Mélanges en l'honneur du Président Charnchai SAWANGSAKDI.

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

ศาสตราจารย์พิเศษ
ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์
ประธานศาลปกครองสูงสุด

๓๐ กันยายน ๒๕๖๕

อ่านทั้งเล่มแบบ PDF
https://qr.page/g/H8Uvmel3jJ

หรือ

Mélanges en l'honneur du Président Charnchai SAWANGSAKDI.

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

ศาสตราจารย์พิเศษ
ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์
ประธานศาลปกครองสูงสุด

๓๐ กันยายน ๒๕๖๕

อาหารพระราชทาน

บทบรรณาธิการ

หนังสือเล่มนี้จัดทำขึ้นเนื่องในโอกาสที่ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ มีอายุครบ ๗๐ ปี และจะพ้นจากตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุดเนื่องจากเกษียณอายุราชการ ตั้งแต่วันที่ ๑ ตุลาคม ๒๕๖๕ เป็นต้นไป ในวาระสำคัญดังกล่าวนี้ ผู้ที่เคยร่วมงานกับท่านที่ศาลปกครอง สำนักงานศาลปกครอง และสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ตลอดจนบรรดาผู้ที่เคารพนับถือได้พิจารณาเห็นว่า ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ เป็นผู้ที่มีคุณูปการอย่างสำคัญต่อศาลปกครอง โดยเป็นทั้งหนึ่งในผู้ที่ผลักดันให้เกิดศาลปกครอง และเป็นเลขาธิการสำนักงานศาลปกครองคนแรกที่ได้วางรากฐานให้ศาลปกครองและสำนักงานศาลปกครอง จนสามารถดำรงอยู่ได้อย่างมั่นคงมาจนกระทั่งทุกวันนี้ นับเป็นโอกาสดีที่จะแสดงมุทิตาจิตในวาระที่ท่านจะพ้นจากตำแหน่งอย่างสง่างาม รวมทั้งเป็นโอกาสที่จักได้เผยแพร่ผลงานและคุณูปการของท่านให้เป็นที่ปรากฏต่อสังคมสืบไป จึงได้ร่วมกันจัดทำหนังสือเล่มนี้ขึ้นมา โดยมีวัตถุประสงค์สำคัญ เพื่อเผยแพร่ผลงานและคุณูปการของศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ การแสดงมุทิตาจิตของบุคคลที่ให้เกียรติเขียนคำกล่าวแสดงมุทิตาจิต และยังเป็นโอกาสที่จะรวบรวมบทความทางวิชาการที่มีคุณค่าและประโยชน์อย่างยิ่งต่อวงการกฎหมายมหาชนเพื่อเผยแพร่ในโอกาสนี้ด้วยเช่นกัน

ในการจัดทำหนังสือนี้ได้รับเกียรติอย่างสูงจากประธานรัฐสภา ประธานวุฒิสภา ประธานศาลรัฐธรรมนูญ รองประธานศาลปกครองสูงสุดทุกท่าน และบุคคลที่ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ให้ความเคารพนับถือ หรือผู้ที่มีความเคารพนับถือศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ เป็นอย่างยิ่ง ได้แสดงมุทิตาจิตและความรู้สึกที่มีต่อศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ อีกทั้งคณาจารย์ด้านกฎหมายมหาชนไทยและฝรั่งเศส นักวิชาการและผู้ทรงคุณวุฒิ ได้มอบบทความทางวิชาการเพื่อจัดพิมพ์เป็นมุทิตาคารวะ แด่ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ดังที่ปรากฏในหนังสือนี้ และที่สำคัญอีกประการหนึ่งคือ กองบรรณาธิการได้รับการสนับสนุนการจัดพิมพ์จากบุคคลจำนวนมากจนเป็นผลให้ “หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์” เล่มนี้ สำเร็จลุล่วงด้วยดี กองบรรณาธิการขอกราบขอบพระคุณผู้มีส่วนเกี่ยวข้องทุกท่าน มา ณ โอกาสนี้

หากคุณความดีของหนังสือเล่มนี้จะเป็นประโยชน์แก่สังคมในทางวิชาการ ขอมอบเป็น “อาจาริยบูชา” แด่ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ หากมีความผิดพลาดเกิดขึ้นในส่วนใดของหนังสือเล่มนี้ กองบรรณาธิการขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

กองบรรณาธิการ

๓๐ สิงหาคม ๒๕๖๕

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์

ISBN : 978-616-333-098-7

พิมพ์ครั้งแรก : กันยายน ๒๕๖๕

จำนวนพิมพ์ ๙๐๐ เล่ม

ออกแบบปกโดย วุฒิชาติ ชาติวุฒิ

คณะที่ปรึกษา

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์
นายวิษณุ วรัญญู
นายสุเมธ รอยกุลเจริญ
นายประสิทธิ์ศักดิ์ มีลาภ
นายสุชาติ มงคลเลิศลพ

กองบรรณาธิการ

นายสินิทธ์ สินิทธานนท์
นายฉัตรชัย ศุภการ
นางสาววิลาวัณย์ ฆ้องส่งเสียง
นางสมฤดี ธัญญสิริ
นายเริงชัย นาคแก้ว
นายเสริมพงศ์ สมบูรณ์พร้อม
นางสาวนิรมล โทนทอง
นายทศพร อัชนกุล
นางสาวสุนิษา อุ่นแก้ว
นางสาวณภัทร์พร สิงห์ประเสริฐ
นายศรัณยู โพธิรัชตางกูร
นางสมพร ถาวรวิริยะนันท์
นางทิพาพันธุ์ รัตนพิทักษ์
นายเจตน์ สถาวรศีลพร
นายเสกสิทธิ์ พงษ์พิกุล
นายอิทธิพล พรหมวัลย์
นางสาวบุญฑริกา สว่างยิ่ง
นางสาวละออง เกวะระ
นางสาววรวรรณ ชลินทรวัฒน์
นายประเสริฐ ศรัทธาสุข
นายคะนึง จันทร์สงเคราะห์
นายสมภพ ศรีเพ็ญ
ดร.ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤกษ์
นางสาวเตือนใจ เบ้าสอน
นางสาวช้องมาศ พูนทรัพย์
นางนิชติญา มีรัตน์
นางสาวขวัญเรือน ขุนทอง
นายธุวานนท์ มหาทรัพย์

จัดทำโดย :

คณะทำงานหนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ สำนักงานศาลปกครอง

พิมพ์ที่ : บริษัท สหมิตรพริ้นติ้งแอนด์พับลิสชิ่ง จำกัด

๕๙/๔ หมู่ ๑๐ ถนนกาญจนาภิเษก ตำบลบางม่วง อำเภอบางใหญ่ จังหวัดนนทบุรี ๑๑๑๔๐

โทรศัพท์ : ๐ ๒๙๐๓ ๘๒๕๗-๙ โทรสาร : ๐ ๒๙๒๑ ๔๕๘๗

สารบัญ

บทบรรณาธิการ ๙

อาจาริยบูชา ๑๕

นายอดุล จันทรศักดิ์
อดีตอธิบดีศาลปกครองอุดรธานี
ศิลปินแห่งชาติ สาขาวรรณศิลป์
(กวีนิพนธ์ บทความ) พ.ศ. ๒๕๕๑

คำแสดงมุทิตาจิต ๑๗

นายชวน หลีกภัย ๑๗
ประธานรัฐสภา

ศาสตราจารย์พิเศษ พรเพชร วิชิตชลชัย ๑๘
ประธานวุฒิสภา

นายวรวิทย์ กังศศิเทียม ๑๙
ประธานศาลรัฐธรรมนูญ

นายปิยะ ปะตังทา ๒๐
ตุลาการผู้ทรงคุณวุฒิในศาลปกครองสูงสุด

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ๒๑
รองประธานศาลปกครองสูงสุด

นายวิษณุ วรัญญู ๒๓
รองประธานศาลปกครองสูงสุด

นายสุเมธ รอยกุลเจริญ ๒๕
รองประธานศาลปกครองสูงสุด

นายประสิทธิ์ศักดิ์ มีลาภ ๒๗
รองประธานศาลปกครองสูงสุด

นายสุชาติ มงคลเลิศลพ ๒๙
รองประธานศาลปกครองสูงสุด

นายพรชัย มนัสศิริเพ็ญ ๓๑
ประธานแผนกคดีสิ่งแวดล้อมในศาลปกครองสูงสุด

นายสมรรถชัย วิศาลาภรณ์ ๓๒
ประธานแผนกคดีบริหารงานบุคคล
ในศาลปกครองสูงสุด

นายสมชาย เอมโอช ๓๔
ประธานแผนกคดีบริหารราชการแผ่นดิน
ในศาลปกครองสูงสุด

ดร.ประสาท พงษ์สุวรรณ์ ๓๖
ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด

ดร.มานิตย์ วงศ์เสรี ๓๙
ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด

นายนพดล เฮงเจริญ ๔๐
อดีตตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ
และอดีตรองประธานศาลปกครองสูงสุด

นายปรีชา ชวลิตธำรง ๔๕
ที่ปรึกษาประธานรัฐสภา
อดีตตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด

นายไพบูลย์ เสียงก้อง ๔๖
ประธานกรรมการมูลนิธิวิจัยและพัฒนา
กระบวนการยุติธรรมทางปกครอง
อดีตตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด

ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์ ๔๘
อดีตเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

ศาสตราจารย์พิเศษ กาญจนารัตน์ ลีวิโรจน์ ๕๘
สมาชิกวุฒิสภา

ศาสตราจารย์ ดร.สุรพล นิติไกรพจน์ ๖๒
อดีตอธิการบดีมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
นายกสภามหาวิทยาลัยนวมินทราธิราช

พลตำรวจเอก วัชรพล ประสารราชกิจ ๖๘
ประธานกรรมการป้องกันและปราบปราม
การทุจริตแห่งชาติ

นายสมศักดิ์ สุวรรณสุจริต ๖๙
ประธานผู้ตรวจการแผ่นดิน

นายปกรณ์ นิลประพันธ์ ๗๑
เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

นางสมฤดี ธัญญสิริ ๗๓
เลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง

สำนักงานศาลปกครอง ๗๔

สารบัญ (ต่อ)

ประวัติและผลงาน ๘๑
ของศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์

บทสัมภาษณ์พิเศษ ๑๑๙
สัมภาษณ์และเรียบเรียงโดย นายอานันท์ กระบวนศรี

แพไม้ไผ่ ๑๔๑
วนัสนันท์ กาญจนผลิน

รวมบทความทางวิชาการ ๑๔๓

การตีความรัฐธรรมนูญ : การตีความทางการเมืองและการตีความโดยศาลในสมัยสาธารณรัฐที่ห้า
L'interprétation de la constitution : Traduction politique et exégèse juridictionnelle sous la cinquième République
Jean Marie Crouzatier ๑๔๕

นิวแคลิโดเนีย : ทางสองแพร่งระหว่างความเป็นอิสระและภายใต้อารักขาของประเทศฝรั่งเศส
La nouvelle-calédonie à la croisée des chemins institutionnels
Guy DROUOT ๑๕๙

กระบวนการยุติธรรมภายใต้รัฐธรรมนูญของดินแดนมาเกร็บ: พัฒนาการทางกฎหมายรับรองสิทธิผู้พิพากษาตุลาการอันส่งผลต่อการคุ้มครองสิทธิของประชาชน
La justice dans les constitutions du maghreb : l'evolution des droits des magistrats aux droits des justiciables
André Cabanis ๑๗๖

ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ
วิษณุ วรัญญู ๑๙๘

กว่าจะมาเป็นศาลปกครอง
โกคิน พลกุล ๒๑๐

ผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชน
นันทวัฒน์ บรมานันท์ ๒๒๗

ศาลปกครองกับการคุ้มครองความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น
สมคิด เลิศไพฑูรย์ ๒๓๕

ศาลปกครองกับการตรวจสอบองค์กรทางการเมือง : ศึกษากรณีวุฒิสภา
บรรเจิด สิงคะเนติ ๒๔๐

การคืนอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเวนคืนให้เจ้าของหรือทายาท
วราวุธ ศิริยุทธ์วัฒนา ๒๕๒

การดำเนินกระบวนพิจารณาซ้ำ
ประวิตร บุญเทียม ๒๖๖

ระยะเวลาการฟ้องคดีต่อศาลปกครองกรณีเจ้าหน้าที่กระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด
สมชัย วัฒนการุณ
คะนึง จันทร์สงเคราะห์ ๒๖๘

สารบัญ (ต่อ)

มาตรการบังคับของฝ่ายปกครอง (มาตรการบังคับทางปกครอง โทษทางปกครอง โทษทางอาญา) แนวคิดทฤษฎีเกณฑ์การพิจารณาในการตรากฎหมาย และการบังคับใช้กฎหมายที่กำหนดมาตรการบังคับของฝ่ายปกครอง : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายเยอรมัน ๒๘๒
มานิตย์ วงศ์เสรี

หลักการระวังไว้ก่อน (Precautionary Principle) : สาระสำคัญ ค่าบังคับทางกฎหมาย และคำวินิจฉัยของศาลปกครอง ๓๔๒
จักราวดี มนูญพงศ์

การเริ่มต้นนับระยะเวลาการฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัยที่ออกตามมติการวินิจฉัยชี้มูลของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ๓๕๕
มาโนช นามเดช

คำสั่งอนุญาตโดยปริยายในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน Die Genehmigungsfiktion im Verwaltungsverfahrensgesetz ๓๗๖
วรดนู วิจาระนันท์

ปฐมบทแห่งการปฏิวัติฝรั่งเศส ๓๙๘
ฐากูร ศิริยุทธ์วัฒนา

หลักการไม่มีค่าใช้จ่ายของการศึกษาระดับสูงในประเทศฝรั่งเศส ๔๐๗
เอื้ออารีย์ อิ้งจะนิล

บทวิเคราะห์คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๘/๒๕๖๕ กรณีกำหนดความผิดหลีกเลี่ยงและฉ้อโกงภาษีอากรเป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช ๒๕๖๐ หรือไม่ ๔๑๓
สุปรียา แก้วละเอียด
ภิชยา แย้มกลิ่น

การปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศอิตาลีและสเปน ๔๓๕
ยอดพล เทพสิทธา

บทบาทเชิงรุกของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ๔๔๘
อมรรัตน์ กุลสุจริต

การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนกับความยุติธรรมทางปกครอง ๔๕๖
ศยามล ไกยูรวงศ์

“INTOSAI-P 50 : หลักการพื้นฐานขององค์กรตรวจเงินแผ่นดินที่มีอำนาจในการวินิจฉัยความผิด” ๔๘๔
พลเอก ชนะทัพ อินทามระ

ข้อสังเกตและมุมมองจากการปฏิบัติตามหน้าที่และอำนาจของผู้ตรวจการแผ่นดิน ๔๙๑
สมศักดิ์ สุวรรณสุจริต

สารบัญ (ต่อ)

เกร็ดน่ารู้บางประการเกี่ยวกับคดีปกครองฝรั่งเศส ๕๐๕
เจตน์ สถาวรศีลพร

ความรับผิดของรัฐด้วยเหตุที่ศาลใช้ระยะเวลาพิจารณาพิพากษาคดียาวนานเกินสมควร : ศึกษากรณีศาลปกครองของประเทศเยอรมนี ๕๑๒
นรินทร์ อิธิสาร

ปกิณกะเล็ก ๆ น้อย ๆ ในแวดวงศาลเยอรมัน ๕๓๔
นรินทร์ อิธิสาร

กฎหมายพลังงานน่ารู้ ๕๕๐
ริชดาพร นิ่มพงษ์ศักดิ์

บทบาทของสภาแห่งรัฐในการควบคุมและคุ้มครองผลิตภัณฑ์การเกษตรที่มีเอกลักษณ์ของท้องที่ทางภูมิศาสตร์ ๕๗๓
สุคนธา ศรีภิรมย์

คดีปกครองเกี่ยวกับการผังเมือง : ลักษณะเด่นและวิธีพิจารณาความเบื้องต้น ๕๘๑
ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤกษ์

ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับการกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองมีผลตามมาตรา ๗๒ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ๕๙๗
ธีระชัย จาตุรนต์สวัสดิ์

"ความเสมอภาคในการต่อสู้คดี : ศึกษากฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองฝรั่งเศส" ๖๑๑
เอกสิทธิ์ จันต๊ะมา

ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคารหรือคำสั่งรื้อถอนอาคารและการคุ้มครองกรรมสิทธิ์ของบุคคลในระบบกฎหมายเยอรมัน : ศึกษาวิเคราะห์ประเด็นปัญหาทางกฎหมายในระบบกฎหมายไทย ๖๒๓
เชิดวุฒิ สินพิมลบูรณ์

นิตินโยบายของศาลปกครอง ๖๓๔
วิศรุต คิดดี

ความเห็นแย้งในคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ของศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ๖๕๕
กองบรรณาธิการ

รายนามผู้ร่วมสนับสนุนการจัดพิมพ์หนังสือที่ระลึก ๗๔๔

อาจาริยบูชา

คารวะท่านชาญชัย แสวงศักดิ์
ประธานศาลปกครองสูงสุด
วาระแห่งการเกษียณอายุราชการ
๑ ตุลาคม ๒๕๖๕

อิฐก้อนแรกที่ร่วมวางรากฐาน
สร้างประวัติการก่อเกิดอันยาวไกล

จากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา
ความเป็นมืออาชีพผู้เชี่ยวชาญ

ความเป็นท่านชาญชัย แสวงศักดิ์
ในตำราแต่ละบทให้จดจำ

เพียบพร้อมด้วยภูมิวุฒิและภูมิธรรม
ในการสร้างวิสัยทัศน์แห่งศรัทธา

สร้างวิถีนิติธรรมให้ฉ่ำฉาย
สร้างศาลปกครองแห่งยุติธรรมา

ว่าทั้งสิ้นคือคุณค่าความสามารถ
อวดความเที่ยง ความเป็นธรรม ความเป็นไป

คืองานหนักแห่งผู้บริหาร
กว่าจะขับเคลื่อนมาถึงวันนี้

มีส่วนสร้างเป็นศาล ย้อนกาลสมัย
จารึกชื่อท่านชาญชัย ในตำนาน

จนพัฒนามาสู่ความเป็นศาล
สืบทอดเป็นสายธารนิติธรรม

อยู่ในหลักกฎหมายซึ่งรายร่ำ
ในหลายคำบรรยายรายมาตรา

ในการนำองค์กรให้เติบกล้า
ในการเพิ่มคุณค่าของผลงาน

เป็นความหมายแห่งการแสวงหา
ปรากฏให้กาลเวลาจารึกไว้

และคือความขาวสะอาดอันอวดได้
ความโปร่งใสในทุกอรรถคดี

กว่าจะเป็นองค์กรศาลด้วยศักดิ์ศรี
ก็เหนื่อยหนักในหน้าที่ทุกประการ

เป็นไปตามธรรมชาติแห่งชีวิต
แต่งานเลี้ยงก็มีวันต้องเลิกรา

ฝากไว้ด้วยความทรงจำซึ่งจารึก
ฝากภาพการทุ่มเทเมื่อทำงาน

อิฐก้อนแรกยังคงดำรงอยู่
ในความเคารพรัก ความอาลัย

แม้ความคิดและพลังยังช่วงกล้า
ตามกฎ กติกา แห่งราชการ

ที่ท่านสร้างและบันทึกไว้ทั่วศาล
ไว้ให้จดผจงจารไว้ด้วยใจ

ในตำนานการรับรู้ นิรันดร์สมัย
ความยิ่งใหญ่ ซึ่งเหนื่อยยาก แต่ภาคภูมิ.....

ประพันธ์โดย นายอดุล จันทรศักดิ์ อดีตอธิบดีศาลปกครองอุดรธานี
ศิลปินแห่งชาติ สาขาวรรณศิลป์ (กวีนิพนธ์ บทความ) พ.ศ. ๒๕๕๑

คำแสดงมุทิตาจิต
เนื่องในโอกาสอายุครบ ๗๐ ปี
ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์

ชวน หลีกภัย
ประธานรัฐสภา

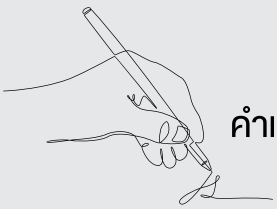
ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ เป็นนักกฎหมายที่เปี่ยมด้วยความรู้ ความสามารถ มีความเชี่ยวชาญด้านกฎหมายปกครองอย่างยิ่ง ในฐานะศาสตราจารย์พิเศษในสาขากฎหมายมหาชน ได้สั่งสมความรู้และประสบการณ์ เขียนตำราถ่ายทอดหลักกฎหมายปกครองอันมีคุณค่าต่อนักกฎหมายและบุคคลทั่วไป ตำรากฎหมายของท่านมีส่วนเป็นรากฐานสำคัญในการพัฒนาระบบกฎหมายปกครองของไทย

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ประสบความสำเร็จอย่างสูงในชีวิตราชการในหน้าที่สำคัญมากมาย มีความเจริญก้าวหน้าเข้าสู่ตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด จนได้รับการโปรดเกล้าฯ เป็นประธานศาลปกครองสูงสุด อันเป็นบทบาทที่อำนวยความยุติธรรม สร้างธรรมมาภิบาลให้เกิดขึ้นในสังคม ที่สำคัญยิ่งท่านเป็นผู้ที่มีความเที่ยงธรรม ซื่อสัตย์สุจริต เป็นที่ประจักษ์

โดยส่วนตัว ผมได้มีโอกาสทำงานร่วมกับ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ในฐานะกรรมการสรรหาผู้ดำรงตำแหน่งในองค์กรอิสระ และศาลรัฐธรรมนูญ ได้เห็นชัดถึงความแตกฉานทางความรู้ ความคิดที่เป็นประโยชน์ต่องานในหน้าที่อย่างแท้จริง

ในโอกาสอันเป็นมงคล ที่ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ มีอายุครบ ๗๐ ปี ผมหวังว่าท่านจะได้ประสิทธิ์ประสาทความรู้และประสบการณ์แก่นักศึกษาและประชาชนทั่วไปอีกยาวนาน ขอให้ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ เจริญด้วยจตุรพิธพรชัย และสัมฤทธิ์ผลในสิ่งอันพึงปรารถนาทุกประการ

(นายชวน หลีกภัย)
ประธานรัฐสภา



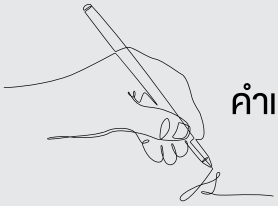
คำแสดงมุทิตาจิต

ศาสตราจารย์พิเศษ พรเพชร วิชิตชลชัย
ประธานวุฒิสภา

ตลอดระยะเวลาการทำงานของ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ประธานศาลปกครองสูงสุด ท่านได้ทุ่มเททั้งแรงกาย แรงใจ ทำคุณประโยชน์นานัปการให้กับศาลปกครอง ในอันที่จะประคับประคองค้ำจุน และสร้างความเจริญเติบโตอย่างมั่นคงให้กับศาลปกครอง โดยท่านเป็นผู้ที่มีส่วนผลักดันให้เกิดศาลปกครองขึ้น ตลอดจนเป็นเลขาธิการสำนักงานศาลปกครองคนแรก ที่ได้วางรากฐานให้กับศาลปกครองเพื่อให้สามารถดำเนินการได้อย่างมั่นคง รวมทั้งท่านยังเป็นผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญทางด้านกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายมหาชน ดังนั้น ท่านจึงเปรียบเสมือนว่าเป็นบุคคลผู้มีคุณูปการต่อวงการกฎหมายมหาชน และศาลปกครอง ซึ่งข้าราชการตุลาการศาลปกครองและข้าราชการสำนักงานศาลปกครองนั้น ต่างให้ความรักและความเคารพ และมีความภาคภูมิใจเป็นอย่างยิ่งต่อความตั้งใจอุตสาหะ ความเสียสละอุทิศเวลา และไมตรีจิตของท่านที่มีให้กับการปฏิบัติหน้าที่ราชการจนบรรลุความสำเร็จด้วยดีเสมอมา ตลอดจนประสบการณ์ทำงานและคุณงามความดีของท่านก็เป็นที่ปรากฏ และเป็นแบบอย่างให้แก่ผู้ที่อยู่เบื้องหลังได้เรียนรู้ และเจริญรอยตาม ถือเป็นแบบอย่างในการปฏิบัติตน และปฏิบัติงานตามแนวทางที่ท่านได้ยึดถือมา เพื่อให้ศาลปกครองเป็นสถาบันอำนวยความยุติธรรมให้แก่สังคมด้วยความเป็นธรรมและเสมอภาคโดยยึดหลักนิติธรรม

ในโอกาสนี้ ผมขออัญเชิญคุณพระศรีรัตนตรัยและสิ่งศักดิ์สิทธิ์ทั้งหลายในสากล ที่ท่านให้ความเคารพนับถือ อีกทั้งพระบารมีแห่งองค์พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัว สมเด็จพระนางเจ้าฯ พระบรมราชินี โปรดดลบันดาลประทานพรให้ท่านประสบแต่ความสุขความเจริญ มีสุขภาพร่างกายแข็งแรงทั้งกายและใจ ดำรงชีพอย่างภาคภูมิใจในเกียรติและศักดิ์ศรีที่ท่านได้กระทำ อันนำมาซึ่งความสำเร็จอันก่อให้เกิดคุณประโยชน์แก่ศาลปกครอง สังคม และประเทศชาติโดยรวม

(ศาสตราจารย์พิเศษ พรเพชร วิชิตชลชัย)
ประธานวุฒิสภา



คำแสดงมุทิตาจิต

วรวิทย์ กังศศิเทียม
ประธานศาลรัฐธรรมนูญ

นับแต่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ บัญญัติให้ระบบศาล ในประเทศไทยเป็นระบบศาลคู่ โดยมีการจัดตั้งศาลรัฐธรรมนูญและศาลปกครองเพิ่มขึ้น จากเดิมที่มีเพียงศาลยุติธรรม ในส่วนของศาลปกครองได้มีการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ และมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นเป็นครั้งแรกในประเทศไทย เมื่อวันที่ ๙ มีนาคม ๒๕๔๔

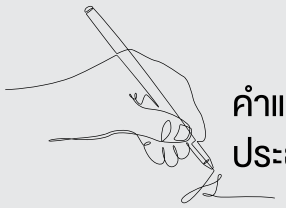
ก่อนที่จะจัดตั้งศาลปกครองต้องมีการเตรียมการในการออกกฎ ระเบียบ ข้อบังคับต่าง ๆ หลายฉบับ รวมทั้งมีการจัดเตรียมความพร้อมในการจัดโครงสร้างองค์กร และการบริหารงานธุรการ เพื่อเป็นเครื่องมือในการสนับสนุนการปฏิบัติงานของตุลาการและข้าราชการสำนักงานศาลปกครอง ซึ่งบุคคลผู้มีบทบาทสำคัญและอยู่เบื้องหลังความสำเร็จต่าง ๆ เหล่านี้ก็คือ ท่านชาญชัย แสวงศักดิ์ เดิมท่านชาญชัยดำรงตำแหน่งรองเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ภายหลังจากที่ท่านได้มาสร้างบ้านแปงเมือง ณ สำนักงานศาลปกครองแล้ว ต่อมาท่านได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งเลขาธิการสำนักงานศาลปกครองเป็นคนแรก

กระผมได้รับการคัดเลือกให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองชั้นต้นเป็นรุ่นแรก เมื่อปี ๒๕๔๔ เช่นกัน ณ เวลานั้น การใช้กฎหมายในคดีปกครองยังเป็นเรื่องใหม่สำหรับประเทศไทย ท่านชาญชัยได้สร้างพนักงานคดีปกครองขึ้นเพื่อให้ช่วยปฏิบัติหน้าที่สนับสนุนการปฏิบัติงานของตุลาการศาลปกครอง นอกจากนั้น ท่านยังจัดหาวิทยากรทั้งภายในและต่างประเทศมาบรรยาย ให้ความรู้ทางวิชาการแก่ตุลาการศาลปกครองอย่างสม่ำเสมอจนตุลาการศาลปกครองสามารถปฏิบัติหน้าที่ในการอำนวยความยุติธรรมทางปกครองได้อย่างมีประสิทธิผล นับได้ว่าท่านชาญชัย เป็นบุคลากรผู้ทรงคุณค่าที่ได้สร้างคุณูปการอย่างใหญ่หลวงในการสร้างรากฐานอันมั่นคง ให้แก่ศาลปกครอง

ท่านชาญชัยได้รับคัดเลือกให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด รุ่นที่ ๒ และต่อมาเมื่อวันที่ ๒๗ กันยายน ๒๕๖๔ ท่านได้รับพระมหากรุณาธิคุณโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้ดำรงตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุด ความรู้ความสามารถของท่านชาญชัยในด้านการบริหาร ได้แสดงให้เห็นเป็นประจักษ์อีกครั้งหนึ่ง โดยการเร่งรัดคดีให้เสร็จสิ้นไปอย่างรวดเร็วภายใต้หลักนิติธรรม ปรับปรุง กฎระเบียบ กฎเกณฑ์ที่เป็นปัญหาอุปสรรคทำให้เกิดความล่าช้าในการอำนวยความเป็นธรรมแก่ประชาชนให้เป็นไปอย่างมีธรรมาภิบาล นอกจากนั้น ท่านยังมีวิสัยทัศน์กว้างไกล โดยทำความร่วมมือกับหน่วยงานต่าง ๆ (MOU) ทั้งภายในและต่างประเทศ ให้ความรู้ความเข้าใจในหลักกฎหมายปกครองและนิติวิธีทางปกครอง สัมมนาทางวิชาการตลอดจนเผยแพร่แนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด เพื่อให้หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ และเจ้าหน้าที่ของรัฐสามารถปฏิบัติหน้าที่ได้อย่างถูกต้อง และเพื่อเป็นการลดข้อพิพาททางปกครองที่จะมาสู่ศาลปกครอง

ในโอกาสที่ท่านชาญชัยจะครบวาระในการดำรงตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุด กระผมขออานุภาพแห่งพระสยามเทวาธิราช พระธรรมานุภาพแห่งสมเด็จพระบูรพมหากษัตริย์ทุกพระองค์ ได้โปรดอภิบาลให้ท่านชาญชัยและครอบครัวประสบความสุขความเจริญ มีสุขภาพพลานามัยสมบูรณ์แข็งแรงตลอดไป

(นายวรวิทย์ กังศศิเทียม)
ประธานศาลรัฐธรรมนูญ



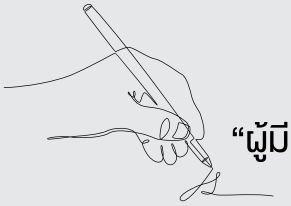
คำแสดงมุทิตาจิต แด่ ท่านศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ประธานศาลปกครองสูงสุด

ปิยะ ปะตังทา
ตุลาการผู้ทรงคุณวุฒิในศาลปกครองสูงสุด

กระผมด้วยความเคารพรักในฐานะเป็นศิษย์คนหนึ่งของท่านอาจารย์ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย และจากการที่ได้มีโอกาสทำงานร่วมองค์กรศาลปกครองอันที่รักแห่งนี้ กระผมขอแสดงความยินดีกับความสำเร็จในการปฏิบัติราชการของท่านมาจนถึงอายุ ๗๐ ปี ท่านประธานฯ ชาญชัย ผู้ซึ่งเปี่ยมด้วยคุณงามและความดี ความสำเร็จที่ท่านได้สร้างสมในการปฏิบัติหน้าที่ ณ ศาลปกครองแห่งนี้นั้น ทุกบทบาทหน้าที่ผ่านช่วงเวลายาวนานเป็นที่ประจักษ์ถึงความสามารถอันล้ำเลิศ ที่มุ่งเป้าหมายนำไปสู่การพัฒนาศาลปกครองให้มีรากฐานความก้าวหน้ามาอย่างต่อเนื่อง

ในโอกาสอันดีงามนี้ กระผมมีความรำลึกถึงความรู้ความสามารถอันหลากหลายของท่านประธานฯ ชาญชัย จึงขอกราบอาราธนาอำนาจแห่งคุณพระศรีรัตนตรัย สิ่งศักดิ์สิทธิ์ทั้งหลาย ที่ท่านเคารพนับถือ ตลอดถึงคุณงามความดีที่ท่านได้สร้างสมมาได้โปรดคุ้มครองป้องกันและดลบันดาลให้ท่านและครอบครัว ประสบแต่ความสุข ความเจริญ มีสุขภาพแข็งแรงตลอดไป

(นายปิยะ ปะตังทา)
ตุลาการผู้ทรงคุณวุฒิในศาลปกครองสูงสุด



“ผู้มีคุณูปการต่อการเกิดขึ้นและการดำรงอยู่ของศาลปกครอง”

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์
รองประธานศาลปกครองสูงสุด

เมื่อกล่าวถึงศาลปกครอง องค์กรตุลาการซึ่งทำหน้าที่ปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล และในขณะเดียวกันก็มีหน้าที่รักษาประโยชน์สาธารณะของรัฐมาเป็นระยะเวลา กว่า ๒๐ ปี ทุกท่านคงไม่อาจปฏิเสธได้ว่า บุคคลสำคัญท่านหนึ่งที่เป็นกำลังสำคัญในการผลักดันให้การจัดตั้งศาลปกครองสำเร็จลุล่วงไปได้คือ **ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ประธานศาลปกครองสูงสุด** (หรือที่ผมและบรรดาลูกศิษย์ลูกหารวมถึงคนใกล้ชิดเรียกท่านอย่างคุ้นเคยว่า *“อาจารย์ชาญชัย”*) นอกจากท่านจะเป็นผู้ร่วมก่อตั้งศาลปกครองแล้ว ตลอดระยะเวลาที่ผ่านมา อาจารย์ชาญชัยยังทำหน้าที่เป็นผู้คอยประคับประคองดูแลและสนับสนุนให้ศาลปกครองเจริญเติบโตขึ้นตามลำดับ จนกระทั่งเป็นสถาบันหลักของประเทศอย่างที่เป็นอยู่ในปัจจุบัน

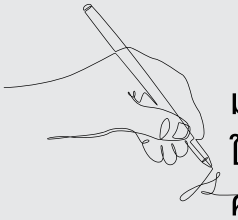
อาจารย์ชาญชัยนับได้ว่าเป็นผู้เชี่ยวชาญด้านกฎหมายมหาชนระดับแนวหน้าคนหนึ่งของประเทศไทย ซึ่งท่านสำเร็จการศึกษาระดับตั้งแต่ระดับปริญญาตรี จนถึงระดับปริญญาเอกทางกฎหมายมหาชน จากมหาวิทยาลัย Aix-Marseille III ประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส จากนั้นได้เข้าทำงานที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่สำคัญ อาทิ ผู้อำนวยการกองวิเคราะห์กฎหมายและการร้องทุกข์ กรรมการร่างกฎหมายประจำ และรองเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งอยู่ในช่วงเวลาสำคัญของการเตรียมการจัดตั้งศาลปกครอง และในระหว่างนั้นท่านได้นำความรู้ที่ร่ำเรียนจากต่างประเทศมาบรรยายให้ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายปกครองและศาลปกครองแก่หน่วยงานของรัฐและสถาบันการศึกษาต่าง ๆ รวมถึงการแต่งตำราอันทรงคุณค่าทางกฎหมายปกครองอย่างมากมาย เพื่อให้วงการนิติศาสตร์ไทยและสังคมทั่วไปได้รู้จักและตระหนักถึงความสำคัญของการจัดตั้งศาลปกครอง

ภายหลังจากภารกิจในการจัดตั้งศาลปกครองดำเนินมาจนสำเร็จลุล่วงแล้ว อาจารย์ชาญชัยได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งเลขาธิการสำนักงานศาลปกครองคนแรก เป็นระยะเวลาถึง ๕ ปี และในช่วงเวลาดังกล่าวนี้เอง ท่านได้สร้างสรรค์ผลงานชั้นยอด ซึ่งยังประโยชน์แก่ศาลปกครองมาจนถึงปัจจุบัน ประการแรก ท่านริเริ่มและสนับสนุนให้หน่วยงานและสถาบันการศึกษาต่าง ๆ ทำวิจัยเกี่ยวกับศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองในแง่มุมต่าง ๆ ที่จะเป็นประโยชน์ต่อการทำงานของศาลปกครอง และยังเป็นการพัฒนายกระดับองค์ความรู้ด้านกฎหมายปกครองให้สูงขึ้น ประการที่สอง ท่านได้จัดตั้งสำนักวิจัยและวิชาการขึ้นเป็นหน่วยงานภายในสำนักงานศาลปกครอง มีหน้าที่ศึกษาค้นคว้าข้อมูล วิเคราะห์ และวิจัยงานวิชาการต่าง ๆ เพื่อสนับสนุนการทำงานของตุลาการศาลปกครองให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ และประการที่สาม ท่านมีดำริให้จัดสรรเงินงบประมาณแผ่นดินของศาลปกครองบางส่วนมาจัดตั้งเป็นกองทุนพัฒนาบุคลากรของศาลปกครองและสำนักงานศาลปกครอง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้บุคลากรเหล่านั้นได้มีโอกาสไปศึกษาต่อในระดับปริญญาโทและปริญญาเอกยังต่างประเทศ และนำความรู้ที่ได้รับภายหลังจากสำเร็จการศึกษากลับมาพัฒนาศาลปกครอง

ต่อมา อาจารย์ชาญชัยได้รับพระมหากรุณาธิคุณโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด จนถึงตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุดในปัจจุบัน ท่านได้นำความรู้และประสบการณ์ทางด้านกฎหมายปกครองที่สั่งสมมาเป็นเวลายาวนาน มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองดำรงความเป็นธรรมให้แก่สังคมอย่างมากมาย และคำพิพากษาของท่านในหลายคดีถือเป็นการวางหลักการทางกฎหมายสำคัญให้แก่วงการนิติศาสตร์ไทย อาทิ คดีหมายเลขแดงที่ อ. ๓๔๙/๒๕๔๙ ระหว่างสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี ผู้ร้อง กับบริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) ผู้คัดค้าน และคดีหมายเลขแดงที่ อ. ๓๓/๒๕๕๗ ระหว่างนายถวิล เปลี่ยนศรี ผู้ฟ้องคดี กับนายกรัฐมนตรี ผู้ถูกฟ้องคดี นอกจากนี้ ในระหว่างที่ดำรงตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุด ท่านมีนโยบายสร้างความร่วมมือระหว่างศาลปกครองกับหน่วยงานของรัฐอื่น ไม่ว่าจะเป็นสำนักงาน ปปช. สำนักงาน กกต. หรือสำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน เป็นต้น โดยการจัดทำบันทึกข้อตกลง (MOU) เพื่อความร่วมมือในการพัฒนาองค์ความรู้ด้านกฎหมายปกครองให้มีประสิทธิภาพ สามารถคุ้มครองสิทธิเสรีภาพให้แก่ประชาชนและคุ้มครองประโยชน์มหาชนได้อย่างแท้จริง

จากผลงานและความทุ่มเทแรงกายแรงใจของอาจารย์ชาญชัยที่มีต่อศาลปกครองตลอดมา จึงสามารถกล่าวได้ว่า ท่านเป็น **“ผู้มีคุณูปการต่อการเกิดขึ้นและการดำรงอยู่ของศาลปกครอง”** อย่างแท้จริง ในโอกาสที่ท่านจะต้องพ้นจากตำแหน่งตุลาการศาลปกครองและประธานศาลปกครองสูงสุด เนื่องจากเกษียณอายุราชการ ในวันที่ ๑ ตุลาคม ๒๕๖๕ นี้ ผมขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัยและสิ่งศักดิ์สิทธิ์ทั้งหลายที่ท่านเคารพนับถือ ได้โปรดประทานพรให้ท่านประสบแต่ความสุข มีสุขภาพพลานามัยสมบูรณ์แข็งแรง และหวังเป็นอย่างยิ่งว่า ท่านจะยังคงเผยแพร่ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายปกครองและศาลปกครองให้แก่วงการนิติศาสตร์ และผู้สนใจ ตลอดจนบุคลากรของศาลปกครองและสำนักงานศาลปกครองต่อไป

(ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.วรพจน์ วิศรุตพิชญ์)
รองประธานศาลปกครองสูงสุด



มุทิตาพจนกถา ในโอกาสการเกษียณอายุราชการของ ศาสตราจารย์(พิเศษ) ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ประธานศาลปกครองสูงสุด

วิษณุ วรัญญู
รองประธานศาลปกครองสูงสุด

เมื่อสักสองหรือสามเดือนที่แล้ว คณะผู้จัดทำหนังสือที่ระลึกในโอกาสการเกษียณอายุราชการของศาสตราจารย์(พิเศษ) ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ได้มาพบผมเพื่อหารือว่าจะจัดทำหนังสือที่ระลึกในโอกาสสำคัญนี้ พร้อมกันนั้นก็ขอให้ผมเขียนบทความวิชาการหรือข้อความแสดงมุทิตาจิตเพื่อเป็นเกียรติแก่ท่านประธานศาลปกครองสูงสุด ชาญชัย แสวงศักดิ์ ซึ่งผมตอบรับด้วยความยินดีอย่างยิ่ง แต่ขณะเดียวกันก็ออกจะหนักใจว่าจะหาเวลาที่ไหนมาเขียน เพราะงานประจำที่มีอยู่ก็ล้นมือ โดยเฉพาะอย่างยิ่งตั้งแต่มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งท่านชาญชัย ฯ เป็นประธานศาลปกครองสูงสุด มีผลตั้งแต่วันที่ ๒๗ กันยายน ๒๕๖๔ ท่านได้สร้างสรรค์งาน มอบหมายงาน เร่งรัดงาน ติดตามงาน ฯลฯ จนผมแทบไม่มีเวลาว่างเลย (สอบถามเพื่อนร่วมงานคนอื่นๆ ก็อยู่ในสถานการณ์เดียวกัน) ทั้งนี้ทั้งนั้น คงเนื่องมาจากท่านมีเวลาทำงานในตำแหน่งสำคัญนี้เพียงปีเดียว

ผมไม่คุ้นเคยกับการเขียนข้อความมุทิตาจิตนัก และรู้สึกว่าหากต้องเขียนถึงใครสักคน คงต้องมีเวลานั่งเพ่งพินิจพอสมควรจึงจะสามารถเขียนข้อความนั้นได้อย่างเหมาะสมและด้วยความจริงใจ จึงตัดสินใจเลือกที่จะเขียนบทความวิชาการเรื่อง “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ” โดยตัดทอนมาจากบทที่ ๗ ของตำรากฎหมายรัฐธรรมนูญที่ผมลงมือเขียนๆ หยุดๆ (หยุดมากกว่าเขียน) มาพักใหญ่ๆ แล้ว และก็เพิ่งจะสามารถขีดเส้นบรรทัดสุดท้ายจบบทความนี้ (อย่างกระท่อนกระแท่นเต็มที) ไปได้ในวันที่คณะผู้จัดทำมายื่นคำขาดที่จะขอรับต้นฉบับ

พร้อมๆ กับที่มาขอรับบทความวิชาการดังกล่าว คณะผู้จัดทำก็มาบอกอีกว่า อย่างไรเสียก็ต้องเอาข้อความแสดงมุทิตาจิตจากผมให้ได้ด้วย เพราะท่านรองประธานศาลปกครองสูงสุดท่านอื่น ๆ ได้เขียนและส่งข้อความแสดงมุทิตาจิตมาครบถ้วนแล้ว หากไม่มีของผมก็ดูเหมือนจะแหว่งวิ่นไปไม่ครบจำนวนรองประธานศาลปกครองสูงสุดที่ประจำการอยู่ (ทำไมไม่บอกเสียแต่แรกก็ไม่รู้ !!!!!)

เมื่อจะต้องเขียนข้อความแสดงมุทิตาจิตในสถานการณ์เร่งด่วน และโดยไม่ค่อยมีประสบการณ์เช่นนี้ ผมจึงนึกขึ้นได้ว่า เมื่อครั้งที่วุฒิสภาจะพิจารณาให้ความเห็นชอบท่านอาจารย์ชาญชัยฯ เป็นประธานศาลปกครองสูงสุด คณะกรรมาธิการตรวจสอบประวัติฯ เคยเชิญผมไปชี้แจงให้ข้อเท็จจริงต่อคณะกรรมาธิการฯ ของวุฒิสภา และเพื่อไม่ให้เกิดข้อผิดพลาดในข้อมูลที่จะต้องไปพูด ผมจึงยกร่างบันทึกสิ่งที่อาจจะต้องไปนำเสนอเตรียมไว้ก่อน ผมจึงคิดว่าน่าจะเอาข้อความบางส่วนที่ผมยกร่างไว้เพื่อเตรียมตอบคำถามชี้แจงต่อคณะกรรมาธิการฯ ในวันนั้นมาเป็นข้อความแสดงมุทิตาจิตแก่ท่านอาจารย์ชาญชัย แสวงศักดิ์ ในวาระแห่งการเกษียณอายุราชการของท่าน

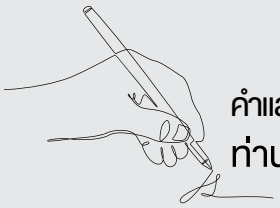
ข้อความบางส่วนของคำชี้แจงที่ผมเตรียมไว้ตอบคำถามคณะกรรมาธิการฯ วุฒิสภา มีดังนี้

“ในหลักเกณฑ์การแต่งตั้ง โยกย้ายและเลื่อนตำแหน่งตุลาการศาลปกครองนั้น หลักอาวุโสเป็นหลักที่สำคัญที่สุด จากนั้นจึงพิจารณาความรู้ความสามารถรวมทั้งความเหมาะสมของผู้ที่จะได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง ในกรณีของท่านอาจารย์ชาญชัยนั้น ท่านมีอาวุโสสูงสุดในบรรดารองประธานศาลปกครองสูงสุดด้วยกัน ส่วนในเรื่องความรู้ ความสามารถ ก็ไม่มีข้อที่จะหยิบยกขึ้นมาตั้งเป็นข้อสังเกตเลย เพราะท่านมีความรู้ความสามารถครบถ้วน ทั้งความรู้ทางวิชาการและความสามารถในทางการบริหาร เคยได้ยินมานานแล้วว่า ท่านเป็นผู้ที่เรียนเก่งมาก่อน เคยสอบได้ที่สองของประเทศไทยในการสอบชั้นมัธยมศึกษาตอนปลาย สายศิลปะ-ฝรั่งเศส (ในปีที่คุณพรรณณรงค์ สาลีรัฐวิภาค สอบได้ที่หนึ่งของประเทศไทย) ต่อมาท่านก็สอบชิงทุนตามความต้องการของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาไปเรียนที่ฝรั่งเศส เมื่อท่านกลับมาก็มีบทบาทสูงทั้งการสอน ทั้งงานที่สำนักงานเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา ทั้งงานร่างกฎหมาย รวมทั้งร่างกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองด้วย เมื่อเปิดทำการศาลปกครอง ท่านเป็นเลขาธิการสำนักงานศาลปกครองคนแรก แล้วต่อมาท่านเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุด เป็นตุลาการหัวหน้าคณะในศาลปกครองสูงสุด ก่อนที่จะมาเป็นรองประธานศาลปกครองสูงสุด”

ขอบันทึกความทรงจำจากการไปชี้แจงในวันนั้นไว้ ณ ที่นี้ว่า หลังจากที่ผมชี้แจงตอบคำถามของคณะกรรมาธิการฯ มีจังหวะหนึ่งที่คณะกรรมาธิการฯ เงียบไปพักหนึ่ง ท่านประธานคณะกรรมาธิการฯ ได้เปรยขึ้นมาว่า “ท่านอาจารย์ชี้แจงเสียจนกรรมาธิการไม่กล้าถามต่อ (มีเสียงหัวเราะเมื่อท่านพูดประโยคนี้) ขอเชิญท่านกรรมาธิการซักถามต่อครับ” !!!!!!!

ผมขอแสดงความยินดีกับท่านอาจารย์ชาญชัย แสวงศักดิ์ ในวาระที่ท่านเกษียณอายุราชการ และขอตั้งจิตอธิษฐานให้ท่านมีสุขภาพกายและใจแข็งแรงตลอดไป

(นายวิษณุ วรัญญู)
รองประธานศาลปกครองสูงสุด



คำแสดงมุทิตาจิตแด่ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ประธานศาลปกครองสูงสุด
ท่านประธานชาญชัย ผู้เป็นกัลยาณมิตร

สุเมธ รอยกุลเจริญ
รองประธานศาลปกครองสูงสุด

นับแต่วันที่ผมได้มาปฏิบัติงานที่ศาลปกครองเป็นเวลากว่า ๒๒ ปีแล้ว ผมมีโอกาสได้ร่วมปฏิบัติงานกับท่านศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ประธานศาลปกครองสูงสุด ผมขออนุญาตขานนามว่าท่านอาจารย์ชาญชัย ซึ่งท่านเป็นผู้ประสิทธิ์ประสาทองค์ความรู้ด้านกฎหมายปกครองและกฎหมายมหาชนทำให้ผมรู้สึกประทับใจในความรู้ความสามารถของท่านเป็นอย่างยิ่ง สิ่งที่ท่านได้ประพฤติปฏิบัติตลอดช่วงเวลาที่ผ่านมา ทำให้ผมเห็นว่า ท่านอาจารย์ชาญชัย เป็นปูชนียบุคคลที่สำคัญของศาลปกครองและประเทศชาติ ที่พึงยึดถือนำไปเป็นแบบอย่างในการทำงาน และในทุก ๆ ด้าน

อาจารย์ชาญชัย ท่านเป็นผู้มีความรู้ความสามารถ มีความเชี่ยวชาญอย่างเป็นเลิศ ในทุก ๆ ด้านที่ท่านปฏิบัติหรือลงมือทำ ทั้งด้านวิชาการ และด้านปฏิบัติงานในฐานะตุลาการ ซึ่งล้วนแต่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง อย่างที่บุคคลทั่วไปทราบกันว่า การจะเป็นผู้มีความรู้ความสามารถดังกล่าวได้นั้นย่อมต้องอาศัยการทำงานหนักด้วยความมุ่งมั่น ซึ่งเป็นสิ่งที่อยู่เบื้องหลังความสำเร็จทุกด้าน ท่านอาจารย์ชาญชัย จึงเป็นแบบอย่างที่เหมาะสมแก่ผู้ที่ต้องการประสบความสำเร็จในวิชาชีพการงาน ที่จะต้องมีความรู้ความเชี่ยวชาญอย่างแตกฉาน การทำงานหนักและความพยายามด้วยความมุ่งมั่น

สำหรับผมแล้ว อาจารย์ชาญชัยท่านประพฤติตนเป็นกัลยาณมิตรของบุคคลที่ร่วมปฏิบัติงานกับท่านอยู่เสมอ การเป็น “กัลยาณมิตร” ของท่านนั้น นอกจากจะเป็นมิตรที่ดีที่ให้คำแนะนำ ให้คำปรึกษา ให้ความช่วยเหลือ สนับสนุน รวมทั้งคอยเกื้อหนุนค้ำจุนให้ดำเนินไปได้ด้วยดี แล้วท่านยังเป็นกัลยาณมิตรที่ซื่อตรง คือ “กล้า” ที่จะคิด จะแสดง และพูดให้เห็นถึงสิ่งที่เป็นปัญหา หรือตักเตือนในสิ่งที่พึงต้องแก้ไข ปรับปรุง กล้าที่จะตำหนิ เพื่อให้เกิดแนวทางในการแก้ไขปรับปรุงให้ดียิ่งขึ้น กัลยาณมิตรในลักษณะดังกล่าวเป็นสิ่งที่หาได้ยากยิ่งในสังคมปัจจุบัน การมีท่านเป็นกัลยาณมิตรนับเป็นสิ่งที่เป็นมงคลยิ่งแก่ชีวิต

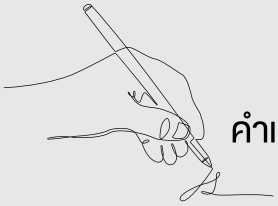
ท่านอาจารย์ชาญชัยเป็นนักแก้ปัญหา ท่านเป็นผู้คิดเร็ว ทำเร็ว หากผู้ใดมีปัญหาบางอย่างซึ่งยังไม่สามารถแก้ปัญหาให้ลุล่วงไปได้ เมื่อขอคำปรึกษาจากท่านอาจารย์ชาญชัย ท่านจะมีคำแนะนำที่เป็นประโยชน์อยู่เสมอ และหากท่านจะมีส่วนช่วยแก้ปัญหาได้ ท่านจะเสนอช่วยแก้ปัญหาให้ด้วยความเต็มใจและกระตือรือร้นเสมอ ในช่วงเวลาที่ผ่านมาย่อมเป็นข้อพิสูจน์ได้อย่างดีถึงความสามารถของท่านอาจารย์ชาญชัยในการทำให้ศาลปกครองสามารถพิจารณาพิพากษาคดีได้อย่างรวดเร็วมากยิ่งขึ้นกว่าที่เคยเป็นมา

กฎหมายมหาชนและกระบวนการยุติธรรมทางปกครองของประเทศไทยได้พัฒนาก้าวหน้าและได้ขยายวงกว้างเป็นที่รู้จักของประชาชนจำนวนมาก ก็เกิดจากคุณูปการของท่านอาจารย์ชาญชัย ทั้งในบทบาทที่ท่านเป็นอาจารย์ผู้เผยแพร่ความรู้ด้านกฎหมายมหาชนและกฎหมายปกครอง ให้แก่นักเรียนนักศึกษา รวมถึงหนังสือหรือตำราทางกฎหมายมหาชนและกฎหมายปกครองที่ท่านได้จัดทำขึ้น และบทบาท

ในกระบวนการยุติธรรมทางปกครองที่ท่านได้มีหน้าที่ที่หลากหลาย การปฏิบัติหน้าที่ต่างๆ ของท่านเหล่านี้ล้วนเป็นส่วนสำคัญทำให้ระบบกฎหมายมหาชนและกระบวนการยุติธรรมทางปกครองของประเทศไทยพัฒนาก้าวหน้าไปเป็นอย่างมาก และกลายเป็นเสาหลักสำคัญของสังคมไทย

ในโอกาสที่ท่านอาจารย์ชาญชัย เกษียณอายุราชการในคราวนี้ ผมขออำนาจคุณพระศรีรัตนตรัยสิ่งศักดิ์สิทธิ์ทั้งหลาย และคุณความดีที่ท่านอาจารย์ชาญชัยได้อุทิศตนทำงานเพื่อชาติบ้านเมือง ศาลปกครอง และเพื่อบรรดาลูกศิษย์ทั้งหลายที่ท่านเป็นผู้ให้ความรู้ประสิทธิ์ประสาทวิชา ช่วยดลบันดาลให้ท่านมีสุขภาพร่างกายที่แข็งแรง เป็นกำลังสำคัญให้แก่ประเทศชาติและบ้านเมืองที่ยังคงต้องการความรู้ความเชี่ยวชาญจากท่านอาจารย์ชาญชัยต่อไปเทอญ

(นายสุเมธ รอยกุลเจริญ)
รองประธานศาลปกครองสูงสุด



คำแสดงมุทิตาจิต

ประสิทธิ์ศักดิ์ มีลาภ
รองประธานศาลปกครองสูงสุด

เนื่องในโอกาสที่ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ถึงวาระที่จะพ้นจากตำแหน่ง เนื่องจากเกษียณอายุราชการ ๓๐ กันยายน ๒๕๖๕ นี้ เมื่อทางคณะทำงานได้มีหนังสือเชิญให้กระผมร่วมเขียนคำกล่าวมุทิตาจิต กระผมรู้สึกเป็นเกียรติและยินดีเป็นอย่างยิ่ง

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ หรือท่านชาญชัยฯ ที่กระผมรู้จักและได้มีโอกาสร่วมปฏิบัติงานด้วยนั้น นอกจากท่านจะเป็นผู้ที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนที่ได้รับการยอมรับอย่างกว้างขวาง และเป็นผู้ที่มีคุณูปการอย่างยิ่งต่อวงการกฎหมายมหาชนของไทยแล้ว ท่านยังเป็นบุคคลที่มีบทบาทสำคัญในการริเริ่มและผลักดันให้มีการจัดตั้งศาลปกครองและสำนักงานศาลปกครองขึ้น โดยในช่วงแรกท่านได้เสียสละในการทำหน้าที่รักษาการในตำแหน่งเลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง เพื่อช่วยให้การเตรียมการจัดตั้งศาลปกครองเป็นไปด้วยความสำเร็จลุล่วง จนกระทั่งเมื่อศาลปกครองเปิดทำการ ท่านก็ได้ดำรงตำแหน่งเลขาธิการสำนักงานศาลปกครองคนแรก โดยเป็นกลไกสำคัญในการดำเนินงานทั้งด้านการบริหาร ด้านวิชาการ และการสร้างความสัมพันธ์และเครือข่ายความร่วมมือทางการศาลระหว่างประเทศ อันเป็นการวางรากฐานที่มั่นคงให้กับศาลปกครองและสำนักงานศาลปกครอง เพื่อให้การทำหน้าที่อำนวยความยุติธรรมทางปกครองให้กับประชาชนของศาลปกครองและการปฏิบัติงานเพื่อสนับสนุนงานศาลปกครองของสำนักงานศาลปกครองบรรลุผลสำเร็จและเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ

นอกจากนี้ ท่านชาญชัยฯ ยังมีบทบาทหน้าที่ที่สำคัญอีกบทบาทหนึ่ง นั่นคือ การปฏิบัติหน้าที่ในฐานะตุลาการศาลปกครองสูงสุดในการวินิจฉัยอรรถคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง โดยการดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด และรองประธานศาลปกครองสูงสุด ในปี พ.ศ. ๒๕๔๗ พ.ศ. ๒๕๕๓ และ พ.ศ. ๒๕๕๗ ตามลำดับ ซึ่งในการปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวท่านได้นำความรู้ความสามารถในทางกฎหมายมหาชนไม่ว่าจะเป็นกฎหมายวิธีสบัญญัติและสารบัญญัติรวมถึงนิติวิธีเพื่อนำหลักการ ทฤษฎี และแนวคิดทางกฎหมายมาวินิจฉัยประเด็นแห่งคดี ทั้งประเด็นข้อกฎหมายและปัญหาข้อเท็จจริงในแต่ละกรณีได้อย่างแยบยลและน่าสนใจ และในคดีพิพาทหลายๆ คดีก่อให้เกิดเป็นแนวคำวินิจฉัยที่สำคัญและเป็นบรรทัดฐานในการใช้อำนาจทางปกครองและแนวทางการปฏิบัติราชการที่ดีอีกด้วย

ด้วยปณิธานที่ต้องการให้การอำนวยความยุติธรรมของศาลปกครองเกิดขึ้นอย่างแท้จริง สมดั่งเจตนารมณ์ในการจัดตั้งศาลปกครอง เมื่อท่านชาญชัยฯ ได้เข้ารับหน้าที่ในตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุด ตั้งแต่วันที่ ๒๗ กันยายน ๒๕๖๔ ท่านจึงมีแนวทางการดำเนินงานในการเร่งรัดการพิจารณาพิพากษาคดี รวมถึงการบริหารจัดการคดีเพื่อให้คดีพิพาทแล้วเสร็จภายในเวลาที่รวดเร็วและเหมาะสม ควบคู่ไปกับการพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นธรรม แม้จะมีข้อจำกัดภายใต้กรอบเวลาเพียง ๑ ปี ของการปฏิบัติหน้าที่

และสภาวการณ์ปัญหาการแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา ๒๐๑๙ (COVID-19) ก็ตาม ซึ่งที่เห็นเป็นประจักษ์อย่างชัดเจน อาทิ การเร่งรัดการพิจารณาพิพากษาคดีที่อยู่ระหว่างการพิจารณา โดยเฉพาะอย่างยิ่ง คดีพิพาทตั้งแต่ ปี พ.ศ. ๒๕๕๔ การจ่ายสำนวนคดีประเภทเดียวกันให้แก่องค์คณะที่เชี่ยวชาญ และแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองทำหน้าที่เป็นตุลาการผู้แถลงคดีประจำองค์คณะ และการนำคดีเข้าสู่การวินิจฉัยของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ในฐานะที่ท่านเป็นประธานที่ประชุมใหญ่ฯ โดยตำแหน่ง ส่งผลทำให้คดีที่ค้างการพิจารณาพิพากษามาเป็นเวลานาน และคดีที่ต้องวินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ฯ แล้วเสร็จไปเป็นจำนวนมาก

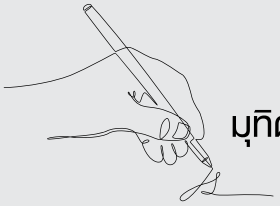
ยิ่งไปกว่านั้น ตลอดช่วงเวลาในการปฏิบัติหน้าที่ ณ ศาลปกครอง ไม่ว่าจะดำรงตำแหน่งใด ในฐานะที่เป็นนักกฎหมายมหาชน ท่านชาญชัยฯ ยังคงให้ความสำคัญอย่างมากกับการเผยแพร่องค์ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายมหาชนและกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง ทั้งการทำหน้าที่ในบทบาทของการเป็นครู/อาจารย์ ที่ได้ประสิทธิ์ประสาทวิชาความรู้ให้กับบรรดาลูกศิษย์จำนวนไม่น้อย และบทบาทการเป็นนักวิชาการด้านกฎหมายมหาชน ที่ได้จัดทำผลงานทางวิชาการอย่างต่อเนื่อง ไม่ว่าจะเป็นการเขียนหนังสือ ตำรา บทความ หรือผลงานอื่นเป็นจำนวนมาก ซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นบทบาทที่มีคุณค่าอย่างยิ่งต่อการพัฒนาระบบกฎหมายมหาชนและกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง รวมถึงระบบการศึกษาด้านกฎหมายของไทยให้มีความก้าวหน้าและเทียบเท่ากับนานาประเทศ ตลอดจนการดำเนินงานของศาลปกครองและสำนักงานศาลปกครองให้มีประสิทธิภาพและมีคุณภาพมากยิ่งขึ้น และก้าวไปสู่มาตรฐานความเป็นสากล

นับเป็นเวลากว่า ๒๐ ปี ที่กระผมรู้จักและได้มีโอกาสร่วมปฏิบัติงานกับท่านชาญชัยฯ ในการทำหน้าที่หลายบทบาทหน้าที่ดังกล่าว ด้วยลักษณะของการทำงานที่เต็มไปด้วยความมุ่งมั่นตั้งใจและทุ่มเททำงานอย่างหนัก จนกระทั่งประสบความสำเร็จในหน้าที่การงานอย่างสง่างาม และด้วยความเป็นผู้นำที่กล้าคิด กล้าทำ กล้าที่จะตัดสินใจและแสดงความคิดเห็น และยึดมั่นในหลักการ สิ่งที่ท่านได้ประพฤติปฏิบัติมาโดยตลอดช่วงเวลาการทำงาน จึงถือเป็นแบบอย่างที่บุคคลทั้งหลายไม่ว่าจะเป็นผู้ที่ทำงานในสาขากฎหมายหรือสาขาอื่นใดสามารถนำไปยึดถือเป็นหลักในการทำงานและปฏิบัติหน้าที่ของตนได้เป็นอย่างดี

ท้ายที่สุดนี้ ในโอกาสที่ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ถึงวาระเกษียณอายุราชการ กระผมขอแสดงมุทิตาจิตด้วยความปรารถนาดี ขออำนวยพรให้ท่านชาญชัยฯ ผู้ซึ่งได้อุทิศตนให้แก่วงการกฎหมายมหาชน ศาลปกครอง และสำนักงานศาลปกครอง มีความสุข มีสุขภาพพลานามัยที่แข็งแรง อนึ่ง กระผมเชื่อเหลือเกินว่า การเกษียณอายุราชการของท่าน คงเป็นเพียงการยุติบทบาทหน้าที่ราชการเท่านั้น แต่สำหรับบทบาทหน้าที่ในการเป็นนักกฎหมายมหาชนที่จะนำความรู้ความสามารถมาพัฒนาระบบกฎหมายมหาชนและกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง อันจะเป็นประโยชน์แก่วงการวิชาการนิติศาสตร์นั้น ท่านคงดำเนินต่อไป

ด้วยความเคารพอย่างสูง

(นายประสิทธิ์ศักดิ์ มีลาภ)
รองประธานศาลปกครองสูงสุด



มุทิตาจิต...ประธานศาลปกครองสูงสุด คนที่ ๔

สุชาติ มงคลเลิศลพ
รองประธานศาลปกครองสูงสุด

ในการจัดตั้งศาลปกครองภายหลังจากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มีผลใช้บังคับแล้วตั้งแต่วันที่ ๑๑ ตุลาคม ๒๕๔๒ มีภารกิจที่สำคัญเร่งด่วนหลายประการ ทั้งในส่วนการเตรียมการและดำเนินการ จัดตั้งสำนักงานศาลปกครอง เพื่อทำหน้าที่เป็นหน่วยงานธุรการของศาลปกครอง ซึ่งจะต้องกำหนดโครงสร้างสำนักงาน การแบ่งส่วนราชการภายใน การกำหนดสายงาน กรอบอัตรากำลังและระดับตำแหน่ง การงบประมาณ การจัดหาอาคารสถานที่ทำการของศาลปกครองและสำนักงานศาลปกครอง ตลอดจนภารกิจในส่วนของการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดและตุลาการศาลปกครองศาลชั้นต้นรุ่นแรก การเตรียมการเปิดทำการศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองกลาง ภารกิจดังกล่าวอยู่ในความรับผิดชอบดำเนินการของ **ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์** ในฐานะ**เลขาธิการสำนักงานศาลปกครองคนแรก** ซึ่งท่านได้ใช้ความรู้ความสามารถในการบริหารราชการจนสามารถจัดตั้งสำนักงานศาลปกครอง และเปิดทำการศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองกลาง ได้ในวันที่ ๙ มีนาคม ๒๕๔๔ เป็นต้นมา

เมื่อศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ได้รับโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด และตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด ในฐานะตุลาการเจ้าของสำนวน ท่านได้ใช้ความรู้ความสามารถในการพิจารณาพิพากษาคดีเพื่ออำนวยความยุติธรรมทางปกครองให้แก่คู่กรณี สร้างหลักปฏิบัติราชการที่ดีของหน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตลอดจนคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพตามกฎหมายของประชาชน และในฐานะรองประธานศาลปกครองสูงสุด ท่านได้เร่งรัดตรวจพิจารณาร่างคำพิพากษาคำสั่งต่างๆ เป็นผลให้จำนวนคดีที่อยู่ในความรับผิดชอบของศาลปกครองสูงสุดเสร็จสิ้นไปโดยรวดเร็วทันต่อการเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายให้แก่คู่กรณี

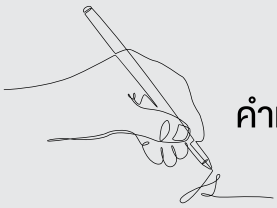
ในที่สุดด้วยความอาวุโสและความรู้ความสามารถในการปฏิบัติราชการมีผลงานเป็นที่ประจักษ์ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ จึงได้รับโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง**ประธานศาลปกครองสูงสุด** และเป็นประธานศาลปกครองสูงสุด คนที่ ๔ นับแต่เปิดทำการศาลปกครองสูงสุด ในฐานะประธานศาลปกครองสูงสุด ซึ่งเป็นผู้รับผิดชอบราชการศาล ท่านได้ใช้ความรู้ความสามารถในการบริหารจัดการคดีให้เสร็จสิ้นไปโดยรวดเร็ว ยุติปัญหาแนวคำพิพากษาที่แตกต่างกัน สนับสนุนส่งเสริมความร่วมมือทางวิชาการกับหน่วยงานทางปกครอง องค์กรอิสระ และองค์กรหน่วยงานในต่างประเทศ โดยการจัดบรรยายพิเศษทางวิชาการ และการสัมมนาทางวิชาการระหว่างประเทศ

นอกจากนี้ในฐานะนักกฎหมายมหาชน ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ได้อุทิศตนและเสียสละเวลาในการเป็นผู้บรรยายพิเศษให้แก่คณะนิติศาสตร์ ในมหาวิทยาลัยของรัฐและเอกชน ตลอดจนหลักสูตรอบรมสัมมนา ให้ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายปกครองของหน่วยงานต่างๆ อีกทั้งได้ทุ่มเทสติปัญญา

และเวลาในการสร้างผลงานวิชาการ ตำรากฎหมายมหาชน เพื่อใช้ศึกษาค้นคว้าของนิสิต นักศึกษา ตลอดจนนักกฎหมายและประชาชนทั่วไป

บทบาทหน้าที่ของศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ดังกล่าว ถือได้ว่าท่านเป็นบุคคลหนึ่งที่เป็นกำลังสำคัญในการจัดตั้งศาลปกครอง การจัดวางระบบและกลไกรองรับการพัฒนาศาลปกครองให้สามารถอำนวยความยุติธรรมทางปกครองได้อย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล ท่านคือ **ผู้มีคุณูปการต่อศาลปกครอง**

(นายสุชาติ มงคลเลิศลพ)
รองประธานศาลปกครองสูงสุด
๙ สิงหาคม ๒๕๖๕



คำแสดงมุทิตาจิต

พรชัย มนัสศิริเพ็ญ
ประธานแผนกคดีสิ่งแวดล้อมในศาลปกครองสูงสุด

เดิมผมประกอบอาชีพทนายความประมาณ ๒๐ ปี เมื่อสอบได้มารับราชการอยู่ศาลปกครอง ก็ได้แสวงหาความรู้ โดยได้อ่านตำรากฎหมายมหาชนของอาจารย์ชาญชัยหลายเล่ม โดยเฉพาะในเรื่อง นิติกรรมทางปกครอง องค์กรฝ่ายปกครอง หลักเกณฑ์การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง จนได้นำความรู้ทางกฎหมายมหาชนจากงานที่ท่านเขียนมาทำงานที่ศาลปกครอง

เมื่อได้ทำงานที่ศาลปกครอง ก็ได้พิจารณาคดีที่รับโอนมาจากคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ คณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งอาจารย์ชาญชัยในฐานะรองเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาได้มีหนังสือให้หน่วยงานที่ถูกร้องเรียนชี้แจง โดยท่านจะเริ่มต้นในคำชี้แจงเป็นประการแรกว่า การกระทำที่เป็นข้อพิพาทนั้น หน่วยงานทางปกครองได้ใช้อำนาจตามกฎหมาย กฎ หรือระเบียบใด ซึ่งจะเป็นการเริ่มต้นไต่สวนคดีได้ว่า การกระทำของหน่วยงานนั้นเป็นการกระทำที่ใช้อำนาจทางปกครองหรือไม่ หากเป็นการกระทำดังกล่าว เกินขอบอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ ซึ่งผมก็ได้ใช้แนวทางดังกล่าวเป็นหลักในการทำงานในศาลปกครองชั้นต้นจนถึงทุกวันนี้

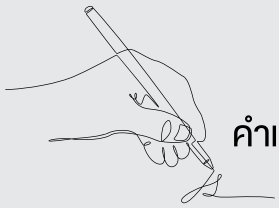
ก่อนท่านได้ดำรงตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุด ผมมีโอกาสร่วมงานกับท่านในคณะกรรมการแก้ไขพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งช่วยให้การพิจารณาคดีปกครองในศาลปกครองรวดเร็วมากขึ้น และทำให้การบริหารจัดการคดีมีความคล่องตัวขึ้น

เมื่อท่านได้ดำรงตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุด ก็เป็นที่ประจักษ์ว่า ท่านได้ทำงานด้านการบริหารองค์กรศาลปกครอง โดยสะสางคดีที่ค้างพิจารณาอยู่ และจัดโครงสร้างองค์กรให้กระชับ ทำให้การพิจารณาคดีปกครองอันเป็นภารกิจหลักของศาลปกครอง จนประสบความสำเร็จตามเป้าหมาย และอำนวยความยุติธรรมได้อย่างมีประสิทธิภาพ

อาจารย์ชาญชัยมีความตั้งใจจริง มุ่งมั่นทำงานในองค์กรที่ท่านมีส่วนร่วมในการก่อตั้ง วางรากฐาน และพัฒนาขึ้นมา ตั้งแต่ดำรงตำแหน่งเลขาธิการสำนักงานศาลปกครองคนแรก โดยวางระบบโครงสร้างของสำนักงานศาลปกครองในทุกด้านจนเรียบร้อยแล้ว ต่อมายังทำหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีปกครองในตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด ด้วยความรู้ความสามารถและความมุ่งมั่นทุ่มเททำงานหนักของท่าน ต่อมาท่านก็ได้ทำงานในตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุด อันเป็นงานในตำแหน่งสูงสุดขององค์กรที่ท่านมีส่วนอย่างสำคัญในการก่อตั้งขึ้นมา

และในวันนี้ท่านเกษียณอายุราชการแล้ว ซึ่งเป็นที่ประจักษ์ว่าผลงานที่ท่านได้สร้างไว้เพื่อองค์กรศาลปกครองในทุกด้านล้วนมีคุณค่าและมีคุณูปการต่อศาลปกครอง อาจารย์ชาญชัยจึงเป็นบุคลากรที่ศาลปกครองภาคภูมิใจ

(นายพรชัย มนัสศิริเพ็ญ)
ประธานแผนกคดีสิ่งแวดล้อมในศาลปกครองสูงสุด



คำแสดงมุทิตาจิต

สมรรถชัย วิศาลาภรณ์
ประธานแผนกคดีบริหารงานบุคคลในศาลปกครองสูงสุด

ผมรู้จักท่านชาญชัย แสวงศักดิ์ ครั้งแรก เมื่อเข้ารับการฝึกอบรมนักบริหาร ระดับสูง หลักสูตรที่ ๑ สำนักงาน ก.พ. เมื่อต้นปี พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งขณะนั้นผมดำรงตำแหน่งรองอธิบดีกรมคุมประพฤติ กระทรวงยุติธรรม และท่านชาญชัยดำรงตำแหน่งรองเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยท่านชาญชัยเข้ารับการฝึกอบรมในรุ่นที่ ๒๘ ผมเข้ารับการฝึกอบรมในรุ่นที่ ๒๙ ซึ่งทั้งสองรุ่นจะฝึกอบรมด้วยกันเป็นส่วนใหญ่ ในระหว่างการฝึกอบรมท่านชาญชัยได้แสดงความคิดเห็นด้านกฎหมายที่เป็นประโยชน์ต่อเพื่อน ๆ ที่เข้ารับการฝึกอบรมอย่างมาก ผมได้มีโอกาสแลกเปลี่ยนความคิดเห็นต่าง ๆ เกี่ยวกับกระบวนการยุติธรรมกับท่านชาญชัย จึงได้รับทราบว่าท่านมีความรู้ด้านกฎหมายมหาชนเป็นอย่างดี และมีแนวคิดที่จะพัฒนากระบวนการยุติธรรมของประเทศไทยให้ดียิ่งขึ้น

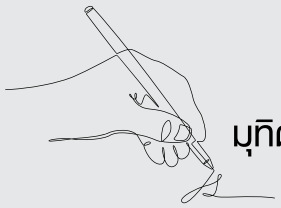
ต่อมาผมได้ไปดำรงตำแหน่งรองอธิบดีกรมบังคับคดี และท่านชาญชัยมาดำรงตำแหน่งเลขาธิการสำนักงานศาลปกครองเป็นท่านแรก ผมได้พบท่านชาญชัยอีกครั้ง เมื่อต้นปี พ.ศ. ๒๕๔๔ เมื่อผมมาดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองกลาง โดยเป็นตุลาการศาลปกครองชั้นต้น รุ่นที่ ๑ ซึ่งขณะนั้นภารกิจต่าง ๆ มีมาก ผมและท่านชาญชัยแม้จะเคยรู้จักกันมาก่อน แต่ก็แทบไม่มีโอกาสได้หารือหรือแลกเปลี่ยนความคิดเห็นกัน ต่อมา ปี พ.ศ. ๒๕๕๓ ผมได้มาทำงานใกล้ชิดกับท่านชาญชัย โดยผมได้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด และอยู่ในองค์คณะที่ท่านชาญชัยเป็นตุลาการหัวหน้าคณะ ผมเห็นท่านมาทำงานแต่เช้าทุกวัน ตรงต่อเวลา มีความขยัน มุ่งมั่น และตั้งใจในการทำหน้าที่ ทั้งในฐานะตุลาการเจ้าของสำนวนและตุลาการหัวหน้าคณะเป็นอย่างดี ท่านมีปริมาณงานคดีแล้วเสร็จในองค์คณะมากที่สุด มีการบริหารจัดการคดีที่ดี รวดเร็ว แต่ไม่ก้าวก่ายหรือแทรกแซงคดีของตุลาการในองค์คณะ และในการประชุมปรึกษาคดีขององค์คณะเพื่อมีคำพิพากษาหรือคำสั่ง ท่านได้เปิดโอกาสให้ตุลาการในองค์คณะแสดงความคิดเห็นอย่างเต็มที่ และยอมรับตามมติเสียงข้างมาก ในระหว่างนั้นมีบางคดีที่ท่านเป็นตุลาการเจ้าของสำนวนและอยู่ในความสนใจของประชาชน ซึ่งท่านได้ทำหน้าที่อย่างดี และผมได้มีโอกาสร่วมเป็นองค์คณะด้วย

นอกจากนี้ ผมยังได้ร่วมงานกับท่านชาญชัย เมื่อครั้งท่านเป็นรองประธานศาลปกครองสูงสุด และได้รับแต่งตั้งเป็นประธานคณะกรรมการปรับปรุงกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวกับศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ซึ่งผมร่วมเป็นกรรมการและเป็นผู้แทนศาลปกครองไปชี้แจงกฎหมายต่อสภานิติบัญญัติแห่งชาติ โดยที่ขณะนั้นศาลปกครองได้จัดตั้งมาระยะหนึ่งมีความจำเป็นที่จะต้องปรับปรุงแก้ไขกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้อง ท่านชาญชัยในฐานะประธานกรรมการฯ ได้ช่วยผลักดันให้มีการปรับปรุงแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ และระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓

ช่วยพัฒนากระบวนการพิจารณาคดีปกครองให้มีประสิทธิภาพมากขึ้น และเมื่อท่านมาดำรงตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุด ท่านได้พยายามพัฒนาการปฏิบัติงานในด้านต่างๆ ซึ่งผมเห็นว่างานสำคัญส่วนหนึ่งที่ท่านได้ดำเนินการ คือ ท่านได้เร่งรัดให้มีการดำเนินคดีให้รวดเร็ว และวางแนวทางการประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดอย่างมีประสิทธิภาพ โดยเน้นการวินิจฉัยคดีที่สำคัญ และมีการรวบรวมปัญหาในกรณีที่มีข้อกฎหมายหรือข้อเท็จจริงในลักษณะเดียวกันหรือใกล้เคียงกันแต่ยังมีแนวทางวินิจฉัยไม่ชัดเจน เพื่อนำเข้าสู่การพิจารณาของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด โดยในการประชุมได้จัดให้มีเอกสารทางวิชาการประกอบการประชุมที่สมบูรณ์ ช่วยให้การพิจารณาคดีของศาลปกครองมีแนวทางที่ชัดเจนยิ่งขึ้น นอกจากนี้ท่านยังได้ดำเนินการประสานงานด้านวิชาการกับองค์กรและหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง เพื่อรับทราบปัญหาและแลกเปลี่ยนความคิดเห็น เพื่อประโยชน์ในการพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครอง

จากการที่ได้ร่วมงานกับท่านชาญชัยมาเป็นเวลานานพอสมควร ผมเห็นว่าท่านเป็นผู้มีความรู้ความสามารถ มีความตั้งใจในการทำงานด้านต่าง ๆ และทำงานได้อย่างรวดเร็ว ผลการปฏิบัติงานมีประโยชน์ต่อส่วนรวม และก่อนเกษียณอายุราชการท่านได้ดำรงตำแหน่งสำคัญ คือ ประธานศาลปกครองสูงสุด ในโอกาสที่ท่านชาญชัย แสวงศักดิ์ เกษียณอายุราชการ ผมขอให้คุณความดีที่ท่านได้ประกอบมาช่วยให้ท่านมีความสุข มีสุขภาพแข็งแรง มีจิตใจแจ่มใส อายุยืน พบแต่สิ่งที่ดีงาม และทำประโยชน์ให้แก่สังคมได้ต่อเนื่องไปอีก

(นายสมรรถชัย วิศาลาภรณ์)
ประธานแผนกคดีบริหารงานบุคคลในศาลปกครองสูงสุด



มุทิตาจิตแด่ท่าน ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์

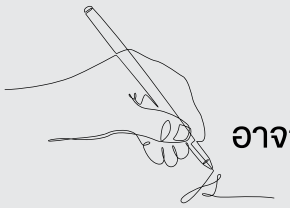
สมชาย เอมโอช
ประธานแผนกคดีบริหารราชการแผ่นดินในศาลปกครองสูงสุด

ในวาระโอกาสที่ท่าน ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ประธานศาลปกครองสูงสุด จะเกษียณอายุราชการ ในวันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๖๕ กระผม ในฐานะเป็นตุลาการที่รับนโยบายท่านมาปฏิบัติและในฐานะเป็นกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) ร่วมกับท่านในช่วงระยะเวลาหนึ่งปีเศษ (นับจากวันที่ท่านดำรงตำแหน่ง ๒๗ กันยายน ๒๕๖๔) กระผมมีความรู้สึกว่า เวลาหนึ่งปีเศษที่มีอยู่สำหรับท่านนั้นมีคุณค่าอย่างยิ่ง ท่านไม่เคยปล่อยเวลาที่มีค่านั้นให้ผ่านไป ท่านมองเห็นปัญหาขององค์กรศาลปกครองที่สั่งสมมามากมายที่ยากจะแก้ไขให้ลุล่วงได้ภายในเวลาที่ดำรงตำแหน่งเพียงหนึ่งปีเศษ อีกทั้งภารกิจที่ต้องนำพาองค์กรศาลปกครองให้ก้าวไปข้างหน้า โดยการพัฒนาอย่างต่อเนื่องและยั่งยืนเพื่อเป็นศาลที่มีการฟ้องคดีและการพิจารณาคดีระบบอิเล็กทรอนิกส์ ท่านเข้ามารับตำแหน่งช่วงวิกฤติระบาดของโรคโควิด ยิ่งทำให้ท่านต้องทำงานลำบากมากยิ่งขึ้น ซึ่งภาระหน้าที่ที่ท่านต้องแก้ไขในตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุด ที่สำคัญที่ผมรับรู้ได้ คือ ปัญหางานคดีที่มีประชาชนฟ้องในแต่ละปี มีเพิ่มเข้ามาเป็นจำนวนมากและค้างสะสมต่อเนื่อง ทั้งในศาลปกครองชั้นต้นและในศาลปกครองสูงสุดจำนวนมาก เกิดปัญหาการพิจารณาคดีแต่ละชั้นศาลล่าช้า เนื่องจากปัญหาจำนวนตุลาการที่มีอยู่ไม่ได้สัดส่วนกับปริมาณงาน ปัญหาการสรรหาตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นและในศาลปกครองสูงสุดดำเนินการไปด้วยความล่าช้า เนื่องจากการระบาดของโรคโควิด และมีผู้ผ่านเกณฑ์ได้รับการสรรหามาเป็นตุลาการในแต่ละชั้นศาล น้อยกว่าจำนวนเป้าหมายที่ต้องการ ด้วยเหตุที่ว่ากระบวนการสรรหาเป็นไปอย่างเคร่งครัดและมีมาตรฐานที่สูงพอสมควร ท่านได้ทำงานอย่างทุ่มเทและใช้เวลาที่เหลืออยู่หนึ่งปีเศษแก้ปัญหางานค้างที่สั่งสมมา ทั้งในศาลปกครองชั้นต้นและในศาลปกครองสูงสุด ท่านได้ขอร้องให้ตุลาการร่วมมือแก้ไขปัญหางานค้าง ลดเวลาการทำงานที่บ้าน (WFH) เนื่องจากเอกสารสำนวนอยู่ที่ทำงาน การทำงานในช่วงวิกฤติโควิด ผลการปฏิบัติงานได้ไม่เต็มที่ แต่ต้องจัดให้มีเพื่อสนองนโยบายรัฐบาลในเรื่อง WFH ท่านได้ประชุมแก้ไขปัญหางานค้างในศาลปกครองภูมิภาค รับฟังปัญหาและร่วมกันแก้ไข ปัญหาใดท่านแก้ไขได้เองท่านจะเร่งรัดแก้ไขทันที ส่งผลให้งานค้างนานลดจำนวนเป็นอันมาก สำหรับปัญหาแนวคำวินิจฉัยในคำพิพากษาและคำสั่งมีหลายแนว ตุลาการไม่สามารถยึดถือเป็นแนวบรรทัดฐานได้ ก่อให้เกิดความไม่น่าเชื่อถือคำพิพากษาหรือคำสั่งที่กลับแนวไปมา ก่อให้เกิดปัญหาในการปฏิบัติงานของตุลาการ ปัญหาประสิทธิภาพและความน่าเชื่อถือของคำพิพากษาและคำสั่งของศาลปกครอง ส่งผลถึงการอำนวยความยุติธรรมแก่ประชาชนและการส่งเสริมแนวทางการบริหารราชการแผ่นดินที่ดี ซึ่งเรื่องแนวคำวินิจฉัยที่แตกต่างกันดังกล่าวมีทั้งอยู่ระหว่างรอการนำเข้าสู่ที่ประชุมใหญ่และที่จะเตรียมเสนอนำเข้าที่ประชุมใหญ่พิจารณา ประกอบกับมีเรื่อง

นำเข้าที่ประชุมใหญ่ค้างพิจารณาเป็นจำนวนมาก (สืบเนื่องจากอยู่ในช่วงวิกฤติโควิด และการ Work From Home (WFH)) ท่านได้จัดให้มีการประชุมใหญ่เพื่อแก้ไขปัญหาดังกล่าว โดยมีการประชุมใหญ่เกือบแทบทุกสัปดาห์จนกระทั่งเรื่องเข้าที่ประชุมใหญ่ที่สำคัญ ๆ หมดไป โดยนับเรื่อง ที่เข้าประชุมใหญ่แล้วเสร็จถึง ๒๕๗ เรื่อง ค้าง ๑๒ เรื่อง (นับถึงสิ้นเดือนกรกฎาคม ๒๕๖๕) ท่านได้ทุ่มเททำงานและขอร้องให้ตุลาการร่วมมือแก้ไขปัญหางานค้าง ลดเวลาการทำงานที่บ้าน (WFH) เนื่องจากเอกสารสำนวนอยู่ที่ทำงาน การทำงานในช่วงวิกฤติโควิด ผลการปฏิบัติงานได้ไม่เต็มที่ แต่ต้องจัดให้มีเพื่อสนองนโยบายรัฐบาลในเรื่อง WFH ท่านเป็นผู้ที่ทำงานเร็ว และไม่ชอบให้มีงานคั่งค้าง สมัยเป็นรองประธานศาลปกครองสูงสุด ท่านได้รับมอบหน้าที่กลั่นกรองร่างคำพิพากษา ท่านก็สามารถเร่งรัดตรวจกลั่นกรองคำพิพากษาที่ค้างให้ลุล่วงรวดเร็วเป็นจำนวนมาก ท่านได้อุทิศตนทำงานโดยไม่เห็นแก่ความเหนื่อยยาก เสียสละเวลาทุ่มเททำงานในหน้าที่ด้วยความซื่อสัตย์สุจริต และร่วมงานพระราชพิธีทุกวาระโอกาส อันแสดงถึงความจงรักภักดีเทิดทูนสถาบันไว้เหนือเกล้า

ด้วยคุณความดีที่ท่านได้กระทำมา ขอให้เป็นผลานิสงส์ผลบุญให้ท่านมีชีวิตหลังเกษียณด้วยความสุข มีสุขภาพแข็งแรงปราศจากโรคภัยไข้เจ็บทั้งปวงตลอดไป

(นายสมชาย เอมโอช)
ประธานแผนกคดีบริหารราชการแผ่นดินในศาลปกครองสูงสุด



อาจารย์ ชาญชัย แสวงศักดิ์ ผู้วางรากฐานศาลปกครอง

ดร.ประสาท พงษ์สุวรรณ์
ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด

เนื่องในโอกาสที่ท่านประธานชาญชัย แสวงศักดิ์ จะเกษียณอายุราชการในตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุด ในวันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๖๕ นี้ ในฐานะที่เคยทำงานกับท่านมาเป็นเวลากว่า ๔๐ ปี ตั้งแต่เป็นนิติกรระดับ ๓ สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา อยากจะเล่าถึงคุณูปการที่ท่านทำไว้ให้แก่ศาลปกครองและวงวิชาการกฎหมายปกครองว่ามีมากเพียงใด ผมเริ่มทำงานที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เมื่อวันที่ ๓ กันยายน ๒๕๒๒ ซึ่งก็เป็นช่วงเดียวกับที่ท่านอาจารย์ชาญชัยกลับมาจากเรียนกฎหมายระดับปริญญาตรี โท และเอก จากประเทศฝรั่งเศส โดยอาจารย์น่าจะกลับมาราวปี พ.ศ. ๒๕๒๑ (๑๙๗๘) และเป็นนิติกรระดับ ๕ ในช่วงแรกผมเริ่มทำงานที่กองกฎหมายไทย อยู่ราว ๓ – ๔ ปี จนเป็นหัวหน้าฝ่ายแบบและแผนที่ กองกฎหมายไทย จึงเริ่มไปทำหน้าที่ผู้ช่วยเลขานุการกรรมการร่างกฎหมาย ซึ่งได้ร่วมงานกับเลขานุการกรรมการร่างกฎหมายหลายท่าน เช่น พี่ยุเรศฯ พี่วิศิษฐ์ฯ พี่ปานตาฯ และท่านอาจารย์ ดร.ชาญชัยฯ ด้วย ความประทับใจที่ทำให้จำได้อย่างแม่นยำถึงการทำงานวันแรกในฐานะเป็นผู้ช่วยเลขานุการกรรมการร่างกฎหมายกับท่านอาจารย์ อาจารย์ถามว่าร่างกฎกระทรวงที่จะส่งออก (ไปยังสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรี) ตรวจกระดาษไขดีแล้วหรือยัง คือ ต้องไม่มีความผิดพลาดเลย ทั้งตัวสะกดและวรรคตอน ผมตอบว่าตรวจสอบแล้ว ๒ รอบ ไม่มีผิดพลาด อาจารย์บอกให้นั่งลงที่หน้าโต๊ะและรอให้อาจารย์ตรวจอีกทีก่อน ถ้าผิดคิดคำละ ๑ บาท ปรากฏว่าผิด ๒ แห่ง นี่ถือเป็นความประทับใจครั้งแรกที่ทำงานกับอาจารย์ว่าแม้จะร่างกฎหมายได้ แต่ต้องละเอียดและไม่มีข้อผิดพลาดด้วย

หลังจากนั้น ก็มีการโยกย้ายสับเปลี่ยนผมไปเป็นผู้ช่วยเลขานุการกรรมการร่างกฎหมายกับเลขานุการท่านอื่นบ้าง จนปี พ.ศ. ๒๕๓๑ ท่านอาจารย์ชาญชัยฯ ประสบความสำเร็จในการติดต่อขอทุนเรียนปริญญาเอกจากสถานทูตฝรั่งเศส โดยในปีแรกได้ทุนรัฐบาลฝรั่งเศส (BGF) ที่มอบให้แก่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจำนวน ๒ ทุน (และได้ต่อเนื่องมาอีกหลายปี) และเป็นความกรุณาของท่านอาจารย์ที่คัดเลือกให้ท่านธรรมนิตย์ สุมันตกุล และผมไปเรียนโดยทุนดังกล่าว ซึ่งถือเป็นบุญคุณที่อาจารย์เปิดโอกาสให้ผมซึ่งขณะนั้นเพิ่งเรียนจบนิติศาสตรมหาบัณฑิต จากมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และไม่ได้คาดคิดว่าจะมีโอกาสไปเรียนต่อต่างประเทศแต่ประการใด เพราะภาษาอังกฤษไม่ดีนัก แต่อาจารย์ก็ให้โอกาสซึ่งเป็นความทรงจำที่มิอาจลืมเลือนได้เลย

ในการเรียนชั้น DEA ที่มหาวิทยาลัย Toulouse I ผมเริ่มเรียนในสาขา Droit privé แต่ต่อมาท่านอาจารย์ก็กรุณาเห็นชอบให้เปลี่ยนมาเรียนสาขา Droit public นับเป็นความเมตตาที่อาจารย์ให้แนวทางที่มีค่าและเป็นการสอดคล้องกับแผนการสร้างบุคลากรทางฝ่ายปกครองเพื่อผลักดันให้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในเมืองไทยด้วย

ในชั้นการเรียนระดับปริญญาเอก อาจารย์ก็ช่วยสนับสนุนให้ Prof. Vénézia ที่มหาวิทยาลัย Paris II ซึ่งเป็นอาจารย์ของท่านอาจารย์ชาญชัยสมัยที่ท่านทำปริญญาเอกที่มหาวิทยาลัย Aix en Provence ช่วยรับผมเป็นศิษย์เข้าเรียนที่ Paris II และเป็นที่ปรึกษาวิทยานิพนธ์ในเรื่องวิธีพิจารณาคดีปกครองด้วย ซึ่งเป็นผลมาจากการที่ Prof. Vénézia ประทับใจในความสามารถของท่านอาจารย์ชาญชัยนั่นเอง ไม่เช่นนั้นคงไม่ยอมรับผมเข้าเรียนชั้นปริญญาเอกที่ Paris II เพราะผมเป็นนักศึกษาที่จบ DEA มาจากมหาวิทยาลัยอื่น

ต่อมา เมื่อผมกลับเมืองไทยในปี พ.ศ. ๒๕๓๙ เข้าทำงานเป็นเลขานุการคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ และอีก ๑ ปี ถัดมา รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับปี พ.ศ. ๒๕๔๐ ก็ได้ประกาศใช้และมีบทบัญญัติให้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้น ท่านอาจารย์ชาญชัยอีกเช่นกันที่ได้ขอทุนจากสถานทูตฝรั่งเศสเพื่อส่งคนไปศึกษาอบรมในหลักสูตรตุลาการศาลปกครองชั้นต้นที่เข้ารับหน้าที่ใหม่ของ Conseil d'Etat (หลักสูตร ๑ ปี) ซึ่งผมได้รับการมอบหมายจากท่านอาจารย์ชาญชัยให้ไปเรียนหลักสูตรดังกล่าวในปี พ.ศ. ๒๕๔๑ (๑๙๙๘) หลักสูตรนี้ประกอบไปด้วยตุลาการศาลปกครองชั้นต้นที่เข้าใหม่ แต่เป็นรุ่นที่รับจากข้าราชการระดับสูง (เทียบเท่ารองอธิบดี) จากหน่วยงานต่างๆ ที่ขอมาปฏิบัติหน้าที่ตุลาการศาลปกครอง (มีตุลาการศาลปกครองชั้นต้นอีกประเภทหนึ่งที่รับจากผู้จบจาก l'Ena) หลักสูตรนี้มีการสอนทั้งหลักกฎหมายปกครอง วิธีพิจารณาคดีปกครอง คดีปกครองเฉพาะด้าน และการฝึกงานในการเขียนงานในขั้นตอนต่างๆ รวมทั้งร่างคำพิพากษาใน sous – section ของ Conseil d'Etat ในแผนกคดีปกครอง (Section contentieuse) ที่ทำหน้าที่เป็นศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส รวมทั้งมีการไปฝึกงานในศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ (Cour administrative d'appel) ที่กรุง Paris และเมือง Lyon และศาลปกครองชั้นต้น (Tribunal administratif) ของกรุง Paris และการไปดูงานศาลยุติธรรมแห่งสหภาพยุโรป (Cour de justice de communauté européenne) ในการเรียนหลักสูตรนี้เองที่ทำให้ได้ความรู้อย่างลึกซึ้งในหลักกฎหมายปกครอง วิธีพิจารณาคดีปกครองและการปฏิบัติงานจริงของศาลปกครองฝรั่งเศสอันเป็นความรู้เพิ่มเติมจากการเรียนทฤษฎีในมหาวิทยาลัยและเขียนวิทยานิพนธ์ในระดับปริญญาเอก

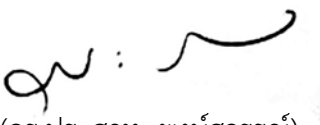
เมื่อพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ประกาศใช้บังคับ พระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๔๒ ก็ได้บัญญัติให้โอนข้าราชการของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาส่วนหนึ่งมายังสำนักงานศาลปกครองเพื่อเตรียมการเปิดศาลปกครอง ท่านอาจารย์ชาญชัยฯ ได้รับการแต่งตั้งเป็นเลขาธิการสำนักงานศาลปกครองคนแรก และรับภาระหนักมากในการเตรียมการเปิดศาลปกครองให้ได้โดยเร็ว ซึ่งท่านอาจารย์ก็มอบหมายให้ผมทำหน้าที่รักษาการในตำแหน่งผู้อำนวยการสำนักวิจัยและวิชาการ เพื่อจัดทำร่างกฎหมาย ระเบียบ ข้อบังคับ ประกาศ คำสั่งทั้งส่วนของตุลาการศาลปกครองและสำนักงานศาลปกครอง ช่วงดังกล่าวท่านอาจารย์ชาญชัยติดตามผลักดันงานอย่างหนัก เรียกว่าท่านตามงานทุกเช้า สาย บ่าย เย็น ในการทำงานมีพนักงานคดีปกครองช่วยงานอย่างแข็งขันอยู่หลายคนและงานก็สำเร็จลงด้วยดี สำหรับระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง เนื่องจากผมเคยได้รับโอกาสจากท่านอาจารย์ให้ไปศึกษาเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีปกครองและอบรมหลักสูตรตุลาการศาลปกครองชั้นต้นของ Conseil d'Etat ผมจึงมีโอกาสใช้ความรู้ที่ได้ศึกษาอบรมมายกร่างและวางระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองตามแนวทางของศาลปกครองฝรั่งเศสโดยนำประสบการณ์จากการทำงานในคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์

และนำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งบางส่วนที่เป็นหลักกฎหมายวิธีพิจารณาความทั่วไปมายกร่างระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองให้เป็นวิธีพิจารณาในระบบไต่สวน และเป็นวิธีพิจารณาที่ใช้เอกสารเป็นหลักและมีลักษณะพิเศษของวิธีพิจารณาคดีปกครองอีกหลายประการเพื่อให้เป็นวิธีพิจารณาที่เรียบง่าย ประชาชนเข้าถึงได้ง่ายและเสียค่าใช้จ่ายน้อย เมื่อที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดรุ่นแรกที่มีจำนวน ๒๓ ท่าน ได้พิจารณาแก้ไขและให้ความเห็นชอบแล้วจึงประกาศใช้เมื่อปี พ.ศ. ๒๕๔๓ เมื่อภารกิจในการช่วยท่านอาจารย์ในการจัดทำระเบียบกฎหมายส่วนใหญ่สำเร็จลงแล้ว ผมก็ได้ลาท่านอาจารย์ชาญชัยมาเป็นตุลาการศาลปกครองชั้นต้นรุ่นแรกเมื่อเดือนกุมภาพันธ์ ๒๕๔๔ ซึ่งต่อมา ศาลปกครองก็ได้มีพิธีเปิดทำการอย่างเป็นทางการเมื่อวันที่ ๙ มีนาคม ๒๕๔๔

ท่านอาจารย์ชาญชัยได้เสียสละมารับภาระเป็นเลขาธิการสำนักงานศาลปกครองอยู่หลายปี เมื่อผลักดันและวางรากฐานศาลปกครองจนมีความมั่นคงแล้ว ท่านจึงโอนมาเป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุด รุ่นที่ ๒ และก้าวหน้ามาเป็นลำดับจนเป็นประธานศาลปกครองสูงสุดท่านที่ ๔

ในการที่ท่านอาจารย์ชาญชัยฯ ได้รับการโปรดเกล้าฯ เป็นประธานศาลปกครองสูงสุด จึงเป็นโอกาสที่ผมดีใจเป็นอย่างยิ่งเพราะศาลปกครองได้ผู้ที่มีความรู้ความสามารถ และมีคุณูปการในการผลักดันและสร้างศาลปกครองมาเป็นประมุขสูงสุด และในวาระที่ท่านจะเกษียณอายุราชการในวันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๖๕ นี้ จึงอยากจะกล่าวขอบคุณและระลึกถึงท่านอาจารย์ที่มีคุณูปการอย่างสูงแก่ศาลปกครองเป็นส่วนรวม และมีบุญคุณกับผมเป็นการส่วนตัว และจะขอระลึกถึงพระคุณของท่านอาจารย์ตลอดไป

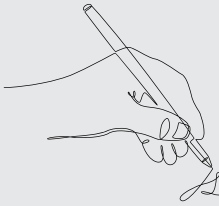
ด้วยความเคารพอย่างสูง



(ดร.ประสาท พงษ์สุวรรณ์)

ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด

๒๙ สิงหาคม ๒๕๖๕



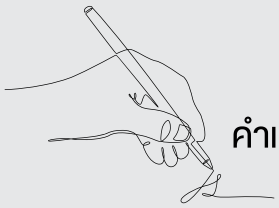
คำแสดงมุทิตาจิต

ดร.มานิตย์ วงศ์เสรี
ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด

กระผมได้ร่วมงานครั้งแรกกับศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ประธานศาลปกครองสูงสุด เมื่อครั้งที่กระผมรับราชการอยู่ที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ในขณะนั้นกระผมปฏิบัติหน้าที่ “ผู้ช่วยเลขานุการกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ คณะที่ ๑” โดยมีศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัยฯ ปฏิบัติหน้าที่ “พนักงานผู้รับผิดชอบสำนวน” ประจำคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ คณะที่ ๑ ซึ่งอำนาจหน้าที่ของพนักงานผู้รับผิดชอบสำนวน มีลักษณะทำนองเดียวกับ “ตุลาการผู้แถลงคดี” ในศาลปกครอง กระผมนั่งทำงานอยู่ที่โต๊ะทำงานหน้าห้องศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัยฯ ซึ่งต่อไปกระผมขอเรียกท่านว่า “อาจารย์ชาญชัย” ซึ่งเป็นคำที่เรียกท่านมาโดยตลอด กระผมได้มีโอกาสเรียนรู้และศึกษาถึงแนวคิดและวิธีการทำงานของอาจารย์ชาญชัยฯ ตลอดระยะเวลาที่ได้ร่วมงานกับท่าน อาจารย์ชาญชัยฯ เป็นผู้ที่คอยสนับสนุนและผลักดันให้ข้าราชการของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาไปศึกษาต่อต่างประเทศ เมื่อกระผมสำเร็จการศึกษานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ซึ่งอยู่ในระหว่างตัดสินใจจะสมัครสอบคัดเลือกเข้าดำรงตำแหน่ง“ผู้ช่วยผู้พิพากษาศาลยุติธรรม” ใน “สนามเล็ก” กระผมยังระลึกถึงและจำได้จนถึงทุกวันนี้ว่า อาจารย์ชาญชัยฯ ได้เรียกกระผมไปคุยและแนะนำให้สมัครสอบชิงทุนไปศึกษาต่อ ณ ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี การที่กระผมได้มีโอกาสไปศึกษาต่อ ณ ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี จึงเกิดขึ้นจาก อาจารย์ชาญชัยฯ นั่นเอง

เนื่องในโอกาสครบรอบ ๗๐ ปี ของศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ เพื่อเป็นการแสดงถึงกตเวทิตาและอาจาริยบูชา มอบแก่อาจารย์ชาญชัยฯ “ครู” ผู้สอนการทำงานและผู้มีส่วนสนับสนุนให้กระผมได้มีโอกาสไปศึกษาต่อ ณ ประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี กระผมจึงขอนำเสนอบทความ เรื่อง “มาตรการบังคับของฝ่ายปกครอง (มาตรการบังคับทางปกครอง โทษทางปกครอง โทษทางอาญา) แนวคิดทฤษฎี เกณฑ์การพิจารณาในการตรากฎหมาย และการบังคับใช้กฎหมายที่กำหนดมาตรการบังคับของฝ่ายปกครอง : ศึกษาเปรียบเทียบ ระบบกฎหมายเยอรมัน” ในบทความหน้าที่ ๒๘๒ - ๓๔๑ ซึ่งกระผมหวังว่าบทความดังกล่าวน่าจะมีคุณค่าและมีประโยชน์ทั้งในทางวิชาการและในทางปฏิบัติต่อนักกฎหมายมหาชนไทยอยู่บ้าง ไม่มากก็น้อย และหากบทความนี้ พอจะมีส่วนดีอยู่บ้าง กระผมขอมอบแก่อาจารย์ชาญชัยฯ ครูของกระผม ส่วนข้อบกพร่องนั้น กระผมขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว

(ดร.มานิตย์ วงศ์เสรี)
ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด



คำแสดงมุทิตาจิต

นพดล เฮงเจริญ
อดีตตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและอดีตรองประธานศาลปกครองสูงสุด

ท่านชาญชัย แสวงศักดิ์ เป็นคนที่เรียนหนังสือเก่งมาโดยตลอด เคยสอบระดับมัธยมตอนปลายได้เป็นลำดับที่ ๒ ของประเทศ โดยได้คะแนนวิชาภาษาฝรั่งเศสสูงสุดของประเทศ ทำให้ได้รับทุน ก.พ. ไปศึกษาสาขานิติศาสตร์ด้านกฎหมายมหาชน ณ สาธารณรัฐฝรั่งเศส ในขณะที่ยังเรียนชั้นปีที่ ๑ คณะรัฐศาสตร์ (แผนกนิติศาสตร์) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย และได้รับการต่อทุนการศึกษาจนถึงระดับปริญญาเอก ได้รับปริญญานิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต (กฎหมายมหาชนภายใน) จากมหาวิทยาลัย Aix - Marseille III หลังจากสำเร็จการศึกษาได้เข้ารับราชการครั้งแรกที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา มีความเจริญก้าวหน้าในหน้าที่ราชการอย่างรวดเร็ว โดยดำรงตำแหน่งที่สำคัญ ๆ ได้แก่ ผู้อำนวยการกองวิเคราะห์กฎหมายและการร้องทุกข์ กรรมการร่างกฎหมายประจำ (นิติกร ๑๐ ชช.) และรองเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา ต่อมา ได้รับมอบหมายให้ไปปฏิบัติหน้าที่เลขาธิการสำนักงานศาลปกครองคนแรก ซึ่งจะต้องดำเนินการหลายเรื่องเพื่อรองรับการจัดตั้งศาลปกครอง สำนักงานศาลปกครอง รวมทั้งเสนอกระบวนการยุติธรรมทางปกครองตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ ซึ่งบัญญัติให้มีระบบศาลปกครองขึ้นเป็นอีกระบบศาลหนึ่งนอกจากระบบศาลยุติธรรม และให้มีสำนักงานศาลปกครองเป็นหน่วยงานธุรการ หลังจากปฏิบัติหน้าที่เลขาธิการสำนักงานศาลปกครองคนแรกเป็นเวลา ๕ ปี ก็ได้รับการคัดเลือกและโปรดเกล้าฯ ให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด ต่อมา ดำรงตำแหน่งตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด รองประธานศาลปกครองสูงสุด และประธานศาลปกครองสูงสุด ซึ่งเป็นตำแหน่งสูงสุดในราชการศาลปกครอง

นอกเหนือจากการปฏิบัติหน้าที่ราชการดังกล่าวแล้ว ท่านชาญชัยฯ ยังได้รับเชิญเป็นผู้บรรยายพิเศษในสาขากฎหมายมหาชนและกฎหมายปกครองในมหาวิทยาลัยหลายแห่ง และเป็นวิทยากรหลักสูตรการอบรมให้แก่หน่วยงานของรัฐอีกเป็นจำนวนมากมาอย่างยาวนาน จนต่อมา ได้รับตำแหน่งทางวิชาการโดยได้รับโปรดเกล้าฯ ให้ดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์พิเศษ สาขากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ซึ่งเป็นตำแหน่งสูงสุดทางวิชาการ

ท่านชาญชัยฯ เป็นผู้ได้รับความสำเร็จอย่างสูงในหน้าที่การงานที่รับผิดชอบก็เนื่องจากคุณลักษณะพิเศษที่มีอยู่ในตัวตน ได้แก่ **ความเป็นคนดี** โดยดำรงตนเป็นแบบอย่างในความซื่อสัตย์ ซื่อตรง และสุจริตในหน้าที่ตลอดมา **เป็นคนเก่ง** ความเป็นคนเก่งสะท้อนจากการเป็นข้าราชการ**มืออาชีพ** ซึ่งเป็นทั้งนักวิชาการที่ไม่แปลกปลอม เป็นนักปฏิบัติที่ทำงานได้ด้วยน้ำมือตนเอง และเป็นนักบริหารที่มีสมรรถนะสูง ปฏิบัติหน้าที่อย่างจริงจัง ด้วยความขยันหมั่นเพียร ทุ่มเท เสียสละ และอดทน **เป็นคนมีความสามารถ** ความสามารถสะท้อนถึงสมรรถนะในการนำความดีและความเก่ง มาลงมือปฏิบัติจริง ให้งานที่รับผิดชอบแล้วเสร็จและบรรลุผลสัมฤทธิ์ตามวัตถุประสงค์ ซึ่งพอจะรวบรวมผลสัมฤทธิ์ของงานที่ปรากฏโดยสังเขป ดังนี้

๑. เมื่อครั้งที่ท่านชาญชัยฯ ได้ไปช่วยราชการที่สำนักนายกรัฐมนตรี ในสมัยรัฐบาลอานันท์ ปันยารชุน ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ยกร่างกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร ได้นำเอามาตรการบังคับทางปกครองมาใช้บังคับคำสั่งทางปกครองที่ให้รื้อถอนอาคารที่ก่อสร้างโดยผิดกฎหมาย โดยให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นเข้าดำเนินการรื้อถอนได้เอง โดยไม่ต้องนำคดีไปฟ้องต่อศาลให้ออกคำบังคับ

๒. ในฐานะเลขานุการคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ได้เคยเสนอแนะแนวทางในการปรับปรุงกฎหมาย โดยได้ยกร่างในส่วนของบทบัญญัติว่าด้วยการบังคับคดีขึ้นใหม่ทั้งหมด จนต่อมา ได้บัญญัติเป็นลักษณะ ๒ การบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่งในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. ๒๕๖๐

๓. ในฐานะเลขานุการคณะกรรมการพัฒนากฎหมายคนแรก ได้เสนอโครงการศึกษาวิจัยหลายโครงการ อาทิ การให้เงินอุดหนุนพรรคการเมือง และโทษทางปกครอง เป็นต้น

๔. ในฐานะกรรมการร่างกฎหมายประจำ ได้มีส่วนสำคัญในการพัฒนาระบบงานพิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ การเตรียมความพร้อมในการจัดตั้งองค์กรวินิจฉัยคดีปกครอง การประสานความร่วมมือกับนักวิชาการทางกฎหมายมหาชนของไทยและต่างประเทศ ในการเผยแพร่ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายปกครองและกระบวนการยุติธรรมทางปกครองให้แก่หน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐ รวมทั้งความร่วมมือทางวิชาการกับต่างประเทศเพื่อแลกเปลี่ยนองค์ความรู้และประสบการณ์ในการจัดตั้งกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง อันเป็นรากฐานสำคัญในการก่อกำเนิดระบบศาลปกครอง ภายใต้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐

๕. ในฐานะเลขาธิการสำนักงานศาลปกครองคนแรก ได้มีส่วนสำคัญในการจัดตั้ง **กระบวนการยุติธรรมทางปกครอง**ขึ้นมาใหม่ เริ่มต้นจากสุญญากาศทั้งในด้าน “Hardware” “Software” และ “Peopleware” จนเป็นผลให้สามารถจัดตั้งองค์กรศาลปกครอง และสำนักงานศาลปกครองได้สำเร็จ ทั้งที่เป็นเรื่องที่ยุ่งยากมาก และมีระยะเวลาในการปฏิบัติในแต่ละขั้นตอนอย่างจำกัด โดยเปิดทำการศาลปกครองทั้งในด้านธุรการคดีและงานคดี ตั้งแต่วันที่ ๙ มีนาคม ๒๕๔๔ อันถือเป็นวันสถาปนาศาลปกครองแห่งราชอาณาจักรไทย ตั้งแต่บัดนั้นเป็นต้นมา

๖. ในฐานะตุลาการศาลปกครองสูงสุดเจ้าของสำนวน

ท่านชาญชัยฯ ได้ปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งเลขาธิการสำนักงานศาลปกครองคนแรก เป็นเวลา ๕ ปี ก็ได้รับการคัดเลือกให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด รุ่นที่ ๒ ในปี ๒๕๔๗ ในฐานะตุลาการเจ้าของสำนวน ท่านเคร่งครัดในนิติวิธีของกฎหมายมหาชนที่มุ่งรักษาดุลยภาพในการคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของบุคคลกับการคุ้มครองสิทธิประโยชน์ของรัฐหรือประโยชน์สาธารณะ และระมัดระวังที่จะไม่ตีความกฎหมายไปในลักษณะอันเป็นการขยายเขตอำนาจศาลปกครองจนกระทบต่อหลักดุลยภาพดังกล่าว โดยปรากฏคดีที่ได้วางบรรทัดฐานในคำพิพากษาที่สำคัญอันสมควรกล่าวถึง ดังนี้

๖.๑ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ ฟ. ๓๕/๒๕๕๐ ท่านชาญชัยฯ ร่วมกับตุลาการศาลปกครองสูงสุดอีก ๑ ท่าน ได้ทำความเห็นแย้งที่เกี่ยวกับผู้มีสิทธิฟ้องคดีไว้ว่า ในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง คดีละเมิดทางปกครอง หรือคดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดอื่น ผู้มีสิทธิฟ้องคดีจะต้องเป็นผู้ทรงสิทธิซึ่งสิทธิของตนถูกกระทบกระเทือนจากการกระทำทางปกครอง

ที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี ส่วนคดีทางปกครองที่ฟ้องขอให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้น ได้มีการผ่อนคลายความเข้มงวดในส่วนของผู้มีสิทธิฟ้องคดี โดยถือหลักว่าผู้มีสิทธิฟ้องคดีในกรณีนี้ จะต้องเป็นผู้ที่มีประโยชน์เกี่ยวข้องหรือมีส่วนได้เสียกับการเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนั้น แต่ก็ไม่ไปไกลจนถึงขนาดยอมรับให้บุคลใด ๆ อ้างประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสียในฐานะที่เป็นประชาชนที่เป็นเจ้าของประเทศนำกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่ตนไม่เห็นด้วยมาฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้น ทั้ง ๆ ที่มิได้มีประโยชน์เกี่ยวข้อง หรือมีส่วนได้เสียโดยตรงกับการที่ศาลปกครองจะเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้นหรือไม่ หรือที่เรียกกันว่า “action popularis”

๖.๒ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ. ๓๓/๒๕๕๗ คดีระหว่าง นายถวิล เปลี่ยนศรี ผู้ฟ้องคดี กับ นายกรัฐมนตรี ผู้ถูกฟ้องคดี ได้วินิจฉัยไว้ว่า นายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลและในฐานะผู้บังคับบัญชาสูงสุดของข้าราชการประจำของราชการส่วนกลางและราชการส่วนภูมิภาคย่อมมีอำนาจดุลยพินิจในการบริหารงานบุคคลที่จะหมุนเวียนสับเปลี่ยนบทบาทหรือการทำหน้าที่ของข้าราชการ เพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปตามแนวนโยบายที่นายกรัฐมนตรีได้แถลงไว้ต่อรัฐสภาได้ แต่ในการใช้อำนาจดุลยพินิจดังกล่าวของนายกรัฐมนตรีนั้น นอกจากจะต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายและอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายแล้ว ยังจะต้องมีเหตุผลรองรับที่มีอยู่จริงและอธิบายได้ซึ่งไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่า นายกรัฐมนตรีได้อ้างเหตุผลในการโอนผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีได้ปฏิบัติหน้าที่โดยไม่มีประสิทธิภาพ มีข้อบกพร่อง หรือไม่สนองนโยบายรัฐบาลซึ่งจะถือได้ว่ามีเหตุผลอันสมควรที่ผู้บังคับบัญชาสามารถสั่งโอนได้ตามความเหมาะสม ซึ่งในคดีนี้ฟังได้ว่า เหตุผลในการมีคำสั่งโอนผู้ฟ้องคดีมิได้เป็นไปตามที่นายกรัฐมนตรีกล่าวอ้าง จึงถือได้ว่าเป็นการใช้ดุลยพินิจโดยมิชอบ ดังนั้น การโอนผู้ฟ้องคดีจึงเป็นการกระทำที่มิชอบด้วยกฎหมาย ตามคำพิพากษาดังกล่าวได้วางบรรทัดฐานไว้ว่า ศาลปกครองไม่อาจก้าวล่วงเข้าไปควบคุมการใช้อำนาจดุลยพินิจของฝ่ายบริหารในแง่ของความเหมาะสมของการบริหารงานบุคคลให้สอดคล้องกับนโยบายของรัฐบาลได้ แต่ศาลปกครองย่อมมีอำนาจตรวจสอบการใช้อำนาจดุลยพินิจของฝ่ายบริหารในแง่ของความชอบด้วยกฎหมายได้ว่า สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายในการมอบอำนาจดุลยพินิจหรือไม่ และการใช้อำนาจดุลยพินิจนั้นอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายดังกล่าวหรือไม่ โดยศาลปกครองย่อมมีอำนาจตรวจสอบได้ว่า ในการใช้อำนาจดุลยพินิจของฝ่ายบริหารนั้น ฝ่ายบริหารมีเหตุผลรองรับหรือไม่ อย่างไร ถ้าการใช้อำนาจดุลยพินิจของฝ่ายบริหารไม่มีเหตุผลรองรับ การใช้อำนาจนั้นย่อมไม่แตกต่างจากการใช้อำนาจดุลยพินิจตามอำเภอใจ

๖.๓ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ. ๓๔๙/๒๕๔๙ คดีระหว่าง ปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี ผู้ร้อง กับ บริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) ผู้คัคค้าน ได้วางบรรทัดฐานไว้ว่า บริการสาธารณะที่เป็นหน้าที่ของรัฐซึ่งรัฐอาจเป็นผู้จัดทำเองหรือรัฐอาจมอบหมายให้เอกชนเป็นผู้จัดทำแทนหรือให้เอกชนเข้ามามีสิทธิจัดทำบริการสาธารณะโดยวิธีการให้สัมปทานแก่เอกชน การอนุญาตให้เอกชนมีสิทธิจัดทำบริการสาธารณะต้องอยู่ใต้บังคับพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ ซึ่งกำหนดขั้นตอนการดำเนินการไว้ว่าจะต้องได้รับความเห็นชอบในหลักการจากคณะรัฐมนตรีเสียก่อน เมื่อมีการแก้ไขเพิ่มเติมข้อสัญญาที่แตกต่างไปจากหลักการ

ที่คณะรัฐมนตรีได้ให้ความเห็นชอบในหลักการแล้วในสาระสำคัญ การแก้ไขเพิ่มเติมสัญญาดังกล่าว จึงไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่มีผลผูกพันรัฐตามกฎหมาย คณะอนุญาโตตุลาการจึงมิอาจมีคำชี้ขาดว่าหน่วยงานของรัฐคู่สัญญาปฏิบัติผิดสัญญาประกอบกับคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการกำหนดสัดส่วนเวลาการนำเสนอรายการและช่วงระยะเวลาการออกอากาศมีผลเป็นการเปลี่ยนแปลงสาระสำคัญของการจัดทำบริการสาธารณะ ซึ่งเป็นเรื่องที่อยู่ในขอบเขตอำนาจและความรับผิดชอบของรัฐ มิใช่อยู่ในอำนาจของคณะอนุญาโตตุลาการซึ่งเป็นเพียงเอกชนที่ได้รับแต่งตั้งจากคู่สัญญาให้มาทำหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดข้อพิพาทตามสัญญาเข้าร่วมงานฯ จึงมีกรณีที่ปรากฏต่อศาลว่าการยอมรับหรือการบังคับตามคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ จะเป็นการขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน ซึ่งศาลมีอำนาจเพิกถอนได้ตามกฎหมาย

๗. ในฐานะนักกฎหมายมหาชนและกฎหมายปกครอง นอกจากได้รับเชิญเป็นผู้บรรยายและเป็นวิทยากร ยังได้เขียนตำรา บทความ และหนังสือเป็นจำนวนมาก ซึ่งเป็นประโยชน์สำหรับการเรียนการสอนการศึกษาค้นคว้าในแวดวงต่าง ๆ ทั้งทางด้านวิชาการและการปฏิบัติหน้าที่ราชการของเจ้าหน้าที่ของรัฐ รวมถึงภาคเอกชนที่สนใจ อาทิ หนังสือกฎหมายมหาชน : วิวัฒนาการของกฎหมายมหาชนในต่างประเทศและในประเทศไทย หนังสือกฎหมายรัฐธรรมนูญ : แนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ คำอธิบายกฎหมายปกครอง คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง กฎหมายปกครองเกี่ยวกับการศึกษา กฎหมายปกครองเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลและการดำเนินการทางวินัยของข้าราชการประเภทต่าง ๆ กฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้างและการพัสดุภาครัฐ ข้อควรรู้ทางกฎหมายที่เกี่ยวกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น สัญญาของทางราชการ ความรับผิดชอบของรัฐและโทษทางปกครองฯลฯ นอกจากนี้ยังได้ทำงานวิจัยและเขียนบทความทางวิชาการเผยแพร่อีกหลายเรื่อง

๘. ในฐานะตุลาการศาลหัวหน้าคณะปกครองสูงสุด ท่านชาญชัยฯ ให้ความสำคัญในการจ่ายสำนวนคดีที่ประธานศาลปกครองสูงสุดได้มอบหมายให้องค์คณะรับผิดชอบ ให้แก่ตุลาการในองค์คณะตามความเชี่ยวชาญ การให้คำปรึกษาแนะนำแก่ตุลาการในองค์คณะ การรับเป็นตุลาการเจ้าของสำนวนในคดีสำคัญโดยเฉพาะได้บริหารจัดการคดีในองค์คณะให้แล้วเสร็จออกจากองค์คณะไปได้เป็นจำนวนมาก

๙. ในฐานะรองประธานศาลปกครองสูงสุด ท่านชาญชัยฯ ให้ความสำคัญต่อการกลั่นกรองการวินิจฉัยคดีโดยองค์คณะมิให้ขัดแย้งกับแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด หรือมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดซึ่งได้วินิจฉัยหรือมีมติวางแนวคำวินิจฉัยไว้แล้ว โดยเฉพาะได้เร่งรัดการกลั่นกรองการวินิจฉัยคดีโดยองค์คณะต่าง ๆ ที่คั่งค้างอยู่ในขั้นตอนการกลั่นกรองออกไปได้อย่างรวดเร็วจำนวนมาก

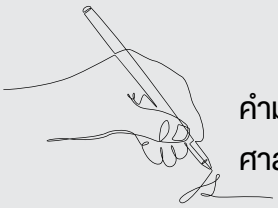
๑๐. ในฐานะประธานศาลปกครองสูงสุด หลังเข้ารับตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุดเมื่อวันที่ ๒๗ กันยายน ๒๕๖๔ ท่านชาญชัยฯ ก็ได้เร่งรัดปรับปรุงประสิทธิภาพการดำเนินงานของศาลปกครองโดยต่อยอดพัฒนาตามแผนระยะ ๒๐ ปี ที่กำหนด ซึ่งได้เริ่มดำเนินการมาแล้ว อาทิ การลดขั้นตอนการพิจารณาคดีในชั้นการนั่งพิจารณาคดี การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท โดยยกระดับการบริหารจัดการคดีด้วยการเร่งรัดคดีค้างสะสม ซึ่งในช่วงสามเดือนที่ปฏิบัติหน้าที่นี้มีคดีที่ได้รับการพิจารณาจากที่ประชุมใหญ่

ถึงจำนวน ๑๓๒ คดี รวมทั้งเร่งรัดบริหารจัดการคดีในส่วนที่เป็นอำนาจของประธานศาลปกครองสูงสุด โดยลดขั้นตอนปฏิบัติในการพิจารณากลั่นกรองที่ซ้ำซ้อน เป็นผลให้สามารถลดปริมาณคดีค้างสะสมได้เป็นจำนวนมาก นอกจากนี้ ยังได้เร่งรัดยกระดับคุณภาพของตุลาการและบุคลากร การปรับแนวทางการบริหารจัดการคดี การพิจารณาพิพากษาคดีวางแนวปฏิบัติในการพิจารณาวินิจฉัยคดีที่มีลักษณะเดียวกันให้มีแนวคำวินิจฉัยเป็นไปในแนวทางเดียวกัน รวมทั้ง การขยายความร่วมมือทางวิชาการร่วมกับหน่วยงาน สถาบัน และองค์กรต่าง ๆ ทั้งในและต่างประเทศ

ผลงานที่จับต้องได้และคุณงามความดีที่ท่านชาญชัยฯ ได้ทำไว้ในฐานะตำแหน่งหน้าที่ต่าง ๆ ในทางราชการและในแวดวงวิชาการดังกล่าว ที่ก่อคุณูปการอย่างอเนกอนันต์ ย่อมอยู่ในความทรงจำของผมและบุคคลที่เกี่ยวข้องตราบนานเท่านาน

ในโอกาสที่ท่านชาญชัยฯ ต้องพ้นจากหน้าที่ราชการด้วยเหตุเกษียณอายุราชการในวันที่ ๑ ตุลาคม ๒๕๖๕ ผมขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัยและสิ่งศักดิ์สิทธิ์ทั้งหลาย ตลอดทั้ง พระบารมีแห่งองค์พระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวและสมเด็จพระนางเจ้าฯ พระบรมราชินี โปรดดลบันดาลประทานพรให้ท่านชาญชัยฯ มีสุขภาพสมบูรณ์แข็งแรง มีกำลังกายกำลังใจที่เข้มแข็ง และพร้อมที่จะนำความรู้ประสบการณ์ที่สั่งสมจากการเป็นข้าราชการและนักวิชาการมืออาชีพมาอย่างยาวนานไปใช้ทำประโยชน์ในเวทีอื่น ทั้งในภาครัฐและภาคเอกชนที่เห็นเป็นการสมควรภายหลังจากเกษียณอายุราชการต่อเนื่องไป

(นายนพดล เฮงเจริญ)
อดีตตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ
และอดีตรองประธานศาลปกครองสูงสุด



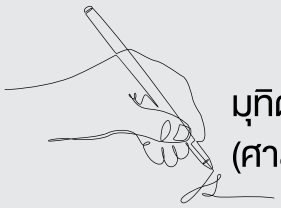
คำมุทิตาจิต แด่
ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ประธานศาลปกครองสูงสุด

ปรีชา ชวลิตธำรง
ที่ปรึกษาประธานรัฐสภา อดีตตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด

เนื่องในโอกาสที่ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ประธานศาลปกครองสูงสุด จะพ้นจากตำแหน่งด้วยเกษียณอายุราชการ ในวันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๖๕ นี้ ในฐานะที่ข้าพเจ้าได้มีโอกาสทำงานกับท่านในตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุดเป็นเวลา ๙ ปี โดยได้ร่วมประชุมเป็นองค์คณะในการพิจารณาวินิจฉัยชี้ขาดคดีในหลายองค์คณะ อีกทั้งได้ร่วมประชุมเกี่ยวกับการบริหารงานศาลปกครองสูงสุด จึงทำให้ข้าพเจ้ามีความชื่นชมและนับถือในความสุจริต ซื่อตรง และเที่ยงธรรม ตลอดจนความรู้ความสามารถ ทั้งด้านกฎหมายและการบริหารงานดีเด่นเป็นที่ประจักษ์ ท่านจึงนับเป็นบุคคลที่มีคุณูปการต่อศาลปกครอง สำนักงานศาลปกครอง ประเทศชาติ และประชาชน

ในโอกาสที่ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ จะพ้นจากตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุดอย่างสง่างามนี้ ข้าพเจ้าขออำนวยพรให้กุศลผลบุญที่ท่าน ได้สร้างสมมาตลอดอายุราชการอันยาวนาน จงดลบันดาลให้ท่านมีความสุข สุขภาพแข็งแรง และเป็นมันสมองให้กับประเทศชาติ ในบทบาทหน้าที่ต่าง ๆ ที่สำคัญต่อไป ตราบนานเท่านาน

(นายปรีชา ชวลิตธำรง)
ที่ปรึกษาประธานรัฐสภา
อดีตตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด



มุทิตาจิต ต่อท่านประธานศาลปกครองสูงสุด (ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์)

ไพบูลย์ เสียงก้อง
ประธานกรรมการมูลนิธิวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครอง
อดีตตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ประธานศาลปกครองสูงสุด จะมีอายุครบเจ็ดสิบปีบริบูรณ์ในปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๖๕ และจะต้องพ้นจากตำแหน่งตั้งแต่วันที่ ๑ ตุลาคม พ.ศ. ๒๕๖๕ เป็นต้นไป ผมได้รับการประสานงานจากประธานคณะทำงานโครงการหนังสือที่ระลึกฯ ขอคำกล่าวมุทิตาจิตเพื่อนำไปจัดพิมพ์ต่อไป โดยที่ได้เคยร่วมงานกับท่านประธานศาลปกครองสูงสุด อาจารย์ ดร.ชาญชัย มาตั้งแต่ผมได้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด เมื่อวันที่ ๓ มีนาคม พ.ศ. ๒๕๔๙ และทำงานในศาลปกครองสูงสุดร่วมกันมาโดยตลอดจนผมเกษียณอายุราชการในเดือนกันยายน พ.ศ. ๒๕๕๘

อาจารย์ ดร.ชาญชัย เป็นผู้ทรงคุณวุฒิในทางกฎหมายมหาชนและกฎหมายปกครองตลอดเวลาที่ได้มีโอกาสร่วมงานในฐานะตุลาการศาลปกครองสูงสุด เป็นที่ประจักษ์ว่าท่านเป็นผู้รอบรู้ในด้านกฎหมายปกครองอย่างลึกซึ้ง มีองค์ความรู้ที่เป็นระบบ สืบค้นข้อมูลได้อย่างรวดเร็ว ครบถ้วน ถูกต้อง ผมมีประสบการณ์การทำงานมาทางงานการศึกษา เพราะรับราชการในกระทรวงศึกษาธิการมาตลอด ยังคงอ่อนด้อยในองค์ความรู้ด้านกฎหมายปกครอง ซึ่งก็ได้รับคำแนะนำจากท่านอาจารย์ ดร.ชาญชัย ให้แสวงหาข้อมูลของหลักกฎหมายปกครองเพิ่มเติม ซึ่งเป็นประโยชน์ต่อการปฏิบัติงานในหน้าที่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดของผมตลอดมา

อาจารย์ ดร.ชาญชัย มีความเชื่อมั่นในตัวเองสูง เมื่อพิจารณาเห็นว่าเรื่องใดถูกต้องก็จะผลักดันและชี้แจงเหตุผลพร้อมยืนหยัดต่อสู้กับความเห็นต่างเสมอมา ความรอบรู้ทางด้านกฎหมายของอาจารย์ ดร.ชาญชัย เป็นประโยชน์ทั้งการร่างกฎหมายและการพัฒนากฎหมายที่เกี่ยวกับกฎหมายปกครอง เมื่อได้รับการประสานงานให้เขียนมุทิตาจิต ซึ่งเป็นเรื่องของการพลอยยินดีในเส้นทางชีวิตของท่านอาจารย์ ดร.ชาญชัย ผมจึงพลอยยินดีกับท่านที่ได้ทำงานในองค์กรที่เป็นองค์กรอำนวยความยุติธรรมทางปกครองให้กับประชาชน ผลความสำเร็จในงานที่ทำส่งเสริมให้ท่านได้รับความเจริญรุ่งเรืองจนได้รับโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุด อันนำมาซึ่งความอิ่มเอิบและภาคภูมิใจของท่านและวงศ์ตระกูล

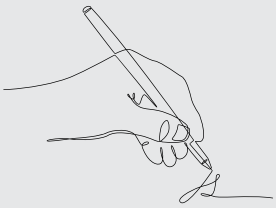
อาจารย์ ดร.ชาญชัย พูดบ่อย ๆ ว่างานของท่านมี ๒ ส่วน ส่วนแรกคือ งานตามหน้าที่ที่ได้รับแต่งตั้ง งานส่วนที่สองคือ เป็นผู้บรรยาย เมื่อท่านดำรงตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุด ท่านก็ตั้งใจปฏิบัติงานไปตามกรอบหน้าที่และอำนาจของท่านตามกฎหมาย แต่เมื่อท่านพ้นจากตำแหน่งหน้าที่แล้วงานในส่วนแรกก็หมดไป งานในส่วนที่สองเรื่องการเป็นผู้บรรยาย ก็จะสร้างคุณค่าให้กับท่านเพิ่มมากขึ้นจากการใช้องค์ความรู้ที่ท่านมีโดยสมบูรณ์บวกกับประสบการณ์ของการเป็นผู้บริหารสูงสุดขององค์กรศาลปกครอง ท่านอาจารย์ ดร.ชาญชัย เคยบรรยายอยู่บางครั้งว่ายังมีเรื่องต้องทำอีกมากเพื่อจะให้มีความสำเร็จตามวัตถุประสงค์ของการจัดตั้งศาลปกครอง การเป็นผู้บรรยายของท่านจึงเป็นความจำเป็นอันมีคุณค่าเพื่อถ่ายทอด

และพัฒนาองค์ความรู้ทางด้านกฎหมายปกครองให้กว้างขวางทั่วถึง ถูกต้องและครบถ้วนไปสู่องค์กรและประชาชนที่มีชีวิตเกี่ยวข้องกับกฎหมายปกครองตั้งแต่เกิดจนตาย

โดยที่อาจารย์ ดร.ชาญชัย ใช้ชีวิตที่เรียบง่าย ระมัดระวังดูแลสุขภาพอย่างดี ท่านจึงเป็นผู้มีสุขภาพแข็งแรงอันจะเป็นประโยชน์ต่อการทำงานต่อไป มุทิตาจิตของผมต่อท่านอาจารย์ ดร.ชาญชัย ก็คือการตั้งความหวังที่จะพลอยยินดีในความสำเร็จของการเป็นผู้บรรยายของท่าน ประโยชน์จากการบรรยายความรู้ทางกฎหมายของท่านจะเป็นประโยชน์ต่อประเทศชาติและประชาชน

.....ขอความสุขสวัสดีจงมีแด่ท่านอาจารย์ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ตลอดไป

(นายไพบูลย์ เสียงก้อง)
ประธานกรรมการมูลนิธิวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครอง



บทบาทของท่านชาญชัย แสวงศักดิ์ ก่อนที่จะมีศาลปกครอง

ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์
อดีตเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

เมื่อเจ้าหน้าที่ของศาลปกครองได้มาขอให้ผมเขียนเล่าเรื่องราวเกี่ยวกับบทบาทของ**ท่านชาญชัย แสวงศักดิ์ ประธานศาลปกครองสูงสุด ก่อนที่จะมีศาลปกครอง** ในขณะที่ท่านชาญชัยฯ จะครบเกษียณในปลายปีพ.ศ.๒๕๖๕นี้ผมก็เลยต้องมานั่งทบทวนรื้อฟื้นความจำเก่า ๆ เมื่อ ๔๐-๕๐ปีก่อน มาเขียนอีกครั้งหนึ่ง โดยได้ขอให้เจ้าหน้าที่ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาท่านหนึ่ง (คุณธิติ สายเชื้อ) ช่วยตรวจสอบการดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ของท่านชาญชัยฯ ในระหว่างที่ผมเป็นเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

ท่านผู้อ่าน อาจรู้จัก **ท่านชาญชัย แสวงศักดิ์** ในฐานะที่เป็น “ประธานศาลปกครองสูงสุด” และรู้จักผลงานของท่านในขณะที่ท่านทำงานในตำแหน่งต่าง ๆ ในศาลปกครอง แต่ผมจะขอพูดถึงเรื่องราวต่าง ๆ ที่ **ท่านชาญชัยฯ** ได้ทำไปก่อนที่ศาลปกครองจะเกิด ซึ่งผมคิดว่า ในหลาย ๆ เรื่องที่ผมจะกล่าวถึงนี้ แม้แต่ **ท่านชาญชัยฯ** เองก็อาจจะลืมไปแล้วก็ได้

ขณะนี้ ศาลปกครองได้จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ (มีผลบังคับใช้ เดือนตุลาคม พ.ศ. ๒๕๔๒) จนถึงปัจจุบันนี้ พ.ศ. ๒๕๖๕ **เป็นเวลานานกว่า ๒๐ ปี**

และ ในปัจจุบันนี้ ผมเชื่อว่าเราคนไทยได้รู้ถึง**บทบาทและความสำคัญต่อการบริหารประเทศ**ของศาลปกครองเป็นอย่างดี

ผมเองได้ทำงานในสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เป็นเวลานานกว่า ๔๐ ปี และได้เป็นเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา ตั้งแต่ พ.ศ. ๒๕๒๓ จนครบเกษียณในปี พ.ศ. ๒๕๓๓ เป็นระยะเวลา ๑๐ ปีเศษ และในขณะนั้น ผมคิดมาตลอดว่า ประเทศไทยควรจะมี**ศาลปกครอง**

คำว่า “ศาลปกครอง” **ปรากฏเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญ ปี พ.ศ. ๒๕๑๗ (มาตรา ๒๑๒)** ซึ่งผมจำได้ว่า ในขณะยกร่างรัฐธรรมนูญดังกล่าว ได้มีการอภิปรายกันในประเด็นนี้ และ**มีข้อโต้แย้งกันอย่างมาก**ในการประชุมสภานิติบัญญัติแห่งชาติตามธรรมนูญการปกครองราชอาณาจักร พ.ศ. ๒๕๑๕ (ซึ่งในขณะนั้น ผมบังเอิญได้รับการแต่งตั้งเป็นสมาชิกสภานิติบัญญัติด้วย) ก่อนที่จะมีการเพิ่มเติมคำ “คำนี้” ไว้ในรัฐธรรมนูญดังกล่าว พร้อมกับคำว่า “**ศาลในสาขาแรงงาน สาขาภาษี หรือสาขาสังคม**”

บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๑๗ มาตรา ๒๑๒ (ของหมวดที่ ๘ “ศาล”) ดังนี้

*“มาตรา ๒๑๒ **ศาลปกครอง** และ**ศาลในสาขาแรงงาน สาขาภาษี หรือ สาขาสังคม** จะจัดตั้งขึ้นได้ ก็แต่โดยพระราชบัญญัติ*

การแต่งตั้งและการให้ผู้พิพากษาพ้นจากตำแหน่ง อำนาจหน้าที่ของศาลตลอดจนวิธีพิจารณาคดีของศาลตามวรรคหนึ่ง ให้เป็นไปตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลนั้น”

แต่ผมจะทำอย่างไรจึงจะทำให้ประเทศไทยมีศาลปกครอง ในเมื่อนักกฎหมายไทยยังไม่รู้จัก "**กฎหมายปกครอง**" ผมจำได้ว่า **ตำราวิชากฎหมายปกครอง**ที่สอนกันอยู่ในมหาวิทยาลัยของรัฐที่สำคัญ ๆ ยังทำให้นักกฎหมายและคนไทยทั่วไปเข้าใจว่า กฎหมายปกครอง คือ **ได้แก่การเรียนรู้ว่า** กฎหมาย (พระราชบัญญัติ) ว่าด้วยระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน กฎหมายว่าด้วยการแบ่งส่วนราชการ และกฎหมายว่าด้วยการบริหารราชการส่วนท้องถิ่น (ในระดับต่าง ๆ) **มีบทบัญญัติอย่างไร** และ**ผมจะทำอย่างไรจึงจะทำให้ประเทศไทยมีศาลปกครอง ในเมื่อนักกฎหมายไทยยังท่องอำนาจอธิปไตยแบ่งออกเป็น ๓ อำนาจ** (อำนาจนิติบัญญัติ อำนาจบริหาร และอำนาจตุลาการ) **ของ Montesquieu (ค.ศ. ๑๖๘๙ – ๑๗๕๕)** ในต้นศตวรรษ ที่ ๑๘ (**สามร้อยปีมาแล้ว** ในยุคที่ประเทศในยุโรปจะมีการเปลี่ยนจาก "การปกครองระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์" มาสู่ระบอบประชาธิปไตย ที่มี "สภาผู้แทนราษฎร") และคนไทยทั้งประเทศเข้าใจว่า "อำนาจตุลาการ" นั้น ได้แก่ ผู้พิพากษาของ "ศาลยุติธรรม" ที่เรามีอยู่ในขณะนั้นเท่านั้น **นักกฎหมายของไทยไม่ได้คิดว่า** คดีหรือข้อขัดแย้งต่าง ๆ มีหลายลักษณะ (หลายประเภท) ดังนั้น **"ศาล"** ที่จะเป็นศาลที่ดีและมีคำพิพากษาที่มีคุณภาพได้ จะต้องมี **"ผู้พิพากษา"** ที่มีคุณสมบัติที่เชี่ยวชาญและความรอบรู้ในคดีแต่ละประเภท และจะต้องมี "**วิธีพิจารณาความ**" ที่เหมาะสมกับลักษณะคดีในแต่ละประเภท และ**ผมจะทำอย่างไรจึงจะทำให้ประเทศไทยมีศาลปกครอง ในเมื่อการเรียนการสอนกฎหมายในมหาวิทยาลัยของประเทศไทย** ไม่มี**การแปลตำรากฎหมาย**ของประเทศที่พัฒนาแล้ว**อย่างกว้างขวาง** สำหรับให้นักศึกษากฎหมายของเราได้อ่านเปรียบเทียบ เหมือนอย่างกับประเทศเพื่อนบ้านในภูมิภาคของเราที่พลเมืองของเขามีปัญหาเรื่อง "ภาษา" (เหมือนกับประเทศไทย) เช่น ประเทศญี่ปุ่น ไต้หวัน จีน และเกาหลีใต้

[**หมายเหตุ** :- *แม้แต่ในปัจจุบันนี้ **ประเทศไทย**ก็**ยังมองไม่เห็นความสำคัญ**ของ การแปลตำรากฎหมายอย่างกว้างขวาง **ผู้รับผิดชอบการศึกษาของประเทศ** ไม่ทราบว่า วิวัฒนาการของวิชากฎหมาย เป็นวิวัฒนาการทางปรัชญา (วิธีคิดของนักกฎหมาย) และการปรับวิธีคิดของนักกฎหมาย **"ต้องการเวลา"** ในการศึกษาตำรากฎหมายที่ดี ตำรากฎหมายที่ให้ข้อเท็จจริงเกี่ยวกับวิวัฒนาการของกฎหมาย ที่ปรับเปลี่ยนมาเป็นเวลาร้อย ๆ ปีของประเทศที่พัฒนาแล้ว ซึ่งตำราเหล่านี้จะทำให้นักกฎหมายของเราสามารถทำ "ความเข้าใจ" ในเหตุและผลที่เป็นตรรก (logical) ของ "หลักกฎหมาย"ได้*

*"วิชากฎหมาย" จึงแตกต่างกับวิชาหรือศาสตร์อื่น ๆ ที่สามารถลอกเลียนกันได้ ไม่ยากและไม่ต้องใช้เวลานาน แต่ เป็นที่น่าเสียดาย**ที่ผู้รับผิดชอบการศึกษาของประเทศ** คิดว่า นักศึกษาในคณะนิติศาสตร์ที่เรียนภาษาต่างประเทศ (ภาษาอังกฤษ) ๒ – ๓ ปี ในมหาวิทยาลัย สามารถอ่านตำรากฎหมายต่างประเทศได้โดยมีความเข้าใจ*

*ในอดีต ในช่วงเวลาที่ประเทศไทยและประเทศญี่ปุ่นต่างก็ถูกคุกคามโดยประเทศมหาอำนาจทางตะวันตก ญี่ปุ่นเป็นประเทศที่มองเห็นความสำคัญของ "กฎหมาย" ใน**การปฏิรูปประเทศ** และได้มีการแปลตำรากฎหมายของประเทศที่พัฒนาแล้วอย่างกว้างขวางให้คนของเขาได้อ่าน ญี่ปุ่นได้เริ่มแปลตำรากฎหมายอย่างกว้างขวาง**มาตั้งแต่ต้นรัชกาลของ จักรพรรดิมัตสุฮิโต** ซึ่งเทียบได้กับต้นรัชกาล ที่ ๕ ของเรา เพราะพระมหากษัตริย์ทั้ง ๒ พระองค์นี้ ได้ครองราชย์**ในช่วงเวลาเดียวกัน** และ**มีระยะเวลาครองราชย์เกือบเท่ากัน** กล่าวคือ รัชกาลที่ ๕ ของเรา ทรงครองราชย์เมื่อพระชนมายุ ๑๕ พรรษา ทรงครองราชย์*

รวม ๔๒ ปี (ค.ศ. ๑๘๖๘ ถึง ค.ศ. ๑๙๑๑) และจักรพรรดิมัตสุฮิโต ทรงครองราชย์เมื่อพระชนมายุ ๑๕ พรรษาเช่นเดียวกัน ครองราชย์ รวม ๔๔ ปี (ค.ศ. ๑๘๖๗ ถึง ค.ศ. ๑๙๑๒) ***ท่านผู้อ่านลองดู "ข้อเท็จจริง"*** *ที่แสดงให้เห็นถึงความแตกต่างใน* ***"คุณภาพ"*** *ของนักกฎหมายของเราและของประเทศญี่ปุ่น (?)(?) ดังต่อไปนี้*

ในปี ค.ศ. ๑๘๘๙ *ประเทศญี่ปุ่น มีรัฐธรรมนูญ /* ***ปี ค.ศ. ๑๘๘๐*** *ญี่ปุ่นประกาศใช้ประมวลกฎหมายอาญา / ประมวลวิธีพิจารณาความอาญา /* ***ปี ค.ศ. ๑๘๙๑*** *ญี่ปุ่นประกาศใช้ประมวลกฎหมายแพ่ง ประมวลกฎหมายพาณิชย์ ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ธรรมนูญศาลยุติธรรม // และใน****ปี ค.ศ. ๑๘๙๙*** *ญี่ปุ่นสามารถเลิก "สัญญาสิทธิสภาพนอกอาณาเขต - extraterritoriality" กับประเทศมหาอำนาจตะวันตกได้****ทุกประเทศ รวมเวลาทั้งสิ้นของ"การปฏิรูปประเทศ"*** *๓๒ ปี ภายในรัชกาลเดียว คือ* ***รัชกาลของ จักรพรรดิมัตสุฮิโต***

ในปี ค.ศ. ๑๙๓๒ *(พ.ศ. ๒๔๗๕) ประเทศไทย มีรัฐธรรมนูญฉบับแรก (ในสมัย****รัชกาลที่ ๗*** *หลังการปฏิวัติโดย "คณะราษฎร") /* ***ปี ค.ศ. ๑๙๒๖ (พ.ศ. ๒๔๖๘)*** *ประเทศไทยสามารถเจรจาแก้ไข "สนธิสัญญา" เพื่อล้มเลิก "สิทธิสภาพนอกอาณาเขต" กับประเทศต่าง ๆ ได้****ทุกประเทศ*** *(แต่ไม่ใช่เพราะประเทศไทยปรับปรุงระบบกฎหมายเป็นสากลได้สำเร็จ แต่เป็นเพราะประเทศไทยได้เข้าร่วมสงครามโลกครั้งที่ ๑ จึงได้ขอผ่อนผันการปรับปรุงกฎหมายให้เป็นสากลกับประเทศมหาอำนาจ โดย ปี ค.ศ.๑๙๒๖ เป็นปีสุดท้ายของ****รัชกาลที่ ๖ / ใน ปี ค.ศ. ๑๙๓๕ (พ.ศ. ๒๔๗๘)*** *ประเทศไทยเสร็จสิ้น "การจัดทำประมวลกฎหมาย****ฉบับสุดท้าย*** *(กฎหมายเกี่ยวกับวิธีพิจารณาความ)" สำเร็จตามที่ได้ให้สัญญาไว้กับประเทศมหาอำนาจ ซึ่งเป็นเวลาหลังจากการเปลี่ยนแปลงการปกครอง พ.ศ. ๒๔๗๕ เป็นเวลา ๓ ปี* ***รวมเวลาทั้งสิ้นของ "การปฏิรูปประเทศ"*** *๖๗ ปี ต่างกันถึง ๓๕ ปี (?)(?)*

*ทั้งนี้ โดยจะยังไม่พิจารณาและกล่าวถึง "คุณภาพ" ของกฎหมายของเรากับกฎหมายของประเทศญี่ปุ่น ที่ออกใช้บังคับไปก่อน****นานมาแล้ว****)]*

ผมจึงมาคิดว่า ถ้าประเทศไทยยังไม่มี "ศาลปกครอง" เพราะนักกฎหมายไทยยังไม่รู้จัก **"กฎหมายปกครอง"** ถ้าเราอยากจะให้ประเทศไทยมี "ศาลปกครอง" **เราคงต้องเริ่มต้นด้วย**การทำให้นักกฎหมายไทย**รู้จัก**กับ "กฎหมายปกครอง" ก่อนว่า **"กฎหมายปกครอง" คือ อะไร (?)**

ดังนั้น เมื่อผมมีโอกาส ในขณะนั้น ผมเป็นรองเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา (พ.ศ. ๒๕๑๘ จนถึง พ.ศ. ๒๕๒๓) จึงได้ปรึกษาหารือกับศาสตราจารย์ ดร.สมภพ โหตระกิตย์ ซึ่งเป็นเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา และในขณะนั้นท่านได้ดำรงตำแหน่งเป็น "รองนายกรัฐมนตรี" ด้วย โดยผมเริ่มต้นด้วยการยกร่างกฎหมาย เพื่อให้เป็น **"เครื่องมือ"** ในการทำให้นักกฎหมายไทย**ได้รู้จัก**กับ "กฎหมายปกครอง" **ด้วยการแก้ไขเพิ่มเติม** กฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา (พ.ร.บ. ว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา **พ.ศ. ๒๔๗๖**) โดยนำกฎหมายว่าด้วยการร้องทุกข์ (พ.ร.บ. เรื่องราวร้องทุกข์ **พ.ศ. ๒๔๙๒**) มาเขียนรวมกันให้เป็น**อำนาจหน้าที่ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา** ซึ่ง**นักกฎหมายไทยทั่วไปในขณะนั้นไม่เคยคิดว่า**"ปัญหาเรื่องราว**ร้องทุกข์**กับ**ศาลปกครอง**เป็นเรื่องเดียวกัน" โดยผมได้เพิ่ม "ประเภท" ของกรรมการกฤษฎีกา ให้มี ๒ ประเภท คือ นอกจาก "กรรมการร่างกฎหมาย" (ที่มีหน้าที่ในการตรวจร่างกฎหมาย ฯลฯ) ผมยังได้กำหนดให้มี "กรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์" ขึ้นอีกประเภทหนึ่ง

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาส**เกษียณอายุราชการ**

ในร่างกฎหมาย ผมได้ออกแบบและวางกลไก (mechanism) ในร่างกฎหมายคณะกรรมการกฤษฎีกา**ฉบับใหม่** ให้สามารถ**ปรับเปลี่ยน "วิธีพิจารณา"** ของกรรมการกฤษฎีกา**ได้ (โดยไม่ต้องแก้ไขพระราชบัญญัติอีก)** เพื่อจะได้มีเวลาฝึกอบรมเจ้าหน้าที่ในสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาให้มีความเข้าใจใน "กฎหมายปกครอง" ก่อน และเมื่อได้ฝึกอบรมมาพอสมควรแล้ว จะได้ปรับเปลี่ยน "วิธีพิจารณาการร้องทุกข์" ไปสู่ระบบ "วิธีพิจารณาคดีของศาลปกครอง" ซึ่งมีลักษณะเฉพาะได้ และ**ด้วยความเข้าใจในเรื่องเป็นอย่างดี** ศาสตราจารย์ ดร.สมภพ โหตระกิตย์ ได้ดำเนินการให้มีการเสนอร่างกฎหมายและมีการตรา **พ.ร.บ. คณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. ๒๕๒๒** ขึ้น

และในช่วงระยะเวลานี้เอง (หลังจากที่ได้มีการตรา พ.ร.บ. คณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. ๒๕๒๒ ขึ้น) **ที่ท่านชาญชัย แสวงศักดิ์ ประธานศาลปกครองสูงสุด ได้เข้ามามีส่วนช่วยในการพัฒนาบุคลากร (นิติกร) ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นอย่างมาก**

ท่านชาญชัยฯ **ได้รับทุนรัฐบาลไทย (ทุน ก.พ.)** ให้ไปศึกษาสาขากฎหมายในระดับปริญญาตรี โดยเน้นทางกฎหมายมหาชนที่สาธารณรัฐฝรั่งเศส ตามความต้องการของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และได้รับการต่อทุนต่อมาจนถึงระดับปริญญาเอก (เป็นเวลา ๘ ปี พ.ศ. ๒๕๑๓ - พ.ศ. ๒๕๒๑) เมื่อสำเร็จการศึกษากฎหมายจากสาธารณรัฐฝรั่งเศสแล้ว ท่านชาญชัยฯ ได้เดินทางกลับและเข้ารับราชการครั้งแรกที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เมื่อเดือนกรกฎาคม พ.ศ. ๒๕๒๑ ซึ่ง**เป็นระยะเวลาพอดี** ที่มีการแก้ไขกฎหมายคณะกรรมการกฤษฎีกา โดย **พ.ร.บ. คณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. ๒๕๒๒**

ผมได้มาเป็น เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา ต่อจากศาสตราจารย์ ดร.สมภพ โหตระกิตย์ ในปี พ.ศ. ๒๕๒๓ ในขณะที่ผมเป็นเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา **ท่านชาญชัยฯ** ได้เข้ามามีส่วนช่วยผมเป็นอย่างมาก **ในระยะเริ่มแรก**ที่ผมเป็นเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา ผมได้เริ่มการยกระดับความรู้ทางวิชาการให้แก่นิติกรของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยได้วาง "ระบบ" การทำงานของ**เลขานุการและผู้ช่วยเลขานุการ**ของกรรมการร่างกฎหมายและกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ให้มีการทำบันทึกความเห็นทางวิชาการ (ในลักษณะกฎหมายเปรียบเทียบ – comparative law) เพื่อนำเสนอต่อคณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการทั้ง ๒ ประเภทข้างต้น) **ในการทำ** "บันทึกความเห็นทางวิชาการ" ของเลขานุการเหล่านี้ เลขานุการจะได้รับความรู้กฎหมายของประเทศต่าง ๆ ใน "ประเด็น" ที่เกี่ยวข้องจากบันทึกค้นคว้าของเจ้าหน้าที่ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่ไปศึกษาต่างประเทศ โดยเจ้าหน้าที่ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาดังกล่าวจะทำบันทึกค้นคว้า**ในส่วนของกฎหมายของประเทศที่ตนไปศึกษา** (ในประเด็นที่กำหนดไว้) เพื่อเปรียบเทียบกันได้

ผมเองได้คัดเลือกและใช้ "บันทึกความเห็นทางวิชาการของเลขานุการ" เหล่านี้ พร้อมกับความเห็นของคณะกรรมการกฤษฎีกา สำหรับใช้ในการฝึกอบรมนิติกรทุกคนของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และเพื่อเผยแพร่ความรู้เกี่ยวกับ "กฎหมายปกครอง" **ให้วงการกฎหมายภายนอก**ได้ทราบว่า "กฎหมายปกครอง" คือ กฎหมายอะไร โดยผมได้ออก "**วารสารกฎหมายปกครอง**" เพื่อนำปัญหาที่สำคัญ ๆ ของกฎหมายปกครองพิมพ์เผยแพร่ให้วงการกฎหมายภายนอกได้รับรู้

ในระยะแรกนี้ ในขณะที่ผมเริ่มเป็นเลขาธิการคณะกรรมกฤษฎีกา ท่านชาญชัย ฯ ดำรงตำแหน่งเป็น "เลขานุการกรรมการร่างกฎหมาย" ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และเพิ่งสำเร็จ

การศึกษามาจากต่างประเทศ **ท่านชาญชัยฯ ได้เป็นกำลังสำคัญ และช่วยผมเป็นอย่างมากในการทำ "บันทึกค้นคว้ากฎหมายเปรียบเทียบ" "บันทึกของเลขานุการ" และใน "การฝึกอบรมนิติกรของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา" และประการสุดท้าย ในการทำ "วารสารกฎหมายปกครอง"**

ต่อมา ในระยะที่สอง ในราว ปี พ.ศ. ๒๕๒๙ ซึ่งเป็นระยะเวลา**ประมาณ ๗ ปี** หลังจากการแก้ไขกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา ในปี พ.ศ. ๒๕๒๒ และได้มีการอบรมและยกระดับความรู้ของนิติกรของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา**มานานพอสมควร** ผมในฐานะเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาก็ใช้อำนาจตาม "กลไก" ตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. ๒๕๒๒ ดังกล่าวที่กำหนดไว้ล่วงหน้า ปรับเปลี่ยน **"วิธีการทำงาน"** ของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ จากระบบการทำงานของคณะกรรมการที่มี **"เลขานุการ"** ของคณะกรรมการ ฯ มาเป็น **"วิธีพิจารณาคดีปกครอง"** ตามแบบอย่างของประเทศฝรั่งเศส ที่มี**ลักษณะเฉพาะ** คือ ในการวินิจฉัยคดีปกครอง จะมีเจ้าหน้าตำแหน่งหนึ่ง ที่ผมให้เรียกชื่อในขณะนั้นว่า **"พนักงานผู้รับผิดชอบสำนวน"** (ซึ่งเทียบได้กับ เจ้าหน้าที่ตำแหน่ง "commissaire du gouvernement " ในวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศส) โดยให้เจ้าหน้าที่ตำแหน่งนี้มี "ความเป็นอิสระ" ในการให้**ความเห็นของตนเป็น "เอกเทศ"** ในการวินิจฉัยคดีปกครอง (กรณีร้องทุกข์) **โดยในระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองนี้** "คำวินิจฉัยเบื้องต้น" ที่เป็นเอกเทศของเจ้าหน้าที่ศาลปกครองตำแหน่งนี้ จะมีความสำคัญและมีประโยชน์โดยเป็น "กลไก" ในการกำกับและตรวจสอบ "แนวการให้เหตุผล" ในการวินิจฉัยชี้ขาดคดี **ก่อนที่จะมีการวินิจฉัยคดีปกครอง โดยตุลาการศาลปกครอง** ซึ่งเป็นการวินิจฉัยคดีปกครองโดยกระทำเป็น **"องค์คณะ"** ที่มีผู้พิพากษาหลายคน

และนอกจากนั้น ผมได้กำหนด "รูปแบบ" ของการเขียนคำวินิจฉัยคดีปกครอง ของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ให้เป็น "มาตรฐาน" **เพราะผมไม่ชอบ**รูปแบบการเขียนคำวินิจฉัยของศาลฎีกาที่ใช้อยู่ในขณะนั้น (จนถึงขณะนี้) เพราะอ่านเข้าใจยาก ฯลฯ ดังนั้น เมื่อผมได้ตรวจดูและเปรียบเทียบรูปแบบในการเขียนคำพิพากษาหรือคำวินิจฉัยคดีของศาลต่าง ๆ ของประเทศที่พัฒนาแล้วหลายประเทศ รวมทั้งรูปแบบการเขียนคำวินิจฉัยของศาลปกครองของประเทศฝรั่งเศส **ผมได้กำหนด "**รูปแบบคำวินิจฉัยของคดีปกครอง" โดยให้มี**หัวข้อ**ตามสาระที่เป็นข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย และในแต่ละหัวข้อต้องมี**ข้อความ**ที่ชัดเจน อ่านได้ง่าย ที่คนทั่วไปสามารถอ่านมองเห็นประเด็นต่าง ๆ ในคดี และมองเห็น "การให้เหตุให้ผล" ของการวินิจฉัยในประเด็นต่าง ๆ ได้ ไปจนถึงการสรุปที่เป็น "ข้อยุติ" ในการชี้ขาดคดีปกครอง **และผมกำหนดให้** คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ (ซึ่งมีหลายองค์คณะ) ทุกองค์คณะรวมทั้ง การวินิจฉัยคดีของ "พนักงานผู้รับผิดชอบสำนวน" จะต้องเขียนคำวินิจฉัยใน "รูปแบบ" ที่กำหนดไว้ให้เหมือน ๆ กัน

ในระยะที่สองนี้ ท่านชาญชัยฯ ได้มาดำรงตำแหน่งเป็น "พนักงานผู้รับผิดชอบสำนวน" ได้ช่วยผมในการพัฒนา "วิธีพิจารณาคดีปกครอง" และพัฒนา "รูปแบบการเขียนคำวินิจฉัยคดีปกครอง" อย่างดียิ่ง ผมจำได้ว่า **ท่านชาญชัยฯ** ได้ทำ "คำวินิจฉัยเบื้องต้น" ในฐานะที่เป็นพนักงานผู้รับผิดชอบสำนวน ในคดีปกครองที่สำคัญ ๆ เป็นจำนวนมาก และการเขียน "คำวินิจฉัยเบื้องต้น" (โดยใช้รูปแบบใหม่ตามที่กำหนดไว้) ของ**ท่านชาญชัยฯ ได้เป็น "แบบอย่าง"** ของการเขียนคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ขององค์คณะต่าง ๆ จนกระทั่งผมได้พ้นจากตำแหน่งเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาในปลายปี พ.ศ. ๒๕๓๓

ต่อมา ในปี **พ.ศ. ๒๕๔๒** เมื่อมีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๔๐ ซึ่งเป็นเวลา**หลังจากที่ผมเกษียณอายุมาแล้ว เกือบ ๑๐ ปี** ก็ได้โอนเจ้าหน้าที่ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาในส่วนที่เกี่ยวกับการวินิจฉัยร้องทุกข์ ไปยังสำนักงานศาลปกครอง และเอาระบบการวินิจฉัยคดีปกครองไปใช้กับ "วิธีพิจารณาคดีปกครอง" และ**หน้าที่**ของ "พนักงานผู้รับผิดชอบสำนวน" ใน**การบันทึกความเห็นโดยเอกเทศ**เสนอต่อ "คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ก็คือ **หน้าที่**ของ "ตุลาการผู้แถลงคดี" ในกระบวนการวินิจฉัยคดีปกครองในปัจจุบัน **นั่นเอง**

บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๔๐ มาตรา ๒๗๖ (ของส่วนที่ ๔ "ศาลปกครอง" มาตรา ๒๗๖ – ๒๗๐) ได้บัญญัติเกี่ยวกับศาลปกครอง ไว้ว่า

"มาตรา ๒๗๖ ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นข้อพิพาทระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือในกำกับดูแลของรัฐบาลกับเอกชน หรือระหว่างหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในบังคับบัญชา หรือในกำกับดูแลของรัฐบาลด้วยกัน ซึ่งเป็นข้อพิพาทอันเนื่องมาจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น ต้องปฏิบัติตามกฎหมาย หรือเนื่องจากการกระทำหรือการละเว้นการกระทำที่หน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นต้องรับผิดชอบในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ

ให้มีศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองชั้นต้น และจะมีศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ด้วยก็ได้"

และนอกจาก "**ศาลปกครอง**" ที่ได้มีการจัดตั้งหลังจาก รัฐธรรมนูญ **พ.ศ. ๒๕๑๗** ได้บัญญัติไว้แล้ว **ต่อมา**ก็ได้มีการจัดตั้ง "ศาลแรงงาน" และ "ศาลภาษีอากร" ขึ้นเป็น**ศาลสาขา**ในศาลยุติธรรมตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๑๗ ด้วย โดย **ศาลแรงงาน**ได้จัดตั้งขึ้น **เมื่อ พ.ศ. ๒๕๒๒** โดย **พระราชบัญญัติ**จัดตั้งศาลแรงงานและวิธีพิจารณาคดีแรงงาน พ.ศ. ๒๕๒๒ (หลังรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๑๗ **๕ ปี)** และ**ศาลภาษีอากร** ได้จัดตั้งขึ้น **เมื่อ พ.ศ. ๒๕๒๘** โดย **พระราชบัญญัติ**จัดตั้งศาลภาษีอากรและวิธีพิจารณาคดีภาษีอากร พ.ศ. ๒๕๒๘ (หลังรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๑๗ **๑๑ ปี) ซึ่งเป็นเวลา หลังจาก**การเปลี่ยนแปลงการปกครอง และ**การจัดตั้งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์** (เดิมชื่อ "มหาวิทยาลัยวิชาธรรมศาสตร์และการเมือง") ซึ่งก่อตั้งเมื่อปี พ.ศ. ๒๔๗๗ เป็นเวลาอย่างน้อย ๔๐ ปี

สิ่งสำคัญที่สุด ที่ **ท่านชาญชัยฯ** ได้ทำไว้ในระยะที่ผมเป็นเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา **ที่ผมไม่สามารถลืมได้** ก็คือ ผมได้ขอให้ท่าน**ชาญชัยฯ ซึ่งในขณะนั้นดำรงตำแหน่ง** "ผู้อำนวยการกองวิเคราะห์กฎหมายและการร้องทุกข์" ไปทำ**เอกสารทางวิชาการ**เกี่ยวกับ**ประวัติ**การปฏิรูปกฎหมายไทยตั้งแต่สมัยรัชกาลที่ ๕ (พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว) โดย**เริ่มจาก**พระองค์ท่านได้ทรงตั้ง**สภาที่ปรึกษาราชการแผ่นดิน** (พระราชบัญญัติเคาน์ซิลออฟสเตต คือที่ปฤกษาราชการแผ่นดิน) ขึ้นเมื่อวันที่ ๑๔ มิถุนายน พ.ศ. ๒๔๑๗

เอกสารวิชาการนี้ มี ๒ ฉบับ โดยเอกสารฉบับแรกนั้น ใช้ชื่อว่า "**พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว : พระบิดาแห่งกฎหมายมหาชน**" เป็นเอกสารที่**ท่านชาญชัยฯ**เขียน และเอกสารฉบับที่สอง เป็นเอกสารที่**ท่านชาญชัยฯ** จัดทำร่วมกัน**กับนิติกร ที่เป็นนักวิชาการ**

ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา อีก ๓ คน (คุณวีรวัฒน์ จันทโชติ คุณเสริมดรุณี กระสินธุ์ และคุณพิมพ์ใจ รุ่งเรือง) เอกสารฉบับที่สองนี้ ชื่อว่า **"อิทธิพลของฝรั่งเศสในการปฏิรูปกฎหมายไทย"** โดยเอกสารทั้งสองฉบับ **มีข้อเท็จจริงที่แสดงให้เห็นว่า** พระองค์ท่านทรงมี**ความเห็นแตกต่าง**กับกรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ในการเลือกรูปแบบของ**การปฏิรูปกฎหมาย**ของประเทศไทย โดยพระองค์ท่านทรงเห็นว่าระบบกฎหมายไทยควรใช้แบบอย่าง**ระบบประมวลกฎหมาย**ของประเทศซีวิลลอว์ในประเทศภาคพื้นยุโรป แต่กรมหลวงราชบุรีดิเรกฤทธิ์ทรงเห็นควรใช้ระบบคอมมอนลอว์

เอกสารฉบับแรก (ประมาณ ๙ หน้า) ได้ใช้เป็นเอกสารประกอบ**การอภิปราย** เรื่อง พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัวกับการพัฒนานักกฎหมายมหาชนในประเทศไทย **จัดโดย** สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ร่วมกับ สมาคมกฎหมายมหาชนแห่งประเทศไทย เมื่อเดือนตุลาคม พ.ศ. ๒๕๓๗ ส่วน**เอกสารฉบับที่สอง** ผมได้ใช้เป็นเอกสารประกอบการบรรยายของผม ในการสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง "๓๐๐ ปีความสัมพันธ์ไทย – ฝรั่งเศส" **จัดโดย** ภาควิชาประวัติศาสตร์ คณะมนุษยศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง เมื่อประมาณปี พ.ศ. ๒๕๒๗ เอกสารฉบับที่สองนี้ แบ่งออกเป็น ๕ บท (มีความยาวประมาณ ๑๐๐ หน้าเศษ) **ซึ่งผมเชื่อว่า** เอกสารนี้เป็นเอกสารที่เล่าเรื่องการปฏิรูปกฎหมายไทย**ที่สมบูรณ์ที่สุด** และในขณะนี้ ผมยังรู้สึกเสียดายที่ไม่มีการพิมพ์เอกสารนี้ไว้สำหรับให้นักศึกษากฎหมายในคณะนิติศาสตร์ได้ศึกษา

อันที่จริง นอกเหนือจากการทำงานของท่านชาญชัยฯ ใน "ด้านศาลปกครอง" แล้ว ท่านชาญชัยฯ ซึ่งรับราชการอยู่ในสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา จนถึงตำแหน่ง "รองเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา" ในปี พ.ศ. ๒๕๔๑ และได้โอนไปดำรงตำแหน่งเป็น "เลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง" ในปี พ.ศ. ๒๕๔๒ **ท่านชาญชัยฯ** ได้มีส่วนใน**การพัฒนากฎหมายมหาชน** ทั้งในขณะที่ผมดำรงตำแหน่งเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาและเมื่อพ้นจากตำแหน่งเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาไปแล้ว **เป็นอันมาก ดังเช่น** ได้รับมอบหมายให้รับผิดชอบในการร่างกฎหมายที่สำคัญ ๆ หลายฉบับ เป็นต้นว่า กฎหมายว่าด้วยการก่อสร้างอาคาร ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ฯลฯ โดยท่านชาญชัยฯ ได้ศึกษากฎหมายเปรียบเทียบและทำบันทึกกฎหมายให้ข้อคิดเห็นแก่กรรมการร่างกฎหมายและคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ฯลฯ ในหลายประเด็นที่สำคัญ ๆ **และเมื่อได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา (พระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๓๔) ที่มีการจัดตั้ง "คณะกรรมการพัฒนากฎหมาย" ขึ้น** ท่านชาญชัยฯ ก็ได้มาเป็นเลขานุการของคณะกรรมการพัฒนากฎหมายเป็น**คนแรก** และนอกจากนั้น **ท่านชาญชัยฯ** ยังได้ทำหน้าที่ใน**การประสานความร่วมมือทางวิชาการ**ระหว่างสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกากับสถาบันกฎหมายของต่างประเทศในการแลกเปลี่ยนองค์ความรู้และประสบการณ์ในการจัดตั้งกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง **ในหลาย ๆ โอกาส** อีกด้วย

[หมายเหตุ ถ้าท่านอยากทราบ **การดำเนินการ**ตาม "วิธีการพัฒนานักกฎหมายและนิติกรในสำนักคณะกรรมการกฤษฎีกา" (เพื่อเตรียมการจัดตั้งศาลปกครอง) **ตาม "กลไก – mechanism " ที่วางไว้** ใน พ.ร.บ. คณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. ๒๕๒๒ ในระหว่างที่ผมเป็นเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาในปี พ.ศ. ๒๕๒๓ จนถึง พ.ศ. ๒๕๓๓ **โปรดอ่านได้จาก**คำสัมภาษณ์ของผมต่อเจ้าหน้าที่ของศาลปกครอง **นานมาแล้ว** ใน "วารสารวิชาการของศาลปกครอง ปีที่ ๙ ฉบับที่ ๓ (กันยายน – ธันวาคม พ.ศ. ๒๕๕๒]

เมื่อผมได้อ่านประวัติการทำงาน ของท่านชาญชัย แสวงศักดิ์ ในขณะที่ท่าน**ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ในศาลปกครอง** จนกระทั่งได้ดำรงตำแหน่ง เป็น “ประธานศาลปกครองสูงสุด” ในปีสุดท้ายก่อนที่ท่านจะเกษียณอายุ **(***จาก “ร้อยเรื่องราว... ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ จากเลขาธิการสำนักงานศาลปกครองสู่ประธานศาลปกครองสูงสุด” ที่จัดทำเป็น E – book โดยสำนักหอสมุดกฎหมายมหาชน***)* **ผมต้องขอชื่นชมและแสดงความยินดีกับท่านชาญชัยฯ ที่ท่านได้พัฒนา“ศาลปกครอง” ไปได้อย่างมากมาย** และ**ผมมีความเสียดายที่ท่านชาญชัย แสวงศักดิ์** ได้ดำรงตำแหน่งเป็น “ประธานศาลปกครองสูงสุด” **ในระยะเวลาอันสั้น (๑ ปี)** มิฉะนั้น ผมเชื่อว่า ศาลปกครองของประเทศไทย คงจะพัฒนาไปไกลได้มากกว่านี้

ผมติดตามการทำงานของ “ศาลปกครอง” โดยเฉพาะอย่างยิ่งคำพิพากษาของศาลปกครองอยู่เสมอ เพราะ “คำพิพากษาของศาลปกครอง” เป็นเอกสารที่บ่งบอกถึง “วิธีคิดทางนิติปรัชญา ของ **ตุลาการที่เป็นผู้วินิจฉัยคดี”** ผมเห็นว่า **คำพิพากษาของศาลปกครอง**เป็นเครื่องมือของรัฐในการกำหนด “หลักกฎหมายทั่วไป – general principle of law” **สำหรับยึดถือเป็นหลักในการบริหารงานของรัฐ หลักกฎหมายทั่วไป** มีจุดมุ่งหมายเพื่อ**อุดช่องว่าง**ของกฎหมาย ที่มีอยู่ใน**กฎหมายลายลักษณ์อักษร** ที่สภานิติบัญญัติได้ตราขึ้น (และกฎหมายลายลักษณ์อักษรย่อมต้องมีช่องว่างอยู่เสมอ เพราะคนเรามีพฤติกรรมหลากหลาย จนไม่สามารถเขียนกฎหมายลายลักษณ์อักษรให้ครอบคลุมครบถ้วนได้ล่วงหน้า) **คำพิพากษาของศาลปกครอง** จึงมิใช่เป็นเพียงแต่ ตัดสินคดีให้เสร็จสิ้นไปในแต่ละคดี แต่คำพิพากษาศาลปกครองต้องมีเหตุมีผลทางตรรก เพียงพอที่จะให้ยึดถือเป็น “**หลักกฎหมาย (ทั่วไป)**” ได้ โดย**หลักกฎหมาย (ทั่วไป)** จะต้องเป็นหลักกฎหมายที่จะ**ประสานประโยชน์**ระหว่าง “ประโยชน์ส่วนรวม” กับ “ประโยชน์ของเอกชน” (ที่โดยพฤติกรรมตามธรรมชาติของคนเราตามสังคมวิทยา เอกชนแต่ละคนย่อมต่างก็หาแสวงประโยชน์ส่วนตัว จาก “ช่องว่าง” ของกฎหมายลายลักษณ์อักษร เท่าที่จะหาได้)

เมื่อผมอ่านคำวินิจฉัยของศาลปกครอง (ไม่ว่าจะเป็นคำวินิจฉัยของศาลปกครอง**ชั้นต้น** หรือคำวินิจฉัยของศาลปกครอง**สูงสุด** ผมจะดู “ชื่อ” ของ**ตุลาการที่เป็นผู้วินิจฉัยคดี**ด้วยทุกครั้ง เพราะคำพิพากษาของศาล จะแสดงให้เห็นถึง “คุณภาพ” และ “ความเป็นกลาง” ของตุลาการที่ทำคำวินิจฉัย (โปรดสังเกตว่า “หนังสือพิมพ์รายวันของประเทศที่พัฒนาแล้ว” ทุกครั้งที่หนังสือพิมพ์ของเขามีการอ้างถึง “คำพิพากษา” ของศาล เขาจะระบุ**ชื่อของผู้พิพากษา**ที่ทำคำพิพากษานั้นไว้**ด้วยเสมอ) และคำวินิจฉัยของศาลปกครองโดยรวม ก็จะแสดงให้เห็นถึง “วิธีคิดทางนิติปรัชญา” ของ**นักกฎหมายมหาชนของไทย และ**ด้วยเหตุนี้** ไม่ว่า ท่านชาญชัย แสวงศักดิ์ จะได้พัฒนาศาลปกครองไปแล้วมากมายเพียงใด **ผมก็ยังคิดว่า ผู้ที่ต้องรับผิดชอบในการทำงานของศาลปกครอง คงยังมี “อะไร ๆ” ที่จะต้องทำอีกมาก**

และ**ในประการสุดท้าย ผมก็ขอถือโอกาสนี้ฝาก “ข้อคิด” ให้ท่านผู้อ่านไว้ด้วยว่า** ความหมายของคำว่า **“กฎหมายปกครอง” คือ อะไร** (?) **มิได้มีความหมายเพียงแต่**เรื่องการจัดตั้ง “ศาลปกครอง” ที่มีคุณภาพ โดยมี “ผู้พิพากษา” ที่มีคุณสมบัติและมีความเชี่ยวชาญในคดีปกครอง และมี “วิธีพิจารณาคดีปกครอง” ที่เหมาะสมกับลักษณะของคดี **เท่านั้น** แต่ “กฎหมายปกครอง” ยังมีความหมาย มากกว่านั้น

“**กฎหมายปกครอง**” ยังหมายถึง **กฎหมายในส่วนที่เป็นสารบัญญัติด้วย** ส่วนที่เป็นสารบัญญัติของกฎหมายปกครอง **ได้แก่ ตัว**บทกฎหมายที่**กำหนด “การจัดองค์กร - organization” ในการบริหาร**

งานของรัฐ รวมทั้งการ**กำหนด** “ขอบเขตอำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่” และหลักเกณฑ์และเงื่อนไขในการใช้อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ ฯลฯ ด้วย **กฎหมายปกครอง เป็นเครื่องมือของรัฐ ในการกำหนดกลไก - mechanism ในการบริหารงานของรัฐ** การที่ประเทศไทยมีปัญหาการทุจริตคอร์รัปชั่น มีปัญหาในการใช้อำนาจหน้าที่โดยมิชอบของตำรวจ และมีปัญหาการทุจริต ในการจัดซื้อจัดจ้าง ฯลฯ ก็เพราะ**การออกแบบ – design** คือ การกำหนดกลไก (mechanism) ในการเขียนกฎหมายปกครองของเราในเรื่องเหล่านี้ **ไม่ดี**

กฎหมายปกครอง เป็นสาขากฎหมายสาขาหนึ่งของ **“กฎหมายมหาชน” โดย** กฎหมายมหาชนมีสาขากฎหมายสำคัญอยู่ ๒ สาขา **คือ กฎหมายรัฐธรรมนูญ และกฎหมายปกครอง** และในกฎหมายมหาชนทั้งสองสาขา แต่ละสาขาจะแบ่งเป็น ๒ ส่วน (ส่วน**สารบัญญัติ** และส่วน**วิธีสบัญญัติ**)

ในกฎหมายรัฐธรรมนูญ ส่วนสารบัญญัติ ได้แก่ **การกำหนดกลไก (mechanism)** ของระบบสถาบันการเมืองในการบริหารประเทศ **โดย** “กลไก” ของระบบสถาบันการเมืองตามรัฐธรรมนูญ**ในระบอบประชาธิปไตยในโลกนี้** มีอยู่หลากหลาย **ปัญหาของเราอยู่ที่ว่า นักกฎหมายมหาชนของเรา**มีคุณภาพดีพอ ที่จะ “**ออกแบบ – design**” วางระบบสถาบันการเมือง **ให้เหมาะสมกับ**สภาพความเป็นอยู่และการดำเนินชีวิตของสังคมไทย **เพื่อให้สถาบันการเมืองจะได้ทำงานไปเพื่อ “ประโยชน์ส่วนรวมของประชาชน” ได้หรือไม่** (การกำหนด “ระบบสถาบันการเมือง”ตามรัฐธรรมนูญ คงไม่ใช่เรื่องที่ปล่อยให้นักการเมืองหรือคณะใดคณะหนึ่งหรือคนใดคนหนึ่ง **เลือกกำหนด** “ระบบสถาบันการเมือง” เพื่อให้ตนเองได้มีอำนาจ**โดยอ้าง “ความเป็นประชาธิปไตย”)** ในส่วนวิธีสบัญญัติของกฎหมายรัฐธรรมนูญ ได้แก่ “**ศาลรัฐธรรมนูญ**” [หมายเหตุ **เป็นที่สังเกตว่า** แม้แต่**คำว่า** “**ศาล**รัฐธรรมนูญ” เอง **ก็เพิ่งมีการใช้ในรัฐธรรมนูญในฐานะเป็น “ศาล”** ในบทบัญญัติ รัฐธรรมนูญ ปี **พ.ศ. ๒๕๔๐** นี้เอง โดยในรัฐธรรมนูญ ก่อนหน้านี้ ประเทศไทยไม่สามารถใช้คำว่า “**ศาล**” เรียกชื่อ “องค์กร**ทางวิธีสบัญญัติ** ของกฎหมายรัฐธรรมนูญได้ เนื่องจากนักกฎหมายบางกลุ่มของเราคัดค้านโดยอ้างว่า จะขัดกับ “หลักการแบ่งแยกอำนาจอธิปไตยออกเป็น ๓ อำนาจ (อำนาจนิติบัญญัติ / อำนาจบริหาร / อำนาจตุลาการ - ซึ่งเป็นอำนาจของ “ศาลยุติธรรม”เท่านั้น)” ของ **Montesquieu ดังจะเห็นได้จาก** บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ **พ.ศ. ๒๕๓๔** ที่ยังคงต้องเรียกชื่อ “องค์กร**ทางวิธีสบัญญัติ** ของกฎหมายรัฐธรรมนูญ” (ในหมวด ๑๐) ว่า “(คณะ)**ตุลาการรัฐธรรมนูญ**” โดยห้ามมิให้ใช้คำว่า “ศาล”]

และกฎหมาย**สาขากฎหมายปกครอง ก็เช่นเดียวกัน** มีทั้งส่วน**สารบัญญัติ**และส่วน**วิธีสบัญญัติ** ในส่วนสารบัญญัติของกฎหมายปกครอง ได้แก่ การกำหนดกลไก (mechanism) ของหน่วยงานและขอบเขตการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ในราชการส่วนกลางและรัฐวิสาหกิจ และขอบเขตอำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ฯลฯ (ที่ไม่ใช่สถาบันการเมือง) และในส่วนที่เป็นวิธีสบัญญัติของกฎหมายปกครอง ก็ได้แก่ “**ศาลปกครอง**”

ผมมีความเห็นว่า **เป็นที่น่าเสียดาย** ที่นักกฎหมายไทยเอาใจใส่ใน “กฎหมายมหาชน” ทั้ง ๒ สาขานี้**น้อยเกินไป** ซึ่งทำให้ประเทศไทยต้องวนเวียน**ตกอยู่ใน vicious circle** ซ้ำแล้วซ้ำเล่า รอบที่ ๕ - ๖ ไม่มีที่สิ้นสุด (ดังที่เห็นกันอยู่ทุกวันนี้)

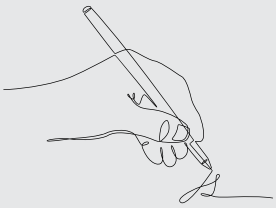
และ ผมมีความเห็นว่า การแปลตำรากฎหมาย (ที่มีวิวัฒนาการมานับร้อยปี) ของประเทศที่พัฒนา

แล้ว **ให้นักศึกษากฎหมายของเราได้อ่าน**ในการเรียนการสอนกฎหมายใน**คณะนิติศาสตร์**ของมหาวิทยาลัยของเรา (ดังเช่นประเทศเพื่อนบ้านของเราในภูมิภาคนี้) **เป็นความจำเป็นในลำดับแรกของประเทศไทย** เพราะการแปลตำรากฎหมายของประเทศที่พัฒนาแล้ว **จะทำให้**นักศึกษากฎหมายของเราได้รับรู้และปรับ **"วิธีคิด(ทางกฎหมาย)"** ให้มีตรรก และสามารถ**เรียนรู้ประสบการณ์และวิวัฒนาการของการออกแบบ – design การเขียนกฎหมายมหาชนในส่วนที่เป็นสารบัญญัติ** ของประเทศที่พัฒนาแล้วได้เป็นอย่างดี **ปัญหาที่เกิดขึ้นในประเทศไทยในปัจจุบันนี้** ต่างก็เคยเกิดขึ้นในประเทศที่พัฒนาแล้วเป็นเวลานับร้อยปีมาแล้ว ทั้งสิ้น และเขา (นักกฎหมายมหาชนของประเทศที่พัฒนาแล้ว) ได้**ออกแบบ - design การเขียนกฎหมาย** แก้ไขปัญหาเหล่านี้เสร็จสิ้นไปนานมาแล้ว

ผมคิดว่า **ถ้าประเทศไทยยังไม่มี** โครงการแปลตำราของประเทศที่พัฒนาแล้ว ฯลฯ เราก็คงไม่สามารถยกระดับ "คุณภาพ"ของนักกฎหมายของเราได้ และ**เราก็คงมีแต่ "นิติกร" ประเภท**ที่เราเห็น ๆ กันอยู่นี้ตลอดไป และ**ประเทศไทย คงไม่สามารถ "ปฏิรูปประเทศ" ตามที่เคยอ้าง ๆ กันอยู่** (ถ้าหากยังจะพอจำกันได้ ไม่ลืมไปเสียก่อน) **เมื่อเดือนพฤษภาคม พ.ศ. ๒๕๕๗ ในขณะที่มีการปฏิวัติโดย คสช. (คณะรักษาความสงบแห่งชาติ) ได้** เพราะ "กฎหมาย(มหาชน)" เป็น**เครื่องมือ**ของการปฏิรูประเทศ

การปฏิรูปประเทศ ไม่สามารถทำได้ด้วยการที่นักกฎหมายเขียนกฎหมาย(ลายลักษณ์อักษร)ให้มี "แผนการปฏิรูปฯ" โดยที่นักกฎหมายของประเทศเอง ยังไม่มี**"คุณภาพ"**พอที่จะทำการแก้ไขบทกฎหมายต่าง ๆ เพื่อการปฏิรูปฯ ได้

ดังนั้น **ผู้ที่ตั้งใจจะเข้ามา "ปฏิรูปประเทศ" จึงต้องมีความเข้าใจ**ใน "กลไก - mechanism" การบริหารงานของรัฐ (**ทั้ง ๓ ระดับ** ระบบสถาบันการเมือง / ราชการส่วนกลาง / การบริหารท้องถิ่น) และ**เสียสละ** การปฏิรูปประเทศไม่สามารถทำได้ด้วย**การเข้ามาเพื่อใช้อำนาจในทางบริหาร** ที่แต่ละคนต่าง (อาจ) แสวงหาประโยชน์ได้



สร้างบ้าน แปงเมือง

ศาสตราจารย์พิเศษ กาญจนารัตน์ ลีวิโรจน์
สมาชิกวุฒิสภา
อดีตกรรมการกฤษฎีกา
อดีตสมาชิกสภานิติบัญญัติแห่งชาติ
อดีตข้าราชการฝ่ายศาลปกครอง
อดีตข้าราชการสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

ความหลังที่ย้อนคืนมานั้น ทำให้เกิดนึกขึ้นมาอีกว่า การที่คนเราจะเริ่มทำอะไรใหม่ ๆ เป็นครั้งแรก ใคร ๆ ก็รู้ดีว่ามันยาก การที่จะจัดตั้งองค์กรใหม่ขึ้นมาสัก ๑ องค์กร ใคร ๆ ก็รู้ว่ายิ่งยาก แต่การที่จะจัดตั้งองค์กรใหม่ขึ้นมาบนความขัดแย้งทางความคิด คนส่วนใหญ่ก็รู้ว่ายิ่งนับว่ายากอย่างมากมายมหาศาล บางท่านอาจจะนึกอยู่ในใจว่าไม่เห็นจะยิ่งใหญ่ ยากลำบาก เทียบได้กับการสร้างบ้านสร้างเมืองแบบสมัยโบราณสักหน่อย หรือบางท่านอาจนึกอยู่ในใจว่าเรื่องแบบนี้เราเข้าใจดี แต่พูดก็พูดเถอะ ถ้าท่านเหล่านั้นไม่ได้มาพบ ไม่ได้มาประสบด้วยตนเอง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ไม่ได้เข้ามาเป็นส่วนหนึ่งของเหตุการณ์ต่าง ๆ นั้นด้วยตัวเอง หรือพูดง่าย ๆ ก็คือ ถ้าไม่ได้มาเจอด้วยตัวเองแล้ว ความเข้าใจเช่นว่านั้น อาจจะยังไปไม่ลึกซึ้งหรือถึงแก่น หรือไม่สามารถเข้าใจถึงความรู้สึกของคนที่ต้องอยู่ในสถานการณ์เช่นนั้นที่สะท้อนความรู้สึกออกมาเป็นคำว่า “ซาบซึ้ง เหน็ดเหนื่อย และยากลำบากแสนสาหัส แต่ก็สนุกสนาน แถมยังได้เรียนรู้อะไรอีกมากมาย” อย่างแท้จริง เพราะความยากที่ว่านี้ อาจกล่าวไว้ ณ ที่นี้ได้เลยว่า ยากมากจนคิดไม่ออกเหมือนกันว่าจะยกเอาอะไรมาเปรียบเทียบให้เข้าใจหรือมองเห็นภาพนั้นได้เสมือนว่าตนเองได้อยู่ในเหตุการณ์ในช่วงเวลานั้นจริง ๆ

ความยากลำบากของการนำเอาสิ่งใหม่ ๆ หรือความคิดที่ใหม่สำหรับที่นี่ แต่เป็นเรื่องปกติหรือเก่าแก่ของที่อื่นมาช้านานแล้วนั้น มาสร้างให้เกิดความเข้าใจ และที่สำคัญคือให้เกิดการยอมรับสำหรับที่นี่ได้นั้น ถ้าเป็นเรื่องอื่นทั่วไป อาจไม่ยากเย็นแสนเข็ญเท่ากับการที่ต้องทำให้ “เกิดการรับรู้ เข้าใจ และยอมรับ” ในเรื่องของระบบกฎหมาย ซึ่งเป็นทั้งเรื่องที่ยากและเป็นการเปิดมิติใหม่ที่ต่างไปจากความคุ้นเคยและการยอมรับนับถือของคนในสังคมที่หยั่งรากลึกมาเป็นเวลาช้านานแล้ว

ไม่แน่ใจว่าเราควรจะรำลึกถึงเหตุการณ์เหล่านั้นในฐานะที่เป็นโชควาสนา หรือเป็นชะตากรรม หรือเป็นทั้ง ๒ อย่าง ประกอบกัน เพราะช่วงเวลาที่ผ่านมานั้น ทำให้เราได้เรียนรู้สิ่งใหม่ๆ มากมาย ได้ลงมือทำสิ่งที่ต้องเริ่มเรียนรู้ไปพร้อม ๆ กัน ได้มีโอกาสทำในสิ่งที่ไม่เคยมีโอกาสได้ทำมาก่อน และสิ่งที่ตัวเราเองก็ยังไม่แน่ใจว่าจะทำได้สำเร็จหรือไม่ เพียงใด และที่สำคัญ เหตุการณ์ที่ผ่านมานั้นทำให้ได้พบเพื่อนต่างวัย ทั้งที่อาวุโสกว่า ที่อยู่ในรุ่นราวคราวเดียวกัน และที่อ่อนเยาว์กว่า ซึ่งเพื่อนๆ เหล่านั้น ล้วนเป็นทั้งครู เป็นนักสู้ เป็นแบบอย่าง เป็นบทเรียน และเป็นเพื่อนร่วมชะตากรรม ทั้งสุขและทุกข์ เรื่อยมา

ที่เกริ่นมาอย่างยืดเยื้อ ยาวนาน ก็เพียงแค่ต้องการจะบอกเล่าให้ผู้อ่านได้สัมผัสว่า ความรู้สึกในวันนี้ที่มองย้อนกลับไปในวันนั้น มันเป็นความนิ่ง ความเข้าใจ ความภาคภูมิใจ การขอบคุณ และการให้อภัยกับทุกสิ่งที่ผ่านเข้ามาในช่วงเวลานั้น

หลายปีกับการเป็นส่วนหนึ่งของงานก่อร่างสร้างองค์กรที่รู้จักกันดีในปัจจุบันว่า “ศาลปกครอง” นั้น เป็นช่วงเวลาที่เหนื่อยที่สุด แต่ก็สนุกที่สุด ในชีวิตการทำงาน และเป็นช่วงเวลาที่ได้เรียนรู้และได้มีโอกาสทำงานใกล้ชิดกับ “ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์” ซึ่งเป็นผู้ที่มีความรู้ ความสามารถ มีความทุ่มเทในการทำงาน และมีความ “เป็นครู” อยู่ตลอดเวลา นับว่าเป็นช่วงเวลาแห่งความทรงจำ เป็นช่วงเวลาแห่งการเรียนรู้ และเป็นโอกาสในการพัฒนาตนเองที่ดียิ่ง

“คุณครู” ท่านนี้ ทั้งด้วยเหตุที่มีความรู้ความสามารถตรงกับงานที่สุด อันเป็นคุณสมบัติที่เหมาะสมสำหรับภารกิจนี้เป็นอย่างยิ่ง ซึ่งคงจะมีท่านผู้อื่นได้กล่าวถึงไว้มากแล้ว ไม่จำต้องนำมากล่าวซ้ำไว้ ณ ที่นี้อีก และด้วยเหตุที่มีความขยันขันแข็ง ไม่เคยเกี่ยงงาน ทำให้ทั้งงานที่ต้องสร้างขึ้นบนความยากและความขัดแย้ง รวมทั้งงานที่ต้องทำให้เกิดการรับรู้ เข้าใจ และยอมรับ ทั้งกับคนในประเทศและกับต่างประเทศ แม้จะต้องทุ่มเทและใช้ความอดทนอย่างมาก ก็สามารถผ่านพ้นจนมาสู่ความสำเร็จที่ได้เห็นกันอย่างที่เป็นอยู่ในปัจจุบันนี้

อันที่จริง ถ้าจะว่าไปแล้ว สำหรับเรื่องนี้การที่จะเรียกว่า “สำเร็จ” ได้นั้น น่าจะต้องประกอบด้วย ๒ อย่างด้วยกัน คือ สร้างหรือก่อตั้งสำเร็จ และทำให้เกิดการยอมรับนับถือได้สำเร็จ คุณครูดูจะเป็นผู้ที่นำพาให้พวกเราไปสู่เป้าหมายทั้ง ๒ อย่างนั้น ได้ใน ๒ สถานะ คือ สถานะของความเป็นผู้นำของหน่วยงานด้านบริหาร คือ เลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง และสถานะของความเป็นผู้นำองค์กร คือ ประธานศาลปกครองสูงสุด

ในสถานะเลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง คุณครูต้องนำพาพวกเรา “สร้างบ้าน” “สร้างคน” และ “สร้างผลงาน” อย่างไม่รู้จักหยุดหย่อน คุณครูต้อง “สร้างบ้าน” คือ หาที่อยู่ให้องค์กรและพวกเรา แม้จะต้องร่อนเร่กันไปบ้างกว่าจะได้มาอยู่ “บ้านหลังใหญ่” คือ อาคารศาลปกครองในปัจจุบัน และในเวลาต่อมาก็ได้สร้างอาคารเพิ่มเติมเพื่อพี่น้องประชาชนในภูมิภาคอีกด้วยก็ตาม แต่กว่าที่จะหาสถานที่ทำงานและกว่าจะสร้างอาคารที่ทำการสักแห่ง มันช่างยากเย็น แสนเข็ญ สุดจะบรรยาย ไหนจะต้องหาสถานที่ชั่วคราวเพื่อพอให้ทำงานได้ ไปก่อน ไหนจะต้องหาสถานที่ให้เหมาะสมกับการเป็นที่ทำการถาวร เพื่อให้มีพื้นที่ใช้สอยเพียงพอและเหมาะสมกับการเป็น “ศาล” และเพื่อประชาชนที่มาติดต่อราชการจะได้ไม่ต้องลำบากจนเกินไป ซึ่งก็ยากเย็นมากอยู่แล้ว ยังต้องมาเจอปัญหาที่สำคัญที่สุดก็คือจะขอรับการจัดสรรงบประมาณได้แค่ไหน จะเพียงพอและเหมาะสมกับสิ่งที่คาดหวังตั้งใจไว้หรือไม่ แต่พวกเราทุกภาคส่วนก็ร่วมมือกัน บนความเห็นที่สอดคล้องกันบ้าง แตกต่างกันบ้าง โดยมีคุณครูเป็นผู้แบกรับ เป็นผู้ที่คอยเตือนสติบางครั้งก็เป็นกรรมการ และท้ายที่สุดก็เป็นผู้ตัดสินใจ จนสามารถช่วยกันฟันฝ่าปัญหาและอุปสรรคต่าง ๆ มาได้จนเป็นอย่างที่เห็นกันอยู่

งานสร้างบ้านนั้นเป็นงานที่พวกเราไม่ค่อยคุ้นเคยนัก ไม่ถนัดเอาเสียเลย หรือจะพูดให้ตรงที่สุดคือไม่เคยทำมาก่อน เพราะงานที่ถนัดหรืองานที่ทำมาโดยตลอดคืองานวิชาการ แต่พอต้องมาลงมือจับงานนี้เสมือนว่าได้มาอยู่ในโลกใบใหม่ พลอยให้นึกถึงคำว่า ที่นี่วุ่นวายหนอ ที่นี่ยุ่งเหยิงหนอ แต่เมื่อต้องลงเรือลำเดียวกันมาแล้ว ก็ต้องช่วยกันแจว ช่วยกันพาย ไปให้ถึงฝั่งให้ได้ อะไรไม่รู้ ก็ต้องไปถาม ไปขอความช่วยเหลือ

อะไรที่พอรู้ ก็ต้องไปถาม ไปเรียนรู้เพิ่มเติม แบ่งหน้าที่กันไปทำตามที่ถนัดมาก ถนัดน้อย ก็ว่ากันไป คุณครูดูจะมองออกว่าควรใช้ใคร ทำอะไร จริง ๆ แล้วตัวเลือกก็มีไม่มากหรอก แต่ก็ต้องเลือก เพราะทุกคนไม่สามารถทำทุกอย่างได้ และมาถึงขั้นนี้แล้ว จะมัวมาเลือกว่าอยากทำนั่น ไม่อยากทำนี่ ก็คงเป็นไปได้ยาก สรุปแล้วก็ต้องแบ่ง ๆ กันไปทำ แต่ในระหว่างทำ ก็มาปรึกษาหารือ ตักเตือน ปรับทุกข์ หรือขอความช่วยเหลือ กันไปเป็นระยะ ๆ งานที่ว่ายากก็สามารถผ่านพ้นไปได้ด้วยดีเพราะความร่วมมือ ร่วมใจ เป็นน้ำหนึ่งใจเดียวกัน โดยมีคุณครูเป็นศูนย์รวมจิตใจและเป็นที่พึ่งของพวกเรา

งานยากลำดับต่อมา คือ “สร้างคน” หลายท่านคงเคยได้ฟังคุณครูพูดถึงอยู่เสมอ ๆ ว่า แต่แรกเริ่มเดิมที พวกเราที่มีชื่อรวมกันเพียง ๖๐ คน โดยหลายคนในนั้นยังอยู่ในระหว่างกำลังศึกษาต่ออยู่ในต่างประเทศเสียด้วยซ้ำ พูดง่าย ๆ ก็คือมีคนอยู่ทำงานกันจริงในระยะต้นไม่ถึง ๖๐ คน นั่นแหละ มีหน้าที่ต้องช่วยกันสร้างองค์กรขึ้นมาให้ได้ โดยที่ยังไม่รู้เลยว่าอนาคตข้างหน้า ทั้งขององค์กรและของตัวเองจะเป็นตายร้ายดีอย่างไร แต่เราก็ทำงานกันไป ให้กำลังใจกันไป และปลอบใจกันไป โดยมีคุณครูเป็นแบบอย่างให้มองไปข้างหน้า

การสร้างคนของเราทำโดยการหาคนมาเพิ่ม และเติมเต็มศักยภาพ การหาคนมาเพิ่มนั้นเราทำทุกวิถีทาง ทั้งเปิดรับสมัครใหม่และรับโอน เป็นงานที่หนักมาก ต้องจัดสอบกันมากมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งการสอบสัมภาษณ์ สอบกันจนเหนื่อยไปทั้งผู้เข้าสอบและกรรมการ พอได้เพื่อนร่วมงานมาเพิ่ม เราก็ต้องหันไปอีกงานนึง คือ ทำอย่างไรให้เพื่อนใหม่ของเราที่ต้องทำหน้าที่ทั่ว ๆ ไป ได้รู้จักและเข้าใจองค์กรและอำนาจหน้าที่ขององค์กรตัวเองอย่างแท้จริง อย่างน้อยก็ให้พอตอบคนอื่นได้ว่าที่นี่เค้าทำอะไร ทำอย่างไร และประชาชนจะได้อะไร ส่วนเพื่อน ๆ ที่ต้องทำหน้าที่ที่มีลักษณะพิเศษ เช่น งานด้านกฎหมาย ที่จะต้องจัดทำระเบียบและหลักเกณฑ์ต่าง ๆ มากมายสำหรับการบริหารงานในองค์กร และยังมีงานด้านการศึกษา ค้นคว้า วิเคราะห์ วิจัยเกี่ยวกับหลักกฎหมายต่าง ๆ งานด้านการเขียนและการจัดทำสำนวน และงานด้านระบบวิธีพิจารณาคดี อันนี้สิยากนักหนา แต่พวกเราก็ได้อาศัยคุณครูซึ่งมีความรู้ความสามารถทางนี้โดยตรงอยู่แล้วเป็นหลัก แล้วมาอาศัยศึกษาเรียนรู้ ทั้งจากหนังสือ ตำรา เอกสารวิชาการต่าง ๆ ที่คุณครูและบรรดาปรมาจารย์ทั้งหลายเป็นผู้เขียน และอาศัยการที่คุณครูได้ขอร้อง ทาบทาม และเชื้อเชิญ ให้บุคคลต่าง ๆ ทั้งภายในและภายนอกองค์กร ซึ่งล้วนเป็นผู้เชี่ยวชาญในด้านนั้น ๆ มาให้ความรู้ บรรยาย ฝึกอบรม และให้คำแนะนำ เพื่อเตรียมความพร้อมให้พวกเรามีศักยภาพพอ และพร้อมที่จะรับมือกับงานที่จะมาถึงในวันข้างหน้า

สิ่งสุดท้ายแต่เป็นหัวใจของความสำเร็จ คือ “สร้างผลงาน” งานนี้ในส่วนขององค์กรที่เป็นหน่วยธุรการอย่างสำนักงานศาล ดูจะมีไม่มากเท่าองค์กรที่มีภารกิจหลัก ทั้งด้านเนื้องานและปัจจัยแห่งความสำเร็จ แต่ถึงดูว่าไม่มากก็เถอะนะ แต่ทำไมเวลาลงมือทำจริง แทบไม่ได้หยุดเลยสักที ไม่ว่าวันธรรมดาหรือวันหยุดประจำสัปดาห์ก็ตาม ทำกันตลอดทุกวันไม่มีเว้น และส่วนใหญ่ก็มักจะล่วงเลยไปจนค่ำคืนดึกดื่นอยู่เป็นประจำ จนบางครั้งน้อง ๆ ต้องมาขอร้องว่า พี่ ๆ เสาร์-อาทิตย์นี้ ขอหยุดบ้างได้ไหมคะ ไม่มีเวลาซักรีดเสื้อผ้าเลย ฟังแล้วทั้งขำ ทั้งสงสาร แต่เราก็ต้องช่วย ๆ กันไป เพราะเราต้องร่วมกันทำเช่นนั้นเพื่อสร้างทั้งผลงานในการสร้างบ้านและสร้างคน รวมทั้งสร้างผลงานให้เป็นที่รับรู้ทั้งในประเทศและต่างประเทศ เพื่อให้ได้รู้ว่าประเทศไทยเรามีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นแล้ว และศาลปกครองของเราก็มีเป้าหมายที่ชัดเจน มีระบบการทำงานที่มีมาตรฐานเทียบได้ในระดับสากล ยิ่งงานด้านต่างประเทศด้วยแล้ว ต้องติดต่อ ประสานงาน พบปะ พูดคุยไปทั่ว เพื่อให้เกิดการรับรู้ เตรียมไว้เมื่อเวลาที่ศาลปกครองเปิดทำการ แต่เราก็ทำได้เพียงสร้างรากฐาน

ที่แข็งแรงมั่นคงไว้ เพื่อให้อาคารหรือผลงานที่แท้จริงที่จะสู่สาธารณชน ซึ่งคือผลงานขององค์กรศาล ที่จะมีขึ้นในวันข้างหน้านั้น ออกมาได้อย่างดีและสวยงาม ได้รับการยอมรับและชื่นชมอย่างแท้จริง

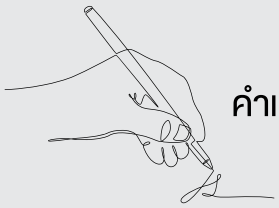
งานทั้งหมดที่เยอะแยะมากมายนี้ ใช่ว่าจะเป็นไปโดยราบรื่น เรียบร้อย ไปเสียทั้งหมด แต่ในระหว่างการทำงานล้วนเต็มไปด้วยปัญหา เริ่มด้วยที่มาที่แตกต่าง วัฒนธรรมที่หลากหลาย ความคิดและความเห็นที่มากมายและแตกต่างซึ่งต้องหาข้อสรุปที่เหมาะสมที่สุดให้ได้ อยู่ตลอดเวลา แต่งานทั้งหมดก็สามารถเดินหน้าไปได้ด้วยดี เพราะมีคุณครูเป็นผู้ให้แนวทาง คอยรับฟัง ให้คำอธิบาย ให้เหตุผล ไกล่เกลี่ย ตักเตือน และบางครั้งก็ปลอบใจ เพื่อให้งานเดินหน้าต่อไปได้ คิดย้อนไปแล้วทำให้คิดสงสัยว่าทำได้ไงนะ ถ้าเป็นเรา คงได้ทุบโต๊ะจนเจ็บมือไปหลายครั้งแล้ว แถมยังไม่รู้เสียด้วยซ้ำว่าจะสำเร็จได้ขนาดนี้หรือไม่

ครั้นพอร่วมกันสร้างรากฐานได้เสร็จเรียบร้อย คุณครูก็ต้องก้าวต่อไปข้างหน้า เพื่อสร้างผลงานในส่วนที่เหลือ ซึ่งเป็นส่วนสำคัญที่สุดของภารกิจนี้ คุณครูได้ไปเป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุด จนในท้ายที่สุดก็ได้ก้าวขึ้นสู่ตำแหน่ง “ประธานศาลปกครองสูงสุด” เพื่อทำหน้าที่สร้างผลงานให้เป็นที่ยอมรับเชื่อมั่น และศรัทธาในศาลปกครองของไทย

ตำแหน่ง “ประธานศาลปกครองสูงสุด” นี้ เป็นตำแหน่งสูงสุดที่มีเกียรติยิ่ง และเป็นตำแหน่งแห่งความภาคภูมิใจของคนคนหนึ่งที่มีโอกาสได้ใช้ความรู้ ความสามารถ ความอดทนและอดกลั้น ความทุ่มเทในการทำงานมาตลอดชีวิตราชการ คนที่เคยร่วมทำงานมาด้วย ต่างก็ยอมรับกันว่าคุณครูเป็นผู้ที่เหมาะสมยิ่งสำหรับตำแหน่งนี้ และคุณครูก็ได้พิสูจน์ให้เห็นโดยการใช้ช่วงเวลาที่อยู่ในตำแหน่ง แก้ปัญหา วางบรรทัดฐานการทำงาน และวางแนวปฏิบัติในหลายเรื่อง เพื่อเป็นหนทางในการสร้างความศรัทธาและเชื่อมั่นในศาลปกครอง

การ “สร้างผลงาน” แม้จะมีจุดเริ่มต้นมาเป็นเวลาช้านานแล้ว แต่การ “สร้างผลงาน” นั้น มิได้จบหรือสิ้นสุดลงเพียงเท่านี้ ยังคงเป็นภาระอันแสนหนักที่ผู้ที่มีหน้าที่หรือต้องรับผิดชอบ จะต้องร่วมกันสร้างสรรค์ผลงานเพื่อรักษาเกียรติภูมิของศาลปกครองให้เป็นที่เชื่อมั่นและศรัทธาต่อไป

ณ วันนี้ ในชีวิตของข้าราชการคนหนึ่ง ที่สามารถก้าวสู่ตำแหน่งสูงสุดขององค์กร ทั้งตำแหน่ง “เลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง” และ “ประธานศาลปกครองสูงสุด” ย่อมเป็นเครื่องหมายแห่งเกียรติยศและความภาคภูมิใจ ไม่แต่เฉพาะคุณครูผู้ได้รับตำแหน่งเท่านั้น แต่ยังเป็นความภาคภูมิใจและความทรงจำดี ๆ ที่ทุกคนมีอยู่ร่วมกันนับแต่ทำงานด้วยกันมาในอดีต และพวกเราก็มีความเชื่อมั่นและหวังใจว่า แม้จะต้องพ้นจากตำแหน่งหน้าที่ไปตามเวลาของกฎหมาย แต่คุณครูก็คงจะยังใช้ความรู้ ความสามารถ และประสบการณ์ที่มี ทำประโยชน์ให้กับสังคมไทยอยู่ต่อไป เพราะการ “สร้างบ้าน แปงเมือง” ในช่วงชีวิตของคนคนหนึ่งนั้นไม่มีวันสิ้นสุด และไม่ได้เริ่มต้นหรือจบลงตามตำแหน่งหน้าที่ทางราชการ แต่อยู่ที่ตัวของคนคนนั้นเองว่าจะมีสำนึกรับผิดชอบต่อบ้านเมืองมากน้อยเพียงใด พวกเราจึงต่างมั่นใจว่าคุณครูจะยังก้าวเดินไปข้างหน้าต่อไปอย่างไม่หยุดยั้ง เพราะที่ผ่านมาคุณครูได้แสดงให้พวกเราเห็นแล้วว่า **“ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์” เป็นคุณครูผู้มีแต่ให้ที่ไม่มีวันสิ้นสุด**



คำแสดงมุทิตาจิต อาจารย์ชาญชัย แสวงศักดิ์

ศาสตราจารย์ ดร.สุรพล นิติไกรพจน์
อดีตอธิการบดีมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
นายกสภามหาวิทยาลัยนวมินทราธิราช

ผมได้รับหนังสือจากสำนักงานศาลปกครองเมื่อเดือนกรกฎาคม ๒๕๖๕ ขอให้เขียนบทความทางวิชาการเพื่อลงพิมพ์ในหนังสือที่ระลึกในโอกาสที่ศาสตราจารย์ (พิเศษ) ชาญชัย แสวงศักดิ์ ประธานศาลปกครองสูงสุดจะครบอายุ ๗๐ ปี และเกษียณอายุราชการจากสำนักงานศาลปกครองในวันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๖๕ และผมได้ตอบรับคำขอด้วยความยินดียิ่งด้วยเหตุผลหลายประการดังที่จะได้กล่าวต่อไปข้างหน้า แต่ข้อที่จะไม่สามารถปฏิบัติตามคำขอนั้นได้ก็จะมีอยู่ประการหนึ่ง ก็คือผมมีความเห็นว่า ในฐานะที่ผมเป็นผู้สนิทสนมคุ้นเคย ได้วิสาสะและทำงานร่วมกับศาสตราจารย์ (พิเศษ) ชาญชัย แสวงศักดิ์ ซึ่งต่อไปนี้ผมจะเรียกด้วยความคุ้นเคยว่า “อาจารย์ชาญชัย” มาเป็นระยะเวลายาวนานถึงสี่สิบปีเต็ม ผมน่าจะเป็นคนหนึ่งที่อาจจะสามารถบันทึกเรื่องราวและข้อคิดเห็นเกี่ยวกับความเป็นตัวตน นิสัยใจคอ บุคลิกลักษณะและวิธีการทำงานของอาจารย์ชาญชัยได้ในอีกหลายแง่มุม ซึ่งก็น่าจะเป็นประโยชน์ในการบันทึกมุมมองต่ออาจารย์ชาญชัยในวาระสุดท้ายที่ท่านจะได้ปฏิบัติหน้าที่ราชการที่สำคัญนี้ไว้ในหนังสือที่ระลึกในวาระครบ ๗๐ ปี ของท่าน และหากจะบันทึกเช่นนั้นไว้ก็น่าจะดูมีคุณค่ามากยิ่งกว่าการเขียนบทความทางวิชาการเรื่องหนึ่งในหนังสือที่ว่านั้น ดังนั้น ผมจึงถือวิสาสะที่จะเลือกเขียนเรื่องความทรงจำของผมที่มีต่ออาจารย์ชาญชัย มากยิ่งกว่าที่ทางกองบรรณาธิการอยากจะให้เขียนเป็นบทความทางวิชาการ และหวังว่ากองบรรณาธิการหนังสือฉบับนี้ คงจะ (จำใจ) ยอมรับงานเขียนรำลึกถึงอาจารย์ชาญชัยชิ้นนี้ แทนบทความวิชาการที่จะได้รับจากผมด้วย

ผมรู้จักอาจารย์ชาญชัยมานานมาก น่าจะครบสี่สิบปีในปีนี้ และนั่นคือเหตุผลที่ผมไม่ได้เรียกท่านว่า ศาสตราจารย์ (พิเศษ) ชาญชัย แสวงศักดิ์ ตามชื่อตำแหน่งที่ท่านได้รับโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง หากแต่ผมเรียกท่านว่า “อาจารย์ชาญชัย” ตามที่ผมรู้จักและตามความสัมพันธ์ที่มีมาแต่ต้น เนื่องจากท่านเป็นอาจารย์ของผมจริง ๆ เพราะในปลายปี ๒๕๒๕ เมื่อผมเข้าศึกษาในระดับปริญญาโทในสาขากฎหมายมหาชน ที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ในวิชาเทอมที่สองของปีการศึกษา ๒๕๒๕ อาจารย์ชาญชัยในเวลานั้น ซึ่งเพิ่งจบการศึกษามาจากประเทศฝรั่งเศส เป็น Docteur en Droit มาหมาด ๆ และมาปฏิบัติราชการอยู่ที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ก็รับเชิญมาเป็นผู้บรรยายวิชากฎหมายปกครองชั้นสูงในหลักสูตรนี้ ผมและเพื่อนรุ่นราวคราวเดียวกันอีกหลายคน จึงได้รู้จักอาจารย์ชาญชัยในฐานะอาจารย์และเรียกท่านอย่างนั้นมาตั้งแต่ต้นจนถึงทุกวันนี้ ไม่ว่าท่านจะมีตำแหน่งทางวิชาการหรือตำแหน่งทางบริหารในฐานะใด ๆ ก็ตาม

อีกสองปีต่อมา เมื่อผมได้ทุนไปศึกษาต่อในต่างประเทศ ก็ห่างหายจากการวิสาสะกับอาจารย์ชาญชัยไปนานหลายปี จนกระทั่งเมื่อผมจบการศึกษาปริญญาเอกทางด้านกฎหมายมหาชน กลับมาสอนหนังสือที่ธรรมศาสตร์ในปี ๒๕๓๓ ผมก็ได้กลับมามีโอกาสได้พบปะและทำงานร่วมกับอาจารย์ชาญชัย ซึ่งเป็นผู้หนึ่ง

ซึ่งได้รับมอบหมายให้ดูแลเรื่องการจัดตั้งคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ขึ้นในสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เพื่อเตรียมการทำหน้าที่เป็นศาลปกครองตามระบบ Conseil d'Etat ของประเทศฝรั่งเศส ตามมติคณะรัฐมนตรีที่เกิดขึ้นในสมัยรัฐบาลพลเอกชาติชาย ชุณหะวัน

ผมซึ่งเป็นผู้หนึ่งที่ได้รับแต่งตั้งเป็นกรรมการกฤษฎีกาประเภทกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ ตั้งแต่ปี ๒๕๓๖ จึงได้มาเข้าร่วมประชุมกับคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์คณะหนึ่งในหลายคณะที่ตั้งขึ้นในเวลานั้น เพื่อทำหน้าที่ทำความเห็นเสนอนายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้าฝ่ายบริหาร เพื่อให้สั่งการในเรื่องที่มีการร้องเรียนว่าหน่วยงานของรัฐใช้อำนาจโดยไม่ชอบหรือไม่ถูกต้องตามกฎหมายด้วย อาจารย์ชาญชัยซึ่งในเวลาต่อมาได้รับแต่งตั้งให้เป็นรองเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ดูแลรับผิดชอบในงานวินิจฉัยร้องทุกข์ จึงเป็นบุคคลที่ผมได้สนทนาวิสาสะด้วยบ่อยครั้งในเวลาไปประชุมคณะกรรมการในระหว่างหลายปีที่ท่านได้ทำหน้าที่ดังกล่าวอยู่ โดยเฉพาะเมื่อสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ไปเช่าสถานที่ของ Exim Bank ซึ่งเพิ่งสร้างอาคารขึ้นใหม่แถว ๆ ต้นถนนพหลโยธิน เป็นสถานที่ปฏิบัติงานในเรื่องที่เกี่ยวกับงานวินิจฉัยร้องทุกข์ ห้องทำงานของอาจารย์ชาญชัย ที่อาคาร Exim Bank จึงเป็นที่ที่ผมแวะเวียนไปดื่มกาแฟและพบปะพูดคุยเรื่องราวทางกฎหมายและการเมืองการปกครองอยู่เป็นประจำ ทั้งก่อนและหลังเวลาประชุมคณะกรรมการเป็นเวลาถึงสามสี่ปีต่อเนื่องกัน

นอกจากนั้น เมื่อผมและคณาจารย์ในสาขาทางกฎหมายมหาชนของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์จำนวนหนึ่ง คิดการใหญ่ จะจัดตั้งโครงการอบรมหลักสูตรประกาศนียบัตรกฎหมายมหาชนเพื่อฝึกอบรมและให้ความรู้แก่บุคลากรภาครัฐตามแนวทางของกฎหมายมหาชนสมัยใหม่ ตามสิ่งที่พวกเราเชื่อว่าจะต้องเกิดขึ้นในประเทศไทยแน่ ๆ ในช่วงปี ๒๕๓๗ - ๒๕๓๘ ผมก็ได้อาจารย์ชาญชัยเป็นกำลังหลักจากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกามาช่วยสนับสนุน มาช่วยเป็นผู้บรรยาย และนำสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเข้ามาร่วมเป็นเจ้าภาพในโครงการนี้มาตั้งแต่ต้น ยิ่งไปกว่านั้น อาจารย์ชาญชัยยังได้ช่วยสนับสนุนรับโอนย้ายผู้ปฏิบัติงานภาครัฐจำนวนไม่น้อยที่ผ่านการอบรมในหลักสูตรนี้เข้าไปเป็นนิติกรและผู้ปฏิบัติงานในสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เพื่อช่วยกันสร้างความเข้มแข็งและสร้างชุมชนของนักกฎหมายมหาชนให้กว้างขวางมากขึ้นด้วย ปัจจุบันโครงการอบรมหลักสูตรประกาศนียบัตรกฎหมายมหาชนที่ดำเนินการต่อเนื่องกันมาถึง ๒๗ ปีแล้ว ก็ยังคงดำเนินการอยู่ และผลิตบุคลากรที่ผ่านการศึกษาอบรมให้มีความรู้ความเข้าใจในหลักเกณฑ์และวิธีคิดทางกฎหมายมหาชนให้แก่ประเทศชาติไปแล้วมากกว่าห้าสิบรุ่น

เรื่องสำคัญอีกเรื่องหนึ่งในระหว่างช่วงเวลาที่ยาวนานที่ผมได้มีโอกาสทำงานกับอาจารย์ชาญชัย ก็คือในช่วงระหว่างปี ๒๕๓๙-๒๕๔๑ ที่พวกเราซึ่งประกอบด้วยนักกฎหมายมหาชนอีกหลาย ๆ คนทั้งที่อยู่ในมหาวิทยาลัย และที่เป็นผู้ปฏิบัติหน้าที่อยู่ในหน่วยงานต่าง ๆ ของรัฐได้พยายามผลักดันและเสนอแนวคิดเรื่องการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในระบบศาลคู่ในประเทศไทย ซึ่งจะต้องอาศัยการทำความเข้าใจกับสังคม กับวงการกฎหมายและนักกฎหมายตลอดทั้งผู้ที่ปฏิบัติหน้าที่เกี่ยวข้องกับภาครัฐในวงกว้าง และต้องมีการรณรงค์ต่อทั้งวงการนิติศาสตร์และต่อบุคคลทั่วไปในรูปแบบบทความทางวิชาการ การอภิปรายแสดงความคิดเห็น การทำความเข้าใจกับผู้ที่เห็นแตกต่าง ไปจนถึงการเตรียมการผลักดันให้มีกระบวนการดำเนินการในทางกฎหมายต่าง ๆ ซึ่งก็ได้ใช้ห้องทำงานของอาจารย์ชาญชัยที่ Exim Bank และต่อมาก็ย้ายมาที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ท่าพระอาทิตย์ เป็นที่พบปะพูดคุย กำหนดทิศทางและแนวการดำเนินงานในเรื่องนี้

อยู่เป็นเวลาเกือบสองปีเต็ม จนกระทั่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๔๐ ได้บัญญัติรับรองให้มีการจัดตั้งศาลปกครองขึ้นในประเทศไทยอย่างชัดเจน มาจนกระทั่งถึงการเตรียมการเสนอร่างกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองต่อรัฐสภา

ความพยายามให้การจัดตั้งศาลปกครองในระบบใหม่ขึ้นในประเทศไทยเป็นเรื่องใหญ่และมีผู้เกี่ยวข้องเป็นจำนวนมาก ทั้งในระดับนโยบายจากผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองในรัฐบาล สมาชิกรัฐสภา และนักกฎหมายอีกจำนวนมากทั้งในและนอกมหาวิทยาลัย และใช้เวลายาวนาน ผู้เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้จำนวนมากล้วนแต่มีคุณูปการต่อการเกิดขึ้นของศาลปกครองไทยทั้งสิ้น แต่ในที่นี้ผมเพียงแต่จะเล่าว่า การเข้ามามีส่วนร่วมผลักดันในเรื่องการจัดตั้งศาลปกครองนี้ ทำให้ผมได้มีโอกาสทำงานใกล้ชิดอย่างจริงจังมากขึ้นกับอาจารย์ชาญชัย ซึ่งขณะนั้นเป็นรองเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกามากกว่าครั้งใด ๆ

หลังจากนั้น เมื่อศาลปกครองไทยได้จัดตั้งขึ้นแล้ว ในช่วงปี ๒๕๔๓ - ๒๕๔๕ ซึ่งอาจารย์ชาญชัยได้โอนไปรับตำแหน่งเลขาธิการสำนักงานศาลปกครองคนแรก ผมได้มีโอกาสพบและพูดคุยกับอาจารย์ชาญชัยอยู่บ้างในฐานะที่เป็น “กองเชียร์” และผู้สนับสนุนการเตรียมการจัดระบบและได้เคยให้ความเห็นเกี่ยวกับเรื่องการบริหารงานบุคคลและการเตรียมการเรื่องอาคาร สถานที่สำหรับงานศาลปกครองอยู่บ้างเป็นครั้งคราว และนี่คงเป็นสาเหตุที่อาจารย์ชาญชัยได้มีคำสั่งสำนักงานศาลปกครองตั้งแต่ปี ๒๕๔๔ เป็นต้นมาแต่งตั้งให้ผมเป็นที่ปรึกษาพิเศษของสำนักงานศาลปกครอง และผมยังคงได้เกียรติจากสำนักงานในการมีคำสั่งแต่งตั้งให้เป็นที่ปรึกษาพิเศษ ต่อเนื่องมาโดยตลอดจนถึงปัจจุบันด้วย

ภายหลังจากที่ทำหน้าที่เลขาธิการผู้ก่อตั้งและจัดระบบศาลปกครองมาเป็นเวลานานหลายปีจนระบบของสำนักงานศาลเข้าที่เข้าทางและทำงานได้ดีตามสมควรแล้ว อาจารย์ชาญชัยก็เข้ารับการสรรหาและได้รับแต่งตั้งให้เป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุด เปลี่ยนจากผู้รับผิดชอบบริหารงานมาทำหน้าที่ตุลาการผู้วินิจฉัยชี้ขาดคดี ตามความรู้ ประสบการณ์ และความเชี่ยวชาญของท่าน ตลอดหลายปีที่ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด หัวหน้าคณะในศาลปกครองสูงสุดจนกระทั่งดำรงตำแหน่งรองประธานศาลปกครองสูงสุด ผมยังได้พบอาจารย์ชาญชัยในการประชุมสัมมนาและงานทางวิชาการ ตลอดจนการประชุมทางวิชาการต่าง ๆ อยู่เป็นระยะ และได้มีโอกาสพูดคุย สนทนากันเป็นส่วนตัว หรือโทรศัพท์สอบถามเรื่องราวต่าง ๆ ตลอดถึงได้รับฟัง “คำปรารภ” จากอาจารย์ชาญชัยในเรื่องการบริหารงานศาลและหลักการทางกฎหมายมหาชนในการวินิจฉัยชี้ขาดคดีบางคดีของศาลปกครองอยู่เป็นครั้งคราว ในฐานะที่ยังคงเป็นผู้สอนวิชากฎหมายปกครองอยู่ด้วยกันในมหาวิทยาลัยต่าง ๆ

บนความสนิทสนมคุ้นเคยและได้คบหาสมาคมกันมายาวนานถึงสี่สิบปีในสถานะต่าง ๆ นี้ ผมจึงมีความยินดีเป็นอย่างยิ่ง เมื่อได้รับทราบว่าอาจารย์ชาญชัยได้รับพระบรมราชโองการโปรดเกล้าโปรดกระหม่อมให้ดำรงตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุด ในวันที่ ๒๗ กันยายน ๒๕๖๔ การดำรงตำแหน่งสูงสุดในองค์กรวินิจฉัยชี้ขาดคดีปกครอง นับว่าเป็นปลายทางและเป็นจุดมุ่งหมายที่สำคัญของอาจารย์ชาญชัย ซึ่งเป็นผู้ที่อยู่ในองค์กรภาครัฐที่ทำหน้าที่เกี่ยวกับการใช้อำนาจมหาชน และได้ผ่านการศึกษาอบรมมาในสาขาวิชาการนี้ ทั้งการไต่เต้าจากผู้ปฏิบัติงานระดับต้นในสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกามาจนดำรงตำแหน่งรองเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา และเป็นผู้มีส่วนริเริ่มในการผลักดันให้มีการจัดตั้งศาลปกครองในประเทศไทยจนสำเร็จ และได้เคยทำหน้าที่เลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง ซึ่งต้องเริ่ม

ทำงานตั้งแต่การสรรหาสถานที่ทำงาน การบรรจุบุคลากรคนแรก และการสรรหาตุลาการ การดูแลในเรื่องระบบงบประมาณ ค่าตอบแทน ตลอดจนถึงจัดการวางระบบในเรื่องการดำเนินกระบวนพิจารณาคดีของศาลไปจนถึงการดำเนินการขั้นบังคับคดี การประสานงานกับหน่วยงานภาครัฐอื่น ๆ ฯลฯ เรื่องเหล่านี้ล้วนแต่เป็นงานที่ยากลำบาก และต้องการความทุ่มเทเป็นอย่างมากของผู้ที่รับผิดชอบดำเนินการ และเมื่องานสำเร็จเสร็จสิ้น ก็ย่อมเป็นความภาคภูมิใจอย่างยิ่งของผู้ที่เคยเป็นผู้รับผิดชอบ ครั้นเมื่อได้เปลี่ยนสายงานมาเป็นตุลาการศาลปกครอง อาจารย์ชาญชัยก็ประสบความสำเร็จอย่างยิ่งในการปฏิบัติหน้าที่ จนได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุด เกียรติยศและความสำเร็จนี้จึงเป็นสิ่งที่ผมในฐานะผู้ที่รู้จักคุ้นเคยมีความภาคภูมิใจร่วมอยู่ด้วยกับอาจารย์ชาญชัย และขอบันทึกไว้ให้ปรากฏไว้ ณ ที่นี้

บัดนี้ เมื่อจะครบวาระการเกษียณอายุราชการครบ ๗๐ ปี ผมจึงมีความยินดีอย่างยิ่งที่จะร่วมแสดงมุทิตาจิต ระลึกถึงสิ่งที่อาจารย์ชาญชัยได้มีบทบาทดำเนินการมาตลอดหลายสิบปีที่ผ่านมาที่เป็นประโยชน์แก่วงการกฎหมายมหาชนไทย และขอร่วมระลึกถึงอาจารย์ชาญชัยในแง่มุมที่ผมได้พบเห็นและจากการที่มีโอกาสสนิทสนมคุ้นเคย และได้ร่วมทำงานด้วยมาในบทบาทต่าง ๆ มายาวนาน เพื่อที่จะสกัดออกมาเป็น “อาจารย์ชาญชัย แสวงศักดิ์” ที่ผมรู้จัก ในแง่มุมต่าง ๆ สี่ห้าประเด็นดังต่อไปนี้

๑. อาจารย์ชาญชัยมีความเป็นนักวิชาการสูงมาก อาจจะมากกว่าผมซึ่งรับราชการมาในฐานะอาจารย์มหาวิทยาลัยด้วยซ้ำ ความเป็นนักวิชาการในทางกฎหมายมหาชนของอาจารย์ชาญชัย อาจจะวัดได้จากการเขียนและตีพิมพ์ผลงานทางวิชาการเป็นรูปเล่มในลักษณะ “ตำรา” ไม่ใช่แต่เพียงบทความวิชาการหรือหนังสือมามากกว่าสิบเล่ม ในเรื่องสำคัญ ๆ ที่เกี่ยวกับศาลปกครอง วิธีพิจารณาคดีปกครอง สัญญาทางปกครอง องค์การมหาชน ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ หลักกฎหมายมหาชน ฯลฯ ตำราของอาจารย์ชาญชัยในเรื่องต่าง ๆ เหล่านี้ถูกอ้างอิงอย่างกว้างขวางในวงการกฎหมาย ในการค้นคว้าเรียบเรียงวิทยานิพนธ์ ตลอดจนในงานเขียนต่าง ๆ ทางกฎหมายมหาชนที่เผยแพร่ในภายหลังต่อมา ที่ผมประหลาดใจอย่างมากคือ ทุก ๆ สองหรือสามปี อาจารย์ชาญชัย ก็จะตีพิมพ์เผยแพร่ ตำราฉบับแก้ไขปรับปรุงครั้งที่สาม สี่ และห้า ออกมาเป็นระยะ ๆ เพื่อให้ทันสมัย สอดคล้องกับกฎหมายที่แก้ไขเพิ่มเติมหรือแนวทางคำพิพากษาของศาลที่เปลี่ยนแปลงไป ผู้คนที่ติดตามอ่านหรือค้นคว้างานทางกฎหมายมหาชนจำนวนไม่น้อยอาจจะยังคิดกันว่าอาจารย์ชาญชัยเป็นอาจารย์ประจำอยู่ในคณะนิติศาสตร์ของมหาวิทยาลัยแห่งใดแห่งหนึ่งด้วยซ้ำไป

๒. อาจารย์ชาญชัยมีความเป็นครูสูงมาก ไม่แต่เพียงการที่ผมได้มีโอกาสพบอาจารย์ชาญชัยครั้งแรกเมื่อสี่สิบปีที่แล้วในฐานะผู้สอนในระดับบัณฑิตศึกษาของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์เท่านั้น แต่จนถึงทุกวันนี้ อาจารย์ชาญชัยยังคงสอนหนังสืออยู่อย่างสนุกสนานในฐานะอาจารย์พิเศษของคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยต่าง ๆ หลายแห่ง รวมทั้งที่มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ด้วย และแม้มีภาระการทำงานประจำที่มากขึ้นในช่วงหลายปีหลัง อาจารย์ชาญชัยยังแทบไม่เคยปฏิเสธหนังสือเชิญที่ขอให้เป็นอาจารย์พิเศษหลักสูตรนิติศาสตร์เลย ด้วยเหตุนี้ จึงเป็นเรื่องที่มีความเหมาะสมและเป็นที่ยอมรับเป็นอย่างยิ่งในหมู่คณาจารย์สาขากฎหมายมหาชน ในการที่อาจารย์ชาญชัยได้รับโปรดเกล้าฯ ให้ดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์พิเศษของคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมื่อหลายปีก่อน

ความเป็นครูของอาจารย์ชาญชัยไม่ได้ปรากฏอยู่ในการสอนหนังสือในมหาวิทยาลัยเท่านั้น แต่ผมได้พบเห็นลักษณะดังกล่าวในการทำงานของอาจารย์ชาญชัยทั้งในฐานะเลขาธิการสำนักงานศาลปกครองและในฐานะตุลาการศาลปกครองสูงสุด ซึ่งอาจารย์ชาญชัยมักจะประชุม สั่งงาน หรือเสนอความคิดเห็นในเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องโดยเริ่มต้นจากการอ้างอิงหลักการทางกฎหมาย และแนวคิดความเป็นมาทางประวัติศาสตร์เกี่ยวกับประเด็นที่มีการปรึกษาหารือ หรือประเด็นที่มีการอภิปรายแลกเปลี่ยนความคิดเห็นอยู่โดยตลอด เพื่อเป็นการทำความเข้าใจกับผู้ที่เกี่ยวข้องในเรื่องนั้น ๆ ก่อนที่จะแสดงทัศนะหรือความเห็นของอาจารย์ชาญชัยเองในเรื่องนั้น ๆ ในภายหลัง ลักษณะเช่นนี้นี่เองที่ได้แสดงให้เห็น “ความเป็นครู” อย่างแท้จริงและคงเส้นคงวามาโดยตลอดของอาจารย์ชาญชัย

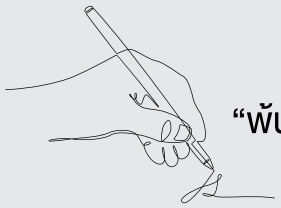
๓. อาจารย์ชาญชัยเป็นคนที่ซื่อสัตย์และมั่นคงในหลักการและความเชื่อของตนเอง กว่าสี่สิบปีของการปฏิบัติงานในตำแหน่งต่าง ๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในระหว่างที่ต้องทำหน้าที่ในทางบริหาร ทั้งในสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาและในสำนักงานศาลปกครอง อาจารย์ชาญชัยมีผู้บังคับบัญชามากหน้าหลายตาและต้องทำงานเกี่ยวข้องกับผู้มีอำนาจทางการเมืองในรัฐบาลมาโดยตลอด และตลอดเวลาที่ผมได้สดับตรับฟังและติดตามข่าวคราวที่เกี่ยวกับอาจารย์ชาญชัยมา กับที่ผมได้ประสบหรือเกี่ยวข้องด้วยตนเองมาด้วย ผมพบว่า หากมีเรื่องที่ต้องพิจารณา ต้องปฏิบัติหรือที่จะต้องรับไปดำเนินการตามนโยบายหรือการสั่งการ ที่เป็นเรื่องซึ่งอาจารย์ชาญชัยเห็นว่าไม่ถูกต้อง หรือไม่เชื่อว่าจะถูกต้องสอดคล้องกับหลักการทางกฎหมายหรือความถูกต้องของกรณี อาจารย์ชาญชัยก็จะให้ความเห็นที่แตกต่างและโต้แย้งด้วยเหตุผลทางกฎหมายและในทางทฤษฎีอย่างเต็มที่ และแม้เมื่อได้ให้เหตุผลทางกฎหมายหรือเสนอแนะแนวทางที่แตกต่างออกไป แต่ไม่ได้รับความเห็นชอบจากผู้บังคับบัญชาและจำเป็นต้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้บังคับบัญชาหรือปฏิบัติตามนโยบายที่ได้รับมอบหมายจากผู้มีอำนาจในเรื่องนั้น ๆ อาจารย์ชาญชัยซึ่งแม้จะทำหน้าที่ผู้ใต้บังคับบัญชาที่ต้องนำคำสั่งหรือนโยบายนั้นไปดำเนินการ ก็ยังคงมั่นคงในหลักการที่ตนเองเชื่อถือและนำตัวอย่างของกรณีหรือการดำเนินการเหล่านั้นมาอภิปรายยกเป็นตัวอย่างหรือ “เล่าสู่กันฟัง” ในหมู่นักกฎหมายมหาชน ไว้ในการสอนหนังสือหรือในการสนทนาวิสาสะในหมู่นักกฎหมายมหาชนในที่ต่าง ๆ อยู่เสมอโดยมิได้แสดงอคติต่อผู้สั่งการหรือมอบหมายนโยบาย หากแต่นำมาใช้ยกเป็นตัวอย่างเปรียบเทียบให้เห็นในเรื่องเกี่ยวกับการตีความ หรือการทำความเข้าใจและนำหลักกฎหมายมหาชนในเรื่องต่าง ๆ มาใช้ในทางปฏิบัติเท่านั้น

๔. อาจารย์ชาญชัยเป็นผู้ที่มีความกล้าหาญและกล้าแสดงออกในสิ่งที่ตนไม่เห็นพ้องด้วย ความซื่อสัตย์มั่นคงในหลักการเป็นลักษณะที่ดีอย่างหนึ่งของนักวิชาการ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในหมู่นักวิชาการที่เป็นอาจารย์มหาวิทยาลัย ที่ไม่ได้มีภาระรับผิดชอบในการบริหารจัดการงานหรือองค์กร แต่สำหรับผู้ที่ต้องทำหน้าที่รับผิดชอบองค์กรและบริหารงานในหน่วยงานในขนาดใหญ่อย่างในสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา หรือสำนักงานศาลปกครอง อย่างที่อาจารย์ชาญชัยได้ใช้เวลาทำงานอยู่ในหน่วยงานทางบริหารทั้งสองหน่วยนี้มามากกว่าครึ่งชีวิต โดยต้องปฏิบัติงานภายใต้ผู้บริหารในสายบังคับบัญชาหลายลำดับและต้องปฏิบัติตามนโยบายหรือหลักการที่มาจากผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจ และอาจให้คุณให้โทษแก่ผู้ใต้บังคับบัญชาในเรื่องที่เกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ราชการได้โดยตรงนั้น ทำให้เป็นเรื่องยากที่ “ข้าราชการ” ในฝ่ายบริหารจะแสดงความคิดเห็นของตนเองในเรื่องที่ได้รับมอบหมายหรือมีการสั่งการจากผู้บังคับบัญชา

ให้ต้องปฏิบัติ แต่สำหรับอาจารย์ชาญชัย ตลอดระยะเวลาสามสิบปีในฐานะข้าราชการในสายงานบริหาร อาจารย์ชาญชัยกล้าที่จะแสดงความเห็นอย่างตรงไปตรงมาต่อผู้บังคับบัญชาและผู้มีอำนาจกำหนดนโยบาย ในเรื่องที่อาจารย์ชาญชัยเกี่ยวข้องหรือรับผิดชอบอย่างชัดเจน โดยเฉพาะในเรื่องที่อาจารย์ชาญชัยเห็นว่าไม่ถูกต้องตามหลักการที่ควรจะเป็น หรือไม่เหมาะสม หรือไม่เป็นประโยชน์กับหน่วยงาน ตลอดสี่สิบปีที่รู้จักกันมา ผมพบเห็นหรือได้ยินได้ฟังถึงเรื่องความกล้าหาญตรงไปตรงมา และความกล้าแสดงความคิดเห็นของอาจารย์ชาญชัยมาโดยตลอดด้วยความชื่นชม อีกด้านหนึ่งผมก็มีความประหลาดใจอยู่บ้างที่เห็นอาจารย์ชาญชัยสามารถปฏิบัติหน้าที่ราชการจนเติบโตก้าวหน้ามาจนดำรงตำแหน่งรองเลขาธิการสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา และได้ปฏิบัติหน้าที่เลขาธิการสำนักงานศาลปกครองมาเป็นเวลาเกือบสิบปี ซึ่งคงแสดงให้เห็นว่าอาจารย์ชาญชัยในสมัยที่ปฏิบัติงานในตำแหน่งข้าราชการฝ่ายบริหาร คงจะต้องมีผู้บังคับบัญชาในที่ใจกว้างและชอบใจในความตรงไปตรงมา กล้าแสดงความคิดเห็นของอาจารย์ชาญชัยอยู่ไม่น้อยเลยทีเดียว

บัดนี้ได้เวลาที่อาจารย์ชาญชัยจะได้พ้นจากภาระราชการในตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุดแล้ว ผมแน่ใจว่าด้วยสุขภาพที่แข็งแรงและความกระตือรือร้นต่อวงการกฎหมายมหาชนอย่างที่อาจารย์ชาญชัยมีและเป็นอยู่ พวกเราอาจจะต้องจำใจยอมรับการสูญเสียประธานศาลปกครองสูงสุดที่ดีคนหนึ่งไปตามเงื่อนไขของระบบบริหารบุคคลภาครัฐ แต่สำหรับวงการนิติศาสตร์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในวงการวิชาการด้านกฎหมายมหาชน พวกเราคงจะได้อาจารย์ทางกฎหมายมหาชนที่มีประสบการณ์ระดับสูงสุดทั้งในทางตุลาการและในทางบริหาร ซึ่งไม่ติดขัดในเรื่องเวลาจากภารกิจประจำมาเพิ่มขึ้นอีกคนหนึ่ง และจะได้มีตำรากฎหมายมหาชนและตำรากฎหมายปกครองที่มีคุณภาพเพิ่มขึ้นอีกเป็นจำนวนมากหลังจากเดือนตุลาคม ๒๕๖๕ เป็นต้นไป

ขอให้อาจารย์ชาญชัยที่ผมเคารพรัก มีความสุขในวาระที่ท่านจะพ้นจากงานการสร้าง วางรากฐาน และจัดระบบศาลปกครองในสังคมไทยที่ท่านใช้เวลาช่วยดำเนินการมายาวนานจนประสบความสำเร็จ ผมเชื่อว่า ความเป็นปึกแผ่นมั่นคงและเป็นองค์กรสำคัญที่เป็นหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิ เสรีภาพของประชาชนอย่างที่ศาลปกครองไทยเป็นอยู่ในวันนี้ มีรากฐานส่วนหนึ่งมาจากความเสียสละ และการทุ่มเทอย่างสำคัญของอาจารย์ชาญชัยรวมอยู่ด้วยอย่างปฏิเสธไม่ได้ และขอต้อนรับอาจารย์ชาญชัยเข้ามาสู่แวดวงวิชาการทางกฎหมายมหาชนในประเทศไทยอย่างเต็มตัวในโอกาสของการเกษียณอายุราชการนี้ด้วยความยินดีเป็นอย่างยิ่ง



“พ้นจากตำแหน่งอย่างชัยชาญ เกษมศานต์อย่างชาญชัย”

พลตำรวจเอก วัชรพล ประสารราชกิจ
ประธานกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

หากกล่าวถึงนามท่านชาญชัย แสวงศักดิ์ เป็นที่ทราบกันดีอยู่แล้วว่า ท่านเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในฐานะนักกฎหมายมหาชน ซึ่งนอกจากที่ท่านได้ดำรงตำแหน่งเป็นประธานศาลปกครองสูงสุดแล้ว ท่านยังเป็นอาจารย์สอนกฎหมายในมหาวิทยาลัยชั้นนำต่าง ๆ โดยได้บรรยายให้ความรู้กฎหมายมหาชน และกฎหมายปกครองแก่นิสิต นักศึกษา เจ้าหน้าที่ของรัฐและประชาชน ซึ่งนับเป็นคุณูปการอย่างยิ่งแก่วงการการศึกษาและวงการตุลาการ ผลงานของท่านที่ผ่านมาย่อมเห็นได้เป็นที่ประจักษ์ถึงความรู้ความสามารถในการปฏิบัติหน้าที่ และยังได้ดำรงไว้ซึ่งความยุติธรรมทางปกครองอันเป็นประโยชน์ต่อประชาชนและประเทศชาติ

ในขณะที่ท่านดำรงตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุด ท่านได้มีดำริเกี่ยวกับการบูรณาการการทำงานร่วมกันระหว่างหน่วยงาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งการประสานความร่วมมือทางวิชาการกับองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญทุกองค์กร อันเป็นที่มาของการจัดทำบันทึกข้อตกลงความร่วมมือทางวิชาการที่ได้มีการจัดทำขึ้นระหว่างสำนักงานศาลปกครองกับหน่วยงานธุรการขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ รวมทั้งสำนักงาน ป.ป.ช. ด้วย ซึ่งถือเป็นนิมิตหมายอันดีระหว่างองค์กรบังคับใช้กฎหมายที่จะมีความร่วมมือทางวิชาการอย่างใกล้ชิดกันมากยิ่งขึ้น ส่งผลให้บุคลากรภายในองค์กรได้มีโอกาสในการแลกเปลี่ยนและเพิ่มพูนองค์ความรู้ในการปฏิบัติงาน มีความสัมพันธ์และไมตรีจิตอันดีต่อกัน

ในฐานะประธานกรรมการ ป.ป.ช. กระผมได้มีโอกาสรู้จัก และแลกเปลี่ยนความคิดเห็นกับท่านชาญชัยจากการประชุมร่วมกันระหว่างศาลปกครองและคณะกรรมการ ป.ป.ช. กระผมสัมผัสได้ว่าท่านชาญชัยเป็นผู้ที่มีความรู้ความสามารถ มีเหตุมีผล และมีความแน่วแน่มั่นคงในทางความคิดเป็นอย่างสูง การพบกันในครั้งนั้น ทำให้กระผมได้แง่มุมความคิดหลายประการเกี่ยวกับกฎหมายปกครองที่เกี่ยวกับการปฏิบัติงานในหน้าที่ประธานกรรมการ ป.ป.ช. ในขณะเดียวกัน ท่านยังมีความสุภาพอ่อนน้อมให้เกียรติผู้คน อันถือเป็นแบบอย่างที่ดีแก่ผู้บริหาร และบุคลากรต่อไป

เมื่อถึงวาระที่ท่านต้องพ้นจากตำแหน่ง แม้จะเป็นที่น่าเสียดายเป็นอย่างยิ่ง แต่กระผมเชื่อว่าด้วยความรู้ความสามารถของท่านแล้ว ท่านจะยังสามารถสร้างคุณประโยชน์ให้แก่วงการการศึกษา รวมทั้งองค์กรตุลาการในฐานะนักวิชาการได้อีกมากมาย ในโอกาสนี้ กระผมจึงขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัยและสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่ท่านเคารพนับถือ โปรดประทานพรให้ท่านประสบแต่ความสุข มีสุขภาพพลานามัยแข็งแรง มีจิตใจที่แจ่มใสตลอดไป

พลตำรวจเอก

(วัชรพล ประสารราชกิจ)
ประธานกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

คำแสดงมุทิตาจิตในโอกาส ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ มีอายุครบ ๗๐ ปี

สมศักดิ์ สุวรรณสุจริต
ประธานผู้ตรวจการแผ่นดิน

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ผู้ควรแก่การเคารพนับถือ ท่านมีผลงานความเชี่ยวชาญโดดเด่นเป็นที่ประจักษ์ สร้างคุณูปการให้กับวงการกฎหมาย วิชาการ การบริหารราชการแผ่นดิน และสังคมไทยมาอย่างต่อเนื่อง

ท่านเป็นที่ยอมรับยกย่องในระดับ “ครูกฎหมาย” มีบทบาทสำคัญยิ่งในการสร้าง พัฒนา และขยายองค์ความรู้ด้านกฎหมายมหาชน ผลงานทางวิชาการของท่าน ทั้ง หนังสือ ตำรา บทความ และงานวิจัย เป็น “วรรณกรรมทางกฎหมาย” ที่มีคุณค่า เป็นงานที่มีมาตรฐานสูง เป็นพื้นฐานความรู้ ที่สำคัญในด้านการเรียนการสอนกฎหมายปกครอง การบริหารราชการแผ่นดิน และรัฐธรรมนูญ ดังเช่น หนังสือกฎหมายมหาชน : วิวัฒนาการของกฎหมายมหาชนในต่างประเทศและในประเทศไทย หนังสือกฎหมายรัฐธรรมนูญ : แนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ หนังสือคำอธิบายกฎหมายปกครอง หนังสือองค์กรอิสระ : ข้อพิจารณาทางกฎหมายมหาชน และหนังสือกฎหมายเกี่ยวกับวินัยการเงินการคลังของรัฐ วิธีการงบประมาณและการตรวจเงินแผ่นดิน เป็นต้น

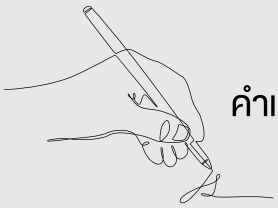
ท่านมีบทบาทสำคัญในการพัฒนาและสร้างความเชื่อมั่นในกระบวนการยุติธรรมทางปกครองให้เกิดขึ้นอย่างมั่นคงในประเทศไทย ตลอดระยะเวลาที่ได้ดำรงตำแหน่งที่สำคัญในวงการกฎหมายและการบริหารราชการแผ่นดิน อาทิเช่น ตำแหน่งรองเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา เลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง ตุลาการศาลปกครองสูงสุด ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด รองประธานศาลปกครองสูงสุด และตำแหน่งสูงสุดของฝ่ายตุลาการ คือ ประธานศาลปกครองสูงสุด

ขณะที่ท่านดำรงตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุด นั้น เป็นที่ประจักษ์ถึงความรู้ความสามารถ ความซื่อสัตย์สุจริต ยึดมั่นในคุณธรรมจริยธรรม ท่านได้สร้างพัฒนาการที่สำคัญในการอำนวยความเป็นธรรม ทำให้ประชาชนทุกระดับสามารถเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมทางปกครองได้อย่างทั่วถึงและเท่าเทียม ได้รับการยอมรับว่าเป็นหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมที่มีคุณธรรม และความโปร่งใสในการดำเนินงานระดับสูง และท่านยังได้เห็นถึงความสำคัญของการประสาน ความร่วมมือกับองค์กรอิสระในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยได้มีการปรึกษาหารือ กับองค์กรผู้ตรวจการแผ่นดิน และมีความเห็นพ้องต้องกันในการเป็นเครือข่ายความร่วมมือเพื่อเสริมสร้างธรรมาภิบาลในสังคม ซึ่งถือเป็นก้าวที่สำคัญของทั้งสององค์กรในการปฏิบัติหน้าที่เพื่อสร้างความเป็นธรรมให้กับประชาชนและสังคม และได้พัฒนาไปสู่การจัดทำบันทึกข้อตกลงความร่วมมือทางวิชาการระหว่างสำนักงานศาลปกครองและสำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน เมื่อวันที่ ๑๓ ธันวาคม ๒๕๖๔ นอกจากนี้ ท่านยังให้การสนับสนุน

ให้ข้อเสนอแนะ และแลกเปลี่ยนองค์ความรู้อันเป็นประโยชน์ต่อการปฏิบัติหน้าที่ของผู้ตรวจการแผ่นดินอย่างดีมาโดยตลอด ในนามของผู้ตรวจการแผ่นดินและสำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน รู้สึกซาบซึ้งและกราบขอบพระคุณในความอนุเคราะห์ที่ได้รับจากท่านไว้ ณ โอกาสนี้

เนื่องในโอกาสศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ มีอายุครบ ๗๐ ปีบริบูรณ์ ในปี ๒๕๖๕ ผมขอส่งความระลึกถึง ความปรารถนาดี และขอแสดงความชื่นชมต่อศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ในฐานะเป็นบุคคลผู้มีคุณูปการต่อวงการกฎหมายและสังคมไทยนานัปการ รวมทั้งขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัย และสิ่งศักดิ์สิทธิ์ในสากล อีกทั้งเดชะพระบารมีของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวและสมเด็จพระนางเจ้า ฯ พระบรมราชินี ได้โปรดดลบันดาลประทานพรให้ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ จงประสบแต่ความสุขด้วยจตุรพิธพรชัย สมบูรณ์พูลผลในสิ่งที่พึงปรารถนาตลอดไป

(นายสมศักดิ์ สุวรรณสุจริต)
ประธานผู้ตรวจการแผ่นดิน



คำแสดงมุทิตาจิต

ปกรณ์ นิลประพันธ์
เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา

หลายสิบปีก่อนเมื่อผมเริ่มชีวิตราชการที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ผมได้รู้จักพี่คนหนึ่ง รูปร่างผอมสูง ใส่แว่นตาสี่เหลี่ยม ถือกระเป๋าหนังสี่เหลี่ยม (น่าจะสีน้ำตาล ถ้าจำไม่ผิด) ท่าทางออกจะบู๊ ๆ หน่อย ชื่อ “พี่ชาญชัย แสวงศักดิ์” ผู้บังคับบัญชาและพี่ ๆ ที่เข้าทำงานก่อนผมทุกคนชื่นชมพี่คนนี้มาก หนึ่งท่านหล่อ สองท่านเป็นนักเรียนทุนรัฐบาล (ซึ่งสมัยนั้นได้ทุนยากมาก ต้องคนเก่งมาก ๆ เท่านั้น) จบปริญญาเอกมาจากฝรั่งเศสและตอนนั้นเป็นพนักงานผู้รับผิดชอบสำนวน แถมสอนหนังสือและเขียนตำราด้วย ซึ่งเมื่อพวกเราได้อ่านบทความหลายต่อหลายเรื่องที่ท่านเขียนลง “วารสารกฎหมายปกครอง” ที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจัดทำขึ้นเพื่อเผยแพร่องค์ความรู้ด้านกฎหมายปกครองอันนับว่าเป็นวิชาใหม่มากในประเทศไทยในขณะนั้น และในวารสารกฎหมายอื่น ๆ แทนที่พวกเราจะเรียก “พี่ชาญชัย” ก็เลยเปลี่ยนไปเรียกท่านว่า “อาจารย์ชาญชัย” แทน

ผลงานทางวิชาการของอาจารย์ชาญชัยแสดงให้เห็นถึงความแหลมคมทางวิชาการเป็นที่ประจักษ์มากมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในสาขาวิชากฎหมายมหาชน กฎหมายปกครอง และกฎหมายรัฐธรรมนูญที่ยังคงมีการอ้างอิงมาจนปัจจุบัน และจนบัดนี้ท่านก็ยังคงเขียนตำรา เป็นอาจารย์สอนพิเศษในหลายมหาวิทยาลัย และเป็นกรรมการสอบวิทยานิพนธ์ปริญญาโทและเอกอยู่อย่างต่อเนื่อง จึงนับว่าท่านเป็นผู้มีคุณูปการต่อวงการนิติศาสตร์ไทยเป็นอย่างมาก จนมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้า ฯ แต่งตั้งท่านเป็นศาสตราจารย์พิเศษ ซึ่งนับเป็นเกียรติยศอย่างยิ่งในทางวิชาการ

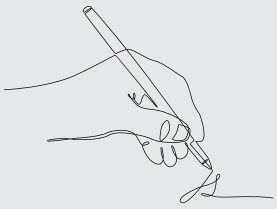
ผมมีโอกาสทำงานใกล้ชิดกับท่านอาจารย์ชาญชัยในหลายโอกาส ไม่ว่าจะในขณะที่ท่านเป็นผู้อำนวยการกองกฎหมายต่างประเทศ เป็นกรรมการร่างกฎหมายประจำ (ฝ่ายร้องทุกข์) และรองเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา ก่อนที่ท่านจะโอนไปเป็นเลขาธิการสำนักงานศาลปกครองคนแรก เมื่อมีการจัดตั้งศาลปกครอง แต่ไม่ว่าจะทำหน้าที่ใด ท่านได้แสดงให้ผู้บังคับบัญชาและผู้ใต้บังคับบัญชาเห็นถึง “ธาตุแท้” ของท่านที่มุ่งมั่นทุ่มเทในการทำงานเพื่อองค์กรอย่างเข้มแข็งและตรงไปตรงมาอยู่เสมอ จนอาจจะทำให้เข้าใจผิดไปว่าท่านจุกจิกและดุ เอาจริง ๆ ผมเห็นว่าท่านไม่ประนีประนอมกับสองเรื่อง หนึ่งคือความไม่ถูกต้องตามหลักวิชาการ สองคือความล่าช้าในการทำงาน จึงเข้มกับการทำงาน

เมื่อโอนไปเป็นเลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง ผมทราบว่าท่านได้ทุ่มเททำงานอย่างหนัก เพราะเป็นงานวางฐานรากของศาลปกครองและสำนักงานศาลปกครองอันเป็นองค์กรในกระบวนการยุติธรรมทางปกครองที่เพิ่งจัดตั้งขึ้นใหม่ ซึ่งหากไม่แข็งแกร่ง ทุกอย่างก็จะโอนเอนเอียงไปหมด ผมก็ได้แต่เอาใจช่วยอยู่ห่าง ๆ เพราะบัดนี้งานร้องทุกข์ของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาอันเป็นหน่วยงานในฝ่ายบริหารได้แยกไปเป็นส่วนหนึ่งขององค์กรในฝ่ายตุลาการซึ่งต้องตรวจสอบถ่วงดุลกันเสียแล้ว ผลงานของท่านในฐานะเลขาธิการสำนักงานศาลปกครองคนแรกได้ส่งผลงอกงามมาจนปัจจุบัน

ต่อมาเมื่อมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้า ฯ แต่งตั้งให้อาจารย์ชาญชัยเป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุด ผมมีความยินดีมาก เพราะส่วนตัวเห็นว่าท่านมีคุณสมบัติที่จะดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด ตั้งแต่มีการจัดตั้งศาลปกครองแล้ว แต่ท่านได้กรุณาเสียสละมาทำงานหนักปิดทองหลังพระในตำแหน่งเลขาธิการสำนักงานศาลปกครองเพื่อก่อสร้างรากฐานของศาลปกครองให้เข้มแข็ง นั่นเป็นสิ่งที่แสดงเนื้อแท้ของท่านว่ามุ่งมั่นตั้งใจทำเพื่อองค์กรมากมายเพียงใด และท่านได้ริเริ่มให้มีการจัดทำความตกลงระหว่างสำนักงานศาลปกครองกับสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เพื่อเพิ่มความร่วมมือทางวิชาการด้านกฎหมายมหาชนและกฎหมายปกครองต่อไป อันแสดงให้เห็นถึงความมุ่งมั่นในทางวิชาการของท่าน และเมื่อมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้า ฯ แต่งตั้งให้อาจารย์ชาญชัยเป็นประธานศาลปกครองสูงสุด ผมจึงยินดีเป็นพิเศษเพราะทองที่ท่านปิดหลังพระมาโดยตลอดนั้นได้ออกมาเคลือบองค์พระแล้ว

ในโอกาสที่ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ประธานศาลปกครองสูงสุด มีอายุครบ ๗๐ ปีบริบูรณ์ ผมขออาราธนาคุณพระศรีรัตนตรัยและสิ่งศักดิ์สิทธิ์ทั้งหลายในสากลโลกดลบันดาลประทานพรให้ “อาจารย์ชาญชัย” ประสบแต่จตุรพิธพร มีสุขภาพสมบูรณ์แข็งแรงตลอดไป และผมจะสานต่อความคิดริเริ่มในการพัฒนาความร่วมมือทางวิชาการระหว่างสำนักงานศาลปกครองกับสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาให้ก้าวหน้าต่อไป

(นายปกรณ์ นิลประพันธ์)
เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา



คำแสดงมุทิตาจิต

สมฤดี ธัญญสิริ
เลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง

คนดี และผู้รักดี

โดย..หลวงพ่อปัญญานันทภิกขุ

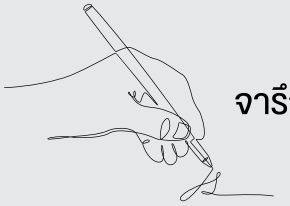
“ เป็นผู้รักความสงบ พอใจในสิ่งที่ตนมีตนได้
เป็นผู้มีความซื่อสัตย์ สุจริต และถ่อมตน
เป็นผู้มีน้ำใจดี มีความรักและเมตตาต่อเพื่อนมนุษย์
เป็นผู้ขยันและอดทน
เป็นผู้ประหยัด รู้จักใช้จ่ายแต่พอดี
เป็นผู้ตั้งมั่นในความยุติธรรม
เป็นผู้มีความกตัญญูกตเวทีอย่างมั่นคง
เป็นผู้รู้จักครองตนและปกครองผู้อื่นโดยชอบธรรม
เป็นผู้ไม่ดูหมิ่นและเหยียดหยามผู้อื่น ทั้งกาย วาจา ใจ
เป็นผู้ปฏิบัติตนเป็นพลเมืองดีของชาติและโลก
เป็นผู้มีความรู้ดีแล้วนำไปใช้ประโยชน์ตนประโยชน์ผู้อื่น
เป็นผู้ไม่ใฝ่ต่ำ ไม่เคลิบเคลิ้มต่อทรชนที่มาห้อมล้อมประจบประแจง
เป็นผู้ไม่หลงลืมตัวเอง ไม่พาตัวเองเข้าใกล้อบายมุขทั้งปวง ”

ตลอดระยะเวลากว่า ๓๐ ปี ที่ได้ทำงานร่วมกับอาจารย์ชาญชัย แสวงศักดิ์ ตั้งแต่ที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจนมาถึงสำนักงานศาลปกครอง ดิฉันชื่นชมในความเป็นอาจารย์ชาญชัย และเห็นว่า อาจารย์ได้ดำรงตนตามแนวทาง “คนดีและผู้รักดี” ตามคำสอนของหลวงพ่อปัญญานันทภิกขุ อาจารย์เป็นผู้บังคับบัญชาต้นแบบที่มีเป้าหมายในการทำงานเพื่อองค์กรและส่วนรวมอย่างจริงจัง ให้คำแนะนำในการทำงานที่เป็นประโยชน์ รับฟังความคิดเห็นของผู้ร่วมงาน สนับสนุนการพัฒนาบุคลากรอย่างเต็มที่ ผลักดันให้ผู้ร่วมงานทำงานให้เต็มศักยภาพของตน ส่งเสริมให้มีความก้าวหน้าในหน้าที่การงาน และห่วงใย ดูแลผู้ใต้บังคับบัญชาเสมอมา

ในโอกาสที่อาจารย์เกษียณอายุราชการในปีนี้ ขออาราธนาคุณพระรัตนตรัยและคุณความดีที่อาจารย์ได้สะสมมา โปรดดลบันดาลประทานพรให้อาจารย์และครอบครัว ประสบแต่ความสุขสวัสดิ์พิพัฒนมงคล อุดมด้วยสติปัญญาและพละกำลังที่จะสร้างสรรค์คุณูปการให้แก่ส่วนรวมสืบต่อไป

ด้วยความเคารพรักอย่างยิ่ง

(นางสมฤดี ธัญญสิริ)
เลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง



จารึกไว้ในความทรงจำ:
คุณูปการของศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ในการวางรากฐานการดำเนินงานของสำนักงานศาลปกครอง เพื่อสนับสนุนการอำนวยความยุติธรรมของศาลปกครอง

สำนักงานศาลปกครอง

สำนักงานศาลปกครอง เป็นส่วนราชการที่เป็นหน่วยงานอิสระตามรัฐธรรมนูญ และมีเลขาธิการสำนักงานศาลปกครองเป็นผู้บังคับบัญชาขึ้นตรงต่อประธานศาลปกครองสูงสุด นับตั้งแต่สำนักงานศาลปกครองก่อตั้งขึ้นเมื่อวันที่ ๑๑ ตุลาคม ๒๕๔๒ สำนักงานศาลปกครองมีผู้บริหารที่เป็นผู้นำคนแรกของสำนักงานศาลปกครองคือ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ซึ่งดำรงตำแหน่งเลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง ตั้งแต่วันที่ ๑ ธันวาคม ๒๕๔๒ – วันที่ ๒๔ สิงหาคม ๒๕๔๗ และได้รับพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด ตั้งแต่วันที่ ๑๗ กันยายน ๒๕๔๗ จนกระทั่งเข้าดำรงตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุด เมื่อวันที่ ๒๗ กันยายน ๒๕๖๔

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย มีคุณูปการต่อสำนักงานศาลปกครองเป็นอย่างยิ่ง ในฐานะเลขาธิการสำนักงานศาลปกครองคนแรกได้วางรากฐานการบริหารจัดการองค์กรของศาลปกครองและสำนักงานศาลปกครองเพื่อรองรับการจัดตั้งกระบวนการยุติธรรมทางปกครองขึ้นมาใหม่ รวมทั้งวางรากฐานการดำเนินงานของสำนักงานศาลปกครองในการสนับสนุนการอำนวยความยุติธรรมของศาลปกครองให้เป็นไปตามอำนาจหน้าที่ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ อย่างสมบูรณ์ ดังต่อไปนี้

๑. การวางรากฐานระบบการบริหารจัดการองค์กรของศาลปกครองและสำนักงานศาลปกครองเพื่อรองรับการจัดตั้งกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง

การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ บัญญัติให้มีระบบศาลปกครองขึ้นมาใหม่อีกระบบศาลหนึ่ง โดยให้มีระบบตุลาการศาลปกครองที่มีคุณสมบัติ ที่มา และระบบบริหารงานบุคคลที่แตกต่างและแยกต่างหากจากระบบผู้พิพากษาศาลยุติธรรม และให้มีหน่วยธุรการของศาลปกครองที่เป็นอิสระ และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ได้บัญญัติให้มีการจัดตั้งศาลปกครองเป็น ๒ ชั้นศาล คือ ศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองชั้นต้น โดยมีการกำหนดกรอบเวลาในการเปิดทำการศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองไว้ว่าต้องไม่เกิน ๑๘๐ วัน นับแต่วันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ นอกจากนี้ยังได้มีการกำหนดกรอบเวลาในการเปิดทำการศาลปกครองในภูมิภาคไม่น้อยกว่าปีละ ๗ ศาล ซึ่งพระราชบัญญัตินี้ได้ประกาศในราชกิจจานุเบกษาในวันที่ ๑๐ ตุลาคม ๒๕๔๒ จึงมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ ๑๑ ตุลาคม ๒๕๔๒ ดังนั้น จึงต้องเปิดทำการศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองกลางภายในเดือนเมษายน ๒๕๔๓ และจะต้องเปิดทำการศาลปกครองในภูมิภาคอีกไม่น้อยกว่า ๗ ศาล ภายในวันที่ ๑๑ ตุลาคม ๒๕๔๓ รวมจำนวนศาลที่จะต้องเปิดทำการภายในวันที่ ๑๑ ตุลาคม ๒๕๔๓ ทั้งหมด ๙ ศาล

ในการปฏิบัติหน้าที่เป็นเลขาธิการสำนักงานศาลปกครองคนแรกของศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย มีปัญหาเฉพาะหน้าที่มีขอบข่ายและความยุ่งยากของงานต่างๆ ที่จะต้องดำเนินการเป็น

จำนวนมาก ในการเตรียมการจัดตั้งกระบวนการยุติธรรมทางปกครองและการดำเนินการทั้งในด้านของ “Hardware” “Software” และ “Peopleware” ซึ่งจะต้องจัดหาอาคารที่ทำการสำหรับศาลปกครอง ๙ ศาล และสำนักงานศาลปกครอง ทั้งในส่วนกลางและในส่วนภูมิภาค จะต้องมีการคัดเลือกและการเตรียมความพร้อมให้แก่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ตุลาการในศาลปกครองชั้นต้น และบุคลากรของสำนักงานศาลปกครอง ทั้งในด้านจำนวนและในด้านองค์ความรู้ทางกฎหมายปกครอง งานจัดหาอาคารที่ทำการชั่วคราวทั้งในส่วนกลางและในภูมิภาค งานเตรียมการเปิดทำการศาลปกครองทั้งในด้านงานธุรการคดีและงานคดี การดำเนินงานต่างๆ ดังกล่าวก่อนที่จะมีตุลาการศาลปกครอง ก็ย่อมเป็นงานของสำนักงานศาลปกครอง แม้ว่ากฎหมายจะกำหนดให้มีสำนักงานศาลปกครองเกิดขึ้นทันทีที่กฎหมายมีผลใช้บังคับก็ตาม แต่ตามความเป็นจริงแล้วยังไม่มีสำนักงานศาลปกครองมาก่อนเลย ซึ่งสำนักงานศาลปกครองจะต้องสรรหาและฝึกอบรมพนักงานคดีปกครองให้มีความพร้อมที่จะมาช่วยสนับสนุนงานคดีให้แก่ตุลาการศาลปกครองชุดแรกได้ จึงเป็นงานที่มีรายละเอียดและความยุ่งยากมาก และต้องดำเนินการให้ทันกับกรอบเวลาที่กฎหมายกำหนด โดยงานที่สำคัญที่สุดต่ออนาคตของศาลปกครองก็คืองานคัดเลือกตุลาการศาลปกครองสูงสุดชุดแรก ซึ่งจะเป็นผู้มากำหนดทิศทางในการดำเนินงานของศาลปกครองต่อไป ซึ่งในช่วงเวลาการดำรงตำแหน่งเลขาธิการสำนักงานศาลปกครองของศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย ตั้งแต่วันที่ ๑ ธันวาคม ๒๕๔๒ – วันที่ ๒๔ สิงหาคม ๒๕๔๗ ได้วางรากฐานระบบการบริหารจัดการองค์กรของศาลปกครองและสำนักงานศาลปกครองเพื่อรองรับการจัดตั้งกระบวนการยุติธรรมทางปกครองขึ้นใหม่ดังนี้

๑.๑ การดำเนินการให้เป็นไปตามบทบัญญัติของร่างกฎหมายเกี่ยวกับการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองและงานคัดเลือกตุลาการศาลปกครองสูงสุดชุดแรก

การคัดเลือกตุลาการศาลปกครองนั้นเป็นอำนาจหน้าที่ของ “คณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง” (ก.ศป.) ซึ่งในระหว่างที่ยังไม่มีตุลาการศาลปกครองที่จะมาทำหน้าที่เป็น ก.ศป. ได้นั้น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ บัญญัติไว้ในบทเฉพาะกาล มาตรา ๙๗ และมาตรา ๙๘ ว่า ให้มี “คณะกรรมการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุด” เพื่อดำเนินการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดชุดแรกแทน ก.ศป. โดยศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย ซึ่งปฏิบัติหน้าที่เป็นเลขาธิการสำนักงานศาลปกครองในขณะนั้นได้ทำหน้าที่เป็นเลขานุการฯ โดยได้เสนอแนวทางและขั้นตอนในการดำเนินการคัดเลือกต่อคณะกรรมการคัดเลือกฯ โดยพิจารณาจากบทบัญญัติและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญฯ และเหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ทำให้การดำเนินการคัดเลือกตุลาการศาลปกครองสูงสุดชุดแรก การคัดเลือกและการแต่งตั้งประธานศาลปกครองสูงสุด รองประธานศาลปกครองสูงสุด และตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุดชุดแรก การคัดเลือกและการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองชั้นต้นชุดแรก เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายและแล้วเสร็จด้วยความเรียบร้อย ส่งผลให้ศาลปกครองสามารถสร้างและพัฒนาหลักกฎหมายปกครองที่สำคัญต่อไปได้

๑.๒ การพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานและออกแบบระบบบริหารจัดการองค์กร

ในช่วงปี พ.ศ. ๒๕๔๓ – พ.ศ. ๒๕๔๔ ได้ดำเนินการจัดตั้งองค์การโดยเริ่มต้นในการพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานต่างๆ และออกแบบระบบการทำงานเพื่อสนับสนุนการดำเนินงานของศาลปกครอง

ให้เรียบร้อย เพื่อสร้างมาตรฐานขั้นต่ำของระบบงานและคุณภาพผลงานและนำไปสู่การพัฒนาระบบงานอย่างต่อเนื่อง โดยสิ่งที่สำคัญอันดับแรกที่ดำเนินการ คือ การจัดทำโครงสร้างการแบ่งส่วนราชการภายในจัดเตรียมกรอบอัตรากำลังและกำหนดตำแหน่งภายใน เพื่อให้โครงสร้างมีจำนวนอัตรากำลังเพียงพอที่จะปฏิบัติราชการตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดไว้ สำหรับภารกิจด้านการบริหารงานบุคคลได้เร่งดำเนินการสรรหาบุคลากร (Recruitment) ออกระเบียบหลักเกณฑ์ที่จำเป็นเพื่อขับเคลื่อนภารกิจหลักในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองของตุลาการศาลปกครองชั้นต้นและตุลาการศาลปกครองสูงสุดให้มีผลงานออกไปสู่สังคมและตอบสนองให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ สำหรับการพัฒนาระบบการทำงานโดยได้ดำเนินการจัดวางระบบการทำงานด้านต่างๆ เพื่อสนับสนุนการปฏิบัติงานของศาลปกครองและสำนักงานศาลปกครองในส่วนกลางและศาลปกครองในส่วนภูมิภาค

๑.๓ การมุ่งเน้นในการเพิ่มประสิทธิภาพของระบบงาน

ในช่วงปี พ.ศ. ๒๕๔๕ – พ.ศ. ๒๕๔๗ ได้มุ่งเน้นเพิ่มประสิทธิภาพของระบบงานโดยได้พัฒนาระบบงบประมาณแบบมุ่งเน้นผลงาน นำระบบบริหารจัดการแบบมุ่งผลสัมฤทธิ์มาใช้ในการดำเนินงานด้วยการจัดให้มีระบบข้อตกลงเพื่อประเมินผลสัมฤทธิ์ในระดับหน่วยงานและระดับบุคคล จัดวางระบบการควบคุมภายใน เพื่อเป็นกลไกพื้นฐานของกระบวนการกำกับดูแลการดำเนินกิจการต่างๆ ในหน่วยงานให้บรรลุเป้าหมาย พัฒนาระบบเทคโนโลยีสารสนเทศเพื่อการบริหารเพื่อนำมาใช้ในการสนับสนุนการปฏิบัติงานและการบริหารงานให้เป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ พัฒนาระบบมาตรฐานสากลของประเทศไทยด้านการจัดการและสัมฤทธิ์ผลของงานภาครัฐ จัดทำคู่มือด้านงานสนับสนุนและพัฒนาบุคลากรตามระบบสมรรถนะ โดยนำระบบสมรรถนะ (Competency) เข้ามาใช้ในการพัฒนาบุคลากร การดำเนินการช่วงเวลาดังกล่าวจึงนับเป็นการวางรากฐานที่สำคัญยิ่งในการพัฒนาศาลปกครองและสำนักงานศาลปกครองให้มีการพัฒนาระบบบริหารจัดการเชิงยุทธศาสตร์และการพัฒนาองค์กรให้มีระบบการบริหารจัดการที่ดี (Good Governance) และการพัฒนาองค์กรเพื่อมุ่งสู่ความเป็นเลิศในการให้บริการประชาชน (High Performance Organization : HPO) ในระยะต่อมา

๑.๔ การพัฒนาระบบเทคโนโลยีสารสนเทศเพื่อสนับสนุนการปฏิบัติงาน

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย ได้วางรากฐานการพัฒนาระบบเทคโนโลยีสารสนเทศของศาลปกครองและสำนักงานศาลปกครองเป็นระบบอิเล็กทรอนิกส์ (e-Office) ซึ่งครอบคลุมทั้งระบบที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการคดี (Case Management) และการบริหารงานศาล (Court Management) ทั้งในส่วนของ Hardware Software และ Peopleware จวบจนกระทั่งในปัจจุบันศาลปกครองมีการพัฒนาระบบเทคโนโลยีทั้งในส่วนของ**ระบบบริการดิจิทัลสำหรับบุคคลภายนอก** ซึ่งเป็นบริการที่นำเทคโนโลยีสารสนเทศมาสนับสนุนการให้บริการและเพิ่มช่องทาง การเข้าถึงให้แก่ประชาชนคู่กรณี และหน่วยงานภาครัฐ เพื่ออำนวยความสะดวกให้ผู้เกี่ยวข้องสามารถเข้าถึงบริการได้อย่างสะดวกภายใต้สถานการณ์การแพร่ระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรนา ๒๐๑๙ รวมทั้งการเปลี่ยนแปลงทางด้านเทคโนโลยีสารสนเทศ **ระบบดิจิทัลสนับสนุนการพิจารณาพิพากษาคดี** โดยปัจจุบันมีการนำเทคโนโลยีสารสนเทศมาสนับสนุนการพิจารณาพิพากษาคดีของตุลาการศาลปกครอง พนักงานคดีปกครองและเจ้าหน้าที่ผู้เกี่ยวข้อง ในกระบวนงานได้ครบทุกขั้นตอน และ**ระบบดิจิทัลสนับสนุนงานการบริหาร**

งานภายในสำนักงานศาลปกครอง เช่น ระบบดิจิทัลสนับสนุนการปฏิบัติงานสำนักงาน (e-Office) ระบบสนับสนุนการบริหารงานบุคคล ระบบสนับสนุน การพัฒนาบุคลากร ระบบสนับสนุนงานอาคารสถานที่และบริหารทรัพย์สิน ฯลฯ นอกจากนี้ ยังได้ให้แนวทางแก่สำนักงานศาลปกครองในการพัฒนาระบบสืบค้นคำวินิจฉัยของศาลปกครองและองค์กรวินิจฉัยอุทธรณ์และหน่วยงานกลางอื่น ๆ กฎหมายและข้อมูลทางวิชาการด้วยวิทยาการสมัยใหม่ อาทิ Tagging system เทคโนโลยี Artificial intelligence (AI) และ Natural language processing (NLP) ที่จะช่วยให้ตุลาการศาลปกครองและพนักงานคดีปกครองสามารถสืบค้นแนว คำวินิจฉัยและข้อกฎหมายได้ตรงถูกต้องแม่นยำ และต่อยอดไปยังการพัฒนาต้นแบบร่างคำพิพากษา/คำสั่งตามข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในคดีเพื่อให้ตุลาการศาลปกครองสามารถร่างคำวินิจฉัยได้รวดเร็วและถูกต้องมากขึ้น

ทั้งนี้ ได้มอบหมายให้สำนักงานศาลปกครองพัฒนาระบบเทคโนโลยีสารสนเทศอย่างต่อเนื่องเพื่อพัฒนาไปสู่ศาลปกครองอิเล็กทรอนิกส์ (e-Admincourt) อย่างสมบูรณ์ในปี พ.ศ. ๒๕๗๐ และเตรียมพร้อมเป็นระบบศาลปกครองอัจฉริยะ (Smart Admincourt) ต่อไป

๒. การวางรากฐานในการสนับสนุนการอำนวยความยุติธรรมของศาลปกครอง

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย ได้วางรากฐานการดำเนินงานของสำนักงานศาลปกครองในการสนับสนุนการอำนวยความยุติธรรมของศาลปกครอง โดยการให้การสนับสนุนทางด้านวิชาการเพื่อการพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครอง การสนับสนุนการพิจารณาพิพากษาคดี และการเสริมสร้างโอกาสการเข้าถึงความยุติธรรมทางปกครอง โดยให้สำนักงานศาลปกครองนำข้อมูลที่ได้รับจากการฟ้องคดีมาศึกษาวิเคราะห์เหตุแห่งการฟ้องคดีว่า การฟ้องคดีนั้นมีสาเหตุมาจากอะไร ถ้ามีสาเหตุมาจากกฎหมาย กฎ หรือระเบียบมีช่องโหว่ ล้าสมัย ไม่เป็นธรรม ให้ดำเนินการเสนอแนะต่อรัฐบาลหรือรัฐสภาให้มีการแก้ไขกฎหมาย กฎ หรือระเบียบที่เป็นปัญหานั้นได้ อันจะเป็นการแก้ปัญหาที่ต้นเหตุซึ่งต่อไปจะทำให้ไม่มีข้อพิพาทในลักษณะเดียวกันเกิดขึ้นอีก นอกจากนี้ให้สำนักงานศาลปกครองเผยแพร่ความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับกฎหมายปกครองให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อจะได้ไม่ทำผิดกฎหมายเพราะความไม่รู้ และถ้าเจ้าหน้าที่ของรัฐถูกฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ก็จะได้ความเข้าใจและมั่นใจที่จะชี้แจงหรือให้ความร่วมมือกับศาลปกครองได้อย่างถูกต้องและตรงไปตรงมา รวมทั้งให้นำคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่วางบรรทัดฐานในการปฏิบัติราชการเผยแพร่ให้หน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐและประชาชนได้รับทราบและยึดถือปฏิบัติต่อไป ทั้งนี้ ได้ให้ความสำคัญกับการเสริมสร้างองค์ความรู้ด้านกฎหมายปกครองและกฎหมายว่าด้วยคดีปกครองของไทยและของต่างประเทศ โดยจัดการส่งเสริมการศึกษาอบรมให้แก่ตุลาการศาลปกครองและเจ้าหน้าที่ในทุกระดับและในหลายรูปแบบ รวมทั้งยังให้ความสำคัญอย่างมากในการเสริมสร้างความสัมพันธ์และเครือข่ายความร่วมมือกับต่างประเทศเพื่อประโยชน์ในการพัฒนาองค์ความรู้ทางวิชาการแก่บุคลากรในกระบวนการยุติธรรมทางปกครองของไทย และเพื่อให้ศาลปกครองเป็นองค์กรที่มีความเป็นสากลและเป็นที่ยอมรับในระดับนานาชาติ และโดยที่ในช่วงต้น ศาลปกครองเป็นระบบศาลใหม่ของประเทศไทยที่แยกต่างหากจากระบบของศาลยุติธรรม ซึ่งได้จัดตั้งตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ และพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พุทธศักราช ๒๕๔๒ และได้มีการเปิดทำการศาลปกครองสูงสุด

และศาลปกครองกลาง เมื่อวันที่ ๙ มีนาคม ๒๕๔๔ ในช่วงเวลาดังกล่าวความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับศาลปกครองซึ่งเป็นระบบ “ศาลคู่” อาจจะอยู่ในขอบเขตจำกัด จึงเป็นหน้าที่สำคัญของสำนักงานศาลปกครองที่จะต้องเสริมสร้างความรู้ความเข้าใจแก่ประชาชนเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง กระบวนการยุติธรรมทางปกครอง และศาลปกครองอย่างสม่ำเสมอ เพื่อให้ศาลปกครองเป็นที่พึ่งที่ยอมรับของสังคม ประชาชนและหน่วยงานต่างๆ ของรัฐ รวมทั้งเพื่อให้ประชาชนสามารถปกป้องสิทธิและเสรีภาพของตนเองได้อย่างมีประสิทธิภาพ อันจะก่อให้เกิดประโยชน์สุขแก่ประชาชนและสังคมได้อย่างยั่งยืน ตลอดจนให้สำนักงานศาลปกครองทำหน้าที่สนับสนุนในเชิงป้องกันมุ่งแก้ปัญหาที่ต้นน้ำ โดยนำบรรทัดฐานหลักกฎหมายปกครองและแนวทางการปฏิบัติราชการจากคำพิพากษาของศาลปกครองเผยแพร่ให้หน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติราชการได้อย่างถูกต้องตามหลักธรรมาภิบาล เพื่อยุติปัญหาแบบยั่งยืนอันจะส่งผลต่อเนื่องให้ปริมาณคดีที่จะเข้าสู่ศาลปกครองลดลง และศาลปกครองสามารถอำนวยความยุติธรรมทางปกครองให้แก่ประชาชนได้รวดเร็วมากยิ่งขึ้น

๓. การเสริมสร้างภาพลักษณ์ที่ดีของศาลปกครองและประเทศไทยให้กับนานาประเทศ

ศาลปกครองสูงสุดแห่งราชอาณาจักรไทยได้เป็นเจ้าภาพการจัดประชุมใหญ่สมาคมศาลปกครองสูงสุดระหว่างประเทศ ครั้งที่ ๙ (The 9th Congress of International Association of Supreme Administrative Jurisdiction) ระหว่างวันที่ ๒๒ – ๒๔ พฤศจิกายน ๒๕๕๐ ในขณะนั้นศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด และได้รับมอบหมายเป็นประธานคณะอนุกรรมการฝ่ายเลขานุการประธานสมาคม ศาลปกครองสูงสุดระหว่างประเทศ โดยได้ประสานความร่วมมือในการดำเนินการกับสมาคมฯ ส่งผลให้การจัดประชุมฯ เป็นไปด้วยความเรียบร้อย ได้รับความชื่นชมจากทุกฝ่าย และเสริมสร้างภาพลักษณ์ที่ดีให้กับศาลปกครองและประเทศไทยเป็นอย่างยิ่ง และที่สำคัญศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย ได้ตั้งข้อสังเกตต่อเลขาธิการสมาคมฯ ผ่านเลขานุการสมาคมฯ เพื่อเสนอให้พิจารณาประธานศาลปกครองสูงสุดของไทยเป็นรองประธานสมาคมฯ จากทวีปเอเชีย และในที่สุด ที่ประชุมใหญ่ของสมาคมฯ มีมติเห็นชอบ มติดังกล่าวมีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากแม้ว่าศาลปกครองของไทยจะเพิ่งจัดตั้งได้เพียง ๖ ปี และได้เข้าเป็นสมาชิกของสมาคมฯ ภายหลังศาลสูงของประเทศอื่นในเอเชียซึ่งเป็นประเทศที่ใหญ่กว่าประเทศไทย แต่ศาลปกครองไทยก็ได้รับการยอมรับให้เป็นผู้นำและตัวแทนของเอเชีย จากการที่ประธานศาลปกครองสูงสุดของไทยได้รับการแต่งตั้งให้เป็นรองประธานสมาคมฯ ในฐานะตัวแทนของทวีปเอเชีย ซึ่งเป็นผลดีต่อภาพลักษณ์ขององค์กรและของประเทศไทยว่า ได้รับการยอมรับในวงการศาลระหว่างประเทศ และศาลปกครองสูงสุดของไทยได้เข้าเป็นกรรมการบริหารของสมาคมฯ ตลอดไป ซึ่งแต่เดิมศาลปกครองของไทยได้เข้าเป็นกรรมการบริหารของสมาคมฯ เพราะได้รับเลือกให้เป็นเจ้าภาพจัดการประชุมใหญ่ของสมาคมฯ

๔. การจัดตั้งสถาบันพัฒนาบุคลากรในกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง มูลนิธิวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครอง

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย ได้เป็นผู้ริเริ่มให้มีการจัดตั้งสถาบันพัฒนาบุคลากรในกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง มูลนิธิวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครอง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมการศึกษา วิเคราะห์วิจัยเพื่อการพัฒนากฎหมายปกครองและกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง สนับสนุน

การดำเนินงานหรือรองรับดำเนินการวิจัยเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนหรือกฎหมายสาขาอื่นที่เกี่ยวข้อง ทั้งในประเทศ ส่งเสริมและจัดให้มีกิจกรรมทางวิชาการในรูปแบบต่างๆ เพื่อพัฒนากฎหมายปกครอง และกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง ตลอดจนเผยแพร่ผลงานทางวิชาการของศาลปกครองและสำนักงานศาลปกครอง รวบรวม เผยแพร่ ให้บริการข้อมูลข่าวสารและข้อสนเทศเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง และกระบวนการยุติธรรมทางปกครองของประเทศไทยและของต่างประเทศ ส่งเสริม สนับสนุน และพัฒนาบุคลากรของสำนักงานศาลปกครองในด้านวิชาการและสวัสดิการ รวมทั้งสนับสนุนการศึกษาอบรม พัฒนาความรู้ หรือจัดฝึกอบรมสัมมนาให้แก่บุคลาการด้านกฎหมายมหาชนหรือประชาชนทั่วไป ตลอดจนร่วมมือและประสานงานกับองค์กรอื่นๆ ทั้งในประเทศและต่างประเทศที่มีวัตถุประสงค์สอดคล้องกัน และดำเนินการเพื่อสาธารณะประโยชน์หรือร่วมมือหรือร่วมกับองค์กรการกุศลอื่นๆ โดยไม่ดำเนินการเกี่ยวกับการเมืองแต่ประการใด

๕. การดำเนินงานความร่วมมือทางวิชาการระหว่างสำนักงานศาลปกครองกับหน่วยงานภายนอก (ในประเทศ)

ในปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๖๕ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย ในฐานะประธานศาลปกครองสูงสุดได้มีนโยบายให้สำนักงานศาลปกครองดำเนินงานความร่วมมือทางวิชาการกับหน่วยงานภายนอก (ในประเทศ) เพิ่มเติม โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อบูรณาการการทำงานร่วมกับหน่วยงานทุกภาคส่วนในการยกระดับการอำนวยความยุติธรรมทางปกครอง การเสริมสร้างธรรมาภิบาลในสังคม การพัฒนาศักยภาพบุคลากร และการเพิ่มประสิทธิภาพการปฏิบัติงานของสำนักงานศาลปกครองและหน่วยงานคู่ความร่วมมือ ซึ่งในปัจจุบันมีหน่วยงานที่ได้ลงนามบันทึกข้อตกลงความร่วมมือทางวิชาการกับสำนักงานศาลปกครองเรียบร้อยแล้ว จำนวน ๑๓ หน่วยงาน ได้แก่ ๑) สำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน ๒) มูลนิธิวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครอง ๓) สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน ๔) กรมที่ดิน ๕) มหาวิทยาลัยเกษมบัณฑิต ๖) สภาทนายความ ในพระบรมราชูปถัมภ์ ๗) สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ๘) กรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น ๙) สำนักงานอัยการสูงสุด ๑๐) สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน ๑๑) สำนักงาน ก.พ. ๑๒) สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และ ๑๓) กรมพระธรรมนูญ สำนักงานปลัดกระทรวงกลาโหม และมีหน่วยงานที่อยู่ระหว่างการพิจารณาสอบทานร่างบันทึกข้อตกลงความร่วมมือ ได้แก่ กรมบัญชีกลาง สำนักงานคณะกรรมการแข่งขันทางการค้า และกรุงเทพมหานคร รวมทั้งได้กำหนดให้มีการรับฟังข้อคิดเห็นของผู้ทรงคุณวุฒิหรือผู้ที่มีคุณูปการต่อการก่อตั้งศาลปกครอง โดยได้เรียนเชิญศาสตราจารย์พิเศษ กาญจนารัตน์ ลีวิโรจน์ ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ ศาสตราจารย์ ดร.สุรพล นิติไกรพจน์ ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์ ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์ และศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์ มาให้ข้อคิดเห็นและข้อเสนอแนะ เรื่อง ศาลปกครองกับการอำนวยความยุติธรรมทางปกครองและการเสริมสร้างธรรมาภิบาลในสังคม ซึ่งเป็นประโยชน์อย่างมากในการรับมาปรับปรุงการดำเนินงานของศาลปกครองและสำนักงานศาลปกครอง ตลอดจนให้ความสำคัญกับการเผยแพร่ความรู้การขยายความร่วมมือทางวิชาการกับหน่วยงาน สถาบัน องค์กรต่างๆ โดยได้ผลักดันให้มี/ปรับเพิ่มเนื้อหาของหลักสูตรการศึกษาให้มีเนื้อหาเกี่ยวกับกฎหมายปกครองเป็นวิชาบังคับในสถาบันการศึกษา เพื่อให้

กฎหมายปกครองเป็นความรู้พื้นฐานสำหรับผู้ที่จะจบไปทำงานในภาครัฐและภาคเอกชน ซึ่งจะช่วยลดข้อพิพาททางปกครองที่เกิดจากความไม่รู้หรือความรู้ความเข้าใจที่ไม่ตรงกัน รวมทั้งจะช่วยลดระยะเวลาการฝึกอบรมให้กับผู้ที่ผ่านการคัดเลือกเข้ามาเป็นพนักงานคดีปกครองและตุลาการประจำศาลปกครองชั้นต้นก่อนการปฏิบัติงานในอนาคต

๖. งานพัฒนาองค์ความรู้ทางกฎหมายปกครองในประเทศไทย : งานใหญ่ที่สำนักงานศาลปกครองต้องสานต่อไป

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย ได้กำหนดนโยบายให้มีการจัดสัมมนาสถาบันอุดมศึกษาที่มีหลักสูตรนิติศาสตร์ทั้งประเทศ ในการพัฒนาหลักสูตรการเรียนการสอนกฎหมายมหาชนโดยเฉพาะกฎหมายปกครองในคณะนิติศาสตร์ เพื่อให้สถาบันอุดมศึกษาที่เข้าร่วมสัมมนารับไปพิจารณาดำเนินการปรับปรุงหลักสูตรนิติศาสตร์ให้มีวิชากฎหมายปกครองเพิ่มมากขึ้น รวมทั้งการเสริมสร้างความร่วมมือกับกระทรวงศึกษาธิการในการจัดทำคู่มือการสอนวิชากฎหมายสำหรับครูและจัดให้มีการฝึกอบรมเพื่อเพิ่มพูนความรู้ทางกฎหมายปกครองและกฎหมายมหาชนให้แก่ครูผู้สอนวิชาดังกล่าวให้มากขึ้น เจตนารมณ์ในการปรับปรุงหลักสูตรคณะนิติศาสตร์และคณะรัฐศาสตร์ในมหาวิทยาลัยเกี่ยวกับวิชากฎหมายปกครองและกฎหมายมหาชนและตำราเรียนในระดับก่อนอุดมศึกษา เพื่อให้บัณฑิตซึ่งสำเร็จการศึกษาออกไปประกอบวิชาชีพเป็นนิติกรหรือเจ้าหน้าที่ทางด้านอื่นของส่วนราชการมีความรู้ความเข้าใจในหลักกฎหมายปกครองและกฎหมายมหาชนแขนงอื่นอย่างเพียงพอ เนื่องจากภารกิจต่างๆ ของรัฐส่วนใหญ่จะเป็นเรื่องของกฎหมายปกครองและกฎหมายมหาชนซึ่งมีหลักกฎหมายและวิธีการตีความที่แตกต่างไปจากหลักกฎหมายและวิธีการตีความของกฎหมาย เอกชนและกฎหมายอาญา ก่อให้เกิดปัญหาข้อขัดข้องในการปฏิบัติราชการนานาประการ งานดังกล่าวเป็นงานที่ผู้บริหารศาลปกครองทุกท่านเห็นคุณค่าและเป็นงานสำคัญที่สำนักงานศาลปกครองยังคงต้องสานการดำเนินการต่อไป

สำนักงานศาลปกครอง มีความตระหนักยิ่งในคุณูปการของศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ที่ได้กรุณาวางรากฐานการบริหารจัดการองค์กรของศาลปกครองและสำนักงานศาลปกครองเพื่อรองรับการจัดตั้งกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง และวางรากฐานการดำเนินงานของสำนักงานศาลปกครองในการสนับสนุนการอำนวยความยุติธรรมของศาลปกครอง ในช่วงเวลาที่ผ่านมาจนถึงในปัจจุบันนี้ บุคลากรของสำนักงานศาลปกครองขอจารึกคุณงามความดีที่ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ได้สร้างไว้ให้กับศาลปกครอง สำนักงานศาลปกครอง ประชาชนและประเทศชาติ รวมทั้งจะดำเนินการเพื่อสานต่อตามเจตานารมณ์ที่ต้องการให้ศาลปกครองเป็นสถาบันหลักของประเทศที่ใช้อำนาจตุลาการอำนวยความยุติธรรมเกี่ยวกับข้อพิพาททางปกครอง โดยมุ่งให้เกิดความสมดุลในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนและการดำเนินงานของรัฐเพื่อประโยชน์สาธารณะ อำนวยความยุติธรรมด้วยความเป็นธรรม รวดเร็ว ทันสมัย เพื่อเสริมสร้างธรรมาภิบาลในสังคมและเป็นศาลแห่งความเป็นเลิศ และความมุ่งมั่นผลักดันให้สำนักงานศาลปกครองเป็นองค์กร “สนับสนุน” ด้านคดีปกครองที่ทรงประสิทธิภาพและมีประสิทธิผลให้กับศาลปกครอง และเป็น “องค์กรนำ” ในการเสริมสร้างการบริหารจัดการภาครัฐที่ดีอย่างยั่งยืนต่อไป

ประวัติและผลงานของศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์

กองบรรณาธิการ เรียบเรียง

๑. ประวัติด้านการศึกษา

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ สำเร็จการศึกษาในระดับมัธยมศึกษาตอนปลาย (มศ. ๕) จากโรงเรียนเตรียมอุดมศึกษา (พญาไท) ในปี พ.ศ. ๒๕๑๓ โดยสอบได้ในลำดับที่ ๒ ของทั้งประเทศ และได้คะแนนสูงสุดของทั้งประเทศในวิชาภาษาฝรั่งเศส โดยได้สอบชิงทุนการศึกษาเพื่อไปศึกษาในต่างประเทศได้หลายทุน แต่เลือกรับทุนรัฐบาลไทย (ทุน ก.พ.) ตามความต้องการของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ให้ไปศึกษาสาขานิติศาสตร์ (กฎหมายมหาชน) ในระดับปริญญาตรี ณ สาธารณรัฐฝรั่งเศส และได้รับการต่อทุนการศึกษาจนถึงระดับปริญญาเอก ซึ่งใช้เวลาในการศึกษาทั้งหมดรวม ๘ ปี โดยได้รับประกาศนียบัตรและปริญญา ดังต่อไปนี้

- ประกาศนียบัตรภาษาฝรั่งเศส (พ.ศ. ๒๕๑๓ – ๒๕๑๔)
- ปริญญานิติศาสตรบัณฑิต (กฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายประชาคมยุโรป) จากมหาวิทยาลัย Aix – Marseille III (พ.ศ. ๒๕๑๔ – ๒๕๑๘)
- ประกาศนียบัตรชั้นสูงทางกฎหมายมหาชนภายใน จากมหาวิทยาลัยเดียวกัน (พ.ศ. ๒๕๑๘ – ๒๕๑๙)
- ประกาศนียบัตรชั้นสูงทางกฎหมายทะเลและการขนส่งระหว่างประเทศ จากมหาวิทยาลัยเดียวกัน (พ.ศ. ๒๕๑๙ – ๒๕๒๐)
- ปริญญานิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต (กฎหมายมหาชนภายใน) จากมหาวิทยาลัยเดียวกัน (พ.ศ. ๒๕๒๐ – ๒๕๒๑)

๒. ประวัติด้านการรับราชการและการฝึกอบรม

หลังสำเร็จการศึกษา ได้เริ่มรับราชการในตำแหน่งนิติกร ๔ สังกัดกองยกร่างกฎหมาย สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ต่อมาได้เป็นผู้ช่วยเลขานุการกรรมการร่างกฎหมายและพนักงานผู้รับผิดชอบสำนวน เป็นเลขานุการกรรมการร่างกฎหมาย เป็นผู้อำนวยการกองกฎหมายต่างประเทศ และผู้อำนวยการกองวิเคราะห์กฎหมายและการร้องทุกข์ เป็นกรรมการร่างกฎหมายประจำ เป็นรองเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา และเป็นเลขาธิการสำนักงานศาลปกครองคนแรก ตั้งแต่วันที่ ๑๑ ตุลาคม ๒๕๔๒ ถึงวันที่ ๒๓ สิงหาคม ๒๕๔๗ และได้ผ่านการฝึกอบรมที่สำคัญ ดังนี้

(๑) ประกาศนียบัตรการอบรมหลักสูตรการพิจารณาคดีปกครอง จาก International Institute of Public Administration สาธารณรัฐฝรั่งเศส (พ.ศ. ๒๕๓๑)

(๒) ประกาศนียบัตรการอบรมหลักสูตรการทำงานของรัฐบาลและรัฐสภา จากสถาบันเดียวกันกับ (๑) (พ.ศ. ๒๕๓๖)

(๓) ประกาศนียบัตรการอบรมนักบริหารระดับสูง หลักสูตรที่ ๑ (นบส. ๑) รุ่นที่ ๒๘ สำนักงาน ก.พ. (พ.ศ. ๒๕๔๑)

(๔) ประกาศนียบัตรการอบรมหลักสูตรนิติธรรมเพื่อประชาธิปไตย รุ่นที่ ๔ (นธป. ๔) สำนักงานศาลรัฐธรรมนูญ (พ.ศ. ๒๕๕๙)

(๕) วุฒิบัตรการอบรมหลักสูตร “การกำกับดูแลกิจการสำหรับกรรมการและผู้บริหารระดับสูงขององค์กรกำกับดูแล (Regulators) รัฐวิสาหกิจ และองค์การมหาชน” รุ่นที่ ๒๑ สถาบันพระปกเกล้า พ.ศ. ๒๕๖๓)

๓. ประวัติการเป็นผู้บรรยายพิเศษให้แก่มหาวิทยาลัยและการเป็นวิทยากรหลักสูตรการอบรมให้แก่หน่วยงานของรัฐ

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ได้รับเชิญเป็นผู้บรรยายพิเศษในสาขากฎหมายมหาชนและกฎหมายปกครองในระดับปริญญาตรี ปริญญาโท และปริญญาเอก ให้แก่มหาวิทยาลัยต่าง ๆ และได้รับเชิญเป็นวิทยากรหลักสูตรการอบรมให้แก่หน่วยงานของรัฐมาตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๒๑ จนถึงปัจจุบัน รวมเป็นเวลา ๔๔ ปี มีหน่วยงานที่สำคัญ ดังนี้

(๑) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย
(๒) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์
(๓) มหาวิทยาลัยราชภัฏ
(๔) มหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์
(๕) มหาวิทยาลัยอุบลราชธานี
(๖) มหาวิทยาลัยเชียงใหม่
(๗) มหาวิทยาลัยสวนดุสิต
(๘) โรงเรียนเหล่าทหารพระธรรมนูญ
(๙) เนติบัณฑิตยสภา
(๑๐) สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์
(๑๑) สถาบันพระปกเกล้า
(๑๒) สำนักงานศาลปกครอง
(๑๓) มหาวิทยาลัยเกษมบัณฑิต
(๑๔) มหาวิทยาลัยรังสิต
(๑๕) มหาวิทยาลัยศรีปทุม

สำหรับการเป็นผู้บรรยายพิเศษในสถาบันการศึกษานั้น ได้บรรยายในวิชาต่าง ๆ ดังนี้

๑. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

(๑) วิชา “ปัญหาชั้นสูงในกฎหมายมหาชน ๑” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต โดยได้จัดทำเอกสารประกอบการบรรยาย “คำอธิบายวิชาปัญหาชั้นสูงในกฎหมายมหาชน ๑” (เอกสารโรเนียวอัดสำเนา) จำนวน ๑๓๗ หน้า, ๒๕๒๔

(๒) วิชา “กฎหมายพาณิชยนาวี” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต

(๓) วิชา “กฎหมายปกครองชั้นสูง” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต (บรรยายร่วมกับศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์)

ทั้ง ๓ วิชานี้ บรรยายระหว่างปี พ.ศ. ๒๕๒๒ – พ.ศ. ๒๕๒๖ โดยประมาณ

(๔) วิชา “กฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต (บรรยายร่วมกับผู้อื่น) ตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๔๙ จนถึงปัจจุบัน

๒. คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

วิชา “กฎหมายเกี่ยวกับการจัดโครงสร้างทางปกครอง” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต (บรรยายร่วมกับผู้อื่น) ได้รับเชิญให้บรรยายในปี พ.ศ. ๒๕๕๒

๓. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง

(๑) วิชา “กฎหมายปกครอง” (LA 312/LW 312) หลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต ตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๔๐ จนถึงปัจจุบัน

(๒) วิชา “กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่” (LA 342/LW 461) หลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต ตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๔๐ จนถึงปัจจุบัน

(๓) วิชา “กฎหมายวิธีพิจารณาทางปกครอง” หลักสูตรประกาศนียบัตรบัณฑิต ตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๓๙ จนปิดหลักสูตรดังกล่าวประมาณปี พ.ศ. ๒๕๔๓

(๔) วิชา “กฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองชั้นสูง” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต (บรรยายร่วมกับผู้อื่น) ตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๔๗ จนถึงปัจจุบัน

(๕) วิชา “กฎหมายปกครองชั้นสูง” (LW 642) หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต (บรรยายร่วมกับผู้อื่น) ได้รับเชิญให้บรรยายในปี พ.ศ. ๒๕๕๒

๔. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธุรกิจบัณฑิตย์

วิชา “กฎหมายปกครองชั้นสูง ๒” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต (บรรยายร่วมกับผู้อื่น) ตั้งแต่เปิดหลักสูตรดังกล่าวจนถึงปัจจุบัน

๕. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยหอการค้าไทย

วิชา “กฎหมายปกครองและศาลปกครอง” หลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต ตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๔๗ จนถึงปี พ.ศ. ๒๕๕๗

๖. คณะนิติศาสตร์ วิทยาลัยเซาธ์อีสท์บางกอก

(๑) วิชา “กฎหมายปกครอง” หลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต ตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๔๗ จนถึงปี พ.ศ. ๒๕๕๗

(๒) วิชา “กฎหมายว่าด้วยศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง” หลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต ตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๔๗ จนถึงปี พ.ศ. ๒๕๕๗

(๓) วิชา “กฎหมายมหาชนสำหรับการจัดการ” หลักสูตรการจัดการมหาบัณฑิต ตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๕๐ จนถึงปี พ.ศ. ๒๕๕๗

๗. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรังสิต

(๑) วิชา “กฎหมายปกครอง” หลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิต (e-learning)

(๒) วิชา “ทฤษฎีกฎหมายมหาชน” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต (บรรยายร่วมกับผู้อื่น) ได้รับเชิญให้บรรยายในปี พ.ศ. ๒๕๕๒

๘. วิทยาลัยบริหารธุรกิจและรัฐกิจ มหาวิทยาลัยรังสิต

วิชา “กฎหมายมหาชนกับการบริหารงานสาธารณะ” หลักสูตรรัฐประศาสนศาสตรมหาบัณฑิต ตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๔๘ จนถึงปัจจุบัน

๙. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยอัสสัมชัญ

(๑) วิชา “ทฤษฎีและหลักกฎหมายมหาชน” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต (บรรยายร่วมกับผู้อื่น) ตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๔๗ จนถึงปี พ.ศ. ๒๕๕๘

(๒) วิชา “กฎหมายรัฐธรรมนูญและสถาบันการเมืองชั้นสูง” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต (บรรยายร่วมกับผู้อื่น) ตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๔๗ – พ.ศ. ๒๕๔๙

(๓) วิชา “กฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต (บรรยายร่วมกับผู้อื่น) ตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๔๙ จนถึงปี พ.ศ. ๒๕๕๘

๑๐. คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม

(๑) วิชา “ทฤษฎีและหลักกฎหมายมหาชน” หลักสูตรประกาศนียบัตรทางกฎหมายมหาชน (บรรยายร่วมกับผู้อื่น) ตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๔๙ จนถึงปัจจุบัน

(๒) วิชา “วิธีพิจารณาคดีปกครอง” หลักสูตรประกาศนียบัตรบัณฑิตทางกฎหมายมหาชน (บรรยายร่วมกับผู้อื่น) ตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๔๙ จนถึงปัจจุบัน

(๓) วิชา “ทฤษฎีและหลักกฎหมายมหาชน” หลักสูตรนิติศาสตรมหาบัณฑิต ตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๔๘ จนถึงปัจจุบัน

๑๑. วิทยาลัยนวัตกรรมและการจัดการ มหาวิทยาลัยราชภัฏสวนสุนันทา วิชา “กฎหมายมหาชนสำหรับนักรัฐศาสตร์” หลักสูตร รัฐศาสตรมหาบัณฑิต ตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๕๐ จนถึงปี พ.ศ. ๒๕๕๔

นอกจากนี้ ยังได้รับเชิญเป็นวิทยากรบรรยายให้แก่หน่วยงานราชการและองค์กรต่าง ๆ อีกเป็นจำนวนมาก

๔. ผลงานทางวิชาการ

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ได้เขียนบทความ ตำรา และหนังสือจำนวน ๖๒ เรื่อง ดังต่อไปนี้

(๑) ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๓๘)

(๒) พัฒนาการของกฎหมายมหาชนในต่างประเทศและในประเทศไทย (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๓๘)

(๓) วิสัยทัศน์การเมือง การปกครอง และกฎหมาย : การปฏิรูประบบการเมืองกับการพัฒนากฎหมายและการพัฒนาประเทศไทยในทศวรรษหน้า (กรุงเทพฯ : นิติธรรม, ๒๕๓๙)

(๔) การปฏิรูปการเมืองฝรั่งเศส : ข้อคิดในการปฏิรูปการเมืองไทย (แต่งร่วมกับบวรศักดิ์ อุวรรณโณ) (กรุงเทพฯ : นิติธรรม, ๒๕๔๐)

(๕) คู่มือการร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์และคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ภูมิภาค (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๔๐)

(๖) ศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๔๐)

(๗) การพัฒนานักกฎหมายมหาชนกับการพัฒนาประเทศไทย (กรุงเทพฯ : คณะกรรมการปฏิรูประบบราชการ สำนักนายกรัฐมนตรี, ๒๕๔๐)

(๘) การปรับปรุงองค์การภาครัฐ : การควบคุมและการตรวจสอบการใช้อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ (กรุงเทพฯ : คณะกรรมการปฏิรูประบบราชการ สำนักนายกรัฐมนตรี, ๒๕๔๐)

(๙) การควบคุมการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๔๐)

(๑๐) สาระน่ารู้ พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. ๒๕๔๐ (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๔๐)

(๑๑) ประชาพิจารณ์ : การมีส่วนร่วมของประชาชนในการบริหารราชการแผ่นดิน (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๔๐)

(๑๒) รวมคำอธิบายพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๔๐)

(๑๓) รวมคำอธิบายพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๔๑)

(๑๔) นิติบุคคลตามกฎหมายมหาชน (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๔๑)

(๑๕) ความรู้เบื้องต้นเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครอง (แต่งร่วมกับมานิตย์ วงศ์เสรี) (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๔๑)

(๑๖) หลักกฎหมายมหาชน (แต่งร่วมกับโภคิน พลกุล) (กรุงเทพฯ : นิติธรรม, ๒๕๔๑)

(๑๗) กฎหมายมหาชนกับการปฏิรูประบบราชการในยุคโลกาภิวัฒน์ (แต่งร่วมกับโภคิน พลกุล) (กรุงเทพฯ : นิติธรรม, ๒๕๔๑)

(๑๘) สาระน่ารู้เกี่ยวกับ “กฤษฎีกา” (กรุงเทพฯ : นิติธรรม, ๒๕๔๑)

(๑๙) คู่มือประชาชนเรื่องข้อควรรู้เกี่ยวกับสิทธิ เสรีภาพ และหน้าที่ของประชาชน (กรุงเทพฯ : คณะกรรมการว่าด้วยการปฏิบัติราชการเพื่อประชาชนของหน่วยงานของรัฐ สำนักงาน ก.พ., ๒๕๔๑)

(๒๐) คำอธิบายวิชากฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ (LW 461) (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ๒๕๔๑)

(๒๑) สาระน่ารู้เกี่ยวกับระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการพัสดุ พ.ศ. ๒๕๓๙ (แก้ไขเพิ่มเติมโดยระเบียบฯ (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๔๑ เพื่อป้องกันการสมยอมกันในการเสนอราคา) (กรุงเทพฯ : นิติธรรม, ๒๕๔๒)

(๒๒) องค์การมหาชน : องค์กรของรัฐที่มิใช่ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ (กรุงเทพฯ : นิติธรรม, ๒๕๔๒)

(๒๓) กฎหมายเกี่ยวกับการบริหารราชการแผ่นดิน (กรุงเทพฯ : นิติธรรม, ๒๕๔๒)

(๒๔) กฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๔๒)

(๒๕) สัญญาทางปกครองกับการให้เอกชนเข้าร่วมในการจัดทำบริการสาธารณะ (กรุงเทพฯ : นิติธรรม, ๒๕๔๓)

(๒๖) หลักการตีความกฎหมายกับกรณีศึกษา : ปัญหาการแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุด

ครั้งแรกและปัญหาลักษณะต้องห้ามของผู้สมัครรับเลือกตั้งเป็นสมาชิกวุฒิสภา : กรณีเจ้าหน้าที่ของรัฐ) (กรุงเทพฯ : นิติธรรม, ๒๕๔๓)

(๒๗) สาระน่ารู้เกี่ยวกับการจัดทำประมวลกฎหมายของต่างประเทศและของไทย (แต่งร่วมกับ วรรณชัย บุญบำรุง) (กรุงเทพฯ : นิติธรรม, ๒๕๔๓)

(๒๘) การเปิดเผยข้อมูลข่าวสารของราชการกับข้อพิจารณาทางกฎหมายปกครอง (แต่งร่วมกับ บรรเจิด สิงคะเนติ และสมศักดิ์ นวตระกูลพิสุทธิ์) (กรุงเทพฯ : นิติธรรม, ๒๕๔๓)

(๒๙) ศาลปกครองกับการปรับปรุงการบริหารงานภาครัฐ (กรุงเทพฯ : สำนักงานเลขานุการ คณะกรรมการว่าด้วยการปฏิบัติราชการเพื่อประชาชนของหน่วยงานของรัฐ, ๒๕๔๓)

(๓๐) หลักกฎหมายมหาชนกับการบริหารภาครัฐ (กรุงเทพฯ : สถาบันมาตรฐานสากลภาครัฐ แห่งประเทศไทย สำนักงาน ก.พ., ๒๕๔๕)

(๓๑) ศาลปกครองกับกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง (กรุงเทพฯ : สวัสดิการด้านการฝึกอบรม สำนักงานศาลปกครอง, ๒๕๔๕)

(๓๒) คู่มือประชาชนเรื่องข้อควรรู้เกี่ยวกับสิทธิ เสรีภาพ และหน้าที่ของประชาชน (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง, ๒๕๔๕)

(๓๓) สาระน่ารู้เกี่ยวกับพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ (กรุงเทพฯ : สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง, ๒๕๔๕)

(๓๔) สาระน่ารู้เกี่ยวกับพระราชบัญญัติระเบียบบริหารราชการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๓๔ (กรุงเทพฯ : สวัสดิการสำนักงานศาลปกครอง, ๒๕๔๕)

(๓๕) ศาลปกครองกับการดำเนินงานของตำรวจ (กรุงเทพฯ : สวัสดิการด้านการฝึกอบรม สำนักงาน ศาลปกครอง, ๒๕๔๕)

(๓๖) กฎหมายปกครอง : แนวความคิดและหลักกฎหมายที่ควรรู้ (กรุงเทพฯ : สวัสดิการด้าน การฝึกอบรม สำนักงานศาลปกครอง, ๒๕๔๕)

(๓๗) ข้อควรรู้ก่อนไปศาลปกครอง (กรุงเทพฯ : กองการประชาสัมพันธ์ สำนักงานศาลปกครอง, ๒๕๔๗)

(๓๘) ศาลปกครองกับครู อาจารย์ และผู้บริหารการศึกษา (กรุงเทพฯ : สำนักงานศาลปกครอง, ๒๕๔๗)

(๓๙) ชุดการเรียนรู้ด้วยตนเอง หลักสูตรการเรียนรู้กฎหมายมหาชนด้วยตนเอง หมวดที่ ๑ กฎหมาย มหาชนกับการจัดระบบบริหารภาครัฐ ชุดวิชาที่ ๒ หน่วยงานของรัฐ (กรุงเทพฯ : สถาบันพัฒนาข้าราชการ พลเรือน สำนักงาน ก.พ., ๒๕๔๘)

(๔๐) หน่วยงานของรัฐที่มิใช่ส่วนราชการและรัฐวิสาหกิจ : องค์การมหาชนและหน่วยบริการ รูปแบบพิเศษ (กรุงเทพฯ : นิติธรรม, ๒๕๔๙)

(๔๑) ประมวลสาระชุดวิชา ประสบการณ์วิชาชีพบริหารรัฐกิจ สาขาวิทยาการจัดการ มหาวิทยาลัย สุโขทัยธรรมาธิราช หน่วยที่ ๑๒ วิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช, ๒๕๕๐)

(๔๒) หลักกฎหมายมหาชน (แต่งร่วมกับโภคิน พลกุล) (กรุงเทพฯ : นิติธรรม, ๒๕๕๐)

(๔๓) คำอธิบายวิชากฎหมายปกครอง (LA ๓๑๒/LW ๓๑๒) (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ๒๕๕๒)

(๔๔) คำอธิบายวิชากฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ (LA ๓๔๒/LW ๔๖๑) (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ๒๕๕๒)

(๔๕) อิทธิพลของฝรั่งเศสในการปฏิรูปกฎหมายไทย, พิมพ์ครั้งที่ ๒, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๕๘)

(๔๖) กฎหมายมหาชน วิวัฒนาการของกฎหมายมหาชนในต่างประเทศและในประเทศไทย, พิมพ์ครั้งที่ ๖. (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๖๓).

(๔๗) กฎหมายรัฐธรรมนูญ แนวคิดและประสบการณ์ของต่างประเทศ, พิมพ์ครั้งที่ ๖. (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๖๐).

(๔๘) คำอธิบายกฎหมายปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ ๓๐. (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๖๔).

(๔๙) คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ ๑๔. (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๖๔).

(๕๐) คำอธิบายกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่, พิมพ์ครั้งที่ ๑๒. (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๖๕).

(๕๑) คำอธิบายกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ ๑๒. (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๖๓).

(๕๒) กฎหมายปกครองเกี่ยวกับการบริหารงานบุคคลและการดำเนินการทางวินัยของข้าราชการประเภทต่าง ๆ. (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๖๐).

(๕๓) กฎหมายปกครองเกี่ยวกับการศึกษา. (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๖๐).

(๕๔) กฎหมายว่าด้วยการจัดซื้อจัดจ้าง และการบริหารพัสดุภาครัฐ, พิมพ์ครั้งที่ ๔. (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๖๓).

(๕๕) รัฐและนิติบุคคลมหาชน, พิมพ์ครั้งที่ ๒. (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๖๕).

(๕๖) องค์กรอิสระ : ข้อพิจารณาทางกฎหมายมหาชน. (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๖๑).

(๕๗) กฎหมายเกี่ยวกับวินัยการเงินการคลังของรัฐ วิธีการงบประมาณและการตรวจเงินแผ่นดิน, พิมพ์ครั้งที่ ๒. (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๖๓).

(๕๘) ข้อควรรู้ทางกฎหมายที่เกี่ยวกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น. (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๖๒).

(๕๙) ความรับผิดชอบของรัฐ : ความรับผิดทางละเมิด และความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิด. (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๖๓).

(๖๐) สัญญาของทางราชการ : กฎหมายเปรียบเทียบ. (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๖๓).

(๖๑) โทษทางปกครอง : กฎหมายเปรียบเทียบ. (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๖๔).

(๖๒) การพัฒนากฎหมายปกครองและกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง : คุณูปการของศาสตราจารย์พิเศษ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนาศานต์. (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยสวนดุสิต, ๒๕๖๓).

สำหรับบทความทางวิชาการ มีจำนวน ๒๒ เรื่อง ดังนี้

(๑) บทความ เรื่อง “อิทธิพลของฝรั่งเศสในการปฏิรูปกฎหมาย”, วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม ๓ ตอน ๒, ๒๕๒๗, หน้า ๒๙๕-๓๒๗, และเล่ม ๓ ตอน ๓, ๒๕๒๗, หน้า ๖๔๔-๖๗๕

(๒) บทความ เรื่อง “ความเป็นมาและปรัชญาของกฎหมายมหาชน”, วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม ๔ ตอน ๓, ๒๕๒๘, หน้า ๔๘๖-๕๗๐

(๓) บทความ เรื่อง “ความเป็นมาและบทบาทของพนักงานคดีปกครองในระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศฝรั่งเศสและของศาลยุติธรรมของประชาคมยุโรป”, วารสารกฎหมายปกครอง, เล่ม ๗ ตอน ๒, ๒๕๓๑, หน้า ๓๐๓-๔๑๓

(๔) บทความ เรื่อง “ปัญหาเกี่ยวกับคณะกรรมการตามมาตรา ๗ (๒) (ค) แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. ๒๕๒๒”, วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม ๗ ตอน ๒, ๒๕๓๑, หน้า ๖๓๔-๖๖๙

(๕) บทความ เรื่อง “ข้อสังเกตบางประการเกี่ยวกับการฟ้องคดีในเรื่องการสอบและการวัดผลการศึกษาในระดับอุดมศึกษาตามหลักกฎหมายปกครองของฝรั่งเศส”, วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม ๘ ตอน ๓, ๒๕๓๒, หน้า ๕๙-๖๘

(๖) บทความ เรื่อง “ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับนิติกรรมทางปกครองและสัญญาทางปกครองตามแนวคิดของฝรั่งเศส”, วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม ๙ ตอน ๑, ๒๕๓๓, หน้า ๑๕๘-๒๑๔

(๗) บทความ เรื่อง “พระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว : พระบิดาแห่งกฎหมายมหาชน”, วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม ๑๔ ตอน ๒, ๒๕๓๘, หน้า ๕๖-๖๓

(๘) บทความ เรื่อง “การพัฒนานักกฎหมายมหาชนกับการพัฒนาประเทศไทย”, วารสารกฎหมายปกครอง เล่ม ๑๔ ตอน ๒, ๒๕๓๘, หน้า ๒๖๙

(๙) บทความ เรื่อง “การจัดตั้งศาลปกครองในประเทศไทย : แนวความคิด ความพยายามในอดีตที่ผ่านมาและแนวทางการดำเนินงานในปัจจุบัน”, อาจารียบูชา หนังสือรวมบทความทางวิชาการเพื่อเป็นอนุสรณ์แด่ศาสตราจารย์ไพโรจน์ ชัยนาม, กรุงเทพฯ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๓๘, หน้า ๒๓๕-๒๕๕

(๑๐) บทความ เรื่อง “การบริหารงานศาลปกครองและการพัฒนาบุคลากรในกระบวนการยุติธรรมทางปกครองของไทย”, วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ ๒ ฉบับที่ ๓, ๒๕๔๕, หน้า ๗๕-๘๓

(๑๑) บทความเรื่อง “ความเกี่ยวพันระหว่างคู่สัญญาฝ่ายเอกชนกับการจัดทำบริการสาธารณะในสัญญาทางปกครอง”, วารสารวิชาการศาลปกครอง, ปีที่ ๗ ฉบับที่ ๒, ๒๕๕๐, หน้า ๑-๑๐

(๑๒) บทความ เรื่อง “ข้อพิจารณาทางวิชาการเกี่ยวกับ “กฎ” ที่อาจนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้พิพากษาให้เพิกถอนได้ตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) ประกอบกับมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒”, วารสารวิชาการศาลปกครอง, ปีที่ ๗ ฉบับที่ ๓, ๒๕๕๐, หน้า ๑-๑๓

(๑๓) บทความ เรื่อง “แนวคิดและโครงการปฏิรูประบบศาลปกครองของฝรั่งเศส”, วารสารวิชาการศาลปกครอง, ปีที่ ๘ ฉบับที่ ๓, ๒๕๕๑, หน้า ๘๘-๙๓

(๑๔) บทความ เรื่อง “แนวทางการพัฒนากระบวนการพิจารณาคดีปกครองของศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส”, วารสารวิชาการศาลปกครอง, ปีที่ ๘ ฉบับที่ ๓, ๒๕๕๑, หน้า ๙๔-๑๑๐

(๑๕) บทความ เรื่อง “แนวทางการเสริมสร้างภาพลักษณ์และบทบาทของศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศส”, วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ ๘ ฉบับที่ ๓, ๒๕๕๑, หน้า ๑๑๑-๑๒๑

(๑๖) บทความ เรื่อง “แนวการเขียนคำพิพากษาในคดีปกครองของต่างประเทศ”, วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ ๙ ฉบับที่ ๑, ๒๕๕๒, หน้า ๑๔-๒๔

(๑๗) บทความ เรื่อง “กฎหมายเกี่ยวกับการศึกษา”, วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ ๑๙ ฉบับที่ ๑, ๒๕๖๒, หน้า ๒๒๘-๒๓๑

(๑๘) บทความ เรื่อง “ที่มาและแนวทางการพิจารณาคำอุทธรณ์ที่ไม่เป็นสาระอันควรได้รับการวินิจฉัยตามมาตรา ๗๓ วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒”, วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ ๙ ฉบับที่ ๒, ๒๕๕๒, หน้า ๑-๑๖

(๑๙) บทความ เรื่อง “เอกสารการศึกษาการเพิ่มพูนประสิทธิผลของศาลปกครองฝรั่งเศส”, วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ ๘ ฉบับที่ ๓, ๒๕๕๑, หน้า ๘๖-๑๒๑

(๒๐) บทความ เรื่อง “การเข้าร่วมประชุมสัมมนาทางวิชาการ ครั้งที่ ๘ ของสมาคมศาลปกครองสูงสุดระหว่างประเทศ เรื่อง”การบังคับคดีให้เป็นไปตามคำวินิจฉัยขององค์กรวินิจฉัยคดีปกครอง” ณ กรุงมาดริด ราชอาณาจักรสเปน, วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ ๔ ฉบับที่ ๒, ๒๕๔๗, หน้า ๑-๑๐

(๒๑) บทความ เรื่อง “การสัมมนาทางวิชาการ เรื่อง กฎหมายปกครองของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและของไทย : การบริหารงานศาลปกครองและการพัฒนาบุคคลากรในกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง”, วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ ๒ ฉบับที่ ๓, ๒๕๔๕, หน้า ๗๕-๘๙

(๒๒) บทความ เรื่อง “ความเป็นมาของสำนักงานศาลปกครอง”, วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ ๑ ฉบับที่ ๑, ๒๕๔๔, หน้า ๕๘-๖๒

ผลงานทางวิชาการที่เป็นภาษาต่างประเทศ จำนวน ๓ เรื่อง ดังนี้

(๑) “Le Conseil d’ Etat de Thaïlande : du Conseil du Roi vers la Jurisdiction Administrative Suprême”, (เอกสารโรเนียวอัดสำเนา), สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ๒๕๓๘

(๒) “L’influence française sur les réformes juridique, politique et administrative en Thaïlande” (เอกสารโรเนียวอัดสำเนา, สำนักงานศาลปกครอง, ๒๕๔๓

(๓) บทความ เรื่อง “German contribution to the development of administrative law in Thailand”, ลงพิมพ์ในวารสารของ Post-Graduate School of Administrative Sciences, Speyer สหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ในปี พ.ศ. ๒๕๕๐

นอกจากนี้ยังมีผลงานวิจัย/งานวิจัย จำนวน ๕ เรื่อง ดังนี้

(๑) ชาญชัย แสวงศักดิ์ และวนิดา นวลบุญเรือง. **การพัฒนานักกฎหมายมหาชนกับการพัฒนาประเทศไทย.** สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา. ๒๕๔๑.

(๒) ชาญชัย แสวงศักดิ์ และวนิดา นวลบุญเรือง. **หลักกฎหมายมหาชนกับการบริหารภาครัฐ.** สำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน สำนักนายกรัฐมนตรี. ๒๕๔๖.

(๓) โครงการวางระบบการบริหารจัดการเกี่ยวกับคณะกรรมการ (ก.พ.ค.) และเตรียมความพร้อมในการสรรหาคณะกรรมการ ก.พ.ค. และองค์คณะวินิจฉัย เสนอสำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน โดยสถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (เป็นนักวิจัยในคณะผู้วิจัยที่มีศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์ เป็นหัวหน้าคณะวิจัย) กันยายน ๒๕๔๙

(๔) โครงการศึกษาเพื่อวางระบบวิธีพิจารณาด้านพิทักษ์ระบบคุณธรรมและดำเนินการเพื่อออกกฎระเบียบที่เกี่ยวข้องกับกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ ร้องทุกข์ ร้องเรียน และเตรียมความพร้อม เสนอสำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน โดยสถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (เป็นนักวิจัยในคณะผู้วิจัยที่มีศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์ เป็นหัวหน้าคณะวิจัย) กันยายน ๒๕๔๙

(๕) โครงการศึกษาวิจัยเสริมสร้างประสิทธิภาพการบริหารจัดการรองรับการดำเนินงานของคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม (ก.พ.ค.) เสนอต่อสำนักงานคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน โดยสถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๑ (เป็นนักวิจัยในคณะผู้วิจัยที่มีศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์ เป็นหัวหน้าคณะวิจัย) กุมภาพันธ์ ๒๕๕๑

๕. ตำแหน่งทางวิชาการ

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ได้รับการโปรดเกล้าฯ ให้ดำรงตำแหน่งศาสตราจารย์พิเศษ สาขากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เมื่อปี พ.ศ. ๒๕๕๔

๖. ผลการปฏิบัติราชการ

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ได้นำความรู้ที่ได้รับจากการศึกษาและการฝึกอบรมมาใช้ในการปฏิบัติราชการใน ๓ หน่วยงาน ดังนี้

(ก) สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เป็นเวลา ๒๑ ปี (พ.ศ. ๒๕๒๑ – ๒๕๔๒)

(ข) สำนักงานศาลปกครอง เป็นเวลา ๕ ปี (พ.ศ. ๒๕๔๒ – ๒๕๔๗)

(ค) ศาลปกครองสูงสุด เป็นเวลา ๑๘ ปี (พ.ศ. ๒๕๔๗ ถึง ๓๐ กันยายน ๒๕๖๕)

โดยมีผลการปฏิบัติราชการที่สำคัญในแต่ละหน่วยงาน ดังนี้

๖.๑ ผลการปฏิบัติราชการที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

(๑) เมื่อสำเร็จการศึกษากฎหมายฝรั่งเศสจากสาธารณรัฐฝรั่งเศสแล้ว ได้เดินทางกลับและเข้ารับราชการครั้งแรกที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งในช่วงเวลานั้น ได้มีการปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกาโดยพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งบัญญัติให้คณะกรรมการกฤษฎีกาประกอบด้วยกรรมการ ๒ ประเภทคือ คณะกรรมการร่างกฎหมาย ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ตรวจพิจารณาหรือยกร่างกฎหมายและให้คำปรึกษาทางกฎหมายแก่รัฐบาลและส่วนราชการ กับคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ซึ่งมีอำนาจหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์

โดยมีสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นหน่วยงานเลขานุการของกรรมการทั้งสองประเภท และมีอำนาจหน้าที่อย่างอื่น เช่น ยกร่างกฎหมาย เผยแพร่ความรู้ทางกฎหมายปกครองให้แก่หน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐ วิเคราะห์เหตุแห่งการร้องทุกข์และเสนอแนะแนวทางแก้ไขหรือป้องกันปัญหาต่อรัฐบาล ซึ่งในขณะนั้น ศาสตราจารย์ ดร. สมภพ โหตระกิตย์ เป็นเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา แม้ว่าท่านชาญชัยจะมิได้รับการศึกษากฎหมายไทยมาก่อน แต่ก็ได้ทำการเรียนรู้ด้วยตนเองจนสามารถปฏิบัติราชการได้ โดยในช่วงแรกได้รับมอบหมายจากเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาคนต่อมา (ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์) ให้ปฏิบัติงานด้านการร่างกฎหมายและให้คำปรึกษาทางกฎหมาย และได้รับมอบหมายให้ปฏิบัติหน้าที่ที่สำคัญ ๆ ดังนี้

(ก) เลขานุการกรรมการร่างกฎหมาย โดยมีผลงานที่สำคัญ เช่น

- ได้ตรวจพิจารณาร่างพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. .... ที่เสนอโดยกรมสรรพสามิต แล้วได้ปรับปรุงใหม่ทั้งฉบับจนกลายมาเป็นพระราชบัญญัติภาษีสรรพสามิต พ.ศ. ๒๕๒๗

- ได้ตรวจพิจารณาร่างพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. .... ที่เสนอโดยกระทรวงพาณิชย์ แล้วได้ปรับปรุงใหม่ทั้งฉบับโดยใช้ Model Law ขององค์การการค้าระหว่างประเทศเป็นแนวทาง จนกลายมาเป็นพระราชบัญญัติเครื่องหมายการค้า พ.ศ. ๒๕๓๔

- ได้รับมอบหมายจากรองนายกรัฐมนตรี (นายมีชัย ฤชุพันธุ์) สมัยรัฐบาลที่มีนายอานันท์ ปันยารชุน เป็นนายกรัฐมนตรี ให้ไปช่วยงานด้านกฎหมาย โดยได้รับมอบหมายให้เป็นผู้รับผิดชอบงานยกร่างกฎหมายที่สำคัญ ๆ เช่น ให้เป็นผู้ยกร่างพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร ฉบับที่ .. พ.ศ. .... และเป็นผู้แทนรัฐบาลในการชี้แจงปกป้องร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวในสภานิติบัญญัติแห่งชาติ จนผ่านการพิจารณาออกมาเป็นพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๓๕ (ซึ่งมีการนำเอามาตรการบังคับทางปกครองมาใช้บังคับให้มีการรื้อถอนอาคารที่ก่อสร้างโดยผิดกฎหมายโดยให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นเข้าดำเนินการรื้อถอนได้เองโดยไม่ต้องนำคดีไปฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้ศาลบังคับให้) และให้เป็นผู้ยกร่างพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕

(ข) เลขานุการคณะกรรมการพิจารณาปรับปรุงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง (ในช่วงเวลาที่มีศาสตราจารย์ธานินทร์ กรัยวิเชียร และศาสตราจารย์ปรีชา พานิชวงศ์ เป็นประธานคณะกรรมการดังกล่าว ตามลำดับ โดยได้ศึกษากฎหมายเปรียบเทียบแล้วเสนอแนะแนวทางในการปรับปรุงกฎหมาย เช่น ได้ยกร่างบทบัญญัติว่าด้วยการบังคับคดีใหม่ทั้งหมด แต่ท่านชาญชัยได้พ้นจากตำแหน่งดังกล่าวเสียก่อน จนผู้ที่เข้ามารับผิดชอบแทนได้ดำเนินการจนแล้วเสร็จ และกลายมาเป็นลักษณะ ๒ การบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่งในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมในปี พ.ศ. ๒๕๖๐

(ค) เลขานุการคณะกรรมการพัฒนากฎหมายคนแรก ในปี พ.ศ. ๒๕๓๔ โดยได้เสนอแนะแนวทางการวางระบบงานพัฒนากฎหมายและได้เสนอโครงการศึกษาวิจัยหลายโครงการ เช่น การให้เงินอุดหนุนพรรคการเมือง โทษทางปกครอง เป็นต้น

(๒) ในช่วงเวลาที่สอง เมื่อเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา (ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์) มีนโยบายที่จะเร่งรัดการพัฒนางานวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ให้เป็นองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองตามแนวทาง

ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส ท่านชาญชัยก็ได้รับมอบหมายให้เปลี่ยนงาน มาปฏิบัติงานด้านการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์โดยได้รับมอบหมายให้ดำรงตำแหน่งที่สำคัญ ๆ ดังนี้

(ก) พนักงานผู้รับผิดชอบสำนวน (เรื่องร้องทุกข์) ซึ่งมีหน้าที่จัดทำบันทึกสรุปสำนวนของเรื่องร้องทุกข์และเสนอความเห็นเกี่ยวกับการวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์

(ข) ผู้อำนวยการกองวิเคราะห์กฎหมายและการร้องทุกข์โดยได้วิเคราะห์เหตุแห่งการร้องทุกข์แล้วจัดทำข้อเสนอแนวทางในการปรับปรุงกฎหมาย ระเบียบแบบแผนของทางราชการต่อรัฐบาลเพื่อแก้ไขปัญหาที่เป็นเหตุแห่งการร้องทุกข์และป้องกันมิให้มีการปฏิบัติราชการที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและหรือไม่เป็นธรรมต่อประชาชนขึ้นอีกในเหตุเดียวกัน

(ค) กรรมการร่างกฎหมายประจำ (นิติกร ๑๐ ชช.) โดยได้รับมอบหมายจากเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา (ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์ และศาสตราจารย์ ดร.อักขราทร จุฬารัตน) ให้ช่วยพัฒนาระบบงานพิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ การเตรียมความพร้อมในการจัดตั้งองค์กรวินิจฉัยคดีปกครองทั้งในด้านของการประสานงานกับนักวิชาการทางกฎหมายมหาชนของไทยในการเผยแพร่องค์ความรู้เกี่ยวกับกฎหมายปกครองและกระบวนการยุติธรรมทางปกครองให้แก่หน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐ งานความร่วมมือทางวิชาการกับต่างประเทศ ในการแลกเปลี่ยนองค์ความรู้และประสบการณ์ในการจัดตั้งกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง โดยมีผลงานที่สำคัญ ๆ ดังนี้

- ได้สถาปนาความร่วมมือทางวิชาการกับสภาแห่งรัฐของฝรั่งเศส ซึ่งเป็นต้นแบบขององค์กรวินิจฉัยคดีปกครอง โดยมีการเชิญวิทยากรจากสถาบันดังกล่าวมาร่วมการอบรมสัมมนาทางกฎหมายปกครอง

- ได้รับเชิญให้เข้าเป็นภาคีในสมาคมศาลปกครองสูงสุดระหว่างประเทศ (International Supreme Administrative Jurisdictions) โดยท่านชาญชัยได้รับมอบหมายให้เป็นผู้แทนของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเข้าร่วมประชุมใหญ่ทางวิชาการของสมาคมดังกล่าว

- ได้สถาปนาความร่วมมือทางวิชาการกับมูลนิธิคอนราด อเดนาว์ ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี โดยได้เชิญผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายปกครองของเยอรมันมาร่วมสัมมนาและแลกเปลี่ยนความรู้และประสบการณ์ทางกฎหมายปกครอง จนทำให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาสามารถจัดทำร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. .... เสนอต่อรัฐบาล จนในที่สุดได้ผ่านการพิจารณาออกมาเป็นพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙

(๓) ในช่วงเวลาที่สาม ในปี พ.ศ. ๒๕๔๒ เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา (ศาสตราจารย์ ดร.อักขราทร จุฬารัตน) ได้มอบหมายให้ท่านชาญชัย ซึ่งดำรงตำแหน่งเป็นรองเลขาธิการฯ ให้ไปปฏิบัติหน้าที่เป็นเลขาธิการสำนักงานศาลปกครองคนแรก ซึ่งจะต้องดำเนินการต่าง ๆ เพื่อรองรับการจัดตั้งศาลปกครอง สำนักงานศาลปกครอง และกระบวนการยุติธรรมทางปกครองตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ ซึ่งบัญญัติให้มีระบบศาลปกครองขึ้นเป็นอีกระบบศาลหนึ่งเป็นเอกเทศจากระบบศาลยุติธรรม โดยให้มีระบบตุลาการศาลปกครองที่มีคุณสมบัติ ที่มา และระบบบริหารงานบุคคลที่แตกต่างและแยกต่างหากจากระบบผู้พิพากษาศาลยุติธรรมและให้มีสำนักงานศาลปกครองเป็นหน่วยงานธุรการของศาลปกครองและมีเลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง

เป็นผู้บังคับบัญชาของสำนักงานฯ โดยขึ้นตรงต่อประธานศาลปกครองสูงสุด โดยรัฐบาลได้มอบหมายให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาจัดทำร่างพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องเพื่ออนุวัตรการให้เป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ซึ่งเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา (ศาสตราจารย์ ดร.อักขราทร จุฬารัตน) ได้มอบหมายให้ศาสตราจารย์พิเศษ ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ รองเลขาธิการฯ เป็นผู้ยกร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. .... และร่างพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา (ฉบับที่ ..) (ให้ยกเลิกบทบัญญัติว่าด้วยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์เมื่อศาลปกครองเปิดทำการแล้ว) เมื่อร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวผ่านการพิจารณาของสภาผู้แทนราษฎรแล้ว เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาได้แจ้งให้ท่านชาญชัยทราบว่าขอมอบหมายให้ท่านชาญชัย ซึ่งในขณะนั้นดำรงตำแหน่งเป็นรองเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา ไปปฏิบัติหน้าที่เป็นเลขาธิการสำนักงานศาลปกครองคนแรก เนื่องจากร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวมีการบัญญัติให้โอนงานพิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์และบุคลากรของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ปฏิบัติงานดังกล่าวไปเป็นบุคลากรของสำนักงานศาลปกครองที่ร่างพระราชบัญญัติให้มีขึ้น ก่อนที่วุฒิสภาจะพิจารณาร่างพระราชบัญญัติดังกล่าว

๖.๒ ผลการปฏิบัติราชการในการดำเนินงานจัดตั้งกระบวนการยุติธรรมทางปกครองขึ้นมาใหม่

การที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ บัญญัติให้มีระบบศาลปกครองขึ้นมาใหม่อีกระบบหนึ่ง โดยให้มีระบบตุลาการศาลปกครองที่มีคุณสมบัติ ที่มา และระบบบริหารงานบุคคลที่แตกต่างและแยกต่างหากจากระบบผู้พิพากษาศาลยุติธรรมและให้มีหน่วยธุรการของศาลปกครองที่เป็นอิสระนั้น หมายความว่า จะต้องมีการจัดตั้งกระบวนการยุติธรรมทางปกครองขึ้นมาใหม่เริ่มต้นจากสูญญากาศ ซึ่งจะต้องมีการเตรียมการและการดำเนินการทั้งในด้านของ “Hardware” (การจัดหาอาคารที่ทำการชั่วคราวของศาลปกครองและสำนักงานศาลปกครองในระยะแรกและการจัดหาอาคารที่ทำการถาวรในระยะต่อไป ตลอดจนอาคารบ้านพักของตุลาการศาลปกครองและบุคลากรของสำนักงานศาลปกครอง) ในด้าน “Peopleware” (การคัดเลือกตุลาการศาลปกครองสูงสุดและตุลาการศาลปกครองชั้นต้นชุดแรกและการสรรหาบุคลากรของสำนักงานศาลปกครอง) และในด้านของ “Software” (การศึกษาและการฝึกอบรมสำหรับตุลาการศาลปกครอง พนักงานคดีปกครอง และเจ้าหน้าที่ศาลปกครองของสำนักงานศาลปกครองให้มีความพร้อมก่อนเปิดทำการศาลปกครอง สำหรับหน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อาจถูกฟ้องคดีต่อศาลปกครอง และสำหรับประชาชนที่อาจนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง) ซึ่งถ้าเปรียบเทียบกับการจัดตั้งกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งและกระบวนการยุติธรรมทางอาญาแล้ว รัฐได้ดำเนินการมาเป็นเวลาเกือบ ๑๔๐ ปีแล้ว ทั้งในด้าน “Hardware” “Software” และ “Peopleware” กล่าวคือ รัฐได้มีการจัดสรรงบประมาณในการก่อสร้างอาคารที่ทำการและบ้านพักสำหรับผู้พิพากษาศาลยุติธรรมและบุคลากรของสำนักงานศาลยุติธรรม ของสำนักงานอัยการสูงสุด และของสำนักงานตำรวจแห่งชาติ (สถานีตำรวจ ฯลฯ) ทั้งประเทศ ได้มีการเรียนการสอนกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากันในคณะนิติศาสตร์ของมหาวิทยาลัยต่าง ๆ หลักสูตรอบรมของเนติบัณฑิตยสภาและของสภาทนายความกันมาเป็นเวลายาวนาน และได้มีการผลิตบัณฑิตทางนิติศาสตร์และทนายความ และได้มีการคัดเลือกผู้พิพากษาศาลยุติธรรม พนักงานอัยการ และข้าราชการตำรวจ

แล้วฝึกอบรมให้มีความพร้อมในการปฏิบัติงานในกระบวนการยุติธรรมทางแพ่งและกระบวนการยุติธรรมทางอาญามาเป็นเวลายาวนาน แต่การจัดตั้งกระบวนการยุติธรรมทางปกครองขึ้นมาใหม่ จากสุญญากาศนั้น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ บัญญัติให้มีการจัดตั้งศาลปกครองเป็น ๒ ชั้นศาล คือ ศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองชั้นต้น สำหรับศาลปกครองชั้นต้นนั้น ให้จัดตั้งศาลปกครองกลางขึ้นก่อน แล้วทยอยจัดตั้งศาลปกครองชั้นต้นในภูมิภาค โดยในวาระเริ่มแรกนั้น ให้มีการจัดตั้งศาลปกครองชั้นต้นในภูมิภาค รวมทั้งหมด ๑๖ ศาล โดยให้มีการกำหนดกรอบเวลาในการเปิดทำการ ศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองกลางไว้ว่า ต้องไม่เกิน ๑๘๐ วันนับแต่วันที่พระราชบัญญัติดังกล่าวใช้บังคับ นอกจากนี้ ยังได้มีการกำหนดกรอบเวลาในการเปิดทำการศาลปกครองชั้นต้นในภูมิภาคไม่น้อยกว่าปีละ ๗ ศาล ซึ่งเท่ากับว่าในปีแรกนั้น จะต้องมีการเปิดทำการทั้งศาลปกครองสูงสุด ศาลปกครองกลาง และศาลปกครองชั้นต้นในภูมิภาค รวมกันไม่น้อยกว่า ๙ ศาล แต่พระราชบัญญัติดังกล่าวมิได้ให้เวลาในการเตรียมการและในการดำเนินการจัดตั้งกระบวนการยุติธรรมทางปกครองทั้งในด้าน “Hardware” “Software” และ “Peopleware” เช่น ให้เวลา ๑๒๐ วันก่อนที่พระราชบัญญัติดังกล่าวจะมีผลใช้บังคับ แต่กลับกำหนดวันใช้บังคับไว้ตามแบบปกติคือ ให้ใช้บังคับตั้งแต่วันถัดจากวันประกาศในราชกิจจานุเบกษา ซึ่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ ๑๑ ตุลาคม ๒๕๔๓ ซึ่งเท่ากับว่าในทางนิตินัย จะต้องมีการจัดตั้งสำนักงานศาลปกครองขึ้นทันที โดยจะต้องมีการจัดหาอาคารที่ทำการชั่วคราว การสรรหาบุคลากรของสำนักงานศาลปกครองและการฝึกอบรมบุคลากรของสำนักงานศาลปกครองเพื่อเตรียมการเปิดทำการศาลปกครอง ทั้งในส่วนของการคัดเลือกตุลาการศาลปกครองชุดแรก และการจัดหาอาคารที่ทำการชั่วคราวของศาลปกครองที่จะต้องเปิดทำการให้เป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมาย ซึ่งในส่วนของการจัดตั้งสำนักงานศาลปกครองนั้น มีการบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติที่เกี่ยวข้องให้มีการโอนบุคลากรของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่ปฏิบัติงานในการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ไปเป็นบุคลากรของสำนักงานศาลปกครองทันทีที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ มีผลใช้บังคับซึ่งในทางปฏิบัติ มีบุคลากรของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งหมด ๑๒๐ คน (โดยแบ่งเป็นนิติกรและเจ้าหน้าที่บันทึกข้อมูล) ซึ่งจะต้องมีการเหลื่อมเวลาในการโอนบุคลากรดังกล่าวไปเป็นบุคลากรของสำนักงานศาลปกครองเป็น ๒ รุ่น โดยรุ่นแรก โอนไปทันทีเพื่อเตรียมการจัดตั้งกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง และรุ่นที่สอง จะต้องอยู่ปฏิบัติงานพิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ต่อไปพลางก่อนในระหว่าง รอการเปิดทำการศาลปกครอง ในส่วนของการคัดเลือกตุลาการศาลปกครองชุดแรกนั้น การดำเนินงานต่าง ๆ ดังกล่าวก่อนที่จะมีตุลาการศาลปกครอง ก็ย่อมเป็นงานของสำนักงานศาลปกครอง ซึ่งแม้ว่าพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ จะบัญญัติให้มีสำนักงานศาลปกครองเกิดขึ้นทันทีที่กฎหมายมีผลใช้บังคับก็ตาม แต่ตามความเป็นจริงแล้ว ยังไม่มีสำนักงานศาลปกครองมาก่อนเลย จึงต้องมีการกำหนดไว้ในบทเฉพาะกาลว่าจะให้หน่วยงานใดทำหน้าที่แทนสำนักงานศาลปกครอง ทั้งในด้านการกำหนดโครงสร้าง การแบ่งส่วนราชการภายใน การกำหนดสายงาน กรอบอัตรากำลัง และระดับตำแหน่งของข้าราชการ การขอตั้งงบประมาณ (ที่ต้องขอล่วงหน้า) การเตรียมการจัดหาอาคารสถานที่ทำการชั่วคราวของสำนักงานศาลปกครองที่ต้องเกิดขึ้นทันที และอาคารที่ทำการชั่วคราวของศาลที่จะต้องเร่งเปิดทำการ ในการดำเนินการต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้น ท่านชาญชัยได้รับการสนับสนุน

จากผู้ร่วมงานชุดแรก จำนวน ๖๐ คน (โดยมีผู้ร่วมงานที่สำคัญ ๆ เช่น นางสาวพรทิพย์ ทองดี นางกาญจนารัตน์ ลีวิโรจน์ นางสมฤดี ธัญญสิริ และนางสาวธรรมรังสี วรรณโก) โดยได้ร่วมกันดำเนินการทั้งในด้านการคัดเลือกตุลาการศาลปกครอง การจัดหาอาคารที่ทำการชั่วคราวทั้งในส่วนกลางและในส่วนภูมิภาค การเตรียมการเปิดทำการศาลปกครองทั้งในด้านงานธุรการคดีและงานคดี ซึ่งสำนักงานศาลปกครองจะต้องสรรหาและฝึกอบรมพนักงานคดีปกครองให้มีความพร้อมที่จะมาช่วยสนับสนุนงานคดีให้แก่ตุลาการศาลปกครองชุดแรกได้ อันเป็นงานที่มีรายละเอียด มีความยุ่งยากและต้องทำงานแข่งกับเวลา

การจัดตั้ง “มูลนิธิวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครอง”

โดยที่ท่านชาญชัยในขณะที่ดำรงตำแหน่งเลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง ได้ตระหนักถึงความสำคัญของการพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครอง ซึ่งจะต้องมีองค์กรขึ้นมารองรับการพัฒนาให้คล่องตัวและเกิดประโยชน์ในวงกว้าง ทั้งตัวบุคคลและองค์กร จึงได้ดำริและดำเนินการจดทะเบียนขอจัดตั้ง **“มูลนิธิวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครอง”** ขึ้น ตามคำขอจดทะเบียนจัดตั้งมูลนิธิ ลงวันที่ ๒๖ ธันวาคม ๒๕๔๖ โดยมูลนิธิได้ดำเนินกิจการในด้านต่าง ๆ ตามวัตถุประสงค์ โดยเฉพาะการฝึกอบรมในหลักสูตรต่าง ๆ ให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐและนักกฎหมายให้มีความรู้ความเข้าใจเกี่ยวกับกฎหมายปกครอง ซึ่งถือเป็นกลไกที่สำคัญในการพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครองและศาลปกครอง นอกจากนี้ มูลนิธิยังมีส่วนสนับสนุนการดำเนินการตามโครงการต่าง ๆ ของศาลปกครองและสำนักงานศาลปกครอง อย่างต่อเนื่องจนถึงปัจจุบัน

ท่านชาญชัย ได้ปฏิบัติหน้าที่เป็นเลขาธิการสำนักงานศาลปกครองคนแรก เป็นเวลา ๕ ปี (พ.ศ. ๒๕๔๒ – ๒๕๔๗) โดยได้วางระบบงานต่าง ๆ ของสำนักงานศาลปกครองและได้เสนอแนะแนวทางการจัดตั้งกระบวนการยุติธรรมทางปกครองต่อผู้บริหารของศาลปกครองสูงสุด จนกระทั่งได้มีการเปิดรับสมัครตุลาการศาลปกครองสูงสุด รุ่นที่ ๒ ผู้บริหารของศาลปกครองสูงสุดชุดแรก จึงได้แนะนำให้สมัครเข้ารับการคัดเลือก ซึ่งท่านชาญชัยก็ได้รับการคัดเลือกให้เป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุด รุ่นที่ ๒ ในปี พ.ศ. ๒๕๔๗

๖.๓ ผลการปฏิบัติราชการในฐานะตุลาการในศาลปกครองสูงสุด

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ได้ปฏิบัติราชการในฐานะตุลาการในศาลปกครองสูงสุดใน ๔ ระดับตำแหน่ง ดังนี้

(ก) ตุลาการศาลปกครองสูงสุด ตั้งแต่ พ.ศ. ๒๕๔๗ – ๒๕๕๓ รวมเป็นเวลา ๖ ปี

(ข) ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด ตั้งแต่ พ.ศ. ๒๕๕๓ – ๒๕๕๗ รวมเป็นเวลา ๔ ปี

(ค) รองประธานศาลปกครองสูงสุด ตั้งแต่ พ.ศ. ๒๕๕๗ – ๒๕๖๔ รวมเป็นเวลา ๗ ปี

(ง) ประธานศาลปกครองสูงสุด ตั้งแต่วันที่ ๒๗ กันยายน ๒๕๖๔ ถึงวันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๖๕ รวมเป็นเวลา ๑ ปี

สำหรับผลการปฏิบัติงานด้านการพิจารณาพิพากษาคดี การบริหารจัดการคดี การเสริมสร้างความร่วมมือทางวิชาการกับต่างประเทศและการพัฒนาองค์ความรู้ทางกฎหมายปกครองให้แก่หน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ ตุลาการศาลปกครองและพนักงานคดีปกครอง ดังนี้

(๑) ผลการปฏิบัติงานด้านการพิจารณาพิพากษาคดี

ท่านชาญชัย ได้เป็นตุลาการเจ้าของสำนวนในคดีที่สำคัญจำนวนมาก ซึ่งมีคดีที่อยู่ในความสนใจของประชาชนและสื่อมวลชน ได้แก่

(๑.๑) คดีหมายเลขแดงที่ อ. ๓๔๙/๒๕๔๙ ระหว่างสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี ผู้ร้อง กับบริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) ผู้คัดค้าน เป็นคดีพิพาทอันเนื่องมาจากสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี (สปน.) ได้ดำเนินการตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการให้เอกชนเข้าร่วมงานหรือดำเนินการในกิจการของรัฐ พ.ศ. ๒๕๓๕ โดยทำสัญญามอบให้บริษัท ไอทีวี จำกัด (มหาชน) เข้าร่วมงานและดำเนินการสถานีวิทยุโทรทัศน์ระบบยู เอช เอฟ มีกำหนดอายุสัญญา ๓๐ ปี โดยสัญญากำหนดว่า บริษัทฯ ต้องนำเสนอรายการประเภทรายการข่าว สารคดี และสารประโยชน์รวมกันไม่ต่ำกว่าร้อยละ ๗๐ ของเวลาออกอากาศทั้งหมดและช่วงเวลาระหว่าง ๑๙.๐๐ นาฬิกา ถึง ๒๑.๓๐ นาฬิกา (Prime Time) จะต้องใช้สำหรับรายการประเภทดังกล่าวเท่านั้น คู่สัญญาตกลงกันที่จะระงับข้อพิพาทอันเกี่ยวเนื่องกับสัญญาดังกล่าวด้วยวิธีการอนุญาโตตุลาการ ต่อมา บริษัทฯ ได้ขอให้ สปน. พิจารณาหามาตรการชดเชยความเสียหายโดยให้ปรับลดค่าสัมปทานที่บริษัทฯ ต้องชำระให้แก่ สปน. และขอให้ สปน. พิจารณาแก้ไขสัญญาโดยยกเลิกข้อกำหนดในเรื่องสัดส่วนเนื้อหาสาระของรายการและข้อจำกัดเรื่องผังรายการด้วย แต่ สปน. ปฏิเสธ บริษัทฯ จึงยื่นคำเสนอข้อพิพาทต่อคณะอนุญาโตตุลาการ ซึ่งคณะอนุญาโตตุลาการวินิจฉัยให้ สปน. ชดเชยความเสียหายให้แก่บริษัทฯ โดยให้ปรับลดผลประโยชน์ตอบแทน ให้ชดเชยความเสียหายให้ผู้คัดค้านสามารถออกอากาศในช่วงเวลา Prime Time โดยไม่ต้องถูกจำกัดเฉพาะรายการข่าว สารคดี และสารประโยชน์เท่านั้น และให้ปรับสัดส่วนการเสนอรายการข่าวสารคดี และสารประโยชน์จากเดิมไม่น้อยกว่าร้อยละ ๗๐ ของเวลาออกอากาศทั้งหมดเป็นเวลาไม่น้อยกว่า ร้อยละ ๕๐ ของเวลาออกอากาศทั้งหมด สปน. เห็นว่าคำชี้ขาดดังกล่าวของคณะอนุญาโตตุลาการไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงยื่นคำร้องต่อศาลปกครองขอให้เพิกถอนคำชี้ขาดดังกล่าว

ท่านชาญชัย (ซึ่งในขณะนั้นดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุด) ได้รับมอบหมายให้เป็นตุลาการเจ้าของสำนวน ได้เสนอความเห็นต่อองค์คณะว่าควรวินิจฉัยคดีนี้อย่างไร ซึ่งองค์คณะพิจารณาแล้วเห็นพ้องด้วยกับความเห็นของท่านชาญชัย โดยสรุปศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการเป็นคำชี้ขาดที่ศาลปกครองเพิกถอนได้ตามมาตรา ๔๐ วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว จึงพิพากษาให้เพิกถอนคำชี้ขาดของคณะอนุญาโตตุลาการ

(๑.๒) คดีหมายเลขแดงที่ อ. ๓๓/๒๕๕๗ ระหว่าง นายถวิล เปลี่ยนศรี ผู้ฟ้องคดี กับนายกรัฐมนตรี ผู้ถูกฟ้องคดี เป็นคดีที่ผู้ฟ้องคดีบรรยายฟ้องว่า ตนได้รับความเสียหายจากการที่นายกรัฐมนตรีได้ออกคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีซึ่งในขณะนั้นดำรงตำแหน่งเป็นเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติไปปฏิบัติราชการที่สำนักนายกรัฐมนตรี แล้วดำเนินการโอนผู้ฟ้องคดีไปดำรงตำแหน่งที่ปรึกษานายกรัฐมนตรีฝ่ายข้าราชการประจำ (นักบริหารระดับสูง) สำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรี ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า การโอนผู้ฟ้องคดีไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยอ้างเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายไว้ ๓ ประการคือ (ก) ไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น (ข) เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ และ (ค) เป็นการกระทำโดยไม่สุจริต จึงขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งของนายกรัฐมนตรีและประกาศ

สำนักนายกรัฐมนตรีที่ให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งเลขาธิการ สมช. และแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษานายกรัฐมนตรีฝ่ายข้าราชการประจำ สำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรี

ท่านชาญชัย (ซึ่งในขณะนั้นดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด) ได้รับเป็นตุลาการเจ้าของสำนวนในคดีนี้โดยได้เสนอความเห็นต่อองค์คณะ ซึ่งองค์คณะพิจารณาแล้วเห็นพ้องด้วยกับความเห็นของท่านชาญชัย โดยมีการกำหนดประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยว่าประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีพิพาทเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ โดยมีประเด็นย่อยที่ต้องวินิจฉัยย่อย ๒ ประเด็นย่อย ดังนี้

<u>ประเด็นย่อยที่หนึ่ง</u> การโอนผู้ฟ้องคดีได้กระทำโดยถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้นแล้วหรือไม่

<u>ประเด็นย่อยที่สอง</u> การโอนผู้ฟ้องคดีเป็นการใช้ดุลพินิจที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

สำหรับประเด็นย่อยที่หนึ่ง พิเคราะห์แล้วเห็นว่า การโอนผู้ฟ้องคดีได้กระทำโดยถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้นแล้ว

ส่วนประเด็นย่อยที่สอง พิจารณาแล้วเห็นว่า มีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยในเบื้องต้นตามอุทธรณ์ของนายกรัฐมนตรีว่า ศาลปกครองมีอำนาจเข้าไปตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายบริหารซึ่งเป็นผู้บังคับบัญชาในการบริหารงานบุคคลได้หรือไม่ เพียงใด โดยศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ศาลปกครองไม่อาจก้าวล่วงเข้าไปควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายบริหารในแง่ของความเหมาะสมของการบริหารงานบุคคลให้สอดคล้องกับนโยบายของรัฐบาลได้ แต่ศาลปกครองย่อมมีอำนาจตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายปกครองในแง่ของความชอบด้วยกฎหมายได้ว่าสอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายในการมอบอำนาจดุลพินิจหรือไม่ และการใช้อำนาจดุลพินิจนั้นอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายดังกล่าวหรือไม่ โดยศาลปกครองย่อมมีอำนาจตรวจสอบได้ว่าในการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายบริหารนั้น ฝ่ายบริหารมีเหตุผลรองรับหรือไม่ อย่างไร ถ้าการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายบริหารไม่มีเหตุผลรองรับ การใช้อำนาจดุลพินิจนั้นย่อมไม่แตกต่างจากการใช้อำนาจตามอำเภอใจที่ไม่จำเป็นต้องให้เหตุผลหรือให้คำอธิบายต่อผู้ใดว่าเหตุใดจึงใช้อำนาจไปเช่นนั้น ดังนั้น การใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายบริหารโดยไม่มีเหตุผลรองรับจึงอาจเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบด้วยกฎหมายได้ นายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลและในฐานะผู้บังคับบัญชาสูงสุดของข้าราชการประจำของราชการส่วนกลางและราชการส่วนภูมิภาคย่อมมีอำนาจดุลพินิจในการบริหารงานบุคคลที่จะหมุนเวียนสับเปลี่ยนบทบาทหรือการทำหน้าที่ของข้าราชการเพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปตามแนวนโยบายที่นายกรัฐมนตรีได้แถลงไว้ต่อรัฐสภาได้ แต่ในการใช้อำนาจดุลพินิจดังกล่าวของนายกรัฐมนตรีนั้น นอกจากจะต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายและอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายแล้ว ยังจะต้องมีเหตุผลรองรับที่มีอยู่จริงและอธิบายได้ ซึ่งไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่านายกรัฐมนตรีได้อ้างเหตุผลในการโอนผู้ฟ้องคดีว่า ผู้ฟ้องคดีได้ปฏิบัติหน้าที่โดยไม่มีประสิทธิภาพ มีข้อบกพร่องหรือไม่สนองนโยบายของรัฐบาล ซึ่งจะถือได้ว่ามีเหตุผลอันสมควรที่ผู้บังคับบัญชาสามารถสั่งโอนได้ตามความเหมาะสม ซึ่งในคดีนี้ ศาลปกครองสูงสุดได้ตรวจสอบข้อกฎหมายและข้อเท็จจริงแล้ว ฟังได้ว่า เหตุผลของการมีคำสั่งโอนผู้ฟ้องคดีที่นายกรัฐมนตรีได้อ้างไว้ในคำให้การที่ได้ยื่นต่อศาลปกครองชั้นต้นและที่นายกรัฐมนตรีได้อ้างเพิ่มเติมในคำอุทธรณ์และคำชี้แจงเพิ่มเติมที่ได้ยื่นต่อศาลปกครองสูงสุดนั้น มิได้เป็นไปตามที่นายกรัฐมนตรี

กล่าวอ้าง จึงถือได้ว่าเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบอันเป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายประการหนึ่ง ตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ดังนั้น การโอนผู้ฟ้องคดีจึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ศาลปกครองสูงสุดจึงพิพากษาให้เพิกถอนประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีพิพาทโดยให้การเพิกถอนมีผลย้อนหลังไปถึงวันที่ประกาศดังกล่าวมีผลใช้บังคับโดยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาว่า นายกรัฐมนตรีควรที่จะพิจารณาดำเนินการตามกฎหมายเพื่อให้ผู้ฟ้องคดีได้ดำรงตำแหน่งเลขาธิการ สมช. ทั้งนี้ ภายในสี่สิบห้าวันนับแต่วันที่มีคำพิพากษา

(๒) ผลการปฏิบัติงานด้านการบริหารจัดการคดี

(๒.๑) ในช่วงที่ดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุด (พ.ศ. ๒๕๔๗ – ๒๕๕๓)

ท่านชาญชัย ได้เริ่มปฏิบัติราชการในฐานะตุลาการศาลปกครองสูงสุด ใน พ.ศ. ๒๕๔๗ ซึ่งในขณะนั้น ยังมีจำนวนตุลาการในศาลปกครองสูงสุดไม่เพียงพอกับปริมาณคดี ท่านจึงได้รับการมอบหมายให้ปฏิบัติหน้าที่เป็นตุลาการใน ๓ องค์คณะ โดยในแต่ละองค์คณะ ได้รับมอบหมายให้เป็นตุลาการเจ้าของสำนวนในคดีที่ค้างดำเนินการจากตุลาการเจ้าของสำนวนคนเดิมเป็นจำนวนมาก ซึ่งก็ได้ดำเนินการตรวจสอบและคัดกรองคดีที่ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้รับผิดชอบโดยได้จัดลำดับประเภทคดีที่จะต้องดำเนินการก่อนหลังตามลำดับดังนี้

(ก) คดีที่มีผลกระทบต่อประโยชน์สาธารณะในวงกว้างหรือคดีที่มีความจำเป็นเร่งด่วนที่จะต้องวินิจฉัยให้แล้วเสร็จโดยเร็ว มิฉะนั้น ศาลจะไม่สามารถเยียวยาความเสียหายของผู้ฟ้องคดีได้ทันต่อเหตุการณ์

(ข) คดีที่ค้างดำเนินการมาเป็นเวลานานหลายปีแล้ว ก็จะได้รับการสะสางให้แล้วเสร็จ

(ค) คดีที่ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษายกฟ้องแล้วและไม่มีความจำเป็นเร่งด่วน (เช่น คดีที่ผู้ฟ้องคดีถูกสั่งลงโทษไล่ออกจากราชการเพราะได้กระทำความผิดวินัยอย่างร้ายแรง) ก็จะได้รับการพิจารณาไปตามลำดับของคดีที่ได้รับมา ซึ่งการบริหารจัดการคดีตามแนวทางข้างต้น ทำให้สามารถดำเนินการสะสางคดีที่ได้รับมอบหมายได้แล้วเสร็จไปเป็นจำนวนมาก

(๒.๒) ในช่วงที่ดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด (พ.ศ. ๒๕๕๓ – ๒๕๕๗)

ตุลาการหัวหน้าคณะมีอำนาจหน้าที่ที่สำคัญ คือ

(ก) จ่ายสำนวนที่ประธานศาลปกครองสูงสุดได้มอบหมายให้องค์คณะเป็นผู้รับผิดชอบให้แก่ตุลาการในองค์คณะเพื่อให้เป็นตุลาการเจ้าของสำนวน ซึ่งท่านได้จ่ายสำนวนคดีให้แก่ตุลาการในองค์คณะตามความเชี่ยวชาญของตุลาการในองค์คณะโดยคำนึงถึงปริมาณคดีที่อยู่ในความรับผิดชอบของตุลาการแต่ละคน

(ข) กำกับดูแล เร่งรัดติดตามการปฏิบัติงานของตุลาการในองค์คณะให้เป็นไปโดยรวดเร็ว และมีประสิทธิภาพ

(ค) ให้คำปรึกษาแนะนำแก่ตุลาการในองค์คณะ

(ง) รับเป็นตุลาการเจ้าของสำนวนในคดีที่สำคัญหรือที่มีความยุ่งยาก ซึ่งท่านได้บริหารจัดการคดีในองค์คณะให้แล้วเสร็จออกจากองค์คณะไปได้เป็นจำนวนมาก

(๒.๓) ในช่วงที่ดำรงตำแหน่งเป็นรองประธานศาลปกครองสูงสุด(พ.ศ. ๒๕๕๗ – ๒๕๖๔)

รองประธานศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจหน้าที่ช่วยเหลือประธานศาลปกครองสูงสุดในการกลั่นกรองการวินิจฉัยคดีโดยองค์คณะตามที่ได้รับมอบหมายจากประธานฯ ซึ่งท่านชาญชัยได้วางกรอบในการกลั่นกรองการวินิจฉัยคดีโดยองค์คณะดังนี้

(ก) ตรวจสอบการกำหนดรูปคดี การกำหนดประเด็นที่จะต้องวินิจฉัย การรับฟังข้อเท็จจริง และการวินิจฉัยข้อกฎหมายขององค์คณะมิให้มีความผิดพลาดคลาดเคลื่อน

(ข) กลั่นกรองการวินิจฉัยคดีโดยองค์คณะมิให้ขัดแย้งกับแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้มีมติวางแนวคำวินิจฉัยไว้แล้ว หรือแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดในคดีอื่นที่ได้วินิจฉัยออกไปแล้ว

(ค) ตั้งข้อสังเกตต่อองค์คณะโดยขอให้พิจารณาทบทวนอีกครั้งหนึ่งในกรณีที่เห็นว่ามีปัญหาตาม (ก) และหรือ (ข)

(ง) ถ้าองค์คณะพิจารณาข้อสังเกตตาม (ค) แล้ว มีมติยืนยันคำวินิจฉัยเดิมขององค์คณะ หากท่านเห็นว่าเป็นปัญหาสำคัญที่ไม่อาจตรวจผ่านร่างคำวินิจฉัยขององค์คณะออกไปได้ ก็จะเสนอต่อประธานศาลปกครองสูงสุดให้นำเสนอประเด็นปัญหาต่อที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด

ท่านชาญชัย ได้ช่วยเหลือประธานศาลปกครองสูงสุดในการกลั่นกรองการวินิจฉัยคดีโดยองค์คณะต่าง ๆ ที่คั่งค้างอยู่ในขั้นตอนของการกลั่นกรองออกไปได้อย่างรวดเร็วเป็นจำนวนมาก

(๒.๔) ในช่วงที่ดำรงตำแหน่งเป็นประธานศาลปกครองสูงสุด (ตั้งแต่วันที่ ๒๗ กันยายน ๒๕๖๔ ถึงวันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๖๕)

(๑) การจัดให้มีการวินิจฉัยปัญหาหรือคดีโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด เพื่อแก้ไขปัญหาความล่าช้าในการอำนวยความยุติธรรมทางปกครอง โดยนับตั้งแต่วันที่ ๒๗ กันยายน ๒๕๖๔ มีคดีที่อยู่ระหว่างรอการพิจารณาวินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ ฯ จำนวน ๒๕๑ คดี และตั้งแต่วันที่ ๒๗ กันยายน ๒๕๖๔ ถึงวันที่ ๓๑ สิงหาคม ๒๕๖๕ มีคดีที่ประธานศาลปกครองสูงสุดสั่งการให้นำคดีเข้าสู่การพิจารณาวินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ฯ เพิ่มอีกจำนวน ๒๔๖ คดี รวมคดีที่เข้าสู่กระบวนพิจารณาเพื่อให้ได้รับการวินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ทั้งสิ้นจำนวน ๒๔๒ คดี โดยมีคดีที่ได้รับการพิจารณาวินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดจนเสร็จสิ้น ในระยะเวลานับแต่วันที่ ๒๗ กันยายน ๒๕๖๔ ถึงวันที่ ๓๑ กรกฎาคม ๒๕๖๕ เป็นจำนวน ๒๓๐ คดี คงเหลือคดีที่รอได้รับการวินิจฉัยเพียงจำนวน ๕ คดี นอกจากนี้ ท่านชาญชัย ยังได้มีข้อสั่งการให้นำประเด็นปัญหาข้อกฎหมายในกรณีคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดขัดแย้งกัน ให้ได้รับการวินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ฯ โดยมีปัญหาข้อกฎหมายที่ได้รับการพิจารณาวินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ฯ จนแล้วเสร็จ ถึงวันที่ ๓๑ สิงหาคม ๒๕๖๕ ทั้งสิ้นเป็นจำนวน ๘ ประเด็นปัญหา

(๒) แก้ไขปัญหาความล่าช้าในการอำนวยความยุติธรรม ทางปกครอง โดยการบริหารจัดการคดีในส่วนที่เป็นอำนาจของประธานศาลปกครองสูงสุด และในส่วนของการพิจารณาปรับปรุง ขั้นตอนกลั่นกรองร่างคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่มีขั้นตอนมาก โดยกระบวนการก่อนส่งงานร่างคำพิพากษา

(เซนเซอร์) สปส. ได้กำชับพนักงานคดีปกครองในการจัดทำคำพิพากษาหรือคำสั่ง ได้ซักซ้อมความเข้าใจให้ใช้แบบ ตามที่ศาลกำหนดเพื่อลดภาระในการตรวจร่างและเน้นย้ำว่า เมื่อมีคำพิพากษาเสร็จแล้วให้ส่งไปให้ สปส. โดยเร็ว และมีคำสั่งที่ ๔๑/๒๕๖๔ ลงวันที่ ๒๗ กันยายน ๒๕๖๔ เรื่อง มอบอำนาจให้ปฏิบัติหน้าที่แทนประธานศาลปกครองสูงสุด เพื่อให้รองประธานและประธานแผนกส่งออกคดี

(๓) แก้ไขปัญหาความลักลั่นในการวินิจฉัยคดีปกครองที่มีลักษณะอย่างเดียวกัน โดย (๓.๑) การปรับเปลี่ยนการจ่ายสำนวนคดีให้แก่องค์คณะ โดยมีหลักเกณฑ์ที่แน่นอน เพื่อลดปัญหาการจ่าย สำนวนคดีประเภทเดียวกันให้แก่องค์คณะหลายองค์คณะซึ่งก่อให้เกิดปัญหาความลักลั่นในการวินิจฉัยคดีปกครองที่มีลักษณะอย่างเดียวกัน (๓.๒) การวิเคราะห์และจัดทำแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองให้มีมาตรฐานเดียวกันทั้งศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุด (๓.๓) การมีระบบสารสนเทศที่สามารถตรวจสอบ ได้ว่าคดีที่มีเหตุแห่งการฟ้องคดีทำนองเดียวกันนั้นควรต้อง เข้าองค์คณะใด และ (๓.๔) การจัดเสวนาประมวลแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง เพื่อให้มีแนวคำวินิจฉัยที่เป็นแนวทางเดียวกัน

(๓) ผลการปฏิบัติงานด้านการเสริมสร้างความร่วมมือทางวิชาการกับต่างประเทศ

ในช่วงที่ดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุด ท่านชาญชัยได้รับมอบหมายให้รับผิดชอบงานด้านการเสริมสร้างความร่วมมือทางวิชาการกับต่างประเทศเพื่อแลกเปลี่ยนองค์ความรู้ทางกฎหมายปกครองและกระบวนการยุติธรรมทางปกครองกับต่างประเทศโดยมีผลงานที่สำคัญดังนี้

- ความร่วมมือทางวิชาการกับรัฐบาลฝรั่งเศสและสภาแห่งรัฐ (ซึ่งเป็นองค์กรวินิจฉัยคดีปกครอง) ของฝรั่งเศสโดยได้รับทุนการศึกษาระดับปริญญาเอก ทุนฝึกอบรมดูงานและผู้เชี่ยวชาญทางด้านกระบวนการยุติธรรมทางปกครองให้มาร่วมสัมมนากับตุลาการศาลปกครองของไทย

- ความร่วมมือกับสมาคมศาลปกครองสูงสุดระหว่างประเทศโดยศาลปกครองสูงสุดของไทยได้รับการยอมรับให้เป็นตัวแทนของศาลในทวีปเอเชียในคณะกรรมการบริหารของสมาคมดังกล่าวและได้รับการคัดเลือกให้เป็นเจ้าภาพในการจัดการประชุมใหญ่ทางวิชาการ (Congress) ของสมาคมดังกล่าว ครั้งที่ ๙ ใน พ.ศ. ๒๕๕๐ ซึ่งเป็นครั้งแรกที่มีการจัดประชุมดังกล่าว ในทวีปเอเชียและศาลปกครองสูงสุดของไทยได้รับการชื่นชมจากสมาคมดังกล่าวว่าเป็นเจ้าภาพในการจัดประชุมใหญ่ทางวิชาการดังกล่าวได้อย่างดียิ่ง ซึ่งท่านชาญชัยเป็นผู้รับผิดชอบ

- ความร่วมมือทางวิชาการกับมูลนิธิคอนราด อเดเนาว์ของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ซึ่งได้สนับสนุนทุนฝึกอบรมดูงานและผู้เชี่ยวชาญทางด้านกฎหมายปกครองให้มาร่วมสัมมนากับตุลาการศาลปกครองของไทย โดยนายชาญชัยได้รับมอบหมายจากประธานศาลปกครองสูงสุดคนแรกให้ไปร่วมประชุมสัมมนาทางวิชาการที่มหาวิทยาลัย Speyer ของประเทศดังกล่าว โดยท่านชาญชัยได้นำเสนอบทความเกี่ยวกับความร่วมมือทางวิชาการกับผู้เชี่ยวชาญชาวเยอรมันจนสามารถจัดทำพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ตามแนวทางของกฎหมายของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

(๔) ผลการปฏิบัติงานด้านการเสริมสร้างความร่วมมือทางวิชาการกับหน่วยงานราชการและองค์กรอิสระภายในประเทศ

ในช่วงที่ท่านชาญชัย แสวงศักดิ์ ดำรงตำแหน่งเป็นประธานศาลปกครองสูงสุด ท่านได้มีนโยบายด้านการเสริมสร้างความร่วมมือทางวิชาการกับหน่วยงานภายนอก ทั้งที่เป็นองค์กรอิสระ

หน่วยงานราชการ องค์กรเอกชน เพื่อแลกเปลี่ยนองค์ความรู้ทางกฎหมายปกครองและกระบวนการยุติธรรมทางปกครองโดยมีกรอบความร่วมมือในด้านต่าง ๆ เช่น การเสริมสร้างธรรมาภิบาลในสังคม การแลกเปลี่ยนข้อมูลคดีปกครอง การพัฒนาบุคลากร การศึกษาวิจัยและงานวิชาการ การจัดการทรัพยากรสารสนเทศ การเพิ่มประสิทธิภาพการอำนวยความยุติธรรมทางปกครอง ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับลักษณะหน้าที่ความรับผิดชอบของแต่ละองค์กร โดยได้สนับสนุนให้สำนักงานศาลปกครองจัดทำบันทึกข้อตกลงความร่วมมือทางวิชาการกับหน่วยงานต่าง ๆ ดังนี้

(๑) สำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน

(๒) มูลนิธิวิจัยและพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครอง

(๓) สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน

(๔) กรมที่ดิน

(๕) มหาวิทยาลัยเกษมบัณฑิต

(๖) สภาทนายความในพระบรมราชูปถัมภ์

(๗) สำนักงานคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (ปปช.)

