต่อาจารย์ก็อดทนสอนและถ่ายทอดความรู้เสมอมา ในช่วงเวลาทำงาน พนักงานคดีปกครองประจำตัวอาจารย์ทุกคนจะวุ่นวายอยู่กับการทำบันทึกความเห็นที่ต้องเสนออาจารย์ แต่พอตกตอนเย็นหลังเวลาเลิกงาน หากอาจารย์เห็นว่าบันทึกความเห็นของใครน่าสนใจ หรือเสนอมาไม่ถูกต้องและเป็นเรื่องที่ควรให้ทุกคนได้เรียนรู้ไปด้วยกัน หรือบางวันอาจารย์อารมณ์ดีอยากสอนหนังสือขึ้นมาเพราะไปอ่านตำราต่างประเทศเจอเรื่องที่อยากสอน ตามนิสัยของคนเป็นครู อาจารย์ก็เรียกทุกคนมานั่งในห้องประชุมเล็ก ๆ ข้างห้องอาจารย์ ซึ่งมี white board และอธิบายให้ฟังเหมือนกับการสอนหนังสือ ห้องทำงานของอาจารย์ซึ่งกว้างขวางใหญ่โตเปิดกว้างและต้อนรับให้พวกเราทุกคนเข้าไปปรึกษาได้ตลอดเวลา แต่อย่าเข้าไปช่วงเวลาที่อาจารย์กำลังเขียนงานอยู่ เพราะจะเงยหน้าขึ้นมาทำหน้าเบี้ยว ๆ แล้วเสียงแข็งถามว่า “มีอะไร” แต่ก็จะละจากงานเขียนและให้คำปรึกษาทุกครั้ง อาจารย์เป็นอธิบดีศาลปกครองที่อ่านบันทึกความเห็นของพนักงานคดีปกครองและอ่านสำนวนคดีด้วยตนเองทุกเรื่อง เอกสารหรือบันทึกภายในแต่ละฉบับของอาจารย์ แม้จะผ่านการร่างจากฝีมือของพวกเรา แต่อาจารย์ก็เป็นคนปรับแก้อย่างละเอียดลออด้วยตนเองทุกฉบับ ดังนั้น พนักงานคดีปกครองของอาจารย์ทุกคนจึงถูกฝึกฝนในเรื่องการใช้กฎหมายและการใช้ภาษามาในแนวทางเดียวกัน ด้วยการแก้ไขด้วยลายมือตัวใหญ่ตวัดหลายชั้นแต่ก็สวยและเป็นระเบียบมากฝากมาในบันทึกความเห็นนั้น เรียกได้ว่าวิธีการเขียนของพวกเราแทบจะเป็นรูปแบบเดียวกันตามอาจารย์ของเรา ซึ่งผู้เขียนคิดว่าในช่วงเวลาที่ทำงานกับอาจารย์มาประมาณ 6 ปีนี้ ผู้เขียนได้รับความรู้ความเข้าใจในเรื่องกฎหมายปกครอง การใช้ภาษา การจับประเด็นและการให้ความเห็นในแต่ละประเด็นได้ลึกซึ้งเพิ่มขึ้นกว่าตอนจบปริญญาโทสาขากฎหมายมหาชนเสียอีก และสิ่งหนึ่งที่ผู้เขียนคิดว่าผู้เขียนได้รับถ่ายทอดจากอาจารย์อย่างไม่รู้ตัว คือ ความละเอียดลออในการใช้กฎหมายและให้ความเป็นธรรม เพราะการที่อาจารย์ทุ่มเททำงานอย่างเต็มที่ใส่ใจในทุกประเด็น ไม่มองข้าม ค้นคว้าทุกเรื่องที่ยังไม่แน่ใจ มันทำให้เกิดความเป็นธรรมในคดีนั้นขึ้นอย่างเป็นธรรมชาติ ดังนั้น ความยุติธรรมที่คู่ความได้รับจึงอยู่ในสายเลือดของอาจารย์ที่ผ่านการทุ่มเททำงานอย่างตั้งใจและละเอียดลออ อันกล่าวได้ว่าเป็นความยุติธรรมที่ออกมาจากหัวใจและเป็นมรดกตกทอดให้แก่พวกเราซึ่งเป็นพนักงานคดีปกครองของอาจารย์ได้เรียนรู้และนำไปเป็นแบบอย่าง

ซึ่งไม่อาจหาเรียนได้ในตำราเล่มไหน แบบที่ฝรั่งเขาเรียกว่า the best teachers teach from the heart, not from the book.

กล่าวมาถึงตอนนี้ ท่านผู้อ่านอาจจินตนาการตามไปว่า อาจารย์วรพจน์น่าจะนั่งทำงานอยู่ที่โต๊ะแทบจะตลอดเวลา ซึ่งจริง ๆ ก็เป็นเช่นนั้น แต่บางเวลา โดยเฉพาะเวลาที่ผู้เขียนเข้าไปปรึกษางานซึ่งต้องใช้เวลาในการอธิบาย อาจารย์ก็หยุดเขียนงานและเอายาเส้นมาแพคลงในเบ้าไปป์แล้วก็กดไปกดมาอยู่อย่างนั้น แต่ไม่ได้สูบนะ คงจะกลัวผู้เขียนติดยาสูบของท่านไปด้วย จากนั้นท่านก็ยิ้มและอธิบายข้อกฎหมายต่าง ๆ ให้ผู้เขียนฟัง นอกจากนี้ยังมีงานอดิเรกอีก 2 อย่างของอาจารย์ ก็คือ การส่องพระ เมื่อครั้งที่เรียนหนังสือที่มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ มีรุ่นพี่บอกว่า ถ้าหาอาจารย์วรพจน์ไม่เจอที่ห้องพัก ให้ไปตามหาที่แผงพระท่าพระจันทร์ก็ได้ และได้ฟังจากท่านประนัย วณิชชานนท์ ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุดเล่าให้ฟังว่าอาจารย์เป็นเซียนพระคนหนึ่งทีเดียว จริง ๆ อาจารย์ไม่ได้ชอบสะสมพระอย่างเดียว แต่เป็นศิษย์เอกของท่านพุทธทาสภิกขุอีกด้วย เพราะมีรูปติดในห้องทำงานและมีคำสอนของท่านพุทธทาสภิกขุมาสอนพวกเราเสมอ งานอดิเรกของอาจารย์อีกอย่างหนึ่งที่ชอบมาก ๆ ไม่แพ้การส่องพระ ก็คือ การเล่นกีฬากอล์ฟ ซึ่งผู้เขียนก็เคยมีโอกาสไปช่วยอาจารย์ซื้ออุปกรณ์กอล์ฟแถวอาคารธนิยะ และไปออกรอบกับอาจารย์และก๊วนของอาจารย์เป็นครั้งคราว ผู้เขียนเชื่อว่าการส่องพระและการเล่นกีฬาของอาจารย์น่าจะเป็นสิ่งที่ช่วยผ่อนคลายความเครียดจากงานคดีและงานบริหารที่ล้นมือ

นอกจากอาจารย์จะเป็นคนทำงานจริงจังไปเสียทุกเรื่อง เรียกได้ว่าเป็นคน serious แต่ไม่ stressful แล้ว อาจารย์ยังเป็นคนเสียสละ ผู้เขียนเคยถามอาจารย์ว่า ทำไมอาจารย์ไม่สมัครสอบคัดเลือกไปเป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุดรุ่นที่ 2 ซึ่งแน่นอนว่าคิวอาจารย์จะได้เป็นประธานศาลปกครองสูงสุดคนที่ 3 ต่อจากท่านอาจารย์หัสวุฒิ วิทิตวิริยกุลที่เป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุดรุ่นที่ 1 แต่ท่านตอบว่า รากฐานของศาลปกครองขณะนั้น อยู่ที่ศาลปกครองกลางที่ต้องทำให้เข้มแข็ง ผมทิ้งไปตอนนี้ไม่ได้ และนี่เองที่เป็นเหตุทำให้อาจารย์ทำงานหนักในตำแหน่งอธิบดีศาลปกครองกลางถึง 4 ปี และสมัครคัดเลือกเป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุดรุ่นที่ 3 ช้ากว่าเพื่อนรุ่นเดียวกัน และเป็นประธานศาลปกครองสูงสุดได้เพียง 2 ปี เพราะความเสียสละของอาจารย์ที่ต้องการวางรากฐานศาลปกครองชั้นต้นให้เข้มแข็ง

อาจารย์ของเราเป็นคนกล้า และไม่เคยกลัวสิ่งใด

อาจารย์วรพจน์ไม่เคยกลัวอะไร! อันนี้เป็นเรื่องจริง ที่ผู้เขียนยืนยันได้ ไม่เคยกลัวความไม่ถูกต้อง ไม่ว่าจะมาในรูปแบบไหน รวมถึงไม่เคยกลัวความตายด้วย ศาลปกครองในยุคแรกนั้นไม่มีที่ทำการเป็นของตนเอง แต่เช่าพื้นที่อาคารของเอกชนกลางกรุงเทพมหานครซึ่งเป็นอาคารที่ทันสมัยและสวยที่สุดในขณะนั้น ปรากฏว่ามีอยู่ครั้งหนึ่ง ผู้เขียนไปเดินทำธุระอยู่ที่ชั้น 36 ผู้เขียนได้ยินเสียงคนวิ่งมาบอกว่าไฟไหม้แล้วรีบลงลิฟต์ไป (ถ้าไฟไหม้ ห้ามใช้ลิฟต์เด็ดขาด) ขณะนั้นผู้เขียนก็ไม่แน่ใจว่าจริงหรือไม่ แต่เพื่อความปลอดภัยก็จะลงไปพร้อมเพื่อนที่ชั้น 36 แต่นึกขึ้นมาได้ว่าอาจารย์ยังทำงานอยู่ที่ห้องอธิบดี จะมีใครไปบอกอาจารย์หรือเปล่า ตอนนั้นผู้เขียนกลัวตายก็กลัว แต่ก็เป็นห่วงอาจารย์ด้วย จึงรีบลงไปที่ชั้น 34 ก่อนเข้าห้องอธิบดีไปเรียนอาจารย์ว่าไฟไหม้ ให้รีบลงไปข้างล่างได้แล้ว อาจารย์ก็ยังนิ่ง ๆ อยู่ จนกระทั่งเริ่มได้กลิ่นควันที่น่าจะมาตามท่อแอร์แล้ว ก็เรียนอาจารย์ว่า “ไปได้แล้วค่ะอาจารย์ เขาไปกันหมดแล้ว” อาจารย์ก็ยังไม่ตระหนกตกใจหรือรีบทิ้งกองสำนวนตรงหน้าเพื่อเอาตัวรอด แต่กลับบอกผู้เขียนว่า “คิดงาม มาช่วยผมเก็บสำนวนเข้าตู้ก่อน” ผู้เขียนก็บอกว่า “ไม่ต้องเก็บแล้วค่ะอาจารย์ ไม่มีใครมาเอาไปหรอกเวลานี้” แต่อาจารย์ก็ไม่ยอม นอกจากเก็บสำนวนทั้งหมดเข้าตู้แล้ว ยังล็อคตู้ใส่กุญแจแน่นหนาเสียอีก เมื่อเราช่วยกันขนสำนวนเข้าตู้เสร็จ กำลังจะออกจากห้อง อาจารย์ก็นึกขึ้นมาได้ว่า เฮ้ย ไม้กอล์ฟเพิ่งซื้อมาใหม่เลย อาจารย์ก็จะขนไปด้วย! ผู้เขียนกับน้องเลขานุการอีกคนนึงเลยขออนุญาตอาจารย์มาช่วยกันถือไม้กอล์ฟลงบันไดหนีไฟจากชั้น 34 ลงมาด้วย ระหว่างที่เราอยู่ในทางหนีไฟ ซึ่งคนเยอะมาก ๆ อาจารย์

ก็นิ่งมาก ไม่แสดงอาการตกใจหรือกระวนกระวายใจเลย แม้ผู้เขียนจะรับโทรศัพท์จากเพื่อนที่อยู่ข้างนอกอาคารที่คอยรายงานสถานการณ์ให้ฟังเป็นระยะว่ามีไฟไหม้บริเวณชั้นไหน กระจกแตกชั้นไหน แต่อาจารย์ก็ไม่แสดงอาการกลัวเลย ทำให้ผู้เขียนกับน้องเลขานุการอีกคนมีกำลังใจขึ้นมาบ้าง โชคดีที่ผู้เขียนจำได้ว่าชั้น 10 เป็นทางออกอาคารจอดรถ จึงบอกให้ทุกคนออกทางชั้น 10 มิเช่นนั้น อาจต้องแบกไม้กอล์ฟลงไปถึงชั้น 1 แน่ ๆ นึกแล้วก็ขำกันมาจนถึงทุกวันนี้ เคยถามอาจารย์ภายหลังว่า ทำไมอาจารย์ต้องให้เก็บสำนวนเข้าตู้แล้วล็อคกุญแจด้วย อาจารย์ตอบว่า “ก็ผมไม่คิดว่ามันจะไหม้จริง ๆ ไง หรือถ้าไหม้จริง คงไม่มาถึงชั้นเราหรอก แต่ถ้าสำนวนเขาหายไป ซวยเลยนะ” ผู้เขียนก็มาคิดว่า เออนะ อาจารย์คิดว่ามันไม่น่าจะไหม้จริง ๆ แต่อาจารย์ก็ขนไม้กอล์ฟลงไปด้วยเนอะ ดังนั้น นอกจาก “งาน” ที่อาจารย์ให้ความสำคัญแล้ว “กอล์ฟ” ก็เป็นลูกรักของอาจารย์มากเหมือนกัน จากเหตุการณ์นั้น ผู้เขียนยืนยันได้เลยว่า อาจารย์ไม่เคยกลัวอะไร “นิ่งมาก” แม้แต่ความตายอาจารย์ยังไม่กลัว ดังนั้น ในโลกนี้ก็ไม่มีอะไรที่อาจารย์วรพจน์จะกลัวแล้ว

อีกเรื่องหนึ่งที่เป็นเครื่องยืนยันว่าอาจารย์ไม่เคยกลัวอะไร คือ เมื่อปี พ.ศ. 2565 สมัยที่คณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) มีมติคัดเลือกอาจารย์วรพจน์ให้ดำรงตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุด และอยู่ในขั้นตอนการให้ความเห็นชอบจากวุฒิสภา อาจารย์เล่าให้ผู้เขียนฟังแบบขำ ๆ ว่า มีคนให้ข้อมูลต่อวุฒิสภาว่าอาจารย์ตัดสินคดีให้รัฐชนะตลอดเลย ผู้เขียนก็แซวอาจารย์กลับไปขำ ๆ ว่า ก็น่าจะดีกว่าร้องเรียนว่าตัดสินคดีให้เอกชนชนะตลอดนะคะ แต่ความจริงแล้ว คดีที่อาจารย์ตัดสินให้เอกชนชนะก็มีเยอะไป ความสำคัญของการตัดสินคดีไม่ได้อยู่ที่เราตัดสินให้ใครแพ้หรือชนะ แต่อยู่ที่เหตุผลในคำวินิจฉัยนั้นต่างหากที่จะชี้ว่าคำพิพากษานั้นเป็นคำพิพากษาที่ดีหรือไม่ และคำวินิจฉัยนั้นเองจะบอกตัวตนของผู้พิพากษาหรือตุลาการผู้เขียน โดยไม่ต้องให้ใครมายืนยันรับรองว่าเราเป็นผู้พิพากษาหรือตุลาการเช่นไร ดังนั้น อาจารย์จึงไม่กลัวเลยว่าจะไม่ได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภา อาจารย์บอกเสมอว่า คู่ความมีสิทธิที่จะได้รับคำพิพากษาที่มีเหตุผล (the right to have a reasoned judgement) และเป็นหน้าที่ของเราที่จะต้องให้เหตุผลในคำพิพากษา (the obligation of court to provide for a reasoned judgement) ดังนั้น ผู้เขียนจึงเชื่อมั่นว่าคำพิพากษาของอาจารย์นั่นเองจะทำให้อาจารย์ได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภา และก็เป็นจริงเช่นนั้น

ได้อะไรบ้าง จากการทำงานกับอาจารย์วรพจน์ที่ศาลปกครอง

นิติวิธีคิด คือสิ่งสำคัญที่ผู้เขียนคิดว่าได้รับการถ่ายทอดจากอาจารย์ อาจารย์วรพจน์เคยบอกว่านิติวิธีคิดไม่มีเขียนไว้ในตำรา แต่อยู่ที่การเรียนรู้ พูดคุยและคิดวิเคราะห์ไปด้วยกัน การสอนในชั้นเรียนอาจสอนได้เพียงบางส่วน นักศึกษาหรือนักกฎหมายหลายคนอาจจะบอกว่ากฎหมายปกครองเป็นเรื่องที่เข้าใจยาก เป็นหลักการอะไรไม่รู้ที่จับต้องไม่ได้ ไม่เหมือนกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา ที่มีประมวลกฎหมายบัญญัติชัดเจน แล้วก็ศึกษาไปทีละมาตราในประมวลกฎหมายนั้น สมัยเรียนกฎหมายผู้เขียนก็รู้สึกเช่นนั้น แต่เมื่อได้มาทำงานกับอาจารย์วรพจน์เป็นเวลา 6 ปี งานแต่ละชิ้นที่ทำ คำสอน คำแนะนำของอาจารย์ที่เราสั่งสมไว้ทุกวัน มันทำให้ระบบคิดของเราเกิดการจัดระเบียบ วิเคราะห์และมองกฎหมายปกครองอย่างเป็นระบบไปเองโดยอัตโนมัติอย่างที่เราก็ไม่ได้ตั้งใจ ขออธิบายอย่างเป็นรูปธรรม คือ เวลามีคนถามว่ากฎหมายปกครองคืออะไร ผู้เขียนจะตอบว่า กฎหมายปกครอง คือ กฎหมายที่กำหนดโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของฝ่ายปกครอง ในขณะเดียวกันก็เป็นกฎหมายที่จำกัดกรอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง รวมถึงกำหนดวิธีพิจารณาทางปกครองของเจ้าหน้าที่ที่มีผลกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของเอกชน และกำหนดความรับผิดของฝ่ายปกครองกับการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง เพราะเจตนารมณ์ของการศึกษากฎหมายปกครอง ก็เพื่อให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจให้ถูกต้องตามกฎหมาย เพื่อประโยชน์สุดท้ายคือคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองตามหลักการของรัฐที่ปกครองโดยกฎหมาย แต่ในขณะเดียวกันการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองก็เพื่อการจัดทำหรือรักษาประโยชน์สาธารณะ ดังนั้น มันก็มีเรื่องที่ต้องชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์

สาธารณะกับความเสียหายของเอกชนจากการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองนั้นด้วย ที่ตอบแบบนี้ เพราะจะแสดงให้เห็นว่า หลักกฎหมายปกครองจริง ๆ คือ กฎหมายที่กำหนดกรอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ตามหลัก “ไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ” ซึ่งเป็นคำสอนของอาจารย์วรพจน์ ที่หมายความว่า ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่มีผลเป็นการจำกัดหรือกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ และจะต้องกระทำการดังกล่าวภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ หากฝ่ายปกครองออกกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือกระทำการอื่นใดที่มีผลเป็นการจำกัดหรือกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจ หรือกระทำเกินขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้ (ultra vires) หรือขัดต่อหรือไม่ถูกต้องตามกฎหมายก็ดี ต้องถือว่ากฎ คำสั่งทางปกครอง หรือการกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมันเป็นหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และมันเป็นหัวใจของการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง รวมถึงเป็นหัวใจของศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง หลักการนี้มีสาระสำคัญสองประการตามที่อาจารย์วรพจน์สอน เรียกว่าให้ท่องจำกันเลย นั่นก็คือ 1) กฎหมายเป็น “แหล่งที่มา” ของอำนาจกระทำการของฝ่ายปกครอง และในขณะเดียวกัน 2) กฎหมายก็เป็น “ข้อจำกัด” อำนาจกระทำการของฝ่ายปกครอง ดังนั้น เวลาศาลปกครองจะตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองนั้น จะต้องไล่สายก่อนเลยว่า มีกฎหมายให้อำนาจหรือไม่ และฝ่ายปกครองกระทำนอกเหนือที่กฎหมายให้อำนาจหรือเกินไปกว่าที่กฎหมายให้อำนาจหรือไม่ นั่นเป็น step แรกของการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง นอกจากนี้ ศาลปกครองยังตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองด้วย ในสมัยก่อน เราอาจคิดกันว่าดุลพินิจของฝ่ายปกครองนั้นตรวจสอบไม่ได้ แต่จริง ๆ แล้ว ตรวจสอบได้ เพียงแต่ศาลจะไปใช้ดุลพินิจแทนฝ่ายปกครองไม่ได้ หลักการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองตามแนวทางที่อาจารย์วรพจน์สอนนั้น การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีหลายเหตุ เช่น การใช้ดุลพินิจไม่ชอบเนื่องจาก Wednesbury Unreasonableness หรือ Irrationality ซึ่งหลักการนี้มาจาก case law ของอังกฤษที่ว่า การใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครองต้องมีเหตุผลที่สมเหตุสมผล คนทั่วไปที่มีเหตุมีผลอ่านแล้วต้องเข้าใจได้ว่าคำสั่งทางปกครองที่ออกมานั้นเป็นเหตุเป็นผล หรือการใช้ดุลพินิจที่ไม่สอดคล้องกับหลัก Proportionality หรือหลักความได้สัดส่วน ก็เป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบ เมื่อมาถึงบรรทัดนี้ เรารู้แล้วว่าการใช้อำนาจทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ย่อมก่อให้เกิดความรับผิดของฝ่ายปกครอง นั่นก็คือ เป็นการกระทำละเมิดซึ่งตั้งอยู่บนพื้นฐานของความผิด ดังนั้น เพื่อไม่ให้ฝ่ายปกครองต้องกระทำละเมิด กฎหมายปกครองนั้นเองจึงกำหนดการควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองภายในองค์กรด้วยกันเอง หรือหากเกิดความเสียหายแล้วผู้เสียหายขอให้ตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองหรือขอให้เยียวยาความเสียหายจากการใช้อำนาจนั้น กฎหมายปกครองนั้นเองก็บัญญัติเรื่องการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองโดยองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง เช่น องค์กรอิสระ หรือการตรวจสอบตามกระบวนการถ่วงดุลการใช้อำนาจขององค์กรผู้ใช้อำนาจอธิปไตย คือ การตรวจสอบโดยสภานิติบัญญัติ และที่สำคัญคือการตรวจสอบโดยฝ่ายตุลาการก็คือศาลปกครอง หรือศาลยุติธรรม แล้วแต่กรณี นอกจากนี้ ยังมีความรับผิดอีกประการหนึ่งของฝ่ายปกครองที่แม้ไม่ได้กระทำผิดหรือกระทำละเมิด ฝ่ายปกครองก็ต้องรับผิด ที่เรียกว่า ความรับผิดอย่างอื่น ซึ่งมีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองและเยียวยาความเสียหายให้แก่เอกชนจากการใช้อำนาจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ อันเนื่องมาจากการดำเนินกิจการทางปกครองหรือบริการสาธารณะแล้วก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประชาชนเป็นพิเศษ แม้จะเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายก็ตาม ทั้งหมดนี้ ก็คือวงจรของวิชากฎหมายปกครอง ถามว่าเราเรียนกฎหมายปกครอง เราเรียนอะไร เราเรียนสิ่งเหล่านี้ และระบบความคิดแบบนี้คือสิ่งที่ได้จากการทำงานของผู้เขียนในฐานะพนักงานคดีปกครองของอาจารย์วรพจน์

คุณสมบัติอีกอย่างหนึ่งที่ได้จากการทำงานกับอาจารย์ คือ การค้นคว้าทางวิชาการ การศึกษากฎหมายเปรียบเทียบ แนวคำพิพากษาศาลฎีกา ก่อนที่จะให้ความเห็นในแต่ละประเด็น และต้องตอบคำถามโดยให้เหตุผลประกอบได้ใน

ทุกประเด็น อันนี้เรียกได้ว่าเป็นคุณสมบัติติดตัวที่ได้รับการฝึกมาตั้งแต่เริ่มทำงานกับอาจารย์ เพราะการทำบันทึกเสนออาจารย์นั้นจะต้องกำหนดประเด็นต่าง ๆ อย่างชัดเจนและวินิจฉัยไปตามประเด็นนั้น โดยในแต่ละประเด็นจะต้องประกอบไปด้วยข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และความเห็นของเราที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของเหตุผลที่มาจากข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายนั้น อาจารย์บอกว่า การที่เราต้องให้เหตุผลในการวินิจฉัยแต่ละประเด็นนั้น ทำให้เราต้องค้นคว้า และหากเราตอบปัญหาในเรื่องนั้นไม่ได้ หรือตอบแบบติด ๆ ขัด ๆ นั่นอาจจะแสดงว่า ความเห็นของเรายังไม่ถูกต้อง จึงต้องค้นคว้าหาสิ่งที่ถูกต้องต่อไปจนกว่าจะให้เหตุผลในปัญหานั้นได้อย่างชัดเจน ไม่ติดขัด ดังนั้น เมื่อผู้เขียนโอนมารับราชการเป็นผู้พิพากษาที่ศาลยุติธรรม ผู้เขียนก็นำวิธีการนี้มาใช้ในการเขียนคำพิพากษาด้วย ซึ่งคำพิพากษาของผู้เขียนจะต้องผ่านการค้นคว้าอย่างหนักเพื่อตอบปัญหาทุกข้อของคู่ความที่มีประเด็นโต้แย้งกันในคดีนั้นได้อย่างไม่ติดขัด ดีกว่าให้ศาลสูงมาทบทวนแก้ไขคำพิพากษาที่ผิดพลาดของเรา อันเป็นการดีแก่คู่ความที่ได้รับคำพิพากษาที่ถูกต้องและเป็นธรรมเสียตั้งแต่ในศาลชั้นต้น

นอกจากดังกล่าวมาแล้ว ยังมีหลักกฎหมายปกครองสำคัญ ๆ ที่พนักงานคดีปกครองซึ่งทำงานกับอาจารย์จะต้องได้ยินได้ฟังหรือรับการถ่ายทอดเพื่อนำไปใช้ในการทำงาน เช่น

- เรื่อง**หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง** (Principle of Legality of Administrative Actions) ซึ่งได้กล่าวไปในตอนต้นแล้วว่า หลักการนี้เรียกร้องว่าฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่มีผลเป็นการจำกัดหรือกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ และจะต้องกระทำการดังกล่าวภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้ หากฝ่ายปกครองออกกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือกระทำการอื่นใดที่มีผลเป็นการจำกัดหรือกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลโดยไม่มีกฎหมายให้อำนาจ หรือกระทำเกินขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้ (ultra vires) หรือขัดต่อหรือไม่ถูกต้องตามกฎหมายก็ดี ต้องถือว่ากฎ คำสั่งทางปกครอง หรือการกระทำนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น “กฎหมาย” จึงเป็นทั้ง “แหล่งที่มา” ของอำนาจของฝ่ายปกครอง และในขณะเดียวกันก็เป็น “ข้อจำกัด” การใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ซึ่งหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองตั้งอยู่บนหลักการพื้นฐาน 2 ประการ ได้แก่ **หลักนิติรัฐ** (Legal State) และ**หลักนิติธรรม** (Rule of Law) ซึ่งเป็นแนวคิดพื้นฐานของการจำกัดอำนาจรัฐโดยกฎหมาย เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชน กับ**หลักการปกครองระบอบประชาธิปไตย** (Democratic Principle) เป็นหลักการที่ยอมรับนับถือความสำคัญและศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคล ความเสมอภาค และเสรีภาพในการดำเนินชีวิต

- **การใช้หลักความได้สัดส่วนกับการกระทำทางปกครอง** (Principle of Proportionality) หลักความได้สัดส่วนถือเป็นหลักการสำคัญในการจำกัดการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ในการพิจารณาว่าฝ่ายปกครองใช้อำนาจสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนหรือไม่นั้น อาจารย์สอนให้พิจารณาหลักการย่อยสามประการ คือ **หลักความสัมฤทธิ์ผล** (Principle of Appropriateness) ที่บังคับว่า ในบรรดามาตรการต่าง ๆ (กฎหมาย กฎ คำวินิจฉัยสั่งการ หรือการกระทำอื่นใด) ที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายเปิดช่องให้ออกมาใช้บังคับแก่บุคคลในกรณีใดกรณีหนึ่งได้นั้น ผู้ใช้อำนาจรัฐต้องใช้วิจารณญาณเลือกออกมาตรการที่สามารถดำเนินการให้วัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายซึ่งได้แก่ การคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะสำเร็จลุล่วงไปได้เท่านั้น **หลักความจำเป็น** (Principle of Necessity) ที่บังคับว่า ในบรรดามาตรการ (กฎหมาย กฎ คำวินิจฉัยสั่งการ หรือการกระทำอื่นใด) หลาย ๆ มาตรการที่สามารถดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายได้ แต่ทว่ามาตรการเหล่านั้นแต่ละมาตรการมีผลเป็นการจำกัดหรือกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลมากน้อยแตกต่างกัน ผู้ใช้อำนาจรัฐต้องตัดสินใจเลือกใช้มาตรการที่มีความรุนแรงน้อยที่สุด ดังนั้น ผู้ใช้อำนาจรัฐจึงมีอำนาจจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลได้เพียงเท่าที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายเท่านั้น และ

หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ (Principle of Proportionality in the Narrow Sense) ซึ่งเป็นหลักการชั่งน้ำหนักเพื่อให้เกิดดุลยภาพขึ้นระหว่างความเสียหายอันจะเกิดขึ้นแก่บุคคลและหรือแก่สังคมโดยส่วนรวมกับประโยชน์อันมหาชนจะพึงได้รับจากการดำเนินการให้เป็นไปตามมาตรการใดมาตรการหนึ่ง (กฎหมาย กฎ คำวินิจฉัย สั่งการ หรือการกระทำอื่นใด) ที่ผู้ใช้อำนาจรัฐออกมาใช้บังคับ ดังนั้น ผู้ใช้อำนาจรัฐจึงต้องชั่งน้ำหนักผลดีผลเสียของมาตรการที่ตนตั้งใจที่จะออกมาใช้บังคับแก่บุคคล มาตรการใดก็ตามที่เห็นได้ชัดว่า หากได้ลงมือบังคับการให้เป็นไปตามนั้นแล้วจะก่อให้เกิดประโยชน์แก่มหาชนน้อยมาก ไม่คุ้มกับความเสียหายที่จะก่อให้เกิดขึ้นแก่บุคคลและหรือแก่สังคมโดยรวม ต้องห้ามมิให้ออกมาตรการนั้น ถึงแม้ว่ามาตรการนั้นจะสำเร็จประโยชน์และจำเป็นแก่การดำเนินการให้บรรลุตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญและกฎหมายก็ตาม เมื่อบังคับตามหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบกันอย่างเคร่งครัดแล้ว ในกรณีที่มาตรการต่าง ๆ ซึ่งรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายเปิดช่องให้ผู้ใช้อำนาจรัฐออกมาใช้บังคับแก่บุคคลได้ทุกมาตรการก่อความเสียหายให้แก่บุคคลและหรือแก่สังคมโดยส่วนรวมมากกว่าประโยชน์ที่มหาชนจะพึงได้รับ ผู้ใช้อำนาจรัฐจะต้องละเว้นจากการใช้อำนาจกระทำการอย่างใด ๆ เลยทีเดียว ดังคำพังเพยที่ว่า “อย่าขี่ช้างจับตั๊กแตน”

- **หลักความเสมอภาค** อาจารย์สอนว่าแม้หลักการนี้จะเป็นหลักการของรัฐธรรมนูญ แต่ก็นำมาใช้กับการกระทำทางปกครองด้วย เพราะรัฐธรรมนูญที่รับรองคุ้มครองสิทธิของบุคคลนั้นเรียกร้องให้องค์กรต่าง ๆ ของรัฐปฏิบัติต่อพลเมืองอย่างเท่าเทียมกัน (Right to Equal Treatment) ตามหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญนี้ องค์กรต่าง ๆ ของรัฐ ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน และปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญแตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละบุคคล การปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญแตกต่างกันก็ดี การปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกันก็ดี เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล และย่อมเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความเสมอภาคทั้งสิ้น จะเห็นได้ว่า หลักความเสมอภาคไม่ได้บังคับให้องค์กรต่าง ๆ ของรัฐต้องปฏิบัติต่อบุคคลเหมือนกันหรืออย่างเดียวกันในทุกกรณี ตรงกันข้าม กลับบังคับให้ต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญแตกต่างกันออกไปตามแต่ลักษณะเฉพาะของบุคคล เฉพาะแต่บุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญเท่านั้นที่องค์กรต่าง ๆ ของรัฐจะต้องปฏิบัติต่อบุคคลเหล่านั้นอย่างเดียวกัน ดังนั้น ในทางปฏิบัติจึงต้องมีการแบ่งแยกบุคคลออกเป็นประเภท ๆ เช่น ผู้เยาว์ ผู้บรรลุนิติภาวะ ผู้ด้อยโอกาส ข้าราชการ ผู้ต้องขัง จำเลย ฯลฯ แล้วปฏิบัติต่อบุคคลที่อยู่ในประเภทเดียวกันอย่างเดียวกัน และปฏิบัติต่อบุคคลต่างประเภทแตกต่างกันออกไป (Differential Treatment) อาจารย์ยังสอนอีกว่าการเลือกปฏิบัตินั้น กระทำได้ แต่สิ่งที่รัฐธรรมนูญห้าม คือ การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล (Differentiate Discrimination) ดังนั้น ในการที่เราจะพิจารณาว่า การกระทำของฝ่ายปกครองที่จะไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล จะต้องเข้าเงื่อนไข ดังนี้ **ประการที่หนึ่ง** การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลในกรณีนั้นมีความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรม กล่าวคือ มีความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์เพื่อรักษาหรือก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะ และประโยชน์สาธารณะดังกล่าวเป็นประโยชน์สาธารณะที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายประสงค์จะให้ความคุ้มครองหรือจะให้เกิดขึ้น **ประการที่สอง** การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลในกรณีนั้น เป็นมาตรการที่สามารถดำเนินการให้บรรลุความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมนั้นได้จริงในทางปฏิบัติ และ**ประการที่สาม** การเลือกปฏิบัติต่อบุคคลในกรณีนั้นเป็นมาตรการที่จำเป็นแก่การดำเนินการให้บรรลุความมุ่งหมายหรือวัตถุประสงค์ที่ชอบธรรมนั้น

- **“การละเลยต่อหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร”** ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) และ (3) นั้น อาจารย์ให้จำว่า คำว่า “หน้าที่” ตามบทบัญญัติดังกล่าวนั้น เมื่อพิจารณาเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แล้ว ย่อมหมายถึง การละเลยต่อ “หน้าที่ในทางปกครอง” ซึ่งเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาเขตอำนาจศาลปกครองกับศาลยุติธรรมในคดีพิพาทเกี่ยวกับการละเลยต่อหน้าที่ของฝ่ายปกครอง

- **การกระทำทางรัฐบาล** คือ การบังคับใช้รัฐธรรมนูญ แตกต่างจาก **การใช้อำนาจทางปกครอง** ที่เป็นการบังคับใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมาย อย่างไรก็ตาม อาจารย์ให้ข้อสังเกตว่า อำนาจทางบริหารที่มีแหล่งที่มาจากกฎหมายอื่นนอกจากรัฐธรรมนูญ จะเป็นอำนาจทางปกครองเสียทั้งหมดก็หาไม่ เช่น อำนาจทางบริหารที่เป็นการใช้อำนาจในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และกระบวนการยุติธรรมทางแพ่ง และก็มีข้อสังเกตชั้นที่สองอีกว่า ในส่วนที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ราชทัณฑ์ในการลงโทษทางวินัยผู้ต้องขัง (มิใช่การใช้อำนาจตามกฎหมายราชทัณฑ์เพื่อบังคับการให้เป็นไปตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลในคดีอาญา) อันนี้เป็นการใช้อำนาจทางปกครอง

- **หลัก Legitimate Expectation Doctrine หรือหลักความไว้เนื้อเชื่อใจในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง** ในขณะที่ผู้เขียนทำหน้าที่เป็นพนักงานคดีปกครองประจำอาจารย์วรพจน์ ได้รับการแนะนำให้ทำวิทยานิพนธ์ระดับปริญญาเอกในหัวข้อนี้ โดยอาจารย์บอกว่ามันเป็นเรื่องสำคัญในกฎหมายปกครองและเป็นเรื่องที่ค่อนข้างใหม่ของประเทศไทย แต่ผู้เขียนสอบได้มาเป็นผู้ช่วยผู้พิพากษาเสียก่อน เลยพับเก็บความคิดในเรื่องนี้ไป แต่ผู้เขียนก็เห็นว่าเรื่องนี้เป็นเรื่องสำคัญในการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ที่ได้รับความเสียหายจากความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครอง ซึ่งหากผู้รับคำสั่งทางปกครองสุจริต ไม่ได้มีการกระทำอันเป็นการหลอกลวงหรือให้ข้อมูลเท็จเป็นเหตุให้มีการออกคำสั่งทางปกครองนั้น เมื่อต่อมามีเหตุที่ต้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น ผู้รับคำสั่งทางปกครองย่อมต้องได้รับความคุ้มครองจากความเชื่อโดยสุจริตนั้น เช่นเดียวกับหลักสุจริตตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และหากไม่มีหลักการนี้ ย่อมลดทอนความมั่นคงในนิติฐานะของคำสั่งทางปกครอง ทำให้ประชาชนไม่เชื่อถือและกระทบต่อหลักความมั่นคงแน่นอนของกฎหมายซึ่งเป็นหลักการพื้นฐานของหลักนิติรัฐ และในการใช้หลัก Legitimate Expectation Doctrine นี้ อาจารย์สอนให้เราพิจารณาชั่งน้ำหนักระหว่างการคุ้มครองความเชื่อถือโดยสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครองในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง กับการคุ้มครองประโยชน์ของรัฐในการทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นสิ้นผลด้วย

การทำหน้าที่ร่วมกับอาจารย์ในคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล

ในปี พ.ศ. 2549 เมื่อผู้เขียนสอบคัดเลือกได้เป็นผู้ช่วยผู้พิพากษาศาลยุติธรรม และทำงานเป็นผู้พิพากษาอยู่ปีสองปี เมื่อประวัติการทำงานปรากฏว่าเคยทำงานในตำแหน่งพนักงานคดีปกครองประจำอธิบดีศาลปกครองกลาง (ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์) ก็ได้รับความไว้วางใจจากท่านประธานศาลฎีกาในขณะนั้นแต่งตั้งให้ไปทำหน้าที่ผู้ช่วยเลขานุการคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล อีกตำแหน่งหนึ่ง จนกระทั่งเมื่อวันที่ 7 มกราคม 2563 ผู้เขียนก็มีโอกาสได้ร่วมงานกับท่านอาจารย์วรพจน์อีกครั้งหนึ่ง หลังจาก 15 ปีผ่านไป เนื่องจากท่านอาจารย์วรพจน์ซึ่งขณะนั้นดำรงตำแหน่งรองประธานศาลปกครองสูงสุด ได้รับการคัดเลือกจากที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดให้มาทำหน้าที่กรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล ซึ่งเป็นกรรมการผู้ทรงคุณวุฒิในส่วนของศาลปกครอง ในการมาของท่านอาจารย์วรพจน์นั้น ก็ทำให้น้อง ๆ ฝ่ายเลขานุการคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลรู้สึกตื่นเต้นและดีใจเนื่องจากจะได้ฟังอาจารย์ระดับปรมาจารย์ด้านกฎหมายปกครองให้ความเห็นในการวินิจฉัยเกี่ยวกับเขตอำนาจของศาลปกครองกับศาลยุติธรรม ซึ่งอาจารย์วรพจน์ก็ไม่ทำให้เราผิดหวัง เพราะมีคดีหลายประเภทที่มีการวางหลักเกณฑ์การวินิจฉัยเขตอำนาจศาลในคดีสำคัญ ๆ และผู้เขียนคิดว่าในช่วงเวลาดังกล่าว เราโชคดีที่มีปรมาจารย์ด้านกฎหมายปกครองที่เก่งกาจถึง 2 ท่าน ทำหน้าที่เป็นกรรมการอยู่ในคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล คือ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ประธานศาลปกครองสูงสุด ซึ่งเป็นกรรมการโดยตำแหน่ง และศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ รองประธานศาลปกครองสูงสุด กรรมการผู้ทรงคุณวุฒิ ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า ช่วงนั้นเป็นช่วงยุคทองของการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล และมีการวางแนวคำวินิจฉัยที่ค่อนข้างชัดเจนและให้เหตุผลเป็นที่ยอมรับในวงวิชาการและนักกฎหมายค่อนข้างมาก บรรยากาศการทำงานในคณะกรรมการ

วินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเป็นไปอย่างดียิ่ง กรรมการแต่ละท่านอภิปรายในมุมมองทางวิชาการเพื่อประโยชน์ในการวางหลักกฎหมายในเรื่องเขตอำนาจศาลให้มั่นคงแน่นอนทั้งสิ้น ไม่ได้ถือสถานะว่ามาจากศาลใดหรือต้องอภิปรายเพื่อประโยชน์ของศาลตน ผู้เขียนซึ่งทำงานในสำนักงานเลขานุการคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลมากว่า 13 ปี กล่าวได้ว่าไม่เคยเห็นคณะกรรมการทำงานแล้วบรรยากาศดีและข้อกฎหมายเฟื่องฟูเท่าช่วงนี้ อาจารย์วรพจน์นอกจากจะให้ความรู้ความเห็นที่เป็นประโยชน์แก่การวางหลักเกณฑ์การวินิจฉัยเขตอำนาจศาลแล้ว ท่านยังไม่ละทิ้งความเป็นครูกฎหมาย กล่าวคือ ท่านยังช่วยตรวจปรับแก้ถ้อยคำในการให้เหตุผลของคำวินิจฉัยด้วย โดยท่านบอกว่าเหตุผลในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการนั้นเป็นบ่อเกิดของกฎหมายปกครองเช่นเดียวกับคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด จึงต้องให้ความสำคัญ

ทำงานกับอาจารย์ในฐานะฝ่ายเลขานุการของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลเคยมีความเห็นแย้งกับอาจารย์หรือไม่

ความเห็นต่างเป็นเรื่องปกติของนักกฎหมาย โดยเฉพาะผู้เขียนกับท่านอาจารย์วรพจน์ซึ่งเป็นเช่นนี้มาตั้งแต่สมัยที่ทำงานเป็นพนักงานคดีปกครองของท่านแล้ว เพราะอาจารย์ไม่ได้สอนให้เราต้องเชื่อเพราะว่าท่านเป็นครูหรือเชื่อตำรา หรือเชื่อคำพิพากษาของศาลสูงว่าอย่างนั้น ท่านสอนให้เราคิดและโต้แย้งได้ เพียงแต่ต้องมีเหตุผลที่เป็นฐานในการสนับสนุนความเห็น ดังที่กล่าวไปในตอนต้นว่า ท่านสอนว่าเรามีหน้าที่ในการให้เหตุผลในคำวินิจฉัย และการถกเถียงกันนั้นนำมาซึ่งเหตุผลในคำพิพากษาที่มีคุณภาพ (quality judicial decision) ดังนั้น การทำหน้าที่ของผู้เขียนในฐานะผู้ช่วยเลขานุการคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ต้องเสนอความเห็นต่อคณะกรรมการก็ย่อมจะมีทั้งความเห็นที่ท่านอาจารย์เห็นด้วยกับเราและความเห็นที่ท่านอาจารย์เห็นต่างจากเรา แต่ส่วนใหญ่แล้วก็จะเห็นด้วยกัน ในกรณีที่เห็นต่างกัน เราก็จะขออนุญาตแถลงเหตุผลในส่วนของฝ่ายเลขานุการเพื่อตอบข้อทักท้วงของท่าน ท่านก็จะอภิปรายเหตุผลของท่าน แม้จะเป็นอาจารย์กับศิษย์ที่สอนมากับมือ ก็ไม่ได้ยอมแพ้กันง่าย ๆ เคยมีอยู่ครั้งหนึ่งที่อภิปรายกันค่อนข้างมาก ท่านประธานศาลฎีกาซึ่งเป็นประธานกรรมการในขณะนั้นและเป็นเพื่อนร่วมรุ่นธรรมศาสตร์กับอาจารย์วรพจน์ ท่านคงเห็นว่าเป็นปัญหาข้อกฎหมายสำคัญเกี่ยวกับการวินิจฉัยเขตอำนาจศาล จึงอยากให้เลื่อนการพิจารณาในเรื่องนี้ออกไปก่อน ท่านกล่าวแบบยิ้ม ๆ ต่อที่ประชุมว่า เรื่องนี้เดี๋ยวให้อาจารย์กับลูกศิษย์เขาไปคุยกันก่อนดีกว่านะ แล้วค่อยเสนอเข้ามาอีกที หลังจากการประชุม ผู้เขียนก็ได้คุยกับอาจารย์ ช่วยกันค้นข้อกฎหมาย ความเห็นจากตำราต่าง ๆ แล้วก็เสนอเข้ามาในที่ประชุมอีกครั้งหนึ่ง ซึ่งผู้เขียนก็จำไม่ได้แล้วว่าเรื่องนั้นใครยอมใคร แต่จำได้ว่าจบแบบสวยงาม เสนอเข้าที่ประชุมผ่านฉลุยเลยทีเดียว ถ้าภาษาวัยรุ่นเขาเรียกว่า “ต๊าซมาก”

ส่วนความเห็นพ้องกันกับความเห็นของฝ่ายเลขานุการนั้น มีเป็นจำนวนมาก และก็มีแบบเห็นด้วยครึ่ง ไม่เห็นด้วยครึ่งก็มี เช่น ในการประชุมครั้งหนึ่งมีปัญหาต้องพิจารณาว่าคดีนี้อยู่ในอำนาจของศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม เป็นคดีที่เอกชนเจ้าของที่ดินยื่นฟ้องบริษัทเอกชนที่ได้รับใบอนุญาตจาก กสทช. ให้ติดตั้งเสาสัญญาณโทรศัพท์ ว่าได้รับความเสียหายจากการที่จำเลยติดตั้งเสาส่งสัญญาณชิดบ้านจนน่าหวาดเสียวและน่ากลัวในเรื่องภัยอันตรายจากคลื่นสัญญาณ ขอให้ชดใช้ค่าเสียหาย ผู้เขียนซึ่งเป็นฝ่ายเลขานุการได้ทำความเห็นว่า คดีนี้ การกระทำของจำเลยตามที่โจทก์บรรยายฟ้องไม่ได้เกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย แม้จำเลยจะเป็นผู้รับใบอนุญาตให้ประกอบกิจการโทรคมนาคม และในการปัก หรือตั้งเสาหรือเดินสาย วางท่อ หรือติดตั้งอุปกรณ์ประกอบใดจะต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการ กสทช. ตามกฎหมายว่าด้วยองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม ตามมาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 แต่การที่จำเลยติดตั้งเสาสัญญาณในการให้บริการโทรคมนาคมดังกล่าวเป็นการกระทำโดยการอาศัยสิทธิที่ได้รับอนุญาตจากคณะกรรมการซึ่งคณะกรรมการ กสทช. จะต้องพิจารณาว่าคำขอของผู้รับใบอนุญาตเข้าเงื่อนไขที่คณะกรรมการจะให้ความเห็นชอบ

หรือไม่ ดังนั้น การกระทำของจำเลยในการปักหรือตั้งเสา หรือเดินสาย วางท่อ หรือติดตั้งอุปกรณ์ประกอบใดตามที่โจทก์บรรยายฟ้องจึงมิใช่การกระทำโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมาย คดีพิพาทในเรื่องนี้จึงมิใช่คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายที่จะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม โดยสรุปผู้เขียนเห็นว่า คดีนี้เป็นคดีเกี่ยวกับการใช้สิทธิของเอกชนที่ได้รับอนุญาต ไม่ใช่เรื่องการใช้อำนาจ และยกตัวอย่างเปรียบเทียบกับคดีของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ว่าแตกต่างกัน โดยในคดีของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) ที่วางท่อก๊าซผ่านที่ดินหรือใต้ดินนั้นมีกฎหมายเขียนให้อำนาจไว้อย่างชัดเจนว่า ปตท. “มีอำนาจ” วางท่อ วางท่อก๊าซ คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลในคดีดังกล่าวจึงวินิจฉัยว่า การที่ ปตท. วางท่อก๊าซเป็นการใช้อำนาจ และอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง แต่ในคดีนี้ จำเลยซึ่งเป็นบริษัทเอกชนเป็นผู้ได้รับอนุญาตจาก กสทช. ซึ่งกฎหมายไม่ได้ใช้คำว่า “มีอำนาจ” แต่ใช้คำว่า “มีสิทธิ” คือ เป็นกรณีที่เอกชนมีสิทธิ แต่สิทธินั้นจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขของการอนุญาตของ กสทช. เพราะฉะนั้น การกระทำตามฟ้องจึงเป็นการใช้สิทธิ ไม่ใช่การใช้อำนาจ ในการประชุมของคณะกรรมการฯ ในเรื่องนี้ มีการอภิปรายค่อนข้างมาก โดยกรรมการส่วนใหญ่เห็นว่าการกระทำของจำเลยซึ่งเป็นผู้รับใบอนุญาตและการก่อสร้างเสาสัญญาณได้รับอนุญาตจาก กสทช. จึงเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย จำเลยจึงเป็นหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองและเป็นการกระทำละเมิดอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายเป็นคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง แต่อาจารย์วรพจน์เห็นต่าง โดยอาจารย์อภิปรายว่า การที่จำเลยจะดำเนินการให้บริการโทรศัพท์เคลื่อนที่หรือกิจการโทรคมนาคมซึ่งจำเป็นต้องมีการปักเสาโทรคมนาคมเพื่อรับคลื่นและสัญญาณในการปักเสานั้น มาตรา 39 แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2544 บัญญัติว่า ในการดำเนินการให้บริการโทรคมนาคม ถ้าผู้รับใบอนุญาตมีเหตุต้องปักหรือตั้งเสา หรือเดินสาย วางท่อ หรือติดตั้งอุปกรณ์ประกอบใดและจำเป็นต้องใช้สิทธิตามมาตรานี้ ให้ผู้รับใบอนุญาตจัดทำแผนผังแสดงรายละเอียดของลักษณะ ทิศทาง และแนวเขตในการปักหรือตั้งเสา เดินสาย วางท่อและการติดตั้งอุปกรณ์ประกอบใด เสนอต่อคณะกรรมการเพื่อให้ความเห็นชอบก่อนดำเนินการ เมื่อคณะกรรมการให้ความเห็นชอบแล้วผู้รับใบอนุญาตก็มีสิทธิปักเสา เดินสาย วางท่อ หรือติดตั้งอุปกรณ์ประกอบใด การที่เข้าไปปักเสาเดินสาย “ไม่ถือเป็นการใช้อำนาจ” ถือเป็น “การใช้สิทธิ” ของเขาแต่ต้องได้รับความเห็นชอบจาก กสทช. แต่เนื่องจากคดีนี้โจทก์ได้ฟ้องเพิกถอนมติ กสทช. ที่ให้ความเห็นชอบบริษัทนี้ปักเสาที่ศาลปกครอง และหากศาลปกครองวินิจฉัยอย่างไรย่อมมีผลต่อการปักเสาของบริษัทจำเลยในคดีนี้ ถ้าคณะกรรมการฯ ชี้ว่าคดีนี้อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม เพราะการกระทำของจำเลยไม่ใช่การใช้อำนาจตามกฎหมาย หากในอนาคตมีปัญหาคำพิพากษาระหว่างศาลปกครองกับศาลยุติธรรมขัดกัน ก็จะมีปัญหาตามมาอีกว่า คณะกรรมการฯ จะต้องชี้ขาดว่าจะให้ปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลใดซึ่งจะก่อความยุ่งยาก ดังนั้น คดีที่ฟ้องนี้ต้นเหตุจริง ๆ อยู่ที่การให้ความเห็นชอบของ กสทช. ที่โจทก์ฟ้องไว้ที่ศาลปกครองแล้ว ดังนั้น คดีนี้จึงควรอยู่ในอำนาจของศาลเดียวกันกับคดีที่ฟ้อง กสทช. ก็ควรจะอยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ซึ่งก็เคยมีแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการฯ ในลักษณะนี้เพื่อป้องกันมิให้เกิดคำพิพากษาที่ถึงที่สุดขัดแย้งกันในภายหลัง แต่ในการลงมติ คณะกรรมการฯ เสียงส่วนใหญ่เห็นว่าการกระทำของจำเลยในคดีนี้เป็นการใช้อำนาจตามกฎหมาย ไม่ใช่เป็นการใช้สิทธิ จึงเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง คงมีเพียงอาจารย์วรพจน์เสียงเดียวที่เห็นด้วยกับความเห็นของผู้เขียนที่เป็นฝ่ายเลขานุการว่า การกระทำของจำเลยเป็นการใช้สิทธิ ไม่ใช่การใช้อำนาจตามกฎหมาย เพียงแต่อาจารย์เห็นว่าเพื่อไม่ให้คำพิพากษาของศาลขัดแย้งกัน เนื่องจากโจทก์ได้ยื่นฟ้อง กสทช. ต่อศาลปกครองแล้ว จึงควรให้คดีนี้พิจารณาพิพากษาที่ศาลปกครอง (คำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 81/2565)

ผลงานโดดเด่นของอาจารย์ขณะทำหน้าที่กรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล เช่น

เรื่องที่หนึ่ง การฟ้องเรียกค่าเสียหายจากหน่วยงานทางปกครอง กรณีไม่ดูแลรักษาป้ายบอกทางจราจรหรือต้นไม้ริมทางหลวง ปล่อยให้หลุดร่วงหรือหล่นมาโดนรถหรือโดนร่างกายของผู้เสียหาย นั้น ในปัจจุบันนี้ ถือเป็นแนวคำวินิจฉัยที่ค่อนข้างชัดเจนแล้วว่า เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองที่เกิดจากการละเลยต่อหน้าที่ที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 โดยอาจารย์อภิปรายให้หลักไว้ว่า การฟ้องในลักษณะนี้เป็นการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองละเลยต่อหน้าที่ที่จะต้องใช้อำนาจทางปกครอง

เรื่องที่สอง การที่หน่วยงานทางปกครองเรียกคืนเงินจากเจ้าหน้าที่ที่รับไปโดยไม่มีสิทธิหรือเกินสิทธินั้น อาจารย์เห็นด้วยกับแนวคำวินิจฉัยของคณะกรรมการฯ ว่า ไม่ใช่คดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่เป็นคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม แต่อาจารย์อภิปรายเพิ่มเติมโดยขอปรับถ้อยคำในการให้เหตุผลในคำวินิจฉัยเป็นว่า “คดีที่โจทก์ยื่นฟ้องจำเลยซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ สืบเนื่องมาจากโจทก์ให้จำเลยคืนเงินที่จ่ายไปเกินสิทธิที่จำเลยควรจะได้รับ โจทก์มีหนังสือแจ้งให้จำเลยคืนเงินแต่จำเลยเพิกเฉย เห็นว่า คดีนี้มิใช่คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ อย่างไรก็ตาม คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ต้องเป็นคดีที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ถูกฟ้องให้รับผิดเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดีโดยการชดใช้เงิน ส่งมอบทรัพย์สิน กระทำการหรืองดเว้นกระทำการเป็นผู้ใช้อำนาจตามกฎหมายออกกฎ คำสั่งทางปกครองหรือคำสั่งอื่น หรือกระทำการอื่นใด หรือละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควร โดยกฎ คำสั่งทางปกครองหรือคำสั่งอื่นหรือการกระทำอื่น หรือการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควรนั้นก่อความเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดี เมื่อคดีนี้โจทก์ซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองฟ้องขอให้จำเลยคืนเงินจากกรณีการจ่ายเงินค่าตอบแทนที่จำเลยได้รับไปโดยไม่มีสิทธิพร้อมดอกเบี้ยให้แก่โจทก์ โดยการที่จำเลยรับเงินดังกล่าวจากโจทก์ไปนั้น มิใช่กรณีที่จำเลยใช้อำนาจตามกฎหมายออกกฎ คำสั่งทางปกครองหรือคำสั่งอื่น หรือกระทำการอื่นใด ทั้งมิใช่กรณีที่จำเลยละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควรแต่อย่างใด คดีนี้จึงไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง แต่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม” ซึ่งคณะกรรมการฯ ใช้เหตุผลตามคำอภิปรายของอาจารย์นี้ในคำวินิจฉัยมาจนถึงปัจจุบัน

เรื่องที่สาม อภิปรายวางหลักให้ชัดเจนระหว่าง “สัญญาที่ให้ร่วมจัดทำบริการสาธารณะ” กับ “สัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค” ในคำวินิจฉัยที่ 78/2565 ว่า สัญญาที่การทางพิเศษแห่งประเทศไทยจ้างโจทก์ติดตั้งระบบเก็บเงินค่าผ่านทางแบบเงินสด (Manual) ทางพิเศษบูรพาวิถีและทางเชื่อมต่อ เมื่อสร้างเสร็จการทางพิเศษแห่งประเทศไทยก็มีเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานมาทำหน้าที่เก็บเงินค่าผ่านทาง ส่วนโจทก์เมื่อทำหน้าที่ติดตั้งก็รับเงินค่าจ้างติดตั้งระบบเก็บเงินค่าผ่านทางก็หมดหน้าที่ตามสัญญา ไม่ได้มาร่วมทำบริการสาธารณะ จึงไม่ใช่สัญญาให้โจทก์เข้ามาร่วมจัดทำบริการสาธารณะ แต่เป็นสัญญาจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคซึ่งมีสิ่งปลูกสร้างประกอบด้วยไม้กั้น ซึ่งเป็นสัญญาประเภทหนึ่งของสัญญาทางปกครอง

เรื่องที่สี่ วางหลักเรื่องสัญญาทางปกครองโดยสภาพ ในคำวินิจฉัยที่ 65/2564 ว่า สัญญาที่เอกชนให้ไว้กับกรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช ว่าจะให้เบี้ยปรับเมื่อตนไม่นำช้างที่ส่งออกไปนอกราชอาณาจักรและลูกช้างที่เกิดจากเพศเมียระหว่างที่อยู่นอกราชอาณาจักรกลับประเทศไทยในระยะเวลาที่กำหนดในใบอนุญาตหรือตามที่โจทก์กำหนดตามระเบียบกรมอุทยานฯ แม้จะไม่มีลักษณะเป็นสัญญาประเภทหนึ่งประเภทใดตามบทนิยาม สัญญาทางปกครองในมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่ก็ถือได้ว่าเป็นสัญญาที่เป็นเครื่องมือที่จะทำให้การอนุญาตและเงื่อนไขในการอนุญาตให้เอกชนนำช้างออกนอกราชอาณาจักรเพื่อแสดงนิทรรศการหรือส่งเสริมเผยแพร่ประเทศไทย ซึ่งเป็นการดำเนินกิจการทางปกครองที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของกรมอุทยานฯ ให้บรรลุผล จึงเป็นสัญญาทางปกครอง

เรื่องที่ห้า อภิปรายการพิจารณาสัญญาที่ให้เอกชนเข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะอันจะถือเป็นสัญญาทางปกครอง ในคำวินิจฉัยที่ 5/2565 ว่า เมื่อสำนักงานจัดการทรัพย์สิน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ไม่ใช่หน่วยงานทางปกครอง แต่ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อดูแลอาคารและสิ่งปลูกสร้างรวมทั้งที่ดินอันเป็นที่ตั้งของอาคารที่ใช้สำหรับการจัดการแข่งขันกีฬาเอเชี่ยนเกมส์ ครั้งที่ 13 ณ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ศูนย์รังสิต ภายหลังจากที่คณะรัฐมนตรีมีมติมอบให้มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ โดยมีหน้าที่บริหารจัดการทรัพย์สินดังกล่าวและจัดหาประโยชน์จากทรัพย์สินดังกล่าวนำรายได้เข้ามหาวิทยาลัยเท่านั้น ซึ่งมิใช่การจัดทำบริการสาธารณะโดยตรงตามวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งมหาวิทยาลัย สัญญาที่มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์จ้างรองผู้จัดการฝ่ายบริหารพื้นที่ธุรกิจ สำนักงานจัดการทรัพย์สิน จึงมิใช่สัญญาที่ให้เข้าร่วมจัดทำบริการสาธารณะอันจะถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง ตามมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

เรื่องที่หก วางหลักให้ชัดเจนเรื่อง “ผู้กระทำการแทนรัฐ” ในสัญญาจ้างก่อสร้างระหว่างเอกชนกับเอกชน ในคำวินิจฉัยที่ 225/2567 ว่า สัญญาที่เอกชนกับเอกชนกระทำต่อกัน จะเป็นสัญญาทางปกครองได้ ก็ต่อเมื่อ เอกชนฝ่ายซึ่งเป็นคู่สัญญานั้น ต้องเป็นผู้กระทำการแทนรัฐ ดังนั้น การที่บริษัท ก. ซึ่งเป็นผู้ขอรับใบอนุญาตจัดตั้งและดำเนินการสถานีขนส่ง ได้ว่าจ้างบริษัท ข. ก่อสร้างอาคารสถานีเดินรถ สัญญาจ้างก่อสร้างดังกล่าวจะเป็นสัญญาทางปกครองได้นั้น ต้องปรากฏว่า บริษัท ก. ทำสัญญาจ้างก่อสร้างในนามของกรมการขนส่งทางบก

วันนี้ อาจารย์มีอายุครบ 70 ปี แล้ว พวกเราทุกคนเชื่อว่า อาจารย์ภาคภูมิใจในความสำเร็จของการผลิดอกออกผลของหลักกฎหมายปกครองที่อาจารย์เป็นผู้สร้างหลักคิดสำคัญ ๆ ให้นักศึกษากฎหมายได้นำมาใช้รุ่นสู่รุ่น และภูมิใจในความสง่างามของศาลปกครองซึ่งในวันนี้ถือได้ว่าเป็นศาลที่ประชาชนเชื่อมั่น อยากเรียนว่าเกือบ 30 ปีที่รู้จักอาจารย์ไม่เคยมีวันไหนที่อาจารย์ทำให้ผิดหวัง อาจารย์ยังมั่นคงในความเป็นตัวตนของอาจารย์ ทั้งความคิดและจิตวิญญาณของความเป็นตุลาการและความเป็นครูกฎหมาย มั่นคงในความเป็นมืออาชีพในงานวิชาการและงานคดี (judicial skills and abilities) ความเป็นกลาง (Impartiality) ความเป็นอิสระ (Independence) ทำงานในหน้าที่ตุลาการไปเรื่อย ๆ โดยไม่ได้หวังรางวัลตอบแทนหรือขวนขวายตำแหน่งใด ๆ ขอบคุณแทนทุกคนในความเสียสละของอาจารย์ ที่สำคัญขอบคุณที่อาจารย์ให้ความเมตตาและกรุณาอบรมถ่ายทอดวิชาให้ผู้เขียนมาโดยตลอด แม้ในบางครั้งผู้เขียนจะบอกว่าเข้าใจแล้วก็ยังจะอธิบายเพิ่ม หรือแม้ผู้เขียนจะวางสายแล้วก็ยังโทรมาอธิบายเพิ่มเติมอีก ด้วยเกรงว่าจะมีความเข้าใจในเรื่องนั้นไม่ดีพอที่จะนำไปใช้ นี่หละคือตัวตนของอาจารย์ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ที่ไม่เหมือนใคร และไม่มีใครเหมือน ผู้เขียนสัญญาและยืนยันกับอาจารย์ว่าความรู้ที่อาจารย์ถ่ายทอดให้ ผู้เขียนได้นำไปใช้เพื่อประโยชน์ของประเทศชาติและประชาชนอย่างแท้จริงตามเจตนารมณ์ของอาจารย์ และจะทำเช่นนั้นตลอดไป

ขอให้อาจารย์มีความสุขในวัย 70 ปี

ดุลพินิจในการปฏิเสธ (Versagungsermessen) ในระบบกฎหมายเยอรมัน

จักราวดี มนูญพงศ์[1]

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ เป็นอาจารย์ผู้สร้างคุณูปการอย่างยิ่งต่อวงการกฎหมายปกครองไทย โดยท่านอุทิศตนในการศึกษาและพัฒนาหลักกฎหมายปกครองของไทย รวมทั้งถ่ายทอดความรู้และหลักคิดผ่านตำรา บทความ และการบรรยายให้ความรู้แก่นักกฎหมาย นักศึกษา และประชาชนทั่วไปเสมอมา ความรู้ที่ได้รับจากท่านเป็นประโยชน์ทั้งในทางวิชาการและการบริหารราชการแผ่นดิน แนวคิดและหลักการทางกฎหมายปกครองที่สำคัญประการหนึ่งซึ่งท่านมักจะถ่ายทอดให้แก่ลูกศิษย์ลูกหาโดยเสมอก็คือ “อำนาจดุลพินิจ” ซึ่งแนวคิดและหลักการในเรื่องนี้มีความสำคัญต่อการปฏิบัติราชการที่ดีของฝ่ายปกครองและต่อการพิจารณาคดีของศาลปกครอง ความรู้ความเข้าใจในเรื่องอำนาจดุลพินิจที่อาจารย์ถ่ายทอดให้นั้น นอกจากจะเป็นประโยชน์ในการทำงานแล้ว ก็ยังช่วยจุดประกายความคิดในงานวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน ในโอกาสครบรอบ 70 ปี ของศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ผู้เขียนในฐานะที่เป็นทั้งลูกศิษย์และผู้ใต้บังคับบัญชาของท่าน ขอเสนอบทความเกี่ยวกับ “ดุลพินิจในการปฏิเสธ (Versagungsermessen)” ซึ่งเป็นหลักคิดที่พัฒนาขึ้นในระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน และเป็นเรื่องที่ผู้เขียนเคยได้ศึกษาค้นคว้าในขณะที่ศึกษาในระดับปริญญาเอก[2] เพื่อเป็นเกียรติและเป็นอาจาริยบูชาแด่ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ หากบทความนี้มีข้อบกพร่องประการใด ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

1. ความนำ

การกระทำทางปกครองนั้นจะถูกจำกัดด้วยหลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip) โดยหลักนี้กำหนดให้การกระทำใด ๆ ของฝ่ายปกครองจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจ (der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes) ซึ่งบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองกระทำการนั้นจะแบ่งโครงสร้างออกเป็น 2 ส่วน ได้แก่ ส่วนแรก ข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ และส่วนที่สอง ผลทางกฎหมายหรือองค์ประกอบส่วนผล[3] ซึ่งในส่วนข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุนั้นจะระบุเงื่อนไขทางกฎหมายไว้ หากเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้นั้นครบถ้วนสมบูรณ์ ฝ่ายปกครองก็จะมีอำนาจในการดำเนินการทางปกครองได้ โดยต้องพิจารณาในส่วนผลทางกฎหมายหรือองค์ประกอบส่วนผลต่อไป ในส่วนผลทางกฎหมายหรือองค์ประกอบส่วนผลนั้นจะวางหลักเกณฑ์ว่า ฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติเช่นไร หากว่าเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดนั้นครบถ้วนสมบูรณ์[4] ซึ่งผลทางกฎหมายอาจเป็นกรณีที่กำหนดมาตรการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติเอาไว้อย่างชัดแจ้ง ซึ่งเรียกว่า “อำนาจผูกพัน” (gebundene Verwaltung) หรืออาจเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนด

---

[1] ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองกลาง; Doktorin der Rechte, Georg – August Universität Göttingen

[2] โปรดดู Jakkrawadee Anuyotha, “Versagungsermessen – Dogmatik und gerichtliche Kontrolle”, Hamburg 2015.

[3] Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl., München 2011, § 7 Rn. 2.

[4] Steffen Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 12 Aufl., München 2014, Rn. 311.

ให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมี “อำนาจดุลพินิจ” (Ermessensverwaltung) สำหรับบทบัญญัติที่ให้อำนาจผูกพันนั้นจะมีการกำหนดผลทางกฎหมายเอาไว้เพียงประการเดียว หากเป็นกรณีการออกใบอนุญาต กฎหมายจะกำหนดว่าถ้าผู้ยื่นคำขอปฏิบัติครบเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว ฝ่ายปกครองจะต้องออกใบอนุญาตโดยไม่มีอำนาจในการพิจารณาหรือตัดสินใจให้เป็นอย่างอื่น ในกรณีเช่นนี้ศาลปกครองมีหน้าที่พิจารณาเพียงว่า เงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดนั้นครบถ้วนสมบูรณ์หรือไม่ และฝ่ายปกครองได้ปฏิบัติตามผลที่กำหนดไว้โดยถูกต้องหรือไม่ ส่วนบทบัญญัติที่ให้อำนาจดุลพินิจนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้นเพื่อให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจกำหนดผลทางกฎหมายให้สอดคล้องกับข้อเท็จจริงเป็นรายกรณีได้ หากว่าเงื่อนไขทางกฎหมายครบถ้วนสมบูรณ์ ทั้งนี้ เพื่อให้กฎหมายเกิดความยืดหยุ่นและสอดคล้องตามแต่กรณี แต่ในขณะเดียวกันการกำหนดให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจก็ส่งผลให้เกิดความไม่แน่นอนทางกฎหมาย เพื่อควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง กฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองของเยอรมันจึงมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการใช้และการตรวจสอบดุลพินิจของฝ่ายปกครอง โดยมาตรา 40 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง[5] บัญญัติให้ฝ่ายปกครองต้องใช้ดุลพินิจให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจและหลักกฎหมายทั่วไป เช่น หลักความเสมอภาค (Gleichbehandlungsgebot) หรือหลักความได้สัดส่วน (Verhältnismäßigkeit)[6] และมาตรา 114 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง[7] บัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองว่าเป็นไปตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมายที่ให้อำนาจและชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ และนอกจากอำนาจดุลพินิจโดยทั่วไปดังกล่าวข้างต้นแล้ว ในระบบกฎหมายเยอรมันยังมีดุลพินิจอีกประเภทหนึ่งที่เรียกว่า ดุลพินิจในการปฏิเสธ หรือ Versagungsermessen ซึ่งฝ่ายนิติบัญญัติได้ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการปฏิเสธการออกใบอนุญาต แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่า ผู้ยื่นคำขอรับใบอนุญาตนั้นได้ดำเนินการตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดโดยครบถ้วนแล้วก็ตาม ดุลพินิจในการปฏิเสธนี้เกิดจากการตีความกฎหมายของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ (Bundesverfassungsgericht หรือ BVerfG) ในคำพิพากษาฉบับลงวันที่ 8 สิงหาคม ค.ศ. 1978 (Kalkar-Entscheidung)[8] และคำพิพากษาฉบับลงวันที่ 15 กรกฎาคม ค.ศ. 1981 (Nassauskiesungsbeschluss)[9] โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์รับรองว่า การที่กฎหมายว่าด้วยพลังงานนิวเคลียร์ (Atomgesetz หรือ AtG) และกฎหมายว่าด้วยการจัดการทรัพยากรน้ำ (Wasserhaushaltsgesetz หรือ WHG) บัญญัติให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในการปฏิเสธนั้นไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz หรือ GG) แต่อย่างใด และภายหลังจากที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์มีคำวินิจฉัยในคดี Kalkar-Entscheidung และคดี Nassauskiesungsbeschluss แล้ว นักวิชาการได้เริ่มกล่าวถึงดุลพินิจในการปฏิเสธมากขึ้นโดยเฉพาะอย่างยิ่งนักวิชาการในสาขากฎหมายสิ่งแวดล้อม

---

[5] Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVFG)

§ 40 (1) Ist die Behörde ermächtigt, nach ihrem Ermessen zu handeln, hat sie ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten

[6] Iris Kreppel, Rechtsnachfolge in anlagebezogene Zulassungsakte im Bereich des Umweltrecht, Diss. München 1997 – 1998, S. 13.

[7] Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)

§ 114 Soweit die Verwaltungsbehörde ermächtigt ist, nach ihrem Ermessen zu handeln, prüft das Gericht auch, ob der Verwaltungsakt oder die Ablehnung oder Unterlassung des Verwaltungsakts rechtswidrig ist, weil die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist. Die Verwaltungsbehörde kann ihre Ermessenserwägungen hinsichtlich des Verwaltungsaktes auch noch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren ergänzen.

[8] BVerfGE 49, 89.

[9] BVerfGE 58, 300.

ซึ่งในบทความนี้จะได้กล่าวถึงสาระสำคัญของดุลพินิจในการปฏิเสธ ทั้งที่มาและแนวคิด ความหมายและลักษณะ ตลอดจนขอบเขตและการตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจดังกล่าว

2. ข้อความคิดเกี่ยวกับดุลพินิจในการปฏิเสธ

(1) ที่มาของแนวคิดเกี่ยวกับดุลพินิจในการปฏิเสธ

ดุลพินิจในการปฏิเสธปรากฏครั้งแรกในการตรากฎหมายว่าด้วยพลังงานนิวเคลียร์ ในปี ค.ศ. 1956 รัฐบาลได้เสนอร่างกฎหมายว่าด้วยพลังงานนิวเคลียร์ต่อฝ่ายนิติบัญญัติ ซึ่งร่างกฎหมายดังกล่าวกำหนดให้การขออนุญาตประกอบกิจการโรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์เป็นอำนาจผูกพันของฝ่ายปกครอง แต่สภาผู้แทนรัฐ (Bundesrat) เสนอให้การพิจารณาเกี่ยวกับใบอนุญาตดังกล่าวเป็นอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครอง เนื่องจากพลังงานนิวเคลียร์เป็นองค์ความรู้ใหม่และอาจพัฒนาต่อไปโดยไม่อาจคาดการณ์ได้ล่วงหน้า แต่รัฐบาลยังคงยืนยันตามร่างเดิม โดยเห็นว่า การให้อำนาจผูกพันแก่ฝ่ายปกครองก็เพียงพอแล้วต่อการป้องกันภยันตรายที่อาจเกิดขึ้นจากโรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์ ทั้งยังเป็นการส่งเสริมสิทธิเสรีภาพของผู้ประกอบการ ร่างกฎหมายดังกล่าวจึงตกไป[10] จากนั้น ในปี ค.ศ. 1958 รัฐบาลได้เสนอร่างกฎหมายว่าด้วยพลังงานนิวเคลียร์ต่อฝ่ายนิติบัญญัติอีกครั้ง โดยคงข้อความในลักษณะเดิม ในครั้งนี้ สภาผู้แทนรัฐได้เสนอให้แก้ไขบทบัญญัติเป็นให้อำนาจดุลพินิจในการปฏิเสธแก่ฝ่ายปกครอง ซึ่งมีลักษณะเป็นการผสมผสานระหว่างอำนาจผูกพันและอำนาจดุลพินิจ ทั้งนี้ เพื่อให้ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจที่จะปฏิเสธการออกใบอนุญาตในสถานการณ์พิเศษเท่านั้น ซึ่งร่างกฎหมายในครั้งนี้ได้รับมติเห็นชอบจากสภาผู้แทนรัฐและสภาผู้แทนราษฎรตามลำดับ[11] อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจดุลพินิจในการปฏิเสธนั้นต้องใช้ในขอบเขตที่จำกัดอย่างมาก เนื่องจากสภาผู้แทนราษฎรเห็นว่าบทบัญญัตินี้จะต้องใช้ในทิศทางของกฎหมายผูกพัน[12] ต่อมา เมื่อวันที่ 23 ธันวาคม ค.ศ. 1959 กฎหมายฉบับนี้ได้ถูกประกาศในรัฐกิจจานุเบกษา[13] อย่างไรก็ตาม แม้ว่าในปี ค.ศ. 2002 ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายว่าด้วยพลังงานนิวเคลียร์ฉบับแก้ไขปรับปรุงเพื่อกำหนดหลักเกณฑ์ในการยกเลิกการใช้พลังงานนิวเคลียร์ โดยห้ามสร้างโรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์ขึ้นใหม่ และกำหนดกรอบระยะเวลาที่เหลือในการดำเนินกิจการโรงไฟฟ้า[14] โดยกำหนดให้ปิดโรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์ทั่วประเทศทั้ง 19 แห่ง ภายในปี ค.ศ. 2021[15] แต่การศึกษาเกี่ยวกับดุลพินิจในการปฏิเสธก็ยังคงมีความสำคัญต่อการตรากฎหมายในเรื่องอื่น ๆ เพราะความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีที่มีการพัฒนาไปอย่างรวดเร็ว การตรากฎหมายให้ครอบคลุมทุกสถานการณ์ที่อาจเกิดขึ้นจึงเป็นไปไม่ได้ ดังนั้น ฝ่ายนิติบัญญัติจึงยังคงมีความจำเป็นที่จะต้องให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจที่จะปฏิเสธการออกใบอนุญาตสำหรับสถานการณ์พิเศษที่ไม่พึงประสงค์และไม่อาจคาดหมายได้

อย่างไรก็ตาม แม้ฝ่ายนิติบัญญัติจะได้ตรากฎหมายว่าด้วยพลังงานนิวเคลียร์โดยมุ่งหมายให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจปฏิเสธในการออกใบอนุญาตแก่ผู้ยื่นคำขอ หากปรากฏพฤติการณ์หรือสถานการณ์พิเศษ ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1959 แล้วก็ตาม แต่องค์กรตุลาการยังคงปฏิเสธแนวความคิดเกี่ยวกับดุลพินิจในการปฏิเสธ ด้วยเหตุที่บทบัญญัติที่ให้อำนาจเช่นนี้ขัดต่อ

---

[10] BT-Drucks. 2/3026, Anl. 2b, S. 48; BT-Drucks. 2/3026, Anl. 3, S. 56 f. und BT-Drucks. 2/3502, S. 1.

[11] BT-Drucks. 3/579, Anl. 2, S. 49 f. und Anl. 3 S. 59.

[12] Michael Ronellenfitsch, Das atomrechtliche Genehmigungsverfahren, Habil. Speyer, Hochschule für Verwaltungswissenschaft 1981, S. 352 f.

[13] BGBl. 1959 I, S. 814.

[14] Jakkrawadee Anuyotha, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 2, หน้า 23 - 25.

[15] ภายหลังที่มีการตรากฎหมายว่าด้วยพลังงานนิวเคลียร์ฉบับแก้ไขปรับปรุงในปี ค.ศ. 2002 ฝ่ายนิติบัญญัติได้แก้ไขกฎหมายอีกครั้งในปี ค.ศ. 2010 เพื่อขยายระยะเวลาการปิดโรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์ออกไป กระทั่งเกิดวิกฤติการณ์โรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์ ณ เมืองฟูกุชิมะ ประเทศญี่ปุ่น ฝ่ายนิติบัญญัติจึงได้มีการแก้ไขกฎหมายอีกครั้งเมื่อวันที่ 30 กรกฎาคม ค.ศ. 2011 โดยยกเลิกการขยายระยะเวลาการประกอบกิจการโรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์อย่างถาวร ซึ่งต่อมา เมื่อวันที่ 15 เมษายน ค.ศ. 2023 โรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์ในประเยอรมันทุกแห่งได้ปิดตัวลง

หลักกฎหมายต้องมีความชัดเจน (Wesentlichkeitstheorie) โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้มีคำพิพากษาฉบับลงวันที่ 5 สิงหาคม ค.ศ. 1966 (Sammlungsgesetz-Urteil)[16] วินิจฉัยว่า หลักเกณฑ์ทางกฎหมายจะขัดต่อรัฐธรรมนูญหากว่ากฎหมายที่มอบอำนาจให้ฝ่ายปกครองปฏิเสธการออกใบอนุญาตขาดความชัดเจน เมื่อกฎหมายว่าด้วยการรับบริจาคไม่ได้ระบุเงื่อนไขในการออกใบอนุญาตการรับบริจาคให้ชัดเจน เพียงแต่ระบุตัวอย่างว่า กรณีใดที่ฝ่ายปกครองสามารถปฏิเสธการออกใบอนุญาตดังกล่าวได้ ซึ่งหมายความว่า นอกเหนือจากกรณีตัวอย่างที่กฎหมายบัญญัติไว้แล้ว ฝ่ายปกครองยังสามารถใช้ดุลพินิจที่จะปฏิเสธการออกใบอนุญาตด้วยเหตุผลอื่น ๆ กฎหมายว่าด้วยการรับบริจาคฉบับดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย จนกระทั่ง ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ได้รับรองความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติที่ให้อำนาจดุลพินิจในการปฏิเสธแก่ฝ่ายปกครอง ในคำพิพากษาฉบับลงวันที่ 8 สิงหาคม ค.ศ. 1978 (Kalkar-Entscheidung)[17] คดีนี้ศาลปกครองแห่งรัฐนอร์ทไรน์ – เวสท์ฟาเลิน (das Oberverwaltungsgericht fur das Land Nordrhein-Westfalen) ซึ่งตั้งอยู่ ณ เมืองมึนสเตอร์ (Münster) ได้วินิจฉัยว่า บทบัญญัติมาตรา 7 วรรคสอง[18] แห่งกฎหมายว่าด้วยพลังงานนิวเคลียร์ ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เนื่องจากขัดต่อหลักกฎหมายต้องมีความชัดเจนและหลักการแบ่งแยกอำนาจ โดยในการตัดสินใจว่าภยันตรายร้ายแรงที่อาจเกิดขึ้นจากการใช้พลังงานนิวเคลียร์นั้นมีเพียงแต่ฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้นที่สามารถตัดสินใจ ฝ่ายนิติบัญญัติจึงไม่อาจมอบอำนาจแก่ฝ่ายปกครองพิจารณาในเรื่องนี้ได้ คดีขึ้นสู่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์ ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์กลับเห็นว่า การที่ฝ่ายนิติบัญญัติไม่อาจตรากฎหมายที่มีความชัดเจนได้นั้น ก็เนื่องจากการกำหนดมาตรการป้องกันความเสียหายไว้ในกฎหมายว่าด้วยพลังงานนิวเคลียร์นั้นแทบจะเป็นไปไม่ได้ จึงมีความจำเป็นที่จะต้องให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองสามารถปฏิเสธใบอนุญาตประกอบกิจการโรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์ เพื่อให้สอดคล้องกับสถานการณ์ในอนาคตที่ไม่อาจคาดหมายได้ ณ ขณะที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายฉบับดังกล่าวขึ้น ทั้งนี้ หลักคิดเกี่ยวกับดุลพินิจในการปฏิเสธได้ถูกรับรองโดยคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดแห่งสหพันธ์ (Bundesverwaltungsgericht หรือ BVerwG) ในเวลาต่อมา เช่น คำพิพากษาฉบับลงวันที่ 19 ธันวาคม ค.ศ. 1985 (Wyhl)[19] ซึ่งวินิจฉัยว่า บทบัญญัติมาตรา 7 วรรคสอง แห่งกฎหมายว่าด้วยพลังงานนิวเคลียร์ ชอบด้วยกฎหมายพื้นฐาน แม้ว่าการปฏิเสธที่จะออกใบอนุญาตนี้อาจกระทบต่อแดนแห่งสิทธิของประชาชนก็ตาม[20]

(2) ความหมายของดุลพินิจในการปฏิเสธ

แม้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์จะได้กล่าวถึงดุลพินิจในการปฏิเสธไว้ในคำพิพากษาฉบับลงวันที่ 8 สิงหาคม ค.ศ. 1978 (Kalkar-Entscheidung) และคำพิพากษาฉบับลงวันที่ 15 กรกฎาคม ค.ศ. 1981 (Nassauskiesungsbeschluss)

---

[16] BVerfGE 20, 150.

[17] BVerfGE 49, 89.

[18] กฎหมายว่าด้วยพลังงานนิวเคลียร์

มาตรา 7 วรรคสอง บัญญัติว่า ใบอนุญาตอาจจะออกให้ก็ได้ หากปรากฏว่า

1. ไม่ปรากฏข้อสงสัยในความน่าเชื่อถือหรือความรู้เกี่ยวกับการประกอบกิจการของผู้ยื่นคำขอประกอบกิจการ ผู้มีหน้าที่รับผิดชอบ หรือผู้กำกับดูแลการดำเนินกิจการ

2. ได้แสดงให้เป็นที่มั่นใจว่า บุคคลที่เกี่ยวข้องในการดำเนินงานของโรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์มีความรู้ที่จำเป็นในการป้องกันภยันตรายที่อาจเกิดจากการดำเนินงานโรงไฟฟ้าดังกล่าว

3. มีการเตรียมการในส่วนของศาสตร์หรือเทคนิคที่จำเป็นเพื่อการป้องกันความเสียหายอันเนื่องมาจากการประกอบกิจการโรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์อย่างเหมาะสม

4. ได้มีการให้หลักประกันในการจ่ายค่าชดเชยตามที่กฎหมายกำหนดโดยสมบูรณ์

5. ได้มีการกำหนดมาตรการป้องกันที่เหมาะสมต่อการรบกวนหรือการกระทำของบุคคลที่สามที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อโรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์

6. การเลือกที่ตั้งของโรงงานนั้นต้องไม่กระทบกับประโยชน์สาธารณะ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม

[19] BVerwGE 72, 300.

[20] Jakkrawadee Anuyotha, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 2, หน้า 27 - 33.

ก็ตาม แต่ที่ผ่านมายังไม่มีการให้คำนิยามของดุลพินิจในการปฏิเสธ ซึ่งหากพิจารณาจากแนวคิดเบื้องหลังในการตรากฎหมายว่าด้วยพลังงานนิวเคลียร์ ตลอดจนแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์แล้ว อาจให้นิยามของคำว่า “ดุลพินิจในการปฏิเสธ” ว่า ดุลพินิจของฝ่ายปกครองที่จะปฏิเสธการออกใบอนุญาตเฉพาะในสถานการณ์พิเศษ โดยดุลพินิจในการปฏิเสธเป็นอำนาจที่ผสมผสานกันระหว่างอำนาจผูกพันและอำนาจดุลพินิจ นั่นหมายความว่า ในการใช้อำนาจดุลพินิจดังกล่าวนั้น กฎหมายได้กำหนดการกระทำของฝ่ายปกครองเอาไว้แล้ว ฝ่ายปกครองมีหน้าที่เพียงปรับข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเท่านั้นในลักษณะการใช้อำนาจผูกพัน แต่ในสถานการณ์พิเศษฝ่ายปกครองจะมีแดนอำนาจในการพิจารณาออกคำสั่งให้ต่างออกไปจากผลทางกฎหมายที่กำหนดไว้โดยการปฏิเสธไม่ออกใบอนุญาตในลักษณะการใช้อำนาจดุลพินิจ ซึ่งสถานการณ์พิเศษ ได้แก่ กรณีที่ผู้ยื่นคำขอได้ปฏิบัติครบเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว แต่ฝ่ายปกครองเห็นว่า หากอนุญาตตามคำขอแล้วจะไม่สมดังเจตนารมณ์ของกฎหมายนั้น ๆ[21]

3. ดุลพินิจในการปฏิเสธในฐานะกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย

ดังที่ได้กล่าวแล้วว่า ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายให้อำนาจดุลพินิจในการปฏิเสธแก่ฝ่ายปกครอง โดยปรากฏในกฎหมายสิ่งแวดล้อม ได้แก่ กฎหมายว่าด้วยพลังงานนิวเคลียร์ (Atomgesetz หรือ AtG) กฎหมายว่าด้วยการจัดการทรัพยากรน้ำ (Wasserhaushaltsgesetz หรือ WHG) ซึ่งในกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวใช้ถ้อยคำแตกต่างกัน ดังนี้

(1) กฎหมายว่าด้วยพลังงานนิวเคลียร์ (Atomgesetz หรือ AtG)

กฎหมายว่าด้วยพลังงานนิวเคลียร์มีเจตนารมณ์ในการคุ้มครองชีวิต อนามัย และสิทธิของปัจเจกบุคคลจากภยันตราย และความเสียหายซึ่งมีผลมาจากกัมมันตภาพรังสี ซึ่งมาตรา 7 วรรคสอง แห่งกฎหมายดังกล่าว ได้กำหนดเงื่อนไขในการดำเนินกิจการโรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์ให้เป็นไปตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมายฉบับนี้ที่กำหนดไว้ในมาตรา 1 ที่ประสงค์จะป้องกันภยันตรายที่ร้ายแรงจากการประกอบกิจการโรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์ โดยมาตรา 7 วรรคสอง[22] บัญญัติว่า ใบอนุญาตอาจจะออกให้ก็ได้ หากปรากฏว่า

1. ไม่ปรากฏข้อสงสัยในความน่าเชื่อถือหรือความรู้เกี่ยวกับการประกอบกิจการของผู้ยื่นคำขอประกอบกิจการ ผู้มีหน้าที่รับผิดชอบ หรือผู้กำกับดูแลการดำเนินกิจการ

2. ได้แสดงให้เป็นที่มั่นใจว่า บุคคลที่เกี่ยวข้องในการดำเนินงานของโรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์มีความรู้ที่จำเป็นในการป้องกันภยันตรายที่อาจเกิดจากการดำเนินงานโรงไฟฟ้าดังกล่าว

---

[21] เพิ่งอ้าง, หน้า 47.

[22] Atomgesetz (AtG)

§ 7 (2) Die Genehmigung darf nur erteilt werden, wenn

1. keine Tatsachen vorliegen, aus denen sich Bedenken gegen die Zuverlässigkeit des Antragstellers und der für die Errichtung, Leitung und Beaufsichtigung des Betriebs der Anlage verantwortlichen Personen ergeben, und die für die Errichtung, Leitung und Beaufsichtigung des Betriebs der Anlage verantwortlichen Personen die hierfür erforderliche Fachkunde besitzen,

2. gewährleistet ist, dass die bei dem Betrieb der Anlage sonst tätigen Personen die notwendigen Kenntnisse über einen sicheren Betrieb der Anlage, die möglichen Gefahren und die anzuwendenden Schutzmaßnahmen besitzen,

3. die nach dem Stand von Wissenschaft und Technik erforderliche Vorsorge gegen Schäden durch die Errichtung und den Betrieb der Anlage getroffen ist,

4. die erforderliche Vorsorge für die Erfüllung gesetzlicher Schadensersatzverpflichtungen getroffen ist,

5. der erforderliche Schutz gegen Störmaßnahmen oder sonstige Einwirkungen Dritter gewährleistet ist,

6. überwiegende öffentliche Interessen, insbesondere im Hinblick auf die Umweltauswirkungen, der Wahl des Standorts der Anlage nicht entgegenstehen.

3. มีการเตรียมการในส่วนของศาสตร์หรือเทคนิคที่จำเป็นเพื่อการป้องกันความเสียหายอันเนื่องมาจากการประกอบกิจการโรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์อย่างเหมาะสม

4. ได้มีการให้หลักประกันในการจ่ายค่าชดเชยตามที่กฎหมายกำหนดโดยสมบูรณ์

5. ได้มีการกำหนดมาตรการป้องกันที่เหมาะสมต่อการรบกวนหรือการกระทำของบุคคลที่สามที่ก่อให้เกิดผลกระทบต่อโรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์

6. การเลือกที่ตั้งของโรงงานนั้นต้องไม่กระทบกับประโยชน์สาธารณะ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม

ในการพิจารณาคำขอออกใบอนุญาตดำเนินกิจการโรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์นั้น ฝ่ายปกครองจะต้องประเมินถึงอันตรายและความเสี่ยง ตลอดจนมาตรการเพื่อความปลอดภัยของกิจการดังกล่าวประกอบกัน ทั้งนี้ เพื่อหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดภยันตรายหรือความเสี่ยงจากการประกอบกิจการนั้น เมื่ออำนาจดุลพินิจในการปฏิเสธตามบทบัญญัตินี้เป็นอำนาจที่ผสมผสานกันระหว่างอำนาจผูกพันและอำนาจดุลพินิจ ดังนั้น หากผู้ยื่นคำขอได้ดำเนินการตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในมาตรา 7 วรรคสอง แห่งกฎหมายว่าด้วยพลังงานนิวเคลียร์โดยครบถ้วนแล้ว โดยปกติฝ่ายปกครองจะต้องพิจารณาออกใบอนุญาตให้เท่านั้น การมีคำสั่งปฏิเสธไม่ออกใบอนุญาตให้แก่ผู้ยื่นคำขอจะกระทำได้ก็ต่อเมื่อมีความเป็นไปได้ที่โรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์ดังกล่าวอาจก่อให้เกิดอันตรายแก่ประชาชน เช่น อาจได้รับอันตรายจากเหตุแผ่นดินไหว หรือเกิดการระเบิดจากคลื่นกระแทก[23]

(2) กฎหมายว่าด้วยการจัดการทรัพยากรน้ำ (Wasserhaushaltsgesetz หรือ WHG)

กฎหมายว่าด้วยการจัดการทรัพยากรน้ำมีเจตนารมณ์เพื่อการจัดการและรักษาทรัพยากรน้ำเพื่อการอุปโภคบริโภคแก่ประชาชนทั่วไป โดยจัดการให้มีทรัพยากรน้ำไว้ใช้ได้นานที่สุด ซึ่งมาตรา 8[24] แห่งกฎหมายว่าด้วยการจัดการทรัพยากรน้ำ บัญญัติให้การใช้ทรัพยากรน้ำต้องได้รับการอนุมัติหรืออนุญาตจากฝ่ายปกครอง เว้นแต่กฎหมายฉบับนี้จะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น โดยมาตรา 12[25] วรรคหนึ่ง แห่งกฎหมายดังกล่าว บัญญัติให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิเสธการออกใบอนุญาตในสองกรณี ได้แก่

1. ในกรณีที่คาดการณ์ได้ว่า สภาพแหล่งน้ำจะเปลี่ยนไปในทางที่เป็นอันตรายโดยไม่อาจหลีกเลี่ยงหรือเยียวยาได้ แม้จะได้กำหนดเงื่อนไขของการอนุญาตแล้วก็ตาม

2. ในกรณีที่ไม่เป็นไปตามเงื่อนไขอื่น ๆ ของกฎหมาย

นอกจากเหตุทั้งสองประการดังกล่าวที่ฝ่ายปกครองอาจปฏิเสธการออกใบอนุญาตแล้ว บทบัญญัติวรรคสองยังได้ให้อำนาจดุลพินิจในการจัดการทรัพยากร (Bewirtschaftungsermessen) แก่ฝ่ายปกครองในการพิจารณาอนุมัติหรือ

---

[23] Karl Kaiser, Kernenergie und internationale Politik: zur friedlichen Nutzung der Kernenergie, München 1975, S. 91.

[24] Wasserhaushaltsgesetz (WHG)

§8 (1) Die Benutzung eines Gewässers bedarf der Erlaubnis oder der Bewilligung, soweit nicht durch dieses Gesetz oder auf Grund dieses Gesetzes erlassener Vorschriften etwas anderes bestimmt ist.

[25] Wasserhaushaltsgesetz (WHG)

§12 (1) Die Erlaubnis und die Bewilligung sind zu versagen, wenn

1. schädliche, auch durch Nebenbestimmungen nicht vermeidbare oder nicht ausgleichbare Gewässerveränderungen zu erwarten sind oder

2. andere Anforderungen nach öffentlich-rechtlichen Vorschriften nicht erfüllt werden.

(2) Im Übrigen steht die Erteilung der Erlaubnis und der Bewilligung im pflichtgemäßen Ermessen (Bewirtschaftungsermessen) der zuständigen Behörde.

อนุญาตให้ใช้น้ำ ซึ่งการให้อำนาจดุลพินิจเช่นนี้มีจุดมุ่งหมายให้การบริหารจัดการน้ำเป็นไปอย่างยืดหยุ่นเพื่อประโยชน์แก่สาธารณะในการที่จะได้ใช้น้ำประปา[26]

อนึ่ง นักวิชาการบางท่านเห็นว่า รูปแบบการให้อำนาจดุลพินิจในลักษณะนี้ควรนำมาใช้กับกฎหมายอื่น ๆ ด้วย อาทิ กฎหมายว่าด้วยเทคนิคทางพันธุกรรม เนื่องจากกระบวนการพิจารณาในเรื่องนี้อาจส่งผลกระทบที่เป็นอันตรายต่อสิ่งแวดล้อม และการเปลี่ยนแปลงทางพันธุกรรมของอาหารที่ยังไม่มีความชัดเจนว่าจะส่งผลกระทบเช่นไรต่อชีวิตและอนามัยของมนุษย์[27]

4. สถานะในทางกฎหมายของดุลพินิจในการปฏิเสธ

(1) ดุลพินิจในการปฏิเสธเป็นอำนาจดุลพินิจ (Ermessen) หรืออำนาจผูกพัน (gebundene Verwaltung)?

ในทางวิชาการนั้นยังไม่มีข้อยุติว่า บทบัญญัติมาตรา 7 วรรคสอง แห่งกฎหมายว่าด้วยพลังงานนิวเคลียร์ ที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองปฏิเสธการออกใบอนุญาตนั้น มีลักษณะเป็นอำนาจผูกพัน อำนาจดุลพินิจ หรืออำนาจผสมระหว่างสองอำนาจดังกล่าว สำหรับนักวิชาการที่เห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวเป็นอำนาจผูกพันนั้น ได้แก่ *Ronellenfitsch*[28] ซึ่งเห็นว่าการขยายเงื่อนไขทางกฎหมายในส่วนข้อเท็จจริงนั้น เป็นหน้าที่ของฝ่ายนิติบัญญัติ ไม่อาจกระทำได้โดยการตัดสินใจของฝ่ายปกครองผ่านการใช้ดุลพินิจ และ *Mahlmann*[29] เห็นว่า บทบัญญัติดังกล่าวไม่ใช่เรื่องอำนาจดุลพินิจ แต่เป็นการขยายหรือทำให้เงื่อนไขทางกฎหมายในส่วนข้อเท็จจริงมีความสมบูรณ์ ในขณะที่ *Mutschler*[30] เห็นว่า เป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครอง มิใช่เรื่องถ้อยคำในกฎหมายที่ไม่เฉพาะเจาะจง หรือ unbetimmter Rechtsbegriff[31] ส่วน *Erbguth*[32] เห็นว่า กรณีที่กฎหมายให้ดุลพินิจในการปฏิเสธนั้นเป็นอำนาจผสมระหว่างอำนาจผูกพันและอำนาจดุลพินิจ เนื่องจากโดยหลักแล้วฝ่ายปกครองมีอำนาจผูกพัน กล่าวคือ จะต้องออกใบอนุญาตให้แก่ผู้ยื่นคำขอใบอนุญาตประกอบกิจการโรงไฟฟ้า แต่จะไม่สามารถออกใบอนุญาตได้ หากว่าโรงไฟฟ้าจะก่อให้เกิดอันตรายแก่ส่วนรวมหรือปัจเจกบุคคล ซึ่งหมายความว่า มาตรา 7 วรรคสอง แห่งกฎหมายว่าด้วยพลังงานนิวเคลียร์ เป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในลักษณะที่ผสมผสานกันระหว่างอำนาจผูกพันและอำนาจดุลพินิจ ซึ่ง *Frischerhof*[33] ก็เห็นในทำนองเดียวกัน โดยให้นิยามว่าเป็นอำนาจดุลพินิจในลักษณะผูกพัน (gebundenes Ermessen)

---

[26] Michael Reinhardt, Das wasserrechtliche Bewirtschaftungsermessen im Klimawandel : Funktion, Inhalt, planerische Steuerung,https://www.jura.unileipzig.de/fileadmin/Fakult%C3%A4t_Juristen/Professuren/Fa%C3%9Fbender/26._Symposion/Thesenpapier_Reinhardt_Wasserrechtliches_Bewirtschaftungsermessen_im_Klimawandel.pdf (11 März 2024)

[27] Lisa Minkma, Risikomanagement im Gentechnikgesetz: Analyse der Anreize und Hemmnisse bei der Erfüllung der Betreiberpflichten aus § 6 GenTG, Darmstadt 2011, S. 3.

[28] Ronellenfitsch, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 10, S. 356 f.

[29] Wilfried Mahlmann, Ermessen, Beurteilungsspielraum und Beweislastverteilung im atomrechtlichen Genehmigungsverfahren, in: Rudolf Luckes (Hrsg) : Referate und Diskussionsberichte : Erstes Deutsches Atomrechts-Symposium, Köln 1973, S. 271.

[30] Ulrich Mutschler, Nebenbestimmungen zu Atomanlagengenehmigungen und die Zulässigkeit ihrer Verwendung zur Ausräumung von Versagungsgründen, Diss. Münster 1974, S. 51 f.

[31] ถ้อยคำในกฎหมายที่ไม่เฉพาะเจาะจง หรือ unbetimmter Rechtsbegriff ปรากฏอยู่ในข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุ และเป็นกรณีที่จะต้องตีความถ้อยคำของกฎหมาย เนื่องจากไม่สามารถเข้าใจความหมายเป็นรูปธรรมได้โดยทันที ถ้อยคำในกฎหมายที่ไม่เฉพาะเจาะจง อาทิ ประโยชน์สาธารณะ ความจำเป็น ภยันตราย ความเหมาะสม เหตุผลอันสำคัญ

โปรดดู Hartmut Maurer, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 3, § 7 Rn. 28.

[32] Wilfried Erbguth, Rechtssystematische Grundfragen des Umweltrecht, Habil. Münster 1985, S. 158 f.

[33] Hans Frischerhof, Deutsches Atomgesetz und Strahlenschutz: Kommentar mit Berücksichtigung des internationalen Rechts, Baden-Baden 1962, § 7 Rn. 25.

แนวความคิดว่าดุลพินิจในการปฏิเสธเป็นอำนาจผสมผสานกันระหว่างอำนาจผูกพันและอำนาจดุลพินิจนี้สอดคล้องกับทัศนะของผู้เขียน โดยเมื่อพิจารณาถึงหลักการและเหตุผลในการตรากฎหมายว่าด้วยพลังงานนิวเคลียร์ตลอดจนแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์และศาลปกครองสูงสุดแห่งสหพันธ์ที่เกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของทั้งกฎหมายว่าด้วยพลังงานนิวเคลียร์และกฎหมายว่าด้วยการจัดการทรัพยากรน้ำแล้ว จะเห็นได้ว่าทั้งดุลพินิจในการปฏิเสธ (Versagungsermessen) และดุลพินิจในการจัดการทรัพยากร (Bewirtschaftungsermessen) ต่างก็เป็นอำนาจของฝ่ายปกครองในการปฏิเสธการออกใบอนุญาตกรณีที่มีสถานการณ์พิเศษ แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่าผู้ยื่นคำขอรับใบอนุญาตนั้นได้ดำเนินการตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดโดยครบถ้วนแล้วก็ตาม ทั้งนี้ ก็เพื่อให้การใช้พลังงานนิวเคลียร์และการบริหารจัดการน้ำเป็นไปตามเจตนารมณ์แห่งกฎหมายแต่ละฉบับดังกล่าว จึงอาจสรุปได้ว่าดุลพินิจในการปฏิเสธและดุลพินิจในการจัดการทรัพยากรนั้นเป็นดุลพินิจประเภทเดียวกัน แต่เหตุใช้คำต่างกันเนื่องจากกฎหมายที่ให้อำนาจมีวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ที่ต่างกัน นอกจากนี้ ผู้เขียนยังมีความเห็นว่า แนวคิดเกี่ยวกับดุลพินิจในการปฏิเสธนี้สอดคล้องกับหลักการระวังไว้ก่อน (Vorsorgeprinzip) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายสิ่งแวดล้อมที่สำคัญประการหนึ่ง[34]

(2) ดุลพินิจในการปฏิเสธกับการควบคุมการออกใบอนุญาต

ในการออกใบอนุญาตประเภทต่าง ๆ นั้น แนวความคิดดั้งเดิมได้แบ่งอำนาจของฝ่ายปกครองในการพิจารณาออกใบอนุญาตออกเป็น 2 รูปแบบ ได้แก่

1. การห้ามกระทำการจนกว่าจะได้รับอนุญาต (Präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt) เป็นการกระทำที่กฎหมายอนุญาตให้กระทำการได้แต่ต้องขออนุญาตก่อน ซึ่งการกระทำที่ต้องขออนุญาตนี้เป็นเรื่องที่สังคมปรารถนาหรือเป็นประโยชน์ต่อสังคม โดยหลักแล้วจึงไม่ใช่กรณีที่ต้องห้าม แต่ฝ่ายปกครองจะต้องตรวจสอบก่อนที่จะอนุญาต และเป็นการสั่งอนุญาตในลักษณะผูกพัน กล่าวคือ หากผู้ยื่นคำขอรับใบอนุญาตดำเนินการครบเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดแล้ว ผู้นั้นย่อมมีสิทธิเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองออกใบอนุญาตแก่ตนได้ ฝ่ายปกครองจึงไม่อาจใช้ดุลพินิจไปในทางอื่นได้ เช่น การขออนุญาตประกอบกิจการโรงงาน[35]

2. การห้ามกระทำการโดยเด็ดขาดแต่อาจยกเว้นให้กระทำการได้ (Repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt) เป็นการกระทำที่กฎหมายห้ามกระทำการเว้นแต่จะได้รับอนุญาตเป็นกรณีพิเศษ ซึ่งการกระทำในลักษณะนี้เป็นเรื่องที่สังคมไม่ปรารถนาหรืออันตราย จึงเป็นเรื่องต้องห้ามมิให้กระทำเพื่อป้องกันหรือหลีกเลี่ยงการกระทำที่เป็นผลร้ายต่อสังคมโดยรวม อย่างไรก็ตาม เพื่อลดความเคร่งครัดของกฎหมาย ฝ่ายนิติบัญญัติจึงให้อำนาจดุลพินิจแก่ฝ่ายปกครองที่จะพิจารณาอนุญาตให้กระทำการในเรื่องนั้น ๆ ได้ในกรณีที่มีสถานการณ์พิเศษ เช่น การขออนุญาตเกี่ยวกับการผลิต

---

[34] โปรดดู จักราวดี มนูญพงศ์, “หลักการระวังไว้ก่อน (Precautionary Principle) : สาระสำคัญ ค่าบังคับกฎหมาย และคำวินิจฉัยของศาลปกครอง”, ในหนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ ศาสตราจารย์ ดร. ชาญชัย แสวงศักดิ์ ประธานศาลปกครองสูงสุด, 2565, หน้า 342 - 375.

หลักการระวังไว้ก่อน (Vorsorgeprinzip หรือ Precautionary Principle) เป็นหลักการที่ถูกพัฒนาขึ้นเพื่อป้องกันความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายต่อสาธารณะหรือสิ่งแวดล้อม โดยฝ่ายปกครองไม่อาจรอให้เกิดอันตรายขึ้นก่อนแล้วจึงค่อยแก้ไขเยียวยาในภายหลัง เพราะบางกรณีการแก้ไขเยียวยาในภายหลังอาจกระทำได้อย่างยากลำบากหรือกระทำไม่ได้เลย

[35] ตัวอย่างกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับการห้ามกระทำการจนกว่าจะได้รับอนุญาต (Präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt) ของไทย เช่น พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. 2535

มาตรา 12 วรรคหนึ่ง ผู้ประกอบกิจการโรงงานจำพวกที่ 3 ต้องได้รับใบอนุญาตจากผู้อนุญาตและต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎกระทรวงที่ออกตามมาตรา 8 ประกาศของรัฐมนตรีที่ออกตามกฎกระทรวงดังกล่าวและประกาศของรัฐมนตรีที่ออกตามมาตรา 32

วรรคสอง ห้ามมิให้ผู้ใดตั้งโรงงานก่อนได้รับใบอนุญาต

วรรคสาม การยื่นคำขอรับใบอนุญาตและขั้นตอนการพิจารณาและระยะเวลาในการพิจารณาออกใบอนุญาต ให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง

นำเข้า ส่งออก หรือมีไว้ในครอบครองซึ่งวัตถุอันตราย[36]

ส่วนการออกใบอนุญาตในกรณีที่กฎหมายให้อำนาจดุลพินิจในการปฏิเสธนั้น หากพิจารณาการปรากฏตัวของดุลพินิจในการปฏิเสธสำหรับการออกใบอนุญาตตามกฎหมายว่าด้วยพลังงานนิวเคลียร์ และกฎหมายว่าด้วยการจัดการทรัพยากรน้ำ นักวิชาการยังมีความเห็นที่แตกต่างกันเป็น 3 ฝ่าย โดยฝ่ายแรก *Kloepfer*[37] ได้พิจารณาความเป็นมาในการตราบทบัญญัติมาตรา 7 วรรคสอง แห่งกฎหมายว่าด้วยพลังงานนิวเคลียร์ แล้วเห็นว่า เป็นกรณีที่กฎหมายประสงค์ให้เป็นเรื่องการห้ามกระทำการจนกว่าจะได้รับอนุญาต ซึ่งเป็นรูปแบบที่ 1 ในขณะที่ฝ่ายที่ 2 *Reinhardt*[38] เห็นว่า บทบัญญัติมาตรา 58 แห่งกฎหมายว่าด้วยการจัดการทรัพยากรน้ำ ที่กำหนดเงื่อนไขในการปล่อยน้ำทิ้งลงแม่น้ำในวรรคสองมีถ้อยคำว่า *"ใบอนุญาตอาจจะออกให้ก็ได้ หากปรากฏว่า ..."* (ซึ่งเป็นถ้อยคำที่บัญญัติไว้ในทำนองเดียวกับมาตรา 7 วรรคสอง แห่งกฎหมายว่าด้วยพลังงานนิวเคลียร์) มีลักษณะเป็นกฎหมายที่ห้ามกระทำการโดยเด็ดขาดแต่อาจยกเว้นให้กระทำการได้ ซึ่งเป็นรูปแบบที่ 2 และฝ่ายที่ 3 นักวิชาการบางท่านมีความเห็นว่า การห้ามกระทำการทั้งสองรูปแบบดังกล่าว ได้แก่ การห้ามกระทำการจนกว่าจะได้รับอนุญาตและการห้ามกระทำการโดยเด็ดขาดแต่อาจยกเว้นให้กระทำการได้นั้นอาจเชื่อมโยงกันได้หากมีกฎหมายบัญญัติไว้ ซึ่ง *Friauf*[39] *เห็นว่า อำนาจดุลพินิจในการปฏิเสธในบทบัญญัติมาตรา 7 วรรคสอง แห่งกฎหมายว่าด้วยพลังงานนิวเคลียร์ ไม่อาจชี้ชัดว่าเป็นการห้ามกระทำการในลักษณะใดในสองรูปแบบดังกล่าว จึงเสนอให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจในการพิจารณาออกใบอนุญาตในรูปแบบที่ 3 ขึ้น ซึ่งเป็นการห้ามกระทำการในรูปแบบพิเศษ ได้แก่ การห้ามกระทำการจนกว่าจะได้รับอนุญาตตามดุลพินิจ (ein Präventives Verbot mit freier (ins Ermessen gestellrer) Erlaubnis) ซึ่ง Schenk*[40] ก็มีความเห็นในทำนองเดียวกันนี้ นอกจากนี้ *Siegel*[41] เห็นว่า สำหรับในแดนของกฎหมายสิ่งแวดล้อมไม่อาจแบ่งแยกอำนาจในการออกใบอนุญาตของฝ่ายปกครองเป็นสองรูปแบบดังกล่าวได้อย่างเด็ดขาดในทุกกรณี โดยในกรณีพิเศษ เช่น ในบทบัญญัติกฎหมายว่าด้วยพลังงานนิวเคลียร์นั้น การกระทำทั้งสองรูปแบบดังกล่าวได้ถูกบัญญัติเอาไว้ด้วยกัน เนื่องจากฝ่ายนิติบัญญัติมีความจำเป็นที่ต้องให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองในการพิจารณาอนุญาตให้สอดคล้องแก่กรณี นอกจากนี้ ในมุมมองต่อกฎหมายสิ่งแวดล้อม *Appel*[42] เห็นว่า ใบอนุญาตประกอบกิจการที่กระทบต่อคุณภาพของสิ่งแวดล้อมนั้น ย่อมกระทบต่อประโยชน์สาธารณะด้วย เนื่องจากทรัพยากรธรรมชาติมีอย่างจำกัด ดังนั้น เพื่อหลีกเลี่ยงความเสียหายต่อทรัพยากรธรรมชาติ จึงควรพิจารณาทบทวนเกี่ยวกับรูปแบบการพิจารณาอนุญาตแบบดั้งเดิม ซึ่งในด้านหนึ่ง เห็นว่า บทบัญญัติที่ห้ามกระทำการจนกว่าจะ

---

[36] ตัวอย่างกฎหมายที่บัญญัติเกี่ยวกับการห้ามกระทำการโดยเด็ดขาดแต่อาจยกเว้นให้กระทำการได้ (Repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt) ของไทย เช่น พระราชบัญญัติวัตถุอันตราย พ.ศ. 2535

มาตรา 23 วรรคหนึ่ง ภายใต้บังคับบทบัญญัติมาตรา 36 ห้ามมิให้ผู้ใดผลิต นำเข้า ส่งออก หรือมีไว้ในครอบครองซึ่งวัตถุอันตรายชนิดที่ 3 เว้นแต่จะได้รับอนุญาตจากพนักงานเจ้าหน้าที่

วรรคสอง การขออนุญาตและการอนุญาต ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง โดยในกฎกระทรวงดังกล่าวให้กำหนดกรณีที่พึงอนุญาตได้และกรณีที่จะอนุญาตไม่ได้ไว้ให้ชัดเจนเท่าที่จะกระทำได้ เว้นแต่กรณีจำเป็นที่ไม่อาจคาดหมายได้ล่วงหน้าและให้กำหนดระยะเวลาสำหรับการพิจารณาอนุญาตให้ชัดเจนด้วย

[37] Michaer Kloepfer, Umweltschutzrecht, 2. Auf. Müchen 2011, § 15 Rn. 62 f.

[38] Michael Reinhardt, in Reinhardt/ Gieseke/ Wiedemann (Begr.)/ Czychowski, Wasserhaushaltsgesetz: unter Berücksichtigung der Landeswassergesetz; Kommentar, 10. Aufl., München 2010, § 58 Rn. 19.

[39] Karl Heinrich Friauf, Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt – OVG Lüneburg, VerwRspr. 12 Nr. 6, JuS 1962, S. 422, 424 f.

[40] Andreas Schenk, Befreiungsermessen, Göttingen, Univ., Diss., 1997, S. 29.

[41] Thorsten Siegel, Entscheidungsfindung im Verwaltungsverband: Horizontale Entscheidungsvernetzung und vertikale Entscheidungsstufung im nationalen und europäischen Verwaltungsverband, Habil. Tübingen 2009, S. 94 f.

[42] Ivo Appel, Emissionsbegrenzung und Umweltqualität. Zu zweit Grundkonzepten der Vorsorge am Beispiel des IPPC – Richtlinienvorschlags der EG, DVBl. 1995, 399, 407.

ได้รับอนุญาตไม่เพียงพอที่จะคุ้มครองประโยชน์ของส่วนรวม เนื่องจากการควบคุมเช่นนี้จะเหมาะสมก็ต่อเมื่อมั่นใจได้ว่าการใช้ทรัพยากรธรรมชาตินั้นเป็นไปอย่างสมเหตุสมผลและเป็นการใช้อย่างสมดุล และอีกด้านหนึ่ง เห็นว่า บทบัญญัติที่ห้ามกระทำการโดยเด็ดขาดแต่อาจยกเว้นให้กระทำการได้นั้น ใช้สำหรับการห้ามการกระทำที่สังคมไม่ประสงค์จะให้มี ซึ่งขัดต่อแนวความคิดพื้นฐานในการใช้ทรัพยากรธรรมชาติที่ในหลาย ๆ กรณีก็เป็นที่พึงพอใจของประชาชน ดังนั้น ในกรณีจำเป็นฝ่ายปกครองจึงควรมีอำนาจปฏิเสธการออกใบอนุญาตเพื่อคุ้มครองป้องกันไม่ให้ทรัพยากรถูกใช้จนหมดไปโดยสิ้นเชิง ทั้งนี้ เพื่อรักษาดุลยภาพในการจัดการทรัพยากรทางธรรมชาติ

อนึ่ง การให้อำนาจดุลพินิจในการปฏิเสธการออกใบอนุญาตแก่ฝ่ายปกครองเช่นนี้ ในทางวิชาการเกิดการตั้งคำถามว่า การที่ฝ่ายนิติบัญญัติให้อำนาจฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในการปฏิเสธการออกใบอนุญาตเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพหรือไม่ ซึ่งนักวิชาการสิ่งแวดล้อม เช่น *Schulte*[43] เห็นว่า การประกอบกิจการโรงงานบางประเภท เช่น โรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์ อาจก่อความเสี่ยงภัยให้แก่ประชาชนและสิ่งแวดล้อม กิจการดังกล่าวจึงไม่ใช่กิจการที่จะได้รับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพอันเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของเอกชนตามมาตรา 12 แห่งกฎหมายพื้นฐานหรือกฎหมายรัฐธรรมนูญ[44]

5. การตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจในการปฏิเสธ

ในทัศนะของผู้เขียน บทกฎหมายที่ให้อำนาจดุลพินิจในการปฏิเสธแก่ฝ่ายปกครองเป็นบทบัญญัติในลักษณะผสมระหว่างอำนาจผูกพันและอำนาจดุลพินิจ โดยฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในส่วนผลทางกฎหมายหรือองค์ประกอบส่วนผลในการที่จะปฏิเสธการออกใบอนุญาตให้แก่ผู้ยื่นคำขอ ซึ่งนักวิชาการบางท่านเห็นว่า ดุลพินิจในส่วนผลทางกฎหมายนี้เป็นเรื่องการใช้ “ดุลพินิจตัดสินใจ” ของฝ่ายปกครอง ซึ่งในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจนี้ศาลปกครองจะต้องตรวจสอบว่า ผู้ยื่นคำขอได้ปฏิบัติครบเงื่อนไขในส่วนข้อเท็จจริงอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุหรือองค์ประกอบในส่วนข้อเท็จจริงที่กฎหมายกำหนด (Tatbestand) แล้วหรือไม่ และตรวจสอบว่าฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจในการปฏิเสธโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่[45] นอกจากนี้ แม้ว่าฝ่ายปกครองควรจะมีดุลพินิจในการปฏิเสธการออกใบอนุญาตก็ตาม แต่การใช้ดุลพินิจในการปฏิเสธจะต้องใช้ในฐานะที่เป็นกรณียกเว้น ซึ่งฝ่ายปกครองไม่อาจสั่งการตามที่กฎหมายกำหนดผลทางกฎหมายเอาไว้เท่านั้น กล่าวคือ การปฏิเสธออกใบอนุญาตจะกระทำได้ก็ต่อเมื่อมีสถานการณ์พิเศษที่ไม่อาจคาดหมายได้ล่วงหน้า หรือกรณีมีความไม่แน่นอนในการใช้ทรัพยากรในอนาคตเท่านั้น หากปราศจากสถานการณ์พิเศษแล้วฝ่ายปกครองก็ไม่อาจใช้ดุลพินิจในการปฏิเสธ ทั้งนี้ ศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบได้อย่างเต็มที่ว่ามีสถานการณ์พิเศษจริงหรือไม่[46] ซึ่งสถานการณ์พิเศษดังกล่าวต้องเป็นเรื่องอื่น ๆ ที่ฝ่ายนิติบัญญัติมิได้กำหนดเป็นเงื่อนไขในการออกใบอนุญาตในขณะที่ตรากฎหมาย โดยสถานการณ์พิเศษอาจจะเป็นเรื่องที่ส่งผลกระทบต่อสุขภาพ ชีวิต ทรัพย์สินของประชาชน ตลอดจนความคงอยู่ของทรัพยากรธรรมชาติ ซึ่งกฎหมายที่เป็นฐานที่มา

---

[43] Hans Schulte, Umweltrecht, 2. Aufl., Heidelberg 1999, S. 161.

[44] กฎหมายพื้นฐานหรือกฎหมายรัฐธรรมนูญ

มาตรา 12 วรรคหนึ่ง ชนชาวเยอรมันมีสิทธิโดยเสรีที่จะเลือกอาชีพ สถานที่ทำงาน และรับการฝึกอบรม ทั้งนี้ การควบคุมวิชาชีพให้กระทำโดยบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

Grundgesetz

Art. 12 (1) Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt werden.

[45] Jakkrawadee Anuyotha, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 2, หน้า 71 – 72.

[46] Vgl. BVerwGE 59, 1, 2.

แห่งอำนาจมุ่งคุ้มครอง ดังนั้น ในการใช้ดุลพินิจปฏิเสธการออกใบอนุญาต ฝ่ายปกครองต้องให้เหตุผลพิเศษประกอบด้วย และต้องแสดงว่ามีสถานการณ์พิเศษหรือมีกรณียกเว้นจริงหรือไม่เพื่อให้ศาลปกครองสามารถตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในการปฏิเสธได้ นอกจากนี้ ในกรณีที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในการปฏิเสธ ผู้ยื่นคำขอจะไม่มีสิทธิเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองออกใบอนุญาตแก่ตน แต่จะมีเพียงสิทธิเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจดังกล่าวให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ให้อำนาจและหลักกฎหมายทั่วไป โดยเฉพาะอย่างยิ่งหลักความได้สัดส่วน และต้องไม่ใช้ดุลพินิจโดยอำเภอใจ ซึ่งในการฟ้องคดีนั้น ผู้ฟ้องคดีซึ่งได้ยื่นคำขอออกใบอนุญาตต่อฝ่ายปกครองย่อมอ้างได้เพียงว่า ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ไม่อาจขอให้ศาลพิพากษาให้ฝ่ายปกครองออกใบอนุญาตให้แก่ตนได้ ทั้งนี้ ตามมาตรา 40 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง และมาตรา 114 แห่งกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง และศาลปกครองต้องนำแนวทางการตรวจสอบดุลพินิจทั่วไปมาใช้แก่กรณีการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในการปฏิเสธด้วย กล่าวคือ ศาลปกครองไม่อาจควบคุมตรวจสอบการชั่งน้ำหนักความเหมาะสม เช่น เหตุผลทางเศรษฐกิจ เหตุผลทางความมั่นคง หรือนโยบายทางการเมือง เนื่องจากเป็นอำนาจของฝ่ายปกครองโดยเฉพาะ แม้ฝ่ายปกครองจะสั่งการโดยขาดความเหมาะสม ก็ไม่ส่งผลให้การใช้ดุลพินิจในการปฏิเสธเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่เช่นนั้นแล้วฝ่ายปกครองก็ไม่จะมีแดนพิจารณาของตนเหลืออยู่เลย รวมทั้งการควบคุมตรวจสอบของศาลปกครองจะต้องเป็นไปอย่างจำกัด เนื่องจากฝ่ายปกครองที่พิจารณาเรื่องนั้น ๆ มีความรู้ในเชิงวิชาชีพเฉพาะด้านและมีประสบการณ์ในเรื่องนั้น ๆ มากกว่าศาล[47] โดยศาลปกครองสามารถควบคุมตรวจสอบได้เพียงความชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ทั้งนี้ ในการตรวจสอบว่าฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจในการปฏิเสธโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ศาลปกครองควรตรวจสอบโดยเทียบเคียงกับการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจทั่วไป ซึ่งสามารถแยกการใช้ดุลพินิจในการปฏิเสธโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็น 3 ลักษณะ ดังนี้

1. *การไม่ใช้ดุลพินิจในการปฏิเสธ (Versagungsermessennichtsgebrauch)* ผู้เขียนเห็นว่า การที่ฝ่ายปกครองไม่ใช้ดุลพินิจดังกล่าวจะไม่ก่อความเดือดร้อนหรือเสียหายแก่ผู้ยื่นคำขอ เนื่องจากผู้ยื่นคำขอย่อมได้รับใบอนุญาตตามความประสงค์ แต่อย่างไรก็ดี การไม่ใช้ดุลพินิจดังกล่าวอาจส่งผลกระทบต่อบุคคลภายนอกได้ หากจากกิจการที่ได้รับอนุญาตนั้นก่อให้เกิดความเดือดร้อนหรือเสียหายแก่บุคคลภายนอกผู้นั้นหรือบริวาร

2. *การใช้ดุลพินิจในการปฏิเสธเกินขอบเขต (Versagungsermessenüberschreitung)* หมายถึง การใช้ดุลพินิจเกินขอบเขตของกฎหมายฉบับนั้น ๆ หลักกฎหมายรัฐธรรมนูญ และหลักกฎหมายทั่วไป เช่น หลักการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานหรือหลักความได้สัดส่วน และโดยที่ฝ่ายปกครองจะใช้ดุลพินิจในการปฏิเสธได้ก็ต่อเมื่อมีสถานการณ์พิเศษและไม่อาจสั่งการตามที่กฎหมายกำหนดผลทางกฎหมายเอาไว้ ดังนั้น หากฝ่ายปกครองปฏิเสธการออกใบอนุญาตไปทั้งที่ไม่มีเหตุผลหรือพฤติการณ์พิเศษ ย่อมเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดุลพินิจเกินขอบเขต ซึ่งไม่ชอบด้วยกฎหมาย

3. *การใช้ดุลพินิจในการปฏิเสธโดยผิดพลาด (Ermessensfehlgebrauch)* คือ การใช้ดุลพินิจโดยไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมาย การไม่ชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ของปัจเจกบุคคลและประโยชน์ที่กฎหมายซึ่งให้อำนาจนั้นประสงค์จะคุ้มครอง รวมถึงการใช้ดุลพินิจในการปฏิเสธโดยไม่ถูกต้องหรือโดยอำเภอใจ

6. บทสรุป

แนวคิดเกี่ยวกับดุลพินิจในการปฏิเสธปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายเยอรมัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในแดนแห่งกฎหมายสิ่งแวดล้อม ซึ่งการให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในการปฏิเสธนี้เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายบรรลุ

---

[47] H. Heinrich, Diskussionsbericht Ermessen, Beurteilungsspielraum und Beweislastverteilung im atomrechtlichen Genehmigungsverfahren, in; Rudof Luck (Hrsg.): Referate und Diskussionberichte : Erste Deutsches Atomrechts-Symposium, Köln 1973, S. 311 ff.

วัตถุประสงค์ มีที่มาจากแนวความคิดเกี่ยวกับดุลพินิจแบบดั้งเดิมที่ประสงค์ให้ฝ่ายปกครองสามารถสั่งการในลักษณะยืดหยุ่น สอดคล้องกับกรณีที่ไม่อาจคาดเห็นได้ล่วงหน้า หรือสถานการณ์ที่เปลี่ยนแปลงไป และรับมือกับสถานการณ์ต่าง ๆ ได้โดยเร็ว แต่อำนาจดุลพินิจในการปฏิเสธนี้เป็นอำนาจดุลพินิจที่ไม่สมบูรณ์ เนื่องจากในกรณีปกติ ฝ่ายปกครองจะต้องปฏิบัติตามผลทางกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติกำหนดไว้ เฉพาะกรณีพิเศษเท่านั้นที่ฝ่ายปกครองจะมีดุลพินิจ แต่โดยที่บทบัญญัติที่ให้อำนาจดุลพินิจในการปฏิเสธไม่ว่าจะเป็นมาตรา 7 วรรคสอง แห่งกฎหมายว่าด้วยพลังงานนิวเคลียร์ หรือมาตรา 12 แห่งกฎหมายว่าด้วยการจัดการทรัพยากรน้ำ ได้บัญญัติครอบคลุมเกือบทุกสถานการณ์ที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตไว้แล้ว ดังนั้น กรณีพิเศษที่ฝ่ายปกครองจะสามารถใช้อำนาจดุลพินิจในการปฏิเสธจึงเกิดขึ้นได้ค่อนข้างยาก นอกจากนี้ นักกฎหมายสิ่งแวดล้อมยังเห็นว่า อาจนำแนวคิดเรื่องอำนาจดุลพินิจในการปฏิเสธมาใช้กับกฎหมายอื่น ๆ ได้เช่นเดียวกัน อาทิ กฎหมายว่าด้วยเทคนิคทางพันธุกรรม กฎหมายว่าด้วยการควบคุมมลพิษ และกฎหมายคุ้มครองสุขภาพของผู้บริโภค ซึ่งเมื่อผู้เขียนได้ศึกษาถึงหลักการระวังไว้ก่อน (Vorsorgeprinzip) ซึ่งเป็นหลักกฎหมายสิ่งแวดล้อมที่สำคัญประการหนึ่งของระบบกฎหมายเยอรมัน ผู้เขียนเห็นว่า แนวคิดเกี่ยวกับดุลพินิจในการปฏิเสธนี้สอดคล้องกับหลักการระวังไว้ก่อน หรืออาจจะกล่าวได้ว่า บทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจดุลพินิจในการปฏิเสธนั้นมีที่มาจากหลักกฎหมายสิ่งแวดล้อมดังกล่าว

ความนำว่าด้วยนิติธรรม นิติรัฐ กฎหมาย กับสังคม และองค์กรตุลาการ : ความสัมพันธ์ที่ไม่อาจปฏิเสธได้

เจตน์ สถาวรศีลพร[1]

อนิจจังของสังคม กฎหมาย และข้อพิพาท

จากการที่สังคมในปัจจุบัน ไม่ว่าจะในระดับก็ตาม มีความซับซ้อนมากกว่าในอดีต กับทั้งจากสภาวะตามธรรมชาติของสังคมที่มีความเคลื่อนไหวหรือเคลื่อนที่อยู่ตลอดเวลาอย่างไม่เคยหยุดนิ่ง ปรากฏการณ์ทั้งสองดังกล่าวก่อให้เกิดผลที่ตามมาสองประการสำคัญ คือ

ประการแรก บรรดากฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่สมาชิกในสังคมนั้น สมมติขึ้นมาและยอมรับเพื่อใช้ในการกำกับและดูแลสังคมนั้น ๆ ให้ดำรงอยู่อย่างสันติและสุขสบาย ที่เราเรียกกันว่า “กฎหมาย” จำต้องได้รับการพัฒนาให้สอดคล้องและเท่าทันกับสภาพของสังคมเช่นนั้นด้วย ซึ่งผลที่ตามมาจากการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายให้ทันสมัยตามกระแสโลกาภิวัตน์ดังกล่าว ยังนำไปสู่การพัฒนาวิชาความรู้ทางนิติศาสตร์อีกด้วย กล่าวคือ เมื่อเรามีความมุ่งหมายที่จะทำกฎหมายให้มีความทันสมัยก้าวทันโลก สิ่งที่เกิดขึ้นตามมาก็คือจะปรากฏมีนักกฎหมายสาขาต่าง ๆ ที่สนใจใฝ่รู้และทำการค้นคว้าหาทางออกในปัญหาต่าง ๆ ที่ซับซ้อนของสังคมที่ซับซ้อนโดยอาศัยวิธีการทางนิติศาสตร์ จนเรียกได้ว่าเป็น “ผู้เชี่ยวชาญ” ในที่สุด นักกฎหมายเหล่านั้นเองก็จะเป็นผู้ไปพัฒนากฎหมายในสาขาหรือแผนกที่ตนมีความเชี่ยวชาญอยู่ให้สมบูรณ์ยิ่งขึ้นต่อไปในที่สุด และปรากฏเป็นวัฏจักรเช่นนี้อยู่ร่ำไป อันกล่าวได้ว่าเป็นผลในทางบวก (positive) และ

ประการที่สอง ซึ่งเป็นผลในทางลบ (negative) ก็คือ ปัญหาต่าง ๆ ของสังคม ยิ่งสังคมมีความก้าวหน้ามากขึ้นเท่าใด โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ทางวัตถุ ความซับซ้อนของปัญหาต่าง ๆ ก็มีมากขึ้นเป็นเงาตามตัวตามไปด้วย ปรากฏการณ์

---

[1] น.บ. (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), D.E.A. Droit public fondamental, Doctorat en Droit (mention très honorable) (Université des sciences sociales - Toulouse I), รองเลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง

ผู้เขียนกล่าวได้อย่างมั่นใจว่า ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ หรือที่บรรดาลูกศิษย์เรียกท่านว่า “อาจารย์วรพจน์” หรือ “อาจารย์พจน์” เป็นอาจารย์สอนกฎหมายที่มีความเป็น “ครู” อย่างเต็มเปี่ยม อาจารย์ไม่เคยปฏิเสธนักศึกษา เมื่อยามที่นักศึกษามีข้อสงสัยในทางวิชาการ อาจารย์เป็นตัวอย่างหนึ่งของผู้ใฝ่รู้อยู่ตลอดเวลา แม้ในปัจจุบัน อาจารย์พร่ำสอนเสมอว่า อย่าหยุดอ่านตำรา อย่าหยุดหาความรู้ ซึ่งอาจารย์ก็ได้ทำให้เห็นเป็นตัวอย่างอยู่มิได้ขาด อาจารย์สอนอยู่จนเป็นปกติว่า อย่าสนใจเรื่องเฉพาะทางจนหลงลืมหลักการพื้นฐาน ความน่ารักในทางวิชาการประการหนึ่งของอาจารย์คืออาจารย์เคยกล่าวว่า ผมจะมีความสุขมากถ้าวันหนึ่ง คุณ (ซึ่งก็หมายความถึงลูกศิษย์ทุกคน) จะเถียงผมได้ในทางวิชาการ ซึ่งก็เป็นเช่นนั้นจริง ๆ อาจารย์จะอมยิ้มอย่างมีความสุข ถ้าวันไหน เราโต้แย้งอาจารย์ได้ในทางวิชาการ อาจารย์ไม่สอนเพียงความรู้ทางกฎหมาย แต่อาจารย์ยังสอนจริยธรรมให้แก่ลูกศิษย์อีกด้วย ท่านว่าถ้าเราทำวันนี้ให้ถูกต้อง ก็ไม่ต้องกลัววันพรุ่งนี้ ท่านสอนเสมอไม่ให้ลูกศิษย์เห็นเกริมในความรู้ของตนจนไปดูถูกคนอื่น ๆ ท่านสอนให้ลูกศิษย์ของท่านทำตัวให้ไม่สมบูรณ์ เพื่อที่จะรับความรู้ได้จากทุกที่ ทุกคน และทุกทาง ที่สำคัญ ท่านสอนให้ลูกศิษย์ของท่านอย่ายึดมั่นถือมั่นในตัวท่าน ท่านบอกให้ลูกศิษย์หาทางของตัวเองให้เจอ แม้ท่านจะเป็น normativiste (ถ้าผู้เขียนเข้าใจไม่ผิด) ท่านก็ไม่ได้บังคับให้ลูกศิษย์ของท่านเห็นหรือเป็นไปตามท่านแต่อย่างใด ผู้เขียนมีโชคอันประเสริฐที่ได้เป็นลูกศิษย์ของท่าน ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์

อนึ่ง การจะสนองคุณท่านนั้น ก็เห็นจะเป็นอื่นไปไม่ได้นอกจากการกราบท่านด้วยงานทางวิชาการเล็ก ๆ ชิ้นนี้ บทความนี้อาจจะไม่แหลมคมและครึกโครมเช่นงานของท่านอาจารย์ แต่ก็ผ่านการไตร่ตรองพิจารณาในเวลาอันจำกัดด้วยการหยิบยกประเด็นทางกฎหมาย ที่ท่านอาจารย์กล่าวถึงบ่อย ๆ คือ นิติรัฐ มาวิเคราะห์ในมุมมองของผู้เขียน ซึ่งอาจจะแหวกขนบของอาจารย์ท่านไปบ้างไม่มากก็น้อย แต่การนี้ ก็เป็นไปตามที่ท่านอาจารย์เคยกล่าวว่า คุณต้องไปหาทางของตัวเองให้เจอ...

อันเกิดขึ้นจากเหตุปัจจัย (Conditional Production) ดังกล่าว ที่เราพบเห็นกันจนดูประหนึ่งเป็นเรื่องปกติธรรมดา ก็คือ การโต้แย้งพิพาทกันระหว่างผู้คนในสังคม ไม่ว่าจะในระดับใดก็ตาม ก็มากตามไปด้วย กล่าวโดยเฉพาะอย่างยิ่ง การพิพาทระหว่างรัฐ หรือผู้ใช้อำนาจรัฐ – หรือจะระบุให้ชัดเจนลงไปก็คือองค์กรของรัฐฝ่ายบริหารประเภท “ฝ่ายปกครอง” นั่นเอง – กับประชาชน

อำนาจรัฐ ฝ่ายปกครอง กับกฎหมาย

ด้วยความที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐ หรือกล่าวให้ชัดเจนก็คือ เป็นผู้บังคับใช้กฎหมายที่ตราโดยฝ่ายนิติบัญญัติ โดยอาศัยเครื่องมือที่ชื่อว่า “กฎ” และ/หรือ “คำสั่งทางปกครอง” ที่เข้ามาเกี่ยวข้องมากที่สุดกับชีวิตประจำวันของประชาชนในสังคม การเข้ามานั้น มีทั้งการจัดให้มีหรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “การก่อประโยชน์หรือสิทธิ” กับการควบคุมหรือลงโทษ ที่เรียกอีกอย่างหนึ่งได้ว่า “การแทรกแซงการใช้สิทธิประโยชน์” ปรากฏการณ์เช่นนี้เป็นเหมือนกันหมดในทุกสังคม ในทุกประเทศ ในโลกของเรา

กล่าวโดยเฉพาะอย่างยิ่ง การเข้ามาแทรกแซงการแสดงออกซึ่งสิทธิและประโยชน์ของประชาชนในสังคมโดยฝ่ายปกครองนั้น หากได้ดำเนินการให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครอง การกระทำของฝ่ายปกครองดังกล่าวโดยปกติก็ถือว่าเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย ปัญหาข้อพิพาทกับประชาชนก็ไม่น่าจะเกิดขึ้น แต่ข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในสังคมหาได้เป็นเช่นนั้นไม่ ผู้ใดกระทำการผู้นั้นย่อมเห็นว่าการกระทำของตนถูกต้องเสมอไป ในทางกลับกัน ผู้ใดถูกกระทำผู้นั้นย่อมเห็นว่าการกระทำที่มากระทบกระเทือนตนนั้น เป็นการกระทำที่ไม่ชอบอยู่เสมอไปเช่นกัน จากการนี้เอง จึงเกิดเป็นข้อพิพาทระหว่างฝ่ายปกครองกับประชาชนอยู่เสมอมา

คราใดก็ตาม ที่มีการกล่าวอ้างกันขึ้นว่าการกระทำทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยนัยก็คือ การกล่าวหาว่าฝ่ายปกครองนั้น กระทำการโดยไม่เคารพหลักนิติธรรม (the Rule of Law) หรือนิติรัฐ (État de droit หรือ Rechtsstaat) นั่นเอง

นิติรัฐ นิติธรรม กับ (การใช้) อำนาจรัฐ

“นิติรัฐ” เป็นคำในภาษาไทยที่ถูกใช้ในการแปลคำว่า « État de droit » ซึ่งเป็นคำในภาษาฝรั่งเศสที่แปลมาจากคำว่า *“Rechtsstaat”* ในภาษาเยอรมันอีกทีหนึ่ง

“Rechtsstaat” เป็นทฤษฎีกฎหมายเยอรมัน ที่ปรากฏตัวขึ้นในราวช่วงปลายคริสต์ศตวรรษที่ 18 โดย Johann Wilhem Placidus (1758-1815) (J.W. PLACIDUS = J.W. PETERSEN, *Literratur der Staatslehre. Ein Versuch,* Strasbourg, 1798.) และได้รับการพัฒนาอย่างชัดเจนในช่วงครึ่งหลังของคริสต์ศตวรรษที่ 19 โดยนักทฤษฎีกฎหมายหลาย ๆ ท่าน อาทิเช่น R. Von Mohl, F.J. Stahl, O. Bähr, R. Von Gneist เป็นต้น ทฤษฎีดังกล่าวได้รับการยอมรับอย่างแพร่หลาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในช่วงปลายคริสต์ศตวรรษที่ 19 จากวรรณกรรมทางกฎหมายของนักกฎหมายคนสำคัญในยุคนั้น เช่น Gerber, Ihering, Laband, Jellinek ทฤษฎีนี้ได้ถูกนำมาประยุกต์ใช้ในระบบการเมืองและระบบกฎหมายของฝรั่งเศสในเวลาต่อมา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง จากการเผยแพร่ผ่านงานเขียนและคำสอนของ R. Carré de Malberg แห่งคณะนิติศาสตร์ เมือง Strasbourg และจากบรรดาลูกศิษย์ของเขาในระยะเวลาต่อมา

สำหรับข้อความคิด (Concept) *the Rule of Law* หรือที่บ้านเราเรียกกันว่า “หลักนิติธรรม” นั้น ปรากฏตัวขึ้นในสหราชอาณาจักร (The United Kingdom of Great Britain) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง จากผลงานของ Albert Venn Dicey (1835-1922) ที่มีชื่อว่า *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (1915) ที่พยายามเทียบเคียง *the Rule of Law* กับทฤษฎี *Rechtsstaat หรือ État de droit* โดยมุ่งหมายใช้เป็นหลักเพื่อคานกับ

การใช้อำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาที่เป็นไปตามหลักความมีอำนาจสูงสุดของรัฐสภา (le principe de la souveraineté du Parlement de Westminster)

หลักการสำคัญทั้งสองดังกล่าวนี้ แม้จะมีแหล่งที่มาแตกต่างกัน แต่ก็มีวัตถุประสงค์ในท้ายที่สุดคล้ายคลึงกัน ที่มุ่งจะใช้กฎหมายเป็นกรอบสำหรับการใช้อำนาจของรัฐ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การจำกัดการใช้อำนาจรัฐโดยกฎหมายนั่นเอง ความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับกฎหมายดังกล่าว ก่อให้เกิดปรากฏการณ์สำคัญขึ้นมาถึงสามปรากฏการณ์ด้วยกัน กล่าวคือ รัฐจำต้องดำเนินกิจการใด ๆ ของรัฐโดยอาศัยมาตรการทางกฎหมายเป็นสำคัญ ในขณะเดียวกัน รัฐก็จำต้องดำเนินการเหล่านั้นภายใต้บังคับของกฎหมายด้วยเช่นกัน (รัฐต้องเคารพกฎหมาย) ยิ่งไปกว่านั้น กฎหมายจะเป็นตัวกำหนดบทบาทอำนาจหน้าที่ที่รัฐพึงจะต้องกระทำและพึงละเว้นที่จะกระทำไว้เป็นสำคัญ

จากข้างต้น เป็นเหตุปัจจัยให้**รัฐใดก็ตามที่เคารพในอุดมการณ์แห่งนิติธรรมก็ดี นิติรัฐก็ดี ต้องเป็นรัฐที่ปฏิบัติต่อสมาชิกในรัฐนั้น ๆ โดยอาศัยกฎหมายเป็นหลัก** หมายความว่ารัฐจะสามารถใช้อำนาจเข้าไปก่อปฏิสัมพันธ์กับประชาชนได้ ก็เฉพาะเมื่อมีกฎเกณฑ์ทางกฎหมายในห้วงเวลาดังกล่าว (บัญญัติ) ให้อำนาจไว้เท่านั้น ในขณะเดียวกัน ประชาชนก็สามารถดำเนินการทางกฎหมายกับ (องค์กรผู้ใช้อำนาจ) รัฐ ที่ตนเชื่อว่าได้ใช้อำนาจ (ตามอำเภอใจ) โดยไม่เคารพกฎหมายและก่อความเสียหายให้แก่ตน โดยการฟ้องเป็นคดีต่อศาลได้ในที่สุด ด้วยว่าองค์กรตุลาการเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจพิจารณาพิพากษาอรรถคดีอันเป็นการใช้อำนาจรัฐประเภทหนึ่ง ซึ่งองค์กรดังกล่าวนี้ก็ถูกสถาปนาขึ้นโดยกฎหมายเช่นกัน

หัวใจของทฤษฎีว่าด้วยนิติรัฐ หรือหลักนิติธรรม จึงอยู่ที่ว่าบรรดาองค์กรต่าง ๆ ของรัฐจะกระทำการใดก็ตาม ก็ต้องตั้งคำถามถามตัวเองก่อนในทุกครั้งว่ามีกฎหมายให้อำนาจแก่ตนไว้หรือไม่ อย่างไร การดำเนินการใด ๆ ที่เป็นการบังคับ (ฝ่ายเดียว) แก่ประชาชน ไม่ว่าจะเป็นการใช้กำลังทางกายภาพ หรือการใช้อำนาจในทางนามธรรม (กฎหรือคำสั่ง) จะต้องมีแหล่งที่มาจากบทบัญญัติของกฎหมายทั้งสิ้น กล่าวคือ กฎหมายจะต้องกำหนด (กรอบการใช้) อำนาจหน้าที่ไว้ให้แก่องค์กรนั้น ๆ ของรัฐเป็นสำคัญ

กฎหมายจึงเป็นทั้งแหล่งที่มา ขอบเขต และข้อจำกัดการใช้อำนาจขององค์กรต่าง ๆ ของรัฐในการกระทำใด ๆ เพื่อดำเนินภารกิจของรัฐอันเกี่ยวเนื่องกับหน้าที่ที่องค์กรของตนได้รับมอบหมาย (จากกฎหมาย)

ลำดับชั้นของกฎหมาย ความชอบด้วยกฎหมายและรัฐธรรมนูญ กับองค์กรตุลาการ

อนึ่ง หากพิจารณาบรรดากฎหมายที่ดำรงอยู่ในรัฐหนึ่ง ๆ อย่างค่อนข้างลึกซึ้ง ก็จะพบว่าโครงสร้างทางสถาปัตยกรรมของกฎหมายในรัฐหนึ่งรัฐใดก็ตามจะมีลักษณะเป็นลำดับชั้นคล้ายปิรามิด กล่าวคือ มี (กฎเกณฑ์ทาง) กฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นที่สูง (ที่สุด) จากนั้นก็จะมีกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นที่ต่ำลงมาเป็นขั้น ๆ ตามลำดับ โดยกฎหมายที่อยู่ลำดับชั้นที่สูงกว่าจะเป็นที่มาของการเกิดขึ้นและการดำรงอยู่ของกฎหมายในลำดับชั้นที่อยู่ถัดลงมาตามลำดับ ดังนั้น กฎหมายที่อยู่ลำดับชั้นต่ำลงมาจึงต้องถูกทำให้เกิดขึ้น (บัญญัติ) โดยสอดคล้องหรือไม่ขัดแย้งกับกฎหมายในลำดับชั้นที่อยู่สูงกว่าโดยสภาพ ทั้งนี้ พึงยกตัวอย่างถึงปรากฏการณ์ดังกล่าวได้ เช่น พระราชบัญญัติต้องถูกตราขึ้นโดยไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญ กฎหรือคำสั่งต้องออกโดยไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายในลำดับพระราชบัญญัติ จากการดังกล่าวจึงจำเป็นต้องก่อให้เกิดกลไก (ทางกฎหมาย) และ**องค์กรขึ้นมาเพื่อตรวจสอบการเคารพในลำดับชั้นของกฎหมายดังกล่าว** ซึ่งองค์กรดังว่านั้น ก็คือ **"องค์กรตุลาการ"** เป็นสำคัญ **ด้วยว่าองค์กรตุลาการนั้น โดยสาระสำคัญแล้วก็คือองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐในการยุติข้อพิพาทที่เกิดขึ้นในรัฐนั้น ๆ เป็นหลัก** ซึ่งหากพิจารณาให้ดีก็อาจกล่าวได้ว่าการที่กฎหมายลำดับชั้นต่ำกว่าไม่เคารพต่อกฎหมายในลำดับชั้นที่สูงกว่า ก็คือปรากฏการณ์ที่กฎเกณฑ์ทางกฎหมาย

ทั้งสองขัดแย้งกันหรือวิวาทกันแล้วนั่นเอง **ด้วยเหตุปัจจัยดังกล่าว องค์กรตุลาการจึงต้องเข้ามายุติข้อพิพาทดังกล่าวอย่างมิอาจปฏิเสธได้ในที่สุด**

กล่าวโดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากการไม่เคารพลำดับชั้นของกฎหมายนั้น เกิดขึ้นมาจากการกระทำใด ๆ ขององค์กรของรัฐฝ่ายบริหาร ประเภทที่เรียกว่า “ฝ่ายปกครอง” อันมีลักษณะเป็นการบังคับการฝ่ายเดียวกับเอกชน โดยอาศัยกฎหรือคำสั่งทางปกครอง (นิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว หรือจะเรียกว่า “การกระทำทางปกครอง” ก็ได้) และก่อให้เอกชนผู้นั้นได้รับความเสียหาย เอกชนผู้นั้นก็สามารถที่จะมาฟ้องต่อศาลปกครองซึ่งเป็นองค์กรตุลาการที่กฎหมาย (ลำดับรัฐธรรมนูญ) ก่อตั้งขึ้นและบัญญัติให้มีอำนาจพิจารณาพิพากษา “คดีปกครอง” เพื่อขอให้ศาลสั่ง**เพิกถอนบรรดานิติกรรมทางปกครองฝ่ายเดียว (คดีฟ้องขอให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครอง – คดีที่มีลักษณะเป็นภาวะวิสัย)** ได้ การฟ้องคดีประเภทดังกล่าวนี้ ทางหนึ่งก็คือ การเปิดโอกาสให้ศาลสามารถเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (ในทางความเป็นจริง) ได้ โดย**วัตถุแห่งคดีที่ถูกตรวจสอบนั้น ก็คือ บรรดากฎหรือคำสั่งทางปกครอง** นั่นเอง

กระนั้นก็ตาม การปกปักรักษาความมั่นคงแห่งหลักนิติธรรม หรือนิติรัฐ โดยศาลปกครอง หรือศาลใดก็ตามทีนั้น ไม่อาจจะเป็นไปได้โดยมีประสิทธิภาพ หากปรากฏว่าองค์กรตุลาการนั้น ขาดเครื่องมือหรืออาวุธที่จะต่อกรกับความไม่ชอบด้วยกฎหมาย อาวุธหรือเครื่องมือที่ว่าได้แก่อะไร อาวุธหรือเครื่องมือที่ว่าหาใช้สิ่งอื่นใดเลยไม่ นอกไปจากกฎหมาย (ลายลักษณ์อักษร) ที่ชัดเจนแน่นอน

ศาล ความยุติธรรม และหลักกฎหมายทั่วไป

อย่างไรก็ตาม สำหรับโลกแห่งความเป็นจริงนั้น แม้จะมีกฎหมายลายลักษณ์อักษรในระบบกฎหมายก็ตามทีแต่บทกฎหมายลายลักษณ์อักษรดังกล่าวก็ใช่ว่าจะสมบูรณ์ครบถ้วน ชัดเจนแน่นอนเสมอไป จนศาลสามารถนำมาปรับใช้ได้กับทุกคดี ในการนี้ ต้องเข้าใจว่าศาลมีหน้าที่ในการยุติข้อพิพาท (คดี) ดังนั้น ศาลจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องหาและมีเครื่องมือในการปฏิบัติหน้าที่นี้ ด้วยเหตุนี้ หากปรากฏว่าเครื่องมือดังกล่าวไม่สมบูรณ์หรือขาดหายไป ศาลก็จำต้องสร้างเครื่องมือนั้นขึ้นมาด้วยตนเองเพื่อให้การทำงานของตนสามารถดำเนินต่อไปได้ และ**ด้วยความที่ศาลเป็นองค์กรพิทักษ์ความยุติธรรม กฎเกณฑ์ที่ศาลสร้างขึ้นมาเพื่อใช้ในการตัดสินคดีนั้น ศาลจะสรรสร้างมาจากฐานของหลักความยุติธรรมเป็นสำคัญ** กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า หลักความยุติธรรมอันเป็นรากเหง้าของปทัสถาน (norme) ที่ศาลสรรสร้างขึ้นนี้ โดยข้อเท็จจริงแล้วถูกซ่อนอยู่ในบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร และเมื่อศาลมุ่งหมายที่จะพิพากษาคดีใดโดยศาลเห็นว่าตนสามารถพิพากษาคดีนั้นได้โดยอาศัยหลักการที่ซ่อนอยู่ในตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร ศาลก็จะสกัดหลักกฎหมายที่ซ่อนอยู่นั้นออกมา โดยเรียกสิ่งนี้ว่า **“หลักกฎหมายทั่วไป”** (les principes généraux du droit หรือ General Principles of Law) ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการรับรองและคุ้มครองบรรดาสิทธิของประชาชนเป็นสำคัญ

อนึ่ง หากพิจารณากันให้ลึกซึ้งต่อไปก็จะพบว่าในสังคมหนึ่ง ๆ นั้น ยังมีหลักการต่าง ๆ ที่สำคัญเป็นอย่างยิ่ง นอกจากบรรดาตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยบรรดาหลักการที่สำคัญเป็นอย่างยิ่งเหล่านั้น ต่างก็มีค่าเสมือนกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่มุ่งรับรองและคุ้มครองบรรดาสิทธิของประชาชนด้วยเช่นกัน **เช่นที่ท่านศาสตราจารย์ ดร.ปรีดี พนมยงค์ รัฐบุรุษอาวุโส และผู้ประศาสน์การมหาวิทยาลัย (วิชา) ธรรมศาสตร์ (และการเมือง) กับทั้งเป็นผู้พยายามผลักดันให้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในประเทศไทย (หรือสยาม ในครานั้น) ได้กล่าวไว้ในตำรากฎหมายปกครองของท่านตั้งแต่เมื่อราวปี พ.ศ. 2474 ว่า “ในบรรดาหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งแอบแฝงอยู่ในวิชาต่าง ๆ ยังมีหลักกฎหมายทั่วไปประเภทหนึ่งซึ่งจะต้องทราบเสียในเบื้องต้น เพราะจำเป็นที่สุดในการศึกษากฎหมายปกครอง คือ หลักที่ว่าด้วยสิทธิของมนุษยชน”**

แนวคิดเกี่ยวกับหลักการที่สำคัญยิ่งนอกจากตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรนั้น หลายท่านอาจเข้าใจไปว่าเป็นแนวคิดที่กฎหมายไทยในปัจจุบันได้รับอิทธิพลมาจากแนวคิดกฎหมายตะวันตก (กฎหมายสมัยใหม่) ซึ่งนั่นก็ไม่ผิดแต่ประการใด แต่หากพิจารณาให้ละเอียดพิสดารลึกซึ้งไปอีกสักเล็กน้อยก็จะพบว่า แนวคิดดังกล่าวนั้น ได้ปรากฏมีมาแล้วในระบบกฎหมายไทยแต่โบราณมา นั่นคือ หลักพุทธธรรม ซึ่งมีอิทธิพลเป็นอย่างยิ่งกับบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรของไทยแต่โบราณ อันมีบทกฎหมายนามว่า “พระธรรมศาสตร์” เป็นประธานแห่งกฎหมายทั้งปวง เป็นเครื่องมือในการรักษาความ “ยุติ” “ธรรม” ของสังคมไทยในอดีต

ระบบกฎหมายไทย ศาลไทย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ศาลปกครองไทย อาจจะโชคดีกว่าศาลของประเทศอื่น ๆ ในการรักษาความยุติธรรม ในการปกป้องหลักนิติธรรม ในการคงไว้ซึ่งความเป็นนิติรัฐ ที่เมื่อพิจารณาจากตัวบทกฎหมายลายลักษณ์อักษร ทั้งในอดีตก็ดี ทั้งในปัจจุบันก็ดี เราจะพบว่าได้มีการนำปทัสถานทางกฎหมายที่ยังไม่เป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งในระบบกฎหมายของต่างประเทศเรียกกันว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” มาบัญญัติเป็นบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรในระบบกฎหมายไทย นับแต่อดีตเรื่อยมาจนปัจจุบัน อาทิเช่น หลักความไม่มีส่วนได้เสีย หรือจะเรียกว่า “หลักความปราศจากอคติ” *(nemo iudex in re sua)* ก็ได้ ซึ่งตามระบบกฎหมายไทยเดิม ปรากฏอยู่ในหลักอินทภาษที่มีการบัญญัติรับรองไว้ใน “กฎหมายตราสามดวง” หลักดังกล่าวนี้ได้รับอิทธิพลมาจากพุทธธรรม หัวข้อ อคติ 4 หรือตามระบบกฎหมายปัจจุบัน หลักการนี้ปรากฏอยู่เช่นกันในมาตรา 13 และมาตรา 16 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ทั้งนี้ แม้ว่ากฎหมายฉบับนี้จะได้รับอิทธิพลมาไม่น้อยจากกฎหมายปกครองเยอรมันก็ตามที แต่เป็นที่น่าอัศจรรย์ยิ่งที่หลักการทั้งจากพุทธธรรมและจากกฎหมายสมัยใหม่ดังกล่าวต่างมาสอดคล้องต้องกันอย่างมิได้นัดหมาย จากตัวอย่างข้างต้น จึงอาจจะกล่าวได้ว่า ศาลไทยนั้น มีอุปกรณ์สำคัญอยู่พอกำลังทีเดียวสำหรับการธำรงรักษาไว้ซึ่งหลักนิติธรรม หรือนิติรัฐ

ศาลปกครองไทยได้ยืนยันบ่อยครั้งถึงหลักการอันสำคัญยิ่งตามกล่าวข้างต้นนี้ แม้อาจจะไม่มีบัญญัติรับรองไว้โดยตรงในกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็ตามที โดยยืนยันผ่านคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดในหลายคดีด้วยกัน เช่น ตามหลักความเสมอภาคแล้ว หากความพิการนั้น ไม่ใช่สาระสำคัญในการประกอบวิชาชีพใด หน่วยงานของรัฐก็ไม่อาจนำเอาความพิการนั้น มาปฏิเสธไม่รับบุคคลผู้พิการนั้นเข้าทำงานในหน่วยงานของตน หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใดซึ่งมีหน้าที่ในการออกคำสั่งทางปกครอง และเป็นผู้ที่มีประโยชน์ได้เสียกับการออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ไม่ว่าทางหนึ่งทางใดก็ตามไม่อาจเป็นผู้ดำเนินการออกคำสั่งทางปกครองนั้นได้ ด้วยขัดต่อหลักความเป็นกลาง (หรือหลักความไม่มีส่วนได้เสีย หรือหลักความปราศจากอคติ) หรือการตรากฎกระทรวงฉบับหนึ่งฉบับใดนั้น หากเป็นไปตามเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติที่ให้อำนาจและเป็นไปเพื่อประโยชน์ของประชาชนเป็นส่วนรวม ถึงแม้จะมีข้อขัดข้องในการใช้สิทธิของบุคคลอยู่บ้าง แต่ข้อขัดข้องนั้นปรากฏมีสัดส่วนที่น้อยกว่าประโยชน์ที่ประชาชนส่วนรวมจะได้รับ กฎกระทรวงฉบับนั้น ๆ ก็ถือได้ว่าพึงออกโดยชอบด้วยกฎหมายในที่สุด ด้วยเป็นไปโดยสอดคล้องตามหลักแห่งความได้สัดส่วน เป็นต้น

บทบาทของศาล กับพลวัตรของสังคม และการอุดช่องว่างของกฎหมาย

อนึ่ง แม้ว่าศาลไทยจะมีปัจจัยที่เรียกได้ว่าเพียงพอกับการรับมือกับปัญหาการขาดเสถียรภาพของนิติรัฐ หรือหลักนิติธรรม แต่เราต้องไม่ลืมว่าสังคมไทย หรือหากจะว่าไป ก็ต้องบอกว่า สังคมไหน ๆ ก็ตามที ไม่ได้อยู่ในสภาวะที่หยุดนิ่งอยู่กับที่ สังคมมีธรรมชาติที่เคลื่อนไหวเคลื่อนที่อยู่ตลอดเวลา เวลาเปลี่ยนแปลงเป็นปกติ สังคมก็เปลี่ยนแปรไปตามกาลเวลา เป็นธรรมดาตามกฎแห่งธรรมชาติ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะเป็นไปในทางดีหรือไม่ดีก็ตาม ปรากฏการณ์เช่นนี้เองที่เป็นเหตุปัจจัยหนึ่งที่ก่อให้กฎหมายต้องตกอยู่ในสถานการณ์ที่ต้องเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอจนขาดเสถียรภาพในที่สุด เหตุก็ด้วยเพราะว่าสังคมมีการเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอและเป็นปกติ ดังนั้น เมื่อสังคมเปลี่ยน ปัญหาต่าง ๆ ของสังคม

ก็พัฒนาเปลี่ยนแปลงตามไปด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ปัญหาด้านการรักษาความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สิน ทุกวันนี้เราไม่ได้ดำรงชีวิตอยู่ในสถานการณ์เดียวกันกับเมื่อในอดีต แนวคิดต่าง ๆ ที่ถูกสร้างขึ้นมาในยุคเก่าก่อนนั้น จะนำมาปรับใช้ได้หรือไม่กับยุคสมัยนี้ ดูจะยังเป็นเรื่องที่ต้องถูกนำมาพิจารณาทบทวนกันพอสมควร

การสร้างหลักกฎหมายทั่วไป หรืออีกนัยหนึ่งก็คือ การเข้ามามีบทบาทในการอุดช่องว่างของกฎหมายโดยศาลปกครองนั้น มีที่มาจากเหตุผลหลายประการประกอบกัน เหตุผลประการหนึ่งนอกจากที่กล่าวแล้วข้างต้น ก็คือ แนวคิดเสรีนิยมได้วางหลักการที่สำคัญอยู่ประการหนึ่งว่า ประชาชนแต่ละคนจะต้องรู้กฎหมายที่จะถูกบังคับใช้กับตน หรือในทางตรงข้าม ก็คือ การที่ “บุคคลพึงอ้างไม่ได้ว่า ตนไม่รู้กฎหมาย” *(Ignorantia legis non excusat Nemo censetur ignorare legem.)* ข้อความคิดนี้สามารถตีความได้เป็น 2 นัยด้วยกัน คือ ประการแรก ประชาชนแต่ละคนต้องเคารพในกฎหมาย และประการที่สอง ประชาชนแต่ละคนพึงเรียกร้องสิทธิของตนได้ (เพราะตนนั้นรู้กฎหมายที่กำหนดจำกัดการใช้สิทธิเสรีภาพของตน) อย่างไรก็ตาม ข้อความคิดนี้เป็นไปได้ยากอย่างยิ่งหรือกล่าวได้ว่าเป็นไปไม่ได้เลยสำหรับยุคปัจจุบัน เพราะว่า ณ วันนี้ กฎหมายไม่ได้มีเสถียรภาพเช่นแต่ก่อนแล้ว ทุกวันนี้กฎหมายมีพัฒนาการไปอย่างมากมายและรวดเร็วยิ่งนัก กฎหมายมีการเปลี่ยนแปลงบ่อยครั้งมากจนประชาชนรับรู้ไม่ทัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายที่เกี่ยวเนื่องกับกรณีสำคัญในทางเศรษฐกิจและสังคม ก็ได้สร้างปัญหาให้แก่ประชาชนผู้ถูกบังคับใช้กฎหมายด้วยเช่นกัน จนผู้ถูกบังคับใช้กฎหมายนั้นขาดความมั่นใจในการดำรงชีวิตในสังคมไปเลยทีเดียว

สังคมเปลี่ยนไป บทกฎหมายพัฒนาไปตามสภาพสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป ก็เป็นธรรมดาที่บทกฎหมายย่อมต้องมีความซับซ้อนมากขึ้นกว่าในยุคอดีต ความซับซ้อนของบทกฎหมายนี้เอง ที่กล่าวได้ว่าเป็น “ช่องว่างของกฎหมาย” สำหรับยุคปัจจุบัน อนึ่ง การที่กฎหมายปรากฏมีช่องว่างขึ้นนั้น ไม่ใช่เพราะความขาดตกบกพร่อง แต่อาจเพราะมีเนื้อหามากเกินไปที่ทำให้กฎหมายไม่สมบูรณ์ เพราะกฎหมายที่ซับซ้อนนี้ในที่สุดก็ไม่สามารถถูกบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพ ซ้ำร้ายยังอาจไปก่อความเสียหายให้เกิดแก่สิทธิเสรีภาพของประชาชนอีกด้วยก็เป็นได้ จากเหตุผลนี้เอง ที่ได้มีการเรียกร้องให้องค์กรตุลาการโดยเฉพาะอย่างยิ่ง ศาลปกครอง เข้ามามีบทบาทในการอุดช่องว่างตรงนี้ของกฎหมายเพื่อรักษาหลักนิติธรรม หรือนิติรัฐ ในที่สุด

ทั้งหมดนั้นคือ มูลเหตุสำคัญที่ทำให้ศาลปกครองต้องสร้างหลักกฎหมายทั่วไปขึ้นมาเพื่อใช้เป็นเครื่องมือในการพิพากษาคดี เป็นสำคัญ และหากพินิจพิเคราะห์ให้ดี ก็จะพบว่าบทบาทของศาลปกครองในการสร้างหลักกฎหมายทั่วไปนั้นนอกจากจะเป็นการสร้างเสริมประสิทธิภาพในการยุติข้อพิพาททางปกครอง อันเป็นภาระหน้าที่หลักของศาลปกครองแล้ว การสร้างหลักกฎหมายทั่วไปโดยศาลปกครองยังเป็นการพัฒนาหลักนิติธรรม หรือนิติรัฐ ให้มีเสถียรภาพมากยิ่ง ๆ ขึ้นไปในคราวเดียวกันด้วยโดยไม่รู้ตัว

Corruptissima respublica, plurimae leges.

The most corrupt state, the most laws.

Plus l’État se décompose, plus les lois pullulent.

รัฐใดมากไปด้วยความสับสนวุ่นวาย รัฐนั้นย่อมมากไปด้วยกฎหมาย

การบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ : ศึกษาขอบอำนาจของศาลปกครองในการตรวจสอบการยอมรับและการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ

ชวพิมพ์ ณ นคร[1]

การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการเป็นการระงับข้อพิพาททางเลือกโดยองค์กรที่มิใช่ศาล แต่คำวินิจฉัยของคณะอนุญาโตตุลาการมีผลผูกพันคู่กรณี การระงับข้อพิพาทโดยวิธีการอนุญาโตตุลาการมีบทบาทสำคัญมากขึ้นในปัจจุบัน เนื่องจากสะดวกและประหยัดค่าใช้จ่าย บทความฉบับนี้จึงขอนำเสนอความหมาย ประวัติความเป็นมาและบทกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการ ศึกษาขอบอำนาจของศาลในการตรวจสอบการยอมรับและการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ โดยมุ่งเน้นกรณีคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน โดยรวบรวมแนวคิดทฤษฎีที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน รวมทั้งเปรียบเทียบตัวอย่างคดีที่ศาลวินิจฉัยในเรื่องเกี่ยวกับข้อกฎหมายที่เกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชนจากแนวทางในการวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดโดยมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด

1. ความหมาย/ความทั่วไป/ทฤษฎี ที่เกี่ยวข้องกับอนุญาโตตุลาการ

พจนานุกรมฉบับราชบัณฑิตยสถานได้ให้ความหมายของ “อนุญาโตตุลาการ” ว่า บุคคลที่คู่กรณีพร้อมใจกันตั้งขึ้นเพื่อให้ชำระ ตัดสินในข้อพิพาท ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อนันต์ จันทร์โอภากร อธิบายว่า การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการเริ่มมีขึ้นมายาวนานตามวิวัฒนาการของกฎหมาย ดังหลักฐานที่ปรากฏตั้งแต่สมัยจักรวรรดิโรมันโดยกฎหมายสิบสองโต๊ะได้บัญญัติให้มีคนกลางเป็นอนุญาโตตุลาการ ทำหน้าที่ระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับที่ดินข้างเคียง ส่วนในประเทศไทย ปรากฏหลักฐานว่าในกฎหมายตราสามดวงมีการบัญญัติเกี่ยวกับการแต่งตั้งตุลาการโดยคู่ความ เรียกว่า “อนุญาโตตุลาการ” ซึ่งแตกต่างจากตุลาการที่พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้ง และจะตัดสินความผิดหรือถูกอย่างไรก็ไม่มีโทษ และเมื่อ “อนุญาโตตุลาการ” ตัดสินอย่างไร คู่ความที่ไม่เห็นด้วยกับคำตัดสินจะอุทธรณ์ไม่ได้ ดังจะเห็นได้จากถ้อยคำในกฎหมายตราสามดวงที่กล่าวไว้ว่า “อันว่ากระลาการคู่ความทั้งสองข้างยอมให้บังคับนั้น ถ้าแลบังคับบัญชาผิดไซร้หาโทษมิได้ เหตุคู่ความทั้งสองข้างให้บังคับเอง” และข้อความในอีกวรรคหนึ่งกล่าวว่า “อันว่ากระลาการแลคู่ความมันยอมกันให้บังคับนั้น ถ้าบังคับคดีนั้น คู่ความมิเต็มใจ และจะอุทธรณ์เอาเนื้อความนั้นมาให้บังคับใหม่เล่ามิได้เลย เหตุเนื้อความนั้นคนทั้งสองกอปรด้วยอุตส่าห์ยอมให้ผู้นั้นบังคับ”[2] ต่อมา ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่

---

[1] พนักงานคดีปกครองชำนาญการ กลุ่มสนับสนุนงานวิชาการ สำนักประธานศาลปกครองสูงสุด

[2] ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.อนันต์ จันทรโอภากร, “กฎหมายว่าด้วยการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการนอกศาล” (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติธรรม, 2536), หน้า 1-7

ประกาศใช้ใน พ.ศ. 2477 ได้บัญญัติหลักเกณฑ์เรื่องอนุญาโตตุลาการในศาลและนอกศาลไว้ กับทั้งได้มีการตราพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2530 ขึ้น เพื่อกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเสนอข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดนอกศาล โดยมีการจัดตั้งสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม (Thai Arbitration Institute : TAI) ขึ้นเมื่อปี พ.ศ. 2533 อย่างไรก็ตาม คำวินิจฉัยชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่มีสภาพบังคับดังเช่นคำพิพากษาของศาล ดังนั้น เมื่อคู่กรณีต้องการให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ หรือหากคู่กรณีต้องการเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ก็จำต้องใช้สิทธิทางศาล ตามมาตรา 42 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ที่บัญญัติว่า “เมื่อคู่พิพาทฝ่ายใดประสงค์จะให้มีการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการให้คู่พิพาทฝ่ายนั้นยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจภายในกำหนดเวลาสามปีนับแต่วันที่อาจบังคับตามคำชี้ขาดได้ เมื่อศาลได้รับคำร้องดังกล่าวให้รีบทำการไต่สวนและมีคำพิพากษาโดยพลัน” แต่การใช้สิทธิทางศาลดังกล่าวนั้น จะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลใดเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายในปัจจุบัน กระบวนการเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการที่ได้รับความแพร่หลายและยอมรับกันในวงกว้างในการระงับข้อพิพาททั้งทางแพ่งและทางปกครอง ซึ่งในที่นี้จะขออธิบายเกี่ยวกับการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่อยู่ในขอบเขตอำนาจของศาลปกครองโดยบทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับอำนาจของศาลปกครองในการพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ มีดังนี้

2. บทบัญญัติของกฎหมายที่เกี่ยวกับอำนาจของศาลปกครองในการพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ

คดีพิพาทเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการที่จะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองนั้น ต้องเป็นการระงับข้อพิพาทในสัญญาทางปกครอง สำหรับปัญหาว่าสัญญาลักษณะเช่นใดบ้างที่เป็นสัญญาทางปกครองนั้น มาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้บัญญัติคำนิยามของคำว่า “สัญญาทางปกครอง” ไว้ว่า สัญญาทางปกครอง หมายความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐ และมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะหรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ และโดยที่มาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน บัญญัติในเรื่องเขตอำนาจของศาลปกครองไว้ว่า ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้ ... (4) คดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ... (6) คดีพิพาทเกี่ยวกับเรื่องที่มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครอง ดังนั้น เมื่อข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาที่มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองที่มีข้อกำหนดให้มีการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ จึงอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองเช่นเดียวกันในฐานะคดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (6) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ประกอบกับมาตรา 40 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ที่บัญญัติว่า “คู่พิพาทฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งอาจขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดได้ โดยยื่นคำร้องต่อศาลที่มีเขตอำนาจภายในเก้าสิบวันนับแต่วันได้รับสำเนาคำชี้ขาด หรือถ้าเป็นกรณีมีการขอให้คณะอนุญาโตตุลาการแก้ไขหรือตีความคำชี้ขาดหรือชี้ขาดเพิ่มเติม นับแต่วันที่คณะอนุญาโตตุลาการได้แก้ไขหรือตีความคำชี้ขาดหรือทำคำชี้ขาดเพิ่มเติมแล้ว” ซึ่งในปัจจุบัน กฎหมายกำหนดให้สามารถมีข้อกำหนดให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองได้ ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน ที่บัญญัติว่า “ในสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชนไม่ว่า

จะเป็นสัญญาทางปกครองหรือไม่ก็ตาม คู่สัญญาอาจตกลงให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทได้ และให้สัญญาอนุญาโตตุลาการดังกล่าวมีผลผูกพันคู่สัญญา" อย่างไรก็ตาม ด้วยเหตุที่คดีพิพาทเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง มิใช่คดีพิพาทตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังนั้น เมื่อคดีพิพาทในลักษณะนี้เข้าสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ศาลปกครองจึงไม่อาจปฏิบัติกับคดีพิพาทดังกล่าวเช่นคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน ที่ศาลจะสามารถพิจารณาว่าคู่สัญญาฝ่ายใดเป็นฝ่ายผิดสัญญาได้ แต่จะเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการได้ก็ต่อเมื่อมีเหตุตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ซึ่งในกรณีที่มีการคัดค้านคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการต่อศาล มาตรา 40 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 บัญญัติให้ศาลเพิกถอนคำชี้ขาดได้ในกรณีดังต่อไปนี้ ... (2) มีกรณีปรากฏต่อศาลว่า (ก) คำชี้ขาดนั้นเกี่ยวกับข้อพิพาทที่ไม่สามารถจะระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมาย หรือ (ข) การยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ขณะเดียวกัน ในการขอให้ศาลบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ มาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน ก็ยังบัญญัติห้ามมิให้อุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลตามพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ (1) การยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (2) คำสั่งหรือคำพิพากษานั้นฝ่าฝืนต่อบทกฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน ซึ่งบทบัญญัติมาตรา 40 และมาตรา 45 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 นี้ บัญญัติไว้สอดคล้องกับกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางการพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration) หรือที่เรียกว่า กฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL[3]

จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ในการที่ศาลจะวินิจฉัยให้เพิกถอนหรือบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ศาลจะต้องพิจารณาว่าคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่พิพาทนั้น ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ เป็นสำคัญ จึงมีข้อที่น่าพิจารณาว่า คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น มีลักษณะเป็นเช่นไร

3. แนวความคิดเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ศาสตราจารย์ ดร.เสาวนีย์ อัศวโรจน์ ได้ให้นิยามของคำว่า "ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน" ไว้ว่า หมายถึง มาตรฐานขั้นพื้นฐานของสภาวะความเป็นอยู่ของประชาชนที่อยู่ร่วมกันในสังคม โดยมีความปลอดภัยในชีวิต ร่างกายและทรัพย์สิน และในการดำเนินชีวิตโดยปกติสุข ในเรื่องที่เกี่ยวกับสิ่งที่จำเป็นและสำคัญในประเทศ ที่เกี่ยวด้วยผลประโยชน์ของมหาชนโดยทั่วไป เพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อยของประเทศชาติและสังคม เช่น กฎหมาย ศีลธรรม เศรษฐกิจ การเมือง ศาสนา และสังคมของประเทศ ซึ่งเป็นเรื่องที่รัฐใช้เพื่อปกป้องผลประโยชน์สาธารณะของประเทศโดยส่วนรวมโดยผ่านทางศาล แต่ทั้งนี้ก็ต้องใช้หลักดังกล่าวด้วยความระมัดระวัง เพราะโดยสภาพแล้วความสงบเรียบร้อยของประชาชนเป็นแนวความคิดที่มีพลวัต กล่าวคือ มีความเปลี่ยนแปลงง่าย เคลื่อนไหวไม่หยุดนิ่ง

---

[3] UNCITRAL Model Law : Article 34. Application for setting aside as exclusive recourse against arbitral award

(1) Recourse to a court against an arbitral award may be made only by an application for setting aside in accordance with paragraphs (2) and (3) of this article.

(2) An arbitral award may be set aside by the court specified in article 6 only if :

...(b) the court finds that :

...(ii) the award is in conflict with the public policy of this State.

มีพัฒนาการเพื่อตอบสนองต่อความต้องการของสังคมที่เปลี่ยนแปลงไป รวมทั้งทางการเมือง วัฒนธรรม ศีลธรรม เศรษฐกิจ และสังคม[4]

ส่วน ดร.บุญอนันต์ วรรณพานิชย์ กล่าวว่า โดยที่สภาพของหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้น มีลักษณะค่อนข้างเป็นนามธรรม การปรับใช้จึงต้องอาศัยการประเมินคุณลักษณะทางกฎหมายให้แก่ข้อเท็จจริงเป็นกรณี ๆ ไป ข้อมูลทางวิชาการส่วนใหญ่จึงอธิบายหลักดังกล่าวด้วยการอ้างอิงตัวอย่างที่ปรากฏจากแนวคำวินิจฉัยของศาลซึ่งในกฎหมายปกครองของต่างประเทศ เช่น ประเทศฝรั่งเศส ก็มีการศึกษาเกี่ยวกับแนวความคิดว่าด้วยความสงบเรียบร้อย (L'ordre Public) เอาไว้ โดยพิจารณาในด้านที่เป็นกระบวนการและในด้านที่เป็นเนื้อหา โดยในความหมายกว้างที่สุด ความสงบเรียบร้อยของประชาชนครอบคลุมบรรดาคุณค่าทั้งหลายที่เป็นแก่นสำคัญของเจตจำนงร่วมกันของสังคมและระบบกฎหมาย ซึ่งประกอบด้วยความสงบเรียบร้อย (la tranquilité) และในระยะต่อมา มีการขยายขอบเขตครอบคลุมไปถึงการปกป้องคุ้มครองศักดิ์ศรีแห่งความเป็นมนุษย์ (la sauvegarde de la dignité de la personne humaine) แต่ในส่วนที่เกี่ยวกับศีลธรรมอันดีในทางมหาชน (la moralité publique) ยังมีความเห็นแตกต่างกันว่าอยู่ในขอบเขตของความสงบเรียบร้อยหรือไม่ โดยนักวิชาการบางส่วนเห็นว่าหลักความสงบเรียบร้อยครอบคลุมไปถึงเรื่องศีลธรรมอันดีในทางมหาชนด้วย[5]

4. แนวคำวินิจฉัยศาลปกครองสูงสุดที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

ศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักในการวินิจฉัยว่าปัญหาใดเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนไว้ในหลายคดี เช่น

1. คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 320/2561

คดีนี้ผู้ร้องทั้งสองยื่นคำร้องว่า ผู้คัดค้าน (กรมพัฒนาที่ดิน) ได้ทำสัญญาลงวันที่ 21 ธันวาคม 2552 ว่าจ้างให้ผู้ร้องที่ 1 (ห้างหุ้นส่วนจำกัด อ.) ขุดสระเก็บน้ำประจำไร่นา โดยสัญญากำหนดว่าหากมีข้อโต้แย้งเกิดขึ้นระหว่างคู่สัญญาเกี่ยวกับข้อกำหนดในสัญญาหรือเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาซึ่งคู่กรณีไม่สามารถตกลงกันได้ ให้เสนอข้อโต้แย้งหรือข้อพิพาทนั้นต่ออนุญาโตตุลาการเพื่อพิจารณาชี้ขาด ต่อมา เมื่อเกิดข้อพิพาทและคณะอนุญาโตตุลาการได้มีคำชี้ขาด ลงวันที่ 1 ตุลาคม 2558 ให้ผู้ร้องทั้งสองร่วมกันชำระเงินค่าเสียหายแก่ผู้คัดค้าน ผู้ร้องทั้งสองเห็นว่าคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยคลาดเคลื่อนต่อข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย รับฟังข้อเท็จจริงนอกสำนวนคดี สัญญาจ้างขุดสระน้ำประจำไร่นาเป็นโมฆะ เป็นสัญญาที่ไม่เป็นธรรม ผู้ร้องทั้งสองไม่ได้ปฏิบัติผิดสัญญาและไม่ต้องรับผิดตามสัญญา จึงยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการลงวันที่ 1 ตุลาคม 2558 ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า เมื่อพิเคราะห์ลักษณะของข้อกล่าวอ้างของผู้ร้องทั้งสองที่ได้อ้างว่าเป็นเหตุตามมาตรา 45 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 แล้ว เห็นได้ว่า ข้อกล่าวอ้างของผู้ร้องทั้งสอง ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่อ้างว่าสัญญาจ้างขุดสระน้ำประจำไร่นาเป็นโมฆะ เป็นสัญญาที่ไม่เป็นธรรมตามพระราชบัญญัติว่าด้วยข้อสัญญาที่ไม่เป็นธรรม พ.ศ. 2540 รวมทั้ง กรณีที่อ้างว่าผู้ร้องทั้งสองไม่ได้ปฏิบัติผิดสัญญาและ

---

[4] เสาวนีย์ อัศวโรจน์, รายงานวิจัย เรื่อง แนวทางการตีความของศาลภายใต้หลักความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545, หน้า 14

[5] ดร.บุญอนันต์ วรรณพานิชย์, แนวความคิดว่าด้วยความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนในคดีปกครองเกี่ยวกับการอนุญาโตตุลาการ, เอกสารประกอบการบรรยายหลักสูตรการเพิ่มพูนองค์ความรู้ให้แก่พนักงานคดีปกครอง เรื่อง การระงับข้อพิพาทด้วยวิธีอนุญาโตตุลาการ จัดทำโดยวิทยาลัยตุลาการและข้าราชการฝ่ายศาลปกครอง ระหว่างวันที่ 13-16 กุมภาพันธ์ 2561

ไม่ต้องรับผิดตามสัญญานั้น ไม่ใช่เรื่องที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใด กรณีเป็นเพียงการไม่เห็นพ้องด้วยกับดุลพินิจในการตัดสินชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการเท่านั้น จึงมีคำสั่งยกอุทธรณ์ของผู้ร้องทั้งสอง และให้คืนค่าธรรมเนียมศาลในชั้นอุทธรณ์ทั้งหมดแก่ผู้ร้องทั้งสอง

2. คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 247/2562

คดีนี้ ผู้ร้อง (การประปานครหลวง) ร้องว่า ผู้ร้องทำสัญญาจ้างผู้คัดค้านที่ 1 (บริษัท ธ.) ให้ดำเนินการลดน้ำสูญเสียในเขตพื้นที่สำนักงานประปา สาขาภาษีเจริญ ตามสัญญาลงวันที่ 9 มีนาคม 2543 ต่อมา ผู้คัดค้านที่ 2 (บริษัท ว.) ได้เข้าร่วมเป็นคู่สัญญาในฐานะผู้ร่วมดำเนินงานในกิจการร่วมค้า ท. โดยผู้ร้องตกลงจะจ่ายค่าบริหารงานให้ผู้คัดค้านทั้งสองเมื่อดำเนินการลดน้ำสูญเสียได้ตามเป้าหมาย ต่อมา เกิดข้อพิพาทเกี่ยวกับวิธีการคิดคำนวณค่าบริหารงานดังกล่าว ผู้คัดค้านทั้งสองจึงได้เสนอข้อพิพาทต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการเป็นข้อพิพาทหมายเลขดำที่ 26/2549 และคณะอนุญาโตตุลาการเสียงข้างมากได้มีคำชี้ขาดให้ผู้ร้องชำระค่าบริหารงาน จำนวน 221,637,579.53 บาท และค่าตอบแทนพิเศษ จำนวน 10,431,580.40 บาท รวมเป็นเงิน 232,069,159.93 บาท พร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี นับถัดจากวันที่ผู้ร้องได้รับคำชี้ขาดจนกว่าจะชำระเสร็จ ตามข้อพิพาทหมายเลขแดงที่ 44/2551 ผู้ร้องเห็นว่าการที่คณะอนุญาโตตุลาการเสียงข้างมากใช้ภาคผนวก 3 ของสัญญาที่พิพาท คำนวณค่าบริหารงานและค่าตอบแทนพิเศษโดยใช้อัตราน้ำขายเป็นตัวคำนวณมูลค่าน้ำสูญเสียที่ประหยัดได้ เป็นการวินิจฉัยพยานหลักฐานที่ขัดแย้งกันเอง ทำให้ค่าบริหารงานและค่าตอบแทนพิเศษสูงเกินจริง และขัดต่อเจตนารมณ์ในการทำสัญญา จึงเป็นคำวินิจฉัยที่ให้ผู้คัดค้านทั้งสองได้รับประโยชน์เกินสมควร และไม่เป็นไปตามสัญญา ซึ่งการยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ข้อพิพาทหมายเลขดำที่ 26/2559 หมายเลขแดงที่ 44/2551 ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า เมื่อพิเคราะห์ลักษณะของข้อกล่าวอ้างของผู้ร้องแล้ว จะเห็นได้ว่า ข้อกล่าวอ้างของผู้ร้องดังกล่าวเป็นเพียงการโต้แย้งการพิเคราะห์พยานหลักฐานและดุลพินิจในการวินิจฉัยรับฟังข้อเท็จจริงของพยานหลักฐานในสำนวนของคณะอนุญาโตตุลาการ และโต้แย้งเหตุผลในการวินิจฉัยตีความข้อสัญญาระหว่างผู้ร้องกับผู้คัดค้านทั้งสองเท่านั้น โดยมิใช่เรื่องที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใด ซึ่งไม่ว่าคู่พิพาทจะเห็นด้วยกับคำชี้ขาดหรือไม่เพียงใด แต่เมื่อเป็นวิธีการระงับข้อพิพาทที่เกิดจากเจตนาตกลงกันของคู่พิพาทเอง การไม่เห็นด้วยกับคำชี้ขาดและประสงค์จะขอให้ศาลทบทวน จึงต้องยอมรับขอบเขตจำกัดตามที่พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 กำหนดเอาไว้ กรณีจึงถือได้ว่าไม่เข้าเหตุที่จะให้มีการอุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลได้ตามมาตรา 45 วรรคหนึ่ง (1) ถึง (5) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว อุทธรณ์ของผู้ร้องจึงเป็นคำอุทธรณ์ที่ต้องห้ามตามกฎหมาย ซึ่งศาลปกครองสูงสุดต้องมีคำสั่งยกอุทธรณ์ ตามข้อ 108 วรรคหนึ่ง แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 จึงมีคำสั่งยกอุทธรณ์ของผู้ร้อง และให้คืนค่าธรรมเนียมศาลในชั้นอุทธรณ์ทั้งหมดแก่ผู้ร้อง

3. คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 398/2561

คดีนี้ผู้ร้อง (ห้างหุ้นส่วนจำกัด อ.) ยื่นคำร้องว่า ผู้คัดค้าน (เทศบาลตำบลควนกลาง (องค์การบริหารส่วนตำบลควนกลาง เดิม)) ว่าจ้างผู้ร้องให้ทำงานก่อสร้างถนน คสล. ตามสัญญาจ้าง ลงวันที่ 14 สิงหาคม 2552 ในระหว่างการทำงานจ้างผู้คัดค้านเห็นว่าผู้ร้องไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของคณะกรรมการตรวจการจ้าง หรือมีเหตุให้เชื่อได้ว่าผู้ร้องไม่สามารถทำงานให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลา และมีการก่อสร้างผิดแบบรูปในสัญญาจ้าง ผู้คัดค้านจึงมีหนังสือบอกเลิกสัญญาจ้างเมื่อวันที่ 17 กันยายน 2552 ผู้ร้องเห็นว่า ผู้ร้องไม่ได้ปฏิบัติผิดสัญญา การบอกเลิกสัญญาทำให้ผู้ร้องได้รับความเสียหายเนื่องจากได้ลงทุนดำเนินการก่อสร้างถนนตามสัญญาไปมากแล้ว จึงขอให้คณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดให้ผู้คัดค้านชดใช้ค่าเสียหายจำนวน 2,729,203 บาท พร้อมดอกเบี้ยอัตราร้อยละ 15 ต่อปี นับแต่วันยื่นข้อเรียกร้องจนกว่า

จะชำระเสร็จ ต่อมา คณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดเป็นข้อพิพาทหมายเลขแดงที่ 115/2555 วินิจฉัยว่า ผู้ร้องทำการก่อสร้างไม่เต็มเนื้อที่ แต่เหตุที่ทำไม่เต็มเนื้อที่เพราะมีราษฎรขัดขวางการก่อสร้าง ซึ่งไม่ใช่ความผิดของผู้ร้อง และผู้คัดค้านก็ไม่ได้ทำการแก้ไขอุปสรรคให้ ถือว่ามีส่วนทำให้การก่อสร้างดำเนินไปไม่ได้ ซึ่งระยะเวลาที่ทำงานต่อไปอาจคาดหมายได้ว่าไม่แล้วเสร็จตามสัญญา ผู้คัดค้านจึงมีสิทธิบอกเลิกสัญญา แต่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ร้องตามมาตรา 605 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และชี้ขาดให้ผู้คัดค้านชดใช้เงินแก่ผู้ร้องจำนวน 1,800,000 บาท พร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี นับแต่วันที่ผู้ร้องยื่นข้อเรียกร้องจนกว่าจะชำระเสร็จ ต่อมา ผู้ร้องมีคำร้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาให้บังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ โดยให้ผู้คัดค้านชำระเงินจำนวน 1,800,000 บาท พร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี ของต้นเงินดังกล่าวนับตั้งแต่วันที่ 29 มกราคม 2553 จนถึงวันฟ้อง จำนวน 453,033 บาท รวมเป็นเงินทั้งสิ้น 2,253,033 บาท และให้ชำระดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี ของต้นเงิน 1,800,000 บาท จนกว่าจะชำระเสร็จแก่ผู้ร้อง โดยอ้างว่าคณะอนุญาโตตุลาการกำหนดค่าสินไหมทดแทนอันเป็นค่าการงานที่ทำไปแล้วขึ้นมาเองโดยไม่มีกฎหมายรองรับ ไม่ชอบด้วยข้อ 20 ของระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุขององค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2538 ประกอบข้อ 21 ของระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 ซึ่งเป็นกฎหมายเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า คณะอนุญาโตตุลาการได้มีการกำหนดประเด็นข้อพิพาทโดยความเห็นชอบของคู่พิพาท และได้พิจารณาพยานบุคคลและพยานเอกสารทั้งสองฝ่ายแล้ว จึงเป็นการวินิจฉัยภายในขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ ส่วนข้อ 20 ของระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุขององค์การบริหารส่วนตำบล พ.ศ. 2538 และข้อ 21 ของระเบียบกระทรวงมหาดไทยว่าด้วยการพัสดุของหน่วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2535 เป็นเพียงข้อกำหนดให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิบัติตามกรณีมีการจัดซื้อจัดจ้างของหน่วยงานเท่านั้น มิได้ใช้บังคับกับบุคคลภายนอก การที่คณะอนุญาโตตุลาการกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้ผู้คัดค้านชดใช้แก่ผู้ร้องแตกต่างจากราคากลางที่ผู้คัดค้านจัดทำนั้น การยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าวจึงไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน

4. คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 307/2561

คดีนี้ ผู้ร้อง (กรมสรรพากร) ยื่นคำร้องว่า ผู้ร้องทำสัญญาจ้างผู้คัดค้าน (บริษัท ค.) ให้ทำการถ่ายภาพและบันทึกข้อมูลแบบแสดงรายการภาษีเงินได้บุคคลธรรมดา ปีภาษี 2548 และภาษีเงินได้นิติบุคคลรอบระยะเวลาบัญชีปีภาษี 2548 ของสำนักงานสรรพากรภาค 1 ถึงภาค 12 และสำนักบริหารภาษีธุรกิจขนาดใหญ่ แบ่งชำระเงินค่าจ้างเป็น 3 งวด ต่อมา ผู้ร้องและผู้คัดค้านได้เกิดข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการปฏิบัติตามสัญญาดังกล่าวและไม่สามารถตกลงกันได้ ผู้คัดค้านจึงได้เสนอข้อพิพาทต่อสถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักระงับข้อพิพาท สำนักงานศาลยุติธรรม เป็นข้อพิพาทหมายเลขดำที่ 50/2551 คณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดให้ผู้ร้องชำระเงินให้ผู้คัดค้าน จำนวน 2,856,000 บาท พร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี นับแต่วันถัดจากวันชี้ขาดจนกว่าจะชำระเสร็จ ให้ยกข้อเรียกร้องแย้งของผู้ร้อง ผู้ร้องเห็นว่า คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการเป็นการวินิจฉัยเกินขอบเขตของสัญญาและเกินข้อตกลงระหว่างคู่สัญญาอันเป็นเหตุแห่งการเพิกถอนตามมาตรา 40 วรรคสาม (1) (ง) แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ซึ่งมีผลทำให้การยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนตามมาตรา 40 วรรคสาม (2) (ข) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ผู้ร้องจึงนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ข้อพิพาทหมายเลขแดงที่ 79/2553 และให้ผู้คัดค้านชำระเงินค่าปรับแก่ผู้ร้องจำนวน 14,911,320 บาท พร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ 7.5 ต่อปี นับจากวันยื่นคำร้องข้อเรียกร้องแย้ง เป็นต้นไปจนกว่าจะชำระเสร็จ ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการมีลักษณะเป็นการใช้ดุลพินิจของ

คณะอนุญาโตตุลาการในการรับฟังและชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานที่คู่พิพาทยกขึ้นเพื่อสนับสนุนข้ออ้างข้อต่อสู้ของตน อันเป็นการวินิจฉัยชี้ขาดปัญหาข้อเท็จจริงที่คู่พิพาทโต้แย้งกัน ซึ่งมิใช่การรับฟังข้อเท็จจริงนอกเหนือจากพยานหลักฐานในสำนวน โดยมีการระบุเหตุผลแห่งการวินิจฉัยชัดแจ้งและไม่เกินคำขอของคู่พิพาท ตามมาตรา 37 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 จึงมิใช่คำชี้ขาดวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือคำชี้ขาดวินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ ตามมาตรา 40 วรรคสาม (1) (ง) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันแต่อย่างใด และเมื่อคดีนี้ได้วินิจฉัยแล้วว่าคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการมิใช่คำชี้ขาดวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือคำชี้ขาดวินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ และไม่ปรากฏว่าการยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน อีกทั้งคำชี้ขาดดังกล่าวเป็นคำชี้ขาดที่เกี่ยวกับข้อพิพาทในสัญญาจ้างทำของซึ่งสามารถจะระงับโดยการอนุญาโตตุลาการได้ตามกฎหมาย คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการจึงผูกพันคู่สัญญาและชอบที่ศาลจะบังคับให้ได้ตามมาตรา 41 ไม่มีเหตุที่ศาลจะมีคำสั่งปฏิเสธไม่รับบังคับตามคำชี้ขาดได้ตามมาตรา 43 (4) และมาตรา 44 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

จากการศึกษาคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ผู้เขียนพบว่า การที่ผู้ร้องยื่นคำร้องขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการโดยมีข้อกล่าวอ้างในลักษณะที่เป็นการไม่เห็นพ้องด้วยกับดุลพินิจในการตัดสินชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ นั้น ศาลปกครองสูงสุดไม่ถือเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใด ดังนั้น กรณีที่คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการมิใช่คำชี้ขาดวินิจฉัยข้อพิพาทซึ่งไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือคำชี้ขาดวินิจฉัยเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการและไม่ปรากฏว่าการยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดนั้นจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาตรงตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ โดยไม่ปรากฏเหตุฝ่าฝืนต่อบทกฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศาลปกครองสูงสุดจะวินิจฉัยว่าคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นเป็นที่สุด คำอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นจึงต้องห้ามตามกฎหมาย

ปัญหาต่อไปที่ต้องพิจารณาคือ ศาลมีขอบเขตในการพิจารณาเช่นไรว่า คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ปัญหานี้ สามารถหาคำตอบได้ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 932/2561 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 933/2561 (วินิจฉัยโดยมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด)

5. กรณีศึกษา : คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 932/2561 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 933/2561

คดีทั้งสองนี้มีเนื้อหาแห่งคดีอย่างเดียวกัน โดยคดีตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 932/2561 บริษัท ทางด่วนกรุงเทพเหนือ จำกัด เป็นผู้ร้อง การทางพิเศษแห่งประเทศไทย เป็นผู้คัดค้าน ส่วนคดีตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 933/2561 นั้น การทางพิเศษแห่งประเทศไทย เป็นผู้ร้อง บริษัท ทางด่วนกรุงเทพเหนือ จำกัด เป็นผู้คัดค้าน คดีแรก บริษัท ทางด่วนกรุงเทพเหนือ จำกัด ร้องขอให้บังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่ให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยชำระหนี้ คดีที่สอง การทางพิเศษแห่งประเทศไทยขอเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่ให้ชำระหนี้ เหตุเกิดจากการที่คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อปี พ.ศ. 2538 อนุมัติให้บริษัท ทางด่วนกรุงเทพเหนือ จำกัด ดำเนินโครงการทางด่วน สายบางปะอิน - ปากเกร็ด หรือเรียกอีกอย่างว่าแจ้งวัฒนะ - บางพูน - บางไทร ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. 2535 เริ่มต้นที่ปากทางเมืองทองธานีจนถึงบางไทร

ระยะทางประมาณ 30 กิโลเมตร ตั้งต้นจากปลายทางด่วนขั้นที่ 2 ซึ่งเดิมมาลงที่แจ้งวัฒนะผ่านเมืองทองธานีไปยังมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ศูนย์รังสิต แต่โครงการต่อไปบริษัท ทางด่วนกรุงเทพ จำกัด ได้รับการคัดเลือก จึงตั้งบริษัทในเครือขึ้นมาคือบริษัท ทางด่วนกรุงเทพเหนือ จำกัด ถึงบางไทร ในการดำเนินการครั้งนี้มีการเจรจาต่อรองเรื่องค่าผ่านทางกันมาตลอด ช่วงหนึ่งบริษัท ทางด่วนกรุงเทพเหนือ จำกัด ได้เสนอขอให้รัฐชดเชยรายได้ว่า หากได้รับผลตอบแทนน้อยกว่าร้อยละ 14 ขอให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยชดเชยรายได้ การทางพิเศษแห่งประเทศไทยไม่ตกลง แต่ยอมจะสร้างทางยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์ให้สิ้นสุดเพียงอนุสรณ์สถานแห่งชาติ ในช่วงเวลาหนึ่งเท่านั้น ในที่สุด การทางพิเศษแห่งประเทศไทยได้มีการลงนามในสัญญากับบริษัท ทางด่วนกรุงเทพเหนือ จำกัด ที่เป็นประเด็นพิพาทในคดีนี้ เมื่อวันที่ 27 กันยายน 2539 โดยสัญญาข้อ 16 วรรคหนึ่ง กำหนดว่า หากในระยะเวลาของสัญญารัฐหรือการทางพิเศษแห่งประเทศไทยก่อสร้างหรือปรับปรุงถนนหรือทางหลวงจนได้มาตรฐานเดียวกันกับทางพิเศษในพื้นที่ใกล้เคียง และการก่อสร้างมีผลกระทบอย่างรุนแรง ทำให้ปริมาณการจราจรที่ใช้ทางด่วนของบริษัท ทางด่วนกรุงเทพเหนือ จำกัด ลดลงจากที่ประมาณการ การทางพิเศษแห่งประเทศไทยจะชดเชยรายได้ในส่วนที่ลดลง ด้วยวิธีการที่คู่สัญญาเห็นว่าเหมาะสม เงื่อนไขของสัญญาข้อนี้คือการสร้างทางที่มีผลกระทบอย่างรุนแรงตามภาคผนวกท้ายสัญญาหมายเลข 15 ที่ทำให้ปริมาณการใช้ทางหรือรายได้ลดลงก็จะจ่ายเงินชดเชย ซึ่งภาคผนวกท้ายสัญญาดังกล่าวก็กำหนดไว้ด้วยว่าทางยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์ไม่ถือเป็นทางแข่งขันแต่มีเงื่อนไขจะไม่ต่อขยายไปเกินกว่าอนุสรณ์สถานแห่งชาติตรงบริเวณธูปะเตมีย์ (ดังนั้น ทางยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์ไม่ถือเป็นทางแข่งขัน แต่ห้ามสร้างต่อจากอนุสรณ์สถานแห่งชาติ) โดยในการทำสัญญาครั้งนี้ ภาคผนวกได้ประมาณการไว้ล่วงหน้าว่าในปี 2542 บริษัท ทางด่วนกรุงเทพเหนือ จำกัด จะมีรายได้ประมาณการ 902 ล้านบาท ส่วนปี 2543 จะมีรายได้ 1,287 ล้านบาท ครั้นในปี พ.ศ. 2540 คณะรัฐมนตรีได้อนุมัติให้ก่อสร้างทางยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์ส่วนต่อขยายจากถนนวิภาวดี - รังสิต ต่อไป 7 กิโลเมตร เนื่องจากรัฐบาลจะเป็นเจ้าภาพในการจัดการแข่งขันกีฬาเอเชียนเกมส์ที่มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ศูนย์รังสิต เมื่อบริษัท ทางด่วนกรุงเทพเหนือ จำกัด ทราบจึงทักท้วง แต่รัฐอ้างว่าไม่ใช่ทางแข่งขันจึงสร้างต่อไป จนในที่สุดทางด่วนสายบางปะอิน - ปากเกร็ด ที่บริษัท ทางด่วนกรุงเทพเหนือ จำกัด ได้รับอนุญาตให้สร้างก็เปิดใช้งานเมื่อวันที่ 2 ธันวาคม 2541 ช่วงต้น และไปถึงบางปะอินในวันที่ 1 ธันวาคม 2542 ขณะที่ทางยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์ ส่วนต่อขยาย 7 กิโลเมตร (สายสีแดง) ก็แล้วเสร็จเมื่อเดือนธันวาคม 2541 เช่นเดียวกัน บริษัท ทางด่วนกรุงเทพเหนือ จำกัด จึงมีหนังสือแจ้งว่าการทางพิเศษแห่งประเทศไทยผิดสัญญา การทางพิเศษแห่งประเทศไทยเห็นว่า ทางดังกล่าวไม่เป็นทางที่มีลักษณะแข่งขันไม่ผิดสัญญา บริษัท ทางด่วนกรุงเทพเหนือ จำกัด จึงให้วิศวกรอิสระตรวจสอบตามที่คู่สัญญาตกลงกัน ทั้งนี้ วิศวกรอิสระวินิจฉัยโดยนำประมาณการรายได้ที่คาดว่าจะได้ตั้ง แล้วลบด้วยรายได้ที่เก็บได้จริงของทางด่วนช่วงแจ้งวัฒนะ บางพูน บางไทร นี้ ปรากฏว่ารายได้ลดลงกว่าร้อยละ 80 บริษัท ทางด่วนกรุงเทพเหนือ จำกัด จึงนำรายได้ที่ลดลงรวม 2 ปี มารวมและขอให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยชำระเป็นเงิน 1,790 ล้านบาท พร้อมดอกเบี้ย แต่ไม่สามารถตกลงกันได้ จึงนำมาสู่การพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ ตามข้อ 27.1 ของสัญญาที่พิพาท ต่อมา คณะอนุญาโตตุลาการมีคำวินิจฉัยเมื่อปี พ.ศ. 2551 ว่า ทางยกระดับดอนเมืองโทลล์เวย์ ส่วนต่อขยาย 7 กิโลเมตรเป็นทางแข่งขัน เนื่องจากไม่ได้รับการยกเว้นตามภาคผนวก 15 และทางดังกล่าวสร้างได้มาตรฐานเดียวกับทางด่วน สายบางปะอิน - ปากเกร็ดที่อยู่ใกล้เคียงกันมีผลกระทบอย่างรุนแรง ตามสัญญาข้อ 16 จึงชี้ขาดให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยจ่ายเงินค่าชดเชยสำหรับปี พ.ศ. 2542 เป็นเงิน 730,800,000 บาท พร้อมดอกเบี้ย และค่าชดเชยสำหรับปี พ.ศ. 2543 เป็นเงิน 1,059,200,000 บาท พร้อมดอกเบี้ย นับตั้งแต่วันที่ 22 มีนาคม 2544 เป็นต้นไป จนกว่าจะชำระเสร็จสิ้น เป็นข้อพิพาทหมายเลขแดงที่ 83/2551 เมื่อวันที่ 27 พฤศจิกายน 2551 การทางพิเศษแห่งประเทศไทยปฏิเสธจะปฏิบัติตามคำชี้ขาดดังกล่าว บริษัท ทางด่วนกรุงเทพเหนือ จำกัด จึงยื่นคำร้องขอให้ศาลปกครองบังคับตามคำชี้ขาด

ของคณะอนุญาโตตุลาการ ส่วนการทางพิเศษแห่งประเทศไทยก็ยื่นคำร้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งคดีนี้เป็นคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (6) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองพ.ศ. 2542 ตามที่ได้อธิบายไปแล้วข้างต้น เนื่องจากสัญญาที่พิพาทมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง และสัญญาดังกล่าวมีข้อกำหนดให้ระงับข้อพิพาทด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ

ในชั้นการพิจารณาของศาลปกครอง ศาลปกครองชั้นต้นเห็นว่า เมื่อคดีนี้ การทางพิเศษแห่งประเทศไทยคัดค้านคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการโดยอ้างว่าคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้ดำเนินกระบวนพิจารณาอย่างเสมอภาคและยุติธรรม เพราะไม่ได้พิจารณาข้อโต้แย้งคัดค้านของฝ่ายการทางพิเศษแห่งประเทศไทยอย่างเท่าเทียมและให้มีโอกาสนำสืบพยานหลักฐานและเสนอข้อต่อสู้ได้ตามพฤติการณ์แห่งข้อพิพาท ประกอบกับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการไม่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการ และเป็นคำชี้ขาดที่เกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ รวมทั้งการยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าวจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน จึงกำหนดประเด็นในการพิจารณาดังนี้ ประเด็นที่หนึ่ง กระบวนพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เห็นว่า กระบวนพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการชอบด้วยกฎหมายแล้ว ทั้งนี้ ตามมาตรา 25 มาตรา 34 วรรคหนึ่ง และมาตรา 37 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545[6] ประเด็นที่สอง คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการเป็นคำชี้ขาดที่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือเกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ หรือไม่ ประเด็นนี้เห็นว่า คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยข้อพิพาทตามประเด็นข้อพิพาทที่คณะอนุญาโตตุลาการกำหนดโดยความเห็นชอบของคู่พิพาท ซึ่งล้วนแต่เป็นประเด็นพิพาทตามข้อกำหนดของสัญญาโครงการทางด่วน สายบางปะอิน - ปากเกร็ด ทั้งสิ้น จึงเป็นคำชี้ขาดที่อยู่ในขอบเขตของสัญญาอนุญาโตตุลาการ ตามข้อ 27 การระงับข้อพิพาท 27.1 การเสนอเรื่องต่ออนุญาโตตุลาการ และข้อ 16 ของสัญญาโครงการทางด่วน สายบางปะอิน - ปากเกร็ด ประกอบผนวกท้ายสัญญาหมายเลข 8 และหมายเลข 15 และเป็นคำชี้ขาดที่อยู่ในขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการแล้ว ประเด็นที่สาม การยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการข้อพิพาทหมายเลขแดงที่ 83/2551 ลงวันที่ 27 พฤศจิกายน 2551 จะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ สำหรับประเด็นนี้เห็นว่า คำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในคดีนี้เป็นการชี้ขาดให้คู่สัญญาฝ่ายผู้คัดค้านซึ่งเป็นฝ่ายผิดสัญญาชดใช้เงินค่าเสียหายตามที่กำหนดไว้ในข้อสัญญาพิพาทแก่ผู้ร้อง อันเป็นการบังคับให้คู่สัญญาฝ่ายที่ผิดสัญญาชำระเงินตามข้อกำหนดในสัญญาแก่คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำที่ผิดสัญญาดังกล่าว การยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดดังกล่าวจึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนแต่อย่างใด ศาลปกครองชั้นต้นจึงพิพากษาให้บังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ และยกคำขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ

---

[6] พระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545

มาตรา 25 ในการพิจารณาของคณะอนุญาโตตุลาการ ให้คู่พิพาทได้รับการปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน และให้มีโอกาสนำสืบพยานหลักฐานและเสนอข้ออ้างข้อต่อสู้ของตนได้ตามพฤติการณ์แห่งข้อพิพาทนั้น

มาตรา 34 วรรคหนึ่ง ให้คณะอนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทไปตามกฎหมายที่คู่พิพาทกำหนดให้นำมาใช้บังคับกับข้อพิพาท ในกรณีที่มีการกำหนดถึงกฎหมายหรือระบบกฎหมายของประเทศใด หากข้อความมิได้กำหนดไว้โดยชัดแจ้งให้หมายความถึงกฎหมายสารบัญญัติ มิใช่กฎหมายว่าด้วยการขัดกันแห่งกฎหมายของประเทศนั้น

มาตรา 37 วรรคสอง ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น คำชี้ขาดต้องระบุเหตุผลแห่งการวินิจฉัยทั้งปวงไว้โดยชัดแจ้ง

แต่จะกำหนดหรือชี้ขาดการใดให้เกินขอบเขตแห่งสัญญาอนุญาโตตุลาการหรือคำขอของคู่พิพาทไม่ได้ เว้นแต่จะเป็นคำชี้ขาดตามข้อตกลงประนีประนอมยอมความตามมาตรา 36 หรือเป็นการกำหนดค่าธรรมเนียมและค่าใช้จ่ายในชั้นอนุญาโตตุลาการหรือค่าป่วยการอนุญาโตตุลาการตามมาตรา 46

เมื่อศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาให้บังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ฝ่ายการทางพิเศษแห่งประเทศไทยจึงอุทธรณ์โดยมีสาระสำคัญดังนี้ (1) คณะอนุญาโตตุลาการใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานและชั่งน้ำหนักพยานโดยไม่คำนึงถึงหลักแห่งความยุติธรรม ไม่มีการรับฟังพยานหลักฐานของผู้คัดค้าน โดยในการพิจารณาชี้ขาดคณะอนุญาโตตุลาการไม่ได้ชี้ขาดตามประเด็นว่าการก่อสร้างได้มาตรฐานเดียวกันหรือไม่ อยู่ในขอบเขตพื้นที่ใกล้เคียงกันหรือไม่ และก่อให้เกิดผลกระทบอย่างรุนแรงต่อกันหรือไม่ และประเด็นเกี่ยวกับการขยายทางดังกล่าวเป็นเหตุให้โครงการทางด่วน สายบางปะอิน - ปากเกร็ด มีการจราจรลดลงหรือรายได้ลดลงหรือไม่ (2) การชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการเป็นการรับฟังเฉพาะความเห็นของวิศวกรอิสระที่รับรองค่าชดเชย โดยพิจารณาเฉพาะข้อมูลปริมาณการจราจรและรายได้ค่าผ่านทางพิเศษที่ประมาณการไว้ในผนวกท้ายสัญญาหมายเลข 8 กับปริมาณการจราจรและรายได้ค่าผ่านทางพิเศษของโครงการทางด่วน สายบางปะอิน - ปากเกร็ด ที่เกิดขึ้นในปี พ.ศ. 2542 และ พ.ศ. 2543 เท่านั้น *ถือเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงสัญญาในข้อที่เป็นสาระสำคัญ ไม่ทำการชี้ขาดตามประเด็นข้อพิพาท และเป็นคำชี้ขาดที่เกินขอบเขตแห่งข้อตกลงในการเสนอข้อพิพาทต่ออนุญาโตตุลาการ ซึ่งฝ่ายการทางพิเศษแห่งประเทศไทยเห็นว่า ศาลปกครองชั้นต้นเพิกถอนคำชี้ขาดได้ ตามมาตรา 40 วรรคสาม (1) (ง) แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 และ* (3) การยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดย่อมส่งผลกระทบต่อประโยชน์ของสาธารณชนส่วนรวมทั้งในด้านรายได้ของรัฐและด้านบริการสาธารณะที่ประชาชนจะได้รับ จึงเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน ศาลจึงมีอำนาจสั่งเพิกถอนคำชี้ขาดดังกล่าวได้ ตามมาตรา 40 วรรคสาม (2) (ก) หรือ (ข) แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ขอให้ศาลปกครองสูงสุดพิพากษากลับคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นเป็นให้ยกคำร้องของฝ่ายบริษัททางด่วนกรุงเทพฯ

เมื่อคดีนี้เข้าสู่การพิจารณาของศาลปกครองสูงสุด จึงมีการเสนอให้ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดพิจารณา ตามมาตรา 68 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542[7] โดยมีประเด็นที่เสนอให้ที่ประชุมพิจารณา คือ การยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม ตามข้อพิพาทหมายเลขดำที่ 124/2547 หมายเลขแดงที่ 83/2551 อันเป็นคำชี้ขาดที่พิพาทเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่

ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ได้มีการพิจารณาในเบื้องต้นว่าศาลปกครองสูงสุดอาจรับอุทธรณ์ของการทางพิเศษแห่งประเทศไทย ผู้คัดค้าน ไว้พิจารณาได้หรือไม่ ประเด็นนี้ที่ประชุมเห็นว่า เมื่อคำอุทธรณ์ของการทางพิเศษแห่งประเทศไทยอ้างว่าการยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม ตามข้อพิพาทหมายเลขดำที่ 124/2547 หมายเลขแดงที่ 83/2551 จะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และ/หรือ คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นฝ่าฝืนต่อกฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน โดยยกข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และข้อสัญญา ขึ้นมาอ้างสนับสนุนข้ออุทธรณ์ดังกล่าว ซึ่งอาจเป็นความจริงดังที่อ้าง คำอุทธรณ์ของการทางพิเศษแห่งประเทศไทย นั้น จึงต้องด้วยมาตรา 45 วรรคหนึ่ง (1) และ (2) แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ที่บัญญัติว่า ห้ามมิให้อุทธรณ์คำสั่งหรือคำพิพากษาของศาลตามพระราชบัญญัตินี้ เว้นแต่ (1) การยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดนั้น จะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน (2) คำสั่งหรือคำพิพากษานั้นฝ่าฝืนต่อบทกฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน ... ศาลปกครองสูงสุดจึงสามารถรับอุทธรณ์ของการทางพิเศษแห่ง

---

[7] พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

มาตรา 68 ถ้าประธานศาลปกครองสูงสุดเห็นสมควรจะให้มีการวินิจฉัยปัญหาใดหรือคดีใดโดยที่ประชุมใหญ่ก็ได้ หรือมีกฎหมายหรือระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดให้วินิจฉัยปัญหาใดหรือคดีใดโดยที่ประชุมใหญ่ ก็ให้วินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่

ประเทศไทยไว้พิจารณาได้ และได้พิจารณาวางหลักเกณฑ์ถึงขอบอำนาจของศาลปกครองในการตรวจสอบการยอมรับและการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในลำดับถัดไป โดยเห็นว่าขอบเขตอำนาจของศาลปกครองในการตรวจสอบว่าการยอมรับและการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่ชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง จะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่นั้น ไม่ได้จำกัดแต่เพียงการตรวจสอบว่าคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่ชี้ขาดให้ยกข้อเรียกร้องของคู่พิพาทฝ่ายที่เรียกร้อง หรือให้คู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องให้ชำระเงิน ส่งมอบทรัพย์สิน กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ โดยสภาพแล้วขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่เท่านั้น หากแต่ยังมีอำนาจที่จะตรวจสอบเหตุผลที่คณะอนุญาโตตุลาการใช้ประกอบการจัดทำคำชี้ขาด เพื่อประโยชน์ในการวินิจฉัยว่าการยอมรับและการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการจะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือไม่ เพียงใด ด้วย

ต่อมา ที่ประชุมจึงได้พิจารณาในประเด็นปัญหาที่ว่า การยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม ตามข้อพิพาทหมายเลขดำที่ 124/2547 หมายเลขแดงที่ 83/2551 อันเป็นคำชี้ขาดที่พิพาท เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ ซึ่งที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดโดยเสียงข้างมากเห็นว่า การยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่พิพาทในคดีนี้ไม่เป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ศาลปกครองสูงสุดจึงเห็นว่า ที่ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาให้บังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ โดยให้ผู้คัดค้านชำระเงินค่าชดเชยรายได้ที่ลดลงจากประมาณการแก่ผู้ร้องสำหรับปี พ.ศ. 2542 จำนวน 730,800,000 บาท พร้อมดอกเบี้ยตามสัญญา และสำหรับปี พ.ศ. 2543 จำนวน 1,059,200,000 บาท พร้อมดอกเบี้ยตามสัญญา โดยให้ชำระให้แล้วเสร็จภายใน 90 วัน นับแต่วันที่คดีถึงที่สุด และให้คืนค่าธรรมเนียมศาลทั้งหมดให้แก่ผู้ร้อง นั้น ศาลปกครองสูงสุดเห็นพ้องด้วยและพิพากษายืนตามคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น และคืนค่าธรรมเนียมศาลทั้งหมดให้แก่ผู้ร้องและผู้คัดค้าน

อย่างไรก็ตาม ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดโดยเสียงข้างน้อย ซึ่งมีท่านวรพจน์ วิศรุตพิชญ์ รวมอยู่ด้วย มีความเห็นโดยสรุปว่า การที่วิศวกรอิสระยังมิได้ทำการพิจารณาว่า ทางยกระดับดอนเมือง – โทลล์เวย์ ช่วงต่อขยายไปถึงรังสิต ได้แย่งรถส่วนหนึ่งไปจากทางด่วนบางปะอิน – ปากเกร็ด จนทำให้ปริมาณการจราจรที่ใช้ทางด่วนบางปะอิน – ปากเกร็ด หรือรายได้ที่จะได้รับจากการใช้ทางด่วนบางปะอิน – ปากเกร็ด ลดลงในอัตราเท่ากับหรือเกินกว่าร้อยละ 5 ของปริมาณการจราจรหรือรายได้ที่ได้ประมาณการไว้ในปี พ.ศ. 2542 และปี พ.ศ. 2543 ตามข้อกำหนดในสัญญาหรือไม่ กรณีก็ยังไม่อาจถือได้ว่าทางยกระดับดอนเมือง – โทลล์เวย์ ช่วงต่อขยายไปถึงรังสิตเป็นทางที่มีลักษณะแข่งขันที่มีผลกระทบอย่างแรงตามสัญญาข้อ 16 การที่อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยชี้ขาดให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยชำระเงินค่าชดเชยรายได้ที่ลดลงจากประมาณการให้แก่บริษัท สำหรับปี พ.ศ. 2542 จำนวน 730.8 ล้านบาท พร้อมด้วยดอกเบี้ยในอัตราที่กำหนดตามสัญญาข้อ 25.6 ของต้นเงินดังกล่าว นับตั้งแต่วันที่ 14 มิถุนายน 2543 เป็นต้นไป และสำหรับปี พ.ศ. 2543 จำนวน 1,059.2 ล้านบาท พร้อมด้วยดอกเบี้ยในอัตราที่กำหนดตามสัญญาข้อ 25.6 ของต้นเงินดังกล่าว นับตั้งแต่วันที่ 22 มีนาคม 2544 เป็นต้นไปจนกว่าจะชำระเสร็จสิ้น ตามคำวินิจฉัยของวิศวกรอิสระจึงเข้าข่ายการวินิจฉัยชี้ขาดที่ไม่เป็นไปตามข้อสัญญา ขัดกับมาตรา 34 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ที่บัญญัติว่า การวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต้องเป็นไปตามข้อสัญญา และหากเป็นข้อพิพาททางการค้าให้คำนึงถึงธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้าที่ใช้กับธุรกรรมนั้นด้วย และยังผลให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยต้องชำระเงินชดเชยรายได้ค่าผ่านทางส่วนที่ลดลงให้แก่บริษัท ทั้งที่การทางพิเศษแห่งประเทศไทยยังไม่มีหน้าที่ตามสัญญาที่จะต้องชำระ อันเป็นการขัดต่อหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปที่ว่า หน่วยงานของรัฐไม่อาจจะถูกบังคับให้ชำระเงินให้แก่ผู้อื่น โดยที่หน่วยงานของรัฐนั้นไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายหรือสัญญาที่จะต้องชำระให้แก่ผู้นั้น และโดยที่เงินหรือทรัพย์สินของรัฐนั้น ย่อมเป็น

ทุนหรือเครื่องมือที่หน่วยงานของรัฐจำเป็นต้องใช้ในการดำเนินกิจการทางปกครองหรือการจัดทำบริการสาธารณะ ดังนั้น การดูแลรักษาตลอดจนการจำหน่ายจ่ายโอนเงินหรือทรัพย์สินของรัฐ หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงไม่อาจจะกระทำได้ด้วยดุลพินิจอิสระตามความพึงพอใจของตนเหมือนดังเช่นที่เอกชนกระทำได้แต่อย่างใด โดยการดูแลรักษาตลอดจนการจำหน่ายจ่ายโอนเงินหรือทรัพย์สินของรัฐ จะต้องอยู่ภายใต้กฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายอย่างเคร่งครัด ทั้งยังต้องมีการควบคุมตรวจสอบการจำหน่ายจ่ายโอนเงินหรือทรัพย์สินของรัฐนั้นด้วยว่า เป็นไปตามที่กฎหมายหรือระเบียบข้อบังคับกำหนดอย่างเคร่งครัดหรือไม่อีกด้วย ดังจะเห็นได้จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหลายฉบับ รวมทั้งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน ที่ให้ความสำคัญกับการที่หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องรักษาวินัยการเงินการคลังอย่างเคร่งครัด กรณีจึงย่อมถือได้ว่า หลักกฎหมายมหาชนทั่วไปที่ว่า หน่วยงานของรัฐไม่อาจจะถูกบังคับให้ชำระเงินให้แก่ผู้อื่น โดยที่หน่วยงานของรัฐนั้นไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายหรือสัญญาที่จะต้องชำระให้แก่ผู้นั้น เป็นหลักกฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน

6. การบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในศาลต่างประเทศ

ในส่วนนี้ ผู้เขียนศึกษาจากประเทศที่มีระบบศาลคู่ โดยรายงานการศึกษา เรื่อง เหตุแห่งการเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ที่จัดทำขึ้นโดยสำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง ระบุว่า สำหรับประเทศฝรั่งเศสซึ่งเป็นประเทศที่มีระบบศาลคู่เช่นเดียวกับประเทศไทยนั้น ศาลปกครองมีอำนาจในการเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเพียงในสัญญาทางปกครองเท่านั้น โดยหากข้อพิพาทอันนำมาสู่การชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นเป็นข้อพิพาทตามกฎหมายภายใน ศาลปกครองก็ย่อมวินิจฉัยคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการภายใต้กรอบเดียวกับศาลยุติธรรม แต่หากเป็นข้อพิพาทอันเกิดจากคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศแล้ว กฎหมายฝรั่งเศสถือว่าศาลปกครองจะมีอำนาจตรวจสอบคำชี้ขาดได้ก็ต่อเมื่อสัญญาดังกล่าวเป็นสัญญาที่อยู่ภายใต้ “ระบอบกฎหมายปกครองเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน” กับทั้งเงื่อนไขประกอบอื่นอีก 2 ประการคือ (ก) เงื่อนไขที่ว่าคำชี้ขาดนั้นต้องอยู่ภายใต้เขตอำนาจในการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง และ (ข) เงื่อนไขที่ว่าคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการนั้นต้องเป็นคำชี้ขาดที่กระทำลง ณ ประเทศฝรั่งเศส เนื่องจากระบบศาลภายในของประเทศฝรั่งเศสย่อมไม่จำต้องพิจารณาพิพากษาคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ได้กระทำในต่างประเทศ ซึ่งหลักการดังกล่าวได้รับการเน้นย้ำในคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ (ที่ประชุมใหญ่) คดี Fosmax ลงวันที่ 9 พฤศจิกายน ค.ศ. 2016 ที่สภาแห่งรัฐฝรั่งเศสวางหลักเกี่ยวกับอำนาจในการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการที่ทำขึ้นในสาธารณรัฐฝรั่งเศส และชี้ขาดข้อพิพาทที่เกิดขึ้นจากการปฏิบัติตามสัญญาหรือการสิ้นสุดของสัญญาระหว่างนิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนฝรั่งเศสและบุคคลต่างด้าว โดยการปฏิบัติตามสัญญาเกิดขึ้นในอาณาเขตของสาธารณรัฐฝรั่งเศสแต่มีผลกระทบต่อส่วนได้เสียทางการค้าระหว่างประเทศ หากสัญญานั้นเป็นสัญญาที่อยู่ในบังคับของระบอบกฎหมายปกครองที่เกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน และในการพิจารณาพิพากษาคดีตามคำร้องดังกล่าวจำต้องมีการควบคุมตรวจสอบความสอดคล้องต้องกันของคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการกับบทกฎหมายมหาชนฝรั่งเศสที่เป็นบทบังคับตายตัวและที่เกี่ยวข้องกับการครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน หรือกับบทกฎหมายมหาชนฝรั่งเศสที่เป็นบทบังคับตายตัวที่ใช้บังคับกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ คำร้องดังกล่าวย่อมอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง และถือว่าสภาแห่งรัฐเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่โต้แย้งคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ[8]

---

[8] สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, รายงานการศึกษา เรื่อง เหตุแห่งการเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ : กันยายน 2561. หน้า 24-26

บทสรุป

ในปัจจุบัน บทบัญญัติมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 กำหนดให้สามารถมีข้อกำหนดให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองได้ แต่การที่ศาลจะมีคำสั่งให้เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการได้นั้นก็ต่อเมื่อมีเหตุตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ซึ่งศาลจะต้องพิจารณาว่าคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่พิพาทนั้น ขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่เป็นสำคัญ และจากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่วินิจฉัยโดยมติที่ประชุมใหญ่ฯ เห็นได้ว่า แม้ในคดีที่ร้องขอให้เพิกถอนหรือบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ ศาลจะมีอำนาจสั่งให้เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการได้แต่เพียงเฉพาะกรณีที่มีเหตุตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้นก็ตาม แต่ขอบเขตอำนาจของศาลปกครองในการตรวจสอบว่า การยอมรับและการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่ชี้ขาดข้อพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง จะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ อันเป็นเหตุที่กฎหมายกำหนดให้ศาลสามารถเพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการได้นั้น ไม่ได้จำกัดแต่เพียงการตรวจสอบว่าคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่ชี้ขาดให้ยกข้อเรียกร้องของคู่พิพาทฝ่ายที่เรียกร้อง หรือให้คู่พิพาทฝ่ายที่ถูกเรียกร้องให้ชำระเงิน ส่งมอบทรัพย์สิน กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ โดยสภาพแล้วขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ เท่านั้น หากแต่ยังมีอำนาจที่จะตรวจสอบเหตุผลที่คณะอนุญาโตตุลาการใช้ประกอบการจัดทำคำชี้ขาด เพื่อประโยชน์ในการวินิจฉัยว่าการยอมรับและการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ จะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่ เพียงใด ด้วย ดังเช่นคดีตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 932/2561 และ อ. 933/2561 ที่นำมาศึกษานี้ หากพิจารณาเฉพาะแต่ในส่วนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการที่ให้การทางพิเศษแห่งประเทศไทยจ่ายเงินค่าชดเชย ในปี พ.ศ. 2542 เป็นเงิน 730,800,000 บาท พร้อมดอกเบี้ย และในปี พ.ศ. 2543 เป็นเงิน 1,059,200,000 บาท พร้อมดอกเบี้ย นับตั้งแต่ปี พ.ศ. 2543 และปี พ.ศ. 2544 เป็นต้นไป จนกว่าจะชำระเสร็จแล้ว ก็ไม่มีทางที่จะพิจารณาได้ว่าคำชี้ขาดดังกล่าวขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน เนื่องจากเป็นเพียงการชี้ขาดให้คู่สัญญาชำระหนี้ฐานผิดสัญญาเท่านั้น ในการวินิจฉัยจึงต้องพิจารณาเหตุผลที่คณะอนุญาโตตุลาการใช้ประกอบการจัดทำคำชี้ขาดด้วย จึงจะมีการพิจารณาได้อย่างกว้างขวางเช่นในกรณีนี้ หากพิจารณาถึงหลักกฎหมายมหาชนทั่วไปที่ว่า หน่วยงานของรัฐไม่อาจจะถูกบังคับให้ชำระเงินให้แก่ผู้อื่นโดยที่หน่วยงานของรัฐนั้นไม่มีหน้าที่ตามกฎหมายหรือสัญญาที่จะต้องชำระให้แก่ผู้นั้นแล้ว ก็อาจพิจารณาได้ว่าคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ สำนักงานศาลยุติธรรม ตามข้อพิพาทหมายเลขดำที่ 124/2547 หมายเลขแดงที่ 83/2551 เป็นคำชี้ขาดที่พิพาทเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนส่วนในประเทศที่ใช้ระบบศาลคู่เช่นในประเทศไทยอย่างประเทศฝรั่งเศสนั้น ศาลปกครองมีอำนาจในการเพิกถอนคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเพียงในสัญญาทางปกครองเท่านั้น เช่นเดียวกับในประเทศไทย และเงื่อนไขว่าคำชี้ขาดนั้นต้องเป็นคำชี้ขาดที่ทำในประเทศฝรั่งเศส เป็นเงื่อนไขสำคัญที่ส่งผลต่ออำนาจศาลในการตรวจสอบคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศ และในการพิจารณาพิพากษาคดีตามคำร้องดังกล่าวจำต้องมีการควบคุมตรวจสอบความสอดคล้องต้องกันของคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการกับบทกฎหมายมหาชนฝรั่งเศสที่เป็นบทบังคับตายตัวและที่เกี่ยวข้องกับการครอบครองสาธารณสมบัติของแผ่นดิน หรือกับบทกฎหมายมหาชนฝรั่งเศสที่เป็นบทบังคับตายตัวที่ใช้บังคับกับการจัดซื้อจัดจ้างภาครัฐ คำร้องดังกล่าวย่อมอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

การรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาของศาลคดีอื่นในคดีปกครอง

ชัยภัทร ทั่งทอง[1]
เยี่ยม อรุโณทัยวิวัฒน์[2]

ปาเจราจริยา โหนฺติ คุณุตฺตรานุสาสกา[3] ... บทความเรื่องนี้ผู้เขียนทั้งสองได้รับแรงบันดาลใจจากการรับฟังคำบรรยายของศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ รองประธานศาลปกครองสูงสุด (ตำแหน่งในขณะนั้น) หรือที่บรรดาลูกศิษย์ลูกหาต่างพร้อมใจขนานนามท่านว่า “อาจารย์วรพจน์” ในระหว่างที่ผู้เขียนทั้งสองเข้ารับการอบรมหลักสูตรตุลาการประจำศาลปกครองชั้นต้น รุ่นที่ 2 และเมื่อถึงวาระอันดียิ่งนี้ เราต่างเห็นพ้องกันให้นำเรื่องนี้มาเขียนเป็นบทความ ด้วยเหตุว่าเป็นหัวข้อที่มีนักวิชาการไทยเขียนถึงไม่มากนัก ทั้งยังเป็นการนำความรู้ที่ได้รับจากอาจารย์มาต่อยอดทางวิชาการ เพื่อเป็นอาจาริยบูชาในโอกาสที่ท่านมีอายุครบ 70 ปี ... ***ปญฺญาวุฑฺฒิกเร เต เต ทินฺโนวาเท นมามิหํ***[4]

บทนำ

โดยทั่วไปคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลไม่ว่าคดีใดย่อมมีผลผูกพันคู่ความในคดีนั้น เว้นแต่คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นได้ถูกเปลี่ยนแปลง แก้ไข กลับ หรืองดเสีย ไม่ว่าโดยคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลชั้นที่สูงกว่า[5] หรือศาลได้มีคำสั่งให้มีการพิจารณาคดีใหม่ และกรณีที่ศาลในคดีใดที่คดีอยู่ในระหว่างการพิจารณาและมีคู่ความรายเดียวกัน ซึ่งมีข้อเท็จจริงเดียวกันกับคดีอื่นที่มีคำพิพากษาแล้ว หากไม่มีกฎหมายบัญญัติให้ศาลในคดีหลังต้องรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาของศาลคดีอื่นแล้ว แม้กรณีที่ศาลในคดีหลังไม่จำต้องถือเอาข้อเท็จจริงที่ศาลในคดีก่อนหน้าได้วินิจฉัยไว้ แต่การที่ศาลในคดีหลังจะไม่รับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาในคดีอื่นเสียเลย ย่อมอาจส่งผลอันไม่พึงปรารถนาหลายประการ และอาจกระทบความเชื่อมั่นศรัทธาของประชาชนต่อองค์กรตุลาการหรือศาลได้ นอกจากนั้น ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายบังคับให้ศาลในคดีหลังต้องรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาของศาลคดีก่อนหน้า แต่ปรากฏว่ามีทั้งกรณีที่ศาลในคดีหลังรับฟังและปฏิเสธไม่รับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาของศาลคดีอื่น ไม่ว่าศาลในคดีก่อนหน้าและศาลในคดีหลังจะเป็นศาลในระบบเดียวกัน หรือศาลต่างระบบกันก็ตาม และในกรณีที่ศาลคดีหลังซึ่งรวมถึงศาลปกครองด้วยรับฟังหรือปฏิเสธไม่รับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาของศาลคดีอื่น ศาลก็อาจไม่ได้ให้เหตุผลชัดเจนว่าเหตุใดจึงรับฟังหรือไม่รับฟัง หรือในกรณีที่ให้เหตุผลก็อาจให้เหตุผลในการรับฟังหรือไม่รับฟังที่ต่างกันออกไป ดังนั้น บทความนี้

---

[1] ตุลาการศาลปกครองระยอง, อุตสาหกรรมศาสตรบัณฑิต (สาขาเทคโนโลยีอิเล็กทรอนิกส์) สถาบันเทคโนโลยีพระจอมเกล้าเจ้าคุณทหารลาดกระบัง, นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, เนติบัณฑิตไทย, นิติศาสตรมหาบัณฑิต (สาขากฎหมายมหาชน) และนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์.