(๘) กรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น

(๙) สำนักงานอัยการสูงสุด

(๑๐) สำนักงานคณะกรรมการการศึกษาขั้นพื้นฐาน (สพฐ.)

(๑๑) สำนักงาน ก.พ.

(๑๒) สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

นอกจากนี้ ยังมีการผูกมิตรสร้างแนวร่วมกับผู้ที่มีบทบาทสำคัญในสังคม (Influencers) หรือผู้ที่มีคุณูปการต่อการก่อตั้งศาลปกครอง นักวิชาการด้านกฎหมายมหาชน และผู้นำขององค์กรอิสระ โดยเรียนเชิญร่วมเสวนาวิชาการ เพื่อให้ข้อคิดเห็นและข้อเสนอแนะต่อศาลปกครอง ซึ่งจะเป็นประโยชน์อย่างมากในการรับมาปรับปรุงการดำเนินงาน หรือการสร้างเครือข่ายทางวิชาการเพื่อการพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครอง ตลอดจนเพื่อการพัฒนาหลักสูตรของสถาบันการศึกษา และการบรรยายพิเศษ โดยในยุคปัจจุบันสามารถดำเนินการได้โดยง่าย ผ่านระบบออนไลน์ จำนวนรวม ๑๐ ครั้ง ดังนี้

(๑) การเสวนาทางวิชาการ หัวข้อ “๒๐ ปีศาลปกครองกับการอำนวยความยุติธรรมทางปกครอง” มุมมองจากผู้ทรงคุณวุฒิ (ศาสตราจารย์กิตติคุณ ดร.บวรศักดิ์ อุวรรณโณ) เมื่อวันที่ ๒๙ ตุลาคม ๒๕๖๔

(๒) การสัมมนาทางวิชาการ หัวข้อ “ศาลปกครองกับการอำนวยความยุติธรรมทางปกครอง” มุมมองจากผู้ทรงคุณวุฒิ (ศาสตราจารย์ ดร.สุรพล นิติไกรพจน์ และศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์) เมื่อวันที่ ๓๐ พฤศจิกายน ๒๕๖๔

(๓) การเสวนาทางวิชาการ หัวข้อ “ศาลปกครองกับการอำนวยความยุติธรรมทางปกครอง” มุมมองจากผู้ทรงคุณวุฒิ (ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ) เมื่อวันที่ ๗ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๕

(๔) การบรรยายพิเศษเนื่องในโอกาสครบรอบ ๒๑ ปี ศาลปกครอง เรื่อง “๒๑ ปีศาลปกครองกับการยกระดับการอำนวยความยุติธรรมทางปกครองและการเสริมสร้างธรรมาภิบาลในสังคม” เมื่อวันที่ ๙ มีนาคม ๒๕๖๕

(๕) การเสวนาทางวิชาการ หัวข้อ “ศาลปกครองกับการอำนวยความยุติธรรมทางปกครอง” มุมมองจากผู้ทรงคุณวุฒิ (ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์) เมื่อวันที่ ๑๔ มีนาคม ๒๕๖๕

(๖) การเสวนาทางวิชาการ หัวข้อ “ศาลปกครองกับการอำนวยความยุติธรรมทางปกครอง” มุมมองจากผู้ทรงคุณวุฒิ (ศาสตราจารย์ ดร.วรเจตน์ ภาคีรัตน์) เมื่อวันที่ ๒๘ มีนาคม ๒๕๖๕

(๗) การสัมมนาทางวิชาการระหว่างสำนักงานศาลปกครองกับสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ในหัวข้อ “สัญญาทางปกครองในประเทศไทย : ปัญหาปัจจุบันและทางออกในอนาคต” มุมมองจากผู้ทรงคุณวุฒิ (ดร.บุบผา อัครพิมาน, ดร.พัชฌา จิตรมหึมา) เมื่อวันที่ ๑๒ กรกฎาคม ๒๕๖๕

(๘) การสัมมนาทวิภาคีระหว่างศาลปกครองกับคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน หัวข้อ “ปัญหาในทางปฏิบัติเกี่ยวกับการตรวจเงินแผ่นดิน” มุมมองจากผู้ทรงคุณวุฒิ (นายพิมล ธรรมพิทักษ์พงษ์, ศ.ดร.อรพิน ผลสุวรรณ์ สบายรูป, นายประจักษ์ บุญยัง) เมื่อวันที่ ๔ สิงหาคม ๒๕๖๕

(๙) การสัมมนา หัวข้อ “การพัฒนาหลักสูตรการเรียนการสอนกฎหมายมหาชนโดยเฉพาะกฎหมายปกครองในคณะนิติศาสตร์” มุมมองจากผู้ทรงคุณวุฒิ (ดร.ประสาท พงษ์สุวรรณ์, ผศ.ดร.ปารีณา ศรีวนิชย์, รศ.ดร.ปกป้อง ศรีสนิท, รศ.ดร.ฐากูร ศิริยุทธ์วัฒนา) เมื่อวันที่ ๑๙ สิงหาคม ๒๕๖๕

(๑๐) การสัมมนาเรื่องศาลปกครองกับการอำนวยความยุติธรรมทางปกครองและการเสริมสร้างธรรมาภิบาลในสังคม ครั้งที่ ๑๕ การสัมมนาทวิภาคีระหว่างศาลปกครองกับผู้ตรวจการแผ่นดิน หัวข้อ “บทบาทของศาลปกครองและผู้ตรวจการแผ่นดิน กับการเสริมสร้างธรรมาภิบาลในสังคม” มุมมองจากผู้ทรงคุณวุฒิ (นายสมศักดิ์ สุวรรณสุจริต) ดำเนินการในวันที่ ๑๙ กันยายน ๒๕๖๕

(๕) การปฏิบัติงานด้านการพัฒนาองค์ความรู้ทางกฎหมายปกครองให้แก่หน่วยงานของรัฐ เจ้าหน้าที่ของรัฐ ตุลาการศาลปกครองและพนักงานคดีปกครอง

ท่านชาญชัย ได้รับเชิญให้เป็นวิทยากรในหลักสูตรฝึกอบรมทางกฎหมายปกครองให้แก่หน่วยงานของรัฐและเจ้าหน้าที่ของรัฐ หลักสูตรอบรมตุลาการศาลปกครองในระดับต่าง ๆ และหลักสูตรพนักงานคดีปกครองในระดับต่าง ๆ ตั้งแต่ พ.ศ. ๒๕๔๗ จนถึงปัจจุบัน เป็นจำนวนมาก

จากประวัติและผลงานของศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ที่กล่าวมาโดยสังเขปข้างต้น เมื่อนับจากการปฏิบัติหน้าที่ราชการตำแหน่งเลขาธิการสำนักงานศาลปกครองคนแรก ได้วางรากฐานที่สำคัญของสำนักงานศาลปกครอง จนได้ก้าวขึ้นสู่ตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุด คนที่ ๔ โดยได้วางแนวทางการบริหารจัดการคดีและนโยบายดำเนินงานของศาลปกครอง ซึ่งถือเป็นก้าวย่างแห่งความสำเร็จบนเส้นทางชีวิตการรับราชการของท่าน และยังถือเป็นร่องรอยของความเจริญก้าวหน้าของศาลปกครอง จวบจนครบปีที่ ๒๑ ในปี ๒๕๖๕ และถือเป็นก้าวเดินที่มั่นคงและยั่งยืนสืบไปของศาลปกครองที่จะคงอยู่คู่ประเทศไทย เพื่อเป็น “ศาลปกครองของประชาชน” นับเป็นความภาคภูมิใจของชาวศาลปกครองและสำนักงานศาลปกครองอย่างยิ่ง

กองบรรณาธิการ

การเตรียมการจัดตั้งศาลปกครอง

การเปิดทำการศาลปกครอง

ศาลปกครองสูงสุด และศาลปกครองกลาง

ศาลปกครองเชียงใหม่

ศาลปกครองสงขลา

ศาลปกครองนครราชสีมา

การเปิดทำการศาลปกครอง

ศาลปกครองขอนแก่น

ศาลปกครองพิษณุโลก

ศาลปกครองระยอง

ศาลปกครองนครศรีธรรมราช

การเผยแพร่ความรู้

การเผยแพร่ความรู้

การสร้างเครือข่ายความสัมพันธ์กับต่างประเทศ

ฝรั่งเศส

การสร้างเครือข่ายความสัมพันธ์กับต่างประเทศ

เยอรมนี

การสร้างเครือข่ายความสัมพันธ์กับต่างประเทศ

ออสเตรเลีย

ญี่ปุ่น

ตัวแทนกรรมการสมาคมศาลปกครองสูงสุดระหว่างประเทศ

กิจกรรมสำคัญขณะดำรงตำแหน่งประธานศาลปกครองสูงสุด

ร่วมแสดงความยินดีการเปิดรับพิจารณาคดีปกครอง ของคณะศาลปกครองในศาลประชาชนสูงสุด แห่ง สปป.ลาว

บทสัมภาษณ์

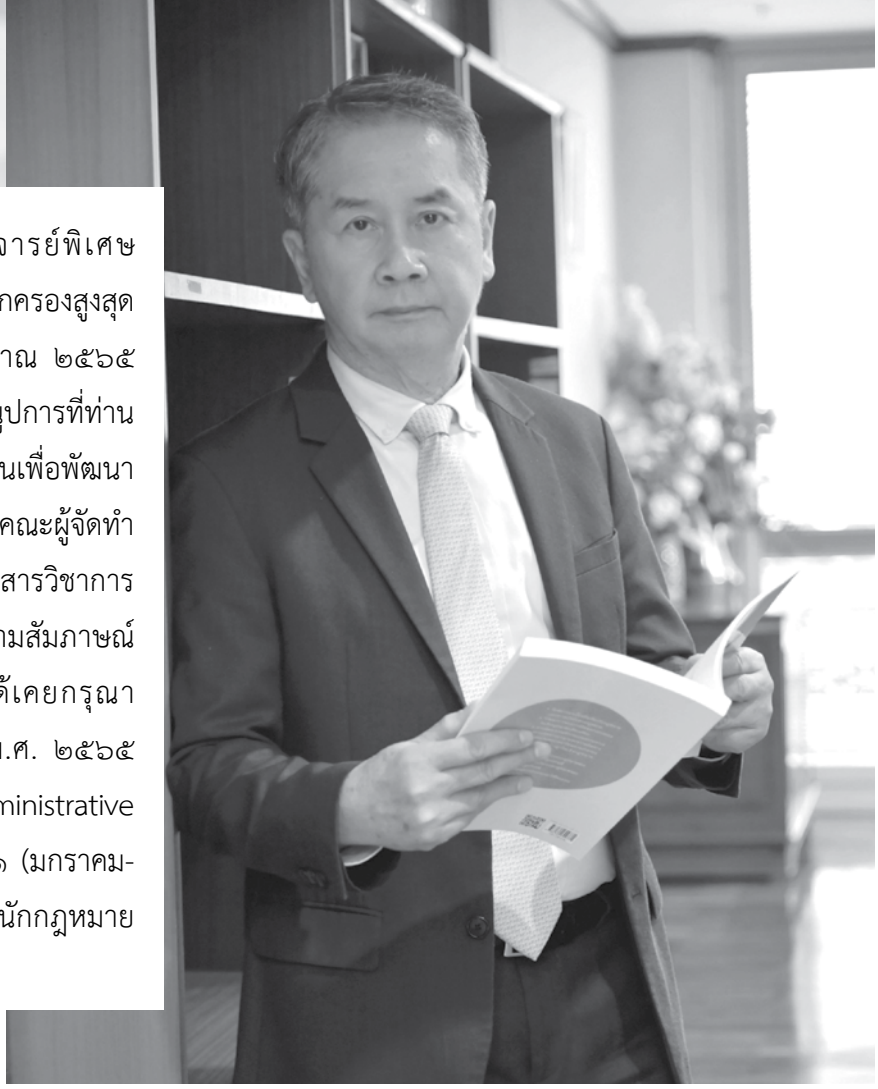
ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์

"การมีศาลปกครองเป็นความก้าวหน้าของ **"หลักนิติรัฐ"** ในด้านกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง ประเทศใดมีศาลปกครอง ประเทศนั้นมีหลักประกันให้หลักนิติรัฐเป็นจริง การที่ประเทศไทยมีศาลปกครองถือว่าเป็นเรื่องดีของประเทศ แต่ว่าศาลปกครองก็เป็นเพียงสถาบัน จึงขึ้นอยู่กับตัวบุคคลที่จะมาเป็นตุลาการศาลปกครองด้วย ตุลาการศาลปกครองจะต้องยึดมั่น ตั้งใจปฏิบัติหน้าที่ ทำงานรับใช้ประชาชน โดยทุ่มเทเต็มกำลัง ตระหนักถึงภารกิจของตนว่ามาทำงานเพื่ออำนวยความยุติธรรมทางปกครอง เป็น **"ศาลปกครองเพื่อประชาชน"**"

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์

ประธานศาลปกครองสูงสุด
๑๘ มีนาคม ๒๕๖๕*

** สัมภาษณ์และเรียบเรียงโดย นายอานันท์ กระบวนศรี, บทสัมภาษณ์นี้ได้รับการเผยแพร่ในวารสารวิชาการศาลปกครอง (Administrative Courts Journal, ปีที่ ๒๒ ฉบับที่ ๑ (มกราคม-เมษายน) ๒๕๖๕, คอลัมน์ ประวัตินักกฎหมายมหาชนที่น่าสนใจ.*



เนื่องในโอกาสที่ศาสตราจารย์พิเศษ ดร. ชาญชัย แสวงศักดิ์ ประธานศาลปกครองสูงสุด จะเกษียณอายุราชการในปีงบประมาณ ๒๕๖๕ เพื่อแสดงมุทิตาจิตและเพื่อรำลึกถึงคุณูปการที่ท่านอาจารย์ได้อุทิศตนตลอดชีวิตการทำงานเพื่อพัฒนาหลักกฎหมายมหาชนของประเทศไทย คณะผู้จัดทำหนังสือจึงได้ติดต่อกองอำนวยการวารสารวิชาการศาลปกครองเพื่อขออนุญาตนำบทความสัมภาษณ์ของท่านอาจารย์ชาญชัย ที่ท่านได้เคยกรุณาให้สัมภาษณ์ในวันที่ ๑๘ มีนาคม พ.ศ. ๒๕๖๕ ลงในวารสารวิชาการศาลปกครอง (Administrative Courts Journal), ปีที่ ๒๒ ฉบับที่ ๑ (มกราคม-เมษายน) ๒๕๖๕, คอลัมน์ : ประวัตินักกฎหมายมหาชนที่น่าสนใจ

นอกจากบทสัมภาษณ์นี้จะช่วยบอกเล่าเรื่องราวชีวประวัติของท่านอาจารย์ชาญชัยแล้ว ยังถือเป็นหนึ่งหน้ากระดาษที่สำคัญของหนังสือ “ประวัติศาสตร์กฎหมายมหาชนไทย” อีกเช่นเดียวกัน

ในวันที่อากาศร้อนอบอ้าวอุณหภูมิสูงแข่งกับราคาน้ำมัน ผมได้มีโอกาสเข้าไปนั่งตากแอร์เย็น ๆ ใน ห้องรับรองประธานศาลปกครองสูงสุด ถึงแม้ว่าเลขาฯ ของท่านได้เชิญให้ผมเข้าไปนั่งรอในห้องรับรองซึ่งตกแต่งอย่างเรียบง่ายแต่สวยงาม ผมกลับไม่สามารถจะเก็บรายละเอียดของบรรยากาศในห้องดังกล่าวมาบรรยายถ่ายทอดได้ทั้งหมดเพราะอยู่ในอารมณ์ตื่นเต้น เพราะนี่คือโอกาสที่จะได้พบปะสนทนากับบุคคลที่มีชื่อเสียงระดับประเทศอย่างใกล้ชิด !! ผมกังวลจนเกร็งไปหมดทั้งตัว ทีมหน้าห้องของท่านสังเกตเห็นได้วิ่งไปหยิบน้ำมาให้ผมดื่มเพื่อให้ผ่อนคลายก่อนที่จะได้เริ่มทำการสัมภาษณ์ จากนั้นไม่นาน ท่านอาจารย์ก็ได้เข้ามาในห้องรับรอง ผมกล่าวสวัสดีท่านก่อนทำการแนะนำตัวเบื้องต้น และขออนุญาตท่านบันทึกเสียงการสนทนาและถ่ายภาพประกอบการสัมภาษณ์ในครั้งนี้ ก่อนเริ่มทำการสัมภาษณ์ท่านอาจารย์ได้กรุณาชวนคุยอย่างเป็นกันเอง ทำให้บรรยากาศเป็นไปอย่างผ่อนคลายและทำให้ผมสามารถตั้งสติกลับมาสู่โหมดการทำงานได้อีกครั้ง

เหตุใดท่านจึงสนใจศึกษากฎหมายมหาชน ? ทิศทางการเรียนการสอนกฎหมายมหาชนในประเทศไทยปัจจุบัน ? ความท้าทายในการทำงาน ? ศาลปกครองในอุดมคติของท่าน ? รวมถึงทีมฟุตบอลทีมโปรดของท่านอาจารย์ชาญชัย ?

บทสนทนาต่อไปนี้...

จะช่วยทำให้เราเข้าใจ “ตัวตน” ของนักกฎหมายมหาชนที่ชื่อ ***“ชาญชัย แสวงศักดิ์”*** มากยิ่งขึ้น

ผู้สัมภาษณ์ : ก่อนอื่น ในฐานะผู้สัมภาษณ์ต้องขอขอบพระคุณท่านอาจารย์ชาญชัย แสวงศักดิ์ ประธานศาลปกครองสูงสุด ที่กรุณาสละเวลาอันมีค่าและให้เกียรติให้สัมภาษณ์กับทางวารสารวิชาการศาลปกครองในครั้งนี้ สำหรับคำถามจะแบ่งออกเป็น ๓ ส่วน คือ ๑) ชีวิตส่วนตัว งานอดิเรก และความสนใจอื่น ๆ ๒) ประวัติการศึกษา และมุมมองต่อการศึกษากฎหมายมหาชนในประเทศไทย และ ๓) ประวัติการทำงาน และมุมมองต่อกระบวนการยุติธรรมทางปกครองในประเทศไทย

ส่วนที่ ๑ ชีวิตส่วนตัว งานอดิเรก และความสนใจอื่น ๆ

ในเวลาที่ว่างจากการทำงาน ท่านมีงานอดิเรกที่สนใจหรือไม่ อย่างไรครับ ?

งานอดิเรกของผม คือ การสอนหนังสือ ผมไม่มีวันหยุด แต่ถ้าไม่ได้มีสอนหนังสือ ผมก็ใช้เวลากับครอบครัว พาครอบครัวไปทานอาหาร หรือว่าอยู่กับครอบครัวบ้างในช่วงที่สามารถแบ่งปันเวลาได้ แต่เวลาส่วนใหญ่ผมหมดไปกับการทำงาน ถ้าไม่ทำราชการในหน้าที่การงาน ก็จะสอนหนังสือ ถ้าไม่สอนหนังสือก็จะเขียนหนังสือ เขียนคำอธิบาย งานอดิเรกผมไม่มีอะไรเป็นพิเศษครับ

ผมชอบดูสารคดีเกี่ยวกับเรื่องท่องโลกอะไรพวกนี้นะครับ ซึ่งสถานีโทรทัศน์ของเราไม่ค่อยมี ตอนผมอยู่ฝรั่งเศสนี่ผมจะไปหาดูเสมอเลย เป็นสารคดีแนะนำต่างประเทศ ประเทศอะไรที่ผมไม่มีโอกาสได้ไป ก็ดูทางภาพยนตร์อะไรแบบนี้ ชอบหรือดู YouTube เกี่ยวกับแนะนำประเทศใหม่ ๆ

ผมชอบดูกีฬา เช่น ฟุตบอล บาสเกตบอล ชกมวย

ฟุตบอลผมเชียร์ทีมอาร์เซนอล ส่วนฟุตบอลไทยผมก็เชียร์ทีมการท่าเรือ เพราะว่าคุณพ่อผมทำงานที่นั่น ทีมอื่นผมไม่ดูเลยนะครับ ไม่สนใจ เพียงแต่ว่าอยากจะรู้ว่าเขาแพ้รึเปล่า (ยิ้ม) มันก็เป็นการแข่งกันใช่ไหมครับ ทีมอื่นแพ้ ทีมที่เราเชียร์จะได้มีลำดับดีขึ้น (หัวเราะ) ส่วนฟุตบอลโลก ฟุตบอลยูโร ทีมชาติฝรั่งเศส ผมไม่ได้ดูครับ

ผมเคยดูบาสเกตบอล NBA แต่ตอนหลังเบื่อแล้วครับ

เมื่อก่อนก็ดูมวย มวยไทยนะครับ เมื่อก่อนไปสนามมวยเลยนะ แต่หลัง ๆ พอแก่ตัวแล้วก็ไม่ไปแล้ว ดูทีวีแทน

ได้รับทราบมาว่าท่านชนะเลิศในการยืมหนังสือของห้องสมุดกฎหมายมหาชนของศาลปกครองประจำเดือนเป็นประจำ ทำให้อยากทราบว่า ถ้าไม่ใช่หนังสือกฎหมายแล้ว ท่านชอบอ่านหนังสือประเภทใดเป็นพิเศษบ้างครับ ?

ที่กล่าวมาตอนแรกนี่น่าจะผิดนะครับ ไม่ใช่หรอกครับ ผมไม่ได้ยืมมากที่สุด ข้อมูลมันคงไม่ได้ถูกต้องมั้ง ผมก็แค่ว่า บางทีผมไม่สะดวกที่จะทำงานอยู่ในห้องทำงานนาน ๆ ผมก็จะเอาหนังสือมาตรวจค้นนะครับ ก็อาจจะเป็นที่มาของข้อมูลดังกล่าว ถ้าข้อมูลถูกต้องนะครับ (หัวเราะ)

ข้อถัดมานี่ ผมชอบหนังสือแนวไหน... ผมก็ชอบอ่านข่าว หาดูอะไรทั่ว ๆ ไป ไม่ได้มีอะไรเป็นพิเศษ ผมไม่ได้มีหนังสือในดวงใจที่ชอบเป็นพิเศษครับ ผมไม่ได้ชอบอ่านหนังสือนวนิยาย แค่อ่านหนังสือในการทำงาน หนังสือที่เพิ่มพูนความรู้ นี่ก็หมดเวลาแล้ว สายตาก็ต้องการการพักผ่อน

ท่านทำงานหนักมากเลยครับ สมมติว่าท่านมีวันหยุดสัก ๒ สัปดาห์ ท่านจะใช้เวลานี้ทำอะไร บ้างครับ ?

ก็พักผ่อนครับ ไปเปลี่ยนบรรยากาศ ผมก็เป็นมนุษย์เงินเดือนนะ หรือถ้าเกิดว่าผมมีฐานะทางการเงินที่สะดวกสบาย ผมก็อยากจะไปพักผ่อน ใช้ชีวิตเรียบง่าย อาจจะชายทะเล ป่าเขา อะไรทำนองนี้ครับ ที่ที่มีที่พักสะดวกสบาย ไม่ใช่ไปนอนเต็นท์นะ ไม่เอาแล้ว แก่แล้ว (หัวเราะ) ถ้าได้ไปต่างประเทศผมชอบนะ ผมชอบไปต่างประเทศ แต่ไปแบบมีเงิน สบาย ไม่ต้องเหนื่อยยาก เพราะว่าเมื่อก่อนวัยหนุ่มผมลุยมาเยอะ แต่จะให้ต้องแบกเป้อะไรพวกนี้ตอนนี้ผมไม่เอาแล้ว เพราะว่าแก่แล้ว อยากไปแบบสบาย ๆ มีคนดูแลแบบนี้ แต่เนื่องจากไม่มีเงินก็เลยได้แต่ดูทีวี

จากประสบการณ์ท่องเที่ยวของท่าน อยากทราบว่ามีที่ไหนที่ท่านประทับใจเป็นพิเศษไหมครับ ?

ก็ยุโรปครับ ยุโรปตะวันตก ยุโรปตะวันตกมีความหลากหลายมาก ผมเคยไปอเมริกานะครับ แต่ผมก็ไม่ได้อะไรกับอเมริกามากมาย เพราะผมคิดว่าเป็นประเทศใหม่ ผมชอบแค่สถานที่ท่องเที่ยวทางธรรมชาติ เช่น แกรนด์แคนยอน (Grand Canyon) หรือว่าในบางรัฐที่ถ่ายทำภาพยนตร์คาวบอยเท่านั้น นอกจากนั้น อเมริกาก็ไม่มีอะไรเลยครับ แล้วก็ญี่ปุ่นครับ ญี่ปุ่นเป็นประเทศที่สวยงาม

ท่านเคยตั้งคำถามกับตัวเองเรื่องไหนบ้างไหมครับ อยากทราบว่าเรื่องล่าสุดที่ท่านถามกับตัวเองในเวลาที่ท่านอยู่คนเดียวเงียบ ๆ มีสมาธิ ?

(เงียบไปสักครู่) เดี๋ยวนี้ไม่ค่อยถามตัวเองแล้วครับ (ยิ้ม) ก็จะถามว่า วันนี้เราทำดีที่สุดแล้วหรือยัง ผมมีครอบครัว ผมก็ต้องดูแลครอบครัว คุณพ่อผมทำงานหนัก ครอบครัวเดือดร้อน ผมก็เตือนตัวเอง ถ้าอย่างนี้ก็เท่ากับว่า ผมจะต้องดูแลครอบครัวให้เขาอยู่ได้ตามสมควร ก็คงมีแค่นี้แล้วก็ถามตัวเองว่า “วันนี้ทำดีที่สุดแล้วหรือยัง ?” ครับ แค่นี้เอง...

ส่วนที่ ๒ ประวัติการศึกษาและมุมมองต่อการศึกษากฎหมายมหาชนในประเทศไทย

ทราบมาว่าท่านเรียนหนังสือเก่งมาตั้งแต่วัยเด็ก โดยสามารถสอบเข้าได้อันดับที่ ๒ ของประเทศและอันดับที่ ๑ ด้านภาษาฝรั่งเศส จึงอยากทราบเคล็ดลับของท่านอาจารย์ในการเรียนหนังสือให้ประสบความสำเร็จครับ ?

ขอแก้ไขข้อมูลสักนิดนะครับ ผมเพียงแต่ว่าสอบมัธยมปลาย ไม่ใช่สอบเข้ามหาวิทยาลัยนะครับ ได้อันดับที่ ๒ สายศิลป์-ภาษา ตอนเด็ก ๆ ผมก็เรียนธรรมดา เรียนปานกลางนะครับ แล้วก็ไปสอบติดที่โรงเรียนเตรียมอุดมศึกษา ได้อยู่ห้อง King ทำให้ได้อาจารย์ที่ดีที่สุดของโรงเรียนในขณะนั้น ก็เลยได้พัฒนาตนเองอย่างก้าวกระโดดในช่วง ๒ ปี

ที่เรียนในโรงเรียนเตรียมอุดมศึกษา และตอนประกาศผลการสอบมัธยมปลาย ผมสอบได้ที่ ๒ คนที่ได้ที่ ๑ ก็คือ คุณพรรณณรงค์ สาลีรัฐวิภาค พี่ชายของคุณพีระพันธุ์ สาลีรัฐวิภาค

ผมไม่มีเทคนิคในการเรียนหรือการเตรียมสอบเป็นพิเศษครับ ก็ธรรมชาติ เป็นคนเรียนปกติ ไม่ได้เป็นเด็กเรียนอะไร เพียงแต่ว่าโดยสภาพแวดล้อมช่วงเรียนที่โรงเรียนเตรียมอุดมศึกษาทำให้เรามีการศึกษาที่ดี สรุป คือ ก็ไม่ได้มีอะไรเป็นพิเศษครับ เป็นปกติธรรมดาทั่ว ๆ ไป

เหตุใดท่านจึงสนใจเลือกเรียนภาษาฝรั่งเศส ในขณะที่คนส่วนใหญ่มักจะเลือกเรียนภาษาอังกฤษครับ ?

ด้วยข้อจำกัดสมัยเด็ก คุณพ่อของผมทำงานอยู่การท่าเรือแห่งประเทศไทย และเขาตั้งโรงเรียนมาเพื่อให้พนักงานชั้นผู้น้อยได้เรียน จะได้ไม่มีปัญหาในการเดินทางไปส่งเด็กเข้าโรงเรียน คุณพ่อให้ผมเข้าเรียนที่โรงเรียนนี้สมัยประถมนะครับ วิชาพื้นฐาน เช่น คณิตศาสตร์ ผมก็เลยอ่อนพอคณิตศาสตร์อ่อนแอ ก็เลยเรียนสายวิทย์และสายศิลป์-คำนวณไม่ได้ เหลือแต่สายศิลป์ - ภาษา ภาษาอังกฤษทุกคนเรียนอยู่แล้ว สายศิลป์-ภาษาก็มีให้เลือกเรียนภาษาฝรั่งเศสหรือภาษาเยอรมัน ซึ่งเยอรมันเป็นภาษาที่แพร่หลายน้อยกว่าภาษาฝรั่งเศส ผมก็เลยเลือกเรียนสายศิลป์ - ฝรั่งเศส

เมื่อตอนที่ท่านได้รับทุนการศึกษา มีการบังคับให้เรียนกฎหมายเลยหรือไม่ ? และเหตุใดท่านจึงสนใจเรียนกฎหมาย โดยเฉพาะอย่างยิ่งกฎหมายมหาชนครับ ?

ตอนที่ผมจบมัธยมปลาย ไม่มีความรู้เรื่องทุน เพื่อนแนะนำว่ามีทุนอะไรบ้างในปีนั้น ผมก็ไปสอบทุก ๆ ทุน เช่น ทุนรัฐบาลฝรั่งเศส ทุนโคลอมโบ (Colombo) ที่ให้ไปเรียนประเทศออสเตรเลีย ทุน ก.พ. ฯลฯ แล้วก็มีทุนเล่าเรียนหลวง หรือที่เรียกว่าทุน King ผมก็ไปสอบ แต่เวลาสัมภาษณ์เขาสัมภาษณ์เป็นภาษาอังกฤษ ผมไม่ได้เรียนภาษาอังกฤษมาตั้งแต่เด็ก ผมก็สัมภาษณ์แล้วตอบคำถามภาษาอังกฤษ ผมด้อยกว่าคนอื่นเลยไม่ได้ทุนเล่าเรียนหลวง ซึ่งเขาให้ ๓ คน ผมสอบได้ที่ ๔ ผมก็เลยไม่ได้ แต่ว่าทุนอื่น ๆ ที่ให้มีในขณะนั้น ผมสอบได้หมดนะครับ ทุน ก.พ. จาก ๓ ทุน ผมก็สอบได้ทั้ง ๓ ทุน เท่ากับตอนนั้นที่จำได้มันมีเปิดสอบอยู่อย่างน้อย ๕ หรือ ๖ ทุน ผมสอบได้ทุกทุน เป็นทุนให้ไปเรียนปริญญาตรี

ตอนนั้น เจ้าหน้าที่ของสำนักงาน ก.พ. เป็นคนแนะนำว่า มีทุนตามความต้องการของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาให้ไปเรียนที่ฝรั่งเศส ผมเรียนที่โรงเรียนเตรียมอุดมศึกษาและได้คะแนนภาษาฝรั่งเศสสูงสุด ผมก็เลยคิดว่าน่าจะไปเรียนที่ฝรั่งเศส นอกจากนี้ เจ้าหน้าที่ของสำนักงาน ก.พ. แนะนำว่าควรจะเรียนกฎหมาย เพราะว่าหน่วยงานที่เขาขอทุนก็มีแนวโน้มที่จะให้ต่อการศึกษาได้ถึงปริญญาเอก ด้วยความไม่รู้ ผมก็เชื่อเจ้าหน้าที่ของสำนักงาน ก.พ. ผมก็เลยเลือกทุนตามความต้องการของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกามาทราบภายหลังว่าคนที่กำหนดทุนนี้ขึ้นมา คือ ดร.สมภพ โหตระกิตย์ เลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาในเวลานั้น ซึ่งเป็นบิดาของเลขาธิการนายกรัฐมนตรีคนปัจจุบัน

ถ้าเช่นนั้น ท่านไม่ได้มีความต้องการที่จะเป็นนักกฎหมายมาตั้งแต่แรกใช่ไหมครับ ในตอนเด็กท่านอยากจะเป็นอะไรครับ ?

ไม่เลยครับ เพราะตอนที่ผมสอบทุนตอนนั้นทุนการศึกษาจะประกาศผลการสอบช้า ผมจึงต้องสอบเข้ามหาวิทยาลัยก่อน ผมก็เลือกสอบเข้าที่คณะรัฐศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ตอนนั้นสนใจจะไปทำงานทางด้านการต่างประเทศครับ มุ่งไปทางนั้นมากกว่า **ผมไม่ได้สนใจกฎหมายเลยแม้แต่น้อย** ผมสอบผ่านเข้าเรียนที่คณะรัฐศาสตร์ แต่หลังจากนั้นไม่นาน ก็ประกาศผลการสอบทุน

พอรู้ตัวว่าสอบติดแล้ว ผมก็ยังคงไปเรียนที่คณะรัฐศาสตร์ จุฬาฯ เพื่อรอการเดินทางไปเรียนที่ประเทศฝรั่งเศส

ท่านไปทำความรู้จักกับกฎหมาย รวมถึงกฎหมายมหาชนในประเทศฝรั่งเศส โดยไม่ได้มีการเรียนกฎหมายที่ไทยมาก่อน ทำให้อยากจะทราบบรรยากาศในการเรียนที่ต่างประเทศว่ามีปัญหาและอุปสรรคหรือไม่ อย่างไรครับ ?

มีครับ คือ ก่อนที่ผมไปเรียนที่ฝรั่งเศส ผมได้เรียนที่โรงเรียนเตรียมอุดมศึกษา ๒ ปี ได้เรียนไวยากรณ์กับอาจารย์อัมพิกา มีกังวาล ซึ่งเป็นคนเขียนตำราไวยากรณ์ภาษาฝรั่งเศส เป็นอาจารย์คนไทยของโรงเรียนเตรียมอุดมศึกษา และก็มีอาจารย์ชาวฝรั่งเศสมาสอนภาษาฝรั่งเศสด้วย นอกจากนี้ ผมยังได้ไปเรียนเสริมที่สมาคมวัฒนธรรมฝรั่งเศสแห่งกรุงเทพ (Alliance Française Bangkok) ดังนั้น ผมไม่ได้เรียนภาษาฝรั่งเศสมาตั้งแต่เด็ก ไม่ได้เรียนจบจากโรงเรียนอัสสัมชัญอะไรทำนองนั้น ผมก็เรียนธรรมดา ตั้งใจเรียนภาษาฝรั่งเศสเป็นเวลา ๒ ปี ก็สามารถสอบทุนได้ และพอไปเรียนที่ฝรั่งเศส ผมสามารถพูดภาษาฝรั่งเศสกับชาวบ้านได้แล้ว แต่ต้องไปเรียนภาษาฝรั่งเศสอีก ๑ ปี ก่อนเข้าเรียนในมหาวิทยาลัย

อย่างไรก็ตาม สำนักงาน ก.พ. จัดให้ผมเข้าเรียนในโรงเรียนสอนภาษาทั่ว ๆ ไป ผมมาทราบภายหลังว่าเขามีโรงเรียนสำหรับเตรียมตัวให้คนที่จะเข้าเรียนในมหาวิทยาลัยโดยเฉพาะ ซึ่งผมไม่ได้เข้าไปตรงนั้น ผมไปเรียนโรงเรียนที่สอนภาษาทั่ว ๆ ไป ก็เรียนแค่ไม่กี่ชั้น ผมก็ทะลุชั้นแล้ว ก็เลยต้องไปนั่งฟังเลคเชอร์ที่มหาวิทยาลัยเอาเอง อ่านหนังสือเอง เพราะว่าสถาบันการสอนภาษาเขาสอนลึกไปในทางวรรณคดีแล้ว ไม่มีประโยชน์ต่อการเตรียมตัวเข้ามหาวิทยาลัย

ถามว่ามีปัญหาอะไรไหม คือ **ยาก** ขนาดว่าพูดกับชาวบ้านได้แล้ว ... คือ ผมเรียนตั้งแต่ปริญญาตรีนะครับ ระบบมหาวิทยาลัยของฝรั่งเศสเขาเหมือนกับมหาวิทยาลัยรามคำแหง คือ มหาวิทยาลัยเปิด ใครอยากเรียนก็เรียนได้ ไม่มีสอบเข้า สมัยที่ผมไปเรียน ไม่มีสอบคัดเลือก ดังนั้น ก็เลยมีคนจำนวนมากเข้าเรียน เขาถือว่าเป็นสิทธิในการศึกษา แต่ว่าด้วยข้อจำกัดด้านสถานที่ ด้านห้องสมุด โดยระบบมันไม่สามารถรองรับนักศึกษาจำนวนมากได้ จึงมีวิธีการคัดเลือกอย่างเข้มข้นในปี ๑ คนที่ไม่เรียนจริงจังก็จะสอบไม่ผ่าน มันไม่เหมือนกับระบบปิดที่เราสอบคัดเลือกเข้าไปแล้ว และเราก็เรียนตามปกติ

ดังนั้น การเรียนปริญญาตรีที่ฝรั่งเศสจึงยากกว่าการเรียนปริญญาโท ปริญญาเอก โดยเฉพาะการเรียนปี ๑ เพราะเราต้องไปเรียนกับนักศึกษาชาวฝรั่งเศส และพอต้องไปสอบกับเขา ซึ่งระบบมันต้องคัดคนทิ้ง คัดคนออก การเรียนและการสอบในปี ๑ จึงมีความยากลำบากเป็นอย่างมาก ก็เลยตอบได้ว่าเรียนยาก แต่ว่าเราก็ต้องพัฒนาตัวเองขึ้นมา **นี่ขนาดว่าผมเรียนภาษาฝรั่งเศสที่ไทย**

ภาพประกอบจาก เว็บไซต์ของมหาวิทยาลัย Aix-Marseille

มาแล้ว ๒ ปี ก่อนเดินทางไปประเทศฝรั่งเศส พอไปถึงก็ไปเรียนภาษาฝรั่งเศสเพิ่มเติมอีก ๑ ปี ผมยังเข้าไปฟังจดเลคเชอร์ไม่ได้ !!! ต้องอ่านหนังสือประกอบเอง ก็ต้องใช้เวลาปรับตัวอยู่ ๓ เดือน กว่าจะเรียนตามทัน

เมื่อเป็นระบบมหาวิทยาลัยเปิดที่สามารถเลือกเรียนที่ไหนก็ได้ อยากทราบว่า เหตุใดท่านถึงเลือกเรียนกฎหมายที่มหาวิทยาลัย เอ็กซ์-มาร์เซย์ (L'Université d'Aix-Marseille) และอาจารย์พอจะเล่าบรรยากาศการเรียนสมัยนั้นให้ฟังได้ไหมครับ ?

ผมเป็นนักเรียนทุนรัฐบาล ถ้าเลือกเรียนที่ปารีสจะถูกสถานทูตใช้งานให้รับแขก นอกจากนี้การใช้ชีวิตนักศึกษาในเมืองหลวงนี่มันยาก หาหอพักยากมากนะครับ ค่าที่พักก็แพง ไหนจะต้องเสียเวลาเดินทางไปมามันวุ่นวายอีก จึงไม่สะดวกสำหรับคนต่างชาติ ผมก็เลยเลือกไปเรียนที่ต่างจังหวัดไปเรียนที่มหาวิทยาลัยที่มีนักเรียนทุนรุ่นพี่เรียนอยู่แล้วก่อนผม ๗ ปี ด้วยความหวังว่าเขาจะช่วยเหลือเราได้ ผมเริ่มเรียนที่เมือง ปัวตีเย (Poitiers) นะครับ เป็นเมืองที่ตั้งอยู่ทางตะวันตกตอนกลางของประเทศฝรั่งเศส เรียนปี ๑ ปี ๒ ที่นั่น แต่ผมต้องช่วยเหลือตัวเอง เพราะว่าไม่ได้เจอรุ่นพี่เราต่างคนต่างอยู่ ที่นั่นก็เป็นมหาวิทยาลัยบ้านนอกเล็ก ๆ หอพักอยู่นอกเมือง สุดสัปดาห์มันก็เงียบเหงา ก็ไปเจอคนไทยที่เขาชวนไปเรียนที่เอ๊กซ์องโพรว์องส์ (Aix-en-Provence) ไปเรียนต่อปี ๓ ปี ๔ ที่นั่นแล้วก็เรียนต่อจนจบปริญญาเอก

ภาพประกอบจาก เว็บไซต์ของมหาวิทยาลัย Aix-Marseille

ภาพประกอบจาก เว็บไซต์ของมหาวิทยาลัย Aix-Marseille

เมืองที่ผมไปเรียน ไม่ใช่เมืองมาร์ซัย (Marseille) นะครับ ชื่อวิทยาเขตนี่บอกว่า “Aix-Marseille” แต่ว่าที่ Marseille เป็นคณะทางด้านวิทยาศาสตร์ แพทยศาสตร์ แต่ถ้าเป็นคณะนิติศาสตร์ สังคมศาสตร์จะอยู่ที่เมือง Aix-en-Provence ซึ่งเป็นคนละเมืองกันนะครับ เป็นเมืองเล็ก แต่เป็นมหาวิทยาลัยใหญ่ ก็เป็นมหาวิทยาลัยในต่างจังหวัดที่มีชื่อเสียงแห่งหนึ่ง ผมไปเรียน ก็มีเพื่อนคนไทยที่รู้จักกันบ้าง แต่ก็ไม่ได้สังสรรค์อะไรมากมาย สมาคมนักเรียนไทยในฝรั่งเศสมันมีที่ปารีส ต่างจังหวัดไม่ค่อยมี และผมก็ไม่ได้คิดที่จะขลุกอยู่กับคนไทย ผมก็มีเพื่อนที่ฝรั่งเศส ก็ใช้ชีวิตแบบนักศึกษาฝรั่งเศสทั่ว ๆ ไป

มาสู่คำถามเรื่องระบบการศึกษากฎหมายไทยบ้างนะครับ อยากทราบความเห็นของท่าน เนื่องจากผมเคยเห็นท่านให้สัมภาษณ์เมื่อประมาณ ๒๐ ปีก่อน ใน Public Law Net (เครือข่ายกฎหมายมหาชนไทย) ซึ่งท่านเคยให้มุมมองว่า “นักกฎหมายมหาชนไทยค่อนข้างขาดแคลน เนื่องจากคนส่วนใหญ่มุ่งที่จะศึกษาตามตลาดวิชา เรียนแพ่ง อาญา เพื่อไปเป็นอัยการ ศาล” แต่ว่าผ่านมา ๒๐ ปี ในปัจจุบันผมเห็นว่าสังคมไทยมีการพูดถึงกฎหมายมหาชนมากขึ้นเรื่อย ๆ นั่นแปลว่า Trend ของกฎหมายมหาชนน่าจะมีการเปลี่ยนแปลง และคนก็น่าจะหันมาสนใจกันมากขึ้นหรือไม่ครับ ?

แม้ว่าประเทศไทยจะได้มีการจัดตั้งกระบวนการยุติธรรมทางปกครองขึ้นมาเป็นเวลา ๒๑ ปี โดยมีการเปิดทำการศาลปกครองสูงสุด ศาลปกครองกลาง และศาลปกครองในภูมิภาคอีกจำนวน ๑๔ ศาล แล้วก็ตาม ก็เป็นเพียงความคืบหน้าในส่วนที่เป็น “Hardware” เท่านั้น แต่ในส่วนของ “Software” (องค์ความรู้ทางกฎหมายปกครอง) และ “Peopleware” (ตุลาการศาลปกครอง พนักงานคดีปกครอง นิติกร ทนายความ ฯลฯ) ยังขาดแคลนอยู่มาก เนื่องจากหลักสูตรการศึกษาของคณะนิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัยและหลักสูตร

ภาพประกอบจาก เว็บไซต์ public-law.net เครือข่ายกฎหมายมหาชนไทย

การอบรมของเนติบัณฑิตยสภาและของสภาทนายความยังคงเน้นการศึกษาอบรมในสาขากฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ทำให้ประเทศไทยผลิตแต่นักกฎหมายในสาขาดังกล่าว แต่ยังขาดการผลิตนักกฎหมายในสาขากฎหมายปกครองและกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองอยู่มาก

หลักสูตรนิติศาสตรบัณฑิตนี่ไม่ได้มีการปรับเลยนะครับ ๘๕ - ๙๐ เปอร์เซ็นต์ ยังเหมือนเดิม มีแค่กฎหมายแพ่ง อาญา วิธีพิจารณาความแพ่ง และวิธีพิจารณาความอาญา มหาวิทยาลัยเปิดอย่างมหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช มีกฎหมายมหาชนแค่วิชาเดียว !! มหาวิทยาลัยรามคำแหงที่ผลิตบัณฑิตมากที่สุดในประเทศไทย ผมเป็นผู้สอนกฎหมายปกครองต่อจากท่านศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์ ก็มีเปิดสอนวิชากฎหมายปกครอง ๒ หรือ ๓ หน่วยกิต ผมไม่แน่ใจ นี่หมายถึงวิชาบังคับนะครับ นอกนั้นก็เป็นวิชาเลือก วิชาเลือกที่หนึ่งคือ กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ซึ่งเปิดสอนเพราะผมเป็นคนเสนอ และผมก็เขียนหนังสือให้วิชาเลือกที่สอง คือ กฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง แต่บางมหาวิทยาลัยไม่ได้มีการแนะแนวการศึกษากฎหมายมหาชนให้แก่นักศึกษา นักศึกษาก็เลยไม่รู้ ทำให้มีการลงทะเบียนเรียนกันน้อยมาก วิชาเลือกที่ผมสอนอยู่นี่ก็ลงทะเบียนเรียนกันแค่ประมาณ ๒๐ คน ส่วนวิชาบังคับที่ทุกคนต้องเรียน ผมเป็นผู้สอนผมก็รู้ว่าผู้เรียนอ่อนมาก

มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เขาก็เปิดสอนเป็น ๒ วิชา คือ กฎหมายปกครอง ๑ และกฎหมายปกครอง ๒ ที่ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย เป็นคณะเดียวที่มีการให้เลือกวิชาเอกทางกฎหมายมหาชน ที่เหลือนอกจากนั้นไม่มีนะครับ มีการเรียนกฎหมายมหาชนกันน้อย อย่างมากก็แค่ ๑๕ เปอร์เซ็นต์ ตั้งแต่วันนั้นถึงวันนี้ ไม่เปลี่ยนครับ **ที่จุฬาฯ นี่เผลอแปบเดียว วิชากฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองหายไป !!!** ที่ผมไม่ค่อยสะดวกให้สัมภาษณ์ เพราะผมต้องมาคอยบรรยาย เพราะว่าคณะนิติศาสตร์เอง คณาจารย์ประจำก็ขาด จุฬาฯ เองนี่ไม่มีอาจารย์ทางกฎหมายมหาชนโดยตรงเลยนะ **เรียนก็ไปเรียนจากประเทศที่ใช้ภาษาอังกฤษ ซึ่งเป็น Common law จะมาสอนกฎหมายปกครองได้อย่างไร** จุฬาฯ เองก็ขาดอาจารย์ ถึงมาขอร้องผมให้ไปช่วยสอน ผมเองก็ไม่สะดวกสอนในวันธรรมดา เพราะว่ารับตำแหน่งอยู่ เขาก็ต่อรองมาว่าในวันเรียนวันแรกตอนเปิดวิชาขอให้ผมสอนสด แต่ครั้งต่อไปก็ให้สอนอัดเทปได้ ผมก็ต้องเจียดเวลาอัดเทปทีละครึ่งชั่วโมง ทีละชั่วโมง (หัวเราะ)

คำตอบของผมก็คือว่า มันไม่ได้มีการเปลี่ยนแปลงเลย ยังเหมือนเดิมทุกประการ ระบบการเรียนการสอนเรามันเตรียมความพร้อมให้กับคนที่ทำงานมีความรู้ในกฎหมายแพ่ง อาญา วิธีพิจารณาความแพ่ง วิธีพิจารณาความอาญา แต่มีการเรียนกฎหมายมหาชน กฎหมายปกครองน้อย ผมไม่รู้ว่าผู้สัมภาษณ์นี่เรียนจบธรรมศาสตร์ใช่ไหมครับ ? ก็จะเรียนมากกว่าที่อื่นหน่อย เรียน ๒ วิชาใช่ไหม ที่อื่นไม่มี

นอกจากนักกฎหมายมหาชนในประเทศไทยเรามีน้อยแล้วนะครับ ในหมู่นักกฎหมายมหาชนด้วยกันเอง คนที่มีความรู้ภาษาที่สาม โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ภาษาที่ใช้ในประเทศภาคพื้นทวีปยุโรปที่ไม่ได้ใช้ภาษาอังกฤษเป็นภาษาแม่ เช่น ฝรั่งเศส เยอรมัน ก็ยิ่งน้อยลงไปอีก เพราะว่าคนไทยเราส่วนใหญ่ก็จะเรียนภาษาอังกฤษเป็นภาษาที่สอง ท่านมองว่า เราควรจะสนับสนุน หรือควรจะปฏิรูปอย่างไร เพื่อให้นักกฎหมายมหาชน (ที่มีน้อยอยู่แล้ว) มีความรู้ด้านภาษาต่างประเทศมากยิ่งขึ้นครับ ?

มันเป็นเรื่องของแรงจูงใจครับ เอาอย่างนี้ดีกว่าครับ **ขนาดคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยของรัฐ ยังไม่สร้างอาจารย์ของตนเองขึ้นมาเลย ธรรมศาสตร์นี่วันนี้ รุ่นหลังแทบจะไม่มีนะครับ อาจารย์ที่จะไปเรียนในประเทศที่ใช้ระบบ Civil law นี่ยังไม่ต้องพูดถึงกฎหมายมหาชนเลยนะ ส่วนใหญ่ไม่ได้ไปเรียนประเทศ Civil law กัน แต่ไปเรียนประเทศ Common law เพราะว่ามันใช้ภาษาอังกฤษ สะดวกกว่า** จุฬาฯ เองก็ไม่มี นี่เราถือว่า “จุฬาฯ - ธรรมศาสตร์” เป็นมหาวิทยาลัยปิดที่คัดเลือกนักศึกษาแล้วใช่ไหมครับ ยังขาดแคลนอาจารย์เลย ที่มหาวิทยาลัยรามคำแหงผมก็ไปเสนอว่า “รามคำแหงมีลูกศิษย์ลูกหาเต็มบ้านเต็มเมือง มีนักการเมืองมาเป็นลูกศิษย์ มีเงินมากมาย ทำไมไม่ให้ทุนอาจารย์ไปเรียนในสาขาที่ขาดแคลน ?” เขาก็ไม่สนใจ เขาเลือกที่จะใช้วิธีการรับคนที่เรียนจบมาแล้วมาเป็นอาจารย์เลย

ดังนั้น ที่ว่าจะให้คนไปเรียนภาษานี่ เขาเลยต้องมีประโยชน์ในการเรียน มีเป้าหมาย ใช่ไหมครับว่าเรียนไปเพื่ออะไร ? ถ้าเรียนไปเพื่อจะเอามาใช้ประโยชน์ในการทำงาน มันจะต่างกัน สมัยก่อนตอนที่ผมยังรับผิดชอบด้านทุนอยู่ที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ผมเป็นนักเรียนทุน ผมก็มาสร้างนักเรียนทุน หาทุนส่งไปเรียน พอผมพ้นไปแล้ว ผมก็ไม่ได้รับผิดชอบงานด้านนี้แล้ว ตอนที่ผมมาอยู่ที่สำนักงานศาลปกครอง ช่วงที่ผมเป็นเลขาธิการฯ **ผมก็ยังคง “สร้าง” และก็ให้ “รับ” คนที่เรียนจบจากต่างประเทศเข้ามาทำงาน** แต่ว่าโดยทั่วไปแล้ว คนที่จะไปเรียนต่างประเทศ ถ้าเขาไม่มีแรงจูงใจจริง ๆ เขาจะไม่ไปเรียนในประเทศที่ใช้ภาษาที่ไม่ค่อยมีการเรียนการสอนในประเทศไทย

ผมเคยพยายามที่จะให้คนไปเรียนที่สวิตเซอร์แลนด์ ซึ่งมีการใช้ภาษาเยอรมัน ภาษาฝรั่งเศส จะให้คนไปเรียนในประเทศที่เรายังไม่เคยมีคนไปเรียนมาก่อนทางกฎหมาย ฟินแลนด์บ้างอะไรบ้าง เหล่านี้ ก็มีคนไทยรู้ภาษาเหล่านี้น้อย เป็นปัญหาด้านการเรียนการสอนภาษาในประเทศไทย ก่อนจะไป มันต้องรู้ภาษาไปแล้ว การไปเรียนโดยที่ไม่ได้เรียนภาษาไปก่อน โอกาสที่จะเรียนจบ ก็มีน้อย แล้วก็มีตัวอย่างที่ไปเรียนแล้วไม่จบ ก็เลยทำให้คนไม่กล้าที่จะไปเสี่ยงเรียน **ความนิยมไปเรียน**

ต่างประเทศถ้าไม่ได้ทุน เรียนด้วยทุนตัวเอง ก็จะไปเรียนในประเทศที่ใช้ภาษาอังกฤษ จบแน่นอน ไปเรียนอเมริกา เรียนออสเตรเลีย เรียนปริญญาโท ๙ เดือน ก็จบ ดังนั้น คนที่จะไปเรียนให้มันเสียเวลานาน และจบกลับมาแล้วก็ตามเพื่อนไม่ทัน ก็ไม่ค่อยมีคนอยากไปเรียน เว้นแต่คนที่มีแรงบันดาลใจจริง ๆ มีเหตุผล มีอะไรจริง ๆ ส่วนใหญ่ถึงจะไปเรียน ส่วนใหญ่จะเป็นนักเรียนทุน เป็นอาจารย์ เป็นอะไรพวกนี้

นานมาแล้ว กระทรวงการต่างประเทศเขาเคยมีโครงการขอทุนให้ไปเรียนระดับปริญญาตรี ผมก็เคยทำงานด้านการขอทุน สำนักงาน ก.พ. เขาก็มองว่า การไปเรียนปริญญาตรีมันใช้ค่าใช้จ่ายสูง ไม่เป็นประโยชน์ ซึ่งผมไม่เห็นด้วย เพราะการไปเรียนปริญญาโทเลย ภาษามันไม่ได้แล้ว อย่าว่าแต่ภาษาที่สามเลย ภาษาอังกฤษก็เหมือนกันนะครับ ถ้าจบปริญญาตรีจากไทยมาแล้ว และไปเรียนต่อปริญญาโท ปริญญาเอก ภาษาอังกฤษ ภาษาไม่ได้ดีขึ้นเลยนะครับ ภาษาด้อยยังไงก็ด้อยอย่างนั้น ยิ่งถ้าเรียนภาษาที่เป็นประเทศที่เราไม่ได้คุ้น ฝรั่งเศส เยอรมัน อะไรพวกนี้ ก็น้อยคนที่จะสำเร็จ นอกจากจะเป็นคนที่มีพรสวรรค์ด้านภาษานะครับ ดังนั้น ภาษาจะให้แตกฉาน มันต้องไปเรียนตั้งแต่ปริญญาตรี

ผู้สัมภาษณ์ทราบใช่ไหมครับว่า ระบบทุนของไทยเรานี้ เรามีทุนต่างประเทศและก็ทุนไทย ทุนไทยส่วนใหญ่ก็จะเป็นทุนรัฐบาลก็คือ ทุน ก.พ. ซึ่งเมื่อก่อนสมัยผมมันมีให้เรียนปริญญาตรี แต่หลัง ๆ เขาเลิกไป เมื่อก่อนกระทรวงการต่างประเทศก็ทำโครงการโดยมีแนวคิดว่าบุคลากรต้องมีความรู้ด้านภาษาต่างประเทศที่สามารถใช้งานได้ **เลยส่งนักเรียนไปเรียนตั้งแต่ปริญญาตรี** เจ้าของโครงการคือ ท่านรัฐกิจ มานะทัต รู้จักท่านรัฐกิจใช่ไหม ? ท่านเคยเป็นคนทำโครงการเช่นนี้ เมื่อก่อนท่านอยู่กระทรวงการต่างประเทศ ผมก็ไปขอความรู้จากท่าน ผมก็ไปขอเอามาเขียนโครงการบ้างอะไรบ้าง ตามนี้นะครับ ตอนหลังผมเพิ่งมาทราบว่าสำนักงาน ก.พ. เขาเปลี่ยนแนวคิดตามนโยบายของรัฐบาลก่อน ๆ เขาบอกว่า **ให้ไปเอาคนไทยที่เรียนอยู่ต่างประเทศแล้ว และไปให้ทุนเรียนต่อเพิ่มเติม เพื่อที่จะได้ประหยัด พอเขาเรียนจนจบแล้วก็ให้กลับมาทำงานในประเทศไทย** ตอนนี้ผมไม่ได้ติดตามข้อมูลนะครับ ไม่ได้ทราบว่าเป็นยังไง แต่ว่าการเรียนภาษานี่ ถ้าเรียนตอนโตแล้ว มันพัฒนาขึ้นไม่ค่อยได้ กฎหมายมันต้องรู้ภาษา ผมไปเรียนตั้งแต่ปริญญาตรีถึงปริญญาเอก ไม่นับปีแรกเรียนภาษา เรียนมหาวิทยาลัยจริง ๆ ผมเรียน ๗ ปี ผมได้ ๔ ปริญญา มีบางคนไปเรียนหลายปี ก็ไม่จบ เพราะภาษาเขายังพัฒนาไม่ขึ้น พอเรียนจบปริญญาตรีที่ไทยแล้วก็ไปเรียนต่อ ภาษาเป็นยังไง ก็เป็นอย่างนั้น เรียนนานปีไป ก็ไม่ได้ทำให้ภาษาดีขึ้น

ส่วนที่ ๓ ประวัติการทำงานและมุมมองต่อกระบวนการยุติธรรมทางปกครองในประเทศไทย

อยาก ทราบคติประจำใจในการทำงานของท่านและแนวคิดที่ท่านนำมาปรับใช้ในการแก้ไขปัญหาต่าง ๆ ในการทำงานครับ ?

คติประจำใจในการทำงานของผม คือ **“ทำงานให้ดีที่สุด”**

ผมมาจากครอบครัวที่ไม่ได้มีฐานะดีนะครับ คุณพ่อผมเคยเป็นทหารเรือ และก็ลาออกมาทำงานที่การท่าเรือแห่งประเทศไทย เป็นยุคบุกเบิกตั้งแต่เริ่มตั้งการท่าเรือแห่งประเทศไทย พนักงานรัฐวิสาหกิจก็มีเงินเดือนมากกว่าข้าราชการไม่มากนัก ผมก็อาศัยการเรียนดีนี่แหละครับ คือว่าไม่ใช่เป็นเด็กเรียนเก่ง แต่ว่าตั้งใจเรียน ก็เลยเรียนจนสอบได้รับทุนรัฐบาล **เมื่อผมได้รับทุนไปเรียน ผมก็ตั้งปณิธานส่วนตัวไว้ว่า ผมจะต้องกลับมาทำงานชดใช้ทุน ไม่ใช่ชดใช้ทุนตามสัญญานะครับ แต่เป็นตามพันธกรณีทางจิตใจที่ว่า “จะต้องทำประโยชน์ให้กับประเทศให้มากที่สุด”**

ผมเข้ารับราชการตั้งแต่จบสำเร็จการศึกษากลับมาปี พ.ศ. ๒๕๒๑ จนถึงปัจจุบัน ผมก็ทำงานราชการอย่างเต็มที่ ๑๐๐ เปอร์เซ็นต์ ตามที่สุขภาพจะเอื้ออำนวย เมื่อก่อนสมัยที่ผมอายุน้อยกว่านี้ ผมเอางานกลับมาทำที่บ้านได้เท่ากับที่ทำงาน

แต่ทำงานหนักมันก็มีผลกระทบต่อครอบครัว ครอบครัวผมก็เดือดร้อนจากการที่ผมทุ่มเททำงานจนกระทั่งเมื่อผมอายุมากขึ้น นอนน้อย ความอดทนของสภาพร่างกายในการทำงานก็น้อยลง ทำให้ไม่สามารถทำงานได้เหมือนตอนที่เราอายุยังน้อยอยู่ ก็เพลาลงไป และก็เห็นเพื่อนรุ่นราวคราวเดียวกันเริ่มเจ็บป่วยและเสียชีวิต ผมจึงต้องระมัดระวังสุขภาพตัวเองมากขึ้นด้วยนะครับ

เพราะฉะนั้น หลักก็คือว่า

“ทำดีที่สุด ทำแต่ละวันให้ดีที่สุด”

ท่านมีประสบการณ์ที่หลากหลาย ไม่ว่าจะเป็น รองเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา เลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง (คนแรก) ประธานศาลปกครองสูงสุด รวมถึงการเป็นอาจารย์พิเศษหลาย ๆ แห่ง ความท้าทายหรือความยากในแต่ละงานเป็นอย่างไรครับ ?

ลักษณะงานไม่เหมือนกันนะครับ ผมแยกระหว่างการรับราชการ กับการเป็นผู้บรรยายพิเศษ

การเป็นข้าราชการ ผมเริ่มต้นทำงานที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาโดยที่ผมไม่ได้ศึกษากฎหมายไทย ผมต้องเรียนรู้ด้วยตนเอง และสมัยนั้นไม่มีการฝึกอบรมนะครับ คือ สำนักงานให้เรียนรู้งานจากการทำงานจริง ก็เป็นความยากลำบากในช่วงแรกของการรับราชการนะครับ หนังสือราชการก็เขียนไม่เป็น กฎหมายไทยก็ไม่รู้ แต่ก็ฟันฝ่ามาได้ การที่เรามีความมุ่งมั่น ทำให้เราพัฒนาตนเองขึ้นมาจนมีความรู้ความเข้าใจกฎหมายไทยในระดับหนึ่ง แต่ก็ไม่ได้ลึกซึ้งมากนะครับ เพราะว่าไม่ได้เรียนโดยตรง

การทำงานอยู่ที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา มีงานสองด้าน คือ ๑) งานให้คำปรึกษาทางกฎหมายและงานร่างกฎหมาย ผมเริ่มต้นทำงานในส่วนนี้ก่อน เป็นงานที่ทำให้ผมได้รับความรู้ทางกฎหมายมากมาย และ **๒) งานวินิจฉัยร้องทุกข์ เป็นงานที่มีลักษณะคล้าย ๆ กับ “ว่าที่” ศาลปกครอง ผมถูกย้ายมาทำงานด้านร้องทุกข์ในเวลาต่อมา ซึ่งก็จะเป็นงานที่ตรงกับสิ่งที่ผมเรียนมา ผมก็จะทำงานได้ดีกว่างานในส่วนแรก ผมมาช่วยงานอยู่ระยะหนึ่งจนกระทั่งเป็นรองเลขาธิการที่อายุน้อยที่สุด**

ถ้าผมรอ ผมก็จะได้เป็นเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา แต่ว่าเลขาธิการฯ ในขณะนั้น ท่านอักขราทร จุฬารัตน กำลังจะเกษียณ เนื่องจากพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองฯ กำลังจะประกาศใช้ และสำนักงานศาลปกครองจะต้องมีเลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง ท่านก็เลยสั่งให้ผมมา **ทำหน้าที่เป็นรักษาการเลขาธิการคนแรก ก็ทำงานตั้งแต่บุกเบิก คือ ไม่มีอะไรเลย ไม่มีการเตรียมการมาก่อนเลย ก็ยากลำบากนะครับ ผมเป็นสายวิชาการ ไม่ใช่สายนักบริหาร ผมก็ต้องมาเรียนรู้งานด้วยตนเองด้วยความยากลำบาก** เนื่องจากที่ไม่ได้มีการเตรียมการอะไรไว้ให้เลย ดังนั้น ก็เลยสรุปได้ว่าเป็นสองงานแรกที่ยากลำบาก

พอเป็นตุลาการศาลปกครอง ไม่มีระบบการฝึกอบรม ผมไม่เคยทำงานคดีเลย ก็ต้องมาทำ ก็ต้องมาเรียนรู้ด้วยตนเองอีก ก็มีความยากลำบากอีก

ผมทำมาแค่ ๓ งานนะ ก็หนักด้วยกันทั้งนั้น อาศัยความสู้งาน ผมทำงานหนักตลอดมา

ภาพประกอบจาก เว็บไซต์ของสำนักงานศาลปกครอง

ในด้านการทำหน้าที่เป็นอาจารย์ ตั้งแต่ผมสำเร็จการศึกษากลับมา ตอนนั้นคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ก็ยังคงขาดแคลนอาจารย์ อาจารย์ประจำไม่พร้อม ตอนนั้นอาจารย์ประจำก็ยังจบในประเทศ ส่วนอาจารย์พิเศษก็มีน้อยในด้านกฎหมายมหาชน ในเวลานั้นเพิ่งจะมีการเปิดการเรียนการสอนในระดับปริญญาโท ผมเลยได้รับการร้องขอให้ไปช่วยบรรยาย ผมก็บรรยายปริญญาโทให้กับคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ตั้งแต่รุ่นแรก

ในบรรดานักศึกษายุคแรก ๆ ที่เรียนกับผมก็มี ศ. ดร.สุรพล นิติไกรพจน์ ศ. ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์ ตอนแรก ผมก็ไม่เคยสอนมาก่อน ก็ต้องเตรียมการสอน ซึ่งก็เป็นสิ่งที่ยากเหมือนกันนะครับ เพราะว่าเรียนมากับมาสอนนี่ต่างกัน สมัยเรียนเราเป็นคนศึกษาทำความเข้าใจ แต่ตอนสอนหนังสือเราก็ต้องทำการถ่ายทอด แม้จะเป็นเรื่องที่เรารู้เราเข้าใจแล้ว แต่การเอามาถ่ายทอดให้นักศึกษาฟังและเข้าใจเป็นสิ่งที่ยาก นอกจากนี้ในช่วงนั้น**วรรณกรรมภาษาไทยที่จะให้นักศึกษาสามารถอ่านได้ด้วยตนเอง เกือบจะไม่มีเลย** ผมก็ต้องแปลตำรากฎหมายต่างประเทศให้นักศึกษาสามารถเข้าใจได้ สมัยก่อนข้อมูลมันไม่ได้มากเหมือนทุกวันนี้ สมัยนี้มี Internet มี Pub Law มีอะไรแบบนี้ สมัยนั้นไม่มีอะไรเลย การสอนกฎหมายปกครองส่วนใหญ่ก็จะเป็นกฎหมายของฝรั่งเศส เยอรมัน วรรณกรรมภาษาอังกฤษก็มีน้อย เป็นความยากลำบากในการสอนเหมือนกัน **ดังนั้น ก็เลยสรุปได้ว่า ผมเป็นรุ่นบุกเบิกในช่วงที่เริ่มมีการเรียนการสอนกฎหมายปกครองที่มหาวิทยาลัยในระดับปริญญาโท**

ภาพประกอบจาก เว็บไซต์ของมหาวิทยาลัยศรีปทุม

ขออนุญาตย้อนกลับไปสักเล็กน้อยครับท่าน ตอนที่ท่านตอบว่า สมัยท่านกลับไทยมาแล้วท่านประสบกับปัญหากฎหมายไทย พอดีผมจำได้ว่า ตอนที่เคยอบรมพนักงานคดีปกครองระดับต้นกับท่าน ท่านเคยสอนพวกเราว่า “ไม่ต้องกังวลเรื่องการเรียนกฎหมาย เพราะว่าเราตามเพื่อน ๆ ได้ทัน” จริง ๆ ผมสงสัยตั้งแต่ตอนนั้นแล้วครับว่าปกติแล้ว พอเราศึกษากฎหมายในไทย ต่อมาเราไปเรียนกฎหมายที่ต่างประเทศ เราก็จะมีปัญหาโดยเฉพาะปัญหาทางด้านภาษา แต่ทีนี้ท่านไปเรียนกฎหมายจากต่างประเทศก่อน แล้วค่อยกลับมาเรียนกฎหมายไทย ในประเทศไทยซึ่งส่วนหนึ่งก็เป็นกฎหมายที่ได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายของประเทศฝรั่งเศสที่ท่านได้ศึกษามา เหตุใดท่านถึงพบว่ามีปัญหาครับ เป็นเพราะอุปสรรคเรื่องความแตกต่างระหว่างนิติวิธี หรือว่าเรื่องของการแปลภาษา หรือปัญหาอื่น ๆ ครับ ?

การเรียนการสอนกฎหมายในประเทศไทยอย่างเป็นทางการ เราใช้ระบบ Civil law หรือระบบประมวลกฎหมายก็จริง แต่ว่าในทางปฏิบัติในหลักสูตรทั้งการเรียนและการใช้งาน เราเน้นไปที่การใช้กฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา กฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง และกฎหมายวิธีพิจารณา

ความอาญา วรรณกรรมทางกฎหมาย องค์ความรู้ต่าง ๆ ก็หมุนเวียนอยู่แค่นี้

อย่างที่สักครู่นี้ผมตอบคำถามเรื่องการสอนหนังสือ สมัยนั้นเกือบจะไม่มีวรรณกรรมทางด้านกฎหมายปกครองเป็นภาษาไทยเลยนะครับผมขอย้อนกลับไปตอนที่ผมได้รับทุนให้ไปเรียนกฎหมายมหาชนที่ประเทศฝรั่งเศส ผมไปเรียนตั้งแต่ระดับปริญญาตรีนะครับ สมัยผมเรียนปริญญาตรี ผมเรียน ๔ ปี ปีที่ ๑ เป็นการเรียนวิชากฎหมายพื้นฐาน ที่นักกฎหมายทุกคนจะต้องรู้ พอขึ้นปีที่ ๒ ก็จะมีการให้เลือกวิชาเอก แม้แต่ในมหาวิทยาลัยเล็ก ๆ ก็จะมีให้เลือกระหว่างเรียนเอกกฎหมายเอกชนหรือเรียนเอกกฎหมายมหาชน ผมไปเรียนที่ Poitiers เขาก็มีให้เลือกแบบนี้ ส่วนมหาวิทยาลัยใหญ่ ๆ อย่าง Aix-Marseille ก็จะมีทางเลือกที่หลากหลายมากขึ้น ไม่ว่าจะเป็นเอกทางด้านกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายประชาคมยุโรป ฯลฯ สมัยนั้นผมก็ด้วยความไม่รู้ ผู้ให้ทุนก็ยังไม่ได้บอกว่าจะให้ผมทำอะไร ผมก็คิดสงสัยเอาเองว่า “ผมจะเรียนกฎหมายฝรั่งเศสไปเพื่ออะไร ?” ผมก็ไม่เข้าใจ ผมก็เลยไปเรียนเน้นทางด้านกฎหมายระหว่างประเทศ จนกระทั่งเมื่อได้มีโอกาสกลับไปเยี่ยมครอบครัวที่ประเทศไทย ก็เลยได้ไปถามที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งก็ได้ความว่าเขาอยากให้ผมเรียนกฎหมายมหาชนภายในมากกว่า

ดังนั้น คำตอบของผม คือ สมัยผมเรียนที่ประเทศฝรั่งเศส ผมเรียนกฎหมายมหาชน ผมไม่ได้เรียนกฎหมายแพ่ง กฎหมายอาญา ผมเรียนแค่ความรู้พื้นฐาน แต่พอมาทำงานที่ไทยมันมีลักษณะตรงกันข้าม เลยเป็นความยากในการศึกษากฎหมายไทยด้วยตนเอง

ในฐานะที่ท่านเป็นนักกฎหมายมหาชน ท่านเห็นว่า ในปัจจุบันบ้านเมืองเราถูกวิพากษ์วิจารณ์ว่า ไม่เป็น “นิติรัฐ” คนไม่เคารพต่อกฎหมาย กฎหมายเป็นเพียงเสือกระดาษ ท่านมองว่าเราควรจะปฏิรูปแก้ไขปัญหาในเรื่องนี้อย่างไร เพื่อให้เกิดความเป็นธรรม ความยุติธรรมแก่บุคคลในสังคมครับ ?

“หลักนิติรัฐ” เกิดขึ้นในบริบทของการปกครองโดยระบอบประชาธิปไตย แต่ประเทศไทยเรามีการปกครองสลับกันไปมาระหว่างรัฐบาลพลเรือนและรัฐบาลทหาร พอทหารยึดอำนาจและเข้ามาปกครอง ทหารก็มีความคิดเรื่องความสงบเรียบร้อย จึงไม่ยอมรับความคิดเห็นที่แตกต่าง ซึ่งเป็นเรื่องที่สวนทางกับระบอบประชาธิปไตยนะครับ ดังนั้น เมื่อประเทศสลับระหว่างการเลือกตั้งนักการเมืองเข้ามาสู่อำนาจทางการเมือง กับการที่ทหารเข้ามายึดอำนาจและปกครองประเทศแบบทหารปกครองผู้ใต้บังคับบัญชา การเมืองเราก็ไม่ไปไหน ย่ำอยู่กับที่ หลักนิติรัฐมันก็เขียนในตัวบทมันไม่ได้มีขึ้นจริง

การเคารพกฎหมาย ผมแยกระหว่างตัวบทกฎหมาย กับการบังคับใช้กฎหมาย **การบังคับใช้กฎหมาย ทำให้กฎหมายเป็นจริง ตัวบทกฎหมายเขียนไว้ แต่ไม่เคยมีใครเคารพ มันก็ไม่มีประโยชน์** อะไร กฎหมายจราจรในหัวเมือง กฎหมายจราจรในกรุงเทพ กฎหมายเดียวกัน แต่การปฏิบัติแตกต่างกัน รัฐธรรมนูญของเราเป็นรัฐธรรมนูญที่เราลอกจากต่างประเทศมา รัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันยังไม่เป็นไปตามหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญเท่าที่ควรจะเป็นเมื่อก่อนเรามีรัฐธรรมนูญที่ก้าวหน้านะครับ คือ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช

๒๕๔๐ แต่อย่างไรก็ดี ถึงแม้ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญฉบับมาตรฐานของตะวันตก นักการเมืองไทยก็ไม่ได้เปลี่ยนแปลงไป ไม่ได้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ผมกำลังจะบอกย้ำว่าตัวบทกฎหมายกับการบังคับใช้กฎหมายมันคนละส่วนกัน ตอบคำถามเรื่องหลักนิติรัฐ มันเป็นเรื่องใหญ่ ต้องทำให้คนไทยมีวินัย มีวัฒนธรรม ต้องเป็นการปรับปรุงเปลี่ยนแปลงปฏิรูปวัฒนธรรมและการศึกษาให้คนไทยมีวินัย

วินัยแรก คือ เคารพกฎหมาย ผมถามผู้สัมภาษณ์ว่าคนไทยเคารพกฎหมายไหม ? แค่เคารพกฎหมายยังไม่เคารพ แล้วมันจะไปเรื่องหลักนิติรัฐได้ยังไง ? คนที่เลี่ยงกฎหมายได้นี่เขาถือว่าเป็นความเท่ คนที่เคารพกฎหมายนี่

เขาบอกว่าคุณเป็นคนโง่ ความคิดของคนสามัญเป็นแบบนี้ ถามว่าจริงไหม ? **เมื่อเคารพกฎหมายยังไม่เคารพเลย เลี่ยงได้สิของดี ได้ใบสั่งมานี่ “รู้จักใครไหม ?” จะได้ไม่ต้องจ่ายค่าปรับ (หัวเราะ)** มันเป็นปัญหาของคนไทย คนไทยแบบวิญญูชนนี่มีวินัยเคารพกฎหมายไหม ?

ผมผ่านการใช้ชีวิตที่ต่างประเทศมา ผมก็เห็นว่า ฝรั่งในยุโรปตะวันตกเขาเคารพกฎหมาย โดยเฉพาะพวกยุโรปเหนือนะ ส่วนยุโรปใต้ก็จะไม่ค่อยมีวินัยคล้าย ๆ กับประเทศไทย ผมเคยไปญี่ปุ่น คนญี่ปุ่นก็มีวินัยมากนะครับ ประเทศที่ผมเห็นว่าเป็นต้นแบบเรื่องการรักษาวินัยเลย นี่คือ สวิตเซอร์แลนด์ ญี่ปุ่น แล้วก็ประเทศในแถบสแกน-ดิเนเวียครับ แต่ถ้าเป็นยุโรปใต้นะ ยิ่งใต้เท่าไหร่ยิ่งแบบคนไทย คือ ทำตัวตามสบาย เวลามีสัญญาณไฟเขียวให้รถไป คนมันก็จะเดินข้ามถนน (หัวเราะ) แต่ถ้าเป็นประเทศที่มีวินัยเขาทำแบบนี้ไม่ได้เลย ดังนั้น หลักนิติรัฐมันจะมีได้ก็ต้องให้คนไทยนี่เคารพกฎหมายเสียก่อน

ผมชอบที่ท่านยกตัวอย่างเรื่องจราจรมากเลยครับ มองแบบนี้ไหมครับว่า ส่วนใหญ่ที่คนไทยเองยังไม่ค่อยมีวัฒนธรรมในการเคารพกฎหมายมากนัก ส่วนหนึ่งเป็นเพราะว่าเรารับหลักคิดเรื่องประชาธิปไตยก็ดี นิติรัฐก็ดี มาจากต่างประเทศ ประเทศตะวันตก มาใช้แค่เพียงยังไม่ถึงร้อยปี เรายังไม่เข้าใจเท่าไหร่ ในขณะที่ต่างประเทศเขาผ่านประสบการณ์เรียนรู้มาหลายร้อยปีแล้ว ดังนั้น เราต้อง “อดทน” ใช้เวลารอหน่อยไหมครับกว่าจะเกิด “จิตสำนึก” นี้กับคนไทยเรา ?

ไม่เกี่ยวครับ เราต้องมาแก้ที่การศึกษาอบรม คือ ... ถ้าจะให้มีความหวังนะครับ ต้องย้อนกลับมาที่เด็ก ผู้สัมภาษณ์คิดว่าวันนี้ เด็กไทยจะมีวินัยมากกว่ารุ่นของผู้สัมภาษณ์ไหม ? ผมไม่เชื่อ ผมก็คิดว่าจะเป็นแบบนี้ไปอีกนาน แค่เลือกหัวหน้าชั้นมันก็ซื้อเสียงกันแล้ว (หัวเราะ) สังคมเราเป็นสังคมที่ไม่เคารพกฎหมาย ก็เป็นเรื่องยากลำบาก เอา ก.ไก่ให้ได้ก่อน ก่อนจะไปถึงหลักนิติรัฐ แค่เคารพกฎหมายเอาให้ได้ก่อนเรายังไม่เคารพเลย

แล้วผู้ใหญ่ก็เป็นแบบอย่างที่ไม่ดีใช่ไหมครับ ? เด็กก็ดูผู้ใหญ่อยู่ที่บ้าน พ่อแม่ทำตัวยังไง

ลูกก็เป็นแบบนั้น (หัวเราะ) **ผมเป็นคนสุขนิยมนะครับ แต่สำหรับประเทศไทย ผมค่อนข้างไม่ค่อยมีความหวัง แต่ว่าไม่ได้ทำให้ผมท้อถอยนะครับ ผมก็ยังคงคิดว่าเราต้องทำตัวของเราให้ดีที่สุดเสียก่อน** ทัศนคติ คือ อย่าทำตัวให้เป็นภาระต่อสังคม หรือต่อองค์กรที่เราทำงานอยู่ ทำแค่นี้ให้ได้ อย่าทำตัวให้เป็นภาระ และก็ช่วยองค์กรช่วยสังคม สองอย่างนี้ขั้นต่ำสุดเลยคืออย่าทำตัวให้เป็นภาระ... มาทำงานนี่คุณก็อู้งาน กินแรงเพื่อน คุณก็งอแง (หัวเราะ) ทำลายสมาธิเพื่อนร่วมงาน แบบนี้ก็ใช้ไม่ได้แล้ว

ท่านอาจารย์พูดถึง “คนไทย” ทำให้ผมนึกถึงที่คนมักจะพูดกันนะครับ คือ เรารู้ว่าการเคารพกฎหมายก็ดี นิติรัฐ ประชาธิปไตยก็ดี เป็นสิ่งที่สำคัญ แต่มันเป็นของ “ฝรั่ง” ซึ่งอาจจะไม่เหมาะกับ “บริบท” ของสังคมไทย เพราะเรามีความแตกต่างด้านประวัติศาสตร์ วัฒนธรรม การรับเอาของ “ฝรั่ง” เข้ามาใช้เลย เราก็จะตกเป็นเมืองขึ้นทางวัฒนธรรมของต่างชาติ ท่านมีความเห็นกับเรื่องนี้อย่างไรครับ ?

(เงียบไปสักครู่) ศาสตราจารย์ ดร.อมร จันทรสมบูรณ์ อดีตเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา ท่านมักจะพูดอยู่เสมอว่า การที่ประเทศไทยไม่เคยเป็นเมืองขึ้นหรืออาณานิคมของประเทศตะวันตกนั้น ท่านมองว่าเป็นข้อเสีย เพราะทำให้คนไทยไม่มีวินัย แต่ผมไม่ค่อยเห็นด้วยกับท่านนะครับ ผมเห็นว่า คนไทยนี่ไม่มีวินัยอย่างไรก็ไม่มีวินัยอย่างนั้น อย่าไปโทษต่างประเทศเลยครับ แต่ว่าการที่มีประเทศตะวันตกมายึดเป็นอาณานิคมนั้น ถ้าประเทศอังกฤษไปปกครองที่ใด ก็มักจะมีการสร้างมาตรฐานขั้นต่ำให้กับประเทศนั้น ๆ อังกฤษนี่ไปทำรางรถไฟให้อินเดียนะครับ แม้ว่ารางรถไฟมันจะเก่า แต่รางเขาก็ครอบคลุมทั้งประเทศ เห็นความแตกต่างไหมครับ ?

ของไทยนี่อย่าไปโทษดินฟ้าอากาศเลยครับ มันเป็นวัฒนธรรมไทยที่เราเป็นอย่างนี้ ผมโทษว่ารัฐธรรมนูญ ๒๕๔๐ ให้สิทธิเสรีภาพมากไป เร็วไป เสียด้วยซ้ำ ผมก็เติบโตในยุโรปตะวันตกเลยรู้ว่าในต่างประเทศ เขาเข้าใจว่าสิทธิเสรีภาพมันมาพร้อมกับหน้าที่ คนไทยเราเอาแต่สิทธิเสรีภาพ เราไม่เอาหน้าที่ พอให้มากไป เร็วไป สังคมก็เลยมีปัญหา **มีการชุมนุม ประท้วง ปิดถนน เป็นจุดเริ่มต้นของการที่ทำให้คนไทยเห็นเลยว่า ถ้าคุณมีกำลังมีจำนวนคนมากพอ คุณไม่ต้องเคารพกฎหมายก็ได้ คุณไปยืนกั้นปิดถนนอยู่คนเดียว กับคนไปเป็นพันคน ถ้าคุณไปเป็นพันคนคุณปิดถนนได้ ถ้าสิบคนคุณปิดถนนไม่ได้ คุณก็เห็นว่าถ้าใช้กฎหมู่มันได้ผล ก็เลยทำให้คนไม่เคารพกฎหมาย จุดเริ่มต้นผมจะโทษว่าพวกที่ไปชุมนุมประท้วงโดยไปยึดถนน โดยไปยึดที่ทำการต่าง ๆ นั้น ทำให้การเคารพกฎหมายของเราเสื่อมลง ผู้สัมภาษณ์ลองย้อนกลับไปดูสิว่าจริงหรือไม่ ?** โดยไม่ได้เลือกข้างว่าเป็นข้างไหนนะ ? เมื่อก่อนเราไม่เละเทะอย่างนี้ พอเรายึดถนนได้ อะไรได้นี่ มันก็เลยเป็นค่านิยมตามกันมา ก็ทำกันไปแบบนี้ สลับขั้วกัน พอใครเป็นรัฐบาล อีกข้างหนึ่งก็จะไปยึด ปิดถนน ยึดอาคาร อะไรพวกนี้

ในมุมมองของท่าน ศาลปกครองในอุดมคติควรจะเป็นอย่างไรและเพื่อให้ศาลปกครองพัฒนาไปในแบบอย่างในอุดมคติของท่าน ศาลควรดำเนินการในเรื่องใดที่มีความจำเป็นเร่งด่วนใน ๓ ลำดับแรก

ในตอนที่ผมเข้ารับตำแหน่งผมเคยแถลงแล้วว่า **ศาลปกครองเป็นสถาบันที่ดี เป็นของที่มีประโยชน์ พูดในเชิงนามธรรมนะครับ การมีศาลปกครองเป็นความก้าวหน้าของหลักนิติรัฐในด้านกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง ประเทศใดมีศาลปกครอง ประเทศนั้นมีหลักประกันให้หลักนิติรัฐเป็นจริง** การที่ประเทศไทยมีศาลปกครองถือว่าเป็นเรื่องดีของประเทศ แต่ว่าศาลปกครองก็เป็นเพียงสถาบัน จึงขึ้นอยู่กับตัวบุคคลที่จะมาเป็นตุลาการศาลปกครองด้วย ตุลาการศาลปกครองจะต้องยึดมั่น ตั้งใจปฏิบัติหน้าที่ ทำงานรับใช้ประชาชน โดยทุ่มเทเต็มกำลัง ตระหนักถึงภารกิจของตนว่ามาทำงานเพื่ออำนวยความยุติธรรมทางปกครอง **เป็นศาลปกครองเพื่อประชาชน**

ตุลาการศาลปกครองในฝันเลยนะครับ ตุลาการศาลปกครองที่พึงประสงค์ควรจะมีคุณสมบัติครบทั้ง ๓ ประการ ดังต่อไปนี้อยู่ในคน ๆ เดียวกัน คือ ๑) เป็นผู้เชี่ยวชาญทางกฎหมายปกครอง ๒) เป็นผู้ที่มีความรู้ความเข้าใจสภาพปัญหาของการบริหารราชการแผ่นดิน ๓) เป็นผู้ซึ่งตระหนักรู้ถึงความสำคัญของการรักษาดุลยภาพระหว่างประโยชน์ส่วนตัวของปัจเจกบุคคลกับประโยชน์สาธารณะของสังคม

ประเทศไทยยังขาดแคลนตุลาการศาลปกครองที่พึงประสงค์ดังกล่าวข้างต้น จึงจำเป็นต้องมีการปรับปรุงหลักสูตรการศึกษาอบรมกฎหมายเพื่อให้มีการศึกษาอบรมกฎหมายปกครองเพิ่มมากขึ้นตั้งแต่ในชั้นของ “ต้นน้ำ” (สถาบันการศึกษา) จนถึงในชั้นของ “ปลายน้ำ” (เจ้าหน้าที่ของรัฐ ทนายความ พนักงานอัยการ พนักงานคดีปกครอง ตุลาการศาลปกครอง ฯลฯ) ซึ่งสมัยท่านอาจารย์อมร จันทรสมบูรณ์ เป็นเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา ท่านได้คิดเรื่องนี้มา รายละเอียดอ่านได้ในบทความของท่าน ท่านได้คิดหมดแล้วครับว่ามี Hardware ขึ้นมา โดยยังไม่มี Software จะทำให้ Peopleware มีปัญหา พอผมได้รับมอบหมายให้เป็นเลขาธิการสำนักงานศาลปกครองคนแรก ผมก็เอาสิ่งที่ท่านคิดไว้ ซึ่งมันเขียนอยู่ในกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองเลยนะครับ ว่ามีหน้าที่เผยแพร่ความรู้ ผมเป็นเลขาธิการคนแรกอยู่ ๕ ปี ผมก็พยายามผลักดัน ข้อนี้นะครับ คือ เสนอแนะ จัดสัมมนา เชิญมหาวิทยาลัยของรัฐทั่วประเทศมาที่ศูนย์การประชุมแห่งชาติสิริกิติ์ ได้ชี้แจงให้เห็นว่าหลักสูตรที่มีอยู่นี้ สอนวิชากฎหมายตั๋วเงิน ล้มละลาย ถามว่าคนจบไปแล้วใช้บังคับทุกวันไหม ? แต่กฎหมายปกครองนี่ไม่ว่าจะชอบหรือไม่ชอบก็จำเป็นต้องใช้ ขอให้เพิ่มเป็นวิชาบังคับได้ไหม ? ที่ประชุมสัมมนาก็เห็นพ้องต้องกัน แต่พอกลับไปยังมหาวิทยาลัยก็ยังเหมือนเดิม จนถึงทุกวันนี้เหมือนเดิมทุกประการ ไม่มีอะไรเปลี่ยนแปลง แล้วมันจะไปได้ยังไงครับบ้านเมือง มีปัญหาอย่างนี้นะครับ

ดังนั้น ข้อจำกัดในปัจจุบัน คือ เรามีตุลาการไม่เพียงพอในเชิงปริมาณ และตุลาการก็ต้องทบทวนทัศนคติของตน เป็นตุลาการเพื่อประชาชน เอาเวลาไปใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี

ที่ผู้สัมภาษณ์ถามผมว่า ควรจะดำเนินการในเรื่องใดที่มีความจำเป็นเร่งด่วนใน ๓ ลำดับแรก ผมก็ขอตอบว่า

๑) ต้องมีตุลาการที่มีคุณวุฒิ คุณสมบัติในจำนวนที่มากเพียงพอ

๒) ต้องมีจิตสำนึกในการทำงานเพื่อประชาชน

๓) ต้องทุ่มเทเวลาไปกับการพิจารณาพิพากษาคดี กล่าวคือ การพิจารณาพิพากษาคดีนั้นจะให้คนอื่นทำแทนไม่ได้ ตุลาการศาลปกครองจะต้องทำเอง ส่วนงานอื่นควรจะปล่อยให้คนอื่นที่เขามีหน้าที่ คือ สำนักงานศาลปกครองเป็นคนทำ

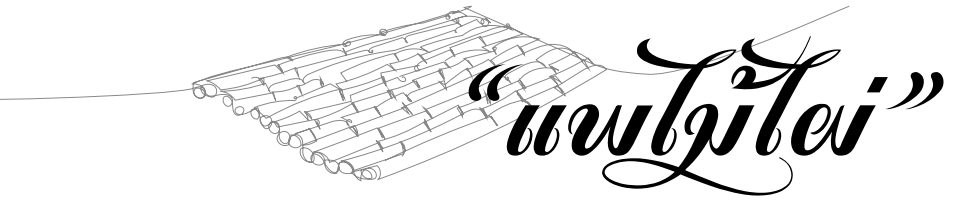
ท้ายนี้ อยากให้ท่านฝากข้อคิดถึงนักกฎหมายในฐานะผู้ศึกษากฎหมายและผู้ใช้กฎหมายครับ

ผมเห็นว่ากฎหมายมหาชนมีความสำคัญต่อประเทศ การพัฒนาประเทศจะพัฒนาไปได้หรือว่าติดขัดอยู่ที่กฎหมายมหาชน กฎหมายมหาชน คือ กฎหมายรัฐธรรมนูญ **กฎหมายปกครอง กฎหมายการคลัง ถ้ากฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศใดอ่อนแอ การเมืองก็อ่อนแอ ถ้ากฎหมายปกครองอ่อนแอ การปกครองก็อ่อนแอ ถ้ากฎหมายการคลังอ่อนแอ การคลังของประเทศก็จะอ่อนแอ** ดังนั้น กฎหมายมหาชนโดยสรุปแล้วจึงเป็นกฎหมายที่มีความสำคัญมาก แต่สังคมไทยกลับไม่ได้ให้ความสำคัญ ขนาดคณะนิติศาสตร์ก็ยังเรียนแค่ ๑๐ – ๑๕ เปอร์เซ็นต์ อย่าไปพูดถึงโรงเรียนเลย ยิ่งไม่ได้เรียนใหญ่เลย พอพูดถึงกฎหมายคนก็นึกถึงแต่ทนายความที่ออกมาให้สัมภาษณ์ทางโทรทัศน์ พูดแต่เรื่องคดีอาญา พูดกันถึงแต่เรื่องว่า “เอ๊ะ เขาตายด้วยเหตุใด ?” ฯลฯ

ในนามของทีมงานวารสารฯ ผมขอกราบขอบพระคุณท่านอาจารย์ชาญชัย แสวงศักดิ์ เป็นอย่างสูง ที่ได้กรุณาสละเวลาอันมีค่าและให้โอกาสในการสัมภาษณ์ แบ่งปันประสบการณ์ชีวิตส่วนตัว การศึกษา การทำงาน โดยเฉพาะทรรศนะความเห็นที่ทรงคุณค่าและเป็นประโยชน์อย่างยิ่งแก่ศาลปกครองและวงการกฎหมายมหาชนไทย ตลอดจนประชาชนทั่วไป ซึ่งนับเป็นเกียรติอย่างสูงสำหรับคอลัมน์ : ประวัตินักกฎหมายมหาชนที่น่าสนใจ วารสารวิชาการศาลปกครอง ขอบพระคุณมากครับ

จบลงไปแล้วครับ สำหรับการสนทนาแบบ Exclusive กับประธานศาลปกครองสูงสุดคนปัจจุบัน หวังว่าผู้อ่านจะได้มองเห็น “ตัวตน” ของท่านอาจารย์ชาญชัย แสวงศักดิ์ ทั้งในแง่มุมของชีวิตส่วนตัว การศึกษา และการทำงานมากขึ้น เป็นบทสนทนาที่สะท้อนให้เห็นถึงทิศทางของกฎหมายมหาชนไทยตั้งแต่อดีตมาจนถึงปัจจุบันและปัญหาที่ยังคงรอการแก้ไข ผมเชื่อว่าความรู้และประสบการณ์ที่ท่านได้ถ่ายทอดมาให้พวกเรามีคุณค่าในทางวิชาการกฎหมายมหาชนของประเทศไทยเป็นอย่างมาก และข้อคิดที่ได้รับจากท่านจะเป็นส่วนหนึ่งในการพัฒนากฎหมายมหาชนของประเทศไทยต่อไปอย่างแน่นอนครับ

ขอบคุณผู้อ่านทุกท่านที่ติดตามอ่านมาจนถึงตรงนี้ และโปรดติดตามตอนต่อไปของคอลัมน์ “ประวัตินักกฎหมายมหาชนที่น่าสนใจ” ในวารสารวิชาการศาลปกครองฉบับหน้าครับ สำหรับวันนี้ต้องขอลาไปก่อน สวัสดีครับ



“แพไม้ไผ่”

หยิบไม้แต่ละท่อนมาวางเรียง
แข็งแรงพอจะพาคนเท่าที่มี

ยังไม่เห็นอนาคตอยู่ข้างหน้า
ทุ่มเททั้งแรงใจและแรงกาย

ลอยลำไปข้างหน้าอย่างเข้มแข็ง
อยากจะให้ยุติธรรมอยู่ยืนยง

ผ่านแดดร้อนลมแรงที่แข็งกร้าว
ดูแลทุกทุกคนที่บนแพ

ทางแห่งการก่อร่างสร้างงานใหม่
“ศาลปกครอง” จึงกำเนิดในท่ามกลาง

สำนักงานเป็นรากฐานอันเข้มแข็ง
กลมกลืนเพื่องานก้าวหน้าน่าชื่นชม

“ท่านเลขาชาญชัย” สมัยนั้น
ทั้งสรรหาตุลาการงานต้องทำ

ให้เป็นหน่วยสนับสนุนที่เข้มแข็ง
นำเทคโนโลยีมาใช้งาน

สร้างสัมพันธ์กับองค์กรต่างประเทศ
หาแหล่งทุนมาหนุนงานบรรดามี

สร้างความรู้ให้คนไทยเข้าใจศาล
ถูกกฎหมายสำเร็จได้ไม่เบียดเบียน

ค่อยค่อยผูกวางเฉียงให้เข้าที่
ฝ่าไปในสายนที ณ แดนไกล

แต่ตั้งใจมุ่งมั่นว่าต้องไปได้
“แพไม้ไผ่”ที่ผูกไว้จึงมั่นคง

ถ่อด้วยแรงปณิธานอันสูงส่ง
ดั่งประสงค์ของคนก่อ “คนถ่อแพ”

ฝ่าสายฝนเหน็บหนาวไม่ยอมแพ้
ให้แน่วแน่พร้อมผจญบนหนทาง

ยุติธรรมเพื่อคนไทยทุกก้าวย่าง
ความแตกต่างและหลากหลายในสังคม

คนทำงานจากหลากแหล่งร่วมผสม
สำเร็จสมความมุ่งหมายของผู้นำ

ผู้บุกบั่นพาเราไปหลายฉนำ
วางระบบที่หนุนนำสำนักงาน

มีทุกส่วนที่กล้าแกร่งเพื่องานศาล
บริหารสมัยใหม่หลายวิธี

ทั่วทั้งเขตแคว้นแดนทุกวิถี
หาแหล่งที่จะส่งคนไปเล่าเรียน

วางแนวปฏิบัติราชการทั้งอ่านเขียน
ให้ประชาต้องร้องเรียนลำบากใจ

ท่านเลขาชาญชัยให้งานหนัก
ถ้าตั้งใจทำงานจะก้าวไกล

ร่วมกิจกรรมทุกงานที่ศาลจัด
กีฬาสีงานปีใหม่ดั่งใจจง

จากเอ็กซิมมาเอ็มไพร์ไปแจ้งวัฒนะ
จากเลขาเป็นตุลาการทำงานคดี

ทั้งชีวิตมอบให้งานศาลปกครอง
ยังคงมีงานมากมายในกมล

ปีสุดท้ายเป็นประธานศาลปกครอง
ไม่เคยพักทำงานหนักทุกนาที

ขอบพระคุณที่เกิดเป็นคนกล้า
ขอบพระคุณที่ทำงานด้วยหัวใจ

ขอบพระคุณที่ท่านรักเราทุกคน
ขอบพระคุณที่กรุณามาหลายปี

จากนี้ไปจะเดินตามรอยทาง
จะผลักดันงานให้ไกลให้พัฒนา

แต่เรื่องรักลูกน้องไม่ต้องสงสัย
ท่านพร้อมทำทุกอย่างให้เรามั่นคง

ไม่เคยขัดทำให้งามตามประสงค์
ร้องเพลงส่งกำลังใจให้ทุกปี

มุ่งมั่นต่อไม่ลดละไม่หน่ายหนี
อำนวยความเป็นธรรมทุกกรณีให้ผองชน

เราทั้งผองแจ้งแก่ใจในทุกหน
ที่ท่านอยากจะดั้นด้นให้เดินดี

ทุกวันคือชั่วโมงทองเพื่อศาลนี้
แข่งกับเวลาที่จะหมดไป

ที่ทายท้าอุปสรรคทั้งหมดได้
สร้างฐานให้สำนักงานและศาลดี

ดูแลจากวันแรกจนถึงวันนี้
สุขทุกข์มีล้วนอยู่ในสายตา

ที่ท่านวางไว้ให้ไปข้างหน้า
ให้คนกล้าชื่อ “ชาญชัย” ได้ภาคภูมิ

วนัสนันท์ กาญจนผลิน
ผู้เชี่ยวชาญด้านพัฒนาบุคลากร
วิทยาลัยการยุติธรรมทางปกครอง
รักษาการในตำแหน่งผู้อำนวยการสำนักการต่างประเทศ
(ข้าราชการฝ่ายศาลปกครอง บรรจุใหม่ รุ่นที่ ๑)
๑๒ สิงหาคม ๒๕๖๕

รวมบทความทางวิชาการ

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ
ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์
ประธานศาลปกครองสูงสุด

บทคัดย่อ

การตีความรัฐธรรมนูญ : การตีความทางการเมือง และการตีความโดยศาลในสมัยสาธารณรัฐที่ห้า

บทความนี้แบ่งออกเป็น ๓ ส่วน คือ ความนำ ส่วนที่หนึ่ง และส่วนที่สอง โดยได้กล่าวถึงนิยามและประเภทของการตีความทางกฎหมายไว้ในความนำ ซึ่งนำเสนอความหมายของการตีความ (l'interprétation) ว่าหมายถึงการกระทำอันแสดงให้เห็นถึงการรับรู้ซึ่งกระทำโดยความสมัครใจ โดยการตีความจะนำไปสู่การอธิบายตลอดจนการให้ความหมายของถ้อยคำซึ่งยังคงไม่กระจ่างชัด ทั้งนี้ ได้มีการศึกษาศาสตร์แห่งการตีความในช่วงศตวรรษที่ ๑๘ อันเป็นช่วงเวลาเดียวกับบริบทที่ถือว่ากฎหมาย (loi) คือเจตจำนงอันเป็นสากลและจะต้องตีความอย่างเป็นระบบ ดังที่ปรากฏผ่านงานเขียนของ Montesquieu ซึ่งยืนยันว่า "ศาลคือผู้ที่บอกว่ากฎหมายว่าไว้อย่างไร" (le juge est « bouche de la loi ») ศาลจึงไม่ได้มีเพียงบทบาทในการเป็นสื่อกลางระหว่างกฎหมายและการปรับใช้กฎหมายตามแต่เฉพาะกรณีเท่านั้น แต่ศาลยังเป็นผู้มีบทบาทสำคัญในการสร้างหลักกฎหมายอีกด้วย

การตีความอาจแบ่งออกเป็น ๒ ประเภท กล่าวคือ *ประเภทแรก* การตีความตามตัวอักษร ดังที่ปรากฏตามความในมาตรา ๑๑๑-๔ แห่งประมวลกฎหมายอาญา ซึ่งบัญญัติห้ามมิให้ศาลตีความและกำหนดโทษทางอาญาเกินไปกว่าที่ปรากฏในกฎหมาย การตีความประเภทนี้ได้รับอิทธิพลมาจากประเทศสหรัฐอเมริกาและได้รับการยอมรับอย่างมากในช่วงปลายศตวรรษที่ ๑๙ โดยสนับสนุนถึงความไม่จำเป็นในการให้ความสำคัญกับเจตนารมณ์ของผู้ยกร่างรัฐธรรมนูญซึ่งล่วงเลยเวลามานานแล้ว แต่น่าจะเป็นการเหมาะสมกว่า ที่ให้ความสำคัญกับเหตุการณ์แวดล้อมในปัจจุบันของรัฐธรรมนูญฉบับนั้น ซึ่งนำมาซึ่งการตีความ *ประเภทที่สอง* อันเป็นวิธีการตีความเชิงสร้างสรรค์อันมีลักษณะเป็นการปรับใช้เนื้อหาสาระที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญให้เข้ากับบริบทร่วมสมัย การตีความประเภทที่สองจึงอาจนำไปสู่ผลลัพธ์ที่แตกต่างไปจากเจตนารมณ์เดิมของผู้ยกร่างรัฐธรรมนูญ และการตีความประเภทที่สองนี้เองก็อาจเป็นที่มาของการสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายฉบับใหม่ ในเรื่องดังกล่าว

ศ. (เกียรติคุณ) Jean-Marie CROUZATIERS ได้หยิบยกผลงานของประธานศาลปกครองสูงสุด (นายชาญชัย แสวงศักดิ์) เรื่อง อิทธิพลฝรั่งเศสที่มีต่อการปฏิรูปกฎหมายไทย มาเป็นตัวอย่าง ในการนำเสนอถึงการให้ความสำคัญกับการตีความกฎหมายผ่านการเรียนการสอนในมหาวิทยาลัย การตีความโดยศาล และการตีความของผู้ประกอบวิชาชีพกฎหมาย อีกทั้งยังได้กล่าวถึงบทบาทของพระมหากษัตริย์ในการตีความรัฐธรรมนูญและธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญเพื่อแก้ปัญหายามบ้านเมืองคับขัน ความดังกล่าวอาจถือเป็นลักษณะเฉพาะของประเทศไทย อันมีลักษณะแตกต่างกับบริบทของประเทศ

ฝรั่งเศสดังที่ได้นำเสนอในส่วนที่ ๑ และส่วนที่ ๒ ของบทความฉบับนี้ ซึ่งกล่าวถึงบทบาทของประธานาธิบดีแห่งสาธารณรัฐในการตีความรัฐธรรมนูญใน*ส่วนที่ ๑* อันแสดงให้เห็นถึงการตีความรัฐธรรมนูญโดยผู้มีบทบาททางการเมือง ดังที่ปรากฏในมาตรา ๕ มาตรา ๘ มาตรา ๑๓ มาตรา ๑๕ มาตรา ๒๑ และมาตรา ๓๕ กับทั้งการนำเสนอบทบาทของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการตีความรัฐธรรมนูญใน*ส่วนที่ ๒* ซึ่งได้กล่าวถึงอำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการดำเนินภารกิจตามที่กฎหมายให้อำนาจ และหยิบยกคำวินิจฉัย หลายฉบับขึ้นมาเป็นตัวอย่างในการนำเสนอภารกิจในการ “ตีความ” ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ดังเช่น คำวินิจฉัย คดี Liberté d’association (ค.ศ. ๑๙๗๑) คดี Evolution de la Nouvelle Calédonie (ค.ศ. ๑๙๘๕) หรือคดี Bioéthique (ค.ศ. ๑๙๙๔) ซึ่งมีผลเป็นการสร้างกฎเกณฑ์ทางกฎหมายสำคัญอันเป็นพื้นฐานทางการเมืองการปกครองของประเทศฝรั่งเศส และเป็นสิ่งที่สะท้อนให้เห็นถึงการเปิดรับวิธีการตีความอันมีต้นกำเนิดจากประเทศสหรัฐอเมริกาในบริบททางกฎหมายของประเทศฝรั่งเศส

L'interprétation de la constitution : Traduction politique et exégèse juridictionnelle sous la cinquième République

Jean Marie Crouzatier
Professeur émérite
IMH, université Toulouse Capitole

« L'interprétation est la forme intellectuelle de la désobéissance ».
Doyen Carbonnier

« Le Président est évidemment seul à détenir et à déléguer l'autorité de l'Etat… L'autorité indivisible de l'Etat est confiée toute entière au Président par le peuple qui l'a élu ; il n'en existe aucune autre, ni ministérielle, ni civile, ni militaire, ni judiciaire, qui ne soit conférée et maintenue par lui… ». Cette interprétation donnée par le général de Gaulle dans sa conférence de presse du 31 janvier 1964 traduit l'esprit de la constitution de 1958 tel qu'il le concevait, mais en trahit incontestablement la lettre. *Traduttore, traditore.*

Cet épisode révèle le fait que l'interprétation, traditionnellement envisagée comme un acte de connaissance, est en réalité le produit d'une volonté.Car si l'interprétation consiste à expliquer, à donner une signification à un texte qui serait peu clair, elle suppose au préalable de déterminer non seulement une méthode, mais encore la matière même à interpréter.

Sur la méthode, différentes écoles se sont succédé au cours des derniers siècles. Au 18ème siècle, l'idée était que la loi, expression de la raison universelle, devait faire l'objet d'une application mécanique. C'est la fameuse formule de Montesquieu, selon laquelle le juge doit seulement être la « bouche de la loi » : le juge n'est qu'un simple intermédiaire entre la loi générale et son application au cas particulier. Cette conception est une conséquence de la théorie de la séparation des pouvoirs : le parlement, représentant

de la nation, formule des lois générales, et le juge se contente de leur application dans les cas particuliers. On privilégie alors l'interprétation littérale qui s'attache à la lettre du texte. Puisque la loi écrite est censée contenir tout le droit applicable, le juge doit lui être étroitement fidèle et ne dispose que des latitudes que lui accorde, le cas échéant, le législateur. A noter que cette méthode « littérale » est obligatoire en certaines matières, notamment en droit pénal : l'art. 111-4 du code pénal interdit au juge pénal d'élargir un texte d'incrimination afin de sanctionner un fait qui n'est pas expressément mentionné dans la loi.

Appliquée à la constitution, cette conception est à la base de l'originalisme aux États-Unis. Cette théorie défendue par des professeurs de droit et des juges veut que l'interprète de la constitution doive s'en tenir au contenu explicite ou implicite du texte. À ce titre, les originalistes ont d'abord défendu l'idée de retrouver l'intention originelle (*original intent*) des rédacteurs du texte constitutionnel. Cette approche subjective a rapidement posé problème, notamment parce qu'il parait illusoire de rechercher l'intention d'un dirigeant disparu depuis des décennies, ou plus encore l'intention d'une assemblée législative. Aussi les originalistes examinent-ils plutôt le sens du texte, la signification originelle (*original meaning*) de la constitution, telle qu'elle est déterminée par le sens des mots et de phrases au moment où elle a été écrite.Dès la fin du 19ème siècle, cette méthode est critiquée comme sclérosante. Il parait absurde de chercher dans le passé la solution d'un problème présent et de penser trouver dans la volonté du législateur ce qu'il ne pouvait pas prévoir. Aussi les juges ne se cantonnent-ils plus au texte mais utilisent des éléments extérieurs pour en déterminer le sens, par exemple des considérations d'opportunité telles que les conséquences économiques et sociales de la solution. Ou encore ils vont pratiquer une interprétation systémique qui consiste à examiner la disposition non plus isolément mais dans ses rapports avec les autres règles du droit positif. Ou enfin, ils vont utiliser la méthode téléologique qui vise la finalité de la norme (une règle doit être appliquée de manière à remplir ses finalités). Il découle de ces méthodes une interprétation large et évolutive. C'est ainsi que s'est développée aux Etats-Unis la théorie de la « constitution vivante ». L'interprétation « créative » permet une adaptation du texte constitutionnel, parfois ancien, aux exigences contemporaines de la société. À l'inverse des auteurs originalistes, les défenseurs de la constitution vivante plaident donc pour une interprétation extensive de la part du juge.

Plus récemment, ce désaccord sur la méthode a fait émerger une autre conception, la conception réaliste de l'interprétation. Cette dernière s'oppose aux précédentes qui présupposent qu'un texte est doté d'un sens véritable. Selon la conception réaliste, l'interprétation est envisagée comme un acte, non plus de connaissance, mais de volonté. L'interprétation consiste à choisir, à attribuer un sens plutôt qu'un autre à un texte. L'interprète ne va pas découvrir le seul et véritable sens du texte mais va devoir mettre en évidence plusieurs sens possible et choisir celui qui lui paraît le plus adapté. Lorsqu'on interprète la loi, ou la constitution, il y a donc nécessairement une part subjective et arbitraire qui entre dans cette interprétation. Autrement dit, c'est l'interprète qui dit ce qu'est le droit. L'interprétation engendre une nouvelle règle de droit.

Sur la matière à interpréter, il faut distinguer dans le texte constitutionnel trois types de normes : les règles, les principes et les standards. Les règles sont des énoncés particulièrement précis et, à ce titre, n'autorisent aucun travail de « construction » de la part des interprètes de la constitution. C'est le cas, par exemple, de la plupart des règles procédurales, comme les consultations obligatoires avant une prise de décision, ou la composition d'une assemblée. En revanche, les principes et les standards, présents notamment dans les déclarations de droits, fournissent une matière importante aux interprètes du texte constitutionnel. Ces derniers n'ont toutefois pas une liberté totale, les constructions fondées sur ces principes étant soumises à une exigence de cohérence[1].

[1] Une exigence qui n'est pas toujours respectée. L'exemple limite de l'interprétation d'un principe qui aboutit à un renversement du texte constitutionnel est fourni par le Japon. L'article 9 de la constitution japonaise de 1946 affirme que « le peuple japonais renonce à la guerre, ou à la menace, ou à l'usage de la force (...) il ne sera jamais maintenu de forces terrestres, navales ou aériennes, ou autre potentiel de guerre ». A l'époque, l'interprétation officielle énoncée par le premier ministre Yoshida Shigeru était que le japon ne pouvait entretenir aucune force militaire, même pour l'auto-défense. Cette interprétation officielle évolua en 1954 avec la création des forces d'auto-défense : désormais l'art. 9 signifiait que le Japon ne s'engagerait jamais dans un conflit, sauf en cas de légitime défense, conformément au droit international. D'ailleurs, les forces d'auto-défense étaient strictement limitées en nombre et en armements. Mais en 2014, l'art. 9 fut interprété par le gouvernement Abe comme autorisant à participer à une alliance militaire de défense collective avec les Etats-Unis. Dès lors, sans que l'art. 9 soit modifié, le Japon est devenu un Etat comme un autre, susceptible de participer à un conflit dans le cadre de la charte des Nations unies et de participer à une alliance militaire. L'exact contraire de l'interprétation de 1946... La formulation de l'interprétation est le fait du service juridique du gouvernement (*Cabinet Legal Bureau*) ; la Cour suprême a refusé de contrôler la constitutionnalité de l'interprétation.

Reste à identifier l'interprète. Car si chacun - fonctionnaire, avocat, enseignant, étudiant, juge...- peut interpréter un texte juridique, toutes les interprétations n'ont pas la même valeur, laquelle dépend de l'autorité de leur auteur. Concernant la loi, le pouvoir de l'interpréter revient logiquement à son créateur, le parlement. Mais la possibilité pour le législateur d'édicter des lois interprétatives est rarement utilisée. Dans la pratique, la compétence d'interprétation de la loi est essentiellement attribuée aux autorités chargées de l'appliquer. C'est donc au juge que revient la mission d'interpréter une loi à l'occasion de son application, c'est à dire l'application de la règle générale à un cas particulier.

Mais concernant la constitution, la norme fondamentale de l'Etat, le problème est plus complexe puisque l'élaboration, l'adoption et la promulgation d'une constitution font intervenir les organes politiques (le chef de l'Etat, le Gouvernement, le Parlement) et quelquefois le peuple (référendum). Quelle autorité sera chargée de son interprétation ? Sur le plan politique, dans un régime parlementaire, le pouvoir politique est partagé entre un chef de l'Etat et un Parlement. Tout dépend du rapport de forces existant entre ces deux autorités pour savoir laquelle pourra imposer sa conception et son interprétation de la constitution.

Dans sa belle étude analysant *l'influence française sur les réformes juridique, politique et administrative en Thaïlande*[2], le Président Charnchai Sawangsagdi détaille la formation progressive du système juridictionnel thaïlandais, tant judiciaire qu'administratif, parallèlement à la clarification de la hiérarchie des normes. Il consacre d'importants développements à l'enseignement du droit et à la formation des magistrats, notamment dans leur rôle d'interprètes des textes juridiques, à l'exception de la constitution.

La raison en est qu'en Thaïlande, les constitutions permanentes qui se succèdent proclament leur origine royale, depuis le préambule de la première constitution écrite (10 décembre 1932) qui déclare que le Roi a octroyé la loi fondamentale. Si les constitutions ultérieures affirment que la souveraineté émane de la nation, elles ajoutent qu'elle est exercée par le Roi en vertu des dispositions de la constitution

Le Roi est donc naturellement le gardien de la constitution. A ce titre, il en est l'interprète majeur lorsque le silence ou l'imprécision du texte nécessite une clarification. Mais c'est surtout en temps de crise que, dans son rôle d'arbitre et de gardien des institutions, le Roi interprète la constitution. S'il le juge nécessaire, il peut réactiver d'anciennes coutumes

[2] Office des juridictions administratives, 2000.

monarchiques afin de dénouer un conflit, éventuellement par des voies extraconstitutionnelles (dissolution du Parlement, nomination d'un nouveau Premier ministre).

Parallèlement, la Cour constitutionnelle, de création récente, est chargée, entre autres attributions, du contrôle de constitutionnalité des lois et, à ce titre, elle est habilitée à interpréter la constitution.

Ce partage entre pouvoir politique et autorité juridictionnelle lorsqu'il s'agit d'interpréter la loi fondamentale se retrouve dans la France de la cinquième République. Elément-clé de l'édifice institutionnel, le chef de l'Etat peut imposer sa propre traduction du texte[3] ; doté d'une compétence d'attribution, le Conseil constitutionnel préfère recourir à une exégèse souvent discutable du préambule de la constitution de 1958.

I. Traduction politique : « Le Président de la République veille au respect de la constitution... »

L'article 5 de la constitution de la cinquième République qui définit le rôle du Président en fait le gardien, et donc le principal interprète de la constitution. Ceci est cohérent avec le sens propre de la constitution de 1958 qui était de trouver « une arme contre la déviation du régime parlementaire » en renforçant les prérogatives de l'exécutif, notamment celles du Président [4].

Ce rôle de gardien a permis à de Gaulle et aux Présidents successifs d'interpréter le texte à leur avantage et de créer des pratiques politiques qui font aujourd'hui autorité. La plupart de ces pratiques qui permettent au Président de dominer la vie politique sont manifestement inconstitutionnelles ; pourtant, l'autorité du Président est telle que ces pratiques sont toujours respectées. Quelques exemples de ces interprétations *praeter* voire *contra legem.*

Art . 8 : « Le Président de la République nomme le Premier ministre. Il met fin à ses fonctions sur la présentation par celui-ci de la démission du Gouvernement ».

C'est par une sorte de « convention », nullement prévue par la constitution et qui va même à l'encontre du texte, que le Président s'est arrogé un pouvoir de révocation du Premier ministre et du Gouvernement. Pour reconnaitre au chef de l'Etat le droit de renvoyer *son* Premier ministre, on s'appuie sur un raisonnement faisant appel à la

[3] « Interprétation » provient du latin *interpretatio* qui signifie « explication » ou « traduction ».

[4] Discours de Michel Debré devant le Conseil d'État, 27 août 1958.

notion de parallélisme des formes : c'est parce qu'il a été, en quelque sorte, adoubé par le Président, qu'il est censé demeurer entre ses mains, avec une formule de bon sens populaire du type : le chef de l'Etat l'a nommé, il peut le renvoyer. Mais rien dans le texte n'autorise cette interprétation. D'après la constitution, seule une majorité à l'Assemblée nationale peut mettre le Gouvernement en minorité et l'obliger à démissionner.

Art. 13 : « Le Président de la République signe les ordonnances et les décrets délibérés en Conseil des ministres ».

Cette disposition de l'article 13 pouvait passer pour formelle en 1958 ; sous l'effet de la présidentialisation du régime, elle offre au Président un pouvoir considérable qui lui permet soit d'élargir son domaine d'intervention réglementaire (aucun texte ne précisant quels décrets doivent être délibérés en Conseil des ministres et quels sont ceux qui sont signés par le seul Premier ministre), soit de bloquer l'action gouvernementale en refusant de signer. Cette signature présidentielle des ordonnances et décrets est d'autant plus anormale que ces textes sont destinés à l'exécution du programme du Gouvernement ; et qu'en principe c'est le Premier ministre qui est détenteur du pouvoir réglementaire.

Art. 15 : « Le Président de la République est le chef des armées. Il préside les conseils et les comités supérieurs de la défense nationale ».

Art. 21 : « Le Premier ministre dirige l›action du Gouvernement. Il est responsable de la défense nationale ».

Art. 35 : « La déclaration de guerre est autorisée par le Parlement. Le Gouvernement informe le Parlement de sa décision de faire intervenir les forces armées à l›étranger, au plus tard trois jours après le début de l›intervention. Il précise les objectifs poursuivis ».

Le Président est –tradition républicaine oblige – le chef des armées ; il préside les conseils de défense (article 15). Mais pourquoi devrait-il présider les comités supérieurs de défense qui relèvent évidemment de la compétence du Premier ministre, « responsable de la défense nationale » (article 21) ? Plus grave, la réglementation constitutionnelle est inexistante sur l'engagement de la force nucléaire : c'est un simple décret du 12 juin 1996 qui en confère le monopole au Président de la République. Pour l'engagement des forces militaires sur un théâtre d'opérations extérieures, le Président dispose dans les faits d'un pouvoir discrétionnaire pour engager les forces armées alors que c'est le Gouvernement qui est compétent. De même que c'est le Gouvernement qui demande l'accord du Parlement (article 35) pour la déclaration de guerre.

Pour finir, le cas le plus célèbre, et le plus critiqué, d'interprétation présidentielle concerne la révision de la constitution par le général de Gaulle. Le titre XVI de la constitution, qui comprend un unique article – l'article 89 - est consacré à la révision constitutionnelle.

Art. 89 : L›initiative de la révision de la Constitution appartient concurremment au Président de la République sur proposition du Premier ministre et aux membres du Parlement.

Le projet ou la proposition de révision doit être voté par les deux assemblées en termes identiques. La révision est définitive après avoir été approuvée par référendum. Toutefois, le projet de révision n'est pas présenté au référendum lorsque le Président de la République décide de le soumettre au Parlement convoqué en Congrès ; dans ce cas, le projet de révision n'est approuvé que s'il réunit la majorité des trois cinquièmes des suffrages exprimés. ...

Cependant, par deux fois, le général de Gaulle a utilisé une autre procédure pour réviser la constitution. En 1962 (pour l'élection du Président de la République au suffrage universel direct) et 1969 (pour la régionalisation et la réforme du Sénat), sachant qu'il n'obtiendrait pas l'accord des deux assemblées et que le parlement allait empêcher la révision qu'il souhaitait, le général de Gaulle a utilisé l'article 11 :

Art. 11 : Le Président de la République, sur proposition du Gouvernement pendant la durée des sessions ou sur proposition conjointe des deux assemblées, publiées au Journal officiel, peut soumettre au référendum tout projet de loi portant sur l›organisation des pouvoirs publics...

Pour le général de Gaulle, l'élection du Président de la République en 1962 et la réforme du Sénat en 1969 relevaient de « l'organisation des pouvoirs publics ». Et une loi référendaire pouvait modifier la constitution.

Quid du Parlement ?

La présidentialisation du régime laisse une place secondaire au Parlement. Aussi, bien que le pouvoir d'interpréter la loi appartienne au Parlement, ce dernier se montre extrêmement discret : les lois interprétatives sont rares et issues de la nécessité de mettre fin à une controverse. D'ailleurs les lois en général sont soumises au contrôle du juge constitutionnel.

Pour interpréter la constitution, le Parlement peut utiliser certains mécanismes, mais ces derniers doivent être inscrits dans les règlements intérieurs des assemblées, c'est-à-dire les textes qui concernent le fonctionnement des assemblées. Or le Conseil constitutionnel contrôle obligatoirement les règlements des assemblées. C'est un des mécanismes imaginés en 1958 pour limiter le pouvoir du Parlement, tout puissant sous les républiques précédentes. Ce contrôle est particulièrement rigoureux : les règlements ne peuvent ajouter aux normes constitutionnelles. Ainsi pour l'art. 31 al.2 : « les membres du Gouvernement sont entendus quand ils le demandent », le Conseil a estimé que le règlement des assemblées ne peut limiter le temps de parole des ministres[5]. Mais surtout, les règlements ne peuvent s'écarter du texte et ne prévoir que ce qui est permis par le texte. Ainsi, le Conseil substitue dans les faits sa propre interprétation à celle du Parlement.

II. Exégèse juridictionnelle : le Conseil constitutionnel et l'herméneutique de la constitution

Si le Président peut utiliser son poids politique pour imposer sa traduction de la constitution, c'est le juge constitutionnel qui est chargé par la constitution de son interprétation dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois.

Néanmoins, le Conseil constitutionnel ne constitue qu'un juge d'attribution. Aussi, durant la première phase de la cinquième République, la stature du général de Gaulle, inspirateur de la constitution de 1958, forçait le Conseil constitutionnel à la discrétion. Mais dès la disparition de ce dernier, le Conseil, devenu l'interprète officiel de la constitution, a pu laisser libre cours à ses ambitions exégétiques.

Il en est l'exégète car, par delà la lettre, le Conseil considère que sa mission serait de révéler l'esprit du texte constitutionnel. Pour ce faire, il pratique une forme d'anagogie, cette méthode d›interprétation de l›Écriture sainte visant à dégager du sens littéral le sens caché. A l'instar des Pères de l'Eglise des premiers siècles qui cherchaient à débusquer dans la bible les intentions profondes sous des particularités du texte, le Conseil ne manque pas de solliciter les moindres termes de la constitution en vue de trouver des merveilles. Confirmant le jugement ironique de Jean Giraudoux[6] : « le droit est la plus puissante des écoles de l›imagination. Jamais poète n›a interprété la nature aussi librement qu›un juriste la réalité. »

[5] **Décision n° 59-2 DC, 24 juin 1959.**

[6] *La guerre de Troie n'aura pas lieu.*

Il se fonde moins sur les règles (qui se prêtent peu à une exégèse) que sur les principes et les standards. Il s'est facilité la tâche dès 1971 en faisant du préambule de la constitution un élément essentiel de la loi fondamentale. Or ce texte, plus politique voire philosophique que juridique, abonde en principes génériques et standards au contenu flou.

Pour apprécier la constitutionnalité d'une loi, le Conseil apprécie non seulement la forme (contrôle formel) mais aussi le fond du texte (contrôle matériel). Il le fait avec une apparente modestie : en particulier, il semble généralement présumer que le Parlement n'a pas voulu méconnaître la constitution et qu'en cas de doute il faut donner à la loi un sens ne la mettant pas en contradiction avec la constitution. Donc, plutôt que de déclarer une loi inconstitutionnelle, le Conseil la façonne pour la rendre compatible avec la constitution. On peut parler d'une « construction » de la loi, au sens utilisé aux Etats Unis (« construction du statut »).

Jusqu'en 1971, le Conseil se limite au contrôle formel : pour empêcher une loi de contenir des dispositions relevant de la compétence du gouvernement. Mais dans une décision « liberté d'association », il opère un véritable coup de force en décidant de juger le fond et non plus la répartition des compétences, c'est-à-dire de contrôler le contenu même de la loi pour la comparer aux dispositions de la constitution relatives aux droits et libertés[7]. De plus, il élargit la notion de « constitution » en y ajoutant son préambule et celui de la constitution de 1946 (ce qu'on appelle « le bloc de constitutionnalité ») : or les préambules sont des textes de nature philosophique et idéologique plus que juridique, comportant des notions abstraites et des principes généraux. Le Conseil peut y trouver ce qu'il cherche pour justifier ses décisions : ainsi le principe de fraternité pour justifier son opposition à la loi sur l'entrée irrégulière des étrangers sur le territoire (2018)[8] ; ou le principe de gratuité de l'enseignement supérieur pour censurer

[7] La constitution de 1958 prend soin de qualifier le judiciaire d'autorité (et pas de pouvoir) ; elle confie au Conseil constitutionnel le rôle de gardien des compétences législatives et exécutives. Pourtant, suivant l'exemple de la Cour suprême des États-Unis qui en 1803 (*Marbury v. Madison*) imagina le mécanisme du *Judicial Review,* le juge constitutionnel décide en 1971 de contrôler la constitutionnalité de la loi. Tout comme le juge européen a décidé en 1964 le principe de primauté des normes européennes sur les règles juridiques nationales (Cour de justice des communautés européennes, *Costa c/ Enel*) alors que ce principe ne figure pas dans les traités européens...

[8] Décision 2018-717 QPC du 6 juillet 2018 : Le principe de fraternité a valeur constitutionnelle ; le Conseil élargit sa signification pour lui faire recouvrir l'assistance humanitaire aux réfugiés. Or ce principe apparaît dans la devise de la République « liberté, égalité, fraternité », devise qui n'a aucune valeur normative (elle a une simple valeur morale) ; sa définition est floue ; et il concerne la fraternité nationale, mais sûrement pas une fraternité universelle !

la loi permettant aux universités de faire payer des droits d' inscription aux étudiants étrangers (2019)[9]. Avec le Conseil, le gouvernement des juges devient le gouvernement des principes.

Il ne manque pas d'exemples, dans différents pays, de juges faisant prévaloir une interprétation très contestable du texte constitutionnel. Il est vrai que dans ce domaine, il est impossible de réaliser une séparation du droit et de la politique ; une décision sur la constitutionnalité n'est jamais une décision apolitique. Le Conseil constitutionnel français fournit un exemple de cette politisation de la justice constitutionnelle, à l'aide de procédés souvent arbitraires.

Ainsi, le Conseil constate une violation du bloc de constitutionnalité si le Parlement a porté atteinte aux droits et libertés par suite d'une erreur sur la signification des principes (« l'erreur manifeste ») ou sur les circonstances ou situations formant la base de la loi. Par exemple dans sa décision du 8 Août 1985 (« Evolution de la Nouvelle Calédonie »), il considère que la répartition du nombre de conseillers fixé par le législateur pour les régions de Nouvelle Calédonie repose sur une erreur d'appréciation de l'importance démographique de chacune d'elles. Donc le Conseil vérifie le caractère équilibré, proportionné, non excessif des décisions du législateur. Dans ce cas, il est clair que le contrôle de constitutionnalité s'apparente à un contrôle d'opportunité ; l'erreur manifeste est alors simplement celle que le Conseil déclare être telle : il y a erreur manifeste de la

[9] En octobre 2019, le gouvernement français a décidé d'augmenter les droits d'inscription acquittés par les étudiants étrangers à l'Union européenne. L'article 48 de la loi de finances du 24 mai 1951 habilite en effet le ministre de l'éducation à fixer les droits d'inscription dans les universités. Le Conseil constitutionnel (Décision 2019-809 QPC du 11 octobre 2019) a considéré que ce serait contraire au 13e paragraphe du préambule de la constitution de 1946 qui indique : « l'organisation de l'enseignement public gratuit à tous les degrés est un devoir de l'État ». La décision du Conseil est très contestable : d'abord le préambule de 1946 contient des droits-créances, formulés de façon abstraite. Si on veut les interpréter littéralement, alors le paragraphe 5 du préambule « chacun a le droit d'obtenir un emploi » signifie que le chômage est inconstitutionnel ! Ensuite, le principe de gratuité concerne le premier et le deuxième degré ; pas l'enseignement supérieur. Enfin, il s'applique aux étudiants français ; or le gouvernement décide d'augmenter les droits des étudiants étrangers, décision justifiée puisque ces étudiants ne sont pas destinés à rester en France. Cette sentence est un nouvel exemple de l'usurpation de la volonté générale qui s'exprime par le Parlement (c'est aux élus de décider de cette question).

part du Parlement lorsque la région de Nouméa élit un représentant pour 4728 habitants (décision du 8 Août 1985) ; il n'y en a plus lorsqu'elle dispose d'un représentant pour 4052 habitants (décision du 23 Août 1985).

La pratique de ce que l'on appelle en France les « réserves d'interprétation » montre que le Conseil ne cherche pas nécessairement à déclarer un texte non conforme à la constitution. Pour éviter de **déclencher un conflit avec le P**arlement, il adopte souvent une interprétation qui lui permet de « sauver » la loi : il l'interprète de façon à ce qu'elle soit conforme à la constitution. Ceci prouve qu'il participe pleinement à la fonction législative. Mais dans le même temps il réécrit la constitution... Ainsi, l'interprétation de la constitution engendre-t-elle une nouvelle constitution.

La critique porte d'autant plus contre le Conseil constitutionnel qu'il ne se limite pas à rechercher la constitutionnalité d'une loi par rapport à une règle constitutionnelle explicitement posée par le constituant. Depuis la décision de 1971, il exerce également son contrôle à partir des éléments du « bloc de constitutionnalité » : la déclaration de 1789 et le préambule de 1946 (comprenant les « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » et les « principes particulièrement nécessaires à notre temps »). Ces textes ont été rédigés à différentes époques et reposent sur des fondements idéologiques différents (philosophie libérale en 1789, doctrine socialiste en 1946) ; par ailleurs ils contiennent des principes abstraits et généraux plus que des règles concrètes et précises ; ils sont donc très hétérogènes. Et pourtant le Conseil constitutionnel refuse d'établir une hiérarchie juridique entre eux ; ils sont pour lui de valeur juridique égale. Ainsi peut-il mettre ces différentes libertés en balance pour jouer le rôle d'arbitre : principe des nationalisations (1946)/ droit de propriété (1789) ; continuité des services publics/ droit de grève ; liberté de l'enseignement/ liberté de conscience des enseignants ; protection de la santé publique/ liberté d'entreprendre ; perquisitions /liberté individuelle... La liste pourrait s'allonger car la catégorie des « principes fondamentaux reconnus par les lois de la République » est une source inépuisable : ni l'expression, ni son contenu ne sont définis dans le préambule de 1946 et le Conseil y trouve souvent des règles utiles à ses démonstrations.

Mais son rôle « créateur » apparaît principalement dans ses « découvertes » ; en effet, certains principes énoncés par le Conseil et utilisés dans ses décisions ne figurent même pas dans le « bloc de constitutionnalité ». Le Conseil les dénomme « principes de valeur

constitutionnelle » sans préciser leur origine ; ainsi le Conseil a-t-il « inventé » le principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine (décision du 27 juillet 1994), la liberté personnelle du salarié, la clarté de la loi, la publicité des débats en matière judiciaire… Le Conseil « découvre » également, lorsqu'ils lui sont nécessaires, des « objectifs de valeur constitutionnelle » : la sauvegarde de l'ordre public, la protection de la santé publique, le respect de la liberté d'autrui, la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent, l'équilibre financier de la sécurité sociale, l'identité constitutionnelle de la France… Chaque fois, le « principe » ou « l'objectif » justifie des limites apportées à l'application d'une règle constitutionnelle, et c'est le Conseil qui apprécie la mesure de l'atteinte ainsi justifiée.

Ce rôle politique du juge dans son interprétation-création de la constitution est importé d'outre-Atlantique. Aux Etats-Unis, « dans une perspective historique, force est de constater que des désaccords politiques ont entraîné des interprétations radicalement différentes des textes juridiques fondateurs. Lorsque, par exemple, un Président succède à un autre, et que la composition tant des tribunaux fédéraux que de la Cour suprême se transforme, c'est le sens même de la Constitution qui, souvent, évolue de manière significative. Les institutions et les droits fondamentaux se transforment alors également. Ceux qui prennent part à la bataille des nominations judiciaires le savent bien »[10].

[10] Cass R. Sunstein, « Les fondamentalistes à la Cour suprême des États-Unis », *Critique Internationale*, 2006, n° 1, pp. 9-24

บทคัดย่อ

นิวแคลิโดเนีย : ทางสองแพร่งระหว่างความเป็นอิสระและภายใต้อารักขาของประเทศฝรั่งเศส

บทความนี้กล่าวถึงประวัติศาสตร์และการจัดตั้งสถาบันการเมืองการปกครองของดินแดนนิวแคลิโดเนีย หรือ “นูแวล-กาเลดอนี (Nouvelle-Calédonie)” ในภาษาฝรั่งเศส ซึ่งถูกผนวกรวมเป็นหนึ่งในดินแดนโพ้นทะเลรูปแบบพิเศษ (la Collectivité sui generis) ภายใต้การดูแลของประเทศฝรั่งเศสนับตั้งแต่ปี ค.ศ. ๑๘๕๓ มีที่ตั้งอยู่ในมหาสมุทรแปซิฟิคทางทิศตะวันตกเฉียงใต้ ใกล้กับออสเตรเลีย มีประชากรกว่าร้อยละ ๔๕ เป็นชนพื้นเมืองชาวคานัก (Kanak) นอกจากนั้นเป็นชนชาติฝรั่งเศสและชนชาติอื่น ๆ ทั้งหลายในโลก

ดินแดนนิวแคลิโดเนียปรากฏในเชิงบริบทกฎหมายจากคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ในปี ค.ศ. ๑๙๙๘ คดี L’accord de Nouméa อันส่งผลต่อมาให้มีการจัดทำประชามติและนำไปสู่การแก้ไขรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส ความดังกล่าวส่งผลให้มีการกล่าวถึงดินแดนนิวแคลิโดเนียไว้ในมาตรา ๗๖ และ ๗๗ ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน และต่อมามีการตรารัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ ๑๙ มีนาคม ค.ศ. ๑๙๙๙ วางหลักเป็นการเพิ่มเติมในเรื่องนี้กับทั้งยืนยันสถานะของนิวแคลิโดเนียว่าเป็นดินแดนโพ้นทะเลรูปแบบพิเศษของประเทศฝรั่งเศส

ในปี ค.ศ. ๒๐๑๘ สถานะของดินแดนนิวแคลิโดเนียได้รับการกล่าวถึงอีกครั้งหนึ่งจากการลงประชามติเพื่อแยกเป็นอิสระจากการอยู่ภายใต้อารักขาของประเทศฝรั่งเศส ซึ่งผลการลงประชามติไม่ได้เป็นเอกฉันท์ไม่ว่าจะเป็นการเป็นอิสระหรือการยังคงอยู่ภายใต้อารักขาของประเทศฝรั่งเศส แต่การลงประชามติในครั้งนี้นำไปสู่การทบทวนระบบการเมืองการปกครองตลอดจนความเป็นเอกเทศ (l’autonomie) ของดินแดนนิวแคลิโดเนียหากเทียบกับรัฐอื่นในอารักขาของประเทศฝรั่งเศส ซึ่ง ศ. (เกียรติคุณ) Guy DROUOT ได้นำเสนอข้อพิจารณา ๓ ประการ กล่าวคือ *ประการที่หนึ่ง* ความเป็นเอกเทศในบริบททางการเมือง โดยกล่าวถึงระบบการเมืองการปกครองที่แตกต่างไปจากดินแดนรัฐหรือประเทศอื่น เช่น การมีสภาคองเกรสในฐานะฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศ ซึ่งเข้าสู่ตำแหน่งโดยการเลือกตั้งทางอ้อมจากประชาชน หรือการมีวุฒิสภาชนพื้นเมือง (le sénat coutumière) อันประกอบไปด้วยตัวแทนจากชนพื้นเมืองชาวคานัก จำนวน ๑๖ คน หรือการที่ยังมีข้าราชการระดับสูงของประเทศฝรั่งเศสซึ่งปฏิบัติหน้าที่ในทำนองเดียวกับผู้ว่าราชการจังหวัด (le préfet) *ประการที่สอง* อำนาจอธิปไตยที่แบ่งสรรกับประเทศฝรั่งเศส ดังที่พบว่าในประเทศฝรั่งเศสยังคงมีอำนาจควบคุมกิจการทั้งหลายที่เกี่ยวกับการบังคับใช้กฎหมาย การยุติธรรม การต่างประเทศ การรักษาความสงบและการเงิน ในขณะที่ดินแดนนิวแคลิโดเนียมีอิสระในการจัดเก็บภาษีอากร การวางกฎเกณฑ์เกี่ยวกับการทำงาน การรวมกลุ่มสหภาพ การสาธารณสุข การศุลกากร ฯลฯ อีกทั้งยังมีอำนาจตัดสินใจเข้าร่วมกับสถาบันการเมืองการปกครองระหว่างประเทศบางแห่ง เช่น ยูเนสโก สหประชาชาติ หรือองค์กรแปซิฟิค และ*ประการที่สาม* บทบาทของดินแดนนิวแคลิโดเนียในคาบสมุทรอินโด-แปซิฟิค โดยได้ยกตัวอย่างการให้ความสนใจกับข้อตกลงทวิภาคหลายฉบับตลอดจนการให้ความสนใจของประเทศฝรั่งเศสที่มีต่อประชาคมอาเซียน รวมทั้งการเปิดโอกาสให้ประเทศจีนเข้ามามีบทบาทในการลงทุนสร้างสิ่งสาธารณูปโภคทั้งหลาย เช่น ทางวิ่งเครื่องบิน ท่าเรือน้ำลึก

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์

LA NOUVELLE-CALÉDONIE À LA CROISÉE DES CHEMINS INSTITUTIONNELS

Guy DROUOT
Professeur honoraire des universités
Institut d'études politiques d'Aix-en-Provence

ขอขอบคุณรองประธานศาลปกครองสูงสุด วิษณุ วรัญญู ที่ได้เชิญให้ผมร่วมเขียนบทความ
เพื่อตีพิมพ์ในหนังสือที่ระลึกในวาระที่ท่านประธานศาลปกครองสูงสุด ชาญชัย แสวงศักดิ์
พ้นจากตำแหน่งเนื่องจากเกษียณอายุราชการ ซึ่งผมยินดีตอบรับโดยรู้สึกเป็นเกียรติอย่างสูง.

JJe remercie vivement mon ami le vice-président Vishnu VARUNYOU d'avoir bien voulu solliciter ma contribution à l'hommage rendu à M. Charnchai SAWANGSAGDI, Président de la Cour administrative suprême de Thaïlande, au moment où celui-ci va quitter le siège de la rue Chaeng Watthana pour une retraite bien méritée. Je ressens avec beaucoup d'honneur cette sollicitation.

La Nouvelle-Calédonie. Source : cartograf.fr

Repères géographiques et historiques. La Nouvelle-Calédonie, chef-lieu Nouméa, se trouve à 18.000 kilomètres de la Seine, mais seulement à 8219 kilomètres de la Chao Phraya. Elle est découverte en 1774 par le navigateur Thomas Cook. Comme le relief montagneux de l'île lui rappelle son Écosse natale, il décide de l'appeler *New-Caledonia*, du nom que les Romains avaient donné à l'Écosse, *Calædonia*. L'archipel est formé par la Grande Terre, les îles Loyauté (Maré, Tiga, Lifou, Ouvéa, Beautemps-Beaupré), l'île des Pins, les îles Belep, l'atoll Huon et l'ile Surprise (récif d'Entrecasteaux), les îles Chesterfield et les récifs Bellone, l'île Walpole, le récif de l'Astrolabe, les îles Matthew et Fearn ou Hunter, ainsi que les îlots proches du littoral. Les premiers missionnaires maristes débarquent à l'île des Pins en 1843 pour évangéliser les tribus autochtones. Sur ordre de Napoléon III, le contre-amiral Auguste Febvrier-Despointes prend officiellement possession de l'archipel le 24 septembre 1853. Sa mission consiste à créer une colonie pénitentiaire. Des condamnés de droit commun (dits *transportés*), mais aussi des condamnés politiques (dits *déportés* tels les Communards de 1870, les rebelles Kabyles *Mokrani* de 1871) y purgent leur peine. Leurs descendants, ainsi que ceux des colons libres arrivés à partir de 1895, seront surnommés *Caldoches*. Le peuple premier *Kanak*[1], qui avait été placé sous le statut inférieur de l'indigénat en 1855 (sans aucun droit civil ni civique), acquiert la pleine citoyenneté en mai 1946. Entre temps, le boom du nickel attire les travailleurs d'Asie : Vietnamiens, Javanais, Chinois, Japonais, Thaïlandais... Les *Zoreilles*, Français venus de la métropole, les Wallisiens, Vanuatais venus des îles proches, viennent grossir les rangs des non-natifs[2]. Au recensement de 2019, le territoire comptait 271.407 habitants, dont seulement 41,2 % de Kanak. « Malgré leur statut de minorité démographique, [les Kanak] ont revendiqué l'indépendance *kanak et socialiste* et la création de l'État de *Kanaky* »[3]. La Nouvelle-Calédonie fait partie intégrante de la République française depuis 1854. La phase de colonisation s'étend de 1853 à 1944. Après la deuxième guerre mondiale, le territoire est doté du statut de territoire d'outre-mer. Ce statut va évoluer significativement vers davantage d'autonomie[4].

---

[1] *Kanak,* mot invariable en genre et en nombre, vient de l'hawaïen *Kanaka* signifiant être humain, désigne le peuple premier.

[2] Catherine LAURENT, *Calédoniens, lignes de vie d'un peuple*, édit. Atelier Henri Dougier, 2017, 144 p.

[3] Benoît TRÉPIED, « Recherche et décolonisation en Nouvelle-Calédonie contemporaine : lectures croisées », *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, 2011/1 (n° 24), pp. 159-187.

[4] Notamment à partir du décret n° 57-811 du 22 juillet 1957 pris en application de loi n° 56-619 du 23 juin 1956 dite *Loi-cadre Defferre*.

L'évolution politique récente. Cette évolution a été marquée par les événements, parfois tragiques, qui ont jalonné la vie politique et opposé les indépendantistes aux loyalistes partisans du maintien dans la France. À partir de 1984, les incidents se produisent entre les milices armées des deux camps. Un premier référendum d'autodétermination est organisé le 13 septembre 1987. Les indépendantistes, menés par Jean-Marie Tjibaou, leader charismatique du Front de libération kanak socialiste (FLNKS), boycottent la consultation. Le NON à l'indépendance l'emporte à 98 %, avec une participation de 59,10 % des inscrits. En mai 1988, le drame de la grotte de Gossanah à Ouvéa (22 gendarmes et un magistrat pris en otages par des militants FLNKS) aboutit à la signature des *accords de Matignon* le 26 juin 1988 et *d'Oudinot* le 20 août 1988 qui permettent le retour à la paix civile et prévoient une période de transition de dix ans devant aboutir à un deuxième référendum d'autodétermination. À partir de là s'ouvre une ère de paix[5]. L'*accord de Nouméa* du 5 mai 1998[6], approuvé par le référendum du 8 novembre 1998, est suivi d'une révision de la Constitution française. Le statut de la Nouvelle-Calédonie fait l'objet du titre XIII de la Constitution (art. 76 et 77). Les modalités de transfert de compétences de l'État aux institutions calédoniennes, les règles d'organisation et de fonctionnement de ces institutions ainsi que celles relatives à la citoyenneté, au régime électoral, à l'emploi et au statut civil coutumier sont renvoyées à une loi organique. La loi organique n°99-209 du 19 mars 1999 consacre la spécificité de ce territoire d'outre-mer en le dotant d'un statut *sui generis*. Trois référendums sont organisés en application de l'accord de Nouméa.

Le premier se tient le 4 novembre 2018. La question posée aux électeurs est : « *Voulez-vous que la Nouvelle-Calédonie accède à la pleine souveraineté et devienne indépendante ?* ». Elle fait l'objet d'un vif débat entre indépendantistes et loyalistes concernant les expressions « *pleine souveraineté* » et « *indépendante* », car chaque camp les interprète à sa façon. Le NON l'emporte à 56,7 % des suffrages. Le deuxième référendum a lieu le 4 octobre 2020, le NON gagne à 53,26 %, mais le OUI enregistre une légère progression, l'écart de voix entre les deux passant de 18.000 en 2018 à moins de 10.000 en 2020. Le troisième référendum, organisé le 12 décembre 2021, aboutit à une écrasante victoire du NON (96,5 %), mais ce résultat doit être tempéré par le fait que le FLNKS avait appelé au boycott du scrutin, l'abstention s'est élevée à 56,13 %. Les indépendantistes réclament

[5] Jean-Marc REGNAULT, Viviane FAYAUD, *La Nouvelle-Calédonie : vingt années de concorde (1988-2008)*, Société française d'histoire des outre-mers, 2009.

[6] Valérie GOESEL-LE BIHAN, « La Nouvelle-Calédonie et l'accord de Nouméa, un processus inédit de décolonisation », *Annuaire français de droit international*, 1998, vol. 44, pp. 24-75.

une quatrième consultation. Les loyalistes s'y opposent car ils estiment que ce serait « *un référendum binaire* » (OUI/NON) trop réducteur. Ils souhaitent négocier un nouvel accord afin de jeter les bases des nouvelles institutions dans le cadre du maintien dans la République française. Ils rejettent tant l'idée d'indépendance pure que celle d'indépendance-association. Certains auteurs militent à juste titre en faveur d'une solution fédérale, la seule à leurs yeux susceptible de concilier les intérêts de chaque partie[7]. Quoi qu'il en soit, la cohabitation demeure fragile[8].

Depuis 1999, la Nouvelle-Calédonie bénéficie d'une autonomie très avancée, avec une vie politique et des institutions qui lui sont propres (I). Ne possédant pas les attributs de la pleine souveraineté, elle n'en jouit pas moins, conjointement avec l'État français, d'une souveraineté partagée (II). Insérée dans un environnement géopolitique sensible de la zone Pacifique, elle prend une part de plus en plus active aux initiatives dans cette région (III).

I- Une autonomie politique avancée.

L'accord de Nouméa de 1998, ainsi que la loi organique du 19 mars 1999 mettent en place d'une part les institutions politiques calédoniennes, d'autre part des organes administratifs représentant l'État français.

• Les institutions politiques calédoniennes.

En vertu de la révision constitutionnelle de 1998, la Nouvelle-Calédonie échappe au statut général des collectivités territoriales défini par le titre XII de la Constitution. De ce fait, On ne peut plus soutenir que la Nouvelle-Calédonie est une colonie. Elle est une « *collectivité d'outre-mer* » dotée d'institutions politiques fonctionnant sur le modèle du régime parlementaire avec séparation souple des pouvoirs. Ces institutions sont le congrès, le gouvernement, le sénat coutumier et les conseils coutumiers, le conseil économique, social et environnemental, les assemblées de province, les conseils municipaux.

[7] Florence FABERON, « Le fédéralisme, solution française de décolonisation : le cas de la Nouvelle-Calédonie », *Revue française de droit constitutionnel*, 2015/1, n° 101, pp. 53-72. Florence et Jean-Yves FABERON, « Les fédéralismes et la Nouvelle-Calédonie », *Outremers 360°,* septembre 2020, Frédéric ANGLEVIEL, « Le chemin fédéral de la Nouvelle-Calédonie » et Pierre BRETEGNIER, « Manifeste pour une solution de conciliation entre les indépendantistes et les loyalistes : le fédéralisme », *in* Florence et Jean-Yves FABERON (dir.), *Les fédéralismes,* édit. Recherches sur la cohésion sociale, Clermont-Ferrand, 2020, pp. 413-420.

[8] Ismet KURTOVITCH, Jean-Marc REGNAULT, « Nouvelle-Calédonie, 150 ans de cohabitation fragile », *Revue Hermès*, 2002/1, n° 32-33, pp. 163-170.

- *Le congrès de la Nouvelle-Calédonie* est le parlement du territoire, élu pour cinq ans au suffrage indirect[9], formé par la réunion d'une partie des membres des trois assemblées de provinces soit 54 membres au total. Le congrès issu des élections provinciales du 12 mai 2019 compte 28 loyalistes et 26 indépendantistes dont le président. L'initiative législative appartient concurremment au congrès et au gouvernement. Le congrès vote les *lois du pays*, qui ont une nature hybride, à la fois actes administratifs et actes législatifs. La loi organique du 19 mars 1999 précise les domaines dans lesquels peuvent porter les lois du pays. On y retrouve les matières législatives définies par l'article 34 de la Constitution française. Le congrès vote le budget de la Nouvelle-Calédonie et en approuve les comptes. Du fait de leur nature hybride, le contrôle des lois du pays échappe au juge administratif et échoit au Conseil constitutionnel sur saisine du haut-commissaire, du président du congrès, du gouvernement, du président d'une assemblée de province ou dix-huit membres du congrès (art. 104, LO du 19 mars 1999). Le congrès détient par ailleurs un pouvoir consultatif : il donne des avis sur les projets de texte soumis par le gouvernement, sur tout projet ou proposition soumis par le haut-commissaire de la République ou l'Assemblée nationale française. Il est consulté sur les projets de loi autorisant la ratification ou l'approbation des traités ou accords qui ressortissent à la compétence de l'État et ont vocation à s'appliquer en Nouvelle-Calédonie. Il est consulté sur les projets et propositions d'actes de l'Union européenne relatifs à l'association des pays et territoires d'outre-mer à l'UE (art. 89, LO du 19 mars 1999). Le congrès a signé en 2012 une convention de partenariat avec l'Assemblée nationale française, en 2014 avec le Sénat et le Conseil d'État et en 2019 avec l'assemblée de Corse.

- Le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie est élu par le congrès parmi ses membres pour un mandat de 5 ans, c'est l'exécutif de la Nouvelle-Calédonie. À sa tête, le président du gouvernement représente la Nouvelle-Calédonie. Il dirige l'administration et nomme aux emplois de la fonction publique calédonienne. Le 17ème gouvernement, actuellement en fonction, élu le 17 février 2021, est présidé par un indépendantiste et comprend 11 membres, dont 6 indépendantistes et 5 loyalistes. Le gouvernement est politiquement responsable devant le congrès qui peut le renverser par le vote d'une

[9] Il existe trois listes électorales : la *liste générale* (LEG) pour les élections nationales (municipales, législatives, présidentielle et européennes), la *liste spéciale provinciale* (LESP) pour les élections aux assemblées de provinces, la *liste spéciale pour la Consultation* (LESC) pour les référendums sur l'accession de la Nouvelle-Calédonie à la pleine souveraineté. (Loi organique modifiée n° 99-209 du 19 mars 1999, art. 188).

motion de censure à la majorité absolue de ses membres (art. 95, LO du 19 mars 1999), la procédure s'inspire de celle de l'article 49 al. 2 de la constitution française. Dans les faits, la démission collective du gouvernement calédonien a été parfois utilisée comme substitut à la motion de censure. Le gouvernement est à la tête d'une trentaine de directions administratives, ainsi que d'une dizaine d'établissements publics correspondant aux matières relevant du champ de compétences du territoire10.

- Le sénat coutumier. En tant que représentant du monde kanak dans ses diverses dimensions, il est le gardien et le défenseur de l'identité kanak. Il est composé de 16 sénateurs, à raison de deux pour chacune des huit aires coutumières de la Nouvelle-Calédonie. Son avis est obligatoire sur tout projet de loi de pays et délibération relatifs à l'identité kanak, au statut civil coutumier, terres coutumières, etc. Il peut être consulté sur tous les sujets concernant l'avenir du pays, tout autre projet ou proposition que ce soit par le gouvernement, le congrès, les assemblées de province ou par le haut-commissaire. Le sénat est secondé par huit conseils coutumiers correspondant aux huit aires coutumières définies par les accords de Matignon de 1988.

- Le conseil économique, social et environnemental (CESE). Composé de 41 membres issus du tissu économique et social, il détient un pouvoir consultatif sur les projets et propositions de loi du pays et de délibération du congrès à caractère économique et social. En outre, les assemblées de province, le sénat coutumier ou le gouvernement peuvent également le consulter. De sa propre initiative, le CESE réalise des études sur des sujets concernant le développement de la Nouvelle-Calédonie.

- Les assemblées de province. Le territoire est partagé en trois provinces Nord, Sud et îles Loyauté, semi-autonomes en vertu des accords de Paris de 1988 : chaque province est représentée par une assemblées élue pour une durée de cinq ans. Ces assemblées désignent leurs représentants pour siéger au congrès. Le nombre de conseillers d'une province est proportionnel à son poids démographique. La province Sud plus peuplée totalise 40 sièges. La province Nord dispose de 22 sièges et la province des îles Loyauté de 14. L'assemblée de la province Sud est à majorité loyaliste, alors que celles de la province Nord et des îles Loyauté sont à majorité indépendantiste. Les provinces et les communes de la Nouvelle-Calédonie sont des collectivités territoriales de la République française.

[10] Affaires maritimes, transport aérien, poste et télécommunications, industrie, mines et énergie, patrimoine, affaires sanitaires et sociales, agriculture, condition féminine, enseignement primaire, secondaire et agricole, jeunesse et sports, culture, identité kanak, coopération régionale, etc.

- Les conseils municipaux. Le territoire compte 33 communes, bénéficiant du principe de libre administration, dirigées par un conseil municipal élu au suffrage universel direct, à la tête duquel se trouve le maire et les adjoints. Le régime des communes calédoniennes ainsi que leurs compétences, obéissent au régime de droit commun du code général des collectivités territoriales français.

La Nouvelle-Calédonie est représentée au Parlement français par deux députés (les derniers ont été élus lors des législatives de juin 2022) et deux sénateurs (élus en 2017).

• Les organes administratifs représentant l'État français.

- *Le haut-commissaire de la République* représente le gouvernement français. Le décret n° 2007-423 du 23 mars 2007 relatif aux pouvoirs du haut-commissaire de la République, à l'organisation et à l'action des services de l'État en Nouvelle-Calédonie[11], définit ses attributions en tant que dépositaire de l'autorité de l'État. Aux termes de l'article 1er de ce décret, le haut-commissaire a la charge des intérêts nationaux et du respect des lois. Il représente le Premier ministre français et chacun des ministres. Il veille à l'exécution des règlements et des décisions gouvernementales. Il promulgue les lois du pays par arrêté. Il dirige, sous l'autorité des ministres et dans les conditions définies par le décret, les services déconcentrés des administrations civiles de l'État en Nouvelle-Calédonie. Il a la charge de l'ordre public, de la sécurité et de la protection des populations. L'article 2 du décret précise que le haut-commissaire détermine les orientations nécessaires à la mise en œuvre des politiques nationales et communautaires de sa compétence. En matière de défense, il est informé des programmes d'équipement et des investissements arrêtés en Nouvelle-Calédonie par le ministre de la Défense. À cette fin, l'officier général commandant supérieur des forces armées en Nouvelle-Calédonie est son correspondant direct. En matière économique, le haut-commissaire dispose de pouvoirs de décision et de contrôle sur les investissements réalisés par l'État. Il est responsable de la gestion du patrimoine immobilier et des matériels des services placés sous son autorité. En matière budgétaire, il est l'ordonnateur secondaire des services déconcentrés des administrations civiles de l'État et donne son avis sur les projets de budget de ces services.

[11] Décret pris en application de la LO n° 99-209 du 19 mars 1999 modifiée relative à la Nouvelle-Calédonie, et de la LO n° 2001-692 du 1er août 2001 relative aux lois de finances, notamment ses art. 7 et 51.

Dans l'exercice de ses missions le haut-commissaire est assisté par le *comité de l'administration de l'État*. Ce comité, qui détient un rôle important en matière économique, est composé des hauts fonctionnaires et chefs des services déconcentrés des administrations civiles de l'État en Nouvelle-Calédonie. Le haut-commissaire peut proposer aux chefs de juridiction ainsi qu'au commandant des forces armées en Nouvelle-Calédonie d'assister aux travaux du comité et inviter toute personne qualifiée à être entendue. Le haut-commissaire est représenté dans chaque province par un commissaire-délégué.

Le haut-commissaire peut être consulté sur les modalités de mise en œuvre territoriale des programmes définis au deuxième alinéa de l'article 7 de la loi organique du 1er août 2001 ; les conditions d'organisation et de fonctionnement des services de l'État en Nouvelle-Calédonie en vue de l'harmonisation de la gestion des moyens ou de la mise en œuvre d'actions communes ; la préparation et l'exécution des conventions liant l'État et la Nouvelle-Calédonie, les provinces ou les communes ainsi que la préparation et l'exécution des programmes nationaux ou communautaires concernant la Nouvelle-Calédonie.

- *Les services administratifs déconcentrés de l'État*. Ils couvrent tous les domaines de l'action administrative. Les services de sécurité avec la direction territoriale de la police nationale, la police aux frontières, la direction de la gendarmerie, l'état-major interministériel de la zone de défense et de sécurité. Les services des finances avec la direction des finances publiques, la direction régionale des douanes et la chambre territoriale des comptes. L'économie, l'emploi et la formation avec l'institut d'émission de l'outre-mer (IEOM), l'agence française de développement (AFD). La justice, compétence régalienne, est rendue par les juridictions judiciaire et administrative. L'environnement, l'agriculture, les mines, l'énergie sont représentés par l'agence de développement et de maîtrise de l'énergie (ADEME), l'agence de développement rural et d'aménagement foncier (ADRAF), la direction de l'agriculture, des forêts et de l'environnement (DAFE), la direction de l'industrie, des mines et de l'énergie (DIMENC). L'enseignement, l'éducation, la jeunesse et les sports sont placés sous la responsabilité du vice-recteur de l'académie de la Nouvelle-Calédonie. L'enseignement supérieur est assuré par l'université de la Nouvelle-Calédonie (UNC). En matière de télécommunications, l'attribution des fréquences hertziennes relève de l'Agence nationale des fréquences (ANFR). L'espace aérien est géré par la direction de l'aviation civile (DAC), l'espace maritime par le service de l'action de l'État en mer. S'agissant des relations internationales, les consulats généraux sont accrédités auprès du ministère français

des Affaires étrangères, via le haut-commissaire : consulats généraux ou honoraires de Belgique, d'Allemagne, d'Italie, du Japon, de la Suisse, des Pays-Bas, de l'Indonésie et du Vietnam. La Thaïlande n'est pas encore représentée.

- *Les forces armées de la Nouvelle-Calédonie (FANC)*. Constituées des trois armes (terre, air, mer), les FANC sont, avec les forces stationnées en Polynésie (FAPF), l'expression de la présence militaire française dans le Pacifique et représentent une capacité d'intervention régionale. À ce titre, elles assurent avant tout une mission de défense : la protection du territoire national, de ses ressortissants et de la zone économique exclusive (ZEE) française et contribuent à la préservation des intérêts de la France en Océanie. Dans le cadre de la stratégie de défense en Indopacifique, la France contribue à la sécurité et à la stabilité régionale et internationale. Les FANC accomplissent également des missions humanitaires. L'assistance aux populations civiles est un volet important de leur action (ravitaillement, secours et évacuations en cas de catastrophe). Dans le contexte de la pandémie du Covid-19, Les FANC ont effectué de nombreuses évacuations sanitaires d'urgence aéroportées, pour épauler les moyens civils, y compris à partir des îles non-françaises. Elles sont intervenues auprès de la population des îles Tonga, après l'éruption du volcan *Hunga Tonga-Hunga Ha'apai* en janvier 2022.

L'autonomie interne avancée dont bénéficie la Nouvelle-Calédonie est renforcée par le partage de souveraineté qui lui échoit en vertu de la loi organique du 19 mars 1999.

II- La souveraineté partagée[12].

La Nouvelle-Calédonie fait partie des territoires non-autonomes énumérés au chapitre XI de la Charte des Nations-Unies. La résolution 41/41A du 2 décembre 1986 de l'assemblée générale de l'ONU, proclame « *le droit inaliénable du peuple de la Nouvelle-Calédonie à l'autodétermination et à l'indépendance* ». La France s'est longtemps opposée au comité de décolonisation et à l'assemblée générale sur le sujet calédonien, arguant que la Nouvelle-Calédonie ne constituait pas un territoire non-autonome au sens de l'article 73

[12] Jean-Yves FABERON, « La Nouvelle-Calédonie, pays à souveraineté partagée », *Revue du droit public*, 1998, p. 645., Jean-Yves FABERON, Guy AGNIEL, *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, La Documentation française, 2000, 463 p., Xavier MAGNON, « La Nouvelle-Calédonie, un pays à souveraineté partagée ? », in *Le statut d'autonomie régionale en droit comparé*, Actes des journées d'études du REMALD, Rabat, 2009, pp. 135-149.

de la Charte[13]. Elle a changé sa position après la signature de l'accord de Nouméa de 1998. Le point 3.2.1 de cet accord prévoit explicitement que « *le cheminement vers l'émancipation sera porté à la connaissance de l'ONU* ». Chaque année, la France fournit un rapport sur la mise en œuvre du processus de décolonisation avant l'adoption de la résolution sur la Nouvelle-Calédonie par l'Assemblée générale en fin d'année. La Nouvelle-Calédonie bénéficie d'un partage de souveraineté et d'une large autonomie. L'article 21 de la loi organique du 19 mars 1999 établit la liste des compétences de l'État français. L'article 22 contient la liste des compétences de la Nouvelle-Calédonie. L'article 26 règle la question du transfert des compétences du premier à la seconde. Tout litige portant sur la répartition des compétences entre l'État, la Nouvelle-Calédonie, les provinces ou les communes est examiné par le Conseil d'État qui doit être saisi sans délai. Cette répartition obéit à la règle selon laquelle la compétence de l'État français est l'exception et celle de la Nouvelle-Calédonie le principe.

• La compétence d'exception de l'État français.

L'État reste compétent dans les matières énumérées limitativement par l'article 21 de la loi organique de 1999. C'est le cas tout d'abord des matières régaliennes telles que la justice, la diplomatie, la défense, le maintien de l'ordre et la monnaie. Pour ce qui est de la justice, la juridiction de premier degré est le *tribunal de première instance* de Nouméa[14] statuant en matière civile, pénale et coutumière. Dans ce dernier cas le juge est assisté par des assesseurs coutumiers[15]. Le second degré de juridiction est représenté par la *cour d'appel* de Nouméa. S'agissant de l'ordre administratif, c'est le *tribunal administratif* de Nouméa, dont le ressort couvre la Nouvelle-Calédonie et l'archipel de Wallis et Futuna, qui est compétent. En l'absence de cour administrative d'appel sur le territoire, les recours contre les jugements du tribunal administratif sont portés devant la cour administrative d'appel de Paris. L'État est également compétent dans les domaines de la nationalité, des libertés publiques, du contrôle de l'immigration, du trésor, des changes, de la fonction publique de l'État, de l'enseignement supérieur et de la recherche, de la communication audiovisuelle, etc.

[13] Jean-Marc REGNAULT, « France et ONU : deux conceptions de la décolonisation des îles océaniennes peu conciliables et que le temps ne rapproche pas », *Revue Outre-Mers*, 2018/1 (n° 398-399), pp. 217-234.

[14] Ce tribunal dispose de sections détachées à Koné et Lifou.

[15] L'ordonnance n°82-877 du 15 octobre 1982 a créé les assesseurs coutumiers, juges non-professionnels, statuant aux côtés du magistrat professionnel dans les affaires relevant du statut civil coutumier kanak.

• La compétence de principe de la Nouvelle-Calédonie.

L'article 22 de la loi organique du 19 mars 1999 énumère les nombreuses matières relevant de la compétence de la Nouvelle-Calédonie : les impôts, droits et taxes perçus au profit du territoire, le droit du travail et le droit syndical, la protection sociale, l'hygiène publique, la santé, le droit civil coutumier[16], les douanes, les investissements directs étrangers, le commerce extérieur à l'exception des prohibitions à l'importation ou à l'exportation de produits spécifiques, les postes et télécommunications, la desserte maritime et aérienne, les droits sur la ZEE, les réseaux routiers et la circulation routière, la réglementation des professions libérales et commerciales, le droit des assurances, les commandes publiques, la procédure civile et l'aide juridictionnelle, la réglementation des poids et mesures, la concurrence et la consommation[17], la réglementation des prix et l'organisation des marchés, le droit de l'urbanisme, la réglementation phytosanitaire et zoosanitaire, les établissements publics, les hôpitaux, la production et le transport de l'énergie électrique, la météorologie, le droit domanial, le droit de la coopération et de la mutualité, le commerce de tabac, l'enseignement et l'éducation primaire et secondaire... Si la justice pénale relève de la compétence de l'État français, le congrès a le pouvoir d'assortir les infractions aux lois du pays et à ses règlements de peines d'amendes et, sous réserve d'une homologation de sa délibération par la loi, de peines d'emprisonnement, et prévoir des sanctions administratives en toutes matières (art. 86, LO du 19 mars 1999).

En matière diplomatique le point 3.2.1 de l'accord de Nouméa reconnaît certains droits à la Nouvelle-Calédonie : l'adhésion ou l'association à des organisations internationales en fonction de leurs statuts (organisations du Pacifique, ONU, UNESCO, OIT), la création de représentations dans des pays de la zone Pacifique et auprès de ces organisations et de l'Union européenne, la conclusion d'accords avec ces pays dans ses domaines de compétence, la participation à la renégociation de la décision d'association Europe-Outremers. Enfin, la France doit mettre en place une formation pour préparer des néo-calédoniens à l'exercice des responsabilités dans le domaine des relations internationales.

[16] Antoine LECA, *Précis de droit civil coutumier kanak*, Presses de l'université d'Aix-Marseille et Presses de l'université de la Nouvelle-Calédonie, 3ème édition, 2019, 245 p.

[17] La loi du pays du 24 avril 2014 crée l'*Autorité de la concurrence* de la Nouvelle-Calédonie, première autorité administrative indépendante du territoire, chargée de veiller au respect des dispositions du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, notamment celles intéressant le droit de la concurrence.

Le pays ne peut faire abstraction de sa situation dans le Pacifique-Sud, plus précisément dans l'espace indopacifique. Un facteur exogène qui pèse significativement sur son avenir institutionnel. Il convient, pour terminer cet exposé, de replacer la Nouvelle-Calédonie dans ce contexte.

III- La Nouvelle-Calédonie dans l'espace indopacifique.

L'espace indopacifique s'est trouvé en quelques années au centre d'enjeux géostratégiques majeurs pour les grandes puissances[18]. « *L'Indopacifique est un concept inventé par des analystes australiens et américains pour refléter l'interdépendance de l'Asie du Nord (Chine, Japon, Corées du Nord et du Sud, Russie), de l'Asie du Sud-Est (Philippines, Indonésie, Malaisie, Brunei, Vietnam, Laos, Cambodge, Thaïlande), de l'Asie du Sud (Inde, Pakistan, Bangladesh, Sri Lanka, Myanmar) et de l'Australasie (Australie, Nouvelle-Zélande, Papouasie Nouvelle-Guinée, Timor Oriental, archipels du Pacifique Sud)* »[19]. La France se trouve impliquée en raison des territoires qu'elle possède dans la région : la Polynésie française, Wallis et Futuna, la Nouvelle-Calédonie. Le Président de la République française l'a affirmé clairement : « *Pays de l'Indopacifique à part entière, la France veut également être une puissance stabilisatrice, qui porte les valeurs de liberté et de respect du droit* »[20]. Compte-tenu de la superficie du lagon calédonien, 24.000 km^2, le plus vaste du monde classé au patrimoine mondial de l'UNESCO, la zone économie exclusive (ZEE) est estimée à 11.250.000 km^2. Il en découle des enjeux stratégiques considérables en matière d'exploitation des ressources, d'exploration, de sécurité et de défense[21]. L'ancrage de la Nouvelle-Calédonie dans cet espace géopolitique se construit alors qu'émergent des rivalités entre les puissances riveraines.

• L'ancrage de la Nouvelle-Calédonie dans l'espace géopolitique indopacifique.

« *Le Pacifique insulaire comprend plus de 400 institutions régionales. Deux d'entre elles ont un impact majeur aux plans politique, économique et culturel : la Communauté du*

[18] Vaimiti GOIN, « L'espace indopacifique, un concept géopolitique à géométrie variable face aux rivalités de puissance », *Géoconfluences, ENS de Lyon, dossier Océans et mondialisation*, 2021.

[19] Alexandre SHELDON-DUPLAIX, « Les enjeux stratégiques de l'Indopacifique », *Stratégique*, 2018/3 (n° 120), pp. 145-149.

[20] Emmanuel MACRON, « La stratégie de la France dans l'Indopacifique », *ministère de l'Europe et des affaires étrangères*, février 2022.

[21] Jean-Philippe GIRAUD, « Zone économique exclusive française : 11 millions de km^2 pour quoi faire ? », *Geostrategia, Conservatoire national des Arts et Métiers, équipe sécurité et défense*, 2017.

Pacifique implantée à Nouméa et le Forum du Pacifique Sud basé à Suva (Fidji) »[22]. La Communauté du Pacifique, à vocation économique comprend 26 membres. Le Forum est à vocation politique et réserve son accès aux pays indépendants ou apparentés sur le plan constitutionnel. La Nouvelle-Calédonie est membre de ces deux organisations.

Le congrès de la Nouvelle-Calédonie a conclu des accords internationaux de partenariat avec le parlement de la République du Vanuatu (2003), avec le parlement de la République de Fidji (2019), avec la chambre des représentants de la Nouvelle-Zélande (2020), avec les assemblées des deux autres territoires français du Pacifique : Polynésie française (2016), Wallis et Futuna (2021), enfin avec le parlement de la fédération Wallonie-Bruxelles (2019) et le parlement de la Catalogne (2021). Le congrès est membre du mouvement *Fer de lance du Pacifique*, une alliance mélanésienne fortement politisée regroupant les îles Salomon, la Papouasie-Nouvelle-Guinée, le Vanuatu, Fidji, l'Indonésie et le FLNKS depuis 2012.

[22] Paul DE DECKKER, « Le Pacifique : à la recherche du développement dans un espace émietté », *Revue française d'administration publique*, 2002/1 (n° 101), pp. 157-168.

La Nouvelle-Calédonie dans l'espace indopacifique,
Source : ministère de l'Europe et des affaires étrangères, 2019.

Le congrès a également signé des conventions de partenariat avec des organisations internationales telles que le Programme des Nations-Unies pour le développement (PNUD), l'Union internationale parlementaire (UIP), l'Organisation internationale de la francophonie (OIF) en tant que membre associé depuis 2016, l'Assemblée parlementaire de la francophonie (APF), en 2018.

Depuis quelques années, la France tourne résolument ses regards vers l'ASEAN. Entre 2015 et 2020, l'agence française du développement (AFD) a réalisé 170 projets dans la région pour un engagement total de 3,7 milliards d'euros. Depuis le 4 mars 2021, la France est *partenaire de développement* et a nommé un gestionnaire de projets de développement auprès du Secrétariat de l'ASEAN. À ce titre, elle participe aux programmes de développement durable incluant la santé, la gestion de l'eau, ou l'environnement. Elle s'intéresse au partenariat *Regional Comprehensive Economic Partnership* (RCEP), qui est entré en vigueur le 1er janvier 2022. Elle est associée à des programmes comme l'*Asean Comprehensive Recovery Framework* (ACRF), ou l'*Initiative pour l'intégration de l'Asean* (IAI).

- L'émergence des rivalités entre les puissances riveraines.

Plusieurs États peuvent être considérés comme rivaux dans la zone indopacifique. En premier lieu la République populaire de Chine dont l'intérêt pour les mers du sud ne s'est pas démenti au cours de la dernière décennie : construction de ports en eau profonde, de pistes d'atterrissage, renforcement des capacités militaires avec le lancement d'un porte-aéronefs[23], appétance pour les matières premières telles que le nickel, les terres rares, les nodules polymétalliques, les ressources halieutiques ou l'exploitation des hydrocarbures *off-shore,* diplomatie dite « *du chéquier* » auprès de micro-États insulaires[24]... « *Pour les États-Unis (et leur allié britannique), l'intérêt de l'approche indopacifique est de fédérer autour d'eux une alliance pour s'opposer, économiquement, politiquement et militairement, à la puissance chinoise* »[25]. Les États-Unis justifient leur présence depuis

[23] La Chine a lancé en juin 2022 son troisième porte-aéronefs, le *Fujian.*

[24] Éric SAUTEDÉ, « La Chine dans le Pacifique Sud : tropisme, défiance et normalisation », *Revue Hermès*, 2013/1 (n° 65), pp. 68-71.

[25] Vaimiti GOIN, « L'espace indopacifique, un concept géopolitique à géométrie variable face aux rivalités de puissance », article précité.

plus de deux siècles dans la région : « *The past, present, and future of the United States are interwoven with the Indopacific. Our engagement in the Indopacific dates back more than two centuries, based on the pursuit of the shared prosperity that comes from fair and reciprocal trade, commerce, and freedom of navigation* »[26].

Outre le Royaume-Uni, les États-Unis peuvent compter sur l'Australie et la Nouvelle-Zélande. L'affaire dite « *des sous-marins* »[27], à l'origine de la crise diplomatique entre Paris et Canberra en 2021, au-delà entre Paris et l'axe AUKUS[28], est un signe de l'engagement des pays anglo-saxons dans la zone, y compris au détriment d'un allié. Cette affaire est en voie d'apaisement depuis le changement de gouvernement à Canberra. L'Australie souhaite le maintien de la France en Océanie, dans la mesure où sa présence est un gage de stabilité. La coopération militaire entre la France, l'Australie et la Nouvelle-Zélande a d'ailleurs repris en mai 2022, à la faveur de l'exercice d'interopérabilité tactique conjoint *Tagata Toa* conduit sur la Grande Terre avec des unités des trois armées. Elle avait repris en février 2022 avec les États-Unis lors de l'exercice *Cope North* mené à Guam conjointement avec les forces américaines.

La Polynésie et la Nouvelle-Calédonie sont les principales têtes de pont de la France en Océanie. La Nouvelle-Calédonie occupe une position stratégique entre l'Australie, la Nouvelle-Zélande et l'arc mélanésien où la présence chinoise est forte. La stratégie française comporte deux volets, diplomatique et militaire. Sur le plan diplomatique, la France intensifie ses relations avec l'ASEAN et bilatéralement avec certains de ses États membres depuis 2010 : l'Indonésie, Singapour, le Cambodge, le Laos, la Thaïlande, le Vietnam, etc. Sur le plan militaire, la France a prévu de renforcer ses capacités aériennes et navales en Océanie d'ici 2025. Elle développe la coopération de défense et de sécurité avec ses partenaires de l'ASEAN, en particulier dans les domaines liés à la sécurité maritime. La France est candidate au statut d'observateur des groupes de travail de l'*Asean Defense Ministers Meeting* (ADMM), conférence annuelle des ministres de la défense de l'association, étendue dans la version *Plus* à leurs homologues australien, néo-zélandais, indien, japonais, coréen, américain, chinois et russe (la première réunion s'est tenue à Hanoï en octobre 2010 et la dernière, en novembre 2021, sous forme de visioconférence).

[26] *The Indopacific Strategy Report*, US Department of Defense, June 2019.

[27] La rupture unilatérale par l'Australie d'un contrat d'achat de sous-marins français a provoqué le rappel par Paris de ses ambassadeurs à Canberra et Washington.

[28] AUKUS ; Australia, United Kingdom, United States.

En conclusion...

Ces considérations ont une incidence directe sur la vie politique interne calédonienne. On peut dire que la Chine s'est invitée dans le débat pour ou contre l'indépendance. Les loyalistes craignent que celle-ci, avec le retrait de la France, laisse la voie libre aux ambitions chinoises ou autres, car la Nouvelle-Calédonie forme selon eux un maillon des visées chinoises sur les *nouvelles routes de la soie*. Les indépendantistes perçoivent au contraire la Chine comme un partenaire parmi d'autres et n'éprouvent aucune méfiance à son égard. Cependant il faut bien se garder de réduire les enjeux référendaires à cette question, même si elle pèse sur les débats relatifs à l'avenir institutionnel. Cet avenir dépend encore de très nombreux autres facteurs. Loyalistes et indépendantistes devront trouver un consensus pour construire le futur, quel qu'il soit. Le rapport de la mission d'information sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie lancée par la commission des lois du Sénat français est attendu pour la fin 2022.

La Nouvelle-Calédonie se trouve à la croisée des chemins institutionnels et, en attendant l'ouverture des pourparlers, le drapeau tricolore français et celui de la Kanaky flottent côte-à-côte au-dessus des bâtiments publics. Tout un symbole...

บทคัดย่อ

กระบวนการยุติธรรมภายใต้รัฐธรรมนูญของดินแดนมาเกร็บ: พัฒนาการทางกฎหมายรับรองสิทธิผู้พิพากษาตุลาการ อันส่งผลต่อการคุ้มครองสิทธิของประชาชน

ดินแดนมาเกร็บ (le Maghreb) หรืออัลมัฆริบ หรือสหรัฐอาหรับมาเกร็บอันเป็นชื่อตามข้อตกลงทางการค้าของประเทศในดินแดนแอฟริกาเหนือ อันได้แก่ ประเทศแอลจีเรีย ประเทศโมร็อกโก ประเทศตูนิเซีย ประเทศลิเบีย และประเทศมอริเตเนีย ซึ่งมีพัฒนาทางการเมืองการปกครองในทำนองเดียวกัน กล่าวคือ แม้จะมีการกล่าวถึงอำนาจตุลาการไว้อย่างชัดเจนในรัฐธรรมนูญก็ตาม แต่ในทางปฏิบัติกลับพบว่า การคุ้มครองสิทธิของประชาชนผ่านองค์กรดังกล่าวยังคงไม่ชัดเจน โดยมีเหตุผลทางประวัติศาสตร์จากการที่ประเทศในดินแดนเหล่านี้ผ่านวิกฤติการณ์ทางการเมืองมาอย่างยาวนานจนมาสู่การสถาปนาประชาธิปไตยครั้งใหม่ในช่วง ค.ศ. ๑๙๙๐ อันนำมาสู่นำแนวคิดพื้นฐานของสังคมประชาธิปไตย เช่น หลักนิติรัฐ (l'Etat de droit) หลักธรรมภิบาล (le bonne gouvernance) การให้ความสำคัญกับสิทธิขั้นพื้นฐาน การต่อต้านการคอร์รัปชัน การตรวจสอบทางการคลังที่มีประสิทธิภาพ มาปรับใช้ในการบริหารประเทศ ความดังกล่าวหมายความรวมถึงความพยายามในการปฏิรูปองค์กรตุลาการให้สอดคล้องกับหลักประชาธิปไตยและตอบสนองต่อการคุ้มครองสิทธิของประชาชนให้มากยิ่งขึ้น

ศ. กิตติคุณ André CABANIS ได้นำเสนอข้อเท็จจริงในมุมมองดังกล่าวดังที่ปรากฏในประเทศแอลจีเรีย ประเทศโมร็อกโก ประเทศตูนิเซีย ประเทศลิเบีย และประเทศมอริเตเนีย ผ่านการนำเสนอเนื้อหาสาระ ๒ ส่วน กล่าวคือ *ส่วนที่ ๑* กล่าวถึงเอกสิทธิ์ขององค์กรตุลาการอันเป็นธรรมเนียมที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญของทั้งห้าประเทศ โดยนำเสนอมุมมองผ่านข้อสังเกต ๓ ประการ คือ ๑.๑ การให้ความสำคัญกับอำนาจตุลาการ ซึ่งพบว่ามีการให้ความสำคัญเพิ่มขึ้นอย่างต่อเนื่อง ดังที่ปรากฏผ่านรัฐธรรมนูญของทุกประเทศ ยกเว้นเพียงประเทศลิเบียซึ่งอยู่ภายใต้แนวนโยบายของสมุดปกเขียวผ่านการปกครองของอดีตประธานาธิบดี Kadhafi จนถึง ค.ศ. ๒๕๑๕ ๑.๒ การเน้นย้ำความสำคัญของหลักความเป็นอิสระของผู้พิพากษาตุลาการ และ ๑.๓ บทบาทหน้าที่ของคณะกรรมการตุลาการ สำหรับ*ส่วนที่ ๒* นั้น ได้กล่าวถึงความคาดหวังของประชาชนที่มีต่อผู้พิพากษาตุลาการใน ๓ แง่มุม กล่าวคือ ๒.๑ การป้องกันการจับกุมและคุมขังโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายอันถือเป็นสิทธิที่มนุษยชาติให้ความสำคัญมาตั้งแต่สมัยกลางผ่านถ้อยคำที่ปรากฏในกฎบัตร Magna Carta ในปี ค.ศ. ๑๒๑๕ ๒.๒ การควบคุมตรวจสอบให้องค์กรตุลาการปฏิบัติหน้าที่อย่างมีประสิทธิภาพ และ ๒.๓ พัฒนาการเกี่ยวกับองค์ประกอบของคณะกรรมการตุลาการ

บทสรุปของบทความได้กล่าวถึง*อาหรับสปริง*ในฐานะเหตุการณ์สำคัญที่เกิดขึ้นและมีผลเป็นการผลักดันให้เกิดการปฏิรูปหลายประการในดินแดนมาเกร็บ ทั้งนี้ เหตุการณ์ดังกล่าวไม่ได้เป็นเพียงการแสดงความไม่พอใจหรือต่อต้านการเมืองการปกครองเท่านั้น แต่ยังเป็นการแสดงความคาดหวังว่าผู้พิพากษาตุลาการจะมีบทบาทเพิ่มขึ้นในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนอีกประการหนึ่งด้วย

La justice dans les constitutions du maghreb : l'evolution des droits des magistrats aux droits des justiciables

André Cabanis,
professeur émérite à l'Université Toulouse 1 Capitole

Le pouvoir judiciaire a longtemps fait figure de parent pauvre au sein des Constitutions, **à peu près** dans tous les pays du monde[1]. A côté de l'exécutif qui s'incarne dans la personne du chef de l'Etat et des ministres, **à côté** du législatif qui bénéficie de la légitimité que confère l'élection au suffrage universel direct, les juges font petite figure : **celle** d'agents publics guère différents des autres employés de la collectivité qu'elle soit nationale ou locale. Leurs statut autrefois très protecteur a perdu de sa spécificité. Les garanties dont ils bénéficiaient sont, à la fin du XIXe siècle, comparables à celles obtenues par la plupart des fonctionnaires. Les crises politiques sont souvent l'occasion de campagnes d'épuration. Les conditions de leur avancement les rendent vulnérables aux pressions de l'exécutif. Les tribunaux sont souvent considérés comme les soutiens de l'ordre en place plutôt que comme des contre-pouvoirs.

Au moment des indépendances, en Afrique, l'affirmation de l'autorité des juges se heurte à des théories politiques opposées mais qui se rejoignent dans leur médiocre considération à l'égard de la magistrature. Les régimes progressistes qui se sont imposés dans nombre de pays en développement considèrent avec méfiance des juges qu'ils accusent de valeurs conservatrices et qu'ils souhaitent mettre au service d'un programme socialiste fondé sur d'ambitieuses réformes politiques, **économiques et sociales.** A la même époque, de façon en quelque sorte symétrique, dans les démocraties libérales la classe politique a tendance à considérer que le troisième pouvoir n'est pas fondé à revendiquer la même légitimité démocratique qu'un exécutif et un législatif soumis au verdict des urnes, ce qui conduit à brandir le danger que constitue un gouvernement des juges et à justifier de les maintenir dans une position subordonnée.

La transition démocratique des années 1990 laisse espérer un retour en force de la notion d'Etat de droit sous le double parrainage de la démocratie et de la bonne gouvernance, ce qui fait penser que le pouvoir judiciaire va trouver toute sa place dans les Constitutions. Au cours des deux décennies suivantes, le magistrat est réhabilité non

seulement au nom de la défense des libertés et du respect des droits de l'homme mais également comme garant de la bonne application d'une *règle du jeu* **démocratique qui est censé**e orienter tous les comportements et délimiter pour chacun la frontière entre l'autorisé et l'interdit. Pendant un temps, on accorde au pouvoir judiciaire une fonction d'arbitrage entre des intérêts divergents, avec le souci de protéger le plus faible et le plus vulnérable.

Au lendemain de crises politiques majeures, on compte sur les magistrats pour contribuer à un processus de réconciliation nationale. De fait, ils jouent souvent ce rôle. Ils souhaitent étendre leur champ d'action. Ils développent une conception extensive de la responsabilité, y compris pénale, pour mieux protéger les victimes. Ils entendent se voir reconnaître une fonction plus offensive dans leur lutte contre la corruption et, d'une façon générale, contre toutes les pratiques financières qui leur paraissent irrégulières. Par une conséquence logique, la société se montre plus exigeante à l'égard de la justice : on la veut accessible à tous, rendue dans des délais raisonnables, reconnaissant le cas échéant ses fautes et accordant des compensations. Les lois fondamentales de chaque Etat reflètent évidemment ces nouvelles conceptions, notamment en Afrique[2]. Une étude portant sur plus d'un demi-siècle montre que, si elles reconnaissent de plus en plus clairement les prérogatives traditionnelles attachées à l'idée de troisième pouvoir (I), elles font également une place plus importante aux attentes des justiciables vis-à-vis de la magistrature (II).

I. L'affirmation des prérogatives traditionnelles du pouvoir judiciaire

L'affirmation de ces prérogatives traditionnelles se traduit par le nombre d'articles croissant qui traitent du pouvoir judiciaire (A)e ce qui permet la protection du principe de l'indépendance de la justice (B) et ce qu'accompagne une réforme du rôle des Conseils supérieurs de la magistrature (C).

A. La place de plus en plus importante accordée au pouvoir judiciaire

L'augmentation du nombre d'articles qui sont consacr**és** au troisième pouvoir ne constitue évidemment qu'un indice très approximatif du rôle qui lui est désormais reconnu.

[2] Quelques publications sur la justice en Afrique : G. Conac et J. du Bois de Gaudusson, *Les Cours suprêmes en Afrique*, 4 vol., Paris 1989-1990 ; E. Le Roy, *Les Africains et l'institution de la justice. Entre mimétismes et métissages*, Paris 2004 ; A. Cabanis et M. L. Martin, « Le juge dans le Constitutionnalisme africain post-transitionnel », *Mélanges offerts à la mémoire de Claude Olivesi. Insularité, institutions et politiques*, Ajaccio 2013, p. 277 à 297.

Elle est néanmoins révélatrice d'une évolution[3]. Ainsi, en Algérie, les articles consacrés au sujet modestement dénommé « la justice »[4] ne sont que trois dans la Constitution de 1963 ; ce chiffre bondit à 19 dans le chapitre consacré à « la fonction judiciaire » dans le texte de 1976 ; l'on passe à 20 dans le chapitre désormais voué au « pouvoir judiciaire » en 1989 ; cet intitulé est conservé en 1996 et l'on atteint cette fois 21 articles, nombre qui ne varie pas avec la révision de 2020. Au Maroc, on part de plus haut avec six articles dès 1962 dans un titre sur « De la justice ». Par la suite, rien ne change jusqu'à ce qu'en 2011 où un titre VII « Du pouvoir judiciaire » abrite rien moins que 22 articles.

En Mauritanie, en 1959, le titre VI « De la justice » compte trois articles ; en 1961, l'on passe à six ; en 1991, on retombe à cinq en y ajoutant les éléments d'un titre spécifique jusqu'alors intégré et portant sur la Haute Cour de justice, mais du moins avec l'apparition du terme de « pouvoir judiciaire » dans le libellé du titre. Enfin en Tunisie, la vieille Constitution de 1959, en vigueur jusqu'au printemps arabe, objet de douze révisions au cours de son plus d'un demi-siècle d'existence, ne connaît aucune modification de son chapitre IV, il est vrai dénommé dès l'origine « Le pouvoir judiciaire » : quatre articles très laconiques. Tout change en 2014 avec un opulent chapitre V de vingt-trois articles dédi**és au pouvoir judiciaire mais qui intègre, il est vrai, les sept articles destinés à décrire la Cour constitutionnelle.**

Cette inflation textuelle dont bénéficie le juge maghrébin ne doit pas tromper. Elle coïncide avec une volonté du constituant de se montrer de plus en plus abondant en tous domaines. Une étude plus large portant sur l'ensemble de ces Constitutions conduit à constater un quasi doublement de leur taille, depuis l'indépendance jusqu'à ce jour, avec un passage de 78 à 225 articles en Algérie, de 110 à 180 au Maroc, de 53 à 102 en Mauritanie, enfin de 64 à 148 en Tunisie. Si l'on veut se montrer complet et se faire une

[3] A noter qu'en France, le titre VIII « De l'autorité judiciaire » ne comprend que quatre article dont un article 66-1 sur l'interdiction de la peine de mort.

[4] Les Constitutionnalistes n'ont pas fini de gloser sur la signification d'un regroupement des dispositions spécifiquement consacrées au juge sous l'intitulé « justice », « autorité judiciaire » ou « pouvoir judiciaire », cette dernière dénomination faisant ostensiblement référence à la théorie de la séparation des pouvoirs de Montesquieu. S'il n'est pas sûr que l'évolution de l'intitulé (à l'origine toutes les Constitutions de Maghreb, sauf en Tunisie, parlent de « justice » purement et simplement ; actuellement toutes se réfèrent au « pouvoir » judiciaire) ait une réelle portée juridique, du moins cette transformation révèle-t-elle un état d'esprit tendant à reconnaître au juge un véritable *pouvoir*. La révision de 2020 en Algérie a remplacé l'intitulé du chap. 3 du titre 2 : « Du pouvoir judiciaire » par : « De la justice » qui désigne désormais le chap. 4 du titre 3 mais dont le premier article de ce chapitre est sans ambiguïté : « La justice est un pouvoir indépendant » (art. 163).

idée de la totalité des dispositions consacrées à la justice, il faut tenir compte du fait que nombre d'éléments figurent dans la déclaration des droits et de quelques précisions sur la répartition des pouvoirs entre exécutif et législatif.

Evidemment, dans ce panorama, il y a un absent : il s'agit de la Libye qui n'a pas encore intégré de Constitution dans son espace juridique. Le pays n'a connu qu'une Constitution, concomitante avec son accession à l'indépendance en 1951, révisée en 1962 et 1963 et finalement abrogée par le capitaine Kadhafi en 1969 au profit d'une « proclamation constitutionnelle ». Avec le titre de « guide de la Révolution », le nouveau leader présente son programme dans *Le livre vert* qu'il considère comme « la troisième théorie universelle »[5]. En 2011, les opposants à Kadhafi mettent en place un Conseil national de la Révolution. Après sa victoire, plusieurs institutions élues vont se succéder : en 2012 le Congrès général national, qui voit se dresser en face de lui en 2014 une Chambre des représentants, avant que le Forum de 2012 n'installe un conseil présidentiel et un nouveau gouvernement.

B*. La protection du principe de l'indépendance de la justice*

Dans la majorité des pays du Maghreb, l'indépendance des magistrats est proclamée dès la première Constitution, dans le premier ou dans le second article[6] du groupe des dispositions consacrées à la justice. Pour ce qui est de la Tunisie, cette indépendance est affirmée sans précision, donc *erga omnes* peut-on considérer, alors qu'au Maroc et en Mauritanie, elle est reconnue à l'encontre des pouvoirs exécutif et législatif, ce qui peut passer pour restrictif. Cette différence demeure jusqu'à nos jours avec, cependant, quelques adjonctions révélatrices de la volonté de préciser cette disposition. Elles tiennent surtout au souci de protéger le magistrat contre toutes les interventions –politiques mais

[5] Les deux autres théories universelles sont le capitalisme exploiteur et la communisme totalitaire. Dans le *Livre vert*, les mots de tribunal, juge, magistrat, juriste sont absents. Dans la septième section de la première partie, sur « La Loi de la société », il est indiqué que la loi ne peut être le résultat d'une décision d'un Parlement, d'une commission ou d'un homme : « La Loi véritable d'une société est la coutume (tradition) ou la religion » (p. 28). Bien sûr, il ne peut y avoir non plus de Constitution : leur diversité même montre leur non pertinence. Il ne peut y avoir non plus de codification rédigée par l'homme : « Les codes rédigés par l'homme et issus des Constitutions regorgent de sanctions matérielles alors que la loi coutumière en est à peu près dépourvue. La loi coutumière ne prévoit pas de sanctions matérielles mais des sanctions morales, seules dignes de l'homme. La religion absorbe et englobe la coutume. » (p. 31). La religion ne prononce de sanction qu'au jour du jugement dernier. Elle ne prévoit de sanction immédiate que lorsque c'est absolument nécessaire pour protéger la société.

[6] Art. 82 (Maroc - 1962), 43 (Mauritanie – 1959) et 65 (Tunisie – 1959).

également économiques et sociales- dont il pourrait faire l'objet. C'est sur cet aspect qu'apparaissent les principales innovations de ces dernières années, dans une perspective qui se veut réaliste, avec des procédures pour éloigner du juge toute tentative d'ingérence, non seulement de la part de l'entourage du chef de l'Etat, des membres du gouvernement ou du Parlement, voire des partis politiques à travers des promesses ou des menaces à propos de sa carrière, mais également en provenance des *lobbys*, des groupes de pression ou, plus généralement, des puissances économiques et financières.

C'est la Constitution mauritanienne qui y fait l'allusion la plus vague avec l'apparition, dans la Constitution de 1991, d'une mention laconique, selon laquelle « le juge n'obéit qu'à la loi »[7] ce qui peut se comprendre de multiples façons[8] et qui se retrouve dans la formule présente depuis 1959 en Tunisie où « le magistrat [auparavant « l'autorité judiciaire »] est indépendant. Il n'est soumis dans l'exercice de ses fonctions qu'à l'autorité de la loi »[9], complétée il est vrai en 2014 par l'indication que « Toute ingérence dans le fonctionnement de la justice est interdite »[10], ce qui peut viser bien des formes d'immixtions.

Ce sont les lois fondamentales marocaine et algérienne qui sont ici les plus explicites. Dans le royaume chérifien, « Est proscrite toute intervention dans les affaires soumises à la justice. Dans ses fonctions judiciaires, le juge ne saurait recevoir d'injonction ou instruction, ni être soumis à une quelconque pression »[11]. La Constitution algérienne de 1996 était la plus précise. Outre la référence au fait que le juge n'obéit qu'à la loi ce qui a été maintenu[12], il était indiqué que « Le juge est protégé contre toute forme de

---

[7] Art. 90 (Mauritanie - 1991).

[8] On songe à la formule de Montesquieu sur le juge « bouche de la loi » (*L'Esprit des lois,* livre 11, chap. 6). Certains en déduisent, en faveur du juge, le droit de *dire le droit*. Tel n'est pas le propos de Montesquieu : « Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur ». C'est exclure la fonction d'interprétation.

[9] Art. 65 (Tunisie - 1959) et 102 (*id*. - 2014).

[10] Art. 109 (Tunisie - 2014).

[11] Art.109 (Maroc - 2011).

[12] Art. 163 (Algérie - 2020). Il est vrai que la mention figure aussi au Maroc, de façon d'ailleurs un peu redondante : « Les magistrats du siège ne sont astreints qu'à la seule application de la loi. Les décisions de justice sont rendues sur le seul fondement de l'application impartiale de la loi » (art. 110 - Maroc - 2011). Cette accumulation d'exhortations à n'être soumis qu'à la loi s'explique par le fait qu'au paragraphe suivant, les magistrats du parquet ne sont pas seulement soumis à la loi mais aussi « à l'autorité hiérarchique ». D'une façon générale, dans les pays du Maghreb les procureurs sont placés dans une situation subordonnée par rapport au ministère.

pressions, interventions ou manœuvres de nature à nuire à l'accomplissement de sa mission ou au respect de son libre arbitre »[13]. Cette formule ambitieuse puisqu'elle suppose de lutter contre les pressions d'où qu'elles viennent, y compris du pouvoir économique par exemple, a disparu avec la révision de 2020 pour faire place à un libellé plus classique : « Le juge ne peut être révoqué, ni faire l'objet de suspension ou de cessation de fonction, ni d'une sanction disciplinaire, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions, sauf dans les cas fixés par la loi et conformément aux garanties qu'elle lui accorde et en vertu d'une décision motivée du Conseil supérieur de la magistrature. ». Cette disposition est complétée par une mention qui se veut réaliste : « l'Etat protège le magistrat et le met à l'abri des besoins »[14]. C'est une autre façon de protéger le juge contre les pressions, voire les tentations.

Il est vrai que cette dernière formule rompt avec une tradition algérienne qui remontait aux premières lois fondamentales. Elle reflétait la volonté initiale de se situer dans la perspective d'une promotion d'une révolution socialiste, plus ou moins marquée par l'idée que le droit et la justice devaient être au service de cet idéal et ne pas se laisser enfermer dans une logique de système prétendument objectif et neutre. Cette conviction s'est progressivement atténuée au fil des textes. Ainsi, la Constitution de 1963 souligne que, si « les juges n'obéissent qu'à la loi », ils doivent aussi se conformer « aux intérêts de la Révolution socialiste »[15]. Le texte de 1976 allège un peu l'obligation : outre que « la justice [...] s'exprime par le respect du droit ainsi que la recherche de l'équité »[16], elle « concourt à la défense des acquis de la Révolution socialiste et à la protection des intérêts de celle-ci »[17] ce qui revient à lui affecter un rôle plus conservateur que dynamique. La référence à la défense de la Révolution socialiste par le juge disparaît de la révision de 2020 ce qui constitue la conclusion logique d'une évolution de près d'un demi-siècle. La justice est libérée de considérations politiques désormais jugées inadéquates.

S'il est de plus en plus clairement affirmé que le juge doit être protégé des pressions que les classes sociales dominantes et les puissances d'argent pourraient être tentées d'exercer sur lui, l'on n'oublie pas tout à fait que le pouvoir politique, et d'abord le gouvernement à travers le ministre de la Justice, sont porteurs d'une tradition d'injonction à l'égard de l'autorité judiciaire. Pour ce qui est de l'inamovibilité, le terme figure, dès les premières lois fondamentales marocaines et mauritaniennes, au profit des magistrats du

[13] Art. 148 (Algérie – 1996).

[14] Art. 172 (Algérie – 2020)

[15] Art. 62 (Algérie - 1963).

[16] Art. 165 (Algérie - 1976).

[17] Art. 166 (*id*.).

siège. Il a curieusement disparu de la plus récente Constitution mauritanienne, celle de 1991. Ces deux pays -Maroc et Mauritanie- se ressemblent également en ce que l'on voit apparaître dans leur charte la plus récente une disposition déjà présente dans la loi fondamentale française, reconnaissant le chef de l'Etat comme « garant de l'indépendance du pouvoir judiciaire »[18]. Cette disposition est ambiguë dans la mesure où elle peut être interprétée comme accordant un droit de regard sur la magistrature, à une institution extérieure[19]. Elle pourrait être inquiétante si l'évolution générale du droit constitutionnel de ces deux pays n'allait pas dans le sens d'une meilleure protection de l'Etat de droit.

C. Le rôle protecteur du Conseil supérieur de la magistrature

L'analyse désormais dominante conduit à soutenir que l'inamovibilité ne garantit qu'une protection limitée. Heureusement le temps n'est plus trop à l'éviction des magistrats. Il est bien d'autres moyens permettant d'exploiter leur éventuelle volonté de faire carrière, soit de façon positive par des promesses de promotion, soit de façon négative par une stagnation à un poste inférieure, voire par une mutation non souhaitée[20]. C'est ici que la détermination du périmètre d'intervention du Conseil supérieur chargé de protéger l'indépendance des magistrats peut jouer un rôle décisif. Il faut reconnaître que, sur ce point important, il est généralement renvoyé à la loi. C'est le cas, sans nuance ni réserve, en Mauritanie. Tout au plus peut-on remarquer que la formule prudente de la Constitution de 1991 selon laquelle « Une loi organique fixe le statut de la magistrature, la composition, le fonctionnement et les attributions du Conseil supérieur de la magistrature »[21], est depuis 2005 précédée d'une p**étition de principe** qui se veut rassurante :

[18] Art. 64 (France – 1958) ; art. 89 (Mauritanie - 1991) ; art. 107 (Maroc - 2011).

[19] « L'on ne sait trop comment interpréter cette formule dans la mesure où le président de la République est susceptible dans certains cas d'apparaître moins comme un protecteur naturel que comme un adversaire potentiel, peut-être même parmi les plus dangereux, de l'indépendance de la magistrature » (A. Cabanis et M. L. Martin, *Le Constitutionnalisme de la troisième vague en Afrique francophone*, Louvain-la-Neuve 2010, p. 151). « Il faut se féliciter que le constituant algérien n'ait pas cru devoir se livrer à cette petite manifestation d'hypocrisie » (A. Cabanis, « La démocratie par le droit constitutionnel », dans *Revue du Conseil constitutionnel* (Algérie), n° 2 – 2013, p. 25).

[20] En France, on parle parfois du risque, pour un juge qui déplaît, d'être *hazebroucké*, du nom de la ville d'Hazebrouck où le juge Ceccaldi fut envoyé en 1976 après qu'il ait inculpé les dirigeants de compagnies pétrolières protégées par le gouvernement. Finalement, devant l'émotion soulevée par cette mesure, elle fut annulée.

[21] Art. 89 (Mauritanie - 1991).

« Dans le respect du principe de l'indépendance de la magistrature »[22]. Il s'agit d'une adjonction introduite de façon un peu inattendue par le Conseil militaire pour la Justice et la Démocratie, installé à la faveur du coup d'Etat de 2005, ce dernier suivi d'ailleurs par un autre coup d'Etat, en 2008.

La formule marocaine introduite en 2011[23] est la plus générale et laisse une large latitude à la loi : « les critères relatifs à la gestion de la carrière des magistrats et les règles de la procédure disciplinaire sont fixés par une loi organique »[24]. On remarque qu'il n'est pas prévu que le Conseil supérieur du pouvoir judiciaire[25] (CSPJ) se prononce sur les carrières individuelles mais seulement sur les critères qui doivent leur être appliqués. Au surplus, la loi organique prévue sur ce sujet fait l'objet de vives discussions[26]. Une originalité du texte marocain tient à ce que chaque fois qu'un magistrat estime que son indépendance est menacée, il doit en saisir le Conseil supérieur du pouvoir judiciaire[27]. On suppose qu'il n'est pas seulement question de se prémunir contre les menaces venant du pouvoir politique mais qu'il s'agit aussi de protéger le juge contre les pressions provenant de la société civile.

Autre nouveauté du texte marocain : les décisions individuelles du CSPJ peuvent faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir devant la plus haute juridiction administrative du royaume[28]. Il y a sans doute là une garantie supplémentaire pour le juge qui se considère victime d'un traitement injustifié mais c'est au prix d'une immixtion assez inhabituelle du juge administratif dans le fonctionnement du système judiciaire d'autant que le recours pour excès de pouvoir peut permettre de déployer un assez large pouvoir

---

[22] Art. 11 de la charte constitutionnelle promulguée par l'ordonnance n° 001-2005 du 6 août 2005.

[23] Dans son rapport de 2009 *Les conseils supérieurs de la magistrature : Quelles réformes pour un pouvoir judiciaire indépendant ? Les exemples de l'Egypte, la Jordanie, le Liban, le Maroc et la Palestine*, la Fédération internationale des ligues des droits de l'homme rappelle qu'au Maroc, l'Instance équité et réconciliation mise en place en 2004, « a fait de la révision du statut du Conseil supérieur de la magistrature, l'un de ses principales recommandations adressées au roi et au gouvernement marocain à l'issue de ses travaux en décembre 2006 » (p. 6).

[24] Art. 116 (Maroc - 2011)

[25] Tel est, depuis 2011, le nouveau nom du CSM.

[26] Parmi les questions évoquées, entre autres avec le Club des magistrats, figuraient notamment le niveau de diplôme exigé des futurs magistrats (licence ou master), la proportion de femmes au sein du CSPJ, l'organisation et le fonctionnement de l'inspection générale... Le gouvernement a publié le texte proposé en août 2014.

[27] Art. 109 (Maroc - 2011).

[28] Art. 114 (*id.*).

d'appréciation.

La Constitution tunisienne fait une distinction selon qu'il s'agit de membres de la haute magistrature ou des autres juges : les uns et les autres sont nommés par décret présidentiel mais les premiers sur « proposition exclusive » du CSM tandis que les seconds dépendent seulement d'un « avis conforme »[29]. Son intervention est donc d'autant plus décisive que les postes sont plus élevés. Par ailleurs, la Constitution protège contre les pressions pouvant résulter de changements de poste non désirés en précisant : « Le magistrat ne peut être muté sans son accord »[30].

Utilisant les pleins pouvoirs qu'il s'est attribué, le président de la République Saïed annonce le 5 février 2022 la dissolution du CSM avec lequel il est en conflit à propos de la gestion des affaires de corruption. Quelques jours plus tard, malgré les protestations de l'ancien CSM et d'un groupe de magistrats, le président décide par décret[31] la mise en place d'un CSM provisoire composé de hauts magistrats qui prêtent serment le 7 mars 2022. Le 22 juin , la commission chargée de rédiger le nouveau projet de Constitution a remis au président son texte. Le 30 juin, le texte est publié au *JORT*, assez différent du projet ce qui suscite des protestations. Parmi les questions discutées figurent le refus du droit de grève aux magistrats et la composition du CSM.

La Constitution algérienne, enfin, limite le domaine d'intervention de la loi organique en indiquant, de façon expresse, qu'en ce qui concerne les nominations, les mutations et le déroulement de la carrière des magistrats, c'est le Conseil supérieur de la magistrature qui *décide*, ajoutant il est vrai, « dans les conditions que la loi détermine »[32]. Il y a surtout un virage important qui remonte à 1qui 989[33] **: auparavant, il était seulement prévu que le CSM** *se prononce* sur les nominations, les mutations et le déroulement des carrières[34]. On mesure la portée de ce passage d'un pouvoir apparemment consultatif à un droit de décision. A noter enfin que la révision de 2020 accorde au juge le droit de saisir le Conseil supérieur de la magistrature « chaque fois qu'il estime qu'il y a atteinte à son indépendance »selon le projet de révision constitutionnelle affichée sur le site de la présidence de la République prévoit que, si un magistrat est exposé à des pressions, des

[29] Art. 106 (Tunisie - 2014).

[30] Art. 107 (*id*.). L'Assemblée des représentants du peuple promulgue le 28 avril 2016 la loi organique n° 2016-34.

[31] Décret présidentiel tunisien n° 11 du 13 février 2022

[32] Art. 181 (Algérie - 2020).

[33] Art. 146 (Algérie - 1989).

[34] Art. 182 (Algérie - 1976).

interventions ou des manœuvres, il peut saisir le Conseil supérieur de la magistrature[35]. Cette faculté rappelle celle reconnue au juge marocain.

II. La prise en compte des attentes des justiciables vis-à-vis de la magistrature

Ces nouvelles attentes passent d'abord par l'adjonction d'une série de mesures protectrices contre les arrestations et les détentions arbitraires (A), par un contrôle général du bon fonctionnement de la justice (B), enfin par une composition modifiée du Conseil supérieur de la magistrature avec l'augmentation de la proportion des magistrats élus et avec l'apparition de membres de la société civile (C).

A. La protection contre les arrestations et les détentions arbitraires

Il s'agit d'un thème ancien puisque c'est autour de cette revendication que se sont mobilisés, en Angleterre, dès le Moyen Age, les mouvements tendant à obtenir davantage de garanties et de libertés. C'est ce qu'expriment la *Magna Carta* de 1215 et le *Bill of Rights* de 1689. C'est également sur cette exigence –présentée sous la dénomination de *sûreté*- que Montesquieu fonde son discours libéral au XVIIIe siècle[36]. C'est dire l'enjeu. Les Constitutions des quatre pays du Maghreb francophone y font référence dans le préambule ou la déclaration des droits –encore modeste- qui ouvrent, chaque fois, leur première Constitution. En Mauritanie, la loi fondamentale de 1959 renvoie provisoirement **à la compétence de la Communauté**[37]. Pour ce qui est du texte tunisien de 1959, l'inviolabilité du domicile et le secret de la correspondance précèdent trois articles sur la liberté de circulation et sur la présomption d'innocence qui ne peut être levée à l'encontre d'un prévenu qu'« à la suite d'une procédure lui offrant les garanties indispensables à sa défense »[38]. La Constitution marocaine de 1962 subordonne l'arrestation, la détention et les perquisitions, ainsi que les « vérifications » (sic) aux cas, conditions et formes prévus par la loi[39].

En Algérie, il est fait référence, dès le texte de 1963, au fait que « nul ne peut être arrêté ou poursuivi que dans les cas prévus par la loi, devant les juges qu'elle désigne et dans les formes qu'elle prescrit », disposition précédée par la reconnaissance de l'in-

[35] Art. 172 (Algérie - 2020). *Contra* : « Un CSM placé sous l'emprise de l'exécutif » et « Les magistrats sont amovibles » dans Mohand Amakrane Boubchir, « La dépendance de la justice algérienne », *Revue algérienne des sciences juridiques, économiques et politiques*, n° 3-2013, p. 7 à 14.

[36] Montesquieu, *L'esprit des lois*, livre XII, chap. II : « De la liberté » : « La liberté politique consiste dans la sûreté, ou du moins dans l'opinion que l'on a de la sûreté ».

[37] Art. 43 (Mauritanie – 1959).

[38] Art. 10 à 12 (Tunisie - 1959) suivis d'un art. 13 sur la non rétroactivité de la loi pénale.

[39] Art. 10 et 11 (secret de la correspondance) (Maroc – 1962). Repris textuellement dans les Constitutions de 1970, 1972, 1992 et 1996.

violabilité du domicile[40]. D'une façon générale, ces libertés garanties par les premières lois fondamentales intervenues au lendemain des indépendances font une large place aux droits dits « de la première génération »[41], parfois qualifiés de « libertés bourgeoises » par la doctrine marxiste. Nul doute que la répression dont furent victimes, de la part des autorités coloniales, les combattants pour l'indépendance n'ait constitué une incitation pour introduire, dans les nouvelles lois fondamentales, des dispositions tendant à éviter le renouvellement de telles pratiques, une fois récupérée la pleine souveraineté du pays. Il n'est pas sûr que l'on y soit toujours parvenu.

Par la suite, au fil des révisions ou de rédactions entièrement nouvelles, ces garanties vont se préciser. Dès 1961, la Mauritanie s'aligne sur ses voisins du Maghreb avec la protection contre les arrestations arbitraires, confiée à *l'autorité* judiciaire, cette dernière qualifiée de gardienne de la liberté individuelle[42], et mentionnée dans le titre consacré à la justice[43]. En 1976, l'Algérie ajoute toute une série de précisions et de garanties aux droits déjà proclamés. S'agissant des arrestations, il est indiqué que la garde à vue ne peut excéder 48 h sauf exceptions fixées par la loi et sous réserve qu'elle puisse être suivie d'un examen médical à la demande de la personne retenue. Pour ce qui est de l'inviolabilité du domicile, aucune perquisition ne peut avoir lieu qui ne soit décidée par le juge et dans le respect de la loi. Enfin le secret de la correspondance est rapproché de la protection de la vie privée et étendu à toutes les formes de communications privées[44]. Pour faire bonne mesure, est ajoutée la reconnaissance des principes de non rétroactivité de la loi pénale et de la présomption d'innocence[45].

Surtout, en Algérie, est posé –principale innovation, riche de conséquences pour l'avenir- le principe selon lequel **« l'erreur judiciaire entraîne réparation par l'Etat »**[46]. L'ensemble de ces innovations seront conservées dans la Constitution de 1989 qui se

[40] Art. 14 (Algérie – 1963). La Constitution de 2020 subordonne toute poursuite, arrestation ou détention au respect des conditions et des formes déterminées par la loi (art. 44 algérien – 2020). L'inviolabilité du domicile est prévue par l'art. 48 (2020).

[41] Il s'agit là d'une caractéristique commune à la plupart des Constitutions africaines de l'indépendance. Cf. A Cabanis et M. L. Martin, *Le Constitutionnalisme de la troisième vague*, ouvr. cité, p. 26 à 29.

[42] A. Cabanis et M.L. Martin, « Le juge judiciaire protecteur de la liberté individuelle : les origines anglaise et française et les adaptations ultra méditerranéennes », dans *Revue franco-maghrébine de droit*, 1993, p. 43 à 60.

[43] Art. 49 (Mauritanie – 1961).

[44] Art. 49 à 52 (Algérie – 1976).

[45] Art. 45-46 (*id*.).

[46] Art. 47 (*id*.)

borne à ouvrir à la personne gardée à vue « le droit d'entrer immédiatement en contact avec sa famille »[47]. Enfin, pour ce qui est de la Tunisie, en 2002, une révision du texte de 1959 prend également en compte les problèmes de la garde à vue en la soumettant au contrôle judiciaire tandis que la détention préventive ne peut désormais avoir lieu que « sur ordre juridictionnel »[48].

Pour ce qui concerne les Constitutions actuellement applicables, les innovations apportées sont variables. La loi fondamentale mauritanienne de 1991 accompagne le mouvement général avec un nouvel article qui, pèle mêle, introduit le principe de présomption d'innocence, subordonne l'arrestation et la détention aux cas déterminés par la loi et garantit l'inviolabilité de la personne humaine, de son domicile et de sa correspondance[49]. En Algérie, la révision de 2020 ajoute la notion de « procès équitable »[50] ainsi que l'interdiction de toute détention ou emprisonnement dans un lieu non prévu par la loi, l'obligation d'informer la personne gardée à vue de son droit d'entrer en contact avec sa famille, enfin l'obligation de procéder à un examen médical pour tout mineur au terme de sa garde à vue. Elle précise également que « les personnes démunies ont droit à l'assistance judiciaire », que « la loi punit les actes et les faits d'arrestation arbitraire » que la personne gardée à vue est informée de son droit à entrer en contact avec son avocat[51]. Enfin, elle élargit le droit à réparation en y intégrant la période d'instruction, avec l'arrestation et la détention provisoires arbitraires[52].

Au Maroc, ce sont les dispositions sur la garde à vue et sur la protection du domicile et de la correspondance qui font l'objet de développements importants. Deux nouveautés significatives sont introduites en cas de détention : la première réside dans l'obligation d'informer la personne détenue de ses divers droits (motifs de la mesure prise à son encontre, droit de garder le silence, bénéfice « au plus tôt » d'une assistance juridique et d'une communication avec ses proches) ; la seconde tient à la qualification de « crimes de

[47] Art. 45 (Algérie – 1989).

[48] Art. 12 (Tunisie – 1959, article ajouté par la loi constitutionnelle n° 2002-51 du 1er juin 2002).

[49] Art. 13 (Mauritanie – 1991). A noter qu'une révision de 2012 ajoute l'interdiction de l'esclavage et de « toute forme d'asservissement de l'être humain » en les qualifiant de crimes contre l'humanité (loi constitutionnelle n° 2012-015 du 20 mars 2012), adjonction qui surprend moins par ce qu'elle implique dans la mesure où l'on sait que la lutte contre l'esclavage demeure d'actualité en Mauritanie que par son insertion dans un article apparemment centré sur l'action de la police et de la justice.

[50] Art. 41 (Algérie – 2020) alors que l'art. 45 (Algérie- 1996) parle de « juridiction régulière et avec toutes les garanties exigées par la loi ».

[51] Art. 42, 44 et 45 (Alger – 2020).

[52] Art. 46 (Alger – 2020).

la plus grande gravité » et de « sanctions les plus sévères » en cas de détention arbitraire ou secrète ou de disparition forcée [53]. Quant au secret des communications privées, il est indiqué que « Seule la justice peut autoriser [...] l'accès à leur contenu, leur divulgation totale ou partielle ou leur invocation à la charge de quiconque[54]. En Tunisie, enfin, la Constitution de 2014 ajoute à la présomption d'innocence, l'information de ses droits au profit de la personne détenue, y compris l'indication des charges retenues contre lui et la possibilité de se faire représenter par un avocat. Enfin, elle invite l'Etat à considérer l'intérêt de la famille du détenu et à veiller à la réhabilitation et à la réinsertion de ce dernier[55].

B. Le contrôle du bon fonctionnement de la justice

Le titre ou le chapitre consacrés au pouvoir judiciaire dans les nouvelles dispositions constitutionnelles marque la volonté d'intégrer les droits du justiciable sans se borner à protéger l'indépendance du juge. Il ne suffit plus que le juge prenne ses décisions en toute liberté, en application de la loi et en fonction de son analyse des faits. La société entend désormais lui demander des comptes sur le bon fonctionnement de la justice, sur l'accueil qui est réservé au justiciable, sur l'aide judiciaire qui peut, le cas échéant, lui être accordée, sur les délais dans lesquels interviennent les décisions, sur la prise en compte de tous les éléments présentés au moment de rendre le jugement, sur la capacité à faire exécuter les sentences, sur des compensations en cas d'erreur judiciaire... Ce sont des considérations qui sont de plus en plus souvent prises en compte dans l'appréciation du degré de respect de l'Etat de droit dans chaque pays.

Les classements internationaux se sont longtemps concentrés sur le respect des libertés publiques : liberté de la presse, liberté de réunion et d'association, pluralisme politique, liberté syndicale... Le bon fonctionnement du service public de la justice est désormais également pris en compte. Des organisations internationales comme la Banque mondiale publient des classements en fonction du degré de confiance que l'on peut reconnaître aux juridictions de chaque pays, non seulement du point de vue de la protection des libertés publiques mais **également à propos de la résolution des conflits en matière administrative ou de droit des affaires, notamment lorsqu'un partenaire étranger est en cause**[56].

[53] Art. 23 (Maroc- 2011). Cet article mentionne également la possibilité de bénéficier de programmes de formation et de réinsertion.

[54] Art. 24 (*id.*).

[55] Art. 27 à 30 (Tunisie – 2014).

[56] Cf. par exemple l'indicateur créé par la Banque mondiale en 2003 *Ease of doing business index* (abrégé en *Doing Business*) qui classe les 189 économies du monde en fonction de l'environnement réglementaire plus ou moins favorable qu'elles offrent aux activités commerciales, classement établi

En Algérie, en 1996, les articles de la loi suprême tendent à surmonter les problèmes du temps : aux réticences des justiciables, il est répondu que le juge « est accessible à tous »[57] **; à la crainte de contester les décisions des autorités publiques, il est** prescrit que « la justice connaît des recours à l'encontre des actes des autorités administratives »[58] **; face aux répugnances des agents d'autorité à se soumettre aux sentences des magistrats, il est indiqué que « tous les organes qualifiés de l'Etat sont requis d'assurer en tous temps, en tout lieu et en toute circonstance, l'exécution des décisions de justice »**[59].

Au Maroc, ce sont douze articles qui sont regroupés sous le titre « Des droits des justiciables et des règles de fonctionnement de la justice ». Ils proclament la présomption d'innocence, le droit d'accès à la justice et à un procès équitable, la gratuité pour ceux qui ne disposent pas de ressources suffisantes, la publicité des audiences, la motivation des jugements... Ne sont oubliées ni la réparation des erreurs judiciaires, ni la bonne exécution des jugements à laquelle les autorités publiques sont enjointes de prêter leur assistance[60]. Certains de ces éléments se retrouvent dans le texte tunisien de 2014 : droit à un procès équitable, égalité devant la justice, droit d'ester en justice, droit de la défense, droit d'accès à la justice et aide judiciaire pour les plus démunis[61].

Une tendance générale semble se faire jour à propos des Conseils supérieur de la magistrature. Elle tend à considérer que leur **rôle ne se limite pas à prononcer les sanctions disciplinaires qui peuvent frapper les magistrats coupables de faits graves. Ces Conseils se voient reconnaître une** fonction **générale** de contrôle portant sur le bon fonctionnement de la justice. Au Maroc et en Tunisie, ils doivent présenter des rapports sur le fonctionnement du système judiciaire[62]. Au Maroc, le texte de 2011 souligne que « tout manquement de la part du juge à des devoirs d'indépendance et d'impartialité constitue une faute professionnelle grave »[63]. En Tunisie, depuis 2014, c'est un petit code

notamment en prenant en compte l'efficacité du système judiciaire en matière de résolution des litiges commerciaux. Il est important, pour chaque pays, d'être bien classé car l'orientation des investissements étrangers en dépend.

57 Art. 140 (Algérie - 1996).

58 Art. 143 (*id.*).

59 Art. 145 (*id.*).

60 Art. 117 à 128 (Maroc – 2011).

61 Art. 108 (Tunisie – 2014).

62 Art. 113 (Maroc – 2011) et 117 (Tunisie – 2014).

63 Art. 109 (Maroc – 2011). Le 12 août 2014, le CSPJ a prononcé des sanctions contre 14 magistrats marocains pour faute professionnelle.

de déontologie qui figure dans la Constitution, avec des obligations qui vont sans doute sans dire mais encore mieux en le disant : « Le magistrat doit être compétent, il doit faire preuve de neutralité et d'intégrité ; il doit répondre de toute défaillance dans l'accomplissement de ses fonctions »[64].

Pour ce qui est de l'Algérie, c'est dès 1976 et avec une formule qui n'a plus changé depuis cette date que le CSM se voit confier le soin de vérifier la manière dont le magistrat s'acquitte de sa mission[65], fonction inséparable du classique pouvoir disciplinaire de cette instance mais que l'on peut interpréter comme permettant une intervention même s'il n'y a pas de faute caractérisée[66]. Par ailleurs la loi organique de 2004 sur le CSM prévoit que ce dernier doit rédiger « une code de déontologie du magistrat »[67]. Cela correspond à un mouvement général consistant à reconnaître à cette instance une vocation à scruter jusqu'au zèle des juges. La révision de 2020 impose au juge d'appliquer non seulement les lois mais également les traités ratifiés, disposition qui a eu, ailleurs, des conséquences importantes en permettant aux tribunaux en s'appuyant sur des dispositions du droit international favorables aux citoyens jusqu'à l'imprudence[68].

C. Evolution de la composition des Conseils supérieurs de la magistrature

A travers la composition du Conseil supérieur de la magistrature, il est possible de se faire une idée plus précise des nouvelles qualités que le constituant entend privilégier au sein du corps judiciaire. Longtemps le principal enjeu a résidé dans la proportion des membres nommés par le chef de l'Etat par rapport à ceux élus par leurs pairs. L'importance du nombre des premiers témoigne de la puissance de l'exécutif. La situation inverse est plus protectrice des magistrats qui peuvent veiller au respect de leur statut et s'opposer aux pressions du pouvoir politique. Jusqu'à nos jours, les Constitutions intègrent cet enjeu, avec une évolution plutôt favorable aux membres élus mais avec des retour en arrière. S'y ajoute une nouvelle préoccupation, apparue à la fin du XXe siècle, née de la crainte que le corps des magistrats s'érige en contre-pouvoirs, prétende à exercer une sorte de gouvernement des juges, sans tenir compte des attentes de la population. Il en résulte une tendance à introduire une proportion de plus en plus importante de représentants

64 Art. 103 (Tunisie – 2014).

65 Art. 174 (Algérie – 1976).

66 En revanche, en Algérie, c'est la Cour suprême qui « constitue l'organe régulateur de l'activité des cours et tribunaux » (art. 152 – 1996). La formule était déjà présenté dès 1976 et 1989 (art. 177 et 143) mais en limitant cette compétence à « tous les domaines du droit » ce qui semblait viser l'unification de la jurisprudence.

67 Art. 34 de la loi organique n° 04-12 du 6 septembre 2004. Ce Code a été publié début 2007.

68 Art. 171 (Algérie – 2020).

de la société civile, donc ni issus du personnel politique, ni magistrats.

Au Maroc les magistrats élus étaient traditionnellement et depuis 1962 six sur onze[69] qui siègent sous la présidence du roi, aux côtés du ministre de la Justice, du premier président de la Cour suprême, du procureur général près la Cour d'appel et du président de la première chambre de la Cour d'appel[70]. Cet équilibre se maintient jusqu'en 1992[71]. En 2011, le nombre des élus augmente mais la proportion au sein du Conseil diminue : dix en face de onze personnalités plus ou moins liés à l'exécutif : si le ministre de la Justice n'est plus mentionné, les quatre autres membres présents dès 1962 sont toujours prévus. S'y ajoutent le médiateur, le président du Conseil national des droits de l'homme et, enfin, cinq personnes nommées par le roi, « reconnues pour leur compétence, leur impartialité et leur probité [...] »[72]. Il y a donc volonté d'ouvrir le Conseil à la société civile. Une autre disposition retient l'attention : la proportion des magistrates parmi les élus doit refléter leur place dans le corps de la magistrature[73].

En Tunisie, la Constitution de 1959 renvoie à la loi pour ce qui est de la composition du CSM[74]. A partir de là, rien ne change pendant plus de cinquante ans. La Constitution de 2014 prend le parti de donner des indications assez précises sur la composition du nouveau Conseil. Il est vrai que ce que l'on gagne en transparence, on le perd un peu en simplicité : outre que le CSM est désormais composé de trois Conseils qui concernent respectivement les juridictions judiciaire, administrative et financière, et qui peuvent se regrouper en assemblée plénière, « chaque organe se compose pour deux tiers de magistrats en majorité élus et d'autres nommés ès qualité, et pour le tiers restant de non magistrats indépendants pris parmi les spécialistes ; la majorité de ces organes doivent

[69] Il s'agit de deux élus venant des Cours d'appel, deux autres issus des Tribunaux régionaux et deux enfin représentant les magistrats du Sadad. Les tribunaux du Sadad s'apparentaient à des juges de paix. La réforme judiciaire de 1974 les a intégrés aux tribunaux de première instance, ce qui explique la nouvelle rédaction du texte de 1992.

[70] Art. 45 (Maroc – 1962).

[71] Art. 79 (Maroc – 1970), 80 (1972) et 84 (Maroc – 1992, date à laquelle les deux élus par les magistrats du Sadad sont donc remplacés par des représentants des juridictions du premier degré ») et 86 (1996).

[72] Art. 115 (Maroc – 2011).

[73] Ce n'est pas, dans la Constitution marocaine de 2011, la seule manifestation de volonté de se montrer favorable aux femmes, détermination perceptible jusque dans la terminologie utilisée. V. A. Azzouzi et A. Cabanis, *Le néo-Constitutionnalisme marocain à l'épreuve du printemps arabe*, Paris 2011, p. 166-167.

[74] Art. 67 (Tunisie - 1959).

être élus »[75]. Ici encore, la volonté de favoriser une représentation de la société civile est manifeste. Le décret présidentiel de 2022 ajoute cependant une logique différente avec, pour chacun des trois conseils provisoires, quatre magistrats nommés ès qualité et trois juges désignés par décret présidentiel et « reconnus pour leur intégrité et leur indépendance, ne pratiquant aucune autre fonction »[76]. Le projet de réforme qui doit être soumis à référendum le 25 juillet 2022 ne précise pas le composition du prochain Conseil[77]. Il est évidemment trop tôt pour prévoir l'avenir.

En Algérie, la Constitution de 1996 renvoie à la loi pour ce qui était de la composition de leur CSM. Le texte algérien de 1963 précisait que, sur treize membres, deux seulement sont des juges élus[78], les textes suivants s'en remettaient d'abord à une loi, puis à une loi organique. On pourrait imaginer que ce renvoi servait plus ou moins à dissimuler une volonté de l'exécutif de conserver le contrôle du CSM. Ce n'était pas le cas, en tous cas aux termes de la loi organique du 6 septembre 2004, puisque cette dernière prévoit que le Conseil compte dix magistrats élus sur vingt membres, donc dans une proportion qui leur permet d'exercer une réelle influence, la proportion la plus élevée des pays du Maghreb[79]. La révision de 2020 va plus loin encore : c'est la Constitution elle-même qui précise que, sur les vingt-six membres, quinze sont élus par leurs pairs. Pour ce qui est de ceux qui sont nommés, il s'agit notamment de « six personnalités choisies en raison de leur compétence, hors du corps de la magistrature » en nombre égal par le président de la République et par chacun présidents des deux assemblées[80]. S'y ajoute le président

---

[75] Art. 112 (Tunisie - 2011). La loi organique n° 2016-34 du 28 avril 2016 précise cette composition. Pour s'en tenir, à titre d'exemple, au conseil de la magistrature judiciaire, les membres nommés ès qualité sont les premiers présidents de la Cour de cassation et de la Cour d'appel de Tunis ainsi que le procureur général auprès de la Cour de cassation et le président du Tribunal immobilier , les membres élus sont six magistrats, trois avocats, un enseignant chercheur et un huissier de justice.

[76] Décret tunisien de 2022. Pour s'en tenir au conseil provisoire de la justice judiciaire : le premier président de la Cour de cassation, le procureur général près la Cour de cassation et le procureur général directeur des services judiciaires, enfin le président du Tribunal immobilier ; s'y ajoute donc trois juges retraités.

[77] Art. 119 (Tunisie – projet 2022).

[78] Art. 65 (Alger - 1963).

[79] Les membres non élus sont les suivants : le président de la République, le ministre de la Justice, le premier président de la Cour suprême, le procureur général près la Cour suprême et six personnalités choisies par le président de la République, en raison de leur compétence, en dehors du corps de la magistrature (loi organique n° 04-12 du 6 septembre 2004).

[80] Art. 180 (Algérie – 2020). Les quatre derniers membres sont le premier président de la Cour su-

du Conseil national des droits de l'homme. Donc, comme au Maroc et en Tunisie, il est fait appel à la société civile.

Enfin, en Mauritanie, si le CSM apparaît dès la loi fondamentale de 1961, c'est sans aucune précision sur sa composition, pas même sur la nature du texte susceptible de la prévoir[81] **; dans les versions suivantes de la Constitution, il est renvoyé à une loi organique**[82]. Cette dernière, datée du 12 juillet 2006, limite le nombre des magistrats élus à trois sur dix. Au titre de la société civile, elle n'est pas absente mais en nombre réduit avec une seule personne, sous la forme d'un représentant non parlementaire professeur de droit ou avocat de l'Assemblée nationale nommé par le président ; la loi de 1994 y ajoutait un représentant non parlementaire du Sénat, professeur de droit ou avocat[83].

Finalement, quelle que soit la Constitution maghrébine prise en compte, et même si se maintient la recherche déjà ancienne d'une plus grande indépendance des juges par la présence de membres élus, la principale nouveauté tient à l'appel à des personnalités n'ayant pas de liens professionnels avec la magistrature. C'est la conséquence d'une nouvelle préoccupation : on veut les juges compétents, intègres, non influençables mais aussi qui ne s'enferment pas dans leur tour d'ivoire, ouverts aux attentes de la société civile. L'évolution dans la composition des Conseils supérieurs de la magistrature en témoigne.

*

* *

prême, le président du Conseil d'Etat, deux magistrats issus de la formation syndicale des magistrats, « six personnalités choisies en raison de leur compétence, hors du corps de la magistrature » en nombre égal par le président de la République et par les deux présidents des deux assemblées.

[81] L'art. 50 (Mauritanie - 1961) place clairement le CSM dans l'orbite du chef de l'Etat : « Le président de la République est garant de l'indépendance de la magistrature. Il est assisté par le Conseil supérieur de la magistrature ».

[82] Art. 89 (Mauritanie - 1991). La révision de 2012 ajoute que la loi organique doit intervenir « dans le respect du principe de l'indépendance de la magistrature ».

[83] Loi n° 63-014 du 18 janvier 1963, puis loi organique n° 94-012 du 17 février 1994, enfin ordonnance modifiant cette loi n° 016-2006 du 12 juillet 2006 : le CSM mauritanien est composé du président de la République, du ministre de la Justice, de trois membres de la Cour suprême, de l'inspecteur général de l'administration judiciaire et pénitentiaire, d'un représentant non parlementaire professeur de droit ou avocat de l'Assemblée nationale nommé par le président, enfin de trois magistrats élus par leurs pairs (c'est ce que prévoit l'ordonnance de 2006 ; la loi de 1994 y ajoutait un représentant non parlementaire du Sénat, professeur de droit ou avocat).

Une réflexion sur « les révisions constitutionnelles dans les pays du Maghreb » incite à s'interroger sur le rôle des printemps arabes[84] dans les transformations ayant affecté non seulement les nations du Maghreb mais aussi ceux du Machrek, et au-delà de nombre de composantes de l'*Umma*. Il n'y a pas de doute qu'une telle série d'événements, souvent inattendus aux yeux des observateurs internationaux, parfois mystérieux dans leur déclenchement, avec des phénomènes de contagion, a eu d'importantes conséquences politiques au nombre desquelles figure la révision des Constitutions.

Le fait que ces dernières trahissent une certaine convergence peut conforter l'impression d'un mouvement général qui aurait affecté l'ensemble des pays du sud de la Méditerranée en poussant parfois jusqu'à certains Etats riverains du golfe arabique. Ces éléments communs ont pris la forme de l'introduction d'éléments démocratiques supplémentaires, d'un allongement des déclarations de droits, d'une affirmation du rôle du Parlement, d'une marge de manœuvre plus importante au profit du premier ministre, de l'affirmation d'un certain nombre de contre-pouvoirs, notamment sous la forme d'autorités administratives indépendantes,

Nombre de chefs d'Etat qui paraissaient solidement enracinés ont vu leur pouvoir n'y pas résister. En même temps, une fois le calme revenu, une fois les mouvements de foule maîtrisés, après les changements exigés par les circonstances notamment au niveau du personnel politique, l'on peut penser que chaque pays a retrouvé ses caractéristiques, les valeurs traditionnelles dont il se réclamait, finalement le destin qui était le sien depuis des décennies, avec des équilibres qui n'ont pas changé en profondeur, même si cela doit décevoir ceux qui appelaient de leurs vœux un bouleversement total. Du moins, c'est ce qui semble apparaître à la lecture des textes constitutionnels.

Si le Maroc et la Tunisie se sont dotés d'une loi fondamentale entièrement nouvelle, l'Algérie et la Mauritanie se sont bornées à des révisions limitées, en tous cas pour le moment[85]. De toute façon, dans ces quatre pays, il n'est aucune transformation un peu importante qui n'ait été esquissée au cours des années précédentes. Sur tous les aspects qui ont été introduits, les textes actuels ont pris la suite de leurs prédécesseurs. Une tendance récente conduit à accorder une importance décisive aux événements

[84] Cf. S. Regourd et S. Hamdouni (dir.), *Les régimes arabes dans la tourmente, « Révolutions », communications et réactions internationales*, Paris 2012 ;

[85] Mohand Amokrane Boubchir, « La dépendance de la justice algérienne », art. cité, p. 22 : « L'Algérie ne souffre pas de manque de textes dans la plupart des domaines mais de leur ineffectivité. Dans le domaine de la justice elle suffoque sous le poids de textes bien ficelés et excessivement nombreux, pour éviter que la justice n'applique que la loi ».

politiques les plus impressionnants, tel l'effondrement du bloc communiste en 1989 avec son influence sur les transitions démocratiques des années 1990, tel le printemps arabe de 2010 avec ses conséquences sur l'ébranlement d'un certain nombre de régimes politiques au cours des années suivantes.

On l'a compris : nous avons tendance à privilégier l'idée que ces transformations résultent d'évolutions plus lointaines et plus continues[86]. Dans cette perspective les aléas de la conjoncture politique fourniraient surtout l'occasion de réformes, pour ce qui nous intéresse sous la forme de révisions constitutionnelles en gestation depuis longtemps et qui n'attendaient qu'une opportunité pour se concrétiser. Sans doute y a-t-il dans notre analyse une part qu'il faut attribuer à la différence de point de vue entre les journalistes qui privilégient l'événementiel et l'exceptionnel tandis que les universitaires auraient tendance à privilégier les mouvements à moyen ou long terme, les *trends* de longue durée. La première présentation retient plus facilement l'attention de l'opinion publique, toujours séduite par le prestige de la nouveauté. La seconde explication est plus rassurante pour l'avenir puisqu'elle ancre les réformes dans des évolutions réfléchies et anciennes, donc *a priori* moins exposées aux revirements.

De ce dernier point de vue, il est une tendance qui peut se constater dans le monde entier, même si les retombées juridiques se font lentement sentir **à cause des réticences des** classes dominantes et, dans une certaine mesure, de la magistrature elle-même. Longtemps, l'on a attendu du juge qu'il soit aussi protégé que possible des contingences de l'époque. Il devait se réclamer d'une conception très élevée de la justice, loin des variations de l'opinion publique, des tensions de la sociétés, des tumultes de la politique. L'indépendance que tous lui promettaient prenait la forme d'une sorte de solitude protectrice qui devait le mettre à l'abri de toutes les pressions et de toutes les tentations.

Les temps ont changé. L'on attend des magistrats qu'ils deviennent des acteurs du changement social, qu'ils combattent les injustices que génèrent les rapports économiques et politiques, qu'ils ne soient pas au service des élites auto-proclamés et des puissant. Il va sans dire que de telles positions leur valent des critiques de la part de ceux qui se sentent menacés et qui leur reprochent donc de sortir de leur rôle. Il est du moins un terrain d'action où l'on n'ose guère contester la vocation des tribunaux à s'en occuper : il s'agit de la lutte contre la corruption **à laquelle** les juges se consacrent d'autant plus volontiers qu'elle leur vaut les faveurs de l'opinion publique avec des médias générale-

[86] Par exemple, sur les *permanences* et les évolutions programmées dans la Constitution marocaine de 2011, v. A. Azzouzi et A. Cabanis, ouvr. cité, p. 137 à 203.

ment bienveillants. Au-delà de ces opérations « mains propres » qui ont connu, un peu partout dans le monde, ses héros et ses martyrs, se développe le sentiment que l'institution judiciaire doit répondre aux exigences que l'on assigne à tous les services publics : qualité des prestations, rapidité des réactions, rentabilité de l'organisation, efficacité des corps d'inspection... Les Constitutions du monde entier tiennent compte de ces nouvelles conceptions, plus ou moins rapidement et le Maghreb y a sa part.

ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

วิษณุ วรัญญู
รองประธานศาลปกครองสูงสุด

บทความวิชาการในโอกาสการเกษียณอายุราชการของ
ศาสตราจารย์(พิเศษ) ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ประธานศาลปกครองสูงสุด

คำปรารภ

"อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ" เป็นเรื่องที่มีความสำคัญอย่างมากในการศึกษากฎหมายรัฐธรรมนูญ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเทศที่ใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร การใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอย่างถูกต้องตามหลักการเป็นเงื่อนไขปัจจัยประการหนึ่งที่ทำให้รัฐธรรมนูญที่สถาปนาขึ้นมีความชอบธรรมและได้รับการเคารพปฏิบัติตาม ประเทศไทยของเรามีการตรารัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรขึ้นใช้หลายฉบับนับตั้งแต่เปลี่ยนแปลงการปกครองเมื่อวันที่ ๒๔ มิถุนายน พ.ศ. ๒๔๗๕ แต่น่าเสียดายที่ประเด็นเรื่องอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไม่ค่อยมีการศึกษาวิเคราะห์อย่างชัดเจนถี่ถ้วนเพื่อสร้างความเข้าใจในเรื่องนี้ให้แก่ประชาชนเป็นการทั่วไป ในโอกาสที่ศาสตราจารย์(พิเศษ)ชาญชัย แสวงศักดิ์ ประธานศาลปกครองสูงสุด จะเกษียณอายุราชการในเดือนกันยายน พ.ศ. ๒๕๖๕ นี้ ผมจึงถือโอกาสนำเอาส่วนหนึ่งของเรื่องอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่ผมเขียนไว้ในตำรากฎหมายรัฐธรรมนูญที่กำลังจัดทำอยู่มานำเสนอเป็นบทความแสดงมุทิตาจิตในวาระสำคัญนี้ คุณูปการใดๆ หากจะพึงมีจากบทความนี้ ก็ขอยกให้เป็นการขอบพระคุณและเป็นบรรณาการ (เล็กๆ เท่าที่ผมจะจัดให้ได้) แด่ศาสตราจารย์(พิเศษ) ดร.ชาญชัย ฯ สำหรับความทุ่มเททำงานเพื่อศาลปกครองมาตั้งแต่ต้นทั้งในฐานะเลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง (คนแรก) และในฐานะตุลาการศาลปกครองสูงสุด

บทความนี้อาจจะไม่ครบถ้วนสมบูรณ์นักเนื่องจากผมมีเวลาจำกัดมากในการดัดแปลงข้อเขียนนี้จากร่างที่เตรียมไว้สำหรับตำรากฎหมายรัฐธรรมนูญที่กำลังดำเนินการ ข้อบกพร่องใดๆ หากมี ขอให้ท่านผู้อ่านโปรดทราบว่าเป็นความรับผิดชอบของผมแต่เพียงผู้เดียว ไม่เกี่ยวกับกองบรรณาธิการแต่ประการใด

ความนำ

รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร (Constitutionalisme) ต่างจากรัฐธรรมนูญจารีตประเพณี (Constitution coutumière) หรือธรรมเนียมปฏิบัติทางรัฐธรรมนูญ (Usage หรือ Constitutional convention) ตรงที่รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเกิดขึ้นเองไม่ได้ ต้องมีผู้แสดงเจตนาตัดสินใจตราขึ้น และโดยที่รัฐธรรมนูญเป็นเอกสารทางกฎหมายและทางการเมืองที่สำคัญที่สุดของรัฐสมัยใหม่ (Modern State) อันเป็นผลผลิตของปรัชญาแห่งแสงสว่างทางปัญญา (Philosophie des Lumières) และขบวนการ Enlightenment ซึ่งผู้คนไม่ยอมรับอำนาจของบุคคลอื่นง่ายๆ โดยที่ตนเองไม่ให้ความเห็นชอบการตรารัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรขึ้นประกาศใช้เป็นกฎหมายสูงสุดของรัฐจึงมีข้อพิจารณาทั้งในทางกฎหมายและในทางการเมืองที่ละเอียดอ่อนมาก ตั้งแต่ข้อพิจารณาว่า องค์กรใดหรือบุคคลใดจะเป็นผู้ยกร่างบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ องค์กรใดหรือบุคคลใดเป็นผู้ให้ความเห็นชอบกับร่างรัฐธรรมนูญที่ยกร่างมาไปจนกระทั่งข้อพิจารณาว่าองค์กรใดหรือบุคคลใดมีอำนาจประกาศให้ร่างรัฐธรรมนูญที่ยกร่างมานั้นมีผลบังคับใช้ (L'Acte constituant)

การที่รัฐหนึ่ง ๆ สถาปนารัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรขึ้นประกาศใช้เป็นเรื่องที่มีความสำคัญต่อชีวิตของประเทศมาก Professeur Philippe Ardant ถึงกับกล่าวไว้ในตำรากฎหมายรัฐธรรมนูญ[๑] ของท่านว่า สิ่งแรกที่รัฐสมัยใหม่พึงกระทำเพื่อแสดงว่ารัฐของตนมีความเป็น**อารยะ**ทางการเมืองในระดับเดียวกับรัฐอื่นๆ ในโลก ก็คือการจัดให้มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นหลักในการปกครองประเทศ ความดังกล่าวได้รับการรับรองในทางข้อเท็จจริง ดังเราจะเห็นได้ว่าหลายๆ ประเทศให้ความสำคัญกับการสถาปนารัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรถึงขนาดที่จัดให้การเฉลิมฉลองวันชาติ (Fête nationale) เป็นวันเดียวกับวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญเลยทีเดียว เช่น **ราชอาณาจักรเดนมาร์ค** (ถือเอาวันที่ ๕ มิถุนายนของทุกปีเป็นวันชาติ เพราะตรงกับวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับแรก คือฉบับลงวันที่ ๕ มิถุนายน ค.ศ. ๑๘๔๙) **ราชอาณาจักรนอร์เวย์** (ถือเอาวันที่ ๑๗ พฤษภาคมของทุกปีเป็นวันชาติ อันตรงกับวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับลงวันที่ ๑๗ พฤษภาคม ค.ศ. ๑๘๑๔ รัฐธรรมนูญฉบับนี้ ถือว่าเป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับที่เก่าแก่ที่สุดที่ยังใช้บังคับอยู่ในปัจจุบันในยุโรปอีกด้วย) **สาธารณรัฐโปแลนด์** (ถือเอาวันที่ ๓ พฤษภาคมของทุกปีเป็นวันชาติ อันตรงกับวันประกาศใช้รัฐธรรมนูญครั้งแรกในประวัติศาสตร์ของโปแลนด์เมื่อวันที่ ๓ พฤษภาคม ค.ศ. ๑๗๙๑)[๒]

นอกจากนั้น รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร ยังมีลักษณะเป็นสัญลักษณ์ทางการเมืองที่สำคัญของรัฐต่าง ๆ อีกด้วย เนื่องจากรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรมักเกิดขึ้น "หลัง" หรือเป็น "ผล" ของการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองครั้งสำคัญของประเทศ เช่น เกิดขึ้นหลังการปฏิวัติหรือหลังการประกาศเอกราช[๓] ตัวอย่างเช่น

---

[๑] Phillippe Ardant et Bernard Mathieu, Droit constitutionnel et Institutions politiques, LGDJ, coll. « Manuel », 27e édition, ๒๐๑๕-๒๐๑๖.

[๒] ประเทศไทย (สยาม) หลังเปลี่ยนแปลงการปกครองจากระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์มาเป็นระบอบการปกครองอันมีรัฐธรรมนูญเป็นหลักในการปกครองประเทศเมื่อวันที่ ๒๔ มิถุนายน พ.ศ. ๒๔๗๕ ก็เคยใช้แนวความคิดดังกล่าวมากำหนดวันสำคัญของชาติ โดยกำหนดให้วันที่ ๒๔ มิถุนายน เป็นวันชาติ และกำหนดให้วันที่ ๑๐ ธันวาคม เป็นวันรัฐธรรมนูญ

[๓] (รัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นจากการเต็มใจจำกัดอำนาจหรือสละอำนาจของผู้ทรงรัฏฐาธิปัตย์อยู่แต่เดิมมักเป็นข้อยกเว้นที่มีอยู่จำนวนน้อยมากเช่นกรณีของญี่ปุ่นสมัยเมจิ หรือกรณีของเอธิโอเปีย)

The Articles of Confederation and Perpetual Union 1777 อันถือกันว่าเป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของสหรัฐอเมริกา (ก่อนที่จะมีการแก้ไขเพิ่มเติมที่ The Philadelphia Convention และประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน คือ The Constitution of the United States of America 1787) นั้น ก็เป็นผลผลิตของชัยชนะในสงครามประกาศเอกราชเมื่อปี ค.ศ. ๑๗๗๖

รัฐธรรมนูญฉบับแรกของฝรั่งเศสคือฉบับลงวันที่ ๓ และ ๑๔ กันยายน ค.ศ. ๑๗๙๑ เป็นผลผลิตของการปฏิวัติฝรั่งเศสเมื่อปี ค.ศ. ๑๗๘๙

รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐอิสลามิกแห่งอิหร่านฉบับที่มีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ ๓ ธันวาคม ค.ศ. ๑๙๗๙ เป็นผลผลิตของการปฏิวัติอิสลาม (La Révolution Islamique) และการสถาปนาเป็นสาธารณรัฐอิสลาม (La République Islamique) เมื่อวันที่ ๑ เมษายน ค.ศ. ๑๙๗๙

หลังการล่มสลายของระบอบสหภาพโซเวียตในปี ค.ศ. ๑๙๘๙ อันเป็นการปลดปล่อยรัฐต่าง ๆ ในยุโรปกลางหรือยุโรปตะวันออกให้เป็นอิสระทางการเมือง รัฐเหล่านี้ก็ดำเนินการยกร่างรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรเป็นลำดับแรก เช่น รัฐธรรมนูญรูมาเนีย ฉบับลงวันที่ ๘ ธันวาคม ค.ศ. ๑๙๙๑ รวมตลอดไปถึงการพังทลายของกำแพงเบอร์ลิน อันเป็นการรวมเยอรมนีตะวันตกและเยอรมนีตะวันออกเข้าด้วยกัน ก็มีประเด็นที่จะต้องทำให้กฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญฉบับ ๑๙๔๙ มีผลใช้บังคับคลอบคลุมเยอรมนีที่มารวมเข้าด้วยกัน

ตัวอย่างในประวัติศาสตร์ใกล้ตัวที่ยืนยันความที่ได้กล่าวมาข้างต้นก็คือ กรณีของการยกร่างและประกาศใช้รัฐธรรมนูญของสาธารณรัฐตูนีเซียฉบับลงวันที่ ๒๖ มกราคม ค.ศ. ๒๐๑๔ หลังจากที่ประชาชนชาวตูนีเซียลุกขึ้นล้มระบอบการปกครองเผด็จการของอดีตประธานาธิบดี Ben Ali

จากการศึกษาประวัติศาสตร์การเกิดขึ้นของรัฐธรรมนูญในประเทศต่าง ๆ เราจะพบว่ารัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรได้รับการสถาปนาขึ้นในสถานการณ์ที่แตกต่างหลากหลายมาก ที่เป็นเช่นนี้เพราะแต่ละรัฐมีความเป็นมาและประวัติศาสตร์ไม่เหมือนกัน รัฐบางรัฐมีความเป็นมาทางประวัติศาสตร์และมีประวัติศาสตร์การเมืองการปกครองยาวนาน เมื่อมาถึงจุด ๆ หนึ่งที่เกิดการเปลี่ยนแปลงหลักมูลฐานทางการเมือง กล่าวคือ เกิดมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรขึ้น รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรก็เป็นเหมือน**หลักการใหม่ทางการเมือง**และเป็นการจัดตั้ง**ระบบกฎเกณฑ์ทางกฎหมายขึ้นมาใหม่** (Nouvel ordre juridique, หรือ New Legal Order) แทนที่ระบอบเก่า หรือในบางกรณี รัฐบางรัฐเกิดขึ้นใหม่ (เช่น เกิดการประกาศเอกราช หรือหลุดพ้นจากการเป็นอาณานิคมของมหาอำนาจ) รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรก็เป็นเสมือนเอกสารจัดตั้งรัฐใหม่ (Acte fondateur) ไปในตัวด้วย

อย่างไรก็ตาม ไม่ว่าจะเป็นการสถาปนารัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรในรัฐที่มีประวัติศาสตร์ความเป็นมายาวนาน หรือการสถาปนารัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรในรัฐที่เกิดใหม่ก็ตาม รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรล้วนเป็นการจัดตั้งระบบกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (Ordre juridique) และสถาบันการเมืองขึ้นมาใหม่ด้วยกันทั้งสิ้น อำนาจที่จะสถาปนาระบบกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (Ordre juridique) และสถาบันการเมืองขึ้นมานี้ จึงเป็นอำนาจพิเศษ เพราะเป็นอำนาจที่มี**มาก่อน**ระบบกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (*Ante legal order*) และสถาบันการเมือง ซึ่งเป็นเพียงสิ่งที่ถูกสร้างขึ้นโดยอำนาจนี้ **อำนาจนี้จึงไม่มีขอบเขตจำกัด** เราเรียกอำนาจนี้ว่า**อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir constituant)**

ความเป็นมาของคำว่า “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir constituant)

คำว่า “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ”หรือที่ในภาษาอังกฤษใช้คำว่า Constituent Power หรือที่บางท่านเรียกว่า Framing Power นั้น ไม่มีหลักฐานชัดเจนว่าผู้ใดเป็นผู้คิดขึ้น มีเพียงการกล่าวอ้างว่ามีการปรากฏตัวของคำว่า Constituent Power เป็นครั้งแรกในจดหมายเปิดผนึกลงวันที่ ๑๑ เมษายน ค.ศ. ๑๗๗๗ ที่นาย Thomas Young เขียนถึงผู้ที่พำนักอาศัยอยู่ในมลรัฐ Vermont สหรัฐอเมริกา[๔] ซึ่งถ้าเป็นเช่นนั้นจริง ในช่วงระยะเวลาต่อ ๆ มา ก็คงมีการใช้คำ ๆ นี้ในที่ต่าง ๆ และในบริบทต่าง ๆ บ้างไม่มากก็น้อย[๕] นอกจากนั้น ได้เคยมีการถกเถียงกันในทางวิชาการว่าใครเป็นผู้เริ่มคิดคำว่า Pouvoir constituant และนำมาใช้เป็นครั้งแรก[๖] ผู้เขียนขอข้ามประเด็นข้อถกเถียงอันเป็นเรื่องทางประวัติศาสตร์นี้ไปก่อน เนื่องจากประเด็นนี้มีความสำคัญต่อการพิจารณาปัญหาเรื่องอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญในปัจจุบันไม่มากนัก ประเด็นว่าใครเป็นผู้คิดและนำเสนอคำนี้เป็นคนแรกไม่สำคัญเท่ากับว่า ในปัจจุบันนี้เรารับรู้และเข้าใจทฤษฎีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญตามคำอธิบายของใคร เป็นที่ยอมรับกันว่าผู้ที่ได้นำคำว่า “Pouvoir constituant” มานำเสนอคำอธิบายเป็นทฤษฎีเรื่องการสถาปนารัฐธรรมนูญอย่างชัดเจนและเป็นที่เข้าใจกันตามความหมายในปัจจุบันนี้[๗] คือ Abbé Sieyès[๘] ซึ่งได้กล่าวคำพูดที่เป็นพื้นฐานในเรื่องนี้ไว้ว่า « Une Constitution suppose, avant tout, un pouvoir constituant » (คำแปล – จะมีรัฐธรรมนูญได้ต้องมีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมาก่อน)

Professeur Claude Klein[๙] บันทึกข้อเขียนของ Abbé Sieyès ซึ่งได้เขียนไว้ในปี ค.ศ. ๑๗๙๕ ไว้ว่า

« Une idée saine et utile fut établie en 1788 : c’est la division du pouvoir constituant et des pouvoirs constitués. Elle comptera parmi les découvertes qui font faire un pas à la science ; elle est due aux Français. »[๑๐]

---

[๔] อ้างโดย Willi Paul Adams ใน The First American Constitutions : Republican ideology and the making of the State constitutions in the Revolutionary Era, Lanham, Rowman & Littlefield, 2nd edition, 2001 หนังสือเล่มนี้ แปลมาจากภาษาเยอรมันที่ชื่อว่า Republikanismus und die ersten amerikanischen Einzelstaatsverfassungen : zur ideengeschichtlichen und verfassungsgeschtlichen Komponente der amerikanischen Revolution (1775-1780)

อ้างอิงในเชิงอรรถที่ ๒ , โปรดดู Claude Klein, Théorie et Pratique du Pouvoir Constituant, p.12 ด้วย

[๕] โปรดดูความเห็นที่น่าสนใจของ Professeur Claude Klein ในหนังสือที่วิเคราะห์ปัญหาเรื่องอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไว้อย่างละเอียดชื่อ Théorie et Pratique du Pouvoir Constituant, Paris, PUF, Collection « Les voies du droit », 1996, หน้า ๗ เชิงอรรถที่ ๑

[๖] Professeur Claude Klein, Théorie et Pratique du Pouvoir Constituant, ในบทที่ว่าด้วย Le concept d’un pouvoir constituant, une autre querelle des origines, p.7-18

[๗] Professeur Claude Klein, Théorie et Pratique du Pouvoir Constituant, หน้า ๘

[๘] Emmanuel-Joseph Sieyès (๑๗๔๘-๑๘๓๖) เป็นนักบวชคาธอลิคชาวฝรั่งเศสซึ่งมีบทบาททางการเมืองอย่างสูงในช่วงการปฏิวัติฝรั่งเศส ค.ศ. ๑๗๘๙ งานเขียนของท่านมีอิทธิพลทางความคิดอย่างสูงในช่วงการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองครั้งสำคัญนี้ โดยเฉพาะอย่างยิ่งหนังสือ ที่ชื่อว่า « Qu’est-ce que le Tiers-Etats ? »

[๙] Professeur Claude Klein, Théorie et Pratique du Pouvoir Constituant, อ้างแล้ว,หน้า ๘

[๑๐] คำแปล “ในปี ค.ศ. ๑๗๘๘ ได้มีการเสนอความคิดของชาวฝรั่งเศสอันเป็นความคิดที่ดีและเป็นประโยชน์ซึ่งอาจนับได้ว่าเป็นความก้าวหน้าในทางวิชาการอย่างสำคัญอีกด้วย นั่นคือความคิดในเรื่อง การแยก “อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ” ออกจาก “องค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ” ”

Abbé Sieyès เสนอแนวความคิดเรื่องอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญของเขา ในเอกสารที่ชื่อว่า « Qu'est-ce que le Tiers-Etats ? » หลังการปฏิวัติฝรั่งเศสในปี ๑๗๘๙ อันเป็นช่วงเวลาที่ฝ่ายปฏิวัติกำลังยกร่างรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร ในที่นี้ พึงกล่าวเพื่อให้เข้าใจเป็นพื้นฐานด้วยว่า ในการปฏิวัติฝรั่งเศสนั้น แต่เดิม ฝ่ายปฏิวัติมีวัตถุประสงค์แต่เพียงจัดให้มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรขึ้นมาใช้เป็นหลักในการปกครองประเทศแทนที่ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ตามข้อเรียกร้องของนักปรัชญายุค Enlightenment เท่านั้น **มิได้**มีข้อเรียกร้องให้ถอดถอนหรือล้มสถาบันพระมหากษัตริย์แต่ประการใด[๑๑] ดังจะเห็นได้ว่า ในร่างรัฐธรรมนูญที่ฝ่ายปฏิวัติได้ร่างขึ้นซึ่งต่อมาประกาศใช้เป็นรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับแรกของฝรั่งเศส ลงวันที่ ๓ กันยายน ค.ศ. ๑๗๙๑ นั้น มาตรา ๑ ของหมวดที่ ๒ (Titre II) บัญญัติอย่างชัดเจนว่า « Le Royaume est un et indivisible »[๑๒] ซึ่งอาจแปลได้ว่า "ฝรั่งเศสเป็น**ราชอาณาจักร**อันหนึ่งอันเดียวกัน จะแบ่งแยกมิได้" และในส่วนที่ ๒ (Chapitre II) ของหมวด ๓ (Titre III) เป็นบทบัญญัติว่าด้วย "สถาบันพระมหากษัตริย์, ผู้สำเร็จราชการแทนพระองค์ และคณะรัฐมนตรี" (De la Royauté, de la Régence et des Ministres)[๑๓] รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรฉบับแรกนี้ ฝ่ายปฏิวัติใช้ระยะเวลาในการยกร่างค่อนข้างมาก เนื่องจากในฝ่ายพวกปฏิวัติด้วยกันเองก็มีความคิดในการจัดตั้งสถาบันการเมืองและรายละเอียดต่างๆ ที่หลากหลาย ต้องใช้เวลาในการอภิปรายโต้เถียงหักล้างกันค่อนข้างมาก ดังนั้น หลังจากที่ยึดอำนาจได้สำเร็จด้วยการพังทลายคุก Bastille อันเป็นสัญญลักษณ์ของการปกครองระบอบเก่า (Ancien Régime) ในวันที่ ๑๔ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๗๘๙ แล้วจึงต้องใช้เวลามากกว่าสองปีจึงได้ร่างรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรได้สำเร็จในวันที่ ๓ กันยายน ค.ศ. ๑๗๙๑ และโดยที่การยกร่างบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิและเสรีภาพ (Droits et Libertés) ลงตัวและได้รับความเห็นพ้องต้องกันอย่างรวดเร็ว จึงเสร็จก่อนตัวบทรัฐธรรมนูญในส่วนที่ว่าด้วยสถาบันการเมือง ฝ่ายปฏิวัติจึงได้ตกลงกันว่าจะ **"ประกาศ"** รับรองเรื่องสิทธิและเสรีภาพนี้ออกพลางไปก่อนระหว่างที่ร่างรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรยังไม่เสร็จสิ้น ดังนั้น จึงได้มีการประกาศสิทธิและเสรีภาพออกมาในรูปของ "ปฏิญญา (Déclaration)" เมื่อวันที่ ๒๖ สิงหาคม ค.ศ. ๑๗๘๙ ใช้ชื่อว่า "ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของมนุษยชนและของราษฎร Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen du 26 août 1789" โดยถือว่า เป็นเอกสาร "นำ" บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ (placée en tête de la constitution)

ในระหว่างที่กำลังดำเนินการยกร่างรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร รวมทั้งบทบัญญัติรับรองและคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพนั้นเอง เกิดมีประเด็นถกเถียงกันขึ้นมาว่า ฝรั่งเศสกำลังจะเปลี่ยนแปลงไปสู่ระบอบการเมืองและระบอบกฎหมายใหม่ (Ordre juridique) อันแตกต่างไปจากระบอบเดิม (Ancien Régime) อย่างสิ้นเชิง แม้ว่าจะยังคงรักษาสถานะของพระเจ้าหลุยส์ที่ ๑๖ ให้ยังเป็นประมุขของรัฐอยู่ แต่ก็เป็นไปโดยผลของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติให้พระเจ้าหลุยส์ที่ ๑๖ เป็นประมุขของรัฐในระบอบใหม่ มิใช่โดยสถานะตามกฎหมายของระบอบเก่าที่สิ้นสุดลงไปแล้ว หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือว่า รัฐธรรมนูญซึ่งก่อตั้งระบบกฎหมายและสถาบันการเมืองใหม่ (Nouvel ordre juridique)

[๑๑] Les Constitutions de la France depuis 1789, Paris, Garnier-Flammarion, 1979, p.6

[๑๒] Les Constitutions de la France depuis 1789, Paris, Garnier-Flammarion, 1979, p.37

จะเกิดขึ้นจากอำนาจอธิปไตยอันเป็นของประชาชนที่ได้มาจากการปฏิวัติ มิใช่เกิดขึ้นโดยอาศัยอำนาจของพระเจ้าหลุยส์ที่ ๑๖ ตามระบบกฎหมายของสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ดังนั้น จึงมีปัญหาว่า “ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของมนุษยชนและของราษฎร” ก็ดี “รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร” ที่สภาร่างรัฐธรรมนูญ (Assemblée constituante) กำลังยกร่างอยู่ก็ดี จะต้องนำขึ้นทูลเกล้าฯ ให้พระเจ้าหลุยส์ที่ ๑๖ ทรงพิจารณาลงพระปรมาภิไธยเพื่อประกาศใช้หรือไม่ (ที่เรียกกันว่า ต้องมี sanction royale)

ในท่ามกลางความคิดเห็นที่แตกต่างกันในช่วงเวลาดังกล่าว Abbé Sieyès ได้เสนอความเห็นผ่านหนังสือ « Qu’est-ce que le Tiers-Etats ? » ว่า อำนาจของสภาร่างรัฐธรรมนูญเป็นอำนาจพิเศษที่เรียกว่า Pouvoir constituant เป็นอำนาจที่สภาร่างรัฐธรรมนูญรับมาโดยตรงจากราษฎรเพื่อมาทำหน้าที่ “สถาปนา” ให้มีองค์กรต่าง ๆ ที่จะมาใช้อำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญนี้จึงมีมา**ก่อน**บรรดาองค์กรทั้งหลายที่รัฐธรรมนูญจะจัดตั้งขึ้น และโดยที่สถาบันพระมหากษัตริย์เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญองค์กรหนึ่ง ที่ได้รับการสถาปนาขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ (คือ เป็นเพียง Pouvoir constitué เช่นเดียวกับองค์กรอื่น ๆ) ดังนั้น สภาร่างรัฐธรรมนูญจึงสามารถประกาศใช้รัฐธรรมนูญและเอกสารทางกฎหมายต่าง ๆ ที่ตนใช้อำนาจพิเศษนี้ (Pouvoir constituant) ตราขึ้นได้ โดยไม่ต้องนำขึ้นทูลเกล้าฯ ให้พระเจ้าหลุยส์ที่ ๑๖ ลงพระปรมาภิไธยเพื่อประกาศใช้อีก (คือไม่ต้องทำสิ่งที่เรียกว่า Sanction royale) บรรดาสมาชิกส่วนใหญ่ของสภาร่างรัฐธรรมนูญเห็นด้วยกับข้อเสนอของ Abbé Sieyès ในเวลาต่อมา “ปฏิญญาว่าด้วยสิทธิของมนุษยชนและของราษฎร (Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen du ๒๖ août 1789)” และกฎหมายอีกหลายฉบับจึงได้ถูกประกาศใช้โดยอาศัยอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir constituant) ของตนเอง[๑๔] โดยไม่ได้นำขึ้นถวายให้พระเจ้าหลุยส์ที่ ๑๖ พิจารณาลงพระปรมาภิไธย (คือไม่ต้องมี sanction royale) เพียงแต่ให้พระเจ้าหลุยส์ที่ ๑๖ ประกาศในรูปของ Lettre patente[๑๕]

---

[๑๓] Les Constitutions de la France depuis 1789, Paris, Garnier-Flammarion, 1979, p.44

[๑๔] Les Constitutions de la France depuis 1789, Paris, Garnier-Flammarion, 1979, p.28 (Présentation du Professeur Jacques Godechot, doyen de la Faculté des Lettres et Sciences humaines de Toulouse) และโปรดดู Georges Lefèbvre, La Révolution Française, Presse Universitaire de France, Troisième édition, revue et augmentée, Paris, 1963, หน้า ๑๕๐
และโปรดดู Marcel Morabito, Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours, Paris, LGDJ-Précis Domat, 16e édition, 2020

[๑๕] Guy Putfin, La Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen : recensement et variantes des textes (août 1789-septembre 1791), Annales historiques de la Révolution Française, vol.50e année, no 232, avril-juin 1978, p.185
« Lettre patente » เป็นเอกสารที่ใช้ในการ “ประกาศ”การดำรงอยู่ของกฎหมายหรือพระบรมราชโองการในสมัยสมบูรณาญาสิทธิราชย์ของฝรั่งเศส เพื่อให้ศาล ข้าราชการ เจ้าพนักงาน ตลอดจนประชาชนได้ “รับรู้”การดำรงอยู่และการมีผลบังคับของกฎหมายหรือพระบรมราชโองการนั้น ๆ อันตรงกันข้ามกับ « Lettre de cachet » ซึ่งเป็น “การแจ้งคำสั่งเป็นการเฉพาะตัว” ซึ่งใช้ในการสั่งให้ “อุ้ม” บุคคลบางคนไปจำขังหรือหรือลงโทษแบบลับ ๆ

ความแตกต่างระหว่าง องค์กรที่ใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir constituant) กับ องค์กรต่างๆ ที่ถูกรัฐธรรมนูญจัดตั้งให้มีขึ้น (Pouvoirs constitués)

ในเบื้องต้น พึงทำความเข้าใจก่อนว่า “องค์กรที่ใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ” กับ “องค์กรต่าง ๆ ที่ถูกรัฐธรรมนูญจัดตั้งให้มีขึ้น” (ตัวอย่าง เช่น ประมุขของรัฐ (ประธานาธิบดีหรือพระมหากษัตริย์) คณะรัฐมนตรี รัฐสภา ศาล รวมตลอดถึงองค์กรที่มีอำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ฯลฯ) มีความแตกต่างกันและเป็นคนละส่วนกัน[๑๖]

องค์กรที่ใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir constituant) คือองค์กรที่ใช้อำนาจอธิปไตยในการจัดตั้งกฎหมายสูงสุดของรัฐที่กำหนดให้มีสถาบันการเมืองต่าง ๆ ขึ้นภายในรัฐ องค์กรที่ใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจึงเป็นองค์กร**ที่มีมาก่อน**การมีรัฐธรรมนูญและมีมาก่อนบรรดาองค์กรต่าง ๆ ที่ถูกรัฐธรรมนูญจัดตั้งให้มีขึ้น (Pouvoirs constitués) ไม่ว่าจะเป็น ประมุขของรัฐ คณะรัฐมนตรี รัฐสภา หรือ ศาล การศึกษาเรื่องอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Le Pouvoir constituant) และองค์กรที่ใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (L’Organe constituant) จึง**ไม่อยู่**ในกรอบของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเพราะในเวลาที่มีการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ยังไม่มีรัฐธรรมนูญแต่อย่างใด ในขณะที่ องค์กรต่าง ๆ ที่รัฐธรรมนูญจัดให้มีขึ้น (Pouvoirs constitués) ล้วนเป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ อันเป็นเรื่องที่มาที**หลัง**การมีขึ้นของรัฐธรรมนูญ นักกฎหมายมหาชนบางท่าน เช่น Professeur Georges Burdeau จึงเรียกอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญว่า เป็นอำนาจที่มีมาก่อนการมีรัฐธรรมนูญ (méta-constitutionnel)[๑๗] Professeur Claude Klein อธิบายว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่จะศึกษาด้วยหลักเกณฑ์ทางกฎหมายไม่ได้ ต้องศึกษาด้วยวิธีการทางรัฐศาสตร์[๑๘] เช่นเดียวกับ Professeur Raymond Carré de Malberg ที่เห็นว่าเรื่องอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir constituant) ไม่ใช่เรื่องที่อยู่ในขอบข่ายการศึกษาของนิติศาสตร์[๑๙]

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ และองค์กรที่ใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir constituant) จะเป็นเรื่องของข้อเท็จจริง (เป็น pur fait ตามคำของ Professeur Raymond Carré de Malberg) กล่าวคือ ไม่ใช่เรื่องของข้อกฎหมาย แต่อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ และองค์กร

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

---

๑๖ ที่ต้องย้ำเรื่องนี้เป็นเบื้องต้น เพราะในประเทศไทยเรามองไม่ค่อยเห็นความแตกต่างขององค์กรที่ใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir constituant) กับ องค์กรต่างๆ ที่ถูกรัฐธรรมนูญจัดตั้งให้มีขึ้น (Pouvoirs constitués) กล่าวคือ ประเทศไทยเรามีรัฐธรรมนูญประกาศใช้หลายฉบับ ส่วนใหญ่จะประกาศใช้หลังจากที่มีการปฏิวัติหรือรัฐประหาร และเรามักให้องค์กรที่ทำหน้าที่ในทางนิติบัญญัติเป็นผู้จัดให้มีการยกร่างรัฐธรรมนูญและประกาศใช้เมื่อพระมหากษัตริย์ทรงลงพระปรมาภิไธยแล้ว เราจึงมักเข้าใจผิดไปว่าองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติคือองค์กรที่มีอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

๑๗ Georges Burdeau, Traité de science politique, Paris, LGDJ, 3e édition, 1983, Tome IV, p.173

๑๘ Claude Klein, Théorie et Pratique du Pouvoir Constituant, อ้างแล้ว, หน้า ๖๘

๑๙ Raymond Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l’Etat, Paris, Sirey, 1922, (Réimpression : CNRS, 1962) Tome II, p.491-492, 496-497.

๒๐ Ran Halévi, La déconstitution de l’Ancien Régime : Le pouvoir constituant comme acte révolutionnaire, Jus Politicum- Autour de la notion de Constitution, Revue internationale de droit politique, No 3, décembre 2009, Paris, Dalloz, 2009, p.1

ที่ใช้อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Pouvoir constituant derivé) เป็นเรื่องข้อกฎหมาย เพราะเป็นเรื่องที่ถูกบัญญัติอยู่ในรัฐธรรมนูญ จึงต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์ของรัฐธรรมนูญ

มีข้อสังเกตว่า การใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (L'Acte constituant) นั้น มีนัยทั้งในการสถาปนารัฐธรรมนูญขึ้นใหม่ทั้งฉบับ (L'établissement de la constitution) และในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Révision de la constitution) เพราะในทั้งสองกรณีล้วนเป็นการก่อให้เกิดบทบัญญัติรัฐธรรมนูญขึ้น[๒๐] แต่โดยที่ลักษณะของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่ใช้ในแต่ละกรณีมีลักษณะแตกต่างกัน จึงได้มีการคิดศัพท์ขึ้นใช้เรียกอำนาจทั้งสองนั้นให้แตกต่างกัน จึงควรทำความเข้าใจศัพท์ที่ใช้ในเรื่องนี้ให้ชัดเจนเพื่อป้องกันมิให้เกิดความเข้าใจที่สับสน

การทำความเข้าใจศัพท์ที่ใช้

คำว่า Pouvoir constituant หรือ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ นั้น ถ้าใช้ลอย ๆ โดยไม่มีคำคุณศัพท์ขยาย อาจหมายถึงอำนาจที่ใช้ในการสถาปนารัฐธรรมนูญขึ้นทั้งฉบับ หรืออำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรก็ได้[๒๑] โดยเหตุนี้ บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่ได้รับการยกร่างไว้แต่แรก และบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่เกิดจากการแก้ไขเพิ่มเติมในภายหลังนั้น ไม่มีความแตกต่างกันในสถานะทางกฎหมาย คือล้วนถือว่าเป็นบทบัญญัติรัฐธรรมนูญเหมือนกันทุกประการ มิใช่ว่าบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่เกิดขึ้นภายหลังจากการแก้ไขเพิ่มเติม จะมีสถานะทางกฎหมายแตกต่างไปจากบทบัญญัติรัฐธรรมนูญที่ร่างขึ้นมาตั้งแต่แรกแต่ประการใด แต่โดยที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir constituant) ที่ใช้ในการยกร่างรัฐธรรมนูญทั้งฉบับในตอนเริ่มต้นนั้น มีข้อพิจารณาในแง่ลักษณะของอำนาจ (Nature du pouvoir) ขอบเขตของอำนาจ (Etendue du pouvoir) และผู้ทรงอำนาจกับกระบวนการการใช้อำนาจ (Détenteur et procédé du pouvoir) **ล้วนเป็นอำนาจตามข้อเท็จจริง (Pouvoir de fait) แตกต่าง**จากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่ใช้ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ อันเป็น**อำนาจตามกฎหมาย (Pouvoir de droit)** ดังนั้น เพื่อมิให้เกิดความสับสน จึงมีความพยายามสร้างคำศัพท์เพื่อแยกแยะให้เห็นความแตกต่างกันของทั้งสองเรื่องนั้นออกจากกัน

ในภาษาอังกฤษ ไม่มีปัญหายุ่งยากมากนัก ตำราส่วนใหญ่เรียกอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่ใช้ในการจัดทำรัฐธรรมนูญขึ้นมาทั้งฉบับในตอนเริ่มต้นว่า Framing power (อำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ) และเรียกอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่ใช้ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่า Amending power (อำนาจแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ)[๒๒] และขอให้สังเกตด้วยว่า ตำรากฎหมายรัฐธรรมนูญของสหราชอาณาจักร

[๒๑] Pierre Pactet, Institutions politiques-Droit constitutionnel, Paris, Masson, 1991, p.69

[๒๒] Martin Loughlin, Neil Walker (edit), The paradox of constitutionalism-Constituent power and constitutional form, Oxford, Oxford University Press, 2007.

[๒๓] Raymond Carré de Malberg, Contribution à la théorie générale de l'Etat, Paris, Sirey, 1922, (Réimpression : CNRS, 1962) Tome II, p.541 และ Ran Halévi, La déconstitution de l'Ancien Régime : Le pouvoir constituant comme acte révolutionnaire, Jus Politicum- Autour de la notion de Constitution, Revue internationale de droit politique, No 3, décembre ๒๐๐๙, Paris, Dalloz, 2009, p.2

(Great Britain) จะไม่มีการพูดถึงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเลย เพราะสหราชอาณาจักรใช้ระบบรัฐธรรมนูญที่ไม่เป็นลายลักษณ์อักษรและถือหลัก Parliamentary Sovereignty เป็นสำคัญ[๒๓]

ดังที่ได้กล่าวมาข้างต้นแล้วว่า Abbé Sieyès เป็นบุคคลแรกที่เสนอแนวความคิดเรื่อง Pouvoir constituant เพื่อใช้เรียกอำนาจในการยกร่างรัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (อันเป็นอำนาจพิเศษที่มีมาก่อนบรรดาองค์กรทั้งหลายที่รัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้น) องค์กรทั้งหลายที่รัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้นนั้น มีอำนาจก็เพราะรัฐธรรมนูญกำหนดให้มี ดังนั้น Abbé Sieyès จึงเรียก**องค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ**ว่า Pouvoirs constitués

มีปัญหาว่าจะเรียกอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่าอย่างไรเพราะอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (Amending power) มีลักษณะประการหนึ่งเหมือนอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ (Framing power) คือ เป็นอำนาจในการจัดให้มีบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญขึ้นโดยการแก้ไขหรือเพิ่มเติมบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ผลผลิตของอำนาจนี้ ก็คือบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญนั่นเอง เพียงแต่อำนาจนี้เป็นอำนาจอยู่ในรัฐธรรมนูญและมีขึ้นโดยผลของรัฐธรรมนูญ แต่ถึงอย่างไรอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญและอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญก็มีความแตกต่างกัน

Professeur Roger Bonnard เป็นบุคคลแรกที่แยกแยะอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญ (Pouvoir constituant) ออกเป็นสองประเภท โดยท่านเรียกอำนาจที่ใช้ในการสถาปนารัฐธรรมนูญขึ้นทั้งฉบับในครั้งแรกว่า Pouvoir constituant originaire และเรียกอำนาจในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญว่า Pouvoir constituant institué [๒๔] ในระยะเวลาต่อมา บุคคลที่ศึกษาเรื่องนี้อย่างสำคัญอีกท่านหนึ่งคือ Paul Héraud ได้นำเอาแนวคิดของ Professeur Roger Bonnard มาพัฒนาต่อในวิทยานิพนธ์ปริญญาเอกของท่าน โดยท่านเรียกอำนาจในการสถาปนารัฐธรรมนูญทั้งฉบับว่า Pouvoir originaire[๒๕]

ในปัจจุบันนี้ ตำรารัฐธรรมนูญฝรั่งเศสส่วนใหญ่[๒๖]มักจะใช้คำที่ Professeur Georges Vedel ใช้เรียกอำนาจทั้งสองชนิดนี้ คือเรียกอำนาจที่ใช้ในการสถาปนารัฐธรรมนูญทั้งฉบับ (อันเป็นอำนาจตามข้อเท็จจริง) ว่า Pouvoir constituant originaire และเรียกอำนาจที่ใช้ในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ (อันเป็นอำนาจตามกฎหมาย) ว่า Pouvoir constituant dérivé[๒๗]

[๒๔] Roger Bonnard, « Les actes constitutionnels de 1940 », in Revue de Droit Public, 1942, p.49

[๒๕] Paul Héraud, L'Ordre juridique et le pouvoir originaire, (Thèse pour le Doctorat en Droit, Faculté de Droit de Toulouse), Paris, Sirey, 1946, p.2-4

[๒๖] Philippe Ardant, Institutions politiques et Droit constitutionnel, Paris, LGDJ, 6๖e édition, 1994, p.72
Georges Burdeau, Francis Hamon et Michel Troper, Droit constitution, Paris, LGDJ, 23e édition, 1993 p.53
Jacques Cadart, Institutions politiques et Droit constitutionnel, Paris, Economica, « e édition, 1990, p.141
Pierre Avril et Jean Giquel, Lexique : Droit constitutionnel, Paris, PUF, 5e édition, 1994, p.97

[๒๗] Georges Vedel, Droit constitutionnel, Paris, Sirey, 1949, (Réimpression, 1989), p.115-116

[๒๘] Raymond Carré de Malberg, op.cit, Tome II, p.490 และโปรดดู Georges Burdeau, op.cit, p.79

ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

แม้ว่าตามทัศนะของผู้ที่ยึดมั่นในหลักการประชาธิปไตยอันถือว่าประชาชนหรือมวลราษฎรเป็นบ่อเกิด (แหล่งที่มา) ของอำนาจอธิปไตยหรืออำนาจทางการเมืองทั้งมวล ดังนั้น อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญก็ควรเป็นของประชาชนหรือมวลราษฎร ก็ตาม แต่โดยที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจตามข้อเท็จจริง (Pouvoir de fait) ดังนั้นจึงไม่อาจกล่าวได้อย่างตายตัวเป็นการทั่วไปได้ว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของประชาชน ทั้งนี้ อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของใคร ขึ้นอยู่กับสถานการณ์ในทางข้อเท็จจริง ณ ขณะที่มีการสถาปนารัฐธรรมนูญว่าอำนาจสูงสุดในขณะนั้น (le pouvoir suprême) เป็นของใคร[๒๘]

ดังนั้น ต่อคำถามที่ว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นของใคร จึงอาจมีคำตอบได้หลากหลาย ดังนี้

ก. ประชาชนหรือมวลราษฎรเป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ในกรณีดังต่อไปนี้

๑. มีการก่อตั้งรัฐขึ้นใหม่หรือมีการประกาศเอกราชหลุดพ้นจากการเป็นอาณานิคมของรัฐอื่น และประชาชนหรือมวลราษฎรพร้อมใจกันสถาปนารัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรขึ้นเป็นหลักในการปกครอง ตัวอย่างเช่น กรณีของสหรัฐอเมริกาที่ประกาศเอกราชเมื่อวันที่ ๔ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๗๗๖ และต่อมาประกาศใช้ Articles of Confederation and Perpetual Union 15 November 1777 เป็นหลักในการปกครองอยู่จนกระทั่งมีการร่างรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบันคือ Constitution of the United States 17 September 1787 หรือกรณีที่ประเทศเจ้าอาณานิคมคืนเอกราชอธิปไตยให้กับอาณานิคมก่อตั้งรัฐเอกราชขึ้นซึ่งมีหลายตัวอย่างในทวีปแอฟริกา

๒. รัฐมีระบอบการปกครองดั้งเดิมอยู่แล้ว ต่อมาประชาชนหรือมวลราษฎรได้ทำการอภิวัฒน์ (Revolution) ก่อการเปลี่ยนแปลงการปกครองยกเลิกระบอบเก่าและยกร่างรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรสถาปนาการปกครองระบอบใหม่ขึ้น ตัวอย่างเช่น การอภิวัฒน์ฝรั่งเศส (La Révolution Française 1789)

ข. บุคคลคนเดียวเป็นผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ในกรณีดังต่อไปนี้

๑. รัฐมีระบอบการปกครองดั้งเดิมซึ่งตามระบอบนั้นบุคคลคนเดียวมีอำนาจสูงสุด เช่น ระบอบสมบูรณาญาสิทธิราชย์ ซึ่งมีพระมหากษัตริย์หรือสมเด็จพระเจ้าจักรพรรดิ เป็นผู้ทรงอำนาจสูงสุด ต่อมาพระมหากษัตริย์หรือสมเด็จพระเจ้าจักรพรรดิทรงยุติการปกครองระบอบเดิมไม่ว่าจะโดยพระราชดำริริเริ่มโดยพระองค์เอง หรือโดยการร้องขอหรือร้องขอกึ่งบังคับของคณะบุคคลหรือมวลราษฎร ด้วยการพระราชทานรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรสถาปนาการปกครองระบอบใหม่ขึ้น ตัวอย่างเช่น รัฐธรรมนูญแห่งจักรวรรดิญี่ปุ่น (The Constitution of the Empire of Japan 11 February 1889) หรือที่รู้จักกันว่ารัฐธรรมนูญเมจิ (Meiji Constitution) ซึ่งสมเด็จพระเจ้าจักรพรรดิเมจิพระราชทานเมื่อวันที่ ๑๑ กุมภาพันธ์ ค.ศ. ๑๘๘๙ และมีผลบังคับใช้ระหว่าง ๒๙ พฤศจิกายน ๑๘๙๐ จนถึง ๒ พฤษภาคม ๑๙๔๗ หรือรัฐธรรมนูญแห่งเอธิโอเปีย ฉบับ ๑๙๓๑ (The Constitution of Ethiopia 1931) ซึ่งสมเด็จพระเจ้าจักรพรรดิ Haile Selassie พระราชทานเมื่อวันที่ ๑๖ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๙๓๑ รวมทั้ง การเกิดขึ้นของรัฐธรรมนูญฉบับแรกของไทย คือ พระราชบัญญัติธรรมนูญการปกครองแผ่นดินสยาม (ชั่วคราว) ๒๗ มิถุนายน พ.ศ. ๒๔๗๕ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรสยาม พุทธศักราช ๒๔๗๕ ที่พระบาทสมเด็จพระปกเกล้าเจ้าอยู่หัว

พระราชทานตามคำร้องขอของคณะราษฎรผู้ทำการเปลี่ยนแปลงการปกครองเมื่อวันที่ ๒๔ มิถุนายน พ.ศ. ๒๔๗๕ ก็จัดอยู่ในกลุ่มนี้เช่นเดียวกัน

๒. เมื่อมีบุคคลหรือคณะบุคคลใช้กำลังก่อการรัฐประหารยึดอำนาจการปกครองจากรัฐบาลที่บริหารประเทศอยู่แต่เดิมและสถาปนาตนเองขึ้นเป็นรัฏฐาธิปัตย์ทรงอำนาจสูงสุดล้มล้างการปกครองระบอบเดิม และต่อมาใช้อำนาจที่ได้มาจากการรัฐประหารนั้นจัดให้มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรขึ้นใหม่

โดยเหตุที่ปัญหาเรื่องอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ(ก่อนมีรัฐธรรมนูญ)และผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ไม่ใช่ปัญหาข้อกฎหมาย นักกฎหมายสำนัก Positivism จึงเห็นพ้องกันว่าเป็นเรื่องที่อยู่นอกหรือพ้นไปจากขอบเขตของนิติศาสตร์[๒๙]

ลักษณะ (Nature) ของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ

ก. อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมีข้อจำกัดหรือไม่

ลักษณะพิเศษประการหนึ่งของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญคือเป็นอำนาจที่ไม่อยู่ภายใต้ข้อจำกัดในทางกฎหมายใด ๆ

หลักในเรื่องที่กล่าวข้างต้นเป็นสิ่งที่เข้าใจได้ไม่ยากนัก เนื่องจากอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจที่มีมาก่อนการมีอยู่ของรัฐธรรมนูญ (Méta-constitution ตามคำอธิบายของศาสตราจารย์ Georges Burdeau) ดังนั้นการใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจัดทำรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรจึงไม่อยู่ภายใต้บังคับของกฎเกณฑ์ใด ๆ ทั้งสิ้น สามารถใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจัดตั้งระบอบการปกครองหรือสถาบันการเมืองได้ตามความประสงค์ของผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ ศาสตราจารย์ Kémal GÖZLER นิยามลักษณะพิเศษของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไว้สามประการ คือ เป็นอำนาจ"ตั้งต้น", "เป็นอยู่ด้วยตัวเอง" และ "ไร้ข้อจำกัด" (Pouvoir initial, autonome et illimité)[๓๐]

ในประเด็นดังกล่าวข้างต้น Professeur Guy Héraud เสนอต่างออกไปเล็กน้อย โดยเห็นว่าหลักที่ว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญไม่ถูกจำกัดโดยข้อกฎหมายใด ๆ นั้น มีนัยหมายถึงข้อจำกัดในทางกฎหมายภายในเท่านั้น แต่มิได้หมายรวมไปถึงว่าผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจะไม่ถูกผูกพันโดยกฎหมายระหว่างประเทศ เพราะว่าเมื่อมีกรณีที่จะต้องสถาปนารัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรขึ้นใหม่ ซึ่งส่วนใหญ่แล้วมักเกิดขึ้นหลังจากที่มีการรัฐประหารหรือการปฏิวัติล้มล้างการปกครองที่มีอยู่เดิมด้วยการเปลี่ยนแปลงทางการเมืองดังกล่าวมิได้ทำให้รัฐนั้น ๆ สลายไปด้วย รัฐยังคงมีอยู่ตามหลักความต่อเนื่องของรัฐ (Principe de la continuité de l'Etat) ดังนั้นความผูกพันตามกฎหมายระหว่างประเทศที่รัฐได้กระทำไปกับรัฐอื่นๆก่อนการรัฐประหารหรือการปฏิวัติ จึงยังคงดำรงอยู่และยังคงผูกพันรัฐต่อไป และผูกพันผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมิให้ร่างรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรสถาปนาระบอบการปกครองที่ละเมิดความผูกพันดังกล่าว[๓๑]

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

[๒๙] Kémal GÖZLER, Le povoir de Révision constitutionnelle, Presse Universitaire »Septentrion », 1997, p.24

[๓๐] Kémal GÖZLER, op.cit, p.25

[๓๑] Guy Héraud, L'Ordre juridique et le pouvoir originaire, Thèse, Faculté de Droit de Toulouse, Edition Sirey, Paris 1946, p.178

อย่างไรก็ตาม อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญอาจถูกจำกัดโดยข้อเท็จจริงได้ในกรณีที่ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้แสดงออกหรือประกาศก่อนดำเนินการยกร่างรัฐธรรมนูญว่าจะผูกพันตนในอันที่สถาปนารัฐธรรมนูญในรูปแบบใดรูปแบบหนึ่งหรือจะสถาปนาสถาบันการเมืองแบบใดแบบหนึ่ง ในกรณีเช่นนี้ หากผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญจัดให้มีรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรที่มีหลักการแตกต่างไปจากที่ตนเองได้ประกาศผูกพันไว้ ย่อมเกิดปัญหาในทางการเมืองตามมาในภายหลัง[๓๒]

ข. เมื่อใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญแล้วอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญยังคงอยู่หรือสลายตัวไป

โดยที่อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญเป็นอำนาจในทางข้อเท็จจริง (Pouvoir de fait) มิใช่อำนาจในทางกฎหมาย (Pouvoir de droit) และเป็นอำนาจที่ใช้สถาปนาระบอบการปกครองซึ่งอันที่จริงก็คือระบบระเบียบในทางกฎหมาย (Ordre juridique) จึงเกิดข้อพิจารณาว่าเมื่อผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญได้สถาปนารัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรขึ้นแล้ว อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญสลายตัวลงไปหรือว่ายังคงอยู่คู่ขนานไปกับรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษร

ผู้ที่นำเสนอแนวความคิดที่ว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญยังคงมีอยู่เสมอ (Permanence du pouvoir constituant) ก็คือผู้ที่เป็นต้นตำรับแนวความคิดเรื่องอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ หรือ Siéyès นั่นเอง คำอธิบายของ Siéyès ก็คือ เมื่อได้สถาปนารัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรขึ้นแล้ว หากจะต้องแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญนั้น ไม่มีผู้ใดหรือใครจะแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญได้ ต้องให้ผู้ทรงอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญที่ได้สถาปนารัฐธรรมนูญนั้นเป็นผู้แก้ไข หรือพูดให้เข้าใจง่าย ๆ ก็คือ การแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญจะต้องใช้วิธีการและกระบวนการเดียวกับการสถาปนารัฐธรรมนูญ โดยเหตุดังกล่าว Siéyès จึงเสนอว่าอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญยังคงมีอยู่เสมอแม้ได้ประกาศใช้รัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรแล้ว[๓๓]

นักกฎหมายรัฐธรรมนูญหลายท่าน[๓๔]ไม่เห็นด้วยกับความเห็นดังกล่าวข้างต้นของ Siéyès โดยให้เหตุผลสรุปรวมความได้ว่า การที่จะต้องใช้อำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญมาแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญย่อมทำให้เกิดสถานการณ์ที่เกิดอำนาจในทางข้อเท็จจริง (Pouvoir de fait) ดำรงอยู่คู่ขนานกับอำนาจในทางกฎหมาย (Pouvoir de droit) เป็นสิ่งที่ไม่พึงประสงค์และในบางสถานการณ์ย่อมเป็นอันตรายต่อระเบียบในทางกฎหมายที่สถาปนาขึ้นโดยรัฐธรรมนูญ[๓๕] ในความเห็นของผู้เขียนบทความนี้ หากจะถอดข้อโต้แย้งนี้เป็นรูปธรรม ก็คงเทียบเคียงได้กับสถานการณ์ที่มีคณะทหารทำรัฐประหารยึดอำนาจล้มล้างระบอบการปกครองยกเลิกรัฐธรรมนูญ และต่อมาใช้อำนาจสูงสุดในมือสถาปนารัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรขึ้น แต่คณะรัฐประหารยังไม่สลายตัวไป ยังคงมีอำนาจตามข้อเท็จจริงคู่ขนานกับรัฐธรรมนูญลายลักษณ์อักษรอีกต่อไป ซึ่งจะทำให้รัฐธรรมนูญไม่มีความมั่นคงนั่นเอง

---

[๓๒] Kémal GÖZLER เรียกข้อจำกัดนี้ว่า Limites sociologiques du pouvoir constituant originaire (ข้อจำกัดทางสังคมวิทยาของอำนาจสถาปนารัฐธรรมนูญ)

[๓๓] อ้างโดย Kémal GÖZLER, op.cit, p.59

[๓๔] เช่น Adhémar Esmein (Eléments de droit constitutionnel français et étranger, 8e édition, Paris,Sirey 1972, Tome 1,p.609-610), Léon Duguit (Traité de droit constitutionnel, Paris, Ancienne Librairie Fontemoing, 3e édition, 1972, Tome 1, p.155), Georges Burdeau (Essai d'une théorie de la révision des lois constitutionnelles en droit français, Thèse Faculté de Droit de Paris,Macon, 1930, p.37

[๓๕] รายละเอียดของข้อถกเถียงในเรื่องนี้ อ่านได้ใน Kémal GÖZLER, op.cit, p.63-69

กว่าจะมาเป็นศาลปกครอง

โกคิน พลกุล
อดีตรองประธานศาลปกครองสูงสุด

คำนำ

ผมได้รับหนังสือจากคุณสมฤดี ธัญญสิริ ประธานคณะทำงานโครงการหนังสือที่ระลึกฯ ขอให้เขียนบทความทางวิชาการ เนื่องในโอกาสที่ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ประธานศาลปกครองสูงสุด มีอายุครบ ๗๐ ปี บริบูรณ์ในปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๖๕ และจะพ้นจากตำแหน่งตั้งแต่วันที่ ๑ ตุลาคม ๒๕๖๕ ผมรู้สึกเสียดายเป็นอย่างยิ่งที่ศาลปกครองจะขาดเสาหลัก และผู้ที่อุทิศทั้งใจและกายให้กับการก่อตั้ง การดำเนินงาน และการพัฒนาศาลปกครองไปอีกท่านหนึ่ง แต่ก็ต้องยอมรับว่าเป็นเรื่องธรรมดาของชีวิตและงานของคนทุกคนที่มีวันเริ่มต้นและวันสิ้นสุด

เดิมทีเดียวผมคิดจะเขียนบทความอีกบทความหนึ่งเกี่ยวกับความผิดเพี้ยนของ mindset ของนักกฎหมายไทยส่วนหนึ่ง ที่ไม่เข้าใจถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายในบริบทที่สัมพันธ์กับประชาธิปไตย ศักดิ์ศรีและคุณค่าของความเป็นมนุษย์ แต่ไปลุ่มหลงกับการสร้าง การใช้ และการตีความกฎหมายเพื่อเบียดเบียน เอารัดเอาเปรียบ และกดทับผู้ที่อ่อนแอกว่า อันเป็นสาเหตุหลักสาเหตุหนึ่งที่ทำให้สังคมเกิดความแตกแยก การผูกขาด ความเหลื่อมล้ำในทุกมิติ จนทำให้คนจำนวนไม่น้อยรู้สึกท้อแท้ หมดหวัง บางส่วนก็เกิดอารมณ์รุนแรงเพื่อต่อต้านสิ่งต่างๆ ที่ตนเห็นว่าไม่ถูกต้อง

ผมพยายามคิดมาตลอดว่าอะไรคือสาเหตุสำคัญที่สุดซึ่งทำให้สังคมไทยต้องตกอยู่ในสภาวะที่ดูเหมือนว่า “ไม่มีอนาคต” ที่สดใสและชัดเจนสำหรับคนไทยทุกคน ก็ได้คำตอบว่า มีอยู่ ๒ เรื่องใหญ่ ตั้งแต่เปลี่ยนแปลงการปกครองเมื่อ พ.ศ. ๒๔๗๕ เป็นต้นมา นั่นคือ

๑. ความคิด (mindset) แบบอำนาจนิยม ที่มองตัวเองเป็นศูนย์กลาง รวมกลุ่มพวกพ้องเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของกลุ่ม มองหาฮีโร่หรือสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่จะมาช่วยให้ตนอยู่เหนือผู้อื่น ชอบอภิสิทธิ์ ไม่ฟังใคร เราจึงได้เห็นการรัฐประหารที่ดำเนินมาอย่างต่อเนื่อง ระบบโซตัสในสถาบันการศึกษา การแบ่งแยกระหว่างคณะและระหว่างมหาวิทยาลัยในหน่วยงานต่างๆของรัฐ การช่วงชิงงบประมาณและทรัพยากรให้แก่หน่วยงานและพื้นที่ของตน ฯลฯ โดยแทบไม่คำนึงถึงความรู้สึกแห่งความเป็นพี่น้อง การรับฟังซึ่งกันและกัน การมีส่วนร่วมและการเป็นหุ้นส่วนในทุกระดับอย่างแท้จริง ตลอดจนการแบ่งปัน การมีความเมตตาปรารถนาดีและการให้อภัยกัน

๒. ระบบรัฐราชการ เป็นกลไกลการบริหารจัดการสังคมไทยที่รองรับความคิดแบบอำนาจนิยม โดยแท้จึงสร้างบริบททั้งทางกฎหมายและการบริหารที่เอื้อต่อผู้มีอำนาจ หน่วยงานและเจ้าหน้าที่เป็นสำคัญ ดูดกลืนทรัพยากรทุกอย่างไว้ในระบบนี้ให้มากที่สุดด้วยการคงไว้ซึ่งอำนาจในการชี้นำ ตัดสินใจ การอนุมัติ อนุญาต การมีขั้นตอนที่เยิ่นเย้อ วกวน ไม่มีเจ้าภาพที่แท้จริง ขาดสำนึกรับผิดชอบต่อการบริการ และการเป็นหุ้นส่วนกับประชาชน ชอบสร้างวาทกรรม “รับใช้ประชาชน” แต่เปี่ยมด้วยความคิด และกระบวนการที่กดทับประชาชนโดยเฉพาะคนตัวเล็ก ยิ่งนับวันก็ยิ่งหาคุณธรรมและการยึดหลักนิติรัฐ นิติธรรมไม่เจอ เป็นระบบที่รับใช้นายแบบอำนาจนิยม ไม่ใช่รับใช้ประชาชน และยึดถือประชาชนเป็นศูนย์กลาง

โดยสรุปทั้ง ๒ สิ่งที่กล่าวมาข้างต้น ในช่วง ๙๐ ปีที่ผ่านมา ได้ตอกย้ำความเหลื่อมล้ำ การใช้อภิสิทธิ์ธุรกิจใต้ดิน การขาดองค์ความรู้และความงมงายของประชาชน การคอรัปชั่น ฯลฯ ทำให้คนไทยส่วนใหญ่ดำรงชีวิตอยู่อย่างไร้ศักดิ์ศรี ไม่มีคุณภาพ ไม่มีความมั่นคงในทุกช่วงวัย คำว่า “เพื่อประชาชน” เป็นเพียงวาทกรรมมาโดยตลอด แต่ไม่มีรูปธรรมที่จะดูแลคนไทย “ตั้งแต่เกิดจนแก่” ให้มีชีวิตที่ดีอย่างแท้จริงเลย

การพูดถึงการลดอำนาจรัฐ ลดขนาดของรัฐ ปรับปรุงการบริการ ทั้งในรัฐธรรมนูญและกฎหมายต่างๆ ทั้งโดยนักการเมือง และนักยึดอำนาจ ล้วนเป็นวาทกรรมเช่นกัน เพราะเป็นการลดอำนาจ ฯลฯ ของผู้มีอำนาจ จึงเป็นไปไม่ได้ ดังนั้นจึงต้องแก้ไขด้วยการ “ปลดปล่อย” (Liberate) และ “สร้างอำนาจ” (Empower) ให้กับประชาชน

เราต้องปลดปล่อยผู้คนทั้งหลายโดยเฉพาะคนตัวเล็กจากพันธนาการของระบบรัฐราชการด้วยการแขวนกฎหมายทั้งหลายที่เกี่ยวกับกระบวนการขออนุมัติ อนุญาตที่ยุ่งยาก ซับซ้อน เยิ่นเย้อ กระจัดกระจายในหน่วยงานต่างๆ ทำนองเดียวกับที่หัวหน้าคสช.ได้ออกคำสั่งตาม ม.๔๔ แขวนการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับโรงแรมไว้ ๒ ปี คือ พ.ศ. ๒๕๖๒ – ๒๕๖๔ ด้วยการให้กิจการโรงแรมทั้งหลายโดยเฉพาะที่ผิดกฎหมายเพราะไม่มีทางทำให้ถูกกฎหมายได้เนื่องจากกฎเกณฑ์ล้าสมัย สามารถดำเนินกิจการและปรับปรุงเพื่อจะได้สามารถขออนุญาตได้ต่อไปโดยยกเว้นทั้งการขออนุญาตและโทษทางอาญา ซึ่งเป็นแนวคิดที่ดี แต่ระหว่างการแขวนการบังคับใช้ดังกล่าว ไม่ได้มีการปรับปรุงกฎเกณฑ์ที่เกี่ยวข้องให้แล้วเสร็จและตอบสนองต่อวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ เมื่อครบกำหนดโรงแรมส่วนใหญ่ก็กลับมาผิดกฎหมายเหมือนเดิม ด้วยเหตุนี้ถ้าเราแขวนการบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับการอนุมัติ อนุญาต และขั้นตอนที่ยุ่งยาก เยิ่นเย้อส่วนใหญ่จากราวๆ ๑,๕๐๐ กระบวนการ ให้เหลือเท่าที่จำเป็นเพราะเกี่ยวข้องกับความปลอดภัย มาตรฐานวิชาชีพ การทำลายสิ่งแวดล้อมอย่างมาก ฯลฯ ประมาณ ๓ ปีเพื่อทำ Legal Sandbox โดยความร่วมมือระหว่างภาครัฐ ภาคเอกชน และภาคประชาสังคม เพื่อร่วมกันสร้างกฎเกณฑ์ที่เหมาะสมกับความหลากหลายตามวิวัฒนาการของสังคม ผู้ประกอบการทั้งหลายโดยเฉพาะ SME’s และคนตัวเล็กก็จะมีกำลังใจทำมาหากิน ไม่ต้องรอการอนุมัติ อนุญาต ที่อาจใช้เวลาเป็นปีและเป็นช่องทางให้มีการรีดไถเพื่ออำนวยความสะดวกแบบเลือกปฏิบัติดังที่เป็นอยู่ทุกวันนี้ ขณะเดียวกันก็ต้องรณรงค์เปลี่ยน mindset ของเจ้าหน้าที่ของรัฐให้เป็นหุ้นส่วนกับประชาชนในการทำมาหากินเพื่อให้ประชาชนได้รับความสะดวกและการสนับสนุนที่เหมาะสมถูกต้อง ไปแข่งขันกับประเทศอื่นๆ ได้

นอกจากนี้ก็ต้องส่งเสริมและผลักดันให้มีการรวมตัว จัดตั้งองค์กรธุรกิจของคนตัวเล็กเช่น SME's ระดับเล็ก กลาง ที่เป็นนิติบุคคลเพื่อให้เกิดขนาดของธุรกิจ (Economy of scale) อำนาจต่อรอง และการดูแลมาตรฐาน ในกลุ่มธุรกิจเดียวกันให้แข็งแรง เป็นมืออาชีพ มีความสามารถสูงในการแข่งขัน และปรับเปลี่ยนได้ทันต่อการเปลี่ยนแปลงของโลก เทคโนโลยี นวัตกรรมและกระบวนการบริหารจัดการสมัยใหม่ ไม่ใช่มีแต่ธุรกิจผูกขาด ธุรกิจพรรคพวก และธุรกิจใต้ดินที่ดำรงอยู่ได้ แต่ธุรกิจของคนตัวเล็กอ่อนแรงไปเรื่อยๆ

นอกเหนือจากการปลดปล่อย เราต้องเพิ่มพลังในการทำมาหากินและการมีส่วนร่วมให้คนตัวเล็ก ซึ่งสิ่งที่พวกเขาต้องการมากที่สุดได้แก่ ๓ เรื่องใหญ่ ๆ คือ

๑. การเข้าถึงแหล่งทุนดอกเบี้ยต่ำ

๒. การเข้าถึงและการสนับสนุนเรื่ององค์ความรู้

๓. การเข้าถึงระบบการตลาดในทุกระดับ

ปัจจุบันนี้ราวๆ ร้อยละ ๘๐ ของผู้ประกอบการ SME's ไม่ได้อยู่ในระบบธนาคาร พระราชกำหนดให้ความช่วยเหลือทางการเงินแก่ผู้ประกอบวิสาหกิจ (เมษายน ๒๕๖๓) โดยใช้ Soft Loan ของธนาคารแห่งประเทศไทย (ธปท.) ๕๐๐,๐๐๐ ล้านบาท เพื่อช่วยเหลือ SME's จากผลกระทบของโควิด – ๑๙ จึงไม่มีมรรคผลมากนัก เพราะเป็นการที่ ธปท. ปล่อย Soft Loan ให้ธนาคารพาณิชย์ไปปล่อยเงินกู้ต่อให้ลูกหนี้ SME's ของธนาคาร ดั้งนั้น SME's อีกร้อยละ ๘๐ จึงไม่ได้อานิสงส์ใดๆ และธนาคารพาณิชย์ก็ไม่สามารถปล่อยสินเชื่อได้มากนัก ทำได้ราวๆ ๑๕๐,๐๐๐ ล้านบาท เท่านั้น

ดังนั้น จึงต้องมีการปรับระบบกองทุนเกี่ยวกับ SME's ที่มีอยู่ โดยคำนึงถึงกรอบวินัยการเงินการคลัง ให้ตอบสนองต่อ SME's ส่วนใหญ่และควรให้ตัวแทนของ SME's แต่ละระดับมีส่วนร่วมในการอนุมัติและดูแลสินเชื่อในกลุ่มของตน ขณะเดียวกันก็ต้องผลักดันให้สถาบันการศึกษาและผู้เรียนทุกระดับสนับสนุนองค์ความรู้ ทั้งการทำ R&D การ Reskill และ Upskill บุคลากร การคิดค้นนวัตกรรมที่เหมาะสมกับกิจการ SME's ในรูปแบบต่างๆ การมีเรื่องราวของผลิตภัณฑ์ ฯลฯ เพื่อให้ได้สิ่งที่ดีที่สุดไปแข่งขัน

นอกจากนี้ ภาครัฐ และภาคเอกชนที่เกี่ยวข้องกับการผลิตและการตลาดต้องร่วมมือกันอย่างจริงจังสำรวจตลาดเพื่อรักษาฐานเดิมและตลาดใหม่ๆ การคาดการณ์ที่แม่นยำ การประเมินความเสี่ยง การสร้างพันธมิตร ฯลฯ เพื่อให้ได้โจทย์ที่ชัดเจนสำหรับผู้ประกอบการที่จะผลิตและให้บริการได้ตรงตามความต้องการของตลาดทั้งระยะยาวและระยะสั้น มีความพร้อมในการเผชิญกับความผันผวนต่างๆ ทั้งทางการเมืองเศรษฐกิจ โรคระบาด ภัยพิบัติทางธรรมชาติ การเปลี่ยนแปลงของภูมิอากาศรวมถึงกฎเกณฑ์ใหม่ๆ ของโลก

โดยสรุป เราต้องช่วยกันเปลี่ยน mindset ของทุกคนโดยเฉพาะผู้มีอำนาจในการบริหารประเทศ เจ้าหน้าที่ของรัฐ และแม้แต่ประชนเอง ไม่ให้ย่ำอยู่กับความคิดแบบอำนาจนิยม หันมาดูแลซึ่งกันและกันแบบพี่แบบน้อง (Fraternity) ทำงานร่วมกันแบบหุ้นส่วน (Partnership) พร้อมๆ กับการปรับเปลี่ยนกลไกของรัฐที่เป็นแบบ “รัฐราชการ” ให้เป็น “รัฐประชาชน”

ศาลปกครองจึงเป็นองค์กรสำคัญยิ่งองค์กรหนึ่งที่จะช่วยผลักดันในสิ่งที่กล่าวมา เพราะหากศาลปกครองมี mindset แบบอำนาจนิยมและบริหารจัดการองค์กรของตนเอง หรือวินิจฉัยไปในทางส่งเสริม “รัฐราชการ” แทนที่จะเป็น “รัฐประชาชน” คุณค่าของศาลปกครองและบุคลากรทั้งหลายก็จะหายไป

เราต้องช่วยกันทำให้คำว่า “เพื่อประชาชน” เป็นรูปธรรม ไม่ใช่วาทกรรม ผมจึงขอใช้บทความเรื่อง “กว่าจะมาเป็นศาลปกครอง” เพื่อให้พี่น้อง ในศาลปกครองทุกท่านได้นึกถึงความยากลำบากและความเสียสละของผู้เกี่ยวข้องมากมายหลายท่าน จนมีการจัดตั้งและเปิดดำเนินการศาลปกครองได้สำเร็จจนถึงปัจจุบัน (พ.ศ. ๒๕๖๕) เป็นเวลา ๒๒ ปี

ขอให้ศาลปกครองและตุลาการศาลปกครองทุกท่านเป็นที่พึ่งของประชาชนในการพิทักษ์รักษาไว้ซึ่งความยุติธรรมทางปกครองตลอดไป

กว่าจะมาเป็นศาลปกครอง

ท่านผู้รู้และที่สนใจในกำเนิดของศาลปกครองไทยคงได้ทราบความเป็นมาจากตำรับตำรา และข้อเขียนต่าง ๆ เกี่ยวกับศาลปกครองที่ในที่สุดได้มีการจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง และวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งเริ่มเปิดทำการและพิจารณาพิพากษาคดีอย่างเป็นทางการ เมื่อวันที่ ๙ มีนาคม พ.ศ. ๒๕๔๔ นับจนถึงปัจจุบันก็เป็นเวลาเกือบ ๒๐ ปี ผมจะขอกล่าวถึงรายละเอียดของแนวคิด ความพยายาม และการดำเนินการต่าง ๆ ตั้งแต่ พ.ศ. ๒๔๗๖ จนมีการตรากฎหมายจัดตั้งศาลปกครองที่กล่าวมาข้างต้น แต่จะชี้ให้เห็นถึงประเด็นสำคัญโดยสังเขป เพื่อจะได้เข้าใจว่าทำไมจึงมาเป็นระบบศาลปกครองในปัจจุบัน โดยเฉพาะในช่วงตั้งแต่รัฐบาลท่านนายกรัฐมนตรีบรรหารเป็นต้นมา ว่ามีครูบาอาจารย์ท่านใด และบุคคลใดเข้ามาเกี่ยวข้องร่วมผลักดัน ผ่านความยากลำบาก ความไม่แน่นอน การต่อต้าน และกว่าจะเริ่มต้นเปิดดำเนินการศาลได้เป็นสำคัญ

๑. แนวคิดและความพยายามจัดตั้งศาลปกครอง

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ได้แบ่งช่วงแนวคิดและความพยายามจัดตั้งศาลปกครองออกเป็น ๓ ช่วง คือ

ช่วงแรก (พ.ศ. ๒๔๗๖ - พ.ศ. ๒๕๑๖) เริ่มตั้งแต่ดำริของท่านปรีดี พนมยงค์ ที่พยายามจะให้มีศาลปกครองทำนองเดียวกันกับสภาแห่งรัฐ (CONSEIL D'ETAT) ของฝรั่งเศส แต่เกรงว่าชาติตะวันตกจะแทรกแซงเพราะมีสนธิสัญญาสงวนสิทธิภาพนอกอาณาเขตให้แก่ชาวต่างชาติ จึงมาจัดตั้งเป็นคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยให้มีหน้าที่จัดทำร่างกฎหมายและให้คำปรึกษาทางกฎหมายแก่รัฐบาล ส่วนหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีปกครองนั้น ต้องมีการตรากฎหมายให้อำนาจอีกชั้นหนึ่ง สรุปก็คือ ศาลปกครองในแนวคิดนี้ เป็นศาลปกครองที่ขึ้นอยู่กับฝ่ายบริหาร

ช่วงที่สอง (พ.ศ. ๒๕๑๓ - พ.ศ. ๒๕๓๘) เป็นการต่อสู้ระหว่างแนวคิดที่ว่า ศาลปกครองควรเป็นศาลพิเศษเช่นเดียวกับศาลแรงงาน ศาลภาษี ฯลฯ ซึ่งถือเป็นระบบศาลเดี่ยว หรือจะเป็นศาลที่แยกออกไปต่างหากเป็นระบบศาลคู่ มีการเสนอร่างกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองในระบบศาลเดี่ยวหลายฉบับ แต่ไม่ประสบความสำเร็จ ในที่สุดมีการตรากฎหมายว่าด้วยคณะกรรมการกฤษฎีกา พ.ศ. ๒๕๒๒ เพื่อพัฒนาระบบเรื่องราวร้องทุกข์ โดยให้มีคณะกรรมการกฤษฎีกาประกอบด้วย คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ควบคู่ไปกับคณะกรรมการร่างกฎหมาย คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์มีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยเรื่องราวร้องทุกข์ ซึ่งก็คือการวินิจฉัยเรื่องร้องเรียนโดยประชาชนผู้เดือดร้อนหรือเสียหายจากการใช้อำนาจทางปกครองของฝ่ายปกครอง เมื่อวินิจฉัยอย่างไรแล้วจะส่งไปให้หัวหน้าฝ่ายบริหาร คือ นายกรัฐมนตรีพิจารณาอีกขั้นหนึ่งว่าเห็นด้วยหรือไม่ หากเห็นด้วย (ส่วนใหญ่) ก็จะเป็นผลให้ฝ่ายปกครองต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัย ระบบนี้เป็นระบบศาลปกครองฝรั่งเศสในช่วงต้น ซึ่งของไทยก็เปรียบเสมือนเป็นการเตรียมการให้คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ทำหน้าที่ตัดสินคดีปกครองไปจนกว่าจะมีการตรากฎหมายให้คำวินิจฉัยของคณะกรรมการดังกล่าวเป็นที่สุด ไม่ต้องเสนอนายกรัฐมนตรีอีกต่อไป เป็นระบบศาลคู่แบบฝรั่งเศส

ช่วงที่สาม (พ.ศ. ๒๕๓๘ - พ.ศ. ๒๕๔๒) รัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๓๔ แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. ๒๕๓๘ มีความชัดเจนเป็นครั้งแรกของการมีระบบศาลคู่ แต่ไม่ใช่ศาลคู่แบบฝรั่งเศส กล่าวคือตุลาการในศาลปกครอง

จะต้องได้รับการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งและต้องถวายสัตย์ปฏิญาณต่อพระมหากษัตริย์ มีระบบคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองของตนเอง ดังนั้น การเสนอกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองต้องเป็นไปในแนวทางนี้ ผมเองก็มีส่วนร่วมเบื้องหลังในการผลักดันแนวคิดดังกล่าวผ่านคณะกรรมาธิการวิสามัญแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๓๔ ที่มีท่านประจวบ ไชยสาส์น เป็นประธานฯ แม้จะไม่ได้มีส่วนร่วมโดยตรงในการร่างรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๓๔ แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. ๒๕๓๘ ซึ่งเกิดจากการที่รัฐบาลในขณะนั้น คือ ท่านนายกรัฐมนตรีชวน หลีกภัย เสนอร่างรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๓๔ หลายฉบับในประเด็นต่าง ๆ แต่รัฐสภาไม่เห็นชอบด้วย และสมาชิกวุฒิสภาเสนอร่างที่ให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมทั้งฉบับ ยกเว้นบางหมวด ซึ่งในที่สุดออกมาเป็นฉบับแก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. ๒๕๓๘ ซึ่งยกเลิกบทบัญญัติเดิมหลายประเด็นที่ไม่เป็นประชาธิปไตยและบัญญัติให้มีศาลปกครองในระบบศาลคู่ดังที่กล่าวมาข้างต้นแม้มีความชัดเจนในแง่ของการเป็นระบบศาลคู่ แต่ปัญหาที่ตามมาอีกประการหนึ่งก็คือ ตุลาการศาลปกครอง วิธีพิจารณา และหน่วยงานธุรการศาลจะมาจากไหน ระบบรองรับต่าง ๆ จะเป็นอย่างไร ในชั้นของคณะกรรมาธิการวิสามัญฯ ได้มีความเห็นว่าควรให้สำนักงานกรรมการกฤษฎีกาเป็นหน่วยธุรการ และควรพัฒนาคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ให้เป็นศาลปกครองต่อไป ดังนั้น การบ้านที่จะต้องทำต่อไปคือ จะร่างกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองที่เป็นระบบศาลคู่โดยคณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์เป็นศาลปกครองและมีสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นหน่วยงานธุรการอย่างไร จึงเป็นที่มาของการพูดคุยและดำเนินการต่าง ๆ ในแวดวงนักวิชาการด้านกฎหมายมหาชนทั้งในมหาวิทยาลัยและในสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาอย่างต่อเนื่องจนมีการจัดตั้งศาลปกครอง

๒. บทบาทของนักวิชาการด้านกฎหมายมหาชนในการผลักดันให้มีกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและอุปสรรคต่าง ๆ

ในช่วงที่ผมยังรับราชการเป็นอาจารย์ที่คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ก่อนจะได้รับการโปรดเกล้าฯ ให้เป็นรัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรีในรัฐบาลท่านนายกรัฐมนตรีบรรหารฯ ในเดือนกรกฎาคม ๒๕๓๘ นั้น ได้มีความร่วมมืออย่างใกล้ชิดของนักวิชาการกฎหมายมหาชนในการเตรียมการร่างกฎหมายสำคัญ ๓ ฉบับ คือ ร่างกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ร่างกฎหมายว่าด้วยการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่และร่างกฎหมายว่าด้วยข้อมูลข่าวสารของทางราชการ บุคคลที่เป็นหลักคือท่านอาจารย์ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ ท่านอาจารย์ชาญชัย แสวงศักดิ์ จากสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา โดยมีผมจากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ท่านอาจารย์บวรศักดิ์ อุวรรณโณ จากคณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ท่านอาจารย์พนม เอี่ยมประยูร จากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ร่วมร่างและประชุมปรึกษาหารือกันหลายเดือนเพื่อเตรียมการสร้างกลไกตรวจสอบการกระทำทางปกครองและเพิ่มการคุ้มครองเจ้าหน้าที่ที่สุจริตแต่อาจประมาทเลินเล่อและต้องรับผิดทางละเมิดให้คงรับผิดเฉพาะที่ประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น ตลอดจนการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพและการเข้าถึงข้อมูลข่าวสารทางราชการของประชาชนเพื่อการทำมาหากินและตรวจสอบการบริหารราชการ ขณะเดียวกันก็มีการพูดถึงระบบศาลปกครองที่ควรจะมีขึ้น ผมเองได้รับแต่งตั้งให้เป็นกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์ก่อนจะเป็นรัฐมนตรีอยู่หลายปี ดังนั้น สิ่งที่นักวิชาการด้านกฎหมายมหาชน ช่วง พ.ศ. ๒๕๓๖ – ๒๕๔๐ ช่วยกันผลักดันและพัฒนานอกเหนือไปจากร่างกฎหมาย ๓ ฉบับที่กล่าวมาแล้ว ก็คือการพัฒนาคณะกรรมการวินิจฉัย

ร้องทุกข์ให้เป็นศาลปกครอง ซึ่งเป็นแนวคิดของท่านอาจารย์อมร จันทรสมบูรณ์ อดีตเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา แต่ปัญหาก็คือจะร่างกฎหมายอย่างไร รัฐบาลจะเห็นด้วยหรือไม่ ศาลยุติธรรมจะคัดค้านเพียงใด หรือไม่

๑) รัฐบาลท่านนายกรัฐมนตรีบรรหารฯ

ท่านบรรหารฯ ได้แถลงนโยบายเมื่อ ๒๖ กรกฎาคม พ.ศ. ๒๕๓๘ ว่า **รัฐบาลจะปรับปรุงกระบวนการอำนวยความยุติธรรมทั้งทางปกครองทางแพ่ง และทางอาญา** ให้มีประสิทธิภาพ รวดเร็วเป็นธรรม รวมทั้งพัฒนาให้ทันสมัย เป็นระบบที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน ท่านบรรหารฯ และท่านพลเอกชวลิต ยงใจยุทธ ชวนผมลาออกจากการเป็นอาจารย์และเข้าร่วมเป็นรัฐมนตรีในรัฐบาลท่านบรรหารฯ ผมได้รับมอบหมายให้เตรียมนโยบายของรัฐบาลและได้เขียนเรื่องการปรับปรุงกระบวนการอำนวยความยุติธรรมทางปกครองไว้เป็นอันดับแรกในนโยบาย เพื่อให้เห็นความสำคัญและเพื่อให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๓๔ แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. ๒๕๓๘ โดยได้ปรึกษากับเพื่อน ๆ นักวิชาการกฎหมายมหาชนก่อนเสนอคณะรัฐมนตรี ซึ่งคณะรัฐมนตรีได้เห็นชอบในหลักการของนโยบายนี้ แต่ก็ยังไม่รู้ว่าการปรับปรุงในรายละเอียดจะได้รับความเห็นชอบหรือไม่

ในช่วงเริ่มต้นรัฐบาลท่านบรรหารฯ ได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการปฏิรูปการเมืองที่มีท่านชุมพล ศิลปอาชา เป็นประธานกรรมการ และผมเป็นรองประธานกรรมการคนที่หนึ่ง (๘ สิงหาคม ๒๕๓๘) พร้อมด้วยนักวิชาการที่มีชื่อเสียงทั้งด้านรัฐศาสตร์และกฎหมายมหาชน รวมทั้งท่านอาจารย์สุรพล นิติไกรพจน์ ซึ่งขณะนั้นเป็นผู้ช่วยศาสตราจารย์ รวมทั้งตัวแทนพรรคการเมืองต่าง ๆ ภาคราชการ ภาคเอกชน เพื่อจัดทำแผนพัฒนาการเมืองให้สอดคล้องกับแนวนโยบายแห่งรัฐและการปกครองในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข แนวทางและวิธีการปฏิรูปการเมืองรวมทั้งพิจารณาแนวทางดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๑ การมอบหมายให้หน่วยงานของรัฐตรวจสอบ รวบรวม ศึกษา วิเคราะห์กฎหมายที่ไม่สนองตอบบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ หรือควรจะมีขึ้นใหม่เพื่อสนองตอบบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ ตลอดจนยกร่างแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย ระเบียบ ฯลฯ ให้สนองตอบบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ

การตั้งคณะกรรมการการปฏิรูปการเมืองขึ้นสืบเนื่องมาจากท่านบรรหารฯ ได้หาเสียงไว้ว่าถ้าพรรคของท่านชนะการเลือกตั้ง จะดำเนินการในเรื่องนี้ซึ่งเป็นแนวคิดของคุณหมอประเวศ วะสี และคณะ โดยมีท่านอาจารย์บวรศักดิ์ฯ เป็นมันสมองคนสำคัญ เพื่อทำให้การเมืองเป็นการเมืองของประชาชนมากกว่าจะเป็นของนักการเมือง โดยการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญมาตรา ๒๑๑ ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับวิธีการแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อให้ประชาชนมีส่วนร่วมในการร่างรัฐธรรมนูญ ในที่สุดได้มีการแก้ไขรัฐธรรมนูญในมาตราดังกล่าวให้มีสภาร่างรัฐธรรมนูญดำเนินการร่างรัฐธรรมนูญฉบับใหม่คือ ฉบับ พ.ศ. ๒๕๔๐ ขึ้น จนถือได้ว่าเป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกและฉบับเดียวที่ร่างโดยประชาชนที่มาจากการสมัครและคัดเลือกกันเองจนเหลือ ๑๐ คนในแต่ละจังหวัด และเลือกโดยรัฐสภาขณะนั้นให้เหลือจังหวัดละ ๑ คน รวมเป็น ๗๖ คน รวมกับนักวิชาการและผู้มีประสบการณ์ทางการบริหารอีก ๒๓ คน ที่เลือกโดยรัฐสภารวมเป็น ๙๙ คน

คณะกรรมการปฏิรูปการเมืองไม่ได้ทำแต่เพียงเรื่องการแก้ไขรัฐธรรมนูญมาตรา ๒๑๑ แต่ได้กำหนดแนวทางการดำเนินการปฏิรูปการเมืองเร่งด่วน ซึ่งมีหลายประการ แต่เรื่องสำคัญ ๆ ก็คือ การปฏิรูประบบราชการและระบบตรวจสอบการทุจริตและประพฤติมิชอบของนักการเมือง ข้าราชการพนักงานวิสาหกิจ เช่น

ระบบตรวจสอบการทุจริตและประพฤติมิชอบของผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูง **ศาลปกครอง** ศาลรัฐธรรมนูญ ผู้ตรวจการรัฐสภาระบบตรวจสอบเงินแผ่นดิน ศาลคดีการเมือง พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสาร ฯลฯ และให้มีการแต่งตั้งคณะอนุกรรมการพิจารณาปรับปรุงรัฐธรรมนูญกฎหมาย กฎ ระเบียบ ข้อบังคับ คำสั่ง และวิธีปฏิบัติที่เป็นอุปสรรคต่อการปฏิรูปการเมืองโดยมีผมเป็นประธานอนุกรรมการ มีนักวิชาการ เช่น ท่านอาจารย์บวรศักดิ์ฯ ท่านอาจารย์มนตรี รูปสุวรรณ จากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง ท่านอาจารย์สุรพล นิติไกรพจน์ จากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ เป็นอนุกรรมการร่วมกับเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือผู้แทน ปลัดกระทรวงหรือผู้แทนจากกระทรวงต่าง ๆ ผู้แทนพรรคการเมือง โดยมีท่านอาจารย์สุนทร มณีสวัสดิ์ จากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช เป็นอนุกรรมการและเลขานุการซึ่งคณะอนุกรรมการคณะนี้ได้ยกร่างกฎหมายที่สำคัญมากมายหลายฉบับ เสนอต่อคณะกรรมการปฏิรูปการเมือง เช่น ร่างพระราชบัญญัติคณะกรรมการการเลือกตั้ง ร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการการปกครอง ร่างพระราชบัญญัติข่าวสารของทางราชการ ร่างพระราชบัญญัติเกี่ยวกับท้องถิ่นรูปแบบต่าง ๆ ร่างพระราชบัญญัติการแสดงทรัพย์สินและหนี้สินของสมาชิกวุฒิสภา และสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร ฯลฯ กฎกระทรวงและระเบียบข้อบังคับต่าง ๆ เกี่ยวกับรายได้ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ฯลฯ

แนวคิดและแนวทางของคณะกรรมการปฏิรูปและคณะอนุกรรมการต่าง ๆ ได้ปรากฏเป็นรูปธรรมในบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๔๐ ซึ่งในเรื่องของศาลปกครองนั้นได้บัญญัติไว้ในมาตรา ๒๗๖ ถึง ๒๘๐ สรุปว่าศาลปกครองนั้นเป็นศาลที่แยกต่างหากจากศาลยุติธรรม เป็นระบบศาลคู่มีศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองชั้นต้น และอาจมีชั้นอุทธรณ์ด้วยก็ได้ การแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองต้องได้รับความเห็นชอบ จากคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองและวุฒิสภา แล้วจึงนำความกราบบังคมทูล ศาลปกครองมีหน่วยงานธุรการที่เป็นอิสระ มีเลขาธิการสำนักงานศาลปกครองเป็นผู้บังคับบัญชาขึ้นตรงต่อประธานศาลปกครองสูงสุด การแต่งตั้งเลขาธิการศาลปกครองต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง

๒) การดำเนินการยกร่างกฎหมายจัดตั้งศาลปกครอง

หลังจากรัฐบาลท่านบรรหารฯ ได้แถลงนโยบายแล้ว ผมซึ่งเป็นรัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรีได้รับมอบหมายให้กำกับดูแลการปฏิบัติราชการของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ก็ได้มอบหมายให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกายกร่างและเสนอร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๓๔ แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. ๒๕๓๘ ที่กล่าวมาข้างต้น เป็นระบบศาลคู่ที่มีสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นหน่วยงานธุรการของศาลปกครอง โดยได้มีการหารือกับนักวิชาการ เช่น ท่านอาจารย์ชัยวัฒน์ฯ ท่านอาจารย์ ดร.ชาญชัยฯ ท่านอาจารย์ ดร.พนมฯ อดีตคณบดีคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่านอาจารย์ ดร.สุรพลฯ ฯลฯ จนได้เสนอร่างกฎหมายดังกล่าวต่อนายกรัฐมนตรีบรรหารฯ ซึ่งท่านก็มีคำสั่งเห็นชอบและให้เสนอร่างกฎหมายดังกล่าวต่อคณะรัฐมนตรีต่อไป แต่เพื่อให้เกิดความหนักแน่น มีแรงสนับสนุนมากขึ้นเพราะเป็นเรื่องไม่ง่ายที่จะผ่านความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรีและรัฐสภาท่ามกลางการคัดค้านจากศาลยุติธรรม ผมจึงนำเสนอร่างกฎหมายดังกล่าวต่อ “คณะอนุกรรมการพิจารณาปรับปรุงบทบัญญัติรัฐธรรมนูญกฎหมายฯ”

ที่ผมเป็นประธานก่อน ซึ่งคณะอนุกรรมการฯ ให้ความเห็นชอบและสนับสนุน จากนั้น จึงเสนอต่อคณะกรรมการการปฏิรูปการเมือง ซึ่งก็มีแรงกดดันมากมายเพราะการไม่เห็นด้วยของศาลยุติธรรม ต้องมีการชี้แจงอย่างไม่เป็นทางการแก่หลายท่าน แต่ในที่สุดคณะกรรมการปฏิรูปการเมืองก็เห็นด้วย โดยมีข้อเสนอแนะว่า หน่วยงานธุรการของศาลปกครองนั้นอาจตั้งขึ้นใหม่เพื่อทำหน้าที่ดังกล่าว โดยเฉพาะไม่จำเป็นต้องเป็นสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

จากนั้นจึงได้เสนอความเห็นของคณะกรรมการปฏิรูปการเมืองพร้อมด้วยร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองและร่างพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา ที่สำนักคณะกรรมการกฤษฎีกาได้ปรับปรุงให้เป็นไปตามความเห็นชอบของคณะกรรมการปฏิรูปการเมืองต่อท่านบรรหารฯ โดยให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาเป็นหน่วยงานธุรการของศาลปกครองและเสนอคณะรัฐมนตรีต่อไป แต่ได้มีการยุบสภาผู้แทนราษฎรเมื่อวันที่ ๒๗ กันยายน ๒๕๓๙ ทุกอย่างจึงสิ้นสุดลงเมื่อมีรัฐบาลใหม่ที่มีท่านพลเอกชวลิตฯ เป็นนายกรัฐมนตรี และผมเป็นรัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรีทำหน้าที่กำกับดูแลสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาตามเดิม ก็ได้รับมอบหมายให้ยกร่างนโยบายของรัฐบาลเช่นเดียวกับสมัยท่านบรรหารฯ ผมจึงได้เขียนนโยบายให้เข้มข้นขึ้นในเรื่องของศาลปกครอง คือ **จะเร่งรัดผลักดันให้มีศาลปกครองขึ้นเป็นเอกเทศจากระบบศาลยุติธรรม** โดยสอดคล้องกับบทบัญญัติและเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญนั่นคือรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๓๔ แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. ๒๕๓๘ ขณะที่มีรัฐบาลท่านพลเอกชวลิตฯ แถลงนโยบายต่อสภาเมื่อวันที่ ๑๑ ธันวาคม ๒๕๓๙ นั้นยังไม่มีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๔๐จากนั้นก็ได้เสนอร่างพระราชบัญญัติสองฉบับเกี่ยวกับการจัดตั้งศาลปกครองที่ตกไปเพราะการยุบสภาให้ท่านพลเอกชวลิตฯ พิจารณาเพื่อเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาต่อไป

อย่างไรก็ตาม การคัดค้านจากศาลยุติธรรมมีความเข้มข้นขึ้นเรื่อย ๆ และท่านรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมขณะนั้นคือท่านสุวิทย์ คุณกิติ ซึ่งในชั้นจัดทำนโยบายของรัฐบาล ท่านไม่ได้คัดค้านนโยบายในเรื่องนี้ แต่ได้เสนอร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองขึ้นมาให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาเช่นกัน โดยมีหลักการให้ศาลปกครองอยู่ในระบบศาลยุติธรรม

คณะรัฐมนตรีจึงอยู่ในภาวะอึดอัด และได้มีมติเมื่อวันที่ ๒๕ ธันวาคม ๒๕๓๙ มอบให้รองนายกรัฐมนตรี สุขวิช รังสิตพล จากพรรคความหวังใหม่ รองนายกรัฐมนตรีมนตรี พงษ์พาณิช จากพรรคกิจสังคม ซึ่งกำกับดูแลกระทรวงยุติธรรม ผมและรัฐมนตรีสุวิทย์ฯ นำร่างพระราชบัญญัติทั้งหมดไปพิจารณาแล้วดำเนินการต่อไป

บรรยากาศในขณะนั้นคือ ศาลยุติธรรมโดยผู้พิพากษาหลายท่านได้ออกมาต่อต้านการจัดตั้งศาลปกครองในระบบศาลคู่อย่างเต็มที่ มีการจัดตั้งคณะทำงานศาลปกครองเพื่อประชาชน โดยมีท่านประดิษฐ์ เอกมณี อธิบดีผู้พิพากษาศาลอาญาเป็นประธาน แม้แต่ท่านวิชา มหาคุณ รองอธิบดีผู้พิพากษาศาลเยาวชนและครอบครัวกลางก็ให้สัมภาษณ์สื่อมวลชนคัดค้านนโยบายของรัฐบาลในเรื่องนี้ มีการเคลื่อนไหวจากฝ่ายศาลและทนายความบางคน เช่น คุณไพศาล พืชมงคล เพื่อล็อบบี้นายกรัฐมนตรีพลเอกชวลิตฯ ให้ถอยจากเรื่องดังกล่าว ท่านพลเอกชวลิตฯ ได้เรียกผมไปพบและถามว่าจะถอนเรื่องนี้ได้อย่างไร ศาลยุติธรรมเขาคัดค้านหนัก ผมกราบเรียนท่านว่าเป็นนโยบายของรัฐบาลและสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ และผมได้ถามรัฐมนตรีทุกท่านตอนร่างนโยบายแล้วว่าแนวทางนี้ตกลงไหม ไม่มีท่านใดคัดค้าน

ผมจึงทำตามนโยบายและรัฐธรรมนูญ จะให้ผมถอยไปไหน ผมไม่ได้ทำเพื่อตัวผม ขณะนั้นนักวิชาการหลายท่านอาจไม่ทราบว่าผมหนักใจเป็นที่สุดแต่ก็ตั้งใจจะสู้ให้ถึงที่สุด

ผมไปพูดคุยกับท่านรองนายกฯ สุขวิชฯ ท่านเห็นใจและไม่คัดค้านใด ๆ ผมคุยกับท่านรองนายกฯ มนตรีฯ ท่านก็เมตตาผมทั้ง ๆ ที่ท่านเกรงใจศาลยุติธรรมอย่างมาก ผมขอให้ท่านไม่ต้องสนับสนุนและคัดค้าน ท่านก็ตกลง ผมคุยกับท่านรัฐมนตรีเฉลิม อยู่บำรุง อดีตรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม ขอให้ท่านไม่คัดค้านผม เพราะถ้าทั้งอดีตรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรมร่วมคัดค้าน ผมคงลำบากที่จะผลักดันเรื่องนี้ให้สำเร็จ แต่ท่านน่ารักมากบอกผมว่า ผู้พิพากษาหลายท่านในศาลยุติธรรมมาขอให้ท่านคัดค้าน โดยเฉพาะท่านประธานศาลฎีกาขณะนั้น ท่านบอกศาลไปว่า ท่านไม่ได้เป็นรัฐมนตรีว่าการ เป็นเรื่องของรัฐมนตรีปัจจุบัน ท่านจึงบอกศาลยุติธรรมว่า ท่านไม่คัดค้านและไม่สนับสนุน ผมคุยกับท่านสุวิทย์ฯ ท่านก็ยืนตามแนวทางของศาลยุติธรรม

ในที่สุดผมทำเรื่องเสนอคณะรัฐมนตรีเพื่อพิจารณาอีกครั้ง โดยเน้นว่า

๑. ควรมีการจัดตั้งศาลปกครองโดยเร็ว

๒. ควรเสนอร่างกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองเข้าสู่วาระของสภาผู้แทนราษฎร

๓. ศาลปกครองต้องเป็นระบบศาลคู่ขนานไปกับศาลยุติธรรมและศาลทหาร

๔. ศาลปกครองต้องมีความเป็นอิสระ ปราศจากการแทรกแซงของฝ่ายบริหาร (ไม่ใช่ศาลปกครองแบบฝรั่งเศส)

๕. มีหน่วยงานธุรการที่เป็นเอกเทศ ไม่ใช่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

ผมเสนอร่างกฎหมายให้คณะรัฐมนตรีพิจารณารวม ๓ ฉบับ คือร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ร่างพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวงทบวง กรม และร่างพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งต้องขอบคุณเลขาธิการคณะรัฐมนตรีในขณะนั้นคือท่านอาจารย์ ดร.วิษณุ เครืองาม ที่สนับสนุนผมอย่างเต็มที่ คณะรัฐมนตรีได้ให้ความเห็นชอบเมื่อวันที่ ๔ กุมภาพันธ์ พ.ศ. ๒๕๔๐ และให้ยึดหลักการให้ศาลปกครองมีหน่วยงานธุรการที่เป็นอิสระไม่สังกัดส่วนราชการใด นี่คือหัวใจที่ผมใช้พูดคุยกับทุกท่านว่า สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาไม่ใช่ศาลปกครอง แต่ศาลปกครองเป็นศาลที่เป็นอิสระทั้งองค์กรศาลและหน่วยงานธุรการ เพราะเวลานั้นผู้คัดค้านบอกว่า สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา จะเป็นศาลปกครองและเป็นหน่วยธุรการเสียเอง ได้พูดกับนักวิชาการของสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ไม่ว่าจะเป็นท่านอาจารย์ อักขราทร จุฬารัตน (เลขาธิการ) ท่านอาจารย์ชาญชัยฯ และท่านอาจารย์ในมหาวิทยาลัยต่าง ๆ ว่า ทางออกจะต้องเป็นแบบนี้ คือมีศาลปกครองโดยตุลาการได้รับการโปรดเกล้าฯแต่งตั้งจากพระมหากษัตริย์ เช่น ศาลยุติธรรมพิจารณาพิพากษาคดีในพระปรมาภิไธย แต่ยึดโยงกับประชาชน โดยให้ตุลาการศาลปกครองสูงสุดต้องได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภา และหน่วยงานธุรการต้องเป็นอิสระอยู่ภายใต้ระบบศาลปกครอง ไม่ใช่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือหน่วยงานอื่นใด

ขณะเดียวกันก็ประนีประนอมกับศาลยุติธรรมด้วยการให้ศาลยุติธรรมมีหน่วยงานธุรการที่เป็นอิสระขึ้นอยู่กับศาลยุติธรรม ไม่ใช่กระทรวงยุติธรรม คณะรัฐมนตรีจึงเห็นชอบโดยให้สำนักงานคณะกรรมการ

กฤษฎีกาและคณะกรรมการร่างกฎหมายคณะพิเศษตรวจพิจารณาร่างกฎหมายทั้ง ๓ ฉบับ ซึ่งคณะรัฐมนตรีเห็นชอบและเสนอสภาผู้แทนราษฎรต่อไป

ผมต้องประสานงานอย่างเต็มที่ เพราะอยากให้มีการเสนอร่างกฎหมายเกี่ยวกับศาลปกครองเข้าสู่สภาผู้แทนราษฎรให้ทันสมัยประชุมที่จะสิ้นสุดในเดือนกุมภาพันธ์ ๒๕๔๐ ต้องขอบคุณท่านประธานวิปรัฐบาล คือ ท่านชิงชัย มงคลธรรม (ผมเป็นรองประธานวิปรัฐบาล) และท่านประธานสภาผู้แทนราษฎรท่านวันมูหะมัดนอร์ มะทา ใช้เวลาประมาณ ๑๕ วัน นับจากวันที่คณะรัฐมนตรีเห็นชอบและส่งกฤษฎีกา นับเป็นครั้งแรกที่ได้มีการบรรจุวาระเรื่องดังกล่าว เข้าสู่สมัยประชุมของสภาผู้แทนราษฎร

ผมต้องขอขอบคุณคณาจารย์คณะนิติศาสตร์ในมหาวิทยาลัยต่าง ๆ เช่น จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแห่ง มหาวิทยาลัยสุโขทัยธรรมาธิราช องค์กรประชาธิปไตยและภาคประชาชน เช่น สมาคมสิทธิเสรีภาพของประชาชน สมัชชาคนจน ชมรมนิติศาสตร์ องค์การนักศึกษามหาวิทยาลัยรามคำแหง ที่เรียกร้องหรือได้ทำหนังสือเรียกร้องให้รัฐบาลจัดตั้งศาลปกครองโดยเร็ว ท่ามกลางการคัดค้านของผู้พิพากษาศาลยุติธรรมจำนวนมากและผู้สนับสนุน

๓) การดำเนินการเรื่องกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองหลังจากมีรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๔๐

รัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. ๒๕๔๐ บัญญัติถึงการจัดตั้งศาลปกครองไว้ ๕ มาตรา คือมาตรา ๒๗๖ – มาตรา ๒๘๐ เป็นการบัญญัติที่มีความชัดเจนที่สุดในทุกประเด็น กล่าวคือ

๑. ศาลปกครองที่จัดขึ้นตามกฎหมายต้องเป็นศาลในระบบศาลคู่แยกออกจากศาลยุติธรรม

๒. การแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครอง เมื่อได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองแล้วจึงนำความกราบบังคมทูลซึ่งเป็นระบบเดียวกับศาลยุติธรรม

๓. การแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองสูงสุด เมื่อได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองและวุฒิสภา (ขณะนั้นมาจากการเลือกตั้งทั้งหมด) แล้ว ให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูล ถือได้ว่าเป็นเพียงระบบศาลระบบเดียวที่มีการยึดโยงกับประชาชน

๔. มีหน่วยธุรการที่เป็นอิสระ โดยมีเลขาธิการสำนักงานศาลปกครองเป็นผู้บังคับบัญชาขึ้นตรงต่อประธานศาลปกครองสูงสุด คือไม่ให้สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกาหรือกระทรวงยุติธรรมเป็นหน่วยธุรการ

ต่อมาเมื่อพลเอกชวลิตฯ ลาออกจากนายกรัฐมนตรีและท่านชวน หลีกภัย เข้าดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๙ พฤศจิกายน ๒๕๔๐ ผมก็พ้นจากตำแหน่งรัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรี และแม้จะไม่มีโอกาสผลักดันร่างกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองฯ อย่างใกล้ชิดเช่นที่ผ่านมาก็ได้พยายามติดตามและประสานกับผู้เกี่ยวข้องตลอดจนคณาจารย์ในคณะนิติศาสตร์ต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นท่านอาจารย์พนมฯ ท่านอาจารย์สุรพลฯ ท่านอาจารย์วรพจน์ฯ ท่านอาจารย์ชัยวัฒน์ฯ ท่านอาจารย์ชาญชัยฯ เพื่อช่วยกันผลักดันต่อไป

ทั้งหมดที่กล่าวมาเป็นไปตามแนวทางของร่างกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองที่ได้มีการเสนอต่อสภาผู้แทนราษฎรและบรรจุเข้าระเบียบวาระไปแล้วดังที่กล่าวไว้ข้างต้น ซึ่งต้องขอบคุณสมาชิกสภาร่างรัฐธรรมนูญ และคณะอนุกรรมาธิการในเรื่องนี้ โดยเฉพาะท่านอาจารย์คณิต ณ นคร ที่ช่วยผลักดันจนเป็นบทบัญญัติมาตรา ๒๗๖ – ๒๘๐ โดยเห็นว่ารัฐธรรมนูญฯ พ.ศ. ๒๕๓๔

แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. ๒๕๓๘ และร่างกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองฯ ที่บรรจุอยู่ในวาระของสภาผู้แทนราษฎรนั้น มีแนวทางชัดเจน เป็นรูปธรรม ชอบที่รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ คือ ฉบับ พ.ศ. ๒๕๔๐ จะเดินตามแนวทางที่ว่านั้น ผมเองก็พยายามให้ข้อมูลอย่างเต็มที่กับผู้ที่เกี่ยวข้องโดยเฉพาะ ส.ส.ร. เพื่อผลักดันเรื่องนี้ให้เป็นผลสำเร็จ ร่วมกับคณาจารย์ทางกฎหมายมหาชน รัฐศาสตร์ และผู้ที่เห็นด้วยอีกหลายท่านเพราะหากรัฐธรรมนูญใหม่ไม่เดินตามแนวทางนี้ทุกอย่างที่ทำไว้ก็จะสูญเปล่า ซึ่งต้องเผชิญกับการต่อต้านอย่างมากจากผู้ที่ไม่เห็นด้วย โดยเฉพาะผู้พิพากษาศาลยุติธรรมส่วนหนึ่งที่ได้ออกรณรงค์ต่อสาธารณะอย่างเปิดเผยและให้ข้อมูลแก่ ส.ส.ร.ว่าศาลปกครองควรอยู่ในระบบศาลยุติธรรม

รัฐบาลท่านนายกรัฐมนตรีชวน หลีกภัย ได้ทำหนังสือขอถอนร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ จากสภาผู้แทนราษฎร ในวันที่ ๑๙ ธันวาคม พ.ศ. ๒๕๔๑ โดยให้เหตุผลว่าเพื่อไปแก้ไขปรับปรุงให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญใหม่ และภายในไม่เกิน ๒ สัปดาห์จะเสนอเข้าบรรจุระเบียบวาระใหม่ ตามคำชี้แจงของท่านรองนายกรัฐมนตรีพิชัย รัตตกุล ในการประชุมสภาฯ เมื่อวันที่ ๑๘ กุมภาพันธ์ พ.ศ. ๒๕๔๑ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรบางท่าน เช่น ท่านพินิจ จันทรสุรินทร์ ได้อภิปรายไว้ว่า ร่างพระราชบัญญัติฉบับดังกล่าวไม่ได้ขัดกับรัฐธรรมนูญใหม่เลย ผมเห็นว่าในหลักการไม่ได้ขัดแต่มีประเด็นที่ต้องปรับปรุงให้สมบูรณ์ขึ้น และเมื่อสภาฯ อนุมัติให้ถอนในวันนั้น อีก ๒ สัปดาห์จะเสนอเข้ามาใหม่ก็ไม่เสียหายอะไร ท่านรองนายกรัฐมนตรีพิชัยฯ ชี้แจงวัน เวลา ไว้ด้วยว่าอย่างช้าไม่เกินวันที่ ๑๑ มีนาคม สภาฯ จะได้พิจารณากันในวาระแรก อย่างไรก็ตาม กว่าร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ของคณะรัฐมนตรีจะกลับเข้าสู่การพิจารณาของสภาฯอีกครั้งในวันที่ ๑๖ กรกฎาคม ๒๕๔๑ คืออีกเกือบ ๕ เดือนเต็ม ไม่ใช่ ๒-๓ สัปดาห์ ระหว่างช่วงนั้น ผมและท่านอาจารย์ที่สนับสนุนทั้งหลายก็ไม่ค่อยสบายใจ พยายามติดตามความคืบหน้าโดยตลอด และหากนับเวลาตั้งแต่มีการบรรจุเข้าระเบียบวาระของสภาฯ ครั้งแรกในเดือนกุมภาพันธ์ ๒๕๔๐ จนถึงบรรจุระเบียบวาระครั้งที่สองก็เป็นเวลาร่วม ๑ ปี ๕ เดือน ทำให้หลายท่านกังวลว่ารัฐบาลท่านชวนฯ จะรีบเร่งรัดผลักดันตามที่ท่านรองนายกรัฐมนตรีพิชัยฯ สัญญาไว้กับสภาฯ หรือไม่เพียงใด

ในวันที่ ๑๖ กรกฎาคม พ.ศ. ๒๕๔๑ นั้น สภาฯ ได้ลงมติรับหลักการร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ รวม ๔ ฉบับ ๓ ฉบับที่เหลือเป็นร่างของ ส.ส. และตั้งคณะกรรมาธิการสามัญ จำนวน ๒๗ คน มีท่านอาจารย์มารุต บุนนาค เป็นประธาน ท่านอาจารย์ปรีชา สุวรรณทัต เป็นรองประธานคนที่หนึ่ง และผมเป็นรองประธานคนที่สอง ท่านอาจารย์ชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์ เป็นเลขานุการ ท่านอาจารย์วรพจน์ วิศรุตพิชญ์ เป็นผู้ช่วยเลขานุการคนที่สอง ท่านอาจารย์กมลชัย รัตนสกาววงศ์ ท่านจิรนิติ หะวานนท์ เป็นกรรมาธิการ นอกนั้นเป็น ส.ส. สภาผู้แทนราษฎรได้เห็นชอบร่าง พ.ร.บ.จัดตั้งศาลปกครองฯ และที่เกี่ยวข้องอีก ๒ ฉบับ คือ ร่างพระราชบัญญัติคณะกรรมการกฤษฎีกาฯ และร่างพระราชบัญญัติปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรมฯ ในวันที่ ๒๔ กุมภาพันธ์ พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งต้องขอบคุณท่านอาจารย์ชัยวัฒน์ฯ ในฐานะเลขานุการและคณะกรรมาธิการทุกท่านที่ได้ทุ่มเทอย่างหนักจนทุกอย่างสำเร็จลง วุฒิสภาได้ให้ความเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวและพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวได้ทรงลงพระปรมาภิไธยและประกาศราชกิจจานุเบกษาเมื่อวันที่ ๑๐ ตุลาคม พ.ศ. ๒๕๔๒