[2] ตุลาการศาลปกครองกลาง, นิติศาสตรบัณฑิต และนิติศาสตรมหาบัณฑิต (สาขากฎหมายมหาชน) มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์.

[3] ครูบาอาจารย์เป็นผู้มีคุณยิ่ง เป็นผู้พร่ำสอนศิลปวิทยา.

[4] ข้าพเจ้าขอนอบน้อมเหล่านั้น ผู้ให้โอวาท ผู้ทำให้ปัญญาเจริญ ข้าพเจ้าขอกราบไหว้ครูอาจารย์เหล่านั้นด้วยความเคารพ.

[5] เช่น มาตรา 145 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง หรือมาตรา 70 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542.

จึงมุ่งประสงค์จะนำเสนอหลักกฎหมาย และแนวคำวินิจฉัยของศาลต่างประเทศรวมถึงศาลไทย ที่เกี่ยวข้องกับการรับฟังข้อเท็จจริงเรื่องเดียวกันตามคำพิพากษาของศาลในคดีอื่น ซึ่งอาจจะได้ข้อพิจารณาที่เป็นประโยชน์กรณีศาลปกครองรับฟ้องคดีที่มีข้อเท็จจริงในมูลเหตุเดียวกันหรือประเด็นเดียวกันกับที่ศาลอื่นหรือศาลปกครองในคดีอื่นได้วินิจฉัยไว้ แต่ทั้งนี้ ไม่รวมถึงการรับฟังข้อเท็จจริงของศาลรัฐธรรมนูญ

1. ความเป็นมาของหลักการรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาของศาลคดีอื่น

โดยหลักแล้วคำพิพากษาย่อมต้องเป็นไปตาม ***"หลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษา"*** หรือเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า ***"หลักความศักดิ์สิทธิ์ของคำพิพากษา" (Res Judicata)*** ซึ่งมีผลผูกพันคู่ความและศาล โดยหลักกฎหมายนี้ห้ามมิให้คู่ความฟ้องร้องกันอีกในประเด็นปัญหาที่ศาลได้วินิจฉัยในเรื่องเดียวกันไว้แล้ว และคำพิพากษาไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ และมีการนำมาใช้ในคดีทุกประเภท Res Judicata เป็นกฎหมายโบราณที่ถูกพัฒนามาจากหลักกฎหมายโรมัน[6] ซึ่งต่อมาหลักกฎหมายดังกล่าวได้ถูกนำไปใช้อย่างแพร่หลายในกลุ่มประเทศภาคพื้นยุโรป เช่น ในประเทศฝรั่งเศสเรียกว่า ***"le principe de l'autorité de la chose jugée"*** โดยมีหลักการสำคัญว่า คำพิพากษาของศาลปกครองจะมีผลนับตั้งแต่วันอ่าน โดยจะมีอำนาจในการบังคับ (en force de chose jugée) เมื่อคำพิพากษานั้นถึงที่สุด กล่าวคือ เมื่อไม่ได้มีการอุทธรณ์ พ้นระยะเวลาการอุทธรณ์ หรือศาลปฏิเสธที่จะรับคำอุทธรณ์[7] หรือที่ในประเทศเยอรมนี เรียกว่า ***"Grundsatz der rechtskräftig entschiedenen Sache (res iudicata)"*** หรือ ***Grundsatz der "res iudicata"***[8] ซึ่งหลักการดังกล่าวตรงกับหลักในเรื่องกฎหมายปิดปากโดยผลของคำพิพากษา (Estoppel by Judgment) ซึ่งมีหลักการสำคัญคือ การห้ามไม่ให้เถียงผลของคำพิพากษาซึ่งได้วินิจฉัยไว้แล้ว และคำพิพากษามีผลเป็นการปิดปากไม่ให้คู่ความใดเถียงเป็นอย่างอื่นได้ หลักความศักดิ์สิทธิ์ของคำพิพากษามิได้มีอยู่แต่เฉพาะปัญหาข้อเท็จจริงเท่านั้น แต่นำไปใช้ในปัญหาข้อกฎหมายบางเรื่องได้ เพียงแต่ขอบเขตของการนำไปใช้ในปัญหาข้อกฎหมายนั้นมีจำกัด

หลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษาหรือหลักความศักดิ์สิทธิ์ของคำพิพากษาเป็นหลักกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับความมีผลบังคับของคำพิพากษา ในประเทศสหรัฐอเมริกา เรียกว่า "หลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษา" (Issue Preclusion) ซึ่งปรากฏขึ้นอย่างเป็นลายลักษณ์อักษรครั้งแรกเมื่อครั้งที่มีการจัดทำบทรวบรวมหลักกฎหมายจากคำพิพากษา (Restatement of judgment) ซึ่งมีผู้อธิบายว่า หลักนี้มีความจำเป็นต้องห้ามไม่ให้คู่ความหยิบยกเอาคดีที่ศาลมีคำพิพากษาแล้วฟ้องร้องดำเนินคดีกันอีกไม่จบไม่สิ้น หากปล่อยให้มีการดำเนินคดีซ้ำกันหลายครั้งย่อมทำให้สิ้นเปลืองต้นทุนเวลาและค่าใช้จ่ายของทั้งรัฐและเอกชน ดังนั้น เมื่อชั่งน้ำหนักระหว่างผลประโยชน์ของรัฐกับผลประโยชน์ของคู่กรณีแล้ว หลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษาจึงควรนำมาใช้ในระบบกฎหมาย[9] โดยแนวความคิดพื้นฐานของหลักความศักดิ์สิทธิ์ของคำพิพากษานั้น มีที่มาจากวัตถุประสงค์ 4 ประการ ได้แก่[10]

1) เพื่อความสงบเรียบร้อยสาธารณะ
2) เพื่อความสงบเรียบร้อยของกระบวนพิจารณาคดี
3) เพื่อให้บุคคลไม่ควรได้รับการเสี่ยงภัยถึงสองครั้งจากการกระทำครั้งเดียว
4) เพื่อให้มีการสิ้นสุดการพิจารณาโดยรวดเร็ว ประหยัด และสมเหตุสมผล

---

[6] Kevin M. Clermont, "Res Judicata as Requisite for Justice," 68 Rutgers University Law Review (2016): 1067-1139, p. 1070.

[7] Clémence BARRAY et Pierre-Xavier BOYER, Droit du contentieux administratif, Mémentos LMD, 2018-2019, p. 234.

[8] BVerwGE, Beschluss vom 28.06.2018 -BVerwG 1 WB 2.18.

[9] Austin Wakeman Scott, "Collateral Estoppel by Judgment", Harvard Law Review 56, September (1942): p. 1.

[10] ชาคริต ขันนาโพธิ์, หลักความศักดิ์สิทธิ์แห่งคำพิพากษาในคดีแพ่ง, วารสารนิติศาสตร์ 40 : 4 (ธันวาคม 2554), น. 869-874.

ในประเทศอังกฤษเรียกหลักกฎหมายนี้ว่า “หลักกฎหมายปิดปาก” หรือ “หลักกฎหมายปิดปากโดยผลของคำพิพากษา” (Estoppel by Judgment) ซึ่งเกิดขึ้นราวคริสต์ศตวรรษที่ 12 ในประเทศที่ถือได้ว่าเป็นต้นแบบของระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) โดยมีหลักการที่สำคัญว่า ถ้อยคำและข้อความในคำพิพากษาของศาลกษัตริย์ (นักวิชาการบางท่านเรียกว่า ศาลหลวง หรือ King’s Court) มีความศักดิ์สิทธิ์และทุกคนจะต้องให้การยอมรับเป็นที่ยุติตามข้อความที่ปรากฏในคำพิพากษานั้น บุคคลใดจะกล่าวอ้างว่าคำพิพากษานั้นไม่ถูกต้อง หรือจะขอพิสูจน์เพื่อเปลี่ยนแปลงข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาของศาลกษัตริย์เป็นอย่างอื่น ย่อมไม่อาจกระทำได้โดยเด็ดขาด โดยลักษณะของความผูกพันที่ไม่สามารถปฏิเสธได้นั้น หาใช่หมายความถึงเฉพาะผลของคำพิพากษาเท่านั้น หากแต่ยังรวมถึงข้อความทุกตัวอักษรที่มีการกล่าวอ้างในคำพิพากษาด้วยที่ทุกคนจะต้องให้การยอมรับและห้ามปฏิเสธเป็นอย่างอื่น โดยในช่วงแรก หลักความศักดิ์สิทธิ์ของคำพิพากษาจะมีผลใช้บังคับเฉพาะในศาลกษัตริย์เท่านั้น กระทั่งในเวลาต่อมาหลักการดังกล่าวเป็นที่ยอมรับในวงกว้าง จนขยายไปถึงคำพิพากษาของศาลศาสนา และศาลอื่นด้วย[11] วิวัฒนาการของหลักกฎหมายปิดปากในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี จึงมีพื้นฐานสำคัญมาจากหลักความศักดิ์สิทธิ์ของคำพิพากษาของศาลกษัตริย์นั่นเอง[12] หากปราศจากซึ่งหลักกฎหมายเรื่องนี้แล้ว ก็มีความสุ่มเสี่ยงอย่างมากต่อการที่ศาลจะวินิจฉัยข้อเท็จจริงอย่างเดียวกันขัดแย้งกันเอง[13] อนึ่ง หลักกฎหมายปิดปากจะถูกนำมาใช้ภายใต้หลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้[14]

1) เป็นคำพิพากษาของศาลที่มีเขตอำนาจ

2) คำพิพากษานั้นต้องเสร็จเด็ดขาดไปจากศาลแล้ว ฉะนั้น การไต่สวนเบื้องต้นจึงยังไม่เป็นการปิดปากคู่ความได้ แต่หากอยู่ในระหว่างอุทธรณ์ฎีกา ก็ถือว่าเป็นคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาด

3) คำพิพากษานั้นต้องได้วินิจฉัยในประเด็นข้อพิพาทแห่งคดี ไม่ใช่เป็นกรณีมีการจำหน่ายคดีเพราะขาดนัดหรือทิ้งฟ้อง หรือคดียุติเพราะจำเลยนำเงินมาวางศาล หรือยุติคดีก่อนมีการนั่งพิจารณาของศาล

4) คำพิพากษาต้องไม่เกิดจากการฉ้อฉล หรือสมรู้กันระหว่างคู่ความ

ในกรณีดังกล่าวจึงอาจสรุปได้ว่า หลักการรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาของศาลอื่น เป็นหลักกฎหมายที่เคารพต่อหลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษาหรือหลักความศักดิ์สิทธิ์ของคำพิพากษา กับหลักกฎหมายปิดปาก ซึ่งหลักกฎหมายทั้งสองประการนี้ ศาลสามารถนำมาใช้ในการพิจารณารับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาของศาลอื่น โดยเฉพาะในกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดให้ศาลที่คดีอยู่ในระหว่างการพิจารณาจะต้องถือเอาข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏในคำพิพากษาคดีอื่น อย่างไรก็ตาม แม้ว่าหลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษากับหลักกฎหมายปิดปากอาจมีที่มาและพัฒนาการที่แตกต่างกัน แต่ก็เป็นหลักกฎหมายเดียวกัน ซึ่งหลักกฎหมายนี้ในทางตำราแบ่งออกได้เป็น 2 ลักษณะ ได้แก่

ลักษณะที่หนึ่ง หลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษาหรือหลักกฎหมายปิดปากโดยเหตุแห่งการฟ้องคดี

หลักกฎหมายนี้ทำหน้าที่ห้ามไม่ให้มีการฟ้องร้องดำเนินคดีซ้ำกันสองครั้งในเรื่องเดิม (Same claim) หากเรื่องดังกล่าวเคยมีคำพิพากษาวินิจฉัยชี้ขาดเอาไว้แล้ว กล่าวอีกนัยหนึ่ง “ความเป็นที่สุดในมูลเหตุแห่งการฟ้องคดี” ได้สร้างผลผูกพันของคำพิพากษาขึ้นมาผูกมัดศาลคดีอื่นมิให้รับวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทเรื่องเดิม เพราะกฎหมายถือว่า คู่ความ

---

[11] กิตติพงษ์ จิตสว่างโศภิต, “ผลผูกพันของคำพิพากษาในคดีแพ่ง : กรณีศึกษาประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 145,” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2538, น. 11.

[12] ไกรพล อรัญรัตน์, “การรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาคดีอื่นตามหลักกฎหมายปิดปากโดยประเด็นแห่งคดี (Issue Estoppel)”, ดุลพาห (มกราคม - เมษายน 2557), น. 56.

[13] พงษ์อาจ ตรีกิจวัฒนากุล, “กฎหมายปิดปาก,” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2525, น. 39.

[14] ชาคริต ขันนาโพธิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6, น. 872-873.

ต่างมีโอกาสต่อสู้กันในการดำเนินคดีครั้งแรกอย่างเต็มที่แล้ว ดังนั้น หากโจทก์นำข้อพิพาทเรื่องเดิมมารื้อร้องฟ้องจำเลยอีก จำเลยย่อมสามารถยกหลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษาในมูลเหตุแห่งการฟ้องคดีนี้ขึ้นต่อสู้ได้ทันที[15] นักวิชาการไทยบางท่านเห็นว่า หลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษาประเภทแรกนี้ ถูกนำมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งด้วยกัน 3 กรณี ได้แก่ การฟ้องซ้ำ ตามมาตรา 148 การดำเนินกระบวนพิจารณาซ้ำ ตามมาตรา 144 และคำพิพากษาผูกพันคู่ความ ตามมาตรา 145[16] และถูกนำมาบัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา กรณีที่ให้สิทธินำคดีอาญามาฟ้องระงับไป เมื่อศาลมีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดที่ได้ฟ้องตามมาตรา 39 (4) รวมถึงถูกนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองด้วยกัน 3 กรณี ได้แก่ คำพิพากษาผูกพันคู่กรณีหรือบุคคลภายนอกตามมาตรา 70 และมาตรา 71 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 รวมถึงการฟ้องซ้ำ ตามข้อ 97 และการดำเนินกระบวนพิจารณาซ้ำ ตามข้อ 96 แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543

ลักษณะที่สอง หลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษาหรือหลักกฎหมายปิดปากโดยประเด็นแห่งคดี

หลักการนี้มีลักษณะขยายขอบเขตให้กว้างกว่าหลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษาหรือหลักกฎหมายปิดปากโดยเหตุแห่งการฟ้องคดีข้างต้น กล่าวคือ แม้คดีก่อนหน้าและคดีที่อยู่ระหว่างการพิจารณาจะมีมูลแห่งคดีที่แตกต่างกันก็ตาม (Different claim) แต่ถ้าหากคดีทั้งสองมีประเด็นแห่งคดีที่ต้องพิจารณาแม้เพียงประเด็นใดประเด็นหนึ่งที่เหมือนกัน ศาลที่คดีอยู่ระหว่างพิจารณาในภายหลังจำเป็นจะต้องถือข้อเท็จจริงเป็นยุติตามที่ศาลในคดีแรกได้วินิจฉัยเอาไว้เป็นที่สุดแล้วเท่านั้น ศาลจะรับฟังหรืออนุญาตให้คู่ความนำพยานหลักฐานอื่นเข้าสืบเพื่อรับฟังข้อเท็จจริงเป็นประการอื่นนอกเหนือจากที่ปรากฏในคดีแรกไม่ได้[17] เพราะหากศาลปล่อยให้มีการดำเนินคดีซ้ำสองในข้อเท็จจริงเดียวกัน ทั้งที่คู่ความต่างฝ่ายต่างมีโอกาสต่อสู้คดีและนำสืบพยานหลักฐานอย่างเต็มที่ในคดีแรกแล้ว ย่อมเป็นสิ่งที่ไม่ยุติธรรมอย่างยิ่ง[18]

สรุปได้ว่า หลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษาหรือหลักกฎหมายปิดปากโดยประเด็นแห่งคดี มีลักษณะที่กว้างกว่าหลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษาหรือหลักกฎหมายปิดปากโดยเหตุแห่งการฟ้องคดี ด้วยเหตุที่หลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษาหรือหลักกฎหมายปิดปาก โดยเหตุแห่งการฟ้องคดีจะห้ามนำคดีมาฟ้องศาลเฉพาะกรณีที่มูลแห่งคดีของทั้งสองคดีเหมือนกันเท่านั้น ในขณะที่หลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษาหรือหลักกฎหมายปิดปากโดยประเด็นแห่งคดี มุ่งพิจารณาที่ประเด็นข้อพิพาทแห่งคดีเป็นหลักสำคัญ แม้เหตุแห่งการฟ้องคดีของทั้งสองคดีจะเป็นคนละเหตุกันอันทำให้โจทก์มีอำนาจฟ้องเพราะหลุดพ้นจากข้อจำกัดเรื่องการฟ้องซ้ำตามหลักกฎหมายปิดปากโดยเหตุแห่งการฟ้องคดีก็ตาม แต่กรณีก็จะต้องด้วยบทตัดสำนวนโดยประเด็นแห่งคดีอยู่นั่นเอง ทำให้ศาลที่พิจารณาคดีไม่สามารถรับฟังข้อเท็จจริงเป็นประการอื่นได้ เพราะจะต้องรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาคดีก่อนหน้าที่ได้วินิจฉัยข้อเท็จจริงที่เกี่ยวพันกันเอาไว้แล้วเท่านั้น[19]

2. การรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาของศาลคดีอื่นในประเทศไทย

ในการศึกษาว่าศาลไทยจะรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาของศาลคดีอื่นอย่างไรนั้น อาจแบ่งการศึกษาเป็น 3 หัวข้อ ได้แก่ การรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาของศาลคดีอื่นในคดีแพ่ง การรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาของศาลคดีอื่นในคดีอาญา และการรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาของศาลคดีอื่นในคดีปกครอง โดยมีรายละเอียด ดังนี้

---

[15] กิตติพงษ์ จิตสว่างโศภิต, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 7, น. 17.

[16] ชาคริต ขันนาโพธิ์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 6, น. 881-882.

[17] ไกรพล อรัญรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8, น. 228.

[18] Rupert Cross and Colin Tapper, Cross on Evidence, 7th Edition (London: Butterworths, 1990), p. 78.

[19] ไกรพล อรัญรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8, น. 63.

2.1 การรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาของศาลคดีอื่นในคดีแพ่ง

การรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาของศาลคดีอื่นในคดีแพ่งในระบบกฎหมายของไทย อาจแบ่งออกได้เป็น 3 กรณี ดังนี้

กรณีที่ 1 คือ กรณีศาลในคดีหลังเป็นคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญา (หมายถึงคดีที่การกระทำของผู้กระทำผิดอาญาทำให้ผู้กระทำผิดต้องรับผิดในทางแพ่งด้วย) ซึ่งมีกฎหมายบัญญัติบังคับให้ศาลในคดีแพ่งต้องรับฟังข้อเท็จจริงตามที่ศาลในคดีอาญาได้รับฟังหรือได้วินิจฉัยเป็นประเด็นปัญหาข้อเท็จจริงแห่งคดีไว้เป็นที่ยุติแล้ว อาทิ มาตรา 46 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา[20] มาตรา 54 แห่งพระราชบัญญัติพระธรรมนูญศาลทหาร พ.ศ. 2498[21] หรือแม้กระทั่ง มาตรา 222/7 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง[22]

กรณีที่ 2 คือ กรณีการฟ้องคดีผู้บริโภคตามมาตรา 30 แห่งพระราชบัญญัติวิธีพิจารณาคดีผู้บริโภค พ.ศ. 2551 ซึ่งผู้ประกอบธุรกิจเป็นรายเดียวกัน โดยมีข้อเท็จจริงอย่างเดียวกัน แม้โจทก์ในคดีหลังเป็นคนละคนกัน กฎหมายให้ศาลคดีหลังมีดุลพินิจที่จะมีคำสั่งให้ถือว่าข้อเท็จจริงในประเด็นนั้นเป็นอันยุติเช่นเดียวกับคดีก่อน โดยไม่ต้องสืบพยานหลักฐานได้[23] แต่ทั้งนี้ มีข้อสังเกตว่ามาตรา 33 และมาตรา 34 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว มีเนื้อหากำหนดให้ศาลมีอำนาจแสวงหาข้อเท็จจริงโดยใช้ระบบไต่สวนหรือระบบตรวจสอบได้ด้วย[24]

กรณีที่ 3 คือ กรณีคำพิพากษาผูกพันคู่ความ ซึ่งความผูกพันดังกล่าวรวมถึงคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยในส่วนของข้อเท็จจริงที่เป็นประเด็นแห่งคดีด้วย ได้แก่ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 145 วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า “ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายนี้ว่าด้วยการอุทธรณ์ฎีกาและการพิจารณาใหม่ คำพิพากษาหรือคำสั่งใด ๆ ให้ถือว่าผูกพันคู่ความในกระบวนพิจารณาของศาลที่พิพากษาหรือมีคำสั่งนับตั้งแต่วันที่ได้พิพากษาหรือมีคำสั่งจนถึงวันที่คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นได้ถูกเปลี่ยนแปลง แก้ไข กลับหรืองดเสีย ถ้าหากมี...” แม้บทบัญญัติดังกล่าวจะไม่ได้บัญญัติให้เห็นอย่างชัดแจ้งว่า ศาลในคดีแพ่งจะต้องวินิจฉัยข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏในคำพิพากษาคดีแพ่งอื่น แต่จากประโยคที่ว่า “...คำพิพากษาหรือคำสั่งใด ๆ ให้ถือว่าผูกพันคู่ความในกระบวนพิจารณาของศาล...” ย่อมทำให้เข้าใจได้ว่า หมายถึงกรณีที่คำพิพากษาคดีแพ่งก่อนหน้าผูกพันห้ามไม่ให้คู่ความในคดีแพ่งที่กำลังพิจารณาอยู่

---

[20] มาตรา 46 ในการพิพากษาคดีส่วนแพ่ง ศาลจำต้องถือข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏในคำพิพากษาคดีส่วนอาญา

[21] มาตรา 54 ในการพิพากษาคดีแพ่ง ศาลพลเรือนจำต้องถือข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏในคำพิพากษาคดีอาญาของศาลทหาร

[22] มาตรา 222/7 ในกรณีที่การฟ้องคดีแบบกลุ่มตามบทบัญญัติแห่งหมวดนี้เป็นคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญา แม้ว่าจะมีการฟ้องเป็นคดีอาญาแล้วก็ตาม ศาลที่พิจารณาคดีแบบกลุ่มอาจพิจารณาคดีต่อไปโดยไม่ต้องรอให้ศาลคดีอาญามีคำพิพากษาก่อน และหากศาลในคดีอาญาได้มีคำพิพากษาแล้ว

(1) ในกรณีที่คำพิพากษาคดีส่วนอาญานั้นได้วินิจฉัยว่าจำเลยได้กระทำความผิด ศาลที่พิจารณาคดีแบบกลุ่มต้องถือข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏในคำพิพากษาคดีส่วนอาญา

(2) ในกรณีที่คำพิพากษาคดีส่วนอาญานั้นได้วินิจฉัยเป็นอย่างอื่น ศาลที่พิจารณาคดีแบบกลุ่มไม่จำต้องถือข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏในคำพิพากษาคดีส่วนอาญา

[23] มาตรา 30 ถ้าภายหลังที่ได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดในคดีผู้บริโภคแล้ว ปรากฏว่ามีการฟ้องผู้ประกอบธุรกิจรายเดียวกันเป็นคดีผู้บริโภคอีก โดยข้อเท็จจริงที่พิพาทเป็นอย่างเดียวกับคดีก่อนและศาลในคดีก่อนได้วินิจฉัยไว้แล้ว ศาลในคดีหลังอาจมีคำสั่งให้ถือว่าข้อเท็จจริงในประเด็นนั้นเป็นอันยุติเช่นเดียวกับคดีก่อนโดยไม่ต้องสืบพยานหลักฐาน เว้นแต่ศาลเห็นว่าข้อเท็จจริงในคดีก่อนนั้นยังไม่เพียงพอแก่การวินิจฉัยชี้ขาดคดี หรือเพื่อให้โอกาสแก่คู่ความที่เสียเปรียบต่อสู้คดี ศาลมีอำนาจเรียกพยานหลักฐานมาสืบเองหรืออนุญาตให้คู่ความนำพยานหลักฐานมาสืบเพิ่มเติมตามที่เห็นสมควรก็ได้

[24] มาตรา 33 เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมในอันที่จะให้ได้ความแจ้งชัดในข้อเท็จจริงแห่งคดี ให้ศาลมีอำนาจเรียกพยานหลักฐานมาสืบได้เองตามที่เห็นสมควร ในการนี้ให้ศาลมีอำนาจสั่งให้เจ้าพนักงานคดีตรวจสอบและรวบรวมพยานหลักฐานที่จำเป็นแล้วรายงานให้ศาลทราบ รวมทั้งมีอำนาจเรียกสำนักงานคณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภค หน่วยงาน หรือบุคคลที่เกี่ยวข้องมาให้ข้อมูล หรือให้จัดส่งพยานหลักฐานเพื่อประกอบการพิจารณาได้

พยานหลักฐานที่ได้มาตามวรรคหนึ่งต้องให้คู่ความทุกฝ่ายทราบและไม่ตัดสิทธิคู่ความในอันที่จะโต้แย้งพยานหลักฐานดังกล่าว

มาตรา 34 ในการสืบพยานไม่ว่าจะเป็นพยานที่คู่ความฝ่ายใดอ้างหรือที่ศาลเรียกมาเอง ให้ศาลเป็นผู้ซักถามพยาน คู่ความหรือทนายความจะซักถามพยานได้ต่อเมื่อได้รับอนุญาตจากศาล

ให้ศาลมีอำนาจซักถามพยานเกี่ยวกับข้อเท็จจริงใด ๆ ที่เกี่ยวเนื่องกับคดีแม้จะไม่มีคู่ความฝ่ายใดยกขึ้นอ้างก็ตาม

นำพยานหลักฐานเข้าสืบเพื่อเปลี่ยนแปลงข้อเท็จจริงแห่งคดีเป็นอย่างอื่น ซึ่งเป็นประโยชน์ในแง่ที่ศาลสามารถมีคำสั่งงดสืบพยานโดยไม่ต้องมีการนำพยานหลักฐานเข้าสืบให้เสียเวลาอีกต่อไป[25] ซึ่งมีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3015/2526 วินิจฉัยว่า ในคดีก่อน ศาลมีคำพิพากษาคดีถึงที่สุดว่า โจทก์เป็นเจ้าของตึกแถวพิพาทซึ่งจำเลยเป็นผู้เช่า คำพิพากษาในคดีดังกล่าวจึงผูกพันโจทก์จำเลยในคดีนี้เพราะเป็นคู่ความรายเดียวกัน ดังนั้น ข้อเท็จจริงจึงฟังเป็นยุติว่า โจทก์เป็นเจ้าของตึกแถวพิพาทซึ่งจำเลยเป็นผู้เช่า ศาลจึงชอบที่จะมีคำสั่งงดสืบพยานโจทก์จำเลยในประเด็นข้อนี้ และคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 6455/2551 ก็ได้วินิจฉัยในทำนองเดียวกันตามหลักนี้ด้วย

นอกจากนั้น ศาลฎีกายังได้นำหลักคำพิพากษาที่มีผลผูกพันคู่ความไปใช้กับคดีอื่นที่เป็นคำพิพากษาคดีอาญาด้วย เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 5282/2554 วินิจฉัยว่า คดีก่อนโจทก์ถูกพนักงานอัยการฟ้องเป็นคดีอาญาว่า โจทก์บุกรุกเข้าไปครอบครองที่ดินพิพาทซึ่งเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน เมื่อศาลในคดีก่อนวินิจฉัยว่าที่ดินพิพาทเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน ให้โจทก์และบริวารออกไปจากที่ดินพิพาท และคดีถึงที่สุดแล้ว ย่อมมีผลผูกพันโจทก์ซึ่งเป็นจำเลยในคดีอาญาดังกล่าว เพราะโจทก์เป็นคู่ความในกระบวนพิจารณาของศาลที่พิพากษาคดีนั้นตามมาตรา 145 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ประกอบมาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา การที่โจทก์มาฟ้องจำเลยทั้งสองเป็นคดีนี้ว่ากระทำละเมิดบุกรุกที่ดินพิพาทซึ่งเป็นของโจทก์ จึงต้องฟังว่าที่ดินพิพาทเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน

2.2 การรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาของศาลคดีอื่นในคดีอาญา

ในกรณีของคดีอาญาไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกำหนดให้ศาลต้องรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาของศาลคดีอื่นดังเช่นคดีแพ่ง ซึ่งมีมาตรา 46 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และมาตรา 145 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง บัญญัติรับรองไว้แล้ว กรณีที่คดีอาญาคดีก่อนมีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดไว้แล้ว ต่อมามีการนำคดีอาญาที่มีประเด็นข้อเท็จจริงใดที่เกี่ยวพันมาฟ้องเป็นคดีอาญาอีก โดยคดีหลังไม่ต้องห้ามตามมาตรา 39 (4) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ศาลในคดีอาญาคดีหลังย่อมไม่จำต้องยอมรับข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏตามคำพิพากษาคดีอาญาก่อนหน้าได้ เนื่องจากหลักกฎหมายของไทยและต่างประเทศเห็นตรงกันว่า คำพิพากษาคดีก่อนหน้ามีฐานะเป็นเพียงพยานบอกเล่าเท่านั้น ประกอบกับหลักการพิจารณาและสืบพยานในคดีอาญา ตามมาตรา 172 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ได้บัญญัติหลักการสำคัญอันเป็นที่ยอมรับในระดับสากลไว้ว่า “การพิจารณาและสืบพยานในศาล ให้กระทำโดยเปิดเผยต่อหน้าจำเลย เว้นแต่บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น” และให้จำเลยมีสิทธินำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ความบริสุทธิ์ของตนอย่างเต็มที่ ศาลในคดีอาญาจึงไม่อาจตัดสิทธิมิให้คู่ความมีการสืบพยานใหม่ในคดีอาญา แล้วถือตามข้อเท็จจริงในคดีอาญาก่อนหน้ามารับฟังเป็นที่ยุติในคดีหลังทันที อันเป็นการตัดสิทธิของจำเลยดังกล่าวได้ แม้ว่าคดีอาญาก่อนหน้าจะมีมาตรฐานการพิสูจน์ในระดับสูงที่ต้องปราศจากข้อสงสัยตามสมควรว่าจำเลยได้กระทำผิดและหลักพื้นฐานคดีอาญาของไทยได้นำหลักการตรวจสอบ (Examination Principle) เข้าใช้ร่วมกับระบบกล่าวหา เพื่อให้การค้นหาความจริงมีประสิทธิภาพบ้างแล้วก็ตาม ซึ่งในประเทศอังกฤษถือว่า หลักคำพิพากษาผูกพันคู่ความ[26] นี้ไม่มีที่ยืนอยู่ในคดีอาญา[27]

---

[25] ไพโรจน์ วายุภาพ, คำอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค 1 บททั่วไป, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพมหานคร : พลสยาม พริ้นติ้ง, 2555), น. 521.

[26] เทียบเคียงกับมาตรา 145 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ผู้เขียน)

[27] จรัญ ภักดีธนากุล, กฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 16 (กรุงเทพฯ : สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, 2565), น. 128-130.

ในปัจจุบันพบว่าศาลฎีกาบางคดีได้พยายามนำเอาหลักกฎหมายปิดปากในประเด็นแห่งคดี มาใช้ในคดีอาญาคดีหลัง โดยใช้หลักคำพิพากษาผูกพันคู่ความมาใช้ในคดีอาญา ตามมาตรา 145 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ประกอบมาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ได้แก่ คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2396/2554 ซึ่งวินิจฉัยว่า คำวินิจฉัยในคดีอาญาอีกคดีหนึ่งของศาลชั้นต้น ที่วินิจฉัยว่ารถแทรกเตอร์เป็นกรรมสิทธิ์ของ ว. (จำเลยคดีนี้) เป็นคำวินิจฉัยชี้ขาดในชั้นไต่สวนมูลฟ้องคดีความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการและไม่เป็นประเด็นโดยตรงในคดี ยังถือไม่ได้ว่าเป็นคำพิพากษาที่วินิจฉัยถึงกรรมสิทธิ์รถแทรกเตอร์ว่าเป็นของจำเลย จึงไม่ผูกพันโจทก์ตามมาตรา 145 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ประกอบมาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา จากคำพิพากษาศาลฎีกานี้ทำให้เราทราบว่าศาลฎีกามีการอ้างอิงถึงการนำเอาหลักคำพิพากษาผูกพันคู่ความตามมาตรา 145 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาใช้ในคดีอาญาผ่านมาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ด้วย เพียงแต่ในคดีนี้ ประเด็นที่ได้วินิจฉัยแล้วยังไม่เป็นประเด็นโดยตรงในคดีอาญาที่กำลังพิจารณาอยู่เท่านั้น แต่ในทางกลับกัน หากประเด็นที่ได้วินิจฉัยแล้วเป็นประเด็นโดยตรงในคดีอาญาที่กำลังพิจารณาอยู่ ศาลอาจจะนำหลักกฎหมายปิดปากโดยประเด็นแห่งคดีมาใช้ในคดีอาญาในคดีหลัง[28]

สำหรับกรณีที่ข้อเท็จจริงในคดีอาญาในเรื่องใดมีคำพิพากษาของศาลคดีส่วนแพ่งไว้แล้วก็เช่นกัน โดยหลักการทั่วไปแล้ว ศาลในคดีอาญาไม่อาจถือเอาข้อเท็จจริงในคดีแพ่งมาใช้ในฐานะหลักกฎหมายปิดปากได้ เพราะไม่มีกฎหมายอนุญาตให้ทำได้ ทั้งยังเป็นปัญหาเกี่ยวกับมาตรฐานการพิสูจน์ในคดีแพ่งซึ่งมีมาตรฐานการพิสูจน์ที่ต่ำกว่าคดีอาญาอีกด้วย อย่างไรก็ตาม มีคำพิพากษาศาลฎีกาที่ 2774/2546 ซึ่งศาลในคดีอาญานำคำพิพากษาคดีแพ่ง ที่วินิจฉัยในประเด็นว่า จำเลยที่ 1 ไม่ได้ก่อสร้างรั้วคอนกรีตพิพาทรุกล้ำเข้าไปในที่ดินของโจทก์ มาวินิจฉัยว่าจำเลยทั้งสองไม่ได้กระทำผิดฐานบุกรุกที่ดินของโจทก์ ซึ่งการนำคำพิพากษาในคดีส่วนแพ่งมาใช้ในคดีอาญาดังกล่าว เพราะเหตุว่าคำพิพากษาคดีแพ่งวินิจฉัยเป็นคุณแก่จำเลย เมื่อคู่ความเป็นชุดเดียวกันในเรื่องเดียวกัน ศาลฎีกาจึงเห็นว่าคำพิพากษาผูกพันคู่ความตามมาตรา 145 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ประกอบมาตรา 15 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งเป็นคำวินิจฉัยที่แตกต่างไปจากความเห็นของนักกฎหมายหลายท่าน

2.3 การรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาของศาลคดีอื่นในคดีปกครอง

ในกรณีการรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาของศาลคดีอื่นที่เป็นคดีของศาลปกครองนั้น หากคู่กรณีเป็นชุดเดียวกันหรือถือว่าเป็นชุดเดียวกัน และประเด็นแห่งคดีเป็นเรื่องเดียวกัน ไม่ว่ามูลความแห่งคดีจะเป็นเรื่องเดียวกันหรือไม่ก็ตาม คำพิพากษาคดีปกครองก่อนหน้าย่อมผูกพันคดีปกครองที่คดีอยู่ในระหว่างการพิจารณาตามหลักคำพิพากษาผูกพันคู่กรณี ตามนัยมาตรา 70 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 แต่ในกรณีที่คดีก่อนหน้าเป็นคดีอาญาและคดีแพ่งนั้น ปัจจุบันยังไม่มีบทกฎหมายลายลักษณ์อักษรใดกำหนดให้ศาลปกครองต้องถือตามหรือยอมรับข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาในคดีอื่น ดังนั้น จึงมีกรณีที่ต้องพิจารณาว่า ในกรณีที่คดีปกครองเรื่องใดมีคู่กรณีชุดเดียวกันกับคดีก่อนหน้า และข้อเท็จจริงเกี่ยวพันกับคดีก่อนหน้าซึ่งอาจเป็นคดีอาญาหรือคดีแพ่ง ศาลปกครองจะนำหลักใดมาพิจารณาว่าจะยอมรับหรือปฏิเสธการรับฟังข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏตามคำพิพากษาคดีก่อนหน้า

ทั้งนี้ ต้องทำความเข้าใจก่อนในเบื้องต้นว่า ก่อนที่จะมีการจัดตั้งศาลปกครองในประเทศไทย คดีปกครองทั้งหมดจะอยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมซึ่งเป็นศาลที่มีเขตอำนาจทั่วไป โดยในขณะนั้นถือว่า คดีปกครองถือเป็นส่วนหนึ่งของคดีแพ่ง เพราะคดีปกครองไม่มีโทษหรือสภาพบังคับดังเช่นคดีอาญา ดังนั้น ในขณะที่ถือว่าคดีปกครองส่วนใหญ่ที่ปัจจุบัน

---

[28] ไกรพล อรัญรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 8, น. 77-78.

อยู่ในอำนาจของศาลปกครองเป็นคดีแพ่งนั้น การรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาของศาลคดีอื่นในคดีปกครองในขณะนั้นจึงย่อมเป็นไปในลักษณะเดียวกับข้อ 2.1 และข้อ 2.2 ดังที่กล่าวมาแล้ว อย่างไรก็ตาม ปัจจุบันยังมีคดีปกครองอีกไม่น้อยที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรมไม่ว่าโดยกฎหมายบัญญัติ เช่น คดีปกครองที่อยู่ในอำนาจของศาลชำนัญพิเศษ หรือที่คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้วินิจฉัยไว้ให้อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม แต่ในบทความนี้ประสงค์จะศึกษาการรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาของศาลคดีอื่นในคดีปกครองเฉพาะที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองเท่านั้น

สำหรับคดีปกครองที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองนั้น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 กำหนดให้วิธีพิจารณาคดีปกครองเป็นวิธีพิจารณาในระบบไต่สวน ซึ่งใช้หลักการแสวงหาข้อเท็จจริงหรือการค้นหาความจริงเช่นเดียวกับหลักการตรวจสอบในคดีอาญา ซึ่งระบบนี้กฎหมายมักยอมให้พยานหลักฐานทุกชนิดเข้าสู่สำนวนคดีของศาลได้ จากนั้น ตุลาการศาลปกครองจะเป็นผู้พิจารณาชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งหมดเองว่าจะมีน้ำหนักน่าเชื่อถือไปในทางใด แม้แต่ในกรณีของพยานบอกเล่า[29] ก็ตาม ดังนั้น คำพิพากษาของศาลคดีอื่นที่รับฟังข้อเท็จจริงเป็นที่ยุติแล้ว รวมทั้งคำเบิกความพยานที่ศาลเป็นผู้จดบันทึกจึงเป็นทั้งพยานบอกเล่าและพยานความเห็น (ทำนองเดียวกับพยานผู้เชี่ยวชาญที่ให้ความเห็นต่อศาล – ผู้เขียน) แต่ในส่วนของพยานหลักฐานที่คู่ความอ้างส่งศาลหรือที่ศาลแสวงหาเอง ไม่ว่าจะเป็นพยานเอกสารหรือพยานวัตถุหากเข้ามาสู่สำนวนคดีปกครอง ย่อมมีคุณค่าในเชิงพิสูจน์ได้ตามสภาพหรือลักษณะของพยานหลักฐานนั้น ๆ แยกต่างหากจากคำพิพากษาและคำเบิกความพยานได้ ซึ่งอาจศึกษาตัวอย่างแนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ ดังต่อไปนี้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 585/2556 วินิจฉัยว่า ในคดีอาญาแม้ศาลจะพิพากษาว่า ผู้ฟ้องคดีมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 162 (1) (4) แต่ในส่วนของการกระทำผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ แม้ศาลในคดีอาญาวินิจฉัยว่าผู้ฟ้องคดีไม่มีเจตนาทุจริตก็ตาม แต่การดำเนินคดีอาญามีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมการกระทำของบุคคลในสังคมมิให้กระทำการที่กฎหมายกำหนดว่าเป็นความผิดอาญาอันเป็นการรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชน และความสงบสุขของสังคมส่วนรวม โดยจะต้องมีพยานหลักฐานที่ชัดแจ้งจึงจะลงโทษได้ ส่วนการดำเนินการทางวินัยมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมความประพฤติของข้าราชการให้ปฏิบัติตนอยู่ในระเบียบวินัย หากผู้ใดฝ่าฝืนย่อมต้องถูกลงโทษตามความร้ายแรงแห่งพฤติการณ์ โดยจะต้องปรากฏข้อเท็จจริงพอให้เชื่อได้ว่ามีการกระทำผิดวินัยจริงจึงจะลงโทษได้ ดังนั้น กระบวนการพิจารณาเพื่อลงโทษทางวินัยจึงไม่จำต้องถือตามผลของคดีอาญาแต่อย่างใด เมื่อพฤติการณ์และการกระทำของผู้ฟ้องคดีรับฟังได้ว่าเป็นการทุจริตต่อหน้าที่ จึงเป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรง การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ออกคำสั่งเพิ่มโทษผู้ฟ้องคดีจากปลดออกเป็นไล่ออกจากราชการ จึงชอบด้วยกฎหมายและเป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรีแล้ว

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 345/2565 วินิจฉัยว่า มาตรา 46 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา บัญญัติว่า ในการพิพากษาคดีส่วนแพ่ง ศาลจำต้องถือข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏในคำพิพากษาคดีส่วนอาญา แต่ในการดำเนินคดีวินัย คำพิพากษาคดีอาญาไม่มีผลผูกพันการพิพากษาคดีทางวินัยในคดีอาญา เมื่อคดีอาญาผู้ฟ้องคดีรับสารภาพ เพราะได้รับคำปรึกษาชี้แนะจากทนายความอันเป็นการรับสารภาพเพื่อหวังผลในคำพิพากษาคดีอาญา

---

[29] ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543
ข้อ 68 ศาลอาจรับฟังพยานบอกเล่าเป็นพยานหลักฐานประกอบพยานหลักฐานอื่นได้เมื่อศาลเห็นว่า
(1) ตามสภาพ ลักษณะ แหล่งที่มา และข้อเท็จจริงแวดล้อมการบอกเล่า พยานบอกเล่านั้นมีความน่าเชื่อถือ หรือ
(2) มีเหตุจำเป็นเนื่องจากไม่สามารถนำบุคคลซึ่งเป็นผู้ที่ได้เห็น ได้ยิน หรือทราบข้อความในเรื่องที่จะให้การเป็นพยานนั้นมาให้ถ้อยคำเป็นพยานได้ และมีเหตุผลสมควรเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมที่จะรับฟังพยานบอกเล่านั้น

ให้ได้รับการรอการลงโทษ และในคดีอาญาศาลฟังข้อเท็จจริงโดยยังไม่ได้วินิจฉัยว่าผู้ฟ้องคดีได้กระทำผิดโดยทุจริต เพียงแต่มีความผิดฐานเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ และเมื่อในคดีนี้ข้อเท็จจริงไม่ปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีกระทำโดยมีเจตนาพิเศษเพื่อแสวงหาประโยชน์ที่มิควรได้โดยชอบด้วยกฎหมายสำหรับตนเองหรือผู้อื่นแล้ว การกระทำของผู้ฟ้องคดีจึงไม่เป็นความผิดวินัยฐานทุจริตต่อหน้าที่ราชการ

นอกจากนั้น ยังมีความเห็นของตุลาการเสียงข้างน้อย ตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 136/2565 ที่มีความเห็นแย้งว่า แม้ว่าจะไม่มีกฎหมายบัญญัติให้การพิจารณาพิพากษาคดีปกครองจำต้องถือข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏในคดีอาญา ดังเช่นกรณีการพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญา ตามมาตรา 46 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ก็ตาม แต่ศาลปกครองจะไม่คำนึงถึงข้อเท็จจริงในเรื่องเดียวกันตามคำพิพากษาศาลฎีกาไม่ได้ เพียงแต่ว่าผลของคดีในคดีปกครองอาจแตกต่างกันกับในคดีอาญาหรือคดีแพ่งได้ เช่น การกระทำอันหนึ่งศาลฎีกาไม่ถือว่าเป็นการกระทำความผิดทางอาญา แต่การกระทำอันเดียวกันนั้นอาจจะผิดวินัยตามแนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ. 411/2554 คดีหมายเลขแดงที่ อ. 380/2554 และคดีหมายเลขแดงที่ อ. 1127/2561 เป็นต้น เนื่องจากองค์ประกอบความผิดทางอาญามีลักษณะแตกต่างจากองค์ประกอบความผิดวินัยตามพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 และกฎ ก.พ.

จากแนวคำพิพากษาและความเห็นแย้งของตุลาการเสียงข้างน้อยของศาลปกครองสูงสุดข้างต้น จะเห็นได้ว่าศาลปกครองมีแนวโน้มที่จะไม่ถือเอาข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏตามคำพิพากษาในคดีอาญาหรือคดีแพ่ง แต่ทั้งนี้ก็ไม่ได้หมายความว่า ศาลปกครองจะไม่นำข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏตามคำพิพากษาของศาลในคดีอาญามาประกอบการพิจารณาเสียทีเดียว โดยศาลปกครองสามารถนำมาประกอบการรับฟังข้อเท็จจริงได้เพียงแต่ว่า ผลของคดีในคดีปกครองอาจแตกต่างกับคดีอาญาหรือคดีแพ่งได้

3. การรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาของศาลคดีอื่นในต่างประเทศ

ในการศึกษาว่าศาลของต่างประเทศมีการรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาของศาลคดีอื่นอย่างไรบ้างนั้น ในบทความนี้ขอนำเสนอผลการศึกษาการรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาของศาลคดีอื่นออกเป็น 2 กรณี ได้แก่ กรณีที่ 1 การรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาคดีอื่นในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law) ซึ่งได้ศึกษาจากกรณีของประเทศอังกฤษ ผู้เป็นต้นตำรับของระบบกฎหมายดังกล่าว และประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี ที่มีรูปแบบและพัฒนาการต่างออกไปจากประเทศอังกฤษบ้าง และกรณีที่ 2 การรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาคดีอื่นในประเทศที่ใช้กฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) ซึ่งได้ศึกษาจากกรณีของประเทศฝรั่งเศส ผู้เป็นต้นตำรับของระบบกฎหมายดังกล่าว และประเทศเยอรมนีซึ่งใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ที่มีรูปแบบและพัฒนาการต่างออกไปจากประเทศฝรั่งเศส ดังรายละเอียดต่อไปนี้

3.1 การรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาของศาลคดีอื่นในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี (Common Law)

กรณีศาลในประเทศอังกฤษนั้น มีแนวโน้มนำหลักกฎหมายปิดปากโดยประเด็นแห่งคดี (Issue Estoppel) ไปใช้อย่างกว้างขวางในคดีแพ่ง เนื่องจากจุดมุ่งหมายของหลักกฎหมายปิดปากโดยประเด็นแห่งคดีที่ต้องการให้คำพิพากษาของศาลยุติข้อพิพาทระหว่างคู่ความได้ในคราวเดียวนั้น มีความสอดคล้องกันกับหลักการพื้นฐานในการดำเนินคดีแพ่งที่มุ่งยุติข้อพิพาทระหว่างคู่ความเป็นสำคัญ อย่างไรก็ตาม ศาลในประเทศอังกฤษได้นำหลักเรื่องนี้ไปใช้อย่างมีข้อยกเว้น กล่าวคือ หากศาลในคดีก่อนเป็นคดีอาญา ศาลในคดีแพ่งกลับมีแนวโน้มปฏิเสธไม่ยอมรับฟังข้อเท็จจริงเป็นยุติตามที่ปรากฏในคำพิพากษาคดีส่วนอาญาแต่อย่างใด ไม่ว่าคดีอาญาจะรับฟังข้อเท็จจริงเป็นคุณหรือเป็นโทษแก่คู่ความใน

คดีแพ่งก็ตาม[30] โดยเหตุผลของเรื่องนี้มีคำอธิบายว่า มาตรฐานการพิสูจน์ของคดีแพ่งและคดีอาญามีความแตกต่างกันมาก แม้ในคดีอาญาจะมีมาตรฐานการพิสูจน์ในระดับที่ปราศจากข้อสงสัยตามสมควร ซึ่งมากกว่าในคดีแพ่งที่ถือเอาน้ำหนักของพยานหลักฐานว่าฝ่ายใดมีน้ำหนักดีกว่า โดยคำพิพากษาคดี Hollington v. Hewthorn (1943) ซึ่ง Lord Goddard ผู้พิพากษาในคดีนี้ ได้ให้เหตุผลในการไม่รับฟังคำพิพากษาในคดีอาญาเป็นบทตัดสำนวนในคดีแพ่งว่า ประการที่หนึ่ง คำวินิจฉัยของศาลในคดีอาญามีลักษณะเป็นเพียงพยานความเห็นในการพิจารณาคดีแพ่งเท่านั้น จึงนำมารับฟังในคดีหลังไม่ได้ ประการที่สอง ประเด็นในคดีแพ่งแตกต่างกับประเด็นในคดีอาญา ประการที่สาม คำวินิจฉัยในคดีอาญามีสถานะเป็นเพียงพยานบอกเล่าในคดีหลัง และประการสุดท้าย ถ้าคดีอาญามีคำพิพากษาว่าจำเลยกระทำผิดสามารถนำมารับฟังได้ คำพิพากษาคดีอาญาที่ยกฟ้องก็ควรรับฟังได้เช่นกัน แสดงให้เห็นว่าคำพิพากษาคดีนี้ ศาลถือว่าคำพิพากษาคดีอาญาเป็นเพียงพยานหลักฐานชิ้นหนึ่งที่จะใช้พิสูจน์ข้อเท็จจริงเท่านั้น กรณีจึงไม่ใช่พยานหลักฐานที่ดีที่สุดที่จะนำมาใช้พิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดีแพ่ง นอกจากนั้น ศาลในประเทศอังกฤษใช้ระบบลูกขุนซึ่งเป็นประชาชนธรรมดาที่ไม่ใช่นักกฎหมาย มักจะไม่ค่อยรู้ทันความคลาดเคลื่อนของพยานหลักฐาน ข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาในคดีอาญาอันเป็นพยานบอกเล่า จึงอาจก่อให้เกิดความหลงผิดได้ง่าย หากปล่อยให้ลูกขุนมีการรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาในคดีอาญา ก็จะทำให้ไม่มีการนำพยานมาสืบต่อหน้าลูกขุน และคู่ความอีกฝ่ายก็จะไม่มีโอกาสได้ซักค้าน[31] ซึ่งกรณีนี้เป็นข้อปฏิเสธไม่รับฟังด้วยเหตุผลเรื่องมาตรฐานการพิสูจน์ในคดีอาญาที่ต่างจากคดีแพ่งมาก แม้ในคดีอาญาจะมีมาตรฐานการพิสูจน์ในระดับที่ปราศจากข้อสงสัยตามสมควร ซึ่งมากกว่าคดีแพ่งที่ถือเอาน้ำหนักพยานหลักฐานว่าฝ่ายใดนำสืบได้มีน้ำหนักมากกว่าก็ตาม แต่ในประเทศอังกฤษเห็นว่า แม้ในคดีอาญาศาลจะพิพากษายกฟ้อง ก็ไม่ได้หมายความว่าจำเลยไม่ได้กระทำผิดตามฟ้องเสมอไป แต่การที่โจทก์ไม่สามารถนำสืบพยานได้ถึงมาตรฐานการพิสูจน์ในคดีอาญา ศาลจึงไม่อาจวินิจฉัยว่าจำเลยกระทำผิดได้ นอกจากนี้ ยังมีเหตุผลในเรื่องสถานะความเป็นพยานบอกเล่าของคำพิพากษาคดีอาญาก่อนหน้า ซึ่งแม้ศาลในประเทศอังกฤษอาจถือเอาคำพิพากษาคดีอาญาก่อนหน้าเป็นพยานหลักฐานชิ้นหนึ่งในคดีแพ่ง แต่หากในคดีแพ่งนั้นเป็นคดีที่พิจารณาข้อเท็จจริงโดยคณะลูกขุนซึ่งเป็นเพียงบุคคลธรรมดา คณะลูกขุนซึ่งมักไม่ค่อยรู้ทันความคลาดเคลื่อนของพยานหลักฐาน ระบบกฎหมายอังกฤษจึงมีบทตัดพยานที่เคร่งครัด เมื่อข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏในคำพิพากษาในส่วนคดีอาญาเป็นเพียงพยานบอกเล่า ซึ่งไม่ใช่พยานหลักฐานที่ดีที่สุดที่จะใช้พิสูจน์ข้อเท็จจริงในคดีแพ่ง ศาลอังกฤษจึงไม่ต้องการให้ข้อเท็จจริงดังกล่าวเข้าไปสู่การรับรู้รับทราบของคณะลูกขุน[32] ซึ่งต่างจากการพิจารณาข้อเท็จจริงโดยผู้พิพากษาที่มีความเชี่ยวชาญในการวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริง ซึ่งจะผ่อนคลายบทตัดพยานที่เคร่งครัดลง

สรุปได้ว่า ศาลในคดีแพ่งของประเทศอังกฤษมีแนวโน้มจะรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาคดีแพ่งคดีอื่นอย่างกว้างขวาง แต่ในคดีอาญา ศาลในคดีแพ่งของประเทศอังกฤษมีแนวโน้มจะไม่รับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาคดีอาญาคดีอื่น แม้ในคดีอาญาจะมีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยเป็นคุณหรือเป็นโทษแก่คู่ความในคดีแพ่ง และเป็นคู่ความเดียวกันกับคดีแพ่งก็ตาม

ส่วนกรณีของประเทศสหรัฐอเมริกา มีการนำเอาหลักกฎหมายปิดปากโดยประเด็นแห่งคดีมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีแพ่ง โดยจะเรียกชื่อหลักกฎหมายปิดปากโดยประเด็นแห่งคดีนี้ว่าหลัก “*Collateral Estoppel*” โดยในการ

---

[30] โอสถ โกศิน, คำอธิบายกฎหมายลักษณะพยานหลักฐาน, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพมหานคร : สำนักงานส่งเสริมงานตุลาการ กระทรวงยุติธรรม, 2538), น. 299.

[31] เรื่องเดียวกัน, น. 352-354.

[32] ไกรพล อรัญรัตน์, “การยอมรับข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยของศาลอื่นในระบบศาลไทย”, ดุษฎีนิพนธ์ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีการศึกษา 2560, น. 230-232.

พิจารณาคดีแพ่งของศาลประเทศสหรัฐอเมริกา หากได้มีคำพิพากษาของศาลที่พิจารณาคดีแพ่งอื่นวินิจฉัยข้อเท็จจริงเดียวกันเอาไว้ก่อนหน้าแล้ว ศาลที่พิจารณาคดีแพ่งในภายหลังก็มีความจำเป็นที่จะต้องรับฟังข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏในคำพิพากษาคดีแพ่งก่อนหน้าเสมอ ไม่ใช่เพียงรับฟังคำพิพากษาคดีแพ่งก่อนหน้าในฐานะเป็นพยานหลักฐานชิ้นหนึ่งในคดีหลังเท่านั้น ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาของ Supreme Court of Missouri ในคดี Oates v. Safeco Insurance Co. of America[33] ซึ่งศาลได้วินิจฉัยวางหลักไว้ว่าถ้าหากมีองค์ประกอบในการเกิดหลักกฎหมายปิดปากโดยประเด็นแห่งคดีอย่างครบถ้วน และคู่ความมีสิทธิได้ต่อสู้ในคดีแรกอย่างเต็มที่และยุติธรรมแล้ว ศาลแพ่งในคดีหลังก็จะต้องยึดข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏในคดีก่อนหน้าทันที เพื่อป้องกันไม่ให้มีการดำเนินคดีซ้ำซ้อน และไม่ให้การดำเนินคดีอาญาเกิดความสิ้นเปลืองทางเศรษฐกิจขึ้น ซึ่งกรณีนี้มีคำพิพากษาของศาลสูงสุดของมลรัฐ Arkansas ในคดี Zinger v. Terrel (1999) ได้วินิจฉัยวางหลักว่า ศาลที่พิจารณาคดีแพ่งจะต้องรับฟังข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏในคำพิพากษาคดีอาญาที่ตัดสินลงโทษจำเลยเพื่อให้การดำเนินคดีระหว่างคู่ความทั้งสองฝ่ายสิ้นสุด (Finality of Litigation) และไม่เกิดการสิ้นเปลืองทางเศรษฐกิจ[34]

อนึ่ง แม้ในประเทศสหรัฐอเมริกาจะยอมรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาของศาลคดีอื่นเป็นหลัก แต่การยอมรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาของศาลคดีอื่นดังกล่าว ก็ยังคงมีข้อยกเว้นบางประการที่ศาลอาจปฏิเสธไม่ยอมรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาของศาลคดีอื่นได้เช่นกัน จากการศึกษาพบว่า ปัจจัยที่ศาลในประเทศสหรัฐอเมริกาคำนึงถึงในการปฏิเสธไม่ยอมรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาของศาลคดีอื่น ได้แก่ มาตรฐานการพิสูจน์ในคดีก่อนหน้า สิทธิของจำเลยในการได้รับการพิจารณาคดีต่อหน้าลูกขุน รวมถึงความสมบูรณ์ของคำพิพากษาคดีก่อนหน้า[35]

3.2 การรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาของศาลคดีอื่นในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law)

สำหรับในกลุ่มประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ไม่ปรากฏว่ามีพัฒนาการเกี่ยวกับหลักการรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาคดีอื่น หรือหลักกฎหมายปิดปากโดยประเด็นแห่งคดีอย่างชัดเจนเหมือนในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายจารีตประเพณี แต่หลักการดังกล่าวก็ยังมีบทบาทอยู่บ้างในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อเท็จจริงของศาลในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร โดยหลักการรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาคดีอื่นของประเทศดังกล่าว เริ่มมีพัฒนาการในระยะแรกเมื่อครั้งที่มีการแบ่งแยกคดีแพ่งและคดีอาญาออกจากกัน ซึ่งผลจากการแบ่งแยกการดำเนินคดีแพ่งและคดีอาญาออกจากกัน ทำให้เมื่อมีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการทำละเมิดเกิดขึ้น ข้อเท็จจริงดังกล่าวย่อมอาจเป็นได้ทั้งความรับผิดทางอาญาและการละเมิดในทางแพ่งพร้อมกันได้ หากกรณีดังกล่าวมีกฎหมายอาญาบัญญัติถึงความผิดและโทษเอาไว้ อาทิ การทำร้ายร่างกาย หรือทำอันตรายแก่ชีวิต ย่อมเป็นความผิดอาญาอันถือว่าเป็นการกระทบกระเทือนต่อความสงบสุขของสังคม และถือว่าผู้เสียหายถูกทำละเมิด จึงมีสิทธิเรียกให้ชดใช้เยียวยาความเสียหายนั้นได้[36]

ประเทศฝรั่งเศสถือเป็นหนึ่งในประเทศต้นแบบของระบบการแสวงหาพยานหลักฐานในระบบไต่สวน ที่หลายประเทศนำเอามาเป็นแม่แบบในการพัฒนากฎหมาย โดยผู้พิพากษาในคดีแพ่งและคดีอาญา ต่างมีอำนาจในการดำเนินกระบวนพิจารณาตั้งแต่ชั้นตระเตรียมคดีจนถึงชั้นพิจารณาพิพากษาคดีอย่างกว้างขวาง อาทิ การกำหนดประเด็นข้อพิพาท หรือการแสวงหาข้อเท็จจริงเบื้องต้นเพื่อประกอบการมีคำสั่งรับคำฟ้องไว้พิจารณา อันเป็นเอกลักษณ์ประการหนึ่ง

---

[33] Donald L.Catlett, Charles D.Moreland, Janet M.Thompson, “Collateral Estoppel in Criminal Cases: How and Where Does It Apply?,” Journal of Missouri Bar (November-December 2006), p. 3.

[34] Zinger v. Terrel (1999) cited in Ray B.Schlegel,”Zinger v. Terrel: The Collateral Effect of Criminal Judgment in Subsequent Civil Litigation: New Law in Arkansas and the Question Unanswered,” Arkansas Law Review (2001), อ้างใน ไกรพล อรัญรัตน์, “การรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาคดีอื่นตามหลักกฎหมายปิดปากโดยประเด็นแห่งคดี (Issue Estoppel)”, ดุลพาห (มกราคม - เมษายน 2557), น. 71-72.

[35] ไกรพล อรัญรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 28, น. 212-213.

[36] สุษม ศุภนิตย์, คำอธิบายประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ว่าด้วยละเมิด, พิมพ์ครั้งที่ 6, (กรุงเทพฯ ; สำนักพิมพ์นิติบรรณาการ, 2550), น. 3.

ของระบบไต่สวน โดยในการปรับปรุงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เมื่อปี ค.ศ. 1971 ได้ส่งผลประการสำคัญให้กฎหมายลักษณะพยานหลักฐานใช้ระบบไต่สวนอย่างเต็มรูปแบบ เนื่องจากมีการแก้ไขเพิ่มเติมให้อำนาจแก่ผู้พิพากษาเพิ่มขึ้นมากมายหลายประการ[37] เช่น อำนาจในการสืบพยานหลักฐานเพิ่มเติมจากที่คู่ความนำเสนอ อำนาจในการสั่งงดสืบพยานหลักฐานเมื่อเห็นว่าได้ข้อเท็จจริงที่เพียงพอแก่การวินิจฉัยคดีแล้ว โดยเฉพาะอย่างยิ่งอำนาจของผู้พิพากษาในการใช้ดุลพินิจพิจารณาขอบเขตของการสืบพยานให้เป็นไปโดยเหมาะสม ซึ่งกระบวนการนี้จะให้ผู้พิพากษาผู้ทำหน้าที่เตรียมความพร้อมของคดี รวบรวมรายละเอียดเกี่ยวกับพยานเอกสารทั้งหมด ก่อนส่งคดีเข้าสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลตามระบบต่อไป นอกจากนี้ มาตรา 10 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง[38] ยังกำหนดให้ผู้พิพากษามีอำนาจออกคำสั่งให้แสวงหาข้อเท็จจริงที่ชอบด้วยกฎหมายได้อีกด้วย ทั้งนี้ เพื่อให้การค้นหาความจริงในคดีเป็นไปโดยสมบูรณ์ที่สุด โดยมาตรการที่กล่าวมาทั้งหมดข้างต้น เป็นเครื่องยืนยันให้เห็นว่ากฎหมายลักษณะพยานหลักฐานในคดีแพ่งเป็นระบบวิธีพิจารณาแบบไต่สวน[39]

สำหรับกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศสได้กำหนดให้นำ “หลักการตรวจสอบ” (Examination principle) มาใช้แสวงหาความจริงตั้งแต่ในชั้นเจ้าพนักงานจนถึงการพิจารณาคดีของศาล[40] เพื่อให้การแสวงหาข้อเท็จจริงเป็นไปอย่างสมบูรณ์ครบถ้วน ดังนั้น การดำเนินคดีอาญาจึงให้อิสระแก่ผู้พิพากษาอย่างมากในการรับฟังพยานหลักฐาน[41] การนำเสนอพยานหลักฐานต่อศาลในประเทศฝรั่งเศสจึงมีกฎเกณฑ์ในการรับฟังพยานหลักฐานน้อย กฎเกณฑ์จะมีลักษณะที่ไม่เคร่งครัดมากนัก โดยเฉพาะอย่างยิ่งจะไม่มีบทตัดพยานที่เด็ดขาด แต่จะเปิดโอกาสให้มีการเสนอพยานหลักฐานทุกชนิดต่อศาล เพื่อให้ศาลได้ใช้ดุลพินิจอย่างกว้างขวางและยืดหยุ่น[42] แม้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาจะไม่ปรากฏหลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษาอย่างในประเทศสหรัฐอเมริกา หรือหลักกฎหมายปิดปากอย่างในประเทศอังกฤษ แต่ในคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญา ศาลฝรั่งเศสก็ยอมรับให้มีการรับฟังข้อเท็จจริงในคดีแพ่งตามที่ปรากฏในคำพิพากษาคดีส่วนอาญาได้เช่นกัน โดยในปี ค.ศ. 1855 ศาลฎีกาของประเทศฝรั่งเศสได้มีคำวินิจฉัยวางหลักไว้ว่าศาลในคดีแพ่งต้องยึดถือข้อเท็จจริงที่ศาลอาญาได้วินิจฉัยเอาไว้แล้ว[43] ทั้งนี้ สอดคล้องกับมาตรา 3 แห่งประมวลกฎหมายการสอบสวนคดีอาญา (Le code d’instruction criminelle)[44] ซึ่งบัญญัติไว้มีสาระสำคัญว่า เมื่อผู้เสียหายเป็นโจทก์ฟ้องคดีแพ่งต่อศาลแล้ว ให้ศาลรอการพิจารณาพิพากษาในคดีอาญาซึ่งพนักงานอัยการเป็นโจทก์ฟ้องไว้ก่อน[45] และมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (Le code de procédure pénale) ซึ่งบัญญัติไว้มีสาระสำคัญว่า

---

[37] ธนกฤต วรธนัชชากุล, “มาตรการแสวงหาข้อเท็จจริงในคดีแพ่ง : มองเทศแล้วย้อนมามองไทย,” วารสารศาลยุติธรรมปริทัศน์ : น. 1.

[38] Code de procédure civile

Article 10 Le juge a le pouvoir d’ordonner d’office toutes les mesures d’instruction légalement admissibles.

[39] ไกรพล อรัญรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 28, น. 239.

[40] คณิต ณ นคร, กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2549),” น. 50-51.

[41] Morris Ploscowe, Development of Inquisitorial and Accusatorial Elements in French Procedure, 23 Am. Inst. Crim. L.& Criminology 372 (1932-1933) : p.373. สืบค้นจาก https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2306&context=jclc (14 February 2024).

[42] Jacqueline Hodgson, French Criminal Justice (United States : Hart Publishing, 2005), p.26.

[43] ปกป้อง ศรีสนิท, “ศาลที่พิจารณาคดีแพ่งจำต้องถือตามคำพิพากษาคดีอาญาเพียงใด,” วารสารนิติศาสตร์ : น. 374.

[44] ประมวลกฎหมายการสอบสวนคดีอาญาฝรั่งเศส จัดทำขึ้นตั้งแต่ปี ค.ศ. 1801 และประกาศใช้เป็นกฎหมายเมื่อวันที่ 16 พฤศจิกายน 1808 ต่อมาถูกยกเลิกเมื่อปี ค.ศ. 1958 และมีการประกาศใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาฝรั่งเศสฉบับปัจจุบันขึ้นมาแทน เมื่อวันที่ 2 มีนาคม 1959 (ผู้เขียน)

[45] Article 3 L’action civile peut être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l’action publique.

Elle peut aussi l’être séparément ; dans ce cas, l’exercice en est suspendu, tant qu’il n’a pas été prononcé définitivement sur l’action publique intentée avant ou pendant la poursuite de l’action civile. สืบค้นจาก https://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_instruction_criminelle_1808/code_instruction_criminelle_1.htm (14 February 2024).

ถ้ามีการฟ้องคดีอาญาแล้ว แต่ศาลยังไม่มีคำพิพากษาถึงที่สุด การดำเนินกระบวนพิจารณาในคดีแพ่งอาจถูกรอไว้จนกว่าการดำเนินกระบวนพิจารณาในคดีอาญาจะมีคำพิพากษาถึงที่สุด[46]

ส่วนในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองฝรั่งเศสนั้น ศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสโดยที่ประชุมใหญ่ได้มีคำวินิจฉัยบรรทัดฐานว่า โดยหลักแล้วผลบังคับผูกพันของคำพิพากษาในคดีอาญาจะไม่ผูกพันหน่วยงานทางปกครองและศาลที่มีอำนาจวินิจฉัยคดีปกครองเกี่ยวกับการรับฟังข้อเท็จจริง แต่กรณีก็มีข้อยกเว้นในบางกรณีที่ผลบังคับผูกพันในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการรับฟังข้อเท็จจริงของคำพิพากษาในคดีอาญามีผลผูกพันในคดีปกครองได้เช่นกัน[47]

กรณีของประเทศเยอรมนี กฎหมายวิธีพิจารณาความและกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานใช้ระบบกล่าวหาที่ให้คู่ความมีบทบาทสำคัญในการแสวงหาข้อเท็จจริงเข้าสู่สำนวนคดี โดยในคดีแพ่งใช้หลักความตกลง หรือหลักการเจรจา (Negotiation Principle) เป็นหลักในการดำเนินคดี ส่วนในคดีอาญาและคดีปกครองใช้หลักการพิสูจน์ความจริงหรือหลักการตรวจสอบ (Examination Principle) กระบวนพิจารณาคดีแพ่งในประเทศเยอรมนีจะไม่มีกฎเกณฑ์ในการสืบพยานหลักฐานเป็นลำดับขั้นตอนชัดเจน โดยกระบวนพิจารณาเมื่อโจทก์นำคดีมาฟ้องร้องต่อศาล ศาลจะเป็นผู้ตรวจสำนวนทั้งหมด เพื่อให้ทราบถึงประเด็นแห่งคดีและจำนวนพยานหลักฐานที่คู่ความประสงค์อ้าง แล้วศาลจะแจ้งวันนัดให้คู่ความทราบ ในขั้นตอนนี้ ศาลจะเป็นผู้พิจารณาว่าจะหมายเรียกพยานบุคคลปากใดมาสืบเมื่อใด หากศาลเห็นว่าพยานบุคคลปากใดสมควรมาศาลในกำหนดนัดใด ก็สามารถหมายเรียกพยานปากนั้นมาสืบ[48] โดยศาลมีหน้าที่ถามความจากพยานเอง ทนายความที่คู่ความแต่งตั้งขึ้นมาไม่อาจถามความได้ แต่อาจตั้งข้อสังเกตและเสนอแนะเกี่ยวกับถ้อยคำที่ศาลสรุปและบันทึกเอาไว้ได้ อย่างไรก็ตาม กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งเยอรมันยึดถือหลักการที่คู่ความมีอำนาจควบคุมเหนือคดี (Dispositionsgrundsatz) โดยศาลไม่มีอำนาจยับยั้งเจตจำนงของคู่ความในการตัดสินใจเกี่ยวกับคดีได้ อันเป็นลักษณะบ่งชี้ว่าระบบกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งและกฎหมายลักษณะพยานหลักฐานในคดีแพ่งของประเทศเยอรมนีใช้ระบบกล่าวหา[49] แต่ก็มีการประยุกต์นำหลักการดำเนินคดีแบบหลักการตรวจสอบ ซึ่งเป็นหลักการของระบบไต่สวนมาใช้ร่วมด้วย เพื่อเสริมประสิทธิภาพในการค้นหาความจริงของศาล

สำหรับในส่วนของคดีอาญานั้น ประเทศเยอรมนีถือหลักการเดียวกับประเทศฝรั่งเศส คือเป็นหลักการดำเนินคดีอาญาโดยรัฐ โดยองค์กรของรัฐทุกองค์กรในกระบวนยุติธรรมไม่ว่าจะเป็นศาล พนักงานอัยการ หรือตำรวจ ต่างร่วมมือกันประสานงานและค้นหาความจริงได้โดยไม่จำกัดรูปแบบ กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมันจึงให้ความสำคัญกับความจริงอันเป็นพื้นฐานของการพิพากษาคดีอย่างมาก แต่ในภาพรวมแล้ว การดำเนินคดีอาญามีลักษณะผสมระหว่าง

---

[46] Article 4 L'action civile en réparation du dommage causé par l'infraction prévue par l'article 2 peut être exercée devant une juridiction civile, séparément de l'action publique.

Toutefois, il est sursis au jugement de cette action tant qu'il n'a pas été prononcé définitivement sur l'action publique lorsque celle-ci a été mise en mouvement.

La mise en mouvement de l'action publique n'impose pas la suspension du jugement des autres actions exercées devant la juridiction civile, de quelque nature qu'elles soient, même si la décision à intervenir au pénal est susceptible d'exercer, directement ou indirectement, une influence sur la solution du procès civil. แก้ไขเพิ่มเติมโดย LOI n°2011-939 du 10 août 2011 - art. 1 มีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ 12 สิงหาคม 2011. สืบค้นจาก https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006071154/LEGISCTA000024458637/?anchor=LEGIARTI000024496784#LEGIARTI000024496784 (14 February 2024).

[47] CE, Ass., 8 janv. 1971, Ministre de l'Intérieur c/ Dame Desamis. สืบค้นจาก https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?idTexte=CETATEXT000007641968 (20 February 2024).

[48] John H. Langbein, "The German Advantage in Civil Procedure," The University of Chicago Law Review 52, Fall 1985 (1985): p. 826-829.

[49] Astrid Stadler and Wolfgung Hau, Introduction to German Law 3rd ed. (Hauge : Kluwer Law International, 2005), p.365.

ระบบกล่าวหาและระบบไต่สวน การวินิจฉัยข้อเท็จจริงในคดีอาญาจะไม่ให้ความสำคัญกับการยอมรับข้อเท็จจริงของคู่ความ และไม่ได้มุ่งหมายที่การยุติข้อพิพาทระหว่างคู่ความดังเช่นในคดีแพ่ง แต่จะให้ความสำคัญกับการพิสูจน์ความจริง และมุ่งหมายเพียงให้การวินิจฉัยคดีของศาลอยู่บนพื้นฐานของข้อเท็จจริงที่ถูกต้องที่สุดเท่านั้น หลักการดำเนินคดีเช่นนี้เรียกว่า หลักการตรวจสอบ หรือหลักการพิสูจน์ความจริง (Untersuchungsgrundsatz)[50]

ประเทศเยอรมนีเป็นประเทศหนึ่งที่รับเอาแนวคิดว่าด้วยหลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษา มาใช้ในระบบกฎหมายของตนตั้งแต่ในช่วงคริสต์ศตวรรษที่ 12 แต่ช่วงเวลาต่อมาราวคริสต์ศตวรรษที่ 18 และ 19 ซึ่งเป็นช่วงที่แนวคิดการจัดทำประมวลกฎหมายในยุโรปกำลังเป็นที่นิยมอย่างมาก อิทธิพลของหลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษากลับลดลงไปพอสมควร[51] แม้ในกรณีที่ข้อเท็จจริงมีความเกี่ยวพันกันระหว่างคดีแพ่งกับคดีอาญาซึ่งเป็นกรณีที่การกระทำความผิดอาญาก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายแก่ผู้เสียหายด้วย[52] ก็ไม่ปรากฏว่ามีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดกำหนดให้ศาลที่พิจารณาคดีส่วนแพ่ง ต้องถือข้อเท็จจริงเป็นยุติตามที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลคดีส่วนอาญา และในทางกลับกันก็ไม่ปรากฏว่า ศาลที่พิจารณาคดีอาญาต้องถือข้อเท็จจริงเป็นยุติตามที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลคดีส่วนแพ่ง ซึ่งศาสตราจารย์หยุด แสงอุทัย ได้ให้ความเห็นไว้ว่า ศาลในประเทศเยอรมนีไม่มีการถือข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาของศาลคดีอื่น เพราะในประเทศเยอรมนีถือว่าศาลแต่ละคดีมีความเป็นอิสระจากกัน[53] แต่หลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษายังมีบทบาทอยู่ในระบบกฎหมายของประเทศเยอรมนีอยู่บ้าง ในรูปแบบของหลักการห้ามมิให้ดำเนินคดีอาญาซ้ำสองในการกระทำเดียวกัน (Double Jeopardy) ซึ่งถือเป็นสาขาหนึ่งของหลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษา ซึ่งแม้ไม่ปรากฏบทบัญญัติดังกล่าวในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาโดยตรงก็ตาม หากแต่ได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา 103 (3)[54] ของรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเยอรมนี (The Basic Law for the Federal Republic of Germany)

อนึ่ง ระบบกฎหมายของประเทศเยอรมนีมีข้อยกเว้นให้ศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมักวินิจฉัยแต่ปัญหาข้อกฎหมายสามารถรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาของศาลคดีอื่นได้ แต่ต้องคำนึงถึงหลักการพื้นฐานของการดำเนินคดีแต่ละคดีประกอบด้วย เช่น หากเป็นคดีอาญา หรือคดีปกครอง ซึ่งใช้หลักการค้นหาความจริงในระบบไต่สวน ศาลรัฐธรรมนูญย่อมสามารถรับฟังข้อเท็จจริงเป็นยุติตามคำพิพากษาของศาลคดีอื่นได้ แต่หากเป็นกรณีคดีแพ่ง ซึ่งใช้หลักการดำเนินคดีแบบตกลงกัน คู่ความเป็นผู้กำหนดคดีและศาลชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานว่า ฝ่ายใดมีน้ำหนักมากกว่ากันเท่านั้น เช่นนี้ศาลรัฐธรรมนูญย่อมไม่อาจรับฟังข้อเท็จจริงเป็นยุติตามที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลคดีแพ่งนั้นได้[55]

4. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับปัจจัยที่มีผลต่อการรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาของศาลคดีอื่นในฐานะที่เป็นพยานหลักฐานอย่างหนึ่งในคดีปกครอง

นอกจากหลักกฎหมายที่เกี่ยวกับการรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาของศาลคดีอื่นข้างต้นแล้ว จากการศึกษา

---

[50] Astrid Stadler and Wolfgung Hau, Ibid, p. 365.

[51] A.C. Budak, “Res Judicata in Civil Proceedings in Common Law and Civilian Systems with Special Reference to Turkish and English Law,” Civil Justice Quarterly (1992), p.7. อ้างใน ไกรพล อรัญรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 30, น. 250.

[52] สุรสิทธิ์ แสงวิโรจนพัฒน์, “การมีส่วนร่วมของผู้เสียหายในกระบวนพิจารณาคดีอาญาตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาเยอรมัน.” ดุลพาห, 58, พฤษภาคม (2554), น. 104.

[53] รายงานการประชุมคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ครั้งที่ 407-17/2515 วันอังคารที่ 6 มิถุนายน 2515, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา.

[54] Article 103 (3) No person may be punished for the same act more than once under the general criminal laws. สืบค้นจาก https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html#p0568 (20 February 2024).

[55] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, วิธีพิจารณาคดีของศาลรัฐธรรมนูญ : ศึกษากรณีของศาลรัฐธรรมนูญต่างประเทศกับศาลรัฐธรรมนูญไทย, (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, 2545), น. 205.

พบว่ายังมีปัจจัยอื่น ๆ ที่มีผลต่อการที่ศาลนำมาประกอบการพิจารณาในการรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาของศาลคดีอื่นด้วย ได้แก่ หลักพื้นฐานของการดำเนินคดีก่อนหน้า มาตรฐานการพิสูจน์ของคดีก่อนหน้า ความสมบูรณ์ของการรับฟังพยานหลักฐานของศาลคดีก่อนหน้า และวัตถุประสงค์ของการดำเนินคดีก่อนหน้า โดยศาลปกครองอาจนำปัจจัยดังกล่าวมาเป็นข้อพิจารณาประกอบการรับฟังข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏตามคำพิพากษาคดีอื่นได้ ดังนี้

4.1 หลักพื้นฐานของการดำเนินคดีก่อนหน้า

หลักพื้นฐานของการดำเนินคดีแต่ละประเภทถือเป็นปัจจัยสำคัญที่ศาลใช้ในการตัดสินใจว่าจะนำหลักกฎหมายเกี่ยวกับการยอมรับข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาของศาลอื่นมาใช้หรือไม่ โดยศาลในคดีอาญาของประเทศสหรัฐอเมริกาให้ความสำคัญกับสิทธิขั้นพื้นฐานของจำเลย ที่มีสิทธิได้รับการพิจารณาโดยคณะลูกขุนเป็นสิ่งสำคัญที่ไม่อาจล่วงละเมิดได้ จึงไม่เหมาะสมที่จะนำหลักการยอมรับข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาของศาลอื่นมาใช้ในคดีอาญา สอดคล้องกับศาลในประเทศอังกฤษที่ไม่ยอมรับให้นำหลักกฎหมายปิดปากโดยประเด็นแห่งคดีมาปรับใช้ในคดีอาญา สำหรับในประเทศเยอรมนีที่มีกฎหมายกำหนดให้ศาลรัฐธรรมนูญยอมรับข้อเท็จจริงเป็นที่ยุติตามคำพิพากษาคดีอื่นได้ หากคดีดังกล่าวเป็นคดีอาญาหรือคดีปกครอง เนื่องจากคดีทั้งสองประเภทเป็นคดีประเภทที่ศาลมีบทบาทเป็นผู้ค้นหาความจริง ไม่ใช่คดีที่คู่ความเป็นผู้กำหนดคดี ส่วนศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสยอมรับในการที่ศาลปกครองจะรับฟังข้อเท็จจริงที่ปรากฏต่อศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีอาญา

ในขณะที่ศาลยุติธรรมในประเทศไทยมีการรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาของศาลอื่น โดยไม่ได้เคร่งครัดกับหลักพื้นฐานของการดำเนินคดีก่อนหน้ามากนัก และในกรณีที่ไม่มีกฎหมายกำหนดให้ศาลต้องถือเอาข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏในคำพิพากษาคดีอื่น แต่หากศาลประสงค์จะถือเอาข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาของศาลอื่น ศาลก็จะนำหลักคำพิพากษาผูกพันคู่ความซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษาหรือหลักกฎหมายปิดปากโดยประเด็นแห่งคดีมาใช้ ไม่ว่าคดีก่อนหน้าจะเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญา และไม่ว่าคดีที่อยู่ในระหว่างการพิจารณาจะเป็นคดีแพ่งหรือคดีอาญาก็ตาม สำหรับในส่วนของศาลปกครองนั้น แม้ในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองไทยจะไม่ได้มีบทกฎหมายเกี่ยวกับการยอมรับฟังหรือไม่ยอมรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาของศาลอื่น โดยคำนึงถึงหลักพื้นฐานของการดำเนินคดีก่อนหน้าก็ตาม แต่หากศาลปกครองจะพิจารณาโดยใช้หลักพื้นฐานของการดำเนินคดีก่อนหน้ามาใช้ศาลปกครองควรพิจารณาว่าคดีที่มีการรับฟังข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏตามคำพิพากษานั้นว่า คดีก่อนหน้าเป็นการดำเนินคดีในระบบการค้นหาความจริงโดยศาลดังเช่นคดีปกครอง หรือในคดีอาญาของไทยที่แม้เป็นระบบกล่าวหา แต่ก็ให้ความสำคัญกับการค้นหาความจริงตามหลักการตรวจสอบ (Examination Principle) ตามระบบไต่สวนหรือไม่ด้วย

4.2 มาตรฐานการพิสูจน์ของคดีก่อนหน้า

มาตรฐานการพิสูจน์ (Standard of Proof) เป็นเครื่องมือทางพยานหลักฐานที่ใช้วัดน้ำหนักของพยานหลักฐานที่เข้ามาในคดีว่ามีน้ำหนักเพียงพอที่จะทำให้ศาลเชื่อตามข้ออ้างข้อเถียงของคู่ความแต่ละฝ่ายได้หรือไม่ คดีแต่ละประเภทมีมาตรฐานการพิสูจน์แตกต่างกันไป เช่น คดีอาญาใช้มาตรฐานการพิสูจน์ในระดับปราศจากข้อสงสัยตามสมควร (Beyond Resonable Doubt) คดีแพ่งใช้หลักมาตรฐานการพิสูจน์ในระดับความเป็นไปได้ของข้อเท็จจริง (Preponderance of Evidence) ดังนั้น หากคดีก่อนหน้าเป็นคดีที่มีมาตรฐานการพิสูจน์สูงกว่าคดีหลัง และศาลคดีก่อนหน้าวินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยเชื่อตามพยานหลักฐานของฝ่ายที่มีภาระการพิสูจน์ ศาลในคดีหลังย่อมรับฟังข้อเท็จจริงเป็นยุติตามที่ปรากฏตามคำพิพากษาในคดีก่อนหน้าได้ ซึ่งเป็นไปตามหลัก “มาตรฐานการพิสูจน์ที่เหนือกว่า” (More Favorable of Proof[56] หรือ proof on the balance of probability หรือ on the balance of Preponderance) ซึ่งมาตรฐานการพิสูจน์

[56] ไกรพล อรัญรัตน์, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 28, น. 280.

ในระดับที่สองนี้ ยังไม่มีการนำมาบัญญัติเป็นกฎหมายไว้ให้ชัดในกฎหมายไทย แต่ก็ปรากฏในทางตำราและบรรทัดฐานคำพิพากษาฎีกาเป็นครั้งคราว[57] ในทางตรงกันข้าม หากเป็นคดีที่มีมาตรฐานการพิสูจน์ต่ำกว่าคดีหลังหรือมาตรฐานการพิสูจน์ในระดับเดียวกัน เช่น ในคดีอาญากับคดีอาญา ในคดีแพ่งกับคดีแพ่ง และในคดีอาญาหรือคดีแพ่งกับคดีปกครอง เช่นนี้ ศาลปกครองอาจไม่ยอมรับฟังข้อเท็จจริงเป็นยุติตามที่ปรากฏตามคำพิพากษาในคดีก่อนหน้าได้ เว้นแต่ศาลจะพิจารณาโดยอาศัยปัจจัยอื่นมาประกอบการพิจารณาด้วย

4.3 ความสมบูรณ์ของการรับฟังพยานหลักฐานของศาลคดีก่อนหน้า

คำพิพากษาของศาลย่อมมีสภาพเด็ดขาดผูกพันคู่ความและผูกพันศาลในคดีนั้น การที่ศาลในคดีหลังจะยอมรับฟังข้อเท็จจริงที่ปรากฏตามคำพิพากษาได้เพียงใด ย่อมขึ้นอยู่กับความสมบูรณ์ของคำพิพากษาของศาลคดีก่อนหน้าด้วย ซึ่งในต่างประเทศได้มีการพัฒนาหลักเกณฑ์ในการตรวจสอบความสมบูรณ์ของคำพิพากษาของศาลคดีก่อนหน้า ไม่ว่าในประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายวิธีพิจารณาในระบบกล่าวหาหรือระบบไต่สวน เช่น การตรวจความแท้จริงของพยานหลักฐานที่ศาลได้รับฟัง หรือกรณีปรากฏพยานหลักฐานใหม่ เป็นต้น แตกต่างจากในประเทศไทยที่ยังไม่ค่อยได้มีการพัฒนาหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ อย่างไรก็ตาม แม้ศาลปกครองไม่อาจตรวจสอบความสมบูรณ์ของคำพิพากษาของศาลคดีก่อนหน้าได้โดยตรง แต่โดยที่ศาลปกครองมีอำนาจในการแสวงหาข้อเท็จจริงไม่ว่าโดยคู่กรณีหรือศาลแสวงหาเองเพื่อให้พยานหลักฐานทุกชนิดเข้าสู่สำนวนคดีได้ โดยศาลปกครองย่อมถือว่าคำพิพากษาของศาลคดีก่อนหน้า รวมทั้งบรรดาคำเบิกความหรือพยานหลักฐานที่คู่ความอ้างส่งศาลหรือศาลแสวงหาในคดีก่อนหน้าเป็นพยานหลักฐานประกอบในสำนวนได้ ดังนั้น ศาลปกครองย่อมมีโอกาสที่ตรวจสอบความสมบูรณ์ของการรับฟังพยานหลักฐานของศาลคดีก่อนหน้าอยู่ในตัว แล้วพิจารณาชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานได้เองว่า ข้อเท็จจริงที่ศาลปกครองรับฟังได้เป็นอย่างเดียวกันกับที่ศาลคดีก่อนหน้ารับฟังหรือไม่ ในกรณีที่พบว่าในสำนวนคดีมีพยานหลักฐานเพิ่มเติมหรือพยานหลักฐานใหม่นอกเหนือจากที่ศาลในคดีก่อนหน้ารับฟัง ย่อมไม่มีข้อห้ามใดที่ศาลปกครองซึ่งมีดุลพินิจในการแสวงหาพยานหลักฐานได้อย่างกว้างขวางในอันที่จะวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงให้เหมือนหรือแตกต่างไปจากที่ศาลคดีก่อนหน้ารับฟังก็ได้ ซึ่งบางคดีศาลปกครองสูงสุดก็ได้นำการรับฟังพยานหลักฐานของศาลในคดีอาญามาประกอบการวินิจฉัยข้อเท็จจริงในคดีปกครองด้วย[58]

4.4 วัตถุประสงค์ของการดำเนินคดีก่อนหน้า

ปัจจัยในเรื่องวัตถุประสงค์ของการดำเนินคดีก่อนหน้าว่าเหมือนหรือแตกต่างจากวัตถุประสงค์ของการดำเนินคดีที่อยู่ในระหว่างการพิจารณา ไม่ปรากฏเหตุผลในทางวิชาการในเรื่องนี้ชัดเจนนัก โดยในส่วนของคดีปกครองกับคดีอาญาหรือคดีแพ่งนั้น ปรากฏแนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ศาลปฏิเสธไม่ยอมรับข้อเท็จจริงที่ยุติตามคำพิพากษาของศาลคดีอื่น โดยให้เหตุผลในเรื่องวัตถุประสงค์หรือความมุ่งหมายหรือลักษณะของการดำเนินคดีก่อนหน้าว่าแตกต่างจากวัตถุประสงค์ของการดำเนินคดีหลัง เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 585/2556 ซึ่งวินิจฉัยว่า ในคดีอาญาแม้ศาลจะพิพากษาว่า ผู้ฟ้องคดีมีความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 162 (1) (4) แต่ในส่วนของการกระทำผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ แม้ศาลในคดีอาญาวินิจฉัยว่าผู้ฟ้องคดีไม่มีเจตนาทุจริตก็ตาม แต่การดำเนินคดีอาญามีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมการกระทำของบุคคลในสังคม มิให้กระทำการที่กฎหมายกำหนดว่าเป็นความผิดอาญา อันเป็นการรักษาความสงบเรียบร้อยของประชาชนและความสงบสุขของสังคมส่วนรวม โดยจะต้องมีพยานหลักฐานที่ชัดแจ้งจึงจะลงโทษได้ ส่วนการดำเนินการทางวินัยมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมความประพฤติของข้าราชการให้ปฏิบัติตนอยู่ในระเบียบวินัย หากผู้ใดฝ่าฝืนย่อมต้องถูกลงโทษตามความร้ายแรงแห่งพฤติการณ์โดยจะต้องปรากฏข้อเท็จจริงพอให้เชื่อได้ว่า

---

[57] จรัญ ภักดีธนากุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 23, น. 313.

[58] เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 183/2554, ที่ อ. 930/2559 และที่ อ. 571/2561.

มีการกระทำผิดวินัยจริงจึงจะลงโทษได้ ดังนั้น กระบวนการพิจารณาเพื่อลงโทษทางวินัยจึงไม่จำต้องถือตามผลของคดีอาญาแต่อย่างใด เมื่อพฤติการณ์และการกระทำของผู้ฟ้องคดีรับฟังได้ว่าเป็นการทุจริตต่อหน้าที่ จึงเป็นความผิดวินัยอย่างร้ายแรง การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้ออกคำสั่งเพิ่มโทษผู้ฟ้องคดีจากปลดออกเป็นไล่ออกจากราชการ จึงชอบด้วยกฎหมายและเป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรีแล้ว ซึ่งมีแนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่วินิจฉัยตามหลักนี้หลายคดี[59]

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 585/2556 ข้างต้นแสดงให้เห็นว่า แม้ศาลคดีอาญาจะมีคำพิพากษาว่าผู้ฟ้องคดีไม่ได้ปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต แต่ศาลปกครองรับฟังพยานหลักฐานและวินิจฉัยว่าผู้ฟ้องคดีมีความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ราชการ แต่ในขณะที่คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 345/2565 ศาลปกครองเห็นว่า คำวินิจฉัยของศาลคดีอาญาที่ว่าผู้ฟ้องคดีกระทำผิดเพราะให้การรับสารภาพตามฟ้องเพียงเพราะต้องการให้ศาลรอการลงโทษ แต่คดีปกครองพยานหลักฐานยังไม่พอฟังว่าปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริต โดยคดีแรกศาลปกครองสูงสุดเน้นย้ำถึงความแตกต่างของวัตถุประสงค์ของการดำเนินคดีอาญาและวินัยว่ามีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน ในขณะที่คดีที่สอง ศาลแสดงเหตุผลว่าคำพิพากษาคดีอาญาไม่มีผลผูกพันการพิพากษาคดีวินัยดังเช่นคดีแพ่งเกี่ยวเนื่องกับคดีอาญาแต่อย่างใด และนอกจากนั้นความเห็นแย้งของตุลาการเสียงข้างน้อยในคดีที่ อร. 136/2565 ยังให้เหตุผลเพิ่มเติมด้วยว่า ผลของคดีในคดีปกครองอาจแตกต่างกันกับในคดีอาญาหรือคดีแพ่งได้ เพราะมีองค์ประกอบทางกฎหมายแตกต่างกัน

5. บทสรุป

หลักการรับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาของศาลคดีอื่น เป็นหลักกฎหมายที่เคารพต่อหลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษา หรือหลักความศักดิ์สิทธิ์ของคำพิพากษา (Res Judicata) และหลักกฎหมายปิดปากโดยผลของคำพิพากษา (Estoppel by Judgment) ซึ่งมีหลักการสำคัญ คือ การห้ามคู่ความชุดเดิมไม่ให้โต้แย้งผลของคำพิพากษาซึ่งได้วินิจฉัยไว้เป็นที่ยุติแล้ว โดยหลักกฎหมายทั้งสองประการนี้ ศาลที่คดีอยู่ในระหว่างการพิจารณาสามารถนำมาใช้ในการพิจารณารับฟังข้อเท็จจริงตามคำพิพากษาของศาลอื่นได้ แต่หลักดังกล่าวจะมีผลผูกพันให้ศาลคดีหนึ่งต้องถือเอาข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลอีกคดีหนึ่งได้อย่างเคร่งครัด จะต้องมีบทกฎหมายบัญญัติไว้โดยชัดแจ้งด้วย ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรกำหนดให้ศาลที่คดีอยู่ในระหว่างการพิจารณาจะต้องถือเอาข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏในคำพิพากษาคดีอื่น หลักความเป็นที่สุดของคำพิพากษาและหลักกฎหมายปิดปากโดยผลของคำพิพากษา ก็อาจมีข้อจำกัดด้วยปัจจัยด้านอื่น ๆ ทำให้ศาลที่คดีอยู่ในระหว่างการพิจารณาไม่อาจถือเอาข้อเท็จจริงตามที่ปรากฏตามคำพิพากษาคดีอื่นทันทีได้ ปัจจัยต่าง ๆ ได้แก่ หลักพื้นฐานของการดำเนินคดีก่อนหน้า มาตรฐานการพิสูจน์ของคดีก่อนหน้า ความสมบูรณ์ของการรับฟังพยานหลักฐานของศาลคดีก่อนหน้า และวัตถุประสงค์ของการดำเนินคดีก่อนหน้า ทั้งนี้ศาลในคดีหลังซึ่งรวมถึงศาลปกครอง อาจยอมรับคำพิพากษาของศาลคดีอื่นในฐานะเป็นพยานหลักฐานอันหนึ่งในสำนวนโดยถือเป็นพยานบอกเล่า จากนั้นศาลต้องนำปัจจัยต่าง ๆ ดังกล่าวมาพิจารณา และให้เหตุผลประกอบการวินิจฉัยว่าศาลจะรับฟังข้อเท็จจริงเหมือนหรือแตกต่างจากคดีเดิมหรือไม่ด้วย โดยศาลต้องใช้ความระมัดระวังอย่างยิ่งในกรณีที่จะรับฟังข้อเท็จจริงต่างไปจากคดีก่อนหน้า

[59] เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 849/2555 และที่ อบ. 345/2565.

ผลของคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง และการขจัดผลร้ายซึ่งเกิดจากคำสั่งทางปกครอง ในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองเยอรมัน[1]

นรินทร์ อิธิสาร[2]

ฝ่ายปกครองเป็นกลไกสำคัญในการขับเคลื่อนสังคมให้สามารถเดินหน้าต่อไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ โดยคำนึงถึงประโยชน์ส่วนรวมของสังคมและประโยชน์ส่วนบุคคลของเอกชนเพื่อเป็นการสร้างสังคมที่สามารถดำเนินไปได้โดยสอดคล้องกับความเปลี่ยนแปลงและพัฒนาของสังคมในทุกด้าน ด้วยลักษณะภารกิจของฝ่ายปกครองจึงเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองต้องตื่นตัวและมีความพร้อมในการตอบสนองต่อความเปลี่ยนแปลงดังกล่าวอยู่เสมอ แต่กระนั้น ก็ไม่ได้หมายความว่า ฝ่ายปกครองจะกระทำการอย่างใดก็ได้ตามอำเภอใจหาได้ไม่ ด้วยเหตุว่าขอบเขตหรือเส้นแบ่งที่สำคัญที่ถูกนำมากำกับการกระทำของฝ่ายปกครองนั่นคือ “หลักนิติรัฐ” ที่เรียกร้องให้การกระทำของฝ่ายปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ ฝ่ายปกครองจะกระทำการใดจะต้องไม่ขัดต่อกฎหมายและหากจะกระทำการใดที่เป็นการกระทบต่อสิทธิของบุคคล การกระทำนั้นจะต้องมีกฎหมายให้อำนาจ หาไม่แล้วการกระทำของฝ่ายปกครองย่อมอาจถูกโต้แย้ง คัดค้าน ตรวจสอบ และถูกเพิกถอนในท้ายที่สุด และอาจทำให้รัฐหรือฝ่ายปกครองต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการกระทำดังกล่าวได้

“คำสั่งทางปกครอง” ถือเป็นหนึ่งในการกระทำของฝ่ายปกครองที่เป็นที่ทราบกันทั่วไปในระบบกฎหมายไทยว่าเป็นเครื่องมือที่สำคัญอย่างหนึ่งของฝ่ายปกครองในการใช้อำนาจฝ่ายเดียวตามกฎหมายกำหนดให้ปัจเจกบุคคลกระทำการหรืองดเว้นกระทำการเป็นการเฉพาะกรณีเพื่อจัดทำภารกิจของฝ่ายปกครองมาเป็นเวลานาน นิยามของคำสั่งทางปกครองปรากฏในบทบัญญัติของกฎหมายครั้งแรกในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 (พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ) ซึ่งนำเอาข้อความคิด หลักการ และตัวบทกฎหมายของรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง ค.ศ. 1976 (Verwaltungsverfahrensgesetz-VwVfG) ของประเทศเยอรมนีมาเป็นต้นแบบในการร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว จึงสามารถกล่าวได้ว่ากฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของไทยได้รับหลักการและข้อความคิดจากระบบกฎหมายเยอรมันมาไม่มากก็น้อย นอกจากนั้น หากพิจารณาถึงการฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งทางปกครองตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (Verwaltungsgerichtsordnung-VwGO) ก็มีความคล้ายคลึงกับคดีฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองของไทยเช่นกัน

บทความฉบับนี้จะไม่นำเสนอโดยการสาธยายถึงความสำคัญหรือสถานะของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ รวมถึงการอธิบายความหมาย องค์ประกอบ หลักการพื้นฐาน หรือรายละเอียดของการพิจารณา

---

[1] บทความนี้เป็นความเห็นทางวิชาการของผู้เขียน ศาลปกครองและสำนักงานศาลปกครองไม่จำเป็นต้องเห็นพ้องด้วย

[2] ผู้อำนวยการสำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

ทางปกครอง ฯลฯ ที่มีความเกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครอง และจะไม่นำเสนอถึงประเภทของคดีปกครองและการฟ้องคดีเพื่อเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยพิสดารแต่ประการใด หากแต่จะได้นำเสนอถึงผลของคำพิพากษาศาลปกครองในคดีฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) ในระบบกฎหมายเยอรมัน ซึ่งมีความคล้ายคลึงกับคำพิพากษาศาลปกครองในคดีฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) ประกอบกับมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) และวรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 (พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ) เป็นอย่างยิ่ง นอกจากนั้น จะได้นำเสนอถึงเครื่องมือทางกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองเยอรมันที่ใช้ในการขจัดผลร้ายซึ่งเกิดจากคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยพิจารณาร่วมกับกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองของไทยในประเด็นต่าง ๆ ดังกล่าวด้วย

บทความฉบับนี้จะได้นำเสนอเนื้อหาสาระข้างต้นโดยสังเขป ข้อดีหรือประโยชน์ทั้งหลายที่จะเกิดขึ้นจากบทความนี้ ผู้เขียนขอมอบเป็นที่ระลึกในโอกาสเกษียณอายุราชการของอาจารย์วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ผู้ซึ่งเป็นทั้งครูบาอาจารย์และเป็นผู้บังคับบัญชาสูงสุดของผู้เขียน และเป็นผู้ที่ให้ทั้งความรู้ความเมตตาให้แก่บรรดาศิษย์และผู้แสวงหาองค์ความรู้ในทางกฎหมายมหาชนทั้งหลาย ส่วนข้อบกพร่องหรือข้อเสียที่จะเกิดขึ้นจากบทความฉบับนี้ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

1. ความเบื้องต้น

กฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศไทยบัญญัติถึงประเภทคดีที่กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำบังคับให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองไว้ในมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ[3] และหากศาลปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าด้วยเหตุอันใดแล้ว มาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) และวรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน[4] กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำบังคับให้เพิกถอนคำสั่งไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนได้ และกำหนดให้มีอำนาจในการที่จะกำหนดว่าการมีคำบังคับให้เพิกถอนโดยให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี

เพื่อประโยชน์ในเชิงเปรียบเทียบบทความฉบับนี้จึงจะได้นำเสนอข้อมูลของอำนาจศาลปกครองเยอรมันในการกำหนดคำบังคับที่มีผลเป็นการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ก่อนที่จะนำเสนอถึงรายละเอียดดังกล่าวต่อไป ในเบื้องต้นนี้จะได้นำเสนอถึงประเภทของคดีปกครองที่จะนำไปสู่กรณีที่ศาลปกครองจะมีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองกล่าวคือ คดีฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) ซึ่งถือเป็นการฟ้องคดีในประเภทคดีที่ฟ้อง

---

[3] มาตรา 9 ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่อง ดังต่อไปนี้

(1) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่งหรือการกระทำอื่นใดเนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

[4] มาตรา 72 ในการพิพากษาคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) สั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งหรือสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วน ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)

ในการมีคำบังคับตามวรรคหนึ่ง (1) ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดว่าจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ทั้งนี้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี

เพื่อก่อตั้งสิทธิ (Gestaltungsklage)[5] ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง มาตรา 42 วรรคหนึ่ง ทางเลือกที่หนึ่ง[6] กำหนดว่า *"ด้วยการฟ้องคดีสามารถขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (Anfechtugnsklage).....ได้"* คดีฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองมีเป้าประสงค์ในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง โดยผู้ฟ้องคดีมีความประสงค์ให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่สร้างภาระให้แก่ผู้ฟ้องคดีไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วน[7] การฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งทางปกครองนี้เป็นประเภทของการฟ้องคดีแบบดั้งเดิมของวิธีพิจารณาคดีปกครอง[8] และสำหรับคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ (nichtiger Verwaltungsakt) นั้น ผู้ฟ้องคดีสามารถฟ้องคดีได้ทั้งคดีฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองและคดีฟ้องขอให้ยืนยันสิทธิ (Feststellungsklage)[9]

นอกจากการฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งทางปกครองที่มีความคล้ายคลึงกับคดีฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองของไทยแล้ว กฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองก็ได้กำหนดให้ก่อนการฟ้องคดีผู้ฟ้องคดีจะต้องดำเนินการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง (Widerspruchsverfahren) วิธีพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง (Widerspruchsverfahren) หรือวิธีพิจารณาก่อนการฟ้องคดี (Vorverfahren) นั้น เป็นวิธีพิจารณาที่กำหนดไว้เป็นการเฉพาะก่อนการยื่นฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) หรือการฟ้องให้ออกคำสั่งทางปกครอง (Verpflichtungsklage) ในกรณีที่เจ้าหน้าที่มีคำสั่งปฏิเสธไม่ออกคำสั่งทางปกครอง ซึ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองนั้น ไม่ใช่การระบุหรือกำหนดวัตถุแห่งการฟ้องคดีแต่อย่างใด หากแต่ถือว่าเป็นกรณีที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการที่เกิดขึ้นก่อนการฟ้องคดีตามที่กฎหมายกำหนด[10] (หรือที่ในทางตำราบางส่วนเมื่อกล่าวถึงวิธีพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองในกรณีนี้ว่าเป็น "ความจำเป็นของวิธีพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง" (Erforderlichkeit des Widerspruchsverfahrens))[11] จากบทบัญญัติมาตรา 68 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง การอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungswiderspruch) กฎหมายกำหนดให้ดำเนินการอุทธรณ์ก่อนการฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง (Anfechtugnsklage) ตามมาตรา 68 วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง โดยมีเงื่อนไขที่สำคัญ คือ ความมีอยู่ของคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 35 แห่งรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง การอุทธรณ์โต้แย้งการกระทำที่ไม่เป็นการกำหนดกฎเกณฑ์หรือปฏิบัติการทางปกครอง (Realakte) หรือโต้แย้งการวินิจฉัยที่ไม่ใช่การวินิจฉัยที่มีผลเฉพาะบุคคลหรือกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (Rechtsnormen) และโต้แย้งคำวินิจฉัยที่ไม่มีผลสู่ภายนอกฝ่ายปกครอง เช่น คำวินิจฉัยภายในองค์กร ระเบียบของฝ่ายปกครอง หรือคำสั่งภายในของเจ้าหน้าที่นั้น ไม่สามารถกระทำได้ และคำสั่งทางปกครองนั้นจะต้องมีการแจ้งคำสั่งทางปกครองและเกิดขึ้นในทางกฎหมายแล้ว การอุทธรณ์โต้แย้งแบบป้องกันจึงไม่สามารถมีได้ กรณีที่คำสั่งทางปกครองสิ้นสุดลงหรือถูกเพิกถอนแล้วย่อมไม่สามารถทำการอุทธรณ์โต้แย้งได้ นอกจากนั้น คำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะหรือ

---

[5] ประเภทคดีปกครองเยอรมันสามารถพิจารณาได้จากความประสงค์ของผู้ฟ้องคดีว่าผู้ฟ้องคดีประสงค์ให้ศาลมีคำพิพากษาโดยกำหนดคำบังคับอย่างไร โดยสามารถแบ่งออกเป็น 3 ประเภท คือ 1) คดีฟ้องให้กระทำการ (Leistungsklage) เป็นคดีที่ผู้ฟ้องคดีมุ่งประสงค์ให้ศาลมีคำพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีกระทำการ 2) คดีฟ้องให้ก่อตั้งสิทธิ (Gestaltungsklage) ที่ผู้ฟ้องคดีมุ่งประสงค์ให้เกิดการเปลี่ยนแปลงสิทธิ อันเป็นการก่อตั้งสิทธิหรือนิติสัมพันธ์โดยผลของคำพิพากษา และ 3) คดีฟ้องให้ยืนยันสิทธิ (Feststellungsklage) เป็นคดีที่มุ่งหมายให้ศาลมีคำพิพากษายืนยันถึงความมีอยู่หรือไม่มีอยู่ของนิติสัมพันธ์ โปรดดู Würtenberger, Thomas/Heckmann, Dirk, Verwaltungsprozessrecht, 4. Aufl., 2018, Rn.316 ff.; Hufen, Friedhelm, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl., 2021, § 13 Rn.5 ff.

[6] § 42

(1) Durch Klage kann die Aufhebung eines Verwaltungsakts (Anfechtungsklage) sowie die Verurteilung zum Erlaß eines abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungsakts (Verpflichtungsklage) begehrt werden.

[7] Würtenberger, Thomas/Heckmann, Dirk, Verwaltungsprozessrecht, 4. Aufl., 2018, Rn.321.

[8] Hufen, Friedhelm, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl., 2021, § 13 Rn.1.

[9] Würtenberger, Thomas/Heckmann, Dirk, Verwaltungsprozessrecht, 4. Aufl., 2018, Rn.324.

[10] Hufen, Friedhelm, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl., 2021, § 6 Rn.7.

[11] Jäde, Henning, Verwaltungsverfahren Widerspruchsverfahren Verwaltungsprozess, 5. Aufl., 2006, Rn.110 ff.

เป็นคำสั่งทางปกครองที่การแจ้งคำสั่งไม่มีผล แม้ว่าคำสั่งดังกล่าวจะไม่มีผล กรณีย่อมไม่อาจส่งผลให้เป็นการสร้างภาระให้แก่ผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ในการที่จะต้องยื่นฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลยืนยันความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองในทันทีแต่อย่างใด และการอุทธรณ์ย่อมทำให้ผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์มีโอกาสในการแก้ไขข้อบกพร่องที่ร้ายแรงของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้โดยการยืนยันถึงความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครอง[12]

ดังนั้น ในเบื้องต้นจะเห็นได้ว่ากฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศไทยและประเทศเยอรมนีในคดีฟ้องเพื่อให้ศาลเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น มีลักษณะที่คล้ายคลึงกันหลายประการ กรณีจึงเป็นที่น่าพิจารณาว่า ในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองเยอรมัน การมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีเงื่อนไข เนื้อหา และขอบเขตแค่ไหนเพียงใด ซึ่งกรณีดังกล่าวจะได้นำเสนอต่อไป

2. คำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

2.1 เนื้อหาและผลของคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง มาตรา 113 วรรคหนึ่ง[13] ประโยคที่หนึ่ง กำหนดว่า

“(1) หากคำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายและผู้ฟ้องคดีได้รับผลกระทบต่อสิทธิ ศาลย่อมเพิกถอนคำสั่งทางปกครองและคำวินิจฉัยอุทธรณ์ดังกล่าว.....”

จากบทบัญญัติข้างต้น เห็นได้ว่า การที่ศาลปกครองเยอรมันจะมีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองได้นั้น ต้องประกอบไปด้วยเงื่อนไข 2 ประการ คือ หนึ่ง ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง และสอง สิทธิของผู้ฟ้องคดีได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ศาลปกครองจะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองและคำวินิจฉัยอุทธรณ์ (ถ้ามี) และศาลปกครองสามารถเพิกถอนคำสั่งทางปกครองไม่ว่าทั้งหมดหรือบางส่วน แต่ต้องไม่เกินกว่าคำขอ (ne ultra petita - มาตรา 88 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง)[14] คำพิพากษาที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงสิทธิ (Gestaltungsurteil) ที่เกิดจากการฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองและเป็นการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น การเพิกถอนโดยศาลในกรณีดังกล่าวจะขจัดความมีผลของคำสั่งทางปกครอง (Wirksamkeit des Verwaltungsaktes) ในขณะเวลาของการมีผลบังคับของคำพิพากษาดังกล่าว ศาลไม่จำต้องมีคำพิพากษาให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไปเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง กรณีที่ปรากฏว่ามีคำวินิจฉัยอุทธรณ์ (Widerspruchsbescheid) คำวินิจฉัยอุทธรณ์ดังกล่าวจะปรากฏในรูปของคำสั่งทางปกครองและถูกเพิกถอนไปพร้อมกับคำสั่งทางปกครองไปในคราวเดียวกัน แต่หากปรากฏคำขอในการฟ้องคดีว่าประสงค์จะขอให้เพิกถอนคำวินิจฉัยอุทธรณ์แต่เพียงอย่างเดียว กรณีดังกล่าวศาลย่อมพิพากษาเพิกถอนเฉพาะคำวินิจฉัยอุทธรณ์เท่านั้น กรณีคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะ ศาลย่อมมีคำพิพากษายืนยันสิทธิ (Feststellungsurteil) สำหรับคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นย่อมมีผลย้อนหลัง (ex tunc) ไปตั้งแต่มีการออกคำสั่งทางปกครอง (Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsaktes) กรณีที่ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเกิดขึ้นหลังจากมีการออกคำสั่งทางปกครอง เช่น มีการตรากฎหมายใหม่ออกมาและส่งผลให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายภายหลังจากที่มีการออกคำสั่งทางปกครอง กรณีนี้ศาลย่อมพิพากษาให้มีผลนับแต่ขณะเวลาที่คำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และแม้ว่าคำพิพากษาดังกล่าวนี้จะเกี่ยวข้องกับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น

---

[12] Hufen, Friedhelm, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl., 2021, § 6 Rn.11 ff.

[13] § 113

(1) Soweit der Verwaltungsakt rechtswidrig und der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist, hebt das Gericht den Verwaltungsakt und den etwaigen Widerspruchsbescheid auf.

[14] Hufen, Friedhelm, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl., 2021, § 38 Rn.27.

แต่คำพิพากษาดังกล่าวก็ผูกพันตามการยืนยันถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งส่งผลให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่อาจออกคำสั่งทางปกครองใหม่ที่มีเนื้อหาเหมือนกับคำสั่งทางปกครองที่ถูกเพิกถอนได้ หากข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายไม่เปลี่ยนแปลงไป แต่คำสั่งทางปกครองดังกล่าวก็ไม่ถือว่าเป็นโมฆะหรือจะถูกศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนได้เช่นเดิม หากแต่จะต้องมีการอุทธรณ์และฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองอีกครั้งหนึ่ง กรณีคำสั่งทางปกครองที่ถูกเพิกถอนด้วยเหตุข้อบกพร่องในทางรูปแบบหรือขั้นตอน ในกรณีนี้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมสามารถแก้ไขขั้นตอนให้ถูกต้องและออกคำสั่งทางปกครองที่มีเนื้อหาเดิมได้[15] และด้วยลักษณะของคำพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองเป็นคำพิพากษาที่มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงสิทธิโดยตรง กรณีจึงไม่จำเป็นต้องมีการบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษา แต่ศาลอาจมีคำพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีมีหน้าที่ในการขจัดผลที่เกิดขึ้นจากคำสั่งทางปกครอง (Folgenbeseitigung) นั้นได้[16]

2.2 Exkurs ; ข้อพิจารณาโดยสังเขปเกี่ยวกับวัตถุแห่งคดีฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง

กรณีจะเห็นได้ว่า ในคดีฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองศาลปกครองมีอำนาจเพิกถอนคำสั่งทางปกครองไปพร้อมกับคำวินิจฉัยอุทธรณ์ แต่จากเนื้อหาของมาตรา 42 วรรคหนึ่ง ทางเลือกที่หนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง ข้างต้น จะเห็นได้ว่า บัญญัติถึง คำสั่งทางปกครอง (Verwaltungsakt) เท่านั้น โดยไม่ได้ระบุถึง “คำวินิจฉัยอุทธรณ์” (Widerspruchsbescheid) แต่อย่างใด แต่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองได้กำหนดถึงเรื่อง “วัตถุแห่งการฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง” เอาไว้เป็นการเฉพาะ โดยการที่จะพิจารณาว่า วัตถุแห่งคดีฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง คือ คำสั่งทางปกครองหรือคำวินิจฉัยอุทธรณ์นั้น กฎหมายกำหนดถึง “วัตถุแห่งคดีฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง” (Gegenstand der Anfechtungsklage) เอาไว้เป็นการเฉพาะในมาตรา 79[17] แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง ความว่า

“มาตรา 79 วัตถุแห่งคดีฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง

(1) วัตถุแห่งคดีฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง ได้แก่

1. คำสั่งทางปกครองเดิมอันปรากฏในรูปแบบที่ถูกเปลี่ยนแปลงโดยคำวินิจฉัยอุทธรณ์

2. คำวินิจฉัยตามคำอุทธรณ์หรือคำวินิจฉัยอุทธรณ์ หากคำสั่งดังกล่าวได้ก่อความเดือดร้อนเสียหายเป็นครั้งแรก

(2) คำวินิจฉัยอุทธรณ์สามารถเป็นวัตถุแห่งคดีฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองได้ หากและตราบเท่าที่คำวินิจฉัยอุทธรณ์ดังกล่าวได้สร้างความเดือดร้อนเสียหายเป็นการเฉพาะเพิ่มเติมไปจากคำสั่งทางปกครองเดิม ความเดือดร้อนเสียหายดังกล่าว เช่น การละเมิดบทบัญญัติที่กำหนดขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญ ให้นำมาตรา 78 วรรคสอง มาใช้บังคับกับกรณีนี้โดยอนุโลม”

จากบทบัญญัติข้างต้นวัตถุแห่งคดีฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองโดยหลักแล้ว ได้แก่ คำสั่งทางปกครองเดิม (ursprünglicher Verwaltungsakt) ที่ปรากฏในรูปของคำวินิจฉัยอุทธรณ์ (Widerspruchsverfahren) ตามมาตรา 79

---

[15] Hufen, Friedhelm, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl., 2021, § 38 Rn.27 ff.

[16] Redeker/Kothe/von Nicolai in: Redeker/ von Oertzen, VwGO, 17. Aufl., 2022, § 79 Rn.24.

[17] § 79

(1) Gegenstand der Anfechtungsklage ist

1. der ursprüngliche Verwaltungsakt in der Gestalt, die er durch den Widerspruchsbescheid gefunden hat,

2. der Abhilfebescheid oder Widerspruchsbescheid, wenn dieser erstmalig eine Beschwer enthält.

(2) Der Widerspruchsbescheid kann auch dann alleiniger Gegenstand der Anfechtungsklage sein, wenn und soweit er gegenüber dem ursprünglichen Verwaltungsakt eine zusätzliche selbständige Beschwer enthält. Als eine zusätzliche Beschwer gilt auch die Verletzung einer wesentlichen Verfahrensvorschrift, sofern der Widerspruchsbescheid auf dieser Verletzung beruht. § 78 Abs. 2 gilt entsprechend.

วรรคหนึ่ง ข้อหนึ่ง ข้างต้น กรณีดังกล่าวส่งผลว่า หากคำวินิจฉัยอุทธรณ์ได้แก้ไขข้อบกพร่องทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองแล้ว การฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งทางปกครองย่อมไม่ประสบความสำเร็จแต่อย่างใด ทั้งนี้ คำวินิจฉัยในชั้นวิธีพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง (คำวินิจฉัยตามคำอุทธรณ์ (Abhilfebescheid) หรือคำวินิจฉัยอุทธรณ์ (Widerspruchsbescheid)) จะเป็นวัตถุแห่งการฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งทางปกครองโดยแยกออกจากคำสั่งทางปกครองได้นั้น จะต้องเป็นกรณีที่คำวินิจฉัยดังกล่าวได้ก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายขึ้นเป็นครั้งแรก ทั้งนี้ ตามมาตรา 79 วรรคหนึ่ง ข้อสอง ข้างต้น ตัวอย่างเช่น กรณีผู้ยื่นคำขอใบอนุญาตก่อสร้างและถูกปฏิเสธจากเจ้าหน้าที่ เมื่อได้มีการอุทธรณ์คำสั่งปฏิเสธดังกล่าว ผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์ได้ออกใบอนุญาตก่อสร้างให้แก่ผู้ยื่นคำขอ แต่เพื่อนบ้านข้างเคียงของผู้ขอเห็นว่าใบอนุญาตดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพื่อนบ้านในฐานะบุคคลที่สามจึงไม่จำต้องอุทธรณ์โต้แย้งคำวินิจฉัยอุทธรณ์ดังกล่าว กรณีนี้ถือว่าบุคคลที่สามได้รับความเดือดร้อนเสียหายเป็นครั้งแรกจากคำวินิจฉัยอุทธรณ์ จึงไม่จำต้องยื่นอุทธรณ์คำวินิจฉัยดังกล่าวก่อน เพื่อนบ้านข้างเคียงดังกล่าวจึงสามารถยื่นฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง ในที่นี้คือคำวินิจฉัยอุทธรณ์ได้โดยตรง นอกจากนั้น หากเป็นกรณีที่คำวินิจฉัยอุทธรณ์มีเนื้อหาที่เป็นการสร้างความเดือดร้อนเสียหายเป็นการเฉพาะเพิ่มเติมไปจากคำสั่งทางปกครองเดิมแล้ว คำวินิจฉัยอุทธรณ์ดังกล่าวย่อมเป็นวัตถุแห่งการฟ้องคดีตามมาตรา 79 วรรคสอง ข้างต้น ตัวอย่างเช่น ก. ยื่นอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ให้ชำระเงินเป็นจำนวน 250 ยูโร ผู้มีอำนาจวินิจฉัยอุทธรณ์ได้เปลี่ยนแปลงคำสั่งดังกล่าว โดยเพิ่มจำนวนเงินขึ้นเป็น 500 ยูโร กรณีนี้ ก. สามารถยื่นฟ้องโต้แย้งคำวินิจฉัยอุทธรณ์ดังกล่าวได้โดยตรงตามบทมาตรา 79 วรรคสอง ดังกล่าว หรือเป็นกรณีที่ ก. ยื่นอุทธรณ์คำสั่งเรียกให้ชำระเงินดังกล่าวภายในเวลาที่กฎหมายกำหนด แต่ผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์เห็นว่าเป็นการยื่นเมื่อพ้นระยะเวลาดังกล่าวแล้ว กรณีนี้ ก. ย่อมสามารถฟ้องโต้แย้งคำวินิจฉัยอุทธรณ์เพียงอย่างเดียวเป็นการเฉพาะเพราะคำวินิจฉัยอุทธรณ์นั้นละเมิดต่อบทบัญญัติที่กำหนดขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญ ทั้งนี้ ตามมาตรา 79 วรรคสอง ประโยคที่สอง หากศาลพิพากษาให้เพิกถอนคำวินิจฉัยอุทธรณ์ กรณีดังกล่าวส่งผลให้เกิดสิทธิที่จะเรียกร้องให้ออกคำวินิจฉัยอุทธรณ์ได้ใหม่ โดยการฟ้องให้ออกคำสั่งทางปกครอง[18]

ดังนั้น โดยหลักแล้วกรณีที่คำสั่งทางปกครองเดิมและคำวินิจฉัยอุทธรณ์เป็นวัตถุแห่งคดีฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองนั้น ถือเป็นเสมือนความเป็นเอกภาพในทางวิธีพิจารณาคดี (prozessuale Einheit) นั่นเอง โดยกฎหมายถือว่าการกระทำของฝ่ายปกครองทั้งสองระดับนี้ กล่าวคือคำสั่งทางปกครองเดิมและคำวินิจฉัยอุทธรณ์ถูกปฏิบัติเสมือนเป็นสิ่งเดียวกันหรือมีความเป็นเอกภาพ โดยให้น้ำหนักกับคำวินิจฉัยที่สร้างภาระให้แก่ผู้ฟ้องคดีเป็นครั้งแรกนั่นเอง[19]

2.3 การขจัดผลที่เกิดขึ้นจากคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ในการจัดทำคำพิพากษาในคดีฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) ตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายนั้น นอกจากการที่ศาลจะพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองพร้อมไปกับคำวินิจฉัยอุทธรณ์ตามมาตรา 113 วรรคหนึ่ง ประโยคที่สองและประโยคที่สาม แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง ตามที่ได้นำเสนอไว้ข้างต้นแล้ว ในบทบัญญัติดังกล่าวยังได้กำหนดถึงวิธีพิจารณาคดีของศาลเอาไว้เป็นการเพิ่มเติมสำหรับวิธีพิจารณาคดีฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองไว้อีกประการหนึ่ง คือ การใช้สิทธิเรียกร้องให้ขจัดผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำของรัฐที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Anspruch auf Folgenbeseitigung) หรือในกรณีของคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและถูกศาลปกครองเพิกถอนนั้น เรียกว่า การมีคำขอเพิ่มเติม (Annexantrag) ตามมาตรา 113 วรรคหนึ่ง ประโยคที่สองและประโยคที่สาม แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง ซึ่งบัญญัติว่า

---

[18] Würtenberger, Thomas/Heckmann, Dirk, Verwaltungsprozessrecht, 4. Aufl., 2018, Rn.368 ff.

[19] Pietzcker/Schenk in: Schoch/Schneider, Verwaltungsgerichtsordnung, 43. EL 2022, § 79 Rn.11 ff.; Redeker/Kothe/von Nicolai in: Redeker/von Oertzen, VwGO, 17. Aufl., 2022, § 79 Rn.1 ff.

“.....กรณีที่มีการบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้นแล้ว ศาลอาจมีคำพิพากษาตามคำขอกำหนดให้ฝ่ายปกครองทำให้การบังคับตามคำสั่งทางปกครองดังกล่าวกลับสู่สถานะเดิม การมีคำพิพากษาดังกล่าวจะสามารถกระทำได้ ก็ต่อเมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอยู่ในสถานะที่สามารถดำเนินการดังกล่าวได้และสามารถดำเนินการดังกล่าวได้ทันที..... ”[20]

มาตรา 113 วรรคหนึ่ง ประโยคที่หนึ่งและประโยคที่สอง นี้ เป็นการเปิดโอกาสให้ศาลปกครอง ด้วยเหตุผลในเรื่องของความคุ้มค่าในทางวิธีพิจารณา (Prozeßökonomie) ในการที่จะกำหนดไปพร้อมกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองว่าจะดำเนินการทำให้ผลที่เกิดขึ้นจากการบังคับตามคำสั่งทางปกครองกลับคืนสู่สถานะเดิมอย่างไร[21]

สิทธิเรียกร้องให้ขจัดผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำของรัฐที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Folgenbesetitungsanspruch-FBA) ดังกล่าวข้างต้น สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายในทางกฎหมายมหาชน (Schadenersatzanspruch) โดยมีที่มาจากบทบัญญัติมาตรา 249 แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง และมุ่งหมายให้มีการทำให้กลับคืนสู่สถานะเดิมซึ่งถูกเปลี่ยนแปลงไปโดยการกระทำของรัฐที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในส่วนของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองนั้น กฎหมายกำหนดให้ศาลมีคำวินิจฉัยตามสิทธิดังกล่าวเฉพาะกรณีที่มีการฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งทางปกครองที่ประสบความสำเร็จ (erfolgreiche Anfechtungsklage) เท่านั้น ด้วยบทบัญญัติมาตรา 113 วรรคหนึ่ง ประโยคที่สอง ข้างต้น ศาลปกครองเยอรมันอาจมีคำวินิจฉัยเกี่ยวกับสิทธิเรียกร้องให้ขจัดผลที่เกิดขึ้นจากคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยกำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดำเนินการทำให้กลับคืนสู่สถานะเดิม ทั้งนี้ โดยการมีคำขอของผู้ฟ้องคดี และสิทธิดังกล่าวตามมาตรานี้เป็นบทบัญญัติเฉพาะที่จะต้องถูกนำมาใช้บังคับก่อนสิทธิเรียกร้องให้ขจัดผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำของรัฐที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีทั่วไป[22] นอกจากนั้น หากพิจารณาในเชิงหลักการพื้นฐานแล้วนั้น การใช้สิทธิเรียกร้องให้ขจัดผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำของรัฐที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางกฎหมายมหาชน (öffentlich-rechtlicher Folgenbeseitigungsanspruch) นั้น มีที่มาจากหลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip) และหลักสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน (Freiheitsgrundrechte) นั่นเอง[23]

ตัวอย่างของการใช้สิทธิเรียกร้องให้ขจัดผลที่เกิดขึ้นจากคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 113 วรรคหนึ่ง ประโยคที่สองและประโยคที่สาม ข้างต้น เช่น การให้ส่งคืนทรัพย์สินที่ถูกอายัดไว้ การทำให้ที่ดินที่ถูกเปลี่ยนแปลงสภาพไปภายหลังจากการมีคำสั่งให้เข้าอยู่อาศัยชั่วคราว การรับตัวกลับของผู้ยื่นลี้ภัยที่ถูกผลักดันออกจากประเทศ เป็นต้น สำหรับกรณีที่การทำให้กลับสู่สภาพเดิมไม่สามารถเป็นไปได้ ทั้งในทางกฎหมายและทางข้อเท็จจริง หรือทำได้แต่ต้องดำเนินการโดยมีความยุ่งยากเป็นอย่างมากถึงขนาดที่การดำเนินการดังกล่าวไม่ได้สัดส่วน กรณีนี้อาจมีการเยียวยาโดยการใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายที่เป็นเงินได้[24] การที่ศาลมีคำพิพากษาตามคำขอให้ขจัดผลที่เกิดขึ้นจากคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้ เป็นกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาให้ฝ่ายปกครองกระทำการ (Leistungsurteil) ซึ่งจะต้องมีการบังคับการให้เป็นไปตามคำพิพากษาโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองหรือในกรณีที่จำเป็นก็จะเป็นการใช้มาตรการในการบังคับทางปกครอง[25]

---

[20] § 113

(1) ..... Ist der Verwaltungsakt schon vollzogen, so kann das Gericht auf Antrag auch aussprechen, daß und wie die Verwaltungsbehörde die Vollziehung rückgängig zu machen hat. Dieser Ausspruch ist nur zulässig, wenn die Behörde dazu in der Lage und diese Frage spruchreif ist. .....

[21] Lorenz, Dieter, Verwaltungsprozeßrecht, 2000, § 15 Rn.35.

[22] Hufen, Friedhelm, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl., 2021, § 28 Rn.6.

[23] Würtenberger, Thomas/Heckmann, Dirk, Verwaltungsprozessrecht, 4. Aufl., 2018, Rn.447.

[24] Hufen, Friedhelm, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl., 2021, § 28 Rn.8 f.

[25] Hufen, Friedhelm, Verwaltungsprozessrecht, 12. Aufl., 2021, § 38 Rn.31.

เงื่อนไขในทางกฎหมายของการใช้สิทธิเรียกร้องขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาเพื่อขจัดผลที่เกิดขึ้นจากคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 113 วรรคหนึ่ง ประโยคที่สองและประโยคที่สาม แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง นั้น มีดังนี้[26]

1) การเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (Aufhebung eines Verwaltungsaktes) และปรากฏถึงการบังคับ (Vollziehung) ตามคำสั่งทางปกครองที่ถูกเพิกถอนนั้นแล้ว ซึ่งได้แก่ กรณีที่สภาวะในทางกฎหมายได้ถูกสร้างขึ้นและกรณีดังกล่าวส่งผลเสียโดยตรงแก่ผู้ฟ้องคดี หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือเนื้อหาที่เป็นการสร้างกฎเกณฑ์ของคำสั่งทางปกครองนั้นได้ถูกทำให้เกิดขึ้นจริงแล้ว (Verwirklichung des Regelungsgehalts)[27] โดยไม่สำคัญว่าการบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองนั้นจะเกิดขึ้นโดยการใช้มาตรการบังคับหรือผู้ที่ได้รับผลกระทบยินยอมพร้อมใจปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองนั้นเอง เพราะหาไม่แล้วผู้ที่ปฏิบัติตามคำสั่งของรัฐย่อมจะได้รับผลกระทบที่แย่กว่าผู้ที่รัฐต้องบังคับการเอาตามคำสั่งดังกล่าว

2) การใช้สิทธิเรียกร้องขจัดผลที่เกิดขึ้นจากคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในกรณีนี้ กฎหมายกำหนดให้ต้องมีการยื่นคำขอ (Antrag) จากผู้ฟ้องคดี โดยคำขอดังกล่าวนี้สามารถยื่นได้จนถึงในชั้นของการฎีกา (Revisionsverfahren)

3) ความสุกงอมของสถานการณ์ (Spruchreife) การที่ศาลปกครองจะมีคำพิพากษาตามคำขอให้ขจัดผลที่เกิดจากคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและถูกเพิกถอนไปแล้วนั้น จะต้องเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการดังกล่าวได้โดยทันทีด้วย เพราะเหตุที่ว่า แม้การใช้สิทธิโดยมีความประสงค์ดังกล่าวนี้ มีความสัมพันธ์กับการฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองด้วยเหตุผลของเรื่องความคุ้มค่าในทางวิธีพิจารณาคดี แต่ก็ไม่ได้หมายความว่า ศาลปกครองจะสามารถมีคำพิพากษาให้ฝ่ายปกครองดำเนินการขจัดผลเพื่อให้ผู้ฟ้องคดีกลับสู่สถานะเดิมได้ทันที หากแต่ศาลจะต้องพิจารณาว่า ด้วยสถานการณ์ดังกล่าวนี้ ปรากฏถึงความพร้อมหรือความสุกงอมของข้อเรียกร้องในการขจัดผลดังกล่าวหรือไม่ กรณีที่จะถือว่าคำขอให้ขจัดผลที่เกิดขึ้นเป็นคำขอที่มีความพร้อมดังกล่าวนั้น พิจารณาในขณะเวลาที่มีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ถูกโต้แย้งว่า มีความจำเป็นที่จะต้องแสวงหาข้อเท็จจริงเพื่อทำให้มีความชัดเจนขึ้นอีกหรือไม่ (Sachverhaltsaufklärung) และการจะวินิจฉัยว่าจะต้องดำเนินการทำให้กลับคืนสู่สถานะเดิมนั้นหรือไม่ (Ob) และจะต้องดำเนินการอย่างไร (Wie) ไม่ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ศาลปกครองไม่ถูกกำหนดบังคับให้ต้องดำเนินการให้เกิดสถานการณ์ของความสุกงอมดังกล่าว ดังนั้น หากปรากฏว่าสถานการณ์ยังไม่มีความพร้อม/ยังไม่สุกงอมแล้วนั้น การนำเอาคำขอให้ขจัดผลที่เกิดขึ้นจากคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมาผูกพันการมีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองย่อมไม่สามารถกระทำได้ ในกรณีนี้ ศาลอาจแยกคำขอดังกล่าวออกไปเพื่อไปพิจารณาพิพากษาเป็นอีกคดีหนึ่งเป็นการเฉพาะก็ได้

ทั้งนี้ การเรียกร้องให้มีการขจัดผลที่เกิดขึ้นจากคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้ จะต้องเป็นข้อเรียกร้องที่ไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมาย โดยพิจารณาจากขณะเวลาที่ศาลมีคำพิพากษา[28]

จากเนื้อหาเรื่องผลของคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองและการขจัดผลร้ายซึ่งเกิดจากคำสั่งทางปกครองในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองเยอรมันตามที่ได้นำเสนอไว้ข้างต้น หากพิจารณาถึงบริบทในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองของไทยจะเห็นได้ว่า ในระบบกฎหมายไทยก็ได้กำหนดบทบัญญัติที่กำหนดถึงเรื่องที่คล้ายคลึงกับที่ปรากฏในระบบกฎหมายเยอรมัน แต่มีความแตกต่างกันอย่างยิ่งในสาระสำคัญ เนื้อหาในส่วนต่อไปของบทความฉบับนี้ จะได้นำเสนอถึงข้อสังเกตเบื้องต้นต่อกรณีดังกล่าว

---

[26] Decker in: Posser/Wolff/Decker, VwGO, 66. Edition, 2023, § 113 Rn.46.

[27] Riese in: Schoch/Schneider, Verwaltungsgerichtsordnung, 43. EL 2022, § 113 Rn.84.

[28] Riese in: Schoch/Schneider, Verwaltungsgerichtsordnung, 43. EL 2022, § 113 Rn.88.

3. ข้อพิจารณาในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองไทย

3.1 กรณีอำนาจในการกำหนดผลของคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง

ในคดีฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ มาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) และวรรคสอง[29] ที่กำหนดให้อำนาจศาลปกครองในการพิพากษาคดีตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ศาลมีอำนาจกำหนดคำบังคับให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองทั้งหมดหรือบางส่วนได้ และศาลสามารถกำหนดว่าจะให้การเพิกถอนดังกล่าวมีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่ง หรือจะกำหนดเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี

จากอำนาจของศาลปกครองในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองข้างต้นเมื่อเทียบกับการทำคำพิพากษาในคดีฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครองแล้ว จะเห็นได้ว่า ศาลปกครองไทยมีทางเลือกในการกำหนดคำบังคับที่หลากหลายมากกว่า[30] ศาลปกครองเยอรมัน อย่างไรก็ตาม มีประเด็นที่น่าพิจารณาว่า การกำหนดให้อำนาจศาลปกครองไทยดังกล่าวนี้มีความเหมาะสมและจำเป็นหรือไม่อย่างไร

ต่อประเด็นปัญหาดังกล่าว ศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ ได้ให้ความเห็นเกี่ยวกับการใช้การตีความมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) และวรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ไว้ว่า[31] คดีฟ้องเพิกถอนกฎหรือคำสั่งเป็นคดีที่เมื่อศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งแล้ว คำพิพากษาของศาลจะก่อผลโดยตรงในทางกฎหมายขึ้น โดยไม่ต้องมีการบังคับคดี การเพิกถอนกฎหรือคำสั่งจะเกิดจากตัวคำพิพากษาของศาลเองโดยตรง คำสั่งนั้นก็สิ้นผลทางกฎหมายไปตามผลแห่งการพิพากษาคดี โดยคดีฟ้องเพิกถอนกฎหรือคำสั่งไม่จำเป็นต้องมีคำบังคับเสียด้วยซ้ำ ในระบบกฎหมายไทยเราอาจจะเข้าใจว่าเป็นการกำหนดคำบังคับให้เพิกถอนตั้งแต่เมื่อใด แต่จริง ๆ แล้ว เป็นการกำหนดผลทางกฎหมายโดยตรง แต่ถ้าเป็นการสั่งห้ามกระทำการ เช่นนี้อาจมีการกำหนดคำบังคับได้เพราะอาจจะต้องมีการบังคับ เพราะฉะนั้นกรณีตามมาตรา 72 ที่ให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งนั้นเป็นคดีเกี่ยวกับการเพิกถอน การเพิกถอนกฎหรือคำสั่งมีประเด็นที่เกี่ยวข้อง คือ มาตรา 72 ใช้คำว่า “คำสั่ง” ไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง ซึ่งก็เป็นปัญหาว่า คำสั่งในความหมายของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ หมายความถึงคำสั่งอะไรบ้าง แต่โดยทั่วไปก็เข้าใจกันว่า คำสั่งทางปกครองอยู่ในความหมายของคำสั่งอยู่แล้วทั้งตามมาตรา 9 และมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ซึ่งการที่ผู้ร่างกฎหมายเขียนเรื่องการเพิกถอนกฎและคำสั่งไว้ด้วยกันเข้าใจว่าได้รับอิทธิพลจากกฎหมายฝรั่งเศสในเรื่องนิติกรรมทางปกครอง ระบบกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองของไทยจึงจัดให้กฎกับคำสั่งทางปกครองอยู่ในกลุ่มเดียวกัน แต่ก็มีข้อพิจารณาว่าโดยธรรมชาติแล้วกฎกับคำสั่งทางปกครองมีความแตกต่างกัน แม้ว่ากฎกับคำสั่งทางปกครองจะเป็นการสั่งการฝ่ายเดียว

---

[29] มาตรา 72 ในการพิพากษาคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(1) สั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งหรือสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วน ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1)

ในการมีคำบังคับตามวรรคหนึ่ง (1) ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดว่าจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ทั้งนี้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี

[30] ในที่นี้จะไม่กล่าวถึงในรายละเอียดของการร่างบทบัญญัติมาตราดังกล่าว ซึ่งโดยส่วนใหญ่แล้วร่างกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองที่ได้กำหนดถึงอำนาจในการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองจะมีสาระสำคัญที่ไม่แตกต่างไปจากตัวบทบัญญัติที่ปรากฏใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน โปรดดูรวมเหตุผลและความเป็นมาเป็นรายมาตราของร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. .... , สำนักงานศาลปกครอง, มีนาคม 2548 ใน รายงานการศึกษา เรื่อง “การกำหนดผลของคำบังคับในคดีฟ้องเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครอง,” สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, 2566, หน้า 14-20.

[31] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, รายงานผลการฝึกอบรม เรื่อง “การกำหนดคำบังคับโดยศาลปกครองให้มีผลไปในอนาคต” วันที่ 1 สิงหาคม 2565 เวลา 13.00 – 16.00 น. ณ ห้องสัมมนา 1 ชั้น 11 อาคารศาลปกครอง ใน รายงานการศึกษา เรื่อง “การกำหนดผลของคำบังคับในคดีฟ้องเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครอง,” สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, 2566, หน้า 20-22.

แต่กฎมีลักษณะเป็นกฎหมายเป็น Norm ที่ใช้บังคับเป็นการทั่วไปและกำหนดกฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเป็นนามธรรม มีลักษณะเป็นกฎหมาย และหากตัวกฎนั้นมีปัญหาและต้องมีการเพิกถอน และก็เป็นที่รับรู้กันว่า หากจะต้องมีการเพิกถอนกฎหรือประกาศว่ากฎหมายใช้บังคับไม่ได้โดยให้มีผลย้อนหลังโดยที่ไม่มีตัวกฎเกณฑ์อื่นเขียนรองรับไว้ก็อาจส่งผลสะเทือนทางกฎหมายมากพอสมควร ถ้าหากเราไปเทียบกับคดีรัฐธรรมนูญที่มีการฟ้องคดีว่ากฎหมายขัดต่อรัฐธรรมนูญ ก็มีบางกรณีที่ศาลเห็นว่ากฎหมายนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญ แต่ศาลก็ปล่อยให้กฎหมายนั้นมีผลใช้บังคับไปก่อนได้ แล้วให้กฎหมายนั้นสิ้นผลลงในเวลาใดเวลาหนึ่งในอนาคต ศาลรัฐธรรมนูญไทยก็เคยใช้เทคนิคนี้ แต่ตัวคำสั่งทางปกครอง มีลักษณะอีกแบบหนึ่งที่ใช้บังคับกับบุคคลเฉพาะรายและกำหนดกฎเกณฑ์ที่เป็นรูปธรรม ซึ่งวิธีการจัดการกับคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยหลักจะต้องเพิกถอนโดยให้มีผลย้อนหลังกลับไปในอดีต และแม้ไม่เขียนในคำพิพากษาว่ามีผลเมื่อใดก็ต้องเป็นที่รับรู้ว่ามีผลย้อนกลับไปในอดีตนับแต่วันที่ออกคำสั่งนั้น เพราะเป็นหลักทั่วไปว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายนับแต่วันทำคำสั่ง ซึ่งมาตรที่ศาลใช้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง โดยหลักจะใช้ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่ปรากฏอยู่ในวันที่ทำคำสั่งทางปกครองนั้น หรือวันที่ตัวคำสั่งทางปกครองสุดท้ายได้พ้นออกจากฝ่ายบริหารมา ซึ่งโดยปกติ คือ คำวินิจฉัยอุทธรณ์ซึ่งจะต้องย้อนกลับไปดู ณ จุดเวลานั้น การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงต้องมีผลย้อนกลับไปในอดีตเป็นหลัก สำหรับการเพิกถอนกฎด้วยเหตุว่ากฎเป็น Norm ด้วยเหตุนี้การตีความมาตรา 72 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ สำหรับการเพิกถอนกฎโดยให้มีผลในปัจจุบันหรือให้มีผลไปในอนาคตจึงไม่เป็นปัญหามากนัก ถึงแม้ว่าโดยหลักควรจะต้องเพิกถอนโดยให้มีผลย้อนหลัง แต่ก็อาจมีบางกรณีที่เปิดช่องให้เพิกถอนกฎโดยให้มีผลในปัจจุบันหรือให้มีผลไปในอนาคตได้ เพราะการเพิกถอนกฎนั้นมีผลกระทบมาก ข้อพิจารณาเกี่ยวกับอำนาจศาลปกครองตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) นี้ในเชิงตัวบทไม่น่ามีปัญหาว่าศาลปกครองมีอำนาจดังกล่าวหรือไม่ เพราะตัวบทมีความชัดแจ้งอยู่แล้ว แต่สิ่งที่ควรตระหนัก คือ เมื่ออ่านมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ที่แม้ว่าตัวถ้อยคำจะครอบคลุมกฎหรือคำสั่ง แต่ธรรมชาติของกฎกับคำสั่งทางปกครองนั้น มีความแตกต่างกันในระดับหนึ่ง

นอกจากนี้ หากพิจารณาคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครองแล้วจะเห็นได้ว่า ในประเด็นที่เกี่ยวกับผลของคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง โดยไม่จำต้องดำเนินการบังคับคดีในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาดังกล่าว นั้นไม่เป็นปัญหาแต่อย่างใด เพราะศาลปกครองมีคำพิพากษาในประเด็นดังกล่าว ว่า คำสั่งทางปกครองที่ถูกเพิกถอนโดยผลของคำพิพากษาแล้ว ไม่มีเหตุที่จะต้องมีการบังคับคดีให้เป็นไปตามคำพิพากษาดังกล่าวอีก และกรณีที่ศาลพิพากษาหรือมีคำสั่งให้เพิกถอนคำสั่ง มีผลในทางกฎหมายแล้วถือว่าไม่เคยมีการออกคำสั่งดังกล่าวมาใช้บังคับเลยไม่ว่าในเวลาใด ๆ[32]

สำหรับประเด็นของการใช้อำนาจของศาลปกครองในการกำหนดว่าจะให้การเพิกถอนดังกล่าวมีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่ง หรือจะกำหนดเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ตามความเป็นธรรมแห่งกรณีตามมาตรา 72 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ นั้น มีกรณีที่น่าพิจารณาว่า การปรับใช้บทบัญญัติดังกล่าวโดยศาลปกครองไทย ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยในเรื่องดังกล่าว โดยศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า การกำหนดคำบังคับว่าให้มีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น ศาลจะต้องกำหนดว่าให้การเพิกถอนมีผลเมื่อใดตามมาตรา 72 วรรคสองดังกล่าว เสมอ สำหรับเหตุผลที่ศาลใช้เพื่อประกอบการพิจารณากำหนดดังกล่าว เช่น[33]

---

[32] รายงานการศึกษา เรื่อง “การกำหนดผลของคำบังคับในคดีฟ้องเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครอง,” สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, 2566, หน้า 24-25.

[33] รายงานการศึกษา เรื่อง “การกำหนดผลของคำบังคับในคดีฟ้องเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครอง,” สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, 2566, หน้า 101-110.

- เพื่อป้องกันผลกระทบต่อบุคคลผู้ที่ได้รับการคัดเลือกเข้ารับราชการ และต่อการบริหารงานบุคคลภาครัฐ

- กรณีที่คำสั่งทางปกครองมีข้อบกพร่องในทางรูปแบบขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญ แต่เพื่อคุ้มครองความสุจริตของผู้รับคำสั่งทางปกครอง เพื่อประโยชน์ของราชการ เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมและเพื่อประโยชน์ในการปฏิบัติราชการด้านการบริหารงานบุคคล เพื่อป้องกันผลกระทบที่อาจจะเกิดขึ้นต่อประโยชน์สาธารณะและการบริหารราชการแผ่นดิน มีข้อเท็จจริงที่ควรสงสัยว่าผู้ฟ้องคดีกระทำผิดวินัยร้ายแรงจริงและการเพิกถอนย้อนหลังจะไม่เป็นธรรมแก่ทางราชการ

- กรณีที่คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่การเพิกถอนโดยให้การเพิกถอนมีผลย้อนหลังไปตั้งแต่วันที่มติและคำสั่งดังกล่าวมีผลบังคับ นั้น ไม่ได้มีผลเป็นการแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายของผู้ฟ้องคดีและผู้ที่อาจได้รับผลกระทบจากคำสั่งดังกล่าวแต่อย่างใด และยังอาจก่อให้เกิดปัญหาอุปสรรคแก่การบริหารราชการ ทั้งในด้านประสิทธิภาพและความต่อเนื่องในการปฏิบัติหน้าที่ เป็นต้น

ทั้งนี้ ผู้เขียนเห็นด้วยกับความเห็นที่ว่า[34]

1. กฎหมายกำหนดถึงอำนาจในการกำหนดผลของคำบังคับในคดีฟ้องเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองเอาไว้อย่างชัดแจ้งให้ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำบังคับให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองโดยกำหนดให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ตามมาตรา 72 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ และ

2. โครงสร้างของมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ในฐานะของบทกฎหมายหลักและบทกฎหมายยกเว้นของวรรคหนึ่ง (1) และวรรคสองของมาตรา 72 ดังกล่าว ซึ่งเป็นการผ่อนคลายหลักความชอบด้วยกฎหมาย และการลบล้างผลของกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยให้มีผลมาตั้งแต่ต้น กรณีดังกล่าว ศาลปกครองสามารถตีความเพื่อกำหนดผลของคำพิพากษาเพิกถอนเพื่อสร้างความเป็นธรรมให้เกิดขึ้นตามแต่กรณี อย่างไรก็ตาม ด้วยรูปแบบของบทบัญญัติที่เป็นบทกฎหมายยกเว้น การใช้การตีความมาตรา 72 วรรคสองจึงต้องเป็นกรณีที่เป็นข้อยกเว้นอย่างยิ่งและใช้ในขอบเขตที่จำกัด

ดังนั้น ในกรณีนี้ผู้เขียนเห็นว่า คดีฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ในการมีคำพิพากษาของศาลที่พิพากษาโดยมีคำบังคับให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน หากไม่มีการกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น การเพิกถอนโดยคำพิพากษาศาลปกครองย่อมมีผลตั้งแต่ขณะเวลาที่มีการออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว โดยที่ศาลปกครองไม่จำเป็นต้องระบุไว้ในคำบังคับว่าจะให้การเพิกถอนดังกล่าวมีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งแต่อย่างใด เว้นเสียแต่ว่า ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองนั้น เกิดขึ้นขณะเวลาใดเวลาหนึ่งหลังจากที่มีการออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าวแล้ว กรณีนี้ศาลปกครองย่อมต้องระบุวันที่กำหนดให้การเพิกถอนมีผลนับแต่เวลาที่คำสั่งทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีข้อยกเว้นที่กำหนดไว้ในวรรคสองของมาตรา 72 ควรนำมาใช้บังคับเมื่อมีกรณีที่ถือเป็นข้อยกเว้นอย่างยิ่ง หาไม่แล้วผู้ฟ้องคดีที่นำคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจไม่ได้รับประโยชน์จากการมีคำพิพากษาของศาลปกครองเลย แม้ว่าคำสั่งทางปกครองนั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม หรือตามที่คนธรรมดาทั่วไปพูดว่าชนะแต่กลับบ้านมือเปล่า สถานการณ์ดังกล่าวไม่ควรเกิดขึ้นกับการมีคำพิพากษาของศาลด้วยเหตุว่า การที่ผู้ฟ้องคดีนำคดีมาฟ้องต่อศาลก็ย่อมมุ่งหมายให้ศาลคุ้มครองสิทธิที่ควรมีควรได้ตามกฎหมายของตนนั่นเอง

---

[34] รายงานการศึกษา เรื่อง “การกำหนดผลของคำบังคับในคดีฟ้องเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครอง,” สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, 2566, หน้า 111-115.

3.2 การขจัดผลที่เกิดจากคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

3.2.1 ความทั่วไป

เมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ แล้วจะเห็นได้ว่า กฎหมายฉบับนี้ไม่ได้กำหนดให้สิทธิผู้ฟ้องคดีในคดีฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองในการที่จะมีคำขอเพิ่มเติมเพื่อให้ศาลมีคำพิพากษาให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดำเนินการขจัดผลร้ายที่เกิดจากคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Folgenbeseitigungsanspruch/ Annexantrag) ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 113 วรรคหนึ่ง ประโยคที่สองและประโยคที่สาม แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองที่ปรากฏในระบบกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองเยอรมันแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองสูงสุดของไทยก็ได้มีคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับประเด็นดังกล่าวไว้ เช่น[35]

- เมื่อศาลพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีโดยให้มีผลย้อนหลังนับแต่วันที่ออกคำสั่งแล้ว จึงต้องถือว่าไม่เคยมีการออกคำสั่งในส่วนที่ศาลได้เพิกถอนแล้วนั้น และฝ่ายปกครองก็มีหน้าที่ที่จะต้องขจัดผลที่เกิดจากคำสั่งดังกล่าวต่อไป (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 226/2559)

- มาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ บัญญัติให้การพิพากษาคดี ในกรณีที่มีการฟ้องว่ามีการออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันนั้น ศาลปกครองมีอำนาจออกคำบังคับ สั่งให้เพิกถอนคำสั่งพิพาทได้แต่เพียงอย่างเดียวเท่านั้น ศาลปกครองไม่มีอำนาจออกคำบังคับให้ผู้ถูกฟ้องคดีกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดได้ด้วย (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1257/2559 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 235/2558 ก็ได้วินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวไปในทางเดียวกัน))

3.2.2 ข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษา

ในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองไทย ในการจัดทำคำพิพากษาของศาลปกครองนั้น หากสำรวจบทบัญญัติของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติที่มีความใกล้เคียงกับมาตรา 113 วรรคหนึ่ง ประโยคที่สองและประโยคที่สาม แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองอยู่บ้างก็คือ การกำหนดให้ศาลมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาตามมาตรา 69 วรรคหนึ่ง (8) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ[36] ที่กำหนดให้ในการทำคำพิพากษาของศาลปกครองนั้น ศาลอาจมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาได้ อย่างไรก็ตาม การมีข้อสังเกตดังกล่าวนี้ใช้ได้กับการมีคำพิพากษาในทุกประเภทคดี โดยไม่จำกัดอยู่แต่เฉพาะคดีฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเท่านั้น เพราะสถานะของข้อสังเกตตามมาตรา 69 วรรคหนึ่ง (8) นี้ ไม่มีผลบังคับในทางกฎหมายและไม่ผูกพันคู่กรณีในการที่จะต้องปฏิบัติตามแต่อย่างใด เพราะข้อสังเกตดังกล่าวไม่ใช่คำบังคับแห่งคำพิพากษาที่ผูกพันคู่กรณี หากคู่กรณีไม่ปฏิบัติตามคำพิพากษาศาลปกครองไม่อาจใช้มาตรการในการบังคับคดีตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของตนได้[37] นอกจากนั้น การมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการ

---

[35] รายงานการศึกษา เรื่อง “การกำหนดผลของคำบังคับในคดีฟ้องเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครอง,” สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, 2566, หน้า 25.

[36] มาตรา 69 คำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีปกครองของศาลปกครองอย่างน้อยต้องระบุ

(1) ชื่อผู้ยื่นคำฟ้อง

.....

(7) คำบังคับ ถ้ามี โดยให้ระบุหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ต้องปฏิบัติตามคำบังคับไว้ด้วย

(8) ข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษา ถ้ามี

[37] อย่างไรก็ตาม ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2543 ข้อ 121 ได้บัญญัติถึงการดำเนินการกรณีที่ศาลปกครองมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษา โดยให้สำนักงานศาลปกครองติดตามการดำเนินการตามข้อสังเกตดังกล่าว ว่า “*ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งโดยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาตามมาตรา 69 วรรคหนึ่ง (8) ให้สำนักงานติดตามว่าได้มีการดำเนินการตามข้อสังเกตดังกล่าวหรือไม่ แล้วรายงานต่อศาล*”

ให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลปกครองนั้น อาจมีกรณีที่น่าพิจารณาว่า ศาลปกครองควรมีข้อสังเกตที่มีเนื้อหาและขอบเขตแค่ไหนเพียงใด จึงจะไม่ส่งผลเป็นการเข้าไปในแดนอำนาจของฝ่ายปกครองในการพิจารณา วินิจฉัย หรือดำเนินการในเรื่องนั้น ๆ

จากการสำรวจคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับมาตรา 69 วรรคหนึ่ง (8) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ แล้วจะเห็นได้ว่า โดยส่วนใหญ่แล้วศาลปกครองจะกำหนดข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลปกครองในคดีฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ซึ่งศาลปกครองสูงสุดมีคำวินิจฉัยในประเด็นต่าง ๆ ที่น่าสนใจเกี่ยวกับการนำมาตรา 69 วรรคหนึ่ง (8) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ มาใช้บังคับ ดังนี้

1) การมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษา จะต้องเป็นกรณีที่ศาลปกครองพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง หากพิพากษายกฟ้องศาลจะมีข้อสังเกตดังกล่าวไม่ได้

- การที่ศาลปกครองชั้นต้นได้มีคำพิพากษายกฟ้องและมีข้อสังเกตให้ผู้ถูกฟ้องคดีแก้ไขประกาศในส่วนที่เกี่ยวกับบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจในการออกประกาศให้ถูกต้องต่อไป นั้น การอ้างอิงหรือแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจในการออกประกาศให้ถูกต้อง เป็นกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีสามารถพิจารณาดำเนินการ เมื่อได้พิจารณารายละเอียดการวินิจฉัยที่ปรากฏในคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นได้อยู่แล้ว และเมื่อกรณีนี้เป็นกรณีที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำพิพากษายกฟ้อง ซึ่งไม่ใช่กรณีที่ศาลมีคำพิพากษาและคำบังคับให้คู่กรณีฝ่ายใดต้องถูกบังคับตามคำพิพากษาอย่างไร จึงมิใช่กรณีที่ศาลจำต้องมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาตามนัยมาตรา 69 วรรคหนึ่ง (8) (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 907/2560)

2) การมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษานั้น เป็นดุลพินิจของศาล ไม่จำเป็นต้องมีในทุกคำพิพากษา

- ข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษานั้น ไม่ได้หมายความว่าทุกคำพิพากษาจะต้องมีข้อสังเกตดังกล่าว กรณีเป็นดุลพินิจของศาลที่จะพิจารณาถึงความจำเป็นและเหมาะสมแห่งคดี คดีนี้ผู้ถูกฟ้องคดีได้ปฏิบัติเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นแล้ว กรณีจึงไม่จำต้องเพิ่มข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาในคดีนี้ตามมาตรา 69 วรรคหนึ่ง (8) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ อีกแต่อย่างใด (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 68/2560 และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 132/2548 ก็ได้วินิจฉัยไปในทางเดียวกัน)

3) การมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาตามมาตรา 69 วรรคหนึ่ง (8) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ไม่อาจถือได้ว่าคำพิพากษาของศาลปกครองในส่วนดังกล่าวเป็นคำพิพากษาที่เกินไปกว่าหรือนอกจากที่ปรากฏในคำฟ้องซึ่งเป็นการพิพากษาเกินคำขอ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 275/2561)

4) การใช้อำนาจกำหนดข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาตามมาตรา 69 วรรคหนึ่ง (8) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ไม่ใช่การกำหนดคำบังคับตามมาตรา 72 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

- การมีข้อสังเกตของศาลปกครองสูงสุดเป็นข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษา ไม่ใช่เป็นกรณีที่ศาลปกครองสูงสุดใช้อำนาจกำหนดคำบังคับตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ซึ่งจะต้องมีการบังคับคดีตามมาตรา 72 วรรคสี่ และวรรคห้า แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คบ. 250/2561)

แต่การมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาตามมาตรา 69 วรรคหนึ่ง (8) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ เป็นแนวทางหรือวิธีการที่ศาลกำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดีปฏิบัติ เพื่อให้คำบังคับของศาลสามารถแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือเสียหายของผู้ฟ้องคดีได้ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 30/2559) หรือเพื่อให้มีการปฏิบัติให้เป็นไปตามผลแห่งคำพิพากษา (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 770/2556) หรือในบางกรณีศาลปกครองชั้นต้นก็กำหนดเป็น “ข้อปฏิบัติของศาลปกครองชั้นต้น” ซึ่งถือเป็นข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษา ซึ่งเป็นกรณีที่ศาลปกครองชั้นต้นมีอำนาจกระทำได้ตามมาตรา 69 วรรคหนึ่ง (8) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 139/2549)

5) การฟ้องคดีให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ศาลปกครองมีอำนาจเพียงกำหนดคำบังคับตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว คือ การให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองเท่านั้น ศาลปกครองไม่อาจกำหนดคำบังคับเพิ่มเติมเป็นอย่างอื่นได้ แต่ในการพิพากษาคดีนั้น ศาลปกครองอาจมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาได้ตามมาตรา 69 วรรคหนึ่ง (8) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1262/2560 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 34/2561, ที่ อ. 1413/2560, ที่ อ. 1055/2560, ที่ อ. 1012/2560, ที่ อ. 125/2560, ที่ อ. 426/2559, ที่ อ. 279/2559, ที่ อ. 191/2559, ที่ อ. 1037/2558, ที่ อ. 500/2558, ที่ อ. 206/2558, ที่ อ. 132/2558, ที่ อ. 909/2556, ที่ อ. 670/2556, ที่ อ. 584/2556 และที่ อ. 385/2554))

กรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีดุลพินิจในการดำเนินการ ศาลปกครองไม่จำเป็นต้องมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาแต่อย่างใด (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 368/2562)

กรณีที่ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า เมื่อมีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองแล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมมีหน้าที่ในการดำเนินการตามกฎหมายต่อไป แต่อย่างไรก็ตาม ศาลก็สามารถกำหนดข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาตามมาตรา 69 วรรคหนึ่ง (8) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ด้วย เช่น

- ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเลื่อนขั้นเงินเดือนของผู้ฟ้องคดี โดยให้มีผลย้อนหลังไปถึงวันออกคำสั่ง คำขออื่นนอกจากนี้ให้ยก ศาลปกครองสูงสุดเห็นพ้องด้วย แต่ในส่วนที่พิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ดำเนินการพิจารณาเลื่อนขั้นเงินเดือนผู้ฟ้องคดีและมีคำสั่งใหม่ให้ถูกต้องต่อไป โดยไม่ให้นำเหตุผลในการประเมินผลการปฏิบัติงานตามแบบประเมิน ครั้งที่ 1 ของผู้ฟ้องคดีมาใช้ประกอบการพิจารณา ทั้งนี้ ให้ดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ศาลได้มีคำพิพากษา นั้น เมื่อศาลมีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าว ย่อมเป็นภาระหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่จะต้องดำเนินการพิจารณาเลื่อนขั้นเงินเดือนของผู้ฟ้องคดีและมีคำสั่งใหม่ให้ถูกต้องต่อไป ศาลไม่จำต้องมีคำบังคับ แต่ควรกำหนดไว้เป็นข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาตามมาตรา 69 วรรคหนึ่ง (8) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 481/2555)

- ที่ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งกรมศุลกากร และให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองถือปฏิบัติต่อสิทธิของผู้ฟ้องคดีที่ 1 ที่จะได้รับตามหนังสือกระทรวงการคลัง ส่วนคำขออื่นให้ยก นั้น ศาลปกครองสูงสุดเห็นพ้องด้วยบางส่วน ประกอบกับการที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองต้องถือปฏิบัติต่อสิทธิของผู้ฟ้องคดีที่ 1 ที่จะได้รับตามหนังสือกระทรวงการคลัง เป็นภาระหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองที่จะต้องปฏิบัติตามหนังสือกระทรวงการคลังดังกล่าว ศาลไม่จำต้องมีคำบังคับ แต่ควรกำหนดไว้เป็นข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษา (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 349/2555)

- การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ลงโทษปลดผู้ฟ้องคดีออกจากราชการตามคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 4 เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และโดยที่ความผิดวินัยตามข้อกล่าวหานั้นยังคงมีอยู่ จึงไม่ตัดสิทธิผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3

ที่จะดำเนินการทางวินัยกับผู้ฟ้องคดีเพื่อให้ถูกต้องต่อไป สำหรับคำขอของผู้ฟ้องคดีที่ขอให้ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ดำเนินการให้ผู้ฟ้องคดีกลับสู่ตำแหน่งเดิม และคืนสิทธิประโยชน์ตามกฎหมายในระหว่างที่ต้องพ้นจากราชการ เห็นว่า หากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ได้ดำเนินการทางวินัยกับผู้ฟ้องคดีในส่วนที่เป็นความผิดฐานอื่นที่มิใช่การทุจริตต่อหน้าที่ราชการแล้วเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีไม่มีความผิดวินัยอย่างร้ายแรงหรือไม่มีความผิดวินัยอย่างไม่ร้ายแรง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ย่อมมีหน้าที่ในการคืนสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ที่ผู้ฟ้องคดีควรจะได้รับคืนอยู่แล้ว ศาลจึงไม่จำต้องออกคำบังคับตามคำขอของผู้ฟ้องคดีแต่อย่างใด โดยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาตามมาตรา 69 วรรคหนึ่ง (8) ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 ควรที่จะพิจารณาดำเนินการตามกฎหมายเพื่อให้ผู้ฟ้องคดีกลับสู่ตำแหน่งโดยไม่ต่ำกว่าตำแหน่งเดิม ทั้งนี้ ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษา (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟบ. 10/2561)

6) กรณีตัวอย่างของการกำหนดข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาในคดีฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง เช่น

- ศาลพิพากษาเพิกถอนคำสั่งที่ไม่เลื่อนขั้นเงินเดือนให้แก่ผู้ฟ้องคดี โดยให้มีผลตั้งแต่วันที่มีคำสั่ง และมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษา โดยให้ผู้ถูกฟ้องคดีประเมินประสิทธิภาพและประสิทธิผลการปฏิบัติงานของผู้ฟ้องคดีใหม่ แล้วพิจารณาเลื่อนขั้นเงินเดือนให้แก่ผู้ฟ้องคดีให้ถูกต้องตามหลักเกณฑ์วิธีการ และเงื่อนไขเกี่ยวกับการเลื่อนขั้นเงินเดือนตามที่กฎหมายกำหนด (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 86/2563)

- ศาลพิพากษาให้เพิกถอนมติที่อนุมัติให้ผู้ฟ้องคดีเลื่อนวิทยฐานะ และมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาโดยให้ผู้ถูกฟ้องคดีพิจารณามีมติเลื่อนและแต่งตั้งผู้ฟ้องคดีให้มีวิทยฐานะรองผู้อำนวยการสำนักงานเขตพื้นที่การศึกษาชำนาญการพิเศษตั้งแต่วันที่ศาลกำหนด และให้ผู้ถูกฟ้องคดีออกคำสั่งตามมติดังกล่าวต่อไป ทั้งนี้ ภายใน 30 วัน นับแต่วันที่คำพิพากษาถึงที่สุด (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 350/2562)

- ให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ให้ผู้ฟ้องคดีชำระค่าสินไหมทดแทนเกินจำนวน นับแต่วันที่มีคำสั่งดังกล่าว โดยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาว่า หากผู้ฟ้องคดีชำระเงินครบถ้วนแล้ว ต่อมากรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช ได้รับเงินชดใช้ค่าสินไหมทดแทนผู้กระทำการทุจริตในกรณีนี้เป็นจำนวนเท่าใด กรมอุทยานแห่งชาติ สัตว์ป่า และพันธุ์พืช จะต้องคืนเงินให้แก่ผู้ฟ้องคดีตามส่วนที่พึงได้รับในส่วนของตนต่อไป (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 761/2561)

- ศาลพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ที่แต่งตั้งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 5 เป็นผู้ใหญ่บ้านและหนังสือสำคัญแสดงหลักฐานการเป็นผู้ใหญ่บ้าน โดยให้มีผลนับแต่วันที่คดีถึงที่สุด และมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษา ดังนี้ ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 จัดให้มีการนับคะแนนในหน่วยเลือกที่ 2 ใหม่โดยเร็ว แล้วดำเนินการรวมคะแนนกับการนับคะแนนของหน่วยเลือกที่ 1 และแต่งตั้งผู้ได้รับคะแนนสูงสุดเป็นผู้ใหญ่บ้านต่อไป แต่หากผลคะแนนไม่เปลี่ยนแปลงจากเดิม ก็ให้มีคำสั่งแต่งตั้งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 5 เป็นผู้ใหญ่บ้านตามเดิม (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 275/2561)

- ศาลพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 เรื่องลงโทษไล่ออกจากราชการ โดยให้มีผลย้อนหลังไปถึงวันที่ออกคำสั่ง และเพิกถอนมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ที่ให้ยกอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดี โดยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาตามมาตรา 69 วรรคหนึ่ง (8) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ โดยให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 พิจารณาดำเนินการให้ผู้ฟ้องคดีกลับเข้ารับราชการและคืนสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ที่ผู้ฟ้องคดีควรได้รับหากมิได้ถูกลงโทษทางวินัยตามคำสั่งดังกล่าวให้แก่ผู้ฟ้องคดีตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1476/2558)

- พิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งเทศบาลตำบลที่ลงโทษไล่ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการโดยให้มีผลตั้งแต่วันที่คำสั่งลงโทษมีผลบังคับ โดยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางและวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาตามมาตรา 69 วรรคหนึ่ง (8) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีอำนาจสั่งลงโทษผู้ฟ้องคดีกรณีกระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรงฐานปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยจงใจไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ระเบียบของทางราชการ มติคณะรัฐมนตรี หรือนโยบายของทางราชการ อันเป็นเหตุให้เสียหายแก่ราชการอย่างร้ายแรง โดยสั่งลงโทษปลดออกหรือไล่ออกตามความร้ายแรงแห่งกรณี (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1028/2558)

- ให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ที่ลงโทษไล่ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการ ทั้งนี้ ให้การเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวมีผลตามคำพิพากษาเมื่อครบกำหนดหนึ่งร้อยแปดสิบวัน นับแต่วันที่มีคำพิพากษานี้ โดยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาตามนัยมาตรา 69 วรรคหนึ่ง (8) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 สามารถออกคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยเสียใหม่ให้ถูกต้องตามกฎหมาย ดำเนินกระบวนการสอบสวนทางวินัยแก่ผู้ฟ้องคดีเสียใหม่ให้เป็นไปตามกฎหมาย กฎ ระเบียบที่เกี่ยวข้อง และออกคำสั่งทางวินัยที่ถูกต้อง โดยให้คำสั่งดังกล่าวมีผลย้อนหลังไปตั้งแต่วันที่คำสั่งฉบับเดิมมีผลบังคับ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 764/2558)

- ให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 โดยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาตามนัยมาตรา 69 วรรคหนึ่ง (8) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ว่าให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 พิจารณาออกคำสั่งตามหลักเกณฑ์หรือเงื่อนไข ให้เป็นไปตามข้อกำหนดของกฎกระทรวงว่าด้วยการยกเว้น ผ่อนผัน หรือกำหนดเงื่อนไขในการปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารสำหรับโครงการที่รัฐจัดให้มีหรือพัฒนาเพื่อเป็นที่อยู่สำหรับผู้มีรายได้น้อย พ.ศ. 2554 (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 187/2558)

- ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาเพิกถอนคำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรีที่ให้ผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติราชการสำนักนายกรัฐมนตรี และประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีที่ให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ (นักบริหารระดับสูง) สำนักงานสภาความมั่นคงแห่งชาติ โดยให้มีผลย้อนหลังไปถึงวันที่คำสั่งและประกาศฉบับดังกล่าวมีผลบังคับ กับเพิกถอนคำวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ที่ยกคำร้องทุกข์ของผู้ฟ้องคดี โดยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาตามนัยมาตรา 69 วรรคหนึ่ง (8) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ คือ เมื่อคำสั่งพิพาทถูกศาลเพิกถอนโดยให้มีผลย้อนหลังดังกล่าว ย่อมมีผลทางกฎหมายว่าผู้ฟ้องคดีมิได้พ้นจากตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ ผู้เกี่ยวข้องก็ต้องดำเนินการให้ผู้ฟ้องคดีสามารถปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ สำนักงานสภาความมั่นคงแห่งชาติโดยเร็ว นั้น ศาลปกครองสูงสุดโดยที่ประชุมใหญ่พิเคราะห์แล้วเห็นว่า เพื่อเป็นการแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้รับจากประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง แต่งตั้งข้าราชการพลเรือน ที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนี้ จึงให้เพิกถอนประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีดังกล่าวมีผลย้อนหลังไปถึงวันที่ประกาศดังกล่าวมีผลใช้บังคับ โดยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาตามนัยมาตรา 69 วรรคหนึ่ง (8) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ควรที่จะพิจารณาดำเนินการตามกฎหมายเพื่อให้ผู้ฟ้องคดีได้ดำรงตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ ทั้งนี้ ภายในสี่สิบห้าวัน นับแต่วันที่มีคำพิพากษา (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 33/2557 (ประชุมใหญ่))

3.2.3 ข้อพิจารณาเกี่ยวกับข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาตามมาตรา 69 วรรคหนึ่ง (8) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

บทบัญญัติมาตรา 69 วรรคหนึ่ง (8) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ให้อำนาจศาลปกครองในการกำหนดข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาดังที่เสนอไว้ข้างต้นนั้น เมื่อนำไป

พิจารณาเปรียบเทียบกับกรณีของการใช้สิทธิเรียกร้องให้ขจัดผลที่เกิดขึ้นจากคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Folgenbeseitigungsanspruch) ตามมาตรา 113 วรรคหนึ่ง ประโยคที่สองและประโยคที่สาม แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง ในระบบกฎหมายเยอรมันตามที่ได้นำเสนอเอาไว้ข้างต้นนั้น จะเห็นได้ว่า ทั้งสองกรณีนี้มีความแตกต่างกันในทางสาระสำคัญ คือ การใช้สิทธิเรียกร้องให้ขจัดผลที่เกิดขึ้นจากคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นวิธีพิจารณาตามคำขอเพิ่มเติม (Annexantrag) ประกอบการฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) ซึ่งการที่ศาลมีคำพิพากษาและมีคำบังคับในวิธีพิจารณาดังกล่าว คำพิพากษาของศาลปกครองเยอรมันในกรณีดังกล่าวสามารถบังคับคดีให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลได้ต่อไป แต่ในส่วนของการมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาตามมาตรา 69 วรรคหนึ่ง (8) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ นั้น ไม่ใช่วิธีพิจารณาคดีที่แยกเป็นการเฉพาะ หากเป็นแต่เพียงองค์ประกอบของคำพิพากษาศาลปกครองเท่านั้น และเป็นกรณีที่กฎหมายไม่ได้กำหนดบังคับให้ต้องมีข้อสังเกตดังกล่าว และเจ้าหนี้ตามคำพิพากษาของศาลปกครองไม่อาจใช้มาตรการบังคับคดีเพื่อบังคับลูกหนี้ตามคำพิพากษาปฏิบัติตามข้อสังเกตดังกล่าวได้ ศาลปกครองโดยสำนักงานศาลปกครองสามารถทำได้เพียงติดตามว่าได้มีการดำเนินการตามข้อสังเกตดังกล่าวหรือไม่ แล้วรายงานต่อศาลเท่านั้น

นอกจากนั้น หากพิจารณากรณีตัวอย่างที่ศาลปกครองกำหนดข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษา แล้วจะเห็นได้ว่าในบางกรณีมีลักษณะที่เป็นข้อเสนอแนะหรือคำแนะนำที่มีเนื้อหาที่เป็นรูปธรรมให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด กรณีจึงเป็นที่น่าพิจารณาว่า กรณีดังกล่าวนี้ ศาลปกครองควรและ/หรือสามารถกำหนดข้อสังเกตดังกล่าวหรือไม่ และการกำหนดข้อสังเกตของศาลปกครองไว้ในคำพิพากษานั้นจะก่อให้เกิดประโยชน์ต่อคู่กรณีแค่ไหนเพียงใด ในที่นี้เห็นว่า ด้วยหลักการพื้นฐานในทางกฎหมายมหาชนที่ว่าด้วยการแบ่งแยกอำนาจ แม้จะยอมรับให้องค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการ สามารถตรวจสอบถ่วงดุลกันได้ แต่การตรวจสอบถ่วงดุลดังกล่าวก็ไม่อาจกระทำได้โดยปราศจากการดำเนินการโดยไม่คำนึงถึงสาระสำคัญของอำนาจของแต่ละองค์กรได้ กอปรกับลักษณะของศาลปกครองซึ่งเป็นองค์กรตุลาการที่มีอำนาจวินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาท โดยการจัดทำคำพิพากษาหรือคำสั่งที่มีผลบังคับได้ การกำหนดให้ศาลมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาซึ่งไม่มีผลบังคับผูกพันต่อคู่กรณีนั้น ย่อมไม่สอดคล้องกับลักษณะขององค์กรตุลาการ ดังนั้น ศาลในฐานะองค์กรตุลาการจึงไม่ควรมีความเห็นที่ไม่มีผลบังคับเสมือนหนึ่งเป็นการให้คำแนะนำและการให้คำปรึกษา ซึ่งหน้าที่ดังกล่าวเป็นหน้าที่ขององค์กรอื่น นอกจากนั้น ด้วยลักษณะเฉพาะของคดีฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่คำพิพากษาของศาลมีผลเป็นการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยทันที การดำเนินการเพื่อเยียวยาผลที่เกิดขึ้นจากคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น จึงเป็นหน้าที่ของฝ่ายปกครองที่จะต้องพิจารณาดำเนินการต่อไป ทั้งนี้โดยอาศัยความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านขององค์กรฝ่ายปกครองนั้น ๆ ในการที่จะพิจารณาดำเนินการเพื่อเป็นการคุ้มครองและเยียวยาสิทธิของผู้ที่ได้รับผลกระทบต่อไป หากฝ่ายปกครองละเลยต่อหน้าที่ดังกล่าว ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากกรณีดังกล่าวก็สามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลต่อไปได้

ดังนั้น การกำหนดข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาตามมาตรา 69 วรรคหนึ่ง (8) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ นั้น ควรนำมาใช้อย่างจำกัดและถือเป็นข้อยกเว้นอย่างยิ่ง

4. บทสรุป

คดีฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ เป็นเครื่องมือทางกฎหมายที่สำคัญที่ผู้ฟ้องคดีซึ่งโดยส่วนใหญ่จะเป็นเอกชนที่จะใช้ในการขอให้ศาลปกครองในฐานะ

องค์กรตุลาการเพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองดังกล่าว และหากศาลปกครองเห็นว่าคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองย่อมมีคำพิพากษาโดยกำหนดให้มีคำบังคับให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวได้ตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน นอกจากนั้น ในการทำคำบังคับดังกล่าว ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดว่าจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ทั้งนี้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี ทั้งนี้ ตามความในวรรคสองของมาตรา 72 ดังกล่าว ในส่วนของการมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนี้ หากพิจารณาเปรียบเทียบกับกรณีตามกฎหมายเยอรมันแล้ว เห็นว่า ในทางปฏิบัติการปรับใช้มาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) และวรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ โดยศาลปกครองไทย ไม่ปรากฏการณ์ข้อความคิดที่ถือว่า การมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) ยังไม่เพียงพอที่จะถือว่า คำสั่งทางปกครองดังกล่าวนั้น ถูกเพิกถอนและสิ้นผลไปตั้งแต่มีการออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว หากแต่ในการมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น ศาลปกครองจะต้องระบุในคำพิพากษาว่าจะให้การเพิกถอนนั้นมีผลเมื่อใด ทั้งนี้ ตามมาตรา 72 วรรคสอง เสมอ

อย่างไรก็ตาม ในที่นี้เห็นว่า ในการจัดทำคำพิพากษาของศาลปกครองไทยในคดีฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ควรถือเป็นหลักการสำคัญให้ถูกต้องตรงกันว่า คำพิพากษาดังกล่าวย่อมมีผลเป็นการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตั้งแต่ขณะเวลาที่มีการออกคำสั่งทางปกครองดังกล่าว เว้นเสียแต่ว่า ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวเกิดขึ้นภายหลังจากที่มีการออกคำสั่งทางปกครองแล้ว ในกรณีนี้ศาลย่อมสามารถระบุกำหนดว่าให้การเพิกถอนมีผลตั้งแต่ขณะเวลาที่คำสั่งทางปกครองนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งกรณีดังกล่าวนี้ ก็ไม่เป็นการขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) และวรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ แต่อย่างใด ด้วยเหตุว่า มาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) ถือเป็นบทหลัก และวรรคสองของมาตราดังกล่าวถือเป็นบทยกเว้นที่จะถูกนำมาใช้ก็ต่อเมื่อเป็นข้อยกเว้นและมีเหตุจำเป็นอย่างยิ่ง หาไม่แล้วสิทธิของผู้ฟ้องคดีในคดีฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองย่อมไม่ถูกคุ้มครองได้อย่างเต็มที่และโดยไม่มีประสิทธิภาพ

ส่วนการกำหนดให้ศาลปกครองอาจมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาตามมาตรา 69 วรรคหนึ่ง (8) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ นั้น ศาลปกครองควรหลีกเลี่ยงการใช้อำนาจในกรณีดังกล่าว และหากมีความเป็นไปได้ในการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ต่อไปในอนาคต เห็นว่า ควรพิจารณายกเลิกบทบัญญัติดังกล่าวเสีย และกรณีก็ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องนำเอาข้อความคิดเกี่ยวกับการใช้สิทธิเรียกร้องให้ขจัดผลที่เกิดขึ้นจากคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นวิธีพิจารณาตามคำขอเพิ่มเติม (Annexantrag) ประกอบการฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา 113 วรรคหนึ่ง ประโยคที่หนึ่งและประโยคที่สอง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง ที่ปรากฏในระบบกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองเยอรมันมาบัญญัติไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองของไทยแต่อย่างใด ด้วยเหตุว่า เครื่องมือในการคุ้มครองสิทธิของประชาชนโดยทางศาลในระบบกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองของไทย ในกรณีที่ฝ่ายปกครองละเลยล่าช้าไม่ดำเนินการขจัดผลร้ายที่เกิดจากคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากกรณีดังกล่าวย่อมมีสิทธินำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อให้มีคำพิพากษาและคำบังคับให้ฝ่ายปกครองกระทำการดังกล่าวได้ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) ประกอบกับมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ นั่นเอง

อย่างไรก็ตาม สิ่งที่สำคัญในท้ายที่สุดที่จะสามารถแก้ไขปัญหาหรือข้อขัดข้องทั้งหลายที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายปกครองและกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองของไทยได้อย่างยั่งยืน คือ องค์ความรู้ในทางวิชาการที่มีเหตุผลและศักยภาพในการสร้างความยุติธรรมให้เกิดขึ้นในระบบกฎหมายไทย ซึ่งในประเด็นปัญหาเกี่ยวกับผลของคำพิพากษาเพิกถอน

คำสั่งทางปกครองและการขจัดผลร้ายซึ่งเกิดจากคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้ การศึกษาเกี่ยวกับผลของคำสั่งทางปกครอง (ผลผูกพัน/ผลบังคับผูกพัน) ผลของคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (หรือกฎ) รวมถึงหน้าที่ของฝ่ายปกครองในการดำเนินการหลังจากที่ศาลปกครองมีคำพิพากษา จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องมีการศึกษาให้เกิดความกระจ่างมากขึ้นในระบบกฎหมายไทย ซึ่งภารกิจดังกล่าวนี้ไม่ได้จำกัดอยู่แต่เพียงนักวิชาการทางนิติศาสตร์ในสถานศึกษาเท่านั้น หากแต่รวมถึงนักปฏิบัติการทางนิติศาสตร์ที่ปฏิบัติหน้าที่ในองค์กรทั้งหลายด้วย ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการสร้างความยุติธรรมให้เกิดขึ้นอย่างแท้จริงตามหลักวิชานิติศาสตร์ หาไม่แล้วย่อมส่งผลกระทบต่อประชาชนผู้แสวงหาความยุติธรรม เพราะได้รับการอภิบาลในทางกฎหมายโดยไร้หลักวิชาการ หรือที่แย่ที่สุดคือโดยอำเภอใจของผู้มีอำนาจ

"Vor Gericht und auf hoher See ist man in Gottes Hand"

"ต่อหน้าศาลและในทะเลหลวงคนก็เหมือนตกอยู่ในหัตถ์ของพระเจ้า"

Référé audiovisuel : มาตรการในคดีกิจการวิทยุและกิจการโทรทัศน์ในกฎหมายฝรั่งเศส[1]

นัดดา หิญชีระนันทน์[2]

บทคัดย่อ

Référé audiovisuel เป็นมาตรการในคดีกิจการวิทยุและกิจการโทรทัศน์ ซึ่งเป็นมาตรการเฉพาะของกฎหมายฝรั่งเศส โดยมาตรการดังกล่าวได้มีบทบาทสำคัญในการพัฒนากฎหมายสื่อวิทยุและโทรทัศน์ในประเทศฝรั่งเศส

บทความนี้ จะกล่าวถึงขั้นตอนการดำเนินการของมาตรการ référé audiovisuel และประโยชน์ของมาตรการดังกล่าวที่มีต่อกฎหมายสื่อวิทยุและโทรทัศน์

Abstract

Référé audiovisuel is a measure in radio and television business cases. This is a specific measure to french law, which plays an important role in the development of radio and television media law in France.

This article describes the procedure of the référé audiovisuel measure and its benefits for radio and television media law.