๓. การเตรียมการเปิดทำการศาลปกครอง

มีเรื่องที่ต้องดำเนินการอยู่ ๓ ประการคือ หนึ่ง การคัดเลือกและแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองสูงสุด สอง การหาที่ทำการ และสาม การคัดเลือกและแต่งตั้งตุลาการศาลปกครองชั้นต้น

๑) การคัดเลือกและแต่งตั้งตุลาการในศาลปกครองสูงสุด

ผมได้รับการชักชวนจากเพื่อนอาจารย์ในมหาวิทยาลัยต่าง ๆ ที่สำคัญคือท่านอาจารย์วรพจน์ฯ ท่านอาจารย์สุรพลฯ ท่านอาจารย์พนมฯ ท่านอาจารย์ชาญชัยฯ ท่านอาจารย์สุนทรฯ และอีกหลาย ๆ ท่าน ให้ลาออกจากการเป็นสมาชิกพรรคการเมืองและเข้ารับการคัดเลือกเป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุด เพื่อจะได้เข้าไปร่วมผลักดันให้ศาลปกครองที่เกิดขึ้นเดินหน้าไปตามหลักการและประสบผลสำเร็จ ผมได้ลาออกจากการเป็นสมาชิกพรรคการเมืองและมีโอกาสพบปะพูดคุยกับท่านอาจารย์ทั้งหลาย ตลอดจนท่านเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกา ในที่สุดทางคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง และสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา ได้เสนอชื่อผมเข้ารับการคัดเลือกจากคณะกรรมการคัดเลือก ซึ่งมีผู้ได้รับการคัดเลือกทั้งหมด ๒๓ คน ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ มาตรา ๙๗

อย่างไรก็ตาม มีท่านอาจารย์ซึ่งเป็นผู้รู้เกี่ยวกับกฎหมายมหาชนถึง ๔ ท่านไม่ได้รับการคัดเลือก จากนั้นนายกรัฐมนตรีได้เสนอชื่อทั้งหมดต่อวุฒิสภาเพื่อขอความเห็นชอบ แต่ก็เกิดอุปสรรคอีกเมื่อวุฒิสภามีมติไม่รับรายชื่อดังกล่าวไว้พิจารณาให้ความเห็นชอบ ด้วยเหตุผลว่าการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดที่กระทำโดยคณะกรรมการคัดเลือกตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ มาตรา ๙๗ นั้น ขัดต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๗ ที่บัญญัติว่า การแต่งตั้งบุคคลเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุดต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง ทั้ง ๆ ที่วุฒิสภาได้มีมติให้ความเห็นชอบร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ จนประกาศใช้เป็นกฎหมายและได้บุคคลที่ได้รับการคัดเลือกมาเพื่อให้วุฒิสภาเห็นชอบแล้ว ผมเองแปลกใจอย่างมากว่าทำไมวุฒิสภาจึงมาตั้งแง่เช่นนี้ในภายหลัง และถ้าศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าขัดรัฐธรรมนูญ ก็อาจต้องแก้ไขรัฐธรรมนูญกันเลยทีเดียว เพราะคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองจะมีขึ้นได้อย่างไร ถ้ายังไม่มีตุลาการศาลปกครอง

ผู้ที่จุดประเด็นว่าการคัดเลือกตุลาการในศาลปกครองสูงสุดขัดรัฐธรรมนูญก็คือ ท่านมีชัย ฤชุพันธ์ ประธานวุฒิสภาในขณะนั้น ในการประชุมวุฒิสภาเมื่อวันที่ ๒๓ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๔๒ โดยอ้างว่านายกรัฐมนตรีได้มีหนังสือถึงประธานวุฒิสภา เสนอรายชื่อผู้ได้รับการคัดเลือกเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุด แต่ท่านมีความอึดอัดใจจึงต้องนำมาหารือสมาชิกวุฒิสภา สรุปว่าทางเลือกของวุฒิสภามี ๒ ทางคือ หนึ่ง หลับตาเสียไม่ดูรัฐธรรมนูญ แล้วทำตามกฎหมายลูก ให้กฎหมายนี้ผ่านไป อีกทางหนึ่งคือทำตามรัฐธรรมนูญ เมื่อทำไม่ได้ก็ส่งกลับคืนไป เพื่อให้รัฐบาลไปดำเนินการให้เราทำได้ จะด้วยวิธีหนึ่งวิธีใดสุดแต่**จะส่งไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าทำได้โดยไม่ต้องสนใจรัฐธรรมนูญ** หรือจะไปแก้ไขรัฐธรรมนูญก็เป็นเรื่องของฝ่ายบริหารที่จะไปดำเนินการ

มีสมาชิกวุฒิสภาที่ทั้งสนับสนุน และคัดค้าน ท่าน ส.ว.วิชัย โถสุวรรณจินดา ซึ่งมาจากสายแรงงาน ได้อภิปรายไว้อย่างน่าฟังในฐานะที่ท่านเป็นกรรมาธิการคนหนึ่ง ในการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ว่า คณะกรรมาธิการได้พยายามหาทางแก้ปัญหาช่องว่างดังกล่าวในช่วงที่ยังไม่มี

คณะกรรมการตุลาการศาลปกครองและระยะเริ่มต้นที่ยังไม่มีตุลาการศาลปกครองเลยจะทำอย่างไร ต้องยึดแนวปฏิบัติในองค์กรอื่น ๆ ตามรัฐธรรมนูญ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญก็ต้องมีคณะกรรมการเบื้องต้นขึ้นมาเพื่อดำเนินการก่อน ถ้าส่งเรื่องนี้กลับไปยังนายกรัฐมนตรีบอกว่าไม่สามารถจะเลือกได้เนื่องจากขัดต่อรัฐธรรมนูญ นายกรัฐมนตรีจะทำอย่างไรต่อไป คิดว่านายกฯ คงเอาเรื่องนั้นเก็บไว้ เพราะไม่สามารถจะไปดำเนินการแก้ไขรัฐธรรมนูญได้ ในที่สุดศาลปกครองก็จะไม่เกิดขึ้นหลังจากที่เรารอคอยกันมาเป็นเวลาหลายปี **ซึ่งอาจจะเป็นความต้องการของใครบางคนก็ได้ที่จะไม่ให้มีศาลปกครองขึ้นในบ้านเมืองนี้**

ท่านสมาชิกวุฒิสภาที่สนับสนุนให้ส่งคืนรายชื่อผู้ได้รับการคัดเลือกเป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุดกลับไปยังนายกรัฐมนตรีก็ให้เหตุผลทำนองเดียวกันหมดว่า ขัดต่อรัฐธรรมนูญ ทั้ง ๆ ที่รู้ว่าเป็นไปไม่ได้เลยที่จะเป็นไปตามนั้นเพราะต้องตีความรัฐธรรมนูญว่าใช้บังคับในกรณีปกติเมื่อมีตุลาการศาลปกครองเกิดขึ้นแล้วเท่านั้น เรื่องนี้เป็นระยะเริ่มแรก การที่รัฐธรรมนูญ ไม่เขียนไว้ก็ต้องแปลความว่าเป็นไปตามกฎหมายจัดตั้งศาลปกครองฯ ทุกอย่างจึงจะเป็นไปได้ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ไม่ใช่การเล่นแง่แล้วแก้ปัญหาได้ยาก ท่านมีชัยฯ เอง ถึงกล่าวว่า “จะส่งไปให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าทำได้โดยไม่ต้องสนใจรัฐธรรมนูญ” ดังที่กล่าวมาข้างต้น ซึ่งน่าจะหมายความว่า หากศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่าทำได้ก็แปลว่าไม่ต้องสนใจรัฐธรรมนูญ จริง ๆ แล้วทุกองค์กรมีสิทธิตีความกฎหมายทุกระดับที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติหน้าที่ของตน เพื่อให้การทำหน้าที่นั้นเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายอย่างมีเหตุมีผล ศาลรัฐธรรมนูญควรเข้าไปเกี่ยวข้องก็ในกรณีมีข้อพิพาทระหว่างองค์กรต่าง ๆ ตามรัฐธรรมนูญในการปฏิบัติหน้าที่หรือใช้อำนาจที่รัฐธรรมนูญและกฎหมายบัญญัติเท่านั้น และคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญจะผูกพันทุกฝ่ายก็เฉพาะในประเด็นแห่งคดีเท่านั้นเช่นกัน

วุฒิสภาลงมติเห็นด้วยกับการส่งเรื่องคืน ๑๑๙ คะแนน ไม่เห็นด้วย ๔๘ คะแนน แต่วุฒิสภาซึ่งมีสิทธิส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ไม่ส่งเรื่องเพราะท่านมีชัยฯ ได้กล่าวไว้ในการประชุมวุฒิสภาในเรื่องนี้ว่า “เราเคยพยายามจะทำอย่างนี้ เมื่อเกิดปัญหาสงสัยเราก็ส่งไปศาลรัฐธรรมนูญให้ช่วยบอกเราหน่อยว่าเราควรจะทำอย่างไร ศาลรัฐธรรมนูญก็เคยวินิจฉัยมาแล้วว่าปัญหายังไม่เกิด เราจะทำอะไรก็ทำไป ..... เพราะฉะนั้นเมื่อศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยไว้ในทำนองนั้น เราก็ไม่มีทางที่จะส่งไปได้..... ในชั้นนี้เราจึงต้องตัดสินใจเสียก่อนว่าเราจะทำอย่างไร.....” และแม้เมื่อลงมติดังที่กล่าวมาข้างต้น วุฒิสภาก็ไม่ได้ส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย ในที่สุดนายกรัฐมนตรีก็อาศัยบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ (๒๕๔๐) มาตรา ๒๖๖ ด้วยการขอให้ประธานรัฐสภาพิจารณาส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยต่อไป และประธานรัฐสภาได้มีคำร้องลงวันที่ ๘ ธันวาคม พ.ศ. ๒๕๔๒ ขอให้ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาวินิจฉัยปัญหาดังกล่าวศาลรัฐธรรมนูญ (คำวินิจฉัยที่ ๕๔/๒๕๔๒) ได้วินิจฉัยเมื่อวันที่ ๒๘ ธันวาคม พ.ศ. ๒๕๔๒ สรุปว่า บทบัญญัติของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ มาตรา ๙๗ และมาตรา ๙๘ ไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เพราะเป็นกฎหมายที่บัญญัติวิธีการที่จะให้ได้มาซึ่งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดในครั้งแรกเท่านั้น เมื่อมีตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งแรกแล้ว คณะกรรมการคัดเลือกฯ ก็พ้นจากหน้าที่ไปและไม่มีกรณีที่จะนำบทบัญญัตินี้มาใช้บังคับได้อีก ขณะที่มาตรา ๒๗๙ ของรัฐธรรมนูญซึ่งบัญญัติเกี่ยวกับคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองนั้นเป็นบทบัญญัติที่จะใช้บังคับตลอดไปภายหลังจากที่มีศาลปกครองสูงสุด และตุลาการในศาลปกครองแล้ว วุฒิสภาจึงต้องพิจารณาให้ความเห็นชอบตามรัฐธรรมนูญมาตรา ๒๗๗ วรรคสอง และตามที่กฎหมายบัญญัติ

ผมมีข้อสังเกตเพิ่มเติมว่า เป็นเรื่องแปลกมากที่ในชั้นการพิจารณาร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ มาตรา ๙๗ และมาตรา ๙๘ ของวุฒิสภาในวาระ ๒ และ ๓ มีการยกปัญหาขึ้นมาพิจารณาแล้วว่ามาตราดังกล่าวขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๗๗ หรือไม่ คือใช้คณะกรรมการคัดเลือกฯ แทนคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง ตามมาตรา ๒๗๙ ในระยะเริ่มต้นเพราะยังไม่มีตุลาการศาลปกครอง วุฒิสภามีมติ ๑๐๙ เสียง ต่อ ๒๓ เมื่อวันที่ ๒ กรกฎาคม พ.ศ. ๒๕๔๒ ว่าไม่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ จึงได้ให้ความเห็นชอบ และส่งร่างกฎหมายกลับมายังสภาผู้แทนราษฎรจนนายกรัฐมนตรีนำความขึ้นกราบบังคมทูลเพื่อทรงลงพระปรมาภิไธยและประกาศใช้เป็นกฎหมายเมื่อวันที่ ๑๐ ตุลาคม พ.ศ. ๒๕๔๒ แต่ในวันที่ ๒๓ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๔๒ วุฒิสภาที่มีท่านมีชัยฯ เป็นประธานกลับมีมติ ๑๑๙ เสียง ต่อ ๔๘ เสียงเห็นว่าขัดต่อรัฐธรรมนูญและส่งเรื่องคืนนายกรัฐมนตรี โดยไม่ส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัย แม้จะเกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่ของตน จนนายกฯ ต้องส่งเรื่องให้ประธานรัฐสภาพิจารณาส่งศาลรัฐธรรมนูญและศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่าไม่ขัดรัฐธรรมนูญ ลึก ๆ แล้วหลายท่านเข้าใจดีว่าทำไมถึงเป็นเช่นนั้น ทั้ง ๆ ที่การต่อต้านจากศาลยุติธรรมได้ผ่อนคลายลงไปมากแล้ว

อนึ่ง จากรายชื่อบุคคลที่ได้รับการคัดเลือกให้เป็นตุลาการในศาลปกครองสูงสุดทั้ง ๒๓ คน มีผู้ได้รับความเห็นชอบจากวุฒิสภาเพียง ๑๗ คน ผมเองถูกต่อต้านพอสมควรแต่ก็ผ่านไปได้ คงมีเพื่อนอาจารย์ที่มีความรู้ทางกฎหมายมหาชนที่จะมาช่วยสร้างศาลปกครองถึง ๔ คนที่ไม่ได้รับความเห็นชอบ ได้แก่ ท่านอาจารย์วรพจน์ฯ จากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และเป็นรองเลขาฯ คนที่ ๒ ของคณะกรรมาธิการวิสามัญพิจารณาร่างพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ของสภาผู้แทนราษฎร ท่านอาจารย์สมยศ เชื้อไทย จากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ท่านอาจารย์บุญศรี มีวงศ์อุโฆษ จากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ และท่านอาจารย์ขวัญชัย สันตสว่าง จากคณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง อาจารย์สามในสี่ท่านที่กล่าวมา จบปริญญาเอกจากประเทศฝรั่งเศสและเยอรมัน

๒) การหาที่ทำการชั่วคราวและถาวร และการเลือกประธานรองประธานในศาลปกครองสูงสุด

การหาที่ทำการชั่วคราวซึ่งครั้งแรกคือการเช่าตึก Exim Bank ถนนพหลโยธิน เพื่อใช้เป็นที่ประชุมของคณะตุลาการศาลปกครองสูงสุดทั้ง ๑๗ คนที่ผ่านความเห็นชอบของวุฒิสภา และได้รับการโปรดเกล้าฯ เมื่อวันที่ ๒๗ มีนาคม พ.ศ. ๒๕๔๓ นั้น ผมต้องขอบคุณท่านอาจารย์ชาญชัยฯ เป็นอย่างยิ่งที่เป็นธุระดำเนินการทุกอย่างในฐานะเลขาธิการศาลปกครอง ต่อมาได้ย้ายที่ทำการไปตึกเอ็มไพร์ ทาวเวอร์ ถนนสาทร ซึ่งก็มาจากการจัดหาของท่านอาจารย์ชาญชัยฯ อีกเช่นกัน ที่ตึกนี้เองได้มีการประชุมตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งแรกเพื่อคัดเลือกประธานและรองประธานศาลปกครองสูงสุด โดยท่านอักขราทรฯ ได้รับเลือกเป็นประธานฯ ท่านอัครวิทย์สุมาวงศ์ เป็นรองประธานคนที่ ๑ และผมเป็นรองประธานฯ คนที่ ๒

แต่กว่าจะมาเลือกกันได้เป็นแบบนี้ ก็ต้องมีการประสานงานกันพอสมควร เพราะในบรรดาตุลาการศาลปกครองสูงสุดทั้ง ๑๗ ท่านนั้น มีผู้ประสงค์เข้าคัดเลือกชิงตำแหน่งประธานถึง ๕ ท่าน คือ ท่านอักขราทรฯ ท่านผัน จันทรปาน ท่านปรีชา พานิชวงศ์ ท่านกระมล ทองธรรมชาติ และท่านไพศาล กุมาลย์วิสัย ท่านอาจารย์ทางกฎหมายมหาชนหลายท่าน เช่น ท่านอาจารย์สุรพลฯ ท่านอาจารย์พนมฯ ท่านอาจารย์ชาญชัยฯ และผมเห็นตรงกันว่าท่านที่เหมาะที่สุดคือ ท่านอักขราทรฯ เนื่องจากท่านเป็นเลขาธิการคณะกรรมการกฤษฎีกามาก่อน มีอาวุโส เป็นนักกฎหมาย บังคับบัญชาดูแลสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา

ซึ่งเป็นหน่วยงานที่ทำเรื่องวินิจฉัยร้องทุกข์ เลขาธิการฯ รองเลขาธิการฯ และบุคลากรส่วนใหญ่มีความรู้และประสบการณ์เกี่ยวกับกฎหมายมหาชน หลักกฎหมายปกครองตลอดจนการพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง ผ่านระบบการวินิจฉัยเรื่องราวร้องทุกข์จึงเห็นว่าควรสนับสนุนท่านอักขราทรฯ ส่วนตำแหน่งรองประธานฯ นั้น ท่านอัครวิทย์ สุมาวงศ์ ซึ่งเป็นผู้พิพากษาศาลฎีกาและกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์เช่นเดียวกับผมน่าจะเหมาะสมที่จะช่วยกันเสริมสร้างและผลักดันให้ศาลปกครองที่ตั้งขึ้นใหม่เดินหน้าไปได้ ประชาชนให้ความยอมรับเชื่อถือทั้งหมดเป็นงานที่หนักมากเพราะเริ่มต้นใหม่หมดทั้งคน สถานที่ ระเบียบวิธีพิจารณาการประชาสัมพันธ์ ฯลฯ

อย่างไรก็ตาม ท่านผู้ประสงค์เข้าคัดเลือกชิงตำแหน่งประธานฯ อีก ๔ ท่าน ก็ประสานกับผมและขอให้เลือกท่าน รวมทั้งขอให้ช่วยล็อบบี้ท่านอื่น ๆ ด้วย ซึ่งผมได้ปฏิเสธทุกท่านด้วยเหตุผลที่กล่าวมาข้างต้น ในที่สุดท่านอักขราทรฯ ได้รับเลือกเป็นประธานฯ ท่านอัครวิทย์ฯ และผมเป็นรองประธานฯ โดยต้องแข่งกับอีก ๔ ท่านที่พลาดตำแหน่งประธานฯ อีกรอบหนึ่ง ผมมีความมุ่งหมายเพียงประการเดียวคือให้ศาลปกครองเดินหน้าผ่านความท้าทายและการปรามาสต่าง ๆ เพื่อเป็นสถาบันศาลที่ประชาชนยอมรับนับถือในการอำนวยความยุติธรรมทางปกครอง ไม่ได้ต้องการอะไรมากไปกว่านี้เลย ซึ่งต้องขอบคุณคณาจารย์ทั้งหลายที่เป็นกำลังใจ ช่วยคิด ติดตาม ผลักดันทุกอย่าง และถ้าไม่ได้ท่านชาญชัยฯ เป็นเลขาธิการศาลปกครองคนแรก ผมก็ไม่แน่ใจว่าจะก้าวผ่านอุปสรรคต่าง ๆ ไปได้ขนาดไหน

ตึกเอ็มไพร์นั้นเป็นเพียงที่ทำการชั่วคราว ท่านประธานฯ ท่านรองฯ อัครวิทย์ ผม และตุลาการศาลปกครองสูงสุดท่านอื่น ๆ คิดกันว่าเราต้องมีที่ทำการถาวร ซึ่งต้องพูดจากับรัฐบาลเพื่อหาสถานที่และงบประมาณในการก่อสร้าง จึงมีการตั้งคณะกรรมการเพื่อจัดทำทีโออาร์และให้ประกวดการออกแบบอาคารศาลปกครองถาวร โดยมีท่านชาญชัยฯ ในฐานะเลขาธิการฯ เป็นแม่งาน ผมช่วยกำกับดูแล ในที่สุดก็ได้แบบตึกอันเป็นที่ตั้งปัจจุบัน ณ ศูนย์ราชการ ถนนแจ้งวัฒนะ แต่ถ้าไม่บังเอิญที่ผมลาออกจากศาลปกครองและได้รับโปรดเกล้าฯ ให้เป็นรองนายกรัฐมนตรี เมื่อเดือนพฤศจิกายน พ.ศ.๒๕๔๖ ในรัฐบาลท่านนายกรัฐมนตรีทักษิณ ชินวัตร และได้รับมอบหมายให้รับผิดชอบดูแลการสร้างศูนย์ราชการดังกล่าว การได้ที่ดินด้านหน้าถนนรวมทั้งงบประมาณในการก่อสร้างอีกกว่าพันล้านบาทก็อาจจะไม่ง่ายและรวดเร็วเป็นจังหวะที่ลงตัวพอดีโดยท่านชาญชัยฯ เป็นผู้ประสานงานทุกอย่าง

มีอีกเรื่องหนึ่งที่ได้รับการเสนอจากตุลาการศาลปกครองสูงสุดและศาลปกครองชั้นต้น (ที่ประชุมใหญ่ศาลปกครองสูงสุดทำหน้าที่แทนคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองคัดเลือกตุลาการศาลปกครองชั้นต้นชุดแรกในเดือนมกราคม พ.ศ. ๒๕๔๔ และได้รับโปรดเกล้าฯ เมื่อวันที่ ๒ กุมภาพันธ์ พ.ศ. ๒๕๔๔ โดยมีท่านอาจารย์วรพจน์ฯ เป็นอธิบดีศาลปกครองกลาง) ในช่วงต้นปี พ.ศ. ๒๕๔๔ ก็คือ ขอให้ผมประสานกับรัฐบาลและนายกฯ ทักษิณฯ เพื่อแก้กฎหมายเกี่ยวกับเงินเดือนของตุลาการศาลปกครองสูงสุดที่น้อยกว่าผู้พิพากษาศาลฎีกา และตุลาการศาลปกครองชั้นต้นซึ่งเทียบเท่าศาลอุทธรณ์แต่เงินเดือนน้อยกว่าให้เท่าเทียมกับทางผู้พิพากษาและอัยการในระดับเดียวกัน ซึ่งก็ได้รับการสนับสนุนจากรัฐบาลและประสบความสำเร็จในเวลาไม่นานนัก

การได้รับเงินเดือนและค่าตอบแทนที่เป็นธรรม การมีที่ทำการถาวรเพื่อรองรับการทำงานได้อย่างดี การคัดเลือกตุลาการศาลปกครองชั้นต้นที่มีคุณภาพ ปราศจากการใช้เส้นสาย การตั้งศาลปกครองชั้นต้น

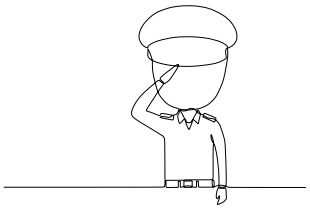
ในจังหวัดหลัก ๆ เช่น สงขลา เชียงใหม่ นครราชสีมา ในช่วงแรก ๆ ของการก่อตั้ง เป็นขวัญกำลังใจและการวางพื้นฐานให้ศาลปกครองเติบโตอย่างมั่นคงเพื่อเป็นที่พึ่งของประชาชนต่อไป

ท้ายที่สุด แม้ผมจะออกจากศาลปกครองมา ๑๖ ปีแล้ว แต่ก็ไม่เคยลืมพี่ เพื่อน น้อง ลูกศิษย์ที่เป็นบุคลากรของศาลทุกคน หลายท่านเกษียณไปแล้ว เพื่อนและน้องหลายคนขึ้นมารับผิดชอบในระดับต่าง ๆ แทนรุ่นก่อน ๆ ผมยังคงเฝ้ามองด้วยความห่วงใยและเอาใจช่วยศาลปกครองอยู่ตลอดเวลา รู้สึกขอบคุณทุกฝ่ายที่ร่วมกันต่อสู้และฟันฝ่ามาจนถึงวันนี้เป็นเวลา ๒๐ ปี ขอบคุณเพื่อน ๆ อาจารย์ทุกคนที่ยืนหยัดมาด้วยกัน

สิ่งที่ผมอยากฝากไปถึงบุคลากรของศาลปกครองทุกท่านก็คือ ขอให้คิดว่าเราเป็นประชาชนคนหนึ่ง เช่นพี่น้องประชาชนคนอื่น ๆ ภารกิจของเราคือ มาอำนวยความยุติธรรมทางปกครองให้สังคมด้วยความสุจริตใจแล้วก็จากไป ต้องทำงานหนัก คิดถึงตัวเองให้น้อย อย่าให้คดีล่าช้าจนสร้างภาระทั้งกับประชาชนและรัฐ ที่สำคัญที่สุดคือ อย่าให้อคติครอบงำเราได้เป็นอันขาด ไม่ว่าจะมาจากความเชื่อของตัวเอง หรือการกดดันจากใคร อย่าให้ผีบัลลังก์เข้าสิง หรือทำตัวเป็นเจ้าขุนมูลนาย มองประชาชนด้วยความเข้าใจและพยายามอำนวยความสะดวกให้ดีที่สุด เพราะเราอยู่ภายใต้ระบบรัฐราชการอำนาจนิยมที่ประชาชนยิ่งตัวเล็กเท่าไหร่ยิ่งถูกรักแกมากเท่านั้น ทำมาหากินก็แสนลำบาก เพราะต้องขออนุมัติ อนุญาตมากมายจากรัฐราชการที่ต่างหน่วยงานต่างหวงอำนาจ ต้องการควบคุมประชาชน ไม่ใช่ระบบราชการที่เป็นเครื่องมืออำนวยความสะดวก ส่งเสริมสนับสนุนให้ประชาชนมีกำลังความสามารถในการทำมาหากินหารายได้ให้ประเทศ ทุนขนาดใหญ่ผูกขาดทั้งด้านการเงิน การตลาด เทคโนโลยี มีเส้นสายทุกระดับ ผู้ประกอบการตัวเล็กทุกวันนี้ลำบากแสนสาหัส รัฐราชการเป็นตัวสร้างภาระให้พวกเขาทุกอย่าง และเป็นบ่อเกิดของการทุจริตคอรัปชั่น ศาลปกครองต้องเข้าใจบริบทของประเทศให้ดี ต้องวางหลักกฎหมายปกครองและตัดสินคดีให้สอดคล้องกับความเป็นจริง เพื่อรักษาระบบกฎหมายและหลักกฎหมายที่ถูกต้อง มีความบริสุทธิ์ยุติธรรม คุ้มครองประชาชนที่อ่อนแอและถูกรังแกจากรัฐราชการ

ขอให้ศาลปกครองเป็นที่พึ่งแห่งสุดท้ายของประชาชนอย่างแท้จริงในกระบวนการยุติธรรมทางปกครองตลอดไป

ผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชน



ศาสตราจารย์ ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์*

เมื่อกล่าวถึงองค์กรที่เรียกว่า “ผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชน” (Le Défenseur des droits) คงต้องทำความเข้าใจสถานะขององค์กรก่อน ผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนเป็นองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระ (Les Autorités Administratives Indépendantes หรือ AAI) ประเภทหนึ่ง องค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระรูปแบบนี้เกิดขึ้นมาเป็นเวลานานแล้วในประเทศฝรั่งเศส และในหลายประเทศก็มีการจัดตั้งขึ้นตามวัตถุประสงค์และความจำเป็นในจัดตั้งองค์กรเพื่อให้ทำหน้าที่ใดหน้าที่หนึ่งและมีความเชี่ยวชาญเป็นการเฉพาะในหน้าที่ที่ต้องทำนั้น เช่น ในสหรัฐอเมริกา องค์กร Interstate Commerce Commission ถือเป็นองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระแรกที่ก่อตั้งมาตั้งแต่ปี ค.ศ. ๑๘๘๗ ในกลุ่มประเทศยุโรปที่มีการจัดตั้งผู้ตรวจการแผ่นดิน (Ombusdman) ตั้งแต่ปี ค.ศ. ๑๙๗๓ เป็นต้นมา

สิ่งที่มีความเป็นพิเศษขององค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระของประเทศฝรั่งเศสที่แตกต่างจากหลายประเทศ ก็คือ การได้มาซึ่งผู้ดำรงตำแหน่งระดับสูงสุดในองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระนั้น ๆ กล่าวคือ มีทั้งผู้ที่ได้รับการเลือก (แต่งตั้ง) จากประธานาธิบดีโดยตรง (DdD[๑], MNE[๒] หรือ CGLPL[๓]) หรือได้รับการสรรหาจากฝ่ายบริหารหรือฝ่ายนิติบัญญัติ ทั้งนี้ ขึ้นอยู่กับองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระว่ามีลักษณะอำนาจหน้าที่อย่างไร ซึ่งถือว่าองค์กรที่ทำหน้าที่ในการแต่งตั้งหรือสรรหาล้วนแล้วแต่มีความเชื่อมโยงกับประชาชนทั้งสิ้น ทั้งนี้ ผู้ทำหน้าที่ในองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระนี้ มีวาระการดำรงตำแหน่ง ๓ ปี หรือ ๖ ปี ไม่อาจได้รับแต่งตั้งใหม่ได้ และถอดถอนมิได้ นอกจากนี้ เพื่อเป็นหลักประกันการทำงานขององค์กรเหล่านี้ให้เป็นอิสระอย่างแท้จริง ผู้ดำรงตำแหน่งสูงสุดขององค์กรไม่อาจถูกฟ้องร้องดำเนินคดีเกี่ยวกับการดำเนินการหรือการแสดงความคิดเห็นในการปฏิบัติหน้าที่ของตน แต่อย่างไรก็ดี องค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระเหล่านี้จะถูกควบคุมตรวจสอบผ่านกระบวนการตามที่กฎหมายกำหนด ไม่ว่าจะเป็นการตรวจสอบควบคุมการใช้จ่ายงบประมาณ (a posteriori) โดยศาลบัญชี (Cour des Comptes) การควบคุมดูแลการทำงานผ่านรัฐสภาและการตรวจสอบสาธารณะ (ผ่านรายงานประจำปี ผ่านรายงานการบริหาร และรวมถึงการเผยแพร่ผลคำวินิจฉัยขององค์กรอิสระเหล่านั้น เป็นต้น)

* กรรมการกฤษฎีกา

๑ Le Défenseur des Droits.

๒ Le Médiateur National de l’Energie.

๓ Le Contrôleur Général des Lieux de Privation de liberté.

สำหรับผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชน (Le Défenseur des droits) นั้น มีการบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน (ค.ศ. ๑๙๕๘) มาตรา ๗๑-๑[๔] แก้ไขเพิ่มเติมในปี ค.ศ. ๒๐๐๘[๕] การแก้ไขรัฐธรรมนูญในครั้งนั้นเป็นไปตามแนวคิดที่จะปรับเปลี่ยนองค์กรสถาบันทางการเมืองของสาธารณรัฐฝรั่งเศสให้มีความทันสมัยและมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น หลังจากนั้นก็ได้มีการตรากฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. ๒๐๑๑[๖] ที่เกี่ยวกับผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนตามรัฐธรรมนูญตามมา

แนวคิดในการจัดตั้งผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญ นั้น เป็นกระบวนการที่มีการปรับองค์กรเดิมที่มีอยู่แล้วคือ องค์กร “ผู้ตรวจการแผ่นดิน” (Médiateur de la République) ให้มีบทบาทและอำนาจหน้าที่ที่เหมาะสมยิ่งขึ้น การปรับเปลี่ยนนี้ได้รับอิทธิพลมาจากองค์กรผู้ปกป้องประชาชน (Defensor del pueblo) ของสเปน และในการจัดทำกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชน รัฐบาลก็ได้เสนอให้มีการรวมองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระที่ทำหน้าที่ในการปกป้องพิทักษ์สิทธิของประชาชนในด้านต่าง ๆ ที่อาจมีการทำงานที่ซ้ำซ้อนกันเข้าด้วยกัน เพื่อให้การทำงานมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น องค์กรที่ถูกควบรวมมาเป็นองค์กรผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนตามรัฐธรรมนูญได้แก่

- **ผู้พิทักษ์เด็ก** (Le Défenseur des enfants) เป็นองค์กรที่ถูกจัดตั้งขึ้นตามรัฐบัญญัติ ฉบับลงวันที่ ๖ มีนาคม ค.ศ. ๒๐๐๐ เพื่อทำหน้าที่ปกป้องคุ้มครองดูแลสิทธิเด็กตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายและข้อตกลงระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิเด็กที่ประเทศฝรั่งเศสเข้าร่วมเป็นภาคีด้วยตั้งแต่ปี ค.ศ. ๑๙๙๐ ผู้พิทักษ์เด็กมีอำนาจในการรับคำร้องเรียนจากเด็กหรือจากผู้แทนตามกฎหมายในเรื่องที่เกี่ยวกับการที่ฝ่ายปกครองหรือเอกชนกระทำการที่ไม่เคารพต่อสิทธิเด็ก เมื่อผู้พิทักษ์เด็กตรวจสอบพบว่ามีการละเมิดสิทธิเด็กอย่างร้ายแรง

---

[๔] « Le Défenseur des droits veille au respect des droits et libertés par les administrations de l'État, les collectivités territoriales, les établissements publics, ainsi que par tout organisme investi d'une mission de service public, ou à l'égard duquel la loi organique lui attribue des compétences.
Il peut être saisi, dans les conditions prévues par la loi organique, par toute personne s'estimant lésée par le fonctionnement d'un service public ou d'un organisme visé au premier alinéa. Il peut se saisir d'office.
La loi organique définit les attributions et les modalités d'intervention du Défenseur des droits. Elle détermine les conditions dans lesquelles il peut être assisté par un collège pour l'exercice de certaines de ses attributions.
Le Défenseur des droits est nommé par le Président de la République pour un mandat de six ans non renouvelable, après application de la procédure prévue au dernier alinéa de l'article 13. Ses fonctions sont incompatibles avec celles de membre du Gouvernement et de membre du Parlement. Les autres incompatibilités sont fixées par la loi organique.
Le Défenseur des droits rend compte de son activité au Président de la République et au Parlement. »

[๕] Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet ๒๐๐๘ de modernisation des institutions de la Ve République ตามข้อเสนอของคณะศึกษา le Comité de réflexion et de proposition sur la modernisation et le rééquilibrage des institutions, « comité Balladur » ที่เสนอให้มีการจัดตั้งผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนแทน (ผู้ตรวจการแผ่นดิน (Ombusdman หรือ Médiateur de la République)

[๖] Loi organique n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

โดยฝ่ายปกครอง องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นหรือองค์กรอื่นที่จัดทำบริการสาธารณะ ผู้พิทักษ์เด็กจะส่งเรื่องดังกล่าวต่อไปยังผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐ ส่วนในกรณีธรรมดาทั่วไปที่ไม่ร้ายแรง ผู้พิทักษ์เด็กก็จะมีข้อเสนอแนะไปยังผู้ที่ละเมิดสิทธิเด็กเพื่อดำเนินการแก้ไขต่อไป

- **คณะกรรมการว่าด้วยจรรยาบรรณของผู้ประกอบอาชีพด้านการรักษาความสงบเรียบร้อย** (La Commission Nationale de Déontologie de la Sécurité หรือ CNDS) เป็นองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระที่จัดตั้งขึ้นโดยรัฐบัญญัติ ฉบับลงวันที่ ๖ มิถุนายน ค.ศ. ๒๐๐๐ เพื่อดูแลคุ้มครองจรรยาบรรณของผู้ทำหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยทั้งภาครัฐและภาคเอกชน เช่น รับเรื่องร้องเรียนเกี่ยวกับตำรวจ ร้องเรียนฝ่ายปกครองประจำเรือนจำ โดยผู้ที่ได้รับผลกระทบจากการดำเนินการของผู้มีหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยที่ได้ใช้อำนาจของตนอย่างไม่คำนึงถึงกฎหมาย กฎ ระเบียบต่าง ๆ สามารถร้องเรียนต่อคณะกรรมการได้ แต่ต้องร้องเรียนผ่านสมาชิกรัฐสภาเพื่อให้ช่วย “กรองเรื่อง” ชั้นหนึ่งก่อน เมื่อคณะกรรมการรับเรื่องไว้พิจารณาก็จะทำการสอบสวน ให้ความเห็นหรือข้อเสนอแนะต่อรัฐมนตรีหรือต่อเจ้าของกิจการที่ทำหน้าที่รักษาความสงบเรียบร้อยต่อไป

- **คณะกรรมการเพื่อการต่อต้านการกระทำที่เป็นการเลือกปฏิบัติและเพื่อความเสมอภาค** (la Haute Autorité de Luttre contre les Discriminations et pour l’Egalité หรือ HALDE) เป็นองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระ จัดตั้งขึ้นตามรัฐบัญญัติ ฉบับลงวันที่ ๓๐ ธันวาคม ค.ศ. ๒๐๐๔ เพื่อป้องกันการกระทำทั้งหลายที่เป็นการเลือกปฏิบัติอันขัดต่อกฎหมายหรือข้อตกลงระหว่างประเทศที่สาธารณรัฐฝรั่งเศสเข้าร่วมเป็นภาคี โดยบุคคลที่ได้รับการปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรมสามารถร้องเรียนต่อคณะกรรมการได้โดยตรงหรือผ่านสมาชิกรัฐสภาหรือสมาคมที่เกี่ยวข้องก็ได้ คณะกรรมการจะให้ความช่วยเหลือในการดำเนินการทางศาลต่อผู้เสียหาย รวมทั้งมีอำนาจสอบสวนการกระทำต่าง ๆ ด้วย

- **ผู้ควบคุมสถานที่กักกัน** (Le Contrôleur Général des Lieux de Privation de Liberté หรือ CGLPL) จัดตั้งขึ้นตามรัฐบัญญัติ ฉบับลงวันที่ ๓๐ ตุลาคม ค.ศ. ๒๐๐๗ กฎหมายดังกล่าวมีที่มาจากสนธิสัญญาต่อต้านการทารุณและการลงโทษที่รุนแรง องค์กรนี้มีสถานะเป็นองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระทำหน้าที่ดูแลผู้ที่ถูกจองจำหรือกักขังตามกฎหมายได้ให้รับการปฏิบัติที่เคารพต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และต่อสิทธิและเสรีภาพขั้นพื้นฐานต่าง ๆ โดยผู้ควบคุมจะรับคำร้องเรียนจากบุคคลธรรมดา นิติบุคคล นายกรัฐมนตรี รัฐมนตรี สมาชิกรัฐสภา ผู้ตรวจการแผ่นดินแห่งสาธารณรัฐ ผู้พิทักษ์เด็กฯลฯ ที่พบเห็นสถานที่ที่น่าสงสัยว่าจะจองจำหรือกักขังผู้คนอย่างไม่เป็นธรรม ผู้ควบคุมมีอำนาจในการตรวจเยี่ยมสถานที่หรือบุคคลที่ได้รับการกระทำที่ทำให้สูญเสียเสรีภาพ จากนั้นก็จะทำความเห็นเสนอต่อรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องและให้ข้อมูลแก่สาธารณะในกรณีที่มีการละเมิดสิทธิขั้นพื้นฐานจนทำให้เกิดการสูญเสียเสรีภาพ อย่างไรก็ดี ในท้ายที่สุด หลังจากการถกเถียงกันในรัฐสภาระหว่างการจัดทำกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชน องค์กรดังกล่าวก็มิได้ถูกยุบรวมไปกับองค์กรผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนแต่อย่างใด ยังคงมีอยู่และสถานะเป็นองค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระอยู่จนปัจจุบัน

สำหรับสถานะและบทบาทหน้าที่ของผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชน นั้น ได้รับการรับรองและบัญญัติไว้ในมาตรา ๗๑-๑ ของรัฐธรรมนูญฉบับปี ค.ศ. ๑๙๕๘ ประกอบกับกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญฉบับที่ ๒๐๑๑-๓๓๓ ลงวันที่ ๒๙ มีนาคม ๒๐๑๑ โดยกำหนดให้มีสถานะเป็นองค์กรของรัฐที่เป็นอิสระ

ทำหน้าที่ในการดูแล ปกป้อง ให้มีการเคารพต่อสิทธิและเสรีภาพ ทั้งจากฝ่ายปกครอง องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น องค์การมหาชนและองค์กรอื่นๆ ที่ทำหน้าที่เกี่ยวกับการจัดทำบริการสาธารณะ รวมถึงการส่งเสริมให้เกิดความเท่าเทียมกันต่อหน้ากฎหมาย ทั้งนี้ ผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนเป็นเพียงบุคคลคนเดียวที่ได้รับการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดีโดยการออกรัฐกฤษฎีกา โดยจะต้องมีการผ่านความเห็นของคณะกรรมาธิการสามัญของรัฐสภา (la commission permanante) มีวาระในการดำรงตำแหน่ง ๖ ปี วาระเดียว กฎหมายกำหนดลักษณะต้องห้ามของผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนเอาไว้ว่าห้ามดำรงตำแหน่งในคณะรัฐบาล ในคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ในคณะตุลาการของศาลยุติธรรม ในสภาเศรษฐกิจ สังคม และสิ่งแวดล้อม ห้ามดำรงตำแหน่งที่มาจากการเลือกตั้งทั้งระดับชาติและระดับท้องถิ่น ห้ามเป็นข้ารัฐการและห้ามเป็นผู้ประกอบวิชาชีพอิสระต่าง ๆ ทุกประเภท ทั้งนี้ จะเห็นได้ว่า การสรรหาแต่งตั้งผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนที่มาทำหน้าที่ปกป้องสิทธิเสรีภาพของประชาชนมีความเชื่อมโยงกับประชาชน จากผู้ที่แต่งตั้งคือประธานาธิบดี และให้ความเห็นโดยคณะกรรมาธิการสามัญของรัฐสภาซึ่งล้วนแล้วแต่เป็นผู้ที่ได้รับการเลือกตั้งมาจากประชาชน และเพื่อให้การทำงานผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนและผู้ช่วยผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนตามกฎหมายเป็นอิสระอย่างแท้จริง ไม่อยู่ในอาณัติของผู้ใดหรือขององค์กรใด กฎหมายบัญญัติถึงความคุ้มกันในการไม่ถูกค้น จับกุม คุมขังหรือถูกศาลตัดสินพิพากษาในการปฏิบัติหน้าที่ของตนในการให้ความเห็นแต่อย่างใด

ในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชน นั้น จะเป็นไปตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ และกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ โดยภาพรวมผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนมีหน้าที่ในการดูแลให้หน่วยงานของรัฐต่างๆ เคารพต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน และรับเรื่องร้องเรียนจากประชาชนในกรณีที่เห็นว่าหน่วยงานของรัฐบกพร่องในการทำหน้าที่ในการให้บริการสาธารณะหรือมีการกระทำที่อาจละเมิดสิทธิเสรีภาพ มีการเลือกปฏิบัติหรือไม่เป็นธรรมเกิดขึ้น โดยในมาตรา ๔ แห่งกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญฉบับที่ ๒๐๑๑-๓๓๓ ลงวันที่ ๒๙ มีนาคม ๒๐๑๑ ได้กำหนดภารกิจของผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนไว้ ๕ ด้าน คือ

- ปกป้องสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการดำเนินงานของหน่วยงานของรัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น องค์การมหาชน หรือหน่วยงานอื่นๆ ที่มีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ

- คุ้มครองและส่งเสริมสิทธิเด็ก โดยให้เกิดการเคารพต่อกฎหมายทั้งกฎหมายภายในประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศที่ประเทศฝรั่งเศสเป็นภาคีและให้สัตยาบัน

- ต่อสู้กับการเลือกปฏิบัติ ทั้งการเลือกปฏิบัติทางตรงและทางอ้อมที่ขัดต่อกฎหมาย ทั้งกฎหมายภายในประเทศและกฎหมายระหว่างประเทศที่ประเทศฝรั่งเศสเป็นภาคีและให้สัตยาบัน ตลอดจนส่งเสริมให้เกิดความเสมอภาคเท่าเทียมกัน

- ดูแลให้เกิดการเคารพต่อจรรยาบรรณวิชาชีพของผู้ปฏิบัติหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความปลอดภัยต่าง ๆ ภายในประเทศ (เช่น ตำรวจ เจ้าหน้าที่รักษาความปลอดภัย)

- ให้คำแนะนำ แจ้งเตือน[๗] ต่อหน่วยงานของรัฐต่างๆ ตลอดจนเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อให้เกิดการปฏิบัติและเคารพต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน

[๗] ตามกฎหมาย รัฐบัญญัติ (no 2016 - 1691) ลงวันที่ ๙ ธันวาคม ๒๐๑๖

ในการดำเนินงานของผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชน แม้รัฐธรรมนูญจะกำหนดให้มีผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนเพียงคนเดียว แต่กฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญก็ได้กำหนดโครงสร้างการดำเนินงานของผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนเอาไว้ว่าให้มีกลุ่มบุคคลอีกจำนวนหนึ่งที่เรียกว่า ผู้ช่วยปฏิบัติงานผู้พิทักษ์สิทธิของประชน (les adjoints) ที่ช่วยทำงานเกี่ยวกับการปกป้องคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนให้สามารถดำเนินการไปได้อย่างมีประสิทธิภาพ ให้ความเห็นต่อการดำเนินงานของผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชน ผู้ช่วยปฏิบัติงานผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนได้รับแต่งตั้งโดยนายกรัฐมนตรี มีอำนาจหน้าที่ที่กำหนดไว้ในกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ โดยแบ่งหน้าที่ออกเป็นด้านต่างๆ คือ **ด้านสิทธิเด็ก** (Défenseur des enfants, adjoint en charge de la défense et de la promotion des droits de l'enfant) **ด้านการขจัดการเลือกปฏิบัติและสร้างความเท่าเทียมกัน** (Adjointe en charge de la lutte contre les discriminations et de la promotion de l'égalité) **ด้านจริยธรรมและสิทธิของผู้ทำหน้าที่ด้านความปลอดภัย** (Adjointe en charge du respect de la déontologie par les professionnels de la sécurité) และ**ด้านการแจ้งเบาะแสการละเมิดสิทธิเสรีภาพ** (Adjointe en charge des lanceurs d'alerte) และ **ผู้แทนทั่วไปเพื่อการไกล่เกลี่ย** (Délégué général à la médiation)

นอกจากนี้ ผู้พิทักษ์สิทธิของประชนสามารถแต่งตั้งคณะทำงาน (les Collèges) เพื่อให้การดำเนินงานเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ตาม Décision du Défenseur des droits n° 2020-213 du 15 décembre 2020 ได้มีการแต่งตั้งคณะทำงาน ๓ ด้าน ด้านสิทธิเด็ก ด้านการขจัดการเลือกปฏิบัติและสร้างความเท่าเทียมกัน และด้านจริยธรรมและสิทธิของผู้ทำหน้าที่ด้านความปลอดภัยภายใต้องค์กรผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชน มีเจ้าหน้าที่ฝ่ายสนับสนุนการทำงาน (les équipes) อีกประมาณ ๒๓๑ คน ที่ทำงานในสำนักงานหลักที่กรุงปารีส และอีก ๕๕๐ คนที่เป็นอาสาสมัคร (les délégués bénévoles) (ไม่ได้รับเงินเดือน ส่วนใหญ่เป็นข้ารัฐการที่เกษียณอายุแล้ว) ที่ทำงานอยู่ในสำนักงานทั่วทุกภาคทั้งประเทศ (ศูนย์ที่รับการรับคำร้องจากประชาชน ๘๗๑ ศูนย์) สำหรับสิ่งที่น่าสนใจและเป็นตัวอย่างได้ดี คือ องค์กรทางปกครองที่เป็นอิสระทำหน้าที่ในการปกป้อง ดูแล และส่งเสริมเรื่องสิทธิเสรีภาพของประชาชน เปิดโอกาสให้มีทูตเยาวชน Les Jeunes Ambassadeurs des Droits (JADE) ระหว่างอายุ ๑๖ ถึง ๒๕ ปี เข้าร่วมในการส่งเสริม สนับสนุนสิทธิเด็ก ความเท่าเทียมและรวมถึงการไม่เลือกปฏิบัติด้วย โดยทูตเยาวชนเหล่านี้ จะไปทำหน้าที่ในการสื่อสาร ให้ข้อมูลความรู้กับเยาวชนในโรงเรียน และสถานที่ต่างๆ

ในทางปฏิบัติ การทำงานของผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนจะดำเนินการโดยผ่านเจ้าหน้าที่และอาสาสมัครทั่วประเทศด้วยวิธีการ ดังต่อไปนี้

(๑) รับเรื่องร้องเรียนจากบุคคลธรรมดา (รวมถึงคนฝรั่งเศสที่อยู่นอกประเทศ และคนต่างชาติที่อาศัยในประเทศฝรั่งเศส) จากนิติบุคคล จากสมาคมที่มีวัตถุประสงค์การจัดตั้งสอดคล้องกับการพิทักษ์สิทธิเสรีภาพร่วมกับผู้เสียหาย รวมถึงจากสมาชิกรัฐสภาหรือสมาชิกรัฐสภายุโรปที่เป็นคนฝรั่งเศส ที่เห็นว่าหน่วยงานของรัฐ องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น องค์การมหาชน หรือหน่วยงานอื่น ๆ ที่มีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ มีการกระทำการที่ละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชน

(๒) รับเรื่องร้องเรียนจากเด็ก หรือผู้แทนตามกฎหมาย บุคคลในครอบครัว หรือสถานพยาบาล หรือสถานดูแลสงเคราะห์ รวมถึงสมาคมที่เกี่ยวข้อง ในการร้องขอให้ปกป้องสิทธิเสรีภาพของเด็กจากการล่วงละเมิดในสิทธิเสรีภาพเด็ก

(๓) รับเรื่องร้องเรียนจากบุคคลที่ได้รับผลกระทบจากการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมทั้งทางตรงและทางอ้อม เช่น การเลือกปฏิบัติต่อแหล่งกำเนิด เพศสภาพ อายุ ความบกพร่องทางด้านร่างกาย จุดยืนในการแสดงความคิดเห็น

(๔) รับเรื่องร้องเรียนจากบุคคลที่เป็นเหยื่อหรือพยาน ในการได้รับความเสียหายจากการปฏิบัติหน้าที่ที่ขัดต่อจรรยาบรรณของผู้ปฏิบัติหน้าที่ที่เกี่ยวข้องกับการรักษาความปลอดภัยต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องการใช้ความรุนแรง การสอบสวนดำเนินคดี เป็นต้น

การยื่นเรื่องให้ผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนเพื่อพิจารณาจะไม่มีค่าธรรมเนียม และสามารถทำได้หลากหลายทาง ไม่ว่าจะเป็นการส่งคำร้องทางไปรษณีย์ การกรอกข้อมูลผ่านระบบ online โทรศัพท์ หรือเข้ามาพบติดต่อเจ้าหน้าที่ด้วยตัวเอง ซึ่งในรอบปีที่ผ่านมา ค.ศ. ๒๐๒๑ มีคำร้องประมาณ ๒๐๐,๐๐๐ คำร้อง เพิ่มขึ้นกว่าปีก่อน ๑๘ % และเป็นเรื่องที่ประหลาดใจมากแม้จะเป็นช่วงที่มีโรคติดต่อ (covid–19) จำนวนผู้ที่เข้ามาร้องเรียนพบกับ (อาสาสมัคร) ผู้แทนผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนโดยตรงในต่างจังหวัดมีสูงขึ้นมากทีเดียว

ในทางกฎหมายแล้ว การร้องเรียนต่อองค์กรผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนตามรัฐธรรมนูญถือเป็นขั้นตอนก่อนที่จะนำปัญหาที่เกิดขึ้นไปดำเนินคดีปกครองต่อไปได้ เป็นการร้องเรียนการกระทำหรือผลที่เกิดจากการกระทำของหน่วยงานของรัฐ ทั้งนี้ การร้องเรียนต่อผู้พิทักษ์สิทธินี้ มิได้ทำให้อายุความในการดำเนินคดี ไม่ว่าจะเป็นทางปกครอง ทางอาญา ต้องสะดุดหยุดลงแต่อย่างใด

นอกจากการรับเรื่องร้องเรียนจากประชาชนในการดำเนินงานของหน่วยงานรัฐที่ไม่เป็นธรรมเลือกปฏิบัติละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพแล้ว ผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนและเจ้าหน้าที่มีอำนาจในการเสาะแสวงหาข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นอย่างเป็นอิสระ โดยสามารถเรียกขอดูข้อมูล คำอธิบาย พยานหลักฐานจากหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องได้ ตลอดจนเรียกมาพบหรือไปยังสถานที่ตั้งของหน่วยงานของรัฐนั้น ๆ เพื่อตรวจสอบข้อเท็จจริง หรือในกรณีที่ต้องเข้าไปตรวจสอบในพื้นที่ของเอกชนก็สามารถร้องขอหมายศาลได้ หากผู้ใดไม่ปฏิบัติตามหรือขัดขวางการทำงานแสวงหาข้อเท็จจริงก็จะมีโทษปรับและจำคุกด้วย ผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนยังมีอำนาจหน้าที่ในการให้ความช่วยเหลือในการขอทุเลาการบังคับคดีทางปกครอง (référé) ด้วยเช่นกัน

ในการแสวงหาข้อเท็จจริงนั้น จะใช้หลักฟังความสองฝ่ายและหลักสันนิษฐานไว้ก่อนว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ (Principe du contradictoire et de la présomption d'innocence) แต่หากเป็นกรณีของการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม ผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนจะใช้หลัก Procédure de testing เป็นกระบวนการในการพิสูจน์ว่ามีการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรมจากหน่วยงานของรัฐนั้น ๆ หรือในการให้บริการสาธารณะจริงหรือไม่ โดยจะทำการจำลองสถานการณ์แบบเดียวกันขึ้นเพื่อทดสอบถึงการดำเนินงานของหน่วยงานของรัฐนั้น ๆ กระบวนการพิสูจน์นี้เป็นกระบวนการที่ได้รับการยอมรับจากศาลด้วย

บทบาทหน้าที่ที่สำคัญขององค์กรผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนคือการเข้าไปเป็นคนกลางในการสื่อสารไกล่เกลี่ย และทำความเข้าใจกับทั้งสองฝ่าย และหาทางออกให้เร็วที่สุดภายใต้อำนาจหน้าที่ของตนในฐานะผู้ไกล่เกลี่ยเพื่อให้ความสัมพันธ์ระหว่างหน่วยงานของรัฐกับประชาชนเป็นไปอย่างราบรื่น โดยเฉพาะในเรื่องเกี่ยวกับการให้บริการสาธารณะ (หน่วยงานของรัฐที่ให้บริการสาธารณะรวมถึง โรงพยาบาลของรัฐ

สำนักงานสวัสดิการครอบครัว สำนักงานที่เกี่ยวกับการประกันสุขภาพ สำนักงานจัดหางาน รัฐวิสาหกิจที่จัดทำสาธารณูปโภค สาธารณูปการ การขนส่งมวลชน ตลอดจนถึง กระทรวง คณะกรรมการต่าง ๆ ของรัฐและองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เป็นต้น)

นอกจากนี้ องค์กรผู้พิทักษ์สิทธิ สามารถเข้าไปเป็นผู้ช่วยเหลือสังเกตการณ์ในศาลยุติธรรม ศาลปกครอง หรือศาลอาญา ร้องต่อให้อัยการแผ่นดินทราบถึงการล่วงละเมิดหรือการฝ่าฝืนกฎหมาย การแจ้งต่อหน่วยงานของรัฐที่มีหน้าที่กำกับดูแลหน่วยงานรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ที่มีการกระทำละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนเพื่อให้มีการสอบสวนลงโทษทางวินัย ตลอดจนถึงการเผยแพร่ข้อมูลที่สำคัญเพื่อให้สาธารณะได้รับรู้ถึงการล่วงละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพที่ไม่เป็นธรรมหรือการเลือกปฏิบัติที่เกิดขึ้น อีกทั้งผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนยังสามารถเสนอรัฐบาลให้มีการแก้ไขกฎหมายหรือกฎเกณฑ์ของฝ่ายบริหารที่มีผลกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้ และในทุกๆ ปีผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนจะต้องจัดทำรายงานประจำปีเสนอต่อประธานาธิบดี รัฐสภา และเผยแพร่ต่อสาธารณรัฐเพื่อให้ทราบถึงการปฏิบัติงานขององค์กรผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนด้วย

บทสรุป

แม้ว่าองค์กรผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนตามรัฐธรรมนูญ จะเกิดขึ้นมาได้ไม่นาน และในช่วงเริ่มต้นก็มีข้อครหาว่าการให้ประธานาธิบดีแต่งตั้งได้เพียงคนเดียวน่าจะปฏิบัติงานไม่ได้เต็มที่ เพราะมีการรวมเอาองค์กรที่ปกป้องสิทธิเสรีภาพในด้านต่าง ๆ มารวมไว้ด้วยกัน แต่อย่างไรก็ดี จากการเผยแพร่รายงานประจำปีในปีที่ผ่านมา (ค.ศ. ๒๐๒๑) ก็ได้พิสูจน์และแสดงให้เห็นถึงการยอมรับในการเป็นที่พึ่งของประชาชนฝรั่งเศสมากยิ่งขึ้นในบทบาทหน้าที่ทุก ๆ ด้านขององค์กรผู้พิทักษ์สิทธิ และโดยเฉพาะในเรื่องความสัมพันธ์ระหว่างประชาชนกับหน่วยงานรัฐที่ทำหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะ จำนวนการร้องเรียนและการจัดการภายใต้โครงสร้างการทำงานที่เหมาะสมก็เป็นการพิสูจน์ได้เป็นอย่างดีว่า ตลอดการดำเนินงานที่ผ่านมาประชาชนเชื่อมั่นและไว้วางใจต่อการดำเนินงานผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนตามรัฐธรรมนูญมากเพียงใด

บรรณานุกรม

Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.

Loi organique n° 2011-333 du 28 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

Jean-Louis Autin, Le statut du Défenseur des droits, Dans Revue française d'administration publique 2011/3 (n° 139), pages 421 à 431.

Nicolas Braconnay, La justice et les institutions juridictionnelles. Découverte de la vie publique La Documentation française Édition : 3ème 2019.

นันทวัฒน์ บรมานันท์, ความเป็นมาของการจัดตั้งผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนในประเทศฝรั่งเศส, เผยแพร่ใน www.public-law.net เมื่อวันที่ ๑๕ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๓

นันทวัฒน์ บรมานันท์, ความเป็นมาของการจัดตั้งผู้พิทักษ์สิทธิของประชาชนในประเทศฝรั่งเศส, ทุกก้าวย่างอย่างครูกฎหมาย : รวมบทความที่ระลึกในโอกาสอายุครบ ๖๐ ปี รองศาสตราจารย์สมยศ เชื้อไทย / คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เดือนตุลา, ๒๕๕๓

https://www.defenseurdesdroits.fr/fr

ศาลปกครองกับการคุ้มครองความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ศาสตราจารย์ ดร.สมคิด เลิศไพฑูรย์*

ประเทศไทยมีการจัดการปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นครั้งแรกในปี พ.ศ. ๒๔๗๖ หลังจากนั้นเป็นต้นมา เราก็มีการปกครองส่วนท้องถิ่นหลายรูปแบบไม่ว่าจะเป็นเทศบาล องค์การบริหารส่วนจังหวัด องค์การบริหารส่วนตำบล กรุงเทพมหานคร และเมืองพัทยา อย่างไรก็ตาม หลักการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่น ที่ให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอิสระในด้านต่าง ๆ เพิ่งจะได้รับการบัญญัติเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๑๗ รวมทั้งรัฐธรรมนูญอีกหลายฉบับต่อมา ในขณะที่ศาลปกครองได้รับการจัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ และตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งบัญญัติให้ศาลปกครองมีอำนาจในการพิจารณาว่ากฎ คำสั่งทางปกครองหรือการกระทำอื่นใดขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญหรือไม่ ศาลปกครองจึงมีคำพิพากษาหลายคดีที่เกี่ยวข้องกับหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

๑. หลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

หลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้รับการบัญญัติเป็นครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๑๗ หลังจากนั้นก็มีรัฐธรรมนูญอีกหลายฉบับที่บัญญัติหลักความเป็นอิสระนี้ในลักษณะที่คล้ายคลึงกัน

๑.๑ หลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๑๗

มาตรา ๒๑๔ ของรัฐธรรมนูญฉบับนี้ บัญญัติว่า

“การจัดระเบียบการปกครองส่วนท้องถิ่นรวมทั้งนครหลวงต้องเป็นไปตามหลักแห่งการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่น ทั้งนี้ ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

ท้องถิ่นตามวรรคหนึ่งมีอิสระในการกำหนดนโยบายการปกครองท้องถิ่นของตน และมีอิสระในทางการภาษีอากรและการเงินแห่งท้องถิ่นตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย”

๑.๒ หลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐

หลักการดังกล่าวได้รับการบัญญัติไว้ในมาตรา ๒๘๔ ที่ขยายรายละเอียดในเรื่องความเป็นอิสระมากขึ้นโดยบัญญัติว่า

* ศาสตราจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, กรรมการกฤษฎีกา

“องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งหลายย่อมมีความเป็นอิสระในการกำหนดนโยบายการปกครอง การบริหาร การบริหารงานบุคคล การเงินและการคลังและมีอำนาจหน้าที่ของตนเองโดยเฉพาะ”

๑.๓ หลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๒๘๓ วรรคหนึ่ง ยังคงให้ความเป็นอิสระแก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในด้านต่าง ๆ โดยเพิ่มความเป็นอิสระในเรื่องการจัดทำบริการสาธารณะด้วย มาตรานี้บัญญัติว่า

“องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นย่อมมีอำนาจหน้าที่โดยทั่วไปในการดูแลและจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่น และย่อมมีความเป็นอิสระในการกำหนดนโยบายการบริหาร การจัดบริการสาธารณะ การบริหารงานบุคคล การเงินและการคลังและมีอำนาจหน้าที่ของตนเองโดยเฉพาะ โดยต้องคำนึงถึงความสอดคล้องกับการพัฒนาของจังหวัดและประเทศเป็นส่วนรวมด้วย”

๑.๔ หลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐

มาตรา ๒๕๐ วรรคห้า ของรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน บัญญัติว่า

“กฎหมายตามวรรคหนึ่งและกฎหมายที่เกี่ยวกับการบริหารราชการส่วนท้องถิ่นต้องให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอิสระในการบริหาร การจัดทำบริการสาธารณะ การส่งเสริมและสนับสนุนการจัดการศึกษา การเงินและการคลัง และการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นซึ่งต้องทำเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อการคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นหรือประโยชน์ของประเทศเป็นส่วนรวม การป้องกันการทุจริต และการใช้จ่ายเงินอย่างมีประสิทธิภาพ โดยคำนึงถึงความเหมาะสมและความแตกต่างขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแต่ละรูปแบบ และต้องมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการป้องกันการขัดกันแห่งผลประโยชน์และการป้องกันการก้าวก่ายการปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการส่วนท้องถิ่นด้วย”

๒. คำพิพากษาของศาลปกครองที่ยืนยันหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ศาลปกครองมีหน้าที่และอำนาจที่สำคัญในการตรวจสอบว่าการกระทำทางปกครองทั้งหลายไม่ว่าจะเป็นกฎ คำสั่งทางปกครองหรือการกระทำอื่นใด ขัดหรือแย้งกับหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญหรือไม่ คำพิพากษาที่เกี่ยวกับหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นจึงเกิดขึ้นในหลายกรณี เช่น

๒.๑ คำพิพากษาเกี่ยวกับการจัดงานประเพณีขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

๒.๑.๑ ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษา ในคดีหมายเลขแดงที่ อ.๘๘๐/๒๕๖๑ ว่า วันสงกรานต์เป็นวาระของการเริ่มต้นปีใหม่ตามประเพณีไทยมาแต่อดีต ชุมชนจะร่วมกันทำบุญและมีการเฉลิมฉลองด้วยกิจกรรมต่าง ๆ รวมทั้งการจัดมหรสพตามประเพณีนิยมของแต่ละท้องถิ่น การรำวงย้อนยุคถือได้ว่าเป็นมหรสพตามประเพณีวัฒนธรรมที่ประชาชนในท้องถิ่นสามารถเข้าร่วมได้เป็นการทั่วไป การจัดกิจกรรมรำวงย้อนยุคในงานวันสงกรานต์จึงเป็นภารกิจตามหน้าที่ของเทศบาล การตั้งข้อสังเกตของ สตง.จังหวัดชัยนาท ที่ระบุว่า การจ้างเหมารำวงย้อนยุคในโครงการงานประเพณีสงกรานต์ไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของโครงการและไม่ใช่การบำรุงศิลปะ จารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่นและวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นตามหน้าที่ของเทศบาลตำบล และเสนอให้เจ้าหน้าที่คืนเงินที่เบิก ๑๐๐,๐๐๐ บาท

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

จึงเท่ากับเป็นการล้มเลิกกิจกรรมรำวงย้อนยุคในวันสงกรานต์อย่างสิ้นเชิง จึงไม่ชอบด้วยเหตุผล และยังเป็นการกระทำที่ขัดต่อหลักความเป็นอิสระในการปกครองตนเองขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งได้รับการรับรองไว้ตามรัฐธรรมมนูญด้วย

๒.๑.๒ ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษา ในคดีหมายเลขดำที่ อ.๗๘๗/๒๕๕๙ คดีหมายเลขแดงที่ อ.๑๖๖/๒๕๖๓ วันที่ ๑๒ มีนาคม ๒๕๖๓ และคำพิพากษา ในคดีหมายเลขดำที่ อ.๗๘๙/๒๕๕๙ คดีหมายเลขแดงที่ อ.๓๔๘/๒๕๖๓ วันที่ ๒ มิถุนายน ๒๕๖๓ ซึ่งเกี่ยวข้องกับการที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเบิกจ่ายงบประมาณตามโครงการจัดงานเทศกาลกินผักและสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินภูมิภาคที่ ๑๓ เห็นว่า เป็นการเบิกจ่ายเงินที่ไม่ถูกต้อง ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาว่า เทศบาลเมืองพังงามีอำนาจหน้าที่ที่จะกระทำได้ตามหลักแห่งการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่น โดยรัฐมีหน้าที่กำกับดูแลไม่ให้มีการใช้งบประมาณไปในทางทุจริตและให้สอดคล้องกับการพัฒนาของจังหวัดและประเทศเป็นส่วนรวม แต่จะทำหน้าที่ควบคุมการใช้จ่ายงบประมาณของท้องถิ่นอันจะขัดต่อหลักแห่งการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่นหาได้ไม่ ตามมาตรา ๒๘๒ และมาตรา ๒๘๓ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ เทศกาลกินผักจึงเป็นประเพณีท้องถิ่นและวัฒนธรรมอันดีของเทศบาลเมืองพังงาซึ่งเทศบาลเมืองพังงามีอำนาจหน้าที่ในการบำรุงรักษาตามมาตรา ๒๘๙ วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ประกอบกับมาตรา ๕๐ วรรคหนึ่ง (๘) และมาตรา ๕๓ (๑) แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. ๒๔๙๖ และมาตรา ๑๖ (๑๑) แห่งพระราชบัญญัติกำหนดแผนและขั้นตอนการกระจายอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น พ.ศ. ๒๕๔๒ โดยรัฐจะต้องให้ความเป็นอิสระแก่เทศบาลเมืองพังงาซึ่งเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามหลักแห่งการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่น โดยให้มีอำนาจหน้าที่โดยทั่วไปในการดูแลและจัดทำบริการสาธารณะเพื่อประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่น และมีความเป็นอิสระในการกำหนดนโยบาย การบริหาร การจัดบริการสาธารณะ การบริหารงานบุคคล การเงินและการคลัง

๒.๒ คำพิพากษาเกี่ยวกับการฝึกอบรมขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษา ในคดีหมายเลขดำที่ อ.๒๙๑/๒๕๔๖ คดีหมายเลขแดงที่ อ.๖๑/๒๕๔๙ วันที่ ๔ เมษายน ๒๕๔๙ ซึ่งในคดีนี้ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ในฐานะตุลาการศาลปกครองสูงสุดได้ร่วมวินิจฉัยว่า การที่กระทรวงมหาดไทยสั่งการให้ถือปฏิบัติเกี่ยวกับการเบิกค่าใช้จ่ายในการฝึกอบรมตามหนังสือกระทรวงมหาดไทย ด่วนมาก ที่ มท ๐๘๐๘.๓/ว ๖๑๑ ลงวันที่ ๑๘ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๖ เรื่อง แนวทางการปฏิบัติเกี่ยวกับการเบิกค่าใช้จ่ายในการฝึกอบรมขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ซึ่งได้กำหนดหลักเกณฑ์ไว้ว่า การเบิกค่าใช้จ่ายในการฝึกอบรมจะต้องเป็นการฝึกอบรมดังต่อไปนี้ (๑) เป็นการฝึกอบรมของเทศบาลเมืองระยอง ตามข้อเสนอของกรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น (๒) เป็นการฝึกอบรมของกรมส่งเสริมการปกครองส่วนท้องถิ่น (๓) เป็นการฝึกอบรมที่มีข้อตกลงร่วมกัน และ/หรือจัดร่วมกันกับเทศบาลเมืองระยองหรือกรมส่งเสริมการปกครองท้องถิ่น แม้มาตรา ๖๙ แห่งพระราชบัญญัติเทศบาล พ.ศ. ๒๔๙๖ ได้ให้อำนาจกระทรวงมหาดไทยออกระเบียบข้อกำหนดเกี่ยวกับการคลังและวิธีการงบประมาณได้ แต่การกำหนดหลักเกณฑ์ดังกล่าวของกระทรวงมหาดไทยมิได้เป็นไปเพื่อรักษาประโยชน์ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและประโยชน์ของประเทศโดยส่วนรวม และกระทบถึงสาระสำคัญแห่งหลักการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่น ข้ออ้างของกระทรวงมหาดไทย

ซึ่งอ้างว่าจำเป็นต้องออกหนังสือเวียนดังกล่าวเพื่อรักษาประโยชน์ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและประโยชน์ของประเทศโดยส่วนรวมจึงฟังไม่ขึ้น การออกหนังสือเวียนของกระทรวงมหาดไทยฉบับพิพาทในส่วนของเนื้อหาจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย

๒.๓ คำพิพากษาเกี่ยวกับการสรรหาบุคคลเพื่อบรรจุและแต่งตั้ง

ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษา ในคดีหมายเลขดำที่ อ.๖๘๓/๒๕๕๖ คดีหมายเลขแดงที่ อ.๑๑๘๖/๒๕๖๐ วันที่ ๓๐ ตุลาคม ๒๕๖๐ ว่า องค์การบริหารส่วนตำบลเป็นหน่วยงานทางปกครองที่มีความเป็นอิสระในการบริหารงานบุคคล โดยการบริหารงานบุคคลขององค์การบริหารส่วนตำบลต้องมีมาตรฐานสอดคล้องกัน รวมทั้งต้องได้รับความเห็นชอบจากคณะกรรมการพนักงานส่วนตำบลซึ่งเป็นองค์กรกลางบริหารงานบุคคล เช่นนี้แล้ว การที่องค์การบริหารส่วนตำบลมีความต้องการบุคคลเข้ามาปฏิบัติงานในหน่วยงาน ในการดำเนินการคัดเลือกเพื่อให้ได้บุคคลที่มีความรู้ความสามารถตามจำนวนที่ต้องการได้นั้น หากมีผู้ผ่านเกณฑ์การคัดเลือกเกินกว่าอัตราตำแหน่งที่ว่าง การที่จะขึ้นบัญชีผู้ผ่านการคัดเลือกไว้หรือไม่ ย่อมมีเหตุผลตามความจำเป็นและตามนโยบายที่เป็นอิสระในการบริหารงานบุคคลขององค์การบริหารส่วนตำบล

๓. คำพิพากษาของศาลปกครองที่เห็นว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมีอิสระภายใต้การกำกับดูแล

คำพิพากษาของศาลปกครองไม่ได้จำกัดเฉพาะการคุ้มครองหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเท่านั้น ศาลปกครองยังชี้ให้เห็นว่า ความเป็นอิสระดังกล่าวไม่ได้มีความหมายว่าท้องถิ่นจะดำเนินการใด ๆ ก็ได้ในลักษณะที่ขัดแย้งกับกฎหมาย อีกทั้งองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นยังต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐบาลด้วย คำพิพากษาในกลุ่มนี้มีหลายคำพิพากษาเช่นกัน

๓.๑ คำพิพากษาที่เกี่ยวกับการออกประกาศของคณะกรรมการบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น

ศาลปกครองสูงสุดยืนยันว่า ประกาศต่าง ๆ ของคณะกรรมการกลางพนักงานท้องถิ่นเป็นมาตรการกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น อีกประการหนึ่งถือว่าเป็นมาตรการที่ได้คำนึงถึงความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการกำหนดนโยบายต่าง ๆ และเป็นมาตรการที่เป็นไปตามหลักความจำเป็นเพื่อคุ้มครองประโยชน์ของประชาชนในท้องถิ่นหรือประโยชน์ของประเทศเป็นส่วนรวม เป็นมาตรการที่มีหลักเกณฑ์วิธีการและเงื่อนไขชัดเจน สอดคล้องและเหมาะสมกับรูปแบบขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น และมิได้กระทบถึงสาระสำคัญแห่งหลักการปกครองตนเองตามเจตนารมณ์ของประชาชนในท้องถิ่น ตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ บัญญัติไว้ (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขดำที่ อ.๘๐๖/๒๕๕๒ คดีหมายเลขแดงที่ อ.๔๐๕/๒๕๕๕ วันที่ ๑๘ กรกฎาคม ๒๕๕๕) ความเป็นอิสระในการบริหารงานบุคคลตามรัฐธรรมนูญมิได้หมายความว่านายกเทศมนตรีจะกระทำการใดโดยมิชอบด้วยกฎหมาย หรือไม่ปฏิบัติตามกฎหมายได้ ความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นจะต้องอยู่ภายใต้บทบัญญัติของกฎหมายซึ่งไม่ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญ เมื่อการออกคำสั่งเลื่อนระดับของนายชะนะ เสร็จกิจ ไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากฝ่าฝืนประกาศของคณะกรรมการพนักงานเทศบาลจังหวัดสุพรรณบุรีซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติระเบียบบริหารงานบุคคลส่วนท้องถิ่น พ.ศ. ๒๕๔๒ ผู้ฟ้องคดีในฐานะนายกเทศมนตรีตำบลโพธิ์พระยาจึงมีหน้าที่ต้องดำเนินการแก้ไขให้ถูกต้อง จะอ้างเอาความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มิได้

๓.๒ คำพิพากษาที่เกี่ยวกับการจัดซื้อจัดจ้างตามมติคณะรัฐมนตรี

ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาในคดีหมายเลขดำที่ อ. ๓๙๖/๒๕๕๔ คดีหมายเลขแดงที่ อ.๔๖๕/๒๕๕๖ วันที่ ๖ มิถุนายน ๒๕๕๖ และในคดีหมายเลขดำที่ อ. ๓๙๗/๒๕๕๔ คดีหมายเลขแดงที่ อ.๖๕๙/๒๕๕๖ วันที่ ๑๑ กันยายน ๒๕๕๖ ว่า ในกรณีที่คณะรัฐมนตรีเห็นชอบมาตรการให้ความช่วยเหลือผู้ประกอบการก่อสร้างตามข้อเสนอของกระทรวงการคลัง แต่เทศบาลปฏิเสธไม่ขยายระยะเวลาและคืนเงินค่าปรับตามมติคณะรัฐมนตรี แม้เทศบาลจะเป็นราชการบริหารส่วนท้องถิ่นแต่ก็อยู่ภายใต้การกำกับดูแลของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย จึงมีความผูกพันที่จะต้องปฏิบัติตามมติคณะรัฐมนตรีที่เป็นองค์กรสูงสุดของฝ่ายบริหาร เทศบาลจึงหาได้มีอิสระในการบริหารราชการส่วนท้องถิ่นอย่างเต็มที่โดยไม่ต้องอยู่ภายใต้การกำกับดูแลหรือการตรวจสอบของกระทรวงใดใด

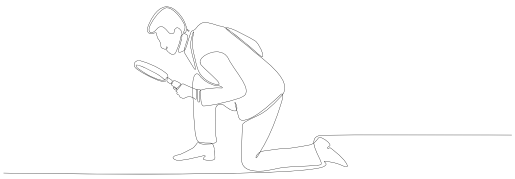
๓.๓ คำพิพากษาที่เกี่ยวกับการเบิกจ่ายงบประมาณ

ศาลปกครองสูงสุด ในคดีหมายเลขดำที่ อ. ๗๔๑/๒๕๕๕ คดีหมายเลขแดงที่ อ. ๑๖๑/๒๕๕๙ วันที่ ๒ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๙ เห็นว่า การที่องค์การบริหารส่วนจังหวัดไม่ปฏิบัติตามหนังสือกระทรวงมหาดไทย ด่วนที่สุด ที่ มท ๐๘๐๘.๒/ว ๓๔๔๖ ลงวันที่ ๑๙ ตุลาคม ๒๕๔๘ เรื่องการเดินทางไปราชการต่างประเทศและการศึกษาดูงานทั้งในประเทศและต่างประเทศขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่กำหนดวงเงินงบประมาณที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นสามารถตั้งงบประมาณในเรื่องนี้ได้ การที่องค์การบริหารส่วนจังหวัดตั้งงบประมาณรายจ่ายเพื่อการเดินทางไปราชการต่างประเทศและการศึกษาดูงานทั้งในและต่างประเทศเกินกว่าอัตราที่กำหนดในหนังสือเวียนดังกล่าว องค์การบริหารส่วนจังหวัดย่อมไม่สามารถดำเนินการได้ โดยศาลเห็นว่าหนังสือเวียนดังกล่าวมีลักษณะเป็นระเบียบในการบริหารการคลังและวิธีการงบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นตามนัยมาตรา ๗๖ แห่งพระราชบัญญัติองค์การบริหารส่วนจังหวัดพ.ศ. ๒๕๔๐ ที่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั่วประเทศต้องถือปฏิบัติ อีกทั้งการที่กระทรวงมหาดไทยออกหนังสือแจ้งเวียนให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นถือปฏิบัตินั้น เป็นการใช้อำนาจในฐานะผู้กำกับดูแลให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั่วประเทศดำเนินการอยู่ภายใต้มาตรฐานเดียวกัน ความเป็นอิสระในการบริหารงานหรือการจัดทำบริการสาธารณะขององค์การบริหารส่วนจังหวัดยังคงมีอยู่เช่นเดิม แต่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายและระเบียบที่เกี่ยวข้อง

๔. บทสรุป

จากการศึกษาคำพิพากษาของศาลปกครอง เราจะพบว่า ศาลปกครองได้ทำหน้าที่คุ้มครองหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอย่างเข้มแข็งและต่อเนื่อง อย่างไรก็ตาม ยังมีคำพิพากษาของศาลปกครองที่ยอมรับว่าราชการส่วนกลางและราชการส่วนภูมิภาคสามารถมีมติคณะรัฐมนตรีหรือหนังสือเวียนของกระทรวงมหาดไทยที่มาจำกัดหลักความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นได้ โดยศาลปกครองให้เหตุผลว่ามติคณะรัฐมนตรีหรือหนังสือเวียนของกระทรวงมหาดไทยเป็นอำนาจของราชการส่วนกลางและราชการส่วนภูมิภาคที่จะกำกับดูแลองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เหตุผลที่ศาลปกครองให้เช่นนี้น่าจะขัดกับหลักการในทางกฎหมายปกครองที่ว่า “ไม่มีกฎหมายก็ไม่มีการกำกับดูแล และไม่มีการกำกับดูแล ที่เกินเลยไปกว่ากฎหมาย” (pas de tutelle sans texte, pas de tutelle au - delà des textes) และขัดกับบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญที่บัญญัติไว้โดยชัดแจ้งว่า การกำกับดูแลต้องทำเท่าที่จำเป็น ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ มิใช่ตามระเบียบ หนังสือเวียนหรือมติคณะรัฐมนตรี

ศาลปกครองกับการตรวจสอบองค์กรทางการเมือง : ศึกษากรณีวุฒิสภา



ศาสตราจารย์ ดร.บรรเจิด สิงคะเนติ*

บทนำ

การใช้อำนาจขององค์กรทางการเมืองโดยเฉพาะกรณีของวุฒิสภาซึ่งเข้าไปเกี่ยวข้องกับกระบวนการในการแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ เช่น กรณีขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ, องค์กรอิสระต่าง ๆ รวมทั้งกรณีของตุลาการศาลปกครองสูงสุด กรณีจึงเกิดคำถามว่า การที่วุฒิสภามีมติเห็นชอบหรือไม่เห็นชอบการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ดังกล่าวเป็นการกระทำในฐานะใด กล่าวคือ เป็นการกระทำขององค์กรทางการเมืองที่อำนาจตุลาการไม่อาจเข้าไปควบคุมตรวจสอบได้ หรือมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครองอย่างหนึ่งของวุฒิสภาที่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาลปกครองได้ กรณีนี้กลายเป็นประเด็นที่มีความสำคัญยิ่งขึ้นเมื่อศาลปกครองสูงสุดโดยคำสั่งที่ คบ.๒๖/๒๕๖๕ (ประชุมใหญ่) ได้วินิจฉัยว่าการพิจารณาให้ความเห็นชอบบุคคลให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุดของผู้ถูกฟ้องคดี (วุฒิสภา) จึงมีลักษณะเป็นการกระทำอย่างอื่นที่มิใช่การกระทำทางนิติบัญญัติ การที่ผู้ถูกฟ้องคดี(วุฒิสภา) มีมติไม่ให้ความเห็นชอบผู้ฟ้องคดีให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด จึงมิใช่การกระทำในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ซึ่งแนวคำสั่งดังกล่าวนั้นแตกต่างไปจากคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๑๙/๒๕๔๙ ที่เห็นว่า การกระทำของวุฒิสภาในกรณีของการให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งเป็นการกระทำในฐานะเป็น “หน่วยงานทางปกครอง” ซึ่งอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาลปกครองได้ จากแนวการวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดทั้ง ๒ คดีจึงมีประเด็นที่น่าจะได้ศึกษาวิเคราะห์ในประเด็นปัญหาดังกล่าว เพื่อทำให้เกิดความชัดเจนในกรณีการฟ้องโต้แย้งที่เกี่ยวกับกระทำของวุฒิสภา

โดยในบทความนี้แบ่งหัวข้อในการศึกษาออกเป็น ๓ ประเด็น คือ ๑. คำสั่งศาลปกครองสูงสุดทั้งสองคดี ๒. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการกระทำของ “วุฒิสภา” และการควบคุมตรวจสอบโดยศาลปกครอง และ ๓. บทวิเคราะห์การกระทำของ “วุฒิสภา” ในการแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ กับอำนาจของศาลปกครอง

*ศาสตราจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

โดยมีข้อพิจารณา ดังนี้

๑. คำสั่งศาลปกครองสูงสุดทั้งสองคดี ในที่นี้จะได้กล่าวถึงคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๖๖๘/๒๕๔๙ และคำสั่งที่ คบ.๒๖/๒๕๖๕ (ประชุมใหญ่) โดยสังเขป

๑.๑ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๖๖๘/๒๕๔๙ ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ยื่นยันการสมัครเข้ารับการคัดเลือกเป็นกรรมการกิจการกระจายเสียงและกิจการโทรทัศน์แห่งชาติ (กสช.) โทรทัศน์แห่งชาติ ลงวันที่ ๒๘ มกราคม ๒๕๔๘ ผู้ฟ้องคดีไม่ได้รับการคัดเลือก ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ (วุฒิสภา) เป็นหน่วยงานของรัฐตามมาตรา ๙๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ มีหน้าที่ควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินและตั้งคณะกรรมาธิการกับมีหน้าที่มีมติเลือกผู้ได้รับการเสนอรายชื่อเป็น กสช. ตามมาตรา ๑๐ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๓ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ จึงเป็นหน่วยงานของรัฐอันเป็นส่วนหนึ่งของวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและการพิจารณาทางปกครองตามมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ อีกทั้งผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ เป็นหน่วยงานอื่นของรัฐที่ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองหรือให้ดำเนินกิจการทางปกครองตามมาตรา ๑๐ วรรคหนึ่ง (๒) แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ.๒๕๔๓ อันเป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการสรรหา กสช. จึงเป็นหน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ส่วนผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ (ประธานวุฒิสภา) เป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา ๑๕๑ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ มีอำนาจหน้าที่ดำเนินกิจการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ และต้องวางตัวเป็นกลางในการปฏิบัติหน้าที่ โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ จึงเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ

การพิจารณาของศาลปกครองนั้นมีคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นและคำสั่งศาลปกครองสูงสุด โดยมีสาระสำคัญ ดังนี้

ก. ศาลปกครองชั้นต้น พิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ เป็นองค์กรนิติบัญญัติ ซึ่งประกอบด้วยสมาชิกที่ราษฎรเลือกตั้งตามมาตรา ๑๒๑ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ อีกทั้งในการมีมติเลือก กสช. นี้ ปรากฏตามคำฟ้องว่ามีการตั้งคณะกรรมาธิการสามัญเพื่อทำหน้าที่ตรวจสอบประวัติและความประพฤติของบุคคลผู้ได้รับการเสนอชื่อให้ดำรงตำแหน่ง กสช. เพื่อรายงานต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ประกอบการพิจารณาต่อไป อันเป็นวิธีการเดียวกันกับการพิจารณาเลือกแต่งตั้ง ให้คำแนะนำ หรือให้ความเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่งคณะกรรมการการเลือกตั้ง ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ กรรมการตุลาการศาลยุติธรรมผู้ทรงคุณวุฒิ ตุลาการศาลปกครอง ประธานศาลปกครองสูงสุด กรรมการตุลาการศาลปกครองผู้ทรงคุณวุฒิ คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เลขาธิการคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน และผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ตามมาตรา ๑๓๕ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ การมีมติเลือก กสช. ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ จึงมีลักษณะในทางเนื้อหาเช่นเดียวกันกับการพิจารณาเลือกบุคคลให้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ข้างต้น ซึ่งกรณีที่กฎหมายไม่ว่าจะเป็นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยหรือกฎหมาย

ระดับพระราชบัญญัติที่บัญญัติให้การแต่งตั้งเจ้าหน้าที่ของรัฐในระดับสูงหรือที่มีความสำคัญต้องผ่านความเห็นชอบหรือคำแนะนำของวุฒิสภาก็เนื่องจากต้องการให้ประชาชนได้มีส่วนร่วมในการแต่งตั้งโดยผ่านตัวแทนที่ประชาชนได้เลือกเข้าไปทำหน้าที่ในสภา ดังนั้น การมีมติเลือก กสช. โดยสมาชิกของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ แม้จะเป็นการกระทำในทางกฎหมาย แต่โดยที่เป็นการดำเนินการในฐานะที่เป็นสมาชิกวุฒิสภาในฐานะที่เป็นผู้แทนของประชาชน การมีมติเลือก กสช. ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ จึงไม่ถือว่าเป็นการกระทำในฐานะที่เป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตามบทนิยามของมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ หากแต่ต้องถือว่าเป็นการกระทำทางสภาที่ไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบขององค์กรตุลาการ ส่วนผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ นั้น เป็นสมาชิกของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ และพระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งตามมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ กับมีอำนาจหน้าที่ดำเนินกิจการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ตามมาตรา ๑๕๑ และมาตรา ๑๕๓ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ และการดำเนินการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ซึ่งเกี่ยวกับกระบวนการมีมติเลือก กสช. ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ นั้น เนื่องจากการมีมติเลือก กสช. ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ เป็นการกระทำทางสภาและไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบขององค์กรตุลาการการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ จึงมิใช่การกระทำในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐและไม่อยู่ภายใต้การตรวจสอบขององค์กรตุลาการเช่นเดียวกัน ข้อพิพาทระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองจึงไม่ใช่คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือคดีพิพาทประการอื่นที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ศาลจึงไม่อาจรับคำฟ้องคดีนี้ไว้พิจารณาได้ ศาลปกครองชั้นต้นจึงมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา ให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ

ข. ศาลปกครองสูงสุด พิจารณาแล้วเห็นว่า กรณีที่มีกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติหลายฉบับกำหนดอำนาจหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองไว้เป็นการเฉพาะ และโดยที่มาตรา ๑๐ แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๓ ได้กำหนดขั้นตอนหลังจากที่คณะกรรมการสรรหา กสช. ได้คัดเลือกบุคคลที่สมควรได้รับการเสนอรายชื่อเป็น กสช. จำนวนสองเท่าของจำนวนกรรมการที่จะได้รับแต่งตั้งโดยกำหนดให้เสนอรายชื่อต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ และให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ เรียกประชุมผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ เพื่อมีมติเลือกผู้ได้รับการเสนอรายชื่อดังกล่าวเป็น กสช. จึงเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ เข้ามามีส่วนร่วมในการคัดเลือก กสช. ด้วย การที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองใช้อำนาจคัดเลือก กสช. ตามกฎหมายในกรณีนี้จึงมิใช่การใช้อำนาจในฐานะองค์กรนิติบัญญัติ ทั้งมิใช่เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญและในฐานะองค์กรตามรัฐธรรมนูญ เพื่อเลือกองค์กรตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ เนื่องจาก กสช. มิใช่องค์กรที่รัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้นโดยตรง แต่เป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๓ ทั้งนี้ ภายในกรอบที่มาตรา ๔๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ ได้กำหนดไว้ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ในฐานะที่ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๓ จึงมีฐานะเป็นหน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐ

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเทียบเชิญอายุราชการ

ตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ และเนื่องจากการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองอาศัยอำนาจตามกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการกระทำทางปกครอง คดีพิพาทดังกล่าวนี้ จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยมิชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ เมื่อผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง ผู้ฟ้องคดีจึงมีสิทธิฟ้องคดีนี้ต่อศาลปกครอง

อย่างไรก็ตาม ข้อเท็จจริงปรากฏในชั้นพิจารณาคำร้องอุทธรณ์คำสั่งว่าผู้ฟ้องคดีในคดีนี้ได้ยื่นฟ้องสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี และคณะกรรมการสรรหา กสช. เป็นอีกคดีหนึ่งต่อศาลปกครองชั้นต้น (ศาลปกครองกลาง) ในคดีหมายเลขดำที่ ๓๖/๒๕๔๘ ขอให้ศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนประกาศรายชื่อคณะกรรมการสรรหา กสช. ฉบับลงวันที่ ๙ กรกฎาคม ๒๕๔๗ และฉบับลงวันที่ ๖ สิงหาคม ๒๕๔๗ เพิกถอนกระบวนการสรรหา กสช. และเพิกถอนประกาศคณะกรรมการสรรหา กสช. ฉบับลงวันที่ ๒๘ มกราคม ๒๕๔๘ เรื่อง บุคคลที่สมควรได้รับการเสนอรายชื่อเป็น กสช. จำนวน ๑๔ คน ต่อมา ศาลปกครองชั้นต้นได้มีคำพิพากษาเป็นคดีหมายเลขแดงที่ ๑๕๗๐/๒๕๔๘ ให้เพิกถอนประกาศรายชื่อคณะกรรมการสรรหา กสช. และเพิกถอนประกาศคณะกรรมการสรรหา กสช. ฉบับลงวันที่ ๒๘ มกราคม ๒๕๔๘ ดังกล่าว โดยให้มีผลตั้งแต่วันที่ลงในประกาศแต่ละฉบับเป็นต้นไป และถือเสมือนว่าผู้ได้รับการคัดเลือกทั้ง ๑๔ คน ไม่เคยได้รับการคัดเลือกและเสนอรายชื่อต่อวุฒิสภาเพื่อมีมติเลือกเป็น กสช. หลังจากนั้นคู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้อุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น ซึ่งต่อมาศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาเป็นคดีหมายเลขแดงที่ อ. ๒๗๑/๒๕๔๙ เมื่อวันที่ ๒๖ กันยายน ๒๕๔๙ พิพากษายืนตามคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น อันมีผลให้กระบวนการสรรหา กสช. ทั้งหมดสิ้นผลมาตั้งแต่ต้น ในเมื่อคดีนี้ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า การมีมติเลือก กสช. ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ไม่ชอบด้วยกฎหมายและมีคำขอให้ศาลมีคำสั่งเพิกถอนการมีมติเลือก กสช. ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ และมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองระงับการแจ้งผลการมีมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ต่อคณะกรรมการสรรหา กสช. สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีและนายกรัฐมนตรี ซึ่งเป็นคดีที่มีข้อเท็จจริงและมูลเหตุแห่งการฟ้องคดีสืบเนื่องมาจากข้อเท็จจริงตามคำฟ้องคดีหมายเลขดำที่ ๓๖/๒๕๔๘ ดังนั้น เมื่อศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษาในคดีหมายเลขแดงที่ อ.๒๗๑/๒๕๔๙ ทำให้ประกาศคณะกรรมการสรรหา กสช. ฉบับลงวันที่ ๒๘ มกราคม ๒๕๔๘ เรื่อง บุคคลที่สมควรได้รับการเสนอรายชื่อเป็น กสช. จำนวน ๑๔ คน สิ้นผลนับแต่วันประกาศ เท่ากับว่าไม่เคยมีประกาศฉบับดังกล่าวมาก่อนเลย และส่งผลให้มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ในการคัดเลือก กสช. สิ้นผลไปด้วย กรณีจึงไม่มีเหตุที่ศาลปกครองจะต้องกำหนดคำบังคับตามคำขอของผู้ฟ้องคดีและไม่มีประโยชน์ที่ศาลจะพิจารณาพิพากษาคดีนี้ต่อไป ที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา ศาลปกครองสูงสุดเห็นพ้องด้วยในผล จึงมีคำสั่งยืนตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น

๑.๒ คำสั่งที่ คบ.๒๖/๒๕๖๕ (ประชุมใหญ่) ในคดีนี้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ผ่านการคัดเลือกเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุดมาแล้วจำนวนสองครั้ง และผู้ถูกฟ้องคดี (วุฒิสภา) ได้ลงมติเพื่อให้ความเห็นชอบด้วยวิธีการลงคะแนนลับ ซึ่งผลการออกเสียงลงคะแนนปรากฏว่า ผู้ถูกฟ้องคดีโดยเสียงข้างมากไม่ให้ความเห็นชอบให้ผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจพิพากษาของศาลปกครอง

ตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือเสียหายสามารถออกคำบังคับได้ตามมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ศาลปกครองได้พิจารณาเรื่องดังกล่าว ดังนี้

ก. ศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาแล้วเห็นว่า มติไม่เห็นชอบให้ผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุดนั้น ผู้ถูกฟ้องคดี (วุฒิสภา) เป็นองค์กรของรัฐฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นสถาบันการเมืองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมิใช่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตามคำนิยามในมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ดังนั้น ที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่ามติของผู้ถูกฟ้องคดีไม่ชอบด้วยกฎหมายและขอให้เพิกถอนมติของผู้ถูกฟ้องคดี จึงไม่ใช่คดีพิพาทระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับผู้ฟ้องคดีตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา และให้จำหน่ายคดีออกสารบบความ

ต่อมาผู้ฟ้องคดียื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งศาลปกครองชั้นต้นที่ไม่รับคำร้องไว้พิจารณาต่อศาลปกครองสูงสุด

ข. ศาลปกครองสูงสุดโดยที่ประชุมใหญ่พิเคราะห์แล้วเห็นว่า แม้การพิจารณาให้ความเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุดของผู้ถูกฟ้องคดีตามมาตรา ๑๕ วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ จะมิใช่การกระทำทางนิติบัญญัติซึ่งไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรฝ่ายตุลาการก็ตาม แต่การที่ผู้ถูกฟ้องคดีใช้อำนาจตามบทบัญญัติดังกล่าว**ถือว่าเป็นการใช้อำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ** ดังนั้น การพิจารณาไม่ให้ความเห็นชอบผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด จึงมิใช่การกระทำในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ดังนั้น คดีนี้จึงมิใช่คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน การที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ นั้น ศาลปกครองสูงสุดเห็นพ้องด้วย

แต่อย่างไรก็ตาม คำสั่งศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวมีความเห็นแย้ง โดยฝ่ายข้างน้อยเห็นว่าการใช้อำนาจของผู้ถูกฟ้องคดีในการให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งบุคคลดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด นั้น เห็นว่า เป็นการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ในฐานะคณะกรรมการซึ่งมีอำนาจในการมีมติใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อบุคคล และเมื่อผู้ถูกฟ้องคดีเป็นคณะบุคคลที่มิใช่นิติบุคคลที่มีสมาชิกจำนวนสองร้อยห้าสิบคนประกอบกันขึ้นเป็นผู้ถูกฟ้องคดี โดยสภาพแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมิใช่หน่วยงานทางปกครอง แต่เป็นคณะบุคคลหรือองค์กรของรัฐที่ใช้อำนาจทางนิติบัญญัติซึ่งรวมถึงอำนาจอื่นด้วย และโดยที่มาตรา ๑๕ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ได้กำหนดให้คณะกรรมการตุลาการศาลปกครองเสนอชื่อผู้ผ่านการคัดเลือกเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุดต่อนายกรัฐมนตรี เพื่อให้นายกรัฐมนตรีนำรายชื่อดังกล่าวเสนอความเห็นต่อผู้ถูกฟ้องคดี จึงเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดีเข้ามามีส่วนร่วมในการคัดเลือกตุลาการศาลปกครองสูงสุดด้วย การที่ผู้ถูกฟ้องคดีใช้อำนาจคัดเลือกตุลาการศาลปกครองสูงสุดตามกฎหมายในกรณีนี้ จึงมิใช่การใช้อำนาจในฐานะองค์กรนิติบัญญัติ ทั้งมิใช่การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญและในฐานะองค์กรตามรัฐธรรมนูญ เพื่อเลือกองค์กรตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ เนื่องจากตุลาการศาลปกครองสูงสุด มิได้

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

ถูกคัดเลือกและแต่งตั้งตามรัฐธรรมนูญโดยตรง หากแต่เป็นการคัดเลือกและแต่งตั้งตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีสถานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

๒. ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการกระทำของ "วุฒิสภา" และการควบคุมตรวจสอบโดยศาลปกครอง

ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการกระทำของ "วุฒิสภา" มีดังนี้ ๒.๑ พิจารณาจากฐานที่มาของอำนาจที่กระทำการ ๒.๒ พิจารณาจากลักษณะของการกระทำของวุฒิสภา และ ๒.๓ พิจารณาจากบทบาทอำนาจหน้าที่ในฐานะองค์กรตามรัฐธรรมนูญของวุฒิสภา โดยพิจารณาได้ ดังนี้

๒.๑ พิจารณาจากฐานที่มาของอำนาจที่กระทำการ ในการพิจารณาจากฐานที่มาแห่งอำนาจในการกระทำของวุฒิสภา ในกรณีนี้จะมีความชัดเจนว่าหากเป็นกรณีที่วุฒิสภากระทำการโดยใช้อำนาจตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญในกระบวนการสรรหาและแต่งตั้งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญก็ดี หรือเป็นกรรมการในองค์กรอิสระต่าง ๆ ก็ดี การกระทำในลักษณะนี้ย่อมเป็นการกระทำที่ไม่อยู่ในอำนาจการควบคุมตรวจสอบของศาลปกครอง ทั้งนี้ ตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๙๗ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๐ ที่บัญญัติว่า *"อำนาจศาลปกครองตามวรรคหนึ่ง ไม่รวมถึงการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรอิสระซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรอิสระนั้น ๆ"* บทบัญญัตินี้เป็นการจำกัดอำนาจของศาลปกครองในการเข้าไปตรวจสอบการกระทำที่เป็นการใช้อำนาจโดยตรงขององค์กรอิสระต่าง ๆ ในกรณีของวุฒิสภาแม้ไม่ใช่เป็น "องค์กรอิสระ" ตามนัยของมาตรา ๑๙๗ วรรคสาม แต่ก็มีสถานะเป็น "องค์กรตามรัฐธรรมนูญ" และหากเป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ หลักการใช้กฎหมายโดยการเทียบเคียงก็คงต้องนำมาใช้กับกรณีของวุฒิสภาด้วย สำหรับประเด็นมาตรา ๑๙๗ วรรคสามนั้นเป็นปัญหาของการบัญญัติของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๐ หากย้อนกลับไปพิจารณาบทบัญญัติมาตรา ๒๒๓ ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๐ จะบัญญัติไว้ชัดเจนกว่ารัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๐ โดยมาตรา ๒๒๓ วรรคสอง บัญญัติว่า *"อำนาจศาลปกครองตามวรรคหนึ่ง ไม่รวมถึงการวินิจฉัยชี้ขาดขององค์กรตามรัฐธรรมนูญซึ่งเป็นการใช้อำนาจโดยตรงตามรัฐธรรมนูญขององค์กรตามรัฐธรรมนูญนั้น"* ซึ่งหากเป็นรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๐ กรณีเป็นที่ชัดเจนว่า การลงมติของวุฒิสภากรณีที่เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญโดยตรงอยู่ไม่อยู่ในอำนาจการตรวจสอบของศาลปกครอง แต่ภายใต้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๐ ต้องอาศัยการตีความโดยการเทียบเคียงจากมาตรา ๑๙๗ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๐ ดังนั้น กรณีที่วุฒิสภามิได้อาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญในการเข้าไปมีส่วนร่วมในการแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ กรณีนี้นี่เองที่คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๖๖๘/๒๕๔๙ และความเห็นแย้งของคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คบ.๒๖/๒๕๖๕ (ประชุมใหญ่) เห็นว่า การกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติหากเป็นการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติหรือกฎหมายอื่นที่มีค่าเทียบเท่าพระราชบัญญัติแล้ว ถือเป็นการใช้อำนาจทางปกครอง การใช้อำนาจของวุฒิสภาในการคัดเลือก ตามกฎหมายในกรณีนี้ จึงไม่ใช่การใช้อำนาจในฐานะที่เป็นองค์กรนิติบัญญัติ และเนื่องจากผู้ได้รับคัดเลือกมิใช่องค์กรที่รัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้นโดยตรงแต่เป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติ การใช้อำนาจของวุฒิสภาจึงไม่ใช่การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ ในฐานะองค์กรตามรัฐธรรมนูญเพื่อเลือกองค์กรตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น วุฒิสภาในฐานะที่ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติจึงมีฐานะเป็น "หน่วยงานทางปกครอง" ตามมาตรา ๓ แห่ง พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ แต่สำหรับ

ความเห็นแย้งในคดีที่ ที่ คบ.๒๖/๒๕๖๕ (ประชุมใหญ่) มีความเห็นว่า ผู้ถูกฟ้องคดีมีสถานะเป็น “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ

ดังนั้น ข้อพิจารณาประการสำคัญ คือ การที่วุฒิสภาเข้าไปมีส่วนร่วมในการแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ จะมีสถานะเป็น “หน่วยงานทางปกครอง” หรือ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ หรือไม่ ซึ่งจะได้วิเคราะห์ในหัวข้อต่อไป

๒.๒ พิจารณาจากลักษณะของการกระทำของวุฒิสภา หากพิจารณาจากพื้นฐานของบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๐ หมวด ๗ รัฐสภา มาตรา ๗๙ บัญญัติให้รัฐสภาประกอบด้วยสภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา จากบทบัญญัติดังกล่าววุฒิสภาจึงมีสถานะเป็นสถาบันการเมืองและเป็นส่วนหนึ่งของรัฐสภา ดังนั้น หากพิจารณาลักษณะการกระทำของวุฒิสภาตามที่รัฐธรรมนูญบัญญัติไว้ วุฒิสภาจึงมีอำนาจในลักษณะเดียวกันกับสภาผู้แทนราษฎร เพียงแต่มีข้อจำกัดในบางเรื่องที่แตกต่างไปจากสภาผู้แทนราษฎร บทบาทสำคัญของรัฐสภาคือ บทบาทขององค์กรในฐานะที่เป็นองค์กรในการตรากฎหมายและควบคุมตรวจสอบการบริหารราชการแผ่นดิน ดังนั้น การกระทำในบทบาทหลักในฐานะในการตรากฎหมายที่มีลักษณะเป็น “การกระทำทางนิติบัญญัติ” จึงเป็นการกระทำที่ไม่อาจถูกควบคุมตรวจสอบได้โดยศาลปกครอง หรือในกรณีที่วุฒิสภาได้ดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญในการควบคุมตรวจสอบการบริหารราชการแผ่นดิน การกระทำในลักษณะของการควบคุมการบริหารราชการแผ่นดินที่เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ กรณีเช่นนี้ย่อมเป็นที่ชัดเจนว่าลักษณะการกระทำดังกล่าวโดยทั่วไปแล้วย่อมไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาลปกครองเช่นกัน

๒.๓ พิจารณาจากบทบาทอำนาจหน้าที่ในฐานะองค์กรตามรัฐธรรมนูญที่เป็นสถาบันทางรัฐธรรมนูญของวุฒิสภา หากพิจารณาบทบาทอำนาจหน้าที่นอกเหนือจากตามที่กล่าวในข้อ ๒.๒ แล้ว บทบาทอำนาจหน้าที่ที่สำคัญของวุฒิสภาคือ การแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและกรรมการในองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ โดยรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๔๐ รัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๐ และรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๐ ต่างกำหนดให้วุฒิสภามีอำนาจหน้าที่ดังกล่าว แต่อย่างไรก็ตาม ที่มาของวุฒิสภาของรัฐธรรมนูญทั้ง ๓ ฉบับนั้นมีที่มาที่แตกต่างกัน กล่าวคือ รัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๔๐ มาจากการเลือกตั้ง รัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๐ ครึ่งหนึ่งมาจากการเลือกตั้งอีกครึ่งหนึ่งมาจากการสรรหา รัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๐ มาจากการเลือกกันเอง (แต่ในบทเฉพาะกาลกำหนดให้ ๒๐๐ คนมาจากการแต่งตั้งและ ๕๐ คน มาจากการเลือกกันเอง) จากพื้นฐานของที่มาของวุฒิสภาดังกล่าวจึงมีข้อพิจารณาเกี่ยวกับทำบทบาทหน้าที่ของวุฒิสภาในการแต่งตั้งบุคคล ดังนี้

ก. การที่รัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๔๐ กำหนดให้วุฒิสภาให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งบุคคลดำรงตำแหน่งตุลาการศาลรัฐธรรมนูญหรือกรรมการในองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญนั้น เพื่อทำให้เกิดความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยขององค์กรที่ได้รับแต่งตั้ง เพราะวุฒิสภามีความเชื่อมโยงโดยตรงจากประชาชน ซึ่งเป็นไปตาม “หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตยขององค์กรที่ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ”

ข. สำหรับรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๐ และรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๐ สมาชิกวุฒิสภามิได้มาจากการเลือกตั้งจากประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๐ ดังนั้น การที่รัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๐ และรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๐ ยังคงบทบาทให้วุฒิสภามีบทบาทในการแต่งบุคคลให้ดำรงตำแหน่ง

เป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ และกรรมการในองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ จึงเป็นการดำเนินการเพื่อให้องค์กรเหล่านั้นมีความชอบธรรมในทางรัฐธรรมนูญที่ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญหรือกรรมการในองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญจะเข้าสู่ตำแหน่งขององค์กรในระดับรัฐธรรมนูญเป็นไปตาม “หลักความชอบธรรมในทางรัฐธรรมนูญ” ของการเข้าสู่ตำแหน่งดังกล่าว

จากเหตุผลในข้อ ก. และข้อ ข. ดังกล่าวจึงเห็นได้ชัดเจนว่าการทำหน้าที่ของวุฒิสภาในบทบาทดังกล่าวจึงเป็นการทำหน้าที่ในฐานะเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญอันเป็นสถาบันทางรัฐธรรมนูญที่เชื่อมโยงกับ “หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย” หรือ “หลักความชอบธรรมในทางรัฐธรรมนูญ” จึงถือว่าเป็นบทบาทในฐานะที่เป็นสถาบันหลักของรัฐธรรมนูญ มิใช่ในบทบาทที่ทำในฐานะเป็นองค์กรฝ่ายปกครองแต่อย่างใด

ประเด็นคงมีข้อพิจารณาแต่เพียงว่า กรณีที่มีกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติหลายฉบับกำหนดอำนาจหน้าที่ของให้วุฒิสภาเข้าไปมีส่วนร่วมในการแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ดังเช่น มาตรา ๑๐ แห่งพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๓ ได้กำหนดขั้นตอนหลังจากที่คณะกรรมการสรรหา กสช. ได้คัดเลือกบุคคลที่สมควรได้รับการเสนอรายชื่อเป็น กสช. จำนวนสองเท่าของจำนวนกรรมการที่จะได้รับแต่งตั้ง โดยกำหนดให้เสนอรายชื่อต่อวุฒิสภาและให้ประธานวุฒิสภาเรียกประชุมวุฒิสภา เพื่อมีมติเลือกผู้ได้รับการเสนอรายชื่อดังกล่าวเป็น กสช. จึงเป็นกรณีที่กฎหมายกำหนดให้วุฒิสภาและประธานวุฒิสภาเข้ามามีส่วนร่วมในการคัดเลือก กสช. ด้วย การที่วุฒิสภาและประธานวุฒิสภาใช้อำนาจคัดเลือก กสช. ตามกฎหมายในกรณีนี้จึงมิใช่การใช้อำนาจในฐานะองค์กรนิติบัญญัติ ทั้งมิใช่เป็นการใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญและในฐานะองค์กรตามรัฐธรรมนูญ เพื่อเลือกองค์กรตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ เนื่องจาก กสช. มิใช่องค์กรที่รัฐธรรมนูญจัดตั้งขึ้นโดยตรง แต่เป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๓ ทั้งนี้ ภายในกรอบที่มาตรา ๔๐ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ ได้กำหนดไว้ วุฒิสภาและประธานวุฒิสภาในฐานะที่ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติองค์กรจัดสรรคลื่นความถี่และกำกับกิจการวิทยุกระจายเสียง วิทยุโทรทัศน์ และกิจการโทรคมนาคม พ.ศ. ๒๕๔๓ จึงมีฐานะเป็นหน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ และเนื่องจากการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองอาศัยอำนาจตามกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ การกระทำดังกล่าวจึงเป็นการกระทำทางปกครอง คดีพิพาทดังกล่าวนี้จึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยมิชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ดังคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๖๖๘/๒๕๔๙ และตามความเห็นแย้งในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คบ. ๒๖/๒๕๖๕ จะถือว่ามีสถานะเป็น “หน่วยงานทางปกครอง” หรือ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ หรือไม่ จะได้วิเคราะห์ในประเด็นดังกล่าวต่อไปในหัวข้อที่ ๓

๓. บทวิเคราะห์การกระทำของ “วุฒิสภา” ในการแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ กับอำนาจของศาลปกครอง

ในหัวข้อนี้ได้แบ่งหัวข้อการวิเคราะห์ออกเป็น ๒ ประการ คือ ๓.๑ การแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ของวุฒิสภาเป็นการกระทำในลักษณะใด และ ๓.๒ ข้อสังเกตจากคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๖๖๘/๒๕๔๙ และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คบ. ๒๖/๒๕๖๕ โดยมีข้อพิจารณา ดังนี้

๓.๑ การแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ของวุฒิสภาเป็นการกระทำในลักษณะใด ตามที่ได้กล่าวไว้แล้วในหัวข้อ ๒.๓ พิจารณาจากบทบาทอำนาจหน้าที่ในฐานะองค์กรตามรัฐธรรมนูญของวุฒิสภาโดยเฉพาะการแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งต่าง ๆ ของวุฒิสภานั้น แท้จริงแล้วเป็นการเชื่อมโยงกับ “หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย” หรือ “หลักความชอบธรรมในทางรัฐธรรมนูญ” ซึ่งถือว่าเป็นการกระทำในฐานะที่เป็นสถาบันทางรัฐธรรมนูญ มิใช่ในบทบาทที่ทำในฐานะเป็นองค์กรฝ่ายปกครอง ทั้งนี้ โดยไม่ต้องพิจารณาว่า การกระทำของวุฒิสภานั้นอาศัยอำนาจตามรัฐธรรมนูญหรืออาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติ กรณีที่มิใช่องค์กรตามรัฐธรรมนูญ แต่พระราชบัญญัติได้บัญญัติให้วุฒิสภาเข้าไปมีส่วนร่วมในการแต่งตั้ง “กรรมการ” ตามพระราชบัญญัติดังกล่าวย่อมเป็นกรณีที่ผู้บัญญัติกฎหมายนั้นต้องการอาศัย “หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย” หรือ “หลักความชอบธรรมในทางรัฐธรรมนูญ” ของวุฒิสภาเพื่อแสดงให้เห็นความสำคัญขององค์กรดังกล่าว แม้องค์กรนั้นจะไม่ใช่องค์กรตามรัฐธรรมนูญก็ตาม ดังนั้น การกระทำของวุฒิสภาในบทบาทเช่นนี้ย่อมไม่ใช่บทบาทในลักษณะที่เป็นการกระทำทางปกครอง ทั้งนี้ หากพิจารณาจากลักษณะของการลงมติจะเห็นได้ว่าเป็นการลงมติลับ ทั้งนี้ เพื่อเชื่อมโยงกับหลักความอิสระในฐานะที่เป็นสถาบันทางรัฐธรรมนูญ จากเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงเห็นได้ชัดเจนว่ากรณีนี้หากพิจารณาแต่เพียงประเด็นเรื่องที่มาของอำนาจในการกระทำอาจไม่เพียงพอต่อการพิจารณาวินิจฉัยลักษณะการกระทำของวุฒิสภา ในกรณีนี้จำเป็นจะต้องพิจารณาบทบาทหน้าที่ของวุฒิสภาในทางรัฐธรรมนูญประกอบการพิจารณาด้วย

จากเหตุผลดังกล่าวข้างต้น การกระทำของวุฒิสภากรณีที่เป็นการให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งบุคคล ให้ดำรงตำแหน่งไม่ว่าจะเป็น ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ กรรมการในองค์กรอิสระต่าง ๆ หรือกรรมการในคณะกรรมการต่าง ๆ ตามที่กฎหมายกำหนดให้วุฒิสภาเข้าไปมีส่วนร่วมในการแต่งตั้ง กรณีย่อมต้องถือว่าวุฒิสภากระทำในฐานะที่เป็น “สถาบันทางรัฐธรรมนูญ” มิใช่กระทำการในฐานะที่เป็น “หน่วยงานทางปกครอง” หรือ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ตามที่นิยามไว้ในมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ดังนั้น การกระทำในลักษณะดังกล่าวจึงไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาลปกครอง

๓.๒ ข้อสังเกตจากคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๖๖๘/๒๕๔๙ และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คบ. ๒๖/๒๕๖๕ โดยมีข้อพิจารณา ดังนี้

๓.๒.๑ ข้อสังเกตจากคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๖๖๘/๒๕๔๙ ดังที่ได้กล่าวรายละเอียดในสาระสำคัญของคำสั่งดังกล่าวไว้แล้วข้างต้น ซึ่งท้ายที่สุดตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดฉบับนี้ ศาลปกครองสูงสุดไม่รับเรื่องนี้ ไว้พิจารณา เนื่องจากมีข้อเท็จจริงปรากฏในชั้นพิจารณาคำร้องอุทธรณ์คำสั่งว่าผู้ฟ้องคดีในคดีนี้ได้ยื่นฟ้องสำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรี และคณะกรรมการสรรหา กสช. เป็นอีกคดีหนึ่งต่อศาลปกครองชั้นต้น (ศาลปกครองกลาง) ในคดีหมายเลขดำที่ ๓๖/๒๕๔๘ ขอให้ศาลมีคำพิพากษา

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเทียบเชิญราชการ

เพิกถอนประกาศรายชื่อคณะกรรมการสรรหา กสช. ฉบับลงวันที่ ๙ กรกฎาคม ๒๕๔๗ และฉบับลงวันที่ ๖ สิงหาคม ๒๕๔๗ เพิกถอนกระบวนการสรรหา กสช. และเพิกถอนประกาศคณะกรรมการสรรหา กสช. ฉบับลงวันที่ ๒๘ มกราคม ๒๕๔๘ เรื่อง บุคคลที่สมควรได้รับการเสนอรายชื่อเป็น กสช. จำนวน ๑๔ คน ต่อมา ศาลปกครองชั้นต้นได้มีคำพิพากษาเป็นคดีหมายเลขแดงที่ ๑๕๗๐/๒๕๔๘ ให้เพิกถอนประกาศรายชื่อคณะกรรมการสรรหา กสช. และเพิกถอนประกาศคณะกรรมการสรรหา กสช. ฉบับลงวันที่ ๒๘ มกราคม ๒๕๔๘ ดังกล่าว โดยให้มีผลตั้งแต่วันที่ลงในประกาศแต่ละฉบับเป็นต้นไป และถือเสมือนว่าผู้ได้รับการคัดเลือกทั้ง ๑๔ คน ไม่เคยได้รับการคัดเลือกและเสนอรายชื่อต่อวุฒิสภาเพื่อมีมติเลือกเป็น กสช. หลังจากนั้นคู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้อุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น ซึ่งต่อมาศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาเป็นคดีหมายเลขแดงที่ อ. ๒๗๑/๒๕๔๙ เมื่อวันที่ ๒๖ กันยายน ๒๕๔๙ พิพากษายืนตามคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น อันมีผลให้กระบวนการสรรหา กสช. ทั้งหมดสิ้นผลมาตั้งแต่ต้น ในเมื่อคดีนี้ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า การมีมติเลือก กสช. ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และมีคำขอให้ศาลมีคำสั่งเพิกถอนการมีมติเลือก กสช. ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ และมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองระงับการแจ้งผลการมีมติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ต่อคณะกรรมการสรรหา กสช. สำนักงานปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีและนายกรัฐมนตรี ซึ่งเป็นคดีที่มีข้อเท็จจริงและมูลเหตุแห่งการฟ้องคดีสืบเนื่องมาจากข้อเท็จจริงตามคำฟ้องคดีหมายเลขดำที่ ๓๖/๒๕๔๘ ดังนั้น เมื่อศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษาในคดีหมายเลขแดงที่ อ.๒๗๑/๒๕๔๙ ทำให้ประกาศคณะกรรมการสรรหา กสช. ฉบับลงวันที่ ๒๘ มกราคม ๒๕๔๘ เรื่อง บุคคลที่สมควรได้รับการเสนอรายชื่อเป็น กสช. จำนวน ๑๔ คน สิ้นผลนับแต่วันประกาศ เท่ากับว่าไม่เคยมีประกาศฉบับดังกล่าวมาก่อนเลย และส่งผลให้มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ในการคัดเลือก กสช. สิ้นผลไปด้วย กรณีจึงไม่มีเหตุที่ศาลปกครองจะต้องกำหนดคำบังคับตามคำขอของผู้ฟ้องคดีและไม่มีประโยชน์ที่ศาลจะพิจารณาพิพากษาคดีนี้ต่อไป ที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา ศาลปกครองสูงสุดเห็นพ้องด้วยในผล จึงมีคำสั่งยืนตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น

จากการพิจารณาคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดฉบับนี้จะเห็นได้ว่า **“วัตถุแห่งคดี”** ที่สำคัญในเรื่องนี้คือ “ประกาศรายชื่อคณะกรรมการสรรหา กสช.” ซึ่งเป็นการกระทำทางปกครองที่แยกออกได้จากการลงมติของวุฒิสภาและเป็นประกาศฯ ที่อยู่ในอำนาจการควบคุมตรวจสอบของศาลปกครอง ดังนั้น ในคดีนี้หากผู้ฟ้องคดีมุ่งไปสู่การตรวจสอบ “ประกาศรายชื่อคณะกรรมการสรรหา กสช.” ศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้ก็ไม่มีความจำเป็นใด ๆ ที่จะกล่าวอ้างว่า การมีมติของวุฒิสภาในกรณีนี้เป็นการกระทำในฐานะที่เป็น “หน่วยงานทางปกครอง” และเมื่อเป็นการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติจึงถือว่าเป็นการกระทำทางปกครองที่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาลปกครอง โดยศาลปกครองสูงสุดให้เหตุผลที่จะไม่รับเรื่องไว้พิจารณาว่า *“ดังนั้น เมื่อศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษาในคดีหมายเลขแดงที่ อ.๒๗๑/๒๕๔๙ ทำให้ประกาศคณะกรรมการสรรหา กสช. ฉบับลงวันที่ ๒๘ มกราคม ๒๕๔๘ เรื่อง บุคคลที่สมควรได้รับการเสนอรายชื่อเป็น กสช. จำนวน ๑๔ คน สิ้นผลนับแต่วันประกาศ เท่ากับว่าไม่เคยมีประกาศฉบับดังกล่าวมาก่อนเลยและส่งผลให้มติของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ในการคัดเลือก กสช. สิ้นผลไปด้วย กรณีจึงไม่มีเหตุที่ศาลปกครองจะต้องกำหนดคำบังคับตามคำขอของผู้ฟ้องคดีและไม่มีประโยชน์ที่ศาลจะพิจารณาพิพากษาคดีนี้ต่อไป”* ในประเด็นนี้แสดงนัยว่า “วัตถุแห่งคดี” ที่แท้จริงของคดีนี้คือ “ประกาศรายชื่อคณะกรรมการ

สรรหา กสช." ไม่ใช่ "มติของวุฒิสภา" แต่อย่างใด ดังนั้น ในคดีนี้ หากกล่าวกันถึงที่สุดแล้วเป็นประเด็นเรื่อง **"อะไรคือวัตถุแห่งคดีที่ถูกต้องในคดีนี้"** แต่ต้นทุนของศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้คือ การวางหลักว่า "วุฒิสภา" อาจเป็น "หน่วยงานทางปกครอง" และมีการกระทำทางปกครองได้ถ้าการกระทำของวุฒิสภาดังกล่าวใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติ และย่อมอยู่ภายใต้การตรวจสอบของศาลปกครองได้ และในเวลาต่อมาศาลปกครองสูงสุดที่ คบ.๒๖/๒๕๖๕ ที่ประชุมใหญ่ ได้วางหลักไปอีกทิศทางหนึ่งซึ่งมีลักษณะตรงกันข้ามกับคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๖๖๘/๒๕๔๙

๓.๒.๒ ข้อสังเกตจากคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คบ. ๒๖/๒๕๖๕ เหตุผลสำคัญของคำสั่งฉบับนี้ คือ "*...แม้การพิจารณาให้ความเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุดของผู้ถูกฟ้องคดีตามมาตรา ๑๕ วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ จะมิใช่การกระทำทางนิติบัญญัติซึ่งไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรฝ่ายตุลาการก็ตาม แต่การที่ผู้ถูกฟ้องคดีใช้อำนาจตามบทบัญญัติดังกล่าว* ***ถือว่าเป็นการใช้อำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ*** *ดังนั้น การพิจารณาไม่ให้ความเห็นชอบผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุดจึงมิใช่การกระทำในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ดังนั้น คดีนี้จึงมิใช่คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน...*" จากเหตุผลดังกล่าวอาจแยกสาระสำคัญของเหตุผลได้ ๒ ประการ คือ

ก. การที่ผู้ถูกฟ้องคดีใช้อำนาจตามบทบัญญัติดังกล่าว**ถือว่าเป็นการใช้อำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ**

ข. การพิจารณาไม่ให้ความเห็นชอบผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด จึงมิใช่การกระทำในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ดังนั้น คดีนี้จึงมิใช่คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

การให้เหตุผลของศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้ที่ยังขาดความชัดเจนในประเด็นที่ว่าการที่วุฒิสภาใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ถือว่าเป็นการใช้อำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ ในนัยนี้มีความหมายว่าอย่างไร หรือการให้เหตุผลในเรื่องนี้มีความมุ่งหมายอย่างไร แต่จากเหตุผลตามข้อ ข. นั้นมีความชัดเจนว่า *"การพิจารณาไม่ให้ความเห็นชอบผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด จึงมิใช่การกระทำในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ดังนั้น คดีนี้จึงมิใช่คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน"* ด้วยเหตุนี้คดีดังกล่าวจึงไม่อยู่ในเขตอำนาจของศาลปกครอง หากจะอธิบายพื้นฐานของเหตุผลที่ว่าเพราะเหตุใด *การพิจารณาไม่ให้ความเห็นชอบผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด* จึงไม่ใช่การกระทำทางปกครองนั้นเป็นประเด็นที่ได้วิเคราะห์ไว้แล้วในหัวข้อ ๓.๑ หากกล่าวโดยสรุปก็คือ การกระทำของวุฒิสภากรณีที่เป็นการให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งไม่ว่าจะเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ กรรมการในองค์กรอิสระต่าง ๆ หรือกรรมการในคณะกรรมการต่าง ๆ ตามที่กฎหมายกำหนด ให้วุฒิสภาเข้าไปมีส่วนร่วมในการแต่งตั้ง กรณีย่อมต้องถือว่าวุฒิสภากระทำในฐานะที่เป็น **"สถาบันทางรัฐธรรมนูญ"**

มิใช่กระทำการในฐานะที่เป็น “หน่วยงานทางปกครอง” หรือ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ตามที่นิยามไว้ในมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ดังนั้น การกระทำในลักษณะดังกล่าวจึงไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาลปกครอง ดังนั้น หากเชื่อมโยงเหตุผลในทางทฤษฎีกับการให้เหตุผลของศาลปกครองสูงสุดในคดีนี้ก็จะทำให้เกิดความชัดเจนมากยิ่งขึ้น

บทสรุป

จากการศึกษาเรื่องอำนาจของศาลปกครองกับการตรวจสอบองค์กรทางการเมืองในกรณีของวุฒิสภานั้น ในที่นี้ขอสรุปสาระสำคัญที่เกี่ยวการกระทำของวุฒิสภาในฐานะเป็นองค์กรทางการเมืองและเป็นสถาบันทางรัฐธรรมนูญสถาบันหนึ่ง การกระทำของวุฒิสภาตามที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญย่อมมีอำนาจหน้าที่ที่สำคัญในกระบวนการตรากฎหมายและการควบคุมการบริหารราชการแผ่นดิน รัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๔๐ ได้กำหนดให้วุฒิสภามาจากการเลือกตั้งจึงกำหนดให้วุฒิสภาเป็นองค์กรที่มีบทบาทสำคัญในการแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและกรรมการในองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญต่าง ๆ ทั้งนี้ เพื่ออาศัย “หลักความชอบธรรมในทางประชาธิปไตย” ของวุฒิสภาในการแต่งตั้งบุคคลดังกล่าวเข้าสู่ตำแหน่ง แต่ต่อมารัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๐ และรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๐ ได้ปรับเปลี่ยนการได้มาของสมาชิกวุฒิสภา แต่บทบาทอำนาจหน้าที่ในการแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งเป็นตุลาการศาลรัฐธรรมนูญและกรรมการในองค์กรอิสระต่าง ๆ ก็ยังคงอยู่ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการเชื่อมโยงกับ “หลักความชอบธรรมในทางรัฐธรรมนูญ” กับการเข้าสู่ตำแหน่งของบุคคลดังกล่าว

แต่กรณีปัญหาคือ หากการใช้อำนาจของวุฒิสภาในการเข้าไปมีส่วนร่วมในการแต่งตั้งบุคคลหากเป็นการอาศัยอำนาจตามพระราชบัญญัติจะถือว่า “วุฒิสภา” กระทำการดังกล่าวในฐานะที่เป็น “หน่วยงานทางปกครอง” ตามมาตรา ๓ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ อันจะมีผลทำให้มติดังกล่าวเป็นการกระทำทางปกครองที่จะอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาลปกครองหรือไม่ ซึ่งแนวคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดมี ๒ แนว คือ **แนวแรก**ถือว่า เป็น “หน่วยงานทางปกครอง” หรือ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ตามมาตรา ๓ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ จึงอยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาลปกครองได้ **แนวที่สอง** การกระทำของวุฒิสภาดังกล่าวมิได้กระทำในฐานะที่เป็น “หน่วยงานทางปกครอง” หรือ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ตามมาตรา ๓ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ จึงไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาลปกครอง

ผู้เขียนเห็นด้วยกับแนวที่สอง ด้วยเหตุผลว่า การกระทำของวุฒิสภากรณีที่เป็นการให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งไม่ว่าจะเป็น ตุลาการศาลรัฐธรรมนูญ กรรมการในองค์กรอิสระต่าง ๆ หรือกรรมการในคณะกรรมการต่าง ๆ ตามที่กฎหมายกำหนดให้วุฒิสภาเข้าไปมีส่วนร่วมในการแต่งตั้ง กรณีย่อมต้องถือว่าวุฒิสภากระทำในฐานะที่เป็น **“สถาบันทางรัฐธรรมนูญ”** มิใช่กระทำการในฐานะที่เป็น “หน่วยงานทางปกครอง” หรือ “เจ้าหน้าที่ของรัฐ” ตามที่นิยามไว้ในมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ ดังนั้น การกระทำในลักษณะดังกล่าวจึงไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบของศาลปกครอง

การคืนอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเวนคืน ให้เจ้าของเดิมหรือทายาท

วราวุธ ศิริยุทธ์วัฒนา
อดีตรองประธานศาลปกครองสูงสุด

ในการจัดทำบริการสาธารณะเพื่อพัฒนาโครงสร้างพื้นฐานของประเทศ การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จัดเป็นเครื่องมือหนึ่งที่รัฐใช้อำนาจตามกฎหมายบังคับเอาที่ดินหรืออสังหาริมทรัพย์อย่างอื่นของเอกชนมาเป็นของรัฐตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ซึ่งหลักการเวนคืนได้กำหนดไว้เป็นครั้งแรกในปี พ.ศ. ๒๔๗๗ โดยการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พุทธศักราช ๒๔๗๗ และได้บัญญัติรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช พ.ศ. ๒๔๙๒ โดยกำหนดให้การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ จะกระทำได้ก็แต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายเท่านั้น และหลักการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ก็ได้บัญญัติรับรองในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยเรื่อยมาจนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๒๑ จึงได้เพิ่มหลักการให้คืนอสังหาริมทรัพย์ที่ได้จากการเวนคืนให้เจ้าของเดิมหรือทายาทไว้เพิ่มเติม โดยกำหนดให้รัฐมีหน้าที่ต้องใช้ประโยชน์อสังหาริมทรัพย์ที่ได้จากการเวนคืนตามวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืนภายในระยะเวลาที่กำหนด มิเช่นนั้นแล้วรัฐจะต้องคืนอสังหาริมทรัพย์ให้แก่เจ้าของเดิมหรือทายาท และการคืนอสังหาริมทรัพย์ที่ได้จากการเวนคืนให้แก่เจ้าของเดิมหรือทายาทนี้ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยก็ได้บัญญัติรับรองสิทธิของเจ้าของเดิมหรือทายาทเรื่อยมาจนถึงรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน

หากกล่าวถึงกฎหมายที่เกี่ยวกับการคืนอสังหาริมทรัพย์ที่ได้จากการเวนคืนให้เจ้าของเดิมหรือทายาท ตั้งแต่อดีตจนถึงปัจจุบันพบว่า การคืนอสังหาริมทรัพย์ที่ได้จากการเวนคืนให้เจ้าของเดิมหรือทายาท ได้เริ่มบัญญัติรับรองครั้งแรกในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๒๑ โดยในมาตรา ๓๓ วรรคห้า ของรัฐธรรมนูญฉบับดังกล่าว บัญญัติว่า “อสังหาริมทรัพย์ที่ได้มาโดยจากการเวนคืนเพื่อการใด ถ้ามิได้ใช้เพื่อการนั้นภายในระยะเวลาที่กำหนดในกฎหมาย ต้องคืนให้เจ้าของเดิมหรือทายาท...” และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยฉบับต่อๆ มา ก็ได้บัญญัติรับรองหลักการดังกล่าวไว้เรื่อยมา เช่นรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๓๔ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ จนถึงรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญที่มีผลใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน

แต่เมื่อพิจารณาหลักการเกี่ยวกับการคืนอสังหาริมทรัพย์ที่ได้จากการเวนคืนให้แก่เจ้าของเดิมหรือทายาทที่ปรากฏในกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ ซึ่งถือเป็นกฎหมายกลางที่ให้อำนาจรัฐเข้าเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ของเอกชนกลับพบว่า ได้บัญญัติหลักการเกี่ยวกับการคืนอสังหาริมทรัพย์ให้เจ้าของเดิมหรือทายาทไว้มาตั้งแต่ ปี พ.ศ. ๒๔๗๗ โดยพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พุทธศักราช ๒๔๗๗ มาตรา ๓๒ ได้บัญญัติว่า เว้นแต่จะเป็นที่ดินของรถไฟถ้าภายในห้าปีนับแต่วันประกาศใช้พระราชบัญญัติเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ ปรากฏว่าทรัพย์สินนั้นทั้งหมดหรือแต่ส่วนใดมิได้เคยใช้หรือกำลังใช้ในการสาธารณูปโภค หรือในการเหมืองแร่ อันเป็นความประสงค์ในการเวนคืนนั้นไซร้ เมื่อได้คืนเงินค่าทำขวัญที่ได้รับแล้ว ท่านว่าเจ้าของเดิม ทายาทเจ้าของเดิม หรือผู้โอนมีสิทธิเรียกทรัพย์สินคืนได้ แต่การเรียกร้องเช่นนั้น ท่านว่าต้องร้องภายในหนึ่งปีนับแต่วันพ้นกำหนดเวลาห้าปีดังกล่าวแล้วข้างต้น และการส่งทรัพย์สินคืนเช่นว่านั้นถ้าจะพึงมี ท่านให้ใช้บทบัญญัติมาตรา ๑๓๐๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใช้บังคับ แต่ในเวลาต่อมาเมื่อมีการตราพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๔๙๗ และพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๐ กลับไม่ปรากฏว่า ได้มีการนำหลักการเกี่ยวกับการคืนอสังหาริมทรัพย์ที่ได้จากการเวนคืนให้เจ้าของเดิมหรือทายาทมาบัญญัติรับรองไว้แต่อย่างใด

๑. หลักการเกี่ยวกับการคืนอสังหาริมทรัพย์ที่ได้จากการเวนคืนให้เจ้าของเดิมหรือทายาทก่อนการบังคับใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๖๐ และพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนและการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๖๒ มีสาระสำคัญสรุปได้ดังนี้

๑. เหตุที่เจ้าของเดิมหรือทายาทจะใช้สิทธิขอคืนอสังหาริมทรัพย์

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๒๑ ซึ่งเป็นฉบับแรกที่ได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์การคืนทรัพย์ให้กับเจ้าของเดิมหรือทายาท มาตรา ๓๓ วรรคห้า ได้วางหลักการในกรณีที่รัฐมิได้ใช้ทรัพย์ที่เวนคืนมาเพื่อการนั้น ภายในระยะเวลาที่กำหนด รัฐต้องคืนให้กับเจ้าของเดิมหรือทายาท แต่ทั้งนี้ก็ยังมีการกำหนดให้รัฐมีอำนาจใช้ทรัพย์ที่เวนคืนนั้นไปใช้ในวัตถุประสงค์ของการเวนคืนอย่างอื่นได้ หากได้มีการตราเป็นกฎหมายฉบับใหม่เพื่อให้การใช้ทรัพย์ดังกล่าวตรงตามวัตถุประสงค์ที่กฎหมายบัญญัติ โดยหลักการดังกล่าวก็ได้ ถูกกำหนดไว้ต่อมาในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๓๔ มาตรา ๓๖ วรรคสาม และหลักการดังกล่าวก็ได้ถูกยืนยันเรื่อยมาจนถึงรัฐธรรมนูญฉบับปัจจุบัน จะแตกต่างกันก็แต่เพียงในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. ๒๕๔๐ เป็นต้นมา ไม่ได้มีการกำหนดให้รัฐมีอำนาจที่จะใช้ทรัพย์ที่เวนคืนไปนั้นในวัตถุประสงค์ของการเวนคืนอย่างอื่นได้ ถึงแม้ว่าจะเป็นวัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ตามรัฐธรรมนูญฉบับนั้นๆ ก็ตาม และไม่ให้อำนาจในการตรากฎหมายฉบับใหม่เพื่อให้สามารถใช้ทรัพย์นั้นได้นอกเหนือไปจากที่กำหนด การที่รัฐธรรมนูญกำหนดวัตถุประสงค์ไว้เช่นนี้ เท่ากับว่าการตีความวัตถุประสงค์จะต้องกระทำโดยเคร่งครัด ไม่สามารถที่จะขยายความให้ครอบคลุมกว้างขึ้นได้

จากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญทั้งหลายดังกล่าว เหตุที่เจ้าของเดิมหรือทายาทจะใช้สิทธิขอคืนอสังหาริมทรัพย์ มีด้วยกันสองกรณี ดังนี้

๑.๑ รัฐไม่ได้นำอสังหาริมทรัพย์ที่เวนคืนไปใช้ตามวัตถุประสงค์การเวนคืน

ในกรณีที่รัฐไม่ได้นำอสังหาริมทรัพย์ที่เวนคืนไปใช้ตามวัตถุประสงค์การเวนคืน คณะกรรมการกฤษฎีกาเคยให้ความเห็นทางกฎหมายไว้ ดังนี้

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสร็จที่ ๓๐๔/๒๕๔๑ ให้ความเห็นว่า “การที่กรมทางหลวงได้ที่ดินมาโดยมีการตกลงซื้อขายที่ดินระหว่างเจ้าของที่ดินกับเจ้าหน้าที่ตามมาตรา ๑๐ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๐ ทำให้กรรมสิทธิ์ในที่ดินโอนไปเป็นกรมทางหลวงนับแต่วันที่เจ้าหน้าที่ได้จ่ายเงินให้แก่เจ้าของที่ดินตามมาตรา ๑๑ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวแล้ว และเมื่อที่ดินดังกล่าวอยู่ในเขตทางหลวงจึงเป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน การจะคืนส่วนที่ไม่จำเป็นต้องใช้ในการก่อสร้างทางแยกต่างระดับให้แก่เจ้าของที่ดินเดิม จึงต้องตราเป็นพระราชบัญญัติตามมาตรา ๑๓๐๔ และมาตรา ๑๓๐๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์”

ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกาเรื่องเสร็จที่ ๕๙/๒๕๔๕ ให้ความเห็นว่า “แม้บทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จะมิได้กำหนดให้สิทธิแก่เจ้าของทรัพย์ที่ถูกเวนคืนในการซื้อทรัพย์ดังกล่าวคืนในกรณีที่มิได้ใช้ทรัพย์ที่เวนคืนมาภายในขอบวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืนไว้อย่างชัดเจนก็ตาม แต่เมื่อได้พิเคราะห์ถึงมาตรา ๔๙ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ ซึ่งเป็นรัฐธรรมนูญฉบับที่ใช้บังคับอยู่ในปัจจุบัน เห็นว่า หากรัฐมิได้ใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ที่เวนคืนตามวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืนแล้ว เจ้าของเดิมหรือทายาทสามารถขอซื้อทรัพย์นั้นคืนได้...”

๑.๒ รัฐไม่ได้นำอสังหาริมทรัพย์ที่เวนคืนไปใช้ตามวัตถุประสงค์ภายในระยะเวลาที่กำหนด

ในกรณีที่รัฐไม่ได้นำอสังหาริมทรัพย์ที่เวนคืนไปใช้ตามวัตถุประสงค์ภายในระยะเวลาที่กำหนด ศาลยุติธรรมและศาลปกครองเคยมีคำวินิจฉัยไว้ ดังนี้

คำพิพากษาศาลฎีกาที่ ๑๐๘๑/๒๔๙๔ พิพากษาว่า “เมื่อได้มีพระราชบัญญัติเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เพื่อขยายเขตท่าเรือกรุงเทพฯ พุทธศักราช ๒๔๘๖ เวนคืนที่ดินของราษฎรไปเป็นเวลาเกิน ๕ ปีแล้ว โดยกระทรวงเจ้าหน้าที่ผู้รักษาการตามพระราชบัญญัติมิได้จัดการใช้ที่ดินนั้นเลย หรือมิได้จัดการใช้ตามวัตถุประสงค์ของการเวนคืนนั้น เจ้าของที่ดินที่ถูกเวนคืนนั้นมีอำนาจขอที่ดินที่ถูกเวนคืนได้”

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. ๓๑๒/๒๕๕๙ พิพากษาว่า “เมื่อเวลาอันสมควรผ่านไปแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดียังไม่ได้ใช้ที่ดินที่เวนคืนมาดำเนินการตามวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืนตามที่ระบุไว้ ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นเจ้าของเดิมจึงมีสิทธิเรียกคืนที่ดินดังกล่าว ผู้ถูกฟ้องคดีย่อมมีหน้าที่ที่จะต้องคืนที่ดินที่เวนคืนมาให้แก่ผู้ฟ้องคดี”

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. ๑๑๗๗/๒๕๖๑ พิพากษาว่า “เมื่อที่ดินของผู้ฟ้องคดีที่ถูกเวนคืนไปไม่มีการใช้ประโยชน์ในการก่อสร้างถนนตามที่กำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินที่จะเวนคืน จึงเป็นกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีเวนคืนที่ดินไปโดยมิได้ใช้ประโยชน์ตามวัตถุประสงค์ของการเวนคืน ผู้ถูกฟ้องคดีจึงต้องคืนที่ดินที่เวนคืนไปให้แก่ผู้ฟ้องคดีตามที่ร้องขอเพราะเหตุที่ผู้ถูกฟ้องคดีเป็นฝ่ายที่มิได้ปฏิบัติตามวัตถุประสงค์ของการเวนคืนจนล่วงพ้นระยะเวลาที่กำหนดไว้ในพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินที่จะเวนคืน”

จากความเห็นทางกฎหมายและแนวคำวินิจฉัยของศาลดังกล่าวจะเห็นได้ว่า แม้กฎหมายว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จะไม่มีรายละเอียดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการคืนอสังหาริมทรัพย์ให้เจ้าของเดิม

หรือทายาทไว้ แต่องค์กรที่ทำหน้าที่ให้ความเห็นทางกฎหมายหรือองค์กรตุลาการก็ได้ให้การรับรองสิทธิของเจ้าของเดิมหรือทายาทให้สามารถขอคืนอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเวนคืนได้ หากปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ผู้ใช้อำนาจเวนคืนได้เวนคืนอสังหาริมทรัพย์ไปแล้ว แต่ไม่ได้ใช้ประโยชน์ตามวัตถุประสงค์ของการเวนคืนหรือไม่ได้นำไปใช้ประโยชน์ตามวัตถุประสงค์ภายในระยะเวลาที่กำหนด

๒. ผู้มีสิทธิขอคืน

พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ทุกฉบับ มิได้มีบัญญัตินิยาม คำว่า เจ้าของเดิมหรือทายาทไว้ อย่างไรก็ตาม ศาลปกครองสูงสุดเคยมีคำวินิจฉัยไว้ดังนี้

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๕๖๔/๒๕๕๗ วินิจฉัยว่า "มาตรา ๓๒ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พุทธศักราช ๒๔๗๗ อันเป็นพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ที่บังคับใช้อยู่ในขณะนั้น มิได้บัญญัตินิยามศัพท์คำว่า ทายาทของเจ้าของเดิมไว้เป็นการเฉพาะ จึงต้องพิจารณาตามบทบัญญัติในบรรพ ๖ มรดก แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทายาทจึงหมายถึงทายาทที่มีสิทธิตามกฎหมายที่เรียกว่าทายาทโดยธรรม และทายาทที่มีสิทธิตามพินัยกรรมที่เรียกว่า ผู้รับพินัยกรรมตามมาตรา ๑๖๐๓ แห่งประมวลกฎหมายดังกล่าว ดังนั้น ทายาทผู้สืบสันดานผู้ใดผู้หนึ่งจึงหมายถึงบุตรซึ่งเป็นผู้สืบสันดานของเจ้าของที่ดินเดิมและหรือผู้สืบสันดานในชั้นถัดลงไปโดยอาศัยสิทธิในการรับมรดกแทนที่ในกรณีที่บุตรของเจ้าของที่ดินเดิมถึงแก่ความตายแล้ว โดยหาใช่หมายถึงทายาทผู้หนึ่งผู้ใดก็ได้ของเจ้ามรดก"

๓. ระยะเวลาในการขอคืนอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเวนคืน

หลักการเกี่ยวกับระยะเวลาการขอคืนอสังหาริมทรัพย์ให้กับเจ้าของเดิมหรือทายาทนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช พ.ศ. ๒๕๒๑ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๓๔ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ และพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๔๙๗ พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๐ มิได้บัญญัติเกี่ยวกับระยะเวลาในการขอคืนอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเวนคืน คงมีเพียงพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๔๗๗ เท่านั้นที่กำหนดหลักการไว้ในมาตรา ๓๒ ว่า เว้นแต่จะเป็นที่ดินของรถไฟ ถ้าภายในห้าปีนับแต่วันประกาศใช้พระราชบัญญัติเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ ปรากฏว่าทรัพย์สินนั้นทั้งหมดหรือแต่ส่วนใดมิได้เคยใช้หรือกำลังใช้ในการสาธารณูปโภค หรือในการเหมืองแร่ อันเป็นความประสงค์ในการเวนคืนนั้นไซร้ เมื่อได้คืนเงินค่าทำขวัญที่ได้รับแล้ว ท่านว่าเจ้าของเดิม ทายาทเจ้าของเดิม หรือผู้โอนมีสิทธิเรียกทรัพย์สินคืนได้ แต่การเรียกร้องเช่นนั้น ท่านว่าต้องร้องภายในหนึ่งปีนับแต่วันพ้นกำหนดเวลาห้าปีดังกล่าวแล้วข้างต้น และการส่งทรัพย์สินคืนเช่นว่านั้นถ้าจะพึงมี ท่านให้ใช้บทบัญญัติมาตรา ๑๓๐๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ใช้บังคับ ซึ่งปัญหาเรื่องระยะเวลานี้ศาลปกครองมีคำวินิจฉัยไว้ดังนี้

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๕๘๘/๒๕๔๙ (ป.) วินิจฉัยว่า "เมื่อที่ดินพิพาทถูกเวนคืนเพื่อสร้างและขยายทางหลวงเทศบาลในบริเวณเพลิงไหม้ ในขณะที่พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๔๗๗ มีผลใช้บังคับ หากผู้ฟ้องคดีประสงค์จะขอคืนที่ดินที่ถูกเวนคืนดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีจะต้องใช้สิทธิเรียกร้องภายในหนึ่งปีนับแต่วันพ้นกำหนดเวลาห้าปีที่ประกาศใช้พระราชบัญญัติเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เพื่อสร้างและขยายทางหลวงเทศบาลในบริเวณเพลิงไหม้ฯ พ.ศ. ๒๔๙๐ ตามที่กำหนดในมาตรา ๓๒

แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พุทธศักราช ๒๔๗๗ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า พระราชบัญญัติเวนคืนดังกล่าวประกาศใช้บังคับเมื่อวันที่ ๑ ตุลาคม ๒๔๙๐ แต่ผู้ฟ้องคดีมีหนังสือลงวันที่ ๑๙ ธันวาคม ๒๕๔๖ ขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ คืนที่ดินพิพาทให้แก่ผู้ฟ้องคดี และฟ้องศาลปกครองเมื่อวันที่ ๑๔ ธันวาคม ๒๕๔๗ จึงเป็นการเรียกร้องเมื่อพ้นระยะเวลาตามมาตรา ๓๒ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พุทธศักราช ๒๔๗๗ การที่ผู้ฟ้องคดีนำคดีที่ขาดอายุความไปแล้วก่อนที่ศาลปกครองจะเปิดทำการมาฟ้องต่อศาลปกครองนั้น ศาลปกครองไม่อาจรับคำฟ้องไว้พิจารณาได้”

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๕๘๕/๒๕๖๐ วินิจฉัยว่า “การใช้สิทธิขอคืนที่ดินของผู้ฟ้องคดีต้องเป็นไปตามมาตรา ๓๒ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พุทธศักราช ๒๔๗๗ โดยพระยาประดิพัทธภูบาลและคุณหญิงประดิพัทธภูบาล ในฐานะเจ้าของเดิม หรือทายาทเจ้าของเดิมหรือผู้รับโอนจะต้องใช้สิทธิขอคืนที่ดินตามมาตรา ๓๒ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว คือ ภายในหนึ่งปีนับแต่พ้นกำหนดเวลาห้าปีนับตั้งแต่วันที่ถูกเวนคืนที่ดินไปตามพระราชบัญญัติเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เพื่อสร้างท่าเรือกรุงเทพฯ พุทธศักราช ๒๔๘๐ และพระราชบัญญัติเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เพื่อสร้างท่าเรือกรุงเทพฯ (ฉบับที่ ๒) พุทธศักราช ๒๔๘๒ แต่ไม่ปรากฏว่า พระยาประดิพัทธภูบาลและคุณหญิงประดิพัทธภูบาลในฐานะเจ้าของที่ดินเดิมหรือทายาทหรือผู้รับโอน ได้ใช้สิทธิขอคืนที่ดินภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ดังกล่าว สิทธิในการขอคืนที่ดินตามกฎหมายดังกล่าวของพระยาประดิพัทธภูบาลและคุณหญิงประดิพัทธภูบาล เจ้าของที่ดินเดิมรวมทั้งทายาทหรือผู้รับโอน จึงสูญสิ้นไปแล้วด้วยการที่ไม่ได้ใช้สิทธินั้นภายในระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนด”

๔. ผู้มีอำนาจพิจารณาคืนอสังหาริมทรัพย์ที่ได้จากการเวนคืน และการคืนเงินค่าทดแทนของเจ้าของเดิมหรือทายาท

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๒๑ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๓๔ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ และพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ทุกฉบับมิได้บัญญัติเกี่ยวกับผู้มีอำนาจพิจารณาคืนอสังหาริมทรัพย์ที่ได้จากการเวนคืน

สำหรับการคืนเงินค่าทดแทนของเจ้าของเดิมหรือทายาท ถือเป็นเงื่อนไขสำคัญในการคืนอสังหาริมทรัพย์ที่ได้จากการเวนคืนให้เจ้าของเดิมหรือทายาท โดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๒๑ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๓๔ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ต่างบัญญัติหลักการสอดคล้องกันว่า การคืนอสังหาริมทรัพย์ให้เจ้าของเดิมหรือทายาท และการเรียกคืนค่าทดแทนที่ชดใช้ไป ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ แต่อย่างไรก็ตาม ในช่วงเวลาดังกล่าวไม่ปรากฏว่ามีการออกกฎหมายระดับพระราชบัญญัติเกี่ยวกับการคืนอสังหาริมทรัพย์ให้เจ้าของเดิมหรือทายาทและการเรียกคืนค่าทดแทนที่ชดใช้ไปเพื่ออนุวัตให้เป็นไปตามรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับ และพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๐ เองก็มิได้มีการกำหนดหลักเกณฑ์หรือวิธีการเกี่ยวกับการคืนอสังหาริมทรัพย์ที่ได้จากการเวนคืนให้เจ้าของเดิมหรือทายาท อย่างไรก็ดี เมื่อเกิดประเด็นปัญหาข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิของเจ้าของเดิมหรือทายาทสำหรับการเรียกคืนอสังหาริมทรัพย์ในกรณีที่ศาลปกครองสูงสุด

วินิจฉัยให้หน่วยงานของรัฐคืนอสังหาริมทรัพย์ให้แก่เจ้าของเดิมหรือทายาท นั้น ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยเกี่ยวกับการคืนเงินค่าทดแทนของเจ้าของเดิมหรือทายาทให้แก่หน่วยงานของรัฐไว้ ดังนี้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๔๒๘/๒๕๕๓ พิพากษาว่า “ผู้ถูกฟ้องคดีได้ใช้ประโยชน์ที่ดินพิพาทในส่วนที่ถูกเวนคืนเพื่อสร้างทางหลวงทั้ง ๓ ครั้ง รวมเป็นเนื้อที่ ๖ ไร่ ๓๔ ๙/๑๐ ตารางวา หักกลบกับที่ดินพิพาทที่ถูกเวนคืนตามพระราชบัญญัติเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ฯ พ.ศ. ๒๕๓๒ จำนวน ๗ ไร่ ๓ งาน ๙๕ ตารางวา จึงยังคงเหลือเนื้อที่ดินที่ถูกเวนคืนแล้วผู้ถูกฟ้องคดีไม่ได้ใช้ประโยชน์ตามวัตถุประสงค์ในการเวนคืนจำนวน ๑ ไร่ ๓ งาน ๖๐ ๖/๑๐ ตารางวา ทั้งไม่ปรากฏว่าได้มีการตรากฎหมายเวนคืนที่ดินส่วนที่เหลือจากการใช้ประโยชน์ดังกล่าวไปใช้เพื่อการอื่นอีก ผู้ถูกฟ้องคดีจึงต้องคืนที่ดินส่วนที่เหลือดังกล่าวให้แก่ผู้ฟ้องคดีตามมาตรา ๓๓ วรรคห้า ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๒๑ และเมื่อผู้ฟ้องคดีได้รับเงินค่าทดแทนที่ดินแปลงพิพาทไปในตารางวาละ ๑,๐๐๐ บาท พร้อมดอกเบี้ยในอัตราสูงสุดของดอกเบี้ยเงินฝากประเภทฝากประจำของธนาคารออมสินนับแต่วันที่มีการวางเงินค่าทดแทนแล้ว ผู้ฟ้องคดีจึงต้องคืนค่าทดแทนพร้อมดอกเบี้ยที่รับไปในส่วนของที่ดินดังกล่าวคืนแก่ผู้ถูกฟ้องคดีตามมาตรา ๓๓ วรรคหก ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๒๑ ซึ่งใช้บังคับอยู่ในขณะเวนคืน และเมื่อยังไม่มีกฎหมายกำหนดการเรียกคืนค่าทดแทนที่ชดใช้ไป แต่การคืนที่ดินในกรณีดังกล่าวเป็นการกลับคืนสู่ฐานะดังที่เป็นอยู่เดิมของคู่กรณี เมื่อผู้ฟ้องคดีได้รับค่าทดแทนในส่วนของจำนวนที่ดินดังกล่าวไปแล้ว ผู้ฟ้องคดีจะต้องคืนค่าทดแทนตามจำนวนที่ได้รับไปคืนแก่ผู้ถูกฟ้องคดีพร้อมดอกเบี้ยในอัตราสูงสุดของดอกเบี้ยเงินฝากประเภทฝากประจำของธนาคารออมสินนับแต่เวลาที่มีการวางเงินจนกว่าจะชำระเสร็จให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดี ทั้งนี้ อนุโลมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๓๙๑ วรรคสอง”

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๓๖๒/๒๕๕๖ พิพากษาว่า “เมื่อผู้ฟ้องคดีได้รับเงินค่าทดแทนที่ดินแปลงพิพาทไปในราคาตารางวาละ ๖,๐๐๐ บาท พร้อมดอกเบี้ยในอัตราสูงสุดของดอกเบี้ยเงินฝากประเภทฝากประจำของธนาคารออมสินนับแต่วันที่มีการวางเงินค่าทดแทนนั้นแล้ว ผู้ฟ้องคดีทั้งสองจึงต้องคืนค่าทดแทนพร้อมดอกเบี้ยที่ได้รับไปในส่วนของที่ดินดังกล่าวคืนให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดี เมื่อในขณะที่มีการเวนคืนยังไม่มีกฎหมายกำหนดเรียกคืนค่าทดแทนที่ชดใช้ไป แต่การคืนที่ดินในกรณีดังกล่าวเป็นการกลับคืนสู่ฐานะเดิมของคู่กรณี เมื่อที่ดินส่วนที่เหลือจากการเวนคืนมีเนื้อที่จำนวน ๕๗ ๙๕/๑๐๐ ตารางวา ผู้ฟ้องคดีทั้งสองจึงต้องคืนค่าทดแทนที่ดินแก่ผู้ถูกฟ้องคดีในราคาตารางวาละ ๖,๐๐๐ บาท พร้อมดอกเบี้ยในอัตราสูงสุดของดอกเบี้ยเงินฝากประเภทฝากประจำของธนาคารออมสินนับแต่วันที่มีการวางเงิน ทั้งนี้ อนุโลมตามมาตรา ๓๙๑ วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์”

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๘๒๙/๒๕๕๖ พิพากษาว่า “เมื่อปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ได้เวนคืนที่ดินของผู้ฟ้องคดีไปแล้วแต่มิได้ใช้เพื่อวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืนนั้น จึงต้องคืนที่ดินให้แก่เจ้าของที่ดินหรือทายาทตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การที่ผู้ฟ้องคดีทั้งห้าได้ขอคืนที่ดินพิพาทแล้วแต่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองปฏิเสธไม่คืนที่ดินพิพาทให้ จึงเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีทั้งห้า ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองจึงต้องคืนที่ดินพิพาทให้แก่เจ้าของที่ดินหรือทายาทตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยกำหนด โดยให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองดำเนินการคืนที่ดินตามโฉนดที่ดินเลขที่ ๑๘๒๙ ส่วนที่ตกลงซื้อขายตามสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ฯ สัญญาที่ กจก. ๑/ดด./๐๑/๒๕๓๘ ลงวันที่ ๒ กุมภาพันธ์ ๒๕๓๘ ให้แก่

ผู้ฟ้องคดีที่ ๑ ที่ดินตามโฉนดที่ดินเลขที่ ๑๗๘๑ ส่วนที่ตกลงซื้อขายตามสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ฯ สัญญาที่ กจก.๑/ดด./๐๒/๒๕๓๘ ลงวันที่ ๒ กุมภาพันธ์ ๒๕๓๘ ให้แก่ผู้ฟ้องคดีที่ ๑ ผู้ฟ้องคดีที่ ๒ ผู้ฟ้องคดีที่ ๓ และผู้ฟ้องคดีที่ ๔ ที่ดินตามโฉนดที่ดินเลขที่ ๑๑๔๒๖๑ ส่วนที่ตกลงซื้อขายตามสัญญาซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ฯ สัญญาที่ กจก.๑/หข./๐๕/๒๕๓๘ ลงวันที่ ๒ กุมภาพันธ์ ๒๕๓๘ ให้แก่ผู้ฟ้องคดีที่ ๕ และให้ผู้ฟ้องคดีทั้งห้าคืนเงินที่ได้รับจากการซื้อขายที่ดินพิพาททั้งหมดให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง”

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๔๒๓/๒๕๕๘ พิพากษาว่า “ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ได้ใช้ประโยชน์ในที่ดินที่ถูกเวนคืนตามวัตถุประสงค์ที่ระบุไว้ ผู้ถูกฟ้องคดีจึงไม่มีอำนาจใดที่จะยึดถือที่ดินที่พิพาทต่อไป และต้องคืนที่ดินโฉนดที่ดินเลขที่ ๔๖๖๙ ให้แก่ผู้ฟ้องคดีทั้งสองตามมาตรา ๓๖ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๓๔ และมาตรา ๔๙ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ ซึ่งใช้บังคับอยู่ในขณะพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่ที่จะเวนคืนฯ พ.ศ. ๒๕๓๗ และพระราชกฤษฎีกากำหนดเขตที่ดินในบริเวณที่ที่จะเวนคืนฯ พ.ศ. ๒๕๔๒ ใช้บังคับ จึงให้ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการจดทะเบียนโอนที่ดินตามโฉนดที่ดินเลขที่ ๔๖๖๙ จำนวนเนื้อที่ประมาณ ๓ งาน ๖๙ ๗๕/๑๐๐ ตารางวา ให้แก่ผู้ฟ้องคดีทั้งสอง โดยผู้ถูกฟ้องคดีมีหน้าที่ชำระค่าธรรมเนียมตามที่หน่วยงานทางปกครองผู้มีหน้าที่เรียกเก็บ และให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองมีหน้าที่คืนเงินค่าทดแทนที่ดินจำนวน ๕,๒๕๐,๔๕๐ บาท แก่ผู้ถูกฟ้องคดีโดยต้องมีการจ่ายคืนค่าทดแทนให้แล้วเสร็จก่อนการจดทะเบียนโอนที่ดิน ทั้งนี้ ให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองดำเนินการคืนเงินให้แล้วเสร็จภายใน ๔๕ วัน นับแต่วันที่คดีถึงที่สุด และเมื่อผู้ฟ้องคดีทั้งสองมีการจ่ายเงินค่าทดแทนให้ผู้ถูกฟ้องคดีครบถ้วนแล้ว ให้ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการยื่นคำขอจดทะเบียนโอนที่ดินให้แล้วเสร็จภายใน ๖๐ วัน นับแต่วันที่ได้รับเงินค่าทดแทนครบถ้วนแล้วให้คืนค่าธรรมเนียมศาลทั้งหมดแก่ผู้ฟ้องคดีทั้งสอง”

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๓๑๒/๒๕๕๙ พิพากษาว่า “เมื่อเวลาอันสมควรล่วงพ้นไปแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดียังไม่ได้ใช้ที่ดินที่เวนคืนมาดำเนินการตามวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืนตามที่ระบุไว้ ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นเจ้าของเดิมจึงมีสิทธิตามบทบัญญัติมาตรา ๓๖ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๓๔ และมาตรา ๔๙ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ ที่จะเรียกที่ดินดังกล่าวคืน และเมื่อผู้ฟ้องคดีได้ใช้สิทธิเช่นว่านี้แล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีก็ย่อมมีหน้าที่ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยมาตราเดียวกันที่จะต้องคืนที่ดินที่เวนคืนมาให้แก่ผู้ฟ้องคดี จึงให้ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการจดทะเบียนโอนที่ดินตามโฉนดที่ดินเลขที่ ๒๐๗๒๒๕ เนื้อที่ประมาณ ๗๙.๘๙ ตารางวา ให้แก่ผู้ฟ้องคดี โดยผู้ถูกฟ้องคดีมีหน้าที่ชำระค่าธรรมเนียมตามที่หน่วยงานทางปกครองผู้มีหน้าที่เรียกเก็บ และให้ผู้ฟ้องคดีมีหน้าที่คืนเงินค่าทดแทนที่ดินจำนวน ๑,๕๕๗,๘๕๕ บาท แก่ผู้ถูกฟ้องคดีโดยต้องมีการจ่ายคืนค่าทดแทนให้แล้วเสร็จก่อนการจดทะเบียนโอนที่ดิน และเมื่อผู้ฟ้องคดีมีการจ่ายเงินค่าทดแทนให้ผู้ถูกฟ้องคดีครบถ้วนแล้ว ให้ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการยื่นคำขอจดทะเบียนโอนที่ดินให้แล้วเสร็จภายใน ๖๐ วัน นับแต่วันที่ได้รับเงินค่าทดแทนครบถ้วนแล้ว”

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๖๓๖/๒๕๖๑ พิพากษาว่า “ผู้ฟ้องคดีที่ ๑ ถูกเวนคืนที่ดินตามโฉนดที่ดินเลขที่ ๑๐๕๙๒๒ จำนวน ๑๗๖ ตารางวา และมีที่ดินส่วนที่เหลือในการก่อสร้างถนนไม่ได้ใช้ประโยชน์จำนวน ๕๑ ตารางวา ผู้ฟ้องคดีที่ ๑ จึงต้องคืนเงินค่าทดแทนที่ดินที่ได้รับไปในส่วนของที่ดินดังกล่าวให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ แม้ในขณะที่มีการเวนคืนยังไม่มีกฎหมายกำหนดเรียกคืนค่าทดแทนที่ชดใช้ไป แต่การ

คืนที่ดินในกรณีดังกล่าวเป็นการกลับคืนสู่ฐานะเดิมของคู่กรณี ผู้ฟ้องคดีที่ ๑ จึงต้องคืนเงินค่าทดแทนที่ดินที่ได้รับไปให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ต้องดำเนินการโอนกรรมสิทธิ์ที่ดินให้แก่ผู้ฟ้องคดีที่ ๑”

จากแนวคำวินิจฉัยดังกล่าวเห็นได้ว่า ในกรณีที่ศาลวินิจฉัยให้หน่วยงานของรัฐคืนอสังหาริมทรัพย์ให้แก่เจ้าของเดิมหรือทายาท นั้น ศาลจะกำหนดเงื่อนไขให้เจ้าของเดิมหรือทายาทใช้คืนเงินค่าทดแทนที่ได้รับไปด้วยเสมอ แต่มีข้อแตกต่างกันในส่วนของดอกเบี้ย ซึ่งมีแนวคำวินิจฉัยออกเป็น ๒ แนวทาง คือ แนวทางที่หนึ่ง เจ้าของเดิมหรือทายาทใช้คืนเงินค่าทดแทนที่ได้รับไปโดยไม่ต้องชำระดอกเบี้ย แนวทางที่สอง เจ้าของเดิมหรือทายาทใช้คืนเงินค่าทดแทนที่ได้รับไป พร้อมดอกเบี้ยในอัตราสูงสุดของดอกเบี้ยเงินฝากประเภทฝากประจำของธนาคารออมสินในแต่ละช่วงเวลา

ดังที่ได้กล่าวมาแล้ว หลักการคืนอสังหาริมทรัพย์ที่ได้จากการเวนคืนให้เจ้าของเดิมหรือทายาทได้มีการบัญญัติรับรองขึ้นทั้งในกฎหมายระดับรัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติ และองค์กรที่ทำหน้าที่ให้ความเห็นทางกฎหมายและองค์กรตุลากรไม่ว่าจะเป็นคณะกรรมการกฤษฎีกา ศาลยุติธรรมและศาลปกครองต่างก็ให้หลักประกันและความคุ้มครองแก่เจ้าของเดิมหรือทายาทที่จะมีสิทธิเรียกคืนอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเวนคืนจากผู้ใช้อำนาจเวนคืนได้ในฐานะที่เป็นสิทธิที่ได้รับการรับรองและคุ้มครองโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย อย่างไรก็ตาม โดยที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ฉบับต่าง ๆ ที่ผ่านมา มิได้มีการกำหนดรายละเอียด ขั้นตอนและวิธีการสำหรับการคืนอสังหาริมทรัพย์ที่ได้จากการเวนคืนให้เจ้าของหรือทายาทไว้ จึงทำให้เรื่องดังกล่าวนี้ไม่มีความชัดเจนก่อให้เกิดปัญหาการบังคับใช้ในทางปฏิบัติ

๒. กรณีหลังวันบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนและการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๖๒ (บังคับใช้ ณ วันที่ ๓๐ พฤษภาคม ๒๕๖๒)

๒.๑ สิทธิในการร้องขอคืนอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเวนคืนแล้วรัฐหรือหน่วยงานของรัฐมิได้ใช้ประโยชน์ตามวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืนภายในระยะเวลาที่กำหนด หรือมีอสังหาริมทรัพย์ที่เหลือจากการใช้ประโยชน์ได้รับรองไว้ตามบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ มาตรา ๓๗ วรรคห้า และวรรคหก ดังนี้ วรรคห้า บัญญัติว่า “กฎหมายเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ต้องระบุวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืนและกำหนดระยะเวลาการเข้าใช้อสังหาริมทรัพย์ให้ชัดแจ้ง ถ้ามิได้ใช้ประโยชน์เพื่อการนั้นภายในระยะเวลาที่กำหนดหรือมีอสังหาริมทรัพย์เหลือจากการใช้ประโยชน์และเจ้าของเดิมหรือทายาทประสงค์จะได้คืน ให้คืนแก่เจ้าของเดิมหรือทายาท” วรรคหก บัญญัติว่า “ระยะเวลาการขอคืนและการคืนอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเวนคืนที่มิได้ใช้ประโยชน์หรือที่เหลือจากการใช้ประโยชน์ให้แก่เจ้าของเดิมหรือทายาท และการเรียกคืนค่าทดแทนที่ชดใช้ไปให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ” ดังนั้น การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ที่เกิดขึ้นตั้งแต่วันที่ ๓๐ พฤษภาคม ๒๕๖๒ เป็นต้นไป หากรัฐหรือหน่วยงานของรัฐที่เวนคืนมิได้ใช้ประโยชน์ที่ดินที่ถูกเวนคืนตามวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืนภายในระยะเวลาที่กำหนดหรืออสังหาริมทรัพย์ที่เหลือจากการใช้ประโยชน์ เจ้าของเดิมหรือทายาทมีสิทธิที่จะร้องขอที่ดินที่ถูกเวนคืนจากรัฐได้

๒.๒ สิทธิการขอคืนอสังหาริมทรัพย์ตามข้อ ๒.๑ เป็นสิทธิเฉพาะตัวโอนให้กันมิได้ (มาตรา ๕๗ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนและการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ.๒๕๖๒)

๒.๓ การใช้ประโยชน์ในที่ดินที่ได้มาจากการเวนคืน “มาตรา ๕๑ บัญญัติว่า ที่ดินที่ดำเนินการให้ได้มาโดยวิธีการตามพระราชบัญญัตินี้ นอกจากการได้มาตามหมวด ๔ การได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์โดยวิธีการซื้อขาย เจ้าหน้าที่ต้องเริ่มดำเนินการตามวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืนไม่ช้ากว่าห้าปีนับแต่วันพ้นกำหนดระยะเวลาการใช้บังคับพระราชกฤษฎีกาตามมาตรา ๘ (๒) หรือภายในระยะเวลาที่กำหนดในพระราชบัญญัติเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ แล้วแต่กรณี

ในกรณีเป็นการเวนคืนเพื่อประโยชน์ในการสร้างทาง ทางรถไฟ คลอง หรือกิจการสาธารณประโยชน์อื่นที่ต้องใช้ที่ดินเป็นระยะทางยาวเกินสิบกิโลเมตร การเริ่มดำเนินการโครงการในส่วนหนึ่งส่วนใดแล้ว ให้ถือว่าได้มีการเริ่มดำเนินการตามวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืนตลอดเส้นทางแล้ว สำหรับกรณีอื่นเมื่อได้เริ่มดำเนินการและใช้ประโยชน์ในที่ดินเป็นส่วนใหญ่แล้ว ให้ถือว่าได้ดำเนินการตามวรรคหนึ่งแล้ว”

ในพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๐ ไม่มีบทบัญญัติกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐต้องใช้ประโยชน์ในอสังหาริมทรัพย์ที่ได้มาจากการเวนคืนภายในกำหนดเวลาใด จึงเป็นเหตุให้มีการฟ้องคดีขอคืนอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเวนคืนแม้ระยะเวลาการเวนคืนจะผ่านมานานแล้วก็ตาม และเจ้าหน้าที่ของรัฐก็มักจะต่อสู้คดีว่า แม้ขณะนี้ยังมิได้ใช้ประโยชน์แต่กำลังจะมีโครงการต่อเนื่องที่จะต้องใช้ประโยชน์ เพื่อให้เกิดความชัดเจนในประเด็นนี้ พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนและการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ.๒๕๖๒ จึงกำหนดระยะเวลาและแนวทางการใช้ประโยชน์ในที่ดินที่ได้มาจากการเวนคืนว่าต้องใช้ประโยชน์ภายใน ๕ ปี นับแต่วันพ้นกำหนดระยะเวลาการใช้บังคับพระราชกฤษฎีกาตามมาตรา ๘ (๒) หรือภายในระยะเวลาที่กำหนดในพระราชบัญญัติเวนคืนอสังหาริมทรัพย์แล้วแต่กรณี และถ้าเป็นกรณีเวนคืนเพื่อสร้างทาง ทางรถไฟ คลอง หรือกิจการสาธารณประโยชน์อื่นต้องใช้ที่ดินเป็นระยะทางยาวเกิน ๑๐ กิโลเมตร การเริ่มดำเนินการโครงการส่วนใดส่วนหนึ่งให้ถือว่ามีการดำเนินการตามวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืนตลอดเส้นทางแล้ว สำหรับกรณีอื่นเมื่อได้ดำเนินการและใช้ประโยชน์ในที่ดินส่วนใหญ่แล้วให้ถือว่าได้เริ่มดำเนินการแล้ว

๒.๔ ระยะเวลาในการใช้สิทธิขอคืนอสังหาริมทรัพย์ที่ได้มาจากการเวนคืนแล้วมิได้นำไปใช้ประโยชน์ตามวัตถุประสงค์หรือเหลือจากการใช้ประโยชน์ ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๓๐ มิได้มีบทบัญญัติในกรณีนี้ ดังนั้น เพื่อให้เกิดความชัดเจนยิ่งขึ้น พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนและการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๖๒ จึงบัญญัติเรื่องดังกล่าวตามบทบัญญัติ มาตรา ๕๓ บัญญัติว่า “ที่ดินที่ได้มาตามพระราชบัญญัตินี้ หากไม่ได้นำไปใช้ประโยชน์ตามวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืนภายในระยะเวลาตามมาตรา ๕๑ หรือเหลือจากการใช้ประโยชน์ ให้เจ้าของเดิมหรือทายาทมีสิทธิขอคืนที่ดินนั้น และในกรณีที่เจ้าของเดิมหรือทายาทมีที่ดินที่มีการซื้อขายตามมาตรา ๓๔ รวมเป็นแปลงเดียวกันกับที่ดินที่ขอคืน และเจ้าหน้าที่ยังมิได้นำที่ดินนั้นไปใช้ประโยชน์ ให้มีสิทธิขอคืนที่ดินดังกล่าวได้ด้วย

การขอคืนตามวรรคหนึ่ง เจ้าของเดิมหรือทายาทต้องยื่นคำร้องขอคืนต่อเจ้าหน้าที่ภายในสามปีนับแต่วันพ้นกำหนดระยะเวลาตามมาตรา ๕๑ ตามแบบและวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเทียนวายุราชการ

ในกรณีที่ได้เริ่มดำเนินการตามวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืน แต่ยังไม่สำเร็จ ไม่ว่าด้วยเหตุใด จนพ้นกำหนดระยะเวลาตามวรรคหนึ่ง มิให้ถือว่ายังไม่ได้นำไปใช้ประโยชน์ตามวรรคหนึ่ง ในกรณีเช่นนั้น ระยะเวลาตามวรรคสองให้นับแต่วันที่การดำเนินการแล้วเสร็จ

ที่ดินที่ได้ใช้ตามวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืนแล้ว หากในภายหลังหมดความจำเป็นในการใช้ตามวัตถุประสงค์ดังกล่าว หรือเมื่อพ้นระยะเวลาตามวรรคสองแล้ว เจ้าของเดิมหรือทายาทไม่มีสิทธิขอคืน”

จากบทบัญญัติดังกล่าวสรุปได้ว่า

ก. รูปแบบวิธีการใช้สิทธิขอคืนอสังหาริมทรัพย์ เจ้าของเดิมหรือทายาทต้องยื่นคำร้องขอคืนต่อเจ้าหน้าที่ภายในกำหนด ๓ ปี นับแต่วันพ้นกำหนดเวลาตามมาตรา ๕๑ และต้องยื่นคำร้องตามแบบและวิธีการที่กำหนดในกฎกระทรวง

ข. ในกรณีที่มีที่ดินที่ซื้อขายกันตามมาตรา ๓๔ รวมเป็นแปลงเดียวกันกับที่ดินที่ขอคืนให้มีสิทธิขอคืนที่ดินดังกล่าวได้ด้วย ซึ่งเป็นกรณียกเว้น เพราะโดยหลักแล้วถ้ามิใช่ที่ดินที่ถูกเวนคืนแต่เป็นการซื้อขายกันไม่สามารถขอคืนได้

ค. ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ได้เริ่มดำเนินการตามวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืนแล้ว แต่ยังไม่แล้วเสร็จตามมาตรา ๕๑ มิให้ถือว่ายังไม่ได้นำไปใช้ประโยชน์ กรณีนี้ระยะเวลายื่นคำร้อง ๓ ปี ให้เริ่มนับแต่วันที่ดำเนินการแล้วเสร็จ (มาตรา ๕๓ วรรคสาม)

ง. ที่ดินที่ได้มาจากการเวนคืนและได้ใช้ประโยชน์ตามวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืนแล้ว หากต่อมาภายหลังหมดความจำเป็นในการใช้หรือเมื่อพ้นกำหนดเวลา ๓ ปี นับแต่วันพ้นกำหนดเวลาตามมาตรา ๕๑ เจ้าของเดิมหรือทายาทไม่มีสิทธิขอคืน

๒.๕ กระบวนการในการร้องขอคืนอสังหาริมทรัพย์และวิธีการเพิกถอนคำร้อง

ก. ภายในเวลา ๖๐ วัน นับแต่วันได้รับคำร้องขอคืนอสังหาริมทรัพย์ ให้แต่งตั้งคณะกรรมการประกอบด้วย เจ้าหน้าที่เวนคืนเป็นประธาน ผู้แทนสำนักงบประมาณ ผู้แทนกรมธนารักษ์ ผู้แทนกรมที่ดิน และผู้แทนสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน เป็นกรรมการ เพื่อพิจารณาคำร้องของเจ้าของเดิมหรือทายาท โดยให้พิจารณาให้แล้วเสร็จภายใน ๑๒๐ วัน นับแต่วันได้รับการแต่งตั้ง หากไม่แล้วเสร็จรัฐมนตรีสามารถขยายระยะเวลาออกไปอีก ๖๐ วัน เมื่อพิจารณาแล้วเสร็จให้แจ้งให้ผู้ร้องทราบภายใน ๑๕ วัน (มาตรา ๕๕ วรรคหนึ่ง)

ข. ในกรณีที่คณะกรรมการตามข้อ ก. วินิจฉัยให้ยกคำร้องขอหรือมิได้มีคำวินิจฉัยภายในกำหนดเวลาตามมาตรา ๕๕ หรือระยะเวลาที่ขยายตามมาตรา ๕๕ วรรคสอง เจ้าของเดิมหรือทายาทผู้ยื่นคำร้องขอมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองภายใน ๑๒๐ วัน นับแต่วันที่ได้รับหนังสือแจ้งตามมาตรา ๕๕ วรรคหนึ่ง หรือนับแต่วันที่พ้นกำหนดเวลาที่ต้องดำเนินการ แล้วแต่กรณี (มาตรา ๕๖)

ค. ในกรณีที่คณะกรรมการตามข้อ ก. วินิจฉัยให้คืนอสังหาริมทรัพย์ ให้เจ้าหน้าที่แจ้งให้เจ้าของเดิมหรือทายาททราบถึงจำนวนเงินค่าทดแทนพร้อมดอกเบี้ยที่จะต้องคืน และแจ้งให้เจ้าของเดิมหรือทายาทกำหนดวันขอรับโอนที่ดิน และแจ้งให้เจ้าหน้าที่ทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่า ๑๕ วัน แต่ไม่ช้ากว่า ๑๘๐ วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งจากเจ้าหน้าที่ แต่ในกรณีมีเหตุจำเป็นเจ้าของเดิมหรือทายาทจะขอขยายระยะเวลา

๑๘๐ วัน ออกไปได้อีก แต่ต้องแจ้งให้เจ้าหน้าที่ทราบก่อนครบกำหนดและเมื่อรวมเวลาที่ขอขยายแล้ว ต้องไม่เกิน ๓๖๐ วัน (มาตรา ๕๕ วรรคสาม)

ง. เจ้าของเดิมหรือทายาทซึ่งร้องขอคืนที่ดิน ต้องคืนเงินค่าทดแทนในส่วนที่เกี่ยวกับที่ดินที่เจ้าหน้าที่ได้จ่ายให้แก่ผู้มีสิทธิ รวมทั้งดอกเบี้ยในอัตราร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปีนับแต่วันที่ได้รับเงินค่าทดแทนหรือนับแต่วันที่เจ้าหน้าที่วางเงินค่าทดแทนจนถึงวันที่ยื่นคำร้องขอคืน เว้นแต่เจ้าของเดิมหรือทายาทจะพิสูจน์ได้ว่าเงินค่าทดแทนที่จะต้องคืนเมื่อรวมกับดอกเบี้ยแล้วจะสูงกว่าราคาในท้องตลาดของที่ดินที่ขอคืน ในกรณีเช่นนั้นให้เจ้าของเดิมหรือทายาทคืนเงินเท่าที่ไม่เกินราคาในท้องตลาดของที่ดินนั้น ทั้งนี้ โดยใช้ราคา ณ วันที่ยื่นคำร้องขอคืน (มาตรา ๕๔)

จ. การโอนที่ดินคืนให้แก่เจ้าของเดิมหรือทายาทจะกระทำได้เมื่อเจ้าหน้าที่ได้รับเงินค่าทดแทนและดอกเบี้ยตามข้อ ง. แล้ว และสามารถจดทะเบียนโอนคืนให้แก่เจ้าของเดิมหรือทายาท แม้ว่าที่ดินนั้นจะจดทะเบียนเป็นที่ราชพัสดุแล้วก็ตาม (มาตรา ๕๕ วรรคสี่)

ฉ. เจ้าของเดิมหรือทายาทผู้ใดไม่ไปรับโอนพร้อมทั้งชำระเงินค่าทดแทนและดอกเบี้ยตามวันเวลาที่ตนกำหนด หรือไม่แจ้งกำหนดวันขอรับโอนตามข้อ ค. ให้ถือว่าเจ้าของเดิมหรือทายาทสละสิทธิที่จะขอคืนที่ดินนั้น (มาตรา ๕๕ วรรคท้าย)

เมื่อพิจารณาจากบทบัญญัติของพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนและการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ.๒๕๖๒ ในส่วนที่เกี่ยวกับการขอคืนอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเวนคืนแล้วไม่ได้นำไปใช้ประโยชน์ตามวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืนหรือเหลือจากการใช้ประโยชน์แล้ว จะเห็นได้ว่า กฎหมายเวนคืนฉบับใหม่ได้อุดช่องว่างความไม่ชัดเจนในส่วนนี้ของกฎหมายเวนคืน ฉบับปี พ.ศ.๒๕๓๐ หลายประการ ไม่ว่าจะเป็นประเด็นสิทธิในการร้องขอคืน กำหนดระยะเวลาในการร้องขอคืน กระบวนการวิธีการในการร้องขอคืน กระบวนการในการพิจารณาคำร้องขอคืน ความหมายของการใช้ประโยชน์ที่ดินที่ถูกเวนคืน อายุความในการฟ้องคดีขอคืนอสังหาริมทรัพย์ โดยเฉพาะอย่างยิ่งได้กำหนดจำนวนเงินค่าทดแทนพร้อมดอกเบี้ยที่เจ้าของเดิมหรือทายาทจะต้องคืนให้แก่เจ้าหน้าที่ ซึ่งในกฎหมายเวนคืน ฉบับปี พ.ศ. ๒๕๓๐ ไม่ได้บัญญัติไว้ และก่อนที่จะมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนและการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๖๒ การคืนเงินค่าทดแทนที่เจ้าของเดิมหรือทายาทรับไว้ให้แก่เจ้าหน้าที่ จึงขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลที่พิจารณาพิพากษาคดี ซึ่งศาลมีคำวินิจฉัย ๒ แนวทาง คือ แนวทางที่หนึ่ง เจ้าของที่ดินเดิมหรือทายาทต้องคืนเงินค่าทดแทนเท่าที่ได้รับไป แนวทางที่สอง เจ้าของเดิมหรือทายาทต้องคืนเงินค่าทดแทนที่รับไปพร้อมดอกเบี้ยเงินฝากประเภทฝากประจำของธนาคารออมสินในแต่ละห้วงเวลา แต่ตามพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนและการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ.๒๕๖๒ มาตรา ๕๔ กำหนดให้เจ้าของเดิมหรือทายาทต้องคืนเงินค่าทดแทนในส่วนที่เกี่ยวกับที่ดินที่เจ้าหน้าที่ได้จ่ายให้แก่ผู้มีสิทธิรวมทั้งดอกเบี้ยในอัตราร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปีนับแต่วันที่ได้รับเงินค่าทดแทนหรือนับแต่วันที่เจ้าหน้าที่วางเงินค่าทดแทนจนถึงวันที่ยื่นคำร้องขอคืน เว้นแต่เจ้าของเดิมหรือทายาทจะพิสูจน์ได้ว่าเงินค่าทดแทนที่จะต้องคืนเมื่อรวมกับดอกเบี้ยแล้วจะสูงกว่าราคาในท้องตลาดของที่ดินที่ขอคืน ในกรณีเช่นนั้น ให้เจ้าของเดิมหรือทายาทคืนเงินเท่าที่ไม่เกินราคาในท้องตลาดของที่ดินนั้น โดยใช้ราคา ณ วันที่ยื่นคำร้องขอคืน ผู้เขียนเห็นว่า บทบัญญัติมาตรา ๕๔

แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนและการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๖๒ ดังกล่าว ไม่สอดคล้องกับหลักนิติธรรมและความเป็นธรรมด้วยเหตุผล ดังนี้

๑. รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ มาตรา ๓๗ บัญญัติว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิในทรัพย์สินและการสืบมรดกของเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นว่านี้ ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อการอันเป็นสาธารณูปโภค การป้องกันประเทศ หรือการได้มาซึ่งทรัพยากรธรรมชาติ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น และต้องชดใช้ค่าทดแทนที่เป็นธรรมภายในเวลาอันควรแก่เจ้าของตลอดจนผู้ทรงสิทธิบรรดาที่ได้รับความเสียหายจากการเวนคืน โดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะ ผลกระทบต่อผู้ถูกเวนคืน รวมทั้งประโยชน์ที่ผู้ถูกเวนคืนอาจได้รับจากการเวนคืนนั้น

การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ ให้กระทำเพียงเท่าที่จำเป็นต้องใช้เพื่อการที่บัญญัติไว้ในวรรคสาม เว้นแต่เป็นการเวนคืนเพื่อนำอสังหาริมทรัพย์ที่เวนคืนไปชดเชยให้เกิดความเป็นธรรมแก่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเวนคืนตามที่กฎหมายบัญญัติ

กฎหมายเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ต้องระบุวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืนและกำหนดระยะเวลาการเข้าใช้อสังหาริมทรัพย์ให้ชัดแจ้ง ถ้ามิได้ใช้ประโยชน์เพื่อการนั้นภายในระยะเวลาที่กำหนด หรือมีอสังหาริมทรัพย์เหลือจากการใช้ประโยชน์ และเจ้าของเดิมหรือทายาทประสงค์จะได้คืน ให้คืนแก่เจ้าของเดิมหรือทายาท

ระยะเวลาการขอคืนและการคืนอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเวนคืนที่มิได้ใช้ประโยชน์ หรือที่เหลือจากการใช้ประโยชน์ให้แก่เจ้าของเดิมหรือทายาท และการเรียกคืนค่าทดแทนที่ชดใช้ไป ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

การตรากฎหมายเวนคืนอสังหาริมทรัพย์โดยระบุเจาะจงอสังหาริมทรัพย์หรือเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเวนคืนตามความจำเป็นมิให้ถือว่าเป็นการขัดต่อมาตรา ๒๖ วรรคสอง”

จากบทบัญญัติดังกล่าวของรัฐธรรมนูญได้วางหลักว่า การคืนอสังหาริมทรัพย์จะกระทำมิได้ เว้นแต่โดยอาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่ตราขึ้นเพื่อการอันเป็นสาธารณูปโภค การป้องกันประเทศ หรือการได้มาซึ่งทรัพยากรธรรมชาติ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น ดังนั้น การเวนคืนที่อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย (พระราชบัญญัติเวนคืนหรือพระราชกฤษฎีกากำหนดบริเวณที่จะเวนคืน) แต่ไม่เข้าบทยกเว้น (เพื่อการอันเป็นสาธารณูปโภค การป้องกันประเทศ หรือการได้มาซึ่งทรัพยากรธรรมชาติ หรือเพื่อประโยชน์สาธารณะอย่างอื่น) กล่าวคือ ตามวัตถุประสงค์แหงการเวนคืน กล่าวอ้างว่าจะนำอสังหาริมทรัพย์ที่เวนคืนไปใช้ประโยชน์ตามวัตถุประสงค์ดังกล่าว แต่ในความเป็นจริงกลับไม่ได้นำอสังหาริมทรัพย์ที่เวนคืนนั้นไปใช้ประโยชน์ตามวัตถุประสงค์ หรือเหลือจากการใช้ประโยชน์ จึงต้องถือว่าไม่มีเหตุที่เข้าบทยกเว้นให้เวนคืนได้ตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๗ วรรคสาม การเวนคืนเฉพาะในส่วนนั้น ๆ จึงไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ เจ้าของเดิมหรือทายาทจึงมีสิทธิโดยชอบธรรมที่จะร้องขอคืนอสังหาริมทรัพย์ดังกล่าวได้

๒. การขอคืนอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเวนคืนแล้วเจ้าหน้าที่มิได้นำไปใช้ประโยชน์ตามวัตถุประสงค์แห่งการเวนคืนหรือเหลือจากการใช้ประโยชน์ เป็นความเสียหายที่สืบเนื่องจากการเวนคืน จึงต้องอยู่ในบังคับของบทบัญญัติมาตรา ๓๗ วรรคสาม ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ซึ่งกำหนดไว้ว่า เจ้าหน้าที่จะต้องชดใช้ค่าทดแทนที่เป็นธรรมภายในเวลาอันควรแก่เจ้าของ ตลอดจนผู้ทรงสิทธิบรรดาที่ได้รับ

ความเสียหายจากการเวนคืน โดยคำนึงถึงประโยชน์สาธารณะ ผลกระทบต่อผู้ถูกเวนคืน รวมทั้งประโยชน์ที่ผู้ถูกเวนคืนอาจได้รับจากการเวนคืนนั้น เมื่อการเวนคืนในกรณีนี้เป็นการเวนคืนที่ไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยที่ความผิดพลาดเกิดจากเจ้าหน้าที่ มิใช่เกิดจากเจ้าของอสังหาริมทรัพย์ การเยียวยาความเสียหายในการขอคืนอสังหาริมทรัพย์ก่อนวันบังคับใช้พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนและการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ.๒๕๖๒ (๓๐ พฤษภาคม ๒๕๖๒) ซึ่งมิได้มีกฎหมายกำหนดจำนวนเงินค่าทดแทนที่จะต้องคืนกันไว้ และศาลปกครองได้มีคำพิพากษาเป็น ๒ แนวทาง กล่าวคือ

แนวทางที่หนึ่ง เห็นว่า การเวนคืนไม่ชอบด้วยกฎหมาย เจ้าของเดิมหรือทายาทจึงต้องคืนเงินค่าทดแทนจำนวนเท่าที่ได้รับไว้เท่านั้น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๘๒๙/๒๕๕๖, อ. ๑๔๒๓/๒๕๕๘ อ. ๓๑๒/๒๕๕๙ และ อ. ๖๓๖/๒๕๖๑)

แนวทางที่สอง เห็นว่า การเวนคืนไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงต้องให้คู่กรณีกลับสู่สถานะเดิม เช่น กรณีการเลิกสัญญาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๓๙๑ ซึ่งวรรคสองของมาตราดังกล่าวกำหนดให้เงินอันจะต้องใช้คืน ท่านให้บวกดอกเบี้ยเข้าด้วยตั้งแต่เวลาที่ได้รับไว้ ซึ่งศาลจะให้บวกดอกเบี้ยในอัตราสูงสุดของดอกเบี้ยเงินฝากประเภทฝากประจำของธนาคารออมสินในแต่ละห้วงเวลา (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด อ. ๔๒๘/๒๕๕๓ และ อ. ๓๖๒/๒๕๕๖) แต่พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนและการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๖๒ มาตรา ๕๔ กลับกำหนดให้เจ้าของเดิมหรือทายาทต้องคืนเงินค่าทดแทนในส่วนที่เกี่ยวกับที่ดินที่เจ้าหน้าที่ได้จ่ายให้แก่ผู้มีสิทธิ รวมทั้งดอกเบี้ยในอัตราร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปีนับแต่วันที่ได้รับเงินทดแทนหรือนับแต่วันที่เจ้าหน้าที่วางเงินค่าทดแทนจนถึงวันที่ยื่นคำร้องขอคืน เว้นแต่เจ้าของเดิมหรือทายาทจะพิสูจน์ได้ว่า เงินค่าทดแทนที่จะต้องคืนเมื่อรวมกับดอกเบี้ยแล้วจะสูงกว่าราคาในท้องตลาดของที่ดินที่ขอคืน ในกรณีเช่นนั้น ให้เจ้าของเดิมหรือทายาทคืนเงินเท่าที่ไม่เกินราคาในท้องตลาดของที่ดินนั้น ทั้งนี้โดยใช้ราคา ณ วันที่ยื่นคำร้องขอคืน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า เป็นการกำหนดจำนวนเงินค่าทดแทนพร้อมดอกเบี้ยที่สร้างภาระเกินสมควรแก่เจ้าของเดิมหรือทายาท และเมื่อเปรียบเทียบกับกรณีที่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์เดิมหรือทายาท และเมื่อเปรียบเทียบกับกรณีที่เจ้าของอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเวนคืนได้อุทธรณ์เงินค่าทดแทนหรือฟ้องคดีต่อศาลขอเงินค่าทดแทนเพิ่ม และรัฐมนตรีหรือศาลวินิจฉัยให้จ่ายเงินค่าทดแทนเพิ่มขึ้นให้เจ้าของมีสิทธิได้รับดอกเบี้ยในอัตราสูงสุดของดอกเบี้ยเงินฝากประเภทฝากประจำของธนาคารออมสินในจำนวนเงินที่เพิ่มขึ้น (พระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนและการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๖๒ มาตรา ๕๐ วรรคสอง) หรือกรณีที่เจ้าหน้าที่ไม่สามารถจ่ายเงินค่าทดแทนตามสัญญาตกลงซื้อขายภายใน ๑๒๐ วัน นับแต่วันทำสัญญาตามมาตรา ๒๕ วรรคสอง หรือเจ้าหน้าที่ไม่สามารถจ่ายเงินหรือวางเงินค่าทดแทนภายใน ๑๒๐ วัน นับแต่วันที่พระราชบัญญัติเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ใช้บังคับตามมาตรา ๔๕ วรรคสอง ให้ผู้มีสิทธิได้รับเงินค่าทดแทนมีสิทธิได้รับดอกเบี้ยในอัตราร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปีนับแต่วันที่ครบกำหนดต้องจ่ายเงินจนถึงวันที่จ่ายเงินหรือวางเงินทดแทน (มาตรา ๔๗) ซึ่งทั้งสองกรณีล้วนแล้วแต่เกิดจากความบกพร่องของเจ้าหน้าที่ทั้งสิ้น โดยเฉพาะกรณีตามมาตรา ๔๗ เป็นเรื่องที่เจ้าหน้าที่ผิดนัดชำระหนี้ตามกฎหมาย แต่ในกรณีการที่เจ้าของเดิมหรือทายาทร้องขอคืนอสังหาริมทรัพย์ที่ถูกเวนคืนไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นเหตุที่เกิดขึ้นโดยมิใช่ความผิดของเจ้าของเดิมหรือทายาทแต่อย่างใด แต่มาตรา ๕๔ กลับกำหนดภาระอันเกิดจากการร้องขอคืนอสังหาริมทรัพย์ให้ต้องจ่ายดอกเบี้ยในอัตรา

ร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปีนับแต่วันที่ได้รับเงินจนถึงวันที่ยื่นคำร้องขอคืน ซึ่งเป็นมาตรฐานเดียวกันกับมาตรา ๔๗ จึงยากที่จะอธิบายเหตุผลได้ ประกอบกับเมื่อพิจารณาจากดอกเบี้ยผิดนัดตาม ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๗ และมาตรา ๒๒๔ (แก้ไขเพิ่มเติม พ.ศ. ๒๕๖๔) มาตรา ๓ และมาตรา ๔ ซึ่งกำหนดว่าถ้าจะต้องเสียดอกเบี้ยแก่กัน และมิได้กำหนดดอกเบี้ยไว้โดยนิติกรรมหรือโดยกฎหมายอันชัดแจ้งให้ใช้อัตราร้อยละ ๓ ต่อไป และหนี้เงินนั้นให้คิดดอกเบี้ยในระหว่างผิดนัดในอัตราที่กำหนดตามมาตรา ๗ (ร้อยละ ๓ ต่อปี) บวกด้วยอัตราเพิ่มร้อยละ ๒ ต่อปี... ซึ่งปัจจุบันดอกเบี้ยผิดนัดตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ในกรณีที่นิติกรรมหรือกฎหมายไม่ได้กำหนดไว้ชัดแจ้ง จึงอยู่ที่อัตราร้อยละ ๕ ต่อปี ซึ่งก็ยังต่ำกว่าอัตราดอกเบี้ยในการขอคืนอสังหาริมทรัพย์ตามมาตรา ๕๔ แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนและการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๖๒ จริงอยู่เราอาจจะมองว่าเจ้าของเดิมหรือทายาทได้ประโยชน์จากการที่ได้รับเงินค่าทดแทน แต่ภาระที่เกิดขึ้นในการต้องชดใช้ดอกเบี้ยในอัตราร้อยละเจ็ดครึ่งต่อปี ซึ่งเป็นภาระที่หนักยิ่งเสียกว่าการผิดนัดชำระหนี้ จึงเป็นกรณีที่ไม่เป็นธรรมอย่างยิ่ง ผู้เขียนเห็นว่าในการร้องขอคืนอสังหาริมทรัพย์ หากเจ้าของเดิมหรือทายาทจำต้องมีภาระในเรื่องดอกเบี้ย อย่างมากที่สุดก็ไม่ควรเกินอัตราดอกเบี้ยสูงสุดของดอกเบี้ยเงินฝากประเภทฝากประจำของธนาคารออมสินตามมาตรา ๕๐ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติว่าด้วยการเวนคืนและการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ พ.ศ. ๒๕๖๒

การดำเนินกระบวนพิจารณาซ้ำ

ประวิตร บุญเทียม
ประธานแผนกคดีละเมิดและความรับผิดอย่างอื่นในศาลปกครองสูงสุด

การดำเนินกระบวนพิจารณาซ้ำเป็นข้อห้ามตามกฎหมายที่ไม่ต้องการให้ศาลวินิจฉัยคดีหรือประเด็นใดประเด็นหนึ่งซ้ำกับที่ได้เคยวินิจฉัยไว้แล้ว อันเป็นบทบัญญัติที่อยู่ในกลุ่มเดียวกับฟ้องซ้ำหรือฟ้องซ้อน ซึ่งในกฎหมายวิธีพิจารณาทั้งของศาลยุติธรรมและศาลปกครองต่างก็มีบทบัญญัติเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนพิจารณาซ้ำเช่นเดียวกัน

สำหรับการพิจารณาคดีของศาลปกครองนั้น ระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓ ได้กำหนดเรื่องการดำเนินกระบวนพิจารณาซ้ำไว้ในข้อ ๙๖ ซึ่งมีสาระสำคัญว่า เมื่อศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีหรือประเด็นข้อใดแห่งคดีแล้ว ห้ามมิให้ดำเนินกระบวนพิจารณาในศาลนั้นอันเกี่ยวกับคดีหรือประเด็นที่ได้วินิจฉัยชี้ขาดแล้วนั้น

ดังนั้น การดำเนินกระบวนพิจารณาซ้ำซึ่งต้องห้ามตามระเบียบดังกล่าว จึงเป็นการห้ามมิให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งใดๆ ซ้ำอีกในคดีที่มีคำพิพากษาหรือคำสั่ง หรือแม้แต่มีคำวินิจฉัย เฉพาะประเด็นข้อใดแห่งคดีแล้ว ซึ่งระเบียบไม่ได้กำหนดว่าจะต้องมีคู่กรณีเป็นฝ่ายเดียวกันเท่านั้น อีกทั้งไม่ได้กำหนดว่าคำพิพากษาหรือคำสั่งดังกล่าวต้องถึงที่สุดแล้วแต่อย่างใด ซึ่งบางครั้งการพิจารณาว่าเป็นกรณีฟ้องซ้ำหรือฟ้องซ้อนหรือดำเนินกระบวนพิจารณาซ้ำก็อาจมีความสับสน จึงต้องพิจารณาหลักเกณฑ์ตามที่กำหนดไว้ให้ครบถ้วน

ศาลปกครองสูงสุดโดยที่ประชุมใหญ่ฯ ได้วินิจฉัยเกี่ยวกับการดำเนินกระบวนพิจารณาซ้ำตามคำสั่งที่ ๘๒๘/๒๕๖๐ คำสั่งที่ ๑๔๖/๒๕๖๑ คำสั่งที่ ๙๖/๒๕๖๑ และคดีหมายเลขแดง ที่ อ. ๙๙/๒๕๖๒ ดังนี้

กรณีดังกล่าวมีมูลเหตุมาจากการที่เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐกระทำละเมิด ทำให้หน่วยงานได้รับความเสียหาย หน่วยงานของรัฐจึงออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่รับผิดชำระค่าสินไหมทดแทน เจ้าหน้าที่จึงฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ขอให้เพิกถอนคำสั่งที่ให้รับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทน อันเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ศาลปกครองชั้นต้นมีคำพิพากษาว่าผู้ฟ้องคดีกระทำละเมิด แต่ค่าเสียหายสูงเกินส่วนจึงพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งของหน่วยงาน

ของรัฐในส่วนที่ให้รับผิดชดใช้ค่าเสียหายเกินสมควร คู่กรณีทั้งสองฝ่ายอุทธรณ์ คดีอยู่ระหว่างการพิจารณาของศาลปกครองสูงสุด

ระหว่างนั้น เจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นผู้ฟ้องคดีถึงแก่ความตาย หน่วยงานของรัฐจึงมีหนังสือเรียกให้ทายาทของเจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน แต่ทายาทเพิกเฉย หน่วยงานของรัฐจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง ขอให้ศาลพิพากษาให้ทายาทของเจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน อันเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย ตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งการฟ้องคดีหลังดังกล่าวไม่เป็นการฟ้องซ้ำกับคดีแรกตามระเบียบข้อ ๙๗ เพราะคำขอท้ายฟ้องอันเป็นวัตถุแห่งคดีแตกต่างกันและคดีเดิมยังไม่ใช่คำพิพากษาถึงที่สุด และไม่เป็นการฟ้องซ้อนตามระเบียบข้อ ๓๖ เพราะไม่ใช่ผู้ฟ้องคดีคนเดียวกัน จึงมีปัญหาเพียงว่าเป็นการดำเนินกระบวนพิจารณาซ้ำหรือไม่เท่านั้น

ศาลปกครองสูงสุดโดยที่ประชุมใหญ่วินิจฉัยว่า การที่ศาลในคดีหลังจะมีคำพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งเป็นทายาทของเจ้าหน้าที่ ชำระค่าเสียหายให้แก่หน่วยงานของรัฐผู้ฟ้องคดีได้ ศาลต้องวินิจฉัยให้ได้ความก่อนว่าเจ้าหน้าที่ซึ่งเป็นเจ้ามรดกกระทำละเมิดต่อหน่วยงานของรัฐหรือไม่และต้องชดใช้ค่าเสียหายเป็นจำนวนเท่าใด ซึ่งเป็นประเด็นเดียวกันกับคดีที่ศาลปกครองชั้นต้นได้เคยวินิจฉัยไว้แล้ว จึงเป็นกรณีที่มีคำพิพากษาหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดีแล้ว จึงต้องห้ามมิให้ดำเนินกระบวนพิจารณาอันเกี่ยวกับคดีที่ได้วินิจฉัยชี้ขาดแล้วตามระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓ ข้อ ๙๖ ศาลจึงไม่อาจรับคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีไว้พิจารณาได้อีกต่อไป

จากคดีดังกล่าวพอเห็นหลักได้ว่า แม้คดีแรกจะมีคำขอให้เพิกถอนคำสั่งให้รับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทน ส่วนคดีหลังมีคำขอให้รับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทน วัตถุแห่งคดีจึงแตกต่างกันและเป็นคดีต่างประเภทกัน แต่ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า สาระสำคัญในคดีเป็นอย่างเดียวกันคือ เจ้าหน้าที่กระทำละเมิดต่อหน่วยงานรัฐหรือไม่ การฟ้องคดีหลังจึงเป็นการดำเนินกระบวนพิจารณาซ้ำตามระเบียบข้อ ๙๖

ดังนั้น ในทางปฏิบัติหากเจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานของรัฐต่างนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นในช่วงเวลาเดียวกัน ศาลจะต้องรับคดีทั้งสองคดีไว้พิจารณา เนื่องจากในขณะยื่นฟ้องไม่เป็นการฟ้องซ้ำฟ้องซ้อนหรือดำเนินกระบวนพิจารณาซ้ำ แต่เมื่อต่อมาศาลปกครองชั้นต้นมีคำพิพากษาในคดีใดคดีหนึ่งแล้ว ศาลจะต้องจำหน่ายคดีอีกคดีหนึ่งทันที เนื่องจากต้องห้ามมิให้ดำเนินกระบวนพิจารณาอันเกี่ยวกับคดีที่ได้วินิจฉัยชี้ขาดแล้วตามระเบียบข้อ ๙๖ ศาลจึงไม่อาจรับคำฟ้องคดีดังกล่าวไว้พิจารณาได้อีกต่อไป ตามนัยคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดนี้

ระยะเวลาการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง กรณีเจ้าหน้าที่กระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด

สมชัย วัฒนการุณ*
คะนึง จันทร์สงเคราะห์**

ในการดำเนินคดีกับเจ้าหน้าที่ กรณีการทำละเมิดจากการปฏิบัติหน้าที่มีปัญหาเรื่องการนับระยะเวลาการฟ้องคดีต่อศาลปกครองแตกต่างกันหลายลักษณะ จึงได้รวบรวมแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่มีอยู่ในแต่ละกรณี เพื่อประกอบการศึกษาการฟ้องคดีในเรื่องการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่จากการปฏิบัติหน้าที่

๑. กรณีบุคคลผู้ได้รับความเสียหายเป็นผู้ใช้สิทธิฟ้องคดี

(๑) กรณีการกระทำละเมิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๑๖๗/๒๕๖๔ คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย ตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งตามมาตรา ๕๑ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน บัญญัติให้การฟ้องคดีตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) ต้องยื่นฟ้องภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี แต่ไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่มีเหตุแห่งการฟ้องคดี เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า เจ้าหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ได้ออกโฉนดที่ดินเลขที่ ๔๖๗๘๒ เนื้อที่ ๗ ไร่ ๑ งาน ๘๖ ๕/๑๐ ตารางวา ตำบลคอหงส์ อำเภอหาดใหญ่ จังหวัดสงขลา ให้แก่นางชุลี โดยคลาดเคลื่อนเมื่อวันที่ ๑๑ ตุลาคม ๒๕๑๓ และผู้ฟ้องคดีทั้งสอง ได้จดทะเบียนซื้อที่ดินดังกล่าวมาจากนางชุลี เมื่อวันที่ ๓๑ กรกฎาคม ๒๕๓๙ ผู้ฟ้องคดีทั้งสองย่อมเป็นผู้ถือกรรมสิทธิ์ในที่ดินดังกล่าวเรื่อยมาจนกระทั่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ได้มีคำสั่งที่ ๘๖๑/๒๕๕๓ ลงวันที่ ๒๔ มีนาคม ๒๕๕๓ ให้แก้ไขรูปแผนที่และเนื้อที่ที่ดินตามโฉนดที่ดินเลขที่ ๔๖๗๘๒ จากเนื้อที่ ๗ ไร่ ๑ งาน ๘๖ ๕/๑๐ ตารางวา เป็น ๖ ไร่ ๕๔ ๕/๑๐ ตารางวา เป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีทั้งสองได้รับความเสียหาย ดังนั้น วันที่ ๒๔ มีนาคม ๒๕๕๓ จึงเป็นวันที่มีเหตุแห่งการฟ้องคดี และเมื่อผู้ฟ้องคดีทั้งสองได้รับหนังสือแจ้งคำสั่งดังกล่าวแล้วยื่นอุทธรณ์ ต่อมา ผู้ฟ้องคดีที่ ๑ และผู้ฟ้องคดีที่ ๒ ได้รับแจ้งผลการพิจารณาอุทธรณ์เมื่อวันที่ ๒ สิงหาคม ๒๕๕๓ และวันที่ ๖ สิงหาคม ๒๕๕๓ ตามลำดับ จึงถือว่าผู้ฟ้องคดีทั้งสองได้รู้เหตุแห่งการฟ้องคดีกรณีนี้ตั้งแต่วันที่ได้รับแจ้งผลการพิจารณาอุทธรณ์ดังกล่าว การที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสองยื่นฟ้องกรณีที่สองนี้ต่อศาลปกครองชั้นต้น เมื่อวันที่ ๒๙ ตุลาคม ๒๕๕๓ จึงเป็นการยื่นฟ้องคดีภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี

* ประธานแผนกคดีวินัยการคลังและการงบประมาณในศาลปกครองสูงสุด
** ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองชั้นต้นประจำศาลปกครองสูงสุด

ตามมาตรา ๕๑ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ กรณีจึงมีปัญหาต้องพิจารณาต่อไปว่า วันฟ้องดังกล่าวจะเกินสิบปีนับแต่วันที่มีเหตุแห่งการฟ้องคดีตามมาตรา ๕๑ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวหรือไม่ เห็นว่า ตามมาตรา ๔๒๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า ผู้ใดจงใจหรือประมาทเลินเล่อทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายให้เขาเสียหายถึงแก่ชีวิตก็ดี แก่ร่างกายก็ดี อนามัยก็ดี เสรีภาพก็ดี ทรัพย์สิน หรือสิทธิอย่างหนึ่งอย่างใดก็ดี ท่านว่าผู้นั้นกระทำละเมิด จำต้องใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการนั้น ดังนั้น องค์ประกอบในการกระทำละเมิดนอกจากจะมีการกระทำต่อบุคคลอื่นโดยผิดกฎหมายแล้ว จะต้องเกิดความเสียหายแก่บุคคลอื่นด้วย หากมีเพียงการกระทำโดยผิดกฎหมาย แต่ยังไม่เกิดความเสียหายขึ้นก็ยังไม่เป็นการกระทำละเมิด สำหรับคดีนี้แม้ข้อเท็จจริงจะปรากฏว่า โฉนดที่ดินเลขที่ ๔๖๗๘๒ ได้ออกให้แก่นางชุลี เมื่อวันที่ ๒๓ กรกฎาคม ๒๕๒๕ โดยอาศัยหลักฐานหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส. ๓) เลขที่ ๒๗๙ หมู่ที่ ๘ ตำบลคอหงส์ อำเภอหาดใหญ่ จังหวัดสงขลา ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสี่เห็นว่าออกโดยผิดพลาดคลาดเคลื่อนไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่เมื่อยังไม่มีความเสียหายใดเกิดขึ้นแก่ผู้ฟ้องคดีทั้งสองก็ยังไม่เป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีทั้งสอง จนกระทั่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ได้มีคำสั่งที่ ๘๖๑/๒๕๕๓ ลงวันที่ ๒๔ มีนาคม ๒๕๕๓ ให้แก้ไขรูปแผนที่และเนื้อที่ของที่ดินผู้ฟ้องคดีทั้งสองตามโฉนดที่ดินเลขที่ ๔๖๗๘๒ จากเนื้อที่ ๗ ไร่ ๑ งาน ๘๖ ๕/๑๐ ตารางวา เป็น ๖ ไร่ ๕๔ ๕/๑๐ ตารางวา ซึ่งเป็นเหตุให้สิทธิในที่ดินของผู้ฟ้องคดีทั้งสองตามหนังสือแสดงสิทธิในที่ดินถูกกระทบสิทธิบางส่วน จึงเกิดความเสียหายขึ้นแก่ผู้ฟ้องคดีทั้งสอง กรณีจึงถือได้ว่าเจ้าหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ได้กระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีทั้งสองตั้งแต่วันที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ได้มีคำสั่งให้แก้ไขรูปแผนที่และเนื้อที่ของที่ดินผู้ฟ้องคดีทั้งสองตามโฉนดที่ดินเลขที่ ๔๖๗๘๒ จากเนื้อที่ ๗ ไร่ ๑ งาน ๘๖ ๕/๑๐ ตารางวา เป็น ๖ ไร่ ๕๔ ๕/๑๐ ตารางวา คือ วันที่ ๒๔ มีนาคม ๒๕๕๓ ดังนั้น เหตุแห่งการฟ้องคดีจึงมีขึ้นตั้งแต่วันที่ ๒๔ มีนาคม ๒๕๕๓ เมื่อนับถึงวันที่ ๒๙ ตุลาคม ๒๕๕๓ ซึ่งเป็นวันฟ้องคดีจึงไม่เกินสิบปีตามมาตรา ๕๑ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๔๙๘/๒๕๕๗ (ที่ประชุมใหญ่) ศาลปกครองสูงสุดโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด พิเคราะห์แล้วเห็นว่า กรณีผู้เสียหายจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐยื่นคำขอต่อหน่วยงานของรัฐให้รับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในผลแห่งละเมิดที่เจ้าหน้าที่ของตนได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรา ๑๑ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ แต่มิได้รับแจ้งการวินิจฉัยนั้น โดยที่มาตรา ๑๑ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติฉบับเดียวกัน บัญญัติให้หน่วยงานของรัฐพิจารณาคำขอดังกล่าวให้แล้วเสร็จภายในหนึ่งร้อยแปดสิบวัน หากเรื่องใดไม่อาจพิจารณาได้ทันในกำหนดนั้นจะต้องรายงานปัญหาและอุปสรรคให้รัฐมนตรีเจ้าสังกัดหรือกำกับหรือควบคุมดูแลหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นทราบและขออนุมัติขยายระยะเวลาออกไป โดยรัฐมนตรีดังกล่าวจะพิจารณาอนุมัติให้ขยายระยะเวลาให้อีกได้ไม่เกินหนึ่งร้อยแปดสิบวัน เมื่อกฎหมายกำหนดระยะเวลาให้หน่วยงานของรัฐพิจารณาคำขอไว้ชัดเจน หากพ้นกำหนดระยะเวลาหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันที่หน่วยงานของรัฐออกใบรับคำขอแล้วผู้ขอไม่ได้รับแจ้งผลการวินิจฉัย และไม่ได้รับแจ้งการขยายระยะเวลาพิจารณาคำขอดังกล่าวออกไป ถือว่าหน่วยงานของรัฐมีคำวินิจฉัยปฏิเสธคำขอโดยปริยาย ผู้เสียหายย่อมรู้เหตุแห่งการฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันที่หน่วยงานของรัฐออกใบรับคำขอ หากผู้เสียหาย

ประสงค์จะฟ้องคดีต่อศาลขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้หน่วยงานของรัฐรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจะต้องใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลภายในเก้าสิบวัน นับแต่วันที่พ้นกำหนดหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันที่หน่วยงานของรัฐออกใบรับคำขอ อนึ่ง หากศาลวินิจฉัยให้ผู้เสียหายมีสิทธิฟ้องคดีได้ภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่พ้นกำหนดสามร้อยหกสิบวันนับแต่วันที่หน่วยงานของรัฐออกใบรับคำขอทั้งที่รัฐมนตรีเจ้าสังกัดหรือกำกับหรือควบคุมดูแลมิได้อนุมัติให้ขยายระยะเวลาพิจารณาคำขอ ก็จะทำให้การใช้สิทธิฟ้องคดีของผู้เสียหายล่าช้าออกไป และจะทำให้บทกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์การขอขยายระยะเวลาพิจารณาคำขอไม่มีสภาพบังคับ อีกทั้งเท่ากับว่าศาลปกครองใช้อำนาจในการขยายระยะเวลาพิจารณาคำขอแทนรัฐมนตรี อันเป็นการก้าวล่วงอำนาจของฝ่ายบริหาร คดีนี้ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือลงวันที่ ๒๙ เมษายน ๒๕๔๗ ถึงอธิบดีกรมที่ดิน ขอให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ฟ้องคดีตามมาตรา ๑๑ แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ และผู้อำนวยการกองนิติการ ปฏิบัติราชการแทนอธิบดีกรมที่ดินได้มีหนังสือกรมที่ดิน ที่ มท ๐๕๐๕.๓/๑๓๓๓๒ ลงวันที่ ๑๓ พฤษภาคม ๒๕๔๗ แจ้งผู้ฟ้องคดีว่าได้รับคำขอของผู้ฟ้องคดีไว้พิจารณาแล้วในวันที่ ๒๙ เมษายน ๒๕๔๗ เมื่อครบกำหนดระยะเวลาหนึ่งร้อยแปดสิบวันแล้ว คือ ภายในวันที่ ๒๖ ตุลาคม ๒๕๔๗ ผู้ถูกฟ้องคดีมิได้แจ้งผลการพิจารณาให้ผู้ฟ้องคดีทราบ ทั้งไม่ปรากฏว่ามีการขออนุมัติขยายระยะเวลาออกไปอีกแต่อย่างใด ผู้ฟ้องคดีก็ชอบที่จะใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่พ้นกำหนดหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันที่ผู้ถูกฟ้องคดีออกใบรับคำขอของผู้ฟ้องคดี กล่าวคือ ภายในวันที่ ๒๔ มกราคม ๒๕๔๘ เมื่อผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองชั้นต้นเมื่อวันที่ ๙ พฤษภาคม ๒๕๔๘ จึงเป็นการยื่นฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีแล้ว ซึ่งเงื่อนไขเกี่ยวกับระยะเวลาการฟ้องคดีนี้เป็นปัญหาเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยของประชาชน แม้ไม่มีคู่กรณีฝ่ายใดยกขึ้นว่ากล่าวในชั้นอุทธรณ์ ศาลปกครองสูงสุดก็มีอำนาจยกปัญหาดังกล่าวขึ้นวินิจฉัยแล้วมีคำพิพากษาหรือคำสั่งได้ตามข้อ ๙๒ ประกอบกับข้อ ๑๑๖ แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓ เมื่อได้วินิจฉัยว่าการฟ้องคดีนี้เป็นการฟ้องคดีเมื่อพ้นระยะเวลาการฟ้องคดีแล้ว จึงไม่จำต้องวินิจฉัยในประเด็นอื่นอีก ที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีชำระเงินค่าสินไหมทดแทนจำนวน ๔๓๓,๕๗๐.๗๕ บาท แก่ผู้ฟ้องคดี พร้อมทั้งดอกเบี้ยร้อยละ ๗.๕ ต่อปี นับแต่วันที่ ๖ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๗ จนกว่าจะชำระเสร็จ ทั้งนี้ ให้ชำระให้แล้วเสร็จภายใน ๓๐ วัน นับแต่วันที่คดีถึงที่สุด กับทั้งให้คืนค่าธรรมเนียมศาลแก่ผู้ฟ้องคดีตามส่วนของการชนะคดี จึงไม่ชอบ ศาลปกครองสูงสุดไม่เห็นพ้องด้วย จึงพิพากษากลับคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นเป็นให้ยกฟ้อง และให้คืนค่าธรรมเนียมศาลในชั้นต้นและชั้นอุทธรณ์ทั้งหมดแก่ผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดี

(๒) กรณีการกระทำละเมิดจากการออกคำสั่ง

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๘๑๘/๒๕๕๗ คดีนี้ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓ ได้มีมติในการประชุมสมัยสามัญ สมัยที่ ๓ ครั้งที่ ๒ เมื่อวันที่ ๑๐ สิงหาคม ๒๕๕๐ ที่ให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากสมาชิกภาพสมาชิกสภาเทศบาลตำบลทรายขาว ซึ่งเดิมผู้ฟ้องคดีได้นำเรื่องดังกล่าวมาฟ้องต่อศาลปกครองขอให้เพิกถอนมติดังกล่าว และศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้ในคดีหมายเลขดำที่ อ.๙๓๘/๒๕๕๒ หมายเลขแดงที่ อ.๙๗๔/๒๕๕๖ ว่ามติที่ให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากสมาชิกภาพสมาชิกสภาเทศบาลตำบลทรายขาวดังกล่าว เป็นมติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

จึงได้มีคำพิพากษาให้เพิกถอนมติตามคำขอของผู้ฟ้องคดีและคดีได้ถึงที่สุดแล้ว ต่อมา ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า เมื่อศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยแล้วว่ามติที่ให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากสมาชิกภาพสมาชิกสภาเทศบาลตำบลทรายขาว เป็นมติที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น การออกมติดังกล่าวจึงเป็นการกระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีด้วย ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามจึงต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงฟ้องเป็นคดีนี้ ขอให้ศาลปกครองมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามชำระค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดี นั้น กรณีจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากคำสั่งทางปกครองตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ แต่โดยที่มาตรา ๕๑ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว กำหนดว่า การฟ้องคดีตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) ให้ยื่นฟ้องภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี แต่ไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่มีเหตุแห่งการฟ้องคดี ดังนั้น ในการยื่นฟ้องคดีนี้ผู้ฟ้องคดีจึงต้องฟ้องคดีต่อศาลภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้มติดังกล่าว คดีนี้ แม้ข้อเท็จจริงจะไม่ปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีทราบมติดังกล่าวเมื่อใด แต่การที่ผู้ฟ้องคดีได้นำคดีพิพาทเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยกฎหมายของมติดังกล่าวไปฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นเมื่อวันที่ ๒๔ สิงหาคม ๒๕๕๐ ขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนมติดังกล่าว กรณีจึงฟังได้ว่า ผู้ฟ้องคดีควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีนี้อย่างช้าที่สุดในวันดังกล่าว คือ วันที่ ๒๔ สิงหาคม ๒๕๕๐ เมื่อผู้ฟ้องคดีนำคดีนี้มาฟ้องต่อศาลในวันที่ ๑ กรกฎาคม ๒๕๕๗ จึงเป็นการฟ้องคดีเมื่อพ้นระยะเวลาการฟ้องคดีตามมาตรา ๕๑ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

(๓) กรณีการกระทำละเมิดจากการละเลยต่อหน้าที่หรือปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๙๘๘/๒๕๕๙ กรณีที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติหรือปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวล่าช้าเกินสมควรเป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหาย และมีคำขอให้ศาลเยียวยาความเสียหายโดยสั่งให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการกรณีจึงเป็นคดีพิพาทตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ระยะเวลาการฟ้องคดีในข้อหานี้จึงต้องเป็นไปตามมาตรา ๕๑ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ที่บัญญัติว่า การฟ้องคดีตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) ให้ยื่นฟ้องภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี ซึ่งเหตุแห่งการฟ้องคดีนี้ ก็คือ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ ดังนั้น วันที่ผู้ฟ้องคดีรู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีนี้ คือ วันที่ผู้ฟ้องคดีรู้หรือควรรู้ถึงการปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร ซึ่งการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควรนั้น มาตรา ๔๙ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ บัญญัติว่า การฟ้องคดีดังกล่าวจะกระทำได้ ก็ต่อเมื่อพ้นกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือร้องขอต่อหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดและไม่ได้รับหนังสือชี้แจงจากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ดังนั้น การนับระยะเวลาในการฟ้องคดีนี้จึงต้องเริ่มนับระยะเวลาหนึ่งปีนับแต่วันที่พ้นกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือร้องขอต่อผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองเพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดและไม่ได้รับหนังสือชี้แจงจากผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง

เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นขอเบิกจ่ายเงินค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปราชการที่สำนักงานเลขานุการ ก.อบต. จังหวัดนครพนม ตามหนังสือ ที่ นพ ๗๒๐๐๑/๔๘๔ ลงวันที่ ๑๑ มิถุนายน ๒๕๕๓ เพื่อให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ในฐานะผู้บังคับบัญชาพิจารณาอนุมัติ ดังนั้น การที่ผู้ฟ้องคดีนำคดีมายื่นฟ้องต่อศาลเมื่อวันที่ ๑๑ กรกฎาคม ๒๕๕๔ จึงเป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องข้อหานี้ภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่พ้นกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นขอเบิกเงินค่าใช้จ่ายในการเดินทางไปราชการให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ พิจารณาอนุมัติอันเป็นวันรู้เหตุแห่งการฟ้องคดีตามมาตรา ๕๑ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ กำหนดแล้ว

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คผ. ๑๒๐/๒๕๖๐ เมื่อคดีนี้ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองละเลยต่อหน้าที่ไม่ดำเนินการแก้ไขหรือดูแลสายไฟฟ้าแรงสูงในบริเวณป่าเขตบ้านจอบอ หมู่ที่ ๒ ตำบลป่าแป๋ อำเภอแม่สะเรียง จังหวัดแม่ฮ่องสอน ที่อยู่ในความดูแลรับผิดชอบ ให้อยู่ในระดับที่ปลอดภัยแก่ชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน ปล่อยให้สายไฟฟ้าแรงสูงตกลงมาพาดต่ำอยู่ในระดับใกล้เคียงกับแนวพื้นดิน เป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีถูกกระแสไฟฟ้าดูดเนื่องจากไปโดนสายไฟแรงสูงดังกล่าวขณะที่ไปเก็บเห็ดในป่าจนได้รับบาดเจ็บสาหัส ขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองจ่ายเงินชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดี กรณีตามฟ้องจึงเข้าลักษณะเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ ตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) ประกอบมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง เมื่อผู้ฟ้องคดีฟ้องว่าได้รับอันตรายจากกระแสไฟฟ้าซึ่งอยู่ในความครอบครองและการดูแลรับผิดชอบตามอำนาจหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง จึงเป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย อันเนื่องจากการงดเว้นการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองตามมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน และการยื่นคำฟ้องในกรณีนี้ไม่มีกฎหมายใดกำหนดขั้นตอนและวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายอันเกิดจากการกระทำดังกล่าวไว้โดยเฉพาะก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง ผู้ฟ้องคดีจึงไม่จำต้องปฏิบัติตามมาตรา ๔๒ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ซึ่งการฟ้องคดีต่อศาลปกครองในกรณีนี้จะต้องยื่นฟ้องภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี แต่ไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่มีเหตุแห่งการฟ้องคดี ตามมาตรา ๕๑ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ เมื่อผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีได้รับอันตรายจากกระแสไฟฟ้าดูด เนื่องจากโดนสายไฟฟ้าแรงสูงที่อยู่ในความดูแลรับผิดชอบของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองเมื่อวันที่ ๑๒ มิถุนายน ๒๕๕๙ โดยมีหลักฐานใบสรุปข้อมูลผู้ป่วยจำหน่ายของโรงพยาบาลมหาราชนครเชียงใหม่ ที่ระบุว่ารับไว้เมื่อวันที่ ๑๒ มิถุนายน ๒๕๕๙ จึงถือว่าผู้ฟ้องคดีได้รู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีในวันดังกล่าว และระยะเวลาการฟ้องคดีเป็นระยะเวลาอย่างหนึ่ง จึงต้องนับระยะเวลาตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๙๓/๓ วรรคสอง ประกอบกับมาตรา ๑๙๓/๕ วรรคสอง กล่าวคือ ถ้ากำหนดระยะเวลาเป็นปี มิให้นับวันแรกแห่งระยะเวลารวมเข้าด้วยกันเว้นแต่ จะเริ่มการในวันนั้นเองตั้งแต่เวลาที่ถือได้ว่าเป็นเวลาเริ่มต้นทำการงานกันตามประเพณี เมื่อคดีนี้มีกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้

ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี แต่ไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่มีเหตุแห่งการฟ้องคดี ซึ่งมิได้เป็นการเริ่มการในวันนั้นเอง ตั้งแต่เวลาที่ถือได้ว่าเป็นการเริ่มต้นทำการงานกันตามประเพณี โดยผู้ฟ้องคดีรู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี เมื่อวันที่ ๑๒ มิถุนายน ๒๕๕๙ วันดังกล่าวจึงเป็นวันแรกแห่งระยะเวลา ซึ่งมิให้นับวันแรกแห่งระยะเวลารวมเข้าด้วยกัน จึงต้องเริ่มนับระยะเวลาการฟ้องคดีในวันที่ ๑๓ มิถุนายน ๒๕๕๙ และจะสิ้นสุดลงในวันก่อนหน้าจะถึงวันแห่งปีสุดท้ายอันเป็นวันตรงกับวันเริ่มระยะเวลานั้น กล่าวคือ ในวันที่ ๑๒ มิถุนายน ๒๕๖๐ การที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งว่า หากผู้ฟ้องคดีประสงค์จะฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ผู้ฟ้องคดีจะต้องยื่นฟ้องภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีดังกล่าวตามมาตรา ๕๑ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งจะครบระยะเวลาการฟ้องคดีหนึ่งปีในวันที่ ๑๑ มิถุนายน ๒๕๖๐ แต่ปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีได้นำคดีมายื่นฟ้องต่อศาลในวันที่ ๑๒ มิถุนายน ๒๕๖๐ จึงเป็นการฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว นั้น ศาลปกครองสูงสุดไม่เห็นพ้องด้วย เมื่อผู้ฟ้องคดีนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นเมื่อวันที่ ๑๒ มิถุนายน ๒๕๖๐ จึงเป็นการยื่นฟ้องคดีต่อศาลภายในกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีตามที่กฎหมายกำหนด ศาลปกครองจึงรับคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีไว้พิจารณาได้

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๓๓/๒๕๕๐ การเบิกจ่ายเงินเดือนระหว่างออกจากราชการนั้น หน่วยงานต้นสังกัดของผู้ฟ้องคดีจะต้องดำเนินการให้แล้วเสร็จภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีกลับเข้ารับราชการใหม่ ทั้งนี้ ตามข้อ ๖ ของระเบียบกระทรวงการคลัง ว่าด้วยการจ่ายเงินเดือนให้แก่ข้าราชการ ซึ่งถูกให้ออก ปลดออก หรือไล่ออกจากราชการ แล้วต่อมาได้รับการพิจารณายกโทษ พ.ศ. ๒๕๓๘ โดยเมื่อหน่วยงานมีคำสั่งลงวันที่ ๒๐ พฤศจิกายน ๒๕๔๓ ให้ผู้ฟ้องคดีกลับเข้ารับราชการ หน่วยงานจึงมีหน้าที่ต้องจ่ายเงินเดือนให้ผู้ฟ้องคดีภายในวันที่ ๒๐ พฤศจิกายน ๒๕๔๔ เมื่อหน่วยงานยังไม่จ่ายเงินเดือนให้แก่ผู้ฟ้องคดี จึงต้องถือว่าวันที่ผู้ฟ้องคดีรู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี คือวันที่ ๒๑ พฤศจิกายน ๒๕๔๔ อันเป็นวันที่พ้นกำหนดระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดให้หน่วยงานต้องปฏิบัติหน้าที่จ่ายเงินเดือนให้แก่ผู้ฟ้องคดี

๒. กรณีหน่วยงานได้รับความเสียหายเป็นผู้ใช้สิทธิฟ้องคดี

(๑) กรณีหน่วยงานของรัฐฟ้องให้เจ้าหน้าที่ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจากการกระทำละเมิด

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คผ. ๗/๒๕๖๕ (ที่ประชุมใหญ่) ศาลปกครองสูงสุดโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า ภายหลังจากที่ได้มีการตราพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๖๒ ขึ้นใช้บังคับแล้ว หน่วยงานของรัฐที่ได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายเพื่อการละเมิดของเจ้าหน้าที่ตามมาตรา ๘ แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ หรือหน่วยงานของรัฐที่ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ตามมาตรา ๑๐ ประกอบกับมาตรา ๘ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว หากมีข้อขัดข้องในการบังคับใช้กฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับการบังคับทางปกครองให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครอง หน่วยงานของรัฐยังเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชำระค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตนได้ เมื่อข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือกรมที่ดิน ลับ ที่ มท ๐๕๐๕.๓/๑๖๗๔ ลงวันที่ ๒๗ พฤษภาคม ๒๕๖๒ เรียกให้ผู้ถูกฟ้องคดีนำเงินมาชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ฟ้องคดีภายใน ๑๕ วัน

นับแต่วันที่ได้รับหนังสือ ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีได้รับทราบคำสั่งเมื่อวันที่ ๒๙ พฤษภาคม ๒๕๖๒ แต่มิได้นำเงินมาชำระภายในระยะเวลาที่กำหนด และเมื่อผู้ฟ้องคดีเห็นว่าคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ใช้เงิน ซึ่งการใช้มาตรการบังคับทางปกครองที่จะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามมาตรา ๖๓/๑๒ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๖๒ ยังมีปัญหาและอุปสรรคในการใช้มาตรการบังคับตามกฎหมายดังกล่าว เนื่องจากปัจจุบันยังมิได้มีการออกกฎกระทรวงกำหนดขั้นตอนและวิธีการปฏิบัติเกี่ยวกับการยึด การอายัด และการขายทอดตลาดทรัพย์สินไว้ กรณีจึงเป็นการที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่ามีข้อขัดข้องในการบังคับใช้กฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับการบังคับทางปกครอง ผู้ฟ้องคดีในฐานะเจ้าหนี้มูลละเมิดจึงจำต้องใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับตามสิทธิเรียกร้อง โดยขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีใช้เงินพร้อมดอกเบี้ยให้แก่ผู้ฟ้องคดี อันเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ และการที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ชำระค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ฟ้องคดีเป็นเหตุให้ทางราชการได้รับความเสียหาย ผู้ฟ้องคดีย่อมเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองตามนัยมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้รับนั้นต้องมีคำบังคับของศาลโดยสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดใช้ค่าสินไหมทดแทนพร้อมดอกเบี้ยแก่ผู้ฟ้องคดี อันเป็นคำบังคับตามมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน นอกจากนั้นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดที่ผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่ในเรื่องนี้ไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายไว้โดยเฉพาะ ผู้ฟ้องคดีจึงอาจใช้สิทธิฟ้องคดีนี้ต่อศาลปกครองได้โดยไม่จำต้องดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายก่อนแต่อย่างใด

กรณีจึงมีประเด็นให้พิจารณาต่อไปว่า ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นฟ้องคดีภายในกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีตามที่กฎหมายกำหนดหรือไม่ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ฟ้องคดีได้นำเงินไปวางต่อศาลปกครองชั้นต้นเพื่อชำระหนี้ให้แก่นางสาวน้ำทิพย์ตามคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในคดีหมายเลขแดงที่ อ. ๑๓๑/๒๕๖๑ เมื่อวันที่ ๑ สิงหาคม ๒๕๖๑ เป็นเงิน ๓๔,๖๗๓,๙๓๘.๓๖ บาท และวางเพิ่มเติมเมื่อวันที่ ๒๘ กันยายน ๒๕๖๑ เป็นเงิน ๒,๓๔๑,๕๓๒ บาท และได้ใช้อำนาจตามมาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ ออกคำสั่งตามหนังสือกรมที่ดิน ลับ ที่ มท ๐๕๐๕.๓/๑๖๗๔ ลงวันที่ ๒๗ พฤษภาคม ๒๕๖๒ เรียกให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามจำนวนที่ได้วางชำระหนี้ให้แก่นางสาวน้ำทิพย์ตามคำพิพากษาดังกล่าว ภายใน ๑๕ วัน นับแต่วันที่ได้รับหนังสือ จึงต้องถือว่าวันที่ ๑ สิงหาคม ๒๕๖๑ และวันที่ ๒๘ กันยายน ๒๕๖๑ เป็นวันที่ผู้ฟ้องคดีในฐานะหน่วยงานของรัฐได้ชำระค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายในผลแห่งการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ต่อบุคคลภายนอกตามมาตรา ๕ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ ผู้ฟ้องคดีจึงมีสิทธิเรียกให้ผู้ถูกฟ้องคดีในฐานะเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวให้แก่ผู้ฟ้องคดีได้ตามมาตรา ๘ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน โดยจะต้องใช้สิทธิเรียกร้องภายใน

กำหนดอายุความหนึ่งปีนับแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนในผลแห่งการละเมิดของเจ้าหน้าที่ต่อบุคคลภายนอก ทั้งนี้ ตามมาตรา ๙ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ดังนั้น การที่ผู้ฟ้องคดีนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นในวันที่ ๒๖ กรกฎาคม ๒๕๖๒ จึงเป็นการใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนที่ได้จ่ายไปภายในกำหนดอายุความหนึ่งปีนับแต่วันที่หน่วยงานของรัฐได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายตามมาตรา ๙ แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ และข้อเท็จจริงในคำฟ้องไม่ปรากฏเหตุอื่นที่จะมีผลทำให้เป็นคำฟ้องที่ไม่สมบูรณ์ครบถ้วน การฟ้องนี้จึงเป็นไปตามเงื่อนไขการฟ้องคดีตามที่กฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองกำหนด ศาลปกครองจึงมีอำนาจรับคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีไว้พิจารณาได้ การที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ และให้คืนค่าธรรมเนียมศาลทั้งหมดให้แก่ผู้ฟ้องคดี นั้น ศาลปกครองสูงสุดไม่เห็นพ้องด้วย จึงมีคำสั่งกลับคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น เป็นให้รับคำฟ้องนี้ไว้พิจารณา

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คผ. ๔๒/๒๕๖๔ เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า คณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดตามคำสั่งกรมที่ดิน ได้สอบสวนแล้วปรากฏวัน เดือน ปี ที่นายปรีชาเป็นผู้จดทะเบียน จำนวน ๑๐ รายการ ระหว่างวันที่ ๒๒ พฤศจิกายน ๒๕๔๗ ถึงวันที่ ๕ ตุลาคม ๒๕๔๘ รวมเป็นเงิน ๑๕๐,๑๔๖ บาท โดยรายการจดทะเบียนเมื่อวันที่ ๒๒ พฤศจิกายน ๒๕๔๗ วันที่ ๒๘ ธันวาคม ๒๕๔๗ วันที่ ๒ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๘ วันที่ ๑๗ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๘ วันที่ ๑๐ มีนาคม ๒๕๔๘ วันที่ ๑๒ เมษายน ๒๕๔๘ และวันที่ ๒๖ เมษายน ๒๕๔๘ รวม ๗ รายการ ไม่มีการออกใบเสร็จรับเงิน ต่อมา สำนักกฎหมายได้มีบันทึกข้อความ ลับ ที่ มท ๐๕๐๕.๓/๑๑ ลงวันที่ ๒๗ มกราคม ๒๕๕๘ รายงานผลการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดต่อธิบดีกรมที่ดิน โดยมีความเห็นในรายนายปรีชา ว่า มีความเสียหายกรณีรายการจดทะเบียนสิทธิและนิติกรรม แต่ไม่มีการออกใบเสร็จรับเงินเป็นหลักฐาน จำนวน ๗ รายการ เป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหายเป็นเงิน ๑๒๙,๔๓๐ บาท จึงให้นายปรีชารับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่กรมที่ดินผู้ฟ้องคดี ในอัตราร้อยละ ๕๐ ของค่าเสียหาย คิดเป็นเงิน ๖๔,๗๑๕ บาท กรณีจึงฟังได้ว่านายปรีชากระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีระหว่างวันที่ ๒๒ พฤศจิกายน ๒๕๔๗ ถึงวันที่ ๒๖ เมษายน ๒๕๔๘ การที่ผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องคดีนี้ต่อศาลปกครองชั้นต้นเมื่อวันที่ ๒๖ มีนาคม ๒๕๖๒ จึงเป็นการยื่นฟ้องเมื่อพ้นกำหนดสิบปีนับแต่ช่วงปี พ.ศ. ๒๕๔๗ ถึง พ.ศ. ๒๕๔๘ ซึ่งถือเป็นวันที่นายปรีชาได้กระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีแล้ว สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายของผู้ฟ้องคดีต่อนายปรีชาอันเกิดแต่มูลละเมิดจึงเป็นอันขาดอายุความตามมาตรา ๔๔๘ วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และเมื่อสิทธิเรียกร้องของผู้ฟ้องคดีต่อเจ้ามรดกในมูลหนี้เดิมขาดอายุความไปแล้ว ผู้ฟ้องคดีจึงไม่มีสิทธิเรียกร้องให้ทายาทโดยธรรมของนายปรีชารับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในมูลละเมิดเดียวกัน ทั้งนี้ บทบัญญัติมาตรา ๑๗๕๔ วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จะใช้บังคับได้ก็ต่อเมื่อสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้ที่มีต่อเจ้ามรดกยังคงอยู่ภายในอายุความการใช้สิทธิเรียกร้องเท่านั้น ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวก็มิได้บัญญัติให้มีผลขยายอายุความที่ขาดลงไปแล้ว ให้กลับมาเริ่มนับใหม่ได้ ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีจึงไม่อาจฟ้องผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามในฐานะทายาทโดยธรรมของนายปรีชาให้รับผิดตามมาตรา ๑๗๕๔ วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ ศาลปกครองจึงไม่มีอำนาจรับคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีไว้พิจารณาได้

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๘๘/๒๕๕๘ วินิจฉัยว่า มาตรา ๑๙๓/๑๔ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บัญญัติว่า อายุความย่อมสะดุดหยุดลงในกรณีดังต่อไปนี้... (๕) เจ้าหนี้ได้กระทำการอื่นใดอันมีผลเป็นอย่างเดียวกันกับการฟ้องคดี และมาตรา ๑๙๓/๑๕ วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายดังกล่าวบัญญัติว่า เมื่ออายุความสะดุดหยุดลงแล้ว ระยะเวลาที่ล่วงไปก่อนนั้นไม่นับเข้าในอายุความ และวรรคสอง บัญญัติว่า เมื่อเหตุที่ทำให้อายุความสะดุดหยุดลงสิ้นสุดเวลาใด ให้เริ่มนับอายุความใหม่ตั้งแต่เวลานั้น เมื่อเทศบาลตำบลทองแสนขัน (ผู้ฟ้องคดี) ได้มีคำสั่งที่ ๑๑๕/๒๕๕๕ ลงวันที่ ๑๗ เมษายน ๒๕๕๕ แจ้งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ รับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเป็นเงินจำนวน ๑๗๒,๓๓๒.๕๐ บาท ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ รับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจำนวนเงิน ๑๗๒,๓๓๒.๕๐ บาท และผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓ รับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจำนวนเงิน ๑๙๗,๖๔๐ บาท ภายใน ๑๕ วัน นับแต่วันที่ได้รับหนังสือเมื่อคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครอง หากถึงกำหนดแล้ว ไม่มีการชำระโดยถูกต้องครบถ้วน ผู้ฟ้องคดีอาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยการยึดหรืออายัดทรัพย์สินของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสาม และขายทอดตลาดเพื่อชำระเงินให้ครบถ้วนได้ตามมาตรา ๕๗ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ โดยไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาล ดังนั้น การที่ผู้ฟ้องคดีออกคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนดังกล่าว จึงเป็นการกระทำการอื่นใดอันมีผลเป็นอย่างเดียวกันกับการฟ้องคดีตามมาตรา ๑๙๓/๑๔ (๕) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และมีผลทำให้อายุความสะดุดหยุดลงในวันที่ ๑๗ เมษายน ๒๕๕๕ เมื่ออายุความสะดุดหยุดลงแล้ว ระยะเวลาที่ล่วงไปก่อนนั้นไม่นับเข้าในอายุความ และเมื่อเหตุที่ทำให้อายุความสะดุดหยุดลงสิ้นสุดเวลาใด ให้เริ่มนับอายุความใหม่ตั้งแต่เวลานั้น ตามมาตรา ๑๙๓/๑๕ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ระยะเวลาสำหรับการยื่นคำฟ้องคดีนี้จึงเริ่มนับใหม่ตั้งแต่วันที่พ้นกำหนดเวลาที่ผู้ฟ้องคดีได้กำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามชำระค่าสินไหมทดแทนดังกล่าว การที่ผู้ฟ้องคดีนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเมื่อวันที่ ๒๖ กันยายน ๒๕๕๖ กรณีจึงเป็นการยื่นคำฟ้องภายใน ๒ ปี นับแต่วันที่รู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวเจ้าหน้าที่ผู้จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน ศาลปกครองจึงมีอำนาจรับคำฟ้องไว้พิจารณาพิพากษาได้

(๒) กรณีหน่วยงานของรัฐซึ่งต้องรับผิดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายเพื่อการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ใช้สิทธิไล่เบี้ย

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๒๗๗/๒๕๖๓ (ประชุมใหญ่) ศาลปกครองสูงสุดโดยที่ประชุมใหญ่วินิจฉัยว่า เมื่อข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่า ผู้ฟ้องคดีในฐานะหน่วยงานของรัฐได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายในผลแห่งการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ต่อบุคคลภายนอกตามมาตรา ๕ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีจึงมีสิทธิเรียกร้องให้นาย จ. ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๖ และนาย ร. ในฐานะเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวให้แก่ผู้ฟ้องคดีตามมาตรา ๘ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน โดยผู้ฟ้องคดีจะต้องใช้สิทธิเรียกร้องภายในกำหนดอายุความหนึ่งปีนับแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายตามมาตรา ๙ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว เมื่อปรากฏข้อเท็จจริงว่านาย จ. ได้ถึงแก่ความตายเมื่อวันที่ ๑๓ ธันวาคม ๒๕๓๔ และนาย ร. ได้ถึงแก่ความตายเมื่อวันที่ ๒๒ มีนาคม ๒๕๓๙ การที่ผู้ฟ้องคดีได้ใช้สิทธิฟ้องผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ถึงที่ ๕ ซึ่งเป็นทายาท

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

ของ นาย จ. และผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๗ ถึงที่ ๑๐ ซึ่งเป็นทายาทของนาย ร. ต่อศาลโดยส่งทางไปรษณีย์ลงทะเบียน เมื่อวันที่ ๖ ตุลาคม ๒๕๕๙ จึงเป็นการฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนดอายุความสิบปีนับแต่วันที่นาย จ. และนาย ร. ได้ถึงแก่ความตาย ตามมาตรา ๑๗๕๔ วรรคสี่ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และโดยที่การฟ้องคดีนี้เป็นคดีที่ผู้ฟ้องคดีประสงค์จะเรียกร้องเงินค่าสินไหมทดแทนจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ถึงที่ ๕ และที่ ๗ ถึงที่ ๑๐ การฟ้องคดีนี้จึงเป็นประโยชน์เฉพาะแก่ผู้ฟ้องคดีโดยตรง มิได้เป็นการฟ้องคดีที่เกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือสถานะของบุคคล และมิใช่คดีที่จะเป็นประโยชน์แก่ส่วนรวมหรือมีเหตุจำเป็นอื่น ตามมาตรา ๕๒ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ และข้อ ๓๐ วรรคสอง แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓ ที่ศาลปกครองจะรับไว้พิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งต่อไปได้ ที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีในส่วนที่ฟ้องผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ถึงที่ ๕ และที่ ๗ ถึงที่ ๑๐ ไว้พิจารณา นั้น ศาลปกครองสูงสุดเห็นพ้องด้วย จึงมีคำสั่งยืนตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คผ. ๑๖/๒๕๖๕ เมื่อข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า อธิบดีกรมที่ดินได้มีคำสั่งที่ ๑๔๐๙/๒๕๕๔ ลงวันที่ ๘ มิถุนายน ๒๕๕๔ ให้แก้ไขรูปแผนที่และเนื้อที่ในหลักฐานหนังสือรับรองการทำประโยชน์ (น.ส. ๓ ก.) ดังกล่าว และธนาคารกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) ผู้จดทะเบียนจำนองได้ฟ้องคดีต่อศาลปกครองขอให้พิพากษาให้ผู้ฟ้องคดีชำระค่าเสียหาย ซึ่งต่อมาศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาในคดีหมายเลขแดงที่ อ. ๘๔๙/๒๕๖๑ ยืนตามคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นให้ผู้ฟ้องคดีรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทน พร้อมดอกเบี้ยให้แก่ธนาคารกรุงเทพ จำกัด (มหาชน) ผู้ฟ้องคดีจึงได้นำเงินค่าสินไหมทดแทนพร้อมดอกเบี้ยไปชำระตามคำพิพากษาแล้วเมื่อวันที่ ๒๓ พฤษภาคม ๒๕๖๒ ผู้ฟ้องคดีในฐานะหน่วยงานของรัฐที่ต้องรับผิดในผลแห่งละเมิดของเจ้าหน้าที่ ตามมาตรา ๕ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ จึงมีสิทธิเรียกให้นายชวินทร์ ทองโยธี ในฐานะเจ้าหน้าที่ที่กระทำละเมิดด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวให้แก่ผู้ฟ้องคดีตามมาตรา ๘ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน โดยจะต้องใช้สิทธิเรียกร้องภายในกำหนดอายุความหนึ่งปีนับแต่วันที่ได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหาย คือภายในวันที่ ๒๓ พฤษภาคม ๒๕๖๓ ตามมาตรา ๙ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว แต่เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า นายชวินทร์ได้ถึงแก่ความตายไปก่อนแล้วเมื่อวันที่ ๕ กรกฎาคม ๒๕๖๒ ความรับผิดในอันที่จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ฟ้องคดีย่อมเป็นมรดกตกทอดแก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ถึงผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๖ ในฐานะทายาทของนายชวินทร์ ตามมาตรา ๑๕๙๙ และมาตรา ๑๖๐๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และสิทธิเรียกร้องดังกล่าวมิใช่สิทธิเรียกร้องที่มีอายุความยาวกว่าหนึ่งปี จึงไม่อยู่ในบังคับของอายุความมรดก ตามมาตรา ๑๗๕๔ วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ กรณีนี้จึงต้องใช้สิทธิเรียกร้องภายในอายุความหนึ่งปีนับแต่วันที่ได้มีการใช้เงินให้แก่ผู้เสียหาย ตามมาตรา ๙ แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ ส่วนที่ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือ ลับ ที่ มท ๐๕๐๕.๓/๑๒๙๓ หนังสือ ลับ ที่ มท ๐๕๐๕.๓/๑๒๙๔ หนังสือ ลับ ที่ มท ๐๕๐๕.๓/๑๒๙๕ หนังสือ ลับ ที่ มท ๐๕๐๕.๓/๑๒๙๖ และหนังสือ ลับ ที่ มท ๐๕๐๕.๓/๑๒๙๗ ลงวันที่ ๑๙ มีนาคม ๒๕๖๓ เรียกให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ถึงผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๖ ในฐานะทายาทโดยธรรมของนายชวินทร์รับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ฟ้องคดี นั้น เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ถึงผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๖ ไม่ได้เป็นเจ้าหน้าที่ของผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงไม่อาจใช้สิทธิเรียกร้องโดยการออกคำสั่งเรียกให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒

ถึงผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๖ ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ฟ้องคดี ตามมาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว อันจะมีผลทำให้อายุความสะดุดหยุดลง ตามมาตรา ๑๙๓/๑๔ (๕) แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ได้ ผู้ฟ้องคดีจึงต้องใช้สิทธิเรียกร้องโดยการฟ้องคดีต่อศาลภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่ได้มีการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหาย คือ ภายในวันที่ ๒๓ พฤษภาคม ๒๕๖๓ ดังนั้น การที่ผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ถึงผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๖ ต่อศาลเมื่อวันที่ ๑๕ พฤษภาคม ๒๕๖๓ จึงเป็นการยื่นฟ้องภายในระยะเวลาการฟ้องคดีตามที่กฎหมายกำหนดแล้ว

(๓) กรณีหน่วยงานของรัฐฟ้องให้ทายาทชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด ที่ อ. ๒๔๕/๒๕๖๔ (ที่ประชุมใหญ่) คดีมีประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยในเบื้องต้นก่อนว่า การที่ผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามในฐานะทายาทโดยธรรมของนางศิริพรให้รับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในมูลละเมิดที่นางศิริพรได้กระทำต่อผู้ฟ้องคดีนั้น เป็นการยื่นฟ้องผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามในฐานะทายาทโดยธรรมของนางศิริพรภายในระยะเวลาการฟ้องคดีตามมาตรา ๑๗๕๔ วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์หรือไม่ ศาลปกครองสูงสุดโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด พิเคราะห์แล้วเห็นว่า เมื่อพิจารณาประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ มาตรา ๑๙๓/๑๒ ที่บัญญัติว่า อายุความให้เริ่มนับแต่ขณะที่อาจบังคับสิทธิเรียกร้องได้เป็นต้นไป... มาตรา ๔๔๘ วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติว่า สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดแต่มูลละเมิดนั้น ท่านว่าขาดอายุความเมื่อพ้นปีหนึ่งนับแต่วันที่ผู้ต้องเสียหายรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้จะพึงต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน หรือเมื่อพ้นสิบปีนับแต่วันทำละเมิด มาตรา ๑๗๕๔ วรรคสาม ที่บัญญัติว่า ภายใต้บังคับแห่งมาตรา ๑๙๓/๒๗ แห่งประมวลกฎหมายนี้ ถ้าสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้อันมีต่อเจ้ามรดกมีกำหนดอายุความยาวกว่าหนึ่งปี มิให้เจ้าหนี้นั้นฟ้องร้องเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งปีนับแต่เมื่อเจ้าหนี้ได้รู้หรือควรได้รู้ถึงความตายของเจ้ามรดก ประกอบกับข้อ ๑๘ วรรคหนึ่ง ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ ที่กำหนดว่า เมื่อกระทรวงการคลังพิจารณาเสร็จแล้วให้ผู้แต่งตั้งมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลัง และแจ้งคำสั่งนั้นให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ... แล้วเห็นว่า แม้มาตรา ๑๗๕๔ วรรคสาม ได้บัญญัติว่า ... มิให้เจ้าหนี้นั้นฟ้องร้องเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งปีนับแต่เมื่อเจ้าหนี้ได้รู้หรือควรได้รู้ถึงความตายของเจ้ามรดกก็ตาม แต่โดยที่ระยะเวลาในการใช้สิทธิเรียกร้องอันมีต่อเจ้ามรดกนั้น ถือว่าเป็นอายุความ และหลักทั่วไปของเรื่องอายุความที่กำหนดไว้ในมาตรา ๑๙๓/๑๒ บัญญัติให้เริ่มนับอายุความตั้งแต่ขณะที่อาจบังคับสิทธิเรียกร้องได้เป็นต้นไป เมื่อมาตรา ๔๔๘ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดแต่มูลละเมิดนั้น ท่านว่าขาดอายุความเมื่อพ้นปีหนึ่งนับแต่วันที่ผู้ต้องเสียหายรู้ถึงการละเมิดและรู้ตัวผู้จะพึงต้องใช้ค่าสินไหมทดแทน ซึ่งการที่หน่วยงานของรัฐจะบังคับสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเกิดแต่มูลละเมิดได้ ต่อเมื่อหน่วยงานของรัฐได้รู้ถึงการกระทำละเมิดและรู้ตัวเจ้าหน้าที่ผู้จะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดนั้นแล้ว ระยะเวลาการฟ้องคดีกรณีหน่วยงานของรัฐฟ้องทายาทของเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดที่ถึงแก่ความตายตามมาตรา ๑๗๕๔ วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ จึงต้องเริ่มนับตั้งแต่วันที่หน่วยงานของรัฐรู้ถึงการกระทำละเมิดและรู้ตัวเจ้าหน้าที่ผู้พึงจะต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อการละเมิดนั้น เมื่อผู้ฟ้องคดีมีฐานะเป็นกรมในทบวงมหาวิทยาลัยตามมาตรา ๔

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเทียบอายุราชการ

แห่งพระราชบัญญัติมหาวิทยาลัยสงขลานครินทร์ พ.ศ. ๒๕๒๒ ผู้ฟ้องคดีย่อมต้องวินิจฉัยสั่งการว่ามีผู้รับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนหรือไม่ และเป็นจำนวนเท่าใด ตามความเห็นของกระทรวงการคลัง เมื่อกระทรวงการคลังมีความเห็นให้นางศิริพร คงวัฒนานนท์ เจ้าหน้าที่ร่วมรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดแตกต่างจากความเห็นของผู้ฟ้องคดีที่มีความเห็นว่านางศิริพรไม่ต้องรับผิด ผู้ฟ้องคดีย่อมรู้ถึงสิทธิเรียกร้องที่มีต่อนางศิริพรในวันที่ ๒๘ กรกฎาคม ๒๕๕๑ อันเป็นวันที่ผู้ฟ้องคดีได้รับแจ้งผลการพิจารณาของกระทรวงการคลัง เมื่อผู้ฟ้องคดีได้ยื่นฟ้องผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสามซึ่งเป็นทายาทของนางศิริพรเมื่อวันที่ ๔ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๒ จึงเป็นการยื่นฟ้องคดีภายในระยะเวลาการฟ้องคดีตามมาตรา ๑๗๕๔ วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๑๙/๒๕๖๓ (ที่ประชุมใหญ่) ศาลปกครองสูงสุดโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด พิเคราะห์แล้วเห็นว่า มาตรา ๙ แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ ที่บัญญัติว่า ถ้าหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหาย สิทธิที่จะเรียกให้อีกฝ่ายหนึ่งชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ตนให้มีกำหนดอายุความหนึ่งปีนับแต่วันที่หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้นแก่ผู้เสียหาย นั้น มีเจตนารมณ์ที่จะให้ใช้บังคับกับกรณีที่หน่วยงานของรัฐซึ่งต้องรับผิดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายเพื่อการละเมิดของเจ้าหน้าที่ ใช้สิทธิเรียกร้องให้เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวให้แก่ตนเท่านั้น กรณีที่หน่วยงานของรัฐซึ่งต้องรับผิดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายเพื่อการละเมิดของเจ้าหน้าที่ ใช้สิทธิเรียกให้ทายาทของเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวให้แก่ตนต้องอยู่ในบังคับของมาตรา ๑๗๕๔ วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่บัญญัติว่า ภายใต้บังคับแห่งมาตรา ๑๙๓/๒๗ แห่งประมวลกฎหมายนี้ ถ้าสิทธิเรียกร้องของเจ้าหนี้อันมีต่อเจ้ามรดกมีกำหนดอายุความยาวกว่าหนึ่งปี มิให้เจ้าหนี้นั้นฟ้องร้องเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งปีนับแต่เมื่อเจ้าหนี้ได้รู้ หรือควรได้รู้ถึงความตายของเจ้ามรดก และวรรคสี่ ที่บัญญัติว่า ถึงอย่างไรก็ดี สิทธิเรียกร้องตามที่ว่ามาในวรรคก่อน ๆ นั้น มิให้ฟ้องร้องเมื่อพ้นกำหนดสิบปีนับแต่เมื่อเจ้ามรดกตาย เมื่อข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่า ผู้ฟ้องคดีในฐานะหน่วยงานของรัฐได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายในผลแห่งละเมิดของที่เจ้าหน้าที่ของตนได้กระทำไปในการปฏิบัติหน้าที่ต่อบุคคลภายนอกตามมาตรา ๕ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีจึงมีสิทธิเรียกร้องให้นายทวี ในฐานะเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวให้แก่ผู้ฟ้องคดีตามมาตรา ๘ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน โดยผู้ฟ้องคดีจะต้องใช้สิทธิเรียกร้องภายในกำหนดอายุความหนึ่งปีนับแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้เสียหายตามมาตรา ๙ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว อย่างไรก็ตาม เมื่อการใช้สิทธิเรียกร้องดังกล่าวเป็นการใช้สิทธิไล่เบี้ยเอาแก่เจ้าหน้าเจ้าหน้าที่ผู้ทำละเมิด ซึ่งปรากฏข้อเท็จจริงว่า นายทวีได้ถึงแก่ความตายเมื่อวันที่ ๖ กันยายน ๒๕๔๗ การที่ผู้ฟ้องคดีได้ใช้สิทธิฟ้องผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓ ซึ่งเป็นทายาทของนายทวีต่อศาลเมื่อวันที่ ๑๔ ธันวาคม ๒๕๕๙ จึงเป็นการฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนดอายุความสิบปีนับแต่วันที่นายทวีได้ถึงแก่ความตายตามมาตรา ๑๗๕๔ วรรคสี่ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่าการใช้สิทธิเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากทายาทของเจ้าหน้าที่ในคดีนี้ต้องอาศัยอายุความมาตรา ๙ แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ จึงไม่อาจรับฟังได้

(๔) กรณีหน่วยงานของรัฐฟ้องให้เจ้าหน้าที่ให้ต้องรับผิดกรณีการกระทำละเมิดเกี่ยวเนื่องกับความผิดทางอาญา

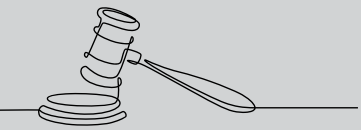
คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คผ. ๑๓๘/๒๕๖๑ ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า คำสั่งของผู้ฟ้องคดี ลงวันที่ ๒๐ เมษายน ๒๕๕๓ เป็นการเรียกให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอันเกี่ยวเนื่องกับการกระทำความผิดอาญา โดยปรากฏพยานหลักฐานว่า ขณะที่มีการออกคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนนั้น ได้มีการเริ่มดำเนินคดีอาญากับผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ แล้ว โดยได้มีการแจ้งความร้องทุกข์ต่อพนักงานสอบสวน สถานีตำรวจภูธรอำเภอป่าโมก ให้ดำเนินคดีอาญากับผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ในฐานความผิดที่มีโทษทางอาญา ทั้งนี้ ปรากฏตามรายงานประจำวันเกี่ยวกับคดี ลงวันที่ ๘ มีนาคม ๒๕๔๗ และลงวันที่ ๑๐ สิงหาคม ๒๕๕๐ ตามลำดับ ซึ่งศาลจังหวัดอ่างทองได้มีหมายจับ ลงวันที่ ๗ สิงหาคม ๒๕๖๐ ให้จับตัวผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ภายในอายุความ ๒๐ ปี นับแต่วันที่ ๓๑ ตุลาคม ๒๕๔๖ แต่ไม่เกินวันที่ ๓๑ ตุลาคม ๒๕๖๖ ส่วนผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ อยู่ระหว่างการดำเนินคดีอาญา ดังนั้น เมื่อการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ เป็นการกระทำอันเป็นความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาหลายบทด้วยกัน และหนึ่งในความผิดนั้นคือความผิดฐานเป็นเจ้าพนักงานมีหน้าที่จัดการหรือรักษาทรัพย์ใด เบียดบังทรัพย์นั้นเป็นของตนหรือของผู้อื่นโดยทุจริต ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๔๗ การที่ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้เสียหายโดยตรงจากการกระทำดังกล่าวนำคดีมาฟ้องต่อศาล ขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ฟ้องคดี จึงเป็นการฟ้องคดีละเมิดในมูลอันเป็นความผิดที่มีโทษตามกฎหมายอาญา เมื่อความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๔๗ ที่ใช้บังคับอยู่ในขณะกระทำความผิดซึ่งเป็นคุณแก่ผู้ฟ้องคดี บัญญัติให้ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่ห้าปีถึงยี่สิบปี หรือจำคุกตลอดชีวิต และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสี่หมื่นบาท เมื่ออัตราโทษสูงสุดคือให้จำคุกตลอดชีวิต คดีอาญา จึงมีอายุความในการดำเนินคดียี่สิบปี ตามมาตรา ๙๕ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งประมวลกฎหมายดังกล่าว ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีจึงชอบที่จะใช้สิทธิเรียกร้องให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนภายในกำหนดอายุความทางอาญา คือ ภายในยี่สิบปีนับแต่วันที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ได้กระทำละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีตามมาตรา ๔๔๘ วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประกอบกับมาตรา ๕๑ วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ระหว่างวันที่ ๗ สิงหาคม ๒๕๔๕ ถึงวันที่ ๖ กรกฎาคม ๒๕๔๗ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ขณะดำรงตำแหน่งหัวหน้าส่วนการคลังสังกัดผู้ฟ้องคดี ได้นำเงินที่กลุ่มอาชีพชำระคืนตามโครงการส่งเสริมอาชีพของสภาตำบลและองค์การบริหารส่วนตำบล (โครงการหมู่บ้านละแสน) จำนวน ๘๒,๐๐๐ บาท ไปใช้ส่วนตัว และในปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๔๗ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ขณะดำรงตำแหน่งนายกองค์การบริหารส่วนตำบลสายทอง ได้ร่วมกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ เบิกเงินเกินบัญชีจากเงินถ่ายโอนเบี้ยยังชีพผู้สูงอายุ จำนวน ๕๒,๒๐๐ บาท ไปใช้ส่วนตัว แม้จะไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ได้ร่วมกันกระทำการอันมีลักษณะเป็นความผิดอาญาในวันและเดือนใด แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ควรจะได้ร่วมกันกระทำการอันมีลักษณะเป็นความผิดอาญาดังกล่าวอย่างเร็วที่สุดในวันที่ ๑ ตุลาคม ๒๕๔๖ อันเป็นวันเริ่มต้นปีงบประมาณ พ.ศ. ๒๕๔๗ ดังนั้น เมื่อนับตั้งแต่วันที่ ๗ สิงหาคม ๒๕๔๕ อันเป็นวันที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ กระทำการอันมีลักษณะเป็นความผิดทางอาญา และวันที่ ๑ ตุลาคม ๒๕๔๖ อันเป็นวันเริ่มต้นปีงบประมาณ

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเทียบอายุราชการ

พ.ศ. ๒๕๔๗ ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ได้ร่วมกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ กระทำการอันมีลักษณะเป็นความผิดทางอาญา จนถึงวันที่ผู้ฟ้องคดีนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นเมื่อวันที่ ๖ พฤศจิกายน ๒๕๖๐ แล้ว ยังไม่เกินไปกว่ายี่สิบปี กรณีจึงเป็นการใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ภายในอายุความยี่สิบปีตามมาตรา ๔๔๘ วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ประกอบกับมาตรา ๕๑ วรรคหนึ่ง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาและให้จำหน่ายคดีออกจากสารบบความ กับให้คืนค่าธรรมเนียมศาลทั้งหมดแก่ผู้ฟ้องคดี นั้น ศาลปกครองสูงสุดไม่เห็นพ้องด้วย จึงมีคำสั่งกลับคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น เป็นให้รับคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีไว้พิจารณาพิพากษาต่อไป

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๖๙๒/๒๕๖๐ วินิจฉัยว่า ผู้ถูกฟ้องคดีในขณะดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่บริหารงานการเงินได้เขียนเช็คสั่งจ่ายให้กับตนเองแล้วเสนอให้ปลัดและนายกองค์การบริหารส่วนตำบลลงนามในเช็คสั่งจ่าย และนำเช็คไปขึ้นเงินสดโดยไม่มีหลักฐานการจ่ายเงินให้ตรวจสอบเป็นเหตุให้องค์การบริหารส่วนตำบล (ผู้ฟ้องคดี) ได้รับความเสียหาย จึงเห็นได้ชัดว่าการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีนั้นเป็นการกระทำความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาฐานเป็นเจ้าพนักงานปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยมิชอบ เพื่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้หนึ่งผู้ใด หรือปฏิบัติหรือละเว้นการปฏิบัติหน้าที่โดยทุจริตตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา ๑๕๗ การที่ผู้ฟ้องคดีนำคดีมาฟ้อง จึงเป็นการฟ้องคดีในมูลละเมิดอันเป็นความผิดที่มีโทษตามกฎหมายอาญา ซึ่งกำหนดอายุความไว้ ๑๕ ปี ผู้ฟ้องคดีจึงชอบจะใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายจากการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีได้ภายใน ๑๕ ปี นับแต่วันที่ผู้ถูกฟ้องคดีได้กระทำการดังกล่าว เมื่อผู้ฟ้องคดีนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นยังไม่เกินไปกว่า ๑๕ ปี กรณีจึงเป็นการใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายภายในอายุความ ๑๕ ปี จึงมีคำสั่งกลับคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นเป็นให้รับคำฟ้องไว้พิจารณา

จากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าว เมื่อมีการกระทำละเมิดจากการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ในกรณีต่าง ๆ การฟ้องคดีต่อศาลปกครองทั้งกรณีบุคคลผู้ได้รับความเสียหายเป็นผู้ใช้สิทธิฟ้องคดีและกรณีหน่วยงานได้รับความเสียหายเป็นผู้ใช้สิทธิฟ้องคดี จะต้องพิจารณาถึงระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้ในแต่ละกรณี ซึ่งถือเป็นปัญหาสำคัญในการรับคำฟ้องไว้พิจารณา หลายกรณีจึงได้รับการวินิจฉัยโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด เพื่อให้ผู้เกี่ยวข้องกับคดีดังกล่าวมีบรรทัดฐานที่ชัดเจนในการปรับใช้กฎหมาย อันจะเป็นประโยชน์ต่อกระบวนการยุติธรรมทางปกครองประการหนึ่งได้เช่นกัน.



มาตรการบังคับของฝ่ายปกครอง (มาตรการบังคับทางปกครอง โทษทางปกครอง โทษทางอาญา) แนวคิดทฤษฎี เกณฑ์การพิจารณาในการตรากฎหมาย และการบังคับใช้กฎหมาย ที่กำหนดมาตรการบังคับของฝ่ายปกครอง : ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายเยอรมัน

ดร.มานิตย์ วงศ์เสรี
ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด

สารบัญ

ส่วนที่หนึ่ง : แนวคิดทฤษฎีและเกณฑ์การพิจารณาในการตรากฎหมายกำหนดมาตรการบังคับของฝ่ายปกครอง ๒๘๖

๑. ความนำ ๒๘๖

๒. แนวคิดทฤษฎีว่าด้วยการควบคุมทางสังคมโดยกฎหมาย ๒๘๙

๓. เกณฑ์ประการที่หนึ่ง : ขอบเขตในการบัญญัติ “โทษทางอาญา” ๒๙๑

๓.๑ ลักษณะพิเศษของ “โทษทางอาญา” ๒๙๑

๓.๑.๑ ความแตกต่างระหว่าง “โทษทางอาญา” และ “การลงโทษในทางแพ่ง” ๒๙๒

๓.๑.๒ ความแตกต่างระหว่าง “ค่าปรับในทางอาญา (Geldstrafe)” และ “การลงโทษปรับในทางปกครอง (Geldbuße)” ๒๙๒

๓.๑.๓ ความแตกต่างระหว่าง “โทษทางอาญา” และ “โทษทางวินัย” ๒๙๒

๓.๒ เกณฑ์การพิจารณาเกี่ยวกับการกำหนด “โทษทางอาญา” : ข้อจำกัดของการบัญญัติ “โทษทางอาญา” ๒๙๓

๓.๒.๑ คุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์คุ้มครอง (Rechtsgut; legally protected right) ๒๙๓

๓.๒.๒ กฎหมายอาญาในฐานะมาตรการสุดท้าย (ultima ratio) ๒๙๔

๓.๓ ตัวอย่างเกณฑ์การพิจารณาเกี่ยวกับการกำหนดสภาพการบังคับใช้ทางกฎหมายอาญา (strafrechtliche Sanktionen; criminal sanctions) ๒๙๕

๓.๓.๑ การกำหนดโทษทางอาญาสำหรับความผิดฐานทำให้แท้งลูก ๒๙๕

(๑) คุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์คุ้มครอง (Rechtsgut) ๒๙๖

(๑.๑) การกำหนดเนื้อหาสาระของคุณธรรมทางกฎหมาย : ภาระหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิ่งมีชีวิตที่จะพัฒนาเป็นมนุษย์ ๒๙๗

(๑.๒) ขอบเขตและข้อจำกัดของคุณธรรมทางกฎหมาย : สิทธิเสรีภาพของมารดาที่ตั้งครรภ์ ๒๙๗

(๒) กฎหมายอาญาในฐานะที่เป็นทางเลือกสุดท้าย (ultima ratio) ๒๙๘

(๒.๑) มาตรการหรือกลไกที่จะกำหนดไว้ในกฎหมายจะต้องมีประสิทธิภาพที่จะสามารถให้การคุ้มครองทารกในครรภ์มารดาจากการทำแท้งได้ ๒๙๘

(๒.๒) ต้องพิจารณานำมาตรการป้องกันมาใช้ก่อนที่จะใช้มาตรการลงโทษ (Vorrang der Prävention vor der Repression) ๒๘๙
ก. ดุลพินิจของผู้ร่างกฎหมาย
ข. ปัญหาของการใช้มาตรการป้องกัน
(๒.๓) ความจำเป็นในการกำหนดสภาพบังคับใช้ทางกฎหมายอาญา ๒๙๙
(๒.๔) ความชอบธรรมในการกำหนดโทษทางอาญา ๒๙๙
(๒.๕) การคุ้มครองทารกในครรภ์มารดา ๒๙๙
๓.๔ บทสรุปเกณฑ์ประการที่หนึ่ง : ข้อจำกัดของผู้ร่างกฎหมายในการกำหนด “โทษทางอาญา” ๒๙๙
๓.๔.๑ การกำหนดวัตถุประสงค์ของกฎหมายและขอบเขตของคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครอง ๒๙๙
๓.๔.๒ ความจำเป็นในการกำหนดให้มี “โทษทางอาญา” ๓๐๐
(๑) คุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองต้องมีความถูกต้องชอบธรรม (Legitimer Zweck; legitimate purpose)
(๒) หลักความสัมฤทธิ์ผล (Geeignetheit; Appropriateness)
(๓) หลักความจำเป็น (Erforderlichkeit; necessity)
(๓.๑) กลไกควบคุมทางสังคมประเภทอื่นๆ
(๓.๒) การกำหนดองค์ประกอบโครงสร้างของความรับผิดและระวางโทษ
(๔) หลักความได้สัดส่วนอย่างแคบ (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn; Principle of proportionality in the narrow sense)
๓.๕ หลักเกณฑ์ที่หนึ่งที่นำมาพิจารณากำหนดโทษทางปกครอง : ข้อจำกัดของผู้ร่างกฎหมายในการกำหนดโทษทางอาญา เพื่อใช้เป็นสภาพบังคับสำหรับควบคุมสังคม ๓๐๑
๔. เกณฑ์ประการที่สอง : สภาพบังคับทางกฎหมายปกครอง (verwaltungsrechtliche Sanktionen; administrative sanctions) ๓๐๑
๔.๑ ความทั่วไปว่าด้วยการตรา “กฎหมายว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคม (Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung) หรือ กฎหมายตำรวจ (Polizeigesetz)” มาใช้บังคับแทนที่การกำหนดโทษทางอาญา ๓๐๑
๔.๒ ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายตำรวจ (Polizeigesetz) ๓๐๓
๔.๓ ความทั่วไปว่าด้วยนโยบายเกี่ยวกับอาชญากรรม (Kriminalpolitik; criminal policy) ๓๐๕
๔.๔ สภาพบังคับตามกฎหมายตำรวจ (Sanktionen im Polizeirecht; Sanctions in Police Law) ๓๐๘
๔.๕ สรุปบทเรียนเกี่ยวกับเกณฑ์ประการที่สอง : สภาพบังคับทางกฎหมายปกครอง (verwaltungsrechtliche Sanktionen; administrative sanctions) ๓๑๑

๕. เกณฑ์ประการที่สาม : การกระทำผิดทางปกครอง (Ordnungswidrigkeit; regulatory offences) ในฐานะที่เป็นกลไกในการควบคุมสังคมของฝ่ายปกครอง ๓๑๖
๕.๑ ความเบื้องต้นเกี่ยวกับ “โทษทางปกครอง” ๓๑๖
๕.๑.๑ ทฤษฎีว่าด้วยลักษณะของความผิดทางปกครองและความผิดทางอาญา (Die qualitative Theorie) ๓๑๖
๕.๑.๒ ทฤษฎีว่าด้วยความร้ายแรงของการกระทำความผิด (Die quantitative Theorie) ๓๑๘
๕.๑.๓ แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน ๓๑๙
๕.๒ ความแตกต่างระหว่าง “ค่าปรับบังคับการ (Zwangsgeld)” และ “การลงโทษปรับทางปกครอง (Geldbuße)” ๓๒๑
๕.๒.๑ ข้อความคิดทั่วไป ๓๒๒
๕.๒.๒ กรณีตัวอย่างสภาพปัญหาเกี่ยวกับ “ค่าปรับบังคับการ (Zwangsgeld)” ๓๒๓
๖. บทสรุป ๓๒๕
๖.๑ เกณฑ์การกำหนด “โทษทางปกครอง” ๓๒๕
๖.๑.๑ ความเข้าใจเบื้องต้นและขอบเขตเกี่ยวกับ “โทษทางปกครอง” ๓๒๕
๖.๑.๒ หลักเกณฑ์ประการที่หนึ่ง : ขอบเขตในการบัญญัติ “โทษทางอาญา (strafrechtliche Sanktionen; criminal sanctions)” ๓๒๖
๖.๑.๓ หลักเกณฑ์ประการที่สอง : สภาพบังคับทางกฎหมายปกครอง (verwaltungsrechtliche Sanktionen; administrative sanctions) ๓๒๗
๖.๑.๔ หลักเกณฑ์ประการที่สาม : การกระทำผิดทางปกครอง (Ordnungswidrigkeit; Regulatory Offences) ในฐานะที่เป็นกลไกของฝ่ายปกครองในการควบคุมสังคม ๓๒๘
๖.๒ ความสัมพันธ์ระหว่าง “มาตรการบังคับทางปกครอง” “โทษทางปกครอง” และ “โทษทางอาญา” ๓๓๐
ส่วนที่สอง : การบังคับใช้กฎหมายที่กำหนดมาตรการบังคับของฝ่ายปกครอง **๓๓๒**
๑. ความนำ ๓๓๒
๒. ความสัมพันธ์ระหว่างการบังคับใช้ “มาตรการบังคับทางปกครอง” “โทษทางปกครอง” และ “โทษทางอาญา” ๓๓๕
๒.๑ เกณฑ์การพิจารณาเพื่อแบ่งแยกระหว่างการกระทำทางปกครองและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ๓๓๕
๒.๒ การกระทำเดียวที่มีผลสองทาง (Doppelfunktionale Maßnahme) ทั้งการป้องกัน (präventiv) และการปราบปราม (repressiv) ๓๓๘

มาตรการบังคับของฝ่ายปกครอง

(มาตรการบังคับทางปกครอง โทษทางปกครอง โทษทางอาญา) แนวคิดทฤษฎี เกณฑ์การพิจารณาในการตรากฎหมาย และการบังคับใช้กฎหมาย ที่กำหนดมาตรการบังคับของฝ่ายปกครอง: ศึกษาเปรียบเทียบระบบกฎหมายเยอรมัน

ส่วนที่หนึ่ง : แนวคิดทฤษฎีและเกณฑ์การพิจารณาในการตรากฎหมายกำหนดมาตรการบังคับของฝ่ายปกครอง

๑. ความนำ

โดยทั่วไปความสัมฤทธิ์ผลและการบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายขึ้นอยู่กับองค์ประกอบสำคัญสองประการตามลำดับ คือ **องค์ประกอบที่หนึ่ง** การร่างกฎหมาย และ **องค์ประกอบที่สอง** การบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งขั้นตอนในการร่างกฎหมายนั้น เป็นกระบวนการที่นำเอาความต้องการ อุดมคติทางกฎหมาย หรือวัตถุประสงค์ของกฎหมาย มากำหนดให้เป็นรูปธรรมในรูปแบบของหลักเกณฑ์ทางกฎหมาย โดยในขั้นตอนการกำหนดวัตถุประสงค์ของกฎหมายให้มาอยู่ในรูปแบบของหลักเกณฑ์ทางกฎหมายนี้ ผู้ตราหรือผู้ร่างกฎหมายจะต้องพิจารณาว่า การกำหนดหลักเกณฑ์ทางกฎหมายจะสามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่ตนเองต้องการได้หรือไม่ เช่น

(๑) กรณีที่ผู้ร่างกฎหมายต้องการคุ้มครองความปลอดภัยของผู้โดยสาร จึงได้มีการตราบทบัญญัติมาตรา ๑๐๗[๑] แห่งพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. ๒๕๒๒ ไว้ว่า ห้ามมิให้ผู้ได้รับใบอนุญาตเป็นผู้ขับรถรับบรรทุกผู้โดยสารเกินจำนวนที่นั่งผู้โดยสารที่ได้ระบุหรือกำหนดไว้ในใบอนุญาต ในกรณีดังกล่าวนี้ผู้ร่างกฎหมายจะต้องพิจารณาให้ได้ในเบื้องต้นก่อนแล้วว่า จำนวนผู้โดยสารที่กำหนดตามจำนวนที่นั่งผู้โดยสารที่กำหนดไว้ในใบอนุญาตนั้น เป็นสิ่งที่สามารถทำให้เกิดความปลอดภัยต่อผู้โดยสารได้หรือไม่ หรือ

(๒) กรณีที่ผู้ร่างกฎหมายต้องการคุ้มครองความปลอดภัยของผู้ใช้อาคาร จึงได้มีการตราบทบัญญัติมาตรา ๔๖ ทวิ[๒] แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติควบคุม

[๑] มาตรา ๑๐๗ แห่งพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. ๒๕๒๒ บัญญัติว่า “ในการขนส่ง ประจำทางหรือการขนส่งไม่ประจำทางระหว่างจังหวัดหรือระหว่างประเทศไทยกับต่างประเทศ ห้ามมิให้ผู้ได้รับใบอนุญาตเป็นผู้ขับรถรับบรรทุกผู้โดยสารเกินจำนวนที่นั่งผู้โดยสารที่กำหนดไว้ในใบอนุญาต”

[๒] มาตรา ๔๖ ทวิ แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติม โดยพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๔๓ บัญญัติว่า “ในกรณีที่อุปกรณ์ประกอบต่าง ๆ เกี่ยวกับระบบไฟฟ้าและการจัดแสงสว่าง ระบบการเตือนการป้องกันและการระงับอัคคีภัย การป้องกันอันตราย เมื่อมีเหตุชุลมุนวุ่นวาย ระบบระบายอากาศ ระบบระบายน้ำ ระบบบำบัดน้ำเสีย ระบบเครื่องกล หรือระบบอื่น ๆ ของอาคารตามมาตรา ๓๒ ทวิ มีสภาพหรือมีการใช้ที่อาจเป็นภยันตรายต่อสุขภาพ ชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สิน หรืออาจไม่ปลอดภัยจากอัคคีภัย หรือก่อให้เกิดเหตุรำคาญ หรือกระทบกระเทือนต่อการรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจ ดังนี้

(๑) มีคำสั่งห้ามมิให้เจ้าของอาคารหรือผู้ครอบครองอาคารใช้ หรือยินยอมให้บุคคลใด ใช้อุปกรณ์ประกอบต่าง ๆ และจัดให้มีเครื่องหมายแสดงการห้ามนั้นไว้ที่อุปกรณ์หรือบริเวณที่เปิดเผยและเห็นได้ง่ายที่อยู่ใกล้กับอุปกรณ์นั้น

(๒) มีคำสั่งให้เจ้าของอาคารดำเนินการแก้ไขอุปกรณ์ประกอบต่าง ๆ นั้น ให้อยู่ในสภาพ ที่ปลอดภัยหรือสามารถใช้งานได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด แต่ต้องไม่น้อยกว่าสามสิบวัน ในกรณีมีเหตุอันสมควรเจ้าพนักงานท้องถิ่นจะขยายระยะเวลาดังกล่าวออกไปอีกก็ได้

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเทียนฉายราชการ

อาคาร (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๔๓ ไว้ว่า ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจออกคำสั่งห้ามมิให้เจ้าของอาคารหรือผู้ครอบครองอาคารใช้หรือยินยอมให้บุคคลใดใช้อุปกรณ์ประกอบต่าง ๆ เกี่ยวกับระบบไฟฟ้าและการจัดแสงสว่าง ระบบการเตือน การป้องกันและการระงับอัคคีภัย การป้องกันอันตรายเมื่อมีเหตุชุลมุนวุ่นวาย ระบบระบายอากาศ ระบบระบายน้ำ ระบบบำบัดน้ำเสีย ระบบเครื่องกล หรือระบบอื่น ๆ ของอาคารตามมาตรา ๓๒ ทวิ ที่มีสภาพหรือมีการใช้ที่อาจเป็นภยันตรายต่อสุขภาพ ชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สิน หรืออาจไม่ปลอดภัยจากอัคคีภัย หรือก่อให้เกิดเหตุรำคาญ หรือกระทบกระเทือนต่อการรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม และจัดให้มีเครื่องหมายแสดงการห้ามนั้นไว้ที่อุปกรณ์หรือบริเวณที่เปิดเผยและเห็นได้ง่ายที่อยู่ใกล้กับอุปกรณ์นั้น และให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจออกคำสั่งให้เจ้าของอาคารดำเนินการแก้ไขอุปกรณ์ประกอบต่าง ๆ นั้น ให้อยู่ในสภาพที่ปลอดภัยหรือสามารถใช้งานได้ภายในระยะเวลาที่กำหนด ในกรณีดังกล่าวนี้ ผู้ร่างกฎหมายจะต้องพิจารณาให้ได้ในเบื้องต้นก่อนแล้วว่า การกำหนดให้อำนาจเจ้าพนักงานท้องถิ่นสามารถเข้าไปตรวจสอบและมีอำนาจออกคำสั่งห้ามใช้และมีอำนาจออกคำสั่งให้ดำเนินการแก้ไขอุปกรณ์ประกอบต่าง ๆ ของอาคารที่มีสภาพหรือมีการใช้ที่อาจเป็นภยันตรายต่อสุขภาพ ชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินนั้น เป็นสิ่งที่จะสามารถคุ้มครองความปลอดภัยของผู้ใช้อาคารจากการใช้อุปกรณ์ประกอบต่าง ๆ ที่มีสภาพชำรุดบกพร่องได้หรือไม่ หรือ

(๓) กรณีที่ผู้ร่างกฎหมายต้องการให้มีการส่งเสริมการแข่งขันทางการค้าอย่างเป็นธรรม จึงได้มีการตราบทบัญญัติมาตรา ๕๕[๓] แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๖๐ ไว้ว่า ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นกระทำการใด ๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด ทำนองเดียวกันกับกรณี (๑) และ (๒) ข้างต้น ผู้ร่างกฎหมายก็จะต้องพิจารณาให้ได้ในเบื้องต้นก่อนแล้วว่า การกำหนดลักษณะของการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดตามที่ปรากฏในมาตรา ๕๕ (๑) ถึง (๕) แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๖๐ นั้น จะสามารถทำให้เกิดการแข่งขันทางการค้าอย่างเป็นธรรมหรือไม่ เป็นต้น

ในกรณีที่ไม่มีการปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามวรรคหนึ่ง และหากอุปกรณ์ดังกล่าวมีผลทำให้อาคารนั้นมีสภาพหรือการใช้ที่อาจเป็นภยันตรายอย่างร้ายแรงต่อสุขภาพ ชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สิน ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นสั่งห้ามใช้อาคารนั้นทั้งหมดหรือบางส่วนไว้ก่อนก็ได้ และต้องจัดให้มีเครื่องหมายแสดงการห้ามนั้นไว้ในที่เปิดเผยและเห็นได้ง่าย ณ บริเวณอาคาร หรือบริเวณดังกล่าว”

[๓] มาตรา ๕๕ แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๖๐ บัญญัติว่า “ห้ามมิให้ผู้ประกอบธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นกระทำการใด ๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดใดตลาดหนึ่งในลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(๑) กำหนดเงื่อนไขตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๕๔ (๑) (๒) หรือ (๔) ระหว่างผู้ประกอบธุรกิจที่มิใช่คู่แข่งขันในตลาดเดียวกัน

(๒) ลดคุณภาพของสินค้าหรือบริการให้ต่ำลงกว่าที่เคยผลิตจำหน่ายหรือให้บริการ

(๓) แต่งตั้งหรือมอบหมายให้บุคคลใดแต่ผู้เดียวเป็นผู้จำหน่ายสินค้าหรือให้บริการอย่างเดียวกันหรือประเภทเดียวกัน

(๔) กำหนดเงื่อนไขหรือวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการซื้อหรือการจำหน่ายสินค้าหรือการบริการเพื่อให้ปฏิบัติตามที่ตกลงกัน

(๕) ความตกลงร่วมกันในลักษณะอื่น ๆ ตามที่คณะกรรมการประกาศกำหนด”

หากบุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับของกฎหมายยินยอมปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายอย่างเคร่งครัดแล้ว ปัจจัยที่จะสามารถนำมาใช้วัดความสัมฤทธิ์ผลของกฎหมายจึงต้องพิจารณาจากผลที่เกิดขึ้นในทางความเป็นจริงว่าเป็นไปตามวัตถุประสงค์หรืออุดมคติทางกฎหมายตามที่ผู้ร่างกฎหมายได้กำหนดไว้บทบัญญัติดังกล่าวหรือไม่ แต่ในโลกแห่งความเป็นจริงหรือในทางปฏิบัติย่อมต้องมีบุคคลที่ฝ่าฝืนหรือไม่ยินยอมปฏิบัติตามกฎหมายอยู่ด้วย ดังนั้น กรณีจึงเป็นประเด็นปัญหาเกี่ยวกับขั้นตอนการบังคับให้บุคคลดังกล่าวต้องปฏิบัติตามกฎหมาย หรือที่เรียกว่า **ขั้นตอนของการบังคับใช้กฎหมาย** โดยในขั้นตอนนี้จะมีการกำหนดมาตรการต่าง ๆ เพื่อบังคับบุคคลที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมายหรือตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่ของรัฐ โดยในขั้นตอนนี้ ผู้ร่างกฎหมายจะต้องพิจารณาว่า การกำหนดมาตรการบังคับต่าง ๆ นั้นจะสามารถทำให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายหรือบรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้หรือไม่ เช่น ในกรณีที่ผู้ได้รับใบอนุญาตเป็นผู้ขับรถรับบรรทุกผู้โดยสารเกินจำนวนที่นั่งผู้โดยสารที่กำหนดไว้ในใบอนุญาต อันเป็นการดำเนินการที่ฝ่าฝืนมาตรา ๑๐๗ แห่งพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. ๒๕๒๒ กฎหมายว่าด้วยการขนส่งทางบกจึงได้กำหนดสภาพบังคับไว้ให้**ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท** ตามมาตรา ๑๒๗[๔] แห่งพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก (ฉบับที่ ๘) พ.ศ. ๒๕๔๒ หรือในกรณีที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นที่มีคำสั่งห้ามใช้หรือมีคำสั่งให้แก้ไขอุปกรณ์ต่าง ๆ ของอาคารที่มีสภาพหรือมีการใช้ที่อาจเป็นภยันตรายต่อสุขภาพ ชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินอันเป็นการฝ่าฝืนมาตรา ๔๖ ทวิ แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มโดยพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๔๓ กฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารจึงได้กำหนดสภาพบังคับไว้ให้**ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสามหมื่นบาท และยังต้องระวางโทษปรับอีกวันละไม่เกินห้าพันบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนหรือจนกว่าจะได้ปฏิบัติให้ถูกต้อง** ตามมาตรา ๖๕ จัตวา[๕] แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มโดยพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๔๓ หรือในกรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการอันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาดอันมีลักษณะเป็นการประกอบธุรกิจที่ฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา ๕๕ แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๖๐ กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าจึงได้กำหนดสภาพบังคับไว้ให้มีโทษทางปกครองที่จะ**ต้องชำระค่าปรับทางปกครองในอัตราไม่เกินร้อยละสิบของรายได้ในปีที่กระทำความผิด ในกรณีที่เป็นการกระทำความผิด**

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาส**เกษียณอายุราชการ**

---

[๔] มาตรา ๑๒๗ แห่งพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก (ฉบับที่ ๘) พ.ศ. ๒๕๔๒ บัญญัติว่า “ผู้ได้รับใบอนุญาตปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้ประจำรถผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา ๒๖ วรรคสอง มาตรา ๑๐๑ มาตรา ๑๐๒ (๑) (๒) หรือ (๔) มาตรา ๑๐๓ มาตรา ๑๐๓ ทวิ มาตรา ๑๐๔ มาตรา ๑๐๕ มาตรา ๑๐๖ หรือมาตรา ๑๐๗ **ต้องระวางโทษปรับไม่เกินห้าพันบาท**”

นอกจากต้องระวางโทษตามวรรคหนึ่งแล้ว ผู้ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา ๔๖ ทวิ **ยังต้องระวางโทษปรับอีกวันละไม่เกินห้าพันบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนหรือจนกว่าจะได้ปฏิบัติให้ถูกต้อง**”

[๕] มาตรา ๖๕ จัตวา แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มโดยพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๔๓ บัญญัติว่า “ผู้ใดฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามมาตรา ๔๖ ทวิ ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสามหมื่นบาท

นอกจากต้องระวางโทษตามวรรคหนึ่งแล้ว ผู้ฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามมาตรา ๔๖ ทวิ ยังต้องระวางโทษปรับอีกวันละไม่เกินห้าพันบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนหรือจนกว่าจะได้ปฏิบัติให้ถูกต้อง”

ในปีแรกของการประกอบธุรกิจ ให้ชำระค่าปรับทางปกครองในอัตราไม่เกินหนึ่งล้านบาท ตามมาตรา ๘๒[๖] แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๖๐ จากกรณีที่กล่าวมาแล้วข้างต้น จะเห็นได้ว่ากฎหมายได้กำหนด “โทษ” สำหรับการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายเอาไว้ และเมื่อพิจารณาพระราชบัญญัติที่มีบทกำหนด “โทษ” สำหรับการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายหรือคำสั่งของเจ้าหน้าที่ของรัฐแล้ว จะพบว่ามีจำนวนพระราชบัญญัติมากกว่า ๒๖๐ ฉบับ[๗] ซึ่งส่วนใหญ่แล้วจะเป็นการกำหนด “โทษทางอาญา” หรือกำหนดไว้ว่าเป็น “บทกำหนดโทษ” และเมื่อได้พิจารณาลักษณะของการกำหนดโทษที่ปรากฏตามพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๖๐ แล้ว จะพบว่า ผู้ร่างกฎหมายได้มีการแบ่งแยก**บทกำหนดโทษ**ออกเป็นสองประเภทอย่างชัดเจนใน “หมวด ๖ บทกำหนดโทษ” คือ “โทษอาญา” ตามที่ปรากฏอยู่ใน “ส่วนที่ ๑ โทษอาญา” ตั้งแต่มาตรา ๗๑ ถึงมาตรา ๗๙ และ “โทษทางปกครอง” ตามที่ปรากฏอยู่ใน “ส่วนที่ ๒ โทษทางปกครอง” ตั้งแต่มาตรา ๘๐ ถึงมาตรา ๘๕ ประกอบกับเมื่อมีการตราพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ขึ้นมาใช้บังคับ ซึ่งถือได้ว่าเป็นการสถาปนา “หลักกฎหมายปกครอง” ขึ้นเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษรและทำให้ผู้ร่างกฎหมายมีทางเลือกในการกำหนดสภาพหรือลักษณะของการบังคับใช้กฎหมายในทางปกครองเพิ่มขึ้นมาอีกหนึ่งทางเลือก ซึ่งแตกต่างไปจากเดิมที่ผู้ร่างกฎหมายสามารถเลือกใช้ได้แต่เฉพาะสภาพหรือลักษณะของการบังคับใช้กฎหมายในทางแพ่งและในทางอาญาเท่านั้น และในการกำหนดสภาพหรือลักษณะของการบังคับใช้กฎหมายในทางปกครองนี้ ผู้ร่างกฎหมายจะต้องคำนึงถึงการสร้างดุลยภาพระหว่างประสิทธิภาพของการบังคับใช้กฎหมายและการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของประชาชนภายใต้ระบบการปกครองแบบเสรีประชาธิปไตยที่ยึดถือหลักนิติรัฐ **(Rechtsstaat)** เป็นสำคัญ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในเรื่องของเกณฑ์ (Kriterien) ที่ผู้ร่างกฎหมายจะนำมาใช้พิจารณาในการตรากฎหมายกำหนดมาตรการบังคับของฝ่ายปกครอง ใน**ส่วนที่หนึ่ง**นี้เป็นการนำเสนอเรื่องแนวคิดทฤษฎีและเกณฑ์ (Kriterien) การพิจารณาในการตรากฎหมายกำหนดมาตรการบังคับของฝ่ายปกครองที่ผู้ร่างกฎหมายจะต้องนำมาใช้ในการกำหนดสภาพการบังคับใช้กฎหมายในทางปกครองในระบบกฎหมายเยอรมันเพื่อเป็นประโยชน์ในการที่จะนำแนวคิดทฤษฎีและเกณฑ์ดังกล่าวมาศึกษาวิเคราะห์เพื่อปรับใช้ในการกำหนด **“มาตรการบังคับของฝ่ายปกครอง”** ในระบบกฎหมายไทยต่อไป

๒. แนวคิดทฤษฎีว่าด้วยการควบคุมทางสังคมโดยกฎหมาย

การควบคุมทางสังคม (Die Soziale Kontrolle; The social control) หมายความว่า การบังคับให้คนในสังคมปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ที่สังคมวางไว้ โดยอาศัยเครื่องมือ กลไก หรือกระบวนการทั้งหลายที่จะ

---

[๖] มาตรา ๘๒ แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๖๐ บัญญัติว่า “ผู้ใดฝ่าฝืนมาตรา ๕๕ มาตรา ๕๗ หรือมาตรา ๕๘ **ต้องชำระค่าปรับทางปกครองในอัตราไม่เกินร้อยละสิบของรายได้ในปีที่กระทำความผิด**

ในกรณีที่เป็นการกระทำความผิดในปีแรกของการประกอบธุรกิจ ให้ชำระค่าปรับทางปกครองในอัตราไม่เกินหนึ่งล้านบาท”

[๗] บุรินทร์ โชคเกิด, นคร พจนวรพงษ์, พลตำรวจโทวุฒิ วิทิตานนท์ และณัฐกร วิทิตานนท์, ประมวลพระราชบัญญัติที่มีโทษอาญา (พ.ศ. ๒๔๕๖ – ๒๕๕๕), พิมพ์ครั้งที่ ๑๕, ๒๕๕๕

ทำให้สังคม กลุ่มคน หรือปัจเจกชนสามารถที่จะแก้ไขปัญหาความเห็นที่แตกต่างกัน ลดความตึงเครียดและความขัดแย้งที่อาจเกิดขึ้นได้ในสังคมนั้น ๆ[๘] และแม้ว่ากฎเกณฑ์หรือบรรทัดฐานทางสังคมจะมีอยู่หลากหลายประการด้วยกัน แต่ในทางวิชาการสามารถแบ่งได้เป็น ๓ ประเภท คือ **(๑) กฎเกณฑ์ตามวิถีประชาหรือวิถีชาวบ้าน (Folkways) (๒) กฎเกณฑ์ทางศีลธรรม (Morals)** และ **(๓) กฎหมาย (Laws)** กรณีจึงทำให้มาตรการหรือเครื่องมือที่จะนำมาใช้บังคับให้สังคม กลุ่มคน หรือปัจเจกชนปฏิบัติตามบรรทัดฐานทางสังคมย่อมต้องมีลักษณะความหลากหลายตามไปด้วย แต่ก็สามารถแบ่งมาตรการหรือเครื่องมือที่จะนำมาใช้ออกได้เป็น**สองมาตรการ**ด้วยกัน คือ **(๑) มาตรการเชิงรุก (Aktive Kontrolle; active control)** ได้แก่ มาตรการที่จะถูกนำมาใช้เพื่อป้องกันมิให้เกิดพฤติกรรมหรือการกระทำที่ไม่เป็นที่ต้องการ และ **(๒) มาตรการเชิงรับ (Reaktive Kontrolle; reactive control)** ได้แก่ มาตรการที่มุ่งจะลงโทษพฤติกรรมหรือการกระทำที่ไม่เป็นที่ต้องการ และไม่ว่าจะมีมาตรการบังคับใช้แบบใดก็ตาม ก็สามารถแบ่งแยกลักษณะแบบแผนของการกำหนดมาตรการของการบังคับใช้บรรทัดฐานทางสังคม ออกได้เป็น**สี่ลักษณะ**ด้วยกัน คือ **(๑) มาตรการที่ให้ผลด้านบวกอย่างไม่เป็นทางการ** เช่น การส่งรอยยิ้ม การโอบกอด เป็นต้น **(๒) มาตรการที่ให้ผลด้านบวกอย่างเป็นทางการ** เช่น การเลื่อนขั้นเงินเดือน การให้ใบประกาศเกียรติคุณ เป็นต้น **(๓) มาตรการที่ให้ผลด้านลบอย่างไม่เป็นทางการ** เช่น การส่งเสียงตะโกน การข่มขู่ เป็นต้น **(๔) มาตรการที่ให้ผลด้านลบอย่างเป็นทางการ** เช่น การที่ศาลมีคำพิพากษาให้ประหารชีวิต การที่ฝ่ายปกครองมีคำสั่งปรับ เป็นต้น ดังปรากฏตามรูป

	มาตรการที่ให้ผลด้านบวก	**มาตรการที่ให้ผลด้านลบ**
ไม่เป็นทางการ	การส่งรอยยิ้ม การโอบกอด	การส่งเสียงตะโกน การข่มขู่
เป็นทางการ	การเลื่อนขั้นเงินเดือน การให้ใบประกาศเกียรติคุณ	**การบังคับใช้กฎหมาย เช่น ศาลมีคำพิพากษาให้ประหารชีวิต หรือฝ่ายปกครองมีคำสั่งปรับ เป็นต้น**

สำหรับการควบคุมทางสังคมโดยกฎหมายนั้น มีองค์ประกอบที่สำคัญสองประการด้วยกัน[๙] คือ **องค์ประกอบที่หนึ่ง** การมีอยู่ของบรรทัดฐานทางสังคมหรือปทัสถาน (Norm) ที่มีวัตถุประสงค์เพื่อให้สังคม กลุ่มคน หรือปัจเจกชนต้องยึดถือปฏิบัติตามเพื่อรักษาหรือดำรงไว้ซึ่งความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของสังคม และ **องค์ประกอบที่สอง** การกำหนดมาตรการที่จะสามารถบังคับให้สังคม กลุ่มคน หรือปัจเจกชนปฏิบัติตามบรรทัดฐานทางสังคมหรือปทัสถานนั้น ๆ หรือที่เรียกว่า **“การบังคับใช้กฎหมาย”** หรือ **“Sanctions”** และในการควบคุมทางสังคมโดยกฎหมายนั้น กฎหมาย

[๘] Bernd-Dieter Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Auflage 2009, S. 1.

[๙] เพิ่งอ้าง

ถือเป็นบรรทัดฐานทางสังคมหรือปทัสถาน (Norm) ให้สังคม กลุ่มคน หรือปัจเจกชนต้องยึดถือเป็นกฎเกณฑ์ระเบียบแบบแผนของการดำรงอยู่ร่วมกัน โดยกฎหมายจะต้องสามารถบังคับให้สังคม กลุ่มคน หรือปัจเจกชนปฏิบัติตามกฎเกณฑ์ทางกฎหมายนั้น ๆ ด้วย หรือที่เรียกว่า “การบังคับใช้” หรือ “Sanctions” และการบังคับใช้กฎหมายจะขึ้นอยู่กับระบบกฎหมาย (Die Rechtsordnung; The legal system) ที่มีผลใช้บังคับอยู่ในประเทศนั้น ๆ ด้วย โดยในบทความชิ้นนี้จะนำเสนอลักษณะของการบังคับใช้กฎหมายที่อยู่ภายใต้ระบบการปกครองแบบเสรีประชาธิปไตยที่ยึดถือหลักนิติรัฐ (Rechtsstaat) เป็นสรณะในการบังคับใช้กฎหมาย ซึ่งลักษณะของการบังคับใช้กฎหมายจะปรากฏอยู่ในกฎหมายทุก ๆ ประเภทแตกต่างกันไป **ในระบบกฎหมายเอกชน** จะปรากฏในรูปของเบี้ยปรับ การชดใช้ค่าเสียหายอันเกิดจากการชำระหนี้ไม่ถูกต้อง การชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอันเกิดจากการกระทำละเมิด เป็นต้น **ในระบบกฎหมายอาญา** จะปรากฏในรูปของการประหารชีวิต จำคุก กักขัง ปรับ ริบทรัพย์สิน เป็นต้น หรือ**ในระบบกฎหมายปกครอง** จะปรากฏในรูปของคำสั่งให้รื้อถอนอาคาร ค่าปรับบังคับการ เป็นต้น โดยผู้ที่จะสามารถกำหนดมาตรการการบังคับใช้กฎหมายในระบบกฎหมายแพ่งและอาญา ได้แก่ ศาล ในขณะที่ในระบบกฎหมายปกครองฝ่ายปกครองจะเป็นผู้กำหนดมาตรการบังคับใช้กฎหมายนั้นเอง สำหรับการพิจารณาเกณฑ์การกำหนดโทษทางปกครองในบทความชิ้นนี้ จะเป็นการศึกษาเกี่ยวกับ “การบังคับใช้กฎหมาย (Sanctions)” ที่ฝ่ายปกครองเป็นผู้มีอำนาจในการกำหนดมาตรการบังคับของฝ่ายปกครองเพื่อดำเนินการบังคับใช้กฎหมายกับการกระทำหรือพฤติกรรมของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลที่ไม่ได้ดำเนินการตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้น ๆ ซึ่ง **“มาตรการบังคับของฝ่ายปกครอง”** นี้ มีความหมายที่กว้างกว่าคำว่า “โทษ” ในความหมายทั่วไป และมีความหมายครอบคลุมไปถึง “มาตรการบังคับทางปกครอง” “โทษทางปกครอง” และ “โทษทางอาญา” ด้วย

๓. เกณฑ์ประการที่หนึ่ง : ขอบเขตในการบัญญัติ “โทษทางอาญา”

๓.๑ ลักษณะพิเศษของ “โทษทางอาญา”

โดยทั่วไปแล้ววัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญา (Kriminalstrafe; criminal penalty) จะเป็นไปเพื่อเป็นการแก้แค้นตอบโต้ต่อการกระทำหรือพฤติกรรมที่ผู้กระทำผิดได้กระทำการอันเป็นการขัดต่อกฎหมายอาญา และยังเป็นการแสดงออกให้เห็นถึงการไม่ยอมรับในการกระทำหรือพฤติกรรมดังกล่าวและไม่ยอมรับในตัวของผู้กระทำผิดด้วย[๑๐] วัตถุประสงค์ในการลงโทษทางอาญาเช่นนี้ทำให้โทษทางอาญามีความแตกต่างจาก “การบังคับใช้กฎหมาย (Sanctions)” ประเภทอื่น ๆ[๑๑] นอกจากนี้ ความเด่นชัดของ “โทษทางอาญา” ที่มีวัตถุประสงค์แสดงออกถึงเรื่องของ **“จริยธรรมทางสังคม (social ethics)”** และลักษณะพิเศษของ **“ความรุนแรงของการลงโทษของรัฐ (Die Ernst der staatlichen Strafe; The severity of the State penalty)”** ทำให้โทษทางอาญามีลักษณะแตกต่างไปจากการลงโทษอื่น ๆ ดังนี้

---

[๑๐] แม้จะปรากฏว่าการลงโทษทางอาญายังมีวัตถุประสงค์ด้านอื่น ๆ อยู่ด้วยก็ตาม เช่น มีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้นให้สังคม หรือมีวัตถุประสงค์เป็นการข่มขู่มิให้บุคคลอื่น ๆ ในสังคมกระทำความผิด เป็นต้น แต่วัตถุประสงค์ดังกล่าวก็มิได้มีลักษณะเด่นชัดเท่ากับวัตถุประสงค์เพื่อเป็น การแก้แค้นตอบโต้ต่อการกระทำหรือพฤติกรรมที่ผู้กระทำผิดได้กระทำการอันเป็นการขัดต่อกฎหมายอาญา และเพื่อแสดงให้เห็นถึงการไม่ยอมรับในการกระทำหรือพฤติกรรมดังกล่าวและไม่ยอมรับในตัวของผู้กระทำผิด นั้นด้วย

[๑๑] Harro Otto, Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Auflage 2004, § 1 Rn. 8.

๓.๑.๑ ความแตกต่างระหว่าง “โทษทางอาญา” และ “การลงโทษในทางแพ่ง”

ความแตกต่างระหว่าง “โทษทางอาญา” และ “การลงโทษในทางแพ่ง” ที่เห็นได้อย่างชัดเจน ก็คือ การลงโทษในทางแพ่งจะเป็นการกำหนดให้มีการชดใช้ค่าเสียหายหรือค่าสินไหมทดแทน ดังจะเห็นได้จากกรณีที่เกิดจากการกระทำผิดสัญญาหรือการกระทำละเมิด หรือในกรณีของการชำระเบี้ยปรับที่ในบางกรณีอาจจะมีมูลค่าทางการเงินที่สูงกว่าค่าปรับในทางอาญาหลายเท่าตัว แต่ไม่ว่าจะเป็นกรณีของการชดใช้ค่าเสียหาย ค่าสินไหมทดแทน หรือการชำระเบี้ยปรับที่แม้จะถือว่าเป็นลักษณะของ “การบังคับใช้กฎหมาย (Sanctions)” ในทางแพ่งก็ตาม แต่การบังคับใช้กฎหมายในทางแพ่งดังกล่าวก็ไม่ได้มีการแสดงออกถึงเรื่องของ **“จริยธรรมทางสังคม (social ethics)”** ดังที่ปรากฏใน “โทษทางอาญา” แต่อย่างใด

๓.๑.๒ ความแตกต่างระหว่าง “ค่าปรับในทางอาญา (Geldstrafe)” และ “การลงโทษปรับในทางปกครอง (Geldbuße)”

ความแตกต่างระหว่าง “ค่าปรับในทางอาญา (Geldstrafe)” และ “การลงโทษปรับในทางปกครอง (Geldbuße)” นั้น สามารถพิจารณาได้จากคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน[๑๒] โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้มีคำวินิจฉัยไว้ว่า แม้ว่า “ค่าปรับในทางอาญา (Geldstrafe)” และ “การลงโทษปรับในทางปกครอง (Geldbuße)” จะส่งผลเสียหายในทางการเงินแบบเดียวกันก็ตาม แต่การลงโทษปรับในทางอาญานั้น ถือเป็นการลงโทษในทางอาญาที่เป็นการตัดสินใจให้มีการลงโทษต่อผู้กระทำความผิดที่กระทบต่อชื่อเสียงเกียรติยศของบุคคล และเป็นการตัดสินใจลงโทษที่เบ็ดเสร็จเด็ดขาดที่แสดงต่อพฤติกรรมและการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายของผู้กระทำความผิด ในขณะที่การลงโทษปรับทางปกครองนั้น เป็นเพียงการตักเตือนให้ทราบถึงหน้าที่ของบุคคลหาได้มีน้ำหนักของการลงโทษที่ไปกระทบต่อชื่อเสียงเกียรติยศของบุคคลไม่ เนื่องจากโทษปรับในทางปกครองขาดองค์ประกอบสำคัญที่เรียกว่า “ความรุนแรงของการลงโทษของรัฐ (Die Ernst der staatlichen Strafe; The severity of the State penalty)”[๑๓] ซึ่งเป็นองค์ประกอบหรือสาระสำคัญประการหนึ่งของการกำหนดโทษปรับในทางอาญา

๓.๑.๓ ความแตกต่างระหว่าง “โทษทางอาญา” และ “โทษทางวินัย”

“โทษทางวินัย” มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นกลไกที่จะนำมาใช้เพื่อเป็นการป้องกัน มิให้เจ้าหน้าที่หรือบุคลากรในองค์การของรัฐนั้น ๆ กระทำการใดที่ก่อให้เกิดผลเสียหายและกระทบต่อการดำเนินกิจการขององค์การของรัฐ[๑๔] การดำเนินการทางวินัยกับเจ้าหน้าที่หรือบุคลากร ในองค์การของรัฐจึงไม่ได้อยู่ใน

---

[๑๒] ในส่วนนี้ผู้เขียนจะนำเสนอความแตกต่างระหว่าง “ค่าปรับในทางอาญา (Geldstrafe)” และ “การลงโทษปรับในทางปกครอง (Geldbuße)” ในเบื้องต้น รายละเอียดในเรื่องนี้ผู้เขียนจะนำเสนอต่อไป ในหัวข้อที่ ๕ เรื่อง เกณฑ์ประการที่สาม : การกระทำผิดทางปกครอง (Ordnungswidrigkeit; regulatory offences) ในฐานะที่เป็นกลไกในการควบคุมสังคมของฝ่ายปกครอง

[๑๓] BVerfGE 27, S. 33 อ้างใน Harro Otto, Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Auflage 2004, § 1 Rn. 9.

[๑๔] Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage 1991, S. 57.

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

ความหมายของ “การลงโทษ” ทั้งยังอยู่ในระดับที่ไม่ใช่เรื่องของการแก้แค้นหรือการลงโทษต่อความผิด ดังที่ปรากฏอยู่ในการลงโทษทางอาญาแต่อย่างใด องค์การของรัฐจึงสามารถดำเนินการโดยใช้มาตรการทางวินัยควบคู่ไปกับการดำเนินการเพื่อลงโทษทางอาญาได้ หากการกระทำผิดวินัยของเจ้าหน้าที่หรือบุคลากรในองค์การของรัฐนั้น ครบองค์ประกอบความผิดในทางกฎหมายอาญา

๓.๒ เกณฑ์การพิจารณาเกี่ยวกับการกำหนด “โทษทางอาญา” : ข้อจำกัดของการบัญญัติ “โทษทางอาญา”

๓.๒.๑ คุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์คุ้มครอง (Rechtsgut; legally protected right)

กฎหมายอาญาและการลงโทษทางอาญาต้องการที่คุ้มครองให้บุคคลสามารถดำรงชีวิตอยู่ในสังคมได้อย่างสงบสุขและพัฒนาตนเองในสังคมได้อย่างราบรื่น กฎหมายอาญาจึงมุ่งที่จะคุ้มครองหลักการพื้นฐานของการอยู่ร่วมกันในสังคม (Rechtsgesellschaft; a law abiding society) โดยการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพพื้นฐานมิให้ถูกลิดรอน ซึ่ง **“พื้นที่ปริมณฑลหรือขอบเขต”** ที่บุคคลจะได้รับการคุ้มครองนี้ในทางกฎหมายอาญา**เรียกว่า “คุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์คุ้มครอง (Rechtsgut; legally protected right)”**[๑๕] ดังนั้น เกณฑ์ในการกำหนดโทษทางอาญาจึงจะต้องมีความแน่นอนชัดเจน และโดยทั่วไปแล้วการกำหนดคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองจะถือเอาบุคคลผู้ทรงสิทธิเป็นศูนย์กลางในการพิจารณา (monistisch-personale Rechtsgutlehre)[๑๖] กล่าวคือ คุณธรรมทางกฎหมายจะต้องมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองบุคคล แม้แต่คุณธรรมทางกฎหมายที่มุ่งประสงค์จะคุ้มครองเป็นการทั่วไป (Universalrechtsgut) ก็จะต้องมีจุดเชื่อมโยงมาที่การคุ้มครองบุคคลด้วยเช่นกัน แต่ในทางวิชาการก็มีความเห็นอีกฝ่ายหนึ่งที่เห็นว่า คุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์คุ้มครอง (Rechtsgut; legally protected right) สามารถแยกได้เป็นสองประเภท (dualistische Rechtsgutslehre) คือ (๑) คุณธรรมทางกฎหมายประเภทที่มุ่งจะคุ้มครองบุคคล และ (๒) คุณธรรมทางกฎหมายประเภทที่มุ่งประสงค์จะคุ้มครองเป็นการทั่วไป[๑๗] อย่างไรก็ตาม

---

[๑๕] Harro Otto, Grundkurs Strafrecht Allgemeine Strafrechtslehre, 7. Auflage 2004, § 1 Rn. 21ff.

[๑๖] Vgl. Hassemer/Neumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2005, vor § 1 Rn. 132 ff., 138; Hassemer, in: Hefendehl/v.Hirsch/Wohlers (Hrsg.), Die Rechtsgutstheorie, Die Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel, 200 3, S. 57. Zur Kritik an der personalen Rechtsgutslehre vgl.den Überblick bei Neumann, in: ders./Prittwitz (Hrsg.), „Personale Rechtsgutslehre“ und „Opferorientierung“ im Strafrecht, 2007, S. 85 ff. (90 ff.). in Fn. 11 Stefan Grotz, Die Grenzen der staatlichen Strafgewalt exemplifiziert am neuen Anti-Doping-Tatbestand, Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS) 3/2008, S. 244.

[๑๗] Tiedemann, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, S. 113 ff., 119 f.; Hefendehl, Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht, 2002, S. 73 ff.; ders., GA 2002, 20 (24); Baumann/Weber/Mitsch, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2003, § 3Rn. 13. Zur Kritik an der dualistischen Rechtsgutslehre vgl.Hassemer/Neumann (Fn. 11) , Vor § 1 Rn. 130 . in Fn. 1 3 Stefan Grotz, Die Grenzen der staatlichen Strafgewalt exemplifiziert am neuen Anti-Doping-Tatbestand, Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS) 3/2008, S. 244.

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน[๑๘] ไม่ได้ให้ความสำคัญกับการนำทฤษฎีว่าด้วยการกำหนดคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์คุ้มครองมาใช้ในการบัญญัติโทษทางอาญาแต่อย่างใด ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันจะให้น้ำหนักหรือความสำคัญในเรื่องการคุ้มครอง **"คุณค่าพื้นฐานของการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมอย่างมีระเบียบ (Die elementare Werte eines geordneten Gemeinschaftslebens)"** อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ ผู้ร่างกฎหมายมักจะนำทฤษฎีว่าด้วยการกำหนดคุณธรรมทางกฎหมายมาใช้เป็นเกณฑ์ในการบัญญัติโทษทางอาญาเสมอ ในกรณีที่ไม่มีความซับซ้อน กล่าวคือ ในกรณีที่ผู้ร่างกฎหมายต้องการที่จะคุ้มครองบุคคลเท่านั้น แต่สำหรับในกรณีที่จะคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือในกรณีของคุณธรรมทางกฎหมายที่มุ่งประสงค์จะคุ้มครองเป็นการทั่วไปนั้น ผู้ร่างกฎหมายต้องอาศัย "เกณฑ์อื่น" มาใช้ประกอบการพิจารณาด้วย[๑๙]

นอกจากนี้ การที่ผู้ร่างกฎหมายจะกำหนดคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองนั้น ผู้ร่างกฎหมายจะต้องพิจารณาไตร่ตรองชั่งน้ำหนักอย่างรอบคอบ เพราะเมื่อมีการกำหนดคุณธรรมทางกฎหมายไปแล้ว จะส่งผลให้ในทางหนึ่งเป็นจุดเริ่มต้นของอำนาจรัฐในการลงโทษทางอาญา แต่ในอีกทางหนึ่งก็เป็นข้อจำกัดการใช้อำนาจของรัฐในการลงโทษทางอาญาเช่นเดียวกัน ดังนั้น การกำหนดคุณธรรมทางกฎหมายจึงถือว่ามีความสำคัญมากต่อการกำหนดแนวทางการควบคุมสังคมโดยกฎหมาย เนื่องจากหากผู้ร่างกฎหมายตราบทบัญญัติแห่งกฎหมายโดยกำหนดคุณธรรมทางกฎหมายที่มีขอบเขตกว้างเกินไป หรือตราบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมาใช้บังคับทำให้มีการใช้การตีความคุณธรรมทางกฎหมายกว้างเกินไป เช่น การกำหนดคุณธรรมทางกฎหมายไว้ว่าเป็นเรื่องของความมั่นคงแห่งรัฐก็ดี หรือเรื่องของศีลธรรมอันดีของประชาชนก็ดี กรณีอาจจะทำให้มาตรการหรือกลไกการควบคุมทางสังคมผ่านการตรากฎหมายไม่อาจจะสัมฤทธิ์ผลได้ ในทางกลับกัน แทนที่การตรากฎหมายจะสามารถกำหนดทิศทางให้สังคมมีความสงบสุขเรียบร้อยและสามารถพัฒนาต่อไปได้ ก็อาจจะทำให้เกิดความวุ่นวายในสังคมขึ้นแทนก็เป็นไปได้

๓.๒.๒ กฎหมายอาญาในฐานะมาตรการสุดท้าย (ultima ratio)

เนื่องจากการลงโทษทางอาญาเป็นการตำหนิและแก้แค้น แสดงถึงการไม่ยอมรับในตัวผู้กระทำความผิดและพฤติกรรมที่ขัดต่อจริยธรรมทางสังคม ทำให้การลงโทษทางอาญาส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลอย่างรุนแรง และแม้ว่าการลงโทษทางอาญาจะเป็นเพียงการสั่งปรับเงินเท่านั้นก็ตาม แต่การปรับเงินที่เป็นการลงโทษทางอาญาก็แฝงไปด้วยวัตถุประสงค์ที่รุนแรงเพื่อต้องการให้ผู้กระทำความผิดสำนึกผิดในบาปของตน ดังนั้น เมื่อพิจารณาแล้วเห็นว่า การลงโทษทางอาญาเป็นเพียงมาตรการหนึ่งใน "การบังคับใช้กฎหมาย (Sanctions)" เพื่อให้สังคม กลุ่มคน หรือปัจเจกชนปฏิบัติตาม

[๑๘] Vgl. BVerfGE 88, 203 (257); 90, 145 (175, 184). Nach Vogel, StV 1996, 110 (111) Fn. 16, folgt das BVerfG der dualistischen Rechtsgutslehre. Für Marlie, ZJS 2008, 41 Fn. 7 , aberist der Rechtsgüterschutz für das BVerfG kein Rechtmäßigkeitskriterium. in Fn. 16 Stefan Grotz, Die Grenzen der staatlichen Strafgewalt exemplifiziert am neuen Anti-Doping-Tatbestand, Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS) 3/2008, S. 244.

[๑๙] โปรดดูรายละเอียดเรื่องนี้ใน**หัวข้อ ๓.๒.๒ กฎหมายอาญาในฐานะมาตรการสุดท้าย (ultima ratio)**

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

กฎหมายเท่านั้น ซึ่งเมื่อคำนึงถึงความรุนแรงของผลกระทบที่เกิดจากการลงโทษทางอาญาแล้ว โทษทางอาญาจึงจะต้องถูกนำมาใช้เฉพาะเท่าที่จำเป็น เกณฑ์ที่จะนำมาใช้พิจารณาว่าโทษทางอาญามีความจำเป็นหรือไม่ ก็อยู่ภายใต้กรอบการพิจารณาของ **"หลักความได้สัดส่วน (Verhältnismäßigkeitsprinzip; Principle of Proportionality)"** กล่าวคือ หากปรากฏว่า การนำมาตรการในทางแพ่ง มาตรการในทางปกครอง หรือมาตรการทางสังคมอย่างไม่เป็นทางการอื่น ๆ มาใช้แล้วสามารถทำให้คุณธรรมทางกฎหมาย หรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองบรรลุวัตถุประสงค์ได้ดีกว่าหรือทำนองเดียวกับการใช้มาตรการลงโทษทางอาญา และมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลน้อยกว่า การกำหนดให้การกระทำนั้นมีโทษทางอาญา จึงไม่มีความจำเป็น[๒๐] และการที่ผู้ร่างกฎหมายจะนำกฎหมายอาญามาใช้เป็นเครื่องมือเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือคุณธรรมทางกฎหมายประเภทที่มุ่งประสงค์คุ้มครองเป็นการทั่วไป (Universalrechtsgut) แม้ผู้ร่างกฎหมายอาจจะเห็นว่าเป็นวิธีการที่สามารถจะข่มขู่บุคคลมิให้กระทำความผิด อันเป็นการป้องกันการกระทำความผิดได้ดีที่สุดก็ตาม แต่ผู้ร่างกฎหมายหรือรัฐที่เคารพต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลย่อมจะต้องคำนึงถึงด้วยว่า กฎหมายอาญาและการลงโทษทางอาญานั้นถือเป็นเครื่องมือที่สร้างความรุนแรงให้เกิดแก่สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลได้ ดังนั้น การที่ผู้ร่างกฎหมายหรือรัฐจะใช้กฎหมายอาญาและการลงโทษทางอาญาในฐานะ **"เครื่องมือประเภทแรก (prima ratio)"** ย่อมจะขัดต่อความเป็นนิติรัฐ และในกรณีที่ผู้ร่างกฎหมายหรือรัฐยังไม่มั่นใจหรือยังไม่อาจจะวินิจฉัยได้ว่า กฎหมายอาญาและการลงโทษทางอาญามีความจำเป็นต่อการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ โดยจะกระทบต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลน้อยที่สุดได้หรือไม่ นั้น ให้ถือว่าการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลนั้นต้องมาก่อนเสมอ (in dubio pro libertate) เนื่องจากผู้ร่างกฎหมายหรือรัฐยังมีเครื่องมือหรือมาตรการในทางกฎหมายแพ่งและกฎหมายปกครอง ที่สามารถนำมาใช้ เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะได้เช่นเดียวกัน

๓.๓ ตัวอย่างเกณฑ์การพิจารณาเกี่ยวกับการกำหนดสภาพการบังคับใช้ทางกฎหมายอาญา (strafrechtliche Sanktionen; criminal sanctions)[๒๑]

๓.๓.๑ การกำหนดโทษทางอาญาสำหรับความผิดฐานทำให้แท้งลูก[๒๒]

ข้อเท็จจริง : รัฐสภาเยอรมันได้ผ่านร่างรัฐบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลกฎหมายอาญา โดยมีสาระสำคัญเกี่ยวกับการกำหนดโทษทางอาญาสำหรับความผิดฐานทำให้แท้งลูก[๒๓] ซึ่งได้มีการกำหนดโทษทางอาญาใหม่ โดยมีประเด็นที่ถกเถียงกันอย่างมากคือ การที่ร่างรัฐบัญญัติดังกล่าวได้มีการปรับปรุงแก้ไขโดยกำหนดหลักการใหม่ให้มีการยกเว้นโทษทางอาญาสำหรับความผิดฐานทำให้แท้งลูก ในกรณีที่มี

---

[๒๐] Günther Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Auflage 1991, S. 48.

[๒๑] สรุปมาจาก Stefan Grotz, Die Grenzen der staatlichen Strafgewalt exemplifiziert am neuen Anti-Doping-Tatbestand, Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS) 3/2008, S. 244.

[๒๒] สรุป มาจาก BVerfG : Verfassungsrechtliche Grenzen der Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs, NJW 1975, 573

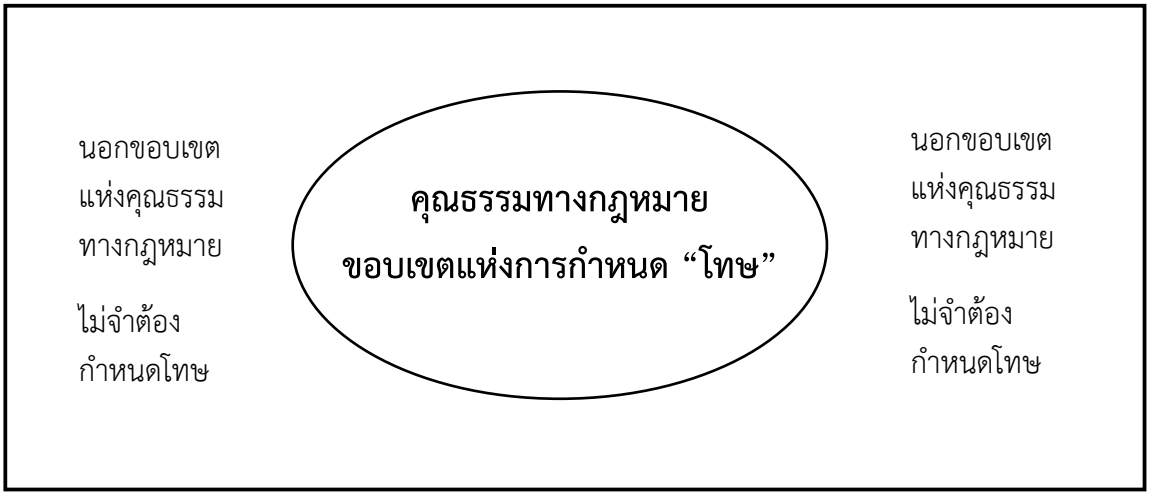
[๒๓] Das Fünfte Gesetz zur Reform des Strafrechts (5. StrRG) v. 18. 6. 1974 (BGBl I, 1297) hat die Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs neu geregelt. (การปฏิรูปประมวล กฎหมายอาญา ครั้งที่ ๕ ลงวันที่ ๑๘.๖.๑๙๗๔ (ราชกิจจานุเบกษา I, หน้า ๑๒๙๗) ได้มีการกำหนดโทษอาญา เกี่ยวกับการทำแท้งใหม่)

การทำแท้งภายในระยะเวลา ๑๒ สัปดาห์ นับแต่วันที่มีการปฏิสนธิ และในกรณีที่การทำแท้งได้กระทำโดยการปรึกษาแพทย์ผู้เชี่ยวชาญ ในกรณีดังกล่าวผู้กระทำผิดไม่ต้องรับโทษทางอาญา อย่างไรก็ตาม ต่อมาได้มีการฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันว่า บทบัญญัติตามรัฐบัญญัติดังกล่าวนั้น ขัดต่อกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) หรือรัฐธรรมนูญของเยอรมันหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่งในประเด็นที่ว่า “การกำหนดหลักการให้มีการยกเว้นโทษทางอาญาในความผิดฐานทำให้แท้งลูก ในกรณีที่มีการทำแท้งภายในระยะเวลา ๑๒ สัปดาห์นับแต่วันที่มีการปฏิสนธิ”

ข้อพิจารณา : แม้ว่าประเด็นที่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันวินิจฉัยจะเป็นเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของการกำหนดหลักการให้มียกเว้นโทษทางอาญาก็ตาม แต่การที่ผู้ยื่นคำร้องต่อศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันในคดีนี้ คือ สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรส่วนหนึ่งที่มีความเห็นว่า สมควรกำหนดโทษทางอาญาสำหรับความผิดฐานการทำให้แท้งลูกไว้ในลักษณะเป็นหลักการทั่วไป ส่วนการกำหนดหลักการให้มีข้อยกเว้นสำหรับการกระทำความผิดฐานดังกล่าวว่า ในกรณีที่มีการทำแท้งภายในระยะเวลา ๑๒ สัปดาห์นับแต่วันที่มีการปฏิสนธิ ผู้กระทำความผิดได้รับการยกเว้นโทษนั้น เป็นหลักการที่ไม่เหมาะสม ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้วินิจฉัยถึงความชอบด้วยรัฐธรรมนูญในคดีนี้ ซึ่งสามารถนำมาใช้เป็นตัวอย่างของเกณฑ์ในการพิจารณาเกี่ยวกับการกำหนดสภาพการบังคับใช้กฎหมายอาญาหรือการกำหนดโทษทางอาญาได้ ดังนี้

(๑) คุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์คุ้มครอง (Rechtsgut)

การกำหนดขอบเขตแห่งการกำหนดโทษโดยการพิจารณาจากคุณธรรมทางกฎหมายซึ่งเป็นสิ่งที่ระบบกฎหมายของประเทศนั้น ๆ ให้ความรับรองและคุ้มครอง จะทำให้ผู้ร่างกฎหมายสามารถสร้างหรือกำหนดขอบเขตระหว่างแดนที่ต้องการกำหนดให้มีโทษทางอาญาและแดนที่อยู่นอกเหนือไปจากการให้ความรับรองคุ้มครองซึ่งไม่จำต้องกำหนดโทษทางอาญาไว้ ดังปรากฏตามภาพ



ในการพิจารณาว่าสมควรจะกำหนดโทษหรือยกเว้นโทษในความผิดฐานทำให้แท้งลูกได้หรือไม่อย่างไรนั้น ในเบื้องต้นจึงต้องพิจารณาให้ได้ความเสียก่อนว่า คุณธรรมทางกฎหมายที่ผู้ร่างกฎหมายประสงค์ที่จะคุ้มครองนั้นคืออะไร และมีขอบเขตอย่างไร ซึ่งในกรณีนี้ก็คือ การคุ้มครองทารกที่อยู่ในครรภ์มารดาและยังไม่มีสภาพบุคคลนั้น จะอยู่ภายใต้การรับรองคุ้มครองสิทธิเสรีภาพอย่างไร และมีขอบเขตเช่นใดบ้าง

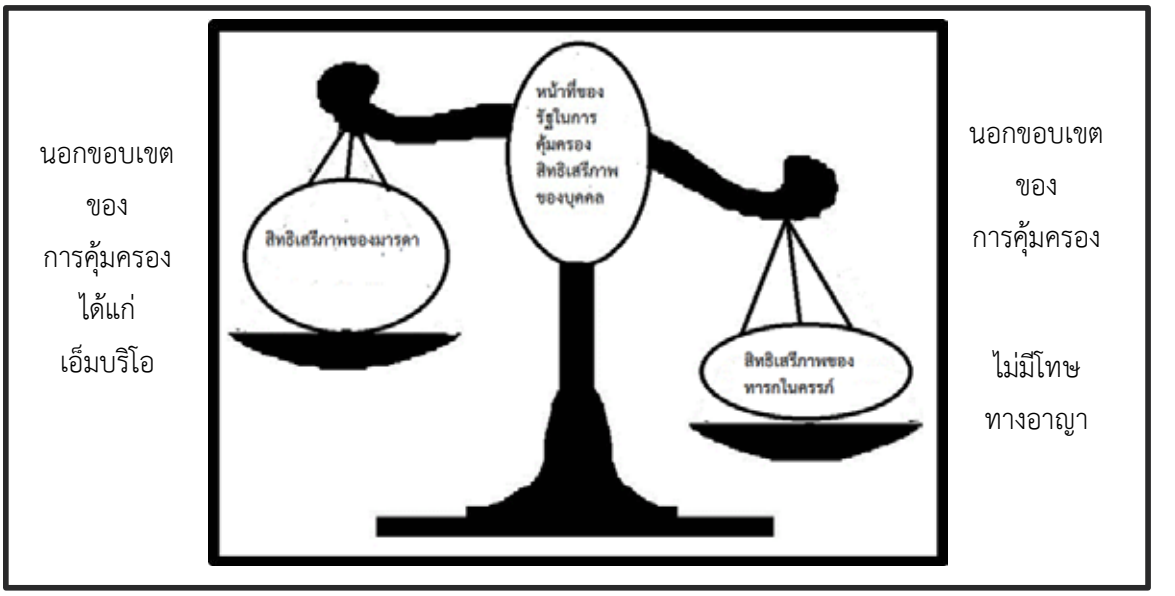
(๑.๑) การกำหนดเนื้อหาสาระของคุณธรรมทางกฎหมาย : ภาระหน้าที่ของรัฐในการคุ้มครองสิ่งมีชีวิตที่จะพัฒนาเป็นมนุษย์

แม้ทารกที่อยู่ในครรภ์มารดาจะยังไม่มีสภาพบุคคล แต่ก็ถือได้ว่าเป็นผู้ทรงสิทธิเสรีภาพบางประการได้ กฎหมายจึงมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองทารกที่อยู่ในครรภ์มารดามิให้ถูกทำลาย ถือเป็นสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของทารกที่อยู่ในครรภ์มารดาที่สามารถตัดสินใจได้เองว่าจะคงอยู่ต่อไปหรือไม่ นอกจากนี้ หากไม่ให้การรับรองคุ้มครองสิ่งมีชีวิตที่จะพัฒนาเป็นมนุษย์เข้าไว้ด้วยแล้ว การคุ้มครองมนุษย์จากการถูกลิดรอนสิทธิเสรีภาพจากการล่วงละเมิดของรัฐก็จะไม่มีความสมบูรณ์ได้ อีกทั้งยังถือว่าเป็นหน้าที่ของรัฐในการให้การรับรองคุ้มครองชีวิตมนุษย์ เนื่องจาก ณ ที่แห่งใดก็ตามที่มีชีวิตของมนุษย์ถือกำเนิดขึ้น ณ ที่แห่งนั้น ก็จะปรากฏศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ และการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ก็มิได้กำหนดไว้ว่าจะคุ้มครองแต่เฉพาะผู้ทรงสิทธิที่รู้ถึงสิทธิแห่งตนแล้วเท่านั้น ดังนั้น แม้ทารกที่อยู่ในครรภ์มารดาจะมีสภาพเป็นเพียงสิ่งมีชีวิตที่จะพัฒนาต่อไปเป็นมนุษย์ ก็ย่อมถือได้ว่าสิ่งมีชีวิตนั้นอยู่ภายใต้การคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ด้วยเช่นเดียวกัน และการคุ้มครองนี้ก็ไม่จำกัดอยู่แต่เพียงการป้องกันมิให้รัฐใช้อำนาจเข้าไปลิดรอนสิทธิเสรีภาพเท่านั้น แต่รัฐยังมีหน้าที่ปกป้องและคุ้มครองมิให้บุคคลอื่นเข้าไปล่วงล้ำสิทธิเสรีภาพดังกล่าวอีกด้วย และในกรณีนี้ก็คือ การคุ้มครองทารกที่อยู่ในครรภ์มารดาให้ปลอดภัยและรอดพ้นจากเงื้อมมือของมารดานั่นเอง

(๑.๒) ขอบเขตและข้อจำกัดของคุณธรรมทางกฎหมาย : สิทธิเสรีภาพของมารดาที่ตั้งครรภ์

เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างมารดาและทารกที่อยู่ในครรภ์มารดาอยู่ในลักษณะความสัมพันธ์พิเศษ และการตั้งครรภ์ของมารดาก็อยู่ภายใต้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของมารดาด้วยเช่นเดียวกัน ดังนั้น มารดาที่ตั้งครรภ์จึงยังมีเสรีภาพในการกำหนดความเป็นไปของตนได้ ซึ่งทำให้แม้จะมีการปฏิสนธิแล้วก็ตาม หากแต่ยังเป็นเพียงเอ็มบริโอ หรือสิ่งมีชีวิตที่จะพัฒนาเป็นมนุษย์ซึ่งเกิดขึ้นในช่วงระยะแรกของการเจริญเติบโตอยู่ เอ็มบริโอจึงถือเป็นเพียงส่วนหนึ่งของร่างกายมารดาที่ตั้งครรภ์ ดังนั้น การที่มารดาที่ตั้งครรภ์ขับเอ็มบริโอออกมาจากร่างกายในช่วงนี้ จึงยังไม่ถือว่าเป็นการทำแท้ง อย่างไรก็ตาม หากเอ็มบริโอพัฒนา จนกลายสภาพเป็นสิ่งมีชีวิตที่แยกออกมาต่างหากจากมารดาแล้ว ย่อมต้องอยู่ภายใต้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพด้วย ทำให้มารดาที่ตั้งครรภ์แม้จะมีเสรีภาพในการดำเนินการกับเนื้อตัวร่างกายของตนเองก็ตาม หากแต่ไม่อาจจะกระทำการใด ๆ ที่ไปกระทบต่อบุคคลอื่นได้ และเมื่อในกรณีนี้มีสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานทั้งของมารดาที่ตั้งครรภ์และทารกในครรภ์มารดา ผู้ร่างกฎหมายจึงจำเป็นต้องชั่งน้ำหนักความสำคัญของสิทธิเสรีภาพทั้งสองประการดังกล่าว เนื่องจากทั้งมารดาที่ตั้งครรภ์และทารกในครรภ์ของมารดาต่างก็ได้รับความคุ้มครองในเรื่องของศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เช่นเดียวกัน และเมื่อมนุษย์ต่างก็มีศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์เท่าเทียมกันแล้ว การชั่งน้ำหนักความสำคัญในเรื่องนี้จึงไม่อาจจะชี้ชัดได้ว่า ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของผู้ใดมีความสำคัญหรืออยู่ในฐานะที่เหนือกว่ากัน

อย่างไรก็ตาม หากพิจารณาในแง่มุมของการตีความเรื่องการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานแล้ว เมื่อมารดาที่ตั้งครรภ์จะใช้สิทธิเสรีภาพของตนไปในลักษณะที่การทำลายชีวิตหรือศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของทารกในครรภ์มารดาแล้ว จึงจะต้องตีความไปในทางที่เป็นการให้ความรับรองและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลก่อน ซึ่งจะมีผลทำให้การคุ้มครองชีวิตของทารกในครรภ์มารดามีคุณค่ามากกว่าสิทธิเสรีภาพของมารดาที่ตั้งครรภ์



(๒) กฎหมายอาญาในฐานะที่เป็นทางเลือกสุดท้าย (ultima ratio)

เมื่อในกรณีนี้เป็นการคุ้มครองศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของทารกที่อยู่ในครรภ์มารดา อันเป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมายแล้ว การที่รัฐจะให้การคุ้มครองมากน้อยเพียงใดและอย่างใดนั้น จึงอยู่ในดุลพินิจของผู้ร่างกฎหมาย ซึ่งมีข้อพิจารณาคำนึงถึง ดังนี้

(๒.๑) มาตรการหรือกลไกที่จะกำหนดไว้ในกฎหมายจะต้องมีประสิทธิภาพที่จะสามารถให้การคุ้มครองทารกในครรภ์มารดาจากการทำแท้งได้

(๒.๒) ต้องพิจารณานำมาตรการป้องกันมาใช้ก่อนที่จะใช้มาตรการลงโทษ (Vorrang der Prävention vor der Repression)[๒๔]

ก. ดุลพินิจของผู้ร่างกฎหมาย ที่จะกำหนดมาตรการในการช่วยเหลือ หรือนโยบายทางด้านสวัสดิการสังคม เพื่อที่จะให้ความช่วยเหลือมารดาที่ตั้งครรภ์ให้มีความพร้อมที่จะสามารถดูแลทารกในครรภ์ได้ การให้ความช่วยเหลือมารดาที่ตั้งครรภ์นี้ต้องถือเป็นหน้าที่หลัก เนื่องจากพัฒนาการเจริญเติบโตของทารกในครรภ์มารดาขึ้นอยู่กับสภาพของมารดาที่ตั้งครรภ์เป็นหลัก

[๒๔] BVerfGE 30, 336 (350).

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

ข. ปัญหาของการใช้มาตรการป้องกัน เพื่อมิให้เกิดการทำแท้ง ส่วนใหญ่การใช้มาตรการป้องกันจะให้ผลทางอ้อมและใช้ระยะเวลานานที่จะทำให้เกิดความรู้ความเข้าใจ และสามารถเปลี่ยนแปลงทัศนคติของสังคมได้

(๒.๓) ความจำเป็นในการกำหนดสภาพบังคับใช้ทางกฎหมายอาญา ในการบัญญัติให้มีโทษทางอาญา กรณีนี้ไม่อาจจะพิจารณาเพียงแค่ว่ารัฐต้องกำหนดโทษทางอาญาสำหรับการกระทำใดการกระทำหนึ่งหรือไม่ แต่ต้องเป็นการพิจารณาในภาพรวมว่า การล่วงละเมิดคุณค่าของคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครอง ซึ่งในกรณีนี้คือ ทารกในครรภ์มารดา และขนาดความร้ายแรงของการกระทำที่สร้างความเสียหายให้เกิดขึ้นแก่สังคม โดยจะต้องพิจารณาเปรียบเทียบกับโทษทางอาญาในกรณีที่ใกล้เคียงกันด้วย อีกทั้งยังจะต้องประเมินสถานะของกฎหมายอาญาในสภาพสังคมสมัยใหม่ รวมถึงสภาพบังคับใช้ทางกฎหมายอาญาในทางปฏิบัติว่าจะส่งผลเช่นใด ซึ่งจะต้องคำนึงถึงการกำหนดมาตรการบังคับทางกฎหมายประเภทอื่น ๆ ประกอบด้วย

(๒.๔) ความชอบธรรมในการกำหนดโทษทางอาญา ตั้งอยู่บนพื้นฐานของการลงโทษพฤติกรรมหรือการกระทำของบุคคลที่สร้างความเสียหายให้แก่สังคม (sozialschädliche Handlung) อย่างร้ายแรง และการที่จะพิจารณาได้ว่าพฤติกรรมหรือการกระทำใด สร้างความเสียหายต่อสังคมอย่างร้ายแรงหรือไม่ นั้น ก็ขึ้นอยู่กับขอบเขตของคุณธรรมทางกฎหมาย หรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครอง เมื่อคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองในกรณีการทำแท้งคือ “การคุ้มครองชีวิต” ของทารกที่อยู่ในครรภ์มารดา การทำแท้ง คือการ “ทำลายชีวิต” ซึ่งถือว่ามีระดับของการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานอย่างรุนแรง ดังนั้น การกำหนดโทษทางอาญาสำหรับความผิดฐานทำให้แท้งลูกจึงมีความถูกต้องชอบธรรมแล้ว

(๒.๕) การคุ้มครองทารกในครรภ์มารดา จะต้องเป็นการคุ้มครองชีวิตทารกเอาไว้จนกว่าทารกจะคลอดออกมา ซึ่งเป็นการคุ้มครองชีวิตตลอดช่วงระยะเวลาที่มารดาตั้งครรภ์ อีกทั้งการคุ้มครองชีวิตทารกต้องมาก่อนเสรีภาพของมารดา ดังนั้น การที่ผู้ร่างกฎหมาย กำหนดระยะเวลาที่จะให้มารดาสามารถทำลายชีวิตทารกได้โดยไม่ต้องมีโทษทางอาญานั้น จึงไม่ชอบด้วยกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) หรือรัฐธรรมนูญของเยอรมัน

๓.๔ บทสรุปเกณฑ์ประการที่หนึ่ง : ข้อจำกัดของผู้ร่างกฎหมายในการกำหนด “โทษทางอาญา”

ในการพิจารณากำหนดโทษทางอาญาไว้เพื่อเป็นกลไกควบคุมสังคมนั้น ด้วยเหตุที่โทษทางอาญามีลักษณะพื้นฐานที่ต้องการ “แก้แค้น (ลงโทษ)” ผู้กระทำความผิดหรือที่เรียกว่าอาชญากร ทำให้โทษทางอาญาเป็นกลไกควบคุมทางสังคมที่มีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลรุนแรงมากที่สุด ดังนั้นในการกำหนดสภาพการบังคับใช้ของกฎหมายที่อาศัยกลไกที่เป็นโทษทางอาญา ผู้ร่างกฎหมายจึงสมควรจะนำโทษทางอาญามาใช้เท่าที่จำเป็นเท่านั้น โดยมีเกณฑ์ที่จะต้องพิจารณา ดังนี้

๓.๔.๑ การกำหนดวัตถุประสงค์ของกฎหมายและขอบเขตของคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครอง

การกำหนดขอบเขตของคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครอง สามารถพิจารณาแยกประเภทของคุณธรรมทางกฎหมายได้เป็นสองประเภท คือ

หนึ่ง คุณธรรมทางกฎหมายที่มุ่งประสงค์จะคุ้มครองบุคคล โดยถือเอาสิทธิของบุคคลเป็นศูนย์กลางในการกำหนดขอบเขตการให้ความคุ้มครอง (personale Rechtsgüter) เช่น ชีวิต (ความผิดเกี่ยวกับการฆ่าคนตาย) สุขภาพร่างกาย (ความผิดเกี่ยวกับการทำร้ายร่างกาย) เสรีภาพ (ความผิดเกี่ยวกับการกักขังหน่วงเหนี่ยว) หรือกรรมสิทธิ์ (ความผิดเกี่ยวกับการลักทรัพย์) เป็นต้น

สอง คุณธรรมทางกฎหมายที่มุ่งประสงค์จะคุ้มครองเป็นการทั่วไป (Universalrechtsgüter) เช่น ความมั่นคงเกี่ยวกับระบบเงินตราของประเทศ (ความผิดเกี่ยวกับเงินตรา) หรือความมั่นคงของรัฐ (ความผิดเกี่ยวกับการปลุกปั่นประชาชน) เป็นต้น

โดยจะต้องพิจารณาแยกให้ได้ว่าสิ่งใดที่กฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองและสิ่งใดที่กฎหมายไม่ประสงค์จะให้ความคุ้มครอง

๓.๔.๒ ความจำเป็นในการกำหนดให้มี "โทษทางอาญา"

(๑) คุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองต้องมีความถูกต้องชอบธรรม (Legitimer Zweck; legitimate purpose) และไม่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) หรือรัฐธรรมนูญ เช่น การคุ้มครองพฤติกรรมหรือการกระทำที่กำหนดให้มีการทำลายชีวิตผู้อื่นได้ (ความผิดฐานทำให้แท้งลูก) เป็นต้น

(๒) หลักความสัมฤทธิ์ผล (Geeignetheit; Appropriateness) การกำหนดโทษทางอาญาจะต้องสามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามที่ต้องการได้ ซึ่งจะต้องพิจารณาว่าการกำหนดโทษทางอาญานั้น จะสามารถทำให้

ก. บรรลุวัตถุประสงค์ในการข่มขู่บุคคลอื่นมิให้กระทำความผิดในทำนองเดียวกัน (Generalprävention; general prevention) และ

ข. บรรลุวัตถุประสงค์เพื่อมิให้ผู้กระทำความผิดนั้นกระทำความผิดในลักษณะเดียวกันนั้นซ้ำอีก โดยการลงโทษผู้นั้น (Spezialprävention; special prevention)

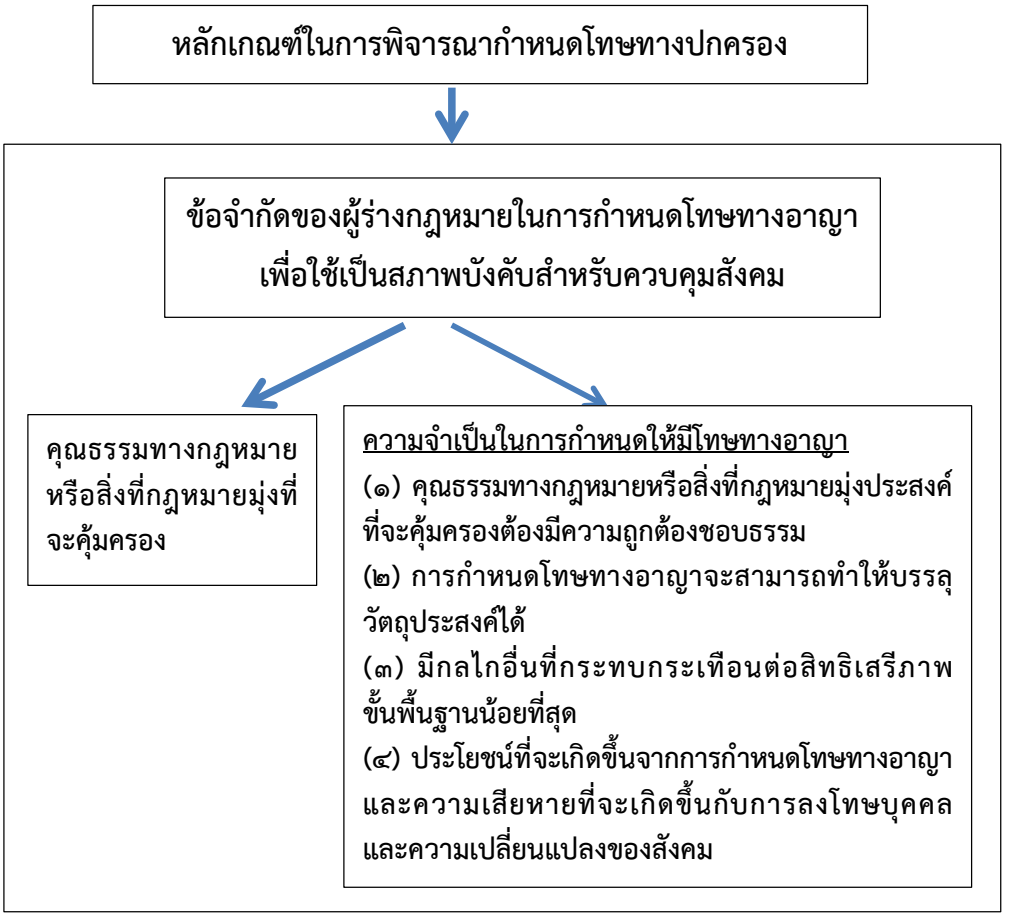
(๓) หลักความจำเป็น (Erforderlichkeit; necessity) เมื่อการลงโทษทางอาญาเป็นกลไกควบคุมสังคมประเภทหนึ่งแล้ว ผู้ร่างกฎหมายจึงต้องพิจารณาด้วยว่ามีเครื่องมือหรือมาตรการบังคับใช้กฎหมายอื่นที่สามารถนำมาใช้เพื่อให้ได้ผลเช่นเดียวกับการกำหนดโทษทางอาญาและกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลน้อยกว่าโทษทางอาญาหรือไม่

(๓.๑) กลไกควบคุมทางสังคมประเภทอื่น ๆ ที่ส่งผลเช่นเดียวกับการกำหนดโทษทางอาญา เช่น สภาพการบังคับใช้ทางกฎหมายเอกชน เช่น การชดใช้ค่าเสียหายจากการกระทำผิดสัญญาหรือการชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในกรณีละเมิด เป็นต้น หรือสภาพบังคับทางกฎหมายปกครอง เช่น มาตรการบังคับทางปกครอง โทษปรับทางปกครอง เป็นต้น

(๓.๒) การกำหนดองค์ประกอบโครงสร้างของความรับผิดและระวางโทษ

(๔) "หลักความได้สัดส่วนอย่างแคบ (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn; Principle of proportionality in the narrow sense)" ซึ่งเป็นเรื่องของการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นจากการกำหนดโทษทางอาญาและความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับการลงโทษบุคคลและความเปลี่ยนแปลงของสังคม

๓.๕ หลักเกณฑ์ที่หนึ่งที่นำมาพิจารณากำหนดโทษทางปกครอง : ข้อจำกัดของผู้ร่างกฎหมายในการกำหนดโทษทางอาญา เพื่อใช้เป็นสภาพบังคับสำหรับควบคุมสังคม



๔. เกณฑ์ประการที่สอง : สภาพบังคับทางกฎหมายปกครอง (verwaltungsrechtliche Sanktionen; administrative sanctions)

๔.๑ ความทั่วไปว่าด้วยการตรา "กฎหมายว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคม (Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung) หรือ กฎหมายตำรวจ (Polizeigesetz)"[๒๕] มาใช้บังคับแทนที่การกำหนดโทษทางอาญา

[๒๕] "กฎหมายว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อย ในสังคม (Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung) หรือ กฎหมายตำรวจ (Polizeigesetz)" หมายถึง กฎหมายที่ให้อำนาจตำรวจดำเนินการในฐานะเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ใช้อำนาจในทางปกครอง เพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคม ซึ่งมีลักษณะแตกต่างจากเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ดำเนินการตามกฎหมายอาญา เพื่อจับกุมและนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา โดย "กฎหมายตำรวจ (Polizeigesetz)" แบ่งออกได้เป็น ๒ ประเภท (๑) กฎหมายตำรวจทั่วไป (Polizeirecht) ที่ให้อำนาจตำรวจใช้อำนาจทางปกครองเป็นการทั่วไปในการรักษาความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคม และ (๒) กฎหมายตำรวจเฉพาะเรื่องที่ให้อำนาจตำรวจใช้อำนาจทางปกครองตามที่กฎหมาย เฉพาะนั้น ๆ กำหนดไว้ เช่น กฎหมายว่าด้วยการชุมนุมสาธารณะ กฎหมายควบคุมอาคาร หรือ กฎหมายสถานบริการ เป็นต้น

นอกเหนือไปจากการจำกัดขอบเขตของการกำหนดโทษทางอาญาโดยอาศัยการกำหนดขอบเขตของคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครอง และการนำโทษทางอาญามาใช้เป็นทางเลือกสุดท้าย (ultima ratio) ซึ่งหลักเกณฑ์ที่นำมาใช้พิจารณา คือ หลักความได้สัดส่วน (Verhältnismäßigkeitsprinzip; Principle of Proportionality) หากปรากฏว่ามาตรการในทางแพ่ง มาตรการในทางปกครอง หรือมาตรการทางสังคมอย่างไม่เป็นทางการอื่น ๆ สามารถทำให้สิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองบรรลุวัตถุประสงค์ได้ดีกว่าหรือเช่นเดียวกับการลงโทษทางอาญา และกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลน้อยกว่า การกำหนดให้การกระทำนั้นมีโทษทางอาญาจึงไม่มีความจำเป็นอีก[๒๖] ซึ่งเป็นเกณฑ์การพิจารณาที่เป็นไปตามข้อจำกัดของการกำหนดโทษทางอาญาเพื่อควบคุมสังคมที่ว่า ผู้ร่างกฎหมายจะต้องพิจารณาใช้ **“มาตรการป้องกันก่อนที่จะใช้มาตรการลงโทษ (Vorrang der Prävention vor der Repression)”**

กฎหมายว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคม (Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung) หรือ กฎหมายตำรวจ (Polizeigesetz) เป็นกฎหมายปกครองประเภทหนึ่งที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจดำเนินการในฐานะฝ่ายปกครอง ที่ใช้อำนาจในทางปกครองเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมโดยเป็นการป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้น (prävention) ซึ่งมีลักษณะที่แตกต่างไปจากเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ดำเนินการตามกฎหมายอาญาเพื่อจับกุมและนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษในกระบวนการยุติธรรมทางอาญา (repression) แม้ว่ามาตรการการกำหนดโทษทางอาญาและมาตรการตามกฎหมายตำรวจจะมีวัตถุประสงค์เพื่อมิให้มีการกระทำการที่ขัดต่อกฎหมายเหมือนกัน และสามารถนำมาใช้ควบคุมสังคมได้อย่างมีประสิทธิภาพเช่นเดียวกันก็ตาม แต่กฎหมายตำรวจเป็นกฎหมายที่ผู้ร่างกฎหมายต้องการบัญญัติขึ้นเพื่อใช้ป้องกันมิให้เกิด“การกระทำผิด” ในขณะที่มาตรการการกำหนดโทษทางอาญาเป็นกรณีที่ผู้ร่างกฎหมายต้องการบัญญัติกฎหมายขึ้น เพื่อใช้โทษทางอาญานั้นมาข่มขู่มิให้มีการกระทำความผิดเช่นนั้นเกิดขึ้นอีก อีกทั้งเมื่อพิจารณาถึงสภาพบังคับ (sanctions) ทางกฎหมายปกครอง ที่มีลักษณะเป็นการป้องกันมิให้เกิดความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในลักษณะที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเข้าไปดำเนินการจัดการกับการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและจัดการฟื้นฟูให้เกิดสภาพความชอบด้วยกฎหมายเพื่อให้สังคมเกิดความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยอีกครั้งหนึ่ง (Wiederherstellung der Rechtsmäßigkeit) ในขณะที่สภาพบังคับในทางอาญาหรือโทษทางอาญามีลักษณะที่ต้องการ “แก้แค้น (ลงโทษ)” ต่อการกระทำที่ขัดต่อกฎหมาย ดังนั้น ในการพิจารณากำหนดโทษทางปกครอง จึงหลีกเลี่ยงไม่ได้ที่ผู้ร่างกฎหมายจะต้องพิจารณาเกี่ยวกับสภาพบังคับทางปกครองที่จะไปกำหนดภาระหน้าที่ของรัฐในทางปกครองในการป้องกันมิให้เกิดความไม่ชอบด้วยกฎหมายและฟื้นฟูสภาพความชอบด้วยกฎหมาย เมื่อพิจารณาถึงลักษณะความรุนแรงของสภาพบังคับทางปกครอง (verwaltungsrechtliche Sanktionen; administrative sanctions) ได้แก่ การกำหนดมาตรการเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยของสังคม และโทษทางปกครอง ซึ่งมีความรุนแรงต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลน้อยกว่าสภาพบังคับทางอาญา (strafrechtliche Sanktionen; criminal

[๒๖] Rüdiger Breuer, Empfehlen sich Änderungen des strafrechtlichen Umweltschutzes insbesondere in Verbindung mit dem Verwaltungsrecht?, NJW 1988, 2072 (2076).

sanctions) ดังนั้น การตรากฎหมายใด ที่ผู้ร่างกฎหมายไม่ได้มีวัตถุประสงค์ที่จะตำหนิพฤติกรรมหรือการกระทำความผิดของผู้กระทำผิด อย่างรุนแรงดังเช่นอาชญากร แต่มีวัตถุประสงค์เพียงเพื่อป้องกันมิให้เกิดความไม่ชอบด้วยกฎหมายและต้องการจัดการฟื้นฟูให้เกิดสภาพความชอบด้วยกฎหมายเพื่อให้สังคมเกิดความสงบสุข และความเป็นระเบียบเรียบร้อยอีกครั้งหนึ่ง ผู้ร่างกฎหมายก็ไม่สมควรที่จะมีการตรากฎหมายที่มีการกำหนดโทษทางอาญาเอาไว้ หากแต่สมควรที่จะกำหนดให้มีการสร้างกลไกควบคุมทางสังคม โดยกำหนดให้กฎหมายดังกล่าวมีสภาพบังคับในทางปกครองแทน

๔.๒ ข้อความคิดทั่วไปเกี่ยวกับกฎหมายตำรวจ (Polizeigesetz)[๒๗]

ในระบบกฎหมายปกครองเยอรมัน การรักษาความสงบเรียบร้อยภายในและการป้องกันภัยต่าง ๆ ไม่ได้เป็นอำนาจและหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจแต่เพียงหน่วยงานเดียว ทั้งนี้ เป็นไปตามหลักที่ว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจมีหน้าที่ทั่วไปและเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองอื่น ๆ มีหน้าที่เฉพาะเรื่อง เพราะมีความเชี่ยวชาญพิเศษในด้านนั้น ๆ ดังนั้น จึงมีการให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองต่าง ๆ เป็นการเฉพาะเรื่องโดยอาศัยอำนาจตามรัฐบัญญัติเฉพาะเรื่อง เช่น รัฐบัญญัติว่าด้วยการชุมนุม (Versammlungsrecht) และรัฐบัญญัติว่าด้วยการประกอบกิจการทางพาณิชย์ (Gerwerbeordnung) เป็นต้น ส่วนเจ้าหน้าที่ตำรวจทำหน้าที่เพียงการรักษาความสงบเรียบร้อยโดยทั่วไป (allgemeiner Gefahrenabwehr) โดยอาศัยอำนาจตาม “กฎหมายว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคม (Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung) หรือ กฎหมายตำรวจ (Polizeigesetz)” ซึ่งอำนาจการตรารัฐบัญญัติดังกล่าวเป็นอำนาจของมลรัฐ โดยกฎหมายตำรวจในระบบกฎหมายเยอรมันมีทั้งสิ้น ๑๖ ฉบับ ด้วยกันตามจำนวนของมลรัฐนั่นเอง อย่างไรก็ตาม เนื้อหาสาระสำคัญของกฎหมายตำรวจในมลรัฐต่าง ๆ ทั้ง ๑๖ มลรัฐ ไม่ได้มีความแตกต่างกันในเนื้อหาสาระสำคัญมากนัก เนื้อหาสาระสำคัญในกฎหมายตำรวจของแต่ละมลรัฐนั้น จะระบุถึงเรื่องอำนาจดำเนินการทั่วไปของเจ้าหน้าที่ตำรวจเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยในสังคมและอำนาจในการดำเนินการต่าง ๆ เฉพาะเรื่อง การกำหนดรูปแบบ เงื่อนไข ขั้นตอนและกระบวนในการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ตำรวจรวมไปถึงการจัดรูปแบบขององค์กร เช่น ในมาตรา ๑ แห่งกฎหมายว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคมของมลรัฐนีเดอร์ซัคเซ่นหรือ Nds. SOG = nidersächsisches Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung ได้กำหนดให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและเจ้าหน้าที่ตำรวจมีหน้าที่ในการป้องกันภัยภยันตรายร่วมกัน[๒๘] และในมาตรา ๑ วงเล็บ ๒ ประโยคที่หนึ่ง แห่งกฎหมายว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย ความสงบสุขและ

---

[๒๗] ผู้เขียนนำเนื้อหาในส่วนนี้มาจากบทความ เรื่อง “ปัญหาความขัดแย้งของอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลกับการกระทำหน้าที่ตำรวจในระบบกฎหมายเยอรมัน” ของนายเชิดวุฒิ สินพิมลบูรณ์ ในวารสาร วิชาการศาลปกครอง ปีที่ ๙ ฉบับที่ ๑ (มกราคม – เมษายน) ๒๕๕๒, หน้า ๘๔ – หน้า ๑๐๐.

[๒๘] มาตรา ๑ แห่งกฎหมายว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็น ระเบียบเรียบร้อยในสังคมของมลรัฐนีเดอร์ซัคเซ่น บัญญัติไว้ว่า

“หน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและเจ้าหน้าที่ตำรวจ

(๑) เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและเจ้าหน้าที่ตำรวจมีหน้าที่ในการป้องกันภัยภยันตรายร่วมกัน”

(§ 1 Nds. SOG Aufgaben der Verwaltungsbehörden und der Polizei

“(1) Die Verwaltungsbehörden und die Polizei haben gemeinsam die Aufgabe der Gefahrenabwehr.”)

ความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคมของมลรัฐนีเดอร์ซัคเซ่น ได้กำหนดวิธีการแบ่งแยกหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจออกจากกันไว้[๒๙] บทบัญญัติมาตรานี้แสดงให้เห็นว่า เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้น เป็นผู้มีความเชี่ยวชาญเฉพาะเรื่อง และเจ้าหน้าที่ตำรวจจะสามารถเข้าไปดำเนินการได้ก็ต่อเมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นไม่สามารถป้องกันภัยภยันตรายได้เลย หรือไม่สามารถป้องกันภัยภยันตรายนั้นได้อย่างทันท่วงทีเท่านั้น นั่นก็หมายความว่า หากข้อเท็จจริงใดอยู่ในอำนาจหน้าที่หรือความรับผิดชอบของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตามที่รัฐบัญญัติเฉพาะเรื่องกำหนดไว้แล้ว ก็ต้องให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ได้รับมอบอำนาจหน้าที่หรือความรับผิดชอบนั้นกระทำการตามที่รัฐบัญญัตินั้นได้ระบุกำหนดอำนาจหน้าที่และความรับผิดชอบไว้เป็นสำคัญ เช่น รัฐบัญญัติว่าด้วยการชุมนุมสาธารณะ (Versammlungsgesetz) ได้บัญญัติให้อำนาจเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดำเนินการใด ๆ ที่เกี่ยวกับการชุมนุมสาธารณะ หรือรัฐบัญญัติว่าด้วยการประกอบกิจการทางพาณิชย์ (Gewerbeordnung) ได้บัญญัติให้อำนาจแก่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเข้าดำเนินการในด้านการประกอบกิจการทางพาณิชย์และเจ้าหน้าที่ตำรวจจะได้รับมอบหมายเป็นกรณี ๆ ไปตามแต่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้น ๆ จะร้องขอให้เข้าช่วยเหลือ

สำหรับการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ตำรวจนั้น “กฎหมายว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคม (Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung) หรือ กฎหมายตำรวจ (Polizeigesetz)” ได้บัญญัติเรื่องอำนาจและหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจไว้ ซึ่งสามารถแบ่งอำนาจดำเนินการของเจ้าหน้าที่ตำรวจออกได้เป็น ๒ ลักษณะ คือ **(๑) อำนาจดำเนินการทั่วไปเพื่อป้องกันภัยภยันตราย**[๓๐] และ **(๒) อำนาจดำเนินการในลักษณะเฉพาะ**[๓๑] เช่น การจับกุม คุมขัง

---

[๒๙] มาตรา ๑ วงเล็บ ๒ ประโยคที่หนึ่ง แห่งกฎหมายว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคมของมลรัฐนีเดอร์ซัคเซ่น บัญญัติไว้ว่า

“(๒) เจ้าหน้าที่ตำรวจจะเข้าไปดำเนินการตามบทบัญญัติวงเล็บ ๑ ประโยคที่หนึ่งได้ก็ต่อเมื่อเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่สามารถป้องกันภยันตรายนั้นได้ หรือไม่สามารถป้องกันภยันตรายนั้นได้ทันท่วงที

(§ 1 II 1 Nds. SOG

“(2) Die Polizei wird in den Fällen des Absatzes 1 Satz 1 tätig, soweit die Gefahrenabwehr durch die Verwaltungsbehörden nicht oder nicht rechtzeitig möglich erscheint.”)

[๓๐] มาตรา ๑๑ แห่งกฎหมายว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคมของมลรัฐนีเดอร์ซัคเซ่น บัญญัติไว้ว่า

“เจ้าพนักงานฝ่ายปกครองและเจ้าพนักงานตำรวจสามารถใช้มาตรการดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งที่จำเป็นเพื่อปกป้องภัยภยันตรายได้ ...”

(§ 11 Nds. SOG

“Die Verwaltungsbehörde und die Polizei können die notwendigen Maßnahmen treffen, um eine Gefahr abzuwehren ...”)

[๓๑] มาตรา ๑๘ แห่งกฎหมายว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบ เรียบร้อยในสังคมของมลรัฐนีเดอร์ซัคเซ่น บัญญัติไว้ว่า

“การคุมขัง

(๑) เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองและโดยเจ้าหน้าทีตำรวจสามารถคุมขังบุคคลใดบุคคลหนึ่ง ได้เมื่อ ...”

(§ 18 Nds. SOG

“Gewahrsam

(1) Die Verwaltungsbehörden und die Polizei können eine Person in Gewahrsam nehmen, wenn dies ...”)

ยึด ค้น พิมพ์ลายนิ้วมือ การสะกดรอยติดตาม ปรับ เป็นต้น โดย “กฎหมายว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคม (Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung) หรือ กฎหมายตำรวจ (Polizeigesetz)” จะกำหนดลักษณะ เงื่อนไข ขั้นตอนและกระบวนการในการดำเนินการไว้เป็นเฉพาะ การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ตำรวจโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายดังกล่าวนั้นเป็นการดำเนินการทางปกครองและการควบคุมตรวจสอบ การดำเนินการทางปกครองดังกล่าวก็อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง หากแต่เจ้าหน้าที่ตำรวจก็สามารถอาศัยอำนาจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาดำเนินการลักษณะเช่นเดียวกันได้ เช่น การจับกุม คุมขัง ปรับ เป็นต้น โดยให้ถือว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาและอยู่ในอำนาจพิจารณาควบคุมตรวจสอบของศาลยุติธรรม อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ตำรวจนั้นอาจจะไม่สามารถระบุชัดเจนได้ว่าเป็นการดำเนินการตาม “กฎหมายว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคม (Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung) หรือ กฎหมายตำรวจ (Polizeigesetz)” หรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา อีกทั้งลักษณะการดำเนินการแทบไม่มีข้อแตกต่างกัน เช่น การจับกุม การสะกดรอยตาม เป็นต้น จึงเกิดประเด็นปัญหาทางด้านกฎหมายขึ้นในการระบุประเภทการดำเนินการ เนื่องจากการควบคุมตรวจสอบการดำเนินการทั้งสองประเภทอยู่ในอำนาจหน้าที่ของศาลที่แตกต่างกัน จึงเป็นประเด็นที่เกี่ยวข้องกับเรื่องปัญหาอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลได้

ในระบบกฎหมายเยอรมันมีหลักการพิจารณาแบ่งแยกการดำเนินการทั้งสองลักษณะของเจ้าหน้าที่ตำรวจออกจากกันไว้ดังนี้ คือ การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่เป็นการดำเนินการทางปกครองมีลักษณะเป็นการดำเนินการที่กระทำการไปเพื่อป้องกัน (präventiv) และรักษาไว้ซึ่งความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคม (Gefahrenabwehr)[๓๒] เช่น เจ้าหน้าที่ตำรวจคุมขังบุคคลที่เมาสุราอาละวาดเพื่อป้องกันอันตรายที่อาจจะเกิดขึ้นกับประชาชนหรือบุคคลทั่วไป เป็นต้น ในขณะที่การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ตำรวจตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาจะมีลักษณะเป็นการดำเนินการที่กระทำการไปเพื่อปราบปราม (repressiv) และติดตามเพื่อดำเนินคดีทางอาญา (Strafrechtsverfolgung) [๓๓] เช่น การคุมขังบุคคลใดบุคคลหนึ่ง เพื่อดำเนินคดีอาญาภายหลังที่บุคคลดังกล่าวนั้นได้กระทำความผิดอาญาไปแล้ว เป็นต้น

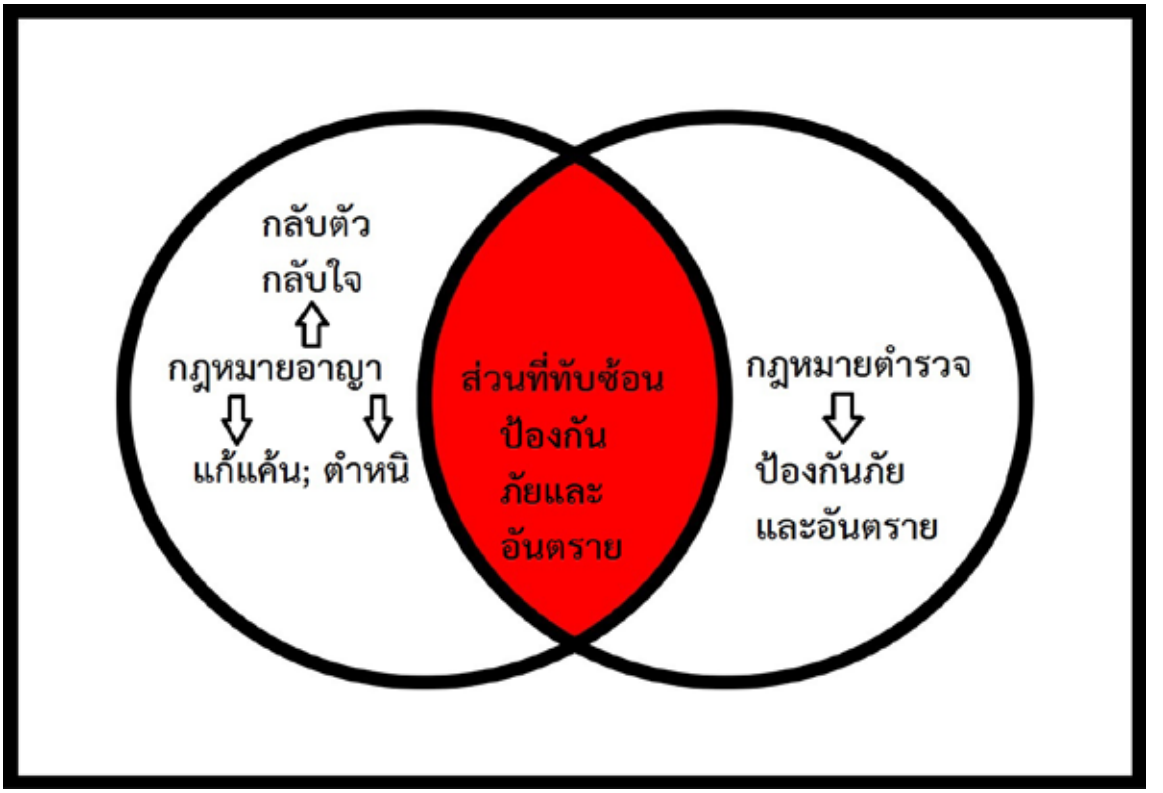
๔.๓ ความทั่วไปว่าด้วยนโยบายเกี่ยวกับอาชญากรรม (Kriminalpolitik; criminal policy)

เมื่อรัฐต้องสร้างหลักประกันความคุ้มครองให้แก่ประชาชนในสังคมว่า รัฐจะต้องป้องกันภัยอันตรายที่จะเกิดขึ้นแก่ชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน ตลอดจนเสรีภาพของบุคคลแล้ว ทำให้กฎหมายอาญาและกฎหมายตำรวจที่แม้จะมีเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกันก็ตาม แต่ก็มีบางส่วนของเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ที่ทับซ้อนกันได้ นั้น คือ เป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ในส่วนของ **“การป้องกันภัยและอันตรายที่จะมีต่อสังคม (Prävention)”** กล่าวคือ กฎหมายอาญามีเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ลงโทษผู้กระทำความผิดซึ่งมีลักษณะเป็นการแก้แค้น การตำหนิการกระทำ การทำให้ผู้กระทำความผิดหรืออาชญากรเปลี่ยนทัศนคติกลับตัวกลับใจเป็นคนดีไม่กระทำความผิดซ้ำอีก และ**การป้องกันภัยและอันตรายที่จะมีต่อสังคม**

[๓๒] Hufen, Verwaltungsprozessrecht, § 18 Verwaltungsrechtsweg und zuständiges Gericht, Rdnr. 63ff.

[๓๓] Hufen, Verwaltungsprozessrecht, § 18 Verwaltungsrechtsweg und zuständiges Gericht, Rdnr. 63ff.

(Prävention) ซึ่งในส่วนของเป้าหมายหรือวัตถุประสงค์ในตอนท้ายว่าด้วยเรื่องการป้องกันภัยและอันตรายที่จะมีต่อสังคม **(Prävention)** นี้เอง เป็นวัตถุประสงค์ที่เด่นชัดที่สุดของกฎหมายอาญา และเป็นวัตถุประสงค์ในลักษณะทำนองเดียวกันกับวัตถุประสงค์ของกฎหมายตำรวจที่มุ่งป้องกันภัยและอันตรายที่จะเกิดขึ้นเป็นสำคัญ (konkurrenzlose Zielbestimmung)[๓๔] ดังปรากฏตามภาพข้างล่าง



พัฒนาการที่เกิดขึ้นเกี่ยวกับการกำหนดโทษทางอาญาในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น[๓๕] ในช่วงปี ค.ศ. ๑๙๗๐ – ค.ศ. ๑๙๘๐ เป็นยุคที่มีการยกเลิกโทษทางอาญาในหลากหลายความผิด และกลับไปใช้มาตรการทางกฎหมายแพ่งและกฎหมายปกครองในการควบคุมสังคมแทน แต่ในปัจจุบันนี้ รัฐพยายามที่จะแสดงให้ประชาชนได้เห็นถึงการจัดการด้วยความเฉียบขาดของรัฐ เพื่อที่จะรักษาไว้ซึ่งความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคมให้แก่ประชาชน โดยการกำหนดโทษทางอาญาเพิ่มมากขึ้น ทั้งการกำหนดโทษทางอาญาสามารถแสดงให้สังคมเห็นได้ว่า รัฐสามารถคุ้มครองความปลอดภัยให้แก่ประชาชนได้ โดยไม่กระทบต่องบประมาณของแผ่นดิน ทำให้รัฐบัญญัติโทษทางอาญาที่แต่เดิมประสงค์ที่จะลงโทษการกระทำความผิดที่ได้กระทำจนสำเร็จและก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายแล้ว (Erfolgsdelikt) เท่านั้น แต่การกระทำในขั้นตอนของตระเตรียมการที่จะกระทำความผิดดังกล่าวนั้น

[๓๔] Winfried Hassemer, Strafrecht, Prävention, Vergeltung, ZIS 7/2006, S. 266 – 273.

[๓๕] Bernd Heinrich, Zum heutigen Zustand der Kriminalpolitik in Deutschland, KriPoZ 2017, S. 4 - 20.

โดยหลักแล้วจะไม่มีความผิด เนื่องจากการกระทำในขั้นตอนของการตระเตรียมการนั้นยังไม่มีการล่วงละเมิดต่อคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์คุ้มครอง (Rechtsgut) แต่ในยุคหลังนี้รัฐมีแนวโน้มที่จะก้าวล่วงเข้าไปกำหนดโทษทางอาญาในขั้นตอนของการตระเตรียมการมากขึ้น (Gefährdungsdelikt) โดยเฉพาะอย่างยิ่งในเรื่องเกี่ยวกับความผิดฐานการก่อการร้าย นอกจากนี้ การกำหนดโทษทางอาญายังมีแนวโน้มที่จะนำคุณธรรมทางกฎหมายที่มุ่งประสงค์จะคุ้มครองสังคมโดยรวม (Universalrechtsgüter) มาใช้มากยิ่งขึ้น ซึ่งจะทำให้มีปัญหาเรื่องความแน่นอนชัดเจนเกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตของการกระทำหรือพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดว่า การกระทำหรือพฤติกรรมใดที่จะถือว่าเป็นพฤติกรรมที่มีโทษทางอาญา อันจะเป็นการทำลายหลักกฎหมายที่กำหนดให้รัฐใช้โทษทางอาญาเป็นมาตรการสุดท้ายเท่าที่จำเป็น (ultima ratio)[๓๖] และยังทำให้การแบ่งแยกระหว่างกฎหมายอาญาและกฎหมายตำรวจเกิดความสับสน ซึ่งแท้ที่จริงแล้วกฎหมายอาญามุ่งที่จะจัดการกับการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นแล้ว โดยการลงโทษทางอาญา ในขณะที่กฎหมายตำรวจมีวัตถุประสงค์ที่จะป้องกันมิให้เกิดการกระทำความผิด อย่างไรก็ตาม แม้ว่ารัฐจะบัญญัติโทษทางอาญาเพิ่มมากขึ้นเท่าใดก็ตาม แต่เมื่อได้พิจารณาในทางสถิติแล้วพบว่าการกระทำความผิดทางอาญาไม่ได้เพิ่มจำนวนมากขึ้น ข้อเท็จจริงดังกล่าวนี้แสดงให้เห็นว่า โทษทางอาญาที่มีอยู่นั้นเป็นเพียง “โทษทางอาญาในเชิงสัญลักษณ์ (symbolisches Strafrecht)” เท่านั้น ไม่ได้มีประสิทธิภาพในการควบคุมสังคม หรือจะเรียกว่าเป็น “กฎหมายอาญาที่ไม่มีประสิทธิภาพ (ineffektives Strafrecht)” ก็ย่อมได้ เมื่อพิจารณาแนวโน้มที่เกิดจากการที่มีการลบล้างหรือทำลายหลักการกำหนดโทษทางอาญาเป็นมาตรการสุดท้าย (ultima ratio) ที่จะต้องพิจารณาก่อนว่ามีมาตรการทางกฎหมายแพ่งหรือทางกฎหมายปกครองที่สามารถทำให้บรรลุผลเช่นเดียวกับโทษทางอาญาและกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลน้อยที่สุด ดังนั้น ประสบการณ์จากบทเรียนดังกล่าวที่ปรากฏในระบบกฎหมายเยอรมันแสดงให้เห็นได้ว่า การที่ผู้ร่างกฎหมายพยายามที่จะเพิ่มจำนวนของโทษทางอาญา โดยที่ไม่คำนึงถึง ความจำเป็น ไม่ได้ทำให้การป้องกันภัยและอันตรายที่จะเกิดขึ้นในสังคมเกิดความสัมฤทธิ์ผล อีกทั้งเมื่อพิจารณาจากกลไกทางกฎหมายที่ปรากฏในระบบกฎหมายเยอรมันแล้ว จะเห็นได้ว่า ไม่ได้มีเพียงแต่กฎหมายอาญาเท่านั้นที่จะสามารถป้องกันภัยและอันตรายที่จะขึ้นแก่สังคมได้ แต่ผู้ร่างกฎหมายยังมีเครื่องมือที่สำคัญอีกอย่างหนึ่งคือ “กฎหมายว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคม (Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung) หรือ กฎหมายตำรวจ (Polizeigesetz)” ทั้งที่บัญญัติเป็น **“กฎหมายตำรวจทั่วไป (Polizeigesetz)”** ที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจดำเนินการในทางปกครอง และ **“กฎหมายตำรวจเฉพาะเรื่อง”** เช่น กฎหมายว่าด้วยการชุมนุมสาธารณะ กฎหมายสถานบริการ กฎหมายควบคุมอาคาร เป็นต้น ที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจใช้อำนาจดำเนินการในทางปกครองตามที่กฎหมายเฉพาะนั้น ๆ กำหนดไว้ เพื่อป้องกันภัยและอันตรายที่จะเกิดขึ้นแก่สังคมได้ โดยไม่จำเป็นต้องอาศัยการกำหนดโทษทางอาญาเสมอไป

[๓๖] Winfried Hassemer, Strafrecht, Prävention, Vergeltung, ZIS 7/2006, S. 266 - 273; Bernd Heinrich, Zum heutigen Zustand der Kriminalpolitik in Deutschland, KriPoZ 2017, S. 4 - 20. mwN.

๔.๔ สภาพบังคับตามกฎหมายตำรวจ (Sanktionen im Polizeirecht; Sanctions in Police Law)

กฎหมายตำรวจมีเครื่องมือและกลไกในการควบคุมสังคม ผ่านการป้องกันภัย และอันตรายประเภทใดบ้าง และมีสภาพบังคับอย่างไรบ้างนั้น แยกพิจารณาได้ ดังนี้[๓๗]

๔.๔.๑ ลักษณะของภัยหรืออันตราย (Gefährdung) เช่น ปกติ เร่งด่วนฉุกเฉิน หรือหากปล่อยให้เนิ่นช้าออกไปจะกระทบต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานที่สำคัญอย่างรุนแรง กฎหมายตำรวจจะกำหนดไว้ว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจจะสามารถใช้มาตรการที่รุนแรงได้มากน้อยเพียงใด

๔.๔.๒ มาตรการในการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ตำรวจตามกฎหมายตำรวจ แยกออกเป็น ๒ ประเภท ได้แก่

หนึ่ง มาตรการทั่วไป (Allgemeine Befugnisse) ซึ่งกฎหมายตำรวจไม่ได้บัญญัติลักษณะเฉพาะของมาตรการเอาไว้ เพียงแต่บัญญัติไว้ในลักษณะเป็นการทั่วไป เพื่อรองรับช่องว่างที่อาจจะเกิดขึ้นได้ในการดำเนินการจัดการเพื่อควบคุมสังคม

สอง มาตรการที่มีลักษณะเฉพาะ (Standardmaßnahme) ซึ่งจะมีรายละเอียดและความหลากหลายมาก ในที่นี้จะยกตัวอย่างเฉพาะมาตรการที่สำคัญๆ เช่น การเก็บข้อมูลส่วนบุคคล การใช้อุปกรณ์บันทึกข้อมูล (กล้องวงจรปิด) การใช้อุปกรณ์ดักฟัง การเชิญตัวบุคคล การกักขังบุคคล การให้บุคคลออกจากพื้นที่ การตรวจค้นบุคคล การตรวจค้นสถานที่ การยึดวัตถุสิ่งของ เป็นต้น เพื่อประโยชน์ที่จะนำไปพิจารณาเรื่องการใช้มาตรการบังคับต่อไป สามารถแยกมาตรการที่มีลักษณะเฉพาะ (Standardmaßnahme) ออกได้เป็น ๒ ลักษณะ ดังนี้

ลักษณะที่หนึ่ง มาตรการที่มีลักษณะของการกระทำที่มีผลในทางข้อเท็จจริงหรือปฏิบัติการทางปกครอง (Realakt) เช่น การจับกุมบุคคล การตรวจค้น หรือการยึดวัตถุสิ่งของ เป็นต้น

ลักษณะที่สอง มาตรการที่มีลักษณะของการกระทำที่มีผลในทางกฎหมาย หรือคำสั่งทางปกครอง เช่น การออกคำสั่งเรียกให้บุคคลให้ข้อมูลส่วนตัวหรือให้มาแสดงตน การเชิญตัวบุคคลหรือการสั่งให้บุคคลออกนอกพื้นที่ เป็นต้น

๔.๔.๓ กรณีที่มีการขัดขืนไม่ปฏิบัติตามมาตรการของเจ้าหน้าที่ตำรวจ ตามที่กล่าวมาแล้วข้างต้น เจ้าหน้าที่ตำรวจมีอำนาจในการดำเนินการบังคับเพื่อให้มาตรการที่กล่าวมาแล้วข้างต้นบรรลุผล ซึ่งมาตรการที่เจ้าหน้าที่ตำรวจจะนำมาใช้บังคับมีตั้งแต่เรื่อง การจัดการแทนและเรียกให้ชดใช้ค่าใช้จ่าย (Ersatzvornahme) การสั่งปรับ (Zwangsgeld) การกักขังแทนค่าปรับ (Ersatzzwangshaft) หรือการใช้กำลังบังคับโดยตรง (unmittelbarer Zwang) ซึ่งการใช้กำลังบังคับโดยตรง (unmittelbarer Zwang) หมายถึง การใช้กำลังทางกายภาพไปจนถึงการใช้อาวุธด้วย โดยในกฎหมายตำรวจแยกมาตรการบังคับในกรณีที่มีการขัดขืนไม่ปฏิบัติตามมาตรการของเจ้าหน้าที่ตำรวจออกได้เป็น ๒ ลักษณะ คือ

[๓๗] สำหรับในส่วนนี้ ผู้เขียนจะนำเสนอสภาพบังคับตามกฎหมายตำรวจในภาพรวมเท่านั้น โดยไม่ได้นำเสนอรายละเอียดของบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวไว

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

ลักษณะที่หนึ่ง มาตรการของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่มีการออกคำสั่งทางปกครองก่อน ซึ่งไม่ว่ามาตรการนั้นจะเป็นปฏิบัติการทางปกครองหรือไม่ ในระบบกฎหมายตำรวจก็ต้องอยู่ภายใต้ข้อจำกัดของ “หลักความได้สัดส่วน” และ “หลักความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครอง” ดังนั้น ในการที่เจ้าหน้าที่ตำรวจจะใช้มาตรการบังคับเลยโดยไม่ออกคำสั่งทางปกครองก่อน เจ้าหน้าที่ตำรวจจะกระทำได้ในกรณีที่จำเป็นเท่านั้น สำหรับในกรณีทั่วไปแล้ว เจ้าหน้าที่ตำรวจจะต้องดำเนินการโดยอย่างน้อยที่สุดต้องแจ้งคำสั่งทางปกครองก่อนเสมอ ไม่ว่าจะต้องแจ้งเป็นหนังสือ วาจา หรือสัญลักษณ์อื่นใดก็ตาม

ลักษณะที่สอง มาตรการของเจ้าหน้าที่ตำรวจที่ไม่จำเป็นต้องมีการออกคำสั่งทางปกครองก่อน[๓๘] ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

(๑) ในการใช้มาตรการที่จะต้องดำเนินการกับผู้ก่อความเดือดร้อน (Störer) นั้น ไม่อาจจะเป็นไปได้ที่จะสามารถออกคำสั่งทางปกครองก่อนได้

ตัวอย่าง : ข้อเท็จจริงปรากฏว่า นาย ก มีเหตุชกต่อยกับนาย ข ในบริเวณเขตการก่อสร้างอาคารที่มีเสียงดังรบกวนจนไม่อาจจะสื่อสารกันได้ ซึ่งในขณะนั้น เจ้าหน้าที่ตำรวจ ค ผ่านไปพบเหตุการณ์ และเห็นว่านาย ก กำลังจะใช้มีดแทงนาย ข เจ้าหน้าที่ตำรวจ ค จึงไม่อาจจะออกคำสั่งทางปกครองด้วยวาจาสั่งให้นาย ก วางมีดลงได้ เนื่องจากบริเวณดังกล่าวมีเสียงดังมาก ในกรณีเช่นนี้ เจ้าหน้าที่ตำรวจ ค มีอำนาจตามกฎหมายที่จะดำเนินการระงับเหตุนี้ได้ทันที

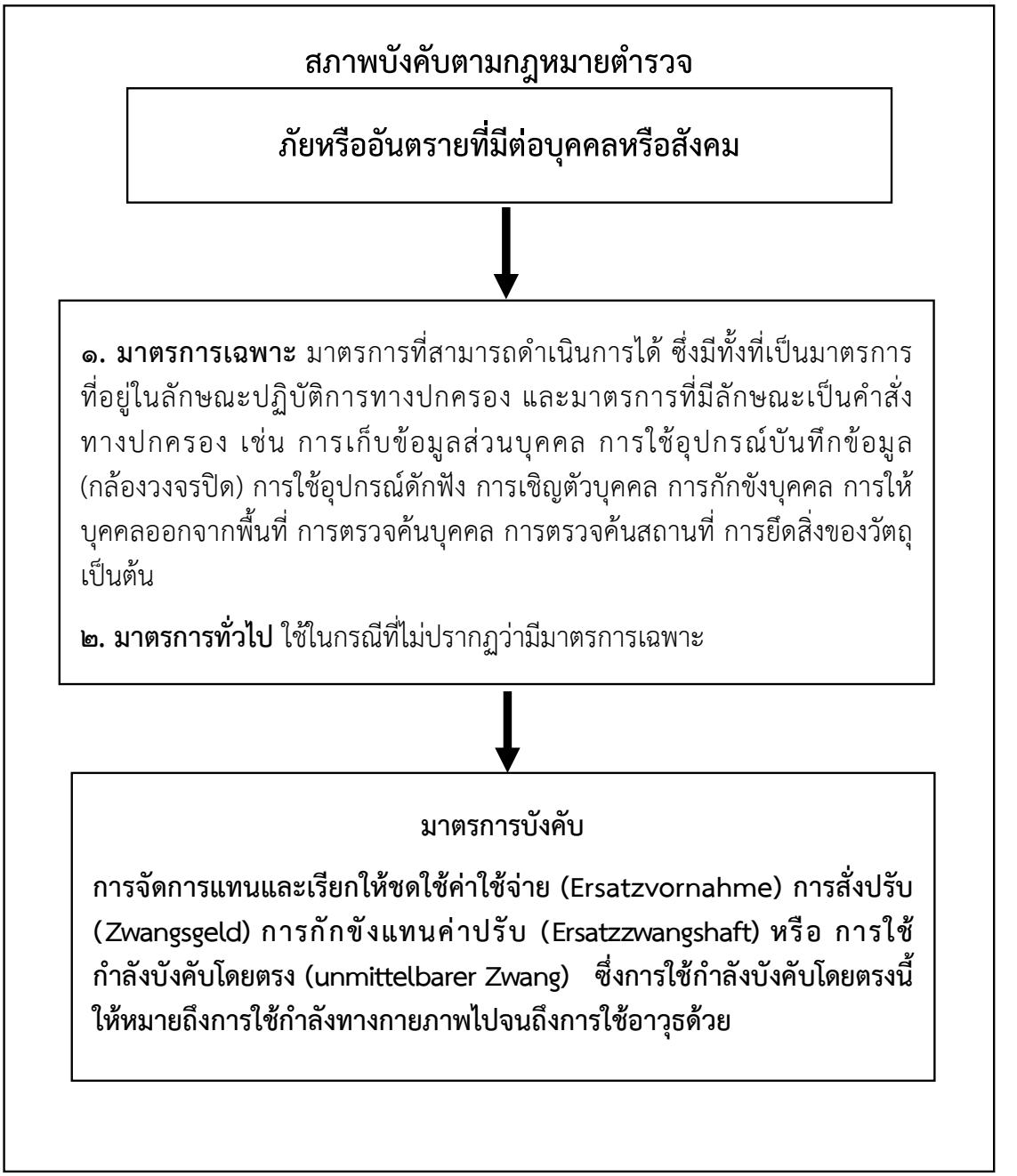
(๒) มาตรการของเจ้าหน้าที่ตำรวจไม่อาจจะใช้ได้ทันท่วงที

ตัวอย่าง : ในขณะที่นาย ก กำลังนำอาวุธปืนที่ตนเองซื้อมาใหม่ให้นาย ข ดูที่ด้านหลังอาคารห้างสรรพสินค้าที่เป็นที่สาธารณะ เจ้าหน้าที่ตำรวจ ค ผ่านเข้าไปพบเห็น นาย ก จึงรีบวิ่งหนี ทำให้เจ้าหน้าที่ตำรวจ ค ไม่อาจจะแจ้งคำสั่งทางปกครองด้วยวาจาได้ก่อน ดังนั้น เจ้าหน้าที่ตำรวจจึงมีอำนาจในการดำเนินมาตรการบังคับโดยการใช้กำลังจับกุมนาย ก ได้

(๓) มาตรการที่ใช้ไม่อาจจะส่งผลสัมฤทธิ์ได้

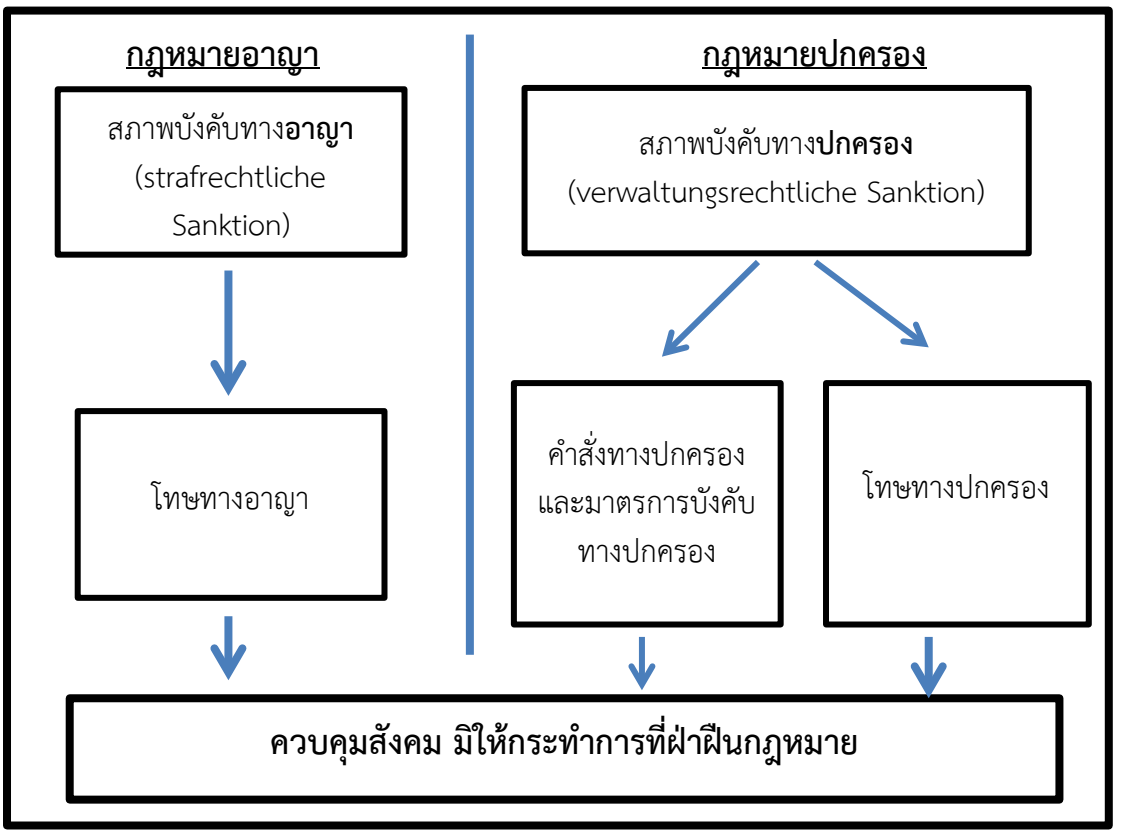
ตัวอย่าง : ระหว่างการก่อสร้างโรงงานผลิตกระแสไฟฟ้าแห่งหนึ่ง นาย ก ซึ่งเป็นนักเคลื่อนไหวทางสังคมเพื่อคุ้มครองสิ่งแวดล้อมได้ใช้โซ่ตรวนมัดตนเองไว้กับรางรถไฟ เพื่อมิได้มีการขนส่งวัสดุก่อสร้างไปใช้ในการก่อสร้างโรงงานผลิตกระแสไฟฟ้า การที่เจ้าหน้าที่ตำรวจ ค จะออกคำสั่งทางปกครองให้บุคคลคือ นาย ก ในกรณีนี้ ออกไปนอกสถานที่หรือบริเวณที่กำหนดจึงไม่อาจจะสัมฤทธิ์ผลได้ ดังนั้น เจ้าหน้าที่ตำรวจ ค จึงไม่จำต้องออกคำสั่งทางปกครองก่อนได้ แต่สามารถดำเนินการใช้มาตรการบังคับโดยการใช้คีมตัดโซ่ตรวน และใช้กำลังเคลื่อนย้ายนาย ก ออกจากบริเวณรางรถไฟได้

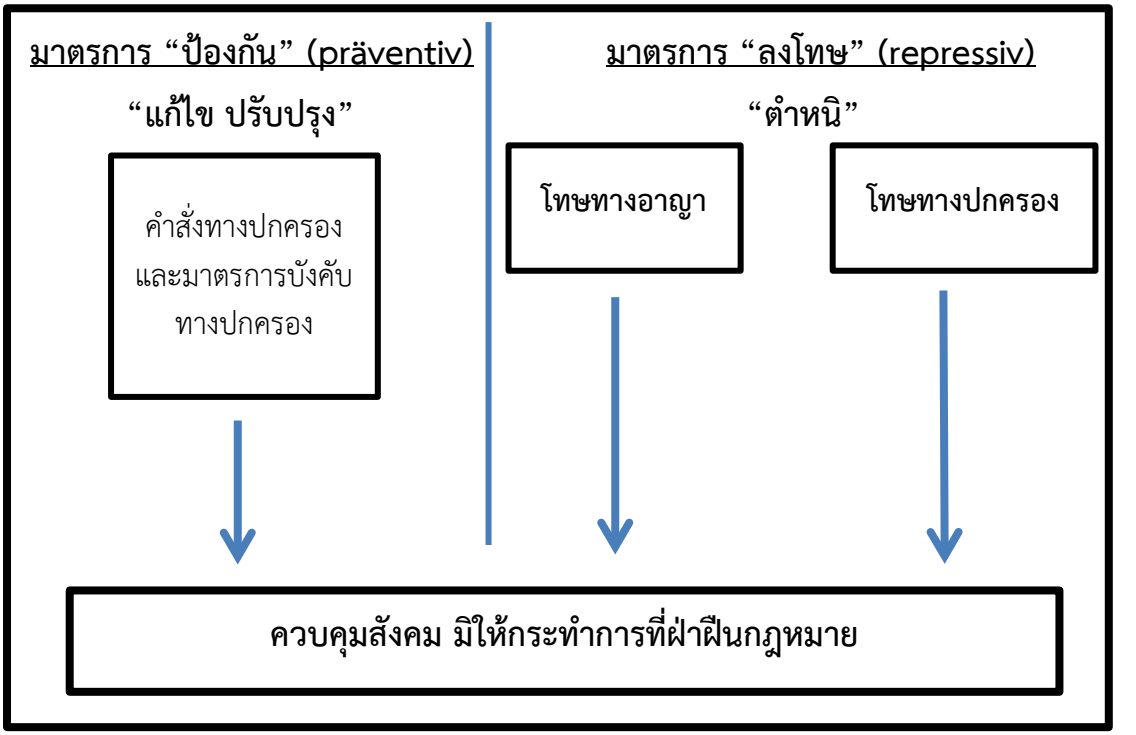
[๓๘] ในระบบกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง จะกำหนดให้การใช้มาตรการบังคับทางปกครองของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นจะต้องผ่านกระบวนการออกคำสั่งทางปกครองก่อนเสมอ แต่ในระบบการใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามกฎหมายตำรวจนั้น เจ้าหน้าที่ตำรวจสามารถใช้มาตรการที่ไม่จำต้องมีการออกคำสั่งทางปกครองก่อนได้ เนื่องจากต้องมีการระงับเหตุให้ทันท่วงที


สภาพบังคับตามกฎหมายตำรวจ
ภัยหรืออันตรายที่มีต่อบุคคลหรือสังคม
๑. มาตรการเฉพาะ มาตรการที่สามารถดำเนินการได้ ซึ่งมีทั้งที่เป็นมาตรการที่อยู่ในลักษณะปฏิบัติการทางปกครอง และมาตรการที่มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครอง เช่น การเก็บข้อมูลส่วนบุคคล การใช้อุปกรณ์บันทึกข้อมูล (กล้องวงจรปิด) การใช้อุปกรณ์ดักฟัง การเชิญตัวบุคคล การกักขังบุคคล การให้บุคคลออกจากพื้นที่ การตรวจค้นบุคคล การตรวจค้นสถานที่ การยึดสิ่งของวัตถุ เป็นต้น
๒. มาตรการทั่วไป ใช้ในกรณีที่ไม่ปรากฏว่ามีมาตรการเฉพาะ
มาตรการบังคับ
การจัดการแทนและเรียกให้ชดใช้ค่าใช้จ่าย (Ersatzvornahme) การสั่งปรับ (Zwangsgeld) การกักขังแทนค่าปรับ (Ersatzzwangshaft) หรือ การใช้กำลังบังคับโดยตรง (unmittelbarer Zwang) ซึ่งการใช้กำลังบังคับโดยตรงนี้ให้หมายถึงการใช้กำลังทางกายภาพไปจนถึงการใช้อาวุธด้วย

๔.๕ สรุปบทเรียนเกี่ยวกับเกณฑ์ประการที่สอง : สภาพบังคับทางกฎหมายปกครอง (verwaltungsrechtliche Sanktionen; administrative sanctions)

เมื่อพิจารณาจากเกณฑ์ประการที่หนึ่ง เรื่อง “ข้อจำกัดในการกำหนดโทษทางอาญา” แล้ว จะเห็นได้ว่า แม้โทษทางอาญาจะมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลอย่างรุนแรงก็ตาม แต่ก็มิได้หมายความว่า เมื่อมีการกำหนดโทษทางอาญาแล้ว จะทำให้สามารถป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดเกิดขึ้นได้อย่างมีประสิทธิภาพแต่อย่างใด หรือในบางกรณีการกำหนดโทษทางอาญาก็แทบจะไม่ได้ก่อให้เกิดประโยชน์ในการควบคุมสังคมได้เลย การกำหนดโทษทางอาญาจึงสมควรที่จะนำมาใช้ในฐานะมาตรการสุดท้าย (ultima ratio) เท่านั้น เมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาที่ต้องการควบคุมสังคม มิให้มีการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายแล้ว จะพบว่า ในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น ผู้ร่างกฎหมายจะให้ความสำคัญกับกฎหมายตำรวจทั้งที่เป็นกฎหมายตำรวจทั่วไป และกฎหมายตำรวจเฉพาะเรื่อง โดยมีวัตถุประสงค์ไปที่การป้องกันมิให้มีการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายเป็นสำคัญ ดังนั้น มาตรการทางกฎหมายที่รัฐจะสามารถนำมาใช้ควบคุมสังคมได้อย่างมีประสิทธิภาพและกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลน้อยกว่าโทษทางอาญา ก็คือ การสร้างกลไกทางกฎหมายที่ให้เจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองสามารถดำเนินการเพื่อ “ป้องกัน” มิให้มีการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมาย ตลอดจนการกำหนดสภาพบังคับ (Sanctions) ที่สามารถทำให้มาตรการป้องกันนั้นบรรลุวัตถุประสงค์ได้ รัฐจึงสมควรคำนึงถึงการกำหนด “สภาพบังคับทางกฎหมายปกครอง (verwaltungsrechtliche Sanktionen; administrative sanctions)” ก่อนที่จะกำหนด “สภาพบังคับทางกฎหมายอาญา (strafrechtliche Sanktionen; criminal sanctions)” โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อพิจารณาจากมาตรการตามกฎหมายตำรวจที่ให้อำนาจตำรวจกักขังบุคคล (Gewahrsam; custody) กฎหมายตำรวจจะบัญญัติระบุเหตุที่เจ้าหน้าที่ตำรวจจะใช้อำนาจกักขังบุคคลไว้ว่า “เจ้าหน้าที่ตำรวจจะทำการกักขังบุคคลได้ในกรณีที่จำเป็น เพื่อป้องกันมิให้บุคคลดังกล่าวกระทำความผิดทางอาญาหรือกระทำความผิดที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยในฐานความผิดที่มีความสำคัญต่อส่วนรวม (Die Vollzugspolizei kann eine Person in Gewahrsam nehmen, wenn das unerlässlich ist, um die unmittelbar bevorstehende Begehung oder Fortsetzung einer Straftat oder einer Ordnungswidrigkeit von erheblicher Bedeutung für die Allgemeinheit.)” ซึ่งแสดงให้เห็นว่า “มาตรการป้องกัน” ต้องถูกนำมาใช้ก่อน “มาตรการปราบปราม” และมาตรการปราบปรามในที่นี้ (มาตรการกักขังบุคคล) หมายความรวมถึงโทษทางอาญาและโทษทางปกครองด้วย สำหรับในส่วนของโทษทางปกครองนั้น แม้จะถือได้ว่าเป็นส่วนหนึ่งของ “สภาพบังคับทางกฎหมายปกครอง (verwaltungsrechtliche Sanktionen; administrative sanctions)” ก็ตาม แต่โทษทางปกครองก็ถือเป็นส่วนหนึ่งของมาตรการที่เป็นการ “ตำหนิ” หรือ “ปราบปราม (respressiv)” ผู้กระทำความผิด มิใช่เป็นมาตรการเพื่อ “ป้องกัน (präventiv)” แต่อย่างใด


กฎหมายอาญา
สภาพบังคับทางอาญา (strafrechtliche Sanktion)
โทษทางอาญา
กฎหมายปกครอง
สภาพบังคับทางปกครอง (verwaltungsrechtliche Sanktion)
คำสั่งทางปกครองและมาตรการบังคับทางปกครอง
โทษทางปกครอง
ควบคุมสังคม มิให้กระทำการที่ฝ่าฝืนกฎหมาย


มาตรการ “ป้องกัน” (präventiv)
“แก้ไข ปรับปรุง”
คำสั่งทางปกครองและมาตรการบังคับทางปกครอง
มาตรการ “ลงโทษ” (repressiv)
“ตำหนิ”
โทษทางอาญา
โทษทางปกครอง
ควบคุมสังคม มิให้กระทำการที่ฝ่าฝืนกฎหมาย

กรณีตัวอย่างที่น่าสนใจเกี่ยวกับ : การกำหนดหลักการทางกฎหมายโดยการนำ “มาตรการป้องกัน” มาใช้แทน “มาตรการลงโทษ” (Vorrang der Prävention vor der Repression)[๓๙]

กรณีที่หนึ่ง : กรณีที่เด็กปีนหน้าต่างบนตึกอาคารสูง ๑๐ ชั้น และหน้าต่างก็เปิดไว้อยู่ สมควรจะดำเนินการอย่างไร เพื่อไม่ให้เด็กตกลงมาจากหน้าต่างนั้น สมควรจะใช้มาตรการปิดหน้าต่าง หรือกำหนดมาตรการเป็นบทลงโทษ เพื่อให้เด็กเกิดความกลัวและออกห่างจากหน้าต่างนั้นด้วยตนเอง

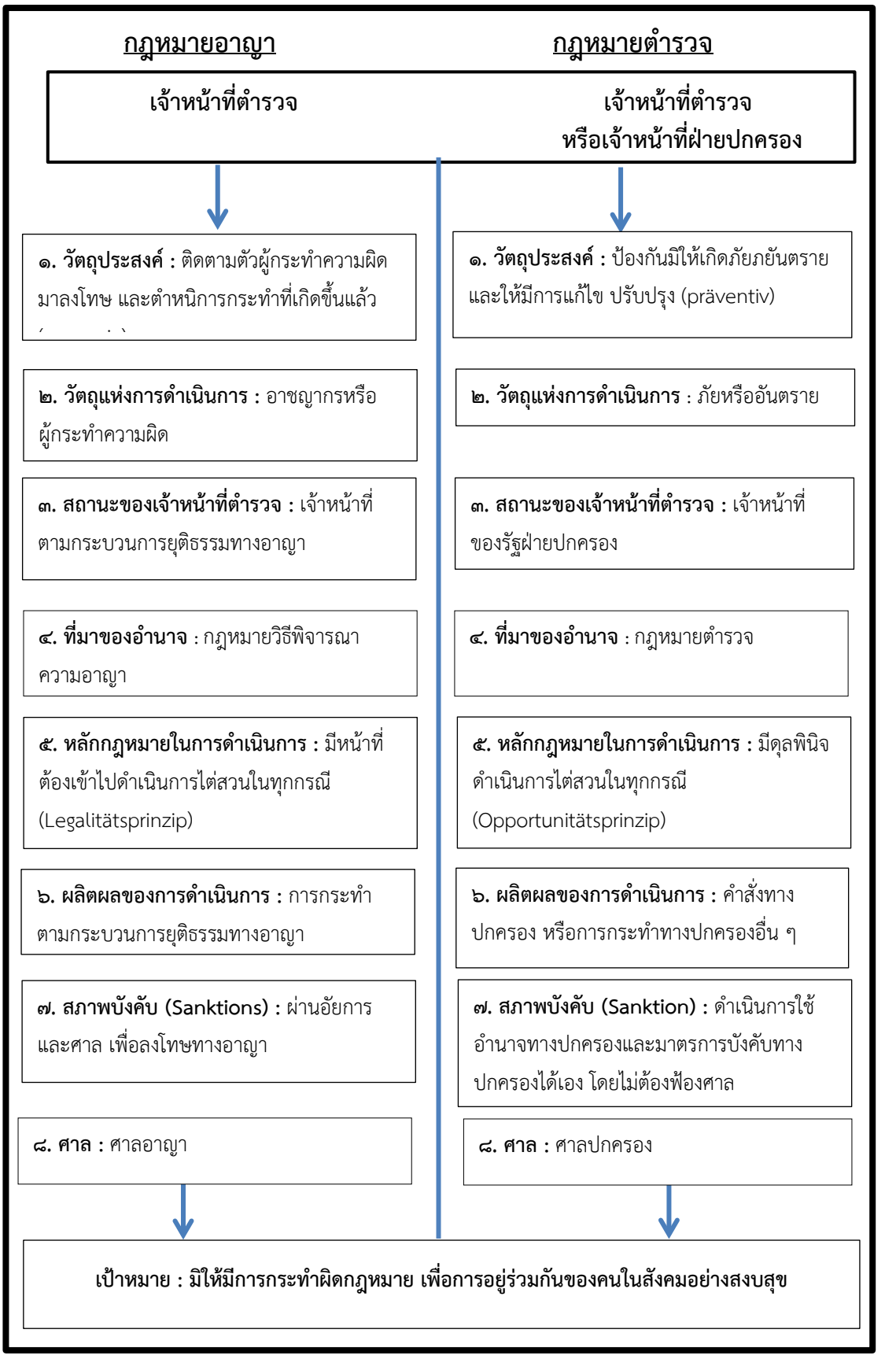
กรณีที่สอง : กรณีที่บุคคลทั่วไปเห็นว่า การกระทำหรือพฤติกรรมของเด็กในวัยเยาว์นั้นแสดงให้เห็นได้ว่าต่อไปในอนาคตเมื่อเด็กคนดังกล่าวเติบโตขึ้นจะกระทำการหรือมีพฤติกรรมที่เป็นอันตรายต่อสังคม สมควรจะลงโทษเด็กคนนั้นในขณะนี้ได้หรือไม่ หรือจะต้องรอให้เด็กเจริญเติบโตเป็นผู้ใหญ่แล้วไปกระทำความผิดก่อนถึงจะลงโทษ

กรณีที่สาม : มาตรการใดจะมีประสิทธิภาพมากกว่าในการลดอุบัติเหตุที่อาจจะเกิดขึ้นจากการขับขี่รถยนต์ด้วยความเร็วเกินกว่ากฎหมายกำหนด (๑) เพิ่มโทษให้รุนแรงยิ่งขึ้น หรือ (๒) กำหนดห้ามมิให้มีการจำหน่ายรถยนต์ที่มีความเร็วเกินกว่าที่กำหนดไว้ หรือ (๓) กำหนดให้มีติดตั้งระบบอุปกรณ์ติดตามความเร็ว

กรณีตัวอย่างข้างต้น หากได้มีการนำมาตรการป้องกันมาใช้ จะทำให้เกิดความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคมได้ดีและมีประสิทธิภาพมากกว่าการใช้มาตรการลงโทษ หรือในบางกรณีการใช้มาตรการลงโทษนั้นไม่ได้มีผลต่อการควบคุมพฤติกรรมของบุคคลเลยหรือการลงโทษเป็นไปไม่ได้เลย เนื่องจากลักษณะทางธรรมชาติของการใช้มาตรการลงโทษ (repressive Sanktion) นั้นเป็นมาตรการหรือกระบวนการที่ไปดำเนินการกับพฤติกรรมหรือการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นแล้ว แสดงให้เห็นว่า มาตรการลงโทษนั้นไม่อาจจะป้องกันความเสียหายได้อย่างจริงจังเท่าใดนัก เพราะมาตรการลงโทษไม่สามารถเปลี่ยนแปลงการกระทำความผิดในสิ่งที่เกิดขึ้นมาแล้วในอดีตได้นั่นเอง และเมื่อเกิดการกระทำความผิดที่กระทบกระเทือนต่อจิตใจความรู้สึกของสังคม เช่น การฆาตกรรม หรือการข่มขืน เป็นต้น เหตุการณ์ความรุนแรง ความเศร้าสลดใจที่เกิดขึ้นทำให้สังคมมักจะนำมาเรียกร้องอยู่เสมอว่า โทษทางอาญาสำหรับกรณีการกระทำผิดนั้น ๆ มีอัตราโทษเบาเกินไปไม่อาจจะป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดได้ กรณีจึงมีการเรียกร้องให้มีการเพิ่มอัตราโทษทางอาญาให้รุนแรงมากขึ้น รวมทั้งให้ขยายฐานความผิดทางอาญาออกไปให้กว้างขึ้นอีก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในความผิดที่แต่เดิมต้องเป็นการกระทำผิดที่ได้กระทำจนสำเร็จและก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายแล้ว (Erfolgsdelikt) ต่อคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองแล้วเท่านั้น จึงต้องรับโทษทางอาญากลายมาเป็นการกำหนดฐานความผิดในขั้นตอนกับการตระเตรียมการมากยิ่งขึ้น และยิ่งรัฐมีการแก้ไขกฎหมายในลักษณะดังกล่าวมากยิ่งขึ้นเท่าใด ยิ่งสะท้อนให้เห็นว่า รัฐเป็นฝ่าย “ตั้งรับ” กับปัญหาที่เกิดขึ้นเพียงอย่างเดียว ทำให้รัฐต้องหันมาพิจารณาทบทวนหากลไกทางกฎหมายประเภทอื่นที่มีประสิทธิภาพและความเหมาะสมที่จะ “ป้องกัน” มิให้เกิดความเสียหายต่อคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครอง ดังนั้น รัฐจึงหันมาใช้ “กฎหมายว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคม

[๓๙] Marcel Alexander NIGGLI, vom Repressions- zum Präventionsstrafrecht: Die Abkehr von der Ahndung begangener hin zur Verhinderung befürchteter Delikte, S. 45 ff.

(Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung) หรือ กฎหมายตำรวจ (Polizeigesetz)” ซึ่งเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายปกครองที่สามารถจัดการกับปัญหาที่จะเกิดขึ้นได้ และนอกเหนือไปจากความแตกต่างในเรื่องของข้อพิจารณาเกี่ยวกับเวลาที่มีการกระทำความผิดซึ่งเป็นวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญาและกฎหมายตำรวจแล้ว ยังมีความแตกต่างในด้านอื่นๆ ของทั้งสองกฎหมาย เนื่องจากเจ้าหน้าที่ตำรวจในระบบกฎหมายเยอรมันสามารถใช้อำนาจที่จะดำเนินการได้ทั้งในฐานะเจ้าหน้าที่ตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา ซึ่งอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายอาญาและกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เพื่อนำผู้กระทำความผิดมาลงโทษแล้ว เจ้าหน้าที่ตำรวจยังมีอำนาจดำเนินการตามกฎหมายตำรวจเพื่อป้องกันภัยและอันตรายที่จะเกิดขึ้นแก่สังคม ซึ่งอยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมายปกครอง และกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ซึ่งความแตกต่างในด้านอื่นๆ ของการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ตำรวจพอจะสรุปให้เห็นได้ตามตาราง ดังนี้


กฎหมายอาญา
กฎหมายตำรวจ
เจ้าหน้าที่ตำรวจ
เจ้าหน้าที่ตำรวจ
หรือเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครอง
๑. วัตถุประสงค์ : ติดตามตัวผู้กระทำความผิด มาลงโทษ และตำหนิการกระทำที่เกิดขึ้นแล้ว
๑. วัตถุประสงค์ : ป้องกันมิให้เกิดภัยภยันตราย และให้มีการแก้ไข ปรับปรุง (präventiv)
๒. วัตถุแห่งการดำเนินการ : อาชญากรหรือ ผู้กระทำความผิด
๒. วัตถุแห่งการดำเนินการ : ภัยหรืออันตราย
๓. สถานะของเจ้าหน้าที่ตำรวจ : เจ้าหน้าที่ ตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา
๓. สถานะของเจ้าหน้าที่ตำรวจ : เจ้าหน้าที่ ของรัฐฝ่ายปกครอง
๔. ที่มาของอำนาจ : กฎหมายวิธีพิจารณา ความอาญา
๔. ที่มาของอำนาจ : กฎหมายตำรวจ
๕. หลักกฎหมายในการดำเนินการ : มีหน้าที่ ต้องเข้าไปดำเนินการไต่สวนในทุกกรณี (Legalitätsprinzip)
๕. หลักกฎหมายในการดำเนินการ : มีดุลพินิจ ดำเนินการไต่สวนในทุกกรณี (Opportunitätsprinzip)
๖. ผลิตผลของการดำเนินการ : การกระทำ ตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา
๖. ผลิตผลของการดำเนินการ : คำสั่งทาง ปกครอง หรือการกระทำทางปกครองอื่น ๆ
๗. สภาพบังคับ (Sanktions) : ผ่านอัยการ และศาล เพื่อลงโทษทางอาญา
๗. สภาพบังคับ (Sanktion) : ดำเนินการใช้ อำนาจทางปกครองและมาตรการบังคับทาง ปกครองได้เอง โดยไม่ต้องฟ้องศาล
๘. ศาล : ศาลอาญา
๘. ศาล : ศาลปกครอง
เป้าหมาย : มิให้มีการกระทำผิดกฎหมาย เพื่อการอยู่ร่วมกันของคนในสังคมอย่างสงบสุข

๕. เกณฑ์ประการที่สาม : การกระทำผิดทางปกครอง (Ordnungswidrigkeit; regulatory offences) ในฐานะที่เป็นกลไกในการควบคุมสังคมของฝ่ายปกครอง

๕.๑ ความเบื้องต้นเกี่ยวกับ "โทษทางปกครอง"

กฎหมายว่าด้วยการกระทำผิดทางปกครอง (Ordnungswidrigkeitsgesetz) ได้บัญญัติหลักกฎหมายเกี่ยวกับการกระทำผิดทางปกครอง (Ordnungswidrigkeit; regulatory offences) และสภาพบังคับตามกฎหมายดังกล่าว ซึ่งเรียกกว่า "โทษทางปกครอง" ไว้ให้ฝ่ายปกครองเป็นผู้กำหนดโทษเพื่อตำหนิการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมาย ซึ่งแม้จะมีความคล้ายคลึงกับโทษทางอาญา กล่าวคือ เป็นการ "ตำหนิ" หรือ "ปราบปราม" การกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมาย (repressiv) : แต่โทษทางปกครองก็มีลักษณะที่แตกต่างไปจากโทษทางอาญา ที่เด่นชัดที่สุดก็คือในแง่ของผู้ที่มีอำนาจลงโทษ เนื่องจากการกำหนดโทษทางอาญาสงวนไว้ให้**ศาล**เป็นผู้กำหนดเท่านั้น แต่โทษทางปกครองนั้น **เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือฝ่ายปกครอง** เป็นผู้กำหนดบทลงโทษได้เอง โดยไม่ต้องผ่านกระบวนการพิจารณาพิพากษาของศาล และเมื่อพิจารณาในเชิงองค์กรแล้ว จะพบว่า เมื่อองค์กรผู้ทำหน้าที่ลงโทษแตกต่างกันในนัยสำคัญแล้ว อีกทั้งในระบบกฎหมายเยอรมันมีกฎหมายว่าด้วยการกระทำผิดทางปกครอง (Ordnungswidrigkeitengesetz) ขึ้นมาแยกต่างหากจากประมวลกฎหมายอาญา (Strafgesetzbuch) และแม้ว่าผู้ร่างกฎหมายมีดุลพินิจที่จะกำหนดว่าพฤติกรรมแบบใดที่เป็นความผิดทางอาญาและพฤติกรรมแบบใดเป็นความผิดทางปกครอง[๔๐] แต่เนื่องจากโทษทางอาญาสมควรที่จะนำมาใช้เท่าที่จำเป็นเท่านั้น ดังนั้น ผู้ร่างกฎหมายจึงสามารถนำเรื่องการกำหนดความผิดทางปกครองมาใช้เป็นเครื่องมือในการควบคุมสังคมที่ให้ผลเช่นเดียวกับโทษทางอาญาได้เช่นกัน ทั้งยังกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลน้อยกว่า และเพื่อให้ผู้ร่างกฎหมายสามารถพิจารณาเลือกกำหนดได้ว่า พฤติกรรมแบบใดสมควรกำหนดเป็นความผิดทางอาญาหรือความผิดทางปกครอง กรณีจึงจำต้องพิจารณาในทางเนื้อหาว่า โทษทางอาญาและโทษทางปกครองมีความแตกต่างกันอย่างไร ในทางวิชาการปรากฏทฤษฎีการแบ่งแยกความผิดทางอาญาออกจากความผิดทางปกครอง ดังนี้[๔๑]

๕.๑.๑ ทฤษฎีว่าด้วยลักษณะของความผิดทางปกครองและความผิดทางอาญา (Die qualitative Theorie)[๔๒]

Die qualitative Theorie มีพื้นฐานทางความคิดมาจากหลักกฎหมาย ว่าด้วย "**ความผิดทางปกครอง (Verwaltungsunrecht; administrative wrongs)**" ซึ่งเจมส์ โกลด์สมิดท์ **(James Goldschmidt)** ได้อธิบายไว้ในหนังสือ เรื่อง "**Das Verwaltungsstrafrecht**" หรือ แปลเป็นภาษาไทยว่า "**กฎหมายว่าด้วยโทษทางปกครอง**" ซึ่งตีพิมพ์ในปี ค.ศ. ๑๙๐๒ โดยได้มีการอธิบายว่า ความผิดทางอาญามุ่งที่จะคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมาย (ของบุคคล) แต่ความผิดทางปกครองเป็นกรณีที่ไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย หรือไม่เชื่อฟังฝ่ายปกครอง โดยความผิดทางปกครองตั้งอยู่บนพื้นฐาน

[๔๐] Göhler JZ 1968, 583 (586). อ้างใน Jürgen-Peter Graf, BeckOK OWiG, beck-online, München 2017, Einleitung zum OWiG, Rn. 7.

[๔๑] Jürgen-Peter Graf, BeckOK OWiG, beck-online, München 2017, Einleitung zum OWiG, Rn. 1 - 13.

[๔๒] นายศุภวัฒน์ สิงห์สุวงษ์ แปลคำว่า "Die qualitative Theorie" ว่า เกณฑ์ความแตกต่าง ในทางเนื้อหา, โปรดดู ศุภวัฒน์ สิงห์สุวงษ์, เกณฑ์การพิจารณาในการเลือกกำหนดโทษทางปกครองแทน โทษทางอาญา, หน้า ๒๔.

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

ของ “พฤติกรรมที่กระทบต่อหลักกฎหมายว่าด้วยการป้องกันภัยและอันตรายและการบริการสาธารณะ (Beeinträchtigungen der institutionellen Gefahren und Daseinsvorsorge)” ความผิดทางอาญาเป็นการกระทำความผิดที่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสิทธิของบุคคลอื่น ในขณะที่ความผิดทางปกครองเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนต่อการควบคุมหรือกฎเกณฑ์ของรัฐ[๔๓] ความผิดทางปกครองโดยส่วนใหญ่แล้วจะปรากฏให้เห็นในลักษณะของพฤติกรรมที่มีการดำเนินการโดยไม่ได้รับอนุญาตจากรัฐ หรือมีพฤติกรรมที่ฝ่าฝืนคำสั่งของเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือกรณีที่บุคคลละเลยไม่แจ้งข้อมูลบางประการให้เจ้าหน้าที่ของรัฐทราบ ซึ่งความผิดทางปกครองนี้จะไม่มีลักษณะที่ไปกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลหรือคุณธรรมทางกฎหมายที่คุ้มครองบุคคลเป็นการเฉพาะเลย (Individualrechtsgutsbeeinträchtigungen) ความผิดทางปกครองจึงมุ่งที่จะคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ส่วนรวมเป็นสำคัญ แต่อย่างไรก็ตาม ความผิดในทางปกครองและความผิดบางฐานในทางอาญาที่มุ่งคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายที่แม้จะส่งผลต่อส่วนรวมเช่นเดียวกัน แต่ก็มีความแตกต่างกันในสาระสำคัญ โดยที่ความผิดทางปกครองจะมีลักษณะของความผิดที่ไม่ร้ายแรงเท่ากับความผิดทางอาญาที่มีลักษณะของอาชญากรรม ซึ่งเนื้อหาสาระสำคัญของความผิดทางปกครองนี้จะปรากฏอยู่ใน “**กฎหมายว่าด้วยการกระทำผิดทางปกครอง (Ordnungswidrigkeitengesetz)**” โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หากพิจารณาความแตกต่างระหว่างโทษปรับทางอาญาและโทษปรับทางปกครองซึ่งต่างก็แสดงการตำหนิพฤติกรรมออกมาเป็นจำนวนเงินแล้ว จะทำให้เห็นถึงลักษณะความแตกต่างระหว่างโทษทางอาญาและโทษทางปกครอง ดังนี้

(๑) โทษปรับทางอาญา (Geldstrafe)

โทษปรับทางอาญานั้น มาตรา ๔๐ (๑) แห่งประมวลกฎหมายอาญา (Das Strafgesetzbuch-StGB)[๔๔] บัญญัติให้คิดคำนวณค่าปรับจากจำนวนวัน ซึ่งระบบการคิดค่าปรับทางอาญาเป็นจำนวนวันเช่นนี้ มีนัยการลงโทษทางอาญาว่า จำนวนวันนั้นขึ้นอยู่กับความชั่วร้ายที่ผู้กระทำความผิดนั้นได้กระทำลงไปประการหนึ่ง และประการที่สอง จำนวนวันยังแสดงให้ผู้กระทำความผิดรู้สำนึกในการกระทำของตน และจะไม่กระทำผิดซ้ำอีก[๔๕] อันแสดงให้เห็นถึงโทษปรับและโทษจำคุกในทางอาญาที่สามารถนำมาบังคับใช้ทดแทนกันได้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อมาตรา ๔๓ แห่งประมวลกฎหมายอาญา (StGB)[๔๖]บัญญัติว่า

---

[๔๓] Klesczewski OWiR Rn. 26. อ้างใน Jürgen-Peter Graf, BeckOK OWiG, beck-online, München 2017, Einleitung zum OWiG, Rn. 8.

[๔๔] มาตรา ๔๐ แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติไว้ว่า “(๑) โทษปรับทางอาญานั้น ให้ คำนวณเป็นจำนวนวัน โดยให้มีอัตราอย่างน้อยตั้งแต่ห้าวัน หรือกรณีที่ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นการเฉพาะ ให้คิดได้ไม่เกินสามร้อยหกสิบวัน

(§ 40 StGB

(1) Die Geldstrafe wird in Tagessätzen verhängt. Sie beträgt mindestens fünf und, wenn das Gesetz nichts anderes bestimmt, höchstens dreihundertsechzig volle Tagessätze.)”

[๔๕] Lackner/Kühl StGB § 40 Rn. 3; entsprechend BT-Drs. 16/11606, 6; Zipf JuS 1974, 137 (139) อ้างใน Jürgen-Peter Graf, BeckOK OWiG, beck-online, München 2017, Einleitung zum OWiG, Rn. 9.

[๔๖] มาตรา ๔๓ แห่งประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติไว้ว่า “ให้ลงโทษจำคุกทดแทนการลงโทษ ปรับได้ โดยให้คิดคำนวณว่าโทษปรับหนึ่งวันมีค่าเท่ากับจำคุกหนึ่งวัน โดยให้ถือว่าการจำคุกหนึ่งวันเป็นอัตรา ขั้นต่ำของการจำคุกแทนการปรับ

(§ 43 StGB

An die Stelle einer uneinbringlichen Geldstrafe tritt Freiheitsstrafe. Einem Tagessatz entspricht ein Tag Freiheitsstrafe. Das Mindestmaß der Ersatzfreiheitsstrafe ist ein Tag.)”

ให้จำคุกแทนการปรับได้ โดยให้คำนวณว่า เมื่อปรับหนึ่งวันก็ให้จำคุกทดแทนการปรับหนึ่งวันนั้น ซึ่งลักษณะของการปรับทางอาญาเป็นการทำลายซึ่งเสรีภาพในการประกอบอาชีพ (Aberkennung der Erwerbsrechtsfähigkeit) ซึ่งจะคล้ายคลึงกับโทษจำคุก อันเป็นการทำลายเสรีภาพในการเคลื่อนไหวของบุคคล เพื่อตำหนิการกระทำผิดนั่นเอง

(๒) โทษปรับทางปกครอง (Geldbuße)

สำหรับโทษปรับในทางปกครองนั้น ไม่ได้พิจารณาจากความรุนแรงในผลที่เกิดขึ้นจากการล่วงละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น แต่โทษปรับในทางปกครองมุ่งที่จะไปจัดการกับประโยชน์ที่ผู้กระทำความผิดทางปกครองได้รับไปจากการฝ่าฝืนกฎหมาย ซึ่งมาตรา ๑๗ (๔) แห่งกฎหมายว่าด้วยการกระทำผิดทางปกครอง (Ordnungswidrigkeitengesetz)[๔๗] บัญญัติไว้ โดยแสดงให้เห็นได้ว่า โทษปรับในทางปกครองนั้นไม่ได้ต้องการที่จะทำลายเสรีภาพในการประกอบอาชีพของบุคคล เหมือนกับวัตถุประสงค์ที่ปรากฏในการปรับทางอาญา ทำให้โทษปรับในทางปกครองเมื่อเทียบกับโทษปรับทางอาญาแล้ว จะขาดลักษณะความรุนแรงของการลงโทษ การปรับทางปกครองเป็นไปเพื่อให้บุคคลตระหนักว่า แม้ตนได้รับประโยชน์จากการฝ่าฝืนกฎหมาย แต่ก็มีค่าเท่ากันหรืออาจจะสูญเสียมากกว่า หากถูกปรับทางปกครอง ดังนั้น จึงสมควรที่จะปฏิบัติตนให้อยู่ภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย ทำให้โทษปรับทางปกครองหาได้มีลักษณะความสัมพันธ์กับโทษจำคุกแต่อย่างใด

๕.๑.๒ ทฤษฎีว่าด้วยความร้ายแรงของการกระทำความผิด (Die quantitative Theorie)[๔๘]

ทฤษฎีว่าด้วยความร้ายแรงของการกระทำความผิด (Die quantitative Theorie) มองว่าการแบ่งแยกความผิดทางอาญาออกจากความผิดทางปกครองนั้นไม่อาจจะแยกได้ด้วยลักษณะความแตกต่างของการกระทำความผิด นักวิชาการที่มีความเห็นสนับสนุนในทฤษฎีนี้[๔๙] เห็นว่า ลักษณะความผิดทางอาญาและความผิดทางปกครองไม่ได้มีความแตกต่างกัน ความผิดทางปกครองเป็นเพียงความผิดลหุโทษ (Bagatellstrafrecht) ในขณะที่ความผิดทางอาญาเป็นความผิดที่มีลักษณะร้ายแรงมากกว่าเท่านั้น เนื่องจากการกระทำผิดทางอาญามีผลไปกระทบต่อการอยู่ร่วมกันของคน ในสังคม นักวิชาการที่เห็นด้วยกับทฤษฎีว่าด้วยความร้ายแรงของการกระทำความผิด (Die quantitative Theorie) ยังมีความเห็นอีกว่า โทษทางปกครองก็ไม่ได้มีลักษณะที่แตกต่างไปจากโทษทางอาญาเลย ดังนั้น บทบัญญัติแห่งกฎหมายใด

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

---

[๔๗] มาตรา ๑๗ (๔) แห่งกฎหมายว่าด้วยการกระทำผิดทางปกครอง บัญญัติว่า “โทษปรับในทางปกครองควรจะสูงกว่าประโยชน์ในทางเศรษฐกิจที่ผู้กระทำความผิดได้รับจากการฝ่าฝืนกฎหมาย ในกรณีที่อัตราค่าปรับขั้นสูงมีจำนวนที่น้อยกว่าจำนวนค่าปรับที่ผู้กระทำความผิดจะต้องถูกปรับให้สามารถปรับเกินไปกว่าอัตราค่าปรับขั้นสูงตามกฎหมายได้

(§ 17 OWiG

(4) Die Geldbuße soll den wirtschaftlichen Vorteil, den der Täter aus der Ordnungswidrigkeit gezogen hat, übersteigen. Reicht das gesetzliche Höchstmaß hierzu nicht aus, so kann es überschritten werden.)”

[๔๘] นายศุภวัฒน์ สิงห์สุวงษ์ แปลคำว่า “Die quantitative Theorie” ว่า เกณฑ์ความแตกต่าง ในระดับความร้ายแรง, โปรดดู ศุภวัฒน์ สิงห์สุวงษ์, เกณฑ์การพิจารณาในการเลือกกำหนดโทษทางปกครอง แทนโทษทางอาญา, หน้า ๒๖.

[๔๙] Bohnert OWiR Rn. 26; Mattes, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, Bd. 1, 1977, 5 ff.; Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, Bd. 2, 1982, 456; Schoreit GA 1967, 225 (226) อ้างใน Jürgen-Peter Graf, BeckOK OWiG, beck-online, München 2017, Einleitung zum OWiG, Rn. 10.

ที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐหรือฝ่ายปกครองซึ่งที่มิใช่ “องค์กรตุลาการ” เป็นผู้พิจารณาวินิจฉัยการลงโทษทางปกครอง บทบัญญัติแห่งกฎหมายนั้น ย่อมขัดต่อกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) หรือรัฐธรรมนูญของเยอรมัน

๕.๑.๓ แนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมัน

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้เคยพิจารณาเกี่ยวกับหลักกฎหมายว่าด้วยการแบ่งแยกความผิดทางปกครองออกจากความผิดทางอาญามาแล้วหลายคดี[๕๐] โดยศาลรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยวางเกณฑ์การพิจารณาแบ่งแยกความแตกต่างระหว่างความผิดทางอาญาและความผิดทางปกครองให้ฝ่ายนิติบัญญัติไว้ว่า ในการบัญญัติโทษทางปกครองมีข้อพิจารณาคำนึงถึงประการใดบ้าง โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้วางเกณฑ์การพิจารณา ไว้ให้ฝ่ายนิติบัญญัติจะต้องแบ่งแยกระหว่าง “แก่นหรือสาระสำคัญของขอบเขตในการกำหนด ความผิดทางอาญา (Kernbereich; Kern der Kriminalstrafe)” และ “อาณาเขตหรือเขตแดนของความผิดทางอาญา (Grenzbereich)”

ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันวินิจฉัยว่า “แก่นหรือสาระสำคัญ ของขอบเขตในการกำหนดความผิดทางอาญา (Kernbereich; Kern der Kriminalstrafe)” หรือ “หัวใจของการกำหนดโทษทางอาญา” ก็คือ การพิจารณาว่าการกระทำหรือพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดมีผลกระทบต่อ “จริยธรรมทางสังคม (Social ethics)” หรือไม่ โดยในคดีที่มีการฟ้องเกี่ยวกับการลงโทษทางอาญาของกระทรวงการคลังในความผิดเกี่ยวกับภาษีอากร[๕๑] นั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันได้พิจารณาวินิจฉัยว่า เนื่องจากการที่รัฐตราบทกฎหมายกำหนดโทษทางอาญาถือเป็นการที่รัฐเข้าไปดำเนินการที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลอย่างร้ายแรง การพิจารณาวินิจฉัยกำหนดโทษทางอาญาเป็นอำนาจที่สงวนไว้ให้แก่องค์กรตุลาการเท่านั้น ซึ่งรวมไปถึงการลงโทษปรับทางอาญาด้วย แม้โทษปรับทางอาญาจะส่งผลแต่เฉพาะกับทรัพย์สินของผู้กระทำความผิดที่ถูกลงโทษเท่านั้น แต่เนื่องจากความผิดทางอาญาที่เป็นฐานที่ใช้ในการลงโทษนั้นเป็นการตอบโต้ต่อการกระทำหรือพฤติกรรมที่ฝ่าฝืนกฎหมายที่มีความร้ายแรงต่อสังคม (Unwerturteil) จึงต้องสงวนเรื่องการพิจารณาวินิจฉัยเพื่อการลงโทษทางอาญาให้แต่เฉพาะองค์กรตุลาการเท่านั้น การที่กฎหมายภาษีอากรดังกล่าวบัญญัติให้เจ้าหน้าที่กระทรวงการคลังซึ่งเป็นฝ่ายปกครองมีอำนาจลงโทษทางอาญา โดยมีการบันทึกประวัติของผู้กระทำความผิดลงไปในทะเบียนอาชญากร นอกจากนี้ในกรณีที่ผู้กระทำความผิดไม่สามารถจะชำระค่าปรับได้ ผู้กระทำความผิดก็ต้องถูกจำคุก ดังนั้น การที่กฎหมายภาษีอากรบัญญัติกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของกระทรวงการคลังซึ่งเป็นฝ่ายปกครองสามารถกำหนดโทษทางอาญาได้ กฎหมายภาษีอากรดังกล่าวจึงไม่ชอบด้วยกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz) หรือรัฐธรรมนูญของเยอรมัน

นอกจากนี้ ในคดีที่ศาลชั้นต้นแห่งเมืองนิดดา (Amtsgericht Nidda) เห็นว่า กรณีที่มีการตรากฎหมายกำหนดหลักการโดยแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้การกระทำความผิดเกี่ยวกับการจราจรเป็นความผิดทางปกครอง และให้อยู่ในอำนาจของฝ่ายปกครองในการกำหนดโทษ นั้น ขัดต่อกฎหมายพื้นฐาน

[๕๐] vgl. nur BVerfGE 9, 167; 22, 49; 27, 18; 45, 272; 51, 60; 80, 182.

[๕๑] BVerfGE 22, 49 (80).

(Grundgesetz) หรือรัฐธรรมนูญของเยอรมัน ศาลชั้นต้นดังกล่าวจึงได้ส่งเรื่องให้ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันวินิจฉัยเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายดังกล่าว[๕๒] ซึ่งศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันเห็นว่า กฎหมายที่มีบทกำหนดโทษให้รัฐสามารถใช้อำนาจเด็ดขาดเพื่อลงโทษทางอาญาได้นั้น จะต้องมีองค์ประกอบของเรื่องผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อ “จริยธรรมทางสังคม (social ethics)” ซึ่งผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อ “จริยธรรมทางสังคม (social ethics)” จะสะท้อนอยู่ในการกำหนดพฤติกรรมที่ถือว่าเป็นการกระทำความผิดและระวางโทษ หน้าที่ของกฎหมายอาญาคือ การคุ้มครอง “คุณค่าพื้นฐานของการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันของคนในสังคมอย่างมีระเบียบ (Die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens)” ซึ่งถือเป็นหัวใจสำคัญของกฎหมายอาญา และในการพิจารณาว่ากรณีใดที่จะถือว่าเป็น “คุณค่าพื้นฐานของการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันของคนในสังคมอย่างมีระเบียบ (Die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens)” นั้น ก็จะต้องพิจารณาผ่านการตีความและการให้คุณค่าต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลเป็นเรื่องๆ ไป และการกำหนดขอบเขตดังกล่าวก็เป็นดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติในการกำหนดให้พฤติกรรมที่แต่เดิมเป็นความผิดทางอาญาให้กลายมาเป็นความผิดในทางปกครองนั้น ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันไม่มีอำนาจในการตรวจสอบความเหมาะสมในเรื่องดังกล่าวได้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันมีอำนาจตรวจสอบได้แต่เพียงว่า การกำหนดหลักการตามบทบัญญัติดังกล่าวชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือไม่ เท่านั้น และเมื่อได้พิจารณาพัฒนาการของการเปลี่ยนแปลงความผิดทางอาญามาเป็นความผิดทางปกครองแล้ว จะเห็นว่า เมื่อรัฐมีภารกิจต้องเข้าไปดำเนินการดูแลประชาชนในหลาย ๆ ด้านมากขึ้น รัฐจึงจำเป็นต้องกำหนดกฎเกณฑ์ที่เป็นข้อจำกัด ข้อห้าม ข้อสั่งการบางอย่างเอาไว้ โดยจะต้องมีกลไกเกี่ยวกับสภาพบังคับ (sanctions) อยู่ด้วย ทำให้มีความเสี่ยงที่การฝ่าฝืนกฎเกณฑ์หรือมาตรการควบคุมสังคมของรัฐจะอยู่ภายใต้ความผิดทางอาญามากจนเกินไป ทำให้ลักษณะเฉพาะของความผิดทางอาญาและโทษทางอาญาลดความสำคัญลง ต่อมา เมื่อมีการตรา “กฎหมายว่าด้วยการกระทำผิดทางปกครอง (Ordnungswidrigkeitengesetz)” ขึ้นมา ทำให้การแบ่งแยกระหว่างความผิดทางอาญาและความผิดทางปกครองมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น ซึ่งก็รวมถึงความผิดเกี่ยวกับการจราจรด้วย ซึ่งเดิมเป็นความผิดทางอาญา แต่ด้วยผลของกฎหมายดังกล่าวจึงทำให้ความผิดเกี่ยวกับการจราจรเปลี่ยนมาเป็นความผิดทางปกครอง เมื่อฝ่ายนิติบัญญัติพิจารณาแล้วเห็นว่า ความผิดเกี่ยวกับการจราจรในยุคสมัยใหม่จะเพิ่มจำนวนมากขึ้น และมีผลทำให้รัฐจะต้องรับมือกับการดำเนินคดีอาญามากขึ้นนั้น จึงเป็นดุลพินิจของฝ่ายนิติบัญญัติที่จะกำหนดให้นำความผิดเกี่ยวกับการจราจรที่แต่เดิมเป็นโทษทางอาญามากำหนดให้เป็นความผิดทางปกครองแทน และการเปลี่ยนแปลงหลักการทางกฎหมายดังกล่าวก็ไม่ได้กระทบต่อ “แก่นหรือสาระสำคัญของขอบเขตในการกำหนดความผิดทางอาญา (Kernbereich; Kern der Kriminalstrafe)”แต่อย่างใด กฎหมายเกี่ยวกับการจราจรดังกล่าวจึงชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว

เมื่อพิจารณาแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันแล้วจะเห็นได้ว่าแก่นหรือสาระสำคัญหรือหัวใจของกฎหมายอาญาอยู่ที่การกำหนด “คุณค่าพื้นฐานของการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันของคนในสังคมอย่างมีระเบียบ (Die elementaren Werte des Gemeinschaftslebens)” ส่วนความผิดทางปกครองเป็นเพียงการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายที่กฎหมายบัญญัติไว้เท่านั้น ดังนั้น โทษปรับ

[๕๒] BVerfGE 27, 18.

ทางปกครองจึงเป็นเพียงการเตือนให้บุคคลปฏิบัติตามกฎหมายเท่านั้น และจะไม่มีผลกระทบต่อชื่อเสียงเกียรติยศของบุคคล เกณฑ์ในการพิจารณาโทษทางปกครองของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันจึงอยู่ที่ว่า ในส่วนที่เป็นแก่นหรือสาระสำคัญหรือหัวใจของกฎหมายอาญานั้น ฝ่ายนิติบัญญัติต้องมีความชัดเจนว่า การแก้ไขเปลี่ยนแปลงความผิดทางอาญามาเป็นความผิดทางปกครองนั้น จะต้องไม่มีผลกระทบต่อสาระสำคัญของกฎหมายอาญาที่ต้องการคุ้มครอง "คุณค่าพื้นฐานของการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันของคนในสังคม" นั่นเอง ในส่วนที่ว่าคุณค่าพื้นฐานของการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันของคนในสังคมจะมีลักษณะเป็นเช่นใดนั้น ก็สามารถพิจารณาจากการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในระบบกฎหมายนั้น ๆ ส่วนในกรณีของ "อาณาเขตหรือเขตแดนของการกำหนดความผิดทางอาญา (Grenzbereich)" ซึ่งเป็นกรณีที่ยังไม่ชัดเจนว่าสมควรจะบัญญัติให้เป็นความผิดทางอาญาหรือไม่ นั้น ฝ่ายนิติบัญญัติก็มีดุลพินิจพิจารณาตัดสินใจว่า สมควรที่จะกำหนดให้กรณีใดเป็นความผิดทางอาญาและกรณีใดเป็นความผิดทางปกครอง โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันจะถูกจำกัดอำนาจในการเข้าไปตรวจสอบถึงเรื่องความเหมาะสมของการตราบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวที่เป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติ

๕.๒ ความแตกต่างระหว่าง "ค่าปรับบังคับการ (Zwangsgeld)" และ "การลงโทษปรับทางปกครอง (Geldbuße)"

คำว่า "โทษ" มีความหมายเป็นการทั่วไปและมีขอบเขตอย่างกว้าง "โทษ" หมายความว่าเครื่องมือหรือกลไกในการควบคุมสังคมผ่านสภาพการบังคับใช้ของกฎหมาย (sanctions) "โทษ" จึงไม่ได้มีความหมายเพียงแค่การลงโทษอย่างเดียว แต่ยังหมายความรวมถึง สภาพการบังคับใช้กฎหมายในลักษณะอื่นๆ ด้วย เมื่อพิจารณาในด้านความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนและการกำหนดสภาพบังคับทางปกครองแล้ว ความสำคัญของการใช้กฎหมายปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง "กฎหมายตำรวจ (Polizeigesetz)" ซึ่งเป็นกฎหมายปกครองทั่วไปในการป้องกันมิให้เกิดการกระทำความผิด (präventiv) และกฎหมายปกครองอื่นๆ ต่างก็มีเครื่องมือหรือกลไกในการดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ซึ่งก็คือ "มาตรการบังคับทางปกครอง (Verwaltungsvollstreckung)" มาตรการบังคับทางปกครองอันมีผลกระทบต่อทรัพย์สินของบุคคล ได้แก่ "ค่าปรับบังคับการ (Zwangsgeld)" นั่นเอง เมื่อพิจารณาในแง่ของการกำหนดสภาพบังคับที่มีผลกระทบต่อทรัพย์สินของบุคคลแล้ว "ค่าปรับบังคับการ (Zwangsgeld)" "การลงโทษปรับทางปกครอง (Geldbuße)" และ "โทษปรับทางอาญา (Geldstrafe)" ต่างก็มีลักษณะความคล้ายคลึงกัน และเมื่อได้พิจารณาการแบ่งแยกโทษทางอาญาและโทษทางปกครองออกจากกันตามทฤษฎีและแนวคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมันข้างต้นแล้ว ทำให้ในการแบ่งแยกระหว่าง "โทษปรับทางอาญา (Geldstrafe)" และ "การลงโทษปรับทางปกครอง (Geldbuße)" ที่แม้จะมีวัตถุประสงค์ทำนองเดียวกันในการใช้เพื่อ "ตำหนิ (repressiv)" การกระทำหรือพฤติกรรมของผู้กระทำความผิด อีกทั้งยังมีผลกระทบต่อทรัพย์สินของบุคคลเหมือนกันก็ตาม แต่ด้วยลักษณะที่ความผิดทางอาญาจะต้องเป็นการกระทำหรือพฤติกรรมที่มีผลกระทบกระเทือนต่อคุณค่าพื้นฐานการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันของคนในสังคม ซึ่งมีลักษณะของความร้ายแรงมากกว่าโทษทางปกครอง ดังนั้นจึงจะต้องพิจารณาต่อไปว่า กรณีสามารถจะนำหลักเกณฑ์ใดมาใช้ในการพิจารณาเพื่อแยกความแตกต่างระหว่าง "ค่าปรับบังคับการ (Zwangsgeld)" และ "การลงโทษปรับทางปกครอง (Geldbuße)"

๕.๒.๑ ข้อความคิดทั่วไป

เมื่อฝ่ายปกครองมีอำนาจดำเนินการโดยใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้เอง ทั้งในเรื่องของการใช้มาตรการ “ค่าปรับบังคับการ (Zwangsgeld)” และ “การลงโทษปรับทางปกครอง (Geldbuße)” กรณีทั้งสองจึงถือเป็นสภาพบังคับตามกฎหมายปกครอง (verwaltungsrechtliche Sanktionen; administrative sanctions) แต่เนื่องจาก “ค่าปรับบังคับการ (Zwangsgeld)” เป็นมาตรการบังคับทางปกครอง กล่าวคือ เป็นมาตรการที่จะใช้เพื่อบังคับให้บุคคลดำเนินการหรือละเว้นการดำเนินการตามหน้าที่ที่ต้องปฏิบัติหรือที่ต้องละเว้นตามคำสั่งหรือตามกฎหมาย กรณีจึงถือว่า “ค่าปรับบังคับการ (Zwangsgeld)” นั้นมีลักษณะเป็นกลไกสภาพบังคับทางกฎหมายของกฎหมายปกครอง หรือกฎหมายตำรวจในการป้องกันมิให้เกิดการกระทำความผิด (präventiv) ในขณะที่ “การลงโทษปรับทางปกครอง (Geldbuße)” เป็นไปเพื่อ “ตำหนิ (repressiv)” การกระทำหรือพฤติกรรมของผู้กระทำความผิดที่ได้กระทำความผิดสำเร็จแล้ว และเมื่อการลงโทษทางปกครองมีโครงสร้างที่คล้ายคลึงกับการลงโทษทางอาญาแล้ว ในการพิจารณา “การลงโทษทางปกครอง” จึงสามารถนำหลักการลงโทษตามกฎหมายอาญามาใช้ได้ โดยในมาตรา ๘๔ (๑)[๕๓] แห่งกฎหมายว่าด้วยการกระทำผิดทางปกครอง (Ordnungswidrigkeitengesetz) ได้บัญญัติห้ามมิให้มีการลงโทษแก่บุคคลที่ได้กระทำผิดทางปกครองครั้งเดียว ด้วยการลงโทษทางปกครองถึงสองครั้ง ดังนั้น “โทษปรับทางปกครอง (Geldbuße)” จึงสามารถนำมาใช้ลงโทษการกระทำใดการกระทำหนึ่งที่เป็นความผิดได้เพียงครั้งเดียวเท่านั้น ในขณะที่ “ค่าปรับบังคับการ (Zwangsgeld)” นั้น เนื่องจาก “ค่าปรับบังคับการ (Zwangsgeld)” เป็นมาตรการบังคับทางปกครอง ฝ่ายปกครองจึงมีอำนาจในการกำหนดค่าปรับบังคับการได้หลายครั้ง จนกว่าบุคคลที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งหรือตามกฎหมายจะยินยอมปฏิบัติตามหน้าที่ที่ปรากฏในคำสั่งหรือกฎหมาย และหากข้อเท็จจริงปรากฏว่า บุคคลที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งหรือกฎหมายนั้นได้ดำเนินการหรือละเว้นการดำเนินการตามคำสั่งหรือกฎหมายนั้นแล้ว เจ้าหน้าที่ของรัฐก็ไม่อาจจะใช้มาตรการบังคับโดยให้ชำระค่าปรับบังคับการได้อีกต่อไป เนื่องจากมาตรการบังคับทางปกครองขึ้นอยู่กับคำสั่งหรือกฎหมายที่กำหนดหน้าที่ให้บุคคลต้องดำเนินการหรือละเว้นดำเนินการ เมื่อบุคคลนั้นได้มีการดำเนินการหรือละเว้นดำเนินการตามคำสั่งหรือกฎหมายโดยชอบแล้ว จึงไม่มีความจำเป็นต้องใช้มาตรการบังคับทางปกครองอีกต่อไป แต่สำหรับการลงโทษทางปกครองนั้น เมื่อมีการสั่งลงโทษปรับทางปกครองแล้ว ย่อมต้องถือว่ากระบวนการ “ตำหนิ (repressiv)” การกระทำหรือพฤติกรรมของผู้กระทำผิดเป็นอันเสร็จสิ้นลง

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียนอายุราชการ

---

[๕๓] มาตรา ๘๔ (๑) แห่งกฎหมายว่าด้วยว่าด้วยการกระทำผิดทางปกครอง บัญญัติไว้ว่า “กรณีที่คำสั่งให้ลงโทษปรับทางปกครองมีผลผูกพันตามกฎหมาย โดยมิอาจจะโต้แย้งได้อีก หรือศาลได้มีคำวินิจฉัย ถึงที่สุดแล้วว่าการกระทำนั้นถือเป็นความผิดทางปกครองหรือความผิดทางอาญาแล้ว ห้ามมิให้มีการลงโทษ การกระทำในฐานะที่เป็นความผิดทางปกครองนั้นได้อีก

(§ 84 OWiG

(1) Ist der Bußgeldbescheid rechtskräftig geworden oder hat das Gericht über die Tat als Ordnungswidrigkeit oder als Straftat rechtskräftig entschieden, so kann dieselbe Tat nicht mehr als Ordnungswidrigkeit verfolgt werden.)”

ค่าปรับบังคับการ (Zwangsgeld)	การลงโทษปรับทางปกครอง (Geldbuße)
๑. มาตรการป้องกันมิให้เกิดการกระทำผิด (präventive)	๑. มาตรการตำหนิ (repressive)
๒. ปรับได้หลายครั้ง	๒. ลงโทษปรับได้เพียงครั้งเดียว
๓. เมื่อบุคคลที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งหรือตามกฎหมายได้ยินยอมปฏิบัติตามคำสั่งหรือตามกฎหมายนั้นแล้ว ถือว่าสิ้นสุด	๓. เมื่อมีการสั่งลงโทษปรับทางปกครองแล้ว ย่อมต้องถือว่ากระบวนการ “ตำหนิ” การกระทำผิดหรือพฤติกรรมของผู้กระทำผิดเป็นอันเสร็จสิ้นลง

๕.๒.๒ กรณีตัวอย่างสภาพปัญหาเกี่ยวกับ “ค่าปรับบังคับการ (Zwangsgeld)”

ตามที่ได้นำเสนอมาข้างต้นแล้วว่า “ค่าปรับบังคับการ (Zwangsgeld)” เป็นมาตรการทางปกครองประเภทหนึ่งที่มีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นมาตรการป้องกัน (präventiv) การกระทำผิดกฎหมายให้มีประสิทธิภาพ ซึ่งแตกต่างไปจาก “การลงโทษปรับทางปกครอง (Geldbuße)” ที่มีวัตถุประสงค์ที่จะตำหนิ (repressiv) การกระทำหรือพฤติกรรมของการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นแล้ว โดยทั่วไป มาตรการบังคับทางปกครองย่อมเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการป้องกัน หากยังไม่ปรากฏว่ามีการกระทำผิดเกิดขึ้น อย่างไรก็ตาม ในระบบของการกำหนดมาตรการบังคับทางปกครองกลับปรากฏว่า อาจมีกรณีที่มีการกำหนดค่าปรับบังคับการภายหลังจากที่มีการกระทำที่เกิดขึ้นแล้ว (nachträgliches Zwangsgeld) ทำให้มีประเด็นทางกฎหมายที่จะต้องวินิจฉัยว่า การนำมาตรการบังคับทางปกครองไปใช้ในกรณีที่เกิดการกระทำขึ้นแล้วจะชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หรือสมควรจะกำหนดให้มีการใช้โทษปรับทางปกครองกับกรณีดังกล่าว[๕๔] ยกตัวอย่างเช่น

กรณีที่หนึ่ง[๕๕] : หน่วยงานทางปกครองที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวกับการควบคุมอาหารและสัตว์ได้ตรวจสอบพบว่า นาย ก ได้ใช้ฮอร์โมนกระตุ้นความเจริญเติบโตกับวัว จำนวน ๓๐ ตัว เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองดังกล่าวได้มีคำสั่งห้ามมิให้นาย ก ส่งวัวทั้ง ๓๐ ตัว ที่ได้ตรวจพบเจอฮอร์โมนกระตุ้นความเจริญเติบโตโดยการทำเครื่องหมายกำกับกำหนดไว้แล้ว ไปที่โรงฆ่าสัตว์ และได้กำหนดให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีผลบังคับทันที และได้กำหนดไว้ในคำสั่งดังกล่าวด้วยว่า หากมีการฝ่าฝืนให้ปรับเป็นจำนวนเงิน ๒,๐๐๐ ยูโร ต่อวัวหนึ่งตัว ข้อเท็จจริงปรากฏว่า นาย ก ไม่ได้ใส่ใจกับคำสั่งห้ามดังกล่าว ในทางกลับกัน นาย ก ได้ส่งวัวทั้งหมดของตนไปยังโรงฆ่าสัตว์ เช่นนี้ เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองยังมีอำนาจสั่งปรับเงินเป็นจำนวนเงินทั้งสิ้น ๖๐,๐๐๐ ยูโร (๒,๐๐๐ ยูโร x ๓๐ ตัว) และดำเนินการใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยการยึดหรืออายัดทรัพย์สินของนาย ก ออกขายทอดตลาดเพื่อนำเงินมาชำระค่าปรับดังกล่าวได้ หรือไม่

[๕๔] Thomas Dünchheim, Vom Zwangsgeld zurück zur Zwangsstrafe?, NVwZ 1996, 117 ff.

[๕๕] OVG Münster, NVwZ-RR 1992, 517. อ้างใน Thomas Dünchheim, Vom Zwangsgeld zurück zur Zwangsstrafe?, NVwZ 1996, 117 ff.

กรณีที่สอง[๕๖] **:** นาย ก ซึ่งเป็นเกษตรกรต้องการจัดงานและออกร้านเกี่ยวกับเครื่องจักรและอุปกรณ์ทางการเกษตร และมีการขายอาหารและเครื่องดื่มด้วยเป็นระยะเวลาทั้งสิ้น ๑๐ วัน และได้ยื่นคำร้องขอจัดงานดังกล่าวต่อหน่วยงานทางปกครองที่ทำหน้าที่เกี่ยวกับการควบคุมการจัดงานออกร้าน แต่หน่วยงานทางปกครองดังกล่าวได้ปฏิเสธที่จะออกใบอนุญาตให้แก่นาย ก และได้มีคำสั่งห้ามจัดให้มีการออกร้านและห้ามมีการขายอาหารและเครื่องดื่ม ซึ่งหากนาย ก ฝ่าฝืนคำสั่งดังกล่าว หน่วยงานทางปกครองได้กำหนดไว้ว่า จะมีการปรับเป็นจำนวนเงิน ๕,๐๐๐ ยูโร ซึ่งนาย ก ก็ไม่ใส่ใจที่จะปฏิบัติตามคำสั่งห้ามดังกล่าว หน่วยงานทางปกครองจึงมีคำสั่งปรับนาย ก เป็นจำนวนเงิน ๕,๐๐๐ ยูโร และมีคำสั่งว่าจะปรับนาย ก เพิ่มอีกเป็นจำนวนเงิน ๑๐,๐๐๐ ยูโร ต่อวัน หากยังดำเนินการออกร้านและยังมีการขายอาหารและเครื่องดื่มต่อไป ซึ่งนาย ก ก็หาได้ใส่ใจคำสั่งห้ามดังกล่าวแต่อย่างใด และได้ดำเนินการออกร้านและมีการขายอาหารและเครื่องดื่มต่อไปอีก ๓ วัน จนจบงาน หน่วยงานทางปกครองยังคงมีอำนาจกำหนดค่าปรับบังคับการจำนวน ๓๐,๐๐๐ ยูโร (๑๐,๐๐๐ ยูโร ต่อวัน) และดำเนินการใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยการยึดหรืออายัดทรัพย์สินของนาย ก ออกขายทอดตลาดเพื่อนำเงินมาชำระค่าปรับดังกล่าวได้ หรือไม่

เมื่อได้พิจารณาข้อเท็จจริงตามตัวอย่างที่ปรากฏในคดีพิพาททั้งสองคดีข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่า แม้ว่าเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองในทั้งสองคดีจะมีคำสั่งทางปกครองที่ห้ามกระทำการแล้วก็ตาม แต่ผู้รับคำสั่งทางปกครองก็ยังคงเพิกเฉยไม่ปฏิบัติตามคำสั่งห้ามดังกล่าว กรณีตัวอย่างที่หนึ่ง คือ คำสั่งห้ามส่งวัวทั้ง ๓๐ ตัวไปที่โรงฆ่าสัตว์ และกรณีตัวอย่างที่สอง คือ คำสั่งห้ามออกร้านขายอาหารและเครื่องดื่ม ซึ่งหลังจากที่ได้มีการส่งวัวทั้ง ๓๐ ตัวไปที่โรงฆ่าสัตว์ และได้มีการจัดงานออกร้านเสร็จสิ้นไปแล้ว กรณีจึงมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่า การกำหนดค่าปรับบังคับการในข้อเท็จจริงที่เสร็จสิ้นไปแล้วและไม่ปรากฏว่าจะมีการกระทำเช่นว่านั้นในอนาคตอีก จะยังคงเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของมาตรการบังคับทางปกครองที่ต้องการโน้มน้าวให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองยินยอมที่จะปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองด้วยการอาศัยแรงกดดันจากมาตรการบังคับทางปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การกำหนดค่าปรับบังคับการเนื่องจากการส่งวัวทั้ง ๓๐ ตัวไปที่โรงฆ่าสัตว์และได้มีการฆ่าวัว และงานเทศกาลได้สิ้นสุดไปแล้ว ย่อมไม่มีสิ่งที่จะโน้มน้าวผู้รับคำสั่งทางปกครองได้อยู่อีกต่อไป ซึ่งในกรณีนี้ ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ เมืองมุนสเตอร์ได้วินิจฉัยในทั้งสองคดีว่า เจ้าหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองยังคงมีอำนาจ **“กำหนดค่าปรับบังคับการ (Zwangsgeld)”** ได้ และดำเนินการใช้มาตรการยึดหรืออายัดทรัพย์สินออกขายทอดตลาดเพื่อนำเงินมาชำระค่าปรับดังกล่าวได้ เนื่องจากเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองได้มีคำสั่งห้ามกระทำการไปก่อนแล้ว ซึ่งมีผลบังคับห้ามมิให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองส่งวัวทั้ง ๓๐ ตัวไปที่โรงฆ่าสัตว์เพื่อฆ่าวัวหรือเพื่อจัดงานเทศกาล แล้วแต่กรณี และในระหว่างที่คำสั่งห้ามการกระทำดังกล่าวยังคงมีผลทางกฎหมายอยู่นั้น และภายหลังจากที่ได้มีการเตือนเกี่ยวกับการฝ่าฝืนและกำหนด **“ค่าปรับบังคับการ (Zwangsgeld)”** ไปแล้ว ซึ่งต่อมาภายหลัง ข้อเท็จจริงปรากฏว่าได้มีการดำเนินการที่ฝ่าฝืนคำสั่งห้ามการกระทำดังกล่าว ก็เป็นการเพียงพอแล้วที่จะแสดงให้เห็นถึงลักษณะของมาตรการบังคับทางปกครองที่จะถูกนำมาใช้เป็นเครื่องมือ

[๕๖] คดีของ OVG Münster, NVwZ-RR 1993, 671. อ้างใน Thomas Dünchheim, Vom Zwangsgeld zurück zur Zwangsstrafe?, NVwZ 1996, 117 ff.

ในการโน้มน้าวให้บุคคลต้องปฏิบัติตามข้อห้ามที่ปรากฏในคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ซึ่งการเตือนเกี่ยวกับ **"ค่าปรับบังคับการ (Zwangsgeld)"** ทำให้ผู้ที่มีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามคำสั่งทางปกครองยังคงอยู่ในสถานะที่จะต้องปฏิบัติตามหน้าที่ที่ปรากฏในคำสั่งทางปกครองนั้น และหากไม่มีกระบวนการกำหนด **"ค่าปรับบังคับการ (Zwangsgeld)"** และการดำเนินการใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยการยึดหรืออายัดทรัพย์สินออกขายทอดตลาดเพื่อนำเงินมาชำระค่าปรับดังกล่าวแล้ว การเตือนและการกำหนดมาตรการบังคับทางปกครองก็ไม่อาจจะเป็นไปตามวัตถุประสงค์ของการใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้

เมื่อพิจารณาคำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ เมืองมุนสเตอร์ ดังกล่าวแล้ว จึงสรุปได้ว่า แม้การกำหนด **"ค่าปรับบังคับการ (Zwangsgeld)"** จะมีขึ้นภายหลังจากที่มีการกระทำที่ฝ่าฝืนคำสั่งทางปกครองไปแล้วก็ตาม แต่โดยสภาพของคำสั่งทางปกครอง การเตือน และลักษณะของการโน้มน้าวให้ผู้รับคำสั่งทางปกครองดำเนินการหรือละเว้นการดำเนินการตามที่ระบุกำหนดไว้ในคำสั่งทางปกครองก็เพียงพอแล้วที่จะแสดงให้เห็นถึงเกณฑ์และลักษณะสำคัญของการกำหนดมาตรการบังคับทางปกครองอยู่เช่นเดิม

๖. บทสรุป

๖.๑ เกณฑ์การกำหนด "โทษทางปกครอง"

๖.๑.๑ ความเข้าใจเบื้องต้นและขอบเขตเกี่ยวกับ "โทษทางปกครอง"

เมื่อพิจารณาบทกำหนดโทษท้ายพระราชบัญญัติทั้งหลายที่ปรากฏในระบบกฎหมายไทยแล้ว จะพบว่าพระราชบัญญัติจำนวนหลายฉบับมีบทบัญญัติที่กำหนดให้มีการลงโทษทางอาญาหากมีการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายนั้น ๆ และเมื่อการควบคุมสังคมโดยกฎหมาย ประกอบไปด้วย "บรรทัดฐานทางสังคมหรือปทัสถาน (Norm)" และ "มาตรการที่ใช้บังคับเพื่อให้มีการปฏิบัติตามบรรทัดฐานทางสังคมหรือปทัสถาน (sanctions)" แล้ว จะแสดงให้เห็นถึงกระบวนทัศน์ (paradigm) ของผู้ร่างกฎหมายไทยที่ต้องการบังคับให้สังคม กลุ่มคน หรือปัจเจกชนปฏิบัติตามกฎหมาย ด้วยการข่มขู่ด้วย "โทษทางอาญา" อย่างไรก็ตาม เมื่อได้พิจารณาเครื่องมือที่ผู้ร่างกฎหมายสามารถนำมาใช้บังคับให้สังคม กลุ่มคน หรือปัจเจกชนปฏิบัติตามกฎหมายแล้ว จะพบว่า นอกจาก การใช้มาตรการทางกฎหมายอาญาโดยอาศัยเครื่องมือ "โทษทางอาญา" แล้ว ยังมีเครื่องมือหรือกลไกทางกฎหมายเอกชน เช่น ความเป็นโมฆะของสัญญา ค่าเสียหายอันเกิดจากการชำระหนี้ไม่ถูกต้อง ค่าสินไหมทดแทนจากการกระทำละเมิด เป็นต้น หรือโดยอาศัยเครื่องมือหรือกลไกทางกฎหมายปกครอง ซึ่งได้แก่ การใช้มาตรการทางกฎหมายปกครอง เช่น การออกคำสั่งทางปกครองและการใช้มาตรการบังคับทางปกครองการกำหนดโทษทางปกครองเป็นต้น ดังนั้น การกำหนด "โทษ" จึงเป็นเพียงส่วนหนึ่งของกลไก "การบังคับใช้กฎหมาย (legal sanctions)" เท่านั้น ขอบเขตของ "โทษทางปกครอง" จึงมีความหมายที่กว้างกว่าคำว่า "โทษ" ในความหมายทั่วไป "สภาพบังคับทางกฎหมายปกครอง (verwaltungsrechtliche Sanktionen; administrative sanctions)" จึงมีความหมายครอบคลุมทั้ง "มาตรการบังคับทางปกครอง" และ "การลงโทษทางปกครอง" ด้วย เกณฑ์การกำหนดโทษทางปกครองจึงหมายความถึง หลักในการพิจารณาตัดสินใจหรือวินิจฉัยของผู้ร่างกฎหมายในการกำหนดมาตรการทางกฎหมายปกครองที่จะสามารถบังคับให้สังคม กลุ่มคน หรือปัจเจกชน ปฏิบัติตาม เพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์

ตามที่ผู้ร่างกฎหมายกำหนดไว้ในบทบัญญัติต่างๆ ของกฎหมายปกครอง และเมื่อกฎหมายปกครองเป็นกฎหมายที่กำหนดความสัมพันธ์ระหว่างรัฐกับประชาชนเช่นเดียวกับกฎหมายอาญา ดังนั้น การวิเคราะห์เปรียบเทียบระหว่าง **"การบังคับใช้กฎหมายอาญา (strafrechtliche Sanktionen; criminal sanctions)"** กับ **"การบังคับใช้กฎมายปกครอง (verwaltungsrechtliche Sanktionen; administrative sanctions)"** จะทำให้เห็นถึงวัตถุประสงค์และสาระสำคัญของมาตรการทางกฎหมายในแต่ละประเภท และทำให้ผู้ร่างกฎหมายสามารถเลือกใช้มาตรการทางกฎหมายเพื่อให้เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายแต่ละประเภท และก่อให้เกิดประสิทธิภาพสูงสุดที่จะได้มาจากผลของการบังคับใช้กฎหมายนั้นๆ ได้

๖.๑.๒ หลักเกณฑ์ประการที่หนึ่ง : ขอบเขตในการบัญญัติ "โทษทางอาญา (strafrechtliche Sanktionen; criminal sanctions)"

แม้ว่าเรื่อง "เกณฑ์การกำหนดโทษทางปกครอง" จะมีความเกี่ยวพันโดยตรงกับเรื่องโทษทางปกครองก็ตาม แต่เนื่องจากการบังคับใช้กฎหมายของประเทศไทยตามพระราชบัญญัติต่าง ๆ จะมีความเกี่ยวโยงอยู่กับการกำหนดโทษทางอาญาเป็นส่วนใหญ่ ดังนั้น การที่ผู้ร่างกฎหมายจะสามารถตัดสินใจหรือวินิจฉัยกำหนดมาตรการทางกฎหมายปกครองที่เหมาะสมในการให้สังคม กลุ่มคน หรือปัจเจกชนปฏิบัติตาม จึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ผู้ร่างกฎหมายไทยจะต้องทำความเข้าใจถึงลักษณะขอบเขตและข้อจำกัดของกฎหมายอาญา เมื่อความผิดทางอาญาและโทษทางอาญาสามารถส่งผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลได้อย่างรุนแรง ทำให้การกำหนดลักษณะความผิดทางอาญาและการกำหนดโทษทางอาญาจะนำมาใช้ เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพที่สุด ดังนั้น หากกระบวนทัศน์ (paradigm) ของผู้ร่างกฎหมายตั้งอยู่บนสมมุติฐานที่ว่า "ยิ่งกฎหมายกำหนดโทษไว้รุนแรงมากเพียงใด จะทำให้การบังคับใช้กฎหมายมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้นเท่านั้น" ผู้ร่างกฎหมายก็นำกฎหมายอาญามาใช้ในฐานะเป็นเครื่องมือลำดับแรก (prima ratio) ในการควบคุมสังคม ซึ่งอาจมีผลทำให้เกิดสภาพ **"ความเฟ้อของกฎหมายอาญา (Inflation of criminal law)"** ขึ้นมาได้ ทำให้มีการกำหนดฐานความผิดทางอาญาและโทษทางอาญามากเกินไป และแทรกเข้าไปอยู่ในชีวิตประจำวันของคนในสังคมมากจนเกินสมควร และสะท้อนให้เห็นถึงความเบ็ดเสร็จเด็ดขาดของรัฐที่จะกระทำต่อประชาชนในการปกครองของตน บทเรียนและประสบการณ์ที่ได้จากการศึกษานโยบายเกี่ยวกับอาชญากรรมของประเทศสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ทำให้เห็นได้ว่า ในช่วงของยุคสมัยการเปลี่ยนผ่านเข้าสู่ระบบกฎหมายอาญาสมัยใหม่ รัฐได้ยกเลิกความผิดทางอาญาในหลากหลายฐานความผิด และพยายามที่จะใช้มาตรการทางกฎหมายแพ่งและกฎหมายปกครองในการควบคุมสังคมแทน ซึ่งการเปลี่ยนแปลงดังกล่าวมีความน่าสนใจสำหรับผู้ร่างกฎหมายไทยเกี่ยวกับการกำหนดขอบเขตในการบัญญัติโทษทางอาญา โดยข้อความคิดพื้นฐานที่ว่ากฎหมายอาญาก่อให้เกิดผลกระทบที่รุนแรงต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคล ดังนั้น กฎหมายอาญาจึงจะต้องนำมาใช้เท่าที่จำเป็นในฐานะมาตรการสุดท้าย (ultima ratio) เท่านั้น ซึ่งมีข้อพิจารณาในการกำหนดความผิดทางอาญา ดังนี้

(๑) คุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครอง (Rechtsgut) คือ คุณค่าพื้นฐานของการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมอย่างมีระเบียบ (Die elementare Werte eines geordneten Gemeinschaftslebens) ซึ่งผู้ร่างกฎหมายจะต้องพิจารณาผ่านระบบกฎหมายของรัฐประกอบกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลว่า คุณธรรมทางกฎหมายในลักษณะใดที่มี

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเทียบอายุราชการ

ผลกระทบกระเทือนต่อคุณค่าพื้นฐานของการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมอย่างมีระเบียบ

(๒) ความจำเป็นของกฎหมายอาญาในฐานะเครื่องมือควบคุมสังคม ผู้ร่างกฎหมายจะต้องพิจารณาผ่าน “หลักความได้สัดส่วน (Verhältnismäßigkeitsprinzip)” ให้ได้ความว่า

ก. ความผิดทางอาญาที่บัญญัติขึ้นมานั้นสามารถที่จะคุ้มครองคุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่ผู้ร่างกฎหมายมุ่งประสงค์ที่จะคุ้มครองได้หรือไม่

ข. มาตรการป้องกันมิให้มีการกระทำความผิด (präventiv) จะต้องถูกนำมาใช้ก่อนมาตรการการลงโทษ (repressiv) เสมอ และหากมีมาตรการตามกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายปกครองที่จะสามารถป้องกันมิให้มีการกระทำความผิดได้อย่างมีประสิทธิภาพ และกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลน้อยกว่ากฎหมายอาญาแล้ว สมควรที่จะต้องใช้มาตรการตามกฎหมายเอกชนหรือกฎหมายปกครองก่อนเสมอ

ค. การชั่งน้ำหนักหรือการสร้างดุลยภาพระหว่างประโยชน์ที่จะเกิดขึ้นจากการกำหนดโทษทางอาญาและความเสียหายที่จะเกิดขึ้นกับการลงโทษบุคคลและความเปลี่ยนแปลงของสังคม

๖.๑.๓ หลักเกณฑ์ประการที่สอง : สภาพบังคับทางกฎหมายปกครอง (verwaltungsrechtliche Sanktionen; administrative sanctions)

เนื่องจากวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญานั้นจะให้ความสำคัญกับการลงโทษ (repressiv) และลักษณะทางธรรมชาติของการลงโทษ (repressive Sanktion) ก็เป็นกระบวนการที่มุ่งไปดำเนินการกับพฤติกรรมหรือการกระทำที่เกิดขึ้นแล้ว ทำให้การลงโทษไม่อาจจะป้องกันความเสียหายได้อย่างมีประสิทธิภาพ เนื่องจากการลงโทษไม่อาจจะแก้ไขเปลี่ยนแปลงสิ่งที่เกิดขึ้นมาแล้วในอดีตได้ หากรัฐมีการตรากฎหมายเพิ่มลักษณะของความผิดทางอาญาและโทษทางอาญามากยิ่งขึ้นเท่าใด ยิ่งสะท้อนให้เห็นว่ารัฐยอมที่จะเป็นฝ่าย **“ตั้งรับ”** กับปัญหาอาชญากรรมที่เกิดขึ้น ทำให้รัฐสมัยใหม่ต้องหันมาใช้กลไกทางกฎหมายประเภทอื่นที่มีประสิทธิภาพมากกว่ากฎหมายอาญา ในอันที่จะสามารถนำมาใช้เพื่อ **“ป้องกัน”** มิให้เกิดการกระทำความผิดได้ และเมื่อพิจารณาระบบกฎหมายปกครองเยอรมันแล้ว จะพบว่า ในระบบกฎหมายปกครองเยอรมันได้มีการสถาปนา **“ระบบกฎหมายตำรวจในทางปกครอง”** ขึ้น เพื่อใช้เป็นเครื่องมือป้องกันมิให้มีการกระทำความผิด ซึ่งกฎหมายตำรวจที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจดำเนินการทางปกครองได้แบ่งออกเป็น ๒ ประเภท คือ **หนึ่ง กฎหมายตำรวจทั่วไป (Polizeigesetz)** อันเป็นกฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจดำเนินการทางปกครอง เพื่อป้องกันมิให้เกิดภัยหรืออันตรายต่อการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมอย่างมีระเบียบเป็นการทั่วไป โดยไม่มีวัตถุประสงค์ว่ามุ่งที่จะคุ้มครองสิ่งใดเป็นการเฉพาะเจาะจง และ **สอง กฎหมายตำรวจเฉพาะเรื่อง** อันเป็นกฎหมายที่มีวัตถุประสงค์เฉพาะและให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง **เช่น กฎหมายว่าด้วยการชุมนุมสาธารณะ** หรือ **กฎหมายควบคุมอาคาร** เป็นต้น ซึ่งเจ้าหน้าที่ตำรวจตามกฎหมายตำรวจในทางปกครองมีอำนาจดำเนินการคล้ายคลึงกับการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ตำรวจตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา แต่การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ตำรวจตามกฎหมายตำรวจในทางกฎหมายปกครองถือว่าเป็นการดำเนินการภายใต้ขอบเขตของกฎหมายปกครอง โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อการป้องกัน ดังนั้น มาตรการตามกฎหมายตำรวจในทางกฎหมายปกครองจึงเป็น**มาตรการ “เชิงรุก”** เพื่อป้องกันมิให้เกิดภัยหรืออันตรายต่อการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมอย่างมีระเบียบ ซึ่งจะให้

อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้าไปดำเนินการหรือจัดการกับการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และจัดการฟื้นฟูสภาพความชอบด้วยกฎหมาย โดยการบังคับใช้กฎหมายตำรวจนั้น กฎหมายให้อำนาจเจ้าหน้าที่ของรัฐในการสั่งให้บุคคลหรือผู้ครอบครองทรัพย์ที่อาจจะก่อให้เกิดภัยหรืออันตราย ให้มีการแก้ไขปรับปรุงให้ชอบด้วยกฎหมาย หรือสั่งให้บุคคลละเว้นการดำเนินการใดๆ ที่อาจจะก่อให้เกิดสภาพความไม่ชอบด้วยกฎหมาย และหากบุคคลดังกล่าวไม่ยินยอมพร้อมใจที่จะปฏิบัติตามการสั่งการของเจ้าหน้าที่ของรัฐแล้ว กฎหมายตำรวจก็กำหนดสภาพการบังคับใช้กฎหมาย (sanctions) เอาไว้ โดยให้เจ้าหน้าที่ของรัฐดำเนินการใช้มาตรการบังคับทางปกครองได้ ซึ่งได้แก่ การจัดการแทนและเรียกให้ชดใช้ค่าใช้จ่าย (Ersatzvornahme) การสั่งปรับหรือค่าปรับบังคับการ (Zwangsgeld) การกักขังแทนค่าปรับ (Ersatzzwangshaft) หรือการใช้กำลังบังคับโดยตรง (unmittelbarer Zwang) ซึ่งการใช้กำลังบังคับโดยตรงนี้หมายถึง การใช้กำลังทางกายภาพตลอดไปจนถึงการใช้อาวุธด้วย เมื่อพิจารณาบทเรียนและประสบการณ์จากระบบกฎหมายเยอรมันแล้วจะพบว่าในระบบกฎหมายเยอรมันแยกการบังคับใช้กฎหมายออกเป็น ๒ ประเภท คือ การบังคับใช้กฎหมายเพื่อป้องกัน (präventive sanctions) และการบังคับใช้กฎหมายเพื่อลงโทษ (repressive sanctions) และด้วยเหตุที่ภารกิจของรัฐที่เปลี่ยนไปจากการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพโดยอาศัยกลไกการบังคับใช้กฎหมายเพื่อลงโทษ (repressive sanctions) มาเป็นการกำหนดมาตรการเชิงรุกในการส่งเสริมการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยอาศัยกลไกการบังคับใช้กฎหมายเพื่อป้องกัน (präventive sanctions) และเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับระบบกฎหมายไทย จะพบว่า ภารกิจของรัฐไทยยังคงแสดงออกว่ารัฐให้ความสำคัญกับการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคลผ่านการกำหนดโทษไว้ในกฎหมายต่าง ๆ เป็นจำนวนมาก กรณีจึงสมควรที่จะทบทวนภารกิจของรัฐไทยในยุคสมัยใหม่ว่า จะเปลี่ยนผ่านไปสู่รัฐที่เข้าไปให้ความช่วยเหลือคุ้มครองหรือส่งเสริมการใช้สิทธิเสรีภาพของประชาชนโดยอาศัยกลไกการบังคับใช้กฎหมายเพื่อป้องกันอย่างไร และสำหรับผู้ร่างกฎหมายแล้ว ผู้เขียนเห็นว่า **“การป้องกันย่อมที่จะดีกว่าการปราบปราม”** ดังนั้น การกำหนดกลไกการบังคับใช้กฎหมายต้องนำมาตรการป้องกันมาใช้บังคับก่อนมาตรการลงโทษ อีกทั้งในระบบกฎหมายไทยยังขาดกฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าหน้าที่ตำรวจดำเนินการในทางปกครองเพื่อป้องกันมิให้เกิดภัยหรืออันตรายต่อการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมอย่างมีระเบียบ แต่จะปรากฏหลักการดังกล่าวอยู่ในกฎหมายเฉพาะ เช่น กฎหมายการชุมนุมสาธารณะ กฎหมายควบคุมอาคาร เป็นต้น กรณีจึงสมควรจะทบทวนกลไกตามกฎหมายเฉพาะต่างๆ ว่าอยู่ในสภาพที่รัฐจะสามารถนำมาใช้เพื่อควบคุมสังคมได้อย่างมีประสิทธิภาพหรือไม่ เพียงใด

๖.๑.๔ หลักเกณฑ์ประการที่สาม : การกระทำผิดทางปกครอง (Ordnungswidrigkeit; Regulatory Offences) ในฐานะที่เป็นกลไกของฝ่ายปกครองในการควบคุมสังคม

เมื่อผู้ร่างกฎหมายได้คำนึงถึงมาตรการการบังคับใช้กฎหมายเพื่อป้องกันมิให้มีการกระทำผิดกฎหมาย ผ่านกลไกของการบังคับใช้กฎหมายปกครอง เพื่อตอบสนองต่อภารกิจของรัฐที่มีความหลากหลายในการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนแล้ว กรณีจึงมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปว่า หากจะยังคงกำหนดให้มีการลงโทษบุคคลสำหรับพฤติกรรมที่มีการฝ่าฝืนกฎหมายแล้ว ผู้ร่างกฎหมายสมควรที่จะกำหนดให้การกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายเป็นการกระทำความผิดทางอาญาหรือการกระทำผิดทางปกครอง เพื่อที่จะทำให้สามารถทบทวนได้ว่าความผิดทางอาญาที่มีอยู่ยังคงมีความจำเป็น

หรือไม่ ซึ่งในระบบกฎหมายเยอรมันได้มีการตรา **“กฎหมายว่าด้วยการกระทำความผิดทางปกครอง (Ordnungswidrigkeitengesetz)”** ขึ้นมา เพื่อนำมาใช้ทดแทนความผิดทางอาญา เนื่องจากการที่รัฐมีภารกิจมากยิ่งขึ้น ทำให้การฝ่าฝืนกฎหมายหรือคำสั่งของเจ้าหน้าที่ของรัฐก็ย่อมที่จะเพิ่มจำนวนมากขึ้นตามไปด้วย และการที่รัฐจะกำหนดให้การฝ่าฝืนกฎหมายหรือคำสั่งของเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นการกระทำความผิดทางอาญาทั้งหมด ก็จะไม่เป็นไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญา ซึ่งเกณฑ์ที่จะนำมาใช้พิจารณาว่าการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายหรือคำสั่งของเจ้าหน้าที่ของรัฐในลักษณะใดจะเป็นความผิดทางอาญานั้น ผู้ร่างกฎหมายจะมีดุลพินิจกว้างแคบแตกต่างกันไป ซึ่งเมื่อใดที่มีการกระทำความผิดที่ไปกระทบต่อแก่นสาระสำคัญของกฎหมายอาญา กล่าวคือ เมื่อการกระทำใดที่มีความร้ายแรงถึงขนาดที่กระทบต่อคุณค่าพื้นฐานของการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมอย่างมีระเบียบแล้ว **ผู้ร่างกฎหมายย่อมมีดุลพินิจไม่มากเท่าใดนัก** ในการพิจารณากำหนดฐานความผิด เพราะกรณีดังกล่าวสมควรกำหนดให้การกระทำที่ส่งผลเสียหายต่อสังคมอย่างร้ายแรงนั้นเป็นความผิดทางอาญา แต่สำหรับการกระทำความผิดที่ไม่กระทบต่อแก่นสาระสำคัญของกฎหมายอาญาแล้ว **ผู้ร่างกฎหมายจะมีดุลพินิจอย่างมาก**ในการกำหนดให้การกระทำนั้นเป็นความผิดทางอาญาหรือความผิดทางปกครอง

หลักเกณฑ์ที่ใช้กำหนดโทษทางปกครอง

๑. การกำหนดมาตรการทางปกครองเพื่อการ “ป้องกัน” ต้องมาก่อน

↓

๒. มาตรการเพื่อการป้องกัน ต้องมีกลไกกำหนดมาตรการบังคับทางปกครองที่มีประสิทธิภาพ

↓

๓. เมื่อมาตรการเพื่อการป้องกันไม่อาจจะทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ได้อย่างมีประสิทธิภาพ สมควรกำหนด “มาตรการลงโทษ”

↓

๔. กำหนดโทษทางปกครอง สำหรับ “ตำหนิ” การกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมาย แต่ไม่กระทบต่อคุณค่าพื้นฐานของการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมอย่างมีระเบียบ

↓

๕. กำหนดโทษทางอาญา สำหรับ “ตำหนิ” การกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมาย และกระทบต่อคุณค่าพื้นฐานของการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมอย่างมีระเบียบ

๖.๒ ความสัมพันธ์ระหว่าง “มาตรการบังคับทางปกครอง” “โทษทางปกครอง” และ “โทษทางอาญา”

เมื่อพิจารณาลักษณะของ **“มาตรการบังคับทางปกครอง” “โทษทางปกครอง”** และ **“โทษทางอาญา”** แล้ว จะเห็นได้ว่า มาตรการควบคุมทางสังคมทั้ง ๓ ประการ ต่างก็มีคุณลักษณะที่แตกต่างกันออกไป ดังนี้

มาตรการบังคับทางปกครอง มีวัตถุประสงค์ที่จะโน้มน้าวและบังคับให้บุคคลปฏิบัติตามกฎหมายหรือคำสั่งของเจ้าหน้าที่ของรัฐ อันเป็นมาตรการเพื่อ **“ป้องกัน”** มิให้มีการกระทำผิดกฎหมายหรือฝ่าฝืนคำสั่งของเจ้าหน้าที่ของรัฐ เช่น กรณีที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นที่ให้แก้ไขอุปกรณ์ต่างๆ อันเป็นการฝ่าฝืนมาตรา ๔๖ ทวิ แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๔๓ กฎหมายจึงกำหนดสภาพบังคับไว้ให้ต้องระวางโทษปรับไม่เกินสามหมื่นบาท และยังต้องระวางโทษปรับอีกวันละไม่เกินห้าพันบาทตลอดเวลาที่ยังฝ่าฝืนหรือจนกว่าจะได้ปฏิบัติให้ถูกต้องตามมาตรา ๖๕ จัตวา แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มโดยพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๔๓ กรณีเช่นนี้แสดงให้เห็นว่า มาตรการปรับดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อต้องการโน้มน้าวและบังคับให้มีการปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่น ซึ่งจะเปิดช่องให้มีการแก้ไขการกระทำของบุคคลให้เป็นไปตามกฎหมาย ดังนั้น การปรับในกรณีนี้จึงมีลักษณะเป็น**มาตรการบังคับทางปกครอง**

โทษทางปกครอง มีวัตถุประสงค์ที่จะ **“ตำหนิ”** การกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมาย แต่ไม่กระทบต่อคุณค่าพื้นฐานของการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมอย่างมีระเบียบ เช่น กรณีที่ผู้ประกอบธุรกิจกระทำการอันเป็นการผูกขาด อันเป็นการประกอบธุรกิจที่ฝ่าฝืนมาตรา ๕๕ แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๖๐ กฎหมายว่าด้วยการแข่งขันทางการค้าจึงกำหนดสภาพบังคับให้มีโทษทางปกครองที่จะต้องชำระค่าปรับทางปกครองในอัตราไม่เกินร้อยละสิบของรายได้ในปีที่กระทำความผิดตามมาตรา ๘๒ แห่งพระราชบัญญัติการแข่งขันทางการค้า พ.ศ. ๒๕๖๐ ซึ่งแสดงให้เห็นว่า ผู้ประกอบธุรกิจใดร่วมกับผู้ประกอบธุรกิจอื่นกระทำการใดๆ อันเป็นการผูกขาด หรือลดการแข่งขัน หรือจำกัดการแข่งขันในตลาด อันเป็นการฝ่าฝืนมาตรา ๕๕ อันเป็นการตกลงกันในทางธุรกิจของผู้ประกอบธุรกิจ ซึ่งมีปัจจัยในทางเศรษฐกิจเข้ามาเกี่ยวข้อง การที่จะกำหนดให้การฝ่าฝืนกฎหมายดังกล่าวเป็นโทษทางอาญาอาจจะทำให้การขับเคลื่อนเศรษฐกิจเป็นไปด้วยความยากลำบาก การกระทำดังกล่าวจึงยังไม่อาจจะถือได้ว่าเป็นการกระทบต่อคุณค่าพื้นฐานของการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมอย่างมีระเบียบ การปรับดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็น**การลงโทษทางปกครอง** เพื่อตำหนิการฝ่าฝืนกฎหมาย ที่ยังไม่กระทบต่อคุณค่าพื้นฐานของการอยู่ร่วมกันในสังคมอย่างมีระเบียบ

โทษทางอาญา มีวัตถุประสงค์ที่จะ **“ตำหนิ”** การกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมาย และกระทบต่อคุณค่าพื้นฐานของการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมอย่างมีระเบียบ

เช่น กรณีที่ผู้ได้รับใบอนุญาตเป็นผู้ขับรถบรรทุกผู้โดยสารเกินจำนวนที่นั่งผู้โดยสารที่กำหนดไว้ในใบอนุญาต อันเป็นการดำเนินการที่ฝ่าฝืนมาตรา ๑๐๗ แห่งพระราชบัญญัติ การขนส่งทางบก พ.ศ. ๒๕๒๒ กฎหมายว่าด้วยการขนส่งทางบกจึงได้กำหนดสภาพบังคับไว้ให้ต้องระวางโทษปรับไม่เกิน

ห้าพันบาท ตามมาตรา ๑๒๗ แห่งพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติการขนส่งทางบก (ฉบับที่ ๘) พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งจะเห็นได้ว่า เรื่องความปลอดภัยในชีวิต ร่างกายและสุขภาพอนามัยของบุคคลย่อมถือเป็นคุณค่าพื้นฐานของการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมอย่างมีระเบียบอันเป็นแก่นสาระสำคัญของกฎหมายอาญา ดังนั้น โทษปรับดังกล่าวจึงมีลักษณะเป็น**โทษทางอาญา**

อย่างไรก็ตาม แม้ว่าลักษณะของ **“มาตรการบังคับทางปกครอง” “โทษทางปกครอง”** และ **“โทษทางอาญา”** จะมีลักษณะความแตกต่างกัน แต่ก็มีวัตถุประสงค์เดียวกัน คือ เป็นการควบคุมสังคมโดยกลไกทางกฎหมาย ดังนั้น ผู้ร่างกฎหมายอาจจะกำหนดมาตรการทั้งสามประเภทเอาไว้ในกฎหมายฉบับเดียวกันก็ได้ เพียงแต่ผู้ร่างกฎหมายจะต้องคำนึงถึงและคงลักษณะเฉพาะอันเป็นแก่นสาระสำคัญของมาตรการแต่ละประเภทเอาไว้ด้วย

ส่วนที่สอง : การบังคับใช้กฎหมายที่กำหนดมาตรการบังคับของฝ่ายปกครอง

๑. ความนำ :

เนื่องจากในกฎหมายฉบับใดฉบับหนึ่งผู้ตรากฎหมายอาจมีการกำหนด “**มาตรการบังคับของฝ่ายปกครอง**” ซึ่งประกอบไปด้วย “**มาตรการบังคับทางปกครอง**” “**โทษทางปกครอง**” และ “**โทษทางอาญา**” ไว้ในกฎหมายฉบับนั้นหรือในบทบัญญัติมาตราใดมาตราหนึ่งในกฎหมายฉบับนั้นเอง ดังนั้น เพื่อความเข้าใจเกี่ยวกับเรื่อง**การบังคับใช้กฎหมายที่กำหนดมาตรการบังคับของฝ่ายปกครอง** ได้ดียิ่งขึ้น ผู้เขียนจึงขอนำเสนอ**คดีตัวอย่าง**ที่เป็นรูปธรรมดังนี้

คดีตัวอย่าง : การดำเนินการยื่นคำร้องขอให้ศาลมีคำสั่งจับกุมและกักขังตามมาตรา ๔๓ วรรคหนึ่ง (๑)[๕๗] แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๓๕

คดีนี้ผู้ร้อง (เทศบาลเมือง พ.) ยื่นคำร้องว่า อาคารพฤกษา อพาร์ทเม้นท์ ของผู้ถูกร้อง (นาง ณ.) ติดตั้งอุปกรณ์ภายนอกอาคารเพิ่มเติมจากแบบแปลน ประกอบด้วยรางน้ำ กันสาด ท่อน้ำประปา คอมเพรสเซอร์เครื่องปรับอากาศ รุกล้ำเข้าไปในเขตที่ดินของนาง ว. ผู้ว่าราชการจังหวัดพังงาจึงมีหนังสือแจ้งให้ผู้ร้องดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ ผู้ร้องเข้าดำเนินการตรวจสอบพบว่าผู้ถูกร้องก่อสร้างอาคารผิดไปจากที่ได้รับอนุญาต โดยก่อสร้างรางรับน้ำจากหลังคา กันสาด ท่อน้ำประปา คอมเพรสเซอร์เครื่องปรับอากาศ และท่อระบายน้ำทิ้งรุกล้ำเข้าไปในที่ดินของนาง ว. เจ้าพนักงานท้องถิ่นจึงมีคำสั่งเลขที่ พง ๕๒๐๐๕/๗๖๔ ลงวันที่ ๑๖ มีนาคม ๒๕๕๘ ให้ระงับการก่อสร้างอาคารพิพาท คำสั่งเลขที่ พง ๕๒๐๐๕/๗๖๕ ลงวันที่ ๑๖ มีนาคม ๒๕๕๘ ห้ามมิให้ใช้หรือยินยอมให้บุคคลใดใช้อาคารพิพาททั้งหมดหรือบางส่วนของอาคาร และคำสั่งเลขที่ พง ๕๒๐๐๕/๗๖๖ ลงวันที่ ๑๖ มีนาคม ๒๕๕๘ ให้รื้อถอนส่วนดังกล่าวให้เสร็จสิ้นภายใน ๓๐ วัน นับแต่วันที่ได้รับคำสั่ง โดยเจ้าพนักงานท้องถิ่นได้แจ้งคำสั่งดังกล่าวทั้งสามคำสั่งถึงผู้ถูกร้องด้วยการปิดคำสั่งไว้ ณ อาคารพิพาท ส่งคำสั่งดังกล่าวทางไปรษณีย์ลงทะเบียน และจัดส่งคำสั่งดังกล่าวให้ผู้ถูกร้องโดยตรงเมื่อวันที่ ๑๗ มีนาคม ๒๕๕๘ ซึ่งผู้ถูกร้องได้รับทราบคำสั่งดังกล่าวแล้ว แต่ยังคงเพิกเฉยไม่ดำเนินการตามคำสั่ง การกระทำของผู้ถูกร้องเป็นความผิดตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ผู้ร้องไม่มีหนทางอื่นใดที่จะบังคับให้ผู้ถูกร้องปฏิบัติตามคำสั่งของผู้ร้องได้ จึงยื่นคำร้องเป็นคดีนี้ต่อศาลปกครองชั้นต้น

---

[๕๗] มาตรา ๔๓ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๓๕ บัญญัติว่า “ถ้าไม่มีการรื้อถอนอาคารตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามมาตรา ๔๒ ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจ ดังต่อไปนี้ (๑) ยื่นคำขอฝ่ายเดียวโดยทำเป็นคำร้องต่อศาล นับแต่ระยะเวลาที่กำหนดไว้ตามมาตรา ๔๒ ได้ล่วงพ้นไป ขอให้ศาลมีคำสั่งจับกุมและกักขังบุคคลซึ่งมิได้ปฏิบัติการตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามมาตรา ๔๒ โดยให้นำประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม และ (๒) ดำเนินการหรือจัดให้มีการรื้อถอนอาคารดังกล่าวได้เอง โดยจะต้องปิดประกาศกำหนดการรื้อถอนไว้ในบริเวณนั้นแล้วเป็นเวลาไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน และเจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคาร ผู้รับผิดชอบงานออกแบบอาคาร ผู้รับผิดชอบงานออกแบบและคำนวณอาคาร ผู้ควบคุมงาน และผู้ดำเนินการจะต้องร่วมกันเสียค่าใช้จ่ายในการนั้น เว้นแต่บุคคลดังกล่าวจะพิสูจน์ได้ว่าตนมิได้เป็นผู้กระทำหรือมีส่วนร่วมในการกระทำที่เป็นการฝ่าฝืนกฎหมาย”

ขอให้ศาลมีคำสั่งจับกุมและกักขังผู้ถูกร้องซึ่งไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของผู้ร้องตามมาตรา ๔๓ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒

ประเด็นข้อพิจารณา : การดำเนินการจับกุมและกักขังบุคคลจะอยู่ในความสัมพันธ์เช่นใดกับคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นที่สั่งการให้รื้อถอนอาคาร

เมื่อได้พิจารณาแนวคิดทฤษฎีเรื่องการบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับมาตรการบังคับของฝ่ายปกครอง ซึ่งได้แก่ มาตรการบังคับทางปกครอง โทษทางปกครอง โทษทางอาญา จะเห็นได้ว่า การบังคับใช้กฎหมายเกี่ยวกับมาตรการบังคับของฝ่ายปกครอง จะมีลักษณะความแตกต่างไปตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย ด้วยเช่นกัน โดยข้อความคิดพื้นฐานเกี่ยวกับหลักเกณฑ์ที่จะนำมาใช้ในการพิจารณาการบังคับใช้กฎหมายดังกล่าวจะอยู่ภายใต้ **"หลักความได้สัดส่วน (Verhältnismäßigkeitsprinzip; Principle of Proportionality)"** กล่าวคือ หากข้อเท็จจริงปรากฏว่า ฝ่ายปกครองได้ดำเนินการออกคำสั่งทางปกครองและดำเนินการใช้มาตรการบังคับทางปกครองแล้ว จะสามารถทำให้คุณธรรมทางกฎหมายหรือสิ่งที่กฎหมายมุ่งประสงค์จะคุ้มครองบรรลุวัตถุประสงค์ได้ดีกว่าหรือทำนองเดียวกับการใช้มาตรการลงโทษทางอาญา และมีผลกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลน้อยกว่าแล้ว การบังคับใช้กฎหมายโดยการกำหนดโทษทางอาญาก็จะไม่มีความจำเป็น เนื่องจากการนำกฎหมายอาญามาใช้เป็นเครื่องมือเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะหรือคุณธรรมทางกฎหมายประเภทที่มุ่งประสงค์คุ้มครองเป็นการทั่วไป (Universalrechtsgut) แม้ผู้ใช้กฎหมายอาจจะเห็นว่าเป็นวิธีการที่สามารถจะข่มขู่บุคคลมิให้กระทำความผิด อันเป็นการป้องกันการกระทำความผิดได้ดีที่สุดก็ตาม แต่ผู้ใช้กฎหมายหรือรัฐที่เคารพต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลย่อมจะต้องคำนึงถึงด้วยว่า กฎหมายอาญาและการลงโทษทางอาญานั้นถือเป็นเครื่องมือที่สร้างความรุนแรงให้เกิดแก่สิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลได้ ดังนั้น การใช้กฎหมายอาญาและการลงโทษทางอาญาในฐานะ **"เครื่องมือประเภทแรก (prima ratio)"** ย่อมจะขัดต่อ **"หลักนิติรัฐ (Rechtsstaat)"** และในกรณีที่ผู้ใช้กฎหมายยังไม่มั่นใจหรือยังไม่อาจจะวินิจฉัยได้ว่า กฎหมายอาญาและการลงโทษทางอาญามีความจำเป็นต่อการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ โดยจะกระทบต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลน้อยที่สุดได้หรือไม่นั้น ให้ถือว่าการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลนั้นย่อมต้องมาก่อนเสมอ (in dubio pro libertate) เนื่องจากผู้ใช้กฎหมายหรือรัฐยังมีเครื่องมือหรือมาตรการในทางปกครองที่สามารถนำมาใช้เพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะได้เช่นเดียวกัน อันเป็นไปตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๗๕/๒๕๕๙

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๗๕/๒๕๕๙

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า คดีนี้เมื่อผู้ร้อง (เทศบางเมือง พ.) โดยนายกเทศมนตรีเมือง พ. ในฐานะเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ยื่นคำร้องต่อศาลขอให้มีคำสั่งจับกุมและกักขังผู้ถูกร้อง ตามมาตรา ๔๓ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ จึงต้องปรากฏข้อเท็จจริงตามมาตรา ๒๙๗ วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งว่าผู้ถูกร้อง (นาง ณ.) สามารถที่จะปฏิบัติตามคำสั่งได้ ถ้าได้กระทำโดยสุจริต และไม่มีวิธีบังคับอื่นใดที่ผู้ร้องจะใช้บังคับได้เท่านั้น ศาลจึงจะมีอำนาจสั่งจับกุมและกักขังผู้ถูกร้องตามคำขอของผู้ร้องได้ กรณีนี้ แม้ว่าผู้ถูกร้องสามารถรื้อถอนรางรับน้ำจากหลังคา กันสาด ท่อน้ำประปา คอมเพรสเซอร์เครื่องปรับอากาศ และท่อระบายน้ำทิ้ง ตามคำสั่งเลขที่ พง ๕๒๐๐๕/๗๖๖ ลงวันที่ ๑๖ มีนาคม ๒๕๕๘ ของเจ้าพนักงานท้องถิ่น

ได้ด้วยตนเอง แต่การที่ผู้ถูกร้องฝ่าฝืนไม่ปฏิบัติตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่น ผู้ร้องยังมีมาตรการบังคับวิธีอื่นกับผู้ถูกร้องได้ โดยอาศัยอำนาจตามมาตรา ๔๓ วรรคหนึ่ง (๒) แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ด้วยการเข้าดำเนินการหรือจัดให้มีการรื้อถอนอาคารดังกล่าวได้เอง แต่ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ร้องได้ใช้มาตรการบังคับกับผู้ถูกร้องในการดำเนินการหรือจัดให้มีการรื้อถอนอาคารแต่อย่างใด จึงเป็นกรณีที่ผู้ร้องมีวิธีบังคับกับผู้ถูกร้องนอกจากการยื่นคำร้องขอต่อศาลขอให้มีคำสั่งจับกุมและกักขังผู้ถูกร้องตามมาตรา ๔๓ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ได้ แต่ผู้ร้องหาได้ใช้วิธีการดังกล่าวไม่ นอกจากนี้ ไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ถูกร้องขัดขวางการใช้มาตรการบังคับทางปกครองต่อผู้ร้องแต่ประการใด จึงไม่มีเหตุที่ศาลจะมีคำสั่งจับกุมและกักขังผู้ถูกร้องตามคำขอของผู้ร้อง ส่วนกรณีที่ผู้ร้องกล่าวอ้างในคำร้องอุทธรณ์คำสั่งว่า ผู้ร้องไม่มีความชำนาญในการรื้อถอน หากผู้ร้องดำเนินการรื้อถอนเองความเสียหายจากสิ่งที่รื้อถอนนั้นมีมากกว่าการขอให้ศาลมีคำสั่งจับกุมและกักขังผู้ถูกร้องตามมาตรา ๔๓ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ นั้น เห็นว่า เมื่อพิจารณาตามมาตรา ๔๓ วรรคหนึ่ง (๒) ประกอบกับมาตรา ๔๓ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ในการดำเนินการรื้อถอนอาคาร นอกจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นเป็นผู้มีอำนาจรื้อถอนอาคารที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้เองแล้ว เจ้าพนักงานท้องถิ่นอาจมอบหมายให้บุคคลอื่นกระทำการแทนได้ เมื่อผู้ร้องกล่าวอ้างว่าไม่มีความชำนาญในการรื้อถอนคอมเพรสเซอร์เครื่องปรับอากาศ แต่ผู้ร้องมีอำนาจมอบหมายให้บุคคลอื่นซึ่งมีความชำนาญเข้าดำเนินการรื้อถอนคอมเพรสเซอร์เครื่องปรับอากาศแทนผู้ร้องได้ และการเข้าดำเนินการรื้อถอนอาคารส่วนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของผู้ร้องหรือผู้ซึ่งดำเนินการแทนผู้ร้อง นั้น เจ้าของอาคาร ผู้ครอบครองอาคาร ผู้รับผิดชอบงานออกแบบอาคาร ผู้รับผิดชอบงานออกแบบและคำนวณอาคาร ผู้ควบคุมงาน และผู้ดำเนินการจะต้องร่วมกันเสียค่าใช้จ่ายในการดำเนินการดังกล่าว และหากการรื้อถอนของผู้ร้องหรือผู้ซึ่งดำเนินการแทนผู้ร้องได้ใช้ความระมัดระวังตามสมควรแล้ว บุคคลดังกล่าวจะเรียกร้องความเสียหายจากผู้ร้องหรือผู้ซึ่งดำเนินการแทนผู้ร้องไม่ได้ ส่วนกรณีที่ผู้ร้องกล่าวอ้างว่า หากผู้ร้องเข้าดำเนินการรื้อถอนด้วยตนเองจะเกิดความเสียหายแก่ผู้ถูกร้องมากกว่าการขอให้ศาลมีคำสั่งจับกุมและกักขังผู้ถูกร้องนั้น เห็นว่า **การขอให้ศาลมีคำสั่งจับกุมและกักขังผู้ถูกร้องมีผลกระทบโดยตรงต่อสิทธิและเสรีภาพทางชีวิตและร่างกายของผู้ถูกร้องซึ่งเป็นมาตรการบังคับที่มีความรุนแรงมากกว่าการที่ผู้ร้องเข้าดำเนินการรื้อถอนบางส่วนของอาคารที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอันมีผลกระทบต่อสิทธิในทรัพย์สินของผู้ถูกร้องเท่านั้น**

ผู้เขียนเห็นว่า จากคำวินิจฉัยที่ปรากฏใน**คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๗๕/๒๕๕๙** แสดงให้เห็นว่า การใช้ดุลพินิจในการเลือกมาตรการบังคับของฝ่ายปกครอง ซึ่งในที่นี้คือ การจับกุมกักขังบุคคลตามมาตรา ๔๓ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๓๕ จะต้องพิจารณา ภายใต้ **“หลักความได้สัดส่วน (Verhältnismäßigkeitsprinzip; Principle of Proportionality)”** โดยจะต้องจัดเรียงลำดับมาตรการบังคับของฝ่ายปกครองที่กระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลจากน้อยไปหามาก และจะต้องพิจารณาควบคู่ไปกับเรื่องประสิทธิภาพของการบังคับใช้กฎหมายให้บรรลุผลตามวัตถุประสงค์ โดยในคดีตัวอย่างดังกล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นว่า วัตถุประสงค์ของการออกคำสั่งรื้อถอนอาคารก็คือ การป้องกันอันตรายที่จะเกิดขึ้นกับเจ้าของอาคารและประชาชนโดยทั่วไป ดังนั้น การบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งรื้อถอนอาคาร

ซึ่งมาตรา ๔๓ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๓๕ ให้อำนาจไว้สองประเภท คือ **หนึ่ง** การร้องขอต่อศาลเพื่อให้ศาลมีคำสั่งจับกุมกักขังบุคคล หรือ **สอง** ดำเนินการหรือจัดให้มีการรื้อถอนอาคารดังกล่าวเอง ซึ่งกรณีก็ไม่ปรากฏว่ามีข้อเท็จจริงหรือมีข้ออ้างใด ๆ เช่น เรื่องการขัดขวางการรื้อถอนอาคาร หรือเรื่องการขาดความชำนาญของหน่วยงานทางปกครอง เป็นต้น ที่จะมีผลทำให้การใช้มาตรการของฝ่ายปกครองโดยใช้วิธีการจับกุมกักขังบุคคลมีประสิทธิภาพในการบังคับมากไปกว่าการใช้มาตรการโดยการรื้อถอนอาคารเอง ดังนั้น เพื่อเป็นการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล การใช้มาตรการของฝ่ายปกครองโดยใช้วิธีการจับกุมกักขังบุคคลจึงย่อมจะกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของบุคคลมากกว่าการรื้อถอนอาคารเองหรือมอบหมายให้ผู้ชำนาญการดำเนินการรื้อถอนอาคาร

๒. ความสัมพันธ์ระหว่างการบังคับใช้ "มาตรการบังคับทางปกครอง" "โทษทางปกครอง" และ "โทษทางอาญา"

๒.๑ เกณฑ์การพิจารณาเพื่อแบ่งแยกระหว่างการกระทำทางปกครองและกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

เมื่อพิจารณาลักษณะทางกฎหมายของ**มาตรการบังคับทางปกครอง โทษทางปกครอง** และ **โทษทางอาญา** ซึ่งแม้จะมีลักษณะทางกฎหมายที่แตกต่างกันออกไป กล่าวคือ **มาตรการบังคับทางปกครอง**เป็นเครื่องมือทางกฎหมายของฝ่ายปกครองที่จะบังคับให้บุคคลดำเนินการหรืองดเว้นการดำเนินการ อันมีวัตถุประสงค์เพื่อ "ป้องกัน" และรักษาไว้ซึ่งความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคม สำหรับ**โทษทางปกครอง**นั้นเป็นเครื่องมือทางกฎหมายที่อยู่ในอำนาจของฝ่ายปกครองที่จะลงโทษได้โดยไม่จำเป็นต้องนำคดีไปฟ้องร้องต่อศาล ซึ่งมีลักษณะคล้ายกันกับโทษทางอาญาที่มีลักษณะเป็นการ "**ตำหนิ**" การกระทำความผิด เพียงแต่ความผิดที่มีโทษทางปกครองยังไม่มีลักษณะของอาชญากรรมที่รุนแรงเป็นภัยคุกคามต่อสังคม กล่าวคือ เป็นความผิดที่ยังไม่กระทบต่อคุณค่าพื้นฐานของการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมอย่างมีระเบียบ (Die elementare Werte eines geordneten Gemeinschaftslebens) แต่สำหรับ**โทษทางอาญา**นั้นมีลักษณะเป็นการ "**ตำหนิ**" การกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายและมีผลกระทบต่อคุณค่าพื้นฐานของการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกันในสังคมอย่างมีระเบียบ ซึ่งโดยหลักการทั่วไปแล้ว ฝ่ายปกครองไม่อาจจะลงโทษทางอาญากับบุคคล ที่กระทำผิดได้เอง แต่ฝ่ายปกครองจะต้องฟ้องร้องเป็นคดีต่อศาลเพื่อขอให้ศาลพิจารณาความผิดและกำหนดโทษอาญา เว้นแต่โทษที่กฎหมายกำหนดให้ฝ่ายปกครองสามารถจะดำเนินการเปรียบเทียบคดีอาญาได้เอง ซึ่งการลงโทษหรือการตำหนิโดยกำหนดโทษทางอาญานี้ถือเป็นทางเลือกสุดท้าย (ultima ratio) โดยหลักเกณฑ์ที่นำมาใช้เป็นเกณฑ์ในการพิจารณา คือ "**หลักความได้สัดส่วน (Verhältnismäßigkeitsprinzip; Principle of proportionality)**" หากปรากฏว่ามาตรการบังคับทางปกครองสามารถทำให้บรรลุวัตถุประสงค์ของกฎหมายได้ดีกว่าหรือเช่นเดียวกับการลงโทษทางอาญาและกระทบกระเทือนต่อสิทธิเสรีภาพขั้นพื้นฐานของบุคคลน้อยกว่าแล้ว การลงโทษทางอาญาหรือการตำหนิโดยใช้วิธีการลงโทษทางอาญาจึงไม่มีความจำเป็นและถือได้ว่าไม่ได้สัดส่วน ดังนั้นในการบังคับใช้กฎหมายจึงต้องคำนึงถึงหลักกฎหมายที่ว่า "**ให้ใช้มาตรการป้องกันก่อนที่จะใช้มาตรการลงโทษ (Vorrang der Prävention vor der Repression)**" โดยสามารถแสดงแผนภาพได้ ดังนี้

	มาตรการป้องกัน (präventiv)	มาตรการตำหนิ (repressiv)
ฝ่ายปกครอง	มาตรการบังคับทางปกครอง	โทษทางปกครอง
ศาล	โทษทางอาญา	

ในระบบกฎหมายเยอรมันนั้น ปรากฏหลักกฎหมายที่จะนำมาใช้ในการพิจารณา แบ่งแยกการดำเนินการของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการดำเนินการที่กระทำการไปเพื่อป้องกัน (präventiv) และรักษาไว้ซึ่งความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคม (Gefahrenabwehr) เช่น เจ้าหน้าที่ตำรวจคุมขังบุคคลที่เมาสุราแล้วอาละวาดเพื่อป้องกันอันตราย ที่อาจจะเกิดขึ้นกับประชาชนหรือบุคคลทั่วไป เป็นต้น แต่ในขณะที่การดำเนินการของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการดำเนินการที่กระทำการไปเพื่อปราบปราม และลงโทษความผิดที่เกิดขึ้น (repressiv) เช่น การคุมขังบุคคลใดบุคคลหนึ่งเพื่อดำเนินคดีอาญา**ภายหลัง**ที่บุคคลดังกล่าวนั้นได้กระทำความผิดอาญาไปแล้ว เป็นต้น ซึ่งในระบบกฎหมายไทยก็ปรากฏแนวความคิดเดียวกันนี้ ดังปรากฏ ตาม**มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ ๗/๒๕๔๔ เรื่อง การกระทำอย่างใดเป็นกระบวนการยุติธรรมทางอาญาซึ่งไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง** (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๑๓/๒๕๔๔) และ **มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ ๙/๒๕๔๕ เรื่อง คดีพิพาทเกี่ยวกับการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา** (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๓๖๔/๒๕๔๕ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๓๖๕/๒๕๔๕ และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๔๒๗/๒๕๔๕)

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๑๓/๒๕๔๔ และมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ ๗/๒๕๔๔

การที่จะพิจารณาว่าศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีประเภทใดได้หรือไม่ ต้องพิจารณาจากบทบัญญัติในมาตรา ๙ มาตรา ๔๒ และมาตรา ๗๒ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ เป็นหลัก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ในมาตรา ๙ หากผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง ศาลปกครองย่อมมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งได้ สำหรับคดีที่ไม่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองนั้น เป็นเรื่องที่ศาลไม่อาจตรวจสอบได้โดยสภาพ เช่น การกระทำในทางนิติบัญญัติ การกระทำในทางตุลาการ และการกระทำของรัฐบาลที่เป็นงานด้านนโยบาย หรืองานทางการเมืองหรือนโยบายต่างประเทศ หรือในความสัมพันธ์กับฝ่ายนิติบัญญัติ และกรณีที่เข้าข้อยกเว้นตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๙ วรรคสอง (๑) ถึง (๓) กับกรณีการพิจารณาพิพากษาคดีประเภทอื่น เช่น คดีแพ่งหรือคดีอาญาอันอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม สำหรับการดำเนินงานที่เป็นกระบวนการยุติธรรมทางอาญาจะปรากฏอยู่ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา เป็นขั้นตอนการดำเนินงานที่จะนำไปสู่การนำตัวผู้กระทำความผิดมาลงโทษทางอาญา เช่น การจับกุม การสอบสวน การเปรียบเทียบปรับ การมีความเห็นในคดี เช่น การสั่งฟ้องหรือสั่งไม่ฟ้องและการดำเนินกระบวนพิจารณาในศาลยุติธรรมในขั้นตอนการดำเนินงานของเจ้าหน้าที่ของรัฐ อาจมีการกระทำทางปกครองปะปนอยู่ด้วย

ถ้าขั้นตอนใดเป็นการกระทำที่ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดให้อำนาจไว้เป็นการเฉพาะโดยตรง การกระทำดังกล่าวจะอยู่ในอำนาจการควบคุมตรวจสอบของศาลยุติธรรมตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและมาตรา ๒๗๑ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาญาจักรไทย แต่ถ้าการกระทำใดที่กระทำนอกเหนือหรือมิได้กระทำตามที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาและเป็นการกระทำที่เข้าเกณฑ์เป็นกรณีพิพาทตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ศาลปกครองย่อมมีอำนาจควบคุมตรวจสอบได้ สำหรับการกระทำของเจ้าหน้าที่อื่นของรัฐตามกฎหมายพิเศษของฝ่ายปกครอง ที่มีการบัญญัติโทษทางอาญาไว้ด้วย การปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองตามกฎหมายดังกล่าวในขั้นตอนการดำเนินงานที่จะนำไปสู่การนำตัวผู้กระทำผิดมาลงโทษทางอาญา ถ้ามีขั้นตอนใดเป็นการกระทำที่กฎหมายพิเศษนั้นและหรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญากำหนดให้อำนาจไว้เป็นการเฉพาะโดยตรง การกระทำดังกล่าวจะอยู่ในอำนาจควบคุมตรวจสอบของศาลยุติธรรม แต่ถ้าการกระทำใดเป็นการกระทำนอกเหนือมิได้กระทำตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายพิเศษและหรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา และเป็นการกระทำที่เข้าเกณฑ์เป็นกรณีพิพาทตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ศาลปกครองก็ย่อมมีอำนาจควบคุมตรวจสอบได้

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๓๖๔/๒๕๔๕ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๓๖๕/๒๕๔๕ และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๔๒๗/๒๕๔๕ และมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดครั้งที่ ๙/๒๕๔๕

สรุปข้อเท็จจริงในคดีตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๓๖๔/๒๕๔๕ (ประชุมใหญ่)

ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ถึงผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๘ ซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ตำรวจร่วมกันจับกุมและกล่าวหาว่าผู้ฟ้องคดีกระทำความผิดฐานมีสารเสพติดให้โทษไว้ในครอบครองโดยไม่ได้รับอนุญาต ซึ่งผู้ฟ้องคดีให้การปฏิเสธ แต่มีการสรุปสำนวนฟ้องคดีต่อศาล ผู้ฟ้องคดีให้การรับสารภาพ ต่อมา ศาลจังหวัดและศาลอุทธรณ์ได้มีคำพิพากษายกฟ้องคดีดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีข้างต้นเป็นการละเมิดต่อสิทธิเสรีภาพของผู้ฟ้องคดีทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหายขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งแปดชดใช้ค่าเสียหาย

สรุปข้อเท็จจริงในคดีตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๓๖๕/๒๕๔๕ (ประชุมใหญ่)

ผู้ฟ้องคดีถูกจับกุมดำเนินคดีอาญาในความผิดต่อความมั่นคงของรัฐภายในราชอาณาจักรและความผิดเกี่ยวกับความสงบสุขของประชาชนตามประมวลกฎหมายอาญา รวมทั้งความผิดตามพระราชบัญญัติควบคุมการโฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียง พ.ศ. ๒๔๙๓ ต่อมาศาลฎีกามีคำพิพากษายกฟ้องฐานความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา ผู้ฟ้องคดีจึงเห็นว่า การจับกุมดำเนินคดีอาญาแก่ผู้ฟ้องคดีในความผิดตามประมวลกฎหมายอาญาข้างต้น เป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นการละเมิดต่อผู้ฟ้องคดีขอให้รัฐบาล หน่วยงานและเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องชดใช้ค่าสินไหมแก่ผู้ฟ้องคดี

สรุปข้อเท็จจริงในคดีตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๔๒๗/๒๕๔๕ (ประชุมใหญ่)

เจ้าพนักงานตำรวจใช้อาวุธปืนยิงผู้ต้องสงสัยว่ากระทำความผิดในขณะที่ไล่ติดตามเพื่อจับกุม แต่กระสุนปืนพลาดไปถูกบุตรชายของผู้ฟ้องคดีถึงแก่ความตาย ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดใช้ค่าสินไหมทดแทนจากการเสียชีวิตของบุตรชายผู้ฟ้องคดี

มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ ๙/๒๕๔๕

การที่เจ้าพนักงานของรัฐร่วมกันจับกุมผู้ถูกกล่าวหาเพื่อดำเนินคดีอาญาเป็นการกระทำที่มีฐานของอำนาจที่ใช้มาจากบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา ซึ่งเป็นการดำเนินกระบวนการยุติธรรมทางอาญา อันอยู่ภายใต้อำนาจการพิจารณาตรวจสอบของศาลยุติธรรมตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๓ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญาพุทธศักราช ๒๔๗๗ ประกอบมาตรา ๒ (๑) แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา จึงมิใช่การกระทำทางปกครองอันจะเข้าหลักเกณฑ์เป็นคดีปกครองตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

๒.๒ การกระทำเดียวที่มีผลสองทาง (Doppelfunktionale Maßnahme) ทั้งการป้องกัน (präventiv) และการปราบปราม (repressiv)

แม้จะมีการแบ่งแยกระหว่าง**การดำเนินการของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการดำเนินการที่กระทำการไปเพื่อป้องกัน (präventiv) และรักษาไว้ซึ่งความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคม (Gefahrenabwehr)** กับ**การดำเนินการของฝ่ายปกครองที่มีลักษณะเป็นการดำเนินการที่กระทำการไปเพื่อปราบปรามและลงโทษผู้กระทำความผิดที่เกิดขึ้น (repressiv)** ซึ่งในบางกรณีฝ่ายปกครองอาจจะเลือกใช้มาตรการป้องกันหรือมาตรการลงโทษมาตรการใดมาตรการหนึ่งเพียงมาตรการเดียว หรือในบางกรณี ฝ่ายปกครองอาจจะเลือกใช้มาตรการทางกฎหมายทั้งสองประเภท กล่าวคือ ทั้งมาตรการป้องกันและมาตรการลงโทษไปพร้อมกันก็ตาม แต่มาตรการทางกฎหมายทั้งสองประเภทก็สามารถแยกออกจากกันได้อย่างชัดเจน เช่น กรณีที่มีการปลูกสร้างอาคารรุกล้ำที่สาธารณประโยชน์ที่ทางราชการได้จัดให้หรือสงวนไว้เพื่อให้ประชาชนได้ใช้ประโยชน์ร่วมกันตามสภาพแห่งพื้นที่นั้น ซึ่งฝ่ายปกครองอาจจะใช้มาตรการทางกฎหมายด้วยวิธีการออกคำสั่งทางปกครองให้มีการรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างดังกล่าวเพื่อให้ที่ดินดังกล่าวกลับมามีสภาพที่ประชาชนสามารถใช้ประโยชน์ร่วมกันได้ อันเป็นมาตรการลงโทษเพื่อมิให้บุคคลใดบุคคลหนึ่งได้ใช้ประโยชน์แต่เพียงลำพังบนที่สาธารณประโยชน์ หรือฝ่ายปกครองอาจจะใช้มาตรการลงโทษอื่นร่วมกับการออกคำสั่งรื้อถอนอาคารก็ได้ เช่น การร้องทุกข์กล่าวโทษ เพื่อตำหนิและปราบปรามลงโทษบุคคลที่ใช้ประโยชน์จากที่สาธารณประโยชน์ดังกล่าว ซึ่งโดยปกติทั่วไปการดำเนินการใช้มาตรการทางปกครองทั้งสองประการของฝ่ายปกครองสามารถแยกจากกันได้อย่างชัดเจน อย่างไรก็ตาม ในบางกรณี การดำเนินการของฝ่ายปกครองเพียงการกระทำเดียวอาจจะมีผลเกิดขึ้นได้ ทั้งสองทาง (Doppelfunktionale Maßnahme) ทั้งมาตรการป้องกัน (präventiv) และมาตรการปราบปราม (repressiv) เช่น ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ตำรวจได้มีคำสั่งปิดถนนและห้ามใช้ทางสัญจรไปมาด้วย รวมถึงการสั่งให้มีการหยุดรถเพื่อทำการตรวจค้นเพื่อติดตามจับกุมตัวผู้กระทำความผิดมาดำเนินคดี ซึ่งการดำเนินการดังกล่าวถือได้ว่า เจ้าหน้าที่ตำรวจดำเนินการด้วยการกระทำเดียว คือ การติดตามผู้กระทำความผิด แต่ก็มีทั้งการกระทำทางปกครองที่เป็นมาตรการป้องกัน ซึ่งได้แก่ การสั่งปิดถนนหรือการออกคำสั่งต่าง ๆ เกี่ยวกับการจราจร ปะปนอยู่กับการกระทำตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาซึ่งเป็นมาตรการปราบปราม ซึ่งได้แก่ การตรวจค้น การจับกุมผู้กระทำความผิด เป็นต้น อีกทั้งเมื่อการกระทำทางปกครองอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง แต่การกระทำตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาอยู่ในอำนาจ

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

พิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรมแล้ว ก็ย่อมต้องทำให้การควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองที่ใช้มาตรการปิดถนนหรือออกคำสั่งต่าง ๆ เกี่ยวกับการจราจรย่อมต้องอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ส่วนการควบคุมตรวจสอบการกระทำตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาย่อมต้องอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม แต่เนื่องจากการแบ่งแยกเรื่องเขตอำนาจศาลโดยการแยกข้อเท็จจริงในเรื่องเดียวกันออกจากกัน ย่อมก่อให้เกิดปัญหาอุปสรรคในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนผ่านกระบวนการยุติธรรมได้ ดังนั้น ในระบบกฎหมายเยอรมันจึงได้มีการพัฒนา**ข้อความคิดว่าด้วยการกระทำเดียวที่มีผลสองทาง (Doppelfunktionale Maßnahme) ทั้งการป้องกัน (präventiv)** และ **การปราบปราม (repressiv)** ขึ้นมา ทั้งนี้ โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การควบคุมตรวจสอบการกระทำของฝ่ายปกครองในเรื่องเดียวกันที่ไม่อาจจะแบ่งแยกออกจากกันได้อยู่ในเขตอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลเพียงศาลเดียว โดยกำหนดหลักการพิจารณาว่าจะต้องวินิจฉัยโดยอาศัยการชั่งน้ำหนักของข้อเท็จจริงและพิเคราะห์ถึงลักษณะธรรมชาติแห่งการกระทำนั้นว่า การกระทำดังกล่าวนั้นมีน้ำหนักไปในทางมาตรการป้องกัน (präventiv) หรือมาตรการปราบปราม (repressiv) เรียกทฤษฎีในการพิจารณาเรื่องดังกล่าวนี้ว่า **"ทฤษฎีการพิจารณาชั่งน้ำหนักแห่งการกระทำ (Schwerpunkttheorie)"**[๕๘] โดยให้พิจารณาถึงลักษณะองค์ประกอบโดยรวมของการกระทำนั้นทั้งหมด (Funktionale Betrachtungsweise) ซึ่งพอจะสรุปสาระสำคัญของเกณฑ์การพิจารณาตามทฤษฎีดังกล่าวได้ดังนี้[๕๙]

เกณฑ์การพิจารณาประการที่หนึ่ง : บทบัญญัติแห่งกฎหมายซึ่งเป็นที่มาของฐานในการดำเนินการ

โดยให้พิจารณาว่าฝ่ายปกครองอ้างอิงบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดในการดำเนินการ เมื่อกรณีเป็นการดำเนินการเดียวที่ให้ผลได้ทั้งสองทาง ดังนั้น จึงจะต้องพิจารณาว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่จะสามารถใช้เป็นฐานที่มาในดำเนินการแล้วทำให้การกระทำนั้นชอบด้วยกฎหมาย ก็ต้องถือว่าเป็นการดำเนินการตามบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว เช่น เมื่อมีการจับกุมบุคคล ซึ่งสามารถอ้างอิงฐานการใช้อำนาจได้ทั้ง **"กฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (Strafprozessordnung)"** และ **"กฎหมายว่าด้วยการรักษาความปลอดภัย ความสงบสุขและความเป็นระเบียบเรียบร้อยในสังคม (Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung) หรือ กฎหมายตำรวจ (Polizeigesetz)"** และเมื่อพิจารณาจนได้ความแล้วว่าการจับกุมบุคคลเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายตามขั้นตอนและวิธีการที่บัญญัติเอาไว้ตามกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (Strafprozessordnung) กรณีย่อมจะต้องถือว่า การดำเนินการดังกล่าวนั้นเป็นการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา

เกณฑ์การพิจารณาประการที่สอง : พิจารณาจากวัตถุประสงค์ของการดำเนินการ

มาตรการป้องกันเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองป้องกันมิให้ความเสียหายเกิดขึ้น แต่มาตรการปราบปรามนั้นมีวัตถุประสงค์เป็นไปเพื่อตำหนิการกระทำความผิดที่เกิดขึ้นแล้ว โดยจะต้องพิจารณาวัตถุประสงค์ของกฎหมายประกอบเข้าด้วยกัน ซึ่งในบางกรณีแม้จะมีการกระทำความผิดเกิดขึ้นแล้ว

---

[๕๘] Schenke-Kopp/Schenke, Anhang zu § 41 VwGO, Rdnr.7.

[๕๙] เชิดวุฒิ สินพิมลบูรณ์,"ปัญหาความขัดแย้งของอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลกับการกระทำหน้าที่ตำรวจในระบบกฎหมายเยอรมัน", วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ ๙, ฉบับที่ ๑ (มกราคม – เมษายน) ๒๕๕๒, หน้า ๘๔ – หน้า ๑๐๐.

ก็ตาม แต่หากวัตถุประสงค์ของกฎหมายนั้นเป็นไปเพื่อป้องกันอันตรายที่จะเกิดขึ้น ก็ย่อมถือว่าการกระทำนั้นเป็นไปเพื่อมาตรการป้องกัน เช่น คำสั่งให้รื้อถอนอาคารที่ไม่มีใบอนุญาตก่อสร้าง ซึ่งเป็นไปเพื่อป้องกันภัยภยันตรายที่อาจจะเกิดขึ้นจากการใช้อาคารที่ไม่ได้รับอนุญาตให้สามารถก่อสร้างอาคารได้ เป็นต้น

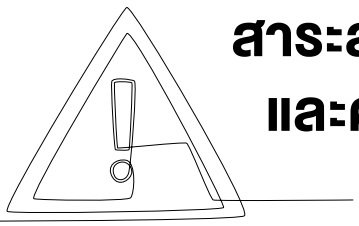
ในระบบกฎหมายไทยนั้น ผู้เขียนเห็นว่า ศาลปกครองสูงสุดได้เคยนำ **"ทฤษฎีการพิจารณาชั่งน้ำหนักแห่งการกระทำ (Schwerpunkttheorie)"** มาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีปรากฏ ใน**คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คผ. ๗๗/๒๕๖๒**

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คผ. ๗๗/๒๕๖๒

เมื่อข้อเท็จจริงในกรณีนี้ปรากฏว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓ (หัวหน้าศูนย์ควบคุมการแจ้งเข้า – ออก เรือประมง ชลบุรี) ได้อาศัยอำนาจตามมาตรา ๑๐๕ วรรคหนึ่ง (๒) แห่งพระราชกำหนดการประมง พ.ศ. ๒๕๕๘ สั่งกักเรือและยึดเครื่องมือทำการประมงของผู้ฟ้องคดีเอาไว้ โดยเหตุเกิดจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓ พิจารณาแล้วเห็นว่าผู้ฟ้องคดีใช้เครื่องมืออวนล้อมจับที่มีช่องตาอวนเล็กกว่าสองจุดห้าเซนติเมตร ทำการประมงในเวลากลางคืน อันเป็นการกระทำความผิดตามมาตรา ๖๙ แห่งพระราชกำหนดการประมง พ.ศ. ๒๕๕๘ และเมื่อพิจารณาการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ของรัฐภายหลังจากได้มีการกักเรือและยึดเครื่องมือทำการประมงเอาไว้ ปรากฏว่า ได้มีการเปรียบเทียบปรับผู้ฟ้องคดี (นางสาว น. เจ้าของเรือ) เป็นเงิน ๒๐๐,๐๐๐ บาท เป็นการดำเนินการเพื่อปราบปรามและนำตัวผู้กระทำความผิดตามมาตรา ๖๙ แห่งพระราชกำหนดการประมง พ.ศ. ๒๕๕๘ มาลงโทษตามกฎหมาย อันเป็นการดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญา และการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ (คณะกรรมการมาตรการทางปกครอง) ใช้อำนาจทางปกครองออกคำสั่งยึดสัตว์น้ำและเครื่องมือทำการประมง กักเรือ และเพิกถอนใบอนุญาตทำการประมง ของผู้ฟ้องคดี เป็นการป้องกันมิให้ผู้ฟ้องคดี (นางสาว น. เจ้าของเรือ) สามารถใช้เรือและเครื่องมือทำการประมงที่ต้องห้ามตามมาตรา ๖๙ แห่งพระราชกำหนดการประมง พ.ศ. ๒๕๕๘ เพื่อป้องกันการทำลายสัตว์น้ำเศรษฐกิจที่เจริญเติบโตไม่ได้ขนาด ดังนั้น กรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓ (หัวหน้าศูนย์ควบคุมการแจ้งเข้า – ออก เรือประมง ชลบุรี) ได้อาศัยอำนาจตามมาตรา ๑๐๕ วรรคหนึ่ง (๒) แห่งพระราชกำหนดการประมง พ.ศ. ๒๕๕๘ สั่งกักเรือและยึดเครื่องมือทำการประมงของผู้ฟ้องคดี (นางสาว น. เจ้าของเรือ) เอาไว้ ก่อนที่จะมีการพิจารณาและมีคำสั่งเกี่ยวกับมาตรการทางปกครองตามหมวด ๑๐ และการกำหนดโทษอาญาตามหมวด ๑๑ จึง**มีวัตถุประสงค์เพื่อดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมทางอาญาซึ่งเป็นการปะปนอยู่กับการดำเนินการทางปกครองโดยไม่อาจจะแยกออกจากกันได้** แต่เมื่อพิจารณาความตามมาตรา ๑๗๑ แห่งพระราชกำหนดการประมง พ.ศ. ๒๕๕๘ ที่บัญญัติว่า บรรดาพระราชกฤษฎีกา กฎกระทรวง ประกาศ ระเบียบ หรือคำสั่งที่ออกตามกฎหมายว่าด้วยการประมงที่ใช้บังคับอยู่ในวันก่อนวันที่พระราชกำหนดนี้ใช้บังคับ ให้ยังคงใช้บังคับได้ต่อไปเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับพระราชกำหนดนี้ ทั้งนี้ จนกว่าจะมีกฎกระทรวง ประกาศ ระเบียบ หรือคำสั่งตามพระราชกำหนดนี้ใช้บังคับ ประกอบกับประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ เรื่อง กำหนดห้ามใช้เครื่องมืออวนล้อมจับที่มีขนาดช่องตาเล็กกว่า ๒.๕ เซนติเมตร ทำการประมงในเวลากลางคืน ลงวันที่ ๑๔ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๓๔ ซึ่งอาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๓๒ (๑) และ (๒) แห่งพระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. ๒๔๙๐ และเมื่อมาตรา ๖๙ แห่งพระราชกำหนดการประมง พ.ศ. ๒๕๕๘ ที่บัญญัติว่า ห้ามมิให้ผู้ใดใช้เครื่องมืออวนล้อมจับที่มี

ช่องตาอวนเล็กกว่าสองจุดห้าเซนติเมตรทำการประมงในเวลากลางคืน แล้ว เห็นว่า เมื่อความในมาตรา ๖๙ แห่งพระราชกำหนดการประมง พ.ศ. ๒๕๕๘ ปรากฏถ้อยคำทำนองเดียวกับประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ เรื่อง กำหนดห้ามใช้เครื่องมืออวนล้อมจับที่มีขนาดช่องตาเล็กกว่า ๒.๕ เซนติเมตร ทำการประมงในเวลากลางคืน ลงวันที่ ๑๔ พฤศจิกายน พ.ศ. ๒๕๓๔ จึงเป็นกรณีที่ประกาศดังกล่าวออกตามกฎหมายว่าด้วยการประมงที่ใช้บังคับอยู่ในวันก่อนวันที่พระราชกำหนดการประมง พ.ศ. ๒๕๕๘ ใช้บังคับ โดยมีเนื้อหาสาระเช่นเดียวกับมาตรา ๖๙ แห่งพระราชกำหนดการประมง พ.ศ. ๒๕๕๘ จึงทำให้ประกาศดังกล่าวยังคงใช้บังคับได้ต่อไปได้ตามมาตรา ๑๗๑ แห่งพระราชกำหนดการประมง พ.ศ. ๒๕๕๘ และเมื่อพิจารณาวัตถุประสงค์ที่ปรากฏในประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ดังกล่าวแล้ว จะเห็นได้ว่า **การห้ามมิให้ใช้เครื่องมืออวนล้อมจับที่มีช่องตาอวนเล็กกว่าสองจุดห้าเซนติเมตรทำการประมงในเวลากลางคืน นั้นมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันมิให้มีการจับสัตว์น้ำที่มีคุณค่าทางเศรษฐกิจและยังเจริญเติบโตไม่ได้ขนาดถูกจับขึ้นมาใช้ประโยชน์ในลักษณะเป็นการทำลายพันธุ์สัตว์น้ำอย่างร้ายแรง ซึ่งจะทำให้สัตว์น้ำที่มีคุณค่าทางเศรษฐกิจอาจจะสูญพันธ์ได้ จึงมีความจำเป็นในการกำหนดมาตรการเพื่ออนุรักษ์สัตว์น้ำที่มีคุณค่าทางเศรษฐกิจขนาดเล็กเหล่านี้ไว้ เพื่อให้ดำรงอยู่ต่อไปและสามารถนำมาใช้ประโยชน์อย่างยั่งยืนถาวรตลอดไป อันเป็นวัตถุประสงค์หลักที่กฎหมายกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐดำเนินการกับผู้ที่กระทำการฝ่าฝืนบทบัญญัติมาตรา ๖๙ แห่งพระราชกำหนดการประมง พ.ศ. ๒๕๕๘ เพื่อคุ้มครองป้องกันมิให้มีการทำลายสัตว์น้ำขนาดเล็ก อันเป็นทรัพยากรทางทะเลที่สำคัญของประเทศ** ดังนั้น วัตถุประสงค์ในการดำเนินการของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓ (หัวหน้าศูนย์ควบคุมการแจ้งเข้า – ออก เรือประมง ชลบุรี) ที่ได้อาศัยอำนาจตามบทบัญญัติมาตรา ๑๐๕ วรรคหนึ่ง (๒) แห่งพระราชกำหนดการประมง พ.ศ. ๒๕๕๘ สั่งกักเรือและยึดเครื่องมือทำการประมงของผู้ฟ้องคดีเอาไว้ **จึงมีน้ำหนักไปในทางเป็นการป้องกันมิให้เกิดความเสียหายต่อทรัพยากรทางทะเลเป็นสำคัญ กรณีจึงทำให้คำสั่งตามหนังสือศูนย์ควบคุมการแจ้งเข้า – ออก เรือประมง ชลบุรี ที่ กษ ๐๕๑๑.๖.๔/๒ ลงวันที่ ๑๗ สิงหาคม ๒๕๖๐ ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓ (หัวหน้าศูนย์ควบคุมการแจ้งเข้า – ออก เรือประมง ชลบุรี) ที่สั่งกักเรือและยึดเครื่องมือทำการประมงของผู้ฟ้องคดีเป็นการดำเนินการทางปกครองที่ศาลปกครองมีอำนาจควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำดังกล่าวและพิจารณาพิพากษาได้ตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒**

หลักการระวังไว้ก่อน (Precautionary Principle) : สาระสำคัญ ค่าบังคับทางกฎหมาย และคำวินิจฉัยของศาลปกครอง



จักราวดี มนูญพงศ์[๑]

๑. บทนำ

ความก้าวหน้าทางวิทยาศาสตร์และเทคโนโลยีมีการพัฒนาไปอย่างรวดเร็ว เพื่อตอบสนองความต้องการในด้านต่าง ๆ ของมนุษย์ ทั้งความต้องการขั้นพื้นฐาน เช่น อาหาร น้ำ อากาศ ยารักษาโรค รวมถึงสิ่งอำนวยความสะดวกอื่น ๆ เพื่อพัฒนาคุณภาพชีวิตและความเป็นอยู่ของมนุษย์ แต่องค์ความรู้ทางวิชาการกลับยังมีขีดจำกัดและไม่สามารถพิสูจน์ถึงระดับความเสียหายหรือภยันตรายที่อาจเกิดขึ้นจากการใช้เทคโนโลยีสมัยใหม่ดังกล่าว หลักการระวังไว้ก่อนจึงถูกพัฒนาขึ้นเพื่อยับยั้งและป้องกันความเสียหายหรือภยันตรายที่อาจจะเกิดขึ้น โดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองมีอำนาจจัดการในเชิงรุกด้วยการกำหนดมาตรการเพื่อป้องกันความเสียหายหรือผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นไว้ล่วงหน้า เพราะหากปล่อยให้เกิดความเสียหายขึ้นแล้ว การแก้ไขเยียวยาหรือฟื้นฟูความเสียหายดังกล่าวในภายหลังอาจเป็นไปอย่างยากลำบากหรือกระทำไม่ได้เลย ทั้งนี้ หลักการระวังไว้ก่อนได้ถูกพัฒนาขึ้นเมื่อปี ค.ศ. ๑๙๗๐ ในประเทศเยอรมนี โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมจากกิจการที่อาจจะก่อมลพิษต่อสิ่งแวดล้อม เช่น โรงไฟฟ้าถ่านหิน โรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์ หรือโรงงานอุตสาหกรรมต่าง ๆ ต่อมา หลักการนี้ถูกนำมาใช้เพื่อวัตถุประสงค์อื่น ๆ เช่น เพื่อคุ้มครองผู้บริโภคให้มีความปลอดภัยจากอาหารและยา

๒. สาระสำคัญของหลักการระวังไว้ก่อน

๒.๑ ความหมายและลักษณะของหลักการระวังไว้ก่อน

หลักการระวังไว้ก่อน คือ การจัดการความเสี่ยงของรัฐในฐานะที่เป็นผู้กำหนดนโยบาย โดยมีหลักการว่า รัฐมีหน้าที่ป้องกันสาธารณชนจากสิ่งที่มีอันตราย ดังนั้น ก่อนที่รัฐจะอนุญาตให้มีการจัดทำกิจกรรมหรือโครงการใด ๆ หากไม่มีข้อมูลทางวิชาการ หรือมีแต่ไม่อาจยืนยันได้แน่นอนว่า กิจกรรมหรือโครงการนั้นจะไม่เกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมอย่างร้ายแรง ก็ต้องถือว่ามีความเสี่ยงที่จะเกิดผลกระทบ เมื่อเป็นเช่นนี้ รัฐจะอนุญาตให้มีกิจกรรมหรือโครงการดังกล่าวได้ก็ต่อเมื่อมีข้อมูลทางวิชาการใหม่ที่แสดงหลักฐาน

[๑] นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นิติศาสตรมหาบัณฑิต (สาขากฎหมายมหาชน) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, เนติบัณฑิตไทย, Magister Legum (LL.M.) และ Doktorin der Rechte (University of Göttingen), ตุลาการศาลปกครองระยอง

อย่างชัดเจนว่า กิจกรรมหรือโครงการนั้นจะไม่มีอันตรายเกิดขึ้นอย่างแน่นอนเท่านั้น และภาระการพิสูจน์ดังกล่าวจะตกเป็นหน้าที่ของบุคคลที่ต้องการให้เกิดกิจกรรมหรือโครงการนั้น[๒] จากนิยามดังกล่าว กรณีใดจะถือว่าเป็นกรณีตามหลักการระวังไว้ก่อนจะต้องประกอบด้วยเงื่อนไข ๒ ประการ ได้แก่ *ประการแรก* กรณีที่มีความเสี่ยงว่าจะเกิดอันตรายต่อสาธารณะหรือสิ่งแวดล้อม และ*ประการที่สอง* ขาดข้อมูลทางวิชาการเกี่ยวกับระดับความเสียหายและความเสี่ยงที่อาจเกิดขึ้น โดยเมื่อพิจารณาแล้วว่าเป็นกรณีที่เข้าหลักการระวังไว้ก่อน ก็จะเกิดผล ๒ ประการ ได้แก่ *ประการแรก* รัฐจะต้องบริหารจัดการความเสี่ยงเพื่อมิให้เกิดความเสียหายและความเสี่ยงดังกล่าว และ*ประการที่สอง* ภาระการพิสูจน์ว่า กิจกรรมหรือโครงการนั้นจะไม่มีอันตรายเกิดขึ้นอย่างแน่แท้ ย่อมตกเป็นหน้าที่ของผู้ที่ต้องการดำเนินกิจกรรมหรือโครงการนั้น

๒.๒ ขอบเขตของหลักการระวังไว้ก่อน

หลักการระวังไว้ก่อนในระบบกฎหมายเยอรมันแบ่งออกเป็น ๒ ลักษณะ ได้แก่ การป้องกันความเสี่ยง (Risikovorsorge) และการอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ (Ressourcenvorsorge)[๓] ซึ่งมีสาระสำคัญดังนี้[๔]

๑) การป้องกันความเสี่ยง (Risikovorsorge)

การป้องกันความเสี่ยง (Risikovorsorge) เป็นแนวความคิดที่เกิดจากขีดจำกัดด้านความรู้เกี่ยวกับภยันตรายต่อสิ่งแวดล้อม ทั้งทางด้านรูปแบบ ลักษณะ ขอบเขต ตลอดจนสาเหตุของความเสียหาย โดยในกรณีที่มีความกังวลเกี่ยวกับกิจกรรมที่มีความซับซ้อนและไม่อาจคาดการณ์ถึงความเสียหายหรือผลกระทบที่จะเกิดขึ้นจากกิจกรรมนั้น รัฐสามารถกำหนดแนวทางควบคุมกิจกรรมนั้น เพื่อหลีกเลี่ยงมิให้เกิดความเสียหายและภยันตรายขึ้น โดยไม่จำต้องรอให้เกิดความชัดเจนก่อน แม้ว่าสาเหตุและระดับของความเสียหายดังกล่าวจะยังไม่แน่นอนและยังไม่มีข้อพิสูจน์ทางวิทยาศาสตร์ที่ชัดเจน[๕] ซึ่งแนวความคิดนี้ไม่ได้จำกัดเฉพาะความเสียหายหรือผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมเท่านั้น แต่ยังหมายความรวมถึงความเสียหายหรือผลกระทบต่อสุขภาพด้วย

๒) การอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ (Ressourcenvorsorge)

การอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ (Ressourcenvorsorge) เป็นกรณีเกี่ยวกับการจัดการทรัพยากรธรรมชาติ ไม่ว่าจะเป็นน้ำ ดิน และอากาศ ฯลฯ อย่างมีประสิทธิภาพ เพื่อให้เกิดประโยชน์สูงสุด รวมถึงการถนอมรักษาทรัพยากรธรรมชาติดังกล่าวไว้ให้คงอยู่ได้นานที่สุดสำหรับใช้ในอนาคตและเพื่อคนรุ่นต่อไป

ทั้งนี้ ขอบเขตของหลักการระวังไว้ก่อนทั้งในส่วนการป้องกันความเสี่ยง (Risikovorsorge) และ

---

[๒] วรารัตน์ ไคขุนทด, “บทวิเคราะห์คดีและคำวินิจฉัยที่สำคัญ เรื่อง การนำหลักการป้องกันล่วงหน้า (Principle of Prevention Action) กับหลักการระวังไว้ก่อน (Precautionary Principle) มาใช้ในการพิจารณาเงื่อนไขในการฟ้องคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม,” วารสารวิชาการศาลปกครอง (เมษายน - มิถุนายน ๒๕๖๒), หน้า ๑๕๕.

[๓] https://www.umweltbundesamt.de/vorsorgeprinzip, Accessed March 7, 2022.

[๔] Wolfgang Köck, “Die Entwicklung des Vorsorgeprinzips im Recht – ein Hemmnis für Innovationen zum nachhaltigen Wirtschaften?,” In Bernd Hansjürgens, Ralf Nordbeck, Chemikalienregulierung und Innovationen zum Nachhaltigen Wirtschaften, pp. 87 - 88.

[๕] Ulrich Ramsauer, “§ 3 Allgemeines Umweltverwaltungsrecht,” In Hans–Joachim Koch (Hrsg.), Umweltrecht, Rn. 31.

การอนุรักษ์ทรัพยากรธรรมชาติ (Ressourcenvorsorge) ต่างก็มีค่าบังคับในระดับที่เท่ากัน และมีการนำมาใช้เพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายทางหนึ่ง และเพื่อไม่ให้เกิดการขาดแคลนทรัพยากรธรรมชาติในอนาคตอีกทางหนึ่ง โดยมีวัตถุประสงค์ทางกฎหมายและโครงสร้างทางกฎหมายที่แตกต่างกัน[๖]

๒.๓ ความสัมพันธ์ของหลักการระวังไว้ก่อนกับหลักกฎหมายอื่น ๆ

๑) หลักการระวังไว้ก่อนกับหลักการป้องกันล่วงหน้า

หลักการระวังไว้ก่อนเป็นหลักการที่สำคัญประการหนึ่งของกฎหมายสิ่งแวดล้อม[๗] และมีความใกล้เคียงกับหลักการป้องกันล่วงหน้า (Preventive Principle) โดยทั้งสองหลักการดังกล่าวมีวัตถุประสงค์เพื่อป้องกันมิให้กิจกรรมหรือโครงการใด ๆ ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อมหรือสุขอนามัยของประชาชน ทั้งนี้ หลักการป้องกันล่วงหน้าจะใช้กับกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถประเมินหรือคาดคะเนจากองค์ความรู้ทางวิชาการพื้นฐานได้ว่า กิจกรรมหรือโครงการนั้น ๆ จะก่อให้เกิดอันตรายหรือความเสียหายต่อทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อมหรือแก่สุขอนามัยของประชาชนอย่างแน่นอน รัฐจึงจำเป็นต้องกำหนดมาตรการป้องกันไว้ล่วงหน้าเพื่อมิให้เกิดอันตรายหรือความเสียหายจากกิจกรรมหรือโครงการดังกล่าว ส่วนหลักการระวังไว้ก่อนจะนำมาใช้ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองยังขาดองค์ความรู้หรือข้อมูลทางวิชาการที่ชัดเจน ซึ่งไม่แน่นอนว่า กิจกรรมหรือโครงการนั้น ๆ จะเกิดผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมหรือไม่ แต่รัฐควรกำหนดมาตรการระวังไว้ก่อนเพื่อไม่ให้เกิดความเสียหายขึ้นจากกิจกรรมหรือโครงการดังกล่าว หรือเพื่อให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุด

๒) หลักการระวังไว้ก่อนกับหลักความได้สัดส่วน

หลักความได้สัดส่วนเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีค่าบังคับระดับรัฐธรรมนูญ และถูกนำมาใช้เพื่อตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง โดยหลักการนี้มีหลักการย่อย ๓ ประการ ได้แก่ หลักความสัมฤทธิ์ผล หลักความจำเป็น และหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ[๘] ทั้งนี้ ในการบังคับใช้กฎหมายตามหลักการระวังไว้ก่อนจะต้องสอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วนด้วย กล่าวคือ การกำหนดหลักเกณฑ์หรือมาตรการที่จำเป็นเพื่อป้องกันอันตรายที่อาจเกิดขึ้นต่อทรัพยากรธรรมชาติสิ่งแวดล้อม และสุขอนามัยของประชาชนนั้น *ประการแรก* จะต้องสอดคล้องและเป็นไปตามวัตถุประสงค์หรือเจตนารมณ์ของบทบัญญัติแห่งกฎหมายในเรื่องนั้น ๆ ตามหลักความสัมฤทธิ์ผล *ประการที่สอง* จะต้องจำเป็นและสมเหตุสมผลในแง่ความร้ายแรงของอันตราย ทั้งด้านขอบเขตพื้นที่และความเข้มข้นของอันตรายที่อาจเกิดขึ้น คุณค่าของสิ่งแวดล้อมที่ต้องคุ้มครองรักษา และสุขอนามัยของประชาชนที่อาจได้รับผลกระทบ ตลอดจนระดับความแน่นอนทางวิทยาศาสตร์ตามหลักความจำเป็น และ*ประการสุดท้าย*

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

---

[๖] Nikolaos Charitopoulos, “Die Grundprinzip des deutschen, europäischen und griechen Umweltrechts : umweltpolitische Hintergründe und Zielsetzungen und ihr Verhältnis zueinander,” (Dissertation zur Doktorgrades, Universität Giessen, Germany, 2009), p. 12.

[๗] หลักการที่สำคัญของกฎหมายสิ่งแวดล้อม ได้แก่ หลักการป้องกันล่วงหน้า (Preventive Principle) หลักการระวังไว้ก่อน (Precautionary Principle) หลักการผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย (Polluter Pays Principle) หลักการมีส่วนร่วมของประชาชน (Public Participation Principle) และหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน (Sustainable Development)

[๘] โปรดดู วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, รวมข้อเขียนเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๖๕), หน้า ๖๐ – ๖๑.

จะต้องมีความสมดุล ก่อให้เกิดประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ส่วนรวมยิ่งกว่าความเสียหายหรือผลกระทบที่จะเกิดแก่ปัจเจกชนตามหลักความได้สัดส่วนในความหมายอย่างแคบ

๓. ค่าบังคับทางกฎหมายของหลักการระวังไว้ก่อน

๓.๑ หลักการระวังไว้ก่อนในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไป

แนวคิดทางกฎหมายเยอรมันถือว่า หลักการระวังไว้ก่อนเป็น “หลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายสิ่งแวดล้อม” และเป็น “กฎหมายจารีตประเพณีระหว่างประเทศ”[๙] โดยได้มีการบัญญัติหลักการดังกล่าวเป็นลายลักษณ์อักษรไว้ในกฎหมายระหว่างประเทศและกฎหมายเฉพาะฉบับต่าง ๆ จำนวนมาก[๑๐] ส่วนในมุมมองของประเทศฝรั่งเศสนั้น หลักการระวังไว้ก่อนเป็นหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายสิ่งแวดล้อมที่ต้องมีความเกี่ยวข้องกับความไม่แน่นอนทางวิทยาศาสตร์เสมอ[๑๑] โดยหลักการระวังไว้ก่อนซึ่งมีค่าบังคับเป็น “หลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายสิ่งแวดล้อม” ถูกนำมาบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษร ทั้งในกฎหมายระหว่างประเทศ กฎหมายรัฐธรรมนูญ และกฎหมายระดับพระราชบัญญัติ

๓.๒ หลักการระวังไว้ก่อนในฐานะที่เป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญ

แนวความคิดรัฐธรรมนูญนิยมส่งผลให้หลาย ๆ ประเทศ เช่น ประเทศเยอรมนี ประเทศฝรั่งเศส และประเทศไทย ได้นำหลักการระวังไว้ก่อนมาบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญเป็นกฎหมายลายลักษณ์อักษร ทำให้หลักการนี้มีค่าบังคับเป็นกฎหมายภายในประเทศ

ในกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Grundgesetz หรือ GG) ซึ่งเป็นกฎหมายรัฐธรรมนูญ มีบทบัญญัติเพื่อคุ้มครองธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม โดยมาตรา ๒๐a บัญญัติว่า “รัฐจะต้องคุ้มครองรากฐานทางธรรมชาติของชีวิตและสัตว์เพื่อคนรุ่นต่อ ๆ ไป ตามกรอบโดยการตรากฎหมายตามกรอบของรัฐธรรมนูญ รวมทั้งฝ่ายบริหารและฝ่ายตุลาการจะต้องคุ้มครองสิ่งดังกล่าวให้สอดคล้องกับกฎหมายและเป็นธรรม” จากบทบัญญัติดังกล่าวส่งผลให้หลักนิติธรรมทางสิ่งแวดล้อมมีหลักสำคัญหลายประการ ได้แก่ หลักการระวังไว้ก่อน (Precautionary Principle หรือ Vorsorgeprinzip) หลักผู้ก่อมลพิษเป็นผู้จ่าย (Polluter Pays Principle หรือ Verursacherprinzip) และหลักความร่วมมือ (Cooperation หรือ Kooperationsprinzip)[๑๒]

ส่วนประเทศฝรั่งเศสนั้น เดิมไม่มีการบัญญัติหลักการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมขั้นพื้นฐานไว้ในรัฐธรรมนูญ หลักกฎหมายสิ่งแวดล้อมจึงมีฐานะเป็นเพียงกฎหมายธรรมดาเท่านั้น โดยมิได้มีสถานะเทียบเท่าสิทธิขั้นพื้นฐานที่สำคัญอื่น ๆ ซึ่งกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ อย่างไรก็ตาม ประเทศฝรั่งเศสมีความพยายามที่จะแก้ไขรัฐธรรมนูญเพื่อให้สิทธิมนุษยชนด้านสิ่งแวดล้อมมีค่าเทียบเท่ากับสิทธิขั้นพื้นฐานอื่น ๆ

[๙] Silke Ruth Laskowski and Cornelia Ziehm, “§ 5 Gewässerschutzrecht,” In Hans–Joachim Koch, (Hrsg.), Umweltrecht, Rn. 13.

[๑๐] กฤษณะ ช่างกล่อม, การจัดตั้งศาลสิ่งแวดล้อมกับปัญหาระบบความยุติธรรม, (กรุงเทพฯ: วิญญูชน, ๒๕๕๖), หน้า ๙๒.

[๑๑] เรียงเดียวกัน, หน้า ๑๐๐.

[๑๒] เรื่องเดียวกัน, หน้า ๘๙.

ในระดับรัฐธรรมนูญ และมีความพยายามที่จะยกระดับหลักการขั้นพื้นฐานของกฎหมายสิ่งแวดล้อมที่ปรากฏอยู่ในกฎบัตรว่าด้วยสิ่งแวดล้อม (la Charte de l'environnement) ให้มีสถานะสูงกว่ากฎหมายทั่วไป ด้วยการเพิ่มเติมอารัมภบทของรัฐธรรมนูญ โดยบัญญัติให้ประชาชนชาวฝรั่งเศสยึดมั่นในสิทธิและหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในกฎบัตรดังกล่าว และนำเอากฎบัตรนี้มาบัญญัติแนบท้ายไว้ในภาคผนวกของรัฐธรรมนูญ[๑๓] โดยกฎบัตรว่าด้วยสิ่งแวดล้อมมีผลใช้บังคับนับตั้งแต่ปี ค.ศ. ๒๐๐๔ ซึ่งบทบัญญัติมาตรา ๕ แห่งกฎบัตรดังกล่าว ได้กำหนดเกี่ยวกับหลักการระวังไว้ก่อน (Le principe de précaution) ไว้โดยมีความสำคัญต่อกฎหมายสิ่งแวดล้อมอย่างมาก กล่าวคือ หลักการนี้เป็นนิติวิธีที่สำคัญที่ศาลจะใช้ตัดสินคดีในประเด็นที่ความเห็นทางวิทยาศาสตร์ยังมีความขัดแย้งและไม่ชัดเจน ทั้งนี้ ในการบริหารความเสี่ยงต่าง ๆ ของฝ่ายปกครองนั้น ฝ่ายปกครองจะต้องผูกพันกับหลักการระวังไว้ก่อน หากฝ่ายปกครองละเลยหลักการนี้ก็จะต้องรับผิดและอาจจะต้องชดใช้ค่าเสียหาย[๑๔]

สำหรับประเทศไทยนั้น แนวคิดรัฐธรรมนูญนิยมปรากฏชัดเจนในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ ซึ่งหลักกฎหมายสิ่งแวดล้อมถูกรับรองนับตั้งแต่นั้นมาในหมวดสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย โดยหลักการระวังไว้ก่อนปรากฏอยู่ในมาตรา ๕๖ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ มาตรา ๕๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ และมาตรา ๕๘ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ โดยรัฐมีหน้าที่ที่จะต้องระมัดระวังในการดำเนินการหรืออนุญาตให้ดำเนินกิจการที่อาจส่งผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติ คุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพ อนามัย และคุณภาพชีวิต เพื่อให้เกิดผลกระทบต่อประชาชน ชุมชน สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพน้อยที่สุด และต้องดำเนินการให้มีการเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายแก่ประชาชนหรือชุมชนที่ได้รับผลกระทบอย่างเป็นธรรมและโดยไม่ชักช้า[๑๕]

๓.๓ หลักการระวังไว้ก่อนในกฎหมายระหว่างประเทศ[๑๖]

ในกฎหมายระหว่างประเทศมีการบัญญัติหลักการระวังไว้ก่อนขึ้นครั้งแรกในข้อ ๑๑ แห่งกฎบัตรโลกเพื่อธรรมชาติ ค.ศ. ๑๙๘๒ หรือ The World Charter for Nature (1982)[๑๗] ต่อมา หลักการนี้ถูกบรรจุไว้ใน

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

---

[๑๓] วรรณภา ติระสังขะ, กฎบัตรว่าด้วยเรื่องสิ่งแวดล้อมของประเทศฝรั่งเศส : หลักการพื้นฐานในกฎหมายสิ่งแวดล้อม (La charta de l'environnement), [ระบบออนไลน์] http://public-law.net, สืบค้นเมื่อ ๗ มีนาคม ๒๕๖๕.

[๑๔] กฤษณะ ช่างกล่อม, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๑๐, หน้า ๑๐๐.

[๑๕] อภิญญา แก้วกำเหนิด, "หลักการพื้นฐานของกฎหมายสิ่งแวดล้อมตามรัฐธรรมนูญ", ในรายงานการศึกษาวิจัย โครงการปรับปรุงและพัฒนาระบบบริหารงานยุติธรรมทางปกครอง : วิเคราะห์กฎหมายที่เกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีปกครองสิ่งแวดล้อมในระบบกฎหมายไทย เรื่อง หลักการพื้นฐานของกฎหมายสิ่งแวดล้อมในระบบกฎหมายไทย, หน้า ๑๐๒ - ๑๒๐.

[๑๖] กอบกุล รายะนาคร, พัฒนาการของหลักกฎหมายสิ่งแวดล้อมและสิทธิชุมชน (เอกสารทางวิชาการ), (เชียงใหม่ : สถาบันวิจัยสังคม มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, ๒๕๔๙) หน้า ๔ - ๖.

[๑๗] กฎบัตรโลกเพื่อธรรมชาติ ค.ศ. ๑๙๘๒

ข้อ ๑๑ กิจกรรมซึ่งอาจมีผลกระทบต่อธรรมชาติจะต้องถูกควบคุม และจะต้องใช้เทคโนโลยีที่ดีที่สุดเท่าที่มีอยู่เพื่อลดความเสี่ยงและผลกระทบรุนแรงต่อธรรมชาติ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง

(a) จะต้องหลีกเลี่ยงกิจกรรมที่จะก่อให้เกิดความเสียหายที่ไม่อาจฟื้นคืนดีได้

ประกาศฉบับต่าง ๆ เช่น ข้อ ๑๕ แห่งคำประกาศกรุงริโอ บทที่ ๓๕ ของแผนปฏิบัติงาน ๒๑ (Chapter 35 of Agenda 21) ตลอดจนในอนุสัญญาฉบับต่าง ๆ เช่น มาตรา ๒ (๒) แห่งอนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองสิ่งแวดล้อมทางทะเลในแอตแลนติกตะวันออกเฉียงเหนือ (Convention for the Protection of Marine Environment of the North-East Atlantic) กำหนดให้ประเทศสมาชิกใช้หลักการระวังไว้ก่อนเพื่อป้องกันผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมหรือระบบนิเวศทางทะเล ตลอดจนความเสียหายต่อสุขภาพมนุษย์ มาตรา ๕ ข้อ ๗ แห่งข้อตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช (Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures) ที่มีการนำแนวความคิดเรื่องหลักการระวังไว้ก่อนมาใช้ โดยอนุญาตให้ประเทศสมาชิกสามารถกำหนดมาตรการขึ้นบังคับใช้เพื่อปกป้องชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ และพืชที่อยู่ในอาณาเขตของประเทศสมาชิก แม้มีหลักฐานทางวิทยาศาสตร์ไม่เพียงพอ[๑๘] ตลอดจนพิธีสารมอนทรีออลว่าด้วยสารที่ทำลายชั้นโอโซน ค.ศ. ๑๙๘๗ อนุสัญญาว่าด้วยลำน้ำข้ามแดน ค.ศ. ๑๙๙๒ อนุสัญญาความหลากหลายทางชีวภาพ ค.ศ. ๑๙๙๒ อนุสัญญาว่าด้วยการคุ้มครองทะเลบอลติก ค.ศ. ๑๙๙๒ และพิธีสารคาร์ตาเฮนาว่าด้วยความปลอดภัยทางชีวภาพ ค.ศ. ๒๐๐๐[๑๙]

สำหรับแนวทางการบริหารจัดการความเสี่ยงตามหลักการระวังไว้ก่อนในกฎหมายระหว่างประเทศนั้น ปรากฏใน ๒ ลักษณะ คือ *ประการแรก* การจัดการในลักษณะที่เคร่งครัด กล่าวคือ ในกรณีที่มีโอกาสเกิดผลที่ไม่พึงประสงค์ก็จะต้องไม่ดำเนินกิจการนั้นโดยเด็ดขาด หากไม่มีหลักฐานที่ชัดเจนว่าสิ่งนั้นจะไม่เกิดอันตราย และ*ประการที่สอง* การจัดการในลักษณะที่ผ่อนปรน กล่าวคือ ในกรณีที่มีโอกาสเกิดผลที่ไม่พึงประสงค์จากการดำเนินกิจการใด หากจะดำเนินกิจการนั้น ก็จะต้องมีวิธีการควบคุมป้องกันเพื่อลดโอกาสเกิดอันตรายที่ไม่แน่นอนดังกล่าว

๓.๔ หลักการระวังไว้ก่อนในกฎหมายเฉพาะ

ในระบบกฎหมายเยอรมัน หลักการระวังไว้ก่อนมีความสำคัญมาก เพราะเป็นหลักพื้นฐานทางนิติวิธีในบททั่วไปของร่างประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อมเยอรมัน (Erstes Buch Umweltgesetzbuch – UGB I : Allgemeine Vorschriften und vorhabenbezogenes Umweltrecht) และหลักการระวังไว้ก่อน

(b) จะต้องมีการตรวจสอบอย่างรอบด้านก่อนการดำเนินกิจกรรมที่น่าจะก่อให้เกิดความเสี่ยงอย่างรุนแรงต่อธรรมชาติ ผู้เสนอโครงการจะต้องแสดงให้เห็นว่า ผลประโยชน์ที่คาดว่าจะได้รับมีมากกว่าความเสียหายที่อาจจะเกิดขึ้น และในกรณีที่ยังไม่มีความเข้าใจอย่างเต็มที่เกี่ยวกับผลกระทบที่อาจเกิดขึ้น จะต้องไม่ดำเนินกิจการนั้น

(c) จะต้องมีการประเมินผลกระทบก่อนดำเนินกิจกรรมซึ่งอาจรบกวนธรรมชาติ จะต้องศึกษาผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมอย่างเพียงพอล่วงหน้าก่อนการดำเนินโครงการพัฒนาใด ๆ และหากจะดำเนินโครงการจะต้องวางแผนและดำเนินโครงการในลักษณะที่ก่อให้เกิดผลกระทบน้อยที่สุด...

โปรดดู กอบกุล รายะนาคร, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๑๖, หน้า ๔ – ๕.

[๑๘] วรวรรณ เชยชิด, “เงื่อนไขของการใช้หลัก Precautionary Principle ภายใต้หลักความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช,” (วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๙), หน้า ๑๒๒ – ๑๒๔.

[๑๙] กอบกุล รายะนาคร, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๑๖, หน้า ๔ - ๖.

ยังถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายฉบับต่าง ๆ เช่น กฎหมายควบคุมมลพิษ (Bundesimmisionschutzgesetz หรือ BImSchG) กฎหมายพลังงานปรมาณู (Atomgesetz หรือ AtG) กฎหมายเทคโนโลยีพันธุกรรม (Gentechnikgesetz หรือ GenTG) กฎหมายประเมินผลกระทบทางสิ่งแวดล้อม (Gesetz über Umweltverträglichkeitsprüfung หรือ UVPG) กฎหมายคุ้มครองสุขภาพของผู้บริโภค (Lebens- und Futtermittelgesetzbuch หรือ LFGB) กฎหมายเคมีภัณฑ์ (Chemikaliengesetz หรือ ChmG) กฎหมายความรับผิดทางสิ่งแวดล้อม (Umwelthaftungsgesetz หรือ UmweltHG) กฎหมายการจัดการคุณภาพน้ำ (Wasserhaushaltsgesetz หรือ WHG) กฎหมายคุ้มครองดิน (Bundesbodenschutzgesetz หรือ BbodSchG) และกฎหมายอนุรักษ์ธรรมชาติ (Bundesnaturschutzgesetz หรือ BNatSchG)[๒๐]

ส่วนประเทศฝรั่งเศสได้มีการกำหนดหลักการระวังไว้ก่อนเอาไว้ในมาตรา L ๑๑๐ - ๑ ข้อ ๒ แห่งประมวลกฎหมายสิ่งแวดล้อม ในฐานะที่เป็นเครื่องมือหรือนิติวิธีทางกฎหมายสิ่งแวดล้อม ซึ่งจะมีผลในการใช้การตีความ และการตัดสินคดีสิ่งแวดล้อมทั้งระบบ[๒๑]

สำหรับประเทศไทยมีการนำหลักการระวังไว้ก่อนมาบัญญัติไว้ในกฎหมายเฉพาะบางฉบับ เช่น พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. ๒๕๓๕ ซึ่งมีบทบัญญัติที่ให้มีการจัดทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม (Environmental Impact Assessment หรือ EIA) พระราชบัญญัติคุ้มครองพันธุ์พืช พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งมีบทบัญญัติคุ้มครองชีวิตและสุขภาพของมนุษย์ สัตว์ และพืช ตลอดจนระบบนิเวศจากการพัฒนาเทคโนโลยีทางการเกษตรที่ความรู้และพยานหลักฐานทางวิทยาศาสตร์เกี่ยวกับผลกระทบจากการตัดแต่งพันธุกรรมยังไม่ชัดเจนเพียงพอ[๒๒] และพระราชบัญญัติส่งเสริมการบริหารจัดการทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง พ.ศ. ๒๕๕๘ ซึ่งมีบทบัญญัติเพื่อการสงวน การอนุรักษ์ และการฟื้นฟูพื้นที่และทรัพยากรธรรมชาติทางทะเลและชายฝั่ง และเพื่อป้องกันปัญหาการกัดเซาะชายฝั่งและป้องกันความเสียหายต่อชีวิตและทรัพย์สินของประชาชน[๒๓]

อนึ่ง การบัญญัติหลักการระวังไว้ก่อนไว้ในกฎหมายเฉพาะจะมีลักษณะเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์ไว้ล่วงหน้าโดยให้มีการขออนุญาต การกำหนดข้อห้าม และการบัญญัติให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองดำเนินการ[๒๔] ซึ่งปัญหาว่า บทบัญญัติใดตราขึ้นตามหลักการระวังไว้ก่อนอาจพิจารณาได้จากหลักเกณฑ์ ๓ ประการ ดังนี้

ประการแรก การพิจารณาจากเจตนารมณ์ของกฎหมายว่า กฎหมายที่จะบังคับแก่กรณีมุ่งคุ้มครองสิ่งใด ซึ่งเจตนารมณ์ในการตรากฎหมายจะปรากฏในหมายเหตุท้ายกฎหมายแต่ละฉบับ โดยบทบัญญัติที่ตราขึ้นตามหลักการระวังไว้ก่อนจะต้องมุ่งป้องกันความเสี่ยงที่จะเกิดความเสียหายต่อทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม หรือสุขอนามัยของประชาชน และความเสียหายเช่นว่านั้นจะยากแก่การแก้ไขเยียวยาในภายหลัง

---

[๒๐] กฤษณะ ช่างกล่อม, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๑๐, หน้า ๙๒ - ๙๓.

[๒๑] เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑๐๐.

[๒๒] กอบกุล รายะนาคร, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๑๖, หน้า ๑๕ - ๑๖.

[๒๓] สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, รายงานการศึกษาวิจัย โครงการปรับปรุงและพัฒนาระบบบริหารงานยุติธรรมทางปกครอง : วิเคราะห์กฎหมายที่เกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีปกครองสิ่งแวดล้อมในระบบกฎหมายไทย เรื่อง หลักการพื้นฐานของกฎหมายสิ่งแวดล้อมในระบบกฎหมายไทย, หน้า ๒๕๑ - ๒๕๕.

[๒๔] เรื่องเดียวกัน, หน้า ๒๕๑ - ๒๕๕.

ประการที่สอง การพิจารณาจากถ้อยคำในบทบัญญัติกฎหมาย ซึ่งถ้อยคำในกฎหมายสิ่งแวดล้อมนั้นมีทั้งถ้อยคำที่รู้กันอยู่ทั่วไป ถ้อยคำที่มีลักษณะทางเทคนิค และในบางกรณีอาจใช้ถ้อยคำทางกฎหมายที่ไม่เฉพาะเจาะจง (unbestimmte Rechtbegriff) โดยในส่วนถ้อยคำที่มีลักษณะทางเทคนิคมักจะมีการให้ความหมายเอาไว้ในบทนิยาม แต่สำหรับถ้อยคำที่ไม่เฉพาะเจาะจงหรือมีลักษณะเปิดซึ่งจะมีความหมายที่ค่อนข้างกว้างและคลุมเครือนั้น ผู้ใช้และตีความกฎหมายจะต้องค้นหาความหมายของถ้อยคำดังกล่าวโดยประเมินจากคุณค่าทางสังคมในขณะนั้นและวัตถุประสงค์ของกฎหมายประกอบกัน ทั้งนี้ การตีความบทบัญญัติกฎหมายจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับรัฐธรรมนูญด้วย สำหรับถ้อยคำของกฎหมายที่แสดงให้เห็นว่าบทบัญญัตินั้น ๆ เป็นบทบัญญัติตามหลักการระวังไว้ก่อน ตัวอย่างเช่น “ความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นอย่างร้ายแรง” “กรณีมีความเสี่ยงว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อทรัพยากรธรรมชาติสิ่งแวดล้อมหรือสุขอนามัยของประชาชน และความเสียหายเช่นว่านั้นจะยากแก่การแก้ไขเยียวยาในภายหลัง” และ “การมีมาตรการในการจำกัดมลพิษ เพื่อมิให้เกิดผลกระทบทางสิ่งแวดล้อมที่สร้างความเสียหาย และระวังมิให้เกิดผลเสียและความเสียหายอย่างมีนัยสำคัญ”

ประการที่สาม การพิจารณาจากมาตรการที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ในกรณีกิจการใดที่ยังไม่มีความแน่นอนทางวิทยาศาสตร์ว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงต่อสิ่งแวดล้อม ตลอดจนสุขภาพอนามัยและอาจแก้ไขเยียวยาได้หรือไม่ ฝ่ายปกครองจะต้องกำหนดหลักเกณฑ์หรือมาตรการที่จำเป็นเพื่อป้องกันหรือบรรเทาความเสียหายดังกล่าว ดังนั้น หากบทบัญญัติใดให้อำนาจแก่ฝ่ายปกครองกำหนดมาตรการเพื่อบรรเทาความเสียหายเอาไว้ล่วงหน้า บทบัญญัตินั้นย่อมมีแนวความคิดของหลักการระวังไว้ก่อน ตัวอย่างเช่น กรณีที่กฎหมายกำหนดให้โครงการหรือกิจกรรมที่อาจมีผลกระทบรุนแรงต่อสิ่งแวดล้อมต้องทำรายงานการประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม (Environmental Impact Assessment หรือ EIA) กรณีที่กฎหมายกำหนดให้มีการประเมินสิ่งแวดล้อมระดับยุทธศาสตร์ (Strategic Environmental Assessment หรือ SEA) หรือกรณีที่กฎหมายกำหนดให้มีการวางผังพัฒนาพื้นที่ที่มีความสำคัญเชิงระบบนิเวศ

๔. หลักการระวังไว้ก่อนในคำวินิจฉัยของศาลปกครอง

๔.๑ คำวินิจฉัยของศาลปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี

ศาลปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้นำหลักการระวังไว้ก่อนมาปรับใช้กับคดีทั้งในฐานะบทบัญญัติที่เป็นลายลักษณ์อักษรและในฐานะหลักกฎหมายทั่วไป ซึ่งในหลาย ๆ คดี ศาลปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีได้กล่าวถึงหลักการระวังไว้ก่อนไว้อย่างชัดแจ้ง เช่น *คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ลงวันที่ ๒๓ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๑๕*[๒๕] ในคดีเกี่ยวกับอาคารโรงเรือนเพาะเลี้ยงไก่โดยผู้ฟ้องคดีได้ยื่นคำร้องขออนุญาตก่อสร้างและประกอบกิจการฟาร์มเพาะเลี้ยงไก่ตามกฎหมาย

[๒๕] คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี BVerwGE, Urteil von ๒๓.๗.๒๐๑๕ – ๗ C ๑๐/๑๓ แปลและเรียบเรียงโดย วรารัตน์ ไคขุนทด, “คำพิพากษาคดีปกครองต่างประเทศ คดีปกครองคลาสสิกของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี : การใช้หลักการระวังไว้ก่อน (Vorsorgegrundsatz) ในการป้องกันจุลินทรีย์จากอาคารโรงเรือนเพาะเลี้ยงสัตว์ปีกที่จะส่งผลกระทบต่อเพื่อนบ้าน (ค.ศ. ๒๐๑๕) ๒๕๕๙,”.

ควบคุมมลพิษ ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีออกคำสั่งอนุญาตโดยมีเงื่อนไขให้ผู้ฟ้องคดีก่อสร้างอาคารโรงเรือนเพาะเลี้ยงไก่ได้ แต่ผู้ฟ้องคดีต้องติดตั้งเครื่องฟอกอากาศและปรับปรุงระบบฟอกอากาศภายในอาคารโรงเรือนเพาะเลี้ยงไก่ ดังกล่าวตามหลักการระวังไว้ก่อน ซึ่งศาลปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีวินิจฉัยว่า มาตรการในการจำกัดมลพิษมาตรการใดมาตรการหนึ่ง แม้จะไม่สอดคล้องกับมาตรการทางเทคนิคเนื่องจากเหตุผลทางเศรษฐศาสตร์ แต่หากในทางปฏิบัติสามารถลดมลพิษได้จริง มาตรการดังกล่าวย่อมถือเป็นมาตรการสำหรับการระวังไว้ก่อนที่เหมาะสมและจำเป็น ดังนั้น ความขัดข้องทางการเงินไม่อาจใช้เป็นข้ออ้างที่จะปฏิเสธไม่รับภาระในการติดตั้งระบบฟอกอากาศ เพราะข้ออ้างเรื่องภาระทางการเงินไม่อาจเทียบได้กับสุขภาพของมนุษย์[๒๖]

คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ลงวันที่ ๑๗ มกราคม ค.ศ. ๒๐๐๗[๒๗]

ในคดีที่สมาคมคุ้มครองสิ่งแวดล้อมโต้แย้งคัดค้านโครงการก่อสร้างทางหลวงแผ่นดินสาย A 143 ที่มีระยะทาง ๑๒ กิโลเมตร เนื่องจากโครงการดังกล่าวส่งผลกระทบอย่างร้ายแรงต่อธรรมชาติและภูมิทัศน์ ซึ่งศาลปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีวินิจฉัยว่า หลักการระวังไว้ก่อนตามนัยของกฎหมายแห่งสหภาพยุโรปไม่ได้ประสงค์ให้ต้องพิสูจน์จนได้ความว่า ความเสี่ยงจากการดำเนินโครงการจะต้องเป็นศูนย์ แต่อย่างน้อยผู้จัดทำโครงการจะต้องแสดงให้เห็นว่า โครงการก่อสร้างจะไม่ก่อให้เกิดความเสียหายอย่างมีนัยยะสำคัญ และเป็นที่น่าสังเกตว่า ไม่เพียงแต่ศาลปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเท่านั้นที่นำหลักการระวังไว้ก่อนมาให้เหตุผลในคำวินิจฉัย แต่ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีเองก็ได้กล่าวถึงหลักการระวังไว้ก่อนอย่างชัดแจ้งเช่นเดียวกัน เช่น *คำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ลงวันที่ ๒๔ พฤศจิกายน ค.ศ. ๒๐๑๐*[๒๘] ในคดีเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎหมายเทคโนโลยีพันธุกรรม โดยศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีรับรองว่า การที่ฝ่ายนิติบัญญัติตรากฎหมายโดยจำกัดสิทธิเสรีภาพบางประการด้วยเหตุที่ความรู้ทางวิชาการเกี่ยวกับผลกระทบของเทคโนโลยีพันธุกรรมในระยะยาวยังไม่ชัดเจนนั้น เป็นไปตามหลักการระวังไว้ก่อนซึ่งปรากฏอยู่ในมาตรา ๒๐a ของกฎหมายพื้นฐานแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี ที่กำหนดให้รัฐต้องคุ้มครองพื้นฐานชีวิตทางธรรมชาติและสัตว์เพื่อคนรุ่นต่อ ๆ ไป จึงชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

๔.๒ คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดไทย

ศาลปกครองสูงสุดมักจะไม่อ้างถึงหลักการระวังไว้ก่อนในคำวินิจฉัยโดยตรง แต่จะปรับบทบัญญัติกฎหมายลายลักษณ์อักษรที่จะใช้แก่กรณีแล้วสอดแทรกหลักการระวังไว้ก่อนในคำวินิจฉัย เช่น *คดีฟ้องเพิกถอนประกาศห้ามทำการประมงปลากระตักโดยใช้แสงไฟล่อ*[๒๙] ซึ่งผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า การออกประกาศดังกล่าวไม่เป็นไปตามมติคณะกรรมการนโยบายประมงแห่งชาติ รวมทั้งเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของผู้ฟ้องคดีเกินความจำเป็น ขัดต่อมาตรา ๒๙ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า เจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. ๒๔๙๐ มุ่งคุ้มครอง

---

[๒๖] วรารัตน์ ไคขุนทด, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๒๕, หน้า ๑ - ๑๒.

[๒๗] คำพิพากษาศาลปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี BVerwGE, Urteil von ๑๙.๐๑.๒๐๐๗ – ๙ A ๒๐.๐๕.

[๒๘] คำพิพากษาศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี BVerfGE ๑๒๘, ๑ (๑๓๘).

[๒๙] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๗/๒๕๕๕.

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเทียนฉายราชการ

สัตว์น้ำซึ่งเป็นทรัพยากรธรรมชาติ โดยจัดระบบการควบคุมการจับสัตว์น้ำเพื่อให้สัตว์น้ำเป็นทรัพยากรที่สามารถใช้ประโยชน์ได้อย่างยั่งยืน ดังนั้น การใช้อำนาจตามมาตรา ๓๒ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวจึงต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์นี้ อย่างไรก็ตาม การใช้อำนาจตามบทบัญญัติข้างต้นมีผลเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพของบุคคล ดังนั้น การที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์จะใช้อำนาจออกประกาศดังกล่าวได้จึงต้องมีเหตุผลอันสมควรและกระทำเท่าที่จำเป็นตามมาตรา ๒๙ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ เมื่อคณะกรรมการนโยบายประมงแห่งชาติมีมติให้กำหนดเขตปลอดทำการประมงปลากะตักปั่นไฟห่างจากฝั่งออกไป ๓ ไมล์ทะเล และโดยสภาพพื้นที่ของจังหวัดกระบี่มีเกาะจำนวนมาก ดังนั้น การที่ประกาศพิพาทกำหนดเขตปลอดทำการประมงปลากะตักปั่นไฟห่างจากฝั่งของเกาะออกไป ๓ ไมล์ทะเล จึงเป็นไปตามกรอบนโยบายของคณะกรรมการดังกล่าวแล้ว ทั้งประกาศพิพาทมิได้ห้ามทำประมงปลากะตักโดยเด็ดขาด แต่ห้ามทำประมงในบางพื้นที่และห้ามเฉพาะวิธีตามประกาศเท่านั้น จึงเป็นการจำกัดสิทธิเสรีภาพที่ไม่เกินความจำเป็น การที่รัฐมนตรีว่าการกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ออกประกาศกระทรวงเกษตรและสหกรณ์ที่พิพาทจึงเป็นการกระทำที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งแม้ในคดีนี้ศาลจะไม่ได้กล่าวถึงหลักการระวังไว้ก่อนโดยตรง แต่เป็นที่เข้าใจได้ว่า ศาลวินิจฉัยตามหลักการดังกล่าว โดยวินิจฉัยว่า เจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติการประมง พ.ศ. ๒๔๙๐ มุ่งคุ้มครองสัตว์น้ำซึ่งเป็นทรัพยากรธรรมชาติโดยจัดระบบการควบคุมการจับสัตว์น้ำเพื่อให้สัตว์น้ำเป็นทรัพยากรที่สามารถใช้ประโยชน์ได้อย่างยั่งยืน ซึ่งการออกประกาศดังกล่าวก็เพื่อป้องกันปัญหาผลกระทบของแสงไฟต่อสัตว์น้ำวัยอ่อนที่อยู่บริเวณชายฝั่งการที่ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยเช่นนี้สอดคล้องกับองค์ความรู้ทางวิชาการที่ยังขาดความชัดเจนเกี่ยวกับพฤติกรรมของสัตว์น้ำที่เข้ามาเล่นแสงไฟ แพลงค์ตอน และคุณภาพน้ำด้านความขุ่นใสและตะกอนแขวนลอยในบริเวณที่มีการปั่นไฟ[๓๐] กรณีจึงถือว่า คดีนี้ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยตามหลักความได้สัดส่วนและหลักการระวังไว้ก่อนประกอบกัน *คดีขนถ่ายถ่านหิน อำเภอบางปะอิน จังหวัดพระนครศรีอยุธยา*[๓๑] คดีนี้นายกเทศมนตรีตำบลบ้านเลนมีคำสั่งไม่อนุญาตให้ผู้ฟ้องคดีประกอบกิจการขนส่งและขนถ่ายสินค้าประเภทถ่านหิน ปูนซีเมนต์ เหล็ก และสินแร่ต่าง ๆ ซึ่งเป็นกิจการที่เป็นอันตรายต่อสุขภาพ โดยศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยในทำนองเดียวกับศาลปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีในคดีเกี่ยวกับอาคารโรงเรือน เพาะเลี้ยงไก่ โดยเห็นว่า การกำหนดเงื่อนไขให้ผู้ฟ้องคดีประกอบกิจการขนถ่ายถ่านหินในระบบปิด เพื่อป้องกันมลพิษและอันตรายที่อาจเกิดแก่ประชาชนผู้อยู่อาศัยในบริเวณใกล้เคียงจนถึงขนาดที่เป็นเหตุให้ต้องเสื่อมหรืออาจเป็นอันตรายต่อสุขภาพ เป็นมาตรการที่จำเป็นเพื่อควบคุมการประกอบกิจการมิให้เกิดผลกระทบ ต่อสิ่งแวดล้อมและป้องกันอันตรายต่อสุขภาพของประชาชนในพื้นที่บริเวณใกล้เคียงกับสถานประกอบการ นอกจากนี้ศาลปกครองสูงสุดได้นำหลักการระวังไว้ก่อนมาวินิจฉัยคดีเกี่ยวกับการสาธารณสุขและอนามัยไว้อย่างน่าสนใจ ใน*คดีการไม่ขึ้นทะเบียนตำรับยาซึ่งเป็นวัคซีนสำหรับผู้ติดเชื้อเอชไอวี*[๓๒] โดยคดีนี้ผู้ฟ้องคดี

[๓๐] วลีรัตน์ มูสิกะสังข์ และสมเกียรติ อินทร์ชู, “การกระจายของความเข้มแสงจากเรืออวนครอบปลากะตักปั่นไฟ,” ในเอกสารการประชุมทางวิชาการของมหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ ครั้งที่ ๓๙ สาขาประมง สาขาอุตสาหกรรม, หน้า ๒๖๖ - ๒๗๓.

[๓๑] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๔๕๐/๒๕๕๗.

[๓๒] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๒๖๓/๒๕๖๑.

ได้ยื่นคำขอขึ้นทะเบียนตำรับยา ประเภทยาแผนปัจจุบัน ชื่อ รีมูน (เอชไอวี – ๑ อิมมูโนเจน) ซึ่งเป็นวัคซีนสำหรับรักษาผู้ติดเชื้อเอชไอวี (เชื้อโรคเอดส์) ต่อสำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา แต่คณะกรรมการยามีมติไม่รับขึ้นทะเบียนตำรับยาดังกล่าว เนื่องจากไม่สามารถเชื่อถือในสรรพคุณของยา เพราะไม่มีหลักฐานเพียงพอที่จะสนับสนุนว่า ยาดังกล่าวมีสรรพคุณในการรักษาโรคเอดส์ได้ ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า เมื่อกรณียังมีข้อสงสัยเกี่ยวกับความน่าเชื่อถือในสรรพคุณของยารีมูน (เอชไอวี - ๑ อิมมูโนเจน) ว่าสามารถชะลอการเป็นเอดส์ตามสรรพคุณที่ให้ไว้หรือไม่ การไม่รับขึ้นทะเบียนตำรับยาจึงเป็นการใช้ดุลพินิจโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว ซึ่งเป็นการวินิจฉัยโดยปรับข้อเท็จจริงเข้ากับหลักการระวังไว้ก่อนในส่วนที่ว่า เมื่อองค์ความรู้ทางวิชาการยังไม่ชัดเจน และผู้ฟ้องคดีไม่อาจพิสูจน์เกี่ยวกับสรรพคุณของยาได้ย่อมเข้าเงื่อนไขที่จะนำหลักการระวังไว้ก่อนมาใช้ในการปฏิเสธการขึ้นทะเบียนยา เพื่อป้องกันภยันตรายที่อาจเกิดแก่สุขภาพอนามัยของประชาชน ทั้งการที่สำนักงานคณะกรรมการอาหารและยา และเลขาธิการคณะกรรมการอาหารและยา โดยคณะอนุกรรมการพิจารณาการขึ้นทะเบียนตำรับยาแผนปัจจุบันสำหรับกรณีที่เป็นยาชีววัตถุใหม่ ได้ขอให้ผู้ฟ้องคดีส่งข้อมูลเพิ่มเติมและเห็นควรมีการศึกษาวิจัยทางคลินิก ระยะที่ ๓ ก็สอดคล้องกับหลักคิดของหลักการระวังไว้ก่อนที่เรียกร้องให้ผู้ที่ประสงค์จะดำเนินกิจการหรือโครงการที่อาจจะก่อให้เกิดอันตรายมีภาระการพิสูจน์ถึงความเสี่ยงดังกล่าว

๕. บทสรุป

หลักการระวังไว้ก่อนเป็นหลักกฎหมายที่มีความสำคัญโดยมีสถานะเป็นหลักกฎหมายทั่วไปทางสิ่งแวดล้อมที่มีการบัญญัติไว้เป็นลายลักษณ์อักษรทั้งในระดับรัฐธรรมนูญและกฎหมายเฉพาะ หลักการนี้มีบทบาทสำคัญในการคุ้มครองป้องกันความเสียหายหรือผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ตลอดจนความเสียหายหรือผลกระทบต่อสุขภาพอนามัยของประชาชนที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตเช่นเดียวกับหลักการป้องกันล่วงหน้า และบทบัญญัติกฎหมายสิ่งแวดล้อมส่วนใหญ่มักจะผสมผสานกันระหว่างทั้งสองหลักการดังกล่าว ด้วยเหตุนี้ในหลาย ๆ กรณีจึงต้องพิจารณาทั้งสองหลักการดังกล่าวประกอบกัน และในกรณีที่มีข้อพิพาทจากการบังคับใช้กฎหมายตามหลักการระวังไว้ก่อน ศาลจะต้องตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง โดยพึงพิจารณาว่า บทบัญญัติที่จะนำมาใช้แก่กรณีพิพาทนั้นมีแนวคิดพื้นฐานของหลักการระวังไว้ก่อนหรือไม่ ซึ่งอาจตรวจสอบจากบริบทกฎหมาย ถ้อยคำของกฎหมาย ตลอดจนมาตรการที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติที่จะใช้บังคับแก่กรณี และในการพิจารณาคดีนั้น ศาลจะต้องพิจารณาจากพยานหลักฐานในสำนวนคดีว่า โครงการหรือกิจการที่จะดำเนินการนั้นมีความเสี่ยงที่จะเกิดอันตรายต่อสาธารณะหรือสิ่งแวดล้อมหรือไม่ หากมีความเสี่ยงแล้ว ศาลก็จะต้องพิจารณาต่อไปว่า ความเสี่ยงนั้นอยู่ในระดับร้ายแรงถึงขนาดที่ฝ่ายปกครองจะต้องกำหนดหลักเกณฑ์หรือมาตรการตามแนวทางของหลักการระวังไว้ก่อนหรือไม่ ซึ่งถ้าพิจารณาแล้วปรากฏว่า กรณีมีความจำเป็นที่จะต้องกำหนดหลักเกณฑ์หรือมาตรการขึ้นแล้ว ศาลก็จะต้องตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎหรือคำสั่งที่ออกโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองว่าเป็นไปตามหลักความได้สัดส่วนหรือไม่ อย่างไรก็ดี ศาลปกครองสูงสุดไทยจะไม่อ้างถึงหลักการระวังไว้ก่อนในคำวินิจฉัย แต่จะปรับบทบัญญัติกฎหมายซึ่งเป็นลายลักษณ์อักษรที่จะใช้แก่กรณีแล้วสอดแทรกหลักการระวังไว้ก่อนในคำวินิจฉัย ดังนั้น การจะทราบว่า ศาลได้นำหลักการระวังไว้ก่อนมาใช้วินิจฉัย

หรือไม่ จึงต้องวิเคราะห์จากการให้เหตุผลในคำพิพากษาฉบับนั้น ๆ ซึ่งหากศาลปกครองสูงสุดไทยจะนำหลักการระวังไว้ก่อนมาปรับใช้แก่คดีด้วยการอ้างถึงโดยตรงเช่นเดียวกับศาลปกครองแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีและศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนีแล้ว ก็จะเป็นการวางหลักกฎหมายเกี่ยวกับหลักการระวังไว้ก่อนไว้ในคำวินิจฉัยอันจะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งในทางวิชาการ นอกจากนี้ แม้ว่าการคุ้มครองป้องกันความเสียหายหรือผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อม ตลอดจนความเสียหายหรือผลกระทบต่อสุขภาพอนามัยของประชาชนจะมีความสำคัญยิ่งก็ตาม แต่การบังคับใช้กฎหมายก็จะต้องคำนึงถึงความก้าวหน้าทางเทคโนโลยีด้วย เพราะหากนำหลักการนี้มาใช้ในลักษณะที่เคร่งครัดเกินไปก็อาจเป็นการปิดกั้นการพัฒนาเทคโนโลยีและนวัตกรรมที่อาจเกิดขึ้นในอนาคตได้ ดังนั้น การบังคับใช้หลักการระวังไว้ก่อนจึงต้องพิจารณาอย่างรอบคอบ โดยอาจใช้ในลักษณะเคร่งครัดและผ่อนปรนประกอบกันตามแต่สถานการณ์ในเรื่องนั้น ๆ

เอกสารอ้างอิง

ภาษาไทย

กฤษณะ ช่างกล่อม. *การจัดตั้งศาลสิ่งแวดล้อมกับปัญหาระบบความยุติธรรม.* กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๕๖.

กอบกุล รายะนาคร. “พัฒนาการของหลักกฎหมายสิ่งแวดล้อมและสิทธิชุมชน.” เอกสารทางวิชาการหมายเลข ๒๕ โครงการการมีส่วนร่วมของประชาชนในการจัดทำร่างแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม. สถาบันวิจัยสังคม มหาวิทยาลัยเชียงใหม่, ๒๕๔๙. [ระบบออนไลน์] แหล่งที่มา http://v-reform.org (๖ มีนาคม ๒๕๖๕).

นิชุดา เศรษฐะทัตต์. “หลักการป้องกันไว้ล่วงหน้าในกฎหมายทะเล ศึกษากรณีประมง,” วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๕๑.

วรพจน์ วิศรุตพิชญ์. *รวมข้อเขียนเกี่ยวกับกฎหมายรัฐธรรมนูญและกฎหมายปกครอง.* กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๖๕.

วรวรรณ เชยชิด. “เงื่อนไขของการใช้หลัก Precautionary Principle ภายใต้หลักความตกลงว่าด้วยการบังคับใช้มาตรการสุขอนามัยและสุขอนามัยพืช,” วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๙.

วรรณภา ติระสังขะ. “กฎบัตรว่าด้วยเรื่องสิ่งแวดล้อมของประเทศฝรั่งเศส : หลักการพื้นฐานในกฎหมายสิ่งแวดล้อม (La charta de l’environnement)” [ระบบออนไลน์] แหล่งที่มา http://public-law.net (๗ มีนาคม ๒๕๖๕).

วรารัตน์ ไคขุนทด. “คำพิพากษาคดีปกครองต่างประเทศ คดีปกครองคลาสสิกของสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี : การใช้หลักการระวังไว้ก่อน (Vorsorgegrundsatz) ในการป้องกันจุลินทรีย์จากอาคารโรงเรือนเพาะเลี้ยงสัตว์ปีกที่จะส่งผลกระทบต่อเพื่อนบ้าน (ค.ศ. ๒๐๑๕) ๒๕๕๙,” [ระบบออนไลน์] แหล่งที่มา ระบบอินทราเน็ตของสำนักวิจัยและวิชาการศาลปกครอง สำนักงานศาลปกครอง (๖ มีนาคม ๒๕๖๕).

_____. “บทวิเคราะห์คดีและคำวินิจฉัยที่สำคัญ เรื่อง การนำหลักการป้องกันล่วงหน้า (Principle of Prevention Action) กับหลักการระวังไว้ก่อน (Precautionary Principle) มาใช้ในการพิจารณาเงื่อนไขในการฟ้องคดีปกครองเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม,” *วารสารวิชาการศาลปกครอง* เมษายน – มิถุนายน ๒๕๖๒ (๑๔๕ - ๑๗๕).

วรเจตน์ ภาคีรัตน์. “การใช้และการตีความกฎหมายมหาชน,” *วารสารจุลนิติ* กรกฎาคม – สิงหาคม ๒๕๕๗ (๕๓ – ๘๔).

วลีรัตน์ มูสิกะสังข์ และสมเกียรติ อินทร์ชู. “การกระจายของความเข้มแสงจากเรืออวนครอบปลากะตักปั่นไฟ,” เอกสารการประชุมทางวิชาการของมหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์ ครั้งที่ ๓๙ สาขาประมง สาขาอุตสาหกรรม ระหว่างวันที่ ๕ - ๗ กุมภาพันธ์ ๒๕๔๔ (๒๖๖ – ๒๗๓) [ระบบออนไลน์] แหล่งที่มา kukrdb.lib.ku.ac.th (๑๕ เมษายน ๒๕๖๕).

สุรพล สินธุนาวา, สมพรชัย ชัยประสิทธิ์ และจักรินทร์ สมมติ. “กฎหมายทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมที่มีผลต่อการจัดการสิ่งแวดล้อมเพื่อพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศไทย,” *วารสารวิชาการ สถาบันอุดมศึกษาเอกชนแห่งประเทศไทย*, ๒๕๖๔ (๑๔๙ - ๑๖๑).

สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง. รายงานการศึกษาวิจัย โครงการปรับปรุงและพัฒนาระบบบริหารงานยุติธรรมทางปกครอง : วิเคราะห์กฎหมายที่เกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีปกครองสิ่งแวดล้อมในระบบกฎหมายไทย เรื่อง หลักการพื้นฐานของกฎหมายสิ่งแวดล้อมในระบบกฎหมายไทย, กรุงเทพมหานคร, ๒๕๖๔.

อุดมศักดิ์ สินธิพงษ์. “การจัดทำกฎหมายเพื่อการบริหารจัดการทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง,” *วารสารวิชาการ มหาวิทยาลัยกรุงเทพ*, ๒๕๕๖ (๘๔ - ๙๗).

อำนาจ วงศ์บัณฑิต. *กฎหมายสิ่งแวดล้อม.* พิมพ์ครั้งที่ ๔. กรุงเทพมหานคร : สำนักพิมพ์วิญญูชน, ๒๕๖๒.

ภาษาต่างประเทศ

Nikolaos Charitopoulos. “Die Grundprinzip des deutschen, europäischen und griechen Umweltrechts : umweltpolitische Hintergründe und Zielsetzungen und ihr Verhältnis zueinander.” Dissertation zur Doktorgrades, Universität Giessen. Germany. 2009.

Wilfried Erbguth and Sabine Schlacke. *Umweltrecht*. Baden-Baden Germany, Nomos Verlagsgesellschaft. 2005.

Andreas Hermann and Silvia Schütte. *Gerechtigkeit im Umweltrecht*, Umweltbundesamtes, Dessau-Roßlau Germany. 2015.

Wolfgang Köck. “Die Entwicklung des Vorsorgeprinzips im Recht – ein Hemmnis für Innovationen zum nachhaltigen Wirtschaften?” In Bernd Hansjürgens and Ralf Nordbeck. *Chemikalienregulierung und Innovationen zum Nachhaltigen Wirtschaften*. Heidelberg Germany. Physica - Verlag HD. 2005.

Hans-Joachim Koch. *Umweltrecht*. München Germany. Verlag Franz Vahlen, 2014.

Reiner Schmidt and Wolfgang Kahl. *Umweltrecht*. München Germany. Verlag C.H. Beck, Auf. 8, 2010.

Peter-Christophe Storm. *Umweltrecht*. München Germany. Verlag C.H. Beck, 2002.

เวปไซต์

http://www.umweltbundesamt.de

การเริ่มต้นนับระยะเวลาการฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัยที่ออกตามมติการวินิจฉัยชี้มูลของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ

มาโนช นามเดช[๑]

โดยทั่วไปแล้ว การฟ้องคดีต่อศาลปกครองนั้น นอกจากคดีพิพาทที่ยื่นฟ้องต้องเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองบัญญัติกำหนดไว้แล้ว ผู้ฟ้องคดียังจะต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขการฟ้องคดีตามที่บัญญัติไว้ในกฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองให้ครบถ้วนด้วย ศาลปกครองจึงจะมีอำนาจรับคดีพิพาทนั้นไว้พิจารณาพิพากษาได้ ซึ่งเงื่อนไขการฟ้องคดีต่อศาลปกครองที่สำคัญประการหนึ่งได้แก่ เงื่อนไขเกี่ยวกับกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีซึ่งจะมีความหลากหลายแตกต่างกันไปตามแต่ละประเภทคดีและตามที่กฎหมายที่เกี่ยวข้องบัญญัติ เช่น การฟ้องคดีเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองให้ยื่นฟ้องภายในห้าปีนับแต่วันรู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีแต่ไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่มีเหตุแห่งการฟ้องคดี[๒] การฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามกฎหมายว่าด้วยควบคุมอาคารให้เสนอคดีต่อศาลภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำวินิจฉัยอุทธรณ์[๓]

สำหรับการฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัยที่ออกตามมติการวินิจฉัยชี้มูลของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ (คณะกรรมการ ป.ป.ช.) นั้น การที่ผู้บังคับบัญชาได้พิจารณามีคำสั่งลงโทษทางวินัยเจ้าหน้าที่ของรัฐภายหลังจากได้รับมติการวินิจฉัยชี้มูลของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติแล้ว หากเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ซึ่งถูกลงโทษไม่เห็นด้วยกับคำสั่งลงโทษและประสงค์จะโต้แย้งขอให้เพิกถอนคำสั่งลงโทษดังกล่าว กรณีเป็นข้อพิพาททางปกครองที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา ๙ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ และกฎหมายกำหนดให้ผู้ที่ถูกลงโทษอาจยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ถูกลงโทษโดยอาจไม่จำต้องยื่นอุทธรณ์ตามกฎหมาย ระเบียบหรือข้อบังคับว่าด้วยการบริหารงานบุคคลของผู้ถูกลงโทษนั้นก่อนยื่นฟ้องคดี[๔] ซึ่งการฟ้องคดีเพื่อขอให้

---

[๑] Docteur en Droit public, Université Paul Cézanne : ตุลาการศาลปกครองนครสวรรค์

[๒] พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๕๑

[๓] พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา ๕๒

[๔] พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๑๐๑

ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัยที่ออกตามมติการวินิจฉัยชี้มูลของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติดังกล่าวมีประเด็นปัญหาทางกฎหมายที่น่าสนใจในหลายส่วนหลายประเด็น แต่ในที่นี้จะมุ่งศึกษาเฉพาะในกรณีประเด็นปัญหาเกี่ยวกับการเริ่มต้นนับระยะเวลาการฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัยที่ออกตามมติการวินิจฉัยชี้มูลของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเท่านั้น โดยการพิจารณาศึกษาในเรื่องดังกล่าวอาจพิจารณาแยกออกเป็น ๔ ส่วน ได้แก่ ส่วนที่หนึ่ง สภาพปัญหา ส่วนที่สอง หลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง ส่วนที่สาม การวิเคราะห์ประเด็นปัญหา ส่วนที่สี่ บทสรุปและข้อเสนอแนะ

๑. สภาพปัญหา

คณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ เป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญ[๕] ที่ได้รับการก่อตั้งนับเนื่องมาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ เป็นต้นมา โดยเป็นการยกฐานะของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตมิชอบในวงราชการ (คณะกรรมการ ป.ป.ป.) โดยมีความมุ่งหวังที่จะให้เป็นองค์กรตรวจสอบการทุจรติที่เข้มแข็ง มีประสิทธิภาพ ทำให้ปัญหาการทุจริตหมดสิ้นไปจากแผ่นดินไทย[๖] โดยมีพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ บัญญัติกำหนดอำนาจหน้าที่และวิธีการดำเนินการในการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐเพื่อป้องกันและปราบปรามการทุจริตในการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐ แต่ต่อมา ได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ ออกมาบังคับใช้แทนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญฉบับเดิม ซึ่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ ได้มีบทบัญญัติที่เปลี่ยนแปลงไปจากพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ เดิมบางประการ

โดยในส่วนของการฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัยที่ออกตามมติการวินิจฉัยชี้มูลของ ป.ป.ช. นั้น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๑๐๑ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า ผู้ซึ่งถูกลงโทษตามมาตรา ๙๘ ที่มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง จะฟ้องคดีต่อศาลปกครองภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ถูกลงโทษโดยไม่ต้องอุทธรณ์ตามกฎหมาย ระเบียบ หรือข้อบังคับว่าด้วยการบริหารงานบุคคลของผู้ถูกลงโทษนั้น หรือจะดำเนินการอุทธรณ์ดุลพินิจในการกำหนดโทษของผู้บังคับบัญชาตามกฎหมาย ระเบียบ หรือข้อบังคับว่าด้วยการบริหารงานบุคคลของผู้ถูกลงโทษนั้นก่อนก็ได้ ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ปรับเปลี่ยนเงื่อนไขในการฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อโต้แย้งคำสั่งลงโทษทางวินัยตามมติชี้มูลความผิดของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติให้แตกต่างไปจากเดิมโดยกำหนดให้เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ซึ่งถูกลงโทษอาจยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้โดยไม่ต้องดำเนินการยื่นอุทธรณ์คำสั่งลงโทษก่อนฟ้องคดีตามที่กำหนดไว้เดิมในมาตรา ๙๖ แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ หรือจะใช้สิทธิยื่นอุทธรณ์

[๕] พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๑๐๑

[๖] คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๖๓/๒๕๔๓ ลงวันที่ ๑๙ ธันวาคม ๒๕๔๓

[๖] สักกพล ภุมินทร์, ปัญหาทางกฎหมายของการตรวจสอบการใช้อำนาจลงโทษทางวินัยตามการชี้มูลของคณะกรรมการ ป.ป.ช. โดยศาลปกครอง, หน้า ๑๒

คำสั่งลงโทษก่อนยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองก็ได้ โดยกำหนดให้เป็นทางเลือกแก่ผู้ซึ่งถูกลงโทษ อย่างไรก็ดี เมื่อนำบทบัญญัติดังกล่าวไปบังคับใช้ได้เกิดปัญหาขึ้นหลายประการเนื่องจากมีความเห็นในทางกฎหมายที่แตกต่างหลากหลายกันในหลายประเด็นซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาในเรื่องของความเป็นธรรมและผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นต่อหลักการคุ้มครองสิทธิของประชาชนโดยองค์กรศาล และสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่งในส่วนของการกำหนดให้การฟ้องคดีต่อศาลปกครองภายในเก้าสิบวันนับแต่ “วันที่ถูกลงโทษ” ซึ่งบทบัญญัติ “วันที่ถูกลงโทษ” อาจมีความเคลือบคลุมที่จะทำให้เกิดความเข้าใจหรือการตีความปรับใช้ในส่วนของการเริ่มต้นนับระยะเวลาการฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัยที่ออกตามมติการวินิจฉัยชี้มูลของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติแตกต่างกันไป ดังนั้น การศึกษาถึงหลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง และทำความเข้าใจกับสภาพปัญหาที่เกิดขึ้นจึงเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อให้การฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งคำสั่งลงโทษทางวินัยตามมติชี้มูลความผิดของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเป็นไปอย่างถูกต้องตามหลักการและบรรลุเจตนารมณ์ของกฎหมายในอันที่จะคุ้มครองสิทธิของบุคคลและประโยชน์สาธารณะได้อย่างมีประสิทธิภาพและไม่ให้เกิดอุปสรรคต่อการใช้สิทธิทางศาลสำหรับคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนจากการใช้อำนาจมหาชนของรัฐ

๒. หลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้อง

ในส่วนนี้จะพิจารณาศึกษาหลักการทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อนำมาใช้เป็นกรอบหลักเกณฑ์ในการศึกษาเกี่ยวกับปัญหาการเริ่มต้นนับระยะเวลาการฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัยตามมติการวินิจฉัยชี้มูลของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ โดยศึกษาหลักการทางกฎหมายที่สำคัญที่เกี่ยวข้อง ๔ หลักการ ได้แก่ ๒.๑ หลักการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรศาล ๒.๒ หลักการเกี่ยวกับสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม ๒.๓ หลักการเกี่ยวกับระยะเวลาการฟ้องคดีเพื่อขอเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง และ ๒.๔ หลักการเกี่ยวกับการมีผลใช้บังคับของนิติกรรมทางปกครอง

๒.๑ หลักการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรศาล

หลักการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรศาลนี้ ถือว่าเป็นหัวใจสำคัญของการคุ้มครองสิทธิตามแนวคิดการปกครองในระบอบเสรีประชาธิปไตย เพราะองค์กรศาลเป็นองค์กรที่จะทำให้สิทธิตามรัฐธรรมนูญมีผลในทางปฏิบัติอย่างแท้จริง หากปราศจากองค์กรศาลแล้วจะมีผลกระทบต่อประสิทธิภาพของการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนเป็นอย่างมาก หลักการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรศาลมีสถานะเป็นหลักการพื้นฐานสำคัญของหลักนิติรัฐที่มีวัตถุประสงค์มุ่งคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของบุคคล ในกรณีที่บุคคลถูกละเมิดจากการใช้อำนาจมหาชน บุคคลนั้นย่อมมีสิทธินำคดีไปสู่ศาลได้ ดังนั้น ในกรณีที่มีความขัดแย้งเกิดขึ้นระหว่างหลักการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรศาลนี้กับหลักการอื่น ๆ หลักการคุ้มครองสิทธิโดยองค์กรศาลย่อมเป็นสิทธิเด็ดขาด ผู้เกี่ยวข้องจะต้องตีความให้บุคคลสามารถเข้าถึงองค์กรศาลเพื่อให้ปกป้องคุ้มครองสิทธิของตนได้

๒.๒ หลักการเกี่ยวกับสิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม (Access to Justice)

ในสังคมเสรีประชาธิปไตยนั้น ประชาชนทุกคนมีสิทธิในการได้รับความยุติธรรมทางสังคม (Social

Justice) อย่างเท่าเทียมกัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งความยุติธรรมในกระบวนการยุติธรรมของรัฐ (Criminal Justice System) โดยรัฐมีบทบาทหน้าที่สำคัญในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพตามกฎหมาย (Legal Right) ของประชาชนให้มีประสิทธิภาพ ดังคำกล่าวที่ว่า “สิทธิของประชาชนจะปราศจากความหมายหากขาดไร้ซึ่งกลไกในการเข้าถึงความยุติธรรม” (The Public Rights is Meaningless Without Mechanism for Access to Justice)[๗]

แนวความคิดในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมนั้นเกิดขึ้นในช่วงปลายคริสต์ศตวรรษที่ ๑๙ ซึ่งเริ่มมีการเปลี่ยนแปลงทางสังคมและมีการพัฒนาทางกฎหมายที่สำคัญ โดยเริ่มมีแนวคิดเรื่องรัฐสวัสดิการ ซึ่งมองรัฐมีภาระในการดูแลสวัสดิการของประชาชน รัฐมีหน้าที่ทำให้ศาลเป็นองค์กรที่ประชาชนสามารถเข้าถึงได้อย่างแท้จริง โดยรัฐจะต้องดำเนินการให้ประชาชนทุกคนมีสิทธิในการเข้าถึงความยุติธรรมได้อย่างรวดเร็ว มีประสิทธิภาพ และประหยัดค่าใช้จ่าย กล่าวคือ สิทธิในการเข้าถึงความยุติธรรม (Access to Justice) ที่รวดเร็ว มีประสิทธิภาพ และประหยัดค่าใช้จ่าย เปรียบเสมือนเป็นเสาหลักของกระบวนการยุติธรรม[๘] โดยเฉพาะองค์กรศาล ซึ่งเป็นองค์กรที่อำนวยความยุติธรรมให้แก่ประชาชน ดังนั้น ศาลจึงต้องเป็นองค์กรที่ประชาชนสามารถเข้าถึงได้อย่างแท้จริง

สิทธิของบุคคลในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม ถือเป็นสิทธิที่สำคัญประการหนึ่งของประชาชน และได้รับการยอมรับโดยทั่วไปว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานของประชาชน ทั้งนี้ โดยปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) ของสหประชาชาติ ลงวันที่ ๑๐ ธันวาคม ค.ศ. ๑๙๔๘ ข้อ ๘ ได้กำหนดว่า “บุคคลมีสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาอย่างได้ผลโดยศาลของประเทศตนที่มีเขตอำนาจในกรณีที่มีการกระทำอันเป็นการฝ่าฝืนสิทธิขั้นพื้นฐานที่ได้กำหนดโดยรัฐธรรมนูญหรือโดยกฎหมาย” และข้อ ๑๐ กำหนดว่า “บุคคลย่อมมีสิทธิและความเสมอภาคอย่างบริบูรณ์ในอันที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมและโดยเปิดเผยจากศาลที่เป็นอิสระและไม่ลำเอียง” นอกจากนี้ ในกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights) ลงวันที่ ๑๙ ธันวาคม ค.ศ.๑๙๖๖ ก็ได้กำหนดหลักการดังกล่าวไว้เช่นกัน[๙]

โดยทั่วไป การเข้าถึงความยุติธรรมถือเป็นสิทธิตามรัฐธรรมนูญ (Constitutional Right) ของพลเมือง กล่าวคือ ในรัฐธรรมนูญจะต้องมีบทบัญญัติซึ่งระบุการให้สิทธิและเสรีภาพแก่ประชาชนในการเข้าถึงความยุติธรรมได้สะดวก รวดเร็ว ง่ายและประหยัด ในขณะเดียวกันในแนวนโยบายแห่งรัฐ (State Policy) ต่างๆ ก็มีความจำเป็นจะต้องกำหนดให้รัฐต้องดำเนินมาตรการต่างๆ ในอันที่จะเป็นหลักประกันให้แก่ประชาชนว่ารัฐมีหน้าที่ต้องจัดการเข้าถึงความยุติธรรมให้แก่ประชาชนได้อย่างเป็นกระบวนการที่ต่อเนื่อง สำหรับประเทศไทยนั้น รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยได้บัญญัติถึงหลักการเข้าถึงความยุติธรรมของประชาชนไว้อย่างชัดเจน โดยในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับพุทธศักราช ๒๕๕๐

[๗] ชลธิชา เกียรติสุข, การเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของประชาชนในการดำเนินคดีทางศาล : ศึกษากรณีการให้ความช่วยเหลือทางด้านทนายความในคดีแพ่งโดยรัฐ, นิติศาสตร์มหาบัณฑิต, มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, ๒๕๕๔, หน้า ๑๒

[๘] วรรณชัย บุญบำรุง และสิริพันธ์ พลรบ, หลักกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งสากล : ความพยายามในการที่จะทำให้มีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งที่เป็นกฎหมายแม่แบบ, ดุลพาห ๕๒, ๒, หน้า ๑๗๘ (พ.ค.-ส.ค. ๒๕๔๘)

[๙] วรรณชัย บุญบำรุง, ธนกฤต วรธนัชชากุล และสิริพันธ์ พลรบ, หลักและทฤษฎีกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เล่ม ๑, พิมพ์ครั้งที่ ๒ (กรุงเทพมหานคร : วิญญูชน, ๒๕๔๙), น.๒๕๕-๒๕๖

หมวดที่ ๓ สิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย ส่วนที่ ๒ ความเสมอภาค มาตรา ๓๐ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า "บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมายและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน" ส่วนที่ ๔ สิทธิในกระบวนการยุติธรรม มาตรา ๔๐ (๑) บัญญัติว่า "บุคคลย่อมมีสิทธิเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยง่าย สะดวก รวดเร็ว และทั่วถึง" และต่อมาในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับพุทธศักราช ๒๕๖๐ ก็ได้บัญญัติถึงหลักการเข้าถึงความยุติธรรมไว้ด้วยเช่นกัน โดยได้บัญญัติรับรองถึงความเสมอภาคในกฎหมายของประชาชนไว้เช่นเดิมในหมวด ๓ สิทธิและเสรีภาพของปวงชนชาวไทย มาตรา ๒๗ ซึ่งบัญญัติว่า "บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายเท่าเทียมกัน" แต่ในส่วนของการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับพุทธศักราช ๒๕๖๐ ได้บัญญัติเปลี่ยนแปลงให้แตกต่างไปจากบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ฉบับพุทธศักราช ๒๕๕๐ ในลักษณะกำหนดให้เป็นหน้าที่ของรัฐแทนที่การกำหนดให้เป็นสิทธิของประชาชน โดยบัญญัติไว้ในหมวด ๖ แนวนโยบายแห่งรัฐ มาตรา ๖๘ วรรคหนึ่ง ว่า "รัฐพึงจัดระบบการบริหารงานในกระบวนการยุติธรรมทุกด้านให้มีประสิทธิภาพเป็นธรรม และไม่เลือกปฏิบัติ และให้ประชาชนเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมได้โดยสะดวก รวดเร็ว และไม่เสียค่าใช้จ่ายสูงเกินสมควร"

๒.๓ หลักการเกี่ยวกับระยะเวลาการฟ้องคดีเพื่อขอเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง

โดยทั่วไปแล้ว หลักเกณฑ์ทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองนั้น จะวางอยู่บนหลักการทางกฎหมายที่สำคัญสองประการที่ขัดแย้งกันอยู่ กล่าวคือ หลักการว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมาย (Le principe de légalité) ของนิติกรรมทางปกครอง และหลักการว่าด้วยความมั่นคงแห่งนิติฐานะ (Le principe de sécurité juridique) โดยหลักการว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองนั้นเป็นหลักการที่มีเนื้อหาสาระสำคัญอยู่ที่ว่า นิติกรรมทางปกครองควรจะต้องสามารถได้รับการตรวจสอบและถูกยกเลิกเพิกถอนได้เมื่อนิติกรรมทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งหากถือตามหลักการว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายนี้อย่างเคร่งครัด นิติกรรมทางปกครองใดที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายก็จำต้องและสามารถได้รับการยกเลิกเพิกถอนได้ในทุกกรณี ส่วนหลักการว่าด้วยความมั่นคงแห่งนิติฐานะ เป็นหลักการทางกฎหมายที่มีจุดมุ่งหมายเพื่อป้องกันประชาชนต่อผลข้างเคียงในด้านลบที่อาจเกิดมีขึ้นของนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับใช้ โดยเฉพาะในเรื่องของการเปลี่ยนแปลงหรือการยกเลิกเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่บ่อยครั้งและง่ายเกินไป ทั้งนี้ ก็เพื่อเป็นการป้องกันสิทธิของบุคคลที่ได้รับไปแล้วตามนิติกรรมทางปกครองที่ออกมาใช้บังคับ และทำให้นิติกรรมทางปกครองที่ออกมาใช้บังคับแล้วมีความน่าเชื่อถือ จุดสมดุลระหว่างหลักการทั้งสองประการดังกล่าวนั้น จะเห็นได้จากหลักเกณฑ์ว่าด้วยกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีอันก่อให้เกิดข้อจำกัดที่ว่าการฟ้องคดีเพื่อยกเลิกเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองจำเป็นต้องจำกัดอยู่ในช่วงระยะเวลาใดเวลาหนึ่งเท่านั้น หากพ้นกำหนดระยะเวลาดังกล่าว ศาลก็ไม่อาจรับคำฟ้องไว้พิจารณาได้ ในส่วนของประเทศฝรั่งเศส การยื่นฟ้องคดีเพื่อขอให้ยกเลิกเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองต้องดำเนินการภายในสองเดือนนับแต่วันประกาศหรือแจ้งนิติกรรมทางปกครองนั้น[๑๐] ส่วนประเทศไทย การยื่นฟ้องคดีเพื่อขอให้ยกเลิกเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองต้องดำเนินการภายใน ๙๐ วัน นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น[๑๑]

[๑๐] Code de justice administrative Article R421-1

[๑๑] พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๔๙

๒.๔ หลักการเกี่ยวกับการมีผลใช้บังคับของนิติกรรมทางปกครอง

โดยทั่วไปแล้ว การศึกษาถึงการมีผลใช้บังคับของนิติกรรมทางปกครองจะเป็นการพิจารณาถึงปัญหาเกี่ยวกับจุดเริ่มต้นของเวลาที่นิติกรรมทางปกครองจะมีผลใช้บังคับ ซึ่งในทางตำราของไทยการศึกษาถึงเรื่องดังกล่าวในลักษณะเฉพาะและโดยละเอียดยังมีไม่มากนัก แตกต่างจากของต่างประเทศ โดยเฉพาะฝรั่งเศสที่การศึกษาเรื่องนี้ในลักษณะเฉพาะและค่อนข้างละเอียดชัดเจนมีอยู่จำนวนไม่น้อย แต่อย่างไรก็ดี การศึกษาของประเทศฝรั่งเศสดังกล่าวก็ยังมีความเห็นที่แตกต่างหลากหลายอยู่บ้าง ในที่นี้จะพิจารณาศึกษาเฉพาะกรณีทั่วไปโดยสรุปเท่านั้น ซึ่งแยกการพิจารณาออกเป็น ๒ หัวข้อใหญ่ คือ ๒.๔.๑ แนวคิดว่าด้วย “การมีผลใช้บังคับ” ของนิติกรรมทางปกครอง ๒.๔.๒ รูปแบบการดำเนินการเพื่อให้นิติกรรมทางปกครองมีผลใช้บังคับ

๒.๔.๑ แนวคิดว่าด้วย “การมีผลใช้บังคับ” ของนิติกรรมทางปกครอง

ในทางตำราและตามบทบัญญัติของกฎหมายไทย การมีผลบังคับใช้ของนิติกรรมทางปกครองนี้ได้ยึดหลักการได้รับแจ้ง กล่าวคือ นิติกรรมทางปกครองมีผลใช้บังคับเมื่อบุคคลที่ระบุไว้ในคำสั่งได้รับแจ้งคำสั่งหรือนิติกรรมทางปกครองนั้น[๑๒] ไม่ว่าผู้นั้นจะรู้เนื้อหาของคำสั่งหรือไม่ก็ตาม[๑๓] และมาตรา ๔๒ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ บัญญัติว่า “คำสั่งทางปกครองให้มีผลใช้ยันต่อบุคคลตั้งแต่ขณะที่ผู้นั้นได้รับแจ้งเป็นต้นไป” แต่ในทางตำราของฝรั่งเศส แนวคิดว่าด้วยการมีผลใช้บังคับของนิติกรรมทางปกครอง ยังมีความเห็นที่ไม่ชัดเจน แตกต่างกันในรายละเอียดอยู่บ้าง[๑๔] ในส่วนนี้จะศึกษาแนวคิดว่าด้วย “การมีผลใช้บังคับ” ของนิติกรรมทางปกครองโดยการแบ่งช่วงเวลาที่นิติกรรมทางปกครองจะมีผลใช้บังคับออกเป็น ๔ ช่วง (๒.๔.๑.๑) โดยจะแยกกล่าวถึงช่วงเวลาทั้งสี่ของการที่นิติกรรมทางปกครองจะมีผลใช้บังคับในแต่ละช่วงเวลา พร้อมกับพิจารณาถึงความเกี่ยวข้องสัมพันธ์กันของช่วงเวลาทั้งสี่ดังกล่าว (๒.๔.๑.๒)

๒.๔.๑.๑ ช่วงเวลาทั้งสี่ของการที่นิติกรรมทางปกครองจะมีผลใช้บังคับ

การมีผลใช้บังคับของนิติกรรมทางปกครองนั้น หากพิจารณาตามช่วงเวลาที่เกี่ยวข้องอาจแบ่งได้เป็น ๔ ช่วงเวลาที่แยกต่างหากจากกัน ได้แก่ (๑) ช่วงเวลาการเกิดขึ้นของนิติกรรมทางปกครอง (๒) ช่วงเวลาการเริ่มเข้าสู่การมีผลใช้บังคับของนิติกรรมทางปกครอง (L’entrée en vigueur) (๓) ช่วงเวลาการมีผลทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง และ (๔) ช่วงเวลาที่สามารถดำเนินการบังคับได้ตามนิติกรรมทางปกครอง

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

(๑) ช่วงเวลาการเกิดขึ้นของนิติกรรมทางปกครอง

ช่วงเวลาการเกิดขึ้นของนิติกรรมทางปกครอง หมายถึง ช่วงเวลาที่นิติกรรมทางปกครองนั้นได้ถูกจัดทำขึ้น หรือช่วงเวลาที่เกิดขึ้นของการแสดงออกอย่างชัดแจ้งแห่งเจตนา

---

[๑๒] กมลชัย รัตนสกาววงศ์, กฎหมายปกครอง, กรุงเทพฯ, วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ ๗, ๒๕๕๑, หน้า ๔๓

[๑๓] ชาญชัย แสวงศักดิ์, คำอธิบายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, กรุงเทพฯ, วิญญูชน, พิมพ์ครั้งที่ ๕, ๒๕๔๘, หน้า ๑๙๓

[๑๔] F.B. BENOIT, Encyclopédie collectivisées locales, Dalloz, ๙ Volumes ; René CHAPUS, Droit administratif général ; Tome 1, 15e édition, Paris, Montchrestien, 2001, p.1141-1151 ; Georges VEDEL et Pierre DELVOLVE, Droit administratif, Tome 2, 12e édition, Paris, PUF, 1992, p.252-254 ; Bertrand SEILLER, Droit administratif, 2. L’action administrative, Paris, Flammarion, 2001, p.150-159

ของเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจ เพื่อตัดสินใจหรือออกคำสั่งที่มีลักษณะครบถ้วนเด็ดขาด ซึ่งบ่อยครั้งที่เจตนานี้จะถูกแสดงออกอย่างแจ้งชัดตามรูปแบบ เช่น โดยการลงมติในกรณีของคำสั่งทางปกครองของคณะกรรมการ หรือโดยการลงนามเป็นลายลักษณ์อักษรในเอกสารของนิติกรรมทางปกครอง เว้นแต่นิติกรรมทางปกครองนั้นจะสามารถกระทำได้โดยทางวาจา ซึ่งนับแต่ช่วงเวลาแรกนี้เป็นต้นไป นิติกรรมทางปกครองได้ปรากฏมีขึ้นและคงอยู่เป็นรูปธรรมแล้ว แต่การมีผลบังคับใช้ในทางกฎหมายยังคงต้องพิจารณาเงื่อนไขอื่นๆ ประกอบด้วย เช่น โดยปกติ เมื่อนายกเทศมนตรีได้ลงนามในคำสั่งใดๆ แล้ว เป็นที่แน่ชัดว่าคำสั่งนั้นได้เกิดขึ้นเป็นรูปธรรมแล้ว แต่เรายังไม่อาจสรุปได้ว่าคำสั่งนั้นมีผลใช้บังคับแล้วหรือไม่ เพราะการที่คำสั่งนั้นจะมีผลใช้บังคับ ยังคงต้องพิจารณาปัจจัยอื่นประกอบอีก

(๒) ช่วงเวลาการเริ่มเข้าสู่การมีผลใช้บังคับของนิติกรรมทางปกครอง

ช่วงเวลาที่สองนี้คือ ช่วงเวลาการเริ่มเข้าสู่การมีผลใช้บังคับ ซึ่งหมายความถึงช่วงเวลาที่เริ่มนับว่านิติกรรมทางปกครองที่เกิดขึ้นเป็นรูปธรรมแล้วจะสามารถก่อให้เกิดผลทางกฎหมายได้ โดยมีเงื่อนไขที่สำคัญ ๒ ประการ คือ (๒.๑) นิติกรรมทางปกครองต้องมีคุณลักษณะหรือมีคุณค่าทางกฎหมาย และ (๒.๒) นิติกรรมทางปกครองสามารถถูกโต้แย้งคัดค้านได้จากบุคคลที่เกี่ยวข้อง

(๒.๑) นิติกรรมทางปกครองต้องมีคุณลักษณะหรือมีคุณค่าทางกฎหมาย

เพื่อที่จะเริ่มเข้าสู่การมีผลใช้บังคับ นิติกรรมทางปกครองไม่อาจที่จะปรากฏอยู่เพียงเฉพาะในทางรูปธรรมเท่านั้น แต่จะต้องเกิดขึ้นและคงมีอยู่ในทางกฎหมายอีกด้วย ซึ่งหมายความว่า นิติกรรมทางปกครองที่เกิดขึ้นจะต้องประกอบด้วยคุณลักษณะทางกฎหมายด้วยจึงจะสามารถก่อให้เกิดผลทางกฎหมายได้ เช่น นิติกรรมทางปกครองจะต้องกระทำโดยบุคคลผู้มีอำนาจ มิเช่นนั้นแม้ว่านิติกรรมทางปกครองได้เกิดขึ้นและคงอยู่เป็นรูปธรรม ก็ไม่อาจจะมีคุณลักษณะหรือมีคุณค่าทางกฎหมายได้ ซึ่งในทางกฎหมายถือว่านิติกรรมทางปกครองที่กระทำโดยบุคคลผู้ไม่มีอำนาจเป็นนิติกรรมทางปกครองที่ไม่มีอยู่ (L'inexistant)[๑๕]

โดยปกตินิติกรรมทางปกครองสามารถมีคุณลักษณะหรือมีคุณค่าทางกฎหมายได้ทันทีที่เกิดขึ้นเป็นรูปธรรม อย่างไรก็ดี ความเป็นไปได้ที่จะเกิดขึ้นพร้อมกันระหว่างการเกิดขึ้นเป็นรูปธรรมของนิติกรรมทางปกครองกับการมีคุณลักษณะหรือมีคุณค่าทางกฎหมายนั้น ไม่ใช่กฎเกณฑ์ที่มีลักษณะเด็ดขาดแต่อย่างใด เพราะในการออกนิติกรรมทางปกครองอาจมีการกำหนดเงื่อนไขหรือเงื่อนเวลาเพื่อให้นิติกรรมทางปกครองมีคุณลักษณะหรือมีคุณค่าทางกฎหมายได้ หรืออาจจะเป็นกรณีที่ผู้มีอำนาจออกนิติกรรมทางปกครองโดยอาศัยอำนาจหรือโดยผลของนิติกรรมทางปกครองอีกอันหนึ่งและถ้าปรากฏว่านิติกรรมทางปกครองซึ่งเกิดขึ้นก่อนนั้นยังไม่มีผลบังคับใช้ นิติกรรมทางปกครองที่ออกโดยอาศัยอำนาจหรือโดยผลต่อมาของนิติกรรมทางปกครองนั้นแม้ว่าจะเกิดขึ้นและคงอยู่เป็นรูปธรรมแล้วก็ตาม ก็จะไม่สามารถมีคุณลักษณะหรือมีคุณค่าทางกฎหมายหรือไม่สามารถเริ่มเข้าสู่การมีผลบังคับได้ อย่างไรก็ดี ไม่ได้หมายความว่านิติกรรมทางปกครองซึ่งเกิดขึ้นภายหลังนี้ไม่อาจใช้ได้ หรือไม่ชอบด้วยกฎหมายแต่อย่างใด เพียงแต่นิติกรรมทางปกครองซึ่งเกิดขึ้นภายหลังนี้จะสามารถมีคุณลักษณะหรือมีคุณค่าทางกฎหมายหรือสามารถ

[๑๕] ดูรายละเอียดเพิ่มเติมใน ยงยุทธ อนุกูล, ดาราพร นพเก้า, นิติกรรมทางปกครองที่ไม่มีอยู่เลย (Actes administratifs inexistence), ใน วารสารวิชาการศาลปกครอง, ปีที่ ๖ ฉบับที่ ๑ (มกราคม – เมษายน ๒๕๔๙), หน้า ๑๓๐ – ๑๓๘

เริ่มเข้าสู่การมีผลใช้บังคับได้ก็ต่อเมื่อนิติกรรมทางปกครองซึ่งเกิดขึ้นก่อนมีผลใช้บังคับแล้วเท่านั้น เช่น คำสั่งแต่งตั้งบุคคลโดยอาศัยอำนาจของรัฐกฤษฎีกาที่ยังไม่ประกาศใช้ ยังไม่เป็นผลให้คำสั่งแต่งตั้งบุคคลนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย การคงอยู่ทางกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งบุคคลนี้ได้รับการรับรอง[๑๖] คำสั่งแต่งตั้งและกำหนดจำนวนสมาชิกของคณะกรรมการด้านวินัย ซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจของรัฐกฤษฎีกาที่ยังไม่ประกาศใช้ จะสามารถมีคุณลักษณะหรือมีคุณค่าทางกฎหมาย และสามารถมีผลใช้บังคับได้ทันทีที่รัฐกฤษฎีกานั้นประกาศใช้[๑๗] คำสั่งซึ่งออกโดยอาศัยอำนาจของรัฐกำหนดที่ยังไม่ประกาศใช้ รัฐกำหนดดังกล่าวไม่สามารถมีผลต่อการใช้ได้หรือไม่ของคำสั่งเหล่านี้ แต่จะมีผลเพียงเฉพาะว่าคำสั่งต่างๆ เหล่านี้จะเริ่มเข้าสู่การมีผลใช้บังคับต่อเมื่อรัฐกำหนดนี้มีผลใช้บังคับแล้วเท่านั้น[๑๘]

(๒.๒) นิติกรรมทางปกครองสามารถถูกโต้แย้งคัดค้านได้จากบุคคลที่เกี่ยวข้อง

เงื่อนไขประการที่สองที่จะทำให้นิติกรรมทางปกครองเริ่มเข้าสู่การมีผลใช้บังคับ ได้แก่ การที่นิติกรรมทางปกครองต้องสามารถถูกโต้แย้งคัดค้านได้ กล่าวคือ บุคคลที่เกี่ยวข้องกับนิติกรรมทางปกครองจะต้องสามารถรับรู้และกล่าวอ้างความมีอยู่และผลของนิติกรรมทางปกครองนั้นได้

ความสามารถในการโต้แย้งคัดค้านได้นี้ ส่วนใหญ่โดยปกติแล้วก็จะเกี่ยวข้องกับการประกาศแจ้งให้ทราบถึงความมีอยู่ของนิติกรรมทางปกครองแก่ผู้ที่เกี่ยวข้อง ซึ่งการแจ้งนี้มีหลายวิธีการ โดยสามารถแยกพิจารณาได้ ๒ กรณี คือ การประกาศแจ้งที่ใช้กับนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไป และการประกาศแจ้งที่ใช้กับนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการเฉพาะราย

โดยกรณีของนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปนั้น เนื่องจากบุคคลที่เกี่ยวข้องมีลักษณะเป็นการทั่วไป ไม่เฉพาะเจาะจง และมักจะมีจำนวนค่อนข้างมาก การแจ้งให้ทราบจึงต้องกระทำโดยการประกาศซึ่งอาจจะเป็นการปิดประกาศ ณ ที่แห่งใดแห่งหนึ่ง หรือลงประกาศในหนังสือของทางราชการหรือหนังสือพิมพ์

ส่วนกรณีของนิติกรรมทางปกครองที่มีผลเป็นการเฉพาะรายนั้น เพื่อให้นิติกรรมทางปกครองสามารถถูกโต้แย้งคัดค้านได้ โดยทั่วไปแล้ว การแจ้งให้บุคคลที่เกี่ยวข้องทราบให้กระทำโดยการแจ้งเป็นรายบุคคล อย่างไรก็ดี ในกรณีของนิติกรรมทางปกครองที่มีผลเป็นการเฉพาะรายและเป็นการให้สิทธิแก่คู่กรณีนั้น สภาแห่งรัฐได้เคยวินิจฉัยไว้ว่า สามารถเริ่มเข้าสู่การมีผลใช้บังคับและสามารถบังคับใช้ได้ทันทีที่ได้มีการลงนามจากผู้มีอำนาจแล้ว แม้ว่าจะยังไม่มีการประกาศแจ้งให้คู่กรณีทราบเลยก็ตาม[๑๙] ซึ่งต้องนับว่าเป็นคำวินิจฉัยที่น่าสนใจเนื่องจากมีลักษณะเป็นการคุ้มครองสิทธิของประชาชนเป็นอย่างมาก อย่างไรก็ตาม สภาแห่งรัฐได้วินิจฉัยว่า นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ก่อให้เกิดสิทธิหรือที่มีผลร้ายแก่คู่กรณีจะเริ่มเข้าสู่การมีผลใช้บังคับและสามารถบังคับใช้ได้ต่อเมื่อได้มีการแจ้งให้แก่คู่กรณีทราบแล้วเท่านั้น[๒๐]

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียนอายุราชการ

---

[๑๖] CE, 27 juin 1913m Cornus : Rec. Lebon, p.765

[๑๗] CE, 24 msi 1935, De Noblet d'Anglue : Rec. Lebon, p.595

[๑๘] CE, 27 janvier 1961, Daunizeau : Rec. Lebon, p.57

[๑๙] CE, 19 decembre 1952, Dlle Mattei, p.594, S.1953,3, p.38

[๒๐] CE, 28 novembre 1952, Dme Lefranc, p.534

(๓) ช่วงเวลาของการมีผลทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง

ช่วงเวลาการมีผลทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองนั้น จะเกิดขึ้นในวันเวลาใดวันเวลาหนึ่งซึ่งเราสามารถระบุไว้ในข้อกำหนดของนิติกรรมทางปกครองนั้นๆ ได้ โดยช่วงเวลาการมีผลทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองนี้สามารถแยกได้อย่างชัดเจนจากช่วงเวลาที่เริ่มเข้าสู่การมีผลใช้บังคับ แต่เราสามารถที่จะกำหนดให้ช่วงเวลาของการมีผลทางกฎหมายเป็นกำหนดเดียวกันกับช่วงเวลาที่เริ่มเข้าสู่การมีผลใช้บังคับก็ได้ แต่ช่วงเวลาทั้งสองไม่จำเป็นที่จะต้องเกี่ยวพันกันแต่อย่างใด โดยทั้งสองช่วงเวลาจะมีเพียงความเกี่ยวเนื่องที่เป็นอิสระต่อกันอยู่เท่านั้น เช่น องค์การบริหารส่วนตำบลจะออกข้อบังคับองค์การบริหารส่วนตำบลโดยกำหนดให้ข้อบังคับนั้นมีผลทางกฎหมายตั้งแต่วันที่ประกาศเป็นต้นไป ซึ่งกรณีนี้วันที่เริ่มเข้าสู่การมีผลใช้บังคับจะเป็นวันเดียวกับวันที่มีผลทางกฎหมาย กล่าวคือ วันที่ข้อบังคับนั้นได้ประกาศใช้

โดยปกติแล้ว ช่วงเวลาของการมีผลทางกฎหมายมักจะถูกกำหนดให้เป็นวันเวลาหลังจากช่วงเวลาที่เริ่มเข้าสู่การมีผลใช้บังคับ เช่น องค์การบริหารส่วนตำบลกำหนดให้ข้อบังคับองค์การบริหารส่วนตำบลมีผลทางกฎหมายหลังจากที่ได้ดำเนินการประกาศใช้ไปแล้วเป็นเวลา ๑๕ วัน เป็นต้น และในบางกรณีอาจจะกำหนดให้มีผลทางกฎหมายก่อนช่วงเวลาที่เริ่มเข้าสู่การมีผลใช้บังคับก็ได้ หรือแม้กระทั่งอาจจะกำหนดให้มีผลย้อนหลังไปถึงก่อนช่วงเวลาที่นิติกรรมทางปกครองนั้นได้ถูกจัดทำขึ้นก็ได้

(๔) ช่วงเวลาที่สามารถดำเนินการบังคับได้ตามนิติกรรมทางปกครอง

ช่วงเวลาที่สี่ คือช่วงเวลาที่สามารถดำเนินการบังคับได้ตามนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งโดยหลักการแล้วนั้น การบังคับการตามนิติกรรมทางปกครองจะสามารถดำเนินการได้เฉพาะภายหลังจากที่นิติกรรมทางปกครองได้เริ่มเข้าสู่การมีผลใช้บังคับและมีผลทางกฎหมายแล้วเท่านั้น กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ ถ้าการบังคับการตามนิติกรรมทางปกครองได้กระทำก่อนวันที่นิติกรรมทางปกครองเริ่มเข้าสู่การมีผลใช้บังคับ การบังคับการตามนิติกรรมทางปกครองนั้นก็ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยสภาแห่งรัฐวินิจฉัยว่า การบังคับการตามนิติกรรมทางปกครองที่ดำเนินการโดยอาศัยอำนาจของมติของสภาท้องถิ่นที่ยังไม่ได้ประกาศใช้นั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย[๒๑]

๒.๔.๑.๒ ความสัมพันธ์กันของช่วงเวลาทั้งสี่ของนิติกรรมทางปกครองที่มีผลใช้บังคับ

โดยปกติทั่วไป ช่วงเวลาทั้งสี่ที่กล่าวมาข้างต้น มักจะเกิดขึ้นต่อเนื่องติดต่อกัน จนบางครั้งบางช่วงเวลา อาจจะเป็นเวลาขณะเดียวกันที่เกือบแยกออกจากกันไม่ได้ แต่ในบางครั้ง ก็ปรากฏว่า ช่วงเวลาทั้งสี่อาจมีการเว้นห่างไม่ติดต่อกันอย่างเด่นชัด

วันเวลาของการมีผลทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองนั้น อาจถูกกำหนดไว้อย่างแจ้งชัดให้เป็นกำหนดเวลาเดียวกันกับช่วงเวลาที่เริ่มเข้าสู่การมีผลใช้บังคับก็ได้ หรือบ่อยครั้งก็อาจจะไม่ใช่กำหนดวันเวลาเดียวกัน และในส่วนของช่วงเวลาที่สี่ คือช่วงเวลาที่สามารถบังคับการได้ตามนิติกรรมทางปกครองนั้นบ่อยครั้งในทางปฏิบัติจะเป็นกำหนดวันเวลาหลังจากวันที่นิติกรรมทางปกครองนั้นมีผลทางกฎหมายแล้วหลายวันหรืออาจจะหลังจากนั้นเป็นเวลานานมากก็ได้

[๒๑]CE, 4 mai 1928, Buteau : Rec. Lebon, p.549

ในกรณีที่ช่วงเวลาต่างๆ ของการมีผลใช้บังคับของนิติกรรมทางปกครองค่อนข้างห่างกัน ก็อาจจะเป็นสิ่งที่ไม่ยากนัก ที่เราจะแบ่งแยกช่วงเวลาต่างๆ ดังกล่าวแต่ละช่วง ซึ่งแต่ละช่วงเวลานั้นจะมีจุดเริ่มต้น ผล และลักษณะเฉพาะของช่วงเวลานั้นๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งการแบ่งแยกระหว่างช่วงเวลาการเริ่มเข้าสู่การมีผลใช้บังคับกับช่วงเวลาการมีผลทางกฎหมาย หรือระหว่างช่วงเวลาการมีผลทางกฎหมายกับช่วงเวลาการสามารถดำเนินการบังคับได้ตามนิติกรรมทางปกครอง

อย่างไรก็ดี เป็นไปได้ที่ในบางกรณี บางช่วงเวลาที่กล่าวมานี้ จะเกิดขึ้นต่อเนื่องติดต่อกัน เช่น วันที่มีผลทางกฎหมายจะเป็นวันเวลาเดียวกันกับวันที่เริ่มเข้าสู่การมีผลใช้บังคับ เพราะผู้มีอำนาจออกนิติกรรมทางปกครองอาจกำหนดเช่นนั้นได้ และเช่นเดียวกันที่จะเป็นไปได้ว่า วันที่สามารถบังคับการได้ตามนิติกรรมทางปกครองอาจจะเป็นวันเดียวกับวันที่นิติกรรมทางปกครองนั้นมีผลทางกฎหมาย

การเกิดขึ้นต่อเนื่องติดต่อกันของบางช่วงเวลาของการมีผลใช้บังคับของนิติกรรมทางปกครองในบางกรณีนั้น อาจทำให้เข้าใจไปได้ว่าการเกิดขึ้นของช่วงเวลาดังกล่าวเป็นช่วงเวลาจุดเดียวกัน ซึ่งแม้ว่าโดยภายนอกแล้ว อาจจะเป็นไปได้ที่จะเห็นว่าเป็นช่วงเวลาที่จุดเดียวกัน แต่ความจริงแล้วก็จะพบว่ามีช่วงเวลาที่ต่างกันอยู่ เช่น แม้ว่าในกรณีที่ช่วงเวลาการเริ่มเข้าสู่การมีผลใช้บังคับกับช่วงเวลาการมีผลทางกฎหมายจะเกิดขึ้นต่อเนื่องติดกันก็ตาม แต่ละช่วงเวลาดังกล่าวก็ยังคงมีลักษณะเฉพาะเกี่ยวกับผลและการคงอยู่ของมันเอง โดยช่วงเวลาการเริ่มเข้าสู่การมีผลใช้บังคับเป็นผลมาจากการที่เงื่อนไขบังคับต่างๆ ที่กำหนดไว้ ได้ดำเนินการครบถ้วน เช่น เงื่อนไขเกี่ยวกับการประกาศหรือการแจ้ง เป็นต้น และช่วงเวลาของการมีผลทางกฎหมายนั้น เป็นผลมาจากการตัดสินใจของผู้มีอำนาจออกนิติกรรมทางปกครองที่จะกำหนดให้วันเวลาที่มีผลทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองเป็นวันเวลาก่อน หรือหลัง หรือวันเดียวกันกับวันเวลาที่เริ่มเข้าสู่การมีผลใช้บังคับ

การที่ช่วงเวลาดังกล่าวเกิดขึ้นต่อเนื่องติดต่อกัน หรือแยกห่างกันเด่นชัดนี้ ถ้าเราไม่พิจารณาแยกช่วงเวลาดังกล่าวให้ดี อาจจะทำให้เราเกิดความสับสนและเข้าใจผิดในช่วงเวลาดังกล่าวได้ ซึ่งกรณีนี้เป็นสิ่งสำคัญ เพราะหากเราไม่พิจารณาแยกช่วงเวลาดังกล่าวออกจากกัน อาจจะทำให้เราพิจารณาผลทางกฎหมายของช่วงเวลาดังกล่าวผสมปนกันไป ทั้งๆ ที่จริงแล้ว ผลทางกฎหมายของช่วงเวลาดังกล่าวมีลักษณะเฉพาะ และอาจจะเสี่ยงที่ทำให้เราปรับใช้กฎเกณฑ์ต่างๆ ผิดพลาด เช่น อาจจะทำให้เรานำกฎเกณฑ์ของช่วงเวลาการมีผลทางกฎหมายมาปรับใช้กับปัญหาเกี่ยวกับช่วงเวลาการเริ่มเข้าสู่การมีผลใช้บังคับ หรือเราอาจปรับใช้กฎเกณฑ์ของช่วงเวลาการสามารถบังคับได้ตามนิติกรรมทางปกครองกับช่วงระยะเวลาการมีผลทางกฎหมาย ซึ่งกรณีต่างๆ ดังกล่าวนี้ อาจทำให้ได้ข้อยุติทางกฎหมายที่ผิดพลาดหรือคลาดเคลื่อนได้

๒.๔.๒ รูปแบบการดำเนินการเพื่อให้นิติกรรมทางปกครองมีผลใช้บังคับ : การประกาศแจ้งให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ

การประกาศแจ้งให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ เป็นเงื่อนไขที่สำคัญประการหนึ่งที่จะทำให้นิติกรรมทางปกครองมีผลใช้บังคับ โดยเป็นเงื่อนไขสำคัญเกี่ยวกับความสามารถถูกโต้แย้งได้ของนิติกรรมทางปกครองและการเริ่มเข้าสู่การมีผลใช้บังคับ ทั้งนี้ก็ด้วยเหตุผลที่ว่า โดยทั่วไปแล้ว เจ้าหน้าที่หรือหน่วยงานของรัฐจะจัดทำนิติกรรมทางปกครองขึ้นก็โดยใช้อำนาจฝ่ายเดียวบังคับกับเอกชน ซึ่งเอกชนมิได้ยินยอมหรือรับทราบด้วย

ดังนั้น เมื่อเอกชนจำต้องปฏิบัติตามนิติกรรมทางปกครองใด ก็จำเป็นอยู่เองที่จะต้องทราบถึงความมีอยู่และสาระสำคัญของนิติกรรมทางปกครองนั้น

การประกาศแจ้งให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบนิติกรรมทางปกครองนั้น นอกจากจะเป็นไปเพื่อประโยชน์ในการแจ้งข้อมูลสาระสำคัญของนิติกรรมทางปกครองให้แก่เอกชนผู้ตกอยู่ภายใต้บังคับทราบแล้ว ยังมีความสำคัญในฐานะที่เป็นจุดเริ่มต้นนับระยะเวลาการฟ้องคดีในหลายๆ กรณีอีกด้วย

การประกาศแจ้งให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบนั้น หากพิจารณาตามลักษณะของนิติกรรมทางปกครองแล้ว เราอาจแยกการประกาศแจ้งให้ทราบได้ ๒ วิธี คือ ๒.๔.๒.๑ การประกาศให้ทราบเป็นการทั่วไป และ ๒.๔.๒.๒ การแจ้งให้ทราบเป็นการเฉพาะราย

๒.๔.๒.๑ การประกาศให้ทราบเป็นการทั่วไป

โดยปกติแล้ว การประกาศแจ้งให้ทราบโดยวิธีการประกาศนี้มักจะใช้กับนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปเช่น กฎต่าง ๆ แต่อย่างไรก็ดี มีคำสั่งทางปกครองซึ่งมีผลเป็นการเฉพาะรายบางประเภทจำเป็นต้องประกาศแจ้งให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบโดยวิธีประกาศ การประกาศให้ทราบเป็นการทั่วไปสามารถแยกออกได้อย่างน้อย ๒ วิธี คือ (๑) การปิดประกาศ (๒) การลงประกาศในเอกสาร

(๑) การปิดประกาศ

การประกาศแจ้งให้ทราบของนิติกรรมทางปกครองโดยวิธีการปิดประกาศนี้เป็นการปิดประกาศนิติกรรมทางปกครอง ณ ที่แห่งใดแห่งหนึ่ง ซึ่งบุคคลที่อยู่ภายใต้บังคับจะสามารถรับทราบถึงการมีอยู่และสาระสำคัญของนิติกรรมทางปกครองนี้ได้ บางครั้งจะเป็นการปิดประกาศ ณ สถานที่ที่นิติกรรมทางปกครองนั้นมีผลใช้บังคับ เช่น สถานที่ก่อสร้าง หรือบางครั้งก็จะปิดประกาศที่ที่ทำการของหน่วยงาน เช่น ศาลากลางจังหวัด หรือที่ทำการเทศบาล เป็นต้น

การปิดประกาศนี้แม้ว่าจะไม่ใช่วิธีการประกาศแจ้งให้ทราบที่ดีนัก เนื่องจากมีความยากลำบากในการเข้าถึง และในการพิสูจน์ทราบว่าประชาชนผู้อยู่ในบังคับได้รับทราบนิติกรรมทางปกครองนี้แล้วหรือไม่ แต่ก็เป็นวิธีการประกาศแจ้งให้ทราบที่จำเป็นและมีประสิทธิภาพ เนื่องจากมีค่าใช้จ่ายน้อย และสามารถแจ้งให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบคราวละจำนวนมาก

(๒) การลงประกาศในเอกสาร

การลงประกาศในเอกสาร เป็นการนำนิติกรรมทางปกครองลงประกาศในเอกสาร เพื่อให้ประชาชนทราบและสามารถตรวจดูได้

ในประเทศฝรั่งเศส เอกสารสำหรับใช้ในการประกาศนิติกรรมทางปกครองมีหลายชนิด และแยกใช้ไปตามประเภทของนิติกรรมทางปกครองต่าง ๆ เช่น รัฐกิจจานุเบกษา สมุดบันทึกประจำกระทรวงต่าง ๆ และประมวลนิติกรรมทางปกครอง (Recueils des actes administratifs)

กฎหมายและบทบัญญัติที่มีผลบังคับเป็นการทั่วไปซึ่งออกโดยฝ่ายบริหาร เช่น รัฐกฤษฎีกานั้น ถูกกำหนดให้ต้องลงประกาศในรัฐกิจจานุเบกษา ระเบียบและประกาศของกระทรวงบางอย่างต้องลงประกาศในสมุดบันทึกประจำกระทรวง นอกจากนั้น นิติกรรมทางปกครองบางประเภทขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นต้องลงประกาศในประมวลนิติกรรมทางปกครอง

ส่วนของไทย เอกสารที่ใช้ในการประกาศกฎหมาย กฎ และระเบียบอื่นใดมีเพียงประเภทเดียว ได้แก่ ราชกิจจานุเบกษา เท่านั้น

๒.๔.๒.๒ การแจ้งให้ทราบเป็นการเฉพาะราย

การแจ้งให้ทราบเป็นการเฉพาะราย เป็นวิธีการประกาศแจ้งนิติกรรมทางปกครองอย่างหนึ่งที่ใช้กับนิติกรรมทางปกครองที่มีผลบังคับใช้เป็นการเฉพาะราย ซึ่งได้แก่ คำสั่งทางปกครอง

ในประเทศฝรั่งเศส ไม่มีกฎหมายที่กล่าวถึงวิธีการแจ้งไว้อย่างแจ้งชัด มีแต่เพียงแนวคำวินิจฉัยของสภาแห่งรัฐที่กล่าวถึงและกำหนดวิธีการที่เป็นสาระสำคัญของเรื่องนี้ไว้ เช่น การแจ้งนิติกรรมทางปกครองจะต้องดำเนินการให้สำเร็จครบถ้วนบริบูรณ์ กล่าวคือ จะต้องทำให้ผู้เกี่ยวข้องได้รับทราบลักษณะและเนื้อหาที่แท้จริงของนิติกรรมทางปกครองนั้น รวมทั้งฐานะตำแหน่งของผู้ออกนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งโดยปกติจะดำเนินการโดยส่งเอกสารที่ประกอบไปด้วยเนื้อหาข้อกำหนดของนิติกรรมทางปกครองทั้งหมด[๒๒] อย่างไรก็ดี การแจ้งนิติกรรมทางปกครองให้ทราบเป็นการเฉพาะรายนี้ จะกระทำด้วยวิธีใดก็ได้ เช่น อาจจะแจ้งโดยจดหมายธรรมดาหรือเป็นหนังสือราชการ[๒๓] หรือจดหมายลงทะเบียน[๒๔] หรือด้วยวาจาก็ได้[๒๕]

นอกจากนั้น ในส่วนที่เกี่ยวกับผู้มีหน้าที่ต้องแจ้งนั้น โดยปกติแล้วก็ได้แก่ เจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจในการออกนิติกรรมทางปกครองนั้นเอง ที่จะมีหน้าที่แจ้งนิติกรรมทางปกครองให้ผู้เกี่ยวข้องทราบ แต่ตามกฎหมายฝรั่งเศส การแจ้งอาจจะกระทำโดยผู้มีอำนาจอื่นก็ได้[๒๖] และในบางกรณี การแจ้งอาจจะกระทำโดยบุคคลผู้ได้รับคำสั่งนั้นเองก็ได้ ซึ่งเป็นการแจ้งให้บุคคลที่สามซึ่งเกี่ยวข้องโดยตรงกับนิติกรรมทางปกครองหรือผลของนิติกรรมทางปกครองนั้น เช่น การที่เจ้าของอาคารที่ถูกแจ้งให้รื้อถอนแจ้งผู้เช่าอาคารให้ทราบถึงคำสั่งให้รื้อถอนของพนักงานเจ้าหน้าที่[๒๗] การที่เจ้าของอาคารใหม่แจ้งให้ผู้ครอบครองอาคารทราบถึงการเปลี่ยนแปลงกรรมสิทธิ์[๒๘] สำหรับผู้รับการแจ้งนั้น โดยปกติแล้วได้แก่ บุคคลผู้จะอยู่ในบังคับของนิติกรรมทางปกครอง แต่อย่างไรก็ดี การแจ้งแก่บุคคลที่ใกล้ชิดของผู้ที่อยู่ในบังคับของนิติกรรมทางปกครองสามารถกระทำได้

๓. การวิเคราะห์ประเด็นปัญหา

การเริ่มต้นนับระยะเวลาการฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัยที่ออกตามมติการวินิจฉัยชี้มูลของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติเป็นไปตามบทบัญญัติของกฎหมายพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑

[๒๒] CE, 18 mai 1945, S.A.G.A., 101
[๒๓] CE, 10 juillet 1954, Sanher, Lebon, p.733
[๒๔] CE, 10 juillet 1954, Sautter, p.733
[๒๕] CE, 2 mail 1945, Beauvallet, p.๘๘
[๒๖] CE, 7 juin 1944, Hatour, Lebon, p.163
[๒๗] CE, 23 octobre 1970, Denis, Rec. Lebon, p.616
[๒๘] CE, Sec. 8 novembre 1974, Epoux Figueras, Rec. Lebon, p.545

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

มาตรา ๑๐๑[๒๙] ซึ่งบัญญัติให้ผู้ซึ่งถูกลงโทษทางวินัยที่มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองสามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อโต้แย้งคำสั่งลงโทษทางวินัยที่ได้รับได้โดยต้องยื่นฟ้องคดีภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ถูกลงโทษ โดยบทบัญญัติในส่วนของถ้อยคำว่า “...วันที่ถูกลงโทษ” นั้น หากพิจารณาในทางกฎหมายอาจมีความหมายที่เคลือบคลุมไม่ชัดเจน ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาในการนำบทบัญญัติของกฎหมายไปปรับใช้ โดยอาจทำให้มีความเห็นที่แตกต่างกันไปได้ว่า “วันที่ถูกลงโทษ” ตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวหมายความถึงวันใด ซึ่งวันดังกล่าวมีความสำคัญเป็นอย่างมาก เพราะตามบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดให้ระยะเวลาการฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อโต้แย้งคำสั่งลงโทษทางวินัยเริ่มนับแต่วันดังกล่าว

ในการศึกษาวิเคราะห์สภาพปัญหาการเริ่มต้นนับระยะเวลาการฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัยที่ออกตามมติการวินิจฉัยชี้มูลของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาตินี้อาจแยกการพิจารณาออกเป็น ๓ ส่วน ได้แก่ ๓.๒.๑ ศึกษาวิเคราะห์ตามแนวความคิดช่วงเวลาทั้งสี่ของการมีผลใช้บังคับของนิติกรรมทางปกครอง ๓.๒.๒ ศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับบทบัญญัติของกฎหมายอื่น ๓.๒.๓ ศึกษาวิเคราะห์ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง

๓.๑ ศึกษาวิเคราะห์ตามแนวความคิดช่วงเวลาทั้งสี่ของการมีผลใช้บังคับของนิติกรรมทางปกครอง

ในการฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัยที่ออกตามมติการวินิจฉัยชี้มูลของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ หากปรับใช้บทบัญญัติของมาตรา ๑๐๑ แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ โดยพิจารณาตามแนวความคิดของช่วงเวลาทั้งสี่ของการมีผลใช้บังคับของนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งมีการพิจารณาแบ่งแยกลงไปในรายละเอียดของแต่ละช่วงเวลาของการมีผลใช้บังคับของคำสั่งลงโทษทางวินัยที่ออกตามมติการวินิจฉัยชี้มูลของคณะกรรมการ ป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ บทบัญญัติถ้อยคำ “วันที่ถูกลงโทษ” ตามมาตรา ๑๐๑ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ก็อาจเป็นวันที่ตามแต่ละช่วงเวลาของการมีผลใช้บังคับของนิติกรรมทางปกครองตามความเห็นที่แตกต่างกันไป กล่าวคือ <u>ความเห็นที่หนึ่ง</u> อาจเป็นวันที่คำสั่งลงโทษทางวินัยที่ออกตามมติการวินิจฉัยชี้มูลของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติได้ก่อเกิดขึ้นเป็นรูปธรรมในระบบกฎหมาย ซึ่งได้แก่ วันที่ผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจได้ลงนามในคำสั่งลงโทษและได้มีการออกเลขที่ ลงวันที่คำสั่งลงโทษนั้นในระบบงานสารบรรณสำหรับการออกคำสั่งลงโทษนั้นแล้ว เช่น อธิบดีกรมการปกครองออกคำสั่งลงวันที่ ๑ เมษายน ๒๕๖๕ ลงโทษไล่ออกจากราชการข้าราชการในสังกัดตามมติการวินิจฉัยชี้มูลของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ดังนั้น วันที่ ๑ เมษายน ๒๕๖๕ จึงเป็นวันที่ข้าราชการผู้นั้นถูกลงโทษ และผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งสามารถใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อโต้แย้งคำสั่งนั้นได้นับแต่วันดังกล่าว <u>ความเห็นที่สอง</u> อาจเป็นวันที่คำสั่งลงโทษทางวินัยที่ออกตามมติการวินิจฉัยชี้มูลของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติได้เริ่มเข้าสู่การมีผลใช้บังคับ

[๒๙] พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๑๐๑ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า ผู้ซึ่งถูกลงโทษตามมาตรา ๙๘ ที่มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง จะฟ้องคดีต่อศาลปกครองภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ถูกลงโทษ โดยไม่ต้องอุทธรณ์ตามกฎหมาย ระเบียบ หรือข้อบังคับว่าด้วยการบริหารงานบุคคลของผู้ถูกลงโทษนั้นหรือจะดำเนินการอุทธรณ์ดุลพินิจ ในการกำหนดโทษของผู้บังคับบัญชาตามกฎหมาย ระเบียบ หรือข้อบังคับว่าด้วยการบริหารงานบุคคลของผู้ถูกลงโทษนั้นก่อนก็ได้

ซึ่งได้แก่ วันที่คำสั่งลงโทษที่ผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจได้ลงนามและได้มีการแจ้งให้ข้าราชการผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งได้รับทราบแล้ว เช่น อธิบดีกรมการปกครองมีคำสั่งลงวันที่ ๑ เมษายน ๒๕๖๕ ลงโทษไล่ออกจากราชการข้าราชการในสังกัดตามมติการวินิจฉัยชี้มูลของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ และได้แจ้งให้ข้าราชการผู้ถูกลงโทษได้ทราบคำสั่งดังกล่าวในวันที่ ๘ เมษายน ๒๕๖๕ ดังนั้น วันที่ ๘ เมษายน ๒๕๖๕ จึงเป็นวันที่ข้าราชการผู้นั้นถูกลงโทษและสามารถใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ตามที่กฎหมายกำหนดนับแต่วันดังกล่าว ความเห็นที่สาม อาจเป็นวันที่คำสั่งลงโทษทางวินัยที่ออกตามมติการวินิจฉัยชี้มูลของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติได้มีผลทางกฎหมาย ซึ่งได้แก่ วันที่ผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจได้ระบุแสดงความประสงค์ไว้ว่าให้คำสั่งดังกล่าวมีผลตั้งแต่วันใด เช่น อธิบดีกรมการปกครองมีคำสั่งลงวันที่ ๑ เมษายน ๒๕๖๕ ลงโทษไล่ออกจากราชการข้าราชการในสังกัดตามมติการวินิจฉัยชี้มูลของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ โดยกำหนดให้การไล่ออกจากราชการมีผลตั้งแต่วันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๖๔ หรือกำหนดให้การไล่ออกจากราชการมีผลตั้งแต่วันที่ ๑ พฤษภาคม ๒๕๖๕ ดังนั้น วันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๖๔ หรือวันที่ ๑ พฤษภาคม ๒๕๖๕ จึงเป็นวันที่ข้าราชการผู้นั้นถูกลงโทษและสามารถใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ตามที่กฎหมายกำหนดนับแต่วันดังกล่าวแล้วแต่กรณี

อย่างไรก็ตาม การที่จะพิจารณาว่า บทบัญญัติ “วันที่ถูกลงโทษ” ตามบทบัญญัติของกฎหมายพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๑๐๑ วรรคหนึ่ง ว่าหมายความถึงวันใดนั้น อาจจำต้องพิจารณาแยกลงไปในแต่ละช่วงเวลาของการมีผลใช้บังคับของคำสั่งลงโทษดังกล่าวด้วยความละเอียดรอบคอบ คำนึงถึงหลักประกันการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่จะอยู่ในบังคับของคำสั่งลงโทษดังกล่าว สิทธิของบุคคลที่จะเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมเพื่อสามารถที่จะได้รับการแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายที่ได้รับจากคำสั่งลงโทษทางวินัยและเพื่อให้คำสั่งลงโทษทางวินัยมีโอกาสได้รับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ อีกทั้ง ต้องพิจารณาปรับใช้กฎหมายด้วยความระมัดระวังที่จะไม่ให้ผลทางกฎหมายที่ประหลาดเกิดขึ้นตามมา กล่าวคือ หากเราพิจารณาโดยยึดเอาช่วงเวลาที่คำสั่งลงโทษทางวินัยเกิดขึ้นเป็นรูปธรรมในระบบกฎหมายเป็นสำคัญแต่เพียงประการเดียว โดยถือว่าวันที่คำสั่งลงโทษออกมาโดยลงวันที่เท่าใด เป็น “วันที่ถูกลงโทษ” ก็จะทำให้ผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งลงโทษต้องยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อโต้แย้งคำสั่งลงโทษนับแต่วันดังกล่าว โดยไม่ได้พิจารณาถึงว่าคำสั่งลงโทษดังกล่าวได้เริ่มเข้าสู่การมีผลใช้บังคับแล้วหรือไม่ กล่าวคือ ได้มีการแจ้งคำสั่งลงโทษให้ผู้อยู่ในบังคับทราบถึงคำสั่งลงโทษแล้วหรือไม่ กรณีก็จะเป็นการพิจารณาที่ทำให้สิทธิในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของบุคคล และสิทธิที่จะได้รับความคุ้มครองโดยองค์กรศาลของบุคคลได้รับความกระทบกระเทือนระยะเวลาในการฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งคำสั่งลงโทษทางวินัยของผู้ที่ได้รับการลงโทษอาจจะน้อยลงไปกว่าที่กฎหมายบัญญัติ เนื่องจากในความเป็นจริงบุคคลจะใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลเพื่อโต้แย้งคำสั่งลงโทษทางวินัยได้อย่างช้าที่สุดก็ต่อเมื่อเขาได้รับทราบถึงการมีอยู่ของคำสั่งลงโทษดังกล่าวแล้ว หากบุคคลยังไม่ได้รับแจ้งให้ทราบหรือถือว่าได้รับทราบถึงการมีอยู่ของคำสั่งลงโทษทางวินัยที่เป็นโทษกับเขา ก็เป็นธรรมดาที่บุคคลจะไม่อาจปฏิบัติตามข้อกำหนดในคำสั่งและไม่อาจใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลเพื่อโต้แย้งคำสั่งดังกล่าวได้ เมื่อบุคคลไม่อาจใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลได้ในช่วงระยะเวลาที่คำสั่งได้เกิดขึ้นแล้วแต่ยังไม่ได้แจ้งให้บุคคลทราบหรือ

ถือว่าทราบถึงการมีอยู่ของคำสั่ง ช่วงระยะดังกล่าวจึงไม่ควรที่จะถูกนับรวมอยู่ในกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีด้วย เนื่องจากในความเป็นจริงหากเรานับช่วงระยะเวลาดังกล่าวเข้าในกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดี และหากเจ้าหน้าที่ผู้ออกคำสั่งได้แจ้งคำสั่งลงโทษทางวินัยให้ผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทราบล่าช้า เราอาจจะได้พบกรณีที่กำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีอาจลดลงเหลือน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือระยะเวลาการฟ้องคดีได้สิ้นสุดไปแล้วก่อนที่บุคคลที่อยู่ในบังคับของคำสั่งจะได้รับแจ้งคำสั่งลงโทษทางวินัย

กรณีเป็นเช่นเดียวกัน หากเราพิจารณาโดยยึดเอาช่วงเวลาวันที่คำสั่งลงโทษทางวินัยที่ออกตามมติการวินิจฉัยชี้มูลของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติได้มีผลทางกฎหมายเป็นสำคัญแต่เพียงประการเดียว โดยถือว่าวันที่คำสั่งลงโทษทางวินัยมีผลทางกฎหมายในวันใด (การไล่ออกจากราชการหรือปลดออกจากราชการมีผลตั้งแต่วันใด) วันดังกล่าวก็จะได้แก่ “วันที่ถูกลงโทษ” ซึ่งก็จะเป็นกรณีที่ยุ่งยากซับซ้อนเนื่องจากได้กล่าวมาข้างต้นแล้วว่า ผู้บังคับบัญชาผู้ออกคำสั่งอาจสามารถกำหนดวันที่คำสั่งลงโทษทางวินัยมีผลทางกฎหมายได้ โดยอาจกำหนดให้การไล่ออกหรือปลดออกจากราชการมีผลย้อนหลังไปก่อนวันที่คำสั่งลงโทษทางวินัยจะออกมา หรืออาจจะกำหนดให้มีผลในวันเดียวกันกับวันที่คำสั่งลงโทษทางวินัยจะออกมา หรือก็อาจกำหนดให้มีผลไปในอนาคตข้างหน้านับแต่วันที่คำสั่งลงโทษได้ออกมาใช้บังคับแล้วก็ได้ ซึ่งหากเราถือว่าวันดังกล่าวเป็น “วันที่ถูกลงโทษ” ตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๑๐๑ การฟ้องคดีต่อศาลปกครองก็ต้องยื่นฟ้องนับแต่วันดังกล่าว ก็อาจเป็นเหตุให้เกิดกรณีที่กำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีอาจลดลงเหลือน้อยกว่าที่กฎหมายกำหนดไว้ หรือระยะเวลาการฟ้องคดีได้สิ้นสุดไปแล้วก่อนที่บุคคลที่อยู่ในบังคับของคำสั่งจะได้รับแจ้งคำสั่งลงโทษทางวินัย เนื่องจากการออกคำสั่งลงโทษทางวินัยโดยกำหนดให้มีผลเป็นการไล่ออกปลดออกจากราชการเป็นการย้อนหลังหรือวันเดียวกันกับวันที่ออกคำสั่ง หรือระยะเวลาการฟ้องคดียังไม่อาจเริ่มต้นนับได้หากผู้ออกคำสั่งได้กำหนดให้การไล่ออกปลดออกจากราชการมีผลไปในอนาคตข้างหน้า

๓.๒ ศึกษาวิเคราะห์เปรียบเทียบกับบทบัญญัติของกฎหมายอื่น

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติของกฎหมายอื่นที่มีลักษณะใกล้เคียงกันจะเห็นได้ว่า บทบัญญัติที่กำหนดเวลาเริ่มต้นนับระยะเวลาการฟ้องคดีที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๑๐๑ วรรคหนึ่ง ซึ่งใช้ถ้อยคำให้กำหนดนับแต่ “วันที่ถูกลงโทษ” มีความแตกต่างจากบทบัญญัติของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑ มาตรา ๑๑๔ ซึ่งได้บัญญัติให้ผู้ที่ถูกสั่งลงโทษหรือถูกสั่งให้ออกจากราชการมีสิทธิอุทธรณ์ต่อ ก.พ.ค. ภายในสามสิบวันนับแต่วันทราบหรือถือว่าทราบคำสั่ง[๓๐] และมาตรา ๑๑๖ วรรคสอง บัญญัติให้ผู้อุทธรณ์ที่ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของ ก.พ.ค. ให้ฟ้องคดีต่อศาลปกครองสูงสุดภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ทราบหรือถือว่าทราบคำวินิจฉัยของ ก.พ.ค.[๓๑] โดยบทบัญญัติถ้อยคำ “วันที่ทราบหรือถือว่า

[๓๐] พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑ มาตรา ๑๑๔ บัญญัติว่า ผู้ใดถูกสั่งลงโทษตามพระราชบัญญัตินี้หรือถูกสั่งให้ออกจากราชการตามมาตรา ๑๑๐ (๑) (๓) (๕) (๖) (๗) และ (๘) ผู้นั้นมีสิทธิอุทธรณ์ต่อ ก.พ.ค. ภายในสามสิบวันนับแต่วันทราบหรือถือว่าทราบคำสั่ง

[๓๑] พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑ มาตรา ๑๑๖ วรรคสอง บัญญัติว่า ในกรณีที่ผู้อุทธรณ์ไม่เห็นด้วยกับคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของ ก.พ.ค. ให้ฟ้องคดีต่อศาลปกครองสูงสุดภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ทราบหรือถือว่าทราบคำวินิจฉัยของ ก.พ.ค.

ทราบคำสั่ง” มีความชัดเจนและเป็นธรรมกับผู้ที่ได้รับคำสั่งลงโทษเป็นอย่างมาก โดยเป็นการบัญญัติโดยพิจารณากำหนดเอาช่วงเวลาที่คำสั่งลงโทษทางวินัยเริ่มเข้าสู่การมีผลใช้บังคับแล้วภายหลังจากผู้ที่ถูกลงโทษได้รับแจ้งให้ทราบหรือถือว่าทราบคำสั่งแล้ว ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ให้หลักประกันการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของบุคคลและสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองโดยองค์กรของศาลมากกว่าบทบัญญัติมาตรา ๑๐๑ แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ อีกทั้งบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑ มาตรา ๑๑๔ และมาตรา ๑๑๖ วรรคสอง ยังเป็นไปในแนวทางเดียวกับบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๔๙ ที่กำหนดให้เริ่มนับระยะเวลาการฟ้องคดีตั้งแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี[๓๒] และสอดคล้องกับหลักกฎหมายที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาตรา ๔๒ ที่บัญญัติว่า “คำสั่งทางปกครองให้มีผลใช้ยันต่อบุคคลตั้งแต่ขณะที่ผู้นั้นได้รับแจ้งเป็นต้นไป” ซึ่งเป็นบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั่วไปที่ใช้บังคับกับคำสั่งทางปกครองด้วย

อีกทั้ง เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ แล้ว จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติของกฎหมายพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๑๐๑ วรรคหนึ่ง เป็นบทบัญญัติที่มุ่งแก้ไขบทบัญญัติพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๙๖ ในหลักการสำคัญที่จะกำหนดให้ผู้ซึ่งถูกลงโทษทางวินัยตามกฎหมายนี้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้เลย หรือจะดำเนินการอุทธรณ์ดุลพินิจในการกำหนดโทษของผู้บังคับบัญชาตามกฎหมาย ระเบียบ หรือข้อบังคับว่าด้วยการบริหารงานบุคคลของผู้ถูกลงโทษนั้นก่อนก็ได้ ซึ่งบทบัญญัติพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๙๖ เดิม กำหนดให้ผู้ซึ่งถูกลงโทษจะใช้สิทธิอุทธรณ์ดุลพินิจในการสั่งลงโทษของผู้บังคับบัญชาตามกฎหมาย ระเบียบ หรือข้อบังคับว่าด้วยการบริหารงานบุคคลสำหรับผู้ถูกกล่าวหานั้น ๆ ก็ได้[๓๓] แต่สำหรับบทบัญญัติในส่วนของ “กำหนดวัน” นั้น แม้ว่ากฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันบ้าง แต่ก็ใกล้เคียงกัน กล่าวคือ บทบัญญัติของกฎหมายพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๑๐๑ วรรคหนึ่ง บัญญัติให้ผู้ถูกลงโทษทางวินัยมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ภายในเก้าสิบวันนับแต่ “วันที่ถูกลงโทษ” ส่วนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๙๖ บัญญัติให้ใช้สิทธิอุทธรณ์ภายใน

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเทียบเชิญอายุราชการ

---

[๓๒] พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๔๙ การฟ้องคดีปกครองจะต้องยื่นฟ้องภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี หรือนับแต่วันที่พ้นกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือร้องขอต่อหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อให้ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดและไม่ได้รับหนังสือชี้แจงจากหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือได้รับแต่เป็นคำชี้แจงที่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าไม่มีเหตุผลแล้วแต่กรณี เว้นแต่จะมีบทกฎหมายเฉพาะกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น

[๓๓] พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๙๖ บัญญัติว่า ผู้ถูกกล่าวหาที่ถูกลงโทษตามมาตรา ๙๓ จะใช้สิทธิอุทธรณ์ดุลพินิจในการสั่งลงโทษของผู้บังคับบัญชาตามกฎหมาย ระเบียบ หรือข้อบังคับว่าด้วยการบริหารงานบุคคลสำหรับผู้ถูกกล่าวหานั้น ๆ ก็ได้ ทั้งนี้ ต้องใช้สิทธิดังกล่าวภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอนมีคำสั่งลงโทษ

สามสิบวันนับแต่ “วันที่...มีคำสั่งลงโทษ” ซึ่งที่ผ่านมาในการปรับใช้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๙๖ จะใช้ประกอบกับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๔๒[๓๔] และมาตรา ๔๔[๓๕] ซึ่งคำนึงถึงวันที่ผู้ถูกลงโทษได้รับแจ้งคำสั่งลงโทษด้วย โดยคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองได้ให้ความเห็นไว้ในความเห็นที่ ๖๓๘/๒๕๔๕ ว่า ... การที่พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๙๖ กำหนดให้ใช้สิทธิอุทธรณ์ดุลพินิจในการสั่งลงโทษภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ผู้บังคับบัญชาหรือผู้มีอำนาจแต่งตั้งถอดถอนมีคำสั่งลงโทษ จึงเป็นบทบัญญัติที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ... และ ... พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ มาตรา ๔๔ กำหนดให้อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว ทั้งนี้ มาตรา ๔๒ กำหนดให้คำสั่งทางปกครองมีผลใช้ยันต่อบุคคลตั้งแต่ขณะที่ได้รับแจ้งเป็นต้นไป ซึ่งแตกต่างจากพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ ที่กำหนดให้ใช้สิทธิอุทธรณ์ภายในสามสิบวันนับแต่วันที่มีคำสั่งลงโทษ เมื่อนำบทบัญญัติดังกล่าวมาเปรียบเทียบกันแล้วจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองฯ ประกันความเป็นธรรมและมีมาตรฐานที่สูงกว่าอย่างชัดเจน ด้วยเหตุดังกล่าวข้างต้น การนับระยะเวลาในการใช้สิทธิอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองจึงต้องนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว

๓.๓ ศึกษาวิเคราะห์ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุด

ในส่วนของศาลปกครองมีแนวคำวินิจฉัยในประเด็นเกี่ยวกับการเริ่มต้นนับระยะเวลาการฟ้องคดีเพื่อโต้แย้งคำสั่งลงโทษทางวินัยตามมติของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๐๑ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ ไม่มากนัก โดยศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คบ. ๘/๒๕๖๕ ว่า “เมื่อคำสั่งกระทรวงสาธารณสุข ที่ ๑๙/๒๕๖๑ ลงวันที่ ๘ มกราคม ๒๕๖๒ ลงโทษไล่ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการ ตั้งแต่วันที่ ๘ มกราคม ๒๕๖๒ เป็นต้นไป จึงต้องถือว่าวันที่ ๘ มกราคม ๒๕๖๒ เป็นวันที่ผู้ฟ้องคดีถูกลงโทษ ผู้ฟ้องคดีจึงต้องยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองชั้นต้นภายใน ๙๐ วัน นับแต่วันดังกล่าว คือ ภายในวันที่ ๘ เมษายน ๒๕๖๒ การที่ผู้ฟ้องคดีนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นเมื่อวันที่ ๒ สิงหาคม ๒๕๖๒ จึงเป็นการยื่นฟ้องคดีเมื่อพ้นระยะเวลาในการฟ้องคดีตามที่กฎหมายกำหนดไว้ดังกล่าว” ซึ่งจะเห็นได้ว่า คำวินิจฉัยดังกล่าวเป็นการวินิจฉัยในลักษณะของการพิจารณาไปตามถ้อยคำของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามมาตรา ๑๐๑ วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ อย่างเคร่งครัด โดยให้ความสำคัญกับช่วงเวลาที่คำสั่งลงโทษทางวินัยที่ออกตามมติการวินิจฉัยชี้มูลของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติได้ก่อเกิดขึ้น

---

[๓๔]พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ บัญญัติว่า มาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า คำสั่งทางปกครองให้มีผลใช้ยันต่อบุคคลตั้งแต่ขณะที่ผู้นั้นได้รับแจ้งเป็นต้นไป

[๓๕]พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาตรา ๔๔ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า ภายใต้บังคับมาตรา ๔๘ ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองใดไม่ได้ออกโดยรัฐมนตรี และไม่มีกฎหมายกำหนดขั้นตอนอุทธรณ์ภายในฝ่ายปกครองไว้เป็นการเฉพาะ ให้คู่กรณีอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองนั้นโดยยื่นต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ตนได้รับแจ้งคำสั่งดังกล่าว

เป็นรูปธรรมในระบบกฎหมาย ซึ่งได้แก่ วันที่ ๘ มกราคม ๒๕๖๒ อันเป็นวันที่คำสั่งกระทรวงสาธารณสุขที่พิพาทได้เกิดขึ้นโดยสมบูรณ์ หรือพิจารณายึดให้ความสำคัญกับช่วงเวลาที่คำสั่งลงโทษทางวินัยที่ออกตามมติการวินิจฉัยชี้มูลของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติได้มีผลทางกฎหมาย ซึ่งได้แก่ วันที่ผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจได้ระบุแสดงความประสงค์ไว้ว่าให้การไล่ออกตามคำสั่งดังกล่าวมีผลทางกฎหมาย ซึ่งได้แก่ วันที่ ๘ มกราคม ๒๕๖๒ เช่นกัน ซึ่งเป็นวันที่ผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจออกคำสั่งได้ระบุไว้อย่างชัดแจ้งในคำสั่งว่าประสงค์จะให้การไล่ออกจากราชการมีผลตั้งแต่วันที่ ๘ มกราคม ๒๕๖๒

อย่างไรก็ดี มีแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองที่ได้วินิจฉัยในประเด็นดังกล่าวแตกต่างออกไป กล่าวคือ ในคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ คร. ๔๗๘/๒๕๖๔ ซึ่งแม้จะเป็นการฟ้องคดีเพื่อเรียกร้องค่าสินไหมทดแทนจากการออกคำสั่งลงโทษทางวินัยตามมติของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ในขณะที่ข้อพิพาทตามคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คบ. ๘/๒๕๖๕ เป็นการฟ้องคดีเพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัยตามมติของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ แต่อาจจะพิจารณาเทียบเคียงกันได้ในส่วนของวันเริ่มต้นนับระยะเวลาการฟ้องคดี โดยในคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ คร. ๔๗๘/๒๕๖๔ ปรากฏว่า ศาลปกครองชั้นต้นได้วินิจฉัยว่า วันที่เริ่มต้นนับระยะเวลาการฟ้องคดีคือวันที่ผู้ฟ้องคดีได้ทราบถึงคำสั่งลงโทษทางวินัย และศาลปกครองสูงสุดในคำสั่งดังกล่าวก็ได้วินิจฉัยยืนยันในทำนองเดียวกันว่า วันที่เริ่มต้นนับระยะเวลาการฟ้องคดีหมายถึงวันที่ผู้ฟ้องคดีได้รับแจ้งคำสั่งลงโทษทางวินัยที่ออกตามมติของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ซึ่งเป็นการวินิจฉัยที่สอดคล้องกับแนวความคิดช่วงเวลาทั้งสี่ของการมีผลใช้บังคับของนิติกรรมทางปกครอง และให้หลักประกันแก่ประชาชนในสิทธิการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของประชาชนที่จะได้รับการคุ้มครองโดยองค์กรศาลได้เป็นอย่างดี

๔. บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการพิจารณาศึกษาปัญหาเกี่ยวกับการเริ่มต้นนับระยะเวลาการฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัยที่ออกตามมติการวินิจฉัยชี้มูลของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติข้างต้น อาจพิจารณาสรุปและมีข้อเสนอแนะ ดังนี้

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเทียบเชิญราชการ

๔.๑ บทสรุป

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๑๐๑ วรรคหนึ่ง ได้บัญญัติกำหนดให้ผู้ที่ถูกลงโทษทางวินัยที่ออกตามมติการวินิจฉัยชี้มูลของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติมีสิทธิยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ถูกลงโทษโดยไม่ต้องดำเนินการยื่นอุทธรณ์ก่อนฟ้องคดีหรือจะดำเนินการอุทธรณ์ดุลพินิจในการกำหนดโทษของผู้บังคับบัญชาตามกฎหมาย ระเบียบ หรือข้อบังคับว่าด้วยการบริหารงานบุคคลของผู้ถูกลงโทษนั้นก่อนก็ได้ ซึ่งบทบัญญัติในส่วนของถ้อยคำว่า “...วันที่ถูกลงโทษ” นั้น หากพิจารณาในทางกฎหมายอาจมีความหมายที่เคลือบคลุมไม่ชัดเจน ซึ่งอาจก่อให้เกิดปัญหาในการนำบทบัญญัติของกฎหมายไปปรับใช้ โดยอาจทำให้มีความเห็นที่แตกต่างกันไปได้ว่า “วันที่ถูกลงโทษ” ตามบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวหมายความถึงวันใด ซึ่งวันดังกล่าวมีความสำคัญเป็นอย่างมาก เพราะตามบทบัญญัติของกฎหมายกำหนดให้ระยะเวลาการฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อโต้แย้งคำสั่งลงโทษทางวินัยเริ่มนับแต่วันดังกล่าว

หากปรับใช้บทบัญญัติของกฎหมายมาตรา ๑๐๑ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ โดยพิจารณาตามแนวความคิดของช่วงเวลาทั้งสี่ของการมีผลใช้บังคับของนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งมีการพิจารณาแบ่งแยกลงไปในรายละเอียดของแต่ละช่วงเวลาของการมีผลใช้บังคับของคำสั่งลงโทษทางวินัยที่ออกตามมติการวินิจฉัยชี้มูลของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ "วันที่ถูกลงโทษ" ตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๑๐๑ วรรคหนึ่ง ก็อาจเป็นวันที่ตามแต่ละช่วงเวลาของการมีผลใช้บังคับของนิติกรรมทางปกครองตามความเห็นที่แตกต่างกันไป ซึ่งการที่จะพิจารณาว่าถ้อยคำ "วันที่ถูกลงโทษ" ตามบทบัญญัติของกฎหมายพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๑๐๑ วรรคหนึ่ง ว่าหมายความถึงวันใดนั้นอาจจำต้องพิจารณาแยกลงไปในแต่ละช่วงเวลาของการมีผลใช้บังคับของคำสั่งลงโทษดังกล่าวด้วยความละเอียดรอบคอบ คำนึงถึงหลักประกันการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่จะอยู่ในบังคับของคำสั่งลงโทษดังกล่าว สิทธิของบุคคลที่จะเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมเพื่อสามารถที่จะได้รับการแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายที่ได้รับจากคำสั่งลงโทษทางวินัยและเพื่อให้คำสั่งลงโทษทางวินัยมีโอกาสได้รับการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายโดยองค์กรตุลาการ อีกทั้ง ต้องพิจารณาปรับใช้กฎหมายด้วยความระมัดระวังที่จะไม่ให้ผลทางกฎหมายที่ประหลาดเกิดขึ้นตามมา

เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติของกฎหมายอื่นที่มีลักษณะใกล้เคียงกันจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติที่กำหนดเวลาเริ่มต้นนับระยะเวลาการฟ้องคดีที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๑๐๑ ซึ่งใช้ถ้อยคำให้กำหนดนับแต่ "วันที่ถูกลงโทษ" มีความแตกต่างจากบทบัญญัติของพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑ มาตรา ๑๑๖ ประกอบมาตรา ๑๑๔ ซึ่งได้บัญญัติให้ผู้ที่ถูกสั่งลงโทษสามารถฟ้องคดีต่อศาลปกครองภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ทราบหรือถือว่าทราบคำวินิจฉัยของ ก.พ.ค. โดยบทบัญญัติถ้อยคำ "วันทราบหรือถือว่าทราบคำสั่ง" มีความชัดเจนและเป็นธรรมกับผู้ที่ได้รับคำสั่งลงโทษเป็นอย่างมาก ซึ่งเป็นการบัญญัติโดยพิจารณากำหนดเอาช่วงเวลาที่คำสั่งลงโทษทางวินัยเริ่มเข้าสู่การมีผลใช้บังคับแล้วภายหลังจากผู้ที่ถูกลงโทษได้รับแจ้งให้ทราบหรือถือว่าทราบคำสั่งแล้ว ซึ่งเป็นบทบัญญัติที่ให้หลักประกันการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของบุคคลและสิทธิที่จะได้รับการคุ้มครองโดยองค์กรของศาลมากกว่าบทบัญญัติมาตรา ๑๐๑ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ อีกทั้ง ยังสอดคล้องและเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๔๙ และมาตรา ๔๒ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ด้วย

อีกทั้ง เมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ แล้ว จะเห็นได้ว่า แม้ว่ากฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวใช้ถ้อยคำที่แตกต่างกันบ้าง แต่ก็ใกล้เคียงกันอย่างยิ่ง กล่าวคือ บทบัญญัติของกฎหมายพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๑๐๑ วรรคหนึ่ง บัญญัติให้ผู้ถูกลงโทษทางวินัยมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ภายในเก้าสิบวันนับแต่ "วันที่ถูกลงโทษ"

ส่วนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๙๖ บัญญัติให้ใช้สิทธิอุทธรณ์ภายในสามสิบวันนับแต่ “วันที่...มีคำสั่งลงโทษ” ซึ่งที่ผ่านมาในการปรับใช้พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๙๖ จะใช้ประกอบกับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาตรา ๔๒ และมาตรา ๔๔ ซึ่งคำนึงถึงวันที่ผู้ถูกลงโทษได้รับแจ้งคำสั่งลงโทษด้วย โดยเป็นไปตามความเห็นของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองซึ่งได้ให้ความเห็นไว้ในความเห็นที่ ๖๓๘/๒๕๔๕ ว่า การนับระยะเวลาในการใช้สิทธิอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองต้องนับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่ง...

ในส่วนของศาลปกครอง ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยไว้ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คบ. ๘/๒๕๖๕ ในลักษณะของการพิจารณาไปตามถ้อยคำของบทบัญญัติแห่งกฎหมายตามมาตรา ๑๐๑ แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ อย่างเคร่งครัด โดยให้ความสำคัญกับช่วงเวลาที่คำสั่งลงโทษทางวินัยที่ออกตามมติการวินิจฉัยชี้มูลของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติได้ก่อเกิดขึ้นเป็นรูปธรรมในระบบกฎหมาย หรือช่วงเวลาที่คำสั่งลงโทษทางวินัยที่ออกตามมติการวินิจฉัยชี้มูลของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติได้มีผลทางกฎหมาย แต่ในคำสั่งของศาลปกครองสูงสุดที่ คร. ๔๗๘/๒๕๖๔ ศาลปกครองชั้นต้นได้วินิจฉัยว่า วันที่เริ่มต้นนับระยะเวลาการฟ้องคดีคือวันที่ผู้ฟ้องคดีได้ทราบถึงคำสั่งลงโทษทางวินัย และศาลปกครองสูงสุดในคำสั่งดังกล่าวก็ได้วินิจฉัยยืนยันในทำนองเดียวกันว่า วันที่เริ่มต้นนับระยะเวลาการฟ้องคดีหมายถึงวันที่ผู้ฟ้องคดีได้รับแจ้งคำสั่งลงโทษทางวินัยที่ออกตามมติของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ซึ่งคำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุดในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คร. ๔๗๘/๒๕๖๔ เป็นคำวินิจฉัยที่สอดคล้องกับแนวความคิดช่วงเวลาทั้งสี่ของการมีผลใช้บังคับของนิติกรรมทางปกครอง และให้หลักประกันแก่ประชาชนในสิทธิการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมของประชาชนที่จะได้รับการคุ้มครองโดยองค์กรศาลได้เป็นอย่างดี

๔.๒ ข้อเสนอแนะ

เพื่อให้บทบัญญัติของกฎหมายมาตรา ๑๐๑ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ ในส่วนของบทบัญญัติเกี่ยวกับการยื่นฟ้องคดีที่บัญญัติว่า “นับแต่วันที่ถูกลงโทษ” มีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น สามารถนำไปปรับใช้ได้อย่างถูกต้อง เหมาะสม เป็นไปในแนวทางความเห็นเดียวกัน สอดคล้องต่อหลักการแนวความคิดทางกฎหมาย และให้หลักประกันการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่จะอยู่ในบังคับของคำสั่งลงโทษทางวินัยตามมติการชี้มูลความผิดของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติที่จะเข้าถึงกระบวนการยุติธรรมเพื่อที่จะได้รับการแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายที่จะได้รับ รวมทั้ง ให้คำสั่งลงโทษทางวินัยตามมติการวินิจฉัยชี้มูลความผิดของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติซึ่งเป็นการกระทำของฝ่ายปกครองได้รับการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการได้อย่างมีประสิทธิภาพอันเป็นไปตามหลักนิติรัฐ เห็นควรดำเนินการ ดังนี้

๔.๒.๑ หน่วยงานที่เกี่ยวข้องพิจารณาดำเนินการปรับแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายมาตรา ๑๐๑ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑

จาก “ผู้ซึ่งถูกลงโทษตามมาตรา ๙๘ ที่มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง จะฟ้องคดีต่อศาลปกครองภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ถูกลงโทษโดยไม่ต้องอุทธรณ์ตามกฎหมาย ระเบียบ หรือข้อบังคับว่าด้วยการบริหารงานบุคคลของผู้ถูกลงโทษนั้น หรือจะดำเนินการอุทธรณ์ดุลพินิจในการกำหนดโทษของผู้บังคับบัญชาตามกฎหมาย ระเบียบ หรือข้อบังคับว่าด้วยการบริหารงานบุคคลของผู้ถูกลงโทษนั้นก่อนก็ได้”

เป็น “ผู้ซึ่งถูกลงโทษตามมาตรา ๙๘ ที่มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง จะฟ้องคดีต่อศาลปกครองภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่รับทราบหรือถือว่าทราบคำสั่งลงโทษโดยไม่ต้องอุทธรณ์ตามกฎหมาย ระเบียบ หรือข้อบังคับว่าด้วยการบริหารงานบุคคลของผู้ถูกลงโทษนั้น หรือจะดำเนินการอุทธรณ์ดุลพินิจในการกำหนดโทษของผู้บังคับบัญชาตามกฎหมาย ระเบียบ หรือข้อบังคับว่าด้วยการบริหารงานบุคคลของผู้ถูกลงโทษนั้นก่อนก็ได้”

๔.๒.๒ ในระหว่างดำเนินการปรับแก้ไขบทบัญญัติของกฎหมายให้มีความชัดเจนขึ้นตามข้อ ๔.๒.๑ ศาลปกครองอาจพิจารณาปรับแนวคำวินิจฉัยให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน สอดคล้องต่อหลักกฎหมาย และเป็นไปตามแนวความคิดเกี่ยวกับการมีผลใช้บังคับของนิติกรรมทางปกครองและการมีผลใช้ยันของนิติกรรมทางปกครองต่อผู้อยู่ในบังคับซึ่งวางอยู่บนหลักการพื้นฐานเกี่ยวกับการแจ้งหรือการได้รับแจ้งนิติกรรมทางปกครอง โดยอาจพิจารณานำเข้าสู่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดเพื่อให้พิจารณาวินิจฉัยตามมาตรา ๖๘ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

คำสั่งอนุญาตโดยปริยาย ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน

Die Genehmigungsfiktion im Verwaltungsverfahrensgesetz

ดร.วรดนู วิจาระนันท์*

กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน (Verwaltungsverfahrensgesetz – VwVfG) ซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายปกครองทั่วไปเยอรมัน (Allgemeines Verwaltungsrecht) ได้บัญญัติหลักเกณฑ์ว่าด้วยคำสั่งอนุญาตโดยปริยาย (Genehmigungsfiktion)[๑] ไว้ในมาตรา ๔๒a ซึ่งบทบัญญัติดังกล่าวได้รับการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติม[๒] อันเนื่องมาจากความจำเป็นของเยอรมนีในฐานะประเทศสมาชิกของสหภาพยุโรปที่จะต้องอนุวัติ (Umsetzung) ให้เป็นไปตามมาตรา ๑๓ วรรคสาม และวรรคสี่ของระเบียบสหภาพยุโรป ว่าด้วยการประกอบการบริการในตลาดการค้าภายใน (Dienstleistungs-richtlinie – DLRL)[๓] ซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อขจัดปัญหาความล่าช้าตลอดจนความยุ่งยากซ้ำซ้อนที่เกิดจากขั้นตอนการพิจารณาอนุญาตในระบบราชการอันเป็นอุปสรรคขัดขวางต่อการเคลื่อนย้ายโดยเสรีของการบริการ อีกทั้งส่งเสริมการพัฒนาความเป็นตลาดร่วมของสหภาพยุโรป ผลทางกฎหมายของระเบียบฉบับดังกล่าวจึงก่อให้เกิดพันธกรณีต่อประเทศสมาชิกสหภาพยุโรปที่จะต้องอนุวัติให้เป็นไปตามระเบียบและนำมาใช้บังคับเป็นกฎหมายภายใน ทั้งนี้ หากได้ศึกษาถึงหลักเกณฑ์ว่าด้วยคำสั่งอนุญาตโดยปริยายในระบบกฎหมายเยอรมันแล้วจะพบว่า แม้เดิมในกฎหมายปกครองทั่วไปของเยอรมันจะไม่ได้มีการบัญญัติหลักเกณฑ์ว่าด้วยคำสั่งอนุญาตโดยปริยายไว้เป็นการทั่วไปในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองอันเป็นกฎหมายกลางก็ตาม แต่ก็มิใช่หลักเกณฑ์ใหม่ที่เพิ่งปรากฏขึ้นเป็นครั้งแรกในกฎหมายปกครองเยอรมันแต่อย่างใด แต่แท้จริงแล้วได้มีการนำหลักเกณฑ์ดังกล่าวนี้มาใช้บังคับเพื่อเร่งรัดกระบวนพิจารณา

* ตุลาการศาลปกครองกลาง (Doktorgrad der Juristischen Fakultät (doctor iuris), Ludwig-Maximilians-Universität München; Magister Legum, Ludwig-Maximilians-Universität München; นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายมหาชน) จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย; นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์).

๑ ในภาษาเยอรมัน คำว่า “Genehmigungsfiktion” ประกอบด้วยคำสองคำรวมกัน คือ คำว่า “Genehmigung” ซึ่งหมายถึง การอนุญาต การอนุมัติ และคำว่า “Fiktion” ซึ่งหมายความว่า การสมมติในสิ่งซึ่งไม่มีอยู่หรือไม่เกิดขึ้นจริง ให้มีอยู่หรือเกิดขึ้นจริง ทั้งนี้ เมื่อรวมกันจึงพอจะแปลความหมายได้ว่า “กรณีที่ให้ถือเสมือนว่ามีการอนุญาต” อย่างไรก็ดี แม้ในระบบกฎหมายไทยจะมีบทบัญญัติของกฎหมายบางฉบับได้นำหลักเกณฑ์เกี่ยวกับ “กรณีให้ถือเสมือนว่ามีการอนุญาต” มาใช้เพื่อเร่งรัดกระบวนพิจารณาคำขออนุญาตในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาคำขอมิได้วินิจฉัยสั่งการให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนดอยู่บ้างก็ตาม โดยอาจเรียกคำสั่งประเภทนี้ต่าง ๆ กันออกไป เช่น คำสั่งอนุญาตตามคำขอโดยปริยาย คำสั่งทางปกครองโดยปริยาย คำสั่งโดยปริยายที่เป็นการอนุญาต เป็นต้น ซึ่งแม้ในความเป็นจริง คำว่า “โดยปริยาย” อาจจะยังไม่สามารถเทียบเคียงได้กับการอธิบายความหมายของคำว่า “Genehmigungsfiktion” ในบริบทของกฎหมายเยอรมัน แต่เพื่อให้ง่ายต่อการทำความเข้าใจ ในบทความนี้จึงขอใช้คำว่า “คำสั่งอนุญาตโดยปริยาย” ในการอธิบายความหมายของคำว่า “Genehmigungsfiktion”.

๒ มาตรา ๔๒a กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน แก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎหมายแก้ไขเพิ่มเติมวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ฉบับที่ ๔) เมื่อวันที่ ๑๑ ธันวาคม ค.ศ. ๒๐๐๘ (das 4. Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrensrechtlicher Vorschriften vom 11. Dezember 2008 – das 4. VwVfÄndG).

๓ Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienst-leistungen im Binnenmarkt.

คำขออนุญาตหลายประเภทโดยปรากฏกระจายอยู่ในกฎหมายปกครองเฉพาะ (Besonderes Verwaltungsrecht) ฉบับต่าง ๆ เป็นจำนวนมากตั้งแต่ก่อนที่จะมีการนำมาบัญญัติไว้ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง โดยมีวัตถุประสงค์ประการสำคัญเพื่อเร่งรัดการพิจารณาทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ให้แล้วเสร็จโดยเร็ว (Beschleunigung des Verwaltungsverfahrens)

เมื่อพิจารณาถ้อยคำภาษาเยอรมันของบทบัญญัติ ***มาตรา ๔๒a ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน*** พอจะแปลเป็นถ้อยคำภาษาไทย ดังนี้

(๑) ในกรณีที่กฎหมายในเรื่องใดกำหนดไว้เป็นการเฉพาะบัญญัติรับรองกรณีให้ถือเสมือนว่ามีการอนุญาต โดยปริยายและคำขออนุญาตนั้นมีความชัดเจนเพียงพอ หากเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาคำขอมิได้วินิจฉัยสั่งการให้แล้วเสร็จภายในกำหนดระยะเวลาที่ต้องพิจารณาคำขอเช่นว่านั้น ให้ถือว่ามีการอนุญาตตามคำขอแล้วโดยปริยาย (คำสั่งอนุญาตโดยปริยาย). ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครองและกระบวนการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับกับคำสั่งอนุญาตโดยปริยายด้วยโดยอนุโลม

(๒) ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายในเรื่องใดกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ให้ระยะเวลาตามวรรคหนึ่งมีกำหนดสามเดือน. ให้ระยะเวลาในการวินิจฉัยสั่งการคำขอเริ่มนับตั้งแต่วันที่เจ้าหน้าที่ได้รับเอกสารประกอบคำขอถูกต้องครบถ้วน. ในกรณีที่การวินิจฉัยสั่งการคำขอเป็นเรื่องที่มีความยุ่งยาก เจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาคำขออาจขยายระยะเวลาออกไปได้หนึ่งครั้งตามความเหมาะสม. ในการขยายระยะเวลาเจ้าหน้าที่จะต้องแสดงเหตุผลและแจ้งให้ผู้ยื่นคำขอทราบก่อนครบกำหนดเวลา

(๓) ในกรณีที่บุคคลซึ่งอาจจะเป็นผู้ได้รับแจ้งคำสั่งตามมาตรา ๔๑ วรรคหนึ่ง ร้องขอ เจ้าหน้าที่ต้องยืนยันการเกิดขึ้นของคำสั่งอนุญาตโดยปริยายนั้นเป็นหนังสือ

บทความนี้จะได้กล่าวถึงเฉพาะหลักเกณฑ์ทางกฎหมายของคำสั่งอนุญาตโดยปริยายตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๔๒a ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน โดยแบ่งออกเป็นสี่ส่วนตามลำดับดังนี้ (๑) เงื่อนไขการเกิดขึ้นของคำสั่งอนุญาตโดยปริยาย (มาตรา ๔๒a วรรคหนึ่ง ประโยคที่หนึ่ง) (๒) การนำบทบัญญัติว่าด้วยผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครองและกระบวนการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับกับคำสั่งอนุญาตโดยปริยายด้วยโดยอนุโลม (มาตรา ๔๒a วรรคหนึ่ง ประโยคที่สอง) (๓) หลักเกณฑ์เกี่ยวกับระยะเวลา (มาตรา ๔๒a วรรคสอง) และ (๔) การยืนยันคำสั่งอนุญาตโดยปริยายเป็นหนังสือ (มาตรา ๔๒a วรรคสาม)

๑. เงื่อนไขการเกิดขึ้นของคำสั่งอนุญาตโดยปริยาย

มาตรา ๔๒a วรรคหนึ่ง ประโยคที่หนึ่ง ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมันบัญญัติว่า "ในกรณีที่กฎหมายในเรื่องใดกำหนดไว้เป็นการเฉพาะบัญญัติรับรองกรณีให้ถือเสมือนว่ามีการอนุญาตโดยปริยายและคำขออนุญาตนั้นมีความชัดเจนเพียงพอ หากเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาคำขอมิได้วินิจฉัยสั่งการให้แล้วเสร็จภายในกำหนดระยะเวลาที่ต้องพิจารณาคำขอเช่นว่านั้น ให้ถือว่ามีการอนุญาตตามคำขอแล้วโดยปริยาย (คำสั่งอนุญาตโดยปริยาย)"

จากบทบัญญัติดังกล่าวสามารถแบ่งพิจารณาหลักเกณฑ์ออกได้เป็น ๔ ประการ ดังนี้

๑.๑ ต้องมีบทบัญญัติของกฎหมาย (Rechtsvorschrift) กำหนดไว้เป็นการเฉพาะบัญญัติรับรองกรณีให้ถือเสมือนว่ามีการอนุญาตโดยปริยาย

เงื่อนไขประการแรกและเป็นเงื่อนไขประการสำคัญว่า คำสั่งอนุญาตโดยปริยายตามมาตรา ๔๒a ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน จะเกิดขึ้นได้หรือไม่นั้น จะต้องปรากฏว่าเป็นกรณีที่มีบทบัญญัติของกฎหมายเฉพาะ (Rechtsvorschrift) บัญญัติให้การรับรองไว้ก่อนแล้วว่า ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาคำขอมิได้วินิจฉัยสั่งการให้แล้วเสร็จภายในกำหนดระยะเวลาที่ต้องพิจารณาคำขอเช่นว่านั้น ให้ถือเสมือนว่ามีการอนุญาตโดยปริยาย ทั้งนี้ ไม่ว่าในบทบัญญัติของกฎหมายฉบับดังกล่าวจะได้บัญญัติโดยใช้ถ้อยคำเรียกคำสั่งที่เกิดขึ้นโดยปริยายนี้แตกต่างกันออกไป และอาจมิได้บัญญัติโดยใช้คำว่า “คำสั่งอนุญาตโดยปริยาย (Genehmigungsfiktion)” ก็ตาม แต่อย่างน้อยที่สุดจะต้องมีความชัดเจนเพียงพอที่จะทำให้เข้าใจได้ว่า ประสงค์ให้นำหลักเกณฑ์กรณีให้ถือเสมือนว่ามีการอนุญาตโดยปริยายมาใช้บังคับในกรณีที่เจ้าหน้าที่มิได้วินิจฉัยสั่งการคำขอให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนด[๔] ในทางกลับกัน หากเป็นกรณีที่กฎหมายในเรื่องนั้นกำหนดไว้แต่เพียงระยะเวลาในการพิจารณาและวินิจฉัยสั่งการคำขอ ในลักษณะที่เป็นระยะเวลาเร่งรัด แต่มิได้กำหนดผลทางกฎหมายสำหรับกรณีที่เจ้าหน้าที่มิได้วินิจฉัยสั่งการตลอดจนแจ้งผลการวินิจฉัยนั้นให้ผู้ยื่นคำขอทราบภายในกำหนดว่า ให้ถือเสมือนว่ามีการอนุญาตโดยปริยายด้วยแล้ว ก็ไม่อาจนำหลักเกณฑ์ว่าด้วยคำสั่งอนุญาตโดยปริยายตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๔๒a ของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองเยอรมัน มาใช้บังคับในกรณีนี้ได้ ด้วยเหตุนี้ แม้จะล่วงพ้นกำหนดระยะเวลาในการวินิจฉัยสั่งการคำขอแล้ว คำสั่งอนุญาตโดยปริยายจึงไม่อาจเกิดขึ้นได้เช่นกัน[๕]

เมื่อพิจารณาเทคนิคและวิธีการบัญญัติกฎหมายของมาตรา ๔๒a วรรคหนึ่ง ประโยคที่หนึ่ง ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน จะเห็นได้ว่า แม้กฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองจะเป็นกฎหมายกลางที่นำมาใช้สำหรับการพิจารณาทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายใดกำหนดวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเรื่องนั้นไว้โดยเฉพาะ และการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตราดังกล่าวก็เป็นไปเพื่ออนุวัติให้เป็นไปตามมาตรา ๑๓ วรรคสาม และวรรคสี่ ของระเบียบสหภาพยุโรปว่าด้วยการประกอบการบริการในตลาดการค้าภายใน ที่มีเจตนารมณ์ให้นำหลักเกณฑ์ว่าด้วยคำสั่งอนุญาตโดยปริยายมาใช้บังคับกับกระบวนพิจารณาคำขออนุญาตประกอบการบริการในทุกกรณี เว้นแต่เป็นกรณีที่มีข้อยกเว้นโดยชอบธรรมยินยอมมิให้นำหลักเกณฑ์ดังกล่าวมาใช้บังคับก็ตาม แต่ผลทางกฎหมายของการบัญญัติกฎหมายเช่นว่านี้ จึงอาจมีผลทำให้ไม่สามารถนำหลักเกณฑ์ว่าด้วยคำสั่งอนุญาตโดยปริยายมาใช้บังคับได้ในลักษณะเป็นการทั่วไปสำหรับในทุกกรณี แต่การเกิดขึ้นของคำสั่งอนุญาตโดยปริยายตามกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมันจึงยังคงเป็นเพียงข้อยกเว้นเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ เพื่อให้การอนุวัติตามบทบัญญัติมาตรา ๑๓ วรรคสาม และวรรคสี่ ของระเบียบสหภาพยุโรปว่าด้วยการประกอบการบริการในตลาดการค้าภายใน เป็นไปโดยสมบูรณ์ จึงยังคงมีความจำเป็นที่จะต้องแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายเฉพาะในแต่ละเรื่องที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาคำขออนุญาตประกอบการบริการว่า ในกรณีที่เจ้าหน้าที่

[๔] Kopp/Ramsauer, VwVfG, §42a Rn. 10.

[๕] Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, §42a Rn. 30.

มิได้วินิจฉัยสั่งการและแจ้งผลการพิจารณาให้ผู้ยื่นคำขอทราบภายในกำหนด ให้ถือว่ามีคำสั่งอนุญาตแล้วโดยปริยาย จึงจะมีผลทำให้การอนุวัติให้เป็นไปตามระเบียบดังกล่าวเกิดขึ้นโดยสมบูรณ์ได้

สำหรับปัญหาว่า “บทบัญญัติของกฎหมาย (Rechtsvorschrift)” ที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๔๒a วรรคหนึ่ง ประโยคที่หนึ่ง มีหมายความว่าอย่างไรนั้น เมื่อพิจารณาความหมายโดยทั่วไปแล้วจะเห็นได้ว่าหมายความถึง กฎเกณฑ์ที่องค์กรผู้ใช้อำนาจนิติบัญญัติได้บัญญัติขึ้นโดยผ่านกระบวนการตรากฎหมายทางนิติบัญญัติซึ่งมีลักษณะเป็น “กฎหมายในเชิงรูปแบบ (das formelle Gesetz)” และนอกจากนี้ยังหมายความรวมถึง กฎหมายลำดับรองหรือกฎหมายซึ่งมีลักษณะเป็น “กฎหมายในเชิงเนื้อหา (das materielle Gesetz)” เช่น กฎ (Rechtsverordnung) ระเบียบ (Satzung) โดยเป็นกฎเกณฑ์ที่องค์กรผู้ใช้อำนาจทางบริหารได้ตราขึ้นโดยอาศัยอำนาจตามความในกฎหมายแม่บทที่ให้อำนาจไว้และมีผลใช้บังคับโดยตรงออกไปสู่ภายนอก ส่วน “กฎเกณฑ์หรือระเบียบภายในฝ่ายปกครอง (Verwaltungsvorschrift)” ซึ่งมีผลใช้บังคับเป็นการเฉพาะภายในฝ่ายปกครองและไม่มีผลบังคับโดยตรงออกไปสู่ภายนอกเช่นเดียวกับนิยามของบทบัญญัติของกฎหมายในเชิงรูปแบบหรือเนื้อหา จึงไม่อาจถือเป็น “บทบัญญัติของกฎหมาย” ในบริบทของมาตรา ๔๒a วรรคหนึ่ง ประโยคหนึ่ง ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน ในอันที่จะถือเป็นบทบัญญัติของกฎหมายที่ให้อำนาจเป็นการเฉพาะได้

๑.๒ ต้องมีการยื่นคำขออนุญาตและคำขอต้องมีความชัดเจนเพียงพอ

เงื่อนไขประการต่อมาสำหรับกรณีให้ถือเสมือนว่ามีคำสั่งอนุญาตโดยปริยายจะต้องปรากฏว่าเป็นกรณีที่ผู้ยื่นคำขอได้ยื่นคำขอเพื่อให้เจ้าหน้าที่พิจารณาเพื่อมีคำสั่งในลักษณะที่เป็นการอนุญาตหรืออนุมัติ โดยต้องมิใช่กรณีที่เป็นเพียงการยื่นคำขอต่อเจ้าหน้าที่เพื่อแจ้งให้ทราบเท่านั้น ซึ่งการใช้อำนาจของเจ้าหน้าที่ในการพิจารณาอนุญาตนั้นจะต้องมิใช่กรณีที่เจ้าหน้าที่สามารถริเริ่มใช้อำนาจในการพิจารณาทางปกครองเองได้ แต่จะต้องเป็นกรณีที่มีการยื่นคำขอต่อเจ้าหน้าที่ให้ใช้อำนาจในการพิจารณาและวินิจฉัยสั่งการว่าจะอนุญาตให้หรือไม่ให้ตามคำขอนั้น (eine beantragte Genehmigung) และโดยที่สาระสำคัญของคำสั่งอนุญาตโดยปริยายซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมายบัญญัติ มิใช่คำสั่งอนุญาตที่เกิดจากการใช้อำนาจทางปกครองในการพิจารณาของเจ้าหน้าที่ผู้นั้นที่ได้วินิจฉัยสั่งการแล้วมีคำสั่งอนุญาตไปตามที่เห็นสมควร ดังนั้น คำสั่งอนุญาตโดยปริยายนี้จึงต้องมีเนื้อหาสาระสำคัญเช่นเดียวกันกับเนื้อความที่ปรากฏในคำขออนุญาต และด้วยเหตุนี้คำขออนุญาตเช่นว่านี้จึงต้องมีเนื้อหาและรายละเอียดที่มีความชัดเจนเพียงพอ (hinreichende Bestimmtheit des Antrags) หรือหากเมื่อพิจารณาคำขอแล้วเห็นว่าคำขออาจยังมีความไม่ชัดเจนเพียงพอ จะตีความเอกสารประกอบคำขอ (Antragsunterlagen) เพื่อให้คำขอมีความชัดเจนก็ย่อมสามารถกระทำได้ หรืออย่างน้อยที่สุด คำสั่งอนุญาตโดยปริยายที่เกิดขึ้นจะต้องมีความชัดเจนเพียงพอให้เป็นไปตามข้อเรียกร้องขั้นต่ำของหลักความชัดเจนของคำสั่งทางปกครอง (Grundsatz der Bestimmtheit des Verwaltungsakts)[๖] ดังที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๓๗ วรรคหนึ่งของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน โดยหลักดังกล่าวถือเป็นหลักกฎหมายปกครองทั่วไปซึ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อให้เกิดความแน่นอนชัดเจนทางกฎหมาย (Rechtsklarheit) และก่อให้เกิดความมั่นคง

[๖] Guckelberger, DÖV 2010, 109, 114; Kopp/Ramsauer, VwVfG, §42a Rn. 11; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, §42a Rn. 35.

แห่งนิติฐานะ (Rechtssicherheit) แก่บุคคลผู้รับคำสั่งหรืออยู่ภายใต้บังคับของคำสั่งทางปกครองนั้น ซึ่งเป็นรากฐานสำคัญของหลักนิติรัฐ (Rechsstaatsprinzip)[๗]

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดเยอรมัน[๘] ในช่วงก่อนที่จะได้มีการบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ว่าด้วยคำสั่งอนุญาตโดยปริยายไว้ในมาตรา ๔๒a ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน ได้วินิจฉัยปัญหาความชัดเจนของคำขอที่เป็นเงื่อนไขในการเกิดขึ้นของคำสั่งทางปกครองโดยปริยายว่า กรณีใดจะถือว่าคำขอมีความชัดเจนเพียงพอหรือไม่นั้น สำหรับกรณีที่ผู้ยื่นคำขอได้ระบุข้อพิจารณาทางเลือกหลายทางให้แก่เจ้าหน้าที่ในการพิจารณาและวินิจฉัยสั่งการตามที่เห็นสมควร (Alternative zur beliebigen Auswahl) ในกรณีเช่นนี้ ย่อมต้องถือว่าคำขอไม่มีความชัดเจนเพียงพอและแม้จะล่วงพ้นระยะเวลาที่กำหนดให้ต้องวินิจฉัยสั่งการให้แล้วเสร็จก็ไม่อาจก่อให้เกิดคำสั่งอนุญาตโดยปริยายได้ ทั้งนี้ แม้จะเห็นได้ว่าคำขอที่ผู้ยื่นคำขอได้ระบุข้อพิจารณาทางเลือกหลายทางให้แก่เจ้าหน้าที่ในการพิจารณาตามที่เห็นสมควรนี้จะมีความชัดเจนที่สามารถเข้าใจได้ถึงความประสงค์ของผู้ยื่นคำขอ โดยหากเป็นการพิจารณาคำขอในกรณีปกติซึ่งเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาคำขอสามารถวินิจฉัยสั่งการและตัดสินใจให้เป็นไปในแนวทางใดทางหนึ่ง และคำสั่งอนุญาตที่เกิดขึ้นจากการกระทำโดยตรงอันเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของบุคคลย่อมต้องสอดคล้องต่อหลักกฎหมายทั่วไปที่กำหนดให้คำสั่งทางปกครองต้องมีความชัดเจนก็ตาม แต่สำหรับการเกิดขึ้นของคำสั่งอนุญาตโดยปริยายเช่นนี้ เนื้อหาของคำสั่งอนุญาตที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมายบัญญัติย่อมต้องสอดคล้องต่อเนื้อความในคำขอตามความประสงค์ของผู้ยื่นคำขอ หากเนื้อความที่ปรากฏในคำขอดังกล่าวมีความหลากหลายและหากจะให้มีผลถือเสมือนว่ามีการอนุญาตตามคำขอโดยปริยายด้วยนั้น ย่อมจะทำให้บุคคลผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งหรือบุคคลที่อาจได้รับผลกระทบจากการเกิดขึ้นของคำสั่งอนุญาตโดยปริยายไม่อาจทราบเนื้อความของคำสั่งที่มีผลกระทบต่อตนได้ ด้วยเหตุนี้ ตราบใดที่คำขอไม่มีความชัดเจนเพียงพอและแม้จะล่วงพ้นระยะเวลาที่กำหนดให้ต้องวินิจฉัยสั่งการให้แล้วเสร็จ คำสั่งอนุญาตโดยปริยายย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้โดยแน่แท้

๑.๓ เจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาคำขอมิได้วินิจฉัยสั่งการให้แล้วเสร็จและมิได้แจ้งผลการพิจารณาให้ผู้ยื่นคำขอทราบภายในระยะเวลาที่กำหนด

นอกจากเงื่อนไขที่กล่าวมาข้างต้นตาม ๑.๑ และ ๑.๒ แล้วนั้น มาตรา ๔๒a วรรคหนึ่ง ประโยคที่หนึ่ง ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน ได้กำหนดเงื่อนไขการเกิดขึ้นของคำสั่งอนุญาตโดยปริยายไว้อีกว่า คำสั่งอนุญาตโดยปริยายจะเกิดขึ้นต่อเมื่อระยะเวลาที่กำหนดให้เจ้าหน้าที่พิจารณาคำขอล่วงพ้นไปโดยเจ้าหน้าที่ผู้นั้นมิได้วินิจฉัยสั่งการคำขอนั้นให้แล้วเสร็จ (nach Ablauf einer für die Entscheidung festgelegten Frist) ซึ่งกำหนดระยะเวลาในการวินิจฉัยสั่งการคำขอ จะต้องเป็น

[๗] BVerfG, NJW 1971, 2167; NJW 1974, 1499; NJW 1982, 1275; NJW 1987, 3175; NJW 1988, 2593 f.; NJW 1989, 1663; NVwZ 2003, 1241; NVwZ 2004, 1228; BVerwG, NVwZ 2012, 1413, 1414; vgl. auch Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 37 Rn. 2; Ziekow, VwVfG, § 37 Rn. 1; Uechtritz, DVBl. 2010, 684, 688.

[๘] BVerwG, NJW 1984, 2481.