บทนำ

ประเทศฝรั่งเศสเป็นประเทศที่มีพัฒนาการด้านกฎหมายปกครองและกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองมาเป็นเวลาช้านาน โดยมาตรการ référé ของประเทศฝรั่งเศสก็มีอยู่หลายประเภทด้วยกัน ซึ่งโดยทั่วไปแล้วเราจะรู้จักมาตรการฉุกเฉินทางปกครอง (les référés administratifs) ประเภท référé-suspension, référé-liberté หรือ référé-conservatoire อันถือได้ว่าเป็นมาตรการฉุกเฉินในกรณีทั่วไป นอกจากนี้ ประเทศฝรั่งเศสยังมี référés spéciaux ที่ใช้กับกิจการต่าง ๆ เป็นการเฉพาะ ดังเช่นกรณีของ référé audiovisuel ซึ่งเป็นมาตรการในคดีกิจการวิทยุและกิจการโทรทัศน์ (ต่อไปนี้เรียกว่า “กิจการวิทยุและโทรทัศน์”) ที่จะช่วยการปฏิบัติงานขององค์กรกำกับดูแลกิจการดังกล่าวของประเทศฝรั่งเศส[3] เพื่อบังคับให้ผู้ประกอบกิจการหรือผู้ให้บริการปฏิบัติตามกฎหมาย

---

[1] บทความนี้เป็นส่วนหนึ่งของวิทยานิพนธ์ปริญญาเอก NATDA HINSHIRANAN, Contentieux administratif des médias audiovisuels : Étude comparative sur le droit français et le droit thaïlandais, thèse pour le doctorat en droit public, Université Toulouse Capitole, Toulouse, 2023

[2] นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ 1) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย; Master 2 Droit Public Fondamental, Université Toulouse Capitole; Master 2 Droit des Médias et de la Communication, Université Toulouse Capitole; Doctorat en droit, Université Toulouse Capitole

[3] ลำดับรายชื่อองค์กรกำกับดูแลด้านกิจการวิทยุและโทรทัศน์ที่ถูกตั้งขึ้นหลังจากที่เสรีภาพในการสื่อสารในกิจการวิทยุและโทรทัศน์ (la liberté de la communication audiovisuelle) ได้รับการรับรองในปี ค.ศ. 1982 โดยรัฐบัญญัติเลขที่ 82-652 ลงวันที่ 29 กรกฎาคม ค.ศ. 1982 มีดังนี้ Haute Autorité de la communication audiovisuelle (HACA) เป็นองค์กรกำกับดูแลระหว่างปี ค.ศ. 1982 ถึงปี ค.ศ. 1986; Commission Nationale de la

ดังนั้น บทความนี้จึงจะกล่าวถึงหัวข้อดังต่อไปนี้ 1. ที่มาของ référé audiovisuel 2. ลักษณะเฉพาะของ référé audiovisuel 3. กรณีศึกษาการใช้ référé audiovisuel และ 4. ประโยชน์ของ référé audiovisuel

1. ที่มาของ référé audiovisuel

Référé audiovisuel นั้นมีขึ้นตั้งแต่ร่างฉบับแรกของรัฐบัญญัติเลขที่ 86-1067 ลงวันที่ 30 กันยายน ค.ศ. 1986 ว่าด้วยเสรีภาพในการสื่อสาร[4] หรือที่เรียกว่า Loi Léotard

มาตรา 42 ของรัฐบัญญัติดังกล่าวได้กำหนดให้ Commission nationale de la communication et des libertés (CNCL) ซึ่งเป็นองค์กรกำกับดูแลในขณะนั้นมีอำนาจตักเตือน (mise en demeure) ผู้กระทำความผิดและยื่นเรื่องต่อพนักงานอัยการ

นอกจากนี้ ยังได้วางหลักไว้ว่า ในกรณีที่ไม่ได้มีการปฏิบัติตามข้อบังคับของบทบัญญัติแห่งกฎหมายนี้และเพื่อการปฏิบัติภารกิจของคณะกรรมการ CNCL แล้ว ประธานคณะกรรมการดังกล่าวอาจร้องขอต่อศาลให้สั่งให้ผู้มีหน้าที่รับผิดชอบต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเหล่านี้ หรือยุติการทำความผิดหรือกำจัดผลกระทบที่เกิดขึ้น

คำขอดังกล่าวให้ยื่นต่อประธานแผนกคดีปกครอง (Président de la section du contentieux du Conseil d'Etat) ซึ่งเป็นผู้วินิจฉัยโดยฉุกเฉินและคำวินิจฉัยดังกล่าวสามารถบังคับใช้ได้ทันที ประธานอาจเลือกใช้มาตรการคุ้มครองใดๆ และกำหนดให้มีการชำระค่าปรับรายวัน (Astreinte) แก่กรมธนารักษ์ (Trésor public) เพื่อการปฏิบัติตามคำสั่ง

ทั้งนี้ ที่มาของมาตรการดังกล่าว ก็มีขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาที่เคยเกิดสมัยที่รัฐบัญญัติเลขที่ 82-652 ลงวันที่ 29 กรกฎาคม ค.ศ. 1982 ว่าด้วยการสื่อสารในกิจการวิทยุและโทรทัศน์[5] มีผลใช้บังคับ โดยรัฐบัญญัติดังกล่าวได้ให้อำนาจ Haute Autorité de la communication audiovisuelle (HACA) ซึ่งเป็นองค์กรกำกับดูแลในขณะนั้นสามารถเพิกถอนใบอนุญาตเท่านั้น ซึ่งอาจพิจารณาได้ว่าเป็นบทบัญญัติที่มีข้อเสียตรงที่ทั้งรุนแรงมากไปและไม่เพียงพอนั้นเอง[6]

ดังนั้น แรกเริ่มเดิมทีมาตรการ référé audiovisuel ก็มีขึ้นเพื่อทำให้องค์กรกำกับดูแลมีมาตรการที่จะสามารถบังคับให้ผู้ประกอบกิจการวิทยุและโทรทัศน์นั้นยุติการกระทำที่ขัดต่อกฎหมายโดยเร็ว โดยให้ประธานแผนกคดีปกครองสามารถกำหนดมาตรการฉุกเฉินและค่าปรับได้

2. ลักษณะเฉพาะของ référé audiovisuel

2.1 ผู้มีอำนาจยื่นคำขอ

รัฐบัญญัติลงวันที่ 30 กันยายน ค.ศ. 1986 ได้ผ่านการแก้ไขมาแล้วหลายฉบับ โดยฉบับล่าสุดแก้ไขโดยรัฐบัญญัติเลขที่ 2021-1382 ลงวันที่ 25 ตุลาคม ค.ศ. 2021 ว่าด้วยการกำกับดูแลและปกป้องการเข้าถึงผลงานทางวัฒนธรรมในยุคดิจิทัล[7]

Communication et des Libertés (CNCL) เป็นองค์กรกำกับดูแลระหว่างปี ค.ศ. 1986 ถึงปี ค.ศ. 1989; Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) เป็นองค์กรกำกับดูแลระหว่างปี ค.ศ. 1989 ถึงปี ค.ศ. 2021; Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (Arcom) เป็นองค์กรกำกับดูแลตั้งแต่ ค.ศ. 2022 จนถึงปัจจุบัน

[4] Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, รัฐบัญญัติลงวันที่ 30 กันยายน ค.ศ. 1986 ยังคงมีผลบังคับใช้ แต่ได้มีการปรับปรุงแก้ไขโดยรัฐบัญญัติฉบับอื่นๆ ในเวลาต่อมา

[5] Loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle

[6] D. MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, « Fasc. 57 : Référé en matière de communication audiovisuelle », JCl. Justice administrative, 2013, paragraphe 2

[7] LOI n° 2021-1382 du 25 octobre 2021 relative à la régulation et à la protection de l'accès aux œuvres culturelles à l'ère numérique

รัฐบัญญัติฉบับปี ค.ศ. 2021 ได้กำหนดให้ le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) ซึ่งเป็นองค์กรกำกับดูแลกิจการวิทยุและโทรทัศน์ในขณะนั้น รวมตัวกับ la Haute Autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur internet (HADOPI) กลายเป็นองค์กรกำกับดูแลด้านกิจการวิทยุและโทรทัศน์ขึ้นใหม่ชื่อว่า Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (Arcom) โดยได้เริ่มจัดตั้งขึ้นอย่างเป็นทางการเมื่อวันที่ 1 มกราคม ค.ศ. 2022 และได้ปฏิบัติหน้าที่มาจนถึงปัจจุบัน

การยื่นคำขอ référé audiovisuel ต่อศาลปกครองนั้น เป็นอำนาจของประธานองค์กรกำกับดูแลกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์เท่านั้น โดยนับตั้งแต่ CNCL เปลี่ยนเป็น CSA และจนปัจจุบันได้กลายมาเป็น Arcom อำนาจในการยื่นคำขอให้ศาลกำหนดมาตรการดังกล่าวยังคงเป็นของประธานองค์กรกำกับดูแลกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์

ศาลปกครองสูงสุดเองก็เคยพิจารณาไว้ว่า คำขอที่ยื่นโดยประธาน CNCL สามารถรับพิจารณาไว้ได้โดยไม่จำเป็นต้องมีมติจากคณะกรรมการที่ให้อำนาจเพื่อกระทำการ

มาตรา 42-10 ของรัฐบัญญัติลงวันที่ 30 กันยายน ค.ศ. 1986 ซึ่งเพิ่มเติมโดยรัฐบัญญัติ เลขที่ 89-25 ฉบับลงวันที่ 17 มกราคม ค.ศ. 1989 และที่แก้ไขเพิ่มเติมจนถึงฉบับปัจจุบันยังคงให้อำนาจแก่ประธาน Arcom ร้องขอต่อศาลให้สั่งให้ปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว หรือยุติการกระทำความผิดหรือกำจัดผลกระทบที่เกิดขึ้น

2.2 บทบาทของประธานแผนกคดีปกครอง

การพิจารณา référé audiovisuel ในศาลปกครองนั้น เป็นมาตรการที่อยู่ภายใต้อำนาจวินิจฉัยของประธานแผนกคดีปกครอง (Président de la section du contentieux du Conseil d'Etat) เท่านั้น โดยเป็นการพิจารณาที่เปิดเผยต่อสาธารณะ (séance publique)[8]

ทั้งนี้ ประธานแผนกคดีปกครองสามารถกำหนดมาตรการชั่วคราว (mesures conservatoires) ใด ๆ ตลอดจนกำหนดโทษปรับรายวัน (Astreinte) เพื่อให้ปฏิบัติตามคำสั่ง

2.3 ผู้ยื่นคำขอร่วม

เดิมทีอำนาจในการร้องขอมาตรการฉุกเฉินนี้ ให้อำนาจเฉพาะแก่ประธานขององค์กรกำกับดูแลเท่านั้น แม้แต่ผู้ให้บริการกิจการวิทยุและโทรทัศน์ก็ไม่สามารถยื่นคำขอมาตรการ référé audiovisuel ได้ อย่างไรก็ตาม ผู้ให้บริการเหล่านี้ยังมีมาตรการฉุกเฉินทั่วไป (référés généraux) ที่ยังสามารถยื่นได้อยู่

ในคำวินิจฉัยเลขที่ 97234 วันที่ 21 มิถุนายน ค.ศ. 1988[9] ประธานแผนกคดีปกครองจึงได้พิจารณาว่าอำนาจในการร้องขอมาตรการตามมาตรา 42 ของรัฐบัญญัติลงวันที่ 30 กันยายน ค.ศ. 1986 ฉบับดั้งเดิมนั้นเป็นของประธาน CNCL เท่านั้น ดังนั้น จึงไม่สามารถรับคำขอของ Société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD) และ Syndicat indépendant des artistes interprètes ในการเข้าเป็นผู้ยื่นคำขอร่วมได้

ทั้งนี้ ต่อมารัฐบัญญัติฉบับลงวันที่ 17 มกราคม ค.ศ. 1989 ได้ปรับปรุงแก้ไขรัฐบัญญัติลงวันที่ 30 กันยายน ค.ศ. 1986 โดยมาตรา 42-10 ได้เปิดโอกาสให้บุคคลใดๆ ก็ตามที่มีส่วนได้เสียสามารถยื่นคำขอเข้ามาในคดีร่วมกับประธาน CSA ดังนั้น ประธานแผนกคดีปกครองจึงได้วินิจฉัยในคำสั่งเลขที่ 274757 วันที่ 13 ธันวาคม ค.ศ. 2004[10] ว่านายกรัฐมนตรี

---

[8] CE, 25 novembre 1994, La Cinq c/ CSA, n° 110810

[9] CE, Ord., 21 juin 1988, CNCL c/ La Cinq, n° 97234, cité dans D. JEAN-PIERRE, Un « pas de deux » entre le Conseil d'Etat et le Conseil supérieur de l'audiovisuel : la liquidation d'astreinte au terme d'une procédure de référé audiovisuel, Recueil Dalloz, 1996, p. 149

[10] CE, Ord., 13 décembre 2004, CSA c/ la Société Eutelsat, n° 274757 ; Recueil Dalloz 2005, p.17 ; AJDA 2005, p. 206, note Y. GOUNIN

และ Consistoire central de l'union des communautés juives de France สามารถยื่นคำขอเข้ามาในคดีที่ประธาน CSA ร้องขอให้ศาลกำหนดมาตรการเพื่อสั่งให้ Société Eutelsat นั้น ยุติการออกอากาศช่องโทรทัศน์ Al Manar ได้

2.4 ค่าปรับรายวัน (Astreinte)

Référé audiovisuel ตามมาตรา 42-10 ของรัฐบัญญัติลงวันที่ 30 กันยายน ค.ศ. 1986 ฉบับแก้ไขนั้นต่างจาก référé audiovisuel ดั้งเดิม ตรงที่ฉบับปี ค.ศ. 1986 กำหนดให้ส่งค่าปรับรายวันที่กรมธนารักษ์ (Trésor public) แต่นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1989 นั้น รัฐบัญญัติเลขที่ 89-25 ฉบับลงวันที่ 17 มกราคม ค.ศ. 1989[11] ได้แก้ไขเพิ่มเติม référé audiovisuel โดยยกเลิกข้อกำหนดที่ให้ส่งค่าปรับไปที่กรมธนารักษ์

2.5 ประเภทกิจการที่อยู่ภายใต้มาตรการ référé audiovisuel

ในระหว่างปี ค.ศ. 2004 นั้น รัฐบัญญัติเลขที่ 2004-669 ลงวันที่ 9 กรกฎาคม ค.ศ. 2004 ว่าด้วยการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์และการบริการในกิจการวิทยุและโทรทัศน์[12] ได้เพิ่มบทบัญญัติในวรรค 1 ของมาตรา 42-10 แห่งรัฐบัญญัติลงวันที่ 30 กันยายน ค.ศ. 1986 ฉบับแก้ไข โดยได้ระบุว่า "คำขออาจมีวัตถุประสงค์เพื่อให้ผู้ให้บริการดาวเทียมยุติการถ่ายทอดออกอากาศช่องโทรทัศน์ที่อยู่ภายใต้อำนาจของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งมีรายการที่กระทบต่อหลักการที่กำหนดไว้ในมาตรา 1 มาตรา 3-1 หรือมาตรา 15" การเพิ่มบทบัญญัติดังกล่าวทำให้สามารถใช้มาตรการ référé audiovisuel กับกิจการวิทยุและโทรทัศน์อื่นที่ไม่ได้รับใบอนุญาตจากองค์กรกำกับดูแล

2.6 มาตรการ référé audiovisuel ไม่ถือเป็นบทลงโทษ

Référé audiovisuel ได้กลายเป็นมาตรการที่จะทำให้องค์กรกำกับดูแลนั้นสามารถบังคับให้ผู้ให้บริการกิจการวิทยุและโทรทัศน์ปฏิบัติตามกฎหมาย กฎ และข้อตกลงที่มีอยู่ได้ ทั้งนี้ มาตรการ référé audiovisuel ไม่ถือเป็นบทลงโทษ ซึ่งประธานแผนกคดีปกครองได้เคยพิจารณาไว้ว่า "มาตรการที่กำหนดไว้ในมาตรา 42-10 โดยรัฐบัญญัติฉบับลงวันที่ 9 กรกฎาคม ค.ศ. 2004 นั้น มิได้มีวัตถุประสงค์ที่จะกำหนดบทลงโทษ แต่เพื่อป้องกันมิให้เกิดหรือทำซ้ำซึ่งการกระทำที่กระทบต่อหลักการสำคัญที่ผู้ให้บริการกิจการวิทยุและโทรทัศน์ต้องปฏิบัติตาม"[13]

ทั้งนี้ หากตีความว่าเป็นบทลงโทษแล้ว จากหลักกฎหมายที่ว่ากฎหมายไม่มีผลย้อนหลังเป็นโทษนั้น ย่อมส่งผลให้ไม่สามารถบังคับใช้มาตรการดังกล่าวกับรายการที่ออกอากาศก่อนวันที่รัฐบัญญัติลงวันที่ 9 กรกฎาคม ค.ศ. 2004 มีผลบังคับใช้ แต่ประธานแผนกคดีปกครองได้พิจารณาไว้ว่าสามารถบังคับใช้มาตรา 42-10 แห่งรัฐบัญญัติลงวันที่ 30 กันยายน ค.ศ. 1986 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐบัญญัติลงวันที่ 9 กรกฎาคม ค.ศ. 2004 ได้ แม้ว่ารายการที่พิพาทอยู่นั้นจะฉายก่อนที่รัฐบัญญัติฉบับปี ค.ศ. 2004 จะประกาศใช้บังคับ[14]

การยื่นคำขอให้ศาลกำหนดมาตรการ référé audiovisuel นี้ สามารถดำเนินการได้โดยไม่ต้องตักเตือน (mise en demeure) ก่อน[15] เนื่องจากเป็นบทบัญญัติที่สามารถใช้เพื่อเลี่ยงไม่ให้การกระทำผิดนั้นคงอยู่ต่อเนื่องและเพื่อป้องกันไม่ให้เกิดการกระทำซ้ำ

---

[11] Loi n° 89-25 du 17 janvier 1989 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication

[12] Loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle

[13] CE, Ord., 20 août 2004, CSA c/ la Société Eutelsat, n° 269813 ; cité dans note Y. GOUNIN, « Al Manar : chronique d'un imbroglio juridico-diplomatique », AJDA 2005, p. 206

[14] Ibid

[15] CE, Ord., 16 mars 1988, *CNCL c/ TF1*, n° 95256 ; E. GUILLAUME, C. BEAUGONIN, *Audiovisuel (Contentieux de l'),* Répertoire de contentieux administratif, Dalloz, 2007, paragraphe 101

ดังนั้น มาตรการ référé audiovisuel จึงถูกนำมาใช้ทั้งโดยองค์กรกำกับดูแลและศาลปกครองเพื่อให้ผู้ให้บริการวิทยุและโทรทัศน์ได้ปฏิบัติตามหน้าที่

3. กรณีศึกษาการใช้มาตรการ référé audiovisuel

คดีสำคัญที่มีการนำมาตรการ référé audiovisuel มาใช้ คือกรณีของ Société Eutelsat[16] ซึ่งมีประเด็นพิพาทเกี่ยวกับการออกอากาศรายการของช่องโทรทัศน์ดาวเทียมที่มีชื่อว่า Al Manar โดยช่องดังกล่าวนั้น ออกอากาศโดยผู้ให้บริการโครงข่ายโทรคมนาคมผ่านดาวเทียมนามว่า Société Eutelsat

CSA ซึ่งเป็นองค์กรกำกับดูแลในขณะนั้น ได้ตรวจสอบและพบว่า โทรทัศน์ช่อง Al Manar ได้ออกอากาศรายการที่มีเนื้อหาขัดต่อรัฐบัญญัติฉบับลงวันที่ 30 กันยายน ค.ศ. 1986 ซึ่งกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ การรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมือง การคุ้มครองผู้เยาว์และการห้ามยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังหรือความรุนแรงด้วยเหตุศาสนาหรือสัญชาติ

ปัญหาในคดีดังกล่าว คือ ระหว่างช่องโทรทัศน์ Al Manar และผู้ให้บริการโครงข่ายดาวเทียม Société Eutelsat นั้นไม่ได้มีการทำข้อตกลงระหว่างกันโดยตรง แต่ Société Eutelsat ได้ทำข้อตกลงกับผู้ให้บริการโครงข่ายดาวเทียมอีกบริษัท นามว่าบริษัท Arabsat เพื่อใช้ความจุดาวเทียมในการถ่ายทอดช่องโทรทัศน์ช่องต่างๆ โดยช่องโทรทัศน์ Al Manar ได้ถูกรวมไว้อยู่ในแพ็กเกจช่องโทรทัศน์ของบริษัท Arabsat นั้นเอง ทั้งนี้ ประธาน CSA ซึ่งเป็นองค์กรกำกับดูแลในขณะนั้น ได้ใช้อำนาจตามมาตรา 42-10 ยื่นคำร้องขอให้ศาลปกครองสูงสุดโดยประธานแผนกคดีปกครองกำหนดมาตรการ référé audiovisuel เพื่อบังคับให้ Société Eutelsat ยุติการออกอากาศช่องโทรทัศน์ Al Manar ด้วยเหตุที่ช่องโทรทัศน์ดังกล่าวมิได้ปฏิบัติตามหลักการที่กำหนดไว้ในรัฐบัญญัติลงวันที่ 30 กันยายน ค.ศ. 1986

ภายหลังคดีดังกล่าว กฎหมายฝรั่งเศสก็ได้รับการแก้ไขโดยได้กำหนดให้ช่องโทรทัศน์ที่อยู่นอกสหภาพยุโรป (les chaines extra-européennes) ที่ใช้คลื่นความถี่ที่กำกับดูแลโดยประเทศฝรั่งเศสหรือใช้ความจุดาวเทียม (une capacité satellitaire) ที่ขึ้นอยู่กับประเทศฝรั่งเศสไม่ได้มีรูปแบบขั้นตอนที่ต้องดำเนินการแล้ว[17] ช่องโทรทัศน์ดังกล่าวจึงไม่ต้องทำข้อตกลงกับองค์กรกำกับดูแลเหมือนแต่ก่อน

อย่างไรก็ตาม ผู้ประกอบกิจการยังคงต้องปฏิบัติตามรัฐบัญญัติลงวันที่ 30 กันยายน ค.ศ. 1986 เช่นเดิม เนื่องจากข้อ III ของมาตรา 33-1 แห่งรัฐบัญญัติฉบับดังกล่าวได้กำหนดไว้ว่า “กิจการเหล่านี้ยังคงต้องอยู่ภายใต้ข้อบังคับแห่งรัฐบัญญัติฉบับนี้และอยู่ภายใต้การควบคุมของ CSA (องค์กรกำกับดูแลในเวลานั้น) ซึ่งมีอำนาจกำกับดูแลตามกระบวนการที่กำหนดในมาตรา 42 มาตรา 42-1 และมาตรา 42-10 ทั้งนี้ ผู้ประกอบกิจการดาวเทียมที่ดำเนินกิจกรรมอันส่งผลกระทบต่อกิจการโทรทัศน์ซึ่งอยู่ภายใต้เขตอำนาจของประเทศฝรั่งเศส ตามที่กำหนดในมาตรา 43-4 รวมถึงผู้จัดจำหน่ายตามที่ระบุในมาตรา 34 จะต้องแจ้งผู้ให้บริการกิจการทราบถึงกฎเกณฑ์ที่ตนต้องปฏิบัติตาม”

ดังนั้น จึงเห็นได้ว่าโดยปกติแล้ว การแจ้งหรือการทำข้อตกลงนั้นเป็นเงื่อนไขที่ทำให้ผู้ประกอบกิจการวิทยุและโทรทัศน์ที่ตั้งในประเทศฝรั่งเศสนั้นสามารถที่จะประกอบกิจการโดยชอบด้วยกฎหมายในประเทศฝรั่งเศส อย่างไรก็ตาม สำหรับกิจการที่แม้ไม่ได้ตั้งอยู่ในประเทศฝรั่งเศสแต่หากโดยข้อเท็จจริง (de facto) แล้ว เป็นกิจการที่อยู่ภายใต้อำนาจประเทศฝรั่งเศส แม้ว่ากิจการเหล่านี้จะไม่ต้องผ่านมาตรการการแจ้งหรือการทำข้อตกลง แต่กิจการเหล่านี้ก็ยังคงอยู่

---

[16] CE, Ord., 20 août 2004, CSA c/ la Société Eutelsat, n° 269813, op.cit

[17] D. TRUCHET, « Fasc. 273-20 : Communication Audiovisuelle - Secteur privé », JCl. Administratif, 2015, paragraphes 132-133 et paragraphe 129 ; K. FAVRO, « La suppression du conventionnement des chaines satellitaires extra-communautaires: l’arme fatale contre le terrorisme », Legipress, 2006, n°228-I, p. 17

ภายใต้การตรวจสอบขององค์กรกำกับดูแลอยู่ดีนั่นเอง โดยองค์กรดังกล่าวสามารถร้องขอต่อศาลปกครองฝรั่งเศสเพื่อกำหนดให้กิจการเหล่านี้ต้องปฏิบัติตามกฎหมายฝรั่งเศส

ประธานองค์กรกำกับดูแลจะใช้มาตรการ référé audiovisuel เพื่อปกป้องหลักการที่กฎหมายคุ้มครอง เช่น ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ เสรีภาพและทรัพย์สินของผู้อื่น ความหลากหลายในการแสดงออกซึ่งกระแสความคิดและความเห็น การปกป้องเด็กและวัยรุ่น การรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม ความจำเป็นในการป้องกันประเทศ ความเป็นอิสระและเป็นกลางในกิจการกระจายเสียงและโทรทัศน์ของภาครัฐ เสรีภาพในการแข่งขัน และการกำหนดความสัมพันธ์ที่ไม่มีการเลือกปฏิบัติระหว่างผู้ให้บริการและผู้จัดจำหน่าย ความหลากหลายในโปรแกรมรายการ การพัฒนาด้านการผลิตและการสร้างผลงานด้านวิทยุและโทรทัศน์ระดับชาติ การปกป้องและการแสดงออกถึงภาษาและวัฒนธรรมฝรั่งเศส การต่อต้านการเลือกปฏิบัติ การป้องกันมิให้มีการยั่วยุให้เกิดความเกลียดชังหรือความรุนแรงด้วยเหตุจากเชื้อชาติ เพศ ศีลธรรม ศาสนา หรือสัญชาติ

กรณีตัวอย่างที่ประธานองค์กรกำกับดูแลกิจการวิทยุและโทรทัศน์เคยใช้ référé audiovisuel เพื่อให้ปฏิบัติตามกฎหมาย เช่น กรณีที่ได้กำหนดให้ผู้ประกอบกิจการจำกัดเวลาออกอากาศโฆษณา 6 นาทีต่อชั่วโมงโดยเฉลี่ยต่อวัน ทั้งนี้ ไม่เกิน 12 นาทีในแต่ละชั่วโมง[18] หรือการระงับการออกอากาศภาพยนตร์หรือโฆษณาที่เกี่ยวกับภาพยนตร์ดังกล่าวเพื่อปฏิบัติตามข้อบังคับด้านการป้องกันเด็กและเยาวชนในรายการที่ออกอากาศโดยผู้ให้บริการกิจการวิทยุและโทรทัศน์[19] หรือการกำหนดให้จำกัดเวลาในการออกอากาศโฆษณาไว้ที่ 4 นาที 30 วินาทีระหว่างช่วงพักออกอากาศภาพยนตร์ที่เป็นเรื่องยาว[20] หรือการปฏิบัติตามคำสั่งเรื่องการจัดสรรคลื่นความถี่[21]

4. ประโยชน์ของ référé audiovisuel

มาตรการ référé audiovisuel นั้น เป็นมาตรการที่มีการพัฒนาเปลี่ยนแปลงมาหลายครั้ง M. Didier JEAN-PIERRE ได้อธิบายไว้ว่า เดิมทีนั้น รัฐบัญญัติลงวันที่ 30 กันยายน ค.ศ. 1986 มีเพียงบทลงโทษอยู่ 2 กรณี ได้แก่ การระงับใบอนุญาตชั่วคราวไม่เกิน 1 เดือนและการเพิกถอนใบอนุญาต แต่บทลงโทษนี้ให้อำนาจองค์กรกำกับดูแลรุนแรงมากเกินไปจนทำให้การนำไปปฏิบัติได้ยาก การลดความรุนแรงของบทลงโทษ จึงสามารถทำได้เพียงผ่านช่องทางการใช้มาตรการ référé audiovisuel และการลงโทษปรับรายวันนั่นเอง[22]

ในเวลาต่อมา รัฐบัญญัติลงวันที่ 17 มกราคม ค.ศ. 1989 บัญญัติให้อำนาจแก่ CSA เพิ่มเติมและ M. Didier JEAN-PIERRE ก็ได้ให้ความเห็นว่ามาตรา 19 ของรัฐบัญญัติดังกล่าว ได้กำหนดบทลงโทษเพิ่มขึ้นอีก 2 กรณี ได้แก่ การลดระยะเวลาของใบอนุญาตและการลงโทษปรับ ซึ่งโทษปรับดังกล่าวได้ลดบทบาทการใช้มาตรา 42-10 เป็นอย่างมาก เนื่องจาก CSA มีอำนาจลงโทษการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายได้โดยไม่ต้องใช้มาตรการ référé audiovisuel[23]

---

[18] CE, Ord., 16 mars 1988, CNCL c/ TF1, n° 95256; E. GUILLAUME., C. BEAUGONIN, op.cit., paragraphe 101

[19] CE, Ord., 20 octobre 1988, CNCL c/ La Cinq, n° 102815; E. GUILLAUME., C. BEAUGONIN, op.cit., paragraphe 223

[20] CE, Ord., 7 décembre 1988, CNCL c/ Société la Cinq, req. n° 103064 ; cité dans P. HUET, Le référé administratif dans le domaine de la communication audiovisuelle, Recueil Dalloz, 1990, p. 104

[21] CE, Ord., 27 mars 2003, CSA c/ Sté Métropole télévision M6, n° 254736 ; CE, Ord., 27 mars 2003, CSA c/TF1, n° 254737 ; D. MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, Fasc. 57 : Référé en matière de communication audiovisuelle, op.cit

[22] D. JEAN-PIERRE, Un « pas de deux » entre le Conseil d'Etat et le Conseil supérieur de l'audiovisuel : la liquidation d'astreinte au terme d'une procédure de référé audiovisuel, Recueil Dalloz, 1996, p. 149

[23] Ibid

หลังจากที่มีบทบัญญัติให้ CSA สามารถลงโทษปรับได้ ก็ทำให้บทบาทของมาตรการ référé audiovisuel มีความนิยมน้อยลง

อย่างไรก็ตาม การมีมาตรการ référé audiovisuel ก็ยังเป็นประโยชน์ต่อกฎหมายฝรั่งเศสในกรณีที่มีการกระทำขัดต่อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการประกอบกิจการวิทยุและโทรทัศน์

ตัวอย่างเช่นกรณีที่มาตรา 42-10 บัญญัติให้อำนาจแก่องค์กรกำกับดูแลสามารถตรวจสอบการปฏิบัติตามกฎหมายของผู้ให้บริการกิจการโทรทัศน์ดาวเทียม เพื่อพิจารณาไม่ให้รายการที่ออกอากาศโดยช่องโทรทัศน์ดาวเทียมนั้นกระทบต่อหลักเสรีภาพในการสื่อสารผ่านวิทยุและโทรทัศน์

ทั้งนี้ บทบัญญัติเกี่ยวกับมาตรการ référé audiovisuel ส่งผลให้องค์กรกำกับดูแลสามารถทำหน้าที่ตรวจสอบผู้ให้บริการช่องโทรทัศน์ดาวเทียม เนื่องจากมาตรการดังกล่าวย่อมบังคับใช้กับผู้ให้บริการโครงข่ายดาวเทียมที่ต้องอยู่ภายใต้อำนาจการกำกับดูแลของประเทศฝรั่งเศสอยู่แล้ว ในขณะที่ผู้ให้บริการช่องโทรทัศน์ดาวเทียมนั้นอาจไม่ได้อยู่ภายใต้เงื่อนไขที่ต้องได้รับใบอนุญาตจากองค์กรกำกับดูแล[24]

นอกจากนี้ ความรวดเร็วของมาตรการ référé audiovisuel ก็ยังถือเป็นคุณสมบัติสำคัญของการกำหนดให้มีกระบวนการนี้[25]

M. Dominique MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ ได้ให้ความเห็นว่ากระบวนการ référé audiovisuel นั้นถือว่ามีประโยชน์กรณีที่มีสถานการณ์ฉุกเฉินเพราะกรณีการลงโทษปรับนั้น มีข้อเสียที่จะต้องมีการตักเตือน (mise en demeure) ก่อนที่จะลงโทษใดก็ต่อเมื่อมีการกระทำความผิดซ้ำเกิดขึ้น ประการสำคัญ คือ กระบวนการนี้ไม่ได้เป็นเพียงแค่การบรรเทาข้อเสียของกระบวนการลงโทษ แต่ยังสามารถใช้มาตรการดังกล่าวเพื่อช่วยการปฏิบัติหน้าที่ขององค์กรกำกับดูแลได้อีกด้วย[26]

จากที่กล่าวมานั้นจึงเห็นได้ว่า เมื่อต้องเผชิญกับพัฒนาการอันรวดเร็วของกิจการวิทยุและโทรทัศน์ การมีมาตรการพิเศษนี้ย่อมสามารถที่จะตอบโจทย์กรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนในการบังคับใช้กฎหมายฝรั่งเศสได้

มาตรการ référé audiovisuel จึงเป็นมาตรการที่มีบทบาทสำคัญต่อการพัฒนาของกฎหมายสื่อวิทยุและโทรทัศน์ในประเทศฝรั่งเศสนั่นเอง

---

[24] D. MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, op.cit., paragraphe 17

[25] J-J. TRAMONI, le contentieux administratif de la communication audiovisuelle, L.G.D.J., Bibliothèque de droit public Tome 201, Paris, 1998, p. 303

[26] D. MAILLARD DESGRÉES DU LOÛ, op.cit., paragraphe 13

กฎหมายว่าด้วยการรักษาความสงบเรียบร้อย และความปลอดภัยสาธารณะ : กฎหมายปกครองที่หายไป

นิติกร ชัยวิเศษ[1]

1. บทนำ

ท่านอาจารย์วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ เป็นอาจารย์ผู้บรรยายวิชากฎหมายปกครอง 2 ให้กับผู้เขียนเมื่อครั้งยังศึกษาที่มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ คำอธิบายของท่านนั้นใช้ภาษาที่เรียบง่ายแต่ลึกซึ้ง และมีคำสอนเรื่องหนึ่งที่ผู้เขียนยังคงจำได้เสมอ คือ การแยกแยะระหว่างอำนาจทางปกครองกับอำนาจในการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาของเจ้าพนักงานตำรวจ โดยท่านอาจารย์วรพจน์ได้อธิบายว่า การติดตามตัวผู้กระทำความผิดมาดำเนินคดีอาญาเป็นการใช้อำนาจตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา แต่เมื่อติดตามตัวผู้กระทำความผิดมาควบคุมตัวและกักขังไว้ได้แล้ว อำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานตำรวจที่จะต้องดูแลรักษาความปลอดภัยของผู้ต้องขังนั้นเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง ซึ่งแสดงให้เห็นว่า เจ้าพนักงานตำรวจมีทั้งการใช้อำนาจตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและอำนาจทางปกครองควบคู่กันไปได้ และเมื่อผู้เขียนได้ไปศึกษาต่อ ณ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ก็มีโอกาสได้เข้าฟังบรรยายวิชากฎหมายว่าด้วยการรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยสาธารณะ (Polizei- und Ordnungsrecht) ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีความแปลกใหม่สำหรับผู้เขียน เนื่องจากผู้เขียนไม่เคยพบว่ามีกฎหมายใดในประเทศไทยที่กำหนดอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานตำรวจในการรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยให้กับประชาชนเป็นการทั่วไป ซึ่งผู้เขียนก็ได้ตั้งใจศึกษาวิชานี้เป็นอย่างดีและสอบผ่านในที่สุด

เมื่อผู้เขียนได้กลับมาปฏิบัติราชการชดใช้ทุนรัฐบาล ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยการรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยสาธารณะก็ยังคงฝังจิตฝังใจอยู่กับผู้เขียนเสมอมา ประกอบกับผู้เขียนมักจะพบเห็นการรายงานข่าวของสื่อเกี่ยวกับการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจ ตั้งแต่การที่เจ้าหน้าที่ตำรวจไม่เข้าดำเนินการปัดป้องอันตรายเนื่องจากยังไม่มีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น[2] หรือการใช้อาวุธของเจ้าพนักงานตำรวจต่อประชาชน[3] ทำให้ผู้เขียนเกิดฉุกคิดขึ้นในใจว่า มีกฎหมายใดบ้างที่จะให้อำนาจเจ้าพนักงานตำรวจเข้าปัดป้องอันตรายก่อนที่จะเกิดการกระทำความผิดอาญาที่ก่อความเสียหายต่อชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินของบุคคล หรือมีกฎหมายใดบ้างที่จะให้อำนาจเจ้าพนักงานตำรวจใช้อาวุธกับประชาชนเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยสาธารณะ ผู้เขียนจึงได้ลงมือศึกษาค้นคว้าและออกมาเป็นบทความเรื่องนี้ที่ศึกษาความจำเป็นที่ประเทศไทยจะต้องมีกฎหมายว่าด้วยการรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยสาธารณะเพื่อคุ้มครองประชาชนจากภยันตราย โดยไม่จำเป็นต้องรอให้เกิดการกระทำความผิดขึ้นก่อน

---

[1] เจ้าหน้าที่ศาลปกครองชำนาญการพิเศษ กลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน 2 สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

[2] เก่งหนีตาย! บีเอ็มระห่ำไล่บี้-พุ่งชน โทร 191. ไม่ช่วยอ้างไม่มีคนเจ็บ แม่หนุ่มบีเอ็มอ้างลูกป่วยทางจิต [ออนไลน์], 3 พฤศจิกายน 2566, สืบค้นจาก https://ch3plus.com/news/crime/middaynews/373021 เมื่อ 8 พฤศจิกายน 2566.

[3] ประชาชาติธุรกิจ, ศาลแพ่งยกคำร้อง ขอห้ามตำรวจใช้กระสุนยาง เผยกฎหมายคุ้มครองอยู่แล้ว [ออนไลน์], 10 สิงหาคม 2564, สืบค้นจาก https://www.prachachat.net/politics/news-735833 เมื่อ 8 พฤศจิกายน 2566.

แล้วเจ้าพนักงานตำรวจจึงจะเข้าดำเนินการได้ และเพื่อจำกัดอำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจในการใช้กำลังให้กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุด

2. สภาวะธรรมชาติของมนุษย์และการผูกขาดการใช้กำลังโดยรัฐ

เมื่อกล่าวถึงการใช้อำนาจรัฐในการรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยสาธารณะ ก็จำเป็นที่จะต้องกล่าวถึงช่วงเวลาก่อนที่มนุษย์จะรวมตัวกันเป็นสังคมและยังไม่มีรัฐเกิดขึ้น ที่ในช่วงเวลาดังกล่าวมนุษย์ย่อมอยู่ในสภาวะธรรมชาติที่การกระทำของมนุษย์ไม่อยู่ภายใต้กฎเกณฑ์ใด ๆ และทุกคนสามารถใช้กำลังเพื่อปกป้องชีวิตและทรัพย์สินของตนเองได้ นักคิดในทางปรัชญาทั้งหลายได้อธิบายสภาวะธรรมชาติของมนุษย์ว่า มนุษย์มีเสรีภาพบริบูรณ์ในสภาวะธรรมชาติ แต่ด้วยเหตุที่มนุษย์ทุกคนมีเสรีภาพที่จะกระทำการใด ๆ เพื่อบังคับตามความต้องการของตนเองได้ตลอดเวลา ย่อมจะก่อให้เกิดความไม่แน่นอนและความไม่ปลอดภัยขึ้นในสังคมมนุษย์ จึงจำเป็นที่จะต้องมีการจัดตั้งอำนาจการปกครองโดยไม่ยินยอมให้มนุษย์ใช้กำลังบังคับตามความต้องการของตนเองตามอำเภอใจเพื่อปกป้องคุ้มครองมนุษย์จากมนุษย์ด้วยกันเอง[4]

ด้วยเหตุนี้ในสังคมที่มีการจัดตั้งอำนาจการปกครองขึ้นเป็นรัฐ รัฐจะผูกขาดการใช้กำลังทางกายภาพไว้ที่ตนเอง (staatliches Gewaltmonopol) และไม่ยินยอมให้เอกชนแต่ละคนใช้กำลังทางกายภาพแก้ปัญหาของตน แต่จะใช้วิธีการแก้ปัญหาด้วยสันติวิธีตามกระบวนการทางกฎหมาย[5]

การผูกขาดการใช้กำลังทางกายภาพโดยรัฐจะต้องมีกลไกให้การผูกขาดนั้นเป็นไปได้ ซึ่งรัฐจะต้องแปรสภาพอำนาจทางกายภาพให้เป็นอำนาจตามกฎหมายเพื่อให้อำนาจรัฐมีความมั่นคงแน่นอนและมีขอบเขตการใช้อำนาจที่ชัดเจนตามหลักนิติรัฐ[6]

วิธีการผูกขาดการใช้กำลังของรัฐ คือ การกำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการบังคับตามสิทธิของเอกชน ให้เอกชนต้องดำเนินการผ่านกระบวนการขั้นตอนที่รัฐกำหนดขึ้น ซึ่งก็คือกระบวนการยุติธรรมไม่ว่าจะเป็นกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งทางอาญา หรือทางปกครอง โดยเอกชนไม่อาจที่จะลงโทษผู้กระทำความผิดอาญาหรือบังคับชำระหนี้จากทรัพย์สินของเอกชนอีกฝ่ายได้ด้วยกำลังของตนเอง[7] แต่จะต้องมีคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลซึ่งเป็นการใช้อำนาจรัฐเพื่อลงโทษผู้กระทำความผิดอาญา หรือเข้ายึดทรัพย์สินของเอกชนผู้เป็นลูกหนี้และบังคับให้เป็นไปตามสิทธิของเอกชนผู้เป็นเจ้าหนี้

เมื่อรัฐกำหนดวิธีการบังคับตามสิทธิของเอกชนว่าจะต้องผ่านกระบวนการขั้นตอนที่รัฐกำหนดขึ้นแล้ว รัฐก็จะต้องห้ามมิให้ประชาชนใช้กำลังทางกายภาพต่อกัน โดยกำหนดให้การใช้กำลังเป็นความผิดอาญา ด้วยเหตุนี้ แม้จะมีบุคคลได้รับความเสียหายทางกายภาพจากผลของการกระทำความผิดอาญาของอีกบุคคลหนึ่ง บุคคลที่ได้รับความเสียหายย่อมไม่อาจใช้กำลังตอบโต้การกระทำของผู้กระทำความผิดได้ เพราะจะเป็นความผิดอาญา เช่น การที่นาย ก. ถูกนาย ข. ทำร้าย และเหตุดังกล่าวได้จบสิ้นลงแล้ว นาย ก. ย่อมไม่อาจที่จะทำร้ายนาย ข. กลับได้โดยอ้างว่าเป็น

---

[4] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, ประวัติศาสตร์ความคิดนิติปรัชญา, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย, 2561), น. 250 – 251, 267, 278 – 279, 324 – 327; ความพยายามจำกัดอำนาจบังคับการด้วยกำลังของตนเองมีมาตั้งแต่สมัยโรมันแล้ว โดยกฎหมายโรมันไม่อนุญาตให้เอกชนใช้กำลังบังคับตามความต้องการของตนได้เอง แต่ได้กำหนดให้เอกชนจะต้องใช้คำฟ้อง (actio) เพื่อบังคับให้คู่กรณีอีกฝ่ายปฏิบัติตามข้อเรียกร้องของตน Martens, Sebastian A.E., Actio, action, Anspruch und Recht – Zum Verhältnis des Rechts zu seiner Durchsetzung, JuristenZeitung 2016, S. 1021 (1022 – 1024).

[5] Fisahn, Andreas, Legitimation des Gewaltmonopols, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Vol. 94, No. 1, 2011, S. 3 (9); วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย, 2564), น. 53 114 – 115

[6] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, เพิ่งอ้าง, น. 54.

[7] Vgl. Detterbeck, Steffen, Streitgegenstand, Justizgewährungsanspruch und Rechtsschutzanspruch, Archiv für die civilistische Praxis, 192. Band Heft 4, 1992, S. 325 (327).

การลงโทษนาย ข. เพื่อบังคับตามสิทธิของตน แต่นาย ก. จะต้องฟ้องคดีต่อศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำพิพากษาลงโทษนาย ข. และให้นาย ข. ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน[8]

นอกจากนี้ การจำกัดการใช้กำลังทางกายภาพของประชาชนต่อกัน ยังอาจกระทำได้โดยการออกกฎหมายควบคุมอาวุธบางชนิดที่มีความร้ายแรง เช่น การออกกฎหมายควบคุมอาวุธปืนที่บุคคลจะต้องขออนุญาตเพื่อซื้อ ครอบครอง และพกพา และห้ามมิให้ประชาชนมีอาวุธสงครามไว้ในครอบครอง

เมื่อรัฐได้ผูกขาดอำนาจไว้ และเอกชนไม่มีสิทธิหรือเสรีภาพที่จะใช้กำลังทางกายภาพเพื่อปกป้องตนเอง รัฐจะมีหน้าที่ที่จะต้องจัดตั้งกองกำลังไว้เพื่อคุ้มครองความปลอดภัยในชีวิตและทรัพย์สินของประชาชนภายในรัฐ[9] ซึ่งโดยทั่วไปแล้ว รัฐจะมีกองกำลังตำรวจไว้รักษาความสงบภายในประเทศ และมีกองกำลังทหารไว้ปกป้องประชาชนจากภัยคุกคามที่มาจากภายนอกประเทศ อย่างไรก็ตาม ในกรณีฉุกเฉินที่รัฐไม่อาจเข้าปกป้องคุ้มครองประชาชนจากการถูกละเมิดสิทธิได้อย่างทันท่วงที รัฐก็ได้มอบสิทธิในการใช้กำลังกลับคืนให้กับประชาชนในกรณีดังกล่าว ซึ่งสิทธิการใช้กำลังทางกายภาพของเอกชนนั้นก็แสดงออกผ่านบทบัญญัติที่ว่าด้วยการกระทำเพื่อป้องกันตนเองตามมาตรา 68 แห่งประมวลกฎหมายอาญา[10]

3. หน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานและการใช้อำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อย

รัฐที่ปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยย่อมยึดมั่นในทฤษฎีสัญญาประชาคมที่ว่า ประชาชนในรัฐนั้นได้สละเสรีภาพอันไม่จำกัดและยอมตนอยู่ภายใต้การปกครองของรัฐ ก็เพื่อให้รัฐนั้นคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้มีความมั่นคงปลอดภัย[11] และรัฐธรรมนูญของรัฐที่ปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยก็ย่อมจะบัญญัติรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเอาไว้ ซึ่งจะก่อให้เกิดหน้าที่ของรัฐสองประการต่อสิทธิและเสรีภาพ ประการแรก รัฐมีหน้าที่ที่จะต้องละเว้นไม่ล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และประการที่สอง รัฐมีหน้าที่ที่จะต้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมิให้ถูกล่วงละเมิดโดยบุคคลที่สาม (เอกชนด้วยกันเอง) ซึ่งส่วนหนึ่งก็คือการที่รัฐกำหนดให้การกระทำที่เป็นการล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นเป็นความผิดทางอาญา[12] อย่างไรก็ตาม การกำหนดให้การกระทำที่ล่วงละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่นเป็นความผิดทางอาญานั้นยังไม่เพียงพอต่อการปกป้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน เนื่องจากกฎหมายอาญาที่เป็นมาตรการเชิงปราบปรามจะถูกนำมาใช้ในกรณีที่สิทธิและเสรีภาพของบุคคลถูกล่วงละเมิดไปแล้ว จึงค่อยติดตามนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษ (repressiv) มาตรการปราบปรามเพียงประการเดียวย่อมจะไม่สามารถทำให้สิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้รับการคุ้มครองอย่างเต็มที่ เนื่องจากสิทธิและเสรีภาพของบุคคลนั้นไม่ควรที่จะถูกล่วงละเมิดตั้งแต่ต้น ทำให้รัฐจะต้องมีมาตรการคุ้มครองป้องกันมิให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนถูกล่วงละเมิดด้วย (präventiv)[13]

เพื่อให้ภารกิจในการปกป้องคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกิดขึ้นจริง นานาอารยประเทศก็ได้จัดตั้งกองกำลังตำรวจเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย (Fr. Police administrative, Ger. Polizei- oder Ordnungsbehörde)

---

[8] Herzog, Roman, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Band III, (Heidelberg : C.F. Müller, 1988), S. 100 – 101.

[9] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย, 2564), น. 115 – 116.

[10] Rönnau, Thomas, Grundwissen – Strafrecht: „Sozialethische“ Einschränkungen der Notwehr, Juristische Schulung 2012, S. 404 (405).

[11] Schilling, Theodor, Die staatliche Pflicht zum Schutz von Grundrechten und Menschenwürde, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft Vol. 82 No. 4, 1999, S. 452 – 453.

[12] ต่อพงศ์ กิตติยานุพงศ์, ทฤษฎีสิทธิขั้นพื้นฐาน, (กรุงเทพฯ : โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2561), น. 168 – 169.

[13] Vgl. Kugelmann, Dieter, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Auflage, (Heidelberg : Springer, 2012), S. 2, 70 – 71.

แยกออกจากกองกำลังตำรวจที่ดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (Fr. police judiciaire, Ger. Kriminalpolizei)[14] เพื่อปัดป้องอันตรายที่จะเกิดขึ้นกับชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน

การแยกอำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยออกจากการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

แม้ว่ารัฐจะมีอำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยและมีอำนาจในการลงโทษผู้กระทำความผิดอาญาซึ่งเป็นการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญา แต่ก็มีปัญหาอยู่ว่าจะมีหลักเกณฑ์ใดที่จะแยกระหว่างการรักษาความสงบเรียบร้อยและการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาออกจากกัน เพราะหากแยกอำนาจทั้งสองส่วนนี้ออกจากกันไม่ได้ ก็จะส่งผลกระทบถึงปัญหาในทางปฏิบัติด้วย เช่น อำนาจในการควบคุมตัวเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยกับการควบคุมตัวเพื่อดำเนินคดีอาญาย่อมมีวัตถุประสงค์ต่างกันและมีขั้นตอนในการปฏิบัติต่างกัน โดยการควบคุมตัวเพื่อดำเนินคดีอาญาย่อมมีการแจ้งข้อกล่าวหาและยื่นฟ้องข้อหานั้นต่อศาล แต่การควบคุมตัวเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยนั้นไม่ได้เป็นไปเพื่อดำเนินคดีอาญาจึงไม่ต้องมีการแจ้งข้อกล่าวหาและเมื่อความไม่สงบเรียบร้อยนั้นสิ้นสุดลงก็จะต้องปล่อยตัวผู้ถูกควบคุมตัวไปโดยไม่ต้องมีการดำเนินคดีอาญา รวมถึงในประเทศที่มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้น ย่อมจะมีการแยกเขตอำนาจศาลในคดีอาญากับเขตอำนาจศาลในคดีพิพาทเกี่ยวกับการใช้อำนาจทางปกครองเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย ดังนั้น การค้นหาหลักเกณฑ์เพื่อแยกแยะอำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยออกจากการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญาจึงเป็นเรื่องที่สำคัญทั้งในทางทฤษฎีและในทางปฏิบัติ ในทางวิชาการจึงมีการวิเคราะห์และจำแนกอำนาจทั้งสองประการออกจากกันโดยอาศัยหลักเกณฑ์ ดังนี้

(ก) วัตถุประสงค์

การรักษาความสงบเรียบร้อยนั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันภยันตรายอย่างใดอย่างหนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง ส่วนการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญานั้นเป็นมาตรการปราบปรามการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นแล้วและป้องปรามบุคคลทั่วไปให้เกรงกลัวการลงโทษ[15]

(ข) ลักษณะการใช้อำนาจ

ลักษณะการใช้อำนาจเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยนั้นจะเป็นการใช้อำนาจเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนโดยที่ยังไม่ต้องมีการกระทำความผิดอาญาเกิดขึ้น ส่วนการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญานั้นจะเกิดขึ้นเมื่อมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้ว และลักษณะการใช้อำนาจจะเป็นการใช้อำนาจเพื่อระบุตัวผู้กระทำความผิดติดตามผู้กระทำความผิดมาลงโทษ และรักษาความมั่นคงปลอดภัยของพยานหลักฐาน ซึ่งจะเห็นได้จากอำนาจในการขอให้ศาลออกหมายค้น การเรียกข้อมูลจากเอกชน หรือการตรวจสอบสารพันธุกรรม[16]

จากที่กล่าวมาจะเห็นได้ว่า การใช้อำนาจเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของรัฐจะเป็นไปเพื่อป้องกันมิให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนถูกล่วงละเมิดในเหตุการณ์ใดเหตุการณ์หนึ่งโดยเฉพาะเจาะจง โดยมิได้มุ่งหมายเพื่อลงโทษผู้ที่ก่อความไม่สงบหรือป้องปรามให้ประชาชนทั่วไปเกิดความยำเกรง ผิดกับการปราบปรามการกระทำความผิดอาญาที่สิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนคนใดคนหนึ่งถูกล่วงละเมิดไปแล้ว รัฐจึงค่อยติดตามหาตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษเพื่อตอบโต้การกระทำของผู้กระทำความผิด และทำให้ประชาชนทั่วไปยำเกรงต่ออำนาจการลงโทษของรัฐ และไม่กล้า

---

[14] Donnelly, Daniel, Municipal Policing in the European Union: Comparative Perspectives, (London : Palgrave Macmillan, 2013), pp. 37 – 38; Kugelmann, Dieter, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Auflage, (Heidelberg : Springer, 2012), S. 59 – 60.

[15] Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht mit Versammlungsrecht, 9. Auflage, (München : C.H. Beck, 2016), S. 23.

[16] Kugelmann, Dieter, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Auflage, (Heidelberg : Springer, 2012), S. 8 – 9, 11.

ที่จะกระทำความผิด[17]

4. การรักษาความสงบเรียบร้อยของรัฐในระบบกฎหมายไทย

การรักษาความสงบเรียบร้อยของรัฐในระบบกฎหมายไทยจะต้องคำนึงถึงสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยที่ได้รับการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งสิทธิและเสรีภาพแต่ละประเภทจะกำหนดเงื่อนไขในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพไว้ว่าจะต้องเป็นไปเพื่อการใด จากนั้นจึงจะไปพิจารณากฎหมายแต่ละเรื่องที่ให้อำนาจรัฐในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย โดยการรักษาความสงบเรียบร้อยนั้นแบ่งออกเป็นการรักษาความสงบเรียบร้อยโดยเจ้าพนักงานตำรวจและการรักษาความสงบเรียบร้อยโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองอื่น

4.1 สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทยกับการรักษาความสงบเรียบร้อย

รัฐที่ปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยและยึดมั่นในหลักนิติรัฐ ย่อมจะต้องมีการประกันสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้ในรัฐธรรมนูญเพื่อจำกัดอำนาจรัฐมิให้ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ตามอำเภอใจ[18] อย่างไรก็ตาม รัฐธรรมนูญมิได้รับรองสิทธิและเสรีภาพของบุคคลไว้อย่างเด็ดขาด และอนุญาตให้รัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้ตามเงื่อนไขที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ ซึ่งการรักษาความสงบเรียบร้อยและการปัดป้องภยันตรายที่จะเกิดแก่บุคคลอื่นก็ย่อมเป็นหนึ่งในเหตุที่รัฐจะนำมาใช้จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลได้[19]

แม้ว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและปัดป้องภยันตรายจะสามารถกระทำได้ แต่การจำกัดสิทธิและเสรีภาพนั้นจะต้องอยู่ในรูปแบบของกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติหรือเทียบเท่าพระราชบัญญัติหรืออาศัยอำนาจจากกฎหมายระดับพระราชบัญญัติหรือเทียบเท่าพระราชบัญญัติ[20] เนื่องจากกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติหรือเทียบเท่านั้นถูกตราขึ้นโดยสภาผู้แทนราษฎรที่เป็นผู้แทนปวงชนชาวไทย[21]

นอกจากเงื่อนไขในแง่รูปแบบของกฎหมายที่ต้องตราขึ้นในรูปของพระราชบัญญัติแล้ว เนื้อหาของกฎหมายที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลจะต้องมีความชัดเจนแน่นอนด้วยว่า กฎหมายนั้น ๆ ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลในกรณีใด อย่างไร และเพื่อประโยชน์อันใด[22]

4.2 การรักษาความสงบเรียบร้อยโดยเจ้าพนักงานตำรวจ

องค์กรตำรวจเป็นองค์กรรักษาความสงบเรียบร้อยภายในที่มีความเก่าแก่ โดยในสมัยพระบรมไตรโลกนาถแห่งกรุงศรีอยุธยา ก็ปรากฏว่ามีกรมพระตำรวจ กรมตำรวจภูธรและกรมตำรวจภูบาลอยู่ในโครงสร้างการบริหารราชการแผ่นดิน แต่ตำรวจในสมัยนั้นมิได้ทำหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยดังเช่นในปัจจุบัน โดยกรมพระตำรวจจะทำหน้าที่เป็นผู้รักษาความปลอดภัยให้กับพระมหากษัตริย์ และจะทำหน้าที่ปราบปรามโจรผู้ร้ายหรือรักษาความสงบเรียบร้อยก็ต่อเมื่อได้รับพระบรมราชโองการเป็นครั้งคราวเท่านั้น ส่วนกรมตำรวจภูธรและกรมตำรวจภูบาลจะทำหน้าที่ตรวจราชการ

---

[17] มานิตย์ วงศ์เสรี, มาตรการบังคับของฝ่ายปกครอง (มาตรการบังคับทางปกครอง โทษทางอาญา) แนวคิดทฤษฎีเกณฑ์การพิจารณาในการตรากฎหมาย และการบังคับใช้กฎหมายที่กำหนดมาตรการบังคับของฝ่ายปกครอง : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายเยอรมัน, ใน หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์, (กรุงเทพฯ : คณะทำงานหนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ สำนักงานศาลปกครอง, 2565), น. 282 (302).

[18] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 3, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย, 2564), น. 290.

[19] โปรดดู มาตรา 25 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ที่บัญญัติว่า *"บุคคลย่อมมีสิทธิและเสรีภาพที่จะทำการนั้นได้และได้รับความคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ ตราบเท่าที่การใช้สิทธิหรือเสรีภาพเช่นว่านั้นไม่กระทบกระเทือนหรือเป็นอันตรายต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน และไม่ละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น"*

[20] โปรดดู มาตรา 25 วรรคหนึ่ง และมาตรา 26 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย;

[21] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, รวมข้อเขียนเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2565), น. 17.

[22] เพิ่งอ้าง, น. 23.

ตามหัวเมือง เมื่อเสร็จสิ้นหน้าที่แล้วก็จะกลับเข้ามาประจำอยู่ในเมืองหลวง ด้วยเหตุนี้ การปราบปรามโจรผู้ร้ายและรักษาความสงบจึงเป็นหน้าที่ของเจ้าเมืองและขุนนางท้องถิ่นในพื้นที่นั้น ๆ เป็นส่วนมาก[23]

จนกระทั่งในรัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวที่มีการปฏิรูประบบราชการและระบบกฎหมาย กิจการตำรวจก็ถูกจัดตั้งขึ้นอย่างเป็นกิจจะลักษณะ โดยมีการตั้งกองโปลิศขึ้นตามกฎหมายโปลิศ 53 ข้อ ซึ่งจะรักษาน่าที่ในพระนคร แลนอกพระนคร จุลศักราช 1237[24] และมีการจัดตั้งกรมตำรวจภูธรขึ้นในหัวเมืองต่าง ๆ เพื่อดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยภายในประเทศตามรูปแบบของตำรวจภูธรฝรั่งเศส (Gendarmes – ฌองดาร์ม)[25] ซึ่งการจัดตั้งกองกำลังตำรวจเหล่านี้ขึ้นก็เพื่อให้การรวมอำนาจเข้าสู่ส่วนกลางมีความมั่นคงและปราบปรามโจรผู้ร้ายที่ได้รับการสนับสนุนจากบรรดาเจ้าเมืองที่ต่อต้านการรวมอำนาจดังกล่าว[26] ซึ่งตามกฎหมายโปลิศ 53 ข้อ นอกจากเจ้าพนักงานจะมีอำนาจปราบปรามโจรผู้ร้ายแล้ว ก็ยังมีอำนาจในการควบคุมและค้นตัวบุคคลที่นุ่งห่มเสื้อผ้าผิดประหลาดดูน่าสงสัยว่าจะก่อเหตุร้าย และมีอำนาจควบคุมตัวคนเมาสุราที่อาจจะไปทำร้ายผู้อื่นได้ นอกจากนี้ เจ้าพนักงานยังมีอำนาจปัดป้องภยันตรายที่จะเกิดแก่ประชาชน เช่น ตรวจตรามิให้ประชาชนก่อสร้างหรือวางสิ่งของล้ำแนวถนนที่รถม้าวิ่ง หรือเข้าตรวจตราโรงบ่อนมิให้มีการวิวาทลักขโมย หรือเข้าไปดับเพลิงที่ไหม้บ้านเรือนของประชาชนและรักษาทรัพย์สินของประชาชนที่เหลืออยู่มิให้ถูกไฟไหม้ไปด้วย รวมถึงอำนาจควบคุมตัวคนวิกลจริตที่คุ้มดีคุ้มร้าย และยังมีอำนาจอีกหลายประการในการรักษาความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง อาทิ การจับสัตว์มิให้เพ่นพ่าน และการบังคับให้ย้ายเกวียนที่จอดขวางทางให้พ้นทาง ซึ่งอาจกล่าวได้ว่า อำนาจของเจ้าพนักงานตามกฎหมายโปลิศ 53 ข้อ นั้น มีอยู่ด้วยกันสามประการ ได้แก่ อำนาจปราบปราบอาชญากรและนำตัวอาชญากรมาลงโทษ อำนาจป้องกันอันตราย และอำนาจรักษาความเป็นระเบียบเรียบร้อยของถนนหนทางและบ้านเมือง

อย่างไรก็ตาม กฎหมายโปลิศ 53 ข้อ ได้ถูกยกเลิกไปแล้วด้วยเหตุผลว่าเป็นกฎหมายที่ล้าสมัย[27] ซึ่งในปัจจุบันก็มีการตราพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2565 ขึ้นใช้บังคับ ซึ่งกฎหมายดังกล่าวเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการจัดโครงสร้างองค์กรของตำรวจและตำแหน่งของข้าราชการตำรวจ ซึ่งตามมาตรา 6 วรรคหนึ่ง (4) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว บัญญัติให้สำนักงานตำรวจแห่งชาติมีหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อย ความปลอดภัยของประชาชน และความมั่นคงของราชอาณาจักร อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าแม้ในพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2565 จะบัญญัติให้สำนักงานตำรวจแห่งชาติมีอำนาจรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยของประชาชน แต่ไม่ปรากฏว่าพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวได้ให้อำนาจเจ้าพนักงานตำรวจในการรักษาความสงบเรียบร้อยและป้องกันอันตรายดังเช่นที่บัญญัติไว้ในกฎหมายโปลิศ 53 ข้อ ด้วยเหตุนี้อำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยและป้องกันอันตรายของเจ้าพนักงานตำรวจจึงกระจัดกระจายไปตามกฎหมายต่าง ๆ มิได้รวมอยู่ในกฎหมายฉบับเดียว ดังนี้

ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาที่เป็นกฎหมายว่าด้วยการนำตัวผู้กระทำความผิดอาญามาลงโทษก็มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยของประชาชนอยู่ในมาตรา 78 (2) โดยเจ้าพนักงาน

---

[23] วิวรรณา เทวาชลาอังกูร, นโยบายของรัฐกับการตำรวจภูธร พ.ศ. 2440 – 2465, (วิทยานิพนธ์ปริญญาอักษรศาสตร์มหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยศิลปากร, 2527), น. 8 – 10.

[24] ไกรสี (เปล่ง), ขุนหลวงพระยา, กฎหมายในรัชกาลที่ 5, (กรุงเทพ : สำนักราชเลขาธิการ, 2541), น. 361.

[25] ดำรงราชานุภาพ, สมเด็จพระเจ้าบรมวงศ์เธอ กรมพระยา, เทศาภิบาล, (พระนคร : คลังวิทยา, 2495), น. 62 – 63.

[26] วิวรรณา เทวาชลาอังกูร, นโยบายของรัฐกับการตำรวจภูธร พ.ศ. 2440 – 2465, (วิทยานิพนธ์ปริญญาอักษรศาสตร์มหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยศิลปากร, 2527), น. 14 – 17.

[27] พระราชบัญญัติยกเลิกกฎหมายบางฉบับที่ไม่เหมาะสมกับกาลปัจจุบัน พ.ศ. 2546; อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่ากฎหมายโปลิศ 53 ข้อน่าจะถูกยกเลิกไปโดยปริยายเมื่อมีการตั้งหน่วยงานตำรวจขึ้นโดยกฎหมายอื่นที่มีเนื้อหาขัดแย้งกับกฎหมายโปลิศ 53 ข้อ ทั้งนี้ ตามนัยบันทึกคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ 366/2523.

ตำรวจมีอำนาจจับตัวบุคคลได้เมื่อพบบุคคลโดยมีพฤติการณ์อันควรสงสัยว่าผู้นั้นน่าจะก่อเหตุร้ายให้เกิดภยันตรายแก่บุคคลหรือทรัพย์สินของผู้อื่นโดยมีเครื่องมือ อาวุธ หรือวัตถุอย่างอื่นอันอาจใช้ในการกระทำความผิด โดยไม่ต้องมีหมายจับของศาล ซึ่งจะเห็นได้ว่า ความในมาตรานี้ให้อำนาจเจ้าพนักงานตำรวจจับตัวบุคคลที่มีพฤติการณ์น่าจะก่ออันตรายได้โดยที่ไม่จำเป็นว่าบุคคลนั้นจะต้องเป็นผู้กระทำความผิดอาญาหรือต้องสงสัยว่าเป็นผู้กระทำความผิดอาญา แต่ก็มีเงื่อนไขว่าบุคคลนั้นต้องมีเครื่องมืออันอาจใช้ในการกระทำความผิดอาญาได้ด้วย[28] ซึ่งเมื่อเจ้าพนักงานตำรวจได้จับผู้นั้นแล้ว เจ้าพนักงานตำรวจจะต้องส่งตัวผู้นั้นให้พนักงานอัยการเสนอคำร้องต่อศาลให้ศาลสั่งให้ทำทัณฑ์บนผู้นั้นซึ่งเป็นวิธีการเพื่อความปลอดภัยตามมาตรา 46 แห่งประมวลกฎหมายอาญา[29] นอกจากนี้ เจ้าพนักงานตำรวจยังมีอำนาจตามมาตรา 92 (1) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ที่จะเข้าค้นในที่รโหฐานโดยไม่ต้องมีหมายค้นเมื่อได้ยินเสียงร้องให้ช่วยหรือมีพฤติการณ์อื่นใดที่แสดงให้เห็นว่ามีเหตุร้ายเกิดขึ้นในที่รโหฐาน ซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายให้อำนาจเจ้าพนักงานตำรวจเข้าดำเนินการเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดอาญา[30]

ตามพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522 เจ้าพนักงานตำรวจซึ่งเป็นเจ้าพนักงานจราจรมีอำนาจรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยบนท้องถนน เช่น การสั่งให้ผู้ที่จอดหรือหยุดรถโดยฝ่าฝืนกฎหมายย้ายรถนั้นออกไป และมีอำนาจใช้เครื่องมือย้ายรถนั้นออกไปโดยให้เจ้าของรถเป็นผู้ชำระค่าใช้จ่ายในการย้ายและดูแลรักษารถ[31] หรือการสั่งให้ผู้ขับขี่รถที่มีสภาพไม่มั่นคงปลอดภัยหยุดรถหรือการสั่งผู้ขับขี่รถที่อาจจะหย่อนความสามารถในการควบคุมรถหยุดรถเพื่อทำการทดสอบ[32]

ตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. 2558 ในกรณีที่ศาลมีคำสั่งให้เลิกการชุมนุม เจ้าพนักงานตำรวจมีอำนาจสั่งให้บุคคลออกไปจากสถานที่ชุมนุมและสั่งห้ามมิให้บุคคลเข้าไปยังสถานที่ชุมนุม รวมถึงมีอำนาจรื้อถอนสิ่งของที่ใช้ในการชุมนุม และมีอำนาจสั่งให้บุคคลที่กระทำการอันอาจก่ออันตรายต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้อื่นยุติการกระทำนั้นและควบคุมตัวได้ในกรณีที่บุคคลดังกล่าวฝ่าฝืนคำสั่ง

ตามพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ. 2551 เจ้าพนักงานตำรวจมีอำนาจส่งตัวบุคคลที่มีพฤติการณ์น่าเชื่อว่าเป็นบุคคลที่มีความผิดปกติทางจิตที่มีภาวะอันตรายไปยังสถานพยาบาลเพื่อทำการรักษา โดยมีอำนาจควบคุมตัวได้ตามความจำเป็น[33]

จากตัวอย่างกฎหมายที่ยกมากล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า เจ้าพนักงานตำรวจจะมีอำนาจหน้าที่ในการรักษาความสงบเรียบร้อยก็โดยอาศัยอำนาจจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและจากพระราชบัญญัติอื่น ๆ ที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานตำรวจรักษาความสงบเรียบร้อย ซึ่งกระจัดกระจายเกินกว่าที่จะรวบรวมไว้ได้ทั้งหมดในบทความนี้[34]

---

[28] อริยา มนูสุข, การจับ : ศึกษาเฉพาะกรณีความผิดซึ่งหน้า, (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต บัณฑิตวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, 2548), น. 34 – 35. เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, คำอธิบายหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ว่าด้วยการดำเนินคดีในขั้นตอนก่อนการพิจารณา, พิมพ์ครั้งที่ 7, (กรุงเทพฯ : พลสยาม พริ้นติ้ง, 2553), น. 380.

[29] เกียรติขจร วัจนะสวัสดิ์, เพิ่งอ้าง, น. 381.

[30] เพิ่งอ้าง, น. 438.

[31] มาตรา 59 แห่งพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522

[32] มาตรา 142 แห่งพระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. 2522

[33] มาตรา 23 และมาตรา 24 แห่งพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ. 2551

[34] อย่างไรก็ตาม สำนักงานตำรวจแห่งชาติได้รวบรวมและประกาศกฎหมายที่อยู่ในความรับผิดชอบของสำนักงานตำรวจแห่งชาติไว้แล้วจำนวนหนึ่งดังปรากฏในเว็บไซต์ https://www.royalthaipolice.go.th/laws.php สืบค้นเมื่อวันที่ 24 ตุลาคม 2566.

4.3 การรักษาความสงบเรียบร้อยโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง

นอกจากการรักษาความสงบเรียบร้อยโดยเจ้าพนักงานตำรวจแล้ว เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองอื่นก็ยังมีบทบาทในการรักษาความสงบเรียบร้อยร่วมกับเจ้าพนักงานตำรวจด้วย ซึ่งโดยหลักแล้วจะเป็นเจ้าหน้าที่ของกรมการปกครองที่มีอำนาจคล้ายคลึงกับเจ้าพนักงานตำรวจ โดยมีทั้งอำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยและอำนาจสอบสวนคดีอาญา[35] โดยอำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยก็มีตัวอย่าง เช่น การเข้าตรวจสอบสถานบริการในกรณีที่ได้รับแจ้งว่ามีบุคคลประพฤติตัวอุ่นวายหรือก่อความไม่สงบ หรือมีบุคคลพกพาอาวุธเข้าไปในสถานบริการ[36] อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าอำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยของเจ้าหน้าที่ของกรมการปกครองจะมีลักษณะเป็นการคัดกรองบุคคลในการดำเนินกิจกรรมต่าง ๆ มิให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในสังคม โดยมีอำนาจพิจารณาออกหรือไม่ออกใบอนุญาต การพักใช้ใบอนุญาต หรือการเพิกถอนใบอนุญาต[37]

นอกจากนี้ เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองยังมีอำนาจและหน้าที่ในการป้องกันภยันตรายที่เกิดจากทั้งภัยธรรมชาติและการกระทำของมนุษย์ตามพระราชบัญญัติป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย พ.ศ. 2550 โดยเจ้าหน้าที่ของรัฐมีอำนาจสั่งให้บุคคลในพื้นที่ดำเนินการช่วยเหลือเพื่อปัดป้องและบรรเทาสาธารณภัยที่เกิดหรือจะเกิดขึ้นในพื้นที่นั้น และมีอำนาจเข้าไปในอาคาร สถานที่เพื่อขนย้ายทรัพย์สิน หรือสั่งประชาชนอพยพออกจากพื้นที่ รวมถึงมีอำนาจดำเนินการแก้ไขดัดแปลงหรือทำลายทรัพย์สินเพื่อป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยอีกด้วย[38]

กล่าวโดยสรุป อำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยของเจ้าพนักงานตำรวจก็ดี หรืออำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยของเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองอื่นก็ดี ต่างก็ดำรงอยู่อย่างกระจัดกระจาย มิได้มีหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการใช้อำนาจที่เป็นมาตรฐานกลางรวมไว้ในกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่ง อย่างไรก็ตาม ก็มีสถานการณ์ที่เจ้าพนักงานตำรวจและเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองจะมีกฎหมายกลางที่ใช้ในการออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นใด ซึ่งกรณีดังกล่าวมีอยู่ด้วยกันสองกรณี คือ กรณีที่หนึ่ง เมื่อสถานการณ์ที่กระทบต่อความมั่นคงในราชอาณาจักร แต่ยังไม่ต้องมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน และคณะรัฐมนตรีได้มอบหมายให้กองอำนวยการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักรเป็นผู้แก้ไขสถานการณ์ตามมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 ซึ่งจะทำให้เจ้าพนักงานตำรวจและเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองสามารถอ้างฐานอำนาจจากพระราชบัญญัติการรักษาความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. 2551 ในการกระทำการหรืองดเว้นกระทำการเพื่อระงับเหตุร้ายได้ และกรณีที่สอง คือ การประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ที่จะทำให้เจ้าพนักงานตำรวจหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองสามารถอ้างบทบัญญัติแห่งพระราชกำหนดฉบับดังกล่าวเป็นฐานในการออกกฎ คำสั่ง หรือกระทำการอื่นใดได้อย่างกว้างขวาง โดยจะมีทั้งอำนาจจับกุมตัวบุคคลที่น่าสงสัยว่าจะก่อเหตุร้ายและควบคุมตัวไว้ไม่เกินสามสิบวัน เรียกบุคคลให้มารายงานตัว เข้าค้นอาคารสถานที่ และบังคับการตามคำสั่งนายกรัฐมนตรี เช่น การห้ามบุคคลเข้าไปในพื้นที่ใดพื้นที่หนึ่ง การห้ามชุมนุม หรือการสั่งห้ามหรือให้บุคคลกระทำการใด ๆ เพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐหรือความปลอดภัยของประชาชน และประการสุดท้ายพระราชกำหนดฉบับดังกล่าวยังให้อำนาจนายกรัฐมนตรีสั่งการให้ใช้กำลังทหารเพื่อระงับเหตุร้ายแรงอีกด้วย

---

[35] โปรดดู ข้อ 2 ของกฎกระทรวงแบ่งส่วนราชการกรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย พ.ศ. 2559

[36] มาตรา 16/3 แห่งพระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509

[37] โปรดดู พระราชบัญญัติอาวุธปืน เครื่องกระสุนปืน วัตถุระเบิด ดอกไม้เพลิง และสิ่งเทียมอาวุธปืน พ.ศ. 2490, พระราชบัญญัติสถานบริการ พ.ศ. 2509, พระราชบัญญัติการพนัน พุทธศักราช 2478 ฯลฯ.

[38] โปรดดู หมวด 2 แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย พ.ศ. 2550

5. สภาพปัญหา

ประการแรก การที่เจ้าพนักงานตำรวจและเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองไม่มีกฎหมายกลางที่ใช้สำหรับการป้องกันอันตรายและรักษาความสงบเรียบร้อย ย่อมก่อให้เกิดปัญหาเมื่อเกิดภยันตรายต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนในเวลาจำเป็นเร่งด่วนว่าเจ้าพนักงานหรือเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานใดจะเป็น “เจ้าภาพ” ที่มีอำนาจหน้าที่ในการดำเนินการดังกล่าว เพราะถ้าหากเจ้าพนักงานหรือเจ้าหน้าที่ที่ไม่มีอำนาจเข้าดำเนินการปัดป้องภยันตรายที่จะเกิดแก่สิทธิและเสรีภาพของประชาชนและมีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้ก่ออันตราย ก็อาจจะมีปัญหาว่าเป็นการกระทำโดยไม่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายและเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและมีความรับผิดตามมา[39] นอกจากนี้การที่ไม่มีกฎหมายกลางยังทำให้ไม่มีการกำหนดข้อเท็จจริงที่เจ้าพนักงานตำรวจอาจใช้อำนาจในการรักษาความไม่สงบเรียบร้อยได้ ซึ่งหากจะกล่าวให้ชัดเจน อาจจะกล่าวได้ว่า ไม่มีกฎหมายใดกำหนดคำนิยามว่า “ความไม่สงบเรียบร้อย” หรือ “สถานการณ์อันตราย” และหากเกิดสถานการณ์ที่สิทธิและเสรีภาพของประชาชนถูกละเมิดโดยบุคคลที่สาม แต่เจ้าพนักงานตำรวจและเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจตามกฎหมายเฉพาะที่ครอบคลุมถึงข้อเท็จจริงดังกล่าว เจ้าพนักงานตำรวจและเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองก็จะไม่มีอำนาจเข้าดำเนินการเพื่อระงับเหตุ ซึ่งจะทำให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนไม่ได้รับการคุ้มครองอย่างเต็มที่

ประการที่สอง การที่เจ้าพนักงานตำรวจหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองไม่มีกฎหมายกลางที่ใช้สำหรับการป้องกันอันตรายและรักษาความสงบเรียบร้อย ย่อมทำให้มาตรการที่เจ้าพนักงานตำรวจหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองจะใช้ในการปัดป้องภยันตรายนั้นแตกต่างกัน และมีมาตรฐานในการปฏิบัติแตกต่างกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการใช้กำลังทางกายภาพเข้าแก้ไขสถานการณ์อันตรายที่ไม่มีกฎหมายฉบับใดกำหนดลำดับขั้นตอนการใช้มาตรการที่มีความรุนแรงน้อยไปหามาตรการที่มีความรุนแรงมากเลย[40] ทั้ง ๆ ที่การใช้กำลังทางกายภาพโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นมาตรการที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากที่สุด โดยมีความรุนแรงตั้งแต่การควบคุมบุคคลมิให้ขัดขืนไปจนถึงการใช้อาวุธที่เป็นอันตรายต่อร่างกายและชีวิตของประชาชน

ประการที่สาม แม้ในพระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. 2565 จะบัญญัติให้สำนักงานตำรวจแห่งชาติมีอำนาจรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยของประชาชน แต่การบัญญัติกฎหมายลักษณะดังกล่าวเป็นเพียงบทบัญญัติถึงอำนาจหน้าที่โดยทั่วไป (Aufgabennorm) มิได้เป็นบทบัญญัติที่กำหนดข้อเท็จจริงที่เป็นเงื่อนไขที่จะทำให้เจ้าพนักงานตำรวจแต่ละคนมีอำนาจใช้มาตรการใด ๆ ในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อย (Befugnisnorm)[41] และก็ไม่ปรากฏว่าในกฎหมายฉบับดังกล่าวหรือกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้องได้ให้อำนาจเจ้าพนักงานตำรวจใช้มาตรการใดในการรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยของประชาชน ซึ่งทำให้เจ้าพนักงานตำรวจมีความยากลำบากในการปฏิบัติหน้าที่ รวมถึงฝ่ายประชาชนก็มีความยากลำบากในการตรวจสอบการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจที่ไม่มีกฎหมายกำหนดกรอบการใช้กำลังที่ชัดเจน และท้ายที่สุดเจ้าพนักงานตำรวจก็ต้องอาศัยบทบัญญัติว่าด้วยการกระทำเพื่อป้องกันตามมาตรา 68 แห่งประมวลกฎหมายอาญา เพื่อป้องกันภยันตรายที่จะเกิดขึ้นแก่ประชาชน[42] ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวเป็นบทบัญญัติที่ให้สิทธิแก่บุคคลทั่วไปในการกระทำเพื่อป้องกันตนเองหรือผู้อื่น

---

[39] Kugelmann, Dieter, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Auflage, (Heidelberg : Springer, 2012), S. 4.

[40] ระดับการใช้กำลังนี้ปรากฏแต่เพียงคู่มือการปฏิบัติงานของเจ้าพนักงานตำรวจเท่านั้น สืบค้นจาก https://phahonyothin-police-station.com/picture/310_186_คู่มือผู้ปฏิบัติสายงาน_ป._ปรับปรุง_13-4-65.pdf เมื่อ 25 ตุลาคม 2566

[41] Nolte, Martin, Aufgaben und Befugnisse der Polizeibehörden bei Sportgroßveranstaltungen, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 2001, S. 147 (149).

[42] คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 8534/2544; คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 3206/2536; และในบางคดีเจ้าพนักงานตำรวจถูกศาลชั้นต้นและศาลอุทธรณ์

และได้รับการยกเว้นความรับผิดทางอาญาในฐานะส่วนตัว แต่มิได้เป็นบทบัญญัติที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานตำรวจในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยของประชาชน[43] ซึ่งการที่เจ้าพนักงานตำรวจต้องอ้างบทบัญญัติมาตรานี้ในการปฏิบัติหน้าที่นั้นมีปัญหาไปจนถึงระดับรากฐานของการผูกขาดอำนาจและการใช้กำลังของรัฐ เพราะเจ้าพนักงานตำรวจเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ใช้อำนาจรัฐในการปฏิบัติหน้าที่ แต่เมื่อเจ้าพนักงานตำรวจต้องปฏิบัติหน้าที่ตามภารกิจของตนเพื่อป้องกันอันตรายที่จะเกิดต่อบุคคลอื่น และต้องกระทำการที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของผู้ก่ออันตรายนั้น เช่น การเข้าต่อสู้ด้วยมือเปล่า หรือการใช้อาวุธข่มขู่หรือขัดขวางการกระทำของผู้ก่ออันตราย เจ้าพนักงานตำรวจกลับต้องมาอ้างว่าตนกระทำไปเพื่อป้องกันภยันตรายอันละเมิดต่อกฎหมายอย่างเดียวกับเอกชนทั่วไป โดยไม่อาจอ้างได้ว่าเป็นการกระทำโดยมีอำนาจรัฐและเป็นหน้าที่ตามกฎหมาย นอกจากนี้ ในกรณีที่เจ้าพนักงานตำรวจหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองได้กระทำการป้องกันโดยชอบด้วยกฎหมายและไม่เกินสมควรแก่เหตุ แต่ไปเกิดความเสียหายแก่ทรัพย์สิน ชีวิต หรือร่างกายของบุคคลที่สามที่ไม่ใช่ผู้ก่ออันตราย เช่น การป้องกันโดยสำคัญผิดหรือการป้องกันโดยพลาด กรณีเช่นนี้ก็มีปัญหาว่าบุคคลที่สามจะได้รับการเยียวยาความเสียหายอย่างไรในเมื่อระบบกฎหมายได้ยอมรับว่าการกระทำของเจ้าพนักงานตำรวจหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองได้กระทำไปโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว[44]

ประการที่สี่ โดยที่เจ้าพนักงานตำรวจและเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองไม่มีกฎหมายกลางที่จะใช้รักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยของประชาชนในสถานการณ์ปกติ ทำให้ในสถานการณ์ปกติเจ้าพนักงานตำรวจและเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจจำกัดอย่างมาก ด้วยเหตุนี้กรณีที่เจ้าพนักงานตำรวจและเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองจะมีอำนาจในการรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยของประชาชนอย่างครอบคลุมจะมีเพียงกรณีที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 แล้วเท่านั้น ซึ่งหากมีกฎหมายกลางที่กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยของประชาชนอย่างครอบคลุมในสถานการณ์ปกติแล้ว ก็ไม่น่ามีความจำเป็นที่จะต้องประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินที่จะทำให้เจ้าพนักงานตำรวจและเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองมีอำนาจจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากเกินสมควร และสงวนการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินไว้เฉพาะกรณีที่มีภัยคุกคามอย่างร้ายแรงเท่านั้น

6. เปรียบเทียบกฎหมายต่างประเทศ : สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

เหตุที่ผู้เขียนยกกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีมาเปรียบเทียบ ก็เนื่องจากเป็นประเทศที่แต่ละมลรัฐมีกฎหมายกลางที่กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยของประชาชน ซึ่งในที่นี้ผู้เขียนจะยกตัวอย่างกฎหมายของมลรัฐนอร์ทไรน์-เว็สท์ฟาเลิน (Nordrhein-Westfalen) ซึ่งเป็นมลรัฐที่ผู้เขียนได้ไปศึกษากฎหมายว่าด้วยการรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยสาธารณะ (Polizei- und Ordnungsrecht)

ในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น กฎหมายที่ว่าด้วยการปราบปรามและลงโทษบุคคลที่กระทำความผิดจะเป็นกฎหมายที่นำมาปรับใช้เป็นลำดับสุดท้าย โดยกฎหมายอาญาซึ่งเป็นกฎหมายที่มาตรการลงโทษที่รุนแรงที่สุดจะเป็น

พิพากษาว่าเจ้าพนักงานตำรวจมีความผิดและให้จำคุก และต้องสู้คดีถึงชั้นฎีกาจึงจะพ้นผิด โปรดดู ผู้จัดการออนไลน์, ตำรวจเฮ! ศาลฎีกาพิพากษา สิบโทยิงชายถือมีดดับไม่ผิด ผู้การปทุมฯ วอนงดวิจารณ์ [ออนไลน์], 18 กันยายน 2561, สืบค้นจาก https://mgronline.com/onlinesection/detail/9610000093552 เมื่อ 25 ตุลาคม 2566.

[43] Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht mit Versammlungsrecht, 9. Auflage, (München : C.H. Beck, 2016), S. 207 - 208.

[44] ในประเด็นนี้พบว่ามีพัฒนาการของหลักกฎหมายที่ก้าวหน้ามากขึ้น โดยปรากฏตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 969/2566 ที่พิพากษาให้หน่วยงานทางปกครองต้องรับผิดแม้การดำเนินการจับกุมผู้ต้องหาตามหมายจับจะชอบด้วยกฎหมาย แต่ได้ก่อให้เกิดความเสียหายต่อบุคคลภายนอกโดยเป็นความรับผิดอย่างอื่นตามหลักความรับผิดโดยปราศจากความผิดและทฤษฎีการเสี่ยงภัย

มาตรการขั้นสุดท้าย (ultima ratio) ที่รัฐจะนำมาใช้ในการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชน[45] ซึ่งลำดับชั้นในการใช้อำนาจรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยของประชาชนจะเริ่มจากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง (Ordnungsbehörde) ตามกฎหมายเฉพาะเรื่องต่าง ๆ ที่จะออกกฎและคำสั่งต่าง ๆ เพื่อป้องกันมิให้อันตรายเกิดขึ้น แต่ถ้าหากเกิดสถานการณ์อันตรายที่เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองไม่อาจเข้าดำเนินการได้ทัน เจ้าพนักงานตำรวจก็จะมีอำนาจในลำดับถัดมาที่จะเข้าดำเนินการเพื่อปัดป้องอันตรายที่เกิดขึ้น ณ สถานที่นั้น ซึ่งเป็นการดำเนินการโดยใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจเอง มิใช่การดำเนินการแทนเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง[46]

ตามรัฐบัญญัติว่าด้วยการรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยสาธารณะของมลรัฐรัฐนอร์ทไรน์-เว็สท์ฟาเลิน (Polizeigesetz NRW) ได้บัญญัติถึงสถานการณ์ที่เจ้าพนักงานตำรวจจะมีอำนาจเข้าดำเนินการปัดป้องอันตรายไว้ว่า *“เจ้าพนักงานตำรวจมีอำนาจใช้มาตรการใด ๆ ที่จำเป็นเพื่อปัดป้องภยันตรายที่เกิดขึ้นเฉพาะกรณีต่อความปลอดภัยสาธารณะ”*[47] จากบทบัญญัติดังกล่าว จะเห็นได้ว่าเป็นบทบัญญัติที่ให้เจ้าพนักงานตำรวจค่อนข้างกว้างขวาง แต่ในความเป็นจริงแล้วไม่เป็นเช่นนั้น เนื่องจากศาลได้พัฒนาแนวทางการใช้และตีความถ้อยคำว่า “ภยันตรายที่เกิดขึ้นต่อความปลอดภัยสาธารณะ” เพื่อจำกัดดุลพินิจของเจ้าพนักงานตำรวจมิให้ใช้อำนาจโดยอำเภอใจ โดยให้ความหมายของภยันตรายว่า *“สถานการณ์ที่หากดำเนินไปโดยไม่ถูกขัดขวางแล้วไซร้ มีความเป็นไปได้ที่จะเกิดความเสียหายต่อวัตถุที่กฎหมายว่าด้วยการรักษาความสงบเรียบร้อยมุ่งคุ้มครอง”*[48] ซึ่งวัตถุที่กฎหมายว่าด้วยการรักษาความสงบเรียบร้อยมุ่งคุ้มครองก็มีอยู่ด้วยกันสามประการ ได้แก่ (1) การคุ้มครองความล่วงละเมิดมิได้ของระบบกฎหมาย (Unverletzlichkeit der Rechtsordnung) ซึ่งมุ่งคุ้มครองระบบกฎหมายมิให้มีการฝ่าฝืนกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง กฎหมายอาญา (2) การคุ้มครองความล่วงละเมิดมิได้ของสิทธิของปัจเจกบุคคล (Unverletzlichkeit der subjektiven Rechte) ซึ่งมุ่งคุ้มครองมิให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนถูกล่วงละเมิดโดยบุคคลอื่น และ (3) การคุ้มครองความมั่นคงของรัฐหรือสถาบันหรือกิจกรรมต่าง ๆ ของรัฐ หรือผู้ถืออำนาจรัฐอื่น ๆ (Bestand des Staates und der Einrichtungen und Veranstaltungen des Staats und sonstiger Träger der Hoheitsgewalt) ซึ่งมุ่งคุ้มครองความมั่นคงและการดำเนินกิจการต่าง ๆ ของรัฐให้รัฐสามารถปฏิบัติภารกิจได้อย่างราบรื่น[49] นอกจากนี้ รัฐบัญญัติดังกล่าวยังได้กำหนดมาตรการที่เจ้าพนักงานตำรวจอาจนำมาใช้เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยของประชาชน โดยกำหนดมาตรการเรียงลำดับจากมาตรการที่กระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชนน้อยที่สุดไปจนถึงมาตรการที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากที่สุด ซึ่งมีตั้งแต่มาตรการเรียกให้บุคคลยืนยันตัวตน (Identitätsfeststellung)[50]

---

[45] มานิตย์ วงศ์เสรี, มาตรการบังคับของฝ่ายปกครอง (มาตรการบังคับทางปกครอง โทษทางอาญา) แนวคิดทฤษฎีเกณฑ์การพิจารณาในการตรากฎหมาย และการบังคับใช้กฎหมายที่กำหนดมาตรการบังคับของฝ่ายปกครอง : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายเยอรมัน, ใน หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์, (กรุงเทพฯ : คณะทำงานหนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ สำนักงานศาลปกครอง, 2565), น. 282 (294 – 295).

[46] Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht mit Versammlungsrecht, 9. Auflage, (München : C.H. Beck, 2016), S. 88 – 89.

[47] § 8 Polizeigesetz NRW

(1) Die Polizei kann die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine im einzelnen Falle bestehende, konkrete Gefahr für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung (Gefahr) abzuwehren ...

[48] Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht mit Versammlungsrecht, 9. Auflage, (München : C.H. Beck, 2016), S. 60; Kugelmann, Dieter, Polizei- und Ordnungsrecht, 2. Auflage, (Heidelberg : Springer, 2012), S. 110.

[49] Pieroth/Schlink/Kniesel, Ibid, S. 120 – 133.

[50] § 12 Polizeigesetz NRW

การตรวจสอบอัตลักษณ์ (Erkennungsdienstliche Maßnahmen)[51] การสั่งให้ออกจากพื้นที่ (Platzverweisung)[52] การควบคุมตัวชั่วคราวโดยไม่ต้องมีหมายของศาล (Gewahrsam)[53] ไปจนถึงการใช้อาวุธปืนกับผู้ก่ออันตราย[54] และแต่ละมาตรการมีกฎหมายบัญญัติเงื่อนไขในทางข้อเท็จจริงที่จะทำให้เจ้าพนักงานตำรวจสามารถใช้มาตรการนั้น ๆ ได้กำกับอยู่เสมอ มิได้ปล่อยให้เป็นดุลพินิจอันกว้างขวางของเจ้าพนักงานตำรวจ และยิ่งมาตรการมีความรุนแรงมากเท่าใด เงื่อนไขการใช้มาตรการนั้น ๆ ก็ยิ่งเข้มข้นมากขึ้นเท่านั้น เช่น การใช้อาวุธปืนกับบุคคลนั้นมีเงื่อนไขที่เคร่งครัดอย่างมากว่าจะต้องเป็นกรณีที่วิธีการอื่นใช้ไม่ได้ผลแล้ว และจะต้องใช้หยุดยั้งการหลบหนีหรือการโจมตีเท่านั้น และในกรณีที่การใช้อาวุธปืนโดยอาจมีอันตรายถึงชีวิต จะต้องเป็นไปเพื่อการปกป้องอันตรายสาหัสอันจะเกิดแก่ชีวิตหรือร่างกายของบุคคลอื่นเท่านั้น[55]

นอกจากรัฐบัญญัติดังกล่าวจะได้บัญญัติถึงเงื่อนไขในการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจแล้ว ก็ยังได้บัญญัติถึงกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้ค่าสินไหมทดแทนในกรณีที่การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าพนักงานตำรวจได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคล โดยจำแนกออกเป็น***ความรับผิดกรณีที่การใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจชอบด้วยกฎหมายกับความรับผิดกรณีที่การใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจไม่ชอบด้วยกฎหมาย*** โดยกรณีที่รัฐจะมีความรับผิดอันเกิดจากการใช้อำนาจโดยชอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงานตำรวจ คือ กรณีที่การใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลภายนอกที่ไม่มีส่วนเกี่ยวข้อง หรือความเสียหายต่อบุคคลภายนอกที่ได้ให้ความช่วยเหลือเจ้าพนักงานตำรวจ หรือกรณีที่เจ้าพนักงานตำรวจได้ใช้อำนาจเข้าปัดป้องอันตรายด้วยความสำคัญผิดโดยชอบด้วยกฎหมาย ทั้ง ๆ ที่ในความเป็นจริงแล้ว บุคคลที่ถูกเจ้าพนักงานตำรวจใช้กำลังเข้าดำเนินการนั้นไม่ได้จะก่ออันตรายใด ๆ เลย แต่กลับได้รับความเสียหาย ซึ่งกฎหมายได้รับรองให้บุคคลเหล่านี้มีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหายอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจที่ชอบด้วยกฎหมาย โดยอาศัยข้อความคิดเกี่ยวกับความรับผิดของรัฐอันเนื่องมาจากการได้รับความเสียหายเป็นพิเศษจากการกระทำของรัฐ (Aufopferungsanspruch)[56] ส่วนความรับผิดของรัฐกรณีที่เจ้าพนักงานตำรวจใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายก็จะเป็นไปตามหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง[57] เช่น เจ้าพนักงานตำรวจได้ใช้อำนาจดำเนินการกับบุคคลที่ไม่ได้ก่ออันตรายโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือใช้อำนาจดำเนินการโดยจำกัดสิทธิและเสรีภาพของผู้ก่ออันตรายเกินสมควรแก่เหตุ

กล่าวโดยสรุป กฎหมายว่าด้วยการรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยสาธารณะของประเทศเยอรมนีนั้นมีลักษณะเด่นอยู่สามประการ ได้แก่ **ประการแรก** การกำหนดให้เจ้าพนักงานตำรวจเป็นองค์กรที่จะใช้อำนาจเข้าดำเนินการในกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนเพื่อปัดป้องภยันตรายที่เกิดขึ้นเฉพาะหน้า โดยจำกัดเฉพาะภยันตรายที่จะเกิดแก่ระบบกฎหมาย (กฎหมายอาญา) สิทธิและเสรีภาพของประชาชน และการดำเนินกิจกรรมของรัฐ ทำให้เขตอำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจและเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองอื่นไม่ทับซ้อนกัน **ประการที่สอง** มีการกำหนดเงื่อนไขการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจในแต่ละมาตรการไว้อย่างละเอียด ซึ่งมีผลทั้ง**ให้อำนาจ**เจ้าพนักงานตำรวจในการใช้มาตรการใดมาตรการหนึ่งอย่างชัดเจน และมีผลเป็นการ**จำกัดอำนาจ**การใช้มาตรการนั้นของเจ้าพนักงานตำรวจด้วยว่าจะต้องปรากฏข้อเท็จจริงตามที่กฎหมายกำหนดขึ้นเสียก่อน เจ้าพนักงานตำรวจจึงจะมีอำนาจใช้มาตรการนั้นได้ และ

---

[51] § 14 Polizeigesetz NRW

[52] § 34 Polizeigesetz NRW

[53] § 36 Polizeigesetz NRW

[54] § 63 - § 65 Polizeigesetz NRW

[55] § 63 Absatz 2 Polizeigesetz NRW

[56] Pieroth/Schlink/Kniesel, Polizei- und Ordnungsrecht mit Versammlungsrecht, 9. Auflage, (München : C.H. Beck, 2016), S. 421 – 425.

[57] Ibid., S. 426.

ประการที่สาม มีบทบัญญัติรับรองสิทธิของผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจที่จะเรียกค่าทดแทนความเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนไว้อย่างชัดเจน ทั้งความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจที่ชอบและไม่ชอบด้วยกฎหมายของเจ้าพนักงานตำรวจ โดยประชาชนไม่ต้องอาศัยคำฟ้องว่าเจ้าพนักงานตำรวจกระทำละเมิด (จงใจหรือประมาทเลินเล่อ)

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

เมื่อหวนกลับมาพิจารณาสถานการณ์ในประเทศไทย จะพบว่า ไม่มีกฎเกณฑ์ที่กำหนดมาตรฐานเกี่ยวกับการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองอื่นว่าในกรณีที่เกิดข้อเท็จจริงเรื่องใดเรื่องหนึ่งขึ้น เจ้าพนักงานตำรวจหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองจะมีอำนาจใช้มาตรการใดในการปัดป้องอันตรายที่จะเกิดขึ้นจากข้อเท็จจริงดังกล่าว ซึ่งรวมไปถึงกรณีที่ไม่มีการกำหนดเงื่อนไขในการใช้อาวุธของเจ้าพนักงานตำรวจหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองอื่นว่าอาวุธประเภทใดที่ได้รับอนุญาตให้ใช้ได้ และอาวุธปืนจะใช้ในกรณีใดได้บ้าง และเมื่อมีสถานการณ์อันตรายที่เจ้าพนักงานตำรวจหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองอื่นไม่มีอำนาจตามกฎหมายปกติที่จะเข้าแก้ไขสถานการณ์อันตรายนั้น ก็จะมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินตามพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. 2548 ที่จะทำให้เจ้าพนักงานตำรวจหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองอื่นมีอำนาจอย่างกว้างขวางจนเกินสมควร และทำให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนถูกจำกัดลงอย่างมาก ซึ่งหากระบบกฎหมายปกติมีกฎหมายกลางที่กำหนดกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองอื่นในการรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยสาธารณะ ก็อาจจะไม่จำเป็นที่จะต้องมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินเลย และยังจะทำให้ประชาชนได้รับความคุ้มครองทั้งจากภยันตรายต่าง ๆ ได้อย่างครอบคลุม และยังได้รับความคุ้มครองจากการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานตำรวจที่ต้องเป็นไปตามหลักความพอสมควรแก่เหตุ นอกจากนี้ หากในอนาคตจะมีการตรากฎหมายว่าด้วยการรักษาความสงบเรียบร้อยและความปลอดภัยสาธารณะขึ้นใช้บังคับในประเทศไทย ก็ควรกำหนดรายละเอียดเกี่ยวกับการเรียกค่าทดแทนความเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทนให้ครบถ้วนด้วย ซึ่งหากข้อเสนอของผู้เขียนเกิดขึ้นได้จริง ก็จะเป็นการบุกเบิกกฎหมายปกครองสาขาใหม่ที่มีความสำคัญที่ศาลปกครองจะเข้ามามีบทบาทในการตรวจสอบการกระทำของเจ้าพนักงานตำรวจในการป้องกันภยันตรายที่มิใช่การดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และจะทำให้หลักความพอสมควรแก่เหตุหรือหลักความได้สัดส่วนตามรัฐธรรมนูญถูกนำมาปรับใช้อย่างเป็นรูปธรรมมากขึ้น

อาจารย์วรพจน์กับบทบาท ในการสร้างคำพิพากษาบรรทัดฐาน

บรรเจิด สิงคะเนติ[1]

บทนำ

"คำพิพากษาบรรทัดฐาน" ในทางกฎหมายปกครองถือว่าเป็น "บ่อเกิดของกฎหมาย" (source of Law) ของกฎหมายปกครองประการหนึ่ง ดังนั้น "คำพิพากษาบรรทัดฐาน" จึงมีบทบาทสำคัญในฐานะที่นำมาใช้เป็นบรรทัดฐานในทางกฎหมายปกครองและโดยเฉพาะอย่างยิ่งในการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายปกครองทั้งหลาย "คำพิพากษาบรรทัดฐาน" จึงถือว่าเป็นการนำข้อเท็จจริงในคดีใดคดีหนึ่งประกอบกับหลักในทางนิติศาสตร์พัฒนาให้เกิดเป็นบรรทัดฐาน (norm) ในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง การจะสร้าง "คำพิพากษาบรรทัดฐาน" จึงไม่ใช่เรื่องง่ายที่จะเกิดขึ้นหากต้องอาศัยปัจจัยหลายปัจจัย กล่าวคือ ก. ข้อเท็จจริงในเรื่องใดเรื่องหนึ่งที่เป็นพื้นฐานในการพัฒนาให้เกิดคำพิพากษาบรรทัดฐาน ข. หลักพื้นฐานในทางนิติศาสตร์ที่เกี่ยวกับประเด็นในการพิจารณาในเรื่องนั้น ๆ และ ค. ประสบการณ์ความรู้พื้นฐานและทักษะในการใช้กฎหมายของผู้พิพากษาหรือตุลาการในคดีนั้น ๆ หากมีปัจจัยถึงพร้อมทั้งสามประการนี้ก็อาจจะพัฒนาไปสู่การสร้างคำพิพากษาบรรทัดฐานได้

กล่าวเฉพาะในทางกฎหมายปกครองของประเทศไทย พัฒนาการของกฎหมายปกครองไทยหากนับถอยหลังไปอาจแบ่งพัฒนาการออกเป็นหลายช่วง ช่วงที่สำคัญ คือ ช่วงก่อนที่จะมีการจัดตั้งศาลปกครองในปี พ.ศ. 2544 ช่วงเวลาสำคัญก่อนหน้านั้น คือ ช่วงปี พ.ศ. 2522 ซึ่งมีการแก้ไขพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. 2522 เพื่อให้มี "คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์" ในการทำหน้าที่พิจารณาคดีปกครอง หลังจากนั้น เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา (ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์) ในขณะนั้นจึงได้พัฒนาแนวคิดเรื่องหลักกฎหมายปกครองโดยจัดทำวารสารกฎหมายปกครองเพื่อเผยแพร่ในวงการกฎหมายของไทย และพัฒนากฎหมายวิธีสบัญญัติในทางปกครองโดยพัฒนากระบวนการในการพิจารณาเรื่องร้องทุกข์ และภายหลังจากนั้นเมื่อมีการยกร่างกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ถือได้ว่าเป็นอีกช่วงหนึ่งที่มีการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองภายใต้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หลังจากนั้น เมื่อมีการจัดตั้งศาลปกครองในปี พ.ศ. 2544 การพัฒนาหลักกฎหมายปกครองย่อมถือเป็นบทบาทของศาลปกครองที่มีบทบาทสำคัญในการที่จะพัฒนาหลักกฎหมายปกครอง แต่จนถึงปัจจุบันศาลปกครองเปิดทำการมาแล้ว 23 ปี การพัฒนาหลักกฎหมายปกครองโดยศาลปกครองก็อยู่ในขอบเขตที่จำกัด ดังนั้น การกล่าวถึงคำพิพากษาบรรทัดฐานของศาลปกครองจึงอาจเป็นการเชื่อมโยงถึงการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองของไทยในช่วงที่มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นแล้วได้มีการพัฒนาหลักกฎหมายปกครองอย่างไรบ้าง หากจะกล่าวถึงบุคคลที่มีบทบาทในการพัฒนาให้เกิดคำพิพากษาบรรทัดฐานแล้ว บุคคลที่โดดเด่นที่สุดในวงการนักกฎหมายมหาชนของประเทศไทย คือ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ประธานศาลปกครองสูงสุดของไทยในปัจจุบัน

---

[1] ศาสตราจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

ในบทความนี้ขอนำเสนอ คำพิพากษาบรรทัดฐานของศาลปกครองที่อาจารย์วรพจน์ฯ มีบทบาทสำคัญในการพัฒนาให้เกิดคำพิพากษาดังกล่าว ในที่นี้จะได้กล่าวถึงคำพิพากษาเพียง 3 ฉบับ ดังนี้ 1. คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 2253/2546 (ประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ เรื่อง กำหนดห้ามใช้เครื่องมือทำการประมงบางชนิดและการประมงในฤดูปลาที่มีไข่วางไข่ฯ 2. คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 231/2550 (การรถไฟแห่งประเทศไทยนำแผ่นป้ายโฆษณาสินค้าและบริการปิดที่กระจกหน้าต่าง) และ 3. คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 7/2557 (บุคคลไม่อาจถูกลงโทษหลายครั้งสำหรับการกระทำความผิดครั้งเดียว) โดยมีรายละเอียด ดังนี้

1. คำพิพากษาศาลปกครองกลางที่ 2253/2546 (ประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ เรื่อง กำหนดห้ามใช้เครื่องมือทำการประมงบางชนิดและการประมงในฤดูปลาที่มีไข่วางไข่ฯ)

ผู้เขียนได้เคยนำคำพิพากษาศาลปกครองฉบับนี้มาเขียนวิเคราะห์แล้วตั้งแต่ปี พ.ศ. 2546 ลงในวารสารนิติศาสตร์ 33 : 1 (มีนาคม 2546)[2] โดยผู้เขียนขอนำข้อความบางส่วนของบทความดังกล่าวมากล่าวซ้ำ ดังนี้ 1.1 ข้อเท็จจริงและคำพิพากษาของศาล และ 2.2 ข้อสังเกตของผู้เขียน โดยมีรายละเอียด ดังนี้

1.1 ข้อเท็จจริงและคำพิพากษาของศาล

(1) คำฟ้อง ผู้ฟ้องคดีทั้งยี่สิบสาม มีอาชีพประมงทำการประมงในพื้นที่ตำบลหลังสวน จังหวัดชุมพรและพื้นที่ใกล้เคียงได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์) และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (กรมประมง) ได้ร่วมกันออกประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ฉบับลงวันที่ 24 กันยายน 2542 เรื่อง กำหนดห้ามใช้เครื่องมือทำการประมงบางชนิดและการประมงในฤดูปลาที่มีไข่วางไข่ และเลี้ยงตัวในวัยอ่อนในท้องที่จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ ชุมพร และสุราษฎร์ธานี ภายในระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งประกาศดังกล่าวได้ห้ามใช้เครื่องมือประเภทอวนลากทุกชนิดที่ใช้ประกอบกับเรือกล เครื่องมืออวนติดที่ใช้ประกอบกับเรือกล เครื่องมืออวนล้อมจับทุกชนิดที่ใช้ประกอบกับเรือกล เครื่องมืออวนครอบ อวนช้อน หรืออวนยกที่ใช้ประกอบกับแสงไฟล่อ และเครื่องมืออวนรุนที่ใช้ประกอบกับเรือกล ทำให้เครื่องมือทำการประมงของผู้ฟ้องคดีทั้งยี่สิบสามที่ใช้อยู่ไม่สามารถทำการประมงได้ อีกทั้งระยะเวลาที่ห้ามทำการประมง ซึ่งเริ่มตั้งแต่วันที่ 15 กุมภาพันธ์ ถึงวันที่ 15 พฤษภาคม ของทุกปี เป็นระยะเวลาที่ต่อเนื่องกับฤดูมรสุมที่เริ่มตั้งแต่เดือนพฤศจิกายน ถึงเดือนมกราคม ซึ่งไม่สามารถทำการประมงได้อยู่แล้ว ดังนั้น จึงทำให้ผู้ฟ้องคดีทั้งยี่สิบสามและชาวประมงไม่สามารถทำการประมงเป็นเวลา 6 เดือนในแต่ละปี ทำให้เกิดผลกระทบเสียหายต่อเศรษฐกิจชุมชน และมีผลเกี่ยวเนื่องกับปัญหาการศึกษา ปัญหาสังคม และปัญหาอาชญากรรมที่ตามมาจากปัญหาเศรษฐกิจ นอกจากนี้ ประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ดังกล่าวได้ประกาศใช้โดยขัดต่อรัฐธรรมนูญ เนื่องจากเป็นประกาศที่จำกัดสิทธิของประชาชน และมีผลกระทบต่อวิถีชีวิตชุมชนในการอนุรักษ์ บำรุงรักษา และใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืน แต่ผู้ฟ้องทั้งยี่สิบสามไม่ได้รับข้อมูล คำชี้แจงและเหตุผลตลอดจนไม่มีส่วนร่วมในกระบวนการพิจารณาก่อนที่จะออกประกาศดังกล่าว โดยขอให้ศาลมีคำสั่งเพิกถอนประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ดังกล่าวทั้งหมดหรือบางส่วน ให้งดใช้หรือชะลอการใช้บังคับประกาศดังกล่าวจนกว่าจะเสร็จสิ้นการศึกษาผลกระทบทางเศรษฐกิจ และทางสังคม ให้ผู้ฟ้องคดีทั้งยี่สิบสามหรือตัวแทนเข้าร่วมในการศึกษาผลกระทบทางเศรษฐกิจและมาตรการรองรับร่วมกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2

(2) คำพิพากษาของศาล

ศาลปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่า มีประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยว่าประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ฉบับลงวันที่ 24 กันยายน 2542 เรื่อง กำหนดห้ามใช้เครื่องมือทำการประมงบางชนิดและการประมงในฤดูปลาที่มีไข่

---

[2] รายละเอียดโปรดดู บรรเจิด สิงคะเนติ, คำพิพากษาวิเคราะห์ ประกาศกระทรวงเกษตรฯ เรื่อง กำหนดห้ามใช้เครื่องมือประมงบางชนิดทำการประมงในฤดูปลาที่มีไข่วางไข่ฯ, วารสารนิติศาสตร์, 33 : 1 (มีนาคม 2546), น. 188 - 197

วางไข่ และเลี้ยงตัวในวัยอ่อน ในท้องที่จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ ชุมพร และสุราษฎร์ธานี ภายในระยะเวลาที่กำหนด เป็นกฎที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยการวินิจฉัยประเด็นที่เป็นเนื้อหาแห่งคดีนี้ว่า “กฎ” ดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ มีประเด็นย่อยที่จะต้องวินิจฉัย 2 ประเด็นย่อย กล่าวคือ ประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ฉบับลงวันที่ 24 กันยายน 2542 เป็นกฎที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพประมงของผู้ฟ้องคดีทั้งยี่สิบสามโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ และผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองต้องจัดให้ผู้ฟ้องคดีทั้งยี่สิบสามและประชาชนในชุมชนได้ทราบข้อมูล คำชี้แจง และเหตุผลในการออกประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ดังกล่าว และแสดงความคิดเห็นในเรื่องนี้ก่อนการประกาศใช้กฎดังกล่าวหรือไม่

ในที่นี้จะขอกล่าวเฉพาะประเด็นว่า ประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ฉบับลงวันที่ 24 กันยายน 2542 เป็นกฎที่จำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพประมงของผู้ฟ้องคดีทั้งยี่สิบสามโดยมิชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ ซึ่งในที่นี้จะขอหยิบยกประเด็นที่ศาลปกครองได้วินิจฉัยประเด็นที่เกี่ยวกับ “หลักความพอสมควรแก่เหตุ” โดยศาลปกครองวินิจฉัยว่า กฎดังกล่าวจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพประมงของผู้ฟ้องคดีทั้งยี่สิบสามและบุคคลอื่นที่ประกอบอาชีพนี้ในท้องที่จังหวัดประจวบคีรีขันธ์ ชุมพร และสุราษฎร์ธานี อันเป็นท้องที่ที่กฎดังกล่าวใช้บังคับเพียงเท่าที่จำเป็น ซึ่งหมายความว่า มาตรการที่กฎดังกล่าวกำหนดไว้สามารถดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของกฎดังกล่าวได้หรือไม่ มาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่กระทบสิทธิน้อยที่สุดหรือไม่ และมาตรการดังกล่าวก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีทั้งยี่สิบสามและบุคคลอื่นที่ประกอบอาชีพประมงในท้องที่ที่กฎดังกล่าวใช้บังคับมากกว่าก่อให้เกิดประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือไม่ ประเด็นนี้ถือว่าเป็นหัวใจสำคัญของคำพิพากษาฉบับนี้ ซึ่งศาลปกครองได้วินิจฉัยประเด็นนี้เป็นประเด็นหลัก โดยได้นำข้อเท็จจริงที่ได้จากทั้งสองฝ่ายมาประกอบการพิจารณา เฉพาะประเด็นนี้ศาลปกครองได้เขียนอธิบายเหตุผลของการวินิจฉัยไว้ถึง 6 หน้า โดยศาลได้สรุปในประเด็นนี้ว่า ประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ ฉบับลงวันที่ 24 กันยายน 2542 ดังกล่าว ได้กำหนดมาตรการที่สามารถดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของการออกประกาศ ซึ่งได้แก่ การอนุรักษ์พันธุ์สัตว์น้ำได้อย่างมีประสิทธิภาพ แม้มาตรการดังกล่าวจะมีผลกระทบต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพประมงของผู้ฟ้องคดีทั้งยี่สิบสามและผู้ประกอบอาชีพนี้ในเขตพื้นที่ที่ประกาศดังกล่าวใช้บังคับก็ตาม แต่ก็ไม่ปรากฏว่ามีมาตรการอื่นใดที่สามารถดำเนินการให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของการออกประกาศ ซึ่งได้แก่ การอนุรักษ์พันธุ์สัตว์น้ำได้อย่างมีประสิทธิภาพได้เท่ากับมาตรการที่ประกาศกระทรวงฉบับดังกล่าวกำหนดไว้ แต่มีผลกระทบต่อเสรีภาพในการประกอบอาชีพประมงของผู้ฟ้องคดีทั้งยี่สิบสามและผู้ประกอบอาชีพนี้ในเขตพื้นที่ที่ประกาศดังกล่าวใช้บังคับน้อยกว่ามาตรการที่มีประกาศกระทรวงดังกล่าวกำหนดไว้ และมาตรการที่ประกาศฉบับดังกล่าวกำหนดไว้ไม่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีทั้งยี่สิบสามและผู้ประกอบอาชีพในเขตพื้นที่ที่ประกาศดังกล่าวใช้บังคับมากกว่าก่อให้เกิดประโยชน์แก่ส่วนรวม

1.2 ข้อสังเกตของผู้เขียน ซึ่งขอนำข้อสังเกตเฉพาะประเด็นที่มีการวางหลักที่สำคัญของคำพิพากษาฉบับนี้ โดยผู้เขียนได้ให้ข้อสังเกตว่า[3] คำพิพากษาฉบับนี้มีความโดดเด่นหลายประการ โดยเฉพาะการนำหลักตามมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 มาเป็นพื้นฐานของการวินิจฉัยความชอบด้วยกฎหมายของ “กฎ” ดังกล่าว โดยเฉพาะอย่างยิ่งการนำ “หลักความได้สัดส่วน” หรือ “หลักความพอสมควรแก่เหตุ” ซึ่งเป็นหัวใจสำคัญของคำพิพากษาฉบับนี้มาเป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบว่าการจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้ฟ้องคดีทั้งยี่สิบสามได้กระทำเพียงเท่าที่จำเป็นหรือไม่ **ดังนั้น จึงอาจกล่าวได้ว่า คำพิพากษาฉบับนี้เป็นคำพิพากษาฉบับแรกที่ยืนยัน “หลักความได้สัดส่วน” หรือ “หลักความพอสมควรแก่เหตุ” ซึ่งเป็นหลักที่มีการบัญญัติไว้ในมาตรา 29 ของรัฐธรรมนูญ ว่าหลักดังกล่าวมีรายละเอียดอย่างไรและใช้อย่างไร** ทั้งนี้เพราะรัฐธรรมนูญได้บัญญัติเพียงหลักการไว้

---

[3] เพิ่งอ้าง, น. 193

เท่านั้น แต่มิได้กล่าวถึงรายละเอียดของหลักการไว้ ดังนั้น คำพิพากษาของศาลปกครองเรื่องนี้ได้นำหลักการในทางทฤษฎีของหลักความได้สัดส่วนหรือหลักความพอสมควรแก่เหตุมาวางเกณฑ์ในการตรวจสอบว่าการจำกัดสิทธิและเสรีภาพในการประกอบอาชีพของผู้ฟ้องคดีทั้งยี่สิบสามได้กระทำเพียงเท่าที่จำเป็นหรือไม่ ทั้งนี้ โดยคำพิพากษาของศาลปกครองฉบับนี้ได้วางเกณฑ์ในการตรวจสอบการจำกัดเสรีภาพเท่าที่จำเป็นหรือไม่ โดยมีเกณฑ์ 3 ประการ คือ ก. มาตรการที่ใช้ในการจำกัดเสรีภาพนั้นต้องเป็นมาตรการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ของมาตรการนั้นได้ (หลักความเหมาะสม) ข. มาตรการที่อาจบรรลุวัตถุประสงค์ดังกล่าวได้นั้นต้องเป็นมาตรการที่กระทบต่อเสรีภาพของบุคคลที่น้อยที่สุด (หลักความจำเป็น) และ ค. มาตรการดังกล่าวที่กระทบแก่เสรีภาพของบุคคลนั้นเมื่อพิจารณากับผลที่ได้จากการใช้มาตรการดังกล่าวแล้วก่อให้เกิดประโยชน์ต่อส่วนรวมมากกว่าผลกระทบที่มีต่อบุคคล หลักย่อยทั้งสามประการดังกล่าวเป็นหลักที่ศาลปกครองใช้เป็นเกณฑ์ในการตรวจสอบประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ฯ ว่าจำกัดเสรีภาพในการประกอบอาชีพประมงเท่าที่จำเป็นหรือไม่ การจะพิจารณาให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวได้ ศาลได้อาศัยข้อเท็จจริงในคดีมาประกอบการพิจารณาวินิจฉัย ซึ่งแสดงให้เห็นประจักษ์ในทางภววิสัย (objective) ได้ โดยมิได้เป็นเพียงการให้เหตุผลในลักษณะอัตวิสัย (subjective) อันเป็นการอาศัยความรู้สึกของผู้วินิจฉัยเป็นพื้นฐานของการวินิจฉัย

กล่าวโดยสรุป คำพิพากษาของศาลปกครองฉบับนี้เป็นคำพิพากษาของศาลปกครองฉบับแรกที่ได้นำ “หลักความได้สัดส่วน” หรือ “หลักความพอสมควรแก่เหตุ” มาใช้ในการพิพากษาคดี โดยได้วางแนวทางในการนำหลักย่อย 3 หลักมาปรับใช้ในคดี กล่าวคือ ก. หลักความเหมาะสม ข. หลักความจำเป็น และ ค. หลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ ซึ่งจากคำพิพากษาฉบับนี้ทำให้ “หลักความได้สัดส่วน” หรือ “หลักความพอสมควรแก่เหตุ” ถูกนำมาใช้ในการพิพากษาคดีมากขึ้นเป็นลำดับ และนี่คือเป็น “คำพิพากษาบรรทัดฐาน” ของคำพิพากษาศาลปกครองฉบับนี้

2. คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 231/2550 (การรถไฟแห่งประเทศไทยนำแผ่นป้ายโฆษณาสินค้าและบริการปิดที่กระจกหน้าต่าง)

ในส่วนนี้จะได้กล่าวถึง 2.1 ข้อเท็จจริงและคำพิพากษาของศาล และ 2.2. ข้อสังเกตของผู้เขียน โดยมีรายละเอียด ดังนี้

2.1 ข้อเท็จจริงและคำพิพากษาของศาล

(1) คำฟ้องในคดีนี้ ผู้ฟ้องคดีได้ฟ้องการรถไฟแห่งประเทศไทย โดยผู้ฟ้องคดีมีอาชีพรับราชการอยู่ที่จังหวัดพระนครศรีอยุธยา และจะต้องเดินทางกลับภูมิลำเนาที่จังหวัดเชียงใหม่โดยรถไฟขบวนด่วนพิเศษเป็นประจำ โดยใช้เวลาในการเดินทางประมาณ 10 ชั่วโมง โดยผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากผู้ถูกฟ้องคดี เนื่องจากผู้ถูกฟ้องคดีได้นำแผ่นป้ายโฆษณาสินค้าและบริการปิดที่กระจกหน้าต่างตู้รถโดยสารของขบวนรถไฟ ส่งผลให้บดบังทิวทัศน์ไม่อาจมองผ่านกระจกเพื่อพักสายตาได้ ผู้ฟ้องคดีจึงมีอาการตาพร่ามัว และคลื่นไส้ และต้องทรมานใจและกายจากการเดินทาง ผู้ฟ้องคดีได้จัดทำหนังสือร้องทุกข์ขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีลอกแผ่นป้ายโฆษณาสินค้าและบริการบริเวณกระจกหน้าต่างตู้รถโดยสารของขบวนรถไฟ แต่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ได้ดำเนินการจนพ้นระยะเวลาสัญญากับบริษัท ดาวินซี่ แอดเฮ้าส์ จำกัด ถือเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ ส่งผลให้เป็นอันตรายต่อสุขภาพและอนามัยของผู้ฟ้องคดีหรือผู้โดยสารทั่วไปตามมาตรา 6 (2) มาตรา 9 (1) (4) และ (7) และมาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 ซึ่งกำหนดวัตถุประสงค์ของผู้ถูกฟ้องคดีเพื่อจัดดำเนินการและนำมาซึ่งความเจริญของกิจการรถไฟ เพื่อประโยชน์แห่งรัฐและประชาชน และดำเนินธุรกิจอันเกี่ยวกับการขนส่งของรถไฟ และธุรกิจอื่นซึ่งเป็นประโยชน์แก่กิจการรถไฟ ทั้งนี้ มีอำนาจกระทำการต่าง ๆ ภายในขอบวัตถุประสงค์ซึ่งรวมถึงการให้เช่า การจัดระเบียบเกี่ยวกับความปลอดภัย การใช้รถไฟ บริการ และความสะดวกต่าง ๆ ของกิจการรถไฟ และการรับขนส่งคนโดยสารจะต้องคำนึงถึงประโยชน์ของรัฐและประชาชนและความปลอดภัย ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีจะทำสัญญาให้บุคคลอื่นเช่าติดตั้ง

แผ่นป้ายโฆษณาภายนอกตู้รถโดยสารของขบวนรถไฟเพื่อก่อให้เกิดรายได้ ถือว่าเป็นการทำธุรกิจอื่นซึ่งเป็นธุรกิจเสริมจากธุรกิจหลัก กล่าวคือ ผู้ถูกฟ้องคดีสามารถดำเนินกิจการได้โดยคำนึงถึงความปลอดภัยและความสะดวกของคนโดยสารรถไฟ ซึ่งเป็นวัตถุประสงค์หรือหน้าที่หลักตามที่กฎหมายกำหนด ขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการลอกแผ่นป้ายโฆษณาออกจากกระจกหน้าต่างของตู้รถโดยสารของขบวนรถไฟด่วนพิเศษสายกรุงเทพฯ-เชียงใหม่ และของตู้รถโดยสารของขบวนรถไฟสายเหนือทุกขบวน รวมทั้งของตู้รถโดยสารของขบวนรถไฟทุกสายทั่วประเทศ โดยให้ผู้ถูกฟ้องคดีทำความสะอาดกระจกหน้าต่างตู้รถโดยสารของขบวนรถไฟทุกขบวนให้สะอาดด้วย

(2) ศาลปกครองชั้นต้น พิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการลอกแผ่นป้ายโฆษณาที่พิพาทออกจากบริเวณกระจกหน้าต่างตู้รถโดยสารของขบวนรถไฟ และทำความสะอาดกระจกหน้าต่างตู้รถโดยสารทุกคันตามบัญชีแนบท้ายสัญญาที่ พ.5/ธร.2/466 ลงวันที่ 24 พฤษภาคม 2548 ให้แล้วเสร็จภายใน 30 วันนับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษา

(3) ผู้ถูกฟ้องคดีอุทธรณ์ ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ถูกฟ้องคดีเป็นรัฐวิสาหกิจที่ตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติการรถไฟแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2494 โดยมาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว บัญญัติให้ผู้ถูกฟ้องคดีมีวัตถุประสงค์ ดังต่อไปนี้ (1) รับโอนกิจการของกรมรถไฟ กระทรวงคมนาคม (2) จัดดำเนินการและนำมาซึ่งความเจริญของกิจการรถไฟ เพื่อประโยชน์แห่งรัฐและประชาชน และดำเนินธุรกิจอันเกี่ยวกับการขนส่งของรถไฟ และธุรกิจอื่นซึ่งเป็นประโยชน์แก่กิจการรถไฟ และมาตรา 9 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว บัญญัติให้ผู้ถูกฟ้องคดีมีอำนาจที่จะกระทำการต่าง ๆ ภายในขอบวัตถุประสงค์ตามที่ระบุไว้ในมาตรา 6 โดยในการดำเนินกิจการของผู้ถูกฟ้องคดีนั้น มาตรา 38 แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน บัญญัติให้คำนึงถึงประโยชน์ของรัฐและประชาชนและความปลอดภัย ผู้ถูกฟ้องคดีจึงเป็นหน่วยงานทางปกครองที่กฎหมายกำหนดให้มีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำกิจการรับขนส่งผู้โดยสาร สินค้า พัสดุภัณฑ์และของอื่น ๆ ซึ่งเป็นบริการสาธารณะ ในการจัดทำกิจการบริการสาธารณะดังกล่าว นอกจากจะต้องจัดให้มีขบวนรถไฟสำหรับขนส่งผู้โดยสาร สินค้า พัสดุภัณฑ์ และของอื่น ๆ อย่างเพียงพอแก่ความต้องการของประชาชน วางระเบียบเกี่ยวกับการใช้บริการรถไฟเพื่อให้เกิดความปลอดภัยแก่ผู้โดยสาร สินค้า พัสดุภัณฑ์ และของอื่น ๆ ที่รับขนส่งแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีต้องดูแลรักษาส่วนต่าง ๆ ของตู้รถโดยสารของขบวนรถไฟ ให้อยู่ในสภาพที่ใช้การได้ดีและสามารถอำนวยความสะดวกสบายในการเดินทางให้แก่ผู้โดยสารได้ตามสมควร กล่าวโดยเฉพาะหน้าต่างของตู้รถโดยสารของขบวนรถไฟ หน้าต่างไม่ได้มีไว้เพียงเพื่อให้แสงสว่างจากภายนอกรถเข้าไปภายในรถได้เท่านั้น แต่ยังมีไว้เพื่อให้ผู้โดยสารสามารถมองเห็นสรรพสิ่งที่อยู่ภายนอกรถเพื่อให้เกิดความเพลิดเพลินในระหว่างที่อยู่ในรถและระแวดระวังภยันตรายที่อาจจะมีจากภายนอกรถอีกด้วย รถโดยสารที่ไม่มีหน้าต่างจึงไม่อาจเรียกได้ว่ารถโดยสาร **แต่เป็นรถขนส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์และต้องถือว่าผู้ให้บริการรถโดยสารสาธารณะที่ไม่มีหน้าต่างปฏิบัติต่อผู้โดยสารเยี่ยงวัตถุ ซึ่งเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้โดยสาร** ดังนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีหน้าที่ที่จะต้องจัดให้ตู้รถโดยสารของขบวนรถไฟทุกขบวนมีหน้าต่างและดูแลรักษาหน้าต่างตู้รถโดยสารทุกคันให้อยู่ในสภาพที่สามารถใช้การได้ ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดียินยอมให้บริษัท ดาวินชี่ แอดเฮ้าส์ จำกัด ติดตั้งป้ายโฆษณาภายนอกรถโดยสารบริเวณกระจกหน้าต่างรถโดยสารได้ด้วย ซึ่งเป็นการใช้หน้าต่างแสวงหารายได้จนทำให้ผู้โดยสารไม่อาจใช้ประโยชน์จากหน้าต่างรถโดยสารตามวัตถุประสงค์ของการจัดให้มีหน้าต่างได้ตามที่ควรจะเป็น จึงเป็นการละเลยต่อหน้าที่ในการจัดทำกิจการรับขนส่งผู้โดยสาร สินค้า พัสดุภัณฑ์ และของอื่น ๆ ซึ่งเป็นการบริการสาธารณะตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ ที่ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการขูดลอกแผ่นป้ายโฆษณาออกจากบริเวณกระจกหน้าต่างตู้รถโดยสารและทำความสะอาดกระจกหน้าต่างตู้รถโดยสารรถไฟทุกคัน ให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษานั้น ศาลปกครองสูงสุดเห็นพ้องด้วยในผล

2.2 ข้อสังเกตของผู้เขียน สำหรับคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดฉบับนี้ หากพิจารณาคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีแล้วจะเห็นได้ว่าเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ

แต่ในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดได้มีการวางหลักสำคัญที่ถือเป็นคำพิพากษาบรรทัดฐานที่สำคัญเกี่ยวกับการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ ในระหว่างที่มีการฟ้องคดีนี้นั้นเป็นช่วงที่อยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่นำหลักการเรื่อง "ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์" มาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ อย่างน้อยปรากฏอยู่ 3 มาตรา กล่าวคือ

มาตรา 4 *"ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิและเสรีภาพของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง"*

มาตรา 26 *"การใช้อำนาจโดยองค์กรของรัฐทุกองค์กร ต้องคำนึงถึงศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้"*

มาตรา 28 วรรคหนึ่ง *"บุคคลย่อมอ้างศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ หรือใช้สิทธิและเสรีภาพของตนได้เท่าที่ ไม่ละเมิดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอื่น ไม่เป็นปฏิปักษ์ต่อรัฐธรรมนูญ หรือไม่ขัดต่อศีลธรรมอันดีของประชาชน"*

การนำหลักการคุ้มครอง "ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์" เข้ามาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญไทยนั้น ท่านอาจารย์วรพจน์เป็นผู้มีบทบาทสำคัญในฐานะประธานอนุกรรมการยกร่างหมวดสิทธิและเสรีภาพ โดยได้รับอิทธิพลมาจากรัฐธรรมนูญเยอรมัน โดยเฉพาะหลักประกันในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิซึ่งถือว่าเป็นหัวใจที่สำคัญที่สุดของหมวดสิทธิและเสรีภาพ กล่าวเฉพาะหลักการคุ้มครอง "ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์" ซึ่งรัฐธรรมนูญเยอรมันเองก็บัญญัติไว้ในมาตรา 1 ของรัฐธรรมนูญเยอรมัน เหตุที่รัฐธรรมนูญเยอรมันต้องบัญญัติรับรองคุ้มครอง "ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์" นั้นมีสาเหตุมาจากในช่วงการปกครองของรัฐบาลภายใต้พรรคนาซีนั้นได้มีการกระทำต่อชาวยิวอย่างทารุณโหดร้ายเป็นการกระทำที่กระทำต่อเนื้อตัวร่างกายและจิตใจของชาวยิวอย่างที่มนุษย์ไม่พึงจะกระทำต่อมนุษย์ด้วยกัน ดังนั้น เมื่อเยอรมันแพ้สงครามโลกครั้งที่ 2 และมีการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่จึงได้บัญญัติเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในมาตรา 1 เพื่อประกาศให้ชาวโลกรับรู้ว่าต่อไปนี้รัฐเยอรมันจะเคารพในศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ กลับมาที่รัฐธรรมนูญไทย รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกของไทยที่นำเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เข้ามาบัญญัติเป็นครั้งแรก และต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ก็ยังคงหลักการเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และหลักประกันในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิและเสรีภาพเหมือนกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ทุกประการ เมื่อมีการบัญญัติเรื่องศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์แล้ว ปัญหาสำคัญประการต่อมา คือ ระบบกฎหมายไทยจะนำหลักการที่มีความเป็นนามธรรมให้เกิดเป็นรูปธรรมและนำไปสู่การบังคับใช้ในระบบกฎหมายได้อย่างไร นี่จึงเป็นคำถามของการบัญญัติหลักกฎหมายที่มีลักษณะเป็นนามธรรมดังกล่าว เช่นเดียวกับ "ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์" ซึ่งหมายถึงคุณค่าที่ระบบกฎหมายของรัฐนั้นมอบให้แก่บุคคล อันเป็นคุณค่าที่ผูกพันอยู่กับความเป็นมนุษย์โดยไม่คำนึงถึงเพศ เชื้อชาติ ศาสนา ผิว เผ่าพันธุ์ ภาษา หรือความคิดเห็นทางการเมือง ทั้งนี้ เพื่อให้มนุษย์แต่ละคนนั้นมีอิสระในการที่จะพัฒนาศักยภาพของแต่ละบุคคลไปตามเจตจำนงของตนได้ แม้จะให้ความหมายของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไว้ในลักษณะเช่นนี้ก็ยังมีลักษณะที่เป็นนามธรรมอยู่ คุณค่าสำคัญของคำพิพากษาฉบับนี้จึงมีบทบาทสำคัญที่ทำให้หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่มีความเป็นนามธรรมนั้นได้พัฒนามาสู่หลักเกณฑ์ที่เป็นรูปธรรมและสามารถนำหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ไปใช้ในภาคปฏิบัติของการบังคับใช้กฎหมายต่อไปได้ โดยคำพิพากษาฉบับนี้ได้เชื่อมโยงข้อเท็จจริงในคดีที่เกิดขึ้นเข้ากับหลักในการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และเชื่อมโยงกับภาระหน้าที่ของรัฐในฐานะที่เป็นผู้จัดทำบริการสาธารณะ กล่าวคือ ศาลปกครองสูงสุดได้ให้เหตุผลในการพิพากษาว่า *"...กล่าวโดยเฉพาะหน้าต่างของตู้รถโดยสารของขบวนรถไฟ หน้าต่างไม่ได้มีไว้เพียงเพื่อให้แสงสว่างจากภายนอกรถเข้าไปภายในรถได้เท่านั้น แต่ยังมีไว้เพื่อให้ผู้โดยสารสามารถมองเห็นสรรพสิ่งที่อยู่ภายนอกรถเพื่อให้เกิดความเพลิดเพลินในระหว่างที่อยู่ในรถและระแวดระวังภยันตรายที่อาจจะมีจากภายนอกรถอีกด้วย รถโดยสารที่ไม่มีหน้าต่างจึงไม่อาจเรียกได้ว่ารถโดยสาร* ***แต่เป็นรถขนส่งสินค้าและพัสดุภัณฑ์ และต้องถือว่าผู้ให้บริการรถโดยสารสาธารณะที่ไม่มีหน้าต่างปฏิบัติต่อผู้โดยสารเยี่ยงวัตถุ***

ซึ่งเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้โดยสาร..." คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดส่วนนี้เป็นการวางหลักการสำคัญในเรื่องการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ซึ่งมาจากหลักที่ว่า "เมื่อใดก็ตามที่มนุษย์ถูกลดฐานะเป็นเพียงวัตถุแห่งการกระทำของรัฐ เมื่อนั้นถือว่าเป็นการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลนั้น" หลักการที่ศาลพิพากษาในคดีนี้จึงสอดคล้องกับหลักการดังกล่าวที่ศาลปกครองสูงสุดกล่าวว่า ***"...ต้องถือว่าผู้ให้บริการรถโดยสารสาธารณะที่ไม่มีหน้าต่างปฏิบัติต่อผู้โดยสารเยี่ยงวัตถุ.."*** ดังนั้น จากหลักการสำคัญของคำพิพากษาฉบับนี้ได้ทำให้หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ที่มีลักษณะเป็นนามธรรมที่บัญญัติรับรองคุ้มครองไว้ในรัฐธรรมนูญไทยมีหลักเกณฑ์ที่เป็นรูปธรรมและสามารถนำไปใช้ในการบังคับใช้กฎหมายหรือการดำเนินการอื่น ๆ ของรัฐได้ ด้วยเหตุนี้ จึงถือว่าคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดฉบับนี้เป็นคำพิพากษาบรรทัดฐานที่วางหลักเกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ในระบบกฎหมายไทย

ในมิติที่เกี่ยวหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์อาจกล่าวได้ว่า อาจารย์วรพจน์ นอกจากในฐานะผู้ที่มีบทบาทสำคัญในการนำหลักนี้เข้ามาบัญญัติในรัฐธรรมนูญไทยเป็นครั้งแรกแล้ว ท่านยังมีบทบาทหลักในการสร้างคำพิพากษาบรรทัดฐานที่เกี่ยวกับศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เพื่อทำให้หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์สามารถนำไปใช้บังคับได้และสามารถพัฒนาหลักการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ให้พัฒนาต่อไปในระบบกฎหมายไทยได้

3. คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 7/2557 (บุคคลไม่อาจถูกลงโทษหลายครั้งสำหรับการกระทำความผิดครั้งเดียว)

ในส่วนนี้จะได้กล่าวถึง 3.1 ข้อเท็จจริงและคำพิพากษาของศาล และ 3.2 ข้อสังเกตของผู้เขียน โดยมีรายละเอียดดังนี้

3.1 ข้อเท็จจริงและคำพิพากษาของศาล

(1) คดีนี้ผู้ฟ้องคดี ฟ้องนายกองค์การบริหารส่วนตำบลบางปลากด ที่ 1 และคณะกรรมการพนักงานส่วนตำบลจังหวัดนครนายก ที่ 2 ผู้ฟ้องคดีเคยรับราชการเป็นพนักงานส่วนตำบล ตำแหน่งปลัดองค์การบริหารส่วนตำบลชะอม (เจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไป ระดับ 4) สังกัดองค์การบริหารส่วนตำบลชะอม อำเภอแก่งคอย จังหวัดสระบุรี ขณะรับราชการในตำแหน่งดังกล่าวได้ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดวินัย กรณีเมื่อครั้งดำรงตำแหน่งปลัดองค์การบริหารส่วนตำบลบางปลากด (เจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไป ระดับ 4) อำเภอองครักษ์ จังหวัดนครนายก ได้รับแต่งตั้งเป็นประธานกรรมการตรวจการจ้าง แต่ไม่ได้ออกไปตรวจสอบความถูกต้องโครงการก่อสร้างตามแบบแปลนที่กำหนด จำนวน 4 โครงการ ดังนี้ 1. โครงการก่อสร้างทางเดินเท้าคอนกรีต หมู่ที่ 7 พื้นที่รวม ตอม่อ ฐานรากบางตอม่อ ไม่เป็นไปตามรูปแบบรายการ 2. โครงการก่อสร้างถนนคอนกรีตเสริมเหล็ก หมู่ที่ 5 หมู่ที่ 6 หมู่ที่ 7 และหมู่ที่ 8 เป็นการจัดจ้างแรงงานราษฎร บ่อพักไม่ถึงจำนวนที่กำหนดไว้ในรูปแบบรายการ พื้นที่ก่อสร้างรวมมากกว่าที่กำหนดในรูปแบบรายการ ผิวคอนกรีตร่อนแตกหลุดออกของเนื้อปูน 3. โครงการก่อสร้างวางท่อระบายน้ำทิ้ง หมู่ที่ 5 หมู่ที่ 8 หมู่ที่ 7 มีบ่อพักน้ำ 41 บ่อ ไม่เป็นไปตามรูปแบบรายการที่กำหนดให้มี 51 บ่อ 4. โครงการซ่อมแซมถนน โดยอำเภอองครักษ์ได้แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงกรณีดังกล่าว และจังหวัดนครนายกได้ส่งสำเนารายงานผลการสอบสวนข้อเท็จจริงให้จังหวัดสระบุรีเพื่อดำเนินการทางวินัยกับผู้ฟ้องคดี ต่อมา อำเภอหนองโดนได้ส่งรายงานการสอบสวนข้อเท็จจริงดังกล่าวให้อำเภอแก่งคอย ซึ่งเป็นหน่วยงานต้นสังกัดของผู้ฟ้องคดีในขณะนั้นให้ดำเนินการทางวินัยกับผู้ฟ้องคดี หลังจากนั้น องค์การบริหารส่วนตำบลชะอมได้มีคำสั่งที่ 171/2545 เรื่อง แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัย ลงวันที่ 4 ตุลาคม 2545 แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยผู้ฟ้องคดี คณะกรรมการสอบสวนพิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีเมื่อครั้งดำรงตำแหน่งปลัดองค์การบริหารส่วนตำบลบางปลากด อำเภอองครักษ์ และปลัดองค์การบริหารส่วนตำบลวัดยม อำเภอบางปะอิน มีความผิดฐานไม่ระมัดระวังรักษาประโยชน์ของทางราชการ อันเป็นความผิดวินัยอย่างไม่ร้ายแรง ควรได้รับโทษตัดเงินเดือนร้อยละ 5 เป็นเวลา 3 เดือน ต่อมา คำสั่งองค์การบริหารส่วนตำบลชะอม ที่ 97/2546 เรื่อง ลงโทษตัดเงินเดือน

ลงวันที่ 18 มิถุนายน 2546 ที่ให้ลงโทษตัดเงินเดือนผู้ฟ้องคดีร้อยละ 5 ของเงินเดือนที่ผู้ฟ้องคดีได้รับเป็นเวลา 3 เดือน ตั้งแต่เดือนมิถุนายน ถึงเดือนสิงหาคม 2546 ซึ่งผู้ฟ้องคดีได้รับโทษตามคำสั่งดังกล่าวแล้ว และเรื่องได้ยุติลงแล้ว แต่ภายหลังจากนั้นในขณะที่ผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งปลัดองค์การบริหารส่วนตำบลบางปลากด (นักบริหารองค์การบริหารส่วนตำบล ระดับ 6) สังกัดองค์การบริหารส่วนตำบลบางปลากด อำเภอองครักษ์ จังหวัดนครนายก ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ได้มีมติในการประชุมครั้งที่ 10/2550 เมื่อวันที่ 26 ตุลาคม 2550 ให้ลงโทษไล่ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการ เนื่องจากเมื่อครั้งดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไป (ปลัดองค์การบริหารส่วนตำบล) องค์การบริหารส่วนตำบลบางปลากด ช่วงปีงบประมาณ พ.ศ. 2541- 2542 ได้กระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่และการกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการในฐานะกรรมการตรวจรับพัสดุและกรรมการตรวจการจ้าง โครงการก่อสร้างทางเดินเท้าคอนกรีต หมู่ที่ 7 และกรรมการตรวจรับพัสดุ โครงการก่อสร้างถนนคอนกรีตเสริมเหล็ก หมู่ที่ 5 หมู่ที่ 6 หมู่ที่ 7 และหมู่ที่ 8 เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ทางราชการ เป็นการกระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรงฐานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบเป็นการทุจริตต่อหน้าที่ราชการ และฐานปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยจงใจไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ระเบียบของทางราชการ มติคณะรัฐมนตรี หรือนโยบายของรัฐบาล อันเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ทางราชการอย่างร้ายแรงตามมาตรา 82 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 ประกอบมาตรา 4 และมาตรา 6 แห่งพระราชกฤษฎีการะเบียบพนักงานส่วนตำบล พ.ศ. 2539 ตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีมติให้ความเห็นชอบในการประชุมครั้งที่ 10/2450 เมื่อวันที่ 26 ตุลาคม 2550 กรณีจึงเห็นได้ชัดว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีคำสั่งองค์การบริหารส่วนตำบลบางปลากด ที่ 208/2550 เรื่อง ไล่ออกจากราชการ ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2550 ลงโทษไล่ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการตามมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ตั้งแต่วันที่ 16 พฤศจิกายน 2550 เป็นต้นไป โดยผู้ฟ้องคดีได้รับทราบคำสั่งดังกล่าวจากการปิดประกาศที่องค์การบริหารส่วนตำบลบางปลากดเมื่อวันที่ 23 พฤศจิกายน 2550 ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือลงวันที่ 6 ธันวาคม 2550 อุทธรณ์คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ตามคำสั่งองค์การบริหารส่วนตำบลบางปลากด ที่ 208/2550 เรื่อง ไล่ออกจากราชการ ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2550 แล้ว

(2) ศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า หลักที่ว่าบุคคลไม่อาจถูกลงโทษหลายครั้งสำหรับการกระทำความผิดครั้งเดียว เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ห้ามมิให้ลงโทษบุคคลใดบุคคลหนึ่งมากกว่าหนึ่งครั้งสำหรับความผิดที่บุคคลนั้นได้กระทำเพียงครั้งเดียว ไม่ว่าความผิดที่บุคคลนั้นได้กระทำและโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะเป็นความผิดและโทษทางอาญา ความผิดและโทษทางปกครอง หรือความผิดและโทษทางวินัย ก็ตาม นอกจากนั้น การลงโทษบุคคลไม่ว่าโทษนั้นจะเป็นโทษทางอาญา โทษทางปกครอง หรือโทษทางวินัย ถือได้ว่าเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพในชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินของบุคคลผู้ถูกลงโทษ การลงโทษบุคคลมากกว่าหนึ่งครั้งสำหรับการกระทำความผิดที่บุคคลนั้นได้กระทำเพียงครั้งเดียว จึงเท่ากับเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้โดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายเกินความจำเป็นแก่การรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะที่กฎหมายฉบับที่ให้อำนาจจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพนั้น ๆ มุ่งหมายจะให้ความคุ้มครอง อันเป็นการต้องห้ามตามมาตรา 29 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ด้วย

เมื่อข้อเท็จจริงรับฟังได้เป็นยุติว่า ประธานกรรมการบริหารองค์การบริหารส่วนตำบลชะอมได้มีคำสั่งองค์การบริหารส่วนตำบลชะอม ที่ 97/2546 เรื่อง ลงโทษตัดเงินเดือน ลงวันที่ 18 มิถุนายน 2546 ให้ลงโทษตัดเงินเดือนผู้ฟ้องคดีร้อยละ 5 ของเงินเดือนที่ผู้ฟ้องคดีได้รับแต่ละเดือน เป็นเวลา 3 เดือน ตั้งแต่เดือนมิถุนายน ถึงเดือนสิงหาคม 2546 สำหรับการกระทำความผิดวินัย ในกรณีของโครงการ 4 โครงการไปแล้ว และต่อมาผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ได้มีคำสั่งองค์การบริหารส่วนตำบลบางปลากด ที่ 208/2550 เรื่อง ไล่ออกจากราชการ ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2550 เป็นต้นไป สำหรับการกระทำความผิดทางวินัยในกรณีเมื่อ ครั้งดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไป (ปลัดองค์การบริหารส่วนตำบล)

องค์การบริหารส่วนตำบลบางปลากด ช่วงปีงบประมาณ พ.ศ. 2541 ถึง พ.ศ. 2542 ได้กระทำความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่และกระทำความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการในฐานะกรรมการตรวจรับพัสดุ/ตรวจการจ้าง โครงการก่อสร้างทางเดินเท้าคอนกรีต หมู่ที่ 7 และกรรมการตรวจรับพัสดุ เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ทางราชการโครงการก่อสร้างถนนคอนกรีตเสริมเหล็ก หมู่ที่ 5 หมู่ที่ 6 หมู่ที่ 7 และหมู่ที่ 8 เป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ทางราชการ เป็นการกระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรงฐานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เป็นการทุจริตต่อหน้าที่ราชการ และฐานปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยจงใจไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ระเบียบของทางราชการ มติคณะรัฐมนตรี หรือนโยบายของรัฐบาล อันเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ทางราชการอย่างร้ายแรงตามมาตรา 82 วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 ประกอบมาตรา 4 และมาตรา 6 แห่งพระราชกฤษฎีการะเบียบพนักงานส่วนตำบล พ.ศ. 2539 และตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีมติให้ความเห็นชอบในการประชุมครั้งที่ 10/2550 เมื่อวันที่ 26 ตุลาคม 2550 การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 มีคำสั่งองค์การบริหารส่วนตำบลบางปลากด ที่ 208/2550 เรื่อง ไล่ออกจากราชการ ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2550 ให้ลงโทษผู้ฟ้องคดีโดยให้ไล่ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการตามที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 มีมติเห็นชอบดังกล่าว เป็นการมีคำสั่งลงโทษผู้ฟ้องคดีซ้ำอีกครั้งสำหรับการกระทำความผิดวินัยของผู้ฟ้องคดีเรื่องเดียวกันกับที่ผู้ถูกฟ้องคดีเคยถูกลงโทษมาแล้วตามคำสั่งองค์การบริหารส่วนตำบลชะอมที่ 97/2546 เรื่อง ลงโทษตัดเงินเดือน ลงวันที่ 18 มิถุนายน 2546 อันเป็นการต้องห้ามตามหลักกฎหมายทั่วไป และบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ แม้จะเป็นความจริงว่าพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 จะบัญญัติไว้ในมาตรา 91 ว่า เมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. ไต่สวนข้อเท็จจริงแล้วมีมติว่าข้อกล่าวหาใดไม่มีมูลให้ข้อกล่าวหานั้นเป็นอันตกไป ข้อกล่าวหาใดที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติว่ามีมูลความผิดให้ดำเนินการดังต่อไปนี้ (1) ถ้ามีมูลความผิดวินัย ให้ดำเนินการตามมาตรา 92 ต่อไปก็ตาม แต่กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวหาได้มีผลเป็นการยกเลิกหรือยกเว้นผลบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปที่ห้ามมิให้ลงโทษบุคคลใดบุคคลหนึ่งมากกว่าหนึ่งครั้งสำหรับความผิดที่บุคคลนั้นได้กระทำเพียงครั้งเดียวและมาตรา 29 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่ห้ามมิให้จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินความจำเป็นแก่การรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะที่กฎหมายฉบับที่ให้อำนาจจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพนั้น ๆ มุ่งหมายให้ความคุ้มครอง แต่อย่างใดไม่ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 โดยความเห็นชอบของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ก็อาจปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าว โดยมีคำสั่งลงโทษผู้ฟ้องคดีทางวินัยฐานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยมิชอบด้วยกฎหมายเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นได้รับประโยชน์ที่มิควรได้ อันเป็นการทุจริตต่อหน้าที่ราชการ และฐานปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยจงใจไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ระเบียบของทางราชการ มติคณะรัฐมนตรีหรือนโยบายของรัฐบาล อันเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ทางราชการอย่างร้ายแรงได้โดยไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักกฎหมายทั่วไปและบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ โดยการดำเนินการให้มีการเพิกถอนคำสั่งองค์การบริหารส่วนตำบลชะอม ที่ 97/2546 เรื่อง ลงโทษตัดเงินเดือน ลงวันที่ 18 มิถุนายน 2546 ที่ให้ลงโทษตัดเงินเดือนผู้ฟ้องคดีร้อยละ 5 ของเงินเดือนที่ผู้ฟ้องคดีได้รับเป็นเวลา 3 เดือน ตั้งแต่เดือนมิถุนายน ถึงเดือนสิงหาคม 2546 โดยการเพิกถอนให้มีผลย้อนหลังไปถึงวันออกคำสั่งดังกล่าว ตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หมวด 2 คำสั่งทางปกครอง ส่วนที่ 6 การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเสียก่อน ซึ่งเมื่อได้ดำเนินการดังกล่าวแล้วในสายตาของกฎหมายย่อมถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีไม่เคยถูกลงโทษทางวินัยสำหรับการกระทำความผิดในกรณีเรื่องเดียวกันนี้มาก่อน

ที่ศาลปกครองชั้นต้นวินิจฉัยว่า คำสั่งองค์การบริหารส่วนตำบลบางปลากด ที่ 208/2550 เรื่อง ไล่ออกจากราชการ ลงวันที่ 16 พฤศจิกายน 2550 ที่ให้ไล่ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการ ตั้งแต่วันที่ 16 พฤศจิกายน 2550 และคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ที่มีมติให้ยกอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีในการประชุมครั้งที่ 3/2551 เมื่อวันที่ 24 มีนาคม 2551

เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และมีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ดังกล่าว นั้น ศาลปกครองสูงสุดเห็นพ้องด้วย อุทธรณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 และผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ฟังไม่ขึ้น

3.2 ข้อสังเกตของผู้เขียน จากคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นและคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ดังกล่าว ผู้เขียนมีข้อสังเกต 3 ประการ ดังนี้

(1) การยืนยัน “หลักห้ามมิให้ลงโทษซ้ำ” กับการลงโทษทุกประเภทไม่ว่าจะเป็นโทษทางอาญา โทษทางปกครอง และโทษทางวินัย ความเข้าใจโดยทั่วไปจะเข้าใจว่า “หลักห้ามมิให้ลงโทษซ้ำ” นั้นเป็นหลักพื้นฐานในทางอาญา เนื่องจากประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา มาตรา 39 บัญญัติว่า *“สิทธินำคดีอาญามาฟ้องย่อมระงับไป ดังต่อไปนี้*

(1) โดยความตายของผู้กระทำผิด

(2) ในคดีความผิดต่อส่วนตัว เมื่อได้ถอนคำร้องทุกข์ ถอนฟ้องหรือยอมความกันโดยถูกต้องตามกฎหมาย

(3) เมื่อคดีเลิกกันตามมาตรา 37

(4) เมื่อมีคำพิพากษาเสร็จเด็ดขาดในความผิดซึ่งได้ฟ้อง

(5) เมื่อมีกฎหมายออกใช้ภายหลังการกระทำผิดยกเลิกความผิดเช่นนั้น

(6) เมื่อคดีขาดอายุความ

(7) เมื่อมีกฎหมายยกเว้นโทษ”

สำหรับโทษในทางปกครองและโทษในทางวินัยอาจจะไม่มีการบัญญัติไว้ชัดเจนถึงหลักดังกล่าว ข้อพิจารณาในทางนิติวิธีจึงมีข้อพิจารณาว่า หลักห้ามมิให้ลงโทษซ้ำเป็นหลักในทางอาญา หากจะนำมาใช้ในการลงโทษทางปกครองหรือการลงโทษทางวินัยด้วยก็อาจนำมาใช้ในฐานะการเทียบเคียง (Analogy) แต่อย่างไรก็ตาม เมื่อคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในเรื่องนี้ยืนยันว่า “หลักห้ามมิให้ลงโทษซ้ำ” เป็นหลักกฎหมายทั่วไป และวงการกฎหมายของไทยยอมรับตามคำพิพากษาฉบับนี้ คำพิพากษาฉบับนี้ย่อมมีสถานะเป็นคำพิพากษาบรรทัดฐานที่ยืนยันว่า “หลักห้ามมิให้ลงโทษซ้ำ” มีสถานะเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” ซึ่งในกรณีเช่นนี้ก็จะมีผลต่อนิติวิธีในการนำ “หลักห้ามมิให้ลงโทษซ้ำ” โดยไม่จำเป็นต้องใช้หลักการเทียบเคียง (Analogy) มาใช้แต่อย่างใด แต่อย่างไรก็ตาม ยังมีข้อพิจารณาที่อาจจะมีความแตกต่างไปจากโทษในทางอาญาอยู่บางประการ กล่าวคือ ในทางอาญานั้น หากมีการลงโทษจาการกระทำในกรณีใดไปแล้ว “หลักห้ามมิให้ลงโทษซ้ำ” ย่อมส่งผลให้การเริ่มดำเนินการสอบสวนหรือการดำเนินการใด ๆ ที่จะไปสู่การฟ้องคดีอาญาใหม่สำหรับการกระทำนั้นไม่อาจกระทำได้ แต่ในกรณีของโทษทางวินัยตามข้อเท็จจริงในกรณีนี้ แม้จะมีการลงโทษทางวินัยของผู้ฟ้องในคดีนี้ไปแล้วจากการกระทำเดียวกันนั้นก็ไม่ส่งผลต่ออำนาจในการไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. แต่อย่างใด หากพิจารณาเคร่งครัดตามหลักวิธีพิจารณาความอาญาแล้ว กระบวนการสอบสวนใหม่สำหรับการกระทำที่ได้รับโทษไปแล้วนั้นย่อมไม่อาจกระทำได้ หากขอบเขตของการลงโทษทางวินัยยอมรับหลักห้ามมิให้ลงโทษซ้ำจึงอาจเกิดคำถามว่า การไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ในเรื่องที่มีการลงโทษทางวินัยไปแล้วจะเป็นการขัดต่อหลัก ดังกล่าวหรือไม่ หรือถือว่าอำนาจการไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นข้อยกเว้นของหลักห้ามมิให้ลงโทษซ้ำของโทษทางวินัยจะได้หรือไม่ ข้อพิจารณาเหล่านี้ยังคงมีประเด็นข้อพิจารณาในการนำ “หลักห้ามมิให้ลงโทษซ้ำ” มาใช้ในขอบเขตของโทษทางปกครองกับโทษทางวินัย โดยเฉพาะประเด็นผลของ “หลักห้ามมิให้ลงโทษซ้ำ” จะมีผลต่อการกระทำอื่น ๆ ในภายหลังเพียงใด โดยเฉพาะอำนาจหน้าที่ขององค์กรอื่นที่มีอำนาจหน้าที่ในการสอบสวนหรือไต่สวน เช่น กรณีของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ย่อมมีอำนาจไต่สวนเรื่องที่อยู่ในขอบอำนาจของตน โดยที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ไม่ต้องคำนึงว่าการกระทำที่เป็นเหตุของการไต่สวนนั้นจะเคยมีการพิจารณาและมีการลงโทษทางวินัยมาแล้ว กล่าวเฉพาะในกรณีของคณะกรรมการ ป.ป.ช. นั้น อาจจะเข้าใจได้ว่า ในการไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. มีความมุ่งหมายเพื่อชี้มูลในทางอาญา

แม้ว่าจะเป็นการกระทำเดียวก็ไม่มีข้อจำกัดตาม “หลักห้ามมิให้ลงโทษซ้ำ” แต่อย่างใด เพราะมิใช่โทษประเภทเดียวกัน แต่เมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. ชี้มูลว่ามีมูลเป็นความผิดฐานทุจริตแล้วย่อมผูกพันผู้บังคับบัญชาที่จะต้องลงโทษทางวินัยด้วย กรณีของคณะกรรมการ ป.ป.ช. สามารถอธิบายถึงอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ ป.ป.ช. กับ “หลักห้ามมิให้ลงโทษซ้ำ” ได้ แต่หากเป็นคณะกรรมการชุดอื่น ๆ ที่ดำเนินการเพื่อสอบสวนหรือไต่สวนจากการกระทำที่เคยถูกลงโทษทางปกครองหรือโทษทางวินัยไปแล้วจะถือได้หรือไม่ว่า การสอบสวนหรือการไต่สวนในครั้งหลังนี้เป็นการกระทำที่ขัดต่อ “หลักห้ามมิให้ลงโทษซ้ำ” ซึ่งคงเป็นประเด็นที่จะต้องศึกษาค้นคว้าในประเด็นนี้กันต่อไปเพื่อให้เกิดความชัดเจนในเรื่องผลของ “หลักห้ามมิให้ลงโทษซ้ำ” ในขอบเขตของโทษทางปกครองและโทษทางวินัย

(2) กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญมิได้มีผลเป็นการยกเลิกหรือยกเว้นผลบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปที่ห้ามมิให้ลงโทษบุคคลใดบุคคลหนึ่งมากกว่าหนึ่งครั้งสำหรับความผิดที่บุคคลนั้นได้กระทำเพียงครั้งเดียวและมาตรา 29 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่ห้ามมิให้จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินความจำเป็น ข้อความข้างต้นเป็นการให้เหตุผลในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ซึ่งหมายความว่า แม้จะเป็นความจริงว่าพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2542 จะบัญญัติไว้ในมาตรา 91 ว่า เมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. ไต่สวนข้อเท็จจริงแล้วมีมติว่าข้อกล่าวหาใดไม่มีมูลให้ข้อกล่าวหานั้นเป็นอันตกไป ข้อกล่าวหาใดที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีมติว่ามีมูลความผิดให้ดำเนินการดังต่อไปนี้ (1) ถ้ามีมูลความผิดวินัยให้ดำเนินการตามมาตรา 92 โดยในมาตรา 92 วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า ในกรณีมีมูลความผิดทางวินัย เมื่อคณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้พิจารณาพฤติการณ์แห่งการกระทำความผิดแล้วมีมติว่าผู้ถูกกล่าวหาผู้ใดได้กระทำความผิดวินัยให้ประธานกรรมการส่งรายงานและเอกสารที่มีอยู่ พร้อมทั้งความเห็นไปยังผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจแต่งตั้งหรือถอดถอนผู้ถูกกล่าวหาผู้นั้นเพื่อพิจารณาโทษทางวินัยตามฐานความผิดที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้มีมติโดยไม่ต้องแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนวินัยอีกก็ตาม แต่กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวหาได้มีผลเป็นการยกเลิกหรือยกเว้นผลบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปที่ห้ามมิให้ลงโทษบุคคลใดบุคคลหนึ่งมากกว่าหนึ่งครั้งสำหรับความผิดที่บุคคลนั้นได้กระทำเพียงครั้งเดียวและมาตรา 29 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่ห้ามมิให้จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินความจำเป็นแก่การรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะที่กฎหมายฉบับที่ให้อำนาจจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพนั้น ๆ มุ่งหมายให้ความคุ้มครองแต่อย่างใดไม่ ประเด็นที่มีข้อพิจารณาตามคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดฉบับนี้ คือ กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญไม่ได้มีผลเป็นการยกเลิกหรือยกเว้นผลบังคับของ “หลักกฎหมายทั่วไป” ซึ่งหลักการในเรื่องนี้ย่อมเป็นหลักทั่วไป แต่อาจมีผลที่มีข้อน่าคิดจากหลักการดังกล่าวต่อไปว่า หากกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญฉบับเดียวกันนี้เป็นการขัดหรือแย้งต่อ “หลักกฎหมายทั่วไป” ในเรื่องอื่น ๆ จะมีผลอย่างไร เช่น หากยอมรับกันว่า “หลักการรับฟังความสองฝ่าย” มีสถานะเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” ที่มุ่งคุ้มครองสิทธิของบุคคลจากการกระทำของรัฐ หากมีประเด็นว่า กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวขัดหรือแย้งต่อ “หลักการรับฟังความสองฝ่าย” จะมีผลอย่างไร และหากถือตามบรรทัดฐานของคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดฉบับนี้ที่ว่า *“...กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าวหาได้มีผลเป็นการยกเลิกหรือยกเว้นผลบังคับของหลักกฎหมายทั่วไปที่ห้ามมิให้ลงโทษบุคคลใดบุคคลหนึ่งมากกว่าหนึ่งครั้งสำหรับความผิดที่บุคคลนั้นได้กระทำเพียงครั้งเดียวและมาตรา 29 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ที่ห้ามมิให้จำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินความจำเป็นแก่การรักษาไว้ซึ่งประโยชน์สาธารณะที่กฎหมายฉบับที่ให้อำนาจจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพนั้น ๆ มุ่งหมายให้ความคุ้มครองแต่อย่างใดไม่...”* กรณีของ “หลักกฎหมายทั่วไป” ที่ว่าด้วย “หลักการรับฟังความสองฝ่าย” จึงเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” อีกหลักหนึ่งที่มีความสำคัญที่จะต้องนำมาพิจารณาเพื่อทำให้กระบวนการไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ที่มุ่งหมายในเรื่องทางอาญาแต่มีผลผูกพันเด็ดขาดในเรื่องทางวินัยจะไม่ขัดกับ “หลักการรับฟังความสองฝ่าย” ซึ่งถือว่าเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป”

อีกหลักหนึ่ง ทั้งนี้เพื่อทำให้กระบวนการไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. และการลงโทษทางวินัยของผู้บังคับบัญชานั้นได้ดำเนินไปบนพื้นฐานของหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องดังกล่าว

(3) แนวทางการดำเนินการมิให้ขัดกับ “หลักห้ามมิให้ลงโทษซ้ำ” และบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ จุดเด่นที่สำคัญอีกประการหนึ่งของคำพิพากษาฉบับนี้ คือการอธิบายแนวทางในการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมิให้ขัดกับ “หลักห้ามมิให้ลงโทษซ้ำ” ตามที่ศาลปกครองได้หยิบยกมาเป็นเหตุผลสำคัญของการพิพากษาในคดีนี้ คุณูปการสำคัญของคำพิพากษาฉบับนี้ยังได้ชี้แนวทางในการดำเนินการในภาคปฏิบัติของฝ่ายปกครองตามที่ศาลปกครองสูงสุดกล่าวว่า *“...ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 โดยความเห็นชอบของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ก็อาจปฏิบัติตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญดังกล่าว โดยมีคำสั่งลงโทษผู้ฟ้องคดีทางวินัยฐานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยมิชอบด้วยกฎหมายเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นได้รับประโยชน์ที่มิควรได้ อันเป็นการทุจริตต่อหน้าที่ราชการ และฐานปฏิบัติหน้าที่ราชการโดยจงใจไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย ระเบียบของทางราชการ มติคณะรัฐมนตรีหรือนโยบายของรัฐบาลอันเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ทางราชการอย่างร้ายแรง ได้โดยไม่ขัดหรือแย้งต่อหลักกฎหมายทั่วไปและบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ โดยการดำเนินการให้มีการเพิกถอนคำสั่งองค์การบริหารส่วนตำบลชะอม ที่ 97/2546 เรื่อง ลงโทษตัดเงินเดือน ลงวันที่ 18 มิถุนายน 2546 ที่ให้ลงโทษตัดเงินเดือนผู้ฟ้องคดีร้อยละ 5 ของเงินเดือนที่ผู้ฟ้องคดีได้รับเป็นเวลา 3 เดือน ตั้งแต่เดือนมิถุนายน ถึงเดือนสิงหาคม 2546 โดยการเพิกถอนให้มีผลย้อนหลังไปถึงวันออกคำสั่งดังกล่าวตามหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งทางปกครองในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 หมวด 2 คำสั่งทางปกครอง ส่วนที่ 6 การเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง เสียก่อน ซึ่งเมื่อได้ดำเนินการดังกล่าวแล้วในสายตาของกฎหมายย่อมถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีไม่เคยถูกลงโทษทางวินัยสำหรับการกระทำความผิดในกรณีเรื่องเดียวกันนี้มาก่อน...”* แนวทางตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดในเรื่องนี้จึงกลายเป็นแนวทางในการแก้ปัญหากรณีที่มีข้อเท็จจริงลักษณะเดียวกันกับคำพิพากษาฉบับนี้ อย่างน้อยที่การชี้มูลของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ก็ยังมีผลผูกพันในทางกฎหมายต่อผู้บังคับบัญชา แต่การจะลงโทษทางวินัยก็อาศัยมาตรการตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองในส่วนที่ว่าด้วยการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองมาเป็นเครื่องมือในการดำเนินการตามกฎหมายเสียก่อนแล้วจึงออกคำสั่งลงโทษทางวินัยตามที่ผูกพันตามมติคณะกรรมการ ป.ป.ช. ซึ่งในกรอบความคิดทางกฎหมาย การดำเนินการในลักษณะนี้ย่อมเป็นที่ยอมรับกันได้ แต่คงมีข้อพิจารณาในรายละเอียดว่า การจะเพิกถอนคำสั่งในกรณีนี้จะอาศัยหลักเกณฑ์ตามมาตราใดของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 กรณีนี้จะต้องถือว่าคำสั่งลงโทษทางวินัยที่ลงโทษไปครั้งแรกนั้นต้องถือว่าเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมาย เมื่อเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายแล้วการเพิกถอนย่อมเป็นไปตามมาตรา 53 แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว เมื่อพิจารณาตามมาตรา 53 แล้วในกรณีนี้จะอ้างกรณีในการเพิกถอนจากกรณีใด ตามที่กำหนดไว้ใน (1) – (5) ประเด็นข้อพิจารณาจากข้อเท็จจริงในคดีนี้จะเข้ากรณีตามที่กำหนดในมาตรา 53 (1) – (5) หรือไม่ โดยเฉพาะตามมาตรา 53 (5) *“อาจเกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อประโยชน์สาธารณะหรือต่อประชาชนอันจำเป็นต้องป้องกันหรือขจัดเหตุดังกล่าว”* จะอ้างว่าเข้ากรณีตาม (5) นี้ได้หรือไม่ คงเป็นประเด็นที่จะต้องพิจารณากันต่อไป

บทสรุป

บทความ “อาจารย์วรพจน์กับบทบาทในการสร้างคำพิพากษาบรรทัดฐาน” ฉบับนี้ นอกจากเป็นบทความที่เขียนขึ้นเพื่อเป็นอาจาริยบูชาต่ออาจารย์วรพจน์ฯ ในฐานะเป็นครูกฎหมายในทางกฎหมายมหาชนของผู้เขียนแล้ว บทความนี้มุ่งที่จะเสนอประเด็นในเชิงเนื้อหาของคำพิพากษาบรรทัดฐานที่อาจารย์วรพจน์ได้มีบทบาทอันสำคัญในการสร้างคำพิพากษาเหล่านี้ออกมา ไม่ว่าจะเป็นคำพิพากษาของศาลปกครองที่เกี่ยวกับการวาง “หลักความพอสมควรแก่เหตุ”

คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่วาง “หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์” และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ยืนยันว่า “หลักห้ามมิให้ลงโทษซ้ำ” มีสถานะเป็น “หลักกฎหมายทั่วไป” คำพิพากษาเหล่านี้ถือว่าเป็นบรรทัดฐานในทางกฎหมายปกครองหรือในทางกฎหมายมหาชนในระบบกฎหมายไทย สิ่งเหล่านี้ถือว่าเป็นคุณูปการหนึ่งของอาจารย์วรพจน์ฯ ที่ได้สร้างสรรค์ไว้กับวงการกฎหมายไทยในฐานะที่ทำหน้าที่เป็นตุลาการศาลปกครอง หากจะกล่าวกันอย่างถึงที่สุดแล้ว คุณูปการของอาจารย์วรพจน์มิได้มีคุณูปการเฉพาะในบทบาทหน้าที่ในทางตุลาการเท่านั้น แต่อาจารย์วรพจน์ฯ มีบทบาทต่อวงการกฎหมายไทยใน 3 บทบาท กล่าวคือ ในฐานะผู้สอน ผู้ร่าง และผู้สร้าง ในฐานะผู้สอนอาจารย์วรพจน์ฯ เคยเป็นอาจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ มีความรู้ความสามารถในการสอน การเขียนตำรับตำราทางกฎหมายเป็นที่ประจักษ์จนมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ได้มอบศาสตราจารย์พิเศษ ในทางกฎหมายให้อาจารย์วรพจน์ฯ ในฐานะผู้ร่าง อาจารย์วรพจน์มีบทบาทสำคัญในการช่วยร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ในหมวดสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย ที่ได้นำหลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และหลักประกันในการตรากฎหมายจำกัดสิทธิมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งถือว่าเป็นหัวใจสำคัญที่สุดของหมวดสิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย หลักการดังกล่าวยังคงอยู่และสืบเนื่องมาถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ในปัจจุบันนี้ ในฐานะผู้สร้าง เป็นบทบาทในฐานะเป็นตุลาการศาลปกครองได้มีบทบาทสำคัญในการสร้างคำพิพากษาบรรทัดฐานตามที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้น จากบทบาททั้งสามประการดังกล่าวของอาจารย์วรพจน์ฯ หากเปรียบเทียบกับการเป็นสถาปนิก อาจารย์วรพจน์ฯ เป็นทั้งผู้ออกแบบ เขียนแปลน เป็นทั้งผู้ลงเสาเข็มและก่อสร้างอาคาร และสุดท้ายยังเป็นผู้ตกแต่งภายในของอาคาร และไม่เกินเลยหากจะกล่าวว่าอาจารย์วรพจน์ฯ เป็นสถาปนิกเอกของกฎหมายมหาชนของไทย

บทบาทของคำพิพากษาบรรทัดฐาน (le précédent) ในกฎหมายปกครองฝรั่งเศส

ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤกษ์[1]

อาจารียบูชา ศ. (พิเศษ) ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์

ศ. (พิเศษ) ดร.วรพจน์ฯ เป็นบุคคลซึ่งผู้เขียนยกย่องถึงความมี legal mind ที่สมบูรณ์

สมกับเป็นผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมายที่แท้จริง

ความนำ

Precedent (อังกฤษ) หรือ précédent (ฝรั่งเศส) ได้รับการถอดความเป็นภาษาไทยว่าเป็น “คำพิพากษาบรรทัดฐาน” ซึ่งอาจนำมาสู่ความเข้าใจที่ไม่ตรงกันเมื่อมีการหยิบยกถ้อยคำดังกล่าวมาศึกษาถึงบทบาทของถ้อยคำนี้ในกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ทั้งนี้ เนื่องมาจากสาเหตุที่ว่าในฐานะประเทศในกลุ่มระบบกฎหมาย civil law ระบบกฎหมายฝรั่งเศสถือว่าศาลมีหน้าที่เพียงการใช้การตีความกฎหมายหรือเป็น “กระบอกเสียงแห่งกฎหมาย” ดังปรากฏในวรรณกรรมของ Montesquieu ที่ว่า « le juge est la bouche de la loi » อันเป็นข้อความคิดที่แตกต่างจากที่ปรากฏในประเทศในกลุ่มระบบกฎหมาย common law ที่ถือว่าการพิจารณาพิพากษาคดีจะต้องเป็นไปตามแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานที่ปรากฏในคดีก่อนหน้า โดยประเทศในกลุ่มระบบกฎหมาย common law ถือว่าคำพิพากษาบรรทัดฐานมีลักษณะ 2 ประการ กล่าวคือ (ก) เป็นการจัดทำคำพิพากษาโดยศาลลำดับสูงที่สุดของระบบกฎหมายนั้น และ (ข) คำพิพากษาบรรทัดฐานมีลักษณะเป็นกฎเกณฑ์ทั่วไปซึ่งมีผลใช้บังคับกับศาลทุกศาล ความดังกล่าวนำมาสู่ผลที่ตามมาก็คือหากปรากฏว่าข้อเท็จจริงในข้อพิพาทที่จะเกิดในอนาคตนั้นมีลักษณะเดียวกัน ศาลก็ต้องถือตามแนวคำพิพากษาที่เคยปรากฏในอดีต อันนำมาสู่คำกล่าวที่ผู้ศึกษาระบบกฎหมาย common law คุ้นเคยกันดีว่าเป็นระบบ judge made law

อาจกล่าวได้ว่ากฎหมาย common law มีพื้นฐานจากแนวบรรทัดฐานที่ศาลหลวงในประเทศอังกฤษพิจารณาพิพากษาไว้ในช่วงศตวรรษภายหลังจากการสวรรคตของพระเจ้าเฮนรีที่ 2[2] อันเป็นที่แน่นอนว่า คำพิพากษาฉบับแรก ๆ ย่อมมีส่วนในการยกร่างคำพิพากษาฉบับหลัง มีการบันทึกรายงานอันมีเนื้อหาสาระแสดงถึงข้อเท็จจริงและข้อโต้เถียงของคู่ความในแต่ละคดี แล้วรวบรวมไว้เป็น Year Books เพื่อความสะดวกในการสืบค้นและกล่าวอ้างในคดีทั้งหลาย แต่ก็ยังไม่ปรากฏชัดเจนหรือมีหลักฐานยืนยันว่าคำพิพากษาของศาลในคดีก่อน ๆ ย่อมมีผลผูกพันศาลในการพิจารณาคดีหลัง และถึงแม้ว่าในศตวรรษที่ 16 และศตวรรษที่ 17 ก็พบว่ามีการพิมพ์รายงานคำพิพากษาที่ทันสมัยก็ตาม แต่ก็ยังไม่อาจยืนยันได้ว่ามีการแสดงให้เห็นถึงทฤษฎีแนวคำพิพากษาบรรทัดฐาน ทั้งนี้ ในช่วงเวลาดังกล่าวปรากฏข้อความคิดที่นำเสนอ

---

[1] Docteur en droit public (mention très honorable) มหาวิทยาลัย Clermont-Auvergne, ผู้อำนวยการกลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน 1 สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

[2] มีชีวิตอยู่ระหว่าง ค.ศ. 1113 ถึง ค.ศ. 1183

โดย John VAUGHAN[3] ซึ่งชี้ให้เห็นถึงความจำเป็นในการแบ่งแยกระหว่างส่วนที่เป็นเหตุผลแห่งคำวินิจฉัยคดีของศาล ซึ่งถือเป็นส่วนสำคัญของคำพิพากษา (ratio decidendi) กับส่วนที่มิใช่เหตุผลแห่งคำวินิจฉัย (obiter dictum) โดยอธิบายเป็นการเพิ่มเติมว่า แม้เหตุผลที่สำคัญในคำวินิจฉัยแห่งคดีของศาลก็อาจถูกปฏิเสธได้ หากว่าเหตุผลนั้นขัดกับหลักความยุติธรรมพื้นฐาน (หลัก Equity) ต่อมาในศตวรรษที่ 19 Lord Mansfield[4] ก็ได้ยืนยันว่าแม้ว่าแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานจะอธิบายให้เห็นหลักเกณฑ์ แต่หลักเกณฑ์ที่จะผูกพันเป็นกฎหมาย มิอาจค้นหาได้จากคดีใดเพียงคดีหนึ่งเท่านั้น

จนกระทั่งในศตวรรษที่ 19 จึงได้เริ่มยอมรับเป็นหลักการว่าหลักกฎหมายที่ได้จากคำพิพากษาของศาลที่อยู่ในลำดับสูงกว่าผูกพันศาลที่อยู่ในลำดับต่ำกว่า อีกทั้งศาลสูงสุดก็ต้องผูกพันโดยคำพิพากษาของตนเองด้วย ในขณะนั้นประเทศอังกฤษได้ตราพระราชบัญญัติ The Judicature Act อันมีผลเป็นการจัดลำดับศาลใหม่ ผลจึงเป็นว่าหลักที่ว่าคำพิพากษาของศาลที่อยู่ในลำดับสูงกว่าผูกพันศาลที่อยู่ในลำดับต่ำกว่าจึงมีความเป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้น ทั้งนี้ พบว่ารายงานคำพิพากษา (law report) ก็มีส่วนสำคัญในการเสริมความแข็งแกร่งให้กับทฤษฎีแนวคำพิพากษาบรรทัดฐาน เนื่องจากการพิมพ์เผยแพร่รายงานคำพิพากษาดำเนินการโดยเอกชนซึ่งต้องดำเนินการภายใต้การแข่งขันกันค่อนข้างสูง เอกชนแต่ละรายจึงต้องนำเสนอจุดเด่นของสินค้าของตนเพื่อให้จูงใจผู้บริโภคมากที่สุด อนึ่ง แม้ว่าในศตวรรษที่ 19 นี้ บทบาทของรัฐสภาอังกฤษในการตรากฎเกณฑ์ทางกฎหมายระดับพระราชบัญญัติมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ออกโดยรัฐสภาจึงกลายมาเป็นแหล่งที่มาของกฎหมายอีกแหล่งหนึ่งเช่นเดียวกับกฎหมายตามคำพิพากษาของศาล[5] แต่ประเทศอังกฤษก็ยังมีภาพลักษณ์ว่าเป็นประเทศที่มีระบบกฎหมายแบบ judge made law แม้ว่าผู้พิพากษาอังกฤษจะพยายามล้มล้างแนวคิดดังกล่าว และยืนยันตลอดมาว่าตนเองเป็นผู้ใช้กฎหมายที่มีอยู่แล้วเท่านั้น ดังนั้น ทฤษฎีแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานจึงมีผลโดยตรงเป็นการสนับสนุนความพยายามของผู้พิพากษาอังกฤษกลุ่มนี้ เนื่องจากทฤษฎีแนวคำพิพากษาบรรทัดฐานส่งผลให้กฎหมายอังกฤษมีความแน่นอน มิได้ขึ้นกับตัวผู้พิพากษาแต่ละรายเท่านั้น

ความที่กล่าวมาข้างต้นเกี่ยวกับลักษณะของระบบกฎหมายอังกฤษมีความแตกต่างอย่างสิ้นเชิงกับระบบกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งนอกจากเป็นระบบกฎหมาย civil law และมีการแยกกฎหมายเอกชนออกจากกฎหมายมหาชนอย่างชัดเจน ระบบกฎหมายฝรั่งเศสก็ยังอยู่บนแนวคิดดั้งเดิมในเชิงการจำกัดเสรีภาพของผู้พิพากษาตุลาการในการสร้างและการตีความกฎหมาย โดยข้อความคิดนี้เป็นผลมาจากประวัติศาสตร์ของประเทศซึ่งเคร่งครัดกับหลักการแบ่งแยกอำนาจตามความในรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 16 และ 24 สิงหาคม ค.ศ. 1790 ซึ่งรัฐบัญญัติฉบับเดียวกันนี้ยังปรากฏความในมาตรา 12 ที่วางหลักถึงความเป็นสิ่งสูงสุดของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ (la suprématie de la loi) อันถือเป็นการแสดงออกถึงความประสงค์ของประชาชน จะเห็นได้ว่าความตามมาตราดังกล่าวนี้เองเป็นผลต่อมาเป็นเชิงการลดทอนอำนาจในการวางกฎเกณฑ์ทางกฎหมายของผู้พิพากษาตุลาการในศาลทั้งหลายของประเทศฝรั่งเศส

ต่อมาประเทศฝรั่งเศสประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งในปี ค.ศ. 1804 โดยบัญญัติความในมาตรา 5 และมาตรา 1351 ถึงข้อห้ามของผู้พิพากษาตุลาการในการสร้างกฎเกณฑ์อื่นใดขึ้นมาใช้บังคับ แต่จะต้องถือตามเนื้อหาสาระที่ปรากฏในกฎเกณฑ์ทางกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น ทั้งนี้ Georges VEDEL[6] ปรมาจารย์ด้านกฎหมายมหาชนฝรั่งเศส

---

[3] ผู้พิพากษา มีชีวิตอยู่ระหว่าง ค.ศ. 1603 ถึง ค.ศ. 1674

[4] ผู้พิพากษา มีชีวิตอยู่ระหว่าง ค.ศ. 1705 ถึง ค.ศ. 1693

[5] ในวรรณกรรมของสุนัย มโนมัยอุดม ใช้ถ้อยคำว่า “กฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ออกโดยรัฐสภาจึงกลายมาเป็นแหล่งที่มาของกฎหมายอีกแหล่งหนึ่งแข่งกับกฎหมายตามคำพิพากษาของศาล”, โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมเกี่ยวกับระบบกฎหมายอังกฤษ ที่ สุนัย มโนมัยอุดม, ระบบกฎหมายอังกฤษ English Legal System, โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, พิมพ์ครั้งที่ 4, 2553

[6] มีชีวิตอยู่ระหว่าง ค.ศ. 1910 ถึง ค.ศ. 2002

เห็นว่าความดังกล่าวแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนถึงการห้ามบังคับใช้หลักคำพิพากษาบรรทัดฐานในระบบกฎหมายฝรั่งเศส[7] ต่อมา François GENY[8] ปรมาจารย์ด้านวิธีวิจัยทางกฎหมายก็ยืนยันถึงลักษณะของระบบศาลฝรั่งเศสที่ไม่มีอำนาจในการดำเนินการในฐานะฝ่ายนิติบัญญัติ[9] ซึ่ง Carré de Malberge[10] ปรมาจารย์ด้านกฎหมายปกครอง ก็ยืนยันในทำนองเดียวกันโดยเพิ่มเหตุผลเกี่ยวกับหลักการแบ่งแยกอำนาจว่าผู้พิพากษาตุลาการย่อมไม่มีอำนาจสร้างหลักกฎหมาย[11]

สภาวการณ์ที่กล่าวมาข้างต้นได้เปลี่ยนแปลงไปทีละเล็กน้อย โดยมีเหตุผลสนับสนุนเนื่องจากความคลุมเครือและช่องว่างของบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษร จึงมีความจำเป็นที่จะต้องให้ความสำคัญกับภารกิจของผู้พิพากษาตุลาการในการตีความกฎหมายเพิ่มมากขึ้นไปจากเดิม ซึ่งภารกิจดังกล่าวก็ยังคงต้องอยู่ภายใต้กรอบของกฎเกณฑ์ของกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ อนึ่ง เป็นที่ยอมรับว่าอำนาจในการวางหลักกฎหมายของศาลถือเป็นที่มาของกฎหมายที่ปฏิเสธไม่ได้ แต่อำนาจดังกล่าวก็ยังมีความแตกต่างกันในระบบกฎหมายเอกชนและระบบกฎหมายมหาชน ดังที่พบว่าระบบกฎหมายเอกชนจะต้องถือตามกฎเกณฑ์ทางกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่ปรากฏในประมวลกฎหมาย[12] ตลอดจนกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเฉพาะเรื่อง อันส่งผลต่อมาทำให้อำนาจในการตีความหรือวางหลักกฎหมายเป็นอำนาจที่ผูกขาดเพียงศาลฎีกาเท่านั้น

จะเห็นได้ว่าการศึกษา*บทบาทของคำพิพากษาบรรทัดฐานในกฎหมายปกครองฝรั่งเศส*อาจกระทำได้ผ่านการศึกษาเปรียบเทียบกับ*ระบบกฎหมายอังกฤษ* อันเป็นลักษณะของการศึกษาคู่ตรงข้ามซึ่งได้ผลเป็นอย่างดีดังที่ได้นำเสนอไปแล้วใน*ความนำ* ลำดับต่อไปจึงเป็นการนำเสนอ*มุมมองของสภาแห่งรัฐฝรั่งเศสที่มีต่อคำพิพากษาบรรทัดฐานในส่วนที่* 1 และนำเสนอใน*ส่วนที่ 2* เกี่ยวกับ*บทบาทของคำพิพากษาบรรทัดฐานในการจัดทำคำพิพากษาคดีปกครอง* โดยมีรายละเอียด ดังนี้

ส่วนที่ 1 บทบาทของคำพิพากษาบรรทัดฐานในมุมมองของสภาแห่งรัฐ

แม้ว่าได้นำเสนอในความนำถึงข้อความคิดของระบบกฎหมายฝรั่งเศสอันเป็นผลมาจากประวัติศาสตร์ว่าระบบกฎหมายฝรั่งเศสเคร่งครัดกับหลักการแบ่งแยกอำนาจตามความในรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 16 และ 24 สิงหาคม ค.ศ. 1790 ซึ่งให้ความสำคัญกับความเป็นสิ่งสูงสุดของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ (la suprématie de la loi) โดยความในมาตรา 12 ถือเป็นการแสดงออกถึงความประสงค์ของประชาชนและจะเห็นได้ว่าความตามมาตราดังกล่าวนี้เองเป็นผลต่อมาในเชิงการลดทอนอำนาจในการวางกฎเกณฑ์ทางกฎหมายของผู้พิพากษาตุลาการในศาลทั้งหลายของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งต่อมาประเทศฝรั่งเศสก็เน้นย้ำความสำคัญนี้ผ่านการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งในปี ค.ศ. 1804 โดยบัญญัติความในมาตรา 5 และมาตรา 1351 ถึงข้อห้ามของผู้พิพากษาตุลาการในการสร้างกฎเกณฑ์อื่นใดขึ้นมาใช้บังคับ แต่จะต้องถือตามเนื้อหาสาระที่ปรากฏในกฎเกณฑ์ทางกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น[13]

---

[7] Georges VEDEL, Le précédent judiciaire en droit public français, อ้างโดย Paul-Maxence MURGUE-VAROCLIER, Le précédent en droit français, [online] Available from :http://hal.science/hal-04184357 [19 มีนาคม 2567]

[8] มีชีวิตอยู่ระหว่าง ค.ศ. 1861 ถึง ค.ศ. 1959

[9] F.GENY, Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, อ้างโดย Paul-Maxence MURGUE-VAROCLIER, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 7

[10] มีชีวิตอยู่ระหว่าง ค.ศ. 1861 ถึง ค.ศ. 1935

[11] R.CARRE DE MALBERGE, Contibution à la théorié général de l'Etat อ้างโดย Paul-Maxence MURGUE-VAROCLIER, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 7

[12] เช่น ประมวลกฎหมายแพ่ง ประมวลกฎหมายพาณิชย์ ประมวลกฎหมายแรงงาน

[13] R.CHAPUS, Droit administratif général, tome 1, 15e édition, Montchrétien, LGDJ, 2001

แต่ลักษณะที่กล่าวมาข้างต้นไม่ปรากฏในกฎหมายปกครองฝรั่งเศส ซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมายที่สร้างขึ้นจากแนวคำพิพากษา ประมวลกฎหมายทั้งหลายในระบบกฎหมายปกครองเป็นเพียงการรวบรวมบทบัญญัติหรือแนวคำพิพากษาให้เป็นหมวดหมู่เท่านั้น แต่ไม่ได้มีลักษณะเป็นประมวลกฎหมายอันเป็นผลมาจากการสร้างหลักกฎหมายดังที่ปรากฏในระบบกฎหมายแพ่ง ความดังกล่าวส่งผลต่อมาว่าตุลาการศาลปกครองไม่เคยวิตกกังวลกับการตีความหรือการวางกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย[14] โดยมีสภาแห่งรัฐเป็นผู้มีอำนาจสูงสุดในการตีความตลอดจนการวางกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย ผลจึงเป็นว่าสภาแห่งรัฐแทบจะเป็นผู้เดียวที่มีบทบาทเชิงผูกขาดการวางหลักของคำพิพากษาบรรทัดฐานในระบบกฎหมายปกครอง

การพิจารณาบทบาทของคำพิพากษาบรรทัดฐานในสภาแห่งรัฐจึงมีความจำเป็นโดยหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องพิจารณาผ่านภาพรวมเชิงองค์กร โดยแบ่งออกเป็น 2 ส่วน คือ 1.1 กรณีคำพิพากษาศาลสูงต่อศาลชั้นต่ำกว่า และ 1.2 กรณีคำพิพากษาของศาลในระดับชั้นเดียวกัน กล่าวคือ

1.1 กรณีคำพิพากษาศาลสูงต่อศาลชั้นต่ำกว่า[15]

ระบบศาลปกครองฝรั่งเศสเป็นระบบ 3 ชั้นศาล หรือที่เรียกว่า “โครงสร้าง 3 ชั้นศาล (un structure à trois étages)” เช่นเดียวกับโครงสร้างของระบบศาลยุติธรรมฝรั่งเศส โดยสภาแห่งรัฐมีอำนาจพิจารณาพิพากษาในฐานะเป็นศาลปกครองชั้นอุทธรณ์เพียง 3 กรณีหลักเพื่อตอบสนองความรวดเร็วในการมีคำสั่งชี้ขาดในคดี อันเป็นการดำเนินการเพื่อประโยชน์กรณีเฉพาะโดยพิจารณาจากมุมมองด้านการบริหารกระบวนการยุติธรรมที่ดี (la bonne administration de la justice) โดย 3 กรณีหลักนั้น ได้แก่ (ก) กรณีการอุทธรณ์คำพิพากษาที่มี “การส่งประเด็นจากศาลยุติธรรมมาให้ศาลปกครองต้องวินิจฉัยก่อนพิพากษาคดี” (ข) กรณีการอุทธรณ์คดีปกครองที่เกี่ยวกับการเลือกตั้งท้องถิ่น และ (ค) การอุทธรณ์คำสั่งเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษากรณีเสรีภาพ (le référé – liberté) โดยศาลปกครองชั้นอุทธรณ์มีหน้าที่หลักในการทบทวนคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น

โครงสร้าง 3 ชั้นศาลส่งผลต่อมาถึงอำนาจในการทบทวนคำพิพากษาของศาลที่อยู่ในระดับสูงกว่า ทั้งนี้ มาตรา 11 แห่งรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1987 ได้กำหนดวิธีการป้องกันปัญหากรณีผลผูกพันของคำพิพากษาไว้โดยกำหนดให้ในทุก ๆ กรณีภายหลังจากที่มีคำพิพากษาให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองแล้ว สภาแห่งรัฐอาจหยิบยกคดีนั้นมา “พิจารณาวินิจฉัยในเนื้อหาของคดี หากกรณีนั้นมีเหตุผลความจำเป็นในเรื่องการบริหารกระบวนการยุติธรรมที่ดี”[16] นอกจากนี้ ในฐานะที่เป็นศาลปกครองสูงสุด สภาแห่งรัฐยังคงมีอำนาจที่จะพิจารณาในฐานะที่เป็นศาลแรกและศาลสุดท้ายในหลายกรณีที่มีความสำคัญ[17] ดังนั้น สภาแห่งรัฐยังคงทำหน้าที่ส่วนหนึ่งเป็นศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีในเนื้อหาของคดี ไม่ใช่เป็นแต่เพียงศาลที่ควบคุมการพิพากษาคดีของศาลในลำดับชั้นที่ต่ำกว่าเท่านั้น

---

[14] คำกล่าวของ Yves GAUDEMET, L’arrêt de règlement dans le contentieux administratif, อ้างโดย Paul-Maxence MURGUE-VAROCLIER, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 7

[15] สรุปความบางส่วนจากเอกสาร เรื่อง ค.ศ. 1987 (2530) - ค.ศ. 2017 (2560) : 30 ปี แห่งการจัดระบบใหม่ของศาลปกครองฝรั่งเศส โดย M.Mattias GUYOMAR ตุลาการศาลปกครองฝรั่งเศส, เอกสารประกอบการบรรยายเนื่องในโอกาสครบรอบ 17 ปีศาลปกครอง (ถอดความและเรียบเรียงโดย ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤกษ์ เอกสิทธิ์ วินิจกุล และเอกสิทธิ์ จันต๊ะมา), วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 18 ฉบับที่ 4 (ตุลาคม - ธันวาคม) 2561, หน้า 1-71

[16] มาตรา 11 แห่งรัฐบัญญัติ 87–1127 ลงวันที่ 31 ธันวาคม ค.ศ. 1987 ว่าด้วยการปฏิรูปคดีปกครอง ซึ่งต่อมานำมาบัญญัติไว้ในมาตรา L. 821-2 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง

[17] มาตรา R. 311-1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง : “สภาแห่งรัฐมีอำนาจที่จะรับคดีดังนี้ไว้พิจารณาในฐานะที่เป็นศาลชั้นต้นและศาลสูงสุด 1. คดีที่ฟ้องโต้แย้งรัฐกำหนดที่ออกโดยประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ และรัฐกฤษฎีกาต่าง ๆ 2. คดีที่ฟ้องโต้แย้งกฎที่ออกโดยรัฐมนตรี และหน่วยงานอื่นของรัฐที่มีอำนาจครอบคลุมในระดับประเทศ และโต้แย้งหนังสือเวียนและคำแนะนำที่มีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป 3. คดีเกี่ยวกับการคัดเลือกและวินัยของเจ้าหน้าที่ของรัฐ”

1.2 กรณีคำพิพากษาของศาลในระดับชั้นเดียวกัน[18]

มีข้อพิจารณาย่อย 2 ประการ คือ 1.2.1 กรณีภายในองค์คณะ : ข้อพิจารณาเกี่ยวกับความเห็นแย้ง และ 1.2.2 กรณีระหว่างองค์คณะหรือระหว่างศาลแต่ละแห่งในระดับชั้นเดียวกัน : กรณีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของคำพิพากษา

1.2.1 กรณีภายในองค์คณะ : ข้อพิจารณาเกี่ยวกับความเห็นแย้ง

ประเทศฝรั่งเศสไม่มีระบบความเห็นแย้ง ซึ่งก็เป็นไปโดยอยู่บนเหตุผล 2 ประการ กล่าวคือ ประการแรก ความเห็นแย้งเป็นการลดทอนความศักดิ์สิทธิ์ของคำพิพากษา โดยประเทศฝรั่งเศสถือว่าคำพิพากษาของสภาแห่งรัฐทุกฉบับมีอำนาจบังคับเท่าเทียมกัน โดยผู้อ่านจะไม่ทราบเลยว่าคำพิพากษาฉบับนั้นออกมาโดยมติเอกฉันท์ขององค์คณะหรือเป็นคำพิพากษาที่ออกโดยมติของเสียงข้างมาก ประเทศฝรั่งเศสจึงไม่มีระบบความเห็นแย้งเพื่อไม่ให้ความเห็นแย้งนั้นส่งผลให้ความศักดิ์สิทธิ์ของคำพิพากษาลดทอนลง อีกทั้งความเห็นแย้งจะเป็นสิ่งที่ทนายความหยิบยกมากล่าวอ้างได้ว่าคำพิพากษานั้นเป็นคำพิพากษาที่ไม่ดี อันนำไปสู่การลดทอนคุณภาพของคำพิพากษาในท้ายสุด เหตุผลประการที่สองก็คือ ความเห็นแย้งเป็นการนำเสนอความเห็นส่วนตัวของตุลาการซึ่งระบบดังกล่าวส่งผลให้ตุลาการผู้เสนอความเห็นแย้งนั้นกลายเป็นผู้มีชื่อเสียงในทันใด ซึ่งสภาแห่งรัฐฝรั่งเศสไม่ประสงค์ที่จะให้ตุลาการท่านใดมีความโดดเด่นหรือเป็น “ดารา”[19] สภาแห่งรัฐฝรั่งเศสจึงยังคงยืนยันที่จะใช้หลักความเป็น “นิรนาม” ในการจัดทำคำพิพากษาและยังคงยืนยันว่าการไม่มีระบบความเห็นแย้งถือเป็นเรื่องที่เหมาะสมอย่างยิ่งแล้ว

1.2.2 กรณีระหว่างองค์คณะหรือระหว่างศาลแต่ละแห่งในระดับชั้นเดียวกัน : กรณีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของคำพิพากษา

มีความจำเป็นอันหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่คำพิพากษาของศาลปกครองต้องมีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกัน การดำเนินการดังกล่าวยังเป็นการแสดงให้เห็นถึงความมั่นคงทางนิติสถานะของประชาชนและความมั่นคงทางนิติฐานะของผู้อยู่ใต้อำนาจการปกครอง

การดำเนินการให้คำพิพากษามีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันจะต้องพิจารณาจากประเด็นย่อย 2 ประการ คือ *ประการแรก* การทำให้คำพิพากษามีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในระดับศาลปกครองสูงสุด และ*ประการที่สอง* การทำให้คำพิพากษามีความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันในระดับศาลปกครองชั้นต้น

ในระดับศาลปกครองสูงสุด นั้น จำนวนองค์คณะของศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสมีจำนวน 10 องค์คณะ จึงนำมาสู่คำถามที่ว่า จะหลีกเลี่ยงการขัดกันของคำพิพากษาจากองค์คณะที่ 1 และองค์คณะที่ 2 ได้อย่างไร ซึ่งในทางปฏิบัตินั้นศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศสจะมีการประชุมอย่างไม่เป็นทางการสัปดาห์ละหนึ่งครั้ง โดยมีองค์ประชุมประกอบด้วยตุลาการหัวหน้าคณะจากทุกองค์คณะ เพื่อที่จะพบปะแลกเปลี่ยนความเคลื่อนไหวของคดีว่าในสัปดาห์ที่ผ่านมาองค์คณะของตนได้มีคำพิพากษาในคดีต่าง ๆ อย่างไรบ้าง การประชุมดังกล่าวจะเป็นเวทีในการแลกเปลี่ยนแนวทางการตัดสินขององค์คณะของตนและหากปรากฏว่ามีความแตกต่างกันของคำพิพากษาในคดีลักษณะเดียวกันแล้ว ก็จะมีการเรียกประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ซึ่งก็คือ ตุลาการทั้งหมดของแผนกคดีปกครองประจำสภาแห่งรัฐ ที่จะมีอำนาจในการตัดสินว่าคำพิพากษานั้นควรจะเป็นไปในทิศทางใด

สำหรับในระดับศาลปกครองชั้นต้น นั้น กรณีดังกล่าวเป็นข้อพิจารณาที่เกี่ยวกับสภาวะทางภูมิภาค กล่าวคือจะทำอย่างไรให้คำพิพากษาแต่ละท้องที่เป็นไปในทำนองเดียวกัน ซึ่งในศาลปกครองฝรั่งเศสนั้น มีระบบที่เรียกว่า

---

[18] สรุปความบางส่วนจากถอดเทปคำบรรยายทางวิชาการ เรื่อง อำนาจหน้าที่ของ Conseil d’Etat บรรยายโดยนาย Yves GOUNIN ตุลาการประจำสภาแห่งรัฐ เมื่อวันที่ 1 พฤศจิกายน 2561 ณ สำนักงานศาลปกครอง (ถอดความและเรียบเรียงโดย ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤกษ์), วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 20 ฉบับที่ 2 (เมษายน-มิถุนายน) 2563, หน้า 81-129

[19] Yves GOUNIN, เพิ่งอ้าง

“การขอความเห็นทางคดี (un avis contentieux)” อันเป็นการที่ศาลปกครองชั้นต้นพบว่า ตนมีประเด็นปัญหาข้อกฎหมายที่ไม่เคยปรากฏมาก่อนและปัญหานั้นปรากฏในคดีต่าง ๆ เป็นจำนวนมาก ศาลปกครองชั้นต้นก็มีอำนาจในการส่งประเด็นปัญหาดังกล่าวนี้ไปยังสภาแห่งรัฐ และสภาแห่งรัฐก็จะมีความเห็นกลับมา ความเห็นดังกล่าวนี้จะไม่มีอำนาจบังคับในทางคดีแต่เป็นเพียงแนวทาง (un « guideline » หรือ une guide directrice) เพื่อให้ศาลปกครองชั้นต้นที่ส่งคำถามนั้นนำไปพิจารณาพิพากษาคดีของตน กับทั้งยังเป็นการแสดงให้เห็นถึงแนวทางการพิจารณาพิพากษาคดีของสภาแห่งรัฐให้ศาลปกครองชั้นต้นอื่นทราบด้วย กระบวนการดังกล่าวนี้จะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งเมื่อมีการตรากฎหมายฉบับใหม่ซึ่งใช้บังคับกับกรณีการฟ้องคดีจำนวนมากที่อยู่ภายใต้เขตอำนาจศาลปกครอง ดังที่พบในกรณีการหักคะแนนใบอนุญาตขับขี่ (un permis conduit à point) ซึ่งกฎหมายฉบับดังกล่าวส่งผลให้มีปริมาณคดีขึ้นสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองจำนวนมากทั่วประเทศ ซึ่งคาดหมายได้ว่าศาลปกครองชั้นต้นแต่ละแห่งอาจมีแนวทางในการพิจารณาพิพากษาคดีที่แตกต่างกัน อันถือเป็นเรื่องปกติเนื่องจากตุลาการมีความเป็นปุถุชนและปุถุชนก็ย่อมมีมุมมองในแต่ละเรื่องแตกต่างกัน แต่สิ่งที่ไม่ควรจะเกิดขึ้นก็คือ การนำกฎเกณฑ์ทางกฎหมายมาปรับใช้ในแต่ละท้องที่ของประเทศฝรั่งเศสในลักษณะที่แตกต่างกัน ดังนั้น ศาลปกครองชั้นต้นจึงใช้กลไกทางวิธีพิจารณาที่เรียกว่า “การขอความเห็นทางคดี” เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าว สภาแห่งรัฐจะให้ความเห็นโดยอธิบายว่าศาลปกครองชั้นต้นควรนำกฎหมายนี้มาปรับใช้อย่างไร

ความที่นำเสนอใน*ส่วนที่ 1* แสดงให้เห็นถึงกลไกของศาลปกครองฝรั่งเศสในการบริหารจัดการความสมดุลของการจัดทำคำพิพากษาที่ดีกับความเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันของคำพิพากษา ซึ่งแม้ในเอกสารทางวิชาการทั้งหลายจะไม่มีการยืนยันชัดเจนถึง*คำพิพากษาบรรทัดฐาน*ในความหมายเดียวกับที่ปรากฏในระบบกฎหมายอังกฤษก็ตาม แต่ความทั้งหลายที่นำเสนอมานี้ก็ไม่ได้ทำให้คำพิพากษาคดีปกครองของฝรั่งเศสได้รับการวิจารณ์ถึงความไม่มีคุณภาพหรือมีลักษณะตามอำเภอใจ แต่ประเทศฝรั่งเศสยังคงเป็นสัญลักษณ์ของประเทศที่มีระบบศาลคู่อันทรงประสิทธิภาพ ความที่จะนำเสนอต่อไปใน*ส่วนที่ 2* จึงเป็นไปเพื่อให้ความกระจ่างในประเด็นนี้มากยิ่งขึ้น

ส่วนที่ 2 บทบาทของคำพิพากษาบรรทัดฐานในการจัดทำคำพิพากษาคดีปกครอง

อาจสรุปความจากส่วนที่ 1 ได้ว่า ข้อความคิดของระบบกฎหมายฝรั่งเศสอันเป็นผลมาจากประวัติศาสตร์ที่เคร่งครัดกับหลักการแบ่งแยกอำนาจตามความในรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 16 และ 24 สิงหาคม ค.ศ. 1790 ซึ่งให้ความสำคัญกับความเป็นสิ่งสูงสุดของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติ (la suprématie de la loi) โดยความในมาตรา 12 นี้ถือเป็นการแสดงออกถึงความประสงค์ของประชาชน และจะเห็นได้ว่าความตามมาตราดังกล่าวนี้เองเป็นผลต่อมาในเชิงการลดทอนอำนาจในการวางกฎเกณฑ์ทางกฎหมายของผู้พิพากษาตุลาการในศาลทั้งหลายของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งต่อมาประเทศฝรั่งเศสก็เน้นย้ำความสำคัญนี้ผ่านการประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่งในปี ค.ศ. 1804 โดยบัญญัติความในมาตรา 5 และมาตรา 1351 ถึงข้อห้ามของผู้พิพากษาตุลาการในการสร้างกฎเกณฑ์อื่นขึ้นมาใช้บังคับ แต่จะต้องถือตามเนื้อหาสาระที่ปรากฏในกฎเกณฑ์ทางกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติเท่านั้น[20] ทั้งนี้ ข้อความคิดที่กล่าวมาข้างต้นนี้กลับปรากฏเคร่งครัดในระบบประมวลกฎหมายแพ่ง แต่มีลักษณะที่แตกต่างออกไปในระบบกฎหมายปกครองซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมายที่สร้างขึ้นจากแนวคำพิพากษา

ในส่วนที่ 2 นี้ จะกล่าวถึงภาพรวมของคำพิพากษาในระบบกฎหมายฝรั่งเศส และจบด้วยการนำเสนอเกี่ยวกับการพิจารณา “คำพิพากษา” ในฐานะผลผลิตของภารกิจของศาลอันนำไปสู่การมีสถานะเป็น คำพิพากษาบรรทัดฐานในอนาคต ดังจะกล่าวต่อไปในส่วนที่ 2.1 และ 2.2 ตามลำดับ

---

[20] R.CHAPUS, Droit administratif général, tome 1, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 13

2.1 ภาพรวมของคำพิพากษาในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

ประมวลกฎหมายทั้งหลายในระบบกฎหมายปกครองเป็นเพียงการรวบรวมบทบัญญัติหรือแนวคำพิพากษาให้เป็นหมวดหมู่เท่านั้น แต่ไม่ได้เป็นการสร้างหลักกฎหมายในลักษณะเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ทั้งนี้เป็นที่ยอมรับกันเป็นการทั่วไปว่าตุลาการมีบทบาทสำคัญอย่างยิ่งในการสร้างหลักกฎหมายปกครอง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ กฎหมายปกครองมีลักษณะตามการวางหลักของตุลาการ (Le droit administratif est un droit prétorien.) ซึ่งแนวความคิดดังกล่าวได้ถูกนำเสนอโดย CORMENIN[21] ตั้งแต่ปี ค.ศ. 1840 ว่า แนวคำพิพากษา (la jurisprudence) ถือเป็นฝ่ายนิติบัญญัติลำดับที่สอง (« une seconde législation ») และต่อมาแนวความคิดนี้ก็ได้รับการเน้นย้ำโดย Edouard LAFERRIERE[22] ในอีกราว 40 ปีถัดมาว่า หลักกฎหมายทั่วไปและหลักแห่งความเป็นธรรม (l'équité) ที่นำมาอ้างอิงเพื่อใช้ในการตีความคำพิพากษา ย่อมเป็นทางออกในกรณีที่ไม่มีบทบัญญัติลายลักษณ์อักษรและมีความสำคัญในการเยียวยา การให้ความกระจ่าง ตลอดจนการทำให้การพิจารณาพิพากษาคดีมีประสิทธิภาพ ซึ่งแนวความคิดของ LAFERRIERE ถูกนำมาศึกษาอีกครั้งหนึ่งโดย ROCHE ภายใต้การนำเสนอในประเด็นอำนาจของตุลาการในการวางกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (le pouvoir normatif du juge) ในปี ค.ศ. 1962[23] และขยายต่อมาเป็นแนวคิดเรื่องการวางหลักที่พบได้ในคำพิพากษาตามแนวคิดของ RIALS[24]

แต่ก็ยังคงมีความเข้าใจที่ไม่ถูกต้องนักในการศึกษาเรื่องดังกล่าว ทั้งนี้ เนื่องจากสาเหตุที่ว่าเมื่อกล่าวถึงอำนาจของตุลาการในการสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายแล้ว ความเข้าใจแรกของผู้สนใจจะมุ่งประเด็นไปที่อำนาจของศาลในการอุดช่องว่างทางกฎหมายกรณีที่ไม่มีกฎเกณฑ์ทางกฎหมายบัญญัติไว้ ซึ่งความเข้าใจนี้สอดคล้องกับเนื้อหาสาระของมาตรา 4 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ที่วางหลักให้ผู้พิพากษาต้องพิจารณาพิพากษาคดี มิฉะนั้นจะมีความผิดฐานปฏิเสธความยุติธรรม (le déni de justice) โดยไม่อาจอ้างได้ว่ากฎหมายนั้นไม่มีอยู่ (le silence de la loi)[25] บทบัญญัติดังกล่าวส่งผลให้ผู้พิพากษามีความจำเป็นที่จะต้องสร้างกฎหมายขึ้นเอง จึงส่งผลต่อมาว่าอำนาจในการออกกฎเกณฑ์ทางกฎหมายถือเป็นอำนาจโดยอ้อม (le pouvoir implicite) ของผู้พิพากษาที่ก่อให้เกิดแนวคิดที่ต้องปฏิบัติต่อมาในศาลนั่นเอง[26] แต่สำหรับสภาแห่งรัฐแล้วอำนาจของศาลในการสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเป็นเรื่องที่ลึกซึ้งกว่าบทบาทในทำนองเดียวกันของศาลยุติธรรมฝรั่งเศส ซึ่งมีเหตุผลสนับสนุน 2 ประการ กล่าวคือ ประการแรก การที่สภาแห่งรัฐให้ความสำคัญกับสถานะความเป็นองค์กรทางศาลของตน อันมีประวัติความเป็นมาแรกเริ่มจากสภาที่ปรึกษากฎหมายและตกอยู่ภายใต้ระบบสงวนอำนาจในการวินิจฉัยชี้ขาด[27] มาเป็นเวลายาวนานก่อนที่จะพัฒนาองค์กรมาเป็นระบบศาลปกครองในปัจจุบัน และประการที่สอง กรณีที่ไม่มีกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติมาปรับใช้กับการพิจารณา

---

[21] มีชีวิตอยู่ระหว่าง ค.ศ. 1788 ถึง ค.ศ. 1868

[22] มีชีวิตอยู่ระหว่าง ค.ศ. 1841- ค.ศ. 1901 เคยประกอบอาชีพทนายความ อาจารย์ประจำมหาวิทยาลัย Paris และเริ่มต้นรับราชการที่สภาแห่งรัฐในตำแหน่ง maître de requête จนกระทั่งเกษียณอายุราชการในตำแหน่งรองประธานสภาแห่งรัฐภายหลังดำรงตำแหน่งมาเป็นเวลา 12 ปี, โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมที่ Edouard LAFERRIERE, Traité de la jurisprudence en droit administratif, Berger-Levrault, 1ère éd., 1887, p.XII อ้างโดย Maryse DEGUERGUE, Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative, L.G.D.J, 1994

[23] Jean ROCHE, « Réflexion sur le pouvoir normatif de la jurisprudence », AJDA, 1962

[24] Stéphane RIALS, « Sur une distinction contestable et un trop réel déclin : à propos d'un récente article sur le pouvoir normatif du juge », AJDA, 1981

[25] « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. »

[26] « le pouvoir normatif du juge serait une compétence implicite de sa fonction juridictionnelle et une conséquence de la notion même de juridiction », อ้างโดย Maryse DEGUERGUE อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 22

[27] หรือที่เรียกว่า la justice retenue

พิพากษาคดี เหตุผลสนับสนุนสองประการดังกล่าวส่งผลต่อมาถึงลักษณะของกฎหมายปกครองฝรั่งเศสที่ให้ความลึกซึ้งกับการศึกษาในประเด็นอำนาจของตุลาการในการสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายมากกว่ากฎหมายเอกชน

เหตุผลสนับสนุนสองประการดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นยังเป็นเหตุผลเดียวกับการอธิบายลักษณะของกฎหมายปกครองฝรั่งเศสที่เป็นผลมาจากประวัติอันยาวนานของการก่อตั้งองค์กรระงับข้อพิพาททางปกครอง โดยใช้กฎหมายซึ่งมีลักษณะเป็นเอกภาพและมีความเป็นอิสระจากกฎหมายแพ่ง[28] ซึ่งสะท้อนให้เห็นต่อมาถึงข้อความคิดที่ว่า กฎหมายปกครองฝรั่งเศสมีที่มาจากแนวคำพิพากษาและตุลาการศาลปกครองฝรั่งเศสมีบทบาทสำคัญในการสร้างหลักกฎหมายปกครองโดยผ่านคำพิพากษาของตน โดยมีปัจจัยที่เอื้อต่อการดำเนินการดังกล่าวก็คือ การที่ประเทศฝรั่งเศสไม่มีประมวลกฎหมายปกครองในลักษณะเดียวกับประมวลกฎหมายแพ่งนั่นเอง[29] ดังนั้น สภาวการณ์ของการสร้างหลักกฎหมายโดยตุลาการศาลปกครองฝรั่งเศสจึงมีความลึกซึ้งกว่าการสร้างกฎหมายแพ่งโดยผู้พิพากษาศาลแพ่ง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ผู้พิพากษาศาลแพ่งจะสร้างหลักกฎหมายแพ่งต่อเมื่อไม่มีกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะนำมาปรับใช้พิจารณาพิพากษาคดี ในขณะที่ตุลาการศาลปกครองมีความจำเป็นต้องสร้างหลักกฎหมายเพื่อนำมาพิจารณาพิพากษาคดี เนื่องจากกฎหมายปกครองไม่ได้มีลักษณะเป็นหลักกฎหมายลายลักษณ์อักษรตั้งแต่ต้น จึงเป็นที่มาว่าเหตุใดข้อความคิดที่ว่าผู้ตัดสินคดีย่อมถือเป็นผู้สร้างหลักกฎหมายจึงไม่ได้รับการยอมรับนักในส่วนของการศึกษากฎหมายแพ่ง และหลักกฎหมายที่ผู้พิพากษาสร้างขึ้นเพื่อพิจารณาพิพากษาคดีนั้นก็ย่อมไม่อาจถือได้ว่าเป็นที่มาทางรูปแบบ (la source formelle) ของกฎหมายแพ่งดังที่ปรากฏในวรรณกรรมของ François GENY ในช่วงปี ค.ศ. 1920 ซึ่งแตกต่างกับกรณีของกฎหมายปกครองซึ่ง Carré de MALBERG ถือว่าภารกิจในการสร้างหลักกฎหมายของศาลเป็นสิ่งสำคัญ แต่ก็หลีกเลี่ยงไม่ได้ว่าหลักกฎหมายจากคำพิพากษาของศาลนั้นย่อมมีลักษณะเช่นเดียวกับคำพิพากษา ซึ่งเป็นการแก้ปัญหาที่ปรากฏขึ้นเฉพาะราย[30] ซึ่งลักษณะดังกล่าวนี้เองย่อมเป็นเหตุผลว่าเหตุใดคำพิพากษาจึงไม่ได้รับการยอมรับในฐานะที่มาทั่วไป (la source générale) ของกฎหมายลายลักษณ์อักษร

ความที่กล่าวมาในตอนต้นของส่วนที่ 2 นี้ แสดงให้เห็นถึงการยอมรับว่าคำพิพากษาไม่ได้เป็นเพียงการแสดงถึงภารกิจของศาลในการพิจารณาพิพากษาคดีเท่านั้น แต่คำพิพากษามีบทบาทในการวางหลักกฎหมายควบคู่ไปด้วย อันนำมาสู่ความสำคัญของการรวบรวมคำพิพากษาที่สำคัญในคดีปกครองผ่านวรรณกรรม ชื่อ Les grands arrêts de la jurisprudence administrative หรือ “รวมคำพิพากษาและคำสั่งในคดีปกครองที่น่าสนใจ” ซึ่งเป็นตำราเล่มสำคัญของผู้ศึกษากฎหมายมหาชน วรรณกรรมฉบับนี้เผยแพร่ครั้งแรกในปี ค.ศ. 1956 ผ่านการริเริ่มโดย René CASSIN[31] และ Marcel WALINE ซึ่งในชั้นแรกเริ่มนั้นมีการดำเนินการที่เต็มไปด้วยความยากลำบากเนื่องจากความเห็นที่ไม่ลงรอยกันระหว่าง René CASSIN ซึ่งดำรงตำแหน่งรองประธานสภาแห่งรัฐในขณะนั้น[32] กับตุลาการประจำสภาแห่งรัฐจำนวนหนึ่งอันนำมาสู่การพบปะพูดคุยและปรึกษาหารือแนวทางหาทางออกที่เหมาะสมจำนวนหลายครั้ง จนกระทั่งแล้วเสร็จและเผยแพร่ครั้งแรกใน ค.ศ. 1956 นำมาซึ่งความสำเร็จมหาศาล โดยพิจารณาจากตัวชี้วัด คือ การพิมพ์ครั้งที่สองในอีกไม่กี่เดือนถัดมา[33] และต่อเนื่องมาจนถึงการพิมพ์เผยแพร่ครั้งล่าสุด (ครั้งที่ 24) ในปี ค.ศ. 2023 ทั้งนี้ วรรณกรรมฉบับนี้

---

[28] ซึ่งแนวความคิดดังกล่าวได้รับการยืนยันโดย J.-L. MESTRE, Les fondements historiques du droit administratif français, E.D.C.E, 1982-1983 อ้างโดย Maryse DEGUERGUE อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 22

[29] ดังที่ปรากฏในงานเขียนของศาสตราจารย์ VEDEL, อดีตรองประธานสภาแห่งรัฐ LATOURNERIE และศาสตราจารย์ Maurice HOURIOU, อ้างโดย Maryse DEGUERGUE, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 22 และประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครองก็เป็นเพียงการรวบรวมแนวปฏิบัติต่าง ๆ ของศาลปกครองฝรั่งเศสให้เป็นหมวดหมู่เท่านั้น

[30] « solution d’espèce, édictée à titre individuel »

[31] มีชีวิตอยู่ระหว่าง ค.ศ. 1887 ถึง ค.ศ. 1976

[32] ระหว่าง ค.ศ. 1944 ถึง ค.ศ. 1960

[33] Pascale GONOD, 1952-1956 : la naissance des Grands Arrêts, RFDA, 2007, p.225

ไม่ได้เป็นการรวบรวมคำพิพากษาทุกฉบับที่น่าสนใจ แต่เป็นการคัดเลือกคำพิพากษาที่มีลักษณะพิเศษเป็นอย่างยิ่งเพื่อนำมาสู่การจัดทำบทวิเคราะห์คำพิพากษา อันนำมาสู่การตอบคำถามว่าเหตุใดสภาแห่งรัฐฝรั่งเศสซึ่งจัดตั้งขึ้นตั้งแต่ค.ศ. 1799 กลับมีคำพิพากษาที่น่าสนใจเผยแพร่เพียงราวหนึ่งร้อยฉบับเท่านั้น อย่างไรก็ดี วรรณกรรมฉบับนี้เป็นการนำเสนอถึง “แนวคำพิพากษา” ที่สำคัญในคดีปกครองฝรั่งเศสเท่านั้น ยังคงไม่มีการกล่าวถึงหรือยอมรับอย่างเป็นทางการถึงบทบาทของคำพิพากษาบรรทัดฐานในคดีปกครองในทำนองเดียวกับที่พบในระบบกฎหมาย common law

*คำพิพากษาบรรทัดฐาน*จึงไม่ได้เป็นที่ยอมรับอย่างเป็นทางการในระบบกฎหมายฝรั่งเศส หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ผู้พิพากษาตุลาการต่างก็มีอิสระในการตีความหรือปรับใช้กฎหมายให้เหมาะสมกับข้อเท็จจริงตามแต่ละกรณี อีกทั้งยังเป็นที่ยอมรับว่ามีเพียงศาลในลำดับชั้นสูงสุดเท่านั้นที่มีอำนาจในการวางหลัก*คำพิพากษาบรรทัดฐาน*อันสอดคล้องกับภารกิจของศาลฎีกาและสภาแห่งรัฐที่จะต้องตรวจสอบการปรับใช้หลักกฎหมายว่าเป็นไปโดยถูกต้องเหมาะสมกับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นตลอดจนแนวคำพิพากษาที่เคยปรากฏไว้ก่อนหน้านั้นหรือไม่

2.2 การพิจารณา “คำพิพากษา” ในฐานะผลผลิตของภารกิจของศาลอันนำไปสู่การเป็นคำพิพากษาบรรทัดฐาน

มาตรา 9 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (le code de justice administrative) ได้บัญญัติถึงการให้เหตุผลประกอบคำพิพากษา[34] ความตามมาตราดังกล่าวจึงเป็นการยืนยันว่าศาลมีอิสระในการตีความกฎหมายอย่างไรก็ได้ แต่จะต้องระบุเหตุผลประกอบการจัดทำคำพิพากษาของตนไว้เสมอ ซึ่งภาระหน้าที่ของศาลในการให้เหตุผลประกอบคำพิพากษานี้เองถือเป็นหลักการพื้นฐานของการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม (une règle fondamentale du procès équitable)[35] ทั้งนี้ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ก็ได้กล่าวถึงการให้เหตุผลประกอบคำพิพากษาไว้เช่นกัน โดยปรากฏในส่วนขององค์ประกอบของคำพิพากษาตามความในมาตรา 69 วรรคหนึ่ง[36] อันเป็นการแสดงถึงองค์ประกอบของคำพิพากษาในภาพรวมโดยไล่เรียงกันไปถึง 8 องค์ประกอบ ซึ่งแตกต่างจากความที่ปรากฏในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองฝรั่งเศสซึ่งมุ่งเน้นถึง*การให้เหตุผลประกอบคำพิพากษา*ไว้อย่างชัดเจนดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

คำพิพากษาจึงเป็นฐานในการนำไปสู่คำพิพากษาบรรทัดฐาน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือการจะถือว่าคำพิพากษาใดมีสถานะเป็นคำพิพากษาบรรทัดฐานหรือไม่ นั้น จะต้องผ่านขั้นตอนการเป็นคำพิพากษาที่ดีเสียก่อน ซึ่งก็คือเป็นคำพิพากษาที่มีเหตุผลประกอบครบถ้วน ไม่ว่าจะเป็นการวางหลักกฎหมายใหม่ หรือเพิ่มเหตุผล อันแสดงให้เห็นถึงความยืดหยุ่นมากขึ้นจากคำพิพากษาฉบับเดิม หรือเป็นการกลับแนวคำพิพากษาฉบับเดิมโดยสิ้นเชิง ทั้งนี้ ผู้ศึกษากฎหมายปกครองฝรั่งเศสย่อมทราบดีว่าคำพิพากษาศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลในคดี Blanco ในปี ค.ศ. 1873 เป็นคำพิพากษาที่วางหลักเรื่องความรับผิดของฝ่ายปกครอง เช่นเดียวกับที่ทราบว่าบุคคลภายนอกซึ่งมิใช่คู่สัญญาอาจฟ้องโต้แย้งความชอบ

---

[34] « Les jugements sont motivés. »

[35] คำพิพากษาศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป คดี Van den Hurk c. Pay-Bas ลงวันที่ 19 เมษายน ค.ศ. 1994 หมายเลขคดี 16034/90

[36] มาตรา 69 คำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีปกครองของศาลปกครองอย่างน้อยต้องระบุ
(1) ชื่อผู้ยื่นคำฟ้อง
(2) หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี
(3) เหตุแห่งการฟ้องคดี
(4) ข้อเท็จจริงของเรื่องที่ฟ้อง
(5) เหตุผลแห่งคำวินิจฉัย
(6) คำวินิจฉัยของศาลในประเด็นแห่งคดี
(7) คำบังคับ ถ้ามี โดยให้ระบุหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ต้องปฏิบัติตามคำบังคับไว้ด้วย
(8) ข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษา ถ้ามี
...

ด้วยกฎหมายของสัญญาได้ ซึ่งเป็นไปตามคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ (ประชุมใหญ่) คดี Société Tropic Travaux Signalisation ลงวันที่ 16 กรกฎาคม ค.ศ. 2007 คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ (ประชุมใหญ่) คดี Commune de Béziers ลงวันที่ 28 ธันวาคม ค.ศ. 2009 และคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ (ประชุมใหญ่) คดี Département Tarne-et-Garonne ลงวันที่ 4 เมษายน ค.ศ. 2014 เหล่านี้คือตัวอย่างของคำพิพากษาที่ดีหรือคำพิพากษาที่มีคุณภาพอันส่งผลเป็นการวางหลักกฎหมายปกครองฝรั่งเศสและอาจถือเป็นคำพิพากษาบรรทัดฐานในมุมมองเชิงการนำมาปรับใช้กับคดีอื่นในภายหลัง

การเฟ้นหาคำพิพากษาบรรทัดฐานจึงต้องเริ่มจากการแยกประเภทคำพิพากษาที่ปรากฏในระบบกฎหมายนั้น ๆ เสียก่อน โดย Paul-Maxence MURGUE-VAROCLIER[37] ได้แสดงทรรศนะในประเด็นนี้ว่าอาจแบ่งประเภทคำพิพากษาได้เป็น 2 ประเภท คือ (ก) คำพิพากษาซึ่งเป็นการตัดสินตามข้อพิพาท (les « arrêts d'espèce ») และ (ข) คำพิพากษาซึ่งเป็นการวางหลัก (les « arrêts de principe ») โดยคำพิพากษาประเภท (ก) ไม่ได้มีลักษณะเป็นการวางหลักกฎหมาย แต่เป็นเพียงการ*ตัดสินข้อพิพาท*ผ่านการวางหลักการปรับใช้กฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่สอดคล้องกับข้อเท็จจริงในคดี ในขณะที่คำพิพากษาประเภท (ข) มีลักษณะเชิงตรงข้าม เนื่องจากเป็นการสร้างหรือเป็นการตีความกฎเกณฑ์ทางกฎหมายในลักษณะที่เป็นนวัตกรรม (une interprétation novatrice) อันเป็นไปตามคำกล่าวของ Marcel WALINE ซึ่งถอดความได้ว่า *คำพิพากษาซึ่งเป็นการวางหลัก หมายถึง คำพิพากษาที่เป็นต้นแบบอันแสดงให้เห็นถึงการตีความซึ่งจะนำไปสู่การตีความในอีกหลายคดีตามมา ผู้เกี่ยวข้องในคำพิพากษาฉบับนี้จึงไม่ได้มีเพียงคู่กรณีฝ่ายที่แพ้คดีเท่านั้น แต่ยังหมายความถึงบุคคลทั้งหลายซึ่งอยู่ในสถานการณ์ทางกฎหมายที่อาจเทียบเคียงกันได้ ตลอดจนบุคคลทั้งหลายที่อาจคาดเดาได้ว่าจะต้องได้รับคำตอบจากการแสวงหาหนทางที่ปรากฏในแนวคำพิพากษาในทำนองเดียวกัน*[38] ดังนั้น จึงพบว่าคำพิพากษาประเภท (ข) จะปรากฏในคดีที่มีลักษณะเฉพาะ โดยเป็นการนำเสนอถึงทางออกรูปแบบใหม่ในการพิจารณาพิพากษาเพื่อที่จะนำไปปรับใช้ได้ในอีกหลายคดีในอนาคต ตัวอย่างของคำพิพากษาประเภท (ข) ก็เช่น คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Compagnie général d'éclairage de Bordeaux ลงวันที่ 30 มีนาคม ค.ศ. 1916 ซึ่งเป็นคำพิพากษาที่วางหลักถึงทฤษฎีเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ (la théorie d'imprévision) ในการปฏิบัติตามสัญญาทางปกครอง อันส่งผลต่อมาให้การปฏิบัติตามสัญญาทางปกครองอาจอ้างเหตุอันมิอาจคาดหมายได้ในการเรียกร้องให้ฝ่ายปกครองเยียวยาความเสียหายให้แก่ตน คำพิพากษาฉบับนี้เป็นตัวอย่างที่แสดงให้เห็นถึงการสร้างกฎหมายโดยตุลาการ (le prétorien) ซึ่งปรากฏในคำพิพากษาฉบับก่อนหน้าและส่งผลให้คำพิพากษาฉบับอื่นที่ตามมาภายหลังนำมาปรับใช้ อีกทั้งยังเป็นการสร้างหลักกฎหมายปกครองที่เป็นเอกภาพและเป็นอิสระจากระบบกฎหมายเอกชน

นอกเหนือจากความชัดเจนว่ามิใช่คำพิพากษาทุกฉบับจะกลายมาเป็น*คำพิพากษาบรรทัดฐาน*แล้ว ประเด็นต่อไปที่จะต้องคำนึงถึงก็คือ คำพิพากษาจะต้องเผยแพร่และเข้าถึงได้ เนื่องจากการเข้าถึงคำพิพากษาจะนำมาซึ่งการวิจารณ์คำพิพากษา ซึ่งประเด็นตามที่กล่าวไปแล้วนี้ก็จะเชื่อมโยงกับลักษณะของคำพิพากษาคดีปกครองที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองฝรั่งเศสเน้นย้ำถึง*การให้เหตุผลประกอบคำพิพากษา* โดย Maryse DEGUERGUE[39] ได้แสดงทรรศนะในประเด็นนี้ในทำนองว่า การให้เหตุผลประกอบคำพิพากษานี้เองทำให้ตุลาการในคดีหลังมีความลังเลที่จะตัดสินไปในทางเดียวกับคำพิพากษาในคดีก่อนหน้า จึงเห็นได้ว่าทรรศนะของ Maryse DEGUERGUE เป็นการแสดงให้เห็นถึงการเปิดกว้างในการนำเสนอเหตุผลที่แตกต่างกันอัน (อาจ) นำไปสู่ผลสุดท้ายที่ต่างกันแม้ว่าข้อพิพาทนั้นมีลักษณะใกล้เคียงกัน ซึ่งหากปรากฏกรณีตามที่กล่าวมานี้ ก็ย่อมเป็นการเน้นย้ำความสำคัญของการให้เหตุผลประกอบคำพิพากษา

---

[37] Paul-Maxence MURGUE-VAROCLIER, Le précédent en droit français, [online] Available from :http://hal.science/hal-04184357 [19 มีนาคม 2567]

[38] Marcel WALINE, Le pouvoir normatif de la jurisprudence อ้างโดย Paul-Maxence MURGUE-VAROCLIER, เพิ่งอ้าง

[39] Maryse DEGUERGUE, La jurisprudence, อ้างโดย Paul-Maxence MURGUE-VAROCLIER, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 37

อันสอดคล้องกับแนวคิดของ T. SAUVEL ที่ว่าจะต้องระบุชัดถึงเหตุผลประกอบคำพิพากษาหากเหตุนั้นเป็นเหตุเดียวกัน[40] ทั้งนี้ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปก็ได้ยืนยันความสำคัญของการให้เหตุผลประกอบคำพิพากษาว่าเป็นหลักเกณฑ์พื้นฐานดังปรากฏในคำพิพากษาคดี Van den Hurke c. Pays-Bas ลงวันที่ 19 เมษายน ค.ศ. 1994 ซึ่งสภาแห่งรัฐก็เห็นว่าการให้เหตุผลประกอบคำพิพากษาเป็นความจำเป็นอย่างหลีกเลี่ยงไม่ได้ และได้แสดงจุดยืนในเรื่องดังกล่าวไว้ในรายงานของคณะทำงานเพื่อศึกษาเกี่ยวกับการจัดทำคำพิพากษาคดีปกครองซึ่งเผยแพร่ใน ค.ศ. 2012[41]

บทสรุป

แม้จะเป็นที่ยอมรับว่าแนวคำพิพากษามิใช่ที่มาอย่างเป็นทางการของกฎหมาย แต่ปัจจุบันก็เป็นที่ยอมรับเช่นกันว่าผู้พิพากษาตุลาการมีอำนาจในการวางหลักกฎหมายโดยแสดงออกผ่านการจัดทำคำพิพากษา และคำพิพากษานั้นก็อาจกลายมาเป็น*คำพิพากษาบรรทัดฐาน*ได้เช่นกัน ทั้งนี้ การให้เหตุผลประกอบคำพิพากษาเป็นสิ่งที่จำเป็นโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้และถือเป็นองค์ประกอบที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองฝรั่งเศสวางหลักไว้

Précédent หรือ*คำพิพากษาบรรทัดฐาน*จึงเป็นผลลัพธ์จากการจัดทำคำพิพากษาที่มีคุณภาพ แม้ว่าปัจจุบันยังคงมีข้อวิจารณ์ว่าคำพิพากษามิใช่แหล่งที่มาตามรูปแบบของกฎหมายก็ตาม แต่ข้อวิจารณ์นี้ก็นำเสนอถึงเสรีภาพของผู้พิพากษาตุลาการในการตีความกฎหมาย ดังนั้น คำพิพากษาบรรทัดฐานจึงเป็นทางออกตรงกลางของข้อความคิดที่แตกต่างกันทั้งสองประการข้างต้น ซึ่งก็คือ การพิจารณาว่าคำพิพากษาบรรทัดฐานคือขอบเขตหรือการวางกรอบของอำนาจตุลาการในการวางหลักกฎหมาย เนื่องจากลักษณะของคำพิพากษาบรรทัดฐานเป็นการให้ความเชื่อมั่นถึงการคุ้มครองนิติฐานะ (la sécurité juridique) เช่นเดียวกับการทำให้คำพิพากษาเป็นอันหนึ่งอันเดียวกันอันเป็นประเด็นที่สภาแห่งรัฐฝรั่งเศสให้ความสำคัญดังที่กล่าวไปแล้วใน*ส่วนที่ 1.2*

อนึ่ง คงเป็นการยากที่จะหลีกเลี่ยงที่จะกล่าวถึง “หลักกฎหมายทั่วไป (les principes généraux du droit)” หากมีการศึกษาเกี่ยวกับ*คำพิพากษาบรรทัดฐาน* เนื่องจากทั้งหลักกฎหมายทั่วไปและคำพิพากษาบรรทัดฐานต่างก็มีลักษณะร่วมกันหลายประการ โดย Bernard STIRN ได้เสนอนิยามของ “หลักกฎหมายทั่วไป” ว่าหมายถึง “หลักกฎหมายที่ไม่ได้ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร ซึ่งหน่วยงานทางปกครองทั้งหลายจะต้องปฏิบัติตาม”[42] นิยามดังกล่าวมีความแตกต่างกับนิยามที่ปรากฏในคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Aramu ลงวันที่ 26 ตุลาคม ค.ศ. 1945 อันถือเป็นคำพิพากษาสภาแห่งรัฐที่นักกฎหมายส่วนใหญ่ถือเป็นคดีแรกที่สภาแห่งรัฐยอมรับความมีอยู่ของหลักกฎหมายทั่วไป[43] ซึ่งในคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Aramu นี้ สภาแห่งรัฐยอมรับว่าสิทธิการต่อสู้คดี (les droits de la défense) เป็นหลักกฎหมายทั่วไปอันมีความหมายถึง “หลักกฎหมายที่นำมาปรับใช้แม้จะไม่มีปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษร”[44] จะเห็นได้ว่าราว 60 ปีนับจากคำพิพากษาฉบับนี้ กฎหมายปกครองฝรั่งเศสได้ยอมรับความสำคัญของหลักกฎหมายทั่วไปและต่อเนื่องไปถึงบทบังคับให้หน่วยงานทางปกครองปฏิบัติตามซึ่งสะท้อนให้เห็นจากนิยามของ Bernard STIRN ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

---

[40] « l’identité de motifs lorsque les causes sont identiques »

[41] Le groupe de travail sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative (présidé par le président Philippe Martin), Rapport sur la rédaction des décisions de la juridiction administrative : rapport final, [online] Available from : www.conseil-etat.fr [1 เมษายน 2567]

[42] « les règles non écrits dont il impose le respect à toutes les autorités administratives », โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมที่ Bernard STIRN, Les sources constitutionnelles du droit administratifs, 6è édition, LGDJ, 2008

[43] ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Bobard ลงวันที่ 3 กรกฎาคม ค.ศ. 1936 ซึ่งสภาแห่งรัฐยอมรับว่าหลักความเสมอภาค (le principe d’égalité) เป็นหลักกฎหมายทั่วไป

[44] « les principes applicables même sans textes »

จากการศึกษาพบว่า ตุลาการศาลปกครองฝรั่งเศสใช้วิธีการค้นพบ (découvert) หลักกฎหมายทั่วไปมากกว่าจะเป็นการสร้าง (inventé) หลักดังกล่าวขึ้นมาเอง[45] การค้นพบดังกล่าวกระทำโดยวิธีประมวลทางความคิดที่ปรากฏในช่วงระยะเวลาหนึ่ง การดำเนินการดังกล่าวนี้เป็นไปเพื่อจุดมุ่งหมายในการตอบสนองการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลด้วยวิธีการนำหลักที่ไม่ปรากฏเป็นลายลักษณ์อักษรแต่ได้รับการยอมรับเป็นเอกฉันท์ (un consensus) ทางสังคมมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ทั้งนี้ การประมวลทางความคิดและกำหนดว่าสิ่งใดมีความเป็นหลักกฎหมายทั่วไปย่อมส่งผลต่อมาถึงเนื้อหาสาระ (le contenu) ของหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่ง Bernard STIRN[46] แสดงทรรศนะว่ามี 2 รูปแบบ กล่าวคือ (ก) หลักกฎหมายที่มีที่มาจากปรัชญาทางการเมือง (la philosophie politique) อันเป็นหลักการพื้นฐานของสาธารณรัฐซึ่งก็คือ เสรีภาพ ความเท่าเทียมกัน ความต่อเนื่องของบริการสาธารณะ (la continuité du service public) และ (ข) ข้อความคิดของกฎหมาย (une conception du droit)[47] ซึ่งไม่ว่าหลักกฎหมายทั่วไปนั้นจะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปตามรูปแบบใดก็ตาม แต่ก็ถือว่าเป็นสิ่งที่มีพัฒนาการ (évolutif) ตามสภาวการณ์ที่เปลี่ยนไป ในทางปฏิบัติสภาแห่งรัฐพบว่าจะนำหลักกฎหมายทั่วไปที่มีอยู่เดิมมาปรับใช้เป็นฐานเพื่อวางหลักกฎหมายทั่วไปที่มีความเป็นปัจจุบันและมีความสอดคล้องกับสภาพสังคมปัจจุบัน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ สภาแห่งรัฐจะนำหลักกฎหมายทั่วไปที่มีอยู่เดิม (ตามที่ปรากฏในคำพิพากษาในคดีต่าง ๆ ของสภาแห่งรัฐ) มาศึกษา ซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปเหล่านั้นถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่เป็นแกนหลักในการอ้างอิง แล้วสภาแห่งรัฐอาจสร้างหลักกฎหมายทั่วไปรุ่นใหม่ที่เป็นการเพิ่มเติมหลักกฎหมายทั่วไปที่มีอยู่เดิม

อนึ่ง เมื่อมีการศึกษาถึงหลักกฎหมายทั่วไปแล้ว ประเด็นที่จะต้องถูกหยิบยกขึ้นมาพิจารณาควบคู่ไปด้วยก็คือประเด็นเกี่ยวกับ*ลำดับศักดิ์หรือคุณค่า (valeur)* ของหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งประเด็นนี้พบว่า สภาแห่งรัฐวางหลักว่าหลักกฎหมายทั่วไปมีสถานะสูงกว่ากฎเกณฑ์ทางกฎหมายทุกรูปแบบที่ออกโดยฝ่ายปกครอง (une valeur supérieure à celle de tous les actes administratifs) คำพิพากษาดังกล่าวส่งผลต่อมาถึงการที่กฎเกณฑ์ทางกฎหมายทุกรูปแบบที่ออกโดยฝ่ายปกครองจะต้องไม่มีเนื้อหาสาระที่ขัดกับหลักกฎหมายทั่วไป หรือหากแม้ว่ากฎเกณฑ์ทางกฎหมายดังกล่าวนั้นจะเป็นรัฐกำหนด (une ordonnance) ที่ลงนามโดยประธานาธิบดีโดยอาศัยอำนาจตามรัฐบัญญัติที่ให้อำนาจฝ่ายบริหารในการออกรัฐกำหนดและต้องห้ามไม่ให้ยื่นฎีกาต่อศาลเพื่อให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายก็ตาม[48]

ปัญหาที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติก็คือ สภาแห่งรัฐไม่ได้เป็นเพียงองค์กรเดียวที่ต้องพิจารณาพิพากษาว่าหลักกฎหมายอันเป็นประเด็นพิพาทในคดีนั้นมีลักษณะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปหรือไม่ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ นอกเหนือจากสภาแห่งรัฐแล้ว คณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็ย่อมเป็นอีกองค์กรหนึ่งที่สามารถหยิบยกประเด็นพิพาททางกฎหมายลักษณะเดียวกันมาพิจารณาวินิจฉัยได้ หากประเด็นพิพาทนั้นเป็นประเด็นที่อยู่ภายใต้อำนาจการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญอันเป็นอำนาจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ การดำเนินการของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญย่อมส่งผลในทางปฏิบัติที่แตกต่างกับกรณีที่สภาแห่งรัฐเป็นองค์กรผู้หยิบยกหลักกฎหมายทั่วไปมาพิจารณาพิพากษา ทั้งนี้ เนื่องมาจากสาเหตุที่ว่าอำนาจ

---

[45] ตามทรรศนะของ Bernard STIRN, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 42 และดังที่เคยนำเสนอไว้ว่า “ตุลาการศาลปกครองไม่ได้เป็นผู้ “สร้าง” หลักกฎหมายทั่วไป แต่เป็นเพียงผู้ยืนยัน “ความมีอยู่” ของหลักกฎหมายทั่วไปเท่านั้น”, โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมที่ ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤกษ์, ตุลาการศาลปกครองกับบทบาทในการสร้างและพิจารณาหลักกฎหมายทั่วไป, วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ 11 ฉบับที่ 2 (เมษายน-มิถุนายน) 2554, หน้า 38-52

[46] อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ 42

[47] เช่น สิทธิในการต่อสู้คดี (les droits de la défense) การไม่มีผลย้อนหลังของการกระทำทางปกครอง (la non-rétroactivité des actes administratifs) หลักที่ว่าคำสั่งทางปกครองทุกรูปแบบย่อมนำมาซึ่งการฟ้องขอให้เพิกถอนการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และหลักที่ศาลในชั้นสูงสุดย่อมมีอำนาจในการพิจารณาคำพิพากษาของศาลทุกศาล (le recours en cassation contre toute décision juridictionnelle)

[48] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Canal ลงวันที่ 19 ตุลาคม ค.ศ. 1962

และภาระหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญย่อมหมายถึงการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ[49] และเมื่อพิจารณาจากลำดับศักดิ์ตามที่ปรากฏในกฎหมายภายในว่ารัฐธรรมนูญเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายสูงสุดแล้ว การวินิจฉัยเกี่ยวกับหลักกฎหมายทั่วไปของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงเป็นการพิจารณาหลักกฎหมายทั่วไปที่มีลำดับศักดิ์สูงกว่ากฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ออกโดยฝ่ายนิติบัญญัติ (une valeur « supra-législative ») ซึ่งหลักกฎหมายทั่วไปลักษณะดังกล่าวนี้ ก็คือ หลักกฎหมายทั่วไปที่มีคุณค่าเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ (une valeur constitutionnelle) ซึ่งก็คือ อาจเป็นหลักกฎหมายทั่วไปซึ่งมีเนื้อหาสาระเช่นเดียวกับอารัมภบทของรัฐธรรมนูญ[50] หรือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่ไม่ได้ปรากฏในอารัมภบทของรัฐธรรมนูญ แต่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีที่มาและมีคุณค่าเทียบเท่ารัฐธรรมนูญ[51]

ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้นจะเห็นได้ว่า ภาพรวมของ “หลักกฎหมายทั่วไป” ก็คือ การที่สภาแห่งรัฐนำหลักกฎหมายที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญมาปรับใช้กับการพิจารณาพิพากษาคดีของตนและเรียกหลักเหล่านั้นว่า “หลักกฎหมายทั่วไป” ซึ่งภาพรวมดังกล่าวเป็นสภาวการณ์ของการศึกษาหลักกฎหมายทั่วไปที่แตกต่างไปจากครั้งแรกเริ่มที่ถือว่ามีความหมายถึงการศึกษาอำนาจของสภาแห่งรัฐในการวางหลักกฎหมายผ่านรูปแบบคำพิพากษาเท่านั้น ซึ่งหลักกฎหมายนั้นก็มีความหมายเพียง “หลัก” ของ “กฎหมายปกครอง”[52] จากความที่นำเสนอเกี่ยวกับหลักกฎหมายทั่วไปแสดงให้เห็นถึงลักษณะร่วมของหลักกฎหมายทั่วไปกับคำพิพากษาบรรทัดฐาน ซึ่งก็คือการจัดทำคำพิพากษาที่มีประสิทธิภาพนั่นเอง

ในฐานะอธิบดีศาลปกครองชั้นต้น ตุลาการศาลปกครองสูงสุด และเกษียณอายุราชการในตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุด ศ. (พิเศษ) ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้มีส่วนสำคัญอย่างยิ่งในการวางหลักกฎหมายผ่านคำพิพากษาศาลปกครองหลายฉบับ คุณูปการดังกล่าวจึงเป็นแรงบันดาลใจให้นำมาสู่การจัดทำบทความฉบับนี้โดยหวังเป็นอย่างยิ่งว่าคำพิพากษาศาลปกครองในยุคสมัยภายหลังการเกษียณอายุราชการของ ศ. (พิเศษ) ดร.วรพจน์ฯ จะได้รับการพัฒนายิ่งขึ้นอย่างต่อเนื่อง

---

[49] คณะตุลาการรัฐธรรมนูญประกอบด้วยสมาชิก 9 คน ซึ่งได้รับการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดีและประธานสภาทั้งสอง ให้อยู่ในวาระ 9 ปี โดยดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว และยังประกอบด้วยอดีตประธานาธิบดีซึ่งเป็นสมาชิกโดยตำแหน่งตลอดชีวิต

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ที่สำคัญ คือ (ก) เป็นที่ปรึกษาของประมุขและรัฐบาลเกี่ยวกับการใช้อำนาจพิเศษตามรัฐธรรมนูญ การดำเนินการเกี่ยวกับการลงประชามติ และเป็นผู้ตรวจสอบว่าประธานาธิบดีมีเหตุขัดข้องที่ไม่อาจปฏิบัติหน้าที่ต่อไปได้หรือไม่ (ข) เป็นศาลพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับการเลือกตั้งประธานาธิบดีและการเลือกตั้งสมาชิกรัฐสภา เป็นผู้ควบคุมความถูกต้องของการลงประชามติ และเป็นผู้ประกาศผลการลงประชามติ และ (ค) เป็นศาลรัฐธรรมนูญซึ่งมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ข้อบังคับของสภาทั้งสอง ร่างรัฐบัญญัติ และสนธิสัญญา แต่ไม่มีอำนาจตรวจสอบรัฐบัญญัติที่ผ่านการลงประชามติ, สรุปความบางส่วนและโปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติมที่ ชาญชัย แสวงศักดิ์, กฎหมายรัฐธรรมนูญ แนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ, (พิมพ์ครั้งที่ 1 : สำนักพิมพ์วิญญชน, 2552), หน้า 287

[50] ดังที่ปรากฏเป็นหลักเสรีภาพ หลักความเสมอภาค ซึ่งถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไปดั้งเดิมรวมทั้งเป็นหลัก (une règle) ที่ปรากฏในคำประกาศสิทธิมนุษยชน (la Déclaration des droits de l’homme) ด้วย

[51] ซึ่งก็คือ สิทธิในการมีครอบครัว (le droit de mener une vie familiale normale) ดังที่ปรากฏในคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญลงวันที่ 13 สิงหาคม ค.ศ. 1993

[52] ตัวอย่างของหลักกฎหมายทั่วไปที่มีรูปแบบการปรับใช้ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น ก็เช่น หลักความเสมอภาค (le principe d’égalité) และหลักเสรีภาพอันถือเป็นสองหลักกฎหมายที่โดดเด่นที่ปรากฏในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. 1789 สภาแห่งรัฐยอมรับหลักความเสมอภาคไว้ในคำพิพากษา คดี Benjamin ลงวันที่ 19 พฤษภาคม ค.ศ. 1933 แล้วต่อมาก็พัฒนาการยอมรับดังกล่าวมาเป็นการวางหลักว่าด้วยความเท่าเทียมกันในการรับภาระสาธารณะ (l’égalité devant la charge publique) โดยเฉพาะอย่างยิ่งความเท่าเทียมกันในการชำระภาษี รวมทั้งการวางหลักที่ว่าบุคคลที่อยู่ในสถานะแตกต่างกันย่อมได้รับการปฏิบัติที่ต่างกัน (คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Sté du Journal d’Aurore ลงวันที่ 9 มีนาคม ค.ศ. 1951 และคดี Sté des concerts du conservatoire ลงวันที่ 9 มีนาคม ค.ศ. 1951) เมื่อบริบททางรัฐธรรมนูญเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย สภาแห่งรัฐก็นำบริบทดังกล่าวมาปรับใช้กับการพิจารณาพิพากษาคดีของตนเช่นกัน กล่าวคือ พบว่าปัจจุบันมีการนำหลักความเสมอภาคมาปรับใช้ในลักษณะที่เป็นการอนุญาตการกระทำการใดที่เป็นการยืนยันหลักความเสมอภาคของการได้รับโอกาส (l´égalité de chance) ดังที่พบว่าสภาเทศบาล (le conseil municipal) ย่อมไม่สามารถออกกฎระเบียบเกี่ยวกับการรับสมัครนักเรียนเข้าศึกษาในโรงเรียนดนตรีโดยกำหนดเงื่อนไขเกี่ยวกับจำนวนรายได้ของผู้สมัคร (คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Commune de Gennevilliers ลงวันที่ 29 ธันวาคม ค.ศ. 1997) หรือกรณีที่สถาบันการเมืองการศึกษาแห่งปารีส (l’Institut d’études politique de Paris) สามารถกำหนดช่องทางพิเศษในการเข้าเรียนให้แก่เด็กที่อาศัยอยู่ในเขตที่ควรจัดให้มีการศึกษาเป็นลำดับแรก (une zone d’éducation prioritaire) ทั้งนี้ ต้องพิจารณาระดับชั้นและความสามารถของผู้เข้าแข่งขันประกอบด้วย (คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ 11 กรกฎาคม ค.ศ. 2001)

อำนาจศาลปกครองฝรั่งเศสในการกำหนดคำบังคับที่มีลักษณะ “สั่งให้กระทำการ” (Le pouvoir d’injonction du juge administratif)

ปิยาภรณ์ ชัยวัฒน์[1]

“ตุลาการไม่ใช่เป็นแต่เพียงผู้ที่ทำหน้าที่วินิจฉัยข้อกฎหมายตามหลักทฤษฎีเท่านั้น แต่ยังต้องเป็นผู้ซึ่งแก้ไขสถานการณ์ในทางคดีด้วยความเป็นธรรม”[2]

บทนำ

คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎหรือคำสั่งทางปกครอง (Contentieux de l’excès de pouvoir) ศาลปกครองไทยมีอำนาจพิพากษาเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายตามคำขอของผู้ฟ้องคดี โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 72 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ที่กำหนดไว้ว่า ในการพิพากษาคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำบังคับโดยเพิกถอนกฎหรือคำสั่ง หรือสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วนในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) และมาตรา 72 วรรคสอง ที่กำหนดให้ในการมีคำบังคับตามวรรคหนึ่ง (1) ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดว่าจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ทั้งนี้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี และนอกจากอำนาจกำหนดคำบังคับลักษณะดังกล่าว มาตรา 69 วรรคหนึ่ง (8) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ยังกำหนดให้คำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีปกครองของศาลปกครองอาจมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษา (ถ้ามี) แต่อย่างไรก็ตาม ข้อสังเกตที่ศาลมีอำนาจกำหนดในคำพิพากษาตามมาตรา 69 วรรคหนึ่ง (8) ดังกล่าวไม่ใช่คำบังคับ[3] สำหรับศาลปกครองฝรั่งเศส นอกจากศาลปกครองจะมีอำนาจกำหนดคำบังคับให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองของฝรั่งเศส (Code de justice administrative) นั้น บัญญัติให้ศาลในคดีที่ฟ้องเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีอำนาจกำหนดคำบังคับที่มีลักษณะสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการ (pouvoirs d’injonction) ซึ่งเป็นอำนาจศาลที่นอกเหนือจากอำนาจเพิกถอนทั้งหมดหรือบางส่วนโดยให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ ทั้งนี้

---

[1] ปิยาภรณ์ ชัยวัฒน์, ร.บ. (การปกครอง) เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ วิทยาเขตปัตตานี, น.บ. มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, ปริญญาโทกฎหมายมหาชน Master 2 (droit public général) Université Paul-Cézanne Aix-Marseille III ประเทศฝรั่งเศส, ตุลาการศาลปกครองกลาง

[2] “Le juge n’est pas seulement chargé de dire droit, de façon doctrinal, mais aussi de régler une situation litigieuse” อ้างถึงใน Camille Broyelle, “Le pouvoir d’injonction du juge administratif”, Revue française de droit administratif, 2015, 03, pp. 441

[3] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ 941/2566 : ข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาที่อยู่ท้ายคำพิพากษาเป็นเพียงข้อแนะนำ แต่ไม่มีสภาพบังคับดังเช่นคำบังคับของศาล ดังนั้น ผู้ชนะคดีจึงไม่อาจร้องขอต่อศาลให้ไต่สวนหรือมีคำสั่งให้อีกฝ่ายหนึ่งปฏิบัติตามข้อสังเกตดังกล่าวได้

เพื่อให้เกิดประสิทธิภาพในการปฏิบัติตามคำบังคับและเป็นหลักประกันการปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาล กรณีจึงต้องศึกษาหลักการในการกำหนดคำบังคับในคำพิพากษาให้ฝ่ายปกครองกระทำการ (1) ประเภทคำบังคับที่มีลักษณะสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการ (Les types d'injonctions) (2) เงื่อนไขในการกำหนดคำบังคับที่มีลักษณะสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการ (Les modalités du pouvoir d'injonction) (3) โดยบทความนี้จะศึกษาเฉพาะอำนาจกำหนดคำบังคับให้ฝ่ายปกครองกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งตามมาตรา L.911-1 และมาตรา L.911-2 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง ซึ่งเป็นบทบัญญัติมาตราหลักในการใช้อำนาจกำหนดคำบังคับสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการ

1. หลักการในการกำหนดคำบังคับในคำพิพากษาให้ฝ่ายปกครองกระทำการ

อำนาจศาลปกครองฝรั่งเศสในการกำหนดคำบังคับที่มีลักษณะสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการนั้นโดยสภาพแล้วไม่ใช่อำนาจของศาลปกครองที่มีอยู่แต่เดิม[4] เดิมการใช้อำนาจกำหนดคำบังคับลักษณะดังกล่าวอยู่ภายใต้หลักการห้ามศาลไม่ให้กำหนดคำบังคับในลักษณะสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการ (Le principe de prohibition des injonctions à l'adresse de l'administration) หรือออกคำสั่งแทนฝ่ายปกครองเนื่องจากศาลไม่อาจกระทำการเป็นฝ่ายปกครองเสียเอง และการกำหนดคำบังคับลักษณะดังกล่าวอาจขัดแย้งกับหลักการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจระหว่างศาลและฝ่ายปกครอง[5] (le principe de séparation du juge et de l'administration) ต่อมา เมื่อมีการตรารัฐบัญญัติลงวันที่ 8 กุมภาพันธ์ 1995[6] ว่าด้วยการจัดตั้งองค์กรศาลและวิธีพิจารณาคดีแพ่ง คดีอาญา และคดีปกครอง ซึ่งมีสาระสำคัญในการปฏิรูปวิธีพิจารณาคดีและกำหนดให้อำนาจศาลปกครองมีคำพิพากษาและกำหนดคำบังคับที่มีลักษณะสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการ (le pouvoir d'injonction) อันเป็นการกำหนดคำบังคับเชิงป้องกันไว้ในคำพิพากษาของศาล (préventive) และในกรณีที่ไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามคำพิพากษาให้ศาลมีอำนาจสั่งให้ชำระค่าปรับซึ่งเป็นมาตรการเชิงลงโทษ (répressive) และรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 30 มิถุนายน 2000 ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีโดยเร่งด่วนในศาลปกครอง ซึ่งมีสาระสำคัญในการปฏิรูปวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาให้มีความรวดเร็วและมีประสิทธิภาพมากขึ้น[7] จึงส่งผลต่อความมีอิสระของศาลปกครองในการใช้อำนาจกำหนดคำบังคับให้ฝ่ายปกครองกระทำการ โดยปัจจุบันอำนาจในการกำหนดคำบังคับในคำพิพากษาลักษณะดังกล่าวบัญญัติไว้ในมาตรา L.911-1 มาตรา L.911-1-1 และมาตรา L.911-2 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง และในกรณีที่ไม่มีการปฏิบัติตามคำบังคับในคำพิพากษาของศาลดังกล่าว คู่กรณีอาจยื่นคำขอต่อศาลปกครองชั้นต้นหรือศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ที่มีคำพิพากษาเพื่อประกันการปฏิบัติให้เป็นไปตามคำพิพากษาซึ่งหากคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลไม่ได้กำหนดไว้ว่าต้องปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งอย่างไร (les mesures d'exécution) ให้ศาลที่พิจารณาคำขอมีอำนาจอธิบายหรือให้ความหมายของมาตรการที่ต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาล รวมถึงกำหนดระยะเวลาการปฏิบัติให้เป็นไปตามคำพิพากษาและกำหนดค่าปรับ (l'astreinte) ในกรณีที่ไม่มีการปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลตามมาตรา L.911-4[8] แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา

---

[4] CE, 28 février 1996, Fauqueux, n° 106582

[5] CE, 4 février 1976, Elissonde, n° 92742

[6] La loi du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative

[7] La loi du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives

[8] Code de justice administrative, Article L.911-4

En cas d'inexécution d'un jugement ou d'un arrêt, la partie intéressée peut demander à la juridiction, une fois la décision rendue, d'en assurer l'exécution.

Si le jugement ou l'arrêt dont l'exécution est demandée n'a pas défini les mesures d'exécution, la juridiction saisie procède à cette définition. Elle peut fixer un délai d'exécution et prononcer une astreinte.

แก้ไขเพิ่มเติมโดยหมวดที่ 2 การเพิ่มประสิทธิภาพในวิธีพิจารณาคดีปกครอง มาตรา 40 แห่งรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 23 มีนาคม ค.ศ. 2019 ว่าด้วยการปฏิรูปงานด้านการยุติธรรม

คดีปกครอง[9] และแม้กฎหมายกำหนดให้ศาลมีอำนาจกำหนดคำบังคับในคำพิพากษาลักษณะดังกล่าวก็ตาม แต่หลักการห้ามศาลไม่ให้กำหนดคำบังคับในลักษณะสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการก็ยังคงมีอยู่ และศาลปกครองซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจดังกล่าวมักจะจำกัดอำนาจของตัวเอง (une autolimitation du juge) ด้วยเช่นเดียวกัน เนื่องจากการใช้อำนาจของศาลปกครองในกรณีนี้ระยะแรกเป็นที่วิพากษ์วิจารณ์ค่อนข้างมากในบรรดาตุลาการผู้แถลงคดี (un rapporteur public) และศาลที่มีอำนาจวินิจฉัยในเนื้อหาแห่งคดี เช่น ศาลปกครองชั้นต้นหรือศาลปกครองชั้นอุทธรณ์[10] สำหรับศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าแม้ว่าจะมีคำขอลักษณะดังกล่าวก็ตาม แต่การกำหนดคำบังคับลักษณะดังกล่าวต้องคำนึงถึงหลักการไม่วินิจฉัยข้ออ้างที่ไม่จำเป็น[11] (le principe de l'économie des moyens) ด้วย[12] การกำหนดคำบังคับลักษณะดังกล่าวจึงต้องตีความอย่างเคร่งครัด[13] อย่างไรก็ตาม ในท้ายที่สุดคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดคดี Société Eden[14] ได้วินิจฉัยไว้ว่าในบางกรณีศาลอาจจำต้องละทิ้งหลักการไม่วินิจฉัยข้ออ้างที่ไม่จำเป็น หากปรากฏว่ามีเหตุทางกฎหมาย (les causes juridiques) ที่สำคัญ หรือมีคำขอให้ศาลกำหนดคำบังคับให้ฝ่ายปกครองกระทำการ (les conclusions d'injonction) คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดในคดีดังกล่าวจึงย่อมส่งผลต่อศาลปกครองในเวลาต่อมาให้ศาลปกครองมีอำนาจเต็มในการกำหนดคำบังคับสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการได้ ดังนั้น เมื่อกฎหมายให้อำนาจศาลกำหนดคำบังคับลักษณะสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการดังกล่าวได้จึงต้องศึกษาประเภทคำบังคับที่มีลักษณะสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการ (2) และเงื่อนไขการกำหนดคำบังคับที่มีลักษณะสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการ (3)

2. ประเภทคำบังคับที่มีลักษณะสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการ (Les types d'injonctions)

การที่ศาลจะใช้อำนาจกำหนดคำบังคับในคำพิพากษาที่มีลักษณะเป็นการสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการซึ่งเป็นคำบังคับในเชิงป้องกันตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (Code de justice administrative) ต้องพิจารณาด้วยว่าเป็นคำบังคับที่มีลักษณะให้ฝ่ายปกครองดำเนินการอย่างใดใดเพื่อให้เป็นไปตามคำพิพากษา (2.1) คำบังคับที่มีลักษณะให้ฝ่ายปกครองดำเนินการออกคำสั่งใหม่ (2.2) หรือคำบังคับกรณีเข้าเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด (2.3) ดังนี้

2.1 การกำหนดคำบังคับที่มีลักษณะให้ฝ่ายปกครองกระทำการตามที่กำหนดในคำพิพากษา หรือที่เรียกว่า "l'injonction de prendre une mesure d'exécution dans un sens déterminé"

มาตรา L.911-1[15] แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง วรรคหนึ่ง บัญญัติไว้ว่า ศาลปกครองอาจมี

---

[9] CE, 23 mars 2015, Mme Veysset, n° 366813

[10] CAA Paris, 13 février 2008, Mme Continella, n° 06PA02800

[11] หลักการไม่วินิจฉัยข้ออ้างที่ไม่จำเป็น นั้น ถูกกล่าวไว้ในคดี Maurel (CE, 29 mai 1963, Maurel, Lebon p. 334) "sans qu'il soit besoin de statuer sur les autres moyens de la requête" ซึ่งเป็นบทเริ่มต้นในการให้เหตุผลในคำวินิจฉัยของศาลปกครองฝรั่งเศส : การที่ศาลไม่วินิจฉัยข้ออ้างที่ไม่จำเป็น (le principe de l'économie des moyens) เป็นหลักการที่ในคดีที่ศาลมีอำนาจยกเลิกเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย หากศาลเห็นว่าคำสั่งไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุไม่ชอบด้วยกฎหมายภายนอกแล้ว ศาลย่อมพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นไปได้เลยโดยไม่จำต้องวินิจฉัยคำขอหรือข้ออ้างอื่นของผู้ฟ้องคดีที่ขอให้ศาลสั่งให้ฝ่ายปกครองออกคำสั่งใหม่อีก แต่หากเป็นปัญหาข้อกฎหมายเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อย ศาลสามารถหยิบยกขึ้นมาวินิจฉัยได้เอง ซึ่งบทเริ่มต้นในการให้เหตุผลแห่งคำวินิจฉัยก็จะเป็น "san qu'il soit besoin d'examiner les moyens de la requête" (CE, 4 avril 1997, Marchal, Lebon p. 131) อ้างถึงใน Mattias Guyomar et Bertrand Seiller, Contentieux administratif, 4e edition., 2017, Dalloz, HyperCours,§ 982

[12] CE, 27 février 2011, n° 337349 et 337394

[13] CAA Versailles, 8 octobre 2009, n° 08VE03984

[14] CE, sect., 21 décembre 2018, Société Eden n° 409678

[15] Article L.911-1 Lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé, la juridiction, saisie

คำพิพากษากำหนดคำบังคับสั่งให้นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนหรือนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนที่ทำหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ ดำเนินการออกมาตรการใดใดเพื่อให้เป็นไปตามที่ศาลกำหนดในคำพิพากษา เมื่อมีคำขอของผู้ฟ้องคดี และคำพิพากษาดังกล่าวอาจกำหนดระยะเวลาในการปฏิบัติตามคำพิพากษาไว้ด้วย และวรรคสอง[16] ว่า ศาลอาจเห็นเองให้กำหนดมาตรการดังกล่าวก็ได้ (prescrire d'office cette mesure) จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่าเป็นการกำหนดคำบังคับให้ฝ่ายปกครองดำเนินการออกมาตรการใดใดตามที่ศาลกำหนดไว้ในคำพิพากษา "dans un sens déterminé" ตามคำขอของผู้ฟ้องคดีและภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนด การที่ศาลใช้อำนาจกำหนดคำบังคับตามมาตรานี้จึงต้องเป็นมาตรการที่จำเป็นและอยู่บนพื้นฐานหลักความคิดที่ว่าในเรื่องที่ศาลสั่งให้ฝ่ายปกครองดำเนินการออกมาตรการใดใดตามที่ศาลกำหนดนั้นต้องเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองไม่มีดุลพินิจที่จะตัดสินใจเลือกดำเนินการเป็นอย่างอื่นหรือเป็นเรื่องที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจผูกพันที่จะต้องออกมาตรการใดใดที่กฎหมายกำหนดอยู่แล้ว และต้องปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีมีคุณสมบัติครบถ้วนตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดในขณะนั้นด้วย สำหรับกรณีที่ศาลพิพากษาเพิกถอนคำสั่งปฏิเสธของฝ่ายปกครองที่จะออกกฎ หรือกรณีศาลพิพากษาเพิกถอนคำสั่งปฏิเสธของฝ่ายปกครองที่จะยกเลิกกฎอันมีลักษณะเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ศาลต้องพิจารณาต่อไปด้วยว่า ฝ่ายปกครองจำต้องใช้อำนาจในการออกกฎให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดต่อไปหรือไม่ หรือการที่ศาลพิพากษาเพิกถอนคำสั่งปฏิเสธที่จะยกเลิกกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจมีผลเพียงพอให้ฝ่ายปกครองดำเนินการยกเลิกกฎที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น โดยที่ศาลไม่ต้องกำหนดมาตรการจำเป็นที่ต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาล[17] ดังนั้น การใช้อำนาจกำหนดคำบังคับในคำพิพากษาลักษณะดังกล่าวจึงเหมือนเป็นการชี้ให้เห็นถึงหน้าที่ตามกฎหมายของฝ่ายปกครองที่ต้องปฏิบัติอันเป็นหน้าที่ที่สืบเนื่องมาจากการที่ศาลพิพากษาเพิกถอน ซึ่งต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไป ตามแนวคำพิพากษาของศาลปกครองในคดี ดังต่อไปนี้

- คดี Association France Nature Environnement[18] ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาเพิกถอนรัฐกฤษฎีกา (décret) ลงวันที่ 1 สิงหาคม 2003 เฉพาะส่วนที่นำภาคผนวกข้อ 38 ของรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 23 เมษายน 1985 มาบัญญัติไว้ในรัฐกฤษฎีกาฉบับพิพาท และสั่งให้ฝ่ายปกครองออกรัฐกฤษฎีกาใหม่โดยนำภาคผนวกของรัฐกฤษฎีกาลงวันที่ 23 เมษายน 1985 มาบัญญัติไว้ให้สอดคล้องกับมาตรา L.553-2 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยสิ่งแวดล้อมภายในระยะเวลาสามเดือนนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำพิพากษา

- คดี Association France Nature Environnement[19] ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาเพิกถอนคำสั่งปฏิเสธโดยปริยายของนายกรัฐมนตรี ที่ไม่รับคำขอของผู้ฟ้องคดีที่ขอให้นายกรัฐมนตรีออกรัฐกฤษฎีกาที่จำเป็นต้องออกโดยอาศัยอำนาจตามมาตรา 2 แห่งรัฐบัญญัติลงวันที่ 3 มกราคม 1986 ว่าด้วยการจัดการ การปกป้องและรักษาซึ่งคุณค่าของชายฝั่งและสั่งให้นายกรัฐมนตรีออกรัฐกฤษฎีกาตามที่รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 3 มกราคม 1986 ดังกล่าวให้อำนาจไว้ภายในระยะเวลาสี่เดือนนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำพิพากษาของศาล

- คดี Domarchi[20] ซึ่งเป็นคดีที่เกี่ยวกับข้อมูลข่าวสารของทางราชการ เมื่อนายกเทศมนตรีเมือง Tarrano มีคำสั่งปฏิเสธไม่ให้ผู้ฟ้องคดีคัดสำเนาข้อมูลข่าวสารตามคำขอ ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า เอกสารทางราชการ

---

de conclusions en ce sens, prescrit, par la même décision, cette mesure assortie, le cas échéant, d'un délai d'exécution.

La juridiction peut également prescrire d'office cette mesure.

[16] แก้ไขเพิ่มเติมโดยหมวดที่ 2 การเพิ่มประสิทธิภาพในวิธีพิจารณาคดีปกครอง มาตรา 40 แห่งรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 23 มีนาคม ค.ศ. 2019 ว่าด้วยการปฏิรูปงานด้านการยุติธรรม

[17] CE, 4 février 2000, Synd.général de l'éducation nationale (SGEN-CFDT), n° 184340

[18] CE, 27 juillet 2005, Association France Nature Environnement, n° 264359

[19] CE, 28 juillet 2000, Association France Nature Environnement n° 204024

[20] CE, 12 juillet 1995, Domarchi, n° 161803

ดังกล่าวเป็นเอกสารทางราชการที่ทุกคนมีสิทธิเข้าถึงและคัดสำเนาเอกสารได้ คำสั่งปฏิเสธจึงไม่ชอบ พิพากษาเพิกถอนคำสั่งปฏิเสธดังกล่าว และมีคำบังคับสั่งให้ฝ่ายปกครองดำเนินการคัดสำเนาเอกสารดังกล่าวตามคำขอของผู้ฟ้องคดี (prescription d'une mesure d'exécution)

- คดี Société Eden[21] บริษัท Eden ผู้ฟ้องคดีมีคำขอหลักให้ศาลพิพากษาเพิกถอนคำสั่งของผู้ว่าราชการจังหวัด Var ที่ปฏิเสธไม่ต่อใบอนุญาตประกอบกิจการโรงเรียนสอนขับเรือ และขอให้ศาลสั่งให้ผู้ว่าราชการจังหวัด Var ต่อใบอนุญาตให้ผู้ฟ้องคดี หรือให้ศาลสั่งให้ผู้ว่าราชการจังหวัดพิจารณาคำขอต่อใบอนุญาตของผู้ฟ้องคดีใหม่ ศาลปกครองชั้นต้นเมือง Toulon พิจารณาแล้วเห็นว่าคำสั่งปฏิเสธดังกล่าวไม่มีเหตุผลอย่างเพียงพอ จึงพิพากษาเพิกถอน และกำหนดคำบังคับให้ผู้ว่าราชการจังหวัดดำเนินการพิจารณาคำขอต่อใบอนุญาตของผู้ฟ้องคดีใหม่ และยกคำขอของผู้ฟ้องคดีที่ขอให้ศาลกำหนดคำบังคับสั่งให้ผู้ว่าราชการจังหวัดต่อใบอนุญาตให้ผู้ฟ้องคดี บริษัท Eden ยื่นอุทธรณ์โต้แย้งคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้นเฉพาะส่วนที่ไม่ได้พิพากษากำหนดคำบังคับสั่งให้ผู้ว่าราชการจังหวัด Var ต่อใบอนุญาตให้ผู้ฟ้องคดี ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์เมือง Marseille ไม่รับอุทธรณ์ บริษัท Eden ผู้ฟ้องคดีจึงยื่นฎีกา ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า เว้นแต่ในกรณีที่กฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหรือคำสั่งพิพาท ศาลหยิบยกเฉพาะเหตุที่อ้างในคำฟ้องที่สามารถชี้ขาดข้อพิพาทขึ้นวินิจฉัยเพื่อเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่พิพาทเท่านั้น โดยจะไม่หยิบยกข้อกล่าวอ้างอื่นในคำฟ้องขึ้นวินิจฉัยอีก หากเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายเพียงเหตุเดียวเพียงพอที่ศาลจะพิพากษาเพิกถอนคำสั่งพิพาทแล้ว อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ผู้ฟ้องคดีมีคำขอและอ้างเหตุในคำฟ้องนอกเหนือจากเหตุที่ใช้อ้างเพื่อขอให้ศาลเพิกถอน กล่าวคือ ผู้ฟ้องคดีอ้างเหตุอื่นเพื่อขอให้ศาลสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการอันเป็นคำขอที่สืบเนื่องมาจากคำขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ศาลต้องพิจารณาว่าคำขอดังกล่าวเป็นคำขอตามมาตรา L.911-1 หรือมาตรา L.911-2 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง และเหตุที่ใช้อ้างเพียงพอให้ศาลมีคำพิพากษากำหนดคำบังคับสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการตามคำขอหรือไม่[22] และเมื่อบริษัทผู้ฟ้องคดียังมีเงื่อนไขคุณสมบัติบางประการที่ไม่ครบถ้วนตามที่ประมวลกฎหมายว่าด้วยการขนส่งกำหนด การที่ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ยกอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีจึงเป็นกรณีที่ศาลไม่ได้วินิจฉัยข้อกฎหมายผิดพลาด อีกทั้งไม่ใช่กรณีที่ศาลไม่ใช้อำนาจเห็นเองที่จะหยิบยกคำขอของผู้ฟ้องคดีขึ้นวินิจฉัยแต่อย่างใด ศาลปกครองสูงสุดจึงไม่รับฎีกาของผู้ฟ้องคดีไว้พิจารณา

- คดี Syndicat des commissaires et hauts – fonctionnaires de la police nationale (SCHFPN)[23] คดีนี้สหภาพข้าราชการตำรวจยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองสูงสุด ซึ่งในประเด็นที่ว่าศาลจะรับคำฟ้องนี้ไว้พิจารณาได้หรือไม่นั้น เห็นว่า การที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยปฏิเสธประกาศใช้บังคับ (la publication) กฎที่กำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขเกี่ยวกับการคำนวณเงินได้ของตำรวจที่ปฏิบัติหน้าที่ในต่างประเทศ ซึ่งเป็นกฎที่ตนเองได้ร่างขึ้นนั้นถือเป็นกฎที่อาจฟ้องคดีต่อศาลได้ (une décision faisant grief) เมื่อกฎนั้นจะมีผลให้บุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎไม่อาจคาดหมายได้ว่ากฎมีเนื้อความอย่างไร ประกอบกับเมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์ของสหภาพข้าราชการตำรวจที่ตั้งขึ้นเพื่อปกป้องและรักษาไว้ซึ่งประโยชน์ทางอาชีพ ดูแลสภาพจิตใจและสภาพทางเศรษฐกิจของสมาชิก สหภาพข้าราชการตำรวจจึงอยู่ในฐานะผู้มีส่วนได้เสียที่มีสิทธิฟ้องโต้แย้งคำสั่งปฏิเสธดังกล่าว และเมื่อสหภาพข้าราชการตำรวจยื่นฟ้องคดีต่อศาลภายในสองเดือนนับแต่วันที่ยื่นคำขอให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยประกาศใช้บังคับกฎดังกล่าว ซึ่งถือเป็นวันที่มีคำสั่งปฏิเสธไม่รับคำขอโดยปริยาย (la décision implicite de rejet) ศาลจึงรับคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีไว้พิจารณาได้ สำหรับประเด็นเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งปฏิเสธนั้นเมื่อไม่ปรากฏว่ามีสถานการณ์พิเศษ

---

[21] CE, sect., 21 décembre 2018, Société Eden n° 409678

[22] ศาลใช้วิธีการนี้ก่อนที่จะมีการแก้ไขกฎหมายโดยเพิ่มความเป็นวรรคสองของมาตรา L 911-1 และมาตรา L 911-2 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง ให้ศาลมีอำนาจเห็นเองกำหนดมาตรการที่จำเป็นเพื่อปฏิบัติให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาล

[23] CE, 12 décembre 2003, Syndicat des commissaires et hauts – fonctionnaires de la police nationale (SCHFPN), n° 243430

ที่อาจทำให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยไม่อาจประกาศใช้บังคับกฎดังกล่าวภายในระยะเวลาตามสมควรได้ (un délai raisonnable) และข้อ 2 ของกฎดังกล่าวก็กำหนดให้ต้องมีการประกาศใช้บังคับในรัฐกิจจานุเบกษา (au journal official de la Republique française) คำสั่งปฏิเสธโดยปริยายของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยจึงออกโดยฝ่าฝืนกฎหมายและถือเป็นการฝ่าฝืนหลักกฎหมายทั่วไปที่ต้องประกาศให้บุคคลที่เกี่ยวข้องทราบถึงความมีอยู่ของกฎนั้น ศาลปกครองสูงสุดจึงพิพากษาเพิกถอนคำสั่งปฏิเสธดังกล่าว สำหรับคำขอให้ศาลกำหนดคำบังคับให้ฝ่ายปกครองกระทำการ (les conclusions aux fins d'injonction) ตามมาตรา L.911-1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองนั้น เมื่อรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยอยู่ในฐานะผู้ที่ลงนามในกฎดังกล่าวจึงต้องประกาศใช้บังคับกฎและกำหนดคำบังคับสั่งให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยดำเนินการทุกอย่างที่จำเป็นเพื่อให้สามารถประกาศใช้บังคับกฎในรัฐกิจจานุเบกษาได้ (une mesure d'exécution dans un sens déterminé) ภายในระยะเวลาสามเดือนนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำพิพากษา

2.2 การกำหนดคำบังคับที่มีลักษณะให้ฝ่ายปกครองกระทำการโดยดำเนินการออกคำสั่งทางปกครองใหม่ภายหลังจากที่ได้พิจารณาคำขอใหม่แล้ว "l'injonction de prendre une décision après une nouvelle instruction"

มาตรา L.911-2[24] แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า ศาลปกครองอาจมีคำพิพากษาสั่งให้นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชนหรือนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนที่ทำหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะออกคำสั่งใหม่ภายหลังจากที่ได้แสวงหาข้อเท็จจริงและพิจารณาใหม่แล้ว เมื่อมีคำขอของผู้ฟ้องคดี และคำพิพากษาดังกล่าวอาจกำหนดระยะเวลาในการปฏิบัติตามคำพิพากษาลักษณะดังกล่าวไว้ด้วย[25] และวรรคสอง[26] ว่า ศาลอาจเห็นเองให้กำหนดมาตรการดังกล่าวก็ได้ (prescrire d'office cette mesure) กล่าวคือ เมื่อศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองพิพาทแล้ว ศาลอาจกำหนดคำบังคับสั่งให้หน่วยงานที่มีอำนาจออกคำสั่งใหม่ให้เป็นไปตามคำขอของผู้ฟ้องคดีเมื่อได้พิจารณาสถานะทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่มีอยู่ในวันที่ศาลมีคำพิพากษาแล้วว่าผู้ฟ้องคดีเข้าเงื่อนไขที่ฝ่ายปกครองสามารถออกคำสั่งให้ได้และเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจผูกพันที่ต้องออกคำสั่งลักษณะดังกล่าวภายในเวลาที่ศาลกำหนด ดังนั้น อำนาจศาลปกครองในการกำหนดคำบังคับตามมาตรานี้มีลักษณะเป็นการสั่งให้ฝ่ายปกครองดำเนินการพิจารณาคำขอของผู้ฟ้องคดีใหม่ภายในเวลาที่ศาลกำหนดโดยศาลจะไม่เข้าไปกำหนดมาตรการหรือแนวทางในการออกคำสั่งใหม่แต่อย่างใดตามแนวคำพิพากษาของศาลปกครองในคดี ดังต่อไปนี้

- คดี Garde des Sceaux, Ministre de la justice[27] ศาลพิพากษาเพิกถอนคำสั่งของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม ที่ปฏิเสธไม่เปลี่ยนชื่อให้นาย C ผู้ฟ้องคดีตามคำขอ และกำหนดคำบังคับในคำพิพากษาสั่งให้รัฐมนตรีอนุญาตให้มีการเปลี่ยนชื่อตามคำขอของผู้ฟ้องคดีได้เมื่อได้ดำเนินการพิจารณาคำขอของผู้ฟ้องคดีใหม่ ภายในสามเดือนนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำพิพากษา อย่างไรก็ตาม การที่ศาลพิพากษาเพิกถอนคำสั่งปฏิเสธดังกล่าวย่อมไม่เป็นอุปสรรคที่ฝ่ายปกครองอาจจะออกคำสั่งปฏิเสธคำขอของผู้ฟ้องคดีได้อีกหากมีเหตุผลอื่น

---

[24] Article L.911-2 Lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne à nouveau une décision après une nouvelle instruction, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, prescrit, par la même décision juridictionnelle, que cette nouvelle décision doit intervenir dans un délai déterminé.

La juridiction peut également prescrire d'office l'intervention de cette nouvelle décision.

[25] CE, 23 mars 2015, Mme Veysset, n° 366813

[26] แก้ไขเพิ่มเติมโดยหมวดที่ 2 การเพิ่มประสิทธิภาพในวิธีพิจารณาคดีปกครอง มาตรา 40 แห่งรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 23 มีนาคม ค.ศ. 2019 ว่าด้วยการปฏิรูปงานด้านการยุติธรรม

[27] CE, 3 mars 2008, Garde des Sceaux, Ministre de la justice, n° 300009

- คดี Bourezak[28] ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศที่มีคำสั่งยืนตามคำสั่งของกงสุลใหญ่ฝรั่งเศสที่ปฏิเสธไม่ออกใบอนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีอยู่อาศัยในประเทศฝรั่งเศส (un refus de titre de séjour) เนื่องจากเป็นคำสั่งที่ออกโดยขัดต่อสิทธิของบุคคลในการมีชีวิตส่วนตัวและชีวิตครอบครัวที่ได้รับการรับรองไว้ตามมาตรา 8 ของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพพื้นฐาน (Convention de sauverage des droits de l'Homme et des libertés fondamentales) และศาลเห็นว่าหากผู้ฟ้องคดีเข้าหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่ฝ่ายปกครองจะออกวีซ่าให้ได้ในวันที่ศาลมีคำพิพากษาและเป็นกรณีที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจผูกพันที่จะออกคำสั่งใหม่หลังจากที่พิจารณาคำขอของผู้ฟ้องคดีใหม่แล้ว ศาลจึงกำหนดคำบังคับสั่งให้หน่วยงานที่มีอำนาจออกวีซ่าให้ผู้ฟ้องคดีภายในหนึ่งเดือน

- คดี Société civile d'exploitation Agricole le Haras d'Achères[29] ศาลปกครองสูงสุดพิพากษายืนตามคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นเมือง Melun ที่เพิกถอนคำสั่งของนายกเทศมนตรีเมือง Achères-la-Forêt ที่ปฏิเสธไม่ออกใบอนุญาตก่อสร้างตามคำขอของบริษัทผู้ฟ้องคดีโดยศาลพิจารณาแล้วเห็นว่ามาตรา R.111-14-2 แห่งประมวลกฎหมายการผังเมือง กำหนดให้ฝ่ายปกครองไม่อาจปฏิเสธคำขอให้ออกใบอนุญาตก่อสร้างของผู้ฟ้องคดีในกรณีนี้ได้ แต่ต้องอนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีดำเนินโครงการก่อสร้างภายใต้ข้อสงวนที่ว่าผู้ยื่นคำขอต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามเงื่อนไขพิเศษที่กฎหมายกำหนด คำสั่งปฏิเสธของนายกเทศมนตรีจึงเป็นคำสั่งที่ออกโดยวินิจฉัยข้อกฎหมายผิดพลาด ศาลจึงกำหนดคำบังคับให้นายกเทศมนตรีเมือง Achères-la-Forêt พิจารณาคำขออนุญาตก่อสร้างของผู้ฟ้องคดีใหม่ (prendre les mesures nécessaires au réexamen) ภายในระยะเวลาสองเดือนนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำพิพากษา

- คดี Société SCI LES BLES D'OR[30] ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาเพิกถอนคำสั่งนายกเทศมนตรีเมือง Nantes ที่ปฏิเสธไม่ขยายระยะเวลาการก่อสร้างศูนย์การค้าขนาดใหญ่ให้แก่ผู้ฟ้องคดี และให้นายกเทศมนตรีเมือง Nantes พิจารณาคำขอดังกล่าวของผู้ฟ้องคดีเสียใหม่

- คดี Jehan et a.[31] ซึ่งเป็นคดีเกี่ยวกับการสมัครเข้ามหาวิทยาลัย (l'inscription à l'université) อธิการบดีมหาวิทยาลัย Rennes 2 มีคำสั่งปฏิเสธไม่รับผู้ฟ้องคดีเข้าศึกษาในระดับชั้นปีที่ 1 ในมหาวิทยาลัย เนื่องจากผู้ฟ้องคดีมีคุณสมบัติไม่ครบถ้วนตามที่กำหนดไว้ ศาลปกครองชั้นต้นเมือง Rennes พิจารณาแล้วเห็นว่า กระบวนการคัดเลือกผู้สมัครไม่ชอบด้วยกฎหมาย อธิการบดีวินิจฉัยข้อกฎหมายไม่ถูกต้อง (une erreur de droit) คำสั่งปฏิเสธไม่รับสมัครจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองชั้นต้นเมือง Rennes พิพากษาเพิกถอนคำสั่งปฏิเสธดังกล่าว และให้อธิการบดีพิจารณาคำขอของผู้ฟ้องคดีใหม่โดยผูกพันตามคำพิพากษาที่ว่าในวันที่ศาลพิพากษาผู้ฟ้องคดีมีคุณสมบัติครบถ้วนตามหลักเกณฑ์ที่จะสมัครเข้าศึกษาในมหาวิทยาลัยแล้ว และดำเนินการรับสมัครผู้ฟ้องคดีเข้าศึกษาในมหาวิทยาลัยนับแต่วันที่มีคำพิพากษา (ordonnant l'inscription des intéressés) และในทำนองเดียวกันในคดี M.Tanguy[32] ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาเพิกถอนคำสั่งของอธิการบดีมหาวิทยาลัย Pierre et Marie Curie ที่ปฏิเสธไม่รับผู้ฟ้องคดีเข้าศึกษาเป็นนักศึกษาแพทย์ในระดับชั้นปีที่ 1 และสั่งให้อธิการบดีพิจารณาดำเนินการพิจารณาคำขอสมัครเข้าศึกษาเป็นนักศึกษาแพทย์ในชั้นปีที่ 1 ของผู้ฟ้องคดีใหม่อีกครั้ง และดำเนินการให้แล้วเสร็จก่อนที่จะปิดรับสมัครในภาคการศึกษาที่พิพาท

---

[28] CE, 4 juillet 1997, M et Mme Bourezak, n° 156298 ; วินิจฉัยในทำนองเดียวกัน CE Ass., 29 juin 2001, M. Vassilikiotis, n° 213229; CE, 5 mars 2003, Titran, n° 241325

[29] CE, 7 février 2003, Société civile d'exploitation Agricole le Haras d'Achères, n° 220215

[30] CE, 5 novembre 2003, Société SCI LES BLES D'OR, n° 237383

[31] TA Rennes, 28 septembre 1995, n° 951662

[32] CE, 28 avril 2004, M Tanguy, n° 252667

2.3 คำบังคับกรณีเข้าเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด กล่าวคือ เป็นการกำหนดคำบังคับที่มีลักษณะให้ฝ่ายปกครองกระทำการโดยดำเนินการให้บุคคลตามที่กฎหมายกำหนดกลับเข้ารับราชการหรือปฏิบัติงานต่อไป

มาตรา L.911-1-1[33] แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง บัญญัติว่า ภายใต้บังคับมาตรา L.911-1 ศาลอาจมีคำพิพากษาสั่งให้บุคคลกลับเข้ารับราชการหรือเข้าทำงาน กรณีที่ถูกไล่ออกจากงาน (fait l'objet de licenciement) หรือไม่ต่อสัญญาจ้าง (non-renouvellement de son contrat) หรือบุคคลที่ถูกให้ออกจากงาน (une révocation) โดยฝ่าฝืนมาตรา 10-1 II แห่งรัฐบัญญัติ หมายเลข 2016-1691 ลงวันที่ 9 ธันวาคม ค.ศ. 2016 ว่าด้วยความโปร่งใส การต่อต้านการทุจริตและประพฤติมิชอบ และความทันสมัยของเศรษฐกิจ ทั้งนี้ ให้รวมถึงบุคคลที่มีนิติสัมพันธ์กับนิติบุคคลมหาชนหรือนิติบุคคลที่ทำหน้าที่จัดทำบริการสาธารณะตามระยะเวลาที่กำหนด จากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว อาจศึกษาแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่วินิจฉัยทำนองเดียวกับบทบัญญัติแห่งกฎหมายในส่วนที่มีการแก้ไขในภายหลัง ตามแนวคำพิพากษาของศาลปกครองในคดี ดังต่อไปนี้

- คดี Kavvadias[34] ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาเพิกถอนคำสั่งให้ข้าราชการออกจากงานโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและกำหนดมาตรการที่จำเป็นในคำบังคับตามคำพิพากษาให้ฝ่ายปกครองดำเนินการให้ผู้ฟ้องคดีกลับเข้ารับราชการนับแต่วันที่ถูกให้ออกจากราชการ (la reconstitution de sa carrière) ซึ่งในคำพิพากษาประเภทนี้ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการให้ผู้มีส่วนได้เสียได้สิทธิรับบำเหน็จและดำเนินแก้ไขการคำนวณจำนวนเงินที่ไม่ถูกต้องในช่วงเวลาที่ถูกให้ออกจากราชการ[35] อย่างไรก็ตาม หน้าที่ของฝ่ายปกครองที่ตามมาภายหลังจากที่ศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งให้ข้าราชการออกจากงาน นอกจากทำให้ข้าราชการผู้นั้นกกลับสู่สถานะเดิมนับแต่วันที่มีคำสั่งให้ออกจากราชการแล้ว อาจจะต้องให้ข้าราชการผู้นั้นกลับเข้าดำรงตำแหน่งเดิมหรือเทียบเท่าตำแหน่งเดิม[36]

- คดี Allais[37] ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาเพิกถอนคำสั่งให้พนักงานตามสัญญาจ้างออกจากงาน และกำหนดคำบังคับสั่งให้ฝ่ายปกครองดำเนินการให้พนักงานกลับเข้าปฏิบัติงานในตำแหน่งหน้าที่เดิม แต่ศาลไม่อาจสั่งให้ขยายระยะเวลาตามที่กำหนดไว้ในสัญญา เว้นแต่คู่สัญญาได้ตกลงยินยอมกันไว้ในสัญญา

- คดี Soulfour[38] ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาเพิกถอนคำสั่งไม่รับคำขอให้ข้าราชการเลื่อนขั้นเลื่อนเงินเดือนเนื่องจากเป็นคำสั่งที่ออกโดยวินิจฉัยผิดพลาดอย่างชัดแจ้ง และกำหนดคำบังคับในลักษณะกำหนดมาตรการที่จำเป็นเพื่อให้ฝ่ายปกครองดำเนินการเลื่อนขั้นให้ผู้มีส่วนได้เสียนับแต่วันที่รับคำขอของผู้มีส่วนได้เสีย

3. เงื่อนไขในการกำหนดคำบังคับที่มีลักษณะสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการ (Les modalités du pouvoir d'injonction)

การที่ศาลจะใช้อำนาจกำหนดคำบังคับที่มีลักษณะสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการ อาจเป็นการใช้อำนาจกำหนดคำบังคับโดยตุลาการนายเดียวในคดีบางประเภทหรือเป็นคดีที่ขอให้ศาลสั่งเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราว (3.1) และต้องพิจารณา

---

[33] Article L.911-1-1 Lorsqu'il est fait application de l'article L. 911-1, la juridiction peut prescrire de réintégrer toute personne ayant fait l'objet d'un licenciement, d'un non-renouvellement de son contrat ou d'une révocation en méconnaissance du II de l'article 10-1 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, y compris lorsque cette personne était liée par une relation à durée déterminée avec la personne morale de droit public ou l'organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public.

[34] CE, 29 décembre 1995, Kavvadias, n ° 129659

[35] CE, 7 octobre 1998, Bousquet, Lebon T 1112

[36] CE, 23 décembre 2011, Chambre de commerce et d'industrie de Nîmes-Bagnols-Uzès-le Vigan, n° 347178

[37] CE, 15 mars 2000, Allais, n° 189042

[38] CE, 15 février 2013, Soulfour, n° 351340

เงื่อนไขที่ว่าคำฟ้องคดีนั้นต้องเป็นคำฟ้องที่มีคำขอให้ศาลกำหนดคำบังคับที่มีลักษณะสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการ (3.2) และต้องเป็นกรณีที่คำพิพากษาของศาลมีคำบังคับอย่างหนึ่งอย่างใดที่ผู้อยู่ในบังคับต้องปฏิบัติ (3.3) ดังนี้

3.1 ศาลที่อาจกำหนดคำบังคับหรือสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการ (Juge compétent pour prononcer une injonction) เป็นอำนาจของศาลปกครองในคดีที่อยู่ในเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

3.1.1 อำนาจตุลาการนายเดียว (Juge unique) ในคดีที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองกำหนดไว้เป็นพิเศษให้เป็นอำนาจพิจารณามีคำสั่งของตุลาการนายเดียว เช่น คดีพิพาทเกี่ยวกับคำสั่งของผู้ว่าราชการจังหวัดที่ให้ส่งคนต่างด้าวไปยังบริเวณชายแดน (reconduite à la frontière) ในคดีประเภทนี้หากมีคำขอให้ตุลาการนายเดียวมีคำสั่งตุลาการนายเดียวก็อาจมีคำสั่งตามคำขอได้ คดี Dieng[39] ตุลาการนายเดียวของศาลปกครองชั้นต้นเมือง Paris ยกฟ้อง นาย M. Mamadou ผู้ฟ้องคดีที่ฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งผู้ว่าราชการจังหวัดที่สั่งให้ส่งผู้ฟ้องคดีไปยังชายแดน ผู้ฟ้องคดียื่นฎีกาต่อศาลปกครองสูงสุดขอให้พิพากษากลับคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น และเพิกถอนคำสั่งพิพาทและมีคำขอให้ศาลสั่งให้ผู้ว่าราชการจังหวัดออกใบอนุญาตอยู่อาศัยในประเทศฝรั่งเศสแก่ผู้ฟ้องคดี ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาเพิกถอนคำสั่งผู้ว่าราชการจังหวัดดังกล่าว ส่วนคำขอของผู้ฟ้องคดีที่ขอให้ศาลสั่งนั้น เมื่อมาตรา 22 แห่งรัฐกำหนด ลงวันที่ 2 พฤศจิกายน ค.ศ. 1945 บัญญัติให้กรณีที่คำสั่งผู้ว่าราชการจังหวัดถูกเพิกถอน ชาวต่างชาติจะได้รับอนุญาตให้อยู่อาศัยในประเทศฝรั่งเศสเป็นการชั่วคราว จนกว่าผู้ว่าราชการจังหวัดพิจารณาคำขอและมีคำสั่งใหม่ ซึ่งเป็นกรณีที่ตุลาการนายเดียวใช้อำนาจตามมาตรา L.911-2 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง สั่งให้ฝ่ายปกครองไปดำเนินการพิจารณาคำขอและสถานะทางข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายของผู้ฟ้องคดีใหม่ภายในเวลาที่ศาลกำหนด

3.1.2 อำนาจของศาลในคดีที่มีคำขอเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษา (Juge des référés) คดีที่ฟ้องโดยมีคำขอให้ศาลมีคำสั่งเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษา กรณีที่เป็นคำสั่งปฏิเสธ หากมีคำขอให้ศาลสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไว้เป็นการชั่วคราว และมีคำขอให้ศาลสั่งตามมาตรา L.911-1 หรือมาตรา L. 911-2 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง ศาลอาจมีคำสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งปฏิเสธดังกล่าวและกำหนดมาตรการที่มีลักษณะชั่วคราว[40] ที่เป็นหน้าที่ที่ฝ่ายปกครองต้องดำเนินการเป็นการชั่วคราว[41]

3.1.3 ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ อาจพิพากษาและกำหนดคำบังคับโดยสั่งให้ฝ่ายปกครองดำเนินการตามมาตรการที่จำเป็นในการปฏิบัติให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาล กรณีที่ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์พิพากษายืนตามคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นที่เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองพิพาทที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย[42] และศาลปกครองสูงสุดก็มีอำนาจกำหนดคำบังคับในทำนองเดียวกัน

3.2 ต้องเป็นคำฟ้องที่มีคำขอให้ศาลกำหนดคำบังคับที่มีลักษณะสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการ (les conclusions aux fins d'injonction)

คดีที่ฟ้องเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย นอกจากผู้ฟ้องคดีต้องมีคำขอให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่เป็นวัตถุแห่งคดีแล้ว หากผู้ฟ้องคดีประสงค์จะให้ศาลกำหนดคำบังคับให้ฝ่ายปกครองกระทำการ ผู้ฟ้องคดีต้องมีคำขอให้ศาลกำหนดคำบังคับลักษณะดังกล่าวมาด้วยเช่น คดี Dross[43] ผู้ฟ้องคดีฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้น

---

[39] CE, sect., 22 février 2002, Dieng, n° 224496

[40] CE, 20 octobre 2004, Min.de l'agriculture, de l'alimentation, de la pêche et des affaires rurales, n° 266724

[41] CE, réf., 11 février 2005, n° Barre, Lebon 42

[42] CE, 25 mars 1996, Cne de Saint-François Mme Picard, Lebon 101

[43] CE, 25 novembre 2009, Dross, n° 305682

เมือง Strasbourg[44] ขอให้ศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งของนายกเทศมนตรี เทศบาลเมืองโลปิตาลที่มีคำสั่งเมื่อวันที่ 24 พฤษภาคม ค.ศ. 2004 ให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งผู้อำนวยการทั่วไปฝ่ายบริการงานเทศบาล นับแต่วันที่ 30 กันยายน ค.ศ. 2004 และมีคำขอให้ศาลสั่งให้นายกเทศมนตรีขยายระยะเวลาการพ้นจากตำแหน่งให้มีผลนับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษา ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาเพิกถอนคำสั่งของนายกเทศมนตรีดังกล่าวและไม่รับคำขอให้ศาลกำหนดคำบังคับสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการ (ses conclusion à fin d'injonction) ตามมาตรา L.911-1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง ผู้ฟ้องคดียื่นอุทธรณ์ ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์เมือง Nancy ไม่รับอุทธรณ์ คดีขึ้นมาสู่การพิจารณาของศาลปกครองสูงสุด ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาคำฟ้องและคำขอของผู้ฟ้องคดีแล้วเห็นว่าคดีนี้เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการดำรงตำแหน่งของบุคคลที่มีส่วนได้เสียหรือมีส่วนเกี่ยวข้องในตำแหน่งนั้น (déroulement de la carrière) ไม่ใช่คดีพิพาทเกี่ยวกับการเข้าสู่ตำแหน่งหรือการพ้นจากตำแหน่ง หรือคดีพิพาทเกี่ยวกับวินัยที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นในฐานะศาลแรกและศาลในชั้นสุดท้าย (statue en premier et dernier ressort) การที่ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ไม่รับอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีไว้พิจารณาจึงไม่ชอบ (méconnu l'étendue de sa compétence) และเมื่อคดีนี้ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาเพิกถอนคำสั่งของนายกเทศมนตรีเนื่องจากไม่ชอบด้วยขั้นตอนแล้ว กรณีจึงไม่มีเหตุให้ศาลปกครองชั้นต้นต้องกำหนดคำบังคับในลักษณะสั่งการให้นายกเทศมนตรีขยายระยะเวลาการมีผลบังคับตามคำสั่งดังกล่าวออกไปตามคำขอของผู้ฟ้องคดีตามมาตรา L.911-1 และไม่ใช่กรณีที่ศาลต้องกำหนดคำบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องออกคำสั่งทางปกครองใหม่ภายในระยะเวลาที่ศาลกำหนดตามมาตรา L.911-2 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง ดังนั้น คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นในส่วนที่ไม่รับคำขอของผู้ฟ้องคดีดังกล่าวจึงชอบด้วยกฎหมายแล้ว

3.3 ต้องเป็นคำพิพากษาที่มีคำบังคับ (les mesures impliquées nécessaires) หรือคำพิพากษาที่กำหนดมาตรการที่จำเป็นในการปฏิบัติตามคำพิพากษาไว้ "implique nécessairement" ซึ่งตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง มาตรา L.911-1 เป็นกรณีที่คำพิพากษากำหนดมาตรการอย่างใดอย่างหนึ่งให้ฝ่ายปกครองปฏิบัติซึ่งเป็นผลมาจากการที่ศาลเพิกถอนคำสั่งพิพาท ส่วนมาตรา L.911-2 เป็นกรณีที่คำพิพากษากำหนดให้ฝ่ายปกครองไปดำเนินการพิจารณาคำขอของผู้ฟ้องคดีใหม่และออกคำสั่งใหม่ เช่น คดี M. Vassilikiotis[45] ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาเพิกถอนกฎเฉพาะส่วนที่ไม่ได้กำหนดเงื่อนไขให้ออกใบอนุญาตประกอบอาชีพมัคคุเทศก์ในประเทศฝรั่งเศสแก่ผู้ที่สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาจากประเทศอื่นในสหภาพยุโรป ที่ไม่ใช่ประเทศฝรั่งเศส เนื่องจากเป็นการออกกฎที่เลือกปฏิบัติต่อผู้ขอรับใบอนุญาตที่ได้รับอนุมัติปริญญาในลักษณะเดียวกับผู้ที่ยื่นคำขอใบอนุญาตที่สำเร็จการศึกษาจากประเทศฝรั่งเศสและขัดต่อกฎหมายสหภาพยุโรปและกำหนดคำบังคับให้ฝ่ายปกครองออกกฎโดยคำนึงถึงกฎหมายสหภาพยุโรปอันเป็นมาตรการที่จำเป็นที่ต้องใช้พิจารณาเพื่อดำเนินการออกกฎใหม่ที่ไม่เลือกปฏิบัติ และให้ออกใบอนุญาตประกอบอาชีพดังกล่าวแก่ผู้ยื่นคำขอโดยให้พิจารณาเป็นรายกรณีว่าปริญญาบัตรของประเทศอื่นในสหภาพยุโรปเทียบเท่ากับปริญญาบัตรของประเทศฝรั่งเศส หรือมีหลักประกันอื่นที่เทียบกันได้หรือไม่ ดังนั้น คำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาหรือคำพิพากษาของศาลที่ยกฟ้องของผู้ฟ้องคดีย่อมไม่มีคำบังคับที่กำหนดให้คู่กรณีฝ่ายใดต้องปฏิบัติ และคู่กรณีก็ไม่มีหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลลักษณะดังกล่าว[46]

---

[44] ในคดีพิพาทเกี่ยวกับการเข้าสู่ตำแหน่ง การดำเนินการทางวินัย และการพ้นจากตำแหน่งของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ศาลปกครองชั้นต้นเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีลักษณะดังกล่าวในฐานะศาลชั้นแรกและชั้นสุดท้าย ตามมาตรา R.811-1 วรรคสอง ประกอบกับข้อ 2 ของมาตรา R.211-13 แห่งประมวกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง

[45] CE Ass., 29 juin 2001, M. Vassilikiotis, n° 213229

[46] CE, 27 mars 1995, Heulin

บทสรุป

การที่ศาลปกครองใช้อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหรือคำสั่งทางปกครองแล้วพิพากษาเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพราะเหตุกฎหรือคำสั่งทางปกครองออกโดยไม่มีอำนาจ กระบวนการขั้นตอนไม่ชอบ ฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมาย เลือกปฏิบัติ หรือใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น อำนาจศาลในการกำหนดคำบังคับให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจไม่เพียงพอที่จะเป็นหลักประกันในการที่ฝ่ายปกครองจะปฏิบัติให้เป็นไปตามคำพิพากษาได้อย่างครบถ้วน ถูกต้อง และมีประสิทธิภาพ อีกทั้งหากการเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองส่งผลให้ฝ่ายปกครองยังคงมีหน้าที่ตามกฎหมายที่ต้องกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใดภายหลังจากที่ศาลพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองด้วยแล้ว ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองของฝรั่งเศสจึงมีการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติในหมวดการปฏิบัติให้เป็นไปตามคำพิพากษา ซึ่งมีเจตนารมณ์เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการปฏิบัติให้เป็นไปตามคำบังคับกรณีที่ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองพิพาท โดยให้อำนาจศาลปกครองในการกำหนดคำบังคับที่มีลักษณะสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการ ทั้งในกรณีที่ให้กระทำการใดใดตามมาตรการที่จำเป็นที่กำหนดไว้ในคำพิพากษาตามมาตรา L.911-1 (prenne une mesure dans un sens déterminé) หรือกระทำการในลักษณะพิจารณาคำขอของผู้มีส่วนได้เสียใหม่แล้วออกคำสั่งใหม่ตามมาตรา L.911-2 (de reprendre une décision) โดยผู้ฟ้องคดีอาจมีคำขอท้ายคำฟ้องลักษณะดังกล่าว ซึ่งต้องเป็นคำขอที่ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่ามีเหตุผลเพียงพอที่จะสั่งตามคำขอให้ได้หรือเป็นกรณีที่ศาลเห็นเอง (l'injonction d'office) ทั้งนี้ ศาลไม่อาจสั่งให้กระทำการตามคำขอของผู้ฟ้องคดีได้ในทุกกรณี และเมื่ออำนาจในการสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการตามที่กฎหมายบัญญัติไว้นั้นมีลักษณะเป็นคำบังคับเพื่อปฏิบัติให้เป็นตามคำพิพากษา การฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามคำบังคับตามมาตรา L.911-1 และมาตรา L.911-2 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง นั้น มาตรา L.911-3 แห่งประมวลกฎหมายดังกล่าวจึงให้ศาลมีอำนาจกำหนดค่าปรับกรณีที่ไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามคำบังคับดังกล่าวได้ ซึ่งจะทำให้คำพิพากษาของศาลในคดีที่เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีประสิทธิภาพมากขึ้น อย่างไรก็ตาม แม้อำนาจศาลปกครองในการกำหนดคำบังคับที่มีลักษณะสั่งให้ฝ่ายปกครองกระทำการจะมีความชัดเจนมากขึ้น ทั้งในแง่บทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจศาล หลักเกณฑ์และเงื่อนไขเกี่ยวกับการใช้อำนาจดังกล่าว ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าทำให้ศาลในคดีที่ฟ้องเพิกถอน (Contentieux de l'excès de pouvoir) มีอำนาจทำนองเดียวกับศาลในคดีที่ฟ้องขอค่าเสียหายซึ่งเป็นศาลที่มีอำนาจเต็ม (Contentieux de plein juridiction) ก็ตาม แต่หลักการที่ห้ามมิให้ศาลกระทำการเป็นฝ่ายปกครองเสียเองก็ยังคงเป็นหลักการที่ต้องยึดถือปฏิบัติในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลต่อไป ดังนั้น การศึกษาหลักเกณฑ์และเงื่อนไขการใช้อำนาจกำหนดคำบังคับลักษณะดังกล่าว รวมถึงแนวคำพิพากษาของศาลปกครองฝรั่งเศสที่วินิจฉัยเกี่ยวกับการใช้อำนาจกำหนดคำบังคับในคำพิพากษาดังกล่าวจึงย่อมเป็นประโยชน์ต่อพัฒนาการของศาลปกครองไทยในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายและการใช้อำนาจศาลเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองรวมถึงกำหนดคำบังคับที่มีประสิทธิภาพและเป็นหลักประกันให้ฝ่ายปกครองสามารถปฏิบัติให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลได้

เอกสารอ้างอิง

หนังสือ

René Chapus, Droit du contentieux administratif, 13è édition, Montchrestien, 2008

Code de justice administrative, 1re édition, Dalloz, 2017

Rémi Rouquette, *Petit Traité du Procès administratif*, 9è édition, Dalloz, 2020, pp. 1079 – 1082

วารสารกฎหมายปกครองฝรั่งเศส

Camille Broyelle, *"Le pouvoir d'injonction du juge administratif",* Revue française de droit administrative", 2015, 03, p. 441

Frédéric Dieu, "*La règle de l'économie des moyens doit-elle paralyser le pouvoir d'injonction du juge administratif?*", AJDA 2009, p. 1082

Laurent DOMINGO, *Le juge de cassation et le choix des moyens*: conclusions sur Conseil d'Etat, 15 mars 2023, Mme Somoano, n° 452953, RFDA, juillet-août 2023, p. 701

บทความทางวิชาการ

Elise Boulineau, *"Le pouvoir d'injonction: un outi au service d'un juge administraitif garant d'une légalité effective"*, เผยแพร่ในเว็บไซต์ https://www.actu-juridique.fr/administratif/Jean – François Lafaix, "*L'injonction au principal: une simplification de l'exécution?",* เผยแพร่ในเว็บไซต์ https://www.cairn.info/revue-civitas-europa

คำพิพากษาศาลปกครองฝรั่งเศส

สืบค้นจากเว็บไซต์ https://www.legifrance.gouv.fr

พัฒนาการและสาระสำคัญของหลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดีในประเทศอังกฤษ[1]

พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย[2]

1. บทเกริ่นนำ

สำหรับประเทศไทย เมื่อกล่าวถึง “หลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดี” (Principle of Good administration) อาจไม่ค่อยเป็นที่คุ้นหู จะรู้จักก็แต่ “หลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี” (Principle of Good governance) เสียมากกว่า ทั้ง ๆ ที่ในความเป็นจริงแล้วหลักการแรกถือเป็นสารัตถะของหลักการหลังด้วยซ้ำไป[3] กล่าวให้ชัดเจนยิ่งขึ้น จริงอยู่ว่าในช่วงเวลากว่าทศวรรษนับตั้งแต่มีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 ประเทศไทยให้ความสำคัญกับการสร้างองค์ความรู้เพื่อสถาปนาหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีขึ้นสำหรับพัฒนาประเทศจนกระทั่งนำไปสู่การตรากฎบัตรกฎหมายขึ้นมามากมาย[4] แต่กลับไม่พบการกล่าวถึงหลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดีโดยเฉพาะเจาะจงที่อยู่บนฐานคิดของ “ชุดกฎเกณฑ์ในเชิงกระบวนการ” (set of procedural rules)[5] สำหรับการดำเนินการของรัฐที่เชื่อมโยงอย่างแนบแน่นกับสิทธิของประชาชนที่สามารถเป็นหลักประกันได้ว่า การปฏิบัติหน้าที่ต่าง ๆ รวมตลอดถึงการตัดสินใจใด ๆ ของหน่วยงานของรัฐจะมีความสมเหตุสมผล โปร่งใส ให้ความสำคัญกับการมีส่วนร่วม มีประสิทธิภาพ[6]

---

[1] เมื่อใดที่มีการกล่าวถึง “หลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดี” หรือ “Principle of Good Administration” ผู้เขียนมีอันต้องนึกถึง “ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์” ทุกครั้งไป เนื่องจากเมื่อคราวที่อยู่ในช่วงระหว่างการเขียนหนังสือกฎหมายปกครอง ผู้เขียนได้มีโอกาสสนทนากับ “อาจารย์วรพจน์” โดยประเด็นหนึ่งที่ท่านหยิบยกขึ้นพูดคุยแลกเปลี่ยนคือ ข้อความคิดว่าด้วยการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดี บังเอิญว่าเป็นหัวข้อหนึ่งในหนังสือกฎหมายปกครองที่ผู้เขียนเองตั้งใจนำเสนอและอรรถาธิบายถึงเรื่องนี้เช่นกัน สำหรับ “อาจารย์วรพจน์” แล้ว “หลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดี” ถือเป็นสิ่งสำคัญต่อการบังคับใช้กฎหมายปกครองที่ถูกต้องและยุติธรรม อย่างไรก็ดี ในประเทศไทยกลับไม่ค่อยคุ้นชินหรือให้ความสนใจกับหลักการดังกล่าวมากนัก จึงเป็นการเหมาะสมแล้วที่ผู้เขียนจะได้หยิบยกหัวข้อนี้ขึ้นมานำเสนอเนื่องในโอกาสครบรอบ 70 ปี ของศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ประธานศาลปกครองสูงสุด ผู้ซึ่งเป็นหนึ่งในปรมาจารย์ทางด้านกฎหมายปกครองของประเทศไทย อนึ่ง อาจารย์วรพจน์เคยใช้คำในภาษาไทยของ “Good Administration” ว่า “หลักการปฏิบัติราชการที่ดี” และ “หลักการบริหารรัฐกิจที่ดี” ผู้สนใจโปรดดูหน้า 1-5 รายงานผลการจัดงานสัปดาห์วิชาการศาลปกครองเนื่องในโอกาสครบรอบ 22 ปี ศาลปกครอง “22 ปี ศาลปกครอง เป็นธรรม รวดเร็ว ทันสมัย เพื่อประชาชน, วิทยาลัยการยุติธรรมทางปกครอง, มีนาคม 2566”

[2] ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำภาควิชากฎหมายมหาชน, คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

[3] Deirdre M. Curtin and Ramses A. Wessel, Good Governance and the European Union: Reflections on Concepts, Institutions and Substance, Antwerp: Intersentia, (2005) p.22

[4] ภายหลังการบังคับใช้รัฐธรรมนูญฉบับปี พ.ศ. 2540 เพื่อผลักดันให้นำเอาหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีมาปฏิบัติใช้ คณะรัฐมนตรีมีการออกระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการสร้างระบบบริหารกิจการบ้านเมืองและสังคมที่ดี พ.ศ. 2542 ต่อมาใน พ.ศ. 2545 มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดินโดยเพิ่มมาตรา 3/1 ที่กำหนดให้การปฏิบัติหน้าที่ของส่วนราชการต้องยึดหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี และอีก 1 ปีถัดมาได้มีการตรากฎหมายลำดับรองอย่างพระราชกฤษฎีกาว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี พ.ศ. 2546 ปัจจุบันหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีถูกบรรจุไว้ในพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. 2562 ด้วย แต่หากเข้าไปพิจารณาในเนื้อหาของตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ข้างต้นก็จะพบว่าไม่ปรากฏการกล่าวถึงหลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดีอย่างชัดเจนแต่อย่างใด

[5] Martin Oyevaar, Diego Vazquez-Brust, and Harrie van Bommel, Globalization and Sustainable Development: A Change Perspective for Business, UK : Palgrave Macmillan, (2016) p.40

[6] Addink, Good Governance: Concept and Context, United Kingdom: Oxford University Press (2019) p.5

ตรวจสอบได้ และที่สำคัญจะคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชนอยู่เสมอ[7] กระบวนการทั้งหลายเหล่านี้นี่เองเป็นกลไก “สร้างความเป็นรูปธรรม” (Concretization)[8] ของหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดีให้เกิดขึ้นได้จริงในทางปฏิบัติ[9]

ด้วยการขาดหายไปของการตระหนักรับรู้ถึง “คุณค่าสำคัญ” (Principal value)[10] เฉกเช่นหลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดีข้างต้น ย่อมส่งผลกระทบต่อการทำความเข้าใจกฎหมายปกครองตามหลักสากลอย่างครบถ้วนลึกซึ้งและเป็นระบบ (Comprehensive and systematic administrative law) ไปไม่มากก็น้อย[11] กล่าวคือ เมื่อเกิดความพล่ามัวในความสัมพันธ์ระหว่างหลักการดังกล่าวกับระบบกฎหมายปกครองมาตั้งแต่ต้น จึงเป็นการลดทอนการดำรงอยู่และการพัฒนาของหลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดีในประเทศไทยไปอย่างน่าเสียดาย ทั้ง ๆ ที่เป็นหลักการพื้นฐานทางกฎหมายปกครองที่คอยกำหนดทิศทางการควบคุมกำกับการใช้อำนาจทางปกครองโดยตรง กรณีเป็นการแตกต่างอย่างมากหากเปรียบเทียบกับกลุ่มประเทศยุโรป[12] ที่ให้ความสำคัญต่อหลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดีจนถึงขนาดนำไปบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในกฎบัตรแห่งสหภาพยุโรปว่าด้วยสิทธิขั้นพื้นฐาน (European Charter of Fundamental Rights) ในฐานะสิทธิของประชาชนในการได้รับการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดี (Right to good administration)[13] และมีการบังคับใช้อย่างสม่ำเสมอผ่านองค์กรตุลาการ (Judicial body)[14] และองค์กรอื่นที่มิใช่องค์กรตุลาการ (Non-judicial body) อย่างผู้ตรวจการแผ่นดิน (Ombudsman)[15] ด้วย

เพื่อประโยชน์ในการทำความเข้าใจให้ครบถ้วนลึกซึ้งส่งผลต่อการพัฒนาและยกระดับการบังคับใช้กฎหมายปกครองของประเทศไทยอย่างเป็นระบบและมีประสิทธิภาพมากขึ้น ผู้เขียนเห็นว่าน่าจะเป็นการดีไม่น้อยหากมีโอกาสได้ทำการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายปกครองของกลุ่มประเทศยุโรป บทความชิ้นนี้จึงขอนำเสนอหัวข้อ “พัฒนาการและสาระสำคัญของหลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดีในประเทศอังกฤษ” โดยบทความจะถูกแบ่งออกเป็น 3 ส่วน ส่วนแรก (หัวข้อที่ 2) เป็นส่วนของการสืบสาวเล่าความถึงประวัติศาสตร์ของหลักการว่ามีพัฒนาการที่มาที่ไปอย่างไรโดยสังเขป สำหรับส่วนที่สอง (หัวข้อที่ 3) ผู้เขียนจะได้นำเสนอให้เห็นถึงธรรมชาติ ลักษณะ และสาระสำคัญของหลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดีในกฎหมายปกครองอังกฤษว่า ครอบคลุมถึงเรื่องใดบ้างและมีรายละเอียดเช่นไร และในส่วนสุดท้าย (หัวข้อที่ 4) จะเป็นการสรุปรวมความพร้อมตั้งข้อสังเกตบางประการให้ผู้อ่านได้เห็นว่า หลักการดำเนินภารกิจ

---

[7] Liza Griffin, Good Governance, Scale and Power: A Case Study of North Sea Fisheries, London: Taylor & Francis, (2014) p.14

[8] พรสันต์ เลี้ยงบุญเลิศชัย. หลักพื้นฐานทางกฎหมายปกครอง : ข้อความคิดว่าด้วยรัฐ ฝ่ายปกครอง และอำนาจทางปกครอง. พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ : วิญญูชน) 2567 หน้า 152

[9] คณะมนตรีแห่งสหภาพยุโรปได้เคยอรรถาธิบายเกี่ยวกับหลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดีในการประชุมครั้งที่ 999 วันที่ 20 มิถุนายน พ.ศ. 2550 อันมีใจความสำคัญว่า หลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดีถือเป็นองค์ประกอบสำคัญองค์ประกอบหนึ่งของหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี ทั้งนี้หลักการดังกล่าวหาใช่เป็นหลักการที่มุ่งเน้นแต่เพียงเรื่องแง่มุมทางกฎหมายเท่านั้น หากแต่ยังครอบคลุมไปถึงคุณภาพของหน่วยงานและบริหารจัดการเพื่อบรรลุวัตถุประสงค์ของความมีประสิทธิภาพตอบสนองประโยชน์สาธารณะและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน ผู้สนใจโปรดอ่านรายละเอียดใน Recommendation CM/Rec (2007) 7 และ Rafal Szczepaniak and Cláudio Sofia Melo Figueiras, Contemporary Challenges in Administrative Law and Public Administration, Bucharest: ADJURIS-International Academic Publisher, (2018) p.182-183

[10] Paul Craig and Richard Rawlings, Law and Administration in Europe, Great Britain: Oxford University Press, (2003) p.287

[11] TT Arvind, Richard Kirkland, Daithi Mac Sithigh, and Lindsay Stirton, Executive Decision-Making and the Courts: Revisiting the Origins of Modern Judicial Review, UK: Bloomsbury, (2021) p.145

[12] Giacinto Della Cananea and Mads Andenas, Judicial Review of Administration in Europe: Procedural Fairness and Propriety, UK: Oxford University Press, (2021) p.25

[13] โปรดดู Article 41, European Charter of Fundamental Rights

[14] B. Guy Peters and Jon Pierre, The SAGE Handbook of Public Administration, London: SAGE Publications Ltd, (2012) p.330

[15] Paolo Chirulli and Luca De Lucia, Non-Judicial Remedies and EU Administration: Protection of Rights Versus Preservation of Autonomy, UK: Taylor & Francis, (2021) p.157

ทางปกครองที่ดีถูกสร้างขึ้นและยกระดับนำมาบังคับใช้ในกฎหมายปกครองอย่างเป็นทางการได้อย่างไร และท้ายที่สุดแล้วหลักการนี้ส่งผลอย่างไรกับระบบกฎหมายปกครอง และการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองของประเทศอังกฤษ

2. ที่มาของหลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดีโดยสังเขป

กว่าถ้อยคำอย่าง “การดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดี” (Good administration) จะมาปรากฏอยู่ในกฎหมายของรัฐสภา (Positive law) คอมมอนลอว์ (Common law) และแนวทางในการปฏิบัติ (Guidance)[16] ในฐานะหลักการพื้นฐานทางกฎหมายปกครองของประเทศอังกฤษ[17] ที่เจ้าหน้าที่รัฐมีหน้าที่ต้องให้ความเคารพและปฏิบัติตามกันเป็นปกติ ณ ปัจจุบัน[18] ในเชิงบริบททางประวัติศาสตร์ของกฎหมายปกครองอังกฤษ การเกิดขึ้น การดำรงอยู่ รวมตลอดถึงการพัฒนานำเอาหลักการดำเนินภารกิจทางปกครองมารวบรวมบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรอย่างเป็นระบบ (Codification) นั้นมีความเป็นมาเป็นไปที่ยาวนานและน่าสนใจ[19]

แรกเริ่มเดิมทีระบบกฎหมายปกครองของประเทศอังกฤษถูกก่อร่างสร้างขึ้นในรูปแบบของคอมมอนลอว์ (Common Law)[20] ที่เชื่อมโยงกับการเยียวยาประชาชนผู้ได้รับผลกระทบจากการใช้อำนาจรัฐ[21] โดยศาลเองได้เข้าไปวินิจฉัยวางกฎเกณฑ์ในคดีต่าง ๆ โดยสืบสาวมาจากมโนทัศน์ว่าด้วย “ความยุติธรรมตามธรรมชาติ” (Natural justice)[22] ที่มีการบัญญัติไว้ในกฎมหาบัตรแมกนา คาร์ตา (Magna Carta)[23] ทั้งนี้ หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติเรียกร้องให้การตัดสินใจของรัฐที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคลในทุกกรณีไม่อาจทำได้ตามอำเภอใจ (Arbitrariness) ต้องมีความเป็นเหตุเป็นผล (Reasonableness)[24] ผ่านกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรม (Fair procedure)[25] อันเป็นการเข้าควบคุมกำกับให้การดำเนินภารกิจของรัฐเป็นไปอย่างเหมาะสม (Proper administration)[26] กล่าวให้ชัดเจนยิ่งขึ้น ความยุติธรรมตามธรรมชาติ[27] นำไปสู่ “หลักกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรม” (Principle

---

[16] Hilaire Barnett, Constitutional and Administrative Law, Great Britain: Cavendish Publishing (2002) p.898

[17] Lord Irvine of Lairg, Human Rights, Constitutional Law, and the Development of English Legal System: Selected Essays, North America: Hart Publishing (2003) p.168

[18] Aidan O’Neil, EU Law for UK Lawyers, United Kingdom: Hart Publishing (2011) p.2251

[19] Felix Uhlmann, Codification of Administrative Law: A Comparative Study on Sources of Administrative Law, Great Britain: Hart Publishing (2023) p.295

[20] Swati Jhaveri and Michael Ramsden, Judicial Review of Administrative Action Across the Common Law World: Origins and Adaptation, Great Britain: Cambridge University Press (2021) p.46

[21] Paul Craig, Ultra Vires and the Foundations of Judicial Review, the Cambridge Law Journal, Vol.57 No.1 (1998) p.81

[22] แนวคิดว่าด้วยความยุติธรรมตามธรรมชาติที่เป็นรากฐานของการพัฒนาระบบกฎหมายปกครองของประเทศอังกฤษนี้ได้รับอิทธิพลมาจากแนวคิดว่าด้วยความยุติธรรม (Justice) ของอริสโตเติ้ล ผู้สนใจโปรดอ่าน Richard W. Wright, The Principle of Justice, Notre Dame Law Review, Vol.75:5 (2000) และ John C. H. Wu, The Natural Law and Our Common Law, 23 Fordham L. Rev. 13 (1954).

[23] ผู้สนใจโปรดอ่าน ข้อ 39 แห่งกฎมหาบัตรแมกนา คาร์ตา ทั้งนี้ เอ็ดเวิร์ด คุ๊ก (Edward Coke) ได้ตีความคำว่า “Law of the Land” ที่ปรากฏอยู่ในกฎมหาบัตรนี้ว่าการใช้อำนาจรัฐย่อมถูกจำกัดทั้งในแง่ “เนื้อหา” ของตัวบทกฎหมาย (Substantive restraint) และในแง่ “กระบวนการพิจารณา” (Procedural restraint) ด้วย หาได้หมายความเพียงแค่ตัวกฎหมายเท่านั้น ทั้งนี้สอดคล้องความเห็นของวิลเลี่ยม แบล็คสโตน (William Blackstone) นักกฎหมายผู้ทรงอิทธิพลในประเทศอังกฤษ ดูใน Ely Jr., James W., “The Oxymoron Reconsidered: Myth and Reality in the Origins of Substantive Due Process”. Constitutional Commentary (1999)

[24] James Luther Adams, The Law of Nature in Greco-Roman Thought, the Journal of Religion, Vol.25, No.2 (1945), pp.108

[25] Henry J. Friendly, Some Kind of Hearing, University of Pennsylvania Law Review, Vol.123 (1975) p.1294

[26] Aharon Barak, the Judge in Democracy, New Jersey: Princeton University Press (2006) p.250

[27] หากพูดให้ถึงที่สุดทางวิชาการอย่างเคร่งครัดในระบบกฎหมายอังกฤษ ข้อความคิดว่าด้วย “ความยุติธรรมตามธรรมชาติ” (Natural justice) และ “กฎหมายธรรมชาติ” (Natural law) หาใช่สิ่งเดียวกันไม่ แม้ว่าปัจจุบันจะถูกใช้ปะปนและแทนที่กันอยู่เสมอ ตามความหมายดั้งเดิม ความยุติธรรมตามธรรมชาติมีความหมายที่กว้างขวางกว่ากฎหมายธรรมชาติ

of procedural fairness)[28] กำหนดให้เจ้าหน้าที่รัฐต้องปฏิบัติหน้าที่ด้วยความยุติธรรม (Duty to act fairly) โดยจะไม่เข้าร่วมพิจารณาหากปรากฏว่าตนเองมีส่วนได้เสีย *(nemo iudex in causa sua)* และจะรับฟังข้อเท็จจริงต่าง ๆ ในการพิจารณาอย่างครบถ้วนรอบด้าน *(audi alteram partem)* "กฎเกณฑ์ว่าด้วยความยุติธรรมตามธรรมชาติ" (Rules of natural justice) ทั้งสองนี้[29] ถือเป็นหลักการพื้นฐานของ "การดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดี" (Good administration)[30] อันเป็น "หัวใจสำคัญของกฎหมายปกครอง"[31] ที่คอยทำหน้าที่เป็นการรับรองเบื้องต้นก่อนนำไปสู่การตัดสินใจอย่างหนึ่งอย่างใดในท้ายที่สุดว่า การใช้อำนาจรัฐจะอยู่บน "มาตรฐานของความมีเหตุผล" (Standard of rationality) ในทางกฎหมายประการหนึ่ง[32] และขณะเดียวกันก็เป็นการใช้อำนาจรัฐเพื่อสร้างและรักษา "มาตรฐานสูงสุดในการดำเนินภารกิจทางปกครอง" (Highest standard of administration) ด้วยอีกประการหนึ่ง[33]

เอาเข้าจริงแล้ว พัฒนาการของหลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดีในประเทศอังกฤษเป็นไปอย่างกระท่อนกระแท่นไม่ค่อยจะราบรื่นนักนับตั้งแต่การปรากฏตัวขึ้นของกฎมหาบัตรแมกนา คาร์ตา เนื่องจากระหว่างช่วงศตวรรษที่ 13-16 ประเทศอังกฤษเข้าใจว่า ผู้ทรงอำนาจรัฐตัดสินใจ (Decision-making power)[34] อันมีผลเป็นการกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนคงมีอยู่เพียงแค่ฝ่ายตุลาการ นั่นหมายความว่า เมื่อรัฐสภาตรากฎหมายออกมาแล้วจะมีก็แต่เพียงศาลเท่านั้นที่จะทำหน้าที่วินิจฉัย (ตัดสินใจ) บังคับใช้กฎหมายผ่านกระบวนพิจารณาคดีอันมีลักษณะเป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน ทำให้ในเวลานั้นหลักความยุติธรรมตามธรรมชาติผูกติดอยู่เฉพาะกับกระบวนพิจารณาคดีของศาล[35] ตราบจนเข้าสู่ศตวรรษที่ 17-19 มีการปรับเปลี่ยนบทบาทหน้าที่ของรัฐครั้งสำคัญ หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติถูกตั้งคำถามว่าพึงนำมาบังคับใช้กับการใช้อำนาจขององค์กรอื่นของรัฐนอกเหนือไปจากศาลด้วยหรือไม่[36]

---

[28] ท่านโทบริเนอร์ (Justice Tobriner) นักวิชาการอเมริกันด้านกฎหมายและอดีตผู้พิพากษาศาลสูงสุดแห่งมลรัฐแคร์ลิฟอร์เนียเคยตั้งข้อสังเกตโดยอธิบายถึง "หลักกระบวนพิจารณาที่เป็นธรรม" (Principle of procedural fairness) ของประเทศอังกฤษว่ามีความยืดหยุ่นมากกว่า "หลักความชอบด้วยกฎหมายในเชิงกระบวนการ" (Principle of due process of law) ของประเทศสหรัฐอเมริกาที่เรียกร้องให้อย่างน้อยคดีนั้นๆ ต้องเข้าลักษณะเป็นการกระทำของรัฐตามหลักว่าด้วยการกระทำของรัฐ (State action doctrine) เสียก่อน โปรดอ่าน Pinsker v. Pacific Coast Society of Orthodontists, 12 Cal.3d 541

[29] John Laws, The Constitutional Balance, UK: Bloomsbury Publishing (2021) P.74

[30] B. Guy Peters and Jon Piere, The SAGE Handbook of Public Administration, London: SAGE Publications Ltd. (2012) p.352

[31] เมื่อยุคแรกเริ่ม "ความยุติธรรมตามธรรมชาติ" ถูกนำมาใช้กับการพิจารณาคดีของศาลเท่านั้น เพราะ ณ ช่วงเวลาดังกล่าวระบบกฎหมายอังกฤษยังไม่ปรากฏแนวคิดว่าด้วยการแบ่งแยก "ภารกิจทางตุลาการ" และ "ภารกิจทางปกครอง" ออกจากกัน ภารกิจทั้งสองปนเปอยู่ร่วมกันในรูปแบบของภารกิจทางตุลาการซึ่งเป็นเหตุผลเฉพาะทางประวัติศาสตร์ ด้วยแนวคิดเช่นนี้จึงเป็นการยากที่จะมากำหนดแยกแยะว่ากรณีใดเป็นคำวินิจฉัยของศาลหรือกรณีใดเป็นคำวินิจฉัยของฝ่ายปกครอง ตราบจนกระทั่งเกิดคำวินิจฉัยในคดี Ridge v Baldwin ที่สภาสูง (House of Lords) ได้ตัดสินวางบรรทัดฐานไว้ว่า "ความยุติธรรมตามธรรมชาติพึงนำมาพิจารณากับธรรมชาติของอำนาจที่มีการใช้ไปส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของปัจเจกบุคคล หาใช่เพียงแค่มองในเชิงเทคนิคของการใช้อำนาจเท่านั้น" และมีการวินิจฉัยต่อไปอีกว่า กระบวนการพิจารณาเพื่อใช้อำนาจปกครองต้องตกอยู่ภายใต้กฎว่าด้วยความยุติธรรมตามธรรมชาติเช่นเดียวกันกับการพิจารณาวินิจฉัยคดีของศาลด้วย

[32] Francesca Bignami and David Zaring, Comparative Law and Regulation: Understanding the Global Regulatory Process, UK: Edward Elgar Publishing Limited (2016) p.293

[33] Paul Daly, Apex Courts and the Common Law. The U.S.A.: University of Toronto Press (2019) p.237

[34] Joanna Bell, The Anatomy of Administrative Law, Great Britain: Hart Publishing (2020) p.31

[35] Gordon Anthony, Jean-Bernard Auby, John Morison and Tom Zwart, Values in Global Administrative Law, United Kingdom: Hart Publishing (2011) p.339

[36] John Bell, Mark Elliott, Jason NE Varuhas and Philip Murray, Public Law Adjudication in Common Law Systems: Process and Substance, United Kingdom: Hart Publishing (2016) p.152

กล่าวในรายละเอียด คือ เมื่อเกิดการเรียกร้องของประชาชนในบริการสาธารณะของท้องถิ่นด้านต่าง ๆ[37] และการปฏิวัติอุตสาหกรรม (Industrial Revolution) มากขึ้นตามลำดับ การเปลี่ยนแปลงโครงสร้างทางสังคมสมัยใหม่อย่างมีนัยสำคัญนี้ทำให้รัฐเริ่มกลับมาทบทวนจัดแบ่งภารกิจของตนเองเพื่อตอบสนองความต้องการสาธารณะทางสังคมและเศรษฐกิจ[38] รัฐสภาได้ผ่านกฎหมายจัดตั้งหน่วยงานจำนวนมากเพื่อจัดทำบริการสาธารณะของท้องถิ่นในมิติต่าง ๆ ดังกล่าว[39] ระหว่างการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานข้างต้นมีการบังคับใช้กฎหมายอันเป็นการกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนจำนวนมาก นำไปสู่ข้อถกเถียงในหมู่นักกฎหมายอังกฤษว่า “หน่วยงานของรัฐที่ไม่ใช่ศาล” ต้องปฏิบัติตามหลักความยุติธรรมด้วยหรือไม่อย่างไร จนกระทั่งต่อมา ศาลคอมมอนลอว์ได้วางบรรทัดฐานตอบข้อสงสัยนี้ว่า ภายใต้หลักนิติธรรม (Rule of law) การดำเนินภารกิจของหน่วยงานเหล่านี้ (ฝ่ายปกครอง) ผูกพันกับหลักกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรมอันเป็นรากฐานของหลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดีด้วยในฐานะ “มาตรฐานการปฏิบัติงาน” (Standard of behavior) เฉกเช่นเดียวกับศาล[40] นี่จึงถือเป็นหมุดหมายเริ่มต้นครั้งสำคัญของการพัฒนาหลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดีในประเทศอังกฤษอย่างเป็นรูปธรรม[41]

ในช่วงศตวรรษที่ 20 ประเทศอังกฤษเข้าสู่ยุคสมัยการเติบโตของกฎหมายปกครองอย่างรวดเร็ว มีการปฏิรูปโครงสร้างรัฐขนานใหญ่อันเป็นผลมาจากการปฏิวัติอุตสาหกรรม พลวัตทางสังคมและเศรษฐกิจโลก รวมถึงความชัดเจนและเข้มแข็งอย่างต่อเนื่องของการปกครองส่วนท้องถิ่น (Local government) ทั้งหมดนี้เป็นปัจจัยให้รัฐส่วนกลางต้องพิจารณาทบทวนจัดการระบบการดำเนินภารกิจทางปกครองของรัฐเสียใหม่อีกครั้ง (New administrative arrangement)[42] ให้สอดรับกับบริบทของรัฐสมัยใหม่ที่มีการปรับเปลี่ยนบทบาทหน้าที่ไปจากเดิม การขยายตัวของภารกิจทางปกครองนำมาสู่การสร้างหน่วยงานทางปกครองใหม่ ๆ (Agentification)[43] ในฐานะกลไกหลักสำหรับพัฒนาประเทศ[44] แต่ก็ตามมาด้วยปัญหาว่าผู้คนจำนวนมากได้รับผลกระทบจากกฎและการวินิจฉัยสั่งการของหน่วยงานของรัฐในการปฏิบัติภารกิจ จริงอยู่ว่าหลายกรณีมีการฟ้องร้องให้ “องค์กรตุลาการ” (Judicial body) เข้ามาแก้ไขเยียวยา ศาลได้พัฒนา “หลักกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรม” ที่ประกอบไปด้วย “หลักความเป็นกลาง” และ “หลักการรับฟังความรอบด้าน” ผ่านคำพิพากษาในคดีต่าง ๆ ด้วยการขยายความเนื้อหาของหลักการให้มีความกว้างขวางครอบคลุมหลักการอื่น ๆ มากขึ้น อาทิ หลักการวินิจฉัยโดยปราศจากอคติของฝ่ายปกครอง หน้าที่ในการให้เหตุผลที่เพียงพอประกอบการใช้อำนาจทางปกครอง สิทธิในการโต้แย้งการใช้อำนาจทางปกครอง ฯลฯ ในขณะที่อีกหลายกรณีกลับไม่สามารถฟ้องร้องต่อศาลได้เนื่องจาก “ข้อจำกัดของการตรวจสอบด้านความชอบด้วยกฎหมาย” ที่ยังไม่ครอบคลุมไปถึง “รูปแบบของการใช้อำนาจ

---

[37] Moses Abramovitz and Vera F. Eliasberg, The Growth of Public Employment in Great Britain, USA: Princeton University Press (1957) p.8-9

[38] Martin Loughlin, Evolution and Gestalt of the state in the United Kingdom, UK: Oxford University Press (2017) p.25-26

[39] Michael Ramsden and Swati and Jhaveti, Judicial Review of Administrative Action Across Common Law World, United Kingdom: Cambridge University Press (2021) p.122

[40] Timothy Endicott, Administrative Law, the United States: Oxford University Press (2011) p.113-114 โปรดดูประกอบ Re H.K.1967

[41] ศาลได้มีการตั้งประเด็นต่าง ๆ ไว้พิจารณา อาทิ ผู้ทรงอำนาจ สถานะและรูปแบบของอำนาจ กระบวนการในการใช้อำนาจ ฯลฯ ผู้สนใจอ่านรายละเอียดได้ใน S. A. de Smith, Judicial Review of Administrative Action, Great Britian: The Eastern Press Limited of London and Reading (1959) p.10-11

[42] Elizabeth Sheperd, Archives and Archivists in 20th Century England, Oxford: Routledge (2016) p.68

[43] คำนี้ถูกใช้กันอย่างแพร่หลายในกลุ่มประเทศยุโรปในช่วงศตวรรษที่ 20 โดยคำว่า “Privatization” ก็ถูกจัดว่ามีความสัมพันธ์กับคำว่า “Agentification” อยู่ด้วย โปรดอ่าน Hans-W Micklitz, The Politics of Justice in European Private Law: Social Justice, Access Justice, Societal Justice, Great Britain: Oxford University Press (2018) p.66-67

[44] W. John Morgan and Stephen Livingstone, Law and Opinion in Twentieth-Century Britain and Ireland, New York: Palgrave MacMillan (2003) p.103

ทางปกครอง” ที่ผิดแผกไปจากการรับรู้ของศาลและระบบกฎหมาย ณ ขณะนั้น

เมื่อกระบวนการยุติธรรมทางปกครองที่มีอยู่เกิดช่องว่าง ศาลไม่อาจเป็นองค์กรที่สามารถเข้ามาแก้ไขปัญหาความเดือดร้อนไม่เป็นธรรมจากการใช้อำนาจรัฐของหน่วยงานทางปกครองได้ ประชาชนจึงหันไปพึ่งพา “ผู้แทนของตนเอง” ด้วยการใช้ช่องทางยื่นคำร้องทุกข์ต่อรัฐสภา (Parliamentary complaint) เพื่อให้รัฐสภาได้เข้ามาดำเนินการตรวจสอบถึงที่มาที่ไปของการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพสร้างภาระให้กับประชาชนว่าเป็นเช่นไร เพื่อนำไปสู่การแก้ไขเยียวยาปัญหาที่เกิดขึ้นอย่างเหมาะสมต่อไป โดยกระบวนการยื่นคำร้องทุกข์ต่อฝ่ายนิติบัญญัติจะผ่านช่องทางการรับเรื่องของสมาชิกรัฐสภาเสียก่อน หลังจากนั้นคำร้องจะถูกส่งไปให้รัฐสภาได้พิจารณาเบื้องต้นและดำเนินการลงมติตั้งคณะกรรมาธิการเฉพาะกิจ (Ad hoc committee) เข้ามาสืบสวนทวนความ (Investigation) เรื่องร้องทุกข์ในรายละเอียดอีกครั้งหนึ่ง

“ระบบการยื่นคำร้องทุกข์ต่อรัฐสภา” ได้รับความนิยมอย่างมากจนนำไปสู่ข้อเสนอและการตรากฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการของรัฐสภา ค.ศ. 1967[45] ภายใต้กฎหมายนี้ให้มีการจัดตั้ง “องค์กรถาวร” (Permanent body) ที่ “ไม่ใช่องค์กรตุลาการ” (Non-judicial) อย่าง “คณะกรรมการของรัฐสภาว่าด้วยการควบคุมตรวจสอบการดำเนินภารกิจทางปกครอง” (Parliamentary Commissioner of Administration) ที่ต่อมาถูกเรียกขานกันว่า “ผู้ตรวจการแผ่นดิน” (Ombudsman)[46] ขึ้นเป็นการเฉพาะ ทำหน้าที่เป็น “ผู้ช่วยรัฐสภา” (Parliamentary assistant)[47] คอยรับ คัดกรอง และสืบสวนหาข้อเท็จจริงเรื่องราวร้องทุกข์ต่าง ๆ (Grievances) ของประชาชนที่ได้รับความเดือดร้อนจากการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองและหาทางแก้ไขเยียวยา[48] นับตั้งแต่นั้น ผู้ตรวจการแผ่นดินจึงกลายเป็นองค์กรที่เข้ามาทำหน้าที่แก้ไขปัญหาข้อพิพาทที่เกิดขึ้นระหว่างหน่วยงานทางปกครองและประชาชนคู่ขนานกันไปกับศาล ช่วยทำให้ระบบกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง (Administrative justice) ในประเทศอังกฤษมีประสิทธิภาพมากขึ้น อีกทั้งยังถือว่าเป็นปัจจัยสำคัญของการพัฒนาต่อยอด “หลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดี” อย่างรวดเร็วในเวลาต่อมา

---

[45] แรกเริ่มเดิมทีข้อเสนอให้มีการจัดตั้ง “ผู้ตรวจการแผ่นดิน” ในประเทศอังกฤษถูกเสนอขึ้นครั้งแรกในปี ค.ศ. 1961 โดย “คณะกรรมการยุติธรรม” (Justice) ในฐานะคณะกรรมการย่อยภายใต้คณะกรรมการใหญ่อย่าง “คณะกรรมการนิติศาสตร์สากล” (International Commission of Jurists) คณะกรรมการยุติธรรมนี้มีหน้าที่ในการศึกษาระบบกฎหมายในประเทศอังกฤษเป็นการเฉพาะ ขณะนั้นคณะกรรมการได้นำเสนอผู้ตรวจการแผ่นดินของประเทศสวีเดนเป็นต้นแบบ แต่ข้อเสนอดังกล่าวก็ถูกปฏิเสธในปีถัดมา จนกระทั่งแนวคิดในการนำเอาระบบผู้ตรวจการแผ่นดินมาใช้เริ่มกลับมาปรากฏขึ้นอีกครั้งในปี ค.ศ. 1964 สภาผู้แทนราษฎร (House of Commons) ได้มีมติตั้งคณะกรรมาธิการว่าด้วยการดำเนินภารกิจทางปกครอง (Parliamentary Commissioner of Administration) โดยมีการกำหนดวัตถุประสงค์ในการจัดตั้งไว้ว่าคณะกรรมาธิการจะเป็นเครื่องมือชิ้นสำคัญสำหรับสมาชิกรัฐสภาในการใช้เพื่อพิทักษ์ประชาชน คณะกรรมาธิการของสภาผู้แทนราษฎรว่าด้วยการดำเนินภารกิจทางปกครองนี้ได้มีการพัฒนาปรับเปลี่ยนแนวคิดในการทำหน้าที่บ้าง อำนาจหน้าที่บางประการบ้าง ฯลฯ มาเป็นระยะ ๆ ไม่เหมือนกับผู้ตรวจการแผ่นดินของกลุ่มประเทศในแถบสแกนดิเนเวียเสียทีเดียว กล่าวคือ มีการทำงานที่แนบชิดกับรัฐสภามากกว่าหากเปรียบเทียบกันแล้ว จนกลายเป็นผู้ตรวจการแผ่นดินในประเทศอังกฤษที่เห็นกันอยู่ในปัจจุบันนั่นเอง

[46] ผู้ตรวจการแผ่นดินถือกำเนิดเกิดขึ้นครั้งแรกในประเทศสวีเดนโดยหากจะกล่าวในเชิงองค์กรแล้ว ผู้ตรวจการแผ่นดินปรากฏตัวขึ้นครั้งแรกในช่วงรัชสมัยพระเจ้าคาร์ลที่ 12 (Karl XII) ในห้วงเวลาดังกล่าวทำหน้าที่เสมือนหนึ่งเป็นตัวแทนพระมหากษัตริย์คอยตรวจสอบว่ากฎหมายและกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ที่ตราขึ้นโดยพระมหากษัตริย์ได้รับความเคารพและปฏิบัติตามหรือไม่ แต่หากกล่าวในเชิงบทบาทหน้าที่ที่สอดคล้องกับอำนาจหน้าที่สมัยใหม่ตามระบอบประชาธิปไตยแล้ว ผู้ตรวจการแผ่นดินเกิดขึ้นภายใต้กฎหมายรัฐธรรมนูญสวีเดน ค.ศ. 1809 (Swedish Constitution Act of 1809) หลังจากการจัดตั้งในประเทศสวีเดนแล้ว ผู้ตรวจการแผ่นดินถือเป็นองค์กรที่ได้รับความนิยมและแพร่หลายไปยังประเทศต่างๆ อาทิ เดนมาร์ก นอร์เวย์ นิวซีแลนด์ อังกฤษ ออสเตรเลีย ฝรั่งเศส และออสเตรียตามลำดับ

[47] Parliamentary and Health Service Ombudsman, The Parliamentary Ombudsman: withstanding the test of time, London: The Stationary Office (2007) p.5

[48] ในทางปฏิบัติแล้ว การทำหน้าที่ของผู้ตรวจการแผ่นดินอาจมีการติดต่อสอดประสานกับการทำหน้าที่ของคณะกรรมาธิการของรัฐสภาว่าด้วยการบริหารรัฐกิจ (Public Administration Committee) ของรัฐสภา ทำนองเดียวกันกับการทำหน้าที่ของผู้ตรวจเงินแผ่นดิน (Comptroller and Auditor General) ที่ควบคู่ไปกับการทำหน้าที่ของคณะกรรมาธิการของรัฐสภาว่าด้วยการคลังสาธารณะ (Public Accounts Committee) นั่นเอง ผู้สนใจโปรดอ่าน Robert Rogers and Phodri Walters, How Parliament Works, United Kingdom: Routledge (2013)

เมื่อกล่าวโดยเฉพาะเจาะจงเกี่ยวกับผู้ตรวจการแผ่นดิน จะเห็นได้ว่าองค์กรนี้มีบทบาทหลักในการวางกฎเกณฑ์ว่าด้วย “การดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดี” ให้กับบรรดาหน่วยงานของรัฐทางปกครองในการจัดทำบริการสาธารณะที่มีคุณภาพ ประสิทธิภาพ ความถูกต้องและเป็นธรรมแก่ประชาชนอันถือเป็นคุณค่าของรัฐธรรมนูญ (Constitutional value) ที่ต้องการสร้างขึ้นในระบบกฎหมายปกครอง[49] กระนั้นก็ตาม ในการสร้างมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ข้างต้น ผู้ตรวจการแผ่นดินหาได้เข้าไปอรรถาธิบายกำหนดบทนิยาม (Positive definition) “การดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดี” ว่าหมายถึงอะไรและเป็นเช่นไร แต่จะเป็นการเข้าไปอธิบายถึงสิ่งที่หน่วยงานทางปกครอง “ไม่พึงกระทำ” อันเป็นการให้คำจำกัดความในเชิงปฏิเสธ (Negative definition) เสียมากกว่า กล่าวให้ชัดเจนยิ่งขึ้น เนื่องมาจาก “กฎหมายจัดตั้งผู้ตรวจการแผ่นดิน” (กฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการของรัฐสภา ค.ศ. 1967) ได้กำหนดให้ผู้ตรวจการแผ่นดินมีอำนาจหน้าที่สืบสวนแสวงหาข้อเท็จจริงในกรณีประชาชนมีการยื่นคำร้องทุกข์ต่อสมาชิกรัฐสภาว่าตนเองต้องประสบกับความไม่เป็นธรรม (Injustice) อันเป็นผลจาก “การดำเนินภารกิจทางปกครองที่มิชอบ” (Maladministration)[50] โดยมิได้บัญญัติถึงบทนิยามของการดำเนินภารกิจทางปกครองที่มิชอบไว้แต่อย่างใด[51] ผู้ตรวจการแผ่นดินจึงได้ก่อร่างสร้างความหมายการดำเนินภารกิจทางปกครองที่มิชอบจากการสืบสวนคำร้องทุกข์ของประชาชนรายกรณีอย่างค่อยเป็นค่อยไปเพื่อชี้ให้เห็นว่าอะไรคือสิ่งต้องห้ามที่หน่วยงานทางปกครองไม่ควรกระทำบ้าง ดังนั้น การปฏิบัติตามคำอธิบายนี้ในทางกลับกันจึงสื่อความหมายได้ว่า หน่วยงานทางปกครองกำลังทำหน้าที่ของตนเองไปตามครรลองของการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดีนั่นเอง[52]

ความพยายามในการอธิบายความหมายของคำว่า “การดำเนินภารกิจทางปกครองที่มิชอบ” (Maladministration) เกิดขึ้นจากหลากหลายฝ่ายไม่เว้นกระทั่งองค์กรตุลาการ กล่าวคือ นับตั้งแต่ปี ค.ศ. 1979 ศาลได้เริ่มตีความความหมายของถ้อยคำดังกล่าวผ่านคดีเกี่ยวกับการปกครองส่วนท้องถิ่น เช่น คดีแรกศาลได้อธิบายอย่างกว้าง ๆ ว่า การดำเนินภารกิจทางปกครองที่มิชอบคือ การดำเนินภารกิจทางปกครองที่ผิดพลาดและย่ำแย่[53] ในปีถัดมาศาลได้กล่าวในรายละเอียดว่าการดำเนินการที่มิชอบของหน่วยงานปกครองต้องเป็นประเด็นที่เกี่ยวกับมาตรฐานการประพฤติปฏิบัติใน “เชิงกระบวนการ” (Procedure)[54] เพื่อใช้อำนาจทางปกครอง กล่าวอีกนัยหนึ่ง กรณีจะถือว่าเป็นการดำเนินภารกิจทางปกครองที่มิชอบได้

---

[49] Trevor Buck, Richard Kirkham, and Brian Thompson, The Ombudsman Enterprise and Administrative Justice, USA: Routledge (2016) p.30

[50] เนื่องจากกฎหมายได้กำหนดเขตอำนาจ (Jurisdiction) ของผู้ตรวจการแผ่นดินให้มีอำนาจหน้าที่ในการสืบสวนแสวงหาข้อเท็จจริงจากคำร้องทุกข์ของประชาชนที่ได้รับความเดือดร้อนอันเป็นผลมาจากการดำเนินภารกิจทางปกครองที่มิชอบแล้ว คำร้องทุกข์นี้จึงถูกเรียกกันในระบบกฎหมายปกครองของประเทศอังกฤษว่า “คำร้องทุกข์ว่าด้วยการดำเนินภารกิจทางปกครองที่มิชอบ” หรือ “Complaint of maladministration”

[51] การที่กฎหมายฉบับนี้ไม่ได้มีการกำหนดบทนิยามของ “การดำเนินภารกิจทางปกครองที่มิชอบ” (Maladministration) ไว้เป็นความตั้งใจของนายริชาร์ด ครอสแมน (Richard Crossman) ผู้เสนอร่างกฎหมาย ณ ขณะนั้นที่มองว่า กฎหมายฉบับนี้มีธรรมชาติพิเศษ หมายความว่า การดำเนินภารกิจทางปกครองที่ยึดโยงกับสถานการณ์บ้านเมืองที่แปรเปลี่ยนไป การเข้าไปบัญญัติถึงความหมายของการดำเนินภารกิจทางปกครองที่มิชอบจึงมีลักษณะเป็นการสร้างกฎเกณฑ์ที่แข็งกระด้างจนเกินไป จึงเห็นควรละความหมายไว้เพื่อความยืดหยุ่น (Elasticity) โดยให้ผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นผู้พิจารณาสืบสวนข้อเท็จจริงและชี้ถึงลักษณะต้องห้ามของการดำเนินภารกิจทางปกครองในแต่ละห้วงช่วงเวลาที่เกิดขึ้นจริงเอง อย่างไรก็ดี ครอสแมนได้มีการยกตัวอย่างถึงการกระทำที่เข้าลักษณะการดำเนินภารกิจทางปกครองที่มิชอบไว้ในขณะนำเสนอร่างกฎหมายในสภาผู้แทนราษฎรไว้ว่า ได้แก่ การอคติ การเพิกเฉย การไม่ให้ความสนใจ ความล่าช้า ไม่มีความสามารถอย่างที่พึงจะมี ไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญอย่างที่พึงจะมี ความผิดปกติหากเปรียบเทียบกับกรณีทั่วไป ความชั่วร้ายเลวทราม ความอำเภอใจ ฯลฯ จริงอยู่ว่าแม้บางกรณีที่ครอสแมนยกขึ้นอธิบายอาจยังไม่มีความชัดเจนนัก แต่ในเวลาต่อมา ผู้ตรวจการแผ่นดินได้นำเอาตัวอย่างทั้งหมดเหล่านี้เป็น “แนวทางพิจารณา” ต่อมาถูกเรียกว่า “บันทึกรายการของครอสแมน” หรือ “Crossman catalogue” ว่าคำร้องทุกข์ของประชาชนที่ยื่นผ่านสมาชิกรัฐสภาเข้าลักษณะทำนองดังกล่าวที่จะส่งผลให้รับไว้สืบสวนแสวงหาข้อเท็จจริงได้หรือไม่ ผู้สนใจโปรดอ่าน Hansard, HC. Vol.734, col.51, 18 October 1966 (Mr.Crossman) และ Jeff King, Judging Social Rights, United Kingdom: Cambridge University Press (2012)

[52] Michael Harris and Martin Partington, Administrative Justice in the 21st Century, UK: Hart Publishing (1999) p.96

[53] R v Commissioners for Local Administration ex parte Bradford Metropolitan Borough Council (1979)

[54] หากเปรียบเทียบกับประเทศเดนมาร์กและนอร์เวย์จะพบว่า ขอบเขตอำนาจหน้าที่ของผู้ตรวจการแผ่นดินของทั้งเดนมาร์กและนอร์เวย์มีความ

ต้องเข้า “องค์ประกอบเบื้องต้น” เสียก่อนว่ามีความผิดพลาดทางกระบวนการของหน่วยงานทางปกครองอันนำไปสู่การออกคำสั่ง หาใช่เรื่องคุณภาพของตัวคำสั่งเองไม่[55] และภายหลังจากนั้น ศาลมีคำวินิจฉัยกรณีหน่วยงานทางปกครองไม่กระทำการตามกระบวนการและเงื่อนไขต่าง ๆ ที่กฎหมายหรือข้อบังคับใด ๆ กำหนดให้ต้องปฏิบัติ (เป็นการเข้าองค์ประกอบเบื้องต้น)[56] ว่า เป็นการดำเนินภารกิจทางปกครองที่มิชอบ[57] ฯลฯ

การฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลเกี่ยวกับการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเกิดขึ้นจำนวนมากภายหลังจากจัดตั้งองค์กรผู้ตรวจการแผ่นดิน ปรากฏการณ์นี้ทำให้รัฐบาลหันมาให้ความสำคัญกับการวาง “มาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่” (Code of practice)[58] ของบุคลากรภาครัฐที่ถูกต้อง เพื่อลดความเสี่ยงต่อการถูกประชาชนดำเนินคดี จนเป็นที่มาของการตีพิมพ์เผยแพร่ “คู่มือว่าด้วยมาตรฐานการปฏิบัติภารกิจทางปกครอง” สำหรับเจ้าหน้าที่[59] ที่บรรจุข้อความคิดและหลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดี (Good Administration) โดยเป็นการรวบรวมหลักคอมมอนลอว์และคำอธิบายต่าง ๆ รวมถึงการดำเนินภารกิจทางปกครองที่มิชอบจากคำพิพากษาของศาล และเวียนไปยังหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐ ภายหลังการเผยแพร่คู่มือข้างต้นพบว่าแนวโน้มการปฏิบัติภารกิจของเจ้าหน้าที่รัฐเป็นไปในทางทิศทางที่ดีขึ้น[60] เป็นเหตุให้มีการนำคู่มือว่าด้วยมาตรฐานการปฏิบัติภารกิจทางปกครองไปแก้ไขเพิ่มเติมเนื้อหาให้ทันกับการเกิดขึ้นของหลักกฎหมายปกครองและคำอธิบายใหม่ ๆ ตามคำวินิจฉัยของศาลและตีพิมพ์เผยแพร่อยู่บ่อยครั้ง[61]

อย่างไรก็ดี ปัญหามาตรฐานของการใช้อำนาจทางปกครองยังคงดำรงอยู่แม้รัฐบาลจะให้แนวทางที่สอดคล้องกับกฎหมายแก่ผู้ใต้บังคับบัญชาของตนได้นำไปปฏิบัติแล้วก็ตาม กล่าวให้เข้าใจง่ายขึ้น จริงอยู่ว่าปริมาณการฟ้องร้องเป็น “คดีความต่อศาล” อาจมีจำนวนที่ลดน้อยถอยลง แต่อัตรา “คำร้องทุกข์ต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน” ที่กล่าวหาการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองว่าสร้างภาระความเดือดร้อนให้กับประชาชนยังคงมีอยู่จำนวนมาก เพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาช่องว่างหรือข้อจำกัดทางกฎหมายในการควบคุมการใช้อำนาจทางปกครองที่ยังไม่ครบถ้วนและมีประสิทธิภาพมากพอ ผู้ตรวจการแผ่นดินจึงได้เสนอให้รัฐบาลจัดพิมพ์ “คู่มือว่าด้วยมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองโดยผู้ตรวจการแผ่นดิน”[62] ขึ้นสำหรับเป็นแนวทางในการดำเนินภารกิจของหน่วยงานทางปกครองอย่างเหมาะสมควบคู่

กว้างขวางครอบคลุมมากกว่า ที่กล่าวเช่นนี้ก็เพราะผู้ตรวจการแผ่นดินของทั้ง 2 ประเทศ มีอำนาจในการเข้าไปสืบสวนหาข้อเท็จจริงทั้งในแง่ว่าหน่วยงานทางปกครองไม่ได้ปฏิบัติตามขั้นตอนกระบวนการที่กฎหมายหรือกฎเกณฑ์ต่าง ๆ กำหนดไว้หรือไม่ และยังสามารถเข้าไปตรวจสอบในแง่เนื้อหาได้ว่าคำวินิจฉัยสั่งการของหน่วยงานทางปกครองดังกล่าวอยู่บนพื้นฐานของความผิดพลาดหรือไม่มีเหตุผลหรือไม่อย่างไรได้อีกด้วย

[55] R v Commissioners for Local Administration ex parte Eastleigh Borough Council (1980)

[56] “องค์ประกอบเบื้องต้น” หมายถึง โดยทั่วไปแล้ว หากมีการยื่นคำร้องทุกข์ของประชาชนกล่าวหาว่ามีการทำหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองอันมีลักษณะเป็นการดำเนินภารกิจทางปกครองที่มิชอบอันนำไปสู่ความเดือดร้อน ผู้ตรวจการแผ่นดินไม่สามารถเข้าไปสืบสวนแสวงหาข้อเท็จจริงว่าการดำเนินภารกิจทางปกครองที่มิชอบเกิดมาจาก “ตัวคำสั่งทางปกครอง” ที่ไม่ถูกต้องชอบธรรมหรือไร้เหตุผลได้เลย หากแต่ต้องเข้าไปพิจารณาตามองค์ประกอบเบื้องต้นเสียก่อนว่าปรากฏข้อเท็จจริงหรือไม่อย่างไรว่า หน่วยงานทางปกครองได้ละเมิดต่อ “กระบวนการที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย” กล่าวคือ ไม่ได้ดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายหรือข้อบังคับได้กำหนดไว้เสียก่อนนำไปสู่การออกคำสั่งทางปกครอง หากปรากฏการไม่ปฏิบัติตาม “เงื่อนไขในเชิงกระบวนการ” เช่นนี้แล้วย่อมส่งผลให้ผู้ตรวจการแผ่นดินมีฐานอำนาจในการเข้าไปสืบสวนตรวจสอบ “ตัวคำสั่ง” ได้ โปรดอ่าน Section 12 (3), Parliamentary Commissioner Act 1967

[57] R v Commissioners for Local Administration ex parte Liverpool City Council (1999)

[58] Government Legal Department, The Judge Over Your Shoulder, London: Government Legal Department (2022) p.43

[59] คู่มือฉบับนี้มีชื่อเรียกว่า “The Judge Over Your Shoulder” หรือที่ในทางปฏิบัติเรียกกันสั้นๆ ว่า “JOYS” คู่มือนี้ดำเนินการตีพิมพ์ครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ. 1987

[60] Mark Elliott and Robert Thomas, Public Law, UK: Oxford University Press (2020) p.283

[61] ปัจจุบันจัดพิมพ์ไปแล้วทั้งสิ้น 6 ครั้ง ฉบับเผยแพร่ล่าสุดมีการเผยแพร่ไปในปี 2022

[62] สำหรับคู่มือที่จัดทำขึ้นโดยข้อเสนอของผู้ตรวจการแผ่นดินมีชื่อว่า “The Ombudsman in your Files” ตีพิมพ์ครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ. 1995 อย่างไรก็ดีแม้ว่าจะมีการตีพิมพ์เพียงครั้งเดียวแต่มิได้หมายความว่าจะไม่มีการปรับปรุงเนื้อหา “มาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองโดยผู้ตรวจการแผ่นดิน” ให้ทันสมัยกับระบบการยื่นคำร้องทุกข์ต่อผู้ตรวจการแผ่นดินเสียเลย หากแต่มีการเผยแพร่ในรูปแบบของเอกสารในชื่อต่าง ๆ แทน อาทิ ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา: การปฏิบัติหน้าที่มาอย่างยาวนาน (The Parliamentary Ombudsman: withstanding the test of time) หลักการดำเนินภารกิจ

ไปกับ “คู่มือว่าด้วยมาตรฐานการปฏิบัติภารกิจทางปกครอง” ทั้งนี้ คู่มือเล่มนี้รวบรวมมาจากประสบการณ์ในระบบของการยื่นคำร้องทุกข์ (Complaint system) ของประชาชนที่ยื่นมายังผู้ตรวจการแผ่นดิน[63] จนนำมาสู่คำอธิบายและข้อเสนอแนะต่าง ๆ ว่าด้วย “การปฏิบัติหน้าที่ที่อยู่ในมาตรฐานที่ดี” (Good practice) ของเจ้าหน้าที่รัฐ เช่น การดำเนินการที่ถูกต้องไม่ผิดพลาด การปฏิบัติหน้าที่อย่างโปร่งใสตรวจสอบได้ การปรับปรุงการดำเนินการอย่างสม่ำเสมอ ฯลฯ[64]

เป็นที่น่าสังเกตว่า ข้อเท็จจริงทั้งหมดข้างต้นกำลังสะท้อนถึงข้อความคิดและหลักการว่าด้วยการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดีกำลังถูกก่อร่างสร้างให้มีความชัดเจนเป็นรูปธรรมมากขึ้นผ่านการพิจารณาว่าการใช้อำนาจทางปกครองอยู่บนมาตรฐานทางกฎหมายหรือไม่โดยมีองค์กรตุลาการคอยควบคุมตรวจสอบประการหนึ่ง[65] และเข้าสู่การสืบสวนแสวงหาข้อเท็จจริงว่าหน่วยงานของรัฐกำลังปฏิบัติหน้าที่อันมีลักษณะเป็นการดำเนินภารกิจทางปกครองโดยมิชอบหรือไม่โดยองค์กรผู้ตรวจการแผ่นดิน อันนำไปสู่การเยียวยาผู้ได้รับความเดือดร้อนและปรับปรุงการดำเนินภารกิจทางปกครองอีกประการหนึ่ง[66] แม้ทั้ง 2 องค์กร จะมีลักษณะการพิจารณาทบทวนการใช้อำนาจทางปกครองในมิติที่แตกต่างกัน แต่ก็ทำงานสอดประสานกันกลายเป็น “กลไกของกฎหมายปกครอง” ที่มีบทบาทสำคัญต่อพัฒนาการของหลักการในประเทศอังกฤษตราบจนปัจจุบันอย่างปฏิเสธไม่ได้นั่นเอง[67]

อนึ่ง มีข้อพึงรับรู้ด้วยว่า ด้วยกรณีที่ระบบกฎหมายปกครองประเทศอังกฤษยอมรับนับถือในข้อความคิดและหลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดีจึงส่งผลและมีอิทธิพลให้การตราตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ของรัฐสภาอยู่บนฐานคิดของการคำนึงถึงกฎเกณฑ์ที่สอดคล้องและส่งเสริมข้อความคิดและหลักการดังกล่าวให้ดำรงอยู่และเข้มแข็งอยู่เสมอ[68] เช่น กฎหมายสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1998 (Human Right Act 1998) กฎหมายความเสมอภาค ค.ศ. 2010 (Equality Act 2010) กฎหมายข้อมูลข่าวสาร ค.ศ. 2000 (Freedom of Information Act 2000) กฎหมายคุ้มครองข้อมูล ค.ศ. 2018 (Data Protection Act 2018) ฯลฯ เป็นต้น

3. สาระสำคัญของหลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดี

3.1 ความหมาย ธรรมชาติ และลักษณะทั่วไปของหลักการ

จากการศึกษาและทำความเข้าใจถึงพัฒนาการโดยสังเขปสามารถสรุปได้ว่า หลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดี (Principle of Good Administration) ของประเทศอังกฤษสมัยใหม่นั้นยึดโยงอยู่กับข้อความคิดและหลักนิติธรรม (Rule of Law) และใกล้ชิดแนบแน่นกับ “หลักความยุติธรรมตามธรรมชาติ” (Natural justice) ที่บรรจุไว้ในกฎมหาบัตรแมกนา คาร์ตา (Magna Carta) โดยกำหนดให้การใช้อำนาจรัฐที่มีลักษณะเป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนมิอาจเป็นไปตามอำเภอใจได้ หากแต่ต้องดำเนินการผ่าน “กระบวนการทางกฎหมาย” เพื่อเป็นการประกันว่า

ทางปกครองที่ดี (Principles of Good Administration) ฯลฯ โดยเนื้อหาสาระของเอกสารต่าง ๆ ข้างต้นนั้นประกอบไปด้วยการอธิบายถึงมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองที่พลวัตไปตามกาลเวลาอยู่เสมอ

[63] David Butler, Vernon Bogdanor, and Robert Summers, The Law Politics and the Constitution: Essays in Honour of Geoffrey Marshall, United States of America: Oxford University Press (2004) p.270

[64] Zontán Szente and Konrad Lachmayer, The Principle of Effective Legal Protection in Administrative Law, USA and Canada: Routledge (2017) p.327

[65] Simon Halliday, Judicial Review and Compliance with Administrative Law, North America: Hart Publishing (2004) p.15

[66] Marc Hertogh and Richard Kirkham, Research Handbook on the Ombudsman, UK: Edward Elgar Publishing Limited (2018) p.83

[67] Dacian C. Dragos and Bogdana Neamtu, Alternative Dispute Resolution in European Administrative Law, Berlin: Springer (2014) p.574

[68] Timothy Endicott, Administrative Law, the United States: Oxford University Press (2011) p.309-310

การใช้อำนาจรัฐจะต้องเปิดเผย (Openness) เป็นธรรม (Fairness) เป็นกลาง (Impartiality)[69] และมีประสิทธิภาพ (Effectiveness)[70] แต่แม้ทราบถึงต้นกำเนิดที่มาที่ไป ก็ไม่ใช่เรื่องง่ายเลยที่จะเข้าไปให้บทนิยาม (Definition) ของหลักการได้อย่างสมบูรณ์ว่ามีความหมายเช่นไร เพราะเอาเข้าจริงแล้ว ปัจจุบันก็ยังไม่เป็นที่ยุติในหมู่นักกฎหมายปกครองอังกฤษว่าอะไรคือความหมายและขอบเขตที่ชัดเจนของหลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดีกันแน่ เนื่องจากหลักการนี้ถูกมองว่าครอบคลุมไปยังมิติต่าง ๆ (Multidimension)[71] จึงมีความเป็นนามธรรมสูง ยากที่จะนำไปสู่การกำหนดบทนิยามที่ชัดเจนแน่นอน

ที่กล่าวว่าหลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดีเชื่อมโยงในหลากหลายมิติหมายความว่า แม้จะเป็นหลักการที่ถูกยอมรับในทางกฎหมายปกครอง แต่หาใช่เรื่อง “กฎเกณฑ์ทางกฎหมาย” (Legal rules) ที่มุ่งสร้าง “มาตรฐานทางกฎหมาย” (Legal standard) เพื่อให้หน่วยงานทางปกครองต้องปฏิบัติตามกฎหมายเท่านั้น หากยังคงผสมผสานเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการภาครัฐ (Public administration)[72] ที่ต้องการเข้าไปสร้างกฎเกณฑ์สำหรับการดำรงตนในองค์กร (Institutional integrity) ทางนโยบายเพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่บรรลุเป้าหมายสูงสุดด้วย ซึ่ง “หาใช่กฎเกณฑ์ทางกฎหมาย” (Non-legal rules) ไม่[73]

อย่างไรก็ตาม ถึงแม้จะยังไม่มีความแน่ชัดก็มิได้หมายความว่าไม่อาจรับรู้หรือเข้าใจได้เลยเสียทีเดียว หลักใหญ่ใจความที่นักกฎหมายปกครองอังกฤษเห็นพ้องต้องกันในสาระสำคัญของหลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดี คือ คุณค่าพื้นฐานที่คอยทำหน้าที่สนับสนุนค้ำจุน “กระบวนการยุติธรรมทางปกครอง” (Administrative justice)[74] ในฐานะ “หลักทั่วไปทางกฎหมายปกครอง” (General principles of administrative law)[75] อันนำไปสู่การให้ความหมายอย่างกว้าง ๆ ได้ใน 2 ความหมาย

1. ความหมายในมิติทางด้านหน่วยงานทางปกครอง : หลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดี คือ หน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองในการปฏิบัติภารกิจของตนเองให้สอดคล้องไปกับตัวบทกฎหมาย ความยุติธรรม ความโปร่งใส ตรวจสอบได้ และมีประสิทธิภาพ[76]

2. ความหมายในมิติทางด้านวัตถุประสงค์ของหลักการ : หลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดี คือ ชุดมาตรฐานของการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองที่ถูกคาดหมายว่าพึงต้องกระทำ[77] เพื่อเป็นการรับรองว่า การใช้อำนาจ

---

[69] Ulrich Stelkens and Agné Andrijauskaité, Good Administration and the Council of Europe: Law, Principles, and Effectiveness, United Kingdom: Oxford University Press (2020) p.85

[70] Paul Daly, Understanding Administrative Law in the Common Law World, United Kingdom: Oxford University Press (2021) p.34

[71] Travor Buck, Richard Kirkham, and Brian Thompson, The Ombudsman Enterprise and Administrative Justice, Great Britian: MPG Books Group (2011) p.33

[72] B. Guy Peters and Jon Pierre, The SAGE Handbook of Public Administration, London: SAGE Publications Ltd. (2012) p.347

[73] ปัจจัยหนึ่งที่ส่งผลให้มีการมองว่า “หลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดี” มีส่วนผสมของกฎเกณฑ์ที่มิใช่กฎหมายอยู่ด้วยสืบเนื่องมาจากแนวคิดของการจัดตั้งองค์กรผู้ตรวจการแผ่นดินของกลุ่มประเทศคอมมอนลอว์ องค์กรดังกล่าวเกิดขึ้นเพื่อมาแก้ไขปัญหาช่องว่างของระบบกฎหมายที่ไม่สามารถแก้ไขเยียวยาการล่วงละเมิดสิทธิของประชาชนโดยการกระทำของหน่วยงานทางปกครองได้ จึงเป็นที่มาของแนวคิดในการแบ่งแยก “ประเด็นทางกฎหมาย” และ “ประเด็นทางปฏิบัติการ” ในการดำเนินภารกิจทางปกครองออกจากกันและคงยังมีความเชื่อมโยงเกี่ยวข้องกัน โดยแต่ละประเด็นก็มีความหมายกว้างและแคบแตกต่างกันเกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ของศาลและผู้ตรวจการแผ่นดินในการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจทางปกครองด้วย โปรดอ่าน Carol Harlow and Richard Rawlings, Law and Administration, United Kingdom: Cambridge University Press (2006) p.402

[74] Martin Partington, Introduction to the English Legal System, United Kingdom: Oxford University Press (2017) p.154

[75] Dimitrios Kyritsis and Stuart Lakin, The Methodology of Constitutional Theory, Great Britain: Hart Publishing (2022) p.167

[76] Mark Elliot, Constitutional Foundations of Judicial Review, North America: Hart Publishing (2001) p.80

[77] Michael Harris and Martin Partington, Administrative Justice in the 21st Century, UK: Hart Publishing (1999) p.467

หรือการดำเนินกิจกรรมทางปกครองจะถูกต้อง เป็นธรรม โปร่งใส และมีประสิทธิภาพ ตอบสนองความต้องการของประชาชน เพื่อสร้างความเชื่อมั่นสาธารณะ (Public trust)[78]

ด้วยความหมายข้างต้น สามารถอธิบายในทางวิชาการถึงธรรมชาติและลักษณะทั่วไป 3 ประการ ของหลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดีได้ ดังนี้

1. หลักการนี้มุ่งเน้นให้ความสำคัญกับการเข้าไปดูแลควบคุม “กระบวนการ” (Procedure)[79] ในการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองว่าจะพิทักษ์ “สิทธิในเชิงเนื้อหาต่าง ๆ ของประชาชน” (Substantive rights) ที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินภารกิจทางปกครอง[80]

2. ในฐานะกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย หลักการนี้จะเป็นกลไกในการจัดวางโครงสร้างของการใช้อำนาจรัฐเพื่อดำเนินภารกิจทางปกครองอย่างเป็นระบบ[81] อาทิ การกำหนดอำนาจหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองนั้น ๆ เอง รวมตลอดถึงการกำหนดขอบเขตอำนาจหน้าที่และความสัมพันธ์กับหน่วยงานทางปกครองอื่น ๆ หรือกับประชาชนในการปฏิบัติหน้าที่[82] ฯลฯ เป็นต้น

3. ในฐานะกฎเกณฑ์ที่มิใช่กฎหมาย หลักการนี้จะเข้าไปวางมาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่เพื่อเป็นการประกันว่าหน่วยงานทางปกครองจะทำหน้าที่ในการให้บริการสาธารณะของตนเองได้อย่างเหมาะสม (Proper conduct)[83] กล่าวคือ เป็นการให้บริการที่รวดเร็ว มีคุณภาพและประสิทธิภาพ

อนึ่ง มีข้อพึงตระหนักว่า การปฏิบัติตามหลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดีนอกจากจะถูกมองว่าเป็นหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองที่จะต้องผูกพันและเคารพต่อหลักนิติธรรมในการใช้อำนาจรัฐแล้ว ยังถูกมองอีกด้วยว่าเป็นการให้ความเคารพและรักษาเจตนารมณ์ของฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะผู้แทนปวงชนที่มอบหมายภารกิจและอำนาจให้อีกด้วย[84]

3.2 หลักการย่อยในฐานะองค์ประกอบของหลักการ

ในสายตาของกฎหมายปกครองอังกฤษมองว่า หลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดีมีลักษณะเป็น “ข้อความคิดกว้างขวาง” (Umbrella concept)[85] ว่าด้วย “มาตรฐานการปฏิบัติหน้าที่” ที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กับหลักนิติธรรม (Rule of Law) ประชาธิปไตย (Democracy) และความยุติธรรม (Justice)[86] อันประกอบไปด้วยคุณค่ามากมาย

---

[78] David H. Rosenbloom and Howard E. McCurdy, Revisiting Waldo’s Administrative State: Consistency and Change in Public Administration, the United States of America: Georgetown University Press (2006) p.122

[79] Paul Craig, UK, EU, and Global Administrative Law: Foundations and Challenges, United Kingdom: Cambridge University Press (2015) p.452

[80] Andrew Le Sueur, Maurice Sunkin, and Joe Eric Khusal Murkens, Public Law: Text, Cases, and Materials, United Kingdom: Oxford University Press (2010) p.695

[81] James Goudkamp, Make Lunney, and Leighton McDonald, Talking Law Seriously: Essays in Honour of Peter Cane, Great Britain (2021) p.178

[82] Peter Cane, Controlling Administrative Powe: An Historical Comparison, United Kingdom: Cambridge University Press (2016) p.92

[83] Jurgen De Poorter, Ernst Hirsch Ballin, and Saskia Lavrijssen, Judicial Review of Administrative Discretion in the Administrative State, Berlin: Springer (2019) p.16

[84] Paul Craig, English Administrative Law Form 1550: Continuity and Change, United Kingdom: Oxford University Press (2024) p.3

[85] Herwig C.H. Hofmann and Alexander H. Türk, Legal Challenges in EU Administrative Law, UK: Edward Elgar Publishing Limited (2009) p.350

[86] John Bell, Mark Elliott, Jason NE Varuhas and Philip Murray, Public Law Adjudication in Common Law Systems: Process and Substance, United Kingdom: Hart Publishing (2016) p.37

ที่แผ่ซ่านในระบบกฎหมายและการบริหารจัดการภาครัฐที่เรียกร้องและบังคับผูกพันให้การใช้อำนาจทางปกครองของเจ้าหน้าที่รัฐต้องปฏิบัติตาม[87] ในฐานะ “สิทธิทางรัฐธรรมนูญ” (Constitutional right)[88] โดยคุณค่าข้างต้นสามารถจำแนกแจงออกได้เป็นหลักการใน 2 กลุ่ม

3.2.1 หลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดีที่อยู่ภายใต้การควบคุมโดยองค์กรตุลาการ[89]

หลักการประเภทนี้มีสถานะเป็น “กฎเกณฑ์ทางกฎหมาย” ที่เป็นผลมาจากการรับรองและกำหนดโดยคอมมอนลอว์ (Common law) และกฎหมายลายลักษณ์อักษรต่าง ๆ (Statutes) ที่รัฐสภาอังกฤษได้ทำการตราขึ้นเพื่อควบคุมกำกับการใช้อำนาจทางปกครองมิให้ล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพ หรือสร้างภาระให้แก่ประชาชนมากเกินสมควรแก่เหตุ อันประกอบไปด้วยหลักการดังต่อไปนี้

ก) หลักความชอบด้วยกฎหมาย (Legality)

หลักการนี้เรียกร้องให้หน่วยงานทางปกครองต้องใช้อำนาจ หรือปฏิบัติหน้าที่ของตนเองตามที่กฎหมายกำหนดไว้อย่างเคร่งครัด การดำเนินการใด ๆ ต้องมีตัวบทกฎหมายให้อำนาจเสมอ (Acting with legal authority)[90] นอกจากนี้แล้ว การดำเนินการดังกล่าวยังต้องอยู่ภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดโดยไม่เกินเลย (Ultra Vires)[91] การกระทำของหน่วยงานทางปกครองพึงต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ที่แท้จริงของกฎหมาย (Proper purpose of law)[92] รวมตลอดถึงคำนึงถึงปัจจัยต่าง ๆ ตามที่กฎหมายกำหนดไว้ในฐานะเงื่อนไขของการใช้อำนาจ (Relevant considerations) ไม่สนปัจจัยอื่นที่ไม่เกี่ยวข้องอันอาจส่งผลต่อการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย[93] อีกทั้งการตีความและการบังคับใช้กฎหมายในทุกครั้งต้องถูกต้องไม่ผิดพลาด ต้องไม่ปรากฏการบังคับใช้ หรือใช้อำนาจอันมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติ (Discrimination)[94]

ข) หลักกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรม (Procedural fairness)

หลักการนี้ถือเป็น “มาตรฐานขั้นต่ำในเชิงกระบวนการ” ที่เรียกร้องให้การปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองต้องกระทำไปตามขั้นตอนหรือกระบวนการที่กฎหมายกำหนดไว้ กระบวนการพิจารณาเพื่อนำไปสู่การใช้อำนาจทางปกครองจะต้องอยู่บนพื้นฐานของความยุติธรรม (Fair hearing) กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ผู้ใช้อำนาจต้องมีความเป็นกลาง (Impartiality)[95] อิสระ (Independence)[96] ปราศจากอคติ (Without bias)[97] ต้องไม่เป็นผู้มีส่วนได้เสียกับการใช้อำนาจนั้น

---

[87] Armin Von Bogdandy, Peter H Huber, and Sabino Casese, The Max Planck Handbooks in European Public Law : The Administrative State Volume 1, United Kingdom: Oxford University Press (2017) p.564

[88] ในสายตาของระบบกฎหมายปกครองอังกฤษมองว่า หลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดีเป็นองค์ประกอบของกระบวนการยุติธรรมทางปกครองซึ่งถือเป็นสิทธิในทางรัฐธรรมนูญที่ประชาชนพึงมี เมื่อเป็นเช่นนี้จึงมองว่า ประชาชนจึงถือเป็นผู้ทรงสิทธิในการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดีของรัฐ (Right to good administration)

[89] หลักการเหล่านี้บางส่วนได้รับอิทธิพลจากคำอธิบายของท่านดริปล็อค (Lord Diplock) ในคดี Council of Civil Service Unions v Minister for the Civil Service (1984) ประกอบกับคู่มือ “The Judge Over Your Shoulder” หรือ (JOYS) ที่หน่วยงานทางปกครองอังกฤษใช้เป็นแนวทางอ้างอิงสำหรับการปฏิบัติหน้าที่อยู่ในปัจจุบัน

[90] Jeffrey Jowell and Dawn Oliver, The Changing Constitution, United States of America: Oxford University Press (2011) p.283 และ Council of Civil Service Unions v Minister for Civil Service (1985)

[91] Mark Elliott, The Constitutional Foundations of Judicial Review, North America: Hart Publishing (2001) p.146 โปรดดูประกอบ R (ToTel Ltd) v First-Tier Tribunal (Tax Chamber) [2012] EWCA Civ 1401

[92] Padfield v Minster of Agriculture, Fisheries and Food (1968)

[93] Tesco Stores v Secretary of State for the Environment (1995)

[94] R (Baiai) v Secretary of State for the Home Department [2008] UKHL 53

[95] R v Bow Street Magistrates, ex parte Pinochet (No 2)

[96] R v Secretary of State for the Environment ex parte Kirkstall Valley Campaign Ltd [1996] 3 All ER 304.

[97] McInnes v Onslow-Fane (1978)

เสียเอง (nemo judex in causa sua)[98] ระหว่างกระบวนการพิจารณาเพื่อนำไปสู่การใช้อำนาจทางปกครองต้องมีการแจ้งไปยังบุคคลที่จะต้องปฏิบัติตามคำสั่งในอนาคตในฐานะผู้ถูกกระทบสิทธิด้วย ทั้งนี้โดยให้สิทธิในการชี้แจงโต้แย้งอย่างเป็นธรรม (Right to be heard)[99] เพื่อนำไปสู่การพิจารณาตัดสินใจของเจ้าหน้าที่ด้วยความรอบคอบรอบด้าน (audi alterum partem)[100] นอกจากนี้แล้ว เมื่อกระบวนการพิจารณาเสร็จสิ้นอันนำไปสู่การออกคำสั่ง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีหน้าที่ต้องให้และเปิดเผยถึงเหตุผลในการออกคำสั่งเช่นนั้นด้วย (Duty to give reasons)[101] สิทธิของประชาชนและหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองต่าง ๆ เหล่านี้ท้ายที่สุดแล้วจะเกี่ยวข้องกับ “ความคุ้มครองความไว้เนื้อเชื่อใจของผู้ถูกกระทบสิทธิโดยระบบกฎหมาย” (Legitimate expectation)[102] ที่จะประกันว่าจากการใช้อำนาจทางปกครองทุกครั้งจะอยู่บนกระบวนการที่เป็นธรรม ประพฤติปฏิบัติเช่นนี้อยู่เสมอไม่แปรเปลี่ยน เว้นแต่จะมีกรณียกเว้น[103] มิฉะนั้นย่อมถือได้ว่าเป็นกระบวนการพิจารณาเพื่อใช้อำนาจรัฐที่ขัดต่อหลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดี[104]

ค) หลักความมีเหตุมีผล (Reasonableness)

หลักความมีเหตุมีผลนี้เป็นหลักการพื้นฐานของกฎหมายปกครองอังกฤษที่เป็นการรับรองว่าการใช้อำนาจของหน่วยงานทางปกครองจะไม่มีลักษณะเป็นกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ผิดแผกแปลกประหลาด หลักการนี้เรียกร้องว่า การกระทำ หรือการตัดสินใจใด ๆ ของเจ้าหน้าที่รัฐพึงต้องมีความเป็นธรรมและมีเหตุมีผล[105] หมายความว่าหากปรากฏข้อเท็จจริงทำนองเดียวกันนี้ มาตรฐานวิญญูชนคนทั่วไปจะพิจารณาตัดสินใจกระทำการไปเช่นดังที่หน่วยงานทางปกครองตัดสินใจกระทำ[106] หากเป็นไปในทางกลับกัน จะถือว่าการใช้อำนาจรัฐของหน่วยงานทางปกครองดังกล่าวไม่มีเหตุผลที่พึงรับฟังได้ (Irrational)[107] อย่างไรก็ดี โดยทั่วไปแล้ว หลักความมีเหตุมีผลนี้มักจะถูกใช้กับกรณีการดำเนิน

---

[98] R v Sussex Justices ex p McCarthy (1924)

[99] Bushell v Secretary of State for the Environment (1981)

[100] Transocean Marine Paint Association v Commission (1974)

[101] Horada v Secretary of State for Communities & Local Government [2016] EWCA Civ 169

[102] Susan Rose-Ackerman, Peter L. Lindseth, and Blake Emerson, Comparative Administrative Law, UK: Edward Elgar Publishing Limited (2017) p.381

[103] กฎหมายปกครองประเทศอังกฤษ “หลักการคุ้มครองความไว้เนื้อเชื่อใจของผู้ถูกกระทบสิทธิโดยระบบกฎหมาย” มีการจำแนกแยกแยะออกเป็น 2 ประเภท ได้แก่ หลักการคุ้มครองความไว้เนื้อเชื่อใจในเชิงกระบวนการ (Procedural legitimate expectation) ประเภทหนึ่ง และหลักการคุ้มครองความไว้เนื้อเชื่อใจในเชิงเนื้อหา (Substantive legitimate expectation) อีกประเภทหนึ่ง ดังนั้น เมื่อกล่าวเชื่อมโยงกับหลักกระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรมแล้ว หลักการคุ้มครองความไว้เนื้อเชื่อใจของผู้ถูกกระทบสิทธิจากการใช้อำนาจทางปกครองโดยระบบกฎหมาย ณ ที่นี้ จึงเป็นกรณีเรื่องการเข้าไปคุ้มครองในเชิงกระบวนการนั่นเอง

[104] Schmidt v Secretary of State for Home Affairs (1969) และ R v North and East Devon Health Authority, ex p Coughlan (2001)

[105] หลักการนี้ถือกำเนิดเกิดขึ้นมาจากคดี Associated Provincial Picture Houses Ltd v Wednesbury Corporation ในปี ค.ศ. 1948 เป็นที่มาของการเรียกหลักความมีเหตุมีผลในอีกชื่อหนึ่งว่า “Wednesbury Principle”

[106] R v Secretary of State for Trade and Industry, ex o Lonrho Plc (1989)

[107] การตรวจสอบการใช้อำนาจทางปกครองว่าเป็นไปตามหลักมีเหตุมีผลหรือไม่นั้น โดยทั่วไปแล้ว ศาลอังกฤษมักจะหลีกเลี่ยงเข้าไปทำการพิจารณา “เนื้อหา” หรือ “ความเหมาะสม” ของการตัดสินใจของหน่วยงานทางปกครอง หากแต่มักจะเข้าไปตรวจสอบในแง่มุมในเชิง “กระบวนการ” เสียมากกว่าว่ากระทำไปสอดคล้องกัน อันเป็นการสะท้อนมาจากฐานคิดของนักกฎหมายปกครองอังกฤษที่เชื่อว่า กระบวนการที่มีเหตุผลย่อมนำไปสู่การตัดสินใจที่มีเหตุผลด้วย ทั้งนี้เป็นอิทธิพลมาจาก “หลักเวนส์บิวรี่” (Wednesbury Principle) โปรดดู Andrew Blick, U.K. Politics, United Kingdom: Oxford University Press (2021) p.102 และ Greenpeace Ltd. v Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs (2005) ในระยะหลัง ศาลอังกฤษเริ่มขยายขอบเขตในการตรวจสอบการใช้อำนาจทางปกครองตามหลักความมีเหตุมีผลออกไปมากขึ้นด้วยการเข้าไปกำหนด 3 ประเด็นหลักในการพิจารณาได้แก่ 1. ขอบเขตอำนาจหน้าที่ (รวมถึงการพิจารณาว่ามีการบังคับใช้กฎหมายที่ผิดพลาดหรือไม่) 2.ความไม่สมเหตุสมผล และ 3.ประเด็นที่เกี่ยวข้องและความถูกต้องเหมาะสม (Relevancy and propriety) หากพบว่าการใช้อำนาจทางปกครองต้องด้วยประเด็นใด ๆ ย่อมถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจทางปกครองโดยมิชอบด้วยกฎหมาย ผู้สนใจโปรดอ่าน Paul Daly, Understanding Administrative Law in the Common Law World, United Kingdom: Oxford University Press (2021)

กิจกรรมทางปกครองที่เข้าไปจำกัดสิทธิเสรีภาพของประชาชน ซึ่งการเข้าไปพิจารณาว่าการใช้อำนาจทางปกครองอยู่บนความมีเหตุมีผลหรือไม่อย่างไรในทางปฏิบัติจะมีการนำเอา “หลักความได้สัดส่วน” (Principle of Proportionality)[108] มาใช้เพื่อเป็นมาตรวัดอย่างเป็นรูปธรรมว่า มาตรการ หรือภาระหน้าที่กำหนดให้ประชาชนต้องปฏิบัติตามอันเป็นผลมาจากการตัดสินใจของหน่วยงานทางปกครองสามารถอธิบายได้อย่างเป็นเหตุเป็นผลหรือไม่ประการใด[109] ผ่านการพิเคราะห์ถึงมาตรการ หรือภาระหน้าที่นั้น ๆ มีเป้าหมายอะไร สามารถแก้ไขปัญหาที่รัฐกำลังเผชิญอยู่ได้หรือไม่ กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนมากน้อยเพียงใด เมื่อชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์สาธารณะและสิทธิเสรีภาพของปัจเจกชนที่ต้องถูกจำกัดแล้วเป็นเช่นไร[110]

อนึ่ง มีข้อพึงสังเกตว่า จริงอยู่ว่าหลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดีจะเป็นหลักการที่มุ่งหมายให้หน่วยงานทางปกครองประพฤติปฏิบัติตามมาตรฐานที่ดีในฐานะ “ผู้ใช้อำนาจทางปกครองหลัก” เพื่อประโยชน์สาธารณะ แต่ก็มิได้หมายความว่า “ผู้ใช้อำนาจรัฐอื่น” จะไม่ต้องให้ความสนใจเคารพแต่อย่างใด กล่าวให้ชัดเจนยิ่งขึ้น กฎหมายปกครองอังกฤษมองว่า เมื่อหลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดีเป็นเรื่องของการควบคุมการใช้อำนาจรัฐของหน่วยงานทางปกครองมิให้กระทำการตามอำเภอใจเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน องค์กรของรัฐอื่นอย่าง “องค์กรตุลาการ” ที่แม้จะมีพันธกิจในการตรวจสอบการใช้อำนาจทางปกครอง (Judicial review of administration) ว่าสอดคล้องกับหลักการดังกล่าวหรือไม่อย่างไร แต่ก็ต้องปฏิบัติหน้าที่ หรือมีการใช้อำนาจของตนเองไปในทางส่งเสริมสนับสนุนให้เกิดผลสัมฤทธิ์ด้วย หาใช่เป็นการเข้าไปบั่นทอน สร้างอุปสรรค หรืออันตรายต่อการปฏิบัติตามหลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดี (Detrimental to Good Administration)[111]

3.2.2 หลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดีที่อยู่ภายใต้การควบคุมโดยองค์กรผู้ตรวจการแผ่นดิน[112]

ระบบกฎหมายปกครองอังกฤษได้จัดกลุ่มของหลักการประเภทนี้ว่ามีลักษณะเป็น “กฎเกณฑ์อื่น” ที่มิได้เกิดจากคอมมอนลอว์และกฎหมายของรัฐสภา[113] โดยทั้ง 6 หลักการ ดังจะได้กล่าวต่อไปนี้ถูกกำหนดขึ้นเพื่อแก้ไขปัญหาอันเป็นผลสืบเนื่องมาจากกรณีที่ประชาชนต้องประสบพบเจอกับ “การดำเนินภารกิจทางปกครองที่มิชอบ” (Maladministration) ของเจ้าหน้าที่รัฐและได้ยื่นคำร้องทุกข์มายังผู้ตรวจการแผ่นดิน[114]

---

[108] จะเห็นได้ว่าในทางปฏิบัติมีการนำเอาหลักความมีเหตุมีผลกับหลักความได้สัดส่วนมาใช้ผสมผสานร่วมกันจนเป็นที่มาของการถกเถียงกันขนานใหญ่ในหมู่นักกฎหมายปกครองอังกฤษว่าสรุปแล้วควรมีการแบ่งแยกให้ชัดเจนระหว่าง “หลักความมีเหตุมีผล” และ “หลักความได้สัดส่วน” หรือไม่อย่างไร จนกระทั่งศาลอุทธรณ์อังกฤษได้ออกมาแสดงความคิดเห็นผ่านคำวินิจฉัยในคดีหนึ่งมีใจความว่า “การพยายามแบ่งแยกระหว่าง “หลักความมีเหตุมีผล” (Wednesbury principle) และ “หลักความได้สัดส่วน” (Proportionality principle) ให้ชัดเจนไม่มีความจำเป็นและยิ่งจะก่อให้เกิดความสับสน จริงอยู่ที่หลักความได้สัดส่วนอาจมีเกณฑ์ในการพิจารณาที่ชัดเจนและซับซ้อนมากกว่า แต่กระนั้นก็ตาม หลักความสมเหตุสมผล ณ ปัจจุบันก็มิได้แตกต่างไปมากนัก” รายละเอียดโปรดอ่าน R. (Association of British Civilian Internees (Far East Region) v. Secretary of State for Defense (2003)

[109] R (Nadarajah) v Secretary of State for Home Department (2005)

[110] Gokool v Permanent Secretary for the Ministry of Health and Quality of Life (2009) และ R (Bancoult) v Secretary of State for Foreign & Commonwealth Affairs (No.2) (2008)

[111] กฎหมายบางฉบับบัญญัติไว้อย่างชัดเจนว่า ห้ามมิให้ศาลออกคำสั่งยกเลิกเพิกถอน (Quashing order) คำสั่งทางปกครองใด ๆ อันเป็นการเข้าไปบั่นทอน สร้างอุปสรรค หรือเป็นอันตรายต่อการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดีของหน่วยงานทางปกครอง รายละเอียดโปรดอ่าน Section 31(6), Supreme Court Act 1981 และ Section 29A (8), Supreme Court Act 2022

[112] หลักการต่าง ๆ เหล่านี้โดยหลักเป็นผลมาจากคู่มือว่าด้วย “หลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดี” หรือ “Principles of Good Administration” ที่จัดทำขึ้นโดยผู้ตรวจการแผ่นดิน ประกอบกับการศึกษาเพิ่มเติมจากคู่มือ “The Ombudsman in your Files” และคำอธิบายใน “บันทึกรายการของครอสแมน” หรือ “Crossman catalogue” ปัจจุบันถูกอ้างอิงโดยนักวิชาการทางกฎหมายปกครองอังกฤษ หน่วยงานของรัฐต่าง ๆ รวมตลอดถึงศาลด้วย

[113] Marc Hertogh and Richard Kirkham, Research Handbook on the Ombudsman, UK: Edward Elgar Publishing Limited (2018) p.138

[114] Christopher Hodges, Delivering Dispute Resolution: A Holistic Review of Models in England and Wales, Great Britain: Hart Publishing (2019) p.302

ก) การดำเนินการอย่างถูกต้อง (Getting it right)

หลักการแรกเรียกร้องให้หน่วยงานทางปกครองต้องปฏิบัติหน้าที่ไปตามกฎหมายและคำนึงถึงสิทธิเสรีภาพของประชาชน นอกจากนี้แล้วยังต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์อื่น ๆ ด้วย อาทิ กฎเกณฑ์ภายใน นโยบายของหน่วยงาน ฯลฯ[115] การดำเนินภารกิจต่าง ๆ พึงต้องตระหนักถึงมาตรฐานคุณภาพของการปฏิบัติหน้าที่เพื่อนำไปสู่การให้บริการสาธารณะที่มีประสิทธิภาพ[116] หากปรากฏว่ามีวิธีการ กระบวนการ หรือนวัตกรรมใหม่ ที่สามารถส่งผลต่อการยกระดับการปฏิบัติหน้าที่ให้ดีขึ้นก็พึงนำมาใช้ อันเป็นการสร้างแนวปฏิบัติที่ดี (Good practice) ให้กับเจ้าหน้าที่รัฐได้ปฏิบัติตามได้[117] หลักการดำเนินการอย่างถูกต้องนี้รวมไปถึงการให้ความสำคัญของหน่วยงานทางปกครองในการตัดสินใจดำเนินการใด ๆ บนพื้นฐานของความมีเหตุมีผลด้วย กล่าวให้ชัดเจนยิ่งขึ้น ต้องมีการพิจารณาข้อเท็จจริง พยานหลักฐาน และข้อกฎหมายต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องอย่างครบถ้วนรอบด้าน (all relevant considerations)[118] ไม่ควรนำเอาประเด็นที่ไม่เกี่ยวข้องกับเรื่องที่กำลังพิจารณามาร่วมพิจารณาด้วยอันเป็นการส่งผลกระทบต่อคุณภาพและความถูกต้องในการปฏิบัติหน้าที่[119] อีกทั้งควรประเมินความเสี่ยงในการปฏิบัติหน้าที่ของตนเองทุกครั้งว่าอาจมีแนวโน้มว่าเป็นการกระทำที่ไม่มีความยุติธรรมและไม่มีเหตุมีผลหรือไม่อย่างไร[120]

ข) คำนึงถึงประชาชน (Being customer focused)

เมื่อวัตถุประสงค์หลักในภารกิจของรัฐคือการทำเพื่อประโยชน์สาธารณะตอบสนองความต้องการของประชาชน หน่วยงานทางปกครองจึงต้องประกันว่าการให้บริการของตนเองจะต้องเข้าถึงได้โดยง่ายและเป็นการทั่วไป ขั้นตอน หรือกระบวนการในการดำเนินงานต่าง ๆ ต้องชัดเจน (Clear) ถูกต้อง (Accurate) และเข้าใจง่าย (Understandable)[121] กรณีนี้รวมถึงการที่ประชาชนจะต้องเข้าใจในสิทธิหน้าที่ของตนเองกับการดำเนินภารกิจทางปกครองได้ นอกจากนี้ เจ้าหน้าที่รัฐต้องปฏิบัติหน้าที่ของตนเองอย่างรวดเร็ว สม่ำเสมอ ตรงต่อเวลา[122] และกระทำการไปตามสิ่งที่ตนเองได้ประกาศกับสาธารณะไว้ว่าจะกระทำ หากไม่สามารถกระทำได้ หรือเกิดการดำเนินการที่ล่าช้า จะต้องมีการอธิบายชี้แจงถึงเหตุผลถึงเหตุที่ไม่อาจกระทำได้ หรือเหตุแห่งความล่าช้าอย่างชัดเจน โดยพร้อมที่จะดำเนินการแก้ไขแล้วกระทำให้แล้วเสร็จโดยเร็ว[123] ในกรณีที่ไม่สามารถกระทำ หรือปฏิบัติหน้าที่ใด ๆ ได้ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใดก็ตามที เจ้าหน้าที่รัฐต้องพร้อมที่จะให้ความช่วยเหลืออย่างดีที่สุด อาทิ ติดต่อประสานงานกับหน่วยงานอื่น ๆ[124] เพื่อเข้ามาช่วยแก้ไขเยียวยาปัญหาที่ประชาชนกำลังเผชิญอยู่ให้บรรเทาเบาบางลง ฯลฯ เป็นต้น

---

[115] Parliamentary and Health Service Ombudsman, Principles of Good Administration, London: Parliamentary and Health Service Ombudsman (2009) p.4

[116] The House of Common, The Ombudsman's assessment of the Loss of Personal Data by a Home office Contractor, London: The Stationary Office (2010) p.16

[117] Peter Leyland and Gordon Anthony, Administrative Law, United Kingdom: Oxford University Press (2009) p.151

[118] Hilaire Barnett, Constitutional & Administrative Law, Oxford: Routledge (2017) p.732

[119] John Staton and Craig Prescott, Public Law, United Kingdom: Oxford University Press (2020) p.588

[120] Mark Elliott and Robert Thomas, Public Law, UK: Oxford University Press (2020) p.656

[121] The House of Commons, Report of Two Investigations by the Local Government Ombudsman for England and the Health Service Ombudsman for England, London: Stationary Office (2010) p.17

[122] Ulrich Stelkens and Agné Andrijauskaité, Good Administration and the Council of Europe: Law, Principles, and Effectiveness, United Kingdom: Oxford University Press (2020) p.101

[123] The House of Commons, Fast and Fair?: A report by the Parliamentary Ombudsman on the UK Border Agency, London: Stationary Office (2010) p.13

[124] Mark Elliott, Beatson, Matthews, and Elliott's Administrative Law: Text and Materials, the United States: Oxford University Press (2005) p.716

ค) โปร่งใสตรวจสอบได้ (Being open and accountable)

การบริหารจัดการภาครัฐซึ่งรวมถึงนโยบาย กระบวนการ และข้อมูลต่าง ๆ พึงต้องมีความโปร่งใส (Transparency) กล่าวอีกนัยหนึ่ง ต้องมีความถูกต้อง ชัดเจน สมบูรณ์ เข้าถึงได้[125] มีการจัดทำระบบการจัดเก็บข้อมูลต่าง ๆ อย่างมีประสิทธิภาพ พร้อมนำมาใช้ประโยชน์สำหรับการปฏิบัติหน้าที่ของตนเองได้เสมอโดยต้องเคารพต่อข้อมูลส่วนบุคคล (Personal information) หากมิได้มีการห้ามไว้โดยตัวบทกฎหมาย ข้อมูลดังกล่าวต้องมีการเปิดเผยและพร้อมส่งมอบโดยเร็วหากมีการร้องขอ[126] นอกจากนี้แล้ว ไม่ว่าจะเป็นธรรมชาติของการปฏิบัติหน้าที่ หรือกรณีการโต้แย้งการปฏิบัติหน้าที่ เมื่อปรากฏว่าประชาชนได้มีการยื่นคำร้อง หรือดำเนินการด้วยประการใด ๆ ให้หน่วยงานทางปกครองต้องพิจารณาวินิจฉัย ต้องมีมาตรฐานที่ชัดเจนสำหรับการพิจารณาดังกล่าว[127] และเมื่อดำเนินกระบวนการพิจารณาเสร็จสิ้นอันนำไปสู่การวินิจฉัย หรือตัดสินใจบางประการเป็นที่เรียบร้อยแล้ว หน่วยงานทางปกครองต้องให้เหตุผลด้วยว่าเหตุใดจึงวินิจฉัยหรือตัดสินใจไปเช่นว่านั้น[128] และท้ายที่สุดอันเป็นสิ่งสำคัญในการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดี นอกจากความโปร่งใสตรวจสอบได้ที่ต้องปฏิบัติ หน่วยงานทางปกครองต้องรับผิด (Responsibility) กับการดำเนินการใด ๆ ของตนเองและของบุคลากรในสังกัดด้วย[129]

ง) ยุติธรรมและเป็นเหตุเป็นผล (Acting fairly and proportionately)

การดำเนินกิจกรรมของรัฐในทุกกรณี หน่วยงานทางปกครองต้องประพฤติปฏิบัติกับประชาชนด้วยความเคารพต่อสิทธิเสรีภาพ ความยุติธรรม และความเป็นกลาง[130] ต้องตระหนักถึงธรรมชาติของสังคมที่มีความแตกต่างหลากหลาย ทั้งนี้ความเข้าใจข้างต้นจะเป็นเครื่องประกันว่า ประชาชนจะเข้าถึงบริการสาธารณะและได้รับการปฏิบัติจากภาครัฐอย่างเท่าเทียมกัน[131] กล่าวให้ชัดเจนคือ หากปรากฏข้อเท็จจริงเดียวกันต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเดียวกัน การประพฤติปฏิบัติที่แตกต่างออกไปจากเดิมเป็นหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ที่ต้องอธิบายถึงเหตุแห่งการนำไปสู่การปฏิบัติที่แตกต่างนั้นด้วย[132] การกระทำ หรือการตัดสินใจใด ๆ ของหน่วยงานทางปกครองต้องปราศจากอคติ (Without bias) และผลประโยชน์ส่วนตน (Conflict of interests)[133] หากการกระทำ หรือการตัดสินใจใด ๆ นำไปสู่การกำหนดบทลงโทษ มาตรการลงโทษดังกล่าวพึงต้องอยู่บนหลักความเป็นเหตุผลพอเหมาะพอควร กล่าวอีกนัยหนึ่ง การลงโทษต้องเหมาะสมได้สัดส่วนกับการนำไปสู่การบรรลุวัตถุประสงค์ที่ภาครัฐกำหนดไว้[134] หากการดำเนินกิจกรรมทางปกครองมีการบังคับใช้กฎหมาย กฎ หรือกระบวนการใด ๆ โดยเคร่งครัดแล้วเป็นเหตุนำไปสู่ความไม่ยุติธรรม (Unfairness) หน่วยงานทางปกครองต้อง

---

[125] Nikos Vogiatzis, The European Ombudsman and Good Administration in the European Union, United Kingdom: Palgrave Macmillan (2018) p.269

[126] Onyeka K. Osuji, Franklin N. Ngwu, and Dima Jamali, Corporate Social Responsibility in Developing and Emerging Markets: Institutions, Actors and Sustainable Development, United Kingdom: Cambridge University Press (2020) p.419

[127] Michael Fordham, Judicial Review Handbook, USA: Hart Publishing (2012) p.562

[128] Public Administration Select Committee, Good Government: Eight Report of Session 2008-9, (2009) p.217

[129] Lyiola Solanke, EU Law, United Kingdom: Cambridge University Press (2022) p.222

[130] Neil Parpworth, Constitutional & Administrative Law, United Kingdom: Oxford University (2020) p.383

[131] Local Government Ombudsman, A report by the Health Service Ombudsman and the Local Government about the care and support provided to a person with Down's syndrome, London: Stationary Office (2011) p.35

[132] Christopher Hodges, Delivering Dispute Resolution: A Holistic Review of Models in England and Wales, Great Britain: Hart Publishing (2019) p.601

[133] Andrew Le Sueur, Maurice Sunkin, and Joe Eric Khusal Murkens, Public Law: Text, Cases, and Materials, United Kingdom: Oxford University Press (2010) p.669

[134] Cassia Shohn & Pauline K. Brennan, Handbook on Sentencing Policies and Practices in 21st Century, Oxford: Routledge (2020) p.19

ตั้งข้อสังเกตแห่งปัญหาเพื่อนำไปสู่การปรับปรุงแก้ไขโดยเร็วต่อไป[135]

จ) แก้ไขเยียวยาโดยเร็ว (Putting things right)

หน่วยงานทางปกครองต้องคอยตรวจสอบทบทวนการตัดสินใจของตนเองอยู่เสมอว่ามีความผิดพลาด หรือสร้างภาระให้แก่ประชาชนเกินสมควร (undue effect) หรือไม่อย่างไร รวมตลอดถึงการตรวจสอบทบทวนนโยบายและกระบวนการที่ไม่มีประสิทธิภาพ ไม่สามารถปฏิบัติได้จริง หรือไม่มีความเป็นธรรม[136] ทั้งหมดนี้หากพบความผิดพลาดหรือความผิดปกติใด ๆ พึงปรับปรุงแก้ไข หรือตั้งข้อสังเกตและเสนอให้มีการปรับปรุงแก้ไขต่อไปโดยเร็ว สำหรับกรณีเกิดความบกพร่องผิดพลาด หน่วยงานทางปกครองต้องรีบขอโทษกับสิ่งที่เกิดขึ้นและรีบดำเนินการค้นหาสาเหตุ ชี้แจงอธิบายถึงที่มาของปัญหา และทำการแก้ไขโดยพลัน[137] ในส่วนของประชาชนที่ได้รับความเดือดร้อนจากการดำเนินภารกิจทางปกครอง เจ้าหน้าที่ต้องมีการแจ้งข้อมูลสำหรับการอุทธรณ์ร้องทุกข์ (Appeal or complaint) อย่างชัดเจนถึงขั้นตอนดังกล่าวว่ามีกระบวนการเช่นไร และต้องกระทำภายในระยะเวลาเท่าใด[138] สำหรับการพิจารณาทบทวนการใช้อำนาจหรือเยียวยาความเดือดร้อนที่เกิดขึ้น กระบวนการของการอุทธรณ์ร้องทุกข์ต้องอยู่บนหลักของความยุติธรรมและเป็นกลาง สำหรับการเยียวยานั้นพึงต้องมีประสิทธิภาพ (Effective remedies) ด้วย[139] ไม่ว่าจะเป็นการเยียวยาในรูปแบบของตัวเงินก็ดี หรือรูปแบบใด ๆ ก็ดี ต้องเพียงพอ ครอบคลุมและสะท้อนถึงความเดือดร้อนที่แท้จริงของประชาชน[140]

ฉ) ปรับปรุงแก้ไขอยู่เสมอ (Seeking continuous improvement)

เจ้าหน้าที่รัฐต้องทำการพิจารณาทบทวนนโยบายและกระบวนการดำเนินการของตนเองว่ามีประสิทธิภาพอย่างสม่ำเสมอ ทำการศึกษาคำร้องเรียนร้องทุกข์[141] รวมตลอดถึงการเปิดรับฟังความคิดเห็นรอบด้านของประชาชนทั้งเสียงสะท้อน (Feedback)[142] ที่เป็นแง่ลบและแง่บวกในการปฏิบัติหน้าที่ของตนเอง ทั้งนี้เพื่อประมวลนำเอาความเห็นดังกล่าวโดยเฉพาะอย่างยิ่งเสียงสะท้อนที่เป็นคำติเตียนมาพัฒนาปรับปรุงการจัดทำบริการสาธารณะให้ดีและมีประสิทธิภาพมากขึ้นอยู่เสมอ[143]

4. บทสรุปและข้อสังเกตบางประการ

จากการเข้าไปศึกษาถึงพัฒนาการของหลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดี (Principle of Good Administration) ในประเทศอังกฤษแล้วสามารถสรุปได้ว่า รากเหง้าของหลักการเป็นผลมาจากบรรทัดฐานของ

---

[135] Parliamentary Health Service Ombudsman, Improving Public Services: a matter of principle, London: Stationary Office (2008) p.6

[136] Parliamentary and Health Service Ombudsman, Defending the indefensible: A report by the Parliamentary Ombudsman on an investigation of a complaint about the Minister of Defence and the Service Personnel & Veterans Agency, London: The Stationary Office (2011) p.5

[137] Peter Leyland and Gordon Anthony, Administrative Law, United Kingdom: Oxford University Press (2009) p.159

[138] Parliamentary and Health Service Ombudsman, Fast and Fair: A report by the Parliamentary Ombudsman on the UK Border Agency, London: The Stationary Office (2010) p.13

[139] Parliamentary and Health Service Ombudsman, The Parliamentary Ombudsman: withstanding the test of time, London: The Stationary Office (2007) p.10

[140] Mark Elliott and Robert Thomas, Public Law, UK: Oxford University Press (2020) p.666

[141] Parliamentary and Health Service Ombudsman, More Cold Comfort: how the Rural Payments Agency handled claims to the Single Payment Scheme in 2005 and 2006, London: The Stationary Office (2011) p.23

[142] Hilaire Barnett, Constitutional & Administrative Law, Oxford: Routledge (2017) p.732

[143] Jurgen De Poorter, Ernst Hirsch Ballin, and Saskia Lavrijssen, Judicial Review of Administrative Discretion in the Administrative State, Berlin: Springer (2019) p.17

คอมมอนลอว์ (Common law) ที่อ้างถึงข้อความคิดว่าด้วยความยุติธรรมตามธรรมชาติ (Natural justice) เพื่อใช้ในการป้องกันมิให้การปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองใช้อำนาจตามอำเภอใจจนกระทั่งนำมาสู่การกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนในแง่ใดแง่หนึ่งผ่านการควบคุม “กระบวนการการดำเนินงาน” (Administrative Procedural Control) เป็นสำคัญ ทั้งนี้ หากพิจารณากันให้ลึกซึ้งก็จะพบว่า ความยุติธรรมตามธรรมชาติกำลังทำหน้าที่เป็นกฎเกณฑ์กำกับทิศทางขององค์กรของรัฐ (Institutional orientation)[144] ด้วยการเข้าไปกำหนดว่า การใช้อำนาจทางปกครองต้องผ่าน “กระบวนการพิจารณาที่เป็นธรรม” (Procedural fairness) ในฐานะ “หลักทั่วไปของกฎหมายปกครอง” (General principle of administrative law)[145] กระบวนการได้เข้าไปกำหนดการดำเนินการของ “ผู้ตัดสินใจ” (เจ้าหน้าที่รัฐ) ว่าต้องกระทำอย่างไรต่อ “ผู้ที่เกี่ยวข้องกับการตัดสินใจ” (ประชาชน) เช่นนี้เป็นการสะท้อนให้เห็นถึงธรรมชาติและลักษณะบางประการว่า หลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดีในระบบกฎหมายปกครองของประเทศอังกฤษค่อนข้างมุ่งเน้นให้ความสำคัญกับ “การก่อร่างสร้างการดำเนินภารกิจของหน่วยงานทางปกครองให้มีประสิทธิภาพ” (Effective administration)[146] ด้วยความเชื่อที่ว่า หากกระบวนการการใช้อำนาจรัฐอยู่บนพื้นฐานของความถูกต้องชอบธรรม ชอบด้วยกฎหมาย มีคุณภาพและมีประสิทธิภาพแล้ว ผลที่ออกมาอันได้แก่การกระทำหรือการตัดสินใจใด ๆ ของหน่วยงานทางปกครองก็ย่อมจะมีความถูกต้องชอบธรรม ชอบด้วยกฎหมาย มีคุณภาพและประสิทธิภาพ[147] กล่าวคือ การกระทำ หรือการตัดสินใจใด ๆ ของภาครัฐก็จะมีเหตุมีผล มุ่งประโยชน์สาธารณะ เคารพในสิทธิเสรีภาพของประชาชน ไม่เลือกปฏิบัติ ฯลฯ ตามไปด้วยนั่นเอง

กล่าวในเชิงเนื้อหาของหลักการเป็นที่น่าสนใจว่า การหาหนทางเยียวยาแก้ไขความเดือดร้อนจากการใช้อำนาจทางปกครอง (Administrative remedy) ของหน่วยงานของรัฐเป็นหมุดหมายสำคัญในการพัฒนาหลักการดำเนินภารกิจทางปกครองของประเทศอังกฤษให้ปรากฏตัวขึ้นอย่างเป็นรูปธรรม โดยเริ่มจากการเยียวยาภายใต้ “เขตแดนทางกฎหมาย” ที่มีศาลคอยทำหน้าที่ควบคุมดูแลผ่านการวินิจฉัยอรรถคดีและขยายตัวไปยัง “เขตแดนทางการเมือง” ที่รัฐสภาในฐานะองค์กรผู้แทนประชาชนคอยรับคำร้องทุกข์ (Complaint) จนนำไปสู่การจัดตั้งผู้ตรวจการแผ่นดินเพื่อดำเนินการสืบสวนแสวงหาข้อเท็จจริง (Investigation) ในความเดือดร้อนต่าง ๆ[148] กลายเป็นที่มาของการจำแนกกฎเกณฑ์เป็น 2 กลุ่ม[149] ได้แก่ กฎเกณฑ์ทางกฎหมายและกฎเกณฑ์อื่นเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองที่ทำงานสอดประสานกันอย่างมิได้ขาดตกบกพร่องแม้ว่าจะมีที่มาที่แตกต่างกัน เพื่อตอบโจทย์การสร้าง

---

[144] Peter Cane, Controlling Administrative Power: A Historical Comparison, United Kingdom: Cambridge University Press (2016) p.360

[145] Michael Fordham, Judicial Review Handbook, USA: Hart Publishing (2012) p.763

[146] ความเข้าใจและการบังคับใช้หลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดีโดยมุ่งเน้นไปที่การทำให้การดำเนินภารกิจทางปกครองมีประสิทธิภาพถือเป็นมุมมองที่เป็นอัตลักษณ์ของระบบกฎหมายปกครองของประเทศอังกฤษที่มีผลผลิตจากบริบททางประวัติศาสตร์พัฒนาการของหลักการ ซึ่งไม่สามารถเป็นบทสันนิษฐานว่าทุกประเทศจะมีมุมมองเฉกเช่นเดียวกันนี้ เอาเข้าจริงแล้ว ความเข้าใจและการบังคับใช้หลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดีของแต่ละประเทศมีความแตกต่างกันออกไป อาทิ ประเทศเนเธอร์แลนด์และประเทศเบลเยียมมุ่งเน้นว่าหลักการนี้อยู่ในฐานะกฎเกณฑ์ทางด้านกระบวนการตามหลักนิติธรรมในการดำเนินภารกิจทางปกครอง ในขณะที่ประเทศฝรั่งเศสมองว่าหลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดีเป็นกลไก หรือเครื่องมือในการส่งเสริมการทำหน้าที่และสร้างความเป็นอิสระในการดำเนินภารกิจทางปกครอง ฯลฯ เป็นต้น ผู้สนใจโปรดอ่านรายละเอียดใน Simone Merkl, Das nationale Recht auf gute Verwaltung: Ein notwendiger Schritt zur Subjektivierung des deutschen Verwaltungsrechts?, Baden-Baden: Tectum, (2023) p.11

[147] Herwig C.H. Hofmann and Alexander H. Türk, Legal Challenges in EU Administrative Law, UK: Edward Elgar Publishing Limited (2009) p.343

[148] Ulrich Stelkens and Agné Andrijauskaité, Good Administration and the Council of Europe: Law, Principles, and Effectiveness, United Kingdom: Oxford University Press (2020) p.99

[149] Trevor Buck, Richard Kirkham, and Brian Thompson, The Ombudsman Enterprise and Administrative Justice, USA: Routledge (2016) p.33

“มาตรฐานขั้นต่ำของการปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครอง”[150]

ตามที่ได้อรรถาธิบายไปในหัวข้อที่ 3 ก่อนหน้าที่ว่าด้วยหลักการย่อยที่มีการจัดแบ่งออกเป็น 2 กลุ่ม ตามเกณฑ์องค์กรที่ทำหน้าที่ควบคุมดูแลอันประกอบไปด้วย 3 กฎเกณฑ์ ที่ถูกควบคุมโดยศาล และ 6 กฎเกณฑ์ ที่ถูกควบคุมโดยผู้ตรวจการแผ่นดิน ณ ที่นี้อาจนำมาพิจารณาสกัดออกเป็น “หลักการพื้นฐานต่างๆ ทั่วไปในการใช้อำนาจทางปกครอง” ตามหลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดีของประเทศอังกฤษได้เป็น 5 หลักการย่อย ดังนี้

1. หลักความชอบด้วยกฎหมาย (Legality)
2. หลักความยุติธรรม (Fairness)
3. หลักความโปร่งใส (Transparency)
4. หลักการตรวจสอบได้ (Accountability)
5. หลักความมีประสิทธิภาพ (Effectiveness)

อนึ่ง มีประเด็นที่น่าทำความเข้าใจด้วยว่า การปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองตามหลักการย่อยพื้นฐานทั้ง 5 ประการ นี้ หาใช่แค่ทำให้เกิดการจัดโครงสร้างการใช้อำนาจทางปกครองอย่างเป็นระบบเท่านั้น กล่าวคือ เพียงเข้าไปสร้างระบบของการควบคุมกำกับและการบริหารจัดการการดำเนินภารกิจทางปกครองให้มีประสิทธิภาพเพื่อตอบสนองความต้องการของประชาชนขึ้น แต่หลักการย่อยพื้นฐานเหล่านี้ในฐานะคุณค่าของหลักการดำเนินภารกิจทางปกครองที่ดีจะเป็นปัจจัยสำคัญที่ช่วยสนับสนุนค้ำจุนหลักนิติธรรม หลักประชาธิปไตย และหลักความยุติธรรมของประเทศอังกฤษในองค์รวมอีกด้วย[151]

---

[150] Hanna Wilberg and Mark Elliot, The Scope of Intensity of Substantive Review: Transversing Taggart’s Rainbow, North America: Hart Publishing (2015) p.175

[151] Marc Hertoch, Richard Kirkham, Robert Thomas, and Joe Tomlinson, The Oxford Handbook of Administrative Justice, UK: Oxford University Press (2022) p.317

บทบาทของศาลปกครองในยุคเศรษฐกิจแพลตฟอร์ม

พัลภา นุ่มน้อย[1]

ความนำ

ณ เช้าวันหนึ่งในห้องสมุดกลางของมหาวิทยาลัยคิวชู จังหวัดฟุกุโอกะ ประเทศญี่ปุ่น ขณะนั้นเป็นช่วงเวลาที่ผู้เขียนเริ่มต้นการเขียนบทความที่อยู่ต่อหน้าท่านผู้อ่านฉบับนี้ และเป็นเวลาระหว่างที่ผู้เขียนได้รับอนุญาตจากสำนักงานศาลปกครองให้ลาศึกษาทำวิทยานิพนธ์หลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิตของสถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ ในหัวข้อเกี่ยวกับ “มาตรการกำกับดูแลที่เหมาะสมโดยรัฐในกิจการตลาดซื้อขายสินค้าอิเล็กทรอนิกส์ (e-Marketplace)” บทความนี้เกิดจากแรงบันดาลใจด้วยบรรยากาศของแดนอาทิตย์อุทัยที่ที่ผู้เขียนได้ใช้เวลาเพื่อทำงานวิชาการ ญี่ปุ่นเป็นประเทศซึ่งได้รับการขนานนามว่าเป็นประเทศผู้นำด้านเทคโนโลยี และครั้งหนึ่งนานมาแล้ว ประเทศญี่ปุ่นยังเป็นประเทศที่เคยมีศาลปกครอง แต่สุดท้ายศาลปกครองของญี่ปุ่นได้ยุติบทบาทไป[2] ทั้งสองสิ่งที่กล่าวมานี้ทำให้ผู้เขียนอยากชวนผู้อ่านตั้งประเด็นคำถามว่า ศาลปกครองไทยยังจะเป็นคำตอบสำหรับประเทศไทยในการวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองที่ซับซ้อน โดยหลายคดีมีความเกี่ยวเนื่องด้วยเศรษฐกิจแพลตฟอร์มและระบบเศรษฐกิจสังคมดิจิทัลอยู่หรือไม่ ศาลปกครองจะรับมือกับข้อพิพาทที่เกี่ยวเนื่องด้วยเทคโนโลยีและข้อพิพาทที่เกี่ยวกับกฎหมายเศรษฐกิจที่จะทวีจำนวนขึ้นในอนาคตอย่างไร ผู้เขียนเชื่อว่าหลายท่านเคยได้รับรู้เช่นเดียวกับผู้เขียนว่า ความคิดที่จะกำหนดให้ประเทศไทยมีศาลเดี่ยว คือ ศาลยุติธรรม โดยไม่จำเป็นต้องมีศาลปกครองไม่เคยหายไปอย่างสิ้นเชิงจากสังคมไทย แล้วอะไรหรือจะเป็นสิ่งที่จะรักษาเจตนารมณ์ของสังคมให้คงไว้ซึ่งศาลปกครองต่อไปโดยไม่ต้องยุติบทบาทลงอย่างศาลปกครองแห่งญี่ปุ่น บทความนี้ขอเชิญชวนท่านผู้อ่านไปทำความเข้าใจเศษเสี้ยวหนึ่งของศาลปกครองที่เกี่ยวกับคดีพิพาทอันเกี่ยวเนื่องกับกฎหมายเศรษฐกิจ ซึ่งบทความนี้ผู้เขียนนำเฉพาะส่วนที่เกี่ยวเนื่องด้วยเศรษฐกิจแพลตฟอร์มมาเสนอเท่านั้น

---

[1] นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยคิวชู จังหวัดฟุกุโอกะ ประเทศญี่ปุ่น, นักศึกษาหลักสูตรนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต (ดุษฎีนิพนธ์ทางกฎหมายปกครอง) สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์, ตำแหน่งพนักงานคดีปกครองชำนาญการ กลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน 3 สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

[2] ในปี ค.ศ. 1889 ประเทศญี่ปุ่นมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญเมจิ ศาลปกครองของญี่ปุ่นซึ่งตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญดังกล่าว ประกอบกับกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ค.ศ. 1890 ให้ศาลปกครองมีอำนาจภายใต้หลักการสำคัญสามประการ คือ ศาลปกครองจัดตั้งขึ้นเพื่อพิจารณาพิพากษาคดีปกครองโดยอิสระ ตุลาการในศาลปกครองต้องไม่อยู่ภายใต้อำนาจขององค์พระจักรพรรดิหรือไม่เป็นสมาชิกหรือทำหน้าที่เกี่ยวข้องกับหน่วยงานทางปกครองใด ๆ ทั้งสิ้น และมีสถานะเท่าเทียมกับผู้พิพากษาศาลยุติธรรมที่พิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและอาญา และศาลปกครองต้องแยกเป็นอิสระจากศาลยุติธรรม และศาลยุติธรรมโดยต้องไม่จัดตั้งแผนกคดีปกครองขึ้น ผู้พิพากษาทั้งสองศาลก็จะต้องแยกกันทำหน้าที่อย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองญี่ปุ่นได้รับการจัดตั้งบนพื้นฐานทางสังคมวัฒนธรรมญี่ปุ่นที่เป็นอยู่ในเวลาที่รัฐธรรมนูญเมจิประกาศใช้โดยที่ผู้มีอำนาจปกครองในเวลานั้นไม่ได้มีแผนสำหรับการมีศาลปกครองอย่างแท้จริงในการแยกคดีปกครองจากศาลยุติธรรมปกติมาสู่อำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองโดยที่จะต้องไม่มีการแทรกแซงขัดขวางต่อการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร บุคคลที่รับหน้าที่ตุลาการศาลปกครองก็ไม่ใช่ตุลาการอาชีพมาก่อนหากแต่เป็นเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองซึ่งไม่มีประสบการณ์การทำงานด้านคดีและไม่คุ้นเคยกับบทบาททางตุลาการ นอกจากนั้น ตุลาการศาลปกครองยังไม่มีหลักประกันในการทำหน้าที่ดังกล่าว ปัจจัยดังกล่าวจึงเป็นเหตุให้ศาลปกครองแห่งญี่ปุ่นยุติบทบาทลง (Hideo Wada, “The Administrative Court under the Meiji Constitution”, 10 Law in Japan 1, 1977 , pp.22-23. ; Carl F. Goodman, Justice and civil procedure in Japan. (New York: Oceana Publications, Inc, 2004, pp. 46-47; ชาญวิทย์ ชัยกันย์, “ศาลปกครองสมัยรัฐธรรมนูญเมจิกับการพัฒนาระบบกฎหมายและศาลของญี่ปุ่น” (The Administrative Court under the Meiji Constitution and Japan legal and Court System), วารสารศาลปกครอง ปีที่ 7 ฉบับที่ 3 (กันยายน - ธันวาคม), 2550, หน้า 65.)

สำหรับการเตรียมองค์ความรู้ภายในองค์กรตุลาการเพื่อรับมือกับข้อพิพาททางปกครองที่เกี่ยวเนื่องด้วยเศรษฐกิจแพลตฟอร์มเป็นสิ่งที่จำเป็น เนื่องจากในระยะหลังได้ปรากฏคดีพิพาทที่มาสู่ศาลปกครองในลักษณะเนื้อหาและประเด็นที่เกี่ยวข้องกับสิ่งที่เรียกว่า “แพลตฟอร์มดิจิทัล” หรือบางครั้งเรียกจากรูปแบบโปรแกรมสำเร็จรูปที่ให้บริการในลักษณะของแอปพลิเคชัน เมื่อแนวโน้มของคดีพิพาทอันเกี่ยวเนื่องด้วยเทคโนโลยีดังกล่าวมีแต่จะทวีจำนวนมากขึ้น ในโอกาสที่ผู้เขียนได้รับการเชิญชวนจากทีมบรรณาธิการให้เขียนบทความในโอกาสอันเป็นมงคลที่ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ จะมีอายุครบ 70 ปี ในคราวนี้ ผู้เขียนจึงเลือกที่จะนำเรื่องราวเกี่ยวกับ “บทบาทความท้าทายของศาลปกครองในยุคเศรษฐกิจแพลตฟอร์ม” มานำเสนอเพื่อเป็นอาจาริยบูชา เพื่อสนองต่อเจตนารมณ์ในการสร้างองค์ความรู้เพื่อส่งเสริมการทำงานของศาลปกครองให้วัฒนาสถาพรต่อไปสมดังที่ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ ได้มีบทบาทอย่างสำคัญในการจัดตั้งศาลปกครองแห่งนี้ขึ้นมาให้เป็นที่พึ่งของประชาชนสืบไป

ด้วยเหตุที่บทความสั้น ๆ ชิ้นนี้เป็นของขวัญที่ผู้เขียนมุ่งหมายมอบไว้แด่ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ ฯ ฉะนั้น หากงานเขียนนี้ จะมีประโยชน์แก่ผู้อ่านอยู่บ้างผู้เขียนขอมอบคุณค่าและประโยชน์ทางวิชาการที่ผู้อ่านได้รับทั้งหมดแด่ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ ผู้ซึ่งเป็นทั้งแรงบันดาลใจในการเป็นนักกฎหมายที่ดี เป็นต้นแบบในการดำเนินชีวิตที่งดงาม เป็นผู้บังคับบัญชาที่ทรงความน่าเกรงขาม และเป็นครูอาจารย์ที่เคารพรักของผู้เขียนเสมอมา

1. เพราะเหตุใดศาลปกครองจึงยังควรมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทที่เกี่ยวเนื่องด้วยกฎหมายเศรษฐกิจ

ประการแรกที่ผู้เขียนจะนำพาท่านผู้อ่านไปทำความรู้จักคำสำคัญหลักของบทความนี้ ก็คือ เศรษฐกิจแพลตฟอร์มและแพลตฟอร์มดิจิทัล เมื่อเห็นคำสองคำนี้ผู้อ่านอาจตั้งคำถามว่า สองสิ่งนี้มันเกี่ยวอะไรกับศาลปกครองหรือกฎหมายปกครองเล่าหนอ หากพินิจโดยผิวเผิน สองสิ่งนี้ควรอยู่ในแดนของกฎหมายเอกชน และหากมีคดีพิพาทก็คงเป็นคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรมมิใช่หรือ ดังนั้น เพื่อป้องกันความสับสนเกี่ยวกับคำถามดังกล่าว จึงขออธิบายความหมายของทั้งสองคำโดยสังเขปและความเกี่ยวเนื่องกับศาลปกครองของเรื่องนี้ ดังนี้

เศรษฐกิจแพลตฟอร์ม (Platform economy) คือ ธุรกรรมหรือกิจกรรมทางธุรกิจและสังคมที่เกิดขึ้นผ่านแพลตฟอร์มดิจิทัล[3] การที่ปัจจุบันโลกเดินทางมาสู่ยุคเศรษฐกิจแพลตฟอร์ม ได้ก่อให้เกิดเป็นช่วงเวลาที่เกิดความแพร่หลายของรูปแบบใหม่ในการทำธุรกรรมต่าง ๆ ทั้งในภารกิจของหน่วยงานของรัฐดำเนินการผ่านแพลตฟอร์ม ภาครัฐกลายเป็นช่องทางที่ประชาชนสามารถเข้าถึงการบริการได้โดยสะดวกรวดเร็ว เช่น แอปพลิเคชันหมอพร้อม ไทยชนะ ThaID (ไทยดี) ทางรัฐ และ Traffy Fondue ฯลฯ ขณะที่การทำธุรกรรมของภาคเอกชนนิยมทำธุรกรรมผ่านแพลตฟอร์มดิจิทัลเป็นสัดส่วนที่สูงมากขึ้นเรื่อย ๆ หากต้องการซื้อขายสินค้าและบริการก็สามารถทำธุรกรรมผ่านแอปพลิเคชันของ Shopee และ Lazada หากต้องการจองที่พักและการเดินทางก็สามารถใช้งานผ่านแอปพลิเคชัน Agoda หากหิวก็สามารถสั่งอาหารให้ส่งถึงบ้านผ่านแอปพลิเคชัน Lineman Robinhood Grab เป็นต้น จึงรวมใจความได้ว่าแพลตฟอร์มดิจิทัลซึ่งเป็นพื้นที่ออนไลน์ที่เป็นพื้นฐานของการพัฒนาแอปพลิเคชัน กระบวนการ หรือเทคโนโลยีสืบเนื่องอื่น ๆ รวมไปถึงรูปแบบธุรกิจที่สร้างมูลค่าจากการส่งเสริมการแลกเปลี่ยน และปฏิสัมพันธ์ระหว่างคนหรือองค์กรนั้น[4] มีอิทธิพลมหาศาลต่อประชาชนอย่างไม่อาจหลีกเลี่ยงได้

---

[3] โปรดดู วรรณวิภางค์ มานะโชติพงษ์ และคณะ, นัยของการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีกับความเหลื่อมล้ำ : บทเรียนจากเศรษฐกิจแพลตฟอร์ม, พิมพลักษณ์, กรุงเทพฯ : สถาบันพระปกเกล้า, 2563, 4.

[4] บุษกล ไชยต้นเทือก และภักดี โพธิ์สิงห์, “การใช้นวัตกรรมแพลตฟอร์มเพื่อสังคมไทย”,(2564) 3 วารสารการบริหารการปกครองและนวัตกรรมท้องถิ่น (กันยายน-ธันวาคม). <https://so03.tcithaijo.org/file:///C:/Users/Administrator/Downloads/5-3-9.pdf> สืบค้นเมื่อ 16 ตุลาคม 2566.