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

ระยะเวลาที่ได้กำหนดและประกาศให้ทราบล่วงหน้า (Vorabfestlegung und Bekanntmachung) เพื่อให้สอดคล้องกับความในมาตรา ๑๓ วรรคสาม ประโยคที่หนึ่ง ของระเบียบสหภาพยุโรปว่าด้วยการประกอบการบริการในตลาดการค้าภายใน ที่กำหนดเรื่องการประกาศล่วงหน้าเป็นเงื่อนไขสำคัญของระยะเวลาในการพิจารณาและวินิจฉัยสั่งการคำขอ อีกทั้งกำหนดระยะเวลาในการพิจารณาและวินิจฉัยสั่งการคำขอจะต้องเป็นการกำหนดระยะเวลาสำหรับวินิจฉัยสั่งการที่กำหนดไว้เป็นการทั่วไป (abstrakt–generelle Fristfestlegung) มิใช่ระยะเวลาสำหรับวินิจฉัยสั่งการเป็นรายกรณีเฉพาะเรื่อง (konkret–individuelle Fristfestlegung)[๙] ด้วยเหตุนี้ แม้ความในวรรคหนึ่ง ประโยคที่หนึ่ง ของมาตรา ๔๒a ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน จะมิได้กำหนดไว้อย่างชัดเจนว่ากำหนดระยะเวลาในการวินิจฉัยสั่งการคำขอนั้น จะต้องเป็นกำหนดระยะเวลาที่กำหนดไว้โดยบทบัญญัติของกฎหมาย (Rechtsvorschrift) แต่โดยที่เมื่อพิจารณาถึงเจตนารมณ์ในการแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรานี้ดังที่ได้กล่าวมาแล้วข้างต้นว่าเป็นไปเพื่ออนุวัติให้เป็นไปตามมาตรา ๑๓ วรรคสาม และวรรคสี่ ของระเบียบสหภาพยุโรปว่าด้วยการประกอบการบริการในตลาดการค้าภายใน อีกทั้งยังเป็นไปเพื่อเร่งรัดกระบวนพิจารณาทางปกครองในการวินิจฉัยสั่งการคำขออนุญาตในชั้นเจ้าหน้าที่มิให้เกิดความล่าช้าเกินสมควร ดังนั้น ระยะเวลาในการพิจารณาและวินิจฉัยสั่งการคำขอดังกล่าวโดยหลักแล้วจึงชอบที่จะต้องเป็นระยะเวลาที่กำหนดไว้โดยบทบัญญัติของกฎหมาย (Rechtsvorschrift) ซึ่งมิใช่ปล่อยให้เป็นอำนาจของฝ่ายปกครองที่จะกำหนดระยะเวลาในการพิจารณาและวินิจฉัยสั่งการคำขอตามที่เห็นควร

อย่างไรก็ดี ปัญหาว่ากำหนดระยะเวลาในการพิจารณาและวินิจฉัยสั่งการคำขอว่าจะต้องเป็นกำหนดระยะเวลาที่กำหนดไว้ในกฎหมายหรือไม่ หรือจะเป็นระยะเวลาที่หน่วยงานทางปกครองซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาคำขอนั้นสามารถกำหนดระยะเวลาดังกล่าวได้เองหรือไม่ มีความเห็นทางวิชาการแตกต่างออกเป็นสองแนวทาง กล่าวคือ บางส่วนเห็นว่า[๑๐] มาตรา ๑๓ วรรคสาม ของระเบียบสหภาพยุโรปว่าด้วยการประกอบการบริการในตลาดการค้าภายใน ไม่ได้กำหนดไว้เป็นการเฉพาะว่าจะต้องเป็นการกำหนดระยะเวลาโดยบทบัญญัติของกฎหมายเท่านั้น กรณีจึงอาจเป็นไปได้ทั้งการกำหนดระยะเวลาโดยบทบัญญัติของกฎหมาย หรืออาจเป็นระยะเวลาที่กำหนดโดยหน่วยงานทางปกครองซึ่งเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้อำนาจนั้นไว้ โดยอาจกำหนดในรูปแบบของ “กรอบระยะเวลาปฏิบัติงานของฝ่ายปกครอง (behördliche Fristenpläne)” ตราบใดที่ระยะเวลาดังกล่าวเป็นการกำหนดและประกาศแจ้งให้ทราบล่วงหน้า ในขณะที่อีกส่วนหนึ่งเห็นว่า[๑๑] แม้จะเห็นพ้องด้วยว่า ระเบียบสหภาพยุโรปว่าด้วยการประกอบการบริการในตลาดการค้าภายใน จะไม่ได้กำหนดไว้อย่างเคร่งครัดว่าจะต้องเป็นการกำหนด

[๙] Neidert, Verwaltungsverfahren über einen einheitlichen Ansprechpartner, 2011, S. 59f.

[๑๐] Guckelberger, DÖV 2010, 109, 115; Krajewski, NVwZ 2009, 929, 933; Schmitz/Prell, NVwZ 2009, 1, 8; Ziekow, Möglichkeiten zur Verbesserung der Standortbedingungen für kleinere und mittlere Unternehmen durch Einführung von Genehmigungsfiktionen, S. 86; ders., GewArch 2007, 217, 221.

[๑๑] Gesetzesbegründung zu §42a VwVfG, BT-Drs. 16/10493, S.16; Bernhardt, GewArch 2009, 100, 102; Parlow, Die EG-Dienstleistungsrichtlinie – Stärkung der Dienstleistungs- und Niederlassungs-freiheit durch mitgliedstaatliche Verwaltungsmodernisierung und gegenseitige Normanerkennung?, S. 209; Ramsauer, NordÖR 2008, 417, 423; Schemmer, in: Bader/Ronellenfitsch, VwVfG, § 42a Rn. 10.1.

ระยะเวลาโดยบทบัญญัติของกฎหมาย แต่โดยที่การกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับระยะเวลาในการพิจารณาและวินิจฉัยสั่งการคำขอ พร้อมกับกำหนดให้มีคำสั่งทางปกครองที่เป็นการอนุญาตตามคำขอโดยปริยายเกิดขึ้นในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาคำขอมิได้วินิจฉัยสั่งการให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลานั้น มีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อเร่งรัดกระบวนพิจารณาคำขออนุญาตไม่ให้เกิดความล่าช้าและสามารถวินิจฉัยสั่งการให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาอันควร ด้วยเหตุนี้ การกำหนดระยะเวลาในการพิจารณาและวินิจฉัยสั่งการคำขอเช่นว่านี้ไว้ในกรอบระยะเวลาปฏิบัติงานของฝ่ายปกครอง ซึ่งโดยปกติถูกนำมาใช้เป็นเพียงเครื่องมือเพื่อกำหนดแนวทางในการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครองและไม่มีสถานะทางกฎหมายที่ชัดเจน ย่อมไม่อาจเป็นหลักประกันที่แน่นอนและก่อให้เกิดความไม่มั่นคงแห่งนิติฐานะแก่ผู้ยื่นคำขอได้ อีกทั้งยังเป็นการเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองสามารถแก้ไขกำหนดระยะเวลาดังกล่าวได้โดยง่ายโดยไม่ต้องผ่านกระบวนการตรากฎหมายทางนิติบัญญัติ

นอกจากนี้ โดยที่คำสั่งอนุญาตโดยปริยายจะไม่เกิดขึ้นหากเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาคำขอได้วินิจฉัยสั่งการคำขอให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนด (Frist für die Entscheidung) จึงมีข้อพิจารณาว่ากรณีใดจึงจะถือว่าได้วินิจฉัยสั่งการคำขอนั้นแล้ว ซึ่งการวินิจฉัยสั่งการคำขอของเจ้าหน้าที่จะต้องเป็นการพิจารณาและวินิจฉัยสั่งการให้ชัดเจนว่าจะมีผลเป็นการ “อนุญาต (genehmigt)” หรือ “ปฏิเสธ (abgelehnt)” ดังนั้น ไม่ว่าเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาคำขอจะพิจารณาคำขออนุญาตและมีคำสั่งไปในทางใดทางหนึ่ง หากการพิจารณาดังกล่าวมีผลทำให้กระบวนพิจารณาทางปกครองสิ้นสุดลง (verfahrens-abschließend) กรณีจึงต้องถือว่าเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้พิจารณาคำขออนุญาตแล้วเสร็จและไม่มีผลทำให้เกิดคำสั่งอนุญาตโดยปริยาย อย่างไรก็ดี ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาคำขอได้พิจารณาคำขอแล้วแต่ยังไม่สามารถวินิจฉัยสั่งการมีคำสั่งไปได้ในทางใดทางหนึ่ง เช่น กรณีที่เจ้าหน้าที่เพียงแต่แจ้งให้ผู้ยื่นคำขอทราบว่าต้องรอความเห็นของเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองอื่นแล้วจึงจะสามารถมีคำสั่งว่าจะอนุญาตหรือปฏิเสธได้นั้น การแจ้งดังกล่าวไม่อาจถือเป็นการวินิจฉัยสั่งการคำขอและไม่มีผลทำให้กระบวนพิจารณาทางปกครองสิ้นสุดลง แต่เป็นเพียง “การแจ้ง (bloße Mitteilung)” เพื่อให้ผู้ยื่นคำขอทราบขั้นตอนปัจจุบันของกระบวนพิจารณาทางปกครองเท่านั้น ในกรณีเช่นนี้ แม้เจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาคำขอจะได้ดำเนินการแจ้งให้ผู้ยื่นคำขอทราบภายในกำหนดระยะเวลาก็ตาม แต่หากครบกำหนดระยะเวลาแล้วเจ้าหน้าที่ก็มิได้วินิจฉัยสั่งการให้แล้วเสร็จ ในกรณีนี้จึงต้องถือว่าคำสั่งอนุญาตโดยปริยายได้เกิดขึ้นแล้ว

อนึ่ง มีข้อพึงสังเกตว่า ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาคำขอมิได้วินิจฉัยสั่งการให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนดหรือภายในระยะเวลาที่ได้รับการขยายออกไป อันมีผลทำให้คำสั่งอนุญาตโดยปริยายเกิดขึ้นแล้ว แต่หากปรากฏต่อมาว่าภายหลังจากที่ครบกำหนดระยะเวลาวินิจฉัยสั่งการคำขอแล้วนั้น เจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้พิจารณาแล้ววินิจฉัยสั่งการอย่างใดอย่างหนึ่ง พร้อมกับแจ้งผลการวินิจฉัยสั่งการนั้นให้ผู้ยื่นคำขอทราบ หากเจ้าหน้าที่พิจารณาแล้วมีคำสั่งอนุญาตตามคำขอโดยมีผลเช่นเดียวกันกับคำสั่งอนุญาตโดยปริยายที่เกิดขึ้น กรณีจึงมีผลเป็นเพียงการแจ้งยืนยันคำสั่งอนุญาตโดยปริยายที่เกิดขึ้นก่อนหน้านั้นซึ่งเป็นการเกิดขึ้นโดยผลของกฎหมายบัญญัติ โดยหาได้มีผลทางกฎหมายในอันที่จะก่อให้เกิดคำสั่งทางปกครองขึ้นใหม่แต่ประการใด ในขณะที่หากภายหลังครบกำหนดระยะเวลาในการวินิจฉัยสั่งการคำขอนั้นแล้ว แต่เจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาคำขอได้พิจารณาแล้ววินิจฉัยสั่งการให้มีผลทางกฎหมาย

ในลักษณะที่แตกต่างไปจากคำสั่งอนุญาตโดยปริยายที่เกิดขึ้นและมีผลทางกฎหมายสมบูรณ์ไปก่อนหน้านั้นแล้ว การวินิจฉัยสั่งการในครั้งหลังอาจมีผลโดยนัยแสดงให้เห็นได้ว่า เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้ซึ่งมีหน้าที่และอำนาจในการพิจารณาคำขอมีความประสงค์ที่จะให้ถือเป็นการลบล้างคำสั่งอนุญาตโดยปริยายที่เกิดขึ้นก่อนนั้นแล้วโดยปริยาย

๒. การนำบทบัญญัติว่าด้วยผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครองและกระบวนการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับกับคำสั่งอนุญาตโดยปริยายด้วยโดยอนุโลม

มาตรา ๔๒๘ วรรคหนึ่ง ประโยคที่สอง ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน บัญญัติว่า "ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครองและกระบวนการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับกับคำสั่งอนุญาตโดยปริยายด้วยโดยอนุโลม"

๒.๑ บทบัญญัติว่าด้วยผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครอง

การพิจารณาว่าจะสามารถนำบทบัญญัติทั้งสองส่วนดังกล่าวมาใช้บังคับกับคำสั่งอนุญาตโดยปริยายได้หรือไม่หรือเพียงใดนั้น ย่อมต้องคำนึงถึง "ลักษณะทางกฎหมายของคำสั่งโดยปริยาย (Fiktionscharakter)" ด้วยเช่นกัน สำหรับบทบัญญัติว่าด้วยผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครอง (Bestandskraft des Verwaltungsakts) ปรากฏอยู่ในส่วนที่ ๒ ของหมวด ๓ ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน ตั้งแต่มาตรา ๔๓ ถึงมาตรา ๕๒ เช่น มาตรา ๔๓ ว่าด้วยความมีผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง มาตรา ๔๔ ว่าด้วยความเป็นโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครอง มาตรา ๔๘ ว่าด้วยการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และมาตรา ๔๙ ว่าด้วยการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น

๒.๑.๑ ความมีผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

มาตรา ๔๓ วรรคหนึ่ง ประโยคที่หนึ่ง ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน บัญญัติให้คำสั่งทางปกครองมีผลใช้ยันต่อบุคคลตั้งแต่ขณะที่ผู้นั้นได้รับแจ้งโดยชอบด้วยกฎหมายเป็นต้นไป (Bekanntgabe) จากบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า การแจ้งคำสั่งทางปกครองเป็นกระบวนการขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญต่อความมีผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ว่าคำสั่งนั้นจะสามารถมีผลใช้ยันต่อบุคคลใดได้หรือไม่ ในกรณีที่เป็นคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ในการวินิจฉัยสั่งการในกรณีปกติทั่วไป ตราบใดที่ผู้นั้นยังไม่ได้รับแจ้งคำสั่ง คำสั่งทางปกครองนั้นก็ยังไม่มีผลใช้ยันบุคคลดังกล่าวได้ อย่างไรก็ดี เมื่อพิจารณาลักษณะทางกฎหมายของคำสั่งอนุญาตโดยปริยายซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมายบัญญัติอันสืบเนื่องมาจากการที่เจ้าหน้าที่ไม่วินิจฉัยสั่งการคำขอให้แล้วเสร็จภายในกำหนดเวลา โดยมิใช่กรณีที่ผู้ยื่นคำขอได้รับการอนุญาตตามคำขอ เพราะเหตุว่าเจ้าหน้าที่ได้พิจารณาแล้วเห็นว่าการยื่นคำขอนั้นเป็นไปตามเงื่อนไขที่กฎหมายบัญญัติไว้ หรือเจ้าหน้าที่ใช้ดุลพินิจพิจารณาแล้วเห็นสมควรมีคำสั่งอนุญาตตามคำขอ กรณีจึงไม่มีขั้นตอนที่เจ้าหน้าที่จะต้องแจ้งคำสั่งอนุญาตให้แก่ผู้ยื่นคำขอทราบ และไม่อาจนำบทบัญญัติว่าด้วยความมีผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองในส่วนที่เกี่ยวกับการแจ้ง (Wirksamkeit des Verwaltungsakts) มาใช้บังคับกับคำสั่งอนุญาตโดยปริยายด้วยโดยอนุโลมในนิติสัมพันธ์ระหว่างเจ้าหน้าที่ผู้ซึ่งมีอำนาจหน้าที่ในการ

พิจารณาคำขอ กับบุคคลผู้ยื่นคำขอหรือคู่กรณีผู้ซึ่งได้เข้ามาในกระบวนพิจารณาทางปกครอง แต่คำสั่งอนุญาตโดยปริยายสามารถมีผลใช้ยันต่อบุคคลผู้นั้นได้ทันทีที่ล่วงพ้นกำหนดเวลาในการวินิจฉัยสั่งการคำขอและไม่ปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้วินิจฉัยสั่งการเรื่องให้แล้วเสร็จโดยที่เจ้าหน้าที่ไม่จำเป็นต้องแจ้งการเกิดขึ้นของคำสั่งอนุญาตโดยปริยายให้ทราบ ทั้งนี้ คำสั่งอนุญาตโดยปริยายย่อมมีผลบังคับผูกพันตราบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอนหรือยกเลิกหรือสิ้นผลลงโดยเหตุอื่น เว้นแต่จะปรากฏเหตุแห่งความเป็นโมฆะ (Nichtigkeit) ที่ทำให้คำสั่งอนุญาตโดยปริยายไม่อาจมีผลทางกฎหมายใช้บังคับมาตั้งแต่ต้น

สำหรับความมีผลใช้ยันต่อบุคคลที่สามซึ่งเป็นบุคคลภายนอกที่มิได้เข้ามาเป็นคู่กรณีในกระบวนพิจารณาทางปกครอง ย่อมชอบที่จะต้องแจ้งคำสั่งอนุญาตโดยปริยายให้ทราบ และคำสั่งอนุญาตโดยปริยายจะมีผลใช้ยันต่อบุคคลดังกล่าวตั้งแต่ขณะที่ผู้นั้นได้รับแจ้ง (Bekanntgabe) หรือกรณีให้เสมือนถือว่าได้แจ้งโดยปริยาย (Bekanntgabefiktion) เป็นต้นไป[๑๒] ทั้งนี้ เพื่อให้บุคคลดังกล่าวซึ่งอาจจะได้รับผลกระทบจากคำสั่งอนุญาตโดยปริยายได้ทราบถึงคำสั่งที่มีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของตนอย่างชัดเจน (Rechtsklarheit) และเป็นจุดเริ่มต้นการนับระยะเวลาการฟ้องคดีหากบุคคลดังกล่าวประสงค์ใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาล ด้วยเหตุนี้ คำสั่งอนุญาตโดยปริยายจึงไม่อาจมีผลใช้ยันต่อบุคคลบุคคลที่สามซึ่งเป็นบุคคลภายนอกที่มิได้เข้ามาเป็นคู่กรณีในกระบวนพิจารณาทางปกครองในทันทีที่ล่วงพ้นกำหนดเวลาในการวินิจฉัยสั่งการคำขอและไม่ปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้วินิจฉัยสั่งการเรื่องให้แล้วเสร็จดังเช่นกรณีของผู้ยื่นคำขอซึ่งเป็นบุคคลผู้ได้รับประโยชน์จากการเกิดขึ้นของคำสั่งอนุญาตโดยปริยาย ซึ่งหากกำหนดให้คำสั่งอนุญาตโดยปริยายมีผลใช้ยันต่อบุคคลที่สามตั้งแต่ขณะก่อนที่ผู้นั้นจะได้รับแจ้ง ย่อมมีผลทำให้ระยะเวลาการฟ้องคดีต่อศาลของบุคคลดังกล่าวต้องถูกจำกัดตัดทอนลง อันมีผลกระทบต่อหลักประกันการเข้าถึงสิทธิทางศาลหรือกระบวนการยุติธรรมอย่างมีประสิทธิภาพ (Grundsatz des effektiven Rechtsschutzes) ซึ่งเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่รัฐธรรมนูญแห่งสหพันธ์สาธารณรัฐเยอรมนี (Grundgesetz) ได้บัญญัติให้การรับรองไว้ในมาตรา ๑๙ วรรคสี่[๑๓] ซึ่งการแจ้งคำสั่งอนุญาตโดยปริยายในกรณีนี้ เจ้าหน้าที่จะต้องแจ้งให้ทราบถึงการเกิดขึ้นของคำสั่งอนุญาตโดยปริยาย พร้อมกับแจ้งสิทธิอุทธรณ์ให้ผู้นั้นทราบอันเป็นการแจ้งในทำนองเดียวกันกับการยืนยันคำสั่งอนุญาตโดยปริยายเป็นหนังสือในกรณีที่มีผู้ร้องขอตามมาตรา ๔๒a วรรคสาม ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน[๑๔]

๒.๑.๒ ความเป็นโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครอง

มาตรา ๔๔ ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับความเป็นโมฆะกรรมของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งผลทางกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่เป็นโมฆะจะทำให้คำสั่งนั้นไม่ก่อให้เกิดผลบังคับผูกพันทางกฎหมายมาตั้งแต่ต้น (keine Rechtswirkung von Anfang an)

[๑๒] Hissnauer, Auswirkungen der Dienstleistungsrichtlinie auf das deutsche Genehmigungs-verfahrensrecht, S. 227; Kluth, in: Fenzel/Kluth/Rennert, Neue Entwicklungen im Verwaltungsverfahrens- und -prozessrecht, S. 61, 75; ders., JuS 2011, 1978, 1081; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 42a Rn. 3; Stelkens, Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 42a Rn. 57, 68, 95.

[๑๓] BVerfG, NJW 1965, 291, 293; NJW 1973, 1491, 1493; NJW 1978, 693; NJW 1980, 35, 36; NVwZ 2009, 240, 241; NVwZ 2011, 549.

[๑๔] Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, §42a Rn. 68.

สำหรับคำสั่งอนุญาตโดยปริยายนั้น โดยที่คำสั่งอนุญาตโดยปริยายมีสถานะทางกฎหมายเป็นคำสั่งทางปกครองเช่นเดียวกัน ดังนั้น คำสั่งอนุญาตโดยปริยายจึงอาจเป็นโมฆะและไม่ก่อให้เกิดผลบังคับผูกพันทางกฎหมายมาตั้งแต่ต้นเช่นเดียวกับคำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นจากการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ในกรณีปกติทั่วไป สำหรับเหตุแห่งความเป็นโมฆะของคำสั่งอนุญาตโดยปริยายนั้น เมื่อพิจารณาถึงลักษณะทางกฎหมายของคำสั่งอนุญาตโดยปริยายอันเป็นคำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมายบัญญัติแล้วจะเห็นได้ว่า แม้บทบัญญัติมาตรา ๔๔ ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมันจะได้กำหนดเหตุแห่งความเป็นโมฆะของคำสั่งทางปกครองไว้สองประการหลัก กล่าวคือ ประการที่หนึ่ง กรณีคำสั่งทางปกครองมีความผิดพลาดอย่างร้ายแรงและชัดแจ้ง (มาตรา ๔๔ วรรคหนึ่ง) และประการที่สอง กรณีคำสั่งทางปกครองเป็นโมฆะในกรณีที่ปรากฏเหตุตามที่กฎหมายกำหนดแม้คำสั่งนั้นจะมิได้มีความผิดพลาดอย่างร้ายแรงและชัดแจ้ง (มาตรา ๔๔ วรรคสอง) แต่ก็เฉพาะเหตุความเป็นโมฆะบางประการตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๔๔ วรรคหนึ่ง และวรรคสอง ข้อ ๔ ถึงข้อ ๖ วรรคสี่ เท่านั้น ที่จะสามารถนำมาใช้บังคับกับคำสั่งอนุญาตโดยปริยายด้วยโดยอนุโลม[๑๕]

๒.๑.๓ การเพิกถอนและยกเลิกคำสั่งทางปกครอง

การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการยกเลิกคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งตลอดจนผู้มีอำนาจในการพิจารณาอุทธรณ์ในการที่จะต้องพิจารณาว่ากรณีใดสมควรที่จะเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งทางปกครองหรือไม่ เพียงใด สำหรับคำสั่งอนุญาตโดยปริยายนั้น โดยที่คำสั่งอนุญาตโดยปริยายเป็นคำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมายบัญญัติว่าให้ถือเสมือนว่ามีการอนุญาตแล้วโดยปริยาย ซึ่งการถือเสมือนว่ามีการอนุญาตแล้วโดยปริยายนั้นหมายความว่า เป็นกรณีที่ให้ถือเสมือนเพียงว่าเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาคำขอได้มีการ “ออกคำสั่ง” ให้แก่ผู้ยื่นคำขอแล้วโดยปริยายเท่านั้น (Erteilungsfiktion) โดยมิได้หมายความว่า คำสั่งที่เกิดขึ้นโดยปริยายนี้จะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายในเนื้อหาด้วยโดยปริยาย (materielle Rechtmäßigkeitsfiktion)[๑๖] คำสั่งอนุญาตโดยปริยายจึงมีผลทางกฎหมายเช่นเดียวกันกับคำสั่งทางปกครองในกรณีทั่วไป[๑๗] ด้วยเหตุนี้ หากคำสั่งอนุญาตโดยปริยายไม่ชอบด้วยกฎหมายในเนื้อหาหรือแม้คำสั่งอนุญาตโดยปริยายจะชอบด้วยกฎหมายแล้วก็ตาม แต่หากเจ้าหน้าที่พิจารณาแล้วเห็นว่ากรณีมีเหตุอันสมควรจะต้องเพิกถอนหรือยกเลิกแล้วแต่กรณี เจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้นั้นย่อมสามารถเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งอนุญาตโดยปริยายนั้นได้เช่นเดียวกับคำสั่งทางปกครองในกรณีปกติทั่วไปตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ในมาตรา ๔๘ และมาตรา ๔๙ ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายใดกำหนดหลักเกณฑ์ในเรื่องนี้ไว้เป็นการเฉพาะ

สำหรับปัญหาว่า เจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้นั้นชอบที่จะเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งอนุญาตโดยปริยายในทุกกรณีที่ปรากฏเหตุแห่งการเพิกถอนหรือยกเลิกเพียงใดนั้น โดยที่การแก้ไขเพิ่มเติม

[๑๕] Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 42a Rn. 16; Stelkens, Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 42a Rn. 58; Ziekow, VwVfG, § 42a Rn. 13.

[๑๖] Kluth, Die Genehmigungsfiktion des § 42a VwVfG – verfahrensrechtliche und prozessuale Probleme, 1078, 1081.

[๑๗] BVerwG, NJW 1975, 1240 f.; VGH München, NVwZ 1992, 992, 993.

บทบัญญัติมาตรา ๔๒a ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน นอกจากจะมีวัตถุประสงค์เพื่ออนุวัติให้เป็นไปตามความในมาตรา ๑๓ วรรคสาม และวรรคสี่ ของระเบียบสหภาพยุโรปว่าด้วยการประกอบการบริการในตลาดการค้าภายใน ยังเป็นไปเพื่อเร่งรัดกระบวนพิจารณาทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ในการพิจารณาและวินิจฉัยสั่งการคำขออนุญาตให้แล้วเสร็จโดยเร็วและไม่ล่าช้าเกินสมควร ดังนั้น แม้การเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งอนุญาตโดยปริยายจะเป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้นั้นก็ตาม แต่การอาศัยช่องว่างของกฎหมายเช่นว่านี้มาใช้เป็นเหตุอ้างในการเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งอนุญาตโดยปริยายในทันทีที่เห็นว่ามีคำสั่งดังกล่าวเกิดขึ้น ย่อมส่งผลกระทบต่อวัตถุประสงค์ของการนำหลักคำสั่งอนุญาตโดยปริยายมาใช้เป็นกลไกหรือมาตรการทางกฎหมายอย่างมีนัยยะสำคัญ กล่าวคือ อาจทำให้กระบวนการพิจารณาคำขออนุญาตต้องล่าช้าออกไปอีกโดยปราศจากเหตุอันสมควร ซึ่งท้ายสุดแล้วจะมีผลทำให้เจตนารมณ์ของการกำหนดระยะเวลาบังคับในการพิจารณาคำขออนุญาตพร้อมกับการเกิดขึ้นของคำสั่งอนุญาตโดยปริยายมาใช้บังคับย่อมไม่อาจบรรลุผลสำเร็จได้ ทั้งนี้ เจ้าหน้าที่หรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้นั้นจึงอาจไม่จำเป็นที่จะต้องเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งอนุญาตโดยปริยายนั้นก็ได้ แต่สามารถกำหนดไว้แต่เพียงเงื่อนไขหรือข้อสงวนสิทธิ์บางประการ (Nebenbestimmung) แทนที่จะเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งอนุญาตโดยปริยายที่เกิดขึ้น[๑๘] โดยคำนึงถึงดุลยภาพระหว่างประโยชน์สาธารณะที่จะได้รับจากการเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งอนุญาตโดยปริยายฝ่ายหนึ่ง กับผลกระทบที่อาจเกิดขึ้นกับเอกชนซึ่งเป็นผู้ยื่นคำขออีกฝ่ายหนึ่งในอันที่จะได้รับการพิจารณาโดยเร็วให้เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน (Grundsatz der Verhaltnismäßigkeit)

สำหรับการพิจารณาหลักเกณฑ์การคุ้มครองความเชื่อมั่นโดยสุจริตของผู้รับประโยชน์ในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งความเชื่อโดยสุจริตดังกล่าวจะได้รับความคุ้มครองต่อเมื่อผู้รับคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นผู้รับประโยชน์ได้ใช้ประโยชน์อันเกิดจากคำสั่งทางปกครองหรือได้ดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินไปแล้วโดยไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ หรือการเปลี่ยนแปลงจะทำให้ผู้นั้นต้องเสียหายเกินควรแก่กรณี[๑๙] ดังนั้น ในกรณีของคำสั่งอนุญาตโดยปริยาย ผู้ยื่นคำขอซึ่งเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากผลของคำสั่งอนุญาตเช่นว่านี้ย่อมจะอ้างความเชื่อโดยสุจริตไม่ได้หากปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจหน้าที่ในการพิจารณาคำขออนุญาตหรือผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้เพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งอนุญาตโดยปริยายในทันทีที่ปรากฏว่าคำสั่งอนุญาตดังกล่าวได้เกิดขึ้น[๒๐] หรือผู้ยื่นคำขอยังมิได้ทราบถึงการเกิดขึ้นของคำสั่งอนุญาตโดยปริยายเนื่องจากอาจเกิดความเข้าใจคลาดเคลื่อนเกี่ยวกับการนับระยะเวลาในการพิจารณาคำขออนุญาต[๒๑] ในกรณีเช่นนี้ ผู้ยื่นคำขอซึ่งแม้จะได้รับประโยชน์จากผลของคำสั่งอนุญาตโดยปริยายอันมีผลทางกฎหมายเสมือนว่าได้รับการอนุญาตเช่นเดียวกับการมีคำสั่งอนุญาตโดยเจ้าหน้าที่ แต่ตราบใดที่ผู้นั้นยังไม่ได้ใช้ประโยชน์จากคำสั่งอนุญาตโดยปริยาย หรือได้ดำเนินการเกี่ยวกับทรัพย์สินอย่างใดไปแล้ว

[๑๘] Gesetzesbegründung zu § 42a VwVfG, BT-Drs. 16/10493, S. 16.

[๑๙] BVerfG, NJW 1983, 103.

[๒๐] Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 42a Rn. 19; Ramsauer, NordÖR 2008, 417, 424; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 42a Rn. 64.

[๒๑] BVerwG, NJW 1975, 1240.

โดยไม่อาจแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ หรือการเปลี่ยนแปลงจะทำให้ต้องเสียหายเกินควร กรณีจึงย่อมไม่อาจอ้างความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งอนุญาตโดยปริยายมาเป็นเหตุให้ได้รับการคุ้มครองไม่ต้องเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งนั้นได้

๒.๒ บทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง

นอกจากการกำหนดให้นำบทบัญญัติว่าด้วยผลบังคับผูกพันของคำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับกับคำสั่งอนุญาตโดยปริยายด้วยแล้วนั้น มาตรา ๔๒a วรรคหนึ่ง ประโยคที่สอง ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน ยังกำหนดให้นำบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับกับคำสั่งอนุญาตโดยปริยายด้วยโดยอนุโลมเช่นกัน โดยบทบัญญัติว่าด้วยกระบวนการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง (Rechtsbehelfsverfahren) ปรากฏอยู่ในส่วนที่ ๖ ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ประกอบด้วยบทบัญญัติจำนวน ๒ มาตรา ได้แก่ มาตรา ๗๙ ว่าด้วยการอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครอง และมาตรา ๘๐ ว่าด้วยเงินชดเชยค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นในกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง อย่างไรก็ดี โดยที่คำสั่งอนุญาตโดยปริยายเป็นกรณีที่ถือเสมือนว่าได้มีการแจ้งคำสั่งให้ผู้ยื่นคำขอทราบ และมิใช่กรณีที่เจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาคำขอได้ดำเนินการแจ้งคำสั่งนั้นไปยังผู้ยื่นคำขอดังเช่นในกรณีการแจ้งคำสั่งทางปกครองในกรณีปกติทั่วไป ดังนั้น เมื่อเป็นกรณีที่ถือเสมือนว่าได้มีการแจ้งคำสั่งแล้วโดยปริยาย กรณีจึงไม่อาจระบุกรณีที่อาจอุทธรณ์หรือโต้แย้ง การยื่นคำอุทธรณ์หรือโต้แย้งและระยะเวลาสำหรับการอุทธรณ์หรือโต้แย้ง ให้บุคคลซึ่งเป็นผู้รับคำสั่งอนุญาตโดยปริยายได้รับทราบ (mangels Rechtsbehelfsbelehrung) ในกรณีเช่นนี้บุคคลผู้ซึ่งถือว่าได้รับแจ้งแล้วโดยปริยายย่อมมีสิทธิอุทธรณ์คำสั่งอนุญาตโดยปริยายได้ภายในหนึ่งปีตามมาตรา ๕๘ วรรคสอง ของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองเยอรมัน

๒.๓ บทบัญญัติอื่นที่นำมาใช้บังคับกับคำสั่งทางปกครอง

แม้มาตรา ๔๒a วรรคหนึ่ง ประโยคที่สอง ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมันจะบัญญัติไว้แต่เพียงว่า ให้นำบทบัญญัติว่าด้วยผลผูกพันของคำสั่งทางปกครองและกระบวนการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองมาใช้บังคับกับคำสั่งอนุญาตโดยปริยายด้วยโดยอนุโลม โดยมิได้บัญญัติว่าจะต้องนำบทบัญญัติอื่นที่ใช้บังคับกับคำสั่งทางปกครองในกรณีทั่วไป มาใช้บังคับกับคำสั่งอนุญาตโดยปริยายด้วยหรือไม่ อย่างไรก็ดี แม้คำสั่งอนุญาตโดยปริยายจะเป็นคำสั่งที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมายบัญญัติแต่ก็มีสถานะทางกฎหมายเป็นคำสั่งทางปกครองเช่นเดียวกันกับคำสั่งทางปกครองในกรณีอื่น ดังนั้น กรณีจึงชอบที่จะต้องนำบทบัญญัติอื่นที่ใช้บังคับกับคำสั่งทางปกครอง มาใช้บังคับกับคำสั่งอนุญาตโดยปริยายเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งกับลักษณะทางกฎหมายของคำสั่งอนุญาตโดยปริยายด้วยเช่นกัน เช่น มาตรา ๓๗ วรรคหนึ่ง ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน ที่บัญญัติว่า คำสั่งทางปกครองต้องมีเนื้อหาชัดเจนเพียงพอ ดังนั้น เนื้อหาของคำสั่งอนุญาตโดยปริยายจึงต้องมีความชัดเจนด้วยเช่นกัน

๓. หลักเกณฑ์เกี่ยวกับระยะเวลา

มาตรา ๔๒a วรรคสอง ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน บัญญัติว่า “ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายในเรื่องใดกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ให้ระยะเวลาตามวรรคหนึ่งมีกำหนดสามเดือน.

ให้ระยะเวลาในการวินิจฉัยสั่งการคำขอเริ่มนับตั้งแต่วันที่เจ้าหน้าที่ได้รับเอกสารประกอบคำขอถูกต้องครบถ้วน. ในกรณีที่การวินิจฉัยสั่งการคำขอเป็นเรื่องที่มีความยุ่งยาก เจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาคำขออาจขยายระยะเวลาออกไปได้หนึ่งครั้งตามความเหมาะสม. ในการขยายระยะเวลา เจ้าหน้าที่จะต้องแสดงเหตุผลและแจ้งให้ผู้ยื่นคำขอทราบก่อนครบกำหนดเวลา"

๓.๑ กำหนดระยะเวลาในการวินิจฉัยสั่งการคำขอ

มาตรา ๔๒a วรรคสอง ประโยคที่หนึ่ง ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับระยะเวลาในการวินิจฉัยสั่งการคำขออนุญาตให้มีกำหนดสามเดือน ซึ่งจะเห็นได้ว่ากำหนดระยะเวลาสามเดือนนี้ ถือเป็น "ระยะเวลาโดยเฉลี่ย (Durchschnittsfrist)"[๒๒] และนำมาใช้บังคับเฉพาะในกรณีที่ไม่มีกฎหมายกำหนดไว้เป็นอย่างอื่น ซึ่งกำหนดเวลาสามเดือนอาจเทียบเคียงได้จากระยะเวลาการฟ้องคดีในกรณีที่หน่วยงานทางปกครองไม่พิจารณาอุทธรณ์หรือไม่พิจารณาคำขอให้ออกคำสั่งทางปกครองภายในระยะเวลาอันสมควร ตามมาตรา ๗๕ ของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองเยอรมัน ทั้งนี้ การพิจารณาและวินิจฉัยสั่งการคำขออนุญาตในแต่ละกรณีย่อมมีข้อเท็จจริงและความยุ่งยากซับซ้อนของเรื่องแตกต่างกันออกไปโดยขึ้นอยู่กับกระบวนการพิจารณาคำขออนุญาตแต่ละประเภท[๒๓] อย่างไรก็ดี สำหรับปัญหาข้อข้องทั่วไปที่อาจเกิดขึ้นเป็นปกติวิสัยในกระบวนพิจารณาและวินิจฉัยสั่งการคำขออนุญาต เช่น ปัญหาข้อขัดข้องในการแจ้งคำสั่งทางปกครอง ปัญหาการขาดแคลนเจ้าหน้าที่ เป็นต้น ย่อมเป็นสิ่งที่ผู้ร่างกฎหมายได้นำมาพิจารณาคำนวณรวมอยู่ในกำหนดระยะเวลาโดยเฉลี่ยนี้ด้วยแล้ว และไม่ถือเป็นข้อขัดข้องที่เป็นความยุ่งยากของเรื่องอันจะเป็นเหตุอ้างในการขอขยายระยะเวลาในการพิจารณาคำขอนั้นได้

ในประเด็นเรื่องการกำหนดระยะเวลาในการวินิจฉัยสั่งการคำขอนั้น มีข้อสังเกตว่า แม้ความในมาตรา ๔๒a วรรคสอง ประโยคที่หนึ่ง ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน จะบัญญัติให้ระยะเวลาในการวินิจฉัยสั่งการคำขออนุญาตที่จะนำไปสู่การเกิดขึ้นของคำสั่งอนุญาตโดยปริยายอาจเป็นระยะเวลาที่กำหนดไว้ในกฎหมายอื่นก็ได้ (durch Rechtsvorschrift) ซึ่งประเด็นนี้ยังคงมีความเห็นแตกต่างกันออกเป็นสองแนวทาง กล่าวคือ บางส่วนเห็นว่า[๒๔] ฝ่ายปกครองสามารถใช้ดุลพินิจกำหนดกรอบระยะเวลาในการพิจารณาดังกล่าวไม่เฉพาะแต่โดยอาศัยรูปแบบที่เป็นบทบัญญัติของกฎหมาย (Rechtsvorschrift) เท่านั้น แต่ยังสามารถกำหนดได้ในรูปแบบที่เป็น "กรอบเวลาปฏิบัติงานของฝ่ายปกครอง (behôrdliche Fristenpläne)" ด้วยเช่นกัน แต่โดยมีเงื่อนไขว่า กรอบเวลาดังกล่าวจะต้องเป็นการกำหนดและประกาศแจ้งให้ทราบล่วงหน้าเพื่อให้สอดคล้องต่อหลักเกณฑ์และข้อกำหนด

[๒๒] Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 42a Rn. 24.

[๒๓] Gesetzesbegründung zu § 42a VwVfG, BT-Drs. 16/10493, S. 16.

[๒๔] Für die Fristabweichung durch behördliche Fristpläne s. Guckelberger, DÖV 2010, 109, 115; Krajewski, NVwZ 2009, 929, 933; Schmitz/Prell, NVwZ 2009, 1, 8; Ziekow, Möglichkeiten zur Verbesserung der Standortbedingungen für kleinere und mittlere Unternehmen durch Einführung von Genehmigungsfiktionen, S. 86; ders., GewArch 2007, 217, 221.

ของมาตรา ๑๓ วรรคสาม ประโยคที่หนึ่ง ของระเบียบสหภาพยุโรปว่าด้วยการประกอบการบริการในตลาดการค้าภายใน ในขณะที่อีกส่วนหนึ่งเห็นว่า[๒๕] แม้จะเห็นพ้องด้วยว่าระเบียบสหภาพยุโรปว่าด้วยการประกอบการบริการในตลาดการค้าภายใน จะไม่ได้กำหนดไว้อย่างเคร่งครัดว่าจะต้องเป็นการกำหนดระยะเวลาโดยบทบัญญัติของกฎหมาย แต่โดยที่การกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับระยะเวลาในการพิจารณาคำขออนุญาต พร้อมกับกำหนดให้มีการนำระบบคำสั่งอนุญาตโดยปริยายมาใช้บังคับนั้น มีวัตถุประสงค์สำคัญเพื่อเร่งรัดกระบวนพิจารณาคำขออนุญาตไม่ให้เกิดความล่าช้าและสามารถวินิจฉัยสั่งการให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาอันควร ด้วยเหตุนี้ การกำหนดระยะเวลาในการวินิจฉัยสั่งการคำขออนุญาตไว้ในกรอบเวลาปฏิบัติงานของฝ่ายปกครอง ซึ่งโดยปกติถูกนำมาใช้เป็นเพียงเครื่องมือเพื่อกำหนดแนวทางในการปฏิบัติงานของฝ่ายปกครองและไม่มีสถานะทางกฎหมายที่ชัดเจน (keine eigene Rechtsform)[๒๖] ย่อมไม่อาจเป็นหลักประกันที่แน่นอนและก่อให้เกิดความมั่นคงแห่งนิติฐานะแก่ผู้ยื่นคำขอ อีกทั้งยังเป็นการเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองสามารถแก้ไขกำหนดเวลาดังกล่าวได้โดยง่ายโดยไม่ต้องผ่านกระบวนการทางนิติบัญญัติ

๓.๒ การเริ่มนับระยะเวลา

มาตรา ๔๒a วรรคสอง ประโยคที่สอง ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมันกำหนดให้ระยะเวลาในการวินิจฉัยสั่งการคำขอเริ่มนับตั้งแต่วันที่เจ้าหน้าที่ได้รับเอกสารประกอบคำขอถูกต้องครบถ้วน (mit Eingang der vollständigen Unterlagen) เมื่อพิจารณาบทบัญญัติดังกล่าวเห็นได้ว่า แม้จะกำหนดเป็นเงื่อนไขว่า ระยะเวลาในการวินิจฉัยสั่งการคำขอจะเริ่มนับตั้งแต่วันที่ได้รับเอกสารประกอบคำขอที่ถูกต้องครบถ้วนเท่านั้น แต่ก็ไม่ปรากฏว่าความในมาตราดังกล่าวได้ขยายความเพื่อแสดงให้เห็นว่า อย่างไรจึงจะถือว่าเอกสารประกอบคำขอนั้นถูกต้องครบถ้วน

ในประเด็นปัญหานี้ เมื่อพิจารณาจากคำพิพากษาของศาลปกครองเยอรมันซึ่งวินิจฉัยเกี่ยวกับปัญหาความสมบูรณ์และถูกต้องครบถ้วนของคำขอและเอกสารประกอบคำขอแล้วจะเห็นได้ว่า การพิจารณาว่าคำขอและเอกสารประกอบคำขอมีความสมบูรณ์และถูกต้องครบถ้วนหรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาจากบทบัญญัติของกฎหมายแต่ละฉบับซึ่งบัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการพิจารณาและวินิจฉัยสั่งการคำขออนุญาตในเรื่องนั้น ๆ ไว้เป็นการเฉพาะ[๒๗] การที่เจ้าหน้าที่ผู้รับคำขอได้ออกหลักฐานยืนยันว่าได้รับคำขอและเอกสารประกอบคำขอของผู้ยื่นคำขออนุญาตไว้แล้วนั้น (Eingangsbestätigung) ยังไม่อาจถือได้ว่าคำขอและเอกสารประกอบคำขอนั้นสมบูรณ์และถูกต้องครบถ้วน และไม่เป็นเหตุทำให้ระยะเวลาในการวินิจฉัยสั่งการคำขอเริ่มนับตั้งแต่วันที่เจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้ออกหลักฐานยืนยันว่าได้รับคำขอและเอกสารประกอบคำขอนั้นแล้ว[๒๘] นอกจากนี้ ในกรณีที่ไม่มีกฎหมายกำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคำขอ

[๒๕] Kritisch gegenüber behördlichen Fristenplänen und eher für die gesetzliche Fixierung s. etwa Bernhardt, GewArch 2009, 100, 102; Neidert, Verwaltungsverfahren über einen einheitlichen Ansprechpartner – Änderungsbedarf im deutschen Verwaltungsverfahrensrecht aufgrund der EG-Dienstleistungsrichtlinie, S. 59 f.; Parlow, Die EG-Dienstleistungsrichtlinie – Stärkung der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit durch mitgliedstaatliche Verwaltungsmodernisierung und gegenseitige Normanerkennung?, S. 209; Ramsauer, NordÖR 2008, 417, 423; Schemmer, in: Bader/Ronellenfitsch, VwVfG, § 42a Rn. 10.1.

[๒๖] Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, §16 Rn. 893; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 16 Rn. 18 ff.

[๒๗] OVG Hamburg, BeckRS 2011, 45950.

[๒๘] VGH Kassel, NVwZ-RR 1997, 402; OVG Koblenz, NVwZ-RR 2003, 12 f.

และเอกสารประกอบคำขอไว้เป็นการเฉพาะ การพิจารณาคำขอและเอกสารประกอบคำขอว่าสมบูรณ์และถูกต้องครบถ้วนหรือไม่ จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องพิจารณาอย่างเป็นภาวะวิสัย (objektiver Maßstab)[๒๙] มิเช่นนั้นแล้วปัญหาความสมบูรณ์และถูกต้องครบถ้วนของคำขอและเอกสารประกอบคำขอจะเป็นอุปสรรคขัดขวางต่อการนำหลักเกณฑ์ว่าด้วยคำสั่งอนุญาตโดยปริยายมาใช้บังคับเพื่อเร่งรัดกระบวนพิจารณาคำขออนุญาตในชั้นเจ้าหน้าที่ให้แล้วเสร็จโดยไม่ล่าช้าเกินสมควร เนื่องจากตราบใดที่คำขอและเอกสารประกอบคำขอไม่สมบูรณ์และถูกต้องครบถ้วน ระยะเวลาในการวินิจฉัยสั่งการคำขอจึงไม่อาจเริ่มนับได้

๓.๓ การขยายระยะเวลาในการวินิจฉัยสั่งการคำขอ

มาตรา ๔๒a วรรคสอง ประโยคที่สาม และประโยคที่สี่ ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน ได้บัญญัติหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการขยายระยะเวลาพิจารณาคำขออนุญาตในกรณีที่เจ้าหน้าที่ไม่อาจพิจารณาคำขอให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนด ว่าให้เจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาคำขอสามารถขยายระยะเวลาพิจารณาดังกล่าวออกไปได้อีกไม่เกินหนึ่งครั้งในกรณีที่ปรากฏเหตุความยุ่งยากของเรื่อง (Schwierigkeit der Angelegenheit) โดยต้องแจ้งการขยายเวลาพร้อมระบุเหตุผลให้ผู้ยื่นคำขอทราบก่อนครบกำหนดระยะเวลาในการวินิจฉัยสั่งการคำขอ ซึ่งเงื่อนไขในการขยายระยะเวลาในการวินิจฉัยสั่งการคำขอมีดังต่อไปนี้

๓.๓.๑ ต้องเป็นเรื่องที่มีความยุ่งยาก

มาตรา ๔๒a วรรคสอง ประโยคที่สาม ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน กำหนดเงื่อนไขที่จะเป็นเหตุอ้างในการขยายระยะเวลาในการวินิจฉัยสั่งการคำขอไว้เพียงประการเดียว คือจะต้องปรากฏว่าเป็นเรื่องที่มีความยุ่งยาก (Schwierigkeit der Angelegenheit) ซึ่งอาจจะเป็นความยุ่งยากทั้งในปัญหาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมาย แต่จะต้องมิใช่ความยุ่งยากซึ่งเป็นข้อขัดข้องที่อาจเกิดขึ้นเป็นปกติวิสัยในกระบวนพิจารณาทางปกครอง ซึ่งเรื่องใดจะมีความยุ่งยากหรือไม่นั้น จำเป็นต้องอาศัยการตีความโดยพิจารณาปัจจัยหลายประการประกอบกัน แต่อย่างน้อยที่สุดย่อมต้องเป็นความยุ่งยากอันเกิดจากสภาพการณ์ที่ไม่พึงคาดหมายหรือไม่อาจก้าวล่วงได้ (atypische Konstellation)[๓๐] ส่วนปัญหาประการอื่นที่ทำให้ไม่สามารถพิจารณาคำขออนุญาตให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนด เช่น ปัญหาการขาดแคลนเจ้าหน้าที่[๓๑] หรือปัญหาความล่าช้าในการส่งต่อเรื่องระหว่างศูนย์บริการจุดเดียวเบ็ดเสร็จไปยังหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจในการพิจารณาคำขออนุญาต เป็นต้น ล้วนแต่เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นเป็นปกติวิสัยในกระบวนพิจารณาคำขออนุญาตซึ่งในชั้นร่างกฎหมายได้นำมาพิจารณาคำนวณรวมอยู่ในกำหนดระยะเวลาการพิจารณาเบื้องต้นแล้ว และไม่อาจนำมาเป็นเหตุ

---

[๒๙] Eisenmenger, in: Fehling/Kastner/Störmer, VwVfG, § 42a Rn. 21; Ernst/Pinkl, JURA 2013, 685, 688; Herrmann, in: Bader/Ronellenfitsch, VwVfG, § 25 Rn. 19; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 42a Rn. 26.

[๓๐] VGH Kassel, NVwZ-RR 2007, 453, 454; Cornils, in: Schlachter/Ohler, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, Art. 13 Rn. 16; Eisenmenger, in: Fehling/Kastner/Störmer, VwVfG, § 42a Rn. 23; Uechtritz, DVBl. 2010, 684, 690.

[๓๑] Etzel, Die Genehmigungsfiktion gem. § 42a VwVfG, S. 103; Jäde, UPR 2009, 169, 171; Jarass, DVBl. 2009, 205, 209; Guckelberger, DÖV 2010, 109, 115 f.; Schliesky, in: Knack/Henneke, VwVfG, § 42a Rn. 11; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 42a Rn. 81; Uechtritz, DVBl. 2010, 684, 690; Ziekow, VwVfG, § 42a Rn. 16; ders., WiVerw 2008, 176, 189.

ที่ใช้อ้างในการขยายระยะเวลาพิจารณาได้ ดังนั้น การพิจารณาความยุ่งยากของเรื่องเพื่อใช้เป็นเหตุอ้างในการขยายระยะเวลาพิจารณาคำขออนุญาตนั้น จึงจำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องตีความอย่างเคร่งครัดและไม่อาจพิจารณาในเชิงขยายความได้

อย่างไรก็ดี สำหรับปัญหาความล่าช้าที่เกิดขึ้นเนื่องมาจากกรณีที่รอความเห็นชอบของหน่วยงานทางปกครองอื่นหรือเจ้าหน้าที่อื่นก่อนที่จะพิจารณามีคำสั่งอนุญาตนั้น ในทางวิชาการมีความเห็นแตกต่างกันออกเป็นสองแนวทาง กล่าวคือ ความเห็นทางวิชาการส่วนหนึ่งเห็นว่า ในกรณีเช่นนี้ถือเป็นความยุ่งยากของเรื่องและสามารถนำมาเป็นเหตุอ้างในการขยายระยะเวลาพิจารณาคำขออนุญาตได้[๓๒] ในขณะที่อีกส่วนหนึ่งเห็นว่า ปัญหาความล่าช้าดังกล่าวนี้จะถือว่าเป็นปัญหาความยุ่งยากของเรื่องเพื่อนำมาใช้อ้างเป็นเหตุในการขยายระยะเวลาพิจารณาได้เฉพาะต่อเมื่อการให้ความเห็นชอบของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่อื่นเป็นเงื่อนไขสำคัญของกฎหมายในการมีคำสั่งอนุญาตและปัญหาความล่าช้าดังกล่าวไม่ได้ถูกนำมาพิจารณาคำนวณรวมอยู่ในกำหนดระยะเวลาพิจารณาเบื้องต้นนั้นแล้วด้วย[๓๓] แต่อย่างไรก็ดี ในปัญหาดังกล่าวนี้ศาลปกครองเยอรมันกลับมีความเห็นว่า ความล่าช้าที่เกิดขึ้นเพราะเหตุดังกล่าวนี้เป็นความล่าช้าที่ไม่อาจหลีกเลี่ยงได้ (unvermeidlich) และสามารถนำมาใช้เป็นเหตุอ้างในการขยายระยะเวลาในการพิจารณาและวินิจฉัยสั่งการคำขออนุญาตนั้นได้ โดยถือว่าเป็นกรณีที่ปรากฏเหตุผลสำคัญของเรื่อง (wichtiger Grund)[๓๔]

๓.๓.๒ กำหนดให้ขยายระยะเวลาออกไปได้หนึ่งครั้งและระยะเวลาที่ขยายจะต้องมีความเหมาะสม

มาตรา ๔๒a วรรคสอง ประโยคที่สาม ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน กำหนดไว้แต่เพียงว่า การขยายระยะเวลาจะต้องมีความเหมาะสมและจำกัดการขยายระยะเวลาไว้เพียงหนึ่งครั้ง โดยแม้จะปรากฏเหตุว่ามีข้อขัดข้องที่มีความยุ่งยากของเรื่องเกิดขึ้นอีกในภายหลังที่ขยายระยะเวลามาแล้วครั้งหนึ่ง ก็ไม่อาจอ้างเป็นเหตุในการขยายระยะเวลาวินิจฉัยสั่งการคำขอนั้นต่อไปอีกได้ สำหรับปัญหาว่าระยะเวลาใดจะเป็นระยะเวลาที่เหมาะสมนั้น ย่อมจะต้องพิจารณาโดยคำนึงถึงข้อเท็จจริงในแต่ละกรณี (nach den konkreten Umständen des Einzelfalls) และแม้จะไม่อาจกำหนดกรอบระยะเวลาไว้เป็นการเฉพาะเจาะจงโดยรวม (Pauschalverlängerung) หรือกำหนดเป็นกรอบระยะเวลาขั้นสูง (Höchstdauer) เพื่อนำมาใช้กับการขยายระยะเวลาในการวินิจฉัยสั่งการคำขออนุญาตในทุกกรณีได้ก็ตาม แต่การขยายระยะเวลาให้ยาวกว่าระยะเวลาในการวินิจฉัยสั่งการคำขอที่กำหนดไว้เดิม ย่อมถือว่าเป็นการขยายระยะเวลาที่ไม่เหมาะสม[๓๕] ดังนั้น หากการพิจารณาคำขออนุญาตเรื่องใดมีความยุ่งยากทั้งประเด็นข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเป็นพิเศษมากกว่ากรณีปกติทั่วไป กรณีจึงย่อมมีเหตุอันสมควรที่จะได้รับการขยายระยะเวลาได้ยาวนานกว่าเช่นกัน[๓๖]

---

[๓๒] Ziekow, VwVfG, § 42a Rn. 16; ders., WiVerw 2008, 176, 189.

[๓๓] Cornils, in: Schlachter/Ohler, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, Art. 13 Rn. 18; Jäde, UPR 2009, 169, 171; Stelkens, in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 42a Rn. 82; A.M. Schliesky, in: Knack/Henneke, VwVfG, § 42a Rn. 11.

[๓๔] VGH Kassel, NVwZ-RR 2007, 453, 454.

[๓๕] Schliesky, in: Knack/Henneke, VwVfG, § 42a Rn. 12; Uechtritz, DVBl. 2010, 684, 690.

[๓๖] Jäde, UPR 2009, 169, 171; Jarass, DVBl 2009, 205, 209; Neidert, Verwaltungsverfahren über einen einheitlichen Ansprechpartner – Änderungsbedarf im deutschen Verwaltungsverfahrensrecht aufgrund der EG-Dienstleistungsrichtlinie, S. 61.

๓.๔ ต้องระบุเหตุผลในการขยายระยะเวลาและแจ้งให้ผู้ยื่นคำขอทราบก่อนครบกำหนด

ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ไม่แจ้งให้ผู้ยื่นคำขอทราบก่อนครบกำหนดเวลาในการวินิจฉัยสั่งการ หรือไม่ระบุเหตุผล จะมีผลทำให้การขยายระยะเวลาดังกล่าวเป็นการขยายระยะเวลาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และถือว่าผู้ยื่นคำขอได้รับการอนุญาตโดยปริยายเมื่อล่วงพ้นกำหนดระยะเวลาในการวินิจฉัยสั่งการนั้น ซึ่งเหตุผลนั้นอย่างน้อยต้องประกอบด้วยข้อเท็จจริง ข้อกฎหมาย และข้อพิจารณาประกอบการใช้ดุลพินิจในการขยายระยะเวลา[๓๗] เทียบเคียงกับการระบุเหตุผลในคำสั่งทางปกครองตามมาตรา ๓๙ วรรคหนึ่ง ประโยคที่สอง ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน การระบุเหตุผลอย่างเป็นนามธรรม (abstrakte Begründung) อาทิ เนื่องจากข้อเท็จจริงมีความยุ่งยาก โดยมิได้อธิบายเพิ่มเติมให้มีเนื้อหาชัดเจนเพียงพอ (inhaltlich ausreichend) หรือแสดงให้เห็นว่ามีความยุ่งยากอย่างไร ย่อมไม่ถือเป็นการระบุเหตุผลโดยชอบด้วยกฎหมาย[๓๘] นอกจากนี้ การแจ้งขยายระยะเวลาในการวินิจฉัยสั่งการคำขอดังกล่าวนี้ จะต้องเป็นกรณีที่ผู้ยื่นคำขอได้รับการแจ้งขยายระยะเวลาก่อนครบกำหนดเวลาเดิม (vor Ablauf der ursprünglichen Frist) การขยายระยะเวลาจึงจะมีผลผูกพันโดยชอบด้วยกฎหมาย[๓๙]

๓.๕ ผลทางกฎหมายของการขยายระยะเวลาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ในกรณีที่เจ้าหน้าที่ได้มีการแจ้งขยายระยะเวลาในการวินิจฉัยสั่งการคำขอโดยไม่ปรากฏเหตุผลว่าเป็นเรื่องที่มีความยุ่งยาก กรณีจึงต้องถือว่าเป็นการแจ้งขยายระยะเวลาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย[๔๐] และมีผลทำให้ระยะเวลาในการวินิจฉัยสั่งการคำขอสิ้นสุดลงเมื่อครบกำหนดเวลาที่กำหนดไว้สำหรับการวินิจฉัยสั่งการคำขอนั้น ด้วยเหตุนี้ คำสั่งอนุญาตโดยปริยายจึงเกิดขึ้นในทันทีที่ครบกำหนดระยะเวลาในการวินิจฉัยสั่งการคำขอนั้นแล้ว[๔๑]

สำหรับกรณีที่เจ้าหน้าที่ได้มีการแจ้งขยายระยะเวลาในการวินิจฉัยสั่งการคำขอโดยได้ระบุเหตุความยุ่งยากของเรื่อง เพียงแต่ระยะเวลาที่แจ้งขยายออกไปนั้นเป็นระยะเวลาที่ไม่เหมาะสมหรือนานเกินสมควร ผลทางกฎหมายของการขยายระยะเวลาที่ไม่เหมาะสมซึ่งขัดต่อความที่กฎหมายบัญญัติไว้ อาจมีความเป็นไปได้สองแนวทาง กล่าวคือ แนวทางแรก เห็นว่า การขยายระยะเวลาที่ไม่เหมาะสมหรือนานเกินสมควร ถือเป็นการแจ้งขยายระยะเวลาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกันกับกรณีการแจ้งขยายระยะเวลาโดยไม่ปรากฏเหตุผลว่าเป็นเรื่องที่มีความยุ่งยาก ทั้งนี้ เพื่อเป็นการประกันความมั่นคงแห่งสิทธิให้แก่ผู้ยื่นคำขอในอันที่จะได้รับการพิจารณาคำขอให้แล้วเสร็จโดยเร็ว ฝ่ายปกครองจึงมีหน้าที่ต้องรับภาระความเสี่ยงหากปรากฏว่าการขยายระยะเวลาดังกล่าวปราศจากความเหมาะสม[๔๒] ส่วนแนวทางที่สอง เห็นว่า การขยายระยะเวลาที่ไม่เหมาะสมหรือนานเกินสมควร ไม่ก่อให้เกิดผลถึงขนาดทำให้การแจ้งขยาย

---

[๓๗] Jäde, UPR 2009, 169, 172; Schliesky, in: Knach/Henneke, VwVfG, § 42a Rn. 13.

[๓๘] OVG Lüneburg, NVwZ 1994, 81, 82.

[๓๙] OVG Hamburg, BeckRS 2011, 45950.

[๔๐] OVG Hamburg, BeckRS 2011, 45950; VGH Kassel, NVwZ-RR 2007, 453, 454.

[๔๑] Jäde, UPR 2009, 169, 172; Schemmer, in: Bader/Ronellenfitsch, VwVfG, § 42a Rn. 13 f.; Uechtritz, DVBl. 2010, 684, 691; vgl. OVG Lüneburg, NVwZ 1994, 81, 82.

[๔๒] Ziekow, VwVfG, § 42a Rn. 16.

ระยะเวลาดังกล่าวเป็นการขยายระยะเวลาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือต้องเสียไปทั้งหมด (nicht ganz ins Leere) เพียงแต่อาจจะไม่ชอบด้วยกฎหมายเฉพาะส่วนที่แจ้งขยายระยะเวลาโดยไม่เหมาะสมเท่านั้น[๔๓]

๔. การยืนยันคำสั่งอนุญาตโดยปริยายเป็นหนังสือ

มาตรา ๔๒ก วรรคสาม ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน บัญญัติว่า "ในกรณีที่บุคคลซึ่งอาจจะเป็นผู้ได้รับแจ้งคำสั่งตามมาตรา ๔๑ วรรคหนึ่ง ร้องขอ เจ้าหน้าที่ต้องยืนยันการเกิดขึ้นของคำสั่งอนุญาตโดยปริยายนั้นเป็นหนังสือ"

๔.๑ การร้องขอให้ยืนยันการเกิดขึ้นของคำสั่งอนุญาตโดยปริยายเป็นหนังสือ

โดยที่คำสั่งอนุญาตตามคำขอโดยปริยายเป็นคำสั่งอนุญาตที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมายบัญญัติ มิใช่เกิดจากการแสดงออกซึ่งเจตนาโดยตรงอันจะมีผลเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ในการพิจารณาและวินิจฉัยสั่งการให้มีผลเป็นการอนุญาตและได้มีการแจ้งคำสั่งนั้นไปยังผู้ยื่นคำขอทราบ ผู้ยื่นคำขอซึ่งเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากการเกิดขึ้นของคำสั่งอนุญาตโดยปริยายจึงไม่มีหลักฐานเป็นลายลักษณ์อักษรยืนยันถึงความมีอยู่หรือการเกิดขึ้นของคำสั่งอนุญาตที่มีลักษณะเป็นการให้ประโยชน์แก่ตนได้ อันจะก่อให้เกิดความไม่มั่นคงแห่งนิติฐานะ การยืนยันการเกิดขึ้นของคำสั่งอนุญาตโดยปริยายเป็นหนังสือดังกล่าวจึงมีวัตถุประสงค์ประการสำคัญเพื่อให้บุคคลผู้ยื่นคำขอนั้นสามารถมีหลักฐานยืนยันถึงการเกิดขึ้นของคำสั่งอนุญาตโดยปริยายซึ่งจะก่อให้เกิดความชัดเจนทางกฎหมาย (Rechtsklarheit) และก่อให้เกิดความมั่นคงแห่งนิติฐานะ (Rechtssicherheit) ของบุคคลผู้ได้รับประโยชน์จากการเกิดขึ้นของคำสั่งอนุญาตโดยปริยาย ทั้งนี้ เมื่อพิจารณาบทบัญญัติมาตรา ๔๒a วรรคสาม ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน ที่บัญญัติว่า ในกรณีที่บุคคลซึ่งอาจจะเป็นผู้ได้รับแจ้งคำสั่งตามมาตรา ๔๑ วรรคหนึ่ง ร้องขอ เจ้าหน้าที่ต้องยืนยันการเกิดขึ้นของคำสั่งอนุญาตโดยปริยายนั้นเป็นหนังสือ ซึ่งบุคคลตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๔๑ วรรคหนึ่ง ดังกล่าวนี้ ย่อมหมายความถึงเฉพาะบุคคลที่เป็นคู่กรณีในกระบวนพิจารณาคำขอ หากบุคคลผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งอนุญาตโดยปริยายเป็นบุคคลที่สามซึ่งเป็นบุคคลภายนอกที่มิได้เข้าในกระบวนพิจารณาทางปกครอง ดังนั้น บุคคลอื่นใดซึ่งมิใช่บุคคลตามมาตรา ๔๑ วรรคหนึ่ง จึงไม่อาจร้องขอให้ยืนยันการเกิดขึ้นของคำสั่งอนุญาตโดยปริยายเป็นหนังสือโดยอาศัยบทบัญญัติของมาตรา ๔๒a วรรคสาม ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน แต่อาจร้องขอให้เจ้าหน้าที่ออกหนังสือยืนยันถึงการเกิดขึ้นของคำสั่งอนุญาตโดยปริยาย โดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายข้อมูลข่าวสารได้ (Informationsgesetz)[๔๔] อย่างไรก็ดี ผู้ยื่นคำขอซึ่งเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากคำสั่งอนุญาตโดยปริยายย่อมมีสิทธิที่จะร้องขอให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นออกคำรับรองหรือหนังสือยืนยันพร้อมกับแจ้งการเกิดขึ้นของคำสั่งอนุญาตโดยปริยายให้แก่บุคคลที่สามซึ่งเป็นบุคคลภายนอกที่มิใช่คู่กรณีได้ทราบถึงการเกิดขึ้นของคำสั่งอนุญาตโดยปริยายนั้นได้[๔๕]

[๔๓] Guckelberger, DÖV 2010, 109, 115; Jäde, UPR 2009, 169, 172.

[๔๔] Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 42a Rn. 31.

[๔๕] Eisenmenger, in: Fehling/Kastner/Störmer, VwVfG, § 42a Rn. 25; Schemmer, in: Bader/Ronellenfitsch, VwVfG, § 42a Rn. 14; Schliesky, in: Knack/Henneke, VwVfG, § 42a Rn. 14; Uechtritz, DVBl. 2010, 684, 691.

อย่างไรก็ดี มีข้อควรพิจารณาว่า แม้ความในมาตรา ๔๒a วรรคสาม ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน จะบัญญัติให้เจ้าหน้าที่ต้องยืนยันการเกิดขึ้นของคำสั่งอนุญาตโดยปริยายเป็นหนังสือในกรณีที่มีบุคคลร้องขอ (auf Verlangen) ก็ตามแต่โดยที่การยืนยันเป็นหนังสือดังกล่าวมิใช่การกระทำของเจ้าหน้าที่ที่มีลักษณะเป็นก้าวล่วงเข้าไปในแดนสิทธิและเสรีภาพของบุคคลอันต้องมีกฎหมายให้อำนาจจึงจะกระทำการได้ (von Amts wegen) เจ้าหน้าที่ผู้นั้นจึงอาจดำเนินการออกหนังสือรับรองยืนยันด้วยตนเองแม้กรณีจะไม่ปรากฏว่ามีผู้ร้องขอก็ย่อมสามารถกระทำได้ ทั้งนี้ หากพิจารณาชั่งน้ำหนักประโยชน์ได้เสียระหว่างความมั่นคงแห่งนิติฐานะของผู้ได้รับประโยชน์จากการเกิดขึ้นของคำสั่งอนุญาตตามคำขอโดยปริยาย กับการคุ้มครองสิทธิของบุคคลที่สามซึ่งเป็นบุคคลภายนอกที่มิได้เข้ามาในกระบวนพิจารณาแต่อาจได้รับผลกระทบจากคำสั่งอนุญาตตามคำขอโดยปริยาย ในกรณีเช่นนี้ย่อมทำให้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ในการตัดสินใจว่าจะออกหนังสือรับรองยืนยันและแจ้งให้ทราบหรือไม่นั้นอาจลดเลือนลงเป็นศูนย์ (Ermessensreduzierung auf Null) กล่าวคือ เจ้าหน้าที่ย่อมไม่อาจพิจารณาเป็นอื่นและไม่มีทางเลือกอื่นใดหลงเหลือที่จะพิจารณาตัดสินใจไม่ออกหนังสือยืนยันและแจ้งให้บุคคลที่ได้รับผลกระทบหรืออยู่ในบังคับของคำสั่งอนุญาตโดยปริยายได้ทราบถึงการเกิดขึ้นของคำสั่งอนุญาตโดยปริยายนั้น

๔.๒ สถานะทางกฎหมายของการยืนยันการเกิดขึ้นของคำสั่งอนุญาตโดยปริยายเป็นหนังสือและการกำหนดประเภทคดี

ปัญหาว่า การที่เจ้าหน้าที่ได้ออกหนังสือยืนยันการเกิดขึ้นของคำสั่งอนุญาตโดยปริยาย มีสถานะทางกฎหมายอย่างไร เป็นคำสั่งทางปกครองหรือไม่นั้น มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่ง เนื่องจากมีผลต่อการกำหนดประเภทคดีเมื่อมีการฟ้องเป็นคดีต่อศาล ซึ่งเมื่อพิจารณาความหมายของคำสั่งทางปกครองที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๓๕ วรรคหนึ่ง ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน แล้วจะเห็นได้ว่าการยืนยันคำสั่งอนุญาตโดยปริยายเป็นหนังสือนี้ไม่มีสถานะทางกฎหมายเป็นคำสั่งทางปกครอง[๔๖] เนื่องจากขาดองค์ประกอบของความเป็นกฎเกณฑ์อันมุ่งต่อผลในทางกฎหมาย (Regelungscharakter) ซึ่งการกำหนดกฎเกณฑ์ดังกล่าวมีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ทางปกครองและก่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมาย โดยการยืนยันเป็นหนังสือเช่นว่านี้มีลักษณะเป็นเพียงการแจ้งยืนยันให้ทราบอีกครั้งว่ามีคำสั่งอนุญาตโดยปริยายเกิดขึ้น (bloße Wiederholung) ซึ่งเป็นเพียงการยืนยันเพื่อให้เกิดความชัดเจนเท่านั้น (Klarstellung und Bestätigung) ดังนั้น เมื่อการยืนยันการเกิดขึ้นของคำสั่งอนุญาตโดยปริยายเป็นหนังสือไม่มีสถานะทางกฎหมายเป็นคำสั่งทางปกครอง หากกรณีฟ้องเป็นคดีต่อศาลเพื่อขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ออกหนังสือยืนยันดังกล่าวนี้ ย่อมจะต้องฟ้องเป็นคดีประเภทขอให้กระทำการโดยทั่วไป (Allgemeine Leistungsklage) มิใช่ฟ้องเป็นคดีขอให้ออกคำสั่งทางปกครอง (Verpflichtungsklage)

[๔๖] Eisenmenger, in: Fehling/Kastner/Störmer, VwVfG, § 42a Rn. 25; Jäde, UPR 2009, 169, 172; Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 42a Rn. 30; Peine, JA 2004, 417, 418; Schliesky, in: Knack/Henneke, VwVfG, § 42a Rn. 14; Uechtritz, DVBl. 2010, 684 ff.; Ziekow, VwVfG, § 42a Rn. 20.

๔.๓ การปฏิเสธไม่ออกหนังสือยืนยันการเกิดขึ้นของคำสั่งอนุญาตโดยปริยาย

โดยที่บทบัญญัติมาตรา ๔๒a วรรคสาม ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน บัญญัติไว้เป็นสาระสำคัญแต่เพียงว่า ในกรณีที่บุคคลตามมาตรา ๔๑ วรรคหนึ่ง ร้องขอ เจ้าหน้าที่ต้องยืนยันการเกิดขึ้นของคำสั่งอนุญาตตามคำขอโดยปริยายนั้นเป็นหนังสือ ฉะนั้น จึงเป็นกรณีที่กฎหมายบัญญัติให้เจ้าหน้าที่มีหน้าที่จะต้องออกหนังสือเพื่อยืนยันการเกิดขึ้นของคำสั่งอนุญาตโดยปริยายในกรณีที่มีผู้ร้องขอ ทั้งนี้ การปฏิเสธไม่ออกหนังสือยืนยันถึงการเกิดขึ้นของคำสั่งอนุญาตโดยปริยายจึงหาได้มีผลกระทบต่อคำสั่งอนุญาตโดยปริยายที่เกิดขึ้นแล้ว เว้นแต่จะปรากฏว่าเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาคำขอมีความประสงค์จะให้หนังสือฉบับดังกล่าวมีผลโดยนัยเป็นการลบล้างผลของคำสั่งอนุญาตโดยปริยายที่เกิดขึ้น (konkludente Aufhebung)

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

ปัญหาสำคัญประการหนึ่งของการพิจารณาทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ ได้แก่ ปัญหาการพิจารณาและวินิจฉัยสั่งการคำขออนุญาตที่ล่าช้าเกินสมควร ซึ่งความล่าช้าดังกล่าวย่อมเป็นการสร้างภาระให้แก่ผู้ยื่นคำขอที่จะต้องรอผลการวินิจฉัยสั่งการดังกล่าวและไม่สามารถดำเนินการในขั้นตอนอื่นใดต่อไปได้จนกว่าจะได้รับคำสั่งอนุญาตนั้นแล้ว แม้การแก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติมาตรา ๔๒a ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน นอกจากจะมีวัตถุประสงค์ประการสำคัญเพื่ออนุวัติให้เป็นไปตามมาตรา ๑๓ วรรคสาม และวรรคสี่ ของระเบียบสหภาพยุโรปว่าด้วยการประกอบการบริการในตลาดการค้าภายใน ซึ่งกำหนดให้นำหลักเกณฑ์ว่าด้วยคำสั่งอนุญาตโดยปริยายมาใช้บังคับกับการพิจารณาคำขออนุญาตทุกประเภทที่อยู่ภายใต้บังคับของระเบียบฉบับดังกล่าว แต่ในขณะเดียวกันจะเห็นได้ว่า ด้วยวิธีการอนุวัติลงในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองซึ่งเป็นกฎหมายกลางสำหรับการพิจารณาทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ จึงทำให้หลักเกณฑ์ว่าด้วยคำสั่งอนุญาตโดยปริยายดังกล่าวสามารถนำมาใช้บังคับกับการพิจารณาคำขออนุญาตอื่นใดที่ไม่อยู่ภายใต้ระเบียบสหภาพยุโรปว่าด้วยการประกอบการบริการในตลาดการค้าภายในด้วยเช่นกัน อีกทั้งจะเห็นได้ว่า การแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ดังกล่าวไว้ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชกาทางปกครองจะทำให้หลักเกณฑ์ของคำสั่งอนุญาตโดยปริยายมีความเป็นหนึ่งเดียวและไม่กระจัดกระจายอยู่ในกฎหมายเฉพาะฉบับต่าง ๆ

อย่างไรก็ดี โดยที่มาตรา ๔๒a วรรคหนึ่ง ประโยคที่หนึ่ง ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน ได้กำหนดเงื่อนไขการเกิดขึ้นของคำสั่งอนุญาตโดยปริยายว่า จะถือว่ามีคำสั่งอนุญาตเกิดขึ้นเฉพาะแต่ในกรณีที่มีกฎหมายในเรื่องใดบัญญัติให้การรับรองกรณีให้ถือเสมือนว่ามีการอนุญาตโดยปริยายแล้วเท่านั้น ด้วยเหตุนี้ ตราบใดที่ยังไม่มีกฎหมายเฉพาะในเรื่องนั้นกำหนดไว้ให้การล่วงพ้นกำหนดระยะเวลาในการวินิจฉัยสั่งการคำขออนุญาตให้ถือว่ามีคำสั่งอนุญาตแล้วโดยปริยาย กรณีจึงยังไม่อาจนำบทบัญญัติมาตรา ๔๒a ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน มาใช้บังคับกับกระบวนพิจารณาทางปกครองสำหรับการพิจารณาคำขออนุญาตในทุกกรณีได้ โดยหลักการแล้วจึงยังคงต้องถือว่า หลักเกณฑ์ว่าด้วยคำสั่งอนุญาตโดยปริยายในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมันจึงยังเป็นเพียงข้อยกเว้นและมีผลใช้บังคับอย่างจำกัดเป็นการเฉพาะเรื่องเท่านั้น

สำหรับในระบบกฎหมายไทยเห็นได้ว่า ในช่วงระยะเวลาซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ได้ให้ความสำคัญต่อปัญหาการใช้ระบบอนุญาตที่เกินความจำเป็น เนื่องจากระบบอนุญาตที่เกินจำเป็นย่อมก่อให้เกิดผลกระทบต่อการพัฒนาเศรษฐกิจของประเทศโดยรวม จึงได้บัญญัติเป็นหลักการไว้ในมาตรา ๗๗ วรรคสาม ว่าให้ใช้ระบบอนุญาตเพียงเท่าที่จำเป็น และมีแนวโน้มที่จะลดและเลิกระบบอนุญาตลง หรือหากการพิจารณาอนุญาตยังคงมีความจำเป็น ก็ควรมีการกำหนดกรอบระยะเวลาการพิจารณาคำขออนุญาตในชั้นเจ้าหน้าที่ให้มีความชัดเจน โดยอาจกำหนดให้มีลักษณะเป็นระยะเวลาบังคับพร้อมกับการเกิดขึ้นของคำสั่งอนุญาตโดยปริยาย อีกทั้งเมื่อพิจารณาเปรียบเทียบกับพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ที่มีผลใช้บังคับในปัจจุบัน (สิงหาคม ๒๕๖๕) พบว่า ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๕๗ ในส่วนบทบัญญัติว่าด้วยระยะเวลาในการออกคำสั่งทางปกครองไว้ในมาตรา ๓๙/๑ จึงทำให้กระบวนพิจารณาเพื่อออกคำสั่งทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่มีกรอบระยะเวลาในการพิจารณาและวินิจฉัยสั่งการที่ชัดเจนมากขึ้น แต่จะเห็นได้ว่าการกำหนดระยะเวลาตามบทบัญญัติมาตราดังกล่าวก็ยังคงเป็นเพียงระยะเวลาเร่งรัด เนื่องจากเมื่อล่วงพ้นระยะเวลาที่กฎหมายหรือกฎกำหนดไว้ ก็ไม่มีผลให้ถือว่ามีคำสั่งอนุญาตโดยปริยายเกิดขึ้น กรณีจึงยังไม่อาจเทียบเคียงได้กับมาตรา ๔๒a ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของเยอรมัน ที่นอกจากจะได้กำหนดหลักเกณฑ์ในส่วนของระยะเวลาในการวินิจฉัยสั่งการคำขออนุญาตแล้ว ยังได้นำหลักเกณฑ์ว่าด้วยคำสั่งอนุญาตโดยปริยายมาใช้บังคับในกรณีที่เจ้าหน้าที่ไม่อาจพิจารณาและวินิจฉัยสั่งการคำขออนุญาตให้แล้วเสร็จภายในเวลาที่กำหนด อันมีลักษณะเป็นระยะเวลาบังคับเพื่อเร่งรัดกระบวนพิจารณาทางปกครองในชั้นเจ้าหน้าที่ได้อย่างมีนัยยะสำคัญ

ทั้งนี้ ปัญหาความล่าช้าในการพิจารณาคำขออนุญาตในชั้นเจ้าหน้าที่ยังคงเป็นปัญหาสำคัญ จึงได้มีแนวคิดในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองของไทย และปัจจุบันมีร่างบทบัญญัติที่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ในวาระที่สอง เพื่อรับฟังความคิดเห็น (สิงหาคม ๒๕๖๕) ซึ่งนำแนวทางหรือต้นแบบมาจากคำสั่งอนุญาตโดยปริยายในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน โดยมีการแก้ไขหลักเกณฑ์เกี่ยวกับระยะเวลาปรากฏอยู่ในบทบัญญัติหลายมาตราด้วยกัน ซึ่งบทบัญญัติที่ว่าด้วยหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคำสั่งอนุญาตโดยปริยายที่สำคัญปรากฏอยู่ในมาตรา ๓๔ วรรคสอง มาตรา ๓๕ วรรคสอง และมาตรา ๓๙/๒ อนึ่ง เมื่อพิจารณาร่างบทบัญญัติดังกล่าวเปรียบเทียบกับหลักเกณฑ์ว่าด้วยคำสั่งอนุญาตโดยปริยายที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๔๒a ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน จะเห็นได้ว่า มีหลักเกณฑ์บางส่วนซึ่งเป็นสาระสำคัญที่ยังคงมีความแตกต่างกันอย่างชัดเจน โดยเฉพาะเงื่อนไขว่าจะนำหลักเกณฑ์ว่าด้วยคำสั่งอนุญาตโดยปริยายมาใช้บังคับได้หรือไม่ ซึ่งมาตรา ๔๒a วรรคหนึ่ง ประโยคที่หนึ่ง ของกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมันบัญญัติเงื่อนไขการเกิดขึ้นของคำสั่งอนุญาตโดยปริยายว่าจะเกิดขึ้นเฉพาะในกรณีที่มีกฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น ในขณะที่มาตรา ๓๔ วรรคสอง ของร่างบทบัญญัติฯ บัญญัติให้คำสั่งทางปกครองที่เป็นการอนุญาตอาจเกิดขึ้นโดยปริยายตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๓๙/๒ ซึ่งความในมาตรา ๓๙/๒ วรรคหนึ่ง บัญญัติเป็นเงื่อนไขหลักว่า ในกรณีที่มิได้แจ้งผลการพิจารณาให้ผู้ยื่นคำขอทราบภายในกำหนด ให้ถือว่ามีคำสั่งทางปกครองโดยปริยายอนุมัติ อนุญาต หรือเห็นชอบตามคำขอ ดังนั้น ตามร่างบทบัญญัติฯ กำหนดระยะเวลา

ในการวินิจฉัยสั่งการคำขอจึงเป็นเงื่อนไขสำคัญของการเกิดขึ้นสำหรับคำสั่งอนุญาตโดยปริยาย มิใช่กรณีที่จะต้องมีกฎหมายบัญญัติให้การรับรองกรณีให้ถือเสมือนว่ามีการอนุญาตโดยปริยายดังเช่นหลักเกณฑ์ของคำสั่งอนุญาตโดยปริยายในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมัน อย่างไรก็ดี แม้การกำหนดกรอบระยะเวลาในการพิจารณาคำขออนุญาตพร้อมกับการเกิดขึ้นของคำสั่งอนุญาตโดยปริยาย จะมีข้อดี คือ เป็นการเร่งรัดกระบวนพิจารณาทางปกครองในการวินิจฉัยสั่งการคำขออนุญาตในชั้นเจ้าหน้าที่ให้แล้วเสร็จโดยเร็วและไม่ล่าช้าเกินสมควร แต่ขณะเดียวกันนั้น การกำหนดระยะเวลาดังกล่าวจะต้องไม่เป็นระยะเวลาที่จำกัดหรือกระชั้นจนเกินไปถึงขนาดทำให้เจ้าหน้าที่ไม่อาจพิจารณาและวินิจฉัยสั่งการคำขออนุญาตภายในกำหนดเวลาดังกล่าวได้อย่างแน่แท้ หากเป็นเช่นนี้ คำสั่งอนุญาตโดยปริยายที่เกิดขึ้นจะถือได้ว่าเป็นกรณีที่ฝ่ายนิติบัญญัติก้าวล่วงเข้าไปใช้อำนาจแทนฝ่ายปกครองเสียเองอันจะขัดต่อหลักการแบ่งแยกองค์กรผู้ใช้อำนาจรัฐ

สำหรับหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการขยายระยะเวลาในการวินิจฉัยสั่งการคำขอตามมาตรา ๓๙/๒ วรรคสอง ของร่างบทบัญญัติฯ กำหนดไว้แต่เพียงว่าให้ขยายระยะเวลาในการพิจารณาออกไปได้ไม่เกินสามสิบวันนับแต่วันที่ครบกำหนดเวลา ซึ่งมีลักษณะเป็นการกำหนดกรอบระยะเวลาขั้นสูงไว้ จึงมีข้อพิจารณาว่า สำหรับในกรณีที่กฎหมายกำหนดระยะเวลาในการพิจารณาคำขอไว้เบื้องต้นให้มีระยะเวลาน้อยกว่าสามสิบวัน แต่การยินยอมให้ขยายระยะเวลาได้มากถึงขนาดสามสิบวัน ระยะเวลาที่ได้รับการขยายออกไปนั้นจะมีความเหมาะสมหรือไม่ อีกทั้งในกรณีการขยายระยะเวลาพิจารณาคำขอเพื่อไม่ให้คำสั่งอนุญาตโดยปริยายต้องเกิดขึ้น มิได้กำหนดเหตุที่จะใช้อ้างในการขยายระยะเวลาดังกล่าวไว้ว่าจะต้องเฉพาะกรณีที่ปรากฏว่าการพิจารณาทางปกครองในเรื่องนั้นมีความยุ่งยาก แต่บัญญัติให้เป็นดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ผู้พิจารณาคำขอได้ตามที่เห็นสมควรไม่ว่าจะปรากฏเหตุใดก็ตาม

ท้ายที่สุด แม้หลักเกณฑ์ว่าด้วยคำสั่งโดยปริยายในระบบกฎหมายไทยจะมิใช่เรื่องใหม่ โดยสามารถพบบทบัญญัติเกี่ยวกับคำสั่งอนุญาตโดยปริยายปรากฏอยู่ในบทบัญญัติของกฎหมายบางฉบับอยู่บ้างไม่มากก็น้อย แต่จากการศึกษาถึงหลักเกณฑ์ของคำสั่งอนุญาตโดยปริยายในกฎหมายปกครองทั่วไปเยอรมันจะเห็นได้ว่า ยังคงมีหลักการและข้อพิจารณาอีกหลายประการที่น่าสนใจและควรค่าแก่การศึกษาเพิ่มเติมต่อไปให้เกิดความชัดเจนมากยิ่งขึ้น อาทิ ปัญหาว่าคำสั่งอนุญาตโดยปริยายซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองที่เกิดขึ้นโดยผลของกฎหมายบัญญัติ จะมีผลเสมือนว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายในเชิงเนื้อหาด้วยหรือไม่ หรือหากเห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะเพิกถอนคำสั่งอนุญาตโดยปริยายที่เกิดขึ้นได้หรือไม่และเพียงใด เป็นต้น ทั้งนี้ หากต่อมามีการแก้ไขเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ของคำสั่งอนุญาตโดยปริยายไว้ในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองและมีผลใช้บังคับแล้ว แม้ส่วนหนึ่งจะมีผลทำให้สามารถเร่งรัดกระบวนพิจารณาทางปกครองในการพิจารณาคำขอให้เป็นไปโดยรวดเร็วยิ่งขึ้น แต่ขณะเดียวกันก็อาจจะมีผลทำให้มีการนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งอนุญาตโดยปริยายเพิ่มมากขึ้นด้วยเช่นกัน ซึ่งการศึกษาถึงแนวทางของคำสั่งอนุญาตโดยปริยายในกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเยอรมันซึ่งถือเป็นส่วนหนึ่งของกฎหมายปกครองทั่วไปเยอรมันย่อมจะทำให้เกิดความเข้าใจหลักเกณฑ์เกี่ยวกับคำสั่งอนุญาตโดยปริยายได้อย่างชัดเจนและสามารถนำมาใช้เป็นมาตรการทางกฎหมายในการเร่งรัดกระบวนพิจารณาทางปกครองให้แล้วเสร็จโดยเร็วได้อย่างแท้จริง

ปฐมบทแห่งการปฏิวัติฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 : การลดบทบาททางการเมืองของขุนนาง และการตื่นรู้ของฐานันดรที่สาม*

ฐากูร ศิริยุทธ์วัฒนา**

บทคัดย่อ

การปฏิวัติฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 เป็นเหตุการณ์ที่ส่งผลกระทบต่อมนุษย์ในหลายด้าน ตั้งแต่อดีตจวบจนปัจจุบัน โดยเฉพาะอย่างยิ่งทางด้านกฎหมาย การเมือง และสังคม การทำความเข้าใจการปฏิวัติดังกล่าวไม่อาจพิจารณาแต่เพียงผลกระทบอันเกิดจากการปฏิวัติ หากแต่ต้องพิจารณาถึงบ่อเกิดของการปฏิวัติด้วย บทความนี้จึงมุ่งอธิบายถึงข้อเท็จจริง แนวคิดทางวิชาการและบริบททางการเมืองที่นำไปสู่การปฏิวัติฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 โดยแบ่งออกเป็น ๒ ประเด็น อันประกอบด้วย “การลดบทบาททางการเมืองของขุนนาง” และ “การตื่นรู้ของฐานันดรที่สาม”

Abstract

The French Revolution (The Revolution of 1789) was the event which had effects on humanity in many aspects from the past until now especially with respect to the law, politics and society. In order to fully understand such Revolution, not only the effects, but the cause of the Revolution should also be taken into consideration. This article aims to explain the facts, academic approach and political context that led to the French Revolution (The Revolution of ๑๗๘๙) which will be separated into 2 parts i.e. “The Decline of the Nobility” and “The Rise of the Third Estate”.

* The Beginning of the French Revolution (The Revolution of 1789): “The Decline of the Nobility” and “The Rise of the Third Estate”

** รองศาสตราจารย์ประจำภาควิชากฎหมายมหาชน คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง, นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, นิติศาสตรมหาบัณฑิตสาขากฎหมายมหาชน และนิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต สาขากฎหมายมหาชน (เกียรตินิยมอันดับหนึ่ง) มหาวิทยาลัย Toulouse-I สาธารณรัฐฝรั่งเศส

"นับแต่การอุบัติขึ้นของศาสนาคริสต์ การปฏิวัติฝรั่งเศสเป็นย่างก้าวที่ทรงพลังที่สุดของมนุษย์ เป็นการปฏิวัติที่ไม่สมบูรณ์แบบแต่ก็งดงามเป็นอย่างยิ่ง เป็นการปฏิวัติที่ปลดปล่อยคนทุกชนชั้นในสังคม เป็นการปฏิวัติที่ขัดเกลาจิตใจผู้คนให้นิ่งสงบและตื่นรู้ เป็นการปฏิวัติที่เคลื่อนไหวอยู่บนเกลียวคลื่นแห่งอารยธรรม... การปฏิวัติฝรั่งเศสคือการเถลิงอำนาจแห่งมนุษยชาติ" Victor Hugo[๑]

เพื่อทำความเข้าใจบ่อเกิดของการปฏิวัติฝรั่งเศส ค.ศ. 1789 เราสามารถแยกพิจารณาแนวคิดและข้อเท็จจริงออกเป็น ๒ ประเด็น ได้แก่ ๑. การลดบทบาททางการเมืองของขุนนาง และ ๒. การตื่นรู้ของฐานันดรที่สาม

๑. การลดบทบาททางการเมืองของขุนนาง

ในช่วงศตวรรษที่ ๑๔ ราชอาณาจักรฝรั่งเศสได้ก่อตั้งองค์กรที่เรียกว่า "สภาฐานันดรแห่งราชอาณาจักร" (États généraux du royaume)[๒] สมาชิกสภาฐานันดรแบ่งออกเป็น ๓ ประเภท ซึ่งถือเป็นผู้แทนของคนทุกชนชั้น ได้แก่ นักบวช (clergé) ขุนนาง (noblesse) และฐานันดรที่สาม (tiers état) ซึ่งเป็นผู้แทนของสามัญชน กล่าวอีกนัยหนึ่งคือผู้แทนของกลุ่มคนที่มิได้ถูกจัดอยู่ในชนชั้นสูง อันประกอบไปด้วยนักบวชและขุนนาง อำนาจหน้าที่หลักของสภาฐานันดรคือการถวายคำแนะนำแด่กษัตริย์ และการอนุมัติร่างกฎหมายภาษี[๓] อย่างไรก็ดี จากศตวรรษที่ ๑๔ ถึงศตวรรษที่ ๑๘ บทบาทของสภาฐานันดรแห่งราชอาณาจักรนั้นถูกลิดรอนโดยกษัตริย์ที่ทรงมีพระราชอำนาจในการเปิดหรือปิดการประชุมสภาได้ตามพระราชอัธยาศัย ดังจะเห็นได้จากสถิติการประชุมสภา (นับเฉพาะการประชุมในระดับราชอาณาจักร) ที่ลดลงอย่างมีนัยสำคัญ กล่าวคือ ตลอดระยะเวลาราว ๕๐๐ ปี กษัตริย์เรียกประชุมสภาฐานันดรไปเพียง ๒๘ ครั้งเท่านั้น[๔] บทบาทของชนชั้นขุนนางในสภาฐานันดรจึงเปรียบเสมือนตรายางที่กษัตริย์จะทรงหยิบขึ้นมาประทับลงบนร่างกฎหมายภาษีเป็นส่วนใหญ่ สภาดังกล่าวจึงไม่อาจยกสถานะขึ้นเป็นองค์กรที่มีอำนาจต่อรองทางการเมืองกับกษัตริย์ดังเช่นสภาที่ปรึกษาแห่งกษัตริย์ (Conseil du roi) ของราชอาณาจักรอังกฤษ[๕]

ในแง่ของอำนาจปกครอง ชนชั้นขุนนางภายใต้การปกครองด้วยระบอบศักดินาสวามิภักดิ์ (féodalité) มีอำนาจค่อนข้างมาก โดยเฉพาะอำนาจในการปกครองท้องถิ่นของตนเองในต่างจังหวัด อย่างไรก็ดี อำนาจในการปกครองท้องถิ่นของขุนนางถูกลิดรอนโดย "การรวมศูนย์อำนาจปกครอง" (centralisation) เรื่อยมานานนับศตวรรษ จนกระทั่งอำนาจดังกล่าวแทบจะถูกทำลายลงจนหมดสิ้นในยุค

---

[๑] Anne – Marie AMIOT, les fondements theologiques de la révolution française dans la fin de satan de Victor Hugo, Philosophies de la révolution française, Librairie philosophique J. VRIN, Paris, 1984, p. 137

[๒] ได้รับการก่อตั้งโดยพระเจ้า Philippe Le Bel ในปี ค.ศ. ๑๓๐๒; โปรดดู Philippe ARDANT et Bertrand MATHIEU, Droit constitutionnel et institutions politiques, 22ème édition, Paris, L.G.D.J, 2010, p. 160; ฐากูร ศิริยุทธ์วัฒนา, กฎหมายรัฐธรรมนูญ: หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตย, พิมพ์ครั้งที่ ๖, กรุงเทพฯ, วิญญูชน, ๒๕๖๕, หน้า ๒๑๖ – ๒๑๗

[๓] Philippe ARDANT et Bertrand MATHIEU, op.cit., pp. 160 – 161; ฐากูร ศิริยุทธ์วัฒนา, อ้างแล้ว, หน้า ๒๑๖ – ๒๑๗

[๔] โปรดดู Philippe ARDANT et Bertrand MATHIEU, op.cit., p. 160; ฐากูร ศิริยุทธ์วัฒนา, อ้างแล้ว, หน้า ๒๑๘

[๕] โปรดดู Philippe ARDANT et Bertrand MATHIEU, op.cit., pp. 161 – 162; ฐากูร ศิริยุทธ์วัฒนา, อ้างแล้ว, หน้า ๒๑๙ – ๒๒๑

ของพระเจ้าหลุยส์ที่สิบสี่ (Louis XIV) กล่าวคือ พระเจ้าหลุยส์ที่สิบสี่ทรงยกเลิกการเลือกตั้งท้องถิ่นในปี ค.ศ. ๑๖๙๒ และรวบอำนาจในการปกครองท้องถิ่นไว้กับ “intendant” ซึ่งเป็นข้าราชการที่ขึ้นตรงต่อสภาที่ปรึกษาแห่งกษัตริย์ (Conseil du Roi) โดยทั้งราชอาณาจักรจะมี intendant อยู่ประมาณ ๓๐ คน แม้กระทั่งการจัดบริการสาธารณะที่ธรรมดาสามัญ เช่น การซ่อมแซมหอระฆังของโบสถ์ ก็ยังต้องอยู่ภายใต้การตัดสินใจของส่วนกลาง[๖]

การลดบทบาททางการเมืองของขุนนางท้องถิ่นภายใต้การปกครองของพระเจ้าหลุยส์ที่สิบสี่ส่งผลกระทบในแง่ลบต่อทั้งอำนาจของชนชั้นขุนนางและต่อการบริหารราชการท้องถิ่นด้วย กล่าวคือ ระบบบริหารราชการท้องถิ่นไม่สามารถดำเนินไปได้โดยปกติ เนื่องจากการรวมศูนย์อำนาจไว้ที่ส่วนกลางมากจนเกินไป และขาดระบบการตรวจสอบการบริหารราชการที่ชัดเจน การปฏิบัติราชการของ intendant ที่มีอิสระจนเกินไป จึงไม่อาจจัดบริการสาธารณะด้านต่าง ๆ ในต่างจังหวัดได้อย่างมีประสิทธิภาพ ทั้งนี้ ผู้ได้รับผลกระทบในทางปฏิบัติจากการลดบทบาททางการเมืองของขุนนาง มิได้มีแต่เพียงชนชั้นขุนนาง หากแต่ยังมีสามัญชนที่ไม่อาจเข้าถึงบริการสาธารณะที่มีคุณภาพอีกด้วย[๗]

จุดเปลี่ยนที่สำคัญเกิดขึ้นในปี ค.ศ. ๑๗๘๖ ในรัชสมัยของพระเจ้าหลุยส์ที่สิบหก (Louis XVI) เนื่องมาจากสภาพเศรษฐกิจที่ตกต่ำ พระเจ้าหลุยส์ที่สิบหกได้ร่วมกับรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง (Charles-Alexandre de Calonne) ออกแบบ “แผนฟื้นฟูเศรษฐกิจ” (Plan d’amélioration des Finances) ซึ่งมีเนื้อหาเกี่ยวกับการชำระภาษีที่ส่งผลกระทบต่อความมั่งคั่งและอภิสิทธิ์ของเหล่าขุนนางและชนชั้นสูงทั้งหลาย อาจกล่าวได้ว่า ราชสำนักไม่อาจเก็บภาษีเพิ่มจากสามัญชนได้อีก จึงจำต้องหันกลับมาใช้มาตรการทางภาษีกับชนชั้นสูงเพื่อฟื้นฟูเศรษฐกิจของประเทศ แผนฟื้นฟูเศรษฐกิจดังกล่าวนับเป็นหนึ่งในความขัดแย้งที่ชัดเจนที่สุดระหว่างกษัตริย์และเหล่าขุนนาง โดยในปีต่อมาเหล่าขุนนางได้ตอบโต้แผนฟื้นฟูเศรษฐกิจของพระเจ้าหลุยส์ที่สิบหกด้วยการลงมติคว่ำแผนฟื้นฟูเศรษฐกิจในการประชุมสภาขุนนาง (Assemblée des notables) จนพระเจ้าหลุยส์ที่สิบหกจำต้องปลดรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลังออกจากตำแหน่ง และมอบหมายให้นายกรัฐมนตรี (Étienne-Charles de Loménie de Brienne) รับผิดชอบการจัดทำแผนฟื้นฟูเศรษฐกิจต่อไป แต่ความขัดแย้งระหว่างกษัตริย์และขุนนางก็หาได้ลดลงไม่ กษัตริย์และนายกรัฐมนตรียังคงเดินหน้าวางแผนฟื้นฟูเศรษฐกิจในแนวทางเดิมต่อไป และเริ่มออกนโยบายประชานิยมต่าง ๆ มากขึ้น เพื่อดึงดูดให้สามัญชนร่วมสนับสนุนแนวคิดของพระองค์ และจบลงด้วยการยุบสภาขุนนางในช่วงกลางปี ค.ศ. ๑๗๘๗[๘]

นอกจากความขัดแย้งระหว่างกษัตริย์และขุนนางจะปรากฏขึ้นในการประชุมสภาขุนนางแล้ว ยังปรากฏขึ้นในแวดวงตุลาการในปี ค.ศ. ๑๗๘๗ อีกด้วย เริ่มต้นจากศาลยุติธรรมแห่งปารีส (Parlement de Paris) มีมติไม่รับรองร่างกฎหมาย ๒ ฉบับที่เป็นมาตรการฟื้นฟูเศรษฐกิจของพระเจ้าหลุยส์ที่สิบหก[๙] ส่งผล

[๖] Pierre GOUIRAND, En 1789 la révolution française était déjà faite… selon A. de Tocqueville, Philosophies de la révolution française, Librairie philosophique J. VRIN, Paris, 1789, pp. 124 – 125

[๗] Pierre GOUIRAND, Ibid., pp. 125 – 126

[๘] โปรดดู Marcel MORABITO, Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours, 12ème édition, Paris, Montchrestien, 2012, pp. 35 – 36; ฐากูร ศิริยุทธ์วัฒนา, อ้างแล้ว, หน้า ๒๒๒ – ๒๒๔

[๙] กฎหมายภาษีอากรแสตมป์ และกฎหมายว่าด้วยค่าทดแทนการเกณฑ์แรงงานไพร่

ให้พระเจ้าหลุยส์ที่สิบหกทรงใช้พระราชอำนาจในการรับรองร่างกฎหมายทั้ง ๒ ฉบับนั้นด้วยพระองค์เอง ในฐานะที่ทรงอ้างว่าพระองค์คือ “บ่อเกิดแห่งความยุติธรรม” (lit de justice) จากนั้นทรงปลดผู้พิพากษาศาลยุติธรรมที่มีความเห็นต่อต้านแผนฟื้นฟูเศรษฐกิจของพระองค์ ตามด้วยการประกาศแผนปฏิรูปศาลยุติธรรมถึง ๖ ฉบับตามคำแนะนำของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม (Chrétien-François de Lamoignon) ในปี ค.ศ. ๑๗๘๘ ซึ่งมีเนื้อหาเป็นการลดขนาดโครงสร้างขององค์กรตุลาการ และรวมศูนย์อำนาจในการแต่งตั้งผู้พิพากษาในตำแหน่งสำคัญไว้ที่กษัตริย์แต่เพียงผู้เดียว เหตุการณ์ดังกล่าวสร้างความไม่พอใจอย่างรุนแรงกับเหล่าขุนนางทั่วราชอาณาจักร[๑๐]

กระทั่งในช่วงปลายศตวรรษที่ ๑๘ ขุนนางกลายเป็นชนชั้นที่แทบจะไม่มีอิทธิพลต่อทั้งกษัตริย์และสามัญชนในทางปฏิบัติ กล่าวคือ ขุนนางทั้งหลายยังคงมียศถาบรรดาศักดิ์ที่ได้รับจากกษัตริย์และอภิสิทธิ์บางประการที่ได้รับโดยชาติกำเนิดเช่นเคย เพียงแต่อำนาจหน้าที่กลับถูกลดทอนลงอย่างมีนัยสำคัญ ประกอบกับการก้าวขึ้นมามีบทบาทสำคัญในทางสังคมและเศรษฐกิจของฐานันดรที่สาม (Tiers-état) ยิ่งขับเน้นให้ความเสื่อมถอยของชนชั้นขุนนางนั้นเด่นชัดยิ่งขึ้น[๑๑] ซึ่งข้อเท็จจริงที่เกิดขึ้นข้างต้นนั้นกินระยะเวลาหลายร้อยปี นักวิชาการบางท่าน เช่น Alexis de Tocqueville (1805 – 1859) มีความเห็นว่าแนวคิดในการก่อตั้งระบอบประชาธิปไตยและการปฏิวัติฝรั่งเศสมิได้อุบัติขึ้นโดยความบังเอิญในปี ค.ศ. ๑๗๘๙ หากแต่เริ่มต้นขึ้นจากการจำกัดอำนาจของขุนนางและการรวมศูนย์อำนาจปกครองตลอดระยะเวลานับศตวรรษ และเกิดผลเป็นรูปธรรมอย่างชัดเจนในปี ค.ศ. ๑๗๘๙ หรือกล่าวอีกนัยหนึ่ง (ตามความเห็นของ Alexis de Tocqueville) การปฏิวัติฝรั่งเศสเริ่มต้นมานานนับร้อยปี และได้เสร็จสิ้นลงในปี ค.ศ. ๑๗๘๙[๑๒]

๒. การตื่นรู้ของฐานันดรที่สาม

ราษฎรแห่งราชอาณาจักรฝรั่งเศสเริ่มมีบทบาททางการเมืองในระดับรัฐในช่วงต้นศตวรรษที่ ๑๔ ผ่านการเลือกตั้งสมาชิกสภาฐานันดรแห่งราชอาณาจักร (États généraux du royaume) ประเภทฐานันดรที่สาม (tiers état) แต่อย่างไรก็ดี บทบาทของฐานันดรที่สามในสภาฐานันดรกลับไม่ส่งผลกระทบทางการเมืองอย่างเป็นรูปธรรม เนื่องจากกษัตริย์ และชนชั้นสูง (ฐานันดรที่หนึ่งและสองภายใต้อำนาจของกษัตริย์) สามารถควบคุมการดำเนินงานของสภาฐานันดรได้อย่างเบ็ดเสร็จเด็ดขาด[๑๓] กล่าวคือ สมาชิกสภาฐานันดรแต่ละประเภทจะมีจำนวนใกล้เคียงกัน และใช้ระบบการนับคะแนนเสียงโดยจำแนกตามชนชั้น แต่ละชนชั้นจะต้องประชุมและลงมติกันเองเพื่อให้ได้เสียงข้างมากในชนชั้นของตนจึงจะนับเป็น ๑ คะแนนเสียง มติเสียงข้างมากของสภาจะต้องมีอย่างน้อย ๒ จาก ๓ คะแนน โดยไม่สนใจว่าคะแนนเสียงรายบุคคลของสมาชิกสภาฐานันดรที่ออกเสียงทั้งหมดจะเป็นเช่นไร ผลของเงื่อนไขดังกล่าวคือสภาฐานันดรจะอยู่ในมือ

[๑๐] โปรดดู Marcel MORABITO, op.cit., p. 36; ฐากูร ศิริยุทธ์วัฒนา, อ้างแล้ว, หน้า ๒๒๔ – ๒๒๖

[๑๑] Pierre GOUIRAND, op.cit., pp. 128 – 129

[๑๒] โปรดดู L’Ancien Régime et la Révolution, Vol.1, p.53 dans Pierre GOUIRAND, Ibid., p. 129 และโปรดดู Pierre GOUIRAND, Ibid., pp. 129 – 130

[๑๓] โปรดดู Philippe ARDANT et Bertrand MATHIEU, op.cit., p. 161; ฐากูร ศิริยุทธ์วัฒนา, อ้างแล้ว, หน้า ๒๑๙

ของชนชั้นสูง (ชนชั้นนักบวชและขุนนาง) อย่างเบ็ดเสร็จเด็ดขาด เพราะหากนักบวชและขุนนางร่วมมือกัน ไม่ว่าคะแนนเสียงของฐานันดรที่สามจะเป็นเช่นไรก็ไม่มีผลต่อมติที่ประชุม[๑๔]

บทบาทของฐานันดรที่สามในสภาฐานันดรแห่งราชอาณาจักรมีลักษณะที่ไร้ค่าไร้ความหมายอยู่นานเกือบ ๕๐๐ ปี จนกระทั่งการประชุมสภาฐานันดรครั้งแรกและครั้งสุดท้ายของราชอาณาจักรฝรั่งเศสในปี ค.ศ. ๑๗๘๙ ซึ่งเป็นผลมาจากความขัดแย้งระหว่างกษัตริย์และชนชั้นขุนนาง กล่าวคือ หลังจากที่พระเจ้าหลุยส์ที่สิบหกทรงยุบสภาขุนนาง (Assemblée des notables) ในปี ค.ศ. ๑๗๘๗ และประกาศแผนปฏิรูปศาลยุติธรรมในปี ค.ศ. ๑๗๘๘ ทั่วทั้งราชอาณาจักรก็ปรากฏกระแสต่อต้านพระเจ้าหลุยส์ที่สิบหกอย่างรุนแรง การชุมนุมประท้วงแผนปฏิรูปดังกล่าวโดยคนทุกชนชั้นเกิดขึ้นทั้งในกรุงปารีสและต่างจังหวัดผ่านแนวคิด “เสรีภาพทั้งแผ่นดิน” (libertés provinciales) พระเจ้าหลุยส์ที่สิบหกจึงทรงตัดสินพระทัยที่จะใช้มาตรการที่มีลักษณะผ่อนปรนและประนีประนอมมากขึ้น ด้วยการปลดนายกรัฐมนตรี (Étienne-Charles de Loménie de Brienne) ออกจากตำแหน่ง และแต่งตั้งให้ Jacques Necker ดำรงตำแหน่งนายกรัฐมนตรีและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการคลัง ตามด้วยการลาออกจากตำแหน่งของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงยุติธรรม (Chrétien-François de Lamoignon) และทรงยอมยกเลิกแผนปฏิรูปศาลยุติธรรมในเดือนกันยายน ค.ศ. ๑๗๘๘ และมาตรการที่นำไปสู่การปฏิวัติฝรั่งเศสในปีถัดมา โดยที่พระองค์ไม่ทรงทราบก็คือการประกาศให้มีการเลือกตั้งเพื่อจัดประชุมสภาฐานันดรครั้งแรกในรอบ ๑๗๕ ปี (การประชุมสภาฐานันดรแห่งราชอาณาจักรครั้งล่าสุดเกิดขึ้นเมื่อปี ค.ศ. ๑๖๑๔)[๑๕] โดยช่วงเวลาที่มีการจัดการเลือกตั้งและการประชุมสภาฐานันดรครั้งนี้เป็นช่วงเวลาที่ฐานันดรที่สามได้แสดงศักยภาพทั้งในด้านวิชาการ และในด้านกฎหมายและการเมืองอย่างมีประสิทธิภาพและเกิดผลกระทบต่อคนทุกชนชั้นทั้งในเชิงรูปธรรมและในเชิงนามธรรม

ด้านวิชาการ: บรรดาปัญญาชนในชนชั้นฐานันดรที่สามได้ตีพิมพ์ผลงานวิชาการอันทรงคุณค่าและยังปรากฏอยู่ในแวดวงวิชาการจวบจนปัจจุบันจำนวนหลายชิ้น เพื่อกระตุ้นมโนสำนึกของชนชั้นสามัญชนให้ตื่นรู้ถึงศักยภาพและหน้าที่ของตนเองที่มีต่อรัฐประการหนึ่ง และยังเป็นการวางรากฐานทางวิชาการที่เกี่ยวกับสิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาคให้แก่ชนรุ่นหลังอีกประการหนึ่ง ยกตัวอย่างเช่น Observations sur l’Histoire de France (ข้อสังเกตบางประการว่าด้วยประวัติศาสตร์แห่งราชอาณาจักรฝรั่งเศส) โดย Gabriel Bonnot de Mably, Considérations sur l’ancienneté de l’existence du Tiers État (บทวิเคราะห์ว่าด้วยประวัติศาสตร์ของฐานันดรที่สาม) โดย Pierre Edmé Gautier de Sibert, L’Essai sur les privilèges (ความเรียงว่าด้วยอภิสิทธิ์) และ Qu’est-ce que le tiers état? (อะไรคือฐานันดรที่สาม?) ซึ่งเรียบเรียงโดย Emmanuel-Joseph Sieyès (สมาชิกสภาฐานันดรประเภทฐานันดรที่สาม) ในบรรดางานวิชาการเหล่านี้ Qu’est-ce que le tiers état? เป็นผลงานที่ทรงอิทธิพลมากที่สุด ในช่วงเวลาของการปฏิวัติ เพราะสามารถใช้เป็นฐานทางวิชาการในการสถาปนา “ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยของชาติ” (Théorie de la souveraineté nationale) ซึ่งใช้อธิบายว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของคนทุกชนชั้นในนาม

[๑๔] ฐากูร ศิริยุทธ์วัฒนา, เพิ่งอ้าง, หน้า ๒๒๗

[๑๕] Marcel MORABITO, op.cit., pp. 36 – 37; ฐากูร ศิริยุทธ์วัฒนา, อ้างแล้ว, หน้า ๒๒๕ – ๒๒๖

ของชาติ มิได้เป็นของบุคคลหรือกลุ่มบุคคลใดโดยเฉพาะเจาะจง ไม่ว่าจะเป็นกษัตริย์ ขุนนาง หรือนักบวช ย่อมไม่อาจอ้างว่าอำนาจอธิปไตยเป็นของตนหรือกลุ่มของตนได้[๑๖]

อนึ่ง ทฤษฎีว่าด้วยเจ้าของอำนาจอธิปไตย (titulaire de la souveraineté) ที่ได้รับการยอมรับก่อนการปฏิวัติฝรั่งเศสคือ ทฤษฎีอำนาจอธิปไตยแห่งพระเจ้า (Théorie théocratique) ซึ่งเป็นคำอธิบายที่เชื่อมโยงอำนาจอธิปไตยของรัฐไว้กับชนชั้นปกครอง (โดยเฉพาะกษัตริย์) โดยไม่มีจุดเชื่อมโยงกับสามัญชนแม้แต่น้อย ไม่ว่าจะเป็นการอธิบายว่าพระเจ้ามอบอำนาจอธิปไตยให้แก่กษัตริย์โดยตรง (Théorie du droit divin surnaturel) หรือพระเจ้ามอบอำนาจอธิปไตยให้แก่ศาสนจักรเพื่อมอบหมายแก่ผู้ปกครองอีกชั้นหนึ่ง (Théorie du droit divin providentiel) อาจมีเพียงแนวคิดเดียวที่พอจะปรากฏความเชื่อมโยงระหว่างอำนาจอธิปไตยและสามัญชนอยู่บ้าง คือการอธิบายว่า พระเจ้ามอบอำนาจอธิปไตยให้แก่ทุกคน และทุกคนยินยอมให้ผู้ปกครองใช้อำนาจอธิปไตยแทนตนเอง (Théorie du droit divin populaire) แต่ก็เป็นเพียงคำอธิบายทางวิชาการที่ไม่สอดคล้องกับความเป็นจริง เนื่องจากในช่วงเวลาดังกล่าวไม่ปรากฏว่ามีกระบวนการใดที่พอจะอธิบายได้ว่าคนทุกชนชั้นยินยอมพร้อมใจให้ผู้ปกครองใช้อำนาจอธิปไตยแทนตน[๑๗] การก่อตั้งทฤษฎีอำนาจอธิปไตยแห่งชาติ (Théorie de la souveraineté nationale) โดย Emmanuel-Joseph Sieyès จึงนับเป็นปัจจัยสำคัญในการตื่นรู้ทางสติปัญญาของสามัญชนในช่วงเวลาแห่งการปฏิวัติ และทฤษฎีดังกล่าวยังได้รับการกำหนดไว้ในมาตรา ๓ ของปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. ๑๗๘๙ (Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de ๑๗๘๙) ซึ่งยังคงมีผลบังคับใช้เป็นกฎหมายในระดับเดียวกับรัฐธรรมนูญแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสจวบจนปัจจุบัน[๑๘]

ด้านกฎหมายและการเมือง: ในเดือนมกราคม ค.ศ. ๑๗๘๙ พระเจ้าหลุยส์ที่สิบหกได้ลงพระปรมาภิไธยและประกาศใช้พระราชกฤษฎีกาการเลือกตั้งสมาชิกสภาฐานันดร โดยอ้างอิงรูปแบบ เงื่อนไข และกระบวนการจัดการเลือกตั้งจากการเลือกตั้งสมาชิกสภาฐานันดรเมื่อ ค.ศ. ๑๖๑๔ ส่งผลให้เกิดความไม่เท่าเทียมกันระหว่างชนชั้นหลายประเด็น ยกตัวอย่างเช่น[๑๙]

- ชนชั้นขุนนางผู้มีสถานะเป็นเจ้าของที่ดินจะมีสิทธิเลือกตั้งสมาชิกสภาฐานันดรประเภทฐานันดรที่สอง (ขุนนาง) โดยไม่จำกัดอายุและเพศ ส่งผลให้ขุนนางที่มีอายุน้อยเพียงใด หรือเพศใดก็ตาม ย่อมมีสิทธิเลือกตั้งตามพระราชกฤษฎีกาฉบับนี้ และหากเป็นเจ้าของที่ดินในหลายเขตเลือกตั้ง ก็สามารถใช้สิทธิเลือกตั้งได้ในทุกเขต (ถ้าไม่สามารถไปใช้สิทธิเลือกตั้งได้ด้วยตนเอง ก็มีสิทธิมอบอำนาจให้บุคคลอื่นไปใช้สิทธิเลือกตั้งแทนได้) โดยชนชั้นขุนนางสามารถออกเสียงลงคะแนนเลือกผู้สมัครรับเลือกตั้งได้โดยตรง (suffrage direct)

[๑๖] Marcel MORABITO, op.cit., pp. 40 – 41; Olivier GOHIN, Droit constitutionnel, 2ème édition, Paris, LexisNexis, 2013, p. 312; และโปรดดู ฐากูร ศิริยุทธ์วัฒนา, อ้างแล้ว, หน้า ๒๒๘ – ๒๒๙ และ ๒๔๙ – ๒๕๐

[๑๗] รายละเอียดเกี่ยวกับทฤษฎีอำนาจอธิปไตยแห่งพระเจ้า โปรดดู Philippe ARDANT et Bertrand MATHIEU, op.cit., p. 172; Joseph BARTHÉLEMY et Paul DUEZ, Traité de droit constitutionnel, Paris, L.G.D.J, Éditions Panthéon Assas, 2004, pp. 57 – 58; ฐากูร ศิริยุทธ์วัฒนา, อ้างแล้ว, หน้า ๒๔๖ – ๒๔๙

[๑๘] รายละเอียดเกี่ยวกับทฤษฎีอำนาจอธิปไตยแห่งชาติ โปรดดู Jean GICQUEL et Jean-Éric GICQUEL, Droit constitutionnel et institutions politiques, 27ème édition, Paris, L.G.D.J, 2013, pp. 224 – 226; Joseph BARTHÉLEMY et Paul DUEZ, op.cit., pp. 57 – 58; Philippe ARDANT et Bertrand MATHIEU, op.cit., pp. 173 – 174; Raymond CARRÉ DE MALBERG, Contribution à la théorie générale de l'État, Paris, Dalloz, ๒๐๐๔, pp. 14 – 15; ฐากูร ศิริยุทธ์วัฒนา, อ้างแล้ว, หน้า ๒๔๙ – ๒๕๑

[๑๙] โปรดดู Marcel MORABITO, op.cit., pp. 43 – 45; ฐากูร ศิริยุทธ์วัฒนา, อ้างแล้ว, หน้า ๒๒๙ – ๒๓๑

- นักบวชทุกระดับเป็นผู้มีสิทธิเลือกตั้ง และสามารถออกเสียงลงคะแนนเลือกผู้สมัครรับเลือกตั้งได้โดยตรง (suffrage direct) แต่ไม่สามารถใช้สิทธิเลือกตั้งได้ในหลายเขตเลือกตั้งเหมือนกับชนชั้นสูง

- สามัญชนที่จะมีสิทธิเลือกตั้งสมาชิกสภาฐานันดรประเภทฐานันดรที่สามจะต้องมีสัญชาติฝรั่งเศสโดยการเกิด มีอายุครบ ๒๕ ปีบริบูรณ์ มีชื่ออยู่ในเขตเลือกตั้งที่จะใช้สิทธิ และจะต้องชำระภาษีตามจำนวนขั้นต่ำที่กฎหมายกำหนด (suffrage censitaire) หากมีคุณสมบัติอื่น ๆ ครบถ้วน แต่ชำระภาษีไม่ถึงเกณฑ์ที่กฎหมายกำหนดก็จะไม่มีสิทธิเลือกตั้ง โดยสามัญชนจะต้องออกเสียงลงคะแนนโดยอ้อม (suffrage indirect) เท่านั้น หมายถึงไม่สามารถออกเสียงเลือกผู้สมัครรับเลือกตั้งได้โดยตรง แต่จะต้องออกเสียงเลือกคนกลางที่จะทำหน้าที่ออกเสียงเลือกผู้สมัคร โดยอาจเป็นการเลือกคนกลางมากถึง ๒ – ๔ ชั้น[๒๐]

นอกจากคุณสมบัติของผู้มีสิทธิเลือกตั้ง และระบบการออกเสียงที่ไม่เท่าเทียมกันระหว่างชนชั้น เงื่อนไขที่สำคัญที่สุดในทางการเมืองก่อนการประชุมสภาฐานันดรคือ จำนวนของสมาชิกสภาฐานันดรแต่ละประเภท และเงื่อนไขการนับคะแนนเสียงในที่ประชุม ซึ่งศาลยุติธรรมแห่งปารีส (Parlement de Paris) ได้กำหนดให้นำรูปแบบการประชุมสภาฐานันดรในปีค.ศ. ๑๖๑๔ ซึ่งเป็นการประชุมสภาฐานันดรครั้งล่าสุดมาปรับใช้กับการประชุมสภาฐานันดรในครั้งนี้ โดยมีเงื่อนไขที่สำคัญดังต่อไปนี้[๒๑]

- แบ่งสมาชิกสภาฐานันดรออกเป็น ๓ ประเภท แต่ละประเภทมีจำนวนสมาชิกเท่ากัน และจะต้องดำเนินการประชุมโดยแบ่งแยกแต่ละฐานันดรออกจากกันอย่างชัดเจน ไม่สามารถดำเนินการประชุมร่วมกันทั้ง ๓ ฐานันดรได้

- การลงมติในที่ประชุมจะถือเอาเสียงข้างมากของสมาชิกแต่ละประเภท โดยให้แต่ละฐานันดรมี ๑ คะแนนเสียงเท่ากัน รวมทั้งสิ้น ๓ คะแนนเสียง โดยมิให้นับคะแนนรายบุคคลของสมาชิกสภาทุกประเภทรวมกัน

ด้วยรูปแบบการประชุมตามเงื่อนไขข้างต้น สามัญชนย่อมคาดการณ์ได้ว่า แม้จะได้รับเลือกตั้งให้ดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาฐานันดรประเภทฐานันดรที่สาม ก็ไม่สามารถสร้างความเปลี่ยนแปลงใด ๆ ได้ หากรูปแบบ เงื่อนไข และกระบวนการจัดการเลือกตั้ง รวมทั้งการจัดการประชุมสภาฐานันดรยังคงเป็นดังเช่น การประชุมสภาฐานันดรในช่วงระยะเวลาเกือบ ๕๐๐ ปีที่ผ่านมา เพราะสมาชิกสภาฐานันดรประเภทนักบวชและขุนนางซึ่งนับเป็นชนชั้นสูงย่อมร่วมมือกันลงมติให้เป็นประโยชน์แก่ชนชั้นของตน โดยเฉพาะมติเกี่ยวกับแผนฟื้นฟูเศรษฐกิจ นโยบายทางการเมือง หรือร่างกฎหมายที่สำคัญ การที่ศาลยุติธรรมแห่งปารีสประกาศรูปแบบการประชุมในครั้งนี้ส่งผลให้สามัญชนไม่พอใจอย่างรุนแรง ถือเป็นจุดแตกหักครั้งสำคัญระหว่างชนชั้นสูงและสามัญชน นักวิชาการบางท่านเรียกเหตุการณ์ดังกล่าวว่า “การหย่าร้างระหว่างชนชั้นสูงและฐานันดรที่สาม” (Divorce entre aristocratie et Tiers)[๒๒]

[๒๐] ยกตัวอย่างเช่น ชั้นที่ ๑ ผู้มีสิทธิเลือกตั้ง ก. ออกเสียงเลือกคนกลาง A. ชั้นที่ ๒ คนกลาง A. ออกเสียงเลือกคนกลาง B. ชั้นที่ ๓ คนกลาง B. ออกเสียงเลือกคนกลาง C. และชั้นสุดท้าย คนกลาง C. ออกเสียงเลือกผู้สมัครรับเลือกตั้ง

[๒๑] Marcel MORABITO, op.cit., p. 40; ฐากูร ศิริยุทธ์วัฒนา, อ้างแล้ว, หน้า ๒๒๖ – ๒๒๗

[๒๒] Marcel MORABITO, op.cit., p. 40

สามัญชนได้เรียกร้องให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมเงื่อนไขและรูปแบบของการประชุมสภาฐานันดร ให้มีความเท่าเทียมกันระหว่างสมาชิกสภาทั้ง ๓ ฐานันดรมากขึ้น โดยเสนอให้เพิ่มจำนวนสมาชิกสภาฐานันดรประเภทฐานันดรที่สามเป็น ๒ เท่า เพื่อให้มีจำนวนเท่ากับสมาชิกสภาฐานันดรประเภทนักบวชและขุนนาง เสนอให้ใช้การลงมติโดยนับคะแนนเสียงเป็นรายบุคคล (vote par tête) แทนการนับคะแนนเสียงโดยแยกชนชั้น (vote par ordre) โดยข้อเรียกร้องทั้ง ๒ ข้อนี้ย่อมส่งผลให้ฐานันดรที่สามมีอำนาจต่อรองทางการเมืองใกล้เคียงกับฐานันดรที่หนึ่งและสองรวมกัน อย่างไรก็ดี นายกรัฐมนตรี (Jacques Necker) ได้ตอบรับข้อเสนอของสามัญชนด้วยการเรียกประชุมสภาขุนนาง (Assemblée des notables) เพื่อพิจารณาข้อเสนอแก้ไขเพิ่มเติมเงื่อนไขและรูปแบบของการประชุมสภาฐานันดร โดยสภาขุนนางซึ่งประกอบไปด้วยชนชั้นขุนนาง ย่อมไม่มีทางลงมติเห็นชอบข้อเสนอทั้ง ๒ ประการของสามัญชนอย่างแน่นอน แต่ก็ไม่อาจปฏิเสธข้อเสนอทั้งหมดได้เพราะอาจนำไปสู่ปัญหาทางการเมืองที่รุนแรงกว่าเดิมได้ สภาขุนนางจึงมีมติให้เพิ่มจำนวนสมาชิกสภาฐานันดรประเภทฐานันดรที่สามเป็น ๒ เท่า แต่ให้ดำเนินการประชุมและลงมติโดยแยกชนชั้นตามเดิม มติแก้ไขเพิ่มเติมเงื่อนไขและรูปแบบของการประชุมสภาฐานันดรเช่นนี้ไม่ก่อให้เกิดผลดีต่อสามัญชน เพราะหากขาดเงื่อนไขข้อใดข้อหนึ่งที่สามัญชนได้เสนอไป การแก้ไขเพิ่มเติมดังกล่าวย่อมปราศจากความหมาย[๒๓] เพราะแม้จำนวนสมาชิกสภาฐานันดรประเภทฐานันดรที่สามจะมีจำนวนเพิ่มขึ้น ๒ เท่า หรือแม้แต่เพิ่มขึ้นอีก ๑๐๐ เท่า ฐานันดรที่สามก็มีเพียง ๑ คะแนนเสียงเท่าเดิม ในขณะที่ฐานันดรที่หนึ่งและสองมี ๒ คะแนนเสียง

แม้การเลือกตั้งสมาชิกสภาฐานันดรและการประชุมสภาฐานันดรจะไม่ยุติธรรมเพียงใด ฐานันดรที่สามซึ่งเป็นชนชั้นที่เสียเปรียบทั้งในทางกฎหมายและในทางการเมือง กลับเป็นชนชั้นที่มีบทบาทสำคัญที่สุดในการปฏิวัติฝรั่งเศส ไม่เพียงแต่ในเชิงรูปธรรมซึ่งแสดงออกผ่านการเรียกร้องสิทธิเสรีภาพและความเสมอภาค และการชุมนุมทางการเมือง แต่ยังแสดงออกในเชิงนามธรรมผ่านแนวคิดที่ปรากฏในผลงานวิชาการที่ได้รับการสร้างสรรค์ขึ้นในช่วงเวลาก่อนการปฏิวัติ จนนำไปสู่การแสดงเจตจำนงอย่างแรงกล้าในการปฏิวัติฝรั่งเศสในปี ค.ศ. ๑๗๘๙

บรรณานุกรม

Anne – Marie AMIOT, **les fondements theologiques de la révolution française dans la fin de satan de Victor Hugo,** Philosophies de la révolution française, Librairie philosophique J. VRIN, Paris, 1984

Jean GICQUEL et Jean-Éric GICQUEL, **Droit constitutionnel et institutions politiques**, 27ème édition, Paris, L.G.D.J, 2013

Joseph BARTHÉLEMY et Paul DUEZ, **Traité de droit constitutionnel**, Paris, L.G.D.J, Éditions Panthéon Assas, 2004

Marcel MORABITO, **Histoire constitutionnelle de la France de 1789 à nos jours**, 12ème édition, Paris, Montchrestien, 2012

Olivier GOHIN, **Droit constitutionnel**, 2ème édition, Paris, LexisNexis, 2013

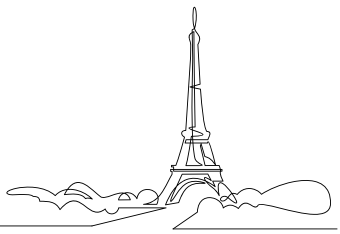
Philippe ARDANT et Bertrand MATHIEU, **Droit constitutionnel et institutions politiques**, 22ème édition, Paris, L.G.D.J, 2010

Pierre GOUIRAND, **En 1789 la révolution française était déjà faite... selon A. de Tocqueville**, Philosophies de la révolution française, Librairie philosophique J. VRIN, Paris, 1984

Raymond CARRÉ DE MALBERG, **Contribution à la théorie générale de l'État**, Paris, Dalloz, 2004

ฐากูร ศิริยุทธ์วัฒนา, **กฎหมายรัฐธรรมนูญ: หลักพื้นฐานแห่งกฎหมายรัฐธรรมนูญและระบอบประชาธิปไตย**, พิมพ์ครั้งที่ ๖, กรุงเทพฯ, วิญญูชน, ๒๕๖๕

หลักการไม่มีค่าใช้จ่ายของการศึกษาระดับสูงในประเทศฝรั่งเศส



รองศาสตราจารย์ ดร.เอื้ออารีย์ อิ้งจะนิล*

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ เป็นผู้ที่มีความรู้ความสามารถทั้งในฐานะตุลาการนักปฏิบัติและนักวิชาการ นอกจากการอุทิศงานด้านการสอนอย่างสม่ำเสมอและตรงต่อเวลาแล้ว ท่านยังได้ผลิตงานวิชาการในรูปแบบของตำราด้านกฎหมายมหาชนอย่างต่อเนื่อง ดังเช่น "กฎหมายปกครองเกี่ยวกับการศึกษา" ซึ่งเป็นหนึ่งในแหล่งข้อมูลที่ผู้เขียนใช้ประกอบการบรรยายในวิชาสัมมนากฎหมายรัฐธรรมนูญและวิชากฎหมายการจัดทำบริการสาธารณะ ในโอกาสนี้ผู้เขียนเลือกเขียนบทความในประเด็นด้านการศึกษาด้วยความเคารพนับถือ และชื่นชมท่านอาจารย์ชาญชัย ในฐานะที่ท่านเป็นนักกฎหมายมหาชนที่ "ครบเครื่อง" อย่างยิ่ง

การศึกษาจัดเป็นภารกิจด้านบริการสาธารณะประเภทหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ได้กำหนดหน้าที่ของรัฐเรื่องการศึกษาไว้ในมาตรา ๕๔ วรรคหนึ่ง ว่า "*รัฐต้องดำเนินการให้เด็กทุกคนได้รับการศึกษาเป็นเวลาสิบสองปี ตั้งแต่ก่อนวัยเรียนจนจบการศึกษาภาคบังคับอย่างมีคุณภาพโดยไม่เก็บค่าใช้จ่าย...*" หลักการดังกล่าวหมายถึง รัฐมีหน้าที่ต้องดำเนินการให้เด็กทุกคนได้รับการศึกษาเป็นเวลา ๑๒ ปี โดยนับเวลาตั้งแต่ก่อนวัยเรียน (ระดับอนุบาล ๑) จนจบการศึกษาภาคบังคับ (ม.๓)[๒] ในขณะเดียวกันหากผู้เรียนมีความประสงค์จะศึกษาในระดับมัธยมปลายหรือระดับอุดมศึกษาต่อไปนั้น "การศึกษาโดยไม่เก็บค่าใช้จ่าย" ตามหลักการที่ปรากฏในรัฐธรรมนูญมาตรา ๕๔ วรรคหนึ่ง จะไม่ครอบคลุมอีกต่อไป ซึ่งหากผู้เรียนมีข้อจำกัดจากสถานะทางเศรษฐกิจของครอบครัวไม่เอื้ออำนวยต่อค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นระหว่างการศึกษาในระดับชั้นมัธยมปลายหรือระดับชั้นอุดมศึกษา รัฐไทยมีกลไกสนับสนุนผ่านทางกองทุนด้านการศึกษา ได้แก่ กองทุนให้กู้ยืมเพื่อการศึกษา (กยศ.) และกองทุนเพื่อความเสมอภาคทางการศึกษา (กสศ.)[๓] อย่างไรก็ดี กองทุนทั้ง ๒ ประเภทนี้มีรายละเอียดที่แตกต่างกัน อีกทั้งยังมีข้อวิพากษ์วิจารณ์ในส่วนของการวางระบบหรือเงื่อนไขบางประการที่ทำให้ผู้กู้ยืมไม่สามารถเข้าถึงกองทุนได้โดยทันที เช่น แนวคิดของกองทุนให้กู้ยืมเพื่อการศึกษา (กยศ.) คือการให้ผู้กู้ยืมต้องชดใช้คืนต้นเงินกู้พร้อมดอกเบี้ย โดยหนึ่งในเงื่อนไข

---

* รองศาสตราจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย

[๑] ชาญชัย แสวงศักดิ์, กฎหมายปกครองเกี่ยวกับการศึกษา, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน), ๒๕๖๐, หน้า ๒๗

[๒] การจัดตั้งกองทุนเพื่อความเสมอภาคทางการศึกษา (กสศ.) มาจากเจตนารมณ์ตามมาตรา ๕๔ วรรคหก

[๓] การจัดตั้งกองทุนเพื่อความเสมอภาคทางการศึกษา (กสศ.) มาจากเจตนารมณ์ตามมาตรา ๕๔ วรรคหก รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐

การกู้ยืมนั้นผู้กู้ยืมต้องมีผู้ค้ำประกัน[๔] ซึ่งเกณฑ์ดังกล่าวใช้บังคับตั้งแต่การจัดตั้งกองทุน กยศ. เป็นครั้งแรกภายใต้พระราชบัญญัติกองทุนให้กู้ยืมเพื่อการศึกษา พ.ศ. ๒๕๔๑[๕] ในขณะที่กองทุนเพื่อความเสมอภาคทางการศึกษา (กสศ.) มีวัตถุประสงค์กว้างกว่ากองทุน กยศ. โดยครอบคลุมทั้งการให้ความช่วยเหลือผู้ขาดแคลนทุนทรัพย์ตั้งแต่แรกเกิดจนถึงวัยแรงงานให้ได้รับโอกาสทางการศึกษา ทั้งนี้ กองทุน กสศ. เพิ่งมีการจัดตั้งเมื่อปี พ.ศ. ๒๕๖๑[๖] จึงอาจยังไม่มีข้อมูลเพื่อสรุปผลการดำเนินงานได้ชัดเจนนัก หากแต่การระบาดของโรคติดเชื้อไวรัสโคโรน่า (Covid-19) ที่ผ่านมา ส่งผลให้มีเด็กนักเรียนหลุดออกจากระบบการศึกษาจำนวนร่วม ๒๓๘,๐๐๐ คน[๗] สถานการณ์นี้จึงเป็นประเด็นความท้าทายต่อการรับมือของกองทุน กสศ. อย่างยิ่ง

อย่างไรก็ดี บทความนี้จะมิได้ทำการศึกษารายละเอียดของกองทุนหรือค่าใช้จ่ายด้านการศึกษาในประเทศไทย แต่จะกล่าวถึงสถานการณ์เรื่องค่าใช้จ่ายของการศึกษาระดับสูงในประเทศฝรั่งเศส (๑) เนื่องจากประเด็นดังกล่าวได้ถูกยกขึ้นต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญและศาลปกครองสูงสุด เมื่อช่วงปี ค.ศ. ๒๐๑๙ (๒) และผลที่เกิดขึ้นจากคำวินิจฉัยในเรื่องนี้ (๓)

๑. สถานการณ์เรื่องค่าใช้จ่ายของการศึกษาระดับสูงในประเทศฝรั่งเศส

การศึกษาในระดับก่อนวัยเรียนจนถึงชั้นมัธยมศึกษาตอนปลายในประเทศฝรั่งเศส จะไม่มีค่าใช้จ่ายโดยถือเป็นหนึ่งในหลักการพื้นฐานของโรงเรียน (un des principes fondamentaux de l’école) เพื่อเป็นการรับประกันความเสมอภาคของโอกาสในการเข้าถึงระบบการศึกษา คำว่า “การไม่มีค่าใช้จ่าย” ในที่นี้หมายถึงการที่สถาบันการศึกษาของรัฐ ตั้งแต่ระดับชั้นก่อนวัยเรียน[๘] ชั้นประถม ชั้นมัธยมศึกษาตอนต้น และชั้นมัธยมศึกษาตอนปลาย ต้องไม่กำหนดเงื่อนไขใด ๆ ให้ครอบครัวของนักเรียนเสียค่าใช้จ่ายระหว่างการศึกษาในช่วงระดับชั้นดังกล่าว[๙] หลักการนี้ครอบคลุมค่าใช้จ่ายทั้งหมดที่นำไปสู่การดำเนินการทางการศึกษา[๑๐] โดยมีการออกหนังสือเวียนเน้นย้ำเรื่องลักษณะเด็ดขาดของการไม่เสียค่าใช้จ่ายในการศึกษา (caractère absolu du principe de gratuité de l’enseignement) ไปยังสถาบันการศึกษาของรัฐระดับท้องถิ่น[๑๑]

[๔] หนึ่งในตัวอย่างของปัญหาการมีผู้ค้ำประกัน ได้แก่ กรณีของครูวิภาซึ่งเป็นผู้ค้ำประกันให้ลูกศิษย์ของตนเองที่ทำการกู้ยืมเงินจากกองทุน กยศ. , ใน https://thestandard.co/lesson-learned-kru-wipa/ สืบค้นเมื่อ ๑๘ กรกฎาคม ๒๕๖๕

[๕] ที่ผ่านมาหลักการในหลายๆ เรื่องของกองทุนให้กู้ยืมเพื่อการศึกษายังมีประเด็นให้ถกเถียงกันถึงความเหมาะสมหรือความจำเป็นของการจัดทำเงื่อนไขต่าง ๆ ให้กับผู้กู้ยืม เช่น การกำหนดให้มีผู้ค้ำประกัน, ดูเพิ่มเติมใน เอื้ออารีย์ อิ้งจะนิล, **ความเป็นธรรมของกฎหมายกับนโยบายกองทุน กยศ.** https://www.the101.world/student-loan-fund/สืบค้นเมื่อวันที่ ๑๘ กรกฎาคม ๒๕๖๕

[๖] พระราชบัญญัติกองทุนเพื่อความเสมอภาคทางการศึกษา พ.ศ. ๒๕๖๑

[๗] หยุดวงจรเด็กหลุดจากระบบ เปิดเทอมนี้พาน้องกลับโรงเรียน, https://www.eef.or.th/article-taking-the-kids-back-to-school-this-semester-240522/, สืบค้นเมื่อ ๒๐ กรกฎาคม ๒๕๖๕

[๘] การศึกษาในระดับชั้นอนุบาล (école maternelle) ของประเทศฝรั่งเศสเริ่มรับเด็กอายุตั้งแต่ ๓ ขวบขึ้นไป, ใน https://www.education.gouv.fr/l-ecole-maternelle-11534 สืบค้นเมื่อวันที่ ๑๙ กรกฎาคม ๒๕๖๕

[๙] Sénat 11e législature, Principe de gratuité de l’éducation nationale, ใน https://www.senat.fr/questions/base/2001/qSEQ010532910.html สืบค้นเมื่อวันที่ ๑๘ กรกฎาคม ๒๕๖๕

[๑๐] การไม่มีค่าใช้จ่ายในที่นี้ ไม่รวมค่าใช้จ่ายด้านอุปกรณ์การเรียนส่วนบุคคลหรือกิจกรรมทางเลือกเสริมเพิ่มเติมอื่นๆ ของแต่ละครอบครัว

[๑๑] หนังสือเวียน (Circulaire) ลงวันที่ ๓๐ มีนาคม ๒๐๐๑ ตีพิมพ์ลงในประกาศทางการว่าด้วยการศึกษาแห่งชาติ (Bulletin officiel de l’éducation nationale)

ในขณะที่การศึกษาระดับสูงของประเทศฝรั่งเศส (enseignement supérieur) หมายถึงการศึกษาในระดับสูงขึ้นไปจากระดับชั้นมัธยมศึกษาตอนปลายหรือเทียบเท่า[๑๒] เช่น การศึกษาในระดับอุดมศึกษา การศึกษาระดับสูงนี้ ผู้เรียนต้องเตรียมการเรื่องค่าใช้จ่ายต่าง ๆ ที่จะเกิดขึ้นระหว่างการศึกษาอย่างมาก เพราะนอกเหนือจากค่าลงทะเบียนในแต่ละปีการศึกษาแล้ว นักศึกษายังมีค่าใช้จ่ายอื่นๆ เกิดขึ้น เช่น ค่ายานพาหนะในการเดินทาง ค่าเช่าหอพัก ซึ่งการรับทุนช่วยเหลือที่ทางสถาบันการศึกษาจัดสรรให้อาจไม่เพียงพอต่อค่าใช้จ่ายที่เกิดขึ้นทั้งหมด

ในช่วงปลายปี ค.ศ. ๒๐๑๘ รัฐบาลได้เสนอมาตรการว่าด้วยการต้อนรับนักศึกษาเข้าสู่ประเทศฝรั่งเศส (Bienvenue en France)[๑๓] โดยมีเป้าหมายเพื่อดึงดูดนักศึกษาต่างชาติ[๑๔] หนึ่งในมาตรการที่ดำเนินการ ได้แก่ การตรา “ประกาศว่าด้วยกฎเกณฑ์การลงทะเบียนในสถาบันการศึกษาระดับสูงของรัฐ”[๑๕] โดยมีเนื้อหาการเพิ่มอัตราค่าลงทะเบียนของนักศึกษาต่างชาติที่ไม่ได้เป็นประชากรของประเทศสมาชิกสหภาพยุโรป ซึ่งเดิมทีค่าลงทะเบียนของนักศึกษาต่างชาติกลุ่มนอกสหภาพยุโรปไม่ได้มีอัตราสูงและไม่ได้แตกต่างจากนักศึกษากลุ่มสัญชาติฝรั่งเศสหรือกลุ่มสหภาพยุโรปแต่อย่างใด ประกาศฉบับดังกล่าวส่งผลให้นักศึกษาสัญชาติฝรั่งเศสและสหภาพยุโรปมีค่าใช้จ่ายในการลงทะเบียนของระดับปริญญาบัณฑิต (ปริญญาตรี) ในอัตรา ๑๘๐ ยูโร[๑๖] ต่อหนึ่งปีการศึกษา และในระดับปริญญามหาบัณฑิต (ปริญญาโท) จำนวน ๒๔๓ ยูโร ต่อหนึ่งปีการศึกษา ในขณะที่นักศึกษากลุ่มนอกสหภาพยุโรปต้องเสียค่าลงทะเบียนในระดับปริญญาบัณฑิตปีการศึกษาละ ๒,๗๗๐ ยูโร และในระดับมหาบัณฑิตปีการศึกษาละ ๓,๗๗๐ ยูโร[๑๗] โดยอัตราค่าลงทะเบียนใหม่นี้จะเริ่มมีผลบังคับใช้บังคับตั้งแต่ปีการศึกษา ๒๐๑๙ - ๒๐๒๐ เป็นต้นไป

---

[๑๒] การศึกษาในระดับสูงของประเทศฝรั่งเศสประกอบด้วยการศึกษาสายสามัญ การศึกษาสายเทคนิคและการศึกษาสายวิชาชีพที่กำหนดให้ระดับการศึกษาสูงหรือเทียบเท่ากับการสอบไล่ในระดับชั้นมัธยมศึกษาตอนปลาย (Baccalauréat) หรือเทียบเท่า ซึ่งผู้ทำการศึกษาในระดับสูงของประเทศฝรั่งเศสมีจำนวน ๒.๕ ล้านคน โดยในจำนวนนี้เป็นนักศึกษาต่างชาติร้อยละ ๑๒ ข้อมูลจาก https://www.campusfrance.org/fr/enseignement-superieur-francais สืบค้นเมื่อวันที่ ๑๗ กรกฎาคม ๒๕๖๕

[๑๓] มาตรการว่าด้วยการต้อนรับนักศึกษาสู่ประเทศฝรั่งเศส (Bienvenue en France) ดูแลโดยรัฐมนตรีกระทรวงการศึกษาระดับสูง การวิจัยและการนวัตกรรม (ministre de l’Enseignement supérieur, de la Recherche et de l’Innovation) ร่วมกับรัฐมนตรีกระทรวงการยุโรปว่าด้วยกิจการต่างประเทศ (ministre de l’Europe des Affaires étrangères) มีเป้าหมายเพื่อรองรับนักศึกษาต่างชาติที่คาดว่าจะมีจำนวนประมาณ ๕๐๐,๐๐๐ คน ในปี ค.ศ. ๒๐๒๗ รวมถึงการอำนวยความสะดวกให้แก่นักศึกษาในการเดินทางไปต่างประเทศเพื่อการแลกเปลี่ยนหลักสูตรร่วมปริญญาระหว่างมหาวิทยาลัย, ใน https://www.enseignementsup-recherche.gouv.fr/fr/bienvenue-en-france-la-strategie-d-attractivite-pour-les-etudiants-internationaux-49178 สืบค้นเมื่อวันที่ ๑๙ กรกฎาคม ๒๕๖๕

[๑๔] ตัวอย่างของมาตรการว่าด้วยการต้อนรับนักศึกษาต่างชาติ เช่น นโยบายการให้วีซ่าแก่นักศึกษาต่างชาติง่ายขึ้น

[๑๕] ประกาศลงวันที่ ๑๙ เมษายน ๒๐๑๙ ว่าด้วยกฎเกณฑ์การลงทะเบียนในสถาบันการศึกษาระดับสูงของรัฐ (arrêté du 19 avril 2019 relatif aux droits d’inscription dans les établissements publics d’enseignement supérieur)

[๑๖] ๑ ยูโร = ๓๗.๑๘ บาท อัตราแลกเปลี่ยนเมื่อวันที่ ๑๙ กรกฎาคม ๒๕๖๕

[๑๗] Gratuité de l’enseignement supérieur : la décision du Conseil constitutionnel, ใน https://www.vie-publique.fr/en-bref/271197-conseil-constitutionnel-gratuite-de-lenseignement-superieur สืบค้นเมื่อวันที่ ๑๙ กรกฎาคม ๒๕๖๕

๒. ประเด็นเรื่องค่าใช้จ่ายของการศึกษาระดับสูงได้ถูกยกขึ้นและโต้แย้งไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญและศาลปกครองสูงสุด

การขึ้นอัตราค่าลงทะเบียนภายใต้ “ประกาศว่าด้วยกฎเกณฑ์การลงทะเบียนในสถาบันการศึกษาระดับสูงของรัฐ” ของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการศึกษาระดับสูง (ministre chargé de l’enseignement supérieur) ส่งผลให้ในเดือนพฤษภาคม ค.ศ. ๒๐๑๙ กลุ่มสมาคมนักศึกษาจำนวน ๓ แห่ง[๑๘]ได้ยื่นฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุด (Conseil d’Etat) ขอให้เพิกถอนประกาศข้างต้น ด้วยเหตุผลว่าประกาศฉบับดังกล่าวเป็นการกระทำที่เกินอำนาจของรัฐมนตรี (recours pour excès de pouvoir) ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้ยื่นคำร้องต่อไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญโดยผ่านช่องทางคำถามสำคัญต่อความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (question prioritaire de constitutionnalité QPC)[๑๙] ว่ามาตรา ๔๘ วรรคสาม ของรัฐบัญญัติว่าด้วยการคลัง ค.ศ. ๑๙๕๑[๒๐] ที่กำหนด “*ให้รัฐมนตรีที่เกี่ยวข้องและรัฐมนตรีว่าการกระทรวงงบประมาณกำหนด... ฐานและรูปแบบของกฎเกณฑ์การลงทะเบียนการศึกษา การสอบ การเข้าแข่งขันและปริญญาของสถาบันของรัฐ*” บทบัญญัติดังกล่าวซึ่งเป็นที่มาของอำนาจในการออกประกาศว่าด้วยกฎเกณฑ์การลงทะเบียนในสถาบันการศึกษาของรัฐระดับสูงของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการศึกษาระดับสูงนั้น ขัดกับรัฐธรรมนูญหรือไม่

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัย โดยวางหลักเรื่องการไม่มีค่าใช้จ่ายของการศึกษาระดับสูงไว้โดยอ้างถึงย่อหน้าที่ ๑๓ ของอารัมภบทในรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐที่ ๔ ค.ศ. ๑๙๔๖ ว่า การกำหนดให้ “*ชาติรับรองความเสมอภาคของเด็กและผู้ใหญ่ในการเข้าถึงยังการศึกษา การอบรมอาชีพ และวัฒนธรรม การจัดการด้านการศึกษาของรัฐต้องไม่มีค่าใช้จ่าย เป็นกลางให้กับทุกระดับคือหน้าที่ของรัฐ*” นั้น[๒๑] เมื่อพิจารณาบทบัญญัติของย่อหน้าดังกล่าวซึ่งประกอบด้วย “*ชาติรับรองความเสมอภาค...ของผู้ใหญ่ในการเข้าถึงการศึกษา*” และ “*การจัดการด้านการศึกษาของรัฐอย่างไม่มีค่าใช้จ่ายในทุก ๆ ระดับเป็นหน้าที่ของรัฐ*” คณะตุลาการรัฐธรรมนูญจึงได้วินิจฉัยว่า “ผลของการผสมผสานบทบัญญัติดังกล่าวซึ่งมีความผูกพันในระดับรัฐธรรมนูญของการไม่มีค่าใช้จ่ายนั้น **ปรับใช้ยังการศึกษาในระดับสูง**ของรัฐด้วย” ... และ “หลักการไม่มีค่าใช้จ่ายของการศึกษาระดับสูงแม้เป็นหลักการทางรัฐธรรมนูญ แต่ต้อง**ไม่สร้างอุปสรรค**ต่อการศึกษาระดับสูงใน**การกำหนดกฎเกณฑ์การลงทะเบียนในอัตราที่เหมาะสม** (droits d’inscription modiques)

---

[๑๘] กลุ่มสมาคมนักศึกษา ๓ แห่ง ประกอบด้วย สหภาพนักศึกษานิติศาสตร์ การบริหาร เศรษฐศาสตร์ การเมืองและสังคม (l’Union nationale des étudiants en droit, gestion, AES, sciences économiques, politiques et sociales (UNEDESEP), สำนักนักศึกษาวิศวกรรมศาสตร์ (Bureau national des élèves ingénieurs (BNEI) และสหพันธ์นักศึกษาด้านจิตวิทยา (Fédération nationale des étudiants en psychologie (FENEPSY)

[๑๙] คำถามสำคัญต่อความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (question prioritaire de constitutionnalité QPC) ในกรณีที่กฎหมายระดับรัฐบัญญัติ (loi) ซึ่งเป็นคดีในเขตอำนาจศาลยุติธรรมหรือศาลปกครองอาจมีบทบัญญัติที่ไม่สอดคล้องต่อสิทธิและเสรีภาพที่ถูกรับรองไว้ในระดับรัฐธรรมนูญ ให้ศาลที่พิจารณาคดีดังกล่าวส่งเรื่องไปที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อพิจารณาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ คำถามสำคัญต่อความชอบด้วยรัฐธรรมนูญถือเป็นการควบคุมหลัง (contrôle a posteriori) เริ่มใช้ในประเทศฝรั่งเศสตั้งแต่ปี ค.ศ. ๒๐๑๐

[๒๐] รัฐบัญญัติว่าด้วยการคลัง ค.ศ. ๑๙๕๑ (loi de finances n° 51-598 du 24 mai 1951)

[๒๑] ทั้งนี้ อารัมภบทของรัฐธรรมนูญสาธารณรัฐที่ ๔ ค.ศ. ๑๙๔๗ มีสถานะอยู่ในกลุ่มของกฎเกณฑ์ที่มีผลบังคับในระดับรัฐธรรมนูญ (bloc de constitutionnalité)

โดยไม่กระทบต่อสถานะการทางการเงินของนักศึกษา[๒๒] นอกจากนี้ ในเอกสารส่วนว่าด้วยการวิเคราะห์และวิพากษ์ (commentaire) ของคำวินิจฉัยฉบับดังกล่าวยังได้ยืนยันว่า การศึกษาโดยไม่มีค่าใช้จ่ายเป็นวิธีการที่จำเป็นเพื่อให้บรรลุไปยังหลัก “ความเสมอภาคทางการศึกษา”[๒๓]

ทั้งนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้วินิจฉัยว่า มาตรา ๔๘ ของรัฐบัญญัติว่าด้วยการคลัง ค.ศ. ๑๙๕๑ สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ[๒๔]และรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการศึกษาระดับสูงมีอำนาจในการกำหนดอัตราค่าลงทะเบียน ภายใต้การตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการ รวมถึงวงเงินภายใต้กฎเกณฑ์การลงทะเบียนนี้ต้องเคารพต่อความจำเป็นของหลักการไม่มีค่าใช้จ่ายของการศึกษาของรัฐและความเสมอภาคของการเข้าถึงการศึกษาด้วย[๒๕] ซึ่งภายหลังคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเสร็จสิ้น ศาลปกครองสูงสุดจะพิจารณาประกาศของกระทรวงการศึกษาระดับสูงฉบับดังกล่าว ว่าอัตราค่าลงทะเบียนที่ถูกกำหนดไว้ในประกาศนั้นมีลักษณะ “อยู่ในอัตราที่เหมาะสมและตระหนักถึงความสามารถทางการเงินของนักศึกษาหรือไม่”

๓. ผลจากคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

คำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญข้างต้น ส่งผลดังต่อไปนี้

ประการที่หนึ่ง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้รับรองว่า บทบัญญัติในมาตรา ๔๘ วรรคสาม ของรัฐบัญญัติว่าด้วยการคลัง ค.ศ. ๑๙๕๑ ที่มอบอำนาจให้รัฐมนตรีว่าการกระทรวงการศึกษาระดับสูงเป็นผู้กำหนดกฎเกณฑ์การลงทะเบียนนั้น ไม่ขัดกับรัฐธรรมนูญ

ประการที่สอง คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้รับรองเป็นครั้งแรกว่า การไม่มีค่าใช้จ่ายในการศึกษาซึ่งเป็นหลักการที่มีค่าบังคับในระดับรัฐธรรมนูญนั้น ได้ปรับใช้ยังค่าใช้จ่ายของการศึกษาในระดับสูงด้วย[๒๖]

ประการที่สาม แม้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ยืนยันว่า ค่าใช้จ่ายของการศึกษาระดับสูงยังคงเป็นหน้าที่ของรัฐ (charge de la Nation) และไม่สามารถผลักภาระไปยังผู้ใช้บริการ แต่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้อธิบายต่อไปว่า หลักการไม่มีค่าใช้จ่ายในการศึกษาระดับสูงนี้ไม่ใช่หลักการที่เด็ดขาด (portée absolue) จึงไม่ได้ห้ามรัฐในการกำหนดค่าลงทะเบียนเรียน แต่การกำหนดค่าลงทะเบียนของการศึกษาระดับสูงนี้ต้องอยู่ในอัตราที่สมเหตุสมผลและต่อความสามารถในการรับภาระของทุกคน โดยไม่สร้างภาระให้กับผู้ใช้บริการมากจนบุคคลดังกล่าวไม่สามารถเข้าถึงการศึกษาระดับสูงได้ กล่าวคือ แม้รัฐจะสามารถกำหนดค่าลงทะเบียนเรียนได้ แต่ต้องตระหนักเรื่องความเสมอภาคในการเข้าถึงการลงทะเบียนในอัตราที่เหมาะสม (modiques) ด้วย

[๒๒] Conseil Constitutionnel n.2019-809 QPC., 11 oct. 2019, Pt. 6

[๒๓] Conseil Constitutionnel n.2019-809 QPC., 11 oct. 2019, Commentaire, p.14

[๒๔] Conseil Constitutionnel n.2019-809 QPC., 11 oct. 2019, Pt. 9

[๒๕] Conseil Constitutionnel n.2019-809 QPC., 11 oct. 2019, Pt. 7

[๒๖] Conseil Constitutionnel n.2019-809 QPC., 11 oct. 2019, Commentaire, p. 13

ประการที่สี่ ศาลปกครองสูงสุดต้องดำเนินการเพิกถอนบทบัญญัติของ “ประกาศว่าด้วยกฎเกณฑ์การลงทะเบียนในสถาบันการศึกษาระดับสูงของรัฐ” ที่ได้กำหนดอัตราค่าลงทะเบียนการศึกษาของนักศึกษาต่างชาติที่มิใช่สัญชาติยุโรปในอัตราที่สูงเกินสมควร เนื่องจากอัตราดังกล่าวไม่สอดคล้องกับหลักการในทางรัฐธรรมนูญ

นอกจากนี้ การวางหลักทางรัฐธรรมนูญในคำวินิจฉัยของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฉบับนี้ ทำให้ฝ่ายบริหารไม่สามารถขึ้นค่าลงทะเบียนของการศึกษาระดับสูงในอัตราที่สูงขึ้นมากอย่างมีนัยสำคัญและเป็นการทั่วไป ส่งผลให้โอกาสในการเข้าถึงการศึกษาระดับสูงผ่านการคัดเลือกทางสังคมไปยังกลุ่มนักศึกษาที่มาจากครอบครัวซึ่งมีสถานะทางเศรษฐกิจแตกต่างกันลดจำนวนลง[๒๗]

[๒๗] Le Conseil constitutionnel consacre le principe de gratuité de l’enseignement supérieur, https://universiteouverte.org/2019/10/11/le-conseil-constitutionnel-consacre-le-principe-de-gratuite-de-lenseignement-superieur/ สืบค้นเมื่อวันที่ ๑๗ กรกฎาคม ๒๕๖๕

บทวิเคราะห์คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๘/๒๕๖๔ กรณีกำหนดความผิดหลีกเลี่ยงและฉ้อโกงภาษีอากรเป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงิน ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ พุทธศักราช ๒๕๖๐ หรือไม่

สุปรียา แก้วละเอียด*
ภิชยา แย้มกลิ่น**

๑. บทนำ

ในปัจจุบัน ความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินของประเทศไทยถูกบัญญัติไว้ตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. ๒๕๔๒ และที่แก้ไขเพิ่มเติม และถูกบัญญัติไว้ตามกฎหมายฉบับอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้อง เช่น พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการมีส่วนร่วมในองค์กรอาชญากรรมข้ามชาติ พ.ศ. ๒๕๕๖ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้ายและการแพร่ขยายอาวุธที่มีอานุภาพทำลายล้างสูง พ.ศ. ๒๕๕๙ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการค้ามนุษย์ พ.ศ. ๒๕๕๑ เป็นต้น ทั้งนี้ มาตรา ๓๗ ตรี แห่งประมวลรัษฎากรเป็นหนึ่งในบทบัญญัติกฎหมายที่กำหนดให้การกระทำความผิดฉ้อโกงและหลีกเลี่ยงภาษีอากรเป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินไว้เช่นกัน แต่อย่างไรก็ดี บทบัญญัติดังกล่าวสิ้นผลบังคับใช้ไปด้วยคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๘/๒๕๖๔ เนื่องจากการบัญญัติกฎหมายในลักษณะดังกล่าวไว้ตามประมวลรัษฎากรซึ่งเป็นกฎหมายที่บังคับใช้แก่ผู้เสียภาษีโดยทั่วไป ย่อมเป็นการกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของประชาชนเกินสมควร ผลของคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญดังกล่าว ย่อมทำให้มาตรา ๓๗ ตรี แห่งประมวลรัษฎากรไม่สามารถบังคับใช้ได้ ซึ่งย่อมส่งผลกระทบต่อมาตรการในการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินที่เกิดจากการกระทำความผิดทางภาษีอากรของประเทศไทย และการดำเนินการเพื่อให้สอดคล้องกับมาตรการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินที่เป็นมาตรฐานสากลของคณะทำงานเฉพาะกิจเพื่อดำเนินมาตรการทางการเงิน (Financial Action Task Force : FATF)

บทความฉบับนี้ จึงมุ่งที่จะศึกษาผลกระทบของคำวินิจฉัยแห่งศาลรัฐธรรมนูญที่ ๘/๒๕๖๔ ดังกล่าวว่า ต่อการกำหนดความผิดทางภาษีอากรเป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินของประเทศไทย โดยจะทำการศึกษาร่วมกับแนวทางการกำหนดความผิดภาษีอากรเป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินตามข้อแนะนำ FATF และแนวทางของต่างประเทศ ซึ่งนำไปสู่ข้อเสนอในการพัฒนากฎหมายในประเด็นดังกล่าวต่อไปในอนาคต โดยเริ่มจากการศึกษาเจตนารมณ์ของมาตรา ๓๗ ตรี แห่งประมวลรัษฎากร เพื่อทราบถึง

* นิติศาสตรบัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับ ๑) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, D.E.A Droit public, l'Université de Toulouse 1 Capitole,, Docteur en droit, l'Université de Toulouse 1 Capitole,, รองศาสตราจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

** นิติศาสตรบัณฑิต มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, LL.M. International Trade Law, University of East Anglia, LL.M. Tax Law, Queen Mary University of London.

ความมุ่งหมายในการบังคับใช้บทบัญญัติดังกล่าว จากนั้นจะศึกษาคำวินิจฉัยแห่งศาลรัฐธรรมนูญที่ ๘/๒๕๖๔ เพื่อวิเคราะห์ความไม่สอดคล้องของมาตรา ๓๗ แห่งประมวลรัษฎากรซึ่งขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ รวมถึงศึกษาแนวทางการกำหนดความผิดทางภาษีอากรให้เป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินตามมาตรฐานสากล FATF และต่างประเทศต่อไปตามลำดับ เพื่อนำไปสู่ข้อเสนอในการกำหนดให้การกระทำความผิดทางภาษีอากรเป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินให้มีความสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ และมาตรฐานสากล

๒. เจตนารมณ์ของมาตรา ๓๗ ตรี แห่งประมวลรัษฎากร

มาตรา ๓๗ ตรี ประมวลรัษฎากร บัญญัติว่า

“ความผิดตามมาตรา ๓๗ มาตรา ๓๗ ทวิ หรือมาตรา ๙๐/๔ ที่ผู้กระทำความผิดเป็นผู้มีหน้าที่เสียภาษีอากรหรือนำส่งภาษีอากร และเป็นความผิดที่เกี่ยวกับจำนวนภาษีอากรที่หลีกเลี่ยงหรือฉ้อโกงตั้งแต่สิบล้านบาทต่อปีภาษีขึ้นไป หรือจำนวนภาษีอากรที่ขอคืนโดยความเท็จ โดยฉ้อโกงหรืออุบาย หรือโดยวิธีการอื่นใดทำนองเดียวกัน ตั้งแต่สองล้านบาทต่อปีภาษีขึ้นไป และผู้มีหน้าที่เสียภาษีอากรหรือนำส่งภาษีอากรดังกล่าวได้กระทำในลักษณะที่เป็นกระบวนการหรือเป็นเครือข่าย โดยสร้างธุรกรรมอันเป็นเท็จหรือปกปิดเงินได้พึงประเมินหรือรายได้ เพื่อหลีกเลี่ยงหรือฉ้อโกงภาษีอากร และมีพฤติกรรมปกปิดหรือซ่อนเร้นทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดเพื่อมิให้ติดตามทรัพย์สินนั้นได้ ให้ถือว่าความผิดดังกล่าวเป็นความผิดมูลฐานตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน เมื่ออธิบดีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการพิจารณากลั่นกรองความผิดทางภาษีอากรที่เข้าข่ายความผิดมูลฐานส่งข้อมูลที่เกี่ยวข้องให้สำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินแล้ว ให้ดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินต่อไป

คณะกรรมการตามวรรคหนึ่งประกอบด้วยอธิบดี รองอธิบดีและที่ปรึกษากรมสรรพากรทุกคน”

มาตรา ๓๗ ตรี กำหนดให้ความผิดดังต่อไปนี้ถือว่าเป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงิน กล่าวคือมาตรา ๓๗ ซึ่งเป็นความผิดหลีกเลี่ยงหรือพยายามหลีกเลี่ยงการเสียภาษีอากร หรือขอคืนภาษีอากร ที่มีลักษณะให้ความเท็จ ฉ้อโกงหรืออุบาย หรือวิธีการใดในลักษณะทำนองเดียวกัน มาตรา ๓๗ ทวิ เป็นความผิดในการมีเจตนาไม่ยื่นรายการ เพื่อหลีกเลี่ยงการเสียภาษีอากร และมาตรา ๙๐/๔ ซึ่งเป็นความผิดในการฝ่าฝืนหลักเกณฑ์การจดทะเบียน และออกใบกำกับภาษี ใบเพิ่มหนี้ หรือใบลดหนี้ตามที่กำหนดไว้ตามกฎหมาย ดังนั้น ในการพิจารณาเจตนารมณ์ของมาตรา ๓๗ ตรี จึงต้องพิจารณาเจตนารมณ์ของมาตรา ๓๗ มาตรา ๓๗ ทวิ และมาตรา ๙๐/๔ เสียก่อน โดยมาตรา ๓๗ ทวิ และมาตรา ๙๐/๔ มีเจตนารมณ์ของกฎหมายที่ชัดเจนตามถ้อยคำแห่งบทกฎหมายอยู่แล้วในการมุ่งหมายเพื่อบังคับใช้แก่ผู้ที่ไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์การยื่นภาษีอากรตามที่กฎหมายกำหนด (มาตรา ๓๗) และฝ่าฝืนหลักเกณฑ์การยื่นการจดทะเบียน ตลอดจนเอกสารสำคัญทางภาษีต่าง ๆ ตามที่กฎหมายกำหนด (มาตรา ๙๐/๔) แต่อย่างไรก็ดี ประเด็นปัญหาอยู่ที่การพิจารณาความมุ่งหมายในการบังคับใช้มาตรา ๓๗ แห่งประมวลรัษฎากร เนื่องจากมีความคลุมเครือของถ้อยคำแห่งบทบัญญัติที่ว่า “การหลีกเลี่ยงภาษีอากร” ในบทบัญญัติกฎหมายดังกล่าวมีความหมายเช่นไร และมีความมุ่งหมายเพื่อบังคับใช้อย่างไร อธิบายได้ดังนี้

มาตรา ๓๗ ประมวลรัษฎากร บัญญัติว่า

“ผู้ใดกระทำการดังต่อไปนี้ ต้องระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงเจ็ดปี และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองแสนบาท

(๑) โดยเจตนาแจ้งข้อความเท็จ หรือให้ถ้อยคำเท็จ หรือตอบคำถามด้วยถ้อยคำอันเป็นเท็จ หรือนำพยานหลักฐานเท็จมาแสดง เพื่อหลีกเลี่ยงการเสียภาษีอากรหรือเพื่อขอคืนภาษีอากรตามลักษณะนี้

(๒) โดยความเท็จ โดยฉ้อโกงหรืออุบาย หรือโดยวิธีการอื่นใดทำนองเดียวกัน หลีกเลี่ยงหรือพยายามหลีกเลี่ยงการเสียภาษีอากรหรือขอคืนภาษีอากรตามลักษณะนี้”

การหลีกเลี่ยงภาษีอากร (Tax avoidance) หมายถึง การที่ผู้เสียภาษีอากรใช้วิธีที่ไม่ผิดกฎหมายเพื่อวัตถุประสงค์ในการเสียภาษีอากรให้น้อยลง โดยการใช้ช่องว่างทางกฎหมาย หรือความคลุมเครือทางกฎหมายเพื่อดำเนินการส่วนการหนีภาษีอากร (Tax Evasion) หมายถึง การใช้วิธีการที่ผิดกฎหมายโดยรู้ว่าการกระทำนั้นผิดกฎหมาย แต่ได้กระทำลงไปเพื่อให้มีภาระภาษีที่น้อยลงกว่าที่ควรจะเป็น[๑] ทั้งนี้ การหลีกเลี่ยงภาษีอากรและการหนีภาษีอากรอาจพิจารณาความแตกต่างได้จากความรับผิดทางอาญา ซึ่งการหลีกเลี่ยงภาษีอากรจะไม่มีความรับผิดทางอาญา หากแต่ยังคงมีความรับผิดทางภาษีอากรอยู่ แต่การหนีภาษีอากรนั้นจะมีความรับผิดทางอาญาเกิดขึ้น[๒] ดังนั้น หากพิจารณาคำว่า “หลีกเลี่ยงการเสียภาษีอากร” ในบทบัญญัติมาตรา ๓๗ ประมวลรัษฎากร จะพบว่า เป็นเจตนากระทำการที่เป็นเท็จเพื่อหลีกเลี่ยงการเสียภาษีอากรหรือขอคืนภาษีอากร ซึ่งการกระทำการโดยความเท็จดังกล่าวเป็นการใช้วิธีการที่ผิดกฎหมายเพื่อให้เสียภาษีน้อยลงกว่าที่ควรจะเป็น ซึ่งสอดคล้องตามลักษณะของการหนีภาษีอากร ดังนี้ การกระทำที่เป็นความผิดตามมาตรา ๓๗ ประมวลรัษฎากรจึงเป็นการหนีภาษีอากร มิใช่การ “หลีกเลี่ยงภาษีอากร” ตรงตามที่ถ้อยคำแห่งกฎหมายบัญญัติ นอกจากนี้ บทบัญญัติมาตรา ๓๗ ยังกำหนดโทษทางอาญาไว้ตามกฎหมาย คือ ระวางโทษจำคุกตั้งแต่สามเดือนถึงเจ็ดปี และปรับตั้งแต่สองพันบาทถึงสองแสนบาท ซึ่งเป็นความรับผิดทางอาญาที่เกิดขึ้นจากการกระทำความผิดหนีภาษีอากร การใช้คำว่าหลีกเลี่ยงภาษีอากรในบทบัญญัติ จึงไม่อาจแปลความว่าเป็นการหลีกเลี่ยงภาษีอากรตามตัวอักษรได้ แต่ต้องพิจารณาถึงความมุ่งหมายในการบังคับใช้บัญญัติกฎหมายดังกล่าว[๓]

ดังนั้น จะเห็นได้ว่าเจตนารมณ์ของบทบัญญัติมาตรา ๓๗ ตรี แห่งประมวลรัษฎากร มีเจตนารมณ์เพื่อบังคับใช้แก่ผู้กระทำความผิดทางภาษีอากร ซึ่งครอบคลุมความผิดทางภาษีอากรในเกือบทุกลักษณะ ไม่ว่าจะเป็นการหลีกเลี่ยงภาษีอากรโดยแจ้งความเท็จ ฉ้อโกง หรืออุบายซึ่งเป็นการหนีภาษีอากร การไม่ยื่นรายการโดยเจตนา รวมถึงการไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์การยื่นภาษีอากรตามที่กฎหมายกำหนด ทั้งนี้ มาตรา ๓๗ ตรี กำหนดให้การกระทำความผิดทางภาษีอากรดังกล่าว หากถูกพิจารณากลั่นกรองว่าเป็นความผิดที่เข้าข่ายการกระทำความผิดทางการฟอกเงินโดยคณะกรรมการแล้ว ย่อมถือว่าเป็น

[๑] สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง, ‘โครงการวิจัย เรื่อง การศึกษาเพื่อพัฒนากฎหมายไทยเพื่อรองรับการแลกเปลี่ยนข้อมูลทางภาษีอากรระหว่างประเทศ’ (๒๕๕๙) <https://www.fpo.go.th/eresearch/getattachment/8ae1ebf7-4b75-4555-b327-d1dcefb1d3c7/9115.aspx> 17. สืบค้นเมื่อ ๒๕ กรกฎาคม ๒๕๖๕.

[๒] สรรพร สรรพัชญา, ‘ปัญหาและผลกระทบจากการสร้างธุรกรรมในระบบภาษีอากร’ (๒๕๓๙) ๓ วารสารกฎหมายจุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ๒๓๙, ๒๔๑-๒๔๓.

[๓] เพิ่งอ้าง. ๒๔๓.

ความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินที่ต้องส่งเรื่องไปยังสำนักงาน ปปง. เพื่อดำเนินมาตรการทางการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินต่อไป นอกจากนี้ มาตรา ๓๗ ตรี แห่งประมวลรัษฎากร ยังถูกบัญญัติขึ้นด้วยวัตถุประสงค์เพื่อเป็นเครื่องมือทางกฎหมายในฐานะที่ประเทศไทยเป็นสมาชิกผู้ร่วมก่อตั้ง Asia Pacific Group on Money Laundering (APG) ทำให้ต้องปฏิบัติตามข้อบังคับของคณะทำงานเฉพาะกิจเพื่อดำเนินมาตรการทางการเงิน (FATF) ในการกำหนดให้อาชญากรรมเกี่ยวกับภาษีอากรที่มีลักษณะร้ายแรงเป็นความผิดมูลฐานตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน และเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในการปราบปรามการหลีกเลี่ยงและการฉ้อโกงภาษีอากรสมควรกำหนดให้การกระทำความผิดเกี่ยวกับการหลีกเลี่ยงหรือพยายามหลีกเลี่ยงภาษีอากรและการฉ้อโกงภาษีอากรที่มีลักษณะเป็นอาชญากรรมร้ายแรงให้เป็นความผิดมูลฐานตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน[๔]

การเข้าใจถึงเจตนารมณ์ของบทบัญญัติมาตรา ๓๗ ตรี ประมวลรัษฎากรมีความสำคัญต่อการทำความเข้าใจคำวินิจฉัยรัฐธรรมนูญที่ ๘/๒๕๖๔ และเป็นแนวทางในการบัญญัติความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดทางภาษีอากรให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากล ตลอดจนสอดคล้องกับหลักประกันสิทธิ เสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยต่อไปในอนาคต ดังจะอธิบายในหัวข้อต่อไป

๓. คำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๘/๒๕๖๔ เรื่อง ประมวลรัษฎากร มาตรา ๓๗ ตรี ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๖ มาตรา ๒๗ วรรคหนึ่งและวรรคสาม มาตรา ๒๙ วรรคหนึ่ง และวรรคสอง และมาตรา ๓๗ วรรคหนึ่งและวรรคสอง หรือไม่

ศาลรัฐธรรมนูญได้มีคำวินิจฉัยต่อประเด็นที่ว่า ประมวลรัษฎากร มาตรา ๓๗ ตรี ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ มาตรา ๒๖ มาตรา ๒๗ วรรคหนึ่งและวรรคสาม มาตรา ๒๙ วรรคหนึ่ง และวรรคสอง และมาตรา ๓๗ วรรคหนึ่ง และวรรคสอง หรือไม่ กล่าวอีกนัยหนึ่ง คือ การที่มาตรา ๓๗ ตรี แห่งประมวลรัษฎากรซึ่งเป็นกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดเก็บภาษีอากรของผู้มีหน้าที่เสียภาษีอากรตามกฎหมายบัญญัติให้การกระทำความผิดสำหรับภาษีอากรทุกประเภททุกลักษณะอันได้แก่ มาตรา ๓๗ มาตรา ๓๗ ทวิ และมาตรา ๙๐/๔ แห่งประมวลรัษฎากร ให้เป็นความผิดมูลฐานตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. ๒๕๔๒ และที่แก้ไขเพิ่มเติม กระทบต่อหลักประกันสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ หรือไม่ เนื่องจากการกำหนดความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินเป็นการบัญญัติมาตรการทางกฎหมายที่มีความรุนแรง อันเป็นมาตรการเพื่อป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินด้วยวัตถุประสงค์เป็นการตัดวงจรอาชญากรรมอย่างสิ้นเชิง เพื่อมิให้ผู้กระทำความผิดนำทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดไปใช้กระทำความผิดได้อีก จึงทำให้ผู้กระทำความผิดต้องถูกดำเนินการตามมาตรการทางแพ่ง กล่าวคือ การถูกดำเนินการจัดการกับทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิด อันได้แก่ การยึดหรืออายัดทรัพย์สินให้ตกเป็นของแผ่นดิน[๕]

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

---

[๔] หมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติแก้ไขเพิ่มเติมประมวลรัษฎากร (ฉบับที่ ๔๕) พ.ศ. ๒๕๖๐.

[๕] พันตำรวจโท สุนัย หาเรือนพืชน์, ‘กฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน มาตรการเสริมหากการใช้กฎหมายอื่นไม่เป็นผล’ (๒๕๕๒) ๑๔๓ จุลนิติ ๑๔๕-๑๔๖ <https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/272/files/S%E0%B9%88ub_Jun/12know/K79_jul_6_1.pdf> สืบค้นเมื่อ ๓ สิงหาคม ๒๕๖๕.

และมาตรการทางอาญา กล่าวคือ การถูกดำเนินการต่อตัวบุคคลผู้กระทำความผิด ซึ่งรวมไปถึงผู้สนับสนุนและผู้สมคบคิดต่าง ๆ ตามกฎหมาย อันได้แก่ การระวางโทษปรับหรือจำคุก[๖] มาตรการดังกล่าวเป็นมาตรการที่จำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลที่ได้รับการรับรองไว้ตามรัฐธรรมนูญ ดังนั้น การบัญญัติความผิดมูลฐานไว้ในประมวลรัษฎากร จึงส่งผลกระทบต่อผู้เสียภาษีอากรให้ต้องตกอยู่ภายใต้มาตรการที่มีความร้ายแรงดังกล่าว และเนื่องจากศาลแพ่งต้องใช้บทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวในการบังคับคดี ประกอบกับยังไม่มีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญในประเด็นของบทบัญญัติเช่นว่านั้น ดังนี้ ศาลแพ่งจึงได้ส่งข้อโต้แย้งดังกล่าวต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อวินิจฉัย โดยสามารถสรุปประเด็นการวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญได้ ดังนี้

ประเด็นแรก มาตรา ๓๗ ตรี แห่งประมวลรัษฎากร ขัดหรือแย้งกับมาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง และวรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ หรือไม่

มาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ บัญญัติว่า *“การตรากฎหมายที่มีผลเป็นการจำกัดสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลเกินสมควรแก่เหตุ และจะกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ของบุคคลมิได้ รวมทั้งต้องระบุเหตุผลความจำเป็นในการจำกัดสิทธิเสรีภาพไว้ด้วย”* วรรคสอง บัญญัติว่า *“กฎหมายตามวรรคหนึ่ง ต้องมีผลบังคับใช้เป็นการทั่วไป ไม่มุ่งหมายให้ใช้บังคับแก่กรณีใดกรณีหนึ่งหรือแก่บุคคลใดบุคคลหนึ่งเป็นการเจาะจง”*

ศาลรัฐธรรมนูญพิจารณาประกอบเจตนารมณ์ของการบัญญัติความผิดมูลฐานในมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. ๒๕๔๒ และที่แก้ไขเพิ่มเติม ที่ต้องการตัดวงจรอาชญากรรมมิให้ผู้ประกอบอาชญากรรมนำเงินหรือทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดนั้นไปใช้ประโยชน์ในการกระทำความผิดต่อไปได้อีก ดังนั้น การบัญญัติความผิดมูลฐานไว้ตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. ๒๕๔๒ และที่แก้ไขเพิ่มเติม จึงบัญญัติความผิดตามกฎหมายเพื่อให้เจ้าหน้าที่รัฐสามารถมีอำนาจในการดำเนินมาตรการที่เป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของบุคคลผู้กระทำความผิดรวมถึงผู้ที่เกี่ยวข้อง และการดำเนินมาตรการดังกล่าวต้องพิจารณาประกอบความผิดมูลฐานตามที่กฎหมายบัญญัติไว้เสมอ เพื่อให้เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน กล่าวคือ การกระทำใดที่มีผลกระทบต่อประชาชนต้องมีกฎหมายให้อำนาจ และต้องกระทำภายใต้กฎหมายกำหนด โดยมีตุลาการตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหารหรือฝ่ายปกครองว่าการใช้อำนาจนั้นถูกต้องตามกฎหมายอย่างเป็นไปตามวัตถุประสงค์ หรือเจตนารมณ์ของกฎหมายที่รัฐสภาตราขึ้นหรือไม่[๗] อย่างไรก็ดี การกระทำของเจ้าหน้ารัฐดังกล่าวอาจเป็นการก้าวล่วงสิทธิและเสรีภาพของบุคคล จึงต้องกระทำเท่าที่จำเป็นและตราบที่เจ้าหน้าที่รัฐไม่สามารถดำเนินการตามกระบวนการยุติธรรมตามปกติกับผู้กระทำความผิดได้

นอกจากนี้ การกำหนดความผิดมูลฐานไว้ตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. ๒๕๔๒ และที่แก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งกฎหมายฉบับดังกล่าวมิได้บัญญัติให้รวมถึง

[๖] เพิ่งอ้าง.

[๗] ปรานี สุขศรี, ‘หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด : ศึกษาหลักความได้สัดส่วน (Principle of proportionality) และหลักความเสมอภาค (Principle of Equality)’ ๙-๑๑ <https://admincourt.go.th/admincourt/upload/webcms/Academic/Academic_030216_133205.pdf> สืบค้นเมื่อ ๓ สิงหาคม ๒๕๖๕.

ความผิดตามที่บัญญัติในกฎหมายอื่น อันสะท้อนให้เห็นถึงเจตนารมณ์ของกฎหมายในการไม่ให้กฎหมายอื่นกำหนดความผิดมูลฐานเพื่อใช้อำนาจตามกฎหมายว่าด้วยป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินมาดำเนินการแทน และหากพิจารณาประกอบประมวลรัษฎากรพบว่า บทบัญญัติแห่งประมวลรัษฎากรกำหนดมาตรการในการกำหนดโทษทางแพ่งและอาญาไว้เป็นการเพียงพอแล้วต่อการกระทำความผิดทางภาษีอากรตามที่บัญญัติในประมวลรัษฎากร ด้วยเหตุนี้ บทบัญญัติมาตรา ๓๗ ตรี แห่งประมวลรัษฎากร ที่กำหนดให้ความผิดตามมาตรา ๓๗ มาตรา ๓๗ ทวิ และมาตรา ๙๐/๔ ให้เป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินและต้องถูกดำเนินมาตรการตามกฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน จึงเป็นบทบัญญัติที่ขัดหรือแย้งต่อมาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง และวรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ที่บัญญัติหลักการในการตรากฎหมายที่จะจำกัดสิทธิ เสรีภาพของประชาชนกระทำได้ตราบที่จำเป็นหรือไม่เกินสมควรแก่เหตุ[๘]

ประเด็นที่สอง มาตรา ๓๗ ตรีแห่งประมวลรัษฎากร ขัดหรือแย้งกับมาตรา ๒๗ วรรคหนึ่ง และวรรคสาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ หรือไม่

มาตรา ๒๗ วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ บัญญัติว่า *“บุคคลย่อมเสมอกันในกฎหมาย มีสิทธิและเสรีภาพและได้รับความคุ้มครองตามกฎหมายอย่างเท่าเทียมกัน”* วรรคสาม บัญญัติว่า *“การเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรมต่อบุคคล ไม่ว่าด้วยเหตุความแตกต่างในเรื่องถิ่นกำเนิด เชื้อชาติ ภาษา เพศ อายุ ความพิการ สภาพทางกายหรือสุขภาพ สถานะของบุคคล ฐานะทางเศรษฐกิจหรือสังคม ความเชื่อทางศาสนา การศึกษาอบรม หรือความคิดเห็นทางการเมืองอันไม่ขัดต่อบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญหรือเหตุอื่นใด จะกระทำมิได้”*

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยประเด็นดังกล่าว โดยมีข้อพิจารณาว่าการให้อำนาจอธิบดีและคณะกรรมการเพื่อพิจารณากลั่นกรองความผิดตามมาตรา ๓๗ ตรีแห่งประมวลรัษฎากรดังกล่าวว่าเป็นการให้อำนาจเจ้าหน้าที่สรรพากรในการใช้ดุลยพินิจที่อาจนำไปสู่การปฏิบัติอย่างไม่เป็นธรรม ซึ่งรวมถึงการเลือกปฏิบัติต่อบุคคลหรือไม่ ซึ่งต่อข้อพิจารณาดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า แม้เรื่องดังกล่าวจะเป็นประเด็นการใช้ดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่ แต่หากการใช้ดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ได้รับผลกระทบย่อมใช้สิทธิทางศาลเพื่อโต้แย้งในคดีทางปกครองได้[๙] ดังนั้น การให้อำนาจในการใช้ดุลยพินิจพิจารณาความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินของเจ้าหน้าที่สรรพากรตามมาตรา ๓๗ ตรี แห่งประมวลรัษฎากรจึงไม่เป็นการขัดหรือแย้งต่อมาตรา ๒๗ วรรคหนึ่ง และวรรคสาม รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐

ประเด็นที่สาม มาตรา ๓๗ ตรีแห่งประมวลรัษฎากร ขัดหรือแย้งกับมาตรา ๒๙ วรรคหนึ่ง และวรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ หรือไม่

[๘] ชุติกาญจน์ สายอุตส่าห์, ‘ปัญหาการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐’ (๒๕๖๑) ๔๙ รมยสาร <https://so03.tci-thaijo.org/index.php/jhusoc/article/download/201810/140910/616715> สืบค้นเมื่อ ๒๕ กรกฎาคม ๒๕๖๕.

[๙] ศาลปกครอง, ‘ลักษณะของคดีปกครอง’ (๒๕๕๖) <https://www.admincourt.go.th/admincourt/site/02litigation.html?page=02litigation_902> สืบค้นเมื่อ ๒๗ กรกฎาคม ๒๕๖๕.

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียนอายุราชการ

มาตรา ๒๙ วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ บัญญัติว่า *“บุคคลไม่ต้องรับโทษทางอาญา เว้นแต่ได้กระทำการอันกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำนั้นบัญญัติเป็นความผิดและกำหนดโทษไว้ และโทษที่จะลงแก่บุคคลนั้นจะหนักกว่าโทษที่บัญญัติไว้ในกฎหมายที่ใช้อยู่ในเวลาที่กระทำความผิดมิได้”* วรรคสอง บัญญัติว่า *“ในคดีอาญา ให้สันนิษฐานไว้ก่อนว่าผู้ต้องหาหรือจำเลยไม่มีความผิด และก่อนมีคำพิพากษาอันถึงที่สุดแสดงว่าบุคคลใดได้กระทำความผิด จะปฏิบัติต่อบุคคลนั้นเสมือนเป็นผู้กระทำความผิดมิได้”*

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยต่อประเด็นปัญหาที่ว่า การกระทำความผิดตามมาตรา ๓๗ ตรี แห่งประมวลรัษฎากร ควรเป็นการกระทำผิดที่ตั้งอยู่บนข้อสันนิษฐานทางกฎหมายอาญาหรือไม่ ด้วยเหตุผลที่ว่า การกระทำความผิดตามมาตรา ๓๗ ตรี แห่งประมวลรัษฎากร เป็นโทษทางอาญาตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา ๑๘[๑๐] ทำให้ย่อมตกอยู่ภายใต้บทบัญญัติมาตรา ๒๙ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ที่ผู้กระทำความผิดมีหน้าที่ที่จะพิสูจน์การกระทำความผิดของตนทั้งองค์ประกอบภายนอกและภายใน และต้องทำให้ศาลเชื่อโดยปราศจากข้อสงสัยอันควรใด ๆ[๑๑] ต่อประเด็นปัญหาดังกล่าว ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่า การสั่งให้ทรัพย์สินตกเป็นของแผ่นดินหากกระทำความผิดมูลฐานทางภาษีอากรตามมาตรา ๓๗ ตรี แห่งประมวลรัษฎากรดังกล่าว เป็นการดำเนินมาตรการต่อความผิดมูลฐานตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. ๒๕๔๒ และที่แก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งได้กำหนดมาตรการทางกฎหมายไว้ คือ มาตรการทางแพ่ง อันเป็นมาตรการที่ดำเนินการจัดการต่อทรัพย์สินจากการกระทำความผิดให้ตกเป็นของแผ่นดิน และมาตรการทางอาญา คือ การดำเนินการจัดการต่อตัวบุคคลและผู้ที่เกี่ยวข้องในการกระทำความผิด ดังนั้น ความผิดตามมาตรา ๓๗ ตรี แห่งประมวลรัษฎากร จึงถือว่าเป็นความผิดมูลฐานตามกฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินที่กำหนดมาตรการลงโทษทางกฎหมายไว้เป็นการเฉพาะ ไม่ใช่โทษทางอาญาตามมาตรา ๑๘ แห่งประมวลกฎหมายอาญา ที่ให้โอกาสผู้กระทำความผิดในการพิสูจน์หักล้างข้อสันนิษฐานตามบทสันนิษฐานแห่งกฎหมายอาญาภายใต้มาตรา ๒๙ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ดังนี้ จึงไม่เป็นการขัดหรือแย้งต่อมาตรา ๒๙ วรรคหนึ่ง และวรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐

ประเด็นที่สี่ มาตรา ๓๗ ตรี แห่งประมวลรัษฎากร ขัดหรือแย้งกับมาตรา ๓๗ วรรคหนึ่ง และวรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ หรือไม่

มาตรา ๓๗ วรรคหนึ่ง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ บัญญัติว่า *“บุคคลย่อมมีสิทธิในทรัพย์สินและการสืบมรดก”* วรรคสอง บัญญัติว่า *“ขอบเขตแห่งสิทธิและการจำกัดสิทธิเช่นว่านี้ ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ”*

ศาลรัฐธรรมนูญวินิจฉัยว่า มาตรา ๓๗ ตรี แห่งประมวลรัษฎากร กำหนดให้เจ้าหน้าที่สามารถใช้ดุลยพินิจในการพิจารณารวบรวมทรัพย์สินเพื่อให้ได้จำนวนครบถ้วนตามที่กำหนดไว้ในประมวลรัษฎากร

[๑๐] มาตรา ๑๘ ประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติว่า “โทษสำหรับลงแก่ผู้กระทำความผิดมีดังนี้ (๑) ประหารชีวิต (๒) จำคุก (๓) กักขัง (๔) ปรับ (๕) ริบทรัพย์สิน”.

[๑๑] วศิน แดงประดับ, ‘การสันนิษฐานว่าบุคคลทุกคนเป็นผู้บริสุทธิ์ : หลักการและข้อยกเว้นบางประการ’ ๘-๙ <https://www.krisdika.go.th/data/activity/act229.pdf> สืบค้นเมื่อ ๒๘ กรกฎาคม ๒๕๖๕.

ซึ่งการรวบรวมทรัพย์สินดังกล่าวอาจรวมไปถึงทรัพย์สินของผู้เกี่ยวข้องอื่นที่กระทำโดยสุจริต และทำให้ต้องตกอยู่ภายใต้มาตรการทางกฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินที่มีความร้ายแรงได้ ดังนั้น ศาลรัฐธรรมนูญเห็นว่ามาตรา ๓๗ ตรี แห่งประมวลรัษฎากร เป็นการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินของบุคคลที่เกินกว่าเหตุ ขัดต่อหลักนิติธรรม อันเป็นการขัดหรือแย้งกับมาตรา ๓๗ วรรคหนึ่ง และวรรคสอง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐

จากประเด็นการวินิจฉัยทั้งหมดข้างต้น นำไปสู่ข้อเสนอของศาลรัฐธรรมนูญในการบัญญัติความผิดทางภาษีอากรที่มีลักษณะร้ายแรง (Serious Tax Crime) ให้เป็นความผิดมูลฐานตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. ๒๕๔๒ และที่แก้ไขเพิ่มเติม ทั้งนี้ เพื่อให้ความผิด มูลฐานดังกล่าวอยู่ภายใต้กฎหมายเฉพาะที่กำหนดมาตรการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน และอยู่ภายใต้การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ ปปง. ที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะในด้านการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน ตลอดจนเป็นการตรากฎหมายให้อยู่ภายใต้กฎหมายฉบับเดียวกัน เพื่อบังคับใช้อย่างเป็นระบบ ไม่ซ้ำซ้อน ตามหลักความจำเป็นในการตรากฎหมาย[๑๒]

๔. การกำหนดความผิดหลีกเลี่ยงภาษีอากรเป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินตามมาตรฐานสากล FATF และต่างประเทศ

ความผิดทางภาษีอากร ถูกกำหนดให้เป็นความผิดทางภาษีความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินตามคณะทำงานเฉพาะกิจเพื่อดำเนินมาตรการทางการเงิน (Financial Action Task Force: FATF) โดยประเทศสมาชิกพึงดำเนินการให้สอดคล้องกับข้อแนะนำดังกล่าวอันเป็นมาตรฐานสากล ในหัวข้อนี้ผู้วิจัยจะศึกษาแนวทางการกำหนดลักษณะความผิดดังกล่าวเป็นความผิดมูลฐานตามมาตรฐานสากล FATF และประเทศต่าง ๆ เพื่อเป็นแนวทางในการกำหนดความผิดทางภาษีอากรเป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินต่อไปของประเทศไทย

๔.๑ แนวทางการกำหนดความผิดหลีกเลี่ยงภาษีอากรเป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินตามมาตรฐานสากล FATF

ประเทศไทยในฐานะสมาชิกของกลุ่มต่อต้านการฟอกเงินเอเชียแปซิฟิก (Asia/Pacific Group on Money Laundering: APG) มีภารกิจในการปฏิบัติตามมาตรการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินและการต่อต้านการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้ายและการแพร่ขยายอาวุธที่มีอานุภาพทำลายล้างสูง (Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism and Proliferation of Weapons of Mass Destruction Financing: AML/CTF/CPF)) ให้สอดคล้อง

[๑๒] หลักความจำเป็นในการตรากฎหมาย สามารถพิจารณาได้จาก checklist ตามมาตรา ๑๗ แห่งพระราชบัญญัติหลักเกณฑ์การจัดทำร่างกฎหมายและการประเมินผลสัมฤทธิ์ของกฎหมาย พ.ศ. ๒๕๖๒ ดังนี้ ๑. เหตุผลความจำเป็นที่ต้องตรากฎหมายสำหรับการดำเนินการตามภารกิจนั้น ๒. ความซ้ำซ้อนกับกฎหมายอื่น ๓. สิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลที่ต้องถูกจำกัด ๔. ภาระหรืออุปสรรคต่อการดำรงชีวิตหรือการประกอบอาชีพของประชาชน อันเนื่องมาจากการมีกฎหมายนั้น ๕. ผลกระทบต่องบประมาณ เศรษฐกิจ สังคม สิ่งแวดล้อม หรือผลกระทบอื่นที่สำคัญ ๖. เหตุผลความจำเป็นในการใช้ระบบอนุญาต ระบบคณะกรรมการ หรือการกำหนดโทษอาญา รวมทั้งหลักเกณฑ์การใช้ดุลพินิจของเจ้าหน้าที่ของรัฐ ๗. หน่วยงานผู้รับผิดชอบ จำนวนเจ้าหน้าที่ของรัฐ อุปกรณ์ และงบประมาณที่ต้องใช้ในการบังคับการให้เป็นไปตามกฎหมาย ๘. การเยียวยาผู้ได้รับผลกระทบ (ถ้ามี).

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสทรัพยากรยุราชการ

ตามมาตรฐานสากลของคณะทำงานเฉพาะกิจเพื่อดำเนินมาตรการทางการเงิน (Financial Action Task Force: FATF)[๑๓]

FATF เป็นองค์กรความร่วมมือระหว่างรัฐบาล มีภารกิจในการเฝ้าระวังกิจกรรมทางการเงินของผู้ก่อการร้ายและการฟอกเงิน โดย FATF กำหนดมาตรฐานสากลและสร้างกฎเกณฑ์ระหว่างประเทศที่มีผลบังคับใช้ที่มีประสิทธิภาพเพื่อป้องกันการดำเนินกิจกรรมที่ผิดกฎหมายดังกล่าว ทั้งนี้ FATF ได้พัฒนาข้อแนะนำ ๔๐ ข้อ หรือ FATF Recommendations แก่ประเทศสมาชิก เพื่อเป็นการป้องกันและปราบปรามการดำเนินกิจกรรมที่เป็นการฟอกเงิน การสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้ายและการแพร่ขยายอาวุธที่มีอานุภาพทำลายล้างสูง ซึ่งข้อแนะนำดังกล่าวได้มีการทบทวนและถูกพัฒนาอย่างต่อเนื่องเพื่อให้สอดรับกับความเสี่ยงใหม่ ๆ ที่เปลี่ยนแปลงไปตามสถานการณ์ด้านการฟอกเงินและการสนับสนุนทางการเงินแก่การก่อการร้ายของโลก[๑๔] ในการนี้ FATF ได้กำหนดให้ประเทศสมาชิกต้องเข้ารับการประเมินการปฏิบัติตามมาตรฐานสากลทุก ๆ ๕ ปี และหากประเทศใดไม่ผ่านการประเมินอาจส่งผลให้ถูกกีดกันทางการค้าจากประเทศสมาชิก รวมถึงส่งผลกระทบต่อความน่าเชื่อถือและภาพลักษณ์ของประเทศ ทั้งนี้ ข้อแนะนำที่ ๑ ของ FATF ได้แนะนำให้ประเทศสมาชิกกำหนดความผิดมูลฐานทางการฟอกเงิน (predicate offences) ไว้ตามกฎหมายภายในของประเทศ และกำหนดให้ปรับใช้การกระทำความผิดทางการฟอกเงินกับการกระทำความผิดที่ร้ายแรงทั้งหมด[๑๕]

สำหรับอาชญากรรมทางภาษี (Tax Crimes) FATF แนะนำให้ประเทศสมาชิกกำหนดการกระทำความผิดทางภาษีเป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงิน[๑๖] ไม่ว่าจะเป็นการกระทำความผิดจากภาษีทางตรง (Direct Tax) หรือทางอ้อม (Indirect Tax) อย่างไรก็ดี แม้ FATF จะไม่กำหนดคำนิยามของคำว่า “Tax crimes” ไว้[๑๗] แต่ FATF Interpretative Note ได้อธิบายในข้อแนะนำที่ ๓ ว่า รัฐควรกำหนดให้การกระทำความผิดที่ร้ายแรงทุกประเภทเป็นการกระทำความผิดทางการฟอกเงิน ด้วยการกำหนดความผิดมูลฐานไว้อย่างกว้าง[๑๘] ดังนั้น การกำหนดลักษณะการกระทำความผิดทางภาษีอากร

---

[๑๓] APG, ‘Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures: Thailand - Mutual Evaluation Report’ 2 <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer-fsrb/APG-MER-Thailand-2017.pdf> สืบค้นเมื่อ ๒๙ กรกฎาคม ๒๕๖๕.

[๑๔] FATF, ‘Who we are’ <https://www.fatf-gafi.org/about/> สืบค้นเมื่อ ๓๐ กรกฎาคม ๒๕๖๕.

[๑๕] FATF Recommendation 1 - Scope of the criminal offence of money laundering states that “...[C]ountries should apply the crime of money laundering to all serious offences, with a view to including the widest range of predicate offences. Predicate offences may be described by reference to all offences, or to a threshold linked either to a category of serious offences or to the penalty of imprisonment applicable to the predicate offence (threshold approach), or to a list of predicate offences, or a combination of these approaches...”

[๑๖] FATF Recommendations (Revision 2012).

[๑๗] OECD, ‘Principle 7. Make tax crimes a predicate offence for money laundering’ <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/bda3dbe6-en/index.html?itemId=/content/component/bda3dbe6-en> สืบค้นเมื่อ ๒ สิงหาคม ๒๕๖๕.

[๑๘] FATF Interpretive Note to Recommendation 3 states that “Jurisdictions are required to apply the crime of money laundering to all serious offences, with a view to including the widest range of predicate offences”.

ให้เป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินจึงขึ้นอยู่กับการบัญญัติกฎหมายภายในของแต่ละประเทศ นอกจากนี้ องค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (The Organisation for Economic Co-operation and Development: OECD) ได้กำหนดกฎเกณฑ์เพื่อรับมือกับการกระทำความผิดทางภาษีอากรใน Principle ๗ โดยแนะนำให้ประเทศสมาชิกควรกำหนดการกระทำความผิดทางภาษีอากรให้เป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินเช่นกัน[๑๙] ทั้งนี้ เพื่อให้การกระทำความผิดทางภาษีอากรสามารถตกอยู่ภายใต้มาตรการทางการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน อันนำไปสู่การรับมือกับการกระทำความผิดทางภาษีอากรที่อาจส่งผลกระทบต่อระบบเศรษฐกิจและความมั่นคงของประเทศได้อย่างมีประสิทธิภาพ

การกำหนดให้การกระทำความผิดทางภาษีอากรเป็นความผิดมูลฐานนั้นมีความสำคัญ เนื่องจากทำให้ผู้กระทำความผิดสามารถอยู่ภายใต้มาตรการทางการฟอกเงิน และทำให้หน่วยงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินของรัฐสามารถดำเนินมาตรการทางกฎหมายเพื่อจัดการกับผู้กระทำความผิดได้ นอกจากนี้ ยังทำให้สถาบันทางการเงินมีหน้าที่ในการรายงานธุรกรรมที่มีเหตุอันควรสงสัย (Suspicious transaction reports: STRs) สำหรับธุรกรรมที่มีความเกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดทางภาษีอากรแก่หน่วยงานบังคับใช้กฎหมาย (regulatory body) เพื่อดำเนินมาตรการทางกฎหมายกับการกระทำความผิดทางภาษีได้อย่างมีประสิทธิภาพ[๒๐]

๔.๒ แนวทางการกำหนดการกระทำความผิดทางภาษีอากรเป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินของต่างประเทศ

การกระทำความผิดทางภาษีอากรเป็นความผิดที่ทั่วโลกต่างตระหนักถึงความร้ายแรงของผลกระทบที่เกิดขึ้น ซึ่งในหลายประเทศได้กำหนดให้ความผิดทางภาษีอากรเป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินไว้ เพื่อให้สอดคล้องตามมาตรฐานสากล FATF โดยสามารถยกตัวอย่างแนวการกำหนดลักษณะความผิดดังกล่าวเป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินของประเทศสมาชิก FATF ได้ ดังนี้

๔.๒.๑ มาตรการของสหรัฐอเมริกา

สหรัฐอเมริกามีกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน คือ 18 United States Code, Money Laundering Control Act 1986 และ Bank Secrecy Act 1970 โดยกฎหมายทั้งสามฉบับจะถูกบังคับใช้อย่างเชื่อมโยงกัน เนื่องจากสหรัฐอเมริกาบัญญัติความผิดมูลฐานไว้อย่างกว้าง ๆ เพื่อให้ครอบคลุมคดีอาญาทั้งหมด[๒๑] จึงไม่เหมือนการบัญญัติความผิดมูลฐานตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. ๒๕๔๒ และที่แก้ไขเพิ่มเติม

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียนอายุราชการ

---

[๑๙] Principle 7 - Make tax crimes a predicate offence for money laundering, Fighting Tax Crime – The Ten Global Principles, Second Edition.

[๒๐] OECD, 'Money Laundering and Terrorist Financing Awareness Handbook for Tax Examiners and Tax Auditors' (2019) <https://www.oecd.org/ctp/crime/money-laundering-awareness-handbook-for-tax-examiners-and-tax-auditors.pdf> สืบค้นเมื่อ ๑ สิงหาคม ๒๕๖๕.

[๒๑] ศุกร์สุดา ปิ่นเฟื่อง, 'ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน : ศึกษาเฉพาะกรณีการแก้ไขความผิดมูลฐานลักลอบหนีศุลกากร' (วิทยานิพนธ์ นิติศาสตร์มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ๒๕๔๗) ๑๐๐-๑๐๑ <http://cuir.car.chula.ac.th/bitstream/123456789/842/3/Sooksuda.pdf> สืบค้นเมื่อ ๑ สิงหาคม ๒๕๖๕.

ของประเทศไทยที่กำหนดความผิดมูลฐานไว้อย่างเจาะจง โดยความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินของสหรัฐอเมริกาจะถูกบัญญัติไว้ตามกฎหมาย the Money Laundering Control Act 1986 : MLAC) และลักษณะการกระทำความผิดทางอาญาที่เป็นการกระทำความผิดทางการฟอกเงินจะถูกบัญญัติไว้ใน United States Code หัวข้อ ๑๘ ว่าด้วยอาญาและวิธีพิจารณาทางอาญา[๒๒] Section 1956 และ 1957 ซึ่ง Section 1956 ได้กำหนดลักษณะและมาตรการทางกฎหมายของธุรกรรมที่ผิดกฎหมายไว้ กล่าวคือ ต้องเป็นการกระทำความผิดทางการฟอกเงินนั้นจะต้องเป็นธุรกรรมที่มีเจตนาสนับสนุนการกระทำการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมาย (Specified Unlawful Activity: SUA)[๒๓] ได้แก่ (๑) เป็นธุรกรรมที่มีเจตนาสนับสนุนหรือก่อให้เกิดกิจกรรมที่ผิดกฎหมาย หรือ (๒) เป็นธุรกรรมที่มีเจตนาหนีภาษีอากรหรือให้ข้อมูลเท็จเพื่อขอคืนภาษีอากร (๓) ธุรกรรมนั้นดำเนินไปเพื่อปกปิดลักษณะ สถานที่ ที่มา ความเป็นเจ้าของ หรือการควบคุม กิจกรรมที่ผิดกฎหมายไม่ว่าจะบางส่วนหรือทั้งหมด และ (๔) ธุรกรรมที่มีเจตนาหลีกเลี่ยงการรายงานธุรกรรมตามที่กฎหมายกำหนด[๒๔] สำหรับ Section 1957 บัญญัติการกระทำความผิดทางธุรกรรมที่ผ่านสถาบันการเงิน[๒๕] ทั้งนี้ คำนิยามของ “สถาบันการเงิน” จะถูกกำหนดไว้ตาม Bank Secrecy Act[๒๖] ยกตัวอย่างเช่น สถาบันการเงินประเภทธนาคาร และสถาบันการเงินที่ไม่ใช่ธนาคาร ได้แก่ บริษัทประกันภัย (Insurance companies) คาสิโน (Casinos) นายหน้าผู้ค้าหลักทรัพย์ (Securities broker - dealers) เป็นต้น และเป็นกฎหมายที่กำหนดหน้าที่ในการตรวจสอบและควบคุมกิจกรรมที่ผิดกฎหมายของสถาบันการเงิน

สำหรับความผิดทางภาษีอากรว่าด้วยการหนีภาษีอากร (Tax evasion) นั้น ไม่เป็นความผิดทางการฟอกเงินตามกฎหมายสหรัฐอเมริกา แต่จะเป็นการกระทำความผิดภายใต้หัวข้อ ๒๖ United States Code Section 3201[๒๗] เนื่องจากกฎหมายไม่ถือว่าการหนีภาษีอากรเป็นธุรกรรม

---

[๒๒] United States Code เป็นประมวลกฎหมายที่มีผลบังคับใช้กับประชาชนทั่วไป (public law) ของสหรัฐอเมริกา โดยบทบัญญัติจะมีเนื้อหาที่แตกต่างกันและถูกนำไปใส่ไว้ในหลายหัวข้อหลายส่วนของประมวลกฎหมาย ยกตัวอย่างเช่น Title 7 – Agriculture, Title 17 – Copyright, Title 26 – Tax เป็นต้น (นิพนธ์ ฮะกีมี และคณะ, รายงานการศึกษาวิจัยตามโครงการศึกษาวิจัยและจัดทำร่างกฎหมายว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการจัดทำประมวลกฎหมาย, ๒๕๕๙ ๓๑) สำหรับหลักเกณฑ์และมาตรการที่เกี่ยวข้องกับการฟอกเงินจะถูกบัญญัติไว้ใน Title 18 – Crimes and Criminal procedures (หัวข้อที่ ๑๘ อาญาและวิธีพิจารณาคดีอาญา).

[๒๓] 18 U.S.C. § 1956 - Laundering of monetary instruments.

[๒๔] Joel Cohen and Linda Noonan, ‘Anti-Money Laundering Laws and Regulations USA 2022’ <https://iclg.com/practice-areas/anti-money-laundering-laws-and-regulations/usa> สืบค้นเมื่อ ๓๑ กรกฎาคม ๒๕๖๕.

[๒๕] 18 U.S.C § 1957 - Engaging in monetary transactions in property derived from specified unlawful activity.

[๒๖] Bank Secrecy Act § 5312 – Definitions and application.

[๒๗] 26 U.S.C. § 7201 - Attempt to evade or defeat tax “Any person who willfully attempts in any manner to evade or defeat any tax imposed by this title or the payment thereof shall, in addition to other penalties provided by law, be guilty of a felony and, upon conviction thereof, shall be fined not more than $100,000 ($500,000 in the case of a corporation), or imprisoned not more than 5 years, or both, together with the costs of prosecution.”

ที่มีเจตนาเพื่อสนับสนุนการกระทำอันมิชอบด้วยกฎหมาย หรือ Specified Unlawful Activity[๒๘] และถือว่าการหนีภาษีอากรนั้นเป็นความผิดในตัวมันเองอยู่แล้วไม่ว่าจะมีวัตถุประสงค์เพื่อการฟอกเงินหรือไม่[๒๙] อย่างไรก็ดี แม้การหนีภาษีอากรนั้นจะมิได้เป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินตามกฎหมาย แต่หากเป็นการกระทำความผิดที่เกี่ยวเนื่องกับภาษีอากร เช่น การฉ้อโกง (Fraud) หรือการฉ้อโกงผ่านระบบธนาคาร (Wire fraud) ย่อมเป็นความผิดทางการฟอกเงินตามกฎหมายได้[๓๐]

๔.๒.๒ มาตรการของสหราชอาณาจักร

สหราชอาณาจักรกำหนดความผิดทางการฟอกเงินไว้ตามกฎหมาย Proceeds of Crime Act 2002 (POCA) section 327 และ 329 ในลักษณะกว้าง ๆ ที่ครอบคลุมการกระทำความผิดทุกประเภท หรือ All crimes basis[๓๑] โดยไม่ได้กำหนดมูลฐานความผิดไว้อย่างเจาะจง และได้บัญญัติให้อำนาจศาลในการดำเนินการกับทรัพย์สินของผู้กระทำความผิด รวมถึงบัญญัติลักษณะของการกระทำที่จะเป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินได้นั้นต้องเกี่ยวข้องกับ “ทรัพย์สินที่ได้จากการกระทำความผิด” (Criminal Property) กล่าวคือ ผู้กระทำความผิดต้องได้ประโยชน์จากการกระทำความผิดนั้น ไม่ว่าโดยทางตรงหรือทางอ้อม และผู้กระทำความผิดรู้หรือน่าจะรู้ได้ถึงการได้ประโยชน์จากทรัพย์สินนั้น[๓๒] นอกจากนี้ สหราชอาณาจักรมีบทบัญญัติที่กำหนดหลักเกณฑ์เกี่ยวกับการรายงานธุรกรรมที่มีเหตุอันควรสงสัย คือ Money Laundering Regulation 1993 ที่วางหลักเกณฑ์และหน้าที่ของสถาบันการเงินในการรายงานธุรกรรมที่มีเหตุอันควรสงสัยต่อหน่วยงานบังคับใช้กฎหมายอีกด้วย อันได้แก่ เจ้าหน้าที่ตำรวจ, the National Crime Agency (NCA), HM Revenue & Customs (HMRC) เป็นต้น[๓๓]

---

[๒๘] Ian M. Comisky, ‘May Tax Evasion Be Charged as a Money Laundering Offense? The Times Are A-Changing’ (2020) <https://www.americanbar.org/groups/taxation/publications/abataxtimes_home/20aug/20aug-pp-comisky-money-laundering/#:~:text=Tax%20evasion%20has%20never%20been,out%20of%20a%20tax%20crime.> สืบค้นเมื่อ ๓ สิงหาคม ๒๕๖๕.

[๒๙] David Klasing, ‘Can You Be Charged with Money Laundering and Tax Evasion at the Same Time?’ (2021) <https://klasing-associates.com/can-charged-money-laundering-tax-evasion-time/> สืบค้นเมื่อ ๓ สิงหาคม ๒๕๖๕.

[๓๐] เพิ่งอ้าง.

[๓๑] Jonah Anderson, ‘In brief: money laundering offences in United Kingdom’ (2020) <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=2420f699-2264-4782-9785-723771de896b#:~:text=Money%20laundering%20offences%20under%20POCA,money%20laundering%20offences%20under%20POCA.> สืบค้นเมื่อ ๑ สิงหาคม ๒๕๖๕.

[๓๒] Section 340 of the Proceeds of Crime Acts states that “(3) Property is criminal property if—(a) it constitutes a person’s benefit from criminal conduct or it represents such a benefit (in whole or part and whether directly or indirectly), and (b) the alleged offender knows or suspects that it constitutes or represents such a benefit”.

[๓๓] White & Case LLP, ‘In brief: money laundering offences in United Kingdom’ <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=4bd3e67c-bc72-4e1c-a76d-599e8bbf6689> สืบค้นเมื่อ ๒๘ กรกฎาคม ๒๕๖๕.

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเทียนฉายราชการ

สำหรับความผิดทางภาษีอากร คำวินิจฉัยแห่งศาลแห่งสหราชอาณาจักรได้กำหนดให้การหนีภาษีอากรเป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงิน[๓๔] ซึ่งต้องอยู่ภายใต้กฎหมาย Proceeds of Crime Act 2002 (POCA) และมีกฎหมาย Criminal Finances Act 2017 (CFA) อันกำหนดมาตรการทางกฎหมายสำหรับการหนีภาษีอากร (Tax evasion) ที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดทางการก่อการร้ายและการฟอกเงินไว้เป็นสาระสำคัญ[๓๕] โดยกฎหมายฉบับดังกล่าวได้กำหนดมาตรการในการดำเนินการแก่ทรัพย์สินที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิด เช่น การให้อำนาจศาลในการขยายเวลาพักชำระหนี้ (Power to extend moratorium period) มาตรการประสานข้อมูลธุรกรรมไปยังหน่วยงานบังคับใช้กฎหมาย (Sharing of information within the regulated sector) เป็นต้น

๔.๒.๓ มาตรการของสาธารณรัฐสิงคโปร์

สาธารณรัฐสิงคโปร์มีการกำหนดความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินไว้เป็นตารางท้ายกฎหมาย Corruption, Drug Trafficking and Other Serious Crimes (Confiscation of Benefits) Act 1992 กล่าวคือ First Schedule: Drug Dealing Offences ซึ่งกำหนดความผิดมูลฐานและกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดทางการค้าและจำหน่ายยาเสพติด และ Second Schedule : Serious Offences ซึ่งกำหนดลักษณะความผิดที่เป็นกรณีร้ายแรง เช่น จัดหาหรือรวบรวมทรัพย์สินทางการก่อการร้าย[๓๖] ทำให้เกิดการระเบิดที่อาจเป็นอันตรายต่อชีวิตหรือทรัพย์สิน[๓๗] การค้าหรือจำหน่ายอวัยวะหรือเลือดมนุษย์[๓๘] และรวมไปถึงความผิดทางภาษีอากร ได้แก่ การหนีภาษีอากร (Tax evasion) และการฉ้อโกงอย่างร้ายแรงเพื่อหนีภาษีอากร (Serious fraudulent tax evasion) ซึ่งกำหนดขึ้นเพื่อให้สอดคล้องกับข้อแนะนำ FATF (ค.ศ. 2012) ที่แนะนำให้ประเทศสมาชิกควรกำหนดให้การกระทำความผิดทางภาษีอากรเป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงิน และสอดคล้องกับการกระทำความผิดทางภาษีอากรตามกรอบขององค์การเพื่อความร่วมมือทางเศรษฐกิจและการพัฒนา (OECD)[๓๙]

ทั้งนี้ สาธารณรัฐสิงคโปร์ได้บัญญัติการกระทำความผิดที่เกี่ยวข้องกับการกระทำความผิดทางภาษีอากร (Tax crimes) ไว้ตามกฎหมาย the Good and Services Act 1993 และ Income

[๓๔] Samantha Bourton, A Critical and Comparative Analysis of the Prevention of Tax Evasion through the Application of Law and Enforcement Policies in the United Kingdom and United States of America, a thesis of Doctor of Philosophy, The University of the West of England (2021) 220.

[๓๕] Preamble, Criminal Finances Act 2017 - Chapter 22

"An Act to amend the Proceeds of Crime Act 2002; make provision in connection with terrorist property; create corporate offences for cases where a person associated with a body corporate or partnership facilitates the commission by another person of a tax evasion offence; and for connected purposes."

[๓๖] Section 3, Terrorism (Suppression of Financing) Act 2002 - Providing or collecting property for terrorist acts.

[๓๗] Section 3, Explosive Substances Act 1924 - Causing explosion likely to endanger life or property.

[๓๘] Section 13, Human Organ Transplant Act 1987 - Contracting for sale or supply of organ or blood, etc.

[๓๙] Monetary Authority of Singapore (MAS), 'Designation of Tax Crimes as Money Laundering Predicate Offences in Singapore' (2012) <https://www.mas.gov.sg/-/media/MAS/resource/publications/consult_papers/2012/9-October-2012-Designation-of-Tax-Crimes-as-Money-Laundering-Predicate-Offences-in-Singapore.pdf> สืบค้นเมื่อ ๓๐ กรกฎาคม ๒๕๖๕.

Tax Act ๑๙๔๗ ซึ่งกฎหมายทั้งสองฉบับได้ถูกกำหนดไว้ใน Second schedule แห่งกฎหมาย Corruption, Drug Trafficking and Other Serious Crimes (Confiscation of Benefits) Act 1992 ซึ่งทำให้การกระทำความผิดทางภาษีอากรถูกกำหนดให้เป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินอันต้องถูกดำเนินการตามมาตรการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินตามกฎหมายของสาธารณรัฐสิงคโปร์[๔๐] โดยการกระทำผิดทางภาษีอากรที่ถูกบัญญัติให้เป็นความผิดทางการฟอกเงินของสาธารณรัฐสิงคโปร์ดังกล่าว ได้แก่ การหนีภาษีทั้งโดยเจตนาและฉ้อโกง[๔๑] การฉ้อโกงภาษีและการขอคืนภาษีโดยไม่ชอบ[๔๒] หรือการแจ้งข้อมูลภาษีเท็จเพื่อได้มาซึ่งเงินสด หรือ Productivity and Innovation Credit (PIC) Bonus[๔๓] เป็นต้น ซึ่งการกระทำความผิดทางภาษีอากรดังกล่าวรวมไปถึงผู้ให้การสนับสนุนด้วย

จากการศึกษาแนวทางการกำหนดความผิดทางการฟอกเงินของ FATF และต่างประเทศ พบว่า แม้แต่ละประเทศจะกำหนดรายละเอียดของลักษณะการกระทำความผิดทางภาษีอากรที่เป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินไว้แตกต่างกัน แต่คงมีสาระสำคัญที่เหมือนกัน คือ การกระทำความผิดทางภาษีอากรนั้นต้องถูกกำหนดให้เป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงิน ดังนั้น ผู้เขียนจึงเห็นว่า ประเทศไทยควรบัญญัติให้การกระทำความผิดทางภาษีอากรเป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินไว้เช่นกัน เพื่อให้สอดคล้องกับแนวทางสากลดังกล่าว แต่อย่างไรก็ดี ในการบัญญัติให้การกระทำความผิดทางภาษีอากรเป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินของประเทศไทยต้องพิจารณาประกอบกับหลักรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนแห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยด้วย เพื่อให้การกำหนดความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินในความผิดเกี่ยวกับภาษีอากรไม่เป็นการกระทบสิทธิและเสรีภาพของประชาชนและเป็นการสร้างภาระแก่ประชาชนเกินสมควร อันทำให้ไม่เป็นการขัดหรือแย้งตามหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่บัญญัติไว้ตามรัฐธรรมนูญ

๕. ข้อเสนอในการกำหนดการกระทำความผิดทางภาษีอากรเป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินในประเทศไทยให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญและมาตรฐานสากล

จากการศึกษาพบว่า การกำหนดการกระทำความผิดทางภาษีอากรเป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินมีความสำคัญอย่างยิ่งทั้งการเป็นกลไกทางกฎหมายเพื่อป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินในประเทศไทย และเป็นการดำเนินการให้สอดรับกับมาตรฐานสากลของ FATF เช่นนี้ การกระทำความผิดทางภาษีอากรจึงควรถูกบัญญัติให้เป็นความผิดมูลฐานไว้ตามพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. ๒๕๔๒ และที่แก้ไขเพิ่มเติม ในมาตรา ๓ เช่นเดียวกับลักษณะความผิดอื่น ๆ โดยในหัวข้อนี้ ผู้เขียนจะวิเคราะห์แนวทางในการกำหนดให้ความผิดทางภาษีอากรเป็นความผิดมูลฐาน

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

[๔๐] Gary Low and Terence Tan, 'Anti – Money Laundering Laws and Regulations Singapore 2022' <https://iclg.com/practice-areas/anti-money-laundering-laws-and-regulations/singapore#:~:text=Tax%20evasion%20as%20a%20predicate,the%20CDSA%20as%20serious%20offences> สืบค้นเมื่อ ๓๐ กรกฎาคม ๒๕๖๕.

[๔๑] Section 96 and 96A, Income Tax Act 1947.

[๔๒] Section 62 and 63, Goods and Services Tax Act 1993.

[๔๓] Section 37J, Income Tax Act 1947.

ทางการฟอกเงิน ตลอดจนข้อดีและข้อเสียของการกำหนดให้ความผิดทางภาษีอากรเป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงิน เพื่อนำไปสู่ข้อเสนอแนะในการกำหนดการกระทำความผิดทางภาษีอากรให้เป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

๕.๑ แนวทางในการกำหนดการกระทำความผิดทางภาษีอากร (Tax crimes) เป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงิน

จากการศึกษาคำวินิจฉัยรัฐธรรมนูญที่ ๘/๒๕๖๔ เห็นได้ว่า การกำหนดความผิดหลีกเลี่ยงและฉ้อโกงภาษีอากรเป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินนั้น ต้องพิจารณาประกอบหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย เพื่อไม่ให้เป็นการสร้างภาระแก่ประชาชนเกินความจำเป็น เนื่องจากการกำหนดความผิดมูลฐานตามกฎหมายย่อมนำไปสู่การกำหนดมาตรการลงโทษทางแพ่ง คือ การยึดอายัดทรัพย์สินที่ได้มาจากการกระทำความผิดให้ตกเป็นของแผ่นดิน และมาตรการทางอาญา อันได้แก่ การระวางโทษปรับหรือจำคุกแก่ผู้กระทำความผิด รวมไปจนถึงผู้สนับสนุน ช่วยเหลือ พยายาม และสบคบเพื่อฟอกเงิน ทั้งนี้ จากการศึกษาแนวทางการบัญญัติความผิดทางภาษีเป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินของต่างประเทศและข้อแนะนำ FATF จะเห็นได้ว่า การกระทำความผิดทางภาษีควรต้องถูกบัญญัติให้เป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงิน และควรถูกบัญญัติให้ครอบคลุมการกระทำความผิดทางภาษีอากรที่มีลักษณะร้ายแรง เช่น การหนีภาษี การฉ้อโกงภาษี การให้ข้อมูลเท็จเพื่อขอคืนภาษี เป็นต้น รวมถึงบัญญัติให้ครอบคลุมไปถึงผู้สนับสนุนการกระทำความผิดทางภาษีอากรในลักษณะดังกล่าวด้วย ดังนั้น ในการบัญญัติให้การกระทำความผิดทางภาษีอากรเป็นความผิดมูลฐานของประเทศไทยจึงควรบัญญัติให้การกระทำความผิดทางภาษีอากรมีความครอบคลุมในทุกลักษณะ รวมถึงควรบัญญัติไว้ตามกฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินเพื่อให้เป็นฉบับเดียวกันกับความผิดมูลฐานอื่น ๆ ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นการสอดคล้องกับหลักการตรากฎหมายที่ดี กล่าวคือ อยู่ภายใต้พระพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. ๒๕๔๒ และที่แก้ไขเพิ่มเติม ซึ่งเป็นกฎหมายที่มีบทบัญญัติบางประการเป็นการจำกัดสิทธิ เสรีภาพของประชาชนได้ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย

๕.๒ วิเคราะห์ข้อดีและข้อเสียในการกำหนดการกระทำความผิดทางภาษีอากรเป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงิน

การกำหนดให้ความผิดหลีกเลี่ยงภาษีอากรเป็นความผิดมูลฐานตามกฎหมายย่อมส่งผลดีต่อรัฐในการมีเครื่องมือทางกฎหมายเพื่อดำเนินมาตรการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน โดยหากพิจารณาผลกระทบในมิติต่าง ๆ จะพบว่าการกำหนดความผิดหลีกเลี่ยงภาษีอากรเป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินมีผลดี ดังนี้

(๑) การกำหนดให้การกระทำความผิดทางภาษีอากรเป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินทำให้รัฐมีเครื่องมือทางกฎหมายที่ช่วยระบุชี้ชัดตัวผู้กระทำความผิด รวมถึงธุรกรรมที่ผิดกฎหมายและทรัพย์สินจากการกระทำความผิดได้

(๒) การกำหนดให้การกระทำความผิดทางภาษีอากรเป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินเป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินนำไปสู่การป้องกันและปราบปรามอาชญากรรมที่เกี่ยวข้องอื่น ๆ ได้

เช่น การคอร์รัปชัน[๔๔] ซึ่งมักพบธุรกรรมทางภาษีที่ผิดปกติจากเจ้าหน้าที่รัฐ สมาชิกในครอบครัว หรือบุคคลที่เกี่ยวข้อง ในลักษณะของการไม่ยื่นชำระภาษี[๔๕]

(๓) การกำหนดให้การกระทำความผิดทางภาษีอากรเป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงิน เป็นการปฏิบัติตามข้อแนะนำ FATF อันเป็นมาตรฐานสากล และเป็นการปฏิบัติตามภารกิจของ OECD ซึ่งส่งผลดีต่อภาพลักษณ์และความน่าเชื่อถือทางการค้าการลงทุนของประเทศไทย ซึ่งส่งผลกระทบที่ดีต่อระบบเศรษฐกิจของประเทศ

อย่างไรก็ดี แม้การกำหนดให้การกระทำความผิดทางภาษีอากรเป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินนั้นจะส่งผลดีต่อประเทศอย่างมากในแง่ของการเป็นเครื่องมือทางกฎหมายในการกำหนดมาตรการเพื่อป้องกันและปราบปรามการกระทำความผิดทางภาษีอากรที่นำไปสู่การฟอกเงิน แต่ก็อาจส่งผลเสียในแง่ของการกระทบต่อสิทธิหรือเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญได้ ดังเช่นกรณีคำวินิจฉัยของศาลรัฐธรรมนูญที่ ๘/๒๕๖๔ ซึ่งรัฐธรรมนูญได้บัญญัติหลักประกันสิทธิและเสรีภาพของประชาชนไว้ในหมวด ๓ การบัญญัติความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินในการกระทำความผิดทางภาษีอากรจึงควรพิจารณาหลักการดังกล่าวประกอบด้วย เพื่อให้ไม่เป็นการกระทบต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนตามรัฐธรรมนูญเกินความจำเป็น

๕.๓ ข้อเสนอแนะในการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย

จากการศึกษาคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญที่ ๘/๒๕๖๔ ประกอบแนวทางการกำหนดให้ความผิดทางภาษีอากรเป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินของต่างประเทศ และข้อแนะนำเพื่อปฏิบัติตามมาตรฐานสากลของ FATF ผู้เขียนมีข้อเสนอแนะต่อการบัญญัติความผิดมูลฐานหลีกเลี่ยงและฉ้อโกงภาษีอากรในอนาคต โดยเสนอให้บัญญัติความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินในความผิดเกี่ยวกับภาษีอากรให้สอดคล้องกับมาตรฐานสากล และสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย ตลอดจนสามารถบังคับใช้ได้อย่างมีประสิทธิภาพสอดคล้องกับเจตนารมณ์แห่งกฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินดังต่อไปนี้

๕.๓.๑ การกำหนดมูลค่าขั้นต่ำในการกระทำความผิดหลีกเลี่ยงและฉ้อโกงภาษีอากร

มาตรา ๓๗ ตรี แห่งประมวลรัษฎากร นั้น ได้กำหนดมูลค่าของการกระทำความผิดไว้ว่า

“ความผิดตามมาตรา ๓๗ มาตรา ๓๗ ทวิ หรือมาตรา ๙๐/๔ ที่ผู้กระทำความผิดเป็นผู้มีหน้าที่เสียภาษีอากรหรือนำส่งภาษีอากร และเป็นความผิดที่เกี่ยวกับจำนวนภาษีอากรที่หลีกเลี่ยงหรือฉ้อโกงตั้งแต่สิบล้านบาทต่อปีภาษีขึ้นไป หรือจำนวนภาษีอากรที่ขอคืนโดยความเท็จ โดยฉ้อโกงหรืออุบายหรือโดยวิธีการอื่นใดทำนองเดียวกัน ตั้งแต่สองล้านบาทต่อปีภาษีขึ้นไป...”

[๔๔] Egmont Group, ‘Money Laundering of Serious Tax Crimes Enhancing Financial Intelligence Units’ Detection Capacities and Fostering Information Exchange’ (2020) <https://egmontgroup.org/wp-content/uploads/2021/09/2020_Public_Bulletin_Money_Laundering_of_Serious_Tax_Crimes.pdf> สืบค้นเมื่อ ๒ สิงหาคม ๒๕๖๕.

[๔๕] World Bank Group, ‘Taxing Crime: A Whole-of-Government Approach to Fighting Corruption, Money Laundering, and Tax Crimes’ https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/37608/9781464818738.pdf สืบค้นเมื่อ ๓ สิงหาคม ๒๕๖๕.

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

การกำหนดมูลค่าขั้นต่ำไว้ดังกล่าวเป็นการกำหนดให้การฉ้อโกงและหลีกเลี่ยงภาษีอากรที่จะมีลักษณะเป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินจะต้องมีมูลค่าขั้นต่ำตามที่กฎหมายกำหนดเท่านั้น ซึ่งหากพิจารณาการกำหนดความผิดทางภาษีอากรเป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินตามแนวทางต่างประเทศ พบว่า ไม่มีการกำหนดมูลค่าขั้นต่ำของการกระทำความผิดทางภาษีอากร นอกจากนี้ หากพิจารณาองค์ประกอบของการเป็นความผิดตามมาตรา ๓๗ ตรี พบว่า กฎหมายได้กำหนดองค์ประกอบความผิดอย่างครอบคลุมอยู่แล้วคือ การกระทำความผิดตามมาตรา ๓๗ ตรี ที่จะเป็นความผิดมูลฐานฟอกเงินได้นั้นต้องเป็นผู้กระทำความผิดตามมาตรา ๓๗ มาตรา ๓๗ ทวิ และมาตรา ๙๐/๔ แห่งประมวลรัษฎากรเสียก่อน และกระทำการในลักษณะเป็นกระบวนการหรือเครือข่าย รวมถึงสร้างธุรกรรมอันเป็นเท็จหรือปกปิดเงินได้พึงประมาณหรือรายได้ เพื่อหลีกเลี่ยงหรือฉ้อโกงภาษีอากร ตลอดจนมีพฤติกรรมปกปิดหรือซ่อนเร้นทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิดเพื่อมิให้ติดตามทรัพย์สินนั้นได้[๔๖] ดังนั้น การกำหนดมูลค่าของการกระทำความผิดทางภาษีอากรดังกล่าว จึงมิได้เป็นการช่วยคัดกรองผู้กระทำความผิดว่าเป็นผู้กระทำความผิดทางการฟอกเงินอย่างมีนัยสำคัญ ดังนั้น ผู้เขียนเสนอว่า หากมีการบัญญัติความผิดหลีกเลี่ยงหรือฉ้อโกงภาษีอากรไว้ตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินแล้ว การกำหนดวงเงินในการกระทำความผิดดังกล่าวอาจไม่จำเป็นต้องบัญญัติไว้ ทั้งนี้ เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายไม่ต้องถูกจำกัดขอบเขตการบังคับใช้กฎหมายจากวงเงินของการกระทำความผิด อันทำให้สามารถดำเนินกาป้องกันและปราบปรามผู้กระทำความผิดที่มีเจตนาหลีกเลี่ยงและฉ้อโกงภาษีอากรได้อย่างมีประสิทธิภาพมากยิ่งขึ้น

๕.๓.๒ การกำหนดคณะกรรมการเพื่อพิจารณากลั่นกรองความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินก่อนส่งเรื่องต่อไปยังสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน

มาตรา ๓๗ ตรี แห่งประมวลรัษฎากร บัญญัติหน้าที่ของอธิบดีและคณะกรรมการเพื่อพิจารณากลั่นกรองความผิดทางภาษีอากรไว้ ดังนี้

“เมื่ออธิบดีโดยความเห็นชอบของคณะกรรมการพิจารณากลั่นกรองความผิดทางภาษีอากรที่เข้าข่าย ความผิดมูลฐานส่งข้อมูลที่เกี่ยวข้องให้สำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินแล้ว ให้ดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินต่อไป

คณะกรรมการตามวรรคหนึ่งประกอบด้วยอธิบดี รองอธิบดีและที่ปรึกษากรมสรรพากรทุกคน”

โดยทั่วไปเมื่อพบธุรกรรมที่มีความผิดปกติ สถาบันการเงินตามมาตรา ๓[๔๗] และผู้ประกอบอาชีพตามมาตรา ๑๖[๔๘] แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. ๒๕๔๒ และที่แก้ไข

[๔๖] ณัฐวรินทร์ ชูทอง, ‘ปัญหาการดำเนินคดีเกี่ยวกับการหลีกเลี่ยงภาษีมูลค่าเพิ่มที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน’ ๑-๘ <http://www.lawgrad.ru.ac.th/AbstractsFile/6012011001/158261208358183e4afeb3f217a46c7af0b-15059ba_abstract.pdf> สืบค้นเมื่อ ๒๘ กรกฎาคม ๒๕๖๕.

[๔๗] สถาบันการเงิน ตามคำนิยามในมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. ๒๕๔๒ และที่แก้ไขเพิ่มเติม คือ ธนาคารพาณิชย์ สถาบันการเงินเฉพาะกิจ สหกรณ์ ตัวแทนโอนเงินระหว่างประเทศ (MT) ธุรกิจแลกเปลี่ยนเงินตราต่างประเทศ (MC) ผู้ประกอบธุรกิจระบบการชำระเงิน ผู้ประกอบธุรกิจบริการการชำระเงิน บริษัทหลักทรัพย์หรือบริษัทหลักทรัพย์จัดการกองทุน ผู้ประกอบธุรกิจสินทรัพย์ดิจิทัลและ ผู้ให้บริการระบบเสนอขายโทเคนดิจิทัล ผู้ประกอบธุรกิจสัญญาซื้อขายล่วงหน้า บริษัทเงินทุน บริษัทเครดิตฟองซิเอร์ บริษัทประกันชีวิต ประกันวินาศภัย บริษัทบริหารสินทรัพย์

เพิ่มเติม มีหน้าที่ต้องส่งรายงานธุรกรรมที่มีเหตุอันควรสงสัยไปยังสำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน (สำนักงานปปง.) แต่อย่างไรก็ดี มาตรา ๓๗ ตรี กำหนดให้มีคณะกรรมการสามารถใช้ดุลยพินิจเพื่อพิจารณากลั่นกรองความผิดดังกล่าวก่อนส่งเรื่องไปยังสำนักงาน ปปง. ซึ่งคณะกรรมการดังกล่าวประกอบด้วยอธิบดี รองอธิบดี และที่ปรึกษากรมสรรพากรทุกคน ซึ่งผู้เขียนเห็นว่า การบัญญัติให้เจ้าหน้าที่สรรพากรมีหน้าที่ในลักษณะดังกล่าวในการพิจารณาว่าผู้กระทำความผิดเข้าลักษณะการกระทำความผิดอันเป็นความผิดมูลฐานตามกฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงินหรือไม่ก่อนส่งข้อมูลต่อไปยังสำนักงาน ปปง. เป็นขั้นตอนที่มีความล่าช้าโดยไม่จำเป็น เนื่องจาก หากมีการรายงานธุรกรรมที่มีเหตุอันควรสงสัยไปยังสำนักงาน ปปง. เจ้าหน้าที่ ปปง. มีหน้าที่ในการตรวจสอบว่ามีการกระทำความผิดมูลฐานจริงหรือไม่อยู่แล้วตามมาตรา ๓๔ (๑) แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. ๒๕๔๒ และที่แก้ไขเพิ่มเติม[๔๙] เพื่อประมวลเรื่องและเสนอต่อคณะกรรมการธุรกรรมเพื่อตรวจสอบธุรกรรมและทรัพย์สินที่กระทำความผิดต่อไป ซึ่งแม้การกำหนดคณะกรรมการตามมาตรา ๓๗ ตรี ขึ้น จะมีวัตถุประสงค์เพื่อให้มีคณะกรรมการที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะในการช่วยกลั่นกรองการกระทำความผิด แต่อย่างไรก็ดี ผู้เขียนเห็นว่า ขั้นตอนการดำเนินงานดังกล่าวหน่วยงานสามารถดำเนินการร่วมกันได้ โดยไม่ต้องมีขั้นตอนพิจารณากลั่นกรองความผิดจากคณะกรรมการดังกล่าวก่อน ทั้งนี้ เพื่อเป็นการเริ่มต้นสร้างและพัฒนาระบบการทำงานร่วมกันระหว่างหน่วยงานจัดเก็บภาษีอากร คือ กรมสรรพากร ซึ่งเป็นหน่วยงานที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญในด้านภาษีอากร และสำนักงาน ปปง. ซึ่งเป็นหน่วยงานที่มีความรู้ความเชี่ยวชาญเฉพาะทางมาตรการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน

สำหรับการดำเนินงานประสานข้อมูลร่วมกันระหว่างกรมสรรพากรและสำนักงาน ปปง. นั้นสามารถอ้างอิงการประสานข้อมูลร่วมกันผ่านระบบสารสนเทศ ดังเช่น การประสานข้อมูลระหว่างกรมศุลกากรกับสำนักงาน ปปง. ซึ่งกรมศุลกากรสามารถแจ้งรายงานธุรกรรมที่มีเหตุอันควรสงสัยเกี่ยวกับการขนเงินผ่านแดนผ่านระบบการรายงานธุรกรรมการขนเงินสดข้ามแดน (Electronic Cross Border Cash Transaction Report System: ECB) ซึ่งเป็นระบบรายงานธุรกรรมที่ถูกพัฒนาขึ้น โดยมีการบันทึกข้อมูลทั้งหมดของผู้เดินทางหรือผู้ขนเงินข้ามแดนที่แจ้งต่อเจ้าหน้าที่ และข้อมูลดังกล่าวรวมไปถึงข้อมูลรายงานที่มีจำนวนเงินไม่ถึงเกณฑ์ตามที่กฎหมายกำหนดรวมอยู่ด้วย[๕๐] ในการนี้ ด่านศุลกากรที่ตั้งอยู่ทั่วประเทศสามารถใช้งานผ่านระบบ ECB และส่งต่อข้อมูลทั้งหมดไปยังสำนักงาน ปปง. ได้โดยตรง โดยระบบ ECB ดังกล่าว

---

[๔๘] ผู้ประกอบอาชีพ ตามคำนิยามในมาตรา ๑๖ แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. ๒๕๔๒ และที่แก้ไขเพิ่มเติม คือ ที่ปรึกษาการลงทุน ค้าอัญมณี เพชรพลอย ทองคำ ค้ารถ/ให้เช่าซื้อรถ นายหน้าซื้อขายอสังหาริมทรัพย์ ค้าของเก่า สินเชื่อส่วนบุคคล บัตรเครดิต แลกเปลี่ยนเงินบุคคลธรรมดา

[๔๙] มาตรา ๓๔ แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. ๒๕๔๒ และที่แก้ไขเพิ่มเติม บัญญัติว่า “ให้คณะกรรมการธุรกรรมมีอำนาจหน้าที่ดังต่อไปนี้ (๑) ตรวจสอบธุรกรรมหรือทรัพย์สินที่เกี่ยวกับการกระทำความผิด”

[๕๐] สำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน, ‘รายงานการขนเงินข้ามแดนในห้วงเดือนมกราคม - มิถุนายน ๒๕๖๒’ <https://sed.amlo.go.th/uploads/content_attachfile/attach_201911070915_5dc37e486b5e6.pdf> สืบค้นเมื่อ ๒ สิงหาคม ๒๕๖๕.

จะเชื่อมต่อกับระบบสารสนเทศของสำนักงาน ปปง. ทำให้เจ้าหน้าที่ ปปง. สามารถตรวจสอบข้อมูลดังกล่าวได้[๕๑] ด้วยเหตุนี้ การประสานด้านข้อมูลระหว่างกรมศุลกากรและสำนักงาน ปปง. จึงมีความรวดเร็ว ถูกต้องและเป็นระบบ อันทำให้สำนักงาน ปปง. สามารถปฏิบัติงานปราบปรามผู้กระทำความผิดได้ทันท่วงที

ดังนี้ ผู้เขียนมีข้อเสนอว่า หากทำการบัญญัติกฎหมายเพื่อกำหนดให้ความผิดฉ้อโกงและหลีกเลี่ยงภาษีอากรเป็นความผิดมูลฐานตามมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. ๒๕๔๒ และที่แก้ไขเพิ่มเติมต่อไปในอนาคต ควรกำหนดให้หน่วยงานจัดเก็บภาษีอากรที่ตรวจสอบพบรายงานธุรกรรมที่มีเหตุอันควรสงสัยสามารถประสานด้านข้อมูลเพื่อรายงานธุรกรรมที่มีเหตุอันควรสงสัยแก่สำนักงาน ปปง. ผ่านระบบสารสนเทศได้ทันทีโดยไม่ต้องผ่านการกลั่นกรองจากคณะกรรมการก่อน ดังเช่นระบบ ECB ของกรมศุลกากรและสำนักงาน ปปง. เพื่อเป็นการลดการใช้ดุลยพินิจของเจ้าหน้าที่ที่อาจก่อให้เกิดความไม่เป็นธรรมแก่ผู้เสียภาษี และเป็นการสร้างระบบสารสนเทศการรายงานธุรกรรมที่มีเหตุอันควรสงสัยที่มีความรวดเร็วสามารถดำเนินการปราบปรามอาชญากรได้อย่างเท่าทัน และเป็นการจัดเก็บข้อมูลการรายงานธุรกรรมให้เป็นระบบ เพื่อให้เกิดความชัดเจน อันนำไปสู่การพัฒนามาตรการรับมือการกระทำความผิดทางภาษีใหม่ ๆ ได้ต่อไปในอนาคต

๖. บทสรุป

การกำหนดความผิดทางภาษีอากรเป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินมีความสำคัญอย่างยิ่งต่อการการบังคับใช้มาตรการทางกฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน เพื่อป้องกันและปราบปรามผู้กระทำความผิด และเป็นการตัดวงจรอาชญากรรมมิให้กระทำความผิดอีก อย่างไรก็ดี การบัญญัติให้การกระทำความผิดทางภาษีอากรเป็นความผิดมูลฐานทางการฟอกเงินในประมวลรัษฎากรย่อมเป็นการกระทบและจำกัดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากเกินความจำเป็น เนื่องจากประมวลรัษฎากรเป็นกฎหมายภาษีซึ่งมุ่งหมายต่อการจัดเก็บภาษีกับประชาชนเป็นการทั่วไป การทำให้ประชาชนผู้เสียภาษีและผู้ที่เกี่ยวข้องโดยสุจริตต้องตกอยู่ภายใต้มาตรการทางการฟอกเงินซึ่งเป็นมาตรการที่มีความร้ายแรง กล่าวคือ ทั้งมาตรการทางแพ่งที่เป็นการดำเนินการต่อทรัพย์สินที่กระทำความผิดให้ตกเป็นของแผ่นดิน และมาตรการทางอาญาที่เป็นการดำเนินการต่อตัวบุคคลผู้กระทำความผิดเองและผู้เกี่ยวข้อง จึงเป็นการกระทบต่อหลักรับรองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเกินสมควรตามที่บัญญัติรับรองไว้ในหมวด ๓ แห่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ดังนั้น การกำหนดความผิดทางภาษีอากรให้เป็นความผิดมูลฐานสมควรถูกบัญญัติไว้ในกฎหมายเฉพาะนั้น คือ พระราชบัญญัติป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน พ.ศ. ๒๕๔๒ และที่แก้ไขเพิ่มเติมเช่นเดียวกับความผิดมูลฐานอื่น ๆ เพื่อให้ความผิดมูลฐานดังกล่าวอยู่ภายใต้กฎหมายเฉพาะที่กำหนดมาตรการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน และอยู่ภายใต้การดำเนินการของเจ้าหน้าที่ ปปง. ที่มีความเชี่ยวชาญเฉพาะในการดำเนินงานตามมาตรการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน ตลอดจนทำให้การตรากฎหมายมีความเป็นระบบไม่ซ้ำซ้อนและสอดคล้องกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย

[๕๑] เพิ่งอ้าง.

บรรณานุกรม

เอกสารอ้างอิงภาษาไทย

ชุติกาญจน์ สายอุตส่าห์, ปัญหาการจำกัดสิทธิและเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ (รมยสารปีที่ ๖ ฉบับ ๓, ๒๕๖๑) <https://so03.tci-thaijo.org/index.php/jhusoc/article/download/201810/140910/616715>

ณัฐวรินทร์ ชูทอง, 'ปัญหาการดำเนินคดีเกี่ยวกับการหลีกเลี่ยงภาษีมูลค่าเพิ่มที่เกี่ยวข้องกับการป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน' <http://www.lawgrad.ru.ac.th/AbstractsFile/601201100 1/158261208358183e4afeb3f217a46c7af0b15059ba_abstract.pdf>

ปรานี สุขศรี, หลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองในคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด : ศึกษาหลักความได้สัดส่วน (Principle of proportionality) และหลักความเสมอภาค (Principle of Equality) <https://admincourt.go.th/admincourt/upload/webcms/Academic/Academic_030216_133205.pdf>

พันตำรวจโท สุนัย หาเรือนพืชน์, กฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน มาตรการเสริมหากการใช้กฎหมายอื่นไม่เป็นผล (จุลนิติ ๕๒) <https://www.senate.go.th/assets/portals/93/fileups/272/files/S%E0%B9%88ub_Jun/12know/K79_jul_6_1.pdf>

สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง, โครงการวิจัย เรื่อง การศึกษาเพื่อพัฒนากฎหมายไทยเพื่อรองรับการแลกเปลี่ยนข้อมูลทางภาษีอากรระหว่างประเทศ (๒๕๕๙) <https://www.fpo.go.th/eresearch/getattachment/8ae1ebf7-4b75-4555-b327-d1dcefb1d3c7/9115.aspx>

สรรพร สรรพัชญา, ปัญหาและผลกระทบจากการสร้างธุรกรรมในระบบภาษีอากร, นิติศาสตร์ดุษฎีบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๖๔ วารสารกฎหมาย จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ปีที่ ๓๙ ฉบับที่ ๓ ๒๕๖๔ ๒๔๑-๒๔๓.

สำนักงานป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน, 'รายงานการขนเงินข้ามแดนในห้วงเดือนมกราคม - มิถุนายน ๒๕๖๒' <https://sed.amlo.go.th/uploads/content_attachfile/attach_201911070915_5dc37e486b5e6.pdf>

วศิน แดงประดับ, การสันนิษฐานว่าบุคคลทุกคนเป็นผู้บริสุทธิ์ : หลักการและข้อยกเว้นบางประการ <https://www.krisdika.go.th/data/activity/act229.pdf>

ศุกร์สุดา ปิ่นเฟื่อง, ปัญหาการบังคับใช้กฎหมายป้องกันและปราบปรามการฟอกเงิน : ศึกษาเฉพาะกรณีการแก้ไขความผิดมูลฐานลักลอบหนีศุลกากร, วิทยานิพนธ์ นิติศาสตร์มหาบัณฑิต จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย (๒๕๔๗) <http://cuir.car.chula.ac.th/bitstream/123456789/842/3/Sooksuda.pdf>

ศาลปกครอง, 'ลักษณะของคดีปกครอง' (๒๕๕๖) <https://www.admincourt.go.th/admincourt/site/02litigation.html?page=02litigation_902>

เอกสารอ้างอิงภาษาต่างประเทศ

APG, ‘Anti-money laundering and counter-terrorist financing measures : Thailand - Mutual Evaluation Report’ <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/mer-fsrb/APG-MER-Thailand-2017.pdf>

David Klasing, ‘Can You Be Charged with Money Laundering and Tax Evasion at the Same Time?’ (2021) <https://klasing-associates.com/can-charged-money-laundering-tax-evasion-time/>

Egmont Group, ‘Money Laundering of Serious Tax Crimes Enhancing Financial Intelligence Units’ Detection Capacities and Fostering Information Exchange’ (2020) <https://egmontgroup.org/wp-content/uploads/2021/09/2020_Public_Bulletin_Money_Laundering_of_Serious_Tax_Crimes.pdf>

FATF, ‘Who we are’ <https://www.fatf-gafi.org/about/>

Gary Low and Terence Tan, ‘Anti – Money Laundering Laws and Regulations Singapore 2022’

<https://iclg.com/practice-areas/anti-money-laundering-laws-and-regulations/singapore#:~:text=Tax%20evasion%20as%20a%20predicate,the%20CDSA%20as%20serious%20offences>

Ian M. Comisky, ‘May Tax Evasion Be Charged as a Money Laundering Offense? The Times Are A-Changing’ (2020) <https://www.americanbar.org/groups/taxation/publications/abataxtimes_home/20aug/20aug-pp-comisky-money-laundering/#:~:text=Tax%20evasion%20has%20never%20been,out%20of%20a%20tax%20crime

Jonah Anderson, ‘In brief: money laundering offences in United Kingdom’ (2020) <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=2420f699-2264-4782-9785-723771de896b#:~:text=Money%20laundering%20offences%20under%20POCA,money%20laundering%20offences%20under%20POCA.>

Joel Cohen and Linda Noonan, ‘Anti-Money Laundering Laws and Regulations USA 2022’ <https://iclg.com/practice-areas/anti-money-laundering-laws-and-regulations/usa>

OECD, ‘Principle 7. Make tax crimes a predicate offence for money laundering’ <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/bda3dbe6-en/index.html?itemId=/content/component/bda3dbe6-en>

OECD, ‘Money Laundering and Terrorist Financing Awareness Handbook for Tax Examiners and Tax Auditors’ (2019) <https://www.oecd.org/ctp/crime/money-laundering-awareness-handbook-for-tax-examiners-and-tax-auditors.pdf>

White & Case LLP, ‘In brief: money laundering offences in United Kingdom’ <https://

www.lexology.com/library/detail.aspx?g=4bd3e67c-bc72-4e1c-a76d-599e8bbf6689>

Samantha Bourton, A Critical and Comparative Analysis of the Prevention of Tax Evasion through the Application of Law and Enforcement Policies in the United Kingdom and United States of America, a thesis of Doctor of Philosophy, The University of the West of England (2021) 220.

Monetary Authority of Singapore (MAS), 'Designation of Tax Crimes as Money Laundering Predicate Offences in Singapore' (2012) <https://www.mas.gov.sg/-/media/MAS/resource/publications/consult_papers/2012/9-October-2012-Designation-of-Tax-Crimes-as-Money-Laundering-Predicate-Offences-in-Singapore.pdf>

World Bank Group, 'Taxing Crime: A Whole-of-Government Approach to Fighting Corruption, Money Laundering, and Tax Crimes' <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/37608/9781464818738.pdf>

การปกครองส่วนท้องถิ่นในประเทศอิตาลีและสเปน*

ดร.ยอดพล เทพสิทธา**
คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวร

หลังจากการเลือกตั้งผู้ว่าราชการกรุงเทพมหานคร พบว่ากระแสตื่นตัวต่อการกระจายอำนาจนั้นแพร่กระจายไปในทั่วทุกแห่งของประเทศ อีกทั้งยังมีการกล่าวถึงการจัดรูปแบบและโครงสร้างขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นใหม่ โดยมีการเสนอให้มีการเลือกตั้งผู้ว่าราชการโดยตรงในทุกจังหวัดนั้น

อย่างไรก็ดี แนวทางในการกระจายอำนาจและการปกครองส่วนท้องถิ่นนั้น ยังมีอีกหลายรูปแบบ โดยเฉพาะในรัฐที่มีลักษณะเป็นรัฐเดี่ยวเอง รูปแบบ โครงสร้างและการจัดรูปแบบองค์กรขององค์กรกระจายอำนาจก็มีหลากหลายรูปแบบเช่นกัน ซึ่งรูปแบบการปกครองของไทยนั้น อาจเรียกได้ว่ามีความคล้ายคลึงกับการจัดระบบการปกครองของประเทศฝรั่งเศส กล่าวคือ มีการจัดรูปแบบการปกครองออกเป็น ๓ ระดับที่คล้ายกัน มีผู้ว่าราชการที่คล้ายคลึงกัน ในขณะเดียวกันประเทศใกล้เคียงฝรั่งเศสอย่างสเปนและอิตาลีนั้นกลับมีรูปแบบที่แตกต่างออกไปและไม่ค่อยมีการกล่าวถึง

ในงานเขียนชิ้นนี้จึงขอยกตัวอย่างของการจัดรูปแบบการปกครอง การกระจายอำนาจ และการปกครองส่วนท้องถิ่นใน ๒ ประเทศดังกล่าว เพื่อเป็นแนวทางในการจัดทำข้อเสนอต่อการปฏิรูปหรือการพัฒนาระบบการกระจายอาจของประเทศไทยในอนาคต

๑. ประเทศอิตาลี

สาธารณรัฐอิตาลีมีลักษณะการปกครองที่คล้ายกับฝรั่งเศสค่อนข้างมาก เป็นเพราะผลจากการรวมชาติของอิตาลีและได้รับอิทธิพลจากการรวมศูนย์อำนาจของฝรั่งเศสในช่วงศตวรรษที่ ๑๙ อย่างไรก็ตามในการประกาศใช้รัฐธรรมนูญปี ค.ศ. ๑๙๔๘ นั้น ได้มีการร่างถึงอำนาจขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในระดับแคว้น (regioni) และมาประสบความสำเร็จในการกระจายอำนาจในการแก้ไขรัฐธรรมนูญปี ค.ศ.๒๐๐๑

แม้ว่าองค์กรกระจายอำนาจในระดับแคว้นของอิตาลีจะมีอายุไม่มาก แต่ไม่ได้หมายความว่าอิตาลีไม่มีการกระจายอำนาจและการปกครองส่วนท้องถิ่นมาก่อน

---

* บทความวิชาการเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการของศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ประธานศาลปกครองสูงสุด

** Docteur en droit public (mention tres honorable) Aix-Marseille Université

๑.๑ โครงสร้างทางการปกครองของประเทศอิตาลี

การจัดระบบการปกครองของประเทศอิตาลีมีลักษณะที่คล้ายกับประเทศฝรั่งเศส กล่าวคือ ประกอบไปด้วย ๒ ส่วนด้วยกันได้แก่ ๑.ส่วนกลางและ ๒.องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น โดยในส่วนกลางเองนั้น จะมีการส่งเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อไปประจำยังเขตพื้นที่ต่างๆ

๑.๑.๑ ส่วนกลาง

การปกครองส่วนกลางประกอบไปด้วยประธานาธิบดี นายกรัฐมนตรีและกระทรวงต่างๆ รวมถึงการแบ่งอำนาจบางอย่างไปให้แก่เจ้าหน้าที่ของรัฐที่ประจำอยู่ตามภูมิภาคต่างๆ

- ประธานาธิบดี

ประธานาธิบดีของอิตาลีมีที่มาแตกต่างจากประธานาธิบดีฝรั่งเศส กล่าวคือ มาจากการเลือกตั้งทางอ้อมโดยรัฐสภาและผู้แทนจากแค้วน (régioni) โดยมีวาระคราวละ ๗ ปี ทำหน้าที่ในการแต่งตั้งนายกรัฐมนตรีและกิจการที่เกี่ยวข้องระหว่างฝ่ายบริหารกับฝ่ายนิติบัญญัติเช่นการยุบสภาเป็นต้น

- นายกรัฐมนตรี

นายกรัฐมนตรีมาจากการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดี ทำหน้าที่เป็นหัวหน้าของฝ่ายบริหารและแต่งตั้งคณะรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบจากประธานาธิบดี

- กระทรวง

ในแต่ละกระทรวงจะมีรัฐมนตรีว่าการ ๑ คน ทำหน้าที่ในการกำหนดนโยบายให้เป็นไปตามแนวนโยบายพื้นฐานของรัฐและทำหน้าที่บริหารกิจกรรมต่างๆของรัฐที่เกี่ยวข้องกับอำนาจหน้าที่

- การแบ่งอำนาจให้แก่เจ้าหน้าที่รัฐที่ประจำอยู่ตามภูมิภาค

การประกันหลักความเป็นเอกภาพของรัฐนั้น ส่วนกลางจะทำการส่งเจ้าหน้าที่รัฐไปประจำยังภูมิภาคต่าง ๆ โดยจะมีสำนักงานของรัฐบาล (Ufficio territoriale del governo) ตั้งอยู่ในแต่ละจังหวัดและทุกแคว้นโดยเป็นผลของมาตรา ๑๐ ของรัฐบัญญัติลงวันที่ ๕ มิถุนายน ๒๐๐๓ โดยเจ้าหน้าที่เหล่านี้จะทำหน้าที่อันเป็นหน้าที่ของรัฐบาลกลางที่ไม่ได้มีการถ่ายโอนอำนาจให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

๑.๒ การปกครองส่วนท้องถิ่น

- ความเป็นมาของการปกครองส่วนท้องถิ่นของอิตาลี

การกระจายอำนาจของอิตาลีอาจมีประวัติศาสตร์ที่แตกต่างจากของฝรั่งเศส แต่จุดที่มีร่วมกันอย่างหนึ่ง ได้แก่ เทศบาลเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีอายุมากที่สุดในบรรดาองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นทั้งหลาย จังหวัดของอิตาลีได้รับการสถาปนาโดยพระราชกฤษฎีกาลำดับที่ ๓๗๐๒ ลงวันที่ ๒๓ ตุลาคม ค.ศ. ๑๘๕๙ ซึ่งมีวัตถุประสงค์ในการรวมชาติเป็นหลัก

ในปัจจุบันอิตาลีประกอบไปด้วย ๒๐ แค้วน ๑๐๗ จังหวัดและ ๗,๙๘๓ เทศบาล

- การจัดองค์กรกระจายอำนาจของอิตาลี

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

๑. เทศบาล (comuni)

เทศบาลเป็นหน่วยการปกครองขั้นพื้นฐานของอิตาลี โดยมีขนาดเล็กที่สุดในบรรดาองค์กรกระจายอำนาจแต่เทศบาลของอิตาลีมีขนาดที่ใหญ่กว่าเทศบาลของฝรั่งเศส ทั้งในแง่ของขนาดพื้นที่และประชากร สถานะของเทศบาลได้รับการรับรองโดยมาตรา ๑๑๔ ของรัฐธรรมนูญ[๑]

ภายหลังจากการแก้ไขรัฐธรรมนูญส่งผลให้มีจำนวนเทศบาลหลังวันที่ ๑ มกราคม ค.ศ.๒๐๑๗ จำนวน ๗,๙๘๓ แห่ง

รูปแบบของเทศบาลของอิตาลีมีความพิเศษกว่าเทศบาลของประเทศอื่นคือ เทศบาลที่มีขนาดเล็กนั้นจะไม่มีองค์กรบริหารของตนเอง แต่มีสถานะเป็นเทศบาลโดยการบริหารจัดการจะทำในรูปแบบของ frazioni ในขณะที่เทศบาลขนาดใหญ่ที่มีประชากรตั้งแต่ ๒๕๐,๐๐๐ คน สามารถที่จะแบ่งเขตบริหารจัดการในเทศบาลได้[๒] เทศบาลของอิตาลีมีลักษณะที่พิเศษอีกประการ ได้แก่ การที่ไม่ได้ยึดติดกับจังหวัดใดจังหวัดหนึ่งแบบเทศบาลของฝรั่งเศสหากแต่ขึ้นตรงต่อแคว้นและส่วนกลาง

โครงสร้างของเทศบาล

เช่นเดียวกันกับโครงสร้างขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่นๆ เทศบาลของอิตาลีจะประกอบไปด้วย ๒ องค์กรหลัก ได้แก่

๑. สภาเทศบาล (Consiglio Comunale) ซึ่งจะประกอบไปด้วยสมาชิกตั้งแต่ ๑๒-๖๐ คนขึ้นอยู่กับจำนวนประชากรของเทศบาลนั้น ๆ โดยสมาชิกสภาเทศบาลจะมาจากการเลือกตั้งทางตรงของประชาชน

๒. ฝ่ายบริหาร (Giunta Comunale) ประกอบไปด้วยนายกเทศมนตรีที่มาจากการเลือกตั้งทางตรง และรองนายกเทศมนตรีที่เลือกมาจากสมาชิกสภาเทศบาล

อำนาจหน้าที่ของเทศบาล

อำนาจหน้าที่ของเทศบาลในอิตาลีจะมีความคล้ายคลึงกับเทศบาลของฝรั่งเศสด้วยเหตุที่ว่าเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีขนาดเล็กและใกล้ชิดกับประชาชนมากที่สุดอำนาจหน้าที่ของเทศบาลอิตาลีสามารถจำแนกได้เป็นด้านต่าง ๆ ต่อไปนี้

- การจัดการด้านสวัสดิการเด็กและเยาวชน เช่นการจัดให้มีสถานรับเลี้ยงเด็ก โรงเรียนอนุบาล
- กิจการด้านสวัสดิการสังคม
- การดูแลรักษาทางเท้าและการจัดเก็บขยะ
- กิจการตำรวจของเทศบาล (Polizia Municipale)

๒. จังหวัด (province)

จังหวัดถือเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่อยู่ในลำดับที่ ๒ ของบรรดาการปกครองส่วนท้องถิ่นในอิตาลี จำนวนของจังหวัดมีการปรับเปลี่ยนอยู่ตลอดเวลาขึ้นอยู่กับนโยบายของรัฐบาลกลาง

[๑] La Repubblica è costituita dai Comuni, dalle Province, dalle Città metropolitane, dalle Regioni [cfr. art. 131] e dallo Stato.I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni sono enti autonomi con propri statuti, poteri e funzioni secondo i princìpi fissati dalla Costituzione.Roma è la capitale della Repubblica. La legge dello Stato disciplina il suo ordinamento.

[๒] เช่นเดียวกับการแบ่งเขตการปกครองของเทศบาลขนาดใหญ่ตามกฎหมาย PLM ของฝรั่งเศส

เช่น ในปี ค.ศ. ๒๐๑๑ นายแบร์ลุสโคนี ได้ประกาศใช้รัฐกฤษฎีกา ในการกำหนดคุณสมบัติของจังหวัดขึ้นใหม่โดยให้พื้นที่ที่มีประชากรน้อยกว่า ๓๐๐,๐๐๐ คน หรือมีขนาดเล็กกว่า ๓,๐๐๐ ตารางกิโลเมตร ไม่มีสถานะเป็นจังหวัดอีกต่อไป ในปัจจุบันมีจังหวัดทั้งสิ้น ๑๐๗ แห่ง

โครงสร้างของจังหวัด

เช่นเดียวกับเทศบาล จังหวัดประกอบไปด้วย ๒ องค์กรที่ทำหน้าที่ในการบริหารงานของจังหวัด ได้แก่

- สภาจังหวัด (Consiglio Provinciale) ที่บรรดาสมาชิกมาจากการเลือกตั้งทางอ้อม โดยสมาชิกสภาเทศบาลและนายกเทศมนตรีที่อยู่ภายในเขตจังหวัด

- ฝ่ายบริหาร (Giunta Provinciale) หัวหน้าของฝ่ายบริหารมาจากการเลือกโดยสมาชิกสภาจังหวัดเลือกประธานสภาจังหวัด ๑ คน ทำหน้าที่เป็นประธานสภาจังหวัดและทำหน้าที่เป็นผู้บริหารของจังหวัด ประธานสภาจังหวัดสามารถแต่งตั้งรองประธานสภาจังหวัดเข้ามาช่วยทำงานได้ (เปรียบเหมือนคณะรัฐมนตรี) โดยเลือกจากบรรดาสมาชิกสภาจังหวัด ตั้งแต่ ปีค.ศ. ๒๐๑๕ ฝ่ายบริหารของจังหวัดจะไม่ได้รับเงินเดือน (เพราะถือว่ารับเงินเดือนจากการเป็นสมาชิกสภาจังหวัดแล้วไม่อาจรับเงินซ้ำซ้อนกันได้)

อำนาจหน้าที่ของจังหวัด

อำนาจหน้าที่ของจังหวัดส่วนมากจะได้รับถ่ายโอนมาจากส่วนกลางและแคว้นซึ่งเป็นไปตามรัฐบัญญัติระดับชาติและกฎหมายระดับแคว้น อย่างไรก็ตาม จังหวัดยังมีอำนาจหน้าที่ประจำ ได้แก่

- การจัดการผังเมืองและการกำหนดเขตผังเมือง
- ตำรวจระดับจังหวัด
- ดับเพลิง
- การจัดการทางหลวงจังหวัดและการทะเบียนพาหนะ

๓. แคว้นหรือภาค (regioni)

แคว้นของอิตาลีถือเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นขั้นแรกและยังเป็นองค์กรที่มีบทบาทในเวทีสหภาพยุโรป ในบรรดาองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นแคว้นเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่ได้รับการจัดตั้งขึ้นในภายหลังแต่กลับมีความสำคัญมากที่สุด โดยแคว้นถูกกล่าวถึงครั้งแรกในรัฐธรรมนูญ ค.ศ. ๑๙๔๖ และมีพัฒนาการต่อเนื่องจนมีสถานะเป็นองค์กรกระจายอำนาจในปี ค.ศ. ๑๙๗๐ ปัจจุบันอิตาลีมีจำนวนแคว้นทั้งสิ้น ๒๐ แห่ง โดยแบ่งเป็น ๑๕ แคว้นทั่วไป และ ๕ แคว้นที่มีสถานะพิเศษ

บทบาทที่สำคัญของแคว้นนั้นเป็นการได้รับมอบอำนาจมาจากส่วนกลางซึ่งอำนาจที่ได้รับมอบหมายมานี้รวมถึงอำนาจนิติบัญญัติด้วย โดยแคว้นสามารถตรากฎหมายมาใช้ได้ในเขตพื้นที่ของตนโดยมีสถานะเทียบเท่ากับกฎหมายระดับชาติ[๓] การตรากฎหมายมาบังคับใช้โดยแค้วนจะเป็นกรณีที่กิจการนั้นไม่อยู่ในเขตอำนาจนิติบัญญัติระดับชาติ ซึ่งกิจการนิติบัญญัติระดับชาติดังกล่าวถูกบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญมาตรา ๑๑๗ โดยกิจการที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้เป็นอำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติระดับชาติจะเป็นกิจการ

[๓] Articolo 117 Spetta alle Regioni la potestà legislativa in riferimento ad ogni materia non espressamente riservata alla legislazione dello Stato.Le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, nelle materie di loro competenza, partecipano alle decisioni dirette alla formazione degli atti normativi

เกี่ยวกับความสัมพันธ์ระหว่างประเทศ การรักษาความมั่นคงของรัฐ สถานะทางกฎหมายของพลเมือง การอำนวยความยุติธรรม เป็นต้น

ในการดำเนินกิจกรรมสาธารณะ แคว้นจะทำการตรากฎหมายระดับแคว้นเพื่อมอบหมายภารกิจในการจัดทำบริการสาธารณะให้แก่จังหวัดและเทศบาลตามลำดับ

โครงสร้างของแคว้น

แคว้นประกอบไปด้วยองค์กรหลัก ๒ ส่วน ได้แก่ ฝ่ายบริหารและฝ่ายสภา ซึ่งที่มาของฝ่ายบริหารของแคว้นจะแตกต่างกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่น เพราะมาจากการเลือกตั้งทางตรงและไม่จำเป็นต้องเป็นสมาชิกของสภาแคว้น

อำนาจหน้าที่ของแคว้น

เมื่อแคว้นเป็นผู้เล่นในระดับท้องถิ่นในขนาดใหญ่ที่สุด ดังนั้น อำนาจหน้าที่ของแคว้นจึงค่อนข้างสำคัญสำหรับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในระดับอื่นๆ

- เป็นตัวแทนในสหภาพยุโรป
- การค้าระหว่างประเทศ
- การศึกษา
- การสนับสนุนการประกอบอาชีพ
- สนับสนุนงานวิจัยทางวิทยาศาสตร์
- สุขอนามัย
- กีฬา
- อาหาร
- การจัดทำแผนพัฒนาท้องถิ่น
- สวัสดิการสังคมอื่น
- การจัดเก็บภาษีและการจัดทำงบประมาณของเขตพื้นที่
- ส่งเสริมศิลป วัฒนธรรม
- ธนาคารระดับแคว้น

comunitari e provvedono all'attuazione e all'esecuzione degli accordi internazionali e degli atti dell' Unione europea, nel rispetto delle norme di procedura stabilite da legge dello Stato, che disciplina le modalità di esercizio del potere sostitutivo in caso di inadempienza.La potestà regolamentare spetta allo Stato nelle materie di legislazione esclusiva, salva delega alle Regioni.La potestà regolamentare spetta alle Regioni in ogni altra materia.I Comuni, le Province e le Città metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite.Le leggi regionali rimuovono ogni ostacolo che impedisce la piena parità degli uomini e delle donne nella vita sociale, culturale ed economica e promuovono la parità di accesso tra donne e uomini alle cariche elettive .La legge regionale ratifica le intese della Regione con altre Regioni per il migliore esercizio delle proprie funzioni, anche con individuazione di organi comuni.Nelle materie di sua competenza la Regione può concludere accordi con Stati e intese con enti territoriali interni ad altro Stato, nei casi e con le forme disciplinati da leggi dello Stato.

๑.๓ ระบบการเลือกตั้งในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

การได้มาซึ่งผู้แทนขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในอิตาลีเป็นไปตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ซึ่งผู้แทนท้องถิ่นจะมาจากการเลือกตั้งเท่านั้นแต่ระบบการเลือกตั้งอาจมีการปรับเปลี่ยนในแต่ละองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเพื่อความเหมาะสม

๑.๓.๑ การเลือกตั้งในระดับเทศบาล

การเลือกตั้งในระดับเทศบาลของอิตาลีจะมีขึ้นในวันเดียวกันทั้งสมาชิกสภาเทศบาลและนายกเทศมนตรี โดยการเลือกตั้งนายกเทศมนตรีนั้น จะเป็นการเลือกตั้งทางตรงโดยประชาชน ผู้ที่ได้รับการลงคะแนนเสียงมากที่สุดจะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นนายกเทศมนตรี โดยไม่จำเป็นที่จะต้องได้เสียงข้างมากเด็ดขาด ขอเพียงได้รับเสียงข้างมากทั่วไปก็เพียงพอแล้วสำหรับเทศบาลที่มีประชากรน้อยกว่า ๑๕,๐๐๐ คน แต่ถ้าเป็นเทศบาลที่มีประชากรตั้งแต่ ๑๕,๐๐๐ คนขึ้นไป ผู้สมัครจะต้องได้รับเสียงข้างมากแบบเด็ดขาด หากในการลงคะแนนรอบแรกไม่มีผู้ที่ได้รับคะแนนเสียงข้างมากเด็ดขาดจะต้องมีการลงคะแนนในรอบที่ ๒ โดยนำเอาผู้สมัครที่ได้รับคะแนนสูงสุดสองคนแรกมาให้ประชาชนลงคะแนนอีกครั้ง

ในส่วนของการเลือกตั้งสมาชิกสภาท้องถิ่นนั้นจะเป็นระบบบัญชีรายชื่อไม่มีระบบแบ่งเขต วิธีการเลือกตั้งจะขึ้นอยู่กับขนาดของเทศบาล โดยเทศบาลที่มีประชากรน้อยกว่า ๑๕,๐๐๐ คน จะใช้วิธีการเลือกตั้งแบบบัญชีรายชื่อในระบบสัดส่วน กล่าวคือ จำนวนของที่นั่งในสภาเทศบาล ๒ ใน ๓ จะถูกจัดสรรให้กลุ่มการเมืองที่ได้รับคะแนนสูงที่สุดในระบบบัญชีรายชื่อและที่นั่งที่เหลือจำนวน ๑ ใน ๓ จะถูกเฉลี่ยกันตามสัดส่วนคะแนนระหว่างกลุ่มการเมืองที่เหลือ

สำหรับเทศบาลที่มีประชากรตั้งแต่ ๑๕,๐๐๐ คนขึ้นไป จะใช้ระบบเดียวกันได้แก่ระบบบัญชีรายชื่อในระบบสัดส่วนแต่กลุ่มการเมืองที่ได้รับคะแนนร้อยละ ๕๐ จะได้รับการรับประกันที่นั่งในสภาเทศบาลไม่น้อยกว่าร้อยละ ๖๐ ของจำนวนที่นั่งทั้งหมดส่วนที่นั่งที่เหลือจะจัดสรรตามสัดส่วนของคะแนน[๔]

๑.๓.๒ การเลือกตั้งในระดับจังหวัด

ก่อนปี ค.ศ. ๒๐๑๔ สมาชิกสภาจังหวัดมาจากการเลือกตั้งทางตรง โดยผู้มีสิทธิเลือกตั้งในเขตจังหวัด แต่ภายหลังจากการปฏิรูประบบการปกครองส่วนท้องถิ่นในปี ค.ศ. ๒๐๑๓ ส่งผลให้จังหวัดมีอำนาจหน้าที่น้อยลงและส่งผลอีกประการคือ จำนวนสมาชิกสภาจังหวัดลดลงจากเดิมคือเหลือสมาชิกสภาจังหวัดอย่างน้อย ๑๐ คนแต่ไม่เกิน ๑๖ คน ขึ้นอยู่กับขนาดและจำนวนประชากรของเขตจังหวัดนั้นๆ ในปัจจุบันการเลือกตั้งสมาชิกสภาจังหวัดเป็นการเลือกตั้งทางอ้อม โดยให้นายกเทศมนตรีและสมาชิกสภาเทศบาลเป็นผู้มีสิทธิในการลงคะแนนเลือกสมาชิกสภาจังหวัดโดยใช้ระบบสัดส่วนหรือที่เรียกว่าระบบ Jefferson

๑.๓.๓ การเลือกตั้งในระดับแคว้น

การเลือกตั้งในระดับแคว้นถือเป็นการเลือกตั้งที่มีความสำคัญกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นมากที่สุด เนื่องจากอำนาจหน้าที่ของแคว้นที่มีเทียบเท่ากับรัฐบาลกลาง

ระบบการเลือกตั้งสมาชิกสภาแคว้นใช้ระบบผสม (ระหว่างระบบเสียงข้างมากและระบบสัดส่วน) โดยที่จำนวนที่นั่ง ๔ ใน ๕ ของที่นั่งทั้งหมดจะใช้ระบบสัดส่วนในการเลือกตั้งและ ๑ ใน ๕

[๔] ระบบการเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลของอิตาลีจะไม่มีความแตกต่างกับของฝรั่งเศสมากนักโดยอาจต่างกันแค่จำนวนและการจัดสรรสัดส่วนเท่านั้น

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเทียบเชิญราชการ

ที่เหลือจะใช้ระบบเสียงข้างมาก โดยที่กลุ่มการเมืองหรือพรรคการเมืองที่ได้รับคะแนนมากที่สุดจะได้รับการรับประกันที่นั่งในสภาไม่น้อยกว่าร้อยละ ๕๕

สำหรับประธานแคว้นมาจากการเลือกตั้งทางตรงโดยประชาชน มีวาระคราวละ ๕ ปี ส่วนรัฐมนตรีประจำแคว้นมาจากการแต่งตั้งโดยประธานแคว้นโดยรัฐมนตรีของแคว้นจะเป็นสมาชิกสภาแคว้นหรือไม่เป็นก็ได้

๑.๔ การกำกับดูแล

ในประเทศอิตาลีจะมีการแต่งตั้งข้าราชการจากกระทรวงมหาดไทยไปประจำตามเขตขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในระดับจังหวัดหนึ่งคนเรียกว่า Prefetto โดยทำหน้าที่เป็นผู้กำกับดูแลการดำเนินการขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นไม่ให้มีการขัดต่อผลประโยชน์ของชาติ หรือป้องกันการดำเนินการที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ประชาชน

อำนาจในการกำกับดูแลของ Prefetto นั้น เป็นอำนาจในการควบคุมภายหลังการดำเนินการ กล่าวคือ ก่อนการปฏิรูปการเมืองการปกครองและการแก้ไขรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. ๒๐๐๑ นั้น การใช้ดุลยพินิจของ Prefetto เป็นไปอย่างกว้างขวาง จนกระทั่งการแก้ไขรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. ๒๐๐๑ เสร็จสิ้นลง อำนาจของ Prefetto จึงเหลือเพียงการควบคุมภายหลังและไม่ได้เป็นการควบคุมด้วยตนเอง หากแต่เป็นการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญเพื่อให้ทำการวินิจฉัยว่าการกระทำขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นขัดต่อรัฐธรรมนูญหรือไม่[๕]

นอกจากอำนาจในการกำกับดูแลแล้ว Prefetto ยังมีบทบาทสำคัญในการผสานความร่วมมือระหว่างองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นและระหว่างหน่วยงานของรัฐอื่นๆในระดับชาติและระดับท้องถิ่นด้วย

๒. ประเทศสเปน

สเปนเป็นประเทศที่มีความแตกต่างในระบบการเมืองการปกครองจากฝรั่งเศสและอิตาลี กล่าวคือ สเปนนั้นเป็นราชอาณาจักร แต่ฝรั่งเศสและอิตาลีนั้นเป็นสาธารณรัฐ จึงส่งผลให้รูปแบบของระบบการเมืองการปกครองในระดับชาติมีความแตกต่างกับ ๒ ประเทศข้างต้น

ในส่วนของการปกครองส่วนท้องถิ่นของประเทศสเปนนั้นถูกกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญมาตรา ๑๓๗[๖] โดยให้องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของสเปนประกอบไปด้วย แคว้นปกครองตนเอง จังหวัดและเทศบาล ซึ่งในการจัดรูปแบบไม่มีความแตกต่างกับรูปแบบของฝรั่งเศสและอิตาลีมากนักหากแต่อำนาจหน้าที่ขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของสเปนมีมากและมีความเป็นอิสระมากกว่าฝรั่งเศสและอิตาลีจึงทำให้การกระจายอำนาจของสเปนมีลักษณะที่ใกล้เคียงกับการจัดแบ่งรัฐในรูปแบบรัฐรวมแต่อยู่ภายใต้ร่มของรัฐเดี่ยว

[๕] Giulio Vesperini, Regional and Localgovernment in Italy:an overview, https://images.irpa.eu/ wp-content/uploads/2011/06/vesperinig.pdf เข้าถึงเมื่อ ๑ สิงหาคม พ.ศ. ๒๕๖๕

[๖] El Estado se organiza territorialmente en municipios, en provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan. Todas estas entidades gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses

๒.๑ โครงสร้างทางการปกครองของสเปน

การจัดโครงสร้างทางการเมืองการปกครองของสเปนไม่ต่างจากฝรั่งเศสและอิตาลีมากนัก ถึงแม้ว่าจะมีรูปแบบการปกครองที่แตกต่างกัน โดยสเปนแบ่งรูปแบบการปกครองออกเป็น ๒ ส่วนด้วยกัน ได้แก่ ๑. ส่วนกลาง และ ๒. ส่วนท้องถิ่น

๒.๑.๑ ส่วนกลาง

การบริหารราชการส่วนกลางของสเปนนั้นประกอบไปด้วยประมุขของรัฐและหน่วยบริหารงานของรัฐบาลอันได้แก่นายกรัฐมนตรี กระทรวงและระบบการแบ่งอำนาจให้แก่ภูมิภาค โดยประมุขของรัฐได้แก่พระมหากษัตริย์

- นายกรัฐมนตรี

นายกรัฐมนตรีของสเปนมาจากการที่พระมหากษัตริย์จะทรงปรึกษากับสมาชิกรัฐสภาเพื่อขอให้เสนอชื่อผู้ที่เหมาะสมในการได้รับการแต่งตั้งให้เป็นนายกรัฐมนตรีและเสนอชื่อต่อประธานสภาผู้แทนราษฎรเพื่อให้สมาชิกสภาผู้แทนราษฎรทำการลงคะแนนแล้วจึงเสนอให้พระมหากษัตริย์ทรงมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งต่อไป

- การแบ่งอำนาจให้ภูมิภาค

แนวคิดในการแบ่งอำนาจให้ภูมิภาคนั้นโดยหลักการแล้วไม่มีความแตกต่างกับระบบของประเทศฝรั่งเศสและอิตาลี คงมีแต่รายละเอียดปลีกย่อยที่แตกต่างกันได้แก่ ประเทศสเปนจะมีการแต่งตั้งผู้แทนของรัฐบาลในเขตการปกครองของแคว้นทุกแคว้น (Administración periférica del Estado) และในทุกจังหวัดที่เป็นเมืองเอกของแคว้น (Subdelegados del Gobierno)

๒.๑.๒ ส่วนท้องถิ่น

- ความเป็นมาของการปกครองส่วนท้องถิ่นของสเปน

การจัดการกระจายอำนาจของสเปนมีประวัติศาสตร์ที่ไม่ยาวนานเท่าฝรั่งเศสและอิตาลี เป็นเพราะสภาพการเมืองภายในประเทศและการเข้าสู่ยุคของเผด็จการฟรังโก จวบจนหลังยุคฟรังโกสเปนจึงมีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญและมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการกระจายอำนาจ

- การจัดองค์กรกระจายอำนาจของสเปน

๑. เทศบาล (municipio)

เทศบาลเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นขั้นพื้นฐานของราชอาณาจักร ได้รับการสถาปนาขึ้นโดยพระราชบัญญัติลำดับที่ ๗/๑๙๘๕ ลงวันที่ ๒ เมษายน ค.ศ. ๑๙๘๕ กำหนดให้เทศบาลมีสถานะเป็นนิติบุคคล

โครงสร้างของเทศบาล

เทศบาลของประเทศสเปนประกอบไปด้วย ๒ องค์กรหลักเช่นเดียวกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่นโดยประกอบได้ด้วย

- ฝ่ายบริหารได้แก่ นายกเทศมนตรี (Alcalde) รองนายกเทศมนตรี (Teniente de alcalde) คณะมุขมนตรีเทศบาล (Junta de Gobierno Local) สำหรับเทศบาลขนาดเล็กที่มีประชากรไม่เกิน ๕,๐๐๐ คน คณะกรรมาธิการวิสามัญในด้านการบริหาร

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเทียนวายุราชการ

- ฝ่ายสภาได้แก่สภาเทศบาล(Pleno)

จำนวนสมาชิกสภาเทศบาลให้มีได้ตามจำนวนประชากรดังต่อไปนี้

จำนวนประชากร	จำนวนสมาชิก
น้อยกว่า ๑๐๐	๓
๑๐๑ - ๒๕๐	๕
๒๕๑ – ๑,๐๐๐	๗
๑,๐๐๑ – ๒,๐๐๐	๙
๒,๐๐๑ – ๕,๐๐๐	๑๑
๕,๐๐๑ – ๑๐,๐๐๐	๑๓
๑๐,๐๐๑ – ๒๐,๐๐๐	๑๗
๒๐,๐๐๑ – ๕๐,๐๐๐	๒๑
๕๐,๐๐๑ – ๑๐๐,๐๐๐	๒๕
๑๐๐,๐๐๑ – ๓๐๐,๐๐๐	๒๗
๓๐๐,๐๐๑ – ๕๐๐,๐๐๐	๒๙
๕๐๐,๐๐๑ – ๗๐๐,๐๐๐	๓๑
๗๐๐,๐๐๑ – ๙๐๐,๐๐๐	๓๓

- องค์กรอื่นที่อาจมีได้เพิ่มเติมโดยอาศัยบทบัญญัติของกฎหมายที่ตราโดยแคว้น

อำนาจหน้าที่ของเทศบาล

- จัดให้มีไฟส่องสว่างในพื้นที่สาธารณะ
- การดูแลสุสาน
- การจัดการขยะ
- จัดให้มีน้ำประปา
- จัดให้มีระบบระบายน้ำ
- จัดทำทางเท้าสาธารณะ
- จัดหาอาหารตามความต้องการของประชาชน

สำหรับเทศบาลที่มีประชากรมากกว่า ๕,๐๐๐คน มีอำนาจหน้าที่เพิ่มเติมได้แก่

- สวนสาธารณะ
- ห้องสมุด
- ตลาด

เทศบาลที่มีประชากรตั้งแต่ ๒๕,๐๐๐ คนขึ้นไป มีอำนาจหน้าที่เพิ่มเติมได้แก่

- ป้องกันอัคคีภัย
- การจัดการด้านกีฬา

เทศบาลที่มีประชากรตั้งแต่ ๕๐,๐๐๐ คน มีอำนาจที่เพิ่มเติมมาได้แก่

- การขนส่งมวลชน
- การดูแลรักษาสิ่งแวดล้อม

๒. จังหวัด (provincias)

จังหวัดเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่มีประวัติมาตั้งแต่ ค.ศ. ๑๘๓๓ แต่ไม่ใช่จังหวัดในความหมายปัจจุบัน จังหวัดในฐานะองค์กรปกครอง ส่วนท้องถิ่นในปัจจุบันถูกสถาปนาขึ้นโดยผลของรัฐธรรมนูญ ค.ศ. ๑๙๗๘ ภายหลังอสัญกรรมของนายพลฟรังโก

จังหวัดเป็นองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นลำดับ ๒ ของสเปนแต่มีอำนาจหน้าที่น้อยกว่าแคว้นอย่างมีนัยสำคัญปัจจุบันสเปนประกอบไปด้วย ๕๐ จังหวัด

โครงสร้างของจังหวัด

จังหวัดของสเปนมีความแตกต่างจากจังหวัดของประเทศอื่น คือจะไม่มีการแยกฝ่ายบริหารออกจากฝ่ายสภาโดยเด็ดขาด แต่จะรวมกันอยู่ในองค์กรเดียวกันเรียกว่า Diputación Provincial โดย Diputación Provincial นั้นจะประกอบไปด้วย สภาจังหวัด (Pleno) ประธาน (Presidente) และรองประธาน (Vicepresidentes) และ คณะกรรมการบริหาร (Junta de Gobierno)

สภาจังหวัดจะเป็นองค์กรที่ทำหน้าที่หลักของ Diputación Provincial โดยทำหน้าที่รับผิดชอบในการออกข้อบัญญัติจังหวัดด้านงบประมาณและควบคุมการดำเนินการของคณะบริหาร

ประธานสภาจังหวัดทำหน้าที่เป็นหัวหน้าฝ่ายบริหาร

อำนาจหน้าที่ของจังหวัด

อำนาจหน้าที่ของจังหวัดเป็นไปโดยผลของกฎหมายที่ตราโดยสภาแคว้นโดยสามารถจำแนกเป็นด้านต่างๆ ได้ดังต่อไปนี้

- จัดทำความร่วมมือในด้านการจัดทำบริการสาธารณะระหว่างเทศบาลในจังหวัด
- จัดทำความร่วมมือด้านเศรษฐกิจ สังคมและกฎหมายระหว่างเทศบาลในเขตจังหวัด
- จัดทำบริการสาธารณะในระดับที่สูงกว่าเทศบาล

๓. แคว้นหรือภาค (comunidades autónomas)

แคว้นหรือภาคของสเปนถูกจัดตั้งขึ้นโดยผลของรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. ๑๙๗๘ มาตรา ๑๔๓ โดยกำหนดให้เป็นองค์กรปกครองตนเองในระดับท้องถิ่น[๗] ในปัจจุบันมีแคว้นจำนวนทั้งสิ้น ๑๗ แห่ง ลักษณะของแคว้นนั้นมีความใกล้เคียงกับมลรัฐของประเทศที่ใช้รูปแบบสหพันธ์รัฐหากแต่แคว้นนั้นยังไม่มีอำนาจในทางตุลาการ

---

[๗] Artículo 143

1. En el ejercicio del derecho a la autonomía reconocido en el artículo 2 de la Constitución, las provincias limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, los territorios insulares y las provincias con entidad regional histórica podrán acceder a su autogobierno y constituirse en Comunidades Autónomas con arreglo a lo previsto en este Título y en los respectivos Estatutos.

2. La iniciativa del proceso autonómico corresponde a todas las Diputaciones interesadas o al órgano interinsular correspondiente y a las dos terceras partes de los municipios cuya población represente, al menos, la mayoría del censo electoral de cada provincia o isla. Estos requisitos deberán ser cumplidos en el plazo de seis meses desde el primer acuerdo adoptado al respecto por alguna de las Corporaciones locales interesadas.

3. La iniciativa, en caso de no prosperar, solamente podrá reiterarse pasados cinco años.

โครงสร้างของแคว้น

เช่นเดียวกับองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่น แคว้นประกอบไปด้วยโครงสร้าง ๒ ส่วน ได้แก่ ๑. ฝ่ายสภาแคว้น (Asamblea regional, Parlamento regional, Cortes regionales) และ ๒. ฝ่ายบริหาร (Consejo de gobierno)

อำนาจหน้าที่ของแคว้น

อำนาจหน้าที่ของแคว้นถูกบัญญัติไว้ในมาตรา ๑๔๘ ของรัฐธรรมนูญปี ค.ศ. ๑๙๗๘ ได้แก่

- บริหารจัดการองค์กรปกครองตนเองในระดับท้องถิ่น
- แก้ไขปรับปรุงอำนาจหน้าที่ของเทศบาลและจัดให้มีการถ่ายโอนภารกิจจากรัฐไปให้แก่องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น
- จัดการด้านการผังเมืองและที่อยู่อาศัย
- งานโยธาสาธารณะ
- การขนส่งระบบรางและระบบเคเบิ้ล
- ท่าเทียบเรือและท่าอากาศยานที่ไม่ใช่เชิงพาณิชย์
- การเกษตรและการจัดการเกษตรให้สอดคล้องกับระบบเศรษฐกิจ
- การป่าไม้และสัมปทานป่าไม้
- การรักษาสิ่งแวดล้อม
- การจัดการระบบคลองส่งน้ำ
- การประมง
- การสันทนาการ
- การจัดการเศรษฐกิจให้สอดคล้องกับนโยบายของรัฐ
- ส่งเสริมงานหัตถกรรม
- ห้องสมุด พิพิธภัณฑ์และโรงอุปรากร
- ส่งเสริมวัฒนธรรมท้องถิ่น
- ส่งเสริมการท่องเที่ยว
- ส่งเสริมการกีฬาและนันทนาการ
- ภารกิจด้านสังคม
- ภารกิจด้านสุขอนามัย
- การรักษาความสงบเรียบร้อยและจัดให้มีตำรวจท้องถิ่น

๒.๒ ระบบการเลือกตั้งในองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น

๒.๒.๑ การเลือกตั้งในระดับเทศบาล

การเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลขนาดเล็กคือมีประชากรไม่เกิน ๒๕๐ คน ใช้วิธีการเลือกตั้งแบบแบ่งเขตและบัญชีรายชื่อแบบสามารถเลือกข้ามบัญชีได้

การเลือกตั้งสมาชิกสภาเทศบาลที่มีประชากรตั้งแต่ ๒๕๐ คนขึ้นไป ใช้ระบบแบ่งเขตและใช้ระบบบัญชีรายชื่อแบบปิด

การเลือกตั้งนายกเทศมนตรีในเทศบาลที่มีประชากรน้อยกว่า ๑๐๐ คน ใช้ระบบการเลือกตั้งทางตรง

การเลือกตั้งนายกเทศมนตรีในเทศบาลที่มีประชากรไม่เกิน ๒๕๐ คน ใช้ระบบการเลือกตั้งโดยสมาชิกสภาเทศบาลเลือกกันเองให้ผู้ที่ได้รับคะแนนเสียงมากที่สุดเป็นนายกเทศมนตรี

การเลือกตั้งนายกเทศมนตรีในเทศบาลที่มีประชากรมากกว่า ๒๕๐ คน ใช้ระบบการเลือกตั้งโดยสมาชิกสภาเทศบาลเลือกกันเองให้ได้ผู้ที่ได้คะแนนสูงสุดถ้าในรอบแรกมีผู้ที่ได้รับคะแนนเกินกึ่งหนึ่งก็จะได้รับการแต่งตั้งให้เป็นนายกเทศมนตรี หากไม่มีก็จะนำเอาผู้ที่ได้รับคะแนนสูงสุด ๒ คน มาเลือกอีกรอบหนึ่งให้ได้เสียงข้างมากเด็ดขาด

๒.๒.๒ การเลือกตั้งในระดับจังหวัด

การเลือกตั้งสมาชิกสภาจังหวัดของสเปนมีความพิเศษกว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นอื่นๆ เพราะให้เลือกโดยสมาชิกสภาเทศบาลเลือกมาจากบรรดากลุ่มการเมืองต่าง ๆ ในเขตจังหวัด

ส่วนฝ่ายบริหารมาจากการเลือกประธานสภาจังหวัดโดยสมาชิกสภาจังหวัดเลือกกันเอง และให้ประธานสภาจังหวัดแต่งตั้งคณะมุขมนตรีทำหน้าที่เป็นฝ่ายบริหาร

๒.๒.๓ การเลือกตั้งในระดับแคว้น

สมาชิกสภาแคว้นมาจากการเลือกตั้งในระบบบัญชีรายชื่อแบบสัดส่วนหรือระบบ Jefferson

ประธานสภาแคว้นทำหน้าที่เป็นหัวหน้าฝ่ายบริหารและแต่งตั้งคณะบริหารขึ้นมาทำหน้าที่เป็นคณะมุขมนตรี

บทสรุป

สิ่งสำคัญของการปกครองส่วนท้องถิ่นไม่ว่ารูปแบบใดก็ตาม ไม่ได้อยู่ที่โครงสร้างหรือรูปแบบขององค์กร หากแต่อยู่ที่ระดับของความเป็นอิสระขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นในการตอบสนองความต้องการของประชาชนมากกว่า ดังเช่น รูปแบบของการปกครองส่วนท้องถิ่นของประเทศอิตาลีและประเทศสเปนนั้น หากมองกันอย่างผิวเผินจะพบว่า มีความคล้ายกับโครงสร้างของรูปแบบการปกครองของประเทศไทย หากแต่เมื่อพิจารณาลึกลงไปถึงอำนาจหน้าที่และความสัมพันธ์เชิงอำนาจระหว่างองค์กรของรัฐในแต่ละระดับนั้นจะพบว่า องค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของทั้งสองประเทศกลับมีความเป็นอิสระและมีความคล่องตัวในการดำเนินกิจกรรมสาธารณะมากกว่าองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของไทย นั่นเป็นเพราะองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นของทั้งสองประเทศข้างต้นได้รับการรับรองในฐานะที่เป็นองค์กรที่ถูกจัดตั้งโดยรัฐธรรมนูญ ดังนั้น พันธกรณีต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นจึงอยู่ภายใต้รัฐธรรมนูญของแต่ละรัฐเป็นสำคัญ

การแทรกแซงองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นโดยส่วนกลางหรือการสั่งการต่าง ๆ ไม่สามารถกระทำได้และถือว่าเป็นการกระทำที่ขัดต่อรัฐธรรมนูญ เว้นแต่การแทรกแซงนั้นจะเกิดจากการที่กิจกรรมขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นนั้นอาจจะไม่ชอบด้วยกฎหมาย หรือก่อให้เกิดความเสียหายอย่างแจ้งชัด ผู้แทนของรัฐจากส่วนกลางอาจมีคำสั่งให้พักงานเจ้าหน้าที่ ผู้บริหารหรือสมาชิกสภาท้องถิ่นได้ แต่องค์กรที่ทำหน้าที่ในการวินิจฉัยนั้นจะต้องเป็นองค์กรตุลาการเท่านั้น

การนำเอารูปแบบของการปกครองส่วนท้องถิ่นของต่างประเทศมาปรับใช้กับประเทศไทย จึงควรกระทำด้วยความรอบคอบ ไม่ใช่การทำโดยฉาบฉวยหรือยกเอารูปแบบใดรูปแบบหนึ่งมาเป็นสูตรสำเร็จตายตัว

บรรณานุกรม

D'ARCY, François, BAENA DEL ALCAZAR, Mariano**, Décentralisation en France et autonomies en Espagne In : Pouvoir local, régionalismes, décentralisation : Enjeux territoriaux et territorialité en Amérique latine,** Paris : Éditions de l'IHEAL, 1989

Dominique Rivière, **Réforme territoriale à l'italienne : d'une géographie des intérêts à une géographie de la rigueur, EchoGéo**, 35 | 2016, mis en ligne le 19 avril 2016,

Giulio Vesperini, **Regional and Local government in Italy: an overview,** https://images.irpa.eu/wp-content/uploads/2011/06/vesperinig.pdf

PASQUIER, Romain, **Les rιgions et les styles nationaux des politiques territoriales In : La capacité politique des régions : Une comparaison France/Espagne**, Rennes : Presses universitaires de Rennes, 2004

SANZ GóMEZ Mercedes**, Les collectivités locales en Espagne : entre continuité et rénovation », Revue d'Économie Régionale & Urbaine, 2005/1 (février)**, p. 31-55.

บทบาทเชิงรุกของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศส กับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

อมรรัตน์ กุลสุจริต*

บทนำ

หากกล่าวถึงบทบาทของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสในปัจจุบัน เราจะพบว่ามีพัฒนาการที่แตกต่างจากในอดีตค่อนข้างมาก โดยเฉพาะในช่วงระยะเวลาหลังจากที่มีการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. ๒๐๐๘ ที่อาจเรียกได้ว่าเป็นการปรับหรือปฏิรูปรัฐธรรมนูญครั้งใหญ่เมื่อเทียบกับการแก้ไขเพิ่มเติมหลายครั้งที่ผ่านมานับตั้งแต่ประกาศบังคับใช้รัฐธรรมนูญสาธารณรัฐที่ ๕ ค.ศ. ๑๙๕๘ มาเป็นเวลาครบ ๕๐ ปี ในขณะนั้น ซึ่งเรียกการปรับในครั้งนี้ว่าเป็นการปรับระบบสถาบันทางการเมืองของระบอบสาธารณรัฐที่ ๕ ให้สอดคล้องกับยุคสมัย โดยจัดทำเป็นรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ลงวันที่ ๒๓ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๐๘[๑] สำหรับการปฏิรูปรัฐธรรมนูญครั้งนี้ในส่วนที่เกี่ยวกับอำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ จากเดิมหน้าที่ในการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายจะเป็นเฉพาะการควบคุมกฎหมายก่อนประกาศบังคับใช้หรือการควบคุมร่างกฎหมาย (Le contrôle a priori) แต่ภายหลังการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญดังกล่าว ได้มีการกำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญภายหลังที่กฎหมายประกาศบังคับใช้แล้วด้วย (Le contrôle a posteriori) โดยเรียกว่ากระบวนการนี้ว่า “Question prioritaire de constitutionalité (QPC)” ดังจะกล่าวรายละเอียดเรื่องนี้ในส่วนต่อไป

มีข้อน่าสังเกตว่าประเทศฝรั่งเศสแต่เดิมนั้นมีข้อโต้แย้งและคัดค้านการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญภายหลังที่กฎหมายประกาศบังคับใช้แล้ว เนื่องจากยึดมั่นในหลักการและแนวคิดที่ว่า หากยอมให้มีการเพิกถอนหรือทำให้กฎหมายที่ประกาศบังคับใช้แล้วสิ้นผลไปโดยองค์กรอื่นซึ่งไม่ใช่ผู้แทนราษฎรก็เท่ากับว่าเป็นการกระทำที่อาจขัดต่อเจตจำนงทั่วไปของประชาชน (Volonté générale) เพราะถือว่ากฎหมายคือเจตจำนงทั่วไปของประชาชน แต่ปัจจุบันนับแต่ ค.ศ. ๒๐๐๘ ฝรั่งเศสยินยอมให้ใช้ระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายภายหลังที่มีการประกาศบังคับใช้แล้ว ด้วยเหตุผลที่ว่า

* ผู้ช่วยศาสตราจารย์ประจำ คณะนิติศาสตร์ สถาบันบัณฑิตพัฒนบริหารศาสตร์

[๑] Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République อันเป็นการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญครั้งที่ ๒๔ นับตั้งแต่ประกาศใช้ในปี ค.ศ. ๑๙๕๘ เป็นต้นมา, ดูรายละเอียดเพิ่มเติมได้ที่ https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-constitution/les-revisions-constitutionnelles (เข้าถึงเมื่อ ๒๐ สิงหาคม ๒๕๖๕).

กระบวนการควบคุมภายหลังดังกล่าว รัฐธรรมนูญกำหนดขอบเขตให้ควบคุมเฉพาะประเด็นที่มีบทบัญญัติของกฎหมายละเมิดต่อสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ อันเป็นการตรวจสอบในเชิงบวกที่ส่งผลดีต่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

โครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ (Conseil constitutionnel) มีรูปแบบเป็นคณะกรรมการพิเศษ ซึ่งออกแบบและจัดตั้งขึ้นโดยรัฐธรรมนูญฉบับสาธารณรัฐที่ ๕ ที่ประกาศใช้เมื่อวัน ๔ ตุลาคม ค.ศ. ๑๙๕๘ โดยบทบาท อำนาจหน้าที่ และภารกิจของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสนั้นถูกกำหนดให้เป็นองค์กรที่ทำหน้าที่สำคัญในการปกป้องหรือพิทักษ์รัฐธรรมนูญ (รัฐธรรมนูญ หมวด ๗ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ มาตรา ๕๗ – ๖๓)[๒] และเป็นที่น่าสังเกตว่าพัฒนาการนับแต่กำเนิดระบบการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสจากอดีตจนถึงปัจจุบัน ประเทศฝรั่งเศสเลือกใช้รูปแบบองค์กรที่ไม่ได้เป็นรูปแบบศาล (Cour) ในการทำหน้าที่ดังกล่าวนี้มาโดยตลอด แต่ใช้รูปแบบเป็นคณะกรรมการ (Conseil) ในเรื่องโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีสาระสำคัญสรุปได้ดังนี้

๑. โครงสร้างของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญตามรัฐธรรมนูญ

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญประกอบด้วยสมาชิกซึ่งมาจากการแต่งตั้งและสมาชิกโดยตำแหน่ง โดยตุลาการรัฐธรรมนูญที่มาจากการแต่งตั้ง (membres nommés) มีจำนวน ๙ คน มาจากการแต่งตั้งโดยประธานาธิบดี (Président de la République) ๓ คน แต่งตั้งโดยประธานสภาผู้แทนราษฎร (Le président de l'Assemblée nationale) ๓ คน และอีก ๓ คน แต่งตั้งโดยประธานวุฒิสภา (Le président du Sénat) มีวาระการดำรงตำแหน่ง ๙ ปี และดำรงตำแหน่งได้เพียงวาระเดียว ทั้งนี้ ให้มีการเปลี่ยนตุลาการรัฐธรรมนูญจำนวน ๑ ใน ๓ ทุก ๆ ๓ ปี (รัฐธรรมนูญ มาตรา ๕๖ วรรคหนึ่ง)[๓] โดยรัฐกำหนดที่ ๕๘-๑๐๖๗ ลงวันที่ ๗ พฤศจิกายน ค.ศ. ๑๙๕๘ ว่าด้วยกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะกำหนดรายละเอียดกระบวนการแต่งตั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่มาจากการแต่งตั้งเพื่อให้เกิดการเปลี่ยน ๑ ใน ๓ ทุก ๆ ๓ ปี (มาตรา ๓)[๔]

สำหรับการแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญนั้น มีข้อน่าสังเกตว่าในการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเมื่อ ค.ศ. ๒๐๐๘ ได้จำกัดอำนาจของประธานาธิบดีในการแต่งตั้งบุคคลเพื่อดำรงตำแหน่งบางกรณี โดยกำหนดให้มีกระบวนการยับยั้งถ่วงดุลอำนาจประธานาธิบดีโดยคณะกรรมาธิการถาวรของสภาผู้แทนราษฎรหรือวุฒิสภา (Veto parlementaire) ได้ด้วยคะแนนเสียง ๓ ใน ๕ ของจำนวนกรรมาธิการร่วมของทั้งสองสภา ซึ่งถูกนำมาใช้และมีผลต่อการแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญในสัดส่วนอำนาจของประธานาธิบดี เท่ากับว่าหากรัฐสภาใช้อำนาจดังกล่าว จะส่งผลให้ประธานาธิบดีไม่สามารถแต่งตั้งบุคคลที่รัฐสภาไม่เห็นชอบเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญได้ และเช่นเดียวกันกรณีการแต่งตั้งตุลาการรัฐธรรมนูญในสัดส่วนของแต่ละสภาก็ต้องได้

[๒] Titre VII - Le conseil constitutionnel, article 57 – 63 de la Constitution du 4 octobre 1958.

[๓] Article 56, alinéa 1 de la Constitution du 4 octobre 1958

[๔] Article 3 de l'Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel.

รับความเห็นชอบจากคณะกรรมาธิการถาวรของแต่ละสภาด้วยเช่นกัน (รัฐธรรมนูญ มาตรา ๕๖ วรรคหนึ่ง และมาตรา ๑๓ วรรค ๕)[๕]

นอกจากนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญยังประกอบด้วยสมาชิกอีกประเภทหนึ่งได้แก่ ตุลาการโดยตำแหน่ง (membres de droit) ได้แก่ อดีตประธานาธิบดี (Les anciens Président de la République) ทุกคน โดยรัฐธรรมนูญกำหนดให้อดีตประธานาธิบดีสามารถเป็นตุลาการรัฐธรรมนูญโดยตำแหน่ง และมีวาระการดำรงตำแหน่งตลอดชีวิต ทั้งนี้ตามความสมัครใจ (รัฐธรรมนูญ มาตรา ๕๖ วรรคสอง)[๖]

๒. อำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ที่ถูกกำหนดตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ ได้แก่

๑) ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของร่างกฎหมาย (รัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๑ วรรคสาม และวรรคห้า มาตรา ๖๑ วรรคหนึ่ง และวรรคสอง และรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่ ๒๐๑๓-๑๑๑๔ ลงวันที่ ๖ ธันวาคม ค.ศ. ๒๐๑๓) ร่างกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญ (รัฐธรรมนูญ มาตรา ๔๖ วรรคห้า และมาตรา ๖๑ วรรคหนึ่ง) และร่างข้อบังคับของรัฐสภา (มาตรา ๖๑ วรรคหนึ่งและวรรคสาม)

๒) ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย (รัฐธรรมนูญ มาตรา ๖๑-๑ และรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่ ๒๐๐๙-๑๕๒๓ ลงวันที่ ๑๐ ธันวาคม ค.ศ. ๒๐๐๙ และระเบียบคณะตุลาการรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีการเสนอคำร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในคดี QPC แก้ไขเพิ่มเติมล่าสุด ค.ศ. ๒๐๑๓)

๓) ควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของข้อผูกพันระหว่างประเทศ (รัฐธรรมนูญ มาตรา ๕๔)

๔) ชี้ขาดข้อพิพาทระหว่างองค์กรตามรัฐธรรมนูญเรื่องอำนาจการตรากฎหมายตามรัฐธรรมนูญ (รัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๔ และมาตรา ๔๑ รัฐกำหนดที่ ๕๘-๑๐๖๗ ลงวันที่ ๗ พฤศจิกายน ค.ศ. ๑๙๕๘ ว่าด้วยกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๕ ถึงมาตรา ๒๙)

๕) ตรวจสอบและควบคุมผลการเลือกตั้งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎร สมาชิกวุฒิสภา (รัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๓) และการเลือกตั้งประธานาธิบดี (รัฐธรรมนูญ มาตรา ๗ และมาตรา ๕๘)

๖) ตรวจสอบควบคุมเรื่องคุณสมบัติของผู้สมัครรับเลือกตั้งและการประกอบอาชีพอื่นที่ขัดกับการดำรงตำแหน่งสมาชิกสภาผู้แทนราษฎรและสมาชิกวุฒิสภา (รัฐธรรมนูญ มาตรา ๓๒ ถึงมาตรา ๔๕)

๗) ควบคุมกรณีเกี่ยวกับการที่สมาชิกรัฐสภาฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ทางการเงิน/ภาษี (Obligations fiscales) เป็นหน้าที่ตามประมวลกฎหมายเลือกตั้ง (Code electoral)

๘) แนะนำหรือให้คำปรึกษาในการใช้อำนาจพิเศษในสถานการณ์ฉุกเฉินของประธานาธิบดี (รัฐธรรมนูญ มาตรา ๑๖ และรัฐกำหนดที่ ๕๘-๑๐๖๗ ลงวันที่ ๗ พฤศจิกายน ค.ศ. ๑๙๕๘ ว่าด้วยกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ มาตรา ๕๒ และมาตรา ๕๓)

---

[๕] Article 56, alinéa 1 et article 13, alinéa 5 de la Constitution du 4 octobre 1958.

[๖] L'article 56, alinéa 2 de la Constitution du 4 octobre 1958 และรายละเอียดเกี่ยวกับสมาชิกของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญชุดปัจจุบันซึ่งมีนายโลรองต์ ฟาบิอุส (Laurent Fabius) อดีตนายกรัฐมนตรีเป็นประธานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ โปรดดูที่ Les membres depuis 1959 : https://www.conseil-constitutionnel.fr/les-membres-depuis-1959 (เข้าถึงเมื่อ ๒๐ สิงหาคม ๒๕๖๕).

๙) ตรวจสอบควบคุมการออกเสียงและประกาศผลประชามติ (รัฐธรรมนูญ มาตรา ๖๐)

ในบทความนี้จะกล่าวเน้นเฉพาะในส่วนอำนาจหน้าที่สำคัญที่เพิ่มขึ้นมาจากรัฐธรรมนูญแก้ไขเพิ่มเติม ค.ศ. ๒๐๐๘ คือ อำนาจควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประกาศบังคับใช้แล้ว อันส่งผลต่อบทบาทในปัจจุบันของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสในการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน

อำนาจคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการตรวจสอบและควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

สำหรับการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติกฎหมาย (Disposition législative) นั้น เกิดจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญ ค.ศ. ๑๙๕๘ ในปี ค.ศ. ๒๐๐๘ ได้กำหนดให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญมีอำนาจหน้าที่ตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติกฎหมายที่ประกาศบังคับใช้แล้ว ได้แก่ ระบบการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญภายหลังที่กฎหมายจะมีการประกาศบังคับใช้แล้ว (Le contrôle *a posteriori*) โดยเรียกว่ากระบวนการนี้ว่า“Question prioritaire de constitutionalité (QPC)” ได้แก่ กรณีระหว่างการพิจารณาคดีในศาล หากมีข้อโต้แย้งว่ากฎหมายใดที่จะใช้บังคับในคดีมีบทบัญญัติที่เป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่รับรองโดยรัฐธรรมนูญ คู่กรณีอาจร้องขอต่อศาลที่พิจารณาคดีดังกล่าว โดยศาลที่รับเรื่องดังกล่าวไว้นั้นมีหน้าที่พิจารณาในเบื้องต้นก่อน หากเห็นว่ามีประเด็นควรพิจารณาในเรื่องความชอบด้วยรัฐธรรมนูญแล้ว จะเสนอเรื่องไปยังศาลสูงสุดที่ศาลนั้นสังกัด ได้แก่ ศาลปกครองสูงสุด (Conseil d’État) หรือศาลฎีกา (Cour de cassation) แล้วแต่กรณี โดยศาลปกครองสูงสุดหรือศาลฎีกาจะทำการพิจารณาตรวจสอบโดยละเอียดและหากเห็นว่ามีประเด็นเพียงพอก็จะร้องขอไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้พิจารณาชี้ขาดความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติกฎหมายที่ถูกยกขึ้นโต้แย้งดังกล่าวได้[๗] ทั้งนี้ โดยหลักเกณฑ์ของกระบวนการ QPC จะกำหนดโดยรัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่ ๒๐๐๙-๑๕๒๓ วันที่ ๑๐ ธันวาคม ค.ศ. ๒๐๐๙ และระเบียบคณะตุลาการรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีการเสนอคำร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในคดี QPC[๘]

[๗] Article 61-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 (révisé par article 29 de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République)
« Lorsque, à l’occasion d’une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu’une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d’État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

Une loi organique détermine les conditions d’application du présent article. »

[๘] Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel, Chapitre II bis : De la question prioritaire de constitutionnalité [Chapitre inséré par la LO n° 2009-1523 du 10 décembre 2009, art. 1er. Applicable à partir du 1er mars 2010 (art. 5 de la LO : « 1er jour du 3ème mois suivant celui de sa promulgation »)] et Règlement intérieur sur la procédure suivie devant le Conseil constitutionnel pour les questions prioritaires de constitutionnalité (Modifié par les décisions du Conseil constitutionnel des 24 juin 2010 (2), 21 juin 2011 (3) et 22 novembre 2013).

สำหรับสิทธิของประชาชนซึ่งเป็นคู่กรณีในคดีพิพาทที่อยู่ระหว่างการดำเนินคดีภายในศาลในการโต้แย้งว่ากฎหมายใดที่ใช้บังคับในคดีมีบทบัญญัติที่เป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่รับรองไว้ในรัฐธรรมนูญนั้น (QPC) คู่กรณีสามารถหยิบยกขึ้นถามหรือโต้แย้งในศาลได้ทั้งในศาลชั้นต้น ชั้นอุทธรณ์ และชั้นฎีกา หรือชั้นสูงสุด ไม่ว่าจะเป็นข้อพิพาททางแพ่ง อาญา ภาษี ธุรกิจ ปกครอง ฯลฯ แต่มีข้อยกเว้นห้ามโต้แย้งตามกระบวนการ QPC ต่อศาลอาญาชั้นต้นในคดีที่มีโทษสูง (Cour d'assises) ทั้งนี้ เพราะในคดีอาญาการโต้แย้งความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่จะใช้บังคับแก่คดีอาจถูกยกขึ้นโต้แย้งก่อนตั้งแต่ชั้นไต่สวนโดยร้องต่อผู้พิพากษาศาลไต่สวน (Juge d'instruction) หรืออาจยกขึ้นภายหลังในชั้นอุทธรณ์หรือชั้นฎีกา

คำร้อง QPC นั้นต้องทำเป็นลายลักษณ์อักษรแยกเป็นเอกสารต่างหากจากเอกสารในคดีอื่น ๆ และแสดงถึงเหตุผลโดยละเอียดที่คู่กรณีที่โต้แย้งเห็นว่าบทบัญญัติกฎหมายที่ใช้บังคับในคดีนั้นขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในประเด็นที่เป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่มีการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญอย่างไร แต่อย่างไรก็ตาม สิทธิของบุคคลหรือประชาชนในการยื่นข้อโต้แย้งเรื่อง QPC นี้ไม่อาจยื่นโดยตรงต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้เอง แต่ต้องยื่นผ่านศาลที่กำลังพิจารณาคดีนั้นอยู่ อีกทั้งต้องผ่านการกรองเรื่องโดยศาลสูงสุดของศาลที่กำลังพิจารณาคดีนั้นสังกัดอีกชั้นหนึ่งก่อน หากเข้าเงื่อนไขในเรื่อง QPC แล้วเป็นอำนาจของศาลปกครองสูงสุดหรือศาลฎีกาแล้วแต่กรณีที่จะส่งเรื่องไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเพื่อขอให้พิจารณาปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติกฎหมายที่ยกขึ้นโต้แย้งดังกล่าว อย่างไรก็ตาม รัฐบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญที่ ๒๐๐๙-๑๕๒๓ วันที่ ๑๐ ธันวาคม ค.ศ. ๒๐๐๙ และระเบียบคณะตุลาการรัฐธรรมนูญว่าด้วยวิธีการเสนอคำร้องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในคดี QPC (แก้ไขเพิ่มเติมล่าสุดเมื่อ ค.ศ. ๒๐๑๓) ได้กำหนดเงื่อนเวลาในการตรวจสอบทั้งสองระดับและประกาศผลการพิจาณาว่าจะส่งเรื่องไปยังคณะตุลาการรัฐธรรมนูญหรือไม่ ทั้งนี้ เพื่อไม่ให้ล่าช้าจนเกินไป

จากการเพิ่มอำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในกรณีนี้ส่งผลให้มีประชาชนที่เป็นคู่กรณีในคดีพิพาทในศาลมีสิทธิโต้แย้งหากเห็นว่ากฎหมายที่จะใช้บังคับในคดีขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญในประเด็นที่เป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่มีการรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ และปริมาณเรื่องที่ยื่นคำร้อง QPC ก็มีจำนวนมาก นับตั้งแต่เริ่มบังคับใช้กระบวนการ QPC ภายหลังการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญเมื่อปี ค.ศ. ๒๐๐๘ เป็นต้นมา[๙] และในการปฏิบัติหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเกี่ยวกับ QPC นี้ จะพบว่าคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้มีบทบาทมากขึ้นกว่าเดิมจากในอดีต โดยเฉพาะการมีบทบาทในเชิงรุกกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนเพื่อให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ดังจะเห็นได้จากกิจกรรมของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการนั่งพิจาณาคดีในที่สาธารณะนอกเหนือจากในสำนักงานที่กรุงปารีส โดยสัญจรไปตามเมืองในแคว้นต่าง ๆ ของฝรั่งเศส ควบคู่กับการเพิ่มบทบาทในการส่งเสริมและพัฒนาทางวิชาการด้านกฎหมายมหาชนจากกรณีศึกษาในคดี QPC กับคณะนิติศาสตร์มหาวิทยาลัยของรัฐในเมืองที่สัญจรไปนั่งพิจาณาคดี อันเป็นบทบาทใหม่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่น่าสนใจอย่างยิ่งดังจะกล่าวในส่วนต่อไป

[๙] ดูข้อมูลเกี่ยวกับ QPC ในรายงานสรุปของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ที่ https://www.conseil-constitutionnel.fr/bilan-statistique (เข้าถึงเมื่อ ๒๐ สิงหาคม ๒๕๖๕).

การนั่งพิจารณาคดีโดยเปิดเผยแบบสัญจรไปตามแคว้นต่าง ๆ ในฝรั่งเศส (Audiences publiques en région)

การสัญจรของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการไปนั่งพิจารณาคดีแบบเปิดเผยต่อสาธารณะภายนอกสำนักงานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่ตั้งอยู่ที่กรุงปารีสนั้น ได้มีขึ้นเป็นครั้งแรกในประวัติศาสตร์ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ณ เมืองเมทซ (Metz) เมื่อวันที่ ๑๒ กุมภาพันธ์ ค.ศ.๒๐๑๙[๑๐] และในอีกหลายครั้งในหลายเมืองหลังจากนั้น ได้แก่ เมืองนองท์ (Nantes) เมืองโป (Pau) เมืองลียง (Lyon) และเมืองบรูกช (Bourges) ตามลำดับ[๑๑] โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นการเพิ่มประสบการณ์แก่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ทั้งนี้ตามแนวคิดที่ถูกผลักดันโดยนายโลรองต์ ฟาบิอุส (Laurent Fabius) ประธานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ที่ต้องการให้คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้ออกไปรับฟังบรรดาคำถามต่าง ๆ จากประชาชน (questions citoyennes) เพราะเป็นการนั่งพิจารณาคดีครบองค์คณะใหญ่แบบเปิดเผยและเปิดโอกาสให้ประชาชนทั่วไปที่สนใจเข้าร่วมรับฟังและแสดงความคิดเห็นได้ ซึ่งคำถามของประชาชนเหล่านั้นแท้ที่จริงก็คือ การโต้แย้งว่ากฎหมายใดละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่รับรองโดยรัฐธรรมนูญหรือรู้จักในชื่อว่า “Question prioritaire de constitutionalité (QPC)” นั่นเอง อันเป็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายที่ประชาชนมีสิทธิยกขึ้นโต้แย้งในกระบวนการพิจารณาคดีของศาล สำหรับการนั่งพิจารณาคดีของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญแบบเปิดเผยต่อสาธารณะภายนอกสำนักงานดังกล่าวเป็นการพิจารณาคดีจริง ๆ ที่ได้มีการยื่นเรื่องต่อคณะตุลาการรัฐธรรมนูญให้พิจารณาชี้ขาดความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย

---

[๑๐] สำหรับการออกนั่งพิจารณาคดีเปิดเผยต่อสาธารณะของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ณ ศาลอุทธรณ์ เมืองเมทซ (Cour d’appel de Metz) เมื่อวันที่ ๑๒ กุมภาพันธ์ ค.ศ. ๒๐๑๙ นั้น เป็นการพิจารณาคดีตามกระบวนการ QPC (question prioritaire de constitutionnalité) ๒ คดี ได้แก่ ๑) คดี QPC ที่ ๒๐๑๘-๗๖๖ (Conseil constitutionnel, décision n° 2018-766 QPC du 22 février 2019) อันเป็นคดีร้องว่าบทบัญญัติบางมาตราของกฎหมายที่ปรับกฎเกณฑ์ในเรื่องเงื่อนไขในสัญญาเช่าในส่วนที่เกี่ยวกับการวางและการคืนเงินประกันการเช่าไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Loi n° 89-462 du 6 juillet 1987 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986) และ ๒) คดี QPC ที่ ๒๐๑๘-๗๖๗ อันเป็นคดีร้องว่าบทบัญญัติบางมาตราของประมวลกฎหมายประกันสังคมในส่วนที่เกี่ยวกับการจ่ายเงินสมทบของนายจ้างไม่ชอบด้วยรัฐธรรมนูญ (Conseil constitutionnel, décision n° 2018-767 QPC du 22 février 2019)

[๑๑] การสัญจรของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการไปนั่งพิจารณาคดีแบบเปิดเผยต่อสาธารณะนอกสำนักงานที่กรุงปารีส ครั้งแรก Audience publique de questions prioritaires de constitutionnalité : le 12 février, le Conseil constitutionnel siège à Metz ครั้งที่สอง Audience publique de questions prioritaires de constitutionnalité : le 14 mai 2019, le Conseil constitutionnel siège à Nantes.

ครั้งที่สาม Communiqué de presse du 17 octobre 2019 : Le Conseil constitutionnel tient son audience publique QPC à Pau le 6 novembre 2019.

ครั้งที่สี่ Audience publique de questions prioritaires de constitutionnalité : le 4 mars 2020, le Conseil constitutionnel siège à Lyon.

ครั้งที่ห้า Audience publique de questions prioritaires de constitutionnalité : le 16 novembre 2021, le Conseil constitutionnel siège à Bourges.

ดูรายละเอียดเพิ่มเติมได้ที่ https://www.conseil-constitutionnel.fr/la-qpc/audiences-publiques-en-region (เข้าถึงเมื่อ ๒๐ สิงหาคม ๒๕๖๕).

ในกระบวนการ QPC ที่คู่กรณียกขึ้นโต้แย้งในระหว่างการดำเนินคดีในศาล ซึ่งการนั่งพิจารณาดังกล่าวก็จะเป็นการรับฟังความคิดเห็นจากประชาชนหรือบุคคลที่มาร่วมในการพิจารณาเป็นหลัก อีกทั้งแลกเปลี่ยนความคิดเห็นระหว่างกัน และจะไม่ตัดสินคดีในวันนั้น จะเว้นระยะเวลาประมาณ ๑๐ วัน นับจากวันนั่งพิจารณา จึงจะมีคำตัดสินของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ

บทบาทของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการส่งเสริมและพัฒนาทางวิชาการด้านกฎหมายมหาชนภายหลังการสัญจรนั่งพิจารณาคดี

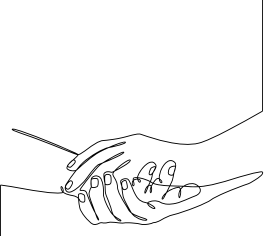
ในการสัญจรไปนั่งพิจารณาคดีแบบเปิดเผยต่อสาธารณะ ณ เมืองใหญ่ตามแคว้นต่าง ๆ ในฝรั่งเศสของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญนั้น ยังมีแนวปฏิบัติของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญที่น่าสนใจ กล่าวคือ ภายหลังจากที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญได้นั่งพิจารณาคดีโดยเปิดเผยต่อสาธารณะและเว้นระยะเวลาในการทำคำตัดสินเป็นเวลา ๑๐ วันโดยประมาณดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น และเมื่อดำเนินการทำคำตัดสินแล้วเสร็จ ประธานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญจะเดินทางกลับไปที่เมืองที่มีการนั่งพิจารณาคดีแบบสัญจรนั้น เพื่อไปอ่านคำตัดสินหรือนำเสนอคำตัดสิน แต่จะเป็นการไปนำเสนอคำตัดสินที่คณะนิติศาสตร์ของมหาวิทยาลัยรัฐประจำเมืองดังกล่าว โดยจะมีการนัดหมายพบปะกับนักศึกษาและคณาจารย์คณะกฎหมาย และเปิดโอกาสให้มีการวิพากษ์เกี่ยวกับคำตัดสินของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในคดีดังกล่าว เพื่อแลกเปลี่ยนความคิดเห็นในเชิงวิชาการระหว่างกัน กรณีนี้จึงเป็นกระบวนการที่น่าสนใจมาก เป็นการเปิดกว้างทางวิชาการของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการที่จะรับฟังความคิดเห็นและข้อวิพากย์วิจารณ์จากนักศึกษาและคณาจารย์คณะกฎหมาย และในอีกด้านหนึ่ง ก็เป็นโอกาสที่ประธานคณะตุลาการรัฐธรรมนูญและคณะจะได้อธิบายเหตุผลประกอบคำตัดสินโดยละเอียดหรืออธิบายในประเด็นที่มีคำถามจากนักศึกษาหรือคณาจารย์คณะกฎหมาย อีกทั้งจะได้ถ่ายทอดองค์ความรู้และนิติวิธีที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญใช้ในการตัดสินคดี QPC ดังกล่าว ซึ่งน่าจะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งโดยเฉพาะกับนักศึกษากฎหมาย เพราะเป็นเรื่องเกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน ไม่ให้ถูกละเมิดโดยกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ อันจะเป็นกรณีศึกษาให้กับนักศึกษากฎหมายและเป็นการพัฒนาองค์ความรู้ด้านกฎหมายมหาชนจากคดี QPC และเป็นการตอกย้ำว่าการที่ฝรั่งเศสยอมให้มีกระบวนการควบคุมการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมายภายหลังที่ประกาศบังคับใช้แล้ว จากเดิมที่เคยคัดค้านด้วยเหตุที่เกรงว่าจะขัดกับทฤษฎีเจตจำนงทั่วไปของประชาชนหากยอมให้มีการเพิกถอนหรือทำให้กฎหมายที่ประกาศบังคับใช้แล้วสิ้นผลไปโดยองค์กรอื่นซึ่งไม่ใช่ผู้แทนราษฎรนั้น อาจกลับกลายเป็นผลเชิงบวกที่ว่ากระบวนการ QPC จะนำไปสู่การคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนมากขึ้นเพื่อไม่ให้ประชาชนถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพโดยบทบัญญัติกฎหมายที่ขัดหรือแย้งต่อรัฐธรรมนูญ และการคุ้มครองได้ผลในระยะเวลาที่รวดเร็วขึ้นเมื่อเทียบกับระยะเวลาในกระบวนการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายของรัฐสภา กรณีดังกล่าวอาจพัฒนาไปสู่บทบาทที่เป็นจุดแข็งของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญต่อไป

บทสรุป

สำหรับบทบาทของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในกระบวนการสัญจรออกนั่งพิจารณาคดีแบบเปิดเผยต่อสาธารณะนอกสถานที่ นับเป็นบทบาทเชิงรุกที่สำคัญในการลงพื้นที่เพื่อเข้าถึงประชาชนอย่างแท้จริง และแม้ว่าจะมีการกำหนดไว้ล่วงหน้าแล้วว่าจะนำคดีใดบ้างไปนั่งพิจารณาคดี แต่แท้ที่จริงแล้วนอกจากมุ่งที่จะรับฟังความเห็นของประชาชนที่จะสะท้อนเกี่ยวกับคดีดังกล่าวที่นำมานั่งพิจารณา ยังรวมไปถึงการรับฟังปัญหาของประชาชนว่ามีบทบัญญัติของกฎหมายอื่นใดอีกบ้างที่มีประเด็นปัญหาความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ตลอดจนแลกเปลี่ยนความคิดเห็นหรือให้คำแนะนำแก่ประชาชน อันเป็นหน้าที่โดยตรงของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของกฎหมาย โดยเฉพาะในประเด็นที่กฎหมายนั้นมีบทบัญญัติที่เป็นการละเมิดสิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ถูกรับรองไว้ในรัฐธรรมนูญ เป็นที่น่าสังเกตว่าการที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญเลือกใช้แนวทางในการมีบทบาทในเชิงรุกกับประชาชนนั้น อาจเป็นเพราะคณะตุลาการรัฐธรรมนูญเป็นองค์กรที่มีโครงสร้างที่ไม่ใช่ศาล ถูกจัดตั้งเป็นคณะกรรมการที่มีลักษณะพิเศษ จึงมีความยืดหยุ่นมากกว่าศาล ทั้งนี้เพราะถ้าหากให้ศาลมีบทบาทเชิงรุกในลักษณะแบบเดียวกันนี้ บางครั้งอาจมีความสุ่มเสี่ยงว่าเป็นกรณีที่ศาลไปแนะนำหรือหาคดีความเองกับประชาชนอันเป็นข้อจำกัดขององค์กรตุลาการที่ไม่อาจทำได้ นอกจากนี้ บทบาทเชิงรุกของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในการเปิดกว้างให้มีการวิพากย์คำตัดสินของตนโดยการเชิญชวนและไปนำเสนอคำตัดสิน ตลอดจนรับฟังความเห็นจากนักศึกษาและคณาจารย์คณะกฎหมาย โดยมุ่งที่จะให้เกิดการพัฒนาองค์ความรู้ด้านกฎหมายมหาชน อาจกล่าวได้ว่าเราจะไม่ค่อยพบเห็นวิธีการนี้ในทางปฏิบัติของศาลหรือองค์กรตุลาการที่จะเปิดกว้างหรือเสนอให้มีการวิพากย์วิจารณ์คำตัดสินของตน ซึ่งอาจเป็นไปได้ว่าเกรงว่าจะมีความไม่แน่นอนหรือมีผลกระทบต่อสถานะความมั่นคงของคำพิพากษาหรือคำตัดสินนั่นเอง

ดังนั้นจึงเห็นได้ว่าปัจจุบันบทบาทและอำนาจหน้าที่ของคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสมีการพัฒนาอย่างมาก โดยเฉพาะอย่างยิ่ง บทบาทในเชิงรุกกับการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน อาจตรงกับที่มีผู้กล่าวว่าถึงอำนาจหน้าที่ที่เพิ่มมากขึ้นจากการแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในปี ค.ศ. ๒๐๐๘ เสมือนเป็นการเพิ่มอิทธิพลให้กับคณะตุลาการรัฐธรรมนูญในลักษณะที่เป็นองค์กรที่ก้าวออกมาจากการมีอำนาจจำกัด แต่เสมือนเป็นองค์กรผู้รักษาสมดุลในทางรัฐธรรมนูญ[๑๒]

[๑๒] Elisabeth ZOLLER et Wanda MASTOR. Droit constitutionnel, 3e éd. Paris : puf. 2021. p.299.



การคุ้มครองสิทธิมนุษยชน กับความยุติธรรมทางปกครอง

ศยามล ไกยูรวงศ์
กรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

ข้าพเจ้าในนามของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (กสม.) รู้สึกเป็นเกียรติอย่างยิ่งที่ได้รับเชิญ ในการเขียนบทความเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการของท่านประธานศาลปกครองสูงสุด นายชาญชัย แสวงศักดิ์ และข้าพเจ้าก็ได้นำหัวข้อเสวนาทางวิชาการ “การคุ้มครองสิทธิมนุษยชนกับความยุติธรรมทางปกครอง” ในวันพิธีลงนามบันทึกความร่วมมือทางวิชาการ (Memorandum of Understanding : MOU) ร่วมกันระหว่างสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติและสำนักงานศาลปกครอง เมื่อวันที่ ๒๑ กรกฎาคม ๒๕๖๕ มาเขียนเป็นบทความชิ้นนี้ เพื่อเป็นหมุดหมายของการขับเคลื่อนในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและการอำนวยความยุติธรรมทางปกครองร่วมกันทั้งสององค์กร ข้าพเจ้าใคร่ขอขอบคุณท่านประธานศาลปกครองสูงสุดเป็นอย่างยิ่ง ถึงแม้ว่าท่านจะเกษียณอายุราชการในเดือนกันยายน ๒๕๖๕ แต่ท่านก็ได้กำหนดเป็นนโยบายให้กับสำนักงานศาลปกครองในการทำความตกลง (MOU) ร่วมกับสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ก่อนที่ท่านจะเกษียณอายุราชการ ข้าพเจ้าจึงขออวยพรให้ท่านมีสุขภาพแข็งแรงและเป็นที่ปรึกษาสร้างคุณูปการให้กับวงการตุลาการศาลปกครองและการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนตลอดไป

บทความชิ้นนี้นำเสนอเปรียบเทียบแนวทางการวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดกับแนวทางการตรวจสอบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ โดยหยิบยกเรื่องร้องเรียนที่เกี่ยวกับสิทธิใน ๓ กลุ่ม ได้แก่ สิทธิในเสรีภาพการชุมนุมโดยสงบ สิทธิชุมชนกับโครงการพัฒนาที่มีผลกระทบต่อชุมชน สิ่งแวดล้อม และสุขภาพ และสิทธิของบุคคลและชุมชนกับสิทธิในที่ดิน ทั้งสามสิทธิมีประเด็นถกเถียงที่เชื่อมโยงกับสิทธิตามรัฐธรรมนูญ สิทธิตามกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และสิทธิทางกฎหมาย ซึ่งบทบาทหน้าที่ของ กสม. นั้นต้องแสวงหาข้อเท็จจริงให้ปรากฏและพัฒนาหลักการและสาระสำคัญสิทธิมนุษยชนให้สอดคล้องกับหลักสากล เพื่อนำไปสู่แนวทางการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและการวินิจฉัยของศาลปกครอง โดยทั้งสององค์กรนั้นมีเจตนารมณ์และพันธกิจร่วมกันของการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและการอำนวยความยุติธรรมทางปกครอง

๑. บทบาทหน้าที่ของศาลปกครองและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

ความเป็นมาของการจัดตั้งศาลปกครองและคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (กสม.) นั้น ก่อกำเนิดมาจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช ๒๕๔๐ โดยรัฐธรรมนูญ ดังกล่าว เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่บัญญัติ คำว่า “ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ และเสรีภาพของบุคคลย่อมได้รับความคุ้มครอง” (มาตรา ๔) บัญญัติคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของชนชาวไทยไว้ในหมวด ๓ และให้จัดตั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (มาตรา ๑๙๙ - ๒๐๐) โดยมีการตราพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒ และจัดตั้งศาลปกครองเป็นเอกเทศจากศาลยุติธรรม โดยการตราพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ทั้งสององค์กรจึงเกิดขึ้นจากการตื่นตัวของประชาชนในการปฏิรูปทางการเมือง และการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน

การจัดตั้งศาลปกครองมีวิวัฒนาการมาจากจุดเริ่มต้นของผู้ปกครองประเทศ ตั้งแต่รัชสมัยของพระบาทสมเด็จพระจุลจอมเกล้าเจ้าอยู่หัว ได้จัดตั้งองค์กรทางกฎหมายที่เรียกว่า Council of State หรือสถาบันที่ปรึกษาราชการแผ่นดิน ในปีพุทธศักราช ๒๔๑๗ ตามแบบอย่างของประเทศฝรั่งเศสที่ใช้ระบบกฎหมายลายลักษณ์อักษร (Civil Law) เพื่อทรงใช้ในการบริหารและตัดสินพิจารณาคดีสำคัญของประเทศ และเป็นกุศโลบายเพื่อลดอำนาจของขุนนางบางกลุ่มในการวางรากฐานการสร้างรัฐชาติ (Nation States)[๑] ให้มีระบบกฎหมายเป็นที่ยอมรับของต่างประเทศ

ต่อมาเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงการปกครองโดยคณะราษฎรในปี พ.ศ ๒๔๗๕ นายปรีดี พนมยงค์ (หลวงประดิษฐ์มนูธรรม) ได้จัดตั้งคณะกรรมการกฤษฎีกา ในปี พ.ศ. ๒๔๗๖ เพื่อทำหน้าที่คล้ายคลึงกับที่ปรึกษาราชการแผ่นดิน โดยมีอำนาจหน้าที่ในการจัดทำร่างกฎหมาย รับปรึกษาให้ความเห็นในทางกฎหมายแก่รัฐบาล และมีอำนาจพิจารณาคดีปกครองตามที่ได้มีกฎหมายกำหนดให้อยู่ในอำนาจของคณะกรรมการกฤษฎีกา ต่อมามีการตราพระราชบัญญัติเรื่องราวร้องทุกข์ พุทธศักราช ๒๔๙๒ จัดตั้ง “คณะกรรมการเรื่องราวร้องทุกข์” แยกต่างหาก จากคณะกรรมการกฤษฎีกา มีอำนาจวินิจฉัยข้อพิพาททางปกครองและถูกยกเลิกโดยพระราชบัญญัติคณะกรรมการ กฤษฎีกา พ.ศ. ๒๕๒๒ โดยจัดตั้ง “คณะกรรมการวินิจฉัยร้องทุกข์” ซึ่งมีอำนาจวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์และมีกฎหมายวิธีพิจารณาเรื่องร้องทุกข์ ในลักษณะเดียวกับการพิจารณาของศาล แล้วเสนอคำวินิจฉัยให้นายกรัฐมนตรีในฐานะหัวหน้ารัฐบาลพิจารณาสั่งการ ตามที่เห็นสมควร การร้องทุกข์เริ่มจากประชาชนที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ อันเนื่องมาจากการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือการปฏิบัติหน้าที่ล่าช้าเกินสมควร หรือการกระทำนอกเหนืออำนาจหน้าที่ หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย แต่ด้วยเหตุที่การร้องทุกข์มาจากการกระทำของหน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งเป็นคู่กรณี เมื่อเสนอคำวินิจฉัยให้นายกรัฐมนตรีสั่งการ การวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์จึงยังไม่เป็นอิสระอย่างแท้จริง เนื่องจากเป็นการกระทำของหน่วยงานรัฐภายใต้การบริหารของรัฐบาล การจัดตั้งศาลปกครองจึงมีความจำเป็นเพื่อให้การวินิจฉัยคดีเป็นอิสระจากฝ่ายบริหาร และสามารถคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนตามที่รัฐธรรมนูญรับรองไว้ได้อย่างมีประสิทธิภาพและประสิทธิผล

[๑] สำนักงานศาลปกครอง, “วิวัฒนาการศาลปกครองไทย ศาลปกครองไทยใต้เบื้องพระยุคลบาท” อ้างใน ครบรอบ ๙ ปี ศาลปกครอง, หน้า ๑๕, แหล่งข้อมูล : https://www.admincourt.go.th/admincourt/upload/webcms/Court/Court_201212_160637.pdf , สืบค้นวันที่ ๒๔ กรกฎาคม ๒๕๖๕.

การวินิจฉัยคดีปกครองของศาลปกครองได้ถูกกำหนดให้อยู่ในกรอบของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีตามที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ บัญญัติไว้ ซึ่งกำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องที่เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด คดีพิพาทเกี่ยวกับหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐละเลยต่อหน้าที่ หรือปฏิบัติหน้าที่กระทำเกินสมควร คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง เป็นต้น (มาตรา ๙)

ส่วนการก่อกำเนิดคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (กสม.) มาจากการขับเคลื่อนและข้อเรียกร้องของประชาชนและองค์กรสิทธิมนุษยชน ที่มุ่งหวังให้มีกลไกอิสระเพื่อส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนในสถานการณ์ที่มีการเรียกร้องให้มีการปฏิรูปทางการเมือง รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช ๒๕๔๐ มาตรา ๑๙๙ - ๒๐๐ จึงได้บัญญัติให้มีการจัดตั้งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติไว้ในหมวด ๖ รัฐสภา ส่วนที่ ๘ ให้คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเป็นองค์กรของรัฐสภาต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๒๕๖ - ๒๕๗ ได้บัญญัติให้ กสม. เป็นองค์กรอื่นตามรัฐธรรมนูญเช่นเดียวกับอัยการและสภาที่ปรึกษาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติ และรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ มาตรา ๒๔๖ - ๒๔๗ บัญญัติให้ กสม. เป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ และได้มีการตราพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๖๐ ขึ้นใช้บังคับ

การออกแบบองค์กรของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ หรือ กสม. พัฒนามาจากแนวแนวความคิดที่เกี่ยวกับการปฏิบัติราชการที่ดี จากประสบการณ์ของสถาบันสิทธิมนุษยชนแห่งชาติของประเทศต่าง ๆ ที่เรียกว่าหลักการปารีส (Paris Principles) ซึ่งกำหนดไว้ว่า สถาบันสิทธิมนุษยชนแห่งชาติต้องมีคุณสมบัติครบถ้วนตามมาตรฐานของหลักการปารีสและแนวทาง การประเมินของ International Coordinating Committee of National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights : ICC ทั้งในด้าน (๑) การจัดตั้ง (Establishment) (๒) ความเป็นอิสระ (Independence) การปฏิบัติงานตามกฎหมาย การบริหารงบประมาณ การแต่งตั้งและการถอดถอนจากตำแหน่ง (๓) ความหลากหลายขององค์ประกอบของผู้มีอำนาจตัดสินใจ และ (๔) โครงสร้างการบริหารจัดการองค์กร (Organizational Infrastructure) ที่เหมาะสม และเป็นมาตรฐานทั้งการเข้าถึงและการบริหารองค์กร

สถาบันสิทธิมนุษยชนแห่งชาติในหลายประเทศ **มีบทบาทคุ้มครองสิทธิมนุษยชน (Protection Function) และการทำงานกึ่งตุลาการ (Quasi-Judicial)** ได้แก่ การตรวจสอบการไกล่เกลี่ย การประนีประนอม และการยุติข้อพิพาท ที่ดำเนินการโดยบุคลากรที่ผ่านการฝึกอบรมมาแล้วอันจะนำไปสู่การวินิจฉัยการละเมิดสิทธิมนุษยชน และมีการติดตามและเผยแพร่ผลการวินิจฉัยอย่างเป็นระบบ **ให้คำปรึกษาด้านสิทธิมนุษยชน (Advisory Function)** ได้แก่ การร่างหรือปรับปรุงแก้ไขกฎหมายที่ไม่ขัดต่อหลักสิทธิมนุษยชนและพันธกรณีระหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิมนุษยชน การหยิบยกเรื่องขึ้นมาพิจารณา รวมถึงการขอให้รัฐบาลให้ความสนใจต่อเหตุการณ์การละเมิดสิทธิมนุษยชน การสนับสนุนให้รัฐเข้าเป็นภาคีในสนธิสัญญาระหว่างประเทศที่เกี่ยวกับ สิทธิมนุษยชน **การเฝ้าระวังสถานการณ์สิทธิมนุษยชน**

(Monitoring Function) ได้แก่ การติดตามค้นหาความจริงที่เกี่ยวกับเหตุการณ์การละเมิดสิทธิมนุษยชน มีการบันทึกและรายงานข้อเท็จจริง รวมทั้งมีข้อเสนอแนะแก่หน่วยงาน ที่เกี่ยวข้องหรือรัฐบาลเพื่อให้เกิดการส่งเสริมและคุ้มครองสิทธิมนุษยชน และมีการจัดทำรายงานการประเมินสถานการณ์สิทธิมนุษยชน ตลอดจนติดตามประเมินผลการดำเนินการตามข้อเสนอแนะ และ**การทำงานร่วมกับผู้มีส่วนได้เสียและองค์กรอื่น ๆ ทั้งในประเทศและต่างประเทศ (Relationship with Stakeholders and Other Bodies)** โดยต้องทำงานกับทุกภาคส่วนทั้งรัฐสภา หน่วยงานภาครัฐ ภาคประชาสังคม ภาคประชาชน องค์กรสิทธิมนุษยชนทั้งในประเทศและระหว่างประเทศ การดำเนินการจึงต้องมีความเป็นกลางไม่เข้าข้างฝ่ายใดฝ่ายหนึ่ง นำเสนอจุดยืนอยู่บนพื้นฐานของสิทธิมนุษยชนอย่างเคร่งครัด[๒]

ด้วยบทบาทของสถาบันสิทธิมนุษยชนแห่งชาติดังกล่าว จึงเป็นที่มาของการกำหนดหน้าที่และอำนาจของ กสม. ไว้ในรัฐธรรมนูญทุกฉบับ แต่มีการเปลี่ยนแปลงอำนาจหน้าที่บางประการที่กระทบต่อบทบาทของสถาบัน สิทธิมนุษยชนแห่งชาติโดยตรง ในช่วงเปลี่ยนผ่านของการประกาศใช้รัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๔๐ พ.ศ. ๒๕๕๐ และ พ.ศ. ๒๕๖๐ ดังนี้

๑) การสรรหาคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ มีการสรรหาคุณสมบัติของ กสม. ที่มีความหลากหลายจากทุกภาคส่วน โดยมีการเสนอชื่อจากการสรรหาขององค์กรต่าง ๆ ให้ได้ครบจำนวน ๒๒ คน และวุฒิสภามีมติคัดเลือกให้เหลือ ๑๑ คน แต่ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช ๒๕๔๐ กำหนดให้คณะกรรมการสรรหา กสม. มีจำนวน ๗ คน ประกอบด้วยประธานศาลฎีกาประธานศาลรัฐธรรมนูญ ประธานศาลปกครองสูงสุด ประธานสภาผู้แทนราษฎร ผู้นำฝ่ายค้านในสภาผู้แทนราษฎร บุคคลซึ่งที่ประชุมใหญ่ศาลฎีกาคัดเลือกจำนวน ๑ คน และบุคคลซึ่งที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดคัดเลือกจำนวน ๑ คน ซึ่งคณะกรรมการสรรหาไม่ได้มีองค์ประกอบจากองค์กรสิทธิมนุษยชน หรือภาคประชาชน ซึ่งไม่สอดคล้องกับหลักการปารีส ต่อมาในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช ๒๕๖๐ จึงกำหนดให้คณะกรรมการสรรหา มาจากทุกภาคส่วน และคุณสมบัติของ กสม. ต้องมีความรู้และประสบการณ์ที่หลากหลาย ได้แก่ ด้านการบริหารราชการแผ่นดิน ด้านสิทธิมนุษยชน ด้านกฎหมาย ด้านวิจัยวิชาการ และด้านวัฒนธรรม

๒) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช ๒๕๖๐ ได้ลดอำนาจหน้าที่กึ่งตุลาการของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนออกไปจากรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช ๒๕๕๐ กล่าวคือ รัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๐ กำหนดให้อำนาจหน้าที่ของ กสม. มีการยึดโยงกับศาล ได้แก่ การเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ กรณีที่เห็นว่าบทบัญญัติแห่งกฎหมายกระทบต่อสิทธิมนุษยชน และมีปัญหาเกี่ยวกับ ความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ การเสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลปกครอง กรณีกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดในทางปกครองกระทบต่อสิทธิมนุษยชนและมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย และการฟ้องคดีต่อศาลยุติธรรมแทนผู้เสียหาย เมื่อได้รับการร้องขอจากผู้เสียหาย เพื่อแก้ไขปัญหาการละเมิดสิทธิมนุษยชนเป็นส่วนรวม สำหรับรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๐ มาตรา ๒๔๖ - ๒๔๗ ได้ตัดอำนาจหน้าที่ที่ยึดโยงต่อศาลปกครองและศาลรัฐธรรมนูญออกไปคงเหลือแต่การยึดโยงกับ

[๒] สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, “มาตรฐานและแนวทางการดำเนินงานของสถาบันสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ”, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์องค์การค้าของ สกสค. ลาดพร้าว, กันยายน ๒๕๕๘), หน้า ๕ - ๗.

ศาลยุติธรรม โดยการร้องทุกข์หรือกล่าวโทษแทนผู้เสียหายได้ตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา (มาตรา ๓๗ แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๖๐) และตัดอำนาจหน้าที่ในการไกล่เกลี่ยออกไป

๓) รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช ๒๕๖๐ มาตรา ๒๔๗ (๔) กำหนดอำนาจหน้าที่ให้ กสม. ต้องชี้แจงและรายงานข้อเท็จจริงที่ถูกต้องโดยไม่ชักช้า ในกรณีที่มีการรายงานสถานการณ์เกี่ยวกับสิทธิมนุษยชนในประเทศไทยโดยไม่ถูกต้องหรือไม่เป็นธรรม และบัญญัติข้อความเช่นเดียวกันไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๖๐ มาตรา ๒๖(๔) ซึ่งขัดกับหลักความเป็นอิสระไม่สอดคล้องกับหลักการปารีส ที่ กสม. ต้องมาชี้แจงรายงานสถานการณ์สิทธิมนุษยชนแทนรัฐบาล

โดยสรุปศาลปกครอง และ กสม. มีประวัติความเป็นมาของการจัดตั้งตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยพุทธศักราช ๒๕๔๐ ที่มีการปฏิรูปทางการเมืองและการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในทุกมิติ ดังที่ปรากฏไว้ในหมวดสิทธิและเสรีภาพของชนชาวไทย อันเป็นหลักการให้ทั้งสององค์กรมีเป้าหมายและเจตจำนงร่วมกันคือการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและการอำนวยความยุติธรรมทางปกครอง อย่างไรก็ตาม ด้วยบทบาท หน้าที่ที่มีความแตกต่างกันระหว่างศาลและสถาบันสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ จึงทำให้แนวทางการวินิจฉัยของศาลปกครองมีทั้งสอดคล้องและแตกต่างกัน ดังกรณีตัวอย่างเรื่องร้องเรียนของสิทธิ ๓ กลุ่มที่จะเสนอต่อไป

๒. สิทธิในเสรีภาพการชุมนุมโดยสงบ

ในช่วงระยะเวลาปี พ.ศ. ๒๕๔๒ - ๒๕๖๔ มีเหตุการณ์การชุมนุมสาธารณะนับครั้งไม่ถ้วน ได้แก่ การปฏิรูปทางการเมืองเพื่อให้แก้ไขรัฐธรรมนูญ การนำเสนอร่างกฎหมาย การตรวจสอบการบริหารงานของรัฐบาล การตรวจสอบผู้นำของท้องถิ่นท้องที่ การเรียกร้องให้หน่วยงานแก้ไขปัญหา หรือการนัดหยุดงานและเรียกร้องค่าแรงงานของผู้ใช้แรงงาน การแสดงความเห็นต่อโครงการพัฒนาของรัฐและเอกชนที่จะเกิดขึ้นในชุมชน หรือโครงการพัฒนาที่มีผลกระทบต่อชุมชน สิ่งแวดล้อมและสุขภาพ เป็นต้น กสม. จึงได้รับเรื่องร้องเรียนที่เกี่ยวข้องกับการชุมนุมสาธารณะ ในประเด็นที่ถูกควบคุมตัวในระหว่างการชุมนุมสาธารณะและการติดตามและขัดขวางไม่ให้มีการเข้าร่วมชุมนุม การใช้อาวุธและสิ่งเทียมทางอาวุธของตำรวจ มีการตรวจยึดสื่อสิ่งพิมพ์และอุปกรณ์การแสดงออกเชิงสัญลักษณ์ การควบคุมและลิดรอนสิทธิของสื่อมวลชนในการนำเสนอข่าว การละเมิดข้อมูลส่วนบุคคล การจับกุมและไม่ให้ประกันตัว การกระทำดังกล่าวเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชนต่อสิทธิในการชุมนุมโดยสงบ สิทธิและเสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น และสิทธิของผู้ต้องหาที่ยังเป็นผู้บริสุทธิ์ควรได้รับการปล่อยตัวชั่วคราว แห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐, ๒๕๕๐ หรือ ๒๕๖๐[๓] ได้รับรองเสรีภาพของบุคคลในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ แต่เสรีภาพดังกล่าวสามารถถูกจำกัดได้โดยบทบัญญัติของกฎหมาย ที่เป็นการคุ้มครองความสะดวกของประชาชนในการใช้ที่สาธารณะ ความสงบเรียบร้อย

[๓] โปรดดูในมาตรา ๔๔ ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๔๐ มาตรา ๖๓ ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๐ และ มาตรา ๔๔ ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๐

ในระหว่างเวลาที่ประเทศอยู่ในภาวะสงคราม หรือมีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน หรือประกาศใช้กฎอัยการศึก ข้อความดังกล่าวบัญญัติเหมือนกันในรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๔๐ และ พ.ศ. ๒๕๕๐ แต่รัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๐ บัญญัติการจำกัดเสรีภาพที่ใช้ข้อความที่กว้างมากขึ้น คือ การรักษาความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยสาธารณะ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อคุ้มครองสิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น

ถึงแม้ว่ารัฐธรรมนูญจะรับรองเสรีภาพการชุมนุมโดยสงบ แต่ในการบังคับใช้กฎหมายและการบริหาร จัดการสถานการณ์การชุมนุมของเจ้าหน้าที่รัฐมีการใช้ดุลพินิจในการจัดการการชุมนุม และไม่มีหลักเกณฑ์ที่ชัดเจน ดังเหตุการณ์ที่ปรากฏขึ้นก่อนการประกาศใช้พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. ๒๕๕๘ ก่อให้เกิดปัญหาและความขัดแย้งระหว่างเจ้าหน้าที่รัฐกับผู้ชุมนุม สถานการณ์การชุมนุมหลายครั้ง รัฐบาลและเจ้าหน้าที่ของรัฐมีดุลพินิจในการบังคับใช้กฎหมายในทุกช่วงเวลา กล่าวคือในช่วงเวลาปกติมีการบังคับใช้รัฐธรรมนูญและกฎหมายทั่วไป ทั้งประมวลกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญา ในการดูแลและบริหารจัดสถานการณ์การชุมนุม หากมีสถานการณ์ที่จะก่อให้เกิดการใช้ความรุนแรงหรือเกิดการจลาจล รัฐบาลจะประกาศให้เข้าสู่ช่วงเวลาไม่ปกติ (ช่วงเวลาพิเศษ) โดยประกาศใช้กฎหมายเกี่ยวกับความมั่นคง ๓ ฉบับ ได้แก่ พระราชบัญญัติกฎอัยการศึก พ.ศ. ๒๔๕๗ พระราชกำหนด การบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. ๒๕๔๘ และพระราชบัญญัติความมั่นคงภายในราชอาณาจักร พ.ศ. ๒๕๕๑ ขณะเดียวกันผู้ชุมนุมมีทั้งการจัดการชุมนุมที่เป็นไปโดยเรียบร้อย และจัดการชุมนุมที่ควบคุมฝูงชนไม่ได้ มีความเสี่ยงที่จะทำให้มือที่สามเข้ามาใช้อาวุธและก่อให้เกิดความรุนแรงได้

จากสถานการณ์ดังกล่าวจึงมีการเสนอแนวทางของการจัดการชุมนุมที่มีความปลอดภัย สร้างความสมดุล และขอบเขตการใช้สิทธิเสรีภาพโดยไม่กระทบกับสิทธิของผู้อื่น ภายหลังการชุมนุมของ กปปส. (คณะกรรมการประชาชนเพื่อการเปลี่ยนแปลงปฏิรูปประเทศไทยให้เป็นประชาธิปไตยที่สมบูรณ์แบบอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุข) รัฐบาลคณะรักษาความสงบแห่งชาติ (คสช.) โดยพลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา จึงได้ตราพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. ๒๕๕๘ เพื่อให้การชุมนุมเป็นไปโดยความสงบเรียบร้อย และสอดคล้องกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง (International Covenant on Civil and Political Rights : ICCPR) ที่ประเทศไทยเป็นภาคีและภคยานุวัติ (Accession)[๔] ไว้ ภายหลังการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการชุมนุมสาธารณะ ความเห็นของเจ้าหน้าที่ของรัฐกับผู้ชุมนุมมีความแตกต่างกันเสมอมา เจ้าหน้าที่ของรัฐมองว่ากฎหมายเป็นประโยชน์ที่ทำให้เจ้าหน้าที่รัฐมีความเสี่ยงในการถูกฟ้องร้องน้อยลง เพราะโอนอำนาจการตัดสินใจการให้อนุญาตการชุมนุมเป็นอำนาจศาล เจ้าหน้าที่รัฐเป็นเพียงผู้ปฏิบัติตาม นอกจากนี้เจ้าหน้าที่ของรัฐไม่ได้ให้ความสำคัญเป็นอันดับแรกกับการใช้กฎหมายให้เป็นเครื่องมือในการอำนวยความสะดวกให้การชุมนุมสาธารณะมีความปลอดภัยมากขึ้น ในส่วนของผู้ชุมนุมมีข้อกังวลในทางปฏิบัติ โดยเฉพาะการบังคับใช้กฎหมายที่ครอบคลุมถึงการชุมนุมขนาดเล็ก และอำนาจในการวินิจฉัยอนุญาตให้มีการชุมนุมสาธารณะ[๕]

[๔] ภคยานุวัติ (Accession) หมายถึง การให้ความยินยอมที่จะผูกพันตามสนธิสัญญาภายหลังจากที่มีการลงนามในสนธิสัญญาไปแล้ว.

[๕] มนชนก พรหมรัตน์, “การจัดการความปลอดภัยในการชุมนุมสาธารณะ กรณีศึกษา ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศไทย”, อ้างใน วารสารวิจัยสังคม ปีที่ ๔๑ ฉบับที่ ๒ (ก.ค. – ธ.ค. ๖๑), หน้า ๔๑ - ๖๖, แหล่งข้อมูล : http://www.cusri.chula.ac.th/wp-content/uploads/2020/06/03Monchanok.pdf, สืบค้นวันที่ ๒๙ กรกฎาคม ๒๕๖๕.

ในช่วงสถานการณ์การแพร่ระบาดของโควิด - ๑๙ ปี พ.ศ. ๒๕๖๓ - ๒๕๖๔ รัฐบาลพลเอกประยุทธ์ จันทร์โอชา ได้อาศัยอำนาจตามความในพระราชกำหนดการบริหารราชการในสถานการณ์ฉุกเฉิน พ.ศ. ๒๕๔๘ ประกาศสถานการณ์ฉุกเฉินที่มีความร้ายแรงในเขตพื้นที่กรุงเทพมหานคร พร้อมออกข้อกำหนดห้ามจัดการชุมนุม ซึ่งในหลายเหตุการณ์มีการเผชิญหน้าและใช้ความรุนแรงจากสิ่งเทียมอาวุธ เจ้าหน้าที่ตำรวจได้มีการสลายการชุมนุม โดยใช้รถฉีดน้ำแรงดันสูง ฉีดน้ำผสมสารเคมีและแก๊สน้ำตาไปยังกลุ่มผู้ชุมนุม และร้องขอต่อศาลเพื่อออกหมายจับแกนนำผู้ชุมนุมและผู้เข้าร่วมการชุมนุม ในความผิดตามประมวลกฎหมายอาญา พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. ๒๕๕๘ พระราชบัญญัติควบคุมการโฆษณาโดยใช้เครื่องขยายเสียง พ.ศ. ๒๔๙๓ พระราชบัญญัติจราจรทางบก พ.ศ. ๒๕๒๒ พระราชบัญญัติรักษาความสะอาดและความเป็นระเบียบเรียบร้อยของบ้านเมือง พ.ศ. ๒๕๓๕

สถานการณ์การชุมนุมดังกล่าว ทำให้ เคลมองต์ วูเล ผู้รายงานพิเศษขององค์การสหประชาชาติ ได้มีความเห็นต่อ BBC NEWS ว่า *“รัฐบาลได้ออกบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. ๒๕๕๘ เป็นเงื่อนไขสำหรับกลุ่มผู้ชุมนุม เช่น หากประสงค์ที่จะจัดการชุมนุม ผู้จัดงานจำเป็นต้องแจ้งต่อหัวหน้าสถานีตำรวจ ล่วงหน้า ๒๔ ชั่วโมง และการกำหนดให้ผู้จัดงานและผู้ร่วมชุมนุมต้องรับผิดชอบหากมีการกระทำผิดกฎหมาย เท่ากับว่าเป็นการขัดขวางการใช้สิทธิพื้นฐานอย่างเสรี และกฎหมายนี้ยังทำให้ทางการใช้เป็นเหตุผลที่จะปราบปรามการชุมนุมโดยสันติและชอบธรรมได้อีกด้วย..... รัฐบาลไทยควรให้ความสำคัญต่อผู้ชุมนุมเหล่านี้อย่างจริงจัง พยายามเข้าไปมีส่วนร่วมในการแลกเปลี่ยนความคิดเห็นอย่างจริงใจ พร้อมกับตอบสนองต่อข้อเรียกร้องของพวกเขา อย่างมีนัยสำคัญ..... ระหว่างการระบาดใหญ่ของโรคโควิด - ๑๙ หลายประเทศรวมทั้งไทยได้ประกาศใช้ระเบียบข้อบังคับเพิ่มเติมผ่านมาตรการฉุกเฉินต่าง ๆ และข้อห้ามในการชุมนุมโดยสันติอย่างกว้างขวาง ผมขอตั้งข้อสังเกตว่า สิ่งเหล่านี้กลายเป็นตัวเร่งสำคัญที่นำไปสู่การควบคุมอย่างเบ็ดเสร็จและการปราบปรามการชุมนุมแม้ว่าจะเป็นไปโดยสันติ”*[๖]

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (กสม.) ได้พิจารณาประเด็นตรวจสอบบนฐานของการรับรองเสรีภาพในการชุมนุมโดยรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย[๗] กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทาง การเมือง (ICCPR) และข้อคิดเห็นทั่วไปฉบับที่ ๓๗ (General Comment No. 37 on the right of peaceful assembly) ซึ่งเป็นการตีความและขยายความเกี่ยวกับเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและหลักการสำคัญสำหรับการบริหารจัดการชุมนุมอย่างเหมาะสม ๑๐ ประการ จัดทำโดยผู้รายงานพิเศษแห่งองค์การสหประชาชาติว่าด้วยสิทธิเสรีภาพในการชุมนุมและการรวมกลุ่มอย่างสันติ รัฐต้องเคารพและประกันการใช้สิทธิในเสรีภาพการชุมนุมโดยปราศจากการเลือกปฏิบัติ รัฐต้องอนุญาตให้มีการชุมนุมโดยปราศจากการแทรกแซงโดยมิชอบ และอำนวยความสะดวกในการใช้สิทธิและคุ้มครองความปลอดภัย

[๖] BBC NEWS /ไทย, “ผู้รายงานพิเศษของยูเอ็นชี้รัฐไทยใช้ ม. ๑๑๒ และมาตรการโควิดลิดรอนสิทธิเสรีภาพในการชุมนุม”, ๓๐ พฤศจิกายน ๒๕๖๔, แหล่งข้อมูล : https://www.bbc.com, สืบค้นวันที่ ๒๙ กรกฎาคม ๒๕๖๕.