ส่วนแพลตฟอร์มดิจิทัล คือ สิ่งที่เป็นจุดเชื่อมต่อระหว่างความต้องการที่แตกต่างของสองฝ่ายหรือหลายฝ่ายมาบรรจบกันและเกิดธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ระหว่างกัน โดยสิ่งนี้สามารถสร้างตลาดหลายด้าน (Multi-sided Markets) และผลกระทบเครือข่าย (Network effect) ให้เกิดขึ้น

สำหรับความหมายในทางกฎหมายมีการกำหนดนิยามคำนี้ว่า บริการแพลตฟอร์มดิจิทัล ซึ่งหมายความว่า การให้บริการสื่อกลางทางอิเล็กทรอนิกส์ที่มีการบริหารจัดการข้อมูลเพื่อให้เกิดการเชื่อมต่อกันโดยใช้เครือข่ายคอมพิวเตอร์ระหว่างผู้ประกอบการ ผู้บริโภค หรือผู้ใช้บริการ เพื่อให้เกิดธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ทั้งนี้ ไม่ว่าจะคิดค่าบริการหรือไม่ก็ตาม แต่ไม่รวมถึงบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่มีไว้เพื่อเสนอสินค้าหรือบริการของผู้ประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลรายเดียวหรือบริษัทในเครือซึ่งเป็นตัวแทนของผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าว ไม่ว่าจะเสนอสินค้าหรือบริการแก่บุคคลภายนอกหรือแก่บริษัทในเครือซึ่งเป็นตัวแทนของผู้ประกอบธุรกิจดังกล่าว ซึ่งคำนิยามนี้เป็นการบัญญัติไว้ในมาตรา 3 ของพระราชกฤษฎีกาการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ต้องแจ้งให้ทราบ พ.ศ. 2565 ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 นั่นเอง

แม้จะทำความเข้าใจจากถ้อยคำข้างต้นก็ยังอาจไม่เข้าใจว่า เรื่องนี้จะเกี่ยวข้องกับกฎหมายปกครอง หรือกฎหมายมหาชน ตลอดจนเกี่ยวกับศาลปกครองอย่างไร ผู้เขียนขอนำเสนอความเป็นกฎหมายมหาชนและกฎหมายปกครองที่แทรกอยู่ในเรื่องนี้ว่า แท้จริงแล้วกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกำกับการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลเป็นกฎหมายที่มีลักษณะพิเศษที่ต้องอาศัยข้อพิจารณาทางเศรษฐศาสตร์และวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีเข้ามาประกอบในการพิจารณาเป็นอันมาก ด้วยความสลับซับซ้อนของกฎหมายนี้เป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายเศรษฐกิจซึ่งเป็นเรื่องที่มีพัฒนาการมาจากกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค รากฐานของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคมีเจตนารมณ์ในการตราออกมาเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการขายสินค้าหรือการให้บริการ โดยที่ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์เป็นการบริโภคในรูปแบบใหม่ ๆ ซึ่งเป็นกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเฉพาะเรื่อง กล่าวคือ ภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ซึ่งมีการตราพระราชกฤษฎีกาการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ต้องแจ้งให้ทราบ พ.ศ. 2565 นั้น ปรากฏหลักการและเหตุผลเบื้องหลังของกฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคที่มุ่งหมายในการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคในประการต่าง ๆ ซึ่งอนุมานมาใช้สำหรับการคุ้มครองสิทธิของผู้บริโภคโดยทางธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ด้วยเช่นกัน ทั้งนี้ กฎหมายเกี่ยวกับการกำกับการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลครอบคลุมเนื้อหาส่วนของกฎหมายมหาชนรวมอยู่ด้วย โดยเฉพาะอย่างยิ่งส่วนที่เกี่ยวข้องกับนโยบายของรัฐในการกำหนดหลักเกณฑ์และเงื่อนไขเกี่ยวกับการประกอบธุรกิจประเภทต่าง ๆ ตลอดจนการกำหนดมาตรการของรัฐในการกำกับดูแลการประกอบธุรกิจต่าง ๆ เพื่อมิให้ส่งผลกระทบต่อประโยชน์ของผู้บริโภคเป็นส่วนรวม และในประการสำคัญ กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภคเหล่านี้มักกำหนดโทษทางอาญาหรือโทษทางปกครองไว้ด้วย ดังนั้น เมื่อหน่วยงานทางปกครองของรัฐใช้อำนาจปกครองภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 หรือเป็นการดำเนินการตามพระราชกฤษฎีกาการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ต้องแจ้งให้ทราบ พ.ศ. 2565 หากว่าเกิดกรณีพิพาทเกี่ยวกับหน่วยงานทางปกครองดังกล่าวย่อมเป็นคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งของศาลปกครองตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง[5] แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 กรณีข้อพิพาทเหล่านั้นย่อมเป็นคดีที่จะต้องยื่นฟ้องต่อศาลปกครอง

ส่วนคำถามที่ว่า เพราะเหตุใดศาลปกครองจึงยังควรมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทที่เกี่ยวเนื่องด้วยกฎหมายเศรษฐกิจและเศรษฐกิจแพลตฟอร์ม ในชั้นนี้ผู้เขียนขอตอบประเด็นนี้โดยสังเขปว่า เนื่องจากศาลปกครองเป็นองค์กรตุลาการที่มีบทบาทการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครององค์กรที่มีหน้าที่

---

[5] โปรดดู มาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542

กำกับการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลภายใต้พระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ซึ่งปัจจุบันหน่วยงานหลักที่เป็นผู้ใช้อำนาจทางปกครองภายใต้กฎหมายดังกล่าว ได้แก่ คณะกรรมการพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ ตลอดจนการดำเนินการของสำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ นั่นเอง

ส่วนคำถามต่อมาว่า เพราะเหตุใดการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองควรเป็นอำนาจหน้าที่ของศาลปกครอง แทนที่จะเป็นคดีในศาลยุติธรรม ผู้เขียนขออนุญาตพาท่านผู้อ่านย้อนเวลากลับไปในช่วงเวลาที่ประเทศไทยมีความพยายามจัดตั้งศาลปกครองผ่านบทบาทที่ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ฯ เคยอยู่ร่วมเหตุการณ์ที่สำคัญที่มีการอภิปรายเกี่ยวกับแนวทางและความเหมาะสมของการจัดตั้งศาลปกครอง อันมีรายละเอียดเป็นดังนี้

นับตั้งแต่ศาลปกครองจัดตั้งขึ้นครั้งแรกภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 หลังจากความพยายามในการจัดตั้งศาลปกครองผ่านพ้นความขัดแย้งและเห็นต่างเกี่ยวกับรูปแบบการจัดตั้งองค์กรวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองมาเป็นลำดับ และได้รับข้อยุติที่จะให้มีการจัดตั้งศาลปกครองเป็นเอกเทศจากศาลยุติธรรมในที่สุด[6] ก่อนที่จะมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นปรากฏหลักฐานทางวิชาการถึงความพยายามในการเผยแพร่แนวคิดในการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในประเทศไทย รวมถึงที่ได้เคยมีเหตุการณ์สำคัญคราวหนึ่ง ในการจัดการประชุมทางวิชาการ เรื่อง “แนวทางและความเหมาะสมของการจัดตั้งศาลปกครอง”[7] ที่มีขึ้นเมื่อวันที่ 26 กันยายน 2537 ซึ่งรายงานการประชุมทางวิชาการนี้จัดทำโดยคณะทำงานประชาสัมพันธ์งานจัดตั้งศาลปกครองตามนโยบายของรัฐบาล สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา จากเอกสารฉบับนี้ แสดงให้เห็นว่า ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ฯ (ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ตำแหน่งทางวิชาการในขณะนั้น) ซึ่งในเวลานั้นดำรงตำแหน่งหัวหน้าภาควิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์เคยทำหน้าที่ในการบรรยายสรุป “แนวความคิด สภาพทั่วไปและวิวัฒนาการของการจัดตั้งศาลปกครองไทย” ในการประชุมทางวิชาการครั้งนั้น โดยท่านได้บรรยายสรุปถึงความจำเป็นในการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในประเทศไทยจากอดีตจนถึงปัจจุบัน โดยได้ชี้แจงถึงเหตุผลและความจำเป็นในการที่จะต้องมีการจัดตั้งระบบศาลปกครองขึ้น[8]

ในการประชุมทางวิชาการนั้น ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ฯ เคยกล่าวถึง หลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายว่า “รัฐสมัยใหม่ทุกรัฐย่อมต้องมีระบบกฎหมายปกครองหรืออีกนัยหนึ่งคือระบบแห่งกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่จัดระเบียบบริหารราชการและที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐบาลและบรรดาหน่วยงานที่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือภายใต้การกำกับดูแลของรัฐบาลกับเอกชน ระบบกฎหมายปกครองของรัฐที่ได้ชื่อว่าเป็นรัฐเสรีประชาธิปไตย จะวางอยู่บนพื้นฐานของหลักการที่สำคัญอยู่ 2 หลักด้วยกัน คือ หลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครอง

---

[6] พัฒนาการของการจัดตั้งองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองขึ้นในประเทศไทยในอดีตที่ผ่านมา แบ่งได้เป็น 3 ช่วง คือ

ช่วงแรก (พ.ศ. 2476 – พ.ศ. 2516) เป็นช่วงที่ยังเห็นไม่ตรงกันว่าควรหรือไม่ที่จะจัดตั้ง “ศาลปกครอง” ขึ้นในประเทศไทย

ช่วงที่สอง (พ.ศ. 2517 – พ.ศ. 2538) เป็นช่วงที่ได้ข้อสรุปแล้วว่าควรจัดตั้ง “ศาลปกครอง” ขึ้นในประเทศไทย แต่ยังเห็นไม่ตรงกันว่า “ศาลปกครอง” ที่จะจัดตั้งขึ้นนั้นควรเป็นเพียงศาลชำนัญพิเศษซึ่งเป็นศาลชั้นต้นที่อยู่ในระบบศาลยุติธรรมหรือควรแยกออกมาเป็นอีกระบบศาลหนึ่งที่เป็นเอกเทศจากระบบศาลยุติธรรมดังที่เรียกกันว่าเป็น “ระบบศาลคู่”

ช่วงที่สาม (พ.ศ. 2538 – ปัจจุบัน) เป็นช่วงที่ได้ข้อสรุปแล้ว โดยมีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญให้มีระบบศาลปกครอง เป็นเอกเทศจากระบบศาลยุติธรรม (โปรดดู ชาญชัย แสวงศักดิ์, 21 ปีของศาลปกครอง ก้าวที่ผ่านมาและก้าวต่อไป, สำนักงานศาลปกครอง, 2565, 33 – 34.)

[7] การประชุมทางวิชาการ เรื่อง “แนวทางและความเหมาะสมของการจัดตั้งศาลปกครอง” จัดโดยภาควิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมื่อวันที่ 26 กันยายน 2537 เวลา 13.00 – 17.00 น. ณ ห้องประชุมสภามหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

[8] คณะทำงานประชาสัมพันธ์งานจัดตั้งศาลปกครองตามนโยบายของรัฐบาล สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, สรุปผลการประชุมทางวิชาการ เรื่อง “แนวทางและความเหมาะสมของการจัดตั้งศาลปกครอง”,จัดโดยภาควิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมื่อวันที่ 26 กันยายน 2537 เวลา 13.00 – 17.00 น. ณ ห้องประชุมสภามหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2.

ต้องชอบด้วยกฎหมาย และหลักการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ ซึ่งตามหลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย นั้น รัฐบาลและหน่วยงานต่าง ๆ ที่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือการกำกับดูแลของรัฐบาลจะกระทำการใด ๆ ที่มีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพหรือประโยชน์อันชอบธรรมของราษฎรคนใดคนหนึ่งได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้อย่างชัดแจ้ง และจะต้องกระทำการดังกล่าวภายในกรอบที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น หลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายจะใช้บังคับกับการกระทำทางปกครองทุกประเภท ไม่ว่าการกระทำนั้นจะเป็นปฏิบัติการทางปกครอง เช่น การดับเพลิง การซ่อมแซมถนนหนทาง การรักษาพยาบาล การซ้อมรบ หรือว่าจะเป็นนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งได้แก่ บรรดากฎหมายลำดับรองหรืออนุบัญญัติในรูปของพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศกระทรวง เทศบัญญัติ ข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร หรือว่าคำวินิจฉัยสั่งการต่าง ๆ เช่น คำสั่งลงโทษข้าราชการทางวินัย คำสั่งให้รื้อถอนอาคาร ใบอนุญาตต่าง ๆ การประเมินหนี้ภาษีอากร การออกโฉนดหรือการออก น.ส. 3[9] ดังนั้น จึงอาจกล่าวโดยสรุปได้ว่า หลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย คือ ข้อจำกัด หรือเพดานแห่งการใช้อำนาจของฝ่ายปกครองที่จะต้องกระทำการเท่าที่กฎหมายให้อำนาจ

สาระสำคัญของหลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย จึงหมายความว่า องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่อาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิ เสรีภาพ หรือประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนคนใดคนหนึ่งหรือกลุ่มใดกลุ่มหนึ่งได้ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและจะต้องกระทำการที่มีลักษณะดังกล่าวภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนด โดยนัยนี้ กฎหมายจึงเป็นทั้งแหล่งที่มา (Source) และข้อจำกัด (Limitation) ของอำนาจกระทำการต่าง ๆ ขององค์กรของรัฐฝ่ายปกครอง และการกระทำทางปกครองจึงเป็นเพียง “การบังคับให้การต่าง ๆ เป็นไปตามกฎหมาย (Execution of Law) เท่านั้น”[10]

นอกจากนี้ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับหลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายที่เชื่อมโยงกับความจำเป็นในการจัดตั้งศาลปกครองนั้น ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ฯ เคยแสดงทัศนะว่า การให้ศาลยุติธรรมทำหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองควบคู่ไปกับการพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญาทุกฝ่ายคงต้องยอมรับว่ามีข้อบกพร่องอยู่หลายประการ ซึ่งท่านเคยอธิบายไว้อย่างน่าสนใจโดยสังเขป ดังต่อไปนี้[11]

ประการแรก ศาลที่จะพัฒนาหลักกฎหมายปกครองทั่วไปได้อย่างเป็นระบบ สามารถคุ้มครองสิทธิเสรีภาพและประโยชน์อันชอบธรรมของเอกชนได้อย่างมีประสิทธิภาพ แต่ขณะเดียวกันก็ไม่เป็นอุปสรรคต่อการปฏิบัติหน้าที่รักษาประโยชน์ส่วนรวมของฝ่ายปกครอง ต้องเป็นศาลที่ประกอบด้วยผู้พิพากษาซึ่งได้ผ่านการศึกษาอบรมมาในทางกฎหมายมหาชนเป็นอย่างดีและมีประสบการณ์เกี่ยวกับการบริหารรัฐกิจในระดับที่รู้ปัญหาและอุปสรรคของฝ่ายปกครองมากพอสมควร

ประการที่สอง การให้ศาลยุติธรรมพิพากษาคดีปกครองส่งผลให้ไม่มีใครสามารถที่จะฟ้องขอให้ศาลยุติธรรมเพิกถอนกฎหมายลำดับรองได้โดยตรง และหากเอกชนสมควรที่จะได้รับการพิพากษาชี้ขาดว่ากฎหมายลำดับรองใดไม่ชอบด้วยกฎหมาย เอกชนนั้นต้องฝ่าฝืนกฎหมายลำดับรองเพื่อให้ตนถูกดำเนินคดีอาญาซึ่งย่อมไม่มีเอกชนคนใดเสี่ยงกระทำการเช่นนั้นเพียงเพื่อให้ศาลพิพากษาว่ากฎหมายลำดับรองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ประการที่สาม เดิมนั้นแม้ศาลยุติธรรมจะชี้ขาดว่านิติกรรมทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลก็มีอำนาจเพียงปฏิเสธที่จะไม่นำนิติกรรมทางปกครองนั้นไปใช้พิจารณาพิพากษาคดีที่ตนกำลังพิจารณาอยู่เท่านั้น โดยที่ศาลไม่มีอำนาจเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองแต่อย่างใด

---

[9] เพิ่งอ้าง, 6.

[10] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “ศาลปกครองกับหลักการแบ่งแยกอำนาจ”, คณะทำงานประชาสัมพันธ์งานจัดตั้งศาลปกครองตามนโยบายรัฐบาล, การจัดตั้งศาลปกครอง, สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา 2537, 42 – 43.

[11] เพิ่งอ้าง, 7.

ประการสุดท้าย ความบกพร่องของวิธีพิจารณาความแพ่งและวิธีพิจารณาความอาญาซึ่งเป็นวิธีพิจารณาความที่ตราขึ้นเพื่อใช้กับคดีที่เอกชนกับเอกชนเป็นคู่ความ เป็นกฎหมายที่มีความยุ่งยากและสลับซับซ้อนเกินไป ไม่เหมาะสมที่จะนำมาใช้ในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองซึ่งต้องการความรวดเร็วและประหยัด

ดังเหตุผลที่ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ฯ แสดงถึงความจำเป็นที่ศาลปกครองควรมีหน้าที่ควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง จึงนับเป็นรากฐานของการจัดตั้งศาลปกครอง

เมื่อศาลปกครองได้รับการจัดตั้งขึ้นและทำหน้าที่องค์กรตุลาการมาจนกระทั่งถึงปัจจุบัน ในมุมมองของผู้เขียนเห็นว่า ภารกิจของศาลปกครองในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองนี้มีแนวโน้มที่จะมีคดีที่มีความซับซ้อนและเกี่ยวเนื่องด้วยเทคโนโลยี ความยุ่งยากเชิงเทคนิคจึงเป็นโอกาสสำคัญที่ศาลปกครองจะพิสูจน์ฝีมือของการเป็นองค์กรตุลาการที่มีความเชี่ยวชาญตามความคาดหวังของสังคม โดยในอดีตคดีพิพาทเกี่ยวกับกฎหมายเศรษฐกิจที่นับว่าสะท้อนความสามารถในการเข้าใจเทคโนโลยีที่ซับซ้อนของศาล ตัวอย่างเช่น คดีพิพาทเกี่ยวกับกิจการโทรคมนาคมในหลายกรณี อาทิ การเช่าเครื่องโทรศัพท์ระหว่างบริษัท ทีโอที จำกัด (มหาชน) กับบริษัท ไทยอิเล็กทริคคอร์ปอเรชัน จำกัด[12] คดีพิพาทเกี่ยวกับการขอให้เพิกถอนใบอนุญาตประกอบกิจการโทรคมนาคมแบบที่สาม ซึ่งเกี่ยวข้องกับการให้บริการสื่อสารผ่านดาวเทียม อันเป็นคดีพิพาทระหว่าง บริษัท กสท โทรคมนาคม จำกัด (เดิม) กับ คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ[13] ฯลฯ

ข้อพิพาทที่เกี่ยวเนื่องด้วยการใช้อำนาจทางปกครองที่เกี่ยวกับเศรษฐกิจแพลตฟอร์มดิจิทัล ผู้เขียนเห็นว่าตัวอย่างการใช้อำนาจทางปกครองที่ควรนำมาศึกษาก็คือ การกระทำทางปกครองที่อาจเกิดขึ้นภายใต้พระราชกฤษฎีกาการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ต้องแจ้งให้ทราบ พ.ศ. 2565 โดยคณะกรรมการพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งเป็นองค์กรกำกับดูแลกิจการทางแพลตฟอร์มดิจิทัล ตลอดจนพนักงานเจ้าหน้าที่ของสำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มีอำนาจหน้าที่ทางปกครองหลายประการที่มีโอกาสกระทำการทางปกครองในลักษณะที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้ประกอบกิจการดังกล่าวและอาจกระทบสิทธิเสรีภาพของประชาชนทั่วไปได้อย่างรุนแรง

ด้วยเหตุนี้ เมื่อใดก็ตามที่มีข้อพิพาททางปกครองจากการใช้อำนาจทางปกครองของหน่วยงานของรัฐดังกล่าว เช่น มาตรา 13 วรรคสาม[14] (การมีคำสั่งให้ผู้ประกอบการหยุดการให้บริการแพลตฟอร์มดิจิทัลเมื่อปรากฏการแจ้งที่ไม่ถูกต้องครบถ้วนในการขอประกอบกิจการ) มาตรา 18[15] (กำหนดลักษณะของบริการแพลตฟอร์มขนาดใหญ่

---

[12] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ. 1183/2560

[13] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ. 636/2562

[14] พระราชกฤษฎีกาการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ต้องแจ้งให้ทราบ พ.ศ. 2565

มาตรา 13 วรรคสาม ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจไม่ดำเนินการตามวรรคสามภายในระยะเวลาเก้าสิบวันนับแต่วันที่หยุดการให้บริการแพลตฟอร์มดิจิทัล ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ถอนการรับแจ้งของผู้นั้นออกจากทะเบียน การรับแจ้งและแจ้งเป็นหนังสือให้ผู้นั้นทราบโดยเร็ว

[15] พระราชกฤษฎีกาการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ต้องแจ้งให้ทราบ พ.ศ. 2565

มาตรา 18 ให้ถือว่าบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลดังต่อไปนี้ เป็นบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลขนาดใหญ่หรือบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่มีลักษณะเฉพาะ

(1) บริการแพลตฟอร์มดิจิทัลขนาดใหญ่ซึ่งมีรายได้ก่อนหักค่าใช้จ่ายจากการให้บริการ แพลตฟอร์มดิจิทัลในราชอาณาจักรแต่ละประเภทบริการเกินสามร้อยล้านบาทต่อปี หรือรวมทุกประเภท บริการเกินหนึ่งพันล้านบาทต่อปี หรือมีจำนวนผู้ใช้บริการในราชอาณาจักรเกินจำนวนร้อยละสิบของจำนวนราษฎรทั่วราชอาณาจักร ตามประกาศ เรื่อง จำนวนราษฎรทั่วราชอาณาจักรที่ผู้อำนวยการทะเบียนกลางประกาศในราชกิจจานุเบกษาตามกฎหมายว่าด้วยการทะเบียนราษฎร โดยคำนวณจากการใช้งานเฉลี่ยต่อเดือนย้อนหลังตามหลักเกณฑ์ที่สำนักงานประกาศกำหนด

(2) บริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่มีลักษณะเฉพาะอันเนื่องมาจากความเสี่ยงต่อความมั่นคงทางการเงินและการพาณิชย์ ความน่าเชื่อถือและยอมรับในระบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ หรือความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นต่อสาธารณชน และมีผลกระทบในระดับสูงที่อาจเกิดขึ้นจากการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลนั้น ตามหลักเกณฑ์การประเมินระดับผลกระทบของการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

(3) บริการแพลตฟอร์มดิจิทัลซึ่งมีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ สุขภาพอนามัย สิ่งแวดล้อม การพลังงาน การสื่อสารและโทรคมนาคม การขนส่งและโลจิสติกส์ และการสาธารณูปโภค ซึ่งคณะกรรมการประกาศกำหนดให้เป็นบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่มีลักษณะเฉพาะโดยข้อเสนอ ของหน่วยงานของรัฐ

หรือบริการแพลตฟอร์มที่มีลักษณะเฉพาะ) และมาตรา 33[16] (การมีคำสั่งให้ผู้ประกอบการหยุดการให้บริการแพลตฟอร์มดิจิทัลเมื่อมีการถอนการรับแจ้งการประกอบกิจการ) เป็นต้น คดีพิพาทอันเกิดจากการใช้อำนาจทางปกครองที่จะต้องได้รับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองนั้น ๆ ย่อมควรเป็นบทบาทของศาลปกครอง ซึ่งเป็นองค์กรตุลาการที่ได้รับการจัดตั้งขึ้นโดยประกอบด้วยตุลาการที่ล้วนมีความเชี่ยวชาญในการวินิจฉัยคดีที่จำเป็นต้องวินิจฉัยโดยหลักกฎหมายมหาชน และผู้เขียนเชื่อว่าความซับซ้อนของเนื้อหาแห่งคดีที่เกี่ยวเนื่องด้วยกฎหมายเศรษฐกิจทั้งหลายเป็นเรื่องที่ได้รับความสำคัญสำหรับองค์กรตุลาการในการพัฒนาองค์ความรู้ดังกล่าวเสมอ

ดังนั้น ศาลปกครองจึงยังควรมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทที่เกี่ยวเนื่องด้วยการใช้อำนาจทางปกครองที่เกี่ยวกับการกำกับการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการรักษาสมดุลในระบบเศรษฐกิจดิจิทัล

2. องค์กรที่มีหน้าที่กำกับดูแลการประกอบกิจการด้านแพลตฟอร์มดิจิทัลจะหลีกเลี่ยงไม่ให้เกิดคดีพิพาททางปกครองได้อย่างไร

จากสถิติคดีพบว่า คดีพิพาทในศาลปกครองที่มีเนื้อหาเกี่ยวกับแพลตฟอร์มดิจิทัลมีเพิ่มขึ้นเรื่อย ๆ ขณะเดียวกันคดีพิพาทเกี่ยวกับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองในองค์กรที่กำกับดูแลการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลก็จะทยอยปรากฏตามมาในอนาคตอันใกล้ ซึ่งในอดีตปรากฏตัวอย่างคดีพิพาทที่ศาลเคยมีคำวินิจฉัยในเรื่องที่เกี่ยวเนื่องกับการใช้งานแพลตฟอร์มดิจิทัลและแอปพลิเคชันที่เข้ามาสู่การพิจารณาของศาลปกครองในเรื่องนี้จำนวนหนึ่ง อาทิ กรณีที่ศาลวินิจฉัยเกี่ยวกับการรับแจ้งเบาะแสการกระทำความผิดผ่านแอปพลิเคชันไลน์ “รางวัลนำจับ” และช่องทางระบบแจ้งเบาะแสเพื่อรับส่วนแบ่งค่าปรับของประชาชน 4.0[17] กรณีที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณากรณีมีการยืนยันตัวตนผ่านแอปพลิเคชันถุงเงินภายใต้โครงการเราชนะไว้พิจารณา[18] เป็นต้น จากตัวอย่างคำวินิจฉัยที่ศาลเคยออกมานี้จะสังเกตว่ายังคงเป็นส่วนของการโต้แย้งในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับดำเนินการผ่านแพลตฟอร์มภาครัฐ

อย่างไรก็ตาม แม้ขณะนี้ยังไม่ปรากฏการฟ้องโต้แย้งการใช้อำนาจทางปกครองขององค์กรของรัฐที่กำกับดูแลการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลแต่อย่างใด หลังจากมีการตราพระราชกฤษฎีกาการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ต้องแจ้งให้ทราบ พ.ศ. 2565 ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ (ฉบับที่ 3) พ.ศ. 2562 ได้ให้อำนาจคณะกรรมการธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์และพนักงานเจ้าหน้าที่ของสำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มีคำสั่งทางปกครองและสามารถออกประกาศซึ่งเป็นการกระทำทางปกครองที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของเอกชนได้

ที่มีหน้าที่รับผิดชอบ เพื่อความสะดวกในการปฏิบัติตามมาตรานี้ ให้สำนักงานโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ ประกาศกำหนดว่าบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลขนาดใหญ่หรือบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่มีลักษณะเฉพาะ ประเภทใดหรือรายใด มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามมาตรา 19 มาตรา 20 หรือมาตรา 21 แล้วแต่กรณี

[16] พระราชกฤษฎีกาการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ต้องแจ้งให้ทราบ พ.ศ. 2565

มาตรา 33 ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการ หรือ เงื่อนไขตามที่กำหนดในหมวด 2 หลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลและการควบคุมดูแล หรือตามประกาศของคณะกรรมการหรือของสำนักงาน ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีคำสั่ง ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจนั้นให้บริการแพลตฟอร์มดิจิทัลจนกว่าจะได้ปฏิบัติให้ถูกต้องและครบถ้วนตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดดังกล่าว

ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจไม่ปฏิบัติตามคำสั่งตามวรรคหนึ่งภายในระยะเวลาเก้าสิบวันนับแต่ วันที่มีคำสั่งห้ามการให้บริการแพลตฟอร์มดิจิทัลให้พนักงานเจ้าหน้าที่ถอนการรับแจ้งของผู้นั้นออกจาก ทะเบียนการรับแจ้งและแจ้งเป็นหนังสือให้ผู้นั้นทราบโดยเร็ว

ให้สำนักงานประกาศการถูกถอนออกจากทะเบียนการรับแจ้งให้สาธารณชนทราบผ่านช่องทาง ตามมาตรา 14 ด้วย

[17] คำพิพากษาศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ 177/ 2567

[18] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คส. 1554/2566 และที่คส. 1645/2566

ในหลายกรณี และสาเหตุที่ยังไม่ปรากฏคดีพิพาทต่อศาลปกครองในประเด็นดังกล่าวแต่อย่างใด ส่วนหนึ่งอาจเนื่องมาจากพระราชกฤษฎีกาฉบับดังว่านี้ได้เริ่มมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ 20 สิงหาคม 2566 เป็นต้นมาซึ่งเป็นเวลาไม่นานมานี้เท่านั้น และอีกปัจจัยหนึ่ง น่าจะเป็นเพราะองค์กรของรัฐที่กำกับดูแลการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลยังดำรงไว้ซึ่งความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองไว้อย่างมั่นคง จึงได้รับความเชื่อถือและไว้วางใจจากประชาชนและผู้ประกอบธุรกิจบริการที่อยู่ภายใต้การกำกับการประกอบกิจการทั้งปวง

อย่างไรก็ตาม ในอนาคตเราอาจคาดการณ์ความเป็นไปได้ของคดีปกครองที่เกี่ยวกับการกำกับการประกอบกิจการแพลตฟอร์มดิจิทัลได้จากกรณีศึกษาของสหภาพยุโรปในคดีพิพาทระหว่าง Zolando v. EU Commission ในทัศนะของผู้เขียน ในอนาคตในประเทศไทยก็อาจเกิดการโต้แย้งการกระทำทางปกครองของคณะกรรมการพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ซึ่งเป็นองค์กรกำกับดูแลกิจการทางแพลตฟอร์มดิจิทัล ตลอดจนพนักงานเจ้าหน้าที่ของสำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ในส่วนที่มีการกำหนดลักษณะและเงื่อนไขสำหรับแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ต้องได้รับการกำกับการประกอบกิจการเป็นพิเศษได้เช่นกัน

กล่าวถึงข้อเท็จจริงโดยสังเขปของคดีพิพาทระหว่าง Zolando v. EU Commission มีใจความว่า กรณีพิพาทนี้เกิดจาก Zolando ในฐานะเป็นผู้ประกอบการแพลตฟอร์มดิจิทัลขนาดใหญ่ที่สุดของยุโรป ซึ่งให้บริการจำหน่ายสินค้าประเภทเสื้อผ้า สินค้าด้านแฟชั่นขนาดใหญ่ได้ยื่นฟ้องกรณีพิพาทนี้ต่อศาลยุติธรรมยุโรป (the Court of Justice of the EU) เมื่อวันที่ 27 มิถุนายน พ.ศ. 2566 (ค.ศ. 2023) โดยเสนอประเด็นข้อโต้แย้งว่า ภายใต้มาตรา 33[19] แห่งกฎหมาย Digital Services Act (DSA) ซึ่งกำหนดให้ผู้ประกอบการแพลตฟอร์มดิจิทัลขนาดใหญ่พิเศษ (VLOPs/VLOSEs) ต้องมีภาระในการประเมินความเสี่ยงของโปรแกรมที่ถูกวางระบบไว้ (systemic risks) เป็นการกระทำที่ไม่ชอบและไม่เป็นธรรมต่อ Zolando โดยบริษัทดังกล่าวถูกจัดประเภทของแพลตฟอร์มดิจิทัลของแพลตฟอร์มนี้ไว้ในประเภทเดียวกันกับ Google และ Meta ซึ่งเป็นกิจการของบริษัท Alphabet[20] นอกจากนี้ Zalando โต้แย้งว่าการกระทำของคณะกรรมาธิการยุโรป

---

[19] Digital Services Act (DSA)

Article 33 - Transparency reporting obligations for very large online platforms

1. Very large online platforms shall publish the reports referred to in Article 13 within six months from the date of application referred to in Article 25(4), and thereafter every six months.

2. In addition to the reports provided for in Article 13, very large online platforms shall make publicly available and transmit to the Digital Services Coordinator of establishment and the Commission, at least once a year and within 30 days following the adoption of the audit implementing report provided for in Article 28(4):

(a) a report setting out the results of the risk assessment pursuant to Article 26;

(b) the related risk mitigation measures identified and implemented pursuant to Article 27;

(c) the audit report provided for in Article 28(3);

(d) the audit implementation report provided for in Article 28(4).

3. Where a very large online platform considers that the publication of information pursuant to paragraph 2 may result in the disclosure of confidential information of that platform or of the recipients of the service, may cause significant vulnerabilities for the security of its service, may undermine public security or may harm recipients, the platform may remove such information from the reports. In that case, that platform shall transmit the complete reports to the Digital Services Coordinator of establishment and the Commission, accompanied by a statement of the reasons for removing the information from the public reports.

[20] Very large online platforms/very large online search engines (‘VLOPs’ and ‘VLOSEs’), defined in Article 25 as, “online platforms which reach a number of average monthly active recipients of the service in the Union equal to or higher than 45 million.” Examples of likely VLOP/VLOSEs are the likes of Meta’s Facebook and Instagram, Amazon, and Google Search, to name a few. (See European Institute of Public Administration, “The Digital Services Act: creating accountability for online platforms and protecting users’ rights?”, (6th Sep, 2022). <https://www.eipa.eu/blog/the-digital-services-act-creating-accountability-for-online-platforms-and-protecting-users-rights/>Accessed on 27th October, 2023.)

(the European Commission) เป็นกรณีอันขัดต่อความเสมอภาคเนื่องจากไม่มีระเบียบวิธีที่ชัดเจนและแน่นอนในการประเมินว่าบริษัทใดที่เป็นแพลตฟอร์มดิจิทัลขนาดใหญ่ (VLOPs/VLOSEs)[21] ทำให้เกิดความเสียหายต่อการประกอบกิจการของบริษัท Zalando อย่างมาก ซึ่งกรณีพิพาทในประเด็นการโต้แย้งเกี่ยวกับการกำหนดกรอบนิยามและการจำแนกประเภทของผู้ประกอบการแพลตฟอร์มดิจิทัลนั้น อนาคตมีแนวโน้มจะปรากฏข้อพิพาททำนองเดียวกันนี้ก็อาจปรากฏในประเทศอื่น ๆ เช่นกัน

คดีนี้นับเป็นครั้งแรกหลังจากสหภาพยุโรปมีการตรากฎหมายเกี่ยวกับการกำกับดูแลแพลตฟอร์มดิจิทัลที่สำคัญเพิ่มเติมอีก 2 ฉบับ ได้แก่ Digital Services Act (DSA) และ Digital Markets Act (DMA) ซึ่งเป็นกฎหมายของสหภาพยุโรปที่เพิ่งออกมาเพื่อกำกับผู้ประกอบการแพลตฟอร์มดิจิทัล[22]

ปัญหาสำหรับองค์กรของรัฐที่กำกับการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัล ก็คือ มีหนทางใดบ้างที่พอจะหลีกเลี่ยงมิให้ปรากฏคดีข้อพิพาทเกี่ยวกับการโต้แย้งการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยไม่จำเป็น

ในประเด็นปัญหานี้ ผู้เขียนขอยกเอาหลักการว่าด้วยเหตุแห่งการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองหรือที่ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ฯ เรียกว่า เงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครอง[23] มาชวนให้ผู้อ่านพิจารณาในทัศนะของผู้เขียนเห็นว่า หากคณะกรรมการธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์และพนักงานเจ้าหน้าที่ของสำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ได้ใช้อำนาจทางปกครองโดยสอดคล้องกับหลักของการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายโดยไม่ขัดต่อเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองในประการใด ๆ แล้ว ย่อมเป็นการกระทำทางปกครองที่คาดหมายได้ว่า รัฐได้ส่งเสริมระบบเศรษฐกิจแพลตฟอร์มให้เกิดหลักประกันความโปร่งใสและความน่าเชื่อถือจากการทำหน้าที่ของหน่วยงานที่มีอำนาจกำกับดูแลกิจการแพลตฟอร์มดิจิทัลยิ่ง ๆ ขึ้นไป ดังนั้น ในส่วนท้ายผู้เขียนจะนำเสนอวิธีการตรวจสอบเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองโดยวิธีแบบ Check-list เพื่อกระตุ้นให้เกิดการทบทวนเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองสำหรับหน่วยงานทางปกครองได้โดยสะดวกและมีประสิทธิภาพ ทั้งยังคาดหมายผลได้ในการป้องกันการเกิดคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ในระดับหนึ่ง

นอกจากนี้ ด้วยความมุ่งหมายที่จะนำเสนอแนวทางการป้องกันมิให้เกิดคดีปกครองที่อาจมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับการใช้อำนาจทางปกครองภายใต้พระราชกฤษฎีกาการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ต้องแจ้งให้ทราบ พ.ศ. 2565 ในที่นี้จึงขอนำเสนอการกระทำทางปกครองที่เสมือนเป็นยาแรงที่สุดเท่าที่ได้รับการกำหนดไว้โดยพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวมาอธิบายไว้โดยสังเขปควบคู่กัน นั่นก็คือ กรณีอำนาจในการออกคำสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัล (platformer) หยุดการประกอบกิจการ ซึ่งเป็นมาตรการทางกฎหมายที่อาจส่งผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะในวงกว้าง

อนึ่ง การใช้อำนาจทางปกครองที่กระทบต่อการประกอบกิจการของผู้ให้บริการด้านแพลตฟอร์มดิจิทัลอย่างรุนแรงภายใต้พระราชกฤษฎีกาดังกล่าว ในทัศนะผู้เขียนอาจปรากฏขึ้นในทางความเป็นจริง 2 กรณี ได้แก่ กรณีแรกคดีพิพาททางปกครองที่เกี่ยวกับแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ต้องได้รับการกำกับการประกอบกิจการเป็นพิเศษ และกรณีที่สอง

---

[21] Zolando, “Zalando files legal action against the European Commission to contest its designation as a “Very Large Online Platform” as defined by the Digital Services Act”, (27th June, 2023). Available from https://corporate.zalando.com/en/company/zalando-files-legal-action-against-european-commission-contest-its-designation-very-large. (Accessed on 25th April, 2024)

[22] Reuters, “Zalando sues EU Commission over online content rules, seen as first challenge”, (28th June, 2023). <https://www.reuters.com/business/retail-consumer/zalando-sues-eu-commission-over-landmark-online-content -rules-2023-06-27/ >. Accessed on 10th February, 2024.

[23] โปรดดู วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, เงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครอง, (สำนักงานศาลปกครอง, 2545)

คดีพิพาททางปกครองจากการมีคำสั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลหยุดการให้บริการแพลตฟอร์มดิจิทัล โดยขอนำเสนอรายละเอียด ดังต่อไปนี้

1) คดีพิพาททางปกครองที่เกี่ยวกับแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ต้องได้รับการกำกับการประกอบกิจการเป็นพิเศษ

แพลตฟอร์มดิจิทัลที่ต้องได้รับการกำกับการประกอบกิจการเป็นพิเศษมักมีการกำหนดลักษณะของแพลตฟอร์มดิจิทัลแต่ละประเภทไว้ชัดเจนในกฎหมาย ดังเช่น ในพระราชกฤษฎีกาการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ต้องแจ้งให้ทราบ พ.ศ. 2565 ได้กำหนดลักษณะของแพลตฟอร์มดิจิทัลที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลขององค์กรที่กำกับการประกอบกิจการ ก็คือ คณะกรรมการพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ภายใต้โครงสร้างของกระทรวงดิจิทัลเพื่อเศรษฐกิจและสังคมไว้อย่างคร่าว ๆ ส่วนในรายละเอียดนั้นกำหนดให้เป็นอำนาจขององค์กรที่มีอำนาจกำกับดูแลกิจการดังกล่าวสามารถออกประกาศเพิ่มเติมได้ เช่น ลักษณะของแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ไม่ต้องแจ้งแก่สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ทราบก่อนการประกอบกิจการ ตามมาตรา 8 วรรคสาม[24] ของพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว และยังปรากฏการกำหนดลักษณะของบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลขนาดใหญ่ หรือบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่มีลักษณะเฉพาะตามมาตรา 18[25] ของพระราชกฤษฎีกาเดียวกัน เป็นต้น ซึ่งส่วนที่อาจมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายได้แก่ ส่วนของประกาศกำหนดว่าบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลขนาดใหญ่ หรือบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่มีลักษณะเฉพาะที่เป็นอำนาจหน้าที่ของสำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์โดยความเห็นชอบของคณะกรรมการพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ เป็นต้น ซึ่งกรณีการโต้แย้งเกี่ยวกับการกำหนดลักษณะของแพลตฟอร์มดิจิทัลแต่ละประเภทนี้อาจเทียบเคียงได้จากกรณีคดีพิพาทระหว่าง Zolando v. EU Commission[26] นั่นเอง

ทั้งนี้ หากพิเคราะห์บทบัญญัติมาตรา 18[27] ของพระราชกฤษฎีกาการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ต้องแจ้งให้ทราบ พ.ศ. 2565 ซึ่งเป็นการกำหนดลักษณะของ “บริการแพลตฟอร์มขนาดใหญ่หรือบริการแพลตฟอร์มที่มีลักษณะเฉพาะ”นั้น ผู้เขียนเห็นว่า บริการแพลตฟอร์มขนาดใหญ่หรือบริการแพลตฟอร์มที่มีลักษณะเฉพาะ

---

[24] พระราชกฤษฎีกาการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ต้องแจ้งให้ทราบ พ.ศ. 2565

มาตรา 8 วรรคสาม คณะกรรมการอาจประกาศกำหนดลักษณะของการให้บริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ไม่ต้องแจ้งให้สำนักงานทราบก่อนการประกอบธุรกิจได้ โดยคำนึงถึงผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากการประกอบธุรกิจความเหมาะสมในการควบคุมดูแล และการป้องกันความเสียหายที่เกิดจากผลกระทบดังกล่าว

[25] พระราชกฤษฎีกาการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ต้องแจ้งให้ทราบ พ.ศ. 2565

มาตรา 18 ให้ถือว่าบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลดังต่อไปนี้ เป็นบริการแพลตฟอร์มดิจิทัล ขนาดใหญ่หรือบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่มีลักษณะเฉพาะ

(1) บริการแพลตฟอร์มดิจิทัลขนาดใหญ่ซึ่งมีรายได้ก่อนหักค่าใช้จ่ายจากการให้บริการ แพลตฟอร์มดิจิทัลในราชอาณาจักร แต่ละประเภทบริการเกินสามร้อยล้านบาทต่อปี หรือรวมทุกประเภท บริการเกินหนึ่งพันล้านบาทต่อปี หรือมีจำนวนผู้ใช้บริการในราชอาณาจักรเกินจำนวนร้อยละสิบ ของจำนวนราษฎรทั่วราชอาณาจักร ตามประกาศ เรื่อง จำนวนราษฎรทั่วราชอาณาจักร ที่ผู้อำนวยการทะเบียนกลางประกาศในราชกิจจานุเบกษาตามกฎหมายว่าด้วยการทะเบียนราษฎร โดยคำนวณจากการใช้งานเฉลี่ยต่อเดือนย้อนหลังตามหลักเกณฑ์ที่สำนักงานประกาศกำหนด

(2) บริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่มีลักษณะเฉพาะอันเนื่องมาจากความเสี่ยงต่อความมั่นคงทางการเงินและการพาณิชย์ ความน่าเชื่อถือและยอมรับในระบบข้อมูลอิเล็กทรอนิกส์ หรือความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นต่อสาธารณชน และมีผลกระทบในระดับสูงที่อาจเกิดขึ้นจากการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลนั้น ตามหลักเกณฑ์การประเมินระดับผลกระทบของการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

(3) บริการแพลตฟอร์มดิจิทัลซึ่งมีผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ สุขภาพอนามัย สิ่งแวดล้อม การพลังงาน การสื่อสารและโทรคมนาคม การขนส่งและโลจิสติกส์ และการสาธารณูปโภค ซึ่งคณะกรรมการประกาศกำหนดให้เป็นบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่มีลักษณะเฉพาะโดยข้อเสนอของหน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่รับผิดชอบ

เพื่อความสะดวกในการปฏิบัติตามมาตรานี้ ให้สำนักงานโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการ ประกาศกำหนดว่าบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลขนาดใหญ่หรือบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่มีลักษณะเฉพาะ ประเภทใดหรือรายใด มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามมาตรา 19 มาตรา 20 หรือมาตรา 21 แล้วแต่กรณี

[26] Zalando v Commission (Case T-348/23). < https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid =277017 &pageIndex =0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=4071935 >. Accessed on 15th February, 2024.

[27] โปรดดู มาตรา 18 พระราชกฤษฎีกาการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ต้องแจ้งให้ทราบ พ.ศ. 2565

ตามพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวนั้นได้กำหนดเนื้อหาบทบัญญัติครอบคลุมความหมายบางส่วนเข้าลักษณะของแพลตฟอร์มขนาดใหญ่พิเศษ" (VLOPs/VLOSEs) ตามที่ปรากฏในมาตรา 33 ของกฎหมาย Digital Services Act (DSA) ขณะเดียวกัน ผู้ร่างพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวของไทยมุ่งหมายให้ครอบคลุมแพลตฟอร์มดิจิทัลในลักษณะอื่น ๆ ที่อาจปรากฏขึ้นในอนาคตและมีลักษณะพิเศษที่ต้องการการกำกับดูแลที่เข้มงวดกว่าแพลตฟอร์มดิจิทัลประเภทอื่น ๆ ไว้ด้วย เมื่อเป็นการตรากฎหมายแบบเผื่อสิ่งที่อาจปรากฏในอนาคตจึงหมายถึงการออกแบบให้องค์กรที่มีอำนาจกำกับการประกอบกิจการสามารถออกประกาศในอนาคตที่กว้างขวางเพื่อรองรับกับความเปลี่ยนแปลงที่ไม่มีใครคาดเดาได้นี้ ประสบการณ์ของต่างประเทศอาจเป็นแนวทางที่เป็นเสมือนคู่มือนำทางไปสู่การออกประกาศส่วนหนึ่งในลักษณะที่สอดคล้องกับระบบเศรษฐกิจแพลตฟอร์ม แต่อีกเครื่องมือหนึ่งที่จะช่วยให้การกำหนดลักษณะของแพลตฟอร์มที่มีลักษณะเฉพาะในอนาคตเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย ไม่ก่อให้เกิดข้อโต้แย้งตามมา ก็คือ การเปิดรับความร่วมมือจากภาคเอกชนผู้ประกอบการให้มีความร่วมมือแลกเปลี่ยนความรู้ความเข้าใจและประสบการณ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐและผู้ประกอบกิจการอย่างสม่ำเสมออันจะเป็นทางปฏิบัติราชการที่สอดคล้องกับหลักความมีส่วนร่วมภายใต้รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน

เมื่อพิจารณาแพลตฟอร์มดิจิทัลที่จะเข้าลักษณะของบริการแพลตฟอร์มขนาดใหญ่หรือบริการแพลตฟอร์มที่มีลักษณะเฉพาะดังกล่าวในประเทศไทยหลายแพลตฟอร์มดิจิทัล ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าผู้ประกอบกิจการแพลตฟอร์มดิจิทัลดังกล่าวเป็นกิจการของกลุ่มทุนจากต่างประเทศทั้งสิ้น ซึ่งการที่ธรรมชาติของกิจการแพลตฟอร์มดิจิทัลประการสำคัญก็คือ บริการแพลตฟอร์มดิจิทัลเป็นกิจการที่มักมีเจ้าของกิจการเป็นต่างชาติซึ่งประเทศไทยได้ตราพระราชกฤษฎีกานี้เกิดจากเจตนารมณ์ในการแก้ไขปัญหาการซื้อขายออนไลน์จากแพลตฟอร์มต่างชาติที่ประเทศไทยไม่สามารถหาข้อกฎหมายในการเอาผิดได้ เพราะไม่มีการจดทะเบียนในประเทศไทย ทำให้รัฐบาลต้องออกพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวเพื่อให้ผู้ประกอบธุรกิจแพลตฟอร์มดิจิทัลทุกประเภทต้องเข้ามาจดแจ้งข้อมูลบริษัทที่สำคัญรวมถึงช่องทางการร้องเรียนเมื่อเกิดปัญหาในการให้บริการกับสำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์หรือ ETDA[28] โดยพระราชกฤษฎีกานี้กำหนดลักษณะของผู้ให้บริการแพลตฟอร์มดิจิทัลแก่ผู้บริโภคในราชอาณาจักรไทยไว้หลายประการ ตามมาตรา 8 ของพระราชกฤษฎีกาการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ต้องแจ้งให้ทราบ พ.ศ. 2565 นอกจากนี้ ในมาตรา 9 ของพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว บัญญัติว่า "ผู้ประกอบธุรกิจซึ่งประกอบธุรกิจอยู่นอกราชอาณาจักร แต่ให้บริการแก่ผู้ใช้บริการซึ่งอยู่ในราชอาณาจักรจะต้องแจ้งการประกอบธุรกิจต่อสำนักงานตามมาตรา 8 ด้วย" นอกจากนี้ มาตรา 10[29] ของพระราชกฤษฎีกานี้ยังให้ถือว่าบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลนอกราชอาณาจักรที่มีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่งตามที่ระบุไว้ 7 ประการในมาตรานี้เป็นการให้บริการแก่ผู้ใช้บริการซึ่งอยู่ในราชอาณาจักร

---

[28] Posttoday, "โอทีที ต่างชาติเตรียมตัวจดแจ้งให้บริการตามกฎหมาย เริ่ม 20 สิงหาคมนี้", (6 มกราคม 2566), <https://www.posttoday.com/business/689288>. (สืบค้นเมื่อ 18 กุมภาพันธ์ 2567)

[29] พระราชกฤษฎีกาการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ต้องแจ้งให้ทราบ พ.ศ. 2565

มาตรา 10 ให้ถือว่าบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลนอกราชอาณาจักรที่มีลักษณะอย่างใดอย่างหนึ่ง ดังต่อไปนี้ เป็นการให้บริการแก่ผู้ใช้บริการซึ่งอยู่ในราชอาณาจักร

(1) มีการแสดงผลโดยแพลตฟอร์มดิจิทัลทั้งหมดหรือบางส่วนเป็นภาษาไทย

(2) มีการจดทะเบียนแพลตฟอร์มดิจิทัลโดยใช้ชื่อโดเมน ".th" หรือ ".ไทย" หรือชื่ออื่น ที่หมายถึงประเทศไทย หรือใช้ชื่อโดเมนภาษาไทย

(3) มีการกำหนดโดยแพลตฟอร์มดิจิทัลให้ชำระเงินหรือสามารถเลือกชำระเงินเป็นสกุลเงินบาท

(4) มีเงื่อนไขให้ใช้กฎหมายไทยเป็นกฎหมายที่ใช้บังคับแก่ธุรกรรมซื้อขายสินค้าหรือบริการที่ได้ทำบนบริการแพลตฟอร์มดิจิทัล หรือกำหนดให้ดำเนินคดีในศาลไทย

(5) มีการจ่ายค่าบริการแก่ผู้ให้บริการสืบค้นแหล่งที่ตั้งของข้อมูลคอมพิวเตอร์ เพื่อช่วยให้ผู้ใช้บริการในราชอาณาจักรเข้าถึงบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลของผู้ประกอบธุรกิจเป็นการเฉพาะ

(6) มีการจัดตั้งสำนักงาน หน่วยงาน หรือมีบุคลากรเพื่อให้การสนับสนุนหรือช่วยเหลือผู้ใช้บริการในราชอาณาจักร

(7) มีลักษณะอื่นตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด

ฉะนั้น ในอนาคตวิธีการป้องกันข้อพิพาทอันเป็นคดีพิพาททางปกครองทางหนึ่ง ก็คือ การที่หน่วยงานทางปกครองจำเป็นต้องเปลี่ยนแปลงแนวทางการใช้อำนาจให้มีการเปิดโอกาสรับฟังความเห็น (Hearing) และเปิดรับการมีส่วนร่วม (Participation) จากฝ่ายเอกชนผู้ประกอบกิจการมากกว่าที่เคยปรากฏมาก่อน ทั้งนี้ก็เพื่อให้สอดคล้องกับบทบัญญัติมาตรา 77[30] ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย การกำหนดให้การจัดทำร่างกฎหมายลำดับรองภายใต้พระราชกฤษฎีกาการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ต้องแจ้งให้ทราบ พ.ศ. 2565 เป็นตัวอย่างหนึ่งของกระบวนการที่เปิดรับฟัง Public Hearing ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการเปิดรับการมีส่วนร่วม (Participation) จากฝ่ายเอกชน[31] ซึ่งในอนาคตวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองที่ดี โดยเฉพาะอย่างยิ่งการตรากฎหรือกฎหมายลำดับรองที่จะมีขึ้นจะต้องตระหนักถึงหลักการมีส่วนร่วมนี้ยิ่ง ๆ ขึ้นไป

กล่าวคือ การกระทำทางปกครองในยุคเศรษฐกิจแพลตฟอร์มนี้ การมีส่วนร่วมเป็นสิ่งที่หน่วยงานของรัฐจะต้องพัฒนามุมมองที่มุ่งเน้นการเปิดใจรับฟังมากกว่าที่เคยเป็นมา และเหตุผลสำคัญที่สุด เนื่องจากรัฐไม่สามารถครอบครองเทคโนโลยีและข้อมูลมหาศาลได้เท่าเทียมกับเอกชนอีกต่อไป ดังนั้น การที่รัฐจะยอมให้เอกชนผู้ประกอบการเข้ามามีส่วนแบ่งปันความเห็น องค์ความรู้และประสบการณ์จะส่งเสริมให้รัฐรับรู้ศักยภาพทางเทคโนโลยีและข้อมูลในความครอบครองของเอกชนในยุคนี้อันจะนำประโยชน์มาสู่รัฐเองในที่สุด หากรัฐได้เปลี่ยนแปลงบทบาทของการเป็นผู้ตรวจสอบจับผิดให้เป็นความร่วมมือเพื่อรักษาสมดุลของระบบเศรษฐกิจโดยรวมไปพร้อมกันกับเอกชนได้ เมื่อนั้นโอกาสที่จะเกิดประสิทธิภาพในการใช้อำนาจทางปกครองของรัฐจะเพิ่มขึ้น ประการนี้เป็นกรอบวิธีคิดที่ผู้เขียนเห็นว่าจำเป็นในการใช้อำนาจทางปกครองในยุคเศรษฐกิจแพลตฟอร์มที่ต้องยืนหยัดอยู่บนหลักความชอบด้วยกฎหมายขณะเดียวกันก่อนที่จะใช้อำนาจทางปกครองที่มีต้องเปิดรับข้อมูล ความเห็น และประสบการณ์จากเอกชนผู้ประกอบการก่อน หากหน่วยงานทางปกครองที่เกี่ยวเนื่องด้วยกิจการด้านเทคโนโลยีดำเนินการได้เช่นนั้นแล้วย่อมจะนำไปสู่การลดโอกาสเกิดข้อขัดแย้งระหว่างองค์กรที่กำกับการประกอบกิจการกับผู้ประกอบกิจการทั้งหลายในที่สุด

2) คดีพิพาททางปกครองจากการมีคำสั่งให้ผู้ประกอบการหยุดการให้บริการแพลตฟอร์มดิจิทัล

มาตรการที่เป็นเครื่องมือที่น่าเกรงขามที่สุดขององค์กรที่มีหน้าที่กำกับการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัล ก็คือ การมีอำนาจออกคำสั่งทางปกครองให้ผู้ประกอบการหยุดการให้บริการแพลตฟอร์มดิจิทัล โดยภายใต้พระราชกฤษฎีกาการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ต้องแจ้งให้ทราบ พ.ศ. 2565 ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติว่าด้วยธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์ พ.ศ. 2544 กำหนดให้อำนาจคณะกรรมการธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์และพนักงานเจ้าหน้าที่ของสำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มีคำสั่งให้ผู้ประกอบกิจการแพลตฟอร์มดิจิทัล “หยุด”การประกอบกิจการได้โดยหลัก 2 กรณี ดังนี้

---

[30] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 77 รัฐพึงจัดให้มีกฎหมายเพียงเท่าที่จำเป็น และยกเลิกหรือปรับปรุงกฎหมายที่หมดความจำเป็นหรือไม่สอดคล้องกับสภาพการณ์ หรือที่เป็นอุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพ โดยไม่ชักช้าเพื่อไม่ให้เป็นภาระแก่ประชาชน และดำเนินการให้ประชาชนเข้าถึงตัวบทกฎหมายต่าง ๆ ได้โดยสะดวกและสามารถเข้าใจกฎหมายได้ง่ายเพื่อปฏิบัติตามกฎหมายได้อย่างถูกต้อง

ก่อนการตรากฎหมายทุกฉบับ รัฐพึงจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้อง วิเคราะห์ผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นจากกฎหมายอย่างรอบด้านและเป็นระบบ รวมทั้งเปิดเผยผลการรับฟังความคิดเห็น และการวิเคราะห์นั้นต่อประชาชน และนำมาประกอบการพิจารณาในกระบวนการตรากฎหมายทุกขั้นตอน เมื่อกฎหมายมีผลใช้บังคับแล้ว รัฐพึงจัดให้มีการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายทุกรอบระยะเวลาที่กำหนด โดยรับฟังความคิดเห็นของผู้เกี่ยวข้องประกอบด้วย เพื่อพัฒนากฎหมายทุกฉบับให้สอดคล้องและเหมาะสม กับบริบทต่าง ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไป

รัฐพึงใช้ระบบอนุญาตและระบบคณะกรรมการในกฎหมายเฉพาะกรณีที่จำเป็น พึงกำหนดหลักเกณฑ์ การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐและระยะเวลาในการดำเนินการตามขั้นตอนต่าง ๆ ที่บัญญัติไว้ ในกฎหมายให้ชัดเจน และพึงกำหนดโทษอาญาเฉพาะความผิดร้ายแรง

[31] สำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์, “Public Hearing ร่างกฎหมายลำดับรอง”. จาก https://www.etda.or.th/th/regulator/Digitalplatform/Public-Hearing-DP.aspx. (สืบค้นเมื่อ 3 เมษายน 2567)

(1) กรณีการแจ้งการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลก่อนเริ่มประกอบกิจการ

ภายใต้พระราชกฤษฎีกาการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ต้องแจ้งให้ทราบ พ.ศ. 2565 มีเหตุผลสำคัญในการตรากฎหมายนี้เพื่อป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดต่อสาธารณะจากการให้บริการแพลตฟอร์มดิจิทัล จึงกำหนดให้บริการแพลตฟอร์มดิจิทัลเป็นธุรกิจบริการที่ต้องแจ้งให้ทราบ โดยมีการกำหนดระดับของการแจ้งและระดับของมาตรการกำกับดูแลแพลตฟอร์มดิจิทัลแต่ละประเภทตามผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับประชาชนว่ามีขนาดความเกี่ยวข้องกับจำนวนประชาชนผู้ใช้งานหรือมีผลกระทบทางเศรษฐกิจเป็นจำนวนเงินมากน้อยเพียงไร ในมาตรา 13[32] ของพระราชกฤษฎีกาดังกล่าว หากผู้ประกอบกิจการมิได้แจ้งข้อมูลให้ถูกต้องและครบถ้วน กฎหมายนี้ได้ให้อำนาจคณะกรรมการธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์และพนักงานเจ้าหน้าที่ของสำนักงานพัฒนาธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์มีคำสั่งให้ผู้ประกอบกิจการแพลตฟอร์มดิจิทัลหยุดการประกอบกิจการจนกว่าผู้ประกอบกิจการจะดำเนินการแก้ไขการแจ้งนั้นให้ถูกต้องและครบถ้วน

(2) กรณีการถอนการรับแจ้งการประกอบธุรกิจเนื่องจากฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหมวด 2 ของพระราชกฤษฎีกาการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ต้องแจ้งให้ทราบ พ.ศ. 2565

เมื่อพบว่าการแจ้งการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลไม่ถูกต้องหรือไม่ครบถ้วน ตามหมวด 2 ของพระราชกฤษฎีกาการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ต้องแจ้งให้ทราบ พ.ศ. 2565 ตามมาตรา 33[33] ของพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวได้กำหนดให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีคำสั่งห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจนั้นให้บริการแพลตฟอร์มดิจิทัลจนกว่าจะได้ปฏิบัติให้ถูกต้องและครบถ้วนตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้

ในหมวด 2 ของพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวและในกรณีที่พนักงานเจ้าหน้าที่ได้ออกคำสั่ง หากผู้ประกอบธุรกิจไม่ปฏิบัติตามคำสั่งภายใน 90 วัน นับแต่วันออกคำสั่ง พนักงานเจ้าหน้าที่จะดำเนินการถอนการรับแจ้งของผู้นั้นออกจากทะเบียนการรับแจ้งและแจ้งเป็นหนังสือ ซึ่งลักษณะดังกล่าวเป็นการกำกับดูแลแบบบังคับหรือที่เรียกว่ามาตรการกำกับดูแลภายหลังซึ่งเป็นข้อกำหนดผู้ให้บริการแพลตฟอร์มที่เข้าลักษณะเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้นั้นต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของกฎหมายนั้น[34]

---

[32] พระราชกฤษฎีกาการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ต้องแจ้งให้ทราบ พ.ศ. 2565

มาตรา 13 เมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่ได้รับแบบการแจ้งข้อมูลพร้อมทั้งหลักฐาน ตามมาตรา 12 แล้ว ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ออกใบรับแจ้งในวันที่รับแจ้งนั้น และให้ผู้แจ้งประกอบ ธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลได้ตั้งแต่วันที่ได้รับใบรับแจ้งดังกล่าว

ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ตรวจแบบการแจ้งข้อมูลและหลักฐาน ในกรณีที่พบว่าการแจ้งไม่ถูกต้อง หรือไม่ครบถ้วนตามมาตรา 12 พนักงานเจ้าหน้าที่มีอำนาจสั่งให้ดำเนินการแก้ไขให้ถูกต้องและครบถ้วนทั้งสิ้นในคราวเดียวกัน และนำผลการแก้ไขมาแสดงต่อพนักงานเจ้าหน้าที่ ทั้งนี้ ภายในระยะเวลาที่กำหนด

ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจไม่แก้ไขหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่ภายในระยะเวลาที่กำหนด ให้พนักงานเจ้าหน้าที่สั่งให้ผู้ประกอบธุรกิจนั้นหยุดการให้บริการแพลตฟอร์มดิจิทัลนั้น นับแต่วันที่ครบกำหนดระยะเวลาจนกว่าจะแก้ไขให้ถูกต้องและครบถ้วนตามคำสั่งของพนักงานเจ้าหน้าที่

ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจไม่ดำเนินการตามวรรคสามภายในระยะเวลาเก้าสิบวันนับแต่วันที่หยุดการให้บริการแพลตฟอร์มดิจิทัล ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ถอนการรับแจ้งของผู้นั้นออกจากทะเบียนการรับแจ้งและแจ้งเป็นหนังสือให้ผู้นั้นทราบโดยเร็ว

[33] พระราชกฤษฎีกาการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่ต้องแจ้งให้ทราบ พ.ศ. 2565

มาตรา 33 ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ วิธีการ หรือ เงื่อนไขตามที่กำหนดในหมวด 2 หลักเกณฑ์การประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลและการควบคุมดูแล หรือตามประกาศของคณะกรรมการหรือของสำนักงาน ให้พนักงานเจ้าหน้าที่มีคำสั่งห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจนั้นให้บริการแพลตฟอร์มดิจิทัลจนกว่าจะได้ปฏิบัติให้ถูกต้องและครบถ้วนตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดดังกล่าว

ในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจไม่ปฏิบัติตามคำสั่งตามวรรคหนึ่งภายในระยะเวลาเก้าสิบวันนับแต่วันที่มีคำสั่งห้ามการให้บริการแพลตฟอร์มดิจิทัล ให้พนักงานเจ้าหน้าที่ถอนการรับแจ้งของผู้นั้นออกจากทะเบียนการรับแจ้งและแจ้งเป็นหนังสือให้ผู้นั้นทราบโดยเร็ว

ให้สำนักงานประกาศการถูกถอนออกจากทะเบียนการรับแจ้งให้สาธารณชนทราบผ่านช่องทาง ตามมาตรา 14 ด้วย

[34] รัฐสภา จุรีมาศ, การควบคุมธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัล, (สถาบันพระปกเกล้า, 2566), 45-46.

ลักษณะของอำนาจที่มีความเด็ดขาดเช่นนี้อาจกล่าวได้ว่าเป็นเครื่องมือแบบใหม่ที่ปรากฏขึ้นในทางกฎหมายเศรษฐกิจ ซึ่งหากศึกษาเปรียบเทียบกับกิจการประเภทอื่น เช่น กิจการโทรคมนาคมหรือกิจการแพร่ภาพกระจายเสียงอาจตรงกับลักษณะของการสั่งระงับการส่งสัญญาณและกลายเป็นปรากฏการณ์จอดับอันจะเกิดผลกระทบต่อประชาชนในวงกว้างมาก ในขณะที่กิจการแพลตฟอร์มดิจิทัลนั้นอาจส่งผลกระทบกว้างขวางยิ่งกว่าที่เคยปรากฏในกิจการโทรคมนาคม หากวันหนึ่งในการณ์ข้างหน้ามีคำสั่งให้หยุดการให้บริการแพลตฟอร์มดิจิทัลด้วยเหตุประการหนึ่งประการใดด้วยเหตุที่ธรรมชาติของการให้บริการแพลตฟอร์มดิจิทัลนั้นเกี่ยวโยงกับเครือข่ายอินเทอร์เน็ตที่สามารถเข้าถึงได้จากทั่วโลกไม่เพียงเฉพาะในประเทศไทย เมื่อเป็นเช่นนั้นก็หมายความว่า การที่หน่วยงานที่มีอำนาจกำกับการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลมีคำสั่งทางปกครองไปยังผู้ประกอบกิจการแพลตฟอร์มดิจิทัลให้หยุดการประกอบกิจการเป็นการชั่วคราวหรือถาวรนั้น ความเดือดร้อนเสียหายอาจมิใช่เพียงประชาชนที่อยู่ในราชอาณาจักรไทยเท่านั้น แต่ความเป็นไปได้ของผู้ได้รับผลกระทบและผู้เดือดร้อนเสียหายจากการไม่สามารถเข้าถึงการบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลนั้นจะแผ่เป็นวงกว้างไปยังส่วนอื่น ๆ ของโลกเท่าที่สัญญาณอินเทอร์เน็ตจะไปถึงก็เป็นได้

เมื่อการมีคำสั่งให้ผู้ประกอบการหยุดการให้บริการแพลตฟอร์มดิจิทัลเป็นเครื่องมือของหน่วยงานทางปกครองที่สามารถกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของผู้ประกอบกิจการอย่างรุนแรง ดังนั้น ในการที่จะใช้มาตรการดังกล่าวจะต้องมีการทบทวนเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายในการดำเนินการดังกล่าวอย่างรอบคอบ

ดังที่ผู้เขียนได้ยกขึ้นมานำเสนอก่อนหน้าว่า อยากเชิญชวนให้องค์กรของรัฐนำวิธีการตรวจสอบเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองโดยวิธีแบบ Check-list ไปลองประยุกต์ใช้ในภารกิจของรัฐ เพื่อให้เกิดการทบทวนเงื่อนไขความสมบูรณ์ของนิติกรรมทางปกครองสำหรับหน่วยงานทางปกครองได้โดยสะดวกและมีประสิทธิภาพ

ดังนั้น ในส่วนท้ายนี้ หากเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานทางปกครองใด ๆ ที่เห็นจะเป็นประโยชน์ในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองภายในหน่วยงานของตนแล้วได้โปรดลองนำบทบัญญัติมาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ซึ่งผู้เขียนนำมาแยกเป็นรายการแบบเรียงลำดับรายข้อ (Check-list) และลองดำเนินการทบทวนตรวจสอบการกระทำทางปกครองให้ชอบด้วยกฎหมายด้วยกระบวนการภายในของฝ่ายปกครองโดยสังเขปได้ ดังต่อไปนี้

1) การกระทำทางปกครองนั้นเป็นการกระทำโดยไม่มีอำนาจหรือไม่

2) การกระทำทางปกครองนั้นนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่

3) การกระทำทางปกครองนั้นเป็นกรณีที่มีความไม่ถูกต้องตามกฎหมายในประการใดหรือไม่

4) การกระทำทางปกครองนั้นเป็นไปโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้นหรือไม่

5) การกระทำทางปกครองนั้นเป็นการกระทำโดยไม่สุจริตหรือไม่

6) การกระทำทางปกครองนั้นเป็นการกระทำโดยมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมหรือไม่

7) การกระทำทางปกครองนั้นเป็นการกระทำโดยมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือไม่

8) การกระทำทางปกครองนั้นเป็นการกระทำโดยสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควรหรือไม่

9) การกระทำทางปกครองนั้นเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบหรือไม่

การสนับสนุนให้หน่วยงานที่มีอำนาจกำกับดูแลกิจการของเอกชนทำรายการแบบเรียงลำดับรายข้อ (Check-list) ซึ่งเรียบเรียงจากบทบัญญัติมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ดังกล่าวนี้มิใช่สิ่งใหม่ในกระบวนการยุติธรรม

ความท้าทายขององค์กรที่มีหน้าที่กำกับดูแลการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลมิได้มีเพียงการดำรงความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเท่านั้น ความท้าทายที่มีความพิเศษประการหนึ่งที่ปรากฏขึ้นพร้อมกับระบบเศรษฐกิจแพลตฟอร์ม ก็คือ การผูกขาดอย่างเบ็ดเสร็จเด็ดขาดโดยผู้ประกอบกิจการเพียงไม่กี่ราย หรือที่เรียกในศัพท์ทางวิชาการตามพจนานุกรมศัพท์เศรษฐศาสตร์ฉบับราชบัณฑิตยสถานเรียกว่า การผูกขาดโดยผู้ขายน้อยราย (Oligopoly)[35] เป็นกรณีที่ผู้ประกอบการที่มีข้อมูลและเทคโนโลยีที่ยิ่งมีมากก็ยิ่งสามารถผูกขาดในการแสวงประโยชน์และการให้บริการแบบเบ็ดเสร็จเด็ดขาดยิ่งกว่ากิจการใด ๆ ที่เคยปรากฏในโลก เนื่องจากเศรษฐกิจแพลตฟอร์มเป็นปรากฏการณ์ที่ได้ก่อรูปร่างขึ้นจากการเข้ามามีบทบาทของอินเทอร์เน็ตและเทคโนโลยีขั้นสูง เช่น ปัญญาประดิษฐ์ อัลกอริทึม คลาวด์คอมพิวเตอร์ ฯลฯ นวัตกรรมดังกล่าวเหล่านี้เอื้อให้เกิดทุนนิยมสอดแนม (surveillance capitalism)[36] ที่กำลังจะเปลี่ยนโครงสร้างความสัมพันธ์ทางเศรษฐกิจ

หากกล่าวถึงการผูกขาดในอดีตนักกฎหมายมักคุ้นเคยกับรูปแบบการผูกขาดโดยผู้ประกอบกิจการรายเดียว (Monopoly) ซึ่งส่วนใหญ่ในอดีตเป็นการผูกขาดโดยรัฐ เช่น กิจการด้านพลังงาน กิจการด้านโทรคมนาคม กิจการเกี่ยวกับสุราหรือบุหรี่ ฯลฯ ซึ่งการผูกขาดในกิจการสองสามประเภทที่ยกตัวอย่างได้รับการกำหนดแนวทางการกำกับการประกอบกิจการ ตลอดจนปรากฏรูปแบบของหน่วยงานที่มีอำนาจกำกับการประกอบกิจการที่มีประสิทธิภาพในระดับหนึ่ง ในขณะที่องค์กรกำกับการประกอบกิจการแพลตฟอร์มดิจิทัลเท่าที่ปรากฏจากกรณีศึกษาทั่วโลกต่างก็เป็นองค์กรของรัฐที่ก่อตั้งไม่นาน กล่าวคือ องค์กรที่มีอำนาจหน้าที่กำกับกิจการในระบบเศรษฐกิจดิจิทัลมีประสบการณ์อย่างจำกัดในการรับมือต่อสภาพปัญหา และด้วยอำนาจทางเศรษฐกิจมหาศาลของผู้ประกอบกิจการที่ให้บริการแพลตฟอร์มดิจิทัลขนาดใหญ่โดยเฉพาะอย่างยิ่ง Google Amazon Microsoft เป็นต้น ยิ่งส่งผลให้รัฐขาดมาตรการที่เหมาะสมในการรับมือ ซึ่งในด้านมาตรการทางกฎหมายและบทบาทที่รัฐพึงมีเพื่อรักษาสมดุลของระบบเศรษฐกิจดิจิทัลในประเด็นปัญหาดังกล่าวจึงเป็นสิ่งที่จะต้องได้รับการพัฒนาต่อไป ขณะเดียวกันองค์กรตุลาการดังเช่นศาลปกครองก็ยากที่จะหลีกเลี่ยงข้อพิพาทที่เชื่อมโยงกับประเด็นอันซับซ้อนที่เกิดจากเทคโนโลยีในระบบเศรษฐกิจแพลตฟอร์มนี้ไปได้

3. หลักกฎหมายที่สำคัญสำหรับการกำกับดูแลการประกอบกิจการด้านแพลตฟอร์มดิจิทัลมีอะไรบ้าง

หลักกฎหมายที่สำคัญสำหรับการปฏิบัติหน้าที่ของภาครัฐในการกำกับดูแลการประกอบกิจการด้านแพลตฟอร์มดิจิทัลนั้นมีมากมาย จนกระทั่งไม่สามารถนำมารวบรวมไว้ในบทความนี้ได้ทั้งหมด ดังนั้น ผู้เขียนจึงเลือกเพียงหนึ่งหลักการที่เห็นว่าครอบคลุมหลักการย่อยอื่นไว้ และหากเพียงองค์กรที่ทำหน้าที่กำกับการประกอบกิจการของเอกชนตระหนักถึงหลักกฎหมายในประการนี้เสมอ ๆ ย่อมจะเป็นการตรวจสอบการใช้อำนาจทางปกครองของตนให้เที่ยงตรงต่อเจตนารมณ์

---

[35] การผูกขาดโดยผู้ขายน้อยราย (oligopoly) หมายถึง รูปแบบหนึ่งของตลาดที่มีการแข่งขันไม่สมบูรณ์ (imperfect competition) ซึ่งลักษณะของตลาดประกอบด้วย ผู้ผลิตหรือผู้ขายเพียงไม่กี่ราย แต่ละรายมีพลังทางเศรษฐกิจค่อนข้างมาก สินค้าหรือบริการของผู้ผลิตแต่ละรายจะมีส่วนแบ่งในตลาดค่อนข้างสูงเมื่อเทียบกับปริมาณทั้งหมดของตลาด ผู้ผลิตหรือผู้ขายแต่ละรายมักจะหลีกเลี่ยงการใช้กลยุทธ์ราคาเป็นเครื่องมือในการแข่งขัน ในบางกรณีผู้ผลิตหรือผู้ขายหลายรายอาจจะร่วมมือกันกำหนดปริมาณการผลิตเพื่อกดดันราคาสินค้าในตลาดให้สูงขึ้น ซึ่งเป็นรูปแบบของการรวมกลุ่มเพื่อครอบงำตลาด (cartel) Oligopoly (โปรดดู สำนักงานราชบัณฑิตยสภา, “ใครคือผู้ผูกขาด”. < http://legacy.orst.go.th/ ?knowledges=%> สืบค้นเมื่อ 20 กุมภาพันธ์ 2567)

[36] ศาสตราจารย์ โชชานา ซูบอฟฟ์ (Shoshana Zuboff) แห่งวิทยาลัยธุรกิจฮาร์วาร์ด เป็นผู้ริเริ่มนำเสนอแนวคิดเกี่ยวกับทุนนิยมสอดแนม (Surveillance capital) อันสาระสำคัญเกี่ยวกับทุนนิยมที่มีการนำอัลกอริทึมที่ซับซ้อนมาใช้งานโดยบรรดาบริษัทผู้ให้บริการยักษ์ใหญ่ด้านเทคโนโลยี เช่น Google Apple Amazon Meta ฯลฯ ซึ่งเครือข่ายผู้ให้บริการด้านเทคโนโลยีเหล่านี้ไม่เพียงแอบเก็บรวบรวมข้อมูลของผู้ใช้งาน แต่ยังรวมกลุ่มผู้ใช้งานเข้าด้วยการโดยการสนับสนุนของเทคโนโลยีอัลกอริทึม จากนั้นกระตุ้นพฤติกรรมในด้านความต้องการของผู้บริโภคอย่างเฉพาะเจาะจง การใช้ประโยชน์จากข้อมูลดังกล่าวส่งผลให้ “พฤติกรรมการใช้ดิจิทัล” (digital behavior) กลายเป็นสิ่งที่อยู่ภายใต้อำนาจของตลาดในหลายกรณี (See Anita Pêsa, “Private and Public in Surveillance Capitalism – Protective and Active Approach”, Acta Economica Et Turistica, vol. 8 (2022), No.1, p.93)

ของกฎหมายสืบไป นั่นก็คือ หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (Principle of the Legality of Administrative Action) ซึ่งคำว่า ความชอบด้วยกฎหมาย (Legality) นั้นแม้จะเป็นคำที่สั้น กระชับ หากแต่สามารถสืบสาวไปถึงการดำรงไว้ซึ่งความเป็นนิติรัฐ (Legal State) และหลักนิติธรรม (Rule of Law) ได้อย่างอัศจรรย์

อนึ่ง การที่องค์กรที่มีอำนาจกำกับการประกอบกิจการแพลตฟอร์มดิจิทัลตระหนักถึงการดำรงไว้ซึ่งความเป็นนิติรัฐขององคาพยพใหญ่ คือ รัฐ (State) โดยรวม และขณะเดียวกันหากตระหนักถึงหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองย่อมนำไปสู่การสร้างหลักประกันและความเชื่อมั่นศรัทธาให้แก่ผู้ประกอบกิจการแพลตฟอร์มดิจิทัลที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแล นอกจากนี้ การที่หน่วยงานทางปกครองดังกล่าวสามารถอธิบายทุกการกระทำได้ว่าหน่วยงานได้กระทำการโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว ย่อมเป็นการสร้างความเชื่อถือศรัทธา (Trust) ของประชาชนทั่วไปต่อองค์กรนั้น ๆ สำหรับในมุมมองของผู้เขียนซึ่งเฝ้าศึกษาเรียนรู้และสังเกตกฎหมายที่เกี่ยวเนื่องด้วยเทคโนโลยีเห็นว่าคำว่า เชื่อถือศรัทธา (Trust) คือ หัวใจสำคัญประการหนึ่งในการรักษาสมดุลในระบบนิเวศของเศรษฐกิจดิจิทัลอันเป็นภาพใหญ่ของระบบเศรษฐกิจแพลตฟอร์มไว้ให้มั่นคง

จากที่กล่าวมาผู้เขียนสรุปความได้ว่า ในส่วนแรกนี้เป็นเพียงการสะท้อนถึงความเชื่อมโยงความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจกำกับดูแลแพลตฟอร์มดิจิทัลกับหลักการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองไม่ว่าจะเป็นการตรวจสอบทบทวนโดยหน่วยงานทางปกครองเอง หรือหากจะเป็นการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครองซึ่งเป็นองค์กรภายนอกที่ใช้อำนาจตุลาการทำหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายปกครอง ทั้งนี้ ในทุกการตรวจสอบดังกล่าว ไม่ว่าจากภายในหรือภายนอกองค์กร ย่อมอยู่บนหลักคิดสำคัญของการดำรงไว้ซึ่งความเป็นนิติรัฐและการดำรงไว้ซึ่งหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง (Principle of the Legality of Administrative Action) นั่นเอง

สิ่งที่ต้องอธิบายในลำดับต่อไป ก็คือ ความหมายตลอดจนข้อความคิดของหลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองนั้นเป็นอย่างไร และการกำหนดกรอบบรรทัดฐานและคำอธิบายสำหรับหลักกฎหมายดังกล่าวเพื่อเป็นเครื่องมือชี้มาตรฐานการใช้อำนาจของหน่วยงานผู้มีอำนาจกำกับดูแลกิจการแพลตฟอร์มดิจิทัลควรจะเป็นไปตามความเข้าใจหลักการนี้แบบดั้งเดิม หรือควรมีการขยายกรอบความคิด การใช้การตีความหลักกฎหมายดังกล่าวอย่างยืดหยุ่นยิ่งขึ้นนี้เป็นประเด็นที่ผู้เขียนมีความเห็นและต้องการเชิญชวนผู้อ่านร่วมวิพากษ์วิจารณ์เชิงวิชาการในโอกาสต่อไป

ในประเด็นการใช้การตีความหลักกฎหมายอย่างยืดหยุ่นสอดคล้องกับพลวัตของยุคเศรษฐกิจแพลตฟอร์มนี้ ผู้เขียนเห็นว่า เป็นประเด็นทางกฎหมายที่ท้าทายความเข้าใจของนักกฎหมายยุคใหม่อย่างยิ่ง การเรียนรู้และพร้อมพัฒนาปรับปรุงเปลี่ยนแปลงอยู่เสมอดังว่านี้ทำให้ผู้เขียนระลึกถึงคำกล่าวที่ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ฯ เคยกล่าวไว้ในการสัมภาษณ์คราวหนึ่งที่ท่านกล่าวว่า “กฎหมายไม่ใช่เรื่องของตรรกวิทยาอย่างเดียว มันเป็นเรื่องของประสบการณ์ด้วย เพราะว่าถ้าคุณคิดตีความและใช้กฎหมายโดยเกาะตรรกะไปตลอด ไปจนถึงบั้นปลาย คำวินิจฉัยอาจออกมา absurd อย่างยิ่งเลยก็ได้ ซึ่งถ้าเป็นอย่างนั้นต้องทบทวนใหม่แล้วนะ ต้องคิดใหม่ทันทีเลย เพราะว่ามันไม่น่าจะใช่ มันต้องมีกระบวนการให้เหตุผลในขั้นตอนใดขั้นตอนหนึ่งมันผิดแล้ว”[37] ซึ่งมุมมองของผู้เขียนต่อคำกล่าวของท่านอาจารย์ชวนให้ตระหนักว่า การที่นักกฎหมายเปิดใจให้กว้าง พร้อมรับมุมมอง พร้อมทั้งสั่งสมประสบการณ์ใหม่ ๆ อยู่เสมอย่อมนำไปสู่การใช้การตีความกฎหมายอย่างมีประสิทธิภาพ

หลักการว่าด้วยการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย (Principle of the Legality of Administrative Action) มีความหมายว่า ฝ่ายปกครองจะกระทำการใด ๆ ที่มีผลเป็นการจำกัดหรือกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจ และจะต้องกระทำการดังกล่าวภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้

---

[37] เอกบุญ วงศ์สวัสดิกุล, 60 ปี ความมุ่งมั่นของคน ตัวตนของอาจารย์วรพจน์, (โรงพิมพ์เดือนตุลา, 2557), 66.

หากฝ่ายปกครองออกกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือกระทำการอื่นใดที่มีผลเป็นการจำกัดหรือกระทบกระเทือนต่อสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลโดยไม่มีกฎหมายใดให้อำนาจไว้เลยก็ดี กระทำการดังกล่าวโดยมีกฎหมายให้อำนาจไว้แต่เกินขอบเขตที่กฎหมายกำหนด (ultra vires) หรือขัดต่อกฎหมายหรือไม่ถูกต้องตามกฎหมายก็ดี ต้องถือว่ากฎ คำสั่งทางปกครอง หรือการกระทำอื่นใดนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย[38] กรอบคิดที่กระชับที่สุดนี้เป็นเสมือนไม้บรรทัดที่ฝ่ายปกครองทุกภาคส่วนควรนำไปเทียบวัดกับการทำหน้าที่ที่ได้รับมอบหมายตามกฎหมาย ซึ่งข้อความคิดดังกล่าวผู้เขียนยกคำอธิบายของศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ฯ เพียงแหล่งเดียว แต่แท้จริงแล้วในแวดวงกฎหมายมหาชนมีปรมาจารย์หลายท่านก็ได้ให้คำอธิบายหลักกฎหมายนี้ไว้อย่างน่าสนใจเช่นกัน หากแต่ด้วยข้อจำกัดที่ไม่ต้องการให้การอธิบายในบทความนี้ยืดเยื้อและด้วยบทความนี้เกิดขึ้นเพื่อเป็นการระลึกถึงความลุ่มลึกทางวิชาการของศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ฯ เท่านั้น จึงมิได้นำคำอธิบายเรื่องนี้มาจากหลากหลายแหล่งที่มา

นิติรัฐหรือหลักนิติธรรมมีความสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิดกับหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยจนถึงขนาดมีการกล่าวกันว่า “การปกครองระบอบประชาธิปไตยที่แท้จริง จะมีขึ้นและคงอยู่ตลอดไปไม่ได้หากไม่มีหลักนิติรัฐ”[39] หลักการเช่นว่านี้ ในทางกฎหมายปกครองจะมีชื่อเรียกอีกอย่างหนึ่งว่า “หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง” (Principle of Legality of Administrative Action) อันมีความหมายว่า รัฐบาล หน่วยงาน และเจ้าหน้าที่ต่าง ๆ ของรัฐที่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาหรือการกำกับดูแลของรัฐบาลจะกระทำการใด ๆ ซึ่งอาจมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิและเสรีภาพของเอกชนได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจและเฉพาะภายในขอบเขตที่กฎหมายได้กำหนดไว้เท่านั้น[40]

ภายใต้การปกครองของประเทศเสรีประชาธิปไตยนั้น ประชาชนแต่ละคนมีแดนแห่งเสรีภาพ (Sphere of Individual Liberty – Zone of Individual Autonomy) ภายในแดนแห่งเสรีภาพนี้ แต่ละคนจะคิดหรือกระทำการใด ๆ ก็ได้อย่างอิสระ ปลอดจากการแทรกแซงตามอำเภอใจของผู้อื่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งปลอดจากการแทรกแซงตามอำเภอใจของผู้ใช้อำนาจรัฐหรือผู้ปกครอง มนุษย์แต่ละคนจะมีสิ่งที่เรียกว่า แดนแห่งเสรีภาพ ของตนเองได้ก็ต่อเมื่อเขามีสิทธิและเสรีภาพในเรื่องต่าง ๆ ในการดำเนินชีวิตส่วนตัวและชีวิตทางสังคม[41] ซึ่งการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือหน่วยงานทางปกครองจะเข้ามาแทรกแซงหรือจำกัดซึ่งสิทธิเสรีภาพดังว่านั้นก็ต่อเมื่อมีกฎหมายให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้ง หลักนิติรัฐที่มุ่งเน้นการเคารพสิทธิเสรีภาพของประชาชนนี้ไม่ได้ลดความสำคัญลงเลย เมื่อเวลาที่สังคมได้เปลี่ยนผ่านสู่ยุคเศรษฐกิจแพลตฟอร์ม ในทางตรงข้ามการเคารพต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นเรื่องที่ทวีความสำคัญยิ่งขึ้น ซึ่งหากมองในมิติของการกำกับการประกอบธุรกิจบริการแพลตฟอร์มดิจิทัลอยู่ในส่วนของสิทธิเสรีภาพในการประกอบอาชีพตามมาตรา 40[42] ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ดังนั้น หน่วยงานทางปกครองที่เกี่ยวข้องย่อมต้องเคารพเสรีภาพ

---

[38] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, บันทึกคำบรรยายวิชากฎหมายปกครอง เรื่อง ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง, (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2562), 37.

[39] Michel FROMONT, Alfred RIEG (Sous la direction de), Introduction au droit allemande, Toma II, p.13 อ้างใน วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ, (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2538), 17.

[40] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “การควบคุมการใช้ดุลพินิจทางปกครองโดยองค์กรตุลาการ”, รวมบทความในโอกาสครบรอบ 60 ปี ดร.ปรีดี เกษมทรัพย์, (กรุงเทพฯ: พี.เค. พริ้นติ้งเฮ้าส์, 2531), 195.

[41] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, เชิงอรรถที่ 7, 38.

[42] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

มาตรา 40 บุคคลย่อมมีเสรีภาพในการประกอบอาชีพ

การจำกัดเสรีภาพตามวรรคหนึ่งจะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อรักษาความมั่นคงหรือเศรษฐกิจของประเทศ การแข่งขันอย่างเป็นธรรม การป้องกันหรือขจัดการกีดกันหรือการผูกขาด การคุ้มครองผู้บริโภค การจัดระเบียบการประกอบอาชีพเพียงเท่าที่จำเป็นหรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น

การตรากฎหมายเพื่อจัดระเบียบการประกอบอาชีพตามวรรคสอง ต้องไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติหรือก้าวก่ายการจัดการศึกษาของสถาบันการศึกษา

ในเรื่องนี้และตระหนักว่า การเข้าแทรกแซงกิจกรรมทางเศรษฐกิจใด ๆ รวมทั้งการประกอบอาชีพของประชาชนย่อมไม่อาจกระทำได้ เว้นแต่มีกฎหมายกำหนดให้อำนาจไว้โดยชัดแจ้งเท่านั้น

4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

การสร้างสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของปัจเจกบุคคลเป็นสิ่งที่มีความท้าทายสำหรับภาครัฐไม่ว่าจะเป็นฝ่ายปกครองหรือองค์กรตุลาการเฉกเช่นศาลปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในยุคปัจจุบันองค์กรที่มีหน้าที่กำกับการประกอบกิจการที่เกี่ยวเนื่องด้วยระบบเศรษฐกิจแพลตฟอร์มในระยะหลังพบว่า รัฐมีการลดการแทรกแซงอาจเป็นหนทางให้เกิดสมดุลในการจัดทำบริการสาธารณะได้ดีกว่าการแทรกแซงแบบเบ็ดเสร็จเด็ดขาดอย่างที่เคยเป็นมา พร้อมทั้งเกิดแนวโน้มในการเปิดช่องให้เอกชนผู้ประกอบกิจการด้านต่าง ๆ มีส่วนร่วมกับรัฐในฐานะที่เป็นการเสริมการทำงานของภาครัฐในการตรากฎหมายตลอดจนการบังคับใช้กฎหมายจะเป็นหนทางให้การวางมาตรการหรือกลไกของรัฐและการบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพมากขึ้น ขณะเดียวกันศาลปกครองที่ต้องทำหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองขององค์กรที่มีหน้าที่กำกับการประกอบกิจการที่เกี่ยวเนื่องด้วยระบบเศรษฐกิจแพลตฟอร์มก็จะต้องมีความเข้าใจธรรมชาติของกฎหมายเศรษฐกิจและเงื่อนไขของเศรษฐกิจแพลตฟอร์มที่มีลักษณะเฉพาะเฉกเช่นกัน

ในระบบเศรษฐกิจแพลตฟอร์มที่บทความนี้นำมาฉายภาพให้ปรากฏบางส่วนนั้น มิได้หยุดความเปลี่ยนแปลงเพียงเท่านี้ ในอนาคตอันใกล้นี้ประเทศไทยกำลังมีกฎหมายว่าด้วยเศรษฐกิจแพลตฟอร์มซึ่งเป็นกฎหมายกลางในการแทรกแซงเศรษฐกิจแพลตฟอร์มเพื่อให้สอดรับกับบริบทด้านระบบเศรษฐกิจสังคมดิจิทัลของประเทศไทยที่เปลี่ยนแปลงไปอย่างรวดเร็ว สร้างโอกาสในการแข่งขันของประเทศ และยกระดับคุณภาพชีวิตของประชาชน เมื่อกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจแพลตฟอร์มทวีความสำคัญและมีปริมาณมากขึ้นเรื่อย ๆ ศาลปกครองในฐานะองค์กรตุลาการที่มีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองของหน่วยงานทางปกครองผู้ใช้อำนาจภายใต้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเศรษฐกิจแพลตฟอร์มดังกล่าวย่อมยากที่จะหลีกเลี่ยงการพัฒนาองค์ความรู้เพื่อตั้งรับบรรดาข้อพิพาทที่ย่อมจะเกิดขึ้นตามมาได้

ดังนั้น ในโอกาสที่ผู้เขียนไปรังสรรค์บทความที่เกิดจากความระลึกถึงความเมตตาจากศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ฯ ซึ่งเป็นผู้วางรากฐานให้กับทั้งวงการกฎหมายมหาชนของไทยและวางรากฐานให้กับศาลปกครองนี้ ผู้เขียนมุ่งหมายด้วยใจจริงที่รากฐานองค์ความรู้และแนวคำวินิจฉัยต้นแบบที่ท่านได้วางไว้จะกลายเป็นเสบียงให้กับนักกฎหมายรุ่นใหม่จะนำพกพาไปในทุกแห่งที่ต้องการฐานคิดทางกฎหมายมหาชนที่แข็งแกร่ง แม้ว่าหนทางข้างหน้าของวงการกฎหมายมหาชนจะเต็มไปด้วยสิ่งที่ยากต่อการทำความเข้าใจของนักกฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งในองค์ความรู้ด้านเทคโนโลยีขั้นสูง เช่น ปัญญาประดิษฐ์ บล็อกเชน อัลกอริทึม เป็นต้น แต่องค์ความรู้จากคำอธิบายเกี่ยวกับหลักกฎหมายมหาชนที่เป็นรากฐานสำคัญนี้ที่จะสามารถนำมาเป็นฐานคิดและนำไปสู่การยุติข้อพิพาทที่ได้รับการยอมรับจากสังคมอย่างไม่รู้จบ

คำสำคัญ: บทบาทของศาลปกครอง, ความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง, การจัดตั้งศาลปกครอง, หลักนิติธรรม, หลักประโยชน์สาธารณะ, กิจกรรมทางเศรษฐกิจ, กฎหมายเศรษฐกิจ, กฎหมายคุ้มครองผู้บริโภค, ธุรกรรมทางอิเล็กทรอนิกส์, เศรษฐกิจแพลตฟอร์ม, แพลตฟอร์มดิจิทัล

การควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐโดยศาลในระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (ศึกษากรณีหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐด้านโทรคมนาคม)

พิชญ์ณัฏฐ์ คันธารัตนกุล[1]

“**ตัวตรงเงาไม่เฉียง เท้าตรงรองเท้าไม่เบี้ยว**” เป็นวลีคำคมที่ท่านอาจารย์วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้กล่าวกับผู้เขียนเมื่อครั้งที่ได้เข้าไปสนทนาและรับโอวาทจากท่านอาจารย์ก่อนเดินทางไปศึกษาต่อระดับปริญญาโทในต่างประเทศ ซึ่งทำให้ผู้เขียนจดจำมาเป็นคติสอนใจตนเองจนถึงทุกวันนี้ หากย้อนกลับไปในวันแรกที่ได้มีโอกาสเข้าไปทำความรู้จักกับท่านอาจารย์เป็นการส่วนตัว ซึ่งเป็นช่วงเวลาหลังจากที่ผู้เขียนจบการศึกษาระดับปริญญาโทจากจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (ปี พ.ศ. 2550) ผู้เขียนได้รับคำแนะนำจากน้องหญิง สุภัคคินี ซึ่งเป็นเลขานุการประจำท่านอาจารย์ในเวลานั้นว่า ผู้เขียนสามารถเข้าไปปรึกษาขอความรู้ คำแนะนำ ตลอดจนการเตรียมตัวเพื่อสอบชิงทุนไปศึกษาต่อในต่างประเทศจากท่านอาจารย์ผู้มีทั้งความรู้และประสบการณ์อย่างกว้างขวางได้ ในครั้งนั้นที่ได้สนทนาส่วนตัวกับท่านอาจารย์ ท่านอาจารย์มีเมตตาต่อผู้เขียนเหมือนเป็นลูกเป็นศิษย์กันมายาวนาน ผู้เขียนได้รับทั้งความรู้และคำแนะนำต่าง ๆ เพื่อเป็นแนวทางในการเตรียมตัวได้เป็นอย่างดี อีกทั้งยังทำให้ผู้เขียนได้ทราบว่าในขณะที่ท่านอาจารย์ศึกษาและทำวิทยานิพนธ์ระดับปริญญาเอก ณ สาธารณรัฐฝรั่งเศส ท่านอาจารย์ได้ศึกษาเกี่ยวกับเรื่องดุลพินิจและการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของฝ่ายปกครอง ซึ่งเป็นเรื่องที่ผู้เขียนเองก็สนใจและต้องการศึกษาหาความรู้เพิ่มเติม ดังนั้น เมื่อผู้เขียนได้รับทุนจากสำนักงานศาลปกครองที่กำหนดให้ไปศึกษาต่อระดับปริญญาโท สาขากฎหมายมหาชน (ที่มีการเรียนการสอนเกี่ยวกับกฎหมายโทรคมนาคมในกลุ่มประเทศยุโรป) ผู้เขียนจึงตัดสินใจเลือกเข้าศึกษา ณ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบอนน์ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (ปี พ.ศ. 2555 – พ.ศ. 2557) โดยได้เสนอหัวข้อเขียนรายงานในวิชาสัมมนากฎหมาย เรื่อง แดนอำนาจดุลพินิจในการพิจารณาวินิจฉัยและตัดสินใจของฝ่ายปกครอง และได้ต่อยอดจากรายงานดังกล่าวไปสู่การเขียนวิทยานิพนธ์[2] อันนำมาสู่การเขียนบทความนี้ซึ่งถอดความมาจากเนื้อหาบางส่วนของวิทยานิพนธ์ดังกล่าว

ผู้เขียนระลึกในความเมตตาของท่านอาจารย์ที่มีต่อลูกศิษย์คนนี้ เพราะไม่ว่าครั้งใดที่ได้เข้าไปขอความรู้และความเห็นทางวิชาการจากท่านอาจารย์ภายหลังจากเวลาราชการซึ่งเป็นเวลาที่ท่านอาจารย์ยังคงทำงานอยู่นั้น ท่านอาจารย์ไม่เคยปฏิเสธ จวบจนวันนี้ที่ผู้เขียนปฏิบัติงานในตำแหน่งตุลาการศาลปกครองชั้นต้น ก็ยังคงได้รับความรู้และความเห็น

---

[1] ตุลาการศาลปกครองชั้นต้น : นิติศาสตรบัณฑิตและนิติศาสตรมหาบัณฑิต (สาขากฎหมายมหาชน) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, Magister Legum (Master of German Laws (LL.M.) – Public Law) University of Bonn, Germany

[2] วิทยานิพนธ์ หัวข้อ “Die gerichtliche Kontrolle von Entscheidungen der Regulierungsbehörde auf dem Gebiet der Telekommunikation” (การควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาวินิจฉัยและตัดสินใจของหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐด้านโทรคมนาคมโดยองค์กรตุลาการ)

ที่มีเหตุผลเพื่อนำมาพิเคราะห์ประกอบการทำงานโดยตลอด หากบทความนี้พอจะเป็นประโยชน์ต่อผู้ที่ได้อ่าน ผู้เขียนขอยกความดีทั้งหมดเพื่ออาจารียบูชาแด่ท่านอาจารย์ผู้เป็นแบบอย่างอันดีงามทั้งในการดำรงชีวิตและในการทำงานให้กับผู้เขียนมาจนถึงวันนี้ ส่วนข้อผิดพลาดประการใด ๆ ที่ปรากฏในบทความนี้ ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

1. บทนำ

โทรคมนาคมเป็นเรื่องที่มีความสำคัญระดับชาติ และยังเป็นโครงสร้างพื้นฐาน (Infrastruktur/Infrastructure) ของสังคมยุคสารสนเทศเพื่อการพัฒนาและความเจริญก้าวหน้าของประเทศ แนวความคิดเกี่ยวกับโทรคมนาคมในอดีตที่ผ่านมาได้ให้ความสนใจไปในเรื่องของความมั่นคงปลอดภัยของประเทศ รัฐเท่านั้นที่มีบทบาทสำคัญในการดำเนินการจัดให้บริการด้านโทรคมนาคมและจัดสรรการใช้คลื่นสัญญาณความถี่เพื่อผลประโยชน์ของส่วนรวม (Gemeinwohl/public interest) ในช่วงปี ค.ศ. 1970 ถึง ค.ศ. 1979 ตลาดกิจการโทรคมนาคมของนานาประเทศโดยส่วนใหญ่เป็นตลาดโทรคมนาคมแบบรัฐเป็นผู้ผูกขาดแต่เพียงผู้เดียว (Monopolmarkt/monopoly market) ผู้ใช้บริการโทรคมนาคมต้องเคารพกฎเกณฑ์เงื่อนไขต่าง ๆ ที่รัฐเป็นผู้กำหนดอย่างไม่มีทางเลือกอื่น

การขัดขวางการผูกขาดการให้บริการด้านโทรคมนาคมโดยรัฐของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้เริ่มต้นขึ้นในช่วงปี ค.ศ. 1980 และในเวลาเดียวกันก็ปรากฏผลสำเร็จตามมาตรา 87 f[3] ของกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz หรือ GG) อันเป็นกฎหมายสูงสุดที่ใช้ในการปกครองประเทศ โดยเทียบได้กับรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ ซึ่งมาตราดังกล่าวนี้ได้กำหนดยอมรับถึงเงื่อนไขของข้อบังคับทางโทรคมนาคมที่สามารถปฏิบัติให้เกิดผลได้จริงโดยให้มีการตรากฎหมายโทรคมนาคมขึ้น และเมื่อกล่าวถึงองค์กรหรือหน่วยงานที่มีอำนาจและหน้าที่ตามกฎหมายโทรคมนาคมซึ่งเป็นหน่วยงานฝ่ายปกครองระดับสูงแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่เป็นอิสระ หรือเรียกว่าเป็นหน่วยงานกำกับดูแล[4] (Regulierungsbehörde/regulatory authority) ซึ่งมีชื่อเรียกว่า “หน่วยงานกำกับดูแลของรัฐด้านโครงข่ายแห่งสหพันธ์” (Bundesnetzagentur หรือ BNetzA)[5] โดยมีที่ตั้งของหน่วยงานอยู่ที่เมืองบอนน์ (Bonn) หน่วยงานกำกับดูแลของรัฐด้านโครงข่ายแห่งสหพันธ์ (BNetzA) คือองค์กรที่มีความเป็นอิสระ ซึ่งมีแดนอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัย

---

[3] มาตรา 87 f บัญญัติว่า

(1) ให้มีกฎหมายแห่งสหพันธ์ที่ได้รับการอนุมัติจากสภาแห่งสหพันธ์ โดยบัญญัติรับรองถึงการให้บริการด้านไปรษณีย์และด้านโทรคมนาคมซึ่งมีการบริการส่งสัญญาณที่เพียงพอ เหมาะสม และทั่วถึง

(2) การบริการส่งสัญญาณตามความหมายของ (1) อาจถูกจัดให้มีขึ้นได้จากการดำเนินงานของเอกชนซึ่งเป็นบริษัทที่ตั้งขึ้นใหม่ที่รับมอบอำนาจพิเศษมาจากการไปรษณีย์แห่งสหพันธ์ และโดยผู้ให้บริการที่เป็นเอกชนอื่น ในส่วนของภารกิจที่คงไว้ซึ่งอำนาจสูงสุดของรัฐในด้านไปรษณีย์และด้านโทรคมนาคมยังคงต้องดำเนินการโดยฝ่ายปกครองของรัฐบาลแห่งสหพันธ์

(3) จาก (2) ประโยคที่ 2 ย่อมไม่เป็นการเสียหายใด ๆ หากรัฐบาลแห่งสหพันธ์จะดำเนินงานเองด้วยการจัดตั้งหน่วยงานหรือสถาบันที่ขึ้นตรงต่อรัฐบาลกลาง ซึ่งอยู่ภายใต้กฎหมายมหาชนโดยมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันกับบริษัทที่ตั้งขึ้นใหม่ที่รับมอบอำนาจพิเศษมาจากการไปรษณีย์แห่งสหพันธ์ อันเป็นไปตามกฎหมายแห่งสหพันธ์

[4] “การกำกับดูแล” (โดยหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐ) หมายถึง “การกำกับดูแลกิจการ” กล่าวคือ การกำกับ การติดตาม การควบคุม และการดูแลผู้ที่ได้รับมอบหมายอำนาจหน้าที่ให้ไปทำหน้าที่ทางการบริหารเพื่อให้ทรัพยากรขององค์กรได้นำไปใช้อย่างมีประสิทธิภาพ ประสิทธิผล ตรงตามเป้าหมายอย่างคุ้มค่า ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุดตอบแทนกลับไปยังผู้มีส่วนได้เสียทุกฝ่ายอย่างเป็นธรรม (ศิลปพร ศรีจั่นเพชร. หลักสำคัญของการกำกับดูแลกิจการ. กรุงเทพฯ: วารสารบริหารธุรกิจ ปีที่ 35 ฉบับที่ 133 มกราคม-มีนาคม, 2555.) ซึ่งมีความหมายแตกต่างจาก “การกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น” ที่หมายถึง ความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานตามหลักการบริหารราชการแผ่นดินแบบกระจายอำนาจ ที่หน่วยงานหนึ่งมีอำนาจในการควบคุมอีกหน่วยงานหนึ่งที่อยู่ในการกำกับดูแลให้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามกฎหมายหรือตามอำนาจหน้าที่ หรืออำนาจที่องค์กรที่มีหน้าที่ในการกำกับดูแลองค์กรอื่นในการให้องค์กรนั้นๆ ทำงานภายใต้กฎหมาย (สมคิด เลิศไพฑูรย์. การกระจายอำนาจตามพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542. กรุงเทพฯ: มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2543.)

[5] เทียบเคียงได้กับหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐตามกฎหมายไทย คือ คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ หรือ กสทช.

และตัดสินใจ (Entscheidungsspielraume/Decision-making scope) ทั้งในเรื่องของการใช้และการตีความบทบัญญัติอันเกี่ยวกับการกำกับดูแลให้เห็นอย่างเป็นรูปธรรมได้อย่างกว้างขวางพอสมควร ความเป็นอิสระทางด้านองค์กรของหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐด้านโครงข่ายแห่งสหพันธ์ (BNetzA) จึงทำให้ไม่ต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐมนตรีประจำกระทรวง ซึ่งปรากฏให้เห็นได้ชัดเจนโดยเฉพาะในเรื่องของกระบวนการพิจารณาวินิจฉัยและตัดสินใจในกรณีต่าง ๆ ที่เป็นขั้นตอนดำเนินการทางเทคนิค อันอาจกล่าวได้ว่ามีความใกล้เคียงกันกับการใช้อำนาจตุลาการนั่นเอง ยิ่งไปกว่านั้น ความเป็นอิสระของการสั่งการได้อย่างกว้างขวางดังกล่าวเป็นการสั่งการที่หลีกเลี่ยงอิทธิพลจากทางการเมือง ซึ่งถือเป็นเรื่องที่มีความสำคัญเป็นอย่างมาก

จากการที่หน่วยงานกำกับดูแลของรัฐมีแดนอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยและตัดสินใจหรือที่เรียกกันโดยทั่วไปว่า “อำนาจดุลพินิจ” นั้น จึงทำให้เกิดคำถามที่ตามมาเกี่ยวกับขอบเขตของการใช้อำนาจดุลพินิจของหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐและอำนาจในการตรวจสอบการใช้อำนาจดังกล่าวโดยศาล ซึ่งเป็นปัญหาที่สำคัญปัญหาหนึ่งในทางกฎหมายมหาชนโดยเฉพาะในทางกฎหมายว่าด้วยการกำกับดูแล สำหรับข้อโต้แย้งถกเถียงกันในเรื่องอำนาจการตรวจสอบโดยศาลปกครองนั้น ได้มีการให้เหตุผลในทางกฎเกณฑ์แห่งกฎหมาย ในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ และในทางกฎหมายทั่วไป[6] โดยหากพิจารณาตามความคิดที่มีมาแต่ดั้งเดิมแล้ว อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีอาจแบ่งออกได้ ดังนี้

(1) อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองโดยทั่วไป (allgemeines Verwaltungsermessen)

(2) แดนอำนาจดุลพินิจวินิจฉัยของฝ่ายปกครอง (Beurteilungsspielraum)

(3) ความเป็นอิสระในการวางแผนดำเนินการ (planerische Gestaltungsfreiheit) หรืออาจเรียกได้ว่า อำนาจดุลพินิจในการวางแผนหรือดุลพินิจในการกำกับดูแล (Planungsermessen/Regulierungsermessen)

อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองทั้งสามประเภทข้างต้นได้ถูกแยกพิจารณาออกจากกันและถูกจัดเป็นหมวดหมู่ในแต่ละประเภทเพื่อการตรวจสอบความผิดพลาดหรือความบกพร่องในการใช้อำนาจดังกล่าวโดยศาล สำหรับแดนอำนาจดุลพินิจวินิจฉัยของฝ่ายปกครอง (Beurteilungsspielraum) ศาลในระบบกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้วางแนวทางการวินิจฉัยที่ยอมรับการใช้อำนาจดุลพินิจดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะอย่างชัดเจน[7]

นอกจากปัญหาที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว ในส่วนของวิธีพิจารณาคดีของศาลยังมีปัญหาอื่น ๆ อีกที่ยังเป็นคำถามปรากฏให้เห็นอยู่บ่อยครั้ง[8] เช่น ศาลมีอำนาจกว้างขวางเพียงใดในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐ ศาลสามารถตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐได้ในทุกเรื่องและทุกกรณีหรือไม่ หรือศาลสามารถตรวจสอบโดยมีขอบเขตจำกัด องค์ประกอบของการใช้ดุลพินิจในการกำกับดูแลประเภทใดที่มีความสัมพันธ์กันกับกรณีที่มีการจำกัดอำนาจการตรวจสอบของศาล ศาลใช้หลักหรือทฤษฎีใดบ้างในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจในกรณีที่อำนาจในการตรวจสอบถูกจำกัด

ในกรณีที่การตรวจสอบการพิจารณาวินิจฉัยและตัดสินใจของหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐโดยศาลมีความเข้มงวดมาก ก็ย่อมจะส่งผลให้หลักการคุ้มครองสิทธิของประชาชน (Rechtsschutz/legal protection) มีประสิทธิภาพมากขึ้นอย่างชัดเจน โดยหลังจากที่ได้มีความเห็นของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

---

[6] กฎหมายทั่วไป (einfachgesetzlich) ในความหมายของระบบกฎหมายเยอรมัน คือ สิ่งที่ได้รับการบัญญัติเป็นกฎหมายโดยไม่มีเนื้อหาสาระที่บัญญัติไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญเรื่องใดเรื่องหนึ่ง หรืออาจกล่าวให้เข้าใจได้ว่า กฎหมายทั้งหมดที่มิได้ถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเรียกได้ว่าเป็นกฎหมายทั่วไป

[7] Eifert, ZJS 4/2008, หน้า 336.

[8] Bosch, Die Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Marktregulierungsentscheidung der BNetzA nach dem TKG, 2010, หน้า 1.

(Bundesverfassungsgericht หรือ BVerfG) ประกอบกับทฤษฎีในทางวิชาการที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว จึงเป็นการยืนยันถึงหลักการคุ้มครองสิทธิของประชาชนอย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น[9] กล่าวคือ ศาลมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐที่ถูกโต้แย้งได้ทั้งในประเด็นข้อเท็จจริงและประเด็นข้อกฎหมาย อย่างไรก็ตาม หากขอบเขตการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐมีได้อย่างกว้างขวาง โดยที่ศาลเป็นองค์กรที่ถูกจำกัดการตรวจสอบอย่างเข้มงวด ก็ย่อมทำให้หลักประกันการคุ้มครองสิทธิของประชาชนตามที่มาตรา 19 (4)[10] ของกฎหมายพื้นฐาน (GG) บัญญัติรับรองไว้ด้อยคุณค่าลง ซึ่งส่งผลให้ศาลไม่สามารถยกเลิกหรือเพิกถอนในเรื่องที่เป็นการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐได้[11] ดังนั้น หลักพื้นฐานที่เหมือนกันก็ควรจะต้องทำให้เกิดความชัดเจนไปในทิศทางเดียวกัน ซึ่งเป็นสิ่งที่บทบัญญัติแห่งกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญและผู้บัญญัติกฎหมายได้กำหนดไว้เพื่อตอบคำถามเกี่ยวกับการใช้อำนาจดุลพินิจของหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐ และโดยหลักแล้วการกำหนดบทบัญญัติเกี่ยวกับการดำเนินการต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองที่แสดงถึงแนวความคิดที่เกิดขึ้นจริงจากการรับรองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนที่เห็นได้อย่างเป็นรูปธรรม ก็เป็นไปตามทฤษฎีว่าด้วยหลักการมอบอำนาจโดยบัญญัติเป็นกฎหมาย[12] ยิ่งไปกว่านี้ ควรที่จะหาคำตอบไว้เฉพาะสำหรับกรณีของกฎหมายโทรคมนาคม ซึ่งกฎหมายโทรคมนาคมฉบับปัจจุบันนี้ คือ รัฐบัญญัติว่าด้วยโทรคมนาคม (Telekommunikationsgesetz หรือ TKG) แก้ไขเพิ่มเติมจนถึงฉบับปัจจุบัน ลงวันที่ 14 มีนาคม ค.ศ. 2023 และเนื่องจากรัฐบัญญัติว่าด้วยโทรคมนาคม (TKG) มีบทบัญญัติที่ให้อำนาจแก่หน่วยงานกำกับดูแลของรัฐด้านโครงข่ายแห่งสหพันธ์ (BNetzA) ในการกำกับดูแลทั้งในส่วนที่เป็นแดนอำนาจดุลพินิจวินิจฉัย (Beurteilungsspielraume) อันเป็นการพิจารณาวินิจฉัยข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีซึ่งเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุหรือข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจ และแดนอำนาจดุลพินิจตัดสินใจ (Ermessensspielraume) อันเป็นการพิจารณาตัดสินใจในส่วนของผลทางกฎหมาย ดังนั้น จึงมีความจำเป็นที่ต้องอธิบายตามสถานการณ์ที่เป็นจริงว่าหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐด้านโครงข่ายแห่งสหพันธ์ (BNetzA) ซึ่งเป็นหน่วยงานในระดับที่ทำหน้าที่กำกับดูแลนั้นถือเป็นหน่วยงานหนึ่งของรัฐบาลซึ่งใช้อำนาจบริหารหรืออำนาจปกครองที่ต้องผูกพันต่อกฎหมายและสิทธิหน้าที่ตามที่ได้บัญญัติไว้ในมาตรา 20 (3)[13] ของกฎหมายพื้นฐาน (GG) ใช่หรือไม่ อันจะส่งผลตามมาต่อการกำหนดรูปแบบและวิธีการในการกำกับดูแลของหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐด้านโครงข่ายแห่งสหพันธ์ (BNetzA) ที่มีอำนาจหน้าที่ในลักษณะที่คล้ายกันกับอำนาจขององค์กรตุลาการอันเป็นเหตุผลที่เกี่ยวกับความสามารถของหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐด้านโครงข่ายแห่งสหพันธ์ (BNetzA) ในการควบคุมผู้อยู่ภายใต้การกำกับดูแล อันเป็นสิทธิหรืออำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยและตัดสินใจอันเป็นที่สุด (Letztentscheidungsrecht) ของหน่วยงานดังกล่าว

---

[9] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ BVerfGE 113, 273 (310), Urteil vom 18. Juli 2005, 2 BvR 2236/04

[10] มาตรา 19 (4) บัญญัติว่า หากสิทธิของบุคคลใดถูกละเมิดโดยผู้ใช้อำนาจมหาชน บุคคลนั้นย่อมได้รับการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมาย ในกรณีที่ไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลอื่นใด ให้สิทธิของบุคคลนั้นได้รับการคุ้มครองโดยศาลยุติธรรม

[11] Bosch, Die Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Marktregulierungsentscheidungen der BNetzA nach dem TKG, 2010, หน้า 1.

[12] Schmidt-Preuß, in : Bauer, Wirtschaft im offenen Verfassungsstaat, Festschrift für R. Schmidt, 2006, หน้า 556.

[13] มาตรา 20 (หลักประชาธิปไตยและหลักนิติรัฐ) บัญญัติว่า

(1) สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเป็นสหพันธรัฐประชาธิปไตยและสหพันธรัฐสังคม

(2) อำนาจของรัฐทั้งปวงมาจากประชาชน ประชาชนใช้อำนาจดังกล่าวผ่านการเลือกตั้งและออกเสียงลงคะแนน รวมทั้งใช้อำนาจผ่านองค์กรนิติบัญญัติ องค์กรบริหาร และองค์กรตุลาการ

(3) องค์กรนิติบัญญัติผูกพันต่อรัฐธรรมนูญ องค์กรบริหารและองค์กรตุลาการนั้นผูกพันต่อกฎหมาย

(4) เพื่อเป็นการต่อต้านบุคคลที่ต้องการล้มล้างรัฐธรรมนูญนี้ ชาวเยอรมันทุกคนมีสิทธิที่จะต่อต้านบุคคลดังกล่าวได้ เมื่อเห็นว่าการดำเนินการโดยวิธีอื่นๆ ไม่อาจกระทำได้

2. ลักษณะพื้นฐานของโทรคมนาคม

2.1 คำจำกัดความของโทรคมนาคม

คำจำกัดความของคำว่า “โทรคมนาคม” (Telekommunikation/Telecommunication) ที่ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 3 ข้อ 22 ของรัฐบัญญัติว่าด้วยโทรคมนาคม (TKG) หมายความว่า สิ่งที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการทางเทคนิคในการส่งสัญญาณออกจากตัวกลางหรือศูนย์กลางไปยังผู้รับโดยอาศัยช่องทางโทรคมนาคม ซึ่งรวมไปถึงรูปแบบอื่นทั้งหมดที่เป็นการส่งข้อมูลข่าวสารภายใต้พื้นที่พิเศษที่ไม่สามารถมองเห็นหรือสัมผัสได้ โดยใช้วิธีการทางเทคนิค[14] โครงข่ายโทรคมนาคมประกอบไปด้วยรูปแบบลักษณะที่แตกต่างกันไป ดังนี้

(1) โครงข่ายโทรศัพท์พื้นฐาน คือ โทรศัพท์พื้นฐานแบบมีสายส่งสัญญาณติดอยู่ตามปกติทั่วไป

(2) โครงข่ายโทรศัพท์เคลื่อนที่ คือ โทรศัพท์ที่สามารถพกพาเคลื่อนที่ได้โดยไม่มีสายส่งสัญญาณติดกับตัวโทรศัพท์ และในเวลาต่อมามีระบบที่สามารถส่งข้อความได้อีกด้วย

(3) โครงข่ายสายเคเบิลเครือข่ายบรอดแบนด์ คือ เทคโนโลยีการสื่อสารผ่านเครือข่ายอินเทอร์เน็ตความเร็วสูง

(4) โครงข่ายโทรทัศน์ผ่านสายเคเบิล คือ การส่งสัญญาณโทรทัศน์ไปถึงผู้ชมทางบ้านผ่านสายเคเบิล

สิ่งที่ตรงกันข้ามกับการขนส่งวัตถุสิ่งของต่างๆ ก็คือ การบริการส่งสัญญาณ และสำหรับการบริการส่งสัญญาณทางโทรคมนาคมนั้นเป็นการบริการส่งสัญญาณที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อการถ่ายโอน การออกอากาศ หรือการเชื่อมต่อของสัญญาณในรูปแบบของลายลักษณ์อักษร รูปภาพ และเสียงหรือข้อมูลในลักษณะที่แตกต่างหลากหลาย โดยผ่านเส้นลวดส่งสัญญาณ คลื่นวิทยุ สื่อที่เป็นแม่เหล็กไฟฟ้า ซึ่งสามารถมองเห็นได้หรือสื่อที่เป็นแม่เหล็กไฟฟ้าอื่น ๆ รวมถึงการโอนสิทธิในการใช้ที่มีความสัมพันธ์เชื่อมโยงกันไปยังอุปกรณ์เพื่อการถ่ายโอน การออกอากาศ หรือการเชื่อมต่อสัญญาณ ซึ่งรวมไปถึงตำแหน่งที่มีความพร้อมของการเข้าไปสู่เครือข่ายข้อมูลข่าวสารทั่วโลกอีกด้วย[15]

2.2 ลักษณะพื้นฐานและความสำคัญของโทรคมนาคม

เทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารมีบทบาทสำคัญในชีวิตทางสังคมและทางเศรษฐกิจในประเทศอุตสาหกรรมสมัยใหม่ ข้อมูลและความพร้อมใช้งานของข้อมูลที่เชื่อมโยงโครงข่ายได้อย่างรวดเร็วและคุ้มค่าก็ได้มีการพัฒนามากขึ้นอย่างสม่ำเสมอเพื่อนำไปสู่การตัดสินใจในเรื่องของปัจจัยในการผลิตและสถานที่ตั้ง ซึ่งช่วยให้เกิดการเพิ่มขึ้นของผลิตภัณฑ์ในระบบเศรษฐกิจและนำไปสู่การปรับปรุงคุณภาพอย่างมีนัยสำคัญเช่นเดียวกันกับที่ได้มีข้อเสนอทางเลือกอย่างหลากหลายของการบริการส่งสัญญาณในรูปแบบใหม่ ๆ เครื่องคอมพิวเตอร์ที่มีสัญญาณแรงมากขึ้น ซอฟต์แวร์ที่มีความยืดหยุ่นมากขึ้น และทางเลือกในด้านการสื่อสาร สิ่งเหล่านี้ล้วนเป็นสิ่งจำเป็นที่ต้องใช้การบริการส่งสัญญาณซึ่งเป็นสิ่งที่ในอดีตยังไม่ถูกนึกถึง แต่ในปัจจุบันนี้คงไม่มีใครที่จะปฏิเสธสิ่งเหล่านี้ได้

โทรคมนาคมเป็นสิ่งที่ทำให้ในช่วงเวลาของยุคเศรษฐกิจที่มีปัญหายุ่งยากได้นำไปสู่การแบ่งภาคที่เป็นพลวัตทางเศรษฐกิจ สิ่งนี้เกี่ยวข้องกับทั้งการพัฒนาของเทคโนโลยีและแนวโน้มของการเติบโตทางเศรษฐกิจ ซึ่งอัตราการเติบโตทางเศรษฐกิจอย่างสูงสุดที่ได้ถูกคาดการณ์ไว้ล่วงหน้าก็คือ การบริการส่งสัญญาณโทรคมนาคม ในขณะที่ยอดขายอุปกรณ์ฮาร์ดแวร์มีปริมาณที่ลดลงอย่างมาก แม้แต่ในสหภาพยุโรปเองก็เช่นกัน ภาคโทรคมนาคมได้แสดงให้เห็นว่าเป็นหัวใจสำคัญประการหนึ่งในการพัฒนาทางเศรษฐกิจ ซึ่งความสำคัญทางเศรษฐกิจของการพัฒนาด้านเทคโนโลยีสารสนเทศที่มีอย่างต่อเนื่องได้แสดงออกอย่างชัดเจนว่า ตลาดด้านเทคโนโลยีสารสนเทศเป็นอุตสาหกรรมที่ใหญ่ที่สุดในโลกที่ควบคู่ไปพร้อมกับอุตสาหกรรมการท่องเที่ยวเลยก็ว่าได้

---

[14] Roggan, G-10-Gesetz, NomosKommentar 2012, § 1 Rn. 11.

[15] Bunjes, in: Heidner/Korn/Leonard/Robisch, Umsatzsteuergesetz, 2013, Kap. 3 Art. 24.

2.3 การพัฒนาและพื้นฐานทางกฎหมาย

การพัฒนาทางโทรคมนาคมนั้น ไม่เพียงแต่ขึ้นอยู่กับยุทธศาสตร์ขององค์กรและการเปลี่ยนแปลงทางเทคโนโลยีเท่านั้น แต่ยังต้องขึ้นอยู่กับกฎระเบียบที่สำคัญซึ่งนำไปสู่การกำหนดรูปแบบขององค์กรอย่างเหมาะสม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องของการกำกับดูแล และเมื่อตลาดได้มีการเปิดเสรี มีการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ และมีการกำกับดูแลการแข่งขันเป็นครั้งแรกในช่วงปี ค.ศ. 1990 ถึง ค.ศ. 1999 ซึ่งทำให้ตลาดกิจการโทรคมนาคมเกิดความมีชีวิตชีวา มีความหลากหลายและมีประสิทธิภาพสูงยิ่งขึ้น และโดยที่กฎหมายพื้นฐาน (GG) ได้มีการบัญญัติในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการบริการด้านไปรษณีย์และด้านโทรคมนาคมไว้ ความต้องการให้มีการเปิดเสรีของตลาดกิจการโทรคมนาคมจึงเป็นจุดเริ่มต้นของมาตรา 87 f ของกฎหมายพื้นฐาน (GG) อำนาจหน้าที่ต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการกำกับดูแลภาคการตลาดที่เคยเป็นของรัฐก็ได้ถูกดำเนินการโดยหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐด้านโครงข่ายแห่งสหพันธ์ (BNetzA) นอกจากนั้น มาตรา 87 f (2)[16] ของกฎหมายพื้นฐาน (GG) ถือได้ว่าเป็นพื้นฐานทางกฎหมายสำหรับการเปิดเสรีของตลาดกิจการโทรคมนาคม[17] ซึ่งการเปิดเสรีอย่างสมบูรณ์แบบของตลาดกิจการโทรคมนาคมของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้มีการปฏิรูประบบการไปรษณีย์เป็น 3 ช่วง และด้วยเหตุนี้กิจการโทรคมนาคมจึงเป็นส่วนหนึ่งของบริการสาธารณะของรัฐ[18] ภายหลังจากการเปิดเสรีอย่างสมบูรณ์แบบของตลาดกิจการโทรคมนาคมได้เสร็จสิ้นลงโดยผลของกฎหมายดังกล่าว ความพยายามในการกำกับดูแลของสหภาพยุโรปก็เริ่มมุ่งความสนใจไปในเรื่องของการขจัดข้อจำกัดที่เป็นอุปสรรคในการเข้าสู่ตลาดเพื่อเป็นการเพิ่มแรงกระตุ้นในการแข่งขันจึงได้มีการออกกฎระเบียบถึง 5 ฉบับ มาใช้ในปี ค.ศ. 2002 ซึ่งเป็นการแทนที่แนวทางการกำกับดูแลของสหภาพยุโรปก่อนหน้านี้ การปรับปรุงแก้ไขรัฐบัญญัติว่าด้วยโทรคมนาคม (TKG) ในปี ค.ศ. 2004 ได้เปลี่ยนแปลงแนวคิดทางกฎหมายของสหภาพยุโรปสำหรับการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ช้าออกไปเป็นเวลาหนึ่งปี เพื่อให้เป็นกฎหมายแห่งชาติ ต่อมา ช่วงปลายปี ค.ศ. 2007 คณะกรรมาธิการได้เสนอกฎหมายเพื่อการปฏิรูปออกมาอีกชุดหนึ่ง ซึ่งมีผลใช้บังคับในปี ค.ศ. 2009 โดยเป็นกฎหมายที่คุ้มครองสิทธิของผู้บริโภค ซึ่งเป็นการส่งเสริมให้มีข้อเสนอทางเลือกที่หลากหลายให้แก่ผู้บริโภคด้วยการเปิดแข่งขันอย่างเสรี เพิ่มการรักษาความปลอดภัยสำหรับการใช้การลงทุนในโครงสร้างพื้นฐานด้านโทรคมนาคมมิติใหม่ การดูแลจัดการตลาดที่เป็นอิสระมากขึ้น และการลดข้อจำกัดในการกำกับดูแลเพื่อสนับสนุนการใช้กฎหมายสำหรับการแข่งขันทั่วๆ ไป ด้วยข้อเสนอการปฏิรูปโดยให้มีหน่วยงานกำกับดูแลของสหภาพยุโรปที่เป็นอิสระสำหรับตลาดการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์ แต่ข้อเสนอดังกล่าวของคณะกรรมาธิการก็ล้มเหลว คงประสบความสำเร็จแต่เพียงการก่อตั้งคณะกรรมการชุดหนึ่งของสหภาพยุโรปเพื่อทำหน้าที่กำกับดูแลด้านการสื่อสารทางอิเล็กทรอนิกส์โดยมีหน้าที่ให้คำปรึกษาเท่านั้น[19]

3. การกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคม

3.1 รัฐบัญญัติว่าด้วยโทรคมนาคม (TKG)

รัฐบัญญัติฉบับนี้เป็นกฎหมายที่ใช้ในการกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี และมีหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐด้านโครงข่ายแห่งสหพันธ์ (BNetzA) เป็นองค์ประกอบหลัก ซึ่งได้รับการกำหนดขึ้นโดยองค์กรนิติบัญญัติเพื่อให้มีอำนาจหน้าที่ในการแทรกแซงอย่างหลากหลายรูปแบบ โดยมีวัตถุประสงค์ให้ทำหน้าที่ส่งเสริมการแข่งขันในภาคโทรคมนาคม สำหรับการกำกับดูแลนั้นเป็นนโยบายระยะยาวของรัฐบาลที่มีอิทธิพลต่อการ

---

[16] โปรดดูเชิงอรรถที่ 2

[17] Zwetkow, in: Heun/Fischer, Handbuch Telekommunikationsrecht, 2002, Rn. 3, 4 f.

[18] Zu „drei Postreformen“ z.B. Berndt, Die Anreizregulierung in den Netzwirtschaften, 2011, S. 48.

[19] Berndt, Die Anreizregulierung in den Netzwirtschaften, 2011, S. 49 f. m.w.N.

จำกัดพฤติกรรมของภาคธุรกิจ ซึ่งไม่เพียงแต่เป็นการบังคับใช้กฎระเบียบโดยทั่วไปเท่านั้น แต่จะต้องประกอบด้วยลักษณะสำคัญ อีก 4 ประการ กล่าวคือ การกำหนดเจาะจงเป็นภาคส่วน เครื่องมือที่มีลักษณะเฉพาะในการกำกับดูแล การมีอยู่ของหน่วยงานกำกับดูแล และกฎหมายว่าด้วยการกำกับดูแล การกำกับดูแลอาจเป็นกฎระเบียบที่มีลักษณะเป็นการวางรากฐานของตลาดโดยทั่วไปหรืออาจเป็นการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงให้ดีขึ้น และยังมีความเกี่ยวพันถึงหน้าที่หรือการวางรากฐานของตลาดกิจการโทรคมนาคมด้วย[20] บทบัญญัติที่เป็นเครื่องมือในการกำกับดูแลได้ปรากฏอยู่ในมาตรา 9 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยโทรคมนาคม (TKG) เป็นต้นไป โดยปรากฏให้เห็นชัดเจนถึงความซับซ้อนระหว่างการกำกับดูแลในเชิงเศรษฐกิจและการกำกับดูแลที่ไม่ใช่ในเชิงเศรษฐกิจ (ตัวอย่างการกำกับดูแลที่ไม่ใช่ในเชิงเศรษฐกิจ เช่น การคุ้มครองลูกค้า การออกอากาศ การจัดระเบียบคลื่นความถี่ การคุ้มครองข้อมูลข่าวสาร)[21] อย่างไรก็ตาม กฎหมายไม่ได้ทำให้เกิดความแตกต่างอย่างชัดเจนระหว่างกฎระเบียบในเชิงเศรษฐกิจและไม่ใช่ในเชิงเศรษฐกิจ เนื่องจากกฎระเบียบที่ถูกกำหนดขึ้นและเป็นที่รู้จักกันนี้ก็มีความสำคัญทางเศรษฐกิจด้วยเช่นกัน

3.2 หน่วยงานกำกับดูแลของรัฐด้านโทรคมนาคม

หน่วยงานของรัฐที่ทำหน้าที่กำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี มีชื่อในภาษาเยอรมันว่า Bundesnetzagentur หรือ BnetzA แปลเป็นภาษาไทยได้ว่า หน่วยงานกำกับดูแลของรัฐด้านโครงข่ายแห่งสหพันธ์ ซึ่งประกอบด้วยประธาน รองประธาน คณะกรรมการ ที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยและตัดสินใจหรือการใช้ดุลพินิจและที่ปรึกษาของหน่วยงาน หน่วยงานกำกับดูแลของรัฐด้านโครงข่ายแห่งสหพันธ์ (BNetzA) เป็นหน่วยงานกำกับดูแลด้านไฟฟ้า ก๊าซ โทรคมนาคม ไปรษณีย์ และรถไฟ โดยมีอำนาจหน้าที่อย่างหลากหลาย ฝ่ายนิติบัญญัติได้กำหนดอำนาจหน้าที่ในส่วนที่เป็นอำนาจในการกำกับดูแลอันเป็นที่สุด ในส่วนของกฎหมายว่าด้วยการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ โดยเห็นว่าเป็นเรื่องจำเป็นยิ่ง เพื่อให้เกิดการแข่งขันที่เป็นการแข่งขันจริง ๆ และเกิดการแข่งขันที่เป็นธรรม โดยมีโอกาสเท่าเทียมกันในแต่ละตลาดที่มีความสัมพันธ์ต่อกัน อำนาจหน้าที่ที่เป็นรูปธรรมของหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐด้านโครงข่ายแห่งสหพันธ์ (BNetzA) เป็นผลมาจากพื้นฐานทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องสัมพันธ์กันกับกิจกรรมหรือพฤติกรรมต่าง ๆ ความพิเศษที่เจาะจงเฉพาะของการกำกับดูแลกิจการโทรคมนาคมมิได้เป็นผลมาจากการจัดตั้งหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐด้านโครงข่ายแห่งสหพันธ์ (BNetzA) แต่เป็นผลมาจากการที่มีบทบัญญัติที่ได้กำหนดให้มีการเปลี่ยนชื่อของหน่วยงานที่ถูกจัดตั้งไว้อยู่ก่อนแล้ว บทบัญญัติตามมาตรา 1 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐด้านโครงข่ายแห่งสหพันธ์ (BNetzAG) บัญญัติให้หน่วยงานกำกับดูแลของรัฐด้านโครงข่ายแห่งสหพันธ์ (BNetzA) เป็นหน่วยงานระดับสูงแห่งสหพันธ์ที่มีความเป็นอิสระในภาคธุรกิจภายใต้การกำกับดูแลของกระทรวงเศรษฐกิจและเทคโนโลยี การจัดตั้งขึ้นของหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐด้านโครงข่ายแห่งสหพันธ์ (BNetzA) เกิดจากหลักสิทธิทางสังคมและสิทธิตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นเรื่องของความมีอิสระในด้านต่างๆ ได้แก่ อิสระในการทำงาน อิสระจากทางการเมืองและอิสระทางองค์กร

3.3 การพิจารณาวินิจฉัยและตัดสินใจหรือการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐ

ในขอบข่ายของกฎหมายมหาชน ได้ปรากฏข้อความคิดในเรื่องแดนอำนาจดุลพินิจวินิจฉัยและแดนอำนาจดุลพินิจตัดสินใจของฝ่ายปกครอง ได้แก่ อำนาจดุลพินิจในทางปกครองทั่วไป แดนอำนาจดุลพินิจวินิจฉัยของฝ่ายปกครอง และความเป็นอิสระในการวางแผนดำเนินการหรือสิ่งอื่นที่คล้ายกันกับการใช้ดุลพินิจในการวางแผนดำเนินการและ/หรือการใช้ดุลพินิจในการกำกับดูแล บทบัญญัติของกฎหมายโดยทั่วไปจะใช้ถ้อยคำว่า “เมื่อ...แล้ว/ดังนั้น...”

---

[20] Saß, Regulierung im Mobilfunk, 2009, S. 61.

[21] Nachzulesen: Holznagel/Enaux/Nienhaus, Telekommunikationsrecht, 2006, S. 31 ff.

(Wenn-dann-Satz) ดุลพินิจตัดสินใจจะปรากฏอยู่ในส่วนของผลทางกฎหมาย ดุลพินิจตัดสินใจอาจเกี่ยวข้องกับปัญหาที่ว่าจะสั่งให้ผลทางกฎหมายนั้นเกิดขึ้นได้หรือไม่ (ดุลพินิจอย่างเด็ดขาด) หรือเกี่ยวกับปัญหาที่ว่าผลทางกฎหมายใดจากผลทางกฎหมายที่มีอย่างหลากหลายจะถูกเลือกให้เกิดผลขึ้น (ดุลพินิจในการเลือก) โดยที่ศาลจะต้องเป็นผู้วินิจฉัยอย่างละเอียดถี่ถ้วนและรอบคอบว่า เงื่อนไขที่กฎหมายได้บัญญัติไว้เพื่อให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจดำเนินการต่าง ๆ ได้นั้นปรากฏขึ้นครบถ้วนแล้วหรือไม่ ในขณะที่ศาลจะให้อิสระแก่ฝ่ายปกครองในส่วนที่เป็นแดนอำนาจดุลพินิจวินิจฉัยในเรื่องที่เกี่ยวกับความหมายของถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง (unbestimmte Rechtsbegriffe) ที่ปรากฏอยู่ในส่วนขององค์ประกอบส่วนเหตุหรือข้อเท็จจริงอันเป็นเงื่อนไขของการใช้อำนาจ จึงทำให้ฝ่ายปกครอง ซึ่งรวมไปถึงหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐด้านโครงข่ายแห่งสหพันธ์ (BNetzA) มีดุลพินิจวินิจฉัยกำหนดขอบเขตความหมายของถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงดังกล่าวได้อย่างอิสระ

ความแตกต่างระหว่างอำนาจดุลพินิจวินิจฉัยและอำนาจดุลพินิจตัดสินใจ เป็นประเด็นที่มีความสำคัญในเรื่องปัญหาเกี่ยวกับหลักการคุ้มครองสิทธิของประชาชนโดยศาลปกครอง ซึ่งโดยทั่วไปแล้วศาลปกครองมีอำนาจเพียงควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองเท่านั้น ส่วนอำนาจในการควบคุมตรวจสอบความเหมาะสมในการใช้ดุลพินิจตัดสินใจนั้นสามารถทำได้ในกรณีที่เป็นข้อยกเว้นเท่านั้น (แตกต่างจากคดีที่ขึ้นไปสู่ศาลปกครองสูงสุดแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bundesverwaltungsgericht หรือ BVerwG) ที่สามารถตรวจสอบได้ทั้งหมด) สำหรับถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงซึ่งอยู่ในแดนอำนาจดุลพินิจวินิจฉัยของฝ่ายปกครองนั้น แม้กฎหมายจะเปิดช่องให้ฝ่ายปกครองตีความได้อย่างอิสระก็ตาม แต่โดยหลักแล้วการตีความของฝ่ายปกครองดังกล่าวก็ยังคงต้องถูกตรวจสอบได้โดยศาลปกครอง[22]

อย่างไรก็ตาม ในส่วนที่เกี่ยวกับกฎหมายว่าด้วยการกำกับดูแล โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนที่เกี่ยวกับรัฐบัญญัติว่าด้วยโทรคมนาคม (TKG) นั้น การพิจารณาวินิจฉัยและตัดสินใจของหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐที่เป็นการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยและดุลพินิจตัดสินใจและ/หรือดุลพินิจในการกำกับดูแล ได้รับการยอมรับมากขึ้น แต่ศาลเองก็ยังคงสามารถตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐได้อยู่ ด้วยเหตุผลอันเนื่องมาจากหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญที่สำคัญ คือ หลักประกันการคุ้มครองสิทธิของประชาชน (Rechtsschutzgarantie) ตามมาตรา 19 (4) ของกฎหมายพื้นฐาน (GG) ซึ่งทำให้เกิดคำถามมาโดยตลอดว่า ตามหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญได้ให้อำนาจในการกำกับดูแลแก่หน่วยงานกำกับดูแลของรัฐมากน้อยเพียงใด[23] อันถือเป็นเรื่องจำเป็นที่ต้องการให้มีคำตอบที่ชัดเจนมากยิ่งขึ้น

4. การควบคุมตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐโดยศาล

4.1 อำนาจของศาลในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ในกรณีที่กฎหมายได้บัญญัติให้อำนาจดุลพินิจแก่หน่วยงานกำกับดูแลของรัฐ ศาลย่อมมีอำนาจตรวจสอบการพิจารณาวินิจฉัยและตัดสินใจอันเป็นผลมาจากการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐดังกล่าวได้ แต่การพิจารณาวินิจฉัยและตัดสินใจที่เป็นผลมาจากการใช้ดุลพินิจตามที่กล่าวมานี้ อาจถูกตรวจสอบได้ภายในขอบเขตที่จำกัดตามมาตรา 114[24] แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีของศาลปกครอง (Verwaltungsgerichtsordnung) หรือ

---

[22] Häfelin, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2006, S. 94 f.

[23] Sachs, NVwZ 2012, 649.

[24] มาตรา 114 บัญญัติว่า ในกรณีที่หน่วยงานทางปกครองมีอำนาจดุลพินิจเป็นของตนเอง ศาลจะตรวจสอบด้วยว่า การกระทำทางปกครองและ/หรือการงดเว้นหรือการปฏิเสธการกระทำทางปกครองโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ อันเนื่องจากการใช้ดุลพินิจเกินขอบเขตที่กฎหมายให้อำนาจไว้ หรือการใช้ดุลพินิจเป็นไปโดยไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการใช้ดุลพินิจ หน่วยงานทางปกครองอาจเพิ่มเติมข้อควรพิจารณาในการใช้ดุลพินิจของการกระทำทางปกครองได้ในการดำเนินกระบวนพิจารณาคดีของศาลปกครองด้วย

(VwGO) การตรวจสอบโดยศาลนี้สามารถทำได้เฉพาะในกรณีปัญหาที่ว่า การกระทำทางปกครองและ/หรือการงดเว้นหรือการปฏิเสธการกระทำทางปกครองนั้น ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ความไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้อาจเกิดขึ้นได้ด้วยเหตุผล 2 ประการ คือ ประการที่หนึ่ง มีการใช้ดุลพินิจเกินขอบเขต ประการที่สอง การใช้ดุลพินิจเป็นไปโดยไม่สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของการใช้ดุลพินิจ (การใช้ดุลพินิจผิดพลาดหรือบกพร่องหรือการใช้ดุลพินิจในทางที่มิชอบ) สำหรับกรณีที่เป็นการใช้กฎหมายผิดพลาดผิดหลงนั้น แม้มาตรา 40[25] แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีปฏิบัติงานของฝ่ายปกครอง (Verwaltungsverfahrensgesetz) หรือ (VwVfG) และมาตรา 114 แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีของศาลปกครอง (VwGO) จะมิได้กล่าวถึงไว้โดยชัดแจ้ง แต่เป็นที่เข้าใจกันได้ว่า เป็นกรณีที่หน่วยงานกำกับดูแลของรัฐมิได้ใช้ดุลพินิจทั้ง ๆ ที่กฎหมายบัญญัติขอบเขตอำนาจในการใช้ดุลพินิจไว้อย่างชัดแจ้ง[26] โดยในทางตำราและคำวินิจฉัยของศาลได้มีการกล่าวถึงการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายแตกต่างกันไป ในบทความนี้จะกล่าวถึงการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยพิจารณาถึงพฤติกรรมของหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐ มิใช่เป็นการพิจารณาถึงลักษณะของความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งศาลมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบได้ ดังนี้[27]

(1) การใช้ดุลพินิจเกินขอบเขต : เกิดขึ้นก็ต่อเมื่อหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐมิได้พิจารณาวินิจฉัยและตัดสินใจภายในขอบเขตที่กฎหมายบัญญัติไว้ นั่นหมายความว่า เป็นการใช้ดุลพินิจที่ทำให้เกิดผลประการหนึ่งที่มิชอบด้วยกฎหมาย โดยส่วนใหญ่แล้วขอบเขตในการใช้ดุลพินิจมักเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน หลักความเสมอภาค และหลักความได้สัดส่วน (หลักความพอสมควรแก่เหตุ) ซึ่งการใช้ดุลพินิจเกินขอบเขตย่อมเป็นการก้าวล่วงเข้าไปละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชนหรือกระทำการอันไม่ได้สัดส่วนหรือไม่พอสมควรแก่เหตุนั่นเอง

(2) การใช้ดุลพินิจผิดพลาดหรือบกพร่อง (การใช้ดุลพินิจในทางที่มิชอบ) : เกิดขึ้นก็ต่อเมื่อหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐมิได้ดำเนินการให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ที่กฎหมายให้อำนาจในการใช้ดุลพินิจไว้ ซึ่งอาจเกิดขึ้นได้สองกรณี คือ กรณีที่หนึ่ง เมื่อกฎหมายบัญญัติให้ใช้ดุลพินิจแต่กลับมิได้มีการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาวินิจฉัยและตัดสินใจในเรื่องใดเรื่องหนึ่ง หรือในทางกลับกันคือ กรณีที่สอง เมื่อการพิจารณาวินิจฉัยและตัดสินใจนั้น ๆ ตั้งอยู่บนวิธีการคิดที่ผิดไปจากที่กฎหมายได้ให้อำนาจไว้ ซึ่งเป็นวิธีการคิดที่ไม่อาจจะเข้ามาเกี่ยวข้องกับเรื่องนั้น ๆ เลย โดยศาลสามารถตรวจสอบการใช้ดุลพินิจผิดพลาดหรือบกพร่องทั้งสองกรณีดังกล่าวได้ โดยกรณีที่หนึ่ง ศาลจะตรวจสอบความสมบูรณ์ของการใช้ดุลพินิจ ส่วนกรณีที่สอง ศาลจะตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้ดุลพินิจ

(3) การใช้ดุลพินิจต่ำกว่าเกณฑ์ : เกิดขึ้นก็ต่อเมื่อหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐไม่ใช้ดุลพินิจให้สมบูรณ์ครบถ้วนตามที่กฎหมายได้ให้อำนาจไว้ ซึ่งเป็นกรณีที่ถือได้ว่ามีการใช้ดุลพินิจแล้ว เพียงแต่ใช้ไม่ครบถ้วน จึงทำให้การพิจารณาวินิจฉัยและตัดสินใจต่ำกว่าเกณฑ์ขั้นต่ำที่ได้มีการกำหนดไว้แล้ว

(4) การไม่ใช้ดุลพินิจ : เกิดขึ้นก็ต่อเมื่อหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐไม่ใช้ดุลพินิจเลย ทั้ง ๆ ที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ ซึ่งอาจเกิดจากความไม่รู้ว่าสามารถใช้ดุลพินิจได้หรือเข้าใจว่าไม่ต้องใช้ดุลพินิจก็ย่อมได้

(5) การละเมิดหลักความเสมอภาคและหลักความได้สัดส่วน (หลักความพอสมควรแก่เหตุ) : Wolff และ Bachof ซึ่งเป็นนักวิชาการทางกฎหมายมหาชนได้กล่าวไว้ว่า การละเมิดหลักความเสมอภาคและหลักความได้สัดส่วน (หลักความพอสมควรแก่เหตุ) ถือเป็นส่วนหนึ่งของการใช้ดุลพินิจในทางที่มิชอบ โดยเป็นกรณีที่มีความผิดพลาดหรือบกพร่องในทางอัตวิสัยซึ่งเป็นเรื่องของตัวบุคคลผู้ทำการพิจารณาวินิจฉัยและตัดสินใจในกรณีใดกรณีหนึ่ง คือ เป็นกรณี

---

[25] มาตรา 40 บัญญัติว่า ผู้มีอำนาจดุลพินิจต้องใช้ดุลพินิจที่มีนั้นให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ และต้องใช้ดุลพินิจภายในขอบเขตที่กฎหมายกำหนดไว้

[26] Bull, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 2009, S. 255.

[27] Insgesamt dazu: Bull, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, 2009, S. 255 ff.

ที่มีเหตุชักจูงใจที่มิชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการใช้ดุลพินิจในทางที่มิชอบนั้นพิสูจน์ได้ยากลำบากมาก หากไม่ปรากฏหลักฐานใด ๆ ที่ประจักษ์ชัด จึงย่อมเป็นการง่ายในการอำพรางเหตุชักจูงใจที่แท้จริงเอาไว้ และเปิดเผยเหตุอื่นแทน

สำหรับแดนอำนาจดุลพินิจวินิจฉัยของหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐที่อาจถูกตรวจสอบได้โดยศาลนั้น ยังมีลักษณะที่เพิ่มขึ้นนอกจากที่กล่าวมาข้างต้นแล้ว คือ

(6) การเพิกเฉยต่อการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยที่ลดลงจนเป็นศูนย์[28] : ดุลพินิจวินิจฉัยที่ลดลงจนเป็นศูนย์หมายความว่า แม้กฎหมายจะบัญญัติให้อำนาจดุลพินิจวินิจฉัยไว้ก็ตาม แต่เมื่อดุลพินิจดังกล่าวถูกลดลงจนไม่มีดุลพินิจอีกต่อไปแล้ว หน่วยงานกำกับดูแลของรัฐย่อมไม่อาจใช้ดุลพินิจวินิจฉัยใด ๆ ได้อีก หากยังคงใช้ดุลพินิจวินิจฉัยต่อไป กรณีย่อมถือว่าเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบด้วยกฎหมายนั่นเอง

จากที่กล่าวมาข้างต้นจึงอาจสรุปได้ว่า โดยหลักแล้วศาลสามารถตรวจสอบการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีอันเป็นองค์ประกอบส่วนเหตุได้อย่างเต็มที่ เพียงแต่ศาลควรสงวนท่าทีในกรณีที่ศาลปราศจากข้อมูลที่จำเป็นเพียงพอซึ่งศาลเองก็มิใช่ผู้ที่มีความเชี่ยวชาญในเรื่องนั้น ๆ อย่างไรก็ตาม ข้อจำกัดการตรวจสอบมิได้เกิดจากการที่ไม่มีความเป็นไปได้ในการตรวจสอบ แต่เกิดจากการไม่มีกฎหมายให้อำนาจในการตรวจสอบ และเนื่องจากการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยของหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐมีความผิดพลาดหรือบกพร่องอย่างชัดแจ้ง ศาลจึงจำเป็นที่จะต้องเข้ามาทำหน้าที่ตรวจสอบ ดังนั้น แดนอำนาจดุลพินิจวินิจฉัยของหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐ (หรือฝ่ายปกครอง) จึงควรเกิดขึ้นในกรณีที่เป็นข้อยกเว้นเท่านั้น

4.2 ข้อจำกัดอำนาจของศาลในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐ

ฝ่ายตุลาการหรือศาลได้อาศัยบทบัญญัติตามมาตรา 19 (4) ของกฎหมายพื้นฐาน (GG) เพื่อแสดงความเห็นว่าศาลมีอำนาจโดยสมบูรณ์ในการตรวจสอบการตีความถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง ซึ่งน่าจะเป็นความเห็นที่ถูกต้องแล้ว เนื่องจากฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐมีแดนอำนาจดุลพินิจวินิจฉัยเป็นเพียงข้อยกเว้นเท่านั้น ความชอบด้วยกฎหมายที่สำคัญของแดนอำนาจดุลพินิจวินิจฉัยของหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐโดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยของหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐไม่อาจเกิดขึ้นได้ใหม่ด้วยคำวินิจฉัยของศาลอย่างมีเหตุมีผล แต่แดนอำนาจดุลพินิจวินิจฉัยของหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐนั้นอาจถูกจำกัดขอบเขตด้วยเกณฑ์ประเมินคุณค่าทั่ว ๆ ไปได้ด้วยเช่นกัน ด้วยเหตุนี้เองศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (BVerfG) จึงได้วินิจฉัยไว้ว่า โดยหลักแล้วศาลปกครองมีหน้าที่ในการควบคุมตรวจสอบการพิจารณาวินิจฉัยและตัดสินใจของฝ่ายปกครองได้โดยไม่มีข้อจำกัดทั้งในประเด็นข้อเท็จจริงและประเด็นข้อกฎหมาย[29] และโดยที่ฝ่ายปกครองมีอิสระในการวินิจฉัยกรณีของถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจง ซึ่งถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงที่ถือเป็นแดนอำนาจดุลพินิจวินิจฉัยของฝ่ายปกครอง ซึ่งจะปรากฏให้เห็นในกรณีต่อไปนี้เท่านั้น คือ การวินิจฉัยที่เป็นเรื่องการประเมินการสอบและการวินิจฉัยอื่น ๆ ที่มีลักษณะคล้ายการตรวจสอบ การวินิจฉัยที่เกี่ยวกับกฎหมายของข้าราชการ การวินิจฉัยที่เป็นการประเมินโดยคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญ การวินิจฉัยที่เป็นการคาดการณ์และการประเมินความเสี่ยงโดยเฉพาะในกฎหมายที่เกี่ยวกับสิ่งแวดล้อมและเศรษฐกิจ

สำหรับการให้เหตุผลเกี่ยวกับการมีอยู่ของแดนอำนาจดุลพินิจวินิจฉัยของหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐในส่วนของกฎหมายว่าด้วยโทรคมนาคม (TKG) ซึ่งมีเหตุผลจำเป็นที่ต้องให้หน่วยงานกำกับดูแลของรัฐมีอำนาจดุลพินิจวินิจฉัยโดยมีเหตุผลที่เกี่ยวข้องกับผลลัพธ์ที่ว่า ศาล *สามารถ* และ *ควรที่จะ* ตรวจสอบการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยของหน่วยงานกำกับ

---

[28] Detterbeck, Allegemeines Verwaltungsrecht, 2013, S. 119.

[29] Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2011, S. 157 f.

ดูแลของรัฐหรือไม่ และเมื่อใด อันมีข้อจำกัดอำนาจการตรวจสอบของศาลดังต่อไปนี้[30]

(1) เมื่อมีความไม่ชัดเจนของถ้อยคำทางกฎหมาย

(2) เมื่อเป็นเรื่องเกี่ยวกับความเชี่ยวชาญเป็นพิเศษของหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐ

(3) เมื่อมีความยากลำบากในการตรวจสอบกรณีที่มีความยุ่งยากซับซ้อนในการวินิจฉัย

(4) เมื่อการวินิจฉัยที่เกี่ยวกับการกำกับดูแลมีลักษณะเป็นการวินิจฉัยของคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญ : โครงสร้างของคณะกรรมการผู้เชี่ยวชาญซึ่งทำหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยในหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐด้านโครงข่ายแห่งสหพันธ์ (BNetzA) และรูปแบบการดำเนินงานของคณะกรรมการดังกล่าวสามารถสร้างความชอบธรรมให้เกิดกับแดนอำนาจดุลพินิจวินิจฉัยของหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐได้ กล่าวคือ กรณีที่เป็นเรื่องเกี่ยวกับการวินิจฉัยที่เกิดจากกระบวนการที่มีลักษณะคล้ายกันกับการดำเนินกระบวนพิจารณาคดีของศาล หน่วยงานกำกับดูแลของรัฐซึ่งมีความเชี่ยวชาญและมีความเป็นอิสระปราศจากอำนาจบังคับบัญชาของรัฐบาล ซึ่งผู้ที่มีส่วนเกี่ยวข้องทุกฝ่ายก็ได้มีส่วนร่วมในการดำเนินกระบวนการพิจารณาวินิจฉัยได้อย่างเต็มที่ จึงอาจเทียบเคียงได้กับหลักการคุ้มครองสิทธิของประชาชนที่มีขึ้นก่อนที่จะต้องไปพึ่งพากระบวนการยุติธรรมทางศาล

(5) เมื่อเป็นการวินิจฉัยที่มีการชั่งน้ำหนักเพื่อประเมินค่าในสิ่งที่มีความยุ่งยากซับซ้อนในลักษณะของการวางแผนดำเนินการ

(6) เมื่อมีลักษณะที่เป็นการคาดการณ์ในอนาคต : บทบัญญัติในหลายมาตราที่เกี่ยวกับการกำกับดูแลตลาดกิจการโทรคมนาคมของรัฐบัญญัติว่าด้วยโทรคมนาคม (TKG) ได้บัญญัติให้มีการคาดการณ์จากหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐด้านโครงข่ายแห่งสหพันธ์ (BNetzA) ในเรื่องการพัฒนาตลาดกิจการโทรคมนาคมในอนาคต

5. บทสรุป

จากการที่ผู้เขียนได้ศึกษาในเรื่องที่นำมาเขียนเป็นบทความนี้ ผู้เขียนมีความเห็นว่า “หลักประกันการคุ้มครองสิทธิของประชาชน” ตามมาตรา 19 (4) ของกฎหมายพื้นฐาน (GG) มีความสำคัญต่อความสัมพันธ์ระหว่างฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐซึ่งมีดุลพินิจในการพิจารณาวินิจฉัยและตัดสินใจกับองค์กรตุลาการหรือศาลซึ่งมีอำนาจในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจดังกล่าว เนื่องจากหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐซึ่งในที่นี้คือ หน่วยงานกำกับดูแลของรัฐด้านโครงข่ายแห่งสหพันธ์ (BNetzA) ไม่ได้เป็นองค์กรที่มีอำนาจหน้าที่เช่นเดียวกันกับศาล จึงมิได้มีอิสระโดยปราศจากคำแนะนำใด ๆ ซึ่งหลักประกันการคุ้มครองสิทธิของประชาชนดังกล่าวนี้ เป็นไปตามหลักการที่ว่า ศาลสามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองได้อย่างเต็มที่ ทั้งในประเด็นข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย นอกจากนี้มาตรา 19 (4) ของกฎหมายพื้นฐาน (GG) บัญญัติขึ้นเพื่อไม่ต้องการขัดขวางฝ่ายนิติบัญญัติในการกำหนดสิทธิต่าง ๆ ที่เป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย กล่าวคือ การกระทำการใด ๆ จะสามารถกระทำได้ก็ต่อเมื่อมีกฎหมายบัญญัติให้อำนาจไว้ ซึ่งเป็นเรื่องระหว่างหลักความชอบด้วยกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ให้อำนาจศาลในการตรวจสอบฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐได้อย่างสมบูรณ์เต็มที่ และข้อยกเว้นที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐในการพิจารณาวินิจฉัยและตัดสินใจอันเป็นที่สุด

อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนยังมีความเห็นในอีกมุมมองหนึ่งว่า แม้ว่าอำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐตามการปกครองในระบอบประชาธิปไตย (หลักประชาธิปไตยของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

---

[30] Zusammengetragen von: Bosch, Die Kontrolldichte der gerichtlichen Überprüfung von Marktregulierungs-entscheidungen der BNetzA nach dem TKG, 2010, S. 47 ff., 62 f.

ได้ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 20 (2)[31] ของกฎหมายพื้นฐาน (GG)) เป็นเรื่องที่ทำให้หลายฝ่ายเกิดความกังวลก็ตาม แต่ในเวลาเดียวกันก็เป็นเรื่องที่จำเป็นและหลีกเลี่ยงไม่ได้ และด้วยเหตุผลอันเนื่องมาจากภารกิจของรัฐและการให้ความเป็นธรรมในแต่ละกรณี ฝ่ายนิติบัญญัติจึงได้ยอมรับให้รัฐบาลหรือฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐมีดุลพินิจในการพิจารณาวินิจฉัยและตัดสินใจเองได้ เพื่อให้มีการบริหารงานได้อย่างคล่องตัว มีอิสระในการบังคับใช้กฎหมาย และเพื่อหลีกเลี่ยงความยากลำบากในการสร้างความเป็นธรรมในแต่ละกรณี ยิ่งไปกว่านั้น สิทธิหรืออำนาจของฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐที่มีก็ไม่ใช่สิทธิหรืออำนาจที่มีเพื่อดำเนินการให้บรรลุวัตถุประสงค์เป็นการส่วนตัว แต่มีไว้ใช้เป็นเครื่องมือทางกฎหมายเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ทั้งทางสังคม ทางเศรษฐกิจ ทางสิ่งแวดล้อม และทางวัฒนธรรม ซึ่งมีความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กับการบริหารฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐ จึงถือได้ว่ามีอำนาจบริหารเป็นของตนเองโดยเฉพาะอำนาจในการกำกับดูแลนั่นเอง ดังนั้น แดนอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยและตัดสินใจหรืออำนาจดุลพินิจจึงเป็นเครื่องมือในการบริหารงานที่จำเป็นและหลีกเลี่ยงไม่ได้เลย ซึ่งสอดคล้องกับหลักนิติรัฐและหลักประชาธิปไตยตามที่ปรากฏอยู่ในกฎหมาย (GG) โดยอาจกล่าวได้ว่า อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐเป็นเรื่องที่ชอบด้วยกฎหมายรัฐธรรมนูญแล้ว

Gärditz[32] ได้เขียนบทความ[33] ซึ่งมีสาระสำคัญส่วนหนึ่งที่กล่าวว่า หน่วยงานกำกับดูแลของรัฐด้านโครงข่ายแห่งสหพันธ์ (BNetzA) จะต้องอยู่ภายใต้คำแนะนำของรัฐมนตรี (เป็นความเห็นที่ตรงกันข้ามกับความเห็นที่มีทั่วไป) ซึ่งผู้เขียนมีความเห็นสอดคล้องกับ Gärditz ที่ว่า ฝ่ายปกครองซึ่งในที่นี้คือ หน่วยงานกำกับดูแลของรัฐด้านโครงข่ายแห่งสหพันธ์ (BNetzA) จะต้องมีความรับผิดชอบและมีอำนาจอิสระบางประการซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของการใช้อำนาจบริหารที่ศาลควรจำกัดอำนาจในการตรวจสอบ นอกจากนี้ ฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐอาจนำหลักการปกครองในระบอบประชาธิปไตยที่เห็นจากสถานการณ์ที่เกิดขึ้นจริงในปัจจุบันมาแก้ไขเปลี่ยนแปลงการกำกับดูแลเพื่อให้เกิดการพัฒนาอย่างต่อเนื่องต่อไปได้

สำหรับแนวความคิดเกี่ยวกับถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงนั้น ผู้เขียนเห็นว่า โดยหลักแล้วศาลปกครองควรมีอำนาจตรวจสอบดุลพินิจวินิจฉัยของฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐได้ แต่ต้องมีข้อจำกัดอำนาจอันเป็นข้อยกเว้นที่ทำให้ศาลปกครองไม่สามารถตรวจสอบดุลพินิจวินิจฉัยในบางประการได้ กล่าวคือ หากเป็นการใช้ดุลพินิจวินิจฉัยของคณะกรรมการผู้มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน เช่น การใช้ดุลพินิจวินิจฉัยของหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐด้านโครงข่ายแห่งสหพันธ์ (BNetzA) เนื่องจากศาลปกครองไม่ใช่ผู้ที่มีความเชี่ยวชาญในการกำกับดูแลด้านโทรคมนาคม จึงย่อมไม่มีข้อมูลที่จำเป็นเพียงพอเพื่อใช้ในการตรวจสอบการใช้ดุลพินิจดังกล่าว

ในภาคโทรคมนาคมนั้น โดยหลักแล้วศาลปกครองสามารถตรวจสอบได้อย่างไม่จำกัดว่า มีข้อกำหนดพิเศษใด ๆ ที่เป็นทางเลือกของหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐหรือไม่ ที่เป็นการจำกัดสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน สำหรับการตรวจสอบการพิจารณาวินิจฉัยและตัดสินใจของหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐในเรื่องที่ยุ่งยากซับซ้อนโดยศาลปกครองนั้น ไม่อาจจะใช้แต่เพียงทฤษฎีเกี่ยวกับความผิดพลาดหรือบกพร่องในการใช้ดุลพินิจที่มีอยู่แต่เดิมได้ ดังนั้น ศาลปกครองจึงต้องตรวจสอบโดยใช้หลักเกณฑ์ตามหลักการชั่งน้ำหนักในการพิจารณาวินิจฉัยและตัดสินใจตามกฎหมายว่าด้วยการวางแผนดำเนินการ ซึ่งประกอบไปด้วยตัวช่วยสำคัญอย่างทฤษฎีเกี่ยวกับความผิดพลาดหรือบกพร่องในการชั่งน้ำหนักในการพิจารณาวินิจฉัยและตัดสินใจ เนื่องจากการมีผลประโยชน์ของหลายฝ่ายที่แตกต่างกันไป ในกรณีที่เป็นการพิจารณา

---

[31] โปรดดูเชิงอรรถที่ 11

[32] Prof. Dr. Klaus Ferdinand Gärditz : ศาสตราจารย์ประจำภาควิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยบอนน์ สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี, ที่ปรึกษาการเขียนรายงานในวิชาสัมมนากฎหมายและวิทยานิพนธ์ของผู้เขียน

[33] Insgesamt dazu: Gärditz, Bonner Rechtsjournal 2010, 88 m.w.N.

วินิจฉัยและตัดสินใจเกี่ยวกับการกำกับดูแลและเป็นเรื่องเกี่ยวกับการทำงานในการออกแบบสิ่งที่เป็นความสัมพันธ์เกี่ยวข้องกันโดยต้องขับเคลื่อนไปเป็นส่วนๆ และเป็นความสัมพันธ์ที่ไม่สามารถกำหนดได้อย่างชัดเจน แนวคิดในการตรวจสอบดังกล่าวนี้ยังคงให้หน่วยงานกำกับดูแลของรัฐมีอิสระในการพิจารณาวินิจฉัยและตัดสินใจซึ่งเป็นผลมาจากความเชื่อมโยงกันทางกฎหมายที่ถูกจำกัดในทางเนื้อหา ในขณะเดียวกันก็ไม่อาจปฏิเสธหลักประกันการคุ้มครองสิทธิของประชาชนอย่างมีประสิทธิภาพด้วยการตรวจสอบโดยศาลปกครอง และด้วยเหตุผลในเรื่องของอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองที่ได้พิจารณาวางแนวคำวินิจฉัย เหตุผลด้านองค์กรและการวินิจฉัยด้วยความเชี่ยวชาญของหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐ เหตุผลในเรื่องการดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยความสงบสุขของประชาชนส่วนรวม เหตุผลในเรื่องลักษณะใกล้เคียงกันกับการชั่งน้ำหนักเกี่ยวกับการวางแผนดำเนินการ และเหตุผลในเรื่องข้อกำหนดอันเป็นกฎระเบียบที่ไม่มีความเข้มงวด เหตุผลทั้งหมดที่กล่าวมานี้เป็นปัญหาที่มีการถกเถียงกันโดยตลอดว่า การใช้ดุลพินิจวินิจฉัยถ้อยคำทางกฎหมายที่มีความหมายไม่เฉพาะเจาะจงของหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐภายใต้รัฐที่ปกครองด้วยกฎหมายตามหลักนิติรัฐ ควรจะต้องถูกตรวจสอบโดยศาลได้อย่างเข้มงวดหรือไม่ ในทางตรงกันข้ามก็เริ่มมีแนวโน้มเพิ่มขึ้นของแนวคำวินิจฉัยของศาลที่ให้อิสระในการพิจารณาวินิจฉัยและตัดสินใจในเรื่องที่ไม่เกี่ยวข้องกับภารกิจหลัก แต่โดยหลักการพื้นฐานแล้วก็ยังคงต้องมีการตรวจสอบในเรื่องที่จำเป็นอยู่ ยิ่งไปกว่านั้น ในกฎหมายว่าด้วยการกำกับดูแลจะต้องยอมรับถึงความไม่แน่นอนที่อาจเกิดขึ้นได้จากการแข่งขันซึ่งเป็นเรื่องที่ควบคุมไม่ได้ ความสมบูรณ์แบบและความมีเหตุมีผลที่ถูกจำกัดด้วยรูปแบบในการกำกับดูแลก็อาจนำมาใช้ได้เฉพาะเพียงเท่าที่ไม่ขัดกับหลักนิติรัฐเท่านั้น การสร้างมาตรฐานให้กับหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่ในการกำกับดูแลกิจการทางเศรษฐกิจด้วยการถูกตรวจสอบโดยศาลอันเป็นผลมาจากการที่ได้มีการบัญญัติกฎเกณฑ์แห่งกฎหมายเพิ่มขึ้น และโดยที่หน่วยงานกำกับดูแลของรัฐมีกระบวนการพิจารณาวินิจฉัยและตัดสินใจที่สามารถยืดหยุ่นและแก้ไขเปลี่ยนแปลงทบทวนด้วยตนเองได้ โดยยังคงเป็นส่วนหนึ่งของการใช้อำนาจบริหาร ดังนั้น ศาลจึงไม่ควรที่จะเข้าไปพิจารณาวินิจฉัยและตัดสินใจแทนที่การพิจารณาวินิจฉัยและตัดสินใจของหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐ ในทางกลับกันเมื่อหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐได้พิจารณาวินิจฉัยและตัดสินใจแล้วเกิดความผิดพลาดหรือบกพร่องกับผู้ทรงสิทธิขั้นพื้นฐานแล้ว หน่วยงานกำกับดูแลของรัฐก็ต้องยอมรับถึงอำนาจในการพิจารณาวินิจฉัยและตัดสินใจที่ลดน้อยลง อย่างไรก็ดี จนถึงปัจจุบันนี้ศาลได้มีการวางหลักในการตรวจสอบการพิจารณาวินิจฉัยและตัดสินใจของหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐ โดยศาลได้วินิจฉัยยอมรับถึงความยุ่งยากซับซ้อนในการดำเนินงานของหน่วยงานกำกับดูแลของรัฐไว้โดยเฉพาะ ด้วยเหตุผลเพื่อเป็นการสนับสนุนและส่งเสริมให้หน่วยงานกำกับดูแลของรัฐที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้านสามารถใช้อำนาจในการกำกับดูแลได้อย่างอิสระโดยปราศจากการควบคุมตรวจสอบที่เข้มงวดมากจนเกินไป

ตำแหน่งแห่งที่ขององค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระ ในฐานะองคาพยพหนึ่งของฝ่ายปกครอง

ภานุวัฒน์ ผ่องใส[1]

1. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับสถานะความเป็น “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ”
   1.1 สถานะความเป็น “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” ในระบบกฎหมายต่างประเทศ
   1.2 สถานะความเป็น “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” ในระบบกฎหมายไทย
2. ความไม่สอดคล้องกันระหว่างทฤษฎีกับทางปฏิบัตินำมาสู่การแบ่งแยกองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระออกเป็นสองกลุ่ม
   2.1 องค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระบางกลุ่มไม่ถูกจัดประเภทเป็นองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระ
   2.2 บทวิเคราะห์สถานะทางกฎหมายที่แท้จริงขององค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระ
3. องค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระในฐานะที่เป็นองคาพยพหนึ่งของฝ่ายปกครอง
   3.1 ปัญหาอันเกิดจากกรอบการศึกษาเกี่ยวกับหลักการจัดระเบียบราชการบริหารที่มีอยู่อย่างจำกัด : หลักการรวมอำนาจทางปกครอง หลักการแบ่งอำนาจทางปกครอง และหลักการกระจายอำนาจทางปกครอง
   3.2 บทวิเคราะห์ตำแหน่งแห่งที่ขององค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระในฐานะที่เป็นองคาพยพหนึ่งของฝ่ายปกครอง
4. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ความทั่วไป

หากกล่าวถึงการจัดโครงสร้างระเบียบบริหารราชการแผ่นดินของประเทศไทยอย่างรวบรัด จะพบว่า แต่เดิมมาจะจำกัดอยู่แต่เฉพาะการจัดตั้งหน่วยงานในระบบราชการ (Système Bureaucratique) การดำเนินภารกิจของรัฐทุกประเภทจะถูกจัดตั้งขึ้นในรูปของส่วนราชการ ไม่ว่าจะเป็น กระทรวง ทบวง กรม ต่อมา ภายหลังจากสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 รัฐไทยได้มีพัฒนาการของการจัดตั้งหน่วยงานของรัฐรูปแบบใหม่ขึ้น โดยเรียกว่า “องค์การของรัฐบาล” ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการจัดตั้งองค์การของรัฐบาล พ.ศ. 2496 หน่วยงานของรัฐรูปแบบใหม่ซึ่งถูกเรียกว่า “รัฐวิสาหกิจ” (entreprise publique) นี้ได้ถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อผ่อนคลายความจำกัดครัดเคร่งของระบบราชการ นับแต่นั้นมาดูเหมือนว่าพัฒนาการของการจัดตั้งหน่วยงานของรัฐรูปแบบใหม่ได้หยุดชะงักลง ล่วงมาจนถึงยุคปฏิรูปการเมือง

---

[1] พนักงานคดีปกครองชำนาญการ ปฏิบัติหน้าที่พนักงานคดีปกครองประจำประธานศาลปกครองสูงสุด (ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์), นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง เหรียญทอง) มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์, รัฐศาสตรบัณฑิต (การปกครอง) มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมายมหาชนและนิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปัจจุบันอยู่ระหว่างลาศึกษาต่อระดับปริญญาเอกทางกฎหมายมหาชน (เน้นการศึกษาด้านกฎหมายปกครอง) ณ มหาวิทยาลัย TOULOUSE 1 CAPITOLE สาธารณรัฐฝรั่งเศส ทั้งนี้ ผู้เขียนขอมอบบทความทางวิชาการฉบับนี้เป็นอาจารยบูชาแด่อาจารย์วรพจน์ ผู้เป็นทั้ง “ผู้บังคับบัญชา” ในการทำงาน และ “ครู” ในทางวิชาการของผู้เขียน ผู้คอยปลูกฝังให้ผู้เขียนดำรงตนอยู่บนความถูกต้องตามที่ท่านอาจารย์ได้เน้นย้ำเสมอว่า “ถ้าวันนี้ถูกต้อง ก็ไม่ต้องกลัวพรุ่งนี้”

ก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 กระแสการเปลี่ยนแปลงของสถานการณ์ทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคม ได้เกิดขึ้นอย่างต่อเนื่อง รูปแบบการจัดระเบียบราชการบริหารในรูปของระบบราชการและรัฐวิสาหกิจ บนพื้นฐานความคิดที่ว่าองค์กรใดไม่อาจถูกจัดให้อยู่ในรูปของส่วนราชการได้ องค์กรนั้นย่อมต้องมีสถานะเป็นรัฐวิสาหกิจ จึงเป็นแนวความคิดที่ไม่สอดคล้องกับหลักการและข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นในสังคม เพราะมีภารกิจของรัฐบางประเภทที่ไม่อาจจะถือเป็นภารกิจพื้นฐานของรัฐที่ควรจัดอยู่ในระบบราชการ รวมทั้งมิใช่ภารกิจที่มีวัตถุประสงค์ในการแสวงหากำไรอันมีลักษณะเป็นการดำเนินกิจการทางอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรมอันเป็นภารกิจของรัฐวิสาหกิจ จึงเกิดพัฒนาการการจัดตั้งหน่วยงานของรัฐรูปแบบใหม่ที่เรียกว่า องค์การมหาชน (établissement publique) ขึ้นเพื่อดำเนินการจัดทำภารกิจของรัฐที่มิได้มีลักษณะเป็นการดำเนินกิจการทางอุตสาหกรรมและพาณิชยกรรม กล่าวคือเป็นภารกิจที่เกี่ยวข้องกับสังคม วัฒนธรรม การวิจัย การสันทนาการ การกีฬา และการพักผ่อนหย่อนใจ ทั้งนี้ องค์การมหาชนเป็นหน่วยงานของรัฐรูปแบบใหม่ที่ถูกจัดตั้งขึ้นอย่างค่อนข้างเป็นระบบ กล่าวคือ มีการตราพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542 กำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับองค์การมหาชน รวมไปถึงให้อำนาจในการตราพระราชกฤษฎีกาจัดตั้งองค์การมหาชนขึ้นใหม่[2]

ในช่วงระยะเวลาเดียวกันกับการจัดตั้งองค์การมหาชนขึ้น ได้มีการจัดตั้งองค์กรของรัฐอีกรูปแบบหนึ่งขึ้น โดยองค์กรเหล่านี้มิได้มีลักษณะเป็นองค์การ (organisation) หรือหน่วยงาน หากแต่มีลักษณะเป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นบุคคลหรือคณะบุคคล ซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นเพื่อดำเนินภารกิจของรัฐบางประเภท โดยมีเหตุผลและความจำเป็นพื้นฐานในการประกันความเป็นอิสระให้แก่องค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นใหม่นี้ ทั้งนี้ เนื่องจากภารกิจขององค์กรเหล่านี้เป็นภารกิจที่เกี่ยวข้องกับการทำหน้าที่เป็นองค์กรผู้ออกกฎเกณฑ์ หรือควบคุมการดำเนินกิจการที่มีวัตถุประสงค์เฉพาะด้านในบางลักษณะ รวมไปถึงภารกิจในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจรัฐ การจัดตั้งองค์กรเหล่านี้ขึ้นจึงมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดโครงสร้างความสัมพันธ์ระหว่างองค์กรดังกล่าวกับรัฐในลักษณะที่แตกต่างไปจากความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจหรือองค์การมหาชน แล้วแต่กรณี โดยองค์กรที่จัดตั้งขึ้นใหม่นี้บางกลุ่มได้ถูกกล่าวถึงไว้ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในชื่อว่า “องค์กรอิสระ” หรือ “องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ” ในขณะที่บางกลุ่มซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ เป็นที่รู้จักกันในชื่อของ “องค์การของรัฐที่เป็นอิสระ”[3] สภาพการณ์ดังกล่าวสะท้อนให้เห็นถึงการขาดความเป็นระบบ และความรู้ความเข้าใจที่ยังไม่ตกผลึกเกี่ยวกับบรรดาองค์กรดังกล่าว ทั้งยังสะท้อนให้เห็นได้จากการที่มิได้มีการตราพระราชบัญญัติที่มีลักษณะเป็นกฎหมายกลางที่กำหนดกฎเกณฑ์โดยทั่วไปหรือให้อำนาจในการจัดตั้งองค์กรเหล่านี้ขึ้น อันแตกต่างไปจากกรณีของรัฐวิสาหกิจและองค์การมหาชนดังที่ได้กล่าวไปข้างต้น

บทความนี้จึงมุ่งเน้นการศึกษาเกี่ยวกับองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นในระบบกฎหมายไทยทั้งสองกลุ่มดังกล่าวข้างต้น โดยมุ่งศึกษาข้อพิจารณาเกี่ยวกับสถานะความเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ (1) ปัญหาการจัดแบ่งองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระบางองค์กรไม่ถูกจัดเป็นองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระ (2) และตำแหน่งแห่งที่ขององค์กรลักษณะดังกล่าวในฐานะองคาพยพหนึ่งของฝ่ายปกครอง (3) ซึ่งประเด็นสำคัญที่ผู้เขียนมีความประสงค์จะนำเสนอในบทความนี้

---

[2] มาตรา 5 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติองค์การมหาชน พ.ศ. 2542

[3] ในบทความนี้ ผู้เขียนจะใช้ชื่อเรียกองค์กรซึ่งถูกแยกประเภทตามความเข้าใจในทั้งสองลักษณะรวมกัน โดยใช้คำที่สื่อความหมายโดยรวมว่า **“องค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระ”**

1. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับสถานะความเป็น “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ”

เมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ได้มีการจัดตั้งองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระบางจำพวกขึ้นตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ แต่เป็นที่น่าสังเกตว่า บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญยังมิได้จัดหมวดหมู่ขององค์กรเหล่านี้อย่างเป็นระบบ กล่าวคือ บทบัญญัติที่กล่าวถึงการจัดตั้งองค์กรดังกล่าว ถูกบัญญัติขึ้นอย่างกระจัดกระจายในหมวดต่าง ๆ ของรัฐธรรมนูญ ได้แก่ คณะกรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา[4] ถูกจัดอยู่ในหมวด 6 : รัฐสภา คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ถูกจัดอยู่ในหมวด 10 : การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ และคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ถูกจัดอยู่ในหมวด 11 : การตรวจเงินแผ่นดิน อันอาจกล่าวได้ว่าเป็นการจัดแบ่งกลุ่มขององค์กรตามเนื้อหาของเรื่องตามภารกิจขององค์กรนั้น ๆ ต่อมา เมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ได้มีการจัดกลุ่มองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระเหล่านี้ไว้ในหมวดเดียวกัน กล่าวคือ หมวด 11 : องค์กรตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งประกอบด้วย ส่วนที่ 1 : องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ ได้แก่ คณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดิน คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ และคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ส่วนคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติกลับถูกจัดให้อยู่ในส่วนที่ 2 : องค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญ และต่อมา เมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ทั้งห้าองค์กรได้ถูกจัดกลุ่มให้อยู่ในหมวด 12 : องค์กรอิสระ โดยมิได้มีการแบ่งแยกย่อยออกเป็นสองกลุ่มดังเช่นรัฐธรรมนูญฉบับก่อนหน้าแต่อย่างใด

การที่รัฐธรรมนูญแต่ละฉบับได้จัดกลุ่มและเรียกชื่อองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระแตกต่างกันออกไป สะท้อนให้เห็นถึงการขาดความรู้ความเข้าใจอย่างเป็นระบบเกี่ยวกับองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระกลุ่มดังกล่าวในระบบกฎหมายไทย นอกจากนี้ ด้วยเหตุที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้มีการจัดตั้งองค์กรทั้งห้าองค์กรดังกล่าวขึ้น ทำให้นักกฎหมายไทยโดยส่วนใหญ่เข้าใจไปในทำนองเดียวกันว่า องค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระกลุ่มดังกล่าวมีสถานะเป็น “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” หรือ “องค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ” ตามชื่อเรียกของบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญไปเสียด้วย ในที่นี้จึงจำเป็นต้องมีการพิจารณาว่า เพียงแต่อาศัยเหตุที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้จัดตั้งองค์กรดังกล่าวขึ้นหรือรัฐธรรมนูญมีบทบัญญัติที่กล่าวถึงองค์กรใดองค์กรหนึ่งแล้ว จะทำให้องค์กรเหล่านั้นมีสถานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญทุกกรณีหรือไม่ อย่างไร

เพื่อตอบคำถามในประเด็นดังกล่าวข้างต้น ในที่นี้จะได้นำเสนอหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะความเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายต่างประเทศ ได้แก่ ระบบกฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายเยอรมัน (1.1) และสถานะความเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายไทย (1.2)

(1.1) สถานะความเป็น “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” ในระบบกฎหมายต่างประเทศ

(1) ระบบกฎหมายฝรั่งเศส

ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส แม้จะมีการศึกษาโดยทั่วไปเกี่ยวกับข้อความคิดว่าด้วยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoirs Constituant) ซึ่งแยกออกได้เป็น : อำนาจปฐมสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoirs Constituant Originaire) และอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่ได้รับมาหรืออำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Pouvoirs Constituant Dérivé ; Pouvoir de révision) รวมไปถึงการศึกษาเกี่ยวกับข้อความคิดว่าด้วยอำนาจที่ได้รับจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoirs Constitué) ซึ่งประกอบด้วย อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ แต่ก็ยังคงมีความยากในการแบ่งแยกระหว่างข้อความคิดว่าด้วยอำนาจที่ได้รับมาจากรัฐธรรมนูญ (Pouvoirs Constitué) กับข้อความคิดว่าด้วยอำนาจรัฐในระดับรัฐธรรมนูญ

---

[4] ชื่อเรียก ณ ขณะนั้น โดยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 และ พุทธศักราช 2560 ถูกเรียกชื่อว่า ผู้ตรวจการแผ่นดิน

(Pouvoirs publics constitutionnels) ซึ่งทั้งสองคำดังกล่าวมิได้มีความหมายตรงกันแบบสมบูรณ์เสียทีเดียว[5] รวมไปถึงประเด็นที่ว่าองค์กรใดบ้างที่ได้เข้าไปมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจในลักษณะดังกล่าว เนื่องจากไม่มีบทบัญญัติใดในรัฐธรรมนูญที่ให้นิยามความหมายของอำนาจรัฐในระดับรัฐธรรมนูญไว้อย่างชัดแจ้ง[6] ด้วยสาเหตุสองประการ คือ[7]

(1) ในระบบกฎหมายฝรั่งเศสนั้น ข้อพิจารณาเกี่ยวกับสถานะความเป็นฝ่ายตุลาการ ยังคงเป็นประเด็นที่ต้องได้รับการพิจารณา เนื่องจากในบางกรณีองค์กรผู้ใช้อำนาจในลักษณะอื่นก็อาจจะเข้ามามีส่วนร่วมในการใช้อำนาจทางตุลาการได้ เช่น การจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (la commission quasi-juridictionnelle) ขึ้น โดยในระบบกฎหมายฝรั่งเศสถือว่าบรรดาคณะกรรมการที่มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองมีสถานะเป็นศาลปกครองพิเศษ (juridiction d'attribution) ซึ่งเข้ามามีส่วนในการใช้อำนาจทางตุลาการด้วย อย่างไรก็ตาม บรรดาผลิตผลของการใช้อำนาจของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทยังสามารถถูกอุทธรณ์โต้แย้งต่อสภาแห่งรัฐได้[8] โดยนัยนี้ สถานะทางกฎหมายของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทจึงมีสถานะเป็นศาลปกครองชั้นต้นในทางเนื้อหา

(2) ข้อเท็จจริงที่ว่าไม่อาจถือได้ว่าเมื่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญได้กล่าวถึงหรือได้บัญญัติให้มีการจัดตั้งองค์กรหรือหน่วยงานใดขึ้น องค์กรหรือหน่วยงานนั้นจะเข้าไปมีส่วนร่วมในฐานะที่เป็นผู้ใช้อำนาจรัฐในระดับรัฐธรรมนูญโดยอัตโนมัติ ตัวอย่างเช่น แม้สภาเศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อม ซึ่งเป็นองค์กรที่ถูกบัญญัติไว้ในหมวด 11 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 แต่ก็ไม่อาจถือได้ว่าองค์กรดังกล่าวมีสถานะเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐในระดับรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

กล่าวโดยเฉพาะในบริบทที่เกี่ยวข้องกับสถานะความเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญขององค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระ ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส เคยมีการถกเถียงเกี่ยวกับประเด็นดังกล่าวข้างต้นเช่นเดียวกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของ "องค์กรผู้พิทักษ์สิทธิ์ (Le défenseur des Droits) ซึ่งเป็นองค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นตามบทบัญญัติมาตรา 71-1 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 แก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม (LOI constitutionnelle) หมายเลข 2008-724 ลงวันที่ 23 กรกฎาคม ค.ศ. 2008 ที่บัญญัติให้มีการจัดตั้งองค์กรผู้พิทักษ์สิทธิขึ้น โดยองค์กรดังกล่าวเกิดจากการยุบรวมผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐ (Le Médiateur de la République) ; คณะกรรมการจริยธรรมด้านความมั่นคงแห่งชาติ (La Commission Nationale de déontologie de la sécurité) ; องค์กรผู้พิทักษ์เด็ก (Le Défenseur des enfants) และคณะกรรมการต่อต้านการเลือกปฏิบัติและส่งเสริมความเสมอภาค (Haute Autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité) เข้าด้วยกัน[9] องค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นมาใหม่นี้ ทำหน้าที่ปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจของหน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐ เดิมทีมาตรา 2 วรรคหนึ่ง แห่งกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญหมายเลข 2011-333 ลงวันที่ 29 มีนาคม 2011

---

[5] คำนี้ปรากฏในบทบัญญัติมาตรา 16 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 โดยสมคิด เลิศไพฑูรย์ แปลคำดังกล่าวว่า "อำนาจมหาชนตามรัฐธรรมนูญ" โปรดดู สมคิด เลิศไพฑูรย์ รายงานการวิจัย เรื่อง การขัดแย้งระหว่างเขตอำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ เสนอ สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ 2549 บริษัท พี.เพรส.จำกัด น. 53.

[6] มีเพียงแต่ มาตรา 11 ของรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส ค.ศ. 1958 เท่านั้น ที่ได้กล่าวถึง l'organisation des pouvoirs publics ซึ่งมีผู้แปลคำนี้เป็นภาษาไทยว่า "สถาบันการเมืองแห่งรัฐ" โปรดดู นันทวัฒน์. บรมานันท์, คำแปลรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส. กรุงเทพฯ: วิญญูชน, 2549. หน้า 32-33. ทั้งนี้ สมคิด เลิศไพฑูรย์ เห็นว่าคำดังกล่าวอาจแปลโดยเทียบเคียงหมายถึง"องค์กรตามรัฐธรรมนูญ" โปรดดู สมคิด เลิศไพฑูรย์.เพิ่งอ้าง, น. 54.

[7] Autin, Jean-Louis. "Le statut du Défenseur des droits." Revue française d'administration publique 2011/3 (n° 139): 421-431. Éditions Institut national du service public. p. 422.

[8] พัชฌา จิตรมหึมา "กระบวนการควบคุมและตรวจสอบคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท เปรียบเทียบแนวคิดและนิติวิธีทางมหาชนของสาธารณรัฐฝรั่งเศส." บทความทางกฎหมายของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, (ม.ป.ท.) น. 12-13.

[9] GJIDARA, Marc. "Le Contrôle Exercé par le Juge Administratif sur les Autorités Administratives Indépendantes." Zbornik Radova Pravnog Fakulteta u Splitu 50, no. 2 (juin 2013) : 266

ว่าด้วยองค์กรผู้พิทักษ์สิทธิ ได้บัญญัติให้องค์กรผู้พิทักษ์สิทธิมีสถานะเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ (l'autorité constitutionnelle indépendante)[10]

บทบัญญัติมาตราดังกล่าวได้ก่อให้เกิดข้อถกเถียงเกี่ยวกับสถานะในทางกฎหมายขององค์กรผู้พิทักษ์สิทธิเป็นอย่างมาก เนื่องจากองค์กรดังกล่าวเกิดจากการยุบรวมองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระ (l'autorité administrative indépendante) จำนวนสี่องค์กรเข้าด้วยกันและบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญตามที่ได้อธิบายไปข้างต้น โดยนักวิชาการบางส่วน เช่น Yves Gaudemet เห็นว่า องค์กรผู้พิทักษ์สิทธิเป็นองค์กรที่มีส่วนในการเข้าไปใช้อำนาจรัฐในระดับรัฐธรรมนูญ[11] อย่างไรก็ตาม ต่อมา คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศส วินิจฉัยว่า การจัดตั้งองค์กรผู้พิทักษ์สิทธิในรูปขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ (l'autorité constitutionnelle indépendante) นั้น มาตรา 2 วรรคหนึ่งของกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยองค์กรผู้พิทักษ์สิทธิ ได้เน้นย้ำว่า องค์กรผู้พิทักษ์สิทธิมีสถานะเป็น**องค์กรทางปกครองที่ความเป็นอิสระถูกรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ** และบทบัญญัติมาตราดังกล่าวมิได้ส่งผลให้องค์กรผู้พิทักษ์สิทธิเข้าไปมีส่วนร่วมในฐานะผู้ใช้อำนาจรัฐในระดับรัฐธรรมนูญ (Pouvoirs publics constitutionnels) แต่แต่อย่างใด[12] นอกจากนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของฝรั่งเศสยังเคยวินิจฉัยว่าการที่องค์กรใดองค์กรหนึ่งถูกบัญญัติไว้ในบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ไม่ได้มีผลเป็นการแปรสภาพให้องค์กรนั้นเป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐในระดับรัฐธรรมนูญไปโดยทันที[13] และแนวทางการวินิจฉัยดังกล่าว ยังได้ถูกนำไปใช้วินิจฉัยว่าคณะกรรมการตุลาการ (Le Conseil supérieur de la magistrature) มิได้เป็นองค์กรที่มีส่วนในการใช้อำนาจรัฐระดับรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด[14]

ด้วยผลของคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญซึ่งได้วินิจฉัยถึงสถานะทางกฎหมายขององค์กรผู้พิทักษ์สิทธิต่อมา จึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 2 ของกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญหมายเลข 2011-333 ลงวันที่ 29 มีนาคม 2011 ว่าด้วยองค์กรผู้พิทักษ์สิทธิ โดยผลของมาตรา 5 ของรัฐบัญญัติหมายเลข 2017-54 ลงวันที่ 20 มกราคม 2017 ว่าด้วยหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระ (autorité administrative indépendant) ได้บัญญัติอย่างชัดแจ้งว่า องค์กรผู้พิทักษ์สิทธิมีสถานะเป็นองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระ[15]

จึงเห็นได้ว่าในระบบกฎหมายฝรั่งเศส เกณฑ์การวินิจฉัยว่าองค์กรใดจะมีสถานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ คือ เป็นองค์กรที่มีส่วนในการเข้าไปใช้อำนาจรัฐในระดับรัฐธรรมนูญ (Pouvoirs publics constitutionnels) หรือไม่นั้น คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมิได้พิจารณาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องซึ่งได้บัญญัติถึงองค์กรดังกล่าวเพียงอย่างเดียว หากแต่ได้พิจารณาถึงสภาพแห่งเนื้อหาของอำนาจซึ่งองค์กรเหล่านั้นได้เข้าไปมีส่วนในการเป็นผู้ใช้อำนาจ และเมื่อพิจารณาจากองค์กรที่ยอมรับกันว่าได้เป็นองค์กรที่เข้าไปมีส่วนในการใช้อำนาจดังกล่าว ซึ่งได้แก่ ประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐ, สภาผู้แทนราษฎร, วุฒิสภา, ศาลชั้นสูง, คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ และศาลยุติธรรม[16] ก็จะเห็นได้ชัดว่าสภาพแห่งเนื้อหาของอำนาจขององค์กรเหล่านี้ ล้วนแล้วแต่เป็นอำนาจของรัฐในระดับรัฐธรรมนูญ (pouvoirs publics constitutionnels) ซึ่งมีลักษณะเป็นอำนาจที่มีผลเข้าไปกำหนดชีวิตในทางการเมืองของรัฐ หรืออาจจะกล่าวได้ว่า

---

[10] L'article 2, alinéa 1 de la loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits : Le Défenseur des droits, autorité constitutionnelle indépendante, ne reçoit, dans l'exercice de ses attributions, aucune instruction.

[11] Delaunay, Benoît. «Les autorités constitutionnelles indépendantes, autorités administratives.» *AJDA* 2011, p. 17.

[12] Conseil constitutionnel. Décision n° 2011-626 DC du 29 mars 2011.

[13] Conseil constitutionnel. Décision n° 2001-448 DC du 25 juillet 2001

[14] Conseil constitutionnel. Décision n° 2010-611 DC du 19 juillet 2010

[15] L'article 2, alinéa 1 de la Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits : Le Défenseur des droits, autorité administrative indépendante, ne reçoit et ne sollicite, dans l'exercice de ses attributions, aucune instruction.

[16] TURPIN, Dominique. Contentieux Constitutionnel. Paris : P.U.F., 1986, p. 128.

องค์กรต่าง ๆ เหล่านี้ มีลักษณะเป็นสถาบันทางการเมืองของรัฐ (l'organisation des pouvoirs publics) หรือองค์กรตามรัฐธรรมนูญ นั่นเอง

(2) ระบบกฎหมายเยอรมัน

ในระบบกฎหมายเยอรมัน ข้อพิจารณาเกี่ยวกับสถานะความเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ (Verfassungsorgan)[17] อาศัยความคิดและข้อเสนอของนักคิดคนสำคัญ ได้แก่ Otto von Gierke และ Georg Jellinek เป็นพื้นฐานในการศึกษา โดยตามแนวคิดของนักคิดทั้งสอง ได้แยกองค์ประกอบของความเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญออกเป็นสองประการ คือ (1) องค์กรนั้นจะต้องถูกจัดตั้งขึ้นโดยตรงตามรัฐธรรมนูญ และ (2) องค์กรนั้นจะต้องเป็นอิสระจากองค์กรอื่น ๆ ซึ่งแนวคิดดังกล่าวได้มีอิทธิพลต่อแนวคิดของนักคิดคนอื่น ๆ ในประเด็นเดียวกัน ดังนี้

Gerhard Leibholz เห็นว่า นอกจากสถานะขององค์กรตามรัฐธรรมนูญจะต้องถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว องค์กรเหล่านี้ยังต้องได้รับมอบหมายให้ดำเนินภารกิจของรัฐที่มีอำนาจในลักษณะพิเศษ ซึ่งภารกิจดังกล่าวมีผลต่อการดำรงอยู่และความเป็นเอกภาพของรัฐและมีส่วนช่วยให้การดำเนินภารกิจของรัฐบรรลุเป้าหมาย และนอกจากนี้องค์กรเช่นว่านี้ต้องไม่อยู่ภายใต้การบังคับบัญชาขององค์กรอื่น ๆ

Klaus Stern เห็นว่า องค์กรตามรัฐธรรมนูญคือองค์กรสูงสุดของรัฐซึ่งการดำรงอยู่ สถานะ และอำนาจหน้าที่ขององค์กรดังกล่าวมิเพียงแต่จะได้รับการกล่าวถึงในรัฐธรรมนูญ แต่องค์กรนั้นจะต้องถูกก่อตั้งโดยรัฐธรรมนูญเอง และรัฐธรรมนูญจะต้องกำหนดรูปแบบและอำนาจหน้าที่ขององค์กรดังกล่าว รวมทั้งองค์กรนั้นจะต้องเข้าไปมีส่วนร่วมในการใช้อำนาจสูงสุดของรัฐด้วย

Theodor Maunz เห็นว่า องค์กรตามรัฐธรรมนูญ หมายถึง องค์กรของรัฐซึ่งก่อตั้งโดยตรงจากรัฐธรรมนูญ และองค์กรดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อให้บรรลุเป้าหมายตามที่รัฐธรรมนูญได้กำหนดไว้

แนวคิดดังกล่าวข้างต้น พอที่จะสรุปหลักเกณฑ์ในการพิจารณาว่าองค์กรใดบ้าง ที่จะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายเยอรมัน ได้ดังนี้[18]

(1) เกณฑ์ทางรูปแบบ

- พิจารณาจากการจัดตั้ง องค์กรดังกล่าวต้องถูกจัดตั้งขึ้นตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ
- อำนาจหน้าที่ขององค์กรเหล่านั้นต้องถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ

(2) เกณฑ์ทางเนื้อหา

- พิจารณาจากบทบาทหน้าที่ องค์กรเหล่านั้นจะต้องเป็นองค์กรสูงสุดของรัฐ
- พิจารณาในแง่ความเป็นอิสระ องค์กรเหล่านั้นต้องไม่อยู่ในบังคับขององค์กรอื่นใด
- พิจารณาในแง่สถานะและความสัมพันธ์กับองค์กรอื่น ๆ องค์กรเหล่านั้นต้องมีสถานะและความสัมพันธ์ที่เท่าเทียมกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญอื่น ๆ

เมื่อพิจารณาตามหลักเกณฑ์ดังกล่าว จะพบว่าในระบบกฎหมายเยอรมัน องค์กรตามรัฐธรรมนูญ ได้แก่ ประธานาธิบดีแห่งสหพันธ์ สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ (Bundestag) สภาสูงแห่งสหพันธ์ (Bundesrat) ศาลรัฐธรรมนูญ และรัฐบาลแห่งสหพันธ์ ส่วนองค์กรย่อยขององค์กรตามรัฐธรรมนูญบางส่วนก็ได้รับการยอมรับว่ามีสถานะเป็นองค์กรตาม

---

[17] เนื้อหาในส่วนที่เกี่ยวข้องกับข้อความคิดว่าด้วยองค์กรตามรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายเยอรมัน ผู้เขียนสรุปสาระสำคัญจาก บรรเจิด สิงคะเนติ. "ปัญหาขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ." วารสารวิชาการศาลปกครอง 1, เล่ม 3 (กันยายน-ธันวาคม 2544): 2-3. และ สมคิด เลิศไพฑูรย์, *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 5, น. 46-47.

[18] วรเจตน์ ภาคีรัตน์. การเปลี่ยนแปลงแนวคำวินิจฉัยและผลผูกพันของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญ: ศึกษากรณีศาลสูงสุดของสหรัฐอเมริกาและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี. กรุงเทพมหานคร: มิสเตอร์ก๊อปปี้, 2550, น. 81.

รัฐธรรมนูญเช่นกัน เช่น ประธานสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ นายกรัฐมนตรีแห่งสหพันธ์ คณะกรรมาธิการร่วม กลุ่มการเมือง (Fanktion) ในสหพันธ์ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธ์ ฯลฯ ส่วนองค์กรผู้ตรวจสอบบัญชีของสหพันธ์แม้จะได้รับการจัดตั้งขึ้นตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ก็มิได้มีสถานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด

(1.2) สถานะความเป็น “องค์กรตามรัฐธรรมนูญ” ในระบบกฎหมายไทย

พัฒนาการของแนวคิดว่าด้วยองค์กรตามรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายไทยนั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยวินิจฉัยถึงประเด็นดังกล่าวเป็นครั้งแรกว่า องค์กรตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หมายถึง องค์กรที่มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ โดยวินิจฉัยว่ากระทรวงมหาดไทยมิใช่องค์กรตามรัฐธรรมนูญ[19] ต่อมา ดูเหมือนว่าศาลรัฐธรรมนูญได้ตีความนิยามความหมายขององค์กรตามรัฐธรรมนูญกว้างขึ้น กล่าวคือ หากรัฐธรรมนูญได้กล่าวถึงองค์กรใดไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ องค์กรนั้นก็จะมีสถานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ดังเช่นที่ศาลรัฐธรรมนูญเคยวินิจฉัยว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ[20] อย่างไรก็ตาม ต่อมา ศาลรัฐธรรมนูญได้เปลี่ยนแปลงแนวทางการวินิจฉัย โดยเห็นว่า องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมิได้ถูกจัดตั้งขึ้นโดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยตรง การจัดตั้งรวมไปถึงอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงมิได้มีสถานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ[21] นอกจากนี้ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนั้น ศาลรัฐธรรมนูญได้เคยวินิจฉัยว่า คณะกรรมการการเลือกตั้งมีสถานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ[22] กรณีจึงสามารถสรุปหลักเกณฑ์ที่ศาลรัฐธรรมนูญใช้วินิจฉัยถึงความเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ โดยอาศัยหลักเกณฑ์สองประการ กล่าวคือ องค์กรนั้นต้องถูกจัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ ประการหนึ่ง และต้องมีการกำหนดอำนาจหน้าที่ขององค์กรดังกล่าวไว้ในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ อีกประการหนึ่ง โดยที่ผ่านมาศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา คณะรัฐมนตรี ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง คณะกรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน และรวมไปถึงคณะกรรมการสรรหาบุคคลผู้ดำรงตำแหน่งตามที่รัฐธรรมนูญกำหนด มีสถานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ

นอกจากบรรทัดฐานตามคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญแล้ว ยังมีข้อพิจารณาในความเห็นทางวิชาการของบรรดานักวิชาการ ดังต่อไปนี้

สมคิด เลิศไพฑูรย์ และบรรเจิด สิงคะเนติ เห็นว่า[23] องค์กรตามรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายไทยนั้น หมายถึง สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา รัฐบาล ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง ศาลยุติธรรม คณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ และคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน[24] ซึ่งในส่วนบรรดาองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระตามบทบัญญัติของรัฐธรมนูญ นั้นมีสถานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญด้วยเหตุผลที่ว่า การที่รัฐธรรมนูญได้บัญญัติให้มีการจัดตั้งองค์กรดังกล่าวขึ้นโดยมุ่งหมายให้มีการปฏิรูปการเมืองโดยมีอำนาจหน้าที่ในการตรวจสอบการใช้อำนาจทางการเมืองขององค์กรอื่น ๆ ด้วยเหตุนี้หากพิจารณาในเชิงโครงสร้างอำนาจรัฐแล้ว องค์กรเหล่านี้มีความสำคัญอย่างยิ่งในการเป็นเครื่องมือในการดำเนินการ

---

[19] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 2/2541

[20] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 4/2541

[21] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 58-62/2562

[22] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ 3/2541, 15/2541, 53/2542, 5/2543, 6/2543, 13/2543, 52/2546

[23] สมคิด เลิศไพฑูรย์ และ บรรเจิด สิงคะเนติ. รายงานการวิจัยเรื่องเขตอำนาจศาลรัฐธรรมนูญไทยตามมาตรา 264 และมาตรา 266. สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ, มิถุนายน 2553, น. 48-50.

[24] ชื่อเรียกตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ปัจจุบันเรียกชื่อว่า ผู้ตรวจการแผ่นดิน

ให้บรรลุวัตถุประสงค์ในการปฏิรูปทางการเมืองอันเป็นพื้นฐานสำคัญของรัฐธรรมนูญ[25] (หมายถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 - ผู้เขียน)

เรวัตร จันทรประเสริฐ และฤทัย หงส์สิริ เห็นว่า[26] องค์กรตามรัฐธรรมนูญย่อมหมายถึงองค์กรที่จัดตั้งขึ้นและกำหนดอำนาจหน้าที่ไว้ในรัฐธรรมนูญโดยเฉพาะ เช่น พระมหากษัตริย์ องคมนตรี รัฐสภา คณะรัฐมนตรี สภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ ศาลต่าง ๆ และคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เป็นต้น ตามความเห็นนี้องค์กรตามรัฐธรรมนูญดูจะมีความหมายค่อนข้างกว้าง เนื่องจากเป็นการพิจารณาเกณฑ์ในทางรูปแบบเป็นสำคัญ

ธีระ สุธีวรางกูร เห็นว่า[27] องค์กรตามรัฐธรรมนูญ น่าจะหมายถึง องค์กรของรัฐที่รัฐธรรมนูญมอบหมายให้ใช้อำนาจหน้าที่ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ องค์กรตามรัฐธรรมนูญ จึงได้แก่ สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา คณะรัฐมนตรี ที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกา ที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุด คณะกรรมการการเลือกตั้ง คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เป็นต้น

วรเจตน์ ภาคีรัตน์ เห็นว่า[28] องค์กรตามรัฐธรรมนูญถือเป็นองค์กรของรัฐประเภทหนึ่งที่ได้รับการจัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญและมีการกำหนดอำนาจหน้าที่ไว้ในรัฐธรรมนูญ แม้กระนั้นก็ตาม ไม่พึงเข้าใจเลยไปว่าเมื่อรัฐธรรมนูญกล่าวอ้างถึงองค์กรใดหรือบัญญัติเกี่ยวกับองค์กรใดไว้ในรัฐธรรมนูญแล้วจะทำให้องค์กรต่าง ๆ เหล่านั้น กลายเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญไปเสียทั้งหมด แต่องค์กรใดองค์กรหนึ่งจะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญได้ นอกจากองค์กรนั้นได้รับการกล่าวอ้างไว้ในรัฐธรรมนูญแล้ว จะต้องปรากฏต่อไปด้วยว่ารัฐธรรมนูญได้กำหนดโครงสร้างขององค์กรนั้นไว้และปรากฏว่าองค์กรนั้นมีส่วนร่วมโดยตรงกับการก่อตั้งเจตจำนงของรัฐ กล่าวอีกนัยหนึ่ง องค์กรนั้นมีความหมายและความสำคัญต่อชีวิตในทางรัฐธรรมนูญหรือชีวิตทางการเมืองของรัฐ โดยการกระทำขององค์กรนั้นเกี่ยวกับทิศทางการนำรัฐโดยตรง ด้วยเหตุนี้องค์กรฝ่ายปกครองแม้ว่าจะเป็นองค์กรของรัฐประเภทหนึ่ง แต่โดยเหตุที่องค์กรฝ่ายปกครองไม่ได้มีบทบาทโดยตรงในการก่อตั้งเจตจำนงของรัฐในทางรัฐธรรมนูญหรือทางการเมือง กรณีจึงไม่ถือว่าองค์กรฝ่ายปกครองเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น จึงสามารถสรุปหลักเกณฑ์การพิจารณาสถานะความเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญบนพื้นฐานทางทฤษฎี อันประกอบด้วย เกณฑ์ในทางรูปแบบ : องค์กรของรัฐองค์กรนั้นต้องได้รับการก่อตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญประการหนึ่ง และ เกณฑ์ในทางเนื้อหา : องค์กรดังกล่าวมีอำนาจหน้าที่ที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญโดยอำนาจหน้าที่นั้นมีลักษณะที่เกี่ยวพันกับทิศทางการนำรัฐหรือเป็นอำนาจหน้าที่ที่ทำให้องค์กรนั้นมีส่วนร่วมโดยตรงกับการก่อตั้งเจตจำนงของรัฐ อีกประการหนึ่ง เมื่อพิจารณาจากหลักเกณฑ์ดังกล่าวข้างต้น องค์กรตามรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายไทยจึงหมายถึง 1) พระมหากษัตริย์ 2) สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา และรัฐสภา 3) คณะรัฐมนตรี และ 4) ศาลรัฐธรรมนูญ

กล่าวโดยเฉพาะบรรดาองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ วรเจตน์ ภาคีรัตน์ เห็นว่า อำนาจหน้าที่ขององค์กรดังกล่าวเป็นอำนาจหน้าที่ในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมายซึ่งมีลักษณะเป็นอำนาจทางปกครองเสียเป็นส่วนใหญ่ แม้อำนาจขององค์กรเหล่านี้จะถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ แต่องค์กรเหล่านี้ก็ไม่สามารถใช้อำนาจดังกล่าวโดยอาศัยฐานอำนาจจากรัฐธรรมนูญได้โดยตรง แต่ต้องมีการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ

---

[25] บรรเจิด สิงคะเนติ. “ปัญหาขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ.” วารสารวิชาการศาลปกครอง 1, เล่ม 3 (กันยายน-ธันวาคม 2544), น. 5.

[26] เรวัตร จันทรประเสริฐ และ ฤทัย หงส์สิริ. “ความหมายขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญมาตรา 266.” เอกสารประกอบการสัมมนาทางวิชาการเรื่องเขตอำนาจศาล. จัดโดยมูลนิธิพัฒนาข้าราชการ, 18 กันยายน 2551, น. 5.

[27] ธีระ สุธีวรางกูร, “ศาลรัฐธรรมนูญกับการวินิจฉัยปัญหาเกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ขององค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญ.” จดหมายข่าวศาลรัฐธรรมนูญ”, พฤษภาคม-มิถุนายน 2552, น. 5.

[28] วรเจตน์ ภาคีรัตน์. อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 18, น. 80-82.

ในเรื่องที่เกี่ยวข้องมาเป็นฐานแห่งอำนาจอีกชั้นหนึ่ง[29] นอกจากนี้ หากพิจารณาในทางเนื้อหาแล้วจะพบว่าอำนาจโดยส่วนใหญ่ขององค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมีลักษณะเป็นอำนาจทางปกครอง[30]

ความเห็นของวรเจตน์ ภาคีรัตน์ ในประเด็นดังกล่าวข้างต้น สอดคล้องกับบรรทัดฐานตามคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด ซึ่งได้วินิจฉัยว่า อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญ หมายถึง อำนาจที่บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญบัญญัติถึงเงื่อนไขของการใช้อำนาจและผลทางกฎหมายของการใช้อำนาจในเรื่องนั้นไว้สมบูรณ์ครบถ้วนในตัวเอง หากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญบัญญัติแต่เพียงการใช้อำนาจโดยทั่วไปเท่านั้น ซึ่งในการใช้อำนาจในกรณีดังกล่าวจะต้องมีการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญหรือพระราชบัญญัติออกมากำหนดเงื่อนไขของการใช้อำนาจหรือกำหนดผลของการใช้อำนาจดังกล่าวอีกชั้นหนึ่ง กรณีเช่นนี้ย่อมไม่ถือว่าเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด[31]

เมื่อพิจารณาแนวคำวินิจฉัยของศาลและความเห็นของนักวิชาการตามที่ได้กล่าวมาข้างต้น จะเห็นได้ว่าในระบบกฎหมายไทย ฝ่ายแรก เห็นว่าองค์กรตามรัฐธรรมนูญ นั้น มีความหมายกว้าง กล่าวคือ นอกจากบรรดาองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐในระดับรัฐธรรมนูญ ซึ่งถือเป็นอำนาจทางการเมืองของรัฐโดยแท้ อันได้แก่ คณะรัฐมนตรี สภาผู้แทนราษฎร วุฒิสภา ศาลรัฐธรรมนูญ แล้วยังหมายความรวมถึงบรรดาองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและองค์กรอื่น ๆ ซึ่งได้ถูกจัดตั้งและกำหนดอำนาจหน้าที่ไว้ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ อันจะเห็นได้ว่าเป็นการกำหนดนิยามโดยเกณฑ์ทางรูปแบบเป็นสำคัญ ขณะที่อีกฝ่ายหนึ่ง ซึ่งดูเหมือนจะเป็นความเห็นฝ่ายข้างน้อย เห็นว่าองค์กรตามรัฐธรรมนูญหมายความแต่เฉพาะองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐในระดับรัฐธรรมนูญ ซึ่งถือเป็นอำนาจทางการเมืองของรัฐโดยแท้และหมายความรวมถึงพระมหากษัตริย์ เนื่องจากเฉพาะแต่บรรดาองค์กรของรัฐเหล่านี้เท่านั้นที่มีส่วนในการใช้อำนาจทางการเมืองของรัฐอันมีลักษณะเป็นอำนาจที่กำหนดเจตจำนงหรือชีวิตในทางการเมืองของรัฐ ซึ่งถือได้ว่าเป็นการกำหนดนิยามโดยเกณฑ์ทางเนื้อหาเป็นสำคัญ ทั้งนี้ ในทางปฏิบัติทั้งศาลรัฐธรรมนูญและบรรดาองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ต่างก็เห็นว่าองค์กรดังกล่าวมีสถานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ซึ่งสอดคล้องกับความเห็นฝ่ายแรก อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองมีแนวโน้มที่จะตีความขอบเขตขององค์กรลักษณะดังกล่าวแคบลง โดยมิได้ถือว่าองค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมีสถานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญเสมอไป หากมีกรณีที่ต้องมีการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญเพื่อให้การใช้อำนาจขององค์กรเหล่านั้นบรรลุผล

2. ความไม่สอดคล้องกันระหว่างทฤษฎีกับทางปฏิบัตินำมาสู่การแบ่งแยกองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระออกเป็นสองกลุ่ม

จากสภาพการณ์ความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับข้อความคิดว่าด้วยองค์กรตามรัฐธรรมนูญในระบบกฎหมายไทยซึ่งไม่สอดคล้องกับแนวความคิดในเรื่องเดียวกันในระบบกฎหมายต่างประเทศนำมาสู่การแบ่งแยกองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระในระบบกฎหมายไทยออกเป็นสองกลุ่ม (2.1) อันเป็นเหตุให้เกิดความเข้าใจที่ไม่ตรงกันเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของบรรดาองค์กรเหล่านี้ ซึ่งผู้เขียนจะได้วิเคราะห์ถึงสถานะทางกฎหมายที่แท้จริงของบรรดาองค์กรดังกล่าวโดยอาศัยเหตุผลในมิติต่าง ๆ (2.2)

---

[29] วรเจตน์ ภาคีรัตน์. รายงานวิจัยเรื่ององค์กรอิสระตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช 2540. กรุงเทพมหานคร: คณะกรรมการวิจัยและสัมมนาคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, 2550, น. 19.

[30] เพิ่งอ้าง, น. 20.

[31] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ ฟ. 29/2566

2.1 องค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระบางกลุ่มไม่ถูกจัดประเภทเป็นองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระ

จากการที่ได้นำเสนอไปในหัวข้อที่ 1. แล้วว่า ความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับสถานะความเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญของบรรดานักกฎหมายไทยส่วนใหญ่ในปัจจุบันไม่เป็นไปในแนวทางเดียวกัน เป็นเหตุให้องค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระในระบบกฎหมายไทยถูกแบ่งแยกออกเป็นสองกลุ่ม โดยพิจารณาจากลำดับชั้นของกฎหมายที่เป็นฐานแห่งอำนาจในการจัดตั้งองค์กรเหล่านั้นขึ้น คือ องค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ (2.1.1) กลุ่มหนึ่ง และองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ (2.1.2) อีกกลุ่มหนึ่ง

2.1.1 องค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 หมวด 12 ซึ่งถือได้ว่าเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่ได้จัดหมวดหมู่องค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญให้เป็นองค์กรลักษณะเดียวกัน โดยเรียกชื่อว่า “องค์กรอิสระ” ประกอบด้วย

(1) คณะกรรมการการเลือกตั้ง

(2) ผู้ตรวจการแผ่นดิน

(3) คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

(4) คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน และ

(5) คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

ทั้งห้าองค์กรดังกล่าวข้างต้น เป็นองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระที่มีประเด็นปัญหาสถานะความเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญดังเช่นที่ได้นำเสนอในส่วนที่ 1 ของบทความนี้ ในความเห็นของนักกฎหมายไทยโดยส่วนใหญ่ รวมไปถึงเมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมายบางฉบับไม่ถือว่าองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระในกลุ่มนี้มีสถานะเป็นองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระ หากแต่ถือว่าโดยหลักองค์กรเหล่านี้เป็นองค์กรที่เข้าไปมีส่วนในการใช้อำนาจรัฐในระดับรัฐธรรมนูญ แต่ในบางมิติก็ถือว่าองค์กรเหล่านี้ยังสามารถเข้าไปมีส่วนในการใช้อำนาจทางบริหารตามกฎหมายกล่าวคือ อำนาจทางปกครองได้ด้วยเช่นกัน[32] สภาพการณ์เช่นว่านี้สามารถสะท้อนได้จากบทบัญญัติมาตรา 197 วรรคสามของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งเป็นบทบัญญัติตัดอำนาจการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง โดยไม่รวมถึงการวินิจฉัยชี้ขาดของบรรดาองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระในกลุ่มนี้ ในกรณีที่เป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญ

นอกจากนี้ ยังสามารถสะท้อนให้เห็นได้จากภาคผนวกของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยงานสารบรรณ พ.ศ. 2526 กรณีมีการทำหนังสือราชการถึงผู้ดำรงตำแหน่งประธานขององค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญทั้ง 5 องค์กร โดยกำหนดให้ใช้คำขึ้นต้น สรรพนาม คำลงท้ายในหนังสือราชการ และการจ่าหน้าซองในลักษณะเดียวกันกับนายกรัฐมนตรี ประธานรัฐสภา ประธานศาลฎีกา ประธานศาลรัฐธรรมนูญ และประธานศาลปกครองสูงสุด เป็นต้น กล่าวคือ ให้ใช้คำขึ้นต้นและคำที่ใช้ในการจ่าหน้าซองว่า “กราบเรียน” ใช้สรรพนามว่า “ข้าพเจ้า กระผม - ผม ดิฉัน - ท่าน” และใช้คำลงท้ายว่า “ขอแสดงความนับถืออย่างยิ่ง”[33] นอกจากนี้ กล่าวโดยเฉพาะ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน การใช้คำขึ้นต้นและสรรพนามดังกล่าวไม่ได้ใช้เฉพาะผู้ดำรงตำแหน่งประธานขององค์กรเท่านั้น แต่รวมถึงใช้กับบรรดากรรมการผู้ตรวจเงินแผ่นดินทุกคนด้วย สภาพการณ์ดังกล่าวนี้สะท้อนให้เห็นว่าในระบบกฎหมายไทยถือว่าบรรดาองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมีสถานะทางกฎหมายในระนาบเดียวกับ

---

[32] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. “การกระทำทางปกครอง”. ใน อาจารียบูชารวมบทความทางวิชาการเนื่องในโอกาสครบรอบ 72 ปี ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์. กรุงเทพฯ: โรงพิมพ์เดือนตุลา, พ.ศ. 2545, น. 143.

[33] ภาคผนวก 2 ข้อ 3.1 ท้ายระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยงานสารบรรณ พ.ศ. 2526

องค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐในระดับรัฐธรรมนูญ แต่มิได้อยู่ในระนาบเดียวกับองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น ๆ แต่อย่างใด

2.1.2 องค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ

นอกจากองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแล้ว ยังมีองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระอีกกลุ่มหนึ่งซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ แต่มิได้ถูกจัดตั้งขึ้นตามบทบัญญัติของกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งเป็นการเฉพาะ และมิได้มีการรวบรวมหรือจัดกลุ่มองค์กรเหล่านี้ไว้อย่างเป็นระบบ อย่างไรก็ตาม ในปี พ.ศ. 2552 คณะกรรมการพัฒนาระบบราชการได้ปรับปรุงหลักเกณฑ์การจำแนกประเภทองค์กรของรัฐใหม่ทั้งระบบ เสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณา ซึ่งต่อมา คณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ 20 ตุลาคม 2552 เห็นชอบตามที่เสนอ สำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการจึงได้มีหนังสือที่ นร 0012/ว 1 ลงวันที่ 4 มกราคม 2553 เรื่อง การปรับปรุงหลักเกณฑ์การจำแนกประเภทหน่วยงานของรัฐในกำกับของฝ่ายบริหาร แจ้งเวียนให้ส่วนราชการทราบ โดยหนังสือฉบับดังกล่าวได้กล่าวถึง “หน่วยธุรการขององค์การของรัฐที่เป็นอิสระ” ไว้ ในตารางที่ 6 แนบท้ายหนังสือฉบับดังกล่าวจำนวนทั้งสิ้น 8 องค์กร ได้แก่ (1) ธนาคารแห่งประเทศไทย (2) สำนักงานคณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์ (3) สำนักงานคณะกรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แห่งชาติ (4) สำนักงานคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ (5) สำนักงานกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย (6) สำนักงานคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (7) องค์การกระจายเสียงและแพร่ภาพสาธารณะแห่งประเทศไทย และ (8) สถาบันคุ้มครองเงินฝาก

จากรายชื่อของ “หน่วยธุรการขององค์การของรัฐที่เป็นอิสระ” ดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าเป็นการกล่าวถึง “หน่วยงานของรัฐ” หรือ “องค์การ” ซึ่งมีสถานะเป็นนิติบุคคล มิใช่การกล่าวถึง “องค์กร” ที่หมายถึงคณะกรรมการซึ่งเป็นองค์กรกลุ่มไว้โดยตรง แม้กระนั้น ก็สามารถอนุมานจากหนังสือสำนักงานคณะกรรมการพัฒนาระบบราชการดังกล่าวข้างต้นได้ว่ามีองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติจำนวนทั้งสิ้น 8 องค์กร อย่างไรก็ตาม ในส่วนของคณะกรรมการกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติและคณะกรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แห่งชาติ นั้น โดยผลของบทบัญญัติมาตรา 47 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2550 ซึ่งบัญญัติให้มีการจัดตั้งองค์กรของรัฐทำหน้าที่ในการจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม และได้มีการตราพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553 ขึ้น อันมีผลให้มีการควบรวมคณะกรรมการทั้งสองคณะดังกล่าวข้างต้นเข้าด้วยกัน และจัดตั้งองค์กรใหม่ขึ้น โดยเรียกชื่อว่า คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ หรือ คณะกรรมการ กสทช.[34] โดยมาตรา 60 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้คงหลักการไว้เช่นเดียวกับรัฐธรรมนูญฉบับเดิม แต่มีการเพิ่มหลักเกณฑ์ต่าง ๆ เพื่อให้รัฐแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยการนั้น ภายใน 180 วัน และให้คณะกรรมการ กสทช. ซึ่งจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติดังกล่าวมีสถานะเป็นองค์กรตามมาตรา 60 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ด้วยเหตุนี้ จึงอาจสรุปได้ว่า ในระบบกฎหมายไทยปัจจุบันยอมรับการมีอยู่ขององค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระซึ่งจัดตั้งขึ้นตามบทบัญญัติของกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ จำนวนทั้งสิ้น 7 องค์กร ได้แก่

(1) ธนาคารแห่งประเทศไทย

(2) คณะกรรมการกำกับหลักทรัพย์และตลาดหลักทรัพย์

---

[34] มาตรา 6 แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับการประกอบกิจการ วิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. 2553

(3) คณะกรรมการกิจการกระจายเสียง กิจการโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคมแห่งชาติ

(4) คณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย

(5) คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน

(6) คณะกรรมการองค์การกระจายเสียงและแพร่ภาพสาธารณะแห่งประเทศไทย[353]

(7) สถาบันคุ้มครองเงินฝาก

ทั้งนี้ จะสังเกตได้ว่า บรรดาองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระซึ่งจัดตั้งขึ้นตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนั้น มีภารกิจในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ ในขณะที่องค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระซึ่งจัดตั้งขึ้นตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ มีภารกิจในการกำกับการประกอบกิจการทางเศรษฐกิจ

2.2 บทวิเคราะห์สถานะทางกฎหมายที่แท้จริงขององค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระ

จากที่ได้อธิบายมาในหัวข้อที่ 2.1 ว่าองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระภายในระบบกฎหมายไทยแบ่งออกได้เป็นสองกลุ่มตามฐานที่มาแห่งอำนาจในการจัดตั้งองค์กรเหล่านั้นขึ้น สภาพการณ์ดังกล่าวข้างต้นก่อให้เกิดปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของบรรดาองค์กรดังกล่าวข้างต้น โดยในส่วนขององค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระซึ่งจัดตั้งขึ้นตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ นั้น ดูเหมือนจะไม่มีปัญหามากนัก เนื่องจากระบบกฎหมายไทยยอมรับว่าองค์กรในกลุ่มนี้มีลักษณะเป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอย่างหนึ่ง โดยเรียกว่า “องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ”[36] ที่ทำหน้าที่ในการกำกับการประกอบกิจกรรมทางเศรษฐกิจหรือกิจกรรมที่มีวัตถุประสงค์เฉพาะ ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าองค์กรในกลุ่มดังกล่าวนี้สอดคล้องกับแนวความคิดว่าด้วยองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระ (Autorités administratives indépendantes) ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส

อย่างไรก็ตาม ในส่วนขององค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระซึ่งจัดตั้งขึ้นตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนั้น มิได้ถูกจัดประเภทหรือถูกกำหนดสถานะทางกฎหมายให้เป็นส่วนหนึ่งขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแต่อย่างใด โดยนักกฎหมายไทยส่วนใหญ่เห็นว่าองค์กรเหล่านี้มีสถานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่เข้าไปมีส่วนในการใช้อำนาจรัฐในระดับรัฐธรรมนูญ ซึ่งในทางหลักการแล้วมิได้ถือเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง แม้บางส่วนจะยอมรับว่า[37] องค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระในกลุ่มนี้ สามารถใช้อำนาจได้ในสองลักษณะ กล่าวคือ แม้ว่าองค์กรเหล่านี้จะมีสถานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ แต่ในบางกรณีก็สามารถใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายในฐานะที่เป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ ซึ่งความเห็นในลักษณะดังกล่าวนี้สอดคล้องกับบทบัญญัติมาตรา 197 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560

ผู้เขียนเห็นว่า การบ่งชี้สถานะทางกฎหมายขององค์กรใดองค์กรหนึ่งย่อมไม่สามารถพิจารณาจากหลักเกณฑ์ที่ว่าองค์กรนั้นถูกจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายที่อยู่ในลำดับชั้นใด และไม่ว่ากฎหมายซึ่งจัดตั้งองค์กรเหล่านั้นจะได้กำหนดอำนาจหน้าที่ขององค์กรดังกล่าวไว้ในกฎหมายนั้นด้วยหรือไม่ก็ตาม ก็ย่อมไม่สามารถนำกฎเกณฑ์เกี่ยวกับลำดับชั้นของกฎหมายมาเป็นเกณฑ์ในการพิจารณาว่า องค์กรซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นนั้นมีสถานะทางกฎหมายอย่างไรได้ ด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้ การที่รัฐธรรมนูญได้กล่าวถึงหรือบัญญัติให้มีการจัดตั้งองค์กรใดองค์กรหนึ่งขึ้นและกำหนดอำนาจหน้าที่ขององค์กรนั้นเอาไว้

---

[35] เป็นที่น่าสังเกตว่า คณะกรรมการองค์การกระจายเสียงและแพร่ภาพสาธารณะแห่งประเทศไทย มิได้มีภารกิจในการทำหน้าที่เป็นองค์กรกำกับกิจการทางเศรษฐกิจ ซึ่งหากพิจารณาจากเกณฑ์ดังกล่าวอย่างเคร่งครัด ก็จะไม่อาจจัดได้ว่าองค์กรดังกล่าว เป็นองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระ (autorité administrative indépendante) แต่อย่างใด โดยผู้เขียนเห็นว่าองค์กรดังกล่าวมีสถานะทางกฎหมายเป็นองค์การมหาชน

[36] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์., อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 32.

[37] สมคิด เลิศไพฑูรย์. อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 5, น. 46-47.

ในรัฐธรรมนูญ ก็ย่อมไม่อาจถือได้โดยปริยายว่าองค์กรเหล่านั้นจะมีสถานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งเข้าไปมีส่วนในการใช้อำนาจรัฐในระดับรัฐธรรมนูญ ดังเช่นที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้เคยวินิจฉัยถึงสถานะทางกฎหมายขององค์กรผู้พิทักษ์สิทธิ (Le Défenseur des Droits) ว่ามิได้มีสถานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่เข้าไปมีส่วนในการใช้อำนาจรัฐในระดับรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด แม้กระทั่งว่าขณะที่ได้มีคำวินิจฉัยดังกล่าว กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยองค์กรผู้พิทักษ์สิทธิจะได้บัญญัติอย่างชัดแจ้งว่าองค์กรดังกล่าวมีสถานะเป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ (autorité constitutionnelle indépendante) ก็ตาม[38] การวินิจฉัยว่าองค์กรใดจะเข้าไปมีส่วนในการใช้อำนาจรัฐในระดับรัฐธรรมนูญหรือไม่ จึงต้องวินิจฉัยจากสภาพหรือธรรมชาติของเนื้อหาแห่งอำนาจขององค์กรนั้น ๆ ว่ามีลักษณะเป็นอำนาจที่มีผลเป็นการกำหนดเจตจำนงหรือชีวิตในทางการเมืองของรัฐหรือไม่ อย่างไร

ทั้งนี้ เมื่อได้สำรวจถึงอำนาจหน้าที่องค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ทั้ง 5 องค์กร ก็ไม่พบว่ามีอำนาจซึ่งในทางเนื้อหาเข้าข่ายหรือมีลักษณะเป็นอำนาจรัฐในระดับรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด แม้ว่าอำนาจหน้าที่ของบรรดาองค์กรดังกล่าวจะเป็นไปเพื่อการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐซึ่งในบางกรณีเป็นการตรวจสอบผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงหรือผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง หรือการตรวจสอบการใช้เงินแผ่นดินก็ตาม ต่อประเด็นดังกล่าวนี้ บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ได้ให้ความเห็นว่า แต่เดิมมาองค์กรตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐในระบบกฎหมายไทยก่อนการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ยังคงเป็นส่วนหนึ่งของฝ่ายบริหาร เช่น คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการ (ป.ป.ป.) คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ หรือคณะกรรมการกฤษฎีกา ก็ล้วนแต่เป็นองค์กรที่อยู่ภายใต้การควบคุมของนายกรัฐมนตรีทั้งสิ้น รัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าวจึงปรับโครงสร้างทางการเมืองระดับชาติใหม่ โดยกระจายอำนาจทางการเมืองออกไปให้มีวุฒิสภามาจากการเลือกตั้งของประชาชน และให้วุฒิสภาไปแต่งตั้งองค์กรผู้ทำหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ[39]

เมื่อพิจารณาความเห็นของบวรศักดิ์ อุวรรณโณ ดังกล่าวข้างต้น องค์กรผู้ทำหน้าที่ตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐหมายถึง องค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระซึ่งถูกจัดตั้งขึ้นมาใหม่ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนั่นเอง โดยผู้เขียนเห็นว่าความเห็นดังกล่าวเป็นความพยายามในการให้นิยามหรือให้ลักษณะขององค์กรเหล่านั้นว่าเป็นองค์กรผู้มีอำนาจตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐซึ่งแต่เดิมเป็นอำนาจทางบริหารตามกฎหมายอย่างหนึ่ง ให้กลายเป็นองค์กรผู้มีส่วนร่วมในการใช้อำนาจรัฐในระดับรัฐธรรมนูญด้วย อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า ลำพังแต่เพียงการใช้อำนาจในการตรวจสอบองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐในระดับรัฐธรรมนูญอื่น ๆ ยังไม่อาจถือได้ว่าเป็นกรณีที่องค์กรที่มีความเป็นอิสระตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเข้าไปมีส่วนในการใช้อำนาจรัฐในระดับรัฐธรรมนูญซึ่งมีผลเป็นการกำหนดเจตจำนงทางการเมืองของรัฐโดยตรงด้วยตนเอง กล่าวอีกนัยหนึ่ง องค์กรเหล่านั้นไม่สามารถริเริ่มการใช้อำนาจด้วยตนเอง คงทำได้แต่เพียงตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรอื่น ซึ่งยังไม่เพียงพอที่จะถือว่าการใช้อำนาจในลักษณะดังกล่าวมีผลเป็นการกำหนดเจตจำนงทางการเมืองของรัฐได้ด้วยตนเอง ยิ่งไปกว่านั้น เมื่อพิจารณาถึง “เรื่อง” หรือ “เนื้อหา” แห่งการกระทำที่องค์กรเหล่านั้นเข้าไปตรวจสอบพบว่า โดยส่วนใหญ่แล้วมีลักษณะเป็นผลิตผลของการใช้อำนาจบริหารตามกฎหมาย กล่าวคือ อำนาจทางปกครองทั้งสิ้น หาใช่การตรวจสอบเรื่องทางการเมืองซึ่งปกติมีการควบคุมกันโดยผ่านกลไกของรัฐสภาอยู่แล้ว การยกระดับหรือเปลี่ยนตำแหน่งแห่งที่ของฐานที่มาแห่งอำนาจในการจัดตั้งหรือระบุอำนาจขององค์กรผู้ทำหน้าที่ตรวจสอบ หาได้มีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงสภาพธรรมชาติแห่งเนื้อหาของอำนาจซึ่งยังคงเป็นอำนาจทางบริหารตามกฎหมายอยู่เช่นเดิมแต่อย่างใด ด้วยเหตุนี้ จึงไม่อาจถือได้ว่าองค์กรเหล่านี้ได้กลายสภาพเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ หากแต่ถือได้ว่ามีสถานะเป็นองค์กร

---

[38] Conseil constitutionnel. Décision n° 2011-626 DC du 29 mars 2011.

[39] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ. เจตนารมณ์รัฐธรรมนูญ. กรุงเทพมหานคร: สถาบันพระปกเกล้า, 254, น. 42-43.

ทางปกครองที่เป็นอิสระ (Autorités administratives indépendantes) เช่นเดียวกับบรรดาองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระซึ่งจัดตั้งขึ้นตามบทบัญญัติของกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ กรณีจึงสะท้อนให้เห็นว่า บทบัญญัติมาตรา 197 วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ซึ่งตัดอำนาจของศาลปกครองในการตรวจสอบการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญของบรรดาองค์กรของรัฐที่มีความอิสระซึ่งจัดตั้งขึ้นตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญเป็นการตราบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญโดยขาดความเข้าใจถึงธรรมชาติของอำนาจขององค์กรเหล่านั้นอีกด้วย

นอกจากการให้เหตุผลโดยการพิจารณาถึงธรรมชาติแห่งเนื้อหาของอำนาจดังที่ได้อธิบายไปข้างต้นแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า การวิเคราะห์ถึงสถานะทางกฎหมายขององค์กรใดองค์กรหนึ่ง โดยอาศัยการศึกษาถึงวิวัฒนาการและความเป็นมาในการจัดตั้งองค์กรเหล่านั้นขึ้นก็มิใช่สิ่งซึ่งไร้ประโยชน์เสียทีเดียว กรณีอาจเทียบเคียงได้กับหลักการตีความตามประวัติความเป็นมาแห่งกฎหมายซึ่งเป็นการค้นหาความหมายของบทกฎหมายจากบริบททางประวัติศาสตร์ที่บทกฎหมายนั้นถือกำเนิดขึ้น โดยผู้ตีความจะต้องคำนึงถึงบริบททางสังคม บริบททางทฤษฎีขณะที่มีการตรากฎหมายนั้น และจะต้องพิจารณาความประสงค์ของผู้ร่างกฎหมายนั้นประกอบกัน[40] แม้การตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญในกรณีดังกล่าวนี้จะมิใช่การตีความกฎหมายซึ่งถูกนำไปบังคับใช้กับข้อเท็จจริงอย่างเป็นรูปธรรมก็ตาม แต่ก็ยังถือได้ว่าเป็นแนวทางในการค้นหาถึงสถานะทางกฎหมายที่แท้จริงขององค์กรเหล่านี้ได้อีกทางหนึ่ง

เมื่อพิจารณาจากวิวัฒนาการในการจัดตั้งองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระขึ้นในประเทศไทย จะพบว่าปรากฏขึ้นเป็นครั้งแรกในการยกร่างรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 ซึ่งได้มีการระดมนักวิชาการทางกฎหมายให้เข้ามานำเสนอความเห็นรวมไปถึงการวิจัยในประเด็นต่าง ๆ ที่จำเป็นต่อการยกร่างรัฐธรรมนูญ โดยกรณีขององค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระ ก็เป็นหนึ่งในหัวข้อที่มีการศึกษาค้นคว้ากัน ณ ขณะนั้น โดยวิษณุ วรัญญู นักวิชาการซึ่งมีบทบาทสำคัญในฐานะนักวิจัย ในรายงานการวิจัย เรื่อง องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ เสนอต่อ คณะกรรมการพัฒนาประชาธิปไตย (คพป.) ได้ทำการศึกษาวิจัยในประเด็นดังกล่าว ทั้งนี้ ตามผลการศึกษาวิจัย พบว่า การนำรูปแบบองค์กรของรัฐรูปแบบใหม่ดังกล่าวมาใช้ในประเทศไทยนั้นได้รับอิทธิพลหรือแบบอย่างจากระบบกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส ประเทศอังกฤษ และประเทศสหรัฐอเมริกา ซึ่งถือว่าองค์กรของรัฐรูปแบบดังกล่าวมีสถานะเป็นองค์กรของรัฐฝ่ายปกครองทั้งสิ้น นอกจากนี้ วิษณุ วรัญญู ยังยืนยันว่า แต่เดิมผู้วิจัยได้ใช้ชื่อขององค์กรประเภทนี้ในงานวิจัยว่า “องค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระ” แต่ครั้นมีการตีพิมพ์เผยแพร่งานวิจัย ได้มีผู้แก้ไขชื่อเป็น “องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ” ซึ่งในความเห็นของวิษณุ วรัญญู เห็นว่า การใช้ชื่อว่า “องค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระ” นั้น ถูกต้องตรงตามความหมายยิ่งกว่า นอกจากนี้ วิษณุ วรัญญู กล่าวภายหลังถึงเหตุผลของการบัญญัติบรรดาองค์กรต่าง ๆ ไว้ในรัฐธรรมนูญว่าเป็นความประสงค์ของผู้ร่างรัฐธรรมนูญที่ต้องการประกันสถานะขององค์กรไว้ในรัฐธรรมนูญเพื่อใช้อานิสงส์ความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมได้ยาก[41] โดยในงานวิจัยฉบับดังกล่าว วิษณุ วรัญญู ได้เสนอให้ใช้แนวทางการบัญญัติในเรื่ององค์กรของรัฐที่เป็นอิสระเอาไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างกว้าง ๆ เฉพาะส่วนที่เป็นสาระสำคัญ และในการกำหนดสถานะหรือจัดตั้งองค์กรลักษณะดังกล่าวขึ้นใหม่ก็สามารถกระทำได้โดยการตราพระราชบัญญัติแยกเป็นกรณีไป โดยวิษณุ วรัญญู ให้ความเห็นต่อไปว่า หากใช้แนวทางของการกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญโดยตรงว่าองค์กรใดบ้างจะมีสถานะเป็นองค์กรอิสระของรัฐเช่นนี้ก็จะทำให้บรรดาองค์กรเหล่านั้นมีสถานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญไปเสียด้วย[42]

---

[40] วรเจตน์ ภาคีรัตน์. “การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน.” วารสารจุลนิติ ปีที่ 7 ฉบับที่ 4. น. 69.

[41] วิษณุ วรัญญู, ปาฐกถาเรื่อง “รัฐธรรมนูญกับการสร้างธรรมาภิบาลและประชาธิปไตย” ในเวทีสัมมนา 15 ปี องค์กรอิสระของรัฐ, ณ โรงแรมพลาซ่าแอทธินี กรุงเทพฯ วันศุกร์ที่ 1 มีนาคม 2556. อ้างถึงใน จิรากิตติ์ แสงลี. “คณะกรรมการการเลือกตั้ง: ข้อพิจารณาเรื่องสถานะที่มาและอำนาจวินิจฉัยข้อโต้แย้งการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร.” วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 41 ฉบับที่ 3 (พฤศจิกายน 2566): น. 15.

[42] วรัญญู, วิษณุ. องค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ (Independent administrative body): รายงานการวิจัย. กรุงเทพมหานคร: สำนักงานกองทุนสนับสนุนการวิจัย, 2538. น. 48.

เมื่อพิจารณาจากประวัติความเป็นมาของการรับเอาแนวคิดว่าด้วยองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระของระบบกฎหมายต่างประเทศมาใช้ในระบบกฎหมายไทย รวมไปถึงความเห็นของวิษณุ วรัญญู ข้างต้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า หากเทียบเคียงจากหลักการตีความตามประวัติความเป็นมาแห่งกฎหมายแล้ว บรรดาองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ล้วนแล้วแต่มีสถานะเป็นองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระทั้งสิ้น และแม้ว่าองค์กรเหล่านี้จะถูกจัดตั้งขึ้นตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่ก็เป็นเพียงเพื่อการประกันความเป็นอิสระหรือหลีกเลี่ยงจากการแทรกแซงจากระบบราชการดั้งเดิม[43] เนื่องจากภารกิจของหลายองค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นใหม่ แต่เดิมเป็นอำนาจหน้าที่ของส่วนราชการ เช่น คณะกรรมการการเลือกตั้ง ซึ่งแต่เดิมเป็นภารกิจของกองการเลือกตั้ง กรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย ขณะที่ภารกิจของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ แต่เดิมเป็นภารกิจของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตและประพฤติมิชอบในวงราชการซึ่งเป็นคณะกรรมการซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมของฝ่ายบริหาร ฯลฯ การบัญญัติให้มีการจัดตั้งองค์กรเหล่านี้ขึ้นตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญซึ่งมีที่มาจากเหตุผลเฉพาะในบริบทของระบบกฎหมายไทย ที่ผู้ร่างรัฐธรรมนูญได้พยายามให้มีการบัญญัติถึงองค์กรดังกล่าวข้างต้นจึงหาได้มีผลให้องค์กรเหล่านี้มีสถานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่เข้าไปมีส่วนในการใช้อำนาจรัฐในระดับรัฐธรรมนูญโดยอัตโนมัติแต่อย่างใด และเมื่อบรรดาองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญได้รับต้นแบบจากกลุ่มประเทศที่ถือว่าองค์กรเหล่านี้เป็นองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระ กรณีจึงสามารถอนุมานได้อีกทางหนึ่งว่าโดยแท้จริงแล้วองค์กรเหล่านี้มีสถานะเป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ทั้งนี้ แม้จะเป็นความจริงที่ว่าการรับเอาหรือใช้ต้นแบบจากกฎหมายของต่างประเทศมาเป็นแบบอย่างในการยกร่างกฎหมายนั้น ไม่จำเป็นที่ผู้ยกร่างจะต้องถือตามในทุกมิติ แต่เนื่องจากการจัดตั้งองค์กรเหล่านี้ขึ้นมาในระบบกฎหมายไทย ณ ขณะนั้นยังถือได้ว่าเป็นเรื่องใหม่ การใช้แบบอย่างแนวทางตามกฎหมายของต่างประเทศซึ่งได้มีพัฒนาการในเรื่องใดเรื่องหนึ่งจนมีการตกผลึกมาแล้วระยะหนึ่งจึงมิใช่สิ่งที่ไม่มีเหตุผลรองรับเสียทีเดียว ทั้งยังเป็นการส่งเสริมให้การยกร่างกฎหมายหรือการจัดตั้งองค์กรรูปแบบใหม่ขึ้นมาภายในรัฐเป็นไปในแนวทางที่ถูกต้องอีกด้วย

ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาตามลำดับข้างต้นนี้ผู้เขียนจึงเห็นว่า เมื่อพิจารณาอย่างถ่องแท้แล้วบรรดาองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระในระบบกฎหมายไทย ทั้งที่ถูกจัดตั้งขึ้นตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ และไม่ว่าจะมีชื่อเรียกอย่างใด ล้วนแล้วแต่มีสถานะเป็นองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระ โดยองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระที่ถูกจัดตั้งขึ้นตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนั้น อาจจะเรียกหรือถือได้แต่เพียงว่าเป็น “องค์กรอิสระตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ” ซึ่งเป็นเพียงการพิจารณาแต่ในทางรูปแบบเท่านั้น

อนึ่ง นอกจากองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระในระบบกฎหมายไทยจะถูกจัดตั้งขึ้นโดยผลของกฎหมายต่างลำดับชั้นกันแล้ว กล่าวโดยเฉพาะ องค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายระดับพระราชบัญญัติก็ยังถูกจัดตั้งขึ้นโดยอาศัยกฎหมายเฉพาะแต่ละฉบับแยกออกเป็นเอกเทศจากกัน โดยมิได้มีกฎหมายกลางซึ่งให้อำนาจในการจัดตั้งองค์กรเช่นว่านี้ขึ้นมาใหม่ หรือกำหนดกฎเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับองค์กรดังกล่าวไว้แต่อย่างใด กรณีจึงต่างกับการจัดตั้งรัฐวิสาหกิจหรือองค์การมหาชน สภาพการณ์เช่นเดียวกันนี้เคยเกิดขึ้นในประเทศฝรั่งเศสซึ่งก่อให้เกิดปัญหาหลายประการโดยเฉพาะปัญหาการวินิจฉัยว่าองค์กรใดบ้างจะมีสถานะดังกล่าว ซึ่งแต่เดิมมาเป็นบทบาทของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil Constitutionnel) และสภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุด (Conseil d’Etat) ในการวินิจฉัยว่าองค์กรใดบ้างจะมีสถานะดังกล่าว ต่อมา ในปี ค.ศ. 2017 ได้มีการตรารัฐบัญญัติหมายเลข 2017-55 ลงวันที่ 20 มกราคม ค.ศ. 2017

---

[43] ร่มฉัตร วชิรรัตนากรกุล. “ปัญหาทางกฎหมายขององค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระที่ทำหน้าที่กำกับกิจการทางเศรษฐกิจในระบบกฎหมายไทย.” วิทยานิพนธ์นิติศาสตรมหาบัณฑิต, คณะนิติศาสตร์, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรุงเทพฯ, พ.ศ. 2556, น. 4.

ว่าด้วยสถานะทั่วไปขององค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระ[44] นอกจากกฎหมายฉบับนี้จะได้วางกฎเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับโครงสร้างองค์กร การเข้าสู่ตำแหน่ง วาระการดำรงตำแหน่ง ฯลฯ แล้ว ยังได้ใช้เทคนิควิธีการกำหนดภาคผนวกแนบท้ายกฎหมาย โดยการกำหนดให้บรรดาองค์กรที่ถูกกำหนดรายชื่อแนบท้ายกฎหมายฉบับดังกล่าวซึ่งกระจัดกระจายอยู่มีสถานะเป็นองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระ โดยปัจจุบันมีจำนวนทั้งสิ้น 26 องค์กร

เทคนิควิธีการดังกล่าวข้างต้นนี้เป็นการใช้เครื่องมือทางกฎหมายโดยการตรากฎหมายกลางขึ้นมาฉบับหนึ่งเพื่อขจัดปัญหาความไม่เป็นระบบและความไม่ชัดเจนของสถานะทางกฎหมายขององค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระในระบบกฎหมายฝรั่งเศส ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า เป็นตัวอย่างที่ดีแก่ระบบกฎหมายไทยซึ่งประสบปัญหาในลักษณะเดียวกัน จึงชอบด้วยเหตุผลที่ระบบกฎหมายไทยจะรับเอาวิธีการดังกล่าวมาใช้ โดยการตราพระราชบัญญัติซึ่งมีลักษณะเป็นกฎหมายกลางกำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระ และกำหนดบ่งชี้ว่าเฉพาะองค์กรใดบ้างมีสถานะเป็นองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระ โดยอาจจะใช้วิธีการกำหนดไว้ในภาคผนวกท้ายพระราชบัญญัติ เช่นเดียวกับวิธีการที่ใช้ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส หรือการบัญญัติไว้ในบทบัญญัติของพระราชบัญญัติดังกล่าวเอง แต่วิธีการในประการหลังนี้อาจจะขาดความยืดหยุ่นเนื่องจากหากจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมในภายหลังต้องมีการตราพระราชบัญญัติขึ้นมาแก้ไขเพิ่มเติม อย่างไรก็ตาม ตามที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้วว่าในระบบกฎหมายไทยนั้น องค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระซึ่งจัดตั้งขึ้นตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มิได้ถูกบ่งชี้สถานะทางกฎหมายว่าเป็นองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระ ซึ่งความเข้าใจดังกล่าวได้ฝังรากลึกในระบบกฎหมายไทย อีกทั้งบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและกฎหมายยังได้ออกแบบให้องค์กรกลุ่มดังกล่าวมีลักษณะพิเศษยิ่งไปเสียกว่าที่จะเป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง กรณีจึงไม่อาจปฏิเสธได้ว่าการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในส่วนดังกล่าวนี้เป็นสิ่งที่กระทำได้ยาก กล่าวคือ เฉพาะแต่การตรากฎหมายกลางขึ้นมาฉบับหนึ่งอาจจะไม่เพียงพอ แต่มีความจำเป็นต้องแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญด้วย อย่างไรก็ตาม การแก้ไขเปลี่ยนแปลงดังกล่าวก็เป็นสิ่งจำเป็นที่จะต้องกระทำ หรืออาจจะเรียกได้ว่าต้องมีการ “ยกเค้า” ความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระในระบบกฎหมายไทยเสียใหม่ทั้งระบบ

3. องค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระในฐานะที่เป็นองคาพยพหนึ่งของฝ่ายปกครอง

เมื่อได้ข้อยุติแล้วว่าบรรดาองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระในระบบกฎหมายไทย มีสถานะทางกฎหมายเป็นองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระ[45] ปัญหาประการถัดมาที่ต้องพิจารณาคือ องค์กรเหล่านี้มีสถานะเป็นองค์กรฝ่ายปกครองประเภทใด หรือสามารถจัดวางตำแหน่งให้องค์กรเหล่านี้อยู่ในส่วนใดของการจัดโครงสร้างฝ่ายปกครอง ซึ่งดูเหมือนว่าจะยังเป็นประเด็นที่มีความไม่แน่นอนชัดเจน อันเกิดจากการติดยึดกับหลักการจัดระเบียบราชการบริหารที่มีอยู่อย่างจำกัด (3.1) ทั้งนี้ ผู้เขียนจะได้นำเสนอบทวิเคราะห์ตำแหน่งแห่งที่ขององค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระในฐานะที่เป็นองคาพยพหนึ่งขององค์กรฝ่ายปกครอง (3.2) เพื่อให้คำตอบต่อประเด็นปัญหาดังกล่าวข้างต้น

3.1 ปัญหาอันเกิดจากกรอบการศึกษาเกี่ยวกับหลักการจัดระเบียบราชการบริหารที่มีอยู่อย่างจำกัด : หลักการรวมอำนาจทางปกครอง หลักการแบ่งอำนาจทางปกครอง และหลักการกระจายอำนาจทางปกครอง

---

[44] La Loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes : เป็นที่น่าสังเกตว่ากฎหมายฉบับนี้ได้แบ่งแยกองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระออกเป็นสองกลุ่ม โดยอาศัยสถานะความเป็นนิติบุคคล กล่าวคือ แม้โดยทั่วไปแล้วองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระไม่มีสถานะเป็นนิติบุคคล ซึ่งเรียกชื่อว่า autorités administratives indépendantes แต่เนื่องจากลักษณะเฉพาะและวิวัฒนาการการจัดตั้งขององค์กรดังกล่าวบางองค์กร จึงทำให้องค์กรเหล่านี้บางส่วนมีสถานะนิติบุคคล โดยเรียกว่า autorités publiques indépendantes โดยถือว่าองค์กรดังกล่าวยังคงมีสถานะเป็น autorités administratives indépendantes ประเภทหนึ่งอยู่

[45] ตั้งแต่ส่วนที่ 3 ของบทความเป็นต้นไป ผู้เขียนจะใช้ชื่อเรียกองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระทั้งสองกลุ่มว่า “องค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระ” ตามที่ได้ให้เหตุผลไว้ในส่วนที่ 2 ของบทความ เพื่อเป็นการเน้นย้ำว่าแท้จริงแล้ว องค์กรดังกล่าวมีสถานะทางกฎหมายเป็นองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระ

ก่อนที่จะนำเสนอบทวิเคราะห์เกี่ยวกับตำแหน่งแห่งที่ขององค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระ ในฐานะองคาพยพหนึ่งขององค์กรฝ่ายปกครองในข้อ 3.2 ในชั้นแรก ผู้เขียนจะได้นำเสนอเกี่ยวกับปัญหาประการสำคัญซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นรากฐานของความสับสนในการจัดวางตำแหน่งขององค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระในฐานะที่เป็นองคาพยพหนึ่งขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง กล่าวคือ แม้ในปัจจุบัน รูปแบบการจัดโครงสร้างองค์กรของรัฐมิได้จำกัดอยู่เพียงแค่ในระบบราชการดังเช่นในอดีตแล้วก็ตาม แต่เมื่อมีการจัดตั้งองค์กรของรัฐรูปแบบใหม่ขึ้น ก็มักเกิดความพยายามในการจัดกลุ่มองค์กรของรัฐนั้น ให้เข้าเป็นหนึ่งในสามลักษณะ คือ (1) องค์กรตามหลักการรวมอำนาจทางปกครอง (2) องค์กรตามหลักการแบ่งอำนาจทางปกครอง และ (3) องค์กรตามหลักการกระจายอำนาจทางปกครอง ดูเสมือนว่าสภาพการณ์ดังกล่าว มิใช่สิ่งที่ไม่มีเหตุผลรองรับ เนื่องจากคำอธิบายในทางตำราเกี่ยวกับการจัดโครงสร้างองค์กรภาครัฐเกือบทั้งหมดมักกล่าวถึงหลักการทั้งสามหลักการดังกล่าวข้างต้น ควบคู่ไปกับข้อความคิดว่าด้วยการควบคุมแบบบังคับบัญชา และการควบคุมแบบกำกับดูแล เมื่อมีการจัดตั้งองค์กรของรัฐรูปแบบใหม่ขึ้นมาจึงย่อมเป็นธรรมดาที่จะมีความพยายามในการจัดประเภทองค์กรดังกล่าวขึ้น

นอกจากเหตุผลเกี่ยวกับข้อจำกัดในทางทฤษฎีแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าสภาพการณ์ดังกล่าวข้างต้นในระบบกฎหมายไทยยังเกิดขึ้นจากสาเหตุ ดังต่อไปนี้

(1) การจัดโครงสร้างระบบราชการบริหารของประเทศไทยมีลักษณะการรวมศูนย์อย่างเข้มข้น แม้จะมีการถ่ายโอนอำนาจการตัดสินใจไปยังจังหวัดและอำเภอตามหลักการแบ่งอำนาจทางปกครอง แต่ก็ยังคงสงวนไว้ซึ่งอำนาจในการตัดสินใจในส่วนสำคัญไว้ที่ราชการบริหารส่วนกลาง ข้าราชการ พนักงานเจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานในระดับภูมิภาคถูกจำกัดความสามารถในการแก้ปัญหาที่เกิดขึ้น แม้ว่าจังหวัดในฐานะองค์กรปกครองส่วนภูมิภาคจะยังคงเชื่อมโยงอยู่กับราชการบริหารส่วนกลางอย่างแนบแน่น แต่จังหวัดก็ยังมีสถานะเป็นนิติบุคคลซึ่งก็ขัดแย้งกับหลักการที่ว่าเมื่อหน่วยงานใดอยู่ภายใต้การควบคุมแบบบังคับบัญชาของราชการบริหารส่วนกลาง หน่วยงานนั้นไม่จำต้องมีสถานะเป็นนิติบุคคล

(2) แม้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ และองค์การมหาชน จะเป็นองค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นตามหลักการกระจายอำนาจทางปกครอง ซึ่งโดยทั่วไปแล้วต้องมีความเป็นอิสระ แต่ในทางข้อเท็จจริงองค์กรเหล่านี้มิได้มีความเป็นอิสระอย่างแท้จริง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในมิติที่เกี่ยวข้องกับความเป็นอิสระทางการคลังและงบประมาณ เนื่องจากองค์กรทั้งสามประเภท ยังคงพึ่งพางบประมาณที่ได้รับการอุดหนุนจากรัฐบาลยิ่งกว่ารายได้ที่สามารถจัดเก็บได้เอง ปัญหาเหล่านี้เป็นรากฐานที่นำไปสู่ความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนเกี่ยวกับสาระสำคัญของหลักการกระจายอำนาจทางปกครอง และข้อความคิดเกี่ยวกับการกำกับดูแล ซึ่งเป็นแก่นสาระของหลักการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่น (principe de l'autonomie locale) ด้วย

จากสาเหตุทั้งสองประการข้างต้น แสดงให้เห็นว่าบรรดาองค์กรของรัฐในระบบกฎหมายไทย ยังคงยึดโยงอยู่กับราชการบริหารส่วนกลางอย่างแนบแน่น แม้ว่าองค์กรเหล่านั้นจะถูกจัดตั้งขึ้นโดยมุ่งหมายให้มีความเป็นอิสระก็ตาม อันนำมาสู่ความเข้าใจที่ว่าองค์กรของรัฐทุกประเภทต้องอยู่ภายใต้การควบคุมแบบบังคับบัญชาหรือการควบคุมแบบกำกับดูแลของราชการบริหารส่วนกลางเสมอ ความเข้าใจเช่นนี้จึงทำให้เมื่อมีการจัดตั้งองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระไม่ว่าจะเป็นองค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญหรือจัดตั้งขึ้นตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ก็มักจะมีความพยายามที่จะจัดกลุ่มให้องค์กรของรัฐที่ถูกจัดตั้งขึ้นมาใหม่นั้นเข้าเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรตามหลักการทั้งสามประการดังกล่าวข้างต้นเสมอ ซึ่งแม้จะมีนักกฎหมายบางส่วนเห็นว่าองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระที่ถูกจัดตั้งขึ้นทั้งสองลักษณะมีสถานะเป็นองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระตามที่ได้วิเคราะห์ในส่วนที่ 2 อันเป็นความเห็นที่สอดคล้องกับความเห็นของผู้เขียนก็ตาม แต่เมื่อมีการพิจารณาถึงตำแหน่งแห่งที่ขององค์กรดังกล่าว โดยส่วนใหญ่กลับเห็นว่าองค์กร

ทางปกครองที่เป็นอิสระยังอยู่ภายใต้การควบคุมแบบกำกับดูแลของรัฐโดยรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งอยู่ จึงอาจถือได้ว่าเป็นประเด็นที่มีความคลุมเครือและยังไม่ได้ถูกพูดถึงมากนักในระบบกฎหมายไทย

3.2 บทวิเคราะห์ตำแหน่งแห่งที่ขององค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระในฐานะที่เป็นองคาพยพหนึ่งของฝ่ายปกครอง

ตามที่ได้วิเคราะห์และนำเสนอไปในหัวข้อที่ 3.1 องค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระในระบบกฎหมายไทย ทั้งที่ถูกจัดตั้งขึ้นตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ล้วนแล้วแต่เป็นส่วนหนึ่งขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง ปัญหาประการสำคัญที่ต้องพิจารณาโดยถ่องแท้ในลำดับถัดมาก็คือ แท้จริงแล้วองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระทั้งหลายเหล่านี้ เป็นองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองประเภทใด อันจะนำมาซึ่งปัญหาที่ต้องวิเคราะห์อีกประการหนึ่งว่าองค์กรเหล่านี้มีความสัมพันธ์กับรัฐในลักษณะใด

เมื่อสำรวจข้อเขียน คำอธิบายทางวิชาการ ในระบบกฎหมายไทย ปรากฏว่ามีการศึกษาค้นคว้าในประเด็นดังกล่าวนี้กันอย่างค่อนข้างจำกัด เท่าที่ปรากฏเด่นชัดก็มีแต่เพียงความเห็นของ ร่มฉัตร วชิรรัตนากรกุล ซึ่งเห็นว่า[46] บรรดาองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจรัฐในลักษณะที่เป็นอำนาจบริหารหรือปฏิบัติภารกิจในลักษณะที่เป็นภารกิจในฝ่ายบริหาร โดยเป็นองค์กรฝ่ายปกครองในรูปแบบขององค์กรกระจายอำนาจทางภารกิจโดยองค์กรเหล่านี้มีหน้าที่ในการกำกับดูแล ควบคุม และวางกฎระเบียบในกิจกรรมบางประเภทของรัฐ โดยถือได้ว่าเป็นองค์กรกระจายอำนาจในทางภารกิจลักษณะหนึ่งเช่นเดียวกับรัฐวิสาหกิจและองค์การมหาชน[47] สำหรับประเด็นความสัมพันธ์กับรัฐ นั้น ร่มฉัตรฯ อธิบายว่า องค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระจะเป็นอิสระจากการบังคับบัญชาและกำกับดูแลของคณะรัฐมนตรี[48] ซึ่งดูเหมือนคำอธิบายดังกล่าวจะขัดแย้งกับการยืนยันว่าอำนาจกำกับดูแลเป็นสาระสำคัญของการกระจายอำนาจทางปกครอง[49]

ต่อประเด็นดังกล่าวข้างต้น คำอธิบายในทางตำราเกี่ยวกับองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระในประเทศฝรั่งเศสนั้นเห็นว่า องค์กรเหล่านี้มิใช่รูปแบบหนึ่งขององค์กรตามหลักการกระจายอำนาจทางปกครอง[50] หรือหลักการแบ่งอำนาจทางปกครอง[51] แม้ว่าองค์กรเหล่านี้จะถูกออกแบบมาเพื่อประกันความเป็นอิสระก็ตาม[52] โดย Benoit Plessix ถึงกับให้ความเห็นว่า บรรดาองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระยังคงมีสถานะเป็นองคาพยพหนึ่งขององค์กรฝ่ายปกครอง หากแต่เป็นองค์กรที่ไม่เคยปรากฏตัวมาก่อน (inédite) ; มีลักษณะแตกต่าง (atypique) จากองค์กรฝ่ายปกครองทั่วไป ; อยู่นอกเหนือกฎเกณฑ์ (hors normes) ในการจัดโครงสร้างองค์กรภาครัฐ ; และถือได้ว่าเป็นองค์กรที่อยู่ในปริมณฑลสุดท้ายหรือชายขอบ (située en marge) ของการจัดโครงสร้างองค์กรภาครัฐแบบดั้งเดิม[53]

คำอธิบายข้างต้นสอดคล้องกับความเห็นของตุลาการผู้แถลงคดี Jacques Rigaud ซึ่งให้ความเห็นว่า ในยุคสมัยปัจจุบันเกิดการสอดประสานกันอย่างลงตัวระหว่างการจัดองค์กรฝ่ายปกครองของรัฐแบบดั้งเดิม และรูปแบบการควบคุมแบบบังคับบัญชาและกำกับดูแล ด้วยเหตุผลทั้งหลายเหล่านี้นำมาสู่การจัดตั้งองค์กรของรัฐรูปแบบใหม่ ซึ่งไม่อาจจัดได้ว่าเป็นองค์กรตามหลักการกระจายอำนาจทางปกครอง และไม่อาจถือได้ว่าอยู่ภายใต้การควบคุมแบบบังคับบัญชาของ

---

[46] ร่มฉัตร วชิรรัตนากรกุล. อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 43 น. 135.

[47] เพิ่งอ้าง, น. 157,296.

[48] เพิ่งอ้าง, น. 207.

[49] เพิ่งอ้าง, น. 145.

[50] Dumont, Gilles et Lombard, Martine. Droit administratif, 5e éd., Paris, Dalloz, 2003, p. 116

[51] Plessix, Benoit. Droit administratif général, éd. 1, Paris, Lexis Nexis, 2022, p. 116.

[52] Dumont, Gilles et Lombard, op.cit., p.116

[53] Plessix, Benoit. Dumont, Gilles et Lombard, op.cit., p.116.

รัฐมนตรี อาจจะกล่าวได้ว่าองค์กรเหล่านี้เป็นองค์กรที่มีลักษณะจำเพาะ[54]

เมื่อกล่าวถึงองค์กรตามหลักการกระจายอำนาจทางปกครอง สิ่งที่เป็นแก่นสาระอันจะขาดเสียมิได้ก็คือ การควบคุมแบบกำกับดูแล (contrôle de tutelle) โดยในประเทศเยอรมนี การกำกับดูแล (Statt sauf sicht) เป็นองค์ประกอบหนึ่งของการกระจายอำนาจทางปกครอง[55] ส่วนประเทศฝรั่งเศส นอกจากการกำกับดูแลจะเป็นองค์ประกอบหนึ่งของการกระจายอำนาจทางปกครองแล้ว การกำกับดูแลยังเป็นหนึ่งในวิธีการศึกษาข้อความคิดว่าด้วยการกระจายอำนาจทางปกครองอีกด้วย เนื่องจากการศึกษาเรื่องการกระจายอำนาจทางปกครองในประเทศฝรั่งเศสอาจแบ่งออกได้เป็นการศึกษาที่มุ่งเน้นไปที่ความเป็นอิสระขององค์กรกระจายอำนาจ ซึ่งเรียกได้ว่า การศึกษาในเชิงสถาบันประการหนึ่ง และการศึกษาที่มุ่งเน้นไปที่การกำกับดูแลของรัฐเหนือองค์กรกระจายอำนาจ ซึ่งเรียกได้ว่า การศึกษาในแง่ความสัมพันธ์ อีกประการหนึ่ง[56] นอกจากนี้ การควบคุมแบบกำกับดูแลต้องเป็นความสัมพันธ์ระหว่างนิติบุคคลสองนิติบุคคลแยกต่างหากจากกัน โดยที่บรรดาองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระในระบบกฎหมายไทยมิได้มีสถานะเป็นนิติบุคคล แต่เป็นเพียงองค์กรกลุ่ม (collectivité collégiale) ซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในฐานะองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง เมื่อองค์กรเหล่านี้มิได้มีสถานะเป็นนิติบุคคลเสียแล้ว กรณีจึงเป็นไปมิได้ที่องค์กรเหล่านี้จะตกอยู่ภายใต้การกำกับดูแลขององค์กรอื่น และเมื่อเป็นเช่นนี้ กรณีจึงไม่อาจจะถือได้ว่า องค์กรเหล่านี้เป็นองค์กรตามหลักการกระจายอำนาจทางปกครอง[57]

จึงเห็นได้ว่า หากจะถือว่าองค์กรใดองค์กรหนึ่งของรัฐเป็นองค์กรตามหลักการกระจายอำนาจทางปกครอง สิ่งที่จะขาดเสียมิได้ คือ องค์กรเหล่านั้นต้องอยู่ภายใต้การควบคุมแบบกำกับดูแลของรัฐด้วย ด้วยเหตุนี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่าองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระในประเทศไทยทั้งที่จัดตั้งขึ้นตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติแห่งกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ มิใช่องค์กรตามหลักการกระจายอำนาจทางปกครองและมิใช่องค์กรซึ่งอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐ ซึ่งสอดคล้องกับที่ วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ได้อธิบายว่า บรรดาองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ (หมายความถึงองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระตามความเห็นของผู้เขียน) ไม่อยู่ในการบังคับบัญชาหรือกำกับหรือควบคุมดูแล (หมายถึงการกำกับดูแล-ผู้เขียน) ไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อมของนายกรัฐมนตรีหรือรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่ง[58] ซึ่งแม้ตามคำอธิบายของวรพจน์ วิศรุตพิชญ์ จะมิได้อธิบายโดยบ่งชี้โดยเฉพาะเจาะจงว่าองค์กรเหล่านี้มิใช่องค์กรตามหลักการกระจายอำนาจทางปกครองก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาจากหลักการที่ว่าการควบคุมแบบกำกับดูแลเป็นสาระสำคัญของหลักการกระจายอำนาจทางปกครองแล้ว ก็อาจจะพออนุมานได้ว่า ตามความเห็นของวรพจน์ วิศรุตพิชญ์ แล้ว ก็ไม่อาจถือได้ว่าองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระเป็นองค์กรตามหลักการกระจายอำนาจทางปกครองเช่นกัน

การใช้ถ้อยคำว่าองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระมิใช่องค์กรตามหลักการกระจายอำนาจทางปกครอง เป็นการสื่อความไปในตัวว่า องค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระในระบบกฎหมายไทย มิได้ตกอยู่ภายใต้การควบคุมแบบกำกับดูแลของรัฐ ทั้งนี้ พึงระมัดระวังกับถ้อยคำที่มักมีผู้เรียกองค์กรเหล่านี้บางกลุ่มว่า “องค์กรกำกับดูแล” (régulateur) ซึ่งถ้อยคำดังกล่าวเป็นการแสดงถึงภารกิจขององค์กรทางปกครองอิสระบางจำพวกที่ถูกจัดตั้งขึ้นให้มาทำหน้าที่เป็นองค์กร

---

[54] Conclusion. sur CE, 6 décembre 1968, Ministre des Armée c/ Ruffin, RDP 1969.703.

[55] Traité de Droit Administratif Allemand, Traduit de l’Allemand par Dominique TURPIN, FROMONT, Emile Bruyant, Bruxelles, 1969, p. 704.

[56] Corail, Jean Louise de. Document d’étude n° 2.02, *Droit Administratif : L’Administration Territoriale*. La documentation française, juin 1983, pp. 26-292.

[57] อย่างไรก็ตาม คำอธิบายตามข้อสันนิษฐานนี้อาจจะมีปัญหาโดยเฉพาะอย่างยิ่งในบริบทของระบบกฎหมายไทย เนื่องจากในบางกรณี มีการควบคุมกันระหว่างนิติบุคคลสองนิติบุคคล แต่การควบคุมดังกล่าวมิได้ถูกจัดเป็นการควบคุมแบบกำกับดูแล หากแต่ถูกจัดเป็นการควบคุมแบบบังคับบัญชา เช่น กรณีการควบคุมจังหวัดโดยกระทรวงมหาดไทย

[58] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์., *อ้างแล้ว* เชิงอรรถที่ 32.

ผู้ออกกฎเกณฑ์ และกำหนดมาตรการในการควบคุมการดำเนินกิจการบางประเภทภายในรัฐ เช่น คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน คณะกรรมการกำกับและส่งเสริมการประกอบธุรกิจประกันภัย ฯลฯ ให้อยู่ในฐานะผู้ควบคุมบรรดาผู้ประกอบการ (opérateurs) กล่าวคือ เป็นการให้อำนาจแก่องค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระในการทำหน้าที่ควบคุม ตรวจสอบ และหมายความรวมไปถึงการออกมาตรการที่มีผลใช้บังคับแก่บรรดาผู้ประกอบการให้เป็นไปตามกรอบของกฎหมาย นอกจากนี้ ความหมายของคำว่า “กำกับดูแล” ในบริบทดังกล่าว ยังแตกต่างจากคำว่า การควบคุมแบบ “กำกับดูแล” ที่รัฐมีอยู่เหนือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ องค์การมหาชน ซึ่งองค์กรทั้งสามลักษณะเป็นองค์กรตามหลักการกระจายอำนาจทางปกครอง ยิ่งไปกว่านั้น การที่บรรดาผู้ประกอบการ (opérateurs) ตกอยู่ภายใต้การควบคุมขององค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระในฐานะที่เป็นองค์กรกำกับดูแล (régulateurs) ก็มิได้ทำให้บรรดาผู้ประกอบการเหล่านั้นกลายสภาพเป็นองค์กรตามหลักการกระจายอำนาจทางปกครองไปด้วยแต่อย่างใด[59] ด้วยเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น กรณีจึงควรเรียกองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระในระบบกฎหมายไทยที่ทำหน้าที่ควบคุมการดำเนินกิจกรรมทางเศรษฐกิจ ว่า “องค์กรกำกับกิจการ” ยิ่งกว่าที่จะเรียกว่า “องค์กรกำกับดูแล”

เมื่อไม่อาจถือได้ว่าองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระในระบบกฎหมายไทยเป็นองค์กรตามหลักการกระจายอำนาจทางปกครองแล้ว เช่นนี้ เราจะสามารถจัดวางตำแหน่ง หรือค้นหาตำแหน่งแห่งที่ของบรรดาองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระในฐานะที่เป็นส่วนหนึ่งขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้เช่นไร

ต่อปัญหาดังกล่าวข้างต้นนี้ นอกจากที่ได้อธิบายไปแล้วว่า องค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระมิได้มีลักษณะเป็นองค์กรตามหลักการกระจายอำนาจทางปกครองแล้ว ผู้เขียนมีความเห็นต่อไปว่า ภารกิจหรืออำนาจหน้าที่ของบรรดาองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระโดยดั้งเดิมเป็นภารกิจของรัฐส่วนกลาง แต่เนื่องด้วยเหตุผลและความจำเป็นตามที่ได้อธิบายมาตามลำดับข้างต้น จึงมีความจำเป็นที่รัฐจะต้องจัดตั้งองค์กรของรัฐรูปแบบใหม่ขึ้นมาเพื่อตอบสนองต่อภารกิจดังกล่าว แต่ด้วยเหตุที่รัฐมิได้มีอำนาจบังคับบัญชาเหนือองค์กรเหล่านี้ กรณีจึงถือมิได้ว่าองค์กรเหล่านี้เป็นองค์กรตามหลักการรวมอำนาจทางปกครองอันหมายความรวมถึงหลักการแบ่งอำนาจทางปกครองด้วย และผลที่ตามมาก็คือองค์กรเหล่านี้ไม่ตกอยู่ภายใต้การควบคุมทั้งแบบบังคับบัญชาและแบบกำกับดูแลของรัฐแต่อย่างใด[60]

ด้วยเหตุนี้ จึงไม่สามารถจัดประเภทหรือให้ลักษณะทางกฎหมายแก่บรรดาองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระเข้าเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรตามหลักการจัดโครงสร้างองค์กรฝ่ายปกครองภายในรัฐแบบดั้งเดิมทั้งสามหลักการข้างต้นได้ อย่างไรก็ตาม ยังไม่ปรากฏว่ามีคำวินิจฉัยขององค์กรตุลาการ หรือความเห็นของฝ่ายตำราซึ่งได้มีการใช้คำเรียกหรือสถาปนาหลักการจัดโครงสร้างองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองภายในรัฐขึ้นมาใหม่ที่นอกเหนือไปจากสามหลักการที่กล่าวมาข้างต้น ในที่นี้ ผู้เขียนจึงเห็นว่ารูปแบบการจัดโครงสร้างองค์กรของรัฐในรูปขององค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระที่เกิดจากการสอดประสานกันทั้งศาสตร์ในทางกฎหมายและการบริหารจัดการภาครัฐ ในการจัดตั้งองค์กรฝ่ายปกครองรูปแบบใหม่ ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นเทคนิคการจัดสรรการใช้อำนาจรัฐในลักษณะหนึ่ง[61] เพื่อให้ภารกิจของรัฐที่มีลักษณะเฉพาะ

---

[59] นอกจากนี้ ยังปรากฏปัญหาการใช้คำว่า “กำกับดูแล” ในบริบทอื่น ๆ ซึ่งมักจะปรากฏให้เห็นอยู่บ่อยครั้งในระบบกฎหมายไทย เช่น การที่หัวหน้าหน่วยงานระดับต่าง ๆ เช่น อธิบดี กรม ก. มีคำสั่งกำหนดการจัดแบ่งภารกิจของรองอธิบดี โดยแบ่งหน้าที่ให้รองอธิบดีแต่ละคน ควบคุมติดตามการปฏิบัติราชการของหน่วยงาน ระดับต่ำกว่ากรม เช่น กอง สำนัก แผนก ฯลฯ ในคำสั่งกำหนดภารกิจดังกล่าวมักจะใช้คำในทำนองว่า นาย ข. รองอธิบดี คนที่หนึ่ง กำกับดูแล กอง A. และ กอง B. ทั้งที่แท้จริงแล้ว ความสัมพันธ์ระหว่าง นาย ข. รองอธิบดี กับข้าราชการและเจ้าหน้าที่ในสังกัด กอง A. และ กอง B. ก็มีลักษณะเป็นการควบคุมแบบการบังคับบัญชา มิใช่การควบคุมแบบกำกับดูแลแต่อย่างใด

[60] Morand-Deviller, Jacqueline et al. Droit administratif. 17e éd. Paris : LGDJ, 2021, p. 130.

[61] ความเห็นของผู้เขียนในลักษณะดังกล่าว ยังมิได้ถึงขนาดที่จะเสนอความเห็นว่า ควรสถาปนารูปแบบการจัดโครงสร้างองค์กรฝ่ายปกครองที่เรียกว่าการจัดสรรอำนาจ แต่อย่างใด เป็นแต่เพียงการเสนอการใช้คำเพื่อให้สอดคล้องกับภารกิจและลักษณะในทางกฎหมายขององค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระเท่านั้น

สำเร็จลุล่วง ทั้งนี้ แม้จะดูเหมือนว่าบรรดาองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระจะมีความอิสระยิ่งกว่าบรรดาองค์กรฝ่ายปกครองอื่น ๆ ซึ่งเป็นองค์กรตามหลักการกระจายอำนาจทางปกครอง ไม่ว่าจะเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ หรือองค์การมหาชน แต่รัฐก็มิได้ให้ความอิสระแก่องค์กรเหล่านั้นเสียจนถึงขนาดแยกตัวเองออกจากรัฐอย่างเป็นเอกเทศจนมีลักษณะเป็นรัฐซ้อนรัฐซึ่งมีความอิสระจนไร้ขอบเขตแต่อย่างใด ดังที่ Sylvie Hubac และ Evelyne Pisier ได้เปรียบเปรยไว้อย่างน่าฟังว่า[62]

เราไม่อาจปฏิเสธได้ว่ามีการดำรงอยู่ของความสัมพันธ์ซึ่งมีลักษณะคล้ายกับสายรกในครรภ์มารดา « Cordon Ombilical » ระหว่างรัฐบาลกับบรรดาองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระ

จากคำกล่าวข้างต้น พิจารณาได้ว่า แม้องค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระจะหลุดพ้นจากการควบคุมทั้งแบบบังคับบัญชาหรือแบบกำกับดูแลของรัฐก็ตาม แต่มิได้หมายความว่าองค์กรเหล่านี้ จะไม่มีความสัมพันธ์ใด ๆ กับรัฐเสียเลย รัฐยังคงต้องมีภาระผูกพันบางประการต่อองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระ เช่น การจัดสรรงบประมาณให้แก่องค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระ ทั้งนี้ กล่าวโดยเฉพาะองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระซึ่งจัดตั้งขึ้นตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ นั้น มาตรา 141 วรรคสอง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติให้รัฐมีหน้าที่จัดสรรงบประมาณให้แก่องค์กรดังกล่าวอย่างเพียงพอ ในเบื้องต้นจึงถือได้ว่า รัฐยังคงควบคุมองค์กรเหล่านี้ได้โดยการอาศัยเครื่องมือทางการคลัง ผ่านการจัดสรรงบประมาณให้เพียงพอต่อการดำเนินภารกิจ อย่างไรก็ตาม องค์กรเหล่านี้ก็ยังคงมีอิสระในทางการคลังยิ่งกว่าหน่วยงานของรัฐในระบบราชการดั้งเดิม ตัวอย่างเช่น สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบรามการทุจริตแห่งชาติ ในฐานะหน่วยรับงบประมาณของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติตามพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561[63] สามารถยื่นคำขอตั้งงบประมาณรายจ่ายต่อคณะรัฐมนตรีได้โดยตรง[64] มิพักจำต้องยื่นต่อผู้อำนวยการสำนักงบประมาณ หรือในขั้นตอนการพิจารณางบประมาณ หากเห็นว่างบประมาณที่จะได้รับจัดสรรนั้น อาจไม่เพียงพอต่อการปฏิบัติหน้าที่ก็อาจยื่นคำขอแปรญัตติต่อคณะกรรมาธิการของรัฐสภาซึ่งทำหน้าที่พิจารณาร่างกฎหมายงบประมาณรายจ่ายประจำปีได้โดยตรง ซึ่งหน่วยรับงบประมาณอื่น ๆ ที่อยู่ในระบบราชการดั้งเดิมไม่มีอำนาจเช่นว่านี้ สำหรับขั้นตอนการควบคุมการใช้จ่ายงบประมาณ เลขาธิการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติจะต้องรายงานผลการดำเนินงานและการใช้จ่ายของงบประมาณที่ได้รับการจัดสรร ตามแผนการดำเนินงานและแผนการใช้จ่ายงบประมาณไปยังคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ซึ่งทำหน้าที่เป็นผู้ควบคุมการใช้จ่ายงบประมาณทุกสามเดือน[65] กรณีแตกต่างจากหน่วยรับงบประมาณในระบบราชการดั้งเดิมที่ต้องรายงานผลการดำเนินงานและการใช้จ่ายงบประมาณต่อรัฐมนตรีเจ้าสังกัด[66] ทั้งนี้ การที่องค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระยังคงรับเงินสนับสนุนจากรัฐ หาได้มีผลทำให้องค์กรดังกล่าวกลายสภาพเป็นองค์กรที่อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐโดยรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งแต่อย่างใด[67]

ทั้งนี้ ควรตั้งไว้เป็นข้อสังเกตในชั้นนี้ด้วยว่า หากพิจารณาตามความเห็นของผู้เขียน ซึ่งสอดคล้องกับแนวคิดในทางทฤษฎีว่าด้วยองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระ (autorités administratives indépendantes) ในระบบกฎหมาย

---

[62] Hubac, Sylvie, et Evelyne Pisier. “Colloque sur les autorités administratives indépendantes.” Citée dans Michel Gentot, Les autorités administratives indépendantes (Paris : Montchrestien, 1994), p.61.

[63] นิยามของ “หน่วยรับงบประมาณ” ประกอบกับนิยามของ “หน่วยงานของรัฐ” ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 4 แห่งพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561 โดยสำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ อยู่ในนิยามความหมายในส่วนของหน่วยงานขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ

[64] มาตรา 28 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561

[65] มาตรา 38 วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561

[66] มาตรา 38 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีการงบประมาณ พ.ศ. 2561

[67] Gentot, Michel. Les autorités administratives indépendantes. 2e éd. Paris: Montchrestien, 1994, p. 62.

ฝรั่งเศส ที่ว่าบรรดาองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระไม่อาจถือได้ว่าเป็นองค์กรที่อยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐโดยการอยู่ภายใต้การควบคุมแบบบังคับบัญชาหรือการควบคุมแบบกำกับดูแลของรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งแล้ว บรรดาองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระตามกฎหมายระดับพระราชบัญญัติในระบบกฎหมายไทยปลอดพ้นจากการควบคุมของรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่ง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการควบคุมแบบกำกับดูแลอย่างแท้จริงหรือไม่ เนื่องจากหากพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องในบางกรณี ดูเหมือนว่าบรรดาองค์กรต่าง ๆ เหล่านี้ยังไม่หลุดพ้นจากการกำกับดูแลของรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งอย่างแท้จริง ตัวอย่างเช่น มาตรา 9 วรรคหนึ่ง (9) แห่งพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. 2550 ได้ให้อำนาจรัฐมนตรีว่าการกระทรวงพลังงานในการใช้อำนาจกำกับดูแลโดยการพิจารณาแผนการดำเนินงานของคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานและงบประมาณรายจ่ายของสำนักงานคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานเพื่อนำเสนอคณะรัฐมนตรีให้ความเห็นชอบ ซึ่งหากพิจารณาเปรียบเทียบกับกรณีของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ จะเห็นได้ว่าไม่มีรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งมาใช้อำนาจในการกำดูแลกิจการของคณะกรรมการดังกล่าวได้อย่างแท้จริง หากยึดถือตามหลักการดังกล่าวโดยจำกัดครัดเคร่งแล้ว ก็อาจจะมีปัญหาเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานที่ต้องพิจารณาอยู่เช่นกัน อย่างไรก็ตาม สภาพการณ์ดังกล่าวเกิดจากผลแห่งกฎหมายในเชิงปฏิฐานซึ่งใช้บังคับอยู่จริง และกรณีไม่ว่าจะเป็นประการใดก็ตาม ในปัจจุบันระบบกฎหมายไทยก็ให้การยอมรับว่าคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานมีสถานะเป็นองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระตามบทบัญญัติของกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ แต่ผู้เขียนก็ยังยืนยันความเห็นอีกครั้งหนึ่งว่า ในความเห็นของผู้เขียนบรรดาองค์กรเหล่านี้มิใช่องค์กรตามหลักการกระจายอำนาจทางปกครองและมิได้อยู่ภายใต้การควบคุมแบบกำกับดูแลของรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งด้วยเหตุผลทั้งหมดที่ได้อธิบายมาตามลำดับ หากแม้นจะยอมรับว่าองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระในกลุ่มดังกล่าวนี้เป็นองค์กรตามหลักการกระจายอำนาจทางปกครองดังเช่นความเห็นของร่มฉัตร วชิรรัตนากรกุล[68] ที่จะมีผลตามมาคือองค์กรดังกล่าวต้องอยู่ภายใต้การควบคุมแบบกำกับดูแลของรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งด้วย ก็อาจจะเป็นไปได้หากพิจารณาจากบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่จริงดังที่ได้ยกตัวอย่างไปข้างต้น แต่ก็ต้องถือว่าระดับความเข้มข้นของอำนาจกำกับดูแลในกรณีดังกล่าวนี้ยิ่งหย่อนหรือน้อยกว่าอำนาจในการกำกับดูแลที่รัฐมีอยู่เหนือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ หรือองค์การมหาชน

สภาพการณ์ที่ดังกล่าวข้างต้น ได้สะท้อนให้เห็นถึงสภาพปัญหาของบรรดาองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระในระบบกฎหมายไทย ที่มีลักษณะเป็น “หัวมังกุท้ายมังกร” กล่าวคือ ในขณะที่องค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ มีความเป็นอิสระโดยปลอดพ้นจากการควบคุมของรัฐโดยรัฐมนตรีคนใดคนหนึ่งซึ่งสอดคล้องกับหลักการทางกฎหมายที่ควรจะเป็น แต่ก็ยังคงมีปัญหาข้อพิจารณาและข้อถกเถียงเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายของบรรดาองค์กรเหล่านี้ แต่ปัญหาดังกล่าวไม่เกิดขึ้นกับกรณีขององค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระตามบทบัญญัติของกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ หากแต่องค์กรในกลุ่มหลังนี้บางองค์กรยังคงมีข้อพิจารณาว่ามีความเป็นอิสระอย่างแท้จริงหรือไม่ อย่างไร

อนึ่ง นอกจากการควบคุมทางการคลังแล้ว บรรดาองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระก็ต้องอยู่ภายใต้การควบคุมขององค์กรอื่น ๆ ของรัฐ เช่น การต้องทำรายงานประจำปีเสนอต่อวุฒิสภา และท้ายที่สุด หากรัฐเห็นว่าความจำเป็นในการดำรงอยู่ขององค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระใดได้หมดสิ้นลงแล้ว รัฐก็อาจตรากฎหมายในการยุบเลิกองค์กรนั้นเสียได้ สิ่งเหล่านี้สะท้อนให้เห็นถึงความยึดโยงระหว่างรัฐกับองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระที่ยังคงมีอยู่ แม้จะถือได้ว่ามีระดับความเข้มข้นที่น้อยกว่าองค์กรตามหลักการรวมอำนาจทางปกครอง (หมายความรวมถึงหลักการแบ่งอำนาจทางปกครอง) และหลักการกระจายอำนาจทางปกครอง ก็ตาม

---

[68] ร่มฉัตร วชิรรัตนากรกุล, อ้างแล้ว เชิงอรรถที่ 45.

บรรดาองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระทั้งที่ถูกจัดตั้งขึ้นตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญและบทบัญญัติแห่งกฎหมายระดับพระราชบัญญัติล้วนแล้วแต่มีสถานะทางกฎหมายเป็นองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระ แม้ไม่อาจถือได้ว่าบรรดาองค์กรดังกล่าวเป็นองค์กรตามหลักการรวมอำนาจทางปกครอง หลักการแบ่งอำนาจทางปกครอง และหลักการกระจายอำนาจทางปกครอง อันมีผลให้องค์กรดังกล่าวไม่อยู่ภายใต้การควบคุมแบบบังคับบัญชาและแบบกำกับดูแลของรัฐ อย่างไรก็ตาม ถือได้ว่าองค์กรเช่นว่านี้เป็นส่วนหนึ่งขององค์กรฝ่ายปกครอง และยังคงมีความสัมพันธ์กับรัฐ อย่างน้อยที่สุดก็โดยอาศัยการควบคุมโดยเครื่องมือทางการคลัง อย่างไรก็ตาม ในระบบกฎหมายไทยยังคงมีปัญหาความไม่แน่นอนชัดเจนและความเข้าใจที่ไม่ตรงกันเกี่ยวกับสถานะทางกฎหมายขององค์กรลักษณะดังกล่าวในบางกลุ่ม รวมไปถึงปัญหาเกี่ยวกับความเป็นอิสระขององค์กรลักษณะดังกล่าวอีกบางกลุ่ม อันนำไปสู่ปัญหาอื่น ๆ ที่ตามมาอีกหลายประการ ไม่ว่าจะเป็นการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรเหล่านี้ รวมไปถึงปัญหาความขัดแย้งกับองค์กรอื่น ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรตุลาการ ซึ่งอาจถือได้ว่าเป็นสภาพปัญหาที่เกิดจากการขาดความเป็นระบบของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายขององค์กรเหล่านี้ ไม่ว่าจะเป็นฐานที่มาแห่งอำนาจในการจัดตั้ง ซึ่งอาศัยอำนาจจากกฎหมายที่มีลำดับชั้นต่างกัน และแต่ละองค์กรถูกจัดตั้งขึ้นโดยกฎหมายแต่ละฉบับซึ่งแยกย่อยออกเป็นเอกเทศ

การแก้ไขปัญหาดังกล่าว อาจกระทำได้โดยการตรากฎหมายกลางขึ้นมาฉบับหนึ่ง ซึ่งมีเนื้อหาเป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์ทั่วไปเกี่ยวกับองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระ เช่น การเข้าสู่ตำแหน่ง วาระการดำรงตำแหน่ง คุณสมบัติ อำนาจหน้าที่ และกลไกการดำเนินงาน ฯลฯ รวมไปถึงกำหนดสถานะของบรรดาองค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระที่มีอยู่ในระบบกฎหมาย เพื่อให้เกิดความแน่นอนชัดเจนว่าองค์กรใดบ้างมีสถานะเป็นองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระ โดยอาศัยแบบอย่างประสบการณ์ของระบบกฎหมายต่างประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งระบบกฎหมายฝรั่งเศสซึ่งเคยประสบปัญหาในลักษณะเดียวกัน ทั้งนี้ การเรียนรู้ หรือการรับเอาประสบการณ์จากระบบกฎหมายต่างประเทศยังคงเป็นสิ่งจำเป็น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีที่เกี่ยวกับ “เรื่อง” ที่ระบบกฎหมายไทยยังไม่ตกผลึกในแนวทางที่ถูกต้อง แม้จะเป็นความจริงที่ว่าการดำเนินการตามแนวทางดังกล่าวมิจำเป็นต้องถือตามระบบกฎหมายต่างประเทศแบบหลับหูหลับตา แต่การสถาปนาหรือสร้างองค์กรของรัฐรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งขึ้นมาในระบบกฎหมายโดยมิได้มีการเรียนรู้หรือเลือกรับเอาประสบการณ์ของระบบกฎหมายต่างประเทศมาใช้อย่างไม่ถูกต้อง ย่อมทำให้ความรู้ความเข้าใจต่อข้อความคิดในเรื่องดังกล่าวมีลักษณะผิดฝาผิดตัว และก่อให้เกิดปัญหาต่าง ๆ ที่ตามมา ดังเช่นที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายไทยในปัจจุบัน

กระบวนการทางวินัยของบุคลากรท้องถิ่น

มาโนช นามเดช[1]

ในการดำเนินงานขององค์การโดยทั่ว ๆ ไปนั้น จะต้องมีการจัดระบบภายในขององค์การให้มีการปฏิบัติหน้าที่เป็นไปอย่างมีระเบียบและมีประสิทธิภาพเพื่อบรรลุจุดมุ่งหมายขององค์การนั้น ๆ ซึ่งระเบียบหรือข้อบังคับที่ใช้ควบคุมความประพฤติและการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ขององค์การ เรียกว่า “วินัย” และหากมีผู้ฝ่าฝืนไม่ประพฤติปฏิบัติตามวินัยที่ได้กำหนดไว้ องค์การนั้น ๆ ก็จะลงโทษทางวินัยแก่เจ้าหน้าที่ผู้กระทำการฝ่าฝืนข้อกำหนด เพื่อให้ข้อกำหนดวินัยนั้นมีผลใช้บังคับ และเพื่อรักษามาตรฐานความประพฤติและสมรรถภาพของเจ้าหน้าที่ผู้ดำเนินงานขององค์การนั้น ๆ[2] ในส่วนของวินัยของบุคลากรท้องถิ่นนั้น ก็เป็นเครื่องมือที่สำคัญอย่างยิ่งประการหนึ่งในการบริหารจัดการของรัฐ เพราะบุคลากรส่วนท้องถิ่นเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐที่สำคัญประเภทหนึ่งที่มีความใกล้ชิดกับประชาชนและมีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะในพื้นที่เพื่อตอบสนองต่อความต้องการของประชาชนโดยตรง โดยเป็นปัจจัยสำคัญที่ช่วยให้การบริหารจัดการของรัฐในพื้นที่มีประสิทธิภาพและประสิทธิผล สร้างความเป็นระเบียบและเสถียรภาพในการปฏิบัติหน้าที่ของบุคลากรขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการให้บริการแก่ประชาชน หากบุคลากรส่วนท้องถิ่นขาดวินัยหรือมีวินัยที่ไม่ดีพอก็จะส่งผลให้ประชาชนขาดความเชื่อถือศรัทธาอันจะส่งผลกระทบต่อการบริหารจัดการของรัฐในการจัดทำบริการสาธารณะในพื้นที่ โดยนอกจากจะมีความสำคัญในการบริหารจัดการบริการสาธารณะของรัฐในพื้นที่เป็นการส่วนรวมแล้ว ยังมีความสำคัญต่อตัวบุคลากรท้องถิ่นนั้นเองและต่อตัวผู้บังคับบัญชาของบุคลากรท้องถิ่นนั้นอีกด้วย

กระบวนการสอบสวนทางวินัย เป็นกระบวนการหนึ่งในการดำเนินการทางวินัยแก่บุคลากรท้องถิ่น ซึ่งได้แก่ การรวบรวมพยานหลักฐาน และการดำเนินการทั้งหลายเพื่อที่จะทราบข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ต่าง ๆ หรือพิสูจน์เกี่ยวกับเรื่องที่กล่าวหาให้ได้ความจริงและยุติธรรม และเพื่อที่จะพิจารณาว่า ผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำผิดวินัยจริงหรือไม่ ถ้ากระทำผิดจริงก็จะได้ลงโทษผู้กระทำผิดวินัยนั้น[3] โดยกฎหมายกำหนดขั้นตอนการดำเนินการทางวินัยให้ต้องเคารพสิทธิขั้นพื้นฐานของบุคลากรท้องถิ่นที่ถูกกล่าวหา เช่น สิทธิในการโต้แย้งแก้ต่าง สิทธิที่จะได้รับการแจ้งข้อร้องเรียน และสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติอย่างเป็นธรรม เป็นต้น การประกันการเคารพสิทธิตามขั้นตอนเหล่านี้มีความสำคัญต่อการรักษาความเป็นธรรมและความถูกต้องตามกฎหมายของกระบวนการทางวินัย เพราะรูปแบบขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดนั้นเป็นวิธีการหนึ่งในการคุ้มครองสิทธิของข้าราชการส่วนท้องถิ่นผู้ถูกกล่าวหาในอันที่จะได้ทราบถึงสิทธิของตนเอง และเป็นไปตามขั้นตอนกระบวนการต่าง ๆ ที่ถูกต้อง หากการดำเนินการทางวินัยไม่เป็นไปตามรูปแบบ ขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้ ข้าราชการส่วนท้องถิ่นผู้ถูกกล่าวหาย่อมไม่มีหลักประกันใด ๆ ในเชิงกระบวนการ อันอาจทำให้เกิดการสอบสวนที่ไม่เป็นธรรม หรือเกิดการสอบสวนที่มีอคติได้[4]

---

[1] Docteur en Droit public, Université Paul Cézanne : ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองชั้นต้นประจำศาลปกครองสูงสุด

[2] สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, รายงานวิจัย เรื่อง คดีปกครองเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลและวินัยของข้าราชการ

[3] สำนักบริหารราชการส่วนท้องถิ่น กรมการปกครอง กระทรวงมหาดไทย, คู่มือการดำเนินการทางวินัยพนักงานส่วนท้องถิ่น, 2545, หน้า 31

[4] สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, แนวทางการปฏิบัติราชการที่ดี ตามแนวคำวินิจฉัยศาลปกครองเกี่ยวกับกระบวนการดำเนินการทางวินัย กรณีข้าราชการส่วนท้องถิ่น, หน้า 67

กระบวนการทางวินัยของบุคลากรท้องถิ่นนี้จะศึกษาในส่วนของประเทศฝรั่งเศสเป็นหลักและจะกล่าวถึงในส่วนของประเทศไทยบ้างเฉพาะบางส่วนที่เกี่ยวข้องและน่าสนใจ โดยจะแยกการพิจารณาออกเป็น 3 ส่วน ได้แก่ 1. บุคลากรท้องถิ่นที่อยู่ภายใต้กระบวนการทางวินัย 2. โทษทางวินัยสำหรับบุคลากรขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น 3. ขั้นตอนและกระบวนการทางวินัยบุคลากรท้องถิ่น

1. บุคลากรท้องถิ่นที่อยู่ภายใต้กระบวนการทางวินัย

บุคลากรขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น[5] ที่อยู่ภายใต้กระบวนการทางวินัย อาจแยกได้เป็น 2 ประเภท ดังนี้ 1.1 ข้าราชการประจำและข้าราชการที่อยู่ในช่วงฝึกทดลองงาน 1.2 พนักงานตามสัญญาจ้าง

1.1 ข้าราชการประจำและข้าราชการที่อยู่ในช่วงฝึกทดลองงาน

กระบวนการและขั้นตอนทางวินัยของข้าราชการในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอยู่ภายใต้ชุดกฎหมายหลายฉบับทั้งรัฐบัญญัติ และรัฐกฤษฎีกา ซึ่งรัฐบัญญัติที่สำคัญได้แก่ รัฐบัญญัติที่ 83-634 ลงวันที่ 13 กรกฎาคม 1983 ว่าด้วยสิทธิและหน้าที่ของข้าราชการ แก้ไขเพิ่มเติมโดยรัฐบัญญัติที่ 2016-483 ลงวันที่ 20 เมษายน 2016 ว่าด้วยจริยธรรมและสิทธิและหน้าที่ของข้าราชการ ถือเป็นฐานทางกฎหมายที่กำหนดกระบวนการและขั้นตอนทางวินัยที่ใช้ควบคุมข้าราชการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และยังสร้างพันธกรณีทางจริยธรรมของข้าราชการ โดยเฉพาะในเรื่องการป้องกันความขัดแย้งทางผลประโยชน์ การต่อต้านการทุจริต และการคุ้มครองผู้แจ้งเบาะแสการทุจริต บทบัญญัติเหล่านี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อส่งเสริมวัฒนธรรมแห่งความซื่อสัตย์และความรับผิดชอบของข้าราชการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยมาตรา 29 ของกฎหมายลงวันที่ 13 กรกฎาคม 1983 ระบุว่า “ความผิดใด ๆ ที่ข้าราชการได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่หรือระหว่างปฏิบัติหน้าที่อาจทำให้ตนได้รับโทษทางวินัย โดยไม่จำต้องพิจารณาว่ามีบทลงโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมายอาญา” ซึ่งข้าราชการตามบทบัญญัติดังกล่าว หมายถึง ข้าราชการประจำ (Fonctionnaires titulaires) และข้าราชการที่อยู่ในช่วงฝึกทดลองงาน (Fonctionnaires stagiaires) โดยในส่วนของข้าราชการประจำนั้น เป็นผู้ที่ผ่านการสอบแข่งขันคัดเลือกเพื่อเข้ารับราชการที่จัดขึ้นโดยหน่วยงานของรัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และได้รับการแต่งตั้งตามระดับและกรอบการทำงานที่มีการคัดเลือก ข้าราชการประจำมีสถานะที่มั่นคงในฝ่ายปกครองและมีความก้าวหน้าในอาชีพผ่านการเลื่อนตำแหน่งภายในองค์กรหรือการเปลี่ยนแปลงระดับการทำงาน ข้าราชการประจำมีความมั่นคงในงานค่อนข้างสูงและไม่สามารถถูกไล่ออกจากงานได้ง่ายนัก เว้นแต่มีเหตุตามที่กฎหมายกำหนดและต้องผ่านกระบวนการทางวินัยที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น สำหรับข้าราชการที่อยู่ในช่วงฝึกทดลองงานนั้น เป็นผู้ที่เพิ่งผ่านการสอบแข่งขันและได้รับคัดเลือกจากหน่วยงานของรัฐ โดยได้รับการแต่งตั้งให้ปฏิบัติงานชั่วคราวตามระดับและตามกรอบงานที่กำหนด ข้าราชการที่อยู่ในช่วงฝึกทดลองงานจะต้องผ่านการฝึกอบรมและการพัฒนาทักษะทางวิชาชีพ เพื่อจะได้รับการประเมินว่ามีคุณสมบัติตรงตามเงื่อนไขที่กำหนดที่จะสามารถดำรงตำแหน่งเป็นข้าราชการประจำได้ เมื่อพิจารณาถึงการดำรงตนให้อยู่ในกรอบทางวินัย ข้าราชการที่ได้รับการแต่งตั้งและกำลังอยู่ในช่วงฝึกทดลองงานจะต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องกับพฤติกรรมที่เหมาะสมในอาชีพและกระบวนการทางวินัยเช่นเดียวกันกับข้าราชการประจำ การละเมิดต่อหน้าที่ทางวิชาชีพหรือจริยธรรมอาจนำไปสู่การถูกลงโทษทางวินัยได้เช่นเดียวกับข้าราชการประจำ โดยทั้งข้าราชการประจำและข้าราชการที่อยู่ระหว่างการฝึกทดลองงานมีสิทธิที่จะได้รับการรับรองและคุ้มครองตามกฎหมายในการป้องกันตนเองตามกระบวนการสอบสวนทางวินัย อาทิ สิทธิในการเข้าถึงเอกสาร สิทธิในการมีทนายความ และสิทธิในการอุทธรณ์

---

[5] บุคลากรภาครัฐในประเทศฝรั่งเศสอาจจำแนกได้เป็น 3 ประเภท ตามลักษณะของกลุ่มบุคลากร กล่าวคือ 1) บุคลากรของรัฐ (Fonction Publique de l’Etat) 2) บุคลากรขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น (Fonction Publique Territoriale) และ 3) บุคลากรทางด้านสาธารณสุข (Fonction Publique Hospitalière)

คำวินิจฉัย เป็นต้น สิทธิในกระบวนการเหล่านั้นเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่คุ้มครองความเป็นธรรมสำหรับข้าราชการที่ถูกสอบสวน

ข้าราชการประจำและข้าราชการที่อยู่ระหว่างการฝึกทดลองงานข้างต้นอาจพิจารณาเทียบเคียงได้กับ “พนักงานส่วนท้องถิ่น” ของระบบกฎหมายไทย โดยมาตรา 3 แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542[6] ได้กำหนดความหมายของคำว่า “พนักงานส่วนท้องถิ่น” หมายถึง ข้าราชการองค์การบริหารส่วนจังหวัด พนักงานเทศบาล พนักงานส่วนตำบล ข้าราชการกรุงเทพมหานคร พนักงานเมืองพัทยา และข้าราชการหรือพนักงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีกฎหมายจัดตั้งซึ่งได้รับการบรรจุและแต่งตั้งให้ปฏิบัติราชการโดยได้รับเงินเดือนจากงบประมาณหมวดเงินเดือนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือจากเงินงบประมาณ หมวดเงินอุดหนุนของรัฐบาลที่ให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนำมาจัดเป็นเงินเดือนของข้าราชการหรือพนักงานส่วนท้องถิ่น ซึ่งมีความหมายสอดคล้องกับข้อ 2 ของประกาศคณะกรรมการมาตรฐานการบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น เรื่อง กำหนดมาตรฐานกลางการบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น ลงวันที่ 25 มิถุนายน 2544[7] โดยประกาศคณะกรรมการมาตรฐานการบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่นดังกล่าวได้กำหนดมาตรฐานเกี่ยวกับการดำเนินการทางวินัยไว้ในข้อ 21 วรรคหนึ่ง ว่า พนักงานงานส่วนท้องถิ่นต้องรักษาวินัยตามที่กำหนดเป็นข้อห้ามและข้อปฏิบัติโดยเคร่งครัดอยู่เสมอ วรรคสอง ว่า ข้อห้ามและข้อปฏิบัติตามวรรคหนึ่ง ให้มีมาตรฐานเดียวกับที่บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือน และข้อ 23 ว่า พนักงานส่วนท้องถิ่นผู้ใดฝ่าฝืนข้อห้ามหรือไม่ปฏิบัติตามข้อปฏิบัติทางวินัยผู้นั้นเป็นผู้กระทำผิดวินัย จักต้องได้รับโทษทางวินัย เว้นแต่มีเหตุอันควรงดโทษ ทั้งนี้ การลงโทษทางวินัยให้มีมาตรฐานเดียวกับที่บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือน ซึ่งจากข้อกำหนดของประกาศคณะกรรมการมาตรฐานการบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่นดังกล่าว คณะกรรมการกลางข้าราชการองค์การบริหารส่วนจังหวัด คณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาล และคณะกรรมการกลางพนักงานส่วนตำบล ได้กำหนดมาตรฐานทั่วไปเกี่ยวกับวินัยและการรักษาวินัย และการดำเนินการทางวินัย มาตรฐานทั่วไปเกี่ยวกับการให้ออกจากราชการ และมาตรฐานทั่วไปเกี่ยวกับสิทธิการอุทธรณ์ การพิจารณาอุทธรณ์และการร้องทุกข์ โดยนำพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2535 กฎ ก.พ. และระเบียบ ก.พ. ที่เกี่ยวข้องมากำหนดเป็นมาตรฐานทั่วไปเพื่อให้มีมาตรฐานเดียวกันกับที่บัญญัติกำหนดไว้ในกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนสำหรับใช้บังคับกับพนักงานส่วนท้องถิ่น โดยคณะกรรมการข้าราชการองค์การบริหารส่วนจังหวัด คณะกรรมการพนักงานเทศบาล คณะกรรมการพนักงานส่วนตำบลในแต่ละจังหวัด ได้ออกประกาศเกี่ยวกับหลักเกณฑ์และเงื่อนไขเกี่ยวกับวินัยและการรักษาวินัยและการดำเนินการทางวินัยใช้บังคับในพื้นที่ต่อไป

1.2 พนักงานตามสัญญาจ้าง

พนักงานตามสัญญาจ้าง คือ บุคคลที่ได้รับการว่าจ้างโดยหน่วยงานภาครัฐในรูปแบบของสัญญาจ้าง ซึ่งมิได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งดังเช่นข้าราชการประจำ พนักงานดังกล่าวมีความรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ตามที่ระบุไว้ในสัญญาจ้างซึ่งอาจกำหนดระยะเวลาและเงื่อนไขการทำงานที่เฉพาะเจาะจง กรณีจึงมีความแตกต่างจากข้าราชการประจำ และรวมถึงสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมายที่แตกต่างกันด้วย โดยมาตรา 36 ของรัฐกฤษฎีกาลงวันที่ 15 กุมภาพันธ์ 1988 กำหนดว่า การไม่เคารพพันธกรณีซึ่งพนักงานของรัฐต้องปฏิบัติตาม ซึ่งกระทำโดยพนักงานตามสัญญาจ้างในหรือระหว่างปฏิบัติหน้าที่ ถือเป็น “ความผิดที่อาจได้รับการลงโทษทางวินัยโดยไม่จำเป็นจะต้องได้รับโทษที่บัญญัติไว้

---

[6] ประกาศในราชกิจจานุเบกษาฉบับกฤษฎีกา เล่มที่ 116 ตอน 120 ก วันที่ 29 พฤศจิกายน 2542 และให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

[7] ประกาศในราชกิจจานุเบกษาฉบับกฤษฎีกา เล่มที่ 118 ตอนพิเศษ 62 ง ลงวันที่ 2 กรกฎาคม 2544 ซึ่งให้มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษาเป็นต้นไป

โดยประมวลกฎหมายอาญา" ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวหมายความว่าพนักงานตามสัญญาที่ไม่ปฏิบัติตามข้อกำหนดและเงื่อนไขในสัญญาจ้าง หรือภาระผูกพันทางวิชาชีพและจริยธรรมที่กำหนดโดยสัญญาจ้างงาน อาจถูกลงโทษทางวินัยตามกฎหมายและข้อบังคับที่เกี่ยวข้องได้ อนึ่ง พนักงานตามสัญญาจ้างได้รับประกันขั้นตอนและสิทธิในการต่อสู้ในกระบวนการทางวินัยตามบทบัญญัติทางกฎหมายและข้อบังคับที่บังคับใช้เช่นกัน การรับประกันเหล่านี้มีจุดมุ่งหมายเพื่อให้แน่ใจว่าผู้ที่ถูกสอบสวนทางวินัยได้รับการปฏิบัติอย่างยุติธรรมและเคารพสิทธิของพนักงานตามสัญญาเมื่อมีการดำเนินการทางวินัยต่อพนักงานเหล่านั้น

พนักงานตามสัญญาจ้างข้างต้นอาจพิจารณาเทียบเคียงได้กับ "พนักงานจ้าง" ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในระบบกฎหมายไทย ซึ่งคณะกรรมการกลางข้าราชการองค์การบริหารส่วนจังหวัด คณะกรรมการกลางพนักงานเทศบาล และคณะกรรมการกลางพนักงานส่วนตำบล ได้ประกาศกำหนดมาตรฐานทั่วไปเกี่ยวกับพนักงานจ้าง และคณะกรรมการข้าราชการองค์การบริหารส่วนจังหวัด คณะกรรมการพนักงานเทศบาล คณะกรรมการพนักงานส่วนตำบลในแต่ละจังหวัด ได้จัดทำประกาศหลักเกณฑ์และเงื่อนไขเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลสำหรับพนักงานจ้างให้สอดคล้องกับประกาศกำหนดมาตรฐานทั่วไปเกี่ยวกับพนักงานจ้างดังกล่าวใช้บังคับในพื้นที่[8] และได้กำหนดว่า "พนักงานจ้าง" หมายความว่า ลูกจ้างขององค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล ตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542 โดยเป็นบุคคลซึ่งได้รับการจ้างตามสัญญาจ้างตามมาตรฐานทั่วไป โดยได้รับค่าตอบแทนจากงบประมาณขององค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล เพื่อปฏิบัติงานให้แก่องค์การบริหารส่วนจังหวัด เทศบาล องค์การบริหารส่วนตำบล แล้วแต่กรณี ซึ่งได้แบ่งแยกพนักงานจ้างดังกล่าวออกเป็นพนักงานจ้างตามภารกิจ[9] พนักงานจ้างผู้เชี่ยวชาญพิเศษ[10] พนักงานจ้างทั่วไป[11] และได้กำหนดให้พนักงานจ้างมีหน้าที่ต้องปฏิบัติงานตามที่กำหนดในมาตรฐานทั่วไปนี้ตามที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่เกี่ยวข้องกำหนด และตามเงื่อนไขที่กำหนดไว้ในสัญญาจ้าง และมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาซึ่งสั่งในหน้าที่ราชการโดยชอบด้วยกฎหมายและระเบียบของทางราชการ โดยพนักงานจ้างต้องรักษาวินัยโดยเคร่งครัดตามที่กำหนดไว้เป็นข้อห้ามและข้อปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการสอบสวน การลงโทษทางวินัย การให้ออกจากราชการ การอุทธรณ์ และการร้องทุกข์

2. โทษทางวินัยสำหรับบุคลากรขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

โทษทางวินัยสำหรับบุคลากรขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น อาจจำแนกตามประเภทของบุคลากรออกได้เป็น 3 ประเภท กล่าวคือ 2.1 โทษทางวินัยของข้าราชการประจำ 2.2 โทษทางวินัยของข้าราชการที่อยู่ในช่วงฝึกทดลองงาน และ 2.3 โทษทางวินัยของพนักงานตามสัญญาจ้าง

2.1 โทษทางวินัยของข้าราชการประจำ

โทษทางวินัยสำหรับข้าราชการประจำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นไปตามมาตรา 89 แห่งรัฐบัญญัติฉบับที่ 84-53 ลงวันที่ 26 มกราคม 1984 โดยได้จำแนกโทษทางวินัยออกเป็น 4 กลุ่ม ตามระดับความรุนแรง ดังนี้

---

[8] ปัจจุบันได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมถึงปัจจุบัน (ฉบับที่ 7) พ.ศ. 2565

[9] หมายความถึง พนักงานจ้างที่มีลักษณะงานเป็นการส่งเสริมหรือสนับสนุนการทำงานของพนักงานเทศบาล หรืองานที่ต้องใช้ทักษะเฉพาะบุคคล

[10] หมายความถึง พนักงานจ้างที่มีลักษณะงานเป็นที่ปรึกษา โดยเป็นผู้ที่มีความเชี่ยวชาญเป็นพิเศษ หรือความชำนาญพิเศษ หรือวิชาชีพเฉพาะพิเศษเฉพาะด้าน อันเป็นที่ยอมรับในวงการวิชาการหรือวงการในงานที่เกี่ยวข้องกับภารกิจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ด้านนั้น ๆ

[11] หมายความว่า พนักงานจ้างที่มีลักษณะงานเป็นการใช้แรงงานทั่วไป ซึ่งไม่ต้องใช้ความรู้หรือทักษะเฉพาะด้านในการปฏิบัติงาน และมีระยะเวลาการจ้างในช่วงสั้น ๆ ไม่เกิน 1 ปี

2.1.1 โทษทางวินัยของข้าราชการประจำกลุ่มที่ 1

กลุ่มโทษทางวินัยในกลุ่มที่ 1 ถือเป็นการลงโทษทางวินัยที่มีความรุนแรงน้อยที่สุดและการลงโทษไม่มีผลกระทบอย่างมีนัยสำคัญต่อความก้าวหน้าทางอาชีพของข้าราชการ การลงโทษในกลุ่มนี้ยังอาจพิจารณาแยกออกได้เป็น 3 ประเภท คือ (1) การตักเตือน (L'avertissement) (2) การตำหนิ (Le blâme) (3) การพักงานชั่วคราวเป็นเวลาสูงสุดไม่เกิน 3 วัน (L'exclusion temporaire de fonctions pour une durée maximale de 3 jours)

(1) การตักเตือน (L'avertissement) เป็นการจัดทำข้อสังเกตไม่ว่าจะเป็นด้วยวาจาหรือลายลักษณ์อักษรก็ตาม ซึ่งการลงโทษประเภทนี้ไม่ปรากฏในแฟ้มประวัติของผู้ถูกกล่าวหา การลงโทษตักเตือนนำมาใช้กับการลงโทษสำหรับการกระทำความผิดเล็กน้อย เช่น การทำงานล่าช้าหรือการขาดงานหนึ่งวันโดยไม่มีเหตุอันสมควร[12]

(2) การตำหนิ (Le blâme) เป็นการตักเตือนอย่างเป็นทางการและจัดทำบันทึกเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในแฟ้มประวัติของผู้ถูกลงโทษ แต่ยังไม่ถึงขนาดมีผลต่อความก้าวหน้าทางอาชีพในทันที การลงโทษรูปแบบนี้ใช้สำหรับเหตุการณ์ที่รุนแรงกว่าที่จะใช้การตักเตือน เช่น การปฏิเสธที่จะทำตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชา หรือการปฏิเสธการปฏิบัติงาน[13]

(3) การพักงานชั่วคราวเป็นเวลาสูงสุดไม่เกิน 3 วัน (L'exclusion temporaire de fonctions pour une durée maximale de 3 jours) เป็นการพักงานเจ้าหน้าที่จากตำแหน่งงานชั่วคราว ทำให้เจ้าหน้าที่ไม่มีสิทธิได้รับรายได้หรือค่าตอบแทน ตลอดระยะเวลาที่ได้รับโทษ (สูงสุด 3 วัน) รวมถึงเสียสิทธิในการเลื่อนตำแหน่งและเลื่อนระดับเงินเดือน ตลอดจนอาจกระทบกับการคิดคำนวณเงินบำนาญที่จะได้รับ การลงโทษนี้นำมาใช้สำหรับเหตุการณ์ที่รุนแรงกว่าการเตือนหรือการตำหนิ การพักงานชั่วคราวนี้ ไม่จำเป็นต้องเป็นวันที่ต่อเนื่องกัน แต่หน่วยงานมีอำนาจเลือกวันให้มีการพักงานได้ การพักงานชั่วคราวเป็นเวลาสูงสุด 3 วัน นำมาลงโทษพฤติกรรมที่แสดงความก้าวร้าวหรือรุนแรงต่อผู้บังคับบัญชาหรือเพื่อนร่วมงาน หรือการบันทึกบทสนทนาโดยไม่แจ้งให้ผู้บังคับบัญชาทราบ

2.1.2 โทษทางวินัยของข้าราชการประจำกลุ่มที่ 2

กลุ่มโทษทางวินัยในกลุ่มที่ 2 เป็นการลงโทษทางวินัยที่มีความรุนแรงมากกว่ากลุ่มที่ 1 โทษทางวินัยในกลุ่มนี้อาจพิจารณาแยกออกได้เป็น 3 ประเภท คือ (1) การลดขั้นเงินเดือน (L'abaissement d'échelon) (2) การพักงานชั่วคราวเป็นระยะเวลา 4 ถึง 15 วัน (L'exclusion temporaire de fonctions pour une durée de 4 à 15 jours) (3) การลบรายชื่อออกจากตารางการเลื่อนขั้น (La radiation du tableau d'avancement)

(1) การลดขั้นเงินเดือน (L'abaissement'échelon) ข้าราชการที่กระทำความผิดทางวินัยจะถูกลดขั้นเงินเดือนให้อยู่ในระดับที่ต่ำกว่าระดับที่ดำรงอยู่ในปัจจุบัน นอกจากการได้รับเงินเดือนที่ลดลงแล้ว การลดขั้นเงินเดือนยังมีผลกระทบต่อเจ้าหน้าที่ประการอื่นด้วย กล่าวคือ การลดขั้นเงินเดือนอาจทำให้เจ้าหน้าที่สูญเสียโอกาสในการเลื่อนขั้นเงินเดือนในภายหลัง และอาจทำให้เจ้าหน้าที่สูญเสียโอกาสในการเลื่อนระดับตำแหน่งด้วย ถ้าการเลื่อนระดับตำแหน่งนั้นต้องพิจารณาขั้นเงินเดือนเป็นเงื่อนไขที่สำคัญ ดังนั้น การลดขั้นเงินเดือนเป็นการลงโทษทางวินัยที่มีผลกระทบต่อเจ้าหน้าที่ทั้งในด้านการเงินและความก้าวหน้าทางอาชีพ การลดขั้นเงินเดือนนี้นำมาใช้ลงโทษสำหรับการกระทำที่รุนแรงกว่าการเตือนหรือการตำหนิ แต่ยังไม่ถึงขั้นที่จะต้องใช้การลงโทษที่รุนแรงมากนักที่จะต้องมีการพักงานเป็นเวลานานปลดออก หรือไล่ออก

(2) การพักงานชั่วคราวเป็นระยะเวลา 4 ถึง 15 วัน (L'exclusion temporaire de fonctions pour une durée de 4 à 15 jours) การพักงานชั่วคราว หมายถึง ข้าราชการที่ได้รับโทษถูกห้ามปฏิบัติหน้าที่ชั่วคราว

---

[12] CAA de Marseille, 17 février 2004, n° 99MA02231

[13] CAA de Nancy, 8 janvier 2009, 07NC01270 ; CAA de Bordeaux, 22 février 2011, n° 10BX02072

เป็นเวลา 4 ถึง 15 วัน เป็นการลงโทษทางวินัยที่ทำให้เจ้าหน้าที่ถูกพักจากหน้าที่หรืองานที่รับผิดชอบเป็นเวลาชั่วคราวตามระยะเวลาที่กำหนด ซึ่งอาจจะเป็นเวลา 4 ถึง 15 วัน ระหว่างช่วงเวลานี้ เจ้าหน้าที่จะไม่ได้รับค่าตอบแทนใด ๆ การลงโทษทางวินัยกรณีนี้นำมาใช้กับพฤติกรรมที่ต่อต้านหรือปฏิเสธคำสั่งของผู้บังคับบัญชาอย่างต่อเนื่อง[14] หรือพฤติกรรมที่เป็นการทำร้ายต่อเจ้าหน้าที่คนอื่น ๆ ไม่ว่าจะเป็นทางวาจาก็ดี หรือทางร่างกายก็ดี การลงโทษประเภทนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อปรับปรุงพฤติกรรมของเจ้าหน้าที่ ขณะที่รักษาสภาพแวดล้อมการทำงานให้เป็นมาตรฐานและมีความเป็นมืออาชีพในสถานที่ทำงาน อย่างไรก็ตาม คำสั่งให้พักงานตั้งแต่ 4 ถึง 15 วัน ของหน่วยงานท้องถิ่นจะต้องผ่านการหารือจากคณะกรรมการวินัยเสียก่อน

(3) การลบรายชื่อออกจากตารางการเลื่อนขั้น (La radiation du tableau d'avancement) ข้าราชการที่ถูกลงโทษจะถูกลบชื่อออกจากรายการหรือตารางการเลื่อนขั้น กรณีนี้เป็นการลงโทษทางวินัยที่ทำให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นไม่สามารถได้รับการเลื่อนขั้นไปยังตำแหน่งที่สูงขึ้น การลงโทษประเภทนี้สามารถใช้เป็นการลงโทษที่เพิ่มเติมจากการลงโทษในกลุ่มที่สองและกลุ่มที่สามตามรัฐบัญญัติเลขที่ 2019-828 ลงวันที่ 6 สิงหาคม 2019 ว่าด้วยการปฏิรูประบบงานของภาครัฐ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า การลงโทษประเภทนี้สามารถใช้เพิ่มเติมจากการลงโทษวินัยอื่น ๆ เช่น การตักเตือน การพักการปฏิบัติหน้าที่ชั่วคราว การถูกลดตำแหน่ง เป็นต้น โทษทางวินัยประเภทนี้ มีวัตถุประสงค์เพื่อเสริมสร้างการลงโทษทางวินัยให้เข้มงวดมากขึ้นและป้องกันเจ้าหน้าที่ไม่ให้กระทำผิดซ้ำหรือมีพฤติกรรมที่ไม่เหมาะสม

2.1.3 โทษทางวินัยของข้าราชการประจำกลุ่มที่ 3

กลุ่มโทษทางวินัยในกลุ่มที่ 3 เป็นการลงโทษทางวินัยที่มีความรุนแรงมากและมีผลกระทบโดยตรงและทันทีต่อความก้าวหน้าทางอาชีพ โทษทางวินัยในกลุ่มนี้อาจพิจารณาแยกออกได้เป็น 2 ประเภท คือ (1) การลดตำแหน่งและลดเงินเดือนให้ต่ำกว่าตำแหน่งเดิม (La rétrogradation au grade immédiatement inférieur et à un echelon correspondant à un indice égal ou immédiatement inférieur à celui détenu par l'agent) (2) การพักงานชั่วคราวเป็นระยะเวลา 16 วัน ถึง 2 ปี (L'exclusion temporaire de fonctions pour une durée de 16 jours à 2 ans)

(1) การลดตำแหน่งและลดเงินเดือนให้ต่ำกว่าตำแหน่งเดิม (la rétrogradation au grade immédiatement inférieur et à un échelon correspondant à un indice égal ou immédiatement inférieur à celui détenu par l'agent) การลงโทษทางวินัยกรณีนี้เป็นการลงโทษทางวินัยที่ทำให้เจ้าหน้าที่ถูกลดตำแหน่งลง โดยไม่ต้องเปลี่ยนแปลงหน้าที่การทำงานหรือพักการทำงาน[15] ด้วยเหตุนี้ การลงโทษนี้สามารถนำมาใช้ได้เฉพาะเมื่อเจ้าหน้าที่อยู่ในตำแหน่งงานที่สามารถเลื่อนขั้นลงได้ในกลุ่มงาน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า ข้าราชการผู้นั้นมิได้ดำรงตำแหน่งในขั้นต่ำสุดในสายงาน กับทั้งการลงโทษกรณีนี้ จะสามารถนำมาใช้ได้เฉพาะแต่ในสถานการณ์ที่ตำแหน่งที่ต่ำกว่ามีตำแหน่งงานว่างเพื่อใช้ในการลดตำแหน่งของข้าราชการที่ถูกลงโทษลงไป อย่างไรก็ตาม การลงโทษด้วยการลดตำแหน่งลงอาจมีผลกระทบต่อภาระหน้าที่ตามตำแหน่งงานที่เจ้าหน้าที่ดำรงอยู่โดยเฉพาะ กล่าวคือ ถ้าเจ้าหน้าที่ไม่เหมาะสมกับตำแหน่งที่ได้รับใหม่ กรณีจึงอาจมีการเปลี่ยนแปลงตำแหน่งงานอีกครั้งหนึ่งเพื่อประโยชน์และความเหมาะสมของงาน โดยกรณีที่มีการเปลี่ยนแปลงในคราวหลัง จะไม่ถือเป็นการลงโทษครั้งที่สองสำหรับเหตุการณ์เดียวกัน ตัวอย่างของการถูกลงโทษด้วยการลดตำแหน่งลง ได้แก่ กรณีของหัวหน้าเจ้าหน้าที่ที่ดูแลเด็กได้ใช้คำพูดหยาบคายและใช้วิธีการที่รุนแรงเพื่อทำให้เด็กหลับในขณะที่อยู่ในความดูแลหรือมีพฤติกรรมที่ทำให้เด็กและเจ้าหน้าที่

---

[14] CAA de Nantes, 26 avril 2002, n° 98NT02191

[15] CE, 18 octobre 1995, n° 120349

เจ็บปวดหรือถูกทำร้ายทางจิตใจ[16]

(2) การพักงานชั่วคราวเป็นระยะเวลา 16 วัน ถึง 2 ปี (l'exclusion temporaire de fonctions pour une durée de 16 jours à 2 ans) การลงโทษกรณีนี้มีวัตถุประสงค์เพื่อแยกข้าราชการออกจากหน้าที่เดิม การพักงานจากหน้าที่ชั่วคราวส่งผลให้ข้าราชการที่ถูกลงโทษไม่มีสิทธิได้รับค่าตอบแทนใด ๆ และไม่สามารถเรียกร้องสวัสดิการใด ๆ สำหรับคนตกงานจากรัฐได้ หากแต่ด้วยสถานการณ์ที่มีการพักงานเป็นเวลานานที่มีผลเป็นการขาดรายได้ ข้าราชการผู้นั้นจึงสามารถทำกิจกรรมอื่นที่สร้างรายได้ในระหว่างระยะเวลาที่ได้รับการลงโทษได้ หากแต่อาจจะต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดหรือเงื่อนไขบางประการ และการลงโทษประเภทนี้จะต้องผ่านการหารือกับคณะกรรมการวินัยเสียก่อน ตัวอย่างความผิดที่ถูกลงโทษในลักษณะนี้ คือ การพักงานชั่วคราวเป็นเวลา 3 เดือน เนื่องจากพฤติกรรมการกระทำที่ไม่ซื่อสัตย์ของเจ้าหน้าที่องค์กรปกครองท้องถิ่นเกี่ยวกับการปลอมแปลงเอกสารเพื่อให้สภาผู้แทนองค์การบริหารลงคะแนนเพื่อประโยชน์ส่วนตัว[17] การพักงานชั่วคราวเป็นเวลา 6 เดือน เนื่องจากพฤติกรรมที่รุนแรงในการขับรถที่เร็วเกินไป การหยุดรถหรือเปลี่ยนแปลงเส้นทางโดยประมาท และการขับรถรับ-ส่งนักเรียนโดยขาดความระมัดระวังอย่างมาก อันทำให้เกิดความเสี่ยงต่อความปลอดภัยของเด็กที่อยู่ในความดูแล[18] การพักงานชั่วคราวเป็นเวลา 2 ปี เนื่องจาก พนักงานทำความสะอาดถูกศาลมีคำพิพากษาลงโทษทางอาญากรณีการกระทำความผิดทางกฎหมายเกี่ยวกับยาเสพติดหลายข้อหาที่กระทำนอกเวลาทำงานแต่ไม่ได้ทำให้เทศบาลได้รับความเสียหายใด ๆ การพักงานชั่วคราวทำให้ผู้ที่ถูกลงโทษไม่ได้รับค่าตอบแทนใด ๆ[19] ซึ่งอาจเป็นจำนวนทั้งหมดหรือบางส่วนตลอดระยะเวลาที่ถูกพักงาน

2.1.4 โทษทางวินัยของข้าราชการประจำกลุ่มที่ 4

กลุ่มโทษทางวินัยในกลุ่มที่ 4 เป็นการลงโทษทางวินัยที่มีความรุนแรงมากที่สุด และมีผลกระทบอย่างสำคัญมากต่อความก้าวหน้าทางอาชีพของข้าราชการ โทษทางวินัยในกลุ่มนี้อาจพิจารณาแยกได้เป็น 2 ประเภท คือ (1) การบังคับเกษียณ (la mise à la retraite d'office) (2) การไล่ออก (La révocation)

(1) การบังคับเกษียณ (la mise à la retraite d'office) หมายถึงการบังคับข้าราชการเกษียณออกจากงาน ซึ่งอาจนำมาใช้กับกรณีเมื่อข้าราชการมีปัญหาสุขภาพหรือปัญหาทางจิตใจจนไม่สามารถปฏิบัติงานได้อย่างเต็มประสิทธิภาพ การบังคับเกษียณนี้จะทำให้ข้าราชการไม่ได้รับเงินเดือนและสิทธิประโยชน์อื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับการทำงานในหน่วยงานรัฐ แต่ข้าราชการยังจะได้รับเงินบำนาญ หรือมีสิทธิได้รับสวัสดิการตามกฎหมายเกี่ยวกับเงินบำนาญและสวัสดิการของรัฐ ในอีกนัยหนึ่งการบังคับเกษียณจึงหมายถึงการทำให้เกิดผลให้ถูกถอนชื่อออกจากรายชื่อข้าราชการ (la radiation des cadres) ทำให้สูญเสียสถานะการเป็นข้าราชการ สำหรับข้าราชการที่ถูกลงโทษการบังคับเกษียณนั้นจึงหมายถึงการพ้นสถานะข้าราชการก่อนระยะเวลาที่กำหนด บทลงโทษดังกล่าวมีผลกระทบต่อสิทธิและเงินบำนาญของข้าราชการในอนาคต ดังนั้น การบังคับเกษียณจึงต้องมีเหตุผลที่ชัดเจนและเป็นไปตามกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเกษียณของรัฐบาล อนึ่ง กรณีที่ข้าราชการที่ถูกลงโทษยังมีอายุไม่ถึงเกณฑ์ที่จะได้รับเงินบำนาญกรณีเกษียณอายุราชการ สิทธิในการรับเงินดังกล่าวจะถูกรักษาไว้จนกว่าจะมีอายุครบหลักเกณฑ์ที่จะได้รับผลประโยชน์เมื่อถึงอายุเกษียณ ในระหว่างระยะเวลานี้ ข้าราชการที่ถูกลงโทษอาจมีสิทธิได้รับสวัสดิการการว่างงานได้ ตัวอย่างการลงโทษกรณีนี้ ได้แก่ ผู้บริหารในตำแหน่งผู้อำนวยการทั่วไปของสำนักงานสุขภาพ (DGS) ได้เข้าเว็บไซต์ลามกอนาจารในช่วงเวลาทำงาน และมีพฤติกรรมการล่วงละเมิดทางเพศต่อผู้ช่วยของเขา ซึ่งศาลเห็นว่าพฤติกรรมของผู้อำนวยการฯ ไม่เหมาะสมและ

---

[16] CAA de Paris, 4ème Chambre, 6 mai 2008, n° 07PA01567

[17] CAA de Bordeaux, 15 novembre 2018, n° 16BX0070

[18] CAA de Nancy, 14 juin 20077, n° 06NC01090

[19] CAA de Nancy, 25 octobre 2018, n° 17NC03003

ละเมิดมาตรฐานจรรยาบรรณของข้าราชการ ด้วยเหตุนี้ ผู้อำนวยการจึงได้รับโทษบังคับให้เกษียณอายุจากตำแหน่งของเขา[20] อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองสูงสุด (สภาแห่งรัฐ) มีคำพิพากษาในอีกคดีหนึ่งในทำนองว่า การบังคับให้พยาบาลเกษียณอายุเป็นการลงโทษที่ไม่ได้สัดส่วนและไม่สมเหตุสมผล เมื่อเห็นว่าพยาบาลมีอายุเพียงสี่สิบเอ็ดปีเท่านั้นในเวลาที่มีการลงโทษ[21]

(2) การไล่ออก (la révocation) ถือเป็นการลงโทษในระดับที่ร้ายแรงที่สุด ทำให้ข้าราชการสูญเสียสถานะของข้าราชการทันที อย่างไรก็ตาม ข้าราชการที่ถูกไล่ออกยังสามารถรับสวัสดิการการว่างงานจากทางภาครัฐได้ ตัวอย่างการลงโทษไล่ออกจากราชการ เช่น กรณีคนขับรถของเทศบาลขโมยทรัพย์สินที่อยู่ภายใต้ความดูแลของตนในสถานที่ทำงานและได้มีการปลอมแปลงการลงเวลาการทำงานล่วงเวลา[22] อันเป็นกรณีตัวอย่างของการกระทำผิดร้ายแรงที่แสดงถึงความไม่ซื่อสัตย์ต่อตำแหน่งหน้าที่ที่ร้ายแรงถึงขนาดได้รับการลงโทษไล่ออกจากทางราชการ อีกกรณีหนึ่งก็คือ เจ้าหน้าที่ได้ทำการโพสต์ข้อความโดยไม่ปกปิดตัวตนของตนบนหน้าเว็บไซต์ของหนังสือพิมพ์ชื่อดังในหัวข้อสนทนาและมีความคิดเห็นในลักษณะที่เป็นการดูถูกและเสียดสีหน่วยงานรัฐที่ตนสังกัด[23] กรณีนี้เป็นการกระทำของบุคคลที่ทำให้ความเคารพของหน่วยงานรัฐได้รับความเสื่อมเสียชื่อเสียง อีกกรณีหนึ่งก็คือ พนักงานไปรษณีย์ทำการปลอมลายมือชื่อของลูกค้าผู้สูงอายุที่อาศัยอยู่ในสถานที่พักอาศัยของรัฐสำหรับผู้สูงอายุที่ต้องได้รับการดูแลเป็นพิเศษ การปลอมลายมือชื่อดังกล่าวเพื่อดำเนินการขอทำสัญญาประกันชีวิตในนามของลูกค้า นอกจากนี้พนักงานยังยกประโยชน์ ของขวัญ และสิทธิประโยชน์ต่าง ๆ ให้กับลูกชายและหลานของตนโดยใช้สิทธิของลูกค้า[24]

สำหรับโทษทางวินัยสำหรับข้าราชการพนักงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในระบบกฎหมายไทยนั้น ตามมาตรฐานทั่วไปเกี่ยวกับวินัยและการรักษาวินัย และการดำเนินการทางวินัย ได้กำหนดโทษทางวินัยไว้ในข้อ 21 ว่า โทษทางวินัย มี 5 สถาน คือ (1) ภาคทัณฑ์ เป็นโทษสำหรับกรณีกระทำผิดวินัยเล็กน้อย หรือมีเหตุอันควรลดหย่อนผ่อนโทษซึ่งยังไม่ถึงกับจะต้องถูกลงโทษตัดเงินเดือน (2) ตัดเงินเดือนเป็นการตัดเงินเดือนได้ครั้งหนึ่งในอัตราร้อยละ 2 หรือร้อยละ 4 ของเงินเดือนที่ผู้นั้นได้รับในวันที่มีคำสั่งลงโทษเป็นเวลา 1 เดือน 2 เดือน หรือ 3 เดือน (3) ลดขั้นเงินเดือน เป็นการลดเงินเดือนได้ครั้งหนึ่งในอัตราร้อยละ 2 หรือร้อยละ 4 ของเงินเดือนที่ผู้นั้นได้รับในวันที่มีคำสั่งลงโทษ (4) ปลดออก เป็นการลงโทษให้พ้นจากราชการ โดยมีสิทธิได้รับบำเหน็จบำนาญเสมือนผู้นั้นลาออกจากราชการ (5) ไล่ออก เป็นการลงโทษให้พ้นจากราชการ โดยไม่ได้รับบำเหน็จบำนาญ[25] ซึ่งโทษทางวินัย 5 สถานดังกล่าว อาจพิจารณาแบ่งออกได้เป็น 3 ระดับ คือ ระดับที่หนึ่ง โทษทางวินัยสำหรับการกระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรง ได้แก่ ไล่ออก ปลดออก ถ้ามีเหตุอันควรลดหย่อน จะนำมาประกอบการพิจารณาลดโทษก็ได้ แต่ห้ามมิให้ลงโทษลงต่ำกว่าปลดออก ระดับที่สอง โทษทางวินัยสำหรับการกระทำความผิดวินัยไม่ร้ายแรง ได้แก่ ลดขั้นเงินเดือน ตัดเงินเดือน ถ้ามีเหตุอันควรลดหย่อนจะนำมาประกอบการพิจารณาลดโทษก็ได้ เช่น จากโทษลดขั้นเงินเดือนเป็นตัดเงินเดือน หรือจากโทษตัดเงินเดือนเป็นภาคทัณฑ์ ระดับที่สาม โทษทางวินัยสำหรับการกระทำความผิดวินัยเล็กน้อย เป็นกรณีของการกระทำผิดวินัยเล็กน้อยหรือมีเหตุอันควรลดหย่อนซึ่งยังไม่ถึงกับจะต้องถูกลงโทษตัดเงินเดือน ได้แก่ ภาคทัณฑ์ และหากมีเหตุอันควรลดหย่อนในระดับโทษภาคทัณฑ์ จะงดโทษให้โดยให้ทำทัณฑ์บนเป็นหนังสือ หรือว่ากล่าวตักเตือนก็ได้

---

[20] CAA de Bordeaux, 8 juillet 2008, n° 06BX00317

[21] CE, 30 novembre 2011, n° 337617

[22] CAA de Marseille, 13 novembre 2018, n° 18MA01164

[23] CAA de Bordeaux, 29 novembre 2018, n° 16BX00877

[24] CE, 13 décembre 2017, n° 400629

[25] ประนัย วณิชชานนท์, หลักการปฏิบัติราชการที่ดีเกี่ยวกับวินัยจากคำพิพากษาศาลปกครอง, กรุงเทพ, บจก.ธนาเพรส, 2565, หน้า 127-128

กรณีเห็นได้ว่า โทษทางวินัยของข้าราชการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีการกำหนดรายละเอียดเป็นประเภทไว้มากกว่าของระบบกฎหมายไทย โดยกำหนดไว้ถึง 4 กลุ่ม ตามระดับของโทษ และในแต่ละกลุ่มโทษทางวินัยยังแบ่งแยกออกได้อีก 2-3 ประเภท รวมทั้งสิ้น 10 ประเภท แต่ในส่วนของระบบกฎหมายไทยมีเพียง 5 สถาน/ประเภท ซึ่งอาจทำให้การลงโทษทางวินัยในระบบกฎหมายฝรั่งเศสมีความหลากหลายและมีกรอบการใช้ดุลพินิจในการพิจารณาลงโทษที่มากกว่า ส่วนโทษทางวินัยของสองระบบกฎหมายจะมีทั้งที่แตกต่างกันเลยและที่อาจพิจารณาเทียบเคียงกันได้ เช่น การตักเตือน (L'avertissement) กับการภาคทัณฑ์ การบังคับเกษียณ (La mise à la retraite d'office) กับการปลดออก และการไล่ออก (La révocation) กับการไล่ออก เป็นต้น

2.2 โทษทางวินัยสำหรับข้าราชการที่อยู่ในช่วงฝึกทดลองงาน (les fonctionnaires stagiaires)

ข้าราชการที่อยู่ในช่วงฝึกทดลองงาน (les fonctionnaires stagiaires) หมายถึง บุคคลที่ได้รับการรับเข้าทำงานในหน่วยงานของรัฐ แต่ยังไม่ได้รับสถานภาพเป็นข้าราชการประจำ หากแต่จะต้องผ่านช่วงเวลาฝึกทดลองงานเสียก่อน โดยในช่วงเวลาฝึกทดลองงาน บุคคลนั้นต้องแสดงความสามารถและความเหมาะสมในการทำงานที่เหมาะสมกับตำแหน่งที่ได้รับการเลือกเข้ามา โทษทางวินัยที่นำมาใช้กับข้าราชการในช่วงฝึกทดลองงานนั้น ได้ระบุไว้ในข้อบังคับว่าด้วยการคัดเลือกเข้าฝึกงาน ตามรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 4 พฤศจิกายน 1992 ซึ่งกำหนดบทลงโทษไว้ 5 ประเภท ดังนี้ (1) การตักเตือน (L'avertissement) เป็นมาตรการทางวินัยที่ใช้กับข้าราชการ โดยมีการตักเตือนทางวาจาหรือทางลายลักษณ์อักษรก็ได้ แต่จะไม่ปรากฏในแฟ้มของข้าราชการผู้นั้น และไม่มีผลต่อเส้นทางอาชีพของข้าราชการนั้นด้วย โดยส่วนใหญ่จะนำมาใช้กับความผิดเล็กน้อย เช่น การมาสาย เป็นต้น (2) การตำหนิ (Le blâme) เป็นการตักเตือนทางลายลักษณ์อักษรและถูกบันทึกไว้ในแฟ้มประวัติของข้าราชการ ซึ่งยังมิได้มีผลกระทบกับความก้าวหน้าทางอาชีพในทันที (3) การพักงานชั่วคราวไม่เกิน 3 วัน (4) การพักงานชั่วคราวระหว่าง 4 ถึง 15 วัน (5) การให้ออกจากตำแหน่ง ซึ่งการลงโทษการพักงานชั่วคราวระหว่าง 4 ถึง 15 วัน และการให้ออกจากตำแหน่ง ต้องขอความเห็นจากคณะกรรมการวินัยก่อน และต้องปฏิบัติตามขั้นตอนที่ระบุไว้ในรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 18 กันยายน 1989 ที่ใช้กับข้าราชการประจำด้วย กรณีที่ข้าราชการที่อยู่ในช่วงฝึกทดลองงานได้รับโทษพักงานเป็นการชั่วคราว จะมีผลให้วันที่เข้ารับตำแหน่งเป็นข้าราชการประจำถูกเลื่อนออกไปตามระยะเวลาของการพักงานนั้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า ระยะเวลาที่ถูกลงโทษพักงานจะไม่ถูกนับรวมเข้ากับระยะเวลาฝึกทดลองงานซึ่งเป็นระยะเวลาที่ประเมินผลการปฏิบัติงานก่อนที่จะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นข้าราชการประจำ ตัวอย่างเช่น หากข้าราชการที่อยู่ในช่วงฝึกทดลองงานถูกพักงานเป็นเวลาสิบวัน การแต่งตั้งเป็นข้าราชการประจำจะถูกเลื่อนออกไปอีกสิบวัน และอาจจะมีผลตามมาหลายประการ อาทิ สิทธิประโยชน์ของข้าราชการ การเลื่อนขั้น หรือการเลื่อนเงินเดือน เป็นต้น ข้าราชการที่ถูกลงโทษให้ออกจากตำแหน่งจะไม่มีสิทธิสมัครเข้ารับราชการหรือทำงานในหน่วยงานของรัฐอีกต่อไป นอกจากนี้ ข้าราชการที่ถูกลงโทษ ย่อมมีสิทธิในการยื่นคำร้องอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการวินัยได้เฉพาะการลงโทษให้ออกจากตำแหน่งและการลงโทษให้พักงานชั่วคราวระหว่าง 4 ถึง 15 วัน และการลงโทษนั้นรุนแรงกว่าที่คณะกรรมการวินัยได้เคยให้ความเห็นชอบไว้เมื่อคราวแรก

ในระบบกฎหมายไทยโทษทางวินัยสำหรับข้าราชการที่อยู่ระหว่างทดลองปฏิบัติราชการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นไปเช่นเดียวกับโทษทางวินัยสำหรับข้าราชการประจำ กฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้องไม่ได้มีบทบัญญัติกำหนดโทษทางวินัยไว้ให้แตกต่างกันแต่อย่างใด

2.3 โทษทางวินัยสำหรับพนักงานตามสัญญาจ้าง

พนักงานตามสัญญาจ้าง (les contractuels de droit public) หมายถึงบุคคลที่ได้รับการว่าจ้างให้ทำงานในหน่วยงานของรัฐตามสัญญาจ้าง สถานะทางกฎหมายของพนักงานตามสัญญาจ้างจะแตกต่างจากข้าราชการที่มีตำแหน่งงานประจำในส่วนราชการ เนื่องจากบุคคลที่ถูกว่าจ้างมีสถานะทางกฎหมายเป็นไปตามสัญญาจ้างซึ่งอาจกำหนด

ระยะเวลาหรือไม่กำหนดระยะเวลาก็ได้ โดยมีภาระหน้าที่ เงื่อนไขการทำงาน ตลอดจนข้อผูกพันที่เฉพาะเจาะจงตามที่กำหนดในสัญญา

ในส่วนของโทษทางวินัยสำหรับพนักงานตามสัญญาจ้างนี้ หากพนักงานตามสัญญาจ้างกระทำความผิดวินัยก็จะได้รับโทษตามที่กำหนดในมาตรา 36-1 ของรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 15 กุมภาพันธ์ 1988 ซึ่งกำหนดโทษทางวินัยสำหรับพนักงานตามสัญญาจ้างไว้ 5 ประเภท คือ (1) การตักเตือน (L'avertissement) เป็นมาตรการลงโทษทางวินัยที่เหมือนกับที่นำมาใช้กับข้าราชการ โดยมีการตักเตือนทางวาจาหรือทางลายลักษณ์อักษรก็ได้ แต่จะไม่ปรากฏในแฟ้มประวัติของบุคคลนั้น และไม่มีผลต่อเส้นทางอาชีพบุคคลนั้นด้วย โดยส่วนใหญ่จะนำมาใช้กับความผิดเล็กน้อย เช่น การมาสายเป็นต้น (2) การตำหนิ (Le blâme) เป็นการตักเตือนทางลายลักษณ์อักษรและถูกบันทึกไว้ในแฟ้มประวัติของบุคคลที่ถูกลงโทษ ซึ่งการลงโทษตำหนิมิได้มีผลกระทบกับความก้าวหน้าทางอาชีพในทันที (3) การพักงานชั่วคราวเป็นระยะเวลาไม่เกิน 3 วัน โดยไม่ได้รับค่าตอบแทน (4) การพักงานชั่วคราวเป็นระยะเวลาตั้งแต่ 4 วัน ถึง 6 เดือน สำหรับพนักงานจ้างตามสัญญาที่กำหนดระยะเวลาจ้าง และระยะเวลาตั้งแต่ 4 วัน ถึง 1 ปี สำหรับพนักงานตามสัญญาจ้างที่มิได้กำหนดระยะเวลาจ้าง (5) การให้ออกจากงานโดยไม่ต้องแจ้งล่วงหน้าและไม่ได้รับเงินชดเชยใด ๆ

ในระบบกฎหมายไทย พนักงานจ้างผู้ใดฝ่าฝืนข้อห้ามหรือไม่ปฏิบัติตามข้อปฏิบัติตามที่ระเบียบกฎหมายและเงื่อนไขในสัญญาจ้างกำหนดไว้ ผู้นั้นเป็นผู้กระทำผิดวินัย จะต้องได้รับโทษทางวินัย ซึ่งมี 4 สถาน คือ (1) ภาคทัณฑ์ (2) ตัดค่าตอบแทน (3) ลดขั้นเงินค่าตอบแทน (4) ไล่ออก[26]

3. ขั้นตอนและกระบวนการทางวินัยบุคลากรท้องถิ่น

วินัยและการดำเนินกระบวนการทางวินัยในส่วนของบุคลากรท้องถิ่นจะได้รับการบัญญัติไว้ในรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 13 กรกฎาคม 1983 รัฐบัญญัติ ลงวันที่ 26 มกราคม 1984 และรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 15 กุมภาพันธ์ 1988 โดยจะกำหนดขั้นตอนวิธีการและกระบวนการในการสอบสวนทางวินัยที่สำคัญไว้ ซึ่งหากไม่ได้รับการเคารพปฏิบัติตามอาจทำให้การลงโทษทางวินัยเสียไปได้ และไม่ว่าการลงโทษทางวินัยจะมีระดับความร้ายแรงมากน้อยเพียงใดก็ตาม (ตั้งแต่โทษตักเตือนไปจนกระทั่งถึงโทษไล่ออก) องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในฐานะหน่วยงานที่มีหน้าที่ในการสอบสวนทางวินัยต้องริเริ่มและดำเนินการให้สอดคล้องและเป็นไปตามขั้นตอนและกระบวนการที่กฎหมายกำหนดไว้ โดยเฉพาะในกระบวนการและขั้นตอนที่เป็นการให้สิทธิแก่ผู้ถูกกล่าวหาในการโต้แย้งหรือต่อสู้อย่างเต็มที่ อันเป็นการประกันสิทธิขั้นต่ำตามสิทธิขั้นพื้นฐานว่าด้วย "หลักในการป้องกันตนเอง" ในที่นี้จะศึกษาขั้นตอนและกระบวนการทางวินัยบุคลากรท้องถิ่นบางส่วนที่น่าสนใจโดยพิจารณาแยกออกเป็น 3 หัวข้อย่อย ได้แก่ 3.1 การรับทราบข้อกล่าวหาและการเข้าถึงแฟ้มข้อมูลเอกสารทางวินัยของผู้ถูกกล่าวหา 3.2 การสอบปากคำผู้ถูกกล่าวหา 3.3 การดำเนินการทางวินัยภายในกำหนดระยะเวลา 3 ปี (La prescription Triennale)

3.1 การรับทราบข้อกล่าวหาและการเข้าถึงแฟ้มข้อมูลเอกสารทางวินัยของผู้ถูกกล่าวหา

ในการดำเนินการทางวินัย จะต้องแจ้งให้ข้าราชการผู้ถูกกล่าวหาทราบว่า ตนถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดวินัยในเรื่องใด เพื่อให้ผู้ถูกกล่าวหารู้ตัวและมีโอกาสชี้แจงหรือแก้ข้อกล่าวหาได้[27] โดยพระราชกฤษฎีกา เลขที่ 89-677 ลงวันที่ 18 กันยายน 1989 มาตรา 4 กำหนดให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจะต้องส่งจดหมายไปยังผู้ถูกกล่าวหา โดยระบุว่าบุคคลนั้นกำลังถูกดำเนินการทางวินัย โดยรายละเอียดต้องประกอบด้วย ข้อเท็จจริงที่ถูกกล่าวหาต่อบุคคลนั้น ระดับของการลงโทษที่อาจได้รับสิทธิในการเข้าถึงแฟ้มข้อมูล พร้อมกับสิทธิในการแต่งตั้งบุคคลหนึ่งหรือหลายคนเข้ามาช่วย

---

[26] มาตรฐานทั่วไปเกี่ยวกับพนักงานจ้าง ข้อ 48 วรรคสอง

[27] พัฒน์พงศ์ อมรวัฒน์, หลักกฎหมายเกี่ยวกับการดำเนินการทางวินัย, กรุงเทพฯ, วิญญูชน, 2559, หน้า 76

ในกระบวนการทางวินัย เช่น สหภาพแรงงาน ทนายความ เพื่อนร่วมงาน หรือสมาชิกในครอบครัว เป็นต้น และให้ผู้ถูกกล่าวหาจัดทำข้อสังเกตเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่เขาถูกกล่าวหา ซึ่งการส่งจดหมายไปยังผู้ถูกกล่าวหานั้น ต้องส่งทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ หรือนำส่งด้วยตนเองและต้องมีการลงนามตอบรับ เพื่อให้เป็นไปตามรูปแบบที่กำหนด และรัฐบัญญัติ ลงวันที่ 13 กรกฎาคม 1983 มาตรา 19 กำหนดให้ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีอำนาจในการสอบสวนทางวินัย มีหน้าที่จัดทำแฟ้มเอกสารพร้อมทั้งเอกสารเพิ่มเติมต่าง ๆ (ที่อยู่ในภาคผนวก) ให้แก่ข้าราชการที่ถูกสอบสวนทางวินัย หรือให้แก่ตัวแทนของข้าราชการผู้นั้นที่ได้รับการมอบหมายให้เข้ามาช่วยเหลือในกระบวนการสอบสวนทางวินัย ซึ่งผู้ที่ได้รับมอบหมายอาจเป็นทนายความ เพื่อน ญาติ หรือบุคคลหนึ่งบุคคลใดที่ข้าราชการผู้ถูกสอบสวนทางวินัยนั้นให้ความไว้วางใจ ซึ่งบทบัญญัติเดียวกันนี้นำมาใช้กับพนักงานตามสัญญาจ้างที่ถูกดำเนินการสอบสวนทางวินัยเช่นกัน กล่าวคือ พนักงานมีสิทธิที่จะได้รับแฟ้มข้อมูลทั้งหมด และรวมถึงเอกสารประกอบอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องกับตน หรือจะมอบหมายให้ตัวแทนเข้ามาช่วยดำเนินการในกระบวนการสอบสวนทางวินัยดังกล่าวได้[28] อีกทั้ง สภาแห่งรัฐได้มีคำวินิจฉัยรับรองสิทธิของผู้ถูกสอบสวนทางวินัยว่า ตลอดกระบวนการของการสอบสวนทางวินัย ผู้ที่ถูกกล่าวหาหรือตัวแทนของผู้ถูกกล่าวหาย่อมมีสิทธิเข้าถึงแฟ้มเอกสารที่เกี่ยวข้องทั้งหมด โดยไม่ต้องคำนึงถึงระดับของการลงโทษ และไม่จำต้องสอบถามความเห็นของคณะกรรมการวินัยก่อน[29] อีกทั้ง แฟ้มข้อมูลเอกสาร ประกอบด้วย รายงานข้อเท็จจริงที่ถูกกล่าวหา พร้อมด้วยเอกสารประกอบที่เป็นหลักฐาน (คำให้การ รายงานจากผู้บังคับบัญชาตามลำดับชั้น คลิปข่าว คำตัดสินของศาล ฯลฯ) เอกสารข้อมูลส่วนตัวของผู้ถูกกล่าวหา อาทิ เอกสารที่เกี่ยวข้องกับตำแหน่งของผู้ถูกกล่าวหา ข้อกล่าวหาหรือข้อสงสัยที่เกี่ยวข้องกับการดำเนินการทางวินัยทั้งหมด จะต้องปรากฏอยู่ในแฟ้มเอกสารทางวินัย เพื่อให้ผู้ถูกกล่าวหาสามารถจัดทำข้อสังเกตทั้งหมดที่เป็นประโยชน์ในการต่อสู้ตามกระบวนการ เอกสารทุกฉบับที่อยู่ในแฟ้มเอกสาร รวมถึงเอกสารแนบ จะต้องมีหมายเลขกำกับ อย่างไรก็ตาม กรณีที่เอกสารบางแผ่นในแฟ้มเอกสาร ไม่ได้ถูกจัดเรียบเรียงประเภท หรือเรียงลำดับหมายเลข กรณีนี้ไม่ถึงขนาดทำให้กระบวนการทางวินัยไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด[30] ในทางกลับกัน หากเอกสารสำคัญมีความบกพร่องและเอกสารนั้นมีส่วนทำให้ข้าราชการได้รับการลงโทษ กรณีนี้อาจมีผลทำให้กระบวนการทางวินัยกลายเป็นกระบวนการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้[31] แต่หากเอกสารที่ไม่สมบูรณ์นั้นมิได้นำมาใช้ในการพิจารณาหรือมิได้เกี่ยวข้องกับการลงโทษทางวินัย กรณีนี้จึงไม่ทำให้ขั้นตอนการสอบสวนทางวินัยเสียหาย หรือกลายเป็นกระบวนการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด[32] ข้าราชการที่ถูกกล่าวหาหรือบุคคลหนึ่งบุคคลใดที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินการเกี่ยวกับกระบวนการทางวินัยย่อมมีสิทธิเข้าถึงแฟ้มข้อมูลทางวินัยได้ แต่ต้องดำเนินการที่สำนักงานขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเท่านั้น[33] โดยอาจร้องขอให้ทางหน่วยงานจัดทำสำเนาก็ได้ และการดำเนินการทำสำเนาดังกล่าว หน่วยงานอาจเก็บเงินค่าธรรมเนียมก็ได้ อย่างไรก็ตาม หน่วยงานอาจปฏิเสธคำขอก็ได้ หากเป็นคำขอสำหรับการเข้าถึงเอกสารในครั้งที่สองโดยมิได้มีเอกสารใหม่เพิ่มเติมในแฟ้มเอกสาร[34] หรือหน่วยงานอาจปฏิเสธการขอใช้สิทธิในการเข้าถึงแฟ้มข้อมูลได้ หากพิจารณาคำขอแล้ว มีลักษณะที่เป็นคำขอที่ไม่สุจริต[35] กรณีมีเหตุจำเป็นที่ผู้ถูกกล่าวหาไม่สามารถเดินทางไปยังสำนักงานฯ ได้ อาทิ การเจ็บป่วย การถูกคุมขัง เป็นต้น ผู้ถูกกล่าวหาอาจร้องขอให้หน่วยงาน

---

[28] มาตรา 37 ของรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ 15 กุมภาพันธ์ 1988

[29] CE, 17 juin 1988, n° 81815

[30] CAA de Marseille, 15 novembre 2005, n° 02MA00023

[31] CE, 8 décembre 1999, n° 204270

[32] CE, 12 novembre 1997, n° 134572

[33] CE, 14 février 1996, n° 144042

[34] CE, 3 juillet 1987, n° 22807

[35] CE, 2 april 2015, n° 370242

จัดส่งสำเนาไปให้ก็ได้ ซึ่งมาตรา 14 ของพระราชกฤษฎีกาที่ 2011-675 ลงวันที่ 15 มิถุนายน 2011 กำหนดวิธีการส่งเอกสารไปยังผู้ถูกกล่าวหาหรือตัวแทนของผู้ถูกกล่าวหาไว้ โดยการส่งเป็นเอกสารอิเล็กทรอนิกส์ทางที่อยู่อีเมลทางการหรือจัดส่งเป็นสำเนาเอกสารตามเอกสารต้นฉบับ และหากในระหว่างกระบวนการสอบวินัย หน่วยงานได้มีเอกสารเพิ่มเติมจากที่มีอยู่เดิม หน่วยงานจะต้องแจ้งต่อผู้ถูกสอบวินัยหรือตัวแทนที่ได้รับมอบหมายของผู้ถูกสอบวินัยว่ามีการเพิ่มเติมเอกสารใหม่และต้องให้โอกาสในการเข้าถึงข้อมูลเอกสารนั้นด้วย เมื่อได้มีการดำเนินการตามกระบวนการสำหรับการให้สิทธิผู้ถูกกล่าวหาหรือตัวแทนของผู้นั้นในการเข้าถึงแฟ้มเอกสารที่เป็นประเด็นในการพิจารณาทางด้านวินัยแล้ว หน่วยงานผู้สอบวินัยและผู้ถูกสอบวินัยหรือตัวแทนของผู้ถูกสอบวินัยที่ได้รับมอบหมายให้เข้าถึงแฟ้มเอกสารนั้น จะต้องมีการลงลายมือชื่อรับทราบร่วมกันและฝ่ายผู้ถูกกล่าวหาจะต้องมีเวลาเพียงพอในการอ่านข้อมูลเอกสารและจัดเตรียมการต่อสู้แก้ข้อกล่าวหา[36] กรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาหรือตัวแทนของผู้ถูกกล่าวหาถูกเรียกให้เข้ามาเพื่อตรวจสอบข้อมูลเอกสารแล้วแต่ผู้นั้นมิได้เข้ามาในกระบวนการเพื่อตรวจสอบข้อมูลเอกสาร การไม่เข้ามาร่วมในกระบวนการดังกล่าวจะไม่เป็นเหตุให้กระบวนการสอบวินัยไม่ชอบด้วยกฎหมายใด ๆ หรือเสียไปแต่อย่างใด นอกจากนั้น การดำเนินกระบวนการทางวินัยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องให้ผู้ถูกกล่าวหามีระยะเวลาเพียงพอในการศึกษาแฟ้มเอกสาร และดำเนินการจัดเตรียมแก้ข้อกล่าวหา ซึ่งเป็นระยะเวลาประมาณ 5 ถึง 10 วัน[37] และภายใต้กระบวนการสอบสวนทางวินัย ภาระการพิสูจน์ข้อเท็จจริงพยานหลักฐานต่าง ๆ ในทางกฎหมายเป็นของหน่วยงาน

ในระบบกฎหมายไทย การได้รับทราบข้อกล่าวหาและการเข้าถึงแฟ้มข้อมูลเอกสารทางวินัยของผู้ถูกกล่าวหามีหลักการคล้ายคลึงกับของระบบกฎหมายฝรั่งเศส แต่ก็มีแตกต่างกันบ้างในรายละเอียด เช่น วิธีการแจ้งข้อกล่าวหาและลักษณะหรือประเภทของเอกสารหลักฐานต่าง ๆ ที่ต้องแจ้งให้แก่ผู้ถูกกล่าวหาทราบ กล่าวคือ มาตรฐานทั่วไปเกี่ยวกับวินัยและการรักษาวินัย และการดำเนินการทางวินัย ข้อ 26 กำหนดบังคับให้ต้องดำเนินการแจ้งข้อกล่าวหาและสรุปพยานหลักฐานที่สนับสนุนข้อหาให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบ โดยถือเป็นสาระสำคัญ และข้อ 60 กำหนดให้เป็นหน้าที่ของคณะกรรมการสอบสวนที่จะต้องเรียกผู้ถูกกล่าวหามาเพื่อแจ้งและอธิบายข้อกล่าวหาที่ปรากฏตามเรื่องที่กล่าวหาให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบว่าผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำการใด เมื่อใด อย่างไร รวมทั้งแจ้งด้วยว่าในการสอบสวนนี้ผู้ถูกกล่าวหามีสิทธิที่จะได้รับแจ้งสรุปพยานหลักฐานที่สนับสนุนข้อกล่าวหา ตลอดจนอ้างพยานหลักฐานหรือนำพยานหลักฐานมาสืบแก้ข้อกล่าวหาได้ด้วย ทั้งนี้ เพื่อเป็นการเปิดโอกาสให้บุคลากรท้องถิ่นผู้ถูกกล่าวหาได้รับทราบข้อเท็จจริงและได้โต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนอย่างเพียงพอตามหลักการรับฟังคู่กรณีซึ่งเป็นหลักกฎหมายทั่วไปเพื่อประกันความเป็นธรรมให้แก่ผู้ถูกกล่าวหาที่อยู่ในฐานะของผู้ที่ได้รับหรืออาจจะได้รับผลกระทบจากคำสั่งลงโทษทางวินัยอันเป็นคำสั่งทางปกครอง ซึ่งการเปิดโอกาสให้บุคลากรท้องถิ่นผู้ถูกกล่าวหาได้รับทราบข้อเท็จจริงและได้โต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนอย่างเพียงพอเป็นวิธีการหรือขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งศาลปกครองนำมาพิจารณาใช้เป็นเงื่อนไขเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งลงโทษทางวินัยด้วย เช่น กรณีที่ไม่ได้เป็นความผิดที่ปรากฏชัดแจ้งซึ่งนายกเทศมนตรีจะสามารถลงโทษทางวินัยแก่เจ้าหน้าที่ได้โดยไม่ต้องดำเนินการสอบสวน นายกเทศมนตรีจึงต้องแจ้งข้อกล่าวหา สรุปพยานหลักฐานที่สนับสนุนข้อกล่าวหาให้เจ้าหน้าที่ทราบ และต้องให้โอกาสได้ชี้แจงและนำสืบพยานหลักฐานแก้ข้อกล่าวหา แต่เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่า นายกเทศมนตรีไม่ได้แจ้งข้อกล่าวหาและสรุปพยานหลักฐานที่สนับสนุนข้อกล่าวให้เจ้าหน้าที่ทราบ รวมถึงไม่ได้ให้โอกาสเจ้าหน้าที่ได้ชี้แจงและนำสืบพยานหลักฐานเพื่อแก้ข้อกล่าวหาตามที่กฎหมายที่เกี่ยวข้องกำหนด ดังนั้น การดำเนินการสอบสวนทางวินัยของนายกเทศมนตรี

---

[36] CE, 27 février 1995, n° 1104722

[37] 37 CE, 27 février 1995, n° 1104722

จึงเป็นการดำเนินการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย[38] กรณีที่มีการสอบสวนไปแล้ว แต่ผลการสอบสวนเปลี่ยนแปลงจากข้อกล่าวหาเดิม และคณะกรรมการสอบสวนมิได้เรียกเจ้าหน้าที่ผู้ถูกกล่าวหามาเพื่อแจ้งข้อกล่าวหาและได้จัดทำบันทึกสรุปสำนวนการสอบสวนไป จึงเป็นกรณีที่มิได้เป็นไปตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญ[39] กรณีเจ้าหน้าที่ผู้ถูกกล่าวหาได้ชี้แจงโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานต่อนายกเทศมนตรีก่อนที่จะมีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริง หลังจากนั้น ไม่ได้มีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานต่อคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริง กรณีจึงไม่อาจถือได้ว่านายกเทศมนตรีได้ให้โอกาสเจ้าหน้าที่ผู้ถูกกล่าวหาได้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐาน[40] กรณีคณะกรรมการสอบสวนได้แจ้งสรุปพยานให้ทราบเพียง 17 รายการ แต่เมื่อสรุปข้อเท็จจริงตามรายงานการสอบสวนมีพยานทั้งสิ้น 29 รายการ ซึ่งไม่ได้ให้โอกาสแก่เจ้าหน้าที่ได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอนั้น ข้อเท็จจริงปรากฏในสำนวนการสอบสวนว่า รายการที่เพิ่มขึ้นจำนวน 12 รายการ เป็นเอกสารที่พยานบุคคลนำมาแสดงประกอบการให้ถ้อยคำในเรื่องที่เจ้าหน้าที่ถูกกล่าวหาและพยานหลักฐานบางรายการเป็นเรื่องเกี่ยวกับคดีที่มีการฟ้องร้องกันต่อศาลยุติธรรม จึงเป็นพยานหลักฐานที่ไม่เป็นข้อสำคัญที่จะต้องแจ้งให้เจ้าหน้าที่ทราบโดยไม่ทำให้เจ้าหน้าที่หลงข้อต่อสู้ตามที่ถูกกล่าวหา[41] กรณีตามพฤติการณ์แห่งคดีเจ้าหน้าที่ผู้ถูกกล่าวหาพยายามเลื่อนวันนัดให้ถ้อยคำหรือชี้แจงรายละเอียดส่อแสดงให้เห็นว่ามีเจตนาประวิงให้การสอบสวนชักช้าเรื่อยไปโดยไม่มีพยานหลักฐานใดที่จะนำมาแก้ข้อกล่าวหาได้ ดังนั้น การที่คณะกรรมการสอบสวนพิจารณาแล้วมีมติว่า ได้ให้โอกาสเจ้าหน้าที่ผู้ถูกกล่าวหาโต้แย้งและนำพยานหลักฐานมาแก้ข้อกล่าวหาในเวลาอันควรแล้ว จึงสรุปผลการสอบสวนเสนอตามลำดับชั้นถึงผู้ว่าราชการจังหวัดจึงเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว[42] กรณีผู้ถูกกล่าวหามีสิทธิที่จะนำทนายความหรือที่ปรึกษาเข้าฟังการชี้แจงแก้ข้อกล่าวหาหรือให้ปากคำได้ก็ตาม แต่ไม่มีข้อบังคับหรือกฎหมายใดที่กำหนดให้คณะกรรมการสอบสวนต้องแจ้งสิทธิดังกล่าวให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบ การไม่แจ้งสิทธิดังกล่าวให้เจ้าหน้าที่ผู้ถูกกล่าวหาทราบไม่เป็นเหตุให้การสอบสวนไม่ชอบด้วยกฎหมาย[43]

3.2 การสอบปากคำผู้ถูกกล่าวหา

การสอบปากคำผู้ถูกกล่าวหามีวัตถุประสงค์เพื่อจะได้ทราบข้อเท็จจริงและพฤติการณ์ต่าง ๆ ของผู้ถูกกล่าวหาอันเกี่ยวกับเรื่องที่สอบสวน ซึ่งจะได้นำมาใช้ประกอบการพิจารณาว่า ผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำผิดวินัยจริงตามที่ถูกกล่าวหาหรือไม่ อย่างไร อีกทั้ง ยังเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ถูกกล่าวหาได้ชี้แจงแสดงพยานหลักฐานของตนเพื่อโต้แย้งข้อกล่าวหาต่าง ๆ ซึ่งกรณีที่ผู้ถูกกล่าวหาเป็นข้าราชการ กฎหมายมิได้กำหนดอย่างชัดเจนให้หน่วยงานต้องเรียกผู้ถูกกล่าวหาเข้ามาให้ปากคำ (ยกเว้นกรณีของพนักงานตามสัญญาจ้าง) หากแต่ในทางปฏิบัติ หน่วยงานที่มีอำนาจสามารถรับฟังข้อคิดเห็นและข้อสังเกตของผู้ถูกกล่าวหาเกี่ยวกับข้อเท็จจริงที่ถูกกล่าวหาได้ เพื่อหน่วยงานจะได้สามารถนำข้อเท็จจริง ข้อคิดเห็น และข้อโต้แย้งที่ได้รับฟังมาใช้ตัดสินใจในการดำเนินการทางวินัยให้ถูกต้องและเหมาะสมต่อไป สำหรับกรณีที่เป็นพนักงานตามสัญญาจ้างนั้น มาตรา 42 ของพระราชกฤษฎีกา ลงวันที่ 15 กุมภาพันธ์ 1988 กำหนดให้หน่วยงานจะต้องดำเนินการสอบปากคำผู้ถูกกล่าวหาที่เป็นพนักงานตามสัญญาจ้าง เนื่องจากเกี่ยวข้องกับหลักการเลิกจ้างที่จะต้องมีการบอกกล่าวล่วงหน้า หรือเกี่ยวกับกระบวนการในการจ่ายเงินชดเชยอันเนื่องมาจากเหตุการเลิกจ้าง การเชิญเข้ามาสอบปากคำในทั้งสองกรณี ต้องทำเป็นจดหมายลงทะเบียนตอบรับ หรือส่งด้วยตนเองโดยมีการตอบรับ จดหมาย

---

[38] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 287/2554

[39] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 797/2557

[40] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 88/2562

[41] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 807-809/2556

[42] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 602/2560

[43] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 767/2559

ดังกล่าวนี้ควรระบุวัตถุประสงค์ของการเชิญมาสอบปากคำ และมีการแจ้งข้อกล่าวหาอย่างชัดเจน และผู้ถูกกล่าวหาควรจะได้รับจดหมายล่วงหน้าไม่น้อยกว่า 5 วัน และผู้ถูกกล่าวหาที่เป็นพนักงานตามสัญญาจ้างมีสิทธิที่จะนำบุคคลหนึ่งบุคคลใดเข้าร่วมกระบวนการสอบปากคำของตนได้ และในระหว่างการสอบปากคำ หน่วยงานต้องแจ้งให้ผู้ถูกกล่าวหาได้ทราบถึงเหตุผลในการเลิกจ้างหรือเหตุผลในการดำเนินการทางวินัย ส่วนประเด็นปัญหากรณีพนักงานตามสัญญาจ้างลาป่วยในวันนัดสอบปากคำ หน่วยงานจะต้องเลื่อนวันสอบปากคำหรือต้องออกหนังสือเชิญมาให้ปากคำใหม่หรือไม่นั้น อาจพิจารณาได้ 2 กรณี กล่าวคือ กรณีที่หนึ่ง แพทย์ได้อนุญาตให้ผู้ถูกกล่าวหาออกจากบ้านระหว่างการหยุดงานหรือไม่ ซึ่งหากแพทย์ไม่มีการระบุว่าจะต้องอยู่ภายในที่พักอาศัยเท่านั้น ประกอบกับไม่มีองค์ประกอบอื่นใดที่แสดงให้เห็นถึงอุปสรรคที่ขัดขวางผู้ถูกกล่าวหาในการเดินทางมาสอบปากคำในเวลาและวันตามที่ระบุไว้ กรณีนี้ หน่วยงานไม่มีหน้าที่ที่จะต้องเลื่อนการสอบปากคำหรือออกจดหมายเชิญมาให้ปากคำอีกครั้งหนึ่ง[44] กรณีที่สอง แพทย์สั่งให้ผู้ถูกกล่าวหาอยู่ที่บ้านตลอดระยะเวลาที่ลาป่วย และหากวันที่ลาป่วยตรงกับวันและเวลานัดสอบปากคำ กรณีนี้ หน่วยงานต้องเลื่อนการสอบปากคำหรือออกจดหมายเชิญมาให้ปากคำอีกครั้งหนึ่ง[45]

ในระบบกฎหมายไทย การสอบปากคำผู้ถูกกล่าวหานั้น มาตรฐานทั่วไปเกี่ยวกับวินัยและการรักษาวินัย และการดำเนินการทางวินัย ข้อ 60 กำหนดให้คณะกรรมการสอบสวนเรียกผู้ถูกกล่าวหามาเพื่อแจ้งและอธิบายข้อกล่าวหาที่ปรากฏตามเรื่องที่กล่าวหาให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบว่า ผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำการใด เมื่อใด อย่างไร และให้คณะกรรมการสอบสวนถามผู้ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำการตามที่ถูกกล่าวหาหรือไม่ อย่างไร แล้วบันทึกถ้อยคำไว้เป็นหลักฐาน และข้อ 61 กำหนดให้ภายหลังจากที่ได้ดำเนินการสอบสวน และดำเนินการประชุมเพื่อพิจารณาว่ามีพยานหลักฐานใดสนับสนุนข้อกล่าวหาว่าผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำการใด เมื่อใด อย่างไร และเป็นความผิดวินัยกรณีใด ตามข้อใด หรือหย่อนความสามารถในอันที่จะปฏิบัติหน้าที่ราชการ หรือบกพร่องในหน้าที่ราชการ หรือประพฤติตนไม่เหมาะสมกับตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือไม่ อย่างไร แล้วให้คณะกรรมการสอบสวนมีหนังสือเรียกผู้ถูกกล่าวหามาพบเพื่อแจ้งข้อกล่าวหาโดยระบุข้อกล่าวหาที่ปรากฏตามพยานหลักฐานว่าเป็นความผิดวินัยกรณีใด ตามข้อใด หรือหย่อนความสามารถในอันที่จะปฏิบัติหน้าที่ราชการ หรือบกพร่องในหน้าที่ราชการ หรือประพฤติตนไม่เหมาะสมกับตำแหน่งหน้าที่ราชการอย่างไร และสรุปพยานหลักฐานที่สนับสนุนข้อกล่าวหาเท่าที่มีให้ทราบ และให้ถามผู้ถูกกล่าวหาว่าจะยื่นคำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหาเป็นหนังสือหรือไม่ ถ้าผู้ถูกกล่าวหาประสงค์จะยื่นคำชี้แจงเป็นหนังสือ ให้คณะกรรมการสอบสวนให้โอกาสผู้ถูกกล่าวหายื่นคำชี้แจงภายในเวลาอันสมควร แต่อย่างช้าไม่เกินสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้ทราบข้อกล่าวหาและสรุปพยานหลักฐานที่สนับสนุนข้อกล่าวหา และต้องให้โอกาสผู้ถูกกล่าวหาที่จะให้ถ้อยคำเพิ่มเติม รวมทั้งนำสืบแก้ข้อกล่าวหาด้วย ในกรณีผู้ถูกกล่าวหาไม่ประสงค์จะยื่นคำชี้แจงเป็นหนังสือ ให้คณะกรรมการสอบสวนดำเนินการให้ผู้ถูกกล่าวหาให้ถ้อยคำและนำสืบแก้ข้อกล่าวหาโดยเร็ว กรณีจึงเห็นได้ว่า ตามมาตรฐานทั่วไปเกี่ยวกับวินัยและการรักษาวินัย และการดำเนินการทางวินัยดังกล่าว การสอบปากคำผู้ถูกกล่าวหาอาจแบ่งได้เป็น 2 ช่วงเวลา กล่าวคือ ช่วงแรก เป็นการสอบปากคำผู้ถูกกล่าวหาว่าได้กระทำการตามที่ถูกกล่าวหาหรือไม่ อย่างไร แล้วบันทึกถ้อยคำไว้เป็นหลักฐาน ในช่วงเวลาที่คณะกรรมการสอบสวนเรียกผู้ถูกกล่าวหามาเพื่อแจ้งและอธิบายข้อกล่าวหาที่ปรากฏตามเรื่องที่กล่าวหาให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบ ซึ่งเป็นการสอบปากคำผู้ถูกกล่าวหาในเบื้องต้นว่า ผู้ถูกกล่าวหาจะรับสารภาพหรือปฏิเสธในเรื่องที่กล่าวหาเพื่อที่จะได้ดำเนินการต่อไป ช่วงที่สอง เป็นการสอบปากคำผู้ถูกกล่าวหา ภายหลังจากที่ผู้ถูกกล่าวหาได้ปฏิเสธข้อกล่าวหา และคณะกรรมการสอบสวนได้ดำเนินการสอบสวนและประชุมเพื่อพิจารณาว่ามีพยานหลักฐานใด

---

[44] CAA de Bordeaux, 6 mai 2014, n° 12BX03238

[45] CAA de Nancy 10 mai 2016, n° 15NC00531

สนับสนุนข้อกล่าวหาว่าผู้ถูกกล่าวหาได้กระทำการใด เมื่อใด อย่างไร และเป็นความผิดวินัยกรณีใด ตามข้อใด หรือหย่อนความสามารถหรือบกพร่องในหน้าที่ราชการ หรือประพฤติตนไม่เหมาะสมกับตำแหน่งหน้าที่ราชการ หรือไม่ อย่างไร ซึ่งเป็นการสอบปากคำผู้ถูกกล่าวหาโดยละเอียดโดยจะเป็นการเปิดโอกาสให้ผู้ถูกกล่าวหาได้ชี้แจงโต้แย้งข้อกล่าวหาและพยานหลักฐานที่คณะกรรมการสอบสวนได้รวบรวมและรับฟังไว้ โดยมาตรฐานทั่วไปเกี่ยวกับวินัยและการรักษาวินัยและการดำเนินการทางวินัยข้างต้นได้กำหนดแนวทางวิธีการสอบปากคำผู้ถูกกล่าวหาไว้ด้วย เช่น ต้องมีกรรมการสอบสวนไม่น้อยกว่ากึ่งหนึ่งของจำนวนกรรมการสอบสวนทั้งหมด ห้ามมิให้กระทำการล่อลวง ขู่เข็ญ ให้สัญญา หรือกระทำการใดเพื่อจูงใจที่จะให้ถ้อยคำอย่างใด ๆ ห้ามมิให้บุคคลอื่นอยู่ในที่สอบสวน เว้นแต่ทนายความหรือที่ปรึกษาของผู้ถูกกล่าวหาหรือบุคคลซึ่งคณะกรรมการสอบสวนอนุญาตให้อยู่ในที่สอบสวนเพื่อประโยชน์แห่งการสอบสวน นอกจากนี้ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับการสอบปากคำผู้ถูกกล่าวหา เช่น ตามประกาศฯ เรื่อง หลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการสอบสวน การลงโทษทางวินัย การให้ออกจากราชการ การอุทธรณ์ และการร้องทุกข์ ฯ ไม่ได้กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการเกี่ยวกับการถามคำถามไว้เป็นการเฉพาะ และไม่มีระเบียบกฎหมายใด กำหนดบังคับห้ามมิให้คณะกรรมการสอบสวนวินัยตั้งคำถามเหมือนหรือแตกต่างกันกับคณะกรรมการสอบสวนอย่างอื่น แม้คำถามบางส่วนของคณะกรรมการสอบสวนจะเหมือนกันกับคำถามของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงฯ ก็สามารถทำได้โดยชอบ เมื่อข้าราชการผู้ถูกกล่าวหาไม่มีข้อเท็จจริงหรือพยานหลักฐานอื่นใดสนับสนุนข้ออ้าง ประกอบกับหากข้าราชการผู้ถูกกล่าวหาเห็นว่า คณะกรรมการสอบสวนมาสอบปากคำไม่ครบองค์ประชุมหรือมีการปฏิบัติที่ไม่ถูกต้องก็ชอบที่จะโต้แย้งคัดค้านในขณะนั้นหรือปฏิเสธที่จะลงลายมือชื่อท้ายบันทึกการสอบสวนของคณะกรรมการสอบสวนได้ แต่ข้าราชการผู้ถูกกล่าวหาหาได้โต้แย้งคัดค้านหรือปฏิเสธที่จะลงลายมือชื่อในบันทึกการสอบสวนไม่ กรณีจึงต้องฟังว่าการสอบสวนของคณะกรรมการสอบสวนดำเนินการโดยชอบแล้ว[46] กรณีให้เจ้าหน้าที่อื่นซึ่งมิใช่คณะกรรมการสอบสวนวินัยฯ เป็นผู้บันทึกถ้อยคำผู้ถูกกล่าวหาจึงเป็นกระบวนการสอบสวนที่มิชอบและไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น ซึ่งมีสภาพร้ายแรงทำให้กระบวนการสอบสวนทางวินัยไม่ชอบด้วยกฎหมายและเสียไปทั้งหมด การที่หน่วยงานฯ นำผลการสอบสวนของคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยที่ดำเนินการสอบสวนโดยไม่ชอบ มาพิจารณาลงโทษทางวินัยเจ้าหน้าที่ผู้ถูกกล่าวหา จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย[47]

3.3 กำหนดระยะเวลาการดำเนินการทางวินัยภายใน 3 ปี (La prescription Triennale)

กำหนดระยะเวลาการดำเนินการทางวินัยแก่บุคลากรของรัฐซึ่งรวมถึงบุคลากรท้องถิ่นด้วยนั้น แต่เดิมตั้งแต่ปี ค.ศ. 1955 สภาแห่งรัฐได้พิจารณาวินิจฉัยว่า ไม่มีบทกฎหมายที่บัญญัติกำหนดระยะเวลาสำหรับการดำเนินการทางวินัยไว้[48] จึงเป็นที่ยอมรับกันมาว่า การดำเนินการทางวินัยแก่บุคลากรของรัฐไม่มีกำหนดอายุความ อย่างไรก็ดี หลักการดังกล่าว เริ่มมีพัฒนาการที่จะปรับเปลี่ยนไปทีละเล็กทีละน้อย โดยมีแนวคำพิพากษาของศาลปกครองบางแห่ง[49] ที่พยายามวินิจฉัยวางหลักกฎหมายทั่วไปเกี่ยวกับการดำเนินการทางวินัยในเรื่องการเคารพระยะเวลาที่สมเหตุผล (le respect d'un délai raisonnable) ระหว่างช่วงเวลาที่หน่วยงานได้รับทราบถึงการกระทำความผิดของเจ้าหน้าที่กับช่วงเวลาที่หน่วยงานได้ตัดสินใจลงโทษทางวินัยแก่เจ้าหน้าที่ดังกล่าว แต่แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองในเรื่องดังกล่าวก็จะมีความแตกต่างหลากหลาย ศาลปกครองบางแห่ง[50] ได้วินิจฉัยปฏิเสธหลักการเคารพระยะเวลาที่สมเหตุผล

---

[46] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 767/2559

[47] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 683/2557

[48] CE, 27 mai 1955, Deleuze

[49] CAA de Marseille, 13 décembre 2011, n° 09MA03062

[50] CAA de Douai, 31 décembre 2012, n° 1101463

ในการดำเนินการทางวินัยดังกล่าว โดยยืนยันตามแนวคำวินิจฉัยเดิมของสภาแห่งรัฐในปี ค.ศ. 1955 ที่วินิจฉัยว่า ไม่มีบทกฎหมายที่บัญญัติกำหนดระยะเวลาสำหรับการดำเนินการทางวินัยไว้ การดำเนินการทางวินัยแก่บุคลากรของรัฐจึงไม่มีกำหนดอายุความ อีกทั้ง ในปี ค.ศ. 2014 สภาแห่งรัฐก็ได้วินิจฉัยยืนยันถึงหลักการดังกล่าว[51] นอกจากนั้น ศาลรัฐธรรมนูญก็ได้มีแนวคำวินิจฉัยเป็นไปตามแนวทางของสภาแห่งรัฐดังกล่าวด้วย[52] ดังนั้น ก่อนที่จะมีการปฏิรูปแก้ไขกฎหมายในปี ค.ศ. 2016 ตามกฎหมายว่าด้วยวินัยของบุคลากรภาครัฐและแนวคำพิพากษาของศาลที่เกี่ยวข้องการดำเนินการทางวินัยแก่บุคลากรของรัฐไม่มีกำหนดอายุความ

แต่ต่อมา ในปี ค.ศ. 2016 หลักการเกี่ยวกับกำหนดระยะเวลาดำเนินการทางวินัยข้างต้นได้มีการปรับเปลี่ยนไป โดยมีการประกาศใช้รัฐบัญญัติ ฉบับลงวันที่ 20 เมษายน 2016[53] แก้ไขบทบัญญัติมาตรา 19 ของรัฐบัญญัติฉบับลงวันที่ 13 กรกฎาคม 1983[54] ซึ่งได้แก้ไขในส่วนของกำหนดระยะเวลาในการดำเนินการทางวินัยของบุคลากรภาครัฐ กล่าวคือ กำหนดให้หน่วยงานมีระยะเวลาในการดำเนินการทางวินัยภายใน 3 ปี นับตั้งแต่วันที่หน่วยงานได้ทราบอย่างแท้จริงถึงข้อเท็จจริงและลักษณะของการกระทำความผิดที่สามารถถูกลงโทษทางวินัยได้[55] วัตถุประสงค์ของการแก้ไขเปลี่ยนแปลงในครั้งนี้ก็เพื่อสร้างให้หน่วยงานมีความรับผิดชอบในการดำเนินการทางวินัยมากยิ่งขึ้น และทำให้สถานะทางกฎหมายของบุคลากรภาครัฐมีความมั่นคงแน่นอนยิ่งขึ้น อีกทั้ง เพื่อป้องกันการนำความผิดที่เกิดขึ้นในอดีตมาดำเนินการทางวินัยในอนาคตโดยไม่เหมาะสม เป็นการกลั่นแกล้งผู้ถูกกล่าวหา และเพื่อให้การดำเนินการทางวินัยเป็นไปตามหลักการของความเป็นธรรมและเป็นไปตามกฎหมายและข้อบังคับที่เกี่ยวข้อง โดยกำหนดระยะเวลา 3 ปี ในการดำเนินการทางวินัยเป็นระยะเวลาที่จะต้องได้รับการถือปฏิบัติอย่างเคร่งครัด กล่าวคือ เมื่อไม่มีการดำเนินการทางวินัยตามกฎหมายใดต่อข้าราชการผู้นั้นก่อนที่ระยะเวลา 3 ปี จะหมดลง ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการกระทำที่เป็นปัญหาที่เกี่ยวข้องที่ผ่านมานั้น จะไม่สามารถนำมาใช้ในกระบวนการทางวินัยได้อีกต่อไป ทั้งกรณีของการนำข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับเหตุการณ์ที่เป็นปัญหามาพิจารณาในความผิดเดียวกันใหม่ และการนำข้อเท็จจริงที่เป็นปัญหามาใช้ในการพิจารณาเพื่อลงโทษทางวินัยในกรณีอื่นเช่นกัน โดยหลักการนี้เพื่อประกันความเป็นธรรมไม่ให้มีการนำข้อเท็จจริงที่เกี่ยวข้องกับเหตุการณ์ในอดีตมาใช้ในกระบวนการทางวินัยโดยไม่มีกำหนดระยะเวลา อย่างไรก็ตาม หากมีการดำเนินคดีอาญาต่อเจ้าหน้าที่ในเวลาเดียวกัน ระยะเวลาสามปีตามที่กฎหมายกำหนดข้างต้น จะสะดุดหยุดลง จนกว่าคดีอาญาจะมีคำวินิจฉัยถึงที่สุด

---

[51] CE, 12 mars 2014, CAT Foyer Louis Philibert, n° 367260

[52] Cons. Constit. Décision n°2011-199 QPC 25 novembre 2011

[53] Loi n° 2016-483 du 20 avril 2016 relative à la déontologie et aux droits ut obligations des fonctionnaires.

[54] Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires (Loi Le Pors), article 19.

[55] มาตรา 19 ของรัฐบัญญัติ ฉบับลงวันที่ 13 กรกฎาคม ค.ศ. 1983 ถูกยกเลิกโดยรัฐกำหนดเลขที่ 2021-1574 ลงวันที่ 24 พฤศจิกายน ค.ศ. 2021 ว่าด้วยบทบัญญัติภาคกฎหมายระดับรัฐบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายการบริหารงานบุคคลภาครัฐ (Ordonnance n° 2021-4574 du 24 november 2021 portant partie législative du code général de la fonction publique) โดยบัญญัติใหม่ในมาตรา L532-2 ซึ่งกำหนดระยะเวลาการดำเนินการทางวินัยบุคลากรภาครัฐยังคงเช่นเดิม

Code général de la fonction publique, Article L532-2

aucune procédure disciplinaire ne peut être engagée au-delà d'un délai de trois ans à compter du jour où l'administration a eu une connaissance effective de la réalité, de la nature et de l'ampleur des faits passibles de sanction.

En cas de poursuites pénales exercées à l'encontre du fonctionnaire, ce délai est interrompu jusqu'à la décision définitive de classement sans suite, de non-lieu, d'acquittement, de relaxe ou de condamnation.

Passé ce délai et hormis le cas où une autre procédure disciplinaire a été engagée à l'encontre du fonctionnaire avant l'expiration de ce délai, les faits en cause ne peuvent plus être invoqués dans le cadre d'une procédure disciplinaire

อย่างไรก็ดี แม้การปรับแก้ไขบทบัญญัติกฎหมายข้างต้นจะทำให้การดำเนินการทางวินัยบุคคลากรภาครัฐซึ่งเดิมไม่มีกำหนดอายุความปรับเปลี่ยนไปเป็นหน่วยงานต้องดำเนินการทางวินัยภายในกำหนดระยะเวลา 3 ปี นับตั้งแต่วันที่หน่วยงานได้ทราบอย่างแท้จริงถึงข้อเท็จจริงและลักษณะของการกระทำที่สามารถถูกลงโทษทางวินัยได้ก็ตาม แต่เมื่อพิจารณาโดยละเอียดแล้วจะเห็นว่า การปรับแก้ไขดังกล่าวไม่ได้มีผลเป็นการยกเลิกหลักการเดิมทั้งหมดแต่อย่างใด เป็นแต่เพียงการผ่อนคลายหลักการเดิมให้มีความเป็นธรรมและสมเหตุผลมากยิ่งขึ้น กล่าวคือ กรณีบุคลากรภาครัฐได้กระทำความผิดวินัยแล้วปกปิดความผิดนั้นไว้โดยหน่วยงานไม่ทราบถึงการกระทำความผิด แม้การกระทำความผิดนั้นจะผ่านมาเป็นระยะเวลานานเท่าใด ไม่ว่าจะเป็นระยะเวลาห้าปีหรือสิบปีก็ตาม หากต่อมาหน่วยงานได้รับทราบถึงการกระทำความผิดนั้น หน่วยงานก็ยังสามารถดำเนินการทางวินัยกับบุคลากรภาครัฐผู้กระทำผิดวินัยได้อยู่ โดยระยะเวลาการกระทำความผิดที่ผ่านมาไม่ว่าจะนานเท่าใดไม่มีผลเป็นการจำกัดหรือตัดอำนาจผู้บังคับบัญชาหรือหน่วยงานต้นสังกัดในการที่จะดำเนินการทางวินัยแก่บุคลากรภาครัฐที่กระทำความผิดวินัยแต่อย่างใด เพียงแต่ในการดำเนินการทางวินัยดังกล่าวผู้บังคับบัญชาหรือหน่วยงานต้นสังกัดต้องดำเนินการทางวินัยให้แล้วเสร็จภายในกำหนดระยะเวลา 3 ปี นับตั้งแต่วันที่หน่วยงานได้ทราบอย่างแท้จริงถึงข้อเท็จจริงและลักษณะของการกระทำที่สามารถถูกลงโทษทางวินัยเท่านั้น

ในส่วนของระบบกฎหมายไทย ไม่มีบทบัญญัติของระเบียบกฎหมายใดกำหนดระยะเวลาสำหรับการดำเนินการทางวินัยของบุคลากรภาครัฐไว้ ทำให้เป็นที่ยอมรับมาเช่นเดียวกันกับระบบกฎหมายฝรั่งเศสว่า การดำเนินการทางวินัยแก่บุคลากรของรัฐไม่มีกำหนดอายุความ ดังนั้น เมื่อองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ตรวจพบการกระทำความผิดทางวินัยของเจ้าหน้าที่ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถใช้ดุลพินิจดำเนินการทางวินัยและลงโทษได้ตามความเหมาะสม โดยไม่ถูกจำกัดอำนาจด้วยเรื่องระยะเวลา การดำเนินการทางวินัยแก่เจ้าหน้าที่แม้จะเป็นการกระทำความผิดที่ล่วงระยะเวลามานานเท่าใดก็ตาม ก็ไม่เป็นเหตุให้การดำเนินการทางวินัยนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยศาลปกครองสูงสุดก็ได้มีคำวินิจฉัยยืนยันถึงหลักดังกล่าวไว้ในหลายกรณี เช่น ในการดำเนินการทางวินัยนั้น แม้เหตุการณ์ที่เป็นเหตุแห่งการดำเนินการทางวินัยจะเกิดตั้งแต่ปีการศึกษา 2543 แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใดได้ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดวินัยไม่ว่าเหตุที่ถูกกล่าวหานั้นจะเกิดขึ้นเมื่อใด ผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ถูกกล่าวหาผู้นั้นย่อมดำเนินการทางวินัยแก่เจ้าหน้าที่ของรัฐตามข้อกล่าวหานั้นได้ตามกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ ที่กำหนดไว้ ซึ่งในกรณีนี้ ไม่ปรากฏว่ามีกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ หรือประกาศอื่นใด กำหนดระยะการดำเนินการทางวินัยในกรณีดังกล่าวไว้ เจ้าหน้าที่ของรัฐจึงไม่สามารถนำเหตุแห่งระยะเวลายกเป็นข้อต่อสู้เพื่อให้ตนเองพ้นจากการกระทำผิดได้[56] การที่กฎหมายระเบียบที่เกี่ยวข้องได้กำหนดขั้นตอนและระยะเวลาการสอบสวนไว้ก็เพื่อเป็นแนวทางในการเร่งรัดการปฏิบัติงานของคณะกรรมการสอบสวนมิให้การดำเนินการสอบสวนล่าช้าเกินสมควร แต่หากปรากฏว่า คณะกรรมการสอบสวนไม่อาจสอบสวนให้แล้วเสร็จภายในกำหนดระยะเวลา ก็ไม่ได้หมายความว่าการสอบสวนที่ได้ดำเนินการมาแล้วจะต้องเสียไปหรือไม่ชอบ แต่จะต้องพิจารณาว่าการดำเนินการในแต่ละขั้นตอนที่ไม่เป็นไปตามระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดนั้น เป็นสาระสำคัญที่จะทำให้เสียความเป็นธรรมหรือไม่[57] กรณีอ้างว่า คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติได้เริ่มดำเนินการไต่สวนข้อเท็จจริงเมื่อวันที่ 2 มิถุนายน 2552 และมีคำวินิจฉัยชี้มูลความผิดผู้ฟ้องคดีในวันที่ 12 มีนาคม 2557 ซึ่งเป็นการชี้มูลความผิดเกินสามปีนับแต่วันที่เริ่มไต่สวน ไม่ชอบด้วยมาตรา 48 แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. 2561 นั้น เห็นว่า ระยะเวลาการดำเนินการไต่สวนข้อเท็จจริงตามพระราชบัญญัติ

---

[56] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 103/2556

[57] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1861/2559

ดังกล่าว เป็นเพียงระยะเวลาเร่งรัดเพื่อให้ทำการไต่สวนเสร็จสิ้นโดยเร็ว ดังนั้น แม้การไต่สวนข้อเท็จจริงดังกล่าวจะใช้ระยะเวลาดำเนินการเกินกว่ากรอบระยะเวลาที่กำหนดไว้ ก็มิได้มีผลทำให้การไต่สวนข้อเท็จจริงที่เป็นไปโดยชอบต้องเสียไปแต่อย่างใด[58] อย่างไรก็ตาม หลักการดำเนินการทางวินัยแก่บุคลากรของรัฐที่ไม่มีกำหนดอายุความนั้น ได้มีการปรับเปลี่ยนไปบ้างในกรณีของการดำเนินการทางวินัยแก่บุคลากรของรัฐที่ออกจากราชการไปแล้ว ซึ่งบุคลากรภาครัฐนั้นหมายถึง บุคลากรภาครัฐประเภทต่าง ๆ รวมถึงบุคลากรท้องถิ่นด้วย โดยการปรับเปลี่ยนมีสาระสำคัญเกี่ยวกับการกำหนดระยะเวลาในการดำเนินการทางวินัยและลงโทษทางวินัยแก่บุคลากรของรัฐที่ออกจากราชการไปแล้วให้มีมาตรฐานเดียวกัน กล่าวคือ กรณีที่มีผู้ถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรงตามที่กฎหมายกำหนดในขณะรับราชการอยู่ แม้ออกจากราชการไปแล้ว ส่วนราชการสังกัดเดิมก่อนออกจากราชการสามารถดำเนินการทางวินัยอย่างร้ายแรงแก่ผู้นั้นได้ แต่ต้องสั่งลงโทษภายใน 3 ปี และแม้เจ้าหน้าที่ผู้ใดออกจากราชการไปแล้ว อาจถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดวินัยอย่างร้ายแรงได้ภายหลังออกจากราชการไปแล้วไม่เกิน 1 ปี โดยต้องเริ่มดำเนินการสอบสวนภายใน 1 ปี นับแต่วันที่ผู้นั้นออกจากราชการ[59] แต่ในส่วนของบุคลากรภาครัฐที่ยังปฏิบัติหน้าที่อยู่นั้น ระยะเวลาในการดำเนินการทางวินัยและลงโทษทางวินัยยังคงเป็นไปตามหลักการเดิม คือการดำเนินการทางวินัยแก่บุคลากรของรัฐไม่มีกำหนดอายุความ ซึ่งเมื่อพิจารณาเทียบเคียงกับระบบกฎหมายฝรั่งเศสที่มีการปรับเปลี่ยนไปแล้วอย่างน่าสนใจตามที่กล่าวข้างต้น อาจเห็นได้ว่า ในเรื่องของกำหนดระยะเวลาการดำเนินการทางวินัยและการมีคำสั่งลงโทษทางวินัยนั้น บุคลากรของรัฐในระบบกฎหมายฝรั่งเศสได้รับการคุ้มครองหรือมีหลักประกันสิทธิที่มากกว่าบุคลากรภาครัฐในระบบกฎหมายไทย

สรุป กระบวนการดำเนินการทางวินัยบุคลากรท้องถิ่นเป็นกระบวนการที่สำคัญอย่างยิ่งอย่างหนึ่งสำหรับการบริหารงานบุคคลขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้บุคลากรท้องถิ่นได้ปฏิบัติตามหน้าที่และความรับผิดชอบของตนตามกฎหมาย และป้องกันการกระทำผิดกฎหมายหรือการกระทำผิดหน้าที่ที่อาจส่งผลกระทบต่อการทำงานของหน่วยงานหรือชื่อเสียงของหน่วยงาน โดยเฉพาะในมิติของการทำงานของบุคลากรท้องถิ่นที่มีความใกล้ชิดกับประชาชนเป็นอย่างมากในการจัดทำบริการสาธารณะในความรับผิดชอบ โดยวินัยจะเป็นเครื่องมือที่สำคัญในการรักษาคุณธรรมและความเป็นธรรมในการปฏิบัติงานของบุคลากรท้องถิ่น เพื่อให้บุคลากรท้องถิ่นปฏิบัติตามกฎหมายและกฎระเบียบอย่างเคร่งครัด กระบวนการลงโทษทางวินัยในกรณีที่บุคลากรท้องถิ่นกระทำผิดมีความสำคัญในการรักษาความเป็นธรรมของระบบการบริหารจัดการภาครัฐโดยจะป้องกันการกระทำผิดกฎหมายหรือการกระทำผิดต่อหน้าที่ที่อาจส่งผลกระทบต่อการทำงานของหน่วยงาน รวมทั้ง คุ้มครองสิทธิของบุคลากรท้องถิ่นให้ได้รับความเป็นธรรมจากการลงโทษมากที่สุด กล่าวคือ ผู้ที่กระทำผิดควรได้รับโทษที่เป็นธรรมเหมาะสมกับความผิดที่ได้กระทำไป การลงโทษที่เหมาะสมและการดำเนินการทางวินัยที่เป็นธรรมจะช่วยสร้างความไว้วางใจในระบบและส่งเสริมให้มีการปฏิบัติหน้าที่ที่ถูกต้องและมีความรับผิดชอบมากยิ่งขึ้น

---

[58] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟบ. 39/2566

[59] มาตรฐานทั่วไปเกี่ยวกับวินัยและการรักษาวินัย และการดำเนินการทางวินัย พ.ศ. 2558 ข้อ 28 ; พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. 2551 มาตรา 100

ข้อพิจารณาเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายไทย

วรเจตน์ ภาคีรัตน์*

1. ข้อความทั่วไป

ถึงแม้ว่าการใช้อำนาจฝ่ายเดียวสั่งการเพื่อก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ทางปกครองตลอดจนกำหนดกฎเกณฑ์ในระบบกฎหมายปกครองจะมีมานานพอสมควรแล้วในพระราชบัญญัติต่าง ๆ แต่กว่าที่มโนทัศน์ว่าด้วย “คำสั่งทางปกครอง” ซึ่งถือว่าเป็นศูนย์กลางของการศึกษากฎหมายปกครองจะปรากฏตัวขึ้นเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายลายลักษณ์อักษรก็ต้องรอจนกระทั่งมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 และแม้ว่าจะได้มีการบัญญัติความหมายของคำสั่งทางปกครองไว้ในกฎหมายแล้วก็ตาม การวินิจฉัยว่าการกระทำทางปกครองใดเข้าลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ ก็ยังคงมีปัญหาอยู่ไม่น้อย ทั้งนี้ เนื่องจากมโนทัศน์ว่าด้วยคำสั่งทางปกครองไม่ได้เป็นมโนทัศน์ในทางกฎหมายที่เกิดจากการพัฒนาขึ้นมาเองในระบบกฎหมายไทย แต่เป็นมโนทัศน์ทางกฎหมายที่นำเข้ามาจากระบบกฎหมายต่างประเทศ ประกอบกับความเข้าใจและการจำแนกรูปแบบของการกระทำทางปกครองในระบบกฎหมายต่างประเทศโดยเฉพาะในภาคพื้นยุโรปนั้นไม่ได้ตรงกันเสียทีเดียว แต่มีความหลากหลายและกว้างแคบแตกต่างกัน อีกทั้งก่อนการยกร่างเป็นกฎหมายนั้น แทบจะไม่ปรากฏการอธิบายความหมายของคำสั่งทางปกครองและการศึกษารูปแบบการกระทำทางปกครองในเชิงเปรียบเทียบอย่างลึกซึ้งกว้างขวางในระบบกฎหมายไทยมาก่อน เมื่อผสมเข้ากับการใช้ถ้อยคำประมวลขึ้นเป็นนิยามความหมายของคำสั่งทางปกครองในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ที่ดูจะเข้าใจยากและไม่ชัดเจนเท่าใดนัก จึงเกิดปัญหาขึ้นไม่น้อยในทางปฏิบัติ บทความนี้มุ่งชี้ให้เห็นถึงปัญหาดังกล่าวในบางประเด็น วิเคราะห์ประเด็นต่าง ๆ เหล่านั้นและแสดงทัศนะของผู้เขียนว่าการกระทำทางปกครองในลักษณะใดสมควรที่จะได้รับการวินิจฉัยว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง การกระทำทางปกครองในลักษณะใดไม่สมควรที่ผู้ใช้กฎหมายจะวินิจฉัยเช่นนั้น เพื่อในที่สุดแล้วผู้ใช้กฎหมายในทางปฏิบัติจะได้นำไปพิจารณาปรับใช้กับข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นหรือกระทั่งปรับเปลี่ยนแนวทางการวินิจฉัยต่อไป

2. การจำแนกรูปแบบการกระทำทางปกครอง : บทสำรวจเบื้องต้นในระบบกฎหมายของประเทศในภาคพื้นยุโรป

โดยเหตุที่คำสั่งทางปกครองเป็นมโนทัศน์ทางกฎหมายที่ระบบกฎหมายไทยนำเข้ามาจากระบบกฎหมายในภาคพื้นยุโรป ในการพิจารณาว่าคำสั่งทางปกครองคืออะไรและการกระทำใดบ้างสมควรได้รับการวินิจฉัยว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง จึงสมควรพิจารณาแนวความคิดเกี่ยวกับการกระทำทางปกครองในระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ในภาคพื้นยุโรปโดยสังเขปว่ามีการจำแนกรูปแบบการกระทำทางปกครองในลักษณะใด ซึ่งหากพิจารณาในภาพรวมแล้วเราจะพบว่าระบบกฎหมายปกครองของประเทศต่าง ๆ ในภาคพื้นยุโรปจะแยกการกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายกับการกระทำในทางข้อเท็จจริงออกจากกัน และมุ่งศึกษาไปที่การกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายเป็นสำคัญ อย่างไรก็ตาม

* ศาสตราจารย์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

ในส่วนของการกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายซึ่งกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของบุคคลนั้น แต่ละประเทศมีการพัฒนามโนทัศน์ในทางกฎหมาย (legal concept) และการจำแนกแยกแยะรูปแบบของการกระทำในส่วนนี้แตกต่างกัน เราอาจจำแนกวิธีคิดในการจัดรูปแบบการกระทำในระบบกฎหมายปกครองที่มีผลในทางกฎหมายผูกพันบุคคลในลักษณะที่เป็นการกำหนดกฎเกณฑ์หรือก่อตั้งนิติสัมพันธ์ออกเป็นสามกลุ่มด้วยกัน[1]

กลุ่มแรก คือ กลุ่มที่กำหนดให้รูปแบบของการกระทำทางปกครองที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายทั้งหมดตกอยู่ภายใต้มโนทัศน์อันหนึ่งอันเดียวกัน ซึ่งหมายความว่า การกระทำที่มีลักษณะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ใช้บังคับแก่บุคคลไม่ว่าจะเป็นการใช้บังคับทั่วไปในลักษณะของกฎเกณฑ์ทางกฎหมายหรือใช้บังคับเฉพาะกรณีในลักษณะของคำสั่งฝ่ายเดียวตลอดจนการกำหนดกฎเกณฑ์ใช้บังคับกันระหว่างคู่สัญญาจะตกอยู่ภายใต้ชื่อเรียกเดียวกันที่ครอบคลุมทั้งหมด เช่น ในระบบกฎหมายเนเธอร์แลนด์ การกระทำทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ใช้บังคับเฉพาะกรณีตลอดจนใช้บังคับเป็นการทั่วไปที่มีลักษณะเป็นการสั่งการฝ่ายเดียวและที่มีลักษณะเป็นการตกลงสองฝ่ายในทางกฎหมายปกครองรวมเรียกว่า besluit ถึงแม้ว่าจะมีการจำแนก besluit ออกเป็น beschikkingen (การสั่งการเฉพาะกรณี) besluiten van algemene strekking (การสั่งการเพื่อใช้บังคับเป็นการทั่วไป) และ publiekrechtelijke overeenkomsten (ความตกลงกันอันมีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครอง) แต่การกระทำทั้งสามประเภทดังกล่าวล้วนแต่อยู่ภายใต้มโนทัศน์ว่าด้วย besluit ทั้งสิ้น[2] ในขณะที่ในระบบกฎหมายสวีเดนเรียกการกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายไม่ว่าจะใช้บังคับเฉพาะกรณีหรือใช้บังคับเป็นการทั่วไปว่า beslut และไม่ปรากฏมโนทัศน์ว่าด้วยสัญญาทางปกครองในระบบกฎหมายสวีเดนแต่อย่างใด

กลุ่มที่สอง คือ กลุ่มที่มีการจำแนกการกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายปกครองออกเป็นสองประเภท คือ แยกมโนทัศน์ว่าด้วยการกระทำฝ่ายเดียวกับการกระทำสองฝ่ายออกจากกัน ระบบกฎหมายที่จำแนกรูปแบบการกระทำทางปกครองที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายในลักษณะเช่นนี้ ได้แก่ ระบบกฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายอิตาลี ระบบกฎหมายฝรั่งเศสแยก acte administratif (unilatéral) ซึ่งมีลักษณะเป็นการสั่งการฝ่ายเดียวไม่ว่าการสั่งการนั้นจะมีผลเป็นการทั่วไปหรือไม่ และนักกฎหมายไทยที่สำเร็จการศึกษาจากฝรั่งเศสเรียกกันว่า “นิติกรรมทางปกครอง” ออกจาก contrat administratif หรือสัญญาทางปกครอง[3] ในขณะที่ระบบกฎหมายอิตาลีก็แยก atti amministrativi ซึ่งมีลักษณะเป็นการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวโดยอาศัยอำนาจในทางกฎหมายมหาชนไม่ว่าจะมีผลเป็นการเฉพาะกรณี (provvedimento) หรือมีผลเป็นการทั่วไป (atti normativi โดยเฉพาะอย่างยิ่ง regolamento) ออกจาก accordo ซึ่งถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง[4]

กลุ่มที่สาม คือ กลุ่มที่มีการจำแนกการกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายออกเป็นสามประเภท โดยในส่วนของการกระทำฝ่ายเดียวนั้นมีการแยกการกระทำที่มีผลเฉพาะกรณีกับการกระทำที่มีผลเป็นการทั่วไปออกจากกันตั้งแต่แรก สำหรับการกระทำที่มีลักษณะเป็นการตกลงกันในระบบกฎหมายปกครองซึ่งถือว่าเป็นการกระทำสองฝ่ายก็ตกอยู่ภายในมโนทัศน์อีกชนิดหนึ่งแยกออกไป ระบบกฎหมายที่จำแนกการกระทำทางปกครองที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายในลักษณะดังกล่าว ได้แก่ ระบบกฎหมายเยอรมัน ระบบกฎหมายออสเตรีย และระบบกฎหมายสเปน ในระบบกฎหมายเยอรมัน

---

[1] Andreas Glaser, Die Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts aus der Perspektive der Handlungsformenlehre (Tübingen : Mohr Siebeck, 2013), 294-295.

[2] Andreas Glaser, 183., René Seerden and Daniëlle Wenders, Administrative Law in the Netherlands, in: René Seerden (Ed.), Comparative Administrative Law (Cambridge – Antwerp – Portland : intersentia, 2018), 121.

[3] Nicolaus Marsch in: Jens-Peter Schneider (Ed.), Verwaltungsrecht in Europa Band 2 : Frankreich, Polen und Tschechien (Göttingen : V&R unipress, 2009), 98.

[4] Andreas Glaser, 293

การกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายอันเป็นการกระทำฝ่ายเดียวใช้บังคับเฉพาะกรณีก็คือ Verwaltungsakt ในระบบกฎหมายออสเตรียการกระทำในลักษณะดังกล่าวโดยทั่วไปจะเรียกว่า Bescheid ในขณะที่ในระบบกฎหมายสเปนเรียกว่า acto administrativo มีข้อสังเกตว่า ถึงแม้ในทางรูปศัพท์คำว่า acto administrativo ในภาษาสเปน จะตรงกันกับคำว่า acte administratif ในภาษาฝรั่งเศส และ atti amministrativi ในภาษาอิตาลีก็ตาม แต่โดยที่ระบบกฎหมายสเปนแยกการกระทำฝ่ายเดียวที่มีผลใช้บังคับเฉพาะกรณีออกจากการกระทำฝ่ายเดียวที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไป คำว่า acto administrativo ในระบบกฎหมายสเปนจึงหมายถึงการสั่งการฝ่ายเดียวที่มีผลใช้บังคับเฉพาะรายเป็นสำคัญ[5] ในขณะที่การกระทำที่มีลักษณะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์ขึ้นใช้บังคับเป็นการทั่วไปโดยฝ่ายปกครองนั้นระบบกฎหมายสเปนเรียกว่า normas ด้วยเหตุนี้ acto administrativo ในระบบกฎหมายสเปนจึงต่างจาก acte administratif และ atti amministrativi ที่นอกจากจะหมายถึงการสั่งการฝ่ายเดียวที่มีผลใช้บังคับเฉพาะกรณีแล้วยังหมายถึงการสั่งการฝ่ายเดียวที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปอีกด้วย สำหรับการกระทำฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองที่มีผลใช้บังคับเป็นการทั่วไปหรือที่ระบบกฎหมายไทยเรียกว่า “กฎ” นั้น ระบบกฎหมายเยอรมัน ออสเตรีย และสเปน เรียกว่า Rechtsverordnung und Satzung, Verordnung และ reglamento ในขณะที่การกระทำสองฝ่ายที่เป็นสัญญาทางปกครอง เรียกว่า öffentlich-rechtlicher Vertrag, verwaltungsrechtlicher Vertrag และ contrato administrativo, convenios ตามลำดับ

ถึงแม้ว่าการจำแนกรูปแบบของการกระทำทางปกครองที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายในระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ในภาคพื้นยุโรปจะมีลักษณะที่กว้างแคบแตกต่างกันดังที่ชี้ให้เห็นข้างต้น และการแปลคำว่า Verwaltungsakt, acte administratif, atto amministrativi, atto administrativo ฯลฯ โดยพิเคราะห์แต่เพียงรูปศัพท์ หรือถอดคำแปลเป็นภาษาอังกฤษตามรูปศัพท์ว่า “administrative act” ย่อมไม่อาจทำให้เราเข้าใจได้อย่างถูกต้องว่า “administrative act” คืออะไรก็ตาม แต่ทุกระบบกฎหมายต่างก็มีจุดร่วมเหมือนกัน คือ ยอมรับว่ามีการสั่งการที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายเฉพาะกรณีเหมือนกัน ไม่ว่าการสั่งการเฉพาะกรณีนั้นจะดำรงอยู่เป็นมโนทัศน์ทางกฎหมายโดยเฉพาะด้วยตนเอง หรือเป็นส่วนหนึ่งของมโนทัศน์ทางกฎหมายที่รวมเอาการสั่งการที่มีผลเป็นการทั่วไปเข้ามาด้วย หรือแม้กระทั่งเป็นส่วนหนึ่งของมโนทัศน์ทางกฎหมายที่ถือเอาการกระทำสองฝ่ายรวมอยู่ด้วยกันทั้งหมดก็ตาม ทั้งนี้โดยระบบกฎหมายเยอรมัน ออสเตรีย สเปน ซึ่งเป็นระบบกฎหมายที่จำแนกการกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายออกเป็นสามประเภทนั้น ถือว่าการสั่งการที่เป็นคำสั่งเฉพาะกรณีมีการดำรงอยู่ของตัวเองชัดเจนแยกออกจากการสั่งการที่มีผลเป็นการทั่วไปเป็นคนละประเภทกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ระบบกฎหมายเยอรมันถือว่าการสั่งการที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายเฉพาะกรณีซึ่งเรียกว่า Verwaltungsakt และในระบบกฎหมายไทยเรียกว่า “คำสั่งทางปกครอง” นั้น เป็นศูนย์กลางของการศึกษากฎหมายปกครองเลยทีเดียว ในขณะที่ระบบกฎหมายฝรั่งเศสและระบบกฎหมายอิตาลีซึ่งไม่ได้จำแนกการสั่งการฝ่ายเดียวที่มีผลเฉพาะกรณีออกจากการสั่งการที่มีผลเป็นการทั่วไปเป็นมโนทัศน์คนละประเภทกันนั้น ก็ยังมีถ้อยคำที่เรียกว่า décision individuelle[6] และ provvedimenti[7] บ่งชี้ถึงการสั่งการเฉพาะกรณีเช่นกัน สำหรับระบบกฎหมายเนเธอร์แลนด์ซึ่งรวมเอาการกระทำที่มุ่งต่อผลทางกฎหมายทั้งฝ่ายเดียวและสองฝ่ายอยู่ในมโนทัศน์ที่เรียกว่า besluit ก็มีศัพท์เฉพาะใช้กับการสั่งการที่มีผลเฉพาะกรณีว่า beschikking[8] ในขณะที่ระบบกฎหมายสวีเดนซึ่งไม่มีมโนทัศน์ว่าด้วย

---

[5] Andreas Glaser, 294.

[6] สำหรับการสั่งการฝ่ายเดียวที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป เรียกว่า acte réglementaire

[7] สำหรับการสั่งการฝ่ายเดียวที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป เรียกว่า atti normativi

[8] Mariolina Eliantonio and Franziska Grashof in: Chris Backes and Mariolina Eliantonio (Ed.), Judicial Review of Administrative Action (Oxford : Hart, 2019), 127.

สัญญาทางปกครอง คงมีแต่มโนทัศน์เกี่ยวกับการกระทำฝ่ายเดียวที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายในระบบกฎหมายปกครองที่เรียกว่า beslut นั้น ถึงแม้ว่าไม่มีคำศัพท์เฉพาะใช้กับการสั่งการฝ่ายเดียวที่มีผลเฉพาะกรณี แต่เป็นที่เข้าใจกันว่าคำว่า beslut อาจใช้ในความหมายอย่างแคบซึ่งหมายถึงการสั่งการเฉพาะกรณีที่มีลักษณะคล้ายกับคำสั่งทางปกครองแยกออกจาก normbeslut ซึ่งหมายถึงการสั่งการที่มุ่งหมายใช้บังคับทั่วไปเช่นกัน

เมื่อพิจารณาภาพรวมของการกระทำฝ่ายเดียวที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายเฉพาะกรณีของระบบกฎหมายต่าง ๆ ในภาคพื้นยุโรปเพื่อนำมาใช้ประกอบการพิจารณาถึงความเป็นคำสั่งทางปกครองโดยตัดประเด็นปลีกย่อยที่ระบบกฎหมายแต่ละประเทศอาจกำหนดไว้แตกต่างกัน เช่น การกำหนดให้ทำเป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้นหรือทำเป็นลายลักษณ์อักษรหรือด้วยวาจาหรือแม้กระทั่งการสื่อความหมายอย่างอื่นก็ได้แล้ว จะพบว่าลักษณะสำคัญของการสั่งการดังกล่าว คือ (1) เป็นการกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายให้ผูกพันผู้รับคำสั่ง (2) เป็นการกระทำที่มีลักษณะของคำบัญชาหรือการสั่งการฝ่ายเดียวโดยอำนาจที่เหนือกว่าของรัฐ (3) เป็นการกระทำที่มุ่งต่อผลออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง มิใช่เป็นเพียงการสั่งการภายในฝ่ายปกครอง และ (4) เป็นการกระทำที่มุ่งต่อผลเฉพาะกรณี[9]

มีข้อสังเกตว่า การกระทำที่เป็นการสั่งการฝ่ายเดียวให้มีผลเฉพาะกรณีนั้นจะผูกอยู่กับความมีผลในทางกฎหมายออกไปภายนอกฝ่ายปกครองในลักษณะที่เป็นการปิดกระบวนพิจารณาเรื่องทางปกครอง และด้วยเหตุนี้จึงแตกต่างจากการพิจารณาทางปกครองที่แม้จะมุ่งต่อผลในทางกฎหมายเช่นเดียวกันแต่ก็เป็นเพียงการเตรียมการเพื่อนำไปสู่การตัดสินใจสั่งการเท่านั้น ระบบกฎหมายฝรั่งเศสแยกการกระทำสองประการนี้ออกจากกันเป็น acte décisoier (décision) กับ acte non décisoire ระบบกฎหมายเยอรมันไม่ถือว่าการเตรียมการเพื่อนำไปสู่การตัดสินใจสั่งการเพื่อปิดกระบวนพิจารณานั้นมีฐานะเป็น Verwaltungsakt และไม่ได้จัดกลุ่มการกระทำที่มีลักษณะเป็นการเตรียมการไว้โดยเฉพาะ[10] ในขณะที่ระบบกฎหมายสเปนก็แยกการตัดสินใจที่มีลักษณะเป็นการปิดกระบวนพิจารณาทางปกครอง (resolucinóes o actos definitivos) กับการตัดสินใจในระหว่างกระบวนพิจารณา (actos de trámite) ซึ่งมีลักษณะเป็นการเตรียมการเพื่อออกคำสั่งทางปกครองออกจากกันเช่นกัน[11]

อนึ่ง ระบบกฎหมายต่าง ๆ ในภาคพื้นยุโรปยังได้ยอมรับรูปแบบของการกระทำทางปกครองที่อยู่ระหว่างการสั่งการเฉพาะกรณีกับการกำหนดกฎเกณฑ์ใช้บังคับเป็นการทั่วไปซึ่งเรียกว่า “คำสั่งทั่วไปทางปกครอง” (คำสั่งทางปกครองทั่วไป) หรือคำสั่งทางปกครองเฉพาะกรณี ระบบกฎหมายแต่ละระบบมีศัพท์เฉพาะเรียกชื่อคำสั่งทั่วไปเหล่านี้ เช่น ภาษาเยอรมันเรียกว่า Allgemeinverfügung ภาษาฝรั่งเศสเรียกว่า décision d’espèce[12] หรือ acte particuliere ในขณะที่ภาษาอิตาลีและภาษาสเปนเรียกชื่อคล้ายคลึงกันว่า atto generale และ acto administrativo general

---

[9] Andeas Glaser, 295.

[10] การกระทำที่มีลักษณะเป็นการเตรียมการเพื่อนำไปสู่การออกคำสั่งทางปกครองนั้น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง ค.ศ. 1960 (Verwatungsgerichtsordnung 1960; Code of Administrative Court Procedure 1960) มาตรา 44 a เรียกว่า Verfahrenshandlung (procedural act) ซึ่งพอจะเทียบได้กับ “การพิจารณาทางปกครอง” ตามที่ได้มีการนิยามไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 มีข้อสังเกตว่าในระบบกฎหมายเยอรมัน การเตรียมการหรือการดำเนินการในลักษณะต่าง ๆ เพื่อนำไปสู่การวินิจฉัยในทางเนื้อหานี้ ถึงแม้ว่าอาจจะมีลักษณะเป็นการสั่งการบุคคลที่ได้รับผลกระทบก็ยังไม่สามารถนำไปฟ้องศาลเพื่อให้มีการเพิกถอนได้ แต่จะต้องรอให้มีการออกคำสั่งทางปกครองก่อนจึงจะสามารถโต้แย้งไปได้พร้อมกัน เว้นแต่การดำเนินการในลักษณะที่เป็นการเตรียมการเพื่อออกคำสั่งทางปกครองนั้นสามารถบังคับการได้โดยพลัน หรือส่งผลกระทบต่อบุคคลที่ไม่ได้มีส่วนร่วมในกระบวนพิจารณาทางปกครอง ในกรณีดังกล่าวบุคคลที่ได้รับผลกระทบย่อมสามารถโต้แย้งได้ทันที โดยไม่ต้องรอให้มีการออกคำสั่งทางปกครองก่อน

[11] Silvia Diez Sastre and Kevin Weyand in: Jens-Peter Schneider (Ed.), Verwaltungsrecht in Europa Band 1: England und Wales, Spanien, Niederlande (Goettingen : V&R unipress, 2007), 244, 245.

[12] ปัจจุบัน มาตรา L200-1 แห่งประมวลกฎหมายว่าด้วยการติดต่อสัมพันธ์ระหว่างประชาชนและหน่วยงานทางปกครอง ค.ศ. 2016 (Code des relations entre le public et l’administration 2016) เรียกการกระทำทางปกครองชนิดนี้ว่า คำสั่งที่มิใช่ทั้งกฎและคำสั่งทางปกครองเฉพาะราย (les décisions ni réglementaires ni individuelles)

ตามลำดับ อย่างไรก็ตาม พึงเข้าใจว่าคำสั่งทั่วไปในประเทศต่าง ๆ เหล่านี้มีความคล้ายคลึงกันเท่านั้น แต่การปรับใช้ตลอดจนความกว้างแคบของเรื่องอาจจะมีความแตกต่างกันอยู่ ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับวิธีคิดเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายซึ่งอาจจะแตกต่างกันไปในรายละเอียดในแต่ละประเทศ

3. คำสั่งทางปกครอง : วิเคราะห์การกำหนดนิยามในระบบกฎหมายไทย

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 5 ได้ให้นิยามความหมายของคำสั่งทางปกครองไว้สองความหมาย คือ "(1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลไม่ว่าจะเป็นการถาวรหรือชั่วคราว เช่น การสั่งการ การอนุญาต การอนุมัติ การวินิจฉัยอุทธรณ์ การรับรอง และการรับจดทะเบียน แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ" และ "(2) การอื่นที่กำหนดในกฎกระทรวง" ในส่วนของ (2) นั้นได้มีการออกกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ กำหนดให้การดำเนินการของเจ้าหน้าที่อันเป็นการดำเนินการเกี่ยวกับการจัดหาหรือให้สิทธิประโยชน์และการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ในการให้หรือไม่ให้ทุนการศึกษาเป็นคำสั่งทางปกครอง ทั้งนี้ ในส่วนของการดำเนินการเกี่ยวกับการจัดหาหรือให้สิทธิประโยชน์นั้นจะต้องเป็นกรณีของการสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้เช่า ซื้อ เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์, การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์, การสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอและการดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกัน ตลอดจนการสั่งให้เป็นผู้ทิ้งงาน

เมื่อพิจารณานิยามความหมายแรกของคำสั่งทางปกครองอันเป็นความหมายโดยแท้ในระบบกฎหมายไทยแล้วจะพบว่า ผู้ร่างกฎหมายได้นำเอามโนทัศน์ว่าด้วยนิติกรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ที่ปรากฏตัวขึ้นผ่านถ้อยคำที่ว่า *"สร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ..."*[13] และเพิ่มถ้อยคำที่ว่า *"มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล"* มาประกอบกันเข้ากับการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ โดยใช้วิธีการอธิบายยกตัวอย่างว่าการกระทำเช่นใดถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง รวมทั้งบัญญัติให้คำสั่งทางปกครองไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ เมื่ออ่านนิยามอันเป็นความหมายโดยแท้แล้ว ผู้เขียนมีความเห็นว่าเข้าใจได้ค่อนข้างยาก เช่น คำว่า *"สร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ..."* หากใช้คำว่า ก่อตั้งนิติสัมพันธ์ไปตรง ๆ ก็น่าจะเข้าใจได้ง่ายกว่า นอกจากนี้หากยึดติดกับถ้อยคำที่บัญญัติไว้อย่างเคร่งครัด การแยกแยะองค์ประกอบเพื่อพิจารณาความหมายของคำสั่งทางปกครองก็ย่อมไม่อาจทำได้ง่ายนัก เนื่องจากเมื่อพิจารณาความหมายตามถ้อยคำอย่างเคร่งครัดแล้วจะพบว่านิยามดังกล่าวนี้กว้างเกินไปและอาจจะครอบคลุมเอาสิ่งที่ไม่สมควรเป็นคำสั่งทางปกครองเข้ามาอยู่ในนิยามด้วย การวินิจฉัยว่าการกระทำใดเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ จึงไม่อาจอ่านแต่เพียงถ้อยคำที่ปรากฏเป็นนิยามได้ แต่ต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของการกำหนดให้สิ่งใดสิ่งหนึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองและพิจารณาด้วยว่าการกำหนดดังกล่าวนั้นไปด้วยกันได้กับการตกอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ หรือไม่

หากพิจารณานิยามความหมายโดยแท้ภายใต้การพิจารณาจากวิธีจำแนกรูปแบบการกระทำทางปกครองที่ปรากฏอยู่ในระบบกฎหมายต่าง ๆ ของประเทศในภาคพื้นยุโรปดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้ว จะพบว่า ถึงแม้ว่าพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ จะได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายเยอรมันเป็นหลัก แต่ผู้ร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ไม่ว่าจะโดยรู้ตัวหรือไม่รู้ตัวกลับตั้งฐานคิดในการนิยามความหมายของคำสั่ง

---

[13] เปรียบเทียบประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 149. อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาจากผู้ที่มีส่วนในการยกร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ แล้ว ผู้เขียนสันนิษฐานว่าการนิยามความหมายของคำสั่งทางปกครองในส่วนนี้น่าจะได้รับอิทธิพลมาจากแนวความคิดเกี่ยวกับ acte juridique ในกฎหมายฝรั่งเศสด้วย

ทางปกครองจากการจำแนกรูปแบบการกระทำที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายปกครองออกเป็นสองประเภทตามแนวทางของระบบกฎหมายฝรั่งเศส คือ แยกการกระทำฝ่ายเดียวออกจากการกระทำสองฝ่าย กล่าวอีกนัยหนึ่งคือการแยกสิ่งที่นักกฎหมายไทยเรียกว่า “นิติกรรมทางปกครอง” (ในความหมายของคำสั่งทางปกครองและกฎ) ออกจาก “สัญญาทางปกครอง” ดังนั้น แทนที่จะนิยามความหมายของคำสั่งทางปกครองจากการพิจารณาไปที่คุณลักษณะของคำสั่งทางปกครองโดยตรง และจำแนกองค์ประกอบโดยการแยกคำสั่งทางปกครองออกจากการกระทำอื่น ๆ ที่ไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง ผู้ร่างกฎหมายกลับบรรยายความหมายของคำสั่งทางปกครองจากฐานคิดของ acte administratif หรือนิติกรรมทางปกครอง และกำหนดให้การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ซึ่ง “สร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล...” โดยที่ไม่รวมถึงการออกกฎ เป็นคำสั่งทางปกครอง ซึ่งเห็นได้ชัดเจนว่า การบัญญัติว่าคำสั่งทางปกครองไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ เท่ากับผู้ร่างกฎหมายมองว่าคำสั่งทางปกครองกับกฎเป็นการกระทำทางปกครองในกลุ่มเดียวกันตามแบบแผนของ acte administratif ในระบบกฎหมายฝรั่งเศส หรือ atti amministrativi ในระบบกฎหมายอิตาลี[14] คล้ายกับว่าเมื่อตัดกฎซึ่งมีลักษณะเป็นบรรทัดฐานทางกฎหมายที่มีลักษณะเป็นนามธรรม (abstract) และใช้บังคับกับบุคคลทั่วไป ไม่เฉพาะเจาะจง (general) ออกไปแล้ว สิ่งที่เหลืออยู่ซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่สร้างนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคลในเรื่องราวเฉพาะกรณีย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองทั้งสิ้น[15] และด้วยการนิยามความหมายในลักษณะดังกล่าวนี้เอง จึงไม่น่าแปลกใจที่มีความเข้าใจคลาดเคลื่อนอยู่ในหมู่ของนักกฎหมายไทยจำนวนหนึ่งว่าคำสั่งภายในฝ่ายปกครองก็เป็นคำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งระหว่างพิจารณาทางปกครองก็เป็นคำสั่งทางปกครองเช่นเดียวกัน ซึ่งหากพิจารณาจากโครงสร้างของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ประกอบกับวัตถุประสงค์ของกระบวนพิจารณาเรื่องทางปกครองแล้ว ย่อมไม่อาจให้ลักษณะทางกฎหมายแก่การสั่งการดังกล่าวเช่นนั้นได้

---

[14] ถ้าพิจารณาจากนิยามความหมายของคำว่า “วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง” ย่อมจะเห็นลักษณะดังกล่าวนี้ชัดขึ้น เพราะตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ คำว่า “วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง” หมายความว่า “การเตรียมการและการดำเนินการของเจ้าหน้าที่เพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครองหรือกฎ และการดำเนินการใด ๆ ในทางปกครองตามพระราชบัญญัตินี้” ทั้ง ๆ ที่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติต่าง ๆ ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ แล้ว ไม่มีการกล่าวถึงการออกกฎไว้เลย ทั้งนี้ เนื่องจากระบบกฎหมายเยอรมันแยกเรื่องกฎกับเรื่องของคำสั่งทางปกครองขาดออกจากกัน ถึงแม้ว่าคำว่า acte administratif ในภาษาฝรั่งเศส และ Verwaltungsakt ในภาษาเยอรมัน โดยรูปศัพท์แล้วจะเหมือนกันก็ตาม แต่ถ้าหากพิจารณาความเป็นมาของแนวความคิดเกี่ยวกับการกระทำทางปกครองเพื่อทำความเข้าใจความแตกต่างของมโนทัศน์ทางกฎหมายในเรื่องดังกล่าวในระบบกฎหมายฝรั่งเศสและเยอรมันแล้ว จะพบว่า แม้ในตอนต้นระบบกฎหมายปกครองฝรั่งเศสจะมีบทบาทต่อพัฒนาการของกฎหมายปกครองเยอรมันอยู่มากผ่านตำราของ Otto Mayer ที่เขียนทฤษฎีกฎหมายปกครองฝรั่งเศสเป็นภาษาเยอรมัน (Theorie des französischen Verwaltungsrechts, 1886) แต่ Otto Mayer ก็จำกัดความหมายของ Verwaltungsakt ในฐานะที่เป็นการกระทำทางปกครองฝ่ายเดียวที่มุ่งต่อผลเฉพาะกรณีเท่านั้นตั้งแต่เริ่มแรก แนวความคิดของ Otto Mayer ในเรื่องนี้มีอิทธิพลชี้ขาดต่อพัฒนาการของ Verwaltungsakt ในระบบกฎหมายเยอรมัน ส่งผลให้ระบบกฎหมายเยอรมันแยกพิจารณากฎในฐานะที่เป็นการกระทำทางปกครองอีกประเภทหนึ่ง และไม่มีการบัญญัติเรื่องกฎไว้ในรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง (Verwaltungsverfahrensgesetz) กฎหมายดังกล่าวบัญญัติให้การพิจารณาทางปกครองเป็นเรื่องของการกระทำของเจ้าหน้าที่ที่มีผลออกไปภายนอกในลักษณะของการมุ่งตรวจสอบเงื่อนไข ตลอดจนการเตรียมการออกคำสั่งทางปกครองและการเตรียมการตกลงเข้าทำสัญญาทางปกครองรวมตลอดถึงการออกคำสั่งทางปกครองและการเข้าทำสัญญาทางปกครอง ทั้งนี้ เนื่องจากทั้งคำสั่งทางปกครองและสัญญาทางปกครองต่างก็เป็นเรื่องของกฎเกณฑ์ที่ใช้บังคับกรณีต่อบุคคลเฉพาะรายเหมือนกัน ต่างกันแต่เพียงว่าคำสั่งทางปกครองเป็นการกระทำฝ่ายเดียว สัญญาทางปกครองเป็นการกระทำสองฝ่าย ในขณะที่กฎนั้นแตกต่างออกไป เพราะกฎมีลักษณะเป็นบรรทัดฐานทางกฎหมาย (legal norm) ใช้บังคับเป็นการทั่วไป ส่วนระบบกฎหมายไทยนั้น แม้ว่าจะรับเอาหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาทางปกครองซึ่งหมายถึงการออกคำสั่งทางปกครองมาจากระบบกฎหมายเยอรมัน แต่โดยฐานคิดแล้วผู้ร่างกฎหมายยังคงมองการกระทำฝ่ายเดียวตามแนวทางของ acte administratif และด้วยเหตุนี้ จึงนิยามความหมายของ “วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง” ว่าเป็นการเตรียมการและการดำเนินการเพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครองหรือกฎนั่นเอง

[15] อันที่จริงแล้ว acte administratif ในส่วนที่เป็นการสั่งการเฉพาะกรณีนั้น ไม่ตรงกับ Verwaltungsakt ในระบบกฎหมายเยอรมันเสียทีเดียว แต่ในบางกรณีอาจจะมีความหมายกว้างกว่า โดยเฉพาะอย่างยิ่ง acte administratif unilatéral faisant grief ซึ่งมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นผลร้ายต่อผู้รับคำสั่งและสามารถเป็นวัตถุแห่งการฟ้องคดีในคดี recour pour excès de pouvoir (คำฟ้องขอให้เพิกถอนมาตรการทางกฎหมายของฝ่ายปกครอง) นั้น แม้จะตรงกันกับ Verwaltungsakt ในกฎหมายปกครองเยอรมัน แต่ในบางกรณีก็มีความหมายกว้างกว่า ดู Johannes Koch, Verwaltungsrechtsschutz in Frankreich (Berlin : Duncker & Humblot, 1997), 110.