[๗] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ มาตรา ๓๒ สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว เกียรติยศ ชื่อเสียงและครอบครัว มาตรา ๓๕ เสรีภาพในการเสนอข่าวสารหรือแสดงความคิดเห็นของผู้ประกอบวิชาชีพสื่อมวลชน มาตรา ๓๖ เสรีภาพในการติดต่อ สื่อสารถึงไม่ว่าในทางใด และมาตรา ๔๔ เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ

ให้แก่ผู้ชุมนุม รวมทั้งต้องดำเนินการเพื่อให้เกิดความรับผิดชอบ และการเยียวยาที่มีประสิทธิภาพเมื่อมีการละเมิดเกิดขึ้น ดังนั้นการปฏิบัติหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงต้องอยู่ภายใต้หลักความจำเป็น (Necessity) และหลักสัดส่วน (Proportionality) อันเป็นหลักกฎหมายทั่วไปอย่างเคร่งครัด นอกจากนี้เสรีภาพในการชุมนุมนั้นแยกไม่ออกจากเสรีภาพในการแสดงความคิดและการแสดงออก ตามข้อคิดเห็นทั่วไป ฉบับที่ ๓๔ (General Comment No. 34 freedom of opinion and expression)

ผลการตรวจสอบได้พัฒนาสิทธิในเสรีภาพการชุมนุมโดยสงบ ดังนี้[๕]

๑) การบังคับใช้พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. ๒๕๕๘ ซึ่งเป็นกฎหมายหลักในการกำหนดหน้าที่การคุ้มครองความสะดวกของประชาชนและการดูแลการชุมนุมสาธารณะ หรือในช่วงเวลาไม่ปกติที่มีการประกาศสถานการณ์ฉุกเฉิน และยกเว้นการบังคับใช้กฎหมายว่าด้วยการชุมนุมสาธารณะ เจ้าหน้าที่รัฐจำเป็นต้อง บังคับใช้และปฏิบัติตามขั้นตอนทางกฎหมายอย่างเคร่งครัด โดยเฉพาะการดูแลรักษาความปลอดภัยแก่ผู้ชุมนุมและประชาชนทั่วไป การใช้อำนาจหน้าที่ของเจ้าหน้าที่ตำรวจในการเข้าตรวจค้น ตรวจยึดสื่อสิ่งพิมพ์ การจับกุม และควบคุมตัว ต้องปฏิบัติตามประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญา

๒) กรณีที่ผู้ชุมนุมเป็นเด็กและเยาวชน เจ้าหน้าที่รัฐต้องปฏิบัติตามอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก (Convention on the Rights of the Child : CRC) ข้อ ๒ รัฐจะต้องประกันว่าเด็กได้รับการคุ้มครองจากการเลือกประติบัติ หรือการลงโทษในทุกรูปแบบ บนพื้นฐานของสถานภาพของเด็ก และกิจกรรมความคิดเห็นที่แสดงออก และข้อ ๑๓ เด็กมีเสรีภาพในการแสดงออก และการใช้สิทธิอาจอยู่ภายใต้ข้อจำกัดที่บัญญัติไว้ในกฎหมายและเท่าที่จำเป็น กรณีที่ผู้บริหารสถานศึกษาหลายแห่งเลือกที่จะปิดสถานศึกษาที่จะมีการชุมนุมของนักเรียน โดยให้เหตุผลเพื่อรักษาความปลอดภัยและปัญหาอื่นที่อาจเกิดขึ้นจากการชุมนุม อันเป็นการจำกัดสิทธิและเสรีภาพของนักเรียนในการชุมนุมนั้น ต้องมีข้อเท็จจริงที่แสดงเหตุความจำเป็นของการใช้มาตรการโดยมีเหตุผลอันสมควร จึงจะเป็นเงื่อนไขการจำกัดสิทธิและเสรีภาพที่รัฐธรรมนูญบัญญัติให้กระทำได้ ทั้งนี้รัฐควรจัดพื้นที่ที่ปลอดภัยในการชุมนุมให้แก่เด็กด้วยเช่นกัน

๓) สิทธิในความเป็นอยู่ส่วนตัว และข้อมูลส่วนบุคคลต้องได้รับการคุ้มครอง ซึ่งเจ้าหน้าที่รัฐต้องปฏิบัติตามพระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. ๒๕๔๐ ที่วางหลักเกณฑ์การจัดเก็บและเปิดเผยข้อมูลข่าวสารส่วนบุคคลให้หน่วยงานของรัฐต้องถือปฏิบัติ เพื่อป้องกันมิให้มีการนำไปใช้โดยไม่เหมาะสมหรือเป็นผลร้ายต่อเจ้าของข้อมูลอันเป็นการคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคล

๔) การดำเนินการเกี่ยวกับการใช้สื่อสังคมออนไลน์ โดยหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องได้เฝ้าระวังและติดตามสถานการณ์ด้านความมั่นคงปลอดภัยของเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสารภายใต้อำนาจหน้าที่ตามกฎหมาย เพื่อบริหารจัดการและควบคุมดูแลมิให้เกิดผลกระทบต่อความมั่นคงของรัฐ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนนั้นจำเป็นต้องกระทำเท่าที่จำเป็น และต้องไม่บังคับใช้กฎหมายในลักษณะของการเลือกปฏิบัติต่อกลุ่มผู้ชุมนุมโดยอาศัยเหตุแห่งความแตกต่างในเรื่องความคิดเห็นทางการเมือง โดยเฉพาะเมื่อมีแกนนำผู้ชุมนุม หรือผู้ชุมนุมได้รับผลกระทบจากการกลั่นแกล้งไซเบอร์

[๕] โปรดดูใน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, รายงานผลการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่ ๘๙-๙๗/๒๕๖๔ วันที่ ๑๒ พฤษภาคม ๒๕๖๔, สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ.

(Cyberbullying) เพื่อปลุกระดมสร้างความเกลียดชัง การเผยแพร่ข้อมูลเท็จ หรือการบิดเบือนข้อมูลข่าวสาร (Fake News)

๕) สื่อมวลชนเป็นผู้ที่มีบทบาทสำคัญในการสังเกตการณ์หรือรายงานการชุมนุม ซึ่งต้องได้รับการคุ้มครอง รัฐไม่ควรห้ามหรือจำกัดการปฏิบัติหน้าที่ของสื่อมวลชน และสื่อมวลชนต้องไม่ถูกตอบโต้โดยกำลัง หรือการข่มขู่ใด ๆ รวมทั้งอุปกรณ์ในการปฏิบัติงานต้องไม่ถูกยึดหรือทำให้เสียหาย การจับกุมโดยการดำเนินคดีความผิด ฐานไม่ปฏิบัติตามคำสั่งเจ้าพนักงานตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา ๓๖๘ ซึ่งถือเป็นความผิดที่ไม่มีลักษณะร้ายแรง เป็นการกระทำที่ละเมิดสิทธิมนุษยชน

๖) การใช้กำลังของเจ้าหน้าที่รัฐเพื่อควบคุมการชุมนุมสาธารณะต้องปฏิบัติตามแนวปฏิบัติด้านสิทธิมนุษยชนของสหประชาชาติว่าด้วยการใช้อาวุธที่มีความร้ายแรงต่ำในการบังคับใช้กฎหมาย (United Nations Human Rights Guidance on Less – Lethal Weapons in Law Enforcement) ซึ่งกำหนดนิยามของคำว่า “การใช้กำลัง (Use of force)” ว่าหมายถึง *“การใช้กำลังทางกายภาพเพื่อบีบบังคับหรือสร้างอิทธิพลต่อพฤติกรรม ของบุคคล หรือการกระทำที่สร้างความเสียหายต่อทรัพย์สิน”*[๙] ซึ่งต้องปฏิบัติตามหลักความชอบด้วยกฎหมาย หลักความจำเป็น หลักความได้สัดส่วน หลักความระมัดระวัง และการไม่เลือกปฏิบัติ การใช้กำลังของเจ้าหน้าที่รัฐต้องใช้กำลังขั้นต่ำเท่าที่จำเป็น การใช้อาวุธต้องมีความเหมาะสมกับสถานการณ์และมีระดับความอันตรายที่ต่ำ การสลายการชุมนุมจะกระทำได้เฉพาะกรณีพิเศษอันเป็นข้อยกเว้นที่ไม่อาจใช้วิธีอื่นระงับยับยั้งความรุนแรงที่เกิดจากการชุมนุม ทั้งนี้ก่อนการใช้กำลังให้ใช้วิธีการเจรจาและต้องแจ้งเตือนก่อน การใช้เครื่องมือหรืออุปกรณ์ควบคุมฝูงชนจะต้องใช้ตามความจำเป็น ลักษณะของเครื่องมือหรืออุปกรณ์ต้องได้สัดส่วนและเหมาะสมกับสถานการณ์ เพื่อป้องกันตนเอง หรือกลุ่มบุคคล หรือทรัพย์สิน โดยจะต้องแจ้งเตือนผู้ชุมนุมก่อนว่าจะใช้กำลังเข้ายุติการชุมนุม

๗) การจับกุมดำเนินคดีผู้จัดการชุมนุม และผู้ชุมนุม รัฐต้องกระทำหรืองดเว้นการกระทำทั้งก่อน ระหว่าง และภายหลังการชุมนุม จะต้องไม่ลงโทษผู้เข้าร่วมชุมนุม หรือผู้จัดการชุมนุมโดยปราศจากเหตุที่ชอบธรรม ตามกฎหมาย เมื่อมีการลงโทษทางอาญาหรือทางปกครอง การลงโทษเช่นนั้นต้องได้สัดส่วนที่ไม่เป็นโทษ อันเป็นอาชญากรรมที่ร้ายแรง ไม่มีลักษณะของการเลือกปฏิบัติและต้องไม่เกิดจากฐานความผิดที่กำหนดไว้อย่างกว้าง คลุมเครือ เพื่อปราบปรามการกระทำ กสม. มีความเห็นว่าเจ้าหน้าที่ตำรวจควรงดเว้นการดำเนินคดีในการกระทำความผิดใด ๆ แต่ควรชั่งน้ำหนักระหว่างการรักษาความสงบเรียบร้อยกับการงดเว้นไม่รบกวนสิทธิและเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบและการแสดงความคิดเห็นจนกระทบต่อสาระสำคัญแห่งสิทธิ

๘) การปล่อยชั่วคราวผู้จัดการชุมนุม และผู้ชุมนุม เป็นสิทธิของผู้ต้องหาและจำเลยที่ยังถือว่าเป็นผู้บริสุทธิ์ ซึ่งต้องได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญ และประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความอาญามาตรา ๑๐๗ และมาตรา ๑๐๘/๑ บัญญัติให้จำเลยทุกคนพึงได้รับอนุญาตให้ปล่อยชั่วคราว โดยการสั่งไม่ให้ปล่อยชั่วคราวจะกระทำได้ ต่อเมื่อมีเหตุอันควรเชื่อเหตุใดเหตุหนึ่งตามที่กฎหมายกำหนดไว้ อันได้แก่

[๙] แผนการดูแลการชุมนุมสาธารณะตามพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. ๒๕๕๘ ได้กำหนดความหมายของ “หลักการใช้กำลัง” ว่าหมายถึง แนวทางปฏิบัติของเจ้าหน้าที่ในการใช้กำลังเพื่อรักษาความสงบเรียบร้อยหรือการบังคับใช้กฎหมาย ในการดูแลรักษาความสงบเรียบร้อยของการชุมนุม โดยจะต้องดำเนินการให้ถูกต้องตามกฎหมาย หลักสิทธิมนุษยชน พอสมควรแก่เหตุ สังคมยอมรับได้

การหลบหนี การจะไปยุ่งเหยิงพยานหลักฐาน การจะไปก่อเหตุอันตราย หลักประกันไม่น่าเชื่อถือ หรือการปล่อยชั่วคราวเป็นอุปสรรคหรือก่อให้เกิดความเสียหาย ต่อการสอบสวนหรือการดำเนินคดีในศาล

กรณีคำฟ้องที่เกี่ยวกับเสรีภาพในการชุมนุม ศาลปกครองได้วางหลักในการพิจารณาสิทธิเสรีภาพที่รับรองในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. ๒๕๕๘ ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดหลักเกณฑ์การใช้สิทธิชุมนุมสาธารณะที่สอดคล้องกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและการเมือง (ICCPR) ไว้ดังนี้

(๑) เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้กำลังเข้ายุติการชุมนุมที่สร้างความไม่สงบเรียบร้อยขึ้นในบ้านเมืองหรือละเมิดสิทธิเสรีภาพของบุคคลอื่น ศาลปกครองกลางได้มีคำสั่งกำหนดมาตรการชั่วคราวในการกระทำของเจ้าหน้าที่ตำรวจเพื่อสลายการชุมนุมจะต้องกระทำเท่าที่จำเป็น โดยคำนึงถึงความเหมาะสม มีลำดับขั้นตอนตามหลักสากลที่ใช้ในการสลายการชุมนุมของประชาชน (ศาลปกครองกลางคดีหมายเลขดำที่ ๑๖๐๕/๒๕๕๑)

(๒) การกระทำของเจ้าหน้าที่รัฐในการปิดกั้น ขัดขวาง คุกคาม ข่มขู่ และทำให้หวาดกลัวซึ่งการใช้เสรีภาพการชุมนุม ศาลปกครองสูงสุดมีคำสั่งกำหนดมาตรการเพื่อบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาให้เจ้าหน้าที่ตำรวจซึ่งเป็นเจ้าพนักงานดูแลการชุมนุมสาธารณะ ตามมาตรา ๑๙ วรรคสอง ของพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. ๒๕๕๘ มิให้กระทำการใด ๆ ที่มีลักษณะเป็นการปิดกั้น ขัดขวางในการใช้เสรีภาพการชุมนุม ภายใต้ขอบเขตของกฎหมาย และต้องดำเนินการใช้อำนาจหน้าที่ตามมาตรา ๑๙ วรรคสี่ของกฎหมายดังกล่าว เพื่อประโยชน์ในการคุ้มครองความสะดวกของประชาชน และดูแลการชุมนุมสาธารณะ และรักษาความสงบเรียบร้อย หรือศีลธรรมอันดีของประชาชนโดยเคร่งครัด (ศาลปกครองกลางคดีหมายเลขแดงที่ ๒๐๕๘/๒๕๖๑ วันที่ ๒๘ กันยายน ๒๕๖๑)

(๓) ประกาศกองบัญชาการตำรวจนครบาลที่ ๕๕/๒๕๖๑ ลงวันที่ ๙ กุมภาพันธ์ ๒๕๖๑ ห้ามชุมนุมสาธารณะในรัศมีห้าสิบเมตร รอบพื้นที่ทำเนียบรัฐบาล ตามมาตรา ๗ วรรคท้าย แห่งพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. ๒๕๕๘ มีผลมุ่งหมายบังคับกรณีกลุ่มผู้ชุมนุมหรือผู้จะเข้าร่วมชุมนุมมิได้กำหนดตัวบุคคล ผู้รับคำสั่งไว้โดยเฉพาะ มีลักษณะของคำสั่งทางปกครองประเภทคำสั่งทางปกครองทั่วไป ซึ่งการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ของประกาศดังกล่าวมีผลกระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของบุคคล ขณะเดียวกันผู้ชุมนุมต้องเคารพ สิทธิและเสรีภาพของประชาชนที่ไม่เข้าร่วมการชุมนุมด้วยเช่นกัน ดังนั้น คำสั่งทางปกครองตามประกาศดังกล่าวนั้นเป็นไปตามกรอบที่กฎหมายกำหนดจึงเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมาย (ศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ ๒๐๙๗/๒๕๖๒ วันที่ ๒๔ ธันวาคม ๒๕๖๒)

(๔) เสรีภาพในการชุมนุมเป็นเสรีภาพอย่างหนึ่งตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๔๒๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ และเสรีภาพในการชุมนุมสาธารณะเป็นสิทธิและเสรีภาพที่สำคัญประการหนึ่งของประเทศ ที่มีการปกครองระบอบประชาธิปไตย การใช้เสรีภาพในการชุมนุมเพื่อแสดงความคิดเห็นการรวมพลังหรือแสดงให้ฝ่ายปกครองได้รับรู้และแก้ไขปัญหาที่ตนประสบอยู่ ซึ่งรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๐ มาตรา ๓๔ และ ๔๔ รับรองคุ้มครองไว้ โดยเฉพาะเสรีภาพในการชุมนุมจะถูกจำกัดมิได้ หากเป็นการชุมนุมโดยสงบและปราศจากอาวุธ แต่เสรีภาพในการชุมนุมจะถูกจำกัดได้ แต่เฉพาะกรณีเพื่อรักษาความมั่นคงของรัฐ ความปลอดภัยสาธารณะ ความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน หรือเพื่อคุ้มครอง

สิทธิหรือเสรีภาพของบุคคลอื่น และการใช้เสรีภาพในการชุมนุมยังต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. ๒๕๕๘ (ศาลปกครองสงขลา คดีหมายเลขแดงที่ ๖๓/๒๕๖๔ วันที่ ๒ เมษายน ๒๕๖๔)

โดยสรุปแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองและ กสม. ใช้หลักในการพิจารณาที่เหมือนกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบที่รับรองโดยรัฐธรรมนูญ หลักสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และกฎหมายที่บังคับใช้ ซึ่งถ้าผู้ชุมนุมและเจ้าหน้าที่ของรัฐปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการชุมนุมสาธารณะอย่างเคร่งครัด และเจ้าหน้าที่รัฐปฏิบัติตามหลักสากลของการใช้กำลัง กล่าวคือ เจ้าหน้าที่รัฐอาจใช้กำลังเข้ายุติการชุมนุมได้แต่จะใช้อาวุธไม่ได้ ส่วนกรณีที่การชุมนุมนั้นก่อให้เกิดความรุนแรง เจ้าหน้าที่รัฐอาจใช้อาวุธได้ตามความจำเป็นและได้สัดส่วน ซึ่งต้องเป็นไปเพื่อป้องกันตนเองหรือบุคคลอื่นให้พ้นจากภยันตรายร้ายแรงต่อชีวิตและร่างกาย และไม่อาจหลีกเลี่ยงได้เท่านั้น

การมีกฎหมายว่าด้วยการชุมนุมสาธารณะได้สร้างขั้นตอนการปฏิบัติของเจ้าหน้าที่รัฐและผู้ชุมนุมให้ต้องบริหารจัดการความเสี่ยงร่วมกันและต้องมีการสื่อสารร่วมกัน เพื่อป้องกันมิให้การชุมนุมโดยสงบเปลี่ยนสภาพเป็นการชุมนุมที่อาจก่อให้เกิดความไม่สงบเรียบร้อยได้ ในสถานการณ์ฉุกเฉินในเวลาไม่ปกติ การปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการชุมนุมสาธารณะยังมีความจำเป็นเพื่อป้องกันไม่ให้มีการละเมิดสิทธิทั้งผู้ชุมนุมและเจ้าหน้าที่รัฐ ขณะเดียวกัน ผู้ชุมนุมควรได้รับการคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายอื่น ๆ ที่เกี่ยวข้องและไม่ควรให้การบังคับใช้กฎหมายอื่นนำไปสู่การขัดขวางเสรีภาพในการชุมนุม หากรัฐบาลและเจ้าหน้าที่รัฐมีทัศนคติในทางบวกว่าการชุมนุมโดยสงบนั้น เป็นสิทธิขั้นพื้นฐานเป็นความจำเป็นของมนุษย์ที่ต้องรวมตัวกันเพื่อปกป้องผลประโยชน์ของตน ของกลุ่ม ของชุมชน ซึ่งเป็นองค์ประกอบที่สำคัญของการพัฒนาระบอบประชาธิปไตยที่เข้มแข็ง การชุมนุมจะเป็นสัญลักษณ์และกระบวนการ ที่นำไปสู่การสื่อสาร สร้างความเข้าใจร่วมกันของทุกภาคส่วนที่จะนำไปสู่การแก้ไขปัญหาและการพัฒนาประเทศ ทั้งทางการเมือง เศรษฐกิจและสังคมร่วมกัน

๓. สิทธิชุมชนกับโครงการพัฒนาที่มีผลกระทบต่อชุมชน สิ่งแวดล้อม และสุขภาพ

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ เป็นรัฐธรรมนูญฉบับแรกที่รับรองสิทธิชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมในการมีส่วนร่วมในการจัดการ การบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมอย่างสมดุลและยั่งยืนตามที่กฎหมายบัญญัติ (มาตรา ๔๖) และการคุ้มครองสิทธิของบุคคลร่วมกับชุมชนมีส่วนร่วมในการคุ้มครองและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม และครอบคลุมการคุ้มครองสิทธิในสิ่งแวดล้อมและสุขภาพ การดำเนินโครงการหรือกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรงทั้งทางคุณภาพสิ่งแวดล้อม ทรัพยากรธรรมชาติและสุขภาพ จะต้องมีการประเมินผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชนในชุมชน และจัดให้มีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนและผู้มีส่วนได้เสียก่อน รวมทั้งให้มีองค์การอิสระ ให้ความเห็นประกอบก่อนมีการดำเนินการ และสิทธิของชุมชนในการฟ้องหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ รัฐวิสาหกิจ ราชการส่วนท้องถิ่น หรือองค์กรอื่นของรัฐที่เป็นนิติบุคคล (มาตรา ๕๖)

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาส**เทียนฉายราชการ**

การรับรองสิทธิบุคคลและชุมชนดังกล่าวนั้น เนื่องมาจากประชาชนในชุมชนที่ได้รับผลกระทบหรืออาจจะได้รับผลกระทบ ได้รวมตัวเรียกร้องการมีส่วนร่วมในการพิจารณาและตัดสินใจว่าโครงการพัฒนาของรัฐและเอกชนนั้น ควรมีการดำเนินการโครงการหรือไม่ หรือรัฐและเอกชนซึ่งเป็นเจ้าของโครงการต้องรับผิดชอบต่อความเสียหายและผลกระทบที่เกิดขึ้นอย่างไร ในขณะที่พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. ๒๕๓๕ และกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการให้อนุญาตในการดำเนินการโครงการการทำเหมืองแร่ หรือการประกอบกิจการโรงงานอุตสาหกรรมนั้น มีการดำเนินการถูกต้องตามขั้นตอนของกฎหมาย แต่ประชาชนและชุมชนยังมีความเห็นว่า การให้ข้อมูลของโครงการหรือกิจกรรมไม่รอบด้าน การรับฟังความคิดเห็นไม่ได้ให้ประชาชนมีส่วนร่วม อย่างแท้จริง รายงานประเมินผลกระทบสิ่งแวดล้อม (Environmental Impact Assessment : EIA) ไม่มีคุณภาพ ไม่มีการวางแผนพัฒนาพื้นที่ก่อนพิจารณาเป็นรายโครงการ การฟื้นฟูสภาพแวดล้อม และการจ่ายค่าเสียหายยัง ไม่ครอบคลุมความเสียหายทั้งหมด

ต่อมารัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๐ ได้พัฒนาสิทธิชุมชนที่มีมาตราเฉพาะเพิ่มเติมจากรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๔๐ มาตรา ๔๖ โดยเพิ่มคำว่า ชุมชน ชุมชนท้องถิ่น หรือชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมและมีข้อความเหมือนกัน และตัดคำว่า “ตามที่กฎหมายบัญญัติ” ไว้ในมาตรา ๖๖ และเพิ่มมาตรา ๖๗ ที่คุ้มครองสิทธิเช่นเดียวกับมาตรา ๕๖ ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๔๐ โดยบัญญัติเฉพาะการดำเนินโครงการหรือกิจกรรมที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชน อย่างรุนแรงทั้งทางคุณภาพสิ่งแวดล้อม ทรัพยากรธรรมชาติและสุขภาพ ซึ่งต้องมีการประเมินผลกระทบต่อคุณภาพ สิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชนในชุมชน

รัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๐ มาตรา ๔๓ ได้รับรองสิทธิของบุคคลและชุมชนในการจัดการ บำรุงรักษาและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืน และมาตรา ๕๗ ได้บัญญัติให้เป็นหน้าที่ของรัฐในการอนุรักษ์ คุ้มครอง บำรุงรักษา ฟื้นฟูและการบริหารจัดการ และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อม และความหลากหลายทางชีวภาพ และมาตรา ๕๘ บัญญัติให้การดำเนินการใดของรัฐ หรือที่รัฐจะอนุญาตให้ผู้ใดดำเนินการ ที่อาจมีผลกระทบต่อทรัพยากรธรรมชาติ คุณภาพสิ่งแวดล้อม สุขภาพอนามัย คุณภาพชีวิต หรือส่วนได้เสียของประชาชนหรือชุมชนหรือสิ่งแวดล้อมอย่างรุนแรง ต้องจัดให้มีการรับฟังความคิดเห็นของผู้มีส่วนได้เสียและชุมชนที่เกี่ยวข้อง

พัฒนาการของการแก้ไขรัฐธรรมนูญที่เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิชุมชนในสิ่งแวดล้อมและสุขภาพ เนื่องมาจากการรวมกลุ่มของประชาชนในชุมชนต้องการมีส่วนร่วมในการตรวจสอบโครงการพัฒนาหรือกิจกรรมใด ที่จะมีผลกระทบกับการดำรงชีวิตของชุมชน และมีบทบาทในการฟ้องคดีทั้งในศาลยุติธรรมและศาลปกครอง และร้องเรียนมาที่ กสม. จำนวนมาก และเรื่องร้องเรียนและการฟ้องคดีมีความเชื่อมโยงกับสิทธิในการเข้าถึงข้อมูลข่าวสาร ของหน่วยงานของรัฐและเอกชน สิทธิในกระบวนการมีส่วนร่วมของประชาชนและชุมชน สิทธิในทรัพย์สิน เสรีภาพในการแสดงความคิดเห็น เสรีภาพในการชุมนุมโดยสงบ และสิทธิในฟ้องร้องหน่วยงานของรัฐและเอกชน ตลอดจนสิทธิในกระบวนการยุติธรรม ที่นักปกป้องสิทธิมนุษยชนถูกฟ้องร้องดำเนินคดีเพื่อปิดปากไม่ให้มีการชุมนุมเรียกร้องหรือตรวจสอบใด ๆ

ศาลปกครองได้มีการวางหลักวินิจฉัยที่เกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพของบุคคลและชุมชนในสิ่งแวดล้อมและสุขภาพ ในประเด็นหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ หรือมีการกระทำการละเมิดหรือความรับผิด

ของหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ตามมาตรา ๙ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองและวินิจฉัย ควบคู่กับการรับรองสิทธิเสรีภาพในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หลักในการวินิจฉัยจึงต้องมีการตีความตามตัวบทกฎหมายอย่างเคร่งครัดประกอบกับหลักฐานข้อเท็จจริงที่ผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีนำเสนอ ประเด็นที่ควรพิจารณามีดังนี้

(๑) การให้อนุญาตในการประกอบการดำเนินการตามขั้นตอนทางกฎหมายหรือไม่ หรือมีความล่าช้าหรือไม่ ศาลปกครองสูงสุดวางหลักวินิจฉัยไว้อย่างเคร่งครัดในการปฏิบัติตามขั้นตอนทางกฎหมาย ซึ่งประเด็นสิทธิชุมชนในสิ่งแวดล้อมและสุขภาพมีกฎหมายที่เกี่ยวข้องหลายฉบับ ผู้ฟ้องคดีที่เป็นประชาชนทั่วไปยากที่จะเข้าถึงความยุติธรรมทางปกครองนี้ได้ เนื่องจากผู้ฟ้องคดีไม่สามารถรู้ได้ว่ามีกฎหมายที่เกี่ยวข้องฉบับใด จำเป็นต้องมีที่ปรึกษาเป็นทนายความ หรือนักกฎหมาย หรือพนักงานคดีปกครอง ในการศึกษาขั้นตอนตามกฎหมาย ระดับพระราชบัญญัติ และระดับอนุบัญญัติ ได้แก่ ระเบียบ กฎ กฎกระทรวง ทุกขั้นตอนอย่างละเอียด และต้องสอบสวนหาข้อเท็จจริงและตารางเวลา (timeline) ในการดำเนินการของหน่วยงานทางปกครองในแต่ละขั้นตอนอย่างระมัดระวัง เพื่อให้การฟ้องคดีต้องอยู่ภายในกรอบระยะเวลาของอายุความทางละเมิดที่กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๔๙ การฟ้องคดีจะต้องยื่นฟ้องภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี... มาตรา ๕๑ สำหรับคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดหรือความรับผิดอย่างอื่นของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย หรือจากกฎ คำสั่งทางปกครอง หรือคำสั่งอื่น หรือสัญญาทางปกครอง ซึ่งต้องยื่นฟ้องคดีภายในหนึ่งปีนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี แต่ไม่เกินสิบปีนับแต่วันที่มีเหตุแห่งการฟ้องคดี ยกเว้นมาตรา ๕๒ การฟ้องคดีปกครองที่เกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ หรือสถานะของบุคคลจะยื่นฟ้องคดีเมื่อใดก็ได้

กรณีการฟ้องคดีทั้ง ๒ ตัวอย่างนี้เป็นกรณีที่มีทนายความในการเขียนคำฟ้องคดีและดำเนินการแทนผู้ฟ้องคดี ซึ่งทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับการคุ้มครองสิทธิในการกระทำทางปกครองของหน่วยงานของรัฐ ได้แก่ **กรณีบริษัทเอกชนทำเหมืองแร่ดีบุกและปล่อยทิ้งน้ำขุ่นข้นและกากแร่ดีบุกจากบ่อกักตะกอนลงสู่ลำห้วยคลิตี้ ตำบลชะแล อำเภอทองผาภูมิ จังหวัดกาญจนบุรี** (ศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ.๗๔๓/๒๕๕๕ วันที่ ๑๖ พฤศจิกายน ๒๕๕๕) ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าผู้ถูกฟ้องคดี กรมควบคุมมลพิษมีอำนาจหน้าที่ดำเนินการตามกฎหมายว่าด้วยการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติด้านการควบคุมมลพิษ จากข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการก่อสร้างเขื่อนดักตะกอน โดยการจัดเตรียมเครื่องมือ/อุปกรณ์ในการก่อสร้างเขื่อนดักตะกอนเป็นเวลาถึงสามปีเศษ ซึ่งเป็นการปฏิบัติหน้าที่ในการฟื้นฟูหรือระงับการปนเปื้อนของสารตะกั่วในลำห้วยคลิตี้ล่าช้าเกินสมควร และประเด็นที่ผู้ถูกฟ้องคดีต้องขออนุญาตต่อกรมป่าไม้เพื่อดำเนินการฟื้นฟูลำห้วยคลิตี้ โดยการขุดลอกตะกอนที่ปนเปื้อนสารตะกั่วออกไปเพื่อกำจัดในพื้นที่เขตป่าสงวนแห่งชาตินั้น ผู้ถูกฟ้องคดีรู้ว่ามีการปนเปื้อนของสารตะกั่วในลำห้วยคลิตี้ตั้งแต่เดือนเมษายน ๒๕๔๑ ก็ควรที่จะขอเข้าใช้พื้นที่ตั้งแต่วันที่ทราบเหตุ ผู้ถูกฟ้องคดีมีหนังสือถึงกรมป่าไม้เพื่อขอเข้าใช้พื้นที่ตามหนังสือฉบับลงวันที่ ๒๕ มกราคม ๒๕๔๒ ซึ่งเป็นระยะเวลา ล่วงมาถึงเก้าเดือน จึงเป็นการดำเนินการล่าช้าเกินสมควรแต่ประเด็นที่ผู้ถูกฟ้องคดีละเลยต่อหน้าที่ไม่เสนอข้อเท็จจริง ต่อคณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติเพื่อกำหนดให้บริเวณลำห้วยคลิตี้เป็นเขตควบคุมมลพิษหรือไม่ ตามมาตรา ๕๙

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๓๕ ผู้ถูกฟ้องคดีได้เสนอแนวทางการฟื้นฟูของบริษัทเอกชน และการติดตามตรวจสอบคุณภาพน้ำของผู้ถูกฟ้องคดีให้คณะกรรมการสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ (กก.วล.) และคณะกรรมการฯได้พิจารณาในการประชุมเมื่อวันที่ ๑๙ เมษายน ๒๕๔๘ และมีมติว่ายังไม่มีความจำเป็นต้องประกาศให้พื้นที่ดังกล่าวเป็นเขตควบคุมมลพิษ จึงฟังได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีไม่ได้ละเลยต่อหน้าที่ดังกล่าว แต่อย่างใด

กรณีการออกใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงานผลิตพลังงานไฟฟ้าจากเชื้อเพลิงชีวมวล กำลังการผลิต ๙.๙ เมกกะวัตต์ ตั้งอยู่ที่ตำบลเขาไม้แก้ว อำเภอกบินทร์บุรี จังหวัดปราจีนบุรี ผู้ถูกฟ้องคดี คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน กรมโรงงานอุตสาหกรรม ผู้ว่าราชการจังหวัดปราจีนบุรี อุตสาหกรรมจังหวัดปราจีนบุรี องค์การบริหารส่วนตำบลเขาไม้แก้ว และบริษัทเอกชน (ศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อส.๘/๒๕๖๔ วันที่ ๑๓ สิงหาคม ๒๕๖๔) ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า การออกใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงาน ผลิตและจำหน่ายกระแสไฟฟ้าเป็นอำนาจของคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ และการออกใบอนุญาตดังกล่าวจะกระทำได้ต่อเมื่อกิจการโรงงานที่ขออนุญาตจะต้องไม่เป็นการฝ่าฝืนต่อกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคาร กฎหมายว่าด้วยผังเมือง หรือกฎหมายว่าด้วยการพัฒนาและส่งเสริมพลังงาน อีกทั้งต้องมีที่ตั้งอยู่ในทำเลและสภาพแวดล้อมที่เหมาะสมด้วย แต่เนื่องจากเมื่อวันที่ ๒ พฤศจิกายน ๒๕๕๕ ในระหว่างเวลาที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ พิจารณาคำขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงานของบริษัทเอกชนผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๗ พื้นที่อันเป็นที่ตั้งโรงงานพิพาทได้มีการประกาศกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมจังหวัดปราจีนบุรี พ.ศ. ๒๕๕๕ ซึ่งมีผลให้ต้องนำพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ มาใช้บังคับในพื้นที่ตั้งโรงงานพิพาทของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๗ ดังนั้นการก่อสร้างอาคารเพื่อประกอบกิจการโรงงานพิพาทจึงต้องได้รับใบอนุญาตก่อสร้างอาคารตามพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ และการใช้ประโยชน์ที่ดินก็จะต้องไม่ผิดไปจากที่กำหนดไว้ในผังเมืองรวมตามมาตรา ๒๗ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. ๒๕๑๘ ด้วย เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า พื้นที่ตำบลเขาไม้แก้วที่ตั้งโรงงานพิพาทถูกกำหนดเป็นที่ดินประเภทชนบทและเกษตรกรรม ต้องห้ามใช้ประโยชน์ประกอบกิจการโรงงานทุกจำพวก อีกทั้งโรงไฟฟ้าไม่ใช่โรงงานตามประเภท ชนิด และจำพวกที่ดำเนินการได้ตามบัญชีท้ายกฎกระทรวง การขออนุญาตประกอบกิจการโรงงานของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๗ จึงเป็นการใช้ประโยชน์ที่ดินผิดไปจากที่กำหนดไว้ใน ผังเมืองรวม หรือปฏิบัติการใด ๆ ซึ่งขัดกับข้อกำหนดของผังเมืองรวมตามมาตรา ๒๗ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติ การผังเมือง พ.ศ. ๒๕๑๘ นอกจากนี้ผู้ถูกฟ้องคดีได้ขุดบ่อเก็บน้ำดิบเมื่อวันที่ ๓๐ พฤษภาคม ๒๕๕๖ ภายหลังมีประกาศกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมจังหวัดปราจีนบุรี พ.ศ. ๒๕๕๕ เมื่อวันที่ ๒ พฤศจิกายน ๒๕๕๕ ซึ่งเป็นการขุดดินถมดินโดยที่ยังไม่ได้รับแจ้งใบรับแจ้งจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามมาตรา ๑๗ วรรคสอง และมาตรา ๒๖ วรรคสี่ แห่งพระราชบัญญัติการขุดดินและถมดิน พ.ศ. ๒๕๔๓ จึงไม่อาจถือได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๗ เป็นเจ้าของที่ดินได้ใช้ประโยชน์ที่ดินโดยชอบด้วยกฎหมายมาก่อนที่จะมีกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวม ดังนั้นคำขอรับใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงาน ลงวันที่ ๒๒ มิถุนายน ๒๕๕๓ จึงต้องห้ามตามข้อ ๑๑ วรรคสอง (๑) ของกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมจังหวัดปราจีนบุรี พ.ศ. ๒๕๕๕ กรณีนี้จึงไม่อาจถือเป็นการขออนุญาตประกอบกิจการโรงงานที่มีที่ตั้งทำเลและสภาพแวดล้อมที่เหมาะสมตามข้อ ๔ ของกฎกระทรวงฉบับที่ ๒ (พ.ศ. ๒๕๓๕) ออกตามความ

ในพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. ๒๕๓๕ ประกอบมาตรา ๘ แห่งพระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. ๒๕๓๕ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ออกใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงานให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๗ จึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๕ โดยนายกองค์การบริหารส่วนตำบลเขาไม้แก้วในฐานะเจ้าพนักงานท้องถิ่นชอบที่จะดำเนินการตามอำนาจหน้าที่โดยการยื่นคำขอต่อศาลขอให้มีคำสั่งจับกุมและกักขังบุคคลที่ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งหรือดำเนินการหรือจัดให้มีการรื้อถอนอาคารเองได้ ตามมาตรา ๔๓ แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๕ ปล่อยให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๗ ก่อสร้างอาคารต่าง ๆ ในโครงการโรงงานพิพาท นับแต่วันที่พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ มีผลใช้บังคับ พร้อมกฎกระทรวงให้ใช้บังคับผังเมืองรวมจังหวัดปราจีนบุรี พ.ศ. ๒๕๕๕ และต่อเนื่องต่อมาในภายหลัง จึงเป็นการละเลยหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ

(๒) สิทธิในกระบวนการมีส่วนร่วมของประชาชน ศาลปกครองวางหลักวินิจฉัยการคุ้มครองสิทธิ ของบุคคลและชุมชนมีส่วนร่วมในการจัดการ บำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ สิ่งแวดล้อมและความหลากหลายทางธรรมชาติ และการรับฟังความคิดเห็นตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ ประกอบกับการพิจารณาเงื่อนไขตามที่กำหนดไว้ในประกาศกระทรวงทรัพยากรธรรมชาติของการจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม (EIA) ที่ต้องจัดรับฟังความคิดเห็น และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็น พ.ศ. ๒๕๔๘ แต่สาระสำคัญของการให้ข้อมูลที่ครบถ้วนทุกประเด็นและกระบวนการรับฟังความคิดเห็น สร้างการมีส่วนร่วมของประชาชนมากน้อยแค่ไหนอย่างไร ศาลไม่ได้พิจารณารายละเอียดตามที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวหา แต่ถ้าปรากฏว่ามีการจัดรับฟังความคิดเห็นที่กำหนดไว้ในกฎหมาย ถือได้ว่าหน่วยงานของรัฐได้ดำเนินการตามอำนาจหน้าที่แล้ว ตัวอย่างเช่น

กรณีบริษัทเอกชนทำเหมืองแร่ดีบุกและปล่อยทิ้งน้ำขุ่นข้นและกากแร่ดีบุกจากบ่อกักตะกอนลงสู่ลำห้วยคลิตี้ ตำบลชะแล อำเภอทองผาภูมิ จังหวัดกาญจนบุรี (ศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ.๗๔๓/๒๕๕๕ วันที่ ๑๖ พฤศจิกายน ๒๕๕๕) ศาลปกครองเห็นว่าผู้ฟ้องคดีทั้ง ๒๒ คน ย่อมมีสิทธิเข้ามามีส่วนร่วม ในการบำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม เพื่อให้ดำรงชีพ อยู่ได้อย่างปกติและต่อเนื่องในสิ่งแวดล้อมที่จะไม่ก่อให้เกิดอันตรายต่อสุขภาพอนามัย สวัสดิภาพ หรือคุณภาพชีวิต ของตนในท้องถิ่นของตน ตามที่รัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๔๐ รับรองไว้ในมาตรา ๔๖ และการแต่งตั้งคณะทำงานแก้ไขปัญหามลพิษจากตะกั่วในบริเวณลำห้วยคลิตี้ ประกอบด้วยผู้แทนจากองค์กรประชาสังคม ในการพิจารณาและให้ความเห็นชอบแผนปฏิบัติการฟื้นฟูลำห้วยคลิตี้นั้น ผู้ถูกฟ้องคดีจึงไม่ละเลยต่อหน้าที่ในการให้สิทธิแก่บุคคลที่จะมีส่วนร่วมกับรัฐและชุมชนในการบำรุงรักษาและการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

กรณีการออกใบอนุญาตประกอบกิจการโรงงานผลิตพลังงานไฟฟ้าจากเชื้อเพลิงชีวมวล กำลังการผลิต ๙.๙ เมกกะวัตต์ ตั้งอยู่ที่ตำบลเขาไม้แก้ว อำเภอกบินทร์บุรี จังหวัดปราจีนบุรี (ศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อส.๘/๒๕๖๔ วันที่ ๑๓ สิงหาคม ๒๕๖๔) ศาลปกครองเห็นว่าโรงงานไฟฟ้าพลังงานความร้อนที่ใช้เชื้อเพลิงชีวมวลมีขนาดกำลังการผลิตกระแสไฟฟ้ารวมเพียง ๙๙ เมกกะวัตต์ จึงไม่ถือเป็นโครงการหรือกิจการที่อาจก่อให้เกิดผลกระทบต่อชุมชนอย่างรุนแรง ที่ต้องอยู่ในบังคับให้ต้องทำการศึกษาและประเมินผลกระทบต่อคุณภาพสิ่งแวดล้อมและสุขภาพของประชาชนในชุมชน และจัด

ให้มีกระบวนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชนและผู้มีส่วนได้เสีย ข้อเท็จจริงไม่อาจรับฟังได้ว่า ได้มีการจัดให้มีการเผยแพร่ข้อมูล คำชี้แจง และเหตุผลในการดำเนินการโครงการพิพาท และเปิดโอกาสให้ประชาชนในพื้นที่ที่อาจได้รับผลกระทบมีส่วนร่วมและมีสิทธิแสดงความคิดเห็นของตนประกอบการพิจารณาก่อนที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ คณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานจะออกใบอนุญาตให้แก่บริษัทเอกชน

กรณีโครงการก่อสร้างเขื่อนกันทรายและคลื่นร่องน้ำสะกอม ตำบลสะกอม อำเภอจะนะ จังหวัดสงขลา (ศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ.๑๓๒๘/๒๕๖๔ วันที่ ๒๑ ธันวาคม ๒๕๖๔) ในระหว่างการศึกษาผู้ถูกฟ้องคดี กรมเจ้าท่าได้มีการประชาสัมพันธ์และจัดให้มีกระบวนการมีส่วนร่วมตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. ๒๕๔๘ ปัจจุบันอยู่ในขั้นตอนการปรับปรุงข้อเสนอในรูปแบบ/วิธีการแก้ไขปัญหาการกัดเซาะบริเวณชายหาดสะกอมตามความเห็นของประชาชนในพื้นที่ก่อนการประเมินผลกระทบและจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมเสนอให้สำนักนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม เพื่อนำเสนอคณะกรรมการผู้ชำนาญการพิจารณาตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๓๕

(๓) พยานหลักฐานในทางวิชาการที่เป็นสาระสำคัญของการจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม และการเยียวยาความเสียหาย ประเด็นนี้เป็นประเด็นสำคัญที่จะทำให้ศาลปกครองเชื่อได้ว่า โครงการหรือกิจการนั้นมีความเหมาะสมในการดำเนินการโครงการ หรือมีผลกระทบต่อบุคคลและชุมชนทั้งทางสุขภาพ และสิ่งแวดล้อม จริงหรือไม่อย่างไร ซึ่งขึ้นอยู่กับผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีจะหาพยานหลักฐานและพยานผู้เชี่ยวชาญที่เกี่ยวข้องมาเป็นหลักฐานประกอบการพิจารณา อย่างไรก็ตามผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นประชาชนจะเสียเปรียบ ผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐที่มีข้อมูลและผู้เชี่ยวชาญของหน่วยงานมากกว่าผู้ฟ้องคดี และผู้ฟ้องคดีต้องรับภาระค่าใช้จ่ายในการหาหลักฐานมาแสดงให้ศาลเห็น ในหลายคดีองค์กรสิ่งแวดล้อมและทนายความสิ่งแวดล้อม และสิทธิมนุษยชนจะมีบทบาทสำคัญในการช่วยเหลือคดีประเภทนี้ และหลายคดีที่ศาลรับฟังพยานหลักฐานทางวิชาการจากหน่วยงานของรัฐซึ่งมีสถิติข้อมูลและผลการตรวจสุขภาพ และการตรวจสอบมลพิษที่เกิดขึ้น ด้วยเหตุนี้พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๓๕ มาตรา ๙๖ และ ๙๗ บัญญัติให้เป็นหน้าที่ของรัฐที่ต้องดำเนินการติดตามกำกับให้บริษัทเอกชนที่เป็นผู้ก่อให้เกิดมลพิษฟื้นฟูสภาพแวดล้อม และฟ้องคดีแทนผู้เสียหายกับเจ้าของกิจการหรือโครงการที่ก่อให้เกิดความเสียหาย ดังเช่นกรณีตัวอย่างดังนี้

กรณีโครงการก่อสร้างเขื่อนกันทรายและคลื่นร่องน้ำสะกอม ตำบลสะกอม อำเภอจะนะ จังหวัดสงขลา ผู้ถูกฟ้องคดี คือ กรมเจ้าท่า อธิบดีกรมเจ้าท่า และกรมทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง (ศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ.๑๓๒๘/๒๕๖๔ วันที่ ๒๑ ธันวาคม ๒๕๖๔) ศาลปกครองเห็นว่า การถมที่ดินในทะเล หมายถึง การดำเนินการเพื่อให้มีที่ดินขึ้นในพื้นที่เป็นทะเลให้กลายเป็นผืนแผ่นดิน หรือพื้นดินที่สามารถใช้ประโยชน์ได้ แต่โครงการที่ฟ้องคดีนี้เป็นการก่อสร้างเขื่อนกันทรายและคลื่นมีลักษณะเป็นเขื่อนหินทิ้ง มิได้เป็นการดำเนินการให้มีผืนแผ่นดินหรือพื้นดินขึ้นใหม่ กรณีจึงไม่อาจถือได้ว่าเป็นการถมที่ดินในทะเลที่อยู่ในบังคับที่ต้องจัดทำรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมตามประกาศกระทรวงวิทยาศาสตร์ เทคโนโลยีและสิ่งแวดล้อม ดังนั้นจึงไม่ต้องมีรายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อมตามข้อ ๒ (๖) ของกฎกระทรวงฉบับที่ ๖๓ (พ.ศ. ๒๕๓๗) ออกตามความในพระราชบัญญัติ

การเดินเรือในน่านน้ำไทย พุทธศักราช ๒๔๕๖ และการทำสัญญาจ้างถือว่าชอบด้วยกฎหมาย สำหรับความเสียหายที่เกิดแก่ชายหาดสะกอมนั้น แม้ว่าการกัดเซาะชายฝั่งทะเลยังคงมีอยู่ แต่ไม่อาจรับฟังได้ว่าเกิดจากการดำเนินการโครงการก่อสร้างเขื่อนกันทราย และคลื่นร่องน้ำสะกอมเพียงอย่างเดียว หากแต่อาจเกิดจากปัจจัยอื่นทางธรรมชาติประกอบด้วย และจากการศึกษาของบริษัทเอกชนที่ปรึกษายังปรากฏว่าชายหาดบริเวณบ้านบ่อโชน ซึ่งอยู่ด้านทิศตะวันตกของร่องน้ำสะกอมประสบปัญหาการกัดเซาะมาตั้งแต่อดีต

กรณีบริษัทเอกชนทำเหมืองแร่ดีบุกและปล่อยทิ้งน้ำขุ่นข้นและกากแร่ดีบุกจากบ่อกักตะกอนลงสู่ลำห้วยคลิตี้ ตำบลชะแล อำเภอทองผาภูมิ จังหวัดกาญจนบุรี (ศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ.๗๔๓/๒๕๕๕ วันที่ ๑๖ พฤศจิกายน ๒๕๕๕) ผู้ถูกฟ้องคดี คือ กรมควบคุมมลพิษได้ดำเนินการฟ้องบริษัทเอกชนในการขจัดมลพิษและฟื้นฟูสภาพแวดล้อม เป็นจำเลยต่อศาลจังหวัดกาญจนบุรี เพื่อเรียกค่าเสียหายกรณีปล่อยให้แร่ตะกั่วปนเปื้อนในลำห้วยคลิตี้ตามพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๓๕ เป็นจำนวนทุนทรัพย์ ๘,๑๑๐,๔๘๑.๕๔ บาท พร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ ๗.๕ ต่อปีของต้นเงินดังกล่าว และศาลจังหวัดกาญจนบุรีได้มีคำพิพากษากำหนดค่าสินไหมทดแทนโดยพิจารณาถึงพฤติการณ์และความร้ายแรงที่เกิดขึ้น กรณีนี้จึงถือได้ว่ากรมควบคุมมลพิษดำเนินการเรียกค่าใช้จ่ายในการขจัดมลพิษและฟื้นฟูสภาพแวดล้อมจากบริษัทเอกชนแล้ว

กรณีโรงไฟฟ้าแม่เมาะ อำเภอแม่เมาะ จังหวัดลำปาง ผู้ถูกฟ้องคดี คือ การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (ศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ.๗๓๐ - ๗๔๘/๒๕๕๗ วันที่ ๒๓ ธันวาคม ๒๕๕๗) ศาลปกครองได้รับรองสิทธิของบุคคลและชุมชนตามรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๐ แต่ด้วยข้อจำกัดของผู้ฟ้องคดีที่ไม่สามารถแสดงให้ศาลเห็นได้ว่าการทำเหมืองแร่ลิกไนต์ของผู้ถูกฟ้องคดี คือ การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) เป็นกิจการที่ทำให้เกิดฝุ่นละอองในพื้นที่อำเภอแม่เมาะในปริมาณมากเพียงแห่งเดียว รวมถึงรายงานผลการศึกษาวิจัยของคณะผู้ทำการวิจัยไม่มีความชัดเจนและไม่น่าเชื่อถือ และกรณีมิใช่ปัญหาอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อย ของประชาชน หรือปัญหาเกี่ยวกับประโยชน์สาธารณะ คำอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีจึงฟังไม่ขึ้น อย่างไรก็ตามเมื่อโรงไฟฟ้าแม่เมาะของผู้ถูกฟ้องคดีเป็นแหล่งกำเนิดมลพิษที่ก่อให้เกิดการแพร่กระจายของก๊าซซัลเฟอร์ไดออกไซด์จนทำให้ผู้ฟ้องคดีทั้ง ๑๙ สำนวนได้รับอันตรายเสียหายจากก๊าซซัลเฟอร์ไดออกไซด์ ผู้ถูกฟ้องคดีจึงมีหน้าที่ต้องชดใช้ค่าสินไหมทดแทน หรือค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดีทั้ง ๑๙ สำนวน ตามมาตรา ๙๖ แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. ๒๕๓๕ สำหรับประเด็นค่าสินไหมทดแทนหรือค่าเสียหายตามบทบัญญัติ มาตรา ๙๖ นั้น มิได้มีความหมายเฉพาะค่าสินไหมทดแทนจากการที่แหล่งกำเนิดมลพิษได้ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ชีวิต ร่างกาย สุขภาพ อนามัย หรือทรัพย์สินของผู้อื่นเสียหายเท่านั้น แต่หมายถึงค่าใช้จ่ายทั้งหมดที่ทางราชการต้องรับภาระจ่ายจริงในการขจัดมลพิษที่เกิดขึ้นด้วย โดยที่พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. ๒๕๓๕ มิได้กำหนดหลักเกณฑ์ในการกำหนดค่าสินไหมทดแทนหรือค่าเสียหายไว้เป็นการเฉพาะ จึงต้องนำหลักเกณฑ์ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาใช้ในการกำหนดค่าสินไหมทดแทน

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้ใช้หลักการคุ้มครองสิทธิบุคคลและชุมชนในสิ่งแวดล้อมและสุขภาพ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (International Covenant on Economics, Social and Cultural Rights :

ICESCR) สิทธิในการจัดการทรัพยากรธรรมชาติและโภคทรัพย์บนพื้นฐานของผลประโยชน์ร่วมกัน โดยการดำเนินการโครงการหรือกิจกรรมใดของรัฐที่อาจส่งผลกระทบต่อประชาชน รัฐจะต้องคำนึงถึงสิทธิมนุษยชนที่ได้รับการรับรองไว้โดยไม่ลิดรอน วิถีชีวิตของประชาชนเช่นเดียวกัน รวมทั้งข้อคิดเห็นทั่วไปที่เกี่ยวกับสิทธิในมาตรฐานการครองชีพที่ดี รวมทั้งสิทธิในสิ่งแวดล้อมและสุขภาพที่ดี (UN General Comment) และพิจารณาประกอบกับกฎหมายที่บังคับใช้ ซึ่งมีหลักการวินิจฉัยได้กว้างกว่าศาลปกครอง โดยมุ่งหมายเจตนารมณ์ของการคุ้มครองสิทธิของบุคคล ชุมชน สิ่งแวดล้อม และสุขภาพ การแสวงข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานจากเหตุการณ์ และจากพยานผู้เชี่ยวชาญ มาพิจารณาเพื่อนำไปสู่การกำหนดมาตรการป้องกันและแก้ไขปัญหา และข้อเสนอทางนโยบายเพื่อใช้มาตรการทางบริหาร และการปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย นอกจากนี้ได้พิจารณาตามหลักการชี้แนะสิทธิมนุษยชนสำหรับภาคธุรกิจ ตามกรอบงาน ขององค์การสหประชาชาติในการคุ้มครอง เคารพ และเยียวยา (Guiding Principles on Implementing the UN Protect, Respect, Remedy Framework for Business and Human Rights : UNGP)

ประเด็นในการตรวจสอบของ กสม. ได้แก่

๑) สาระสำคัญของข้อมูลที่เผยแพร่วิธีการและกระบวนการในการมีส่วนร่วมของประชาชน

แม้ว่าในทางขั้นตอนทางกฎหมายเจ้าของโครงการหรือกิจกรรมได้ดำเนินการในกระบวนการมีส่วนร่วมอย่างครบถ้วน ในเชิงรูปแบบและกระบวนการตามแนวทางของสำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม และระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. ๒๕๔๘ แต่เมื่อตรวจสอบพบข้อเท็จจริงว่าไม่ได้ดำเนินการตามเจตนารมณ์ของการมีส่วนร่วมของประชาชนอย่างแท้จริง กสม. จะให้ความเห็นต่อเจ้าของโครงการหรือกิจกรรมไปดำเนินการจัดรับฟังความคิดเห็นใหม่ เช่น กรณีโครงการก่อสร้างเขื่อนป้องกันตลิ่งริมทะเลบริเวณหาดมหาราช อำเภอสทิงพระ จังหวัดสงขลา อาจส่งผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมและชุมชน (รายงานผลการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน ที่ ๑๖๘/๒๕๖๓ วันที่ ๒ กันยายน ๒๕๖๓) ประชาชนส่วนหนึ่งที่อาศัยอยู่ติดกับแนวก่อสร้างบริเวณริมหาดมหาราช ประชาชนที่ประกอบอาชีพประมงพื้นบ้านและอาศัยอยู่ในชุมชนชายฝั่งริมหาดมหาราชด้านทิศเหนือซึ่งจะเป็นพื้นที่ดำเนินการโครงการระยะที่ ๓ ซึ่งถือว่าเป็นผู้มีส่วนได้เสียหลักและอาจได้รับผลกระทบโดยตรงจากโครงการ ไม่ได้รับทราบรายละเอียดข้อมูลโครงการมาก่อน โดยเฉพาะประเด็นที่เกี่ยวกับปัญหาการกัดเซาะที่อาจเพิ่มมากขึ้นบริเวณจุดสิ้นสุดโครงการ (end effect) และไม่ได้เข้าร่วมการประชุม รับฟังความคิดเห็นที่ผู้ถูกร้อง กรมโยธาธิการและผังเมืองจัดขึ้น การดำเนินการโครงการของผู้ถูกร้องจึงไม่สอดคล้อง กับการรับรองสิทธิในกระบวนการมีส่วนร่วมของประชาชน และไม่สอดคล้องกับหน้าที่ของรัฐตามรัฐธรรมนูญทาง กสม. ได้มีความเห็นและข้อเสนอแนะว่า โครงการเขื่อนกันคลื่น มีความจำเป็นต้องจัดทำรายงาน EIA เพื่อให้คณะกรรมการผู้ชำนาญการได้พิจารณาให้รอบคอบและน่าเชื่อถือ ของกระบวนการมีส่วนร่วมของประชาชน ควรมีการบูรณาการการทำงานร่วมกันระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้องดำเนินการภายใต้กรอบแผนบูรณาการงบประมาณการจัดการป้องกันและแก้ไขปัญหาการกัดเซาะในพื้นที่จังหวัดชายฝั่งทะเล ๒๓ จังหวัด และกระทรวงทรัพยากร- ธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม ควรเร่งการพิจารณาออกกฎกระทรวงกำหนดเขตพื้นที่ใช้มาตรการป้องกันการกัดเซาะชายฝั่ง สำหรับการดำเนินโครงการก่อสร้างกำแพงป้องกันคลื่นริมชายหาดและเขื่อนป้องกันตลิ่งริมทะเล ซึ่งออกตามความในมาตรา ๒๑ แห่งพระราชบัญญัติส่งเสริมการบริหารจัดการทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง พ.ศ. ๒๕๕๘

๒) การให้อนุญาตการประกอบกิจการโรงงานหรือโครงการชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หลักในการพิจารณาประกอบด้วยข้อเท็จจริงควบคู่กับขั้นตอนให้อนุญาตตามกฎหมายครบถ้วนหรือไม่ เช่น กรณีโรงไฟฟ้าชีวมวล ที่ตำบลเขาไม้แก้ว อำเภอกบินทร์บุรี จังหวัดปราจีนบุรี (รายงานผลการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่ ๘๖๓/๒๕๕๘ วันที่ ๓๑ สิงหาคม ๒๕๕๘) กสม. มีความเห็นว่ากรมโรงงานออกใบอนุญาตที่ไม่ชอบด้วยกฎกระทรวง ให้ใช้บังคับผังเมืองรวมจังหวัดปราจีนบุรี พ.ศ. ๒๕๕๕ และกระบวนการพิจารณาให้ความเห็นชอบของหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ได้แก่ อบต.เขาไม้แก้ว สำนักงานอุตสาหกรรมจังหวัดปราจีนบุรี กรมโรงงานอุตสาหกรรม และคณะกรรมการ กำกับกิจการพลังงาน ดำเนินการโดยละเมิดสิทธิในการแสดงความคิดเห็น และสิทธิการมีส่วนร่วมของชุมชน จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย และเป็นการละเมิดสิทธิของผู้ร้องและประชาชนและชุมชน ที่จะสามารถดำรงชีพอยู่ได้อย่างปกติและต่อเนื่องในสิ่งแวดล้อมที่ดีตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๐ มาตรา ๕๗, ๖๖ และ ๖๗

กรณีเหตุการณ์ระเบิดและเพลิงไหม้โรงงานของบริษัทหมิงตี้เคมีคอล จำกัด (รายงานผลการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน ที่ ๙๒/๒๕๖๕ วันที่ ๒๐ มิถุนายน ๒๕๖๕) ซึ่งได้รับอนุญาตให้ขยายโรงงานทั้งสองครั้ง ซึ่งเพิ่มกำลังผลิตรวมเป็น ๓๖,๐๐๐ ตันต่อไป เพิ่มขึ้นจากครั้งแรกมากถึง ๑๕ เท่า และขยายพื้นที่ก่อสร้างอาคารเพื่อจัดเก็บวัตถุดิบที่เป็นสารเคมีอันตรายและติดไฟ ซึ่งเป็นการเพิ่มอันตรายจากการประกอบกิจการโรงงาน อันขัดต่อสาระสำคัญที่เกี่ยวกับสุขลักษณะ ความปลอดภัยของประชาชนและสวัสดิภาพของสังคม เมื่อเกิดเหตุการณ์ ระเบิดและเพลิงไหม้ จึงทำให้เกิดความเสียหายต่อทรัพย์สิน ชีวิตและร่างกาย ซึ่งส่งผลโดยตรงต่อการคุ้มครองสิทธิในชีวิตและร่างกาย สิทธิในสุขภาพ และสิทธิในการดำรงชีวิตในสิ่งแวดล้อมที่ดีและยั่งยืน อันเป็นการละเมิดสิทธิมนุษยชน

๓) สิทธิของประชาชนในการรับการช่วยเหลือเยียวยา รัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๖๐ มาตรา ๒๕ วรรคท้าย ได้รับรองสิทธิของบุคคลที่ได้รับความเสียหายจากการถูกละเมิดสิทธิหรือเสรีภาพ หรือจากการกระทำความผิดอาญาของบุคคลอื่น ให้ได้รับสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาหรือช่วยเหลือจากรัฐ กสม. พิจารณากฎหมายที่เกี่ยวข้องหลายฉบับซึ่งกำหนดให้หน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องดำเนินการเยียวยา กรณีเหตุการณ์เพลิงไหม้ของโรงงาน หมิงตี้ เคมีคอล จำกัด เป็นอุบัติภัยที่เกิดขึ้นเฉพาะหน้า ผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจประกาศเป็นพื้นที่ภัยพิบัติ ตามพระราชบัญญัติป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย พ.ศ. ๒๕๕๐ และกำหนดให้มีการจัดทำแผนการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยจังหวัด และแผนปฏิบัติการในการป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เพื่อเตรียมความพร้อมในการจัดการสถานการณ์ฉุกเฉินอันเกิดจากสาธารณภัยต่าง ๆ รวมถึงสาธารณภัยอันเนื่อง มาจากสารเคมีและวัตถุอันตราย ทางจังหวัดและกรมป้องกันและบรรเทาสาธารณภัยจะสามารถเบิกจ่ายงบประมาณ ในการช่วยเหลือเยียวยาตามหลักเกณฑ์ของระเบียบกระทรวงการคลัง สำหรับกรมควบคุมมลพิษมีหน้าที่ในการตรวจสอบผลกระทบสิ่งแวดล้อมเพื่อเฝ้าระวังมลพิษร่วมกับกรมโรงงานอุตสาหกรรม ในการตรวจสอบและกำกับดูแลการดำเนินการรวบรวมและขนย้ายกากของเสียอันตราย และติดตามกำกับให้บริษัทเอกชนในการรับผิดชอบค่าใช้จ่ายในการขจัดมลพิษและรวมทั้งค่าเสียหายต่อทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อมและดำเนินคดีกับเอกชน

๔. สิทธิของบุคคลและชุมชนกับสิทธิในที่ดิน

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (กสม.) ได้รับเรื่องร้องเรียนจากประชาชนกรณีสิทธิของบุคคลและชุมชนที่เกี่ยวกับสิทธิในที่ดินจำนวนมาก ซึ่งประชาชนส่วนใหญ่ที่ตั้งถิ่นฐานการทำกินและอยู่อาศัยทั้งในพื้นที่ชนบทและในเมืองที่ไม่มีโอกาสจะได้รับสิทธิในที่ดินรวมทั้งกรรมสิทธิ์ที่ดินตามกฎหมาย ประเด็นที่ต้องพิจารณาคือ นับแต่การประกาศใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. ๒๔๙๗ ผู้ถือครองและครอบครองทำประโยชน์ที่ดินมายาวนานก่อนการประกาศเขตที่ดินของรัฐแต่ละประเภทนั้นไม่แจ้งสิทธิการครอบครอง (ส.ค.๑) หรือไม่มีเอกสารใด ๆ ที่ทางราชการออกหลักฐานหรือหนังสือการรับรองการทำประโยชน์ให้ เนื่องจากไม่ทราบถึงการประกาศให้ไปแจ้งการครอบครองที่ดิน ไม่รู้กฎหมาย ไม่ติดตามให้ตนเองมีสิทธิในที่ดิน ต่อมาเมื่อมีการประกาศเขตที่ดินของรัฐทับซ้อนกันไปมา ระยะเวลาล่วงเลยมายาวนาน สิทธิในที่ดินก็ได้ถูกลิดรอนสิทธิจากขั้นตอนของการรับรองสิทธิในที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. ๒๔๙๗ เมื่อทางราชการต้องการหวงห้ามที่ดินของรัฐ หรือต้องการใช้ประโยชน์ที่ดินของรัฐ รวมทั้งเอกชนต้องการขอออกเอกสารสิทธิที่ดิน

แนวทางการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนของ กสม. คือ การแสวงหาข้อเท็จจริงจากหลักฐานของการตั้งถิ่นฐานของชุมชน การถือครองที่ดินและการทำประโยชน์ที่ดินตามวิถีวัฒนธรรมของกลุ่มชาติพันธุ์ (ethnic group)[๑๐] โดยพิจารณาจากหลักของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม (ICESCR) ข้อคิดเห็นทั่วไปที่เกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐาน (UN General Comment) ได้แก่ สิทธิในการมีที่อยู่อาศัย มีที่ดินทำกิน มีมาตรฐานการครองชีพที่ดี และสิทธิในการดำรงชีวิตตามวัฒนธรรมของตนเอง สิทธิของเด็กในการอยู่ในสิ่งแวดล้อมที่ดี เป็นต้น อนุสัญญาว่าด้วยการขจัดการเลือกปฏิบัติทางเชื้อชาติในทุกรูปแบบ (International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination : CERD) และเป้าหมายการพัฒนาที่ยั่งยืน (Sustainable Development Goals : SDGs) ประกอบกับกฎหมายที่เกี่ยวข้อง และแนวนโยบายของรัฐที่ประกาศเป็นมติคณะรัฐมนตรี และเอกสารเผยแพร่ของสำนักงานข้าหลวงใหญ่แห่งสหประชาชาติ (Office of the High Commissioner for Human Rights : OHCHR) สหประชาชาติว่าด้วยเรื่อง “Land and Human Rights – Standards and Application” กสม. ได้เสนอให้หน่วยงานของรัฐพิสูจน์สิทธิในที่ดินเพื่อรับรองสิทธิในที่ดินที่มีมาก่อนการประกาศเขตที่ดินของรัฐตามกฎหมายที่เกี่ยวข้อง หรือจัดที่ดินของรัฐให้แก่ประชาชน เมื่อพบว่าเป็นประชาชนที่มีฐานะยากจนและไม่มีที่ดินทำกินหรือที่อยู่อาศัยแปลงอื่นหรือเป็นชุมชนที่มีการตั้งถิ่นฐานมายาวนาน ไม่สามารถอพยพเคลื่อนย้ายได้

[๑๐] ศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร (องค์การมหาชน), “ข้อมูลสำคัญเกี่ยวกับกลุ่มชาติพันธุ์ : ความหมายและการเรียกชื่อ”, ฐานข้อมูลงานวิจัยทางชาติพันธุ์ในประเทศไทย, สงวนลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๔๙, แหล่งข้อมูล : https://www.sac.or.th/databases/ethnicredb/more_information.php, สืบค้นเมื่อวันที่ ๓๑ กรกฎาคม ๒๕๖๕.

ในปี ๒๕๖๒ เป็นต้นมา รัฐบาลมีนโยบายจัดที่ดินตามพระราชบัญญัติคณะกรรมการนโยบายที่ดินแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๖๒ และกฎหมายที่เกี่ยวกับประเภทที่ดินของรัฐ[๑๑] แต่ยังมีความล่าช้าทั้งในการพิสูจน์สิทธิในที่ดิน และการจัดที่ดินของรัฐให้ผู้ร้องเรียนจะใช้สิทธิทางศาลยุติธรรมและศาลปกครองเพื่อพิสูจน์สิทธิในที่ดิน หรือการกระทำของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่รัฐล่าช้า หรือผู้ร้องจะถูกฟ้องคดีจากหน่วยงานของรัฐในข้อหาบุกรุกที่ดินของรัฐ ซึ่งโดยส่วนใหญ่ผู้ร้องจะแพ้คดี ด้วยสาเหตุที่กฎหมายคุ้มครองเฉพาะสิทธิครอบครองที่มีหลักฐานอย่างชัดเจนของการตั้งถิ่นฐานทั้งพยานบุคคล วัตถุพยานสถานที่ตั้ง หลักฐานโบราณคดี งานวิจัยทางมานุษยวิทยา หรือหลักฐานทางนิติวิทยาศาสตร์ ซึ่งต้องให้หน่วยงานของรัฐช่วยในการหาหลักฐานพิสูจน์สิทธิในที่ดินดังกล่าว

คดีที่ประสบความสำเร็จของการพิสูจน์สิทธิในที่ดินคือ คดีหมายเลขแดงที่ น.๑๐๙๔/๒๕๖๑ ศาลจังหวัดภูเก็ตและศาลอุทธรณ์ภาค ๘ กรณีโจทก์ ๑๐ ราย ซึ่งมีโฉนดที่ดินได้จดทะเบียนที่ดินฟ้องขับไล่จำเลยทั้งห้า ซึ่งเป็นชาวเลราไวย์ ครอบครองที่ดินที่บ้านราไวย์ จังหวัดภูเก็ต ออกจากที่ดิน ศาลพิพากษายกฟ้องของโจทก์ เนื่องจากมีหลักฐานอย่างชัดเจนว่าจำเลยครอบครองที่ดินต่อเนื่อง หลักฐานนี้นำสืบได้จาก (๑) การตรวจ DNA โครงกระดูกที่ฝังบริเวณชุมชนที่เกิดเหตุเทียบกับญาติบิดาจำเลยที่ ๒ ในอดีตการฝังศพของชาวเลราไวย์ จะฝังบริเวณรอบบ้าน มีการใส่เครื่องมือเครื่องใช้ อุปกรณ์ประมง และเปลือกหอยในหลุมศพ จึงแสดงให้เห็นว่าบรรพบุรุษ ของจำเลยทั้งห้าเป็นชาวเลราไวย์ดั้งเดิม (๒) เอกสารเก่า เช่น ทะเบียนนักเรียนเล่มแรกของโรงเรียนวัดสว่างอารมณ์ ในปี พ.ศ. ๒๔๗๕ (๓) ภาพถ่ายทางอากาศพบว่าช่วงปี พ.ศ. ๒๔๙๓ มีหมู่บ้านชาวเลราไวย์ปลูกสร้างอยู่ในสวนมะพร้าวบริเวณที่ดินพิพาท (๔) ภาพถ่ายการเสด็จพระราชดำเนินของพระบาทสมเด็จพระเจ้าอยู่หัวรัชกาลที่ ๙ ที่เสด็จมาเมื่อวันที่ ๑๐ มีนาคม ๒๕๐๒ และมีหนังสือจากพิพิธภัณฑ์สถานแห่งชาติภูเก็ต เกี่ยวกับการเสด็จพระราชดำเนินมาที่บ้านราไวย์ของในหลวงรัชกาลที่ ๙ และ (๕) การให้ปากคำของพยานในชุมชนชาวเลราไวย์ หลักฐานดังกล่าวของจำเลยจึงมีน้ำหนักให้ศาลเชื่อได้ว่าจำเลยทั้ง ๕ ครอบครองที่ดินมาก่อนการมีโฉนดที่ดินของโจทก์ แม้ว่า ป.พ.พ. มาตรา ๑๓๗๓ สันนิษฐานไว้ก่อนว่าบุคคลที่มีชื่อในทะเบียนเป็นผู้มีสิทธิครอบครองและเป็นเอกสารมหาชนก็ตาม

ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. ๒๔๙๗ มาตรา ๑ บัญญัติไว้ว่า *“สิทธิในที่ดิน”* หมายความว่า *“กรรมสิทธิ์และให้หมายความรวมถึงสิทธิครอบครองด้วย”* และ มาตรา ๒ *“ที่ดินซึ่งจับมิได้ตกเป็นกรรมสิทธิ์ของบุคคลหนึ่งบุคคลใด ให้ถือว่าเป็นของรัฐ”* ดังนั้นผืนดินในราชอาณาจักรของไทยเป็นที่ดินของรัฐยกเว้นบุคคลที่มีกรรมสิทธิ์ในที่ดินซึ่งต้องเป็นไปตามที่บัญญัติในมาตรา ๓ *“บุคคลย่อมมีกรรมสิทธิ์ในที่ดินในกรณีดังต่อไปนี้ (๑) ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ตามบทกฎหมายก่อนวันที่ประมวลกฎหมายนี้ใช้บังคับ หรือได้มาซึ่งโฉนดที่ดินตามบทแห่งประมวลกฎหมายนี้ (๒) ได้มาซึ่งกรรมสิทธิ์ตามกฎหมายว่าด้วยการจัดที่ดิน*

[๑๑] ประเทศไทยมีการบังคับใช้พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. ๒๔๙๗ มีกฎหมายที่เกี่ยวกับป่าไม้ ๕ ฉบับ มาตั้งแต่ พ.ศ. ๒๔๘๔ และกฎหมายที่เกี่ยวกับการจัดที่ดินให้แก่ประชาชนรวมทั้งหมด ๑๖ ฉบับ มีหน่วยงานของรัฐที่มีอำนาจหน้าที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการที่ดินในระดับกระทรวง ๘ กระทรวง ระดับกรมจำนวน ๑๙ กรม และรัฐวิสาหกิจ ๓ แห่ง ส่งผลให้การบริหารจัดการที่ดินในประเทศไทยไม่เป็นเอกภาพตลอดจนรัฐบาลแต่ละชุดก็มีนโยบายเปลี่ยนไปมาในการบริหารจัดการที่ดินและทรัพยากรธรรมชาติ ความขัดแย้งและข้อพิพาทในที่ดินยังดำรงอยู่และทวีความรุนแรงมากยิ่งขึ้น

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเทียบเชิญอายุราชการ

เพื่อการครองชีพ หรือกฎหมายอื่น" ในอดีตที่ดินเป็นของพระมหากษัตริย์เมื่อเปลี่ยนแปลงการปกครองมาเป็นการปกครองโดยนิติรัฐ ที่ดินในราชอาณาจักรไทยจึงเป็นของรัฐ และยังเป็นพื้นที่ป่าตามพระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. ๒๔๘๔ มาตรา ๔ คำนิยาม *"ป่า หมายความว่า ที่ดินที่ยังมิได้มีบุคคลได้มาตามกฎหมายที่ดิน"*

การถือครองและทำประโยชน์ของประชาชนนั้น คือ การที่รัฐได้รับรองสิทธิในที่ดินของราษฎรในการจับจองและทำประโยชน์ในที่ดิน หรือรัฐจัดที่ดินให้ จึงเป็นการคุ้มครองสิทธิครอบครอง และสิทธิในการได้หนังสือสำคัญแสดงกรรมสิทธิ์ที่ดินโดยดำเนินการตามที่กฎหมายกำหนด อันเป็นที่มาของการรับรองสิทธิในที่ดินของเอกชน และรับรองแดนแห่งกรรมสิทธิ์ที่ดิน ที่ดินถือว่าเป็น "อสังหาริมทรัพย์" ตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ พ.ศ. ๒๔๖๘ มาตรา ๑๐๐ บัญญัติว่า *"อสังหาริมทรัพย์ ได้แก่ ที่ดิน กับทรัพย์อันติดอยู่กับที่ดินนั้น หรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้น อนึ่งคำว่าอสังหาริมทรัพย์นี้ท่านหมายรวมถึงสิทธิทั้งหลายอันเกี่ยวกับกรรมสิทธิ์ในที่ดินด้วย"*[๑๒] ความหมายของที่ดินที่เป็นอสังหาริมทรัพย์นั้นมีความสำคัญต่อการมีสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ หรือ เรียกว่า "ทรัพยสิทธิ" ที่ให้ความคุ้มครองกับแดนแห่งกรรมสิทธิ์ (ownership) ในที่ดินครอบคลุมทั้งเหนือพื้นดินและใต้พื้นดิน (ป.พ.พ.มาตรา ๑๓๓๕) ซึ่งเป็นสิทธิการใช้สอยหรือครอบครองประโยชน์ของผู้ทรงสิทธิ

นอกจากนี้คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมายคณะที่ ๗) ยังได้วินิจฉัยเป็นบรรทัดฐานไว้ว่า ผู้ครอบครองและทำประโยชน์ในที่ดินตามที่หารือไม่ได้แจ้งการครอบครอง (ส.ค.๑) ตามมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. ๒๔๙๗ ถือว่าผู้ครอบครองที่ดินเหล่านั้นไม่มีเจตนาครอบครองที่ดิน จึงไม่มีสิทธิในที่ดิน ดังนั้นที่ดินดังกล่าวจึงมีสถานะเป็นที่ดินของรัฐประเภทที่ดินรกร้างว่างเปล่าที่สามารถกำหนดเป็นป่าสงวนได้ตามกฎหมาย[๑๓]

จากหลักของกฎหมายดังกล่าว จึงทำให้คำพิพากษาของศาลปกครองวินิจฉัยในแนวทางเดียวกันดังนี้ การขอออกโฉนดที่ดินเป็นการเฉพาะรายตามมาตรา ๕๙ แห่งประมวลกฎหมายที่ดิน มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาสองประการ คือ (๑) ผู้ขอออกโฉนดที่ดินต้องเป็นบุคคลซึ่งพนักงานเจ้าหน้าที่สามารถออกโฉนดที่ดินให้ได้ และ (๒) ที่ดินที่ขอออกโฉนดที่ดินต้องไม่มีลักษณะต้องห้าม เมื่อที่ดินบริเวณที่นำรังวัดออกโฉนดที่ดินมิใช่ที่ดินตามหลักฐานแบบแจ้งการครอบครองที่ดิน (ส.ค.๑) จึงเป็นการนำแบบแจ้งการครอบครองที่ดิน (ส.ค.๑) สำหรับที่ดินแปลงอื่นมาใช้เป็นหลักฐานในการออกโฉนดที่ดิน ผู้ขอออกโฉนดที่ดินจึงมิใช่ผู้มีสิทธิครอบครองที่ดินโดยชอบด้วยกฎหมายที่จะมีสิทธิขอออกโฉนดที่ดินเป็นการเฉพาะรายส่วนที่ดินตามหลักฐานใบจองยังคงมีสถานะเป็นที่ดินของรัฐ และไม่สามารถโอนไปยังบุคคลอื่นได้หากยังไม่ได้รับคำรับรองจากนายอำเภอว่าได้ทำประโยชน์แล้ว เว้นแต่จะตกทอด ทางมรดกตามมาตรา ๘ แห่งพระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. ๒๔๙๗ เมื่อผู้ขอออกโฉนดที่ดิน มิใช่บุคคลที่ได้รับ

---

[๑๒] ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๑ ได้ตรวจชำระใหม่ พ.ศ. ๒๕๓๕ ความว่า "มาตรา ๑๓๙ อสังหาริมทรัพย์ หมายความว่า ที่ดินและทรัพย์อันติดอยู่กับที่ดินมีลักษณะเป็นการถาวร หรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้น และหมายความรวมถึงทรัพย์สิทธิอันเกี่ยวกับที่ดิน หรือทรัพย์อันติดอยู่กับที่ดิน หรือประกอบเป็นอันเดียวกับที่ดินนั้นด้วย"

[๑๓] สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, "บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การครอบครองสิทธิในที่ดิน, มิถุนายน ๒๕๔๐" อ้างใน วนิดา พรไพบูลย์, "คำอธิบายกฎหมายที่ดินป่าไม้ เอกสารสิทธิในที่ดินและการตรวจพิสูจน์สิทธิในที่ดิน", (พิมพ์ครั้งที่ ๓, อินเตอร์บุ๊คส์, ๒๕๕๕), หน้า ๑๑๙.

การคัดเลือกให้เข้ายึดถือครอบครองที่ดินของรัฐตามหลักฐานใบจอง แม้จะอ้างว่าได้รับโอนที่ดินมาจากผู้ที่ได้รับอนุญาตให้จับจองก็ตาม ก็ไม่อาจยกเป็นข้ออ้างต่อเจ้าพนักงานที่ดินเพื่อให้ออกโฉนดที่ดินเป็นการเฉพาะรายได้ (ศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ.๘๒๗/๒๕๕๕)

กรณีผู้ฟ้องคดีทั้งหกเป็นชาวไทยพื้นเมืองดั้งเดิมเชื้อสายกะเหรี่ยง (ปกาเกอะญอ) ตั้งถิ่นฐานบริเวณพื้นที่บ้านบางกลอยบน ตำบลห้วยแม่เพรียง อำเภอแก่งกระจาน จังหวัดเพชรบุรี ได้นำสืบว่าเป็นชุมชนที่มีวิถีชุมชน แบบชนเผ่า ประกอบอาชีพเกษตรกรรม ทำนา ทำไร่หมุนเวียน ทำการเกษตรในเชิงอนุรักษ์ รักษาความสมดุลตามธรรมชาติและความอุดมสมบูรณ์ของหน้าดิน อยู่กันมานานหลายชั่วอายุคน ก่อนประมวลกฎหมายที่ดินใช้บังคับ ชุมชนจึงย่อมมีสิทธิในการอนุรักษ์หรือฟื้นฟูจารีตประเพณี ภูมิปัญญาท้องถิ่น ศิลปวัฒนธรรมอันดีของท้องถิ่นและมีส่วนร่วมในการจัดการบำรุงรักษาและใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติสิ่งแวดล้อม รวมทั้งความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืน ตามที่รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ให้ความคุ้มครอง แต่ปรากฏว่าระหว่างวันที่ ๕ - ๙ พฤษภาคม ๒๕๕๔ หัวหน้าอุทยานแห่งชาติแก่งกระจาน พร้อมด้วย คณะเจ้าหน้าที่อุทยานแห่งชาติได้ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๐๔ สั่งให้ผู้ฟ้องคดีทั้งหก ละทิ้งออกจากบ้านเรือน แล้วเข้ารื้อเผาทำลายบ้านเรือน ทรัพย์สินภายในบ้าน ข้าวในยุ้งฉาง ทำให้ผู้ฟ้องคดีทั้งหกได้รับความเดือดร้อนเสียหาย

ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยในประเด็นการละเมิดเสรีภาพในการอยู่อาศัยและครอบครองเคหสถานโดยปกติสุข ตามมาตรา ๓๓ ของรัฐธรรมนูญ พ.ศ. ๒๕๕๐ ศาลวินิจฉัยว่าผู้ฟ้องคดีทั้งหกเป็นผู้ฝ่าฝืนพระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๐๔ มาตรา ๑๖ (๑) ยึดถือหรือครอบครองที่ดินในเขตอุทยานแห่งชาติโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ฟ้องคดีทั้งหกจึงไม่มีสิทธิที่จะอยู่อาศัยและครอบครองเคหสถานซึ่งตั้งอยู่ในเขตอุทยานแห่งชาติ และผู้ฟ้องคดีทั้งหกไม่มีหนังสือสำคัญแสดงสิทธิในที่ดิน หรือหลักฐานแสดงการได้รับอนุญาตจากทางราชการให้ครอบครองทำประโยชน์ในที่ดินพิพาทโดยชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นการยึดถือครอบครองที่ดินภายในเขตอุทยานแห่งชาติ ผู้ฟ้องคดีทั้งหกจึงไม่อาจอ้างความชอบธรรมหรือสิทธิเรียกร้องใด ๆ ในอันที่จะเข้ายึดถือ ครอบครองทำประโยชน์ในที่ดินพิพาท ตลอดจนแสวงหาประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติที่มีในเขตอุทยานแห่งชาติ เพื่ออำนวยประโยชน์ทั้งทางตรงและทางอ้อมแก่รัฐและประชาชนโดยส่วนรวมแต่อย่างใด จึงไม่อาจกำหนดค่าเสียหายต่อเสรีภาพในการที่จะอยู่อาศัยและครอบครองเคหสถานโดยปกติสุขได้ และต่อเนื่องในประเด็นค่าเสียหายจากการสูญเสียอัตลักษณ์ชาติพันธุ์และศักยภาพในการสืบทอดวัฒนธรรม ศาลเห็นว่าวิถีชีวิตของกลุ่มชาติพันธุ์กะเหรี่ยงได้รับการคุ้มครองและส่งเสริมจากรัฐตามมติคณะรัฐมนตรีเมื่อวันที่ ๓ สิงหาคม ๒๕๕๓ เรื่อง แนวนโยบายในการฟื้นฟูวิถีชีวิตชาวกะเหรี่ยง สอดคล้องกับบทบัญญัติตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยที่รับรองคุ้มครองส่งเสริมบุคคลซึ่งรวมกันเป็นชุมชน ชุมชนท้องถิ่น หรือชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม แต่การที่ผู้ฟ้องคดีทั้งหกมิได้อยู่อาศัยในพื้นที่บริเวณพิพาทซึ่งเป็นอุทยานแห่งชาติ ก็มิได้หมายความว่าผู้ฟ้องคดีทั้งหกจะสูญเสียอัตลักษณ์ทางชาติพันธุ์และศักยภาพในการสืบทอดวัฒนธรรมของตน และไม่ว่าผู้ฟ้องคดีทั้งหกจะอาศัยอยู่ที่ใดก็ตาม เสรีภาพในการแสดงออกหรือรักษาไว้ซึ่งอัตลักษณ์และวัฒนธรรมประจำกลุ่มชาติพันธุ์ ย่อมไม่อาจถูกจำกัด กีดกัน ปิดกั้น เพียงเท่าที่ไม่ขัดต่อกฎหมายและความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชน กรณี

จึงไม่อาจรับฟังได้ว่า ผู้ฟ้องคดีทั้งหกสูญเสียอัตลักษณ์ชาติพันธุ์และศักยภาพในการสืบทอดวัฒนธรรม แต่อย่างใด อุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีในข้อนี้ฟังไม่ขึ้น (ศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อส.๔/๒๕๖๑ วันที่ ๓๑ พฤษภาคม ๒๕๖๑)

จากแนวทางการวินิจฉัยของศาลปกครองดังกล่าว แสดงให้เห็นว่าศาลไม่ได้พิจารณาความมีอยู่จริง ในการดำรงอยู่ของกลุ่มชาติพันธุ์ ซึ่งมีอัตลักษณ์ทางวัฒนธรรมและการดำรงชีวิตอยู่ร่วมกับที่ดินและทรัพยากรธรรมชาติ ในราชอาณาจักรไทยมานานแล้ว ก่อนที่สยามมีการประกาศใช้กฎหมายเกี่ยวกับที่ดินและกฎหมายเกี่ยวกับป่าไม้ ผนวกรวมที่ดิน ทรัพยากรธรรมชาติ และคน ให้เป็นเป็นหนึ่งเดียวของการเป็นดินแดนและคนไทยในสยาม เพื่อปกป้องราชอาณาจักรไม่ให้ถูกยึดครองจากประเทศตะวันตกในสมัยรัชกาลที่ ๕ โดยศาลได้ใช้แนวทางการวินิจฉัยตามตัวบทกฎหมายที่รับรองสิทธิในที่ดินตามประมวลกฎหมายที่ดิน จึงทำให้ประชาชนไม่ได้สิทธิในที่ดินทั้งที่ในความเป็นจริงมีการทำประโยชน์ในที่ดินตามวิถีชีวิตวัฒนธรรม

กรณีคดีกะเหรี่ยงบางกลอย ศาลปกครองมีความเห็นว่ากะเหรี่ยงบางกลอยไม่มีสิทธิในที่ดินตามกฎหมาย เนื่องจากเป็นพื้นที่อุทยานแห่งชาติ และไม่มี ส.ค.๑ หรือหนังสือรับรองใด ๆ อีกทั้งไม่ได้วินิจฉัยในประเด็น สิทธิชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิมในการมีส่วนร่วมในการจัดการ บำรุงรักษา และการใช้ประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติสิ่งแวดล้อม รวมทั้งความหลากหลายทางชีวภาพอย่างสมดุลและยั่งยืน ตามที่รัฐธรรมนูญรับรองตามที่โจทก์ซึ่งเป็นชาวบ้านได้อ้างถึงรายงานการตรวจสอบของคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ[๑๔] และมติคณะรัฐมนตรีวันที่ ๓ สิงหาคม ๒๕๕๓[๑๕] ซึ่งรับรองสิทธิทางวัฒนธรรมของกลุ่มชาติพันธุ์กะเหรี่ยง และให้รัฐมีมาตรการยุติการจับกุมและให้ความคุ้มครองชุมชนกลุ่มชาติพันธุ์กะเหรี่ยงที่เป็นชุมชนท้องถิ่นดั้งเดิม ซึ่งจากข้อเท็จจริงพิสูจน์เป็นที่ประจักษ์แล้วว่า โจทก์ได้อยู่อาศัยดำเนินชีวิตและใช้ประโยชน์ในที่ดินดังกล่าวมาเป็นเวลานาน หรือก่อนที่รัฐจะประกาศเป็นที่ดินในเขตอุทยานแห่งชาติ

ดังนั้นจึงมีความจำเป็นต้องมีการแก้ไขปัญหาในทางนโยบายและกฎหมาย ในการพิจารณาสิทธิในที่ดิน ที่ไม่ได้ยึดถือตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายเท่านั้น แต่ต้องพิจารณาจากข้อเท็จจริงที่มีหลักฐานเป็นที่ประจักษ์ชัด ทั้งโดยพยานหลักฐานทุกอย่างที่นำมาพิสูจน์ได้ และกฎหมายรับรองการดำรงอยู่จริงของการครอบครองทำประโยชน์ที่ดิน และรับรองสิทธิในที่ดินอย่างมั่นคง แม้ว่าจะไม่มีกรรมสิทธิ์ที่ดิน แต่ความมั่นคงในการถือครองที่ดินจะทำให้ชุมชนได้ร่วมกับรัฐในการบริหารจัดการทรัพยากรธรรมชาติและความหลากหลายทางชีวภาพตามแนวทางของการพัฒนาที่ยั่งยืน และสอดคล้องกับกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม

---

[๑๔] โปรดดูใน คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, รายงานผลการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่ ๓๑๗/๒๕๕๗ วันที่ ๑๗ กันยายน ๒๕๕๗, สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และแนวทางการตรวจสอบของ กสม. ได้ที่ รายงานข้อเสนอแนะ ตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ มาตรา ๒๔๗ (๓) ที่ ๑/๒๕๖๕, วันที่ ๓๑ มกราคม ๒๕๖๕.

[๑๕] มติคณะรัฐมนตรี วันที่ ๓ สิงหาคม ๒๕๕๓ เรื่อง “แนวนโยบายในการฟื้นฟูวิถีชีวิตชาวกะเหรี่ยง”, แหล่งข้อมูล: https://web๒๐๑๒.hrdi.or.th/public/files/poly๔๓.pdf

๕. สรุปและเสนอแนะ

บทบาทที่เหมือนกันของศาลปกครอง และคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ คือ ความเป็นอิสระในการวินิจฉัยข้อร้องเรียนและข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการกระทำทางปกครองของหน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐ เพื่อคุ้มครองสิทธิมนุษยชนที่สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ และมีความแตกต่างกันที่ศาลปกครองมีข้อจำกัดในการวินิจฉัยตามประเด็นที่ผู้ฟ้องคดีขอมา แต่ผลการวินิจฉัยมีสภาพบังคับที่คู่กรณีต้องปฏิบัติตามคำวินิจฉัย ในขณะที่ กสม. มีบทบาทหน้าที่กว้างกว่าศาลปกครองทั้งในการกำหนดประเด็นตรวจสอบนอกเหนือจากผู้ร้องร้องเรียนมา มีการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนในการแก้ไขปัญหาร่วมกับหน่วยงานของรัฐ เสนอรัฐบาลและรัฐสภาในการจัดให้มีกฎหมายหรือปรับปรุงแก้ไขกฎหมาย อีกทั้งยังพัฒนาสาระสำคัญของการคุ้มครองและส่งเสริมสิทธิมนุษยชน แต่มีข้อจำกัดเนื่องจากการวินิจฉัยของ กสม. เป็นเพียงข้อเสนอแนะแต่ไม่มีสภาพบังคับของคู่กรณี อย่างไรก็ตามด้วยบทบาทหน้าที่ที่เหมือนและแตกต่างกันนี้ สามารถหนุนเสริมซึ่งกันและกันในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน โดยผู้ถูกละเมิดสิทธิสามารถใช้รายงานตรวจสอบของ กสม. เป็นพยานเอกสารในการฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อให้มีสภาพบังคับ ในขณะที่รายงานตรวจสอบของ กสม. จะพัฒนาสาระสำคัญของการตีความการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนที่เป็นรูปธรรมมากขึ้น และทั้งสององค์กรยังมีบทบาทที่ร่วมกันในการส่งเสริมสิทธิมนุษยชนและพัฒนาความร่วมมือทางวิชาการให้ทั้งผู้ปฏิบัติงานของเจ้าหน้าที่รัฐ ผู้ใช้กฎหมาย ได้ระมัดระวังและตระหนักในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนสืบต่อไป

เอกสารอ้างอิง

หนังสือ/ข้อมูล/เอกสาร/ข่าว เผยแพร่ทางเว็บไซต์

กลุ่มเผยแพร่ข้อมูลทางวิชาการและวารสาร สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง, คดีพิพาทเกี่ยวกับที่ดินที่ลงพิมพ์เผยแพร่ในวารสารวิชาการศาลปกครองตั้งแต่ ปีที่ ๑๒ ฉบับที่ ๑ (มกราคม - มีนาคม) ๒๕๕๕ ถึงปีที่ ๑๙ ฉบับที่ ๓ (กรกฎาคม - กันยายน) ๒๕๖๒, หน้า ๑๒ - ๑๔.

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, “หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปเกี่ยวกับสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิทางเศรษฐกิจ สังคม และวัฒนธรรม”, (กรุงเทพฯ : หจก.วี.เจ.พริ้นติ้ง).

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, “หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปเกี่ยวกับสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชน กติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง พิธีสารเลือกรับฉบับที่สองแห่งกติการะหว่างประเทศว่าด้วยสิทธิพลเมือง และสิทธิทางการเมือง”, (กรุงเทพฯ : หจก.วี.เจ.พริ้นติ้ง).

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, “หลักกฎหมายระหว่างประเทศทั่วไปเกี่ยวกับสนธิสัญญาด้านสิทธิมนุษยชน อนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก พิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่อง การค้าเด็ก การค้าประเวณี และสื่อลามกที่เกี่ยวกับเด็ก พิธีสารเลือกรับของอนุสัญญาว่าด้วยสิทธิเด็ก เรื่อง ความเกี่ยวพันของเด็กในความขัดแย้งกันด้วยอาวุธ”, (กรุงเทพฯ : หจก. มิราเคิล ครีเอชั่นอินเตอร์ พริ้นท์).

คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, “หลักการชี้แนะ เรื่อง สิทธิมนุษยชนสำหรับธุรกิจ ตามกรอบงานขององค์กรสหประชาชาติ ในการคุ้มครอง เคารพ และเยียวยา, (พิมพ์ครั้งที่ ๑, กรุงเทพฯ : บริษัท คลาสิคสแกน จำกัด, ๒๕๕๗).

ปกรณ์ นิลประพันธ์, “การตรากฎหมายว่าด้วยการชุมนุมสาธารณะ”, อ้างใน รวมบทความด้านกฎหมายดีเด่น เนื่องในวันสัญญา ธรรมศักดิ์, (จุลสารสถาบันสัญญา ธรรมศักดิ์ เพื่อประชาธิปไตย ฉบับที่ ๗ เมษายน ๒๕๕๖ : มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), หน้า ๙ – ๑๔๔.

มนชนก พรหมรัตน์, “การจัดการความปลอดภัยในการชุมนุมสาธารณะ กรณีศึกษา ประเทศอังกฤษ ประเทศสหรัฐอเมริกา และประเทศไทย”, อ้างใน วารสารวิจัยสังคม ปีที่ ๔๑ ฉบับที่ ๒ (กรกฎาคม – ธันวาคม) ๒๕๖๑, แหล่งข้อมูล : http://www.cusri.chula.ac.th/wpcontent/uploads/๒๐๒๐/๐๖/๐๓Monchanok.pdf, สืบค้นวันที่ ๒๙ กรกฎาคม ๒๕๖๕.

สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, “บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่อง การครอบครองสิทธิในที่ดิน, มิถุนายน ๒๕๔๐” อ้างใน วนิดา พรไพบูลย์, “คำอธิบายกฎหมายที่ดินป่าไม้ เอกสารสิทธิในที่ดินและการตรวจพิสูจน์สิทธิในที่ดิน”, (พิมพ์ครั้งที่ ๓, กรุงเทพฯ : อินเตอร์บุ๊คส์, ๒๕๕๕).

สำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ, “มาตรฐานและแนวทางการดำเนินงานของสถาบันสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ”, (กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์องค์การค้าของ สกสค. ลาดพร้าว, กันยายน ๒๕๕๘).

สำนักงานนโยบายและแผนทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม กระทรวงทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม, อ้างใน คณะอนุกรรมการเพื่อศึกษาปัญหาการออกเอกสารสิทธิในที่ดินโดยไม่ชอบ, สำนักงานคณะกรรมการ ป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ, “มาตรการป้องกันการทุจริตเพื่อแก้ไขปัญหาการออกเอกสารสิทธิ โดยไม่ชอบ”, (ไม่ปรากฏปี พ.ศ.).

สำนักงานศาลปกครอง, “วิวัฒนาการศาลปกครองไทย ศาลปกครองไทยใต้เบื้องพระยุคลบาท” อ้างในครบรอบ ๙ ปี ศาลปกครอง, แหล่งข้อมูล : https://www.admincourt.go.th/admincourt/upload/webcms/Court/Court_๒๐๑๒๑๒_๑๖๐๖๓๗.pdf, สืบค้นวันที่ ๒๔ กรกฎาคม ๒๕๖๕.

ศูนย์มานุษยวิทยาสิรินธร (องค์การมหาชน), “ข้อมูลสำคัญเกี่ยวกับกลุ่มชาติพันธุ์ : ความหมายและการเรียกชื่อ”, ฐานข้อมูลงานวิจัยทางชาติพันธุ์ในประเทศไทย, สงวนลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๔๙, แหล่งข้อมูล : https://www.sac.or.th/databases/ethnicredb/more_information.php, สืบค้นเมื่อวันที่ ๓๑ กรกฎาคม ๒๕๖๕.

BCC NEWS /ไทย, “ผู้รายงานพิเศษของยูเอ็นชี้รัฐไทยใช้ ม. ๑๑๒ และมาตรการโควิดลิดรอนสิทธิเสรีภาพในการชุมนุม”, ๓๐ พฤศจิกายน ๒๕๖๔, แหล่งข้อมูล : https://www.bbc.com, สืบค้นวันที่ ๒๙ กรกฎาคม ๒๕๖๕.

United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, “Land and Human Rights Standards and Applications”, https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Land_HR StandardsApplications.pdf

United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, “General Comments”, https://www๒.ohchr.org/english/bodies/hrc/docs

รายงานตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนของ กสม.

รายงานผลการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน ที่ ๓๑๗/๒๕๕๗ วันที่ ๑๗ กันยายน ๒๕๕๗

รายงานผลการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน ที่ ๘๖๓/๒๕๕๘ วันที่ ๓๑ สิงหาคม ๒๕๕๘

รายงานผลการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน ที่ ๑๖๘/๒๕๖๓ วันที่ ๒ กันยายน ๒๕๖๓

รายงานผลการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชนที่ ๘๙ - ๙๗/๒๕๖๔ วันที่ ๑๒ พฤษภาคม ๒๕๖๔

รายงานผลการตรวจสอบการละเมิดสิทธิมนุษยชน ที่ ๙๒/๒๕๖๕ วันที่ ๒๐ มิถุนายน ๒๕๖๕

รายงานข้อเสนอแนะตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ มาตรา ๒๔๗ (๓) ที่ ๑/๒๕๖๕, วันที่ ๓๑ มกราคม ๒๕๖๕.

คำวินิจฉัยของศาลปกครอง

ศาลปกครองกลางคดีหมายเลขดำที่ ๑๖๐๕/๒๕๕๑

ศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ.๗๔๓/๒๕๕๕ วันที่ ๑๖ พฤศจิกายน ๒๕๕๕

ศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ.๘๒๗/๒๕๕๕

ศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ.๗๓๐ - ๗๔๘/๒๕๕๗ วันที่ ๒๓ ธันวาคม ๒๕๕๗

ศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อส.๔/๒๕๖๑ วันที่ ๓๑ พฤษภาคม ๒๕๖๑

ศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ ๒๐๕๘/๒๕๖๑ วันที่ ๒๘ กันยายน ๒๕๖๑

ศาลปกครองกลาง คดีหมายเลขแดงที่ ๒๐๙๗/๒๕๖๒ วันที่ ๒๔ ธันวาคม ๒๕๖๒

ศาลปกครองสงขลา คดีหมายเลขแดงที่ ๖๓/๒๕๖๔ วันที่ ๒ เมษายน ๒๕๖๔

ศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อส.๘/๒๕๖๔ วันที่ ๑๓ สิงหาคม ๒๕๖๔

ศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ อ.๑๓๒๘/๒๕๖๔ วันที่ ๒๑ ธันวาคม ๒๕๖๔

คำพิพากษาของศาลยุติธรรม

ศาลจังหวัดภูเก็ต คดีหมายเลขแดงที่ น.๑๐๙๔/๒๕๖๑

กฎหมาย/ระเบียบ/มติคณะรัฐมนตรี

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐

รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐

พระราชกฤษฎีกาให้ใช้บทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ บรรพ ๑ และ ๒ ที่ได้ตรวจชำระใหม่

พระราชบัญญัติป่าไม้ พ.ศ. ๒๔๘๔

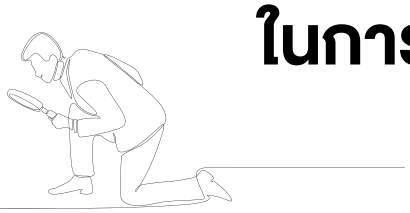
พระราชบัญญัติให้ใช้ประมวลกฎหมายที่ดิน พ.ศ. ๒๔๙๗ และประมวลกฎหมายที่ดิน

พระราชบัญญัติอุทยานแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๐๔

พระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. ๒๕๑๘

พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒
พระราชบัญญัติโรงงาน พ.ศ. ๒๕๓๕
พระราชบัญญัติส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม พ.ศ. ๒๕๓๕
พระราชบัญญัติข้อมูลข่าวสารของราชการ พ.ศ. ๒๕๔๐
พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒
พระราชบัญญัติป้องกันและบรรเทาสาธารณภัย พ.ศ. ๒๕๕๐
พระราชบัญญัติการชุมนุมสาธารณะ พ.ศ. ๒๕๕๘
พระราชบัญญัติส่งเสริมการบริหารจัดการทรัพยากรทางทะเลและชายฝั่ง พ.ศ. ๒๕๕๘
ระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน พ.ศ. ๒๕๔๘
มติคณะรัฐมนตรี วันที่ ๓ สิงหาคม ๒๕๕๓ เรื่อง “แนวนโยบายในการฟื้นฟูวิถีชีวิตชาวกะเหรี่ยง”.

INTOSAI–P 50 : หลักการพื้นฐานขององค์กรตรวจเงินแผ่นดินที่มีอำนาจในการวินิจฉัยความผิด



พลเอก ชนะทัพ อินทามระ
ประธานกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน

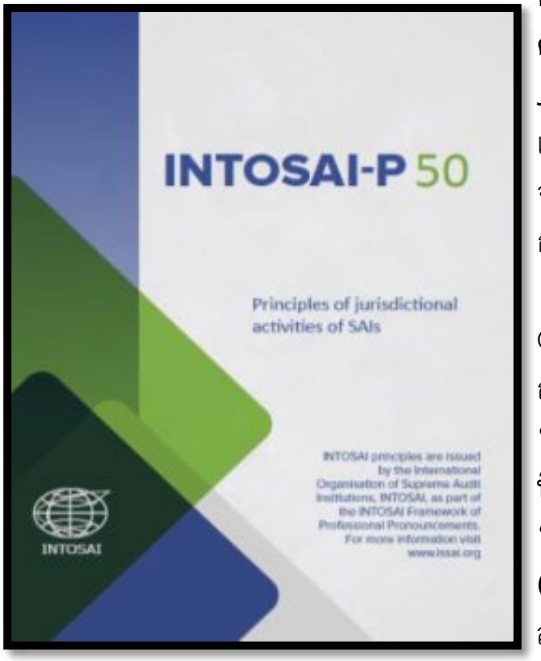
ในโอกาสที่ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ประธานศาลปกครองสูงสุด จะไปดำเนินวิถีชีวิตที่เริ่มต้นใหม่อย่างมีคุณภาพภายหลังพ้นจากตำแหน่ง เพื่อเป็นการแสดงกตเวทิตาจิตต่อคุณูปการที่ท่านได้ครองตนเป็นแบบอย่างที่ดี ทั้งในการปฏิบัติหน้าที่ราชการและนักวิชาการที่เคยจัดทำคำอธิบายกฎหมายเกี่ยวกับวินัยการเงินการคลังของรัฐ วิธีการงบประมาณและการตรวจเงินแผ่นดิน เพื่อเผยแพร่ให้ความรู้ความเข้าใจให้ระหว่างหน่วยงานที่เกี่ยวข้อง ผมจึงคัดเลือกบทความทางวิชาการ เรื่อง หลักการวินิจฉัยความผิดเกี่ยวข้องกับวินัยการเงินการคลังขององค์กรตรวจเงินแผ่นดินสากลที่ได้มีการรับรองเป็นหลักเกณฑ์มาตรฐานสากลให้สมาชิก INTOSAI (International Organization of Supreme Audit Institutions) ดำเนินการในกิจกรรมวินิจฉัยความผิด (Jurisdictional Activities) และความสัมพันธ์กับการตรวจเงินแผ่นดินไทย เพื่อเป็นประโยชน์และพัฒนาการทางกฎหมายมหาชน

หลักการตรวจเงินแผ่นดินในระดับสากล ที่เชื่อมโยงกับหลักวิธีการพิจารณาคดีปกครองที่เรียกว่า INTOSAI–P 50 Principles of jurisdictional activities of SAIs เป็นหลักการพื้นฐานขององค์กรตรวจเงินแผ่นดินที่มีอำนาจในการวินิจฉัยความผิดที่เกี่ยวข้องกับการคลัง

INTOSAI-P 50 ว่าด้วยหลักการพื้นฐานขององค์กรตรวจเงินแผ่นดินที่มีอำนาจในการวินิจฉัยความผิดนั้น มีจุดเริ่มต้นมาตั้งแต่ช่วงปี ค.ศ. ๒๐๑๕ – ๒๐๑๘ โดยองค์กรตรวจเงินแผ่นดินที่มีอำนาจในการวินิจฉัยความผิดจำนวน ๑๐ ประเทศ[๑] ได้รวมกลุ่มกันภายใต้ชื่อว่า ***"กลุ่มองค์กรตรวจเงินแผ่นดินที่มีอำนาจวินิจฉัยความผิด" หรือ "Forum of Jurisdictional SAIs"*** โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อแลกเปลี่ยนประสบการณ์ ความรู้และสร้างความร่วมมือด้านการวินิจฉัยความผิดขององค์กรตรวจเงินแผ่นดิน

[๑] ได้แก่ บราซิล ชิลี สเปน ฝรั่งเศส อิตาลี เปรู โปรตุเกส โมร็อกโก ตูนิเซีย และตุรกี ปัจจุบันกลุ่มองค์กรตรวจเงินแผ่นดินที่มีอำนาจวินิจฉัยความผิดมีสมาชิกโดยประมาณ ๓๐ ประเทศ

นอกจากนี้องค์กรตรวจเงินแผ่นดินทั้ง ๑๐ ประเทศ ได้ร่วมกันยกร่าง **“ปฏิญญาปารีสขององค์กรตรวจเงินแผ่นดินที่มีหน้าที่และอำนาจในการวินิจฉัยความผิด”** หรือ **“ Paris Declaration of SAIs with Jurisdictional Functions, 2015”** เพื่อกำหนดแนวทางดำเนินกิจกรรมการวินิจฉัยความผิด รวมถึงจัดตั้งคณะทำงานยกร่างหลักเกณฑ์มาตรฐานการตรวจเงินแผ่นดินด้านการวินิจฉัยความผิดขึ้น



ต่อมา ในการประชุมใหญ่ INTOSAI Congress ครั้งที่ ๒๓ เมื่อเดือนกันยายน ค.ศ. ๒๐๑๙ ณ กรุงมอสโก ประเทศรัสเซีย ได้มีการรับรอง **“หลักการพื้นฐานขององค์กรตรวจเงินแผ่นดินที่มีอำนาจและหน้าที่ในการวินิจฉัยความผิด” หรือ “Principle of Jurisdictional Activities of SAIs” (INTOSAI-P 50)** เพื่อเป็นหลักเกณฑ์มาตรฐานให้กับสมาชิก INTOSAI ในการดำเนินกิจกรรมด้านการวินิจฉัยความผิด (Jurisdictional Activities) ซึ่งสำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินไทยก็ได้นำหลักการของ INTOSAI-P 50 มาปรับใช้ในการตรวจเงินแผ่นดินไทยเช่นกัน

๑. หลักการตาม INTOSAI-P 50

ปัจจุบันกรอบมาตรฐานวิชาชีพขององค์การสถาบันการตรวจสอบสูงสุดระหว่างประเทศ หรือ “INTOSAI Framework of Professional Pronouncements (IFPP)” แบ่งออกเป็น ๓ ระดับ ได้แก่ (๑) หลักการพื้นฐาน (INTOSAI-P) (๒) หลักเกณฑ์มาตรฐาน (ISSAI) และ (๓) แนวปฏิบัติ (GUID) **ซึ่ง INTOSAI-P 50 อยู่ในระดับของ “หลักการพื้นฐานของการตรวจเงินแผ่นดิน” หรือ INTOSAI-P** โดยมีวัตถุประสงค์เพื่อเป็นแนวทางปฏิบัติเกี่ยวกับการวินิจฉัยความผิดขององค์กรตรวจเงินแผ่นดินให้มีคุณภาพ มีความน่าเชื่อถือ และเป็นมืออาชีพในการตรวจสอบภาครัฐ INTOSAI P - 50 ประกอบไปด้วยหลักการพื้นฐานในการวินิจฉัยความผิด ๑๒ ประการ[๒] กล่าวคือ

หลักการที่ ๑ หลักการมีกฎหมายกำหนดไว้ให้ชัดเจน (Responsibility regime)

กฎหมายควรกำหนดถึงความรับผิดและการลงโทษ รวมทั้งมีบทบัญญัติให้อำนาจในการวินิจฉัยความผิดขององค์กรตรวจเงินแผ่นดินอย่างชัดเจน

หลักการที่ ๒ หลักความเป็นอิสระของเจ้าหน้าที่ผู้เกี่ยวข้องกับกิจกรรมการวินิจฉัยความผิด (Independence of the SAI’s members)

เจ้าหน้าที่ขององค์กรตรวจเงินแผ่นดินที่เกี่ยวข้องกับกิจกรรมการวินิจฉัยความผิดควรได้รับหลักประกันความเป็นอิสระในการปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการแต่งตั้ง การถอดถอน หรือการโยกย้ายใด ๆ

[๒] สำนักการต่างประเทศ สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน, เอกสารวิชาการต่างประเทศ ลำดับที่ ๓ : INTOSAI-P 50 หลักการพื้นฐานขององค์กร ตรวจเงินแผ่นดินที่มีหน้าที่และอำนาจในการวินิจฉัยความผิด, ๒๕๖๓, หน้า ๗-๘

หลักการที่ ๓ หลักประกันการเข้าถึงข้อมูล (Freedom to access information)

องค์กรตรวจเงินแผ่นดินควรได้รับหลักประกันตามกฎหมายในการเข้าถึงข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับการวินิจฉัยความผิด

หลักการที่ ๔ หลักการจำกัดระยะเวลาในการดำเนินความผิด (Statute of limitations)

กรณีข้อเท็จจริงที่เข้าข่ายความผิดที่จะนำไปสู่กระบวนการวินิจฉัยความผิดหรือลงโทษได้นั้น ต้องดำเนินการภายในระยะเวลาอันสมควร นับจากวันที่มีการกระทำความผิดหรือพบว่ามีความผิดเกิดขึ้น เนื่องจาก หากปล่อยเวลาให้เนิ่นนานไปอาจกระทบต่อการรวบรวบข้อเท็จจริงและพยานหลักฐานต่าง ๆ ได้

หลักการที่ ๕ หลักการโต้แย้ง คัดค้านการพิจารณา (Appeal and annulment of the judgement)

การวินิจฉัยความผิดขององค์กรตรวจเงินแผ่นดินต้องเปิดโอกาสให้มีการโต้แย้งคัดค้าน และสามารถอุทธรณ์หรือทำให้คำวินิจฉัยสิ้นผลได้ ทั้งนี้เป็นไปตามกฎหมายภายในของแต่ละประเทศที่ได้บัญญัติไว้

หลักการที่ ๖ หลักการพิจารณาคดีด้วยความเป็นธรรม (Right to a fair trial)

บุคคลที่ถูกดำเนินความผิดย่อมได้รับสิทธิในการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม โดยองค์กรตรวจเงินแผ่นดินต้องมีกฎหมายรับรองวิธีพิจารณาในแต่ละขั้นตอนไว้อย่างชัดเจน

หลักการที่ ๗ หลักความเป็นกลางในการวินิจฉัยความผิด (Impartial judgement)

องค์กรตรวจเงินแผ่นดินควรมีกฎหมายรับรองถึงความเป็นกลางในการพิจารณาวินิจฉัยความผิด โดยบุคคลที่ทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยความผิดไม่ควรทำหน้าที่รวบรวมข้อเท็จจริง พยานหลักฐานต่าง ๆ เพื่อความเป็นอิสระในการแสดงความเห็นในการพิจารณาวินิจฉัย

หลักการที่ ๘ หลักความมีประสิทธิผลของคำวินิจฉัย (Effectiveness of the decision)

องค์กรตรวจเงินแผ่นดินควรกำหนดหลักประกันเกี่ยวกับการแจ้งผลแห่งคำวินิจฉัยแก่ผู้เกี่ยวข้องและต้องบังคับตามคำวินิจฉัย เพื่อให้เกิดประสิทธิผลในการดำเนินการวินิจฉัยความผิด

หลักการที่ ๙ หลักการห้ามลงโทษซ้ำซ้อน (Accumulation of sanction)

บุคคลไม่อาจถูกลงโทษในลักษณะเดียวกันหลายครั้ง ด้วยเหตุความผิดอย่างเดียวกัน แต่บุคคลสามารถถูกลงโทษจากความผิดเดียวกัน โดยการลงโทษที่มีลักษณะที่แตกต่างกันได้ หากมีกฎหมายบัญญัติไว้

หลักการที่ ๑๐ หลักการรับรองคุณภาพการวินิจฉัยความผิด (Quality control)

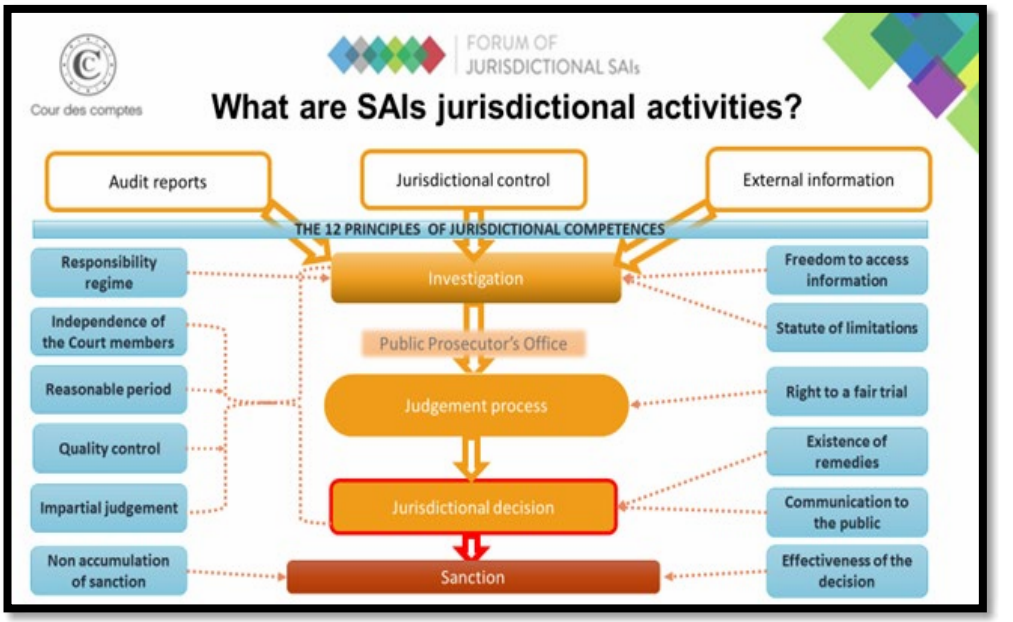
องค์กรตรวจเงินแผ่นดินต้องรับรองคุณภาพตามขั้นตอนการวินิจฉัยความผิดผ่านการควบคุมคุณภาพอย่างเป็นระบบและมีประสิทธิภาพ

หลักการที่ ๑๑ หลักการดำเนินการภายใต้ระยะเวลาที่เหมาะสม (Reasonable period)

องค์กรตรวจเงินแผ่นดินต้องดำเนินการวินิจฉัยให้เสร็จสมบูรณ์ภายในระยะเวลาที่เหมาะสม เพื่อให้การพิจารณาความผิดเป็นไปอย่างต่อเนื่อง

หลักการที่ ๑๒ หลักการพิจารณาคดีอย่างเปิดเผย (Communication to the public)

องค์กรตรวจเงินแผ่นดินต้องสร้างหลักประกันว่า การวินิจฉัยหรือการตัดสินอื่นใดได้กระทำอย่างเปิดเผย ขณะเดียวกันต้องมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายคุ้มครองข้อมูลลับที่ห้ามเปิดเผย และข้อมูลส่วนบุคคลด้วย



แผนภาพที่ ๑ แสดงหลักการสำคัญ ๑๒ ประการของกิจกรรมการวินิจฉัยความผิด
ที่มา : ศาลบัญชีฝรั่งเศส

อย่างไรก็ดี หลักการตาม INTOSAI-P 50 นั้น ไม่ได้จำกัดเฉพาะการวินิจฉัยความผิดเท่านั้น หากแต่ยังสามารถนำไปปรับใช้กับการตรวจสอบได้อีกด้วย เช่น การสอบถ้อยคำ เป็นต้น โดยหลักการดังกล่าวครอบคลุมตั้งแต่ขั้นตอน **"การรวบรวมพยานหลักฐาน"** (Investigation) **"การพิจารณาความผิด"** (Judgement process) **"การจัดทำคำวินิจฉัย"** (Jurisdictional decision) และ **"การบังคับโทษ"** (Sanction)

๒. หลักการตาม INTOSAI-P 50 กับการตรวจเงินแผ่นดินไทย

ในปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ มาตรา ๒๔๐ (๕) ประกอบกับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๒๗ (๕) ได้กำหนดให้คณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินมีหน้าที่และอำนาจสั่งลงโทษทางปกครองกรณีมีการกระทำผิดกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐ ตลอดจนรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ มาตรา ๒๔๐ วรรคท้าย ประกอบกับพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๑๐๓ ก็ได้บัญญัติไว้อย่างชัดเจนให้การอุทธรณ์คำวินิจฉัยของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองสูงสุด

จากบทบัญญัติดังกล่าวแสดงให้เห็นได้ว่า การพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยการเงินการคลังของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ***จัดเป็นการใช้อำนาจกึ่งตุลาการ (Quasi-Judicial Function)*** ซึ่งกฎหมายมีเจตนารมณ์ให้มีสถานะเป็น **"คำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท"** ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙[๓] กล่าวคือ (๑) เป็นคณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย

[๓] พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ และที่แก้ไขเพิ่มเติม

มาตรา ๕ "คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท" หมายความว่า คณะกรรมการที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมายที่มีการจัดองค์กรและวิธีพิจารณาสำหรับการวินิจฉัยชี้ขาดสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย

(๒) เป็นคณะกรรมการที่มีอำนาจหน้าที่วินิจฉัยชี้ขาดสิทธิและหน้าที่ตามกฎหมาย และ (๓) เป็นคณะกรรมการที่มีการจัดองค์คณะและวิธีพิจารณาสำหรับวินิจฉัยข้อพิพาท[๔] ซึ่งการควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทอยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองสูงสุดตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๑๑ (๑)[๕]

ด้วยเหตุที่ การพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐที่อยู่ในอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน เป็นการใช้อำนาจหน้าที่คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท อันเป็นการกระทบซึ่งสิทธิและหน้าที่ของบุคคล จึงต้องปฏิบัติตามหลักวิธีพิจารณาคดีปกครอง เพื่อสร้างหลักประกันให้กับผู้ที่เกี่ยวข้องกับข้อพิพาทว่าจะได้รับการพิจารณาอย่างเป็นธรรม ไม่มีส่วนได้เสียกับข้อพิพาท ตลอดจนมีการรับฟังพยานหลักฐานจากทุกฝ่าย และให้สิทธิคู่กรณีในการโต้แย้งคัดค้านผู้ที่ทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยได้นั่นเอง

ทั้งนี้ หากพิจารณาหลักการตาม INTOSAI-P 50 จะเห็นได้ว่าสอดคล้องกับหลักวิธีพิจารณาคดีปกครองและหลักการพื้นฐานที่สำคัญในการตรวจเงินแผ่นดินหลายประการด้วยกัน[๖] ตัวอย่างเช่น

- การที่กฎหมายควรบัญญัติรับรองความรับผิด โทษ และวิธีพิจารณาให้ชัดเจน ตามหลักการมีกฎหมายกำหนดไว้ให้ชัดเจน (Responsibility regime) นั้น เป็นไปตาม “หลักความชอบด้วยกฎหมาย” และ “หลักการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน” ซึ่งเป็นหลักการสำคัญใน “หลักนิติรัฐ”
- บุคคลที่ทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยความผิดควรมีความเป็นอิสระและเป็นกลาง เพื่อเป็นหลักประกันในการปฏิบัติหน้าที่ ซึ่งสอดคล้องกับหลักการตามปฏิญญาลิมาว่าด้วยแนวปฏิบัติพื้นฐานขององค์กรตรวจเงินแผ่นดิน (INTOSAI-P 1) และปฏิญญาเม็กซิโกว่าด้วยความเป็นอิสระขององค์กรตรวจเงินแผ่นดิน (INTOSAI-P 10) รวมทั้งประมวลจริยธรรมตามหลักเกณฑ์มาตรฐาน รหัส ๑๓๐ (ISSAI 130)
- การเปิดโอกาสให้คู่กรณีได้โต้แย้งคัดค้านพยานหลักฐานนั้นเป็นไปตาม “หลักฟังความทุกฝ่าย” หรือ “Audi alteram partem” ซึ่งเป็นหลักการสำคัญประการหนึ่งในวิธีพิจารณาคดีปกครอง
- การที่บุคคลที่ทำหน้าที่พิจารณาวินิจฉัยไม่ควรมีอำนาจหน้าที่ในการรวบรวมข้อเท็จจริงและพยานหลักฐาน ตามหลักความเป็นกลางในการวินิจฉัยความผิด (Impartial judgement) เป็นไปตามหลักวิธีพิจารณาคดีปกครองที่ต้องมีระบบถ่วงดุลการใช้อำนาจ (Check and balance) โดยแบ่งแยกงานแสวงหาข้อเท็จจริงออกจากการพิจารณาวินิจฉัย เพื่อเป็นหลักประกันที่จะทำให้การพิจารณาวินิจฉัยความผิดมีความถูกต้องรอบคอบมากยิ่งขึ้น
- การที่บุคคลไม่ควรได้รับโทษจากความผิดในลักษณะเดียวกันหลายครั้ง เป็นไปตาม “หลักบุคคลไม่อาจถูกลงโทษหลายครั้งสำหรับการกระทำความผิดครั้งเดียว” หรือ “Non bis in idem”

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

---

[๔] ชนาวรรณ โชคดีมีบุญ, “คณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามมาตรา ๑๑ (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒,”(วิทยานิพนธ์มหาบัณฑิตสาขานิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, ๒๕๔๙), น. ๖๕-๗๖.

[๕] พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

มาตรา ๑๑ ศาลปกครองสูงสุดมีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี ดังต่อไปนี้ (๑) คดีพิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยของคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทตามที่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดประกาศกำหนด

[๖] สำนักการต่างประเทศ สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน, องค์ความรู้ด้านการตรวจเงินแผ่นดินต่างประเทศ ลำดับที่ ๓ เรื่อง ทำความรู้จัก INTOSAI-P 50 : หลักการพื้นฐานขององค์กรตรวจเงินแผ่นดินที่มีอำนาจในการวินิจฉัยความผิด, ตุลาคม ๒๕๖๓, หน้า ๖-๗

• การดำเนินการภายใต้ระยะเวลาที่เหมาะสม เป็นไปตามหลักวิธีพิจารณาคดีปกครองที่ต้องพิจารณาคดีอย่างต่อเนื่อง ไม่ล่าช้า ตามแนวคิดที่ว่า “ความยุติธรรมที่ล่าช้าก็คือ ความไม่ยุติธรรม” หรือ “Justice delayed is justice denied”

อีกทั้ง จากการศึกษาวิธีพิจารณาความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐที่อยู่ในหน้าที่และอำนาจขององค์กรตรวจเงินแผ่นดินตามพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๖๑และระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยการพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. ๒๕๖๒ พบว่า บทบัญญัติหลายประการสอดคล้องและเป็นไปตามหลักการตาม INTOSAI-P 50 และหลักวิธีพิจารณาคดีปกครอง ดังเช่น

• พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๖๑ หมวด ๗ วินัยการเงินการคลัง กำหนดความรับผิด บุคคลที่ต้องรับผิด และโทษ[๗] เป็นไปตามหลักการมีกฎหมายกำหนดไว้ให้ชัดเจน (Responsibility regime) หรือการที่ผู้ถูกสั่งลงโทษทางปกครองอาจอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุดได้ภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ได้รับคำสั่งนั้น เป็นไปตามหลักการโต้แย้ง คัดค้านการพิจารณา (Appeal and annulment of the judgement)

• ระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยการพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. ๒๕๖๒ ได้รับรองขั้นตอนวิธีพิจารณาในแต่ละขั้นตอนไว้อย่างชัดเจน[๘] เป็นไปตามหลักการพิจารณาคดีด้วยความเป็นธรรม (Right to a fair trial) รวมทั้งได้กำหนดระยะเวลาที่เหมาะสมในการดำเนินการในแต่ละขั้นตอนไว้อย่างชัดเจน ซึ่งเป็นไปตามหลักการดำเนินคดีภายในระยะเวลาที่เหมาะสม (Reasonable period)

กล่าวโดยสรุปแล้ว หลักการพื้นฐานขององค์กรตรวจเงินแผ่นดินที่มีอำนาจในการวินิจฉัยความผิดตาม INTOSAI-P 50 เป็นหลักการสำคัญที่จะช่วยส่งเสริมหน้าที่และอำนาจของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินในการสั่งลงโทษทางปกครอง เมื่อมีการกระทำผิดกฎหมายวินัยการเงินการคลัง ทั้งนี้ สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินได้กำหนดแนวทางปฏิบัติตามหลักวิธีพิจารณาคดีปกครอง ซึ่งสอดคล้อง

---

[๗] ตัวอย่างเช่น พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๖๑

“มาตรา ๙๗ เจ้าหน้าที่ของรัฐผู้ใดมีหน้าที่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐจงใจไม่ปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยวินัยการเงินการคลังของรัฐและเป็นกรณีที่ไม่อาจดำเนินการตามมาตรา ๙๕ วรรคสาม หรือมาตรา ๙๖ ให้ผู้ว่าการเสนอต่อคณะกรรมการให้ลงโทษทางปกครองแก่ผู้นั้น โดยให้นำความในมาตรา ๙๖ วรรคสองมาใช้บังคับโดยอนุโลม

มาตรา ๙๘ โทษทางปกครอง มีดังต่อไปนี้

(๑) ภาคทัณฑ์

(๒) ตำหนิโดยเปิดเผยต่อสาธารณชน

(๓) ปรับทางปกครอง

ในการลงโทษปรับทางปกครอง จะลงโทษปรับเป็นเงินเกินเงินเดือนสิบสองเดือนของผู้ถูกลงโทษมิได้...”

[๘] ตัวอย่างเช่น ระเบียบคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินว่าด้วยการพิจารณาวินิจฉัยความผิดวินัยการเงินการคลังของรัฐ พ.ศ. ๒๕๖๒

“ข้อ ๒๙ ให้ผู้ถูกกล่าวหาทำคำชี้แจงแก้ข้อกล่าวหาเป็นหนังสือพร้อมพยานหลักฐาน (ถ้ามี) ยื่นต่อกรรมการเจ้าของเรื่องภายในสามสิบวันนับแต่วันที่ได้รับหรือถือว่าได้รับหนังสือแจ้งข้อกล่าวหา...

ข้อ ๓๘ เมื่อประธานกรรมการได้รับรายงานของกรรมการเจ้าของเรื่องพร้อมสำนวนแล้ว ให้เรียกประชุมคณะกรรมการ เพื่อพิจารณาวินิจฉัยภายในสิบห้าวันนับแต่วันที่ได้รับรายงานพร้อมสำนวน...”

กับหลักการดังกล่าว เป็นหลักประกันในการรักษาเงินแผ่นดิน รวมถึงสร้างความโปร่งใสในการบริหารจัดการภาครัฐ ได้ตามเจตนารมณ์ของการตรวจเงินแผ่นดิน แต่เนื่องจากระบบกฎหมายไทยบัญญัติให้ผู้ถูกสั่งลงโทษทางปกครองอาจอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุดได้ภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ได้รับคำสั่ง ดังนั้น การสั่งลงโทษทางปกครองของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน จึงท้าทายการตรวจสอบของศาลปกครองสูงสุด ซึ่งมีอำนาจชี้ขาดชั้นสุดท้ายและเป็นที่สุด ดังนั้น ในเบื้องต้นการตัดสินของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินที่ต้องขึ้นอยู่กับแนวทางหรือเกณฑ์ที่กำหนดไว้ล่วงหน้าว่าจะลงโทษระดับใด แต่ปรากฏว่าขณะนี้ยังไม่มีแนวทางหรือเกณฑ์การลงโทษที่กำหนดไว้ล่วงหน้าอย่างแน่นอน หากกำหนดความสัมพันธ์กันใหม่โดยให้สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดินส่งเรื่องให้ศาลปกครองสูงสุดตรวจสอบการลงโทษและวินิจฉัยชี้ขาดเพื่อวางแนวบรรทัดฐานก่อน จะเป็นการช่วยลดภาระของผู้ถูกสั่งลงโทษทางปกครอง ในการไปใช้สิทธิอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุดโดยลำพังตนเอง เมื่อได้มีการพัฒนาแนวทางหรือเกณฑ์การลงโทษที่วางไว้ล่วงหน้าจนชัดเจนแล้ว ระยะต่อไปในอนาคตอาจยกระดับคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดินให้เป็นคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาทแบบศาลปกครองชำนัญพิเศษของฝรั่งเศส เช่น ศาลตรวจเงินแผ่นดิน (la Cour des compts) ซึ่งทางกฎหมายมหาชนไทยจะเป็นไปได้ยากในแง่ความคุ้นเคยและการยอมรับการใช้อำนาจของคณะกรรมการ จึงต้องเป็นแบบศาลปกครองพิเศษเท่านั้น

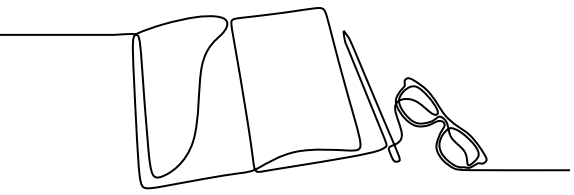
เอกสารอ้างอิง

INTOSAI-P 50 Principle of Jurisdictional Activities of SAIs.

พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการตรวจเงินแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๖๑

สำนักการต่างประเทศ สำนักงานการตรวจเงินแผ่นดิน, องค์ความรู้ด้านการตรวจเงินแผ่นดินต่างประเทศ ลำดับที่ ๓ เรื่อง ทำความรู้จัก INTOSAI-P 50 : หลักการพื้นฐานขององค์กรตรวจเงินแผ่นดินที่มีอำนาจในการวินิจฉัยความผิด, ตุลาคม ๒๕๖๓.

ข้อสังเกตและมุมมอง จากการปฏิบัติตามหน้าที่และอำนาจ ของผู้ตรวจการแผ่นดิน



สมศักดิ์ สุวรรณสุจริต
ประธานผู้ตรวจการแผ่นดิน

๑. บทนำ

ผู้ตรวจการแผ่นดิน (Ombudsman) เป็นองค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญ มีหน้าที่และอำนาจในการแก้ไขปัญหาความเดือดร้อนให้กับประชาชน แนวคิดของการมีองค์กรผู้ตรวจการแผ่นดิน เกิดขึ้นมานานกว่า ๒๐๐ ปี โดยมีต้นกำเนิดจากประเทศสวีเดน ในปี ค.ศ. ๑๘๐๙ (พ.ศ. ๒๓๕๒) คำว่า “Ombudsman” ในภาษาอังกฤษแปลมาจากภาษาสวีเดนที่เขียนว่า “Umbuds man” หรือ“Umboosmaor” ซึ่งหมายถึง ผู้แทน “Representative”[๑] โดยกำหนดรูปแบบเป็นองค์กรสังกัดฝ่ายรัฐสภาและเป็นองค์กรตรวจสอบการใช้อำนาจของฝ่ายบริหาร[๒]

แนวคิดของการมีองค์กรผู้ตรวจการแผ่นดินได้แพร่หลายไปทั่วโลกอย่างต่อเนื่อง โดยปัจจุบันมีการจัดตั้งองค์กรที่ทำหน้าที่เป็นผู้ตรวจการแผ่นดินและองค์กรที่ทำหน้าที่ด้านสิทธิมนุษยชนทั่วโลก จำนวน ๑๖๒ ประเทศ/ดินแดน (ข้อมูลจาก International Ombudsman Institute (IOI) เมื่อวันที่ ๓๐ สิงหาคม ๒๕๖๔) ซึ่งแต่ละประเทศจะกำหนดรูปแบบ และอำนาจหน้าที่ขององค์กรผู้ตรวจการแผ่นดินที่มีรายละเอียดแตกต่างกันไปตามสภาพและบริบทการเมืองการปกครองของแต่ละประเทศ มีทั้งองค์กรผู้ตรวจการแผ่นดินที่เป็นหน่วยงานอิสระไม่อยู่ภายใต้ฝ่ายบริหาร และองค์กรผู้ตรวจการแผ่นดินที่เป็นหน่วยงานในฝ่ายบริหาร

๒. ผู้ตรวจการแผ่นดินของประเทศไทย

ในประเทศไทยได้มีการเสนอแนวคิดในการจัดตั้งองค์กรผู้ตรวจการแผ่นดินเพื่อตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐ แต่ในระยะแรกเป็นเพียงความเห็นและข้อเสนอในทางวิชาการโดยยังไม่มีการดำเนินการ

[๑] ภิญญาพัชญ์ ติบวงษา, “กฎหมายต้นแบบเพื่อการพัฒนาอำนาจหน้าที่ของผู้ตรวจการแผ่นดิน”, (วิทยานิพนธ์นิติศาสตรดุษฎีบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยศรีปทุม, ๒๕๖๓) หน้า ๒๑.
[๒] เรื่องเดียวกัน, หน้า ๑๔.

อย่างเป็นรูปธรรม ต่อมาได้มีบทบัญญัติให้มี “ผู้ตรวจการรัฐสภา” ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ๕) พุทธศักราช ๒๕๓๘[๓] แต่ก็ไม่ได้มีจัดตั้งองค์กร “ผู้ตรวจการรัฐสภา” แต่อย่างใด จนเมื่อมีการประกาศใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา พ.ศ. ๒๕๔๒ จึงมีการจัดตั้ง “ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา” เป็นครั้งแรกในประเทศไทย มีสถานะเป็นองค์กรอิสระไม่อยู่ภายใต้ฝ่ายบริหาร ต่อมามีการพัฒนา เปลี่ยนแปลง และปรับบทบาทอำนาจหน้าที่โดยผลของการยกเลิกรัฐธรรมนูญฉบับเดิมและการประกาศใช้รัฐธรรมนูญฉบับใหม่ ซึ่งหน้าที่และอำนาจของผู้ตรวจการแผ่นดิน ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมายประกอบรัฐธรรมนูญแต่ละฉบับ จำแนกได้ ดังนี้

๒.๑ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา พ.ศ. ๒๕๔๒

กำหนดหน้าที่และอำนาจของผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา ดังนี้

(๑) พิจารณาและสอบสวนหาข้อเท็จจริงตามคำร้องเรียนในกรณี

(ก) การไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย หรือปฏิบัตินอกเหนืออำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น

(ข) การปฏิบัติหรือละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่น ที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ร้องเรียนหรือประชาชนโดยไม่เป็นธรรม ไม่ว่าการนั้นจะชอบหรือไม่ชอบด้วยอำนาจหน้าที่ก็ตาม

(๒) เสนอเรื่องพร้อมความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองเพื่อพิจารณาวินิจฉัยกรณีบทบัญญัติแห่งกฎหมาย กฎ ข้อบังคับ หรือการกระทำใดของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่นมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

๒.๒ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๕๒

เปลี่ยนแปลงชื่อ “ผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา” เป็น “ผู้ตรวจการแผ่นดิน” และกำหนดหน้าที่และอำนาจของผู้ตรวจการแผ่นดิน ดังนี้

(๑) พิจารณาและสอบสวนหาข้อเท็จจริงตามคำร้องเรียนในกรณี

(ก) การไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย หรือปฏิบัตินอกเหนืออำนาจหน้าที่ตามกฎหมายของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยงาน หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือราชการ ส่วนท้องถิ่น

(ข) การปฏิบัติหรือละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่ของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยราชการ หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่นที่ก่อให้เกิดความเสียหายแก่ผู้ร้องเรียนหรือประชาชนโดยไม่เป็นธรรม ไม่ว่าการนั้นจะชอบหรือไม่ชอบด้วยอำนาจหน้าที่ก็ตาม

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

[๓] รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย แก้ไขเพิ่มเติม (ฉบับที่ ๕) พุทธศักราช ๒๕๓๘

มาตรา ๑๖๒ ทวิ พระมหากษัตริย์ทรงแต่งตั้งผู้ตรวจการรัฐสภามีจำนวนไม่เกินห้าคนตามมติของรัฐสภา และให้ประธานรัฐสภาเป็นผู้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการแต่งตั้งผู้ตรวจการรัฐสภา

คุณสมบัติหลักเกณฑ์วิธีการแต่งตั้ง การถอดถอน และอำนาจหน้าที่ให้เป็นไปตามที่กฎหมายบัญญัติ

(ค) การตรวจสอบการละเลยการปฏิบัติหน้าที่หรือการปฏิบัติหน้าที่โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายขององค์กรตามรัฐธรรมนูญและองค์กรในกระบวนการยุติธรรม แต่ไม่รวมถึงการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีของศาล

(๒) ดำเนินการเกี่ยวกับจริยธรรมของผู้ดำรงตำแหน่งทางการเมืองและเจ้าหน้าที่ของรัฐ

(๓) ติดตาม ประเมินผล และจัดทำข้อเสนอแนะในการปฏิบัติตามรัฐธรรมนูญ รวมตลอดถึงข้อพิจารณาเพื่อแก้ไขเพิ่มเติมรัฐธรรมนูญในกรณีที่เห็นว่าจำเป็น

(๔) เสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญหรือศาลปกครองเมื่อเห็นว่ามีกรณีดังต่อไปนี้

(ก) บทบัญญัติแห่งกฎหมายใดมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ ให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลรัฐธรรมนูญ

(ข) กฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดของของข้าราชการ พนักงาน หรือลูกจ้างของหน่วยงาน หน่วยงานของรัฐ หรือรัฐวิสาหกิจ หรือราชการส่วนท้องถิ่นมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย ให้เสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลปกครอง

๒.๓ รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ และพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๖๐

กำหนดหน้าที่และอำนาจของผู้ตรวจการแผ่นดิน ดังนี้

(๑) เสนอแนะต่อหน่วยงานของรัฐเพื่อให้มีการปรับปรุงกฎหมาย กฎ หรือคำสั่ง หรือขั้นตอนการปฏิบัติงาน ที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมหรือเป็นภาระแก่ประชาชนโดยไม่จำเป็นหรือเกินสมควรแก่เหตุ

(๒) เสนอแนะต่อหน่วยงานของรัฐให้ขจัดหรือระงับความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายหรือปฏิบัตินอกเหนือหน้าที่และอำนาจตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ

(๓) เสนอต่อคณะรัฐมนตรีเพื่อทราบถึงการที่หน่วยงานของรัฐยังมิได้ปฏิบัติให้ถูกต้องครบถ้วนตามรัฐธรรมนูญ หมวด ๕ หน้าที่ของรัฐ

(๔) เสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ : เมื่อเห็นว่ามีกรณีบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

(๕) เสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ : กรณีบุคคลถูกละเมิดสิทธิเสรีภาพตามรัฐธรรมนูญ มาตรา ๒๑๓

(๖) เสนอเรื่องต่อศาลปกครอง : เมื่อเห็นว่ามีกรณี กฎ คำสั่ง หรือการกระทำของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย

๓. ข้อสังเกตเกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของผู้ตรวจการแผ่นดิน

เมื่อพิจารณาถึงหน้าที่และอำนาจของผู้ตรวจการแผ่นดิน ตั้งแต่เริ่มก่อตั้งองค์กรจนถึงปัจจุบัน จะเห็นได้ว่าแม้จะมีการปรับเปลี่ยนบทบาทหน้าที่และอำนาจมาอย่างต่อเนื่อง แต่ก็มีหน้าที่และอำนาจที่มีความสำคัญ และเป็นหน้าที่และอำนาจซึ่งมีมาตั้งแต่ก่อตั้งองค์กรผู้ตรวจการแผ่นดินและยังคงต่อเนื่องมาจนถึงปัจจุบัน คือหน้าที่และอำนาจ ๓ ด้าน ประกอบด้วย

การแก้ไขปัญหาความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรม หรือเป็นภาระแก่ประชาชน

การเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ : กรณีบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ

การเสนอเรื่องต่อศาลปกครอง : กรณีกฎ คำสั่ง หรือการกระทำทางปกครอง มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย

จากการปฏิบัติตามหน้าที่และอำนาจของผู้ตรวจการแผ่นดินที่ผ่านมาพบว่า **"หน้าที่และอำนาจในการเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญ : กรณีบทบัญญัติแห่งกฎหมายมีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ"** นั้น มีขอบเขต ขั้นตอน และวิธีปฏิบัติในการพิจารณาวินิจฉัยเสนอเรื่องต่อศาลรัฐธรรมนูญที่ค่อนข้างชัดเจน โดยคำว่า "บทบัญญัติแห่งกฎหมาย" หมายถึง กฎหมายที่ตราขึ้นโดยองค์กรที่ใช้อำนาจนิติบัญญัติตามกระบวนการที่กำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญ ไม่ว่าจะตราขึ้นโดยฝ่ายนิติบัญญัติหรือฝ่ายบริหารก็ตาม ซึ่งได้แก่ พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ พระราชบัญญัติ พระราชกำหนดที่ได้รับการอนุมัติจากรัฐสภาแล้ว และประกาศคณะปฏิวัติฉบับที่มีผลบังคับเทียบเท่ากับพระราชบัญญัติ

แต่สำหรับ **"หน้าที่และอำนาจในการเสนอเรื่องต่อศาลปกครอง : กรณีกฎ คำสั่ง หรือการกระทำทางปกครอง มีปัญหาเกี่ยวกับความชอบด้วยรัฐธรรมนูญหรือกฎหมาย"** และ **"หน้าที่และอำนาจในการแก้ไขปัญหาความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมหรือเป็นภาระแก่ประชาชน"** นั้น พบว่ามีข้อสังเกตและมีปัญหาจากการปฏิบัติงาน ดังนี้

๓.๑ การพิจารณาเสนอเรื่องต่อศาลปกครองของผู้ตรวจการแผ่นดิน

หน้าที่และอำนาจของผู้ตรวจการแผ่นดินในการเสนอเรื่องต่อศาลปกครอง มีความสำคัญในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชน โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อมีความจำเป็นต้องยกเลิกเพิกถอนกฎคำสั่งหรือการกระทำทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรม ซึ่งการเสนอเรื่องต่อศาลปกครองของผู้ตรวจการแผ่นดิน จำแนกได้เป็น[๔]

๑) กรณีไม่มีการร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน (Own Motion)

เป็นกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินเห็นว่ามีความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมเกิดขึ้น จึงได้ดำเนินการแสวงหาข้อเท็จจริง ในเรื่องที่ไม่มีคำร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน

๒) กรณีผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน

เป็นกรณีที่ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรม ได้ยื่นคำร้องเรียนต่อ

---

[๔]พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๖๐

มาตรา ๓๒ เมื่อความปรากฏต่อผู้ตรวจการแผ่นดินไม่ว่าโดยทางใด ไม่ว่าจะมีผู้แจ้งหรือผู้ร้องเรียนหรือไม่ก็ตาม ว่าบุคคลใดได้รับความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมอันเนื่องมาจากการไม่ปฏิบัติตามกฎหมายหรือปฏิบัตินอกเหนือหน้าที่และอำนาจตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือมีกรณีที่การปฏิบัติงานใด ๆ ของหน่วยงานของรัฐเป็นภาระแก่ประชาชนโดยไม่จำเป็นหรือเกินสมควรแก่เหตุ ให้เป็นหน้าที่ของผู้ตรวจการแผ่นดินที่จะต้องแสวงหาข้อเท็จจริงหรือดำเนินการอื่นใดด้วยความรอบคอบ เพื่อเสนอแนะต่อหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้องให้ขจัดหรือระงับความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมนั้น หรือปรับปรุงกฎหมาย กฎ หรือคำสั่ง หรือขั้นตอนการปฏิบัติงานใด ๆ ต่อไป เพื่อให้การปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐเป็นไปอย่างมีประสิทธิภาพ ขจัดความเหลื่อมล้ำ อำนวยประโยชน์ให้แก่ประชาชนอย่างทัดเทียมกัน และลดภาระที่เกิดขึ้นกับประชาชนโดยไม่จำเป็น

ผู้ตรวจการแผ่นดิน ขอให้แสวงหาข้อเท็จจริงในเรื่องที่ตนเองได้รับความเดือดร้อน ผ่านช่องทางรับเรื่องร้องเรียนของสำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน

๓) กรณีผู้พบเห็นความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมได้แจ้งต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน

เป็นกรณีที่ผู้พบเห็นว่ามีความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมเกิดขึ้น จึงได้แจ้งต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน เพื่อให้แสวงหาข้อเท็จจริง ผ่านช่องทางรับเรื่องร้องเรียนของสำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดินโดยมีเงื่อนไขว่าเรื่องที่ผู้พบเห็นจะแจ้งต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน ต้องเป็นเรื่องที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมแก่ประชาชนส่วนรวม หรือเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ[๕]

ทั้งนี้ การวินิจฉัยเสนอเรื่องต่อศาลปกครอง นั้น ผู้ตรวจการแผ่นดินจะปรึกษาหารือและเห็นชอบร่วมกัน[๖] โดยจะต้องพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวข้องประกอบด้วย ซึ่งสรุปได้ ดังนี้

(๑) หลักเกณฑ์และวิธีการฟ้องคดีปกครอง

หลักเกณฑ์และวิธีการฟ้องคดีปกครองของผู้ตรวจการแผ่นดิน เป็นไปตามมาตรา ๒๓ (๒) ของพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๖๐ ซึ่งกำหนดว่า ในการฟ้องคดีปกครองของผู้ตรวจการแผ่นดินให้ปฏิบัติตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง

(๒) สถานะในคดีปกครอง

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๔๓ กำหนดสถานะของผู้ตรวจการแผ่นดินให้มีสิทธิและหน้าที่เสมือนหนึ่งเป็นผู้ฟ้องคดี ซึ่งหมายความว่าหากกฎหมายดังกล่าวกำหนดสิทธิและหน้าที่ของคู่ความในคดีปกครองไว้อย่างไรแล้ว ผู้ตรวจการแผ่นดินก็มีสิทธิและหน้าที่เช่นนั้นด้วย

(๓) เงื่อนไขการมีสิทธิฟ้องคดีปกครอง

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง กำหนดเงื่อนไขการมีสิทธิที่จะการฟ้องคดีปกครองไว้ว่า

“ผู้ใดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหาย โดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครอง หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง หรือกรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา ๙ และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหายหรือยุติข้อโต้แย้งนั้นต้องมีคำบังคับที่กำหนดไว้ในมาตรา ๗๒ ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง”

---

[๕]ระเบียบผู้ตรวจการแผ่นดินว่าด้วยการแจ้ง การร้องเรียน การแสวงหาข้อเท็จจริง และการพิจารณาเรื่องร้องเรียน พ.ศ. ๒๕๖๒

ข้อ ๙ การแจ้งต่อผู้ตรวจการแผ่นดินตามข้อ ๘ ต้องเป็นเรื่องที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมแก่ประชาชนส่วนรวม หรือเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ

[๖]พระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๖๐ มาตรา ๒๖ (๕)

๓.๑.๑ ข้อสังเกตและปัญหาการเสนอเรื่องต่อศาลปกครองของผู้ตรวจการแผ่นดิน

เมื่อพิจารณาบทบัญญัติกฎหมายที่เกี่ยวกับการเสนอเรื่องต่อศาลปกครอง ซึ่งกำหนดสถานะผู้ตรวจการแผ่นดิน **"เสมือนหนึ่งเป็นผู้ฟ้องคดีปกครอง"** และกำหนดเงื่อนไขการมีสิทธิฟ้องคดีปกครองจะต้อง **"ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหาย"** จึงได้เกิดข้อสังเกตและปัญหาในการฟ้องคดีปกครองของผู้ตรวจการแผ่นดิน ดังนี้

๑) ปัญหาการเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายในการฟ้องคดีปกครองของผู้ตรวจการแผ่นดิน

มีปัญหาและข้อพิจารณา คือ

(๑) กรณีผู้ตรวจการแผ่นดินฟ้องคดีปกครอง ในเรื่องที่ไม่มีการร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน (Own Motion) จะต้องพิจารณาถึงการเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรือไม่

(๒) กรณีผู้ตรวจการแผ่นดินฟ้องคดีปกครอง ในเรื่องที่ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน (เรื่องร้องเรียนทั่วไป) จะต้องพิจารณาว่าผู้ร้องเรียนได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรือไม่

(๓) กรณีผู้ตรวจการแผ่นดินฟ้องคดีปกครอง ในเรื่องที่มีผู้พบเห็นความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมได้แจ้งต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน จะต้องพิจารณาว่าผู้พบเห็นหรือผู้แจ้ง นั้น ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรือไม่

๒) ปัญหาการนับระยะเวลาในการฟ้องคดีปกครองของผู้ตรวจการแผ่นดิน

การกำหนดเวลาในการฟ้องคดีคดีปกครองโดยทั่วไปจะต้องยื่นฟ้องภายในเก้าสิบวัน นับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี[๗] แต่การฟ้องคดีปกครองที่เกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ หรือสถานะของบุคคลจะยื่นฟ้องคดีเมื่อใดก็ได้[๘] ทั้งนี้ การนับระยะเวลาในการฟ้องคดีปกครองของผู้ตรวจการแผ่นดินก็มีปัญหาและข้อพิจารณา ดังนี้

(๑) กรณีผู้ตรวจการแผ่นดินฟ้องคดีปกครอง ในเรื่องที่ไม่มีการร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน (Own Motion) การนับระยะเวลาการฟ้องคดีจะเริ่มนับจากวันที่ผู้ตรวจการแผ่นดินทราบเหตุแห่งการฟ้องคดีใช่หรือไม่

(๒) กรณีผู้ตรวจการแผ่นดินฟ้องคดีปกครอง ในเรื่องที่ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน (เรื่องร้องเรียนทั่วไป) การนับระยะเวลาการฟ้องคดีจะเริ่มนับจากวันที่ผู้ร้องเรียนทราบเหตุแห่งการฟ้องคดี หรือจะเริ่มนับจากวันที่ผู้ตรวจการแผ่นดินรับเรื่องร้องเรียน

(๓) กรณีผู้ตรวจการแผ่นดินฟ้องคดีปกครอง ในเรื่องที่มีผู้พบเห็นความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมได้แจ้งต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน การนับระยะเวลาการฟ้องคดีจะเริ่มนับจากวันที่ผู้พบเห็นหรือผู้แจ้งทราบเหตุแห่งการฟ้องคดี หรือจะเริ่มนับจากวันที่ผู้ตรวจการแผ่นดินรับเรื่องร้องเรียน

[๗] พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๔๙

[๘] พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๕๑

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

๓.๑.๒ ความเห็นต่อปัญหาการเสนอเรื่องต่อศาลปกครองของผู้ตรวจการแผ่นดิน

จากข้อสังเกตและปัญหาการเสนอเรื่องต่อศาลปกครองของผู้ตรวจการแผ่นดินข้างต้น ได้นำไปสู่ความเห็น มุมมองทางวิชาการ และแนวทางการพิจารณา สรุปได้ว่า

๑) ความเห็นประเด็นการพิจารณาการเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายในการฟ้องคดีปกครองของผู้ตรวจการแผ่นดิน

ความเห็นต่อประเด็นการพิจารณาการเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายในการฟ้องคดีปกครองของผู้ตรวจการแผ่นดิน นั้น มีความเห็นทางวิชาการออกเป็น ๒ แนวทาง คือ

(๑) ความเห็นแนวทางแรก[๙] แยกการพิจารณาออกเป็น ๒ กรณี คือ

(๑.๑) กรณีการฟ้องคดีปกครองในเรื่องที่ไม่มีการร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน (Own Motion)

ผู้ตรวจการแผ่นดินสามารถเสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นต่อศาลปกครองได้ ตามนัยมาตรา ๒๓ (๒) แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๖๐ ทั้งนี้ มาตรา ๔๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ กำหนดให้การเสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นดังกล่าว ผู้ตรวจการแผ่นดินมีสิทธิและหน้าที่เสมือนหนึ่งเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดี แต่เนื่องจากผู้ตรวจการแผ่นดินไม่ใช่คู่กรณี ดังนั้น ผู้ตรวจการแผ่นดินจึงไม่อาจเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายได้โดยตรง และมีผลให้ผู้ตรวจการแผ่นดินได้รับการยกเว้นไม่ต้องดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการแก้ไขเยียวยาเรื่องความเดือดร้อนหรือเสียหายนั้นก่อน ตามมาตรา ๔๒ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ แต่ยังคงต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขของการฟ้องคดีอื่น ๆ

(๑.๒) กรณีการฟ้องคดีปกครองในเรื่องที่ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน (เรื่องร้องเรียนทั่วไป)

บุคคลผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน อันเป็นกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินฟ้องคดีแทนผู้ร้องเรียน ซึ่งกรณีดังกล่าวจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขของการฟ้องคดี ผู้เสียหายจะต้องดำเนินการตามขั้นตอนและวิธีการแก้ไขเรื่องความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องนั้นก่อน และได้มีการสั่งการตามกฎหมายนั้น หรือมิได้มีการสั่งการภายในเวลาอันสมควร หรือภายในเวลาที่กฎหมายนั้นกำหนด

สรุปความเห็นของแนวทางแรก เห็นว่า กรณีการฟ้องคดีปกครองในเรื่องที่ไม่มีการร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน (Own Motion) ไม่ต้องพิจารณาถึงการเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย ส่วนกรณีการฟ้องคดีปกครองในเรื่องที่ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน (เรื่องร้องเรียนทั่วไป) ต้องพิจารณาถึงการเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายของผู้ร้องเรียนด้วย

[๙] รายงานการประชุมหารือร่วมกันระหว่างสำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน กับ สำนักงานศาลปกครอง ภายใต้บันทึกข้อตกลงความร่วมมือทางวิชาการ (MOU) เมื่อวันที่ ๕ เมษายน ๒๕๖๕

(๒) ความเห็นแนวทางที่สอง[๑๐]

เห็นว่ามาตรา ๔๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มิได้กำหนดให้ผู้ตรวจการแผ่นดินซึ่งอยู่ในฐานะผู้ฟ้องคดีจะต้องอยู่ภายใต้เงื่อนไขในการฟ้องคดีตามมาตรา ๔๒ กล่าวคือ ต้องเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้แต่อย่างใด รวมถึงกรณีที่มีผู้มาร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินให้เสนอเรื่องต่อศาลปกครอง ผู้มาร้องเรียนก็ไม่จำต้องเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้เช่นเดียวกัน เนื่องจากกรณีนี้มิใช่บทบัญญัติในการฟ้องคดีปกครองทั่วไป แต่เป็นบทบัญญัติที่กำหนดเพื่อให้ผู้ตรวจการแผ่นดินสามารถมีสิทธิและหน้าที่เช่นเดียวกับผู้ฟ้องคดีปกครองทั่วไป ตามที่กำหนดไว้ในระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓ ในการดำเนินกระบวนพิจารณาที่จำเป็นเพื่อประโยชน์ในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลปกครองเท่านั้น

สรุปความเห็นของแนวทางที่สอง เห็นว่า ทั้งกรณีการฟ้องคดีปกครองในเรื่องที่ไม่มีการร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน (Own Motion) และกรณีการฟ้องคดีปกครองในเรื่องที่มีการร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน นั้น ไม่ต้องพิจารณาถึงการเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายแต่อย่างใด

ทั้งนี้ เมื่อวิเคราะห์ถึงความเห็นในทางวิชาการข้างต้นแล้วเห็นว่า มีทั้งประเด็นที่มีข้อสรุปที่ชัดเจน ประเด็นที่ยังมีความเห็นแตกต่างกัน และประเด็นที่ยัง ไม่มีข้อสรุป กล่าวคือ

(๑) กรณีผู้ตรวจการแผ่นดินฟ้องคดีปกครอง ในเรื่องที่ไม่มีการร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน (Own Motion) มีความเห็นว่า ไม่ต้องพิจารณาถึงการเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายแต่อย่างใด

(๒) กรณีผู้ตรวจการแผ่นดินฟ้องคดีปกครอง ในเรื่องที่ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน (เรื่องร้องเรียนทั่วไป) มีความเห็นแบ่งออกเป็นสองแนวทาง คือ แนวทางแรกเห็นว่า ต้องพิจารณาถึงการเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายของผู้ร้องเรียนด้วย ส่วนแนวทางที่สองเห็นว่า ไม่ต้องพิจารณาถึงการเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายของผู้ร้องเรียนแต่อย่างใด

(๓) กรณีผู้ตรวจการแผ่นดินฟ้องคดีปกครอง ในเรื่องที่มีผู้พบเห็นความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมได้แจ้งต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน นั้น ยังไม่มีข้อสรุปหรือความเห็นแต่อย่างใด

๒) ความเห็นประเด็นปัญหาการนับระยะเวลาในการฟ้องคดีปกครองของผู้ตรวจการแผ่นดิน

ปัญหาการเริ่มนับระยะเวลาการฟ้องคดีปกครองของผู้ตรวจการแผ่นดินมีความเห็นทางวิชาการสองแนวทางเช่นกัน กล่าวคือ

[๑๐]หนังสือสำนักงานศาลปกครอง ที่ ศป ๐๐๓๒/๔๔๑ ลงวันที่ ๘ มิถุนายน ๒๕๖๕ เรื่อง รายงานสภาพปัญหาของการเสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นของผู้ตรวจการแผ่นดินต่อศาลปกครอง ตามมาตรา ๔๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเทียนวายุราชการ

(๑) ความเห็นแนวทางแรก[๑๑] เห็นว่า

การฟ้องคดีปกครอง ในเรื่องที่ไม่มีการร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน (Own Motion) ผู้ตรวจการแผ่นดินต้องปฏิบัติตามเงื่อนไขของการฟ้องคดีในเรื่องระยะเวลาด้วย ดังนั้น ในกรณีการฟ้องคดีให้เพิกถอนกฎ คำสั่งทางปกครอง จะต้องยื่นฟ้องภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ผู้ตรวจการแผ่นดินรู้หรือควรรู้เหตุแห่งการฟ้องคดี แต่หากเป็นการฟ้องคดีโดยมีผู้ร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน ถือว่าผู้ตรวจการแผ่นดินฟ้องแทนบุคคลอื่น การนับระยะเวลาการฟ้องคดีควรจะต้องเริ่มนับจากวันที่ผู้ร้องเรียนรู้หรือควรรู้เหตุแห่งการฟ้องคดี

(๒) ความเห็นแนวทางที่สอง[๑๒] เห็นว่า

ระยะเวลาเก้าสิบวันในการเสนอเรื่องต่อศาลปกครองของผู้ตรวจการแผ่นดิน ในกรณีที่มีผู้มาร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินนั้น จะต้องเริ่มนับเมื่อผู้ตรวจการแผ่นดินได้รับเรื่องร้องเรียนนั้น ๆ มิใช่เริ่มนับเมื่อผู้มาร้องเรียนได้รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดีแต่อย่างใด

๓.๑.๓ วิเคราะห์แนวทางการพิจารณาเสนอเรื่องต่อศาลปกครองของผู้ตรวจการแผ่นดิน

การฟ้องคดีปกครองของผู้ตรวจการแผ่นดิน ซึ่งกำหนดสถานะผู้ตรวจการแผ่นดินให้มี “สิทธิและหน้าที่เสมือนหนึ่งเป็นผู้ฟ้องคดีปกครอง” ทำให้เกิดคำถามตามว่า จะต้องพิจารณาถึงการเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรือไม่ เพียงใด รวมถึงปัญหาการนับระยะเวลาการฟ้องคดีปกครองของผู้ตรวจการแผ่นดิน ซึ่งหากวิเคราะห์ถึงหน้าที่และอำนาจของผู้ตรวจการแผ่นดิน ประกอบกับเจตนารมณ์ของกฎหมาย รวมทั้งแนวปฏิบัติของหน่วยงานที่ผ่านมา และความเห็นทางวิชาการในเรื่องดังกล่าว จึงเห็นว่า ควรพิจารณาแนวทางในการฟ้องคดีปกครองของผู้ตรวจการแผ่นดินเกี่ยวกับปัญหาข้างต้น ดังนี้

๑) แนวทางการพิจารณาปัญหาการเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายในการฟ้องคดีปกครองของผู้ตรวจการแผ่นดิน

๑.๑) กรณีผู้ตรวจการแผ่นดินฟ้องคดีปกครอง ในเรื่องที่ไม่มีการร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน (Own Motion) นั้น ด้วยเหตุที่ผู้ตรวจการแผ่นดินไม่ได้เป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายโดยตรงในเรื่องที่ได้หยิบยกขึ้นมาพิจารณาแสวงหาข้อเท็จจริง และเสนอเรื่องต่อศาลปกครอง การฟ้องคดีปกครองในลักษณะดังกล่าวจึงไม่ควรจะต้องพิจารณาถึงการเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย

๑.๒) กรณีผู้ตรวจการแผ่นดินฟ้องคดีปกครอง ในเรื่องที่ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน (เรื่องร้องเรียนทั่วไป) หรือที่เรียกว่าเรื่องร้องเรียนปัญหาความเดือดร้อนส่วนบุคคล นั้น ผู้ที่จะร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดินจะต้องเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อน

[๑๑] รายงานการประชุมหารือร่วมกันระหว่างสำนักงานผู้ตรวจการแผ่นดิน กับ สำนักงานศาลปกครอง ภายใต้บันทึกข้อตกลงความร่วมมือทางวิชาการ (MOU) เมื่อวันที่ ๕ เมษายน ๒๕๖๕

[๑๒] หนังสือสำนักงานศาลปกครอง ที่ ศป ๐๐๓๒/๔๔๑ ลงวันที่ ๘ มิถุนายน ๒๕๖๕ เรื่อง รายงานสภาพปัญหาของการเสนอเรื่องพร้อมด้วยความเห็นของผู้ตรวจการแผ่นดินต่อศาลปกครอง ตามมาตรา ๔๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

หรือเสียหายหรือได้รับความไม่เป็นธรรม ดังนั้น หากจะมีการฟ้องคดีปกครองต่อผู้ตรวจการแผ่นดินควรจะต้องพิจารณาถึงการเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายของผู้ร้องเรียนประกอบด้วย

๑.๓) กรณีผู้ตรวจการแผ่นดินฟ้องคดีปกครอง ในเรื่องที่มีผู้พบเห็นความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมได้แจ้งต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน นั้น เห็นว่า แม้ว่าผู้ที่แจ้งต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน อาจจะไม่ใช่ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนไม่เป็นธรรมโดยตรง แต่เรื่องที่แจ้งต่อผู้ตรวจการแผ่นดินที่จะรับไว้พิจารณา นั้น เป็นเรื่องที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมแก่ประชาชนส่วนรวมหรือเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะ มิใช่เพื่อประโยชน์ส่วนตนหรือประโยชน์ส่วนบุคคล จึงไม่ควรจะต้องพิจารณาถึงการเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย

๒) แนวทางการพิจารณาปัญหาการนับระยะเวลาในการฟ้องคดีปกครองของผู้ตรวจการแผ่นดิน

๒.๑) กรณีผู้ตรวจการแผ่นดินฟ้องคดีปกครอง ในเรื่องที่ไม่มีการร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน (Own Motion) ควรเริ่มนับระยะเวลาการฟ้องคดีปกครองเมื่อผู้ตรวจการแผ่นดินได้ทราบเหตุแห่งการฟ้องคดีปกครอง เนื่องจากเป็นการพิจารณาปัญหาความเดือดร้อนโดยไม่มีผู้ร้องเรียน

๒.๒) กรณีผู้ตรวจการแผ่นดินฟ้องคดีปกครอง ในเรื่องที่ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมร้องเรียนต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน (เรื่องร้องเรียนทั่วไป) หากเป็นความเดือดร้อนส่วนบุคคลควรเริ่มนับระยะเวลาฟ้องคดีปกครองเมื่อผู้ร้องเรียนได้ทราบเหตุแห่งการฟ้องคดีปกครอง เนื่องจากหากเริ่มนับระยะเวลาเมื่อผู้ตรวจการแผ่นดินได้รับเรื่อง อาจทำให้เกิดปัญหาการนำเรื่องที่ขาดอายุความมาเสนอต่อผู้ตรวจการแผ่นดินเพื่อให้ฟ้องต่อศาลปกครอง แต่หากเป็นความเดือดร้อนที่มีผลกระทบต่อส่วนรวมหรือประโยชน์สาธารณะก็อาจจะเป็นเรื่องที่ฟ้องคดีเมื่อใดก็ได้โดยไม่ต้องพิจารณาเรื่องของอายุความ ตามนัยมาตรา ๕๒ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

๒.๓) กรณีผู้ตรวจการแผ่นดินฟ้องคดีปกครอง ในเรื่องที่มีผู้พบเห็นความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมได้แจ้งต่อผู้ตรวจการแผ่นดิน นั้น เรื่องที่แจ้งต่อผู้ตรวจการแผ่นดินที่จะรับไว้พิจารณา นั้น เป็นเรื่องที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมแก่ประชาชนส่วนรวมหรือเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะก็อาจจะเป็นเรื่องที่ฟ้องคดีเมื่อใดก็ได้โดยไม่ต้องพิจารณาเรื่องของอายุความตามนัย มาตรา ๕๒ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

อย่างไรก็ตาม ความเห็นดังกล่าวเพียงข้อเสนอแนะเชิงวิชาการเมื่อบทบัญญัติกฎหมายไม่ได้กำหนดรายละเอียดหรือขอบเขตการพิจารณาไว้อย่างชัดเจน ก็อาจจะมีความเห็นหรือการตีความข้อกฎหมายแตกต่างกันได้ ดังนั้น การจะมีข้อสรุปที่แน่ชัดก็คงต้องมีแนวคำพิพากษาหรือความเห็นของศาลปกครองสูงสุดเป็นบรรทัดฐาน ซึ่งก็คงต้องรอให้มีข้อโต้แย้งหรือมีประเด็นแห่งคดีเข้าสู่การพิจารณาของศาล หรือหากมีการนำประเด็นดังกล่าวเข้าสู่การพิจารณาของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด เพื่อกำหนดเป็นมติ หรือหลักเกณฑ์ หรือแนวปฏิบัติที่ชัดเจน ก็จะทำให้ข้อความเห็นในเรื่องนี้ได้รับการคลี่คลายเป็นที่ยุติ ซึ่งจะเป็นประโยชน์อย่างยิ่งกับการอำนวยความเป็นธรรม การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ และการแก้ไขความเดือดร้อนไม่เป็นธรรมให้กับประชาชน

๓.๒ การพัฒนากลไกและเครื่องมือของผู้ตรวจการแผ่นดินในการแก้ไขความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมให้กับประชาชน

หน้าที่หลักที่สำคัญอีกประการหนึ่งที่มีมาตั้งแต่ก่อตั้งองค์กรผู้ตรวจการแผ่นดินต่อเนื่องมาถึงปัจจุบัน คือ การแก้ไขความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมให้กับประชาชน แต่ข้อเท็จจริงจากการปฏิบัติงานที่ผ่านมาพบว่า ผู้ตรวจการแผ่นดินยังขาดเครื่องมือหรือกลไกที่เหมาะสมในการดูแลความเดือดร้อนให้กับประชาชนในเรื่องจำเป็นเร่งด่วนอย่างทันท่วงที โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีที่หน่วยงานของรัฐโต้แย้งสิทธิประชาชน แต่ปรากฏข้อเท็จจริงจากการแสวงหาข้อเท็จจริงของผู้ตรวจการแผ่นดินอันเชื่อได้ว่า ปัญหาข้อโต้แย้งนั้นเกิดจากความผิดพลาดคลาดเคลื่อนของหน่วยงานของรัฐ แต่เมื่อยังไม่มีคำพิพากษาชี้ขาด และหน่วยงานของรัฐยืนยันการบังคับใช้กฎหมาย หากต่อมาในภายหลังปรากฏข้อเท็จจริงอันเป็นที่ยุติว่า ประชาชนไม่ได้ฝ่าฝืนกฎหมาย หรือเป็นความผิดพลาดคลาดเคลื่อนของหน่วยงานของรัฐ อาจทำให้ประชาชนได้รับผลกระทบอย่างร้ายแรง หรือบางกรณีทำให้ความเดือดร้อนหรือเสียหายที่เกิดกับสิทธิ เสรีภาพ หรือทรัพย์สินของประชาชน ไม่อาจกลับคืนดังเดิมได้อีกต่อไป ตัวอย่าง เช่น กรณีเรื่องร้องเรียนปัญหาการประกาศเขตอุทยานแห่งชาติทับลานทับซ้อนที่ดินซึ่งเป็นที่อยู่อาศัยและที่ทำกินของประชาชน ซึ่งได้ปรากฏเอกสารหลักฐานอันเชื่อได้ว่า ประชาชนครอบครองที่ดินพิพาทมาก่อนการประกาศเขตอุทยานแห่งชาติ แต่มีความผิดพลาดคลาดเคลื่อนในกระบวนการจัดทำแผนที่แนวเขตอุทยานแห่งชาติ จึงทำให้ทับซ้อนกับที่ดินของผู้ร้องเรียน แต่เมื่อยังไม่มีการเพิกถอนเขตอุทยานแห่งชาติในพื้นที่ทับซ้อน ก็ยังคงถือว่าพื้นที่พิพาทเป็นเขตอุทยานแห่งชาติ หน่วยงานราชการจึงบังคับใช้กฎหมายจับกุมดำเนินคดีกับประชาชน เกิดผลกระทบกับเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย ตลอดจนบ้านเรือน ทรัพย์สินและพืชผลของประชาชน ซึ่งโดยส่วนใหญ่มีฐานะยากจนและขาดโอกาสในการเข้าถึงกระบวนการยุติธรรม ทำให้ประชาชนได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายอย่างร้ายแรง และแม้ว่าในภายหลังจะปรากฏข้อยุติว่าประชาชนได้ครอบครองทำกินโดยสุจริตไม่มีพฤติการณ์ฝ่าฝืนกฎหมาย แต่ผลกระทบที่เกิดกับเสรีภาพในชีวิตและร่างกาย รวมถึงบ้านเรือน ทรัพย์สินและพืชผลที่ต้องถูกรื้อถอนทำลาย ไม่สามารถทำให้กลับคืนสู่สภาพเดิม และถึงแม้จะมีการชดใช้ค่าเสียหายก็ไม่มีน้ำหนักเพียงพอที่จะเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายอย่างร้ายแรงที่เกิดขึ้น

ดังนั้น จึงเห็นว่า หากมีกลไกและเครื่องมือที่ทำให้ผู้ตรวจการแผ่นดินสามารถชะลอหรือยับยั้งการบังคับใช้กฎหมายหรือการดำเนินการของหน่วยงานของรัฐที่อาจก่อความเสียหายให้กับประชาชนอย่างร้ายแรงเป็นการชั่วคราว ในช่วงเวลาที่ผู้ตรวจการแผ่นดินพิจารณาแสวงหาข้อเท็จจริงและจัดทำคำวินิจฉัยและข้อเสนอแนะเพื่อแก้ไขความเดือดร้อนหรือไม่เป็นธรรม ก็จะมีประโยชน์อย่างยิ่งกับการบรรเทาป้องกันไม่ให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงแก่ประชาชน

ทั้งนี้ เห็นว่าในระบบกฎหมายไทยในปัจจุบันได้มีมาตรการคุ้มครองชั่วคราว ทั้งกรณีการคุ้มครองชั่วคราวก่อนการฟ้องคดีต่อศาล และการคุ้มครองชั่วคราวเมื่อที่มีการฟ้องคดีต่อศาล จึงอาจนำมาศึกษาและเป็นแนวทางในเบื้องต้น เพื่อพัฒนาเป็นกลไกและเครื่องมือของผู้ตรวจการแผ่นดินในการแก้ไขความเดือดร้อนหรือไม่เป็นธรรมให้กับประชาชน โดยมีรายละเอียด ดังนี้

๓.๒.๑ การคุ้มครองชั่วคราวเมื่อมีการฟ้องคดีต่อศาล

ในปัจจุบันมีการกำหนดให้มีการคุ้มครองชั่วคราว เมื่อมีการฟ้องคดีต่อศาล เพื่อคุ้มครองหรือป้องกันความเสียหายที่อาจเกิดขึ้นแก่คู่ความ โดยให้ศาลมีอำนาจกำหนดวิธีการเท่าที่จำเป็น เพื่อใช้บังคับเป็นการชั่วคราวในระหว่างการพิจารณาจนกว่าศาลจะมีคำพิพากษา และยังมีไว้เพื่อประโยชน์ในการบังคับตามคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลที่อาจมีต่อไปในอนาคต โดยในคดีแพ่งได้กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ภาค ๔ ลักษณะ ๑ ส่วนในคดีล้มละลายได้กำหนดไว้ในพระราชบัญญัติล้มละลาย พุทธศักราช ๒๔๘๓ มาตรา ๑๗ ซึ่งเป็นเรื่องเกี่ยวกับข้อพิพาทระหว่างเอกชนกับเอกชนในทางแพ่ง

สำหรับกรณีที่มีการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง มีทั้งการกำหนดวิธีการชั่วคราวและการสั่งทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครอง

การกำหนดวิธีการชั่วคราวของศาลปกครอง เป็นไปตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๖๖ ซึ่งกำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดมาตรการหรือวิธีการใด ๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ให้แก่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องเป็นการชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดีได้ ไม่ว่าจะมีคำร้องขอจากบุคคลดังกล่าวหรือไม่ หากพิจารณาตามบทบัญญัติดังกล่าวจะเห็นได้ว่า เมื่อศาลปกครองรับฟ้องคดีแล้วย่อมมีอำนาจกำหนดวิธีการชั่วคราวได้ทันที โดยถือเป็นดุลพินิจของศาลที่จะออกคำสั่งไปยังหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องให้ปฏิบัติได้โดยไม่จำต้องรอผลคำพิพากษาของศาลปกครองแต่อย่างใด

ส่วนการสั่งทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครองของศาลปกครองเป็นกรณีที่กำหนดไว้ในระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓ หมวด ๕ วิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษา ส่วนที่ ๑ การทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครอง เนื่องจากปกติแล้วการฟ้องคดีต่อศาลปกครองไม่เป็นเหตุให้ทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครอง เว้นแต่ศาลจะมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น ตามข้อ ๖๙ ของระเบียบฉบับดังกล่าว หากผู้รับคำสั่งทางปกครองประสงค์จะให้ศาลสั่งให้ทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครองจะต้องยื่นคำขอต่อศาลปกครองเพื่อให้มีคำสั่งเช่นว่านั้น โดยคำร้องดังกล่าวต้องแสดงให้เห็นว่าประสงค์จะขอทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครองใด และการกำหนดให้กฎหรือคำสั่งดังกล่าวมีผลบังคับต่อไปจะทำให้เกิดความเสียหายที่ยากแก่การแก้ไขเยียวยาในภายหลังอย่างไร

๓.๒.๒ การคุ้มครองชั่วคราวก่อนการฟ้องคดีต่อศาล

ในระบบกฎหมายไทยมีแนวคิดในการคุ้มครองชั่วคราวก่อนการฟ้องคดีต่อศาลบัญญัติไว้ในกฎหมายต่างๆ หลายฉบับ อันได้แก่

๑.๑) การคุ้มครองหรือป้องกันความเสียหายชั่วคราวโดยองค์กรอิสระ

หากเปรียบเทียบกับการกำหนดวิธีการชั่วคราวขององค์กรอิสระตามรัฐธรรมนูญอื่น ซึ่งเป็นองค์กรที่มีหน้าที่และอำนาจในการตรวจสอบหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเช่นเดียวกับผู้ตรวจการแผ่นดิน จะพบว่ามีการกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ มาตรา ๖๙ ซึ่งกำหนดให้ในกรณีที่มีพฤติการณ์น่าเชื่อว่าจะมีการโอน ยักย้าย แปรสภาพ หรือซุกซ่อนทรัพย์สิน คณะกรรมการป้องกันและปราบปราม

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเทียบเชิญอายุราชการ

การทุจริตแห่งชาติ (คณะกรรมการ ป.ป.ช.) มีอำนาจออกคำสั่งยึดหรืออายัดทรัพย์สินไว้เป็นการชั่วคราวได้ และมาตรา ๙๐ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ก็ได้กำหนดให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีอำนาจส่งเรื่องให้ผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ถูกกล่าวหาสั่งให้เจ้าหน้าที่นั้นหยุดปฏิบัติหน้าที่เป็นการชั่วคราวได้ ส่วนพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยคณะกรรมการการเลือกตั้ง พ.ศ. ๒๕๖๐ มาตรา ๔๑ กำหนดให้ในกรณีจำเป็นคณะกรรมการการเลือกตั้งจะสั่งระงับสิทธิสมัครรับเลือกตั้งไว้เป็นการชั่วคราวได้

๑.๒) การขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาล

มีการบัญญัติในเรื่องการขอคุ้มครองชั่วคราวต่อศาล ก่อนที่จะมีการฟ้องร้องเป็นคดี ไว้ในกฎหมายของไทยหลายฉบับ เช่น พระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ พระราชบัญญัติความลับทางการค้า พ.ศ. ๒๕๔๕ พระราชบัญญัติกักเรือ พ.ศ. ๒๕๓๔ เป็นต้น

ดังเช่น ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ ได้กำหนดเรื่องการข้อคุ้มครองชั่วคราวก่อนการฟ้องคดีต่อศาลไว้ในมาตรา ๖๕ โดยบัญญัติว่า “ในกรณีที่มีหลักฐานชัดแจ้งว่าบุคคลใดกระทำการหรือกำลังจะกระทำการอย่างใดอย่างหนึ่งอันเป็นการละเมิดลิขสิทธิ์ หรือสิทธิของนักแสดง เจ้าของลิขสิทธิ์หรือสิทธิของนักแสดงอาจขอให้ศาลมีคำสั่งให้บุคคลดังกล่าวระงับ หรือละเว้นการกระทำดังกล่าวนั้นได้”

๓.๒.๓ ข้อเสนอการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของผู้ตรวจการแผ่นดิน

ตามที่ได้กล่าวไว้ในเบื้องต้นถึงสภาพข้อเท็จจริงจากการปฏิบัติงานที่ผ่านมาขององค์กรผู้ตรวจการแผ่นดินพบว่ามีปัญหาการไม่สามารถชะลอหรือยับยั้งความเดือดร้อนหรือเสียหายอย่างร้ายแรงให้กับประชาชน อันเนื่องจากการขาดเครื่องมือหรือกลไกที่จะสั่งให้หน่วยงานของรัฐชะลอหรือระงับการดำเนินการไว้เป็นการชั่วคราว จึงมีข้อเสนอแนะให้ปรับปรุงเพิ่มเติมเครื่องมือและกลไกในรูปแบบมาตรการคุ้มครองชั่วคราวของผู้ตรวจการแผ่นดิน ทั้งนี้ เพื่อให้เกิดการแลกเปลี่ยนความเห็นเชิงวิชาการอันจะนำไปสู่การพัฒนาและปรับปรุงการปฏิบัติงานของผู้ตรวจการแผ่นดินให้สามารถปฏิบัติหน้าที่ในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพให้กับประชาชนได้อย่างเหมาะสมตามเจตนารมณ์ของกฎหมายต่อไป

๑) แนวทางการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยคำสั่งศาล

แนวทางในการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยคำสั่งศาล อาจเทียบเคียงหรือใช้แนวทางตามบทบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองชั่วคราวที่กำหนดไว้ในกฎหมายอื่นๆ ดังเช่น ที่มีการกำหนดไว้ในพระราชบัญญัติลิขสิทธิ์ พ.ศ. ๒๕๓๗ โดยอาจกำหนดให้ เมื่อความปรากฏต่อผู้ตรวจการแผ่นดินว่ามีความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรมที่เกิดจากหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ อาจก่อให้เกิดความเสียหายที่ยากต่อการเยียวยาในภายหลัง ให้ผู้ตรวจการแผ่นดินเสนอคำร้องต่อศาลปกครองเพื่อออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวให้หน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐชะลอการดำเนินการที่อาจกระทบต่อสิทธิในชีวิต ร่างกาย หรือทรัพย์สินของประชาชนไว้เป็นการชั่วคราวในระหว่างการพิจารณาเรื่องร้องเรียนของผู้ตรวจการแผ่นดิน

๒) แนวทางการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยคำสั่งผู้ตรวจการแผ่นดิน

เป็นการกำหนดมาตรการคุ้มครองชั่วคราวโดยการออกคำสั่งผู้ตรวจการแผ่นดินแจ้งไปยังหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่มีอำนาจบังคับใช้กฎหมายให้ชะลอการดำเนินการอันเป็นการโต้แย้งสิทธิที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายจนยากแก่การเยียวยาในภายหลัง โดยให้ชะลอ

การดำเนินการเป็นการชั่วคราวจนกว่าผู้ตรวจการแผ่นดินจะพิจารณาเรื่องแล้วเสร็จ ภายใต้เงื่อนไขว่าหากมีการออกคำสั่งคุ้มครองชั่วคราวแล้ว การพิจารณาและจัดทำความเห็นและข้อเสนอแนะของผู้ตรวจการแผ่นดินจะเร่งรัดดำเนินการโดยเร็ว เพื่อมิให้เกิดผลกระทบต่อการปฏิบัติราชการและบุคคลภายนอกเกินสมควร

ทั้งนี้ ในกระบวนการร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. ๒๕๖๐ นั้น เคยมีการเสนอให้มีบทบัญญัติในลักษณะดังกล่าวในชั้นการพิจารณาของ “คณะกรรมการพิจารณาศึกษาหลักการร่างพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยผู้ตรวจการแผ่นดิน พ.ศ. ...” ซึ่งอาจนำมาเป็นแนวทางในการศึกษาและพัฒนาให้เกิดกลไกและเครื่องมือดังกล่าว โดยมีรายละเอียด คือ

“ในระหว่างการแสวงหาข้อเท็จจริง หากมีกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินเห็นว่าความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรม อันเนื่องจากการไม่ปฏิบัติตามกฎหมาย หรือปฏิบัตินอกเหนือหน้าที่และอำนาจตามกฎหมายของหน่วยงานของรัฐ หรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือกรณีการปฏิบัติงานใด ๆ ของหน่วยงานของรัฐเป็นภาระแก่ประชาชนโดยไม่จำเป็นหรือเกินสมควรแก่เหตุ อาจก่อให้เกิดความเสียหายที่ยากต่อการเยียวยาในภายหลัง ผู้ตรวจการแผ่นดินอาจกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองชั่วคราวหรือสั่งให้เจ้าหน้าที่ของรัฐชะลอการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ไปพลางก่อนจนกว่าผู้ตรวจการแผ่นดินจะได้พิจารณาเรื่องดังกล่าวแล้วเสร็จ

ในกรณีที่ผู้ตรวจการแผ่นดินกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองชั่วคราวหรือสั่งให้เจ้าหน้าที่ของรัฐ หรือหน่วยงานของรัฐชะลอการดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ไปพลางก่อนตามวรรคแรก ผู้ตรวจการแผ่นดินต้องดำเนินการพิจารณาและจัดทำความเห็นและข้อเสนอแนะให้แล้วเสร็จภายในสามสิบวันนับจากวันที่ผู้ตรวจการแผ่นดินกำหนดมาตรการหรือวิธีการคุ้มครองชั่วคราวหรือมีคำสั่งให้ชะลอการดำเนินการในเรื่องนั้น ๆ แล้วแต่กรณี”

๔. บทสรุป

ผู้ตรวจการแผ่นดินเป็นองค์กรอิสระที่รัฐธรรมนูญกำหนดให้มีหน้าที่และอำนาจในการพิจารณาเรื่องร้องเรียนปัญหาความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรม แสวงหาข้อเท็จจริงเพื่อนำไปสู่การแก้ไขปัญหาที่เกิดขึ้นกับประชาชน ซึ่งการปฏิบัติหน้าที่ให้บรรลุวัตถุประสงค์ตามเจตนารมณ์ของรัฐธรรมนูญ นั้น ต้องประกอบด้วยเครื่องมือและกลไกที่มีประสิทธิภาพ มีความเหมาะสม สอดคล้องกับสภาพข้อเท็จจริง สภาพสังคม ขั้นตอนปฏิบัติงานของหน่วยงานราชการ ดังนั้น ในการแก้ไขปัญหาความเดือดร้อนหรือความไม่เป็นธรรม หากยึดหลักการให้ความสำคัญต่อการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน และได้มีการศึกษาและการพัฒนาองค์ความรู้จากการปฏิบัติงาน แล้วนำไปสู่การปรับปรุงและพัฒนาระเบียบ ขั้นตอน และวิธีการปฏิบัติงานที่ประสิทธิภาพ ตอบสนองต่อปัญหาความเดือดร้อนรวมทั้งบริบทและสภาพแวดล้อมในสังคม จะส่งผลให้สามารถคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชนได้อย่างทั่วถึงและเหมาะสมตามเจตนารมณ์ของกฎหมาย เป็นประโยชน์ต่อประชาชนและประเทศชาติต่อไป

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

เกร็ดน่ารู้บางประการเกี่ยวกับคดีปกครองฝรั่งเศส

เจตน์ สถาวรศีลพร*

หากกล่าวว่า กฎหมายว่าด้วยคดีปกครองไทย (หรือที่นิยมเรียกขานกันว่ากฎหมายว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองไทย) ได้รับอิทธิพลมาจากกฎหมายคดีปกครองฝรั่งเศส การกล่าวเช่นนี้ก็ไม่น่าจะผิดไปจากข้อเท็จจริงที่ปรากฏเท่าใดนัก เช่น การกำหนดให้มีสถาบันตุลาการผู้แถลงคดี (Commissaire du gouvernement ในระบบกฎหมายคดีปกครองฝรั่งเศสในอดีตที่เปลี่ยนชื่อเป็น Rapporteur public ในปัจจุบัน) ขึ้นในวิธีพิจารณาคดีปกครองตามกฎหมายว่าด้วยการจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองของประเทศไทย ดังนั้น การเล่าสู่กันฟังเกี่ยวกับบางเรื่องในคดีปกครองฝรั่งเศสแบบพอเป็นเกร็ดให้ผู้อ่านได้นำไปศึกษาต่อยอดในโอกาสต่อไปหากสนใจก็น่าจะก่อให้เกิดประโยชน์ในทางวิชาการกฎหมายปกครองบ้างไม่มากก็น้อย

ว่าด้วยเรื่องหลักการอันเป็นหัวใจของการดำเนินกระบวนพิจารณาในคดีปกครอง

๑. วิธีพิจารณาคดีแบบไต่สวนและเป็นลายลักษณ์อักษร (Une procédure inquisitoire et écrite)

ในคดีปกครองนั้น ศาลมีอำนาจควบคุมกระบวนพิจารณาและมีบทบาทเชิงรุก โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการแสวงหาข้อเท็จจริง ศาลมีหน้าที่แสวงหาข้อเท็จจริงทั้งปวงที่เกี่ยวกับคดี[๑] โดยไม่จำกัดเฉพาะหลักฐานที่คู่กรณีเสนอต่อศาล เหตุเพราะจากคุณลักษณะที่ไม่มีความเท่าเทียมกันระหว่างเอกชน (บุคคลธรรมดาหรือนิติบุคคล) กับหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ การที่ศาลใช้วิธีพิจารณาคดีแบบไต่สวนหรือ

---

* ที่ปรึกษาสำนักงานศาลปกครอง (พนักงานคดีปกครองทรงคุณวุฒิ)

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ หรือที่กระผมเรียกขานท่านเสมอมาว่า “อาจารย์” ท่านเป็นผู้บังคับบัญชาท่านแรกและเป็นครูสอนงานที่ประเสริฐยิ่งของกระผมเมื่อเริ่มรับราชการที่สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ท่านเป็นผู้อำนวยการกองวิเคราะห์กฎหมายและการร้องทุกข์ในขณะนั้น ท่านสอนงานพวกเรานิติกรใหม่ประจำกองฯ จากการตรวจแก้งาน, ท่านเป็นคนทำงานเร็วมากและดี จนพวกเราพยายามเอาเป็นแบบอย่าง และก็ยังพยายามต่อไปจนปัจจุบันนี้. ท่านน่ารักเอาใจใส่พวกเราอยู่เป็นปกติ เช่น ด้วยความที่ท่านคงเห็นว่าพวกกระผมใช้สูทอยู่ตัวเดียวไม่เคยเปลี่ยน วันหนึ่งท่านนำสูทของท่านมาให้ แล้วถามว่า “ใส่ได้ไหม”, หลายครั้งเมื่อพวกเราทำงานกันจนเย็นย่ำ ท่านบอกว่าทำงานหนักแล้ว ต้องทานของดี ๆ ด้วย พวกเราเลยได้กินของอร่อยมื้อเย็น (ในร้านที่พวกเราเลือก) แถวท่าพระอาทิตย์, หรือแม้กระทั่งการได้รับทุนไปศึกษาต่อต่างประเทศจนมีวิชาความรู้ติดตัวมารับใช้ประเทศชาติในวันนี้ ก็เป็นท่านที่แนะนำผลักดันและให้โอกาสแก่กระผมอีกเช่นกัน ฯลฯ. ในโอกาสที่อาจารย์เกษียณอายุราชการ กระผมในฐานะผู้ใต้บังคับบัญชาและศิษย์ของอาจารย์ ขอสนองพระคุณครูด้วยงานเขียนทางวิชาการชิ้นนี้ แม้จะไม่ลุ่มลึกแหลมคม แต่ก็เขียนขึ้นด้วยความตั้งใจเพื่อแสดงมุทิตาจิตแด่อาจารย์ชาญชัย ครูผู้ให้ความรู้ในการทำงานราชการและผู้บังคับบัญชาคนแรกของกระผม.

[๑] CE, ass., 30 oct. 2009, *Perreux*, Lebon 407, concl. Guyomar, CE 4 juill. 1962, Lebon T. 1077, CE, sect., 1er mai 1936, *Lebon* 485

อีกนัยหนึ่งคือการที่ศาลเป็นผู้กำหนดแนวทางและดำเนินการแสวงหาข้อเท็จจริงโดยศาลเองเป็นหลัก แทนที่จะอาศัยเพียงข้อเท็จจริงที่คู่กรณีเป็นผู้เสนอให้แก่ศาลเท่านั้น จึงกล่าวได้ว่าศาลเป็นผู้ทำให้การต่อสู้คดีของคู่กรณีทั้งสองฝ่ายเป็นไปโดยเสมอภาค ศาลพึงใช้อำนาจดังกล่าวดำเนินการในทุกวิถีทางที่เห็นว่าจำเป็นและไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายในการแสวงหาข้อเท็จจริงเพื่อที่ตนจะได้สามารถพิจารณาพิพากษาคดีนั้น ๆ ได้[๒] เช่น ศาลในคดีฟ้องขอให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีอำนาจหน้าที่เรียกให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีอำนาจในการจัดทำกฎหรือคำสั่งทางปกครองซึ่งเป็นวัตถุแห่งคดีนั้น (คู่กรณีฝ่ายผู้ถูกฟ้องคดี) หรือแม้กระทั่งหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอื่นหรือบุคคลภายนอกที่ศาลเห็นว่ามีเอกสารข้อมูลที่เกี่ยวกับคดี ส่งบรรดาเอกสารที่เกี่ยวข้องกับการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองดังกล่าวให้แก่ศาลเพื่อวินิจฉัยปัญหาความไม่ชอบด้วยกฎหมายตามคำฟ้องของผู้ฟ้องคดี[๓]

การไม่กำหนดภาระการพิสูจน์ในคดีฟ้องขอให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย นั้น หมายความว่า ศาลจะสั่งยกฟ้องโดยให้เหตุผลว่าเป็นหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีที่ต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นว่าข้อกล่าวอ้างตามคำฟ้องนั้นเป็นจริง และการที่ผู้ฟ้องคดีไม่นำพยานหลักฐานมาแสดงต่อศาลทั้งที่เป็นหน้าที่เพื่อสนับสนุนข้ออ้างของตนตามคำฟ้อง... นั้น ไม่ได้ การดำเนินกระบวนพิจารณาเช่นนี้ถือเป็นการสำคัญผิดในข้อกฎหมาย ด้วยความที่ศาลมีหน้าที่ในการแสวงหาข้อเท็จจริง ถ้าศาลได้พิจารณาแล้วเห็นว่าพยานหลักฐานยังไม่เพียงพอแก่การพิพากษา ศาลก็สามารถเรียกให้ผู้ฟ้องคดีส่งพยานหลักฐานเพื่อมาสนับสนุนข้ออ้างของตนเพียงเท่านั้น (ศาลไม่อาจใช้อำนาจถึงขนาดพิพากษายกฟ้องเพราะเหตุที่ว่าผู้ฟ้องคดีไม่มีพยานหลักฐานสนับสนุนข้ออ้างของตนเพราะไม่ได้เสนอพยานหลักฐานมาให้ศาลอย่างครบถ้วนสมบูรณ์) ในอีกกรณีหนึ่ง หากปรากฏว่าผู้ถูกฟ้องคดีไม่ได้นำพยานหลักฐานมาโต้แย้งประเด็นข้อกล่าวหาของผู้ฟ้องคดี (ทุกข้อกล่าวหาหรือบางข้อกล่าวหาก็ตาม) และประเด็นนั้นเป็นประเด็นสำคัญแห่งคดี ศาลพึงใช้อำนาจในการแสวงหาข้อเท็จจริงดำเนินการทุกวิถีทางเท่าที่ไม่ขัดหรือแย้งต่อกฎหมายเพื่อให้ได้พยานหลักฐานนั้นมาสำหรับใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้น เช่น การเรียกให้ผู้ถูกฟ้องคดีหรือหน่วยงานทางปกครองที่เกี่ยวข้องส่งบรรดาเอกสารหลักฐานที่จะทำให้ศาลสามารถนำมาใช้วินิจฉัยข้อกล่าวอ้างของผู้ฟ้องคดีว่าเป็นจริงหรือไม่[๔] นอกจากนี้ หากมีกรณีที่ตามคำฟ้องมีการอ้างเอกสารหลักฐานใดว่าอยู่ในครอบครองของผู้ถูกฟ้องคดี (หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ) หรือหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอื่น ศาลก็พึงมีหมายเรียกให้หน่วยงานหรือเจ้าหน้าที่เหล่านั้นส่งเอกสารหลักฐานดังกล่าวให้แก่ศาล[๕]

จากข้างต้น จึงกล่าวได้ว่าเพื่อให้ได้ความกระจ่างแห่งคดี นอกจากคำฟ้องแล้วศาลพึงแสวงหาข้อเท็จจริงอื่น ๆ ที่ศาลเห็นว่าจำเป็นแก่การพิจารณาพิพากษาคดีนั้น ๆ ส่งผลให้ศาลต้องแสวงหาข้อเท็จจริงจนกว่าจะฟังได้ว่าเป็นที่ยุติและสามารถนำข้อเท็จจริงนั้นมาปรับเข้ากับข้อกฎหมายและวินิจฉัยคดีต่อได้ นอกจากนี้ ยกตัวอย่างเช่น ในคดีฟ้องขอให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย การที่ผู้ถูกฟ้องคดี (หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ) ไม่เสนอพยานหลักฐาน (ทำคำให้การ) ต่อศาล

[๒] CE 20 févr. 2012, *Min. de la Défense et des anciens combattants*, CE 1er juin 2011 M. Beddiaf

[๓] CE, sect., 1er oct. 2014, *Lebon* 288

[๔] CE 26 nov. 2012, Mme Cordière

[๕] 3 oct. 2018, Dection française de l'observatoire international des prisons, n°413989

เพื่อหักล้างข้อกล่าวหาตามคำฟ้อง ก็ไม่ได้หมายความว่าศาลจะยุติการแสวงหาข้อเท็จจริงในคดีนั้นจากผู้ถูกฟ้องคดีนั้นอีกต่อไป ทั้งนี้ เว้นแต่กฎหมายจะกำหนดเป็นอย่างอื่น

ตามที่มาตรา R. 612-6 แห่งประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง (Code de justice administrative) บัญญัติไว้ว่า ในกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีมิได้จัดทำคำให้การ และศาลได้มีคำสั่งให้จัดทำแล้ว ให้ถือว่าผู้ถูกฟ้องคดียอมรับข้อเท็จจริงตามคำฟ้องของผู้ฟ้องคดี ในกรณีเช่นนี้ หากศาลพิจารณาแล้วเห็นว่าคดีอยู่ในสถานะที่จะพิจารณาพิพากษาได้แล้ว ศาลไม่จำต้องมีคำสั่งอีกครั้งหนึ่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีจัดทำคำให้การ ก่อนที่ศาลจะพิจารณาพิพากษาคดีนั้น ศาลสามารถพิพากษาคดีนั้นได้โดยชอบด้วยกฎหมาย ผู้ถูกฟ้องคดีไม่อาจโต้แย้งได้ว่าการดำเนินกระบวนพิจารณาของศาลเช่นนี้เป็นไปโดยผิดพลาด[๖] แต่หากเป็นกรณีที่ศาลไม่ได้มีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีจัดทำคำให้การ ศาลไม่อาจวินิจฉัยได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดียอมรับข้อเท็จจริงตามคำฟ้องของผู้ฟ้องคดี การให้เหตุผลเช่นนี้ของศาลถือเป็นการดำเนินกระบวนพิจารณาที่ผิดพลาด[๗] และเมื่อมีกรณีตามมาตรานี้เกิดขึ้น ศาลพึงมีหน้าที่วินิจฉัยความถูกต้องของข้อเท็จจริงที่ได้รับการกล่าวอ้างในคำฟ้องจากบรรดาพยานหลักฐานที่มี[๘] อนึ่ง การที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ทำคำให้การเพื่อหักล้างข้อหาหนึ่งข้อหาใดนั้นโดยสภาพ (Nature) แล้วไม่ถือว่าเป็นการยอมรับข้อเท็จจริงตามที่ถูกกล่าวหาในข้อหานั้น[๙] นอกจากนี้ การที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ได้ทำคำให้การในศาลปกครองชั้นต้น และกฎหมายให้ถือว่าเป็นการยอมรับข้อเท็จจริงตามฟ้อง นั้น ก็ไม่ได้เป็นการห้ามให้ผู้ถูกฟ้องคดีโต้แย้งข้อเท็จจริงนี้ในการพิจารณาของศาลปกครองชั้นอุทธรณ์[๑๐]

วิธีพิจารณาคดีปกครองเป็นวิธีพิจารณาคดีแบบลายลักษณ์อักษร หมายความว่า คู่กรณีต้องเสนอบรรดาข้ออ้างข้อเถียงของตนในคดีนั้น อันได้แก่บรรดาเอกสารหลักฐานต่าง ๆ ที่ตนเห็นว่าจำเป็นแก่คดี ให้แก่ศาล อย่างไรก็ตาม ในการดำเนินกระบวนพิจารณานั้นก็ไม่ได้ห้ามการแสวงหาข้อเท็จจริงของศาลด้วยการเรียกคู่กรณีหรือบุคคลที่เกี่ยวข้องมาให้ถ้อยคำด้วยวาจา ทั้งนี้ ตามที่กฎหมายบัญญัติ เช่น การพิจารณามีคำสั่งวิธีการชั่วคราวก่อนพิพากษา (l'institution du régime des référés administratifs) คดีการขอลี้ภัย คดีสวัสดิการสังคม (มาตรา R. 772-9 แห่งประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง) อนึ่ง หากพิจารณาให้ดีจะพบว่าการพิจารณาคดีในรูปแบบลายลักษณ์อักษรนี้เป็นการให้หลักประกันแก่คู่กรณีทุกฝ่าย เพราะบรรดาเอกสารเป็นหนังสือนั้นมีความชัดเจนแน่นอนเหมาะสมกับการใช้เป็นพยานหลักฐานมากกว่าถ้อยคำวาจา ประกอบกับคุณลักษณะของคดีปกครองนั้นเป็นคดีที่ยุติข้อพิพาทกันได้ด้วยเอกสารเป็นหนังสือ (หนังสือราชการ เอกสารทางราชการ) เป็นสำคัญ

๒. องค์คณะหลายคนและการดำเนินกระบวนพิจารณาแบบลับ (Collégialité et secret)

มาตรา L. 3 แห่งประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง บัญญัติว่า การทำคำพิพากษาต้องกระทำโดยองค์คณะหลายคน เว้นแต่จะมีกฎหมายบัญญัติเป็นอย่างอื่น บทบัญญัตินี้

---

[๖] CE, ass., 8 avr. 1987, *Min. de la santé c/Tête,* 45172, *Lebon* 144

[๗] CE 24 avr. 1985, *Dépt des Hauts-de-Seine c/Rouby*, 44191 50486, *Lebon* T. 732

[๘] CE 30 déc. 2009, *Konte*, 314972

[๙] CE 11 mars 1970, *Gayrard*, 75821

[๑๐] CE 9 oct. 1968, *Ville de Grenoble c/ Gros*, 69480, *Lebon* 482

เป็นการยืนยันหลักคำพิพากษาของศาลปกครองต้องได้รับการกระทำโดยองค์คณะหลายคนและข้อยกเว้นของหลักการนี้ ประกอบกับคำวินิจฉัยศาลรัฐธรรมนูญ (Conseil constitutionnel) หมายเลข ๒๐๐๖-๕๓๙ วันที่ ๒๐ กรกฎาคม ๒๐๐๖ ก็ได้ยืนยันหลักการนี้เช่นกัน หลักการนี้ได้รับการทำให้เป็นรูปธรรมทั้งในการจัดองค์กรขององค์กรตุลาการและในการดำเนินกระบวนพิจารณา เช่น การแสวงหาข้อเท็จจริง การประชุมเพื่อจัดทำคำพิพากษา กล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่า ภารกิจขององค์กรตุลาการเป็นภารกิจที่ดำเนินการในรูปขององค์กรกลุ่มเป็นสำคัญ องค์กรกลุ่มหรืออาจเรียกขานด้วยคำศัพท์ทางการศาลว่า องค์คณะหลายคน นั้น ก่อให้เกิดหลักประกันต่าง ๆ ให้แก่องค์กรตุลาการ กล่าวคือ หลักประกันความเป็นอิสระและความเป็นกลางของตุลาการ ดังคำกล่าวของ (อดีต) ประธานแผนกคดีปกครอง สภาแห่งรัฐ Raymond ODENT[๑๑] ที่ว่า “การประชุมปรึกษาเพื่อจัดทำคำพิพากษาที่จริงจังอันจะก่อให้เกิดหลักประกันความเป็นอิสระของตุลาการและความเป็นกลางแก่คู่กรณี นั้น จำเป็นอย่างยิ่งที่จะต้องเกิดจากการที่คนหลาย ๆ คนมาร่วมปรึกษาหารือกัน มาแสดงความคิดความเห็นของตน และโต้เถียงกันด้วยความเคารพในความคิดความเห็นของคนอื่น ๆ เพื่อให้ได้ผลลัพธ์ออกมาเป็นเสียงข้างมาก” ผลจากการนี้นำไปสู่คำพิพากษาที่มีคุณภาพ การประชุมปรึกษาเพื่อจัดทำคำพิพากษาด้วยองค์คณะหลายคนนี้เปรียบประหนึ่งเบ้าหลอมหนึ่งเบ้าที่เป็นการผสมกันของตุลาการศาลปกครองหรือสมาชิกสภาแห่งรัฐจากหลากหลายช่วงอายุ หลากหลายรุ่น และหลากหลายระดับตำแหน่ง ด้วยการแสดงภูมิรู้ทางกฎหมายของตน แสดงความคิดความเห็นความเชื่อของตน แลกเปลี่ยนประสบการณ์ในการทำงานของแต่ละคน โดยสิ่งที่ทุกคนแสดงออกมาก็เพื่อร่วมกันหลอมโลหะขึ้นมาหนึ่งชิ้นคือ คำพิพากษาในคดีนั้น

อนึ่ง ด้วยข้อเรียกร้องถึงระยะเวลาที่สมเหตุสมผลในการพิจารณาพิพากษาและการจัดให้มีการบริหารกระบวนการยุติธรรมที่ดีในยุคปัจจุบัน นำมาสู่การปรับปรุงการดำเนินกระบวนพิจารณาในคดีปกครองครั้งใหญ่ เช่น การเกิดระบบองค์คณะพิจารณาพิพากษาคนเดียว (Juge unique) มาตรา L. 222-1 แห่งประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง ได้วางหลักไว้ว่าคำพิพากษาต้องกระทำโดยองค์คณะหลายคน เว้นไว้แต่วัตถุแห่งคดีหรือประเด็นข้อพิพาทในคดีนั้น ๆ จะสามารถพิจารณาพิพากษาได้โดยไม่จำต้องกระทำโดยองค์คณะหลายคน จากหลักการและข้อยกเว้นดังกล่าว มาตรา R. 222-13 ของประมวลกฎหมายเดียวกัน ได้กำหนดคดีที่สามารถพิจารณาพิพากษาได้โดยองค์คณะคนเดียวในศาลปกครองชั้นต้น[๑๒] โดยให้เป็นอำนาจของอธิบดีศาลปกครองชั้นต้นหรือตุลาการที่อธิบดีศาลปกครอง

[๑๑] Raymond ODENT (ค.ศ. ๑๙๐๗ - ค.ศ. ๑๙๗๙) ดำรงตำแหน่งประธานแผนกคดีปกครอง สภาแห่งรัฐ (Président de la section du contentieux du Conseil d’État) ระหว่าง ค.ศ. ๑๙๖๖ ถึง ค.ศ. ๑๙๗๖ และสอนวิชาคดีปกครอง (Contentieux administratif) ที่สถาบันรัฐศาสตร์แห่งกรุงปารีส (l’Institut d’études politiques de Paris) และสถาบันบริหารรัฐกิจแห่งชาติ (l’Ecole nationale d’administration – ENA) กับทั้งแต่งตำราคดีปกครอง (Contentieux administratif) ตั้งแต่ ค.ศ. ๑๙๖๐ ได้รับการปรับปรุงอีกครั้งใน ค.ศ. ๑๙๗๘ โดยยังได้รับการยอมรับและอ้างอิงว่าเป็นตำราเกี่ยวกับคดีปกครองที่สำคัญจวบจนปัจจุบัน รูปภาพจาก https://www.conseil-etat.fr/qui-sommes-nous/le-conseil-d-etat/histoire-et-patrimoine/les-grandes-figures-du-conseil-d-etat/raymond-odent

[๑๒] Article R222-13

Modifié par Décret n°2019-82 du 7 février 2019 - art. 10

Le président du tribunal administratif ou le magistrat qu’il désigne à cette fin et ayant atteint au moins le grade de premier conseiller ou ayant une ancienneté minimale de deux ans statue en audience publique et après audition du rapporteur public, sous réserve de l’application de l’article R. 732-1-1 :

ชั้นต้นแต่งตั้งมาจากตุลาการที่มีอาวุโสสูงในศาลนั้น สำหรับสภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุด มาตรา R. 122-12 (ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกฤษฎีกา ลงวันที่ ๒ พฤศจิกายน ๒๐๑๖)[๑๓] และมาตรา R. 822-5[๑๔] ของประมวลกฎหมายเดียวกัน กำหนดให้ประธานแผนกคดีปกครอง ผู้ช่วยประธานแผนกคดีปกครอง ตุลาการหัวหน้าคณะ สมาชิกสภาแห่งรัฐระดับ conseiller ที่มีคุณสมบัติตามมาตรา R. 122-7 วรรคสี่[๑๕] (ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกฤษฎีกา ลงวันที่ ๒ พฤศจิกายน ๒๐๑๖) ของประมวลกฎหมายเดียวกัน โดยการแต่งตั้งของประธานแผนกคดีปกครองเองหรือตามการเสนอของตุลาการหัวหน้าคณะ เป็นองค์คณะคนเดียวได้

1° Sur les litiges relatifs aux prestations, allocations ou droits attribués au titre de l'aide ou de l'action sociale, du logement ou en faveur des travailleurs privés d'emploi, mentionnés à l'article R. 772-5 ;

2° Sur les litiges relatifs à la notation ou à l'évaluation professionnelle des fonctionnaires ou agents publics ainsi qu'aux sanctions disciplinaires prononcées à leur encontre qui ne requièrent pas l'intervention d'un organe disciplinaire collégial ;

3° Sur les litiges en matière de pensions de retraite des agents public ;

4° Sur les litiges en matière de consultation et de communication de documents administratifs ou d'archives publiques ;

5° Sur les litiges relatifs aux impôts locaux et à la contribution à l'audiovisuel public, à l'exception des litiges relatifs à la contribution économique territoriale ;

6° Sur les litiges relatifs aux refus de concours de la force publique pour exécuter une décision de justice ;

7° Sur les requêtes contestant les décisions prises en matière fiscale sur des demandes de remise gracieuse ;

8° Sur les litiges relatifs aux bâtiments menaçant ruine ou aux immeubles insalubres ;

9° Sur les litiges relatifs au permis de conduire ;

10° Sauf en matière de contrat de la commande publique sur toute action indemnitaire ne relevant pas des dispositions précédentes, lorsque le montant des indemnités demandées n'excède pas le montant déterminé par les articles R. 222-14 et R. 222-15.

[๑๓] Article R122-12

Modifié par Décret n°2016-1480 du 2 novembre 2016 - art. 2

Le président de la section du contentieux, les présidents adjoints de cette section, les présidents de chambre et les conseillers d'Etat mentionnés au quatrième alinéa de l'article R. 122-7 peuvent, par ordonnance :

1° Donner acte des désistements ;

2° Rejeter les requêtes ne relevant manifestement pas de la compétence de la juridiction administrative ;

3° Constater qu'il n'y a pas lieu de statuer sur une requête ;

4° Rejeter les requêtes manifestement irrecevables, lorsque la juridiction n'est pas tenue d'inviter leur auteur à les régulariser ou qu'elles n'ont pas été régularisées à l'expiration du délai imparti par une demande en ce sens ;

5° Statuer sur les requêtes qui ne présentent plus à juger de questions autres que la condamnation prévue à l'article L. 761-1 ou la charge des dépens ;

6° Statuer sur les requêtes relevant d'une série, qui, sans appeler de nouvelle appréciation ou qualification de faits, présentent à juger en droit des questions identiques à celles tranchées ensemble par une même décision du Conseil d'Etat statuant au contentieux ou examinées ensemble par un même avis rendu par le Conseil d'Etat en application de l'article L. 113-1 ;

7° Rejeter, après l'expiration du délai de recours ou, lorsqu'un mémoire complémentaire a été annoncé, après la production de ce mémoire, les requêtes ne comportant que des moyens de légalité externe manifestement infondés, des moyens irrecevables, des moyens inopérants ou des moyens qui ne sont assortis que de faits manifestement insusceptibles de venir à leur soutien ou ne sont manifestement pas assortis des précisions permettant d'en apprécier le bien-fondé.

Ils peuvent, en outre, rejeter par ordonnance des conclusions à fin de sursis à exécution d'une décision juridictionnelle.

[๑๔] Article R822-5

Modifié par Décret n°2016-1480 du 2 novembre 2016 - art. 31

En cas de désistement avant l'admission du pourvoi, ou si le requérant est réputé s'être désisté en application de l'article R. 611-22, le président de la chambre donne acte du désistement par ordonnance.

Lorsque le pourvoi devient sans objet avant son admission, le président de la chambre peut constater par ordonnance qu'il n'y a plus lieu d'y statuer.

การประชุมปรึกษาขององค์คณะพิจารณาพิพากษาเพื่อพิพากษาหรือมีคำสั่งต้องเป็นการประชุมลับ ถือเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ที่ได้รับการยืนยันโดยคำพิพากษาบรรทัดฐานของสภาแห่งรัฐในฐานะศาลปกครองสูงสุดในคดี CE 17 nov. 1922, *Légillon, Lebon* 849 และได้รับการบัญญัติเป็นลายลักษณ์อักษรตามมาตรา L. 8 แห่งประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง การดังกล่าวนี้เป็นไปตามจารีตฝรั่งเศส ซึ่งนำไปสู่ลักษณะเฉพาะของคำพิพากษาคดีปกครองฝรั่งเศส กล่าวคือ คำพิพากษาจะไม่ได้รับการระบุว่ามีคะแนนเสียงข้างมากหรือไม่และเท่าใด[๑๖] เว้นไว้แต่ว่าจะมีกฎหมายกำหนดให้คำพิพากษาออกโดยเสียงข้างมาก[๑๗] ในอีกทางหนึ่ง การประชุมปรึกษาขององค์คณะพิจารณาพิพากษาเพื่อพิพากษาหรือมีคำสั่งต้องเป็นการประชุมลับ นั้น มีเหตุปัจจัยสองประการ ประการแรก คือการที่คำพิพากษาศาลปกครองฝรั่งเศสออกในนามของประชาชนชาวฝรั่งเศส การที่องค์คณะพิจารณาพิพากษาประชุมปรึกษาคดีแล้วจะมีผลออกมาเป็นคะแนนเสียงเป็นเอกฉันท์หรือเป็นคะแนนเสียงเป็นข้างมากก็ไม่มีผลแตกต่างกัน และประการที่สอง เป็นการปกป้องตุลาการแต่ละคนในองค์คณะพิจารณาพิพากษาให้รอดพ้นจากความกดดันตั้งแต่เริ่มต้นประชุมปรึกษาไปจนถึงจากคำวิพากษ์วิจารณ์หรือคำประณามที่อาจได้รับเมื่อคำพิพากษาได้ออกไปแล้ว โดยนัย การประชุมลับดังกล่าวนี้ถือเป็นเงื่อนไขประการหนึ่งของเสรีภาพและความเป็นอิสระของตุลาการศาลปกครองก็ว่าได้ หลักกฎหมายทั่วไปนี้นำไปสู่ผลพวงที่ตามมาคือการห้ามให้มีการทราบถึงความเห็นหรือผลการออกเสียงของตุลาการแต่ละคนในการประชุมองค์คณะพิจารณาพิพากษา แม้ในบางประเทศหรือองค์กรตุลาการระหว่างประเทศบางองค์กร เช่น ประเทศที่ใช้ระบบกฎหมาย Common Law หรือที่ศาลสิทธิมนุษยชนแห่งยุโรป อาจมีการเผยแพร่ความเห็นแย้งของตุลาการที่เห็นต่างจากตุลาการคนอื่นในองค์คณะพิจารณาพิพากษา[๑๘]

หลักการทั้งหมดตามกล่าวข้างต้นแม้จะได้ชื่อว่าเป็นหัวใจของการดำเนินกระบวนพิจารณาในคดีปกครองฝรั่งเศส แต่หากพิจารณาโดยเหตุผลของเรื่องแล้วกล่าวได้ว่าหลักการทั้งหลายเหล่านั้นน่าจะมีความเป็นหลักทั่วไปว่าด้วยคดีปกครองของประเทศต่าง ๆ ที่มีระบบกฎหมายปกครองหรืออีกนัยหนึ่งก็คือประเทศที่มีการจัดตั้งสถาบันศาลปกครองขึ้นมาเป็นเอกเทศควบคู่ไปกับสถาบันศาลยุติธรรม

Lorsque le pourvoi est irrecevable pour défaut de ministère d'avocat ou entaché d'une irrecevabilité manifeste non susceptible d'être couverte en cours d'instance, le président de la chambre peut décider par ordonnance de ne pas l'admettre.

Lorsque le pourvoi est dirigé contre une décision rendue en appel, le président de la chambre peut décider par ordonnance de ne pas l'admettre s'il est manifestement dépourvu de fondement.

Lorsqu'ils sont dirigés contre une décision rendue en premier et dernier ressort, le président de la chambre peut décider par ordonnance de ne pas admettre :

1° Les pourvois relevant d'une série qui, sans appeler de nouvelle appréciation ou qualification de faits, présentent à juger en droit des questions identiques à celles que le Conseil d'Etat statuant au contentieux a déjà tranchées par une décision ou examinées par un avis rendu en application de l'article L. 113-1 ;

2° Les pourvois manifestement dépourvu de fondement dirigés contre les ordonnances prises en application de l'article R. 222-1 ainsi que celles prises en vertu de l'article R. 351-28 du code de l'action sociale et des familles, de l'article R. 242-97 du code rural et de la pêche maritime, des articles R. 4126-5 et R. 4234-29 du code de la santé publique et des articles L. 145-9, L. 145-9-2 et R. 145-20 du code de la sécurité sociale ;

3° Les pourvois manifestement dépourvu de fondement dirigés contre les ordonnances prises en application du livre V ;

4° Les pourvois qui ne soulèvent que des moyens irrecevables, inopérants ou dépourvus des précisions permettant

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

แหล่งอ้างอิง

LANTERO Caroline. ”L’oralité devant les juridictions administratives”. L’Epitoge. La parole en droit public, Actes du colloque de Rennes des 24 et 25 octobre 2013, O. Desaulnay (dir.), L’Epitoge, Coll. L’Unité du droit, 2020, 294 p., Lextenso, pp. 263-276, 2020, 979-1092684049. ffhal-02929079

GUYOMAR Mattias et SEILLER Bertrand, Contentieux administratif, 5e éd., HyperCours, Paris, Dalloz, 2019.

https://www.conseil-etat.fr/

https://www.legifrance.gouv.fr/

---

d’en apprécier le bien-fondé, des moyens de régularité dénués de fondement et des moyens revenant à contester l’appréciation des faits à laquelle se sont souverainement livrés les juges du fond.

Le président de la section du contentieux et les présidents adjoints de cette section peuvent statuer par ordonnance dans les cas prévus au troisième alinéa du présent article.

Les conseillers d’Etat mentionnés au quatrième alinéa de l’article R. 122-7 peuvent statuer par ordonnance dans les cas prévus au présent article.

[๑๕] Article R122-7

Modifié par Décret n°2016-1480 du 2 novembre 2016 - art. 2

Les conseillers d’Etat chargés de fonctions d’assesseurs sont désignés, pour une durée de quatre ans, par arrêté du vice-président du Conseil d’Etat après avis du président de la section du contentieux et des présidents adjoints de cette section. Les conseillers d’Etat chargés de fonctions d’assesseurs sont, à leur demande, renouvelés dans leurs fonctions pour une durée de trois ans par arrêté du vice-président du Conseil d’Etat.

Sauf prolongation, dans la limite de six mois, par arrêté du vice-président en cas de nécessité de service, nul ne peut exercer les fonctions d’assesseur d’une même chambre plus de sept années consécutives.

En cas d’absence ou d’empêchement d’un assesseur, le vice-président du Conseil d’Etat peut désigner par arrêté, après avis du président de la section du contentieux et des présidents adjoints, un conseiller d’Etat chargé des fonctions d’assesseur pour la durée de l’absence ou de l’empêchement.

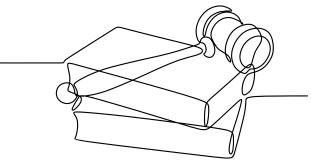
Au vu de la proposition du président de la chambre d’affectation, le président de la section du contentieux peut désigner des assesseurs à l’effet de leur permettre de présider cette chambre siégeant en formation de jugement et de statuer, par ordonnance, en application des articles R. 122-12 et R. 822-5 sur des requêtes et pourvois attribués à la chambre. Dans les mêmes conditions, le président de la section du contentieux peut désigner d’autres conseillers d’Etat affectés à la chambre à l’effet de leur permettre de statuer par ordonnance, en application des mêmes articles, sur des requêtes et pourvois attribués à la chambre.

[๑๖] CE 26 mars 2003, Worou, Lebon 939

[๑๗] CE 1er juill. 1966, Cts Poineuf, Lebon 434 ; CE 16 juin 1971, Sté Ciné-théâtre d’Indochine, Lebon T. 1157

[๑๘] Alexandra Ramseier et Damien Scalia, « Quand la dissidence devient jugement : retour sur les opinions séparées en droit international pénal », Champ pénal/Penal field [En ligne], 19 | 2020, mis en ligne le 23 novembre 2020, consulté le 18 août 2022. URL : http://journals.openedition.org/champpenal/11968 ; DOI : https://doi.org/10.4000/champpenal.11968 ; https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/la-transposition-des-opinions-dissidentes-en-france-est-elle-souhaitable-pour-une-opinion-dissidente

ความรับผิดของรัฐด้วยเหตุที่ศาลใช้ระยะเวลาพิจารณาพิพากษาคดียาวนานเกินสมควร : ศึกษากรณีศาลปกครองของประเทศเยอรมนี



นรินทร์ อิธิสาร*

มโนภาพประการหนึ่งที่มักจะปรากฏขึ้นเสมอเมื่อกล่าวถึงกระบวนการยุติธรรม คือ ความล่าช้าที่เกิดขึ้นในกระบวนการยุติธรรม อันเป็นภาพที่เกิดขึ้นและปรากฏอยู่จริงในหลายประเทศ กระบวนการยุติธรรมของประเทศเยอรมนีก็หลีกเลี่ยงไม่พ้นไปจากกรณีดังกล่าวเช่นกัน และเพื่อเป็นการแก้ไขปัญหาดังกล่าวในระบบกฎหมายเยอรมันก็มีมาตรการทั้งหลายออกมาเพื่อลดหรือขจัดปัญหาดังกล่าวให้หมดไป ด้วยเหตุว่า สิทธิในการที่จะได้รับการพิจารณาคดีภายในระยะเวลาที่เหมาะสมนั้นถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานในการที่จะได้รับการคุ้มครองสิทธิโดยทางศาลอย่างมีประสิทธิภาพ (Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz) การที่ศาลใช้ระยะเวลาในการพิจารณาพิพากษาคดีที่ล่าช้าและยาวนานเกินสมควรสิทธิของประชาชนในฐานะของคู่ความย่อมเป็นการละเมิดสิทธิดังกล่าวของคู่ความไปด้วยนั่นเอง

นอกจากนั้น ในระบบกฎหมายเยอรมันยังได้สร้างกลไกเชิงรับที่เป็นการเยียวยาคู่ความที่ได้รับผลกระทบจากการใช้เวลาที่ยาวนานเกินสมควรในการพิจารณาพิพากษาคดีและการสอบสวนคดีอาญา โดยให้สิทธิคู่กรณีในการเรียกค่าเสียหายในกรณีดังกล่าวได้อีกด้วย ทั้งนี้ หากพิจารณาถึงที่มาของสิทธิที่จะได้รับการเยียวยาความเสียหายดังกล่าวจะเห็นได้ว่า กรณีดังกล่าวเป็นเรื่องที่ค่อนข้างใหม่ระบบกฎหมายเยอรมันเพราะนับแต่มีการประกาศใช้บังคับกฎหมายในเรื่องดังกล่าวมาถึงปัจจุบันเป็นระยะเวลาเกือบ ๑๐ ปี ที่ฝ่ายนิติบัญญัติก็ได้ตรากฎหมายที่เรียกว่า “รัฐบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิในกรณีที่การพิจารณาคดีของศาลหรือการสอบสวนคดีอาญามีระยะเวลาที่ยาวนานเกินสมควร” (Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren)® ออกมาใช้บังคับ โดยประกาศใช้บังคับในรัฐกิจจานุเบกษาในวันที่ ๒ ธันวาคม ค.ศ. ๒๐๑๑ (พ.ศ. ๒๕๕๔) อันเป็นวันที่กฎหมายนี้ประกาศใช้บังคับ โดยมีผลใช้บังคับตั้งแต่วันที่ ๓ ธันวาคม ค.ศ. ๒๐๑๑ เป็นต้นมา บทความนี้จะได้นำเสนอถึงความเบื้องต้นของที่มา ข้อความคิดและหลักการพื้นฐาน เนื้อหาที่สำคัญ และตัวอย่างการปรับใช้บทบัญญัติดังกล่าว ดังนี้

* พนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ, ผู้อำนวยการกลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน ๒ สำนักวิจัยและวิชาการ, สำนักงานศาลปกครอง (บทความนี้เป็นผลงานส่วนบุคคลของผู้เขียนที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับศาลปกครองและสำนักงานศาลปกครอง)

® ต่อไปในบทความนี้จะเรียกโดยย่อว่า “รัฐบัญญัติฯ”

๑. ที่มาและข้อความคิด

ในระยะเวลาที่ผ่านมาก่อนที่จะมีการประกาศใช้รัฐบัญญัติฯ นั้น ตั้งแต่ปี ค.ศ. ๑๙๗๘ เป็นต้นมา ประเทศเยอรมนีมักจะถูกศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป (Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR)/ The European Court of Human Rights (ECHR or ECtHR)) พิพากษาด้วยเหตุว่าศาลภายในประเทศใช้ระยะเวลาในการพิจารณาพิพากษาคดียาวนานเกินสมควรอันเป็นการขัดต่อสิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม (Recht auf ein faires Verfahren) ตามมาตรา ๖ วรรคหนึ่ง[๒] ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. ๑๙๕๐ (Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten-EMRK) หรือในบางกรณีก็เป็นการวินิจฉัยว่าขัดต่อสิทธิในการร้องทุกข์อย่างมีประสิทธิภาพ (Recht auf wirksame Beschwerde) ตามมาตรา ๑๓ ของ[๓] อนุสัญญาเดียวกัน[๔] ต่อคำถามที่ว่าแล้วใครล่ะจะเป็นผู้ที่ต้องรับผิดชอบให้ชดใช้ความเสียหายอันเป็นผลมาจากการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลที่ล่าช้า ในรัฐซึ่งเป็นผู้ผูกขาดอำนาจไว้สำหรับตัวเองนั้น คำตอบสำหรับคำถามดังกล่าว ได้แก่ รัฐ นั่นเอง ซึ่งก่อนที่จะมีการตราพระราชบัญญัติฯ ความรับผิดของรัฐด้วยเหตุที่ว่าใช้ระยะเวลาในการพิจารณาคดีนานเกินสมควรนั้น จะปรากฏคำพิพากษาในกรณีดังกล่าวน้อยมากอย่างที่เห็นได้ชัดและคำอธิบายบทบัญญัติมาตรา ๘๓๙ แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง และมาตรา ๑๔ ของกฎหมายพื้นฐาน (ที่กำหนดถึงความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่-ผู้เขียน) ก็ได้อธิบายถึงความรับผิดในกรณีนี้ในเพียงเล็กน้อยเท่านั้น[๕]

---

[๒] **Europäische Menschenrechtskonvention**

Art. 6 Recht auf ein faires Verfahren

(1) [1]Jede Person hat ein Recht darauf, daß über Streitigkeiten in bezug auf ihre zivilrechtlichen Ansprüche und Verpflichtungen oder über eine gegen sie erhobene strafrechtliche Anklage von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren, öffentlich und innerhalb angemessener Frist verhandelt wird. [2]Das Urteil muß öffentlich verkündet werden; Presse und Öffentlichkeit können jedoch während des ganzen oder eines Teiles des Verfahrens ausgeschlossen werden, wenn dies im Interesse der Moral, der öffentlichen Ordnung oder der nationalen Sicherheit in einer demokratischen Gesellschaft liegt, wenn die Interessen von Jugendlichen oder der Schutz des Privatlebens der Prozeßparteien es verlangen oder - soweit das Gericht es für unbedingt erforderlich hält - wenn unter besonderen Umständen eine öffentliche Verhandlung die Interessen der Rechtspflege beeinträchtigen würde. “มาตรา ๖ สิทธิที่จะได้รับการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรม

(๑) บุคคลมีสิทธิได้รับการพิจารณาพิพากษาข้อพิพาทเกี่ยวกับสิทธิและหน้าที่ทางแพ่งรวมถึงกรณีการฟ้องคดีอาญาต่อบุคคลดังกล่าวโดยศาลที่มีความเป็นอิสระ มีความเป็นกลางและตั้งอยู่บนฐานของกฎหมาย โดยมีการพิจารณาคดีอย่างเป็นธรรมเปิดเผยและภายในระยะเวลาที่เหมาะสม คำพิพากษาจะต้องมีการประกาศโดยเปิดเผย สื่อสารมวลชนและสาธารณชนอาจถูกห้ามไม่ให้เข้าร่วมการพิจารณาคดีไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วนของการพิจารณาคดีได้ หากมีกรณีที่เกี่ยวกับประโยชน์ ทางศีลธรรม ความสงบเรียบร้อยสาธารณะ ความมั่นคงแห่งชาติในสังคมประชาธิปไตย หรือมีกรณีที่เกี่ยวกับประโยชน์ของเยาวชนหรือการคุ้มครองชีวิตส่วนบุคคลของคู่ความในคดี เช่นเดียวกับกรณีที่ศาลเห็นว่ามีความจำเป็นในบริบทที่การพิจารณา คดีโดยเปิดเผยจะกระทบต่อประโยชน์ของการบริหารงานยุติธรรม”

[๓] **Europäische Menschenrechtskonvention**

Art. 13 Recht auf wirksame Beschwerde

Jede Person, die in ihren in dieser Konvention anerkannten Rechten oder Freiheiten verletzt worden ist,

ทั้งนี้ เมื่อกล่าวถึงการดำเนินกระบวนวิธีพิจารณาคดีของศาลแล้ว บ่อยครั้งจะพบว่าเป็นกระบวนการที่ใช้ระยะเวลานาน ซึ่งปรากฏว่าได้มีคำร้องทุกข์ในเรื่องดังกล่าวเข้ามายังกระทรวงยุติธรรมแห่งสหพันธรัฐอย่างต่อเนื่อง และตามข้อมูลของสำนักงานสถิติแห่งสหพันธรัฐ (ในปี ค.ศ. ๒๐๐๓ – ค.ศ. ๒๐๐๕) แสดงให้ว่าการพิจารณาคดีของศาลแพ่งในศาลชั้นต้นมีระยะเวลาโดยเฉลี่ยในระดับสหพันธรัฐ ๔.๔ เดือน กรณีศาลแขวง (Amtsgerichte) และ ๗.๔ เดือน กรณีศาลยุติธรรมมลรัฐ (Landgerichte) และระยะเวลาโดยเฉลี่ยในระดับมลรัฐระหว่าง ๓.๗ ถึง ๕.๔ เดือน กรณีศาลแขวง และ ๕.๖ ถึง ๙.๖ เดือน กรณีศาลยุติธรรมมลรัฐ โดยร้อยละ ๑๑ ของคดีที่พิจารณาในศาลของมลรัฐจะใช้ระยะเวลามากกว่า ๑๒ เดือน ร้อยละ ๕ ใช้ระยะเวลามากกว่า ๒๔ เดือน ในส่วนของศาลครอบครัว (Familiengerichte) ใช้ระยะเวลาโดยเฉลี่ยในระดับสหพันธรัฐ ๑๐.๓ เดือน (ระยะเวลาโดยเฉลี่ยในระดับมลรัฐ ๗.๙ ถึง ๑๓.๑ เดือน และมากกว่าร้อยละ ๒๒ ของคดีใช้ระยะเวลา ๑๒.๒๔ เดือน ร้อยละ ๖.๓ ใช้เวลามากกว่า ๒๔ เดือน ในส่วนของศาลปกครองชั้นต้น (Verwaltungsgerichte) ใช้ระยะเวลาโดยเฉลี่ยในระดับสหพันธรัฐ ๑๔.๑ เดือน (ระยะเวลาโดยเฉลี่ยในระดับมลรัฐ ๔.๖ ถึง ๓๔.๑ เดือน) มากว่าร้อยละ ๑๐ ของคดีทั้งหมดใช้ระยะเวลามากกว่า ๒๔ เดือน และมากกว่าร้อยละ ๗ มากกว่า ๓๖ เดือน กรณีของศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ (Oberverwaltungsgerichte) ในคดีที่ฟ้องตรงใช้ระยะเวลาโดยเฉลี่ยในระดับสหพันธรัฐ ๑๖ เดือน (ระยะเวลาโดยเฉลี่ยในระดับมลรัฐ ๕.๙ ถึง ๔๙.๕ เดือน) โดยมากกว่าร้อยละ ๑๕ ของคดีที่ฟ้องตรงต่อศาลปกครองชั้นอุทธรณ์มีระยะเวลามากกว่า ๒๔ เดือน เกือบร้อยละ ๘ มากกว่า ๓๖ เดือน กรณีศาลภาษี (Finanzgerichte) นั้น ใช้ระยะเวลาโดยเฉลี่ย ๑๗.๔ เดือน สำหรับศาลชั้นต้น (ระยะเวลาโดยเฉลี่ยในระดับมลรัฐ ๘.๒ ถึง ๒๑.๗ เดือน) เกือบร้อยละ ๑๓ ของคดีทั้งหมดใช้ระยะเวลามากกว่า ๒๔ เดือน มากกว่าร้อยละ ๑๕ มากกว่า ๓๖ เดือน[๖]

อย่างไรก็ตาม เมื่อเปรียบเทียบกับกรณีของประเทศเยอรมนีกับนานาประเทศแล้ว ถือได้ว่าประเทศเยอรมนีอยู่ในตำแหน่งที่ดีกว่าในเรื่องของระยะเวลาที่ใช้ในการพิจารณาคดีของศาล แต่ก็ปรากฏว่ามีกรณีที่การพิจารณาคดีของศาลใช้ระยะเวลาที่นานเกินสมควรเกิดขึ้น ซึ่งระยะเวลาพิจารณาคดีของศาลที่ยาวนานดังกล่าวก่อให้เกิดภาระอย่างยิ่งทั้งในทางส่วนบุคคลและในทางการเงินแก่คู่ความที่ได้รับผลกระทบ ซึ่งศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปก็ได้ชี้ว่าประเทศเยอรมนีไม่มีการคุ้มครองสิทธิในเรื่องดังกล่าวไว้เป็นการเฉพาะ โดยคำพิพากษาของศาลที่ระบุถึงปัญหาดังกล่าวเป็นคำพิพากษาแรกคือคำพิพากษาในปี ค.ศ. ๒๐๐๖ หลังจากนั้น

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเทียนอายุราชการ

---

hat das Recht, bei einer innerstaatlichen Instanz eine wirksame Beschwerde zu erheben, auch wenn die Verletzung von Personen begangen worden ist, die in amtlicher Eigenschaft gehandelt haben.

“มาตรา ๑๓ สิทธิในการร้องทุกข์อย่างมีประสิทธิภาพ

บุคคลผู้ถูกละเมิดสิทธิและเสรีภาพที่ได้รับรองไว้ในอนุสัญญานี้ มีสิทธิร้องทุกข์อย่างมีประสิทธิภาพต่อศาลภายในรัฐ ซึ่งรวมถึง กรณีที่การละเมิดเกิดจากบุคคลที่กระทำในฐานะทางการด้วย”

[๔] Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Verurteilungen wegen überlanger Gerichtsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, accessed 1 August 2022, from https://www.bundestag.de/resource/blob/414688/d2e8da2b8a8ef122f304573af9d287fb/ WD-2-190-07-pdf-data.pdf.

[๕] Brüning, Christoph, Staatshaftung bei überlanger Dauer von Gerichtsverfahren, NJW 2007, 1094 (1094).

[๖] Steinbeiß-winkelmann, Christine, Überlange Gerichtsverfahren – der Ruf nach dem Gesetzgeber, ZRP 2007, 177 (177).

ก็ปรากฏว่าศาลได้มีคำพิพากษาในเรื่องดังกล่าวตามมาอีกหลายคดีแต่ก็ไม่ปรากฏว่าได้มีการตรากฎหมายในเรื่องดังกล่าวออกมาแต่อย่างใด จนกระทั่งในเดือนพฤศจิกายน ค.ศ. ๒๐๑๐ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปจึงได้มีคำพิพากษานำร่อง (Piloturteil) กับประเทศเยอรมนี[๗] โดยในคำพิพากษาดังกล่าวได้วินิจฉัยว่าการไม่มีการคุ้มครองสิทธิในกรณีที่มีการใช้ระยะเวลาในการพิจารณาคดีนานเกินสมควรนั้นถือเสมือนเป็นข้อบกพร่องในเชิงโครงสร้าง พร้อมกับกำหนดระยะเวลาให้ประเทศเยอรมนีเพื่อแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าวภายในเดือนธันวาคม ค.ศ. ๒๐๑๑ ด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้ กระทรวงยุติธรรมแห่งสหพันธรัฐจึงได้ร่างกฎหมายดังกล่าวขึ้น ปัจจุบันนี้ผู้ที่ได้รับผลกระทบจากระยะเวลาในการพิจารณาคดีที่ยาวนานเกินสมควรจึงมีโอกาสที่สามารถป้องกันสิทธิของตนในกรณีดังกล่าวได้ ทั้งนี้ ในทางข้อมูลและข้อเท็จจริงที่ถูกจัดเก็บสถิติของสำนักงานสถิติแห่งสหพันธรัฐในปี ค.ศ. ๒๐๑๓ แสดงให้เห็นถึงระยะเวลาที่ศาลต่าง ๆ ใช้ในการพิจารณาคดี ดังนี้[๘]

ศาลแพ่ง (Zivilgerichte) ใช้ระยะเวลาในการพิจารณาคดีของศาลชั้นต้นโดยเฉลี่ยในระดับสหพันธรัฐ ๔.๘ เดือน กรณีศาลแขวง และ ๘.๗ เดือน กรณีศาลยุติธรรมมลรัฐ ระยะเวลาโดยเฉลี่ยในระดับมลรัฐของศาลแขวงอยู่ที่ ๔ ถึง ๖.๑ เดือน และศาลยุติธรรมมลรัฐใช้เวลาระหว่าง ๖.๙ ถึง ๑๒.๕ เดือน โดยร้อยละ ๑๔.๙ ของคดีที่อยู่ในการพิจารณาคดีของศาลยุติธรรมมลรัฐใช้ระยะเวลามากกว่า ๑๒ เดือน และร้อยละ ๗ ใช้ระยะเวลามากกว่า ๒๔ เดือน

ศาลปกครอง (Verwaltungsgerichte) ศาลปกครองชั้นต้นใช้ระยะเวลาโดยเฉลี่ยในระดับสหพันธรัฐ ๘.๗ เดือนในการพิจารณาคดี ค่าเฉลี่ยดังกล่าวสูงกว่าค่าเฉลี่ยในระดับมลรัฐอย่างเห็นได้ชัด ด้วยเหตุว่าค่าเฉลี่ยของระยะเวลาที่สั้นที่สุดที่ใช้พิจารณาคดีต่อมลรัฐคือ ๕.๒ เดือน ระยะเวลาเฉลี่ยที่ยาวที่สุดคือ ๒๑.๕ เดือน และร้อยละ ๕.๗ ของคดีทั้งหมดใช้ระยะเวลามากกว่า ๒๔ เดือน ร้อยละ ๑.๙ ใช้เวลามากกว่า ๓๖ เดือน ความแตกต่างที่ใกล้เคียงกันดังกล่าวปรากฏในกรณีของระยะเวลาในการพิจารณาคดีของศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ในฐานะศาลชั้นต้นซึ่งใช้ระยะเวลาโดยเฉลี่ยทั้งสหพันธรัฐ ๑๖.๒ เดือน โดยระยะเวลาที่สั้นที่สุดในระดับมลรัฐอยู่ที่ ๕.๘ เดือน ระยะเวลาที่ยาวที่สุดอยู่ที่ ๓๒ เดือน โดยร้อยละ ๑๔.๑ ของคดีที่ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์พิจารณาในฐานะศาลชั้นต้นใช้ระยะเวลายาวกว่า ๒๔ เดือน และร้อยละ ๙.๑ ใช้ระยะเวลามากกว่า ๓๖ เดือน

ศาลภาษี (Finanzgerichte) ใช้ระยะเวลาโดยเฉลี่ย ๑๕.๙ เดือน สำหรับการพิจารณาในศาลชั้นต้นและในมลรัฐระยะเวลาเฉลี่ยที่สั้นที่สุดคือ ๙.๑ เดือน ในขณะที่ ๒๒.๒ เดือนคือระยะเวลาเฉลี่ยที่ยาวที่สุด โดยร้อยละ ๑๔ ของคดีทั้งหมดใช้ระยะเวลานานกว่า ๒๔ เดือน และมากกว่าร้อยละ ๑๐.๕ นานกว่า ๓๖ เดือน

ทั้งนี้ หากพิจารณาในมุมมองของกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz-GG) ดังที่ได้กล่าวไว้เป็นการเบื้องต้นก่อนหน้านี้แล้ว นั้น จะเห็นได้ว่า กฎหมายพื้นฐานเรียกร้องให้มีหลักประกันการคุ้มครองสิทธิของบุคคลโดยองค์กรตุลาการ (Rechtsschutzgarantie) ในกรณีที่สิทธิของบุคคลได้รับผลกระทบจากการใช้

[๗] Rechtssache R. gegen DEUTSCHLAND (Individualbeschwerde Nr. 46344/06), accessed 1 August 2022, from https://www.bmj.de/SharedDocs/EGMR/DE/20100902_46344-06.html.

[๘] Bundesministerium der Justiz, Schutz bei überlangen Verfahren, accessed 1 August 2022, from https://www.bmj.de/DE/Themen/GerichtsverfahrenUndStreitschlichtung/SchutzUeberlangeVerfahren/SchutzUeberlangeVerfahren_node.html.

อำนาจมหาชนตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๑๙ วรรคสี่[๙] ของกฎหมายพื้นฐาน ความว่า

"[๑]บุคคลผู้ถูกกระทบสิทธิจากอำนาจมหาชนมีสิทธิยื่นฟ้องคดีต่อศาล [๒]กรณีที่ไม่ได้บัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น ศาลยุติธรรมเป็นศาลที่มีอำนาจพิจารณากรณีดังกล่าว [๓]ทั้งนี้ โดยไม่กระทบต่อมาตรา ๑๐ วรรคสอง ประโยคที่สอง"

และโดยที่มาตรา ๑๙ วรรคสี่ ดังกล่าวนี้ ซึ่งถือเป็นสิทธิเรียกร้องในกระบวนการยุติธรรม (Der Justizgewährungsanpsruch) ไม่ได้ให้หลักประกันเพียงแต่การเข้าถึงศาล (Zugang zu Gerichten) ในเชิงรูปแบบเท่านั้น มาตรานี้ยังให้สิทธิที่จะได้รับ "การคุ้มครองสิทธิอย่างมีประสิทธิภาพ" (Effektiver Rechtsschutz) อีกด้วย โดยประกันสิทธิดังกล่าวในทางเนื้อหาว่าจะได้รับความคุ้มครองในทางความเป็นจริงจากคำวินิจฉัยของศาล เช่น การมีคำวินิจฉัยของศาลที่เท่าทันต่อเวลา ด้วยเหตุว่าการคุ้มครองสิทธิควรที่จะต้องยังสามารถส่งผลในทางข้อเท็จจริงได้ และด้วยการเรียกร้องหาการคุ้มครองสิทธิอย่างมีประสิทธิภาพนี้ ก็เป็นการก่อให้เกิดข้อความคิดเกี่ยวกับ "การมีประสิทธิภาพของสิทธิขั้นพื้นฐาน" (Grundrechtseffektivität) ซึ่งมุ่งหมายในเรื่องของการคุ้มครองสิทธิโดยทางศาลอย่างมีประสิทธิภาพนั่นเอง ซึ่งการรักษาหรือก่อให้เกิดขึ้นซึ่งการคุ้มครองสิทธิอย่างมีประสิทธิภาพประการหนึ่งนั้น คือ ข้อเรียกร้องในกรณีของระยะเวลาในการพิจารณาคดี โดยหลักการคุ้มครองสิทธิอย่างมีประสิทธิภาพเรียกร้องให้มีคำวินิจฉัยของศาลภายในระยะเวลาที่เหมาะสม (angemessene Zeit) ทั้งนี้ โดยที่ไม่มีการกำหนดเวลาไว้เป็นการเฉพาะด้วยเหตุว่ากรณีดังกล่าวอาจเป็นการขัดต่อหลักความเป็นอิสระของศาลที่ได้รับการคุ้มครองไว้ตามรัฐธรรมนูญได้ ซึ่งในส่วนของประเทศเยอรมนีก็ถูกศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปพิพากษาในกรณีดังกล่าว เพราะว่าศาลเยอรมันมักจะพิพากษาคดีภายในระยะเวลาที่ไม่เหมาะสมอันเป็นการขัดต่อมาตรา ๖ วรรคหนึ่ง ประโยคที่หนึ่ง ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. ๑๙๕๐ การรักษาไว้ซึ่งระยะเวลาในการพิจารณาพิพากษาคดีที่สามารถยอมรับได้นั้น ไม่ได้ก่อให้เกิดหน้าที่กับศาลเท่านั้น หากแต่ฝ่ายนิติบัญญัติก็ถูกเรียกร้องให้มีส่วนร่วมในการออกแบบวิธีพิจารณาคดีของศาล โดยให้การคุ้มครองสิทธิเป็นไปด้วยความรวดเร็วซึ่งรวมถึงกรณีของวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาด้วย โดยการดำเนินการดังกล่าวจะต้องไม่เป็นการสร้างภาระหรือก่อให้เกิดผลเสียต่อการพิจารณาพิพากษาคดีด้วยความรอบคอบ การปกป้องคุ้มครองสิทธิอย่างมีประสิทธิภาพและการดำเนินคดีด้วยความเป็นธรรมด้วยนัยดังกล่าวด้วยหลักนิติรัฐจึงเป็นการต้องห้ามที่รัฐจะดำเนินคดีแบบรวบรัดตัดตอนกับประชาชน[๑๐]

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียนอายุราชการ

---

[๙] **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland**

Art 19

(1) Soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes eingeschränkt werden kann, muß das Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten. Außerdem muß das Gesetz das Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen.

(2) In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesensgehalt angetastet werden.

(3) Die Grundrechte gelten auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind.

(4) [1]Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. [2]Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben. [3]Artikel 10 Abs. 2 Satz 2 bleibt unberührt.

[๑๐] Kloepfer, Michael, Verfassungsrecht II (Grundrechte), München 2010, § 74 Rn. 22 ff.

๒. เนื้อหาและโครงสร้างของกฎหมาย

รัฐบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิในกรณีที่การพิจารณาคดีของศาลหรือการสอบสวนคดีอาญามีระยะเวลาที่ยาวนานเกินสมควร" (Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren) ถูกตราขึ้นโดยใช้เทคนิคในทางปฏิบัติของฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศเยอรมนีที่เรียกว่า "กฎหมายเสื้อคลุม" (Das Mantelgesetz) อันเป็นการตรากฎหมายเพื่อแก้ไข เพิ่มเติม หรือยกเลิกกฎหมายหลายฉบับแตกต่างกันไว้ในกฎหมายฉบับเดียวกัน[๑๑] รัฐบัญญัติฯ ฉบับนี้ประกอบไปด้วยบทบัญญัติทั้งสิ้น ๒๔ มาตรา โดยมาตราส่วนใหญ่บัญญัติถึงการแก้ไขเปลี่ยนแปลงหรือเพิ่มเติมรัฐบัญญัติวิธีพิจารณาคดีของศาลต่าง ๆ เช่น ศาลรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรม ศาลปกครอง ศาลภาษี และศาลสังคม เป็นต้น รวมถึงรัฐบัญญัติพระธรรมนูญศาลยุติธรรม (Gerichtsverfassungsgesetz-GVG) ในบทความนี้จะได้กล่าวถึงสาระสำคัญที่ปรากฏในรัฐบัญญัติพระธรรมนูญศาลยุติธรรมและในส่วนที่เกี่ยวข้องกับวิธีพิจารณาคดีปกครอง โดยเฉพาะอย่างยิ่ง บทบัญญัติมาตรา ๑๙๘[๑๒] แห่งรัฐบัญญัติพระธรรมนูญศาลยุติธรรม ซึ่งเป็นหัวใจของการคุ้มครองสิทธิในกรณีดังกล่าว ดังนี้

มาตรา ๑ แห่งรัฐบัญญัติฯ มีเนื้อหากำหนดแก้ไขเพิ่มเติมรัฐบัญญัติพระธรรมนูญศาลยุติธรรม โดยกำหนดให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา ๑๙๘ และบัญญัติมาตรา ๑๙๙ มาตรา ๒๐๐ และมาตรา ๒๐๑ ใหม่ โดยกำหนดเป็น "หมวดที่ ๗ ว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิในกรณีที่การพิจารณาคดีของศาลหรือการสอบสวนคดีอาญามีระยะเวลาที่ยาวนานเกินสมควร"

"มาตรา ๑๙๘

(๑) [๑]บุคคลใดได้รับผลเสียที่เป็นเป็นผลมาจากระยะเวลาที่ไม่เหมาะสมในการพิจารณาพิพากษาคดีในฐานะคู่ความในคดี ย่อมได้รับการชดเชยความเสียหายตามความเหมาะสม [๒]ความเหมาะสมของระยะเวลาในการพิจารณาคดีเป็นไปตามข้อเท็จจริงของแต่ละกรณี โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ตามความยุ่งยากและความสำคัญของคดี และตามพฤติกรรมของคู่ความในคดีและของบุคคลที่สาม

(๒) [๑]กรณีที่ถือว่ามีผลเสียซึ่งไม่ใช่ผลเสียทางทรัพย์สินเกิดขึ้น หากวิธีพิจารณาคดีของศาลใช้ระยะเวลาที่ยาวนานเกินสมควร [๒]ในกรณีนี้จะสามารถเรียกร้องให้ชดใช้ค่าเสียหายได้ ตราบเท่าที่ข้อเท็จจริงของแต่ละกรณีนั้น ไม่อาจแก้ไขเยียวยาด้วยวิธีการอื่นตามวรรคสี่ได้อย่างเพียงพอ [๓]ค่าเสียหายตามประโยคที่สองคือ ๑,๒๐๐ ยูโรต่อปีที่เกิดความล่าช้า [๔]จำนวนเงินตามประโยคที่สามนั้นเมื่อพิจารณาตามข้อเท็จจริงเฉพาะกรณีแล้วเห็นว่า ไม่เป็นธรรมศาลอาจกำหนดค่าเสียหายให้มากหรือน้อยกว่าจำนวนดังกล่าวได้

(๓) [๑]คู่ความในคดีจะได้รับค่าเสียหายก็ต่อเมื่อบุคคลดังกล่าวยื่นคำร้องต่อศาลที่พิจารณาคดีนั้น (คำร้องเกี่ยวกับการพิจารณาคดีล่าช้า (Verzögerungsrüge)) [๒]การยื่นคำร้องจะสามารถกระทำได้เมื่อปรากฏ

[๑๑] Das Mantelgesetz, accessed 1 August 2022, from http://hdr.bmj.de/page_d.4.html.

[๑๒] Gerichtsverfassungsgesetz-GVG

§ 198

(1) [1]Wer infolge unangemessener Dauer eines Gerichtsverfahrens als Verfahrensbeteiligter einen Nachteil erleidet, wird angemessen entschädigt. [2]Die Angemessenheit der Verfahrensdauer richtet sich nach den Umständen des Einzelfalles, insbesondere nach der Schwierigkeit und Bedeutung des Verfahrens und nach dem Verhalten der Verfahrensbeteiligten und Dritter.

เหตุอันควรกังวลว่าการพิจารณาคดีไม่อาจเสร็จสิ้นภายในระยะเวลาที่เหมาะสมได้ การยื่นคำร้องซ้ำจะสามารถกระทำได้อย่างเร็วที่สุดหลังจากยื่นคำร้องแรกผ่านไปแล้วหกเดือน เว้นแต่มีกรณีที่อาจยื่นคำร้องซ้ำได้ก่อนระยะเวลาดังกล่าว [๓]กรณีที่ขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่สนับสนุนการพิจารณาคดีที่ยังไม่นำเข้าสู่การพิจารณาพิจารณาคดี คำร้องจะต้องระบุถึงกรณีดังกล่าวด้วย [๔]มิฉะนั้นข้อเท็จจริงดังกล่าวจะไม่ได้รับการพิจารณาจากศาลที่ทำหน้าที่วินิจฉัยกำหนดค่าเสียหาย (ศาลที่พิจารณาค่าเสียหาย (Entschädigungsgericht)) ในการกำหนดระยะเวลาพิจารณาคดีที่ไม่เหมาะสม [๕]กรณีที่มีความล่าช้าในการพิจารณาคดีในศาลอื่น ก็จะต้องมีการยื่นคำร้องเกี่ยวกับการพิจารณาคดีล่าช้าในศาลดังกล่าวอีกครั้งหนึ่ง

---

(2) [1]Ein Nachteil, der nicht Vermögensnachteil ist, wird vermutet, wenn ein Gerichtsverfahren unangemessen lange gedauert hat. [2]Hierfür kann Entschädigung nur beansprucht werden, soweit nicht nach den Umständen des Einzelfalles Wiedergutmachung auf andere Weise gemäß Absatz 4 ausreichend ist. [3]Die Entschädigung gemäß Satz 2 beträgt 1.200 Euro für jedes Jahr der Verzögerung. [4]Ist der Betrag *gemäß Satz 3 nach den Umständen des Einzelfalles unbillig, kann das Gericht einen höheren oder niedrigeren Betr*ag festsetzen.

(3) [1]Entschädigung erhält ein Verfahrensbeteiligter nur, wenn er bei dem mit der Sache befassten Gericht die Dauer des Verfahrens gerügt hat (Verzögerungsrüge). [2]Die Verzögerungsrüge kann erst erhoben werden, wenn Anlass zur Besorgnis besteht, dass das Verfahren nicht in einer angemessenen Zeit abgeschlossen wird; eine Wiederholung der Verzögerungsrüge ist frühestens nach sechs Monaten möglich, außer wenn ausnahmsweise eine kürzere Frist geboten ist. [3]Kommt es für die Verfahrensförderung auf Umstände an, die noch nicht in das Verfahren eingeführt worden sind, muss die Rüge hierauf hinweisen. [4]Anderenfalls werden sie von dem Gericht, das über die Entschädigung zu entscheiden hat (Entschädigungsgericht), bei der Bestimmung der angemessenen Verfahrensdauer nicht berücksichtigt. 5Verzögert sich das Verfahren bei einem anderen Gericht weiter, bedarf es einer erneuten Verzögerungsrüge.

(4) [1]Wiedergutmachung auf andere Weise ist insbesondere möglich durch die Feststellung des Entschädigungsgerichts, dass die Verfahrensdauer unangemessen war. [2]Die Feststellung setzt keinen Antrag voraus. [3]Sie kann in schwerwiegenden Fällen neben der Entschädigung ausgesprochen werden; ebenso kann sie ausgesprochen werden, wenn eine oder mehrere Voraussetzungen des Absatzes 3 nicht erfüllt sind.

(5) [1]Eine Klage zur Durchsetzung eines Anspruchs nach Absatz 1 kann frühestens sechs Monate nach Erhebung der Verzögerungsrüge erhoben werden. [2]Die Klage muss spätestens sechs Monate nach Eintritt der Rechtskraft der Entscheidung, die das Verfahren beendet, oder einer anderen Erledigung des Verfahrens erhoben werden. [3]Bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Klage ist der Anspruch nicht übertragbar.

(6) Im Sinne dieser Vorschrift ist

1.ein Gerichtsverfahren jedes Verfahren von der Einleitung bis zum rechtskräftigen Abschluss einschließlich eines Verfahrens auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes und zur Bewilligung von Prozess- oder Verfahrenskostenhilfe; ausgenommen ist das Insolvenzverfahren nach dessen Eröffnung; im eröffneten Insolvenzverfahren gilt die Herbeiführung einer Entscheidung als Gerichtsverfahren;

2.ein Verfahrensbeteiligter jede Partei und jeder Beteiligte eines Gerichtsverfahrens mit Ausnahme der Verfassungsorgane, der Träger öffentlicher Verwaltung und sonstiger öffentlicher Stellen, soweit diese nicht in Wahrnehmung eines Selbstverwaltungsrechts an einem Verfahren beteiligt sind.

(๔) [๑]การแก้ไขด้วยวิธีการอื่นสามารถกระทำได้โดยการมีคำสั่งยืนยันของศาลที่พิจารณาค่าเสียหายในกรณีที่เห็นว่าระยะเวลาในการพิจารณาคดีไม่เหมาะสม [๒]การยืนยันดังกล่าวไม่จำเป็นต้องมีคำร้อง [๓]การมีคำสั่งยืนยันวิธีการแก้ไขดังกล่าวสามารถสั่งควบคู่ไปกับคำสั่งชดใช้ค่าเสียหายในกรณีที่มีความร้ายแรงเช่นเดียวกับกรณีที่ไม่อาจมีคำสั่งด้วยเหตุว่าเงื่อนไขตามวรรคสามไม่ครบถ้วน

(๕) [๑]การฟ้องคดีต่อศาลเพื่อบังคับการให้เป็นไปตามสิทธิเรียกร้องตามวรรคหนึ่งสามารถกระทำได้เร็วที่สุดเมื่อพ้นระยะเวลาหกเดือนหลังจากมีการยื่นคำร้องว่ามีความล่าช้า [๒]การฟ้องคดีจะสามารถฟ้องคดีได้อย่างช้าที่สุดหกเดือนหลังจากคำวินิจฉัยของศาลมีผลบังคับตามกฎหมายและคำวินิจฉัยดังกล่าวเป็นการสิ้นสุดการพิจารณาคดีของศาลหรือมีการสิ้นสุดของการพิจารณาคดี [๓]จนกว่าจะมีคำวินิจฉัยถึงที่สุดเกี่ยวกับการฟ้องคดีดังกล่าวสิทธิเรียกร้องในกรณีนี้ไม่อาจถ่ายโอนได้

(๖) ตามบทบัญญัติมาตรานี้

๑.วิธีพิจารณาคดีของศาลเริ่มตั้งแต่มีการยื่นคำฟ้องจนถึงขั้นตอนสุดท้ายที่มีผลบังคับผูกพัน รวมถึงขั้นตอนการพิจารณาในชั้นวิธีการชั่วคราวก่อนมีคำพิพากษา รวมถึงการอนุมัติความช่วยเหลือเกี่ยวกับค่าธรรมเนียมศาล แต่ไม่รวมถึงการพิจารณาคดีล้มละลายหลังจากที่มีการเริ่มกระบวนการล้มละลาย แต่การเริ่มกระบวนการล้มละลายด้วยคำวินิจฉัยถือว่าเป็นการพิจารณาคดีของศาล

๒.คู่กรณีในการพิจารณาคดีของศาลได้แก่คู่ความทุกฝ่ายรวมถึงผู้มีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีของศาล เว้นแต่องค์กรตามรัฐธรรมนูญ หน่วยงานทางปกครอง และหน่วยงานของรัฐอื่น ตราบเท่าที่หน่วยงานเหล่านี้ไม่ได้เข้าร่วมในคดีโดยอาศัยสิทธิในการปกครองตนเอง”

นอกจากบทบัญญัติมาตรา ๑๙๘ ดังกล่าวนี้แล้ว รัฐบัญญัติพระธรรมนูญศาลยุติธรรม ยังได้กำหนดถึงกรณีความรับผิดที่เกิดจากการดำเนินคดีอาญา (Strafverfahren) ที่ใช้ระยะเวลาที่ยาวนานเกินสมควร ทั้งนี้ ตามมาตรา ๑๙๙ แห่งรัฐบัญญัติพระธรรมนูญศาลยุติธรรม ซึ่งการดำเนินคดีอาญาตามมาตรานี้รวมถึงขั้นตอนในการเตรียมการ กล่าวอีกนัยหนึ่งคือรวมขั้นตอนในการสอบสวนคดีอาญา (Ermittlugnsverfahren) เอาไว้ด้วย ซึ่งในบทความนี้จะไม่ลงในรายละเอียดในกรณีดังกล่าว

สำหรับผู้ที่ต้องรับผิดในการชดใช้ค่าเสียหายต่อผลเสียที่เกิดขึ้นกับคู่ความในคดีด้วยเหตุที่ศาลใช้ระยะเวลาในการพิจารณาพิพากษาคดีที่ยาวนานเกินสมควร นั้น มาตรา ๒๐๐ ประโยคที่หนึ่ง[๑๓] แห่งรัฐบัญญัติพระธรรมนูญศาลยุติธรรม กำหนดไว้ดังนี้

๑) มลรัฐ (Land) ต้องรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการพิจารณาคดีที่ล่าช้าโดยศาลของมลรัฐ

๒) สหพันธรัฐ (Bund) ต้องรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้นจากการพิจารณาคดีที่ล่าช้าโดยศาลของสหพันธรัฐ

[๑๓] **Gerichtsverfassungsgesetz**

§ 200

Für Nachteile, die auf Grund von Verzögerungen bei Gerichten eines Landes eingetreten sind, haftet das Land. Für Nachteile, die auf Grund von Verzögerungen bei Gerichten des Bundes eingetreten sind, haftet der Bund. Für Staatsanwaltschaften und Finanzbehörden in Fällen des § 386 Absatz 2 der Abgabenordnung gelten die Sätze 1 und 2 entsprechend.

นอกจากนี้ มาตรา ๒๐๑ วรรคหนึ่ง[๑๔] แห่งรัฐบัญญัติพระธรรมนูญศาลยุติธรรม ได้กำหนดถึงศาลที่มีเขตอำนาจพิจารณาคำฟ้องเรียกค่าเสียหายด้วยเหตุที่ศาลใช้ระยะเวลาในการพิจารณาพิพากษาคดียาวนานเกินสมควร เอาไว้ กล่าวคือ ในคดีที่ฟ้องมลรัฐศาลที่มีเขตอำนาจ ได้แก่ ศาลยุติธรรมสูงสุดแห่งมลรัฐ (Oberlandesgericht) ที่มีการพิจารณาพิพากษาคดีในเขตอำนาจศาลดังกล่าว และในคดีที่ฟ้องสหพันธรัฐศาลที่มีเขตอำนาจ ได้แก่ ศาลยุติธรรมแห่งสหพันธรัฐ (Bundesgerichtshof)

สำหรับวิธีพิจารณาคดีปกครองที่อยู่ในอำนาจพิจารณาของศาลปกครอง (Verwaltungsgerichtsbarkeit) ทั่วไป นั้น ด้วยผลของมาตรา ๘ แห่งรัฐบัญญัติฯ กำหนดให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา ๑๗๓ ประโยคที่สอง[๑๕] แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (Verwaltungsgerichtsordnung-VwGO) ความว่า

“ให้นำบทบัญญัติของหมวดเจ็ดแห่งรัฐบัญญัติพระธรรมนูญศาลยุติธรรมมาใช้บังคับโดยอนุโลม โดยในกรณีที่กำหนดถึงศาลยุติธรรมแห่งมลรัฐให้หมายถึงศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ กรณีที่กำหนดถึงศาลยุติธรรมแห่งสหพันธรัฐให้หมายถึงศาลปกครองแห่งสหพันธรัฐ และกรณีที่กำหนดถึงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งให้หมายถึงประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง”

ดังนั้น ด้วยผลของมาตรา ๑๗๓ ประโยคที่สอง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง ข้างต้น คู่กรณีที่ได้รับผลเสียจากการใช้ระยะเวลาในการพิจารณาคดีของศาลปกครองจึงสามารถยื่นคำร้องเกี่ยวกับการพิจารณาคดีล่าช้า (Verzögerungsrüge) รวมทั้งยื่นฟ้องมลรัฐหรือสหพันธรัฐเพื่อเรียกร้องค่าเสียหาย (Entschädigungsklage) ต่อศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ (Oberverwaltungsgericht) หรือต่อศาลปกครองแห่งสหพันธรัฐ (Bundesverwaltungsgericht) แล้วแต่กรณี

ทั้งนี้ รายละเอียดของขั้นตอนในการดำเนินวิธีพิจารณาในกรณีของการใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายด้วยเหตุที่ศาลใช้ระยะเวลาในการพิจารณาพิพากษาคดียาวนานเกินสมควร นั้น จะได้นำเสนอโดยในส่วนต่อไปของบทความนี้ ทั้งนี้ โดยเน้นกรณีของวิธีพิจารณาคดีปกครองเป็นการเฉพาะ

---

[๑๔] **Gerichtsverfassungsgesetz**

§ 201

(1) Zuständig für die Klage auf Entschädigung gegen ein Land ist das Oberlandesgericht, in dessen Bezirk das streitgegenständliche Verfahren durchgeführt wurde. Zuständig für die Klage auf Entschädigung gegen den Bund ist der Bundesgerichtshof. Diese Zuständigkeiten sind ausschließliche.

[๑๕] V**erwaltungsgerichtsordnung**

§ 173

Soweit dieses Gesetz keine Bestimmungen über das Verfahren enthält, sind das Gerichtsverfassungsgesetz und die Zivilprozeßordnung einschließlich § 278 Absatz 5 und § 278a entsprechend anzuwenden, wenn die grundsätzlichen Unterschiede der beiden Verfahrensarten dies nicht ausschließen; Buch 6 der Zivilprozessordnung ist nicht anzuwenden. Die Vorschriften des Siebzehnten Titels des Gerichtsverfassungsgesetzes sind mit der Maßgabe entsprechend anzuwenden, dass an die Stelle des Oberlandesgerichts das Oberverwaltungsgericht, an die Stelle des Bundesgerichtshofs das Bundesverwaltungsgericht und an die Stelle der Zivilprozessordnung die Verwaltungsgerichtsordnung tritt. Gericht im Sinne des § 1062 der Zivilprozeßordnung ist das zuständige Verwaltungsgericht, Gericht im Sinne des § 1065 der Zivilprozeßordnung das zuständige Oberverwaltungsgericht.

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

๓. ขั้นตอนการใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย

ตามเนื้อหาของบทบัญญัติมาตรา ๑๙๘ แห่งรัฐบัญญัติพระธรรมนูญศาลยุติธรรม ที่ได้นำเสนอข้างต้น จะเห็นได้ว่า บทบัญญัติดังกล่าวได้รับรองสิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย (Entschädigungsanspruch) จากรัฐ ด้วยเหตุที่ศาลใช้ระยะเวลาในการพิจารณาคดีนานเกินสมควร อย่างไรก็ตาม การใช้สิทธิเรียกร้องดังกล่าว สามารถพิจารณาได้ตามเงื่อนไขโดยสังเขปตามลำดับ ดังนี้

๓.๑ เงื่อนไขการใช้สิทธิเรียกร้อง

๓.๑.๑ ผู้มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย

ตามมาตรา ๑๙๘ วรรคหนึ่ง ประโยคที่หนึ่ง ประกอบกับ วรรคหก ข้อสอง แห่งรัฐบัญญัติพระธรรมนูญศาลยุติธรรม กำหนดให้เฉพาะแต่คู่ความในคดีเท่านั้นที่เป็นผู้ทรงสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายในส่วนของวิธีพิจารณาคดีปกครองนั้น กรณีที่คู่ความเป็นหน่วยงานของฝ่ายปกครองที่มีฐานะเป็นนิติบุคคล หน่วยงานดังกล่าวไม่มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายตามมาตรานี้ ซึ่งในที่นี้รวมถึงนิติบุคคลตามกฎหมายเอกชนที่รัฐมีส่วนร่วมในฐานะเป็นผู้มีเสียงข้างมากด้วย หน่วยงานทางปกครองที่มีฐานะเป็นนิติบุคคลที่จะเป็นผู้มีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายได้ก็ต่อเมื่อเข้าร่วมวิธีพิจารณาคดีในฐานขององค์กรฝ่ายปกครองที่มีความเป็นอิสระซึ่งในที่นี้จะตีความอย่างกว้าง เช่น สภาการอาชีพช่างฝีมือ มหาวิทยาลัย สถานีโทรทัศน์ของรัฐ และองค์กรทางศาสนา เป็นต้น[๑๖]

๓.๑.๒ ความไม่เหมาะสมของระยะเวลาในการพิจารณาคดี (Unangemessenheit der Verfahrensdauer)

สิ่งที่ถือว่าเป็นหัวใจหรือส่วนสำคัญของการใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายด้วยเหตุที่ศาลใช้ระยะเวลาในการพิจารณาคดีเกินสมควรนั้น ได้แก่ “ความไม่เหมาะสม” (Unangemessenheit) ของระยะเวลาในการพิจารณาคดี ทั้งนี้ หลักสำคัญในการพิจารณาถึงความเหมาะสมหรือไม่เหมาะสมของระยะเวลาดังกล่าวนั้น ไม่ได้หมายความว่ากรณีที่ต่างไปจากสิ่งที่เหมาะสมที่สุดจะเป็นกรณีที่ไม่เหมาะสม หากเพียงแต่ความล่าช้ามากกว่าเกณฑ์ขั้นต่ำเพียงเล็กน้อยก็เป็นการเพียงพอแล้ว อย่างไรก็ตาม มาตรา ๑๙๘ วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติพระธรรมนูญศาลยุติธรรม นั้น ตราขึ้นด้วยความตั้งใจในการที่จะไม่กำหนดระยะเวลาเอาไว้เป็นการเฉพาะ ด้วยเหตุว่ากรณีดังกล่าวย่อมขึ้นอยู่กับสถานการณ์และข้อเท็จจริงของแต่ละกรณี[๑๗] ทั้งนี้ จุดอ้างอิง ที่ใช้ในการพิจารณาระยะเวลา (Dauer) คือ ระยะเวลาโดยรวมในการพิจารณาคดีของศาล ไม่ว่าการพิจารณาคดีดังกล่าวจะเกิดขึ้นในการพิจารณาคดีในหลายชั้นศาลหรือในศาลต่างสาขากันก็ตาม ซึ่งศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปวินิจฉัยตามข้อเท็จจริงของคดี โดยคำนึงถึงความซับซ้อนของคดี พฤติกรรมของผู้ร้องและเจ้าหน้าที่เช่นเดียวกับความสำคัญของข้อพิพาทที่มีต่อผู้ร้อง[๑๘] ซึ่งมาตรา ๑๙๘ วรรคหนึ่ง ประโยคที่สอง แห่งรัฐบัญญัติพระธรรมนูญศาลยุติธรรม ก็ได้บัญญัติถึงเกณฑ์ในการพิจารณาในทำนองเดียวกันกับเกณฑ์ของศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป กล่าวคือ ความยากของการพิจารณาคดี ความสำคัญของการพิจารณาคดี พฤติกรรมของคู่ความในคดี

[๑๖] Wolff in: Posser/Wolff, BeckOK VwGO, 62. Edition Stand: 01.07.2021, § 173 Rn. 26.

[๑๗] Meissner/Steinbeiß-Winkelmann in: Schoch/Schneider, VwGO, Werkstand: 42. ELFebruar 2022, § 173 Rn. 326 f.

[๑๘] Wysk in: Wysk,Verwaltungsgerichtsordnung, 3. Auflage 2020, § 173 Rn. 31.

และพฤติกรรมของบุคคลที่สามที่มีอิทธิพลต่อระยะเวลาดังกล่าว โดยระยะเวลาดังกล่าวนี้ พิจารณาจากช่วงเวลาที่เกิดขึ้นก่อนการมีคำร้องเกี่ยวกับความล่าช้า[๑๙] ดังนั้น การวินิจฉัยว่าระยะเวลามีลักษณะที่ไม่เหมาะสมหรือไม่นั้น มีความจำเป็นต้องมองในภาพรวม (Gesamtbetrachtung) ของการดำเนินกระบวนวิธีพิจารณาคดีที่เป็นรูปธรรม[๒๐]

ทั้งนี้ การวินิจฉัยในประเด็นเกี่ยวกับระยะเวลาที่ศาลใช้ในการพิจารณาคดีมีกรณีตัวอย่าง ดังนี้ โดยหลักแล้วการใช้ระยะเวลา ๒ ปีสำหรับการพิจารณาคดีในหนึ่งชั้นศาลสำหรับคดีที่มีความยุ่งยากแล้วถือว่ามีความเป็นไปได้ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่า ระยะเวลา ๘ ปีสำหรับการดำเนินคดีการละเมิดต่อหน้าที่ (Amtspflichtsverletzung) ในสามชั้นศาลรวมถึงในชั้นของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐเป็นระยะเวลาที่เหมาะสม ในทางตรงกันข้ามการใช้ระยะเวลา ๒ ปี ๑๑ เดือนสำหรับการพิจารณาคดีในสองชั้นศาลในคดีปกครองเกี่ยวกับการพิจารณาคุณสมบัติของผู้พิพากษานั้นถือว่าเป็นระยะเวลาที่ไม่เหมาะสม[๒๑]

๓.๑.๓ ผลเสีย (Nachteil)

คำว่า “ผลเสีย” (Nachteil) ไม่มีการให้คำจำกัดความเอาไว้ ซึ่งในที่นี้รวมถึงความเสียหายทางการเงินและที่ไม่ใช่ทางการเงิน ไม่ว่าความเสียหายนั้นจะเกิดขึ้นก่อนหรือหลังจากยื่นคำร้องเกี่ยวกับการพิจารณาคดีล่าช้าก็ไม่ใช่เรื่องสำคัญ ตัวอย่างของความเสียหายที่เป็นตัวเงิน เช่น ค่าใช้จ่ายที่เพิ่มขึ้นในการพิจารณาคดีด้วยเหตุความล่าช้า รวมทั้งค่าทนายความที่เกิดขึ้นจากความจำเป็นที่จะต้องดำเนินการเรียกค่าเสียหายที่เกิดจากการพิจารณาคดีล่าช้า สำหรับผลเสียที่ไม่ใช่ตัวเงิน เช่น ความเสียหายต่อจิตใจ ความเสียหายต่อชื่อเสียงและการพรากเด็กไปจากบิดามารดา เป็นต้น โดยผลเสียที่ไม่สามารถกำหนดเป็นเงินได้นั้นจะถูกสันนิษฐานว่าเกิดขึ้นเสมอเมื่อปรากฏว่าระยะเวลาพิจารณาคดีมีระยะเวลายาวนาน ทั้งนี้ ตามมาตรา ๑๙๘ วรรคสอง ประโยคที่หนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติพระธรรมนูญศาลยุติธรรม โดยแท้จริงแล้วผลเสียที่ไม่ใช่ตัวเงินสำหรับกรณีของการใช้สิทธิเรียกร้องตามมาตรา ๑๙๘ วรรคสอง ประโยคที่สอง แห่งรัฐบัญญัติพระธรรมนูญศาลยุติธรรมนั้นถือว่าเกิดขึ้นหากการแก้ไขผลเสียดังกล่าวด้วยวิธีการอื่นแล้วไม่เป็นการเพียงพอตามมาตรา ๑๙๘ วรรคสี่ แห่งรัฐบัญญัติเดียวกัน การแก้ไขด้วยวิธีการอื่น ๆ อาจเป็นกรณีที่ศาลที่พิจารณาค่าเสียหายยืนยันว่าระยะเวลาพิจารณาคดีไม่เหมาะสม[๒๒]

๓.๑.๔ ความสัมพันธ์ระหว่างเหตุและผล (Kausalität)

ความล่าช้าของการพิจารณาคดีที่ไม่เหมาะสมนั้นต้องเป็นเหตุของการเกิดผลเสียที่กำหนดเป็นตัวเงินและ/หรือที่ไม่สามารถกำหนดเป็นตัวเงินได้ โดยผู้มีสิทธิเรียกร้องจะต้องเป็นผู้พิสูจน์[๒๓] ดังนั้น กรณีที่ถือว่ามีความสัมพันธ์ระหว่างการกระทำและผลแล้ว หากผลเสียที่กำหนดเป็นตัวเงินหรือไม่สามารถกำหนดเป็นตัวเงินได้ นั้น มีความเกี่ยวข้องกับระยะเวลาที่ยาวนานเกินสมควรของการพิจารณาคดี ทั้งนี้ ในส่วนของการแบ่งภาระการพิสูจน์ นั้น สามารถแบ่งพิจารณาออกได้เป็น ๒ กรณี กล่าวคือ ผลเสียในทาง

[๑๙] Wolff in: Posser/Wolff, BeckOK VwGO, 62. Edition Stand: 01.07.2021, § 173 Rn. 28.
[๒๐] Wysk in: Wysk,Verwaltungsgerichtsordnung, 3. Auflage 2020, § 173 Rn. 31a.
[๒๑] Wolff in: Posser/Wolff, BeckOK VwGO, 62. Edition Stand: 01.07.2021, § 173 Rn. 28.
[๒๒] Wolff in: Posser/Wolff, BeckOK VwGO, 62. Edition Stand: 01.07.2021, § 173 Rn. 29.
[๒๓] Wolff in: Posser/Wolff, BeckOK VwGO, 62. Edition Stand: 01.07.2021, § 173 Rn. 29.

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

ทรัพย์สิน (Vermögensnachteil) หรือที่กำหนดเป็นตัวเงินได้นั้น ภาระการพิสูจน์อยู่ที่ผู้ยื่นใช้สิทธิเรียกร้อง (Anspruchsteller) ในทางตรงกันข้ามสำหรับกรณีผลเสียที่ไม่สามารถกำหนดเป็นตัวเงินได้ (immaterieller Nachteil) หากมีการยืนยันว่าระยะเวลาในการพิจารณาคดีของศาลเป็นระยะเวลาที่ยาวนานเกินสมควรแล้วนั้น มาตรา ๑๙๘ วรรคสอง ประโยคที่หนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติพระธรรมนูญศาลยุติธรรม กำหนดไว้โดยถือว่าเป็นการกำหนดข้อสันนิษฐานที่สามารถโต้แย้งได้ (widerlegliche Vermutung)[๒๔]

๓.๑.๕ คำร้องเกี่ยวกับการพิจารณาคดีล่าช้า (Verzögerungsrüge)

การยื่นคำร้องเกี่ยวกับการพิจารณาคดีล่าช้าถือเป็นเงื่อนไขในการใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย และในการใช้สิทธิเรียกร้องดังกล่าวจะต้องแสดงให้เห็นว่าได้มีการยื่นคำร้องดังกล่าวมาก่อนแล้ว และการยื่นคำร้องเกี่ยวกับการพิจารณาคดีล่าช้านี้ไม่ใช่เครื่องมือในทางกฎหมายที่แยกออกมาเป็นการเฉพาะ ดังนั้นจึงไม่อาจยื่นคำร้องได้ทันทีนับแต่มีการเริ่มต้นคดี หากแต่ต้องมีเหตุที่ต้องกังวลว่า การพิจารณาคดีของศาลไม่อาจเสร็จสิ้นภายในระยะเวลาที่เหมาะสมได้ ทั้งนี้ กรณีที่ถือว่ามีข้อกังวลดังกล่าวเกิดขึ้นเมื่อคู่กรณีเห็นว่ามีจุดอ้างอิงที่เป็นรูปธรรมสำหรับความล่าช้าของการพิจารณาคดี แต่ไม่จำเป็นต้องมีความมั่นใจว่ามีกรณีดังกล่าว ดังนั้น คู่กรณีจึงไม่จำเป็นต้องอดทนต่อผลเสียที่จะเกิดขึ้น ความมีผลของคำร้องดังกล่าวจะถูกตรวจสอบในวิธีพิจารณาคดีเกี่ยวกับค่าเสียหาย การยื่นคำร้องสามารถทำโดยวาจาและไม่จำต้องให้เหตุผลทางกฎหมายประกอบคำร้องและไม่จำเป็นต้องระบุชัดแจ้งว่าเป็นคำร้องในกรณีดังกล่าว แต่จะต้องมีการกล่าวอ้างถึงข้อเท็จจริงที่สนับสนุนการพิจารณาคดีอย่างสำคัญและยังไม่นำเข้าสู่การพิจารณาคดี[๒๕]

คำร้องเกี่ยวกับการพิจารณาคดีล่าช้ามีหน้าที่ในเชิงป้องกันที่สำคัญ ๒ ประการ กล่าวคือ ประการแรก ทำหน้าหน้าที่เป็นการเตือนล่วงหน้า (Vorwarnung) ต่อศาลที่พิจารณาคดีดังกล่าว และในกรณีที่คำร้องดังกล่าวเป็นคำร้องที่สมเหตุสมผลก็เป็นการเปิดโอกาสให้ศาลนั้นดำเนินการแก้ไขและป้องกันไม่ให้ผู้ได้รับผลกระทบต้องตกอยู่ในภาวะที่ต้องได้จำยอมและได้รับการชดเชยค่าเสียหาย (Dulde und Liquidiere) คำร้องเกี่ยวกับการพิจารณาคดีล่าช้าจึงมีลักษณะของการกระทำในทางวิธีพิจารณาคดีและหากพิจารณาประกอบกับขั้นตอนการพิจารณาค่าเสียหาย คำร้องดังกล่าวจึงเป็นข้อผูกพันที่ต้องดำเนินการก่อน ดังที่ได้กล่าวไว้ข้างต้นแล้วว่าคำร้องเกี่ยวกับการพิจารณาคดีล่าช้าไม่มีแบบและอาจทำได้ด้วยวาจา ทำเป็นหนังสือ หรือให้เจ้าหน้าที่ศาลเป็นผู้บันทึกคำร้องให้และไม่จำเป็นต้องเน้นย้ำว่าเป็นคำร้องเกี่ยวกับการพิจารณาคดีล่าช้า เพียงแต่มีเนื้อหาที่ว่า ผู้ได้รับผลกระทบแสดงให้เห็นว่าไม่เห็นด้วยกับระยะเวลาที่ศาลใช้ในการพิจารณาคดีก็เป็นการเพียงพอแล้ว กรณีจึงอาจเป็นการขอให้พิจารณาคดีให้รวดเร็วขึ้น (Beschleunigungsbitte) หรือคำร้องเรียนเกี่ยวกับการปฏิบัติหน้าที่ (Dienstaufsichtsbeschwerde) ที่มีต่อประธานศาล ที่แสดงให้เห็นได้ชัดเจนว่าผู้ยื่นประสงค์ให้จัดส่งต่อไปยังศาลที่พิจารณาคดี[๒๖]

---

[๒๔] Meissner/Steinbeiß-Winkelmann in: Schoch/Schneider, VwGO, Werkstand: 42. ELFebruar 2022, § 173 Rn. 333 f.

[๒๕] Wolff in: Posser/Wolff, BeckOK VwGO, 62. Edition Stand: 01.07.2021, § 173 Rn. 30 f.

[๒๖] Meissner/Steinbeiß-Winkelmann in: Schoch/Schneider, VwGO, Werkstand: 42. ELFebruar 2022, § 173 Rn. 336.

๓.๑.๖ กรณีที่ถือเป็นระยะเวลาที่ใช้ในการพิจารณาคดีที่ไม่เหมาะสม

ระยะเวลาที่ใช้ในการพิจารณาคดีถือว่าไม่เหมาะสมเมื่อพิจารณาลักษณะของคดีตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๑๙๘ วรรคหนึ่ง ประโยคที่สอง แห่งรัฐบัญญัติพระธรรมนูญศาลยุติธรรม แล้ว มีน้ำหนักเพียงพอ และเมื่อชั่งน้ำหนักข้อเท็จจริงที่สำคัญประกอบกับข้อเท็จจริงของแต่ละกรณีแล้วปรากฏว่า เป็นกรณีที่เป็นการละเมิดหน้าที่ผูกพันของรัฐตามกฎเกณฑ์ของอนุสัญญาฯ และรัฐธรรมนูญที่ว่า การพิจารณาคดีของศาลจะต้องกระทำภายในระยะเวลาที่เหมาะสม โดยในการพิจารณานั้นต้องตรวจสอบว่า ความล่าช้านั้นเกิดจากการดำเนินกระบวนวิธีพิจารณาคดีของศาล โดยคำนึงถึงกรอบในการดำเนินการศาลที่สอดคล้องกับเนื้อหาของคดี ซึ่งการเจ็บป่วยของผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนก็ถือเป็นเหตุที่ชอบธรรมที่จะถือว่าเป็นกรณีที่เกิดความล่าช้าในช่วงเวลาสั้น ๆ ของการดำเนินคดีได้ ในทางกลับกันกรณีที่มีจำนวนคดีจำนวนมากของศาลไม่อาจอ้างว่าเป็นข้อบกพร่องทางโครงสร้างเพื่อสร้างความชอบธรรมในการพิจารณาคดีล่าช้าได้ด้วยเหตุว่าเป็นหน้าที่ของรัฐ ที่จะต้องดำเนินการแก้ไขปัญหาดังกล่าว[๒๗]

๓.๑.๗ ระยะเวลาในการยื่นคำร้อง

บทบัญญัติมาตรา ๑๙๘ วรรคสาม ประโยคที่สอง แห่งรัฐบัญญัติพระธรรมนูญศาลยุติธรรม ไม่ได้กำหนดเวลาเริ่มต้นของการใช้สิทธิยื่นคำร้องเกี่ยวกับการพิจารณาคดีล่าช้า เอาไว้เป็นการเฉพาะ หากแต่กำหนดถึงแต่เพียงการเกิดขึ้นของเหตุอันเป็นข้อกังวลของคู่ความว่าการพิจารณาคดีของศาลไม่อาจเสร็จสิ้นภายในระยะเวลาที่เหมาะสมได้ ดังที่ได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น

อย่างไรก็ตาม การยื่นคำร้องเกี่ยวกับการพิจารณาคดีล่าช้าเมื่อได้ยื่นไปครั้งหนึ่งแล้วก็มีความเป็นไปได้ที่จะสามารถยื่นได้อีกหลายครั้งต่อศาลเดียวกัน อย่างไรก็ตาม การยื่นคำร้องเกี่ยวกับการพิจารณาคดีล่าช้าในครั้งต่อไปได้นั้น โดยหลักแล้วจะสามารถกระทำได้เมื่อพ้นระยะเวลา ๖ เดือนหลังจากการยื่นคำร้องในครั้งก่อนหน้า ทั้งนี้ ตามมาตรา ๑๙๘ วรรคสาม ประโยคที่สอง แห่งรัฐบัญญัติพระธรรมนูญศาลยุติธรรม ซึ่งระยะเวลาดังกล่าวนี้ใช้บังคับกับกรณีของการยื่นคำร้องครั้งแรกที่ได้ยื่นก่อนเวลาที่กำหนดไว้ด้วยด้วยเหตุว่าระยะเวลา ๖ เดือนดังกล่าวนั้นทำหน้าที่เพื่อป้องกันไม่ให้ศาลได้รับคำร้องแบบลูกโซ่ (Kettenrügen) ภายช่วงเวลาอันสั้น[๒๘]

๓.๒ การฟ้องเพื่อเรียกร้องค่าเสียหาย (Entschädigungsklage)

๓.๒.๑ ผู้ถูกเรียกร้องสิทธิ (Anspruchsgegner)

มาตรา ๒๐๐[๒๙] แห่งรัฐบัญญัติพระธรรมนูญศาลยุติธรรม บัญญัติว่า

“๑สำหรับผลเสียที่เกิดขึ้นด้วยเหตุความล่าช้าของศาลของมลรัฐ ให้มลรัฐเป็นผู้รับผิดในกรณีดังกล่าว

---

[๒๗] Wysk in: Wysk,Verwaltungsgerichtsordnung, 3. Auflage 2020, § 173 Rn. 31a.

[๒๘] Wolff in: Posser/Wolff, BeckOK VwGO, 62. Edition Stand: 01.07.2021, § 173 Rn. 31a.

[๒๙] **Gerichtsverfassungsgesetz**

§ 200

[1]Für Nachteile, die auf Grund von Verzögerungen bei Gerichten eines Landes eingetreten sind, haftet das Land. [2]Für Nachteile, die auf Grund von Verzögerungen bei Gerichten des Bundes eingetreten sind, haftet der Bund. [3]Für Staatsanwaltschaften und Finanzbehörden in Fällen des § 386 Absatz 2 der Abgabenordnung gelten die Sätze 1 und 2 entsprechend.

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

[๒]สำหรับผลเสียที่เกิดขึ้นด้วยเหตุความล่าช้าของศาลของสหพันธรัฐ ให้สหพันธรัฐเป็นผู้รับผิดในกรณีดังกล่าว [๓]ให้นำประโยคที่หนึ่งและประโยคที่สองไปใช้บังคับกับกรณีพนักงานอัยการและเจ้าหน้าที่ด้านภาษีในกรณีของมาตรา ๓๘๖ วรรคสอง แห่งประมวลรัษฎากร ด้วยโดยอนุโลม”

จากมาตรา ๒๐๐ ข้างต้น จะเห็นได้ว่าสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเป็นผลมาจากการพิจารณาคดีล่าช้านั้น กฎหมายกำหนดให้เรียกร้องต่อนิติบุคคลของศาล (Rechtsträger der Gerichtsbarkeit) ที่ถูกยืนยันระยะเวลาที่ไม่เหมาะสมในการพิจารณาคดี กรณีที่ความล่าช้าดังกล่าวเกิดขึ้นทั้งในส่วนของศาลปกครองในระดับมลรัฐและศาลปกครองแห่งสหพันธรัฐ การเรียกร้องในกรณีนี้ต้องเรียกร้องต่อทั้งมลรัฐและสหพันธรัฐให้รับผิดชอบชดใช้ค่าเสียหายดังกล่าว[๓๐]

๓.๒.๒ การบังคับใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย (Durchsetzung)

การใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายที่เกิดจากการพิจารณาคดีล่าช้านั้น ผู้ใช้สิทธิเรียกร้องสามารถใช้สิทธิดังกล่าวได้ ๒ วิธี คือ วิธีการนอกศาล (Außergerichtlich) และวิธีการทางศาล (Gerichtlich) ดังนี้[๓๑]

วิธีการนอกศาล เป็นวิธีการใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายโดยไม่ต้องฟ้องคดีต่อศาล โดยเรียกร้องโดยตรงกับนิติบุคคลมหาชน[๓๒] ตามมาตรา ๒๐๐ แห่งรัฐบัญญัติพระธรรมนูญศาลยุติธรรม ก็สามารถกระทำได้ ทั้งนี้ การเรียกร้องดังกล่าวนี้ไม่ถือเป็นเงื่อนไขของการฟ้องเรียกร้องค่าเสียหายต่อศาล และการไม่ดำเนินการเรียกร้องค่าเสียหายในกรณีนี้ก็ไม่ถูกจัดให้เป็นกรณีของการไม่มีความจำเป็นในการที่จะได้รับการคุ้มครองสิทธิ (Rechtsschutzbedürfnis) แต่อย่างใด แต่ทั้งนี้ การไม่ยื่นข้อเรียกร้องให้มีการชำระค่าเสียหาย(Zahlungsaufforderung) ก่อนการฟ้องคดีนั้น อาจส่งผลเสียในเชิงวิธีพิจารณาคดีได้หากผู้ถูกฟ้องคดีรับรองถึงสิทธิเรียกร้องดังกล่าวในทันที ค่าธรรมเนียมศาลตามที่กำหนดไว้ตามกฎหมายอาจตกเป็นภาระของผู้ฟ้องคดีได้ กรณีที่หน่วยงานของรัฐปฏิเสธข้อเรียกร้องค่าเสียหายก่อนการฟ้องคดี ก็ไม่อาจนำเอาคำปฏิเสธดังกล่าวไปฟ้องเป็นคดีฟ้องโต้แย้งคำสั่งทางปกครอง (Anfechtungsklage) ต่อศาลปกครองชั้นต้นได้ หากแต่ต้องไปใช้สิทธิฟ้องคดีเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายตามมาตรา ๑๗๓ ประโยคที่สอง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง ประกอบกับมาตรา ๒๐๑ วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติพระธรรมนูญศาลยุติธรรม ต่อศาลปกครองชั้นอุทธรณ์เท่านั้น

วิธีการทางศาล การฟ้องคดีเรียกร้องค่าเสียหาย (Entschädigungsklage) อันเนื่องมากจากการใช้ระยะเวลาที่มากเกินสมควรในระบบวิธีพิจารณาคดีปกครองนั้น ในระดับมลรัฐ (Länderebene) ศาลที่มีเขตอำนาจ ได้แก่ ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ (Oberverwaltungsgericht-OVG/Verwaltungsgerichtshof-VGH) ที่มีการพิจารณาคดีที่ใช้ระยะเวลานานเกินสมควรอยู่ในเขตศาล ในส่วนของระดับสหพันธรัฐ (Bundesebene) ศาลที่มีเขตอำนาจ ได้แก่ ศาลปกครองแห่งสหพันธรัฐ (Bundesverwaltungsgericht-BVerwG)

[๓๐] Meissner/Steinbeiß-Winkelmann in: Schoch/Schneider, VwGO, Werkstand: 42. ELFebruar 2022, § 173 Rn. 342.

[๓๑] Meissner/Steinbeiß-Winkelmann in: Schoch/Schneider, VwGO, Werkstand: 42. ELFebruar 2022, § 173 Rn. 343 ff.

[๓๒] นิติบุคคลมหาชนในที่นี้ ได้แก่ องค์กรของรัฐฝ่ายบริหารงานยุติธรรม (Justizverwaltung) โปรดดู Wolff in: Posser/Wolff, BeckOK VwGO, 62. Edition Stand: 01.07.2021, § 173 Rn. 35.

สำหรับการพิจารณาคดีฟ้องเรียกร้องค่าเสียหายข้างต้นนี้ ด้วยผลของมาตรา ๒๐๑ วรรคสอง ประโยคที่สอง[๓๓] แห่งรัฐบัญญัติพระธรรมนูญศาลยุติธรรม ที่ถูกนำมาใช้บังคับกับกรณีของวิธีพิจารณาคดีปกครองด้วยโดยอนุโลม การให้ผู้พิพากษาคนเดียวโดยความยินยอม[๓๔] ตามมาตรา ๘๗a วรรคสอง และวรรคสาม[๓๕] แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง เป็นผู้มีอำนาจวินิจฉัยคดีนั้นไม่อาจกระทำได้ในขณะที่อำนาจของผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในขั้นตอนการเตรียมการพิจารณาคดี (vorbereitendes Verfahren) ตามมาตรา ๘๗a วรรคหนึ่ง[๓๖] แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง นั้นยังคงสามารถใช้บังคับได้ ทั้งนี้ ผู้พิพากษาที่มีส่วนเกี่ยวข้องในการพิจารณาวินิจฉัยคดีที่ถูกร้องว่าใช้ระยะเวลาดำเนินคดีนานเกินสมควรไม่อาจเข้าร่วมเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษาคดีฟ้องเรียกร้องค่าเสียหายนี้ได้

---

[๓๓] **Gerichtsverfassungsgesetz**

§ 201

.....

(2) Die Vorschriften der Zivilprozessordnung über das Verfahren vor den Landgerichten im ersten Rechtszug sind entsprechend anzuwenden. Eine Entscheidung durch den Einzelrichter ist ausgeschlossen. (การวินิจฉัยโดยผู้พิพากษาคนเดียวไม่สามารถกระทำได้) Gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts findet die Revision nach Maßgabe des § 543 der Zivilprozessordnung statt; § 544 der Zivilprozessordnung ist entsprechend anzuwenden.

[๓๔] “ตุลาการคนเดียวโดยความยินยอมของคู่กรณี” (Der konsentierte Einzelrichter) ตามบทบัญญัติมาตรา 87a วรรคสองและวรรคสาม นี้ ขยายอำนาจในการวินิจฉัยคดีของสมาชิกขององค์คณะ โดยอาศัยความยินยอมของคู่กรณีและไม่ถือเป็นการจำกัดอำนาจขององค์คณะแต่อย่างใด และความยินยอมของคู่กรณีในที่นี้สามารถเกิดขึ้นได้ในทุกขั้นตอนของการคดีไม่จำกัดอยู่แต่เพียงเฉพาะในขั้นตอนของการเตรียมการเพื่อการพิจารณาคดี (Das vorberteitende Verfahren) เท่านั้น อีกทั้งยังใช้ได้กับกรณีของวิธีพิจารณาคดีประเภทอื่นอีกด้วย ซึ่งบทบัญญัตินี้ได้เสนอให้ศาลและคู่กรณีได้มีโอกาสในการทำให้การพิจารณา คดีเป็นไปด้วยความรวดเร็ว หน้าที่ในการเร่งรัดคดี (Die Beschleunigungsfunktion) ตามบทบัญญัตินี้ยังเป็นการกำหนดข้อยกเว้นของหลักการพิจารณาคดีโดยองค์คณะอีกด้วย ซึ่งคู่กรณีและศาลควรใช้ความเป็นไปได้ตามมาตรานี้หากมีกรณีที่เห็นได้อย่างชัดแจ้งว่าการดำเนินการดังกล่าวจะสามารถนำไปสู่การการพิจารณาคดีโดยเร็วได้ โปรดดู Riese in: Schoch/Schneider,Verwaltungsgerichtsordnung:VwGO, Werkstand: 39. EL Juli 2020, § 87a Rn.35 ff.

[๓๕] **Verwaltungsgerichtsordnung**

§ 87a

.....

(2) Im Einverständnis der Beteiligten kann der Vorsitzende auch sonst anstelle der Kammer oder des Senats entscheiden.

(3) Ist ein Berichterstatter bestellt, so entscheidet dieser anstelle des Vorsitzenden.

“(2) นอกจากขั้นตอนการเตรียมการเพื่อการพิจารณาคดีนี้แล้ว ตุลาการหัวหน้าคณะด้วยความยินยอมของคู่กรณี สามารถวินิจฉัยคดีแทนองค์คณะได้

(3) กรณีที่มีการแต่งตั้งตุลาการเจ้าของสำนวนแล้ว ตุลาการเจ้าของสำนวนจะทำหน้าที่วินิจฉัยคดีแทนตุลาการหัวหน้าคณะ”

[๓๖] **Verwaltungsgerichtsordung**

§ 87a

(1) Der Vorsitzende entscheidet, wenn die Entscheidung im vorbereitenden Verfahren ergeht,

1.über die Aussetzung und das Ruhen des Verfahrens;

2.bei Zurücknahme der Klage, Verzicht auf den geltend gemachten Anspruch oder Anerkenntnis des Anspruchs, auch über einen Antrag auf Prozesskostenhilfe;

การฟ้องคดีเรียกร้องค่าเสียหาย (Entschädigungsklage) เป็นการฟ้องให้กระทำการเป็นการทั่วไป (allgemeine Leistungsklage) ด้วยเหตุว่า ประโยชน์ที่เป็นตัวเงินดังกล่าวไม่ได้ผูกติดอยู่กับคำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด และสำหรับระยะเวลาของการยื่นคำฟ้องในกรณีนี้ก็เป็นไปตามมาตรา ๑๙๘ วรรคห้า ประโยคที่หนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติพระธรรมนูญศาลยุติธรรม ซึ่งกำหนด "ระยะเวลาในการรอ" (Wartefrist) เพื่อฟ้องคดี โดยจะสามารถฟ้องคดีได้เมื่อพ้นระยะเวลา ๖ เดือนนับแต่ได้ยื่นคำร้องเกี่ยวกับการพิจารณาคดีล่าช้า (Verzögerungsrüge) ซึ่งระยะเวลาดังกล่าวเป็นการเปิดโอกาสที่เพียงพอให้ศาลที่พิจารณาคดี (Ausgangsgericht) สามารถหลีกเลี่ยงความล่าช้าที่ไม่เหมาะสมหรืออย่างน้อยที่สุดคือไม่ขยายระยะเวลาดังกล่าว และป้องกันไม่ให้ศาลที่พิจารณาค่าเสียหาย (Entschädigungsgericht) พิจารณาคดีโดยปราศจากวัตถุแห่งคดี ด้วยเหตุว่ามีการยื่นฟ้องคดีเรียกร้องค่าเสียหายเร็วเกินไป ดังนั้น ข้อบกพร่องในการรับคดีไว้พิจารณาด้วยเหตุว่าการยื่นฟ้องคดีดังกล่าวเร็วเกินไปจึงถูกแก้ไขได้โดยการยื่นฟ้องคดีใหม่นั่นเอง อย่างไรก็ตาม ระยะเวลาในการรอดังกล่าวไม่ปรากฏว่ากฎหมายกำหนดให้สามารถยื่นคำฟ้องได้เร็วกว่าที่กำหนดได้ และไม่อาจนำเอาระยะเวลาที่สั้นกว่าในกรณีของการยื่นคำร้องเกี่ยวกับการพิจารณาคดีล่าช้ามาบังคับใช้ได้ด้วยเหตุว่ามีวัตถุประสงค์ที่แตกต่างกัน อย่างไรก็ตาม การฟ้องคดีเรียกร้องค่าเสียหายอาจไม่จำต้องรอให้พ้นระยะเวลาในการรอได้หากคดีที่ถูกร้องว่าล่าช้านั้นสิ้นสุดลงไปก่อนภายในระยะเวลาในการรอดังกล่าว เช่น กรณีของวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษา ทั้งนี้ การยื่นฟ้องคดีเรียกร้องค่าเสียหายนี้ไม่จำเป็นต้องรอให้คดีที่ล่าช้านั้นยุติลงก่อนแต่อย่างใด เพราะว่าผลในการเร่งรัดการพิจารณาคดีอย่างมีประสิทธิภาพย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้ ดังนั้น ในระหว่างการพิจารณาคดีของศาล ก็สามารถยื่นฟ้องเรียกร้องค่าเสียหายได้แล้วทั้งนี้โดยคำนึงถึงหลักการคุ้มครองสิทธิอย่างมีประสิทธิภาพ (Effektivitätsgebot) ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๑๓ ของอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐานและในมาตรา ๑๙ วรรคสี่ ของกฎหมายพื้นฐาน นั่นเอง และสำหรับระยะเวลาที่ช้าที่สุดที่จะสามารถยื่นฟ้องคดีเรียกร้องค่าเสียหายได้คือภายในระยะเวลา ๖ เดือน นับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษา ทั้งนี้ ตามมาตรา ๑๙๘ วรรคห้า ประโยคที่สอง แห่งรัฐบัญญัติพระธรรมนูญศาลยุติธรรม

3.bei Erledigung des Rechtsstreits in der Hauptsache, auch über einen Antrag auf Prozesskostenhilfe;
4.über den Streitwert;
5.über Kosten;
6.über die Beiladung.
.....
"มาตรา 87a แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง
(๑) ตุลาการหัวหน้าคณะมีอำนาจวินิจฉัย ในขั้นตอนของการเตรียมการพิจารณาคดี ดังนี้
๑. เกี่ยวกับการพักการพิจารณาคดีและการรอการพิจารณาคดี
๒. เกี่ยวกับการถอนคำฟ้อง การสละสิทธิที่กล่าวอ้าง หรือการยอมรับสิทธิเรียกร้อง รวมถึงคำขอเกี่ยวกับการช่วยเหลือเรื่องค่าธรรมเนียมศาล
๓. เกี่ยวกับข้อพิพาทสิ้นสุดลงในการพิจารณาในคดีหลัก รวมถึงคำขอเกี่ยวกับการช่วยเหลือเรื่องค่าธรรมเนียมศาล
๔. เกี่ยวกับมูลค่าของทุนทรัพย์
๕. เกี่ยวกับค่าใช้จ่าย
๖. เกี่ยวกับการร้องสอด"

๓.๒.๓ ข้อพิจารณาเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิด (Amtshaftung) และการไล่เบี้ย (Regress)

การใช้สิทธิเรียกร้องค่าเสียหายอันเนื่องจากผลเสียที่เกิดจากการพิจารณาคดีล่าช้า (Verzögerungs nachteilentschädigungsanspruch) ตามมาตรา ๑๙๘ แห่งรัฐบัญญัติพระธรรมนูญศาลยุติธรรม และสิทธิเรียกร้องกรณีความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ (Amtshaftungsanspruch) ตามมาตรา ๘๓๙ ประมวลกฎหมายแพ่ง ประกอบกับมาตรา ๓๔ ของกฎหมายพื้นฐาน นั้น ก่อให้เกิดการแข่งขันกันระหว่างสิทธิเรียกร้อง ซึ่งความไม่ชัดเจนประการหนึ่งคือ คำร้องเกี่ยวกับการพิจารณาคดีล่าช้า (Verzögerungsrüge) นั้นจะถือว่าเป็นเครื่องมือทางกฎหมายที่จะต้องดำเนินการก่อนในกรณีของความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ตามมาตรา ๘๓๙ วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายแพ่ง หรือไม่[๓๗] อย่างไรก็ตาม การแข่งขันกันระหว่างสิทธิเรียกร้อง ทั้งสองฐานดังกล่าวข้างต้นจะเกิดขึ้นได้เมื่อ มีกรณีที่ไม่เพียงความไม่เหมาะสมของระยะเวลาในการพิจารณาคดี (Unangemessenheit der Verfahrensdauer) เกิดขึ้นเท่านั้น หากแต่ยังมีการละเมิดหน้าที่ที่เป็นความผิด (schuldhafte Pflichtverletzung) ของผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาวินิจฉัยคดีด้วย และด้วยข้อพิจารณาเกี่ยวกับความเป็นอิสระของผู้พิพากษาและกรอบอิสระในการดำเนินการของการดำเนินกระบวนวิธีพิจารณา กรณีเกี่ยวกับความรับผิดดังกล่าวจึงถือเป็นข้อยกเว้น ทั้งนี้ การยืนยันถึงระยะเวลาที่ไม่เหมาะสม โดยศาลที่พิจารณาค่าเสียหาย (Entschädigungsgericht) ไม่ถือเป็นข้อบ่งชี้ถึงการละเมิดหน้าที่ของศาลที่พิจารณาคดีเริ่มต้น (Ausgangsgericht) ด้วยเหตุว่าสิทธิเรียกร้องทั้งสองประการนี้มีผลทางกฎหมาย ที่แตกต่างกัน[๓๘]

ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการไล่เบี้ย (Regress) จากผู้พิพากษาด้วยเหตุเรื่องการพิจารณาคดีที่ใช้ระยะเวลาที่ยาวนานเกินสมควร นั้น เกิดขึ้นได้น้อยในกรณีของการรับผิดทางละเมิดและถือเป็นข้อยกเว้น และในรัฐบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิในกรณีที่การพิจารณาคดีของศาลหรือการสอบสวนคดีอาญามีระยะเวลาที่ยาวนานเกินสมควรก็ไม่ได้บัญญัติในเรื่องของการไล่เบี้ยเอาไว้ ดังนั้น ในกรณีนี้จึงต้องพิจารณาจากบทบัญญัติทั่วไป (allgemeine Vorschriften) ซึ่งกฎหมายว่าด้วยผู้พิพากษา (Richtergesetze) ได้อ้างอิงถึงสิทธิไล่เบี้ยของผู้บังคับบัญชาตามกฎหมายว่าด้วยข้ารัฐการ (Beamtengesetze) ซึ่งในระดับสหพันธรัฐ (Bundesebene) มาตรา ๗๘ วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยข้ารัฐการของสหพันธรัฐ ประกอบกับมาตรา ๔๖ แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยผู้พิพากษา กำหนดให้การไล่เบี้ย (Rückgriff) จะสามารถกระทำได้เฉพาะเมื่อมีการละเมิดหน้าที่โดยจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงเท่านั้น ซึ่งหลักการดังกล่าวใช้บังคับกับผู้พิพากษาในระดับมลรัฐตามมาตรา ๔๘ แห่งรัฐบัญญัติสถานะของข้ารัฐการ ประกอบกับมาตรา ๗๑ แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วย ผู้พิพากษา กรอบพิจารณาดังกล่าวไม่อาจขยายความต่อไปได้ ด้วยเหตุว่ากรณีดังกล่าวอยู่ภายใต้บทบัญญัติของรัฐธรรมนูญตามมาตรา ๓๔ วรรคสอง ของกฎหมายพื้นฐาน ที่กำหนดห้ามไม่ให้มีการไล่เบี้ยจากกรณีของการใช้อำนาจรัฐหากเป็นเพียงการประมาทเลินเล่อธรรมดา ซึ่งการประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นโดยหลักแล้วไม่อาจเกิดขึ้นจากกรณีของการพิจารณาคดีล่าช้าได้[๓๙]

---

[๓๗] Wolff in: Posser/Wolff, BeckOK VwGO, 62. Edition Stand: 01.07.2021, § 173 Rn. 34.

[๓๘] Meissner/Steinbeiß-Winkelmann in: Schoch/Schneider, VwGO, Werkstand: 42. ELFebruar 2022, § 173 Rn. 351.

[๓๙] Meissner/Steinbeiß-Winkelmann in: Schoch/Schneider, VwGO, Werkstand: 42. ELFebruar 2022, § 173 Rn. 352.

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเทียบอายุราชการ

๔. ตัวอย่างคำพิพากษา

หลังจากการใช้บังคับรัฐบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิในกรณีที่การพิจารณาคดีของศาลหรือการสอบสวนคดีอาญามีระยะเวลาที่ยาวนานเกินสมควร ซึ่งมีผลเป็นการแก้ไขเปลี่ยนแปลงกฎหมายวิธีพิจารณาคดีของศาลต่าง ๆ นับแต่ปี ค.ศ. ๒๐๑๑ ดังที่ได้กล่าวไว้ในตอนต้นของบทความนี้แล้วนั้น เนื้อหาในส่วนนี้จะได้นำเสนอถึงตัวอย่างของคำวินิจฉัยของศาลต่าง ๆ ที่ได้วินิจฉัยในประเด็นที่เกี่ยวข้องตามรัฐบัญญัติดังกล่าว ดังนี้

- การฟ้องคดีโดยตรงเพื่อขอให้ศาลยืนยันระยะเวลาที่ไม่เหมาะสมของการพิจารณาคดีของศาลไม่อาจกระทำได้[๔๐]

- มาตรา ๒ วรรคหนึ่ง ประกอบกับมาตรา ๒๐ วรรคสาม ของกฎหมายพื้นฐาน ให้หลักประกันการคุ้มครองสิทธิทางศาลที่มีประสิทธิภาพแก่คู่ความในคดีแพ่ง ซึ่งการคุ้มครองสิทธิดังกล่าวจะถูกรักษาไว้ก็ต่อเมื่อนิติสัมพันธ์ที่พิพาทกันถูกวินิจฉัยภายในเวลาที่เหมาะสม กรณีที่จะต้องพิจารณาว่าเมื่อใดจะถือว่าการพิจารณาคดีของศาลมีระยะเวลายาวนานเกินสมควรอันเป็นการกระทบต่อการรักษาไว้ซึ่งการคุ้มครองสิทธิอย่างมีประสิทธิภาพและในทางรัฐธรรมนูญไม่อาจยอมรับได้นั้น เป็นกรณีที่ไม่อาจยืนยันได้เป็นการทั่วไป หากแต่จะต้องพิจารณาโดยการชั่งน้ำหนักและวินิจฉัยไปในแต่ละกรณี ซึ่งในการพิจารณาดังกล่าวจะต้องพิจารณาถึงความสำคัญของข้อพิพาทต่อคู่ความ ความยากในทางเนื้อหา พฤติกรรมของคู่ความและศาล รวมถึงของบุคคลที่สามที่ส่งอิทธิพลต่อระยะเวลาในการพิจารณาคดี และด้วยระยะเวลาในการพิจารณาคดีของศาลที่เพิ่มมากขึ้นนั้น ก็ยิ่งทำให้หน้าที่ของศาลในการที่จะพยายามอย่างสม่ำเสมอในการสนับสนุนเร่งรัด และทำให้การพิจารณาคดีนั้นสิ้นสุดลงเพิ่มมากยิ่งขึ้น[๔๑]

- ข้อกำหนดเรื่องระยะเวลาตามมาตรา ๑๙๘ วรรคห้า ประโยคที่หนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติพระธรรมนูญศาลยุติธรรม นั้น หากตีความตามวัตถุประสงค์แล้ว อาจถูกจำกัดได้ หากไม่มีการบังคับใช้ในกรณีที่การพิจารณาคดีของศาลสิ้นสุดลงก่อนที่จะพ้นระยะเวลาหกเดือน[๔๒] ดังนั้น การฟ้องคดีเรียกร้องค่าเสียหาย (Die Entschädigungsklage) ในกรณีนี้จึงสามารถกระทำได้ก่อนการพิจารณาคดีของศาลสิ้นสุดลงซึ่งถือเป็นข้อยกเว้น[๔๓]

- การพิจารณาคดีของศาล (Gerichtsverfahren) ตามนัยของมาตรา ๑๙๘ วรรคหนึ่ง ประโยคที่หนึ่งและวรรคห้า ข้อหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติพระธรรมนูญศาลยุติธรรม คือ การพิจารณาคดีของศาล (ปกครอง) โดยรวม รวมถึงกรณีที่การพิจารณาคดีนั้นเกิดขึ้นในหลายชั้นศาลหรือในศาลที่แตกต่างกัน ทั้งนี้ โดยไม่รวมถึงขึ้นตอนที่ต้องดำเนินการก่อนฟ้องคดีในชั้นของเจ้าหน้าที่ (das behördliche Vorverfahren)[๔๔] ขั้นตอนการพิจารณาของฝ่ายปกครองและการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครอง (Das Verwaltungs-und Widerspruchsverfahren) ไม่เป็นส่วนหนึ่งของการพิจารณาคดีของศาลตามความหมายของรัฐบัญญัติ

---

[๔๐] BGH, Urteil vom 23.1.2014 – III ZR 37/13, NJW 2014, 939.

[๔๑] BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), Beschluß vom 27. 7. 2004 - 1 BvR 1196/04, NJW 2004, 3320.

[๔๒] BVerwG, Urt. v. 26.2.2015 – 5 C 5/14 (OVG Greifswald), NVwZ-RR 2015, 641.

[๔๓] VGH München (24. Senat), Urteil vom 13.06.2019 - 24 A 18.2049, BeckRS 2019, 13899.

[๔๔] BVerwG, Urteil vom 11. 7. 2013 – 5 C 23/12 D, NJW 2014, 96.

เกี่ยวกับการคุ้มครองสิทธิในกรณีที่ศาลใช้เวลาพิจารณาคดียาวนานเกินสมควร (Anschluss an BVerwG vom 11.7.2013 - 5 C 23.12 D = BVerwGE 147, 146)[๔๕]

- คำร้องเกี่ยวกับการพิจารณาคดีล่าช้า (Verzögerungsrüge) สามารถกระทำได้ในรูปแบบของลายลักษณ์อักษร (schriftlich) หรือด้วยวาจา (mündlich) ก็ได้ และในวิธีพิจารณาที่ต้องมีทนายความเป็นผู้ดำเนินคดีแทนคู่ความนั้น คำร้องดังกล่าวจะต้องหยิบยกขึ้นโดยทนายความผู้ได้รับมอบอาจ การตรวจสอบว่ามีคำร้องดังกล่าวอยู่หรือไม่เป็นหน้าที่ของศาลที่ต้องดำเนินการโดยสามารถริเริ่มได้เอง คำร้องเกี่ยวกับการพิจารณาคดีล่าช้าจะต้องแสดงเห็นเห็นว่าคู่ความผู้ได้รับผลกระทบไม่เห็นด้วยกับระยะเวลาของการพิจารณาคดี โดยไม่จำเป็นต้องระบุว่าเป็น “คำร้องเกี่ยวกับการพิจารณาคดีล่าช้า”[๔๖]

- กรณีระยะเวลา ๒ เดือน ระหว่างการกำหนดนัดและการนั่งพิจารณาคดี ถือเป็นกรณีปกติตามเหตุของการบริหารจัดการองค์กรของศาลเพื่อประโยชน์ของคู่กรณี เช่นเดียวกับเหตุผลในเรื่องของการตระเตรียมโดยละเอียดขององค์คณะ ซึ่งถือว่ามีความเหมาะสมและไม่เป็นการล่าช้าตามความหมายของมาตรา ๑๙๘ วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติพระธรรมนูญศาลยุติธรรม[๔๗]

- ขั้นตอนเกี่ยวกับพยานหลักฐานตามมาตรา ๔๘๕ วรรคสอง แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ซึ่งดำเนินการก่อนการฟ้องคดีเป็นขั้นตอนที่แยกเป็นอิสระออกจากกระบวนวิธีพิจารณาคดีหลักและถือเป็นการพิจารณาคดีของศาลตามความในมาตรา ๑๙๘ วรรคหก ข้อหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติพระธรรมนูญศาลยุติธรรม หากปรากฏว่าในทั้งสองขั้นตอนดังกล่าวใช้ระยะเวลาที่ไม่เหมาะสม ในกรณีนี้ถือว่ามีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหายตามมาตรา ๑๙๘ วรรคหนึ่ง ประโยคที่หนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติพระธรรมนูญศาลยุติธรรมเกิดขึ้นสองสิทธิแยกออกจากกัน[๔๘]

- ในคดีที่ข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายเห็นได้ชัดว่ามีความซับซ้อนและในการดำเนินคดีมีความยุ่งยากนั้น ถือว่ามีการละเมิดหลักการคุ้มครองสิทธิอย่างมีประสิทธิภาพ หากปรากฏว่า การพิจารณาคดีดังกล่าวในศาลชั้นแรกใช้ระยะเวลา ๑๘ ปี โดยที่ศาลไม่ได้ดำเนินการพิจารณาคดีดังกล่าวเป็นระยะเวลาสองปี[๔๙]

- กรณีถือว่าเป็นการขัดต่อหลักประกันการคุ้มครองสิทธิอย่างมีประสิทธิภาพตามรัฐธรรมนูญ หากการพิจารณาคดีที่ล่าช้าของศาลแรงงานมีคำสั่งที่ใช้ดุลพินิจบกพร่องให้พักการพิจารณาคดีจำนวนสามครั้ง ตามมาตรา ๑๔๘ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง เป็นระยะเวลาทั้งสิ้น ๑๒ ปี ซึ่งในวิธีพิจารณาคดีที่ยึดถือหลักการดำเนินการพิจารณาคดีโดยคู่ความ (Parteimaxime) พฤติกรรมของคู่ความก็ไม่ได้ทำให้ศาลพ้นจากหน้าที่ตามหลักนิติรัฐที่จะต้องพิจารณาคดีโดยรวดเร็วได้[๕๐]

- การพิจารณาของศาลภาษีชั้นต้น ในคดีที่โดยเฉลี่ยแล้วถือว่ามีความยุ่งยาก และปรากฏว่ามีการสอบถามขั้นตอนการดำเนินคดีและมีการยื่นคำร้องเกี่ยวกับการพิจารณาคดีล่าช้า และมีการเริ่มพิจารณา

---

[๔๕] BSG, Urteil vom 03.09.2014 - B 10 ÜG 12/13 R, BeckRS 2014, 74259.

[๔๖] BVerfG (2. Kammer des Ersten Senats), Beschluss vom 17.12.2015 – 1 BvR 3164/13, NJW 2016, 2018.

[๔๗] OVG Münster, Urt. v. 10.2.2017 – 3 A 972/11, NVwZ-RR 2017, 625.

[๔๘] BGH, Urteil vom 5. Dez. 2013 - III ZR 73/13 (Frankfurt am Main), ZfBR 2014, 236.

[๔๙] BVerfG (3. Kammer des Ersten Senats), Beschl. v. 17. 11. 2011 – 1 BvR 3155/09, NZG 2012, 345.

[๕๐] BVerfG (3. Kammer des Ersten Senats), Beschluss vom 5. 8. 2013 – 1 BvR 2965/10, NJW 2013, 3432.

และพิพากษาคดีหลังจากที่พ้นระยะเวลา ๖ ปีหลังจากมีการฟ้องคดี (ระยะเวลาโดยรวม ๗๗ เดือน) ในกรณีนี้ว่าระยะเวลาในการพิจารณาคดีมีความไม่เหมาะสม[๕๑]

- ในกรณีที่มีการสั่งโอนคดีไปยังศาลที่มีอำนาจพิจารณาคดี เช่น กรณีขั้นตอนของการพิจารณาการให้ความช่วยเหลือในส่วนของค่าธรรมเนียมศาลที่แยกออกไปพิจารณาไว้เป็นการเฉพาะซึ่งเห็นได้ชัดว่ายื่นต่อศาลที่ไม่มีอำนาจพิจารณาเรื่องดังกล่าว เมื่อมีการสั่งโอนคดีไปยังศาลที่มีเขตอำนาจเมื่อระยะเวลาผ่านไปแล้ว ๔๕ เดือนกรณีดังกล่าวถือว่าเป็นระยะเวลาที่ไม่เหมาะสม ด้วยเหตุว่าการพิจารณาในเรื่องของค่าธรรมเนียมศาลนั้นไม่ได้มีลักษณะพิเศษสำคัญแต่อย่างใด[๕๒]

- ความล่าช้าของการพิจารณาคดีของศาลด้วยเหตุว่าผู้พิพากษาผู้มีอำนาจพิจารณาคดีป่วยนั้นอาจเป็นเหตุผลที่รัฐจะต้องมีหน้าที่ในการชดใช้ค่าเสียหายในกรณีดังกล่าว[๕๓]

- กรณีไม่อาจถือได้ว่ามีสิทธิเรียกร้องค่าเสียหาย หากระยะเวลาในการพิจารณาคดีขยายออกไปด้วยเหตุว่าเป็นผลของการระบาดของไวรัส Corona ด้วยเหตุว่า ความรับผิดที่จะต้องชดใช้ค่าเสียหายตามมาตรา ๑๙๘ แห่งรัฐบัญญัติพระธรรมนูญศาลยุติธรรม ขึ้นอยู่กับเงื่อนไขที่ว่าข้อเท็จจริงที่นำไปสู่การขยายระยะเวลาพิจารณาคดีต้องอยู่ในอำนาจหรือในขอบเขตที่รัฐมีอิทธิพลเหนือข้อเท็จจริงดังกล่าวได้ ความล่าช้าที่เกิดขึ้นในช่วงเริ่มต้นของการระบาดของไวรัส Corona นั้น ไม่อาจถือว่าเป็นกรณีของความไม่เหมาะสมของระยะเวลาในการพิจารณาคดีตามมาตรา ๑๙๘ วรรคหนึ่ง แห่งรัฐบัญญัติเดียวกัน กรณีดังกล่าวจึงไม่ตกอยู่ในความรับผิดชอบของรัฐ[๕๔]

สรุป

การนำข้อพิพาทมาฟ้องคดีต่อศาลเป็นวิธีการหนึ่งที่คู่ความในคดีเลือกใช้ในการระงับข้อพิพาทระหว่างกันโดยให้องค์กรของรัฐที่มีความเป็นอิสระและมีความกลางทำหน้าที่ในการวินิจฉัยข้อพิพาทดังกล่าว โดยมุ่งหวังความยุติธรรมที่จะได้รับในท้ายที่สุดของการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ทั้งนี้โดยความรวดเร็วและเท่าทันเวลา อันจะเป็นการคุ้มครองสิทธิโดยทางศาลอย่างมีประสิทธิภาพ ซึ่งในประเทศภาคพื้นยุโรปหลักการดังกล่าวนี้ถูกรับรองไว้ในอนุสัญญายุโรปว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิมนุษยชนและเสรีภาพขั้นพื้นฐาน ค.ศ. ๑๙๕๐ (Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten-EMRK) และในรัฐธรรมนูญของหลายประเทศโดยเฉพาะในส่วนของประเทศเยอรมนี กฎหมายพื้นฐานก็ได้กำหนดรับรองเอาไว้ถึงหลักประกันการคุ้มครองสิทธิอย่างมีประสิทธิภาพโดยองค์กร

---

[๕๑] BFH, Urteil vom 20. August 2014 – X K 9/13, accessed 1 August 2022, from https://www.bundesfinanzhof.de/de/entscheidung/entscheidungen-online/detail/STRE201410246/.

[๕๒] BFH, Urteil vom 14. April 2021 – X K 3/20, accessed 1 August 2022, from https://www.bundesfinanzhof.de/de/entscheidung/entscheidungen-online/detail/STRE202150151/.

[๕๓] Der erkrankte Richter – und die Entschädigung für die Verfahrensverzögerung (Bundessozialgericht, Urteil vom 24. Februar 2022 – B 10 ÜG 2720 R) , accessed 1 August 2022, from https://www.rechtslupe.de/ blickpunkt/der-erkrankte-richter-und-die-entschaedigung-fuer-die-verfahrens verzoegerung-3232862.

[๕๔] BFH, Urteil vom 27. Oktober 2021 – X K 5/20, accessed 1 August 2022, from https://www.bundesfinanzhof.de/de/entscheidung/entscheidungen-online/detail/STRE202210064/.

ตุลาการเอาไว้เช่นกัน (Rechtsschutzgarantie) ซึ่งหลักการนี้ถือเป็นส่วนหนึ่งของหลักนิติรัฐ ที่ให้หลักประกันแก่ประชาชนไม่เพียงแต่ช่องทางการเข้าถึงศาล (Rechtsweg) เพื่อนำข้อพิพาทเข้าสู่การพิจารณาคดีเท่านั้น แต่หากหมายความรวมถึงการคุ้มครองสิทธินี้จะต้องเป็นไปอย่างประสิทธิภาพอีกด้วย และประสิทธิภาพดังกล่าวนี้ไม่ใช่เพียงแต่จะก่อให้เกิดข้อเรียกร้องในเชิงคุณภาพไม่ว่าจะเป็นในส่วนของคุณภาพของคำพิพากษาและคุณสมบัติของผู้พิพากษาเท่านั้น แต่ยังรวมไปถึงการพิจารณาพิพากษาคดีภายในระยะเวลาที่เหมาะสมอีกด้วย

ก่อนปี ค.ศ. ๒๐๑๑ ประเทศเยอรมนีก็ถูกศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปพิพากษามาโดยตลอดว่าประเทศเยอรมนีไม่มีการคุ้มครองสิทธิในแง่มุมของระยะเวลาในการพิจารณาคดีของศาล จนกระทั่งศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปในคดี Rumpf gegen Deutschland (Beschwerde-Nr. ๔๖๓๔๔/๐๖) ได้มีคำพิพากษานำร่อง (Piloturteil) กำหนดหน้าที่ให้ประเทศเยอรมนีจัดให้มีเครื่องมือในการคุ้มครองสิทธิในกรณีที่ศาลใช้ระยะเวลาในการพิจารณาคดียาวนานเกินสมควรขึ้น ทั้งนี้ ภายใน ๑ ปีนับแต่วันที่คำพิพากษาของศาลนี้มีผล ซึ่งประเทศเยอรมนีก็ได้ปฏิบัติตามคำพิพากษาดังกล่าวโดยมีการตรารัฐบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองสิทธิในกรณีที่การพิจารณาคดีของศาลหรือการสอบสวนคดีอาญามีระยะเวลาที่ยาวนานเกินสมควร” (Gesetz über den Rechtsschutz bei überlangen Gerichtsverfahren und strafrechtlichen Ermittlungsverfahren) ออกมาใช้บังคับนั่นเอง รัฐบัญญัติฉบับนี้เป็นปรากฏการณ์หนึ่งที่แสดงให้เห็นถึงความพยายามในการสร้างความสมบูรณ์ของการคุ้มครองสิทธิของบุคคลให้มีประสิทธิภาพมากขึ้นในแบบฉบับของประเทศเยอรมนีนั่นเอง

ในส่วนของกฎหมายไทยก็ปรากฏว่าในปัจจุบันนี้ ก็ได้มีการเสนอร่างพระราชบัญญัติกำหนดระยะเวลาดำเนินงานในกระบวนการยุติธรรม พ.ศ. ....[๕๕] ทั้งนี้ ด้วยผลของมาตรา ๒๕๘ ง. ด้านกระบวนการยุติธรรมของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ที่กำหนดให้ดำเนินการปฏิรูปประเทศด้านกระบวนการยุติธรรม โดยการกำหนดระยะเวลาดำเนินงานในทุกขั้นตอนของกระบวนการยุติธรรมที่ชัดเจนเพื่อให้ประชาชนได้รับความยุติธรรมโดยไม่ล่าช้า อย่างไรก็ตาม เมื่อพิจารณาถึงเนื้อหาของร่างพระราชบัญญัติดังกล่าวเปรียบเทียบกับรัฐบัญญัติฯ ของประเทศเยอรมนีในเบื้องต้นแล้ว เห็นได้ว่าในประเทศเยอรมนีประชาชนผู้ได้รับผลกระทบจากการใช้ระยะเวลาในการพิจารณาคดีที่ยาวนานเกินสมควรจะได้รับการคุ้มครองสิทธิมากกว่า โดยเฉพาะอย่างยิ่งการมีสิทธิยื่นคำร้องเกี่ยวกับการพิจารณาคดีล่าช้า (Verzögerungsrüge) และให้สิทธิฟ้องคดีเรียกร้องค่าเสียหาย (Entschädigungsklage) ซึ่งต่างจากร่างพระราชบัญญัติกำหนดระยะเวลาดำเนินงานในกระบวนการยุติธรรม พ.ศ. .... ที่มีเนื้อหาที่มุ่งหมายแต่เพียงการบังคับการเอากับหน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมเป็นหลัก เห็นได้จากการกำหนดให้หน่วยงานในกระบวนการยุติธรรมกำหนดระยะเวลาแล้วเสร็จเท่าที่จะสามารถกระทำได้ในการพิจารณาเรื่องในขั้นตอนต่าง ๆ ของการดำเนินงานในส่วนที่เกี่ยวกับหน้าที่และอำนาจของตน หรือการดำเนินการทางวินัยกับผู้รับผิดชอบดำเนินงานที่อยู่ในความรับผิดชอบของตน กรณีที่ไม่แจ้งให้ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องทราบหรือไม่รายงาน

[๕๕] ร่างพระราชบัญญัติกำหนดระยะเวลาดำเนินงานในกระบวนการยุติธรรม พ.ศ. .... , สืบค้นเมื่อวันที่ ๑ สิงหาคม ๒๕๖๕, จาก https://web.parliament.go.th/view/59/webboard/1/3/TH-TH.

ให้ผู้บังคับบัญชาทราบหรือในกรณีที่ผู้บังคับบัญชาเห็นว่าความล่าช้านั้นเกินสมควรแก่เหตุหรือไม่มีเหตุอันสมควร แต่ในส่วนของประชาชนมีแต่เพียงสิทธิสอบถามความคืบหน้าของการดำเนินงานเท่านั้น โดยร่างกฎหมายกำหนดให้หน่วยงานในกระบวนการยุติธรรม จัดให้มีผู้รับผิดชอบเป็นการเฉพาะเพื่อรับเรื่องในกรณีที่ผู้มีส่วนเกี่ยวข้องได้รับความเดือดร้อนอันเนื่องมาจากความล่าช้าและให้ตรวจสอบความคืบหน้าของการดำเนินงาน แล้วแจ้งผลการตรวจสอบไปยังผู้มีส่วนเกี่ยวข้อง พร้อมทั้งรายงานให้ผู้บังคับบัญชาทราบทุกครั้ง เป็นต้น

อย่างไรก็ตาม การร่างกฎหมายที่กำหนดระยะเวลาดำเนินงานในกระบวนการยุติธรรมก็แสดงให้เห็นถึงความพยายามของประเทศไทยในการจัดการแก้ไขปัญหาในแง่มุมของระยะเวลาที่ใช้ไปในกระบวนการยุติธรรมของไทย ซึ่งหากร่างกฎหมายดังกล่าวมีการประกาศใช้บังคับในอนาคตก็ต้องพิจารณากันต่อไปถึงผลสัมฤทธิ์ของกฎหมายดังกล่าวว่า ส่งผลต่อการคุ้มครองสิทธิของประชาชนโดยองค์กรตุลาการในระบบกฎหมายไทยนั้น มีประสิทธิภาพเพิ่มมากขึ้นได้แค่ไหนเพียงใด โดยเฉพาะในแง่มุมของระยะเวลาที่ศาลใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดี

ปกิณกะเล็ก ๆ น้อย ๆ ในแวดวงศาลเยอรมัน

นรินทร์ อิธิสาร*

"Made in Germany" เป็นภาพติดในมโนทัศน์ของคนทั่วไปว่าเป็นการประกันถึงความมีคุณภาพและมาตรฐานขั้นสูง สินค้าที่ผลิตในประเทศเยอรมนีหรือผลิตตามเกณฑ์มาตรฐานของประเทศเยอรมนีมักจะได้รับความนิยมในเรื่องของคุณภาพ นอกจากนั้น ประเทศเยอรมนียังได้ส่งต่ออิทธิพลในด้านต่าง ๆ ไปทั่วโลกอีกด้วย ไม่ว่าจะเป็นในด้านสังคมและวัฒนธรรม วิทยาศาสตร์และเทคโนโลยี และภาษา เป็นต้น สิ่งสำคัญประการหนึ่งที่ได้รับการยอมรับและส่งผลต่อประเทศไทย คือ กฎหมายเยอรมัน ที่มีอิทธิพลต่อข้อความคิดของนักกฎหมายและระบบกฎหมายไทยอย่างมีนัยสำคัญ เห็นได้จากตัวอย่างเช่น การรับเอาข้อความคิดของประมวลกฎหมายแพ่ง (Bürgerliches Gesetzbuch-BGB) มาเป็นส่วนหนึ่งของประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ หรือการนำเอารัฐบัญญัติวิธีพิจารณาเรื่องทางปกครอง (Verwaltungsverfahrensgesetz-VwVfG) มาใช้เป็นต้นแบบในการร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ เป็นต้น และคนเยอรมันเองก็ยังได้รับการยกย่องว่าเป็นผู้ที่มีระเบียบ วินัย และเคารพกฎหมายเป็นอย่างยิ่ง นอกจากนั้น ก็ยังเป็นประเทศที่ให้ความสำคัญกับสิทธิขั้นพื้นฐาน (Grundrechte) และหลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip) เป็นอย่างยิ่งโดยสามารถบังคับการให้เป็นไปตามหลักการดังกล่าวได้ในชีวิตประจำวันได้อย่างแท้จริงอีกด้วย

บทความนี้จะได้หยิบยกตัวอย่างหรือข้อเท็จจริงที่น่าสนใจและเกิดขึ้นในบริบทของระบบกฎหมายเยอรมันโดยเฉพาะในส่วนที่เกี่ยวข้องกับผู้พิพากษาหรือศาลของประเทศเยอรมนี มานำเสนอในที่นี้ ส่วนหนึ่งก็เพื่อเป็นการให้ข้อมูลที่น่าสนใจกับผู้อ่าน อีกส่วนหนึ่งก็ต้องการนำเสนอให้ผู้อ่านได้ทราบถึงเกร็ดเล็กเกร็ดน้อยในบริบทของสังคมกฎหมายเยอรมัน

๑. ผู้พิพากษาตาบอด (Der blinde Richter)

หากมนุษย์สร้างรูปสมมุติของ Justitia เทพีแห่งความยุติธรรม ที่มักปรากฏกายในรูปของหญิงสาวที่มือซ้ายถือตราชั่ง มือขวาถือดาบเพชฌฆาต ส่วนดวงตานั้นก็ถูกผ้าปิดเอาไว้เพื่อทำหน้าที่ในการสร้างความยุติธรรมให้เกิดขึ้นในโลกนี้แล้วนั้น ก็ไม่ใช่สิ่งที่แปลกประหลาดแต่อย่างใดหากจะมีคนตาบอดทำหน้าที่ผู้พิพากษาในการพิจารณาพิพากษาคดี ในประเทศเยอรมนีผู้ที่จะทำหน้าที่ผู้พิพากษาที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีนั้น นอกจากบุคคลที่มีร่างกายครบถ้วนสมบูรณ์แล้ว คนตาบอดก็สามารถปฏิบัติ

* พนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ, ผู้อำนวยการกลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน ๒ สำนักวิจัยและวิชาการ, สำนักงานศาลปกครอง (บทความนี้เป็นผลงานส่วนบุคคลของผู้เขียนที่ไม่มีความเกี่ยวข้องกับศาลปกครองและสำนักงานศาลปกครอง)

® SANDRA GEISS-MAKOWSKI, Ohne Ansehen der Person, accessed 7 August 2022, from https://www.tages spiegel.de/gesellschaft/panorama/ohne-ansehen-der-person/661210.html.

หน้าที่ผู้พิพากษาได้ ทั้งนี้ รวมถึงในส่วนของผู้พิพากษาในคดีอาญาด้วย การที่คนตาบอดปฏิบัติหน้าที่เป็นผู้พิพากษาหรือเรียกว่า “คนตาบอดบนเก้าอี้ผู้พิพากษา” (Blinde auf dem Richterstuhl) นั้น ถือเป็นเรื่องปกติของประเทศเยอรมนี[๑] และคนตาบอดรายแรก ที่เข้าดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาประจำศาลยุติธรรมแห่งสหพันธรัฐ (Bundesgerichtshof-BGH) ณ เมือง Karlsruhe ซึ่งเป็นศาลสูงสุดของประเทศเยอรมนีที่มีอำนาจหน้าที่หลักในการพิจารณาพิพากษาคดีแพ่งและคดีอาญา ได้แก่ ผู้พิพากษานามว่า Hans-Eugen Schulze โดย Schulze ปฏิบัติหน้าที่ประจำศาลดังกล่าวระหว่างปี ค.ศ. ๑๙๖๓ ถึง ค.ศ. ๑๙๘๕[๒] แต่หากพิจารณาประเทศเพื่อนบ้านทางตอนใต้ของประเทศเยอรมนีคือประเทศออสเตรีย เพิ่งเริ่มมีผู้พิพากษาซึ่งเป็นคนตาบอดครั้งแรกเมื่อปี ค.ศ. ๒๐๑๓ โดยการแต่งตั้งคนตาบอดจำนวน ๒ คน ให้เป็นผู้พิพากษาประจำศาลปกครองแห่งสหพันธรัฐเป็นครั้งแรก[๓]

ทั้งนี้ ข้อพิจารณาในด้านคุณสมบัติของคนตาบอดที่ทำหน้าที่เป็นผู้พิพากษานั้น โดยทั่วไปแล้วไม่มีข้อจำกัดในการห้ามคนตาบอดปฏิบัติหน้าที่ดังกล่าวแต่อย่างใด อย่างไรก็ตาม ปรากฏข้อเท็จจริงว่าศาลยุติธรรมแห่งสหพันธรัฐ (BGH) ได้มีคำพิพากษาในปี ค.ศ. ๑๙๘๗ ว่า การเข้าร่วมนั่งพิจารณาของผู้พิพากษาตาบอดในฐานะผู้พิพากษาหัวหน้าคณะ (Vorsitzender) ในการพิจารณาคดีหลักในองค์คณะคดีอาญาของศาลชั้นต้น (Hauptverhandlung einer erstinstanzlichen Strafkammer) นั้น ถือว่าเป็นการนั่งพิจารณาโดยไม่ครบองค์คณะตามที่กฎหมายกำหน[๔] ในคดีดังกล่าวนี้เป็นขั้นตอนของการสืบพยานวัตถุ[๕] (Augenscheineinnahme) แต่คำพิพากษาของศาลยุติธรรมแห่งสหพันธรัฐในคดีดังกล่าวนี้ก็เป็นคำพิพากษาที่มีข้อเถียงหรือข้อโต้แย้งกันมาก[๖] ซึ่งก่อนหน้านั้น ศาลภาษีแห่งสหพันธรัฐ (Bundesfinanzhof-BFH) ได้มีคำพิพากษาในปี ค.ศ. ๑๙๘๔ ว่า กรณีถือว่าองค์คณะของศาลภาษีชั้นต้นที่มีผู้พิพากษาตาบอดเป็นผู้พิพากษาหัวหน้าคณะ (Finanzgericht-FG) เป็นองค์คณะที่ครบสมบูรณ์ตามกฎหมาย การมีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีของผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในคดีที่มีเนื้อหาจำนวนมากนั้นไม่เป็นอุปสรรคแต่อย่างใด หากไม่ใช่กรณีของการสืบพยานวัตถุในความหมายอย่างแคบ (Augenscheineinnahme im engeren Sinne) หรือไม่ใช่กรณีที่การวินิจฉัยคดีนั้นขึ้นอยู่กับความสามารถของผู้พิพากษาหัวหน้าคณะ หรือเป็นกรณีที่ต้องขึ้นอยู่กับการรับรู้โดยการมองเห็น[๗] ทั้งนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐ (Bundesverfassungsgericht) ก็ได้มีคำพิพากษาเกี่ยวข้องกับคนตาบอดที่ทำหน้าที่

[๒] Hans-Eugen Schulze, accessed 1 August 2022, from https://de.wikipedia.org/wiki/Hans-Eugen_Schulze.

[๓] Erstmals blinde Richter in Österreich, accessed 7 August 2022, from https://wien.orf.at/v2/news/stories/ 2595703/.

[๔] BGH, Urteil v. 17.12.1987, 4 StR 440/87, accessed 7 August 2022, from https://research.wolterskluwer-online.de/document/3675b712-96ce-4322-a4d3-a37a0a1fe5ea.

[๕] Augenscheinbeweis คือ พยานวัตถุที่หมายรวมถึงทั้งตัวบุคคล วัตถุ และสถานที่ ที่ศาลรับฟังในการนำสืบพยานเพื่อให้ศาลได้รับรู้ถึงข้อมูลของพยานวัตถุดังกล่าว

[๖] Blind und doch sehend - blinde Juristen bereichern die Justiz, accessed 7 August 2022, from https://www. haufe.de/recht/kanzleimanagement/blinde-juristen-bereichern-die-justiz_222_209552.html.

[๗] BFH-Urteil vom 4.4.1984 (II R 103/81) BStBl. 1984 II S. 532, accessed 7 August 2022, from http://www.bfh. simons-moll.de/bfh_1984/XX840532.HTM.

ในฐานะผู้พิพากษาในหลายกรณี เช่น การมีส่วนร่วมของผู้พิพากษาตาบอดในฐานะผู้พิพากษาหัวหน้าคณะในองค์คณะใหญ่ในการพิจารณาคดีชั้นอุทธรณ์ ไม่เป็นการละเมิดสิทธิที่จะมีผู้พิพากษาตามกฎหมาย (gesetzlicher Richter)[๘] เป็นต้น

จะเห็นได้ว่า โดยทั่วไปแล้วในระบบกฎหมายเยอรมันไม่ได้มีปัญหากับการที่จะต้องมีผู้พิพากษาที่เป็นคนตาบอดแต่อย่างใด ในทางกลับกันต่างก็ได้ให้การส่งเสริมและสนับสนุนให้คนตาบอดสามารถปฏิบัติหน้าที่ผู้พิพากษาได้ นอกจากนั้น ยังรวมไปถึงกรณีวิชาชีพทางกฎหมายอื่น ๆ ด้วย เช่น กรณีของพนักงานอัยการ (Staatsanwalt)[๙] และทนายความ (Rechtsanwalt)[๑๐] เป็นต้น ด้วยเหตุว่า สิ่งที่สำคัญที่สุดของผู้ประกอบวิชาชีพนักกฎหมายโดยเฉพาะอย่างยิ่งในตำแหน่งผู้พิพากษา คือ ไม่ว่าตาจะบอดหรือไม่ก็ตาม แต่ที่สำคัญคือใจห้ามมืดบอดไปด้วยอคติก็นับจะเป็นประโยชน์ต่อตนเองและคู่ความ

๒. ผู้พิพากษาขี้เซา (Der schlafende Richter)

เหตุการณ์สมมุติ – หากผู้อ่านเป็นคู่ความในการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลและไปเข้าร่วมในการพิจารณาคดีของศาล เช่น ในการนั่งพิจารณาคดีขององค์คณะแล้วปรากฏว่าในระหว่างการพิจารณาคดีของศาลผู้พิพากษาในองค์คณะคนหนึ่งมีอาการนั่งหลับตาและผงกศีรษะ หรือก้มหน้า หรือถึงขนาดที่ส่งเสียงกรนขึ้นไม่ว่าจะเป็นเสียงเบา ๆ หรือดัง ๆ ในเบื้องต้นก็อาจจะเป็นสถานการณ์ที่น่าขบขัน แต่ในทางกฎหมายแล้วนั้น มีประเด็นที่น่าสนใจว่า การนั่งพิจารณาคดีโดยมีผู้พิพากษานั่งหลับในระหว่างการพิจารณาคดีขององค์คณะนั้น ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ เพียงใด

เหตุการณ์จริง – ในแวดวงกฎหมายเยอรมันก็ปรากฏกรณีตามสถานการณ์สมมุติข้างต้นขึ้นจริง ซึ่งไม่ใช่เรื่องแปลกแต่อย่างใด เพราะผู้พิพากษาก็คือคนธรรมดาย่อมมีช่วงเวลาดังกล่าวเกิดขึ้นได้ ประเด็นที่น่าพิจารณาคือในมุมมองทางกฎหมายแล้วนั้น ระบบกฎหมายเยอรมันดำเนินการในกรณีดังกล่าวอย่างไร ในที่นี้จะได้นำเสนอตัวอย่างที่น่าสนใจตามลำดับ ดังนี้

๑) ศาลสังคมแห่งสหพันธรัฐ (Das Bundessozialgericht-BSG) มีคำพิพากษาเพิกถอนคำพิพากษาของศาลชั้นอุทธรณ์ ที่ผู้พิพากษาคนหนึ่งนั่งอยู่ในสภาพครึ่งหลับครึ่งตื่นในการนั่งพิจารณาคดี (Die mündliche Verhandlung) โดยบุคคลทั่วไปสามารถเห็นอาการดังกล่าวได้อย่างชัดแจ้งว่า ผู้พิพากษารายดังกล่าวเริ่มหลับตาแล้วก้มหน้า คางกดลงที่หน้าอก ศีรษะเอียงไปด้านข้างเล็กน้อย และเริ่มหายใจลึก ๆ แบบคนที่หลับอยู่ แม้ว่าจะปรากฏว่า ผู้พิพากษาร่วมคณะคนอื่นจะพยายามใช้เท้าสะกิดใต้บัลลังก์ผู้พิพากษาคนนั้นก็มีอาการเพียงสะดุ้งตื่นขึ้นในระยะเวลาสั้น ๆ แต่หลังจากนั้นก็หลับเหมือนเดิม ศาลสังคม

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียนอายุราชการ

[๘] BVerfG, 10.01.1992 - 2 BvR 347/91, accessed 7 August 2022, from https://www.rehadat-recht.de/suche/ index.html?filter=%28aktenzeichen_rec%3A%222%2520BVR%2520347%252F91%22%29&reloaded&sort=datum_rec+desc&mode=detail.

[๙] Staatsanwalt Rudolf Müller Blind - wie Justitia, accessed 7 August 2022, from https://www.sueddeutsche.de/ bayern/hof-wie-ein-blinder-staatsanwalt-die-justiz-mit-aufbaute-1.2746461.

[๑๐] Blinde Rechtsanwältin Sie hört's, wenn einer lügt, accessed 7 August 2022, from https://www.spiegel.de/ karriere/blinde-rechtsanwaeltin-jura-karriere-mit-handicap-a-919233.html; Simon Heinrich, Zuhören ohne Ablenkung, accessed 7 August 2022, from https://www.lto.de/karriere/im-job/stories/detail/blinder-rechtsanwalt-richter-promotion-braille.

แห่งสหพันธรัฐเห็นว่า เหตุดังกล่าวเป็นเหตุสำคัญที่ใช้อ้างในการฎีกาโต้แย้งคำพิพากษาของศาลชั้นอุทธรณ์ดังกล่าวได้ การไม่มีส่วนร่วมทางจิตวิญญาณของผู้พิพากษาดังกล่าวในการนั่งพิจารณาคดีส่งผลให้กรณีนี้ถือว่าเป็นการนั่งพิจารณาคดีไม่ครบองค์คณะ[๑๑] ซึ่งศาลยุติธรรมแห่งสหพันธรัฐ (Der Bundesgerichtshof-BGH) ก็ได้วินิจฉัยไว้ไปในทางเดียวกัน[๑๒]

๒) ศาลปกครองแห่งสหพันธรัฐ (Das Bundesverwaltungsgericht-BVerwG) มีคำพิพากษาในกรณีที่คู่กรณีฝ่ายหนึ่งกล่าวอ้างอย่างแข็งขันว่า ผู้พิพากษาสมทบ (Der ehrenamtliche Richter) ที่เข้าร่วมการนั่งพิจารณาคดีในศาลปกครองชั้นต้นนั่งหลับระหว่างการพิจารณาคดี โดยการกล่าวอ้างดังกล่าวเกิดขึ้นภายหลังโดยอาศัยเหตุของการกล่าวอ้างตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๑๓๘ ข้อ ๑[๑๓] แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง เพราะผู้พิพากษาที่หลับในการนั่งพิจารณานั้นถือว่าไม่อยู่ในการพิจารณาคดีดังกล่าว ซึ่งศาลปกครองแห่งสหพันธรัฐเห็นว่า เพียงการบรรยายของคู่กรณีนั้นยังไม่เพียงพอ หากแต่จะต้องมีการให้เหตุผลแสดงถึงความสำคัญทางกฎหมาย หรือการโต้แย้งคำพิพากษา หรือข้อบกพร่องของวิธีพิจารณาคดี นั่นหมายความว่า ตามแนวคำพิพากษาของศาลสูงที่มีอยู่เสมอนั้น ต้องมีการกล่าวอ้างถึงข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรมที่แสดงให้เห็นว่า ความตั้งใจอย่างมีสมาธิของผู้พิพากษาในระหว่างการนั่งพิจารณาคดีไม่มีอยู่ในการพิจารณาคดีในสถานการณ์หรือขั้นตอนที่เป็นสาระสำคัญ ดังนั้น จึงไม่ใช่เพียงแต่ระบุเวลาขณะที่เกิดเหตุ ช่วงเวลาที่เกิดเหตุ รวมทั้งพฤติกรรมของผู้พิพากษาในแต่ละกรณีเท่านั้น หากแต่ต้องแสดงให้เห็นว่าเกิดอะไรขึ้นในเวลาการนั่งพิจารณาคดีดังกล่าว และในสถานการณ์หรือขั้นตอนที่สำคัญใดที่ผู้พิพากษาหลุดลอยไปในดินแดนแห่งความฝัน เพียงแค่การบรรยายว่าผู้พิพากษาสมทบรายนั้นหลับตาและคอพับลงกับหน้าอกของตนเองแล้วมีอาการหายใจแบบเงียบ ๆ ลึก ๆ และมีอาการสะดุ้งตื่นเป็นบางครั้งนั้น ศาลปกครองแห่งสหพันธรัฐเห็นว่า กรณีดังกล่าวยังไม่เป็นการเพียงพอที่จะชี้ว่าผู้พิพากษาสมทบคนนั้นนั่งหลับในระหว่างการนั่งพิจารณาคดี ลักษณะอาการดังกล่าวอาจเป็นเพียงการผ่อนคลายทางจิตใจ

---

[๑๑] Schlafender Richter als absoluter Revisionsgrund, accessed 7 August 2022, from https://www.haufe.de/recht/weitere-rechtsgebiete/prozessrecht/schlafender-richter-als-absoluter-revisionsgrund_206_414290.html; BSG, Beschluss v. 12.4.2017, B 13 R 289/16, accessed 7 August 2022, from https://datenbank.nwb.de/ Dokument/695263/.

[๑๒] Nicolas Böhm, Schlafender Schöffe während der Anklageverlesung als absoluter Revisionsgrund, accessed 7 August 2022, from https://rsw.beck.de/aktuell/daily/magazin/detail/schlafender-schoeffe-waehrend-der-anklageverlesung-als-absoluter-revisionsgrund.

[๑๓] **Verwaltungsgerichtsordnung**

§ 138

Ein Urteil ist stets als auf der Verletzung von Bundesrecht beruhend anzusehen, wenn

1. das erkennende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war,

.....

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง

มาตรา ๑๓๘

กรณีดังต่อไปนี้ถือว่าคำพิพากษาของศาลละเมิดกฎหมายของสหพันธรัฐ หาก

๑. ศาลที่พิจารณาพิพากษาคดีพิจารณาไม่ครบองค์คณะตามที่กฎหมายกำหนด

.....

หรือเพื่อเป็นการทำให้มีสมาธิในการนั่งพิจารณาคดีก็ได้ การจะยืนยันว่ามีการนั่งหลับเกิดขึ้นจริง ๆ นั้น จะต้องมีอาการที่ชัดเจน เช่น การหายใจลึก มีเสียงที่ฟังได้ และหายใจอย่างมีจังหวะ หรือในบางกรณีคือมีการกรน หรือมีอาการตกใจตื่นแล้วมีอาการที่สับสนไม่รู้ทิศทาง เป็นต้น ซึ่งกรณีดังกล่าวไม่ปรากฏในคดีนี้[๑๔]

จากตัวอย่างของการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลสูงในระบบกฎหมายเยอรมันในประเด็นเกี่ยวกับการนั่งหลับของผู้พิพากษาในองค์คณะในระหว่างการนั่งพิจารณาคดีข้างต้นนั้น แสดงให้เห็นว่า การนั่งหลับของผู้พิพากษานั้นเกิดขึ้นได้แต่หากเกิดขึ้นแล้วศาลย่อมต้องแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าว หากปรากฏว่ามีการนั่งหลับของผู้พิพากษาในองค์คณะก็มีผลเท่ากับว่าการนั่งพิจารณาคดีที่ไม่ครบองค์คณะ เพราะการพิจารณาพิพากษาคดีเป็นภาระหน้าที่ที่สำคัญของผู้ที่เข้ามาทำหน้าที่ดังกล่าว หาไม่แล้วการอำนวยความยุติธรรมย่อมไม่อาจเกิดขึ้นได้อย่างแท้จริง ส่วนข้อโต้แย้งเกี่ยวกับ “ความลึก” ของการหลับจนถึงขนาดว่าผู้พิพากษาดังกล่าวไม่อยู่ในการพิจารณาคดีได้นั้น เป็นเรื่องของการพิสูจน์ทราบว่าผู้พิพากษานั่งหลับในระหว่างการพิจารณาคดีหรือไม่อย่างไรนั้น ก็ย่อมขึ้นอยู่กับข้อเท็จจริงที่เป็นรูปธรรมที่เกิดขึ้นในแต่ละคดีนั่นเอง นอกจากนั้น หากพิจารณาในทางรัฐธรรมนูญแล้วการหลับของผู้พิพากษานั้น อาจมีข้อพิจารณาเกี่ยวกับสิทธิที่จะได้รับการรับฟัง (Der Anspruch auf rechtliches Gehör) ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๑๐๓ วรรคหนึ่ง ของกฎหมายพื้นฐาน (Grundgesetz-GG) อีกด้วย[๑๕]

๓. กำหนดลำดับการลงมติในองค์คณะ (Reihenfolge der Stimmabgabe)

การพิจารณาพิพากษาคดีจะต้องกระทำโดยผู้พิพากษาตามกฎหมาย (Gesetzlicher) และต้องทำโดยองค์คณะที่ครบสมบูรณ์ตามที่กฎหมายกำหนด (vorschriftsmäßige Besetzung des Gerichts) เมื่อมีการประชุมองค์คณะเพื่อปรึกษาหารือเพื่อลงมติเพื่อวินิจฉัยคดี ซึ่งในขั้นตอนของการลงมตินี้กฎหมายอันได้แก่ รัฐบัญญัติพระธรรมนูญศาลยุติธรรม (Gerichtsverfassugnsgesetz-GVG) กำหนดลำดับของการลงมติวินิจฉัยคดี (Abstimmung) ขององค์คณะเอาไว้ในมาตรา ๑๙๗[๑๖] ความว่า

“ผู้พิพากษา (Richter) ลงมติตามอายุงาน กรณีที่อายุงานเท่ากัน ให้ลงมติตามอายุ ผู้พิพากษาสมทบ (ehrenamtliche Richter und Schöffen) ให้ลงมติตามอายุ โดยให้ผู้มีอายุน้อยกว่าลงมติก่อนผู้มีอายุมากกว่า ผู้พิพากษาสมทบให้ลงมติก่อนผู้พิพากษาอาชีพ กรณีที่มีการแต่งตั้งผู้พิพากษาเจ้าของสำนวน (Berichterstatter) ให้ผู้พิพากษาดังกล่าวลงมติเป็นคนแรก ผู้ที่ลงมติท้ายสุดคือผู้พิพากษาหัวหน้าคณะ (Vorsitzende)”

---

[๑๔] Sandra Kralj, BVerwG: Schlafende Richter soll man nicht wecken..., accessed 7 August 2022, from https://jurios.de/2022/01/16/bverwg-schlafende-richter-soll-man-nicht-wecken/; BVerwG, 13.06.2001 - 5 B 105.00, accessed 7 August 2022, from https://opinioiuris.de/entscheidung/1669.

[๑๕] โปรดดู Wolf R. Herkner, Zur vorschriftsmäßigen Besetzung des Gerichts: „schlafender Richter,“ accessed 7 August 2022, from http://www.kanzlei-herkner.de/wp-content/uploads/2008/09/zur_vorschriftsm_besetzung_ des_gerichts.pdf.

[๑๖] **Gerichtsverfassugnsgesetz**

§ 197

Die Richter stimmen nach dem Dienstalter, bei gleichem Dienstalter nach dem Lebensalter, ehrenamtliche Richter und Schöffen nach dem Lebensalter; der jüngere stimmt vor dem älteren. Die Schöffen stimmen vor den Richtern. Wenn ein Berichterstatter ernannt ist, so stimmt er zuerst. Zuletzt stimmt der Vorsitzende.

จากบทบัญญัติดังกล่าวสามารถแยกลำดับการลงมติของผู้พิพากษาในองค์คณะได้ ดังนี้

๑) ผู้พิพากษาเจ้าของสำนวน (กรณีที่มีการแต่งตั้ง)

๒) ผู้พิพากษาสมทบ (ถ้ามี) ที่มีอายุน้อยกว่า ให้ลงมติก่อนผู้พิพากษาสมทบ (ถ้ามี) ที่มีอายุมากกว่า

๓) ผู้พิพากษาอาชีพที่มีอายุงานน้อยกว่า ให้ลงมติก่อนผู้พิพากษาอาชีพที่มีอายุงานมากกว่า กรณีที่อายุงานเท่ากัน ให้ผู้พิพากษาอาชีพที่มีอายุน้อยกว่าลงมติก่อนผู้พิพากษาอาชีพที่มีอายุมากกว่า

๔) ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะ

ทั้งนี้ ในการประชุมปรึกษา (Beratung) เกี่ยวกับข้อเสนอในการวินิจฉัยคดี (Entscheidungsvorschläge) หรือการอภิปราย (Erörterung) ปัญหาข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมาย การชั่งน้ำหนักข้อโต้แย้งข้อเถียง (Abwägung der Argumente) ขององค์คณะนั้น กฎหมายไม่ได้กำหนดรูปแบบลำดับของการดำเนินการเอาไว้ ซึ่งต่างจากการลงมติวินิจฉัยคดี (Abstimmung) ที่มีการกำหนดลำดับในการลงมติเอาไว้ตามมาตรา ๑๙๗ ข้างต้น ทั้งนี้ เพื่อไม่ให้ส่งผลเป็นการสร้างอิทธิพลหรือสภาพบังคับให้เกิดขึ้นจากตำแหน่งและอำนาจหน้าที่ เช่น ผู้พิพากษาที่มีอายุงานน้อยกว่าที่อาจจะมีมติวินิจฉัยคดีไปในทิศทางตามความความเห็นของผู้พิพากษาหัวหน้าคณะ โดยกฎเกณฑ์ดังกล่าวสร้างเพียงกรอบทางรูปแบบ ในบางกรณีจึงอาจเป็นไปตามกลไกที่กำหนดหรือในบางกรณีก็เป็นในทางตรงกันข้าม[๑๗] อย่างไรก็ตาม ลำดับของการลงมติวินิจฉัยคดีนี้ ก็เป็นการป้องกันความเป็นอิสระของการลงมติ (Unabhägigkeit des Votums) โดยในกรณีที่ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะปฏิบัติหน้าที่ผู้พิพากษาเจ้าของสำนวนไปในคราวเดียวกัน ให้ผู้พิพากษาดังกล่าวลงมติเป็นคนสุดท้ายในฐานะของผู้พิพากษาหัวหน้าคณะไม่ใช่ลงมติเป็นคนแรกในฐานะของผู้พิพากษาเจ้าของสำนวน ซึ่งกรณีที่มีการละเมิดบทบัญญัติที่กำหนดลำดับการลงมตินั้น โดยความเห็นส่วนใหญ่แล้วกรณีจะนำไปสู่การเพิกถอนคำพิพากษาก็ต่อเมื่อคำพิพากษาของศาลเกิดขึ้นจากการละเมิดดังกล่าวและการละเมิดนั้นเห็นได้อย่างชัดแจ้ง[๑๘] จะเห็นได้ว่า ฝ่ายนิติบัญญัติของประเทศเยอรมนีมีความละเอียดและคิดรอบด้าน ถึงขนาดที่กำหนดรายละเอียดของการลงมติวินิจฉัยคดีขององค์คณะ ด้วยคำนึงว่ามุ่งเป็นการลดการสร้างอิทธิพลของผู้ที่อยู่ในฐานะที่เหนือกว่าทั้งในด้านคุณวุฒิและวัยวุฒิ เพื่อให้ผู้พิพากษาสามารถพิจารณาพิพากษาคดีที่อยู่ในความรับผิดชอบของตนเองได้อย่างเป็นอิสระตามที่รัฐธรรมนูญได้มีข้อเรียกร้องเอาไว้ ทั้งนี้ หากพิจารณาถึงบริบทของสังคมเยอรมันที่ระบบอาวุโสและระบบอุปถัมภ์มีบทบาทที่ค่อนข้างน้อยด้วยแล้ว กรณีจึงเป็นเรื่องที่น่าสนใจเป็นอย่างยิ่งว่า แม้ด้วยบริบทของสังคมดังกล่าวก็ยังมีการกำหนดในเรื่องของลำดับในการลงมติวินิจฉัยคดีเอาไว้ เพื่อป้องกันไม่ให้ผู้ที่มีอาวุโสมากกว่าโดยเฉพาะผู้พิพากษาหัวหน้าคณะสร้างอิทธิพลต่อการพิจารณาวินิจฉัยคดีของผู้พิพากษาในองค์คณะนั่นเอง

๔. แผนจัดสรรงานของศาล (Geschäftsverteilungsplan des Gerichts)

การพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในประเทศเยอรมนี นอกจากการพิจารณาคดีตามกฎหมายวิธีพิจารณาความของแต่ละศาล เช่น ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณา

[๑๗] Thomas Fischer, Alles geheim!, accessed 7 August 2022, from https://www.zeit.de/gesellschaft/ zeit-geschehen/2017-02/justiz-alles-geheim-beratungsgeheimnis-fischer-im-recht/komplettansicht.

[๑๘] Otto Rudolf Kissel, Gerichtsverfassungsgesetz-Kommentar, 3. Neubearbetete Auflage, München 2001, S.1249 f.