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับการนิยามความหมายคำสั่งทางปกครองของประเทศที่รับเอามโนทัศน์ว่าด้วย Verwaltungsakt เข้ามาใช้ในระบบกฎหมายของตน อาทิ ไต้หวัน จะพบว่า ไต้หวันให้นิยามความหมายของ administrative disposition ซึ่งมีความหมายทำนองเดียวกับคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายไทยว่า เป็นการกระทำทางปกครองฝ่ายเดียวที่มีผลโดยตรงออกไปภายนอกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง อันเป็นการตัดสินใจหรือสั่งการอื่นใดภายใต้ขอบเขตอำนาจของตนในเรื่องราวเฉพาะกรณีตามกฎหมายมหาชน[16] หรือหากพิจารณาจากระบบกฎหมายสวิตเซอร์แลนด์ซึ่งตั้งฐานคิดเกี่ยวกับการนิยามความหมายของการสั่งการฝ่ายเดียวในรูปของคำสั่งทางปกครองโดยตรงเช่นกันก็จะพบว่า ระบบกฎหมายสวิตเซอร์แลนด์นิยามความหมายของ Verfügung ซึ่งมีลักษณะที่คล้ายคลึงกับ Verwaltungsakt หรือคำสั่งทางปกครองว่า หมายถึง การสั่งการของเจ้าหน้าที่ในเรื่องราวเฉพาะกรณีซึ่งอยู่บนฐานของกฎหมายมหาชนซึ่งมีวัตถุแห่งการสั่งการดังต่อไปนี้ คือ ก) การก่อตั้ง เปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสิทธิและหน้าที่ ข) การยืนยันการดำรงอยู่หรือไม่ดำรงอยู่ตลอดจนขอบเขตของสิทธิและหน้าที่ ค) การปฏิเสธคำขอให้ก่อตั้ง เปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสิทธิและหน้าที่หรือการไม่พิจารณาคำขอเช่นว่านั้น[17] นอกจากนี้ ยังมีการบัญญัติต่อไปโดยเฉพาะเจาะจงให้การกระทำใดเป็น Verfügung และการกระทำใดไม่เป็น Verfügung ซึ่งจะเห็นได้ว่านิยามความหมายดังกล่าวเป็นนิยามที่ตั้งฐานคิดจากความเป็นคำสั่งทางปกครองโดยตรง ซึ่งเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับนิยามในระบบกฎหมายไทยแล้วย่อมจะเห็นได้ว่าเข้าใจได้ง่ายกว่าโดยเฉพาะอย่างยิ่งการบัญญัติถึงการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลงหรือยกเลิกสิทธิและหน้าที่ดูจะตรงไปตรงมาและชัดเจนกว่าการบัญญัติว่า “สร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล”

อย่างไรก็ตาม ในเมื่อขณะนี้นิยามความหมายของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวปรากฏในกฎหมายแล้ว ในการอธิบายว่าสิ่งใดเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่จึงหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่จะต้องนำเอาตัวบทกฎหมายมาแยกแยะและใช้เป็นฐานในการอธิบาย แต่โดยที่ผู้เขียนได้ชี้ให้เห็นแล้วว่าการนิยามความหมายของคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายไทยมีปัญหาอย่างไร ในการอธิบายว่าการกระทำทางปกครองใดบ้างเป็นคำสั่งทางปกครองจึงจำเป็นต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ทางทฤษฎีและการพิจารณาคำอธิบายกฎหมายเปรียบเทียบ โดยเฉพาะอย่างยิ่งจากระบบกฎหมายที่ตั้งฐานคิดจากคำสั่งทางปกครองโดยตรงประกอบด้วย

ก่อนที่จะได้ชี้ให้เห็นว่าเราควรทำความเข้าใจความหมายโดยแท้ของคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายไทยอย่างไร ควรตั้งข้อสังเกตเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองตามความหมายที่ได้รับการกำหนดไว้ในกฎกระทรวง ฉบับที่ 12 (พ.ศ. 2543) ออกตามความในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ สักเล็กน้อยว่า นอกจากจะกำหนดนิยามความหมายของคำสั่งทางปกครองในลักษณะทั่วไปแล้ว ระบบกฎหมายไทยยังเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองกำหนดให้การกระทำอื่นเป็นคำสั่งทางปกครองได้ ทั้งนี้ โดยไม่มีกรอบกำกับการกำหนดให้การกระทำอื่นดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองเอาไว้ ซึ่งต้องนับว่าฝ่ายนิติบัญญัติเปิดช่องให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองไว้อย่างกว้างขวางมาก ถึงแม้ว่าจนกระทั่งถึงปัจจุบันนี้มีการออกกฎกระทรวงเพียงแค่ฉบับเดียวกำหนดให้การอื่นเป็นคำสั่งทางปกครองก็ตาม ทั้งนี้ หากพิจารณากฎกระทรวงฉบับดังกล่าวในรายละเอียดแล้ว จะพบว่า การกำหนดให้การดำเนินการเกี่ยวกับการจัดหาหรือให้สิทธิประโยชน์ซึ่งเป็น

---

[16] Taiwan Administrative Procedure act 1999 Article 92 “The term “administrative disposition” in this Act denotes a unilateral administrative act with direct external effects, rendered by an administrative authority in making a decision or taking other actions within its public authority, in respect of a specific matter in the area of public law.” https://law.moj.gov.tw/ENG/LawClass/LawAll.aspx?pcode=A0030055

[17] รัฐบัญญัติแห่งสหพันธ์ว่าด้วยกระบวนการพิจารณาทางปกครอง ค.ศ. 1968 มาตรา 5 (Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren 1968 Artikel 5) https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/1969/737_757_755/20210101/de/pdf-a/fedlex-data-admin-ch-eli-cc-1969-737_757_755-20210101-de-pdf-a.pdf

กรณีของการสั่งรับหรือไม่รับคำเสนอขาย รับจ้าง แลกเปลี่ยน ให้ เช่า ซื้อ เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์, การอนุมัติสั่งซื้อ จ้าง แลกเปลี่ยน เช่า ขาย ให้เช่า หรือให้สิทธิประโยชน์, การสั่งยกเลิกกระบวนการพิจารณาคำเสนอหรือการดำเนินการอื่นใดในลักษณะเดียวกัน ตลอดจนการสั่งให้เป็นผู้ทิ้งงาน เป็นคำสั่งทางปกครอง ในภาพรวมได้รับอิทธิพลจากแนวความคิดในเรื่องของคำสั่งทางปกครองที่อาจแยกส่วนได้ ซึ่งเรียกกันว่า acte détachable จากระบบกฎหมายฝรั่งเศส แนวความคิดดังกล่าวถือว่าการตัดสินใจตกลงเข้าทำสัญญาเป็นคำสั่งทางปกครอง[18] ถึงแม้ในทางทฤษฎีอาจมีปัญหาให้โต้แย้งกันได้ว่าการตัดเอาขั้นตอนของการแสดงเจตนาเข้าทำสัญญาแยกส่วนออกมาเป็นคำสั่งทางปกครองนั้นถูกต้องหรือไม่ แต่การกำหนดไว้เช่นนี้ย่อมต้องถือว่าผู้ร่างกฎกระทรวงมีวัตถุประสงค์โดยเฉพาะที่ต้องการให้การตัดสินใจของเจ้าหน้าที่ในขั้นตอนนี้ได้รับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยศาลปกครอง แม้กระนั้น การตัดเอาส่วนหนึ่งส่วนใดของกระบวนการดำเนินการเพื่อนำไปสู่ผลิตผลของการกระทำในบั้นปลายออกมาเป็นการกระทำที่ดำรงอยู่ในตัวเองนั้น สุดท้ายแล้วจะตอบสนองการคุ้มครองสิทธิของบุคคลได้มากน้อยเพียงใดยังเป็นสิ่งที่น่าสงสัยอยู่ เพราะถึงแม้ว่าศาลปกครองจะเห็นว่าการกระทำดังกล่าว เช่น การปฏิเสธไม่รับคำเสนอรับจ้างในกระบวนการประกวดราคาไม่ชอบด้วยกฎหมายและพิพากษาเพิกถอน แต่หากฝ่ายปกครองได้ตกลงทำสัญญากับผู้ชนะการประกวดราคาไปแล้ว คำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งปฏิเสธไม่รับคำเสนอรับจ้างของผู้ที่แพ้การประกวดราคา ย่อมไม่ได้มีผลโดยตรงต่อสัญญาที่หน่วยงานทางปกครองทำกับผู้ที่ชนะการประกวดราคา และหากผู้ที่ชนะคดีในกรณีนี้ไม่ได้ดำเนินการฟ้องร้องคดีต่อไปอีกบนฐานของคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งปฏิเสธไม่รับคำเสนอรับจ้าง การชนะคดีดังกล่าวก็อาจจะไม่ได้มีประโยชน์อันใดมากนัก

4. คำสั่งทางปกครอง : ข้อสังเกตและปัญหาบางประการในระบบกฎหมายไทย

4.1 ปัญหาเกี่ยวกับความหมายของ “การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่”

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาตรา 5 ให้นิยามความหมายของ “เจ้าหน้าที่” ไว้ว่า หมายถึง *“บุคคล คณะบุคคล หรือนิติบุคคลซึ่งใช้อำนาจหรือได้รับมอบให้ใช้อำนาจทางปกครองของรัฐในการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการจัดตั้งขึ้นในระบบราชการ รัฐวิสาหกิจ หรือกิจการอื่นของรัฐหรือไม่ก็ตาม”* เมื่อพิจารณาจากความหมายของเจ้าหน้าที่แล้วพอจะกล่าวได้ว่าคำสั่งทางปกครองเป็นการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ อำนาจทางปกครองดังกล่าวนี้หมายถึงอำนาจทางปกครองของรัฐ และด้วยเหตุนี้ หากการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ไม่ใช่อำนาจทางปกครอง การสั่งการหรือการกระทำดังกล่าวก็ไม่อาจเป็นคำสั่งทางปกครองได้ มีข้อสังเกตว่าในการนิยามความหมายของคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายไทย ผู้ร่างกฎหมายไม่ได้นิยามให้ชัดเจนว่ามีลักษณะเป็นมาตรการอันเกิดจากการใช้อำนาจของรัฐตามกฎหมายมหาชน แม้กระนั้นก็ย่อมจะต้องตีความว่าฐานแห่งบทกฎหมายที่เจ้าหน้าที่ใช้ในการทำคำสั่งทางปกครองนั้นต้องเป็นกฎหมายมหาชนอันมีลักษณะเป็นการสั่งการฝ่ายเดียว และโดยเหตุที่คำสั่งทางปกครองต้องเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ ในกรณีที่การกระทำนั้นมีลักษณะเป็นการใช้สิทธิตามสัญญา โดยหลักแล้วย่อมไม่อาจถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองได้ ในระบบกฎหมายไทยดูเหมือนเรื่องนี้จะยังคงมีปัญหาอยู่มาก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีของการจ้างบุคลากรภาครัฐ

ในปัจจุบัน บุคลากรภาครัฐจะได้รับการก่อตั้งนิติสัมพันธ์จากฐานของการกระทำในสองลักษณะ คือ คำสั่งทางปกครองและสัญญา ในกรณีที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งได้รับการก่อตั้งนิติสัมพันธ์จากคำสั่งบรรจุให้เป็นข้าราชการและ

---

[18] Albert Bleckmann, Zur Dogmatik des Allgemeinen Verwaltungsrechts I : Die Handlungsmittel der Verwaltung in rechtsvergleichender Sicht (Baden-Baden : Nomos, 1999), 175., Volker Schlette, Die Verwaltung als Vertragspartner : Empirie und Dogmatik (Tübingen : Mohr Siebeck,2000), 447. นอกจากระบบกฎหมายฝรั่งเศสแล้ว ระบบกฎหมายอิตาลี เนเธอร์แลนด์ ออสเตรีย สเปน และแม้กระทั่งสวีเดนก็ถือว่าการตัดสินใจเข้าทำสัญญามีลักษณะเป็นการตัดสินใจสั่งการฝ่ายเดียวเช่นกัน ดู Andreas Glaser, 298.

ได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระบบราชการ ความสัมพันธ์ระหว่างบุคคลนั้นกับรัฐย่อมเป็นความสัมพันธ์บนฐานของกฎหมายมหาชน โดยถือว่าคำสั่งบรรจุ แต่งตั้งดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครอง และโดยเหตุที่นิติสัมพันธ์ในเรื่องนี้ถือว่าเป็นนิติสัมพันธ์ตามที่กฎหมายบัญญัติไว้โดยเฉพาะ การใช้อำนาจของรัฐในความสัมพันธ์ดังกล่าวโดยทั่วไปแล้วจึงเป็นคำสั่งทางปกครอง[19] เช่น การออกคำสั่งลงโทษทางวินัย สำหรับนิติสัมพันธ์อันเกิดจากฐานของสัญญานั้นเป็นกรณีที่รัฐตกลงทำสัญญาจ้างบุคลากรภาครัฐโดยไม่ได้ใช้กระบวนการพิจารณาทางปกครองออกคำสั่งบรรจุแต่งตั้ง แต่เป็นการตกลงเข้าทำสัญญากัน เช่น สัญญาจ้างพนักงานราชการ สัญญาจ้างพนักงานมหาวิทยาลัย สัญญาดังกล่าวจะเป็นสัญญาทางปกครองหรือเป็นสัญญาทางแพ่งย่อมอยู่ที่เกณฑ์การแบ่งแยกประเภทของสัญญา แต่เมื่อนิติสัมพันธ์ดังกล่าวเกิดจากฐานของสัญญาแล้ว สิทธิหน้าที่ระหว่างคู่สัญญานั้นย่อมเป็นไปตามที่ตกลงกัน ในหลายกรณีมักจะมีการตกลงกันให้คู่สัญญาฝ่ายเอกชนคือบุคลากรภาครัฐยอมรับกฎและระเบียบต่าง ๆ ที่หน่วยงานของรัฐกำหนดไว้แล้วหรือจะได้กำหนดขึ้นด้วย และในกรณีนี้ต้องถือว่ากฎและระเบียบต่าง ๆ เหล่านั้นเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา การกำหนดค่าตอบแทน การให้สวัสดิการต่าง ๆ ตลอดจนการดำเนินการทางวินัยจึงต้องถือว่าเป็นไปตามสัญญา ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงความเห็นว่า คำสั่งลงโทษทางวินัยแก่บุคลากรภาครัฐตามสัญญาจ้างนั้น เป็นการใช้สิทธิตามสัญญาของคู่สัญญาฝ่ายรัฐ การกระทำดังกล่าวไม่ใช่การใช้อำนาจตามกฎหมายที่จะถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ตามนิยามที่ปรากฏในระบบกฎหมายไทย และด้วยเหตุนี้การใช้สิทธิตามสัญญาดังกล่าวจึงไม่ตกอยู่ภายใต้บังคับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ อย่างไรก็ตาม โดยเหตุที่ในปัจจุบันยังไม่มีระเบียบหรือกฎเกณฑ์กลางกำหนดการจ้างงานในภาครัฐ ส่งผลให้ในหลายกรณีบุคลากรภาครัฐตามสัญญาจ้างไม่ได้รับความเป็นธรรมอย่างที่ควรจะเป็น ในระหว่างนี้ ศาลที่ทำหน้าที่ตัดสินคดีที่เกิดจากข้อพิพาทตามสัญญาจ้างเหล่านี้จึงต้องนำหลักกฎหมายทั่วไปมาปรับใช้ให้เกิดความเป็นธรรมแก่บุคลากรภาครัฐตามสัญญาจ้างมิให้ถูกเอารัดเอาเปรียบด้วย

ถึงแม้ว่าในทัศนะของผู้เขียน การกระทำที่เกิดขึ้นในขณะที่นิติสัมพันธ์ตามสัญญายังดำเนินอยู่ โดยทั่วไปแล้วย่อมถือว่าเป็นการใช้สิทธิตามสัญญา ไม่ใช่การใช้อำนาจตามกฎหมายอันจะทำให้การกระทำนั้นเข้าลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองก็ตาม แต่ก็อาจมีข้อยกเว้นบางประการที่ทำให้การกระทำดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองได้ กรณีแรกก็คือกรณีที่มีกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งฝ่ายเดียวกระทำการที่กระทบต่อนิติสัมพันธ์ตามสัญญา กรณีนี้ย่อมถือว่าการกระทำดังกล่าวนั้นเป็นคำสั่งทางปกครอง และต้องนำเอาหลักเกณฑ์ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ บังคับแก่การกระทำดังกล่าวนั้น ส่วนอีกกรณีหนึ่งก็คือกรณีที่เกิดความไม่ชัดเจนว่าการสั่งการดังกล่าวนั้นเข้าลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ แต่เมื่อพิจารณาจากพฤติกรรมของเจ้าหน้าที่ในการแสดงเจตนาประกอบกับรูปแบบของการสั่งการแล้ว ทำให้ผู้รับการแสดงเจตนาเข้าใจว่าเจ้าหน้าที่ได้ออกคำสั่งทางปกครองใช้บังคับแก่ตน เช่น เจ้าหน้าที่ใช้คำว่า “คำสั่ง” ประกอบกับมีการดำเนินการในขั้นตอนก่อนการออกคำสั่งตามหลักเกณฑ์ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ หรือมีการจดแจ้งสิทธิอุทธรณ์หรือโต้แย้งไว้ใน “คำสั่ง” นั้น การกระทำดังกล่าวอาจเข้าลักษณะเป็น “คำสั่งทางปกครองเพราะรูปแบบ” (Verwaltungsakt kraft Form)[20] ได้ และด้วยเหตุนี้จึงต้องปฏิบัติต่อการกระทำนั้นเหมือนว่าเป็นคำสั่งทางปกครอง ซึ่งแน่นอนว่าในบางกรณี “คำสั่งทางปกครองเพราะ

---

[19] เว้นแต่กรณีนั้น นิติสัมพันธ์ระหว่างข้าราชการกับรัฐหรือหน่วยงานต้นสังกัดเกิดจากการตกลงกัน เช่น สัญญาลาศึกษา สัญญาลาฝึกอบรม ในกรณีนี้ความสัมพันธ์ระหว่างข้าราชการผู้นั้นกับรัฐหรือหน่วยงานต้นสังกัด ย่อมเป็นความสัมพันธ์ตามสัญญา และโดยเหตุที่สัญญาเหล่านี้เกิดขึ้นในบริบทของกฎหมายข้าราชการซึ่งก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครอง สัญญาเหล่านี้จึงเป็นสัญญาทางปกครอง ผู้เขียนไม่ถือว่าสัญญาต่าง ๆ เหล่านี้เป็นสัญญาทางปกครองเพราะเป็นเรื่องการจัดทำบริการสาธารณะหรือเป็นกรณีที่ให้เอกสิทธิ์แก่คู่สัญญาฝ่ายรัฐเป็นพิเศษตามเหตุผลที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดหรือในคำวินิจฉัยของคณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล แต่ที่สัญญาเหล่านี้เป็นสัญญาทางปกครองก็เพราะสัญญาเหล่านี้ก่อตั้งนิติสัมพันธ์ทางปกครองซึ่งสัมพันธ์ใกล้ชิดกับกฎหมายข้าราชการโดยตรงนั่นเอง

[20] Katharina von Schliffen and Stefanie Haaß, Grundkurs Verwaltungsrecht (Paderborn : Ferdinand Schöningh, 2019), 162-163.

รูปแบบ” นั้นอาจไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ ทั้งนี้เนื่องจากเจ้าหน้าที่ขาดฐานแห่งอำนาจในการออกคำสั่งทางปกครองนั้นนั่นเอง

4.2 ปัญหาเกี่ยวกับการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล

ในขณะที่ระบบกฎหมายเยอรมันซึ่งเป็นต้นแบบของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ กำหนดองค์ประกอบของคำสั่งทางปกครองไว้ว่า ต้องเป็นการกระทำที่กำหนดกฎเกณฑ์ (Regelung) นั้น ระบบกฎหมายไทยได้ใช้หลักเกณฑ์เรื่องการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง หรือยกเลิกนิติสัมพันธ์ตามมโนทัศน์ว่าด้วยนิติกรรม (acte juridique) เป็นเครื่องบ่งชี้ความเป็นคำสั่งทางปกครอง ถึงแม้จะใช้ถ้อยคำที่ค่อนข้างเข้าใจยากว่าเป็นการ *“สร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่ก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล”* ก็ตาม แต่ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการกำหนดกฎเกณฑ์ หรือการก่อตั้ง เปลี่ยนแปลง ตลอดจนยกเลิกนิติสัมพันธ์ ก็ล้วนแต่เป็นการบ่งชี้ว่าคำสั่งทางปกครองมีลักษณะเป็นการแสดงเจตนาที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมาย และด้วยเหตุนี้ จึงแตกต่างจากการกระทำในทางข้อเท็จจริง เช่น การขับรถยนต์ไปในหน้าที่ราชการ การให้ข้อมูล การตอบข้อหารือ ตลอดจนการกระทำในทางกายภาพ การกระทำเหล่านี้ไม่อาจเป็นคำสั่งทางปกครองได้เพราะไม่ได้มีลักษณะเป็นการแสดงเจตนาที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมาย

อย่างไรก็ตาม การกระทำในกระบวนพิจารณาทางปกครองเพื่อนำไปสู่การออกคำสั่งทางปกครองนั้น ในหลายกรณีมีปัญหาว่า เป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ เช่น การเรียกให้มาสอบสัมภาษณ์ การปฏิเสธไม่ให้คู่กรณีมีทนายความหรือที่ปรึกษา การกำหนดให้นำผลตรวจการติดเชื้อโควิดมาให้แก่เจ้าหน้าที่ การปฏิเสธไม่ให้ตรวจดูเอกสาร เมื่อพิเคราะห์แล้วจะเห็นได้ว่าการกระทำต่าง ๆ เหล่านี้มีลักษณะเป็นการกำหนดกฎเกณฑ์หรือก่อตั้งนิติสัมพันธ์ในระหว่างกระบวนพิจารณาทางปกครอง และในหลายกรณีก็เกิดการโต้แย้งกันว่าการกระทำต่าง ๆ เหล่านี้จะถือว่า เป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ ผู้เขียนมีความเห็นว่า การให้ลักษณะทางกฎหมายแก่การสั่งการหรือการกระทำดังกล่าวนี้จะพิจารณาแต่นิยามของคำสั่งทางปกครองตามตัวอักษรไม่ได้ โดยปกติแล้วคำสั่งทางปกครองย่อมมีผลเป็นการปิดกระบวนพิจารณาทางปกครองทำนองเดียวกับคำพิพากษาซึ่งมีผลเป็นการปิดกระบวนพิจารณาในชั้นศาล อย่างไรก็ตาม บรรดาการกระทำหรือการสั่งการที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายในกระบวนพิจารณาทางปกครองนั้น ในหลายกรณีก็ไม่ได้มีผลเป็นการปิดกระบวนพิจารณา แต่มีลักษณะเป็นขั้นตอนการดำเนินกระบวนพิจารณาเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ โดยหลักแล้ว จึงควรจะต้องถือว่าการกระทำหรือการสั่งการในระหว่างการดำเนินกระบวนพิจารณาทางปกครองเป็นเพียง “การกระทำหรือคำสั่งระหว่างการพิจารณาทางปกครอง” ซึ่งหากผู้รับคำสั่งไม่เห็นด้วย โดยหลักแล้ว ผู้นั้นย่อมไม่สามารถอุทธรณ์หรือโต้แย้งและนำการสั่งการหรือการกระทำดังกล่าวไปฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนได้ แต่จะต้องรอให้มีการทำคำสั่งทางปกครองเพื่อปิดกระบวนพิจารณาเสียก่อน และโต้แย้งให้มีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นโดยอาศัยเหตุที่ว่าการกระทำในระหว่างกระบวนพิจารณาไม่ชอบด้วยกฎหมาย ส่งผลให้คำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นจากกระบวนพิจารณาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายตามไปด้วย ถ้าหากว่าการกระทำในกระบวนพิจารณาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้นเป็นสาระสำคัญ เหตุที่จะต้องตีความเช่นนี้ก็เนื่องจาก หากวินิจฉัยว่าการสั่งการในระหว่างกระบวนพิจารณาทางปกครองเป็นคำสั่งทางปกครองแล้วก็จะต้องนำหลักเกณฑ์การออกคำสั่งทางปกครองมาปรับใช้กับการสั่งการดังกล่าวด้วย เช่น อาจจะต้องรับฟังคู่กรณีก่อนการสั่งการ ซึ่งไม่สมเหตุสมผล นอกจากนี้ หากยอมให้มีการอุทธรณ์หรือโต้แย้งตลอดจนนำคำสั่งระหว่างการพิจารณาไปฟ้องต่อศาลขอให้มีการเพิกถอนแล้ว ก็จะเกิดกระบวนพิจารณาทางปกครองแตกแขนงเป็นจำนวนมาก ทั้ง ๆ ที่กระบวนพิจารณาทางปกครองที่เป็นหลักนั้นยังไม่จบสิ้นลง ยิ่งไปกว่านั้น ยังทำให้องค์กรตุลาการโดยเฉพาะศาลปกครองสามารถเข้ามาตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการสั่งการในขั้นตอนการออกคำสั่งทางปกครองได้ในทุกขั้นตอน หากคู่กรณีฟ้องร้องต่อศาล ซึ่งเห็นได้ชัดเจนว่าจะกระทบต่อประสิทธิภาพในการดำเนินกิจกรรมทางปกครองอย่างยิ่ง

ถึงแม้ว่าหลักในการวินิจฉัยการกระทำในระหว่างกระบวนพิจารณาทางปกครองควรจะเป็นไปดังที่ผู้เขียนได้กล่าวไว้ก็ตาม แต่หลักที่ผู้เขียนแสดงให้เห็นนี้ก็ไม่ควรได้รับการปรับใช้โดยไม่มีข้อยกเว้นใด ๆ เนื่องจากเป็นไปได้ที่การกระทำในขั้นตอนการพิจารณาทางปกครองบางการกระทำนั้น อาจดำรงอยู่แยกต่างหากจากกระบวนพิจารณาทางปกครอง หรืออาจจะเป็นการกระทำที่กระทบต่อคู่กรณีหรือบุคคลที่สามอย่างยิ่ง จนกระทั่งหากไม่ยอมให้มีการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำดังกล่าวโดยเร็วแล้ว กรณีย่อมเป็นไปได้ที่ผู้ที่เกี่ยวข้องอาจจะได้รับความเดือดร้อนเสียหายจนยากแก่การเยียวยาในภายหลัง ในกรณีหลังนี้ ศาลปกครองอาจจะต้องตีความคำว่า “คำสั่ง” ตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (1) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ให้ครอบคลุมถึงการกระทำในระหว่างกระบวนพิจารณาทางปกครองดังกล่าว เพื่อที่จะสามารถรับคดีไว้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การสั่งการหรือคำสั่งระหว่างพิจารณาที่จะต้องมีการบังคับการให้เป็นไปตามคำสั่งนั้นทันที โดยที่ไม่จำเป็นต้องพิจารณาว่าคำสั่งดังกล่าวนั้นเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ แต่ต้องตระหนักว่าการตีความในลักษณะเช่นนี้สมควรกระทำในฐานะที่เป็นข้อยกเว้นอย่างยิ่ง สำหรับกรณีแรกย่อมจะต้องถือว่าคำสั่งที่ดำรงอยู่โดยตัวเองแยกต่างหากจากกระบวนพิจารณาเรื่องทางปกครองมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง และสามารถได้รับการอุทธรณ์หรือโต้แย้งและนำคดีไปสู่ศาลปกครองเพื่อให้ศาลปกครองเพิกถอนได้ตามหลักการทั่วไป

ในการพิจารณาทางปกครองนั้น พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ให้สิทธิแก่คู่กรณีไว้หลายประการ หนึ่งในสิทธิที่สำคัญ ได้แก่ สิทธิที่จะขอตรวจดูเอกสารที่จำเป็นต้องรู้เพื่อการโต้แย้งหรือชี้แจงหรือป้องกันสิทธิของตน ตามมาตรา 31 อย่างไรก็ตาม เจ้าหน้าที่อาจไม่อนุญาตให้ตรวจดูเอกสารได้ถ้าเป็นกรณีที่ต้องรักษาไว้เป็นความลับตามมาตรา 32 ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ไม่อนุญาตให้ตรวจดูเอกสาร คำสั่งไม่อนุญาตดังกล่าวต้องถือว่าเป็นคำสั่งระหว่างกระบวนพิจารณาทางปกครองที่คู่กรณียังไม่สามารถอุทธรณ์หรือโต้แย้ง และยังไม่สามารถนำคดีไปฟ้องยังศาลปกครองได้ แต่จะต้องรอให้มีคำสั่งทางปกครองเสียก่อน ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองที่มีผลเป็นการสร้างภาระคู่กรณีอาจฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวนั้น โดยอ้างเหตุที่ว่ากระบวนพิจารณาในการออกคำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพราะเจ้าหน้าที่ไม่ให้ตรวจดูเอกสารที่จำเป็นต้องรู้เพื่อการโต้แย้งหรือชี้แจงหรือป้องกันสิทธิของตนได้ อย่างไรก็ตาม เมื่อมีการประกาศใช้พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 แล้ว บุคคลย่อมมีสิทธิเข้าถึงข้อมูลข่าวสารในความครอบครองของหน่วยงานของรัฐ และด้วยเหตุนี้ คู่กรณีในกระบวนพิจารณาทางปกครองจึงสามารถใช้สิทธิตามกฎหมายนี้ได้ ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ปฏิเสธการเปิดเผยข้อมูลข่าวสาร คำสั่งไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารย่อมเป็นคำสั่งทางปกครองที่ดำรงอยู่โดยตนเองแยกออกจากการพิจารณาทางปกครองที่เกิดขึ้นก่อนหน้านั้น กระบวนการพิจารณาสั่งการเกี่ยวกับการขอให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารย่อมถือเป็นอีกกระบวนพิจารณาหนึ่งแยกออกมาต่างหาก ผู้ที่ถูกปฏิเสธไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารย่อมสามารถอุทธรณ์คำสั่งไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารและนำคดีไปฟ้องศาลปกครองได้ แต่การพิจารณาขององค์กรที่เกี่ยวข้องในกรณีนี้ไม่มีผลกระทบต่อความชอบหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในกระบวนการพิจารณาทางปกครองที่เกิดขึ้นก่อนหน้านั้น สำหรับปัญหาที่ว่าคู่กรณีในกระบวนพิจารณาเรื่องทางปกครองใช้สิทธิขอตรวจดูเอกสารตามมาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ หรือใช้สิทธิขอข้อมูลข่าวสารของราชการตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. 2540 เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่จะต้องพิจารณาจากคำขอและบริบทแวดล้อมคำขอเป็นสำคัญ ทั้งนี้จะต้องถือว่าสิทธิของคู่กรณีในการขอตรวจดูเอกสารตามมาตรา 31 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ เป็นสิทธิเฉพาะของคู่กรณี มีความเข้มข้นกว่าสิทธิขอข้อมูลข่าวสารของราชการที่มีลักษณะเป็นสิทธิทั่วไปของประชาชน ถึงแม้ว่าการปฏิเสธสิทธิของคู่กรณีในการขอตรวจดูเอกสารจะมีลักษณะเป็นคำสั่งระหว่างการพิจารณาทางปกครองตามที่ได้อธิบายข้างต้น ไม่ใช่คำสั่งทางปกครองเหมือนกับการปฏิเสธไม่เปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการฯ ก็ตาม แต่ถ้าหากการปฏิเสธสิทธิ

ในการขอตรวจดูเอกสารที่คู่กรณีจำเป็นต้องรู้เพื่อการโต้แย้งหรือชี้แจงหรือป้องกันของตน เจ้าหน้าที่กระทำไปโดยไม่มีเหตุผลเพียงพอ การปฏิเสธดังกล่าวย่อมจะมีผลกระทบต่อความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในบั้นปลายด้วย

4.3 ปัญหาเกี่ยวกับการไม่บัญญัติเรื่องการมีผลโดยตรงออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง

ในขณะที่ระบบกฎหมายไต้หวันบัญญัติเรื่องการมีผลโดยตรงออกไปภายนอกฝ่ายปกครองไว้เป็นองค์ประกอบแรก ๆ ของความเป็นคำสั่งทางปกครองที่เรียกว่า administrative disposition และระบบกฎหมายเยอรมันซึ่งเป็นต้นแบบของ Verwaltungsakt หรือคำสั่งทางปกครอง ก็บัญญัติเรื่องการมีผลโดยตรงออกไปภายนอกฝ่ายปกครองเป็นหนึ่งในองค์ประกอบของความเป็นคำสั่งทางปกครองเพื่อใช้เป็นเกณฑ์ในการแยกคำสั่งทางปกครองออกจากคำสั่งภายในฝ่ายปกครอง ระบบกฎหมายไทยกลับไม่มีการบัญญัติเรื่องดังกล่าวไว้ในนิยามความหมายของคำสั่งทางปกครอง ส่งผลให้มีผู้เข้าใจว่าคำสั่งภายในฝ่ายปกครองก็เป็นคำสั่งทางปกครองเช่นกัน ซึ่งเป็นสิ่งที่ไม่ถูกต้อง หากย้อนกลับไปพิจารณาการยกร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ จะพบว่า มีการหยิบยกประเด็นดังกล่าวนี้ขึ้นอภิปรายในที่ประชุม แต่ดูเหมือนในที่ประชุมจะยังไม่กระจ่างว่าคำว่า มีผลโดยตรงออกไปภายนอกนั้น หมายความว่าอย่างไร และผู้ร่างบางท่านเห็นว่าไม่น่าจะใช้คำว่า มีผลไปสู่ภายนอก ได้ ในที่สุดแล้ว จึงไม่ได้มีการบัญญัติคำว่า มีผลโดยตรงออกไปภายนอกฝ่ายปกครองเอาไว้[21] อย่างไรก็ตาม เห็นได้ชัดว่าแม้ไม่มีการบัญญัติข้อความในลักษณะดังกล่าวไว้ แต่หากพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของกระบวนการพิจารณาทางปกครอง ย่อมจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องยอมรับเกณฑ์ดังกล่าวนี้ และจะต้องถือว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งจะเป็นคำสั่งทางปกครองได้นั้น การกระทำนั้นจะต้องมีผลล่วงพ้นจากเขตแดนที่เป็นเรื่องภายในของฝ่ายปกครองออกไปสู่ภายนอก ส่งผลในทางกฎหมายโดยตรงต่อผู้รับคำสั่ง ซึ่งไม่จำเป็นต้องเป็นบุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคลในกฎหมายเอกชนเท่านั้น แต่อาจเป็นนิติบุคคลมหาชนที่ทรงอำนาจทางปกครองและทรงสิทธิหน้าที่ด้วยตนเองได้ เช่น การสั่งการของราชการบริหารส่วนกลางไปกระทบต่อสิทธิหน้าที่ของหน่วยการปกครองท้องถิ่นในขอบเขตของอัตตาณัติในการจัดการปกครองตนเองของหน่วยการปกครองท้องถิ่นนั้น

สำหรับกรณีของบรรดาข้าราชการนั้น การสั่งการของผู้บังคับบัญชาภายในขอบเขตของอำนาจบังคับบัญชาถือว่าเป็นกรณีที่การสั่งการนั้นไม่มีผลโดยตรงออกไปภายนอกฝ่ายปกครอง ถึงแม้ว่าเมื่ออ่านนิยามความหมายของคำสั่งทางปกครองแล้วอาจจะเข้าใจไปได้ว่าการสั่งการดังกล่าวก็มีลักษณะเป็นการ“สร้างนิติสัมพันธ์” ที่ก่อตั้งหน้าที่ให้แก่ผู้ใต้บังคับบัญชา แต่ต้องเข้าใจว่าหน้าที่ดังกล่าวนั้นเป็นส่วนหนึ่งของการปฏิบัติไปตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาอันเป็นกรณีที่ยังเป็นเรื่องภายในฝ่ายปกครองอยู่ การที่นิยามความหมายของคำสั่งทางปกครองในระบบกฎหมายในเรื่องนี้ขาดความชัดเจน แต่ในขณะเดียวกันก็ไม่อาจถือว่าคำสั่งที่ผู้บังคับบัญชาสั่งการผู้ใต้บังคับบัญชาในวงงานหรือในการปฏิบัติหน้าที่เป็นคำสั่งทางปกครองได้ ทำให้ต้องมีการอธิบายว่าคำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่สั่งให้ผู้ใต้บังคับบัญชากระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งในการปฏิบัติหน้าที่เป็นคำสั่งที่ไม่มีผลกระทบต่อสถานภาพของของสิทธิหน้าที่ที่เจ้าหน้าที่ผู้นั้นมีต่อหน่วยงานของรัฐที่ตนสังกัด คำสั่งดังกล่าวจึงไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง แต่เป็น “คำสั่งอื่น”[22] คำอธิบายดังกล่าวที่ถือว่าคำสั่งเช่นว่านี้ไม่ใช่คำสั่งทางปกครองเมื่อพิจารณาจากวัตถุประสงค์ของพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ต้องถือว่าถูกต้อง เพราะหากถือว่าคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองตามที่มีความเข้าใจเช่นนั้นปรากฏอยู่บ้าง ก็หมายความว่าหากผู้บังคับบัญชาจะสั่งการผู้ใต้บังคับบัญชาในการปฏิบัติหน้าที่ ผู้บังคับบัญชาย่อมจะต้องปฏิบัติตามกระบวนการและขั้นตอนที่ปรากฏในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ซึ่งเห็นได้ชัดว่าจะก่อให้เกิดผลอันประหลาดอย่างยิ่ง อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่าคำสั่งในลักษณะดังกล่าวน่าจะได้รับการเรียกชื่อว่า “คำสั่งภายในฝ่ายปกครอง” และถือว่าเป็นรูปแบบการกระทำทางปกครองที่มุ่งต่อผลในทางกฎหมายภายในฝ่ายปกครองประเภทหนึ่ง

---

[21] ดู สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา รายงานการประชุมคณะกรรมการยกร่างกฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาทางปกครอง ครั้งที่ 1-1/2534 วันพฤหัสบดี ที่ 27 มิถุนายน 2534, หน้า 17-18.

[22] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ข้อความคิดและหลักการพื้นฐานบางประการของกฎหมายปกครอง (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2562), 33.

เมื่อแยกการสั่งการของผู้บังคับบัญชาอันเป็นการสั่งในวงงานหรือการปฏิบัติหน้าที่ออกไปเป็นคำสั่งภายในฝ่ายปกครองแล้ว กรณีก็ต้องถือว่าการสั่งการของผู้บังคับบัญชากระทบต่อสิทธิหน้าที่ของผู้ใต้บังคับบัญชาในฐานะที่เป็นบุคคลผู้ทรงสิทธิตามกฎหมายเป็นคำสั่งทางปกครอง แม้กระนั้นก็อาจมีการสั่งการในความสัมพันธ์ระหว่างผู้บังคับบัญชากับผู้ใต้บังคับบัญชาบางประเภทที่มีลักษณะทั้งสองด้านผสมผสานกัน และการที่จะกำหนดให้เป็นหรือไม่เป็นคำสั่งทางปกครองอย่างใดอย่างหนึ่งโดยสิ้นเชิงนั้นดูจะเป็นเรื่องที่ยุ่งยากและหาเกณฑ์ที่เด็ดขาดในการวินิจฉัยลงไปเสียทีเดียวไม่ได้ ระบบกฎหมายไทยอาจจะต้องพัฒนาระบบควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งในลักษณะดังกล่าวนี้โดยที่ไม่ต้องบ่งชี้ว่าเป็นคำสั่งทางปกครองหรือคำสั่งภายในฝ่ายปกครอง ทั้งนี้หากปรากฏว่าคำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่การเพิกถอนอาจจะก่อให้เกิดผลกระทบอย่างมาก เช่น กระทบต่อบุคคลที่สามที่ได้รับสิทธิไปแล้วโดยสุจริต หรือกระทบต่อระบบการบริหารราชการในส่วนที่เกี่ยวกับบุคลากรของหน่วยงานนั้นอย่างยิ่ง ศาลปกครองอาจจะจำเป็นต้องพิพากษายืนยันความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งดังกล่าวนั้น โดยไม่ต้องพิพากษาเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวย้อนหลังกลับไปตั้งแต่วันทำคำสั่ง เพื่อเปิดทางให้ฝ่ายบริหารเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายด้วยวิธีอื่นต่อไป

4.4 ปัญหาเกี่ยวกับการวินิจฉัยปฏิเสธความเป็นคำสั่งทางปกครองของการกระทำที่เป็นคำสั่งทางปกครอง

ประเด็นต่าง ๆ ที่ได้กล่าวถึงก่อนหน้านี้เป็นเรื่องของการวินิจฉัยว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองทั้ง ๆ ที่ไม่ควรจะวินิจฉัยเช่นนั้น อย่างไรก็ตาม ยังปรากฏว่าในทางปฏิบัติมีการวินิจฉัยปฏิเสธความเป็นคำสั่งทางปกครองของการกระทำที่เป็นคำสั่งทางปกครองด้วยในกรณีของคำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้เงินหรือทรัพย์สินหรือประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ ตามมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ประเด็นปัญหาของเรื่องนี้สืบเนื่องมาจากในกรณีที่มีการออกคำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้เงิน และต่อมาปรากฏว่า เจ้าหน้าที่ตรวจพบว่าคำสั่งทางปกครองดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายตั้งแต่ในขณะที่มีการออกคำสั่ง หากเจ้าหน้าที่ต้องการที่จะเรียกคืนเงินที่จ่ายไป เจ้าหน้าที่จะต้องออกคำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้เงินย้อนกลับไปตั้งแต่วันออกคำสั่ง ทั้งนี้ การออกคำสั่งเพิกถอนคำสั่งให้ประโยชน์เป็นเงิน เจ้าหน้าที่จะต้องปฏิบัติให้ถูกต้องตามมาตรา 49 มาตรา 50 และมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ตลอดจนหลักเกณฑ์อื่น ๆ ในการออกคำสั่งทางปกครองด้วย (เช่น การรับฟังคู่กรณีก่อนการออกคำสั่ง) เพราะคำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยตัวเองก็เป็นคำสั่งทางปกครองเช่นกัน ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองเพิกถอนคำสั่งให้ประโยชน์เป็นเงินโดยให้มีผลย้อนหลังการคืนเงินที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองได้ไป พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาตรา 51 วรรคสี่ บัญญัติให้นำบทบัญญัติว่าด้วยลาภมิควรได้มาใช้บังคับโดยอนุโลม อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่ผู้รับคำสั่งทางปกครองที่เป็นเงินไม่ยอมคืนเงิน หลังจากที่เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งเพิกถอนคำสั่งให้เงินแล้ว คณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมีความเห็นว่า เจ้าหน้าที่ไม่อาจใช้วิธีการออกคำสั่งทางปกครองเรียกเงินคืนได้ เนื่องจากพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาตรา 51 ไม่ได้ให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ในการออกคำสั่งเรียกเงินคืนไว้ เจ้าหน้าที่จึงต้องฟ้องคดีเรียกเงินคืนที่ศาลยุติธรรมตามหลักเรื่องลาภมิควรได้[23]

---

[23] ความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ 877/2556 อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนมีความเห็นว่าเมื่อการได้รับเงิน เป็นการได้รับไปจากฐานของคำสั่งทางปกครอง หากต่อมาปรากฏว่าคำสั่งทางปกครองที่เป็นฐานของการให้เงินนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเจ้าหน้าที่เพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ในการเรียกเงินคืนนั้น แม้ไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ไว้อย่างชัดเจน ก็ไม่เป็นการต้องห้ามแต่อย่างใดที่เจ้าหน้าที่จะออกคำสั่งทางปกครองเรียกเงินดังกล่าวที่บัดนี้ไม่มีฐานทางกฎหมายรองรับกลับคืน (เพราะคำสั่งทางปกครองที่เป็นฐานของการให้เงินถูกเพิกถอนแล้ว) เนื่องจากกรณีนี้เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ใช้คำสั่งทางปกครองเป็นฐานของการให้เงิน เมื่อจะเรียกเงินคืนก็สามารถใช้คำสั่งทางปกครองเป็นฐานของการเรียกเงินคืนได้เช่นกัน กล่าวคือ เมื่อการให้เงิน (ขาไป) เจ้าหน้าที่ใช้คำสั่งทางปกครองเป็นเครื่องมือตามที่กฎหมายให้อำนาจ ในการเรียกเงินคืน (ขากลับ) ก็ไม่เป็นการต้องห้ามที่เจ้าหน้าที่จะใช้คำสั่งทางปกครองเป็นเครื่องมือเช่นกัน ถึงแม้จะไม่มีบทบัญญัติของกฎหมายบัญญัติไว้อย่างชัดเจน ก็ต้องถือว่าการเรียกเงินคืนเป็นผลต่อเนื่องด้านกลับของการให้เงินซึ่งมีฐานทางกฎหมายรองรับ ทั้งนี้ ตามทฤษฎีด้านกลับ (Kehrseitentheorie) ที่ปรากฏในระบบกฎหมายเยอรมันและได้รับการปรับใช้

อย่างไรก็ตาม ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมเรียกเงินคืน แนวคำพิพากษาของศาลฎีกาในเรื่องนี้ถือว่าการฟ้องเรียกเงินในกรณีดังกล่าวนี้มีลักษณะเป็นการติดตามเอาทรัพย์คืนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 ถึงแม้ว่าการได้เงินไปนั้นจะได้ไปจากฐานของคำสั่งทางปกครองก็ตาม[24] ผลจากแนวคำพิพากษาของศาลฎีกาในเรื่องนี้ทำให้ผู้ที่ได้รับเงินไปโดยสุจริตตามคำสั่งทางปกครองที่เป็นการให้เงินไม่ได้รับความคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ผู้เขียนเห็นว่า แนวคำพิพากษาศาลฎีกาในประเด็นดังกล่าวนี้ขัดหรือแย้งต่อพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาตรา 51 และเห็นพ้องกับคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลที่ 115/2564 ที่เห็นว่า “*...กรณีนี้จึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นการฟ้องคดีในฐานะเจ้าของทรัพย์ที่มีสิทธิติดตามเอาทรัพย์สินคืนตามมาตรา 1336 แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ เพราะหากถือเช่นนั้นแล้วผู้ฟ้องคดี* (หมายถึงหน่วยงานของรัฐ...ผู้เขียน) *ก็จะมีสิทธิฟ้องเรียกเอาทรัพย์สินคืนได้ทั้งหมดเต็มจำนวนอย่างสิ้นเชิง ซึ่งไม่เป็นการสอดคล้องหรือขัดต่อมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539...*”[25] และสมควรที่ผู้ที่เกี่ยวข้องจะต้องแก้ปัญหานี้ไม่ว่าจะเป็นการเปลี่ยนแนวทางพิพากษาคดีของศาลฎีกาหรือการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ให้อำนาจและหน้าที่แก่เจ้าหน้าที่ในการออกคำสั่งทางปกครองเรียกเงินคืนเพื่อให้ข้อพิพาทในเรื่องนี้

ในทางปฏิบัติผ่านคำพากษาของศาลปกครองแห่งสหพันธ์ตลอดจนได้รับการยอมรับจากฝ่ายข้างมากในทางตำรา (ดู การอ้างอิงทฤษฎีด้านกลับใน Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht (München : Beck, 2024), 283) ก่อนที่ในเวลาต่อมาจะมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง (Verwaltungsverfahrensgestz) ค.ศ. 1976 มาตรา 49 a ซึ่งบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งให้เจ้าหน้าที่ออกคำสั่งทางปกครองเป็นลายลักษณ์อักษรเรียกเงินคืนได้ การใช้ทฤษฎีด้านกลับในระบบกฎหมายไทยย่อมทำให้ประเด็นปัญหาเกี่ยวกับคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์เป็นเงิน ฯลฯ คำสั่งทางปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์เป็นเงิน และคำสั่งทางปกครองเรียกเงินคืน อยู่ในการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองอย่างเป็นเอกภาพ และจะทำให้หลักการคุ้มครองความเชื่อมั่นในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองหรือการคุ้มครองความเชื่อถือไว้วางใจลงหลักปักฐานในระบบกฎหมายไทยได้ แต่ถ้าหากไม่มีการปรับเปลี่ยนแนวการวินิจฉัยในเรื่องนี้แล้ว สิ่งที่จะต้องทำก็คือการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ กำหนดให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ในการออกคำสั่งทางปกครองเรียกเงินคืนในที่สุด

[24] เช่น คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 4617/2562 คดีนี้ศาลฎีกาให้เหตุผลที่ไม่อาจเข้าใจได้ว่า “...แม้การที่โจทก์มีคำสั่งให้เพิกถอนสิทธิเบิกค่าเช่าบ้านจะเป็นคำสั่งทางปกครองดังที่จำเลยกล่าวอ้าง แต่ในส่วนของการฟ้องขอให้จำเลยคืนเงินค่าเช่าบ้านที่จำเลยเป็นผู้ขอเบิกโดยไม่มีสิทธิและยึดถือไว้โดยไม่ชอบนั้นหาใช่กรณีตามมาตรา 51 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่จะต้องนำเอาบทบัญญัติในมาตรา 51 วรรคสี่ มาบังคับใช้ไม่ เมื่อวินิจฉัยมาดังกล่าวก็ไม่ต้องวินิจฉัยฎีกาจำเลยในข้ออื่น ๆ อีก เพราะไม่ทำให้ผลของคดีเปลี่ยนไป...” ปัญหาก็คือทำไมกรณีนี้ไม่ใช่กรณีตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 51 วรรคหนึ่ง ศาลฎีกาไม่ได้ให้เหตุผลอะไรเลย ทั้ง ๆ ที่เห็นได้ชัดว่าคำสั่งอนุมัติเบิกค่าเช่าบ้านเป็นคำสั่งทางปกครอง ซึ่งศาลฎีกาก็ยอมรับเองในคดีนี้ มิหนำซ้ำคำสั่งทางปกครองดังกล่าวยังเป็นคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์เป็นเงินโดยตรงอีกด้วย

[25] อย่างไรก็ตาม ใน พ.ศ. 2565 คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้มีคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างที่ 45/2565 วินิจฉัยให้คู่ความปฏิบัติไปตามคำพิพากษาศาลฎีกา ซึ่งโดยผลแล้วก็เท่ากับยอมรับให้นำเอาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 มาใช้บังคับได้ และเท่ากับยอมให้เจ้าหน้าที่สามารถติดตามเอาเงินที่ได้ไปจากฐานของคำสั่งทางปกครองที่ถูกเพิกถอนแล้วกลับคืนได้ตามคำพิพากษาศาลฎีกาทั้ง ๆ ที่ศาลปกครองสูงสุดได้ชี้ไว้ในคำพิพากษาแล้วว่าบุคคลผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้นสุจริตและได้ใช้เงินที่ได้รับมาหมดไปแล้ว จึงไม่ต้องคืนเงิน ทั้งนี้ เนื่องจากคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดในคำวินิจฉัยดังกล่าวนี้เห็นว่าประเด็นเรื่องการคืนเงินเป็นประเด็นแห่งคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรม อย่างไรก็ตามหากพิจารณาจากตัวบทกฎหมายและความยุติธรรมในทางเนื้อหาแล้ว ผู้เขียนเห็นว่าเมื่อศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพากษาในประเด็นดังกล่าวต่อเนื่องจากคำสั่งทางปกครองเพิกถอนคำสั่งให้เงินแล้ว อีกทั้งเห็นได้ชัดว่าการใช้หลักติดตามเอาทรัพย์คืนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติในมาตรา 51 วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ อย่างชัดแจ้ง เพราะทำให้ผู้ที่สุจริตตกอยู่ในฐานะที่ไม่มีความแตกต่างอันใดเลยกับผู้ที่ไม่สุจริต คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลจึงไม่ควรพิจารณาจำกัดเฉพาะเรื่องเขตอำนาจศาล เพราะกรณีนี้ไม่ใช่เป็นกรณีที่ศาลยุติธรรมและศาลปกครองพิพาทกันในเรื่องเขตอำนาจ แต่เป็นปัญหาว่าคู่ความจะต้องปฏิบัติไปตามคำพิพากษาของศาลใด ซึ่งมาตรา 14 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล พ.ศ. 2542 บัญญัติให้คณะกรรมการคำนึงถึงประโยชน์แห่งความยุติธรรมและความเป็นไปได้ในการปฏิบัติตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล ผู้เขียนเห็นว่าประเด็นดังกล่าวนี้เป็นประเด็นเกี่ยวกับสิทธิหน้าที่อันเป็นเรื่องในทางสารบัญญัติที่คณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลสามารถปรับใช้กฎหมายไปในทางที่ถึงที่สุดแล้วสอดรับกับหลักการที่ถูกต้องตามกฎหมายและสามารถอำนวยความยุติธรรมให้แก่คู่ความแห่งคดีได้ ซึ่งสิ่งที่ถูกต้องตามเกณฑ์ในทางกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่เป็นอยู่ในขณะนี้ก็คือผู้ที่สุจริตและได้ใช้เงินที่ได้มาจากฐานของคำสั่งทางปกครองหมดไปแล้วย่อมจะต้องได้รับความคุ้มครอง ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงไม่อาจเห็นพ้องด้วยกับคำวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลในเรื่องนี้ได้

ทั้งในส่วนของคำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์เป็นเงินและคำสั่งทางปกครองเรียกเงินคืนอยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครองอย่างเป็นเอกภาพต่อไป

ในขณะที่ประเด็นดังกล่าวข้างต้นเป็นปัญหาและยังไม่ได้รับการแก้ไขนี้ ปรากฏว่ามีคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดเรื่องหนึ่ง[26] ทำให้ปัญหาดังกล่าวนี้ซับซ้อนขึ้นไปอีก และหากคำพิพากษาดังกล่าวนี้ได้รับการเดินตาม กรณีย่อมจะทำให้บทบัญญัติในมาตรา 51 ซึ่งเป็นหมันไปบางส่วนแล้วตามแนวคำพิพากษาศาลฎีกา เป็นหมันไปอย่างสิ้นเชิง เนื่องจากศาลปกครองสูงสุดในคำพิพากษานี้ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับคำสั่งเพิกถอนสิทธิเบิกค่าเช่าบ้านและเรียกคืนเงินที่เบิกจ่ายทั้งหมดว่า *"...คำสั่งดังกล่าวหาใช่เป็นการไม่อนุมัติให้ผู้ฟ้องคดีเบิกค่าเช่าบ้านหรือระงับสิทธิการเบิกค่าเช่าบ้านที่มีอยู่แล้ว อันอาจถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิของผู้ฟ้องคดีตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 แต่อย่างใดไม่ แต่เป็นการเพิกถอนสิทธิเบิกค่าเช่าบ้านของผู้ฟ้องคดีตามที่ผู้ฟ้องคดีได้รับไปแล้วในอดีต โดยเจตนารมณ์ของการมีคำสั่งดังกล่าวก็ประสงค์เพียงเพื่อให้ผู้ฟ้องคดีนำค่าเช่าบ้านตามจำนวนที่ผู้ฟ้องคดีเบิกไปแล้วโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายคืนแก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2* (สำนักงานศาลปกครอง..ผู้เขียน) *หากผู้ฟ้องคดีไม่ยอมคืนค่าเช่าบ้านจำนวนดังกล่าวแก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองก็ไม่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองแก่ผู้ฟ้องคดีได้ โดยผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองต้องไปใช้สิทธิทางศาล..."* และสรุปว่าการแจ้งผู้รับคำสั่งเพื่อเพิกถอนสิทธิเบิกค่าเช่าบ้านและเรียกคืนเงินที่จ่ายไปทั้งหมด *"จึงไม่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ฟ้องคดี ที่จะอยู่ในความหมายเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา 5 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ แต่อย่างใด..."*

หากพิจารณาเหตุผลของศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้แล้วจะพบว่า ศาลปกครองสูงสุดมองว่าคำสั่งเพิกถอนสิทธิการเบิกจ่ายค่าเช่าบ้านเป็นเพียงการบอกกล่าวให้ผู้ที่ได้รับเงินค่าเช่าบ้านนำเงินมาคืนหน่วยงานของรัฐเท่านั้น หากผู้ที่ได้รับเงินค่าเช่าบ้านไม่นำเงินมาคืน หน่วยงานของรัฐก็ไม่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ ได้แต่ฟ้องร้องคดีต่อศาลยุติธรรมเท่านั้น ซึ่งตามแนวคำพิพากษาของศาลฎีกา หน่วยงานของรัฐสามารถฟ้องร้องเรียกเงินคืนได้ในฐานะเจ้าของกรรมสิทธิ์ติดตามเอาทรัพย์คืนตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา 1336 ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้น อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาเหตุผลของศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้อย่างละเอียดจะพบว่า ศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้ได้ให้เหตุผลที่ย้อนแย้งกันอย่างยิ่ง เพราะในตอนต้นศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้ก็ยอมรับว่า คำสั่งไม่อนุมัติให้เบิกค่าเช่าบ้านเป็นคำสั่งทางปกครอง ก็ในเมื่อคำสั่งไม่อนุมัติให้เบิกค่าเช่าบ้านเป็นคำสั่งทางปกครอง ในทางกลับกันคำสั่งอนุมัติให้เบิกค่าเช่าบ้านก็ต้องเป็นคำสั่งทางปกครอง และเป็นคำสั่งทางปกครองที่ก่อตั้งสิทธิหรือให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งด้วย เมื่อผู้รับคำสั่งได้รับสิทธิตามคำสั่งทางปกครอง และต่อมาหน่วยงานของรัฐมีคำสั่งเพิกถอนสิทธิเบิกค่าเช่าบ้านตามคำสั่งอนุมัติให้เบิกค่าเช่าบ้าน การมีคำสั่งเพิกถอนสิทธิดังกล่าวจะไม่ใช่การสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะระงับสิทธิที่ได้รับไปแล้วและจะไม่เป็นคำสั่งทางปกครองได้อย่างไร

การที่ศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้พิจารณาวัตถุประสงค์ของหน่วยงานของรัฐแต่เพียงว่าต้องการให้ผู้ได้รับอนุมัติเบิกจ่ายเงินค่าเช่าบ้านนำเงินค่าเช่าบ้านที่ได้รับไปแล้วมาคืน เป็นการพิจารณาประเด็นทางกฎหมายสองประเด็นปะปนกัน เนื่องจากการที่บุคคลใดบุคคลหนึ่งได้รับอนุมัติให้เบิกค่าเช่าบ้านนั้น ค่าเช่าบ้านที่บุคคลนั้นได้รับไปต้องถือว่าเป็นการได้รับไปบนฐานของคำสั่งอนุมัติเบิกค่าเช่าบ้านอันเป็นคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์เป็นเงิน ตราบเท่าที่คำสั่งทางปกครองยังมีผลอยู่ในทางกฎหมาย บุคคลนั้นก็ยังคงมีสิทธิได้รับเงินค่าเช่าบ้าน ถึงแม้ว่าคำสั่งดังกล่าวจะไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม เนื่องจากตราบใดที่ยังไม่มีการเพิกถอน หรือสิ้นผลลงโดยเงื่อนเวลาหรือโดยเหตุอื่น คำสั่งทางปกครอง

---

[26] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อร. 287/2565

ก็ยังคงมีผลในทางกฎหมายอยู่ตราบนั้น[27] การที่เจ้าหน้าที่จะเรียกเงินค่าเช่าบ้านที่ได้จ่ายไปแล้วกลับคืน เจ้าหน้าที่ย่อมจะต้องทำให้ฐานทางกฎหมายของการได้รับเงินค่าเช่าบ้านสิ้นสุดลงเสียก่อนโดยการเพิกถอนคำสั่งอนุมัติเบิกจ่ายเงินค่าเช่าบ้านย้อนหลังกลับไปในอดีต เมื่อทำให้ฐานทางกฎหมายนี้สิ้นผลลงแล้ว จึงจะเรียกเงินค่าเช่าบ้านที่ได้จ่ายไปกลับคืนได้ และถึงแม้ว่าเจ้าหน้าที่จะเรียกเงินค่าเช่าบ้านกลับคืนโดยที่ไม่ได้แสดงเจตนาเพิกถอนคำสั่งอนุมัติเบิกค่าเช่าบ้านอย่างชัดแจ้งก็ตาม ก็จะต้องตีความการแสดงเจตนาดังกล่าวว่ามีสองเรื่องซ้อนกัน คือ การเพิกถอนการอนุมัติค่าเช่าบ้านเรื่องหนึ่งและการเรียกเงินคืนอีกเรื่องหนึ่ง ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ไม่ได้แสดงเจตนาชัดแจ้งก็ต้องถือว่ามีการออกคำสั่งเพิกถอนคำสั่งอนุมัติเบิกค่าเช่าบ้านนั้นโดยปริยายในหนังสือเรียกให้นำเงินค่าเช่าบ้านที่เจ้าหน้าที่อ้างว่าได้รับไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายคืนแก่หน่วยงานของรัฐ การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งเพิกถอนคำสั่งอนุมัติเบิกค่าเช่าบ้านในกรณีนี้ย่อมอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามหลักเกณฑ์ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาตรา 51 ศาลปกครองจึงไม่อาจปฏิเสธไม่รับคดีไว้พิจารณาได้

อนึ่ง ตามข้อเท็จจริงที่ปรากฏในคดีนี้สำนักงานศาลปกครองได้แสดงเจตนาเพิกถอนคำสั่งอนุมัติการเบิกจ่ายค่าเช่าบ้านอย่างชัดแจ้ง จึงไม่มีทางที่จะปฏิเสธการระงับนิติสัมพันธ์ทางปกครองผ่านคำสั่งเพิกถอนการอนุมัติค่าเช่าบ้านได้เลย ถึงแม้ว่าศาลปกครองสูงสุดอาจจะคิดเลยต่อไปข้างหน้าว่า หากตนเข้าตรวจสอบคำสั่งเพิกถอนคำสั่งอนุมัติการเบิกจ่ายค่าเช่าบ้านและพบว่าคำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย ทำให้ตนต้องพิพากษาเพิกถอนคำสั่งเพิกถอนคำสั่งอนุมัติเบิกค่าเช่าบ้าน ในขณะที่หากสำนักงานศาลปกครองซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองนำคดีไปฟ้องต่อศาลยุติธรรมเพื่อติดตามเอาเงินค่าเช่าบ้านที่ได้จ่ายไปคืนตามแนวของศาลฎีกา และศาลยุติธรรมพิพากษาให้สำนักงานศาลปกครองชนะคดี กรณีจะกลายเป็นการขัดกันของคำพิพากษา ก็จะต้องปล่อยให้เป็นเช่นนั้น และให้เป็นเรื่องของคณะกรรมการวินิจฉัยชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลชี้ขาดต่อไป หาสมควรที่ศาลปกครองสูงสุดจะปฏิเสธความเป็นคำสั่งทางปกครองของคำสั่งเพิกถอนคำสั่งอนุมัติเบิกจ่ายค่าเช่าบ้านดังเช่นที่ปรากฏในคดีนี้ไม่ เพราะหากเป็นเช่นนั้นและศาลปกครองสูงสุดองค์คณะอื่นเดินตามแนวทางนี้ต่อไปแล้ว บทบัญญัติเกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์เป็นเงิน ทรัพย์สิน หรือประโยชน์อย่างอื่นที่อาจแบ่งแยกได้ ก็จะเป็นหมันไปอย่างสิ้นเชิง ต่อไปนี้เจ้าหน้าที่ก็ไม่ต้องตรวจสอบเงื่อนไขของการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์เป็นเงินว่าดำรงอยู่ครบถ้วนหรือไม่ แต่ใช้วิธีการเรียกเงินคืนทันที (ซึ่งในทางปฏิบัติเริ่มปรากฏการกระทำในลักษณะดังกล่าวบ้างแล้ว)[28] ถ้าหากผู้รับคำสั่งที่ให้ประโยชน์เป็นเงินไม่นำเงินมาคืน เจ้าหน้าที่ก็จะใช้วิธีการฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมเรียกเงินคืนตามหลักเจ้าของกรรมสิทธิ์ติดตามเอาทรัพย์คืน ส่วนผู้รับคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์เป็นเงินที่สุจริตก็เป็นอันหมดหนทางที่จะปกป้องสิทธิของตนเองได้อย่างสิ้นเชิง เพราะศาลปกครองเองหากเดินตามแนวทางของศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้ ก็จะปฏิเสธไม่รับคำฟ้องโดยถือว่าการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์เป็นเงินไม่ว่าโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายไม่ใช่คำสั่งทางปกครอง ยิ่งไปกว่านั้น การสอนและการบรรยายบทบัญญัติมาตรา 51 แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ก็จะหาประโยชน์อันใดมิได้ เพราะสภาพการณ์ในทางกฎหมายในกรณีนี้ย่อมเสมือนหนึ่งว่า บทบัญญัติมาตรานี้ได้รับการยกเลิกไปแล้วผ่านแนวคำพิพากษาของศาลยุติธรรมและศาลปกครองร่วมกันนั่นเอง

---

[27] ดู พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 มาตรา 42

[28] การที่เจ้าหน้าที่กระทำเช่นนี้ก็เพื่อจะได้ไม่ต้องปฏิบัติตามกระบวนการและขั้นตอนในการออกคำสั่งเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง และต่อมาจะได้ใช้หนทางของการฟ้องคดีติดตามเอาเงินคืนต่อศาลยุติธรรมต่อไป ซึ่งหากศาลยุติธรรมพิพากษาให้บุคคลผู้ที่ได้รับเงินไปโดยสุจริตจะต้องคืนเงินเต็มจำนวน เจ้าหน้าที่ซึ่งดำเนินการผิดพลาดในการออกคำสั่งทางปกครองก็จะอ้างว่าหน่วยงานของรัฐได้รับเงินคืนเต็มจำนวนแล้ว ไม่มีความเสียหายใดเกิดขึ้นแก่หน่วยงานของรัฐ จึงไม่เกิดกรณีของความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ขึ้น ผลสรุปในบั้นปลายก็คือเจ้าหน้าที่ไม่ต้องรับผิดชอบในการกระทำที่ผิดพลาดของตน ถึงแม้ว่าการออกคำสั่งทางปกครองที่ผิดพลาดดังกล่าวและทำให้ผู้รับคำสั่งเชื่อในความคงอยู่คำสั่งทางปกครองโดยสุจริตนั้นจะเป็นไปด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงก็ตาม ซึ่งไม่สมเหตุสมผลอย่างยิ่ง

5. บทส่งท้าย

โดยเหตุที่บทนิยามความหมายของคำสั่งทางปกครองในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มีความไม่ชัดเจนและหากอ่านเฉพาะถ้อยคำตามตัวอักษรแล้วในหลายกรณีอาจจะกว้างเกินไป การทำความเข้าใจความหมายของคำสั่งทางปกครองจึงไม่อาจจำกัดเฉพาะตัวบทที่เป็นลายลักษณ์อักษรเท่านั้น แต่จะต้องทำความเข้าใจถึงวัตถุประสงค์ของการกำหนดให้การกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นคำสั่งทางปกครอง ตลอดจนวัตถุประสงค์ของกระบวนพิจารณาทางปกครองประกอบด้วย นอกจากนี้ความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับรูปแบบการกระทำทางปกครองที่ปรากฏในระบบกฎหมายของประเทศต่าง ๆ ในภาคพื้นยุโรปก็ย่อมมีส่วนช่วยในการวินิจฉัยว่าการกระทำทางปกครองใดสมควรจัดให้เป็นคำสั่งทางปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งการพิจารณาความเป็นคำสั่งทางปกครองจากระบบกฎหมายที่ตั้งฐานคิดจากคำสั่งทางปกครองโดยตรง

ในการวินิจฉัยว่าการกระทำใดการกระทำหนึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่ องค์กรที่ปรับใช้กฎหมายจะต้องคำนึงถึงผลกระทบที่เกิดขึ้นตามมาจากการวินิจฉัยเช่นนั้น การวินิจฉัยที่ส่งผลให้ตัวบทกฎหมายไม่สามารถใช้บังคับได้ย่อมมีผลเท่ากับว่าองค์กรที่ปรับใช้กฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งองค์กรตุลาการกำลังฝ่าฝืนหลักเกณฑ์ในทางนิติวิธี และกำลังทำร้ายหลักการแบ่งแยกอำนาจ และในกรณีที่องค์กรตุลาการใช้ทัศนะทางนิตินโยบายเข้าแทนที่ตัวบทกฎหมายที่ได้รับการบัญญัติไว้ชัดเจนแล้ว ย่อมเท่ากับองค์กรตุลาการบัญญัติกฎหมายขึ้นใหม่แทนที่ตัวบทกฎหมายที่ฝ่ายนิติบัญญัติได้ตราขึ้น ซึ่งต้องถือว่าเป็นสิ่งไม่ถูกต้องอย่างยิ่ง ทั้งนี้ไม่ว่านิตินโยบายขององค์กรตุลาการนั้นโดยตัวของตัวเองจะถูกต้องหรือไม่ก็ตาม ก็ต้องถือว่าองค์กรตุลาการไม่มีความชอบธรรมที่จะกำหนดนิตินโยบายเช่นนั้นผ่านคำพิพากษาได้ ผู้เขียนตระหนักดีว่าปัญหาในทางกฎหมายปกครองที่เกิดขึ้นในทางปฏิบัติย่อมมีความซับซ้อนมากยิ่งขึ้นตามกาลเวลาที่ผ่านไป แต่ยิ่งปัญหาซับซ้อนมากขึ้นเพียงใด การกลับไปหาหลักการและแนวความคิดพื้นฐานในทางกฎหมายปกครองและยืนยันหลักการดังกล่าวไว้อย่างมั่นคงก็ยิ่งมีความสำคัญมากขึ้นเท่านั้น เพราะหากปล่อยให้ความเห็นหรือคำวินิจฉัยเป็นไปเพื่อแก้ปัญหาเฉพาะหน้าเรื่อยไปดังที่ปรากฏการใช้กฎหมายในทางปฏิบัติอยู่เนือง ๆ ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใด หลักนิติรัฐซึ่งหมายถึงการปกครองโดยกฎหมายที่ยุติธรรมก็ยากที่จะหยั่งรากลึกอย่างมั่นคงในระบบกฎหมายไทยได้

ระบบวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการ ในข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครอง

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรรณชัย บุญบำรุง

ผู้เขียนได้มีโอกาสรับฟังการสัมมนาของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เรื่อง “อนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง : ความรู้พื้นฐานและข้อสังเกต” ที่จัดขึ้นเมื่อวันที่ 21 ธันวาคม 2566 จึงขอแสดงความเห็นทางวิชาการกับทางปฏิบัติของไทยในส่วนที่เป็นระบบวิธีพิจารณา โดยจะไม่ระบุว่าประเด็นใดผู้เขียนมีความเห็นแตกต่างจากวิทยากรอย่างไร แต่จะนำประเด็นที่วิทยากรได้ตั้งไว้มาอธิบายในส่วนความรู้และความเข้าใจของผู้เขียนในทางวิชาการที่เคยศึกษาและเขียนหนังสือเมื่อ ปี พ.ศ. 2548 ชื่อ “หลักและทฤษฎีของอนุญาโตตุลาการเปรียบเทียบกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง”[1] โดยนำหลักและทฤษฎีของกฎหมายวิธีพิจารณาความมาวิเคราะห์และเปรียบเทียบ รวมทั้งข้อมูลที่ได้จากการนำกฎหมายมหาชนมาทำความเข้าใจและอธิบายกฎหมายวิธีพิจารณาความ และจะแบ่งเนื้อหาในสามส่วนแรกตามวิธีการศึกษากฎหมายมหาชน คือ 1. สถานะอนุญาโตตุลาการ (องค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐ) 2. ระบบวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการ (การใช้อำนาจรัฐ) และ 3. การควบคุมการใช้อำนาจอนุญาโตตุลาการโดยศาล (การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ) จากนั้นจะกล่าวถึง 4. อนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง และสุดท้ายจะเป็นเนื้อหาตามประเด็นของชื่อบทความนี้ คือ 5. ระบบวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครอง (หมายเหตุ : มาตราที่ระบุไว้เป็นบทบัญญัติของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545)

1. สถานะอนุญาโตตุลาการ (องค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐ)

การอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีการที่เก่าแก่ที่สุดวิธีการหนึ่งของการระงับข้อพิพาท มีวิวัฒนาการเป็นที่รู้จักกันมาตั้งแต่สมัยกรีก เรื่อยมาจนกลายมาเป็นจารีตประเพณีทางการค้าของพ่อค้าชาวยุโรป ถือได้ว่าเป็นรูปแบบต้นกำเนิดของการพิจารณาคดีโดยศาล สำหรับพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 (ซึ่งได้นำหลักการมาจากกฎหมายแม่แบบว่าด้วยอนุญาโตตุลาการทางพาณิชย์ระหว่างประเทศของคณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (the UNCITRAL Model Law 1985) ที่เป็นการผสมผสานหลักการระหว่างการอนุญาโตตุลาการของระบบคอมมอนลอว์และระบบซีวิลลอว์เข้าด้วยกัน) เป็นอำนาจตุลาการหรือองค์กรทางศาลของเอกชนที่รัฐยอมรับหรือมอบอำนาจหรือกระจายอำนาจให้กับประชาชนในการระงับข้อพิพาท เป็นวิธีการระงับข้อพิพาททางเลือกอื่นนอกจากศาล (ADR) และเป็นกลไกในการเข้าถึงความยุติธรรม (access to justice) ที่มีประสิทธิภาพ ประหยัด สะดวกและรวดเร็ว มากกว่าการระงับข้อพิพาทโดยศาล แต่อนุญาโตตุลาการไม่ได้มีอำนาจสมบูรณ์เด็ดขาด รัฐยังคงสงวนอำนาจที่จะมีผลกระทบโดยตรงต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนให้เป็นอำนาจของศาลอยู่ เช่น การออกหมายเรียกพยานให้มาศาล คำสั่งคุ้มครองชั่วคราวก่อนพิพากษา และการออกหมายบังคับคดีตามคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการ จากสถานะดังกล่าวของอนุญาโตตุลาการจึงเรียกว่า “อำนาจกึ่งตุลาการ” (quasi-judicial) หรืองานด้านตุลาการ (Judicial function)

---

[1] วรรณชัย บุญบำรุง, หลักและทฤษฎีของอนุญาโตตุลาการเปรียบเทียบกับกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง, สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2548.

และคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเป็นคำสั่งทางตุลาการ (acte juridictionnel) อำนาจตุลาการของอนุญาโตตุลาการที่สำคัญ คือ การรับฟังและพิจารณาพยานหลักฐานเพื่อวินิจฉัยปัญหาข้อเท็จจริงของข้อพิพาท และการนำกฎหมายมาปรับเข้ากับข้อเท็จจริง สุดท้าย คือ การมีคำชี้ขาดข้อพิพาทซึ่งมีผลผูกพันคู่พิพาท (Res Judicata) โดยการควบคุมของศาล และมีสภาพบังคับโดยการบังคับคดีของศาล กล่าวคือ ต้องได้รับการยอมรับและบังคับตามคำชี้ขาดจากศาล (exequatur) ทำนองเดียวกับเรื่องการที่ศาลประเทศหนึ่งยอมรับบังคับตามคำพิพากษาของศาลประเทศอื่น หลักการของการตรวจสอบบางอย่างของทั้งสองเรื่องจึงสอดคล้องกัน คำชี้ขาดดังกล่าวถือเป็นคำสั่งของรัฐที่มอบให้แก่อนุญาโตตุลาการเช่นเดียวกับการมีคำพิพากษาของศาล เพียงแต่รัฐยังสงวนเรื่องอำนาจในการบังคับตามคำชี้ขาดเอาไว้ตามที่ได้กล่าวตอนต้น

ปัจจุบันการดำเนินการในกระบวนการยุติธรรมของรัฐมีการกระจายอำนาจให้เอกชนเข้ามามีส่วนร่วมในการใช้อำนาจรัฐมากขึ้น เช่น การขายทอดตลาดของเจ้าพนักงานบังคับคดีเอกชน การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท ในต่างประเทศเอกชนมีอำนาจในกระบวนการยุติธรรมที่รัฐมอบให้ในการดำเนินการยึดและอายัดทรัพย์ การรับรองเอกสาร การส่งคำคู่ความ คำร้องคำขอ และหมายต่าง ๆ ของศาล

2. ระบบวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการ (การใช้อำนาจรัฐ)

ก่อนที่จะเข้าเนื้อหา มีความจำเป็นที่จะต้องกล่าวถึงภาพรวมของระบบวิธีพิจารณาเสียก่อน

2.1 ความหมายของ “ระบบกล่าวหา” และ “ระบบไต่สวน” : ความเข้าใจสับสนของนักกฎหมายไทย

โดยที่ “ระบบวิธีพิจารณา” เป็นเรื่องขอบเขตของบทบาทศาลและคู่ความ เนื่องจากระบบวิธีพิจารณาเป็นการกำหนดเรื่องการดำเนินการในการใช้สิทธิและหน้าที่ของศาลและคู่ความที่มาจากการก่อ “นิติสัมพันธ์ทางกระบวนพิจารณา” หรือเป็นนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายวิธีสบัญญัติ ซึ่งเป็นนิติสัมพันธ์ที่แยกออกต่างหากจากนิติสัมพันธ์ตามกฎหมายสารบัญญัติที่เป็นมูลแห่งคดี ดังนั้น การดำเนินกระบวนพิจารณาจึงเป็นเรื่องของผู้ทรงสิทธิทางกระบวนพิจารณา คือ โจทก์ จำเลย และศาล ที่กฎหมายกำหนดสิทธิและหน้าที่ต่าง ๆ เอาไว้ หรือเป็นเรื่องบทบาทของคู่ความและศาลนั่นเอง การออกแบบบทบาทดังกล่าวของรัฐจะขึ้นอยู่กับปัจจัยต่าง ๆ เป็นตัวกำหนด เช่น หลักนิติธรรม หลักธรรมาภิบาล หลักสิทธิมนุษยชน หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความ นิตินโยบายของรัฐ ประวัติศาสตร์และวิวัฒนาการของกฎหมายวิธีพิจารณาความ ตลอดจนเรื่องลักษณะคดี ลักษณะคู่ความ และลักษณะศาล ปัจจัยเหล่านี้เป็นส่วนหนึ่งของ “ปรัชญาของการจัดระบบวิธีพิจารณาความ” ซึ่งจะช่วยทำให้มองเห็นถึงเหตุผลของความแตกต่างในระบบวิธีพิจารณาความในคดีแต่ละประเภท (รวมทั้งอนุญาโตตุลาการรวม) และผู้เขียนได้นำมาอธิบายไว้ในหนังสือ “หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (เล่ม 1 และเล่ม 2)”[2] ผู้สนใจสามารถหาอ่านได้

กระบวนพิจารณา “ระบบกล่าวหา” (accusatorial system หรือ adversarial system) ซึ่งเราแปลมาจากศัพท์กฎหมายของตำรากฎหมายต่างประเทศนั้น นักวิชาการกฎหมายวิธีพิจารณาความเองก็ไม่ชอบถ้อยคำนี้เท่าใดนัก เพราะทำให้เกิดความเข้าใจที่ไม่ตรงนัก คือ เข้าใจว่าผู้ที่กล่าวหาผู้อื่นมีหน้าที่พิสูจน์ตามที่ตนกล่าวอ้าง ศาลไม่มีหน้าที่ ส่วนกระบวนพิจารณา “ระบบไต่สวน” (inquisitorial system) ทำให้เข้าใจว่าเป็นเรื่องหน้าที่ของศาลจะต้องค้นหาข้อเท็จจริง คู่ความไม่มีหน้าที่ ซึ่งเกณฑ์ที่พิจารณาว่าเป็นระบบวิธีพิจารณาใดนั้นจะมีเกณฑ์ในการพิจารณาว่าหากกระบวนพิจารณาขั้นตอนใดที่เป็นเรื่องบทบาทของคู่ความ กล่าวคือ ศาลไม่มีบทบาท กระบวนพิจารณาขั้นตอนนั้นเป็นระบบกล่าวหา ในทางกลับกัน หากกระบวนพิจารณาใดเป็นเรื่องบทบาทของศาล ไม่ใช่บทบาทของคู่ความ กระบวนพิจารณาขั้นตอนนั้นเป็นระบบไต่สวน ดังนั้น หากพิจารณากระบวนพิจารณาทั้งหมดแล้ว คู่ความมีบทบาทมากกว่าศาลก็จะเรียกว่าเป็นกระบวนพิจารณา “ระบบกล่าวหา” หากศาลมีบทบาทมากกว่าคู่ความก็จะเรียกว่าเป็นกระบวนพิจารณา

---

[2] วรรณชัย บุญบำรุง และ ธนกฤต วรธนัชชากุล, หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (เล่ม 1 และเล่ม 2), สำนักพิมพ์วิญญูชน.

“ระบบไต่สวน” และเนื่องจากกระบวนพิจารณาทั้งหมดจะมีทั้งส่วนที่เป็นบทบาทคู่ความผสมกับบทบาทของศาล กระบวนพิจารณาที่มีแต่บทบาทของคู่ความหรือของศาลไม่มีในระบบวิธีพิจารณาในยุคสมัยใหม่ จึงเป็นกระบวนพิจารณาที่มีลักษณะผสมระหว่างบทบาทศาลและคู่ความเสมอ ที่ถูกต้องจึงต้องเรียกว่ากระบวนพิจารณา “ค่อนไปทางระบบกล่าวหา” หรือ “ค่อนไปทางระบบไต่สวน” นักกฎหมายวิธีพิจารณาความบางท่านก็เสนอว่าควรเปลี่ยนชื่อเป็น “กระบวนพิจารณาที่ริเริ่มโดยคู่ความ” แทนระบบกล่าวหา และ “กระบวนพิจารณาที่ริเริ่มโดยศาล” แทนคำว่า “ระบบไต่สวน” จากหลักการดังกล่าว ในทางปฏิบัติของระบบกล่าวหา คู่ความจะมีบทบาทในการค้นหาข้อเท็จจริง ศาลจะวางตัวนิ่งเฉย (passive role) ส่วนระบบไต่สวน ศาลจะมีบทบาทในการค้นหาข้อเท็จจริง (active role) ส่วนคู่ความมีบทบาทให้ความร่วมมือกับการใช้บทบาทของศาล นอกจากนี้ นักกฎหมายไทยส่วนหนึ่งยังเข้าใจว่าเรื่องผู้ใดกล่าวอ้างผู้นั้นเป็นผู้มีหน้าที่นำสืบตามข้อกล่าวอ้างเป็นส่วนหนึ่งของ “ระบบกล่าวหา” ซึ่งความจริงแล้วเป็นเพียงเรื่อง “ภาระการพิสูจน์” (burden of proof) ซึ่งใช้กันในคดีแพ่งและคดีอาญาของกฎหมายระบบคอมมอนลอว์ ส่วนระบบซีวิลลอว์ก็มีหลักอย่างเดียวกันในคดีแพ่งและคดีอาญา เช่น ฝรั่งเศสเรียกว่า “charge de la preuve” แต่ในคดีปกครอง ภาระการพิสูจน์อาจตกอยู่กับฝ่ายปกครองซึ่งครอบครองข้อเท็จจริงที่เอกชนมาฟ้องคดี เรื่องดังกล่าวไม่ได้เกี่ยวข้องโดยตรงกับระบบกล่าวหาหรือระบบไต่สวนแต่อย่างใด เพราะการที่ศาลเข้ามามีบทบาทในการค้นหาข้อเท็จจริงตามระบบไต่สวนโดยฝ่ายที่กล่าวอ้างไม่สามารถพิสูจน์ได้ก็ตาม แต่หากข้อเท็จจริงที่ศาลรวบรวมมาได้ ไม่ได้เป็นไปตามที่คู่ความฝ่ายใดกล่าวอ้าง ผลเสียก็จะตกอยู่กับคู่ความฝ่ายนั้น จึงเห็นได้ว่าไม่ว่าจะเป็นระบบใด คู่ความฝ่ายที่กล่าวอ้างก็ยังคงมีหน้าที่ต้องนำพยานหลักฐานมาสืบอยู่เหมือนเดิม เพราะหากไม่นำสืบพยานเพื่อสนับสนุนข้อกล่าวอ้างของตนแล้ว ก็มีโอกาสที่จะแพ้คดีได้ ตามระบบกล่าวหาไม่ได้หมายความว่า ศาลจะไม่มีอำนาจที่จะค้นหาข้อเท็จจริงได้ ส่วนตามระบบไต่สวนก็ไม่ได้มีผลว่าคู่ความที่กล่าวอ้างไม่มีหน้าที่นำสืบพยานหลักฐาน

คำว่า “ระบบกล่าวหา” ไม่มีกำหนดไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาความของไทย ต่างจากคำว่า “ระบบไต่สวน” มีกำหนดไว้ชัดเจนในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองและกฎหมายวิธีพิจารณาคดีอาญาบางประเภท และอธิบายความหมายโดยให้ความสำคัญเช่นเดียวกับตำรากฎหมายวิธีพิจารณาความเกือบทั้งหมดของไทยว่า ตามระบบกล่าวหาคู่ความมีหน้าที่นำสืบค้นหาข้อเท็จจริง ศาลจะวางตัวเป็นกลางโดยจะอยู่เฉย ๆ ส่วนระบบไต่สวน ศาลมีหน้าที่ในการค้นหาข้อเท็จจริง และคดีแพ่งซึ่งเป็นระบบกล่าวหาจะกำหนดรายละเอียดของขั้นตอนวิธีพิจารณามากกว่าคดีปกครองที่เป็นระบบไต่สวน

จากการศึกษาตำราคำอธิบายกฎหมายต่างประเทศโดยเฉพาะของระบบซีวิลลอว์และจากการวิเคราะห์ของผู้เขียนพอจะเข้าใจถึงลักษณะของการดำเนินคดีดังกล่าวข้างต้นได้ว่า ตามกฎหมายต่างประเทศเท่าที่ทราบจะไม่ได้มีการกำหนดไว้ชัดเจนว่าใช้ระบบวิธีพิจารณาใด มีปรากฏแต่ในตำราคำอธิบายกฎหมาย ส่วนการที่กฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองของไทยและคดีอาญาบางประเภท เช่น คดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมือง คดีทุจริตและประพฤติมิชอบได้กำหนดให้ใช้ระบบไต่สวน ก็เนื่องมาจากสาเหตุที่ผู้ร่างกฎหมายเกรงว่า ศาล พนักงานอัยการ และทนายความที่เคยชินกับระบบกล่าวหาทั้งคดีแพ่งและคดีอาญาจะไม่ดำเนินคดีตามระบบไต่สวนตามที่ออกแบบไว้

ส่วนการที่นักกฎหมายไทยเข้าใจว่าวิธีพิจารณาในระบบกล่าวหาจะมีขั้นตอนละเอียดและซับซ้อนกว่าระบบไต่สวนที่ไม่ค่อยจะมีรายละเอียดมากนัก ก็เนื่องมาจากการที่วิธีพิจารณาในระบบกล่าวหาที่ใช้กันในประเทศคอมมอนลอว์นั้น จะกำหนดรายละเอียดที่ให้ความสำคัญเกี่ยวกับเรื่องรูปแบบและเทคนิคขั้นตอนทางปฏิบัติในศาล การกำหนดหลักเกณฑ์เรื่องการรับฟังพยานหลักฐาน เรื่องพยานหลักฐานที่ดีที่สุด เรื่องบทตัดพยาน (exclusion rules) หรือพยานที่รับฟังไม่ได้หรือควรรับฟังด้วยความระมัดระวัง เรื่องระบบการซักค้านพยาน (cross-examination) เรื่องการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานหรือมาตรฐานการพิสูจน์ (standard of proof) ที่แตกต่างกันในคดีแพ่งที่ใช้มาตรฐาน

ระดับความน่าเชื่อถือ (preponderance) และมาตรฐานระดับความชัดเจนและน่าเชื่อถือ (clear and convincing) (ศาลยุติธรรมนำมาปรับใช้ในคดีความผิดทางพินัย) และในคดีอาญาที่ใช้มาตรฐานระดับปราศจากข้อสงสัยอันสมควร (beyond a reasonable doubt) เหตุที่วิธีพิจารณาของระบบคอมมอนลอว์มีขั้นตอนมากมายดังกล่าวก็น่าจะมาจากการที่ส่วนหนึ่งเป็นวิวัฒนาการทางประวัติศาสตร์ของการพิจารณาคดีที่เป็นเรื่องการต่อสู้กันของคู่ความ และส่วนหนึ่งมาจากการที่ใช้ระบบลูกขุนในการวินิจฉัยชี้ขาดข้อเท็จจริง จึงจำเป็นต้องกำหนดกรอบและขอบเขตในการพิจารณาอย่างละเอียดและเคร่งครัด ในขณะที่วิธีพิจารณาในระบบซีวิลลอว์ไม่ได้เน้นการต่อสู้กันของคู่ความ แต่เป็นเรื่องที่ศาลจะเป็นผู้ค้นหาความเป็นจริงของคดีโดยมีคู่ความเป็นผู้ช่วยศาล ไม่เปิดโอกาสให้คู่ความชิงไหวพริบกัน ประกอบกับระบบซีวิลลอว์ในคดีแพ่งใช้ผู้พิพากษาอาชีพ ส่วนในคดีอาญาบางประเภทแม้จะใช้ระบบลูกขุนแต่ก็ไม่ได้มีอำนาจเด็ดขาดแต่เพียงผู้เดียว โดยศาลจะเข้ามามีส่วนร่วมด้วย ดังนั้น ตามระบบซีวิลลอว์จึงไม่จำเป็นที่จะต้องกำหนดรายละเอียดในเรื่องพยานหลักฐานโดยละเอียดเหมือนระบบคอมมอนลอว์แต่อย่างใด เพื่อเปิดโอกาสและไม่เป็นการปิดกั้นไม่ให้ข้อเท็จจริงต่าง ๆ มาสู่ศาล การพิจารณาตัดสินคดีก็จะมีความรอบคอบมากขึ้น หรือที่เรียกกันในทางวิชาการว่าเพื่อให้ได้ความจริงตามภาวะวิสัย (objective truth) หรือความจริงที่ควรจะเป็นหรือความจริงที่ใกล้เคียงกับความจริงที่เป็นจริง ส่วนของระบบคอมมอนลอว์จะได้ความจริงตามอัตตวิสัย (subjective truth) หรือความจริงตามที่คู่ความต่อสู้กัน ใครต่อสู้ดีกว่าศาลก็จะตัดสินให้ชนะคดี จึงเห็นได้อย่างชัดเจนว่ากระบวนพิจารณาคดีแพ่งของไทยทั้งคดีแพ่งและคดีอาญาได้รับรูปแบบและหลักเกณฑ์ทางวิธีพิจารณาส่วนใหญ่มาจากระบบคอมมอนลอว์ กล่าวโดยสรุปจะเห็นได้ว่ารายละเอียดที่กำหนดในวิธีพิจารณาจะมีมากหรือน้อยไม่ได้เกี่ยวข้องกับระบบวิธีพิจารณาแต่อย่างใด

2.2 เปรียบเทียบระบบวิธีพิจารณา

สำหรับข้อพิจารณาว่าระบบกล่าวหากับระบบไต่สวน ระบบไหนจะมีประสิทธิภาพมากกว่ากัน การให้คู่ความมีโอกาสแสดงบทบาทในการค้นหาข้อเท็จจริงอย่างเต็มที่ตามระบบกล่าวหา กับการที่ศาลมีบทบาทในการใช้ดุลพินิจในการรับฟังพยานหลักฐานอย่างกว้างขวางและการค้นหาข้อเท็จจริงตามระบบไต่สวนนั้น ผู้เขียนมีความเห็นว่าทั้งสองระบบต่างมีข้อดีและข้อเสีย โดยมีปัจจัยที่ต้องนำมาพิจารณา คือ เรื่องลักษณะคดี ลักษณะคู่ความ และลักษณะศาล รวมทั้งจุดประสงค์และนิตินโยบายของคดีแต่ละประเภท นอกจากนี้ ยังต้องคำนึงเรื่องบริบทของสังคมและเศรษฐกิจด้วย กล่าวคือ สังคมที่ยังมีความเหลื่อมล้ำสูง คู่ความที่มีสถานะทางเศรษฐกิจดีกว่าย่อมจะได้เปรียบในการจ้างทนายความที่มีความเชี่ยวชาญกว่า ระบบไต่สวนก็จะช่วยให้การต่อสู้คดีของคู่ความไม่เกิดการได้เปรียบเสียเปรียบกันมากเกินไปเหมือนกับระบบกล่าวหา นอกจากนี้ เราไม่ควรไปยึดติดแต่เพียงรูปแบบการสืบพยานที่ระบบคอมมอนลอว์ใช้ระบบซักค้านโดยทนายความของคู่ความ ส่วนศาลเป็นเพียงผู้รับฟังและชั่งน้ำหนักพยานหลักฐาน หรือรูปแบบการสืบพยานที่ระบบซีวิลลอว์ใช้วิธีการรวบรวมข้อเท็จจริงโดยศาล ส่วนทนายความของคู่ความเป็นเพียงผู้ช่วยศาลหรือให้ความร่วมมือกับศาลในการรวบรวมข้อเท็จจริง เนื่องจากรูปแบบดังกล่าวเป็นเพียงวิธีการที่นักกฎหมายของทั้งสองระบบเห็นว่าเป็นวิธีที่จะให้ได้ข้อเท็จจริงที่ดีที่สุดและมีวิวัฒนาการจนกลายเป็นประเพณีทางปฏิบัติ รูปแบบแรกจะเป็นปัจจัยที่จะช่วยให้คู่ความมีโอกาสแสดงบทบาทได้เต็มที่ ในขณะที่รูปแบบที่สองจะช่วยให้ศาลแสดงบทบาทได้เต็มที่เช่นกัน ความจริงแล้วเราสามารถนำทั้งสองระบบมาใช้ร่วมกันได้ไม่ว่าจะใช้รูปแบบการสืบพยานรูปแบบใด กล่าวคือ ทั้งคู่ความและศาลควรมีบทบาทร่วมกันที่จะค้นหาและรวบรวมข้อเท็จจริงเพื่อให้ศาลมีโอกาสได้รับฟังข้อเท็จจริงรอบด้าน ไม่ควรมีการกำหนดเรื่องพยานหลักฐานที่รับฟังได้ ควรให้ศาลสามารถรับฟังพยานหลักฐานได้อย่างกว้างขวาง และศาลไม่ควรใช้ดุลพินิจมากเกินไปในการไม่เปิดโอกาสให้คู่ความนำพยานหลักฐานมาสืบซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของหลักฟังความสองฝ่าย นอกจากรูปแบบการสืบพยานดังกล่าวแล้ว ในระบบคอมมอนลอว์ยังมีขั้นตอน “กระบวนพิจารณาก่อนการสืบพยาน” (pre-trial) ซึ่งมีการใช้มาตรการค้นหาข้อเท็จจริงของคู่ความเรียกว่า “discovery” ซึ่งไทยเคยนำมาใช้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง

ในชั้นชี้สองสถาน โดยเปลี่ยนเป็นให้ศาลเป็นผู้ควบคุมการใช้มาตรการดังกล่าวอันถือได้ว่าเป็นบทบาทที่สำคัญตามระบบไต่สวนเมื่อ ปี พ.ศ. 2533 แต่ไม่ประสบความสำเร็จจนถูกยกเลิกไป และปัจจุบันนำมากำหนดไว้ในการดำเนินคดีแบบกลุ่ม และนำมาใช้ในทางปฏิบัติในชั้นที่เรียกว่า “การนัดพร้อม” โดยผู้เขียนขอสรุปความเห็นว่า ระบบกล่าวหาจะมีประสิทธิภาพดีได้ต่อเมื่อทนายความของคู่ความมีความรู้ความเชี่ยวชาญที่ได้มาตรฐานและเตรียมคดีเป็นอย่างดี ส่วนระบบไต่สวนนั้นจะใช้ได้ผลดีต่อเมื่อศาลมีความรู้ความเชี่ยวชาญและมีการเตรียมคดีเป็นอย่างดีเช่นเดียวกัน

2.3 อนุญาโตตุลาการใช้ระบบวิธีพิจารณาใด

เนื่องจากลักษณะข้อพิพาทที่ใช้อนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาทในยุคสมัยปัจจุบันเป็นเรื่องความสัมพันธ์ทางการค้าของพ่อค้าพาณิชย์ซึ่งเป็นเรื่องผลประโยชน์ของเอกชน โดยมีกฎเกณฑ์ทางวิธีพิจารณาที่มีลักษณะยืดหยุ่นไม่เคร่งครัด เนื่องจากขึ้นอยู่กับความต้องการของพ่อค้าที่จะเลือกวิธีการระงับข้อพิพาทที่คู่พิพาทมีความเห็นร่วมกันว่าเหมาะสมกับข้อพิพาทของตน ต่างกับกฎเกณฑ์ทางวิธีพิจารณาในศาลคดีแพ่งที่มีลักษณะบังคับและเคร่งครัดกว่าเนื่องจากเป็นการใช้อำนาจของรัฐตามหลักกฎหมายมหาชนซึ่งจำเป็นต้องกำหนดวิธีพิจารณาที่รัฐเห็นว่าจะสร้างความเป็นธรรมแก่คู่ความได้อย่างเท่าเทียมกัน จึงเป็นประโยชน์กับคู่ความ ป้องกันไม่ให้คู่ความดำเนินกระบวนพิจารณาโดยไม่สุจริต ทำให้เกิดการได้เปรียบเสียเปรียบกัน และป้องกันไม่ให้ศาลใช้ดุลพินิจมากเกินไปหรือใช้อำนาจตามอำเภอใจโดยไม่มีกรอบขอบเขตในการใช้อำนาจ กฎหมายวิธีพิจารณาความจึงมี “ลักษณะบังคับ” ทั้งคู่ความและศาลจึงถูกบังคับให้ต้องปฏิบัติตาม แต่จากลักษณะเคร่งครัดดังกล่าว ก็ส่งผลทำให้กระบวนพิจารณาไม่ยืดหยุ่นไม่สามารถปรับเข้ากับลักษณะข้อพิพาทแต่ละเรื่องได้และอาจเป็นอุปสรรคต่อคู่พิพาทในการต่อสู้คดีหรือแม้กระทั่งทำให้มีผลแพ้ชนะคดีหรือทำให้เสียเปรียบทางคดีหากมีการดำเนินกระบวนพิจารณาไม่ถูกต้องได้ ซึ่งในประเด็นนี้จึงเป็นข้อดีของกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการ

จากปัจจัยดังกล่าว คู่พิพาทจึงมีบทบาทมากในการดำเนินกระบวนพิจารณาเสียยิ่งกว่าการดำเนินกระบวนพิจารณาในศาลคดีแพ่ง อันเป็นไปตามหลักกฎหมายทั่วไปคือ “หลักเสรีภาพของคู่พิพาท” (freedom of the parties) หรือ “หลักความอิสระของคู่พิพาท” (party autonomy) อันเป็นหลักเดียวกันกับ “หลักความประสงค์ของคู่ความ” (the principle of disposition system) ในการดำเนินกระบวนพิจารณาในศาล หลักดังกล่าวจะมีผลทำให้ระบบวิธีพิจารณาเป็น “ระบบกล่าวหา” และคู่พิพาทมีโอกาสเต็มที่ในการต่อสู้ตามข้อพิพาทซึ่งเป็นไปตาม “หลักฟังความสองฝ่าย” (audi alteram partem หรือ audiatur et altera pars) ซึ่งปัจจัยหรือเหตุผลที่มีผลทำให้ข้อพิพาททางแพ่งเป็นหรือเหมาะสมที่จะใช้ระบบกล่าวหา และการเปรียบเทียบความแตกต่างระหว่างระบบกล่าวหาของศาลคอมมอนลอว์ ศาลซีวิลลอว์ และศาลไทย ผู้เขียนได้อธิบายไว้ในหนังสือดังกล่าวข้างต้น ตามหลักการดังกล่าว คู่พิพาทสามารถตกลงกันได้ตั้งแต่เรื่องการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ สถานที่ในการดำเนินการทางอนุญาโตตุลาการ ภาษาที่ใช้ในการดำเนินกระบวนพิจารณา ระยะเวลาในขั้นตอนการเริ่มต้นการพิจารณา (ข้อเรียกร้องและคำคัดค้าน) การสืบพยานด้วยวาจาหรือเป็นหนังสือ การแต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ กฎหมายที่จะใช้บังคับกับข้อพิพาท หรือแม้กระทั่งให้อนุญาโตตุลาการชี้ขาดข้อพิพาทโดยใช้หลักแห่งความสุจริตและเป็นธรรม ไม่ต้องใช้กฎหมาย เป็นการให้อนุญาโตตุลาการทำหน้าที่เสมือนเป็น “ผู้ชี้ขาดข้อพิพาทตามความเป็นธรรม” (amiable compositeur) โดยมีคำชี้ขาดที่เรียกว่า “decision ex aequo et bono” เป็นการชี้ขาดตามหลักความยุติธรรม (equity หรือ fairness) ไม่ใช่เป็นผู้ชี้ขาดแต่ตามข้อกฎหมายอย่างเคร่งครัด บทบาทของประธานคณะอนุญาโตตุลาการและคณะอนุญาโตตุลาการในการเป็นผู้ชี้ขาดของคำชี้ขาด คำสั่ง และคำวินิจฉัยในเรื่องใด ๆ ของคณะอนุญาโตตุลาการ การประนีประนอมยอมความกัน การยุติกระบวนพิจารณา โดยจะสังเกตุได้จากการที่บทบัญญัติในพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ส่วนใหญ่จะขึ้นต้นด้วยถ้อยคำว่า “ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันไว้เป็นอย่างอื่น” หรือ “คู่พิพาทอาจตกลงกัน” กล่าวโดยสรุป อาจกล่าวได้ว่าระบบวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการจะเป็นระบบกล่าวหามากกว่าหรือเข้มข้นกว่าระบบวิธีพิจารณาของศาลคดีแพ่ง

อย่างไรก็ตาม อนุญาโตตุลาการอาจใช้ระบบวิธีพิจารณาที่ตรงกันข้ามกับระบบกล่าวหาโดยเฉพาะในส่วนที่เป็น “ระบบการค้นหาข้อเท็จจริง” ซึ่งเป็นส่วนที่สำคัญที่สุดของระบบวิธีพิจารณา คือ “ระบบไต่สวน” ได้ ในกรณีที่คู่พิพาทไม่ได้ตกลงกันในเรื่องรูปแบบหรือขั้นตอนต่าง ๆ ในวิธีพิจารณา หรือตกลงให้รูปแบบและขั้นตอนวิธีพิจารณาเป็นไปตามที่สถาบันอนุญาโตตุลาการที่คู่พิพาทไปใช้บริการเป็นผู้กำหนด ซึ่งตามบทบัญญัติของพระราชบัญญัติและข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมดังกล่าวจะกำหนดให้อนุญาโตตุลาการมีบทบาทในขั้นตอนวิธีพิจารณาต่าง ๆ ตามที่เห็นสมควร โดยคำนึงถึง “หลักแห่งความยุติธรรม” (the principles of fairness) บทบาทของอนุญาโตตุลาการจึงมีลักษณะทำนองเดียวกับบทบาทศาลในระบบไต่สวนที่ใช้กันอยู่ในประเทศซีวิลลอว์รวมทั้งคดีปกครองและคดีแพ่งและคดีอาญาบางประเภทของไทย และในส่วนที่เป็นกฎเกณฑ์และขั้นตอนวิธีพิจารณาโดยเฉพาะในส่วนของการนำพยานหลักฐานมาพิสูจน์ยังมีลักษณะที่ยืดหยุ่นไม่เคร่งครัดเพื่อให้คู่พิพาทมีโอกาสเต็มที่ในการเสนอข้อเท็จจริงตามหลักฟังความสองฝ่ายและเพื่อให้อนุญาโตตุลาการสามารถมีคำชี้ขาดตามหลักแห่งความยุติธรรมซึ่งเป็นหลักสำคัญของอนุญาโตตุลาการ ลักษณะดังกล่าวจึงสอดคล้องกับวิธีพิจารณาระบบไต่สวนเช่นเดียวกัน

ผู้เขียนขอนำบทบัญญัติของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 รวมทั้งข้อบังคับสำนักงานศาลยุติธรรมว่าด้วยอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ (ประกาศในราชกิจจานุเบกษาเมื่อปี พ.ศ. 2560) รวมทั้งประสบการณ์ทางปฏิบัติที่ผู้เขียนเป็นอนุญาโตตุลาการ มาทำการวิเคราะห์และอธิบายตามหลักวิชาการ โดยบทบัญญัติสำคัญที่แสดงให้เห็นถึงระบบวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการ คือ มาตรา 25 วรรคสอง ที่บัญญัติว่า “ในกรณีที่คู่พิพาทมิได้ตกลงกันหรือกฎหมายนี้มิได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ให้คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจดำเนินกระบวนพิจารณาใด ๆ ได้ตามที่เห็นสมควร อำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการนี้ ให้รวมถึงอำนาจวินิจฉัยในเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานและการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานทั้งปวงด้วย” มาตรา 25 วรรคสาม ยังบัญญัติอีกด้วยว่า “เพื่อประโยชน์แห่งหมวดนี้ คณะอนุญาโตตุลาการอาจนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าด้วยพยานหลักฐานมาใช้โดยอนุโลม” มาตรา 30 วรรคหนึ่ง “...คณะอนุญาโตตุลาการเป็นผู้กำหนดว่า... จะดำเนินกระบวนพิจารณาโดยรับฟังเพียงเอกสารหรือพยานหลักฐานอื่นใดก็ได้” มาตรา 32 (1) “...คณะอนุญาโตตุลาการอาจดำเนินการ... (1) แต่งตั้งผู้เชี่ยวชาญ... เพื่อให้ทำความเห็น...” มาตรา 33 วรรคหนึ่ง “คณะอนุญาโตตุลาการ...อาจยื่นคำร้องต่อศาล... ให้ออกหมายเรียกพยานหรือมีคำสั่งให้ส่งเอกสารหรือวัตถุใดก็ได้” ส่วนข้อบังคับฯ ได้กำหนดไว้ในข้อ 28 วรรคหนึ่ง ว่า “คณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจดำเนินกระบวนพิจารณาใด ๆ ตามที่เห็นสมควร โดยคำนึงถึงหลักแห่งความยุติธรรม...” จากบทบัญญัติดังกล่าว ผู้เขียนเห็นว่า คู่พิพาทสามารถตกลงกันหรือคณะอนุญาโตตุลาการมีอำนาจหากคู่พิพาทไม่ได้ตกลงกัน ในการกำหนดบทบาทคณะอนุญาโตตุลาการและบทบาทของคู่พิพาทโดยเฉพาะในส่วนของระบบการค้นหาข้อเท็จจริงได้ว่า จะดำเนินกระบวนพิจารณาในระบบกล่าวหาหรือระบบไต่สวน ไม่ว่าข้อพิพาทนั้นจะเป็นเรื่อง “สัญญาทางแพ่งหรือพาณิชย์” หรือ “สัญญาทางปกครอง” และจะเลือกใช้รูปแบบการสืบพยานตาม “ระบบการซักค้าน” (cross-examination) ซึ่งเป็นบทบาทของคู่พิพาท (ทนายความ) เหมือนที่ใช้กันในศาลคดีแพ่ง หรือ รูปแบบ “การรวบรวมข้อเท็จจริง” ซึ่งเป็นบทบาทของอนุญาโตตุลาการเหมือนที่ใช้กันในศาลปกครองก็ได้ (เนื่องจากกฎหมายไม่ได้กำหนดรูปแบบการสืบพยานเอาไว้) หรือแม้กระทั่งการนำกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองในเรื่องการค้นหาข้อเท็จจริงมาใช้โดยอนุโลมก็ได้ เนื่องจากมาตรา 25 วรรคสาม กำหนดเพียงเป็นอำนาจของอนุญาโตตุลาการที่จะนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลมเท่านั้น ไม่ได้มีลักษณะบังคับ และไม่ได้มีผลว่าเป็นการตัดอำนาจอนุญาโตตุลาการที่จะไม่สามารถนำกฎหมายวิธีพิจารณาความอื่นมาใช้บังคับโดยอนุโลมด้วยแต่อย่างใด

กรอบขอบเขตของระบบวิธีพิจารณาของอนุญาโตตุลาการจึงอาจเปลี่ยนแปลงไปมาระหว่าง “ระบบกล่าวหา” ตาม “หลักความอิสระของคู่พิพาท” หรือ “ระบบไต่สวน” ตามดุลพินิจที่เห็นสมควรของอนุญาโตตุลาการโดยคำนึงถึง

“หลักความยุติธรรม” และอาจเป็นระบบผสมที่รวมระบบทั้งสองเข้าด้วยกัน โดยในทางตำราคำอธิบายอนุญาโตตุลาการของต่างประเทศมีข้อแนะนำและข้อกำหนดของสถาบันอนุญาโตตุลาการ เช่น American Arbitration Association (AAA) ก็ได้กำหนดว่า ก่อนเริ่มต้นกระบวนพิจารณาหลังจากขั้นตอนเริ่มต้นการพิจารณาที่คู่พิพาทได้เสนอข้อพิพาทแล้ว คณะอนุญาโตตุลาการควรกำหนดวันนัดพิจารณาครั้งแรกเพื่อร่วมกันกำหนดรูปแบบและขอบเขตของวิธีพิจารณาและวางแผนการดำเนินกระบวนพิจารณากัน (preparatory meetings หรือ preliminary hearing) อันเป็นขั้นตอนการดำเนินกระบวนพิจารณาก่อนการสืบพยาน (pre-trial) เหมือนกับขั้นตอน “การนัดพร้อม” ที่ปฏิบัติกันในศาลยุติธรรม ขั้นตอนดังกล่าวไม่มีกำหนดไว้ตามพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการฯ และข้อบังคับดังกล่าวแต่อย่างใด

ขั้นตอนของการดำเนินกระบวนพิจารณาที่เป็นประเด็นสำคัญที่ต้องพิจารณา คือ ขั้นตอนการซักถามพยาน (hearing of witnesses) โดยกฎหมายแม่แบบของ UNCITRAL กำหนดเพียงว่า คณะอนุญาโตตุลาการมีดุลพินิจที่จะกำหนดรูปแบบวิธีการสืบพยานตามที่เห็นสมควร สถาบันอนุญาโตตุลาการระหว่างประเทศบางสถาบันพยายามที่จะผสมหรือประนีประนอม (compromise) รูปแบบของระบบกล่าวหาที่ใช้กันในประเทศคอมมอนลอว์ที่อนุญาโตตุลาการมีบทบาทเชิงรุก (active role) น้อยกว่าคู่พิพาทที่จะนำเสนอและซักถามพยาน กับรูปแบบของระบบไต่สวนที่ใช้กันในประเทศซีวิลลอว์ที่อนุญาโตตุลาการเป็นผู้รับผิดชอบในการซักถามพยาน กล่าวคือ ในการซักถามพยานจะเริ่มต้นโดยอนุญาโตตุลาการ จากนั้นคู่พิพาทจะเป็นผู้ซักถามโดยใช้ “ระบบการซักค้าน” (cross-examination) แต่บางสถาบันก็ไม่ได้กำหนดไว้ ปล่อยให้เป็นดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการ ส่วนมาตรา 25 วรรคสอง กำหนดแต่เพียงเรื่องการรับฟังพยานหลักฐานและการชั่งน้ำหนักพยานหลักฐานเท่านั้น ซึ่งไม่รวมถึงการซักถามพยาน ซึ่งตามหลักความยุติธรรมที่ให้อนุญาโตตุลาการมีดุลพินิจตามที่เห็นสมควร ผู้เขียนจึงเห็นว่าอนุญาโตตุลาการสามารถที่จะกำหนดรูปแบบวิธีการซักถามพยานได้ตามที่เห็นสมควร

ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่า ในเรื่องบทบาทของอนุญาโตตุลาการในการเรียกพยานหลักฐานมาสืบเองซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของระบบการค้นหาข้อเท็จจริงนั้น ทั้งหลักเกณฑ์อนุญาโตตุลาการของต่างประเทศและของไทยไม่ได้กำหนดไว้ชัดเจนในเรื่องนี้ ซึ่งเป็นบทบาทของศาลคดีแพ่งในระบบไต่สวนของประเทศซีวิลลอว์ แต่ศาลจะใช้บทบาทเท่าที่จำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม แตกต่างจากคดีปกครองที่ศาลมีบทบาทอย่างเต็มที่ เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งของไทยในเรื่องพยานหลักฐานซึ่งผู้เขียนเห็นว่า มีลักษณะผสมระหว่างระบบกล่าวหาของประเทศคอมมอนลอว์และระบบไต่สวนของประเทศซีวิลลอว์ ในส่วนการซักถามพยาน ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง มาตรา 116 (1) มาตรา 117 วรรคหนึ่ง มาตรา 119 ได้กำหนดบทบาทศาลที่สามารถที่จะซักถามพยานเองอย่างกว้างขวาง โดยจะเริ่มต้นก่อนทนายความของคู่ความ ในระหว่างหรือภายหลังการถามพยานของทนายความ และไม่ต้องห้ามที่จะใช้คำถามนำ ในส่วนที่ศาลจะเรียกพยานหลักฐานมาสืบเอง มาตรา 86 วรรคสาม ก็ยังกำหนดให้เป็นอำนาจศาลในกรณีที่เห็นว่าเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมเป็นการจำเป็น จากบทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นอย่างชัดเจนว่า เป็นระบบไต่สวนที่ใช้กันในศาลระบบซีวิลลอว์ แต่เนื่องจากศาลไทยได้รับอิทธิพลจากศาลระบบคอมมอนลอว์ที่เน้นบทบาทเชิงรับ (passive role) และการวางตัวเป็นกลางอย่างเคร่งครัดมาตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ 5 ตลอดจนประมวลจริยธรรมข้าราชการตุลาการ ข้อ 9 ก็ยังสำทับอีกว่า การนำพยานหลักฐานเข้าสืบและการซักถามพยานควรเป็นหน้าที่ของคู่ความและทนายความ ผู้พิพากษาพึงเรียกพยานหลักฐานหรือซักถามพยานด้วยตนเองก็ต่อเมื่อจำเป็นเพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรม หรือมีกฎหมายบัญญัติไว้ให้ศาลเป็นผู้กระทำเอง ในทางปฏิบัติศาลคดีแพ่งของไทยจึงไม่ได้ใช้บทบาทดังกล่าวแต่อย่างใด

สำหรับในทางปฏิบัติที่ผู้เขียนเคยเป็นอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางแพ่งและพาณิชย์นั้น การดำเนินกระบวนพิจารณาโดยเฉพาะในขั้นตอนการสืบพยานจะใช้ระบบกล่าวหาและใช้รูปแบบตามระบบการซักค้านเหมือนกับในศาลคดีแพ่ง

ส่วนคณะอนุญาโตตุลาการแทบจะไม่มีบทบาทในการค้นหาข้อเท็จจริงแต่อย่างใด โดยวางบทบาทนิ่งเฉยไม่มีบทบาทเชิงรุกเหมือนกับบทบาทศาลในคดีแพ่ง โดยผู้เขียนเข้าใจว่า เป็นเพราะความถนัดและเคยชินของคณะอนุญาโตตุลาการและทนายความของคู่พิพาท รวมทั้งเจ้าหน้าที่ของสถาบันที่อยู่ในสังกัดสำนักงานศาลยุติธรรม จึงนำวิธีการดำเนินคดีในศาลยุติธรรมมาใช้เป็นหลัก อีกทั้งมาตรา 25 วรรคสาม ยังกำหนดในลักษณะเป็นการชี้นำให้อาจนำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม และตามประมวลจริยธรรมอนุญาโตตุลาการ สถาบันอนุญาโตตุลาการ ข้อ 31 ได้กำหนดไว้ทำนองเดียวกับประมวลจริยธรรมของข้าราชการตุลาการ ข้อ 9 อีกด้วย

3. การควบคุมการใช้อำนาจอนุญาโตตุลาการโดยศาล (judicial control หรือ judicial review) (การตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ)

ตามหลักนิติธรรม รัฐจำเป็นต้องกำหนดกลไกในการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยให้ศาลเป็นองค์กรที่ควบคุมตรวจสอบ การใช้อำนาจตุลาการที่รัฐมอบให้อนุญาโตตุลาการไปดำเนินการ

อำนาจตุลาการของอนุญาโตตุลาการที่รัฐมอบให้นอกจากรัฐจะสงวนอำนาจบางส่วนเอาไว้ตามที่ได้กล่าวไว้ตอนต้นแล้ว ในส่วนที่มอบอำนาจให้ก็ไม่ได้เป็นการมอบอำนาจอย่างเด็ดขาด รัฐยังสงวนการควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจเอาไว้ด้วยเพื่อคุ้มครองสิทธิขั้นพื้นฐานของวิธีพิจารณา โดยเฉพาะอำนาจที่ไม่ใช่เรื่องการวินิจฉัยข้อเท็จจริงและการบังคับใช้กฎหมายกับคดีตามที่ได้กล่าวข้างต้น ซึ่งเป็นอำนาจผูกขาดเด็ดขาดหรือเป็นเรื่องดุลพินิจของอนุญาโตตุลาการ กฎหมายจึงกำหนดให้ศาลไม่มีอำนาจที่จะทบทวนผลของคำวินิจฉัยชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการเหมือนกับการที่ศาลสูงทบทวนคำพิพากษาของศาลล่างได้ เพราะหากเป็นเช่นนั้นจะไม่เป็นไปตามเจตนารมณ์ที่รัฐจะให้อนุญาโตตุลาการเป็นกระบวนการยุติธรรมทางเลือก เป็นการเสียเปล่าและเสียเวลาและค่าใช้จ่ายโดยสิ้นเชิง และศาลเองก็อาจไม่มีความรู้ความสามารถเทียบเท่าอนุญาโตตุลาการโดยเฉพาะกรณีที่มีการนำกฎหมายต่างประเทศหรือธรรมเนียมปฏิบัติทางการค้ามาบังคับใช้ ต่างกับศาลสูงควบคุมตรวจสอบการใช้อำนาจของศาลล่างในการอุทธรณ์ฎีกา

การควบคุมตรวจสอบเป็นเรื่องการตรวจสอบกระบวนการใช้อำนาจตุลาการของอนุญาโตตุลาการที่รัฐมอบให้นั้นถูกต้องและชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ กล่าวคือ เป็นการตรวจสอบในการใช้อำนาจของอนุญาโตตุลาการที่เป็นส่วนของกฎหมายวิธีสบัญญัติ เช่น การแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ การดำเนินกระบวนพิจารณา ไม่ได้มีอำนาจเข้าไปตรวจสอบในเนื้อหาสาระของข้อพิพาทที่เป็นส่วนของปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย นอกเสียจากว่าในส่วนของเนื้อหาสาระของข้อพิพาทที่อนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดนั้นเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน และอาจแยกพิจารณาได้สองส่วน คือ การควบคุมตรวจสอบในระหว่างการพิจารณา และการควบคุมตรวจสอบภายหลังอนุญาโตตุลาการมีคำวินิจฉัยชี้ขาดคดี ในส่วนแรก เช่น เรื่องการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ในส่วนที่สอง ปรากฏว่ามีปัญหาในการบังคับใช้ในไทยมาก โดยเฉพาะกรณีที่มีการคัดค้านคำชี้ขาดอนุญาโตตุลาการว่าขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนหรือไม่

4. อนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง

การที่หน่วยงานของรัฐได้ทำสัญญาทางปกครองและกำหนดให้ใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการในการระงับข้อพิพาท พบว่า มีหลายกรณีที่คณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดให้หน่วยงานของรัฐแพ้คดีและต้องชดใช้ค่าเสียหายเป็นจำนวนมาก แต่เมื่อมีการคัดค้านคำชี้ขาดดังกล่าวและศาลมีคำพิพากษาว่าสัญญามิได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายบัญญัติไว้หรือสัญญาเกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การบังคับตามคำชี้ขาดจึงเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ศาลต้องปฏิเสธไม่ยอมรับหรือบังคับตามคำชี้ขาดนั้น

จากสถานการณ์ดังกล่าว กระทรวงยุติธรรมได้เคยเสนอแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา 15 แห่งพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ต่อคณะรัฐมนตรีเมื่อปี พ.ศ. 2552 เพื่อกำหนดข้อห้ามในการใช้วิธีการอนุญาโตตุลาการเพื่อระงับข้อพิพาทจากสัญญาระหว่างหน่วยงานของรัฐกับเอกชน แต่ในที่สุดไม่ได้มีการแก้ไข โดยสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้นำความเห็นของหน่วยงานต่าง ๆ ความเห็นทางวิชาการและนักวิชาการ คำพิพากษาของศาลยุติธรรมและศาลปกครอง กฎหมายระหว่างประเทศและต่างประเทศ มาวิเคราะห์และทำความเห็น (เรื่องเสร็จที่ 398/2553) เสนอคณะรัฐมนตรี (ซึ่งผู้เขียนมีส่วนร่วมในการทำความเห็นดังกล่าว) โดยผู้เขียนขอสรุปเฉพาะในประเด็นของสัญญาทางปกครอง ดังนี้

(1) ข้อดีและข้อเสียของการยกเลิกระบบอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง

<u>ข้อดี</u>

(ก) ศาลปกครองเชี่ยวชาญหลักกฎหมายปกครอง ต่างจากอนุญาโตตุลาการที่ส่วนใหญ่เชี่ยวชาญด้านกฎหมายเอกชน จึงช่วยรักษาประโยชน์ของรัฐและสาธารณะได้ดีกว่า

(ข) การพิจารณาของศาลปกครองใช้ระบบไต่สวน ทำให้สามารถตรวจพบข้อเท็จจริงในกรณีที่เจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการทำสัญญาทางปกครองทุจริตหรือประพฤติมิชอบหรือมีการขัดกันแห่งผลประโยชน์ได้ดีกว่าอนุญาโตตุลาการซึ่งใช้ระบบกล่าวหา นอกจากนี้ บุคคลเหล่านี้อาจเข้าไปมีอำนาจในการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการหรือได้รับแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการ

<u>ข้อเสีย</u>

(ก) ในกรณีที่ข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองมีทุนทรัพย์ที่พิพาทเพียงเล็กน้อย การดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางศาลต้องใช้ระยะเวลานานกว่าอนุญาโตตุลาการซึ่งมีวิธีพิจารณาที่ยืดหยุ่นและรวดเร็วกว่า

(ข) ผู้ลงทุนจากต่างประเทศขาดความเชื่อมั่นระบบกฎหมายภายใน วิธีการระงับข้อพิพาท และกระบวนการยุติธรรมของไทย จึงอาจไม่เข้ามาลงทุนหรือเลือกใช้วิธีการระงับข้อพิพาทตามความตกลงระหว่างประเทศ

(ค) กระทบต่อเจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติอนุญาโตตุลาการ พ.ศ. 2545 ที่ประสงค์จะพัฒนาระบบอนุญาโตตุลาการให้ทัดเทียมกับต่างประเทศและลดปริมาณคดีขึ้นสู่ศาล

(2) ปัญหาการใช้วิธีอนุญาโตตุลาการ

(ก) ปัญหาการจัดทำสัญญาที่เสียเปรียบเอกชน

แม้ว่าตามหลักสัญญาทางปกครอง หน่วยงานของรัฐสามารถกำหนดรายละเอียดที่หน่วยงานของรัฐได้เปรียบเอกชนก็ตาม แต่เนื่องมาจากเจ้าหน้าที่ไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทั้งในด้านกฎหมายและเนื้อหาสาระ รวมทั้งด้านเทคนิคการเขียนสัญญา พนักงานอัยการซึ่งตรวจสัญญาก็ไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในรายละเอียดของสัญญาที่เป็นเรื่องเทคนิคเฉพาะสามารถตรวจเฉพาะในกรอบว่าขัดต่อกฎหมายหรือไม่ นอกจากนี้ เจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องกับการทำสัญญาในบางครั้งก็มีพฤติการณ์ฉ้อฉลเอื้อประโยชน์แก่เอกชน

(ข) ปัญหาการบริหารสัญญา

หน่วยงานของรัฐมักจะปฏิบัติผิดเงื่อนไขสัญญาหรือปฏิบัติล่าช้า โดยอาจมาจากหลายสาเหตุ เช่น การแก้ไขเปลี่ยนแปลงงาน การส่งมอบพื้นที่ก่อสร้างล่าช้า การออกแบบผิด การอนุมัติล่าช้า การประสานระหว่างหน่วยงาน

(ค) ปัญหาการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ

อนุญาโตตุลาการซึ่งได้รับการแต่งตั้งมีแต่ความรู้ความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายเอกชน ไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายปกครอง จึงไม่สามารถชี้ขาดข้อพิพาทได้ถูกต้องตามหลักกฎหมายปกครอง

กล่าวโดยสรุป สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจึงเห็นว่า ปัญหาไม่ได้เกิดจากลักษณะของระบบอนุญาโตตุลาการซึ่งมีประสิทธิภาพและเหมาะสมกว่าการดำเนินคดีโดยศาล จึงไม่จำเป็นต้องแก้ไขกฎหมายอนุญาโตตุลาการตามที่กระทรวงยุติธรรมเสนอ แต่ควรแก้ไขที่สาเหตุที่ทำให้เกิดปัญหาตามที่ได้กล่าวไว้ และในส่วนของการแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการ ควรกำหนดคุณสมบัติเฉพาะของผู้ทำหน้าที่อนุญาโตตุลาการไว้ในสัญญาอนุญาโตตุลาการ หรือแต่งตั้งบุคคลที่มีประสบการณ์ในการพิจารณาคดีปกครอง หรือพิจารณาให้ความเห็นเกี่ยวกับการปฏิบัติราชการทางปกครอง หรือทำการสอนวิชากฎหมายมหาชนในสถาบันอุดมศึกษาเป็นอนุญาโตตุลาการ

5. ระบบวิธีพิจารณาอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครอง

ในบทความนี้ ผู้เขียนมีความเห็นเพิ่มเติมจากความเห็นของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาในส่วนของการดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการในข้อพิพาทตามสัญญาทางปกครอง โดยเห็นว่า นอกจากหน่วยงานของรัฐควรแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายปกครองตามความเห็นของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาข้างต้นแล้ว การดำเนินกระบวนพิจารณาในระบบไต่สวน จะช่วยให้การชี้ขาดข้อพิพาทของอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครองมีมาตรฐานเดียวกันหรือใกล้เคียงกับการดำเนินคดีในศาลปกครอง เพราะคุณสมบัติของตุลาการศาลปกครองที่มีความรู้ทางด้านกฎหมายปกครองและระบบวิธีพิจารณาตามระบบไต่สวนได้ถูกออกแบบและพัฒนามาให้เหมาะสมกับข้อพิพาทลักษณะนี้ การใช้ระบบกล่าวหาและรูปแบบการสืบพยานแบบคดีแพ่งน่าจะทำให้เกิดผลเสียกับประโยชน์ของรัฐได้ โดยผู้เขียนขอตั้งเป็นข้อสมมุติฐานว่า การที่หน่วยงานของรัฐมักจะถูกคณะอนุญาโตตุลาการมีคำชี้ขาดให้แพ้คดี แต่เมื่อมีการคัดค้านคำชี้ขาดต่อศาลปกครองเพื่อควบคุมตรวจสอบ ศาลปกครองซึ่งใช้ระบบไต่สวนมักจะเพิกถอนคำชี้ขาดนั้น

ดังนั้น ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะว่า หน่วยงานของรัฐควรกำหนดไว้ให้ชัดเจนในสัญญาทางปกครองว่า คู่พิพาทต้องแต่งตั้งอนุญาโตตุลาการที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายปกครอง และการดำเนินกระบวนพิจารณาให้ใช้ระบบไต่สวน โดยอาจกำหนดรายละเอียดของขั้นตอนการพิจารณาต่าง ๆ ของระบบไต่สวนให้ชัดเจน นอกจากนี้สถาบันอนุญาโตตุลาการของไทยควรออกข้อบังคับกำหนดรูปแบบวิธีพิจารณาในระบบไต่สวนสำหรับกรณีที่เป็นข้อพิพาทในสัญญาทางปกครองและคู่พิพาทไม่ได้กำหนดรายละเอียดของขั้นตอนวิธีพิจารณาของระบบไต่สวนเอาไว้ เพื่อป้องกันปัญหาที่ในการสัมมนาได้ตั้งประเด็นว่า การดำเนินกระบวนพิจารณาอนุญาโตตุลาการใช้ระบบกล่าวหา แต่เมื่อมีการบังคับตามคำชี้ขาดหรือการคัดค้านคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการต่อศาลปกครอง การพิจารณากลับใช้ระบบไต่สวน อย่างไรก็ตาม การกำหนดหลักเกณฑ์ของระบบไต่สวนแต่เพียงอย่างเดียว ผู้เขียนยังเห็นว่า ไม่น่าจะช่วยให้สามารถมีการปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังกล่าวได้ ดังจะเห็นได้จากการที่บทบัญญัติที่เป็นระบบไต่สวน (กำหนดบทบาทศาลในการค้นหาข้อเท็จจริง) ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความที่ใช้กับการดำเนินคดีในศาลยุติธรรม ไม่ว่าจะเป็นบทบัญญัติที่กำหนดไว้ตั้งแต่มีการบังคับใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา หรือการเพิ่มเติมในสมัยต่อมาล้วนแล้วแต่ไม่สามารถปฏิบัติได้จริงเป็นรูปธรรม อาจจะมีเฉพาะคดีอาญาบางประเภทคือ คดีอาญาของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและคดีทุจริตและประพฤติมิชอบที่กำหนดไว้ชัดเจนว่าใช้กระบวนพิจารณาระบบไต่สวน และศาลยุติธรรมพยายามที่จะผลักดันให้มีการใช้ระบบไต่สวนอย่างจริงจัง จึงพอจะเริ่มเห็นการเปลี่ยนแปลงบ้าง สาเหตุที่วิธีพิจารณาความของศาลยุติธรรมเป็นระบบกล่าวหา เป็นเพราะเราได้รับอิทธิพลของระบบคอมมอนลอว์มาตั้งแต่มีการปฏิรูประบบศาลและระบบกระบวนยุติธรรมมาตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ 5 การเรียนการสอนก็เน้นเรื่องการสืบพยานตามระบบกล่าวหา ระบบกล่าวหาจึงหยั่งรากลึกในกระบวนการยุติธรรมของไทย หากการเรียนการสอนกฎหมายวิธีพิจารณาความ และบุคคลที่เกี่ยวข้องในกระบวนการยุติธรรมไม่ว่าจะเป็นผู้พิพากษารวมทั้งเจ้าหน้าที่ศาล พนักงานอัยการ และทนายความ

ไม่มีการเปลี่ยนแปลงกรอบความคิด (mindset) หรือความเคยชินแล้ว ก็เป็นเรื่องที่แทบเป็นไปไม่ได้ที่จะนำระบบไต่สวนมาใช้บังคับให้เป็นรูปธรรม ดังนั้น ในกรณีของอนุญาโตตุลาการในสัญญาทางปกครอง ผู้เขียนจึงเห็นว่าผู้ที่จะได้รับแต่งตั้งเป็นอนุญาโตตุลาการจะต้องเป็นผู้มีความรู้และความเชี่ยวชาญทั้งในส่วนกฎหมายสารบัญญัติคือ หลักกฎหมายปกครอง และในส่วนกฎหมายวิธีสบัญญัติคือ วิธีพิจารณาในระบบไต่สวนด้วย รวมทั้งการบริหารจัดการคดีและเจ้าหน้าที่ของสถาบันอนุญาโตตุลาการก็ต้องเปลี่ยนแปลงเช่นเดียวกัน กล่าวโดยสรุป การเปลี่ยนแปลงจึงต้องทำทั้งกระบวนการ

จตุรพิธแห่งศาลปกครอง

วรรธนวรรณ จันทรจนา
พนักงานคดีปกครองเชี่ยวชาญ
ผู้อำนวยการกลุ่มวิเคราะห์เหตุแห่งการฟ้องคดีปกครอง

ศาลปกครองได้เปิดทำการในปีนี้มีอายุย่างเข้าปีที่ 24 ซึ่งการก่อตั้งศาลปกครองขึ้นในประเทศไทยนี้กว่าจะเกิดขึ้นมาได้ ผ่านกระบวนการเตรียมการและก่อร่างสร้างตัวอย่างยาวนาน และเมื่อเปิดทำการมาจนถึงปัจจุบัน ถือเป็นหนึ่งในสี่ขององค์กรศาลตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบันที่ประกอบด้วย ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลปกครอง ศาลยุติธรรม และศาลทหาร มอบความยุติธรรมให้กับสังคมไทย และสร้างความเชื่อมั่นในกระบวนการยุติธรรมทางปกครองมาโดยตลอด และส่วนหนึ่งที่ศาลปกครอง ได้ยืนหยัดและสร้างความเชื่อมั่นในทุกวันนี้ ท่านศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ถือเป็นท่านหนึ่งที่ได้สร้างคุณูปการให้แก่ศาลปกครอง เริ่มมาตั้งแต่การจัดตั้งศาล ตลอดจนเป็นผู้มีส่วนร่วมพัฒนาศาลปกครองของไทยมาโดยตลอดเช่นกัน ด้วยท่านศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ เป็นผู้ทรงความรู้ทางด้านกฎหมายมหาชน นอกเหนือจากด้านการสอนในมหาวิทยาลัยแล้วท่านยังได้เขียนหนังสือและบทความเกี่ยวกับกฎหมายมหาชน โดยเฉพาะกฎหมายปกครอง ในช่วงเวลามีการริเริ่มจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในประเทศไทย ท่านเป็นผู้หนึ่งที่ได้ทุ่มเทให้กับการร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองเป็นอย่างมาก และเมื่อศาลปกครองได้เปิดทำการขึ้น ในปี พ.ศ. 2544 ท่านศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ ก็ได้ตัดสินใจเปลี่ยนบทบาทจากอาจารย์ผู้สอนในมหาวิทยาลัยมารับราชการเป็นตุลาการในศาลปกครอง ท่านได้รับการแต่งตั้งเป็นอธิบดีศาลปกครองกลางคนแรกของประเทศในปี พ.ศ. 2544 และต่อมาท่านได้เป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุดขององค์คณะที่ 4 และได้ขึ้นเป็นตุลาการหัวหน้าคณะในศาลปกครองสูงสุดขององค์คณะที่ 4 ในศาลปกครองสูงสุดเช่นกัน ท่านศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ จึงเป็นประธานศาลปกครองสูงสุด ท่านหนึ่งที่เกี่ยวข้องกับเลข 4 อันเป็นจตุรพิธที่มีความหมายหลายประการที่เกี่ยวข้องกับศาลปกครอง จึงอยากจะขอนำมากล่าวไว้ ณ ที่นี้

ความหมายของ**จตุรพิธแรก**นั้น เริ่มแต่การกำหนดใช้คำเรียกขานผู้ทำหน้าที่พิจารณาคดีของศาลปกครองตามกฎหมาย ได้บัญญัติให้เรียกใช้คำว่า **"ตุลาการ"** เช่นเดียวกับตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ คำว่า "ตุลาการ" นี้เป็นศัพท์มาจากคำเรียกตามกฎหมายไทยโบราณ ในกฎหมายตราสามดวงใช้ว่า "ตระลาการ" อันหมายถึงผู้ทำหน้าที่พิจารณาไต่สวนและพิจารณาคดี นอกจากนี้พระพรหมคุณาภรณ์ หรือ ท่าน ป.อ. ปยุตโต ได้กรุณาให้ความหมายที่เกี่ยวข้องกับผู้ทำหน้าที่ในฐานะตุลาการไว้ใน 4 ความหมายด้วยกัน คือ 1) "ตุลา" แปลว่าเที่ยงตรง คงที่ เท่ากัน สม่ำเสมอ ความหมายนี้ในพระไตรปิฎก ท่านกล่าวว่าเป็นคำที่ใช้อธิบายการบำเพ็ญอุเบกขาบารมีของพระพุทธเจ้าว่าพระโพธิสัตว์ถืออุเบกขาดำรงอยู่ในธรรม โดยมีความสม่ำเสมอคงที่ เป็นอย่างเดียวกัน ไม่เอนเอียง ไหวโอนขึ้น ๆ ลง ๆ ไปกับความชอบใจหรือขัดใจ ทั้งเป็นกลาง และเป็นเกณฑ์ คือ ทั้งไม่เอนเอียง ไม่ตกเป็นฝักฝ่าย ไม่เข้าใคร ออกใคร และถือธรรมดำรงธรรมเป็นมาตรฐานที่จะยึดแบบหรือใช้ตัดสิน 2) "ตุลา" ความหมายนี้แปลว่า ตาชั่ง คันชั่ง เพราะท่านเห็นว่างานของผู้พิจารณาพิพากษาคดี คือ การเป็นเครื่องวัด เป็นเกณฑ์วัด หรือเป็นมาตรฐานที่ตัดสินความถูกต้อง หรือเป็นเหมือนผู้ถือ ผู้ยกผู้ชูคันชั่ง ซึ่งทำหน้าที่ชั่งวัด ถูกหรือผิด แล้วก็จะต้องประคองธำรงรักษาให้ตราชั่งเสมอกัน เท่ากัน เช่นเดียวกับการพิจารณา

คดีปกครองที่นอกเหนือจากต้องใช้ดุลพินิจพิจารณาคดีแล้ว ตุลาการศาลปกครองยังจำต้องถ่วงดุลผลประโยชน์ความได้เสียของประชาชนกับผลประโยชน์ในกิจการการบริการสาธารณะของหน่วยงานทางปกครองให้สมดุลไปด้วยกัน 3) “ตุลา” ในความหมายที่แปลว่า ตราชู ในพระไตรปิฎกบางแห่งหมายถึงบุคคลที่เป็นตัวแบบ เป็นเกณฑ์วัด หรือเป็นมาตรฐาน ตามความหมายนี้ในฐานะตุลาการ เป็นตุลา คือ เป็นตราชู เป็นมาตรฐานซึ่งตั้งไว้เป็นหลักที่คนทั้งหลาย จะพึงพัฒนาตนหรือประพฤติปฏิบัติตัวให้เสมอเหมือน คือ มีธรรมเป็นแบบอย่างแก่ผู้อื่น จะเรียกว่า เป็นยอดสุดของสังคม ก็ได้ และ 4) “ตุลา” ความหมายสุดท้ายนี้นั้นเป็นศัพท์ที่กลายมาเป็น “ตุลาการ” ซึ่งแยกคำออกได้เป็น 2 ประการ คือ คำว่า ตุลา+อาการ หรือ คำว่า ตุลา+การ ในความหมายอย่างแรก ตุลา+อาการ นั้น ท่านได้แปลว่า ผู้มีอาการดังตุลา หมายความว่า มีความประพฤติ มีการปฏิบัติตัว หรือดำเนินงานทำกิจการเหมือนเป็นตุลา ในความหมายอย่างที่กล่าว คือ เหมือนเป็น ตราชู ตาชั่งที่รักษา ตัดสิน และบอกแจ้งความเที่ยงตรง อย่างที่สอง ตุลา+การ แปลว่า ผู้ทำตุลา (ผู้ทำดุล) หรือผู้สร้างตุลา (ผู้สร้างดุล) หมายความว่า เป็นผู้ทำให้เกิดความเท่ากัน เสมอกัน ความลงตัว ความพอดี ความสมดุล หรือดุลยภาพ ซึ่งในความหมายนี้คือเน้นไปที่ความยุติธรรม[1]

ความหมายของ**จตุรพิธที่สอง** เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาคดีของศาลปกครองโดยตรง ผู้ศึกษากฎหมายปกครองหรือคลุกคลีในแวดวงการพิจารณาคดีปกครองจะคุ้นเคยกับคำที่เรียกขานขั้นตอนกระบวนการพิจารณาคดีปกครองตามกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองที่เรียกในคำว่า **“สี่ขั้นตอน”** โดยจะเข้าใจกันดีว่าเป็นคำเรียกกระบวนการแสวงหาข้อเท็จจริงในศาลปกครองชั้นต้นหรือกรณีฟ้องตรงในชั้นศาลปกครองสูงสุดที่จะต้องแสวงหาข้อเท็จจริงตามกฎหมายอันประกอบด้วย คำฟ้อง คำให้การ คำคัดค้านคำให้การ และคำให้การเพิ่มเติม

และนัยความหมายของ**จตุรพิธที่สามและสี่**ที่จะกล่าวถึงนี้ คือ ตามที่ทราบแล้วว่า ศาลปกครองเป็นศาลที่เปิดทำการขึ้นเมื่อปี พ.ศ. 2544 ช่วงแรกเริ่มนั้น สำนักงานศาลปกครอง ศาลปกครองกลาง และศาลปกครองสูงสุดได้เปิดทำการชั่วคราวอยู่ที่อาคารเอ็มไพร์ทาวเวอร์ ถนนสาทรใต้ ต่อมาจึงได้ก่อสร้างอาคารศาลปกครองถาวรบนถนนแจ้งวัฒนะ และได้เปิดที่ทำการศาลปกครองในภูมิภาคต่าง ๆ จนถึงปัจจุบันนี้รวมทั้งหมด 14 แห่ง รูปแบบอาคารที่ตั้งของศาลปกครองได้รับการออกแบบเป็นทรงมาตรฐานที่มีลักษณะโดดเด่นประการหนึ่ง ด้านหน้าจะถูกออกแบบให้มี 4 เสา เรียงหน้ากระดานอยู่ริมถนนแจ้งวัฒนะอันถือเป็นเอกลักษณ์อีกประการหนึ่งของศาลปกครอง ในช่วงแรกที่เคยทราบมาว่าการก่อสร้างอาคารศาลปกครองนั้นมีความประสงค์จะให้เสาของอาคารบ่งบอกถึงการก่อตั้งศาลปกครองขึ้นเป็นครั้งแรกในประเทศไทยได้สำเร็จขึ้นในรัชสมัยของรัชกาลที่ 9 แต่เพื่อความเหมาะสมในการออกแบบจึงได้สื่อความหมายดังกล่าวไว้ในอาคารรับรองของศาลปกครองแทน และกำหนดให้**เสาด้านหน้าอาคารศาลปกครองมี 4 เสา** อย่างที่เห็นในปัจจุบัน เคยมีผู้สอบถามความหมายของเสาอาคารด้านหน้าของศาลปกครองว่าจะให้มีนัยยะให้ความหมายอันใด ตามแนวพระราชดำรัสพระบาทสมเด็จพระบรมชนกาธิเบศร มหาภูมิพลอดุลยเดชมหาราช บรมนาถบพิตร ที่ได้พระราชทานแก่ศาลปกครองในโอกาสที่ประธานศาลปกครองสูงสุดนำคณะตุลาการศาลปกครองชั้นต้น เข้าเฝ้าฯ เพื่อถวายสัตย์ปฏิญาณก่อนเข้ารับหน้าที่ ณ พระตำหนักเปี่ยมสุข วังไกลกังวล วันพุธ ที่ 19 ตุลาคม 2548 ความว่า

“...ท่านต้องเข้าใจในคำปฏิญาณทั้งหลาย เคยพูดมาว่า จะต้องมีความซื่อสัตย์สุจริต จะต้องเสียสละ จะต้องไม่มีอคติ ทุกอย่างนี้หมายความว่า ต้องทำด้วยความตั้งใจจริง ไม่มีอคติ

นี่เคยพูดว่า อคติ แปลว่า ต้องไม่ไปในที่ที่ไม่ควรไป ไม่ใช่ร่างกายจะไปที่ไหนก็ไปได้ ไม่ใช่อย่างนั้น จิตใจเป็นสำคัญ จิตใจก็ต้องไม่เร่ร่อนไปที่ไหนที่ไม่ควร ความคิดจะต้องไม่เร่ร่อนไปที่ไหนที่ไม่ควร อันนี้ท่านต้องเข้าใจ รู้สึกว่าท่านก็เข้าใจว่า อคติ คืออะไร แต่ต้องให้มั่นเหมาะว่า ไม่มีอคติ หมายความว่า ไม่มีที่จะไม่เว้นในที่ที่จะไป ที่ไปนี่ก็คือ ความคิด

---

[1] ดู พระพรหมคุณาภรณ์ (ป.อ. ปยุตฺโต), ผู้พิพากษา ตั้งตุลาให้สังคมสมในดุล พิมพ์ครั้งที่ 5 -กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2557, หน้า 128-130.

จะต้องไม่คิดในสิ่งที่ไม่ถูกต้อง บางที ไม่อยู่ในตำรากฎหมาย แต่ท่านจะต้องรู้ว่า ตรงไหนไม่ควรจะคิด ไม่ควรจะเร่ร่อนให้จิตใจของท่าน ความคิดของท่านเร่ร่อนไปไหน...”

พระราชดำรัสนี้ทรงพระราชทานหลักสำคัญในเรื่องของการพิจารณาพิพากษาคดี ในเรื่องของ “อคติ” ไว้อย่างชัดเจน และเมื่อมองในบริบทด้านประวัติศาสตร์เกี่ยวกับบทบาทของตุลาการในสังคมไทยจนถึงปัจจุบันจะเห็นได้ว่าการพิจารณาอรรถคดีของไทยแต่โบราณมาจะยึดถือหลักที่เรียกว่า “หลักอินทภาษ” ที่ว่าด้วยจริยธรรมและองค์ความรู้ต่าง ๆ ที่ตุลาการจะต้องพึงมีในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีโดยเคร่งครัด โดยปราศจากอคติธรรม และในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ก็ยังได้กล่าวไว้ในหมวด 10 ศาล ส่วนที่ 1 บททั่วไป มาตรา 188 ที่บัญญัติว่าการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีเป็นอำนาจของศาล ซึ่งต้องดำเนินการให้เป็นไปตามกฎหมาย และในพระปรมาภิไธยพระมหากษัตริย์ และในวรรคสอง บัญญัติไว้ว่า ผู้พิพากษาและตุลาการย่อมมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย ให้เป็นไปโดยรวดเร็ว เป็นธรรม และปราศจากอคติทั้งปวง หลักการพิจารณาปราศจากอคติถือได้ว่า เป็นหลักสากล ซึ่งหลักดังกล่าวในทางพุทธศาสนา ก็ได้กล่าวไว้ในเรื่อง **“หลักอคติสี่ประการ”** ประกอบไปด้วย ฉันทาคติ โทสาคติ ภยาคติ และโมหาคติ **ฉันทาคติ** นั้น หมายถึง ผู้ทำหน้าที่ตุลาการ จะต้องปราศจากความลำเอียงเพราะรักหรือชอบพอกัน หรือเกิดจากความพอใจในทรัพย์หรือสินบนที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเสนอให้และยังหมายความรวมถึงความลำเอียงอันเกิดจากการที่คู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นญาติตนซึ่งทำให้ตุลาการพิจารณาพิพากษาคดีให้คู่ความที่เสนอทรัพย์สินบน หรือฝ่ายที่เป็นญาติตนเป็นฝ่ายชนะ **โทสาคติ** หมายความว่า ผู้ทำหน้าที่ตุลาการต้องปราศจากความลำเอียง เพราะเกลียดชัง หรือไม่ชอบใจ คือ เกิดจากความโกรธพยาบาทว่าคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นศัตรูของตนแล้วจึงพิจารณาพิพากษาคดีให้คู่ความฝ่ายนั้นแพ้คดีทั้งที่แม้ข้อเท็จจริงในคดีจะรับฟังว่าคู่ความฝ่ายนั้นจะต้องชนะคดีก็ตาม **ภยาคติ** หมายความว่า ผู้ทำหน้าที่ตุลาการต้องปราศจากความลำเอียงเพียงเพราะมีความกลัว คือ ความลำเอียงอันเกิดจากความเกรงกลัวอำนาจบารมีหรืออิทธิพลของคู่ความฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งแล้วพิจารณาพิพากษาคดีให้คู่ความอีกฝ่ายแพ้คดี และประการสุดท้าย **โมหาคติ** หมายความว่า ผู้ทำหน้าที่ตุลาการต้องปราศจากความลำเอียงเพราะความไม่รู้ หรือเขลาหรือหลงผิด คือความลำเอียงอันเกิดจากความไม่รู้ ซึ่งรวมถึงความไม่รู้ในข้อเท็จจริงของคดี ไม่รอบรู้ข้อกฎหมายเวลาพิจารณาพิพากษาคดีก็ไม่ได้พิจารณาไตร่ตรองให้ละเอียดไม่รู้ว่าคู่ความฝ่ายใดควรจะเป็นฝ่ายชนะหรือแพ้ความสำคัญผิดทำให้ตัดสินคดีผิดพลาดตัดสินให้ฝ่ายแพ้กลับชนะคดี[2]

ดังนี้เมื่อเราพิจารณาถึงความหมายของสี่ประการที่กล่าวมาทั้งหมด อาจให้ความหมายได้ว่า เสาทั้ง 4 หลักที่อยู่หน้าศาลปกครองได้ทำหน้าที่ค้ำยันอาคารมานานนับหลายสิบปี มีความหมายประหนึ่งการทำหน้าที่ของตุลาการศาลปกครองที่ได้พิจารณาพิพากษาคดีตามหลักปราศจากอคติทั้งสี่ประการ เป็นหนึ่งในจตุรพิธแห่งศาลปกครองที่ทำให้ศาลปกครองได้รับความเชื่อมั่นในการทำหน้าที่ให้ความยุติธรรมทางปกครองมาตลอด และที่ผ่านมาศาลปกครองได้อยู่ภายใต้การนำทางของท่านศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ ที่ทรงภูมิความรู้ทางด้านกฎหมายมหาชน และเป็นผู้ประพฤติตนเป็นผู้นำของตุลาการศาลปกครองที่วางตนเป็นกลาง และท่านยังถือปฏิบัติตามแนวทางธรรมะของพระพุทธศาสนาท่านได้พัฒนาและวางแนวทางสำคัญหลายประการให้แก่ศาลปกครองตลอดจนข้าราชการฝ่ายศาลปกครองทุกคนเปรียบเสมือนท่านได้วางเสาหลักให้แก่ศาลปกครองที่จะเป็นที่พึ่งแห่งกระบวนการยุติธรรมทางปกครองที่มั่นคงยั่งยืนเช่นในปัจจุบัน และทำให้ศาลปกครองยืนหยัดเป็นที่พึ่งพาแก่ประชาชนชาวไทยไปได้อีกตลอดกาล

---

[2] ดู นายณัฐพล นันทมานพ ประชุมญาติ บทความ หลักอินทภาษในกฎหมายตราสามดวง และสภาพบังคับของกฎหมายตราสามดวงในปัจจุบัน https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/272/files/S%E0%B9%88ub_jun/3journal/b43%20jun 2.5.pdf

ข้อสังเกตต่อการปรับใช้ทฤษฎีการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนในศาลปกครองเยอรมัน

วันรัฐ งามนิยม[1]

ผู้เขียนจบการศึกษานิติศาสตรมหาบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ โดยศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ (อาจารย์วรพจน์) รับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ เรื่อง “สถานะทางกฎหมายของพรรคการเมืองในการปกครองระบอบประชาธิปไตยในทางผู้แทน : ศึกษาเชิงประวัติศาสตร์และเชิงกฎหมายเปรียบเทียบ” ขณะที่ผู้เขียนสอบปิดเล่มวิทยานิพนธ์ เป็นช่วงที่ผู้เขียนรับทุน ก.พ. ของบุคคลภายนอกตามความต้องการของสำนักงานศาลปกครองให้ไปศึกษาด้านกฎหมายมหาชนเน้นกฎหมายบริหารงานบุคคลภาครัฐ ขณะนั้นผู้เขียนอยู่ระหว่างการเรียนภาษาเยอรมันโดยยังไม่ได้เข้าศึกษาในมหาวิทยาลัยเยอรมัน การอ้างอิงตำรากฎหมายเยอรมันในช่วงเวลาดังกล่าวจึงยังไม่เข้มข้นเท่ากับผู้ที่จบการศึกษาจากมหาวิทยาลัยในเยอรมนีแล้ว การสอบวิทยานิพนธ์ครั้งนั้นผู้เขียนได้ขออนุญาต ก.พ. กลับมาเยี่ยมประเทศไทยและสอบปิดเล่มวิทยานิพนธ์ อาจารย์วรพจน์ได้ให้ข้อสังเกตว่า ผู้เขียนน่าจะเขียนเรื่องการแบ่งแยกกฎหมายเอกชนกับกฎหมายมหาชนให้เข้มข้นขึ้น ขณะนี้ผู้เขียนจบการศึกษานิติศาสตรมหาบัณฑิตจากเยอรมนีและรับราชการที่สำนักงานศาลปกครองมาแล้วสี่ปี ภาระหน้าที่ส่วนหนึ่งของผู้เขียนได้อ้างอิงตำรากฎหมายเยอรมันฉบับภาษาเยอรมันเป็นพื้นฐาน จึงเป็นโอกาสอันดีที่ผู้เขียนจะเขียนเรื่องที่อาจารย์วรพจน์เคยเสนอให้ “เข้มข้นขึ้น”

บทความชิ้นนี้เป็นการนำเสนอถึงทฤษฎีการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนออกจากกฎหมายเอกชนในประเทศเยอรมนี โดยมุ่งนำเสนอการปรับใช้หลักการในทางทฤษฎีสู่การปรับบทในศาลปกครองเยอรมัน

1. คำศัพท์และทฤษฎีที่เกี่ยวข้อง

หากกล่าวถึงเรื่อง “กฎหมายมหาชน” ย่อมต้องศึกษาถึงรากศัพท์ของคำศัพท์เป็นพื้นฐาน ซึ่งเป็นการตั้งคำถามว่า “กฎหมายมหาชนคืออะไร” การตีความกฎหมายในกลุ่มซีวิลลอว์ (Civil law) ใช้วิธีการตีความกฎหมายลายลักษณ์อักษรเป็นสำคัญ ดังนั้น การเข้าใจถึงรากศัพท์ของคำจึงย่อมเป็น “ปฐมบท” ที่สำคัญ

คำว่ากฎหมายมหาชนนั้น ในภาษาเยอรมันใช้คำว่า “Öffentliches Recht” เป็นการแบ่งแยกจากกฎหมายเอกชน (Privatrecht หรือ Privates Recht) ความเป็นระบบกฎหมายคู่ (หรือคู่ขนาน) ระหว่างกฎหมายมหาชนกับกฎหมายเอกชน (Der Dualismus[2] von öffentlichem und privatem Recht) เป็นลักษณะร่วมกันของระบบ

---

[1] ศิลปศาสตรบัณฑิต (รัสเซียศึกษา) นิติศาสตรบัณฑิตและนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ศิลปศาสตรบัณฑิต (รัฐศาสตร์) มหาวิทยาลัยรามคำแหง, Magister Legum (LL.M.) (summa cum laude) Universität Potsdam. พนักงานคดีปกครองชำนาญการ สำนักงานศาลปกครอง.

[2] มีการแปลคำว่า dualism เป็นภาษาไทยว่า “ทวินิยม” ซึ่งผู้เขียนเห็นว่าเป็นบริบทของปรัชญาว่าด้วยความจริงแท้มีสองสิ่งหรือสองด้าน แต่ในบทความนี้ผู้เขียนแปลว่า “คู่” หรือแปลว่า “คู่ขนาน” เพราะเป็นเรื่องของการดำรงอยู่ในระบบกฎหมายของกฎหมายเอกชนและกฎหมายมหาชนที่มีลักษณะแตกต่างกัน.

กฎหมายภาคพื้นทวีปยุโรป[3] เมื่อพิจารณาถึงชื่อตำราที่เกี่ยวข้องนั้น ตำราที่ใช้คำว่า Öffentliches Recht[4] โดยตรงในปัจจุบันมักจะเป็นตำราที่มุ่งหมายถึงสาขากฎหมายรัฐธรรมนูญ (Verfassungsrecht) หรือที่นิยมเรียกว่า กฎหมายว่าด้วยรัฐ (Staatsrecht)[5] และมุ่งหมายถึงสาขากฎหมายปกครอง (Verwaltungsrecht)[6] ในตำราเดียวกัน นอกจากนั้นเมื่อพิจารณาในรัฐบัญญัติก็จะพบถึงการใช้คำว่า Öffentliches Recht ในรูปแบบต่าง ๆ เช่น ในรัฐบัญญัติของมลรัฐเบอร์ลินว่าด้วยการฝึกอบรมนักกฎหมาย (Gesetz über die Ausbildung von Juristinnen und Juristen im Land Berlin) ฉบับลงวันที่ 23 มิถุนายน 2003 มาตรา 3 กล่าวถึงวิชาบังคับอันเป็นสาขาวิชาหลักในระดับมหาวิทยาลัย เช่น กฎหมายแพ่ง (Bürgerliches Recht) กฎหมายอาญา (Strafrecht) กฎหมายมหาชน (Öffentliches Recht) กฎหมายวิธีพิจารณาความ (Verfahrensrecht) เป็นต้น กรณีนี้เป็นการใช้ในฐานะคำนาม (Nomen) ส่วนในรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง (Verwaltungsverfahrensgesetz หรือจะแปลให้ใกล้เคียงกับคำในระบบกฎหมายไทยว่า รัฐบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง) ปรากฏถ้อยคำในรูปแบบต่าง ๆ อย่างเช่น มาตรา 1 ซึ่งเป็นบทบัญญัติเกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมาย โดยวรรคหนึ่ง บัญญัติว่า “รัฐบัญญัตินี้ใช้บังคับกับการกระทำ/กิจกรรมทางปกครองในทางกฎหมายมหาชนของหน่วยงาน (Dieses Gesetz gilt für die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der Behörden)” กรณีนี้เป็นการใช้ในฐานะ “คำคุณศัพท์ (Adjektiv)” และในมาตราเดียวกันมีการใช้ต่อท้ายคำนาม เช่น คำว่า นิติบุคคล (ในทางกฎหมาย) มหาชน (juristische Personen des öffentlichen Rechts) ซึ่งกรณีนี้ทำหน้าที่ขยายคำนามเพื่อแสดงความเป็นเจ้าของหรือความสัมพันธ์[7]

จากการพิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายในระบบกฎหมายเยอรมันมีการระบุถึงคำว่ากฎหมายมหาชน จึงนำมาสู่เรื่องทฤษฎีการแบ่งแยกกฎหมายมหาชน คือ ทฤษฎีที่ชี้ว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดเป็นกฎหมายมหาชน ซึ่งมุ่งหมายถึงการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนออกจากกฎหมายเอกชน ระบบกฎหมายเยอรมันในปัจจุบันใช้ทฤษฎีเหล่านี้ประกอบกัน[8] ดังนี้[9] (1) ทฤษฎีผลประโยชน์ (Interessentheorie) ว่า กฎหมายมหาชนเป็นเรื่องของประโยชน์สาธารณะ ส่วนกฎหมายเอกชนเป็นเรื่องประโยชน์ของปัจเจกบุคคล อันเป็นทฤษฎีเก่าแก่ย้อนไปถึงยุคสมัยของอัลเปียน นักกฎหมายสมัยโรมัน (2) ทฤษฎีอำนาจเหนือหรือทฤษฎีความสัมพันธ์ที่ไม่เท่าเทียมกัน (Subordinationstheorie หรือ Über-Unterordnungstheorie หรือ Subjektionstheorie) ว่า กฎหมายมหาชนเป็นเรื่องความสัมพันธ์ของคู่กรณีที่ไม่เท่าเทียมกัน กล่าวคือ ฝ่ายหนึ่งมีอำนาจที่เหนือกว่าอีกฝ่ายหนึ่ง เช่น การออกคำสั่งทางปกครอง ส่วนกฎหมายเอกชน

---

[3] BeckOK VwVfG/M. Ronellenfitsch/L. Ronellenfitsch, 61. Ed. 1.10.2023, VwVfG § 1 Rn. 28.

[4] ตัวอย่างเช่น Sodan/Ziedow, Grundkurs Öffentliches Recht, 8. Auflage, 2018; Steffen Detterbeck, Öffentliches Recht, 12. Auflage, 2022 เป็นต้น.

[5] ตำรากฎหมายว่าด้วยรัฐ ส่วนใหญ่แบ่งออกเป็น กฎหมายว่าด้วยรัฐ 1 (Staatsrecht I) มีเนื้อหาเกี่ยวกับลักษณะหรือหลักการพื้นฐานของรัฐเยอรมัน เช่น หลักประชาธิปไตย หลักนิติรัฐ หลักรัฐสวัสดิการสังคม หลักสาธารณรัฐ หลักสหพันธรัฐ เป็นต้น อำนาจและโครงสร้างของรัฐ เช่น องค์กรทางรัฐธรรมนูญอย่างเช่นรัฐสภา รัฐบาล (ตัวอย่างตำรา เช่น Maurer/Schwarz, Staatsrecht I: Grundlagen, Verfassungsorgane, Staatsfunktionen, 7. Auflage, 2023) ส่วนกฎหมายว่าด้วยรัฐ 2 (Staatsrecht II) มีเนื้อหาเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน (Grundrecht) หรือสิทธิทางรัฐธรรมนูญ (ตัวอย่างตำรา เช่น Friedhelm Hufen, Staatsrecht II, 10. Auflage, 2023).

[6] ตำรากฎหมายปกครองแบ่งออกได้เป็นสองกลุ่มใหญ่ คือ กฎหมายปกครองภาคทั่วไป (Allgemeines Verwaltungsrecht) ว่าด้วยบททั่วไปของกฎหมายปกครองอย่างเช่น อำนาจทางปกครอง หลักการว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง คำสั่งทางปกครอง สัญญาทางปกครอง เป็นต้น (ตัวอย่างตำรา เช่น Steffen Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 21. Auflage, 2023) และกฎหมายปกครองภาคเฉพาะ (Besonderes Verwaltungsrecht) อย่างเช่น กฎหมายก่อสร้าง (Baurecht) กฎหมายข้าราชการ (Beamtenrecht) เป็นต้น

[7] โปรดดู วรรณา แสงอร่ามเรือง, ไวยากรณ์เยอรมัน เล่ม 2, พิมพ์ครั้งที่ 11 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, 2562), 45.

[8] Schoch/Schneider/Ehlers/Schneider, 44. EL März 2023, VwGO § 40 Rn. 229.

[9] Maurer/Waldhoff, Allgemeines Verwaltungsrecht, 20. Auflage, 2020, §3 Rn. 10 ff.; วรเจตน์ ภาคีรัตน์, คำสอนว่าด้วยรัฐและหลักกฎหมายมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ 3 (กรุงเทพฯ: สำนักพิมพ์อ่านกฎหมาย, 2564), 191-193.

เป็นเรื่องความสัมพันธ์ที่เท่าเทียมกัน เช่น การทำสัญญา และ (3) ทฤษฎีกฎหมายพิเศษ (Zuordnungstheorie หรือ modifizierte Subjektstheorie หรือ Sonderrechtstheorie) ว่า ตัวการฝ่ายหนึ่งอย่างน้อยต้องเป็นรัฐเป็นผู้ทรงสิทธิและหน้าที่ ซึ่งเป็นกรณีที่บทบัญญัตินั้นเป็นกฎหมายพิเศษที่ก่อตั้งสิทธิและหน้าที่ดังกล่าว แตกต่างจากกฎหมายเอกชนที่บุคคลทั่วไปก็เป็นผู้ทรงสิทธิและหน้าที่ได้

ทฤษฎีดังกล่าวข้างต้นเป็นเรื่องที่มีในตำรากฎหมายของไทยด้วย อย่างไรก็ตาม ในระบบกฎหมายเยอรมันนอกจากจะปรากฏเป็นทฤษฎีในทางตำราแล้ว ยังปรากฏในบทบัญญัติแห่งกฎหมายด้วย หมายความว่า บทบัญญัตินั้นต้องมีการตีความว่าสิ่งใดเป็นกฎหมายมหาชน ผู้เขียนจึงขอนำเสนอเชื่อมโยงกับ “อำนาจศาลปกครองเยอรมัน” โดยที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองเยอรมัน (Verwaltungsgerichtsordnung)[10] มาตรา 40 บัญญัติเรื่องคดีปกครองหรือ “หนทางสู่ศาลปกครอง (Verwaltungsrechtsweg)” ว่า (1) ต้องเป็นข้อพิพาทในทางกฎหมายมหาชน (in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten) (2) ไม่มีลักษณะในทางกฎหมายรัฐธรรมนูญ (nichtverfassungsrechtlicher Art) และ (3) ไม่มีรัฐบัญญัติระดับสหพันธ์บัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งว่าให้อยู่ในอำนาจของศาลอื่น (die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind) เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งกฎหมายข้างต้น คำว่า öffentlich-rechtliche Streitigkeiten ปรากฏถ้อยคำว่า “öffentlich-rechtlich” อันเป็นถ้อยคำทางกฎหมายที่ต้องตีความว่า อะไรเป็นข้อพิพาทในทางกฎหมายมหาชน ซึ่งมีข้อสังเกตว่าผู้ร่างกฎหมาย (สภาผู้แทนราษฎรแห่งสหพันธรัฐ - Bundestag) มีความประสงค์ที่จะไม่กำหนดนิยามทางกฎหมายว่าอะไรเป็นข้อพิพาทในทางกฎหมายมหาชน โดยให้เหตุผลว่า “ณ ขณะนี้ (ขณะที่ร่างกฎหมายดังกล่าวในปี ค.ศ. 1957 – ผู้เขียน) นิยามว่าอะไรคือข้อพิพาทในทางกฎหมายมหาชนยังกำหนดไว้ไม่เพียงพอ ควรปล่อยให้เป็นการวางหลักโดยคำพิพากษาและในทางวิชาการนิติศาสตร์ (Rechtsprechung und Rechtswissenschaft)”[11] ผู้เขียนจะนำเสนอถึงตัวอย่างการปรับใช้ทฤษฎีการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนในหัวข้อต่อไป

2. ตัวอย่างการปรับใช้ทฤษฎีการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนในคำสั่งศาลปกครองเยอรมัน

คดีตัวอย่างที่ผู้เขียนจะนำเสนอนี้ เป็นคดีคำสั่งศาลปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Bundesverwaltungsgericht) ลงวันที่ 26 พฤษภาคม ค.ศ. 2010[12] ซึ่งเป็นคดีที่ศาลปกครองชี้ว่า นิติสัมพันธ์ระหว่างสำนักข่าวกรองแห่งสหพันธรัฐ (Bundesnachrichtendienst) กับสายข่าว (Vertrauensperson)[13] เป็นสัญญาทางแพ่ง (Privatrechtlicher Vertrag) โดยมีรายละเอียดของคดี[14] ดังนี้

ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีสัญชาติเยอรมัน มีเชื้อชาติจากอัฟกานิสถาน ระหว่างปี ค.ศ. 2002 ถึง 2007 ได้ปฏิบัติงานเป็นสายข่าวให้กับสำนักข่าวกรองแห่งสหพันธรัฐภายใต้ชื่อว่า “J” ในแผนกเกี่ยวกับข่าวการก่อการร้าย เน้นเรื่องกลุ่มก่อการร้ายอิสลาม ต่อมาสำนักข่าวกรองแห่งสหพันธรัฐได้ยกเลิกการทำงานร่วมกับผู้ฟ้องคดีและผู้ฟ้องคดีได้ลงนามรับทราบเรื่องดังกล่าวเมื่อวันที่ 10 สิงหาคม ค.ศ. 2007 หลังจากนั้น ผู้ฟ้องคดีได้รับจดหมายขู่จะทำร้ายถึงชีวิต โดยถูกกล่าวหา

---

[10] เหตุที่ผู้เขียนแปลว่า “ประมวล” ไม่ใช่ “รัฐบัญญัติ” เนื่องจากกรณีนี้ใช้คำลงท้ายว่า “-ordnung” เช่นเดียวกับคำว่า ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (Zivilprozessordnung).

[11] BT-Drs. III/55 S. 30.

[12] BVerwG, Beschluss vom 26. 5. 2010 - 6 A 5/09 = NVwZ-RR 2010, 682.

[13] เหตุที่ผู้เขียนใช้คำว่า “สายข่าว” แทนคำว่า “สายสืบ” เพราะกรณีนี้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ให้ข่าวให้ข้อมูล แต่ไม่ได้มีหน้าที่เข้าไปสืบ กล่าวคือ ไม่ได้มีหน้าที่อย่างที่ในภาษาอังกฤษใช้คำว่า “Spy”.

[14] ผู้เขียนใช้วิธีการแปลแบบสรุปความ ไม่ได้ใช้วิธีการแปลแบบคำต่อคำหรือประโยคต่อประโยค ในรายละเอียดของคดีจึงอาจจะไม่ได้ใช้คำแปลแบบตรงตัวหรือตรงประโยคแบบบรรทัดต่อบรรทัด.

ว่าทรยศต่ออิสลามเนื่องจากทำงานช่วยเหลือตำรวจเยอรมัน และขู่ว่าทราบที่อยู่ของคนในครอบครัวด้วย ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือถึงสำนักข่าวกรองแห่งสหพันธรัฐโดยสรุปว่า ตนถูกขู่ว่าจะเป็นอันตรายถึงชีวิตเนื่องจากเคยทำงานกับสำนักข่าวกรองแห่งสหพันธรัฐ โดยผู้ฟ้องคดีเห็นว่าตำรวจก็ปกป้องผู้ฟ้องคดีอย่างไม่มีประสิทธิผล ผู้ฟ้องคดีเรียกร้องต่อสำนักข่าวกรองแห่งสหพันธรัฐว่าขอย้ายถิ่นฐานชั่วคราวนอกประเทศทวีปยุโรป หากเป็นไปได้ขอย้ายไปที่สหรัฐอเมริกาหรือประเทศแคนาดาก็ดี การขอย้ายถิ่นฐานขอให้รวมถึงคนในครอบครัวของตนด้วย ต่อมา ตัวแทนของสำนักข่าวกรองแห่งสหพันธรัฐปฏิเสธข้อเรียกร้องของผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองแห่งสหพันธรัฐ

ศาลปกครองแห่งสหพันธรัฐพิพากษาว่า ข้อพิพาทนี้อยู่ในอำนาจของศาลยุติธรรมชั้นต้นแห่งมิวนิกหรือมึนเชิน I (das Landgericht München I) โดยให้เหตุผลซึ่งจะนำไปสู่การปรับใช้ทฤษฎีการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนว่าการจะพิจารณาว่าข้อพิพาทใดเป็นข้อพิพาทในทางกฎหมายมหาชนหรือเป็นข้อพิพาทในทางแพ่ง นั้น ต้องพิจารณาจากลักษณะของนิติสัมพันธ์ (Natur des Rechtsverhältnisses) จากสิทธิที่กล่าวอ้างในข้อพิพาท อันนำไปสู่ประเด็นว่าคู่กรณีมีความสัมพันธ์ที่ไม่เท่าเทียมกันหรือไม่และคู่กรณีฝ่ายหนึ่งเป็นผู้ถืออำนาจเหนือตามกฎหมายมหาชน นอกจากนั้นข้อพิพาทในทางกฎหมายมหาชนสามารถอยู่ในลักษณะของความสัมพันธ์ที่เท่าเทียมได้ด้วย หากปรากฏว่ากฎหมายที่ใช้บังคับนั้นไม่อาจให้บุคคลทั่วไปทรงสิทธิและหน้าที่แต่ให้เฉพาะรัฐหรือผู้รับมอบอำนาจมหาชนเป็นผู้ทรงสิทธิ กรณีดังกล่าวเป็นเรื่องของกฎหมายพิเศษของรัฐ (Sonderrecht des Staates oder sonstiger Träger öffentlicher Aufgaben) ส่วนการแบ่งแยกสัญญาทางปกครองออกจากสัญญาทางแพ่ง ให้พิจารณาจากวัตถุของสัญญาและเป้าหมายของสัญญา (Gegenstand und Zweck)

ศาลปกครองแห่งสหพันธรัฐวินิจฉัยปรับบทต่อมาว่า จากการพิจารณาหลักการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนข้างต้น ข้อพิพาทในคดีนี้เป็นสัญญาระหว่างสำนักข่าวกรองแห่งสหพันธรัฐกับผู้ฟ้องคดีในฐานะสายข่าวที่ทำงานส่งข้อมูลแลกกับรับค่าตอบแทนเป็นเงิน เป็นคดีที่อยู่ในอำนาจศาลยุติธรรม โดยพิจารณาจากว่า สำนักข่าวกรองแห่งสหพันธรัฐใช้งานผู้ฟ้องคดีในฐานะสายข่าวซึ่งไม่ได้มีฐานะเป็นพนักงานของรัฐและไม่ได้มีฐานะเป็นลูกจ้างและไม่มีฐานะเป็นผู้รับมอบหมายหน้าที่ในทางกฎหมายมหาชน การส่งข้อมูลข่าวสารให้กับสำนักข่าวกรองแห่งสหพันธรัฐแม้จะเติมเต็มภารกิจตามกฎหมายของสำนักข่าวกรองแห่งสหพันธรัฐก็ตาม แต่สายข่าวไม่ใช่ผู้กระทำกิจกรรมใช้อำนาจเหนือ (keine hoheitliche Tätigkeit des Informanten) กรณีดังกล่าวจึงเป็นเพียงการใช้รูปแบบในทางกฎหมายเอกชนเพื่อมาทำภารกิจที่เกี่ยวเนื่องในทางกฎหมายมหาชน กล่าวคือ เป็นการกระทำทางกฎหมายเอกชนของฝ่ายปกครองที่เกี่ยวเนื่องหรือผูกกับกฎหมายมหาชน (öffentlich-rechtliche Bindungen des privatrechtlichen Verwaltungshandelns) อันอยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลยุติธรรม

ส่วนประเด็นที่ผู้ฟ้องคดีเคยปฏิบัติงานในฐานะสายข่าวที่ส่งเสริมภารกิจของสำนักข่าวกรองแห่งสหพันธรัฐนั้นมีภารกิจที่ไม่ได้มีลักษณะที่แตกต่างไปจากกรณีที่บุคคลเอกชนได้รับการไหว้วานจากตำรวจให้ช่วยเหลือในการปฏิบัติหน้าที่ของตำรวจ การที่สายข่าวทำงานช่วยเหลือซึ่งส่งเสริมหน้าที่ในทางกฎหมายมหาชนของสำนักข่าวกรองแห่งสหพันธรัฐในทางอ้อมนั้น ก็ไม่ได้ทำให้การทำงานของสายข่าวกลับกลายเป็นนิติสัมพันธ์ในทางกฎหมายมหาชนแต่อย่างใด ลักษณะของสัญญาระหว่างผู้ฟ้องคดีในฐานะสายข่าวกับสำนักข่าวกรองแห่งสหพันธรัฐเป็นสัญญาทางแพ่งที่มีวัตถุประสงค์ในการหาข้อมูลข่าวสารโดยจ่ายค่าจ้างแบบผู้รับจ้างอิสระ (freier Mitarbeiter) สัญญาดังกล่าวจึงไม่ได้มีลักษณะเป็นสัญญาทางปกครองตามรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง มาตรา 54 แต่อย่างใด

อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองแห่งสหพันธรัฐได้วางหลักการเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานหรือสิทธิรัฐธรรมนูญว่าแม้นิติสัมพันธ์จะเป็นเรื่องในทางกฎหมายเอกชนก็ตาม แต่องค์กรของรัฐมีหน้าที่ตามกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Grundgesetz) มาตรา 2 วรรคสอง เรื่องสิทธิในชีวิตและร่างกาย ซึ่งองค์กรของรัฐผูกพัน

หน้าที่ตามสิทธิขั้นพื้นฐานในฐานะกฎหมายที่ใช้บังคับโดยตรง กรณีนี้เป็นหน้าที่ของสำนักงานตำรวจที่จะต้องปกป้องคุ้มครองชีวิตและร่างกายของผู้ฟ้องคดีและครอบครัวของผู้ฟ้องคดี

โดยสรุป ศาลปกครองแห่งสหพันธรัฐเห็นว่า นิติสัมพันธ์ระหว่างสำนักข่าวกรองแห่งสหพันธรัฐกับผู้ฟ้องคดี แม้เป็นเรื่องในทางกฎหมายเอกชนก็ตาม แต่สิทธิขั้นพื้นฐานก็ยังผูกพันกับเรื่องในทางกฎหมายเอกชนด้วย ในกรณีนี้คือเรื่องสิทธิในชีวิตและร่างกาย เพียงแต่ข้อพิพาทของคดีนี้อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลยุติธรรม

3. ความเห็นของผู้เขียน

จากตัวอย่างคำสั่งศาลปกครองแห่งสหพันธรัฐ เห็นได้ว่า ศาลปกครองได้นำหลักทฤษฎีการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนมาปรับใช้กับข้อเท็จจริงในคดี โดยเป็นเรื่องอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองที่จะต้องพิจารณาว่าข้อพิพาทใดเป็นข้อพิพาทในทางกฎหมายมหาชน ซึ่งคำว่ากฎหมายมหาชนไม่ได้มีนิยามทางกฎหมายบัญญัติไว้ จึงต้องนำหลักทฤษฎีการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนมาปรับใช้กับคดีที่พิพาท ซึ่งศาลปกครองเยอรมันก็ได้เริ่มต้นจากการอธิบายหลักทางทฤษฎีและจึงปรับบทต่อไปว่า ข้อพิพาทในคดีมีลักษณะเป็นข้อพิพาททางกฎหมายมหาชนหรือไม่ การวางทฤษฎีและนำมาสู่การปรับบทวินิจฉัยข้อเท็จจริงของข้อพิพาทในคดีนั้น ศาลปกครองไม่ได้นำทฤษฎีใดทฤษฎีหนึ่งมาเลือกใช้แต่อธิบายในแต่ละทฤษฎีว่ามีลักษณะที่เป็นเรื่องข้อพิพาทในทางกฎหมายมหาชนหรือไม่

เมื่อเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายไทย ในทางตำรามีการยอมรับทฤษฎีการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนออกจากกฎหมายเอกชนที่คล้ายคลึงกับทฤษฎีที่ใช้ในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี แต่ยังไม่มีการปรับใช้ในคดีอย่างละเอียดอย่างในสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีที่ศาลวางหลักทฤษฎีการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนพร้อมปรับบทกับข้อเท็จจริง ผู้เขียนเห็นว่า ณ ขณะนี้ ยังไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ศาลจะต้องตีความเป็นประเด็นในเบื้องต้นก่อนว่าเรื่องใดเป็นเรื่องในทางกฎหมายมหาชน[15] อย่างไรก็ตาม มีการเตรียมการแก้ไขพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 โดยร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ที่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) เมื่อวันที่ 3 เมษายน 2566 มาตรา 5 แก้ไขเรื่องนิยามของคำสั่งทางปกครอง ว่า “คำสั่งทางปกครอง หมายความว่า (1) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ในกฎหมายมหาชนขึ้น แก่บุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิ ...” ซึ่งคำว่า “นิติสัมพันธ์ในกฎหมายมหาชน” เป็นถ้อยคำที่ไม่มีการนิยามไว้ จึงต้องใช้ทฤษฎีการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนมาตีความ ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า หากร่างกฎหมายฉบับนี้ใช้บังคับ เมื่อมีข้อพิพาทว่าการกระทำใดเป็นการออกคำสั่งทางปกครองหรือไม่นั้น หน่วยงานที่มีหน้าที่ในการตีความกฎหมายปรับใช้กฎหมายซึ่งรวมถึงองค์กรศาลต้องตีความการกระทำอันเป็นวัตถุแห่งคดีว่า “เป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ในกฎหมายมหาชนหรือไม่” โดยต้องนำทฤษฎีการแบ่งแยกกฎหมายมหาชนมาปรับใช้เช่นกัน

---

[15] มีข้อสังเกตว่า ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 มีการบัญญัติคำว่า “กฎหมายมหาชน” เอาไว้ เช่น มาตรา 18 บัญญัติเรื่อง คุณสมบัติของผู้ที่จะได้รับแต่งตั้งเป็นตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น ว่าต้องมีคุณสมบัติอื่นอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้ (ก) ... (ช) สำเร็จการศึกษาระดับปริญญาโทหรือปริญญาเอกด้านนิติศาสตร์สาขากฎหมายมหาชน... และมาตรา 77 บัญญัติอำนาจหน้าที่ของสำนักงานศาลปกครองประการหนึ่งว่า “จัดให้มีการศึกษาอบรมและพัฒนาความรู้ของตุลาการศาลปกครอง ข้าราชการฝ่ายศาลปกครอง และเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐที่เกี่ยวข้อง ตลอดจนประสานงานกับหน่วยงานอื่นที่เกี่ยวข้องเพื่อพัฒนาหลักกฎหมายมหาชน การบริหารราชการแผ่นดิน และบุคลากรด้านกฎหมายมหาชน” เป็นต้น อย่างไรก็ตาม ผู้เขียนเห็นว่า มาตราเหล่านี้ไม่น่ามีปัญหาทางกฎหมายถึงขนาดที่จะต้องตีความว่าอะไรเป็นกฎหมายมหาชนอันเป็นข้อพิพาทในทางคดี แตกต่างจากพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539 ที่เป็นเรื่องการออกคำสั่งทางปกครองที่เจ้าหน้าที่ใช้อำนาจเหนือประชาชนผู้รับคำสั่งซึ่งอาจมีการกระทบสิทธิและมักเป็นข้อพิพาทที่จะนำไปสู่คดีปกครองต่อไป.

แนวทางการนำหลักความเสมอภาคมาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดีปกครอง[1]

สัจจา เขม้นงาน[2]

1. บทนำ

"หลักความเสมอภาค" (Principle of Equality) คือสิทธิของราษฎรที่จะได้รับการปฏิบัติจากรัฐอย่างเท่าเทียมกัน โดยองค์กรต่าง ๆ ของรัฐต้องปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกันและปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญแตกต่างกันออกไปตามลักษณะเฉพาะของแต่ละคน การปฏิบัติต่อบุคคลที่เหมือนกันในสาระสำคัญแตกต่างกัน หรือการปฏิบัติต่อบุคคลที่แตกต่างกันในสาระสำคัญอย่างเดียวกัน เป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล และย่อมเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความเสมอภาคทั้งสิ้น[3] ทั้งนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหลายฉบับก็ได้บัญญัติรับรองหลักดังกล่าวไว้รวมถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับปัจจุบันด้วยเช่นกัน

โดยบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ได้บัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคไว้[4] ตามมาตรา 27 ที่บัญญัติว่า บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน วรรคสอง บัญญัติว่า ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน และวรรคสาม บัญญัติว่า การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้

ผู้เขียนได้ศึกษาค้นคว้าแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองเพื่อทราบถึงแนวทางการนำหลักความเสมอภาคอันเป็นหลักกฎหมายที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยบัญญัติรับรองไว้มาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดีปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่งแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่แสดงให้เห็นถึงพฤติการณ์หรือการกระทำกรณีที่มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม[5] อันเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความเสมอภาคที่ศาลปกครองมีคำพิพากษาให้ยกเลิกหรือเพิกถอนกฎ คำสั่ง หรือการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย รวมถึงการชดใช้ค่าเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดีในกรณีดังกล่าวเพื่อประโยชน์ในทางวิชาการต่อไป

---

[1] ผู้เขียนจัดทำบทความนี้เพื่อเป็นอาจาริยบูชาเนื่องในวาระครบรอบ 70 ปี ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ประธานศาลปกครองสูงสุด ซึ่งเป็นครูบาอาจารย์ผู้ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้ด้านกฎหมายมหาชนและกฎหมายปกครองให้แก่ผู้เขียน

[2] นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายมหาชน) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมายมหาชน มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ประกาศนียบัตรกฎหมายปกครอง สำนักอบรมศึกษากฎหมายแห่งเนติบัณฑิตยสภา, ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองกลาง

[3] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540 (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543), 94 – 95.

[4] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, สิทธิมนุษยชนกับสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ในรวมข้อเขียนเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2565), 68.

[5] การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมนั้นจะต้องเป็นกรณีที่ผู้นั้นปฏิบัติมาโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว แต่ไม่ได้รับสิทธิที่พึงได้ดังกล่าวเพราะการเลือกปฏิบัติ ไม่ใช่เป็นกรณีที่ผู้นั้นไม่มีสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วอ้างสิทธิว่าบุคคลอื่นฝ่าฝืนกฎหมายแต่ไม่ถูกดำเนินการเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม โปรดดู คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. 280/2561

2. ศาลปกครองกับการนำหลักความเสมอภาคมาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดีปกครอง

เมื่อได้ศึกษาแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองแล้วผู้เขียนพบว่า ข้อพิพาททางปกครองที่ผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องผู้ถูกฟ้องคดีต่อศาลปกครองโดยกล่าวอ้างว่ามีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมอันเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาคนั้น มีลักษณะของคดีพิพาทเป็นไปตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 และศาลปกครองสูงสุดได้วางแนวทางการนำหลักความเสมอภาคมาปรับใช้ในการวินิจฉัยคดีโดยมีการพิจารณาข้อเท็จจริงตามพฤติการณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความเสมอภาคซึ่งสามารถหยิบยกมาเป็นกรณีศึกษาได้ดังนี้

2.1 แนวคำวินิจฉัยของศาลว่าเป็นการออกกฎที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟร. 1/2567 เดิมผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรแบบบัญชีรายชื่อสังกัดพรรคการเมืองหนึ่ง ตั้งแต่วันที่ 24 มีนาคม 2562 ต่อมา ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยให้ยุบพรรคและเพิกถอนสิทธิสมัครรับเลือกตั้งของคณะกรรมการบริหารพรรครวมถึงผู้ฟ้องคดี มีผลทำให้สมาชิกภาพการเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรของผู้ฟ้องคดีสิ้นสุดลงตั้งแต่วันดังกล่าวก่อนที่จะมีการประกาศใช้บังคับพระราชกฤษฎีกาเงินประจำตำแหน่งและประโยชน์ตอบแทนอย่างอื่นของประธานและรองประธานสภาผู้แทนราษฎร ประธานและรองประธานวุฒิสภา ผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา และกรรมาธิการ (ฉบับที่ 2) พ.ศ. 2563 แต่มาตรา 4 แห่งพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวกลับบัญญัติให้เฉพาะสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรซึ่งดำรงตำแหน่งอยู่ในวันที่พระราชกฤษฎีกานี้ใช้บังคับเท่านั้น ที่มีสิทธิได้รับเงินประจำตำแหน่งและเงินเพิ่มตั้งแต่วันเริ่มต้นมีสมาชิกภาพ โดยไม่ครอบคลุมถึงผู้ฟ้องคดีซึ่งสิ้นสุดสมาชิกภาพการเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรตามคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญก่อนประกาศใช้บังคับพระราชกฤษฎีกาข้างต้น ทั้งที่ผู้ฟ้องคดีก็เป็นผู้ดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกภาพเริ่มตั้งแต่วันเลือกตั้ง และปฏิบัติหน้าที่อยู่ในห้วงระยะเวลาดังกล่าวเช่นเดียวกับผู้ดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรรายอื่น การที่จะไม่ให้ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิได้รับเงินประจำตำแหน่งและเงินเพิ่มตั้งแต่วันที่ 24 มีนาคม 2562 อันเป็นวันเริ่มต้นมีสมาชิกภาพการเป็นสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ถึงวันที่ 24 พฤษภาคม 2562 ซึ่งเป็นวันก่อนวันที่สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรได้กล่าวคำปฏิญาณในสภาผู้แทนราษฎรเพื่อเข้ารับหน้าที่ ย่อมเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อผู้ฟ้องคดีที่มีสาระสำคัญอย่างเดียวกันกับสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรรายอื่น อันเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาคตามมาตรา 27 วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 และไม่ชอบด้วยกฎหมาย

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 593/2560 สิทธิประโยชน์เกี่ยวกับค่าบริการทางการแพทย์กรณีการฟอกเลือดด้วยเครื่องไตเทียมของผู้ประกันตนตามประกาศของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (คณะกรรมการการแพทย์) ในส่วนที่จำกัดจำนวนครั้งต่อสัปดาห์ ไม่เกิน 4,500 บาทต่อสัปดาห์ มีความแตกต่างและมีลักษณะเป็นการสร้างภาระให้ผู้ประกันตนต้องจ่ายเงินค่าใช้จ่ายส่วนต่างมากกว่าระบบบัตรทอง ที่ไม่ได้จำกัดค่าใช้จ่ายการรักษาในส่วนของจำนวนครั้งต่อสัปดาห์ ดังนั้น หลักเกณฑ์ เงื่อนไข และอัตราการบริการทางการแพทย์โดยการบำบัดทดแทนไตแนบท้ายประกาศคณะกรรมการการแพทย์ตามพระราชบัญญัติประกันสังคม พ.ศ. 2533 เรื่อง หลักเกณฑ์และอัตราสำหรับประโยชน์ทดแทนในกรณีประสบอันตรายหรือเจ็บป่วยอันมิใช่เนื่องจากการทำงาน ลงวันที่ 11 เมษายน 2556 ข้อ 5 (1) (ข) ในส่วนที่กำหนดว่า “...และไม่เกิน 4,500 บาทต่อสัปดาห์...” จึงมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมขัดต่อหลักความเสมอภาคที่รัฐธรรมนูญให้ความคุ้มครอง จึงไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่เป็นธรรมต่อผู้ประกันตน

2.2 แนวคำวินิจฉัยของศาลว่าเป็นการออกคำสั่งที่ขัดต่อหลักความเสมอภาค

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 472/2559 หลักเกณฑ์และอัตราการให้ความช่วยเหลือผู้ประกอบการรายใหญ่ด้านการเกษตรที่ให้กำหนดใช้เกณฑ์การช่วยเหลือในพื้นที่การเกษตรเสียหายรุนแรง โดยแยกกล้วยไม้สกุลหวาย กล้วยไม้แคทลียา ไม้ตัดใบและไม้ประดับ ผักและเห็ด ออกจากพืชสวนและไม้ผลอื่น ๆ โดยให้มีการคำนวณผลตอบแทนสุทธิตามประเภทของพืชชนิดนั้น ๆ และช่วยเหลือร้อยละ 50 ของผลตอบแทนสุทธิ โดยไม่ได้แยกกลุ่มเกษตรกรผู้วิจัยและพัฒนาพันธุ์กล้วยไม้ออกจากกลุ่มเกษตรกรผู้เลี้ยงกล้วยไม้ตัดดอก เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ฟ้องคดีเป็นวิสาหกิจชุมชนซึ่งเป็นศูนย์วิจัยและพัฒนาพันธุ์กล้วยไม้ ซึ่งเป็นกลุ่มอาชีพที่แตกต่างกับการเลี้ยงกล้วยไม้เพื่อตัดดอกขายอย่างมีนัยสำคัญ แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 (คณะรัฐมนตรี) กำหนดหลักเกณฑ์โดยนำเอาวิสาหกิจชุมชนซึ่งเป็นศูนย์วิจัยและพัฒนากล้วยไม้ของผู้ฟ้องคดีเข้าไปรวมกับกลุ่มผู้เลี้ยงกล้วยไม้ตัดดอกและกลุ่มผู้ปลูกไม้ประดับ จึงเป็นการปฏิบัติต่อผู้ฟ้องคดีซึ่งมีความแตกต่างในสาระสำคัญกับกลุ่มผู้เลี้ยงกล้วยไม้ตัดดอกขาย และกลุ่มผู้ปลูกไม้ประดับให้เป็นอย่างเดียวกันกับกลุ่มดังกล่าว อันเป็นการปฏิบัติที่ขัดต่อหลักความเสมอภาคในรูปแบบหนึ่ง หลักเกณฑ์การช่วยเหลือเกษตรกรตามมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 จึงไม่เป็นธรรมต่อผู้ฟ้องคดีอันเป็นหลักเกณฑ์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อบ. 4/2566 การที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสี่สิบเจ็ดเพิ่งได้รับการแต่งตั้งเป็นข้าราชการตำรวจชั้นสัญญาบัตร ยศว่าที่ร้อยตำรวจตรี ตำแหน่งรองสารวัตร เมื่อวันที่ 31 มีนาคม 2554 ซึ่งล่าช้ากว่าข้าราชการตำรวจชั้นประทวนซึ่งสอบคัดเลือกได้ในคราวเดียวกันและได้รับแต่งตั้งเป็นข้าราชการตำรวจชั้นสัญญาบัตรแล้วตั้งแต่เมื่อวันที่ 10 มีนาคม 2551 เป็นเวลาประมาณสามปี สืบเนื่องจากกองบัญชาการศึกษาซึ่งเป็นหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (ผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ) ได้จัดทำข้อสอบซึ่งมีคำถามคำตอบบกพร่อง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 (สำนักงานตำรวจแห่งชาติ) จึงต้องดำเนินการใด ๆ สำหรับการแก้ไขความบกพร่องดังกล่าว เพราะหากไม่มีปัญหาข้อสอบบกพร่องโดยหลักแล้วผู้เข้ารับการทดสอบข้อเขียนที่ได้คะแนนตามเกณฑ์ที่กำหนดจะต้องมีรายชื่อเป็นผู้สอบข้อเขียนได้ในประกาศผลการสอบฉบับเดียวกัน ผู้ที่สอบได้พึงมีสิทธิและหน้าที่ตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กำหนดไว้โดยชอบด้วยกฎหมาย และมีความเท่าเทียมกันในโอกาสที่จะได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่เปิดรับสมัครสอบ ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 (ผู้บัญชาการศึกษา) มีคำสั่งแต่งตั้งผู้ฟ้องคดีทั้งสี่สิบเจ็ดเป็นข้าราชการตำรวจชั้นสัญญาบัตร ยศว่าที่ร้อยตำรวจตรี ตำแหน่งรองสารวัตร โดยให้มีผลตั้งแต่วันที่ 31 มีนาคม 2554 เป็นต้นไป โดยมิได้กำหนดให้มีผลตั้งแต่วันที่ 10 มีนาคม 2551 เป็นต้นไป จึงขัดต่อหลักความเสมอภาคและเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

2.3 แนวคำวินิจฉัยของศาลว่าเป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายขัดต่อหลักความเสมอภาคและละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 41/2552 การที่ผู้ถูกฟ้องคดี (คณะกรรมการพนักงานเทศบาลจังหวัดจันทบุรี) ได้กำหนดให้ผู้ฟ้องคดีปฏิบัติงานฐานะรองปลัดเทศบาล ขอเลื่อนและโอนไปดำรงตำแหน่งปลัดเทศบาลที่ว่างต้องจัดทำวิสัยทัศน์เสนอให้ผู้ถูกฟ้องคดีพิจารณาถึงความรู้ความสามารถเพื่อประกอบการพิจารณาก่อนให้ความเห็นชอบโดยได้กระทำเฉพาะกรณีของผู้ฟ้องคดีเท่านั้น อันเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาค และไม่เป็นไปตามประกาศของผู้ถูกฟ้องคดีเรื่องหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการเลื่อนระดับและแต่งตั้งนักบริหารงานเทศบาล ฉบับลงวันที่ 23 ธันวาคม 2545 ดังนั้น มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ให้ผู้ฟ้องคดีจัดทำวิสัยทัศน์ประกอบการพิจารณาก่อนเข้าสู่ตำแหน่งปลัดเทศบาล นั้นจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่พิจารณาให้ความเห็นชอบตามคำขอของผู้ฟ้องคดีที่ขอเลื่อนและโอนไปดำรงตำแหน่งปลัดเทศบาลตำบลพลิ้วที่ว่าง จึงเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติตามมาตรา 15 วรรคหนึ่ง ประกอบมาตรา 23 วรรคหก แห่งพระราชบัญญัติระเบียบบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น พ.ศ. 2542

2.4 แนวคำวินิจฉัยของศาลว่าเป็นการละเมิดหลักความเสมอภาคของบุคคลอันเป็นความรับผิดอย่างอื่นอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 198 - 200/2549 ผู้ครอบครองที่ดินทั้งห้าสิบสี่รายที่ถูกเวนคืนอันเป็นผู้ที่มีการโต้แย้งกรรมสิทธิ์ ยังไม่ได้มีการพิสูจน์สิทธิตามหลักเกณฑ์ของคณะกรรมการแก้ไขปัญหาการบุกรุกที่ดินของรัฐ (กบร.) เหมือนกัน ดังนั้น หลักเกณฑ์ในการจ่ายค่าทดแทนความเสียหายพิเศษจึงต้องปฏิบัติอย่างเท่าเทียมกัน การที่ผู้ถูกฟ้องคดี (กรมทางหลวง) แบ่งเกณฑ์การกำหนดค่าทดแทนเป็นสองกลุ่ม จึงเป็นการปฏิบัติต่อสิ่งที่มีสาระสำคัญเหมือนกันให้แตกต่างกัน อันเป็นการขัดหลักความเสมอภาคตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย จึงมิชอบด้วยกฎหมาย

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อผ. 114/2565 แม้การบริหารจัดการน้ำในเขื่อนราษีไศลเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมาย และไม่เป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดี แต่ถ้าการบริหารจัดการน้ำดังกล่าวกระทำไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ ได้แก่ การบรรเทาความเสียหายจากอุทกภัยอันจะเกิดแก่ประชาชนจำนวนมากบริเวณเหนือเขื่อนราษีไศลและจังหวัดใกล้เคียง ซึ่งเป็นพื้นที่แนวเขตติดกันกับเขื่อนราษีไศล แต่การกระทำดังกล่าวกลับก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดี จึงถือว่าผู้ฟ้องคดีต้องรับภาระต่อส่วนรวมมากกว่าคนอื่น จึงเป็นการละเมิดหลักความเสมอภาคของบุคคลในภาระหน้าที่ที่มีต่อส่วนรวม ผู้ถูกฟ้องคดี (กรมชลประทาน) จึงมีความรับผิดต้องเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดีอันเป็นความรับผิดอย่างอื่นของผู้ถูกฟ้องคดีที่ศาลอาจกำหนดคำบังคับให้ผู้ถูกฟ้องคดีใช้เงินเพื่อเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดีได้

2.5 แนวคำวินิจฉัยของศาลว่าเป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอันมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 142/2547 ผู้ฟ้องคดีแม้จะมีรูปกายพิการ แต่ความพิการดังกล่าวไม่ถึงขนาดที่ทำให้ผู้ฟ้องคดีไม่อาจช่วยเหลือตนเองได้หรือไม่อาจปฏิบัติหน้าที่การงานโดยปกติได้ โดยงานที่ผู้ฟ้องคดีเคยทำในขณะเป็นทนายความมีลักษณะทำนองเดียวกับงานของข้าราชการอัยการ จึงน่าเชื่อว่าแม้สภาพทางกายของผู้ฟ้องคดีจะพิการ แต่ความแตกต่างดังกล่าวไม่ถึงขั้นจะเป็นอุปสรรคอย่างมากต่อการปฏิบัติหน้าที่ในลักษณะงานของอัยการ ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดี (คณะกรรมการอัยการ) ไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดีในการสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วย ประจำปี พ.ศ. 2544 โดยมิได้พิจารณาถึงความสามารถที่แท้จริงในการปฏิบัติงานของผู้ฟ้องคดี จึงไม่มีเหตุผลที่หนักแน่นควรค่าแก่การรับฟังว่า การที่ผู้ฟ้องคดีมีกายพิการดังกล่าวจะทำให้ไม่สามารถปฏิบัติงานในหน้าที่ของข้าราชการอัยการได้ มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ไม่รับสมัครผู้ฟ้องคดีในการสอบคัดเลือกเพื่อบรรจุเป็นข้าราชการอัยการในตำแหน่งอัยการผู้ช่วย ประจำปี พ.ศ. 2544 จึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่ชอบด้วยมาตรา 33 (11) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายอัยการ พ.ศ. 2521 และเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ฟ้องคดี

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 669/2561 การดำเนินการคัดเลือกข้าราชการตำรวจของสำนักงานตำรวจแห่งชาติตามประกาศกองบัญชาการศึกษา เรื่อง รับสมัครและคัดเลือกข้าราชการตำรวจชั้นประทวนเข้ารับการฝึกอบรมเพื่อแต่งตั้งเป็นข้าราชการตำรวจชั้นสัญญาบัตร พ.ศ. 2552 ลงวันที่ 26 กุมภาพันธ์ 2552 ในส่วนที่กำหนดให้ข้าราชการตำรวจยศดาบตำรวจหรือจ่าสิบตำรวจที่สำเร็จการศึกษาปริญญาตรี (ทุกสาขา) ต้องสมัครเข้ารับการคัดเลือกได้เฉพาะในกลุ่มข้าราชการตำรวจสายป้องกันปราบปราม (ปป.3) หรือสายอำนวยการและสนับสนุน (อก.4) เท่านั้น เป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ที่เป็นการจำกัดสิทธิข้าราชการตำรวจยศดาบตำรวจหรือจ่าสิบตำรวจผู้ที่มีวุฒิปริญญาตรี ซึ่งรวมทั้งผู้ฟ้องคดีมิให้สมัครคัดเลือกในตำแหน่งที่กำหนดไว้สำหรับผู้ไม่มีวุฒิปริญญาตรี ทั้งที่ผู้มีวุฒิปริญญาตรีเป็นคุณวุฒิที่สูงกว่าและตำแหน่งที่รับสมัครคัดเลือกมีลักษณะหน้าที่และความรับผิดชอบเช่นเดียวกัน โดยไม่มีบทบัญญัติใดของกฎหมายให้กระทำได้ จึงมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ประกาศดังกล่าวจึงเป็นประกาศที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

3. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

เมื่อได้พิเคราะห์รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 27 โดยตลอดแล้ว ผู้เขียนมีข้อสังเกตว่าเนื้อหาของบทบัญญัติในมาตรา 27 วรรคหนึ่ง และวรรคสอง เป็นการวางหลักความเสมอภาคไว้อย่างชัดเจน ส่วนบทบัญญัติในมาตรา 27 วรรคสาม มีลักษณะเป็นบทห้ามการกระทำอันเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลด้วยเหตุต่าง ๆ หลายประการ และถ้าหากฝ่ายปกครองมีการกระทำในลักษณะดังกล่าวเกิดขึ้นย่อมถือได้ว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความเสมอภาคอันเป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ศาลปกครองมีอำนาจตรวจสอบการกระทำเช่นว่านั้นได้

นอกจากนี้เมื่อฝ่ายปกครองกำหนดกฎเกณฑ์ต่าง ๆ ขึ้นใช้บังคับแล้ว แม้กฎเกณฑ์นั้นจะเป็นกฎเกณฑ์ภายในฝ่ายปกครองก็ผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่ตนเองกำหนดขึ้นนั้นด้วย หากฝ่ายปกครองปฏิบัติต่อประชาชนคนหนึ่งตามกฎเกณฑ์ภายในที่ตนกำหนดขึ้น แต่ปฏิบัติต่อประชาชนอีกคนหนึ่งเป็นอย่างอื่น ประชาชนคนที่ถูกเลือกปฏิบัตินั้นย่อมมีสิทธิโต้แย้งการกระทำขององค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้ว่าเป็นการกระทำโดยขัดกับหลักความเสมอภาค[6]

ผู้เขียนได้ตรวจสอบสถิติคดีที่มีการยื่นฟ้องต่อศาลปกครองพบว่า ข้อพิพาททางปกครองที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่าผู้ถูกฟ้องคดี กล่าวคือ หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ แล้วแต่กรณี กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอันมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมและขัดต่อหลักความเสมอภาคมีอยู่เป็นจำนวนมากมายหลายคดี โดยในการนำเสนอบทความนี้ผู้เขียนได้หยิบยกตัวอย่างแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองมาเป็นกรณีศึกษาเพื่อให้ทราบว่าพฤติการณ์หรือการกระทำในลักษณะใดที่ศาลวินิจฉัยว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมอันเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาค ซึ่งหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องปฏิบัติราชการให้เป็นไปตามหลักธรรมาภิบาลและหลักการบริหารกิจการบ้านเมืองที่ดี ดังนั้น จึงต้องพึงระมัดระวังและหลีกเลี่ยงไม่กระทำการใดอันเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาค

ด้วยเหตุนี้ผู้เขียนจึงมีข้อเสนอแนะว่า ศาลปกครองและสำนักงานศาลปกครองควรมีการเผยแพร่แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคที่วางบรรทัดฐานการปฏิบัติราชการที่ดีในทุกช่องทางการประชาสัมพันธ์เพื่อเป็นการป้องกันมิให้มีการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคลอันเป็นการขัดต่อหลักความเสมอภาคและเพื่อขจัดความเหลื่อมล้ำในสังคมไทยได้อย่างเป็นรูปธรรมอีกด้วย

รายการอ้างอิง

หนังสือ

วรเจตน์ ภาคีรัตน์, *กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป*. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติราษฎร์, 2554.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *สิทธิมนุษยชนกับสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ ในรวมข้อเขียนเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง*. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2565.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, *สิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2540*. กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์วิญญูชน, 2543.

[6] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป (กรุงเทพฯ : สำนักพิมพ์นิติราษฎร์, 2554), 101.

ศาลยุติธรรมญี่ปุ่นกับการดำรงหลักนิติธรรม ในการพิจารณาคดีปกครอง

สุชาดา จันทร์นิธิโชติ[1]
วศิน ยิ้มแย้ม[2]

เมื่อครั้งที่ผู้เขียน (สุชาดา จันทร์นิธิโชติ) ทราบจาก ผู้ช่วยศาสตราจารย์ ดร.พัชรวรรณ นุชประยูร (อาจารย์พลอย) อาจารย์ที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ของผู้เขียนในขณะยังศึกษาปริญญานิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์ ว่า ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ กรุณารับเป็นประธานกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ดุษฎีบัณฑิตของผู้เขียน เรื่อง “การกระทำทางรัฐบาลและปัญหาการตรวจสอบการกระทำทางรัฐบาล” และเป็นวิทยานิพนธ์ระดับดุษฎีบัณฑิตเล่มแรกที่ท่านอาจารย์เป็นประธานในการสอบ ผู้เขียนรู้สึกโชคดีเหมือนถูกรางวัลใหญ่และเป็นเกียรติอย่างยิ่งที่จะได้เป็นลูกศิษย์ของท่านอาจารย์ ครั้นผู้เขียนได้เข้าพบท่านอาจารย์วรพจน์ ทุกถ้อยคำของท่านอาจารย์เต็มเปี่ยมไปด้วยความรู้ที่ถ่ายทอดให้ด้วยความเมตตา แนะนำหนังสือให้ค้นคว้า ชี้แนะแนวทางการวางโครงร่างวิทยานิพนธ์แบบในฝรั่งเศส (La thèse à deux parties) เป็นส่วนสำคัญที่ทำให้งานชิ้นนี้เป็นผลงานคุณภาพที่ผู้เขียนภาคภูมิใจอย่างที่สุด

จนถึงวันนี้ วันเวลาได้ผ่านมาเกือบ 10 ปี แล้ว ภาพเรื่องราวแห่งความประทับใจต่าง ๆ ยังชัดเจนในความทรงจำเสมอมา และจะเป็นเช่นนี้ตลอดไป เพื่อน้อมระลึกถึงพระคุณและเพื่อเป็นอาจารียบูชาแด่ท่านอาจารย์ ผู้เขียนจึงเชิญชวนอาจารย์วศินร่วมเขียนบทความชิ้นนี้มา ณ โอกาสนี้

1. บทนำ

โดยทั่วไปรัฐธรรมนูญของประเทศเสรีประชาธิปไตยวางอยู่บนหลักการพื้นฐานสำคัญ 2 ประการ ได้แก่ หลักการปกครองของกฎหมายที่เรียกว่า “หลักนิติรัฐ” (Legal State Principle) หรือ “หลักนิติธรรม” (Rule of Law) และ “หลักการปกครองระบอบประชาธิปไตย” (Democratic Principle) หลักการทั้งสองมีความสัมพันธ์กันอย่างใกล้ชิด[3] เนื่องจากในประเทศที่มุ่งหวังจะปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตยที่มีประชาชนเป็นผู้ทรงอำนาจอธิปไตย โดยรัฐและองค์กรของรัฐมีอำนาจจำกัด การจำกัดอำนาจรัฐเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ทำให้ต้องออกแบบรัฐธรรมนูญโดยเปิดโอกาสให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการปกครองประเทศตามหลักการปกครองระบอบประชาธิปไตย ในขณะเดียวกันก็ต้องออกแบบรัฐธรรมนูญให้องค์กรของรัฐมีอำนาจจำกัดเพื่อไม่ให้องค์กรของรัฐใช้อำนาจตาม

---

[1] ผู้พิพากษาศาลแขวงสมุทรปราการ, นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ 2) และนิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยรามคำแหง, นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์.

[2] อาจารย์ประจำภาควิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยกรุงเทพ, นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายมหาชน) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์.

[3] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, “ศาลปกครองกับการดำรงหลักนิติธรรม”. ใน รวมข้อเขียนเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง. (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, 2565), หน้า 94-95.

รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนที่รัฐธรรมนูญคุ้มครอง โดยรัฐธรรมนูญจะกำหนดกลไกควบคุมหรือตรวจสอบการกระทำขององค์กรของรัฐ หากมีการกระทำใดที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ ก็จะมีกระบวนการที่ทำให้การกระทำที่ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนั้นสิ้นผลไป ดังนั้น หลักการปกครองระบอบประชาธิปไตยและหลักนิติธรรมจึงเป็นหลักการที่ต้องบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างขาดเสียไม่ได้ ไม่ว่ารัฐธรรมนูญจะบัญญัติหลักนิติธรรมเข้าไปในกฎหมายอย่างชัดแจ้งอย่างในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 3 วรรคสอง[4] หรืออาจไม่มีการบัญญัติคำว่า “นิติธรรม” ไว้อย่างชัดแจ้ง แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหลายมาตราประกอบกันก็จะพบว่ามีการยอมรับถึงหลักนิติธรรม เช่น รัฐธรรมนูญญี่ปุ่น

ญี่ปุ่นเป็นประเทศประชาธิปไตยและพลเมืองมีสำนึกในการเคารพและปฏิบัติตามกฎหมาย (Legal Consciousness) ในระดับสูง จัดอยู่ในกลุ่มประเทศพัฒนาแล้ว (Developed Country) ใช้ระบบกฎหมายประเภทระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law System) มีลักษณะหลายอย่างใกล้เคียงกับไทย และมีหลายอย่างที่พัฒนาไปไกลกว่าไทย เมื่อกล่าวถึงการพัฒนากฎหมาย การศึกษาวิจัยส่วนมากมักนำแนวทางการบัญญัติกฎหมายและการบังคับใช้กฎหมายของประเทศทางฝั่งตะวันตกมาศึกษาเปรียบเทียบ ซึ่งบริบทสังคม การเมือง และเศรษฐกิจของประเทศในตะวันตกแตกต่างจากประเทศในแถบตะวันออกอย่างมาก การนำประเทศญี่ปุ่นซึ่งมีบริบทสังคม การเมือง และเศรษฐกิจใกล้เคียงกับประเทศไทยมากกว่าประเทศในยุโรปหรือสหรัฐอเมริกามาเป็นต้นแบบในการศึกษาเปรียบเทียบกฎหมายเพื่อนำมาปรับใช้ในประเทศไทย อาจทำให้เกิดผลลัพธ์ตามเจตนารมณ์ของกฎหมายได้ดียิ่งขึ้น

อย่างไรก็ตาม ไม่ได้หมายความว่าระบบกฎหมายญี่ปุ่นเป็นอีกระบบแปลกแยกไปจากระบบกฎหมายที่พัฒนามาจากระบบกฎหมายโรมัน ในทางตรงกันข้าม ระบบกฎหมายญี่ปุ่นได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายของประเทศฝั่งตะวันตกอย่างมากทั้งฝรั่งเศส เยอรมนี และสหรัฐอเมริกา และในบางกรณีกฎหมายของญี่ปุ่นมีประสิทธิภาพมากกว่าประเทศต้นแบบที่ญี่ปุ่นรับมา[5] ดังนั้น ในประเด็นเกี่ยวกับการระงับข้อพิพาททางคดีปกครองในญี่ปุ่น แม้ว่าตามรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน ญี่ปุ่นใช้ระบบศาลแบบศาลเดี่ยว คือ ศาลยุติธรรมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีทุกประเภท แต่ระบบการพิจารณาคดีปกครองของญี่ปุ่นก็มีประสิทธิภาพไม่แตกต่างจากการใช้ระบบศาลคู่ที่ใช้ในเยอรมนีและฝรั่งเศสซึ่งเป็นประเทศต้นแบบกฎหมายมหาชนของญี่ปุ่น

2. หลักนิติธรรมในญี่ปุ่น

2.1 แนวคิดว่าด้วยหลักนิติธรรมในยุคก่อนสงครามโลกครั้งที่ 2

ตามประวัติศาสตร์กฎหมายญี่ปุ่น ข้อความคิดว่าด้วยการปกครองของกฎหมายหรือหลักนิติธรรม (Rule of Law) มิได้ปรากฏขึ้นในญี่ปุ่นหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 แต่ปรากฏมาตั้งแต่ญี่ปุ่นรับเอาแนวคิดการจัดทำรัฐธรรมนูญและประมวลกฎหมายมาจากประเทศตะวันตกในช่วงปลายศตวรรษที่ 19 ถึงช่วงต้นศตวรรษที่ 20 แล้ว กล่าวคือ ญี่ปุ่นเป็นหนึ่งในประเทศในทวีปเอเชียที่ตกอยู่ในภาวะคุกคามจากลัทธิจักรวรรดินิยม (Imperialism) นำมาสู่แนวคิดการปฏิรูปฟื้นฟูเมจิ (Meiji Restoration)[6] ซึ่งการปฏิรูประบบกฎหมายให้สมัยใหม่เช่นเดียวกับตะวันตกเป็นหนึ่งในประเด็นของการปฏิรูปเมจิ

รัฐธรรมนูญแห่งจักรวรรดิญี่ปุ่น (The Constitution of the Empire of Japan, 1889) หรือที่เรียกว่า “รัฐธรรมนูญเมจิ” (The Meiji Constitution) ใช้บังคับใน ปี พ.ศ. 2432 ในการจัดทำรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ญี่ปุ่นได้นำรัฐธรรมนูญของปรัสเซีย (The Prussian Constitution) มาเป็นต้นแบบในการร่างและปรับให้เข้ากับบริบทการปกครอง

---

[4] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 มาตรา 3 วรรคสอง บัญญัติว่า รัฐสภา คณะรัฐมนตรี ศาล องค์กรอิสระ และหน่วยงานของรัฐ ต้องปฏิบัติหน้าที่ให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญ กฎหมาย และหลักนิติธรรม เพื่อประโยชน์ส่วนรวมของประเทศชาติและความผาสุกของประชาชนโดยรวม.

[5] John Owen Haley, Authority without power: Law and the Japanese paradox. Oxford University Press, 1991.

[6] William Beasley, The meiji restoration. Stanford University Press, 1972.

ของญี่ปุ่น ทำให้รัฐธรรมนูญเมจิมีลักษณะผสมระหว่างระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์และระบอบประชาธิปไตยสมัยใหม่[7] แม้รัฐธรรมนูญเมจิมีบทบัญญัติรับรองสิทธิเสรีภาพของประชาชน แต่การรับรองสิทธิเสรีภาพแตกต่างจากรัฐธรรมนูญเสรีประชาธิปไตยตะวันตก เนื่องจากรัฐธรรมนูญเมจิกำหนดให้สิทธิและเสรีภาพของประชาชนเป็นเพียงของขวัญที่พระจักรพรรดิทรงพระราชทานมา สิทธิเสรีภาพของประชาชนไม่ใช่สิทธิอันเนื่องมาจากความเป็นมนุษย์[8]

ดังที่ได้กล่าวมาก่อนหน้าว่า ญี่ปุ่นในช่วงจัดทำรัฐธรรมนูญเมจิได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายจากประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร ซึ่งในหลายประเทศมีการจัดระบบศาลเป็นระบบศาลคู่ที่มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นแยกออกจากศาลยุติธรรมเพื่อพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง อาทิ ฝรั่งเศสและเยอรมนี ดังนั้น เมื่อญี่ปุ่นปฏิรูประบบศาลจึงจัดตั้งศาลปกครองขึ้นแยกต่างหากจากศาลยุติธรรม เนื่องจากไม่ต้องการให้ศาลยุติธรรมแทรกแซงการบริหารราชการแผ่นดินของฝ่ายบริหารและฝ่ายปกครอง แต่ไม่ได้จัดตั้งศาลปกครองขึ้นเป็นองค์กรตุลาการแยกเป็นระบบศาลคู่ เป็นเพียงแผนกหนึ่งขององค์กรฝ่ายปกครอง โดยใช้รูปแบบการพิจารณาคดีปกครองตามแบบของฝรั่งเศส สาเหตุสำคัญในการจัดตั้งศาลปกครองเป็นเพียงส่วนหนึ่งของฝ่ายบริหาร เนื่องจากรัฐบาลญี่ปุ่นในช่วงเมจิต้องการให้ศาลปกครองเป็นองค์กรที่อยู่ภายใต้บังคับบัญชาของรัฐบาล ไม่ต้องการให้ศาลปกครองใช้อำนาจกระทบต่อนโยบายและแผนการในการบริหารราชการของตน กล่าวได้ว่า ญี่ปุ่นในช่วงรัฐธรรมนูญเมจิยังไม่ได้มีการพัฒนาระบบการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองขององค์กรตุลาการ[9] โดยสรุป แม้ว่ารัฐธรรมนูญเมจิจะได้รับระบบกฎหมายตะวันตก รวมถึงแนวคิดการปกครองของกฎหมายหรือหลักนิติธรรมเข้ามา แต่เมื่อพิจารณาบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ระบบกฎหมายและการใช้อำนาจของศาล จะเห็นว่าในช่วงรัฐธรรมนูญเมจิ ญี่ปุ่นยังไม่รับหลักนิติธรรมแบบตะวันตกเข้ามา

2.2 แนวคิดว่าด้วยหลักนิติธรรมภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2

ภายหลังจากสิ้นสุดสงครามโลกครั้งที่ 2 ญี่ปุ่นมีการใช้รัฐธรรมนูญในระบอบเสรีประชาธิปไตยจนมาถึงปัจจุบัน กล่าวได้ว่า ญี่ปุ่นเป็นประเทศที่เป็นประชาธิปไตยที่เข้มแข็งประเทศหนึ่งในโลก รัฐธรรมนูญถูกจัดทำขึ้นช่วงที่ญี่ปุ่นอยู่ภายใต้การปกครองของกองกำลังฝ่ายสัมพันธมิตร รัฐธรรมนูญฉบับนี้มีสาระสำคัญที่เอื้อต่อการให้ญี่ปุ่นเป็นประชาธิปไตย คือ การกำหนดให้อำนาจอธิปไตยเป็นของประชาชน การเปลี่ยนแปลงการปกครองญี่ปุ่นเป็นระบอบเสรีประชาธิปไตย การกำหนดคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลในรัฐธรรมนูญ และกำหนดรูปแบบของระบอบประชาธิปไตยญี่ปุ่นเป็นประชาธิปไตยแบบตัวแทน[10] ระบอบนี้ทำให้การใช้อำนาจขององค์กรของรัฐต้องมีรากฐานอำนาจมาจากรัฐธรรมนูญและกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา หากเป็นการใช้อำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภา (国会 Kokkai หรือ The National Diet) กฎหมายที่รัฐสภาตราออกมาใช้บังคับต้องสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ หากเป็นการใช้อำนาจขององค์กรตุลาการหรือศาลยุติธรรม คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลจะต้องสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญและกฎหมายของรัฐสภา และหากเป็นการใช้อำนาจทางปกครองหรือเป็นการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครอง การกระทำของฝ่ายปกครองจะต้องสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญและกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย ในกรณีที่รัฐสภาตรากฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ หรือกรณีที่องค์กรฝ่ายปกครองกระทำการไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย รัฐธรรมนูญกำหนดให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองได้

---

[7] Kiminobu Hashimoto, “The Rule of Law: Some Aspects of Judicial Review of Administrative Action”. In Law in Japan: The Legal Order in a Changing Society. Mehren, Arthur Taylor von, ed. Harvard University Press, 1963, p. 239.

[8] วศิน ยิ้มแย้ม และ นพดล นิ่มหนู, “การควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายโดยศาลฎีกาในประเทศญี่ปุ่น”. วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ 39 ฉบับที่ 2 (2564): 1-15, 4.

[9] Carl F. Goodman, The Rule of Law in Japan: A Comparative Analysis, Second Revised Edition. Kluwer Law International, 2008, p. 461.

[10] Matsui Shigenori, The Constitution of Japan: a contextual analysis. (Oxford: Hart Publishing, 2011), p. 1.

แม้ว่ารัฐธรรมนูญญี่ปุ่น (日本国憲法 Nihon koku kenpo หรือ The Constitution of Japan, 1947) ไม่มีบทบัญญัติเกี่ยวกับหลักนิติธรรมโดยตรง แต่สามารถพิจารณาได้จากเนื้อหาของรัฐธรรมนูญที่มีการสอดแทรกหลักนิติธรรมอยู่ในบทบัญญัติต่าง ๆ อาทิ บทบัญญัติในหมวด 10 ของรัฐธรรมนูญได้บัญญัติรับรองสถานะความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญไว้ว่าให้รัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายสูงสุด ดังนั้น ไม่ว่ากฎหมาย (法律 Houritsu) คำสั่ง (命令 Meirei) พระบรมราชโองการ (詔勅 Shouchoku) หรือการดำเนินการอื่นใดในการดำเนินกิจการรัฐ (国務に関するその他の行為 Kokumu ni kansuru sonota no koui) ที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญทั้งหมดหรือบางส่วน จะไม่มีผลบังคับตามกฎหมาย (รัฐธรรมนูญ มาตรา 98 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น) โดยองค์กรของรัฐตามรัฐธรรมนูญกำหนดให้พระจักรพรรดิ รัฐมนตรี สมาชิกรัฐสภา รวมถึงข้าราชการต้องเคารพและปกป้องรัฐธรรมนูญ (รัฐธรรมนูญ มาตรา 99 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น) และรัฐธรรมนูญยังบัญญัติคุ้มครองสิทธิมนุษยชนขั้นพื้นฐานว่าเป็นสิทธิอันมิอาจถูกละเมิดได้ (รัฐธรรมนูญ มาตรา 97 แห่งรัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น) ด้วยเหตุที่รัฐธรรมนูญคุ้มครองหลักความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชน แสดงให้เห็นว่ารัฐธรรมนูญของญี่ปุ่นสอดคล้องกับหลักนิติรัฐ[11]

ญี่ปุ่นยอมรับในความเป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐธรรมนูญ และกำหนดให้องค์กรของรัฐทุกองค์กรต้องเคารพต่อรัฐธรรมนูญและกฎหมาย การใช้อำนาจนิติบัญญัติของรัฐสภาต้องสอดคล้องกับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ การใช้อำนาจพิพากษาอรรถคดีของศาลต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและกฎหมาย และการใช้อำนาจของคณะรัฐมนตรีและฝ่ายปกครองก็ต้องไม่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญและกฎหมาย เพื่อให้การใช้อำนาจขององค์กรของรัฐไม่ละเมิดบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ รัฐธรรมนูญได้มอบอำนาจให้ศาลตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายและตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง ในบทความนี้จะมุ่งกล่าวเฉพาะการกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครองเป็นหลัก รัฐธรรมนูญได้วางหลักสำคัญในการจำกัดการใช้อำนาจทางปกครอง (Administrative Power) ขององค์กรฝ่ายปกครองเพื่อคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนบนพื้นฐานหลักการปกครองของกฎหมาย (Rechtsstaat) ตามที่ได้รับอิทธิพลมาจากเยอรมนี อย่างไรก็ตาม ญี่ปุ่นไม่ได้นำหลักการปกครองของกฎหมายของเยอรมนีมาใช้แบบไม่ปรับเปลี่ยนใด ๆ แต่ญี่ปุ่นรับหลักนิติธรรมของตะวันตกมาวิพากษ์และพัฒนาเพื่อให้เข้าบริบทของตนเองอย่างแนบเนียนผ่านการอภิปรายโต้เถียงโดยผู้พิพากษาและนักวิชาการทางกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครองในประเด็นกฎหมายเกี่ยวกับการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย โดยจะขอนำบางประเด็นมากล่าวถึง ณ ที่นี้[12]

ประเด็นแรก หลักที่ว่า กฎหมายที่ให้อำนาจฝ่ายปกครองดำเนินการใด ๆ ต้องเป็นกฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบจากรัฐสภานั้น นักกฎหมายญี่ปุ่นได้นำมาพัฒนาต่อยอดตั้งแต่ในสมัยรัฐธรรมนูญเมจิแล้วว่า การที่องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองจะดำเนินการใด ๆ ต้องมีกฎหมายให้อำนาจเฉพาะการกระทำที่กระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเท่านั้น การกระทำที่ก่อให้เกิดประโยชน์แก่ประชาชนอาจไม่ต้องมีกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภาให้อำนาจก่อน (ญี่ปุ่นเรียกหลักการนี้ว่า “Shingai Ryuho”) นักกฎหมายญี่ปุ่นชี้ให้เห็นว่า สิทธิในทางสังคม (Social Rights) ไม่จำเป็นต้องมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใด ๆ เป็นลายลักษณ์อักษรจากรัฐสภาออกมาก่อน องค์กรของรัฐฝ่ายปกครองก็ต้องเคารพสิทธิดังกล่าว โดยนักกฎหมายและนักวิชาการส่วนหนึ่งตั้งข้อสังเกตว่า สิทธิในทางสังคมของประชาชนที่กล่าวมานั้นเป็นสิทธิที่ได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญอยู่แล้ว และรัฐธรรมนูญก็กำหนดให้องค์กรของรัฐทุกองค์กรมีหน้าที่ต้องคุ้มครอง

---

[11] วศิน ยิ้มแย้ม และ เยี่ยม อรุโณทัยวิวัฒน์, “การตรวจสอบการกระทำทางปกครองโดยองค์กรตุลาการในประเทศญี่ปุ่น”. วารสารสังคมวิจัยและพัฒนา มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ปีที่ 4 ฉบับที่ 1 (2565): 13-28, 14-15.

[12] Yuichiro Tsuji, “Administrative Action and the Succession of Illegality”. (June 14, 2016). 67 Tsukuba Journal of Law and Politics 11 (2016), p. 15-16 Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=2987676.

สิทธิดังกล่าวของประชาชน ดังนั้น การจะกล่าวว่าองค์กรของรัฐต้องดำเนินการเกี่ยวกับสิทธิทางสังคมเพื่อประโยชน์ของประชาชนได้โดยไม่มีกฎหมายใดให้อำนาจจึงเป็นเรื่องไม่สนิทใจนัก

ประเด็นที่สอง หลักที่ว่า นักกฎหมายญี่ปุ่นเห็นว่าไม่เฉพาะการกระทำทางปกครองที่ละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่ต้องดำเนินการบนรากฐานทางกฎหมาย แต่รวมไปถึงการดำเนินการที่จัดให้ประชาชนได้ประโยชน์ด้วยที่ต้องดำเนินการภายใต้กรอบของกฎหมายด้วย (ญี่ปุ่นเรียกหลักการนี้ว่า “Jueki Ryuho”) มีการตั้งข้อสังเกตว่าการตีความหลักนิติธรรมในลักษณะนี้ละเลยความจริงที่ว่ากฎหมายที่ผ่านความเห็นชอบของรัฐสภาอาจเป็นกฎหมายที่มีข้อบกพร่องหรืออาจเป็นกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ แต่ศาลยุติธรรมยังไม่ได้มีคำพิพากษาว่ากฎหมายดังกล่าวขัดต่อรัฐธรรมนูญจึงทำให้กฎหมายยังมีผลบังคับก็ได้ อีกประการหนึ่งคือ การดำเนินการขององค์กรฝ่ายปกครองหลายอย่างต้องดำเนินการร่วมกันกับองค์กรเอกชน ดังนี้ หลักนิติธรรมที่เรียกร้องให้การดำเนินการขององค์กรของรัฐต้องเคารพต่อกฎหมายในญี่ปุ่นไม่เฉพาะการกระทำที่อาจละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนเท่านั้น ยังรวมไปถึงการกระทำที่ให้ประโยชน์แก่ประชาชนด้วย

ประเด็นที่สาม หลักนิติธรรมที่วางหลักว่าการดำเนินการขององค์กรฝ่ายปกครองทั้งหมดต้องมีรากฐานทางกฎหมายที่ให้อำนาจ (ญี่ปุ่นเรียกหลักการนี้ว่า “Zenbu Ryuho”) นับแต่รับหลักนิติรัฐเข้ามาตั้งแต่ช่วงรัฐธรรมนูญเมจิ นักกฎหมายญี่ปุ่นไม่ค่อยยอมรับแนวคิดนี้เท่าใดนัก เนื่องจากญี่ปุ่นเห็นว่า ในการใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองขององค์กรฝ่ายปกครองควรปล่อยให้มีความยืดหยุ่นและรวดเร็วเพื่อจัดการปัญหาหรือดำเนินบริการสาธารณะที่เป็นประโยชน์ต่อประชาชน จึงไม่ควรกำหนดให้เฉพาะกฎหมายที่ตราออกมาโดยรัฐสภาเท่านั้นที่การกระทำทางปกครองของฝ่ายปกครองจะได้รับความชอบด้วยกฎหมาย ปัจจัยอื่นนอกจากกฎหมายของรัฐสภาที่สำคัญอาจนำมาพิจารณาว่าการกระทำทางปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมายได้

จากความต้องการยกเลิกสิทธิสภาพนอกอาณาเขตทำให้ญี่ปุ่นต้องการปฏิรูประบบกฎหมายของประเทศให้ทันสมัยเหมือนตะวันตก ญี่ปุ่นจึงได้พัฒนาระบบกฎหมายให้เป็นสมัยใหม่ภายหลังการปฏิรูปเมจิ โดยมีการจัดทำรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรและการจัดทำประมวลกฎหมาย เนื่องด้วยความจำเป็นที่ต้องการพัฒนาระบบกฎหมายดังกล่าว ทำให้ญี่ปุ่นได้ศึกษาระบบกฎหมายของต่างประเทศ โดยเฉพาะกฎหมายของฝรั่งเศสและเยอรมนี ดังนั้น ญี่ปุ่นจึงรับเอาอิทธิพลหลักการปกครองของกฎหมาย การจัดทำรัฐธรรมนูญโดยต้นแบบมาจากปรัสเซีย การตั้งศาลปกครองแยกจากศาลยุติธรรมตามแบบฝรั่งเศส แม้ภายหลังจะเปลี่ยนรัฐธรรมนูญเป็นฉบับที่สหรัฐอเมริกาวางรากฐานให้ แต่อิทธิพลทางกฎหมายอื่น ๆ ที่ได้รับมาจากยุโรปยังคงไม่เปลี่ยนแปลงไป ทำให้หลักนิติธรรมหรือหลักการปกครองของกฎหมาย (Rule of Law) ในญี่ปุ่นมีรากฐานมาจากเยอรมนีและฝรั่งเศส แต่ญี่ปุ่นก็ปรับเปลี่ยนหลักนิติธรรมให้เข้ากับบริบทของตนเอง

3. หลักนิติธรรมในการพิจารณาคดีปกครองของศาลยุติธรรม

ก่อนจะกล่าวถึงหลักนิติธรรมในการพิจารณาคดีปกครองของศาลยุติธรรมญี่ปุ่น จะขอนำเสนอเกี่ยวกับการกระทำทางปกครองที่อยู่ในขอบเขตการพิจารณาคดีปกครองตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการฟ้องคดีปกครอง (**行政事件訴訟法** Gyosei jiken soshou ho หรือ The Administrative Case Litigation Act: ACLA) ก่อน

3.1 การกระทำทางปกครอง

ในทางกฎหมายมหาชนญี่ปุ่น การกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจะมีผลบังคับตามกฎหมายจนกว่าจะถูกเพิกถอนโดยองค์กรเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจหรือเพิกถอนโดยศาล นักวิชาการญี่ปุ่นอธิบายว่า การกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายระดับธรรมดาและนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายระดับร้ายแรงจนถึง

ขนาดไม่มีผลใด ๆ ทางกฎหมายหรือเป็นโมฆะมีความแตกต่างกันในแง่ของความชัดเจนของการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น กรณีที่การกระทำทางปกครองที่ฝ่ายปกครองแสดงออกมามีลักษณะขัดต่อกฎหมายอย่างเห็นได้ชัด ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการกระทำดังกล่าวสามารถนำคดีเข้าสู่ศาลเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายจากการกระทำทางปกครองได้ ในกรณีที่การกระทำทางปกครองไม่ชอบด้วยกฎหมายระดับร้ายแรงหรือเป็นโมฆะ การฟ้องคดีปกครองต่อศาลจะไม่นำเอาอายุความการฟ้องคดีปกครองตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการฟ้องคดีปกครองมาใช้ แต่จะใช้อายุความการฟ้องคดีแพ่งตามประมวลกฎหมายแพ่งแทน[13]

พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (**行政手続法**, หรือ The Administrative Procedure Act) มาตรา 2 กำหนดให้การกระทำทางปกครองในญี่ปุ่น ได้แก่ การออกคำสั่งทางปกครอง การออกใบรับรอง การจัดทำแผนและกิจกรรมอื่น ๆ ขององค์กรฝ่ายทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของบุคคล รวมถึงการตรวจสอบข้อเท็จจริงต่าง ๆ[14]

หากการกระทำทางปกครองใด ๆ ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองมีลักษณะไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ไม่ถึงระดับไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงที่เป็นโมฆะ บุคคลผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการกระทำทางปกครองย่อมมีสิทธินำข้อพิพาทดังกล่าวมาฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมที่มีเขตอำนาจพิจารณา ในกรณีนี้ศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดีปกครองดังกล่าวต้องดำเนินกระบวนพิจารณาตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการฟ้องคดีปกครอง (ACLA) กำหนดไว้ แต่หากบุคคลใดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการกระทำทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรงที่เป็นโมฆะ บุคคลดังกล่าวมีสิทธินำข้อพิพาทดังกล่าวมาฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมที่มีเขตอำนาจพิจารณา แต่กรณีนี้ศาลที่พิจารณาคดีจะไม่นำพระราชบัญญัติว่าด้วยการฟ้องคดีปกครอง (ACLA) มาใช้ในการดำเนินกระบวนพิจารณาคดี แต่จะใช้วิธีพิจารณาความแพ่งแทน

3.2 หลักนิติธรรมในการพิจารณาคดีปกครองของศาลยุติธรรม

ดังที่กล่าวมาก่อนหน้าว่า แต่เดิมญี่ปุ่นจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในช่วงของรัฐธรรมนูญเมจิเพื่อพิจารณาคดีปกครอง เนื่องจากไม่ต้องการให้ศาลยุติธรรมมาแทรกแซงการบริหารราชการแผ่นดินของรัฐบาล กล่าวได้ว่ารัฐธรรมนูญเมจิไม่ได้ยึดมั่นในหลักนิติธรรมตามคติตะวันตก เพียงแต่ไม่ต้องการให้การบริหารราชการถูกแทรกแซงจากองค์กรภายนอกฝ่ายปกครอง รวมถึงการที่ไม่ได้คุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอย่างแท้จริง จึงทำให้การปกครองภายใต้รัฐธรรมนูญเมจิศาลญี่ปุ่นมิได้ยึดหลักนิติธรรมในการพิจารณาคดีปกครองในยุคสมัยดังกล่าว

เมื่อญี่ปุ่นถูกปกครองโดยกองกำลังสัมพันธมิตรภายหลังแพ้สงครามและกองกำลังสัมพันธมิตรต้องการปฏิรูปการปกครองญี่ปุ่นให้เป็นประชาธิปไตย จึงมีการดำเนินการจัดทำรัฐธรรมนูญเพื่อเปลี่ยนแปลงโครงสร้างของการปกครองและระบบกฎหมายครั้งใหญ่ โดยรัฐธรรมนูญและระบบกฎหมายภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ญี่ปุ่นได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายอเมริกัน เห็นได้จากรัฐธรรมนูญญี่ปุ่นนำเอาหลักการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตย (Separation of Powers) มาใส่เป็นหลักสำคัญในรัฐธรรมนูญเพื่อให้องค์กรของรัฐที่ใช้อำนาจอธิปไตยมีการดุลและคานอำนาจกัน แต่ถึงจะได้รับอิทธิพลในการจัดทำกฎหมายใหม่จากสหรัฐอเมริกา ระบบกฎหมายมหาชนอย่างกฎหมายปกครอง ญี่ปุ่นยังคงยอมรับอิทธิพลจากแนวคิดของประเทศในภาคพื้นยุโรปอยู่เช่นเดิม เพียงแค่รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันยกเลิกศาลปกครองไป โดยรัฐธรรมนูญมาตรา 81 กำหนดให้ศาลยุติธรรมมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง และกำหนดห้ามไม่ให้มีการจัดตั้งศาลพิเศษอื่น ๆ ขึ้นพิจารณาคดีแยกออกจากศาลยุติธรรม (มาตรา 76

---

[13] Ibid., p. 20.

[14] Administrative Procedure Act, Act No. 88 of 1993. Available at https://www.japaneselawtranslation.go.jp/en/ laws/view/2874#je_ch1at2.

วรรคสอง แห่งรัฐธรรมนูญแห่งประเทศญี่ปุ่น) เมื่อประเทศญี่ปุ่นใช้ระบบศาลเดี่ยวทำให้การพิจารณาคดีปกครองต้องใช้กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งประกอบพระราชบัญญัติว่าด้วยการฟ้องคดีปกครองมาปรับใช้กับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง ซึ่งการนำกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้นั้นจะนำมาใช้ได้เท่าที่ไม่ขัดต่อลักษณะของการดำเนินคดีปกครองเท่านั้น (มาตรา 7 แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการฟ้องคดีปกครอง)[15]

พระราชบัญญัติว่าด้วยการฟ้องคดีปกครอง (ACLA) ได้ยึดหลักการสำคัญเกี่ยวกับการพิจารณาว่าการกระทำทางปกครองขององค์กรฝ่ายปกครองชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ คือ หลักศุภนิติกระบวน (The Principle of Due Process of Law, **手続の適正さ**) ซึ่งเป็นหลักที่เรียกร้องให้ในการพิจารณาทางปกครอง องค์กรฝ่ายปกครองต้องดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนด และเปิดโอกาสให้คู่กรณีโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน หากคู่กรณีเห็นว่าการกระทำทางปกครองไม่ว่าจะเป็นคำสั่งทางปกครองหรือกฎ พระราชบัญญัติว่าด้วยการฟ้องคดีปกครอง (ACLA) กำหนดให้บุคคลผู้ได้รับผลกระทบจากการกระทำทางปกครองนั้นสามารถใช้สิทธิโต้แย้งทางศาลได้หลายวิธี เช่น ฟ้องคดีต่อศาลเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (**取消訴訟**) หรือฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้ศาลรับรองสิทธิของตนที่มีอยู่ตามกฎหมาย (**無効等確認訴訟**) หรือฟ้องคดีต่อศาลเพื่อเรียกค่าเสียหายจากรัฐในกรณีที่องค์กรของรัฐกระทำการกระทบสิทธิและก่อให้เกิดความเสียหายแก่บุคคลผู้ใช้สิทธิทางศาล (**国家賠償請求訴訟**) แม้ว่าญี่ปุ่นจะยุบเลิกศาลปกครองไป แต่ญี่ปุ่นไม่ได้ละเลยการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่อาจถูกกระทบจากการใช้อำนาจตามกฎหมายปกครองหรือจากการดำเนินกิจการทางปกครองแต่อย่างใด ตรงกันข้ามญี่ปุ่นปรับให้การพิจารณาคดีปกครองเป็นอำนาจของศาลยุติธรรมแทน และมีการตรากฎหมายว่าด้วยการฟ้องคดีปกครองขึ้นมาเพื่อให้ศาลใช้ในการพิจารณาคดีปกครองโดยเฉพาะ ทำให้ในทางปฏิบัติจะเห็นได้ว่าไม่มีข้อแตกต่างในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยศาลยุติธรรมอย่างญี่ปุ่น (ระบบศาลเดี่ยว) กับการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองโดยศาลพิเศษที่ตั้งมาเพื่อพิจารณาคดีปกครองอย่างในเยอรมนี ฝรั่งเศส หรือไทย (ระบบศาลคู่)[16] เนื่องจากญี่ปุ่นยังคงยึดมั่นในหลักนิติธรรมในการจำกัดการใช้อำนาจรัฐตามที่รัฐธรรมนูญญี่ปุ่นวางหลักให้องค์กรฝ่ายปกครองจะใช้อำนาจทางปกครองได้เฉพาะเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภาซึ่งเป็นองค์กรตัวแทนของประชาชนเท่านั้น

การพิจารณาคดีปกครองในญี่ปุ่นก็เหมือนกับทุกที่ซึ่งอาจมีปัญหาในทางปฏิบัติบางประการแต่ปัญหาที่เกิดในญี่ปุ่นอาจมีความแตกต่างไปจากไทยอยู่บ้าง เนื่องจากระบบกฎหมาย ระบบศาล และนิติวิธี (Juristic Method) ที่แตกต่างกัน ปัญหาบางประการที่เกิดจากการให้อำนาจศาลยุติธรรมพิจารณาคดีปกครองในญี่ปุ่น มีดังนี้ ในการฟ้องคดีปกครอง (**国家賠償請求訴訟** kokoku lawsuit)[17] การฟ้องคดีจะมีความยุ่งยากพอควรสำหรับโจทก์หรือผู้ฟ้องคดีจะต้องมีประโยชน์ได้เสียทางกฎหมาย (Legal Interest) โดยตรงจึงสามารถจะฟ้องคดีปกครองได้ แตกต่างจากของไทยที่กำหนดในบุคคลผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้[18] ทำให้การฟ้องคดีปกครองในไทยผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครองมีขอบเขตกว้างกว่าญี่ปุ่น ในปี พ.ศ. 2547 ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติว่าด้วยการฟ้องคดีปกครองหลายประการ เช่น การแก้ไขเพิ่มอำนาจศาลในการตรวจสอบการกระทำทางปกครอง และลดความเข้มงวดของเงื่อนไขในการใช้สิทธิในการฟ้องคดีปกครองลง เป็นต้น[19] การแก้ไขดังกล่าว

---

[15] วศิน ยิ้มแย้ม และ เยี่ยม อรุโณทัยวิวัฒน์, อ้างแล้ว, หน้า 22-23.

[16] เพิ่งอ้าง, หน้า 26-27.

[17] การฟ้องคดีแบบ โกโกกุ (kokoku lawsuit) เป็นการฟ้องคดีต่อศาลเพื่อให้ศาลใช้อำนาจตุลาการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญและความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองที่กระทำโดยองค์กรของรัฐ (ผู้เขียน).

[18] พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ 2542 มาตรา 42 วรรคหนึ่ง.

[19] Carl F. Goodman, ibid., p. 461.

ทำให้ประชาชนใช้สิทธิฟ้องคดีปกครองต่อศาลได้ง่ายขึ้น และขอให้ศาลใช้อำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองได้มากขึ้น

4. สรุป

ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 ญี่ปุ่นปฏิรูประบบการปกครอง ระบบกฎหมายและระบบศาล และระบบเศรษฐกิจครั้งใหญ่ โดยกองกำลังสัมพันธมิตรมีความมุ่งหมายไม่ให้ญี่ปุ่นสามารถกลับมาใช้กำลังทางทหารเพื่อรุกรานประเทศอื่น ๆ ได้อีก จึงจัดทำรัฐธรรมนูญให้ญี่ปุ่นปกครองในระบอบประชาธิปไตย โดยให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการปกครอง จัดรูปแบบรัฐบาลแบบรัฐสภา (โดยรัฐสภาหรือสภาไดเอะมีสมาชิกที่มาจากการเลือกตั้งของประชาชนทั้งสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา) มีการแบ่งแยกอำนาจและถ่วงดุลอำนาจโดยกำหนดให้ศาลยุติธรรมเป็นองค์กรที่ใช้อำนาจตุลาการ และกำหนดให้ศาลมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ตราโดยรัฐสภา และมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง

แม้ว่าญี่ปุ่นตามรัฐธรรมนูญปัจจุบันใช้ระบบศาลเดี่ยว ไม่มีการแบ่งแยกศาลปกครองออกไปเพื่อพิพากษาคดีปกครองดังเช่นหลายประเทศที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) อย่างไทย ฝรั่งเศส และเยอรมนี และยังมีอุปสรรคหลายประการที่อาจจะทำให้บุคคลที่ได้รับความเดือดร้อนจากการกระทำทางปกครองฟ้องคดีได้ยากกว่าประเทศที่มีศาลปกครอง แต่สุดท้ายแล้วเมื่อคดีเข้าหลักเกณฑ์การฟ้องคดีและการพิจารณาคดี ศาลยุติธรรมญี่ปุ่นก็ทำหน้าที่ในการรักษาความยุติธรรมในการพิพากษาคดีปกครอง โดยสามารถใช้อำนาจตุลาการเพื่อคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอันเป็นการดำรงหลักนิติธรรมไว้ได้เป็นอย่างดี

ความเที่ยงธรรมทางสติปัญญาของตุลาการ (Judicial Intellectual Integrity)

ดร.สุนทรียา เหมือนพะวงศ์[1]
ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ภาค 2

บทนำ

บทความ เรื่อง “ความเที่ยงธรรมทางสติปัญญาของตุลาการ” นี้ ผู้เขียนตั้งใจเขียนขึ้นในวาระครบรอบ 70 ปี ของท่านศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ประธานศาลปกครองสูงสุด ที่ท่านเป็นแบบอย่างคนสำคัญในสังคมไทย ในเรื่องการสร้างเกียรติภูมิทางปัญญาของตุลาการให้ปรากฏผ่านคำพิพากษาที่สำคัญและงานวิชาการจำนวนมาก ผู้เขียนจึงได้รวบรวมมุมมองของตุลาการและนักวิชาการในเรื่องที่เกี่ยวข้อง และหวังว่าบทความนี้จะได้ช่วยเปิดบทสนทนาให้ตุลาการของไทย ไม่ว่าจะอยู่ในศาลใด ให้ได้สนใจแลกเปลี่ยนพูดคุยและพัฒนาเรื่องนี้กันอย่างจริงจัง เพราะความเที่ยงธรรมทางสติปัญญาน่าจะเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของการพัฒนาสถาบันศาลให้ไปถึงอุดมคติขององค์กรอย่างแท้จริง

I. ตุลาการกับความเฉลียวฉลาด และความเที่ยงธรรมทางสติปัญญา

มีคำกล่าวตลอดมาว่าผู้ที่ได้รับคัดเลือกให้ไปเป็นผู้พิพากษาได้ต้องเป็นคนฉลาด ไม่แน่ใจว่าท่านผู้อ่านเคยได้ยินหรือไม่ เหตุผลของคำกล่าวนี้อาจเป็นเพราะข้อสอบเข้าเป็นผู้พิพากษามีความยากกว่าวิชาชีพกฎหมายอื่น หรือมีคนสอบตกมาก หรือเป็นเพราะผู้ที่เข้าไปเป็นตุลาการในอดีตได้สร้างบรรทัดฐานที่ดีจนเป็นที่ยอมรับของคนในหลายสังคมว่าผู้พิพากษาคือคนฉลาด ที่สามารถใช้ความเที่ยงธรรมทางสติปัญญาตัดสินคดีเพื่อสร้างความยุติธรรมให้เกิดขึ้น ทำให้องค์กรตุลาการมีความมั่นคงและเป็นที่ยอมรับจากสังคมอย่างยาวนาน

ความเฉลียวฉลาดถือเป็นคุณสมบัติของผู้พิพากษาหรือไม่ สำหรับ Socrates นักปราชญ์คนสำคัญแห่งยุคกรีกกล่าวไว้เพียงว่า คุณสมบัติที่ผู้พิพากษาต้องมี 4 ประการ ได้แก่ ความสามารถในการฟังอย่างถ่องแท้ (To Listen Courteously) การตอบอย่างฉลาด (To Answer Wisely) การพิจารณาพิเคราะห์อย่างมีสติ (To Consider Soberly) และการตัดสินอย่างไม่มีฝักฝ่าย (To Decide Impartially)[2] หรือในคัมภีร์ไบเบิลที่เป็นบทกำหนดหลักการทางศาสนา ได้กล่าวถึงคุณสมบัติของตุลาการไว้ด้วย ในหนังสือ Exodus เมื่อ Jethro ได้แนะนำ Moses ให้ก่อตั้งระบบศาลขึ้น เพื่อช่วยทำงานตัดสินคดีแทนเบื้องบนนั้น เขาเห็นว่าจำเป็นต้องมีตุลาการที่เป็นคนที่มีศักยภาพเช่นพระเจ้าผู้น่าเกรงขาม โดยต้องเป็นบุคคลแห่งความสัตย์จริง และเป็นคนที่เกลียดความชั่งความโลภ (Able Men, such as Fear God, Men of

---

[1] ผู้เขียนขอขอบคุณ นายวิชา มหาคุณ ประธานมูลนิธิต่อต้านการทุจริต นายกีรติ กาญจนรินทร์ อดีตผู้พิพากษาศาลฎีกา นางสาวอรุณี วีระรัศมี ผู้พิพากษาอาวุโสในศาลอุทธรณ์ภาค 5 นายปานทอง สุ่มมาตย์ ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในศาลฎีกา นางสาวนวรัตน์ ธาระวานิช นักแปลอิสระ และ ดร.สิวินีย์ สวัสดิอารี นักฟิสิกส์ สถาบันมาตรวิทยา สำหรับคำแนะนำในการเขียนบทความนี้

[2] Socrates, Plato, Aristotle, “Wit and Wisdom of Socrates, Plato, Aristotle: Being a Treasury of Thousands of Glorious, Inspiring and Imperishable Thoughts, 1967.

Truth, Hating Covetousness)[3] ซึ่งแม้ Socrates และคัมภีร์ไบเบิลมิได้กล่าวถึงเรื่องความเฉลียวฉลาดของผู้พิพากษาไว้ แต่คุณสมบัติของตุลาการในอุดมคติดังกล่าวจะมีได้ก็แต่ในคนที่มีศักยภาพในการฝึกตนขั้นสูงเท่านั้น

ในสังคมทั่วไปนั้นไม่ใช่เรื่องง่ายที่จะหาบุคคลที่มีความมุ่งมั่นที่จะฝึกฝนสติปัญญาตนเองโดยไม่ย่อท้อ (Intellectual Perseverance) เพราะปัญหาแต่ละเรื่องมีลักษณะที่แตกต่างกันและมีคำตอบหลายแนวทาง คนที่จะตั้งใจทำความเข้าใจข้อเท็จจริงและหลักการที่เกี่ยวข้องให้รอบด้านก่อนที่จะเชื่อหรือตัดสินใจ โดยลงมือค้นคว้าหาเหตุผลด้วยตนเองมีอยู่น้อย การคัดลอกตัดต่อความคิดของบุคคลอื่น (Plagiarism) กระทำได้ง่ายกว่า และบุคคลที่มีความสัตย์ซื่อกับความรู้ความสามารถทางวิชาการที่ตนมีอย่างแท้จริง (Academic Integrity) มีไม่มาก[4] ในส่วนของตุลาการที่ดีที่ทำงานโดยการออกคำสั่งและคำพิพากษานั้น การจะหาผู้ที่ขยันขันแข็งและมีความเฉลียวฉลาดหลักแหลมรู้จักค้นหาคำตอบในงานคดีที่ยุ่งยากซับซ้อนและมีความกล้าหาญที่จะออกคำตัดสินที่ถูกต้องก็หายากเช่นเดียวกัน Justice Sudhanshu Dhulia ผู้พิพากษาศาลสูงจากประเทศอินเดีย ได้บรรยายให้ผู้พิพากษาใหม่ฟังในเรื่อง “จริยธรรมและความเที่ยงธรรมทางสติปัญญาของตุลาการ” ว่า ผู้พิพากษาต้องเฝ้าสำรวจตนเอง ตั้งใจหาข้อเท็จจริงในคดี และศึกษาหาความรู้ หากพบข้อผิดพลาดของตน ก็ต้องรีบแก้ไข เพราะคุณธรรมส่วนบุคคลที่ผู้พิพากษาแต่ละคนช่วยกันสร้างคือความเชื่อมั่นที่ประชาชนจะมอบให้แก่สถาบันศาล ดังนั้น คำว่า ความเที่ยงธรรมทางสติปัญญา (Intellectual Integrity) จึงมีความหมายมากกว่าเรื่องความสัตย์ซื่อทางสติปัญญา (Intellectual Honesty) เพราะมิใช่แค่ความซื่อตรง แต่ต้องกระทำขั้นลึกซึ้งอย่างเด็ดเดี่ยวแม้ต้องพบอุปสรรค ดังที่บรรดาตุลาการในอดีตต้องโต้เถียงหรือทำความเห็นแย้งกับเพื่อนร่วมงานของตนเองเพื่อรักษาความยุติธรรม แต่ความเห็นแย้งที่ดีที่ได้ทำไว้ในยุคหนึ่งย่อมกลับกลายเป็นความเห็นชอบของเสียงส่วนใหญ่ได้ในอีกยุคหนึ่ง ตัวอย่างเช่น Justice Mehmood ซึ่งเป็นผู้พิพากษาชาวอินเดียคนแรกในศาลยุคอาณานิคม ท่านได้ทำความเห็นแย้งหลายเรื่อง รวมทั้งยื่นใบลาออกเมื่อรู้สึกว่าไม่สามารถทำคำพิพากษาที่ยุติธรรมได้ Justice Harlan ผู้พิพากษาศาลฎีกาสหรัฐอเมริกา ที่ตัดสินคดีเรื่องสิทธิในการศึกษาของพลเมืองผิวดำ ท่านก็เป็นเสียงข้างน้อยเพียงหนึ่งเดียวที่ยืนยันว่าบุคคลต้องเสมอภาคกันอย่างแท้จริง หลักการ “แบ่งแยกแต่เท่าเทียม” (Principle of Separate but Equal) โดยแยกสิทธิที่ดีกว่าของคนผิวขาวไว้แบบหนึ่ง ให้สิทธิคนผิวดำอีกแบบหนึ่ง โดยในระหว่างคนผิวดำมีสิทธิเท่าเทียมกันนั้น ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ซึ่งเรื่องนี้ต้องใช้เวลาอีกถึง 60 ปี กว่าที่ศาลฎีกาสหรัฐอเมริกาจะมีคำพิพากษาคดี Brown vs Board of Education ที่ตัดสินด้วยเสียงข้างมาก ยกเลิกหลักการที่ไม่ถูกต้องดังกล่าว โดยบังคับคณะกรรมการการศึกษารับเด็กผิวดำให้เข้าเรียนในโรงเรียนเดียวกับเด็กผิวขาวอย่างไม่มีเงื่อนไข[5]

II. ความเฉลียวฉลาดพื้นฐานที่ตุลาการพึงมี

1. ความเฉลียวฉลาดด้านกฎหมาย

ในระบบ Common Law มีวัฒนธรรมการคัดเลือกผู้พิพากษาจากผู้ประกอบวิชาชีพทางกฎหมายและมีผลงานที่ดี เช่น กฎหมายของสหราชอาณาจักรให้เลือกตามระบบคุณธรรม (Selection on Merit) ซึ่งพิจารณาความสามารถในองค์รวม ไม่ใช่แค่คะแนนสอบ[6] สำหรับประเทศ Civil Law เช่น ฝรั่งเศส[7] หรือเยอรมนี[8] มีการจัดสอบผู้ที่จบกฎหมายและผ่านการฝึกปฏิบัติมีประสบการณ์ทางวิชาชีพ โดยผู้ที่ได้คะแนนสูงมีโอกาสที่จะได้รับคัดเลือกให้เป็นผู้บรรยาย

---

[3] Book of Exodus, ใน http://www.readbibleonline.net/?page_id=9

[4] Michael Strong, The Habit of Thought: From Socratic Seminar to Socratic Practice, 1997.

[5] Justice Sudhanshu Dhulia, Judicial Ethics and Intellectual Integrity, ใน https://ujala.uk.gov.in/files/ch01.pdf

[6] Judicial Appointments, ใน https://judicialappointments.gov.uk/

[7] https://www.ojp.gov/ncjrs/virtual-library/abstracts/recruiting-and-training-judges-france

[8] https://www.researchgate.net/publication/285754877_Training_and_Recruitment_of_Judges_in_Germany

ในโรงเรียนกฎหมาย หรือเป็นผู้พิพากษา หรือพนักงานอัยการ ในทำนองเดียวกับในระบบศาลยุติธรรมไทย ที่ผู้ทำข้อสอบผ่านอย่างดีจะได้เข้าไปเป็นผู้พิพากษา ข้อสอบผู้พิพากษาของประเทศต่าง ๆ เน้นการสอบกฎหมายโดยให้วินิจฉัยข้อเท็จจริงโดยนำตัวบทมาตราและคำพิพากษาที่เคยมีมาปรับใช้ ซึ่งในปัจจุบันศาลหลายประเทศมีการสอบเชิงวิเคราะห์เปรียบเทียบ โดยให้มีการอ้างอิงกับหลักคิดทฤษฎีต่าง ๆ ประกอบ ไม่เน้นเฉพาะการท่องจำเป็นนกแก้วนกขุนทอง เนื่องจากผู้ที่ไม่สามารถคิดวิเคราะห์ได้อย่างแหลมคม (Critical Thinking) ไม่อาจเรียกได้ว่าเป็นผู้ที่มีความเฉลียวฉลาดที่พร้อมจะทำงานคดีความยาก ๆ ได้

แต่เดิมขอบเขตเนื้อหาสำคัญของกฎหมายในแต่ละประเทศมีเพียงกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญา แต่ปัจจุบันมีกฎหมายใหม่เกิดขึ้นมาก เช่น กฎหมายอวกาศ กฎหมายเทคโนโลยี หรือกฎหมายสมรสเท่าเทียม และมีวิชาพิเศษที่นักกฎหมายต้องทำงานแบบสหวิชาการกับบุคลากรข้ามสาขาวิชาชีพมากมาย จึงเป็นความท้าทายว่าตุลาการจะเรียนรู้อย่างไรให้ครบถ้วนทันการณ์ ซึ่งผู้พิพากษาศาลพิเศษยิ่งต้องมีความรู้เฉพาะมากขึ้น เช่น ผู้พิพากษาศาลคดีเทคโนโลยีจะต้องทำความเข้าใจเรื่องระบบคอมพิวเตอร์แบบใหม่ที่ทำงานแทนมนุษย์ก่อนที่จะตัดสินข้อพิพาทแบบใหม่ที่เกิดขึ้นทั้งเรื่องที่โยงกับทางวิทยาศาสตร์ ระบบการเงิน และสังคม ผู้พิพากษาศาลคดีเยาวชนจะต้องเข้าใจเรื่องจิตวิทยาเชิงลึกในการจัดการเด็กดื้อในยุคสมัยใหม่และทำความเข้าใจเรื่องบาดแผลทางใจที่เกิดแก่ผู้เสียหาย มิฉะนั้นจะไม่สามารถวางมาตรการแก้ไขบำบัดฟื้นฟูผู้กระทำความผิดหรือเยียวยาผู้เสียหายได้อย่างถูกทาง หรือผู้พิพากษาศาลคดีสิ่งแวดล้อมอาจจะต้องมีวิสัยทัศน์กว้างไกลที่จะสร้างหลักความยุติธรรมทางสิ่งแวดล้อมที่มีระบบนิเวศเป็นศูนย์กลางเพื่อตัดสินรับรองว่าแม่น้ำมีสิทธิที่จะเป็นโจทก์ฟ้องคดีได้หากถูกขัดขวางเสรีภาพในการไหลโดยไม่มีความชอบธรรม หรือการตัดสินคดีโลกร้อนเพื่อคุ้มครองชนรุ่นใหม่ที่ยังไม่เกิดและการสร้างหลักความยุติธรรมข้ามรุ่น ซึ่งเป็นประเด็นที่ไม่เคยมีมาก่อนในการพิจารณาของศาลในอดีต

2. ความเฉลียวฉลาดด้านการใช้เหตุผล

ความเฉลียวฉลาดของนักกฎหมายมิใช่เป็นเรื่องการเข้าใจเนื้อหาของกฎหมาย ทั้งกฎหมายสารบัญญัติหรือกฎหมายสบัญญัติ ทั้งกฎหมายทั่วไปและกฎหมายเฉพาะ หรือทั้งกฎหมายเก่าและกฎหมายใหม่เท่านั้น แต่แท้จริงแล้วพื้นฐานของวิชากฎหมายคือเรื่องวิธีการของการใช้เหตุผล (Reasoning) ดังนั้น ตุลาการที่เฉลียวฉลาดต้องสามารถใช้เหตุผลทางกฎหมายได้อย่างลึกซึ้ง ซึ่งรวมถึงการให้เหตุผลอย่างมีตรรกะ (Logical Reasoning)[9] ซึ่งเรื่องนี้ถือเป็นคุณสมบัติที่เป็นหัวใจที่ผู้พิพากษาพึงมีและฝึกฝนให้เกิดขึ้นให้ได้ เนื่องจากหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีเป็นเรื่องที่ต้องกระทำบนหลักการของกฎหมายต่าง ๆ ที่มีวิธีการคิดอย่างเป็นเหตุเป็นผล ที่สามารถพิสูจน์สอบทานได้ ไม่ยกเมฆโมเมไม่คิดสับสนขัดแย้งกันเอง หรือมีตรรกะวิบัติ

ตัวอย่างของปัญหาการมีตรรกะวิบัติ (Logical Fallacy) ในการพิจารณาพิพากษาคดี ได้แก่ การมีตรรกะวิบัติอันเนื่องมาจากการคาดการณ์ (Slippery Slope) ตรรกะวิบัติอันเนื่องมาจากความผิดลบความผิด (Two Wrongs Make a Right) ตรรกะวิบัติอันเนื่องมาจากทางสายกลาง (False Compromise Fallacy) หรือตรรกะวิบัติอันเนื่องมาจากการมุ่งโจมตีตัวบุคคล (Ad Hominem Fallacy) ซึ่งเรื่องเหล่านี้ยังทำการศึกษากันน้อยในประเทศไทย[10]

นอกจากนี้ ในหลายประเทศ โดยเฉพาะประเทศ Common Law จะมีประเด็นเรื่องของการใช้กฎหมายแนวรุก (Judicial Activism) และการใช้กฎหมายแนวรับ (Judicial Restraint) ซึ่งเหตุผลที่ตุลาการเล่นบทบาทแตกต่างกันไปอาจเป็นเพราะผู้ที่พิจารณาพิพากษาคดีได้กระทำการตามความรู้ความเชื่อหรือตามหลักตรรกะที่ตนเห็นว่าถูกต้อง และ

---

[9] Douglas Lind, The Significant of Logic of Law, ใน https://www.judges.org/news-and-info/the-significance-of-logic-for-law/, Thomas Halper, Logic in Judicial Reasoning, Indiana Law Review, 1968, https://core.ac.uk/download/pdf/232675785.pdf

[10] ปานทอง สุ่มมาตย์ และคณะ, ความเป็นภววิสัยในการพิจารณาพิพากษาคดี, 2567.

อาจเป็นไปเพราะอวิชชาหรืออคติของตุลาการ โดยเฉพาะเรื่องความต่างของอุดมการณ์ทางการเมือง อันอาจส่งผลทั้งในเชิงบวกหรือเชิงลบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ทั้งสองทาง[11] ดังนั้น เรื่องความสามารถในการใช้เหตุผลในการพิจารณาพิพากษาคดีอย่างถูกต้องจึงเป็นปัจจัยสำคัญในการสร้างความยุติธรรมที่น่าจะสำคัญมากกว่าเรื่องการมีความรู้ทางกฎหมายในเชิงเนื้อหาเสียด้วยซ้ำ

3. ความเฉลียวฉลาดเรื่องสังคมและโลก

แม้หลายประเทศมิได้จัดให้ผู้ที่จะเข้าเป็นตุลาการต้องสอบวิชาสังคมศาสตร์หรือสหวิทยาการใด ๆ นอกเหนือจากวิชากฎหมาย แต่ประชาชนก็ต้องการผู้พิพากษาที่มีความฉลาดเรื่องสังคมและโลกด้วย เนื่องจากการตัดสินคดีมีความเกี่ยวพันกับสังคมและโลกโดยตรง ผู้พิพากษาพึงต้องเข้าใจความเป็นไปและรู้เท่าทันปัญหาที่เกิดขึ้น ซึ่งเป็นความรู้ในบริบทที่กว้างขวางมากกว่าตัวบทกฎหมายและคำพิพากษาฎีกา เพราะความฉลาดเรื่องกฎหมายเป็นคนละเรื่องกับความสามารถในการมองเห็นความซับซ้อนของสิ่งต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจริง ผู้พิพากษาพึงต้องมีความสามารถในการจับประเด็นมองเห็นปัญหาในภาพใหญ่ก่อนที่จะลงไปตัดสินคดีเฉพาะเรื่องเฉพาะประเด็นรายคดี

ตัวอย่างเช่น ในบทบัญญัติว่าด้วยพยานหลักฐานของแต่ละประเทศ มักจะมีเรื่องข้อเท็จจริงที่รู้กันอยู่ทั่วไปซึ่งคู่ความไม่ต้องนำสืบ เพราะเป็นเรื่องที่ศาลรู้เอง (Judicial Notice)[12] ปัญหาคืออะไรถือว่าเป็นข้อเท็จจริงที่รู้กันอยู่ทั่วไปในความรู้ความเข้าใจของผู้พิพากษาส่วนใหญ่ หากเป็นเรื่องที่สัมผัสได้ในทางกายภาพ เช่น พระอาทิตย์ขึ้นทางทิศตะวันออกและตกทางทิศตะวันตกคงจะไม่ยากอะไร แต่ในเรื่องที่มีความเป็นวิทยาศาสตร์มากขึ้น ก็จะมีคำถามว่าสิ่งใดเป็นเรื่องที่ศาลรู้ได้เองและเป็นเรื่องที่ยอมรับกันในทางวิทยาศาสตร์แล้ว[13] ยิ่งเรื่องที่มีความเป็นนามธรรมมากยิ่งขึ้น เช่น เรื่องสภาวะวิกฤติในทางสังคมและเศรษฐกิจหรือปัญหาความไม่ยุติธรรมในทางสังคม บุคคลที่เกี่ยวข้องก็อาจมีมุมมองแตกต่างยิ่งขึ้นไปอีก ตัวอย่างเช่นทุกประเทศมีหลักกฎหมายเรื่องความเสมอภาคที่บุคคลย่อมเท่าเทียมกันภายใต้กฎหมาย แต่ภายใต้ระบบเศรษฐกิจแบบเสรีนิยมและสังคมนิยม หรือภายใต้ระบบการเมืองแบบอำนาจนิยมและประชาธิปไตย ในโลกแห่งความเป็นจริงนั้น บุคคลจะมีความเท่าเทียมกันจริงหรือไม่ หากผู้พิพากษาไม่สนใจปัญหาที่ซับซ้อนในสังคมและโลก ท่านจะเข้าใจปัญหาการเลือกปฏิบัติหรือไม่ และจำเป็นต้องมีความเห็นผู้เชี่ยวชาญเข้ามาในคดีเพื่อช่วยอธิบายปัญหาที่ละเอียดอ่อนเหล่านี้อย่างไร แม้หลักบังกาลอร์ว่าด้วยจริยธรรมตุลาการ (Bangalore Principles of Judicial Conduct) กำหนดหลักการสำคัญที่ผู้พิพากษาต้องมี 6 ประการ ได้แก่ ความเป็นอิสระของตุลาการ (Judicial Independence) ความไม่ฝักใฝ่ฝ่าย (Impartiality) การรักษาเกียรติภูมิ (Integrity) หลักการปฏิบัติและวางตัวอย่างเหมาะควร (Propriety and the Appearance of Propriety) ความเสมอภาคต่อหน้าศาล (Equality of Treatment to All Before the Courts) ความสามารถและความขยันหมั่นเพียร (Competence and Diligence)[14] แต่เมื่อพิจารณาแล้ว หลักข้อที่ 6 เรื่องความสามารถและความขยันหมั่นเพียรและมุ่งมั่นเรียนรู้ปัญหาต่าง ๆ เท่านั้น ที่จะช่วยทำให้ตุลาการเข้าใจหลักการ 5 ข้อ ที่เหลืออย่างลึกซึ้งแยบคายได้

---

[11] Frank H. Easterbrook, Do Liberals and Conservatives Differ in Judicial Activism? Chicago Unbound, University of Chicago Law School, 2002.

[12] Murl A. Larkin, Article II: Judicial Houston Law Review, 1993, ใน https://ttu-ir.tdl.org/server/api/core/bitstreams/d8dc74cc-a9e0-46e5-9873-c3dee711aa78/content

[13] Gregory W. Segal, Clashing Standards in the Courtroom: Judicial Notice of Scientific Facts, Columbia Journal of Law & Social Problems, 2024, ใน https://jlsp.law.columbia.edu/wp-content/blogs.dir/213/files/2018/08/Vol51-Segal.pdf

[14] The Bangalore Principles of Judicial Conduct, ใน https://www.unodc.org/documents/ji/training/bangaloreprinciples.pdf

III. ความเฉลียวฉลาดเชิงลึกของตุลาการ

1. ความเฉลียวฉลาดทางอารมณ์

นอกเหนือจากความรู้ความสามารถทางความคิดซึ่งเป็นเรื่องการใช้สมองแล้ว เรื่องความเฉลียวฉลาดในการจัดการอารมณ์ของผู้พิพากษา (Judicial Temperament) ก็ถือเป็นเรื่องสำคัญ เพราะการทำงานที่หนักและเคร่งเครียดอาจจะทำให้ผู้พิพากษามีความรู้สึกหงุดหงิด ยิ่งคู่ความมีความขัดแย้งกันสูงและยั่วยุให้ผู้พิพากษาอารมณ์เสีย อาจก่อความเสียหายแก่คดีได้ ซึ่งผู้พิพากษาบางคนอาจจะไม่ได้ตระหนักถึงปัญหานี้หรือคิดว่าเป็นสิทธิของตนที่จะมีอารมณ์ความรู้สึกอย่างไรก็ได้

อดีตมีความเชื่อกันว่าผู้พิพากษาต้องไม่มีอารมณ์ความรู้สึก (Dispassionate Judge) เพราะจะมีผลกระทบต่อการให้ความเป็นธรรมในการพิจารณาพิพากษาคดี อย่างไรก็ตาม การหลีกเลี่ยงการมีอารมณ์ความรู้สึกของมนุษย์เป็นเรื่องที่เป็นไปได้ยาก ดังนั้น สิ่งที่ผู้พิพากษาควรกระทำคือการทำความเข้าใจกับสภาวะที่เกิดขึ้นกับตนเอง เช่น ทำการสำรวจตนเองอย่างต่อเนื่องว่ากำลังอยู่ในอารมณ์ความรู้สึกแบบใด และต้องพิจารณาถึงผลกระทบที่อาจจะเกิดขึ้นหากขาดวุฒิภาวะ เพราะผู้พิพากษาที่อยู่ในอารมณ์โกรธอาจวางโทษจำเลยหนักเกินไป ซึ่งผู้พิพากษาที่มีความเฉลียวฉลาดทางอารมณ์ (Emotional Intelligent Judge) ย่อมสามารถจัดการกับความท้าทายทางอารมณ์ (Emotional challenge) ได้[15] Justice Richard A. Posner ผู้พิพากษาศาลอุทธรณ์ระดับสหพันธรัฐของอเมริกา ผู้ได้รับรางวัลโนเบล มีความเห็นว่าผู้พิพากษาไม่ควรกลายเป็นคนที่ปราศจากอารมณ์ความรู้สึก (Emotionless) เหมือนเป็นคอมพิวเตอร์ เพราะในบางครั้งการมีความรู้สึกอาจเป็นเรื่องจำเป็นต่อการตัดสินที่ดี หรือ Justice William Brennan ผู้พิพากษาศาลฎีกาอเมริกันก็พูดในทำนองเดียวกันว่าคำพิพากษาที่ดีเลื่อนไหลไปกับบทสนทนาของเหตุผลและอารมณ์ความรู้สึก (A Dialogue of Reason and Passion) หากปราศจากอารมณ์ความรู้สึกก็ขาดปัจจัยในบทสนทนานั้น นอกจากนี้ ยังมีผู้ตั้งคำถามว่าตุลาการมีอารมณ์ขัน (Sense of Humor) ได้หรือไม่ คู่มือจริยธรรมตุลาการแห่งมลรัฐ New South Wales Judicial มีข้อเขียนของท่านผู้พิพากษา Kyrou จากศาลฎีกาแห่งมลรัฐ Victoria ว่า ผู้พิพากษาที่ดีจะต้องมีทักษะในการสื่อสารและความเข้าใจมนุษย์ มีความอดกลั้น มีความตระหนักเรื่องวัฒนธรรม เข้าใจมิติที่แตกต่าง ใช้ชีวิตอย่างติดดินเข้าใจประชาชน จัดวางอารมณ์อย่างสมดุลโดยไม่ทุกข์ และมีอารมณ์ขันได้ เพราะงานในกระบวนการยุติธรรมมีความเคร่งเครียดเต็มไปด้วยหน้าที่และความรับผิดชอบ ซึ่งคู่ความและผู้เข้าใช้บริการศาลก็มีแต่ความกดดัน ดังนั้น การที่ผู้พิพากษาสามารถตั้งสติ ทำความเข้าใจกับอารมณ์ของตนเอง อีกทั้งอารมณ์ของคู่ความและบุคคลในห้องพิจารณา โดยมีการจัดการเชิงบวกย่อมช่วยทำให้เกิดผลดีแก่ทุกฝ่าย[16]

2. ความเฉลียวฉลาดเรื่องอคติแห่งตน

ปัญหาเชิงลึกของตุลาการไม่ใช่แค่เรื่องความไม่สามารถจัดการอารมณ์ความรู้สึกที่ไม่ดี แต่รวมถึงการทำงานอย่างมีอคติอันเป็นปัญหาระดับฝังรากลึกลงไปอีก โดยหลักการแล้วผู้พิพากษาต้องทำงานอย่างปราศจากอคติ (Bias) และต้องพิจารณาพิพากษาคดีอย่างเป็นภววิสัย (Judging Objectively) แต่ในความเป็นจริงจะมีตุลาการกี่คนที่ยอมรับว่าตนเองมีอคติ (Biased Judge) และทำงานแบบอัตวิสัย (Work Subjectively) เพราะคำว่าอคติเป็นคำที่มีความหมายในแง่ลบในลักษณะตำหนิ และโดยเนื้อหาของเรื่องนี้ที่เข้าใจได้ไม่ง่ายและมีหลายมิติ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องอคติในวิธีคิด (Cognitive Bias) ได้แก่ เรื่องการเลือกสิ่งที่ตรงกับความเชื่อของตน (Confirmation Bias) การปักธงเปรียบเทียบ

---

[15] Terry A. Maroney, The Emotionally Intelligent Judge: A New (and Realistic) Ideal, ใน https://www.judges.org/wp-content/uploads/2021/11/Maroney-Court-Review-Emotionally-Intelligent-Judge.pdf

[16] Lady Rose of Colmworth DBE, What Makes a Good Judge?, ใน https://www.supremecourt.uk/docs/barnards-inn-reading-lady-rose-speech-2022.pdf

(Anchoring Bias) การเหมาโหลความดีงาม (Halo Effect) การมีความเชื่อในโลกสวย (Just-World Hypothesis) การรักษาสภาพเดิม (Status Quo Bias) และการไม่รู้ตัวว่ามีความเอนเอียง (Blind Spot Bias) หรือเรื่องอคติในทางสังคม ได้แก่ อคติในทางเชื้อชาติเผ่าพันธุ์ (Racial Bias) อคติทางเพศ (Gender Bias) หรืออคติทางการเมือง (Political Bias)[17] ซึ่ง Daniel Kahneman นักจิตวิทยารางวัลโนเบล เขียนหนังสือเล่มสำคัญ เรื่อง “Noise : จุดด้อยของการตัดสินใจโดยมนุษย์” มีเนื้อหาสำคัญว่า ในการคิดและการตัดสินของมนุษย์มักมีเสียงรบกวนที่ทำให้การดำเนินการไม่ตรงไปตรงมา และมนุษย์มักมีอคติโดยไม่รู้ตัว (Unconscious Bias) ซึ่งวิชาชีพที่ได้มีการทำสำรวจในเชิงสถิติว่าเป็นอาชีพที่มีความหันเหในการตัดสินใจและมีอคติได้ง่ายก็รวมถึงอาชีพแพทย์และอาชีพตุลาการด้วย[18]

ดังนั้น หากผู้พิพากษามีความเฉลียวฉลาดเรื่องอคติแห่งตน ทั้งโดยการสำรวจตนเองเพื่อให้เกิดการตระหนักรู้และหาวิธีป้องกันหลีกเลี่ยง ย่อมจะช่วยให้งานของสถาบันศาลมีมาตรฐานเป็นที่น่าเชื่อถือจากทุกฝ่าย ในประเทศฝรั่งเศสเคยมีกรณีที่ผู้พิพากษาผู้ใหญ่ซึ่งเป็นที่รับรู้กันในสังคมว่าท่านเคยเป็นนักต่อสู้และอุดมการณ์ทางการเมืองเอนเอียงไปทางหนึ่ง แต่ผู้พิพากษาท่านนี้ได้ประกาศให้ทุกคนได้ทราบว่า ในการทำหน้าที่ตุลาการ โดยเฉพาะการพิจารณาพิพากษาคดี ท่านจะทำตนเหมือน “คนแก้ผ้า” กล่าวคือจะปล่อยวางจากอุดมการณ์และความเชื่อทั้งปวง โดยจะพินิจพิเคราะห์ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในคดีอย่างตรงไปตรงมาตามเนื้อผ้า และท่านได้กระทำการดังที่กล่าวไว้ตลอดชีวิตราชการจนทำให้ได้รับการยอมรับนับถือจากสังคมในเรื่องการทำหน้าที่โดยปราศจากอคติอย่างแท้จริง[19] ในประเทศสหรัฐอเมริกาที่มีระบบการคัดเลือกผู้พิพากษาโดยนักการเมืองในหลายระดับ ผู้เลือกย่อมคัดคนที่มีความคิดความเชื่อไปในทางประชาธิปไตยนิยมหรืออนุรักษ์นิยมตามแนวทางของผู้เลือกด้วย เพราะผู้พิพากษาแต่ละคนก็มีอุดมการณ์ของผู้พิพากษา (Judicial Ideology) แตกต่างกัน[20] แต่แม้ผู้พิพากษาอาจจะมีอุดมการณ์แตกต่างกัน ผู้พิพากษาที่มีความซื่อตรงทางสติปัญญาเท่านั้นที่จะไม่ปล่อยให้ทัศนคติและความเชื่อส่วนบุคคลนำพาให้การพิจารณาพิพากษาคดีเอนเอียงไปทางใดทางหนึ่งอย่างไม่ถูกต้อง หากแต่พยายามทำงานอย่างเป็นภววิสัยตามเงื่อนไขปัจจัยในแต่ละคดี ซึ่งการสำรวจอคติส่วนตนและหาทางหลีกเลี่ยง ย่อมทำให้บุคคลนั้นเข้าใกล้อุดมคติของความเป็นตุลาการอย่างแท้จริง

ในคู่มือจริยธรรมตุลาการของมลรัฐ California มีหลักข้อที่ 4 เรื่อง การไม่ตั้งสมมุติฐาน (Do Not Make Assumptions) ซึ่งถือเป็นความท้าทาย เพราะเป็นเรื่องธรรมชาติที่มนุษย์ทั่วไปจะชอบมีคำตัดสินแบบรวดรัดบางอย่างในทันทีที่ได้รับข้อมูลบางอย่าง แต่เป็นเรื่องไม่สมควรถ้าผู้พิพากษาจะตั้งสมมุติฐาน หรือตัดสินล่วงหน้า (Prejudging) เพราะคำพิพากษาควรจะเป็นคำวินิจฉัยที่ซื่อสัตย์ (Honest Decisions) ซึ่งไม่วางอยู่บนอคติหรือการตัดสินไว้ก่อน หมายความว่า ผู้พิพากษาต้องถูกฝึกให้เปิดใจไว้อยู่เสมอ และต้องเฝ้าตระหนักรู้ตนเองว่ากำลังคิดอะไรอยู่และทำไมถึงมีความคิดเช่นนั้น เพื่อจะให้ได้คำตอบที่ถูกต้องตามเนื้อผ้า[21]

3. ความเฉลียวฉลาดทางจิตวิญญาณ

นอกเหนือจากเรื่องอารมณ์ความรู้สึก หากจะแยกให้ลึกลงไปอีกระดับหนึ่งก็จะมีประเด็นเรื่องความเฉลียวฉลาดทางจิตวิญญาณ (Spiritual Wisdom) ที่เป็นคุณค่าในเชิงนามธรรมและเกี่ยวข้องกับอุดมคติของงานด้านความยุติธรรม ซึ่งเกี่ยวข้องกับสภาวะความเป็นมนุษย์ของผู้พิพากษาแต่ละคน และสังคมต้องการผู้พิพากษาที่เป็นกลาง (A Neutral

---

[17] ปานทอง สุ่มมาตย์ และคณะ, ความเป็นภววิสัยในการพิจารณาพิพากษาคดี, 2024.

[18] Daniel Kahneman, Noise: A Flaw in Human Judgment, 2021.

[19] วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, ให้สัมภาษณ์นายสุกิจ ศรีสุวรรณ ในโครงการวิจัยของสถาบันวิจัยและพัฒนารพีพัฒนศักดิ์ เรื่อง “ปัญหาข้อขัดข้องและแนวทางพัฒนาการจัดทำคำพิพากษาของศาลในสังกัดสำนักงานอธิบดีผู้พิพากษาภาค 5, 2023.

[20] Gregory C. Sisk and Michael Heise, Judges and Ideology: Public and Academic Debates about Statistical Measures, Cornell Law Faculty Publication, 2005.

[21] The Central Principle of Being a Judge, ใน https://www.courts.ca.gov/documents/culture_handout3.pdf

Judge) ดังที่ Thomas Hobbes นักปรัชญาการเมืองคนสำคัญ เคยเขียนในหนังสือ Leviathan ว่า ผู้พิพากษาในอุดมคติ (The Ideal Judge) ต้องปลดเปลื้องออกไปจากความถูกใจ ความโกรธ ความเกลียด ความรัก และความกรุณา[22]

อย่างไรก็ตาม มีข้อเรียกร้องจากสังคมมากขึ้นเรื่อย ๆ ที่อยากจะได้ผู้พิพากษาที่รู้จักเอาใจเขามาใส่ใจเรา (Empathic Judge) หรือเข้าใจปัญหาของผู้อื่นอย่างมีปัญญา (Intellectual Empathy) จึงเกิดเป็นข้อถกแถลงในสังคมยุคนี้ว่าการทำงานของผู้พิพากษาจะเป็นไปอย่างมีความเมตตากรุณาได้หรือไม่ เพราะศาลต้องรักษาดุลยภาพในการคุ้มครองผู้เสียหายด้วย เกี่ยวกับเรื่องนี้มีผู้เห็นว่าผู้พิพากษาสามารถปฏิบัติด้วยความกรุณาต่อคู่ความทุกฝ่ายได้ไม่ยิ่งหย่อนต่อกัน เพื่อทำให้ศาลเป็นพื้นที่ปลอดภัยที่ให้ทุกฝ่ายพร้อมที่จะเปิดเผยข้อมูล ข้อเท็จจริง อีกทั้งอารมณ์ ความรู้สึก รวมถึงความทุกข์ทรมาน ความเจ็บปวด และบาดแผลทางใจในเชิงลึก และช่วยกันค้นหาทางออกร่วมกัน เพื่อให้ได้ผลลัพธ์คือความยุติธรรมทางคดีซึ่งมีความละเอียดอ่อน ที่สามารถช่วยแก้ไขปัญหาและเยียวยาทุกฝ่ายได้อย่างสมบูรณ์และยั่งยืน[23] นอกจากนี้ มีผู้เห็นว่าการพิจารณาคดีของศาลในแต่ละวัน ทนายความที่ใช้กฎหมายและกระบวนการยุติธรรมด้านคดีพาณิชย์ หุ้นส่วนธุรกิจ และกฎหมายล้มละลาย ก็มักนำพาคู่ความให้มีแต่ความคับแค้น ยุยงให้ต่อสู้คดีกันจนอาจนำไปสู่ความวิบัติของชีวิต ดังนั้น ผู้พิพากษาสมควรจะมีสติปัญญามากพอที่จะจัดการ ทั้งในการชั่งน้ำหนักข้อเท็จจริงและการใช้กฎหมายอย่างเหมาะสม โดยมีหัวใจที่จะทำความเข้าใจความรู้สึกของผู้ที่เกี่ยวข้อง และมีความกรุณาปรานีช่วยหาทางออกให้แก่ทุกฝ่าย ในกรอบภารกิจการใช้กฎหมายเท่าที่สามารถกระทำได้ กระทั่งผู้พิพากษาในสหราชอาณาจักรก็มีความเห็นแตกต่างกันในเรื่องนี้ แต่ในที่สุด คณะกรรมการด้านการศึกษาของตุลาการ (Judicial Studies Board) มีข้อสรุปว่าการมีความกรุณา (Compassion) เป็นคุณภาพสำคัญของตุลาการ (Judicial Quality) แบบหนึ่ง ที่ศาลในฐานะที่เป็นองค์กรผู้ใช้อำนาจ (Authority) ควรมีในการทำงานกับชุมชน (Community) โดยผู้พิพากษาต้องมีความหนักแน่นแต่มิใช่หยิ่งผยอง (Firmness without Arrogance) และต้องมีความไวต่อความรู้สึก (Sensitivity) ซึ่งท่าน Robert J Sharpe ผู้พิพากษาจากศาลอุทธรณ์แห่ง Ontario ก็ได้เขียนไว้ในหนังสือเรื่อง Good Judgment : Making Judicial Decisions ว่า ผู้พิพากษาซึ่งเป็นที่เคารพยกย่องจากสังคมส่วนใหญ่มักเป็นคนที่มีความกรุณา (Compassionate Judges) เพราะกฎหมายมิใช่เป็นสิ่งแห้งแล้ง แต่มีคุณค่าของความเป็นมนุษย์ผสมผสานอยู่ในคำว่ากฎหมายที่แยกจากกันไม่ได้ และผู้พิพากษาที่คิดเรื่องเหล่านี้ได้จะต้องมีความลุ่มลึกในชีวิตอย่างมาก เพราะกระบวนการตัดสินคดีไม่ใช่เป็นกระบวนการนามธรรม ไม่มีลักษณะเป็นกลไก แต่เป็นเรื่องของความเป็นมนุษย์อย่างเข้มข้น และมีผลกระทบต่อชีวิตคู่ความอย่างลึกซึ้ง ซึ่งผู้พิพากษาที่สามารถมองเห็นปัญหาอย่างรอบด้านเท่านั้นที่จะหาโอกาสที่ดีกว่าในการทำคำพิพากษาที่เป็นธรรมอย่างรอบด้าน Chief Justice Brian Dickson ประธานศาลฎีกาแคนาดา ก็มีความเห็นไปในทางเดียวกันว่า ความกรุณามิใช่สิ่งที่แปลกแยกออกมาจากองค์ประกอบในการตัดสินใจทางกฎหมาย แต่เป็นส่วนหนึ่งในลักษณะและเนื้อหาของคำว่ากฎหมายโดยตรง[24] ในประเทศสหรัฐอเมริกา Judge Frank Caprio ผู้พิพากษาหัวหน้าศาลเมือง Providence มลรัฐ Rhode Island ถูกเรียกว่าเป็นผู้พิพากษาที่น่ารักที่สุดในโลก (The Nicest Judge in the World) เนื่องจากท่านเป็นคนมีความเมตตากรุณาสูง ท่านเปลี่ยนภาพพจน์ของผู้พิพากษาที่เย่อหยิ่งแข็งกระด้างให้กลายเป็นผู้ที่มีความอ่อนโยน เป็นมิตร และรับฟังทุกคนด้วยความตั้งใจ โดยรับฟังทั้งโจทก์และจำเลย รวมทั้งสมาชิกในครอบครัวและชุมชน

---

[22] Thomas Hoppes, Leviathan, ใน https://www.gutenberg.org/files/3207/3207-h/3207-h.htm

[23] Jamey Hueston and Miriam Hutchins, The Power of Compassion in the Court: Healing on Both Sides of the Bench, Court Review: Journal of the American Judges Association, University of Nebraska-Lincoln, 2018, ใน https://judicialwellbeing.colorado.gov/sites/judicialwellbeing/files/documents/The%20Power%20of%20Compassion%20in%20the%20Court-%20Healing%20on%20Both%20Sides%20of%20the%20Bench%20%28002%29_0.pdf

[24] Lady Rose of Colmworth DBE, What Makes a Good Judge?, ใน https://www.supremecourt.uk/docs/barnards-inn-reading-lady-rose-speech-2022.pdf

ไม่เว้นแม้กระทั่งเด็กเล็กและคนด้อยโอกาสในสังคม ท่านเป็นตัวแทนของผู้พิพากษาที่ทำงานด้วยใจและจิตวิญญาณเพื่อยังประโยชน์สุขให้แก่คู่ความและทุกภาคส่วนที่เกี่ยวกับงานคดี และท่านได้สร้างแรงบันดาลใจให้แก่ผู้พิพากษาทั่วโลกคิดเปลี่ยนแปลงตนเอง เพื่อสร้างระบบยุติธรรมที่มีความมนุษย์มากยิ่งขึ้น[25]

IV. การพัฒนาความเที่ยงธรรมทางสติปัญญาของตุลาการ

1. การพัฒนาตนเอง

ปัจจัยหลักที่ทำให้บุคคลมีความเฉลียวฉลาดน่าจะเกิดจากความมุ่งมั่นและศักยภาพในการพัฒนาตนเองของแต่ละบุคคล หากมีความเชื่อว่าผู้ที่เข้าไปเป็นตุลาการได้คือผู้ที่มีสติปัญญาดีแล้ว บุคคลนั้นอาจจะเชื่อมั่นในตนเองและหยุดการเรียนรู้ ทำให้ขาดโอกาสในการพัฒนาตนเอง Lady Rose of Colmworth ผู้พิพากษาศาลฎีกาแห่งสหราชอาณาจักร ให้ความสำคัญกับเรื่องความสามารถทางสติปัญญา (Intellectual Ability) เป็นอย่างมาก ด้วยท่านเห็นว่าอาชีพของผู้พิพากษาต้องรับข้อมูลจำนวนมากที่เข้ามาในแต่ละวัน โดยมีประเด็นใหม่ ๆ ที่คาดเดาเตรียมการมาก่อนไม่ได้ ยิ่งประเทศที่ไม่มีศาลชำนัญพิเศษเฉพาะทาง ผู้พิพากษาต้องปรับสมองที่จะจัดการกับคดีทุกประเภทที่เข้ามาอย่างหลากหลายตลอดเวลา ดังนั้น ความสามารถในการเรียนรู้ (Ability to Learn) อย่างต่อเนื่อง จึงเป็นสิ่งที่ผู้พิพากษาขาดไม่ได้[26]

ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ อดีตผู้พิพากษาศาลฎีกา ซึ่งเป็นปรมาจารย์ด้านกฎหมายที่สำคัญที่สุดแห่งยุคสมัยนี้ ได้วางตนเป็นตัวอย่างของผู้ที่มีความในการเรียนรู้อย่างต่อเนื่อง ท่านไปเรียนปริญญาโทที่สหรัฐอเมริกาในวันที่ภาระในครอบครัวเริ่มเบาบางลงและภาระงานศาลเริ่มมั่นคง โดยมีท่านศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์ กัลยาณมิตร เขียนหนังสือรับรองให้ ท่านตัดสินใจไปเรียนต่อด้วยเห็นว่าผู้พิพากษาต้องเรียนรู้โลกกว้างเพื่อจะได้ประสิทธิ์ประสาทความยุติธรรมได้อย่างครบถ้วน ในระหว่างเรียนปริญญาโทท่านก็ได้ไปศึกษาดูงานในสถานที่ต่าง ๆ เพื่อให้เข้าใจสังคมอเมริกันอย่างถ่องแท้ ภายหลังท่านได้เขียนตำราสำคัญ ทั้งทางกฎหมายอาญาและกฎหมายแพ่ง ในการทำงานท่านใช้ดินสอเขียนต้นร่างความคิดออกมาเป็นแผนผังก่อน แล้วตรวจสอบแก้ไข แก้แล้วแก้อีกจนหลักคิดต่าง ๆ ตกผลึกแล้วเขียนความเชื่อมโยงของหลักการต่าง ๆ ออกมาเป็นภาพ หลังจากนั้นท่านจึงใส่รายละเอียดในแต่ละบทแต่ละตอน ในส่วนของคำพิพากษาที่ท่านเขียนได้ถูกนำมาเรียนรู้อย่างต่อเนื่องไม่แพ้กัน หลังเกษียณอายุท่านศาสตราจารย์จิตติยังคงอ่านและเขียนตำรากฎหมาย ทุกวันท่านไปนั่งทำงานวิชาการที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ก่อนที่ท่านจะล้มฟุบลงไปในวันท้าย ๆ ของชีวิต[27]

2. การพัฒนาโดยองค์กรศาล

องค์กรศาลแต่ละประเทศสามารถพัฒนาเกียรติภูมิทางปัญญาของตุลาการได้หลายวิธี โดยเฉพาะการยกระดับความสามารถในการเรียนรู้ของผู้พิพากษาผ่านระบบประเมินผลงานที่เป็นภววิสัยแบบมีหลักวิชา ที่จะแสดงหลักฐานเชิงประจักษ์ว่าบุคคลใดมีผลงานที่ดี บางประเทศมีการให้รางวัลแก่ผู้พิพากษาที่มีความโดดเด่นในการจัดทำคำพิพากษาเพื่อสร้างแรงบันดาลใจให้แก่ผู้พิพากษาท่านอื่นที่จะช่วยกันยกระดับความรู้ให้ทัดเทียมกัน สำหรับในระบบศาลยุติธรรมไทยที่ยึด “ระบบอาวุโส” โดยเคร่งครัด เพื่อหลีกเลี่ยงการแทรกแซงวิ่งเต้น อันเป็นระบบที่รับรองให้ผู้ที่สอบได้คะแนนสูงสุด

---

[25] Mohamed Maamir, An Inspiration in the Face of Adversity: Judge Frank Caprio and the Power of Compassion, ใน https://www.linkedin.com/pulse/inspiration-face-adversity-judge-frank-caprio-power-mohamed-maamir-fkovf, 2023.

[26] Lady Rose of Colmworth DBE, What Makes a Good Judge?, ใน https://www.supremecourt.uk/docs/barnards-inn-reading-lady-rose-speech-2022.pdf

[27] สุนทรียา เหมือนพะวงศ์ และคณะ, นิติศาสตร์เสวนาเรื่อง คุณค่าบรรพตุลาการ : หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสครบรอบ 100 ปี ศาสตราจารย์จิตติ ติงศภัทิย์ บรรพตุลาการผู้ทรงความรู้คู่คุณธรรม, 2008.

ตั้งแต่วันแรกที่สอบเข้าเป็นผู้ช่วยผู้พิพากษาได้ในลำดับต้น หรือที่เรียกกันว่า “อยู่หัวคิว” ทำให้ผู้อยู่ลำดับต้นมีสิทธิเลื่อนไหลอย่างอัตโนมัติเพื่อเข้ารับตำแหน่งสำคัญที่สูงขึ้นเรื่อย ๆ ตลอดทั้งชีวิตการทำงาน ซึ่งเป็นการสร้างหลักอาวุโสมารองรับผู้ฉลาดทำข้อสอบเข้าทำงาน แต่อาจขาดความเฉลียวในด้านอื่น หรือขาดความสามารถในการเรียนรู้พัฒนาคุณธรรมและเกียรติภูมิทางปัญญาอย่างต่อเนื่อง ทำให้สังคมเริ่มตั้งคำถามว่าหลักการดังกล่าวถือเป็นระบบที่เหมาะสมจริงหรือไม่ หากยังไม่ใช่ อะไรคือระบบที่เหมาะสมยิ่งไปกว่านั้น ซึ่งเป็นข้อเรียกร้องที่ขอให้องค์กรศาลทบทวนตั้งแต่ระบบการคัดเลือก การโยกย้าย และการเลื่อนชั้นของผู้พิพากษาในภาพรวมกันเลย[28]

ในการฝึกอบรมให้ความรู้ สถาบันศาลควรจัดกิจกรรมเพื่อเพิ่มศักยภาพและประสิทธิภาพในการทำงานของผู้พิพากษา ซึ่งที่ผ่านมาองค์กรศาลในแต่ละประเทศมักจะจัดตั้งศูนย์ฝึกอบรมตุลาการของตน กระทั่งในประเทศกลุ่ม Common Law ที่คัดเลือกผู้พิพากษามาจากผู้ประกอบอาชีพกฎหมายที่มีประสบการณ์อย่างดีมาแล้วก็ยังทำการฝึกอบรมผู้พิพากษา เช่น National Judicial College[29] หรือ Federal Judicial Center[30] ของประเทศสหรัฐอเมริกา มีหลักสูตรที่หลากหลาย และมีการฝึกอบรมให้คิดวิเคราะห์และเขียนคำพิพากษา (Opinion Writing) รวมถึงเรื่องการเขียนอย่างมีตรรกะและปราศจากอคติ โดยเชิญให้ผู้พิพากษาผู้ทรงคุณวุฒิและนักวิชาการจากสถาบันอุดมศึกษาไปจัดกิจกรรมอย่างต่อเนื่อง อย่างไรก็ตาม เรื่องการฝึกอบรมผู้พิพากษาในระบบ Common Law บางประเทศ อาจจะมีผู้มีความคิดเห็นแตกต่างออกไป ตัวอย่างเช่น Lord Judge ประธานศาลฎีกาของสหราชอาณาจักร เห็นว่า ผู้ที่รับเลือกเข้ามาส่วนใหญ่เป็นคนที่มีความรู้ความชำนาญและมีประสบการณ์สูงมาก่อนอยู่แล้ว ดังนั้น การฝึกอบรมอาจไปก้าวล่วงความเป็นอิสระของผู้พิพากษาได้ อย่างไรก็ตาม แม้จะมีความห่วงใย แต่ Lord Judge ได้ให้คำแนะนำแก่คณะกรรมการด้านการศึกษาของตุลาการว่า อาจจะต้องแยกระหว่างเรื่องการอบรมในเชิงเนื้อหาวิชาการ กับเรื่องวิธีคิดหรือเรื่องการเปิดใจเพื่อปรับเปลี่ยนมุมมองให้ผู้พิพากษาในโลกยุคใหม่ได้มีความพร้อมในการทำภารกิจอย่างแท้จริง สำหรับ Lady Rose of Colmworth ซึ่งมีบทบาทในการพัฒนาหลักสูตรฝึกอบรมผู้พิพากษาก็มีความเห็นว่าระบบคัดเลือกในปัจจุบันยังอาจจะกีดกันให้บุคคลกลุ่มที่มีความละเอียดอ่อนต่อปัญหาในสังคมด้านการคุ้มครองสิทธิประชาชนไม่สามารถเข้ามาเป็นตุลาการได้ ทำให้สถาบันศาลมีความหลากหลายของประสบการณ์ของผู้พิพากษาไม่มาก ดังนั้น การเสริมความรู้ด้วยการฝึกอบรมเรื่องสังคมและโลกในภาพรวมจึงยังเป็นเรื่องที่มีความจำเป็น[31]

สำหรับประเทศไทย สถาบันศาลยุติธรรมของไทยก็มีการจัดหลักสูตรฝึกอบรมผู้พิพากษาในทุกระดับชั้นอย่างต่อเนื่องโดยมีขอบเขตการเรียนการสอนที่หลากหลาย ซึ่งนอกเหนือจากการให้ตุลาการรุ่นพี่มาคอยถ่ายทอดวิทยายุทธให้ตุลาการรุ่นน้องแล้ว ยังได้เชิญผู้ทรงคุณวุฒิจากภายนอกเข้าไปให้ความรู้ด้วย[32] เกี่ยวกับเรื่องการฝึกอบรมการพัฒนาด้านจิตใจ ซึ่งประเด็นเรื่องการทำงานอย่างซื่อสัตย์สุจริตและปราศจากอคติเป็นเรื่องที่เน้นย้ำกันอยู่เสมอ การฝึกอบรมให้เข้าใจคุณค่าที่ลึกซึ้งของชีวิตตามหลักศาสนามีมาโดยตลอด ตั้งแต่ยุคศาสตราจารย์สัญญา ธรรมศักดิ์ อดีตประธานศาลฎีกา มีการส่งผู้พิพากษาเดินทางไปเรียนธรรมะกับท่านพุทธทาสภิกขุที่สวนโมกข์อย่างต่อเนื่อง จนเกิดหนังสือชุด “ธรรมโฆษณ์” เรื่อง “ตุลาการิกธรรม”[33] ในยุคใหม่นี้ สมเด็จพระพุทธโฆษาจารย์ (ประยุทธ์ ปยุตฺโต) พระนักปราชญ์แห่งยุคสมัย ก็ได้ตั้งประเด็นเรื่องพรหมวิหาร 4 กับงานศาล โดยนำเสนอประเด็นเรื่องการทำงานอย่างมี “อุเบกขา”

---

[28] โสต สุตานันท์, ศาลยุติ “ด้วย” ธรรม : กอบกู้สถาปนาหลักนิติรัฐ ซ่อมสร้างเสาหลักของบ้านเมือง ...ก่อนที่จะสายเกินไป, 2023.

[29] National Judicial College, ใน https://www.judges.org/judicial-education/judicial-academy/

[30] Federal Judicial Center, ใน https://www.fjc.gov/

[31] Lady Rose of Colmworth DBE, What Makes a Good Judge?, ใน https://www.supremecourt.uk/docs/barnards-inn-reading-lady-rose-speech-2022.pdf

[32] สถาบันพัฒนาข้าราชการฝ่ายตุลาการ, ใน https://jti.coj.go.th/

[33] ตัวอย่างคำบรรยาย เรื่อง ตุลาการิกธรรม, ใน https://www.youtube.com/watch?v=3gOVVuu8iRs

เพื่อให้ผู้พิพากษาสามารถทำงานได้ตามเนื้อผ้า เป็นธรรมกับทุกฝ่าย โดยไม่หวั่นไหว[34] ในปัจจุบัน ประเด็นเรื่องการทำงานด้วย “ความกรุณา” ก็เริ่มมีการพัฒนาเป็นหลักสูตรฝึกอบรมเชิงปฏิบัติการแบบ Design Thinking ที่เน้นว่าการให้บริการของศาลต้องตอบโจทก์ของประชาชน โดยมีกิจกรรมเพื่อฝึกกระบวนการผู้พิพากษาและเจ้าหน้าที่ของศาลได้เข้าใจประชาชนผู้เข้ามารับบริการอย่างลึกซึ้ง (Empathizing Process) โดยหวังจะให้เกิดเป็นระบบงานที่มีประชาชนเป็นศูนย์กลาง (People-Oriented Justice System)[35] ความท้าทายเกี่ยวกับเรื่องการฝึกอบรมตุลาการในภาพรวมน่าจะเป็นเพียงการจัดลำดับความสำคัญว่าอะไรเป็นหัวใจของงานตุลาการที่สมควรนำมาเรียนรู้กันอย่างจริงจัง และเรื่องรูปแบบวิธีการเรียนรู้ที่จะก่อให้เกิดการเปลี่ยนแปลงเชิงสร้างสรรค์อย่างเห็นผล

อย่างไรก็ตาม ตุลาการที่ทรงคุณค่า ไม่ว่าจะเป็นท่านใดก็ตาม ถึงวันหนึ่งท่านก็จะเกษียณอายุหรือจากลาองค์กรไป คำถามสำคัญจึงมิใช่แค่เรื่องการพัฒนาบุคคลแต่ละคนในลักษณะปัจเจก หากแต่ต้องพัฒนาให้เป็นความรู้ร่วมกันของผู้พิพากษาในภาพรวม (Collective Wisdom) และให้กลายเป็นปัญญาขององค์กร (Institutional Wisdom) ในขั้นสุดท้าย เพื่อให้องค์กรศาลกลายเป็นองค์กรแห่งการเรียนรู้ (Learning organization) ควบคู่กันไปด้วย ดังนั้น ระบบการจัดการความรู้ (Knowledge Management) ขององค์กรจึงเป็นเรื่องที่มีความสำคัญมาก การดึงปัญญาส่วนบุคคลของบุคลากรออกไปพัฒนาเป็นปัญญาขององค์กรเป็นเรื่องที่ต้องดำเนินการ ตัวอย่างเช่นประเทศจีนซึ่งติดอันดับต้นของประเทศที่ใหญ่ที่สุดในโลก ศาลในประเทศจีนที่มีเป็นจำนวนมากได้พัฒนาระบบข้อมูลด้านคำพิพากษา ทำให้ผู้พิพากษาทั่วประเทศสามารถแลกเปลี่ยนและพัฒนาความรู้ขององค์กรร่วมกันได้อย่างก้าวหน้ามหาศาล[36] ในอินเดียมีการคัดสรรคำพิพากษา 10 เรื่อง ที่มีอิทธิพลต่อการเปลี่ยนแปลงทางสังคม เศรษฐกิจ การเมือง และสิ่งแวดล้อมของประเทศเพื่อให้ผู้พิพากษาและประชาชนผู้สนใจได้ศึกษา[37] หรือศาลฎีกาประเทศเกาหลีใต้ตั้งสถาบันวิจัยนโยบายตุลาการ (Judicial Policy Research Institute) เพื่อพัฒนาบุคลากรให้มีความพร้อมในการทำงานในโลกอนาคต[38] การมีองค์กรด้านการฝึกอบรมและโครงการศึกษาวิจัยต่าง ๆ จะช่วยกระตุ้นให้ผู้พิพากษาและองค์กรศาลได้เกิดความตระหนักในภารกิจสำคัญ ทำให้มีสำนึกร่วมที่จะได้ทำงานสำคัญควบคู่ไปกับองค์กรชั้นนำฝ่ายอื่นของชาติ รวมทั้งร่วมมือกับนานาชาติในการพัฒนาระบบยุติธรรมของโลกให้เจริญก้าวหน้าต่อไป ซึ่งการพัฒนาความรู้ขององค์กรศาลต้องการวิสัยทัศน์ความเป็นผู้นำ และการวางแผนอย่างเป็นระบบที่มีหลักวิชา และศาลในประเทศไทยย่อมสามารถกระทำได้ดีไม่แพ้ชาติอื่น

บทส่งท้าย

อาชีพตุลาการเป็นอาชีพแห่งเกียรติยศ เนื่องจากต้องทำงานเกี่ยวข้องกับสิทธิเสรีภาพของประชาชนทั้งประเทศ สามารถชี้ขาดชี้เป็นชี้ตายทั้งชีวิตของบุคคลในทางกายภาพ และการชี้ขาดเพื่อคุ้มครองสิทธิหรือตัดสิทธิทางการเมือง เศรษฐกิจ และสังคมของประชาชนในทางนามธรรม การเขียนคำสั่งหรือคำพิพากษามิใช่เพียงการใช้มือจรดปากกาลงไปแต่แท้จริงแล้วมาจากสติปัญญา ความรู้ ทัศนคติ และประสบการณ์ชีวิตของตุลาการทั้งสิ้น ผู้พิพากษาที่มีความโง่เขลาเบาปัญญาและไม่สนใจขยายศักยภาพในการเรียนรู้ของตนเอง ย่อมพบแต่ความอัปยศ เพราะไม่อาจเป็นอิสระอย่างแท้จริงและไม่สามารถยืนหยัดต่อสู้กับความไม่ถูกต้องได้ ดังนั้น การพัฒนาความรู้จึงไม่ใช่เพียงเพื่อให้ได้ความรู้เฉย ๆ หากแต่ทำให้ผู้พิพากษามีความถูกต้องในการทำงานที่เที่ยงธรรมและมีความกล้าหาญทางจริยธรรมมากขึ้น อันเป็นการยกระดับ

---

[34] สมเด็จพระพุทธโฆษาจารย์ (ป. อ. ปยุตฺโต), ผู้พิพากษา ตั้งตุลาสังคมสมในดุล, https://www.watnyanaves.net/th/book_detail/263

[35] Justice by Design: กระบวนการยุติธรรมที่ทุกคนออกแบบได้, ใน https://oja.coj.go.th/th/content/category/detail/id/22/iid/329907

[36] China Judgments Online, ใน https://rmfyalk.court.gov.cn/

[37] Zia Mody, 10 Judgements That Changed India, 2013.

[38] Judicial Policy Research Institute, ใน https://jpri.scourt.go.kr/main.do?lang=en

ความเป็นมนุษย์ชั้นสูงของตน ในขณะเดียวกันก็ส่งผลโดยตรงให้เกิดความยุติธรรมในแต่ละคดีและต่อกระบวนการยุติธรรมในภาพรวม อันจะทำให้สังคมมีความร่มเย็นเป็นสุขในทางอ้อม และความเที่ยงธรรมทางสติปัญญาของตุลาการนี้เอง คือปัจจัยสำคัญที่จะช่วยรักษาความศรัทธาของประชาชนให้มีต่อสถาบันศาลต่อไปตราบนานเท่านาน

หลักความเสมอภาค และหลักการไม่อาจอ้างหลักความเสมอภาคในการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (No equality in the matter of illegality) ในมุมมองกฎหมายปกครอง

ดร.อนันต์ คงเครือพันธุ์[1]

บทนำ

บทความนี้ ผู้เขียนในฐานะเป็นผู้ใต้บังคับบัญชาและเป็นลูกศิษย์ของศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ประธานศาลปกครองสูงสุด ได้รับแรงบันดาลใจที่ทำให้ผู้เขียนอยากกล่าวถึงหลักความเสมอภาคซึ่งเป็นส่วนสำคัญของสิทธิมนุษยชน ก็เพราะในการวินิจฉัยคดีของศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ในฐานะตุลาการเจ้าของสำนวน ได้มีบทบาทในการวางหลักสิทธิมนุษยชนในคดีต่าง ๆ ของศาลปกครอง ซึ่งหนึ่งในคดีที่นักวิชาการและหลายฝ่ายต้องรู้จักก็คือ การปรับใช้ “หลักศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ (Human Dignity)” ในคดีที่การรถไฟแห่งประเทศไทยได้ติดสติ๊กเกอร์โฆษณาบริเวณกระจกรถไฟตู้ปรับอากาศ[2] กระทั่งเป็นคดีที่เป็นแรงผลักดันสำคัญให้สังคมตื่นตัวในการที่รัฐจะต้องระมัดระวังการละเมิดศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของทุกคนและต้องคุ้มครองสิทธิมนุษยชนของประชาชน แม้คดีนี้จะได้มีคำวินิจฉัยมาเกือบ 20 ปีแล้ว แต่ก็ยังคงถูกพูดถึงและผู้เขียนรวมถึงอาจารย์ทางกฎหมายมหาชนของไทยก็ใช้ประกอบการสอนหนังสือสืบมา

หลักความเสมอภาคที่ผู้เขียนนำมากล่าวในบทความนี้ ก็เป็นหลักการสำคัญที่สุดหลักหนึ่งที่ในทางสากลถือว่าเป็น **“สิทธิมนุษยชน”** เช่นเดียวกัน ส่วนในทางกฎหมายภายในของรัฐประชาธิปไตยสมัยใหม่ หลักนี้ถือเป็น **“หลักการที่มีคุณค่าในระดับรัฐธรรมนูญ”** ที่เป็นหลักการที่วางโครงสร้างสำคัญของสิทธิต่าง ๆ ทุกสิทธิที่รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายรับรองคุ้มครอง (Es un principio estructurador de todos los derechos) ซึ่งในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 ก็ได้บัญญัติรับรองหลักความเสมอภาคไว้อย่างชัดเจนในมาตรา 27[3] ส่วนในรัฐธรรมนูญของ

---

[1] ผู้อำนวยการสำนักประธานศาลปกครองสูงสุด สำนักงานศาลปกครอง (ปริญญาเอกและปริญญาโททางกฎหมายมหาชน (ราชอาณาจักรสเปน) เนติบัณฑิตไทย นิติศาสตรบัณฑิต ศิลปศาสตรบัณฑิตและศิลปศาสตรมหาบัณฑิต ด้านรัฐศาสตร์การปกครอง)

[2] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 231/2550

[3] มาตรา 27 ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช 2560 บัญญัติว่า *“บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน*

ชายและหญิงมีสิทธิเท่าเทียมกัน

การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ หรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้

มาตรการที่รัฐกำหนดขึ้นเพื่อขจัดอุปสรรคหรือส่งเสริมให้บุคคลสามารถใช้สิทธิหรือเสรีภาพได้เช่นเดียวกับบุคคลอื่น หรือเพื่อคุ้มครองหรืออำนวยความสะดวกให้แก่เด็ก สตรี ผู้สูงอายุ คนพิการ หรือผู้ด้อยโอกาส ย่อมไม่ถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมตามวรรคสาม

ต่างประเทศอย่างในราชอาณาจักรสเปนก็ถูกบัญญัติไว้ในมาตรา 14[4] โดยมีนัยและสาระสำคัญไม่แตกต่างกันนัก

การบัญญัติหลักความเสมอภาคไว้ในกฎหมายสูงสุดจึงเป็นเรื่องปกติที่มักปรากฏให้เห็นในปัจจุบันทั่วไป อย่างไรก็ดี ท่ามกลางการปฏิบัติราชการทางปกครองที่มีผู้ได้ประโยชน์หรือผู้เสียประโยชน์เกิดขึ้น ในหลายโอกาส การปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ไม่ได้เป็นไปอย่างง่ายดายนัก หลายกรณีมักมีผู้ที่ท้าทายเจ้าหน้าที่ของรัฐจากการปฏิบัติงานต่าง ๆ ที่อาจพบเห็นได้รายวันก็อย่างเช่น กรณีที่มีผู้ทำการก่อสร้างอาคารบ้านเรือนโดยไม่ได้เป็นไปตามกฎหมายบ้านเมืองหลายหลัง แต่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งให้เจ้าของบ้านรายเดียวรื้อถอน ผู้รับคำสั่งรายนี้ก็อาจท้าทายว่าเป็นการปฏิบัติอย่างไม่เสมอภาค เป็นการเลือกปฏิบัติ หรือการที่เจ้าหน้าที่ตำรวจจราจรจับกุมผู้ขับขี่รถจักรยานยนต์หรือรถยนต์ที่ฝ่าสัญญาณไฟแดงออกมาหลายคัน หากแต่จับได้เพียงบางคัน ก็มักมีการอ้างต่อเจ้าหน้าที่ตำรวจว่า การที่รถคันอื่น ๆ ที่ผิดแต่ไม่ถูกจับ แต่มาจับเฉพาะผู้ถูกจับกุม เป็นการกระทำที่เลือกปฏิบัติโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เจ้าหน้าที่ผู้ปฏิบัติงานจะตอบโต้อย่างไร จะให้เหตุผลแย้งอย่างไร โดยในบทความนี้จะศึกษาคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดและพิจารณาหลักการที่จะเชื่อมโยงที่ทำให้เกิดความเข้าใจในเรื่องนี้มากยิ่งขึ้นอย่าง **“หลักการไม่อาจอ้างหลักความเสมอภาคในการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (No equality in the matter of illegality)”** ซึ่งจะกล่าวรายละเอียดในเนื้อหาต่อไป

ที่มาของหลักความเสมอภาค (หรือหลักการห้ามเลือกปฏิบัติ) ในมุมมองสากล (โดยสังเขป)

หลักความเสมอภาคเป็นหลักสำคัญโดยหากพิจารณาความสำคัญในเชิงกฎหมายในระดับรัฐ หลักนี้ถือเป็นหลักที่มีความสำคัญโดยเป็น **“หลักในระดับรัฐธรรมนูญ (Principio jurídico en nivel constitucional)”** แต่เมื่อพิจารณาในระดับสากล หลักนี้ถือเป็นหลักการที่มีความสำคัญในระดับที่เป็น **“สิทธิมนุษยชน (Derecho Humano หรือในภาษาอังกฤษเรียกว่า Human Rights”** ประการหนึ่ง ในบางตำราอาจใช้คำว่า “หลักการห้ามเลือกปฏิบัติ (non-discrimination principle)” หรือในบางตำราอาจเรียกหรือใช้แทนกับคำว่า “หลักความเท่าเทียมกัน” ซึ่งในบทความนี้ การใช้ถ้อยคำทั้งสามจะเป็นไปในทิศทางเดียวกันและแทนกันได้

คงไม่อาจปฏิเสธได้ว่า หลักการเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนที่มีขึ้นอย่างเป็นสากลนั้น มีต้นทางมาจาก **“ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948)”** ปฏิญญาสากลฯ ดังกล่าวไม่ได้เกิดขึ้นแต่เพียงผู้ร่างยกร่างขึ้นโดยไม่มีที่มาที่ไป หากแต่มีต้นทางมาจากปัญหาความขัดแย้งของโลกที่เกิดขึ้นในยุคก่อนหน้า ซึ่งผู้เขียนขอสรุปจาก 4 สถานการณ์สำคัญของโลก อันทำให้มนุษยชาติต้องมีปฏิญญาสากลฯ เช่นว่านี้ เพื่อพิทักษ์คุ้มครองร่วมกัน

เหตุการณ์แรกที่ถือเป็นส่วนหนึ่งที่ผลักดันสำคัญให้เกิดปฏิญญาสากลฯ นี้ คือ **“สงคราม 13 อาณานิคม”** (หรือเรียกอีกชื่อหนึ่งว่า สงครามปฏิวัติอเมริกา) เป็นที่ทราบโดยทั่วกันว่า สหรัฐอเมริกาแต่เดิมได้เป็นอาณานิคมของอังกฤษ และตามประวัติศาสตร์โลกก็ได้ถูกกดขี่รีดภาษีโดยเจ้าอาณานิคมอย่างมาก ต่อมาในช่วงระหว่างปี ค.ศ. 1775 ถึง ค.ศ. 1783 ก็ได้เกิดสงครามนี้ขึ้น ซึ่งฝ่ายอาณานิคมมีชัยชนะเหนืออังกฤษและประกาศอิสรภาพในเวลาต่อมา ทั้งนี้ เหตุการณ์ดังกล่าวสหรัฐอเมริกาสามารถปลดแอกจากอังกฤษได้สำเร็จ ซึ่งส่วนหนึ่งของการชนะสงครามครั้งนี้มีที่มาจากการสนับสนุนของฝรั่งเศสที่ในขณะนั้นมีความขัดแย้งอย่างรุนแรงกับอังกฤษ โดยฝรั่งเศสได้สนับสนุนทั้งด้านการเงินและการทหารแก่สหรัฐอเมริกาอย่างต่อเนื่อง อย่างไรก็ดี ในส่วนของฝรั่งเศสเองในช่วงเวลาใกล้เคียงกันนี้ก็เกิดเหตุการณ์สำคัญ

บุคคลผู้เป็นทหาร ตำรวจ ข้าราชการ เจ้าหน้าที่อื่นของรัฐ และพนักงานหรือลูกจ้างขององค์กรของรัฐย่อมมีสิทธิและเสรีภาพเช่นเดียวกับบุคคลทั่วไป เว้นแต่ที่จำกัดไว้ในกฎหมายเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวกับการเมือง สมรรถภาพ วินัย หรือจริยธรรม”

[4] มาตรา 14 ของรัฐธรรมนูญฯ สเปน ได้บัญญัติเป็นภาษาอังกฤษว่า “Spaniards are equal before the law and may not in any way be discriminated against on account of birth, race, sex, religion, opinion or any other personal or social condition or circumstance.”

ที่มีส่วนสำคัญต่อหลักคิดสิทธิมนุษยชนของโลก คือ **"การปฏิวัติฝรั่งเศส (French Revolution)"** ในช่วงปี ค.ศ. 1789 ถึง ค.ศ. 1799 โดยเหตุการณ์ปฏิวัติฝรั่งเศสนี้มีที่มาจากการกดขี่โดยชนชั้นนำซึ่งมีจำนวนสัดส่วนเพียงเล็กน้อยของสังคม ในการรีดเก็บภาษีจากชนชั้นกลางและชนชั้นล่างซึ่งมีจำนวนสัดส่วนมากในสังคม โดยภาษีเหล่านี้นำไปใช้เพื่อประโยชน์ของชนชั้นนำอย่างฟุ่มเฟือย มีการกดขี่ประชาชนและการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมในสังคมอย่างกว้างขวาง กระทั่งต่อมาได้ปะทุเป็นเหตุให้เกิดการปฏิวัติและเปลี่ยนแปลงระบบการปกครองจากเดิมในระบบสมบูรณาญาสิทธิราชย์กลายเป็นสาธารณรัฐในที่สุด สองเหตุการณ์นี้ถือเป็นแรงปะทุสำคัญที่แสดงให้เห็นการต่อต้านการกดขี่หรือการใช้อำนาจของผู้ปกครองที่ไม่เสมอภาค เป็นไปตามอำเภอใจ

อีกสองเหตุการณ์ใหญ่ของโลกที่แสดงให้เห็นถึงต้นทางของการมีปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนเช่นเดียวกันก็คือ **"สงครามโลกครั้งที่หนึ่ง (World War I)"** ในช่วงระหว่างปี ค.ศ. 1914 ถึง ค.ศ. 1918 โดยผลจากสงครามโลกครั้งที่หนึ่ง ทำให้เกิดความเสียหายอย่างมากต่อประชาคมโลก ด้วยเหตุนี้ จึงมีความพยายามในการนำประสบการณ์จากความสูญเสียมาดำเนินการเพื่อให้เกิดทางแก้ปัญหาอย่างสงบสุข กระทั่งต่อมาได้มีการก่อตั้ง "องค์การสันนิบาตชาติ (League of Nations)" โดยมีประเทศจำนวนหนึ่งเพียงประมาณ 58 ประเทศเป็นสมาชิก อย่างไรก็ดี หลังจากองค์การสันนิบาตชาติได้ก่อตั้งขึ้นได้เพียง 20 ปีเศษ ก็ได้เกิดเหตุการณ์ **"สงครามโลกครั้งที่สอง (World War II)"** ในช่วงระหว่างปี ค.ศ. 1939 ถึง ค.ศ. 1945 ผลพวงและความเสียหายที่เกิดแก่มนุษยชาติจากสงครามโลกครั้งที่สองนี้มีความรุนแรงมาก กระทั่งสมาคมโลกมีความพยายามในการก่อตั้งองค์กรกลางที่เข้มแข็งร่วมกันและเป็นหน่วยเชื่อมในการสร้างสันติภาพให้เกิดขึ้นแก่โลกที่มีประสิทธิภาพกว่าเดิม จนต่อมาจึงได้จัดตั้ง "องค์การสหประชาชาติ (United Nations)" ขึ้นในปี ค.ศ. 1945 และมีอยู่จนถึงปัจจุบัน และมีสมาชิกเกือบ 200 ประเทศทั่วโลก

จากเหตุการณ์สำคัญดังกล่าวทั้งสี่ ถือเป็นแรงผลักดันสำคัญที่ทำให้อีกสามปีถัดจากมีการก่อตั้งองค์การสหประชาชาติ คือ ในปี ค.ศ. 1948 ได้มีการจัดทำ **"ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ค.ศ. 1948 (The Universal Declaration of Human Rights 1948)"** ขึ้น โดยหนึ่งในผู้ที่มีบทบาทสำคัญในการร่างปฏิญญาสากลฯ นี้ ก็คือ นาย René Cassin นักกฎหมายคนสำคัญชาวฝรั่งเศส เจ้าของรางวัลโนเบล สาขาสันติภาพ ในปี ค.ศ. 1968 โดยในปฏิญญาสากลฉบับนี้มีรายละเอียดสำคัญทั้งหมด 30 ข้อ อย่างไรก็ดี จะเห็นได้ว่ามีจุดเน้นสำคัญของปฏิญญาสากลอยู่ในตอนต้นของปฏิญญาฯ กล่าวคือ ในข้อหนึ่งและข้อสอง กำหนดรับรองหลักความเสมอภาคของบุคคล และหลักการห้ามเลือกปฏิบัติไว้อย่างชัดแจ้ง[5] การกำหนดเช่นว่านี้จึงถือเป็นจุดเริ่มต้นสำคัญของมนุษยชาติในการให้ความสำคัญกับหลักความเสมอภาคและหลักการห้ามเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม และต่อมาก็ปรากฏอยู่ในรัฐธรรมนูญของประเทศต่าง ๆ รวมถึงประเทศไทยด้วย

มุมมองเกี่ยวกับหลักความเสมอภาคในสายตาต่างประเทศ : กรณีของราชอาณาจักรสเปน

หากพิจารณาเปรียบเทียบกับรัฐธรรมนูญฯ สเปน จะมีความแตกต่างที่น่าสนใจคือ **หลักความเท่าเทียมกันในสายตาของประเทศสเปน (la igualdad)** โดยปกติการรับรองความเสมอภาคหรือความเท่าเทียมกันมักถูกบัญญัติรับรองไว้ในกฎหมายสูงสุดของประเทศอย่างรัฐธรรมนูญ ในประเทศไทยก็เช่นเดียวกัน รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย

---

[5] ปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (ฉบับแปลโดยกรมองค์การระหว่างประเทศ กระทรวงการต่างประเทศ)

"ข้อ 1 มนุษย์ทั้งปวงเกิดมามีอิสระและเสมอภาคกันในศักดิ์ศรีและสิทธิต่างในตน มีเหตุผลและมโนธรรม และควรปฏิบัติต่อกันด้วยจิตวิญญาณแห่งภราดรภาพ

ข้อ 2 ทุกคนย่อมมีสิทธิและอิสรภาพทั้งปวงตามที่กำหนดไว้ในปฏิญญานี้ โดยปราศจากการแบ่งแยกไม่ว่าชนิดใด อาทิ เชื้อชาติ ผิว เพศ ภาษา ศาสนา ความคิดเห็นทางการเมืองหรือทางอื่น พื้นเพทางชาติหรือสังคม ทรัพย์สิน การเกิด หรือสถานะอื่น นอกเหนือจากนี้ จะไม่มีการแบ่งแยกใดบนพื้นฐานของสถานะทางการเมือง ทางกฎหมาย หรือทางการระหว่างประเทศของประเทศ หรือดินแดนที่บุคคลสังกัด ไม่ว่าดินแดนนี้จะเป็นเอกราชอยู่ในความพิทักษ์ มิได้ปกครองตนเอง หรืออยู่ภายใต้การจำกัดอธิปไตยอื่นใด"

พุทธศักราช 2560 ก็มีบัญญัติไว้ในมาตรา 27 ส่วนในประเทศสเปนเอง ก็มีการบัญญัติรับรองความเท่าเทียมกันหรือความเสมอภาคดังกล่าวไว้ในมาตรา 14 ของรัฐธรรมนูญฯ สเปน โดยบัญญัติไว้เป็นภาษาอังกฤษว่า *"Spaniards are equal before the law and may not in any way be discriminated against on account of birth, race, sex, religion, opinion or any other personal or social condition or circumstance."* โดยหลักการนี้มุ่งเน้น **"ความเท่าเทียมกันต่อกฎหมาย (la Igualdad ante la ley)"** กล่าวคือ เป็นหลักการที่ผูกพันฝ่ายนิติบัญญัติในฐานะที่เป็นตัวละครสำคัญที่สุดในการตรากฎหมายออกมาอย่างเสมอภาคเท่าเทียม ความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมือง จะถูกตีตราในกฎหมายอันเป็นการเลือกปฏิบัติในการให้สิทธิหรือจำกัดสิทธิในกฎหมายไม่ได้

พัฒนาการเกี่ยวกับหลักความเท่าเทียมกันที่สัมพันธ์กับกฎหมายในประเทศสเปนยังมีอยู่อย่างต่อเนื่อง ในระยะหลัง ๆ มีการพิจารณาหลักความเท่าเทียมกันในอีกหลายมิติ เมื่อหลักความเท่าเทียมกันในกฎหมายเป็นสิ่งที่จับต้องได้ยาก และการใช้สิทธิทางศาลโดยประชาชนทั่วไปดูเหมือนว่าจะเป็นรูปธรรมได้ยากเช่นเดียวกัน จึงมีการสร้างหลักความเท่าเทียมกันอีกประเภทหนึ่ง เรียกว่า **"หลักความเท่าเทียมกันในการประยุกต์ใช้กฎหมาย (el principio de la igualdad en la aplicación de la ley)"** หลักการนี้มีฐานคิดที่ว่าความเท่าเทียมกันในกฎหมายนั้นยังไม่เพียงพอ แต่ความเท่าเทียมกันนั้นต้องมีผลเชิงเนื้อหาเมื่อถูกนำไปประยุกต์ใช้ในแต่ละกรณีด้วยเช่นเดียวกัน หลักความเท่าเทียมกันในลักษณะนี้อาจเรียกว่า "ความเท่าเทียมกันเชิงเนื้อหา (Igualdad material)" หรือ "ความเท่าเทียมกันที่จับต้องได้แท้จริง (Igualdad real)" ซึ่งต่างจาก "ความเท่าเทียมกันเชิงรูปแบบ (Igualdad formal)" ดังที่ได้กล่าวไปแล้วข้างต้น โดยหลักการนี้ได้ถูกรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญฯ สเปน มาตรา 9.2 ซึ่งบัญญัติเป็นภาษาอังกฤษว่า *"2. It is the responsibility of the public authorities to promote conditions ensuring that freedom and equality of individuals and of the groups to which they belong **are real and effective**, to remove the obstacles preventing or hindering their full enjoyment, and to facilitate the participation of all citizens **in political, economic, cultural and social life**."*

จากความในบทบัญญัตินี้ ทำให้ภาครัฐมีบทบาทหน้าที่ที่จะต้องสร้างเงื่อนไขให้เกิดความเท่าเทียมกันในภาคการเมือง เศรษฐกิจ วัฒนธรรม และสังคมอย่างแท้จริง อย่างไรก็ตาม การตีความวรรคนี้ รัฐมีหน้าที่ในการสร้างเงื่อนไขในการส่งเสริมให้เกิดความเสมอภาคขึ้นในฐานะผู้คุมกฎ (Regulador) เท่านั้น มิใช่เป็นผู้ลงมือปฏิบัติเสียเอง (Operador) ตัวอย่างผลเชิงบวกที่เกิดขึ้นจากการตีความบทบัญญัติดังกล่าวก็เช่น ในภาคการผลิตหรือภาคบริการที่สมัยก่อนรัฐมีบทบาทเป็นผู้ลงทุนหรือลงมือจัดการเป็นเจ้าของเอง หรือมีการดำเนินการด้วยระบบผูกขาด (Monopolio) เมื่อมีการส่งเสริมในการสร้างให้เกิดความเป็นอิสระขึ้น (Liberalización) ในภาคการผลิตหรือภาคบริการเหล่านั้น รัฐจึงต้องสร้างความเท่าเทียมกันอย่างแท้จริงตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา 9.2 ของรัฐธรรมนูญฯ สเปนด้วย ดังนั้น การทำให้เกิดความเป็นอิสระในภาคโทรคมนาคมหรือกิจการไปรษณีย์ อันนำมาสู่การแข่งขันอย่างเสรีโดยรัฐมิได้ใช้การผูกขาดเหมือนแต่ก่อน ทำให้รัฐต้องกำหนดกฎเกณฑ์ที่ช่วยให้ประชาชนได้รับความเท่าเทียมกันอย่างแท้จริงในการได้รับบริการ กล่าวคือ แม้ในบางพื้นที่อาจเป็นพื้นที่ที่ไม่ก่อให้เกิดกำไรแก่เอกชนผู้เข้ามาลงทุน เนื่องจากมีจำนวนประชากรในพื้นที่ไม่มากพอจนทำให้การลงทุนไม่คุ้มค่า แต่รัฐเองก็มีหน้าที่ที่จะต้องกำหนดเงื่อนไขที่จะทำให้ประชากรในพื้นที่เหล่านั้นมีโอกาสได้รับบริการเช่นว่านี้เทียบเท่ากับที่ประชากรในพื้นที่อื่นได้รับ อีกทั้งยังมีหน้าที่ควบคุมการกำหนดราคาให้มีความเท่าเทียมกัน

อย่างเหมาะสมด้วย[6]

เมื่อเห็นได้ว่าหลักความเท่าเทียมกันหรือที่จะเรียกได้ในนัยเดียวกันว่าหลักความเสมอภาคมีสองนัยตามที่ได้กล่าวข้างต้น ในส่วนหลักนี้ที่สัมพันธ์เชื่อมโยงกับหลักการไม่อาจอ้างหลักความเสมอภาคในการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในทางตำราต่างประเทศอาจไม่ได้กล่าวไว้มากนัก แต่หากจะหยิบยกมากล่าวในที่นี้เห็นว่า ในเอกสารของศาสตราจารย์ ดร. Francisco Rubio Llorente อดีตรองประธานศาลรัฐธรรมนูญสเปน และยังเคยดำรงตำแหน่งประธานคณะกรรมการกฤษฎีกาสเปนด้วย ได้กล่าวถึงความเชื่อมโยงของหลักความเสมอภาคกับหลักการไม่อาจอ้างหลักความเสมอภาคในการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้อย่างน่าสนใจ โดยอาศัย “เกณฑ์พิจารณาหลักความเสมอภาค (el criterio de la igualdad)”[7] มาใช้ประกอบการพิจารณา กล่าวคือ แม้ในรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรของประเทศประชาธิปไตยสมัยใหม่ (รวมทั้งไทยและสเปน) ต่างก็รับรองหลักความเสมอภาคไว้ แต่ก็ไม่มีการบัญญัติถึงเกณฑ์พิจารณาว่าอะไรเป็นหรือไม่เป็นไปตามหลักนี้แต่อย่างใด หรือแม้แต่ฝ่ายนิติบัญญัติเองก็ไม่อาจระบุในตัวบทกฎหมายอย่างละเอียดในทุกปัญหาได้ว่าสถานการณ์ใดที่จะเป็นไปตามหลักนี้ได้ เพราะความหลากหลายของสถานการณ์ในโลกแห่งความเป็นจริงไม่อาจพิจารณาได้ง่ายนัก ด้วยเหตุนี้ เกณฑ์สำคัญประการหนึ่งที่ฝ่ายปกครองอาจใช้ในการพิจารณาว่าสถานการณ์ใดควรใช้อำนาจทางปกครองไปในทางใดที่จะสอดคล้องต่อหลักความเสมอภาค รวมไปถึงฝ่ายผู้พิพากษาตุลาการเองจะใช้เป็นตัวชี้วัดว่าคดีพิพาทนั้น ๆ รัฐได้ดำเนินการขัดต่อหลักความเสมอภาคหรือไม่ คงต้องพิจารณาตามหลักซึ่งในภาษาละตินที่เรียกว่า “Tertium comparationis” ซึ่งก็หมายถึง การเปรียบเทียบคุณสมบัติหรือสถานการณ์เพื่อให้เห็นว่าจุดใดเกิดผลเช่นไร ทั้งนี้ แม้การเปรียบเทียบดังกล่าวจะไม่ใช่เรื่องง่ายนัก แต่ก็ช่วยให้เห็นภาพได้พอสมควร และนอกจากเกณฑ์เช่นว่านี้ อีกเกณฑ์หนึ่งที่สำคัญก็คือ การใช้ “หลักความชอบด้วยเหตุผล (el principio de racionalidad)” โดยฝ่ายปกครองและฝ่ายผู้พิพากษาตุลาการจะเป็นผู้ที่นำตัวบทกฎหมายหรือกฎกติกาที่ออกจากฝ่ายนิติบัญญัติมาพิจารณากับสถานการณ์ของข้อเท็จจริงโดยใช้เหตุผลในการอธิบายปรับใช้ โดยข้อพิจารณาสำคัญอยู่ที่ว่า สถานการณ์ที่มีการนำหลักความเสมอภาคมาปรับใช้จะต้องไม่นำไปสู่การทำให้สถานการณ์การบังคับใช้กฎหมายบ้านเมืองที่แย่ลง[8] ในการนี้อาจกล่าวได้ว่า การเกิดขึ้นของหลักการไม่อาจอ้างหลักความเสมอภาคในการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือการไม่ให้สิทธิทางกฎหมายจากการกระทำที่ผิดกฎหมาย ล้วนแล้วแต่เกิดขึ้นจากการพิจารณาด้วยหลักความชอบด้วยเหตุผลและเพื่อหลีกเลี่ยงสถานการณ์การบังคับใช้กฎหมายที่แย่ลงทั้งสิ้น

หลักการไม่อาจอ้างหลักความเสมอภาคในการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (no equality in the matter of illegality)[9] : ทิศทางการวินิจฉัยและข้อพิจารณาที่เกี่ยวข้อง

ดังที่ได้กล่าวถึงตัวอย่างสถานการณ์ในบทนำ นับเป็นสถานการณ์ที่มักเกิดขึ้นบ่อยครั้งในสังคม ในทางปกครองที่ฝ่ายปกครองดำเนินการออกคำสั่งกระทบเชิงลบกับผู้ใด ก็มักถูกอ้างจากผู้นั้นว่าเป็นการเลือกปฏิบัติเพราะมีผู้อื่นที่เจ้าหน้าที่ของรัฐยังไม่ได้ดำเนินการใด ๆ ทางกฎหมายด้วย อย่างกรณีที่เกิดขึ้นจริงก็คือ นาย เอ ได้ขออนุญาตตั้งเต็นท์หลังคาโครงเหล็กและหลังคามีความสูงประมาณ 3 เมตร เพื่อประกอบกิจการค้าขายรถยนต์และซ่อมบำรุงรถยนต์

---

[6] โปรดดูเพิ่มเติมใน อนันต์ คงเครือพันธุ์. กฎหมายรัฐธรรมนูญของราชอาณาจักรสเปน. (สถาบันสัญญาธรรมศักดิ์เพื่อประชาธิปไตย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. โรงพิมพ์มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์. กรุงเทพมหานคร. 2565) หน้า 45-46.

[7] โปรดดู Francisco Rubio Llorente. La Igualdad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 11.Número 31. Enero-Abril. 1991. Págs 30-32.

[8] Francisco Rubio Llorente. La Igualdad en la aplicación de la Ley. AFDUAM 1 (1997). Págs 146-147.

[9] *“หลักการไม่อาจอ้างหลักความเสมอภาคในการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย”* เป็นชื่อหลักการที่ผู้เขียนแปลใช้โดยเทียบเคียงจากความมุ่งหมายที่เป็นสาระของหลักการนี้ ซึ่งในการแปลหลักการนี้โดยนักวิชาการท่านอื่น อาจแปลใช้คำที่แตกต่างกันเช่น “หลักไม่มีความเสมอภาคในสิ่งที่ผิดกฎหมาย” หรือ *“หลักไม่อาจเรียกร้องให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติต่อตนตามหลักความเสมอภาคได้”* ทั้งนี้ คำที่ผู้เขียนแปลและที่นักวิชาการท่านอื่นแปลข้างต้น ล้วนแต่มีความหมายในทิศทางเดียวกัน

แต่การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยไม่อนุญาตโดยให้เหตุผลว่าไม่เป็นไปตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 ต่อมา นาย เอ ไม่สนใจใด ๆ กลับปลูกสร้างสิ่งปลูกสร้างดังกล่าวโดยมีเพิงจอดรถยนต์และซุ้มทางเดินรุกล้ำแนวเขตเดินสายไฟฟ้าแรงสูงโดยไม่ได้รับอนุญาต ผู้ว่าการการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยจึงมีคำสั่งให้นาย เอ รื้อถอนออกภายใน 30 วัน นาย เอ ได้ยื่นอุทธรณ์คำสั่งให้รื้อถอนดังกล่าวต่อคณะกรรมการการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย ซึ่งต่อมาได้มีคำสั่งว่า การออกคำสั่งดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายแล้วจึงยกอุทธรณ์ ด้วยเหตุดังกล่าวนี้ นาย เอ จึงได้นำคดีมาฟ้องต่อศาลว่า การที่ผู้ว่าการการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยสั่งให้รื้อถอนสิ่งปลูกสร้างนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากในบริเวณใกล้เคียงกับที่ตั้งเต็นท์พิพาท ก็มีผู้สร้างเต็นท์ในลักษณะเดียวกันกับนาย เอ มาเป็นเวลานับ 10 ปี โดยผู้มีอำนาจก็ไม่เคยสั่งให้รื้อถอนเลย นอกจากนั้น การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยเองก็ยังสร้างเต็นท์ในลักษณะเดียวกันในบริเวณนั้นในแนวสายไฟฟ้าแรงสูงและมีสิ่งปลูกสร้างในแบบและชนิดเดียวกันอีกหลายแห่ง การกระทำดังกล่าว **จึงเป็นการเลือกปฏิบัติ**ต่อนาย เอ ขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว และชดใช้ค่าเสียหายทางธุรกิจด้วย การจะวินิจฉัยโดยอาศัยหลักการทางกฎหมายในเรื่องนี้จึงเป็นสิ่งสำคัญเพราะความรู้สึกของนาย เอ คงไม่ต่างจากตัวอย่างคนจอดรถในแนวพื้นที่ห้ามจอดที่มีรถฝ่าฝืนหลายคัน แต่รถบางคันถูกเปรียบเทียบปรับ ความรู้สึกที่ถูกเลือกปฏิบัติย่อมเกิดขึ้นในความรู้สึกของฝ่ายผู้ที่ต้องปฏิบัติตามเจ้าหน้าที่ของรัฐอย่างแน่นอน

ในทางปกครองสถานการณ์ลักษณะนี้ยังเกิดได้อีกหลายรูปแบบ อย่างกรณีผู้ปฏิบัติงานในระบบราชการที่ข้าราชการต้องปฏิบัติตนให้เป็นไปตามวินัยของข้าราชการซึ่งกำกับพฤติกรรมและการกระทำต่าง ๆ ของข้าราชการไว้อย่างชัดเจน ข้อหาหรือโทษในการที่จะลงโทษทางวินัยแก่ข้าราชการบางคน แต่ไม่ดำเนินการใด ๆ ต่อบางคน คงเป็นสิ่งที่ทำให้เห็นได้พอสมควรในแวดวงราชการ ตัวอย่างเช่น การที่ผู้บังคับบัญชาได้มีคำสั่งให้ นาย บี ออกจากราชการเพราะเหตุหย่อนความสามารถในอันที่จะปฏิบัติหน้าที่ราชการได้ มีความบกพร่องในหน้าที่ราชการและประพฤติตนไม่เหมาะสมกับตำแหน่งหน้าที่ราชการเนื่องจากมีพฤติการณ์มาทำงานสายเป็นประจำ มีการละทิ้งหรือทอดทิ้งหน้าที่ในทางราชการ และไม่สามารถปฏิบัติงานร่วมกับเพื่อนร่วมงานได้จนการปฏิบัติหน้าที่ไม่มีประสิทธิภาพ ผู้บังคับบัญชาไม่มีความไว้วางใจอันเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ราชการ นาย บี อ้างว่าถูกกลั่นแกล้งและเคยมีเจ้าหน้าที่กระทำความผิดในลักษณะเดียวกันแต่กลับไม่มีการลงโทษทางวินัยกับบุคคลเหล่านั้นเช่นเดียวกับนาย บี **อันเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม** ข้ออ้างของผู้กระทำการผิดกฎหมายหรือผิดวินัยดังที่ผู้เขียนยกขึ้นนี้มีความน่าสนใจตรงที่ว่า การจะอธิบายต่อบุคคลที่เกี่ยวข้องจะทำอย่างไร เจ้าหน้าที่ของรัฐทำผิดหรือไม่ การกระทำตามลักษณะตัวอย่างเป็นการเลือกปฏิบัติต่อนาย เอ หรือนาย บี ตามอุทาหรณ์เหล่านี้หรือไม่

ในทางกฎหมายปกครอง หลักการที่ถือเป็นคำตอบสำคัญในเรื่องนี้อยู่ที่ว่า แม้รัฐธรรมนูญหรือกฎหมายของรัฐประชาธิปไตยสมัยใหม่จะคุ้มครองรับรองหลักความเสมอภาคและหลักการห้ามเลือกปฏิบัติไว้อย่างชัดแจ้งเพียงใด แต่ก็ไม่ใช่ว่ารัฐจำต้องดำเนินการต่อผู้ที่ฝ่าฝืนกฎหมายในเรื่องหนึ่ง ๆ ที่อาจมีหรือเกิดขึ้นหลายกรณีหรือหลายคนในลักษณะเดียวกันหรือพร้อมกันแต่ประการใด การที่รัฐในทางปกครองอาจต้องอาศัยการตัดสินใจลงมือดำเนินการอาศัยงบประมาณหรือกำลังคน อาศัยหรือรอจังหวะหรือ “ห้วงเวลาที่เหมาะสม” ในการลงมือดำเนินการต่อผู้ที่ฝ่าฝืนกฎหมายย่อมไม่อาจเป็นข้ออ้างของผู้ที่ถูกดำเนินคดีหรือกระทำผิดที่จะอ้างว่ารัฐเลือกปฏิบัติต่อตนได้ ด้วยเหตุที่ผู้ที่กระทำผิดเป็นผู้ที่กระทำโดยฝ่าฝืนบทบัญญัติแห่งกฎหมาย หรือกระทำการโดยที่ไม่มีกฎหมายรับรองและคุ้มครอง ซึ่งผู้นั้นก็จะตกเป็นผู้ที่ไม่มีสิทธิโดยชอบตามกฎหมายในทางกฎหมายปกครองหลายประการ อาทิ การที่มีผู้ปลูกสร้างอาคารโดยไม่ได้รับอนุญาต เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่จำต้องให้สิทธิในการที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอหรือโต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตนตามมาตรา 30 วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. 2539[10] เป็นต้น

[10] ตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1352/2560

หลักการในเรื่องนี้อาจเกี่ยวข้องกับหลักกฎหมายสำคัญ 2 ประการ ได้แก่ หลักประการที่หนึ่ง คือ **"หลักการไม่อาจอ้างหลักความเสมอภาคในการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (no equality in the matter of illegality)"** โดยหลักนี้มีสาระสำคัญอยู่ที่ว่า บุคคลไม่อาจอ้างเพื่อให้ได้ประโยชน์จากหลักความเสมอภาคในการกระทำหรือสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ การที่บุคคลใดจะอ้างหลักแห่งความเสมอภาคเพื่อเรียกร้องให้รัฐต้องปฏิบัติต่อตนเป็นอย่างเดียวกันนั้นย่อมทำได้เฉพาะเพื่อเรียกร้องให้ปฏิบัติในสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น การที่จะถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมจะต้องเป็นกรณีที่ผู้ถูกปฏิบัติมีสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วไม่ได้รับสิทธินั้น ไม่ใช่กรณีที่บุคคลนั้นไม่มีสิทธิตามกฎหมายอยู่แต่ต้นด้วยเหตุที่เป็นผู้กระทำการโดยฝ่าฝืนกฎหมาย แล้วยังอ้างว่ามีบุคคลอื่นที่ฝ่าฝืนกฎหมายด้วยกันยังไม่ถูกดำเนินคดี อันจะถือเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม

หลักการประการที่สองที่เกี่ยวกับเรื่องนี้ก็คือ **"หลักความสุจริต (Good Faith)"** ซึ่งแม้จะเป็นที่ทราบโดยทั่วไปว่าประวัติศาสตร์อันยาวนานและตำราทางกฎหมายกล่าวอ้างถึงหลักนี้ โดยริเริ่มเดิมทีมาจากทางกฎหมายแพ่งก็ตาม แต่ในระบบกฎหมายปกครองก็มีการนำหลักสุจริตนี้มาใช้เป็นหลักกฎหมายทั่วไปเช่นเดียวกัน เพราะคงหนีไม่พ้นที่ฝ่ายปกครองและประชาชนจะต้องมีหน้าที่ปฏิบัติต่อกันโดยสุจริต หากฝ่ายปกครองหรือฝ่ายเอกชนกระทำการโดยไม่สุจริต ก็จะไม่ได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย[11] โดยหลักสุจริตนี้ก็อาจหมายถึง หลักความประพฤติในทางที่ชอบโดยเป็นหลักการและคุณธรรมสำคัญที่พึงยึดถือปฏิบัติ[12] การกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ใด หากมีการฟ้องร้องคดีต่อศาลก็ย่อมแสดงให้เห็นว่าผู้นั้นไม่ได้มาศาลด้วยมือสะอาด ด้วยเหตุนี้ หากมีการกล่าวอ้างหรือแย้งในศาลปกครองว่าการกระทำของฝ่ายรัฐไม่เป็นไปตามหลักความเสมอภาคหรือถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติ ศาลปกครองก็ไม่อาจนำข้ออ้างเช่นว่านี้มาเป็นคุณแก่ผู้กระทำผิดเสียเอง

ตัวอย่างที่สนับสนุนหลักคิดของหลักการไม่อาจอ้างความเสมอภาคในการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็มีเกิดขึ้นหลายคดีในศาลปกครอง และเมื่อนำหลักเช่นว่านี้มาพิจารณาร่วมกับผลของคดีก็ทำให้เข้าใจทิศทางของคำวินิจฉัยของศาลได้ชัดเจนขึ้น อย่างกรณีที่ผู้ฟ้องคดีเป็นเจ้าของที่ดินตามแบบแจ้งการครอบครองที่ดิน (ส.ค.1) ได้ทำประโยชน์ต่อเนื่องจากบรรพบุรุษโดยได้ทำนาทุกปี ต่อมาองค์การบริหารส่วนตำบล ก. ได้มีคำสั่งงดการจ่ายน้ำให้แก่ผู้ฟ้องคดีด้วยเหตุว่าที่ดินตาม ส.ค.1 ของผู้ฟ้องคดีมีเนื้อที่ทับซ้อนกับที่ดินสาธารณประโยชน์และได้แจ้งให้ผู้ฟ้องคดียกเลิกการทำประโยชน์ในที่ดินดังกล่าว ซึ่งที่ดินดังกล่าวได้ขึ้นทะเบียนเป็นที่ดินสาธารณประโยชน์ การครอบครองที่ดินของผู้ฟ้องคดีจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า การกระทำของรัฐที่งดการจ่ายน้ำเป็นการเลือกปฏิบัติและกลั่นแกล้งผู้ฟ้องคดีให้ได้รับความเดือดร้อนเสียหาย จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาล ในคดีนี้ศาลเห็นว่า ข้อเท็จจริงรับฟังเป็นที่ยุติว่าที่ดินส่วนหนึ่งของผู้ฟ้องคดีเป็นการนำเอาที่ดินสาธารณประโยชน์ซึ่งได้ขึ้นทะเบียนไว้แล้วไปแจ้งการครอบครอง กรณีจึงเป็นการครอบครองทำประโยชน์ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยชัดแจ้ง โดยการที่จะถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมนั้นต้องเป็นกรณีที่บุคคลใดมีสิทธิตามกฎหมายและปฏิบัติโดยถูกต้องตามกฎหมาย แต่ไม่ได้รับสิทธินั้นเพราะการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หาใช่เป็นกรณีที่บุคคลกระทำการโดยมิชอบด้วยกฎหมายหลายราย แต่มีเพียงบุคคลบางรายที่ถูกดำเนินการทางกฎหมายไม่ **(คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 293/2562)**

ผู้ถูกฟ้องคดีได้มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการเพราะเหตุหย่อนความสามารถในอันที่จะปฏิบัติหน้าที่ราชการได้ มีความบกพร่องในหน้าที่ราชการและประพฤติตนไม่เหมาะสมกับตำแหน่งหน้าที่ราชการเนื่องจากมีพฤติการณ์มาทำงานสายเป็นประจำ มีการละทิ้งหรือทอดทิ้งหน้าที่ในทางราชการ และไม่สามารถปฏิบัติงานร่วมกับเพื่อนร่วมงานได้

---

[11] โปรดดูคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 733/2554

[12] กิตติศักดิ์ ปรกติ. รากเหง้าของหลักสุจริตในระบบกฎหมายของยุโรป. ปีที่ 17 ฉบับที่ 2 (2009). วารสารยุโรปศึกษา. หน้า 114.

จนการปฏิบัติหน้าที่ไม่มีประสิทธิภาพ ผู้บังคับบัญชาไม่มีความไว้วางใจอันเป็นเหตุให้เกิดความเสียหายแก่ราชการ ผู้ฟ้องคดีอ้างว่าถูกกลั่นแกล้งและเคยมีเจ้าหน้าที่กระทำความผิดในลักษณะเดียวกันแต่กลับไม่มีการลงโทษทางวินัยกับบุคคลเหล่านั้นเช่นเดียวกับผู้ฟ้องคดี อันเป็นการเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ศาลพิจารณาแล้วเห็นว่า กรณีไม่อาจรับฟังว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อผู้ฟ้องคดี เนื่องจากการกล่าวอ้างว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ต้องเป็นกรณีที่ผู้กล่าวอ้างกระทำการโดยชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น หาใช่เป็นกรณีที่บุคคลซึ่งกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายกล่าวอ้างบุคคลอีกคนหนึ่งที่กระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่ยังไม่ถูกดำเนินการลงโทษว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม **(คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 631/2560)**

ผู้ฟ้องคดีทั้ง 19 คน ได้ปลูกสร้างบ้านพักอาศัยและร้านค้ารุกล้ำทางหลวงแผ่นดิน หมวดการทางสมุทรปราการได้มีหนังสือแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีทั้ง 19 คน รื้อถอนและทำลายบ้านพักอาศัยออกจากเขตทางหลวง แต่ผู้ฟ้องคดีกับพวกไม่ได้ดำเนินการดังกล่าว ต่อมาแขวงการทางสมุทรปราการได้มีหนังสือแจ้งผู้ฟ้องคดีทั้ง 19 คน ให้รื้อถอน และกำหนดจะเข้าดำเนินการรื้อถอนหรือทำลายบ้านพัก ผู้ฟ้องคดีทั้ง 19 คน เห็นว่า เป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง โดยส่วนหนึ่งของคำฟ้องระบุว่า เป็นการเลือกปฏิบัติเพราะมีผู้รุกล้ำในเขตทางหลวงสายต่าง ๆ มาโดยตลอด ศาลปกครองพิจารณาแล้วเห็นว่า กรณีดังกล่าวไม่ใช่การเลือกปฏิบัติต่อผู้ฟ้องคดีทั้ง 19 คน แต่อย่างใด ประกอบกับการที่บุคคลใดจะอ้างหลักความเสมอภาคดังกล่าวเพื่อเรียกร้องให้ปฏิบัติต่อตนเป็นอย่างเดียวกันนั้นย่อมทำได้เฉพาะเพื่อให้ปฏิบัติในสิ่งที่ชอบด้วยกฎหมายเท่านั้น ผู้ฟ้องคดีทั้ง 19 คน จึงไม่อาจอ้างในทำนองว่าถูกเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อตนได้ ข้ออ้างดังกล่าวฟังไม่ขึ้น **(คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 160 - 197/2551)**

ผู้ฟ้องคดีได้ขออนุญาตตั้งเต็นท์หลังคาโครงเหล็กและหลังคามีความสูงประมาณ 3 เมตร เพื่อประกอบกิจการค้าขายรถยนต์และซ่อมบำรุงรถยนต์ แต่การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยในฐานะเป็นผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ไม่อนุญาต โดยให้เหตุผลว่าไม่เป็นไปตามพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 ต่อมาผู้ฟ้องคดีได้ปลูกสร้างสิ่งปลูกสร้างดังกล่าวโดยมีเพิงจอดรถยนต์และซุ้มทางเดินรุกล้ำแนวเขตเดินสายไฟฟ้าแรงสูงโดยไม่ได้รับอนุญาต ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 (ผู้ว่าการการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย) จึงมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีรื้อถอนออกภายใน 30 วัน ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นอุทธรณ์คำสั่งให้รื้อถอนดังกล่าวแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 3 (คณะกรรมการการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย) ได้พิจารณาอุทธรณ์แล้วเห็นว่า การออกคำสั่งดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายแล้ว จึงยกอุทธรณ์ ด้วยเหตุดังกล่าวนี้ ผู้ฟ้องคดีจึงได้นำคดีมาฟ้องต่อศาลว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ให้รื้อถอนสิ่งปลูกสร้างนั้นเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากในบริเวณใกล้เคียงกับที่ตั้งเต็นท์พิพาท ก็มีผู้สร้างเต็นท์ในลักษณะเดียวกันกับผู้ฟ้องคดีมาเป็นเวลานับ 10 ปี โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ 2 ก็ไม่เคยสั่งให้รื้อถอนเลย อีกทั้งผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ก็ได้สร้างเต็นท์ในลักษณะเดียวกันในที่ทำการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ 1 ในแนวสายไฟฟ้าแรงสูงและมีสิ่งปลูกสร้างในแบบและชนิดเดียวกันกับที่ผู้ฟ้องคดีมีอีกหลายแห่ง การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการเลือกปฏิบัติต่อผู้ฟ้องคดี ขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว และชดใช้ค่าเสียหายทางธุรกิจด้วย ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นคำขออนุญาตก่อสร้างเต็นท์ที่พิพาทแต่ไม่ได้รับอนุญาต หากเห็นว่าคำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ชอบที่จะอุทธรณ์หรือฟ้องคดีตามที่กฎหมายกำหนด แต่ผู้ฟ้องคดีกลับทำการก่อสร้างสิ่งปลูกสร้างลักษณะเต็นท์โครงเหล็กในแนวเขตสายไฟฟ้าแรงสูงโดยไม่ได้รับอนุญาต กรณีจึงเป็นการฝ่าฝืนมาตรา 32 วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. 2511 และข้อ 2 ของประกาศการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย เรื่อง ข้อกำหนดเขตเดินสายไฟฟ้า ลงวันที่ 22 ธันวาคม 2543 ด้วยเหตุนี้ การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยจึงมีอำนาจในการแจ้งให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นเจ้าของและผู้ครอบครองเต็นท์พิพาทรื้อถอนออกไปให้พ้นแนวเขตสายไฟฟ้า การดำเนินการดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายแล้ว ส่วนประเด็นที่เป็นการกล่าวอ้างว่าเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อผู้ฟ้องคดีนั้น ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมนั้นต้องเป็นกรณีที่ผู้กล่าวอ้างมีสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมาย

ที่จะได้รับสิทธินั้นแต่ไม่ได้สิทธินั้น ไม่ใช่กรณีที่ผู้กระทำผิดด้วยกันกล่าวอ้างว่าผู้กระทำผิดบางคนยังกระทำได้ กรณีบุคคลที่กระทำผิดต่อกฎหมายไม่อาจเรียกร้องให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติต่อตนตามหลักความเสมอภาคได้ **(คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 383/2557)**

นาย ส. ผู้ฟ้องคดีได้ทำสัญญาเช่าที่ดินบริเวณหาดเลพัง จังหวัดภูเก็ต กับบริษัท ล. เพื่อทำการก่อสร้างอาคารลงบนที่ดินดังกล่าว ต่อมานายกองค์การบริหารส่วนตำบล ช. ได้มีคำสั่งให้ระงับการก่อสร้างจนกว่าจะได้รับอนุญาต ซึ่งผู้ฟ้องคดีก็ได้ยื่นขอรับใบอนุญาต แต่นายกองค์การบริหารส่วนตำบล ช. แจ้งว่าที่ดินดังกล่าวไม่มีเอกสารสิทธิในที่ดิน จึงไม่อาจออกใบอนุญาตให้ก่อสร้างได้ และได้มีคำสั่งให้รื้อถอนอาคารภายใน 30 วัน ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า คำสั่งรื้อถอนไม่ชอบด้วยกฎหมายและยังเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมเพราะในบริเวณใกล้เคียง ยังมีบุคคลอื่นดำเนินการก่อสร้างอาคารโดยไม่ได้รับอนุญาตอีกด้วย ในประเด็นนี้ศาลได้วินิจฉัยว่า การที่จะถือได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมนั้น ต้องเป็นกรณีที่ผู้ถูกปฏิบัติมีสิทธิโดยชอบด้วยกฎหมายแล้วไม่ได้รับสิทธินั้นเพราะการเลือกปฏิบัติ หาใช่เป็นกรณีที่ไม่มีสิทธิตามกฎหมายแล้วอ้างสิทธิว่ามีบุคคลอื่นฝ่าฝืนกฎหมายด้วยกันยังไม่ถูกดำเนินการเป็นการเลือกปฏิบัติไม่ **(คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 13/2549)**

ผู้ฟ้องคดีเป็นนักโทษเด็ดขาดต้องโทษถึงที่สุดให้ประหารชีวิตในความผิดต่อพระราชบัญญัติยาเสพติดให้โทษ ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการที่นายกรัฐมนตรี คณะรัฐมนตรี และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมได้ออกพระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษ พ.ศ. 2553 เนื่องในโอกาสพระราชพิธีบรมราชาภิเษกปีที่ 60 ประกาศใช้บังคับ ณ วันที่ 16 พฤษภาคม 2553 โดยในมาตรา 10 ได้บัญญัติเงื่อนไขสำหรับนักโทษเด็ดขาดในคดีความผิดต่อกฎหมายยาเสพติดให้โทษซึ่งต้องโทษตามคำพิพากษาถึงที่สุดให้จำคุกเกิน 8 ปี จำคุกตลอดชีวิต หรือประหารชีวิต ต้องก่อนหรือในวันที่พระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษ พ.ศ. 2550 ใช้บังคับ จึงจะมีสิทธิได้รับพระราชทานอภัยโทษ ส่วนมาตรา 12 (1) ได้จำกัดสิทธินักโทษเด็ดขาดดังกล่าวที่คดีถึงที่สุดภายหลังวันที่พระราชกฤษฎีกาพระราชทานอภัยโทษ พ.ศ. 2550 ใช้บังคับ มิให้อยู่ในข่ายได้รับพระราชทานอภัยโทษในครั้งนี้ ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า ตนไม่อยู่ในข่ายได้รับพระราชทานอภัยโทษจึงเห็นว่า เป็นบทบัญญัติที่ไม่มีความเสมอภาคและไม่เป็นธรรมระหว่างนักโทษเด็ดขาดในคดียาเสพติดกับคดีความผิดต่อชีวิตหรือคดีอื่น ๆ มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ศาลเห็นว่า การกำหนดอภัยโทษไว้ต่างกันเพียงเท่านี้ยังหาเพียงพอที่จะถือว่าบทบัญญัติดังกล่าวมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมได้ไม่ การที่ผู้ใช้อำนาจรัฐปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันเพราะเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรมหรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือในเรื่องอื่นใด จะถือว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมก็ต่อเมื่อการปฏิบัติต่อบุคคลแตกต่างกันเพราะเหตุแห่งความแตกต่างกันในเรื่องดังกล่าวเป็นไปตามอำเภอใจของผู้ใช้อำนาจรัฐปราศจากเหตุผลอันควรแก่การรับฟังเท่านั้น เมื่อเป็นที่ยอมรับโดยทั่วไปว่าการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติดโดยเฉพาะอย่างยิ่งฐานผลิต นำเข้า ส่งออก หรือจำหน่าย หรือมีไว้ในครอบครองเพื่อจำหน่าย เป็นการกระทำผิดที่ร้ายแรงเนื่องจากมีผู้ได้รับผลกระทบจากการกระทำความผิดดังกล่าวจำนวนมาก จนอาจกล่าวได้ว่าการกระทำความผิดฐานดังกล่าวเป็นบ่อนทำลายทรัพยากรมนุษย์ รัฐจึงมีอำนาจหน้าที่ในการปราบปรามผู้กระทำความผิดฐานดังกล่าวอย่างเฉียบขาดปราศจากการผ่อนปรนใด ๆ และการไม่พระราชทานอภัยโทษแก่นักโทษเด็ดขาดซึ่งต้องโทษตามคำพิพากษาถึงที่สุดในความผิดฐานที่เกี่ยวข้องกับยาเสพติดดังกล่าว ก็เป็นไปเพื่อประโยชน์ในการป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดเกี่ยวกับยาเสพติด กรณีจึงมิได้เป็นไปตามอำเภอใจ หากแต่มีเหตุผลอันควรรับฟังเป็นอย่างยิ่ง ดังนั้น บทบัญญัติดังกล่าวจึงไม่มีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติต่อผู้ฟ้องคดีและนักโทษเด็ดขาดเช่นผู้ฟ้องคดีโดยไม่เป็นธรรมแต่ประการใด **(คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ. 66/2555)**

จากทิศทางการวินิจฉัยดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ฝ่ายผู้ที่กระทำการอันไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่อยู่ในฐานะที่เป็นผู้สุจริตที่จะนำเอาความคุ้มครองตามหลักความเสมอภาคมาใช้เพื่อให้การกระทำของตนเองชอบด้วยกฎหมายได้ ในทางกฎหมายปกครองไม่ให้ความคุ้มครองบุคคลดังกล่าวเนื่องจากอาจมีผลเป็นการกระทบต่อการควบคุมดูแลความสงบเรียบร้อยในภาพรวมของสังคม อย่างไรก็ดี มีข้อน่าพิจารณาว่า ในสถานการณ์หนึ่งที่มีหลายฝ่ายไม่ได้ทำตามกฎเกณฑ์หรือกฎหมาย แต่มีเพียงฝ่ายหนึ่งถูกลงโทษแต่ฝ่ายอื่นกลับไม่ได้ถูกดำเนินการหรือยังไม่มีการลงโทษใด ๆ หรือบางฝ่ายถูกตรวจสอบแต่อีกฝ่ายไม่ถูกตรวจสอบ ในสังคมประชาธิปไตยแบบนิติรัฐจะอธิบายเรื่องดังกล่าวว่าอย่างไร การจะอ้างแต่เพียงปัญหาข้อติดขัดในเรื่องงบประมาณหรือปัญหาการขาดแคลนผู้ปฏิบัติงานก็อาจทำได้บ้าง แต่ถ้าไม่อาจอ้างปัจจัยเหล่านี้ได้ การปล่อยให้มีสถานการณ์เช่นว่านี้เกิดขึ้นก็ไม่น่าจะสร้างบรรยากาศที่สงบเรียบร้อยในสังคมได้เช่นกัน

อย่างไรก็ดี แม้ผู้กระทำผิดจะไม่อาจอ้างว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมได้ตามหลักการไม่อาจอ้างหลักความเสมอภาคในการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าจะดำเนินการตามกฎหมายต่อสถานการณ์เช่นว่านี้ไม่ได้เลย หากเกิดมีผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายตามนัยผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ อย่างกรณีที่มักเกิดขึ้นที่แสดงให้เห็นถึงการรอเวลาหรือเลือกห้วงเวลาในการดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่ของรัฐแต่ก็อาจทำให้เกิดความรู้สึกเลือกปฏิบัติของบุคคลบางกลุ่มก็เช่น ในกรณีการก่อสร้างอาคารที่ไม่ได้รับอนุญาต ผู้ที่อาศัยใกล้เคียงที่อาจถูกกระทบด้านความปลอดภัยซึ่งได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายก็อาจฟ้องคดีต่อศาลปกครองเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควรตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (2) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ โดยคดีประเภทนี้ ศาลมักเรียกให้เจ้าของบ้านผู้กระทำไม่ถูกต้องตามกฎหมายเข้ามาเป็นผู้ร้องสอดในคดีด้วย[13] หรือในกรณีสถานการณ์ปิดถนนเพื่อชุมนุมประท้วงหลายเส้นทางซึ่งส่งผลกระทบต่อธุรกิจห้างร้านในบริเวณที่มีการชุมนุมที่ไม่อาจค้าขายได้ ต่อมารัฐได้ใช้กำลังสลายการชุมนุมหรือเข้าควบคุมพื้นที่บางจุด จะเห็นได้ว่าการเลือกที่จะปฏิบัติการของรัฐเช่นว่านี้ไม่ใช่เป็นการเลือกปฏิบัติ หากแต่เป็นการเลือกห้วงเวลาที่เหมาะสมในการจัดการกับสถานการณ์ ซึ่งห้างร้านที่อยู่ในพื้นที่ที่ยังมีการชุมนุมอาจต้องรับภาระความเสียหายสูงกว่าบางกลุ่ม ลักษณะสถานการณ์ประเภทนี้โดยทั่วไปแล้วก็อาจฟ้องร้องเป็นคดีปกครองประเภทความรับผิดอย่างอื่นตามมาตรา 9 วรรคหนึ่ง (3) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. 2542 ได้ ซึ่งก็ถือได้ว่ากฎหมายได้มีการเปิดช่องให้มีการใช้สิทธิทางศาลได้อยู่แล้ว

คงสามารถกล่าวได้โดยสรุปและเป็นที่ยุติว่า การปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐต่อผู้ถูกดำเนินคดีหรือกระทำโดยฝ่าฝืนกฎหมาย ผู้ถูกดำเนินคดีไม่อาจอ้างได้ว่าเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมต่อตนจากการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐยังไม่ดำเนินการต่อผู้กระทำผิดรายอื่น ทั้งนี้ ตามหลักการไม่อาจอ้างหลักความเสมอภาคในการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (no equality in the matter of illegality) และหลักความสุจริต (Good Faith) ดังที่ได้กล่าวในเนื้อหาข้างต้น แต่การยังไม่ได้ปฏิบัติต่อการกระทำความผิดอื่น ๆ ก็ไม่ใช่ว่ากลไกทางกฎหมายจะไม่อาจดำเนินการอย่างไรได้ หรือจะมีการปล่อยปละละเลย หากแต่รัฐก็มีกระบวนการที่ให้ผู้เดือดร้อนหรือเสียหายสามารถใช้สิทธิทางศาลที่จะดำเนินการตามครรลองของกฎหมายอยู่แล้ว

คำสำคัญ : หลักความเสมอภาค หลักการห้ามเลือกปฏิบัติ หลักการไม่อาจอ้างหลักความเสมอภาคในการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (no equality in the matter of illegality) สิทธิมนุษยชน

[13] เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 460/2566 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 170/2566 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1236/2565 คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. 1096/2565 เป็นต้น

ความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจและผู้ทรงอำนาจในการปกครองรัฐ*

เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล**

หากเราพิจารณาจากประสบการณ์ในเรื่องของการใช้อำนาจปกครองรัฐ เราจะเห็นได้ว่าสาระสำคัญของการศึกษาก็คือการพิจารณาถึงความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจในการปกครองรัฐกับปัจเจกบุคคลผู้ใช้อำนาจในการปกครองรัฐ เพราะในทุกสังคมเราจะเห็นวิวัฒนาการระหว่างอำนาจในการปกครองรัฐกับปัจเจกบุคคลที่ใช้อำนาจในการปกครองรัฐว่ามีทั้งในกรณีที่อำนาจในการปกครองรัฐแยกไม่ออก (confusion) จากบุคลิกภาพส่วนตัวของปัจเจกบุคคลที่เป็นผู้ใช้อำนาจนั้น แต่ในบางกรณีอำนาจในการปกครองรัฐนั้นถือเป็นคนละส่วน (dissociation) กับบุคลิกภาพส่วนตัวของปัจเจกบุคคลที่เป็นผู้ใช้อำนาจ ดังนั้น ในการพิจารณาให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจปกครองรัฐจึงมีความจำเป็นในการศึกษาถึงพัฒนาการทางความคิดเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจในการปกครองรัฐกับปัจเจกบุคคลที่เป็นผู้ใช้อำนาจในการปกครองรัฐ โดยจะได้กล่าวถึงแนวความคิดที่ถือว่าอำนาจในการปกครองรัฐมิได้แยกจากบุคลิกภาพส่วนตัวของปัจเจกบุคคลที่ใช้อำนาจ (La personnalisation du pouvoir) (I) จากนั้นจะได้กล่าวถึงแนวความคิดที่ถือว่าอำนาจในการปกครองรัฐเป็นสถาบันที่เป็นคนละส่วนกับปัจเจกบุคคลที่เป็นผู้ใช้อำนาจ (L'institutionnalisation du pouvoir) (II)

I จากผลิตผลที่แท้จริงของความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจในการปกครองรัฐกับปัจเจกบุคคลผู้ใช้อำนาจ...

"อำนาจ" เป็นสิ่งที่เกิดมีขึ้นทันทีที่มีการกระทำของมนุษย์ต่อมนุษย์เพื่อให้ได้รับผลลัพธ์บางประการ ซึ่งเมื่อพิจารณาประกอบกับคำกล่าวของ André Hauriou ที่กล่าวไว้ว่า "สมรรถนะ (l'aptitude) และรสนิยม (รสสัมผัส) (le goût) แห่งอำนาจเป็นคุณลักษณะตามธรรมชาติของจิตวิญญาณมนุษย์ อย่างน้อยที่สุดก็สำหรับแต่ละปัจเจกบุคคล"[1] แสดงให้เห็นว่าในความเป็นจริงแล้ว "อำนาจ" เป็นสิ่งที่ขึ้นอยู่กับธรรมชาติของมนุษย์ ดังนั้น เมื่อกล่าวถึงความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจและผู้ทรงอำนาจในการปกครองรัฐ เราจึงพบว่าลักษณะส่วนบุคคลของผู้ทรงอำนาจเป็นรากฐานที่สำคัญของความสัมพันธ์ดังกล่าว (1) นอกจากนี้ เมื่อความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจและผู้ทรงอำนาจในการปกครองรัฐมีลักษณะดังกล่าว การใช้อำนาจนั้นก็จะเป็นการใช้โดยผู้ทรงอำนาจในฐานะที่เอกสิทธิ์ที่ขึ้นอยู่กับบุคลิกส่วนบุคคลของผู้ทรงอำนาจนั้น

---

* "บทความเรื่องนี้เป็นประเด็นหนึ่งที่ผู้เขียนได้รับความรู้พื้นฐานในฐานะลูกศิษย์คนหนึ่งของท่านศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ ศรุตพิชญ์ จนต่อมาก็ได้มีโอกาสพูดคุย แลกเปลี่ยนความคิดเห็นกับท่านในฐานะผู้ร่วมงาน และนำไปสู่การเป็นฐานคิดหนึ่งในการทำวิทยานิพนธ์ เรื่อง détournement de pouvoir ณ ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส ดังนั้น ในโอกาสที่ท่านศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ มีอายุครบ 70 ปี และเกษียณจากราชการในตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุด ผู้เขียนจึงขอถือโอกาสนำเสนอบทความนี้เป็นอาจาริยบูชาแด่ท่านอาจารย์"

** น.บ. น.ม. (ธรรมศาสตร์), น.บ.ท., D.E.A. (Droit public) Toulouse I, Doctorat en droit, Toulouse I ประเทศฝรั่งเศส.

[1] André HAURIOU, Droit constitutionnel et institutions politiques, 4è éd., Paris, Montchrestien, 1970, p. 105.

กรณีจึงมีความสำคัญเช่นเดียวกันที่จะต้องพิจารณาว่าการใช้อำนาจในลักษณะเช่นนี้จะมีผลเป็นการบิดเบือนการใช้อำนาจ (Le détournement de pouvoir) ได้หรือไม่ เพราะเหตุใด (2)

1. อำนาจมีลักษณะเป็นเรื่องส่วนบุคคล (la personnalisation) ของปัจเจกบุคคลผู้ใช้อำนาจปกครองรัฐ

ข้อพิจารณาเบื้องต้นก็คือว่าทุกสังคมการเมืองไม่เพียงแต่มีสมมติฐานถึงการมีอยู่ของอำนาจเท่านั้น แต่ยังคำนึงถึงผู้ทรงอำนาจนั้นด้วย ดังนั้น เมื่อในความเป็นจริงมนุษย์เป็นผู้ทรงอำนาจ เราจึงพบว่าแท้จริงแล้วอำนาจเป็นเรื่องส่วนบุคคล (la personnalisation de pouvoir) ของผู้ทรงอำนาจนั้น

อันที่จริง ในอดีตที่เป็นสังคมโบราณ เราอาจกล่าวได้ว่า “อำนาจ” ไม่ได้เป็นเรื่องส่วนบุคคลของผู้ทรงอำนาจ (impersonnel)[2] เพราะในสังคมแบบนี้ถือว่าอำนาจคือสิ่งที่แพร่กระจายอยู่ในหมู่มวลปัจเจกบุคคล (dans la masse des individus) เป็นสิ่งที่มาจากบรรดาความเชื่อ จากเรื่องเหนือธรรมชาติหรือไสยศาสตร์ หรือจากประเพณีปฏิบัติที่มีอิทธิพลโดยตรงต่อทัศนคติของสมาชิกในกลุ่มโดยปราศจากการแทรกแซงของอำนาจส่วนบุคคล (une autorité personnelle) ของหัวหน้ากลุ่มที่เป็นผู้ปกครองเพื่อเป็นหลักประกันการยอมตนอยู่ภายใต้อำนาจดังกล่าว[3] ดังนั้น เมื่อในสังคมโบราณไม่มีการกำหนดโดยเจตจำนงของปัจเจกบุคคลผู้ที่มีความเข้มแข็งเหนือกว่า ความเชื่อฟังของสมาชิกของกลุ่มจึงเป็นเรื่องที่เป็นไปตามความโน้มเอียงตามธรรมชาติของมนุษย์ (une inclination naturelle de l’homme) ด้วยเหตุนี้ เราสามารถสังเกตเห็นว่า “อำนาจ” ในสังคมโบราณเป็นเพียงสิ่งที่ก่อเกิดขึ้นตามธรรมชาติเท่านั้น มิได้เกิดจากการกระทำในรูปแบบใด ๆ ทั้งมิได้เกี่ยวข้องกับการบังคับกดดันเพื่อให้สมาชิกของกลุ่มยอมตนอยู่ภายใต้อำนาจแต่อย่างใด ที่เป็นเช่นนี้ก็เนื่องจากลักษณะพื้นฐานของอำนาจในยุคเหล่านี้จำกัดอยู่ในกลุ่มสังคมเล็ก ๆ แคบ ๆ ของผู้ปกครองนั่นเอง

อย่างไรก็ตาม เมื่อสังคมได้มีการเปลี่ยนแปลงจากสังคมปฐมภูมิ (l’état primitif) ไม่ว่าจะด้วยเหตุผลใด ๆ ก็ตาม องค์ประกอบในเรื่องของบุคคลได้แทรกแซงเข้ามาในความสัมพันธ์ของอำนาจ ซึ่งอันที่จริงแล้วรากฐานของอำนาจที่ได้กล่าวข้างต้นแล้วไม่ได้ลบล้างหายไปไหน แต่มันได้ผสมผสานอยู่ร่วมกันในรูปแบบใหม่ กล่าวคือ นับจากนี้ไปอำนาจมีรากฐานของมันอยู่ภายในบุคคลที่เป็นผู้ใช้อำนาจนั้น นั่นเป็นเพราะความชาญฉลาด (l’intelligence) ความกล้าหาญ (le courage) หรือความเข้มแข็ง (la force) ของผู้ปกครองที่อย่างน้อยก็แสดงออกมาให้เห็นว่าเป็นบ่อเกิดแห่งพลังความสามารถพิเศษที่ผู้ปกครองใช้แสดงออกมา[4] และด้วยองค์ประกอบเหล่านี้ เราจึงกล่าวได้ว่า อำนาจเป็นของผู้ปกครองที่ขึ้นอยู่กับคุณภาพภายในแห่งความเป็นตัวตนของผู้ปกครองเอง

ยกตัวอย่างเช่น ก่อนปลายสมัยยุคกลางซึ่งทฤษฎีว่าด้วยรัฐค่อย ๆ พัฒนาขึ้นนั้น ข้อความคิดว่าด้วยรัฐในยุคดังกล่าวถือว่า “รัฐ” เป็นเสมือน “สาธารณรัฐคริสเตียน” (une respublica christiana) หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ รัฐเป็นเสมือนชุมชนแห่งความเชื่อ (une communauté des croyants) โดยเฉพาะความเชื่อในสิ่งลี้ลับที่ว่าพระเจ้าได้ประทานดาบทางจิตวิญญาณ (le glaive spirituel) และดาบทางโลก (le glaive temporel) แก่สันตะปาปา (le pape) จากนั้นสันตะปาปาได้มอบดาบทางโลกให้แก่กษัตริย์และสามารถควบคุมการใช้ดาบของกษัตริย์ได้ตลอดเวลาจนกระทั่งมีการถอนคืนดาบนั้นจากกษัตริย์[5] ด้วยเหตุนี้ การร่วมมืออย่างผสมกลมกลืนกันจึงเป็นเงื่อนไขที่จำเป็นของการอยู่ดีกินดีของโลกมนุษย์

อย่างไรก็ตาม นับจากสมัยของสันตะปาปา Grégoire le Grand (590-604) ที่สามารถมีอำนาจสูงสุดในกรุงโรมด้วยการแสดงให้เห็นถึงศักยภาพของผู้ปกครอง ศาสนจักรและอาณาจักรได้ประสบเขตแดนที่มีการทับซ้อนรบกวน

---

[2] Georges BURDEAU, Traité de science politique, t. I, Vol. 2, 3 è éd., Paris, L.G.D.J., 1980, p. 102.

[3] Ibid., pp. 101-102.

[4] Cf. Ibid., p. 108 et Georges BURDEAU, Traité de science politique, t. II, L’Etat, 3 è éd., Paris, L.G.D.J., 1980, p. 187.

[5] Pierre-Clément TIMBAL et André CASTALDO, Histoire des institutions publiques et des faits sociaux, 8 è éd., Paris, Dalloz, 1990, p. 283.

ซึ่งกันและกันอันเป็นอุปสรรคต่อทั้งสองอาณาจักร[6] ข้อความคิดเกี่ยวกับความเชื่อดังกล่าวจึงไม่สามารถดำรงอยู่ได้ท่ามกลางการเปลี่ยนแปลงของสังคม ความคิดทางการเมืองของสมัยกลางจึงได้สิ้นลงในขณะที่ข้อความคิดเกี่ยวกับทฤษฎีว่าด้วยรัฐได้ค่อย ๆ พัฒนา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ข้อความคิดว่าด้วย “อำนาจอธิปไตย” (souveraineté)

นับจากปลายศตวรรษที่ 16 ข้อความคิดเกี่ยวกับอำนาจอธิปไตยได้มีการกล่าวถึงกันอย่างแพร่หลาย โดยบุคคลสำคัญท่านหนึ่งคือ Jean Bodin ดังที่ Alexandre Passerin d’Entrèves ได้กล่าวไว้ว่า “เพราะ Bodin คำว่า souveraineté (อำนาจอธิปไตย) จึงได้รับการบัญญัติในศัพท์กฎหมายและการเมืองเหมือน ๆ กับคำว่า Etat (รัฐ) ของ Machiavel (Machiavelli)”[7] โดย Bodin ได้กล่าวในหนังสือเรื่อง “สาธารณรัฐ” (la République - 1576) ว่า อำนาจอธิปไตยหมายถึงอำนาจอันบริบูรณ์ (la puissance absolue) แห่งสาธารณรัฐ[8] ด้วยแนวคิดเช่นนี้ของ Bodin ทำให้เกิดหลักคำสอน (la doctrine) ว่า อำนาจอธิปไตยเป็นเงื่อนไขสำคัญของความเป็นรัฐ โดยในส่วนที่เกี่ยวข้องกับประเด็นของความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจและผู้ทรงอำนาจในการปกครองรัฐที่กำลังกล่าวถึงอยู่นี้ก่อให้เกิดคำถามว่าแล้วใครจะเป็นผู้ทรงอำนาจอธิปไตย ซึ่งสำหรับ Bodin ในฐานะที่เป็นผู้นิยมระบอบราชาธิปไตย (la monarchie royale)[9] ผู้ทรงอำนาจอธิปไตยย่อมเป็นอื่นใดมิได้นอกจากตัวบุคคลผู้เป็นกษัตริย์[10] ทำให้เกิดความสับสนระหว่างอำนาจอธิปไตยแห่งสาธารณรัฐกับของบุคคลผู้เป็นกษัตริย์ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งคือ ในทางนามธรรม (in abstracto) อำนาจอธิปไตยเป็นของรัฐ แต่ในทางรูปธรรม (in concreto) อำนาจอธิปไตยเป็นของบุคคลผู้เป็นกษัตริย์[11]

ในส่วนของ Carré de Malberg ได้ยืนยันไปถึงขั้นที่ว่าอำนาจอธิปไตยในทางนามธรรมของรัฐและอำนาจอธิปไตยในทางรูปธรรมของบุคคลที่เป็นกษัตริย์ไม่เคยปะปนสับสนกันแต่อย่างใดเลย เพราะ “ในขณะที่ Bodin กล่าวว่าอำนาจอธิปไตยเป็นองค์ประกอบสำคัญของรัฐ Bodin ไม่ได้ต้องการบอกว่ารัฐเองที่เป็นผู้ทรงอำนาจอธิปไตยนั้น แต่ Bodin ต้องการบอกเพียงว่ารัฐทุกรัฐคาดหมายเพียงการมีผู้ปกครองที่ทรงอำนาจอธิปไตยเท่านั้น”[12] แต่ประเด็นนี้ก็ยังไม่สำคัญ เพราะที่สำคัญคือการสับสนปะปนระหว่าง “อำนาจ” และ “บุคคลผู้ใช้อำนาจ” นั้น

อันที่จริง ตั้งแต่ยุคศักดินาแล้วที่เราพบลักษณะที่อำนาจเป็นเรื่องส่วนบุคคลของปัจเจกบุคคลผู้ใช้อำนาจ (la personnalisation du pouvoir) ดังที่ Bergeron ได้กล่าวไว้ว่า “ในระบอบศักดินา อำนาจสาธารณะ (la puissance publique) ถูกฉาบไว้ด้วยอำนาจส่วนบุคคล...”[13] ดังนั้น ตลอดช่วงเวลาของระบอบศักดินานั้น Duguit จึงได้แสดงให้เราเห็นว่า อำนาจของกษัตริย์นั้นแท้จริงแล้ว “กษัตริย์ในฐานะส่วนบุคคล (personne individuelle) เองนั่นแหละที่เป็นผู้ทรงอำนาจนั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งคือ อำนาจเปรียบเสมือนทรัพย์สินส่วนบุคคลของกษัตริย์ และโครงสร้างทางกฎหมายของอาชญาสิทธิ์ของกษัตริย์ก็เปรียบเสมือนโครงสร้างทางกฎหมายของอำนาจในการปกครองส่วนบุคคลของบุคคลผู้ที่เป็นกษัตริย์”[14]

---

[6] ดู Gérard BERGERON, Petit traité de l’Etat, Paris, PUF., 1990, p. 77.

[7] Alexandre PASSERIN D’ENTREVES, La notion de l’Etat, Paris, Sirey, 1969, p. 130.

[8] ดู Pierre-Clément TIMBAL et André CASTALDO, Histoire des institutions publiques et des faits sociaux, op. cit., p. 393.

[9] Gérard BERGERON, Petit traité de l’Etat, op. cit., p. 104.

[10] เป็นที่น่าสังเกตว่าข้อความคิดว่าด้วยอำนาจอธิปไตยเกิดขึ้นจากการต่อสู้กันในสมัยกลางโดยฝ่ายกษัตริย์ที่ต้องการแยกตัวเองให้เป็นอิสระจากสันตะปาปา ดังนั้น จึงเป็นไปโดยธรรมชาติที่อำนาจอธิปไตยจะไปให้น้ำหนักอยู่ที่บุคคลที่เป็นกษัตริย์

[11] LOYSEAU, Des seigneuries, ch. II, n° 7 อ้างใน René CARRE DE MALBERG, Contribution à la théorie générale de l’Etat, t. I, Paris, Sirey, 1920, p. 77.

[12] René CARRE DE MALBERG, Contribution à la théorie générale de l’Etat, op. cit., p. 77.

[13] Gérard BERGERON, Petit traité de l’Etat, op. cit., p. 68.

[14] Léon DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, t. I, 3 è éd., Paris, E. De Boccard, 1927, p. 597.

2. ผลของการที่อำนาจมีลักษณะเป็นเรื่องส่วนบุคคลของปัจเจกบุคคลผู้ใช้อำนาจปกครองรัฐ

ดังได้กล่าวมาแล้วว่าอำนาจที่ถือว่ามีลักษณะเป็นเรื่องส่วนบุคคลของปัจเจกบุคคลผู้ใช้อำนาจนั้นเป็นอำนาจที่ได้ใช้โดยผู้ปกครองในฐานะที่เป็นเอกสิทธิ์ส่วนบุคคลของผู้ปกครองเอง ดังนั้น อำนาจจึงเป็นสิ่งที่ขึ้นอยู่กับเจตจำนงส่วนบุคคลและมีลักษณะที่ขึ้นกับความเป็นอิสระของเจตจำนงนี้ในทุก ๆ เรื่องที่เกี่ยวข้อง

“รัฐคือข้าฯ” (L’Etat, c’est moi.) คำกล่าวของพระเจ้าหลุยส์ที่ 14 ซึ่งเป็นที่รู้จักกันโดยทั่วไปเป็นคำกล่าวที่อธิบายได้ดีถึงลักษณะของอำนาจที่กำลังกล่าวถึงนี้เพราะทำให้เราเห็นได้ว่าอำนาจเป็นเพียงปรากฏการณ์ของความเข้มแข็งเท่านั้น ความเข้มแข็งนี้มีแนวโน้มที่จะนำไปสู่ลัทธิสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (absolutisme) ซึ่งเป็นเพียงรูปแบบขั้นสูงสุดของการที่อำนาจมีลักษณะเป็นเรื่องส่วนบุคคลของปัจเจกบุคคลผู้ใช้อำนาจปกครองรัฐ แต่แม้ว่าจะสมบูรณ์เด็ดขาดเพียงใด ระบอบราชาธิปไตย (la monarchie) ก็ไม่เคยลดตัวเองไปเป็นระบอบทรราชย์ (la tyrannie)[15] ทั้งนี้ เนื่องจากการปกครองในระบอบนี้มักจะมีการจำกัดตนเองในการปกครอง เช่น การมีสภาที่ปรึกษา (le gouvernement de grand conseil) หรือประเพณีการปกครอง (les coutumes traditionnelles) ซึ่งจะคอยขัดขวางไม่ให้ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์เปลี่ยนผ่านไปสู่การใช้อำนาจโดยอำเภอใจ (l’arbitraire) นั่นเอง

อย่างไรก็ตาม ประเด็นสำคัญที่จะกล่าวถึง ณ ที่นี้ คือ อำนาจในการปกครองรัฐนั้น โดยพื้นฐานแล้วผู้ปกครองจะต้องไม่กระทำการใดที่มีฐานมาจากเรื่องส่วนตัวโดยแท้ของตนเอง แต่จะต้องเป็นการใช้อำนาจเพื่อประโยชน์อันร่วมกัน (l’intérêt général) ของผู้อยู่ภายใต้ปกครอง ปัญหาก็คือถ้าเรายอมรับว่าอำนาจทั้งหมดเป็นสิ่งที่ขึ้นอยู่กับเจตจำนงของผู้ปกครอง เราจะกล่าวได้อย่างไรว่ามีการใช้อำนาจโดยไม่สุจริต (le détournement de pouvoir) โดยผู้ปกครอง

ดังที่ Georges BURDEAU ได้กล่าวไว้ว่า “ถ้าอำนาจคือเอกสิทธิ์ส่วนบุคคลของผู้ปกครอง เราก็ไม่สามารถที่จะโต้แย้งสิ่งที่ผู้ปกครองได้กระทำตามที่เขาพึงพอใจ : เมื่อเขาเป็นนายเหนืออำนาจ เราย่อมไม่สามารถคัดค้านการที่เขาจะทำตามที่เขาต้องการ”[16] ด้วยเหตุนี้ จึงเป็นที่สังเกตได้ว่าอำนาจที่เป็นเอกสิทธิ์ส่วนบุคคลของผู้ปกครองไม่สามารถตอบสนองอย่างเด็ดขาดต่อความคิดที่จะกำหนดและจำกัดการใช้อำนาจของผู้ปกครอง เมื่อใดก็ตามที่อำนาจมีลักษณะเป็นเรื่องส่วนบุคคลของปัจเจกบุคคลผู้ใช้อำนาจปกครองรัฐ อำนาจนั้นก็จะพบรากฐานโดยตรงของมันจากภายในตัวของบุคคลผู้ใช้อำนาจ ดังนั้น ในขณะที่อำนาจเป็นสิ่งที่อยู่ภายในตัวตนของผู้ปกครอง เราจึงไม่สามารถจะมีหลักประกันว่าการใช้อำนาจของผู้ปกครองจะไม่บิดเบือนไปจากวัตถุประสงค์ในการที่จะใช้เพื่อประโยชน์ทางสังคมหรือประโยชน์ส่วนรวม และด้วยเหตุผลดังกล่าว จึงสามารถสรุปได้ว่าเมื่อใดก็ตามที่อำนาจมีลักษณะเป็นเรื่องส่วนบุคคลของปัจเจกบุคคลผู้ใช้อำนาจปกครองรัฐ ข้อความคิดว่าด้วยการใช้อำนาจโดยไม่สุจริต (le détournement de pouvoir) ของผู้ปกครองรัฐก็ย่อมเป็นไปไม่ได้เลย

ยิ่งกว่านั้น หากเราย้อนไปในยุคที่เป็นการปกครองโดยแท้ของกษัตริย์ เราจะเห็นได้ว่าจริง ๆ แล้วกษัตริย์ก็จะปกครองโดยอาศัยข้าราชบริพารจำนวนมาก ซึ่งเป็นที่สังเกตได้ว่าข้าราชบริพารเหล่านี้ไม่มีอำนาจใดของตนเองเลย การกระทำใด ๆ ของข้าราชบริพารเหล่านี้จึงเป็นเพียงการได้รับมอบอำนาจจากกษัตริย์เท่านั้น ทันทีที่ข้าราชบริพารไปกระทำการใดที่เป็นเรื่องส่วนตัวของเขา ถือได้ว่าเขาได้กระทำนอกเหนืออำนาจที่ได้รับมอบมาจากกษัตริย์ แต่ผลของการกระทำดังกล่าวเป็นเพียงการรับผิดต่อกษัตริย์เท่านั้น จึงเป็นสิ่งที่ตอกย้ำได้ว่าข้อความคิดว่าด้วยการใช้อำนาจโดยไม่สุจริต (le détournement de pouvoir) นั้น ไม่สามารถจะเกิดขึ้นได้เลยเมื่ออำนาจที่ผู้ปกครองใช้นั้นมีลักษณะเป็นเรื่องส่วนบุคคลของปัจเจกบุคคลผู้ใช้อำนาจปกครองนั้น

---

[15] François BURDEAU, Histoire du droit adminitratif, Paris, P.U.F., 1995, p. 29.

[16] Georges BURDEAU, Traité de science politique t. II, op. cit., p. 194.

II สู่การแยกความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจในการปกครองรัฐกับปัจเจกบุคคลผู้ใช้อำนาจ

การที่อำนาจในการปกครองมีลักษณะเหมือนเป็นสมบัติส่วนตัวของผู้ปกครองดังได้กล่าวข้างต้นอันส่งผลให้ข้อความคิดว่าด้วยการใช้อำนาจโดยไม่สุจริตไม่สามารถนำมาปรับใช้ได้ ในด้านหนึ่ง ย่อมเป็นการเอื้อต่อการใช้อำนาจของผู้ปกครอง แต่ในอีกด้านหนึ่ง ย่อมส่งผลเสียต่อผู้ใต้ปกครองซึ่งอาจถูกกดขี่ข่มเหงจากการใช้อำนาจของผู้ปกครองได้ง่าย ดังนั้น เมื่อถึงเวลาหนึ่ง แนวความคิดเกี่ยวกับเรื่องอำนาจในการปกครองจึงเริ่มเปลี่ยนเป็นว่าอำนาจในการปกครองนั้นมิใช่มีลักษณะเป็นเรื่องส่วนบุคคลของผู้ปกครองอีกต่อไป กล่าวคือ ถือว่าอำนาจในการปกครองได้เปลี่ยนผ่านมาเป็นของสถาบันที่เรียกว่ารัฐ (l'institution étatique) การเปลี่ยนผ่านดังกล่าวนี้ทำให้แนวคิดที่ว่าอำนาจในการปกครองเป็นผลิตผลที่แท้จริงของปัจเจกบุคคลผู้ใช้อำนาจนั้นสิ้นสุดลง เพราะต่อไปนี้จะไม่ถือว่าการใช้อำนาจของผู้ปกครองเป็นการใช้ในฐานะที่เป็นเอกสิทธิ์ส่วนบุคคลของผู้ปกครอง ดังนั้น การใช้อำนาจกระทำการใด ๆ ของผู้ปกครองจะถือว่าเป็นการใช้อำนาจที่มีแหล่งที่มาก้าวข้ามไปจากการเป็นอำนาจส่วนบุคคลของผู้ปกครอง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ อำนาจได้เปลี่ยนมาเป็น "สถาบัน" แล้ว และด้วยแนวความคิดดังกล่าวนี้เองที่นำมาสู่การเปลี่ยนแปลงโดยสิ้นเชิงเกี่ยวกับข้อความคิดว่าด้วยการใช้อำนาจโดยไม่สุจริต (le détournement de pouvoir)

1. ความเป็นสถาบันของอำนาจ (l'institutionnalisation du pouvoir)

ดังได้กล่าวแล้วว่าเมื่อถึงจุดหนึ่งอำนาจของผู้ปกครองไม่ได้ขึ้นกับตัวตนของผู้ปกครองอีกต่อไป ซึ่ง Georges Burdeau ได้ให้ข้อสังเกตในเรื่องนี้ได้ดีว่า "ทันทีที่ผู้ปกครองมีขอบเขตภารกิจที่ขยายมากขึ้น กฎระเบียบที่ทวีคูณมากขึ้น ในขณะที่การใช้กำลังบังคับเพียงอย่างเดียวก็ไม่เพียงพออีกต่อไปในการที่จะทำให้ประชาชนเคารพเชื่อฟัง กรณีก็ปรากฏว่าอำนาจเองก็ไม่อาจมีรากฐานจากคุณสมบัติส่วนบุคคลของผู้ใช้อำนาจอีกต่อไป"[17] นับแต่นี้ไปความชอบธรรมของอำนาจไม่ได้ขึ้นอยู่กับความเข้มแข็งหรือคุณลักษณะส่วนบุคคลใด ๆ ของผู้ปกครอง

แต่อย่างไรก็ตาม คำถามที่ตามมาก็คือ ถ้าอำนาจไม่ได้เป็นส่วนหนึ่งของบุคคลที่เป็นผู้ปกครอง อำนาจนั้นก็ไม่อาจดำรงอยู่ได้โดยปราศจากผู้ทรงอำนาจ (un titulaire) นั้น ซึ่งคำตอบโดยทั่วไปต่อคำถามนี้ก็คือการยอมรับว่าอำนาจนั้นเป็นของ "รัฐ" ดังที่ André Hauriou ได้กล่าวไว้ในขณะที่พูดถึงรากฐานทางกฎหมายของรัฐที่นำเสนอด้วยทฤษฎีว่าด้วยความเป็นสถาบัน (la théorie de l'institution) ของ Maurice Hauriou ว่า "รัฐคือกลุ่มปัจเจกบุคคลที่กำกับชี้นำโดยศูนย์กลางของการปกครองในนามของข้อความคิดเกี่ยวกับการดำเนินการเพื่อความเป็นระเบียบเรียบร้อยทางสังคมและทางการเมืองซึ่งคนของรัฐจะเป็นผู้ได้รับประโยชน์นั้น"[18] จากข้อความคิดดังกล่าวจึงเป็นที่ยอมรับว่า "รัฐ" เป็นสถาบัน และในนามของสถาบันนี้เองที่ทำให้รัฐเป็นผู้อยู่เหนือตัวผู้ปกครองอีกทีหนึ่ง

นอกจากนี้ เรายังสามารถสังเกตได้ว่าการใช้ข้อความคิดว่าด้วยความเป็นสถาบันของรัฐ (l'institution étatique) นั้นแสดงให้เห็นเป็นอย่างดีถึงการพัฒนาโดยพื้นฐานของความสัมพันธ์ของอำนาจ ดังที่ Jacques Chevallier ได้กล่าวว่า "ความสัมพันธ์ของอำนาจได้สูญเสียลักษณะของความสัมพันธ์ที่เชื่อมโยงกับลักษณะส่วนตัวของผู้ใช้อำนาจ และได้พบกับลักษณะของความสัมพันธ์ที่เป็นมายาคติ : อำนาจมิได้เป็นสิ่งที่อยู่ภายในตัวของผู้ที่ใช้อำนาจอย่างเป็นรูปธรรม แต่อยู่ ณ ที่ใดที่หนึ่งภายนอกตัวตนของผู้ใช้อำนาจ : ผู้ปกครองเป็นเพียงตัวแทนผู้รับภาระในการสื่อเจตจำนงของอำนาจที่อยู่ภายนอกและอยู่เหนือตัวผู้ปกครองเท่านั้น อำนาจจึงเป็นสิ่งที่ผ่านเลยตัวตนของผู้ปกครองและเป็นแหล่งที่มาของอำนาจเพียงแหล่งเดียวเท่านั้น"[19] ดังนั้น แนวความคิดที่เกิดขึ้นใหม่ก็คือสถานะของตำแหน่งที่จะทำให้ผู้ปกครองมีความชอบธรรม

---

[17] Ibid., p. 233.

[18] André HAURIOU, Droit constitutionnel et institutions politiques, op. cit., p. 131.

[19] Jacques CHEVALLIER, Réflexion sur l'idéologie de l'intérêt général, in Variations autour de l'idéologie de l'intérêt général, t. I, C.U.R.A.P.P. (Centre universitaire de recherches administratives et politiques de Picardie), Paris, P.U.F., 1978, p. 24.

ที่จะใช้อำนาจนั้น กล่าวคือ ผู้ปกครองมิได้ใช้อำนาจที่เป็นของตัวเองอีกต่อไป แต่เป็นเพียงผู้แทนหรือองคาพยพของสถาบันเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ สิ่งที่ประชาชนผู้ใต้ปกครองเคารพเชื่อฟังจึงไม่ใช่ตัวบุคคลที่เป็นผู้ปกครอง แต่เป็นสถาบันที่เป็นแหล่งที่มาของอำนาจของผู้ปกครอง อำนาจที่ผู้ปกครองใช้จึงมิใช่เอกสิทธิ์หรือสิ่งที่เป็นของผู้ปกครองอีกต่อไป แต่ถือเป็นหน้าที่หรือเป็นภารกิจหรือเป็นภาระความรับผิดชอบของผู้ปกครองแทน

อันที่จริง การเปลี่ยนผ่านแนวคิดความเป็นสถาบันของอำนาจนี้จะถือว่าเกิดขึ้นโดยสมบูรณ์เมื่ออำนาจนั้นมิได้เป็นเรื่องของคนที่ใช้อำนาจอีกต่อไปแล้ว แต่เป็นของสถาบัน ซึ่งการเปลี่ยนผ่านนี้เป็นเรื่องที่ใช้เวลาพอสมควร ดังจะเห็นได้จากการปกครองที่มักจะยกเป็นตัวอย่างเสมอ ๆ ก็คือการปกครองของกษัตริย์ที่เริ่มจากการที่อำนาจเป็นของกษัตริย์ผู้ปกครองและเป็นผู้ใช้อำนาจซึ่งเป็นของตน จนพัฒนามาสู่การแบ่งแยกระหว่างสถาบันกษัตริย์กับบุคคลที่เป็นกษัตริย์ โดยในช่วงเริ่มต้นก็อาจจะยังเป็นการแยกที่ยังไม่เด็ดขาด (une institution-personne)[20] เพราะอำนาจของกษัตริย์ที่ถือเสมือนเป็นทรัพย์สมบัติส่วนตัวของกษัตริย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในสมัยที่ยังเป็นระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ (la monarchie absolue) นั้น ได้ดำรงอยู่เป็นเวลาเนิ่นนาน จนกลายเป็นมรดกตลอดกาลที่ทำให้กษัตริย์ยังรู้สึกคุ้นเคยตลอดเวลาว่าอาณาจักรที่ตนปกครองนั้นเป็นของตนเอง อย่างน้อยที่สุดก็เป็นรองเพียงแผ่นดินและทรัพย์สินของตนเองเท่านั้น

จากที่กล่าวมาจึงเห็นได้ว่า การปกครองที่ถือว่าอำนาจเป็นสถาบัน (un pouvoir institutionnalisé) ไม่สามารถจะเกิดขึ้นได้อย่างแท้จริงหากยังปรากฏเอกสิทธิ์ของบุคคลในการใช้อำนาจที่ถือว่าอยู่ภายใต้เงื่อนไขส่วนบุคคลอันเป็นพฤติกรรมส่วนตัวของบุคคลผู้ใช้อำนาจนั้น แต่จะต้องรอจนกว่าอำนาจจะแยกออกมาจากตัวปัจเจกบุคคลซึ่งถือเป็นเพียงตัวแทนชั่วคราวในการทำภารกิจของผู้ทรงอำนาจที่แท้จริง นั่นคือ “รัฐ” และนับจากนั้นเป็นต้นมา การใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ของรัฐจะต้องอยู่ภายใต้การใช้อำนาจที่ชอบด้วยกฎหมาย[21]

ดังจะเห็นได้จากตัวอย่างของประเทศฝรั่งเศสที่ต้องรอจนถึงช่วงการปฏิวัติใหญ่ในปี ค.ศ.1789 ที่ยอมรับว่าอำนาจอธิปไตยเป็นสิ่งที่ดำรงอยู่ในชาติ[22] จนนำไปสู่การผลักดันให้เกิดขึ้นจริงซึ่งทฤษฎีว่าด้วยการปกครองโดยผู้แทน (la théorie de la représentation) ทั้งนี้ เนื่องจากว่าจริง ๆ แล้วทฤษฎีว่าด้วยการปกครองโดยผู้แทนนี้จะสัมพันธ์กับข้อความคิดที่ว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของชาติ (la notion de la souveraineté nationale) เมื่อ “ชาติ” เป็นเพียงบุคคลนามธรรม ดังนั้น ชาติจะกลายมาเป็นสิ่งที่เป็นจริงทางกายภาพที่มีอัตลักษณ์ของตนเองได้ก็ต่อเมื่อมีบุคคลที่กระทำแทนและในนามของชาติเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ ทฤษฎีว่าด้วยการปกครองโดยผู้แทนจึงมีผลทำให้มีการแยกออกจากกันระหว่างอำนาจของบุคคลผู้ใช้อำนาจกับอำนาจของผู้ทรงอำนาจที่แท้จริงที่เป็นนามธรรม ทฤษฎีดังกล่าวจึงมีคุณค่าในการให้ความสำคัญกับสถาบันมากกว่าตัวผู้ปกครองที่เป็นเพียงตัวแทนของสถาบันเท่านั้น เมื่อตัวผู้ปกครองใช้อำนาจ การใช้อำนาจนั้นมิได้เป็นไปเพื่อตัวผู้ปกครองเอง แต่เป็นไปในนามและเพื่อประโยชน์ของสถาบัน ซึ่งเป็นการตอกย้ำให้เห็นว่าอำนาจที่ผู้ปกครองใช้นั้นมิใช่เอกสิทธิ์ส่วนบุคคลของผู้ปกครองอีกต่อไป และนับจากนี้เป็นต้นไป ความเป็นสถาบันของอำนาจจึงค่อย ๆ พัฒนามาจนถึงปัจจุบัน

2. ผลของความเป็นสถาบันของอำนาจ

เมื่ออำนาจมีความเป็นสถาบัน ผลที่สำคัญ คือ การสามารถพิจารณาการใช้อำนาจโดยไม่สุจริต (le détournement de pouvoir) ของผู้ใช้อำนาจได้ ทั้งนี้ เนื่องจากในการใช้อำนาจปกครองรัฐนั้น เป็นที่แน่นอนชัดเจนว่า “รัฐ” ไม่สามารถ

---

[20] Cf. Gérard BERGERON, Petit traité de l’Etat, op. cit., p. 97.

[21] Georges BURDEAU, Traité de science politique t. II, op. cit., p. 226.

[22] ดังที่ปรากฏในข้อ 3 ของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ปี 1789 ซึ่งกำหนดหลักการสำคัญว่า “อำนาจอธิปไตยทั้งมวลเป็นสิ่งที่ดำรงอยู่ภายในชาติเป็นสำคัญ ไม่มีบุคคลใดสามารถใช้อำนาจที่มิได้มีที่มาจากชาติโดยชัดแจ้งได้”

ใช้อำนาจในการปกครองรัฐด้วยตนเองได้ แต่จะต้องใช้โดยปัจเจกบุคคลที่เป็นตัวแทนของรัฐเท่านั้น คุณค่าก็ดี ศักดิ์ศรีก็ดี ความเข้มแข็งก็ดีของผู้ปกครองจึงต้องอาศัยฐานที่มาจากอำนาจของรัฐ ทำให้การใช้อำนาจของผู้ปกครองมีความแตกต่างไปจากกรณีที่ถือว่าอำนาจเป็นเรื่องส่วนบุคคลของผู้ปกครอง (la personnalisation du pouvoir) กล่าวคือ ทันทีที่อำนาจมีความเป็นสถาบัน (le pouvoir est institutionnalisé) การใช้อำนาจจึงมิได้มีฐานมาจากอำนาจที่เป็นของผู้ใช้อำนาจเองอีกต่อไป การใช้อำนาจจากนี้ไปจึงมิได้เป็นการใช้เพื่อตัวผู้ปกครองในนามของผู้ปกครองเอง แต่เป็นการใช้เพื่อประโยชน์และในนามของสถาบัน ซึ่งก็คือ “รัฐ” ที่ผู้ปกครองนั้นเป็นเพียงผู้กระทำแทนเท่านั้น

ด้วยลักษณะดังกล่าวข้างต้น เมื่อผู้ใดได้รับแต่งตั้งให้เป็นผู้ใช้อำนาจปกครองแล้ว การใช้อำนาจจึงมิได้เป็นผลมาจากการแสดงเจตนาส่วนตัวของผู้นั้น แต่จะเป็นไปตามกฎเกณฑ์ที่กำหนดขึ้นตามกระบวนการขั้นตอนและยอมรับโดยสมาชิกของรัฐ ดังนั้น การใช้อำนาจจึงเป็นการใช้ในนามรัฐที่ไม่อาจนำเรื่องส่วนตัวของผู้ปกครองมาปะปนได้ ด้วยเหตุนี้ การแยกระหว่างอำนาจกับอัตลักษณ์ส่วนบุคคลของผู้ใช้อำนาจจึงนำมาซึ่งความเป็นไปได้ในการสกัดให้เห็นถึงการใช้อำนาจโดยไม่สุจริตของผู้ใช้อำนาจ

ทั้งนี้ ดังได้กล่าวมาแล้วว่า ข้อความคิดว่าด้วยการใช้อำนาจโดยไม่สุจริตของผู้ใช้อำนาจนั้นไม่สามารถนำมาใช้ได้เลยตราบใดที่อำนาจนั้นเป็นส่วนหนึ่งของคุณลักษณะส่วนบุคคลของผู้ปกครอง เพราะอำนาจในลักษณะดังกล่าวนี้จะยอมรับหรือรับรู้เพียงผลที่เกิดจากผู้ที่สามารถใช้อำนาจกระทำเท่านั้นจึงไม่มีกรณีที่จะถือว่าเป็นการใช้อำนาจโดยไม่สุจริต แต่ในทางตรงกันข้าม เมื่ออำนาจมีความเป็นสถาบันแล้ว ย่อมมีกรณีที่ถือว่ามีการใช้อำนาจไม่ถูกต้องเพราะมีการใช้อำนาจโดยไม่สุจริตได้ ดังที่ Jacques Chevallier ได้ให้ข้อสังเกตไว้ว่า “ร่องที่ได้ขุดขึ้นเพื่อแบ่งระหว่างอำนาจและผู้ทรงอำนาจ ไม่เพียงแต่ทำให้ชัดเจนไม่ทับซ้อนกันแล้ว แต่ยังเปิดช่องตลอดเวลาในการกล่าวโทษหรือโต้แย้งต่อการใช้อำนาจของผู้ปกครองในนามของการใช้อำนาจโดยไม่สุจริต”[23]

จากที่กล่าวมาจึงเห็นได้ว่า ผลลัพธ์ที่สำคัญของความเป็นสถาบันของอำนาจในการปกครองรัฐ คือ การนำไปสู่ข้อความคิดที่ถือว่าผู้ปกครองรัฐยุติการใช้อำนาจในฐานะที่เป็นเอกสิทธิ์ส่วนบุคคล หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ การใช้อำนาจนั้นมิได้เป็นอำนาจของผู้ปกครองเอง แต่ถือว่าเป็นการที่ผู้ปกครองอยู่ภายใต้พันธกิจที่จะนำไปสู่การใช้อำนาจที่เป็นของรัฐยิ่งกว่านั้น ด้วยการอาศัยข้อความคิดเรื่องการปกครองโดยผู้แทนที่อยู่เบื้องหลังของสถาบันรัฐที่ขึ้นอยู่กับความชอบธรรมในนามรัฐ ผู้ปกครองจึงมีหน้าที่เพียงการทำภารกิจเพื่อส่วนรวมและเพื่อสังคมซึ่งเป็นประโยชน์อันเป็นเป้าหมายของรัฐเท่านั้น แต่เนื่องจากในความเป็นจริงแล้วมีความเป็นไปได้ว่าผู้ปกครองจะไม่จำกัดตนเองอยู่ภายใต้บทบาทที่เป็นเพียงตัวแทนของรัฐเท่านั้น ในกรณีเช่นนี้เกราะความคุ้มครองของสถาบันรัฐที่มีต่อตัวผู้ปกครองจะสิ้นสุดลงเพราะถือว่ามิได้ใช้อำนาจกระทำภายในกรอบอำนาจที่ได้รับมอบหมายจากรัฐ ดังนั้น เมื่อผู้ปกครองได้ใช้อำนาจเพื่อประโยชน์ส่วนตน จึงถือว่าเป็นการใช้อำนาจที่เบี่ยงเบนไปจากกรอบอำนาจที่มี ข้อความคิดว่าด้วยการใช้อำนาจโดยไม่สุจริต (le détournement de pouvoir) จึงสามารถเกิดขึ้นได้เมื่ออำนาจมีความเป็นสถาบัน จนนำไปสู่ผลลัพธ์ที่ว่า ถ้าฝ่ายปกครองใช้อำนาจเพื่อประโยชน์อย่างอื่นที่มิได้อยู่ในอำนาจหน้าที่ของตนเมื่อนั้นก็ถือได้ว่าเป็นการใช้อำนาจโดยไม่สุจริตนั่นเอง

III ส่งท้าย

จากที่กล่าวมาทั้งหมดแสดงให้เห็นว่าพัฒนาการทางความคิดเกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างอำนาจและผู้ทรงอำนาจในการปกครองรัฐนั้นมีส่วนอย่างสำคัญต่อข้อความคิดว่าด้วยการใช้อำนาจโดยไม่สุจริต (le détournement de pouvoir) ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพราะในปัจจุบันนี้แม้ว่าคำว่า “รัฐ” จะมีการใช้เป็นการทั่วไป แต่แท้จริงแล้วคำว่า “รัฐ”

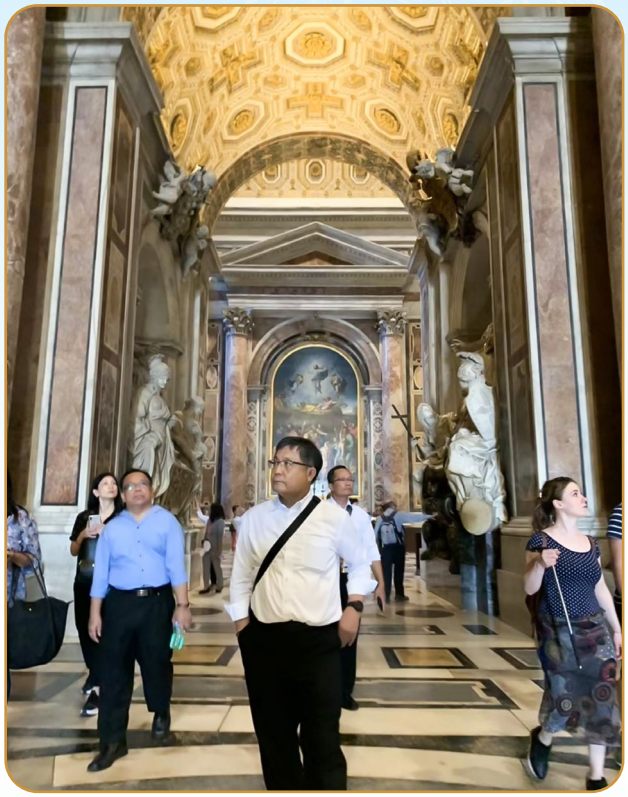
---

[23] Jacques CHEVALLIER, Réflexion sur l’idéologie de l’intérêt général, op. cit., p. 24.

จะมีคุณค่าก็ต่อเมื่อมีการยอมรับการมีสถานะทางกฎหมาย (ไม่ว่าจะเรียกว่าเป็นนิติบุคคลหรือไม่) ของรัฐ และที่สำคัญไปกว่านั้น คือ การยอมรับเช่นกันว่าอำนาจในการปกครองรัฐนั้นเป็นของรัฐ การยอมรับเช่นนี้เท่านั้นที่จะทำให้ผู้ปกครองรัฐหรือเรียกโดยรวมว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้าใจบทบาทในการใช้อำนาจรัฐ กล่าวคือ การแยกระหว่างเรื่องส่วนตัวกับเรื่องของรัฐซึ่งเป็นเรื่องส่วนรวม

รวมความทรงจำ









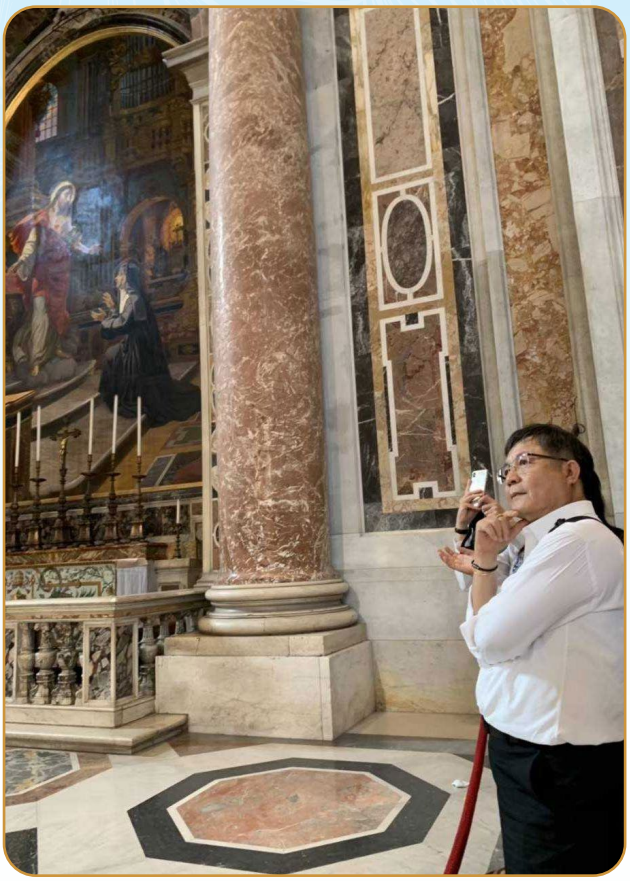





นายวรพจน์ วิศรุตพิชญ์
ประธานศาลปกครองสูงสุด












การฝึกอบรม
นักงานคดีปกครองระดับสู
ที่ ๗ กุมภาพันธ์
ณ อาคา
รอง


GROM
Hall 1





















คณะทำงานจัดทำหนังสือ

ทีมที่ปรึกษา

วรเจตน์ ภาคีรัตน์
เสริมดรุณี ตันติเวสส
สายทิพย์ สุคติพันธ์
เอกบุญ วงศ์สวัสดิ์กุล
อนุชา ฮุนสวัสดิกุล

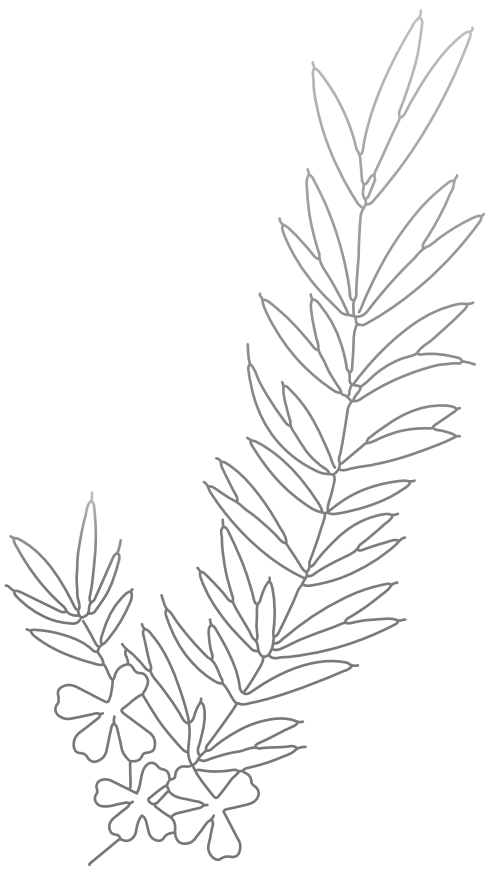
ทีมก่อการ

เกรียงไกร โพธิ์แก้ว
ชยกร แก้วมาก
จิรัฏฐ์ อิศรางกูร ณ อยุธยา
นฤมล ขณะรัตน์
นัดธิดา เหลือสิงห์กุล
ปริตตา สดสง่า
ปริญญา สวัสดิ์ดวง
ปารวี พิสิฐเสนากุล
พัฒนพงศ์ คงศักดิ์
ภาณุวัฒน์ ผ่องใส
เยี่ยม อรุโณทัยวิวัฒน์
วรดนู วิจาระนันท์
วสรรค์ ทองโคกสี
เหมือนฝัน นิลอัยยกา
อภิราชย์ ขันธ์เสน

ทีมอำนวยการ

ขนิษฐา เติมกฤษณา
ชมภัทร์สร ทองพลาย
ช่อทิพย์ ไทยกุล
นฤมล โสคติ
นภาพร มั่งคั่ง
บุญญภัทร์ ชูเกียรติ
ปัญญดา เจริญจิตปัญจ์
พรเทพ สุขทรัพย์
พัชยา น้ำเงิน
พุฒิ เอื้อใจ
วัชระ เพชรพรหมศร
วัฒนสุข ปิยะรัมย์
วิชิตา พุทธเมธา
สายัญ แก้วผ่อง
เสาวนีย์ ลิ้มประเสริฐยิ่ง
สิรีรัศมิ์ ธนชุติมานนท์
สุพรรษา กองแสนแก้ว
สุภัคคินี จันทร์โฉม
สุรัสวดี เกตุแก้ว

พิมพ์ : กันยายน 2567
พิมพ์ที่ : โรงพิมพ์เดือนตุลา



“ตัวตรงเงาไม่เฉียง เท้าตรงรองเท้าไม่เบี้ยว”

-หนังสือ “ยอดตุลาการราชวงศ์ซ่ง”-

“ถ้าไม่ทำตามที่สอน อย่ามาล้อนเรียกอาจารย์”

-วลีท่านพุทธทาสภิกขุ-

“ถ้าวันนี้ถูกต้อง ก็ไม่ต้องกลัวพรุ่งนี้”

-วลีท่านพุทธทาสภิกขุ-

“อ่านหนังสือให้เหมือนกินข้าว”

“นักกฎหมายต้องไม่ยอมให้ตัวเอง
ถูกใช้เป็นเครื่องมือในการสร้างความอยุติธรรม”