ความอาญา หรือประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง แล้ว ในแต่ละศาลจะมีการกำหนด “แผนจัดสรรงานของศาล” (Geschäftsverteilungsplan) ซึ่งเป็นแผนที่ในแต่ละศาลกำหนดขึ้นใช้บังคับในแต่ละปี โดยศาลในทุกสาขาและทุกลำดับชั้นศาลจะต้องมีการจัดทำแผนจัดสรรงานของศาลเป็นการล่วงหน้า และให้ประชาชนสามารถเข้าถึงแผนดังกล่าวได้ บทบัญญัติที่สำคัญ ได้แก่ มาตรา ๒๑e[๑๙] แห่งรัฐบัญญัติพระธรรมนูญศาลยุติธรรม (Gerichtsverfassungsgesetz-GVG) ที่กำหนดไว้ ดังนี้

“มาตรา ๒๑e

(๑) คณะกรรมการบริหารศาล (Das Präsidium) กำหนดถึงองค์ประกอบขององค์คณะ ผู้พิพากษาผู้ทำหน้าที่ไต่สวนในคดีอาญา และกำหนดเกณฑ์เกี่ยวกับตัวแทนและการจัดสรรภารกิจ โดยต้องออกเป็นคำสั่ง (Anordnungen) กำหนดเกณฑ์ดังกล่าวก่อนเริ่มต้นปีของการปฏิบัติงาน ซึ่งมีระยะเวลาหนึ่งปี ประธานศาลจะเป็นผู้กำหนดว่าภาระหน้าที่ของผู้พิพากษาหน้าที่ใดที่ตนจะเป็นผู้รับผิดชอบดำเนินการ ผู้พิพากษาในศาลอาจถูกกำหนดให้ปฏิบัติหน้าที่ในหลาย ๆ องค์คณะได้

(๒) ก่อนที่จะมีการจัดสรรภารกิจ ให้เปิดโอกาสให้ผู้พิพากษาที่ไม่ใช่สมาชิกของคณะกรรมการบริหารศาล แสดงความเห็น

---

[๑๙] **Gerichtsverfassungsgesetz**

§ 21e

(1) Das Präsidium bestimmt die Besetzung der Spruchkörper, bestellt die Ermittlungsrichter, regelt die Vertretung und verteilt die Geschäfte. Es trifft diese Anordnungen vor dem Beginn des Geschäftsjahres für dessen Dauer. Der Präsident bestimmt, welche richterlichen Aufgaben er wahrnimmt. Jeder Richter kann mehreren Spruchkörpern angehören.

(2) Vor der Geschäftsverteilung ist den Richtern, die nicht Mitglied des Präsidiums sind, Gelegenheit zur Äußerung zu geben.

(3) Die Anordnungen nach Absatz 1 dürfen im Laufe des Geschäftsjahres nur geändert werden, wenn dies wegen Überlastung oder ungenügender Auslastung eines Richters oder Spruchkörpers oder infolge Wechsels oder dauernder Verhinderung einzelner Richter nötig wird. Vor der Änderung ist den Vorsitzenden Richtern, deren Spruchkörper von der Änderung der Geschäftsverteilung berührt wird, Gelegenheit zu einer Äußerung zu geben.

(4) Das Präsidium kann anordnen, daß ein Richter oder Spruchkörper, der in einer Sache tätig geworden ist, für diese nach einer Änderung der Geschäftsverteilung zuständig bleibt.

(5) Soll ein Richter einem anderen Spruchkörper zugeteilt oder soll sein Zuständigkeitsbereich geändert werden, so ist ihm, außer in Eilfällen, vorher Gelegenheit zu einer Äußerung zu geben.

(6) Soll ein Richter für Aufgaben der Justizverwaltung ganz oder teilweise freigestellt werden, so ist das Präsidium vorher zu hören.

(7) Das Präsidium entscheidet mit Stimmenmehrheit. § 21i Abs. 2 gilt entsprechend.

(8) Das Präsidium kann beschließen, dass Richter des Gerichts bei den Beratungen und Abstimmungen des Präsidiums für die gesamte Dauer oder zeitweise zugegen sein können. § 171b gilt entsprechend.

(9) Der Geschäftsverteilungsplan des Gerichts ist in der von dem Präsidenten oder aufsichtführenden Richter bestimmten Geschäftsstelle des Gerichts zur Einsichtnahme aufzulegen; einer Veröffentlichung bedarf es nicht.

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเทียนฉายราชการ

(๓) คำสั่งตามวรรคหนึ่งสามารถถูกแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ เฉพาะแต่ในกรณีที่มีเหตุจำเป็นจากปริมาณภาระงานที่มากเกินไปหรือน้อยเกินไปจนไม่เพียงพอของผู้พิพากษาหรือขององค์คณะ หรือด้วยเหตุจากการสับเปลี่ยนหรือมีอุปสรรคในการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษา ก่อนที่จะมีการเปลี่ยนแปลงคำสั่งให้เปิดโอกาสให้ผู้พิพากษาหัวหน้าคณะที่จะได้รับผลกระทบจากการเปลี่ยนแปลงดังกล่าว แสดงความเห็นก่อน

(๔) คณะกรรมการบริหารศาลอาจมีคำสั่งกำหนดให้ ผู้พิพากษาหรือองค์คณะที่เคยรับผิดชอบในคดีประเภทใดประเภทหนึ่งแล้ว รับผิดชอบคดีดังกล่าวต่อไปหลังการเปลี่ยนแปลงคำสั่งก็ได้

(๕) กรณีที่จะกำหนดให้ผู้พิพากษาไปประจำองค์คณะอื่นหรือเปลี่ยนแปลงขอบเขตอำนาจหน้าที่ของผู้พิพากษาดังกล่าว ต้องเปิดโอกาสให้ผู้พิพากษานั้นได้แสดงความเห็นก่อน เว้นแต่ในกรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วน

(๖) กรณีที่ผู้พิพากษาต้องพ้นไปจากภารกิจหน้าที่ด้านการบริหารกระบวนการยุติธรรม (Justizverwaltung) ไม่ว่าทั้งหมดหรือแต่บางส่วน ต้องรับฟังความเห็นจากคณะกรรมการบริหารศาลก่อน

(๗) คณะกรรมการบริหารศาลวินิจฉัยด้วยเสียงข้างมาก ให้นำมาตรา ๒๑i วรรคสอง มาใช้บังคับโดยอนุโลม

(๘) คณะกรรมการบริหารศาลอาจกำหนดให้ผู้พิพากษาประจำศาลเข้าร่วมในการประชุมปรึกษาและการลงมติของคณะกรรมการ ตลอดการประชุมหรือบางช่วงเวลาได้ ให้นำมาตรา ๑๗๑b มาใช้บังคับโดยอนุโลม

(๙) แผนจัดสรรงานของศาล (Geschäftsverteilungsplan) ให้จัดวางไว้ที่บริเวณของสำนักงานศาล (Geschäftsstelle) ตามที่ประธานศาลหรือผู้พิพากษาผู้ทำหน้าที่ในการบริหารศาลกำหนด เพื่อให้สามารถตรวจดูได้ โดยไม่จำต้องประกาศเผยแพร่แผนดังกล่าว”

ซึ่งในส่วนของศาลปกครองนั้น มาตรา ๔[๒๐] แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (Verwaltungs gerichtsordnung-VwGO) ซึ่งกำหนดถึงคณะกรรมการบริหารศาลและแผนจัดสรรงานของศาล (Präsidium und Geschäftsverteilung) โดยในวรรคหนึ่งกำหนดให้นำบทบัญญัติในหมวด ๒ ของรัฐบัญญัติพระธรรมนูญศาลยุติธรรมมาใช้บังคับด้วยโดยอนุโลม ซึ่งหมวด ๒ ดังกล่าว มีเนื้อหาเกี่ยวกับบทบัญญัติทั่วไปเกี่ยวกับคณะกรรมการบริหารศาลและแผนจัดสรรงานของศาล โดยรวมถึงมาตรา ๒๑e ข้างต้นด้วยนั่นเอง

แผนจัดสรรงานของศาลเป็นกฎเกณฑ์ที่ต้องมีการจัดทำขึ้นประจำปีและสิ้นผลในช่วงท้ายปี (Jährlichkeitsprinzip) และแผนดังกล่าวต้องมีความครบถ้วนสมบูรณ์ (Vollständigkeitsprinzip) กล่าวคือต้องกำหนดเกี่ยวกับการจัดสรรไม่เพียงแต่คดีที่ฟ้องเข้ามาใหม่หากแต่รวมถึงคดีที่มีการจัดสรรไปแล้วด้วย[๒๑] ทั้งนี้ ตามหลักประกันการมีผู้พิพากษาตามกฎหมาย (Die Garantie des

---

[๒๐] **Verwaltungsgerichtsordnung**

§ 4 [Präsidium und Geschäftsverteilung]

Für die Gerichte der Verwaltungsgerichtsbarkeit gelten die Vorschriften des Zweiten Titels des Gerichtsverfassungsgesetzes entsprechend.

[๒๑] Wysk in: Wysk,Verwaltungsgerichtsordnung, 3. Auflage 2020, § 4 Rn.3.

gesetzlichen Richters) ที่เรียกร้องให้อำนาจและองค์ประกอบขององค์คณะผู้พิพากษาจะต้องมีการกำหนดเอาไว้ล่วงหน้าเป็นการทั่วไปและเป็นนามธรรม ทุกคดีที่เข้าสู่การพิจารณาคดีของศาลจะต้องถูกกำหนดให้อยู่ในการพิจารณาขององค์คณะตามเกณฑ์ที่มีลักษณะที่เป็นรูปธรรมและมีความชัดเจนมากที่สุดเท่าที่จะเป็นไปได้ เพื่อป้องกันการสร้างอิทธิพลที่เกิดจากปัจจัยภายนอกต่อการจ่ายสำนวนคดี[๒๒] การจัดสรรงานของศาลนี้ไม่ใช่การวินิจฉัยคดี หากแต่เป็นการกระทำในทางตุลาการ โดยเนื้อหาของแผนจะกำหนดโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ขององค์คณะ คือ การกำหนดองค์ประกอบขององค์คณะ (personelle Geschäftsverteilung - การจัดสรรทางบุคลากร) และการจัดสรรงานหรือภารกิจ (sachliche Geschäftsverteilung - การแบ่งในทางเนื้อหา) โดยแผนนี้ จะต้องกำหนดขึ้นโดยหลักการที่สำคัญหลายประการ ได้แก่ หลักความเป็นนามธรรม (Abstraktionsprinzip) ที่มีการกำหนดให้มีการแยกแยะประเภทของคดีตามลักษณะที่เป็นนามธรรมไม่เป็นการเฉพาะเจาะจง หลักความชัดเจน (Bestimmheitsgebot) การแบ่งประเภทเนื้อหาของข้อพิพาทต้องมีความชัดเจนมากที่สุด หลักความครบถ้วนสมบูรณ์ (Vollständigkeitsprinzip) การกำหนดประเภทของข้อพิพาทจะต้องมีความครบถ้วนสมบูรณ์ หลักระยะเวลาประจำปี (Jährlichkeitsprinzip) แผนกำหนดโครงสร้างและอำนาจหน้าที่ขององค์คณะเป็นแผนสำหรับการดำเนินการในระยะเวลา ๑ ปี ซึ่งสิ้นผลการใช้บังคับโดยอัตโนมัติเมื่อพ้นระยะเวลา ๑ ปี ซึ่งตามหลักการนี้ คือ การแบ่งคดีที่ยังอยู่ในระหว่างการพิจารณาของศาลและคดีที่จะมีการยื่นฟ้องคดีในอนาคตให้แก่องค์คณะเป็นประจำทุกปี นั่นเอง[๒๓]

ทั้งนี้ แผนจัดสรรงานของศาลนี้ไม่ถือเป็นคำสั่งทางปกครองและไม่เป็นกฎหมายลำดับรองที่มีผลต่อบุคคลภายนอก หากแต่เป็นการกระทำในเชิงองค์กรที่มีหน้าที่หลากหลายของการบริหารจัดการตนเอง[๒๔] แต่คู่กรณีสามารถตรวจสอบแผนจัดสรรงานดังกล่าวโดยทางอ้อม (inzidente Prüfung) โดยอ้างว่าสิทธิที่จะมีผู้พิพากษาตามกฎหมายของตนถูกกระทบได้ ข้อผิดพลาดของการจัดสรรงานและการตีความแผนจัดสรรงานของศาลโดยอำเภอใจขององค์คณะอาจส่งผลให้เป็นการพิจารณาคดีโดยองค์คณะที่ไม่ครบถ้วนตามที่กฎหมายกำหนดได้ และผู้พิพากษาที่ได้รับผลกระทบสามารถใช้สิทธิฟ้องคดีคัดค้านคำสั่งโดยอำเภอใจดังกล่าว ด้วยการฟ้องขอให้ยืนยันความไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา ๔๓ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง และสามารถขอมาตรการบรรเทาทุกข์ตามมาตรา ๑๒๓ แห่งประมวลกฎหมายเดียวกัน เพื่อคุ้มครองสิทธิของตนได้[๒๕] ดังนั้น การกำหนดแผนจัดสรรงานของศาลนี้ จึงเป็นการสร้างหลักประกันให้กับประชาชนที่นำมาฟ้องคดีต่อศาลว่าคดีของตนจะถูกพิจารณาคดีโดยผู้พิพากษา (องค์คณะ) ที่กำหนดไว้เป็นการล่วงหน้าอย่างชัดเจนแน่นอนแล้ว โดยไม่ขึ้นอยู่กับการสั่งจ่ายสำนวนที่เกิดขึ้นภายหลังจากมีการยื่นฟ้องคดีต่อศาลเป็นการเฉพาะในแต่ละคดี อันเป็นการป้องกันการสร้างอิทธิพลหรือการแทรกแซงที่อาจเกิดขึ้นได้ต่อการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลนั่นเอง

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

---

[๒๒] Clausing in: Schoch/Schneider,Verwaltungsrecht, Werkstand: 42. ELFebruar 2022, § 4 Rn.57,

[๒๓] Gersdorf in: Posser/Wolff, BeckOK VwGO, 62. Edition Stand: 01.10.2019, § 4 Rn.14 ff.

[๒๔] Clausing in: Schoch/Schneider,Verwaltungsrecht, Werkstand: 42. ELFebruar 2022, § 4 Rn.130,

[๒๕] Wysk in: Wysk,Verwaltungsgerichtsordnung, 3. Auflage 2020, § 4 Rn.7.

๕. ผู้พิพากษาก็อาจถูกตำหนิได้หากพิจารณาคดีล่าช้า

เหตุเกิดขึ้นจากการที่มีผู้พิพากษาประจำศาลยุติธรรมสูงสุดแห่งมลรัฐ (Das Oberlandesgericht-OLG) ของมลรัฐ Baden-Würtemburg ได้ปฏิบัติหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดีล่าช้า โดยพิจารณาพิพากษาคดีแล้วเสร็จในปริมาณเฉลี่ยที่ต่ำกว่าค่าเฉลี่ยของคดีที่พิจารณาคดีแล้วเสร็จของผู้พิพากษาอื่น ๆ ในศาล และยังต่ำกว่าปริมาณเฉลี่ยของผู้พิพากษาที่ปฏิบัติหน้าที่เพียงครึ่งวันทำการ ประธานศาลยุติธรรมสูงสุดแห่งมลรัฐดังกล่าวจึงได้มีหนังสือที่มีเนื้อหาที่เป็นข้อตำหนิ (Der Vorhalt) ต่อผู้พิพากษาดังกล่าวด้วยเหตุว่าปฏิบัติหน้าที่ขัดต่อระเบียบเพราะพิจารณาวินิจฉัยคดีได้ในปริมาณโดยเฉลี่ยน้อยกว่าค่าเฉลี่ยจำนวนคดีแล้วเสร็จของผู้พิพากษาทั้งศาล พร้อมกับมีคำเตือน (Die Ermahnung) ให้ปฏิบัติหน้าที่ให้เสร็จสิ้นโดยถูกต้องตามระเบียบและโดยไม่ชักช้า ในการมีหนังสือดังกล่าวประธานศาลได้อ้างอิงถึงบทบัญญัติที่เป็นการใช้อำนาจกำกับดูแลการปฏิบัติหน้าที่ (Die Dienstaufsicht) ของประธานศาลตามมาตรา ๒๖ วรรคสอง[๒๖] แห่งรัฐบัญญัติว่าด้วยผู้พิพากษา ที่กำหนดว่า

“มาตรา ๒๖ อำนาจกำกับดูแลการปฏิบัติหน้าที่

(๑) ผู้พิพากษาจะตกอยู่ภายใต้อำนาจกำกับดูแลการปฏิบัติหน้าที่ ตราบเท่าที่ความเป็นอิสระของผู้พิพากษานั้นไม่ถูกกระทบ

(๒) อำนาจกำกับดูแลการปฏิบัติหน้าที่ตามเงื่อนไขในวรรคหนึ่งหมายรวมถึงอำนาจในการตำหนิรูปแบบการปฏิบัติหน้าที่ที่ผิดระเบียบและการเตือนให้ปฏิบัติหน้าที่ให้เสร็จสิ้นโดยถูกต้องตามระเบียบและโดยไม่ชักช้าด้วย

(๓) กรณีที่ผู้พิพากษาเห็นว่ามาตรการในการกำกับดูแลการปฏิบัติหน้าที่กระทบต่อความเป็นอิสระของตนนั้น ให้ศาลที่มีอำนาจตามรัฐบัญญัตินี้วินิจฉัยตามคำร้องของผู้พิพากษาดังกล่าว”

เมื่อผู้พิพากษาดังกล่าวข้างต้นได้รับหนังสือจากประธานศาลแล้วเห็นว่า การมีหนังสือตำหนิและคำเตือนถึงความเร็วในการปฏิบัติงาน (Arbeitstempo) และจำนวนคดีแล้วเสร็จโดยรวม (Erledigungspensum) ที่อยู่ในขอบเขตที่ต่ำกว่าเป็นอย่างมากจากปริมาณที่จะสามารถยอมรับได้ (ganz erheblich und jenseits aller großzügig zu bemessenden Toleranzbereiche) นั้น ตนเห็นว่ากรณีดังกล่าวเป็นการละเมิดต่อความเป็นอิสระของผู้พิพากษา (richterliche Unabhängigkeit) จึงดำเนินการใช้สิทธิเพื่อโต้แย้งและป้องกันสิทธิของตนเป็นระยะเวลากว่า ๙ ปี ไม่ว่าจะเป็นการใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลวิชาชีพสำหรับผู้พิพากษา (Das Dienstgericht für Richter) ประจำศาลยุติธรรมแห่งมลรัฐเมือง Karlsruhe (Das Landgericht Karlsruhe) ศาลวิชาชีพชั้นสูง (Der Dienstgerichtshof) และศาลยุติธรรม

[๒๖] Deutsches Richtergesetz (DRiG)

§ 26 Dienstaufsicht

(1) Der Richter untersteht einer Dienstaufsicht nur, soweit nicht seine Unabhängigkeit beeinträchtigt wird.

(2) Die Dienstaufsicht umfaßt vorbehaltlich des Absatzes 1 auch die Befugnis, die ordnungswidrige Art der Ausführung eines Amtsgeschäfts vorzuhalten und zu ordnungsgemäßer, unverzögerter Erledigung der Amtsgeschäfte zu ermahnen.

(3) Behauptet der Richter, daß eine Maßnahme der Dienstaufsicht seine Unabhängigkeit beeinträchtige, so entscheidet auf Antrag des Richters ein Gericht nach Maßgabe dieses Gesetzes.

แห่งสหพันธรัฐ (Der Bundesgerichtshof) ในฐานะศาลวิชาชีพของสหพันธรัฐ ซึ่งผลของการฟ้องคดีเหล่านี้ก็ต่างไปจากความเห็นของผู้พิพากษาดังกล่าว จนในท้ายที่สุดได้มีการนำข้อพิพาทดังกล่าวเข้าสู่การพิจารณาของศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐ (Bundesverfassungsgericht-BVerfG) ด้วยการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญ (Verfassungsbeschwerde) เป็นครั้งที่สอง ซึ่งล่าสุดศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐก็ได้มีคำสั่งลงวันที่ ๑๑ พฤศจิกายน ค.ศ. ๒๐๒๑[๒๗] ว่า ไม่รับคำร้องทุกข์ของผู้พิพากษารายนี้ด้วยเหตุว่าความเป็นอิสระของผู้พิพากษานั้น ไม่อาจกล่าวอ้างเป็นเหตุในการร้องทุกข์ทางรัฐธรรมนูญได้ด้วยเหตุว่าความเป็นอิสระของผู้พิพากษาไม่ใช่สิทธิขั้นพื้นฐาน และที่สำคัญคือคำร้องทุกข์ไม่ได้แสดงถึงรายละเอียดเหตุผลที่เพียงพอในการหักล้างเหตุผลที่แสดงไว้ในคำพิพากษาของศาลวิชาชีพของผู้พิพากษาว่าการมีข้อตำหนิหรือหนังสือเตือนของประธานศาลในกรณีนี้ทำให้ผู้พิพากษาต้องพิจารณาพิพากษาไปในทิศทางที่ประธานศาลกำหนดหรือไม่อย่างไร[๒๘]

จากกรณีดังกล่าวจะเห็นได้ว่า ในประเทศเยอรมนีประธานศาลมีบทบาทที่สำคัญในการเร่งรัดคดีโดยกฎหมายให้อำนาจประธานศาลในการตำหนิการปฏิบัติหน้าที่ของผู้พิพากษาที่ผิดระเบียบและเตือนให้ปฏิบัติหน้าที่ให้เสร็จสิ้นโดยถูกต้องตามระเบียบและโดยไม่ชักช้าได้ แต่การใช้อำนาจของประธานศาลดังกล่าวต้องเป็นไปโดยคำนึงความเป็นอิสระของผู้พิพากษาด้วยนั่นเอง และในทางปฏิบัติก็มีการใช้อำนาจของประธานศาลในกรณีดังกล่าวเป็นเรื่องปกติ

๖. ผู้พิพากษาชั่วคราว (Richter auf Zeit) ในวิธีพิจารณาคดีปกครอง

ในช่วงหลายปีที่ผ่านมาประเทศเยอรมนีในยุคของนายกรัฐมนตรีหญิงเหล็ก (Bundeskanzlerin) Angela Merkel มีนโยบายเกี่ยวกับผู้ลี้ภัยที่เปิดกว้างเป็นอย่างมาก โดยวลีอันโด่งดังและเป็นวลีสำคัญที่ Merkel กล่าวถึงปัญหาที่เกิดขึ้นจากคลื่นผู้ลี้ภัยที่ประเทศเยอรมนีรับไว้ดูแลก็คือ “เราทำได้!” (Wir schaffen das!)[๒๙] ซึ่งนโยบายดังกล่าวส่งผลต่อประเทศเยอรมนีในหลายแง่มุม ในทางกฎหมายโดยเฉพาะในส่วนของการพิจารณาคดีของศาลปกครอง นั้น ก็ปรากฏว่ามีคดีเกี่ยวกับกระบวนการขอลี้ภัยที่เข้าสู่การพิจารณาคดีของศาลปกครองเพิ่มขึ้นอย่างมีนัยสำคัญ จนฝ่ายนิติบัญญัติได้ตรากฎหมายที่เรียกว่ารัฐบัญญัติเร่งรัดวิธีพิจารณาการลี้ภัย (Asylverfahrensbeschleunigungsgesetz vom 20. Oktober 2015) ออกมาใช้บังคับเมื่อวันที่ ๒๐ ตุลาคม ค.ศ. ๒๐๑๕ โดยมาตรา ๗ แห่งรัฐบัญญัติฉบับนี้ ได้กำหนด

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียนอายุราชการ

[๒๗] รายละเอียดโปรดดู BVerfG, Beschluss vom 11.11.2021 - 2 BvR 1473/20, accessed 7 August 2022, from https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2021/11/rk20211111_2bvr147320.html.

[๒๘] Streit um richterliches Erledigungspensum Schulte-Kellinghaus scheitert erneut vor dem BverfG, accessed 7 August 2022, from https://www.lto.de/recht/justiz/j/bverfg-2bvr1473-20-arbeitstempo-richter-schulte-kellinghaus-verfassungsbeschwerde-unzulaessig/.

[๒๙] Christoph Hasselbach, Flüchtlingspolitik: Fünf Jahre nach “Wir schaffen das!,” accessed 7 August 2022, from https://www.dw.com/de/f%C3%BCnf-jahre-fl%C3%BCchtlingskrise-merkel-wir-schaffen-das/a-54649579.

ให้มีการแก้ไขเพิ่มเติมมาตรา ๓ มาตรา ๑๗[๓๐] และมาตรา ๑๘[๓๑] แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง (Verwaltungsgerichtsordnung-VwGO) โดยกำหนดให้มีผู้พิพากษาชั่วคราว (Richter auf Zeit) ขึ้นในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง ทั้งนี้ ตามมาตรา ๑๗ ข้อสาม และในมาตรา ๑๘ ก็ได้บัญญัติถึงเหตุผลในการแต่งตั้งผู้พิพากษาชั่วคราวดังกล่าวเอาไว้ ซึ่งในมาตรา ๑๗ กำหนดถึงประเภทของผู้พิพากษาศาลปกครองเอาไว้ ๓ ประเภท คือ ๑) ผู้พิพากษาทดลองงาน (Richter auf Probe) ๒) ผู้พิพากษาตามการมอบหมาย (Richter kraft Auftrags) และ ๓) ผู้พิพากษาชั่วคราว (Richter auf Zeit) และในมาตรา ๑๘ ได้กำหนดเนื้อหาว่า เพื่อให้เป็นการแก้ไขปัญหาด้านบุคลากรเป็นการชั่วคราวอาจมีการแต่งตั้งข้ารัฐการประจำที่มีคุณสมบัติที่จะดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาให้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาชั่วคราว (Richter auf Zeit) โดยให้มีระยะเวลาดำรงตำแหน่งอย่างน้อยที่สุด ๒ ปี หรือระยะเวลาที่ยาวที่สุดเท่ากับระยะเวลาที่เหลือในการดำรงตำแหน่งของข้าราชการดังกล่าว โดยผู้พิพากษาชั่วคราวนี้มีลักษณะที่คล้ายคลึงกับผู้พิพากษาตามการมอบหมายในแง่ของที่มา ด้วยเหตุว่าผู้พิพากษาตามการมอบหมายมีที่มาจากข้ารัฐการประจำเช่นกัน แต่จะมีความแตกต่างกันที่ระยะเวลาในการดำรงตำแหน่งผู้พิพากษา

ทั้งนี้ การแต่งตั้งข้ารัฐการประจำให้ดำรงตำแหน่งผู้พิพากษาชั่วคราวประจำศาลปกครองชั้นต้นตามบทบัญญัติมาตรา ๑๗ และมาตรา ๑๘ ข้างต้น ในสถานการณ์ที่ไม่ปกติเป็นการชั่วคราวเพื่อตอบสนองความต้องการแก้ไขปัญหาในด้านการขาดแคลนบุคลากรนี้ ศาลรัฐธรรมนูญแห่งสหพันธรัฐตามคำสั่งที่ ๒ BvR 780/16[๓๒] เมื่อวันที่ ๒๒ มีนาคม ค.ศ. ๒๐๑๘ วินิจฉัยว่า กรณีดังกล่าวถือว่าสอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ ตำแหน่งผู้พิพากษาดังกล่าวเป็นไปตามข้อเรียกร้องในการมีผู้พิพากษาตามกฎหมายตามมาตรา ๑๐๑ วรรคหนึ่ง ประโยคที่สอง ของกฎหมายพื้นฐาน และหลักการพื้นฐานว่าด้วยการแบ่งแยกอำนาจ ความเป็นอิสระของผู้พิพากษา รวมถึงความเป็นกลางของผู้พิพากษาก็ได้รับการคงไว้เช่นกัน แต่อย่างไรก็ตาม มีข้อพิจารณาที่ว่าในการแต่งตั้งดังกล่าวจะต้องมีการตีความบทบัญญัตินี้ให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (verfassungskonformen Auslegung) โดยการแต่งตั้งข้ารัฐการประจำให้ดำรงตำแหน่ง

---

[๓๐] **Verwaltungsgerichtsordnung**

§ 17

Bei den Verwaltungsgerichten können auch folgende Richter verwendet werden:

1.Richter auf Probe,

2.Richter kraft Auftrags und

3.Richter auf Zeit.

[๓๑] **Verwaltungsgerichtsordnung**

Zur Deckung eines nur vorübergehenden Personalbedarfs kann ein Beamter auf Lebenszeit mit der Befähigung zum Richteramt für die Dauer von mindestens zwei Jahren, längstens jedoch für die Dauer seines Hauptamts, zum Richter auf Zeit ernannt werden. § 15 Absatz 1 Satz 1 und 3 sowie Absatz 2 des Deutschen Richtergesetzes ist entsprechend anzuwenden.

[๓๒] Vorschriften zum Einsatz von Verwaltungsrichtern auf Zeit sind mit der Verfassung vereinbar Pressemitteilung Nr. 38/2018 vom 18. Mai 2018, accessed 7 August 2022, from https://www.bundes verfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2018/bvg18-038.html; Beschluss vom 03. Juli 2018 - 2 BvR 780/16, accessed 7 August 2022, from https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2018/03/rs20180322_2bvr078016.html.

ผู้พิพากษาชั่วคราวซ้ำอีกวาระหนึ่งไม่อาจกระทำได้ นอกจากนั้น การปฏิบัติหน้าที่ผู้พิพากษาชั่วคราวในกรณีนี้ไม่ได้มีข้อจำกัดว่าจะต้องพิจารณาพิพากษาเฉพาะแต่ในคดีพิพาทเกี่ยวกับการขอลี้ภัยเท่านั้น ในกรณีดังกล่าวนี้ย่อมเป็นอำนาจของคณะกรรมการบริหารศาล (Präsidium des Gerichts) ที่จะต้องกำหนดในแผนจัดสรรงานของศาล (Geschäftsverteilungsplan) ว่าจะกำหนดให้ผู้พิพากษาดังกล่าวรับผิดชอบในการพิจารณาพิพากษาคดีประเภทใด

จากกรณีดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่าในระบบกฎกฎหมายเยอรมัน นอกจากจะแสดงให้เห็นถึงความหลากหลายของประเภทของผู้พิพากษาที่มีที่มาแตกต่างกันแล้ว ยังแสดงให้เห็นถึงบทบาทของฝ่ายนิติบัญญัติที่มีบทบาทเชิงรุกที่ได้เข้ามาแก้ไขปัญหาความขาดแคลนของบุคลากรของศาลปกครอง เพื่อให้การอำนวยความยุติธรรมทางปกครองเป็นไปด้วยความรวดเร็วและไม่ล่าช้านั่นเอง

๗. การไม่เปิดเผยชื่อ-นามสกุลของคู่ความในการเผยแพร่คำพิพากษา (Anonymisierung von Urteilen)

ความน่าสนใจประการหนึ่งในแวดวงศาลของประเทศเยอรมนี คือการเผยแพร่คำพิพากษาของศาลที่ไม่มีการระบุชื่อ-นามสกุลของคู่ความฝ่ายที่เป็นเอกชน รวมทั้งข้อมูลส่วนบุคคลของบุคคลดังกล่าว ทั้งนี้โดยส่วนใหญ่จะใช้ตัวอักษรย่อแทนการระบุชื่อ-นามสกุล หรือข้อมูล ในบางกรณีก็จะมีการทำแถบดำปิดข้อความซึ่งเป็นข้อมูลดังกล่าว ทั้งนี้ ในประเทศเยอรมนีปรากฏข้อเท็จจริงว่ามีเพียงคำพิพากษาเพียงร้อยละ ๑ เท่านั้นที่ถูกเผยแพร่ต่อสาธารณะ ซึ่งการเผยแพร่คำพิพากษา (Veröffentlichung von Gerichtsurteilen) ในประเทศเยอรมนี โดยหลักแล้วคำพิพากษาทั้งหลายจะต้องถูกเผยแพร่เพื่อประโยชน์สาธารณะ อันมีที่มาจากหลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsprinzip) และหลักประชาธิปไตย (Demokratieprinzip) ดังนั้น คำพิพากษาที่สมควรได้รับการเผยแพร่จะต้องมีการเผยแพร่ กรณีดังกล่าวเป็นหน้าที่ตามรัฐธรรมนูญ แต่ข้อจำกัดของหน้าที่ดังกล่าวนี้เกิดขึ้นได้ในกรณีของการขัดกับสิทธิทางรัฐธรรมนูญ อันได้แก่ สิทธิส่วนบุคคล (Persönlichkeitsrechte) ของคู่ความในคดี ซึ่งจะต้องพิจารณาเป็นรายกรณีไปว่ามีกรณีดังกล่าวเกิดขึ้นหรือไม่ และบรรดาศาลทั้งหลายก็มีความระมัดระวังในการเผยแพร่คำพิพากษาของตนด้วยเหตุดังกล่าว และด้วยเหตุผลที่ว่าในประเทศเยอรมนีไม่มีข้อกำหนดหรือกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่กำหนดถึงกรณีการไม่เปิดเผยชื่อ (Anonymisierung) ในคำพิพากษาเอาไว้เป็นเอกเทศในโดยในแต่ละมลรัฐก็มีทางปฏิบัติที่แตกต่างกันไป รวมทั้งแตกต่างกันไปในในแต่ละศาล ดังนั้น การเผยแพร่คำพิพากษาในรูปแบบใดนั้นขึ้นอยู่กับผู้พิพากษาในคดีนั้น ๆ ซึ่งจากการสำรวจข้อมูลจากศาลต่าง ๆ รวมทั้งกระทรวงยุติธรรมของมลรัฐทั้งหลายแล้วได้ผลลัพธ์ คือ ในทางปฏิบัติจะไม่มีการระบุชื่อ-สกุลเต็มของคู่ความในคำพิพากษา รวมถึงข้อมูลส่วนบุคคลอื่น ๆ ก็จะถูกตรวจสอบและไม่เปิดเผยเป็นหลัก ซึ่งในบางส่วนผู้พิพากษาจะเป็นผู้ที่ปกปิดข้อมูลดังกล่าวเองหรือกำหนดให้สำนักงานศาลปฏิบัติตามเงื่อนไขหรือมาตรฐานที่ศาลกำหนด หรือในบางศาลก็กำหนดให้เจ้าหน้าที่ห้องสมุดของศาลทำหน้าที่ดังกล่าว หรือในบางศาลก็กำหนดให้โฆษกศาลทำหน้าที่ดังกล่าว สำหรับประเด็นปัญหาที่ว่า อะไรที่ไม่ต้องเปิดเผยนั้น โดยหลักขึ้นอยู่กับว่าเป็นกรณีของสิทธิส่วนบุคคลที่ควรได้รับการคุ้มครอง (die schützenswerten Persönlichkeitsrechte) ในแต่ละกรณี[๓๓]

[๓๓] Annelie Kaufmann/Katharina Uharek, Anonymisierung von Gerichtsentscheidungen Bloß keine Namen, accessed 7 August 2022, from https://www.lto.de/recht/justiz/j/anonymisierung-gerichtsentscheidungen-urteile-namen-schwaerzen-persoenlichkeitsrecht-informationsfreiheit/.

ทั้งนี้ ในประเด็นที่เกี่ยวข้องกับการเผยแพร่คำพิพากษาของศาลเยอรมัน นั้น มีตัวอย่างคำพิพากษาเช่น

๑) คำวินิจฉัยของฝ่ายบริหารศาลเกี่ยวกับคำวินิจฉัยคดีของศาลว่าเป็นคำวินิจฉัยที่สมควรเผยแพร่หรือไม่นั้น ขึ้นอยู่กับดุลพินิจที่เกิดจากการชั่งน้ำหนักประโยชน์ที่ขัดแย้งกัน ระหว่างประโยชน์ด้านข้อมูลข่าวสารของสาธารณะ (Informationsinteresse) และในบางกรณีก็เป็นไปเพื่อเปิดเผยในสิ่งพิมพ์เฉพาะกับประโยชน์ในการรักษาความลับ (Geheimhaltungsinteresse) ของผู้ที่ได้รับผลกระทบในเรื่องของสิทธิส่วนบุคคล ผู้มีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีของศาลไม่อาจถือเป็นหลักได้ว่าจะไม่มีการเผยแพร่คำพิพากษา ดังกล่าวรวมถึงกรณีที่ไม่เปิดเผยคู่ความหรือบุคคลที่สาม ซึ่งโดยแท้จริงแล้วในการวินิจฉัยในการใช้ดุลพินิจจะต้องคำนึงถึงว่า โดยหลักแล้วผู้ยื่นคำร้องมีประโยชน์ในฐานะที่เป็นผู้ที่ต้องถูกคำนึงถึงและมีความชอบธรรมในการที่จะไม่ให้มีการเปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลรวมทั้งข้อเท็จจริงแวดล้อมส่วนบุคคลในการเผยแพร่คำพิพากษาดังกล่าว[๓๔]

๒) สิทธิส่วนบุคคลในกรณีทั่วไป (das allgemeine Persönlichkeitsrecht) ไม่ได้ก่อให้เกิดสิทธิเรียกร้องเพื่อไม่ให้เผยแพร่คำพิพากษา (Anspruch auf Unterlassung der Veröffentlichung eines Urteils) ที่มีการปกปิดไม่เปิดเผยชื่อบุคคล โดยเฉพาะอย่างยิ่งไม่มีสิทธิร้องขอไม่ให้มีการจัดส่งสำเนาคำพิพากษาที่ไม่มีการเปิดเผยชื่อดังกล่าวให้แก่สื่อสารมวลชน ทั้งนี้ คำวินิจฉัยของศาลที่มีเนื้อหาที่โดยหลักแล้วเป็นเรื่องที่เปิดเผยได้ ไม่ตกอยู่ใต้การรักษาความลับ เว้นเสียแต่ว่ามีกรณีที่มีประโยชน์ที่เหนือกว่าเพื่อส่วนรวมหรือเพื่อประโยชน์ของบุคคลในบางกรณี[๓๕]

๓) การส่งต่อคำวินิจฉัยของศาลไปยังหน่วยงานของรัฐอื่น จะสามารถกระทำได้ก็ต่อเมื่อไม่มีการเปิดเผยชื่อบุคคลที่ได้รับผลกระทบ โดยศาลได้อ้างอิงถึงกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรป (Datenschutz-Grundverordnung-DSGVO) อย่างไรก็ตาม ศาลในคดีนี้ปฏิเสธสิทธิเรียกร้องเงินค่าเสียหาย (Schmerzengeld) สำหรับกรณีที่มีการส่งต่อโดยคำวินิจฉัยคดีโดยไม่ชอบดังกล่าว[๓๖]

๔) การเผยแพร่คำวินิจฉัยของศาลถือเป็นภารกิจทางมหาชน (eine öffentliche Aufgabe) ซึ่งถือเป็นภารกิจโดยตรงจากรัฐธรรมนูญของอำนาจตุลาการและของศาลทุกศาล สิ่งที่ต้องเผยแพร่ได้แก่บรรดาคำวินิจฉัยทั้งหลาย ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยคำวินิจฉัยที่สมควรถูกเผยแพร่นั้นจะต้องถูกเตรียมให้มีเนื้อหาที่ไม่เปิดเผยตัวตนหรือทำให้มีความเป็นกลาง (Anonymisierung bzw. Neutralisierung) ก่อนที่จะมีการเปิดเผยสู่สาธารณะ[๓๗]

---

[๓๔] OLG Karlsruhe Beschluß vom 22.12.2020, 6 VA 24/20, accessed 7 August 2022, from http://lrbw.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&Art=en&sid=02c4cdcf36ffbfa903b-cff15655e9d3c&nr=34516&pos=0&anz=1.

[๓๕] Das Verwaltungsgericht Berlin, Beschluss vom 27.02.2020 zum Aktenzeichen 27 L 43/20, accessed 7 August 2022, from https://gesetze.berlin.de/bsbe/document/JURE200003716.

[๓๖] Landgericht Köln, Urteil vom 03.08.2021 (Az. 5 O 84/21), accessed 7 August 2022, from https://www.justiz.nrw.de/nrwe/lgs/koeln/lg_koeln/j2021/5_O_84_21_Urteil_20210803.html.

[๓๗] BVerwG, Urteil vom 26.02.1997 - 6 C 3.96, accessed 7 August 2022, from https://openjur.de/u/86548.html.

นอกจากนั้น กฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรป (Datenschutz-Grundverordnung-DSGVO) ที่ได้เข้ามามีบทบาทเป็นส่วนหนึ่งที่ต้องพิจารณาถึงในปัญหาดังกล่าวด้วยเช่นกัน ดังที่ปรากฏในตัวอย่างคำวินิจฉัยของศาลข้างต้น ด้วยเหตุว่าไม่มีกฎหมายกำหนดในเรื่องของการไม่เปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลในคำพิพากษาเอาไว้เป็นการเฉพาะ และในการบังคับใช้ก็ต้องอาศัยการตีความถ้อยคำของกฎหมายดังกล่าว ทั้งนี้ ก็ปรากฏว่าได้มีความพยายามในการจัดทำแนวทาง (Guidline) ในการไม่เปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลเอาไว้โดยเฉพาะในส่วนของคำพิพากษานั้น มีคำแนะนำว่า[๓๘]

๑) โดยหลักแล้วการเผยแพร่คำพิพากษาของศาลนั้น ถือว่าการไม่เปิดเผยข้อมูลที่เกี่ยวข้องกับตัวบุคคลเป็นเรื่องที่สำคัญ ซึ่งโดยทั่วไปคู่ความในคดีมักจะมีความประสงค์ไม่ให้เปิดเผยข้อมูลดังกล่าว หากต้องมีการเผยแพร่คำพิพากษา ประเด็นปัญหาที่เกิดขึ้นคือการไม่เปิดเผยข้อมูลนั้นจะมีกรอบแค่ไหนเพียงใด ด้วยเหตุว่าโดยแท้จริงแล้วการพิจารณาคดีของศาลเองก็ทำโดยเปิดเผย (öffentlich) เว้นเสียแต่มีกรณีที่ต้องพิจารณาโดยลับ ซึ่งหลักการพิจารณาคดีโดยเปิดเผย (Öffentlichkeitsprinzip) นี้ไม่ได้จำกัดอยู่แต่เพียงการพิจารณาคดีของศาลเท่านั้น หากแต่รวมไปถึงการเผยแพร่คำพิพากษาของศาลด้วย ซึ่งหมายความว่าการเปิดเผยถึงข้อมูลเกี่ยวกับการมีส่วนร่วมในการพิจารณาคดีว่าเป็นการพิจารณาคดีข้อพาทของคู่ความใด แต่อย่างไรก็ตาม ในการเผยแพร่คำพิพากษาของศาลนั้น ชื่อของคู่ความหรือสถานที่จะถูกปกปิดไว้ไม่ให้ทราบว่าเป็นใคร แต่สิ่งที่ต้องพิจารณาเป็นประการแรกคือต้องมีความชัดเจนว่าเมื่อใดที่คำวินิจฉัยของศาลมีความเหมาะสมที่จะเผยแพร่ต่อสาธารณะ (veröffentlichungswürdig) และเมื่อใดที่การเผยแพร่คำพิพากษานั้นขัดต่อประโยชน์ของคู่ความ ซึ่งในช่วงหลายปีที่ผ่านมาประเด็นเกี่ยวกับการเผยแพร่คำวินิจฉัยของศาลนั้นได้รับความสนใจมากขึ้น และคำวินิจฉัยของศาล (gerichtliche Entscheidungen) ในที่นี้ได้แก่บรรดาคำพิพากษา (Urteile) และคำสั่ง (Beschlüsse) ของศาล

๒) หน้าที่ในการเผยแพร่ (Die Publikationspflicht) คำวินิจฉัยของศาลนี้มีฐานมาจากหลักนิติรัฐ (Rechtsstaatsgebot) ตามมาตรา ๒๐ วรรคสาม ของกฎหมายพื้นฐาน ซึ่งหมายความรวมถึงหน้าที่ในกระบวนการยุติธรรม (Justizgewährungspflicht) และหลักประชาธิปไตย (Demokratiegebot) ตามมาตรา ๒๐ วรรคหนึ่ง ของกฎหมายพื้นฐาน และหลักพื้นฐานเกี่ยวกับการแบ่งแยกอำนาจ (Grundsatz der Gewaltenteilung) ตามมาตรา ๒๐ วรรคสอง ประโยคที่สอง ของกฎหมายพื้นฐาน ซึ่งตามแนวคำพิพากษาของศาล คำวินิจฉัยของศาลจะต้องเผยแพร่หากคำวินิจฉัยดังกล่าวมีความเหมาะสมที่จะเผยแพร่ (veröffentlichungswürdig) เพื่อให้ประชาชนได้รับทราบถึงข้อมูลเกี่ยวกับพัฒนาการทางกฎหมายและการใช้บังคับกฎหมายนั่นเอง

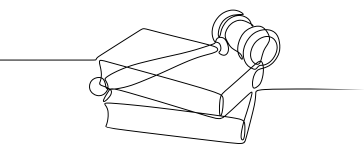
๓) การไม่เปิดเผยชื่อหรือตัวตนของบุคคลในคำพิพากษา (Anonymisierung von Urteilen) มีพื้นฐานมาจากรัฐบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลของแต่ละมลรัฐ เช่นเดียวกับรัฐบัญญัติว่าด้วยการคุ้มครองข้อมูลของสหพันธรัฐ (Bundesdatenschutzgesetz - BDSG) และกฎหมายคุ้มครองข้อมูลส่วนบุคคลของสหภาพยุโรป (Datenschutz-Grundverordnung-DSGVO) ซึ่งมักจะพิจารณาการไม่เปิดเผยข้อมูลดังกล่าวในแต่ละคำวินิจฉัยไปและต้องมีการชั่งน้ำหนักระหว่างประโยชน์ที่ขัดกันสองประการคือ

[๓๘] Saskia Ostendorff, ANONYMISIERUNGSLEITFADEN, accessed 7 August 2022, from https://openredact.org/ leitfaden-anonymisierung.

ความต้องการข้อมูลกับการกำหนดข้อมูลด้วยตนเองของคู่ความในคดี ซึ่งโดยทั่วไปข้อเรียกร้องเกี่ยวกับการไม่เปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลถือว่ามีการดำเนินการเพียงพอแล้ว หากปรากฏว่ามีการลบข้อมูลเกี่ยวกับคู่ความและผู้แทนของคู่ความในส่วนต้นของคำวินิจฉัย (Rubrum) และในส่วนของข้อเท็จจริง (Tatbestand) เช่นเดียวกับในส่วนของเหตุผลของคำวินิจฉัย (Entscheidungsgründe) โดยการระบุถึงตัวอักษรแรกของชื่อสกุล (Name) หรือสถานที่ (Orte) ทั้งนี้ โดยไม่ทำให้สามารถสรุปความเพื่อระบุตัวตนของคู่ความจากคำพิพากษาที่ไม่ระบุข้อมูลดังกล่าวได้ ซึ่งในทางปฏิบัติก็ปรากฏว่ามีการเผยแพร่คำพิพากษาในบางส่วนโดยการใช้นามแฝง (Pseudonymisierung) อีกด้วย

จากข้อมูลข้างต้น แสดงให้เห็นว่าในประเทศเยอรมนีนั้น การเผยแพร่คำวินิจฉัยของศาลโดยทั่วไปนั้นจะกระทำโดยการไม่เปิดเผยข้อมูลส่วนบุคคลของคู่ความ ทั้งนี้ เพื่อเป็นการรักษาไว้ซึ่งสมดุลระหว่างหลักการสำคัญที่แตกต่างกันกล่าวคือ หน้าที่ในการเผยแพร่คำวินิจฉัยของรัฐกับสิทธิส่วนบุคคลของคู่ความนั่นเอง

กฎหมายพลังงานน่ารู้



ดร.รัชดาพร นิ่มพงษ์ศักดิ์ *

พลังงานเป็นปัจจัยสำคัญในการขับเคลื่อนเศรษฐกิจของประเทศและการดำรงชีพของมนุษย์ ต้องใช้พลังงานตลอดเวลา คำว่า "พลังงาน" ในภาษาอังกฤษเรียกว่า "Energy" หรือบางกรณีเรียกว่า "Power" โดยความแตกต่างพิจารณาได้จากในทางทฤษฎี Energy คือพลังที่แฝงอยู่ในสิ่งหนึ่งที่จะสามารถทำอะไรขึ้นมาได้ ส่วน Power จะเป็นลักษณะหน่วยวัด (measurement unit) หรือกำลังงาน[๑]

เมื่อพิจารณาระดับพื้นฐาน เราจำเป็นต้องใช้พลังงานในการประกอบกิจกรรมหรือการปฏิบัติงานต่างๆ เช่น ในการเคลื่อนไหวร่างกาย ในการพูดคุย การแสดงท่าทาง ส่วนเครื่องมือเครื่องจักรจำเป็นต้องใช้พลังงานในการขับเคลื่อน พลังงานที่เราเห็นและกล่าวถึงทั่วไป เช่น พลังงานปิโตรเลียม พลังงานแสงอาทิตย์ พลังงานลม พลังงานน้ำ พลังงานถ่านหิน พลังงานนิวเคลียร์ พลังงานไฟฟ้า จากนั้นต่อมามีพลังงานชีวภาพ พลังงานชีวมวล พลังงานจากขยะ และพลังงานที่อาจเป็นเรื่องห่างไกลออกไป เช่น พลังงานความร้อนใต้พิภพ พลังงานน้ำขึ้นน้ำลง พลังงานคลื่น พลังงานไฮโดรเจน พลังงานจากน้ำพุร้อน พลังงานจึงมาจากกำลังกายมนุษย์หรือมาจากธรรมชาติ และมีลักษณะเป็นพลังงานสิ้นเปลือง (Non renewable Energy) หรือมีลักษณะเป็นพลังงานหมุนเวียน[๒] และในอนาคตอาจมีการพัฒนารูปแบบพลังงานแปลกใหม่ออกไปแบบ

* นิติศาสตรบัณฑิต (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), LL.M. (International Law) (University of Aberdeen) UK (ทุนกรมทรัพยากรธรณี), นิติศาสตรมหาบัณฑิต (กฎหมายภาษี) (มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์), Ph.D. (Petroleum Concession Contract) (University of Aberdeen) UK (ทุนสำนักงานนโยบายและแผนพลังงาน กระทรวงพลังงาน), พนักงานคดีปกครองชำนาญการ สำนักงานศาลปกครองสูงสุด และอาจารย์พิเศษ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ มหาวิทยาลัยรามคำแหง และมหาวิทยาลัยเกษตรศาสตร์

ผู้เขียนจัดทำบทความนี้ขึ้นเพื่อเป็นอาจาริยบูชาแด่ ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ โดยการศึกษาปริญญาเอกทางกฎหมายของผู้เขียนจะสำเร็จลุล่วงไปด้วยดีไม่ได้ หากไม่ได้รับการสนับสนุนและการให้โอกาสในจุดเริ่มต้นจากผู้บังคับบัญชา ตั้งแต่ที่ผู้เขียนประสงค์จะสมัครคัดเลือกข้าราชการเพื่อรับทุนรัฐบาลไปศึกษาวิชา ณ ต่างประเทศ จำเป็นต้องมีการอนุญาตจากหัวหน้าส่วนราชการหรือหน่วยงานของรัฐเจ้าสังกัดเพื่อไปสอบแข่งขัน เมื่อผู้เขียนเข้าพบเรียนชี้แจงความประสงค์และข้อจำกัดด้านเวลาในการสมัครต่อท่านชาญชัย แสวงศักดิ์ ขณะดำรงตำแหน่งเลขาธิการสำนักงานศาลปกครอง ท่านได้ให้ความกรุณาลงนามในหนังสืออนุญาต และให้คำสอนในการนำความรู้กลับมารับใช้ประเทศชาติ ซึ่งผู้เขียนรำลึกพระคุณและคำสอนของท่านตลอดมา

[๑] เช่น แบตเตอรี่ก้อนนี้มี Energy ให้พลังงานสูงสุดขนาด 1 เมกะโวลต์ (MV) ต่อชั่วโมง หรือแบตเตอรี่ก้อนนี้มี Power ผลิตกำลังไฟฟ้าสูงสุดขนาด 1 เมกะโวลต์ (MV)

[๒] พลังงานหมุนเวียน (Renewable Energy) คือพลังงานที่ใช้ไม่หมด สามารถนำกลับมาใช้ใหม่ได้ / พลังงานทางเลือก (Alternative Energy) คือพลังงานที่ได้จากแหล่งอื่นที่ไม่ใช่ฟอสซิล / พลังงานทดแทน คือ พลังงานที่ใช้ทดแทนพลังงานฟอสซิล เป็นส่วนหนึ่งของพลังงานทางเลือก

ที่เราไม่คาดคิด ดังเช่นอดีตเรามีวิธีสื่อสารโดยใช้นกพิราบ ใช้ม้าเร็ว ต่อมาใช้จดหมาย โทรเลข ธนาณัติ โทรสาร แฟกซ์ และพัฒนามาเป็นการส่งอีเมล ส่งแมสเสส ส่งไลน์ การประชุมทางไกลผ่านจอภาพ จะเห็นได้ว่า ความก้าวล้ำทางเทคโนโลยีพัฒนาอย่างรวดเร็ว เรามีการใช้ GPS (Global Positioning System) (ระบบระบุตำแหน่งพื้นโลก) ในขณะขับรถยนต์ ใช้ข้อมูลจากระบบดาวเทียม GITSDA ในการดูคราบน้ำมันที่รั่วไหลในทะเล ใช้โดรน (Drone) (อากาศยานไร้คนขับ) ในการเก็บภาพถ่ายจากมุมสูง ดูแนวเขตที่ดิน ดูหลังคาบ้านที่ชำรุด พ่นปุ๋ยหรือสารเคมี ทางการเกษตร เราได้รู้เห็นสิ่งแปลกใหม่ต่างๆ และดูเหมือนมนุษย์ผู้พัฒนาเทคโนโลยีจะพยายามเอาชนะเพื่อให้เป็นสุดยอดความก้าวหน้าขึ้นเรื่อยๆ อย่างไรก็ดี เราควรต้องคำนึงว่าประชากรในโลกเพิ่มจำนวนขึ้นแต่พื้นที่บนโลกเท่าเดิมในขณะที่ต้องใช้พลังงานเพิ่มสูงขึ้น ทำให้ผลกระทบต่อสิ่งแวดล้อมในระยะยาวรุนแรงเพิ่มขึ้น มีการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศโลก หรือปัจจัยภายนอกเช่นสงครามระหว่างประเทศ ส่งผลต่อเรื่องการใช้พลังงานของมนุษย์และการปรับตัวให้เข้ากับสถานการณ์ ดังเห็นได้จากตัวอย่างที่ประเทศผู้ส่งออกน้ำมันรายใหญ่ของโลกบางประเทศสนับสนุนให้มีการประกอบธุรกิจการท่องเที่ยวและการมีบทบาทสำคัญในอุตสาหกรรมการบินโดยเป็นศูนย์กลางการต่อเที่ยวบินในภูมิภาค ดังนั้น เราต้องปรับให้เข้ากับวิถีที่เปลี่ยนไปและกฎหมายพลังงานจำเป็นต้องเข้ามามีบทบาทควบคุมกลไกนับแต่กระบวนการต้นน้ำ กลางน้ำ และปลายน้ำในเรื่องพลังงานมหภาคทั้งหมด

กฎหมายพลังงานจึงมีความสำคัญเนื่องจากเป็นกฎหมายเกี่ยวกับการจัดการทรัพยากรธรรมชาติด้านพลังงานและเป็นกฎหมายที่มีความซับซ้อน เป็นสหวิทยาการ (interdisciplinary fields) มีความจำเป็นต้องพิจารณาในหลายประเด็นเกี่ยวเนื่องกัน เช่น:

- กฎหมายภายในประเทศ (กำหนดนโยบายและการกำกับดูแลของรัฐ การประกอบกิจการของภาคเอกชน ความรับผิดตามกฎหมาย) กฎหมายระหว่างประเทศ (สนธิสัญญา ความตกลง อาณาเขต สิ่งแวดล้อม)

- เศรษฐศาสตร์ (การจัดการด้านการคลังเงินรายได้ของรัฐ) อนึ่ง ในบางกรณีอาจพิจารณาว่ากฎหมายพลังงานมีความสัมพันธ์เกี่ยวโยงกับกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ (Public Economic Law) ซึ่งหมายถึงกฎหมายที่กำหนดเกี่ยวกับการเข้ามามีบทบาทแทรกแซงในทางเศรษฐกิจของนิติบุคคลมหาชนทั้งหลาย[๓] เช่น การคำนวณเงินได้ในรูปแบบต่างๆ จากการประกอบกิจการพลังงานเข้ารัฐ มาตรการเพื่อควบคุมการใช้พลังงาน

- วิศวกรรมศาสตร์ (การนำเทคโนโลยีเข้ามาใช้ในการจัดการพลังงาน เช่น การสำรวจ ขุดเจาะ ผลิต รื้อถอน ซึ่งอาจกล่าวได้ว่าตลอดสายการประกอบกิจการต้นน้ำ กลางน้ำ ปลายน้ำ)

- สิ่งแวดล้อม (การใช้ทรัพยากรเพื่อความปลอดภัย สงบสุขและยั่งยืน) การให้ความรู้ความเข้าใจแก่ประชาชนเกี่ยวกับโครงการภาครัฐ การรับฟังความคิดเห็นของประชาชน เช่น กรณีวางแนวท่อก๊าซก่อสร้างโรงไฟฟ้า การรั่วไหลของสารอันตรายจากการประกอบกิจการพลังงานปนเปื้อนลงดิน แม่น้ำ หรือทะเล มาตรการเพื่อควบคุมมลพิษ

- ผังเมือง (การวางแผนการจัดการพื้นที่) โดยเฉพาะกรณีการเวนคืนที่ดินหรือสิ่งปลูกสร้างเพื่อการขยายพื้นที่ประกอบกิจการ เช่น การวางแนวเขตเดินสายไฟฟ้าแรงสูง การวางแนวเขตระบบรถไฟฟ้า

[๓] André de LAUBADERE et Pierre DELVOLVE, Droit public économique, 5e édition, Dalloz, 1986, หน้า ๒๐ อ้างใน สุรพล นิติไกรพจน์, ข้อความคิดเบื้องต้นเกี่ยวกับกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ, วารสารนิติศาสตร์, หน้า ๓๗๓

- ภูมิศาสตร์ประวัติศาสตร์ (การรู้จักทำเลที่ตั้งของทรัพยากร) เพื่อลดปัญหาการขัดแย้งทางวัฒนธรรม การดำรงชีพดั้งเดิม อาณาเขตที่ติดกับประเทศเพื่อนบ้าน

- รัฐศาสตร์ (การเมืองการปกครองการบูรณาการการวางฐานกำลังด้านต่างๆ โดยภาครัฐ)

นอกจากนี้ ในการกำกับดูแลกิจการด้านพลังงานโดยภาครัฐ รัฐอาจนำประเด็นต่อไปนี้มาพิจารณาประกอบ:

๑. อุปสงค์ – อุปทาน (Supply – Demand)

๒. การให้บริการสาธารณะ (Public Service)

ตามหลักกฎหมายมหาชนและกฎหมายปกครองดังเช่นกฎหมายมหาชนฝรั่งเศสจัดให้การผลิตและการจ่ายพลังงานเป็นเรื่องการบริการสาธารณะเกี่ยวกับเศรษฐกิจ[๔]

๓. ประโยชน์แก่ส่วนรวม (Public Interest)

“ประโยชน์แก่ส่วนรวม” หมายความว่า ประโยชน์ต่อสาธารณะหรือประโยชน์อันเกิดแก่การจัดทำบริการสาธารณะหรือการจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภค หรือประโยชน์อื่นใดที่เกิดจากการดำเนินการหรือการกระทำที่มีลักษณะเป็นการส่งเสริม หรือสนับสนุนแก่ประชาชนเป็นส่วนรวม หรือประชาชนส่วนรวมจะได้รับประโยชน์จากการดำเนินการหรือการกระทำนั้น”[๕]

๔. ความมั่นคงทางพลังงาน (Energy Security)

หมายถึง การจัดหาพลังงานให้มีความพร้อมใช้อย่างเพียงพอทั่วถึง ในราคาที่เหมาะสม คุ้มค่าต่อเนื่อง และยั่งยืนทั้งในปัจจุบันและอนาคต เช่น พิจารณาเหตุการณ์ที่เคยเกิดขึ้นเมื่อมีการซ่อมบำรุงโรงไฟฟ้าหรือโรงจ่ายกระแสไฟฟ้าไม่ว่าของไทยหรือประเทศเพื่อนบ้านที่ไทยต้องซื้อพลังงานจัดส่งมาให้ผ่านทางแนวชายแดน ทำให้มีการหวั่นเกรงต่อปัญหาไฟฟ้าดับหรือกระแสไฟฟ้าตก ซึ่งจะมีผลกระทบอย่างมากในทุกภาคส่วนในพื้นที่ที่ต้องใช้ไฟฟ้านั้น

๕. สถานการณ์ฉุกเฉิน (State of Emergency)

โดยปกติรัฐบาลไม่ว่าประเทศใดๆ สามารถอ้างว่าเป็นอำนาจของรัฐบาลที่จะต้องรับผิดชอบในภาระหน้าที่ดำเนินการปัดป้องเหตุอันตรายที่อาจเกิดขึ้นได้เป็นการล่วงหน้า ซึ่งหากรัฐได้คาดการณ์ตามหลักเศรษฐศาสตร์ได้ว่าสัดส่วนการใช้พลังงานภายในประเทศและการจัดสรรให้มีได้จากทรัพยากรภายในประเทศไม่สัมพันธ์กัน มีผลให้รัฐประสบปัญหาการบริหารกิจกรรมทางเศรษฐกิจของประเทศที่เกี่ยวกับพลังงานที่อาจนำไปสู่กรณีรัฐบาลประกาศให้เป็นภาวะฉุกเฉิน และหากปัญหารุนแรงยืดเยื้ออาจทำให้ถึงขั้นการไม่สามารถบริหารประเทศได้

ดังนั้น หน้าที่ของรัฐที่สำคัญเกี่ยวกับพลังงานของประเทศคือ การจัดหา การจัดให้มีอย่างเพียงพอ การอำนวยความสะดวก การสนับสนุนการประกอบกิจการ เพื่อประชาชนในประเทศ เพื่อหลีกเลี่ยงปัญหาความขาดแคลนและการเตรียมความพร้อมในเหตุปัจจุบันทันด่วน สิ่งเหล่านี้เป็นปัจจัยสำคัญทำให้รัฐต้องให้การสนับสนุนส่งเสริมการประกอบกิจการพลังงานให้ดำเนินการได้อย่างต่อเนื่องและมีประสิทธิภาพ

[๔] ศ.ดร.นันทวัฒน์ บรมานันท์, มาตรฐานใหม่ของการจัดทำบริการสาธารณะระดับชาติในประเทศไทย
[๕] มาตรา ๓ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

กฎหมายพลังงานที่เกี่ยวข้องกับหน่วยงานภายใต้สังกัดกระทรวงพลังงาน (ข้อมูล ๙ สิงหาคม ๒๕๖๕)

กระทรวงพลังงาน (Ministry of Energy)	
กรมเชื้อเพลิงธรรมชาติ (Department of Mineral Resources)	พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. ๒๕๑๔ พระราชบัญญัติองค์กรร่วมไทย-มาเลเซีย พ.ศ. ๒๕๓๓
กรมธุรกิจพลังงาน (Department of Energy Business)	พระราชบัญญัติควบคุมน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ. ๒๕๔๒ พระราชบัญญัติการค้าน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ. ๒๕๔๓
กรมพัฒนาพลังงานทดแทนและอนุรักษ์พลังงาน (Department of Alternative Energy and Development Efficiency)	พระราชบัญญัติการพัฒนาและส่งเสริมพลังงาน พ.ศ. ๒๕๓๔ พระราชบัญญัติการส่งเสริมการอนุรักษ์พลังงาน พ.ศ. ๒๕๓๕
สำนักงานคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงาน (Office of the Energy Regulatory Commission)	พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. ๒๕๕๐
สำนักงานนโยบายและแผนพลังงาน (Energy Policy and Planning Office)	พระราชบัญญัติคณะกรรมการนโยบายพลังงานแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๓๕ พระราชกำหนดแก้ไขและป้องกันภาวะการขาดแคลนน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ. ๒๕๑๖
สำนักงานกองทุนน้ำมันเชื้อเพลิง (Oil Fuel Fund Office)	พระราชบัญญัติกองทุนน้ำมันเชื้อเพลิง พ.ศ. ๒๕๖๒
การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (Electricity Generating Authority of Thailand) (EGAT)	พระราชบัญญัติการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๑๑
และประกาศกระทรวงเกี่ยวกับกฎหมาย	

และ/หรือมีการบูรณาการร่วมกับหน่วยงานอื่นเช่น

การไฟฟ้านครหลวง (Metropolitan Electricity Authority) (MEA)	พระราชบัญญัติการไฟฟ้านครหลวง พ.ศ. ๒๕๐๑
การไฟฟ้าส่วนภูมิภาค (Provincial Electricity Authority) (PEA)	พระราชบัญญัติการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค พ.ศ. ๒๕๐๓
การนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย (Industrial Estate Authority of Thailand)	พระราชบัญญัติการนิคมอุตสาหกรรมแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๒๒

นอกจากนี้ บางกรณีต้องประสานงานร่วมกันกับกระทรวงอื่น เช่น เหตุการณ์น้ำมันรั่วในทะเล / การเจรจาพื้นที่ทับซ้อนระหว่างประเทศ / การเวนคืนที่ดินเพื่อวางแนวท่อส่งก๊าซธรรมชาติผ่านเขตป่าสงวน เป็นต้น โดยที่ประเภทของพลังงานมีหลากหลาย การประกอบกิจการพลังงานจึงมีประเด็นปลีกย่อยเกี่ยวข้องกับหน่วยงานที่ไม่ได้อยู่ภายใต้ความรับผิดชอบของกระทรวงพลังงาน

ในทางวิชาการต่างประเทศ กฎหมายพลังงานอาจพิจารณาจากความคิดพื้นฐานที่ว่า พลังงานถือเป็นทรัพยากรของประเทศ ประชาชนในประเทศเจ้าของทรัพยากรจะมีความรู้สึกว่าตนเป็นหนึ่งในเจ้าของทรัพยากรนั้น และให้รัฐเป็นผู้บริหารโดยใช้ระบบการเงินการคลังเข้ามาจัดการ ซึ่งรัฐจะใช้หลักเกณฑ์ดังนี้:

1. Land Regime
2. Legal Regime
3. Fiscal Regime

๑ หลักเกณฑ์ด้านผืนดิน (Land Regime)

เช่น รัฐมีอำนาจกำหนด เพดานการถือครองจำนวนพื้นที่ทรัพยากรพลังงานของบริษัทเอกชน / ปรับเปลี่ยนเขตพื้นที่ถือครองทรัพยากรพลังงาน / พิจารณาอนุมัติอนุญาตการเข้าร่วมในการสำรวจและผลิตทรัพยากรพลังงาน

๒. หลักเกณฑ์ด้านกฎหมาย (Legal Regime)

เช่น รัฐมีอำนาจตั้งข้อกำหนดและเงื่อนไขในใบอนุญาตเข้าจัดการทรัพยากรพลังงาน / จัดเตรียมรูปแบบและสัญญาที่เอกชนจะเข้าทำสัญญากับรัฐ ทั้งนี้ ในทางสากลมีรูปแบบหลากหลาย เช่น สัญญาสัมปทาน (concession contract), สัญญาแบ่งปันผลผลิต (Production Sharing Contract (PSC) หรือบางแห่งเรียกว่า Production Sharing Agreement (PSA)), ข้อตกลงการมีส่วนร่วม (Participation Agreement), สัญญาจ้างบริการ (Service Contract) หรือดังเช่นในปัจจุบันที่พระราชบัญญัติปิโตรเลียม (ฉบับที่ ๗) พ.ศ. ๒๕๖๐ มีการแก้ไขเพิ่มเติมในมาตรา ๒๓ เกี่ยวกับรูปแบบสัญญาปิโตรเลียม

๓. หลักเกณฑ์ด้านการคลัง (Fiscal Regime)

เช่น รัฐมีอำนาจพิจารณาลดหย่อนค่าภาคหลวง / เพิ่มหรือลดค่าภาคหลวง / กำหนดให้เอกชนต้องมีหลักประกันการปฏิบัติตามสัญญา

บทความนี้จะกล่าวโดยยกตัวอย่างพลังงานและประเด็นบางเรื่องตามสมัยนิยม ผู้เขียนจะไม่เน้นรายละเอียดคดีพิพาทในศาลปกครองเนื่องจากจะเป็นการแตะประเด็นในเชิงลึก เป็นเรื่องที่อ่อนไหว คดีบางเรื่องอาจอยู่ระหว่างการพิจารณาพิพากษาคดีในศาล หรือเป็นคดีในกลุ่มเดียวกัน อีกทั้งข้อมูลคดีมีจำนวนมากเกินกว่าที่จะกล่าวครอบคลุมได้ในบทความนี้

พลังงานปิโตรเลียม (Petroleum Energy)

พัฒนาการกฎหมายของประเทศไทยที่บัญญัติเกี่ยวกับการสำรวจและผลิตปิโตรเลียมซึ่งเป็นทรัพยากรธรรมชาติประเภทสิ้นเปลือง เริ่มจากอดีตที่มีการนำกฎหมายพระราชบัญญัติการทำเหมืองแร่ พ.ศ. ๒๔๖๑ และมีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายในปี พ.ศ. ๒๕๐๘ จนกระทั่งเป็นพระราชบัญญัติแร่

พ.ศ. ๒๕๑๐ ต่อมา มีข้อคำนึงในส่วนหลักเกณฑ์วิธีการที่ควรบังคับใช้ระหว่างทรัพยากรแร่กับทรัพยากรปิโตรเลียม ประกอบกับขณะนั้น แผนพัฒนาเศรษฐกิจและสังคมแห่งชาติฉบับที่สอง (๒๕๑๐-๒๕๑๔) ให้ความสำคัญในเรื่องการพัฒนาพลังงานของประเทศ กฎหมายเฉพาะเรื่องปิโตรเลียมจึงได้มีการตราขึ้นเป็นพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. ๒๕๑๔ จากการวิเคราะห์รูปแบบ ความเหมาะสม ความคล้ายคลึง ภูมิศาสตร์ กฎเกณฑ์ที่สากลโลกยอมรับใช้กันในขณะนั้น และกำหนดให้มีการใช้ระบบสัญญาในรูปแบบสัมปทานปิโตรเลียมเพื่อใช้ในประเทศไทย (ข้อสังเกต คำเรียกทั่วไปมักใช้คำว่า สัญญาสัมปทานปิโตรเลียม แต่กฎกระทรวงกำหนดแบบสัมปทานปิโตรเลียม พ.ศ. ๒๕๕๕ ออกตามความในพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. ๒๕๑๔ ใช้ว่า สัมปทานปิโตรเลียม)

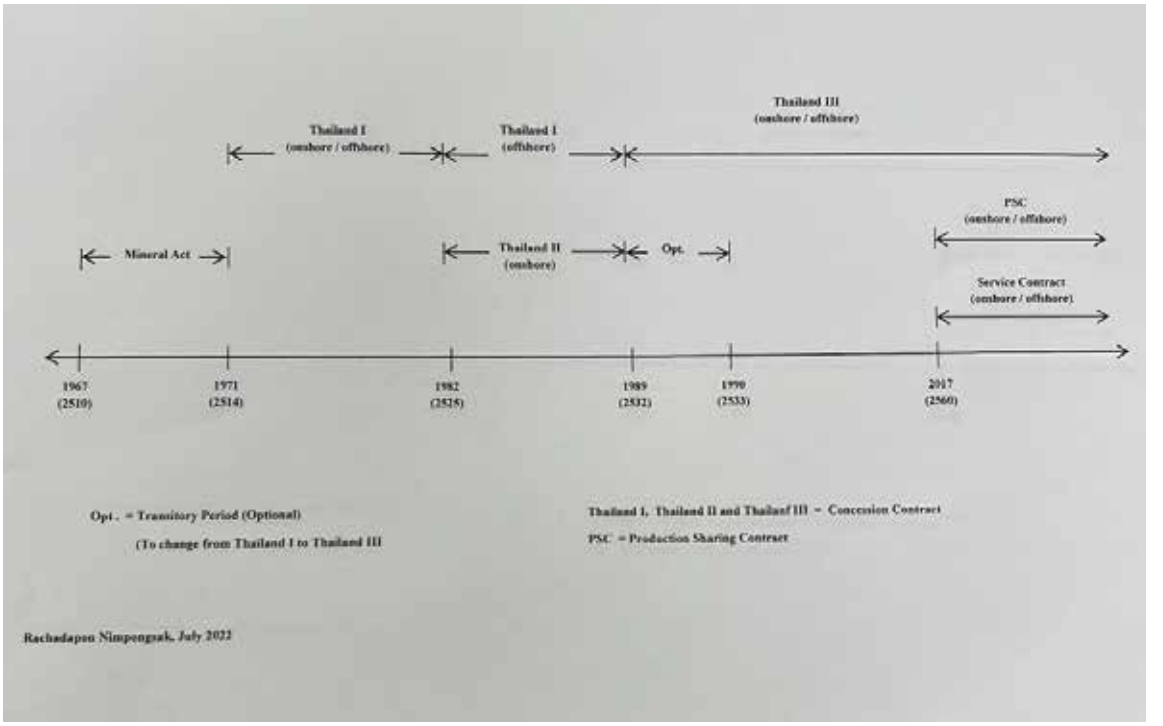
คำว่า “ปิโตรเลียม” (Petroleum) มีความหมายรวมถึงสองสิ่งคือ น้ำมันดิบ (Crude Oil) และก๊าซธรรมชาติ (Natural Gas) หากจะระบุเฉพาะ เช่น สถานีบริการน้ำมันเชื้อเพลิง ท่อส่งก๊าซธรรมชาติ อย่างไรก็ตาม อาจมีการเรียกใช้โดยรวม เช่น ในต่างประเทศมีการเรียกว่า บริษัทน้ำมันแห่งชาติ (National Oil Company) (NOC) ซึ่งรวมถึง การประกอบกิจการก๊าซธรรมชาติรวมอยู่ด้วย

ส่วนคำว่า “สัมปทาน” (Concession) เป็นการให้สิทธิผูกขาดแต่ผู้เดียวในการกระทำกิจการใด เช่น สัมปทานเหมืองแร่ สัมปทานรถไฟฟ้า และสัมปทานปิโตรเลียม สำหรับการให้สัมปทานปิโตรเลียมของไทย มีข้อพิจารณาว่า เป็นการให้สิทธิสำรวจและผลิตปิโตรเลียมในบริเวณหนึ่งภายในเวลาที่กำหนด โดยปิโตรเลียมที่พบเป็นของผู้รับสัมปทาน ทั้งนี้ ผู้รับสัมปทานเป็นผู้ลงทุนและรับความเสี่ยงทั้งหมด และเป็นผู้ชำระผลประโยชน์ให้รัฐในรูปของค่าภาคหลวงและภาษีเงินได้ กฎหมายปิโตรเลียมที่เป็นหลักใช้บังคับคือ พระราชบัญญัติปิโตรเลียมและพระราชบัญญัติภาษีเงินได้ปิโตรเลียม อาจถือว่าเป็นกฎหมายพิเศษ บัญญัติขึ้นเพื่อใช้เฉพาะกับการประกอบกิจการของผู้รับสัมปทานปิโตรเลียม โดยมีข้อกฎหมายในเรื่องการสำรวจและผลิตปิโตรเลียม การขนส่ง การขายและจำหน่ายปิโตรเลียมที่ค้นพบ ทั้งนี้ การจัดเก็บผลประโยชน์ของรัฐจากการประกอบกิจการปิโตรเลียมจัดเก็บตามข้อกำหนดของกฎหมายพระราชบัญญัติปิโตรเลียม (ค่าภาคหลวงและผลประโยชน์ตอบแทนพิเศษ) (กรมเชื้อเพลิงธรรมชาติ กระทรวงพลังงาน) และพระราชบัญญัติภาษีเงินได้ปิโตรเลียม (ภาษีเงินได้ปิโตรเลียม) (กรมสรรพากร กระทรวงการคลัง) โดยหลักเกณฑ์วิธีการการเปิดให้สัมปทาน การยื่นเอกสารหลักฐาน วิธีการคัดเลือกผู้รับสัมปทาน ฯลฯ เป็นไปตามเงื่อนไขและเงื่อนเวลาที่เรียกว่า Thailand I, Thailand II และ Thailand III อนึ่ง ในพื้นที่พัฒนาร่วมไทย-มาเลเซีย (Malaysia-Thailand Joint Development Area) (MTJDA) มีการใช้รูปแบบสัญญาแบ่งปันผลผลิต

ในช่วงปี พ.ศ. ๒๕๕๘ มีกลุ่มประชาชนเรียกร้องให้รัฐบาลมีการทบทวนกฎหมายเกี่ยวกับการให้สิทธิเอกชนในการลงทุนสำรวจและผลิตปิโตรเลียม โดยเสนอให้มีการเปลี่ยนการใช้ระบบสัญญาสัมปทาน (Concession Contract System) ไปใช้ระบบสัญญาแบ่งปันผลผลิต (Production Sharing Contract System) ตัวอย่างที่ขอยกมากล่าวในที่นี้เช่น ให้มีการแก้ไขบางมาตราในพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. ๒๕๑๔ เพื่อแยกหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขเรื่องพื้นที่สำรวจ (Exploration Area) และเรื่องการผลิตและการวางท่อขนส่งปิโตรเลียมบนบกและในทะเล (Onshore/Offshore Petroleum Pipeline) (Transmission System) เป็นต้น จนกระทั่งในที่สุด มีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายโดยมีการตราพระราชบัญญัติ

ปิโตรเลียม (ฉบับที่ ๗) พ.ศ. ๒๕๖๐[๖] ขึ้นมาบังคับใช้ ทำให้ประเทศไทยมีการเปลี่ยนแปลงระบบสัญญาการสำรวจและผลิตทรัพยากรธรรมชาติประเภทปิโตรเลียมทั่วประเทศ ทั้งบนบกและในทะเล จากสัญญารูปแบบสัมปทานภายใต้พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. ๒๕๑๔ เป็นสัญญารูปแบบ สัมปทาน สัญญาแบ่งปันผลผลิต[๗] และสัญญาจ้างบริการ[๘] ภายใต้พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. ๒๕๑๔ โดยให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่คณะกรรมการปิโตรเลียมประกาศกำหนดในราชกิจจานุเบกษาโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี[๙]

เรื่องเกี่ยวข้องที่รัฐอาจนำมาพิจารณาใช้ให้เกิดประโยชน์ต่อประเทศในสัญญา เช่น:



[๖]พระราชบัญญัติปิโตรเลียม (ฉบับที่ ๗) พ.ศ. ๒๕๖๐ มาตรา ๔ ให้ยกเลิกความในวรรคหนึ่งของมาตรา ๒๓ แห่งพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. ๒๕๑๔ และให้ใช้ความต่อไปนี้แทน

"มาตรา ๒๓ ปิโตรเลียมเป็นของรัฐ ผู้ใดสำรวจหรือผลิตปิโตรเลียมในที่ใด ไม่ว่าที่นั้นเป็นของตนเองหรือบุคคลอื่น ต้องได้รับสัมปทาน ได้รับสัญญาแบ่งปันผลผลิต หรือได้รับสัญญาจ้างบริการ ทั้งนี้ การขอและการได้รับสิทธิเป็นผู้รับ

[๗]สัญญาแบ่งปันผลผลิตให้เป็นไปตามหมวด ๓/๑ สัญญาแบ่งปันผลผลิต และการได้มาซึ่งผู้รับสัญญาจ้างบริการให้เป็นไปตามหมวด ๓/๒ สัญญาจ้างบริการ"

[๘]สัญญาแบ่งปันผลผลิต (Production Sharing Contract) (PSC) หรือบางที่ใช้ว่า Production Sharing Agreement (PSA) สัญญาจ้างบริการ (Service Contract) (SC) หรือบางที่ใช้ว่า สัญญาจ้างผลิต

[๙]เมื่อกระทรวงพลังงานจะประกาศเชิญชวนจะพิจารณาตามหลักเกณฑ์เป็นครั้งๆ ไป

ข้อกำหนดในพระราชบัญญัติปิโตรเลียม	ข้อกำหนดในสัมปทานปิโตรเลียม	ข้อกำหนดในสัญญาแบ่งปันผลผลิต
• บุคคลและองค์กรของรัฐที่เกี่ยวข้อง • การขอสัมปทาน • ระยะเวลาของสัมปทาน • จำนวนและพื้นที่แปลงสำรวจ • ข้อผูกพันการสำรวจ • สิทธิในการผลิต • การร่วมกิจการและการโอนสัมปทาน •การเพิกถอนสัมปทาน • การออกกฎระเบียบต่างๆ • การขายปิโตรเลียม • ประโยชน์และสิทธิพิเศษ • ค่าภาคหลวง • ผลประโยชน์ตอบแทนพิเศษ • บทกำหนดโทษ	• สัมปทานเลขที่ และวันที่ออกสัมปทาน • ขอบเขตและพื้นที่แปลงสำรวจ • ระยะเวลาการสำรวจ • ข้อผูกพัน (แผนงาน) การสำรวจ • ผลประโยชน์พิเศษ • การเก็บรักษาและขนส่งปิโตรเลียม • การให้ความช่วยเหลือของทางราชการแก่ผู้รับสัมปทาน • การปฏิบัติเกี่ยวกับของที่ได้รับการยกเว้นอากรขาเข้า และภาษีมูลค่าเพิ่มตามมาตรา 70 • ค่าสงวนพื้นที่ อัตราค่าภาคหลวง ผลประโยชน์ตอบแทนพิเศษ (SRB) อัตราภาษีเงินได้ • ข้อผูกพันและหน้าที่ของผู้รับสัมปทาน • การเคารพข้อกำหนดขั้นมูลฐาน • การระงับข้อพิพาท (Arbitration) • การเพิกถอนสัมปทาน • การสิ้นอายุสัมปทาน • การสละสิทธิ	คู่สัญญาและวัตถุประสงค์ ๑ บททั่วไป ๒ กำหนดระยะเวลาและการคืนพื้นที่ ๓ แผนงานและงบประมาณสำหรับกิจการปิโตรเลียม ๔ การบริหารจัดการการประกอบกิจการปิโตรเลียม ๕ การกำหนดค่าภาคหลวง การหักค่าใช้จ่ายและส่วนแบ่งกำไร ๖ การจัดการผลผลิตน้ำมันดิบ ๗ การจัดการผลผลิตก๊าซธรรมชาติ ๘ การชำระเงิน และสกุลเงินตรา ๙ การจัดทำบัญชีและการตรวจสอบค่าใช้จ่าย ๑๐ การจัดหาสินค้าและบริการ ๑๑ ผลประโยชน์พิเศษ ๑๒ การเคารพต่อข้อกำหนดขั้นมูลฐาน ๑๓ การระงับข้อพิพาท ๑๔ ข้อผูกพันในการจัดส่งปิโตรเลียมในยามฉุกเฉิน ๑๕ การสละสิทธิ ๑๖ การบอกเลิกสัญญา ๑๗ ผลของการบอกเลิกสัญญาและการเพิกถอนสิทธิเป็นผู้รับสัญญา ๑๘ การบอกเลิกสัญญาโดยผู้รับสัญญา ๑๙ การสิ้นสุดของสัญญา ๒๐ สัญญาร่วมประกอบกิจการ ๒๑ การโอนสิทธิ ๒๒ การผลิตปิโตรเลียมจากพื้นที่ผลิตคาบเกี่ยวกันในแหล่งสะสมปิโตรเลียมแหล่งเดียวกัน ๒๓ การประกันภัย ๒๔ เหตุที่มิใช่ความผิดของคู่สัญญา ๒๕ ความคุ้มครองจากการเรียกร้องโดยบุคคลอื่น ๒๖ การปฏิบัติตามกฎหมายและคำสั่ง ๒๗ แถลงการณ์ต่อสาธารณะ ๒๘ การแจ้งให้ทราบ (ที่มา ราชกิจจานุเบกษา เล่ม 135 ตอนที่ 14ก หน้า 18 9 มีนาคม 2561 อ้างใน คลังสารสนเทศของสถาบันนิติบัญญัติ)

- เรื่องการเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาโดยการแก้ไขกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่หรือการเปลี่ยนแปลงข้อสัญญาที่สามารถทำได้โดยผ่านการตกลงเจรจา

- เรื่องทฤษฎีอำนาจเหนือ เช่น เรื่องการยุติสัญญาเพื่อความสะดวกของรัฐบาล โดยพิจารณาให้ความระมัดระวังข้อบท Stabilization Clause, Freezing Clause, Immunity Clause หรือแม้กระทั่ง Nationalization Clause เนื่องจากข้อบทเหล่านี้มีผลในเรื่องอำนาจอธิปไตย เขตอำนาจศาลและสิทธิในการฟ้องคดี ทั้งนี้ ตามดุลพินิจของประเทศเจ้าของทรัพยากรนั้นๆ ในอดีตที่ผ่านมานโยบายของรัฐ

ในบางประเทศให้ความสำคัญในข้อบทข้างต้นโดยพิจารณาว่าเป็นข้อสัญญาเพื่อความมั่นคงในการใช้ทรัพยากร ไม่ว่าจะเป็นเรื่องความมั่นคงในราชอาณาจักร การเก็บรักษาและการส่งเงินตราต่างประเทศ การเสียภาษีและ/หรือผลตอบแทนรูปแบบต่างๆ ให้แก่รัฐ แต่ในปัจจุบันข้อบทเหล่านี้อาจพิจารณาได้ว่าเป็นการทำลายบรรยากาศการลงทุนระหว่างประเทศ

- เรื่องกรรมสิทธิ์การเป็นเจ้าของทรัพยากรปิโตรเลียม (ไม่ว่าจะเป็นกรรมสิทธิ์ในปิโตรเลียม กรรมสิทธิ์ในข้อมูลที่สำรวจ และกรรมสิทธิ์ในอุปกรณ์การผลิต) โดยเฉพาะอย่างยิ่ง ประเด็นกรรมสิทธิ์ในปิโตรเลียมที่มีการตีความเรื่องการเป็นเจ้าของโดยแบ่งเส้นกรรมสิทธิ์ที่ทรัพยากรใต้ดินหรือทรัพยากรที่คาดว่าเป็นปริมาณสำรอง และทรัพยากรที่ผลิตขึ้นมาแล้ว ส่วนทรัพยากรที่ผลิตขึ้นมาแล้วนี้จะมีประเด็นพิจารณาต่อมาคือ ความเป็นเจ้าของอยู่ที่จุดที่ผลิตขึ้นมา หรือเป็นจุดที่ระบุในสัญญา

- เรื่องกระบวนการทางศาลในส่วนของการบังคับคดี เช่น ความเกี่ยวโยงกับเรื่องทรัพยากรธรรมชาติ ทรัพย์สินของแผ่นดิน สาธารณสมบัติของแผ่นดิน

- การกำหนดข้อบทในสัญญาเพื่อให้รัฐไม่ต้องรับภาระความเสี่ยงจากการประกอบการสำรวจและผลิตปิโตรเลียม เช่น เรื่องเหตุสุดวิสัย

- เรื่องขนาดของบริษัทที่ลงทุน โดยในเชิงต่างประเทศอาจพิจารณาเป็น ๑. ภาคเอกชนที่รัฐไม่มีส่วนเกี่ยวข้องด้านการเงินและไม่มีการควบคุมด้านการบริหารจัดการภายใน แยกเป็น Independent Oil Company, Major Oil Company และ Super Major Oil Company ขึ้นอยู่กับมูลค่าหลักทรัพย์ตามราคาตลาด (Market Capitalization) และ ๒. บริษัทน้ำมันแห่งชาติ (National Oil Company) ที่รัฐมีส่วนสนับสนุนควบคุมทางด้านการเงินการจัดการ ขนาดของบริษัทที่ลงทุนมีผลต่อเรื่องขนาดพื้นที่ของทรัพยากร ปริมาณทรัพยากรที่คาดว่าน่าจะพบ และการยอมรับความเสี่ยงภัยในการลงทุน

- เรื่องการระงับข้อพิพาท ถือว่าเป็นเรื่องที่มีความสำคัญในทุกสัญญาจำเป็นต้องมีข้อกำหนดเรื่องนี้ไว้ ในสัญญาการค้าการลงทุนระหว่างประเทศที่มีลักษณะคู่กรณีเป็นเอกชนต่างชาติมักจะเจรจาให้มีการกำหนดช่องทางการระงับข้อพิพาททางเลือกไว้ในสัญญาเพื่อเป็นการประกันความมั่นใจในการลงทุนและเป็นมาตรฐานสัญญาสากล โดยพื้นฐานแล้วการการระงับข้อพิพาททางเลือก (Alternative Dispute Resolution) (ADR) แบ่งเป็นการเจรจาต่อรอง (Negotiation) / การไกล่เกลี่ยข้อพิพาท (Mediation) / อนุญาโตตุลาการ (Arbitration) / และการดำเนินคดีในศาล (Litigation) ในระบบสัญญาปิโตรเลียม ข้อกำหนดการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการเป็นวิธีที่นิยมและยอมรับกันโดยทั่วไป ในหมวดของสัญญาการระงับข้อพิพาทเกี่ยวกับปิโตรเลียมจะมีความเกี่ยวพัน ที่เห็นได้ชัดระหว่างกฎหมายภายในและกฎหมายระหว่างประเทศ ผู้ประกอบการเอกชนที่ลงทุนในการประกอบกิจการปิโตรเลียมมักจะต้องใช้เงินลงทุนจำนวนมาก ในหลายกรณีเป็นการร่วมทุน และมักจะมีบริษัทต่างชาติสนใจเข้ามาลงทุน ในข้อบทสัญญามาตรฐานเรื่องนี้นิยมเลือกช่องทางระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ เนื่องจากประโยชน์ที่สำคัญอย่างหนึ่งของอนุญาโตตุลาการก็คือ การพิจารณาเลือกหลักกฎหมายเป็นเรื่องสำคัญ หลักกฎหมายขัดกันไม่สามารถนำมาใช้ได้โดยตรง ข้อคำนึงบนโต๊ะเจรจาอนุญาโตตุลาการในเรื่องนี้อาจมีประเด็นเรื่องหลักกฎหมายที่เหมาะสมสำหรับอนุญาโตตุลาการในสัมปทานปิโตรเลียม กฎหมายของประเทศๆ หนึ่งอาจไม่เหมาะสมกับข้อพิพาทในการแก้ปัญหาการลงทุน ดังนั้น หากไม่มีการใช้กฎหมายภายในของประเทศนั้นๆ

อนุญาโตตุลาการอาจใช้พฤติการณ์พิเศษโดยทั่วไป หรือการนำหลักกฎหมายระหว่างประเทศ หรือแม้กระทั่งมาตรฐานทางกฎหมายทั่วไป อนุสัญญาระหว่างประเทศ มาใช้ในฐานะเป็นมาตรฐานทางกฎหมาย ข้อดีข้อเสียของการระงับข้อพิพาท โดยอนุญาโตตุลาการตามมุมมองของผู้เลือกช่องทางนี้อาจเป็นการชั่งน้ำหนักในเรื่องระยะเวลา (กำหนดวางกรอบให้ข้อพิพาทระงับภายในเวลาจำกัดได้ ส่วนการระงับข้อพิพาทโดยศาลอาจมีข้อพิจารณาเรื่องความซับซ้อนในคดี ปริมาณคดีที่ขึ้นสู่ศาล หรือการมีหลายชั้นศาลในการต่อสู้คดี) ในเรื่องค่าใช้จ่าย เรื่องการรักษาความลับในคดี แม้กระทั่งเรื่องอำนาจอธิปไตยของประเทศที่เข้าไปลงทุน อย่างไรก็ตาม อนุญาโตตุลาการไม่มีอำนาจออกคำสั่งบังคับใช้วิธีการชั่วคราวได้ จึงส่งผลให้การดำเนินไประหว่างการระงับข้อพิพาทหยุดชะงัก หรืออนุญาโตตุลาการ มีข้อจำกัดในเรื่องการสืบสวนหรือสอบสวนพยานหลักฐานที่การค้นหาความจริงมีเฉพาะจากหลักฐานที่คู่พิพาทนำเสนอ และในเรื่องคำชี้ขาดของอนุญาโตตุลาการซึ่งคู่พิพาทต้องนำคำชี้ขาดไปยื่นต่อศาลเพื่อให้ศาลรับรอง อีกชั้นหนึ่งจึงจะทำให้คำชี้ขาดนั้นมีสภาพบังคับได้ อย่างไรก็ตาม ในพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. ๒๕๑๔ มีบทบัญญัติเกี่ยวกับอนุญาโตตุลาการ[๑๐] และในสัญญาสัมปทานมีข้อกำหนดเรื่องการระงับข้อพิพาทที่ให้คู่กรณีพยายามหาทางตกลงกันด้วยดีภายในระยะเวลาหกสิบวันและอาจขยายระยะเวลาออกไปได้ และหากไม่สามารถ

---

[๑๐]พระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. ๒๕๑๔

หมวด ๓ การสำรวจและผลิตปิโตรเลียม

มาตรา ๕๓ ข้อพิพาทที่เกี่ยวกับการที่รัฐมนตรีสั่งให้ผู้รับสัมปทานแก้ไข เหตุที่จะสั่งเพิกถอนสัมปทานตามมาตรา ๕๒ และข้อพิพาท ที่เกี่ยวกับปัญหาที่ว่าได้มีการปฏิบัติตามสัมปทานหรือไม่ ถ้าไม่สามารถตกลงกันได้ ให้ดำเนินการระงับโดยอนุญาโตตุลาการตามวิธีการที่กำหนดในสัมปทาน

ในกรณีที่ผู้รับสัมปทานไม่ยอมปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการ หรือไม่ปฏิบัติตามคำวินิจฉัยของอนุญาโตตุลาการภายในเวลา ที่กำหนด ให้รัฐมนตรีมีอำนาจสั่งเพิกถอนสิทธิหรือประโยชน์ทั้งหมดหรือบางส่วนหรือเพิกถอนสัมปทานได้

หมวด ๔ การเก็บรักษาและขนส่งปิโตรเลียม

มาตรา ๕๕ ในกรณีจำเป็นเพื่อป้องกันอันตรายเป็นการด่วน พนักงานเจ้าหน้าที่หรือผู้รับสัมปทานมีอำนาจผ่านหรือเข้าไปในที่ดินหรือสถานที่ของบุคคลใดเพื่อ ตรวจ ซ่อมแซม หรือแก้ไขท่อส่งปิโตรเลียมในเวลาใด ๆ ได้ แต่ต้องแจ้งให้เจ้าของหรือผู้มีสิทธิครอบครองที่ดินหรือสถานที่นั้นทราบโดยเร็วที่สุดเท่าที่จะทำได้

ถ้าการผ่านหรือเข้าไปในที่ดินหรือสถานที่ตามวรรคหนึ่ง เป็นเหตุให้เกิดความเสียหาย เจ้าของผู้มีสิทธิครอบครองหรือผู้ทรงสิทธิอื่นใด ในที่ดินหรือสถานที่นั้นมีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากพนักงานเจ้าหน้าที่หรือผู้รับสัมปทาน และถ้าไม่สามารถตกลงกันถึงจำนวนค่าเสียหายได้ ให้มอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัยโดยนำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับ

หมวด ๖ ประโยชน์ สิทธิ และหน้าที่ของผู้รับสัมปทาน

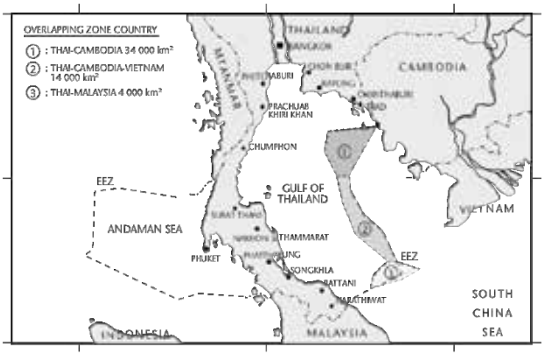
มาตรา ๖๗ ในกรณีที่ผู้รับสัมปทานมีความจำเป็นต้องเข้าไปในที่ดินที่บุคคลใดเป็นเจ้าของหรือมีสิทธิครอบครองเพื่อสำรวจปิโตรเลียม ให้ขออนุญาตเจ้าของหรือผู้มีสิทธิครอบครองที่ดินนั้นก่อน

ถ้าเจ้าของหรือผู้มีสิทธิครอบครองที่ดินตามวรรคหนึ่งไม่อนุญาต และพนักงานเจ้าหน้าที่เห็นว่ามีความจำเป็นต้องเข้าไปสำรวจปิโตรเลียม ในที่ดินนั้นและการไม่อนุญาตนั้นไม่มีเหตุอันสมควรเมื่อพนักงานเจ้าหน้าที่แจ้งให้เจ้าของหรือผู้มีสิทธิครอบครองที่ดินนั้นทราบล่วงหน้าไม่น้อยกว่า เจ็ดวันว่าจะเข้าไปสำรวจปิโตรเลียมในที่ดินนั้นแล้ว ให้ผู้รับสัมปทานเข้าไปสำรวจปิโตรเลียมในที่ดินนั้นในความควบคุมดูแลของพนักงานเจ้าหน้าที่ได้

ถ้าการเข้าไปในที่ดินตามวรรคสองเป็นเหตุให้เกิดความเสียหาย เจ้าของผู้มีสิทธิครอบครองหรือผู้ทรงสิทธิอื่นใดในที่ดินนั้นมีสิทธิเรียกค่าเสียหายจากผู้รับสัมปทาน และถ้าไม่สามารถตกลงกันถึงจำนวนค่าเสียหายได้ ให้มอบข้อพิพาทให้อนุญาโตตุลาการวินิจฉัย โดยนำบทบัญญัติแห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่งมาใช้บังคับ

ตกลงกันได้แล้ว ให้ดำเนินการระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการตามหลักวิธีการที่กำหนดในข้อบังคับอนุญาโตตุลาการของคณะกรรมาธิการว่าด้วยกฎหมายการค้าระหว่างประเทศแห่งสหประชาชาติ (UNCITRAL Arbitration Rules) ที่ใช้บังคับอยู่ในวันที่เสนอให้ระงับข้อพิพาทโดยอนุญาโตตุลาการ แต่หากเป็นเรื่องความรับผิดทางอาญาตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. ๒๕๑๔ เรื่องข้อพิพาทเกี่ยวกับพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. ๒๕๑๔ ที่ผู้รับสัมปทานได้ยื่นฟ้องต่อศาลไทยแล้ว หรือเรื่องข้อพิพาทเกี่ยวกับคำวินิจฉัยหรือคำสั่งที่ให้เป็นที่สุด ตามพระราชบัญญัติปิโตรเลียม พ.ศ. ๒๕๑๔ สัมปทานปิโตรเลียมกำหนดมิให้ระงับโดยอนุญาโตตุลาการ

- เรื่องพื้นที่ทับซ้อน (Overlapping Area) พื้นที่ทับซ้อนเกิดจากการอ้างสิทธิ์เหนือพื้นที่และความขัดแย้งในเรื่องเส้นเขตแดน (boundary line) โดยทั่วไปข้อพิพาทเรื่องเขตแดนแบ่งเป็นข้อพิพาทเรื่องอาณาเขต (territorial dispute) ข้อพิพาทเรื่องตำแหน่ง (positional dispute) ข้อพิพาทเรื่องภารกิจ (mission dispute) และข้อพิพาทเรื่องการใช้หรือการพัฒนาทรัพยากรร่วมกัน (conflict over sharing of natural resources in terms of exploitation or development) สำหรับประเทศไทย พิจารณาได้จากประเทศเพื่อนบ้านที่มีอาณาเขตติดกันทางทะเลที่ประเด็นข้อพิพาทส่วนใหญ่เกิดจากพื้นที่ทับซ้อนบริเวณนั้นๆ มีการสำรวจพบหรือมีศักยภาพ หรือความน่าจะเป็นว่าจะพบทรัพยากรธรรมชาติด้านพลังงาน โดยเฉพาะอย่างยิ่งน้ำมันและก๊าซธรรมชาติ กลไกการระงับข้อพิพาทอย่างสันติในปัจจุบันคือการทำสนธิสัญญาและมีการตั้งคณะกรรมการร่วม เช่นกรณีพื้นที่ทับซ้อนไทย-มาเลเซีย ซึ่งนับว่าเป็นการแก้ไขปัญหาเขตแดนที่มีอยู่ตามแนวทางกฎหมายระหว่างประเทศอันเป็นที่ยอมรับกันเพื่อให้เกิดการพัฒนาสำรวจและผลิตทรัพยากรพลังงานขึ้นมาใช้ประโยชน์ตามที่จะมีข้อตกลงกันระหว่างประเทศคู่กรณี



ที่มา: Hassapong Somchanakij, researchgate.net

ที่มา: pttinternet.pttpla.com

ในประเด็นคาบเกี่ยวขอกล่าวถึงการเชื่อมโยงระบบไฟฟ้าในอาเซียน (ASEAN Power Grid) (APG) ที่จะมีการพัฒนาซับซ้อนในอนาคต โดยในบทความนี้ APG จะอยู่ในเรื่องของพลังงานไฟฟ้า

พลังงานนิวเคลียร์ (Nuclear Power)

ในทางวิชาการ โครงการใหญ่ที่ต้องใช้พลังงานมากอาจใช้เครื่องปฏิกรณ์นิวเคลียร์เป็นแหล่งจ่ายพลังงาน ประเด็นพลังงานนิวเคลียร์ในที่นี้เป็นเรื่องพลังงานนิวเคลียร์เพื่อสันติ สำหรับประเทศไทยยังคงมีข้อถกเถียงในการสนับสนุนหรือคัดค้านโครงการโรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์ เช่น เพื่อความมั่นคงด้านพลังงาน / เกรงภัยธรรมชาติ / กรณีศึกษาสงครามระหว่างประเทศ / มาตรฐานและระเบียบการก่อสร้าง หน่วยงานตรวจสอบทั้งภายในและภายนอกประเทศ / แนวความคิด Not in My Backyard (NIMBY) และ Not in Anyone Backyard (NIABY) / ประเทศเพื่อนบ้านมีโครงการโรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์ หากเกิดภัยพิบัติไทยก็ได้รับผลกระทบเช่นกัน เป็นต้น ความรู้ความเข้าใจความตระหนักยังคงเป็นสิ่งจำเป็นเพื่อการพัฒนาทิศทางด้านพลังงานของประเทศ พลังงานนิวเคลียร์ในพื้นฐานการดำรงชีพทั่วไปอาจเห็นได้จากการแผ่รังสีใช้ในการแพทย์เพื่อการวินิจฉัยโรคหรือติดตามดูผล การใช้กัมมันตรังสีหาอายุวัตถุโบราณ ประโยชน์ทางด้านอุตสาหกรรม เช่น ใช้กัมมันตรังสีตรวจสอบความหนาของแผ่นโลหะ ตรวจสอบความเรียบร้อยในการเชื่อมโลหะ ประโยชน์ด้านการเกษตร เช่น ตรวจสอบการดูดซึมปุ๋ยของต้นไม้ การผลิตไข่และน้ำนมของสัตว์ซึ่งมีความสัมพันธ์กับต่อมไทรอยด์ ฉายรังสีเพื่อจำกัดหรือควบคุมแมลง หรือพลังงานนิวเคลียร์ในการขับเคลื่อนเรือเดินสมุทรเพื่อขนส่งสินค้าระหว่างทวีป ใช้กับยานอวกาศที่ต้องเดินทางไกล ใช้กลั่นน้ำทะเลให้เป็นน้ำจืด ส่วนพลังงานนิวเคลียร์ในมโนทัศน์หรือ concept ของคนหลายคน คือ โรงไฟฟ้าพลังงานนิวเคลียร์

อย่างไรก็ตาม การนำพลังงานนิวเคลียร์มาใช้ในยุคปัจจุบันยังคงเป็นถกเถียงกันในประเด็นการแผ่รังสีของนิวเคลียร์ต่อร่างกายมนุษย์ เช่น กรณีตัวอย่างต่างประเทศ เมื่อครั้งเกิดแผ่นดินไหวอย่างรุนแรงที่ประเทศญี่ปุ่นในปี พ.ศ. ๒๕๕๔ ทำให้โครงสร้างอาคารปฏิกรณ์นิวเคลียร์ภายในโรงไฟฟ้านิวเคลียร์ฟุกุชิมะที่อยู่ห่างจากกรุงโตเกียว ไปทางเหนือประมาณ ๒๒๐ กิโลเมตร เกิดความเสียหาย ประเด็นที่น่ากังวลตามมาคือน้ำที่ถูกใช้ในการฉีดหล่อเย็นเตาปฏิกรณ์นิวเคลียร์และแท่งเชื้อเพลิงที่หลอมละลายจากการเกิดแผ่นดินไหวที่มีความแน่นอนว่าน้ำนั้นต้องมีการปนเปื้อนสารกัมมันตรังสีได้มีการรั่วไหลออกมา ญี่ปุ่นดำเนินขั้นตอนบำบัดน้ำปนเปื้อนนี้โดยสูบออกมาผ่านระบบแปรรูปขั้นสูง (Advanced Liquid Processing System) (ALPS) และเก็บไว้ในแท็งก์น้ำ แต่ก็ยังเป็นที่น่าเชื่อได้ว่าแม้จะเอากัมมันตรังสีปนเปื้อนออกไปได้บางส่วน เทคโนโลยีนี้ยังไม่สามารถขจัดสารกัมมันตรังสีทริเทียมหลงเหลืออยู่ให้หมดไปได้ ต่อมา ในปี พ.ศ. ๒๕๖๔ รัฐบาลญี่ปุ่นพิจารณาให้ดำเนินตามความเห็นของคณะทำงานของบริษัทพลังงานไฟฟ้าโตเกียว (Tokyo Electric Power Company) (TEPCO) ในการปล่อยน้ำปนเปื้อนกัมมันตรังสี (สารทริเทียม) จากโรงไฟฟ้านิวเคลียร์ฟุกุชิมะไดอิจิ ที่ผ่านการบำบัดแล้วลงสู่ทะเลทางตะวันตกของมหาสมุทรแปซิฟิก ในปี ๒๕๖๕ โดยญี่ปุ่นแสดงจุดยืนว่าการทิ้งน้ำปนเปื้อนทริเทียมจะปลอดภัย น้ำที่จะทิ้งได้รับการบำบัดแล้ว เป็นไปตามมาตรฐานสากล และทะเลกว้างใหญ่พอจะเจือจางสารเคมีได้ อย่างไรก็ตาม ประเทศเพื่อนบ้านที่ต้องใช้ทะเลร่วมกันบริเวณนั้นมีท่าทีวิตกกังวลกรณีสารปนเปื้อนกัมมันตรังสีที่ยังหลงเหลือจะสร้างความเสียหายตามมา เช่น จีนเห็นว่าควรจะมีการปรึกษาประเทศเพื่อนบ้าน เกาหลีใต้เห็นว่ามีความเสี่ยงต่อสภาพแวดล้อมทางทะเล ไต้หวันดำเนินการตั้งจุดตรวจสอบคุณภาพน้ำเพื่อดูผลกระทบจากกัมมันตรังสีบริเวณชายฝั่งนั้น หลายประเทศออกมา

แสดงความเห็นต่อแผนดำเนินการของญี่ปุ่นนี้เช่นเห็นว่า สารทริเทียมเป็นเป็นไอโซโทปหนึ่งของไฮโดรเจน ที่แยกออกจากน้ำได้ยาก แม้ว่าสารนี้จะไม่สามารถทะลุผ่านผิวหนังได้เพราะมันไม่มีพลังงานมากพอเพียง แต่หากต้องบริโภคเข้าไปมากเช่นกินหรือสูดดมก็อาจเป็นสารที่สร้างความเสี่ยงต่อโรคต่างๆ เช่น โรคมะเร็ง นักวิชาการในเรื่องนี้เห็นว่า ประมาณปี ๒๕๖๕ จะไม่มีพื้นที่เก็บน้ำปนเปื้อนกัมมันตรังสีเพียงพอแม้ว่าบริษัทเทปโกผู้ดูแลโรงไฟฟ้าจะเร่งผลิตแท็งก์น้ำเพิ่ม รัฐบาลญี่ปุ่นเริ่มที่การทางเลือกวิธีปล่อยน้ำปนเปื้อนลงทะเล[๑๑] ทั้งนี้ ทางเลือกที่เสนอในเชิงวิชาการ คือ การปล่อยน้ำลงทะเล / การฉีดลงใต้ผิวโลก / การทำให้เป็นไอ / การแยกไฮโดรเจน / การใส่ถังฝังใต้ดิน โดยทางเลือกเหล่านี้ต้องพิจารณาในประเด็นระยะเวลาดำเนินการ งบประมาณ และพื้นที่ประกอบด้วย

พลังงานลม (Wind Power)

สำหรับแนวโน้มด้านพลังงานในปัจจุบัน มีการคำนึงว่าพลังงานฟอสซิลซึ่งเป็นพลังงานสิ้นเปลือง หรือพลังงานที่ใช้แล้วหมดสิ้นไปมีข้อจำกัดด้านปริมาณและการค้นพบ จึงเกิดมีการพัฒนาคิดค้นหาพลังงานในรูปแบบอื่นมาเพื่อการทดแทนตามหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน ดังเช่นที่ทราบกันทั่วไปในชื่อว่า พลังงานหมุนเวียน ซึ่งในที่นี้ขอกล่าวถึงตัวอย่างพลังงานลม ลมเป็นการเคลื่อนไหวของอากาศ เคลื่อนจากที่มีความกดอากาศสูงไปยังที่มีความกดอากาศต่ำ พลังงานลมจัดเป็นพลังงานธรรมชาติและเป็นพลังงานสะอาด โดยมนุษย์รู้จักนำลมมาใช้ประโยชน์ตั้งแต่ยุคโบราณ เช่น คิดค้นกังหันลมเพื่อใช้กำลังแรงของลมมาสูบน้ำเพื่อการชลประทาน ต่อมาพัฒนากังหันลมเพื่อผลิตกระแสไฟฟ้า เครื่องกังหันลม (Wind Turbine) หรือแอโรเจเนอเรเตอร์ (Aerogenerator) ที่ใช้ผลิตกระแสไฟฟ้ามีสองรูปแบบ แบ่งตามการวางตัวของใบพัด คือ ใบพัดติดกับแกนที่อยู่ในแนวดิ่งและในแนวราบ พัฒนาการผลิตกระแสไฟฟ้าจากพลังงานลม โดยตัวหลักคือกังหันลม การทำงานคือ การให้ลมพัดผ่านใบกังหัน พลังงานจลน์จากการเคลื่อนที่ของลมทำให้ใบพัดกังหันเกิดการหมุน เกิดเป็นพลังงานกลและถูกเปลี่ยนรูปเป็นพลังงานไฟฟ้าโดยเครื่องกำเนิดไฟฟ้าที่เชื่อมต่อกับแกนหมุนของกังหันลม สถานที่เหมาะใช้งานคือบริเวณชายฝั่งทะเล ริมทะเลสาบ เนินเขา ข้อดีของพลังงานลมคือ เป็นแหล่งพลังงานธรรมชาติ ไม่มีต้นทุน ไม่มีวันหมดสิ้น พลังงานสะอาด ค่าการลงทุนการคืนทุนสมเหตุสมผล การประกอบการติดตั้งใช้งานมีราคาไม่แพง ส่วนเครื่องกังหันลมขึ้นอยู่กับวัสดุที่ใช้ และไม่ต้องเสียค่าใช้จ่ายเรื่องเชื้อเพลิง ข้อเสียคือ เกิดเสียงดังเวลาเครื่องกังหันลมทำงาน มีความสั่นสะเทือนบริเวณพื้นที่กังหันตั้งอยู่ นกถูกใบพัดตีตาย คลื่นแม่เหล็กไฟฟ้ารบกวนสัญญาณวิทยุและโทรทัศน์ สถานที่ขึ้นอยู่กับภูมิประเทศ เช่น สภาวะอากาศ ฤดูกาล ด้านเทคโนโลยีคือแบตเตอรี่ที่เป็น

[๑๑] ในกรณีนี้ มีนักวิทยาศาสตร์แสดงความเห็นว่า การทิ้งน้ำหล่อเย็นจากโรงไฟฟ้าลงสู่ธรรมชาติเป็นวิธีปกติที่โรงไฟฟ้านิวเคลียร์ทำกันอยู่ โดยนายเดวิด เฮส นักวิเคราะห์ด้านนโยบายของสมาคมนิวเคลียร์โลกในสหรัฐอเมริกาเห็นว่า ที่ผ่านมาโรงไฟฟ้านิวเคลียร์ส่วนใหญ่จะได้รับอนุญาตจากทางการให้ทยอยปล่อยน้ำปนเปื้อนกัมมันตรังสีลงสู่ทะเลหรือแม่น้ำเป็นประจำ และคณะกรรมการนิวเคลียร์สหรัฐอเมริกา คณะกรรมการระหว่างประเทศด้านการปกป้องกัมมันตรังสี วางกฎระเบียบไว้สำหรับทั่วโลก จำกัดปริมาตรการทิ้งของเหลวปนเปื้อนกัมมันตรังสี เพื่อให้มีการรับเข้าสู่ร่างกายไม่เกิน ๑ มิลลิซีเวิร์ตต่อปี อ้างใน เพ็ญโสภา สุคนธรักษ์, BBC Japan Times South China Mornning Post และอ้างใน TNN World Today

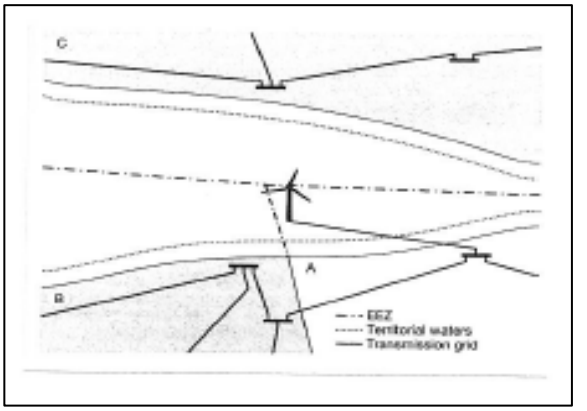
แหล่งเก็บพลังงานมีราคาแพง และอาจเป็นเรื่องไฟฟ้าที่ผลิตได้ในบางสถานที่ตั้งอยู่อาจมีกำลังการผลิตน้อยเมื่อเทียบกับพลังงานอื่น

จากข้อมูลต่างประเทศ ผู้อาศัยอยู่บริเวณกังหันลมอาจได้รับผลกระทบด้านความเดือดร้อนรำคาญทางเสียง ทางสายตา (แสงอาทิตย์กระทบใบพัดและสะท้อนกระทบตา) (แสงเงา) (Light Reflection, Shadows and Visual Effects) กรณีนี้อาจพิจารณาตัวอย่างกฎหมายนิวซีแลนด์เกี่ยวกับเสียงและความสั่นสะเทือน คือ The Resource Management Act 1991 (RMA) ที่วางกฎเกณฑ์การกระทำกิจกรรมที่ปล่อยให้เกิดเสียงกระทบต่อพื้นดิน อากาศ หรือน้ำ รวมถึงพื้นที่ชายฝั่งทะเล ต้องอยู่ภายในข้อกำหนดนโยบายและแผนของรัฐบาลส่วนกลางและท้องถิ่น[๑๒] นอกจากนี้ ในการยื่นข้อเสนอเพื่อให้ได้รับความยินยอมจากภาครัฐเพื่อการพัฒนาด้านพลังงานลมจะต้องมีการรับฟังข้อวิจารณ์หรือข้ออุทธรณ์ต่างๆ ต้องมีหลักฐานการให้ความเห็นด้วยจากผู้เชี่ยวชาญเกี่ยวกับผลกระทบทางเสียงและความสั่นสะเทือน โดยข้อพิจารณาเหล่านี้จะนำองค์ประกอบสำคัญเช่น การออกแบบกังหันให้เหมาะสมกับบริเวณสถานที่ตั้ง รวมถึงผืนดินภูมิประเทศ สภาวะอากาศและลม ระยะห่างของบ้านเรือนชุมชน อาคารพาณิชย์ เป็นต้น อย่างไรก็ตาม มลพิษทางเสียงเป็นสิ่งที่ทำให้เกิดการรบกวนและรำคาญต่อผู้ตั้งบ้านเรือนบริเวณนั้น แต่ก็ไม่ได้หมายความว่าการพัฒนาด้านพลังงานลมในนิวซีแลนด์จะถูกระงับหรือไม่อนุญาตให้มีขึ้นเนื่องจากมีผลกระทบด้านลบในแง่ความสวยงามเจริญหูเจริญตาบริเวณพื้นที่นั้น ประเด็นนี้มีข้อสังเกตจากการที่ภาครัฐ (หรือแม้กระทั่งการพิจารณาชั้นอุทธรณ์ในศาล) ที่มีนโยบายหรือแนววินิจฉัยเกี่ยวกับประโยชน์ข้อดีด้านสิ่งแวดล้อมที่จะได้จากพลังงานลม เช่น ลดการปล่อยก๊าซคาร์บอนไดออกไซด์และก๊าซอื่นๆ สู่ชั้นบรรยากาศ คดีตัวอย่าง เช่น *Genesis Power Ltd. and the Energy Efficiency and Conservation Authority v Flanklin District Council (๒๐๐๕)* จากการที่ The Flanklin District Council ของนิวซีแลนด์ ไม่อนุญาตให้มีการดำเนินโครงการพลังงานลมด้วยเหตุเป็นปฏิปักษ์ต่อผลกระทบด้านภูมิประเทศ คนในชุมชนนั้น และกิจกรรมเกี่ยวกับการขี่ม้า ผู้เสนอโครงการอ้างข้อสนับสนุนในการก่อสร้างโครงการว่าจะก่อให้เกิดการลดการปล่อยก๊าซเรือนกระจกที่เป็นอันตรายและประเทศจำเป็นต้องมีแหล่งพลังงานหมุนเวียน (Renewable Energy) เพื่อความยั่งยืนทางด้านพลังงาน ศาลสิ่งแวดล้อมของนิวซีแลนด์ (New Zealand Environment Court) พิเคราะห์โดยนำกฎหมาย The Resource Management Act 1991 มาใช้โดยเห็นว่า เมื่อพิจารณาในระดับประเทศ ผลประโยชน์ข้อดีที่จะมีขึ้นจากอนุญาตข้อเสนอโครงการฟาร์มกังหันลม (Wind Farm) (หรืออาจเรียกว่า ทุ่งกังหันลม) มีน้ำหนักมากกว่าผลกระทบต่อพื้นที่บริเวณนั้นและผลกระทบต่อพื้นที่บริเวณโดยรอบ นอกจากนี้ ศาลตัดประเด็นข้อโต้แย้งของ The Flanklin District Council โดยเห็นว่าขนาดของฟาร์มกังหันลมมีขนาดค่อนข้างเล็กจึงไม่มีผลต่อการเปลี่ยนแปลงสภาพภูมิอากาศ ส่วนในคดี *Unison Networks Ltd. v Hastings District Council (2007)* ที่มีการแสดงให้เห็นว่า หากข้อเสนอโครงการไม่เป็นไปตามกฎหมาย The Resource Management Act 1991 ซึ่งอาจมีผลกระทบในทางลบต่อภูมิทัศน์ทางธรรมชาติที่โดดเด่นแล้ว ศาลสิ่งแวดล้อมของนิวซีแลนด์เห็นว่า คำฟ้องของประชาชน

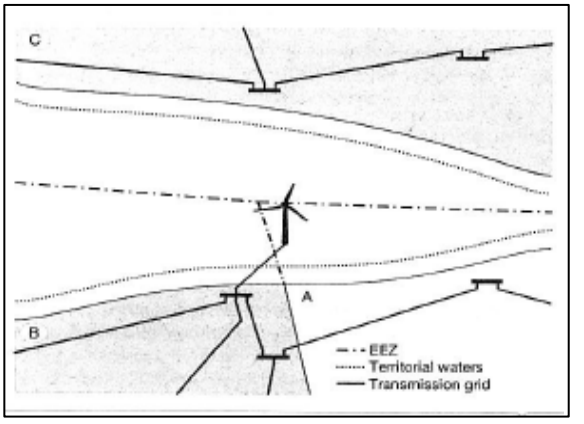
[๑๒] David Grinlinton, New Zealand Rules on Noise and Related Issues, หน้า 234 อ้างใน Legal Systems and Wind Energy: A Comparative Perspective, Kluwer Law International, 2008.

ที่ดำเนินคดีแบบกลุ่มในการคัดค้านรัฐที่อนุญาตให้บริษัท Unison Networks Limited ก่อสร้างและดำเนินโครงการฟาร์มกังหันลมนั้น ฟังขึ้น แม้ว่าฟาร์มกังหันลมจะเกิดประโยชน์ในเรื่องพลังงานหมุนเวียนและการเปลี่ยนแปลงสภาวะอากาศก็ตาม

หากพิจารณาข้อมูลต่างประเทศในหลายกรณีจะเห็นถึงบริเวณที่ติดตั้งกังหันลมที่อยู่ในทะเล เพื่อลดปัญหาความเดือดร้อนรำคาญจากมลภาวะทางเสียงและแสงเงาต่อชุมชนในพื้นที่ โดยมีข้อสังเกตประกอบ คือ การคำนึงถึงการประกอบอาชีพประมงดั้งเดิมในบริเวณพื้นที่นั้น การวางท่อเคเบิ้ลใต้น้ำ และข้อระวังอันตรายต่อการสันทนาการ เรือสัญจร และเรือเดินสมุทร ในต่างประเทศพัฒนาการด้านพลังงานลมก้าวหน้าไปอย่างมาก ประเด็นทางกฎหมายเช่น พื้นที่ติดตั้งกังหันลมที่ประเมินแล้วว่าเกิดศักยภาพสูงสุดอยู่ในทะเลซึ่งแผนการใช้ประโยชน์ตามข้อตกลงระหว่างประเทศ ไม่ว่าจะในเรื่องเขตแดนทางทะเล การแบ่งผลประโยชน์ การวางท่อจากทะเลขึ้นบนฝั่ง เส้นทางการเดินท่อไปยังโรงไฟฟ้า ตามกรณีศึกษาต่อไปนี้[๑๓] ซึ่งเป็นที่คาดว่า ลักษณะเช่นนี้จะเกิดขึ้นในบริเวณต่างๆ จำนวนมากในอนาคตเมื่อมีการพัฒนาเรื่องพลังงานทางเลือก

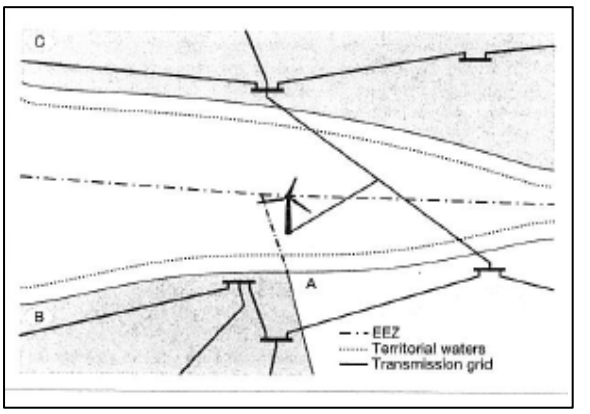


โรงไฟฟ้าพลังงานลมนอกชายฝั่งตั้งอยู่ต่อเชื่อมกับโครงข่ายส่งกำลังไฟฟ้าบนบกของประเทศเดียวกัน (ประเทศ A)

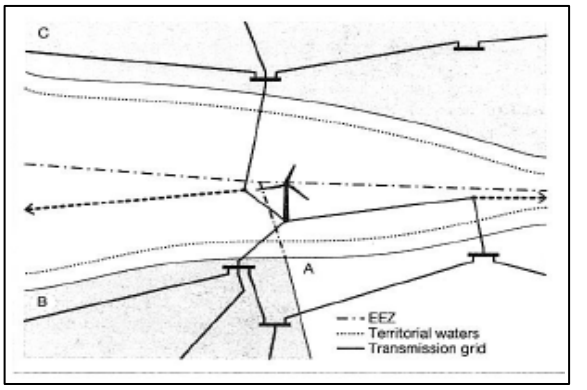


โรงไฟฟ้าพลังงานลมนอกชายฝั่งตั้งอยู่ในเขตเศรษฐกิจจำเพาะของประเทศ A แต่ติดต่อเชื่อมกับโครงข่ายส่งกำลังไฟฟ้าบนบกของประเทศอื่น (ประเทศ B)

[๑๓] Energy Networks and the Law: Innovative Solutions in Changing Markets, Oxford University Press, 2012, หน้า 184-189



โรงไฟฟ้าพลังงานลมนอกชายฝั่งตั้งอยู่ในเขตเศรษฐกิจจำเพาะของประเทศ A แต่ติดต่อเชื่อมกับโครงข่ายส่งกำลังไฟฟ้าระหว่างประเทศ A และประเทศ C



โรงไฟฟ้าพลังงานลมนอกชายฝั่งตั้งอยู่ต่อเชื่อมกับโครงข่ายส่งกำลังไฟฟ้าของหลายประเทศ

ทั้งนี้ ประเด็นที่ตามมาคือการวางแนวท่อขนส่งจากแหล่งทรัพยากรพลังงานมาสู่จุดที่เป็นการประกอบการบนบก ซึ่งข้อพิพาทที่ขึ้นสู่ศาลปกครอง เช่น

- การฟ้องขอให้ระงับและยกเลิกการก่อสร้างโครงการท่อส่งก๊าซธรรมชาติไปยังโรงไฟฟ้า
- การฟ้องขอให้ระงับการวางท่อส่งก๊าซผ่านหน้าที่ดินและชดใช้ค่าเสียหาย
- การฟ้องขอให้จ่ายค่าทดแทนกรณีถูกเขตระบบโครงข่ายก๊าซธรรมชาติ
- การฟ้องขอให้จ่ายเงินค่าทดแทนที่ดินที่อยู่ในเขตขนส่งปิโตรเลียมทางท่อ
- การฟ้องขอให้จ่ายค่าทดแทนเพิ่มขึ้นกรณีการวางท่อส่งก๊าซธรรมชาติพาดผ่านที่ดินและให้ซื้อที่ดินส่วนที่เหลือที่ไม่สามารถใช้ประโยชน์ได้
- การฟ้องขอให้กำหนดอัตราค่าทดแทนใหม่และขอให้จ่ายค่าทดแทนที่ดินส่วนที่ถูกรอนสิทธิเพิ่มขึ้น
- การฟ้องขอให้รื้อย้ายท่อส่งก๊าซธรรมชาติออกไปจากที่ดินและดำเนินการให้ที่ดินกลับคืนสู่สภาพเดิมหรือให้ชดใช้ราคาซื้อขายที่ดินแทนการรื้อย้าย
- การฟ้องกรณีการออกใบอนุญาตท่อส่งก๊าซธรรมชาติ (การพิจารณารายงานการวิเคราะห์ผลกระทบสิ่งแวดล้อม / การนำรายงานผลการทำประชาพิจารณ์มาประกอบการพิจารณาออกใบอนุญาต)
- การฟ้องกรณีการวางท่อส่งก๊าซธรรมชาติผ่านที่ดินในโครงการบ้านจัดสรร
- การฟ้องขอให้ชำระค่าเสียหายจากการถูกละเมิดเสรีภาพในการชุมนุม (คัดค้านโครงการท่อส่งก๊าซ)
- การฟ้องเพิกถอนมติคณะกรรมการนโยบายพลังงานแห่งชาติที่ให้บริษัท (ประกอบกิจการพลังงาน) แยกกิจการระบบท่อส่งก๊าซธรรมชาติออกไปในรูปบริษัทจำกัด

ตามหลักกฎหมายระหว่างประเทศที่เกี่ยวข้องกับกฎหมายทะเล ประเทศไทยเป็นรัฐชายฝั่ง (Coastal State) ในการแสวงประโยชน์จากทรัพยากรพลังงานในเขตทางทะเล (Maritime Zone) โดยสันติวิธี ไทยต้องคำนึงถึงพื้นที่ทะเลที่อยู่ภายในอาณาเขตอำนาจอธิปไตย เมื่อมีเส้นเขตแดนทางทะเล (Maritime Boundary) จึงจะแสวงประโยชน์ได้ ส่วนในกรณีที่พื้นที่ทะเลอยู่ภายใต้การอ้างสิทธิทับซ้อนระหว่างประเทศ ทางออกในการแสวงประโยชน์ทรัพยากรพลังงานคือการทำข้อตกลงร่วมในเรื่องเขตแดนทางทะเล (Maritime Boundary)

พลังงานแสงอาทิตย์ (Solar Cell Power)

พลังงานแสงอาทิตย์เกิดจากการที่ดวงอาทิตย์ที่อยู่ห่างจากโลกของเราประมาณ ๑๔๙,๕๗๙,๘๗๐ กิโลเมตร ปลดปล่อยพลังงานออกมาจำนวนมหาศาล เปรียบได้กับเตาปฏิกรณ์นิวเคลียร์ที่ใหญ่ที่สุดในระบบสุริยะ โดยพลังงานมาถึงผิวโลกในรูปของแสงอาทิตย์ ข้อมูลประวัติศาสตร์บ่งชี้ว่าเรามีการใช้ประโยชน์จากแสงอาทิตย์ มาตั้งแต่โบราณ เช่น ใช้กระจกสะท้อนแสงอาทิตย์ในการรบ จัดวางก้อนหินตามแนวแสงอาทิตย์เพื่อการคำนวณ วันเวลา การใช้ประโยชน์จากพลังงานแสงอาทิตย์ในด้านต่างๆ มีการพัฒนามากขึ้นตามลำดับและเป็นไปในแนวทางนวัตกรรมเชิงพาณิชย์ ในปัจจุบัน เรามีการออกแบบหน่วยเก็บสะสมพลังงานหรือตัวรวบรวมพลังงานแสงอาทิตย์หลายรูปแบบเพื่อนำไปใช้ในอุตสาหกรรม การวิจัย การผลิตกระแสไฟฟ้า ตัวอย่างที่เห็นได้ทั่วไปเช่น เซลล์สุริยะ หรือเซลล์แสงอาทิตย์ หรือโซลาเซลล์ หรือเซลล์โฟโตโวลทาอิก[๑๔] ซึ่งเป็นวัตถุสำคัญในกระบวนการผลิตไฟฟ้าโดยเมื่อแสงอาทิตย์ตกกระทบบนวัตถุนี้จะทำให้เกิดความสามารถเปลี่ยนพลังงานแสงเป็นพลังงานไฟฟ้าได้โดยตรง ข้อดีของพลังงานแสงอาทิตย์คือ ไม่มีเสียงรบกวน ไม่มีการเผาไหม้เชื้อเพลิง ประสิทธิภาพค่อนข้างคงที่ ไม่สิ้นเปลืองค่าเชื้อเพลิง ค่าบำรุงรักษา ผลิตไฟฟ้าได้ทุกมุมโลก แม้บนเกาะเล็กๆ หรือบนยอดเขาสูง ให้พลังงานไฟฟ้าได้โดยตรงและเปลี่ยนเป็นพลังงานรูปอื่นได้ง่าย ส่วนข้อเสียอาจเป็นเรื่องการใช้ได้ดีเฉพาะประเทศที่มีแสงแดดจัด และต้นทุนการผลิตยังสูง ในประเทศไทยมีผู้แสดงความเห็นในพลังงานประเภทนี้ เช่น การลงทุนติดตั้งแผงโซล่าเซลล์ในบ้านเรือน ประชาชนยังมีอุปสรรคเรื่องราคาที่แพงและจุดคุ้มทุนกับอายุการใช้งานของแผงโซล่าเซลล์

พลังงานน้ำ (Water Power)

คำว่า “น้ำ” ในกรณีที่มีการจัดเข้าหมวดหมู่อาจพิจารณาได้ในเชิงน้ำในการใช้งาน เช่น น้ำประปา น้ำในการเกษตรกรรม และอาจจัดเข้าหมวดหมู่น้ำในการอุปโภคบริโภค เช่น น้ำดื่ม น้ำประปา หรืออาจจัดหมวดหมู่ในเชิงธรรมชาติ คือ น้ำบนดิน น้ำผิวดิน น้ำใต้ดิน น้ำบาดาล น้ำทะเล น้ำฝน น้ำบนบก น้ำในแม่น้ำลำคลอง หรืออาจจัดหมวดหมู่ในเชิงระหว่างประเทศ เช่น แม่น้ำระหว่างประเทศ ทะเลอาณาเขต ทะเลหลวง เป็นต้น เรามีการคิดค้นนำความสามารถตามธรรมชาติในตัวของน้ำมาทำให้เกิดพลังงาน ซึ่งจะเรียกว่า พลังงานน้ำ และพัฒนาการได้ก้าวล่วงมาเป็นลำดับ โดยมีการใช้แรงของน้ำมาปั่นกังหันเพื่อเกิดไฟฟ้า ใช้น้ำปริมาณมหาศาลมากักเก็บในเขื่อนเพื่อให้เกิดกระแสไฟฟ้า เป็นต้น ขณะเดียวกัน

[๑๔] เซลล์สุริยะทำจากสารกึ่งตัวนำ เช่น Silicon, Gallium Arsenide, Indium Phosphide, Cadmium Telluride, Copper Indium Diselenide เป็นต้น

พลศาสตร์มักมีการเปลี่ยนแปลงไปตามยุคสมัย การสร้างเขื่อนในปัจจุบันมีการประท้วงต่อต้านด้วยเหตุเรื่องการใช้ผืนดินจำนวนมากกระทบต่อมนุษย์ที่ต้องอพยพย้ายถิ่นฐานและสัตว์ป่าไม่มีที่หากินและความหลากหลายทางชีวภาพ รวมถึงประเด็นทางกฎหมายคือเรื่องการเวนคืน นอกจากนี้การเปลี่ยนแปลงภูมิอากาศของโลกทำให้เกิดภาวะโลกร้อนกระทบถึงฤดูกาลความปกติสามัญของธรรมชาติมีผลให้เกิดน้ำท่วม มวลน้ำก้อนใหญ่ไหลจากทิศเหนือลงสู่ทิศใต้ พายุก่อให้เกิดฝนตกโดยเฉพาะบริเวณท้ายเขื่อนทำให้การกักเก็บน้ำ ไม่สัมฤทธิ์ตามวัตถุประสงค์ในการสร้างเขื่อนบริเวณนั้นๆ เกิดน้ำไหลบ่าท่วมเขตเมืองและพื้นที่สำคัญทางเศรษฐกิจและวัฒนธรรม ในส่วนนี้มีประเด็นทางกฎหมายคือเรื่องการฟ้องร้องคดีขึ้นสู่ศาลจากข้อพิพาทการจัดการน้ำภาครัฐล้มเหลว หรือเหตุเรื่องการวางผังเมืองที่มีการขยายเมืองทำให้ประชากรสร้างบ้านเรือนทับพื้นที่แม่น้ำลำคลอง ทางระบายน้ำ ทิ้งสิ่งปฏิกูลลงท่อระบายน้ำเกิดการอุดตันก่อให้เกิดภาวะน้ำท่วมซ้ำซาก เมื่อพิจารณาแล้วจะเห็นว่า คดีพิพาทเกี่ยวกับพลังงานน้ำเกิดจากการบริหารจัดการน้ำภาครัฐ / การพัฒนาแหล่งน้ำที่เห็นว่าไม่เป็นการอนุรักษ์และไม่เป็นการฟื้นฟูแหล่งน้ำ / การไม่จัดให้มีข้อมูลข่าวสารโครงการภาครัฐอย่างเพียงพอ เป็นต้น

กรณีที่น่าสนใจเกี่ยวกับพลังงานน้ำอีกเรื่องคือการซื้อไฟฟ้าจากเขื่อนในประเทศลาวมาใช้บริเวณพื้นที่จังหวัดภาคตะวันออกเฉียงเหนือของไทย กรณีนี้สัมพันธ์กับเรื่องเขื่อนไซยะบุรีที่กั้นแม่น้ำโขงตอนล่างที่มีนักวิชาการ แสดงความเห็นหลากหลาย เช่น มีข้อสนับสนุนว่าเขื่อนจะเป็นแหล่งผลิตพลังงานไฟฟ้าที่สำคัญในอนาคต และข้อคัดค้านที่ว่า เขื่อนจะทำให้มีการกักเก็บน้ำหรือเบี่ยงน้ำออกจากแม่น้ำโขง เป็นการเปลี่ยนแปลงปริมาณน้ำตามธรรมชาติ ซึ่งกระทบต่อชีวิตประชาชนแถบลุ่มแม่น้ำโขง และการใช้กังหันน้ำผลิตไฟฟ้าเพื่อส่งผ่านระบบส่งไฟฟ้าเชื่อมโยงกับระบบสายส่งของการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทยและกังหันน้ำผลิตไฟฟ้าที่จะผลิตและจ่ายไฟฟ้าเข้าสู่ระบบส่งไฟฟ้าในลาวจะมีผลกระทบต่อทรัพยากรประมงอีกทั้งการระบายตะกอนและธาตุอาหารที่มากับกระแสน้ำกระทบต่อความสมดุลของระบบนิเวศแหล่งน้ำธรรมชาติ อีกทั้งจะมีการกัดเซาะของตลิ่งกรณีระดับน้ำขึ้นสูง

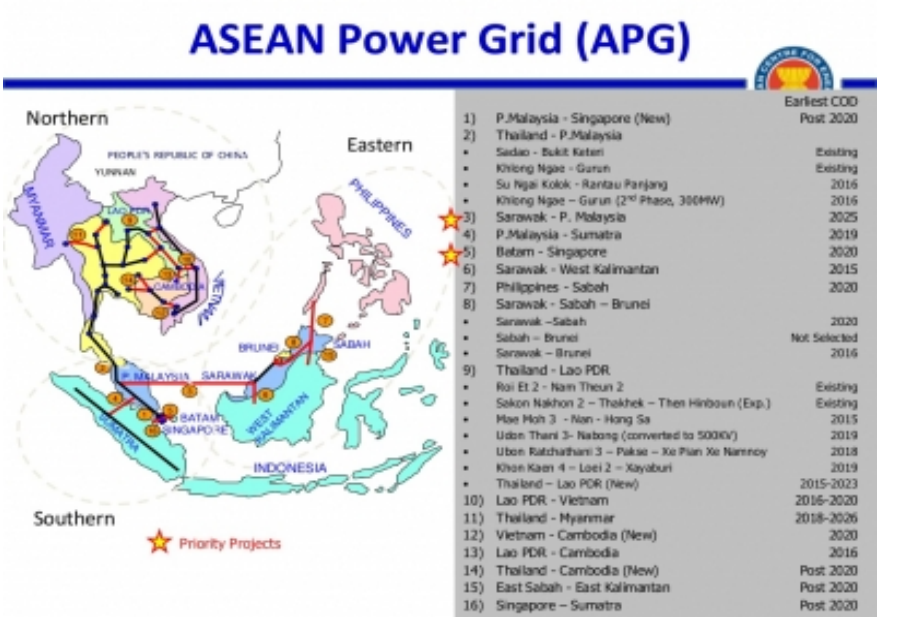
การผลิตพลังงานน้ำจากเขื่อนในกรณีน้ำบนดินในปัจจุบันมักจะเห็นได้ว่าโครงการมีจำนวนน้อยเนื่องจากข้อจำกัดด้านจำนวนผืนดินที่ต้องใช้พื้นที่มาก ต้องมีการเวนคืน สภาพภูมิประเทศมีการเปลี่ยนแปลงมีการคัดค้านโครงการทำให้สามารถดำเนินการต่อไปได้ในขณะหนึ่ง การสร้างเขื่อนในพื้นที่หนึ่งอาจทำให้ระบบนิเวศของพื้นที่ลุ่มน้ำบริเวณนั้นทั้งหมดเปลี่ยนแปลงด้วย พลังงานน้ำจากเขื่อนจึงมักเป็นข้อมูลจากเขื่อนในอดีตที่ก่อสร้างมานานแล้ว

พลังงานไฟฟ้า (Electrical Energy)

ไฟฟ้ามีความสำคัญอย่างมากในทุกขณะของชีวิตประจำวันของมนุษย์ อาจกล่าวได้ว่า เมื่อใดที่เกิดไฟฟ้าดับ เราจะเห็นคุณค่าความสำคัญของไฟฟ้านับเป็นวินาทีเลยก็ว่าได้ เช่น การเปิดเครื่องปรับอากาศเพื่อความเย็นสบายในห้อง การเปิดไฟเพื่อส่องสว่างในพื้นที่อับแสง การชาร์ตแบตเตอรี่มือถือ การมีแสงไฟส่องสว่างบนท้องถนน เพื่อการขับขี่สัญจรอย่างปลอดภัย หรือการใช้อุปกรณ์การแพทย์เพื่อช่วยพยุงชีวิตผู้ป่วยในเวลาฉุกเฉินวิกฤติ หรือเรื่องที่กำลังเป็นเทรนด์ในขณะนี้คือรถยนต์ไฟฟ้า (Electric Vehicle) (EV) ที่ขับเคลื่อนโดยพลังงานไฟฟ้าแทนการใช้น้ำมัน ไฟฟ้าถือเป็นพลังงานรูปหนึ่งที่นำมาใช้กับอุปกรณ์เครื่องกล

ต่างๆ โดยมีตัวเชื่อมคือสายไฟ จากเครื่องกำเนิดไฟฟ้าไปยังเครื่องใช้ไฟฟ้าและเมื่อเปิดสวิตซ์แล้วเครื่องใช้ไฟฟ้านั้นจะเปลี่ยนพลังงานไฟฟ้านั้นเป็นพลังงานรูปอื่น พลังงานไฟฟ้าแบ่งเป็นสองประเภทคือ ไฟฟ้าสถิต (Static Electricity) และไฟฟ้ากระแส (Current Electricity) (ไฟฟ้ากระแสตรง / ไฟฟ้ากระแสสลับ)

การดำเนินการเกี่ยวกับพลังงานไฟฟ้าในประเทศไทยในปัจจุบันมีความรับผิดชอบคาบเกี่ยวคือ กระทรวงพลังงาน ร่วมกับการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย (กฟผ.) และต่อเนื่องไปถึงการไฟฟ้าส่วนภูมิภาค (กฟภ.) และการไฟฟ้านครหลวง (กฟน.) ซึ่งส่วนใหญ่การกล่าวถึงพลังงานไฟฟ้าจะเป็นเรื่องทางวิศวกรรมโดยมีการพิจารณาประเด็นการก่อสร้าง การใช้เครื่องมือเทคโนโลยี การวางแผนดำเนินการ ซึ่งเป็นบริบทในเชิงกว้าง ในบทความนี้ ขอยกประเด็นที่น่าสนใจมากล่าวถึง เช่น เรื่องการเชื่อมโยงระบบไฟฟ้าในอาเซียน (ASEAN Power Grid) (APG) ที่จะมีการพัฒนาซับซ้อนในอนาคต



ที่มา: gastopowerjournal.com

การพัฒนาโครงการ APG ทำให้ประเทศที่เกี่ยวข้องในอาเซียนต้องพิจารณาแผนดำเนินการเพื่อเตรียมความพร้อมตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. ๒๕๕๐ และตามข้อตกลงระหว่างประเทศ กรณีศึกษาของประเทศมาเลเซีย เช่น Tenaga Nasional Berhad (TNB) (การไฟฟ้าแห่งชาติมาเลเซีย) มีข้อพิจารณาในเรื่องนี้ เช่น[๑๕]

[๑๕] General Information on TNB's Transmission Route Selection, TENAGA NASIONAL.

๑. Current Grid System (ระบบโครงข่ายในปัจจุบัน)

โดยพิจารณาโรงไฟฟ้าหลักที่ใช้งานอยู่ในพื้นที่ต่างๆ ในประเทศ / ปริมาณความต้องการใช้ไฟฟ้าในพื้นที่หนึ่งๆ (Supply / Demand Balance by Area) (โดยเฉพาะอย่างยิ่งพื้นที่ส่วนกลาง ชุมชน เนื่องจากอาจมีความจำเป็น ต้องมีการพึ่งพาส่งกำลังไฟฟ้าจากพื้นที่อื่นมาให้) / ประเภทและขนาดของเสาส่งไฟฟ้าแรงสูง / Right of Way (ROW) สิทธิในเขตทาง[๑๖] / ข้อกำหนดในเขตพื้นที่ เช่น เขตป่าสงวน

๒. Route Selection Challenges (การเลือกเส้นทาง)

โดยพิจารณาการเมืองภาคประชาชน เช่น การประท้วงคัดค้านโครงการ การเดินขบวน ทำให้โครงการ มีความล่าช้าและค่าใช้จ่ายโครงการสูงขึ้นเนื่องจากอาจต้องเปลี่ยนแปลงแผนออกแบบเส้นทาง ค่าทดแทนที่ดิน และการเบี่ยงเส้นทาง จากนั้นจะมีการพิจารณาไปยังเรื่องเศรษฐศาสตร์ คือ ปัจจุบันประชาชนจำนวนมากมีการเรียกร้องให้ดำเนินการระบบสายไฟฟ้าใต้ดินโดยเฉพาะอย่างยิ่งในเขตพื้นที่เมืองเพื่อความสวยงามของทัศนียภาพ ที่ไม่ต้องมีอะไรมาบดบัง ซึ่งทำให้ค่าใช้จ่ายในการดำเนินการนี้เพิ่มสูงขึ้นมากกว่าระบบสายไฟฟ้าที่อยู่บนเสา ทั้งนี้ ทางเลือกอีกข้อคือการออกแบบเสาไฟฟ้าแรงสูงชนิดแปดเหลี่ยมโครงเหล็กเสาเดียว (Monopole) และสุดท้ายคือการพิจารณาเรื่องทางเทคนิค เนื่องจากความยากในการเลือกกำหนดแนวเขตที่จะทำการก่อสร้าง การต้องเบี่ยงเส้นทางด้วยเหตุผลทางเทคนิคหรือข้อกฎหมายสำหรับพื้นที่นั้น มีความไม่สมบูรณ์ในข้อมูลตำแหน่งที่ตั้ง และปัญหาในข้อมูลตัวเลขที่ถูกต้องเพื่อออกแบบเสาและสายส่งไฟฟ้าให้เหมาะกับผืนดินราบผืนดินยกตัวเนื่องจากสภาพต้นไม้ในป่าบดบังการสำรวจ

๓. General Concept (แนวคิดทั่วไป)

โดยพิจารณาเรื่องพื้นที่ที่มีพัฒนาแล้ว และการคำนึงถึงระยะห่างความปลอดภัยจากสิ่งก่อสร้าง สิ่งอำนวยความสะดวกทั้งของเอกชนและของรัฐ โบราณสถาน ความขัดแย้งทางสังคมและสิ่งแวดล้อม ลดการสำรวจผ่านเขตพื้นที่ป่าสงวน การใช้ระบบสารสนเทศภูมิศาสตร์ (Geographic Information System) (GIS) เข้ามาช่วยวิเคราะห์เส้นทาง เป็นต้น

ข้อพิจารณาที่เป็นประเด็นข้อพิพาทที่อาจขึ้นสู่ศาลในเรื่องพลังงานไฟฟ้า เช่น เรื่องการซื้อไฟฟ้าจากภาคเอกชน ผู้ผลิตไฟฟ้ารายเล็ก (Small Power Producer) (SPP) ผู้ผลิตไฟฟ้ารายใหญ่ (Independent Power Producer) (IPP) การวางระบบโครงข่ายไฟฟ้าและสถานีไฟฟ้าแรงสูง ผู้ใช้บริการระบบส่ง (Third Party Access) (TPA)[๑๗] ผู้ผลิตไฟฟ้านอกสัญญา

---

[๑๖] Right of Way (ROW) มีคำแปลหลากหลาย เช่น สิทธิผ่าน สิทธิใช้ทาง สิทธิในทางเอก เขตทางหลวง เขตทาง จากประสบการณ์ผู้เขียนเมื่อครั้งทำงานภาคเอกชนเกี่ยวกับสัญญาสัมปทานทางด่วน คำว่า ROW ใช้คำว่า สิทธิในเขตทาง

[๑๗] TPA (Third Party Access) เป็นรูปแบบการประกอบกิจการไฟฟ้าอีกรูปแบบหนึ่ง ที่กำหนดให้เจ้าของกิจการที่เป็นผู้ครอบครองระบบส่งไฟฟ้า (ซึ่งเป็นกิจการที่ผูกขาดโดยธรรมชาติ) ให้สิทธิ์แก่บุคคลอื่น (บุคคลที่ ๓ ที่ไม่ใช่ลูกค้าของตัวเอง รวมทั้งคู่แข่ง) อาทิ ผู้ประกอบกิจการผลิตไฟฟ้าอิสระ ผู้ใช้ไฟฟ้าทั่วไป สามารถเข้ามาใช้ประโยชน์จากระบบส่งไฟฟ้าของตนในเชิงพาณิชย์ได้ ภายใต้หลักการและข้อปฏิบัติของกฎหมาย โดยรัฐบาลจะเป็นผู้กำหนดนโยบายการนำมาใช้ปฏิบัติ รูปแบบ TPA เกิดขึ้นเพื่อส่งเสริมการแข่งขันด้านผู้ผลิตไฟฟ้าให้มีอิสระในการซื้อขายไฟ โดยสามารถทำข้อตกลง ซื้อขายไฟฟ้ากับผู้ใช้ไฟฟ้าได้โดยตรง ทั้งนี้ ต้องรับภาระค่าใช้บริการผ่านระบบส่งไฟฟ้า (วัชรกฤษณ์ จงไพบูลย์พัฒนะ การไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย)

ส่วนเรื่องสายไฟฟ้าและเสาไฟฟ้านั้น ปัจจุบันประเทศไทยเริ่มมีการดำเนินการนำสายไฟฟ้าลงใต้ดินนั้น ซึ่งเป็นความทันสมัยตามแนวสากล ข้อดีคือ ช่วยให้สายไฟฟ้ามีความทนทานมากขึ้นไม่เสื่อมสภาพจากการโดนแดดและฝน ลดความกังวลกรณีเสาไฟฟ้าหักโค่น ทำให้ยืดอายุการใช้งานสายไฟฟ้า (ซึ่งประมาณการ ๒๐ ปี ให้สูงขึ้น) การมีท่อร้อยสายไฟเดินฝังดินขนาดใหญ่จะทำให้สามารถนำสายสัญญาณอื่นมาใส่ไว้ร่วมกันได้เนื่องจากสายสัญญาณไม่มีไฟฟ้า ทำให้วางคู่กันได้และไม่ต้องทำท่อส่งเพิ่ม ลดความสิ้นเปลืองด้านเวลาในการดำเนินการ เป็นอย่างมาก และลดปัญหาเรื่องการลักลอบพาดสายซ้ำซ้อน สำหรับเรื่องเสาไฟฟ้ากรณีที่ถูกรื้อถอนออกไปสามารถนำไปทำเป็นแนวป้องกันคลื่น ป้องกันการกัดเซาะชายฝั่งทะเลได้

ส่วนปัญหาที่เกิดขึ้นขณะนี้กับสายไฟฟ้าและเสาไฟฟ้าบนดินอาจเป็นเรื่องค่าเช่าพาดสายและเรื่องการมีหลายหน่วยงานพาดสายไฟฟ้าบนเสาต้นเดียวกัน อีกทั้งไม่มีการรื้อสายไฟฟ้าเก่าที่ไม่ใช้งานออกไป มีแต่จะเพิ่มสายใหม่เข้ามา เนื่องจากการเดินสายใหม่มีค่าใช้จ่ายถูกกว่าการรื้อสายเก่าออกไป หรืออาจเนื่องจากการติดสัญญาหรือเงื่อนไขบางประการในการประกอบการ เป็นผลให้สายไฟฟ้ารกรุงรังหรือตกหล่นเป็นอันตราย ในเรื่องนี้มีตัวอย่างคดีพิพาทในศาลเช่น สัตว์เลี้ยงของผู้ฟ้องคดีถูกกระแสไฟฟ้าช็อตตายขณะลงไปกินน้ำในแอ่งน้ำเนื่องจากในแอ่งน้ำ มีสายไฟฟ้าตกหล่นกระจัดกระจายหลายเส้น ซึ่งผู้ฟ้องคดีเห็นว่าสาเหตุที่สัตว์เลี้ยงตายเนื่องจากสายโทรศัพท์พันและพาดกับสายไฟฟ้าและตกลงมาที่พื้นดินทำให้เกิดกระแสไฟฟ้าช็อตสัตว์เลี้ยงตาย เป็นต้น

รถยนต์ไฟฟ้า (Electric Vehicle) (EV)[๑๕] และสถานีอัดประจุยานยนต์ไฟฟ้า (Electric Vehicle Charging Station)

หนึ่งในนวัตกรรมด้านพลังงานที่ก่อเกิดความล้ำหน้าทางเทคโนโลยีคือการมาถึงของรถยนต์ไฟฟ้าที่เป็นความคาดหมายว่าจะมาแทนที่รถยนต์ที่ใช้พลังงานปิโตรเลียม ซึ่งคนรุ่นปัจจุบันและรุ่นอนาคตจะต้องมีการปรับตัวรู้จักและเลือกสรรการใช้งานรถยนต์ไฟฟ้าอย่างไม่น่าจะหลีกเลี่ยงได้ การเกิดขึ้นนี้ทำให้ประเทศหนึ่งๆ ต้องเตรียมความพร้อมในโครงสร้างพื้นฐาน เช่น:

- การจัดให้มีสถานีอัดประจุไฟฟ้าให้ครอบคลุมเพียงพอในแต่ละพื้นที่สัญจร
- การจัดระบบค่าไฟให้เหมาะสม ทั้งในด้านการติดตั้งเพื่อชาร์ตแบตเตอรี่ในบ้านเรือนหรือในสถานที่เฉพาะ และเรื่องการคำนวณค่าไฟ การรองรับการยื่นขอเปลี่ยนขนาดมิเตอร์ไฟฟ้า ตู้ควบคุมไฟฟ้าสายเมนเข้าอาคารที่อยู่ในบ้านเรือนหรือสถานประกอบการเพื่อให้เหมาะสมกับ EV Charger
- การกำหนดกฎเกณฑ์มาตรฐานการใช้พลังงาน
- การปล่อยสารมลพิษคาร์บอนไดออกไซด์ออกสู่สิ่งแวดล้อม
- การออกกฎหมายในเรื่องการโฆษณารถยนต์ไฟฟ้าเกินจริง
- รถยนต์ไฟฟ้าที่ผลิตในประเทศหรือนำเข้ามาต้องมีมาตรฐานสากล
- การเก็บภาษีต่างๆ โดยควรมีการให้ Incentive Tax แก่ผู้ประกอบการ

[๑๕] Electric Vehicle มีการแปล เช่น รถยนต์ไฟฟ้า และยานยนต์ไฟฟ้า โดยผู้เขียนขอเรียกว่า รถยนต์ไฟฟ้า และมีข้อสังเกตเพื่อลดความสับสนคือ คำว่า รถยนต์ไฟฟ้า คือรถยนต์ที่ใช้พลังงานไฟฟ้าในการขับเคลื่อนโดยวิ่งบนถนน ส่วนรถไฟฟ้าคือรถที่ใช้พลังงานไฟฟ้าในการขับเคลื่อนโดยวิ่งบนราง เช่น รถไฟฟ้า BTS รถไฟฟ้า MRT

- การส่งเสริมการลงทุนภายในประเทศ เพื่อให้มีการพึ่งพาการผลิต EV ในประเทศและเพื่อลดปัญหาการนำเข้ารถเถื่อน
- การส่งเสริมการผลิตอุปกรณ์สำคัญคือแบตเตอรี่เพื่อลดการนำเข้าและควบคุมราคาและมาตรฐาน
- การพัฒนาเว็บไซต์หรือ Application ต่างๆ เพื่อส่งเสริมช่วยเหลือผู้ใช้รถยนต์ไฟฟ้าในการขับขี่บนทางหลวงระยะไกลหรือกันดารกรณีแบตเตอรี่หมดกลางทางหรือบริเวณนั้นยังไม่มีสถานีอัดประจุไฟฟ้าครอบคลุมถึง
- การเตรียมรองรับปัญหากรณีเกิดอุทกภัยหรือน้ำท่วมในเขตเมืองและรถยนต์ไฟฟ้าที่ใช้ระบบแบตเตอรี่ต้องสัมผัสน้ำเป็นระยะเวลาหนึ่ง
- การเตรียมรองรับปัญหาความราบเรียบของพื้นผิวถนนกับระบบเสถียรของแบตเตอรี่ในรถยนต์ไฟฟ้า
- การพัฒนาในส่วนการขนส่งมวลชนหรือขนส่งสินค้าขนาดใหญ่บนพื้นราบ เช่น รถเมล์ รถบรรทุก เพื่อจัดให้มีประเภทของรถยนต์ไฟฟ้าขนาดใหญ่
- การเตรียมปัญหากฎหมายรถยนต์เก่าที่ใช้งานแล้ว

การเตรียมการในส่วนกฎหมายเกี่ยวกับประเด็นข้างต้นที่ยกขึ้นมาเป็นตัวอย่างจำเป็นต้องมีความรู้ความเข้าใจในสหวิชาการประกอบด้วย เช่น กฎหมายเกี่ยวกับการปรับสภาพสถานีให้บริการน้ำมันเชื้อเพลิงให้สามารถจำหน่ายไฟฟ้าให้ยานยนต์ไฟฟ้าได้ภายใต้พระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. ๒๕๕๐ และกฎหมายอื่นที่เกี่ยวข้อง

นอกจากนี้ กฎหมายพลังงานยังมีประเด็นที่เกี่ยวพันกับเรื่องสิ่งแวดล้อม เช่น การจัดการกรณีน้ำมันรั่วในทะเล ซึ่งในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลในประเด็น ผู้มีสิทธิฟ้องคดี การคำนวณค่าเสียหาย การกำหนดค่าเสียหาย ระยะเวลาการฟ้องคดี การเรียกร้องค่าเสียหาย / ชุมชนท้องถิ่น อุตสาหกรรมประมง อุตสาหกรรมท่องเที่ยว NGO / มลพิษจากคราบน้ำมัน สารเคมีที่ใช้ในการขจัดคราบน้ำมัน พิธีการทางศุลกากร ในการนำเข้าสารเคมี ภาพถ่ายจากดาวเทียม / การแก้ไขเยียวยาในเบื้องต้นของผู้ก่อมลพิษ ความรับผิดชอบ ของจังหวัดในพื้นที่ เป็นต้น ส่วนตัวอย่างคดีในต่างประเทศที่เป็น classic case เช่น Exxon Valdez 1989 หรือ Deepwater Horizon Oil Spill 2010 อาจแสดงให้เห็นถึงประเด็นที่น่าสนใจคือเรื่องการใช้ระยะเวลาที่ยาวนานหลายปีในชั้นศาลจนถึงศาลสูงสุด ทำให้สภาพธรรมชาติมีการเยียวยาด้วยตัวเองบางส่วน ส่งผลต่อการคำนวณค่าเสียหายในท้ายสุด

กรณีสืบเนื่องต่อมาคือเรื่องการรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างในทะเล (Decommissioning) ที่ในอดีตกฎหมายที่เกี่ยวกับการประกอบกิจการพลังงานปลายน้ำในส่วนการรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างที่มีสภาพใช้การไม่ได้แล้วหรือหมดอายุการใช้งานมีการบัญญัติไว้อย่างจำกัด แต่ปัจจุบันกฎหมายของไทยมีการปรับปรุงแก้ไขให้ทันสมัยขึ้นซึ่งผู้เขียนมีข้อสังเกตโดยรวมตามแนวทางต่างประเทศ เช่น ปัจจัยพิจารณา ๖ ถึง ๗ ประการในการรื้อถอนสิ่งปลูกสร้างในทะเล

๑. ระดับความลึกของน้ำ
๒. ขนาดและน้ำหนักของสิ่งปลูกสร้างในทะเล ความซับซ้อน และประเภท
๓. สถานที่ตั้งอยู่และสภาพแวดล้อม

๔. จำนวนสิ่งปลูกสร้างที่ต้องรื้อถอน

๕. ระยะห่างจากชายฝั่ง

๖. ประเภทและวิธีการเคลื่อนย้าย

และปัจจัยนอกเหนือคือเรื่องเทคโนโลยีในขณะที่มีการรื้อถอนมีความก้าวหน้าเพียงใด ซึ่งปัจจัยนี้อาจมีผลในเรื่องค่าใช้จ่ายในการรื้อถอน

จากที่กล่าวไปข้างต้นผู้เขียนเห็นว่า กฎหมายพลังงานมีลักษณะเป็นกฎหมายมหาชนทางเศรษฐกิจ ในหลายกรณี มีข้อพิจารณาทางเทคนิคที่ซับซ้อน เรื่องการเงินการคลังของรัฐ เรื่องการแบ่งผลประโยชน์จำนวนมากระหว่างรัฐและเอกชน เรื่องสิ่งแวดล้อม เรื่องความไม่สมดุลทางอำนาจของคู่พิพาทกรณีมีคดีขึ้นสู่ศาล กฎหมายพลังงาน ของประเทศไทยเป็นกฎหมายเฉพาะ และเห็นได้ว่าประเทศไทยกำลังมีการปรับปรุงแก้ไขกฎหมายในสาขานี้เพื่อให้ทันต่อยุคสมัยซึ่งโดยรวมเป็นไปในทิศทางที่ดีต่อประเทศ

บทบาทของสภาแห่งรัฐในการควบคุมและคุ้มครองผลิตภัณฑ์การเกษตรที่มีเอกลักษณ์ของท้องที่ทางภูมิศาสตร์

สุคนธา ศรีภิรมย์*

ความทั่วไป

กิจกรรมของฝ่ายปกครองต้องดำเนินการภายใต้หลักว่าด้วยความชอบด้วยกฎหมายของการกระทำทางปกครองซึ่งหมายความว่าฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานของรัฐจะต้องปฏิบัติตามกฎหมายกำหนดไว้ ซึ่งการที่จะตรวจสอบว่าฝ่ายปกครองหรือหน่วยงานของรัฐปฏิบัติตามที่กฎหมายกำหนดไว้ จำต้องมีกระบวนการในการตรวจสอบซึ่งกระบวนการในการตรวจสอบโดยองค์กรตุลาการเป็นหนึ่งในกระบวนการตรวจสอบที่มีประสิทธิภาพ โดยในสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีองค์กรที่ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของฝ่ายปกครองหรือของหน่วยงานของรัฐที่สำคัญคือสภาแห่งรัฐ

ในบทความนี้จะได้กล่าวถึงบทบาทของสภาแห่งรัฐในการควบคุมฝ่ายปกครองและคุ้มครองประชาชนกรณีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่เกี่ยวกับผลิตภัณฑ์การเกษตรที่มีเอกลักษณ์ของท้องที่ทางภูมิศาสตร์ เนื่องจากสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีผลิตภัณฑ์ประเภทนี้มากมาย ด้วยเหตุที่สาธารณรัฐฝรั่งเศสมีความหลากหลายทางภูมิภาค และมีภูมิอากาศที่แตกต่างกันทำให้เกิดเอกลักษณ์ของท้องที่ทางภูมิศาสตร์กระจายอยู่ในแต่ละภูมิภาค มีภูมิปัญญาในแต่ละท้องถิ่นที่แตกต่างกัน และโดดเด่นเฉพาะตัวของแต่ละผลิตภัณฑ์ สำหรับผลิตภัณฑ์การเกษตรที่มีชื่อเสียงและมีเอกลักษณ์ อย่างหนึ่งของสาธารณรัฐฝรั่งเศสคือผลิตภัณฑ์เครื่องดื่มที่เรียกว่าไวน์ ซึ่งการผลิตที่มาจากแต่ละแหล่งผลิตจะมีรสชาติและลักษณะพิเศษที่แตกต่างกัน ดังนั้น เพื่อพัฒนาศักยภาพการผลิตและคุ้มครองผลิตภัณฑ์การเกษตรที่มีเอกลักษณ์ของท้องที่ทางภูมิศาสตร์ประเภทนี้ จึงมีการควบคุม เพื่อให้การกำหนดเกณฑ์ในการควบคุมมีความถูกต้องเป็นมาตรฐานเดียวกันและเป็นการอนุรักษ์ ภูมิปัญญาท้องถิ่น เพิ่มมูลค่าของผลิตภัณฑ์และทำให้รัฐมีรายได้อีกด้วย

โดยจะได้กล่าวถึง *ส่วนที่ ๑* หลักกฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยย่อ เพื่อนำไปสู่ *ส่วนที่ ๒* การวิเคราะห์คำพิพากษาสภาแห่งรัฐกรณีผลิตภัณฑ์การเกษตรที่มีเอกลักษณ์ของท้องที่ทางทางภูมิศาสตร์

* น.บ. จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, น.ม. กฎหมายมหาชนจากมหาวิทยาลัยเดียวกัน, D.E.A. droits public fondamental และ Doctorat en droit public มหาวิทยาลัย Toulouse I Capitole สาธารณรัฐฝรั่งเศส, พนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ

ส่วนที่ ๑ หลักกฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยย่อ

คำสั่งทางปกครองเป็นการใช้อำนาจฝ่ายเดียวของฝ่ายปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเพื่อให้เอกชนปฏิบัติตามและ “คำสั่งทางปกครอง” นั้นจะก่อให้เกิดผลทางกฎหมายอันเป็นนิติสัมพันธ์ระหว่างบุคคล เมื่อมีการฟ้องคดีเกี่ยวกับความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง สภาแห่งรัฐจะเป็นผู้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง ซึ่งการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองจะต้องคำนึงถึงความมั่นคงแห่งสิทธิที่เกิดขึ้นอันสืบเนื่องมาจากคำสั่งทางปกครอง โดยพิจารณาถึงประโยชน์ของผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งทางปกครอง ผู้ได้รับผลกระทบจากคำสั่งทางปกครอง และเพื่อประโยชน์สาธารณะ คำสั่งทางปกครองนั้นอาจถูกเพิกถอนทั้งหมดหรือเพิกถอนบางส่วนได้ คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ถ้าไม่มีผลกระทบต่อผู้ใดหรือมีผลกระทบแต่มีประโยชน์สาธารณะที่สำคัญมาเกี่ยวข้องอาจมีการเพิกถอนไปทั้งหมด[๑] สำหรับหลักกฎหมายที่สำคัญเกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยย่อ มีดังนี้

๑.๑ หลักความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง

คำสั่งทางปกครองย่อมมีผลบังคับทันทีและมีความดำรงอยู่ของคำสั่งจนกว่าจะถูกยกเลิกหรือเพิกถอน โดยหลักแล้วย่อมถือว่าคำสั่งทางปกครองนั้นออกมาโดยชอบด้วยกฎหมายไว้ก่อน[๒] สำหรับหลักความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง เป็นหลักเพื่อป้องกันมิให้ฝ่ายปกครองใช้อำนาจรัฐตามอำเภอใจและมีผลกระทบต่อสิทธิเสรีภาพของเอกชน ประกอบไปด้วยหลักย่อยสองหลักคือ หลักการว่าด้วยคำสั่งทางปกครองต้องไม่ขัดต่อกฎหมาย และหลักว่าด้วยไม่มีกฎหมาย ไม่มีอำนาจ[๓] อาจกล่าวได้ว่าหลักความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครอง หมายความถึง องค์กรของรัฐจะดำเนินการอย่างใดอย่างหนึ่งได้ต่อเมื่อมีกฎหมายกำหนดอำนาจไว้ ซึ่งหมายความว่า หากไม่มีกฎหมายกำหนด ก็ไม่มีอำนาจในการดำเนินการเช่นกัน[๔] โดยภายใต้หลักความชอบด้วยกฎหมายนี้ทำให้คำสั่งหรือการกระทำของฝ่ายปกครองต้องถูกตรวจสอบเพื่อมิให้เกิดการใช้อำนาจทางปกครองตามอำเภอใจ ซึ่งเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญในการใช้อำนาจทางปกครองของเจ้าหน้าที่ของรัฐ และมีความสำคัญในการบริหารราชการแผ่นดิน และการจัดทำคำสั่งทางปกครอง[๕]

๑.๒ หลักว่าด้วยการควบคุมฝ่ายปกครอง

หลักว่าด้วยการควบคุมฝ่ายปกครองมีเพื่อตรวจสอบการกระทำที่อาจกระทำไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและแก้ไขความเสียหายที่อาจจะเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง การควบคุมฝ่ายปกครองจึงเป็นการคุ้มครองสิทธิและเสรีภาพของประชาชน[๖] *สำหรับวิธีการควบคุมฝ่ายปกครอง*

---

[๑] ชาญชัย แสวงศักดิ์, คำอธิบายกฎหมายวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, พิมพ์ครั้งที่ ๑๒ (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๖๑), หน้า ๒๙๐.

[๒] สถาบันวิจัยและให้คำปรึกษาแห่งมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์, รายงานการศึกษาวิจัย เรื่องวิธีพิจารณาคดีปกครองเปรียบเทียบ (กรุงเทพฯ : ๒๕๔๙), หน้า ๑๖๑.

[๓] วรเจตน์ ภาคีรัตน์, กฎหมายปกครอง ภาคทั่วไป (กรุงเทพฯ : นิติราษฎร์, ๒๕๕๔), หน้า ๔๗ .

[๔] วนิดา แสงสารพันธ์, กฎหมายปกครองและวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง, (กรุงเทพฯ : วิญญูชน, ๒๕๖๐), หน้า ๔๐.

[๕] อิสระ นิติทัณฑ์ประภาศ, กฎหมายปกครองเปรียบเทียบ LA439 (กรุงเทพฯ : มหาวิทยาลัยรามคำแหง, ๒๕๒๙), หน้า ๑๐๓ - ๑๐๔.

[๖] นันทวัฒน์ บรมานันท์, “การควบคุมฝ่ายปกครอง,” [online] Available from : http://public-law.net/publaw/view.aspx?id=1270 [๒๙ กรกฎาคม ๒๕๖๕]

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

มีสองประเภท คือ การควบคุมแบบป้องกัน หมายถึง การควบคุมในขั้นตอนตระเตรียมการก่อนที่องค์กรของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายบริหารจะมีคำสั่งหรือการกระทำอย่างใดอย่างหนึ่ง ซึ่งการควบคุมแบบนี้ยังแยกได้เป็นสามประเภทย่อย คือ ๑) การควบคุมโดยการปรึกษาหารือองค์กรที่ปรึกษา เช่น การขอให้คณะกรรมการกฤษฎีกา (กรรมการร่างกฎหมาย) ตรวจพิจารณาร่างกฎหมายหรือให้คำปรึกษาทางกฎหมาย ๒) การควบคุมโดยการใช้ประชาชนมีส่วนร่วม และ๓) การควบคุมโดยการให้ประชาชนได้รับรู้และเข้าถึงข้อมูลข่าวสารของราชการและการให้เหตุผลในคำสั่งทางปกครอง ส่วนการควบคุมแบบแก้ไขอาจแบ่งได้เป็นสองประเภท คือ ๑) การควบคุมภายใน ได้แก่ (ก) การร้องเรียนต่อเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองผู้ที่ทำคำสั่งทางปกครอง และ (ข) การขอให้ผู้บังคับบัญชาของเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครองผู้ที่ทำคำสั่งทางปกครองทบทวนคำสั่งทางปกครองนั้น และ ๒) การควบคุมภายนอก ได้แก่ (ก) การอุทธรณ์ต่อคณะกรรมการวินิจฉัยข้อพิพาท (ข) การฟ้องคดีต่อศาล[๗] ดังนั้น การควบคุมตรวจสอบการกระทำทางปกครองโดยองค์กรศาลจึงเป็นองค์กรที่ให้หลักประกันในการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพประชาชนได้ดีที่สุด

ส่วนที่ ๒ วิเคราะห์คำพิพากษาสภาแห่งรัฐกรณีผลิตภัณฑ์การเกษตรที่มีเอกลักษณ์ของท้องที่ทางภูมิศาสตร์

๒.๑ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๒๐ กันยายน ค.ศ. ๑๙๙๓ หมายเลขคดี ๑๑๒๖๓๕ ระหว่าง Société Château d'ARSAC กับสถาบันมาตรฐานผลิตภัณฑ์ AOC (l'Institut National des Appellations d'Origine (INAO))

คดีมีข้อเท็จจริงว่า Société Château d'ARSAC ตั้งอยู่ที่ Château d'Arsac, (๓๓๔๖๐) เขต Margaux ฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่มีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองที่ปฏิเสธโดยปริยาย (l'annulation de la decision implicite)[๘] จากการที่สถาบันมาตรฐานผลิตภัณฑ์ (l'Institut National des Appellations d'Origine (INAO)) ยกคำร้องที่ขอให้แก้ไขคำสั่งลงวันที่ ๒๗ มิถุนายน ค.ศ. ๑๙๕๖ เกี่ยวกับการกำหนดเขตบริเวณที่ดินสำหรับการรับรองแหล่งผลิต แหล่งที่มาทางภูมิศาสตร์ของผลิตภัณฑ์ไวน์แดงในเขต Margaux ซึ่งเป็นเขตทางฝั่งซ้ายของแม่น้ำการอน อยู่ในพื้นที่เขต Médoc และปฏิเสธการออกใบรับรอง "certificat d'agrément"[๙] ที่อนุญาตให้ใช้ข้อความระบุแหล่งปลูกองุ่น รายละเอียดการผลิต สถานที่ผลิต การบรรจุขวด การบ่มไวน์บนป้ายฉลากขวด "l'appellation d'origine contrôlée Margaux" ตามมาตรา ๒ แห่งรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ ๓๐ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๙๓๕ เกี่ยวกับการป้องกันตลาดการค้าไวน์ และสหภาพได้รับความเห็นของผู้มีส่วนได้เสียที่คัดค้านความเห็นของสถาบันมาตรฐานผลิตภัณฑ์

[๗] เพิ่งอ้าง

[๘] แต่เดิมเป็นมีหลักสำคัญที่ใช้ในกรณีระยะเวลาในการฟ้องคดี คือ การนิ่งหรือไม่ตอบของฝ่ายปกครองนั้นถือว่าเป็นการปฏิเสธ กล่าวคือ หากผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากคำสั่งทางปกครองได้ใช้มาตรการร้องเรียนภายในฝ่ายปกครอง หากฝ่ายปกครองไม่ตอบภายในระยะเวลา ๒ เดือนนับจากมีการร้องเรียนภายในฝ่ายปกครอง ระยะเวลา ๒ เดือนที่จะนำมาฟ้องศาลปกครองจะเริ่มนับเมื่อครบ ๒ เดือน นับจากวันที่ครบกำหนด ๒ เดือนนับแต่ที่มีการร้องเรียนภายในฝ่ายปกครอง

[๙] Certificat d'agrément : certificat accordé après analyse œnologique et dégustation du vin par une commission à un producteur pour bénéficier de l'appellation AOC ou AO-VDQS.. [online] Available from : dico-du-vin.com/certificat-d'agrément/[๒๙ กรกฎาคม ๒๕๖๕]

(INAO) ในการออกคำสั่งกำหนดเขตพื้นที่ในการผลิตไวน์ในเขต Margaux ตามรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ ๑๐ สิงหาคม ค.ศ. ๑๙๕๔ ที่รับรองเขตการผลิตไวน์บริเวณเขต Margaeux[๑๐] ให้เป็นการรับรองการผลิตไวน์แดงที่มีกระบวนการผลิตตามที่กฎหมายกำหนดและอยู่ในบริเวณเขตที่กำหนดไว้ บริเวณดังกล่าวประกอบด้วย ๕ เขตย่อย และมีความเห็นว่า Château d'ARSAC มิได้มีคุณสมบัติ ด้วยเหตุที่คุณภาพของส่วนผสมดินมีความแตกต่างกันจึงมิได้อยู่ในพื้นที่เขตที่กำหนดไว้

สภาแห่งรัฐมีคำพิพากษาว่า จากการกำหนดบริเวณที่ดินดังกล่าวตามที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างนั้น ปรากฏว่ามีส่วนของที่ดินที่เป็นส่วนหนึ่งของ Château d'ARSAC ซึ่งตามรัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ ๑๐ สิงหาคม ค.ศ. ๑๙๕๔ Château d'ARSAC ได้ใช้ข้อความระบุแหล่งปลูกองุ่น รายละเอียดการผลิต สถานที่ผลิต การบรรจุขวด การบ่มไวน์บนป้ายฉลากขวดของเขต Margaux มาเป็นเวลานาน ประกอบกับรายงานของสำนักงานวิจัยทางภูมิศาสตร์และพื้นดิน (le Bureau de Recherches Géologiques et Minières (BRGM)) เกี่ยวกับส่วนผสมของดินบริเวณดังกล่าวแล้วปรากฏตามรายงานว่าองค์ประกอบของชั้นดินและส่วนผสมของดินบริเวณ Château d'ARSAC มีลักษณะองค์ประกอบของชั้นดินและส่วนผสมของดินเป็นส่วนผสมเดียวกับดินในบริเวณเขต Margaeux ดังนั้น สถาบันมาตรฐานผลิตภัณฑ์ (INAO) ที่กำหนดยกเว้น Château d'ARSAC ไม่ให้รวมอยู่ในเขต Margaeux จึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย

สภาแห่งรัฐพิพากษาให้ Château d'ARSAC สามารถใช้ข้อความระบุแหล่งปลูกองุ่น รายละเอียดการผลิต สถานที่ผลิต การบรรจุขวด การบ่มไวน์บนป้ายฉลากขวด (l'appellation d'origine contrôlée Margaux) เพื่อเป็นการรับรองคุณภาพผลิตภัณฑ์ไวน์ของเขต Margaeuxได้และให้เพิกถอนคำสั่งสถาบันมาตรฐานผลิตภัณฑ์ (INAO) ลงวันที่ ๒๗ มิถุนายน ค.ศ. ๑๙๕๖ โดยให้มีการแก้ไขเกณฑ์การกำหนดการรับรองผลิตภัณฑ์ไวน์เขต Margaeux เสียใหม่โดยให้รวมถึง Château d'ARSAC ด้วย

๒.๒ บทวิเคราะห์

จากคำพิพากษาสภาแห่งรัฐที่กล่าวมาข้างต้นทำให้เห็นว่าการฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้น (le recours pour excès de pouvoir) เป็นกระบวนการทางกฎหมายที่เปิดโอกาสให้สภาแห่งรัฐเพิกถอน (annulation) คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้ โดยเหตุแห่งการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง โดยทั่วไปจะพิจารณาเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุภายนอก และด้วยเหตุภายในของคำสั่งทางปกครอง โดยการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในการทำคำสั่งทางปกครองของสภาแห่งรัฐอาจแบ่งเป็น ๔ ประการได้แก่ (๑) การตรวจสอบการกระทำโดยไม่มีอำนาจ ที่เกิดขึ้นเนื่องมาจากบุคคลผู้มีหน้าที่นั้นไม่มีอำนาจตามกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นไปตามเนื้อหาของกฎหมาย เขตพื้นที่หรือห้วงเวลาในการทำคำสั่งทางปกครอง (๒) การตรวจสอบการกระทำโดยผิดรูปแบบ เกิดขึ้นเมื่อเจ้าหน้าที่ของรัฐผู้มีอำนาจในการทำคำสั่งทางปกครองละเลยที่จะปฏิบัติตามกระบวนการ หรือรูปแบบที่มีการกำหนดไว้ในกฎหมาย (๓) การตรวจสอบการบิดเบือนการใช้อำนาจ เกิดจากการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองออกคำสั่งทางปกครองเพื่อวัตถุประสงค์อื่นซึ่งไม่ใช่วัตถุประสงค์ที่กำหนดไว้ในกฎหมายและ (๔) การตรวจสอบ

[๑๐] พันธุ์องุ่นที่ปลูกในเขต Margaux ได้แก่ พันธุ์ Cabernet Sauvignon พันธุ์ Malbec พันธุ์ Cabernet francพันธุ์ Petit Verdot พันธุ์ Camenère และพันธุ์ Merlot มีเนื้อที่ในการปลูก ๑,๕๓๐ เฮคตาร์ [online] Available from : www.vins-de-margaux.fr [๒๙ กรกฎาคม ๒๕๖๕]

การฝ่าฝืนกฎหมาย อาจมีได้ในสองกรณีคือ ความผิดพลาดในข้อกฎหมายและความผิดพลาดในข้อเท็จจริง เมื่อมีเหตุดังกล่าวนี้ สภาแห่งรัฐจะมีคำสั่งให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย[๑๑]

ในคดีนี้ สภาแห่งรัฐพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งสถาบันมาตรฐานผลิตภัณฑ์ (INAO) ลงวันที่ ๒๗ มิถุนายน ค.ศ. ๑๙๕๖ โดยให้มีการแก้ไขเกณฑ์การกำหนดเขตการผลิตไวน์ในเขต Margaux เสียใหม่ และให้รวมถึง Château d'ARSAC ด้วย จะเห็นได้ว่า เป็นการพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองกรณีที่มีความผิดพลาดในข้อกฎหมายและความผิดพลาดในข้อเท็จจริงที่ปรากฏอย่างชัดแจ้ง เมื่อศาลมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง และมีคำบังคับให้ดำเนินการแก้ไขให้เป็นไปตามคำพิพากษา จากพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองมีผลทำให้คำสั่งทางปกครองนั้นสิ้นผลไป อย่างไรก็ตาม ต้องคำนึงถึงผลย้อนหลังและสิทธิประโยชน์ที่ได้มา หากไม่มีการปฏิบัติตามคำพิพากษา ผู้ชนะคดีสามารถร้องขอให้มีการบังคับคดีได้ ในคดีนี้มีการขอให้มีการบังคับตามคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ในคดีหมายเลข ๑๕๘๖๐๙ ลงวันที่ ๒๘ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๙๙๕ เนื่องจากสถาบันมาตรฐานผลิตภัณฑ์ (INAO) ยังมิได้เสนอรัฐบาลให้แก้ไขตามที่สภาแห่งรัฐมีคำพิพากษาและสภาแห่งรัฐยังกำหนดให้จ่ายค่าปรับรายวันจำนวน ๘,๐๐๐ ฟรังก์ต่อวันตามที่ไม่มีการปฏิบัติตามคำพิพากษาอีกด้วย

จากคำพิพากษาสภาแห่งรัฐในคดีนี้พบว่า ผู้ฟ้องคดีมีสถานที่ปลูกองุ่นและผลิตไวน์ที่ใช้ชื่อว่า Château d'ARSAC ในเขต Margaux แต่เนื่องจากการกำหนดบริเวณพื้นที่ในการรับรองคุณภาพและกระบวนการผลิตไวน์ของสถาบันมาตรฐานผลิตภัณฑ์ (INAO) มีการกันเขตบริเวณที่ดินของผู้ฟ้องคดีออกมาจากบัญชีรายชื่อผู้ผลิตไวน์ อันเป็นเหตุพิพาทในคดี จากข้อพิพาทนี้ จึงเห็นได้ว่า ผลิตภัณฑ์ไวน์ของสาธารณรัฐฝรั่งเศสมีความเป็นภูมิภาคที่เป็นเอกลักษณ์เฉพาะพื้นที่ โดยจำแนกจากพันธุ์องุ่น กระบวนการและวิธีการผลิต ระดับคุณภาพและราคาที่แตกต่างกัน ซึ่งหน่วยงานทางปกครองเป็นผู้ควบคุมโดยการกำหนดบริเวณเขตท้องที่ที่มีเอกลักษณ์ทางภูมิศาสตร์ ความชำนาญในกระบวนการผลิต ประวัติศาสตร์และภูมิปัญญาของผู้ผลิต ซึ่งเป็นองค์ความรู้เฉพาะที่เกิดขึ้นจากประสบการณ์และการเรียนรู้ในแต่ละภูมิภาคและเขตพื้นดินที่แตกต่างกัน

การปลูกองุ่นแต่ละพันธุ์นั้น อากาศและดินจะมีผลต่อเนื้อและน้ำไวน์ พันธุ์องุ่นที่นิยมปลูกในบริเวณดังกล่าวประกอบไปด้วยองุ่นพันธุ์มาลเบค (Malbac) พันธุ์เปอตีต์ แวร์โดต์ (Petit Verdot) พันธุ์คาแบร์เนต์ โซวิญยอง (Cabernet Sauvignon) และพันธุ์แมร์โลต์ (Merlot) อย่างไรก็ตาม การทำไร่องุ่นในแคว้น Nouvelle – Aquitaine (ที่เรียกกันทั่วไปว่าแคว้นบอร์โดซ์) มีอยู่หลายเขต ซึ่งลักษณะทางภูมิศาสตร์ในบริเวณแคว้นนี้ตั้งอยู่ริมฝั่งมหาสมุทรแอตแลนติก ในบริเวณอ่าวบิสเคย์ สภาพดินบริเวณนี้เป็นส่วนผสมของดินเหนียว กรวด และหินปูน เนื่องจากบริเวณนี้มีแม่น้ำดอร์ดอญ (Dordogne) และแม่น้ำการอน (Garonne) ไหลผ่านซึ่งแม่น้ำสองสายนี้จะแบ่งเขตบริเวณที่สามารถปลูกองุ่นเป็นสามส่วนคือ

๑) ด้านขวาของแม่น้ำ แบ่งเป็นเขต Pomerol: ผลิตไวน์ที่มีเอกลักษณ์ จากองุ่นพันธุ์ Merlot และมีเมือง Saint Émillion เป็นพื้นที่ที่ผลิตไวน์ผสมระหว่างองุ่นพันธุ์ Cabernet Franc และองุ่นพันธุ์ Merlot สภาพดินในพื้นที่นี้มีความเป็นดินโคลนสีแดง พันธุ์องุ่นที่ขึ้นได้ดีคือ องุ่นพันธุ์ Merlot

[๑๑] อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๕

๒) ด้านซ้ายของแม่น้ำ สามารถแบ่งเป็นพื้นที่ย่อยได้ ๓ เขต คือ เขต Médoc เขต Haut-Médoc และเขต Graves ซึ่งมีการผลิตไวน์ที่ต่างมีวิธีการผลิตที่เป็นเอกลักษณ์โดดเด่นแตกต่างกันออกไปมีเขตพื้นที่ย่อยดังนี้ **เขต Margaux** (Haut-Médoc) เขต Pauillac (Haut-Médoc) เขต St.-Estèphe (Haut-Médoc) เขต St.-Julien (Haut-Médoc) และเขตPessac-Léognan (Graves) โดยไวน์แดงเขตนี้จะมีรสเฉพาะตัวของแร่ธาตุในดินที่เป็นพื้นที่ที่มีแร่ธาตุในดินสูงเพราะดินมีความเป็นกรดและด่างสูงมาก จึงทำให้เหมาะสมกับการเพาะปลูกองุ่นพันธุ์ Cabernet Sauvignon เป็นส่วนใหญ่

๓) บริเวณเกาะกลางแม่น้ำ (Entre-Deux-Mers) เป็นพื้นดินที่ถูกขนาบข้างด้วยแม่น้ำการอนและแม่น้ำดอร์ดอญ โดยองุ่นพันธุ์หลักที่สามารถปลูกได้ก็คือองุ่นพันธุ์ Merlot[๑๒]

ในการปลูกองุ่นสำหรับผลิตไวน์แดงของภูมิภาคนี้มีพื้นที่ที่มีลักษณะแตกต่างกันไปตามสภาพแวดล้อม สภาพพื้นดิน สภาพอากาศ ซึ่งทำให้องุ่นที่ปลูกในพื้นที่มีรสของไวน์และลักษณะไวน์ที่เป็นเอกลักษณะเฉพาะ สร้างความหลากหลายให้กับรสชาติไวน์ตามลักษณะภูมิศาสตร์ของพื้นที่เพาะปลูก (แสงแดด ความชื้น คุณภาพดิน) นอกจากนี้องุ่นต่างพันธุ์ ก็จะให้รสชาติของไวน์ที่ต่างกันด้วย โดยชื่อพันธุ์องุ่นจะถูกบ่งชี้ไว้บนขวดไวน์อย่างชัดเจน คุณภาพของไวน์ที่ผลิตจากความหลากหลายของพื้นที่เพาะปลูกและพันธุ์องุ่นนี้เองก่อให้เกิดข้อความคิดเกี่ยวกับ *“la notion de terroir”* ซึ่งหมายถึงการผสมผสานเอกลักษณ์ของปัจจัยทางธรรมชาติในแต่ละเขตที่เกี่ยวข้องกับปลูกองุ่นรวมไปถึงปัจจัยทางชีววิทยาที่หลากหลาย เช่น ดิน หินที่อยู่ใต้ความสูงหรือความลาดชันของเนินเขาหรือภูมิประเทศ แนวพื้นที่ในการรับแสงดวงอาทิตย์และแนวปากแม่น้ำ รวมถึงปริมาณฝน ลม ความชื้นและความแปรปรวนของอุณหภูมิ ทั้งนี้ แม้ว่าจะอยู่ในพื้นที่เดียวกัน แต่อาจจะมีลักษณะทางพื้นดินที่ไม่เหมือนกัน[๑๓] *“la notion de terroir”* จึงเป็นที่มาของการควบคุมมาตรฐานการผลิตที่เรียกว่าระบบ Appellation d’origine contrôlée (AOC) อันเป็นระบบรับรองแหล่งที่มาทางภูมิศาสตร์ของผลิตภัณฑ์เกษตร[๑๔] โดยเริ่มใช้มาตั้งแต่ปี ค.ศ. ๑๙๓๕ เพื่อรับรองควบคุมคุณภาพและความเป็นเอกลักษณ์ทางภูมิศาสตร์ เป็นหลักการและวิธีการรับรองคุณภาพของไวน์และแหล่งที่มาของผลิตภัณฑ์ไวน์ของสาธารณรัฐฝรั่งเศส สัญลักษณ์ AOC เป็นสัญลักษณ์รับประกันแหล่งผลิต แสดงให้เห็นถึงความสัมพันธ์ระหว่างคุณภาพที่ดีของผลิตภัณฑ์ที่เป็นผลมาจากลักษณะพิเศษเฉพาะทางภูมิศาสตร์ของแหล่งผลิตและภูมิปัญญาของผู้ผลิต ซึ่งมีความชำนาญเฉพาะทาง เป็นการรับรองคุณภาพของผลิตภัณฑ์ที่มีคุณสมบัติตรงตามมาตรฐานที่กำหนดไว้[๑๕] ทั้งในเรื่องของคุณภาพสินค้า แหล่งที่มาและกระบวนการผลิต จึงอาจกล่าวได้ว่าสัญญลักษณ์

---

๑๒ [Online] Available from : https://wineman.asia/bordeaux-wine// [๒๙ กรกฎาคม ๒๕๖๕]

๑๓ Le terroir, un concept pour l’action dans le développement des territoires [online] Available from : //journals.openedition.org/vertigo/14807//[๒๙ กรกฎาคม ๒๕๖๕]

๑๔ L’AOC et l’AOP, une production et un terroir qui s’expriment par le savoir-faire [online] Available from : https://agriculture.gouv.fr/laoc-et-laop-une-production-et-un-terroir-qui-sexpriment-par-le-savoir-faire// [๒๙ กรกฎาคม ๒๕๖๕]

๑๕ สัญลักษณ์ AOC ฉลากแดง และใบรับรองมาตรฐาน CCP : ระบบการรับรองคุณภาพผลิตภัณฑ์เกษตรที่มีประสิทธิภาพของฝรั่งเศส [online] Available from : https://positioningmag.com/๑๕๗๑๖ [๒๙ กรกฎาคม ๒๕๖๕]

“AOC” เป็นเครื่องหมายรับประกันว่าผลิตภัณฑ์ดังกล่าวเป็นของแท้ ที่ผลิตจากแหล่งผลิตที่มีชื่อตามที่ระบุไว้บนฉลาก และมีคุณภาพตามมาตรฐานที่กำหนด โดยผ่านการควบคุมและทดสอบคุณภาพจากทั้งภาครัฐและองค์กรเอกชน[๑๖]

กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการควบคุมมาตรฐานผลิตภัณฑ์คือรัฐบัญญัติ ลงวันที่ ๑ สิงหาคม ค.ศ. ๑๙๐๕ เป็นกฎหมายฉบับแรกที่กำหนดเกณฑ์มาตรฐานไว้ ต่อมา หลังสงครามโลกครั้งที่หนึ่งได้มีการตรากฎหมายคือรัฐบัญญัติ ลงวันที่ ๖ พฤษภาคม ค.ศ. ๑๙๑๙ และรัฐบัญญัติ ลงวันที่ ๓๐ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๙๓๕ ที่ได้กำหนดคำว่า ***Appellation d’Origine Controlée (AOC)*** ให้ใช้เป็นมาตรฐานสำหรับผลิตภัณฑ์ไวน์ทุกประเภท ปัจจุบันกำหนดไว้ในประมวลกฎหมายว่าด้วยชนบทและประมงทางทะเล ภาค ๔ บรรพ ๖ (Le Code rural et de la Pêche maritime Titre IV du livre VI) และยังได้ก่อตั้งสถาบันควบคุมมาตรฐานผลิตภัณฑ์ คือสถาบันที่มีชื่อว่า **Institut national des appellations d’origine des vins et eaux de vie** หรือ INAO เป็นสถาบันมาตรฐานผลิตภัณฑ์ AOC แห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศส มีหน้าที่รับผิดชอบในการออกข้อกำหนดสำหรับผลิตภัณฑ์ที่ใช้เครื่องหมาย AOC และทำหน้าที่ตรวจสอบกระบวนการผลิตที่เป็นประจำทุกปี โดยมีการแบ่งมาตรฐานออกเป็น ๔ ลำดับขั้น คือ

(๑) Appellation d’Origine Controlée (AOC) เป็นการแจ้งรายละเอียดการผลิต สถานที่ผลิต การบรรจุขวด การบ่มไวน์อย่างละเอียด บนป้ายฉลากขวด และมีราคาสูง ทั้งนี้ขึ้นอยู่กับปีที่ผลิตเป็นสำคัญ

(๒) Vin Délimité de Qualité Supérieure (VDQS) เป็นผลิตภัณฑ์ที่ผลิตจากแหล่งใดแหล่งหนึ่งหรือสถานที่แห่งหนึ่งเป็นพิเศษ ซึ่งสถานที่นั้นได้รับการรับรองว่าผลิตไวน์ได้คุณภาพ โดยมีกฎหมายที่กำหนดมาตรฐานไว้คือ รัฐบัญญัติ ลงวันที่ ๑๘ ธันวาคม ค.ศ. ๑๙๔๙

(๓) Vin de Pays หรือไวน์ท้องถิ่น คุณภาพปานกลาง

(๔) Vin de Table หรือไวน์ธรรมดา คุณภาพปานกลาง

เมื่อพิจารณาจากข้อเท็จจริงในคดีนี้ปรากฏว่า Château d’ARSAC มีบริเวณที่ดินในการปลูกองุ่นและกระบวนการผลิตไวน์อยู่ในบริเวณเขต Margaux ซึ่งเมื่อพิจารณาจากรูปแผนที่และรายงานของสำนักงานวิจัยทางภูมิศาสตร์และพื้นดินเห็นว่า เป็นบริเวณเขตที่เรียกชื่อท้องถิ่นว่าเป็นเขต Margaux และผู้ฟ้องคดีได้ยื่นเอกสารหลักฐานที่เป็นการยืนยันจากสถาบันวิจัยที่เป็นหน่วยงานของรัฐที่เชื่อถือได้ ดังนั้น สภาแห่งรัฐจึงพิพากษาว่า บริเวณที่ดินของผู้ฟ้องคดีมีองค์ประกอบของชั้นดินและส่วนผสมของดินชนิดเดียวกันและสามารถใช้มาตรฐานเดียวกันกับไวน์ที่ผลิตในเขต Margaux

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จะเห็นว่าสภาแห่งรัฐให้การรับรองผลิตภัณฑ์การเกษตรที่มีเอกลักษณ์ของท้องที่ทางภูมิศาสตร์ โดยเฉพาะมาตรฐานผลิตภัณฑ์ไวน์ซึ่งมีความสำคัญและมีความละเอียดอ่อนในการกำหนดมาตรฐานอย่างมาก เนื่องจากต้องพิจารณาข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายในหลายด้าน ไม่ว่าจะเป็นบริเวณที่ดิน ส่วนผสมของดิน สภาพภูมิอากาศ และกระบวนการ

[๑๖] online] Available from: www.vinsvignesvignerons.com/Geologie/Notion-de-terroir-viticole/Notion-de-terroir-viticole [๒๙ กรกฎาคม ๒๕๖๕]

เก็บเกี่ยวผลผลิตรวมถึงกระบวนการผลิต ซึ่งหากว่ามีความไม่ชอบด้วยกฎหมายในการกำหนดเขตมาตรฐานผลิตภัณฑ์ดังกล่าวข้างต้น จึงเป็นอำนาจของสภาแห่งรัฐในการใช้อำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองตามหลักว่าด้วยการควบคุมฝ่ายปกครอง ซึ่งหลักนี้มีเพื่อตรวจสอบการกระทำที่อาจกระทำไปโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและแก้ไขความเสียหายที่อาจจะเกิดจากการกระทำของฝ่ายปกครอง ดังนั้น หลักการนี้จึงมีความสำคัญเพื่อให้การใช้อำนาจของฝ่ายปกครองเกิดความสมดุลระหว่างประโยชน์ส่วนรวมกับการคุ้มครองสิทธิของเอกชน

บทสรุป

กระบวนผลิตไวน์ต้องผ่านกระบวนการมากมาย ทั้งด้านกฎหมาย การปลูก กระบวนการเก็บเกี่ยว การผลิต การตลาดที่มีการควบคุมอย่างละเอียด ตั้งแต่การปลูกองุ่น จนกระทั่งรสของไวน์ในแต่ละท้องที่ ซึ่งสำหรับการผลิตไวน์นั้นจะต้องขออนุญาตจากรัฐ เนื่องจากการปลูกองุ่นที่ใช้ผลิตไวน์จะต้องพิจารณาถึงแต่ละเขตว่ามีความเหมาะสมหรือไม่ บางเขตอาจจะปลูกองุ่นได้ไม่ทุกพันธุ์ องุ่นบางพันธุ์เหมาะกับบางเขต เช่น เขตเมดอก (Médoc) มักจะปลูกองุ่นพันธุ์กาแบร์เนต์-โซวิญยง (cabernet-sauvignon)

ปัจจุบัน เกษตรกรชาวฝรั่งเศสมีระบบรับรองคุณภาพผลิตภัณฑ์อย่างครบวงจรโดยมีมาตรการตรวจสอบที่วางใจได้ ผู้บริโภคจึงสามารถซื้อหาผลิตภัณฑ์ที่มีการรับประกันด้านคุณภาพ รวมทั้งสามารถทราบถึงแหล่งที่มาของผลิตภัณฑ์ ไม่ว่าจะเป็นผลิตภัณฑ์ ประเภทไวน์ เนยแข็ง สัตว์ปีก หรือพืชผักที่วางจำหน่าย แม้เกษตรกรเหล่านี้ต้องประสบกับข้อกำหนดทางมาตรฐานที่ยุ่งยากและเข้มงวดเพื่อให้ได้มาซึ่งฉลากเหล่านี้ อย่างไรก็ดี ความพยายามดังกล่าวนี้ก็นำไปสู่การเพิ่มมูลค่าให้แก่ผลิตภัณฑ์เช่นกัน ซึ่งสภาแห่งรัฐมีบทบาทสำคัญในการควบคุม และคุ้มครองโดยการกำหนดบริเวณท้องที่ทางภูมิศาสตร์ที่เป็นต้นกำเนิด และมีเอกลักษณ์ของผลิตภัณฑ์เหล่านี้ สภาแห่งรัฐได้มีคำพิพากษาข้อพิพาทดังกล่าวไว้ในหลายพื้นที่ในภูมิภาคของสาธารณรัฐฝรั่งเศส[๑๗] โดยอาจจะมีการแก้ไขการกำหนดหลักเกณฑ์ของผลิตภัณฑ์ หรืออาจจะกำหนดบริเวณที่มีความเป็นเอกลักษณ์เฉพาะของท้องที่ทางภูมิศาสตร์ประกอบกับการแสวงหาข้อเท็จจริงและเอกสารพยานหลักฐานในการพิจารณาข้อพิพาท เพื่อให้การรับรองมาตรฐานที่มาของผลิตภัณฑ์ประเภทดังกล่าวนี้มีความชัดเจนและชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นผลิตภัณฑ์เนยแข็ง[๑๘] ผลิตภัณฑ์จากต้นโอลีฟ[๑๙] และผลิตภัณฑ์อีกหลายชนิด ซึ่งสภาแห่งรัฐมีอำนาจตรวจสอบและควบคุมความชอบด้วยกฎหมายในการดำเนินการของฝ่ายปกครอง เพื่อคุ้มครองสิทธิของปัจเจกชน และยังเป็นการสนับสนุนให้มีการตรวจสอบและคุ้มครองความเป็นเอกลักษณ์ทางภูมิศาสตร์เพื่อเป็นมาตรฐานและเพิ่มคุณค่าให้กับผลิตภัณฑ์ในแต่ละภูมิภาคอีกด้วย

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

---

๑๗ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๒๗ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๐๖ หมายเลขคดี ๒๖๙๒๘๓ กรณีการแก้ไขบัญชีผู้ผลิตไวน์ในเขต AOC Pomerol

๑๘ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๒๒ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๒๒ หมายเลขคดี ๔๔๗๒๓๔ กรณีการใช้ข้อความ “appellation d’origine protégée (AOP) Camembert de Normandie”

๑๙ Décret du 13 décembre 1999 relatif à l’appellation d’origine contrôlée « Huile d’olive d’Aix-en-Provence »

คดีปกครองเกี่ยวกับการผังเมือง : ลักษณะเด่นและวิธีพิจารณาความเบื้องต้น

ดร.ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤกษ์*

กฎหมายการผังเมือง (le droit de l'urbanisme) ของประเทศฝรั่งเศสถือเป็นกฎหมายที่มีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับกฎหมายปกครอง กฎหมายฉบับนี้เป็นการรวบรวมบรรดากฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่เกี่ยวข้องเพื่อเป็นหลักประกันในการวางกรอบการใช้สอยพื้นที่เพื่อให้สอดคล้องกับวัตถุประสงค์ของหน่วยงานทางปกครอง กฎหมายนี้มีผลบังคับใช้ทั่วประเทศฝรั่งเศสและเป็นกฎหมายที่เกี่ยวพันกับกฎหมายอื่น กล่าวคือ กฎหมายอาญา กฎหมายภาษีอากร กฎหมายองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น กฎหมายปกครองว่าด้วยทรัพย์ กฎหมายการก่อสร้างและการอยู่อาศัย (le droit de construction et de l'habitation) กฎหมายสิ่งแวดล้อม กฎหมายการสาธารณสุข กฎหมายว่าด้วยโบราณสถาน (le droit de patrimoine) กฎหมายการขนส่ง ทั้งนี้ จะต้องทำความเข้าใจเป็นการเบื้องต้นก่อนว่ากฎหมายผังเมืองมีความแตกต่างกับกฎหมายการก่อสร้างและการอยู่อาศัย เนื่องจากกฎหมายการก่อสร้างและการอยู่อาศัยถือเป็นสาขาหนึ่งของกฎหมายแพ่งอันมุ่งการวางกรอบความสัมพันธ์ระหว่างผู้ควบคุมงานโยธาสาธารณะและเจ้าของงานโยธาสาธารณะ ตลอดจนรูปการออกแบบ สถาปัตยกรรม ช่างไฟฟ้า ฯลฯ

บริบททำนองเดียวกันปรากฏใน*ประเทศไทย*ซึ่งมีทั้งกฎหมายควบคุมอาคาร[๑] กฎหมายการผังเมือง[๒] กฎหมายการจัดสรรที่ดิน[๓] กฎหมายการขุดดินและถมดิน[๔] กฎหมายสถาปนิก[๕] กฎหมายส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ[๖] กฎหมายสิ่งเสริมการอนุรักษ์พลังงาน[๗] รวมทั้งการกำหนดแผนที่เขตปลอดภัยในการเดินอากาศ[๘] เหล่านี้ถือเป็นกฎเกณฑ์ทางกฎหมายฉบับสำคัญที่พึงหยิบยกขึ้นมาพิจารณาร่วมด้วย

---

* น.บ.เกียรตินิยมอันดับสอง จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย, น.ม. กฎหมายเอกชนและธุรกิจ จากมหาวิทยาลัยเดียวกัน, Master 2 Droits fondamentaux และ Doctorat en droit public : mention très honorable จากมหาวิทยาลัย Auvergne แห่งประเทศฝรั่งเศส, ผู้อำนวยการกลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน ๑ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

๑ พระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒

๒ พระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. ๒๕๖๒

๓ พระราชบัญญัติการจัดสรรที่ดิน พ.ศ. ๒๕๔๓

๔ พระราชบัญญัติการขุดดินและถมดิน พ.ศ. ๒๕๔๓

๕ พระราชบัญญัติสถาปนิก พ.ศ. ๒๕๔๓

๖ พระราชบัญญัติการส่งเสริมและรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๓๕

๗ พระราชบัญญัติการส่งเสริมการอนุรักษ์พลังงาน พ.ศ. ๒๕๓๕

๘ แผนที่เขตปลอดภัยในการเดินอากาศ สนามบินดอนเมือง พ.ศ. ๒๕๔๐ และแผนที่เขตปลอดภัยในการเดินอากาศ สนามบินสุวรรณภูมิ พ.ศ. ๒๕๔๐

หากมีคดีพิพาทเกี่ยวกับกฎหมายการผังเมือง อนึ่ง แม้ว่า*ประเทศฝรั่งเศส*อาจแบ่งกฎหมายการผังเมืองออกจากกฎหมายการก่อสร้างและการอยู่อาศัยโดยอาศัยเหตุผลเรื่องความเป็นสาขาของกฎหมายปกครองและการเป็นสาขาของกฎหมายแพ่ง (ตามลำดับ) ก็ตาม แต่ความดังกล่าวไม่อาจนำมาใช้ในบริบท*ประเทศไทย* ดังที่พบว่ากฎหมายการผังเมืองและกฎหมายควบคุมอาคารต่างก็มีบทบัญญัติที่เกี่ยวข้องทั้งกฎหมายแพ่งและกฎหมายปกครอง จึงไม่อาจจะกล่าวได้ว่ากฎหมายใดเป็นสาขาของกฎหมายปกครองหรือกฎหมายแพ่งเป็นการเฉพาะ แต่จะต้องพิจารณาเนื้อหาตามความที่ปรากฏ ทั้งนี้ ประเทศไทยถือว่า*กฎหมายการผังเมือง* มีวัตถุประสงค์เพื่อวางกรอบนโยบายการใช้พื้นที่เพื่อให้หน่วยงานของรัฐดำเนินการ โดยจะต้องสอดคล้องกับเศรษฐกิจ สังคม ทรัพยากรธรรมชาติและสิ่งแวดล้อม อีกทั้งการดำเนินการเพื่อให้บรรลุวัตถุประสงค์ของการผังเมืองบางกรณี ก็จำเป็นที่รัฐต้องใช้สิทธิเหนือเคหสถานและทรัพย์สิน รวมถึงการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ของเอกชนเพื่อประโยชน์สาธารณะ และการจำกัดขอบเขตในการเลือกถิ่นที่อยู่หรือการประกอบกิจการของบุคคล[๙] ในขณะที่เป้าหมายของตรา*กฎหมายควบคุมอาคาร*เป็นไปในทำนองที่เป็นการให้รายละเอียดทางเทคนิคเกี่ยวกับการก่อสร้าง ดัดแปลง รื้อถอนหรือเคลื่อนย้ายอาคาร เพื่อให้สอดคล้องกับบริบทความเจริญก้าวหน้าและการขยายตัวของบ้านเมือง จึงมีความจำเป็นในการตรากฎหมายฉบับนี้เพื่อให้เหมาะสมสอดคล้อกับสถานการณ์ปัจจุบัน และเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในด้านการควบคุมเกี่ยวกับความมั่นคงแข็งแรง ความปลอดภัย การป้องกัน อัคคีภัย การสาธารณสุข การรักษาคุณภาพสิงแวดล้อม การผังเมือง การสถาปัตยกรรม และการอำนวยความสะดวกแก่การจราจร[๑๐]

ความดังกล่าวส่งผลให้ประเทศไทยศึกษากฎหมายการผังเมืองควบคู่ไปกับกฎหมายควบคุมอาคาร ในขณะที่ประเทศฝรั่งเศสสามารถศึกษากฎหมายการผังเมืองได้เพียงลำพังตามเหตุและผลที่กล่าวมาแล้วข้างต้น แม้ว่าบริบทการศึกษากฎหมายที่ปรากฏในประเทศฝรั่งเศสและประเทศไทยมีความแตกต่างกันก็ตาม แต่ก็พบว่ากฎหมายผังเมืองของทั้งประเทศฝรั่งเศสและประเทศไทยให้ความสำคัญกับสิทธิในการถือครองอสังหาริมทรัพย์ ตลอดจนการได้มาซึ่งอสังหาริมทรัพย์ของเอกชนเพื่อประโยชน์สาธารณะและการจำกัดขอบเขตในการเลือกถิ่นที่อยู่หรือการประกอบกิจการของบุคคล ผลจึงเป็นว่าการศึกษาความเบื้องต้นของกฎหมายการผังเมืองฝรั่งเศสในบริบทความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ส่วนบุคคลในการถือครองอสังหาริมทรัพย์ ดังที่จะกล่าวต่อไปใน*ส่วนที่ ๑* ของบทความฉบับนี้ ย่อมเป็นการเอื้อประโยชน์ในการพิจารณาศึกษาในมุมมองกฎหมายเปรียบเทียบเพื่อนำมาซึ่งการพัฒนากฎหมายไทยในเรื่องเดียวกัน ทั้งนี้ บทความฉบับนี้จึงได้นำเสนอความเบื้องต้นเกี่ยวกับวิธีพิจารณาคดีปกครองในคดีพิพาทเกี่ยวกับการผังเมืองไว้ใน*ส่วนที่ ๒* เพื่อนำเสนอถึงภาพรวมของคดีปกครองประเภทนี้ให้ชัดเจนยิ่งขึ้นผ่านการนำเสนอเกี่ยวกับช่องทางการฟ้องคดีพิพาทเกี่ยวกับการผังเมืองทั้ง ๓ ช่องทางต่อศาลปกครองฝรั่งเศส โดยมีรายละเอียด ดังนี้

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเทียนอายุราชการ

[๙] สรุปความบางส่วนจากหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติการผังเมือง พ.ศ. ๒๕๖๒

[๑๐] สรุปความบางส่วนจากหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒

ส่วนที่ ๑ ลักษณะเด่นของกฎหมายการผังเมืองฝรั่งเศส : พิจารณาในแง่มุมความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ส่วนบุคคลในการถือครองอสังหาริมทรัพย์

ข้อพิจารณาในแง่มุมความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ส่วนบุคคลในการถือครองอสังหาริมทรัพย์ นี้ เป็นถ้อยคำที่ปรากฏในรายงานการศึกษาประจำปี ค.ศ. ๑๙๙๒ ของสภาแห่งรัฐฝรั่งเศส หัวข้อ “กฎหมายการผังเมือง : เพื่อเพิ่มประสิทธิภาพให้ยิ่งขึ้น (L’urbanisme, pour un droit plus efficace)” โดยรายงานการศึกษาฉบับนี้ยืนยันว่าการเข้ามามีส่วนร่วมของฝ่ายนิติบัญญัติควรมุ่งสู่การประนีประนอมระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ส่วนบุคคลในการถือครองอสังหาริมทรัพย์ด้านที่ดินและสิ่งก่อสร้าง”[๑๑] ความดังกล่าวเป็นการยืนยันทางอ้อมว่า ประสิทธิภาพในการบังคับใช้กฎหมายการผังเมืองให้ชอบด้วยกฎหมายจะต้องอยู่บนพื้นฐานการคำนึงถึงความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ส่วนบุคคลในการถือครองอสังหาริมทรัพย์ การศึกษาใน*ส่วนที่* ๑ ของบทความฉบับนี้จึงมุ่งเน้นการทำความเข้าใจในเรื่องดังกล่าว โดยจะกล่าวถึงข้อความคิดทางทฤษฎีกฎหมายที่แสดงออกผ่านการตรากฎหมายการผังเมืองของประเทศฝรั่งเศส ในส่วนที่ ๑.๑ และ ตัวอย่างการปรับใช้และตีความกฎหมายอันเป็นภารกิจของศาล ในส่วนที่ ๑.๑

๑.๑ ข้อความคิดทางทฤษฎีกฎหมายที่แสดงออกผ่านการตรากฎหมายการผังเมืองของประเทศฝรั่งเศส

ความในส่วนนี้จะเป็นการนำเสนอถึงการคุ้มครอง “ประโยชน์ส่วนบุคคลในการถือครองอสังหาริมทรัพย์” ซึ่งปรากฏในกฎเกณฑ์ทางกฎหมายลายลักษณ์อักษรของประเทศฝรั่งเศส หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ การศึกษาข้อความคิดเกี่ยวกับ “สิทธิในทรัพย์สิน” หรือ “กรรมสิทธิ์” อนึ่ง การศึกษาดังกล่าวไม่ได้มุ่งเน้นถึงวิธีการในการจำกัดสิทธิในทรัพย์สิน แต่มุ่งเน้นการศึกษาว่าเจ้าของกรรมสิทธิ์จะใช้สิทธิในทรัพย์สินอย่างไรให้สอดคล้องกับประโยชน์ของสังคมมากที่สุด

เป็นที่ยอมรับว่าข้อพิจารณาเกี่ยวกับสิทธิในทรัพย์สินถือเป็นข้อพิจารณาสำคัญและเป็นรากฐานของการศึกษากฎหมาย ดังที่ปรากฏผ่านวรรณกรรมของศาสตราจารย์ FAVOUREU ที่จัดประเภทสิทธิในทรัพย์สินให้มีคุณค่าเป็นลำดับที่สองของสิทธิเสรีภาพทั้งหลาย[๑๒] การรับรองความสำคัญของสิทธิในทรัพย์สินปรากฏทั้งในกฎเกณฑ์ทางกฎหมายระหว่างประเทศซึ่งก็คืออนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป กับทั้งกฎเกณฑ์

[๑๑] « L’intervention du législateur a pour objet la conciliation de l’intérêt général avec les intérêts particuliers des propriétaires du sol et des constructeurs », ปรากฏใน CE, rapport annuel, « l’urbanisme, pour un droit plus efficace », la document française, 1992, p.6 อ้างโดย Nicole LUSSON-LEROUSSEAU, Les territoires, l’urbanisme et le juge, Conflits et territoires, Presse Universitraies François-Rabelais, 2013, p.205-220 [online] Available from : https://books.openedition.org/pufr/1840 [๑ สิงหาคม ๒๕๖๕] ; Nathalie TIGER, L’intérêt général et le juge administratif [online] Available from : www.cnda.fr [๑ สิงหาคม ๒๕๖๕] และ Mohamed El Arbi Aoka, Droit de l’urbanisme : entre la efficacité juridique et conciliation de l’intérêt général avec les intérêts privés des propriétaires, Revue Lexsociété, Université Côte d’Azur, 2022, [online] Available from : https://hal.archives-ouvertes.fr/ [๑ สิงหาคม ๒๕๖๕]

[๑๒] สิทธิและเสรีภาพลำดับหนึ่ง ได้แก่ สิทธิพลเมืองและสิทธิทางการเมือง สิทธิและเสรีภาพลำดับสอง ได้แก่ สิทธิและเสรีภาพทางเศรษฐกิจ ทางสังคม และทางวัฒนธรรม สำหรับสิทธิและเสรีภาพลำดับที่สาม ได้แก่ สิทธิในนามกลุ่มบุคคล

ทางกฎหมายภายในซึ่งก็คือคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. ๑๗๘๙ อันเป็นที่มาของความในมาตรา ๕๔๔ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศส ซึ่งถอดความโดยสรุปได้ว่า “กรรมสิทธิ์คือสิทธิทั้งปวงในการใช้สอยและครอบครอง การห้ามการใช้ซึ่งสิทธิดังกล่าวจะกระทำได้โดยกฎเกณฑ์ทางกฎหมายระดับรัฐบัญญัติและกฎเกณฑ์ทั้งหลายเท่านั้น”[๑๓] ทั้งนี้ การให้คุณค่าสิทธิในทรัพย์สินตามที่ปรากฏในคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. ๑๗๘๙ และประมวลกฎหมายแพ่งฝรั่งเศสก็มีความแตกต่างกันเล็กน้อย กล่าวคือ คำประกาศสิทธิฯ ให้คุณค่าสิทธิในทรัพย์สินว่าเป็นสิทธิที่ห้ามละเมิดและศักดิ์สิทธิ์ (inviolable et sacré) ในขณะที่ประมวลกฎหมายแพ่งวางหลักว่าอาจละเมิดสิทธิดังกล่าวได้หากดำเนินการตามเงื่อนไขที่กฎหมายวางหลักไว้ ซึ่งต่อมาคณะตุลาการรัฐธรรมนูญก็ยืนยันถึงคุณค่าของสิทธิในทรัพย์สินว่ามีคุณค่าระดับรัฐธรรมนูญ (une valeur constitutionnelle) ดังที่ปรากฏในคำวินิจฉัย ลงวันที่ ๑๖ มกราคม ค.ศ. ๑๙๘๒[๑๔] ความที่กล่าวมานี้จึงแสดงให้เห็นถึงความซับซ้อนของกฎหมายภายในของประเทศฝรั่งเศสเกี่ยวกับการให้คุณค่าของสิทธิในทรัพย์สินได้เป็นอย่างดี

ต่อมา คณะตุลาการรัฐธรรมนูญวางหลักในคำวินิจฉัย ลงวันที่ ๒๕ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๙๘๙ ถึงภารกิจของศาลยุติธรรมในการคุ้มครองทรัพย์สินของเอกชน (la propriétaire privée) ซึ่งศาลยุติธรรมก็ตอบรับตรรกะนี้ดังที่ปรากฏในคำพิพากษาศาลฎีกาหลายฉบับที่ยืนยันว่าสิทธิในทรัพย์สินถือเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่มีคุณค่าระดับรัฐธรรมนูญ[๑๕] สำหรับศาลปกครอง นั้น ได้กล่าวถึงสิทธิในทรัพย์สินในเชิงที่ว่าเป็นหนึ่งในสิทธิเสรีภาพที่ได้รับการคุ้มครองโดยศาลปกครอง โดยศาลปกครองให้ความสำคัญกับกรรมสิทธิ์ของเอกชนซึ่งอาจถูกรบกวนจากการดำเนินการของฝ่ายปกครองซึ่งมุ่งประสงค์ประโยชน์สาธารณะ[๑๖] ความดังกล่าวจึงเป็นที่มาของภารกิจกรณีพิเศษของศาลปกครองในฐานะหลักประกันทรัพย์สินของเอกชน ดังนั้น ตุลาการศาลปกครองจึงต้องแสวงหาจุดสมดุลระหว่างประโยชน์ของปัจเจกชนในการถือครองทรัพย์สินกับประโยชน์สาธารณะ ซึ่งในบางกรณี ประโยชน์สาธารณะอาจหมายความรวมถึงประโยชน์ส่วนรวมของสังคม (l’intérêt collectif à la société)

หากพิจารณาจากแง่มุมกฎหมายแพ่ง สิทธิในทรัพย์สินย่อมหมายถึงสิทธิโดยสมบูรณ์ที่จะขัดขวางมิให้ปัจเจกชนอื่นเข้ามาละเมิดสิทธิของตน ในขณะที่หากถือตามแง่มุมกฎหมายมหาชน ที่สิทธิในทรัพย์สินอาจถูกละเมิดได้หากเป็นเรื่องเกี่ยวกับประโยชน์ส่วนรวมของสังคม อย่างไรก็ดี เป็นที่ชัดเจนว่าการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินต้องกระทำโดยกฎเกณฑ์ทางกฎหมายระดับรัฐบัญญัติเพื่อเป็นการคุ้มครองความมั่นคงแห่งนิติฐานะ (la sécurité juridique) ซึ่งความดังกล่าวนี้ได้รับการยืนยันในมาตรา ๑ แห่งพิธีสารฉบับที่ ๑ ของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป อันนำมาสู่การตีความเกี่ยวกับลักษณะของ “กฎเกณฑ์ทางกฎหมายระดับรัฐบัญญัติ (loi)” ซึ่งศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปมุ่งเน้นว่าต้องเป็นบทบัญญัติที่เข้าถึงได้ (l’accessibilité) และเข้าใจได้ (l’intelligibilité)[๑๗] ต่อมาคณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสได้นำความดังกล่าวมาตีความ

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

[๑๓] « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu’on n’en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements. »

[๑๔] คำวินิจฉัย คดี la loi de nationalisation

[๑๕] « le droit fondamental à valeur constitutionnelle »

[๑๖] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Cne d’Hyères-les-Palmiers ลงวันที่ ๓๑ มีนาคม ค.ศ. ๒๐๐๑

[๑๗] คำพิพากษาศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป คดี Mr James et autres c. Royaume-Uni ลงวันที่ ๒๑ กุมภาพันธ์ ค.ศ. ๑๙๘๖

ให้ชัดเจนยิ่งขึ้นผ่านการหยิบยกความในมาตรา ๓๔ ของรัฐธรรมนูญควบคู่ไปกับการยกตัวอย่างถึงบทบัญญัติที่เข้าถึงได้และเข้าใจได้ ดังปรากฏในมาตรา ๔ มาตรา ๕ มาตรา ๖ และมาตรา ๑๖ ของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. ๑๗๘๙[๑๘]

เงื่อนไขประการที่สองของการจำกัดสิทธิในทรัพย์สิน คือ กรณีนั้นจะต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์การใช้สอยสาธารณะ (l'utilité publique) หรือเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยพิจารณาจากมุมมองการใช้งานของเอกชนและการวางกฎเกณฑ์ในการใช้ทรัพย์สิน ตามลำดับ ซึ่งในประเด็นนี้ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปก็ได้วางหลัก[๑๙] ไว้ว่าแต่ละประเทศย่อมเป็นผู้วางกรอบที่ชัดเจนที่สุดว่าการใช้ประโยชน์สาธารณะอันต้องดำเนินไปควบคู่กับข้อความคิดเรื่องประโยชน์สาธารณะ อันสอดคล้องกับนโยบายระดับชาติด้านเศรษฐกิจและสังคม นั้น ควรมีลักษณะเช่นไร ยิ่งไปกว่านั้น ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปยังได้เน้นย้ำในคำพิพากษาอีกหลายฉบับว่าการกำหนดนิยามของ "ประโยชน์สาธารณะ" นั้น จะต้องกระทำโดยความยืดหยุ่น (la souplesse) คำนึงถึงความโดยกว้าง และเป็นเอกเทศ (l'autonomie) ในขณะที่ระบบกฎหมายภายในของประเทศฝรั่งเศสถือว่าการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินกระทำได้หากเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ โดยเป็นการกำหนดกรอบตามนิยามความในมาตรา ๑๗ ของคำประกาศสิทธิมนุษยชนและพลเมือง ค.ศ. ๑๗๘๙[๒๐] และแนวคำพิพากษาของศาลทั้งหลายก็ยืนยันการตีความดังกล่าวตลอดจนกล่าวถึงหลักความได้สัดส่วน (la proportionnalité) ระหว่างสิทธิในทรัพย์สินกับประโยชน์สาธารณะ[๒๑]

๑.๒ ตัวอย่างการปรับใช้และตีความกฎหมายอันเป็นภารกิจของศาล

ในส่วนนี้จะนำเสนอถึงแนวคำพิพากษาของศาล ทั้งศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปและศาลภายในที่วางหลักเกี่ยวกับหลักความได้สัดส่วนระหว่างสิทธิในทรัพย์สินกับประโยชน์สาธารณะ ทั้งนี้ การวางหลักดังกล่าวถือเป็นเรื่องสำคัญอย่างยิ่ง เนื่องจากเป็นการแสดงให้เห็นถึงความชอบด้วยกฎหมาย (la légalité) ของการดำเนินภารกิจของฝ่ายปกครองในการนั้น หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ เพียงการอ้างประโยชน์สาธารณะย่อมไม่ถือเป็นการเพียงพอที่จะเป็นหลักประกันว่าการดำเนินการของฝ่ายปกครองนั้นชอบด้วยกฎหมาย แต่มีความจำเป็นที่จะต้องใช้หลักสัดส่วนในการพิจารณา (หรือชั่งน้ำหนัก) ประโยชน์สาธารณะและสิทธิในทรัพย์สิน

ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปวางหลักในคำพิพากษาซึ่งยื่นฟ้องต่อประเทศสวีเดนว่า การกำหนดนิยามของหลักความได้สัดส่วน นั้น เป็นไปเพื่อการแสวงหาความสมดุลและธำรงไว้ซึ่งการยืนหยัดของประโยชน์สาธารณะของประชาคมและความเคร่งครัดในการคุ้มครองสิทธิพื้นฐานของปัจเจกชน[๒๒] และยืนยันอีกสี่ปีต่อมา

---

[๑๘] คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ดคี Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail ลงวันที่ ๑๐ มิถุนายน ค.ศ. ๑๙๙๗

[๑๙] อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๑๗

[๒๐] « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité. »

[๒๑] คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ คดี MR.JACQUES ลงวันที่ ๒๑ มกราคม ค.ศ. ๒๐๑๑

[๒๒] คดี Mrs. Sporrong et Lonnroch c. Suède ลงวันที่ ๒๓ กันยายน ค.ศ. ๑๘๘๒ : « rechercher si un juste équilibre a été maintenu entre les exigences de l'intérêt general de la communauté et les impératifs de sauvegarde des droits fondamentaux des individus »

ในคำพิพากษาอันมาจากการยื่นฟ้องประเทศสหราชอาณาจักร[๒๓] ว่าการธำรงไว้ซึ่งหลักความได้สัดส่วนนั้นเป็นสิ่งจำเป็นต่อการพิจารณาการละเมิดในทุกกรณีตามความในมาตรา ๑ แห่งพิธีสารหมายเลข ๑ ของอนุสัญญาสิทธิมนุษยชนยุโรป

ความที่กล่าวมาข้างต้นอาจอธิบายโดยละเอียดได้ว่า ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่าการนำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้นั้น มีข้อควรคำนึง ๓ ประการ กล่าวคือ *ประการแรก* การละเมิดสิทธิในทรัพย์สินจะถือว่าไม่เป็นไปตามหลักความได้สัดส่วน หากผลของการดำเนินการดังกล่าวเป็นไปได้ต่ำกว่าเป้าหมายที่ตั้งไว้แต่แรกเริ่ม ตัวอย่างในกรณีนี้ก็เช่น กรณีตามคำพิพากษาที่ยื่นฟ้องประเทศยูเครน ลงวันที่ ๒๒ พฤษภาคม ค.ศ. ๒๐๑๘ โดยเป็นการฟ้องโต้แย้งคำสั่งห้ามการจำหน่ายพื้นที่ทำกินสำหรับเกษตรกรที่ออกโดยอ้างเหตุผลว่าเป็นไปเพื่อคุ้มครองประชากรที่อาศัยอยู่ในชนบทและเพื่อสงวนไว้เป็นพื้นที่เพาะปลูก[๒๔] คดีนี้ ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเห็นว่าคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่สอดคล้องกับหลักความได้สัดส่วน เนื่องจากประเทศยูเครนอาจออกคำสั่งห้ามที่มีเนื้อหาเข้มงวดน้อยกว่านี้ได้ *ประการที่สอง* ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปให้ความสำคัญกับหลักประกันด้านทรัพย์สินว่าจะต้องควบคู่ไปกับหลักความได้สัดส่วน หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือ หลักประกันด้านทรัพย์สินที่มีประสิทธิภาพจะต้องเป็นไปโดยใช้มาตรการที่เหมาะสมควบคู่ไปกับมีวัตถุประสงค์ที่ชอบด้วยกฎหมาย[๒๕] ซึ่งความดังกล่าวถือเป็นการตีความอย่างกว้าง[๒๖] เนื่องจากการให้ความสำคัญดังที่กล่าวมานี้ส่งผลให้ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปพิจารณาว่าข้อพิพาททั้งหลาย “ไม่ได้สัดส่วน” โดยให้เหตุผลเพียงว่าขาดไปซึ่งหลักประกันด้านทรัพย์สินหรือเพียงว่าหลักประกันด้านทรัพย์สินนั้นไม่มีประสิทธิภาพ ดังที่พบในการแปรรูปทรัพย์สิน (la privatisation de propriété) ซึ่งศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปเน้นย้ำว่า หากมีการให้ค่าทดแทน (une indemnisation) ให้แก่เจ้าของทรัพย์สินที่ถูกละเมิด กรณีดังกล่าวย่อมถือเป็นการดำเนินการตามหลักความได้สัดส่วน แต่ศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปก็เน้นย้ำว่ากรณีการให้ค่าทดแทนจะมีได้เพียงกรณีที่เกี่ยวเนื่องกับการที่เจ้าของกรรมสิทธิ์ไม่ได้ใช้สิทธิในทรัพย์สินของตนเท่านั้น จึงอาจกล่าวอีกนัยหนึ่งได้ว่าหากมีการออกกฎเกณฑ์ทางกฎหมายเกี่ยวกับการใช้ทรัพย์สินและกฎเกณฑ์นั้นไม่ได้มีการบัญญัติถึงการให้ค่าทดแทน การขาดหายไปซึ่งความเกี่ยวกับค่าทดแทนย่อมไม่เป็นเหตุให้การออกกฎเกณฑ์จำกัดสิทธิดังกล่าวประเด็นโต้แย้งว่าเป็นการออกกฎเกณฑ์โดยมาคำนึงถึงหลักความได้สัดส่วน เนื่องจากโดยหลักแล้วการจำกัดการใช้สิทธิในทรัพย์สินไม่ต้องคำนึงถึงการให้ค่าทดแทน[๒๗]

ประการที่สาม การพิจารณาว่าการดำเนินการใดขัดกับหลักความได้สัดส่วนหรือไม่ จะต้องพิจารณาจากผลที่เกิดขึ้นจากการกระทำนั้นว่าก่อให้เกิดผลมากเกินไปกว่าวัตถุประสงค์ที่ตั้งไว้หรือไม่ ข้อควรคำนึงประการที่สามนี้แสดงให้เห็นอย่างชัดเจนถึงหลักความได้สัดส่วนในฐานะเครื่องมือในการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายของมาตรการใด ๆ อันมีผลเป็นการห้ามการใช้สิทธิในทรัพย์สิน

[๒๓] คดี James c. Royaume-Uni ลงวันที่ ๒๑ กุมภาพันธ์ ค.ศ. ๑๙๘๖

[๒๔] คดี MR. ZELENCHUK et MME TSYTSYURA c. Ukraine

[๒๕] คำพิพากษาศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป คดี Mr. Agosi c. Royaume – Uni ลงวันที่ ๒๔ ตุลาคม ค.ศ. ๑๙๘๖

[๒๖] ตามทรรศนะของ Mohamed El Arbi Aoka, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๑๑

[๒๗] คำพิพากษาศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป คดี Mrs.Malfatto Meilmme c. France ลงวันที่ ๖ ตุลาคม ค.ศ. ๒๐๑๖

สำหรับการวางหลักผ่านคำวินิจฉัยหรือคำพิพากษาโดยสถาบันภายในประเทศ นั้น จากการศึกษาพบว่าทั้งคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ศาลยุติธรรมและศาลปกครอง ต่างก็ให้ความสำคัญกับหลักความได้สัดส่วน ดังที่ปรากฏในคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ คดี Loi relative à la rétention de sûreté et la déclaration d'irreponsabilité pénale pour cause de trouble mental ลงวันที่ ๒๑ กุมภาพันธ์ ค.ศ. ๒๐๐๘ ซึ่งวางหลักถึงความจำเป็นในการใช้หลักความได้สัดส่วนกับการกำหนดมาตรการทั้งหลาย โดยวางหลักว่ามาตรการที่นำมาใช้นั้นจะต้องมุ่งตรงไปยังวัตถุประสงค์ที่ต้องการ และวัตถุประสงค์นั้นจะต้องไม่ขัดหรือแย้งกับประโยชน์สาธารณะ หลักการดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงการความเพียงพอ (l'adéquation) ในการใช้หลักความได้สัดส่วน สำหรับประเด็นความจำเป็น (la nécessité) ของการนำหลักความได้สัดส่วนมาปรับใช้ นั้น ก็คือข้อพิจารณาที่ว่ามาตรการดังกล่าวจะต้องเป็นมาตรการก่ออันตราย (attentatoire) น้อยที่สุด ซึ่งต่อมาศาลปกครองก็ได้ยืนยันตามแนวทางนี้ ดังปรากฏในคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Association pour la promotion de l'image ลงวันที่ ๑๖ ตุลาคม ค.ศ. ๒๐๑๑[๒๘]

บทบาทของฝ่ายนิติบัญญัติไม่ได้มีเพียงการให้หลักประกันความสมดุลระหว่างประโยชน์สาธารณะและประโยชน์ของเอกชนในการดำเนินการใดตามกฎหมายเกี่ยวกับการผังเมืองตามความที่ปรากฏในกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่กล่าวมาข้างต้นเท่านั้น แต่ยังหมายความรวมถึงการตรากฎเกณฑ์ทางกฎหมายเฉพาะบางฉบับที่ปรากฏถ้อยคำถึงภารกิจดังกล่าว ดังที่จะยกตัวอย่างพอสังเขป

(ก) การมุ่งเน้นว่าการจัดการผังเมืองจะต้องเป็นไปตามหลักการพัฒนาอย่างยั่งยืน (la notion de développement durable) พบในความตามมาตรา L.101-2 แห่งประมวลกฎหมายการผังเมือง ซึ่งวางหลักให้การกระทำใดของขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นที่เกี่ยวกับการผังเมืองจะต้องเป็นไปเพื่อวัตถุประสงค์ (๑) สร้างความสมดุลระหว่างปัจจัยด้านต่าง ๆ[๒๙] (๒) เพื่อรักษาคุณภาพความเป็นเมือง สถาปัตยกรรมและความเป็นชนบท รวมทั้งการเดินทางเข้ามาในเขตเมือง (๓) เพื่อการแบ่งพื้นที่อย่างเหมาะสม (๔) เพื่อความปลอดภัยและสุขอนามัยสาธารณะ (๕) เพื่อป้องกันภัยธรรมชาติอันอาจคาดหมายได้ (๖) เพื่อป้องกันทรัพยากรธรรมชาติและภูมิทัศน์ ตลอดจนการรักษาคุณภาพอากาศ น้ำ พื้นดิน และใต้ดิน (๖.๒) เพื่อต่อต้านการทำดินเทียม (๗) การต่อต้านการเปลี่ยนแปลงสภาพอากาศ และ (๘) การสนับสนุนแนวคิดความเป็นเอกภาพของสังคมที่มีต่อสถานะภาพของคนพิการ ซึ่งต่อมา มาตรา L.300-1 แห่งประมวลกฎหมายเดียวกันวางหลักเน้นย้ำให้การดำเนินโครงการทั้งหลายจะต้องไม่ส่งผลกระทบต่อการบริหารจัดการผังเมืองในภาพรวม อนึ่ง ประเทศฝรั่งเศสมีการตรากฎหมายรายฉบับเป็นการเฉพาะในประเด็นดังกล่าวด้วย อันได้แก่ รัฐบัญญัติว่าด้วยการร่วมมือและการปรับปรุงเขตเมือง (la loi relative à la solidarité et au renouvellement urbain หรือตัวย่อ SRU) รัฐบัญญัติภารกิจระดับชาติเกี่ยวกับสิ่งแวดล้อม (la loi engagement national pour l'environnement หรือตัวย่อ ENE) รัฐบัญญัติการเข้าถึงที่อยู่อาศัยและการปรับปรุงเขตเมือง (la loi pour l'accès au logement et à un urbanisme rénové หรือตัวย่อ ALUR)

[๒๘] ซึ่งมีข้อเท็จจริงเกี่ยวกับการเผยข้อมูลส่วนบุคคลเพื่อประกอบการจัดทำหนังสือเดินทางไบโอเมทริกซ์ (le passeport biométrique) โดยมีประเด็นพิจารณาว่าการดำเนินการนี้ขัดกับสิทธิส่วนบุคคล (la vie privée) หรือไม่

[๒๙] มีทั้งสิ้น ๕ ปัจจัย กล่าวคือ (๑) จำนวนประชากรในเขตชนบทและเขตเมือง (๒) การสร้างเมืองใหม่และการพัฒนาเขตชนบท (๓) การใช้ประโยชน์พื้นที่ทางเศรษฐกิจ (๔) การธำรงรักษามรดกทางวัฒนธรรม และ (๕) ความต้องการในการเปลี่ยนแปลง

(ข) การมุ่งเน้นว่าการจัดการผังเมืองจะต้องเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะ กรณีนี้เป็นกรณีต่อเนื่องกับความที่นำเสนอในข้อ (ก) และปรากฏตามความในมาตรา L.101-2 แห่งประมวลกฎหมายการผังเมือง

(ค) การมุ่งเน้นว่าการจำกัดสิทธิในทรัพย์สินจะกระทำได้ต่อเมื่อเป็นไปเพื่อประโยชน์สาธารณะเท่านั้น ซึ่งในประเด็นนี้ กฎหมายฝรั่งเศสถือว่ากิจกรรมของฝ่ายปกครองที่แสดงให้เห็นชัดเจนถึงความดังกล่าว ได้แก่ การจัดสรรพื้นที่เขตเมือง การคุ้มครองโบราณสถาน และการต่อต้านการขยายเขตเมืองโดยไม่เหมาะสม (l'étalement urbain) อันควบคู่ไปกับการคุ้มครองสิ่งแวดล้อม

การจัดสรรพื้นที่เขตเมืองปรากฏตามความในมาตรา L.300-1 แห่งประมวลกฎหมายการผังเมือง ซึ่งวางหลักถึงการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เพื่อประโยชน์ใช้สอยสาธารณะ รวมทั้งเทคนิคในการคงไว้ซึ่งการธำรงรักษาสิทธิการครอบครองที่อสังหาริมทรัพย์ ทั้งนี้ ประเทศฝรั่งเศสมีการตราประมวลกฎหมายการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เพื่อประโยชน์ใช้สอยสาธารณะ (le code d'expropriation pour l'utilité publique)[๓๐] ซึ่งแม้ประมวลกฎหมายฉบับนี้จะไม่ได้กล่าวถึงความเชื่อมโยงกับความตามมาตรา L.300-1 แห่งประมวลกฎหมายการผังเมืองก็ตาม แต่ก็ไม่ได้ส่งผลให้กฎเกณฑ์ทางกฎหมายทั้งสองฉบับนี้ขัดหรือแย้งกัน โดยพบว่าประมวลกฎหมายการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์เพื่อประโยชน์ใช้สอยสาธารณะได้วางหลักเกณฑ์การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ด้วยวิธีการที่ไม่ซับซ้อนและมุ่งเน้นความสัมฤทธิ์ ทั้งนี้ ศาลมีแนวคำพิพากษาในกรณีเหล่านี้ว่าฝ่ายปกครองต้องดำเนินการโดยคำนึงถึงทฤษฎีการชั่งน้ำหนักของสิ่งที่เสียไปกับประโยชน์ที่ได้มา (le théorie « bilan coûts-avantages ») โดยยืนยันในคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ (ประชุมใหญ่) คดี Ville Nouvelle- Est ลงวันที่ ๒๘ พฤษภาคม ค.ศ. ๑๙๗๑ ว่า การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์นั้นจะถือเป็นการกระทำเพื่อประโยชน์สาธารณะก็ต่อเมื่อการกระทำนั้นไม่ได้ส่งผลให้การละเมิดสิทธิในอสังหาริมทรัพย์ ค่าใช้จ่ายทั้งหลายที่เสียไป ตลอดจนความไม่สะดวกที่เกิดแก่ความสงบเรียบร้อยของสังคม ถูกกระทบกระเทือนเกินไปกว่าประโยชน์ที่ได้รับ"[๓๑] ทั้งนี้ ศาลจะตรวจสอบเป็นการเบื้องต้นว่าการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์นั้นกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ซึ่งก็คือการตรวจสอบเบื้องต้นว่าการก่อสร้างในอนาคตซึ่งงานโยธาสาธารณะหรือสิ่งสาธารณูปโภคกระทำลงโดยมีลักษณะและบนพื้นที่ซึ่งเหมาะสม แล้วจึงตรวจสอบเป็นลำดับต่อไปถึงวัตถุประสงค์เพื่อการใช้สอยอันเป็นสาธารณประโยชน์

ส่วนที่ ๒ วิธีพิจารณาความเบื้องต้น

ศาลปกครองไม่ได้เป็นเพียงศาลเดียวที่มีอำนาจในคดีพิพาทเกี่ยวกับการผังเมือง ทั้งนี้ *ศาลปกครอง* มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดี (ก) การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการออกกฎเกณฑ์ทางกฎหมายระดับรองเกี่ยวกับการผังเมือง (ข) การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองเฉพาะราย ซึ่งก็คือใบอนุญาตก่อสร้าง และ (ค) การเยียวยาความเสียหายที่เกี่ยวข้อง ในขณะที่*ศาลยุติธรรม* มี (ง) อำนาจในส่วนของการกำหนดโทษในคดีอาญาตามที่ปรากฏในประมวลกฎหมายอาญา และ (จ) การรื้อถอนอาคาร

[๓๐] ประมวลกฎหมายฉบับนี้เป็นการรวมรวมกฎเกณฑ์ทางกฎหมายทุกฉบับที่มีเนื้อหาสาระเกี่ยวกับการเวนคืนอสังหาริมทรัพย์ โดยมีหลักการสำคัญคือ การเวนคืนอสังหาริมทรัพย์จะกระทำได้ต่อเมื่อมีการประกาศพื้นที่ใช้สอยสาธารณะและการเยียวยาความเสียหายให้แก่เจ้าของกรรมสิทธิ์

[๓๑] « si les atteints à la propriété privée, le coût financier et éventuellement les inconvénients d'ordres social qu'elle comporter ne sont pas excessifs, eu regards à l'intérêt qu'elle présente »

คดีพิพาทเกี่ยวกับการผังเมืองถือเป็นคดีปกครองที่สำคัญประเภทหนึ่งแม้จะมีปริมาณคดีเพิ่มในจำนวนไม่มากนักแต่ละปี แต่ด้วยเหตุผลด้านความสำคัญในการพัฒนาเศรษฐกิจและสังคม จึงทำให้ปรากฏโครงการก่อสร้างทั้งหลายที่สอดคล้องกับลักษณะประเภทของคดีประเภทนี้อันส่งผลต่อมาถึงปริมาณคดีที่อาจเพิ่มลดตามสภาวการณ์ที่เกิดขึ้น ณ ขณะนั้น[๓๒] ทั้งนี้ สภาแห่งรัฐฝรั่งเศสยืนยันในเอกสารเฉพาะเรื่องของสภาแห่งรัฐ (les dossiers thématiques du Conseil d'Etat) ฉบับปี ค.ศ. ๒๐๑๖[๓๓] ว่าการพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับการผังเมืองต้องอยู่บนความสมดุลระหว่างการพัฒนาด้านสิ่งก่อสร้างและสิทธิในการฟ้องคดี[๓๔] อันส่งผลให้ในทางตำราอาจถือว่าคดีพิพาทเกี่ยวกับการผังเมืองถือเป็นคดีปกครองที่มีลักษณะเฉพาะแยกต่างหากจากคดีปกครองทั่วไป ดังปรากฏในบทความของ DEBOUY ซึ่งเผยแพร่ใน ค.ศ. ๒๐๑๔[๓๕] หรือดังที่ปรากฏในเอกสารสรุปความโดยสังเขปเกี่ยวกับคดีพิพาทเกี่ยวกับการผังเมืองที่ปรากฏในเว็บไซต์ Dalloz.fr[๓๖] หรือดังที่ปรากฏในบทคัดย่อความโดยสรุปของคดีพิพาทเกี่ยวกับการผังเมืองของสำนักพิมพ์ LexisNexis[๓๗] ซึ่งบทความฉบับนี้จะกล่าวถึงความเฉพาะหรือลักษณะพิเศษของคดีพิพาทเกี่ยวกับการผังเมืองตามความเหมาะสม

เค้าโครงการนำเสนอเนื้อหาสาระใน*ส่วนที่ ๒* นี้ จึงแบ่งเป็น ๓ ส่วนตามแต่ละช่องทางการฟ้องคดีต่อศาลปกครอง กล่าวคือ ๒.๑ การฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ๒.๒ การขอให้ศาลออกคำสั่งระหว่างพิจารณาเป็นกรณีเร่งด่วน และ ๒.๓ การฟ้องขอให้รับผิดชอบอันเนื่องมาจากการกระทำอันเป็นสาเหตุจากฝ่ายปกครอง โดยมีรายละเอียด ดังนี้

๒.๑ การฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

กรณีนี้คือการยื่นฟ้องคดีโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อขอให้ศาลเพิกถอน (annulation) นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น การฟ้องคดีเพื่อเหตุนี้จึงย่อมนำไปสู่ผลท้ายสุดก็คือการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองอันเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนั่นเอง[๓๘]

ประเด็นสำคัญอีกประการหนึ่งสำหรับการฟ้องคดีประเภทนี้ ก็คือ วัตถุแห่งการฟ้องคดีนั้นต้องเป็นนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งมีหลากหลายลักษณะ เช่น

(ก) นิติกรรมทางปกครองที่มีลักษณะเป็นการออกกฎ (les actes réglementaires) อันได้แก่ เอกสารผังเมือง (les documents d'urbanisme) ซึ่งกำหนดรายละเอียดแผนที่การใช้สอยพื้นที่ในระดับต่าง ๆ เช่น ระดับท้องถิ่น (les plans locaux d'urbanisme หรือตัวย่อ PLU)[๓๙] แผนที่เทศบาล (les cartes communales)[๔๐] หรือโครงการพัฒนาการใช้พื้นที่ในระดับภูมิภาค ระดับภาค หรือระดับทวิภาค[๔๑]

[๓๒] สรุปความบางส่วนจากคำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ คดี Loi relative à la diversité de l'habitat ลงวันที่ ๑๙ มกราคม ค.ศ. ๑๙๙๕

[๓๓] [online] Available from : www.conseil-etat.fr [๑๓ กรกฎาคม ๒๕๖๕]

[๓๔] « l'équilibre entre le développement de la construction et le droit au recours »

[๓๕] «Vingt ans de réformes depuis la loi Bosson : construction d'un contentieux administratif spéciale de l'urbanisme ? », JCP A, n°29, 21 juillet 2014, pp.2233

[๓๖] https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=DZ%2FOASIS%2F000250

[๓๗] https://www.labase-lextenso.fr/ouvrage/9782275052359-655

[๓๘] ดังที่สภาแห่งรัฐยืนยันในคำพิพากษา คดี Gomel ลงวันที่ ๔ เมษายน ค.ศ. ๑๙๑๔

[๓๙] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Commune de Béziers ลงวันที่ ๒๘ ธันวาคม ค.ศ. ๒๐๐๑

[๔๐] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Flory ลงวันที่ ๒๘ พฤศจิกายน ค.ศ. ๒๐๐๗

[๔๑] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Société Usine du Marin ลงวันที่ ๒๓ มิถุนายน ค.ศ. ๒๐๐๓ คดี Association de défense du site de SOnchamp et autres ลงวันที่ ๒๔ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๙๘๑ คดี Commune de Maisons-Laffitte et autres ลงวันที่ ๒๓ ตุลาคม ค.ศ. ๒๐๑๕

(ข) นิติกรรมทางปกครองเฉพาะราย (les actes individuels) อันได้แก่ ใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร หรือใบอนุญาตเพิกถอนอาคาร ใบอนุญาตก่อสร้างงานโยธาสาธารณะ ใบอนุญาตเข้าดำเนินการจัดสรรพื้นที่

(ค) นิติกรรมทางปกครองอื่นที่นอกเหนือจากข้อ (ก) และ (ข) อันได้แก่ การแบ่งประเภทเทศบาลให้สอดคล้องกับเขตภูเขา[๔๒] หรือการแบ่งประเภททางหลวง[๔๓] หรือกรณีการแบ่งประเภทพื้นที่ตามการใช้สอย (la création d'une zone d'aménagement différé)[๔๔]

ผู้ฟ้องคดีที่เห็นว่าตนมีส่วนได้เสียในคดีพิพาทอาจยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองชั้นต้น (หรือสภาแห่งรัฐ ในบางกรณี) โดยจะต้องพิสูจน์ให้ศาลเห็นถึงความเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดี (la qualité pour agir) กับทั้งอาจยื่นคำร้องต่อผู้ว่าราชการจังหวัด (le préfet) เพื่อขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากผู้ว่าราชการจังหวัดมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองทั้งหลายที่ออกโดยองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ตามความในมาตรา ๗๒ ของรัฐธรรมนูญ ซึ่งประเด็นเหล่านี้ก็อาจเข้าสู่การพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรมในชั้นการตรวจสอบความชอบด้วยรัฐธรรมนูญ โดยอาศัยอำนาจตามความรัฐกฤษฎีกา ว่าด้วยอำนาจของศาลชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลและการส่งประเด็นคำถามก่อนการพิจารณาในเนื้อหาแห่งคดี ลงวันที่ ๒๗ กุมภาพันธ์ ค.ศ. ๒๐๑๕[๔๕]

การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองในคดีพิพาทเกี่ยวกับการผังเมืองเป็นไปในทำนองเดียวกับการตรวจสอบนิติกรรมทางปกครองในคดีอื่น ซึ่งก็คือ การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายภายในหรือการตรวจสอบ*รูปแบบ* (การตรวจสอบว่ากระทำโดยมีอำนาจและตรวจสอบกระบวนการ)[๔๖] และการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายภายใน (การตรวจสอบว่าการนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวกระทำโดยมีการปรับบทกฎหมายที่ถูกต้องกับเนื้อหาสาระนั้น) หรือการตรวจสอบ*เนื้อหา* ทั้งนี้ การตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายภายในยังสามารถจำแนกได้ตามระดับการควบคุม กล่าวคือ การควบคุมระดับธรรมดา[๔๗] และการควบคุมอย่างเคร่งครัดเพื่อตรวจสอบว่าเป็นกรณีที่ปรากฏความบกพร่องอันเห็นได้อย่างชัดเจน (l'erreur manifeste)[๔๘] อันหมายถึงกรณีที่ศาลปกครองตรวจสอบถึงความเหมาะสมของการใช้ดุลพินิจ (la marge d'appréciation) ของฝ่ายปกครองในการออกคำสั่งอนุญาตหรือปฏิเสธการให้ใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร[๔๙]

---

[๔๒] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี B. et autres ลงวันที่ ๙ มีนาคม ค.ศ. ๑๙๘๔

[๔๓] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Commune de Mareil-le-Guyon ลงวันที่ ๑ มิถุนายน ค.ศ. ๒๐๑๕

[๔๔] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Mme. C. ลงวันที่ ๒๖ ตุลาคม ค.ศ. ๒๐๑๒

[๔๕] Le décret relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles

[๔๖] เช่น การจัดให้มีการไต่สวนสาธารณะ (l'enquête publique) หรือมีกระบวนการประเมินสภาพแวดล้อม

[๔๗] ดังที่พบในคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Association L'environnement à Concarneau ลงวันที่ ๒๐ พฤศจิกายน ค.ศ. ๑๙๙๕ ซึ่งเป็นการตรวจสอบว่านิติกรรมทางปกครองนั้นออกโดยไม่ขัดกับกฎเกณฑ์ทางกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองชายฝั่ง (la protection littoral) ตามความในมาตรา L.146-6 แห่งประมวลกฎหมายการผังเมือง (ฉบับเดิม)

[๔๘] เช่น การตรวจสอบว่าการดำเนินกิจกรรมดังกล่าวส่งผลกระทบต่อผู้อยู่อาศัยข้างเคียงหรือไม่ ดังปรากฏในคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ (ประชุมใหญ่) คดี Société du lotissement de la plage de Pampelonne ลงวันที่ ๒๙ มีนาคม ค.ศ. ๑๙๖๘

[๔๙] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Société Grands magasins de La Samaritaine – Maison Ernest Cognacq et ville de Paris ลงวันที่ ๑๙ มิถุนายน ค.ศ. ๒๐๑๕

ดังที่กล่าวไปแล้วข้างต้นว่า บางตำราถือว่าคดีพิพาทเกี่ยวกับการผังเมืองเป็นคดีปกครองพิเศษ ซึ่งคำกล่าวนี้สอดคล้องกับหลักเกณฑ์บางประการของคดีพิพาทประเภทนี้ ทั้งนี้ หลักเกณฑ์ดังกล่าวเป็นไปเพื่อตอบสนองหลักประกันความเป็นธรรมและความสมดุลระหว่างความมั่นคงแห่งนิติสถานะ (la sécurité juridique) การคุ้มครองสิทธิของผู้ถือใบอนุญาตก่อสร้าง และการเคารพต่อหลักความชอบด้วยกฎหมาย ตัวอย่างของหลักเกณฑ์พิเศษเหล่านี้ ก็เช่น การนับอายุความการฟ้องคดีโต้แย้งใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร ซึ่งกฎหมายกำหนดให้ยื่นฟ้องภายใน ๒ เดือนนับแต่ปิดประกาศ ณ บริเวณที่จะทำการก่อสร้าง ทั้งนี้ ตามความในมาตรา R.600-6 แห่งประมวลกฎหมายการผังเมือง ซึ่งต่อมาสภาแห่งรัฐได้พิพากษาวางหลักในเชิงรายละเอียดว่าการปิดประกาศดังกล่าวจะต้องกระทำในสถานที่ซึ่งมองเห็นง่ายหรือมีทางออกสู่สาธารณะ[๕๐] หรือกรณีการแจ้งให้ผู้จัดทำคำสั่งหรือผู้ทรงสิทธิในใบอนุญาตก่อสร้างนั้นทราบภายใน ๑๕ วัน ถึงการยื่นคำฟ้องโต้แย้งในกรณีตามความในมาตรา R.600-1 แห่งประมวลกฎหมายเดียวกัน ซึ่งต่อมาสภาแห่งรัฐให้เหตุผลว่าการกำหนดเงื่อนไขดังกล่าวเป็นไปเพื่อการคุ้มครองนิติสถานะของผู้ทรงสิทธิในใบอนุญาตที่จะทราบว่ามีการฟ้องคดีโต้แย้ง[๕๑] ซึ่งเงื่อนไขเกี่ยวกับการแจ้งให้ทราบภายใน ๑๕ วันนี้ไม่อาจยกเว้นเป็นอื่นและส่งผลให้ศาลไม่รับคำฟ้องดังกล่าวไว้พิจารณา[๕๒]

๒.๒ การขอให้ศาลออกคำสั่งระหว่างพิจารณาเป็นกรณีเร่งด่วน

สภาแห่งรัฐยืนยันว่าการยื่นคำขอให้ศาลออกคำสั่งระหว่างพิจารณาเป็นกรณีเร่งด่วนนี้ปรากฏบ่อยครั้ง[๕๓] อันสอดคล้องกับหลักของวิธีพิจารณาปกครองฝรั่งเศสที่ว่าการฟ้องคดีปกครองไม่ได้มีผลเป็นการระงับการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง ดังนั้น การฟ้องคดีต่อศาลปกครองจึงไม่เป็นอุปสรรคต่อการก่อสร้างงานโยธาสาธารณะของผู้ได้รับประโยชน์ในใบอนุญาตก่อสร้าง

การยื่นคำขอตามข้อ ๒.๒ นี้ จึงต้องเป็นไปเพื่อให้สอดคล้องกับสภาวการณ์ที่เกิดขึ้น ผลจึงเป็นว่ากฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองเปิดช่องให้ผู้เสียหายมีสิทธิยื่นคำขอต่อศาลให้พิจารณาเพื่อออกคำสั่งกรณีเร่งด่วน ซึ่งศาลจะพิจารณาให้แล้วเสร็จในระยะเวลาอันสั้น อันส่งผลเป็นการระงับการก่อสร้างงานโยธาสาธาณะดังกล่าว

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองได้วางหลักเกี่ยวกับการกำหนดวิธีการหรือมาตรการคุ้มครองเพื่อเป็นการชั่วคราวก่อนการพิพากษาไว้ในมาตรา L.511 ถึงมาตรา L.555-2 ซึ่งในทางตำราได้แบ่งประเภทคำสั่งวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาออกเป็น ๓ กลุ่ม กล่าวคือ (๑) วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาที่ต้องมีองค์ประกอบความเร่งด่วน (๒) วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาที่ไม่ต้องมีองค์ประกอบความเร่งด่วน (๓) วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในคดีสัญญาและการจัดซื้อจัดจ้าง คดีภาษีและคดีโทรคมนาคมและการกระจายเสียง[๕๔] ดังนั้น จึงมีเพียงวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในกลุ่มที่ (๑) เท่านั้นที่สอดคล้องกับลักษณะคดีพิพาทเกี่ยวกับการผังเมือง

---

[๕๐] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี V. ลงวันที่ ๒๗ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๑๕

[๕๑] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ (แผนกย่อย) คดี C. ลงวันที่ ๑๓ มีนาคม ค.ศ. ๒๐๑๕

[๕๒] ความเห็นสภาแห่งรัฐ คดี Société Sahelac et Juvetin ลงวันที่ ๑๙ พฤศจิกายน ค.ศ. ๒๐๐๘ และคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Bordet et Unglas ลงวันที่ ๔ พฤศจิกายน ค.ศ. ๒๐๑๕

[๕๓] อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๓๓

[๕๔] โปรดดูรายละเอียดเพิ่มเติม ที่ ปาลีรัฐ ศรีวรรณพฤกษ์, วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาตามที่ปรากฏในประมวลกฎหมายกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง : ความทั่วไป องค์ประกอบ และแนวคำพิพากษา", วารสารวิชาการศาลปกครอง ปีที่ ๑๗, ฉบับ ๔ (ตุลาคม - ธันวาคม ๒๕๖๐), หน้า ๑ – ๓๙.

วิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาในกลุ่มที่ (๑) ซึ่งมี “ความเร่งด่วน” เป็นองค์ประกอบสำคัญ นั้น มีทั้งสิ้น ๔ รูปแบบ กล่าวคือ (ก) การทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครอง (le référé suspension) ตามความในมาตรา L.521-1 (ข) การบรรเทาทุกข์ชั่วคราวเกี่ยวกับเสรีภาพ (le référé liberté) ตามมาตรา L.521-2 (ค) การบรรเทาทุกข์ชั่วคราวที่เป็นการกำหนดมาตรการใด ๆ ที่เป็นประโยชน์และไม่ขัดขวางการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง ตามมาตรา L.521-3 และ (ง) การบรรเทาทุกข์ชั่วคราวเพื่อการแก้ไขเปลี่ยนแปลงคำสั่งตามมาตรา L.521-4 จึงมีเพียงวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาประเภท (ง) เท่านั้นที่ไม่ถูกนำมาใช้ในคดีพิพาทเกี่ยวกับการผังเมือง

การทุเลาการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ตามความในมาตรา L.521-1[๕๕] แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง นั้น มีพื้นฐานแนวคิดในทำนองเดียวกันกับการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวก่อนการพิพากษาตามความในมาตรา ๖๖ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒[๕๖] โดยศาลจะต้องพิจารณาเนื้อหาของคำขอใน ๒ ส่วน คือ (๑) การพิจารณาว่ากรณีดังกล่าวมีความเร่งด่วนและ (๒) การไม่ระงับการบังคับตามคำสั่งทางปกครองดังกล่าวย่อมเล็งเห็นได้ชัดเจนว่าจะก่อให้เกิดความเสียหายอันยากแก่การเยียวยา ซึ่งสภาแห่งรัฐก็ได้วางแนวทางการตีความเงื่อนไขทั้งสองส่วนไว้ในคำพิพากษาหลายฉบับ เช่น การมีคำขอให้ระงับใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร ก็ย่อมถือเป็นความเร่งด่วนแล้ว[๕๗] ซึ่งเป็นไปในกรณีเดียวกับการขอให้ระงับใบอนุญาตพัฒนาพื้นที่ (le permis d’aménager)[๕๘] หรือกรณีที่ข้อเท็จจริงปรากฏว่าผู้พิการจะเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการดำเนินการก่อสร้าง ก็ย่อมถือเป็นกรณีที่เกิดความเสียหายต่อประโยชน์สาธารณะอันยากแก่การเยียวยา[๕๙] เช่นเดียวกับคำขอที่อ้างว่าเป็นไปเพื่อการพิทักษ์สิ่งก่อสร้างทางประวัติศาสตร์[๖๐]

---

[๕๕] มาตรา L.521-2 “เมื่อคำสั่งทางปกครองแม้ว่าจะเป็นคำสั่งปฏิเสธ (le rejet) นั้น ก่อให้เกิดวัตถุแห่งคดีฟ้องเพิกถอนหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่ง ตุลาการผู้มีอำนาจในการออกคำสั่งวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาย่อมอาจออกคำสั่งเพื่อเป็นการทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองหรือระงับผลอันเกิดจากคำสั่งทางปกครองนั้นได้ เมื่อพิจารณาแล้วในขั้นตอนการแสวงหาข้อเท็จจริงว่ามีเหตุเร่งด่วนปรากฏในข้อเท็จจริงที่ฟ้องคดี รวมทั้งเหตุใด ๆ ที่ครบถ้วนที่จะก่อให้เกิดความเร่งด่วนดังกล่าวอันส่งผลต่อความสงสัยว่าการบังคับตามคำสั่งทางปกครองนั้นจะก่อให้เกิดความไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างร้ายแรง

(วรรคสอง) เมื่อศาลเห็นว่ากฎหรือคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีเหตุที่ต้องระงับการบังคับ ให้ศาลมีคำสั่งเพิกถอนหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำสั่งดังกล่าวภายในระยะเวลาที่เหมาะสม การระงับการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครองจะมีผลเป็นการช้าที่สุดเมื่อศาลมีคำสั่งในเนื้อหาของคดีให้เพิกถอนหรือเปลี่ยนแปลงแก้ไขคำสั่งทางปกครองนั้น”

[๕๖] มาตรา ๖๖ “ในกรณีที่ศาลปกครองเห็นสมควรกำหนดมาตรการหรือวิธีการใด ๆ เพื่อบรรเทาทุกข์ให้แก่คู่กรณีที่เกี่ยวข้องเป็นการชั่วคราวก่อนการพิพากษาคดี ไม่ว่าจะมีคำร้องขอจากบุคคลดังกล่าวหรือไม่ ให้ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดมาตรการหรือวิธีการชั่วคราวและออกคำสั่งไปยังหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องให้ปฏิบัติได้ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด

(วรรคสอง) การกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการตามวรรคหนึ่ง ให้คำนึงถึงความรับผิดชอบของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐและปัญหาอุปสรรคที่อาจเกิดขึ้นแก่การบริหารงานของรัฐประกอบด้วย”

[๕๗] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Commune de Tulle ลงวันที่ ๒๗ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๐๑

[๕๘] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี L. ลงวันที่ ๓ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๐๙

[๕๙] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี S. ลงวันที่ ๒๒ มีนาคม ค.ศ. ๒๐๑๐

[๖๐] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี SCI 30 rue de Thionville et autres ลงวันที่ ๒๘ กันยายน ค.ศ. ๒๐๑๑

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียนอายุราชการ

สำหรับ (ข) การบรรเทาทุกข์ชั่วคราวเกี่ยวกับเสรีภาพ (le référé liberté) ตามความในมาตรา L.521-2 และ (ค) การบรรเทาทุกข์ชั่วคราวที่เป็นการกำหนดมาตรการใด ๆ ที่เป็นประโยชน์และไม่ขัดขวางการบังคับตามคำสั่งทางปกครอง ตามความในมาตรา L.521-3 นั้น พบได้ค่อนข้างน้อยในคดีปกครองประเภทนี้ เนื่องจากลักษณะของคดีพิพาทเกี่ยวกับการผังเมืองไม่สอดคล้องกับเงื่อนไขของการบรรเทาทุกข์ชั่วคราวเกี่ยวกับเสรีภาพซึ่งกำหนดเงื่อนไขว่าการขอให้ศาลมีคำสั่งตามข้อ (ข) จะต้อง (๑) ก่อให้เกิดความเสียหายแก่เสรีภาพขั้นพื้นฐาน (๒) การกระทำนั้นต้องเป็นการกระทำของหน่วยงานมหาชน (l'autorité publique) และ (๓) การกระทำนั้นย่อมก่อให้เกิดวามเสียหายอย่างร้ายแรงและเห็นได้ชัด (grave et manifestement) ต่อเสรีภาพดังกล่าว ทั้งนี้ เนื่องจากกระบวนการอนุมัติใบอนุญาตก่อสร้างอาคารได้กระทำลงโดยคำนึงถึงสิทธิของบุคคลภายนอกแล้ว จึงไม่มีเหตุใดที่จะถือว่าการออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคารนั้นก่อให้เกิดความเสียหายแก่สิทธิในทรัพย์สิน[๖๑] เช่นเดียวกับการออกคำสั่งประเภท (ค) ซึ่งเป็นการให้อำนาจศาลในการออกคำสั่งกำหนดมาตรการทั้งหลายที่เป็นประโยชน์ ซึ่งพบได้ค่อนข้างน้อยในวิธีพิจารณาคดีปกครองฝรั่งเศส

๒.๓ การฟ้องขอให้รับผิดชอบอันเนื่องมาจากการกระทำอันเป็นสาเหตุจากฝ่ายปกครอง

กรณีเป็นการฟ้องคดีซึ่งมีวัตถุประสงค์ให้รัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้รับผิดชอบผ่านการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดี หรืออาจเป็นการขอให้รัฐหรือองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่นเป็นผู้รับผิดชอบผ่านการฟ้องคดีโดยนายกเทศมนตรีก็ได้[๖๒] หรืออาจเป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีขอให้ผู้ออกคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นผู้รับผิดชอบเมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่าเกิดความเสียหายที่ไม่ร้ายแรง[๖๓]

กฎหมายปกครองฝรั่งเศสวางหลักถึงทฤษฎีความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองว่ามี ๒ ประเภท กล่าวคือ ความรับผิดชอบบนพื้นฐานของการกระทำผิดและความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิด ซึ่งพบว่ากรณีที่พบบ่อยคือกรณีความรับผิดชอบบนพื้นฐานของการกระทำผิด

สภาแห่งรัฐยืนยันว่าเพียงระดับความผิดที่มีความร้ายแรงระดับธรรมดา (une faute simple) ก็เป็นเหตุเพียงพอแล้วสำหรับการขอให้ฝ่ายปกครองรับผิดชอบ ยกเว้นว่ากิจกรรมดังกล่าวนั้นอยู่ภายใต้การควบคุมของรัฐ ความดังกล่าวยืนยันในคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Ministre de l'équipement, des transports et du logement c/ commune de Roquebrune-Cap-Martin ลงวันที่ ๒๑ มิถุนายน ค.ศ. ๒๐๐๐ ซึ่งเป็นแนวทางเดียวกับที่สภาแห่งรัฐวางหลักว่าจะต้องรับผิดกรณีการออกใบอนุญาตก่อสร้างที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย[๖๔] การปฏิเสธการออกใบอนุญาต[๖๕] การปฏิเสธการขออนุญาตจัดสรรที่ดิน (un permis de lotir)[๖๖] การโต้แย้งคำสั่งระงับการก่อสร้างเป็นการชั่วคราว[๖๗] สำหรับประเด็นพฤติการณ์

[๖๑] คำสั่งสภาแห่งรัฐ คดี Commune de Saint-Bauzille-de-Putois ลงวันที่ ๑๑ ตุลาคม ค.ศ. ๒๐๑๑

[๖๒] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Société Immobart ลงวันที่ ๒๐ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๐๗

[๖๓] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี V ลงวันที่ ๙ พฤศจิกายน ค.ศ. ๒๐๑๕

[๖๔] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Volant et ministre de l'équipement ลงวันที่ ๓๐ มิถุนายน ค.ศ. ๑๙๗๖

[๖๕] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Ministre de l'environnement et du cadre de vie c/ SCI Italie-Vendrezanne ลงวันที่ ๑๗ มิถุนายน ค.ศ. ๑๙๘๓

[๖๖] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Marchand ลงวันที่ ๑๒ ธันวาคม ค.ศ. ๒๐๐๘

[๖๗] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Banque nationale de Paris ลงวันที่ ๑๐ มิถุนายน ค.ศ. ๑๙๙๔

ที่สภาแห่งรัฐถือว่าเป็นการกระทำผิด ก็เช่น กรณีการให้ข้อมูลบกพร่องหรือผิดพลาด[๖๘] กรณีที่ฝ่ายปกครองมีแนวปฏิบัติเชิงตรงกันข้ามกับแนวปฏิบัติเดิม (le revirement de l'administration)[๖๙] กรณีดำเนินการล่าช้า[๗๐] หรือกรณีการเพิกเฉยละเลย[๗๑]

สำหรับความรับผิดชอบโดยปราศจากความผิด นั้น แม้จะพบได้น้อยเป็นอย่างยิ่ง แต่ก็ปรากฏในคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ (ประชุมใหญ่) คดี Ministre de l'aménagement du territoire, de l'équipement, du logement et du tourisme c/ N. ลงวันที่ ๒๐ มีนาคม ค.ศ. ๑๙๗๔ โดยสภาแห่งรัฐหยิบยกเหตุผลเรื่องความเท่าเทียมกันในการรับภาระสาธารณะ (l'égalité devant les charges publiques) มาเป็นฐานในการกำหนดความรับผิดชอบของฝ่ายปกครอง ฝ่ายปกครองจึงต้องรับผิดชอบในการไม่ดำเนินการใดของตนแม้จะปรากฏว่าการก่อสร้างอาคารนั้นเป็นการก่อสร้างโดยปราศจากใบอนุญาตตามกฎหมาย

ทั้งนี้ องค์ประกอบของการเยียวยาความเสียหายอันเนื่องมาจากความรับผิดชอบของฝ่ายปกครองในคดีพิพาทเกี่ยวกับการผังเมืองก็เป็นไปในทำนองเดียวกับคดีปกครองทั่วไป กล่าวคือ ความเสียหายนั้นต้องเป็นความเสียหายโดยตรงและแน่นอน (certain et direct) ผลจึงเป็นว่าความเสียหายที่มีลักษณะเป็นการคาดการณ์ เช่น การสูญเสียรายได้จากค่าเช่าอาคาร[๗๒] หรือค่าขาดกำไรจากการล้มเลิกการก่อสร้างจึงไม่ถือเป็นค่าเสียหายที่อาจเยียวยาได้ ยกเว้นมีเหตุพิเศษอื่นให้พิจารณาประกอบ[๗๓] ยิ่งไปกว่านั้นการที่ความเสียหายดังกล่าวจะต้องมีความสัมพันธ์โดยตรงกับเหตุที่เกิดความเสียหาย จึงทำให้สภาแห่งรัฐไม่เยียวยาความเสียหายให้แก่สถาปนิกซึ่งอ้างว่าตนได้รับความเสียหายจากการที่ผู้ว่าจ้างไม่ได้รับใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร[๗๔] กรณีที่ผู้ประเมินราคาทรัพย์สินต้องขาดรายได้จากการประเมินราคาทรัพย์สิน[๗๕] โดยสภาแห่งรัฐได้พิจารณากำหนดความรับผิดของฝ่ายปกครองโดยคำนึงถึงเจตนาของผู้เสียหายด้วย เช่น กรณีที่ผู้เสียหายประมาทเลินเล่อหรือไม่รอบคอบ[๗๖] กรณีที่การขอใบอนุญาตมีขั้นตอนที่ซับซ้อน[๗๗] หรือกรณีความเป็นมืออาชีพของบริษัทจัดการอสังหาริมทรัพย์[๗๘]

---

[๖๘] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Ministre de l'aménagement du territoire, de l'équipement, du logement et du tourisme c/ consorts C. ลงวันที่ ๒๓ ตุลาคม ค.ศ. ๑๙๗๔

[๖๙] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี SCI Résidence Arcole ลงวันที่ ๒๖ ตุลาคม ค.ศ. ๑๙๗๓ และคดี Sille ลงวันที่ ๑๖ พฤศจิกายน ค.ศ. ๑๙๙๘

[๗๐] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี B. et ministre de l' équipement ลงวันที่ ๒๗ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๙๗๙ และคดี Ministre de l'environnement et de cade de vie c/ G. ลงวันที่ ๒๑ ตุลาคม ค.ศ. ๑๙๘๓

[๗๑] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี SNC Sanz-Samenayres et autres ลงวันที่ ๓ พฤศจิกายน ค.ศ. ๑๙๘๙

[๗๒] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี D. ลงวันที่ ๑๒ มีนาคม ค.ศ. ๑๙๘๖

[๗๓] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Commune de Longueville ลงวันที่ ๑๕ เมษายน ค.ศ. ๒๐๑๖

[๗๔] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Gillet ลงวันที่ ๙ ธันวาคม ค.ศ. ๑๙๘๓

[๗๕] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Ministre des transports, de l'équipement, du tourisme et de la mer c/ Therme et commune du Rayol-Canadel ลงวันที่ ๒๘ ตุลาคม ค.ศ. ๒๐๐๙

[๗๖] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Blanc et Minister de l'équipement ลงวันที่ ๒๗ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๙๗๙

[๗๗] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Ministre de l'environnement et du cadre de vie c/ Société Le Pré du Roi ลงวันที่ ๙ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๙๘๒

[๗๘] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Société immobilière de la banque de Bibao et de Viscaya d'Ibarritz ลงวันที่ ๗ พฤษภาคม ค.ศ. ๒๐๐๗

บทสรุป

กฎหมายการผังเมืองของประเทศฝรั่งเศสเคยได้รับนิยามว่าเป็น “กฎหมายที่ส่งผลกระทบต่อสิทธิในการถือครองทรัพย์สิน”[๗๙] นิยามดังกล่าวแสดงให้เห็นถึงภาพลักษณ์ของกฎหมายการผังเมืองในขณะนั้น จนกระทั่งรายงานรายงานการศึกษาประจำปี ค.ศ. ๑๙๙๒ ของสภาแห่งรัฐฝรั่งเศสนำเสนอมุมมองอีกแง่มุมหนึ่งของกฎหมายนี้ว่าเป็น “กฎหมายที่มีวัตถุประสงค์ในประนีประนอมประโยชน์สาธารณะโดยคำนึงถึงประโยชน์ของเอกชน ไม่ว่าจะเป็นเจ้าของที่ดินหรือการก่อสร้าง”

นิยามที่นำเสนอโดยสภาแห่งรัฐในปี ค.ศ. ๑๙๙๒ แสดงให้เห็นวัตถุประสงค์ของการตรากฎหมายตลอดจนการปรับใช้กฎหมายนี้ได้เป็นอย่างดี อันส่งผลให้คดีพิพาทเกี่ยวกับการผังเมืองกลายมาเป็นคดีพิพาทที่มีลักษณะโดดเด่น ดังที่กล่าวไปแล้วใน*ส่วนที่ ๑* ของบทความฉบับนี้ ซึ่งเมื่อประกอบกับลักษณะพิเศษของคดีประเภทนี้ในมุมมองวิธีพิจารณาคดีดังที่นำเสนอใน*ส่วนที่ ๒* ก็ยิ่งทำให้คดีพิพาทเกี่ยวกับการผังเมืองเป็นประเภทคดีปกครองที่ได้รับการสนใจและไม่อาจละเลยได้

ผลจึงเป็นว่าประเทศฝรั่งเศสมีความพยายามในการปรับปรุงกฎหมายฉบับนี้ผ่านการดำเนินการที่หลากหลาย เช่น การลดระยะเวลาการจัดทำคำพิพากษา การจำกัดประเภทคดีที่ฟ้องอุทธรณ์ หรือที่น่าสนใจเป็นอย่างยิ่งก็คือ การกำหนดมาตรการเพื่อเป็นการป้องกันการฟ้องคดีโดยไม่สุจริต ซึ่งศาลปกครองมีอำนาจในการกำหนดค่าปรับ (une amende) หากพบว่าการฟ้องคดีนั้นมีลักษณะเป็นการฟ้องคดีที่ไม่สุจริต ทั้งนี้ ตามความในมาตรา R. 741-12 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง[๘๐] โดยสภาแห่งรัฐยืนยันความสำคัญของการปรับปรุงกฎหมายผังเมืองในแง่มุมดังกล่าวและผลักดันให้มีการตรารัฐกฤษฎีกา ลงวันที่ ๑๘ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๑๓ เพื่อนำมาตรการทางกฎหมายที่มีประสิทธิภาพมาใช้เป็นการป้องกันการฟ้องคดีโดยไม่สุจริตในคดีพิพาทเกี่ยวกับการผังเมือง

นอกเหนือจากความพยายามในการทำให้กฎหมายการผังเมืองเป็นกฎหมายที่ทันสมัยและสอดคล้องกับสภาวการณ์ปัจจุบันมากที่สุดแล้ว ก็พบว่าแนวคำพิพากษาของศาลปกครองก็มีส่วนสำคัญในการสร้างพัฒนาการที่สำคัญของกฎหมายการผังเมือง ดังที่พบว่า ศาลปกครองได้นำความในมาตรา L.600-5 และ L.600-9 ของประมวลกฎหมายการผังเมืองมาปรับใช้ในคำพิพากษา ซึ่งก็คือ การยืนยันว่าการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในคดีผังเมืองอาจเป็นการเพิกถอนเพียงบางส่วนและแบ่งแยกได้ (partielle et divisible) ดังที่ปรากฏในความเห็นสภาแห่งรัฐ คดี F et autres ลงวันที่ ๑ มีนาคม ค.ศ. ๒๐๑๓ โดยพิจารณาจากเนื้อหาของนิติกรรมทางปกครองฉบับนั้นว่ามีลักษณะเป็นเอกเทศ อันส่งผลให้นิติกรรมทางปกครองนั้นสามารถแบ่งแยกได้ ทั้งนี้ ในการพิพากษาคดีในปี ค.ศ. ๒๐๐๖ สภาแห่งรัฐก็ยืนยันความเห็นดังกล่าวไว้อย่างชัดเจน[๘๑]

---

[๗๙] Natalie TIGER, อ้างแล้วในเชิงอรรถที่ ๑๑

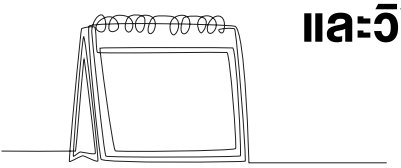
[๘๐] และได้รับการยืนยันในคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Mazo ลงวันที่ ๒๓ มกราคม ค.ศ. ๒๐๐๘

[๘๑] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ คดี Association preservation des paysages exceptionels du Mézence et autres ลงวันที่ ๖ พฤศจิกายน ค.ศ. ๒๐๐๖

สำหรับกรณีการเพิกถอนเพียงบางส่วน นั้น พบว่าสภาแห่งรัฐก็นำมาปรับใช้แม้ว่านิติกรรมทางปกครองฉบับนั้นจะไม่สามารถแบ่งแยกได้ เนื่องจากมีลักษณะเป็นโครงการ (un projet) ดังที่ปรากฏในคำพิพากษา คดี Commune de Toulouse ลงวันที่ ๑ ตุลาคม ค.ศ. ๒๐๑๕ โดยยืนยันถึงผลของความไม่ชอบด้วยกฎหมายว่าส่งผลกระทบเพียงบางส่วนของโครงการ การแก้ไขปัญหาในคดีพิพาทนี้จึงเป็นการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของใบอนุญาตเพื่อให้สอดคล้องกับการดำเนินโครงการส่วนที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งการดำเนินการเปลี่ยนแปลงเนื้อหาของใบอนุญาตนั้นจะกระทำได้ต่อเมื่อการดำเนินโครงการนั้น ยังไม่แล้วเสร็จและไม่ส่งผลกระทบต่อลักษณะของโครงการดังกล่าวเท่านั้น

ความทั้งหลายที่นำเสนอในบทความฉบับนี้จึงเป็นสิ่งยืนยันว่าการศึกษากฎหมายการผังเมืองเป็นเรื่องลึกซึ้ง ซับซ้อน มีความพิเศษตลอดจนลักษณะเด่นในตนเอง อันควรได้รับการพัฒนาและสนับสนุนผ่านการศึกษากฎหมายปกครองเปรียบเทียบในประเทศไทยเป็นการต่อไป

ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับการกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองมีผล ตามมาตรา ๗๒ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒



ธีระชัย จาตุรนต์สวัสดิ์*

ข้อพิจารณาบางประการเกี่ยวกับการกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองมีผลนี้ พิจารณาถึงลักษณะอำนาจของศาลปกครองในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (๑) และการปรับใช้การกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีผล (๒)

๑. ลักษณะอำนาจของศาลปกครองในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

๑.๑ ความคิดเกี่ยวกับอำนาจศาลปกครองในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

เนื่องจากคดีฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Contentieux de l'excès du pouvoir) เป็นคดีที่มุ่งควบคุมตรวจสอบว่า ฝ่ายปกครองได้ดำรงตนอยู่ภายใต้กฎหมายและกระทำการโดยถูกต้องและชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ (assujettissement au droit et répression des comportements illégaux)[๑] ตามหลักการกระทำของฝ่ายปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย (principe de légalité) ดังนั้น เพื่อรักษาระบบกฎหมายให้ถูกต้องชอบธรรมเสมอ หากพบว่ามีการละเมิดหรือฝ่าฝืนกฎหมาย ศาลซึ่งมีหน้าที่ควบคุมตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ย่อมมีอำนาจทำลาย (annulation)[๒] ผลบังคับของนิติกรรมทางปกครอง เพื่อขจัดความไม่ถูกต้องหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายออกจากระบบกฎหมายทันที เป็นเสมือนการฟอกระบบกฎหมายให้มีความถูกต้องสอดคล้องกันไม่ขัดแย้งกันเองในระบบ (un moyen apurement l'ordonnancement juridique)[๓] อำนาจทำลายนี้แม้จะเรียกว่า "เพิกถอน

---

* น.บ. น.ม กฎหมายมหาชน (ธรรมศาสตร์) D.E.A de droit public « Université Paul Cézanne » Aix-Marseille III พนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ ช่วยงานตุลาการผู้แถลงคดี สำนักงานศาลปกครองสูงสุด

[๑] Florent Blanco, « Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité : Contribution à l'étude de l'évolution et du renouveau des techniques juridictionnelles dans le contentieux administratif », PUAM, 2010, p. 53.

[๒] คำว่า 'annulation' มีความหมายถึงทำให้ไม่มีอยู่เลย ซึ่งมีน้ำหนักมากกว่า คำว่า 'retrait' ที่แปลว่าเพิกถอน และ 'abrogation' ที่แปลว่า ยกเลิก

[๓] Prosper Weil, « les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir », Thèse Paris, Jouve et Cie, éditeur, 1952, p. 5.

นิติกรรมทางปกครอง” แต่ความจริงแล้วเป็นการพิพากษาให้ถือว่านิติกรรมทางปกครองที่พิพาทไม่เคยมีอยู่ จึงมีลักษณะย้อนหลังไปนับแต่วันที่ได้มีการทำนิติกรรมทางปกครองที่พิพาทเสมอ เกิดเป็นหลักกฎหมายปกครองเรื่อง “การพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้ถือว่านิติกรรมทางปกครองนั้นไม่เคยมีอยู่ และจึงมีผลย้อนหลังเองเสมอ” (l’acte annulé pour excès de pouvoir est réputé n’être jamais intervenu)[๔] ศาลจึงมีคำพิพากษาได้เพียงแค่เพิกถอน (annulation) ในความหมายว่า ถือว่าไม่เคยมีอยู่ โดยไม่จำต้องกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนมีผล หรือสั่งการใดๆ อีก หรือแม้แต่จะสั่งให้ฝ่ายปกครองไปใช้อำนาจเพิกถอนก็ไม่ได้ เนื่องจากนิติกรรมที่พิพาทนี้ถือว่าไม่มีมาตั้งแต่ต้น ฝ่ายปกครองคงมีหน้าที่ไปแก้ไขเยียวยาคืนสิทธิต่างๆ ให้แก่ผู้ฟ้องคดีเอง เหล่านี้ล้วนแต่เป็นลักษณะพิเศษเฉพาะและผลที่ตามมาของอำนาจเพิกถอนของศาลในคดีฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ในทางตรงข้าม กรณีที่ตรวจสอบไม่พบการละเมิดหรือฝ่าฝืนกฎหมาย ศาลปกครองย่อมไม่มีอำนาจพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่พิพาท คงมีอำนาจเพียงพิพากษา “ยกฟ้อง” « rejet » เสมือนรับรองการกระทำของฝ่ายปกครองว่ามีความชอบและถูกต้องตามกฎหมาย

ความคิดเรื่องอำนาจพิพากษาเพิกถอน (annulation) นิติกรรมทางปกครองที่ ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้ถือว่านิติกรรมนั้นไม่เคยมีอยู่ โดยไม่จำต้องกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนมีผล หรือสั่งการใดๆ อีก เพราะมีผลย้อนหลังเองเสมอนี้ ยังเป็น“หลักประกันสำคัญ”แก่ผู้ฟ้องคดีและผู้เสียหายทุกคนว่าจะได้รับการลบล้างความทุกข์ร้อนจากความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีมาทั้งหมด (l’effet rétroactive est une garantie pour le justiciable)[๕] ซึ่งหมายรวมถึงการคืนสิทธิและเยียวยาผู้ฟ้องคดีจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีมาตั้งแต่ต้นทั้งหมดอีกด้วย การไม่ลบล้างความไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้งหมด กล่าวคือไม่เพิกถอนให้มีผลย้อนหลังเลย หรือย้อนหลังบางส่วน โดยไม่มีเหตุสมควรจำเป็นอื่น จึงเป็นการละเมิดหลักประกันสำคัญนี้ในคดี

อย่างไรก็ตาม ในบางกรณีผลของการใช้อำนาจพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพื่อขจัดความไม่ชอบด้วยกฎหมายออกจากระบบกฎหมาย และเพื่อเป็นหลักประกันการคุ้มครองผู้ฟ้องคดี ซึ่งทำให้นิติกรรมทางปกครองที่ถูกเพิกถอนดังกล่าวเสมือนไม่เคยมีอยู่มาตั้งแต่แรกนี้ ได้ส่งผลกระทบเกินสมควรอย่างมากต่อสถานภาพแห่งสิทธิและหน้าที่ต่างๆ ของบุคคลที่เกิดขึ้นแล้วจากนิติกรรมทางปกครองที่ถูกเพิกถอนดังกล่าว หรือกระทบอย่างมากต่อประโยชน์ส่วนรวมซึ่งมีฐานที่มาจากนิติกรรมทางปกครองที่ถูกเพิกถอนดังกล่าว ทำให้เกิดหลักการต่างๆ ทางกฎหมายปกครองขึ้นมาเพื่อเป็นเครื่องมือให้ศาลใช้บรรเทาผลกระทบข้างต้น เช่น การหลีกเลี่ยงการพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง ซึ่งศาลอาจจะไม่พิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง แม้จะมีเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมาย[๖] หรือหลักการเพื่อให้ศาลใช้อำนาจ

[๔]หลักกฎหมายจากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด CE, ๒๖ ธันวาคม ๑๙๒๕, คดี Rodière ใน Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé, Bruno Genevois, รวมคำพิพากษาหลักกฎหมายปกครอง « Les grands arrêts de la jurisprudence administrative », 19e édition, Dalloz, ลำดับที่ ๔๐, หน้า ๒๕๐-๒๕๖.

[๕]หลักกฎหมายจากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดโดยที่ประชุมใหญ่ CE, ass., ๑๑ พฤษภาคม ๒๐๐๔, คดี Association AC !, ใน Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé, Bruno Genevois, รวมคำพิพากษาหลักกฎหมายปกครอง « Les grands arrêts de la jurisprudence administrative », 19e édition, Dalloz, ลำดับที่ ๑๑๐, หน้า ๘๖๙.

[๖]ประสาท พงษ์สุวรรณ์ “หลักกฎหมายที่สำคัญบางประการในการพิจารณาคดีฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง” ใน ๖๐ ปี “ความมุ่งมั่นของคน ตัวตนอาจารย์วรพจน์” หนังสืออาจารียบูชาเนื่องในโอกาสครบรอบ ๖๐ ปี ของศาสตราจารย์พิเศษ ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, โรงพิมพ์เดือนตุลา, กันยายน ๒๕๕๗ หน้า ๑๘๕.

ในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองให้มีความสมเหตุสมผลตามความเป็นธรรมแห่งกรณี โดย “กำหนดวิธีการและช่วงเวลาในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง”[๗] ซึ่งก็คือการกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีผล ในบทความนี้

๑.๒ การกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีผล

การกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีผลเป็นหลักการที่ให้ศาลมีดุลพินิจใช้อำนาจเพิกถอนอย่างสมเหตุสมผลตามความเป็นธรรมแห่งกรณี เมื่อมีกรณีที่การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งถือว่าไม่เคยมีอยู่มาตั้งแต่แรก และมีผลย้อนหลังเสมอ นั้นส่งผลกระทบเกินสมควรอย่างมากแก่สถานภาพแห่งสิทธิหน้าที่ต่างๆ ของบุคคลอื่นและหรือมีผลกระทบอย่างมากต่อประโยชน์ส่วนรวม จึงมีความจำเป็นต้องกำหนดวิธีการและช่วงเวลาที่ให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองมีผล เพื่อคุ้มครองผู้ฟ้องคดีไปพร้อมกับการคุ้มครองสิทธิหน้าที่ต่างๆของบุคคลและหรือผลประโยชน์ส่วนรวมที่เกี่ยวข้อง ทั้งนี้ ตามหลักการคุ้มครองความมั่งคงแห่งสิทธิ (principe de sécurité juridique) เพื่อสร้างความเป็นธรรมแห่งกรณี แทนที่ศาลจะมีอำนาจพิพากษาได้แค่เพียงเพิกถอน (ซึ่งมีผลย้อนหลังเสมอ และอาจเกิดความเสียหายแก่สิทธิหรือประโยชน์อื่นๆ) หรือยกฟ้อง เท่านั้น

การกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีผล ซึ่งเป็นหลักการเสริมนี้ (la modulation de ses effets dans le temps, qui constitue une derogation au principe, n’est destinée à jouer qu’à titre exceptionnel)[๘] จึงมีวัตถุประสงค์ ๒ ประการ คือ (๑) เพื่อยกเว้นการเพิกถอนย้อนหลัง ซึ่งเป็นหลักการทั่วไปในการพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (L’effet rétroactif de l’annulation, garantie pour le justiciable, demeure le principe)[๙] ตามหลักกฎหมายเรื่อง “การพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้ถือว่านิติกรรมทางปกครองนั้นไม่เคยมีอยู่ และจึงมีผลย้อนหลังเองเสมอ” และ (๒) เพื่อให้ศาลใช้อำนาจพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายได้อย่างสมเหตุสมผลตามจริง เมื่อมีผลประโยชน์ขัดกันหลายด้านที่ต้องคุ้มครองไปพร้อมกับประโยชน์ของผู้ฟ้องคดี อันเป็นการปรับใช้การกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่พิพาทมีผล เพื่อสร้างความเป็นธรรมแห่งกรณี

๒. การปรับใช้การกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีผล

การกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีผล เป็นเพียงหลักการเสริม ซึ่งไม่มีความจำเป็นต้องใช้กับการพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายทุกกรณี ดังนั้น การปรับใช้การกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองมีผลนี้ จะต้องปรากฏด้วยว่า ศาลได้พิจารณาประเมินข้อเท็จจริงและผลแห่งคดีแล้ว ๒ ประการ คือ ประการแรก ศาลได้พิจารณาประเมินแล้วว่าการพิพากษาเพิกถอนให้มีผลย้อนหลัง ตามหลักกฎหมาย “การพิพากษาเพิกถอนนิติกรรม

---

[๗]ประสาท พงษ์สุวรรณ์, เพิ่งอ้าง, หน้า ๑๙๗.

[๘]Florence Crouzatier-Durand, « Le revirement prospectif, nouvelle technique de jugement du Conseil d’Etat » เอกสารประกอบการบรรยายพิเศษ, ณ ศาลปกครอง วันที่ ๓๐ ตุลาคม ๒๕๕๑, อัดสำเนา, หน้า ๓.

[๙] Florence Crouzatier-Durand, เพิ่งอ้าง, หน้า ๓.

ทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้ถือว่านิติกรรมทางปกครองนั้นไม่เคยมีอยู่ และจึงมีผลย้อนหลังเองเสมอ” นั้น ก่อให้เกิดผลกระทบเกินสมควรอย่างมาก (conséquences manifestement excessives) ต่อสถานภาพแห่งสิทธิหน้าที่ต่างๆ ของบุคคลอื่นและหรือต่อประโยชน์ส่วนรวม และประการที่สอง ศาลต้องได้พิจารณาประเมินถึงข้อดีข้อเสียของรูปแบบต่างๆ ที่ใช้กำหนดวิธีการและช่วงเวลาที่ให้การเพิกถอนมีผลตามความเป็นธรรมแห่งกรณีของคดีด้วยแล้ว (les avantages et les inconvénients des différentes formes de modulations envisageables)

๒.๑ แนวทางการปรับใช้การกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีผล ของศาลปกครองไทย

การปรับใช้การกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีผลโดยศาลปกครองไทย มีข้อพิจารณาเบื้องต้นว่า พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๗๒ วรรคสอง ได้กำหนดใจความสำคัญในเรื่องนี้ไว้เพียงว่า “ในกรณีที่ศาลมีคำพิพากษากำหนดคำบังคับสั่งให้มีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองหรือกฎ นั้น ศาลมีอำนาจกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองหรือกฎมีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลัง หรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่งก็ได้ ทั้งนี้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี” จะเห็นได้ว่า เมื่อมีการพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองหรือกฎ (นิติกรรมทางปกครอง) แล้ว ศาลปกครองไทยมีอำนาจกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองหรือกฎมีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังก็ได้ หรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดอย่างหนึ่งก็ได้ โดยใช้ “ความเป็นธรรมแห่งกรณี” เป็นหลักการในการพิจารณา ซึ่งดูเสมือนว่าศาลมีดุลพินิจที่จะกำหนดเวลาให้การเพิกถอนมีผลหรือไม่กำหนดเวลาก็ได้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี ในทางปฏิบัติศาลปกครองไทยตีความการใช้อำนาจเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองตามมาตรา ๗๒ วรรคสองว่า ไม่ได้บัญญัติยอมรับหลักกฎหมายเรื่อง “การพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้ถือว่านิติกรรมทางปกครองนั้นไม่เคยมีอยู่ และจึงมีผลย้อนหลังเองเสมอ” ให้เป็นหลักกฎหมายใช้บังคับในคดีฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองของไทย และไม่ได้บัญญัติว่า การพิพากษากำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองมีผลบังคับ ในช่วงเวลาต่างๆ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี ในมาตรา ๗๒ วรรคสอง เป็นข้อยกเว้นของหลักกฎหมายดังกล่าวข้างต้นด้วย มาตรา ๗๒ วรรคสอง คงกำหนดแต่เพียงให้ศาลปกครองใช้อำนาจพิพากษากำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนมีผล เพื่อสร้างความเป็นธรรมแห่งกรณี ในการมีคำบังคับให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้น ไม่ว่าจะให้นิติกรรมทางปกครองสิ้นผลบังคับทางกฎหมายย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลัง หรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ดังนั้น การใช้อำนาจตามมาตรา ๗๒ วรรคสอง จึงต้องกำหนดเวลาให้การเพิกถอนมีผลด้วยเสมอ กรณีจึงไม่มีการทำคำพิพากษาเพิกถอนโดยไม่กำหนดเวลา หากศาลปกครองชั้นต้นมีคำพิพากษาเพิกถอนโดยไม่กำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนมีผลไว้ด้วย ศาลปกครองสูงสุดจะมีคำพิพากษาแก้และกำหนดเวลาให้ด้วยเสมอ[๑๐] และเนื่องจากอำนาจกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนมีผลนี้ เป็นเรื่องการออกคำบังคับตามคำพิพากษาเพิกถอนอยู่ด้วย การกำหนดให้คำพิพากษาต้องระบุ

[๑๐] เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๖๓๐/๒๕๖๐,ที่ อ.๕๑๓/๒๕๖๐,ที่ อ.๒๒๘/๒๕๕๙,ที่ อ.๑๒๖๗/๒๕๕๘

คำบังคับ จึงทำให้การกำหนดผลทางเวลาดังกล่าว กลายเป็น “รูปแบบของคำบังคับ”ในคำพิพากษาเพิกถอนทุกคดีด้วยเช่นกัน ตามนัยมาตรา ๗๒ วรรคสอง ประกอบกับมาตรา ๖๙ (๗)[๑๑] แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ และดังนั้นการกำหนดเวลาหรือไม่กำหนดเวลาในคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองจึงเป็นปัญหาเกี่ยวกับการปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาล ถือว่าเป็นปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยของประชาชน ศาลปกครองสูงสุดยกขึ้นพิพากษาแก้ไขเองได้แม้คู่กรณีจะมิได้ยกขึ้นต่อสู้ไว้ตั้งแต่แรก[๑๒]

การพิพากษากำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองมีผล ตามมาตรา ๗๒ วรรคสอง แห่ง พ.ร.บ.จัดตั้งศาลปกครองฯ และการตีความวางหลักไว้ว่าคำพิพากษาเพิกถอนต้องกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองมีผลทุกคดี จึงเป็นหลักกฎหมายปกครองว่าด้วยอำนาจพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในคดีปกครองของไทย กล่าวคือ รวมเอาหลักการพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเข้ากับการกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนมีผลตามความเป็นธรรมแห่งกรณี ทำให้คำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองทุกคดีต้องกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนมีผลด้วยเสมอ โดยไม่จำต้องผูกพันกับการเพิกถอนให้นิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีผลย้อนหลังเพียงประการเดียว เพราะเป็นทางเลือกที่มีเหตุผลของศาลในการบริหารความเป็นธรรมแห่งกรณี ศาลปกครองจึงมีดุลพินิจและมีอำนาจอย่างมากในการกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองมีผลในทุกกรณี โดยอ้าง “ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี”

๒.๒ ปัญหาการปรับใช้การกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีผล ของศาลปกครองไทย

การที่ศาลปกครองไทยมีแนวทางไม่รับหลักกฎหมายที่ว่า “การพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายให้ถือว่านิติกรรมทางปกครองนั้นไม่เคยมีอยู่และจึงมีผลย้อนหลังเองเสมอ” เป็นหลักการทั่วไปในคดีฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองของไทย ทั้งๆ ที่ เป็นหลักกฎหมายที่ให้หลักประกันสิทธิแก่ผู้ฟ้องคดีที่จะต้องได้รับการเพิกถอนทำลายผลความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีมาทั้งหมดตั้งแต่วันแรกที่มีนิติกรรมทางปกครอง เพื่อคุ้มครองเยียวยาให้กลับสู่สถานะเดิม ได้คืนสิทธิประโยชน์ต่างๆ ที่มีอยู่ตามเดิมก่อนถูกกระทบสิทธิโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เมื่อไม่มีหลักกฎหมายดังกล่าวเป็นหลักการทั่วไป อีกทั้งอำนาจตามมาตรา ๗๒ วรรคสอง ก็ไม่ใช่ข้อยกเว้นของหลักกฎหมายดังกล่าว แต่เป็นหลักการที่ให้ศาลมีอำนาจเพิกถอนย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังอย่างไรก็ได้ โดยอ้าง “ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี” กรณีจึงไม่ปรากฏเนื้อหาแนวคิดทางกฎหมายหรือกรอบของดุลพินิจที่จะใช้ประเมินว่า “การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายให้มีผลย้อนหลังเพื่อคุ้มครองผู้ฟ้องคดีนั้น ได้ก่อให้เกิดผลกระทบเกินสมควรอย่างมาก (conséquences manifestement excessives) ต่อสถานภาพแห่งสิทธิหน้าที่ต่างๆ ของบุคคลอื่นและหรือต่อประโยชน์ส่วนรวมหรือไม่ อย่างไร” ซึ่งเป็นหลักการสำคัญเบื้องต้นในการใช้อำนาจ

[๑๑]มาตรา ๖๙ คำพิพากษาหรือคำสั่งชี้ขาดคดีปกครองของศาลปกครองอย่างน้อยต้องระบุ

ฯลฯ

(๗) คำบังคับ ถ้ามีโดยให้ระบุหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ต้องปฏิบัติตาม คำบังคับไว้ด้วย

[๑๒] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๑๓๒/๒๕๔๘

กำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีผล ย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลัง หรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี ตามมาตรา ๗๒ วรรคสองข้างต้น

ขณะที่การพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย โดยกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนมีผลตามความเป็นธรรมแห่งกรณีทุกคดี ตามมาตรา ๗๒ วรรคสอง แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ ประกอบกับแนวคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ซึ่งเป็นหลักกฎหมายปกครองในคดีปกครองของไทยที่ใช้อยู่เป็นหลักนั้น กำหนดให้ศาลมีอำนาจดุลพินิจอย่างกว้างขวางมากมายในการกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองมีผลได้ทุกกรณี ไม่ว่าจะให้การเพิกถอนมีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ โดยอ้าง “ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี”เป็นเงื่อนไขความชอบธรรมในการใช้อำนาจ เท่านั้น ซึ่งแม้ว่าศาลอาจอ้างเพื่อใช้อำนาจกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองมีผลไปทางใดทางหนึ่ง เพื่อเป็นทางเลือกที่มีเหตุผลของศาลในการบริหารความเป็นธรรมแห่งกรณีได้ก็จริง แต่ก็ไม่มีหลักประกันใดๆ มากพอที่จะตรวจสอบว่าศาลมีเหตุผลอย่างไรในการเลือกพิพากษาเพิกถอนหรือเลือกไม่พิพากษาเพิกถอน หรือหากได้เลือกว่าควรเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่พิพาท ศาลได้พิจารณาประเมินผลกระทบที่จะเกิดขึ้นจากการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายรวมทั้งใช้อำนาจกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวมีผลอย่างถูกต้อง เพียงพอหรือไม่ อย่างไร อีกทั้ง“ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี” ในมาตรา ๗๒ วรรคสอง แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ ก็เป็นเพียงถ้อยคำรูปแบบที่ใช้อ้างประกอบตามกฎหมายเท่านั้น ไม่ได้รับการคำนึงถึงในทางเนื้อหาการเป็นเงื่อนไขใช้อำนาจทำคำพิพากษากำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนมีผล เท่าที่ควรแต่อย่างใด “ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี” ของการใช้อำนาจพิพากษาเพิกถอนและกำหนดเวลาเหล่านี้จึงอาจกลายเป็นเพียงข้ออ้างเพื่อใช้อำนาจตามกฎหมายเท่านั้นและอาจเป็นเรื่องมีหลายมาตรฐานขึ้นอยู่กับความรู้ความสามารถเฉพาะตัวของตุลาการหรือองค์คณะไป กรณีจึงไม่น่าแปลกใจที่มีคำพิพากษาบางฉบับถึงกับกล่าวว่า“ศาลมีอำนาจกำหนดเงื่อนไขของการมีคำบังคับให้เพิกถอนคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างใดก็ได้ เพื่อความเป็นธรรมแห่งกรณี ตามมาตรา ๗๒ วรรคสอง แห่ง พ.ร.บ.จัดตั้งศาลปกครองฯ” ...และ“ศาลมีอำนาจเพิกถอนคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยให้มีผลในเวลาใดก็ได้”[๑๓]

อย่างไรก็ดี ในทางปฏิบัติศาลปกครองได้มีคำพิพากษาเพิกถอนและกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองมีผลตามความเป็นธรรมแห่งกรณี ตามมาตรา ๗๒ แห่ง พ.ร.บ.จัดตั้งศาลปกครองฯ ข้างต้น มาเป็นจำนวนมากพอสมควรแล้ว การใช้หลักกฎหมายปกครองเปรียบเทียบในข้อ ๑ ข้อ ๑.๑ ข้อ ๑.๒ และข้อ ๒ เกี่ยวกับเรื่องวัตถุประสงค์และหลักประกันการคุ้มครองผู้ฟ้องคดีในคดีฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง รวมทั้งแนวทางการประเมินผลกระทบที่เกิดจากการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองให้มีผลย้อนหลัง ในคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองแต่ละคดีดังต่อไปนี้ จะแสดงให้เห็นเนื้อหาแนวคิดทางกฎหมายและกรอบการประเมินของศาลปกครองไทยในการกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีผล ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี เช่น มีหลักการประเมินถึงกรณีการเพิกถอน

[๑๓] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๘๒๔/๒๕๕๘

นิติกรรมทางปกครองให้มีผลย้อนหลังเพื่อคุ้มครองผู้ฟ้องคดี ก่อให้เกิดผลกระทบเกินสมควรอย่างมากต่อสถานภาพแห่งสิทธิหน้าที่ต่างๆ ของบุคคลอื่นและหรือต่อประโยชน์ส่วนรวมหรือไม่ อย่างไร ซึ่งเป็นหลักการเบื้องต้นที่จะทำให้ความเป็นธรรมแห่งกรณีในคดีเกิดขึ้นจริง และช่วยแก้ปัญหาการมีดุลพินิจกว้างขวางอย่างมากของศาลในการใช้อำนาจกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนมีผล ตามความเป็นธรรมแห่งกรณีตามมาตรา ๗๒ แห่ง พ.ร.บ.จัดตั้งศาลปกครองฯ เพื่อค้นหาแนวทางที่เหมาะสมในการปรับใช้การกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองมีผล ของศาลปกครองไทย

๒.๓ แนวทางที่เหมาะสมในการปรับใช้การกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีผล ของศาลปกครองไทย

ก. ในกรณีที่ศาลใช้อำนาจกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังก็ได้ โดยอ้าง“ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี” ตามมาตรา ๗๒ วรรคสอง แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ ประกอบกับแนวคำพิพากษาของศาลปกครอง ที่วางหลักไว้ว่าการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายจะต้องกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนมีผลทุกคดีนั้น มีข้อพิจารณาว่า ตามหลักกฎหมายข้างต้น แม้ดูเสมือนว่าศาลอาจมีดุลพินิจที่จะพิพากษากำหนดเวลาให้การเพิกถอนมีผลย้อนหลังไปวันใดวันหนึ่ง โดยไม่ให้มีผลย้อนหลังไปนับแต่วันแรกที่ทำนิติกรรมก็ได้ หรือย้อนหลังไปให้มีผลนับแต่วันที่มีคำพิพากษาก็ได้ ก็ตาม แต่หากเป็นเรื่องพิพาทที่เกี่ยวกับฝ่ายปกครองกับผู้ฟ้องคดีโดยตรง ซึ่งไม่มีผลกระทบต่อสถานภาพแห่งสิทธิหน้าที่ต่างๆของบุคคลอื่น หรือกระทบต่อประโยชน์ส่วนรวมที่เกิดขึ้นจากการเพิกถอนย้อนหลังแล้ว การพิพากษาไม่ว่าจะย้อนหลังไปถึงวันมีคำพิพากษา หรือวันใดวันหนึ่งซึ่งไม่ย้อนหลังไปถึงวันที่ทำนิติกรรมทางปกครองที่พิพาท ย่อมเป็นสิ่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและไม่เป็นธรรมตามลักษณะและหลักการของคดีฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง เพราะจะเป็นการละเมิดหลักประกันสิทธิของผู้ฟ้องคดีที่จะต้องได้รับการเพิกถอนทำลายผลของนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายที่มีมาทั้งหมดย้อนหลังไปนับตั้งแต่วันแรกที่มีนิติกรรมทางปกครองเสมอ ทั้งนี้ เพื่อคุ้มครองเยียวยาให้กลับสู่สถานะเดิมและได้คืนสิทธิประโยชน์ต่างๆ ที่มีอยู่ตามเดิมก่อนถูกกระทบสิทธิโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย “ความเป็นธรรมแห่งกรณี” ในเรื่องนี้จึงต้องเป็นการใช้อำนาจกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองมีผลย้อนหลัง[๑๔] เสมอ เพราะไม่มีผลกระทบต่อสถานภาพแห่งสิทธิหน้าที่ต่างๆของบุคคลอื่น หรือกระทบต่อประโยชน์ส่วนรวมที่เกิดขึ้นจากการเพิกถอนย้อนหลัง และเป็นเพียงเรื่องการควบคุมความชอบด้วยกฎหมายโดยตรง (principe de légalité) ระหว่างฝ่ายปกครองกับผู้ฟ้องคดี เท่านั้น

ส่วนกรณีที่การเพิกถอนย้อนหลังมีผลกระทบอย่างมากเกินสมควรต่อสถานภาพแห่งสิทธิหน้าที่ต่างๆ ของบุคคลอื่นและหรือต่อประโยชน์ส่วนรวม เช่น การเพิกถอนพระราชกฤษฎีกาที่ใช้บังคับแล้ว ซึ่งโดยสภาพย่อมมีผลกระทบกว้างขวางต่อสิทธิหน้าที่ของคนจำนวนมากและเกิดปัญหาการบังคับใช้กฎหมายที่ค้างคาลักลั่นยากแก่การแก้ไขเยียวยาเสมอ แนวทางการปรับใช้การกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองมีผล ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี จึงต้องเป็นเรื่องพิพากษายกเว้นการเพิกถอนย้อนหลัง กล่าวคือ ไม่กำหนดให้การเพิกถอนมีผลย้อนหลัง เพื่อคุ้มครองสถานภาพแห่งสิทธิหน้าที่ต่างๆ ของบุคคลอื่นและคุ้มครองผลกระทบต่อประโยชน์ส่วนรวมที่เกิดขึ้นจากการเพิกถอนย้อนหลัง ตามหลัก

[๑๔] เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ. ๓๐/๒๕๖๓

การคุ้มครองความมั่นคงแห่งสิทธิ (principe de sécurité juridique) โดยศาลมีดุลพินิจกำหนดวิธีการและช่วงเวลาให้การเพิกถอนมีผลไปในอนาคต เช่น ให้เวลาฝ่ายปกครองไปแก้ไขพระราชกฤษฎีกาให้ถูกต้องก่อนเวลาที่การเพิกถอนจะมีผลบังคับ และพิพากษากำหนดให้การเพิกถอนกฎหรือพระราชกฤษฎีกาที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีผลในอีก ๔ เดือน[๑๕] เป็นต้น อย่างไรก็ตาม จากการศึกษาแนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดไทยกลับพบว่า ศาลปกครองได้เคยมีคำพิพากษาเพิกถอนกฎที่พิพาท (พระราชกฤษฎีกา) โดยกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนกฎมีผลย้อนหลังไปนับตั้งแต่วันแรกที่มีนิติกรรมทางปกครอง (วันใช้บังคับพระราชกฤษฎีกา) เนื่องจากการดำเนินการในขั้นตอนต่างๆ ที่เป็นสาระสำคัญก่อนออกพระราชกฤษฎีกาทั้งสองฉบับไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งมีผลลบล้างผลบังคับทางกฎหมายทั้งหมดของพระราชกฤษฎีกาทั้งสองฉบับนี้ทันทีเสมือนไม่เคยดำรงอยู่ในระบบกฎหมายเลย (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ. ๕/๒๕๔๙) ทั้งที่ๆ ดังได้กล่าวมาแล้วว่า โดยสภาพของการเพิกถอนกฎหรือพระราชกฤษฎีกาที่ใช้บังคับแล้วย่อมมีผลกระทบกว้างขวางต่อสิทธิหน้าที่ของคนจำนวนมากและเกิดปัญหาการบังคับใช้กฎหมายที่ค้างคาลักลั่นยากแก่การแก้ไขเยียวยาเสมอ ดังนั้น โดยหลักการแล้วเมื่อพิจารณาถึงสภาพทางกฎหมายและผลกระทบที่จะเกิดขึ้นอย่างกว้างขวางในการเพิกถอนกฎดังกล่าว คำพิพากษามักจะกำหนดเวลาในการเพิกถอนไม่ให้มีผลย้อนหลัง โดยให้มีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่ง เพื่อเปิดโอกาสให้ฝ่ายปกครองได้มีเวลาแก้ไขกฎดังกล่าวให้ชอบด้วยกฎหมายก่อนถึงวันมีผลบังคับให้มีการเพิกถอน แต่การพิพากษาเพิกถอนในเรื่องนี้กลับปรากฏว่าศาลไม่ได้แสดงให้เห็นว่าได้ประเมินถึงผลกระทบต่างๆ ที่อาจเกิดขึ้นข้างต้นอันเป็น “ความเป็นธรรมตามกรณี” ในการใช้อำนาจเพิกถอนกฎให้มีผลย้อนหลังแต่อย่างใด เนื่องจากไม่มีการชั่งประโยชน์ตามหลักสัดส่วนระหว่างการเพิกถอนพระราชกฤษฎีกาทั้งสองฉบับเพื่อคุ้มครองความชอบด้วยกฎหมายและความเสียหายของประชาชนผู้ใช้ไฟฟ้าและพนักงานของ กฟผ. กับผลกระทบของการเพิกถอนพระราชกฤษฎีกาดังกล่าวต่อประโยชน์ส่วนรวมที่จะเกิดขึ้นจากการแปรสภาพการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย ไปเป็นบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน) แต่อย่างใด และเกิดปัญหาทางกฎหมายในการบังคับคดีดังกล่าวนี้อย่างมากมาย

ข. กรณีที่ศาลใช้อำนาจกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองไม่มีผลย้อนหลังโดยให้มีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ หรือกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ โดยอ้าง “ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี” ตามมาตรา ๗๒ วรรคสอง แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ นั้น มีข้อพิจารณาว่าศาลปกครองไทยได้มีคำพิพากษาแสดงแนวคิดทางกฎหมายในการคุ้มครองความมั่นคงแห่งสิทธิและมีกรอบการใช้ดุลพินิจในการประเมินว่า การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายให้มีผลย้อนหลังเพื่อคุ้มครองผู้ฟ้องคดี ก่อให้เกิดผลกระทบเกินสมควรอย่างมาก (conséquences manifestement excessives) แก่สถานภาพแห่งสิทธิหน้าที่ต่างๆ ของบุคคลอื่นและหรือต่อประโยชน์ส่วนรวมหรือไม่ อย่างไร เป็นหลักการสำคัญเบื้องต้นในการใช้อำนาจกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลัง หรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้

[๑๕] เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดฝรั่งเศส CE, 19 déc. 2008, คดี Kierzkowki-Chatal, Rec., 467.กรณีพระราชกฤษฎีกาออกโดยผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการที่ไม่ครบองค์ประกอบ ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาให้มีผลเพิกถอนในอีก ๔ เดือน

หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี ในมาตรา ๗๒ แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ โดยชั่งน้ำหนักข้อเท็จจริงและผลกระทบต่างๆ ที่เกิดขึ้นหากมีการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองย้อนหลัง มาพิจารณาประกอบการกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวมีผล ทั้งๆ ที่ มาตรา ๗๒ วรรคสอง แห่ง พ.ร.บ.จัดตั้งศาลปกครองฯ ซึ่งเป็นมาตราหลักในการกำหนดอำนาจศาลในเรื่องนี้ ไม่ได้กำหนดถึงเนื้อหาหลักการ ลำดับขั้นตอนหรือแนวทางที่ศาลต้องใช้พิจารณาในเรื่องนี้ไว้เลย กล่าวคือ ศาลเริ่มด้วยการคำนึงถึงผลของการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่พิพาทให้มีผลย้อนหลัง (ใบอนุญาตให้ประกอบกิจการกำจัดขยะมูลฝอย) ของบริษัทเอกชนที่กระทำแทนหน่วยงานทางปกครอง ซึ่งแม้สามารถกำจัดเหตุเดือดร้อนรำคาญเรื่องกลิ่นเหม็นให้แก่ผู้ฟ้องคดีและผู้ได้รับผลกระทบก็ตาม แต่ก็ย่อมเกิดผลกระทบเกินสมควรอย่างมากกับผู้ฟ้องคดีและผู้ได้รับผลกระทบข้างเคียงในชุมชนเองเกี่ยวกับการไม่มีบริการสาธารณะในการกำจัดขยะมูลฝอยต่อไป และจะเกิดปัญหาสภาวะแวดล้อมและสุขภาพอนามัย ตลอดจนการรักษาความสะอาดของบ้านเมืองในเขตพื้นที่ดังกล่าวเป็นวงกว้าง ซึ่งย่อมส่งผลกระทบกับประโยชน์ส่วนรวมในการรักษาสภาวะแวดล้อมและสุขภาพอนามัย รวมทั้งการจัดเก็บและทำลายขยะของชุมชนทั้งในระดับเขตและระดับจังหวัดอีกด้วย โดยวินิจฉัยว่า “เมื่อได้เปรียบเทียบความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสามและประชาชนที่อาศัยอยู่ในบริเวณใกล้เคียงสถานที่ฝังกลบมูลฝอยของเอกชนผู้รับใบอนุญาตประกอบกิจการกำจัดขยะมูลฝอย เนื่องจากผลกระทบเรื่องกลิ่นเหม็นจากการประกอบกิจการกำจัดมูลฝอย กับความเสียหายที่จะเกิดขึ้นจากการห้ามมิให้เอกชนดังกล่าวประกอบกิจการกำจัดมูลฝอยในท้องที่ตำบลราชาเทวะตามสัญญาที่ได้ทำกับกรุงเทพมหานคร แล้ว เห็นว่า การห้ามเอกชนประกอบกิจการกำจัดมูลฝอยต่อไป ย่อมส่งผลเสียหายอย่างมากกับการจัดทำบริการสาธารณะด้านการกำจัดมูลฝอยที่อยู่ในความรับผิดชอบของกทม.รวมทั้งการกำจัดมูลฝอยที่อยู่ในความรับผิดชอบของอบต.ราชาเทวะ เนื่องจากการไม่มีสถานที่กำจัดมูลฝอยซึ่งมีปริมาณมากมาย จะส่งผลให้เกิดปัญหาไม่สามารถกำจัดมูลฝอยในเขตพื้นที่ของกรุงเทพมหานครและตำบลราชาเทวะตามมา ซึ่งรวมถึงในชุมชนของผู้ฟ้องคดีทั้งสามและชุมชนใกล้เคียงด้วย และย่อมก่อให้เกิดปัญหาด้านสภาวะแวดล้อมและสุขภาพอนามัย ตลอดจนการรักษาความสะอาดของบ้านเมืองในเขตพื้นที่ดังกล่าวเป็นวงกว้าง เป็นความเสียหายต่อประโยชน์ส่วนรวมมากกว่าความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีทั้งสามและประชาชนที่อาศัยอยู่ในบริเวณใกล้เคียงสถานที่ฝังกลบมูลฝอย ” และศาลในคดีนี้ได้ประเมินกำหนดวิธีการและช่วงเวลาที่เหมาะสมให้การเพิกถอนมีผลตามความเป็นธรรมแห่งกรณีของคดีไปในอนาคต โดยพิพากษาให้เพิกถอนใบอนุญาตการจัดทำบริการสาธารณะเกี่ยวกับการกำจัดมูลฝอยที่อยู่ในความรับผิดชอบของอบต.ราชาเทวะและกทม. มีผลนับแต่วันที่พ้นกำหนดเก้าสิบวันนับแต่วันที่มีคำพิพากษา เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้ยังอยู่และดำเนินการไปอย่างถูกต้องต่อเนื่องจนกว่าจะหมดสัญญา รวมทั้งกำหนดเงื่อนไขให้มีมาตรการการตรวจสอบดูแลรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมบริเวณสถานที่ฝังกลบมูลฝอยเป็นระยะเวลาหนึ่งปีหลังสิ้นสุดสัญญาแล้วอย่างเคร่งครัดด้วย เพื่อคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมอย่างต่อเนื่องทั้งก่อนและหลังสัญญาจัดทำบริการสาธารณะเกี่ยวกับการกำจัดมูลฝอยสิ้นสุด และเพื่อให้บริการสาธารณะนี้ยังคงดำเนินการต่อเนื่องไป ไม่ให้กระทบประโยชน์ส่วนรวมอื่นๆ ของทั้งชุมชน อบต.ราชาเทวะ และกทม. (คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๗๙/๒๕๔๗) “ความเป็นธรรมตามกรณี”ในคำพิพากษานี้จึงเป็นการเพิกถอน

ไม่ให้มีผลย้อนหลัง เนื่องจากการเพิกถอนให้มีผลย้อนหลังนี้จะมีผลกระทบเกินสมควรอย่างมากกับสิทธิของบุคคลอื่นๆ ในชุมชนและพื้นที่ใกล้เคียงที่จะได้รับบริการสาธารณะในการจัดเก็บทำลายขยะมูลฝอย และกระทบกับประโยชน์ส่วนรวมในการจัดเก็บทำลายขยะมูลฝอย การป้องกันปัญหาด้านสภาวะแวดล้อมและสุขภาพอนามัย ตลอดจนการรักษาความสะอาดของบ้านเมืองในเขตพื้นที่ดังกล่าวเป็นวงกว้าง ของอบต.ราชาเทวะและกทม. ด้วยการวางแนวทางการประเมินและหลักการชั่งน้ำหนักประโยชน์ต่างๆ ที่เกี่ยวข้องไปพร้อมกับการคุ้มครองผู้ฟ้องคดีจากความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ภายใต้การรักษาประโยชน์ส่วนรวมตามหลักกฎหมายปกครอง โดยกำหนดช่วงเวลาที่ให้การเพิกถอนคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีผล และเงื่อนไขวิธีการตรวจสอบดูแลรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อมบริเวณสถานที่ฝังกลบมูลฝอย เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะในเรื่องนี้ยังดำเนินการต่อเนื่องรองรับประโยชน์ส่วนรวมที่ต้องคุ้มครอง เหล่านี้ได้สร้างขอบเขตเนื้อหาของหลักกฎหมายปกครองไทยเกี่ยวกับการพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและการเพิกถอนให้มีผลไปในอนาคต ซึ่งเติมเต็มเนื้อหาในมาตรา ๗๒ วรรคสอง แห่ง พ.ร.บ.จัดตั้งศาลปกครองฯ รวมทั้งเป็นตัวอย่างแนวทางหรือนิติวิธีในการพิจารณาใช้อำนาจกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ของศาลปกครองด้วย

ค. กรณีศาลพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองโดยไม่จำเป็น ผ่านข้ออ้างการคุ้มครองผลกระทบที่อาจจะเกิดขึ้นต่อประโยชน์สาธารณะและการบริหารราชการแผ่นดิน เช่น การที่ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า “เมื่อพิจารณาระหว่างประโยชน์ส่วนตัวของผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นข้าราชการที่กระทำผิดวินัยจริง เพียงแต่มีความบกพร่องเฉพาะในส่วนของขั้นตอนและวิธีการดำเนินการทางวินัยเนื่องจากไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น และเมื่อมีการแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าวแล้วก็ไม่อาจทำให้ผลการดำเนินการทางวินัยเปลี่ยนแปลงจากเดิม เมื่อเปรียบเทียบระหว่างการกระทำผิดวินัยจริง กับผลกระทบที่อาจจะเกิดขึ้นต่อประโยชน์สาธารณะและการบริหารราชการแผ่นดินแล้ว การเพิกถอนโดยให้มีผลย้อนหลังซึ่งจะทำให้สิทธิประโยชน์ต่างๆ กลับคืนมาเนื่องจากเสมือนไม่มีคำสั่งลงโทษและทำให้ข้าราชการที่ได้กระทำผิดวินัยกลายเป็นผู้ที่พ้นจากความผิดเพราะความบกพร่องในส่วนของขั้นตอนและวิธีการดำเนินการทางวินัยจะเป็นการสร้างความเสียหายให้แก่ทางราชการเพิ่มขึ้น จึงควรพิพากษาเพิกถอนคำสั่งที่ไล่ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการ และมติที่ให้ยกอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดี โดยให้การเพิกถอนมีผลนับแต่วันที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษานี้ และมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาโดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ มีอำนาจดำเนินการทางวินัยผู้ฟ้องคดีใหม่ให้ถูกต้อง[๑๖]” นั้น เป็นกรณีสำคัญที่ศาลปกครองควรชั่งน้ำหนักระหว่างการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายกับการหลีกเลี่ยงไม่เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวแม้จะมีเหตุความไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพื่อคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมที่ต่างออกไป ในลักษณะที่ว่า เมื่อพิจารณาระหว่างประโยชน์ส่วนตัวของผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นข้าราชการที่กระทำผิดวินัยจริง เพียงแต่มีความบกพร่องเฉพาะในส่วนของขั้นตอนและวิธีการดำเนินการทางวินัยเนื่องจากไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น และหากเมื่อมีการแก้ไขข้อบกพร่องดังกล่าวแล้วก็ไม่อาจ

[๑๖] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๖๓/๒๕๕๘, อ.๒๑๓/๒๕๕๘, อ.๖๐๐/๒๕๕๘, อ.๖๐๕/๒๕๕๘, อ.๗๗๙/๒๕๕๘, อ.๑๑๔๗/๒๕๕๘, อ.๑๔๓๕/๒๕๕๘, และ ๓๙/๒๕๕๙ เป็นต้น

ทำให้ผลการดำเนินการทางวินัยเปลี่ยนแปลงจากเดิม ความไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยได้รับการแต่งตั้งโดยผู้ไม่มีอำนาจแต่งตั้งนั้น แม้จะเป็นหลักประกันที่มีความสำคัญเพียงใดก็ตาม แต่ก็เป็นปัญหาอำนาจแต่งตั้งในเรื่องกระบวนการ เป็นเพียงรูปแบบขั้นตอนที่ถือว่าเป็นขั้นตอนย่อยขั้นตอนหนึ่งในขั้นตอนของการสอบสวนทางวินัย เมื่อความไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าวไม่อาจมีผลที่จะเปลี่ยนแปลงเนื้อหาคำสั่งทางปกครองที่ลงโทษวินัยไล่ผู้ฟ้องคดีออกจากราชการ รวมทั้งเนื้อหามติที่ให้ยกอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดี ให้ผู้ฟ้องคดีกลายเป็นผู้ไม่ได้กระทำผิดได้เลย จึงเป็นเพียงความไม่ชอบด้วยกฎหมายตามรูปแบบขั้นตอนที่ไม่ถือว่าเป็นสาระสำคัญในประเด็นพิพาทแห่งคดี และเมื่อไม่ใช่การกระทำขัดหรือไม่ชอบด้วยกฎหมายเกี่ยวกับเรื่องของอำนาจตามกฎหมายที่มีผลกระทบต่อเนื้อหาคำสั่งทางปกครองด้วยแล้ว จึงไม่ใช่ปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวด้วยความสงบเรียบร้อยที่ศาลจะยกขึ้นพิจารณาพิพากษาเองได้ ทั้งนี้ เมื่อไม่ปรากฏด้วยว่ามีการละเมิดหลักประกันสิทธิอื่นใดของผู้ฟ้องคดีอีก หรือทำให้หลงต่อสู้ในการพิจารณาแต่อย่างใดแล้ว จึงไม่มีเหตุให้คุ้มครองผู้ฟ้องคดีจากความไม่ชอบด้วยกฎหมายตามรูปแบบขั้นตอนที่ไม่ใช่สาระสำคัญเพราะไม่อาจมีผลกระทบเปลี่ยนแปลงผลของการกระทำผิดวินัยจริง สมควรที่ศาลจะมีคำพิพากษาให้ยกฟ้องเพื่อให้ผู้ฟ้องคดีได้รับการลงโทษตามจริง มากกว่าการมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัยเพื่อให้มีการดำเนินการสอบสวนทางวินัยใหม่ โดยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาว่า ในการปฏิบัติราชการต่อไปให้หน่วยงานถือปฏิบัติเกี่ยวกับการแต่งตั้งกรรมการสอบสวนทางวินัยให้ถูกต้องตามขั้นตอนกฎหมายอย่างเคร่งครัด ดังนั้น ด้วยความเคารพอย่างสูงต่อคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ผู้เขียนเห็นว่า การที่ศาลพิพากษาโดยเลือกที่จะให้มีการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนับแต่วันที่มีคำพิพากษาเพื่อป้องกันไม่ให้กระทบประโยชน์ส่วนรวมคืองานราชการและเงินของรัฐ โดยให้จัดการสอบสวนทางวินัยใหม่ให้ถูกต้องเพียงเพื่อให้ผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจตามกฎหมายแต่งตั้งกรรมการสอบสวนวินัยใหม่อีกครั้งเท่านั้น เป็นการประเมินใช้วิธีการทางกฎหมายที่ไม่สอดคล้องกับความเป็นธรรมแห่งกรณี เนื่องจากกรณีนี้ไม่มีเหตุอันสมควรใดๆ ที่จะคุ้มครองผู้ฟ้องคดี เพราะความบกพร่องในเรื่องรูปแบบขั้นตอนทางกฎหมายที่ไม่ใช่สาระสำคัญ แม้จะมีความบกพร่องไม่ชอบด้วยกฎหมายนี้อยู่หรือไม่ก็ตาม ข้อเท็จจริงก็รับฟังได้เสมอว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ที่กระทำผิดวินัยจริง นิติกรรมทางปกครองซึ่งเป็นคำสั่งลงโทษผู้ฟ้องคดีจึงชอบแล้ว กรณีพิพาทจึงไม่จำเป็นต้องมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัยหรือต้องกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองมีผลในวันที่มีคำพิพากษาเพื่อคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมคืองานราชการและเงินของรัฐ ตามมาตรา ๗๒ วรรคสอง แห่ง พ.ร.บ.จัดตั้งศาลปกครองฯ แต่อย่างใดอีก นอกจากนี้มีข้อพิจารณาด้วยว่า การประเมินใช้วิธีการมีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวอาจกลับไปมีผลกระทบต่อราชการและเงินของรัฐ ที่ต้องจัดการสอบสวนทางวินัยใหม่ให้ถูกต้องเพื่อให้ผู้บังคับบัญชาที่มีอำนาจตามกฎหมายแต่งตั้งกรรมการสอบสวนวินัยใหม่อีกครั้งในทุกกรณี เพียงเพื่อให้มีความชอบด้วยกฎหมายที่ไม่ใช่สาระสำคัญในประเด็นแห่งคดี และได้ผลตามเดิมคือผู้ฟ้องคดีทำผิดวินัยจริงและต้องมีคำสั่งลงโทษผู้ฟ้องคดีตามเดิมอีกครั้ง ซึ่งย่อมมีผลกระทบต่อการบริหารราชการแผ่นดินและสร้างความล่าช้าแก่ระบบการสอบสวนวินัยข้าราชการด้วย

บทสรุป

อำนาจพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและการกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนมีผล ในคดีฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง เป็นเครื่องมือสำคัญทางกฎหมายปกครองสมัยใหม่ที่ส่งผลต่อการจัดการปัญหาข้อพิพาททางปกครองที่มีผลประโยชน์ขัดกันหลายด้านหลายมิติ หากพิพากษาเพิกถอนไม่ถูกต้อง หรือไม่จำต้องพิพากษาและกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองมีผล ย่อมก่อให้เกิดความขัดแย้งและปัญหาใหม่เกิดขึ้นในคดีพิพาทเดิมได้เสมอ มาตรา ๗๒ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ และแนวคำพิพากษาที่เกี่ยวข้องกับอำนาจพิพากษาเพิกถอน ได้วางหลักให้ศาลต้องกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนมีผลในทุกคดี เป็นหลักกฎหมายและหลักการทั่วไป โดยมีเพียง “ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี” เป็นสิ่งที่ให้ความชอบธรรมในการใช้อำนาจกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนมีผลเท่านั้น โดยศาลเห็นว่า “ความเป็นธรรมแห่งกรณี” นี้เป็นทางเลือกที่มีเหตุผลของศาลในการบริหารความเป็นธรรมแห่งกรณี แต่คำว่า“ความเป็นธรรมแห่งกรณี”เองก็เป็นถ้อยคำกว้างๆ ไม่มีขอบเขตเนื้อหาความหมายใดๆ ในการนำไปปรับใช้ ดังนั้น ปัญหาคือทางเลือกอย่างไรของศาล ภายใต้เหตุผลแบบใด จึงจะถือว่าเป็นทางเลือกที่ถูกต้องในการบริหารความเป็นธรรมแห่งกรณี มิฉะนั้นทางเลือกใดๆ ก็ได้ ที่มีเหตุผลอย่างไรก็ได้ย่อมเป็นการใช้อำนาจเพิกถอนตามความเป็นธรรมแห่งกรณีเสมอ ซึ่งย่อมเปิดช่องให้ศาลมีอำนาจใช้ดุลพินิจมากมายในการพิพากษาคดีและมีคำบังคับกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนมีผล ถึงขนาดศาลเองเคยพิพากษาว่า “ศาลมีอำนาจกำหนดเงื่อนไขของการมีคำบังคับให้เพิกถอนคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างใดก็ได้เพื่อความเป็นธรรมแห่งกรณี ตามมาตรา ๗๒ วรรคสอง แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ” ...และ “ศาลมีอำนาจเพิกถอนคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยให้มีผล ในเวลาใดก็ได้”[๑๗] ทั้งๆ ที่การพิพากษาเพิกถอนหรือไม่เพิกถอน หรือกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองมีผลนั้น เป็นเรื่องละเอียดอ่อนที่ต้องประเมินชั่งน้ำหนักข้อเท็จจริงของผลประโยชน์ที่ขัดแย้งกัน โดยอาศัยเหตุผลและหลักกฎหมายในการเลือกวิธีการและช่วงเวลาที่ให้การเพิกถอนมีผล ซึ่งหลักกฎหมายในการเพิกถอนหรือไม่เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองในหลายเรื่อง ยังไม่มีการเรียนการสอนในคณะนิติศาสตร์หรือในศาลปกครองเอง

การที่ศาลมีดุลพินิจอย่างมากในการกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองมีผล แม้จะอ้าง “ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี” ในทุกเรื่อง แต่กลับกลายเป็นแค่การผูกพันต้องทำตามที่กฎหมายและแนวคำพิพากษากำหนดไว้ ทำให้การกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนมีผลนี้ อาจเป็นแค่เพียงรูปแบบคำบังคับของคำพิพากษาที่ต้องมีในทุกคดีที่มีคำพิพากษาเพิกถอน หากพิพากษาเพิกถอนโดยไม่มีการกำหนดเวลาให้การเพิกถอนมีผล ก็จะเป็นปัญหาข้อกฎหมายอันเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยที่ศาลปกครองสูงสุดยกขึ้นพิจารณาแก้ไขให้ได้เองเท่านั้น ไม่ได้ตรวจสอบเรื่อง “ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี” ว่า ศาลได้ประเมินหรือชั่งน้ำหนักประโยชน์ที่ขัดกันได้อย่างถูกต้องเป็นธรรมจริงหรือไม่ หรือเลือกวิธีการและการกำหนดช่วงเวลาที่ให้การเพิกถอนมีผล ได้อย่างเหมาะสมสมควรหรือไม่ “ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี” นี้ จึงอาจเป็นเพียงรูปแบบหรือเครื่องหมาย (label) แห่งความชอบธรรม ที่ใช้อ้างเพื่อใช้อำนาจตามที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น

[๑๗] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๘๒๔/๒๕๕๘

ไม่สามารถใช้เป็นหลักประกันตรวจสอบการใช้ดุลพินิจของศาล หรือเป็นทางเลือกที่มีเหตุผลของศาลในการบริหารความเป็นธรรมแห่งกรณีได้จริง

ผู้เขียนเห็นว่าการตีความมาตรา ๗๒ วรรคสอง แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ”เพื่อมิให้ศาลมีดุลพินิจมากเกินสมควรที่จะกำหนดคำบังคับให้เพิกถอนคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอย่างใดก็ได้ แต่อ้างความเป็นธรรมแห่งกรณี โดยยอมรับหลักกฎหมาย“การพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้ถือว่านิติกรรมทางปกครองนั้นไม่เคยมีอยู่ และจึงมีผลย้อนหลังเองเสมอ”[๑๘] เป็นหลักการทั่วไป รวมทั้งมีหลักการประเมินว่า “การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายให้มีผลย้อนหลังเพื่อคุ้มครองผู้ฟ้องคดีนั้น ได้ก่อให้เกิดผลกระทบเกินสมควรอย่างมาก (conséquences manifestement excessives) ต่อสถานภาพแห่งสิทธิหน้าที่ต่างๆ ของบุคคลอื่นและหรือต่อประโยชน์ส่วนรวมหรือไม่ อย่างไร” เพื่อใช้กำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนมีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลัง หรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณีตามมาตรา ๗๒ วรรคสอง เป็นหลักเสริม เมื่อมีกรณีที่ต้องการยกเว้นการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองไม่ให้มีผลย้อนหลัง[๑๙] เท่านั้น ทั้งนี้ เพื่อเป็นโครงสร้างแนวทางการใช้อำนาจศาลในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนมีผล ดังเช่นแนวทางในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๗๙/๒๕๔๗ อันเป็นการเติมเต็มเนื้อหาหลักการเรื่องนี้ในมาตรา ๗๒ วรรคสอง แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ และช่วยลดทอนข้อกังวลเกี่ยวกับปัญหาการมีดุลพินิจกว้างขวางอย่างมากของศาลโดยใช้หลักการประเมินดังกล่าวเป็นกรอบการใช้อำนาจกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองมีผลตามความเป็นธรรมแห่งกรณี ส่วนการแก้ไขปัญหาระยะสั้นน่าจะเป็นการศึกษารวบรวมวิเคราะห์แนวคำพิพากษาที่กำหนดให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมีผลในแต่ละช่วงเวลาตามความเป็นธรรมแห่งกรณี เช่นแนวทางการเพิกถอนย้อนหลังไปตั้งแต่แรกในกรณีที่ไม่มีผลกระทบเกินสมควรอย่างมากต่อสถานภาพแห่งสิทธิหน้าที่ต่างๆ ของบุคคลอื่นหรือไม่มีผลกระทบกับประโยชน์ส่วนรวม แต่หากมีผลกระทบดังกล่าวแล้วย่อมต้องไม่เพิกถอนย้อนหลัง[๒๐] หรือแนวทางการเพิกถอนให้มีผลไปในอนาคตและกำหนดเงื่อนไข ซึ่งก็ปรากฏอยู่ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๗๙/๒๕๔๗ เช่นกัน ทั้งนี้เพื่อสร้างเนื้อหาและให้แนวทาง (ยิ่งต๊อก) การกำหนดวิธีการและช่วงเวลาแก่ศาลในการใช้อำนาจเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนดังกล่าวมีผล ตามมาตรา ๗๒ วรรคสอง แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ

---

[๑๘] ซึ่งในความจริงก็มีการยอมรับหลักกฎหมายนี้ในระบบกฎหมายศาลยุติธรรม ในสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (บันทึกสำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา (เรื่องเสร็จที่ ๒๐๘/๒๕๔๙) เรื่อง การดำเนินการตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่เพิกถอนพระราชกฤษฎีกาเกี่ยวกับการแปลงสภาพ กฟผ. เป็นบริษัท กฟผ. จำกัด (มหาชน).) หรือแม้แต่ในศาลปกครองเอง เช่น ในคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ. ๕/๒๕๔๙, อ.๖๓/๒๕๕๘, อ.๒๑๓/๒๕๕๘, อ.๖๐๐/๒๕๕๘, อ.๖๐๕/๒๕๕๘, อ.๗๗๙/๒๕๕๘, อ.๑๑๔๗/๒๕๕๘, อ.๑๔๓๕/๒๕๕๘, และ ๓๙/๒๕๕๙ เป็นต้น ก็ได้แสดงนัยยอมรับหลักกฎหมายเรื่องนี้

[๑๙] ธีระชัย จาตุรนต์สวัสดิ์ “ปัญหาการกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองมีผลตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒” รายงานการศึกษาส่วนบุคคล, หลักสูตรพนักงานคดีปกครองระดับสูง รุ่นที่ ๑๕ ประจำปี ๒๕๖๓, สำนักงานศาลปกครอง

[๒๐] โปรดดูคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ. ๕/๒๕๔๙

อนึ่ง มีความจำเป็นในการนำหลักกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับการเพิกถอนหรือไม่เพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง เช่น อำนาจศาลในการเปลี่ยนฐานกฎหมายหรือเปลี่ยนมูลเหตุจูงใจ[๒๑] ซึ่งใช้เป็นเหตุผลในการออกนิติกรรมทางปกครอง มาใช้ตัดสินหลีกเลี่ยงการพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เพื่อมิให้มีการบังคับให้ฝ่ายปกครองต้องออกนิติกรรมทางปกครองอีกครั้งเพียงเพื่อเปลี่ยนฐานกฎหมายหรือเปลี่ยนมูลเหตุจูงใจ แต่มีผลเช่นเดิม ซึ่งเหมาะสมและเป็นประโยชน์แก่ระบบบริหารราชการมากกว่า หรือนำหลักกฎหมายเรื่องรูปแบบขั้นตอนที่มีผลหรือไม่มีผลต่อเนื้อหาของนิติกรรมทางปกครอง มาพิจารณาใช้เพื่อหลีกเลี่ยงการพิพากษาเพิกถอน เนื่องจากรูปแบบขั้นตอนที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น แม้จะสำคัญอย่างไร หากไม่มีผลต่อเนื้อหาของนิติกรรมทางปกครองในประเด็นพิพาทได้เลย ย่อมถือว่าไม่ใช่สาระสำคัญในประเด็นพิพาท จึงไม่มีความจำเป็นต้องพิพากษาเพิกถอนบังคับให้ฝ่ายปกครองไปแก้ไขความไม่ชอบนั้น เพื่อออกนิติกรรมทางปกครองให้มีผลเหมือนเดิมอีกครั้ง เป็นต้น[๒๒] ทั้งนี้ รวมทั้งนำหลักกฎหมายอื่นๆ ที่เกี่ยวข้องมาใช้อย่างครบถ้วน[๒๓] ซึ่งจะสร้างความเป็นธรรมแห่งกรณีได้เหมาะสมกว่าการพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่พิพาท หรือยกฟ้องเท่านั้น และเป็นทางเลือกที่มีเหตุผลของศาลในการบริหารความเป็นธรรมแห่งกรณี[๒๔] อย่างแท้จริงด้วย

---

[๒๑] ประสาท พงษ์สุวรรณ์ “หลักกฎหมายที่สำคัญบางประการในการพิจารณาคดีฟ้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง” ใน ๖๐ ปี “ความมุ่งมั่นของคน ตัวตนอาจารย์วรพจน์” หนังสืออาจาริยบูชาเนื่องในโอกาสครบรอบ ๖๐ ปี ของศาสตราจารย์พิเศษ ดร. วรพจน์ วิศรุตพิชญ์, โรงพิมพ์เดือนตุลา, กันยายน ๒๕๕๗ หน้า ๑๘๕-๑๙๗.

[๒๒] เปรียบเทียบคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่, อ.๖๓/๒๕๕๘, อ.๒๑๓/๒๕๕๘, อ.๖๐๐/๒๕๕๘, อ.๖๐๕/๒๕๕๘, อ.๗๗๙/๒๕๕๘, อ.๑๑๔๗/๒๕๕๘, อ.๑๔๓๕/๒๕๕๘, และ ๓๙/๒๕๕๙ เป็นต้น

[๒๓] ประสาท พงษ์สุวรรณ์, เพิ่งอ้าง, หน้า ๑๙๙.

[๒๔] หลักกฎหมายต่างๆ เหล่านี้ไม่ได้รวมอยู่ในเรื่อง“ความเป็นธรรมตามกรณี”ในเรื่องการกำหนดเวลาที่ให้การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองมีผล ตามมาตรา ๗๒ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองฯ แต่ศาลปกครองสามารถนำมาใช้ได้โดยตรงในฐานะที่เป็นหลักกฎหมายทั่วไปของกฎหมายปกครอง (ประสาท พงษ์สุวรรณ์, เพิ่งอ้าง, หน้า ๑๙๙) เนื่องจากเป็นอำนาจทั่วไปของศาลในคดีฟ้องขอให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองอยู่แล้ว

“ความเสมอภาคในการต่อสู้คดี : ศึกษากฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองฝรั่งเศส”

เอกสิทธิ์ จันต๊ะมา*

“ในโอกาสที่ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ประธานศาลปกครองสูงสุด เกษียณอายุราชการในคราวนี้ ผู้เขียนขออำนาจคุณพระศรีรัตนตรัย สิ่งศักดิ์สิทธิ์ทั้งหลาย และคุณความดีที่ท่านอาจารย์ชาญชัยได้อุทิศตนเพื่อทำงานเพื่อการพัฒนากระบวนการยุติธรรมทางปกครอง ศาลปกครอง ประเทศชาติบ้านเมือง และบรรดาลูกศิษย์ทั้งหลายที่ท่านเป็นผู้ให้ความรู้ประสิทธิประสาทวิชาให้ ช่วยดลบันดาลให้ท่านมีสุขภาพร่างกายที่แข็งแรง เป็นกำลังสำคัญให้แก่ประเทศชาติ บ้านเมือง และแก่กระบวนการยุติธรรมทางปกครองของประเทศไทย ที่ยังคงต้องการความรู้ความเชี่ยวชาญจากท่านอาจารย์ชาญชัยต่อไปด้วยเทอญ”

ความเสมอภาคในการต่อสู้คดี (L’égalité des armes) เป็นหลักการสำคัญของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง ที่กำหนดให้ตุลาการศาลปกครองต้องดำเนินการกระบวนพิจารณาคดีปกครองให้เป็นไปโดยเสมอภาคให้แก่คู่กรณีในคดีปกครองซึ่งมีสถานะ ความสามารถในการต่อสู้คดี และอำนาจต่อรองที่ไม่เท่าเทียมกัน ในลักษณะที่ฝ่ายหนึ่งที่เป็นเอกชนหรือประชาชนทั่วไปที่ไม่มีอำนาจใด ๆ ภายใต้กฎหมายกับอีกฝ่ายหนึ่งที่เป็นรัฐ หรือองคาพยพต่าง ๆ ของรัฐ ซึ่งเป็นผู้ใช้อำนาจรัฐ อีกทั้งหลักการดังกล่าวยังเป็น “เป้าหมาย” ที่ต้องทำให้เกิดขึ้นในระหว่างการพิจารณาคดีภายใต้ระบบการพิจารณาคดีที่เรียกว่า “ระบบไต่สวน”[๑] ซึ่งเป็นวิธีพิจารณาคดีที่มีตุลาการศาลปกครองเป็นศูนย์กลางในการแสวงหาข้อเท็จจริงในคดี โดยที่คู่กรณีทั้งสองฝ่ายจะมีส่วนร่วมกับศาลในการพิสูจน์ข้อเท็จจริงในศาลอย่างเสมอภาคและเท่าเทียม กล่าวคือ ตุลาการศาลปกครองต้องใช้อำนาจในการดำเนินกระบวนพิจารณาเพื่อแสวงหาข้อเท็จจริงแห่งคดี โดยต้องแก้ไขความไม่เท่าเทียมระหว่างคู่กรณี และทำให้เกิดความเสมอภาคในการต่อสู้คดี

* พนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ กลุ่มค้นคว้าและเปรียบเทียบคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด สำนักประธานศาลปกครองสูงสุด สำนักงานศาลปกครอง Master 2 Droit Public : D.E.A. Droit Public Economique, Université Paris XIII นิติศาสตร์บัณฑิต (เกียรตินิยมอันดับสอง) มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์

[๑] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๓๐ ตุลาคม ค.ศ. ๒๐๐๙ คดี Perreux, Lebon T. 1077

วิธีพิจารณาคดีในลักษณะดังกล่าวนี้อาจถือได้ว่าเป็นลักษณะเฉพาะของคดีพิพาททางปกครองอีกอย่างหนึ่ง เนื่องจากหากคู่กรณีในคดีปกครองมีสิทธิและหน้าที่ในการดำเนินกระบวนพิจารณาคดีอย่างเสมอภาคเท่าเทียมแล้ว คดีปกครองย่อมไม่แตกต่างจากคดีพิพาททางแพ่งอื่น ๆ เมื่อเป็นเช่นนี้ก็ไม่จำต้องมีการกำหนดให้มีวิธีพิจารณาคดีปกครองที่มุ่งหมายสร้างความเสมอภาคในการต่อสู้คดีเพื่อนำมาใช้กับคดีปกครองโดยเฉพาะ และย่อมไม่จำต้องมีการจัดตั้งศาลปกครองเพื่อที่ทำหน้าที่ในการพิจารณาคดีปกครองเป็นการเฉพาะ ดังนั้น ความเสมอภาคในการต่อสู้คดีจึงเป็นประเด็นสำคัญในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองที่ทำให้คดีปกครองแตกต่างจากการพิจารณาพิพากษาคดีพิพาทประเภทอื่น ๆ ของศาลยุติธรรมหรือศาลอื่นใดนอกเหนือจากศาลปกครอง

กฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองฝรั่งเศสให้ความสำคัญเป็นอย่างยิ่งกับความเสมอภาคในการต่อสู้คดี ทั้งนี้ ความเสมอภาคในการต่อสู้คดีเป็นหลักการที่เป็นที่ได้รับการยอมรับและได้รับการรับรองแล้วในระดับระหว่างประเทศ โดยศาลสิทธิมนุษยชนยุโรปได้ตีความว่า ความเสมอภาคในการต่อสู้คดีเป็นหลักการตามมาตรา ๖ วรรคหนึ่ง แห่งอนุสัญญายุโรปว่าด้วยสิทธิมนุษยชน ที่กำหนดให้ต้องทำให้การดำเนินกระบวนพิจารณา ของศาลเกิดความเสมอภาคในการต่อสู้คดีไปจนสิ้นสุดกระบวนการ[๒] กับทั้งความเสมอภาคในการต่อสู้คดี เป็นส่วนหนึ่งของหลักการพื้นฐานของการพิจารณาพิพากษาคดีที่เป็นธรรม[๓] ความเสมอภาคในการต่อสู้คดี ถือเป็นเงื่อนไขสำคัญที่จะต้องดำเนินการเพื่อทำให้เกิดสมดุลระหว่างคู่กรณีไปตลอดระยะเวลาการดำเนินกระบวนพิจารณาในคดีปกครอง ความเสมอภาคในการต่อสู้คดีจึงเป็นกรอบที่เข้ามาครอบคลุมการใช้อำนาจของตุลาการในคดีปกครองที่จะต้องป้องกันมิให้เกิดความได้เปรียบเสียเปรียบระหว่างคู่กรณีในระหว่างการพิจารณาของศาลปกครอง เนื่องจากลักษณะของวิธีพิจารณาคดีปกครองที่อยู่ภายใต้ระบบไต่สวนนั้น ได้ให้อำนาจแก่ตุลาการศาลปกครองเป็นศูนย์กลางของการแสวงหาข้อเท็จจริง หากปราศจากกรอบทางกฎหมายที่เข้ามาควบคุมการใช้อำนาจดังกล่าวแล้ว การใช้อำนาจของตุลาการในบางกรณีอาจก่อให้เกิดความไม่เสมอภาคระหว่างคู่กรณีขึ้นได้ ทั้งนี้ แม้ไม่ได้เกิดจากความจงใจก็ตามกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองฝรั่งเศสเป็นกฎหมายที่มีอิทธิพลอย่างสูงต่อกฎหมายวิธีพิจาณาคดีปกครองไทย โดยวิธีพิจารณาคดีปกครองไทยในหลายส่วนได้รับเอาวิธีพิจารณาคดีปกครองฝรั่งเศสมาปรับใช้ ซึ่งมีผลทำให้วิธีพิจารณาคดีปกครองของไทยและวิธีพิจารณาปกครองฝรั่งเศสมีความคล้ายคลึงกันเป็นอย่างมาก ที่ปรากฏชัดเจนและถือเป็นเอกลักษณ์สำคัญของวิธีพิจารณาคดีปกครองฝรั่งเศสที่ประเทศไทยรับมาใช้ คือ ระบบตุลาการผู้แถลงคดีของประเทศฝรั่งเศส[๔] อย่างไรก็ตาม วิธีพิจารณาคดีปกครองของทั้งสองประเทศก็ยังมีความแตกต่างกันในหลายส่วนเช่นเดียวกัน อาทิ การกำหนดเงื่อนไขในการฟ้องคดีปกครองเกี่ยวกับการดำเนินการแก้ไขเยียวยาก่อนนำคดีมาฟ้องต่อศาล หรือกำหนดระยะเวลาในการฟ้องคดีปกครอง กระนั้น ความแตกต่างดังกล่าวเป็นเพียงความแตกต่างในรายละเอียดที่แต่ละประเทศ

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเทียนวายุราชการ

---

[๒] คำพิพากษาศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ลงวันที่ ๗ มิถุนายน ค.ศ. ๒๐๐๑ คดี Kress c/ France

[๓] คำพิพากษาศาลสิทธิมนุษยชนยุโรป ลงวันที่ ๑๘ กุมภาพันธ์ ค.ศ. ๑๙๙๗ คดี Niderost-Hubert c/ Suisse

[๔] นวพร พรรณรัตน์, ความเป็นมา แนวคิดและอำนาจหน้าที่ของตุลาการผู้แถลงคดี ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒, วิทยานิพนธ์ นิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย ๒๕๔๖

อาจกำหนดให้แตกต่างกันโดยไม่ได้ส่งผลต่อหลักทั่วไปของวิธีพิจารณาคดีปกครองในภาพรวม ส่วนหลักพื้นฐานของวิธีพิจารณาคดีปกครองต่าง ๆ อันรวมถึง ความเสมอภาคในการต่อสู้คดีซึ่งศาลปกครองต้องนำมาปรับใช้กับการพิจารณาพิพากษาคดีปกครอง นั้น ย่อมเป็นหลักที่ศาลปกครองของแต่ละประเทศนำมาใช้ในการพิจารณาพิพากษาคดีโดยไม่ได้มีความแตกต่างกัน ดังนั้น การศึกษาความเสมอภาคในการต่อสู้คดีตามวิธีพิจารณาคดีปกครองฝรั่งเศสจึงเป็นสิ่งที่มีประโยชน์ต่อการปฏิบัติหน้าที่ของตุลาการศาลปกครองโดยทั่วไป ที่สามารถนำแนวคิดหรือข้อความคิดดังกล่าวมาใช้ในการปฏิบัติหน้าที่ในการพิจารณาพิพากษาคดี ทั้งยังทำให้เกิดความเข้าใจที่ดียิ่งขึ้นเกี่ยวกับระบบไต่สวนและกรอบการใช้อำนาจของตุลาการศาลปกครองภายใต้ระบบไต่สวน

บทความนี้มุ่งหมายที่จะศึกษาความเสมอภาคในการต่อสู้คดีซึ่งเป็นหนึ่งในหลักกฎหมายพื้นฐานของวิธีพิจารณาคดีปกครองฝรั่งเศส โดยจะศึกษาวิธีการหรือกลไกที่ทำให้ศาลปกครองฝรั่งเศสสามารถดำเนินกระบวนพิจารณาคดีปกครองที่ทำให้เกิดความเสมอภาคในการต่อสู้คดี ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองฝรั่งเศส (Le Code de justice administrative) ซึ่งเป็นบทบัญญัติกฎหมายที่นำมาใช้บังคับในการดำเนินกระบวนพิจารณาในศาลปกครองฝรั่งเศสทั้ง ๓ ชั้นศาล (ซึ่งประกอบไปด้วยศาลปกครองชั้นต้น ศาลปกครองชั้นอุทธรณ์ และสภาแห่งรัฐซึ่งทำหน้าที่เป็นศาลปกครองสูงสุด) ความเสมอภาคในการต่อสู้คดีทำให้เกิดหลักเกณฑ์ที่ศาลต้องนำมาใช้พิจารณาว่า การดำเนินกระบวนพิจารณานั้นเป็นไปอย่างถูกต้องหรือไม่ อีกทั้งเป็นเป้าหมายที่ศาลต้องทำให้เกิดความเสมอภาคดังกล่าวนี้ขึ้นในระหว่างการดำเนินกระบวนพิจารณาในคดีหนึ่งคดีใด ทั้งนี้ การดำเนินกระบวนพิจารณาของศาลปกครองที่จะทำให้เกิดความเสมอภาคได้นั้น จะต้องดำเนินการตามหลักการให้โอกาสคู่กรณีได้โต้แย้งเป็นสำคัญ อีกทั้งยังต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองที่มีวัตถุประสงค์ในการทำให้เกิดความเสมอภาคในการต่อสู้คดี ตามที่บัญญัติไว้ในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองด้วย

๑. หลักการให้โอกาสคู่กรณีได้โต้แย้งและชี้แจง หลักประกันความเสมอภาคในการต่อสู้คดี

"หลักการให้โอกาสคู่กรณีได้โต้แย้งและชี้แจง (Le principe de la contradiction หรือ Le principe du contradictoire)" หรือ "หลักโต้แย้งคัดค้านต่อสู้คดี" ที่มีความหมายและสาระสำคัญเป็นอย่างเดียวกัน เป็นหลักการสำคัญของกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองฝรั่งเศส ซึ่งเป็นหลักประกันที่จะทำให้เกิดความเสมอภาคในการต่อสู้คดี โดยมาตรา L. 5 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง บัญญัติไว้ว่า *"การดำเนินกระบวนพิจารณาเพื่อแสวงหาข้อเท็จจริงของคดีเป็นไปตามหลักการให้โอกาสคู่กรณีได้โต้แย้ง และชี้แจง ..."* อย่างไรก็ตามหลักการให้โอกาสคู่กรณีได้โต้แย้งและชี้แจงนี้ไม่ได้เป็นหลักการที่เด็ดขาดในทุกกรณี เนื่องจากบทกฎหมายมาตราเดียวกันนี้ได้กำหนดข้อยกเว้นกรณีที่ศาลอาจดำเนินกระบวนพิจารณาเพื่อแสวงหาข้อเท็จจริงได้โดยไม่จำต้องให้คู่กรณีได้โต้แย้งและชี้แจง ซึ่งก็คือ กรณีที่มีความจำเป็นเร่งด่วน กรณีเกี่ยวกับความลับด้านความมั่นคงของประเทศและการคุ้มครองความปลอดภัยของบุคคล ดังนั้น หลักการให้โอกาสโต้แย้งและชี้แจงจึงเป็นหลักการที่มีข้อจำกัด แต่กระนั้นถือได้ว่าเป็นหลักการที่ส่งเสริมและรับประกันให้เกิดความเสมอภาคในการต่อสู้คดี ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองฝรั่งเศสไม่มีบัญญัติใดที่กำหนดไว้อย่างชัดแจ้งว่าศาลต้องดำเนินการเช่นไรในการให้โอกาสคู่กรณีโต้แย้งและชี้แจง แต่เป็นหลักการที่มีปรากฏอยู่ในเนื้อหา

และในทุกขั้นตอนของการดำเนินกระบวนพิจารณาที่กำหนดไว้ในประมวลกฎหมายฯ ทั้งนี้ โดยทั่วไป หลักการนี้ก่อให้เกิดหน้าที่แก่ศาลที่ต้องดำเนินการในระหว่างการแสวงหาข้อเท็จจริง ควบคู่กับการก่อให้เกิดสิทธิแก่คู่กรณีที่จะต้องได้รับการปฏิบัติอย่างเสมอภาค นอกจากนี้ ในกรณีที่การดำเนินกระบวนพิจารณาในคดีดังกล่าวอาจกระทบต่อสิทธิของบุคคลภายนอก บุคคลภายนอกดังกล่าวย่อมจะต้องมีสิทธิที่จะได้รับการปฏิบัติภายใต้หลักการนี้ด้วย[๕]

โดยเนื้อหา หลักการให้โอกาสคู่กรณีได้โต้แย้งและชี้แจงได้รับการยอมรับว่าเป็นหลักทั่วไปของวิธีพิจารณาคดี ไม่ว่าจะเป็นวิธีพิจารณาคดีปกครอง คดีแพ่ง หรือคดีอาญา[๖] และ “เป็นหลักทั่วไปที่ต้องนำไปใช้บังคับกับศาลปกครองทุกแห่ง โดยต้องดำเนินกระบวนพิจารณาโดยให้โอกาสคู่กรณีได้โต้แย้งและชี้แจง”[๗] สภาแห่งรัฐพิพากษาวางหลักรับรองหลักการดังกล่าวนี้ว่าเป็นหลักกฎหมายทั่วไป ในขณะที่คณะตุลาการรัฐธรรมนูญฝรั่งเศสวินิจฉัยว่าหลักการให้โอกาสคู่กรณีได้โต้แย้งและชี้แจงเป็นหลักการในระดับรัฐธรรมนูญโดยเป็นองค์ประกอบสำคัญของสิทธิในการต่อสู้คดี[๘] นอกจากนี้ สภาแห่งรัฐได้พิพากษาวางหลักที่อธิบายถึงเนื้อของหลักการนี้ว่า *“หลักการให้โอกาสคู่กรณีได้โต้แย้งและชี้แจง เป็นหลักการที่มุ่งหมายให้เกิดความเสมอภาคในการต่อสู้คดีระหว่างคู่กรณี โดยกำหนดให้ต้องมีการส่งเอกสารในสำนวนคดีต่าง ๆ ให้แก่คู่กรณีได้ตรวจสอบ รวมถึงต้องแจ้งให้คู่กรณีทราบในกรณีที่ศาลจะใช้อำนาจดำเนินการต่าง ๆ โดยที่ศาลเห็นสมควร ...”*[๙]

หลักการให้โอกาสคู่กรณีได้โต้แย้งและชี้แจงจึงเป็นหลักเกณฑ์ที่กำหนดให้การดำเนินกระบวนพิจารณาในคดีปกครองต้องดำเนินการโดยคำนึงถึงสิทธิของคู่กรณี ดังต่อไปนี้

ก) สิทธิที่จะได้รับรู้

สิทธิที่จะได้รับรู้เป็นสิทธิของคู่กรณีที่ก่อให้เกิดหน้าที่แก่ศาลที่ต้องดำเนินการแจ้งให้คู่กรณีได้รับรู้ในเรื่องต่าง ๆ ที่เกี่ยวข้องกับคดีของคู่กรณี “การรับรู้” คือ การรับรู้รับทราบสิ่งต่าง ๆ ที่เกิดขึ้นในระหว่างการแสวงหาข้อเท็จจริงของศาล รวมทั้งการรับรู้เนื้อหาสาระที่มีการนำเสนอต่อศาลโดยคู่กรณีทั้งสองฝ่าย โดยศาลมีหน้าที่ต้องจัดส่งเอกสารคำคู่ความทุกฉบับที่มีการยื่นเข้ามาในสำนวนคดีในระหว่างการแสวงหาข้อเท็จจริงของศาล ให้แก่คู่กรณีที่เกี่ยวข้อง[๑๐] ในทางปฏิบัติ การส่งคำคู่ความไปให้แก่คู่กรณีจะดำเนินการโดยเจ้าพนักงานศาล (หรือจ่าศาล) โดยอาจจัดส่งเอกสารหรือคำคู่ความต่าง ๆ โดยวิธีการส่งจดหมายธรรมดา (มาตรา R. 611-3 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง) หรือผ่านทางระบบการรับส่งคำคู่ความโดยวิธีการทางอิเล็กทรอนิกส์ก็ได้ (มาตรา R. 611-8-2) ซึ่งทำให้เกิดความสะดวกในการส่งคำคู่ความมากยิ่งขึ้น และยังเป็นวิธีการที่ทำให้รับรองได้ว่าคู่กรณีจะได้รับคำคู่ความอย่างแน่นอน อย่างไรก็ตาม หน้าที่ที่จะต้องแจ้งหรือส่งเอกสารไปให้แก่คู่กรณีนี้ จะต้องดำเนินการก็ต่อเมื่อเอกสารคำคู่ความนั้นมีความสำคัญหรือเป็นประโยชน์ต่อการพิจารณาคดีนั้น

---

[๕] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๑๔ ธันวาคม ค.ศ. ๑๙๖๑ คดี Scherberich – Chiavutta, Lebon. P. 649

[๖] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๑๐ สิงหาคม ค.ศ. ๑๙๑๘ คดี Villes, Lebon p. 848

[๗] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๑๒ พฤษภาคม ค.ศ. ๑๙๖๑ คดี Sté La Huta, Lebon p. 313

[๘] คำวินิจฉัยคณะตุลาการรัฐธรรมนูญ ลงวันที่ ๒๙ ธันวาคม ค.ศ. ๑๙๘๙ ดคี Loi de Finance pour 1999

[๙] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๒๙ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๙๙๘ คดี Esclatine, Lebon. P. 320

[๑๐] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๒๓ ธันวาคม ค.ศ. ๑๙๘๘ คดี Banque de France c/ Huberschwiller, Lebon 464

การจัดส่งคำฟ้องหรือคำคู่ความจะจัดส่งไปให้คู่กรณีตามที่อยู่ของคู่กรณีที่ปรากฏในคำฟ้อง หรือคำคู่ความ หรือตามที่อยู่ที่มีการเปลี่ยนแปลงซึ่งได้แจ้งต่อศาลแล้ว[๑๑] ศาลจะต้องแจ้งให้คู่กรณีทราบโดยการส่งคำคู่ความที่มีการเสนอเข้ามาในสำนวนคดีไปให้แก่คู่กรณีตลอดระยะเวลาของการแสวงหาข้อเท็จจริงของศาล เว้นเสียแต่ว่าคำคู่ความที่ได้มีการจัดทำและยื่นต่อศาลนั้นไม่ได้กล่าวอ้างหรือก่อให้เกิดประเด็นใหม่ในคดี กรณีนี้ศาลไม่มีหน้าที่ต้องจัดส่งไปให้คู่กรณีแต่อย่างใด[๑๒] นอกจากนี้ การจัดส่งเอกสารคำคู่ความไปให้แก่คู่กรณีดังกล่าวต้องดำเนินการภายในระยะเวลาอันสมควร เพื่อให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งสามารถจัดทำคำชี้แจงต่อคำคู่ความที่ศาลจัดส่งมาให้ได้ ทั้งนี้ หากศาลจัดส่งคำคู่ความให้แก่คู่กรณีล่าช้า ย่อมมีผลทำให้คำพิพากษาของศาลที่อาศัยข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายตามเอกสารคำคู่ความที่ได้จัดส่งให้ล่าช้านั้นเป็นคำพิพากษาที่ไม่ชอบ[๑๓]

เอกสารคำคู่ความที่ต้องจัดส่งให้คู่กรณี ได้แก่ คำคู่ความต่าง ๆ ไม่ว่าจะเป็นคำฟ้อง คำให้การ คำโต้แย้งคำให้การ คำให้การเพิ่มเติม พร้อมเอกสารประกอบคำคู่ความ ตามที่กำหนดไว้ในมาตรา R. 611-1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง ส่วนเอกสารคำคู่ความใดต้องจัดส่งไปให้แก่คู่กรณีหรือไม่นั้น ศาลจะต้องพิจารณาว่าคำคู่ความดังกล่าวได้กล่าวอ้างประเด็นใหม่หรืออ้างข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายขึ้นมาใหม่หรือไม่ หากคำคู่ความหรือเอกสารใดก่อให้เกิดประเด็นใหม่ในคดี ศาลต้องจัดส่งเอกสารดังกล่าวให้แก่คู่กรณี[๑๔]

การจัดส่งเอกสารคำคู่ความให้คู่กรณีเป็นการดำเนินการเพื่อให้คู่กรณีสามารถโต้แย้งหรือมีคำชี้แจงเพื่อโต้ตอบคำคู่ความของคู่กรณีฝ่ายตรงข้าม โดยถือเป็นหน้าที่ของศาลที่ต้องดำเนินการเนื่องจาก *“ศาลปกครองจะต้องวินิจฉัยคดีโดยพิจารณาจากคำคู่ความในสำนวนคดีที่ได้แจ้งให้แก่คู่กรณีทราบแล้วเท่านั้น”*[๑๕] หากศาลปกครองพิจารณาพิพากษาคดีโดยอาศัยคำคู่ความในสำนวนคดีที่ไม่ได้มีการแจ้งให้คู่กรณีทราบย่อมเป็นการดำเนินกระบวนพิจารณาที่ไม่ถูกต้อง ด้วยเหตุนี้ หลักการให้โอกาสคู่กรณีได้โต้แย้งดังกล่าวจึงมีส่วนสำคัญที่ทำให้เกิดความเสมอภาคในการต่อสู้คดีของคู่กรณีทั้งสองฝ่าย

อย่างไรก็ตาม หลักการให้โอกาสคู่กรณีโต้แย้งและชี้แจงอยู่ภายใต้ข้อจำกัดบางประการนอกเหนือจากที่ได้กล่าวมาข้างต้น โดยศาลยังไม่อาจนำข้อเท็จจริงที่ได้รับจากคำคู่ความซึ่งเป็นเอกสารที่อยู่ภายใต้การปกปิดเป็นความลับตามกฎหมายซึ่งได้มีการนำเสนอต่อศาลบางส่วน[๑๖] ยกเว้นกรณีที่มีการระบุให้สามารถเปิดเผยข้อมูลอันเป็นความลับดังกล่าว ส่วนกรณีที่เป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการเปิดเผยข้อมูลข่าวสารของทางราชการ นั้น ศาลปกครองไม่มีหน้าที่ต้องดำเนินการจัดส่งเอกสารที่ผู้ฟ้องคดีได้ร้องขอให้เปิดเผยไปให้แก่ผู้ฟ้องคดี เนื่องจากวัตถุแห่งคดีในกรณีดังกล่าวก็คือคำสั่งปฏิเสธไม่เปิดเผยเอกสารราชการให้แก่ผู้ฟ้องคดี ดังนั้น กรณีนี้ศาลจึงไม่มีหน้าที่ต้องดำเนินการภายใต้หลักการให้โอกาสคู่กรณีได้โต้แย้ง[๑๗]

---

[๑๑] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๑๕ มิถุนายน ค.ศ. ๑๙๘๗ คดี Mascaro, Lebon T. 885

[๑๒] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๘ เมษายน ค.ศ. ๑๙๙๔ คดี Ville de Savigny le temple, Lebon T. 1119

[๑๓] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๗ พฤศจิกายน ค.ศ. ๑๙๗๓ คดี Paoli, Lebon T. 620

[๑๔] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๒๙ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๙๙๘ คดี Syndi. des avocats de France, Lebon 313

[๑๕] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๑๓ มกราคม ค.ศ. ๑๙๘๘ ดคี Abina, Lebon 5 คำพิพากษา สภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๒๒ มกราคม ค.ศ. ๑๙๗๗ คดี Nafa, Lebon 27

[๑๖] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๑๑ มีนาคม ค.ศ. ๑๙๕๕ คดี Sécretaire d’Etat à la guerre c/ Coulon

การไม่ปฏิบัติตามหลักการให้โอกาสคู่กรณีได้โต้แย้งและชี้แจงดังกล่าว กล่าวคือ การไม่ดำเนินการจัดส่งเอกสารคำคู่ความไปให้แก่คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งได้มีโอกาสโต้แย้งและชี้แจง โดยทั่วไปจะมีผลทำให้คำพิพากษาของศาลปกครองเป็นคำพิพากษาที่ไม่ชอบ อย่างไรก็ตาม การไม่ดำเนินการจัดส่งคำคู่ความดังกล่าว บางกรณี อาจไม่ถือว่าส่งผลทำให้การดำเนินกระบวนพิจารณาของศาลตกเป็นการดำเนินกระบวนพิจารณาที่มิชอบแต่อย่างใด หากเป็นกรณีที่ศาลไม่ได้อาศัยข้ออ้าง ข้อเท็จจริง หรือข้อกฎหมายที่กล่าวไว้ในเอกสารคำคู่ความที่ไม่ได้มีการจัดส่งไปให้แก่คู่กรณีมาใช้ในการพิจารณาวินิจฉัยคดี[๑๘] ทั้งนี้ เพื่อเป็นการมิให้คู่กรณีหยิบยกขึ้นมากล่าวอ้างโดยไม่จำเป็นว่า การที่ศาลไม่ได้ดำเนินการจัดส่งเอกสารคำคู่ความให้แก่คู่กรณีเป็นเหตุที่ทำให้ศาลดำเนินกระบวนพิจารณาโดยมิชอบ[๑๙]

ข) สิทธิที่จะโต้แย้งและชี้แจง

หลักการให้โอกาสคู่กรณีได้โต้แย้งและชี้แจงมีเนื้อหาที่สำคัญคือการต้องให้โอกาสคู่กรณีได้มีระยะเวลาอันสมควรในการที่จะโต้แย้งหรือชี้แจง แสดงพยานหลักฐาน เพื่อหักล้างหรือโต้แย้งคำคู่ความที่ศาลได้จัดส่งมาให้หรือที่ได้มีการนำเสนอต่อศาล ระยะเวลาที่จะกำหนดให้แก่คู่กรณีใช้สิทธิโต้แย้งและชี้แจงดังกล่าวย่อมมีความแตกต่างกันออกไปตามแต่กรณี โดยอาจเป็นช่วงระยะเป็นจำนวนวัน จำนวนชั่วโมง หรือเป็นช่วงระยะเวลาสั้น ๆ ก็ได้ แต่ต้องเป็นช่วงระยะเวลาที่พอสมควรที่จะทำให้คู่กรณีสามารถจะใช้สิทธิโต้แย้งและชี้แจงได้ ดังนั้น ระยะเวลาที่กำหนดให้อาจเป็นช่วงระยะเวลาสั้น ๆ หากประเด็นที่คู่กรณีอาจโต้แย้งหรือชี้แจงนั้นเป็นประเด็นเดิมที่ได้กล่าวไว้ในคำคู่ความที่ได้ยื่นต่อศาลมาก่อนหน้าแล้ว[๒๐] หรือคำคู่ความที่อาจโต้แย้งได้นั้นนำเสนอข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายหรือข้อกล่าวอ้างใหม่ที่ไม่ได้เป็นประเด็นปัญหาที่ยุ่งยากซับซ้อน[๒๑] อย่างไรก็ตาม ระยะเวลาเพียง ๑ วันที่กำหนดให้ต้องโต้แย้งหรือชี้แจง ย่อมไม่เพียงพอถ้าคำคู่ความที่เสนอต่อศาลนั้นมีประเด็นใหม่หลายประเด็นและยุ่งยากซับซ้อน[๒๒] หรือเป็นเอกสารที่มีความสำคัญเป็นอย่างยิ่งและเป็นเอกสารชิ้นสำคัญต่อผลการแพ้ชนะคดี[๒๓]

ดังนั้น คู่กรณีจึงต้องมีระยะเวลาที่เหมาะสมพอสมควรในการที่จะจัดทำคำโต้แย้งและคำชี้แจงต่อคำคู่ความต่าง ๆ ที่ได้รับจากศาล ซึ่งถือเป็นสิทธิที่จะทำให้ศาลได้รับรู้ข้อเท็จจริงหรือข้อกล่าวอ้างของคู่กรณี อันเป็นสิ่งที่แสดงให้เห็นถึงความเสมอภาคของคู่กรณีในการต่อสู้คดี

ค) วันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริง และหน้าที่ในการปฏิบัติตามหลักการให้โอกาสคู่กรณีโต้แย้งหรือชี้แจง

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเทียบอายุราชการ

---

๑๗ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๒๓ ธันวาคม ค.ศ. ๑๙๘๘ คดี Banque de France c/ Huberschwiller

๑๘ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๑๕ ธันวาคม ค.ศ. ๑๙๑๗ คดี Sté Le Val-d'Oise, Lebon 775 คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๕ มิถุนายน ค.ศ. ๑๙๙๖ คดี Elections municipals Morhange, Lebon 195

๑๙ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๑๕ มีนาคม ค.ศ. ๒๐๐๐ คดี Mme Drannikova, Lebon T. 1184

๒๐ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๒๓ เมษายน ค.ศ. ๑๙๗๕ คดี Ministère de l'Aménagement du territoire, de l'Equipement, du Logement et du Tourisme c/ Dame veuve Pradier, Lebon T. 1203

๒๑ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๔ ธันวาคม ค.ศ. ๑๙๕๕ คดี Cne Sales le Château, Lebon T. 976

๒๒ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๑๘ ธันวาคม ค.ศ. ๑๙๙๗ คดี Cne Nancy

๒๓ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๓๐ มีนาคม ค.ศ. ๒๐๐๘ คดี Gonze et Grossi, Lebon 796

โดยหลัก ศาลจะต้องดำเนินการตามหลักการให้โอกาสคู่กรณีโต้แย้งและชี้แจงในขั้นตอนของการแสวงหาข้อเท็จจริงเท่านั้น และภาระหน้าที่ของศาลในการดำเนินการตามหลักดังกล่าวจะสิ้นสุดลงเมื่อถึงวันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริง[๒๔] ซึ่งสอดรับกับการที่คู่กรณีย่อมไม่สามารถเสนอเอกสารคำคู่ความใด ๆ ต่อศาลได้อีก อย่างไรก็ตาม ในทางปฏิบัติ อาจเกิดกรณีที่คู่กรณียื่นคำคู่ความต่อศาลหลังจากวันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริง และคำคู่ความดังกล่าวมีการหยิบยกประเด็นข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายใหม่เข้ามาในคดี

มาตรา R. 613-3 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง บัญญัติไว้ว่า *"ยกเว้นกรณีที่มีการให้แสวงหาข้อเท็จจริงอีกครั้งหนึ่ง คำคู่ความที่จัดทำขึ้นหลังจากวันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริงไม่อยู่ภายใต้บังคับที่ต้องจัดส่งไปให้คู่กรณี และศาลจะไม่นำคำคู่ความดังกล่าวมาใช้ในการวินิจฉัย"* ดังนั้น คำคู่ความที่ทำขึ้นภายหลังวันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริงย่อมไม่อยู่ภายใต้หลักการให้โอกาสคู่กรณีโต้แย้งและชี้แจง ทั้งนี้ เนื่องจากความจำเป็นที่จะต้องให้การดำเนินกระบวนพิจารณาในศาลปกครองมีวันที่สิ้นสุดลงอย่างชัดเจน หากคู่กรณีสามารถเสนอคำคู่ความให้แก่ศาลได้ตลอดเวลาย่อมทำให้การพิจารณาพิพากษาคดียืดยาวออกไปโดยไม่มีที่สิ้นสุด อย่างไรก็ตาม เพื่อประโยชน์แห่งการพิจารณาคดี ศาลปกครองมีอำนาจที่จะยกเลิกวันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริงที่ได้กำหนดขึ้นและสั่งให้มีทำการแสวงหาข้อเท็จจริงอีกครั้งหนึ่งเพื่อรับคำคู่ความของคู่กรณีไว้พิจารณา ทั้งนี้ ตามมาตรา R. 613-4 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง กรณีนี้ศาลก็จะต้องปฏิบัติตามหลักการให้โอกาสคู่กรณีโต้แย้งและชี้แจงด้วย ดังนั้น การปฏิบัติตามหลักการให้โอกาสคู่กรณีโต้แย้งและชี้แจงจึงอยู่ภายใต้อำนาจดุลพินิจของศาลปกครองที่จะพิจารณามีคำสั่งตามความเหมาะสมของคดี[๒๕] สำหรับคำคู่ความที่จัดทำขึ้นและเสนอต่อศาลในช่วงเวลาระหว่างหลังจากวันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริง ไปจนถึงวันที่ศาลมีคำสั่งให้ทำการแสวงหาข้อเท็จจริงอีกครั้งหนึ่งนั้น หากไม่มีการนำเสนอข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายที่แตกต่างไปจากที่ปรากฏในสำนวนคดีแล้ว ย่อมเป็นคำคู่ความที่ตกอยู่ภายใต้บังคับแห่งมาตรา R. 613-3 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง และย่อมไม่อยู่ภายใต้หลักการที่ต้องให้คู่กรณีโต้แย้งและชี้แจง[๒๖]

โดยสรุป หลักการให้โอกาสคู่กรณีโต้แย้งและชี้แจงเป็นหลักการที่ต้องนำมาบังคับใช้ในระหว่างการแสวงหาข้อเท็จจริงในศาล หากไม่มีการแสวงหาข้อเท็จจริงหรือเมื่อสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริงแล้ว ศาลย่อมไม่มีหน้าที่ต้องดำเนินการภายใต้หลักการให้โอกาสคู่กรณีโต้แย้งและชี้แจง ทั้งนี้ ในกรณีที่ตุลาการหัวหน้าคณะ (ซึ่งเป็นตุลาการที่มีอำนาจในการสั่งให้ดำเนินการแสวงหาข้อเท็จจริงใหม่อีกครั้งหนึ่ง) ได้มีคำสั่งให้รับคำคู่ความและดำเนินการส่งคำคู่ความไปให้คู่กรณีอีกฝ่ายหนึ่งโต้แย้งหรือชี้แจง กรณีนี้ถือ

---

[๒๔] "วันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริง (la clôture de l'instruction)" เป็นวันที่ศาลกำหนดขึ้น เพื่อให้เป็นวันที่ศาลยุติการแสวงหาข้อเท็จจริงในคดีนั้น ตามมาตรา R. 613-1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง, โปรดดูเปรียบเทียบกับวิธีพิจารณาคดีปกครองไทย ตามข้อ ๖๒ แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓

[๒๕] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๒๗ กุมภาพันธ์ ค.ศ. ๒๐๐๔ คดี Préfet des Pyrénées orientales c/ Abounkhila, Lebon P. 94 คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๒๗ มิถุนายน ค.ศ. ๒๐๐๗ คดี Ministère d'Etat, Ecologie, Développement et Aménagement durable c/ Association plastiques composites, Lebon 1018

[๒๖] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๑๙ มีนาคม ค.ศ. ๒๐๐๘ คดี Mas, Lebon 864

ได้ว่าศาลได้มีคำสั่งให้ดำเนินการแสวงหาข้อเท็จจริงใหม่อีกครั้งหนึ่ง โดยที่ไม่ต้องมีการออกคำสั่งให้ดำเนินการแสวงหาข้อเท็จจริงอย่างเต็มรูปแบบแต่อย่างใด[๒๗] และเมื่อมีการดำเนินการดังกล่าวเกิดขึ้น ศาลต้องมีคำสั่งกำหนดวันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริงใหม่อีกครั้งหนึ่ง รวมทั้งต้องกำหนดวันนั่งพิจารณาคดีครั้งแรกใหม่อีกด้วย[๒๘] และเพื่อแก้ไขปัญหาที่อาจเกิดขึ้นในระหว่างการพิจารณาดังกล่าว จึงได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมายโดยบัญญัติมาตรา R. 613-1-1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง ที่กำหนดให้ตุลาการหัวหน้าองค์คณะมีอำนาจในการให้คู่กรณีจัดทำคำชี้แจงหรือเอกสารใด ๆ เพื่อนำมาเพิ่มเติมการแสวงหาข้อเท็จจริงที่ได้ดำเนินการไปแล้วให้มีความสมบูรณ์มากยิ่งขึ้น แม้จะเป็นการออกคำสั่งที่มีขึ้นเมื่อพ้นวันสิ้นสุดการแสวงหาข้อเท็จจริงแล้วก็ตาม ทั้งนี้ การแจ้งให้คู่กรณีจัดทำเอกสารหรือคำชี้แจงดังกล่าวจะมีผลเป็นการแสวงหาข้อเท็จจริงเฉพาะเอกสารหรือคำชี้แจงที่ศาลได้แจ้งให้จัดทำเท่านั้น ไม่มีผลเป็นการเริ่มต้นขั้นตอนการแสวงหาข้อเท็จจริงครั้งใหม่

เมื่อการแสวงหาข้อเท็จจริงของศาลปกครองต้องดำเนินการภายใต้หลักการให้โอกาสคู่กรณีได้โต้แย้งและชี้แจง ดังนั้น หากการดำเนินกระบวนพิจารณาใดไม่ได้มีการแสวงหาข้อเท็จจริง การดำเนินกระบวนพิจารณานั้นก็ไม่จำต้องอยู่ภายใต้หลักดังกล่าว ดังนั้น การดำเนินกระบวนพิจารณาเพื่อตรวจรับคำฎีกาต่อสภาแห่งรัฐ ตามมาตรา L. 822-1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองเป็นกรณีที่ศาลไม่จำต้องแสวงหาข้อเท็จจริง ศาลจึงไม่ต้องจัดส่งคำคู่ความให้คู่กรณีโต้แย้งหรือทำคำชี้แจง และในท้ายที่สุด หากเป็นคดีปกครองที่ศาลปกครองต้องมีคำพิพากษาไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาเพียงอย่างเดียว ไม่อาจพิพากษาเป็นประการอื่นได้ กรณีนี้ย่อมไม่ตกภายใต้บังคับให้ศาลต้องดำเนินการตามหลักการให้โอกาสคู่กรณีโต้แย้งและชี้แจง[๒๙]

๒. วิธีพิจารณาคดีปกครองที่มุ่งหมายให้เกิดความเสมอภาคในการต่อสู้คดี

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองฝรั่งเศสในหลายมาตราได้กำหนดให้เป็นหน้าที่ของศาลที่ต้องดำเนินกระบวนพิจารณาโดยคำนึงถึงความเสมอภาคในการต่อสู้คดีของคู่กรณี บทบัญญัติดังกล่าวอยู่นอกเหนือขอบเขตของหลักการให้โอกาสคู่กรณีโต้แย้งและชี้แจง หรือกล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือบทบัญญัติที่ปรากฏในประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองฝรั่งเศสได้วางหลักถึงภาระหน้าที่โดยตรงของศาลในการดำเนินกระบวนพิจารณาโดยคำนึงถึงความเสมอภาคในการต่อสู้คดี บทบัญญัติเหล่านั้นได้กำหนดหน้าที่แก่ศาลปกครองที่ต้องดำเนินการและมีส่วนเสริมสร้างให้เกิดความเสมอภาคในการต่อสู้คดี สามารถแบ่งพิจารณาได้เป็นข้อ ๆ ดังนี้

ก) หน้าที่ของศาลต้องแจ้งคู่กรณีในกรณีที่ศาลหยิบยกประเด็นที่ศาลเห็นเองมาใช้วินิจฉัยคดี

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง มาตรา R. 611-7 บัญญัติให้ศาลต้องแจ้งคู่กรณี

[๒๗] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๑๕ ธันวาคม ค.ศ. ๒๐๐๐ คดี Arillotta

[๒๘] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๗ ธันวาคม ค.ศ. ๒๐๑๑ คดี Département de la Haute Garonne, Lebon 896

[๒๙] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๒๙ มกราคม ค.ศ. ๑๙๙๓ คดี Association riverains de l'Herrengrei, Lebon 21 คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๕ เมษายน ค.ศ. ๑๙๙๖ คดี Syndicat des avocats de France, Lebon 119

ทราบหากศาลเห็นว่าคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลจะมีขึ้นโดยอาศัยเหตุที่ศาลหยิบยกขึ้นมาวินิจฉัยเอง เพื่อให้คู่กรณีมีคำชี้แจงเกี่ยวกับเหตุที่ศาลจะนำมาใช้วินิจฉัยคดีดังกล่าว ทั้งนี้ ในการแจ้งให้คู่กรณีนี้ทราบ ศาลจะต้องให้ข้อมูลที่มีความชัดเจนเพียงพอที่จะเข้าใจเหตุที่ศาลจะหยิบยกมาวินิจฉัย เพื่อให้คู่กรณีได้ชี้แจงอย่างถูกต้องตรงประเด็น แต่ศาลมิจำต้องอธิบายเหตุผลประกอบการหยิบยกเหตุดังกล่าวแต่อย่างใด[๓๐] ในการจัดส่งไปให้แก่คู่กรณี เมื่อได้ดำเนินการจัดส่งโดยถูกต้องแล้ว แต่ปรากฏว่าคู่กรณี (หรือทนายความ) ไม่ได้รับแจ้งหรือเอกสารส่งไปไม่ถึง ศาลต้องดำเนินการต่าง ๆ ที่จำเป็น เพื่อให้คู่กรณีได้รับแจ้งถึงใช้อำนาจของศาลดังกล่าว โดยต้องติดต่อกับทนายความ และติดต่อผู้ฟ้องคดีเป็นการส่วนตัวเพื่อให้แน่ใจว่าคู่กรณีได้รับแจ้งถึงเหตุดังกล่าว[๓๑] อย่างไรก็ตาม การที่ศาลจะหยิบยกเหตุที่ศาลเห็นเองขึ้นวินิจฉัยคดีนี้ แม้จะไม่ได้ดำเนินการแจ้งคู่กรณีให้ทราบก็ไม่ส่งผลทำให้คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลมีขึ้นโดยมิชอบ[๓๒] หากการที่ศาลยกเหตุที่ศาลเห็นเองมาวินิจฉัยคดีย่อมไม่ส่งผลใดต่อเนื้อหาสาระของข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายที่ปรากฏในสำนวนคดีซึ่งคู่กรณีทั้งสองฝ่ายได้รับรู้โดยตลอดอยู่แล้ว และการที่ศาลจะหยิบยกเหตุที่ศาลเห็นเองขึ้นมาวินิจฉัยนั้นไม่ได้เกิดขึ้นในชั้นของการแสวงหาข้อเท็จจริง แต่เป็นในชั้นของการพิจารณาของศาลเพื่อตัดสินคดีแล้ว

ข) หน้าที่ของศาลที่ต้องแจ้งคู่กรณีในกรณีที่ศาลจะมีคำพิพากษาที่เป็นการกลับแนวคำพิพากษาเดิม หรือพิพากษาโดยอาศัยฐานกฎหมายอื่น

เพื่อให้เกิดความเป็นธรรมแก่คู่กรณี ในกรณีที่ศาลจะมีคำพิพากษาซึ่งเป็นการเปลี่ยนแปลงหรือกลับแนวคำพิพากษาเดิมของศาลปกครอง ศาลต้องแจ้งให้คู่กรณีได้รับทราบและเพื่อให้ทำความเห็นหรือคำชี้แจงต่อศาลต่อกรณีที่ศาลจะวินิจฉัยกลับหลักเดิม นอกจากนี้ ในกรณีที่ศาลจะหยิบยกประเด็นข้อกฎหมายอื่นที่คู่กรณีไม่ได้กล่าวอ้างมาใช้ในการตัดสินคดี หรือกรณีที่ศาลจะมีคำพิพากษาหรือคำสั่งโดยให้มีผลย้อนหลังหรือมีผลในอนาคตโดยที่ศาลเห็นสมควรเอง กรณีดังกล่าวนี้ ศาลมีหน้าที่ต้องดำเนินการภายใต้หลักการให้โอกาสคู่กรณีโต้แย้งและชี้แจง ทั้งนี้ เพื่อคงไว้ซึ่งความซื่อตรงในการพิจารณาพิพากษาคดีอันเป็นส่วนสำคัญในการจะทำให้เกิดความเสมอภาคในการต่อสู้คดี และเพื่อมิให้การพิจารณาพิพากษาที่ศาลเป็นผู้ริเริ่มดำเนินการส่งผลกระทบต่อคู่กรณีโดยที่คู่กรณีไม่มีโอกาสรับรู้หรือแสดงความเห็นก่อนการดำเนินการ[๓๓]

ค) หน้าที่ต้องแจ้งคำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดี

การกำหนดให้ต้องจัดส่งสรุปคำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดีไปยังคู่กรณีก่อน

---

[๓๐] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๒๕ กันยายน ค.ศ. ๑๙๙๕ คดี Association des licenciés sans procédure de la régie départementale des passages d'eau de la Gironde, Lebon T. 976

[๓๑] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๑๓ กุมภาพันธ์ ค.ศ. ๒๐๐๙ คดี Mallavergne เลขที่ ๓๐๐๒๑๗

[๓๒] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๕ เมษายน ค.ศ. ๑๙๙๖ คดี Syndicat de France อ้างแล้ว

[๓๓] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๑๙ เมษายน ค.ศ. ๒๐๑๓ คดี Chambre de commerce et d'industrie d'Angoulême

วันนั่งพิจารณาคดีครั้งแรก เพื่อให้คู่กรณีมีโอกาสได้ชี้แจงแสดงความเห็นต่อคำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดี โดยการชี้แจงด้วยวาจาสั้น ๆ เพื่อโต้ตอบการแถลงคดีของตุลาการผู้แถลงคดีในวันนั่งพิจารณาคดีครั้งแรก และอาจจะจัดทำคำแถลงเสนอต่อศาลเพื่อให้นำไปพิจารณาในการประชุมปรึกษาคดี (une note en délibéré) ทั้งนี้ ตามความแห่งมาตรา R. 711-3 และมาตรา R. 712-1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง

การไม่ดำเนินการแจ้งสรุปคำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดีไปให้แก่คู่กรณี ก็เช่น ความผิดพลาดจากการไม่สามารถแจ้งรหัสการเข้าสู่โปรแกรมติดตามความเคลื่อนไหวคดีปกครองที่เรียกว่า ระบบ “Sagac” ให้แก่ทนายความ โดยรหัสดังกล่าวจะทำให้ทนายความสามารถเข้าใช้งานระบบและตรวจดูสรุปคำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดี โดยปรากฏข้อเท็จจริงว่าทนายความได้ทำการติดต่อกับเจ้าหน้าที่ของศาลแล้วแต่ไม่ได้รับคำตอบใด ๆ กรณีดังกล่าวย่อมทำให้การดำเนินกระบวนพิจารณาในคดีเป็นการดำเนินกระบวนพิจารณาที่มิชอบ[๓๔] ทั้งนี้ การดำเนินกระบวนพิจารณาที่ขัดต่อบทบัญญัติของประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองในกรณีนี้ จะมีผลตามมาตรา R. 834-1 แห่งประมวลกฎหมายเดียวกัน โดยถือเป็นหนึ่งในเหตุที่ทำให้สามารถมีคำขอให้พิจารณาคดีใหม่ (le recours en révision)[๓๕]

ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองฝรั่งเศสมีบทบัญญัติหลายส่วนที่รับรองสิทธิของคู่กรณีที่จะสามารถต่อสู้คดีได้อย่างเสมอภาค โดยกำหนดให้เป็นหน้าที่ของศาลที่จะต้องดำเนินการภายใต้หลักการให้โอกาสคู่กรณีโต้แย้งและชี้แจง อย่างไรก็ตาม ภาระหน้าที่ของศาลในการแจ้งและให้คู่กรณีชี้แจงนั้น มีรายละเอียดการดำเนินการที่แตกต่างกันออกไปตามแต่ละกรณี ประเด็นสำคัญคือ การที่ศาลต้องใช้ดุลพินิจอย่างถูกต้องในการดำเนินการว่าจะต้องปฏิบัติตามหลักการให้โอกาสคู่กรณีโต้แย้งและชี้แจงหรือไม่ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง การพิจารณาว่าคำคู่ความใดเป็นคำคู่ความที่มีประเด็นใหม่และต้องจัดส่งไปให้คู่กรณีได้โต้แย้งหรือชี้แจง หรือคำคู่ความใดมีประเด็นที่เป็นประโยชน์ต่อการดำเนินกระบวนพิจารณาในการแสวงหาข้อเท็จจริงของศาล และต้องจัดส่งไปให้แก่คู่กรณีโต้แย้งและชี้แจง เพราะหากดำเนินการในกรณีดังกล่าวไม่ถูกต้อง ย่อมทำให้การดำเนินกระบวนพิจารณาของศาลเป็นการดำเนินกระบวนพิจารณาที่ไม่ถูกต้องและอาจถูกเพิกถอนได้ เมื่อศาลได้ดำเนินการอย่างถูกต้องในทุกส่วนแล้ว ย่อมเป็นสิ่งที่รับรองได้ว่าคู่กรณีจะสามารถต่อสู้คดีได้อย่างเสมอภาคเท่าเทียม

---

[๓๔] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๒ กุมภาพันธ์ ค.ศ. ๒๐๑๑ คดี Mme Marchesini, Lebon 1088

[๓๕] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๑๐ กรกฎาคม ค.ศ. ๒๐๑๓ คดี Société Stanley International Betting Limited, เลขที่ ๓๕๗๓๕๙ ทั้งนี้ ตามมาตรา R. 834-1 แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง บัญญัติเหตุ ที่อาจมีคำขอให้พิจารณาใหม่ใน ๓ กรณี คือ ๑) หากคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลมีขึ้นโดยอาศัยเอกสารหรือพยานหลักฐานปลอม ๒) หากคู่กรณีต้องถูกลงโทษตามคำพิพากษาหรือคำสั่งโดยไม่ได้จัดทำเอกสารที่มีความสำคัญต่อการแพ้ชนะคดี ที่คู่กรณีฝ่ายตรงข้ามได้นำมาใช้อ้าง ๓) หากคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลมีขึ้นโดยไม่ได้ปฏิบัติตามบทบัญญัติ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครอง ว่าด้วยการแต่งตั้งองค์คณะพิจารณาพิพากษาคดี การนั่งพิจารณาคดี รวมทั้งรูปแบบและการอ่านคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาล

บทสรุป

ความเสมอภาคในการต่อสู้คดีของคู่กรณีเป็นสิ่งที่มีความสำคัญในกระบวนการยุติธรรมทางปกครองฝรั่งเศส โดยตุลาการศาลปกครองในฐานะที่เป็นศูนย์กลางของการดำเนินกระบวนพิจารณาคดีปกครองมีบทบาทสำคัญที่จะทำให้เกิดความเสมอภาคในการต่อสู้คดีปกครองระหว่างคู่กรณี โดยเป็นผลของการปฏิบัติตามหลักการให้โอกาสคู่กรณีโต้แย้งและชี้แจง รวมทั้งการสื่อสารกับคู่กรณีในกรณีที่การดำเนินกระบวนพิจารณานั้นจะมีผลกระทบสำคัญต่อสิทธิและหน้าที่ของคู่กรณีหรือต่อผลแห่งคดี

อย่างไรก็ตาม ความเสมอภาคในการต่อสู้คดีนั้นไม่ได้เป็นหลักที่องค์คณะที่พิจารณาพิพากษาคดี (ซึ่งมีหน้าที่ในการแสวงหาข้อเท็จจริง) จะต้องปฏิบัติตามโดยเคร่งครัดเท่านั้น หลักนี้ยังมีผลต่อตุลาการผู้แถลงคดีด้วย แม้ว่าตุลาการผู้แถลงคดีจะไม่ถือว่าเป็นส่วนหนึ่งขององค์คณะที่พิจารณาพิพากษาคดี แต่ได้เข้ามามีบทบาท ในการดำเนินกระบวนพิจารณาในคดี จึงไม่ต้องมีหน้าที่เช่นเดียวกับตุลาการเจ้าของสำนวนซึ่งเป็นตุลาการ ในองค์คณะที่พิจารณาพิพากษาคดีก็ตาม แต่เพื่อให้การดำเนินกระบวนพิจารณาเป็นไปอย่างซื่อตรงในทุกส่วน ประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองจึงได้กำหนดให้ตุลาการผู้แถลงคดีมีหน้าที่ในการต้องปฏิบัติ ตามหลักการให้โอกาสคู่กรณีโต้แย้งและชี้แจงด้วย ซึ่งถือเป็นส่วนสำคัญที่ทำให้เกิดความเสมอภาคในการต่อสู้คดี แก่คู่กรณีอย่างเป็นรูปธรรมมากยิ่งขึ้น

การดำเนินกระบวนพิจารณาที่มุ่งหมายให้เกิดความเสมอภาคในการต่อสู้คดีนี้ยังช่วยส่งเสริมให้เกิดความโปร่งใสของการดำเนินกระบวนพิจารณา อันจะทำให้คู่กรณีสามารถที่จะรับรู้และเข้าใจสิ่งที่เกิดขึ้นในระหว่างการดำเนินคดีในศาล กระนั้น จะเห็นได้ว่าจากบทบัญญัติกฎหมายที่กำหนดให้ต้องดำเนินการในการทำให้เกิดความเสมอภาคในการต่อสู้คดีนี้ แม้ศาลจะมีบทบาทสำคัญในการทำให้เกิดความเสมอภาค แต่ศาลไม่ได้เป็นผู้ที่ก่อให้เกิดความเสมอภาคโดยตรง แต่ศาลเป็นผู้มีหน้าที่ต้องให้มีการปฏิบัติตามกฎหมายเพื่อให้เกิดความเสมอภาคในการต่อสูคดี กล่าวคือ ความเสมอภาคในการต่อสู้คดีจะเกิดขึ้นได้ก็เพราะการที่ศาลปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และหลักการของกฎหมายที่กำหนดไว้แล้ว ไม่ได้ขึ้นอยู่กับดุลพินิจของศาลที่จะดำเนินการหรือไม่เพียงอย่างเดียว

หากจะทำการเปรียบเทียบกับวิธีพิจารณาคดีปกครองในศาลปกครองไทย กับวิธีพิจารณาคดีปกครองฝรั่งเศสในส่วนที่เกี่ยวกับการทำให้เกิดความเสมอภาคในการต่อสู้คดี นั้น พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ประกอบกับระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓ ได้กำหนดให้การดำเนินกระบวนพิจารณาในชั้นการแสวงหาข้อเท็จจริงต้องให้โอกาสคู่กรณีผู้มีส่วนได้เสียมีโอกาสขอตรวจดู ทราบ และแสดงพยานหลักฐานเพื่อยืนยันหรือหักล้าง เนื่องจากการดำเนินการดังกล่าวจะส่งผลต่อการรับฟังพยานหลักฐานของศาลตามที่บัญญัติไว้ใน ข้อ ๖๕ แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ฯ ที่ระบุให้ศาลรับฟังพยานหลักฐานได้เฉพาะพยานหลักฐานที่คู่กรณีผู้มีส่วนได้เสียมีโอกาสขอตรวจดู ทราบ และแสดงพยานหลักฐานเพื่อยืนยันหรือหักล้างแล้วเท่านั้น หากศาลมิได้ดำเนินการให้โอกาสคู่กรณีดำเนินการดังกล่าวในกรณีที่กฎหมายกำหนดให้ต้องดำเนินการแล้ว ย่อมทำให้การดำเนินกระบวนพิจารณาของศาลเป็นการดำเนินกระบวนพิจารณาที่ผิดระเบียบ และอาจถูกเพิกถอนหรือกรณีที่มีคำพิพากษาแล้วก็อาจถูกยกเลิกโดยศาลปกครองสูงสุด ทั้งนี้ตามข้อ ๗ และข้อ ๑๑๒ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ฯ ดังนั้น โดยหลักแล้ว ในเรื่อง

เกี่ยวกับหน้าที่ของศาลที่ต้องให้โอกาสคู่กรณีโต้แย้งและชี้แจงนี้ วิธีพิจารณาคดีปกครองไทยเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับวิธีพิจารณาคดีปกครองฝรั่งเศส

อย่างไรก็ตาม ความแตกต่างของวิธีพิจารณาคดีของทั้งสองประเทศในประเด็นดังกล่าวยังมีอยู่ในหลายส่วน เช่น วิธีพิจารณาคดีปกครองไทยไม่ได้กำหนดให้ต้องจัดส่งสรุปคำแถลงการณ์ของตุลาการผู้แถลงคดีไปให้คู่กรณีก่อนวันนั่งพิจารณาคดีครั้งแรกเหมือนกับวิธีพิจารณาคดีปกครองฝรั่งเศส อีกทั้งศาลปกครองไทยยังไม่มีหน้าที่ต้องแจ้งคู่กรณีในกรณีที่ศาลจะดำเนินการวินิจฉัยคดีโดยยกประเด็นข้อเท็จจริงหรือข้อกฎหมายมาใช้ในการวินิจฉัยคดีโดยที่ศาลเห็นเอง นอกจากนี้ กรณีที่จะมีการพิพากษากลับแนวคำพิพากษาเดิม ศาลปกครองไทยก็ไม่จำต้องแจ้งให้คู่กรณีรับรู้แต่อย่างใด จึงจะเห็นได้ว่าขอบเขตของหลักการให้โอกาสคู่กรณีโต้แย้งและชี้แจงในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองฝรั่งเศสซึ่งเป็นหลักการที่ทำให้เกิดความเสมอภาคในการต่อสู้คดี มีขอบเขตที่กว้างกว่าที่กำหนดไว้ในกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองไทย ความแตกต่างดังกล่าวย่อมสามารถอธิบายได้โดยง่ายเมื่อพิจารณาประวัติศาสตร์และความเป็นมาของศาลปกครองของทั้งสองประเทศที่แตกต่างกันอยู่เป็นอันมาก ศาลปกครองฝรั่งเศสเป็นสถาบันเก่าแก่ที่มีความเป็นมายาวนานและมีพัฒนาการมายาวนานแล้ว ดังนั้น หลักกฎหมายปกครองที่ศาลปกครองฝรั่งเศสได้สร้างสรรค์ขึ้นและได้มีการบัญญัติเป็นกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองจึงอาจมีพัฒนาการที่มากกว่าระบบกฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองไทยที่ยังถือได้ว่าอยู่ในช่วงของการเริ่มต้นสร้างสรรค์กระบวนการยุติธรรมทางปกครองให้มีความมั่นคง มีความเชี่ยวชาญ เพื่อเป็นกลไกสำคัญที่ทำให้เกิดความเป็นธรรมที่แท้จริงขึ้นในประเทศไทย

การศึกษากฎหมายวิธีพิจารณาคดีปกครองจากประสบการณ์ของประเทศฝรั่งเศสย่อมเป็นองค์ความรู้ที่สามารถแสดงให้เห็นภาพความแตกต่างที่มีอยู่ในระบบวิธีพิจารณาของประเทศไทย ซึ่งอาจทำให้สามารถมองเห็นประเด็นที่ยังต้องมีการพัฒนาปรับปรุงเพื่อให้ให้เป็นกระบวนการยุติธรรมที่มีได้รับความเชื่อมั่นจากประชาชนมากขึ้น โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หลักความเสมอภาคในการต่อสู้คดีในศาลปกครองนี้มีผลโดยตรงต่อความรู้สึกนึกคิดของคู่กรณีที่มีต่อศาล การที่ศาลคำนึงถึงความเสมอภาคในการต่อสู้คดีย่อมทำให้คู่กรณีที่อยู่ในสถานะที่เสียเปรียบย่อมรู้สึกได้ถึงความเป็นธรรมและความยุติธรรมที่ศาลเอื้ออำนวยให้ และย่อมทำให้เชื่อมั่นในความสุจริตเที่ยงธรรมและปราศจากอคติของศาล และเมื่อประชาชนมีความเชื่อมั่นต่อการทำหน้าที่ของศาลแล้ว ความเชื่อมั่นดังกล่าวย่อมทำให้กระบวนการยุติธรรมทางปกครองในประเทศไทยมีความมั่นคง และสามารถเป็นที่พึ่งของประชาชนได้อย่างแท้จริง

ข้อพิจารณาเกี่ยวกับการเพิกถอนคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคาร หรือคำสั่งรื้อถอนอาคารและการคุ้มครองกรรมสิทธิ์ ของบุคคลในระบบกฎหมายเยอรมัน : ศึกษาวิเคราะห์ประเด็นปัญหาทางกฎหมายในระบบกฎหมายไทย

เชิดวุฒิ สินพิมลบูรณ์*

"ยุติธรรมใดที่ไร้ซึ่งอาญาสิทธิ์ ยุติธรรมนั้นย่อมเสื่อมถอย
อาญาสิทธิ์ที่ไร้ซึ่งความเป็นธรรม ย่อมเป็นได้แต่เพียงความอำเภอใจของทรราชย์"
("La justice sans la force est impuissante ;
la force sans la justice est tyrannique.")[๑]

วลีข้างต้นของปรัชญาเมธีชาวฝรั่งเศสนามว่าแบลซ ปาสกาล (Blaise Pascal) ซึ่งได้บรรยายภาพความยุติธรรมอย่างชัดเจนว่า ความยุติธรรมที่ไม่มีสภาพบังคับ ย่อมไม่อาจจะบังคับให้เป็นตามความถูกต้องที่เป็นธรรมได้ และไม่ก่อให้เกิดประโยชน์ใด ๆ ที่จะถือเอาความยุติธรรมนั้นเป็นที่พึ่ง แต่ในทางกลับกัน หากอ้างความยุติธรรมเพื่อบังคับให้เป็นไปตามอำเภอใจโดยไม่คำนึงถึงความถูกต้องแล้ว ความยุติธรรมนั้นก็เป็นเพียงเครื่องมือหนึ่งของทรราชย์ และเป็นการใช้อำนาจที่จะก่อให้เกิดความวุ่นวายในสังคมได้ ซึ่งวลีดังกล่าวก็สอดคล้องกับบทบาทหน้าที่ของศาลปกครองที่จะต้องวินิจฉัยชี้ขาดความยุติธรรมในทางปกครองโดยคำนึงถึงประสิทธิภาพของการใช้อำนาจตามกฎหมายของฝ่ายปกครองกับสิทธิเสรีภาพของบุคคล

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ผู้เป็นทั้งนักวิชาการกฎหมายและนักวิชาชีพกฎหมายที่ได้อุทิศตนให้กับการศึกษาและการพัฒนาหลักกฎหมายมหาชนของไทยมาตลอดระยะเวลาการรับราชการและถือเป็นบุคคลสำคัญในแวดวงวิชาการกฎหมายมหาชนของไทยที่ได้อุทิศตนในการสร้างและพัฒนาหลักกฎหมายของไทยโดยอาศัยการศึกษาเปรียบเทียบหลักกฎหมายปกครองของต่างประเทศ ผู้เขียนจึงขอถือเอาโอกาส**ครบรอบ ๗๐ ปี ของศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์** เพื่อนำเสนอบทความกฎหมายปกครองฉบับนี้ ที่ผู้เขียนได้ทำการศึกษาวิธีคิดและแนวทางการแก้ปัญหาจากกฎหมายปกครองเยอรมันเพื่อนำมาใช้เป็นข้อพิจารณาหรือแนวทางในการวิเคราะห์วิธีการแก้ปัญหาที่เกิดขึ้นในระบบกฎหมายปกครองของไทย ซึ่งหากบทความนี้ปรากฏความไม่สมบูรณ์หรือไม่ถูกต้องในประการใด ๆ ก็ตาม ผู้เขียนขอน้อมรับไว้แต่เพียงผู้เดียว แต่หากบทความนี้จะพอยังประโยชน์ให้แก่การพัฒนากฎหมายปกครองของไทยอยู่บ้าง ผู้เขียนจะขอนำคุณประโยชน์ของบทความกฎหมายปกครองฉบับนี้ มอบเป็น**อาจริยาบูชาแก่ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์** มา ณ โอกาสครบรอบ ๗๐ ปี ที่จะถึงนี้

* เนติบัณฑิตเยอรมันขั้นที่หนึ่ง (das erste juristische Staatsexamen), นิติศาสตร์มหาบัณฑิต Diplom-Jurist (Dipl.-Jur.), พนักงานคดีปกครองชำนาญการพิเศษ

[๑] Blaise Pascal, Œuvres complètes, édition de Louis Lafuma, Paris, Seuil, 1963, no 103.

๑. ประเด็นปัญหาทางกฎหมายในระบบกฎหมายไทย

คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการก่อสร้างอาคารขนาดใหญ่ในระบบกฎหมายของไทย ไม่ว่าจะเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการเพิกถอนใบอนุญาตก่อสร้างอาคารหรือคดีพิพาทเกี่ยวกับคำสั่งรื้อถอนอาคารต่างก็เป็นคดีพิพาทที่ได้รับความสนใจจากสังคมเป็นวงกว้าง เพราะด้วยเหตุที่อาคารเหล่านั้นไม่เพียงแต่จะมีการใช้งบประมาณในการก่อสร้างจำนวนมหาศาลเท่านั้น แต่อาคารเหล่านั้นยังเป็นอาคารที่ใช้อาศัยหรือทำกิจการค้าพาณิชย์ของคนจำนวนหนึ่งอีกด้วย รวมถึงปัญหาความปลอดภัยในชีวิต สุขภาพและทรัพย์สินของผู้ใช้อาคารดังกล่าว ทำให้คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการก่อสร้างอาคารขนาดใหญ่ย่อมส่งผลกระทบต่อสังคมและผู้คนจำนวนมาก เช่น การฟ้องคดีเกี่ยวกับการรื้อถอนอาคารห้างสรรพสินค้านิวเวิลด์ บางลำพู ตั้งแต่ชั้น ๕ ถึงชั้น ๑๑ ซึ่งเป็นชั้นที่ต่อเติมผิดกฎหมาย คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของใบอนุญาตก่อสร้างอาคารโรงแรมเอทัสในซอยร่วมฤดี (เพลินจิต) มูลค่าก่อสร้างกว่า ๓,๐๐๐ ล้านบาท และคดีพิพาทเกี่ยวกับการเพิกถอนใบอนุญาตก่อสร้างอาคารโครงการคอนโดมิเนียมหรู แอซตัน อโศก มูลค่ากว่า ๖,๐๐๐ ล้านบาท ซึ่งไม่นับรวมมูลค่าความเสียหายทางเศรษฐกิจที่บุคคลที่เกี่ยวข้องจะต้องประสบ รวมถึงคดีพิพาทเกี่ยวกับความเสียหายอันเกิดจากโศกนาฏกรรมไฟไหม้ “ซานติก้าผับ” เป็นต้น ดังนั้น จึงไม่น่าแปลกใจที่วงการอสังหาริมทรัพย์และสังคมจะให้ความสนใจคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของการก่อสร้างอาคารขนาดใหญ่ และเมื่อแปลและให้ลักษณะทางกฎหมายกับความสนใจดังกล่าวข้างต้นแล้ว จะเห็นได้ว่า กรณีที่มีการก่อสร้างที่มีเจตนาชัดเจนที่จะไม่ปฏิบัติตามหรือหลีกเลี่ยงการดำเนินการตามบทบัญญัติของกฎหมายแล้ว การที่ศาลปกครองวินิจฉัยเยียวยาความไม่ชอบด้วยกฎหมายดังกล่าว โดยการเพิกถอนใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร หรือให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายควบคุมอาคารเข้าไปดำเนินการรื้อถอนอาคาร หรือแม้กระทั่งให้หน่วยงานทางปกครองที่เกี่ยวข้องจ่ายค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ประสบภัยจากการเข้าไปในอาคารที่มีการก่อสร้างไม่ชอบด้วยกฎหมาย เป็นต้น นั้น ย่อมมีเหตุผลอันสมควร เนื่องจากความไม่ชอบด้วยกฎหมายที่ปรากฏนั้นเกิดจากเจตนาที่ต้องการฝ่าฝืนหรือหลีกเลี่ยงกฎหมาย แต่สำหรับกรณีที่ผู้ที่ก่อสร้างหรือดัดแปลงอาคารที่ได้ยื่นขอใบอนุญาตก่อสร้างอาคารตามหลักเกณฑ์และเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดไว้แล้วทุกประการ และเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่ใช้อำนาจตามกฎหมายได้พิจารณาออกคำสั่งอนุญาตให้มีการก่อสร้างอาคารได้นั้น การอนุญาตก่อสร้างอาคารดังกล่าวย่อมมีผลผูกพันในทางกฎหมายเป็นการอนุญาตให้ก่อสร้างอาคารได้โดยชอบด้วยกฎหมาย และเมื่อได้มีการก่อสร้างอาคารเสร็จสิ้นไปแล้ว อาคารดังกล่าวย่อมอยู่ภายใต้หลักกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองกรรมสิทธิ์ในทรัพย์สินของบุคคล แต่ต่อมาในภายหลัง หากศาลปกครองวินิจฉัยว่าการอนุญาตก่อสร้างอาคารดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย ให้เพิกถอนคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคารหรือให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไปดำเนินการตามอำนาจหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้ต้องรื้อถอนอาคารนั้นแล้ว กรณีย่อมส่งผลกระทบต่อความเชื่อโดยสุจริตที่บุคคลนั้นมีต่อการอนุญาตก่อสร้างอาคาร ดังนั้น ในกรณีดังกล่าวจึงเป็นการชั่งน้ำหนักระหว่างความชอบด้วยกฎหมายและความเชื่อโดยสุจริตของบุคคลในผลผูกพันทางกฎหมายของการอนุญาตก่อสร้างอาคาร เมื่อปรากฏต่อศาลถึงความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการอนุญาตก่อสร้างอาคารใด ๆ แล้ว ศาลในระบบนิติรัฐย่อมจะต้องเพิกถอนคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคารที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือกำหนดให้เจ้าหน้าที่ที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายดำเนินการรื้อถอนอาคาร

ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย อันเป็นการบังคับใช้หลักความชอบด้วยกฎหมายอย่างเคร่งครัด แต่ในอีกแง่มุมหนึ่ง หากประชาชนหรือบุคคลผู้ซึ่งได้ขออนุญาตก่อสร้างอาคาร และได้รับใบอนุญาตก่อสร้างอาคารที่เจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้ออกให้ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย ย่อมสามารถเชื่อถือและไว้วางใจในผลทางกฎหมายของคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคารนั้นได้ และเมื่อบุคคลนั้นได้ดำเนินการก่อสร้างอาคารตามที่ได้ขออนุญาตไปแล้ว กรณีจึงมีประเด็นที่จะต้องหาแนวทางหรือหลักเกณฑ์ที่ศาลจะต้องใช้ในการพิจารณาชั่งน้ำหนักระหว่างความชอบด้วยกฎหมายและความเชื่อโดยสุจริตของบุคคลในผลผูกพันทางกฎหมายของคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคารเพื่อสร้างดุลยภาพระหว่างประสิทธิภาพของการใช้อำนาจตามกฎหมายของฝ่ายปกครองกับสิทธิเสรีภาพของบุคคล

๒. แนวทางการแก้ไขปัญหาในระบบกฎหมายเยอรมัน

เมื่อพิจารณานำสภาพปัญหาที่ปรากฏในระบบกฎหมายของไทยข้างต้น มาศึกษาค้นคว้าแนวทางการแก้ไขปัญหาที่ปรากฏในระบบกฎหมายเยอรมันแล้ว พบว่า หลักเกณฑ์หรือวิธีการจะต้องใช้ในการพิจารณาชั่งน้ำหนักระหว่างความชอบด้วยกฎหมายและความเชื่อโดยสุจริตของบุคคลในผลผูกพันทางกฎหมายของคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคาร เพื่อสร้างดุลยภาพระหว่างประสิทธิภาพของการใช้อำนาจตามกฎหมายของฝ่ายปกครองกับสิทธิเสรีภาพของบุคคล นั้น ระบบกฎหมายปกครองว่าด้วยกฎหมายก่อสร้างอาคาร (Baurecht) ปรากฏหลักกฎหมายเกี่ยวกับการคุ้มครองสภาพผูกพันทางกฎหมาย (Bestandsschutz)[๒] กล่าวคือ การคุ้มครองกรรมสิทธิ์ในอาคารอันเป็นสถานภาพทางกฎหมาย (Rechtspostion; Legal position) ที่บุคคลได้รับตามผลทางกฎหมายของการอนุญาตก่อสร้างอาคาร ที่แม้ต่อมาปรากฏการเปลี่ยนแปลงไปของข้อกฎหมายที่ทำให้การก่อสร้างอาคารที่เคยชอบด้วยกฎหมาย กลายเป็นไม่ชอบด้วยกฎหมายขึ้นมาในภายหลัง หรือเป็นกรณีที่เดิมได้มีการอนุญาตก่อสร้างอาคารแล้ว แต่อาคารนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่หลังจากที่ข้อกฎหมายมีการเปลี่ยนแปลงไป ทำให้การอนุญาตก่อสร้างที่แต่เดิมไม่ชอบด้วยกฎหมายกลับมาชอบด้วยกฎหมายขึ้นมาในภายหลัง ในกรณีที่ **“การก่อสร้างอาคารชอบด้วยกฎหมายไม่ว่าจะช่วงระยะเวลาใดก็ตาม”** หลักกฎหมายดังกล่าวจะให้ความคุ้มครองกรรมสิทธิ์ของบุคคล โดยที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่อาจจะอ้างความไม่ชอบด้วยกฎหมายเพื่อรื้อถอนอาคารหรือห้ามใช้สอยอาคารดังกล่าวได้ อนึ่ง การคุ้มครองสภาพผูกพันทางกฎหมาย (Bestandsschutz) ก็มีปรากฏในระบบกฎหมายคอมมอนลอว์เช่นกันภายใต้หลักกฎหมายที่ใช้ชื่อว่า “Grandfathering”[๓] ด้วยเช่นกัน

[๒] Vgl. etwa Tim Uschkereit, Der Bestandsschutz im Bau- und Immissionsschutzrecht, 2007; BerndBrendörfer, Reichweite und Grenzen des baurechtlichen Bestandsschutzes, 2008; Kai Bahnsen, Der Bestandsschutz im öffentlichen Baurecht, 2011; Andreas Decker, Reichweite und Grenzen des baurechtlichen Bestandsschutzes, BayVBl 2011, 517 ff.; Henning Jäde, Bestandsschutz im Bauplanungsrecht, BayVBl 2007, 641 ff.; Matthias Wehr, Materieller und formeller Bestandsschutz im Baurecht, Die Verwaltung 38 (2005), 65 ff.; Jan Lieder, Der Bestandsschutz im Baurecht, ThürVBl 2004, 53 ff. (Teil I), 81 ff. (Teil II). อ้างใน Josef Franz Lindner, Der passive Bestandsschutz im öffentlichen Baurecht, DÖV 2014, S. 313 ff.

[๓] “แม้จะปรากฏข้อเท็จจริงที่ว่าการใช้ประโยชน์จากทรัพย์สินที่ไม่ถูกต้องจะขัดทั้งต่อกฎหมายลายลักษณ์อักษรและขัดต่อเจตนารมณ์ของกฎหมายว่าด้วยการผังเมืองก็ตาม แต่ก็ได้มีการพัฒนาหลักกฎหมายที่ใช้ในการคุ้มครองกรรมสิทธิ์

๒.๑ หลักกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองสภาพผูกพันทางกฎหมาย (Bestandsschutz)

หลักกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองสภาพผูกพันทางกฎหมาย (Bestandsschutz) จำแนกการคุ้มครองออกเป็นสองประเภทด้วยกัน โดยที่ประเภทแรกเป็นการคุ้มครองอาคารที่ได้ก่อสร้างขึ้นตามคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคาร และประเภทที่สองคือการให้สิทธิเจ้าของอาคารดัดแปลง ต่อเติมอาคารได้ ดังนี้

หนึ่ง การคุ้มครองสภาพผูกพันทางกฎหมายที่*ห้าม*มิให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเข้าดำเนินการใด ๆ ที่มีผลกระทบต่ออาคาร (Der passive Bestandsschutz)

สอง การคุ้มครองสภาพผูกพันทางกฎหมายที่*ให้สิทธิ*บุคคลผู้เป็นเจ้าของอาคารสามารถแก้ไขดัดแปลงอาคารเพิ่มเติมได้ (Der aktive Bestandsschutz)

เนื่องจากสภาพปัญหาของบทความฉบับนี้ เป็นปัญหาการคุ้มครองอาคารจากการดำเนินการของเจ้าหน้าที่ที่ไปกระทบถึงสถานภาพกรรมสิทธิ์ที่ก่อตั้งขึ้นมาตามการอนุญาตก่อสร้างอาคาร ผู้เขียนจึงจะนำเสนอเฉพาะการคุ้มครองสภาพผูกพันทางกฎหมายที่**ห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองเข้าดำเนินการใด ๆ ที่มีผลกระทบต่ออาคาร (Der passive Bestandsschutz)** โดยหลักการพื้นฐานของการคุ้มครองสภาพผูกพันทางกฎหมาย (Bestandsschutz) นั้น อาศัยการอธิบายผ่านหลักกฎหมายว่าด้วยการคุ้มครองกรรมสิทธิ์ตามมาตรา ๑๔ (๑)[๔] ของกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญเยอรมัน (Grundgesetz) ซึ่งกำหนดให้การตีความบทบัญญัติแห่งกฎหมายใด ๆ ที่มีผลเป็นการลิดรอนกรรมสิทธิ์ในอาคารย่อมจะต้องตีความให้สอดคล้องกับรัฐธรรมนูญ (Die verfassungskonforme Auslegung; Interpretation in conformity with the Constitution) อันเป็นการรับรองและคุ้มครองกรรมสิทธิ์ของบุคคลในอาคารที่ได้รับอนุญาตก่อสร้าง

ที่เกิดขึ้นก่อนบทบัญญัตินั้น และจะถือเป็นการขัดต่อรัฐธรรมนูญในการพรากกรรมสิทธิ์เช่นว่านั้น” (“Despite the fact that nonconforming uses violate the letter and the spirit of zoning laws, they have evolved for the purpose of protecting property rights that antedated the existence of an ordinance from what might be an unconstitutional taking.” (Surry v. Starkey, 115 N.H. 31 (1975), citing Powell, Real Property, Sec 869;Rathkopf, Law of Zoning and Planning, 58-1; Anderson, American Law of Zoning, Sec. 6.01.))

“ในประเทศแห่งนี้ หลักกฎหมายคอมมอนลอว์กล่าวไว้ว่าเจ้าของกรรมสิทธิ์ผู้ซึ่งเชื่อโดยสุจริตว่าไม่มีบทบัญญัติแห่งกฎหมายใดที่ไปขัดขวางการก่อสร้างอาคาร และต่อมาบุคคลเช่นว่านั้นได้ทำการปลูกสร้างสิ่งก่อสร้างที่เป็นสาระสำคัญลงบนที่ดิน หรือได้สร้างภาระหนี้สินที่เกี่ยวข้องโดยตรง หรือจะทั้งสองประการก็ตาม บุคคลนั้นย่อมได้รับสิทธิโดยไร้เงื่อนไขในการดำเนินการก่อสร้างให้แล้วเสร็จ แม้จะปรากฏในภายหลังว่าการก่อสร้างดังกล่าวขัดต่อกฎหมายก็ตาม” (“In this State, the common-law rule is that an owner, who, relying in good faith on the absence of any regulation which would prohibit his proposed project, has made substantial construction on the property or has incurred substantial liabilities relating directly thereto, or both, acquires a vested right to complete his project in spite of the subsequent adoption of an ordinance prohibiting the same.” (Henry & Murphy, Inc. v. Town of Allenstown, 120 N.H. 910 (1980).)

[๔] มาตรา ๑๔ ของกฎหมายพื้นฐานหรือรัฐธรรมนูญเยอรมัน

(๑) กรรมสิทธิ์และสิทธิในมรดกย่อมได้รับการคุ้มครอง เนื้อหาและขอบเขตให้เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนด

Art 14 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland

(1) Das Eigentum und das Erbrecht werden gewährleistet. Inhalt und Schranken werden durch die Gesetze bestimmt.

...

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียนอายุราชการ

๒.๒ ผลผูกพันทางกฎหมายของใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร

ปฐมบททางกฎหมายที่เป็นจุดเริ่มต้นของการคุ้มครองความเชื่อโดยสุจริตในผลผูกพันทางกฎหมายของการอนุญาตก่อสร้างอาคาร ก็คือ ผลผูกพันของคำสั่งทางปกครอง (Die Bestandskraft eines Verwaltungsakts) และเมื่อการอนุญาตก่อสร้างอาคารถือเป็นคำสั่งทางปกครอง (Verwaltungsakt) ที่ไม่เพียงแต่จะให้สิทธิแก่ผู้ได้รับอนุญาตดำเนินการก่อสร้างอาคารได้เท่านั้น แต่การอนุญาตก่อสร้างอาคารยังเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไปรับรองและยืนยันถึงสถานภาพของกรรมสิทธิ์ในอาคารดังกล่าวด้วย โดยสามารถอธิบายผ่านพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ปี ค.ศ. ๑๙๗๖ (Verwaltungsverfahrensgesetz) ได้ ดังนี้

หนึ่ง การอนุญาตก่อสร้างอาคาร (Baugenehmigung; building permit) ถือเป็นคำสั่งทางปกครองที่มีผลเป็นการรับรองสถานะความชอบด้วยกฎหมายของอาคาร (Legalisierungswirkung; Legalization effect)[๕]

เมื่อการอนุญาตก่อสร้างอาคารดำเนินการโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองผู้มีอำนาจตามกฎหมายและได้มีการดำเนินการโดยชอบด้วยรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดแล้ว (Formelle Rechtmäßigkeit; Formal legality) คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมมีผลผูกพันตามกฎหมาย โดยผลผูกพันดังกล่าวจะเป็นการรับรองความชอบด้วยกฎหมายของการก่อสร้างอาคาร แม้ว่าในความเป็นจริงการก่อสร้างอาคารดังกล่าวไม่เป็นไปตามกฎหมายสาระบัญญัติหรือที่เรียกว่าการอนุญาตก่อสร้างอาคารนั้นปรากฏความไม่ชอบด้วยกฎหมายในเนื้อหาสาระของคำสั่งทางปกครองก็ตาม (Materielle Rechtswidrigkeit; Substantive illegality) แต่การคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองดังกล่าวยังรับรองสถานะความชอบด้วยกฎหมายของการก่อสร้างอาคาร ซึ่งเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา ๔๓ (๒)[๖] แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ปี ค.ศ. ๑๙๗๖ (Verwaltungsverfahrensgesetz) อันเป็นหลักกฎหมายปกครองที่สำคัญประการหนึ่งที่มีพื้นฐานความคิดมาจากหลักความมั่นคงแห่งนิติฐานะ (Rechtssicherheit; Legal certainty) โดยที่บทบัญญัติดังกล่าวกำหนดให้คำสั่งทางปกครองมีผลผูกพันทางกฎหมาย และผลผูกพันทางกฎหมายนั้นจะต้องมีความมั่นคงแน่นอน โดยไม่ขึ้นอยู่กับว่าคำสั่งทางปกครองนั้นจะไม่ชอบด้วยกฎหมายในเนื้อหาสาระ (Materielle Rechtswidrigkeit; Substantive illegality) หรือไม่ก็ตาม และตราบเท่าที่คำสั่งทางปกครองนั้นยังคงมีอยู่ สถานะทางกฎหมายภายใต้คำสั่งทางปกครองนั้นย่อมได้รับการรับรองความชอบด้วยกฎหมายทั้งปวง เว้นแต่ต่อมาจะมีการเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจ หรือศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นหรือคำสั่งทางปกครองนั้นสิ้นผลลงด้วยเงื่อนเวลาหรือสิ้นผลลงด้วยเหตุอื่น

[๕] Klaus Finkelnburg/Karsten Michael Ortloff/Martin Kment, Öffentliches Baurecht, Bd. I: Bauplanungsrecht, 6. Aufl. 2011, § 4 Rn. 20.

[๖] มาตรา ๔๓ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ปี ค.ศ. ๑๙๗๖

...

(๒) คำสั่งทางปกครองย่อมมีผลในทางกฎหมายตราบเท่าที่ไม่มีการเพิกถอน ยกเลิก หรือเพิกถอนด้วยวิธีการอื่นใด หรือสิ้นผลลงด้วยเงื่อนเวลาหรือสิ้นผลลงด้วยเหตุอื่น

...

§ 43 Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)

...

(2) Ein Verwaltungsakt bleibt wirksam, solange und soweit er nicht zurückgenommen, widerrufen, anderweitig aufgehoben oder durch Zeitablauf oder auf andere Weise erledigt ist.

...

สอง การเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งทางปกครอง

ผลผูกพันของคำสั่งทางปกครอง (Bestandskraft) ยังมีผลต่อการเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งทางปกครอง นั้นด้วย โดยที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองที่มีอำนาจยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองตามมาตรา ๔๘ และ ๔๙ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ปี ค.ศ. ๑๙๗๖ (Verwaltungsverfahrensgesetz) มี “ดุลพินิจ” ที่จะยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองนั้นหรือไม่ก็ได้ และกรณีที่การยกเลิกหรือเพิกถอนคำสั่งทางปกครองก่อให้ความความเสียหายแก่บุคคลที่ได้รับอนุญาตก่อสร้างอาคารที่เชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้น หน่วยงานจะต้องจ่ายค่าทดแทนให้แก่บุคคลนั้นด้วย

๒.๓ ประเภทผลผูกพันทางกฎหมายของการอนุญาตก่อสร้างอาคาร

การคุ้มครองกรรมสิทธิ์ในอาคารที่ก่อสร้างขึ้นตามการอนุญาตของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองนั้นจะได้รับการคุ้มครองมากน้อยประการใดย่อมขึ้นอยู่กับความชอบด้วยกฎหมายของการอนุญาตนั้น โดยจำแนกความชอบด้วยกฎหมายของการอนุญาตก่อสร้างอาคารออกเป็นสองประการด้วย ดังนี้ **หนึ่ง ความชอบด้วยกฎหมายทางรูปแบบขั้นตอน (Formelle Rechtmäßigkeit; Formal legality)** เช่น ได้มีการยื่นคำขอตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดไว้ และเจ้าหน้าที่ได้อนุญาตตามคำขอนั้น หรือไม่ เป็นต้น และ **สอง ความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา (Materielle Rechtsmäßigkeit; Substantive legality)** เช่น การขออนุญาตก่อสร้างอาคารได้กำหนดระยะห่างระหว่างอาคารเป็นไปตามกฎหมาย หรือไม่ เป็นต้น โดยในกรณีที่การก่อสร้างอาคารนั้นไม่เคยมีการขออนุญาตเลย กรณีย่อมถือว่าการอนุญาตนั้นไม่ชอบด้วยรูปแบบขั้นตอน (Formelle Rechtswidrigkeit; Formal illegality) ในกรณีเช่นนี้ เมื่อไม่ปรากฏคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคารที่เป็นฐานในการคุ้มครองผลผูกพันทางกฎหมาย ทำให้กรรมสิทธิ์ของในอาคารที่ก่อสร้างโดยไม่ได้รับการอนุญาตจะไม่อยู่ภายใต้ความคุ้มครองผลผูกพันของการอนุญาตก่อสร้างอาคาร (Bestandsschutz) แต่กรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้มีการอนุญาตให้บุคคลสามารถก่อสร้างอาคารได้แล้ว คำสั่งทางปกครองที่อนุญาตก่อสร้างอาคารย่อมก่อให้เกิดผลผูกพันทางกฎหมายที่จะคุ้มครองสถานภาพของกรรมสิทธิ์ในอาคารนั้นได้ โดยอาคารดังกล่าวที่ได้รับการคุ้มครองกรรมสิทธิ์ จะมีผลในการห้ามมิให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองดำเนินการรื้อถอนอาคารนั้น เนื่องจากองค์ประกอบทางกฎหมายที่สำคัญของคำสั่งรื้อถอนอาคาร คือ ความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการก่อสร้างอาคาร โดยในการใช้ดุลพินิจตัดสินใจให้รื้ออาคารจะต้องปรากฏความไม่ชอบด้วยกฎหมายของอาคารดังกล่าวทั้งสองประการ กล่าวคือ การอนุญาตก่อสร้างอาคารจะต้องไม่ชอบด้วยรูปแบบขั้นตอน (Formelle Rechtswidrigkeit; Formal illegality) และอาคารดังกล่าวยังจะต้องปรากฏความไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหาสาระด้วย (Materielle Rechtswidrigkeit; Substantive illegality) โดยที่**ความไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้งสองประการจะต้องปรากฏตั้งแต่การก่อสร้างอาคารดังกล่าว (Der Zeitpunkt der Errichtung; the time of setting up)**[๗] ดังนั้น เมื่อคำสั่งทางปกครอง

[๗] Auf den Zeitpunkt der Errichtung stellen etwa ab: Decker (Fn. 2), BayVBl 2011, 517 (525);Clemens Weidemann/Thomas Krappel, Der passive Bestandsschutz im Baurecht – offeneverfassungsrechtliche Fragen, NVwZ 2009, 1207 (1208) sowie BVerwGE 3, 351; 19, 162; BayVerfGHE 19, 81. Die Gegenansicht wird z. B. vertreten vom VGH München (Fn. 18). อ้างใน Josef Franz Lindner, Der passive Bestandsschutz im öffentlichen Baurecht, DÖV 2014, Fn.20.

ที่ให้อนุญาตก่อสร้างอาคารยังคงอยู่ ย่อมมีผลเป็นการรับรองความชอบด้วยกฎหมายของการก่อสร้างอาคารนั้น กรณีจึงมีประเด็นที่จะต้องพิจารณาต่อไปถึงการลบล้างผลผูกพันทางกฎหมายของคำสั่งอนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร โดยกรณีที่จะกล่าวถึงต่อไปนี้เป็นกรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองได้มีคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคารแล้ว โดยจำแนกตามลักษณะของความชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหา (Materielle Rechtsmäßigkeit; Substantive legality) ของอาคาร ซึ่งมีผลต่อการคุ้มครองกรรมสิทธิ์ ดังนี้

๒.๓.๑ การเพิกถอนคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคารที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย (Rücknahme der Baugenehmigung nach § 48 VwVfG)

ในการพิจารณาว่าคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคารชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ มีประเด็นที่จะต้องพิจารณาว่ากรณีในขณะที่ออกคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคาร ปรากฏว่าอาคารนั้นยังชอบด้วยกฎหมาย แต่ต่อมาข้อกฎหมายเปลี่ยนแปลงไป ทำให้การอนุญาตกลายเป็นไม่ชอบด้วยกฎหมายขึ้นมา กรณีจะถือว่าคำสั่งอนุญาตเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ นั้น ในการพิจารณาความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองที่เป็นวัตถุแห่งการเพิกถอน ให้พิจารณาความไม่ชอบด้วยกฎหมายเฉพาะ “ในขณะที่ทำคำสั่งทางปกครอง” เท่านั้น[๘] และเมื่อคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคารเป็นคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์ (begünstigender Verwaltungsakt) ที่ไม่อาจจะแบ่งแยกได้[๙] แล้ว การเพิกถอนคำสั่งจะต้องมีการชดเชยความเสียหายที่เกิดจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคาร และเมื่อการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองเป็น “ดุลพินิจ” ของเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองแล้ว กรณีจึงมีข้อพิจารณาประกอบการใช้ดุลพินิจเพิกถอนคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคารที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนี้

(๑) อาคารไม่ชอบด้วยกฎหมายในเนื้อหาสาระมาโดยตลอด (stets Materielle Rechtswidrigkeit; always Substantive illegality)

กรณีนี้เป็นกรณีที่เดิมอาคารดังกล่าวแม้จะได้รับการอนุญาตให้ก่อสร้างอาคารก็ตาม แต่การก่อสร้างอาคารนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายในเนื้อหาสาระ และไม่ปรากฏว่ามีข้อกฎหมายที่เปลี่ยนแปลงไปที่ทำให้คำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคารที่เดิมเคยไม่ชอบด้วยกฎหมาย กลายเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายขึ้นมา ดังนั้น เมื่อคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคาร**ไม่เคยชอบด้วยกฎหมายในขณะใด ๆ มาเลย** ทำให้ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องคุ้มครองกรรมสิทธิ์ในอาคารที่ก่อสร้างตามการอนุญาตก่อสร้างอาคารดังกล่าว แต่ด้วยการที่คำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคารยังเป็นมีสภาพผูกพันทางกฎหมายอยู่ และด้วยผลของความคงอยู่ของคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคาร ทำให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่อาจจะดำเนินการใด ๆ กับอาคารดังกล่าวได้ จนกว่าจะมีการลบล้างผลทางกฎหมายของคำสั่งดังกล่าว แต่การเพิกถอนคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคารนั้น ย่อมต้อง

---

[๘] Alfred Lechner, in: Alfons Simon/Jürgen Busse, Bayerische Bauordnung, Art. 68 Rn. 741 m. w. N.; anders BVerwGE 96, 372 (373).อ้างใน Josef Franz Lindner, Der passive Bestandsschutz im öffentlichen Baurecht, DÖV 2014, Fn.30.

[๙] ความเห็นของผู้เขียน: คำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคารหลายชั้นไม่อาจจะถือได้ว่าเป็นคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์และแบ่งแยกออกมาเป็นชั้นๆ ของอาคารได้ เนื่องจากจำนวนชั้นเป็นวัตถุประสงค์ของการใช้อาคารในแต่ละประเภท โดยมิอาจจะแยกออกจากการขออนุญาตก่อสร้างอาคารได้ อีกทั้งจำนวนชั้นของอาคารมิได้เกี่ยวกับการได้ประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองแต่อย่างใด เนื่องจากประโยชน์ที่ได้รับจากการอนุญาตก่อสร้างอาคาร คือ การได้รับสิทธิในการปลูกสร้างอาคารในสภาพตามที่ปรากฏในคำสั่งอนุญาตนั้นเท่านั้น

พิจารณาผลทางกฎหมายที่เจ้าของกรรมสิทธิ์ในอาคารได้ก่อสร้างอาคารตามคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคาร ซึ่งการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจตัดสินใจที่จะเพิกถอนคำสั่งดังกล่าว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองยังจะต้องพิจารณาประเด็นเงินค่าชดเชยการก่อสร้างอาคารที่ผู้ได้รับการอนุญาตก่อสร้างได้เชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคารด้วย

(๒) แม้การอนุญาตก่อสร้างอาคารไม่ชอบด้วยกฎหมายก็ตาม แต่ภายหลังจากที่มีการเพิกถอนการอนุญาตก่อสร้างอาคารไปแล้ว กลับมีการเปลี่ยนแปลงข้อกฎหมายทำให้อาคารกลับมาชอบด้วยกฎหมาย

กรณีนี้เป็นกรณีที่เดิมคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคารไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งต่อมาเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้อำนาจเพิกถอนคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคารโดยให้มีผลย้อนหลังไปจนถึงขณะที่ออกคำสั่ง (ex tunc) อันเป็นการลบล้างผลทางกฎหมายทั้งปวงของการอนุญาตก่อสร้างอาคาร ทำให้อาคารนั้นเสมือนหนึ่งไม่เคยได้รับอนุญาตก่อสร้างอาคารมาก่อน และไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางเนื้อหาสาระ แต่ภายหลังจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าว ปรากฏว่ามีการเปลี่ยนแปลงข้อกฎหมายทำให้อาคารนั้นกลายเป็นอาคารที่ชอบด้วยกฎหมายในเนื้อหาสาระ แต่เนื่องจากอาคารดังกล่าวไม่มีคำสั่งอนุญาตให้ก่อสร้างอาคารมารองรับ กรณีเช่นนี้ เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะสามารถใช้ดุลพินิจดำเนินการได้สามกรณี ดังนี้

หนึ่ง เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถยกเลิกคำสั่งเพิกถอนได้ เนื่องจากคำสั่งเพิกถอนการอนุญาตก่อสร้างอาคารเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย และยังคงมีผลผูกพันทางกฎหมาย หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองยกเลิกคำสั่งเพิกถอนการอนุญาตตามมาตรา ๔๙ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ปี ค.ศ. ๑๙๗๖ (Verwaltungsverfahrensgesetz) กรณีย่อมมีผลทำให้คำสั่งอนุญาตให้ก่อสร้างอาคารกลับขึ้นมามีสภาพผูกพันตามเดิม และเมื่ออาคารดังกล่าวกลายเป็นอาคารที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว กรณีจึงตกอยู่ภายใต้การคุ้มครองกรรมสิทธิ์ของอาคารที่ก่อสร้างขึ้นตามคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคาร

สอง เจ้าของอาคารสามารถยื่นคำขออนุญาตก่อสร้างอาคารได้อีกครั้ง เมื่อสภาพของอาคารไม่ขัดต่อกฎหมายในเนื้อหาสาระแล้ว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมต้องออกใบอนุญาตก่อสร้างอาคารให้แก่เจ้าของอาคารได้

สาม เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่มีอำนาจในการออกคำสั่งรื้ออาคารที่ชอบด้วยกฎหมายได้ กรณีที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะออกคำสั่งรื้อถอนอาคารได้นั้น อาคารที่เป็นวัตถุแห่งการรื้อถอนจะต้องเป็นอาคารที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายมาตั้งแต่การก่อสร้างอาคาร เมื่อกรณีนี้อาคารที่แต่เดิมไม่ชอบด้วยกฎหมายมาก่อนแล้ว แต่ต่อมามีการเปลี่ยนแปลงข้อกฎหมายจนทำให้อาคารดังกล่าวกลายมาเป็นอาคารที่ชอบด้วยกฎหมายแล้ว การเพิกถอนคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคารให้มีผลนับตั้งแต่ออกคำสั่ง (ex tunc) ย่อมมีผลเป็นการลบล้างผลผูกพันทั้งปวงของคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคาร ทำให้อาคารดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายทั้งในรูปแบบขั้นตอน (ไม่มีการอนุญาต) และเนื้อหาสาระ (เดิมอาคารดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายตั้งแต่ก่อสร้างอาคาร) กรณีดังกล่าวนั้น แม้จะทำให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถออกคำสั่งรื้อถอนอาคารได้ก็ตาม แต่ในขณะปัจจุบัน มีการเปลี่ยนแปลงข้อกฎหมายทำให้อาคารดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายไปเสียแล้ว การรื้อถอนอาคารย่อมไม่อาจจะกระทำได้

(๓) ในขณะอนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร อาคารนั้นเป็นอาคารที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ต่อมามีการเปลี่ยนแปลงไปของข้อกฎหมาย ทำให้อาคารนั้นกลายเป็นอาคารที่ชอบด้วยกฎหมายขึ้นมา

เมื่อในขณะที่ออกคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคาร ปรากฏข้อเท็จจริงว่าอาคารดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย ดังนั้น กรณีย่อมต้องถือว่า "ในขณะทำคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคาร" คำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคารเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่ต่อมามีการเปลี่ยนแปลงไปของข้อกฎหมายทำให้อาคารนั้นกลับกลายมาชอบด้วยกฎหมายขึ้นมา ดังนั้น หากเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองใช้ดุลพินิจตัดสินใจเพิกถอนคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคารโดยไม่คำนึงถึงสภาพ "ความชอบด้วยกฎหมายของอาคาร" แล้ว การใช้ดุลพินิจเพิกถอนการอนุญาตก่อสร้างดังกล่าวจะไม่ชอบด้วยกฎหมายเนื่องจากเป็นการใช้ดุลพินิจโดยไม่คำนึงถึงการคุ้มครองกรรมสิทธิ์ในอาคาร และแม้ว่าเจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะเพิกถอนคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคารให้มีผลย้อนหลังไปจนถึงวันที่ออกคำสั่ง (ex tunc) อันมีผลเป็นการลบล้างผลผูกพันทั้งปวงของคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคาร ซึ่งทำให้เจ้าหน้าที่สามารถออกคำสั่งรื้อถอนอาคารได้ก็ตาม แต่เนื่องจากอาคารดังกล่าวนั้นมีสถานะที่ชอบด้วยกฎหมายในขณะออกคำสั่งรื้อถอนอาคาร ทำให้คำสั่งรื้อถอนอาคารไม่ชอบด้วยกฎหมาย

(๔) ในขณะอนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร อาคารนั้นเป็นอาคารที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ต่อมามีการเปลี่ยนแปลงไปของข้อกฎหมาย ทำให้อาคารนั้นกลายเป็นอาคารที่ชอบด้วยกฎหมายขึ้นมา แต่ในท้ายที่สุดก็มีการเปลี่ยนแปลงข้อกฎหมายอีกครั้งหนึ่ง ทำให้อาคารดังกล่าวกลับมาเป็นอาคารที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

การเปลี่ยนกลับไปกลับมาของข้อกฎหมายสองครั้งทำให้อาคารนั้นเดิมไม่ชอบด้วยกฎหมายกลายเป็นอาคารที่ชอบด้วยกฎหมาย และในท้ายที่สุดกลายเป็นอาคารไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น "เมื่ออาคารดังกล่าวเคยชอบด้วยกฎหมายในขณะใดขณะหนึ่งแล้ว" กรรมสิทธิ์ในอาคารดังกล่าวย่อมได้รับการคุ้มครองการที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะเพิกถอนคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคาร และออกคำสั่งรื้อถอนอาคารดังกล่าวจะต้องคำนึงถึงการคุ้มครองกรรมสิทธิ์ของบุคคลประกอบการใช้ดุลพินิจด้วย

๒.๓.๒ การยกเลิกคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคารที่ชอบด้วยกฎหมาย (Widerruf der Baugenehmigung nach § 49 VwVfG)

ข้อจำกัดประการสำคัญของการยกเลิก**คำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายและเป็นการให้ประโยชน์ที่ไม่อาจจะแบ่งแยกได้**นั้นก็คือการยกเลิกคำสั่งทางปกครองจะมีผลไปในอนาคตเท่านั้น (ex nunc) ตามมาตรา ๔๙ (๒) ประโยคที่หนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง ปี ค.ศ. ๑๙๗๖ (Verwaltungsverfahrensgesetz) และ เมื่อคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคารเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายและไม่อาจจะแบ่งแยกได้แล้ว อีกทั้ง **"อาคารดังกล่าวเคยชอบด้วยกฎหมายมาในขณะใดขณะหนึ่งแล้ว"** ทำให้ในขณะที่ก่อสร้างอาคารนั้น อาคารดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายทั้งในรูปแบบขั้นตอน (การอนุญาตก่อสร้างอาคาร) และในทางเนื้อหาสาระ ผลผูกพันของคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคารที่เคยชอบด้วยกฎหมายมาแล้วในขณะใดขณะหนึ่ง ย่อมก่อให้เกิดความคุ้มครองกรรมสิทธิ์ของเจ้าของอาคาร การยกเลิกคำสั่งอนุญาตก่อสร้างที่มีผลเพียงไปแต่ในอนาคต ย่อมไม่กระทบความชอบด้วยกฎหมายของอาคารที่มีมาก่อนหน้านั้น เมื่อองค์ประกอบของความไม่ชอบด้วยกฎหมายของอาคารไม่ได้มีอยู่ตั้งแต่ในขณะเริ่มก่อสร้างอาคาร (Der Zeitpunkt der Errichtung; the time of setting up) แล้ว ในการใช้ดุลพินิจออกคำสั่ง

รื้อถอนอาคารนั้น เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะต้องคำนึงถึงการคุ้มครองกรรมสิทธิ์ในอาคารดังกล่าวประกอบด้วย ทำให้เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองไม่อาจจะออกคำสั่งรื้อถอนอาคารดังกล่าวได้

๓. ข้อเสนอแนะเกี่ยวกับการนำแนวความคิดในระบบกฎหมายเยอรมันมาปรับใช้ในระบบกฎหมายไทย

เมื่อพิจารณาจากหลักกฎหมายเยอรมันข้างต้นแล้วสามารถสรุปหลักกฎหมายสาระสำคัญที่จะสามารถนำมาใช้พิจารณาเพื่อกำหนดวิธีการหรือแนวทางการแก้ปัญหาในระบบกฎหมายปกครองของไทยได้เจ็ดประการ ดังนี้

หนึ่ง คำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคารเป็นคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์อันไม่อาจแบ่งแยกได้ การขออนุญาตสร้างอาคารขนาดใหญ่ที่มีจำนวนหลายชั้นมิได้หมายความว่าผู้ได้รับการอนุญาตได้รับประโยชน์เป็นจำนวนชั้นตามที่ขออนุญาต แต่ประโยชน์ที่ผู้ขออนุญาตก่อสร้างอาคารได้รับมีแต่เพียง “การได้รับอนุญาตให้ก่อสร้างอาคารตามสภาพที่ปรากฏในคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคาร” เท่านั้น

สอง คำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคารที่ออกโดยเจ้าหน้าฝ่ายปกครองที่มีอำนาจหน้าที่ตามกฎหมายย่อมมีผลผูกพันทางกฎหมาย และเป็นให้การรับรองความชอบด้วยกฎหมายทั้งปวงของอาคารดังกล่าว ดังนั้น การที่เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองจะดำเนินการประการใดกับอาคารดังกล่าว เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองย่อมจะต้องลบล้างผลผูกพันทางกฎหมายของคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคารเสียก่อน โดยสามารถเพิกถอนคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคารที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือยกเลิกคำสั่งอนุญาตคำสั่งก่อสร้างโดยชอบด้วยกฎหมาย และหากมีการเพิกถอนคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคารให้มีผลย้อนหลังแล้ว จะต้องมีการชดเชยค่าเสียหายจากการก่อสร้างอาคารที่เจ้าของอาคารได้เชื่อโดยสุจริตในคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคารดังกล่าว

สาม การพิจารณาว่าคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคารชอบด้วยกฎหมาย หรือไม่ นั้น ให้พิจารณาในขณะออกคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคารว่าอาคารนั้นชอบด้วยกฎหมายในเนื้อหาสาระหรือไม่ เช่น ระยะระหว่างอาคารเป็นไปตามหลักเกณฑ์หรือไม่ เป็นต้น โดยที่ความชอบด้วยกฎหมายของการอนุญาตก่อสร้างอาคารจะมีผลต่อหลักเกณฑ์ในการเพิกถอนหรือยกเลิกคำสั่งทางปกครอง

สี่ คำสั่งรื้อถอนอาคารจะต้องปรากฏว่าอาคารนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมายมาตั้งแต่ก่อสร้างอาคารโดยอาคารนั้นจะต้องไม่ชอบด้วยกฎหมายพร้อมกันในทั้งสองประการ กล่าวคือ หนึ่ง อาคารนั้นจะต้องไม่ชอบด้วยกฎหมายในทางรูปแบบขั้นตอน ได้แก่ กรณีที่อาคารนั้นไม่เคยได้รับการอนุญาต หรือแม้จะมีการอนุญาตไปแล้ว แต่เจ้าหน้าที่ได้เพิกถอนการอนุญาตให้มีผลย้อนหลัง และสอง อาคารนั้นจะต้องไม่ชอบด้วยกฎหมายในเนื้อหาสาระ เช่น ระยะระหว่างอาคารไม่เป็นไปตามหลักเกณฑ์ เป็นต้น

ห้า การก่อสร้างอาคารที่ไม่เคยมีการขออนุญาตก่อสร้างอาคารเลย ย่อมไม่ได้รับการคุ้มครอง

หก การเพิกถอนคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคารที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย นั้น หากปรากฏในภายหลังไม่ว่าในขณะใดขณะหนึ่งว่าอาคารดังกล่าวชอบด้วยกฎหมายในเนื้อสาระขึ้นมาแล้ว อาคารดังกล่าวจะอยู่ภายใต้การคุ้มครองกรรมสิทธิ์ในทันที เจ้าหน้าที่ไม่อาจจะรื้อถอนอาคารดังกล่าวได้

เจ็ด การยกเลิกคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคารที่ชอบด้วยกฎหมาย เจ้าหน้าที่ฝ่ายปกครองสามารถยกเลิกโดยให้มีผลเพียงแต่ไปในอนาคตเท่านั้น และไม่อาจจะรื้อถอนอาคารที่ชอบด้วยกฎหมายได้

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

๔. บทสรุป

แม้ว่าหลักความชอบด้วยกฎหมายจะถือเป็นหัวใจสำคัญของกฎหมายปกครองในระบบนิติรัฐก็ตาม แต่การบังคับใช้หลักความชอบด้วยกฎหมายยังจะต้องคำนึงถึงหลักกฎหมายปกครองอื่น ๆ ประกอบด้วย โดยในกรณีที่บุคคลผู้ซึ่งได้ขออนุญาตก่อสร้างอาคาร และได้รับคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคารที่เจ้าหน้าที่ของรัฐ เป็นผู้ออกให้ตามบทบัญญัติแห่งกฎหมาย บุคคลนั้นย่อมสามารถเชื่อถือและไว้วางใจในผลทางกฎหมาย ของคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคารนั้นได้ และเมื่อบุคคลนั้นได้ดำเนินการก่อสร้างอาคารตามที่ได้ขออนุญาต ไปแล้ว กรณีจึงจะต้องพิจารณาชั่งน้ำหนักระหว่างความชอบด้วยกฎหมายและความเชื่อโดยสุจริตของบุคคล ในผลผูกพันทางกฎหมายของคำสั่งอนุญาตก่อสร้างอาคาร เพื่อสร้างดุลยภาพระหว่างประสิทธิภาพของการใช้อำนาจตามกฎหมายของฝ่ายปกครองกับสิทธิเสรีภาพของบุคคล โดยจะต้องจำแนกประเภทความชอบ ด้วยกฎหมายของอาคารว่าภายใต้หลักเกณฑ์ของความชอบด้วยกฎหมายในลักษณะใดบ้างที่อยู่ภายใต้ ความคุ้มครองของหลักกฎหมายว่าด้วยผลผูกพันของคำสั่งทางปกครอง และการคุ้มครองกรรมสิทธิ์ของบุคคล

Fiat justitia ruat caelum

จงประสาทความยุติธรรม แม้ฟ้าจะถล่มก็ตามที

นิตินโยบายของศาลปกครอง

ดร.วิศรุต คิดดี*

ส่วนที่ ๑ ข้อความคิดว่าด้วยนิตินโยบายของศาล

เป็นปกติที่ระบบกฎหมายของแต่ละประเทศย่อมมีช่องว่างทางกฎหมาย (lacunaire) โดยเฉพาะอย่างยิ่งเมื่อกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่เป็นลายลักษณ์อักษร (la norme écrite) ไม่ชัดเจนหรือไม่สมบูรณ์ ความดังกล่าวจึงเป็นเหตุที่ศาลเข้ามามีบทบาทในการกำหนดทิศทาง เฉพาะในการพิพากษาตัดสินคดี ซึ่งแม้จะเสมือนหนึ่งการเข้าไปแทรกแซงในระบบกฎหมาย แต่ก็ถือว่าเป็นการชอบด้วยกฎหมายอันเนื่องจากความจำเป็นเพื่อแก้ปัญหา "ความเงียบงัน ของฝ่ายนิติบัญญัติ" (le silence du législateur) เพื่อไม่ให้เป็นการปฏิเสธความยุติธรรม (le déni de justice)

ศาลจึงต้องมีบทบาทในกรณีดังกล่าว เพราะศาลไม่อาจปฏิเสธที่จะตัดสินคดีด้วยเหตุผลว่าไม่มีกฎหมายในเรื่องนั้นบัญญัติไว้โดยตรง (le silence de la loi) ซึ่งการแก้ปัญหาดังกล่าวสามารถกระทำได้โดยการวางนิตินโยบายของศาล (la politique jurisprudentielle) ในเรื่องที่เกี่ยวข้อง โดยวิธีการที่เกิดขึ้นบ่อยครั้งก็คือ ผ่านการใช้การตีความกฎหมาย (la voie de l'interprétation) อันเป็นการวางนิตินโยบายของศาลผ่านการจัดทำคำพิพากษา ซึ่งกรณีดังกล่าวไม่ถือว่าเป็นการบิดเบือนการใช้การตีความกฎหมาย (le détour de l'interprétation)[๑] แต่อย่างใด

สำหรับ "นิตินโยบายของศาล" นั้น อาจหมายความว่า "การเลือก" (faire des choix) ของศาลที่จะตัดสินใจในบางเรื่องเพื่อตัดสินปัญหาที่เกิดขึ้นและเมื่อศาลมีนิตินโยบายออกมาแล้ว ก็อาจจะเป็นที่ยอมรับหรือไม่ยอมรับจากองค์กรอื่นก็ได้ แต่หากเป็นนิตินโยบายที่มีการยอมรับและมีคำพิพากษาเดินตามเรื่อยๆ ซ้ำๆ ก็อาจมีแนวโน้มเกิดเป็นบรรทัดฐาน โดยผลกระทบจากการมีนิตินโยบายของศาลจะมีผลกระทบในหลายมิติ โดยอาจจะทำให้มีคดีเข้าสู่ศาลมากขึ้นหรือน้อยลงก็ได้ แต่นิตินโยบายของศาลที่ดีจะทำให้ประชาชนมีความรู้สึกว่าศาลมีความยุติธรรมและจะต้องไม่เป็นอุปสรรคต่อการบริหารราชการแผ่นดิน รวมทั้งเป็นการสร้างความเชื่อมั่น

* Doctorat en droit, Université Toulouse 1 Capitole, พนักงานคดีปกครองชำนาญการ กลุ่มศึกษากฎหมายมหาชน ๑ สำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

[๑] Benjamin Ricou, Le silence au service de la production juridictionnelle du droit : méthodes et politiques des juridictions ordinaires françaises, Le silence Volume 56, numéro 3-4, septembre–décembre 2015, [online] Available from : https://www.erudit.org/fr/revues/cd1/2015-v56-n3-4-cd02305/1034465ar.pdf [๑๔ กรกฎาคม ๒๕๖๕]

ให้กับประชาชนในการอำนวยความยุติธรรม[๒] ตัวอย่างนิตินโยบายของศาล เช่น กรณีเกี่ยวกับระยะเวลาการดำเนินการที่ล่าช้าเกินสมควร นิตินโยบายเกี่ยวกับการตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์กรตามรัฐธรรมนูญ เป็นต้น

ทั้งนี้ นิตินโยบายของศาลมีลักษณะสำคัญสองประการ คือ ลักษณะที่เป็น "ตัวเลือก" (un choix) เพื่อตอบสนองต่อความต้องการ (une besoin) บางประการ ที่มีความจำเป็นสำหรับสถานการณ์หนึ่ง ๆ ซึ่งตัวเลือกนี้อาจจะมีลักษณะที่แตกต่างหลากหลาย ไม่ว่าจะเป็นเรื่องสังคม จริยธรรม วัฒนธรรม หรือเศรษฐศาสตร์ ฯลฯ เช่น ปัญหาเกี่ยวกับการอุ้มบุญ (la pratique des mères-porteuses) ด้วยเหตุนี้นิตินโยบายของศาลจึงเป็นกรณีที่ศาลจะต้องพิจารณาผลกระทบทางสังคมหรือผลกระทบด้านอื่นที่อาจจะเกิดขึ้นจากคำพิพากษา กล่าวอีกนัยหนึ่งก็คือศาลจะต้อง "เลือก" หนทางหรือวิธีการในการดำเนินการและจะเป็นการกำหนดแนวทาง (une voie) นอกจากนี้ ศาลอาจมีบทบาทในการ "ค้นพบ" หลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องต่าง ๆ[๓] เช่น หลักกฎหมายเกี่ยวกับความรับผิดกึ่งสัญญา (quasi contrat) ซึ่งเหตุผลเบื้องหลังตัวเลือกที่เกี่ยวข้องกับเรื่องเหล่านี้ ต่างก็เกี่ยวพันกับข้อความคิดทางทฤษฎี เพื่อนำไปสู่การพิพากษาที่เป็นการวางนิตินโยบายของศาล ด้วยเหตุนี้นิตินโยบายของศาลจึงไม่ได้เป็นเพียงการใช้การตีความกฎเกณฑ์ทางกฎหมายตามปกติทั่วไป และ "ตัวเลือก" ดังกล่าวอาจมีลักษณะเป็นการขยายความ การเพิ่มเติม หรือสอดคล้องกับนโยบายของฝ่ายนิติบัญญัติหรือไม่ก็ได้[๔]

อย่างไรก็ตาม นิตินโยบายของศาลมิใช่แนวคำพิพากษาบรรทัดฐาน (la jurisprudence) แต่จะมีลักษณะเป็นหนทาง (le chemin) ที่คำพิพากษาในคดีอื่นจะเดินตามในกรณีเฉพาะหรือในกรณีที่เป็นปัญหาเฉพาะเรื่อง จึงอาจกล่าวได้ว่านิตินโยบายของศาลเป็นรากฐานของการทำคำพิพากษาหรือเป็นข้อแนะนำหรือแนวปฏิบัติ (la ligne directrice) ที่มีผลกระทบต่อวิธีคิดของผู้พิพากษาตุลาการ หรือเป็นเสมือน "สายลมที่นำทางให้แก่แนวคำพิพากษาของศาล" (le souffle qui guide la jurisprudence) ด้วยเหตุนี้หากมีคำพิพากษาที่ตัดสินตามนิตินโยบายของศาลในหลาย ๆ คดี นิตินโยบายของศาลก็อาจกลายเป็นคำพิพากษาบรรทัดฐานสำหรับคดีอื่นต่อไปในที่สุด ดังที่ได้กล่าวไปแล้วในตอนต้น และด้วยเหตุที่นิตินโยบายของศาลเป็นเรื่องของการเลือก "ทางเลือกพื้นฐาน" (les choix de fond) และเป็นสิ่งซึ่งมีความสำคัญ (substantiels) นิตินโยบายของศาลจึงไม่ใช่ "นโยบายในทางตุลาการหรือนโยบายของศาล" (la politique judiciaire) เช่น การจัดองค์กรตุลาการ (l'organisation juridictionnelle) การเพิ่มประสิทธิภาพของคำพิพากษา (l'efficacité des jugements) ฯลฯ อย่างไรก็ตาม ทั้งนิตินโยบายของศาลและนโยบายในทางตุลาการต่างก็เป็นเรื่องที่เกี่ยวพันกัน เนื่องจากนโยบายของศาลจะเป็นเครื่องมือในการทำให้นิตินโยบายของศาลเกิดขึ้นได้จริง

ในส่วนของ "การสร้าง" (la construction) นิตินโยบายของศาล นั้น จะเริ่มตั้งแต่ขั้นตอนการพัฒนา (une phase d'élaboration) ตามมาด้วยขั้นตอนของการเผยแพร่ (une diffusion) จนนำไปสู่นิตินโยบายของศาลที่เป็นรูปธรรมในท้ายที่สุด สำหรับขั้นตอนการพัฒนาเพื่อวางนิตินโยบายของศาล

---

[๒] บวรศักดิ์ อุวรรณโณ, รายงานผลการสัมมนา เรื่อง ศาลปกครองกับการอำนวยความยุติธรรมทางปกครองและการเสริมสร้างธรรมาภิบาลในสังคม ครั้งที่ ๒ หัวข้อ "๒๐ ปี ศาลปกครองกับการอำนวยความยุติธรรมทางปกครอง", วิทยาลัยการยุติธรรมทางปกครอง, ๒๕๖๔

[๓] Benjamin Ricou, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ ๑

[๔] Guy Canivet, La politique jurisprudentielle, [online] Available from : https://dgemc.ac-versailles.fr/IMG/pdf/la_politique_jurisprudentielle.pdf [๑๔ กรกฎาคม ๒๕๖๕]

อาจเริ่มต้นจากการปรึกษาหารือระหว่างตุลาการหรือองค์คณะที่ต้องพิจารณาพิพากษาในปัญหาที่เหมือนหรือเกี่ยวพันกัน หรืออาจเริ่มจากการพิจารณาของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลนั้น ซึ่งการดำเนินการเหล่านี้โดยทั่วไปมีลักษณะเป็น “การแสวงหาความสอดคล้องกัน” (un recherche de cohérence) ในการจัดทำคำพิพากษา เนื่องจากมีความเป็นไปได้ที่การตัดสินคดีในปัญหาเดียวกันโดยองค์คณะต่างกันอาจมีผลคดีที่ไม่เหมือนกัน การแบ่งองค์คณะเป็นหลายองค์คณะจึงอาจทำให้คำพิพากษาแตกต่างออกไปเป็นหลายแนวทาง (des divergences) อันเกิดจากการตีความกฎหมายและเหตุผลอื่น ๆ ดังนั้น จึงจำเป็นต้องมีกลไกในการควบคุมตรวจสอบ ไม่ว่าจะเป็นการตรวจสอบโดยศาลลำดับชั้นที่สูงขึ้นไป หรือในกรณีของประเทศฝรั่งเศสมาตรา R433-1 แห่งประมวลกฎหมายธรรมนูญศาล (le Code de l’organisation judiciaire) บัญญัติให้มีกลุ่มงานที่เกี่ยวข้องกับเอกสารและการศึกษาค้นคว้า (le service de documentation et d’études) ซึ่งมีหน้าที่ประการหนึ่งคือ การลดความแตกต่างระหว่างคำพิพากษาของศาลฎีกา ศาลอุทธรณ์และศาลชั้นต้น (la réduction d’éventuelles divergences de jurisprudence) เป็นต้น กลไกเหล่านี้มีขึ้นก็เพื่อให้ทราบถึงแนวคำพิพากษาที่ไม่เป็นไปในทางเดียวกัน การวางนิติบัญญัติโยบายของศาลในด้านหนึ่งจึงเป็นไปเพื่อให้เกิดความเป็นเอกภาพ (l’unité) ของคำพิพากษา

อย่างไรก็ตาม ในการวางนิติบัญญัติโยบายของศาลก็อาจเกิดข้อบกพร่องขึ้นได้ เนื่องจากศาลแตกต่างจากองค์กรนิติบัญญัติที่มีคณะกรรมการวิสามัญซึ่งมีความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน และศาลไม่อาจใช้วิธีการประชามติหรือรับฟังความคิดเห็นสาธารณะได้ ถึงกระนั้นศาลก็อาจตั้งผู้เชี่ยวชาญในคดี (l’*amicus curiae*) เพื่อให้ข้อมูลในเรื่องที่ไม่มีความรู้ความเชี่ยวชาญ ซึ่งนอกจากประเด็นทางกฎหมายแล้ว ก็อาจจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวกับความเชี่ยวชาญเฉพาะด้าน เช่น การแพทย์ สังคมวิทยา จริยศาสตร์ ปรัชญา หรือความสอดคล้องต้องกันของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่มีการใช้บังคับอยู่ เป็นต้น และอาจมีการแสวงหาข้อเท็จจริงจากองค์กรวิชาชีพหรือสมาคมต่าง ๆ หรือรัฐมนตรีที่เกี่ยวข้อง เพื่อแสวงหาหนทางในการแก้ปัญหาที่เป็นไปได้ อนึ่ง การดำเนินการดังกล่าวก็ไม่ถือเป็นความลับ เนื่องจากจะต้องมีการบันทึกในสำนวนคดีและต้องให้คู่กรณีทราบทุกฝ่าย[๕]

คำพิพากษาคดี Desmares[๖] เป็นตัวอย่างหนึ่งที่แสดงให้เห็นถึงการวางนิติบัญญัติโยบายของศาลฎีกาของประเทศฝรั่งเศสที่เกี่ยวข้องกับระบบความรับผิดทางแพ่ง (le systèeme de responsabilité civile) อันส่งผลให้ฝ่ายนิติบัญญัติต้องบัญญัติกฎหมายเกี่ยวกับอุบัติเหตุทางท้องถนน (la loi sur les accidents de la circulation) ออกมาใช้บังคับ นอกจากศาลฎีกาฝรั่งเศสที่ได้วางนิติบัญญัติโยบายที่น่าสนใจดังกล่าวแล้ว ศาลปกครองและสภาแห่งรัฐของฝรั่งเศสก็มีการวางนิติบัญญัติโยบายเช่นกัน ซึ่งจะได้กล่าวในส่วนต่อไป

ส่วนที่ ๒ ตัวอย่างนิติบัญญัติโยบายของศาลปกครองฝรั่งเศส

ศาลปกครองและสภาแห่งรัฐของประเทศฝรั่งเศสได้วางนิติบัญญัติโยบายสำคัญที่น่าสนใจนำมากล่าวถึงเพื่อเป็นตัวอย่างในที่นี้ ได้แก่ นิติบัญญัติโยบายเกี่ยวกับการกำหนดอำนาจศาล นิติบัญญัติโยบายที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติงานของรัฐสภา นิติบัญญัติโยบายเกี่ยวกับการทำให้หมดไปซึ่งเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครองและนิติบัญญัติโยบายอื่น โดยมีรายละเอียดโดยสังเขป ดังนี้

[๕] เพิ่งอ้าง

[๖] คำพิพากษาศาลฎีกาฝรั่งเศส (องค์คณะคดีแพ่ง ๒) ลงวันที่ ๒๑ กรกฎาคม ๑๙๘๒

๒.๑ นิตินโยบายเกี่ยวกับการกำหนดอำนาจศาล

นิตินโยบายที่เกี่ยวกับการกำหนดอำนาจศาล (la détermination de la compétence de l'ordre de juridiction) เช่น กรณีที่มีการประกาศใช้รัฐบัญญัติเลขที่ ๘๗-๔๙๙ ว่าด้วยการโอนคดีของหน่วยงานต่อต้านการผูกขาดไปยังศาลยุติธรรม (transférant le contentieux des décisions de l'Autorité de la concurrence à la juridiction judiciaire) ลงวันที่ ๖ กรกฎาคม ค.ศ. ๑๙๘๗ ซึ่งมีเนื้อหาเป็นการโอนคดีที่มีการฟ้องโต้แย้งมติของคณะกรรมการต่อต้านการผูกขาดทางการค้า (le Conseil de la concurrence) ให้อยู่ภายใต้อำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลอุทธรณ์แห่งกรุงปารีส แต่คณะกรรมการชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาล (le Tribunal des conflits) รวมทั้งสภาแห่งรัฐได้มีคำชี้ขาดอำนาจหน้าที่ระหว่างศาลและคำพิพากษาสภาแห่งรัฐจำนวนหนึ่งที่วางหลักเกี่ยวกับการใช้กฎหมายดังกล่าวในลักษณะที่จำกัดอย่างยิ่ง โดยวินิจฉัยให้คำสั่งทั้งหลายที่ออกมาโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อให้การจัดทำบริการสาธารณะบรรลุผลอันมีลักษณะเป็นการใช้เอกสิทธิทางมหาชน[๗] แม้ว่าจะกระทำโดยองค์กรตามกฎหมายเอกชน (un organisme de droit privé) ก็ให้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง ซึ่งแม้ต่อมาจะปรากฏว่าฝ่ายนิติบัญญัติได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกฎหมาย[๘] โดยกำหนดให้กฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ขยายความรวมไปถึงกรณีสัญญาที่มีลักษณะเป็นการมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะ (les aux conventions de délégation de service public) ด้วยก็ตาม แต่ศาลปกครองฝรั่งเศสก็ยังคงยืนยันตามแนวนิตินโยบายเดิมที่ได้มีการวางไว้ก่อนหน้า[๙]

นอกจากนั้น ยังมีกรณีของนิตินโยบายในการจำกัดอำนาจของศาล (la politique jurisprudentielle d'autolimitation) ในการกำหนดคำบังคับ (le pouvoir d'injonction) ในคดีเกี่ยวกับการกำหนดวิธีการชั่วคราวเพื่อระงับการบังคับตามกฎหรือคำสั่งทางปกครอง (le contentieux de la suspension) สำหรับคำสั่งทางปกครองที่เป็นการปฏิเสธ (une décision de rejet)[๑๐] เนื่องจากปัญหาความไม่ชัดเจนของบทบัญญัติแห่งกฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าวในอดีต อันเป็นปัญหาที่เกิดขึ้นก่อนที่ฝ่ายนิติบัญญัติจะบัญญัติกฎหมายเพื่อแก้ไขปัญหาในเวลาต่อมา[๑๑]

๒.๒ นิตินโยบายที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติงานของรัฐสภา

นิตินโยบายที่เกี่ยวข้องกับการปฏิบัติงานของรัฐสภาจะเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับคดีความรับผิดเกี่ยวกับการปฏิบัติงานของรัฐสภา (le contentieux de la responsabilité relatif aux services des assemblées parlementaires) นิตินโยบายเรื่องดังกล่าวเกิดขึ้นในช่วง ค.ศ. ๑๙๙๖ ซึ่งสภาแห่งรัฐได้มีคำพิพากษาจำนวนมาก[๑๒] วางหลักยืนยันว่าสภาแห่งรัฐมีอำนาจในการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายผ่านการฟ้องคดี

---

[๗] "les décisions prises pour l'accomplissement d'une mission de service public au moyen de prérogatives de puissance publique"

[๘] รัฐบัญญัติเลขที่ ๙๕-๑๒๗ ว่าด้วยการพัสดุและการมอบหมายให้จัดทำบริการสาธารณะ (la loi relative aux marchés publics et délégations de service public) ลงวันที่ ๘ กุมภาพันธ์ ๑๙๙๕

[๙] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๓ พฤศจิกายน ค.ศ. ๑๙๙๘ หมายเลขคดี ๑๖๙๙๐๗

[๑๐] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ (ประชุมใหญ่) คดี Amoros ลงวันที่ ๒๓ มกราคม ค.ศ. ๑๙๗๐ หมายเลขคดี ๗๗๘๖๑

[๑๑] Olivier Gabarda, "Le pouvoir d'injonction dans le contentieux du référé suspension", L'injonction et l'exécution des décision de justice, PUAM 2006, น. ๑๖๑ – ๑๖๔

[๑๒] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๑๙ มกราคม ค.ศ. ๑๙๙๖ หมายเลขคดี ๑๔๘๖๓๑ คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๒๒ มีนาคม ค.ศ. ๑๙๙๖ หมายเลขคดี ๑๔๘๖๓๒ และคำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๒๘ มกราคม ค.ศ. ๒๐๑๑ หมายเลขคดี ๓๓๕๗๐๘

ที่อยู่นอกเหนืออำนาจพิจารณาพิพากษาของศาล (la voie de l'exception d'illégalité) ของกฎเกณฑ์ภายใน (le règlement intérieur) ที่ออกโดยสำนักงานรัฐสภา (le Bureau de l'Assemblée nationale) ซึ่งแม้ว่ากฎหมายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องดังกล่าว[๑๓] จะมิได้บัญญัติไว้ก็ตาม ซึ่งหลังจากนั้นก็มีการขยายความไปถึงอำนาจศาลในการตรวจสอบกฎเกณฑ์ต่าง ๆ เกี่ยวกับสถานะของเจ้าหน้าที่รัฐสภาที่ได้รับการบรรจุแต่งตั้งซึ่งออกโดยประธานสภา[๑๔] อีกด้วย กรณียังรวมถึงการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของสัญญาพัสดุของสภา[๑๕] ตลอดจนการตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของกฎ (l'arrêté) ที่ออกโดยประธานรัฐสภาและสมาชิกรัฐสภาที่ดูแลในส่วนที่เกี่ยวข้องกับการบริหารจัดการและการจัดการด้านการเงินของรัฐสภา (les questeurs)[๑๖] เป็นต้น

๒.๓ นิตินโยบายเกี่ยวกับการทำให้หมดไปซึ่งเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง

นิตินโยบายเกี่ยวกับการทำให้หมดไปซึ่งเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำของฝ่ายปกครอง (la politique jurisprudentielle de neutralisation des irrégularités l'activité administrative) โดยที่ศาลไม่ต้องมีคำพิพากษาเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายในทุกกรณี หน้าที่ของศาลปกครองเกี่ยวกับนิตินโยบายในเรื่องนี้ก็คือ การหาจุดสมดุลระหว่าง "หลักความชอบด้วยกฎหมาย" (le principe de légalité) และ "หลักความมั่นคงแน่นอนแห่งนิติฐานะ" (le principe de sécurité juridique)[๑๗]

๒.๔ นิตินโยบายอื่น

นอกจากนิตินโยบายที่ได้ยกมาเป็นตัวอย่างข้างต้นแล้วนั้น ศาลปกครองฝรั่งเศสยังได้วางนิตินโยบายในเรื่องต่อไปนี้อีกด้วย ไม่ว่าจะเป็นการวางแนวเกี่ยวกับข้อพิพาทเรื่องความรับผิดทางแพ่งและความรับผิดของฝ่ายปกครอง (les conditions d'engagement de la responsabilité civile ou administrative)[๑๘] เงื่อนไขในการรับคำฟ้องในคดีฟ้องเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง (les conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir) การวางหลักเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบกรณีการมีผลใช้บังคับย้อนหลังของกฎเกณฑ์ทางกฎหมาย (contrôler la rétroactivité de la règle de droit)[๑๙] และประเด็นเกี่ยวกับการตรวจสอบ

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเทียนอายุราชการ

[๑๓] รัฐกำหนดเลขที่ ๕๘-๑๑๐๐ ว่าด้วยการดำเนินการของรัฐสภา (l'ordonnance relative au fonctionnement des assemblées parlementaires) ลงวันที่ ๑๗ พฤศจิกายน ค.ศ. ๑๙๕๘

[๑๔] "les décisions réglementaires adoptées par les présidents des chambres pour appliquer les statuts des agents titulaires des assemblées" (คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๑๐ มิถุนายน ค.ศ. ๑๙๙๘ หมายเลขคดี ๑๔๙๒๖๒)

[๑๕] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๕ มีนาคม ค.ศ. ๑๙๙๙ หมายเลขคดี ๑๖๓๓๒๘

[๑๖] คำพิพากษาสภาแห่งรัฐ ลงวันที่ ๒๙ ธันวาคม ค.ศ. ๒๐๐๐ หมายเลขคดี ๑๙๕๑๙๓

[๑๗] Alexis Frank, Les irrégularités neutralisées, RFDA, ๕ กันยายน – ตุลาคม, ๒๐๑๙, น. ๗๘๕ – ๗๙๖

[๑๘] Maryse Deguergue, Le contentieux de la responsabilité : politique jurisprudentielle et jurisprudence politique, l'AJDA, numéro spécial annuel, Dalloz, 1995, น. ๒๑๑

[๑๙] รายละเอียดเพิ่มเติมโปรดดู Prosper Weil, "Le conseil d'État statuant au contentieux: politique jurisprudentielle ou jurisprudence politique", Annales de la faculté de droit et des sciences économiques d'Aix-en-Provence 1959, น. ๒๘๑ - ๒๙๐ และ Olivier Tournafond, "Considérations sur les nouveaux arrêts de règlement. À partir de quelques exemples tirés du droit des obligations et du droit des biens, Libres propos sur les sources du droit", Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz, Dalloz, 2006, น. ๕๔๗ และ น. ๕๗๑

การกระทำทางรัฐสภา (les actes parlementaires) โดยสภาแห่งรัฐ[๒๐] นิตินโยบายในเรื่องที่เกี่ยวข้องกับหลักความเป็นกลางทางศาสนา (la laïcité) ผ่านทางการวางหลักในคำพิพากษาที่สำคัญในหลายคดี[๒๑] เป็นต้น

นอกจากนี้ คณะตุลาการรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศสในฐานะที่เป็นผู้พิทักษ์เสรีภาพขั้นพื้นฐาน (le gardien des libertés fondamentales) ก็ได้ยอมรับนิตินโยบายที่มีการวางไว้โดยสภาแห่งรัฐในฐานะที่เป็นผู้พิทักษ์สิทธิเสรีภาพตามกฎหมายบ้านเมืองหรือสิทธิเสรีภาพตามกฎหมายลายลักษณ์อักษร (le gardien des libertés publiques) ทั้งนี้ อันเนื่องมาจากเจตจำนงร่วมกันของทั้งสององค์กรในการที่จะทำให้แนวคำพิพากษาเป็นไปในทางเดียวกัน[๒๒] เช่น ในกรณีของการฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองและการควบคุมความชอบด้วยรัฐธรรมนูญของบทบัญญัติแห่งกฎหมายทั้งหลาย ซึ่งคดีทั้งสองประเภทของทั้งสองศาลต่างก็มีลักษณะที่ใกล้เคียงกัน เนื่องจากหากต้องมีการใช้การตีความบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญก็จำต้องตีความไปในทิศทางเดียวกัน ด้วยเหตุว่าทั้งสององค์กรต่างก็มีภารกิจเดียวกัน คือ การรักษาหลักนิติรัฐ (l'État de droit) และคุ้มครองสิทธิเสรีภาพ (le respect des droits et libertés)[๒๓]

ส่วนที่ ๓ นิตินโยบายของศาลปกครองไทย

สำหรับนิตินโยบายของศาลปกครองของไทยที่น่าสนใจ นั้น มีทั้งนิตินโยบายที่มีความชัดเจนแน่นอนในระดับหนึ่งแล้ว และนิตินโยบายที่ยังไม่มีความชัดเจนแน่นอนมากนัก ซึ่งจะนำมาเป็นตัวอย่างต่อไป อันได้แก่ นิตินโยบายเกี่ยวกับความเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครอง นิตินโยบายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง นิตินโยบายของศาลเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบในบางเรื่อง และนิตินโยบายที่เกี่ยวกับวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง โดยมีรายละเอียดดังนี้

๓.๑ นิตินโยบายเกี่ยวกับความเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครอง

มาตรา ๔๒ วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ บัญญัติให้ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องมาจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐและการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือนร้อนหรือความเสียหายนั้น ต้องมีคำบังคับตามที่กำหนดในมาตรา ๗๒ เป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง บทบัญญัติดังกล่าวได้รับอิทธิพลจากระบบกฎหมายฝรั่งเศส ที่ผู้ฟ้องคดีจะต้องเดือดร้อนเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนเสียหาย เนื่องด้วยสภาแห่งรัฐของประเทศฝรั่งเศสมีที่มาจากเหตุผลในทางประวัติศาสตร์ที่ต้องการให้มีการควบคุมความชอบด้วยกฎหมาย (le contrôle de légalité) ของการกระทำของฝ่ายปกครองแยกออกมาจากระบบศาลยุติธรรม โดยในการร้องเรียนต่อสภาแห่งรัฐ นั้น

[๒๐] Benjamin Ricou, อ้างแล้วเชิงอรรถที่ ๑

[๒๑] Christian Vigouroux, "Le Conseil d'État et la laïcité", Après-demain no. ๔, ๒๐๑๘, น. ๒๒ – ๒๗ และ Jean Barthélémy and André, Damien, "Le Conseil d'État et la construction des fondements de la laïcité", La Revue administrative, no. ๒, Numero special ๒ : Le Conseil d'État et la liberté religieuse, deux siècles d'histoire, ๑๙๙๙, น. ๓๗-๔๗

[๒๒] Antoine Faye, les bases administratives du droit constitutionnel, thèse de doctorat en droit Université Panthéon-Assas, ๒๐๑๖, น. ๕๖๙

[๒๓] เรื่องเดียวกัน, น. ๕๗๐

เพียงแต่เป็นผู้เดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายก็สามารถร้องเรียนได้แล้ว ซึ่งมีข้อดีคือความเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลจะกว้าง แต่มีข้อเสีย คือ ในคดีบางประเภทศาลปกครองสามารถตีความหลักความเดือดร้อนเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนเสียหายที่กว้างออกไปได้ จนอาจจะกลายเป็นระบบที่ให้ประชาชนทั่วไปเป็นผู้ฟ้องคดีได้หรือการฟ้องคดีในนามประชาชน (*actio popularis*)[๒๔] โดยเฉพาะอย่างยิ่งกรณีสมาคมที่อ้างว่าได้รับผลกระทบจากกฎหรือคำสั่งทางปกครองอาจเป็นผู้มีส่วนได้เสียในการยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ ซึ่งกรณีลักษณะดังกล่าวได้มีการยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองไทยในหลายกรณีด้วยกัน และศาลปกครองได้วางนิติน โยบายเกี่ยวกับความเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีในเรื่องดังกล่าวไว้ ดังตัวอย่างต่อไปนี้

คดีแรกเป็นกรณีที่มูลนิธิเพื่อผู้บริโภค (ผู้ฟ้องคดีที่ ๑) ฟ้องว่าการเปลี่ยนสภาพ ปตท. ซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจประเภทองค์การของรัฐไปเป็นบริษัทมหาชน จำกัด ตามพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ๒๕๔๒ และการตราพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจสิทธิและประโยชน์ของบริษัท ปตท. พ.ศ. ๒๕๔๔ และพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๔๔ มีการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า การฟ้องคดีนี้เกี่ยวข้องกับการจัดการทรัพย์สินของประเทศอันมีมูลค่าสูงและเกี่ยวข้องกับการโอนสาธารณสมบัติของแผ่นดินรวมทั้งอำนาจมหาชนของรัฐ เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะและถือได้ว่าเป็นการดำเนินการภายในขอบวัตถุประสงค์ของผู้ฟ้องคดีที่ ๑ ที่จัดตั้งขึ้นตามกฎหมาย จึงถือว่าผู้ฟ้องคดีที่ ๑ เป็นผู้เดือดร้อนเสียหาย ส่วนผู้ฟ้องคดีที่ ๒ ถึงที่ ๕ ในฐานะประชาชนผู้ใช้น้ำมันและก๊าซของ ปตท. ก็เป็นผู้ได้รับผลกระทบจากการเปลี่ยนสภาพ ปตท. และการตราพระราชกฤษฎีกาทั้งสองฉบับ จึงเป็นผู้เดือดร้อนเสียหายเช่นเดียวกันและมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง[๒๕]

ในคดีนี้มีความเห็นแย้งที่น่าสนใจว่า ในส่วนของผู้ฟ้องคดีที่ ๑ ที่ยื่นฟ้องคดีแทนประชาชนผู้บริโภคไม่สามารถแสดงให้เห็นว่าการตราพระราชกฤษฎีกาทั้งสองฉบับที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีมีผลกระทบต่อสิทธิประโยชน์ของผู้บริโภคอย่างไร โดยอ้างแต่เพียงว่าตนมีวัตถุประสงค์ในการดำเนินการเพื่อสาธารณประโยชน์ด้วย ซึ่งการกำหนดวัตถุประสงค์ของมูลนิธินั้น เป็นเรื่องของผู้ขอจดทะเบียนและนายทะเบียนที่จะพิจารณาจดให้ แม้ว่าจะมีการยอมจดทะเบียนให้นิติบุคคลหนึ่งนิติบุคคลใดมีวัตถุประสงค์หลักในการฟ้องคดีแทนผู้บริโภคเพื่อปกป้องสิทธิประโยชน์ของผู้บริโภค หรือให้นิติบุคคลใดนิติบุคคลหนึ่งมีวัตถุประสงค์หลักในการฟ้องคดีเพื่อพิทักษ์ความชอบด้วยกฎหมายได้ก็ตาม ก็มิได้มีผลทำให้นิติบุคคลนั้นเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลได้โดยอัตโนมัติ ซึ่งจะเห็นได้ว่าในเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภคนั้นนิติบุคคลอาจฟ้องคดีเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคได้ก็เพราะมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายให้อำนาจไว้[๒๖] โดยนิติบุคคลนั้นจะต้องมีลักษณะและจะต้องปฏิบัติให้เป็นตามเงื่อนไขที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดไว้ ดังนั้น การที่ผู้ฟ้องคดีที่ ๑ มีวัตถุประสงค์ในการดำเนินการเพื่อสาธารณประโยชน์ด้วยจึงมิได้มีผลทำให้ผู้ฟ้องคดีที่ ๑ กลายเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีนี้ต่อศาลปกครองได้ ในส่วนของผู้ฟ้องคดีที่ ๒ ถึงที่ ๕ ซึ่งฟ้องคดีในฐานะประชาชนผู้บริโภคน้ำมัน ก๊าซหุงต้ม และก๊าซธรรมชาติของ ปตท.

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

[๒๔] สำหรับเงื่อนไขเกี่ยวกับความเป็นผู้มีส่วนได้เสียหรือความเป็นผู้เสียหายของผู้ฟ้องคดี (l'intérêt á agir) นั้น เป็นเงื่อนไขที่สร้างขึ้นเพื่อกำหนดบุคคลที่จะมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ตามภาษิตกฎหมาย (adage) ที่ว่า "หากไม่มีส่วนได้เสียก็ไม่อาจฟ้องคดีได้" (pas d'intérêt pas d'action) เพื่อมิให้การฟ้องคดีปกครองกลายเป็นการฟ้องคดีโดยบุคคลใดก็ได้ (l'action populaire - actio popularis) ซึ่งอาจนำไปสู่การใช้สิทธิฟ้องคดีต่อศาลในทางที่ไม่ชอบ

[๒๕] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดีหมายเลขแดงที่ ฟ. ๓๕/๒๕๕๐

[๒๖] มาตรา ๔๐ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. ๒๕๒๒ บัญญัติว่า สมาคมใดมีวัตถุประสงค์ในการ

การอ้างว่าได้รับความเสียหายเนื่องจากการตราพระราชกฤษฎีกาทั้งสองฉบับมีผลให้น้ำมัน ก๊าซหุงต้ม และไฟฟ้ามีราคาแพงเกินสมควรอย่างมาก และทำให้เกิดการผูกขาด ก็เป็นเพียงการกล่าวอ้างลอยๆ จึงไม่เป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองเช่นกัน

คดีที่สองซึ่งเป็นคดีลักษณะเดียวกัน โดยเป็นกรณีที่มูลนิธิเพื่อผู้บริโภคกับพวกฟ้องขอให้ศาลปกครองเพิกถอนพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจสิทธิและประโยชน์ของบริษัท กฟผ. ฯ และพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการไฟฟ้าฝ่ายผลิตแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๔๘ เป็นการฟ้องคดีเกี่ยวกับผลประโยชน์โดยรวมของประชาชนผู้ใช้ไฟฟ้า เกี่ยวข้องกับสาธารณสมบัติของแผ่นดินและความมั่นคงทางด้านสังคมและเศรษฐกิจของชาติและเป็นการดำเนินการภายในของวัตถุประสงค์ของมูลนิธิเพื่อผู้บริโภค จึงเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายที่จะมีสิทธิ์ฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ ส่วนผู้ฟ้องคดีรายอื่นที่ยื่นฟ้องคดีในฐานะเป็นประชาชนผู้ใช้ไฟฟ้า ย่อมเป็นผู้มีส่วนได้เสียที่มีสิทธิเข้าแสดงความคิดเห็นในขั้นตอนการรับฟังความคิดเห็นของประชาชน ซึ่งเป็นขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญ จึงถือได้ว่าเป็นผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้จากการตราพระราชกฤษฎีกาทั้งสองฉบับจึงมีสิทธิฟ้องคดีนี้เช่นกัน[๒๗]

ในทำนองเดียวกัน ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยกรณีที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่าเป็นประชาชนไทยและเป็นเจ้าของอำนาจอธิปไตยของชาติ มีหน้าที่ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ซึ่งกำหนดให้บุคคลมีหน้าที่รักษาผลประโยชน์ของชาติและปฏิบัติตามกฎหมาย และการจัดทำแถลงการณ์ร่วมไทยกัมพูชากรณีเขาพระวิหารของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงการต่างประเทศและคณะรัฐมนตรีผู้ถูกฟ้องคดี เป็นการกระทำที่กระทบต่อสิทธิและหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีทั้งเก้าและประชาชนโดยรวม จึงถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องมาจากการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองและเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง[๒๘]

นอกจากนี้ ยังมีตัวอย่างอื่นเกี่ยวกับปัญหาความเป็นผู้มีส่วนได้เสียหรือเป็นผู้เสียหายของราษฎรที่มีภูมิลำเนาในเขตองค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น ในการฟ้องคดีเกี่ยวกับการใช้จ่ายงบประมาณขององค์กรปกครองส่วนท้องถิ่น เช่น กรณีราษฎรผู้มีสิทธิเลือกตั้ง ซึ่งเป็นผู้เสียภาษีให้แก่ อบจ. และอาศัยอยู่ในจังหวัด ย. ย่อมสามารถใช้สิทธิทางศาลขอให้ตรวจสอบว่าการออกข้อบัญญัติงบประมาณรายจ่ายเพิ่มเติมเป็นการออกกฎโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ได้โดยตรง ราษฎรผู้มีสิทธิเลือกตั้งและเป็นผู้เสียภาษีให้แก่ อบจ. จึงเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหาย[๒๙] ในอีกแนวทางหนึ่ง ศาลวินิจฉัยว่าผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นเพียงราษฎรในเขตตำบล ส. มิใช่ผู้เสียหายในการฟ้องคดีเกี่ยวกับการใช้จ่ายงบประมาณขององค์การบริหารส่วนตำบล ส.[๓๐]

คุ้มครองผู้บริโภค สมาคมนั้นอาจยื่นคำขอให้คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภครับรองเพื่อให้สมาคมนั้น มีสิทธิและอำนาจฟ้องตามมาตรา ๔๑ ได้ และมาตรา ๔๑ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันบัญญัติว่า ในการดำเนินคดีที่เกี่ยวกับการละเมิดสิทธิของผู้บริโภค ให้สมาคมที่คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภครับรองตามมาตรา ๔๐ มีสิทธิในการฟ้องคดีแพ่ง คดีอาญา หรือดำเนินกระบวนพิจารณาใดๆ ในคดีเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคได้ และให้มีอาจฟ้องเรียกค่าเสียหายแทนสมาชิกของสมาคมได้ ถ้ามีหนังสือมอบหมายให้เรียกทรัพย์สินและค่าเสียหายแทนจากผู้บริโภคดังกล่าว

[๒๗] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดีหมายเลขแดงที่ ฟ. ๕/๒๕๔๙

[๒๘] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๕๔๗/๒๕๕๑

[๒๙] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๖๕๕/๒๕๔๙ และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๒๓๕/๒๕๔๙

[๓๐] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๒๗๑/๒๕๔๖

จากตัวอย่างนิตินโยบายของศาลตามแนวคำพิพากษาข้างต้นมีข้อพึงสังเกตว่า แม้การฟ้องคดีโดยประชาชนทั่วไปอาจมีได้ในบางกรณี เช่น การฟ้องให้เพิกถอนกฎหมายที่ขัดหรือแย้งกับกฎหมายที่มีสถานะสูงกว่าหรือการฟ้องคดีสิ่งแวดล้อมที่กระทบต่อประชาชนจำนวนมาก แต่การวางนิตินโยบายของศาลปกครองลักษณะดังกล่าวตามอย่างคดีที่ยกมาข้างต้น เป็นการขยายอำนาจฟ้องคดีในบางเรื่องให้กว้างออกไปจนแทบจะเป็นการเปิดโอกาสให้ประชาชนทั่วไปสามารถฟ้องคดีได้ อันอาจเป็นช่องทางให้มีการนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองมากขึ้น ซึ่งโดยปกติแล้วการฟ้องคดีในระบบกฎหมายมหาชนจะไม่อนุญาตให้ประชาชนทั่วไปฟ้องคดีได้[๓๑] เนื่องจากจะเกิดความยุ่งยากและทำให้คดีล้นศาล และอาจกระทบต่อการจัดทำบริการสาธารณะหรือการบริหารราชการแผ่นดิน

๓.๒ นิตินโยบายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง

ด้วยเหตุที่กรณีของประเทศไทยประสงค์ที่จะแบ่งแยกเขตอำนาจศาลที่มีอำนาจพิจารณาพิพากษาคดีเกี่ยวกับสัญญาทางแพ่งและสัญญาทางปกครองออกจากกัน กล่าวคือ คดีพิพาทอันเกิดจากสัญญาทางแพ่งให้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลยุติธรรม ขณะที่คดีพิพาทอันเกิดจากหรือเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองให้อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง จึงทำให้มีการบัญญัติความหมายของสัญญาทางปกครองซึ่งเป็นเรื่องทางสาระบัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง ซึ่งเรื่องทางวิธีสบัญญัติ อีกทั้งโดยปกติแล้วบทบัญญัติแห่งกฎหมายจะต้องมีความชัดเจนแน่นอน แต่ในกรณีของสัญญาทางปกครอง นั้น ผู้ร่างกฎหมายมีนิตินโยบายที่ต้องการให้ศาลปกครองและนักวิชาการสร้างและพัฒนาหลักกฎหมายปกครองในเรื่องดังกล่าว[๓๒] ด้วยเหตุนี้จึงได้มีการบัญญัติว่า “สัญญาทางปกครอง *หมายความรวมถึง...*”[๓๓] ซึ่งหมายความว่านอกเหนือจากสัญญาทางปกครองตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ แล้วยังมีสัญญาทางปกครองโดยสภาพอีก (les contrats administratifs par nature) ด้วย ดังนั้น ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ ๖/๒๕๔๔ จึงได้อธิบายขยายความสัญญาทางปกครอง ว่าหมายถึง “...สัญญาที่หน่วยงานทางปกครองหรือบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐตกลงให้คู่สัญญาอีกฝ่ายหนึ่งเข้าดำเนินการหรือเข้าร่วมดำเนินการ

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเทียนวายราชการ

[๓๑] การที่ผู้ฟ้องคดีต้องเป็นผู้มีส่วนได้เสียหรือเป็นผู้เสียหาย (l’intérêt à agir) ในคดีที่ฟ้อง นั้น แยกเป็น ๒ ประเภท คือ ในคดีฟ้องเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองหรือคดีละเลยล่าช้าตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) และ (๒) จะใช้หลักผู้เสียหายอย่างกว้าง คือ เพียงแต่ได้รับความกระทบกระเทือนจากการกระทำนั้น (l’intérêt froissé) หลักก็คือ เพียงได้รับความกระทบกระเทือนจากคำสั่งทางปกครองก็สามารถฟ้องคดีได้ โดยมีข้อยกเว้นว่าแม้ได้รับความกระทบกระเทือน แต่การดำเนินการหรือไม่ดำเนินการไม่ได้เป็นการเยียวยาทุกข์ให้ผู้ฟ้องคดีโดยตรง ผู้ฟ้องคดีก็ไม่ใช่ผู้เสียหาย สำหรับในคดีละเมิดหรือสัญญาทางปกครอง มาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) และ (๔) จะใช้หลักผู้เสียหายอย่างแคบ คือ ต้องถูกโต้แย้งสิทธิในเรื่องที่จะฟ้องนั้น (droit lésé) กล่าวคือ ต้องเป็นคู่สัญญาหรือผู้ถูกกระทำละเมิดโดยตรงและจะต้องถูกโต้แย้งสิทธิด้วย

[๓๒] นอกเหนือจากเรื่องสัญญาทางปกครองแล้ว อีกเรื่องหนึ่งที่ผู้ร่างกฎหมายวางนิตินโยบายให้ศาลและนักวิชาการพัฒนาก็คือ หลักกฎหมายว่าด้วย “ความรับผิดอย่างอื่น” หรือ “ความรับผิดโดยปราศจากความผิด” (la responsabilité sans faute) ตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

[๓๓] มาตรา ๓ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ บัญญัติว่า “สัญญาทางปกครอง” หมายความรวมถึง สัญญาที่คู่สัญญาอย่างน้อยฝ่ายใดฝ่ายหนึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือเป็นบุคคลซึ่งกระทำการแทนรัฐและมีลักษณะเป็นสัญญาสัมปทาน สัญญาที่ให้จัดทำบริการสาธารณะ หรือจัดให้มีสิ่งสาธารณูปโภคหรือแสวงประโยชน์จากทรัพยากรธรรมชาติ

บริการสาธารณะโดยตรง หรือเป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาซึ่งมีลักษณะพิเศษที่แสดงถึงเอกสิทธิ์ของรัฐ ทั้งนี้ เพื่อให้การใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองซึ่งก็คือการบริการสาธารณะบรรลุผล...” จึงสรุปได้ว่า สัญญาทางปกครองโดยสภาพ คือ โดยสภาพของสัญญาถือว่าเป็นสัญญาทางปกครอง เป็นสัญญาที่มีข้อกำหนดในสัญญาที่แสดงให้เห็นถึงเอกสิทธิพิเศษของรัฐ (une clause exorbitante)[๓๔] ซึ่งไม่อาจจะพบได้ในสัญญาระหว่างเอกชนด้วยกันเองหรือสัญญาทางแพ่งทั่วไป (les contrats de droit privé) หรือเป็นสัญญาที่เป็นเครื่องมือให้การดำเนินกิจการทางปกครองของหน่วยงานทางปกครองบรรลุผล

อย่างไรก็ตาม ระบบกฎหมายไทยในปัจจุบันยังไม่มีกฎหมายกลางว่าด้วยสัญญาทางปกครอง ด้วยเหตุนี้ในการพิจารณาคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองจึงมีเพียงบทบัญญัติในพระราชบัญญัติจัดซื้อจัดจ้างและการบริหารพัสดุภาครัฐ พ.ศ. ๒๕๖๐ และกฎหมายเฉพาะบางเรื่องเท่านั้น ศาลปกครองจึงต้องนำบทบัญญัติในประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ว่าด้วยสัญญาทางแพ่งมาใช้บังคับโดยอนุโลม[๓๕] กรณีจึงมีความจำเป็นอย่างยิ่งที่ควรจะจัดให้มีกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองขึ้นมาโดยเฉพาะ ไม่ว่าจะโดยการเพิ่มเติมบทบัญญัติว่าด้วยสัญญาทางปกครองในพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ หรือโดยการยกร่างเป็นประมวลกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองโดยเฉพาะก็ตาม ซึ่งในอนาคตหากมีการร่างประมวลกฎหมายเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง ผู้ร่างก็จะต้องพิจารณาถึงสัญญาทางปกครองที่มีที่มาจากการวางนิตินโยบายของศาลโดยประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ ๖/๒๕๔๔ ดังกล่าวประกอบด้วย แม้ว่ามติที่ประชุมใหญ่นี้จะเป็นเพียงแนวทางการปรับใช้และตีความกฎหมายของศาลปกครองก็ตาม ซึ่งการให้นิยามของสัญญาทางปกครองที่ชัดเจนขึ้น โดยเฉพาะเรื่องทางสาระบัญญัติ เช่น การบริหารสัญญา หรือควรจัดให้มีอนุญาโตตุลาการหรือไม่ ซึ่งนอกจากจะส่งผลดีต่อการจัดทำบริการสาธารณะแล้ว ยังเป็นการอำนวยความสะดวกแก่ประชาชนและหน่วยงานของรัฐที่เกี่ยวข้อง รวมทั้งแก้ปัญหาความสับสนว่าจะฟ้องคดีต่อศาลใดระหว่างศาลปกครองหรือศาลยุติธรรม

นอกจากนี้ ยังมีประเด็นอื่นเกี่ยวกับนิตินโยบายของศาลในเรื่องสัญญาทางปกครองซึ่งมีทั้งที่มีความชัดเจนและที่ยังไม่ชัดเจนมากนัก อาทิ ในการวางหลักว่าสัญญาพิพาทบางประเภทที่ฝ่ายปกครองกระทำการในระบบกฎหมายเอกชนเพื่อให้ได้มาซึ่งวัสดุปกรณ์หรือบุคลากร เช่น สัญญาจ้างตามภารกิจ สัญญาจ้างอาจารย์มหาวิทยาลัยเอกชน หรือกรณีสัญญาจ้างทำความสะอาดอาคารโรงพยาบาลของรัฐ เป็นสัญญาทางแพ่งหรือสัญญาทางปกครอง ซึ่งเป็นเรื่องที่มีผลโดยตรงต่ออำนาจของศาลปกครองในการรับคดีไว้พิจารณาพิพากษา และยังมีกรณีอื่นที่เป็นข้อพิพาทเกี่ยวเนื่องกับสัญญาทางปกครอง เช่น ปัญหาในกรณีที่ส่วนราชการพิจารณาไม่ต่อสัญญาจ้างพนักงานเมื่อครบอายุสัญญา และมีการนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครอง กรณีดังกล่าวจะเป็นคดีประเภทใด ระหว่างข้อพิพาทอันเกิดจากสัญญาทางปกครองตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๔) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

---

[๓๔] เอกสิทธิ์ของรัฐที่ไม่อาจพบได้ในสัญญาระหว่างเอกชนกับเอกชน มีที่มาจากการความคิดเรื่องอำนาจมหาชน ที่ให้เอกสิทธิ์แก่ฝ่ายปกครองอยู่ในฐานะที่เหนือกว่าเอกชนทั่วไป ทั้งนี้ เนื่องจากการมีหน้าที่ในการจัดทำบริการสาธารณะส่งผลให้ฝ่ายปกครองมีอำนาจที่จะกำหนดหรือปรับข้อสัญญาเพื่อให้สอดคล้องกับความจำเป็นในการให้บริการสาธารณะ

[๓๕] ชาญชัย แสวงศักดิ์, การพัฒนากฎหมายปกครองและกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง : คุณูปการของศาสตราจารย์พิเศษชัยวัฒน์ วงศ์วัฒนศานต์, วารสารวิชาการศาลปกครองปีที่ ๒๑, ฉบับที่ ๑, มกราคม-มีนาคม ๒๕๖๔, น. ๘๖

หรือเป็นข้อพิพาทอันเกิดจากการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ ในการไม่ต่อสัญญาจ้างให้แก่พนักงานราชการอันเป็นคดีพิพาทตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) หรือแม้กระทั่งเป็นคดีพิพาทตามตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๒) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน รวมทั้งกรณีที่มีการฟ้องเรียกค่าเสียหายจากการเลิกจ้างพนักงาน และกรณีที่สัญญาทางปกครองกำหนดให้คู่สัญญาจะต้องปฏิบัติตามข้อบังคับ ระเบียบ หรือประกาศ โดยให้ถือเป็นส่วนหนึ่งของสัญญา และข้อบังคับ ระเบียบ หรือประกาศ ดังกล่าวกำหนดให้ผู้ถูกเลิกจ้างจะต้องดำเนินการอุทธรณ์หรือร้องทุกข์เพื่อขอให้ทบทวนการเลิกจ้าง กรณีดังกล่าวจะถือเป็นเงื่อนไขการฟ้องคดีต่อศาลปกครองตามมาตรา ๔๒ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว หรือไม่[๓๖] ซึ่งศาลปกครองจำต้องวางนิตินโยบายในเรื่องดังกล่าวข้างต้นให้มีความชัดเจน ทั้งนี้ เพื่อประโยชน์ในการอำนวยความยุติธรรมแก่ประชาชน

๓.๓ นิตินโยบายของศาลเกี่ยวกับการควบคุมตรวจสอบในบางเรื่อง

ภายใต้หลักการแบ่งแยกอำนาจและหลักนิติรัฐ นั้น โดยหลักแล้วไม่ควรจะมีองค์กรใดที่พ้นไปจากการควบคุมตรวจสอบ ซึ่งศาลปกครองในฐานะองค์กรตุลาการก็มีการวางนิตินโยบายที่เกี่ยวข้องกับเรื่องนี้ที่น่าสนใจอยู่หลายกรณีด้วยกัน ในที่นี้จึงขอกล่าวถึงนิตินโยบายที่เกี่ยวกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญกรณีคณะกรรมการ ป.ป.ช. กรณีการตรวจสอบการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ และการตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์การทางศาสนา

ก) นิตินโยบายที่เกี่ยวกับองค์กรตามรัฐธรรมนูญกรณีคณะกรรมการ ป.ป.ช.

ในกรณีนี้จะขอนำเสนอเฉพาะประเด็นที่เกี่ยวข้องกับอำนาจในการไต่สวนและชี้มูลความผิดของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ซึ่งแยกได้เป็น ๒ ประการ ดังนี้

ประการแรก การที่ศาลจะพิจารณาว่าคำสั่งโทษทางวินัยตามมติชี้มูลของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ นั้น มีปัญหาต้องพิจารณาก่อนว่า คณะกรรมการ ป.ป.ช. ได้ดำเนินการไต่สวนและชี้มูลความผิดทางวินัยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ หากศาลวินิจฉัยว่าการดำเนินการดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายและพิพากษาเพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัย ผลแห่งคำพิพากษาย่อมมีผลกระทบต่อการใช้อำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ ป.ป.ช. หากคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นบุคคลภายนอกคดีที่ยังไม่ได้เข้ามาเป็นคู่กรณีในคดี ศาลจะต้องมีคำสั่งเรียกให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. เข้ามาในคดีเพื่อให้มีโอกาสโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานด้วย และหากเป็นกรณีที่ศาลปกครองชั้นต้นได้มีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัย โดยที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ไม่ได้เข้ามาในคดี แต่เดิมศาลปกครองสูงสุดในหลายคดีจะมีคำพิพากษาให้ยกคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นและย้อนสำนวนกลับไปให้ศาลปกครองชั้นต้นเรียกคณะกรรมการ ป.ป.ช. เข้ามาเป็นคู่กรณีในคดี[๓๗] ซึ่งในที่สุดก็มีการบัญญัติกฎหมายในเรื่องนี้ให้มีความชัดเจนขึ้น โดยในกรณีที่ผู้ถูกลงโทษทางวินัยนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองโดยมิได้ฟ้องคณะกรรมการ ป.ป.ช. มาด้วย กฎหมายกำหนดให้ศาลปกครองต้องแจ้งให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ทราบด้วย[๓๘] นอกจากนั้น ศาลปกครองสูงสุดยังมีการ

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

---

[๓๖] คำสั่งศาลปกครองสูงสุด ที่ ๔๘๑/๒๕๖๕

[๓๗] เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดคดีหมายเลขแดงที่ อ. ๑๔๖๓/๒๕๕๙

[๓๘] มาตรา ๑๐๑ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญ ว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๖๑ บัญญัติว่า ในกรณีที่ผู้ถูกลงโทษนำคดีไปฟ้องต่อศาลปกครองโดยมิได้ฟ้องคณะกรรมการ ป.ป.ช. ให้ศาลปกครองแจ้งให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. ทราบ และให้คณะกรรมการ ป.ป.ช. มีสิทธิขอเข้ามาเป็นคู่กรณีในคดีด้วยได้

วางหลักในกรณีที่ศาลพิพากษาเพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัยเนื่องจากเห็นว่ากระบวนการไต่สวนของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ไม่ชอบด้วยกฎหมาย กรณีนี้ถือว่าคณะกรรมการ ป.ป.ช. เป็นผู้มีส่วนได้เสียที่มีสิทธิยื่นคำขอให้พิจารณาคดีใหม่ได้[๓๙]

ประการที่สอง สำหรับปัญหาว่าศาลจะเข้าไปตรวจสอบการใช้อำนาจของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ซึ่งเป็นองค์กรตามรัฐธรรมนูญได้มากน้อยเพียงใดนั้น ปัจจุบันแนวทางของศาลจะพิจารณาจากลักษณะการใช้อำนาจ หากเป็นการใช้อำนาจออกคำสั่งที่มีผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลแล้ว กรณีย่อมเป็นหน่วยงานทางปกครอง เช่น กรณีการชี้มูลความผิดของคณะกรรมการ ป.ป.ช. แต่ถ้าหากองค์กรอิสระใช้อำนาจทางรัฐธรรมนูญโดยตรงศาลปกครองก็จะปฏิเสธไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา เนื่องจากเป็นการใช้อำนาจทางรัฐธรรมนูญไม่ใช่การใช้อำนาจทางปกครอง

ส่วนปัญหาว่าคณะกรรมการ ป.ป.ช. จะมีอำนาจในการชี้มูลในความผิดฐานใดได้บ้างนั้น จะเป็นเรื่องการทุจริตเพียงอย่างเดียว หรือเป็นเรื่องความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ราชการ ความผิดต่อตำแหน่งหน้าที่ในการยุติธรรม ตลอดจนความผิดฐานอื่นด้วยหรือไม่ นั้น กรณีดังกล่าวศาลปกครองสูงสุดได้วางหลักไปในแนวทางที่ว่า เมื่อพิจารณามาตรา ๒๕๐ วรรคหนึ่ง (๓) ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ ประกอบกับมาตรา ๑๙ (๓) มาตรา ๙๑ และมาตรา ๙๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ ก่อนแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๕๔ แล้ว เห็นได้ว่าอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ในการไต่สวนข้อเท็จจริงและชี้มูลความผิดทางวินัยมีเฉพาะความผิดฐานทุจริตต่อหน้าที่ราชการเท่านั้น ไม่อาจไต่สวนข้อเท็จจริงและชี้มูลความผิดทางวินัยฐานอื่นได้ การที่คณะกรรมการ ป.ป.ช. ไต่สวนข้อเท็จจริงและชี้มูลทางวินัยในความผิดฐานอื่นจึงเป็นการกระทำที่ไม่มีอำนาจตามกฎหมาย และไม่ผูกพันผู้บังคับบัญชาที่จะถือเอารายงานการไต่สวนข้อเท็จจริงและความเห็นของคณะกรรมการ ป.ป.ช. มาเป็นสำนวนการสอบสวนทางวินัยของคณะกรรมการสอบสวนวินัยตามกฎหมายว่าด้วยระเบียบข้าราชการพลเรือนตามมาตรา ๙๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน[๔๐] ซึ่งแนวนิติบัญญัติประการที่สองนี้อาจกล่าวได้ว่ายังไม่ได้รับการยอมรับจากคณะกรรมการ ป.ป.ช.[๔๑]

ข) การตรวจสอบการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติ

หากพิจารณาจากเกณฑ์องค์กรประกอบกับทฤษฎีแบ่งแยกอำนาจ (la théorie de la séparation des pouvoirs) แล้ว ฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งได้แก่ รัฐสภา สภาผู้แทนราษฎรและวุฒิสภา ย่อมไม่ใช่องค์กร

[๓๙] เช่น คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๖๑๔/๒๕๕๖ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๘๖๕/๒๕๕๖ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๓๕/๒๕๕๗ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๐๘/๒๕๕๗ และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๖๙๗/๒๕๕๗

[๔๐] เช่น คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด คดีหมายเลขแดงที่ ฟ. ๑๗/๒๕๖๓

[๔๑] นอกจากนั้นยังมีประเด็นว่า ในกรณีที่ศาลปกครองเห็นว่าคณะกรรมการ ป.ป.ช. ชี้มูลความผิดทางวินัย ในความผิดฐานที่ไม่มีอำนาจ การชี้มูลดังกล่าวจึงไม่ผูกพันผู้บังคับบัญชาที่จะถือเอารายงานการไต่สวนข้อเท็จจริงและความเห็นของคณะกรรมการ ป.ป.ช. มาเป็นสำนวนการสอบสวนทางวินัยของคณะกรรมการสอบสวนวินัยตามกฎหมาย คำสั่งลงโทษทางวินัยจึงไม่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งในกรณีนี้หากศาลมีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัยศาลควรจะกำหนดให้การเพิกถอนมีผลเมื่อใด กล่าวคือ ให้มีผลย้อนหลังไปนับตั้งแต่วันที่หน่วยงานมีคำสั่ง ให้มีผลนับตั้งแต่ศาลมีคำพิพากษา หรือให้มีผลไปในอนาคต ณ เวลาใดเวลาหนึ่งตามที่ศาลเห็นสมควร

ฝ่ายปกครอง ซึ่งตามกฎหมายฝรั่งเศสมีการจำแนกการกระทำขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติที่เรียกว่า “การกระทำของรัฐสภา” (les actes du parlement) ซึ่งแบ่งออกเป็น ๒ ประเภท คือ การกระทำทางนิติบัญญัติ (les actes législatifs) และการกระทำที่ไม่ใช่การกระทำทางนิติบัญญัติ (les actes non législatifs) โดยการกระทำประเภทที่สองนี้เรียกว่า “การกระทำทางรัฐสภา” (les acte parlementaires) ซึ่งหมายถึงมาตรการต่าง ๆ ที่รัฐสภาหรือองค์กรภายในของรัฐสภาเป็นผู้ออกหรือจัดทำขึ้น นอกเหนือไปจากการใช้อำนาจหน้าที่ที่เกี่ยวกับการตรากฎหมายซึ่งเป็นอำนาจหน้าที่ซึ่งรัฐธรรมนูญบัญญัติไว้[๔๒] โดยในระยะเริ่มแรกศาลปกครองฝรั่งเศสจำกัดอำนาจในการเข้าไปตรวจสอบการกระทำทางรัฐสภา ด้วยเหตุผลจากทฤษฎีแบ่งแยกอำนาจที่เรียกร้องความเป็นอิสระในการใช้อำนาจของรัฐสภาในฐานะผู้ใช้อำนาจอธิปไตย ส่งผลให้รัฐสภามีความเป็นอิสระและมีอำนาจอิสระด้านการเงินและธุรการ โดยมีการบริหารจัดการงบประมาณของตนเองและมีข้าราชการฝ่ายรัฐสภา ดังนั้น การกระทำที่เกี่ยวเนื่องกับเรื่องดังกล่าวจึงไม่อยู่ภายใต้อำนาจตรวจสอบของศาลปกครอง ส่วนอีกเหตุผลหนึ่งก็ด้วยเหตุว่าการกระทำนั้นไม่มีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครอง โดยพิจารณาจากเกณฑ์องค์กรผู้ใช้อำนาจ[๔๓] อย่างไรก็ตาม ในระยะหลังศาลปกครองฝรั่งเศสและสภาแห่งรัฐได้วางนิตินโยบายในการที่จะเข้าไปตรวจสอบการกระทำของฝ่ายนิติบัญญัติมากขึ้นดังที่ได้กล่าวไปแล้วในข้อ ๒.๒

สำหรับในกรณีของประเทศไทยจึงมีปัญหาน่าสนใจว่า ศาลปกครองจะสามารถตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของ “ผลิตผล” จากการใช้อำนาจของฝ่ายนิติบัญญัติได้หรือไม่ ตัวอย่างที่น่าสนใจในเรื่องนี้เป็นกรณีที่มีปัญหาว่า คดีพิพาทเกี่ยวกับการให้ความเห็นชอบรายชื่อบุคคลผู้ได้รับคัดเลือกจากคณะกรรมการตุลาการศาลปกครอง (ก.ศป.) ที่จะได้รับแต่งตั้งเป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุดโดยวุฒิสภาอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง หรือไม่

คดีนี้ ผู้ฟ้องคดีได้สมัครเข้ารับการคัดเลือกเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด โดย ก.ศป. มีมติให้ผู้ฟ้องคดีเป็นผู้ผ่านการคัดเลือกเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด เมื่อสำนักงานศาลปกครองได้เสนอชื่อผู้ฟ้องคดีไปยังนายกรัฐมนตรี ซึ่งต่อมาได้เสนอชื่อผู้ฟ้องคดีเพื่อให้วุฒิสภา (ผู้ถูกฟ้องคดี) ให้ความเห็นชอบซึ่งวุฒิสภาโดยเสียงข้างมากไม่ให้ความเห็นชอบให้ผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการที่วุฒิสภาไม่ให้ความเห็นชอบให้ตนดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุดเป็นการดำเนินการที่ขัดหรือแย้งต่อบทบัญญัติมาตรา ๑๙๘ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๖๐ ที่ให้หลักประกันความเป็นอิสระของคณะกรรมการตุลาการศาลปกครองในการบริหารงานบุคคลของตุลาการศาลปกครอง จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย ซึ่งผู้ฟ้องคดีเห็นว่าเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณา

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

---

[๔๒] Olivier Renaudie, Permettre au Parlement de saisir le juge administratif ? Une mise en perspective, [online] Available from : https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2020 / 10/ 10/ permettre-au-parlement-de-saisir-le-juge-administratif-unemise-en-perspective/ [๑๔ กรกฎาคม ๒๕๖๕]

[๔๓] อภิญญา แก้วกำเหนิด, ศาลปกครองกับการตรวจสอบการกระทำทางปกครองขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัติ : ศึกษากรณีการใช้อำนาจของวุฒิสภาในการให้ความเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่ง (คำสั่งที่ คบ. ๒๖/๒๕๖๕ วินิจฉัยโดย ที่ประชุมใหญ่), อินทราเน็ตสำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

พิพากษาของศาลปกครอง คดีนี้ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณา เนื่องจากเห็นว่าวุฒิสภาเป็นองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นสถาบันการเมืองตามรัฐธรรมนูญ มิใช่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ คำฟ้องโต้แย้งมติของวุฒิสภาว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายจึงไม่ใช่คดีพิพาทระหว่างหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกับผู้ฟ้องคดีตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ผู้ฟ้องคดีจึงยื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งศาลปกครองชั้นต้นที่ไม่รับคำฟ้องไว้พิจารณาต่อศาลปกครองสูงสุด

ศาลปกครองสูงสุดโดยที่ประชุมใหญ่วินิจฉัยว่า แม้ว่าการพิจารณาให้ความเห็นชอบให้บุคคลดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุดของวุฒิสภาตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ.๒๕๔๒ จะมิใช่การกระทำทางนิติบัญญัติซึ่งไม่อยู่ภายใต้การควบคุมตรวจสอบโดยองค์กรฝ่ายตุลาการก็ตาม แต่การที่วุฒิสภาใช้อำนาจตามบทบัญญัติดังกล่าวถือว่าเป็นการใช้อำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะ ดังนั้น การพิจารณาให้ความเห็นชอบบุคคลให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุดของวุฒิสภา จึงมีลักษณะเป็นการกระทำอย่างอื่นที่มิใช่การกระทำทางนิติบัญญัติ การที่วุฒิสภามีมติไม่ให้ความเห็นชอบผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด จึงมิใช่การกระทำในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐ ดังนั้น คดีนี้จึงมิใช่คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ที่จะอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง จึงมีคำสั่งยืนตามคำสั่งศาลปกครองชั้นต้น[๔๔]

จากคำวินิจฉัยดังกล่าวข้างต้นจะเห็นว่าศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีไว้พิจารณา โดยอาศัยเกณฑ์องค์กรเนื่องจากวุฒิสภาเป็นองค์กรฝ่ายนิติบัญญัติซึ่งเป็นสถาบันการเมืองตามรัฐธรรมนูญ มิใช่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ขณะที่ศาลปกครองสูงสุดได้วินิจฉัยจำแนกประเภทของการกระทำของวุฒิสภา โดยเห็นว่าการใช้อำนาจของวุฒิสภาในการให้ความเห็นชอบบุคคลให้ดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุดเป็นการใช้อำนาจตามบทบัญญัติของกฎหมายที่บัญญัติไว้เป็นการเฉพาะที่มีลักษณะเป็น “การกระทำอย่างอื่นที่มิใช่การกระทำทางนิติบัญญัติ” จึงมิใช่การกระทำในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดไม่ได้วินิจฉัยว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำทางปกครองหรือไม่ เพียงแต่วินิจฉัยว่ามิใช่การกระทำในฐานะเจ้าหน้าที่ของรัฐ

อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าการใช้อำนาจขององค์กรฝ่ายนิติบัญญัตินั้น ไม่ได้ใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญแต่เพียงอย่างเดียว แต่ยังสามารถใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติอีกด้วย ซึ่งสอดคล้องกับเห็นแย้งของตุลาการเสียงข้างน้อยในคดีนี้ ซึ่งได้พิจารณาทั้งเกณฑ์องค์กรที่เป็นผู้ใช้อำนาจ (un critère organique) และเกณฑ์การกระทำประกอบกัน โดยเห็นว่าการใช้อำนาจของวุฒิสภาในการให้ความเห็นชอบในการแต่งตั้งให้บุคคลดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุด เป็นการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ในฐานะคณะกรรมการซึ่งมีกฎหมายให้อำนาจในการมีมติใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อบุคคล และเมื่อวุฒิสภาเป็นคณะบุคคลที่มิใช่นิติบุคคลที่มีสมาชิกจำนวนสองร้อยห้าสิบคนประกอบกันขึ้นเป็นวุฒิสภา โดยสภาพแล้ววุฒิสภาจึงมิใช่หน่วยงานทางปกครอง แต่เป็นคณะบุคคลหรือองค์กรของรัฐที่ใช้อำนาจทางนิติบัญญัติซึ่งรวมถึงอำนาจอื่นด้วย การที่วุฒิสภาใช้อำนาจคัดเลือกตุลาการศาลปกครองสูงสุด

[๔๔] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คบ. ๒๖/๒๕๖๕ (ประชุมใหญ่)

ตามกฎหมายในกรณีนี้ จึงมิใช่การใช้อำนาจในฐานะองค์กรนิติบัญญัติ ทั้งมิใช่การใช้อำนาจตามรัฐธรรมนูญ และในฐานะองค์กรตามรัฐธรรมนูญ วุฒิสภาจึงเป็นคณะกรรมการซึ่งมีกฎหมายให้อำนาจในการออกมติใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อบุคคล วุฒิสภาจึงมีสถานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ การที่วุฒิสภามีมติไม่ให้ความเห็นชอบให้ผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งตุลาการศาลปกครองสูงสุดตามที่ ก.ศป. เห็นชอบ จึงมีลักษณะเป็นการกระทำทางปกครอง กรณีจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ค) การตรวจสอบการใช้อำนาจขององค์การทางศาสนา

นับตั้งแต่มีการจัดตั้งศาลปกครองจนถึงปัจจุบันมีการฟ้องคดีจำนวนหนึ่งที่เป็นเรื่องที่เกี่ยวพันกับศาสนา ซึ่งนอกจากจะเป็นคดีที่มีประเด็นเกี่ยวกับสิทธิและเสรีภาพในการนับถือศาสนาและการประกอบพิธีกรรมทางศาสนาแล้ว ยังมีคดีพิพาทที่เป็นเรื่องการจัดองค์กร การบริหารจัดการ การดำเนินกิจการและการบริหารบุคลากรขององค์การทางศาสนา[๔๕] กรณีจึงมีปัญหาว่าการใช้อำนาจขององค์การทางศาสนาเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองหรือไม่ และศาลควรจำกัดอำนาจหรือขยายอำนาจในการเข้าไปตรวจสอบในเรื่องดังกล่าวหรือไม่ ซึ่งนิตินโยบายของศาลปกครองเกี่ยวกับเรื่องดังกล่าวนี้อาจกล่าวได้ว่ามีข้อยุติในระดับหนึ่งแล้ว เช่น กรณีการฟ้องเพิกถอน กฎ ระเบียบและประกาศของมหาเถรสมาคม ซึ่งศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่าเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการใช้อำนาจปกครองคณะสงฆ์ตามมาตรา ๑๕ ตรี แห่งพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ ฯ มิใช่คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง[๔๖] ลักษณะเดียวกับคดีฟ้องเพิกถอนคำสั่งให้สละสมณเพศ ศาลปกครองสูงสุด เห็นว่าอำนาจหน้าที่ของมหาเถรสมาคมเป็นการดำเนินกิจการของสงฆ์ตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ฯ และเพื่อรักษาหลักพระธรรมวินัยและเพื่อความเรียบร้อยดีงามของคณะสงฆ์ มหาเถรสมาคมมีอำนาจตรากฎมหาเถรสมาคมเพื่อกำหนดโทษหรือวิธีลงโทษทางการปกครองสำหรับพระภิกษุที่ประพฤติให้เกิดความเสียหายแก่พระศาสนาและการปกครองของคณะสงฆ์ ดังนั้น เมื่อมหาเถรสมาคมมีคำสั่งลงโทษให้พระสละสมณเพศ จึงเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายว่าด้วยคณะสงฆ์ในฐานะพระสังฆาธิการสั่งให้พระปฏิบัติในขอบเขตอำนาจหน้าที่ของสงฆ์ อันเป็นการใช้อำนาจทางปกครองคณะสงฆ์และเป็นคำสั่ง

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเทียนวายราชการ

---

[๔๕] อภิญญา แก้วกำเหนิด, บทวิเคราะห์หลักกฎหมายจากคดีปกครอง : คดีพิพาทเกี่ยวกับการดำเนินกิจการและการบริหารบุคลากรขององค์การทางศาสนา ศึกษากรณีศาสนาพุทธ, อินทราเน็ตสำนักวิจัยและวิชาการ สำนักงานศาลปกครอง

[๔๖] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คร. ๔๐/๒๕๖๒ และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คร. ๑๐๔/๒๕๖๓ โดยทั้งสองคดีมีความเห็นแย้งว่า คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของกฎและประกาศมหาเถรสมาคมอาจอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง เนื่องจากมหาเถรสมาคมเป็นคณะบุคคลซึ่งกฎหมายให้อำนาจในการออกกฎ คำสั่ง หรือมติใด ๆ ที่มีผลกระทบต่อบุคคล จึงอยู่ในความหมายเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ นอกจากนี้ มหาเถรสมาคมมิได้มีอำนาจหน้าที่ในการปกครองคณะสงฆ์แต่เพียงอย่างเดียว ยังมีอำนาจหน้าที่ตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ ฯ หรือกฎหมายอื่น ในการใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครองไม่ว่าจะเป็นการกระทำหรือออกข้อบังคับ วางระเบียบ ออกคำสั่ง มีมติหรือออกประกาศที่อาจมีผลถึงประชาชนได้ด้วย ดังนั้น หากการใช้อำนาจทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครองของมหาเถรสมาคมมีผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของประชาชน ย่อมเป็นคดีปกครองที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองได้ และประกาศมหาเถรสมาคมทั้ง ๒ คดี เป็น “กฎ” กรณีจึงเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการที่เจ้าหน้าที่ของรัฐออกกฎโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑)

ในกิจการปกครองคณะสงฆ์จึงมิใช่คดีพิพาทในทางปกครอง[๔๗] และในอีกคดีหนึ่งศาลปกครองสูงสุดโดยที่ประชุมใหญ่ เห็นว่ารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยและพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ มิได้มีเจตนารมณ์ที่จะให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีพิพาทอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ ฯ กฎมหาเถรสมาคม ข้อบังคับ ระเบียบ คำสั่ง มติ หรือประกาศที่ออกตามความในพระราชบัญญัติดังกล่าวของสมเด็จพระสังฆราช มหาเถรสมาคม คณะกรรมการ คณะอนุกรรมการ หรือพระภิกษุที่ได้รับมอบหมายจากมหาเถรสมาคม ดังนั้น คดีพิพาทเกี่ยวกับการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ ฯ ออกคำสั่งให้สละสมณเพศจึงมิใช่คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครอง[๔๘] หรือคดีฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งและการกระทำเกี่ยวกับการดำเนินการทางสงฆ์[๔๙] ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า เจตนารมณ์ของพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ ฯ ตราขึ้นเพื่อเป็นการจัดระเบียบการปกครองของคณะสงฆ์ เมื่อผู้ฟ้องคดีเป็นพระภิกษุและผู้ถูกฟ้องคดีได้ใช้อำนาจในฐานะผู้ปกครองของคณะสงฆ์ กรณีจึงเป็นการพิพาทในการใช้อำนาจปกครองของคณะสงฆ์ที่ศาลปกครองในฐานะ “องค์กรทางโลก” ไม่อาจก้าวล่วงอำนาจปกครองของคณะสงฆ์ในฐานะ “องค์กรทางธรรม” กรณีนี้จึงมิใช่การใช้อำนาจทางปกครองที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง รวมทั้งคดีฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งถอดถอนสมณศักดิ์และคำสั่งถอดถอนออกจากตำแหน่งพระสงฆ์[๕๐] คดีฟ้องขอให้เพิกถอนมติของมหาเถรสมาคมในการแต่งตั้งเจ้าคณะจังหวัด[๕๑] คดีฟ้องขอให้เพิกถอนคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่งเจ้าคณะอำเภอ[๕๒] คดีฟ้องเพิกถอนคำสั่งไล่พระออกจากวัด[๕๓] ที่ศาลปกครองสูงสุดต่างก็เห็นว่ามิใช่คดีที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะรับไว้พิจารณาพิพากษา

---

[๔๗] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๕๖๙/๒๕๔๗

[๔๘] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๘๕๗/๒๕๖๐ (ประชุมใหญ่) อย่างไรก็ตาม คดีนี้มีความเห็นแย้งว่า โดยที่มหาเถรสมาคมเป็นองค์กรที่จัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ ฯ เพื่อให้ใช้อำนาจในการปกครองคณะสงฆ์ มหาเถรสมาคมหรือบุคคลที่ได้รับมอบหมายจากมหาเถรสมาคมให้ใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ ฯ จึงมีสถานะเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐ และโดยที่ไม่มี บทกฎหมายใดยกเว้นมิให้มหาเถรสมาคมไม่อยู่ภายใต้บังคับของพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ คำสั่งให้สละสมณเพศเป็นการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ ฯ และกฎมหาเถรสมาคม ฉบับที่ ๒๑ (พ.ศ. ๒๕๓๘) จึงเป็นการใช้อำนาจตามกฎหมายของมหาเถรสมาคมที่มีผลกระทบต่อสถานภาพแห่งสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล จึงเป็นคำสั่งทางปกครอง และกรณีการออกคำสั่งโดยผู้ได้รับมอบหมายให้ใช้อำนาจทางปกครองในลักษณะเดียวกันนี้ ศาลปกครองสูงสุดมีแนวคำวินิจฉัยว่าเป็นคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองทั้งสิ้น อีกทั้ง กรณีการถูกวินิจฉัยให้สละสมณเพศมิใช่กรณีที่เกิดจากพระภิกษุกระทำการล่วงละเมิดพระธรรมวินัยดังเช่นกรณีนิคหกรรม โดยตามกฎมหาเถรสมาคม ฉบับที่ ๒๑ (พ.ศ. ๒๕๓๘) ไม่ได้กำหนดกระบวนพิจารณาในทางสงฆ์ก่อนออกคำสั่งไว้ ซึ่งแตกต่างจากกรณีนิคหกรรมอันเป็นกรณีที่พระภิกษุกระทำการล่วงละเมิดพระธรรมวินัย ซึ่งได้มีกฎมหาเถรสมาคม ฉบับที่ ๑๑ (พ.ศ. ๒๕๒๑) ได้กำหนดกระบวนพิจารณาในทางสงฆ์ไว้ ตุลาการเสียงข้างน้อยในที่ประชุมใหญ่ จึงเห็นว่าคดีพิพาทกรณีมีคำสั่งให้สละสมณเพศอยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครอง

[๔๙] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คร. ๔๗/๒๕๖๐

[๕๐] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คร. ๙๒/๒๕๖๐

[๕๑] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คร. ๓๑/๒๕๖๑

[๕๒] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คร. ๓๘/๒๕๖๒

[๕๓] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๖/๒๕๖๐ และคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๗/๒๕๖๐

ดังจะเห็นได้ว่าแนวคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ยกขึ้นมากล่าวข้างต้น แม้ศาลจะไม่ได้วินิจฉัยอย่างชัดแจ้งถึงสถานะทางกฎหมายของมหาเถรสมาคมหรือองค์การสงฆ์ว่าเป็นองค์กรประเภทใด แต่ศาลก็ได้วางแนวทางในการพิจารณาพิพากษาคดีว่ารัฐธรรมนูญและพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครอง ฯ มิได้มีเจตนารมณ์ที่จะให้ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในคดีพิพาทอันเนื่องมาจากการใช้อำนาจตามพระราชบัญญัติคณะสงฆ์ ฯ ที่มีเจตนารมณ์ในการตราขึ้นเพื่อเป็นการจัดระเบียบการปกครองของคณะสงฆ์ การใช้อำนาจปกครองคณะสงฆ์จึงไม่อยู่ในเขตอำนาจของรัฐและองค์กรตุลาการของรัฐในฐานะ “องค์กรทางโลก” ที่จะเข้าไปแทรกแซงตรวจสอบ อย่างไรก็ตาม มีข้อสังเกตว่าหากการกระทำขององค์การทางศาสนามิใช่การกระทำทางศาสนาโดยแท้ แต่เป็นการดำเนินกิจการทางโลก เช่น การทำสัญญา หรือการกระทำโดยใช้อำนาจในทางปกครองหรือการดำเนินกิจการทางปกครอง ศาลก็ย่อมจะเข้าไปตรวจสอบได้ โดยจะต้องคำนึงถึงการรักษาความสงบเรียบร้อยของบ้านเมืองประกอบกับหน้าที่ของศาลในการรักษาหลักความชอบด้วยกฎหมาย (le principe de légalité) ประกอบด้วย

๓.๔ นิตินโยบายที่เกี่ยวกับวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง

นิตินโยบายของศาลปกครองซึ่งที่เกี่ยวกับวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองที่ยังไม่มีความชัดเจนมากนักและอาจไม่เป็นไปในแนวทางที่คุ้มครองสิทธิของคู่กรณี มีอยู่หลายเรื่องด้วยกัน อาทิ กรณีการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองทางไปรษณีย์ลงทะเบียน กรณีปัญหาความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ในการพิจารณาทางปกครอง กรณีปัญหาการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองที่ปฏิเสธการก่อตั้งสิทธิ

ก) กรณีการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองทางไปรษณีย์ลงทะเบียน

ปัญหาที่เกิดขึ้นในกรณีการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองโดยส่งทางไปรษณีย์ลงทะเบียนจะมีผลเป็นการยื่นอุทธรณ์ต่อเจ้าหน้าที่ผู้กระทำคำสั่งเมื่อใดระหว่างวันที่ยื่นส่งทางไปรษณีย์กับวันที่การแสดงเจตนาไปถึง ซึ่งมีคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดแตกต่างกันเป็นสองแนวทาง

แนวที่หนึ่ง เห็นว่า เมื่อคู่กรณียื่นหนังสืออุทธรณ์คำสั่งพิพาทโดยส่งทางไปรษณีย์ คำอุทธรณ์มีผลเมื่อการส่งเจตนาไปถึงเจ้าหน้าที่ กล่าวคือ มีผลนับแต่วันที่เจ้าหน้าที่ได้รับคำอุทธรณ์ เนื่องจากการส่งคำอุทธรณ์เป็นหนังสือทางไปรษณีย์ ถือเป็นการแสดงเจตนาต่อบุคคลที่ไม่ได้อยู่เฉพาะหน้า กรณีจึงต้องนำมาตรา ๑๖๙ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ซึ่งบัญญัติที่เกี่ยวกับผลของการแสดงเจตนาต่อบุคคลที่มิได้อยู่เฉพาะหน้าไว้เป็นการทั่วไปมาใช้บังคับ[๕๔]

แนวที่สอง เห็นว่า การที่ผู้ฟ้องคดียื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองโดยส่งทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับ ถือว่าวันที่ส่งหนังสืออุทธรณ์ทางไปรษณีย์เป็นวันที่การแสดงเจตนาอุทธรณ์มีผล โดยเห็นว่าการที่คู่กรณีผู้อุทธรณ์คำสั่งทางปกครองเลือกวิธีการยื่นอุทธรณ์โดยส่งทางไปรษณีย์ลงทะเบียนตอบรับอันเป็นการแสดงเจตนาใช้สิทธิอุทธรณ์โต้แย้งคำสั่งทางปกครอง เมื่อคำนึงถึงความสะดวกของคู่กรณีและการคุ้มครองสิทธิในการอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองของคู่กรณี อันเป็นส่วนหนึ่งของการปฏิบัติราชการเพื่อประชาชนของหน่วยงานของรัฐในกรณีที่คู่กรณียื่นอุทธรณ์โดยส่งหนังสืออุทธรณ์ทางไปรษณีย์จึงต้องถือว่าวันที่ส่งหนังสือ

[๕๔] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๕๗๒/๒๕๕๗ คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คผ. ๙๒/๒๕๖๓ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๓๖๐/๒๕๕๖ และความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ ๙๓๒/๒๕๔๗

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

อุทธรณ์ทางไปรษณีย์เป็นวันที่การแสดงเจตนาอุทธรณ์มีผล[๕๕] กล่าวคือตามแนวทางนี้เห็นว่าการยื่นอุทธรณ์มีผลนับแต่วันที่ได้ส่งคำอุทธรณ์ต่อเจ้าพนักงานไปรษณีย์[๕๖]

การที่ศาลมีคำวินิจฉัยออกเป็นสองแนวทางดังกล่าว ย่อมก่อให้เกิดความสับสนและก่อให้เกิดปัญหาในทางปฏิบัติขึ้นได้ว่าประชาชนผู้ที่ต้องการยื่นอุทธรณ์คำสั่งทางปกครองจะต้องถือปฏิบัติตามแนวทางใด กรณีจึงจำเป็นที่ศาลจะต้องวางนิตินโยบายให้เป็นที่ยุติว่า กรณีการยื่นอุทธรณ์โดยส่งทางไปรษณีย์นั้นควรให้ถือว่าวันใดเป็นวันที่การยื่นอุทธรณ์มีผล

นอกจากนั้น ยังมีกรณีที่มีการยื่นอุทธรณ์คำพิพากษาหรือคำสั่งที่ได้มีการยื่นโดยฝากส่งกับบริษัทขนส่งเอกชน ที่แม้จะมิใช่กรณีเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองโดยตรง แต่ก็สมควรนำมากล่าวถึงในที่นี้ ซึ่งกรณีนี้ศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า การยื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งศาลปกครองชั้นต้นโดยฝากส่งกับบริษัทขนส่งเอกชน เป็นกรณีที่บริษัทประกอบกิจการรับขนส่งของซึ่งไม่ปรากฏว่าได้รับอนุญาตหรือมีสัญญาหรือข้อตกลงในการประกอบกิจการส่งไปรษณียภัณฑ์กับ บริษัท ไปรษณีย์ไทย ฯ ดังนั้น บริษัท ขนส่งเอกชนดังกล่าว จึงไม่ใช่ตัวแทนหรือหน่วยงานที่ได้รับมอบหมายให้ดำเนินกิจการไปรษณีย์ การส่งคำร้องอุทธรณ์คำสั่งศาลปกครองชั้นต้นโดยยื่นต่อขนส่งเอกชนจึงมิใช่เป็นการยื่นต่อเจ้าพนักงานไปรษณีย์[๕๗]

ข) ปัญหาความเป็นกลางของเจ้าหน้าที่ในการพิจารณาทางปกครอง

กรณีนี้เป็นปัญหาที่เกิดขึ้นในกระบวนการพิจารณาทางปกครองในบางเรื่องที่จะต้องมีการพิจารณาในหลายขั้นตอน ซึ่งอาจเกิดกรณีที่เจ้าหน้าที่รายเดียวกันทำหน้าที่พิจารณาทางปกครองในหลายขั้นตอน โดยเฉพาะอย่างยิ่งกระบวนการในการดำเนินการทางวินัยแก่บุคลากรภาครัฐ เช่น กรณีบุคคลซึ่งได้รับแต่งตั้งให้เป็นคณะกรรมการในกระบวนการสืบสวนข้อเท็จจริงและต่อมาได้รับแต่งตั้งให้เป็นคณะกรรมการในกระบวนการสอบสวนทางวินัยอีกครั้งหนึ่ง และอาจรวมถึงกรณีที่เป็นกรรมการในชั้นการพิจารณาอุทธรณ์ด้วย ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาออกไปในหลายแนวทาง

แนวที่หนึ่ง เห็นว่า ศาลปกครองตีความอย่างเคร่งครัดว่าเป็นกรณีที่มีเหตุซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง โดยให้เหตุผลในการวินิจฉัยว่า การที่เจ้าหน้าที่เข้าไปมีส่วนร่วมพิจารณาในคณะกรรมการทั้งสองชุด ย่อมคาดหมายได้ว่าผลการสอบสวนทางวินัยไม่อาจแตกต่างไปจากผลการสืบสวนข้อเท็จจริง[๕๘] หรืออาจมีความเห็นโน้มเอียงไปตามความเห็นเดิมที่ได้วินิจฉัยไปแล้ว หรือย่อมต้องมีความเห็นไปในแนวทางเดิม[๕๙] หรือคาดหมายได้ว่าผลไม่อาจแตกต่างไปจากเดิมหรือสอดคล้องกับความเห็นเดิมที่เคยให้ไว้[๖๐]

---

[๕๕] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๖๑๘/๒๕๖๓

[๕๖] ความเห็นคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง เรื่องเสร็จที่ ๓๔๕/๒๕๔๘ ความเห็นคณะกรรมการกฤษฎีกา เรื่องเสร็จที่ ๑๕๒/๒๕๔๙ เห็นไปในแนวทางเดียวกัน

[๕๗] คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๓๕๒/๒๕๖๓

[๕๘] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๖๐๐/๒๕๕๔ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๘๓๔/๒๕๕๕ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ. ๓๕/๒๕๖๐ และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ. ๑๔/๒๕๖๑

[๕๙] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๒๔๕-๒๔๖/๒๕๕๒ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๘๓๒-๘๓๖/๒๕๕๖ คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ.๖๐๐/๒๕๕๔ และคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๖๐๖/๒๕๕๖

[๖๐] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๓๖๑/๒๕๖๐

แนวที่สอง เห็นว่า กรณีกรรมการสอบสวนทางวินัยเคยเป็นกรรมการสอบข้อเท็จจริงมาก่อน ไม่ถือเป็นเหตุอันมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง[๖๑] การสอบข้อเท็จจริงเป็นกระบวนการที่มีขั้นตอนแยกส่วนออกจากการดำเนินการทางวินัยอย่างชัดเจน แม้คณะกรรมการสอบสวนทางวินัยจะนำข้อเท็จจริงที่ได้รับจากการสอบข้อเท็จจริงมาประกอบการพิจารณาดำเนินการทางวินัยซึ่งมีแนวโน้มว่าการใช้ดุลพินิจของคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยอาจเห็นตามความเห็นเดิมที่ได้เคยวินิจฉัยไว้ตามผลการสอบสวนข้อเท็จจริง แต่การดำเนินการทางวินัยนั้นมีขั้นตอนในการรับประกันสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาโดยมีการให้โอกาสชี้แจงและนำสืบแก้ข้อกล่าวหา เพื่อปกป้องสิทธิของผู้ถูกกล่าวหาได้จนถึงในชั้นการพิจารณาอุทธรณ์ จึงไม่ถือว่ามีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง หรือกรณีที่คณะกรรมการสืบสวนข้อเท็จจริงจำนวน ๒ คน ร่วมเป็นกรรมการสอบสวนวินัยผู้ฟ้องคดีซึ่งมีกรรมการสอบสวนทั้งสิ้น ๕ คน ไม่ถือว่ามีสภาพร้ายแรงอันทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลางเช่นกัน[๖๒]

ค) กรณีปัญหาการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งทางปกครองที่ปฏิเสธการก่อตั้งสิทธิ

ด้วยเหตุที่มาตรา ๓๐ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙[๖๓] กำหนดให้เจ้าหน้าที่ต้องให้โอกาสคู่กรณีได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและโต้แย้งแสดงพยานหลักฐานของตนก่อนออก “คำสั่งทางปกครองที่อาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี” ซึ่งที่ผ่านมามีปัญหาในการตีความว่าคำสั่งทางปกครองที่ปฏิเสธการก่อตั้งสิทธิแก่บุคคล เช่น การที่ฝ่ายปกครองปฏิเสธคำขอของบุคคลที่ขอให้ออกคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์ เช่น คำสั่งอนุมัติอนุญาตต่าง ๆ นั้น เป็นคำสั่งทางปกครองที่อาจกระทบสิทธิของคู่กรณีอันจะต้องมีการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่งหรือไม่ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดมีแนวคำวินิจฉัยในเรื่องนี้เป็นสองแนวทาง

แนวที่หนึ่ง เห็นว่า เป็นคำสั่งที่กระทบต่อประโยชน์ได้เสียของบุคคล เพราะแม้จะไม่ทำให้บุคคลสูญเสียสิทธิแต่ก็ไม่ได้สิทธิตามที่ต้องการ จึงถือเป็นคำสั่งที่กระทบถึงสิทธิของคู่กรณีและต้องรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่ง

แนวที่สอง เห็นว่า การที่เจ้าหน้าที่มีคำสั่งปฏิเสธไม่ให้สิทธิตามคำขอของคู่กรณี เมื่อคู่กรณีไม่เคยมีสิทธิมาก่อน จึงเป็นเพียงการยืนยันถึงความไม่มีสิทธิเท่านั้น หาได้มีผลหรืออาจจะมีผลกระทบต่อสิทธิของคู่กรณี จึงไม่ต้องรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่ง

จากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดข้างต้นทำให้แนวทางการบังคับใช้กฎหมายของเจ้าหน้าที่ไม่มีความชัดเจนแน่นอน ซึ่งโดยหลักเมื่อคำสั่งทางปกครองที่ปฏิเสธการก่อตั้งสิทธิแก่บุคคลเป็นคำสั่งที่ไม่เป็นคุณแก่บุคคลที่ร้องขอสิทธิตามกฎหมาย กรณีจึงสมควรตีความในทางที่คุ้มครองสิทธิของบุคคลโดยมีการรับฟังคู่กรณีก่อนออกคำสั่ง

---

[๖๑] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๙๕๗/๒๕๕๙

[๖๒] คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ. ๑๔/๒๕๖๒

[๖๓] มาตรา ๓๐ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ บัญญัติว่า ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิของคู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสได้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน

ผลจากนิตินโยบายของศาลปกครองเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองซึ่งยังไม่มีความชัดเจนและไม่เป็นไปในแนวทางที่คุ้มครองสิทธิของคู่กรณีดังกล่าวข้างต้น ท้ายที่สุดจึงนำไปสู่ความพยายามในการบัญญัติกฎหมายของฝ่ายนิติบัญญัติเพื่อทำให้เรื่องเหล่านี้มีความชัดเจนมากขึ้น ซึ่งมีทั้งการบัญญัติกฎหมายที่สอดคล้องตามแนวทางการวินิจฉัยของศาลปกครอง และในทางตรงกันข้ามคือ เพื่อการแก้ปัญหาอันเกิดจากแนวคำพิพากษาของศาลที่ไม่เป็นไปในทิศทางเดียวกัน อาทิ กรณีการอุทธรณ์ทางไปรษณีย์ให้ถือวันส่งหนังสือทางไปรษณีย์เป็นวันที่ยื่นอุทธรณ์ ซึ่งเป็นแนวทางที่เป็นธรรมต่อคู่กรณีมากกว่าการใช้หลักการแสดงเจตนาต่อบุคคลที่มิได้อยู่เฉพาะหน้าตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แต่ที่หากเป็นกรณีที่ยื่นโดยฝากส่งกับผู้ประกอบกิจการส่งพัสดุภัณฑ์ให้ถือว่าวันที่เจ้าหน้าที่ได้รับคำคำอุทธรณ์ไว้เป็นวันที่มีผลเป็นการยื่นคำอุทธรณ์[๖๔] รวมทั้งแก้ปัญหากรณีเจ้าหน้าที่ซึ่งพิจารณาทางปกครองในหลายขั้นตอนก่อนออกคำสั่งทางปกครอง ไม่ถือว่าเป็นเหตุซึ่งอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลาง หากการพิจารณาในหลายขั้นตอนนั้นเป็นเจ้าหน้าที่ในคณะกรรมการหรือองค์กรเดียวกันที่แบ่งหน้าที่กันปฏิบัติงานภายใต้การพิจารณาทางปกครองเดียวกันก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครอง[๖๕] และกรณีคำสั่งทางปกครองที่ปฏิเสธการก่อตั้งสิทธิของคู่กรณีที่จะต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริงอย่างเพียงพอและมีโอกาสได้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน[๖๖] เป็นต้น

---

[๖๔] สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ที่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ในวาระที่สองเพื่อรับฟังความคิดเห็นระหว่างวันที่ ๒๖ กรกฎาคม ๒๕๖๕ ถึงวันที่ ๑๐ สิงหาคม ๒๕๖๕

มาตรา ๒๗/๓ คู่กรณีจะยื่นคำขอโดยนำมายื่นเองหรือส่งทางไปรษณีย์ลงทะเบียนก็ได้

ในกรณีที่คู่กรณีนำคำขอมายื่นเองหรือมอบหมายให้ผู้อื่นมายื่นคำขอให้ถือว่า วันที่เจ้าหน้าที่ได้รับคำขอไว้เป็นวันยื่นคำขอ

ในกรณีที่คู่กรณีส่งคำขอทางไปรษณีย์ลงทะเบียน ให้ถือว่าวันที่ส่งหนังสือแก่เจ้าพนักงานไปรษณีย์ของบริษัทไปรษณีย์ไทย จำกัด หรือผู้ประกอบกิจการไปรษณีย์ที่ได้รับอนุญาต ซึ่งปรากฏหลักฐานตามใบรับฝาก ตราประทับรับที่ซองหนังสือ หรือหลักฐานทางไปรษณีย์อื่น เป็นวันยื่นคำขอ

ในกรณีที่คู่กรณีส่งคำขอให้แก่ผู้ประกอบกิจการส่งพัสดุภัณฑ์ให้นำมามอบให้แก่เจ้าหน้าที่ ซึ่งมิใช่กรณีตามวรรคสาม ให้ถือว่าวันที่เจ้าหน้าที่ได้รับคำขอไว้เป็นวันยื่นคำขอ

มาตรา ๔๔/๑ ให้นำมาตรา ๒๗/๓ และมาตรา ๒๗/๕ มาใช้บังคับแก่การยื่นคำอุทธรณ์และการส่งต่อคำอุทธรณ์ที่ยื่นผิดตัวเจ้าหน้าที่โดยอนุโลม

[๖๕] สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ที่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ในวาระที่สองเพื่อรับฟังความคิดเห็นระหว่างวันที่ ๒๖ กรกฎาคม ๒๕๖๕ ถึงวันที่ ๑๐ สิงหาคม ๒๕๖๕

มาตรา ๑๖/๑ การที่เจ้าหน้าที่คนเดียวกันทำหน้าที่พิจารณาทางปกครองในหลายขั้นตอน ไม่ถือเป็นเหตุซึ่งมีสภาพร้ายแรงอันอาจทำให้การพิจารณาทางปกครองไม่เป็นกลางตามมาตรา ๑๖ วรรคหนึ่ง หากการพิจารณาในหลายขั้นตอนนั้นเป็นเจ้าหน้าที่ในคณะกรรมการหรือองค์กรเดียวกันที่แบ่งหน้าที่กันปฏิบัติงานภายใต้การพิจารณาทางปกครองเดียวกันก่อนที่จะออกคำสั่งทางปกครอง

[๖๖] สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ที่ผ่านการพิจารณาของคณะกรรมการกฤษฎีกา (คณะพิเศษ) ในวาระที่สองเพื่อรับฟังความคิดเห็นระหว่างวันที่ ๒๖ กรกฎาคม ๒๕๖๕ ถึงวันที่ ๑๐ สิงหาคม ๒๕๖๕

มาตรา ๓๐ ในกรณีที่คำสั่งทางปกครองอาจกระทบถึงสิทธิหรือเสรีภาพของคู่กรณี หรือปฏิเสธการก่อตั้งสิทธิให้แก่คู่กรณี เจ้าหน้าที่ต้องให้คู่กรณีมีโอกาสที่จะได้ทราบข้อเท็จจริง อย่างเพียงพอและมีโอกาสได้โต้แย้งและแสดงพยานหลักฐานของตน

สำหรับนิตินโยบายของศาลปกครองในเรื่องอื่นที่ยังคงมีปัญหาอยู่ เช่น เรื่องที่เกี่ยวเนื่องกับการดำเนินการทางวินัยกรณีที่มีการฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนวินัยอย่างร้ายแรง หรือคำสั่งย้ายข้าราชการ จะสามารถนำคดีมาฟ้องต่อศาลเพื่อขอให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าวได้หรือไม่ หากศาลเห็นว่าเป็นกรณีที่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ก็สามารถฟ้องขอให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายได้ หรือกรณีการให้นิยามคำว่า “หน่วยงานที่ใช้อำนาจทางปกครองหรือดำเนินกิจการทางปกครอง” ควรจะมีความหมายกว้างหรือแคบแค่ไหน เป็นต้น

บทสรุปและข้อเสนอแนะ

จากการศึกษาแนวทางการพิพากษาที่มีลักษณะเป็นการวางนิตินโยบายของศาลตามที่ได้กล่าวถึงมาแล้ว นั้น จะพบว่าทั้งสภาแห่งรัฐของฝรั่งเศสและศาลปกครองสูงสุดของไทย ต่างก็มีบทบาทสำคัญในการแก้ไขปัญหาอันเกิดจากช่องว่างของกฎหมายในหลายกรณีด้วยกัน และยังพบว่าการวางนิตินโยบายของศาลเป็นเรื่องสำคัญอันมีผลกระทบต่อปริมาณคดีที่จะเข้าสู่ศาล นิตินโยบายของศาลในบางเรื่องยังมีผลกระทบต่อการบริหารราชการแผ่นดิน ตลอดจนการใช้อำนาจบังคับบัญชาของผู้บังคับบัญชา อย่างไรก็ตาม พบว่าผลจากนิตินโยบายและแนวคำพิพากษาของศาลปกครองที่ยังไม่มีความชัดเจนในบางเรื่อง โดยเฉพาะอย่างยิ่งในกรณีเกี่ยวกับวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง นับได้ว่าเป็นเหตุผลหนึ่งที่นำไปสู่การแก้ไขเพิ่มเติมพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙[๖๗] เพื่อเพิ่มหลักเกณฑ์ที่ให้ความเป็นธรรมแก่คู่กรณีในการพิจารณาทางปกครองและรักษาสิทธิในการฟ้องคดีต่อศาล รวมทั้งเพื่อให้กฎหมายมีความชัดเจนมากยิ่งขึ้น นอกจากนี้มีข้อเสนอแนะว่าในระหว่างที่นิตินโยบายของศาลปกครองในบางเรื่องยังไม่มีความชัดเจนและยังไม่มีการแก้ไขปัญหาโดยฝ่ายนิติบัญญัติ ศาลปกครองอาจพัฒนาแนวคำพิพากษาเพื่อแก้ประเด็นปัญหาในเรื่องนั้น ๆ หากเป็นกรณีที่ยัง “เลือก” ไม่ได้ ก็มีข้อพึงพิจารณาว่า ในการมีคำพิพากษาจะต้องไม่มีลักษณะเป็นการวางหลักที่มีลักษณะผูกพันคดีอื่น ๆ หรือข้อพิพาททำนองเดียวกันซึ่งอาจจะมีการนำมาฟ้องคดีต่อศาลในอนาคต ทั้งนี้ ก็เพราะว่าหากในอนาคตศาลสามารถเลือกนิตินโยบายที่เหมาะสมได้แล้ว ศาลก็สามารถที่จะเปลี่ยนแนวทางการวินิจฉัยได้นั่นเอง

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

[๖๗] สำนักงานคณะกรรมการกฤษฎีกา, ร่างพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ฉบับที่ ..) พ.ศ. .... ฉบับรับฟังความคิดเห็นตั้งแต่วันที่ ๔ ธันวาคม ๒๕๖๒ ถึง ๑๘ ธันวาคม ๒๕๖๒, หน้า ๔ - ๘

ความเห็นแย้งในคำพิพากษาหรือคำสั่งศาลปกครองสูงสุด ของศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์

รวบรวมโดย...กองบรรณาธิการ

พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๖๗ บัญญัติว่า "การทำคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองถ้าจะต้องกระทำโดยตุลาการศาลปกครองหลายคน คำพิพากษาหรือคำสั่งนั้นจะต้องบังคับตามความเห็นของฝ่ายข้างมาก และในกรณีที่ตุลาการในศาลปกครองผู้ใดมีความเห็นแย้งให้ทำความเห็นแย้งไว้ในคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น" จากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าว แม้จะบัญญัติให้คำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลนั้น จะต้องบังคับตามความเห็นของฝ่ายข้างมาก ในกรณีที่คำพิพากษาหรือคำสั่งดังกล่าวกระทำโดยตุลาการศาลปกครองหลายคน แต่ก็ยังคงไว้ซึ่งหลักความเป็นอิสระในการพิจารณาพิพากษาของตุลาการศาลปกครอง โดยได้บัญญัติให้ในกรณีที่ตุลาการศาลปกครองผู้ใดมีความเห็นแย้งให้ทำความเห็นแย้งไว้ในคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น

ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ในขณะปฏิบัติหน้าที่เป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุด หรือตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด ได้ร่วมเป็นองค์คณะในการทำคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองสูงสุด หรือเข้าร่วมพิจารณาในการทำคำพิพากษาหรือคำสั่งของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด เมื่อมีความเห็นแย้งกับความเห็นของฝ่ายข้างมาก จึงได้ทำความเห็นแย้งทั้งโดยส่วนตัวและร่วมกับตุลาการศาลปกครองสูงสุดคนอื่น ซึ่งความเห็นแย้งดังกล่าวนั้น กองบรรณาธิการพิจารณาเห็นว่ามีสาระสำคัญที่เป็นทั้งหลักกฎหมายปกครอง การปรับใช้กฎหมาย และเหตุผลทางวิชาการในการวินิจฉัยคดีหรือประเด็นที่สำคัญของแต่ละคดี จึงได้รวบรวมมานำเสนอไว้ เพื่อประโยชน์ต่อการศึกษาคดีปกครองของผู้สนใจ ดังนี้

๑. คดีที่มีการฟ้องกรมบัญชีกลางในฐานะองค์กรตรวจสอบความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ก่อนออกคำสั่งทางปกครอง ตามพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๒๙๐/๒๕๕๙ (ประชุมใหญ่) คดีนี้ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ (สำนักงานศาลปกครอง) มีคำสั่งลงวันที่ ๒๔ กันยายน ๒๕๕๒ แต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดกรณีกล้องจับภาพของระบบการประชุมทางไกล (Video conference) ซึ่งวางไว้

บนหลังโทรทัศน์ตกหล่นลงมาได้รับความเสียหาย โดยคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดได้พิจารณาแล้วมีความเห็นว่า ไม่มีผู้ใดต้องรับผิด แต่กระทรวงการคลังโดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ (กรมบัญชีกลาง) ได้พิจารณาแล้วเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีในฐานะผู้บังคับบัญชาของนาย พ. และมีหน้าที่ควบคุมดูแลการปฏิบัติงานด้านสารสนเทศ ย่อมมีหน้าที่ควบคุมดูแลและจัดวิธีป้องกันทรัพย์สินของทางราชการที่ใช้ในระบบงานให้อยู่ในสภาพเรียบร้อยและปลอดภัยมิให้เกิดความเสียหาย พฤติการณ์ถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีปฏิบัติหน้าที่ด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เป็นเหตุให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ เสียหาย จึงให้รับผิดร้อยละ ๒๕ ของค่าเสียหายจำนวน ๑๕๘,๙๕๑ บาท คิดเป็นเงิน ๓๙,๗๓๗.๗๕ บาท ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ จึงมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีชดใช้ค่าสินไหมทดแทนดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีจึงมีหนังสือลงวันที่ ๓ กรกฎาคม ๒๕๕๖ อุทธรณ์คำสั่งดังกล่าว ต่อมา ประธานศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วยกอุทธรณ์ ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสอง ขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ซึ่งคำฟ้องในส่วนที่ฟ้องผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ จึงเป็นคดีพิพาทตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ ซึ่งอยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่สามารถรับคำฟ้องในส่วนที่ฟ้องผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ไว้พิจารณาได้ สำหรับคำฟ้องในส่วนที่ฟ้องผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ นั้น ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งไม่รับไว้พิจารณา เนื่องจากเห็นว่าการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ เป็นเพียงส่วนหนึ่งของการพิจารณาทางปกครองเพื่อออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น ยังไม่อาจถือได้ว่าเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา ๕ แห่ง พ.ร.บ. วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ผู้ฟ้องคดียังไม่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ จึงยังไม่มีสิทธิฟ้องผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ต่อศาลปกครองได้ ซึ่งที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าเมื่อหน่วยงานของรัฐส่งสำนวนการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดไปให้กระทรวงการคลังพิจารณาตามข้อ ๑๗ วรรคสอง ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ เมื่อกระทรวงการคลังมีความเห็นเช่นใดแล้ว หน่วยงานของรัฐต้องมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลังตามข้อ ๑๘ วรรคหนึ่ง ของระเบียบดังกล่าว โดยหน่วยงานของรัฐไม่มีอำนาจมีคำสั่งเป็นอย่างอื่น ความเห็นของกระทรวงการคลังจึงเป็นสาเหตุสำคัญที่ก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายแก่ผู้ฟ้องคดี ซึ่งหน่วยงานของรัฐต้องมีคำสั่งตามความเห็นของกรมบัญชีกลาง กระทรวงการคลัง ความเห็นของกรมบัญชีกลาง กระทรวงการคลัง จึงเป็นสาเหตุโดยตรงที่ทำให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนเสียหาย เนื่องจากก่อให้เกิดคำสั่งที่ให้ผู้ฟ้องคดีต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนอันเป็นวัตถุแห่งคดีที่ผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลเพิกถอน ผู้ฟ้องคดีจึงมีสิทธิฟ้องกระทรวงการคลังหรือกรมบัญชีกลางซึ่งได้รับมอบหมายจากกระทรวงการคลัง ประกอบกับกรณีนี้หากศาลมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องในส่วนฟ้องกระทรวงการคลังหรือกรมบัญชีกลางไว้พิจารณา ก็จะทำให้กระทรวงการคลังหรือกรมบัญชีกลางซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองที่มีความเห็นให้ผู้ฟ้องคดีรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนไม่ได้เข้ามาต่อสู้คดี คงมีแต่หน่วยงานของรัฐเข้ามาต่อสู้คดี เนื่องจากหน่วยงานของรัฐย่อมเห็นด้วยกับคำฟ้องที่ว่าผู้ฟ้องคดีไม่ต้องรับผิด และหากศาลมีคำพิพากษายกฟ้อง กระทรวงการคลังหรือกรมบัญชีกลางก็จะไม่มีสิทธิอุทธรณ์เพื่อยืนยันความเห็นของตน ซึ่งอาจทำให้การตรวจสอบกรณีความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ที่กฎหมายกำหนดให้กระทรวงการคลังมีส่วนสำคัญในการดูแลทรัพย์สินของรัฐไม่อาจใช้บังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพ หากศาลมีคำสั่งไม่รับคำฟ้องในส่วนที่ฟ้องกระทรวงการคลังหรือกรมบัญชีกลาง หลังจากคดีถึงที่สุดแล้ว

หากกระทรวงการคลังหรือกรมบัญชีกลางขอพิจารณาคดีใหม่ตามมาตรา ๗๕ แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ ก็อาจมีปัญหาในการพิจารณาว่าการกระทรวงการคลังหรือกรมบัญชีกลางเป็นคู่กรณีหรือบุคคลภายนอกผู้มีส่วนได้เสียที่จะมีสิทธิขอพิจารณาคดีใหม่ได้หรือไม่ ดังนั้น ศาลปกครองจึงสามารถรับคำฟ้องในส่วนที่ฟ้องกระทรวงการคลังหรือกรมบัญชีกลางซึ่งได้รับมอบหมายจากกระทรวงการคลังไว้พิจารณาได้ ผู้ฟ้องคดีจึงมีสิทธิฟ้องผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ต่อศาลปกครองได้ตามมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

ความเห็นแย้ง คดีนี้ท่านชาญชัย แสวงศักดิ์ ตุลาการเจ้าของสำนวนและตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด รองประธานศาลปกครองสูงสุด และท่านสมรรถชัย วิศาลาภรณ์ ตุลาการศาลปกครองสูงสุด ซึ่งเป็นตุลาการศาลปกครองสูงสุดเสียงข้างน้อยไม่เห็นพ้องด้วยกับมติของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดดังกล่าว โดยเห็นว่าคำฟ้องในส่วนที่ผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลรับฟ้องผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ไว้พิจารณา นั้น เป็นคำฟ้องที่ศาลปกครองไม่อาจรับไว้พิจารณาได้ เนื่องจากมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ บัญญัติว่า ศาลปกครองมีอำนาจพิจารณาพิพากษาหรือมีคำสั่งในเรื่องดังต่อไปนี้ (๑) คดีพิพาทเกี่ยวกับการที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการออกกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใด เนื่องจากกระทำโดยไม่มีอำนาจ หรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่ หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น หรือโดยไม่สุจริต หรือมีลักษณะเป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดกับประชาชนเกินสมควร หรือเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ จากบทบัญญัติดังกล่าวเห็นได้ว่า การกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อาจนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้จะต้องเป็นการกระทำที่มีลักษณะเป็นกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดอันเกิดจากการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมาย กรณีจึงมีปัญหาที่ต้องพิจารณาว่า การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ มีหนังสือแจ้งความเห็นของกระทรวงการคลังเกี่ยวกับการตรวจสอบสำนวนการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ตามข้อ ๑๘ ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ โดยมีความเห็นให้ผู้ฟ้องคดีต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนร้อยละ ๒๕ ของความเสียหาย คิดเป็นเงิน ๓๙,๗๓๗.๗๕ บาท นั้น จึงมีประเด็นที่ต้องพิจารณาว่า ความเห็นของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ดังกล่าวถือเป็นการกระทำทางปกครองที่อาจนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้หรือไม่ ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดฝ่ายเสียงข้างน้อยเห็นว่า การมีความเห็นของกระทรวงการคลังเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่เป็นการดำเนินการตามหลักเกณฑ์หรือแนวทางที่กำหนดไว้ในข้อ ๑๗ ประกอบข้อ ๑๘ ของระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรี ว่าด้วยหลักเกณฑ์การปฏิบัติเกี่ยวกับความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ ซึ่งการตราระเบียบดังกล่าวขึ้นใช้บังคับเป็นการใช้อำนาจทางบริหารของนายกรัฐมนตรีโดยความเห็นชอบของคณะรัฐมนตรี กรณีมิได้มีสถานะเป็นกฎหมายลำดับรองที่ออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ ระเบียบดังกล่าวจึงมีสถานะเป็นเพียงหลักเกณฑ์หรือแนวทางในการปฏิบัติราชการภายในของฝ่ายปกครองที่มีผลผูกพันโดยตรงกับเจ้าหน้าที่ของรัฐในราชการส่วนกลางและส่วนภูมิภาคไม่ผูกพันราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจ หรือหน่วยงานอื่นของรัฐ

ให้ต้องปฏิบัติตามดังความที่ปรากฏในข้อ ๑๘ ของระเบียบฉบับดังกล่าวว่า “เมื่อกระทรวงการคลังพิจารณาเสร็จแล้ว ให้ผู้แต่งตั้งมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลังและแจ้งคำสั่งนั้นให้ผู้ที่เกี่ยวข้องทราบ แต่ในกรณีที่หน่วยงานของรัฐที่เสียหายเป็นราชการส่วนท้องถิ่น รัฐวิสาหกิจที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติหรือพระราชกฤษฎีกา หรือหน่วยงานอื่นของรัฐตามกฎหมายว่าด้วยความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ให้ผู้บังคับบัญชาหรือผู้กำกับดูแลหรือควบคุมหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นวินิจฉัยสั่งการให้หน่วยงานของรัฐดังกล่าวปฏิบัติตามที่เห็นว่าถูกต้อง” แม้กรณีจะมีผลเป็นการบังคับให้ผู้แต่งตั้งมีคำสั่งตามความเห็นของกระทรวงการคลังก็ตาม แต่เห็นได้ว่าความเห็นของกระทรวงการคลังดังกล่าวเป็นเพียงส่วนหนึ่งของการพิจารณาทางปกครองเพื่อออกคำสั่งทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ผู้มีอำนาจตามกฎหมายเท่านั้น ยังไม่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล อันจะถือได้ว่าเป็นคำสั่งทางปกครองตามมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ อีกทั้งผู้อยู่ในบังคับของคำสั่งให้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน หากไม่เห็นด้วยกับคำสั่งดังกล่าว ย่อมใช้สิทธิอุทธรณ์คำสั่งต่อเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งตามมาตรา ๔๔ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ซึ่งผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์สามารถทบทวนคำสั่งทางปกครองได้ไม่ว่าจะเป็นปัญหาข้อเท็จจริง ข้อกฎหมายหรือความเหมาะสมของการทำคำสั่งทางปกครอง และอาจมีคำวินิจฉัยอุทธรณ์ให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองเดิมหรือเปลี่ยนแปลงคำสั่งนั้นไปในทางใดที่แตกต่างไปจากความเห็นของกระทรวงการคลังได้ตามนัยมาตรา ๔๖ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ความเห็นของกระทรวงการคลังจึงมิได้มีลักษณะเป็นกฎ คำสั่ง หรือการกระทำอื่นใดที่จะถือว่าเป็นการกระทำทางปกครองอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมายที่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่อันอาจก่อให้เกิดความเดือดร้อนเสียหายโดยตรงแก่ผู้ฟ้องคดี อันจะนำมาฟ้องเป็นคดีพิพาทตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ได้แต่ประการใด ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีจึงมิใช่ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายอันเนื่องจากการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ที่จะมีสิทธิฟ้องผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ต่อศาลปกครองได้ตามนัยมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดฝ่ายเสียงข้างน้อยจึงไม่เห็นพ้องด้วยกับมติของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดดังกล่าว

๒. คดีที่ฟ้องขอให้ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาเพิกถอนพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจสิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. ๒๕๔๔ และพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๔๔ ที่เกี่ยวกับการเปลี่ยนสภาพจาก ปตท. มาเป็นบริษัทจำกัดมหาชน

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ ฟ. ๓๕/๒๕๕๐ มูลคดีสืบเนื่องจากผู้ฟ้องคดีทั้งห้ายื่นฟ้องต่อศาลปกครองสูงสุดว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ถึงที่ ๓ ดำเนินการเปลี่ยนสภาพ ปตท. ซึ่งเป็นรัฐวิสาหกิจประเภทองค์การของรัฐ ตามพระราชบัญญัติการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๒๑ ไปเป็นรูปแบบบริษัทมหาชนจำกัดตามพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ๒๕๔๒ โดยกระบวนการเปลี่ยนสภาพ

และการตราพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. ๒๕๔๔ และพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๔๔ ขัดต่อพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ๒๕๔๒ และขัดต่อรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ ที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น ขอให้ศาลปกครองสูงสุดเพิกถอนพระราชกฤษฎีกาทั้งสองฉบับดังกล่าว โดยศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสี่ร่วมกันกระทำการแบ่งแยกทรัพย์สินในส่วนที่เป็นสาธารณสมบัติของแผ่นดิน สิทธิการใช้ที่ดินเพื่อวางระบบการขนส่งปิโตรเลียมทางท่อ รวมทั้งแยกอำนาจและสิทธิในส่วนที่เป็นอำนาจมหาชนของรัฐออกจากอำนาจและสิทธิของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๔ ทั้งนี้ ให้เสร็จสิ้นก่อนการแต่งตั้งคณะกรรมการกำกับกิจการพลังงานตามพระราชบัญญัติการประกอบกิจการพลังงาน พ.ศ. ๒๕๕๐ ส่วนคำขอตามคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีทั้งห้า ที่ขอให้เพิกถอนพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. ๒๕๔๔ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) (ฉบับที่ ๒) พ.ศ. ๒๕๕๐ และพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๔๔ นั้น ให้ยก

ความเห็นแย้ง : คดีนี้ท่านธงชัย ลำดับวงศ์ และท่านชาญชัย แสวงศักดิ์ ตุลาการศาลปกครองสูงสุด ซึ่งเป็นตุลาการเสียงข้างน้อยในองค์คณะที่ ๒ ไม่เห็นพ้องด้วยกับคำวินิจฉัยของตุลาการเสียงข้างมากในองค์คณะที่วินิจฉัยว่า ผู้ฟ้องคดีทั้งห้าเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีนี้ตามมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ และการยื่นฟ้องคดีนี้เป็นการฟ้องคดีเกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะที่จะยื่นฟ้องคดีเมื่อใดก็ได้ตามมาตรา ๕๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน จึงขอทำความเห็นแย้งไว้ ดังต่อไปนี้ คดีมีประเด็นที่จะต้องวินิจฉัยในเบื้องต้นเกี่ยวกับเงื่อนไขในการฟ้องคดีตามคำคัดค้านของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสี่ว่า ผู้ฟ้องคดีทั้งห้าไม่มีสิทธิฟ้องคดีนี้ตามมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ และผู้ฟ้องคดีทั้งห้ายื่นฟ้องคดีนี้เมื่อพ้นกำหนดระยะเวลาการฟ้องคดีตามมาตรา ๔๙ และไม่เข้าข้อยกเว้นตามมาตรา ๕๒ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน

สำหรับประเด็นที่ว่า ผู้ฟ้องคดีทั้งห้าเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีนี้ตามมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวหรือไม่ นั้น มีความเห็นดังนี้

๑. ศาลปกครองเป็นองค์กรหนึ่งในบรรดาองค์กรตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐที่จัดตั้งขึ้นตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ ซึ่งรัฐธรรมนูญดังกล่าวบัญญัติให้มีองค์กรตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐทางบริหารให้ครอบคลุมและสอดคล้องกับลักษณะของการใช้อำนาจรัฐ กล่าวคือ ถ้าเป็นการใช้อำนาจรัฐทางบริหารที่มีลักษณะเป็นเรื่องทางนโยบายหรือเป็นเรื่องทางการเมือง การตรวจสอบความเหมาะสมทางนโยบายหรือทางการเมืองก็ให้เป็นอำนาจหน้าที่ของรัฐสภาหรือสมาชิกของรัฐสภา ถ้าเป็นการใช้อำนาจรัฐทางบริหารเกี่ยวกับการใช้จ่ายเงินแผ่นดิน ก็ให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการตรวจเงินแผ่นดิน ถ้าเป็นการใช้อำนาจรัฐทางบริหารที่มีปัญหาด้านการทุจริตหรือประพฤติมิชอบ ก็ให้เป็นอำนาจหน้าที่ของคณะกรรมการป้องกันและปราบปรามการทุจริตแห่งชาติ ถ้าเป็นการใช้อำนาจรัฐทางบริหารเกี่ยวกับการปฏิบัติหรือละเลยไม่ปฏิบัติหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่ก่อให้เกิด

ความเสียหายแก่ผู้ร้องเรียนหรือประชาชนโดยไม่เป็นธรรม ก็ให้เป็นอำนาจหน้าที่ของผู้ตรวจการแผ่นดินของรัฐสภา แต่ถ้าเป็นการใช้อำนาจรัฐทางบริหารที่มีการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจทางปกครองตามกฎหมายหรือการดำเนินกิจการทางปกครองของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ก็ให้เป็นอำนาจหน้าที่ของศาลปกครองซึ่งเป็นองค์กรตุลาการที่มีอำนาจหน้าที่พิจารณาพิพากษาคดีทางปกครองและอำนวยความยุติธรรมทางปกครอง แต่ศาลปกครองจะมีอำนาจตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของการใช้อำนาจทางปกครอง ของหน่วยงานของรัฐหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐได้ ก็ต่อเมื่อมีข้อพิพาทเกิดขึ้นแล้ว และเป็นข้อพิพาทที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะรับไว้พิจารณาได้ นอกจากนี้จะต้องมีการนำข้อพิพาทนั้นมายื่นฟ้องต่อศาลปกครองโดยผู้ฟ้องคดีจะต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการในการฟ้องคดีหรือที่เรียกกันว่าเงื่อนไขในการฟ้องคดีตามที่บัญญัติไว้ในพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ กรณีจึงแตกต่างจากการตรวจสอบการใช้อำนาจรัฐทางบริหารโดยองค์กรอื่นของรัฐดังกล่าวข้างต้น ซึ่งมีอำนาจริเริ่มการตรวจสอบได้เอง โดยไม่ต้องรอให้มีผู้ใดมาร้องเรียนเสียก่อน และผู้ร้องเรียนต่อองค์กรดังกล่าวก็ไม่มีข้อจำกัดว่าจะต้องเป็นผู้ซึ่งได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องนั้น จึงจะมีสิทธิในการร้องเรียน ดังนั้น ผู้ร้องเรียนต่อองค์กรดังกล่าวจึงอาจเป็นพลเมืองดีที่คอยเป็นหูเป็นตาให้แก่ทางราชการ หรืออาจเป็นคณะบุคคลหรือนิติบุคคลที่มีวัตถุประสงค์ในการต่อต้านการทุจริตหรือการกระทำที่อาจก่อให้เกิดความเสียหายแก่ประโยชน์ส่วนรวมในด้านต่างๆ แต่การฟ้องคดีต่อศาลปกครองนั้น ผู้ฟ้องคดีจะต้องเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองตามมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งมีการกำหนดองค์ประกอบของการเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองไว้ ๓ ประการ คือ ประการที่หนึ่ง ผู้ฟ้องคดีต้องเป็นผู้ซึ่งได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องที่นำมาฟ้อง ประการที่สอง ความเดือดร้อนหรือเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้รับต้องเกิดจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน และประการที่สาม การแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้รับนั้น ศาลปกครองมีอำนาจออกคำบังคับให้ได้ตามมาตรา ๗๒ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ซึ่งหมายความว่า นอกจากความเดือดร้อนหรือเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีอ้างว่าได้รับนั้นจะต้องเกิดจากการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีแล้ว คำขอที่ผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองออกคำบังคับให้นั้นจะต้องมีความสัมพันธ์และมีผลเป็นการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้รับโดยตรงและเป็นคำขอที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะออกคำบังคับให้ได้ตามมาตรา ๗๒ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันอีกด้วย

๒. มาตรา ๔๔ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ บัญญัติว่า การดำเนินการทั้งปวงเกี่ยวกับการฟ้อง การร้องสอด การเรียกบุคคล หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเข้ามาเป็นคู่กรณีในคดี การดำเนินกระบวนพิจารณา การร้องฟังพยานหลักฐานและการพิพากษาคดีปกครอง นอกจากที่บัญญัติไว้แล้วในพระราชบัญญัตินี้ ให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดโดยระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ซึ่งได้มีการกำหนดระเบียบของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓

โดยระเบียบดังกล่าวกำหนดไว้ในข้อ ๒๕ ว่า ผู้ฟ้องคดีต้องเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองตามที่บัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย และตามมาตรา ๔๒ และกำหนดไว้ในข้อ ๕ วรรคสอง ว่า ในกรณีที่กฎหมายหรือระเบียบนี้มิได้กำหนดเรื่องใดไว้โดยเฉพาะ ให้ดำเนินการตามหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง ซึ่งแม้ว่าพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ และระเบียบดังกล่าวจะมีการกำหนดเรื่องผู้มีสิทธิฟ้องคดีไว้โดยเฉพาะแล้วก็ตาม แต่ก็ควรจะคำนึงถึงหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองที่เป็นที่ยอมรับกันอยู่ในบรรดาประเทศต่างๆ ที่มีศาลปกครองและมีวิธีพิจารณาคดีปกครองมาเป็นเวลานานแล้ว ซึ่งพอจะสรุปหลักกฎหมายทั่วไปในเรื่องผู้มีสิทธิฟ้องคดีปกครองได้ดังนี้

(๑) ในกรณีที่เป็นการฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองพิพากษาให้หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐต้องรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนในคดีพิพาทเกี่ยวกับสัญญาทางปกครอง คดีละเมิดทางปกครอง หรือคดีพิพาทเกี่ยวกับความรับผิดอย่างอื่น ผู้มีสิทธิฟ้องคดีจะต้องเป็นผู้ทรงสิทธิซึ่งสิทธิของตนถูกกระทบกระเทือนจากการกระทำทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนั้น ซึ่งคล้ายกับในคดีแพ่ง ซึ่งผู้มีสิทธิฟ้องคดีแพ่งจะต้องเป็นผู้ซึ่งถูกกระทบสิทธิหรือต้องใช้สิทธิทางศาล

(๒) ในกรณีที่เป็นการฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครอง หากจำกัดผู้มีสิทธิฟ้องคดีเฉพาะผู้ทรงสิทธิซึ่งสิทธิของตนถูกกระทบกระเทือนจากกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่ถูกโต้แย้งแล้ว ก็จะมีผลทำให้การฟ้องคดีโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของกฎประเภทที่กำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการในการออกคำสั่งทางปกครองโดยกฎดังกล่าวยังไม่มีผลกระทบต่อสิทธิของบุคคลหนึ่งบุคคลใดโดยตรง ไม่อาจกระทำได้ หรือผู้ที่จะมีสิทธิฟ้องคดีจะต้องรอให้สิทธิของตนถูกกระทบกระเทือนจนเกิดความเสียหายขึ้นแล้ว จึงจะมีสิทธิฟ้องคดีได้ ซึ่งอาจจะมีผลทำให้กฎหรือคำสั่งทางปกครองบางประเภทไม่อาจถูกฟ้องคดีคดีต่อศาลปกครอง อันมีผลทำให้หลักนิติรัฐหรือหลักที่ว่าการใช้อำนาจทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายขาดสภาพบังคับไปได้ ด้วยเหตุนี้ หลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองจึงผ่อนคลายความเข้มงวดในส่วนของผู้มีสิทธิฟ้องคดี โดยถือหลักว่า ผู้ที่จะมีสิทธิฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองเพิกถอนกฎหรือนิติกรรมทางปกครองได้ จะต้องเป็นผู้ที่มีประโยชน์เกี่ยวข้องหรือมีส่วนได้เสียกับการเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนั้น แต่ก็ไม่ไปไกลจนถึงขนาดยอมรับให้บุคคลใดๆ อ้างประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสียในฐานะที่เป็นประชาชนซึ่งเป็นเจ้าของประเทศนำกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่ตนไม่เห็นด้วยมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้น ทั้งๆ ผู้ฟ้องคดีมิได้มีประโยชน์เกี่ยวข้องหรือมีส่วนได้เสียโดยตรงกับการที่ศาลปกครองจะเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้นหรือไม่ ทั้งนี้ สืบเนื่องมาจากหลักกฎหมายโรมันที่ไม่ยอมให้ประชาชนนำเรื่องใดๆ มาฟ้องคดีต่อศาลได้ โดยที่ผู้ฟ้องคดีมิได้เป็นผู้ซึ่งถูกกระทบสิทธิหรือมีประโยชน์เกี่ยวข้องใดๆ ในเรื่องที่นำมาฟ้องนั้น หรือที่เรียกกันว่า “action popularis”

(๓) ในการพิจารณาประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสียของผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้น มีหลักในการพิจารณาดังนี้

(ก) ผู้ฟ้องคดีจะต้องระบุว่า ตนฟ้องคดีในฐานะอะไร โดยจะต้องแสดงให้ศาลเห็นว่า

ตนมีประโยชน์เกี่ยวข้องหรือมีส่วนได้เสียในเรื่องที่นำมาฟ้องนั้นอย่างไร ซึ่งศาลจะพิจารณาประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสียของผู้ฟ้องคดีในขณะที่ยื่นคำฟ้อง และพิจารณาเท่าที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างเท่านั้น ในกรณีที่ผู้ฟ้องคดีมีประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสียอย่างอื่นที่จะทำให้ตนเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีได้ แต่ผู้ฟ้องคดีมิได้กล่าวอ้างมาด้วย ศาลก็จะหยิบยกประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสียเช่นว่านั้นขึ้นมาพิจารณาเองเพื่อให้ผู้ฟ้องคดีกลายเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีมิได้

(ข) ประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสียที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างจะต้องเป็นของตัวผู้ฟ้องคดีเองโดยตรง ผู้ฟ้องคดีจะนำประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสียของบุคคลอื่นมาอ้างเป็นเหตุในการฟ้องคดีมิได้ มิฉะนั้นก็จะกลายเป็นการฟ้องคดีแทนบุคคลอื่น นอกจากนี้ การฟ้องคดีในฐานะที่เป็นประชาชนเพื่อพิทักษ์ความชอบด้วยกฎหมายหรือการฟ้องคดีในฐานะที่เป็นผู้บริโภคเพื่อปกป้องประโยชน์สาธารณะโดยเรื่องที่นำมาฟ้องนั้นมิได้มีผลกระทบต่อผู้บริโภคก็ไม่อาจกระทำได้

(ค) ประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสียที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างนั้น จะต้องมีความเกี่ยวข้องโดยตรงกับเหตุแห่งการฟ้องคดี โดยผู้ฟ้องคดีจะต้องแสดงให้เห็นว่าตนได้รับผลกระทบจากการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีอย่างไร และหากศาลพิพากษาเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้นแล้วจะเยียวยาผลกระทบที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่าได้รับนั้นได้อย่างไร

(ง) ประโยชน์เกี่ยวข้องหรือส่วนได้เสียที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างนั้น จะต้องมีลักษณะที่ค่อนข้างแน่นอน มิใช่เป็นเพียงการคาดคะเนว่ามีโอกาสที่จะเกิดขึ้นได้

(๔) ในกรณีที่ผู้ฟ้องคดีเป็นนิติบุคคล มีหลักเกณฑ์ในการพิจารณาดังนี้

(ก) นิติบุคคลย่อมมีสิทธิฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อความมีอยู่ ทรัพย์สิน หรือเงื่อนไขต่างๆ ที่เกี่ยวกับการดำเนินงานหรือกิจการของนิติบุคคลนั้นได้อยู่แล้ว

(ข) ในกรณีที่มีการจัดตั้งนิติบุคคลขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ในการปกป้องหรือคุ้มครองประโยชน์ร่วมกันของสมาชิกของนิติบุคคลนั้น เช่น สหกรณ์ สหภาพ หรือสมาคม นิติบุคคลนั้นย่อมมีสิทธิฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อสิทธิประโยชน์ของสมาชิกของนิติบุคคลและเป็นเรื่องที่อยู่ภายในขอบวัตถุประสงค์ของนิติบุคคลนั้นได้

(ค) ในกรณีที่มีการจัดตั้งนิติบุคคลขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ในการปกป้องหรือคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวมในเรื่องหนึ่งเรื่องใดโดยไม่จำกัดว่าจะต้องเป็นของสมาชิกของนิติบุคคลนั้นหรือมีวัตถุประสงค์ในการรณรงค์ต่อต้านการกระทำในเรื่องหนึ่งเรื่องใดๆ ที่อาจส่งผลกระทบต่อประโยชน์ส่วนรวม เช่น มูลนิธิต่อต้านการสูบบุหรี่หรือการดื่มแอลกอฮอล์ นิติบุคคลนั้นย่อมมีสิทธิฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่มีผลกระทบต่อเรื่องที่นิติบุคคลนั้นมีวัตถุประสงค์ในการปกป้องหรือคุ้มครองหรือต่อต้านโดยตรงได้ แต่การจัดตั้งนิติบุคคลขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์ในการปกป้องประโยชน์สาธารณะเป็นการทั่วไปหรือในการพิทักษ์ความชอบด้วยกฎหมายในทุกเรื่อง ย่อมไม่อาจกระทำได้อยู่แล้วเพราะเป็นวัตถุประสงค์ที่ขาดความเฉพาะเจาะจงของนิติบุคคลนั้น จึงไม่อาจมีการฟ้องคดีโดยนิติบุคคลในฐานะที่เป็น “ผู้พิทักษ์ความชอบด้วยกฎหมาย” เพื่อขอให้ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองใดๆ ก็ตามที่นิติบุคคลนั้นเห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยที่ไม่มีความเกี่ยวข้อง

หรือสัมพันธ์ใดๆ กับนิติบุคคลนั้น

๓. ในคดีนี้ ผู้ฟ้องคดีทั้งห้าฟ้องคดีในฐานะที่แตกต่างกัน ดังนี้

(๑) ผู้ฟ้องคดีที่ ๑ ยื่นฟ้องคดีนี้แทนประชาชนผู้บริโภค ในฐานะที่เป็นนิติบุคคลที่จัดตั้งขึ้นโดยมีวัตถุประสงค์เพื่อส่งเสริมให้ผู้บริโภคได้รับความคุ้มครองตามสิทธิอันพึงมีพึงได้ของผู้บริโภค ส่งเสริมและประสานงานให้ผู้บริโภคและองค์กรผู้บริโภคมีส่วนในการคุ้มครองผู้บริโภค และดำเนินการเพื่อสาธารณประโยชน์

(๒) ผู้ฟ้องคดีที่ ๒ ถึงผู้ฟ้องคดีที่ ๕ ยื่นฟ้องคดีนี้ในฐานะที่เป็นประชาชนและในฐานะที่เป็นผู้บริโภคน้ำมัน ก๊าซหุงต้ม และก๊าซธรรมชาติของ ปตท.

(๓) ผู้ฟ้องคดีที่ ๔ และผู้ฟ้องคดีที่ ๕ ยื่นฟ้องคดีนี้ในฐานะที่เป็นแกนนำคัดค้านการวางท่อก๊าซจากยาดานา ประเทศพม่า มายังจังหวัดกาญจนบุรี และในฐานะที่เป็นสมาชิกสมาคมประมงและผู้ประกอบอาชีพทำประมง

ทั้งนี้ ผู้ฟ้องคดีทั้งห้าอ้างรวมกันมาว่าตนได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้จากการที่ต้องใช้น้ำมัน ก๊าซหุงต้ม และไฟฟ้าที่แพงเกินควรอย่างมาก อันเกิดจากการตราพระราชกฤษฎีกาทั้งสองฉบับ และผลจากการแปลงสภาพและการโอนอำนาจและสิทธิต่างๆ ให้แก่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๔ ทำให้เกิดการผูกขาดในธุรกิจการกลั่นน้ำมัน ทำให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๔ สามารถกำหนดราคาหน้าโรงกลั่น ซึ่งกลายเป็นความเดือดร้อนของผู้บริโภค ผู้ใช้ก๊าซหุงต้นจะต้องแบกภาระค่าก๊าซที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๔ เป็นผู้ดำเนินการ

๔. เมื่อนำข้อกล่าวอ้างดังกล่าวข้างต้นของผู้ฟ้องคดีทั้งห้ามาพิจารณากับบทบัญญัติของมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ประกอบกับหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองในเรื่องผู้มีสิทธิฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองดังกล่าวข้างต้น มีความเห็นดังนี้

(๑) ในส่วนของผู้ฟ้องคดีที่ ๒ ถึงผู้ฟ้องคดีที่ ๕ ซึ่งฟ้องคดีในฐานะที่เป็นประชาชน ในฐานะที่เป็นผู้บริโภคน้ำมัน ก๊าซหุงต้ม และก๊าซธรรมชาติของ ปตท. ในฐานะที่เป็นผู้คัดค้านการวางท่อก๊าซฯ และในฐานะที่เป็นผู้ประกอบอาชีพทำประมง กล่าวอ้างว่าตนได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายเนื่องจากการตราพระราชกฤษฎีกาทั้งสองฉบับมีผลทำให้น้ำมัน ก๊าซหุงต้ม และไฟฟ้ามีราคาที่แพงเกินสมควรอย่างมาก และทำให้เกิดการผูกขาดในธุรกิจการกลั่นน้ำมัน โดยผู้ฟ้องคดีทั้งสี่เพียงแต่กล่าวอ้างลอยๆ โดยมิได้แสดงให้เห็นว่าตนได้รับผลกระทบจากการตราพระราชกฤษฎีกาทั้งสองฉบับอย่างไร และหากศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนพระราชกฤษฎีกาทั้งสองฉบับแล้ว จะมีผลทำให้น้ำมัน ก๊าซหุงต้ม และไฟฟ้ามีราคาลดลงได้หรือไม่ อย่างไร

(๒) พระราชกฤษฎีกาทั้งสองฉบับที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนี้มีผลทางกฎหมายที่แตกต่างกันดังนี้

(ก) การตราพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๔๔ ซึ่งตราขึ้นตามมาตรา ๒๘ แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ๒๕๔๒ มีผลทางกฎหมายเป็นเพียงการแปลงสภาพของ ปตท. จากการเป็นรัฐวิสาหกิจประเภทที่จัดตั้งขึ้น

โดยพระราชบัญญัติให้กลายมาเป็นรัฐวิสาหกิจที่เป็นบริษัทมหาชนจำกัดเพื่อให้มีทุนเรือนหุ้น โดยที่รัฐยังเป็นผู้ถือหุ้นอยู่ทั้งหมด การตราพระราชกฤษฎีกาทั้งสองฉบับนี้จึงมิได้มีผลเป็นการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ ซึ่งหมายถึงการโอนหรือขายหุ้นที่รัฐถือครองอยู่ไปเป็นของเอกชน ซึ่งรัฐจะโอนหรือขายหุ้นที่ตนถือครองอยู่ไปเป็นของเอกชนหรือไม่ เป็นเรื่องของนโยบายของรัฐบาลและจะต้องดำเนินการตามกฎหมายอื่น การแปลงสภาพทางกฎหมายของรัฐวิสาหกิจกับการแปรรูปรัฐวิสาหกิจ แม้จะมีความเกี่ยวเนื่องกันได้ แต่ก็เป็นคนละขั้นตอนกัน การฟ้องคดีและการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองจึงต้องพิจารณาเฉพาะเหตุแห่งการฟ้องคดีเท่านั้น มิใช่พิจารณารวมไปถึงกระบวนการดำเนินการก่อนการตราพระราชกฤษฎีกาและการดำเนินการภายหลังการตราพระราชกฤษฎีกาทั้งสองฉบับนี้ ซึ่งแม้ว่าผู้ฟ้องคดีจะฟ้องคดีเหมารวมกันมาด้วย ก็มิได้หมายความว่าศาลปกครองจะมีอำนาจรับคำฟ้องในส่วนที่พาดพิงไปถึงเรื่องอื่นที่มิได้เกี่ยวข้องกับพระราชกฤษฎีกาฉบับนี้ นอกจากนี้ การที่ราคาน้ำมัน ก๊าซหุงต้ม หรือไฟฟ้าจะเพิ่มขึ้นหรือลดลง ก็มิได้มีความเกี่ยวข้องหรือเป็นผลมาจากการตราพระราชกฤษฎีกาฉบับนี้แต่อย่างใด

(ข) การตราพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. ๒๕๔๔ ซึ่งตราขึ้นตามมาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ๒๕๔๒ ก็มีผลทางกฎหมายเป็นการกำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๔ มีอำนาจได้รับยกเว้น มีสิทธิพิเศษหรือได้รับความคุ้มครองตามที่กฎหมายว่าด้วยการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทยหรือกฎหมายอื่นได้บัญญัติไว้ให้แก่ ปตท. โดยมิได้มีผลทำให้ราคาน้ำมัน ก๊าซหุงต้ม หรือไฟฟ้าเพิ่มขึ้นหรือลดลงแต่อย่างใด

โดยสรุป การตราพระราชกฤษฎีกาทั้งสองฉบับจึงมิได้มีผลกระทบต่อผู้ฟ้องคดีที่ ๒ ถึงผู้ฟ้องคดีที่ ๕ ในฐานะต่างๆ ที่ได้กล่าวอ้างแต่อย่างใด จึงเห็นว่าผู้ฟ้องคดีทั้งห้ามิได้เป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีนี้ต่อศาลปกครองตามมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

(๓) ในส่วนของผู้ฟ้องคดีที่ ๑ ยื่นฟ้องคดีนี้แทนประชาชนผู้บริโภคโดยไม่สามารถแสดงให้เห็นว่าการตราพระราชกฤษฎีกาทั้งสองฉบับมีผลกระทบต่อสิทธิประโยชน์ของผู้บริโภคอย่างไร โดยผู้ฟ้องคดีที่ ๑ อ้างแต่เพียงว่าตนมีวัตถุประสงค์ในการดำเนินการเพื่อสาธารณประโยชน์ด้วย ซึ่งการกำหนดวัตถุประสงค์ของมูลนิธินั้นเป็นเรื่องของผู้ขอจดทะเบียนและนายทะเบียนที่จะพิจารณาจดให้ แม้ว่าจะมีการยอมจดทะเบียนให้นิติบุคคลหนึ่งนิติบุคคลใดมีวัตถุประสงค์หลักในการฟ้องคดีแทนผู้บริโภคเพื่อปกป้องสิทธิประโยชน์ของผู้บริโภค หรือให้นิติบุคคลใดนิติบุคคลหนึ่งมีวัตถุประสงค์หลักในการฟ้องคดีเพื่อพิทักษ์ความชอบด้วยกฎหมายได้ก็ตาม ก็มิได้มีผลทำให้นิติบุคคลนั้นเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลได้โดยอัตโนมัติ ดังจะเห็นได้จากการที่พระราชบัญญัติคุ้มครองผู้บริโภค พ.ศ. ๒๕๒๒ มาตรา ๔๐ วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า สมาคมใดมีวัตถุประสงค์ในการคุ้มครองผู้บริโภค สมาคมนั้นอาจยื่นคำขอให้คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภครับรองเพื่อให้สมาคมนั้นมีสิทธิและอำนาจฟ้องตามมาตรา ๔๑ ได้ และมาตรา ๔๑ วรรคหนึ่ง ซึ่งบัญญัติว่า ในการดำเนินคดีที่เกี่ยวกับการละเมิดสิทธิของผู้บริโภค ให้สมาคมที่คณะกรรมการคุ้มครองผู้บริโภครับรองตามมาตรา ๔๐ มีสิทธิในการฟ้องคดีแพ่ง คดีอาญา หรือดำเนินกระบวนพิจารณาใดๆ ในคดีเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคได้ และให้มีอาจฟ้องเรียกค่าเสียหายแทนสมาชิกของสมาคมได้ ถ้ามีหนังสือมอบหมายให้เรียกค่าเสียหายแทนจากสมาชิกของสมาคม ซึ่งจะเห็นได้ว่า ในเรื่องการคุ้มครองผู้บริโภคนั้นนิติบุคคล

อาจฟ้องคดีเพื่อคุ้มครองผู้บริโภคได้ ก็เพราะมีบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าวให้อำนาจไว้ โดยนิติบุคคลนั้นจะต้องมีลักษณะและจะต้องปฏิบัติให้เป็นตามเงื่อนไขที่กฎหมายดังกล่าวกำหนดไว้ ดังนั้น การที่ผู้ฟ้องคดีที่ ๑ มีวัตถุประสงค์ในการดำเนินการเพื่อสาธารณประโยชน์ด้วยจึงมิได้มีผลทำให้ผู้ฟ้องคดีที่ ๑ กลายเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีนี้ต่อศาลปกครองได้ตามที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้าง

(๔) โดยสรุป ผู้ฟ้องคดีทั้งห้ามิได้เป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีนี้ต่อศาลปกครองตามมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

สำหรับประเด็นที่ว่า การยื่นฟ้องคดีนี้มีลักษณะเป็นการฟ้องคดีปกครองที่เกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะที่จะยื่นฟ้องเมื่อใดก็ได้ตามนัยมาตรา ๕๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ หรือไม่ นั้น มีข้อสังเกตและความเห็นดังนี้

๑. การที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๔๙ บัญญัติว่า การฟ้องคดีปกครองจะต้องยื่นฟ้องภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่รู้หรือควรรู้ถึงเหตุแห่งการฟ้องคดี ซึ่งหมายความว่า ในกรณีที่เป็นการฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครอง ผู้ฟ้องคดีจะต้องยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีรู้หรือควรรู้ถึงการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนั้น ซึ่งจะเห็นได้ว่าเมื่อเทียบกับอายุความการใช้สิทธิเรียกร้องในทางแพ่งแล้ว กำหนดระยะเวลาในการฟ้องคดีปกครองประเภทนี้ค่อนข้างสั้น ซึ่งการกำหนดระยะเวลาในการฟ้องคดีประเภทนี้ไว้ค่อนข้างสั้นเช่นนี้สอดคล้องกับหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองที่ยึดถือกันอยู่ในบรรดาประเทศต่างๆ ที่มีศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครองมานานแล้ว โดยมีเหตุผลสำคัญคือ การออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้นเป็นการใช้อำนาจรัฐหรืออำนาจมหาชนตามกฎหมายในเรื่องทางปกครอง โดยหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้ใช้อำนาจนี้แทนรัฐ แม้ว่าการใช้อำนาจเช่นว่านี้จะต้องอยู่ภายใต้หลักนิติรัฐหรือหลักที่ว่าการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมายและอาจถูกผู้ซึ่งได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการใช้อำนาจทางปกครองที่ตนเห็นว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายนำไปฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อให้ตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย และถ้าศาลปกครองเห็นว่ากฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองก็มีอำนาจพิพากษาเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้นได้ก็ตาม แต่การฟ้องคดีประเภทนี้จะต้องกระทำภายในระยะเวลาอันจำกัด ทั้งนี้ เพื่อเป็นการรักษาดุลยภาพระหว่างสิทธิของผู้ซึ่งได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายที่ต้องการโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของกฎหรือคำสั่งทางปกครอง และสิทธิของบุคคลอื่นซึ่งได้รับประโยชน์หรือความคุ้มครองจากกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้น ประกอบกับความมั่นคงทางกฎหมายของกฎหรือคำสั่งทางปกครอง และความเชื่อถือของประชาชนโดยทั่วไปที่มีต่อกฎและคำสั่งทางปกครองที่หน่วยงานทางปกครองและเจ้าหน้าที่ของรัฐ หากกฎหรือคำสั่งทางปกครองที่มีผลใช้บังคับแล้วอาจถูกนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองเมื่อใดก็ได้ ก็ย่อมจะกระทบต่อหลักความมั่นคงทางกฎหมายของกฎและคำสั่งทางปกครอง และก่อให้เกิดความไม่แน่ใจในความคงอยู่และผลบังคับของกฎหรือคำสั่งทางปกครองได้ นอกจากนี้ ยังอาจมีการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองอื่นที่สืบเนื่องมาจากการออกกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้นอีกมากมาย โดยกฎหรือคำสั่งทางปกครองนั้นอาจก่อให้เกิดสิทธิหรือนิติสัมพันธ์ต่างๆ ตามมาอีกเป็นจำนวนมาก ดังนั้น จึงเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไปว่าการฟ้องคดีขอให้ศาลปกครอง

พิพากษาเพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองต้องกระทำภายในระยะเวลาที่จำกัด

๒. การที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๕๒ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า การฟ้องคดีปกครองที่เกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะจะยื่นฟ้องคดีเมื่อใดก็ได้นั้น นับว่าเป็นการบัญญัติกฎหมายของไทยที่ก้าวหน้ากว่าหลักกฎหมายทั่วไปว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองและเป็นข้อยกเว้นของหลักทั่วไปในมาตรา ๔๙ จึงพึงนำมาใช้อย่างจำกัด โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการพิจารณาพิพากษาคดีที่มีการฟ้องขอให้ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนกฎ

๓. การที่ผู้ฟ้องคดียื่นฟ้องคดีนี้เมื่อวันที่ ๓๑ สิงหาคม ๒๕๔๙ อันเป็นเวลาเกือบ ๕ ปี หลังจากที่พระราชกฤษฎีกาทั้งสองฉบับมีผลใช้บังคับเมื่อวันที่ ๑ ตุลาคม ๒๕๔๔ โดยอ้างว่าเพื่อคุ้มครองประโยชน์สาธารณะนั้น นายชาญชัยแสวงศักดิ์ ได้แสดงความเห็นไว้แล้วว่า การตราพระราชกฤษฎีกากำหนดเงื่อนเวลายกเลิกกฎหมายว่าด้วยการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทย พ.ศ. ๒๕๔๔ มีผลทางกฎหมายเป็นเพียงการแปลงสภาพของรัฐวิสาหกิจจากประเภทที่จัดตั้งขึ้นโดยพระราชบัญญัติให้กลายเป็นรัฐวิสาหกิจประเภทที่เป็นบริษัทมหาชนจำกัด ซึ่งเป็นคนละขั้นตอนกับการโอนหรือขายหุ้นที่รัฐถือครองอยู่ในรัฐวิสาหกิจที่แปลงสภาพแล้วไปเป็นของเอกชน และเป็นการดำเนินการตามนโยบายของรัฐบาลที่ผู้ฟ้องคดีทั้งห้ายังไม่เห็นพ้องด้วย ซึ่งมิได้ทำให้การฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนพระราชกฤษฎีกาฉบับนี้กลายเป็นการฟ้องคดีที่เกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะที่จะยื่นฟ้องคดีเมื่อใดก็ได้ ส่วนการตราพระราชกฤษฎีกากำหนดอำนาจ สิทธิ และประโยชน์ของบริษัท ปตท. จำกัด (มหาชน) พ.ศ. ๒๕๔๔ โดยกำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๔ มีอำนาจได้รับยกเว้นมีสิทธิพิเศษหรือได้รับความคุ้มครองตามที่กฎหมายว่าด้วยการปิโตรเลียมแห่งประเทศไทยหรือกฎหมายอื่นได้บัญญัติไว้ให้แก่ ปตท. ซึ่งเป็นการดำเนินการตามมาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ๒๕๔๒ การที่ผู้ฟ้องคดีทั้งห้าให้เหตุผลในการฟ้องคดีโต้แย้งพระราชกฤษฎีกาฉบับนี้ว่าเป็นการกำหนดให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๔ ซึ่งมีฐานะเป็นนิติบุคคลเอกชนมีอำนาจมหาชนของรัฐนั้น เท่ากับเป็นการโต้แย้งหลักการและบทบัญญัติของมาตรา ๒๖ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติทุนรัฐวิสาหกิจ พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งมิใช่เหตุแห่งการฟ้องคดีนี้ และไม่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองสูงสุดที่จะพิจารณาความชอบด้วยกฎหมายของบทบัญญัติในพระราชบัญญัติดังกล่าวได้ ด้วยเหตุผลเพียงเท่านี้ จึงยังไม่เห็นว่า การฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนพระราชกฤษฎีกาทั้งสองฉบับนี้จะเป็นการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะได้อย่างไร แต่ในทางกลับกัน ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสี่ได้คัดค้านมาโดยตลอดว่าการเพิกถอนพระราชกฤษฎีกาทั้งสองฉบับจะมีผลกระทบต่อประเทศทั้งในด้านความมั่นคง ทางด้านพลังงาน เศรษฐกิจของประเทศ และความเชื่อมั่นของการลงทุนในตลาดทุนไทยทั้งระบบอย่างไร ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น จึงเห็นว่า การยื่นฟ้องคดีนี้ไม่มีลักษณะเป็นการฟ้องคดีปกครองที่เกี่ยวกับการคุ้มครองประโยชน์สาธารณะที่จะยื่นฟ้องเมื่อใดก็ได้ตามมาตรา ๕๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

๓. คดีที่มีข้อพิจารณาเกี่ยวกับการใช้อำนาจของเจ้าพนักงานท้องถิ่นในการดำเนินการกับเจ้าของที่ดินที่ก่อสร้างดัดแปลงอาคารโดยไม่ได้รับอนุญาต

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๑๑๘/๒๕๔๙ คดีนี้ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีมีหนังสือลงวันที่ ๒๘ มีนาคม ๒๕๔๕ ร้องเรียนต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ กรณีผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓ เจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ดินโฉนดเลขที่ ๑๖๕๙๗ ซึ่งเป็นที่ตั้งอาคารเลขที่ ๑๖๐ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๔ เจ้าของกรรมสิทธิ์ที่ดินโฉนดเลขที่ ๑๖๕๙๘ และที่ดินโฉนดเลขที่ ๑๖๕๙๙ ซึ่งเป็นที่ตั้งอาคารเลขที่ ๑๖๒ และเลขที่ ๑๖๔ ถนนยมราชสุขุม แขวงป้อมปราบศัตรูพ่าย เขตป้อมปราบศัตรูพ่าย กรุงเทพมหานคร ต่อเติมตัวอาคารจาก ๓ ชั้น เป็น ๔.๗๕ ชั้น และต่อเติมด้านหลังอาคารจนติดกับอาคารของผู้ฟ้องคดีซึ่งตั้งอยู่ในที่ดินตามหลักฐานที่ดินโฉนดเลขที่ ๑๖๙๙๙ ที่ผู้ฟ้องคดี เป็นเจ้าของกรรมสิทธิ์รวมโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่น เป็นเหตุอาคารของผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหายเนื่องจากส่วนที่ต่อเติมไม่ได้มาตรฐานและปิดทางหนีไฟ ต่อมา ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ มีหนังสือลงวันที่ ๑๗ เมษายน ๒๕๔๕ แจ้งว่าได้ตรวจสอบอาคารตามที่ร้องเรียนแล้วไม่มีการก่อสร้างดัดแปลงอาคาร ขณะนี้อยู่ในระหว่างการตรวจสอบใบอนุญาตก่อสร้างอาคารและแนวเขตที่ดิน หลังจากนั้น ผู้ฟ้องคดีได้ติดตามทวงถามถึงการตรวจสอบแต่ไม่ได้รับทราบผลความคืบหน้า ขอให้ศาลพิจารณาพิพากษาหรือ มีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ในฐานะเจ้าพนักงานท้องถิ่น ปฏิบัติหน้าที่ตามกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารกำหนด โดยให้รื้อถอนอาคารส่วนที่มีการ ต่อเติมโดยไม่ได้รับอนุญาตให้แล้วเสร็จภายใน ๒ เดือนนับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษา โดยคดีนี้ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า มีประเด็นที่จะต้องวินิจฉัย ดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ไม่ปฏิบัติหน้าที่ตาม พ.ร.บ. ควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนเสียหายจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ เมื่อผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลบังคับให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ปฏิบัติหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดอันเป็นคำขอที่ศาลมีอำนาจกำหนดคำบังคับได้ ตามมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่ง (๒) แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีตามมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

ประเด็นที่สอง การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ออกคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓ รื้อถอนอาคารส่วนที่ต่อเติมด้านหลัง ก็โดยอาศัยเหตุที่ว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓ ได้ต่อเติมอาคารด้านหลังโดยไม่เว้นที่ว่างเป็นทางเดินหลังอาคารอันเป็นการขัดกับข้อบัญญัติกรุงเทพมหานคร เรื่องควบคุมการก่อสร้างอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ข้อ ๗๖ (๔) ซึ่งกำหนดว่าห้องแถว ตึกแถว อาคารพาณิชย์ โรงงานอุตสาหกรรม และอาคารสาธารณะจะต้องมีที่ว่างโดยปราศจากสิ่งปกคลุมเป็นทางเดินหลังอาคารได้ถึงกันกว้างไม่น้อยกว่า ๒ เมตร อันเป็นการกระทำที่ขัดต่อข้อบัญญัติดังกล่าวอย่างชัดเจนไม่จำต้องพิจารณาว่าการต่อเติมอาคารรุกล้ำที่ดินแปลงอื่นหรือไม่ ส่วนต่อเติมมีสภาพหรือไม่ อีกทั้งยังเป็นกรณีไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องได้ เนื่องจากทางเดินหลังอาคารกำหนดไว้เพื่อใช้เป็นทางหนีไฟการปิดทางเดินหลังอาคารจึงขัดกับความประสงค์ของกฎหมาย ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ จึงมีอำนาจตามมาตรา ๔๒ แห่ง พ.ร.บ. ควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ออกคำสั่งให้รื้อถอนอาคารส่วนที่ต่อเติมเลขที่ ๑๖๐ ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓ ภายใน ๓๐ วัน นับแต่วันรับทราบคำสั่ง แต่การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ไม่ดำเนินการรื้อถอนอาคารส่วนที่ต่อเติมด้านหลังเมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓ ไม่ปฏิบัติตามคำสั่งรื้อถอนตามมาตรา ๔๓ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ถือได้ว่าเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ

ประเด็นที่สาม ข้อเท็จจริงในคดีนี้รับฟังได้ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓ ดัดแปลงอาคาร ๓ ชั้น เป็น ๕ ชั้น โดยไม่ได้รับอนุญาต เจ้าพนักงานท้องถิ่นซึ่งมีหน้าที่ต้องดำเนินการแก่ผู้ฝ่าฝืนตามมาตรา ๔๐ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวจะต้องพิจารณาตามมาตรา ๔๐ (๓) ให้ได้ความเสียก่อนว่า อาคารที่ดัดแปลงดังกล่าวเป็นอาคารที่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องได้หรือไม่ เนื่องจากการต่อเติมอาคารในกรณีเป็นการกระทำที่มิได้ดำเนินการให้ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการนั้น มิใช่เป็นการฝ่าฝืนข้อห้ามตามกฎหมายแต่อย่างใด อีกทั้งกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมอาคารเรื่องนี้ต้องการเพียงควบคุมอาคารที่ต่อเติมให้มีสภาพมั่นคงแข็งแรง มีความปลอดภัยกับผู้อยู่อาศัยและอาคารใกล้เคียง หากพิจารณาได้ว่าอาคารที่ดัดแปลงสามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องได้ เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจสั่งให้เจ้าของอาคารยื่นคำขออนุญาต หรือดำเนินการแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องภายในระยะเวลาที่กำหนดตามมาตรา ๔๑ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ถ้าพิจารณาแล้วเห็นว่า ไม่สามารถแก้ไข เปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องได้ เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจสั่งให้เจ้าของหรือผู้ครอบครองอาคารรื้อถอนอาคารส่วนที่ดัดแปลงโดยไม่ได้รับอนุญาตทั้งหมดหรือบางส่วนได้ภายในระยะเวลาที่กำหนดตามมาตรา ๔๒ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ซึ่งการพิจารณาดังกล่าวถือเป็นขั้นตอนสำคัญในการออกคำสั่งแก่ผู้ฝ่าฝืนดัดแปลงอาคารโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามมาตรา ๒๑ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ พิจารณาแต่เพียงว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓ ต่อเติมอาคารโดยไม่ได้รับอนุญาตจากเจ้าพนักงานท้องถิ่น และออกคำสั่งรื้อถอนอาคารของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓ ส่วนที่ต่อเติมโดยไม่รับอนุญาต จึงเป็นการละเลยต่อหน้าที่ตามที่กฎหมายกำหนดให้ต้องปฏิบัติ

ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาแก้คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น เฉพาะส่วนที่พิพากษาและกำหนดคำบังคับให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ใช้อำนาจตามมาตรา ๔๑ แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ดำเนินการให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓ ยื่นคำขออนุญาตดัดแปลงอาคาร ภายใน ๓๐ วัน นับแต่วันที่มีคำพิพากษา เป็นให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ใช้อำนาจตามมาตรา ๔๐ (๓) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ดำเนินการพิจารณาอาคารของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓ ในส่วนที่ดัดแปลงชั้นที่ ๔ และชั้นที่ ๕ เป็นอาคารที่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องหรือไม่ และใช้อำนาจสั่งการตามมาตรา ๔๑ หรือมาตรา ๔๒ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ให้เสร็จสิ้นภายใน ๑๒๐ วัน นับแต่วันที่มีคำพิพากษา นอกจากที่แก้ให้เป็นไปตามคำพิพากษาศาลปกครองชั้นต้น

ความเห็นแย้ง : คดีนี้ท่านชาญชัย แสวงศักดิ์ ตุลาการศาลปกครองสูงสุด เสียงข้างน้อย มีความเห็นแย้งเป็น ๒ ประการ ดังนี้

ประการที่หนึ่ง เห็นด้วยกับความเห็นของตุลาการผู้แถลงคดี (นายบุญอนันต์ วรรณพานิชย์) ในคดีนี้ที่ว่า เมื่อพิจารณาบทบัญญัติต่างๆ โดยเฉพาะอย่างยิ่งบทบัญญัติในหมวด ๔ แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคารฯ ที่ว่าด้วยอำนาจหน้าที่ของเจ้าพนักงานท้องถิ่นแล้ว กรณีของการก่อสร้างอาคารโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือไม่ได้แจ้งต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่น และได้มีการก่อสร้างอาคารจนเสร็จแล้วก่อนที่เจ้าพนักงานจะตรวจพบ อาจตีความได้เป็น ๒ แนวทาง ขึ้นอยู่กับความเคร่งครัดในการบังคับใช้กฎหมาย ดังนี้

แนวทางแรก ตีความว่า การก่อสร้างอาคารโดยไม่ได้รับอนุญาตหรือไม่ได้แจ้งต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นจนได้มีการก่อสร้างอาคารเสร็จแล้ว ถือว่าเป็นการกระทำตามมาตรา ๔๐ แต่เป็น “กรณีที่

สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้” ดังนั้น จึงเป็นกรณีตามมาตรา ๔๑

แนวทางที่สอง ตีความว่า การกระทำเช่นนี้ถือว่าเป็นการกระทำตามมาตรา ๔๐ แต่เป็น “กรณีที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้” ดังนั้น จึงเป็นกรณีตามมาตรา ๔๒

การตีความตามแนวทางแรกนั้น ถือว่าการกระทำดังกล่าวเข้าลักษณะเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายตามมาตรา ๔๐ ด้วยเหตุที่ไม่ได้รับอนุญาตหรือไม่ได้มีการแจ้งต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่น แต่แม้จะเป็นอาคารที่สร้างจนเสร็จแล้ว ก็ยังคงเป็นกรณีที่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ กรณีจึงต้องให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นสั่งให้มีการยื่นคำขออนุญาตหรือดำเนินการแจ้งหรือดำเนินการแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องตามมาตรา ๔๑ ซึ่งการตีความตามแนวทางนี้ ถ้าจะมีข้อสนับสนุน ก็คงข้อสนับสนุนเพียงว่า หากอาคารดังกล่าวซึ่งก่อสร้างจนแล้วเสร็จนั้นเป็นอาคารที่มีลักษณะถูกต้องตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายทุกประการ (เพียงแต่ไม่ได้ขออนุญาตหรือมีการแจ้งต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่น) ก็ไม่สมควรที่จะต้องถูกรื้อถอน การบังคับให้ไปดำเนินการให้ถูกต้องเสียในส่วนของการขออนุญาตหรือการแจ้งต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นก็เพียงพอแล้ว ส่วนการตีความตามแนวทางที่สองนั้น ถือว่าการกระทำดังกล่าวเป็นการกระทำที่ฝ่าฝืนกฎหมายตามมาตรา ๔๐ ในข้อที่ไม่ได้รับอนุญาตหรือได้มีการแจ้งต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นเช่นกันกับแนวทางแรก แต่เมื่ออาคารได้ก่อสร้างจนแล้วเสร็จแล้ว โดยสภาพย่อมไม่มีกรณีที่จะให้แก้ไขเปลี่ยนแปลงใดๆ ได้อีก จึงถือว่า เป็นกรณีที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงได้ ซึ่งต้องให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจสั่งให้รื้อถอนตามมาตรา ๔๒ ซึ่งการตีความตามแนวทางนี้แม้จะดูเคร่งครัดและเด็ดขาดมากกว่าแนวทางแรก แต่ก็มีข้อสนับสนุนว่า เมื่อพิจารณาระบบการควบคุมอาคารตามที่กฎหมายวางไว้ จุดเริ่มต้นของการควบคุมอาคารจะเริ่มจากการกำหนดให้ต้องมีการขออนุญาตหรือมีการแจ้งต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่น ซึ่งอยู่ในขั้นตอนก่อนลงมือก่อสร้าง เพื่อที่เจ้าหน้าที่จะได้ควบคุมตรวจสอบจากแบบและรายการต่างๆ ให้ถูกต้องตามกฎหมายเสียก่อน ต่อจากนั้นเมื่อได้รับอนุญาตหรือมีการแจ้งแล้ว จึงให้มีการลงมือก่อสร้าง ซึ่งในระหว่างขั้นตอนการก่อสร้างนี้อาจมีการก่อสร้างจริงไม่ถูกต้องตามที่ได้รับอนุญาตหรือที่ได้แจ้งไว้ แต่เมื่อยังไม่ได้ก่อสร้างจนเสร็จสิ้น กฎหมายจึงให้โอกาสที่จะแก้ไข โดยให้มีการสั่งให้แก้ไขให้ถูกต้องตามมาตรา ๔๑ และถือว่าเป็น “กรณีที่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องได้” หรือในระหว่างขั้นตอนการก่อสร้างนี้อาจมีกรณีการก่อสร้างที่ไม่ถูกต้องอีกลักษณะหนึ่ง และกฎหมายเห็นว่า ควรให้โอกาสแก้ไข อันได้แก่ กรณีที่ไม่ได้ขออนุญาตหรือแจ้งต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นโดยลอบทำการก่อสร้างไปเอง (ไม่ว่าจะก่อสร้างโดยถูกต้องตามหลักเกณฑ์ของกฎหมายหรือไม่) แต่มีการตรวจพบในระหว่างขั้นตอนการก่อสร้าง โดยการก่อสร้างยังอยู่ในสภาพไม่แล้วเสร็จ กฎหมายจึงได้ให้โอกาสที่จะแก้ไขได้ และถือเป็น” กรณีที่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องได้” ตามมาตรา ๔๑ เช่นกัน โดยให้อำนาจเจ้าพนักงานท้องถิ่นสั่งให้มีการยื่นคำขออนุญาตหรือดำเนินการแจ้งให้ถูกต้อง (และหรือสั่งให้ดำเนินการแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้อง) ซึ่งการที่กฎหมายยังคงให้โอกาสแก้ไขได้เช่นนี้ ก็เป็นเพราะโดยสภาพยังอยู่ในสภาพที่ยังสามารถแก้ไขได้ ซึ่งก็หมายถึงการก่อสร้างยังไม่แล้วเสร็จนั่นเอง ในท้ายที่สุด ต่อเมื่อการก่อสร้างได้ดำเนินมาจนถึงขั้นเสร็จสิ้นแล้ว ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่ก่อสร้างโดยไม่ถูกต้องตามที่ได้รับอนุญาตหรือที่ได้แจ้ง หรือเป็นกรณีที่ลอบก่อสร้างเองจนแล้วเสร็จโดยไม่เคยขออนุญาตหรือแจ้งต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่น ซึ่งโดยสภาพย่อมเห็นได้ว่าเป็นกรณีที่ไม่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องได้นอกเสียจากการรื้อถอน หรือกรณีปฏิเสธการปฏิบัติ

ตามคำสั่งของเจ้าหน้าที่ที่ให้โอกาสแก้ไขแล้ว กฎหมายก็ไม่ประสงค์จะให้โอกาสแก้ไขใดๆ ในกรณีเช่นนี้อีก จึงเป็นกรณีที่ต้องดำเนินการตามมาตรา ๔๒ (และมาตรา ๔๓) ซึ่งจะเห็นได้ว่า การรื้อถอนเป็นมาตรการบังคับที่นำมาใช้สำหรับอาคารที่ฝ่าฝืนและปฏิเสธการปฏิบัติตามกฎหมายจนล่วงเลยมาถึงขั้นก่อสร้างอาคารเสร็จแล้ว หรือกรณีให้โอกาสแก้ไขแล้ว แต่ไม่ยอมปฏิบัติตาม ซึ่งเป็นการฝ่าฝืนกฎหมายจนถึงที่สุด และหากจะตีความว่ากรณีเช่นนี้ยังเป็น “กรณีที่สามารถแก้ไขเปลี่ยนแปลงให้ถูกต้องได้” (จึงต้องดำเนินการตามมาตรา ๔๑) ก็จะทำให้กระบวนการควบคุมตรวจสอบที่กฎหมายวางเอาไว้ไม่เกิดผล เพราะจะสนับสนุนให้มีการลอบก่อสร้างจนแล้วเสร็จโดยไม่ได้ขออนุญาตหรือมีการแจ้งต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่น หรือกรณีที่ก่อสร้างอาคารไปจนแล้วเสร็จนี้ หากยังให้มีการขออนุญาตหรือมีการแจ้งได้อีกในภายหลัง ย่อมมิใช่เรื่องการอนุญาตหรือการแจ้งซึ่งต้องกระทำล่วงหน้าก่อนกระทำการนั้นๆ หรืออย่างน้อยก็ควรกระทำก่อนที่การก่อสร้างจะแล้วเสร็จ ซึ่งตุลาการเสียงข้างน้อยเห็นว่า การตีความในแนวทางที่สองเป็นการตีความที่ถูกต้องและทำให้การบังคับใช้กฎหมายควบคุมอาคารเป็นไปโดยถูกต้องและมีประสิทธิภาพตามวัตถุประสงค์ของกฎหมาย

ประการที่สอง ในคดีนี้ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ได้อาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๔๐ (๑) และมาตรา ๔๒ แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคารฯ ออกคำสั่ง ที่ กท ๙๐๐๗/๓๐๑ ลงวันที่ ๑๗ มกราคม ๒๕๔๖ ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓ ซึ่งเป็นเจ้าของอาคารเลขที่ ๑๖๐ รื้อถอนอาคาร ค.ส.ล. ในส่วนที่ต่อเติมชั้นที่ ๔ และชั้นที่ ๕ ให้เสร็จภายใน ๓๐ วันนับแต่วันที่ได้รับคำสั่ง ซึ่งไม่ปรากฏหลักฐานว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓ ได้อุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นผู้ออกคำสั่งหรือคณะกรรมการพิจารณาอุทธรณ์แต่อย่างใด ในเมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓ ยังมิได้ดำเนินการรื้อถอนอาคารในส่วนที่ต่อเติมให้เป็นไปตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่น กรณีจึงต้องตามบทบัญญัติมาตรา ๔๓ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคารฯ ที่บัญญัติว่า ถ้าไม่มีการรื้อถอนอาคารตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามมาตรา ๔๒ ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นมีอำนาจดังต่อไปนี้ (๑) ยื่นคำขอฝ่ายเดียวโดยทำเป็นคำร้องต่อศาลนับแต่ระยะเวลาที่กำหนดไว้ตามมาตรา ๔๒ ได้ล่วงพ้นไป ขอให้ศาลมีคำสั่งจับกุมและกักขังบุคคลซึ่งมิได้ปฏิบัติการตามคำสั่งของเจ้าพนักงานท้องถิ่นตามมาตรา ๔๒ หรือ (๒) ดำเนินการหรือจัดให้มีการรื้อถอนอาคารดังกล่าวได้เอง

การที่ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ละเลยต่อหน้าที่ตามมาตรา ๔๑ แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคารฯ และพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ใช้อำนาจตามมาตรา ๔๑ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวดำเนินการให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓ ยื่นคำขออนุญาตดัดแปลงอาคารภายใน ๓๐ วันนับแต่วันที่มีคำพิพากษา นั้น ตุลาการศาลปกครองสูงสุดเสียงข้างน้อย (ท่านชาญชัย แสวงศักดิ์) ไม่เห็นพ้องด้วย เห็นควรพิพากษาให้แก้คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นเฉพาะส่วนที่พิพากษาและกำหนดคำบังคับให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ใช้อำนาจตามมาตรา ๔๑ แห่งพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ดำเนินการให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๓ ยื่นคำขออนุญาตดัดแปลงอาคารภายใน ๓๐ วันนับแต่วันที่มีคำพิพากษาเป็นยกฟ้องในประเด็นดังกล่าว นอกจากนี้ให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น

๔. คดีที่มีการตีความกฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายสัมฤทธิ์ผล

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๓๐๑/๒๕๕๐ คดีนี้ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีได้รับอนุญาตจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ให้ก่อสร้างอาคารพักอาศัยสูง ๙ ชั้น จำนวนทั้งหมด ๕ หลัง พร้อมที่จอดรถ ผู้ฟ้องคดีก่อสร้างแล้วเสร็จคราวละ ๑ อาคาร และได้ทำการก่อสร้างอาคารส่วนที่เหลือคราวละ ๑ หลัง โดยผู้ฟ้องคดีขอต่ออายุใบอนุญาตก่อสร้างอาคารต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ จำนวน ๕ ครั้ง ผู้ฟ้องคดีได้ก่อสร้างอาคารหลังที่สี่แล้วเสร็จเมื่อเดือนมีนาคม พ.ศ. ๒๕๔๕ ผู้ฟ้องคดีจึงยื่นคำขอต่ออายุใบอนุญาตก่อสร้างอาคารหลังที่ห้า แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ มีคำสั่งไม่อนุญาตให้ต่ออายุใบอนุญาต เพราะยังมิได้ดำเนินการก่อสร้างอาคารหลังที่ห้า ถือไม่ได้ว่าเป็นการก่อสร้างอาคารไปแล้วเกินร้อยละสิบของพื้นที่อาคารที่ได้รับอนุญาต ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าว แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ มีคำวินิจฉัยให้ยกอุทธรณ์ จึงขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ และเพิกถอนคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ รวมทั้ง ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ออกคำสั่งอนุญาตให้ต่ออายุใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร และให้ผู้ฟ้องคดีได้ดำเนินการก่อสร้างอาคารหลังที่ห้าต่อไป

โดยที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำวินิจฉัยสรุปว่า แม้ว่ากฎกระทรวงที่ประกาศใช้จะไม่ได้กำหนดรายละเอียดของหลักเกณฑ์การต่ออายุใบอนุญาตก่อสร้างอาคารที่ต่อใบอนุญาตได้ต่อเมื่อดำเนินการก่อสร้างไปแล้วเกินกว่าร้อยละสิบของพื้นที่อาคารที่ได้รับอนุญาตไว้อย่างชัดเจนก็ตาม แต่เมื่อหลักเกณฑ์การพิจารณาต่ออายุใบอนุญาตก่อสร้างหรือดัดแปลงอาคารตามข้อ ๖/๑ ของกฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๐ (พ.ศ. ๒๕๒๘)ฯ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎกระทรวง ฉบับที่ ๕๗ (พ.ศ. ๒๕๔๔) ออกตามความใน พ.ร.บ. ควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ เป็นบทบัญญัติที่มีความต่อเนื่องมาจากหลักเกณฑ์ในการพิจารณากำหนดอายุใบอนุญาตก่อสร้าง หรือดัดแปลงอาคารตามข้อ ๒/๑ จึงเห็นได้ว่า เป็นการคำนึงถึงจำนวนพื้นที่ที่จะทำการก่อสร้างเป็นเกณฑ์สำคัญ และในกรณีที่เป็นการขออนุญาตก่อสร้างอาคารหลายหลังโดยมีใบอนุญาตเพียงฉบับเดียว การกำหนดอายุใบอนุญาตก่อสร้างอาคารดังกล่าวจะนำพื้นที่อาคารทุกหลังมาคิดคำนวณรวมกัน ดังนั้น พื้นที่อาคารที่ได้รับอนุญาตตามข้อ ๖/๑ วรรคสอง ของกฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๐ (พ.ศ. ๒๕๒๘)ฯ สำหรับกรณีที่เป็นการได้รับอนุญาตให้ก่อสร้างอาคารหลายหลังโดยมีใบอนุญาตเพียงฉบับเดียว ย่อมหมายถึงพื้นที่อาคารทุกหลังตามที่ได้รับอนุญาตรวมกัน ซึ่งเกณฑ์ร้อยละสิบในกรณีนี้ต้องคิดคำนวณจากพื้นที่อาคารรวมทุกหลัง ในขณะที่ผู้ฟ้องคดียื่นคำขอต่ออายุใบอนุญาตก่อสร้างอาคารเป็นครั้งที่ ๕ นั้น เป็นเวลาภายหลังจากที่มีการบังคับใช้กฎกระทรวง ฉบับที่ ๕๗ (พ.ศ. ๒๕๔๔)ฯ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมกฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๐ (พ.ศ. ๒๕๒๘)ฯ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ จึงต้องพิจารณาตามข้อ ๔ ของกฎกระทรวง ฉบับที่ ๕๗ (พ.ศ. ๒๕๔๔)ฯ ประกอบกับข้อ ๖/๑ วรรคสอง ของกฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๐ (พ.ศ. ๒๕๒๘)ฯ ดังกล่าว เมื่อผู้ฟ้องคดีดำเนินการก่อสร้างอาคารแล้วเสร็จจำนวน ๔ หลัง คิดเป็นพื้นที่ที่มีการก่อสร้างแล้วเสร็จเกินร้อยละสิบของพื้นที่อาคารทุกหลังตามที่ได้รับอนุญาตรวมกันแล้ว จึงเป็นไปตามหลักเกณฑ์ที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ จะต่ออายุใบอนุญาตได้ตามข้อ ๖/๑ วรรคสอง ของกฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๐ (พ.ศ. ๒๕๒๘)ฯ ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ มีคำสั่งไม่อนุญาตให้ต่ออายุใบอนุญาตก่อสร้างอาคารให้แก่ผู้ฟ้องคดี จึงเป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ วินิจฉัยให้ยกอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดี

โดยอาศัยข้อเท็จจริงและเหตุผลประกอบการวินิจฉัยในทำนองเดียวกันกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ จึงเป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ อาศัยอำนาจตามความในมาตรา ๕๑ วรรคหนึ่ง (๑) แห่ง พ.ร.บ. ควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ วินิจฉัยให้ยกอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดี โดยอาศัยข้อเท็จจริงและเหตุผลประกอบการวินิจฉัยในทำนองเดียวกันกับผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ จึงเป็นการกระทำโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นเดียวกัน อุทธรณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองไม่มีเหตุผลเพียงพอที่จะเปลี่ยนแปลงคำวินิจฉัยของศาลปกครองชั้นต้นได้ ที่ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ และเพิกถอนคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ส่วนคำขอของผู้ฟ้องคดีนอกจากนี้ให้ยกนั้น ศาลปกครองสูงสุดเห็นพ้องด้วย พิพากษายืนตามคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น

ความเห็นแย้ง : ท่านชาญชัย แสวงศักดิ์ ตุลาการศาลปกครองสูงสุด ซึ่งเป็นตุลาการเสียงข้างน้อยในองค์คณะที่ ๒ ไม่เห็นพ้องด้วยกับคำวินิจฉัยของตุลาการเสียงข้างมากในองค์คณะที่มีคำพิพากษายืนตามคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น ทั้งในแง่ของการตีความกฎหมายและในแง่ของการอำนวยความยุติธรรมทางปกครอง จึงทำความเห็นแย้งไว้ ดังต่อไปนี้

คดีนี้มีประเด็นที่ต้องวินิจฉัยตามอุทธรณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองว่า คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ที่ไม่อนุญาตให้ต่ออายุใบอนุญาตก่อสร้างอาคารให้แก่ผู้ฟ้องคดีและคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ที่วินิจฉัยให้ยกอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดี เป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่

ในแง่ของการตีความกฎหมาย มีความเห็นว่า การตีความกฎหมายควรตีความตามเจตนารมณ์ของกฎหมายเพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายสัมฤทธิ์ผล โดยต้องคำนึงถึงเจตนารมณ์ในการตราพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ และเจตนารมณ์ในการออกกฎกระทรวง ฉบับที่ ๕๗ (พ.ศ. ๒๕๔๔) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ กับต้องคำนึงถึงผลกระทบของการตีความกฎหมายที่จะมีต่อการบังคับใช้พระราชบัญญัติและกฎกระทรวงดังกล่าวให้เป็นไปตามเจตนารมณ์ดังกล่าวด้วย สำหรับเจตนารมณ์ในการตราพระราชบัญญัติดังกล่าวนั้น อาจพิจารณาได้จากหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติดังกล่าวซึ่งระบุว่า เหตุผลในการประกาศใช้พระราชบัญญัตินี้ คือ เนื่องจากพระราชบัญญัติควบคุมการก่อสร้างอาคาร พุทธศักราช ๒๔๗๙ และพระราชบัญญัติควบคุมการก่อสร้างในเขตเพลิงไหม้ พุทธศักราช ๒๔๗๖ ได้ประกาศใช้มานานแล้ว แม้ว่าได้มีการแก้ไขเพิ่มเติมกันอยู่ตลอดมา แต่ปัจจุบันบ้านเมืองได้เจริญก้าวหน้าและขยายตัวมากขึ้น ฉะนั้น เพื่อให้เหมาะสมและสอดคล้องกับสถานการณ์ปัจจุบันและเพื่อเพิ่มประสิทธิภาพในด้านการควบคุมเกี่ยวกับความมั่นคงแข็งแรง ความปลอดภัยการป้องกันอัคคีภัย การสาธารณสุข การรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม การผังเมือง การสถาปัตยกรรม และการอำนวยความสะดวกแก่การจราจร สมควรปรับปรุงกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการก่อสร้างอาคารและกฎหมายว่าด้วยการควบคุมการก่อสร้างในเขตเพลิงไหม้เสียใหม่ และสมควรรวมกฎหมายทั้งสองฉบับดังกล่าวเข้าเป็นฉบับเดียวกัน จึงจำเป็นต้องตราพระราชบัญญัตินี้ และอาจพิจารณาได้จากมาตรา ๘ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวที่บัญญัติว่า เพื่อประโยชน์แห่งความมั่นคงแข็งแรง ความปลอดภัย การป้องกันอัคคีภัย การสาธารณสุข การรักษาคุณภาพสิ่งแวดล้อม การผังเมือง การสถาปัตยกรรม และการอำนวยความสะดวกแก่การจราจร ตลอดจนการอื่นที่จำเป็นเพื่อปฏิบัติตามพระราชบัญญัตินี้ ให้รัฐมนตรีโดยคำแนะนำของคณะกรรมการควบคุมอาคารมีอำนาจออกกฎกระทรวงกำหนด... (๑๒) หลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไข

ในการขออนุญาต การอนุญาต การต่ออายุใบอนุญาต...ตามพระราชบัญญัตินี้... ในชั้นแรกได้มีการออกกฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๐ (พ.ศ. ๒๕๒๘) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ กำหนดหลักเกณฑ์ วิธีการ และเงื่อนไขในการขออนุญาต การอนุญาต และการต่ออายุใบอนุญาตไว้โดยมิได้มีการกำหนดไว้ในกฎกระทรวงดังกล่าวว่าใบอนุญาตที่เจ้าพนักงานท้องถิ่นจะออกให้นั้นจะต้องมีอายุเท่าใด และมิได้มีการกำหนดว่าในการพิจารณาต่ออายุใบอนุญาตนั้น เจ้าพนักงานท้องถิ่นจะต้องใช้หลักเกณฑ์ใดในการพิจารณาและจะต่ออายุใบอนุญาตให้ได้กี่ครั้ง ครั้งละกี่ปี เป็นเหตุให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นแต่ละแห่งใช้ดุลพินิจในการกำหนดอายุใบอนุญาต และในการพิจารณาต่ออายุใบอนุญาตแตกต่างกัน ต่อมาจึงได้มีการออกกฎกระทรวง ฉบับที่ ๕๗ (พ.ศ. ๒๕๔๔) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ โดยมีการระบุเจตนารมณ์ในการออกกฎกระทรวงฉบับนี้ไว้ในหมายเหตุท้ายกฎกระทรวงว่า เหตุผลในการประกาศใช้กฎกระทรวงฉบับนี้ คือ โดยที่กฎหมายว่าด้วยการควบคุมอาคารที่ใช้บังคับในปัจจุบันมิได้วางหลักเกณฑ์ในการกำหนดอายุใบอนุญาตก่อสร้างอาคารหรือดัดแปลงอาคาร ทั้งการต่ออายุใบอนุญาตดังกล่าวก็มิได้มีการกำหนดขอบเขตว่าจะต่ออายุให้เป็นระยะเวลาไม่เกินเท่าใด ส่งผลให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นแต่ละแห่งใช้ดุลพินิจในเรื่องดังกล่าวแตกต่างกันไป สมควรกำหนดหลักเกณฑ์ในการกำหนดอายุและการต่ออายุใบอนุญาตดังกล่าวให้เป็นไปในแนวทางเดียวกัน นอกจากนี้ ปัจจุบันได้มีอาคารที่ยังก่อสร้างหรือดัดแปลงไม่แล้วเสร็จ ซึ่งอาจจะเนื่องมาจากการขาดต่ออายุใบอนุญาตหรือประสบปัญหาทางเศรษฐกิจ จึงสมควรกำหนดมาตรการผ่อนผันให้เจ้าของอาคารดังกล่าวสามารถขออนุญาตเพื่อดำเนินการก่อสร้างหรือดัดแปลงอาคารต่อไปจนเสร็จหรือจนสามารถใช้งานได้อย่างปลอดภัย จึงจำเป็นต้องออกกฎกระทรวงนี้

นอกจากเจตนารมณ์ในการตราพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ และเจตนารมณ์ในการออกกฎกระทรวง ฉบับที่ ๕๗ (พ.ศ. ๒๕๔๔)ฯ ดังที่ปรากฏในหมายเหตุท้ายพระราชบัญญัติและกฎกระทรวงฉบับนี้แล้ว ยังอาจพิจารณาเจตนารมณ์ในการออกกฎกระทรวงฉบับนี้ได้จากข้อกำหนดต่างๆ ในกฎกระทรวงฉบับนี้ได้อีกด้วยดังต่อไปนี้คือ

สำหรับการออกใบอนุญาต กฎกระทรวงฉบับนี้ได้มีการเพิ่มเติมหลักเกณฑ์ในการออกใบอนุญาตและมีการกำหนดอายุใบอนุญาตไว้ในข้อ ๒/๑ โดยให้คำนึงถึงขนาดของพื้นที่อาคารที่จะทำการก่อสร้างว่า ถ้าเป็นกรณีที่เป็นการอนุญาตให้ก่อสร้างอาคาร ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นกำหนดอายุใบอนุญาตตามขนาดของพื้นที่อาคารส่วนที่จะทำการก่อสร้างดังนี้ (๑) พื้นที่ของอาคารขนาดน้อยกว่า ๑๐,๐๐๐ ตารางเมตร ให้กำหนดอายุใบอนุญาตหนึ่งปี (๒) พื้นที่ของอาคารขนาดตั้งแต่ ๑๐,๐๐๐ ตารางเมตร แต่ไม่ถึง ๑๐๐,๐๐๐ ตารางเมตร ให้กำหนดอายุใบอนุญาตสองปี (๓) พื้นที่ของอาคารขนาดตั้งแต่ ๑๐๐,๐๐๐ ตารางเมตรขึ้นไป ให้กำหนดอายุใบอนุญาตสามปี ซึ่งจะเห็นได้ว่าในการกำหนดอายุใบอนุญาตว่าจะมีระยะเวลาเท่าใดนั้น ข้อ ๒/๑ มิได้คำนึงถึงว่าอาคารที่จะขออนุญาตก่อสร้างในแต่ละครั้งนั้นจะมีอาคารขนาดเล็กหลายหลังหรืออาคารขนาดใหญ่หลังเดียว แต่ให้คำนึงถึงขนาดของพื้นที่ของอาคารที่จะทำการก่อสร้างทั้งหมดรวมกันเพื่อคำนึงถึงความเป็นไปได้ในเชิงสถาปัตยกรรมและวิศวกรรมตามมาตรฐานกลางว่าอาคารที่มีขนาดของพื้นที่ที่จะทำการก่อสร้างทั้งหมดรวมกันไม่เกินเท่าใด ผู้ได้รับใบอนุญาตควรจะดำเนินการก่อสร้างให้แล้วเสร็จได้ภายในระยะเวลาเท่าใด

โดยข้อ ๒/๑ มิได้นำปัจจัยทางฐานะทางการเงินของผู้ขอใบอนุญาตและสภาวะทางเศรษฐกิจของประเทศมาใช้เป็นหลักเกณฑ์ในการกำหนดอายุใบอนุญาตแต่อย่างใด

สำหรับการต่ออายุใบอนุญาต กฎกระทรวงฉบับนี้ได้เพิ่มเติมหลักเกณฑ์ในการต่ออายุใบอนุญาตไว้ในข้อ ๖/๑ ข้อ ๖/๒ และข้อ ๖/๓ โดยคำนึงถึงการให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ได้รับใบอนุญาตก่อสร้างไปก่อนแล้วแต่ยังดำเนินการก่อสร้างไม่เสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในใบอนุญาตและคำนึงถึงระบบการป้องกันอัคคีภัยและระบบความปลอดภัยภายในอาคารตามกฎกระทรวงหรือข้อบัญญัติท้องถิ่นที่ใช้บังคับอยู่ในขณะยื่นคำขอต่ออายุใบอนุญาต ซึ่งในส่วนของการคำนึงถึงการให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ได้รับใบอนุญาตก่อสร้างไปก่อนแล้วแต่ยังดำเนินการก่อสร้างไม่แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในใบอนุญาตนั้น ข้อ ๖/๑ วรรคหนึ่ง ได้กำหนดว่า ในการพิจารณาคำขอต่ออายุใบอนุญาตก่อสร้างอาคาร ถ้าเป็นการขอต่ออายุใบอนุญาตครั้งแรก ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นอนุญาตให้ต่ออายุใบอนุญาตได้เป็นระยะเวลาไม่เกินอายุใบอนุญาตตามข้อ ๒/๑ ซึ่งหมายความว่าให้คำนึงถึงขนาดของพื้นที่อาคารที่ยังก่อสร้างไม่แล้วเสร็จ ไม่ว่าใบอนุญาตเดิมจะมีอายุเท่าใดก็ตาม แต่ในกรณีที่ได้มีการต่ออายุใบอนุญาตก่อสร้างมาแล้ว ข้อ ๖/๑ วรรคสอง ได้กำหนดเงื่อนไขในการอนุญาตให้ต่ออายุใบอนุญาตไว้เป็น ๒ กรณี คือ กรณีที่หนึ่ง ผู้ได้รับใบอนุญาตจะต้องได้ดำเนินการก่อสร้างฐานรากทั้งหมดของอาคารแล้วเสร็จ หรือกรณีที่สอง มีการก่อสร้างโครงสร้างของอาคารไปแล้วเกินร้อยละสิบของพื้นที่อาคารที่ได้รับอนุญาต ซึ่งถ้าเข้าเงื่อนไขกรณีหนึ่งกรณีใดดังกล่าว เจ้าพนักงานท้องถิ่นก็มีอำนาจที่จะต่ออายุใบอนุญาตให้ได้อีกไม่เกินสามครั้ง ครั้งละหนึ่งปี เมื่อได้รับการต่ออายุใบอนุญาตตามข้อ ๖/๑ วรรคสองแล้ว ข้อ ๖/๑ วรรคสาม ยังเร่งรัดให้มีการก่อสร้างอาคารต่อไปให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่ได้รับการต่ออายุใบอนุญาตโดยกำหนดให้ผู้ได้รับอนุญาตให้ต่ออายุใบอนุญาตมีหน้าที่รายงานความคืบหน้าในการก่อสร้างหรือดัดแปลงอาคารต่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นทุกเก้าสิบวัน ทั้งนี้ ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นสั่งการให้นายช่างหรือนายตรวจไปตรวจสอบการก่อสร้างทุกครั้งที่ได้รับรายงาน แต่ในส่วนของการคำนึงถึงระบบการป้องกันอัคคีภัยและระบบความปลอดภัยภายในอาคาร ข้อ ๖/๑ วรรคสี่ กำหนดว่า การต่ออายุใบอนุญาตทุกครั้ง ผู้ขอต่ออายุใบอนุญาตจะต้องแก้ไขแบบแปลนของอาคารให้มีหรือปรับปรุงระบบการป้องกันอัคคีภัยและระบบความปลอดภัยภายในอาคารโดยให้เป็นไปตามกฎกระทรวงหรือข้อบัญญัติท้องถิ่นซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ที่ใช้บังคับในขณะยื่นคำขอต่ออายุใบอนุญาตนั้น กฎกระทรวงฉบับนี้ได้พยายามให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ได้รับใบอนุญาตไปก่อนแล้วแต่ยังดำเนินการก่อสร้างไม่แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในใบอนุญาต โดยผ่อนปรนไว้ในข้อ ๖/๒ ซึ่งกำหนดว่า ผู้ได้รับใบอนุญาตก่อสร้างอาคารซึ่งมิได้ยื่นคำขอต่ออายุใบอนุญาตก่อนใบอนุญาตสิ้นอายุ แต่การก่อสร้างอาคารได้ดำเนินการไปจนไม่อาจแก้ไขแบบแปลนเพื่อขอรับใบอนุญาตใหม่ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎกระทรวงข้อบัญญัติท้องถิ่น หรือประกาศของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทยซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ที่ใช้บังคับในขณะนั้น หากประสงค์จะดำเนินการต่อไป ให้ยื่นคำขออนุญาตตามข้อ ๑ ภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่ใบอนุญาตสิ้นอายุ ในกรณีนี้ ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นพิจารณาออกใบอนุญาตใหม่ตามหลักเกณฑ์เดียวกับการพิจารณาการออกใบอนุญาตฉบับเดิม เว้นแต่ในเรื่องระบบการป้องกันอัคคีภัยและระบบความปลอดภัยภายในอาคาร ให้เป็นไปตามกฎกระทรวงหรือข้อบัญญัติ

ท้องถิ่นซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ที่ใช้บังคับในขณะยื่นคำขออนุญาตใหม่ และกำหนดไว้ในข้อ ๖/๓ วรรคหนึ่งว่า ในกรณีที่ใบอนุญาตก่อสร้างอาคารมิได้รับการต่ออายุหรือไม่สามารถต่ออายุได้อีกตามข้อ ๖/๑ และมิได้รับใบอนุญาตตามข้อ ๖/๒ ถ้าปรากฏว่าการก่อสร้างอาคารยังดำเนินการไม่แล้วเสร็จและไม่สามารถแก้ไขแบบแปลนเพื่อขอรับใบอนุญาตใหม่ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนดในกฎกระทรวง ข้อบัญญัติท้องถิ่น หรือประกาศของรัฐมนตรีว่าการกระทรวงมหาดไทย ซึ่งออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ที่ใช้บังคับในขณะนั้น เจ้าของอาคารอาจยื่นคำขออนุญาตดัดแปลงอาคารเพื่อให้สามารถสร้างส่วนต่างๆ ของอาคารหรือติดตั้งงานระบบและอุปกรณ์ต่างๆ ต่อไป ทั้งนี้ เพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้อาคารนั้นสามารถใช้งานได้อย่างปลอดภัย ซึ่งจะต้องไม่เป็นการเพิ่มความสูงและพื้นที่ของอาคาร เว้นแต่เป็นการก่อสร้างส่วนที่จำเป็นสำหรับการติดตั้งงานระบบและอุปกรณ์ต่างๆ บนชั้นสุดของอาคาร เช่น ห้องเครื่อง ลิฟท์ ถังเก็บน้ำ หรือห้องบันไดหนีไฟ เป็นต้น ข้อ ๖/๓ วรรคสอง กำหนดต่อไปว่า เมื่อเจ้าพนักงานท้องถิ่นได้รับคำขออนุญาตตามวรรคหนึ่งแล้ว ให้สั่งการให้นายช่างหรือนายตรวจไปตรวจสอบอาคารนั้น ถ้าปรากฏว่าการขออนุญาตดัดแปลงอาคารเป็นเพียงเท่าที่จำเป็นเพื่อให้อาคารนั้นสามารถใช้งานได้อย่างปลอดภัย ให้เจ้าพนักงานท้องถิ่นออกใบอนุญาตให้แก่ผู้ยื่นคำขอตามวรรคหนึ่ง ส่วนข้อ ๔ ของกฎกระทรวงฉบับนี้กำหนดว่า ใบอนุญาตก่อสร้างอาคารที่ได้มีการต่ออายุไว้แล้วก่อนวันที่กฎกระทรวงฉบับนี้ใช้บังคับ ถ้าประสงค์จะขอต่ออายุใบอนุญาตอีกให้ดำเนินการตามที่กำหนดในข้อ ๖/๑ วรรคสอง วรรคสาม และวรรคสี่

เมื่อพิจารณาเจตนารมณ์และข้อกำหนดดังกล่าวข้างต้นของกฎกระทรวงฉบับนี้แล้ว จะเห็นได้ว่า การที่ข้อ ๖/๑ วรรคสอง ได้กำหนดเงื่อนไขในการอนุญาตให้ต่ออายุใบอนุญาตไว้เป็น ๒ กรณี คือ ผู้ได้รับใบอนุญาตต้องได้ดำเนินการก่อสร้างฐานรากทั้งหมดของอาคารแล้วเสร็จ หรือมีการก่อสร้างโครงสร้างของอาคารไปแล้วเกินร้อยละสิบของพื้นที่อาคารที่ได้รับอนุญาต ซึ่งหมายความว่า ถ้าเข้าเงื่อนไขอย่างหนึ่งอย่างใดดังกล่าว ก็จะได้รับการอนุญาตให้ต่ออายุใบอนุญาตได้ การที่ข้อ ๖/๑ วรรคสอง กำหนดเงื่อนไขไว้ ๒ ประการเช่นนี้ ก็เพื่อให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ได้รับใบอนุญาตที่มีความตั้งใจจริงที่จะดำเนินการก่อสร้างอาคารให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในใบอนุญาต แต่ที่ไม่อาจดำเนินการก่อสร้างให้แล้วเสร็จได้ก็เพราะประสบปัญหาทางเศรษฐกิจ ด้วยเหตุนี้ ข้อ ๖/๑ วรรคสอง จึงกำหนดเงื่อนไขไว้ในกรณีที่หนึ่งว่า ผู้ได้รับใบอนุญาตได้ดำเนินการก่อสร้างฐานรากทั้งหมดของอาคารแล้วเสร็จ ซึ่งเงื่อนไขนี้แสดงให้เห็นว่า ถ้าผู้ได้รับใบอนุญาตมีความตั้งใจจริงที่จะดำเนินการก่อสร้างอาคารให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในใบอนุญาต ไม่ว่าโครงการก่อสร้างอาคารที่ได้รับใบอนุญาตใบเดียวจะมีอาคารเพียงหลังเดียว หรือมีอาคารหลายสิบหลัง ผู้ได้รับใบอนุญาตก็จะต้องได้ดำเนินการก่อสร้างฐานรากทั้งหมดของอาคารแต่ละหลังจนครบทุกหลังแล้ว แต่ถ้าผู้ได้รับใบอนุญาตให้ก่อสร้างอาคารได้หลายหลังมิได้มีความตั้งใจที่จะก่อสร้างอาคารทุกหลังให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่กำหนด ก็จะใช้วิธีการก่อสร้างฐานรากของอาคารเฉพาะหลังที่จะก่อสร้างเท่านั้น ซึ่งย่อมจะไม่เข้าเงื่อนไขในกรณีที่หนึ่งนี้ ส่วนการกำหนดเงื่อนไขไว้ในกรณีที่สองที่ว่า ผู้ได้รับใบอนุญาตต้องได้ดำเนินการก่อสร้างโครงสร้างของอาคารไปแล้วเกินร้อยละสิบของพื้นที่อาคารที่ได้รับอนุญาต ถ้าตีความว่าพื้นที่อาคารที่ได้รับอนุญาตนั้นหมายถึงพื้นที่ของอาคารทั้งหมดมิใช่พื้นที่ของอาคารแต่ละหลังแล้ว ก็จะเกิดช่องโหว่ในการบังคับใช้กฎหมายและก่อให้เกิดความลักลั่น

ในการบังคับใช้กฎหมายระหว่างกรณีของผู้ได้รับใบอนุญาตให้ก่อสร้างอาคารหลังเดียวหรือกรณีของผู้ได้รับใบอนุญาตให้ก่อสร้างอาคารหลายหลังโดยได้รับจำนวนใบอนุญาตเท่ากับจำนวนอาคาร กับกรณีของผู้ได้รับใบอนุญาตใบเดียวให้ก่อสร้างอาคารสิบหลัง ซึ่งผู้ได้รับใบอนุญาตให้ก่อสร้างอาคารสิบหลังโดยได้รับใบอนุญาตใบเดียวเพียงแต่ดำเนินการก่อสร้างโครงสร้างของอาคารเพียงหลังเดียวโดยที่ยังมิได้ดำเนินการก่อสร้างอาคารอีกเก้าหลังที่เหลืออยู่เลยแม้แต่น้อย ก็จะได้รับการอนุญาตให้ต่ออายุใบอนุญาตได้แล้ว เพราะโครงสร้างของอาคารหลังเดียวสามารถนำมาใช้นับเป็นร้อยละสิบของพื้นที่อาคารทั้งหมดที่เหลืออยู่ได้ นอกจากนี้ การตีความคำว่าพื้นที่ของอาคารในเงื่อนไขในกรณีที่สองว่าหมายถึงพื้นที่ของอาคารหลายหลังทั้งหมดรวมกัน ยังก่อให้เกิดผลที่แตกต่างกันระหว่างกรณีของผู้ได้รับใบอนุญาตใบเดียวให้ก่อสร้างอาคารสามหลังซึ่งได้ดำเนินการก่อสร้างอาคารหลังที่หนึ่งเสร็จแล้วทั้งหลัง ได้ดำเนินการก่อสร้างฐานรากของอาคารหลังที่สองเสร็จแล้ว และได้ดำเนินการก่อสร้างโครงสร้างของอาคารหลังที่สามไปแล้วร้อยละสิบของพื้นที่ของอาคารหลังที่สาม ก็จะไม่ได้รับยกเว้นเพราะแม้ว่าจะได้ดำเนินการก่อสร้างโครงสร้างของอาคารหลังที่สามไปแล้วถึงร้อยละสิบของพื้นที่ของอาคารหลังที่สามแต่ก็ยังไม่ถึงร้อยละสิบของพื้นที่ของอาคารทั้งสามหลังนับรวมกัน แต่ถ้าเป็นกรณีของผู้ได้รับใบอนุญาตให้ก่อสร้างอาคารได้สิบหลังแต่ได้ดำเนินการก่อสร้างอาคารไปเพียงหลังเดียวก็จะได้รับยกเว้น ทั้งๆ ที่ผู้ได้รับใบอนุญาตรายหลังนี้ได้ดำเนินการก่อสร้างไปน้อยกว่าผู้ได้รับใบอนุญาตรายแรก กฎกระทรวงฉบับนี้มีเจตนารมณ์ที่จะให้เกิดผลเช่นนี้จริงหรือ ในทางกลับกันถ้าตีความคำว่า พื้นที่ของอาคารที่ได้รับอนุญาตว่าหมายถึง พื้นที่ของอาคารแต่ละหลังผู้ได้รับใบอนุญาตรายแรกก็จะได้รับการอนุญาตให้ต่ออายุใบอนุญาตได้ ส่วนผู้ได้รับใบอนุญาตรายหลังก็จะไม่ได้รับการอนุญาตให้ต่ออายุใบอนุญาตได้ ซึ่งน่าจะเป็นการตีความที่ถูกต้องและเป็นธรรมกว่า

ในแง่ของการอำนวยความยุติธรรมทางปกครอง คดีนี้ข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ฟ้องคดีได้รับใบอนุญาตใบเดียวในปี พ.ศ. ๒๕๓๘ ให้ก่อสร้างอาคารทั้งหมด ๕ หลัง โดยใบอนุญาตมีอายุ ๑ ปี แต่ผู้ฟ้องคดีได้ดำเนินการก่อสร้างอาคารคราวละ ๑ อาคาร โดยมิได้มีความตั้งใจที่จะดำเนินการก่อสร้างอาคารทั้ง ๕ หลังให้แล้วเสร็จภายในระยะเวลาที่ได้รับอนุญาต แล้วขอต่ออายุใบอนุญาตและได้รับอนุญาตให้ต่ออายุใบอนุญาตมาแล้วครั้งละ ๑ ปี รวม ๔ ครั้ง โดยการต่ออายุใบอนุญาตครั้งที่ ๔ ออกให้เมื่อวันที่ ๒๕ กรกฎาคม ๒๕๔๔ ซึ่งในขณะนั้นผู้ฟ้องคดีกำลังดำเนินการก่อสร้างอาคารหลังที่สี่อยู่ และหลังจากที่ได้มีการต่ออายุใบอนุญาตครั้งที่ ๔ เพียงไม่กี่วัน ก็ได้มีการออกกฎกระทรวง ฉบับที่ ๕๗ (พ.ศ. ๒๕๔๔)ฯ ออกมาบังคับใช้ในวันที่ ๒ สิงหาคม ๒๕๔๔ ผู้ฟ้องคดีจึงมีเวลาเกือบหนึ่งปีที่จะดำเนินการก่อสร้างโครงสร้างของอาคารหลังที่ห้าให้ได้ร้อยละสิบของพื้นที่ของอาคารหลังที่ห้า ซึ่งจะเห็นได้ว่ามิได้เป็นเรื่องพ้นวิสัยที่จะดำเนินการเช่นนั้น ถ้าผู้ฟ้องคดีมีความตั้งใจจริงที่จะปฏิบัติตามกฎหมาย

ในส่วนของผู้ถูกฟ้องคดีที่สองนั้น ปรากฏข้อเท็จจริงว่า เมื่อได้พิจารณาอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีในกรณีเดียวกันนี้แล้วมีความเห็นแตกต่างกัน จึงได้หารือไปยังคณะกรรมการกฤษฎีกา ซึ่งคณะกรรมการกฤษฎีกา (ที่ประชุมร่วมคณะที่ ๒ คณะที่ ๕ และคณะที่ ๗) ได้พิจารณากรณีนี้แล้วมีความเห็นพอสรุปได้ว่า ถึงแม้กฎกระทรวง ฉบับที่ ๕๗ (พ.ศ. ๒๕๔๔) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ จะมิได้ให้นิยามคำว่า อาคาร ไว้โดยเฉพาะ แต่เมื่อพิจารณาถึงบทบัญญัติในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ที่ได้ให้ความหมายของอาคาร อาคารสูง หรืออาคารขนาดใหญ่พิเศษแล้ว

จะเห็นได้ว่าคำว่า อาคาร นั้น มีความมุ่งหมายถึงอาคารแต่ละหลัง เห็นได้จากกรณีที่เป็นอาคารสูง ก็วัดความสูงของอาคารเฉพาะหลังนั้น หรือกรณีที่เป็นอาคารขนาดใหญ่พิเศษก็ถือจากพื้นที่ของอาคารหลังนั้น มิได้มุ่งหมายถึงพื้นที่รวมตามที่ขออนุญาตในใบอนุญาตฉบับหนึ่งๆ แต่อย่างใด ดังนั้น คำว่า พื้นที่อาคารที่ได้รับอนุญาต ตามข้อ ๖/๑ วรรคสอง ของกฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๐ (พ.ศ. ๒๕๒๘)ฯ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎกระทรวง ฉบับที่ ๕๗ (พ.ศ. ๒๕๔๔) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ จึงหมายถึง พื้นที่อาคารแต่ละหลังที่ได้รับอนุญาต นอกจากนี้ เมื่อพิจารณาถึงเจตนารมณ์ของกฎกระทรวงฉบับที่ ๕๗ (พ.ศ. ๒๕๔๔)ฯ ที่แม้ว่าจะมุ่งประสงค์ในการกำหนดมาตรการผ่อนผันให้เจ้าของอาคารที่ขาดต่ออายุใบอนุญาตหรือประสบปัญหาทางเศรษฐกิจสามารถขออนุญาต|เพื่อดำเนินการก่อสร้างหรือดัดแปลงอาคารต่อไปจนแล้วเสร็จก็ตาม แต่การผ่อนผันโดยการต่ออายุใบอนุญาตซึ่งมีผลทำให้ผู้ได้รับอนุญาตได้สิทธิในการที่จะไม่ต้องปฏิบัติตามหลักเกณฑ์อื่นๆ ที่มีผลใช้บังคับอยู่ในขณะที่มาขอต่ออายุใบอนุญาต ทั้งๆ ที่หลักเกณฑ์ต่างๆ ที่ใช้บังคับมีความมุ่งหมายเพื่อรักษาความปลอดภัยสาธารณะซึ่งรวมทั้งผู้ที่อยู่อาศัยในอาคารและบุคคลอื่นๆ ด้วยนั้น การได้รับการยกเว้นที่จะไม่ต้องถูกบังคับในกรณีนี้จึงควรที่จะเป็นกรณีที่ไม่อาจปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ใหม่ได้หรือถ้าจะต้องปฏิบัติตาม ก็จะมีความเสียหายอย่างมาก ซึ่งสอดคล้องกับหลักเกณฑ์ในการอนุญาตให้ต่ออายุใบอนุญาตตามที่กำหนดไว้ในข้อ ๖/๑ ข้อ ๖/๒ และข้อ ๖/๓ ของกฎกระทรวงฉบับดังกล่าว สำหรับกรณีการอนุญาตให้ต่ออายุใบอนุญาตตามข้อ ๖/๑ วรรคสอง ที่กำหนดถึงความสำเร็จของการก่อสร้างฐานราก หรือการก่อสร้างหรือดัดแปลงโครงสร้างของอาคารได้ดำเนินการไปบางส่วนก็เช่นกัน กรณีดังกล่าวเป็นกรณีที่กฎหมายคำนึงถึงการก่อสร้างที่ได้ดำเนินการไปแล้วและเป็นการยากที่จะแก้ไขตามหลักเกณฑ์ที่ใช้บังคับในขณะมาขอต่ออายุใบอนุญาต จึงกำหนดให้ต่ออายุใบอนุญาตสำหรับกรณีดังกล่าวได้ แต่ถ้ายังมิได้มีการดำเนินการในส่วนที่จะก่อสร้างอาคารแต่ละหลังตามที่ได้รับอนุญาต อาคารดังกล่าวยังอยู่ในวิสัยที่จะเปลี่ยนแปลงแก้ไขให้ถูกต้องตามกฎหมายใหม่ได้ จึงไม่สมควรที่จะให้ต่ออายุใบอนุญาต ทั้งนี้ เพื่อเป็นการอุดช่องว่างของกฎหมายเพื่อมิให้ผู้รับใบอนุญาตก่อสร้างอาคารที่ขอรับใบอนุญาตแล้วยังไม่ทำการก่อสร้างได้รับการยกเว้นไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายใหม่โดยจะขอต่ออายุเรื่อยไป เพื่อจะทำให้ได้สิทธิที่จะไม่ต้องปฏิบัติตามกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะที่มาขอต่อใบอนุญาตนั้น ทั้งๆ ที่เป็นความบกพร่องของผู้ได้รับใบอนุญาตที่ไม่สามารถก่อสร้างให้เสร็จตามระยะเวลาที่กำหนดไว้ในใบอนุญาตเดิมได้โดยเฉพาะอย่างยิ่งในปัจจุบันการออกใบอนุญาตก่อสร้างหรือดัดแปลงอาคารได้คำนึงถึงพื้นที่ที่จะทำการก่อสร้างกับระยะเวลาการก่อสร้างให้มีความสัมพันธ์และสอดคล้องกัน เห็นได้จากเกณฑ์การพิจารณากำหนดอายุใบอนุญาตก่อสร้างอาคารตามข้อ ๒/๑ ของกฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๐ (พ.ศ. ๒๕๒๘)ฯ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎกระทรวง ฉบับที่ ๕๗ (พ.ศ. ๒๕๔๔)ฯ ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ทั้งนี้ เพื่อให้เป็นสิ่งที่สามารถปฏิบัติได้อย่างแท้จริง

อนึ่ง แม้ว่าการกำหนดอายุใบอนุญาตก่อสร้างอาคารจะต้องมีความสัมพันธ์กับพื้นที่ของอาคารที่จะทำการก่อสร้างตามที่กำหนดไว้ในข้อ ๒/๑ ของกฎกระทรวงดังกล่าว แต่ก็มิได้หมายความว่าพื้นที่ของอาคารตามข้อ ๒/๑ มีความหมายเดียวกันกับพื้นที่อาคารที่ได้รับอนุญาตตามข้อ ๖/๑ วรรคสอง เพราะเจตนารมณ์ในการบัญญัติข้อกำหนดทั้งสองนั้นมีความมุ่งหมายที่แตกต่างกัน ด้วยเหตุนี้ ในกรณี

ที่ได้รับอนุญาตก่อสร้างอาคารหลายหลังโดยมีใบอนุญาตฉบับเดียว เกณฑ์ร้อยละสิบตามข้อ ๖/๑ วรรคสอง จึงต้องคิดคำนวณจากพื้นที่อาคารแต่ละหลังที่ได้รับอนุญาต หากอาคารที่ได้รับอนุญาตหลังใดยังมิได้เริ่มก่อสร้างหรือดัดแปลงโครงสร้างของอาคารหลังนั้นแล้ว ย่อมไม่สามารถพิจารณาได้ว่าได้มีการก่อสร้างหรือดัดแปลงซึ่งโครงสร้างของอาคารเกินร้อยละสิบอันจะทำให้อยู่ภายใต้เงื่อนไขของการได้รับอนุญาตให้ต่ออายุใบอนุญาตตามข้อ ๖/๑ วรรคสอง ของกฎกระทรวง ฉบับที่ ๑๐ (พ.ศ. ๒๕๒๘)ฯ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยกฎกระทรวง ฉบับที่ ๕๗ (พ.ศ. ๒๕๔๔) ออกตามความในพระราชบัญญัติควบคุมอาคาร พ.ศ. ๒๕๒๒ ได้ (เรื่องเสร็จที่ ๓๖/๒๕๔๗ ลงวันที่ ๑๖ มกราคม ๒๕๔๗)

เมื่อได้รับทราบความเห็นดังกล่าวของคณะกรรมการกฤษฎีกาแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ จึงได้วินิจฉัยยกอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดี ซึ่งจะเห็นได้ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ได้พยายามให้ความเป็นธรรมแก่ผู้ฟ้องคดีแล้ว แต่ในเมื่อเป็นเรื่องของหลักการตีความกฎหมาย จึงไม่อาจวินิจฉัยให้เป็นไปตามอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีได้

นอกจากนี้ ตุลาการผู้แถลงคดีในคดีนี้ (ท่านบุญอนันต์ วรรณพาณิชย์) ก็มีความเห็นเช่นเดียวกับความเห็นดังกล่าวของคณะกรรมการกฤษฎีกา

ท่านชาญชัย แสวงศักดิ์ เห็นว่า คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดมิได้มีผลจำกัดเฉพาะคู่กรณีในคดีนี้เท่านั้น แต่เป็นการตีความกฎหมายที่จะมีผลต่อการบังคับใช้กฎหมายในเรื่องนี้ซึ่งจะเป็นบรรทัดฐานสำหรับกรณีอื่นๆ อีกมาก จึงจำเป็นต้องทำความเห็นแย้งไว้ให้ปรากฏ โดยสรุป เห็นว่า คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ที่ไม่อนุญาตให้ต่ออายุใบอนุญาตก่อสร้างอาคารให้แก่ผู้ฟ้องคดีและคำวินิจฉัยอุทธรณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ที่วินิจฉัยให้ยกอุทธรณ์ของผู้ฟ้องคดีเป็นการกระทำโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว อุทธรณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองฟังขึ้น จึงเห็นควรที่ศาลปกครองสูงสุดจะมีคำพิพากษากลับคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นเป็นให้ยกฟ้อง

๕. คดีที่ศาลปกครองต้องชั่งน้ำหนักในการพิพากษาเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งรองอธิบดีกรมสรรพากร ระหว่างผลกระทบที่จะเกิดแก่ผู้ที่ได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งไปแล้ว และการแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดี

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๘๓๐/๒๕๕๐ สืบเนื่องมาจากกรณีที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษาให้เพิกถอนหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกข้าราชการพลเรือนสามัญเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งนักบริหาร ๙ ข้อ ๒.๓.๒ และข้อ ๒.๓.๓ ตามหนังสือสำนักงาน ก.พ. ด่วนที่สุด ที่ นร ๐๗๐๑/ว๙ ลงวันที่ ๑๕ สิงหาคม ๒๕๔๔ ตั้งแต่วันที่ ๒ พฤษภาคม ๒๕๔๙ เป็นต้นไป ซึ่งเป็นวันที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษา และสั่งเพิกถอนคำสั่งกระทรวงการคลังลงวันที่ ๒๖ กันยายน ๒๕๔๖ และคำสั่งกระทรวงการคลังลงวันที่ ๒ พฤษภาคม ๒๕๔๕ ซึ่งแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนสามัญ ให้ดำรงตำแหน่งรองอธิบดีกรมสรรพากร (นักบริหาร ๙) จำนวน ๔ ราย คือ นาง จ. นาย ช. นาย ว. และนาย บ. ย้อนหลังไปตั้งแต่วันที่แต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งเป็นต้นไป แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ผู้ฟ้องคดีจึงได้มีคำขอให้ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีที่ ๒ ปฏิบัติให้เป็นไปตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

ศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาแล้วมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ปฏิบัติให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด โดยให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ออกคำสั่งแต่งตั้งให้ข้าราชการ จำนวน ๓ ราย คือ นาง จ. กลับไปดำรงตำแหน่งสรรพากรภาค ๔ ระดับ ๙ หรือตำแหน่งอื่นที่ระดับเทียบเท่าตำแหน่งเดิม นาย ช. กลับไปดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการสำนักตรวจสอบภาษี ระดับ ๙ หรือตำแหน่งอื่นที่มีระดับเทียบเท่าตำแหน่งเดิมนาย บ. กลับไปดำรงตำแหน่งสรรพากรภาค ๒ ระดับ ๙ หรือตำแหน่งอื่นที่ระดับเทียบเท่าตำแหน่งเดิม ส่วนนาย ว. ซึ่งพ้นจากราชการไปแล้วไม่ต้องดำเนินการแต่อย่างใด โดยให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ดำเนินการให้แล้วเสร็จภายใน ๓๐ วัน

ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ อุทธรณ์ว่า การที่ศาลปกครองชั้นต้นมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ปฏิบัติเป็นการดำเนินการนอกเหนือและเกินไปกว่าคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่แก้คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นเป็นเพียงให้เพิกถอนหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกข้าราชการพลเรือนสามัญเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่ง (นักบริหาร ๙) ข้อ ๒.๓.๒ และข้อ ๒.๓.๓ ตามหนังสือสำนักงาน ก.พ. ด่วนที่สุด ลงวันที่ ๑๕ สิงหาคม ๒๕๔๔ ตั้งแต่วันที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษา และมีผลเป็นการเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการทั้ง ๔ ให้ดำรงตำแหน่งรองอธิบดีกรมสรรพากร (นักบริหาร ๙) เท่านั้น โดยมิได้กำหนดคำบังคับให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ออกคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการดังกล่าว กลับไปดำรงตำแหน่งเดิมหรือตำแหน่งอื่นที่เทียบเท่าแต่อย่างใด ทั้งไม่ได้กำหนดแนวทางการดำเนินการเป็นข้อสังเกตให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ปฏิบัติให้เป็นไปตามคำพิพากษา ตามมาตรา ๖๙ (๗) และ (๘) แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ นอกจากนี้คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ที่แต่งตั้งให้ข้าราชการทั้ง ๔ ราย ให้ดำรงตำแหน่งรองอธิบดีกรมสรรพากร (นักบริหาร ๙) ได้สิ้นผลไปก่อนแล้ว เพราะภายหลังได้มีคำสั่งแต่งตั้งให้ข้าราชการทั้ง ๔ ราย ดำรงตำแหน่งในระดับ ๑๐ อีกหลายตำแหน่งก่อนที่ศาลปกครองสูงสุด จะมีคำสั่งพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งทั้งสองฉบับ ประกอบกับคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่ให้เพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการทั้งสี่ให้ดำรงตำแหน่งข้างต้นก็ไม่มีผลผูกพันข้าราชการทั้งสี่ ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกไม่ได้เข้ามาในคดี และไม่มีโอกาสโต้แย้งต่อสู้ในคดีนี้ และลักษณะของคำพิพากษาในคดีนี้ก็ไม่เข้ากรณียกเว้นผูกพันบุคคลภายนอก ตามมาตรา ๗๑ (๑) ถึง (๔) แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ ที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ จะต้องปฏิบัติตามคำพิพากษาให้แต่งตั้งข้าราชการทั้งสี่กลับไปดำรงตำแหน่งเดิมได้อีก ประกอบกับข้าราชการทั้งสี่ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ แต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับ ๑๐ ในทางปฏิบัติผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ สามารถแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งระดับ ๑๐ ได้อยู่แล้ว ถ้าดำรงตำแหน่งระดับ ๙ มาแล้วไม่น้อยกว่า ๒ ถึง ๔ ปี โดยไม่จำเป็นต้องดำรงตำแหน่งรองอธิบดีแต่อย่างใด ซึ่งถือว่าเป็นการดำเนินการโดยถูกต้องตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ ก.พ. กำหนด การปฏิบัติตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น นอกจากจะมีผลกระทบหรือเสียหายต่อสิทธิในการดำรงตำแหน่งในปัจจุบันของข้าราชการทั้งสามแล้ว ยังจะเสียหายต่อสิทธิของข้าราชการอื่นๆ ที่ได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งแทนต่อเนื่องกันมาตลอดจนสิทธิอื่นๆ เกี่ยวกับการปรับลดเรียกคืนเงินเดือน ค่าตอบแทนหรือสิทธิประโยชน์อื่นๆ อันเป็นปัญหาอุปสรรคในการปฏิบัติงาน และแต่งตั้งให้ข้าราชการทั้งสามกลับไปดำรงตำแหน่งเดิม เนื่องจากต้องเสนอโปรดเกล้าฯ ให้ข้าราชการทั้งสามพ้นจากตำแหน่งด้วย ทั้งการกระทำดังกล่าว ก็ไม่มีผลเป็นการเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายของผู้ฟ้องคดี เนื่องจากขณะนี้ผู้ฟ้องคดีได้เกษียณอายุราชการไปแล้ว ไม่มีเหตุจำเป็นที่จะต้องดำเนินการบังคับให้เป็นไปตาม

คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดอีก ขอให้ศาลปกครองสูงสุด มีคำสั่งกลับคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น และมีคำสั่งระงับการดำเนินการตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น เป็นการชั่วคราวจนกว่าจะมีคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดแล้ว

ศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า ประเด็นที่หนึ่ง คำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นที่สั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ปฏิบัติให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดให้แล้วเสร็จภายใน ๓๐ วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่ง เป็นคำสั่งศาลในชั้นบังคับคดี มิใช่คำสั่งระหว่างพิจารณา และไม่มีกฎหมาย หรือระเบียบกำหนดให้ถึงที่สุด จึงอุทธรณ์ได้ตามข้อ ๑๐๐ แห่งระเบียบของที่ประชุมใหญ่ฯ ว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๓ โดยจะต้องยื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวภายในกำหนด ๓๐ วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่ง ตามข้อ ๔๙/๑ แห่งระเบียบดังกล่าว เมื่อคดีนี้ศาลปกครองชั้นต้นได้มีคำสั่งลงวันที่ ๓๐ ตุลาคม ๒๕๕๐ ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ปฏิบัติให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด และผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ได้ยื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น ฉบับลงวันที่ ๒๑ พฤศจิกายน ๒๕๕๐ ต่อศาลปกครองสูงสุดในวันเดียวกัน จึงเป็นการยื่นภายในกำหนดเวลา คำร้องอุทธรณ์คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ศาลปกครองสูงสุดจึงมีอำนาจรับไว้พิจารณาได้

ประเด็นที่สอง เมื่อข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า การแต่งตั้งข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งรองอธิบดีกรมสรรพากร (นักบริหาร ๙) ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ จะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการตามมติคณะรัฐมนตรี เมื่อวันที่ ๒๙ สิงหาคม ๒๕๔๓ แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ กลับนำหลักเกณฑ์ ตามข้อ ๒.๓.๒ และข้อ ๒.๓.๓ ของหนังสือสำนักงาน ก.พ. ด่วนที่สุด ลงวันที่ ๑๕ สิงหาคม ๒๕๔๔ มาใช้ในการแต่งตั้งข้าราชการทั้งสี่ให้ดำรงตำแหน่งแทน อันเป็นการไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามมติของคณะรัฐมนตรี จึงเป็นการกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกไม่ชอบ เป็นผลให้คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ซึ่งแต่งตั้งข้าราชการทั้งสี่ให้ดำรงตำแหน่งรองอธิบดีกรมสรรพากร (นักบริหาร ๙) ไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย ศาลปกครองสูงสุดจึงพิพากษาแก้คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นที่พิพากษาให้เพิกถอนหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกข้าราชการพลเรือนสามัญ เพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งนักบริหารระดับ ๙ ข้อ ๒.๓.๒ และข้อ ๒.๓.๓ ตามหนังสือสำนักงาน ก.พ. ดังกล่าว ย้อนหลังไปตั้งแต่วันที่ออกหลักเกณฑ์และวิธีการดังกล่าวเป็นต้นไป เป็นให้เพิกถอนหลักเกณฑ์และวิธีการข้างต้น นับตั้งแต่วันที่มีคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด จึงเท่ากับว่าในส่วนของหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกข้าราชการพลเรือนสามัญ ข้อ ๒.๓.๒ และข้อ ๒.๓.๓ ศาลปกครองสูงสุดได้พิพากษาแล้วว่าไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่อาจนำมาใช้เป็นหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกข้าราชการพลเรือนสามัญ เพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งรองอธิบดีกรมสรรพากร ซึ่งเป็นตำแหน่งนักบริหาร ระดับ ๙ ได้ จึงให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ซึ่งแต่งตั้งข้าราชการทั้งสี่ให้ดำรงตำแหน่งรองอธิบดีกรมสรรพากร (นักบริหาร ๙) ย้อนหลังไปตั้งแต่วันที่แต่งตั้งเป็นต้นไป การที่ศาลปกครองกลางได้มีคำสั่งลงวันที่ ๓๐ ตุลาคม ๒๕๕๐ ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ปฏิบัติให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด โดยให้แต่งตั้งข้าราชการทั้งสามคือ นาง จ. นาย ช. และนาย บ. กลับไปดำรงตำแหน่งเดิมหรือตำแหน่งอื่นที่มีระดับเทียบเท่ากับตำแหน่งเดิมก่อนที่จะได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งรองอธิบดีกรมสรรพากร (นักบริหาร ๙) จึงสอดคล้องกับคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ไม่เป็นการดำเนินการนอกเหนือหรือเกินกว่าคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด

ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ อ้างมาในคำร้องอุทธรณ์คำสั่งว่า เมื่อศาลปกครองสูงสุดพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ แต่งตั้งข้าราชการทั้งสี่ให้ดำรงตำแหน่งรองอธิบดีกรมสรรพากร (นักบริหาร ๙) แล้ว ย่อมมีผลตามกฎหมายให้คำสั่งนั้นสิ้นผลลงนับตั้งแต่วันที่ได้แต่งตั้งเป็นต้นไป ถือเสมือนว่าข้าราชการทั้งสี่ไม่เคยได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวมาก่อน และมีผลให้คำสั่งแต่งตั้งให้ข้าราชการทั้งสี่ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้น และตำแหน่งอื่นๆ ในภายหลัง เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไปด้วย เนื่องจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ แต่งตั้งข้าราชการทั้งสี่ให้ดำรงตำแหน่งในระดับ ๑๐ และย้ายไปดำรงตำแหน่งอื่นอีกหลายตำแหน่งในภายหลัง จำต้องอาศัยฐานจากคำสั่งแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งรองอธิบดีกรมสรรพากรที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั่นเอง และกรณีเช่นนี้คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่พิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ย่อมมีผลผูกพันข้าราชการทั้งสี่ แม้ข้าราชการทั้งสี่จะมิได้ร้องสอดขอเข้ามาในคดีนี้ก็ตาม เพราะกรณีนี้เป็นการฟ้องว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ใช้อำนาจในการออกคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการทั้งสี่โดยไม่ชอบด้วยกฎหมายและผู้ฟ้องคดีขอให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าว ตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ คู่กรณีในคดีนี้จึงได้แก่ผู้ฟ้องคดี ซึ่งถูกกระทบจากคำสั่งดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ โดยตรง กับผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจตามกฎหมายในการแต่งตั้งข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งรองอธิบดีกรมสรรพากร (นักบริหาร ๙) เท่านั้น ไม่จำเป็นต้องเรียกให้ข้าราชการทั้งสี่เข้ามาเป็นผู้ร้องสอดในคดี คงมีแต่เพียงนาง จ. ที่ได้ยื่นคำขอเข้ามาเป็นผู้ร้องสอดในฐานะคู่กรณีในชั้นอุทธรณ์ แต่ศาลปกครองสูงสุดไม่อาจรับคำขอดังกล่าวได้ เพราะการที่บุคคลภายนอกจะร้องสอดเข้ามาในคดีได้จะต้องมีคำขอร้องสอดเข้ามาเป็นคู่กรณีในระหว่างการพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นเท่านั้น จะร้องสอดเข้ามาเป็นคู่กรณีในชั้นอุทธรณ์คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นต่อศาลปกครองสูงสุดไม่อาจกระทำได้ ตามมาตรา ๕๗ และมาตรา ๕๘ แห่งประมวลกฎหมายวิธีพิจารณาความแพ่ง ข้ออ้างของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ที่ว่า คำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดที่พิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีดังกล่าวทั้งสองฉบับไม่มีผลผูกพันข้าราชการทั้งสี่ เพราะไม่ได้เข้ามาในคดี และไม่มีโอกาสโต้แย้งต่อสู้ในคดีนี้ จึงไม่อาจรับฟังได้

ส่วนกรณีที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ กล่าวอ้างว่า กรณีของข้าราชการทั้งสี่ไม่จำเป็นจะต้องแต่งตั้งจากตำแหน่งรองอธิบดีกรมสรรพากร (นักบริหาร ๙) ให้ดำรงตำแหน่งระดับ ๑๐ ก็สามารถดำเนินการแต่งตั้งจากตำแหน่งอื่นที่ข้าราชการทั้งสี่เคยดำรงตำแหน่งในระดับ ๙ มาแล้วไม่น้อยกว่า ๒ ถึง ๔ ปีเศษได้ ซึ่งที่ผ่านมากระทรวงการคลังก็เคยพิจารณาแต่งตั้งข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งระดับ ๑๐ จากผู้ที่มิได้ดำรงตำแหน่งรองอธิบดีมาแล้ว นั้น เห็นว่า การจะพิจารณาแต่งตั้งข้าราชการรายใด ให้ดำรงตำแหน่งใดผู้มีอำนาจสั่งบรรจุและแต่งตั้ง ตามมาตรา ๕๒ แห่ง พ.ร.บ. ระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๓๕ นอกจากจะต้องพิจารณาแต่งตั้งจากผู้ที่มีคุณสมบัติตรงตามคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งตามที่มาตรฐานกำหนดตำแหน่งกำหนดไว้แล้ว ยังจะต้องคำนึงถึงคุณสมบัติ หลักเกณฑ์ และวิธีการอย่างอื่นที่คณะรัฐมนตรีจะกำหนดเพิ่มเติมให้เป็นคุณสมบัติในภายหลังอีกด้วย สำหรับกรณีที่พิพาทเมื่อคณะรัฐมนตรีมีมติกำหนดหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกข้าราชการพลเรือนสามัญ เพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งนักบริหารระดับ ๙ ตำแหน่งรองอธิบดีเพิ่มเติมไปจากคุณสมบัติที่ ก.พ. ได้กำหนดไว้ในมาตรฐานกำหนดตำแหน่งไว้เป็นการเฉพาะแล้ว ส่วนราชการทุกแห่งไม่เฉพาะแต่กระทรวงการคลัง

จึงต้องถือปฏิบัติให้เป็นไปตามมติคณะรัฐมนตรีดังกล่าวด้วย ข้ออ้างของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ดังกล่าว จึงไม่อาจนำมาเป็นตัวอย่างเปรียบเทียบกับกรณีนี้ได้ ส่วนกรณีที่เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ มีคำสั่งแต่งตั้งให้ข้าราชการทั้งสามกลับไปดำรงตำแหน่งเดิมหรือตำแหน่งอื่นที่มีระดับเทียบเท่าตำแหน่งเดิมแล้ว จะมีผลทำให้ข้าราชการทั้งสามต้องเสียสิทธิไปในระหว่างดำรงตำแหน่งอย่างใดบ้าง นั้น ย่อมเป็นไปตามที่กฎหมายหรือระเบียบที่เกี่ยวข้องกำหนด และตราบใดผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ยังมิได้มีคำสั่งแต่งตั้งให้ข้าราชการทั้งสามกลับไปดำรงตำแหน่งในระดับ ๙ ตามเดิมก่อนที่จะได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งรองอธิบดีกรมสรรพากร (นักบริหาร ๙) ก็ยังถือว่าผู้ฟ้องคดียังเป็นผู้เดือดร้อนหรือเสียหาย เพราะผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ยังไม่ปฏิบัติให้เป็นไปตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น เพื่อให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ อ้างว่า ขณะนี้ผู้ฟ้องคดีได้ออกจากราชการเพราะเกษียณอายุราชการไปแล้ว จึงถือว่าความเดือดร้อนหรือเสียหายตามคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีหมดสิ้นไปแล้ว ไม่มีสิทธิที่จะกลับมารับราชการไม่ว่าตำแหน่งใด ๆ อีก จึงไม่มีเหตุจำเป็นที่จะต้องดำเนินการบังคับให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดด้วยวิธีการตามคำสั่งของศาลปกครองกลางอีก จึงรับฟังไม่ได้อีกเช่นกัน คำร้องอุทธรณ์คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ จึงฟังไม่ขึ้น

จึงมีคำสั่งยืนตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น และให้ยกคำขอของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ที่ขอสั่งให้ระงับคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น

ความเห็นแย้ง : ท่านชาญชัย แสวงศักดิ์ ตุลาการศาลปกครองสูงสุด ซึ่งเป็นตุลาการเสียงข้างน้อยในองค์คณะที่ ๒ ไม่เห็นพ้องด้วยกับคำวินิจฉัยของตุลาการเสียงข้างมากในองค์คณะที่ได้พิจารณาคำร้องอุทธรณ์คำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นที่ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ปฏิบัติให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในคดีหมายเลขดำที่ อ.๒๑๒/๒๕๔๖ คดีหมายเลขแดงที่ อ.๘๙/๒๕๔๙ แล้ว มีคำสั่งยืนตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น จึงขอลำดับความเป็นมาของคดีนี้และขอทำความเห็นแย้งไว้ดังต่อไปนี้

๑. ลำดับความเป็นมาของคดีนี้

๑.๑ ในคดีดังกล่าวข้างต้น ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ในปี พ.ศ. ๒๕๔๔ ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นใบสมัครเข้ารับการคัดเลือกเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งรองอธิบดีกรมสรรพากร แต่ไม่ได้รับการคัดเลือก โดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ มีคำสั่งแต่งตั้งบุคคลอื่นให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีจึงยื่นฟ้องคดีคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑) และปลัดกระทรวงการคลัง (ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒) ต่อศาลปกครองชั้นต้นขอให้พิพากษา ดังนี้

(๑) เพิกถอนหลักเกณฑ์ตามหนังสือสำนักงาน ก.พ. ด่วนที่สุด ที่ นร ๐๗๐๑/ว ๙ ลงวันที่ ๑๕ สิงหาคม ๒๕๔๔ เรื่อง การคัดเลือกข้าราชการพลเรือนสามัญเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งนักบริหาร ๙ และกำหนดให้ผู้มีสิทธิได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งนักบริหาร ๙ ต้องมีรายชื่อในบัญชีผู้มีสิทธิได้รับการเสนอชื่อเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งตามมติคณะรัฐมนตรี

(๒) เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ตามคำสั่งที่ ๒๒๖/๒๕๔๔ ลงวันที่ ๒๖ กันยายน ๒๕๔๔ กับคำสั่งที่ ๑๐๘/๒๕๔๕ ลงวันที่ ๒ พฤษภาคม ๒๕๔๕ (ที่แต่งตั้งบุคคลอื่นให้ดำรงตำแหน่งรองอธิบดีกรมสรรพากร) และให้มีการคัดเลือกข้าราชการพลเรือนสามัญเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งรองอธิบดีกรมสรรพากรใหม่

๑.๒ ศาลปกครองชั้นต้นมีคำพิพากษา เมื่อวันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๔๖ ดังนี้

(๑) ให้เพิกถอนหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกข้าราชการพลเรือนสามัญเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งนักบริหาร ๙ ตามหนังสือสำนักงาน ก.พ. ด่วนที่สุด ที่ นร ๐๗๐๑/ว ๙ ลงวันที่ ๑๕ สิงหาคม ๒๕๔๙ ในส่วนที่เกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้มีสิทธิสมัครเข้ารับการคัดเลือกตามข้อ ๒.๓.๒ และข้อ ๒.๓.๓ ของหนังสือดังกล่าวโดยให้มีผลตั้งแต่วันที่ออกหลักเกณฑ์และวิธีการดังกล่าวเป็นต้นไป

(๒) ให้เพิกถอนการแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนสามัญให้ดำรงตำแหน่งนักบริหาร ๙ (รองอธิบดี) กรมสรรพากรตามคำสั่งกระทรวงการคลัง ที่ ๒๒๖/๒๕๔๔ ลงวันที่ ๒๖ กันยายน ๒๕๔๔ และคำสั่งที่ ๑๐๘/๒๕๔๕ ลงวันที่ ๒ พฤษภาคม ๒๕๔๕ โดยให้มีผลตั้งแต่วันที่ระบุในคำสั่ง

๑.๓ ผู้ถูกฟ้องคดียื่นอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุดขอให้พิพากษากลับคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นเป็นให้ยกฟ้อง

๑.๔ ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษา เมื่อวันที่ ๒ พฤษภาคม ๒๕๔๙ ดังนี้

พิพากษาแก้คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นเป็นให้เพิกถอนหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกข้าราชการพลเรือนสามัญเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งนักบริหาร ๙ ข้อ ๒.๓.๒ และข้อ ๒.๓.๓ ตามหนังสือสำนักงาน ก.พ. ด่วนที่สุด ที่ นร ๐๗๐๑/ว ๙ ลงวันที่ ๑๕ สิงหาคม ๒๕๔๔ ตั้งแต่วันที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษา นอกจากที่แก้ ให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น

๑.๕ สำนักงานศาลปกครองซึ่งมีอำนาจหน้าที่ตามมาตรา ๗๗ (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ในการดำเนินการบังคับให้เป็นไปตามคำบังคับของศาลปกครอง ได้ดำเนินการในเรื่องนี้ ดังนี้

๑.๕.๑ ในส่วนของคำบังคับที่ให้เพิกถอนหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกข้าราชการพลเรือนสามัญเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งนักบริหาร ๙ นั้น สำนักงานศาลปกครองได้ส่งประกาศสำนักงานศาลปกครอง เรื่อง ศาลปกครองพิพากษาถึงที่สุดให้เพิกถอนกฎเพื่อลงประกาศในราชกิจจานุเบกษา ซึ่งต่อมาสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีได้มีหนังสือแจ้งว่าได้ดำเนินการประกาศในราชกิจจานุเบกษา ฉบับกฤษฎีกา เล่ม ๑๒๓ ตอนที่ ๗๕ ก วันที่ ๒๑ กรกฎาคม ๒๕๔๙ จึงเป็นการดำเนินการตามมาตรา ๗๒ วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวแล้ว

สำนักงาน ก.พ. ได้มีหนังสือ ที่ นร ๑๐๐๓/๘๗๕ ลงวันที่ ๑๒ กันยายน ๒๕๔๙ รายงานผลการดำเนินการให้เป็นไปตามคำบังคับของศาลปกครอง ดังนี้

(ก) สำนักงาน ก.พ. ได้นำเรื่องคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดเสนอ ก.พ. ในการประชุมครั้งที่ ๖/๒๕๔๙ วันที่ ๑๙ มิถุนายน ๒๕๔๙ ซึ่ง ก.พ. ได้มีมติเห็นชอบให้สำนักงาน ก.พ. ออกหนังสือเวียนแจ้งยกเลิกหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกข้าราชการพลเรือนสามัญเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งนักบริหาร ๙ ในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคุณสมบัติของผู้มีสิทธิเข้ารับการคัดเลือกตามข้อ ๒.๓.๒ และข้อ ๒.๓.๓ ให้ส่วนราชการทราบและถือปฏิบัติ

(ข) สำนักงาน ก.พ. ได้ออกหนังสือสำนักงาน ก.พ. ด่วนที่สุด ที่ นร ๑๐๐๓/ว ๑๑ ลงวันที่ ๓๐ มิถุนายน ๒๕๔๙ เรื่อง การคัดเลือกข้าราชการพลเรือนสามัญเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งนักบริหาร ๙ และแจ้งเวียนให้ส่วนราชการทราบ

๑.๕.๒ ในส่วนของคำบังคับที่ให้เพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งรองอธิบดีกรมสรรพากรนั้น สำนักงานศาลปกครองได้แจ้งผลแห่งคำพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ทราบ พร้อมกับได้สอบถามการดำเนินการในส่วนที่เกี่ยวข้องกับคำบังคับด้วย ซึ่งต่อมาได้รับแจ้งจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ว่าได้มีการดำเนินการดังนี้

(๑) ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ได้มีหนังสือ ด่วนที่สุด ที่ กค ๐๒๐๕/๑๓๐๔๖ ลงวันที่ ๑๓ กรกฎาคม ๒๕๔๙ แจ้งว่า ได้ประสานงานกับสำนักงาน ก.พ. ในการปฏิบัติตามคำพิพากษาดังกล่าวมาโดยตลอดโดยได้มีหนังสือ ที่ กค ๐๒๐๔.๔/๑๐๘๓๕ ลงวันที่ ๑๔ มิถุนายน ๒๕๔๙ หารือไปยังสำนักงาน ก.พ. ความว่า คำสั่งกระทรวงการคลังที่ศาลปกครองสูงสุดพิพากษาให้เพิกถอนมีผู้ที่เกี่ยวข้องโดยตรงจำนวน ๔ ราย และต่อเนื่องอีก ๔ ราย นอกจากนี้ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ยังได้มีคำสั่งแต่งตั้งผู้อื่นให้ดำรงตำแหน่งในตำแหน่งเดิมของผู้ที่เกี่ยวข้องโดยตรงทั้ง ๔ ราย ก่อนที่จะได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งรองอธิบดีกรมสรรพากรด้วยแล้ว และในปัจจุบันผู้ที่เกี่ยวข้องโดยตรงทั้ง ๔ ราย ก็มิได้ดำรงตำแหน่งรองอธิบดีกรมสรรพากรแล้ว จึงขอหารือสำนักงาน ก.พ. ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ จะต้องดำเนินการตามคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดอย่างไร

(๒) สำนักงาน ก.พ. ได้มีหนังสือ ด่วนมาก ที่ นร ๑๐๐๑/๓๔๐ ลงวันที่ ๒๑ สิงหาคม ๒๕๔๙ ตอบข้อหารือของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ว่า ก.พ. ได้พิจารณาเรื่องนี้แล้ว มีมติมอบให้ อ.ก.พ. วิสามัญเกี่ยวกับกฎหมายและระเบียบข้าราชการ พิจารณาให้ความเห็น ซึ่ง อ.ก.พ. พิจารณาแล้วมีความเห็นดังนี้

(๒.๑) ในประเด็นที่ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ จะต้องมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งรองอธิบดี ที่ ๒๒๖/๒๕๔๔ ลงวันที่ ๒๖ กันยายน ๒๕๔๔ และคำสั่งที่ ๑๐๘/๒๕๔๕ ลงวันที่ ๒ พฤษภาคม ๒๕๔๕ และคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการทั้งสี่รายตามคำพิพากษาให้ดำรงตำแหน่งในปัจจุบันหรือไม่

อ.ก.พ. เห็นว่า โดยที่ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งทั้งสองฉบับ กรณีจึงเป็นผลให้คำสั่งทั้งสองฉบับดังกล่าวถูกเพิกถอนโดยคำพิพากษาดังกล่าว ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ จึงไม่จำต้องออกคำสั่งเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวแต่อย่างใดอีก

สำหรับคำสั่งแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในปัจจุบันของข้าราชการทั้งสี่จะได้รับผลกระทบหรือไม่นั้น อ.ก.พ.พิจารณาแล้ว เห็นว่า กรณีจะต้องพิเคราะห์จากองค์ประกอบหลัก ๒ ประการ คือ

(ก) กระบวนการคัดเลือกถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่ ก.พ. กำหนด หรือไม่

(ข) ข้าราชการทั้งสี่มีคุณสมบัติตรงตามคุณสมบัติทั่วไปและคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งในตำแหน่งที่ดำรงอยู่ในปัจจุบันหรือไม่

ดังนั้น หากการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่ดำรงตำแหน่งอยู่ในปัจจุบันของข้าราชการทั้งสี่ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ได้ดำเนินการคัดเลือกโดยถูกต้องตามกระบวนการคัดเลือกที่ ก.พ. กำหนด และผู้ได้รับแต่งตั้งดังกล่าวมีคุณสมบัติครบถ้วนตรงตามคุณสมบัติทั่วไปและคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งแล้ว คำสั่งแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในปัจจุบันของข้าราชการทั้งสี่ ก็จะเป็นคำสั่งที่มีผลใช้บังคับได้ตามกฎหมาย ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ไม่จำต้องดำเนินการกับคำสั่งนั้นแต่อย่างใด

(๒.๒) ในประเด็นที่ว่า การงานใดที่ข้าราชการทั้งสี่ได้กระทำไป ตลอดจนการรับเงินเดือน สิทธิประโยชน์อื่นที่ได้รับไปหรือมีสิทธิที่จะได้รับจากทางราชการ จะได้รับผลกระทบหรือไม่

อ.ก.พ. เห็นว่า การที่ศาลปกครองสูงสุดได้พิพากษาเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งรองอธิบดีทั้งสี่รายนั้น ไม่กระทบถึงการงานหรือการใดที่บุคคลทั้งสี่ได้กระทำไป รวมถึงเรื่องของเงินเดือนหรือประโยชน์อื่นใดที่ข้าราชการทั้งสี่ได้รับหรือมีสิทธิจะได้รับจากทางราชการในระหว่างที่ได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว ทั้งนี้ ตามมาตรา ๑๙ และมาตรา ๕๑ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙

(๓) ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ได้นำหนังสือตอบข้อหารือของสำนักงาน ก.พ. ตาม (๒) เสนอ อ.ก.พ. กระทรวงการคลังในการประชุมครั้งที่ ๖/๒๕๔๙ เมื่อวันที่ ๘ กันยายน ๒๕๔๙ เพื่อทราบ และ อ.ก.พ.กระทรวงการคลังได้มีมติให้แต่งตั้งคณะกรรมการขึ้น ๑ ชุด เพื่อตรวจสอบคุณสมบัติและกระบวนการคัดเลือกตำแหน่งระดับ ๑๐ ของข้าราชการทั้งสี่รายที่ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งรองอธิบดีกรมสรรพากร และผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ได้มีคำสั่งที่ ๗๙๓/๒๕๔๙ ลงวันที่ ๑๒ กันยายน ๒๕๔๙ แต่งตั้งคณะกรรมการดำเนินการตรวจสอบคุณสมบัติและกระบวนการคัดเลือกตำแหน่งระดับ ๑๐ ของข้าราชการทั้งสี่รายดังกล่าว และขณะนี้อยู่ระหว่างคณะกรรมการฯ กำลังตรวจสอบกระบวนการคัดเลือกข้าราชการทั้งสี่รายให้ดำรงตำแหน่งระดับ ๑๐

(๔) ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ได้มีหนังสือ ด่วนที่สุด ที่ กค ๐๒๐๔.๔/๑๖๔๔๗ ลงวันที่ ๒๙ สิงหาคม ๒๕๔๙ ขอหารือสำนักงาน ก.พ. เพิ่มเติม ดังนี้

(๔.๑) ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ จะต้องบันทึกลงในสมุดประวัติและแฟ้ม ก.พ. ๗ โดยใช้ความการเพิกถอนตามตัวอย่างที่ส่งมาด้วยในตัวอย่างข้อใด และถูกต้องหรือไม่ ต้องเพิ่มเติมหรือลดข้อความประการใดบ้าง

(๔.๒) เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ไม่ต้องมีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งรองอธิบดีทั้งสี่ราย เพราะมีผลตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดแล้ว จะทำให้ข้าราชการทั้งสี่รายไม่เคยดำรงตำแหน่งรองอธิบดี แต่คงดำรงตำแหน่งเดิม ซึ่งจะเบิกจ่ายในอัตราเลขที่ตำแหน่งเดียวกันกับผู้ที่ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งแทน จะไม่ถูกต้องกับระบบการจ่ายเงินเดือน จึงขอหารือดังนี้

(ก) ข้าราชการทั้งสี่จะอาศัยเบิกในตำแหน่งรองอธิบดี ตำแหน่งเลขที่ ๒-๕ กรมสรรพากรได้หรือไม่

(ข) ถ้าอาศัยเบิกในตำแหน่งเลขที่ดังกล่าว ข้าราชการทั้งสี่รายจะใช้ชื่อตำแหน่งว่าอย่างไร และต้องทำคำสั่งอย่างไร

(๕) ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ได้มีหนังสือ ที่ กค ๐๒๐๔.๔/๑๖๕๐๑ ลงวันที่ ๓๐ สิงหาคม ๒๕๔๙ ไปยังกรมบัญชีกลางขอหารือการปฏิบัติเกี่ยวกับการเบิกจ่ายในอัตราเลขที่ตำแหน่งเดียวกันกับผู้ที่ได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งแทน และข้าราชการทั้งสี่รายจะขออาศัยเบิกในตำแหน่งรองอธิบดีกรมสรรพากร ตำแหน่งเลขที่ ๒-๕ กรมสรรพากรได้หรือไม่ อย่างไร

(๖) ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ได้มีหนังสือ ที่ กค ๐๒๐๔.๔/๒๑๕๒ ลงวันที่ ๗ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๐ แจ้งสำนักงาน ก.พ. ว่า อ.ก.พ. กระทรวงการคลังได้พิจารณากระบวนการคัดเลือกแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งระดับ ๑๐ ของข้าราชการทั้ง ๔ รายแล้ว เห็นว่า ข้าราชการทั้งสี่รายมีคุณสมบัติตรงตามคุณสมบัติทั่วไปและคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งในตำแหน่งที่ดำรงอยู่ในปัจจุบัน

อย่างไรก็ดี อ.ก.พ. กระทรวงการคลังได้มีมติให้หารือสำนักงาน ก.พ. ว่า เนื่องจากในการพิจารณาคัดเลือกข้าราชการเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งระดับ ๑๐ (ผู้ตรวจราชการกระทรวง อธิบดี ที่ปรึกษาด้านประสิทธิภาพ และที่ปรึกษาด้านเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร) แนวทางปฏิบัติที่ผ่านมาของกระทรวงการคลังจะพิจารณาจากผู้ดำรงตำแหน่งรองอธิบดี (นักบริหาร ๙) ในสังกัดกระทรวงการคลัง ซึ่งการแต่งตั้งข้าราชการทั้งสี่รายขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งระดับ ๑๐ ดังกล่าวในครั้งนั้นก็ได้พิจารณาจากผู้ดำรงตำแหน่งรองอธิบดีในขณะนั้น โดยมีกระบวนการคัดเลือกข้าราชการขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับ ๑๐ รายนายบุญศักดิ์ เจียมปรีชา นายวิชัย จึงรักเกียรติ ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่ ก.พ. กำหนดตามหนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร ๐๗๐๘.๑/ ว ๒๒ลงวันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๔๐ และที่ นร ๐๗๐๘/ว ๑๑ ลงวันที่ ๑๓ สิงหาคม ๒๕๔๒ ส่วนรายนาย ช. นันท์ เพ็ชญไพศิษฏ์ และรายนางจันทิมา สิริแสงทักษิณ ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่ ก.พ. กำหนดตามหนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร ๐๗๐๘.๔/ว ลงวันที่ ๒๙ กันยายน ๒๕๓๘ และเป็นการแต่งตั้งก่อนศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษา ต่อมาศาลปกครองสูงสุดได้พิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งรองอธิบดีทั้งสี่รายตั้งแต่วันที่ระบุในคำสั่งแต่งตั้ง ทำให้ข้าราชการทั้งสี่รายไม่เคยดำรงตำแหน่งรองอธิบดี (นักบริหาร ๙) ดังนั้น การแต่งตั้งข้าราชการทั้งสี่รายซึ่งไม่เคยดำรงตำแหน่งรองอธิบดีโดยผลจากคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดจะทำให้กระบวนการในการคัดเลือกให้ดำรงตำแหน่งในระดับ ๑๐ ของข้าราชการทั้งสี่รายก่อนวันที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษาจะถูกต้องสมบูรณ์หรือไม่

(๗) สำนักงาน ก.พ. ได้มีหนังสือ ด่วนมาก ที่ นร ๑๐๐๑/๘๙ ลงวันที่ ๑๖ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๐ ถึงผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ขอทราบข้อเท็จจริงเพิ่มเติม ดังนี้

(ก) ที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ แจ้งว่าในการพิจารณาคัดเลือกการแต่งตั้งข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งระดับ ๑๐ (ผู้ตรวจราชการกระทรวง อธิบดี หรือที่ปรึกษาระดับ ๑๐ ชช.) กระทรวงการคลังจะพิจารณาจากผู้ดำรงตำแหน่งรองอธิบดี (นักบริหาร ๙) ในสังกัดกระทรวงการคลังนั้น ขอทราบข้อเท็จจริงว่ามีการกำหนดแนวทางปฏิบัติดังกล่าวไว้เป็นลายลักษณ์อักษรหรือไม่ อย่างไร หากมีการกำหนดไว้เป็นลายลักษณ์อักษร ก็ขอให้จัดส่งเอกสารดังกล่าวมาด้วย

(ข) ในทางปฏิบัติที่ผ่านมา กระทรวงการคลังเคยมีการพิจารณาแต่งตั้งข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งในระดับ ๑๐ จากข้าราชการที่ไม่ใช่ผู้ดำรงตำแหน่งรองอธิบดีหรือตำแหน่งที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่มิใช่รองหัวหน้าส่วนราชการระดับกรม หรือไม่ อย่างไร ถ้ามี โปรดระบุชื่อตำแหน่งที่แต่งตั้งและตำแหน่งเดิมของผู้รับการแต่งตั้งนั้นด้วย

(ค) ในครั้งที่ดำเนินการคัดเลือกข้าราชการทั้งสี่รายเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งระดับ ๑๐ ได้มีการประกาศรับสมัครคัดเลือกหรือไม่ หากมี ในประกาศรับสมัครคัดเลือกดังกล่าว มีการกำหนดคุณสมบัติผู้มีสิทธิสมัคร หรือกำหนดให้คัดเลือกจากข้าราชการในสังกัดกระทรวงการคลังผู้ดำรงตำแหน่งรองอธิบดีหรือไม่ อย่างไร ทั้งนี้ ขอให้ส่งประกาศรับสมัครคัดเลือก (ถ้ามี) มาให้ด้วย

(๘) ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ได้มีหนังสือ ที่ กค ๐๒๐๔.๔/๒๘๖๕ ลงวันที่ ๒๐ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๐ ชี้แจงสำนักงาน ก.พ. ดังนี้

(๘.๑) ในประเด็นเกี่ยวกับแนวทางปฏิบัติในการพิจารณาคัดเลือกแต่งตั้งข้าราชการ

ให้ดำรงตำแหน่งระดับ ๑๐ ที่ว่า กระทรวงการคลังจะพิจารณาจากผู้ดำรงตำแหน่งรองอธิบดี (นักบริหาร ๙) ในสังกัดกระทรวงการคลังนั้น ขอเรียนว่ามิได้มีการกำหนดเป็นลายลักษณ์อักษรแต่อย่างใด

(๘.๒) ในทางปฏิบัติที่ผ่านมา กระทรวงการคลังเคยมีการพิจารณาแต่งตั้งข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งในระดับ ๑๐ จากข้าราชการที่ไม่ใช่ผู้ดำรงตำแหน่งรองอธิบดีหรือตำแหน่งที่เรียกชื่ออย่างอื่นที่มิใช่รองหัวหน้าส่วนราชการระดับกรมมาแล้วอย่างน้อย ดังนี้

(ก) แต่งตั้งจากตำแหน่งผู้เชี่ยวชาญพิเศษด้านให้คำปรึกษากฎหมาย (นิติกร ๙) สำนักงานปลัดกระทรวงการคลัง ให้ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษากฎหมายประจำกระทรวง (นิติกร ๑๐) สำนักงานปลัดกระทรวงการคลัง (รายนายโมรา บุณยผล)

(ข) แต่งตั้งจากตำแหน่งผู้เชี่ยวชาญพิเศษด้านให้คำปรึกษากฎหมาย (นิติกร ๙) สำนักงานปลัดกระทรวงการคลัง ให้ดำรงตำแหน่งผู้ทรงคุณวุฒิด้านให้คำปรึกษากฎหมาย (นิติกร ๑๐) สำนักงานปลัดกระทรวงการคลัง (รายนายมานิต วิทยาเต็ม) ต่อมาได้เปลี่ยนชื่อตำแหน่งเป็นที่ปรึกษากฎหมาย (นิติกร ๑๐ ชช.) สำนักงานปลัดกระทรวงการคลัง

(ค) แต่งตั้งจากผู้ดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการสำนัก (เจ้าหน้าที่ประเมินอากร ๙) สำนักสิทธิประโยชน์ทางภาษีอากร กรมศุลกากร ให้ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษากฎหมาย (นิติกร ๑๐ ชช.) สำนักงานปลัดกระทรวงการคลัง (รายนายเสงี่ยม สันทัด)

(ง) แต่งตั้งจากผู้ดำรงตำแหน่งนักวิชาการคอมพิวเตอร์ ๙ สำนักงานปลัดกระทรวงการคลัง ให้ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษาด้านเทคโนโลยีสารสนเทศและการสื่อสาร (นักวิชาการคอมพิวเตอร์ ๑๐ ชช.) สำนักงานปลัดกระทรวงการคลัง (รายนายศุภชัย จงศิริ)

(จ) แต่งตั้งจากผู้ดำรงตำแหน่งอธิการบดีมหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ (รองศาสตราจารย์ระดับ ๙) ให้ดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการ (นักบริหาร ๑๐) สำนักงานเศรษฐกิจการคลัง (รายนายนริศ ชัยสูตร)

(ฉ) แต่งตั้งจากผู้ดำรงตำแหน่งผู้อำนวยการสำนัก (นิติกร ๙) สำนักกฎหมาย กรมศุลกากรขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษากฎหมาย (นิติกร ๑๐ ชช.) สำนักงานปลัดกระทรวงการคลัง (รายนายมานะ หลักทอง)

(๘.๓) ในครั้งที่ดำเนินการคัดเลือกข้าราชการทั้งสี่รายเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งระดับ ๑๐ มิได้มีการประกาศรับสมัครคัดเลือกแต่อย่างใด เพียงแต่ในกรณีคราวแต่งตั้งนายวิชัย จึงรักเกียรติเป็นผู้ตรวจราชการกระทรวง ระดับ ๑๐ ได้มีการออกหนังสือแจ้งเวียนให้ส่วนราชการในสังกัดกระทรวงการคลังพิจารณาส่งรายชื่อข้าราชการที่สมควรได้รับการพิจารณาแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งผู้ตรวจราชการกระทรวง จำนวน ๑ – ๒ ชื่อ

อนึ่ง กระทรวงการคลังขอเรียนข้อเท็จจริงเพิ่มเติมว่า ก่อนการพิจารณาคัดเลือกข้าราชการทั้ง ๔ ราย ให้ดำรงตำแหน่งรองอธิบดี (นักบริหาร ๙) นั้น ข้าราชการดังกล่าวได้ดำรงตำแหน่งในระดับผู้อำนวยการสำนักหรือเทียบเท่า (ระดับ ๙ บส.) มาแล้ว ดังนี้

(ก) นายบุญศักดิ์ เจียมปรีชา เป็นเวลา ๔ ปี ๒ เดือน ๕ วัน

(ข) นายวิชัย จึงรักเกียรติ เป็นเวลา ๒ ปี

(ค) นาย ช. นันท์ เพ็ชญไพศิษฏ์ เป็นเวลา ๒ ปี ๑ เดือน ๒๕ วัน

(ง) นางจันทิมา สิริแสงทักษิณ เป็นเวลา ๒ ปี

(๙) สำนักงาน ก.พ. ได้มีหนังสือ ที่ นร ๑๐๐๑/๑๘๔ ลงวันที่ ๓๐ มีนาคม ๒๕๕๐ แจ้งผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ว่า ก.พ. ได้พิจารณาเรื่องนี้แล้วเห็นว่า เมื่อ อ.ก.พ. กระทรวงการคลังพิจารณาเห็นว่าข้าราชการทั้งสี่รายมีคุณสมบัติตรงตามคุณสมบัติทั่วไปและคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่ง รวมทั้งกระบวนการพิจารณาคัดเลือกข้าราชการทั้งสี่รายดังกล่าวเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งระดับ ๑๐ ในครั้งนั้น ก็ได้พิจารณาจากผู้ดำรงตำแหน่งรองอธิบดีในขณะนั้น และถูกต้องตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ ก.พ. กำหนดตามหนังสือสำนักงาน ก.พ. ที่ นร ๐๗๐๘.๑/ว ๒๒ ลงวันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๔๐ หนังสือ นร ๐๗๐๘/ว ๑๑ ลงวันที่ ๑๓ สิงหาคม ๒๕๔๒ และหนังสือ ที่ นร ๐๗๐๘.๔/ว ๑๖ ลงวันที่ ๒๙ กันยายน ๒๕๓๘ ดังนั้น กรณีนี้จึงมิได้ขัดต่อหลักเกณฑ์และวิธีการที่ ก.พ. กำหนดแต่ประการใด

๑.๖ ในระหว่างนั้น ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นคำแถลงต่อศาลปกครองชั้นต้น ลงวันที่ ๑๘ มกราคม ๒๕๕๐ ขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด และตุลาการเจ้าของสำนวนในศาลปกครองชั้นต้นได้มีคำสั่งให้รวมสำนวนคดีและให้สำนักงานศาลปกครองดำเนินการตามอำนาจหน้าที่

๑.๗ สำนักงานศาลปกครองได้มีหนังสือ ที่ ศป ๐๐๒๑.๕/ธ ๓๑๓ ลงวันที่ ๑๐ เมษายน ๒๕๕๐ รายงานผลการดำเนินการที่ผ่านมาและเสนอความเห็นเกี่ยวกับการดำเนินการต่อไปต่อตุลาการหัวหน้าคณะในศาลปกครองชั้นต้น

๑.๘ ศาลปกครองชั้นต้นได้นัดไต่สวนผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ และที่ ๒ เมื่อวันที่ ๒๘ กันยายน ๒๕๕๐ เพื่อทราบผลการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุด แล้วมีคำสั่งเมื่อวันที่ ๓๐ ตุลาคม ๒๕๕๐ ดังนี้

ตามมาตรา ๗๐ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ คำพิพากษาของศาลปกครองย่อมมีผลผูกพันผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ และที่ ๒ ให้ต้องปฏิบัติตามคำบังคับของศาลนับแต่วันที่กำหนดในคำพิพากษา จึงเป็นหน้าที่ของคู่กรณีที่จะต้องดำเนินการตามวิธีการที่กฎหมายกำหนดเพื่อให้เป็นไปตามคำพิพากษาดังกล่าวโดยศาลอาจระบุข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาไว้ในคำพิพากษาตามมาตรา ๖๙ วรรคหนึ่ง (๘) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวหรือในคำสั่งของศาลในชั้นบังคับคดี ดังนั้น เมื่อศาลพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการทั้ง ๔ ราย ให้ดำรงตำแหน่งรองอธิบดีกรมสรรพากรแล้ว ย่อมมีผลตามกฎหมายให้คำสั่งนั้นสิ้นผลลง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ มีหน้าที่ต้องออกคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการทั้งสี่รายให้กลับไปดำรงตำแหน่งเดิมก่อนได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งเป็นรองอธิบดีกรมสรรพากรหรือให้ไปดำรงตำแหน่งอื่นที่มีระดับเทียบเท่าตำแหน่งเดิม การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ มิได้ดำเนินการดังกล่าว จึงถือว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ยังไม่ได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด สำหรับคำสั่งที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ แต่งตั้งให้ข้าราชการทั้งสี่รายดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้นหลังจากที่แต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งรองอธิบดีกรมสรรพากร ซึ่งศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษาให้เพิกถอนแล้ว นั้น ก็เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน เนื่องจากเป็นการแต่งตั้งจากตำแหน่งรองอธิบดีที่ได้รับการแต่งตั้ง โดยไม่ชอบ

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

ด้วยกฎหมาย ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ จึงมีหน้าที่ต้องเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวด้วย หากผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ จะแต่งตั้งนายบุญศักดิ์ เจียมปรีชา นาย ช. นันท์ เพ็ชญไพศิษฏ์ และนางจันทิมา สิริแสงทักษิณ ให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้น ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ จะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามหลักเกณฑ์ ขั้นตอนและวิธีการที่กำหนดในกฎหมายและธรรมเนียมปฏิบัติในการแต่งตั้งข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นของกระทรวงการคลังทุกประการ ส่วนกรณีของนายวิชัย จึงรักเกียรติ ซึ่งพ้นจากราชการไปแล้ว ไม่ต้องดำเนินการแต่อย่างใดต่อไป ทั้งนี้ ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ดำเนินการให้แล้วเสร็จภายใน ๓๐ วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งศาลและรายงานผลการดำเนินการดังกล่าวให้ศาลทราบหลังจากที่ได้ดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดดังกล่าวแล้ว

๑.๙ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ยื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวของศาลปกครองชั้นต้นต่อศาลปกครองสูงสุดขอให้มีคำสั่งกลับคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น

๑.๑๐ ศาลปกครองสูงสุดโดยองค์คณะที่ ๒ พิจารณาคำร้องอุทธรณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ แล้วมีคำสั่งยืนตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น

๒. ความเห็นแย้ง

เมื่อได้พิจารณาคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นตาม ๑.๘ และคำร้องอุทธรณ์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ แล้ว เห็นว่า ยังมีความเข้าใจที่ไม่ตรงกันเกี่ยวกับผลทางกฎหมายของคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดและการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาดังกล่าวโดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ จึงขอตั้งข้อสังเกตทางวิชาการและขอแสดงความเห็นแย้ง ดังนี้

๒.๑ ข้อสังเกตทางวิชาการ

ในกรณีที่ศาลปกครองมีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครอง ผลทางกฎหมายของคำพิพากษาดังกล่าวตามหลักกฎหมายปกครองและแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองของต่างประเทศที่มีศาลปกครองมาเป็นเวลานานแล้ว พอสรุปได้ดังนี้

(๑) คำพิพากษาของศาลปกครองที่ให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองย่อมมีผลบังคับเป็นการทั่วไป (erga omnes) มิได้มีผลจำกัดอยู่แต่เพียงคู่กรณีในคดีเท่านั้น และมีผลย้อนหลังโดยถือเสมือนหนึ่งว่าไม่เคยมีคำสั่งทางปกครองนั้นมาก่อน หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐจึงไม่จำเป็นต้องยกเลิกคำสั่งทางปกครองนั้นอีก และเป็นหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลปกครอง

(๒) ตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองของต่างประเทศในระยะเริ่มแรกนั้นถือเคร่งครัดว่า การดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลปกครองที่ให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยให้มีผลย้อนหลังก็คือ การย้อนเวลากลับไปในอดีต โดยถือเสมือนหนึ่งว่าไม่เคยมีการออกคำสั่งทางปกครองที่ถูกเพิกถอนนั้นมาก่อน เช่น ในกรณีที่ศาลปกครองมีคำพิพากษาให้เพิกถอนบัญชีการจัดลำดับอาวุโสของข้าราชการเพื่อการเลื่อนขั้นหรือเลื่อนตำแหน่ง หน่วยงานทางปกครองก็จะต้องจัดทำบัญชีการจัดลำดับอาวุโสเสียใหม่โดยให้มีผลย้อนหลัง แล้วพิจารณาทบทวนคำสั่งเลื่อนขั้นหรือคำสั่งเลื่อนตำแหน่งที่ได้กระทำไปแล้วเสียใหม่ตามที่ควรจะเป็น หากมิได้เกิดการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายขึ้นหรือในกรณีที่ศาลปกครองพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งให้เจ้าหน้าที่พ้นจากตำแหน่งโดยให้มีผลย้อนหลัง

ผลทางกฎหมายที่ตามมาก็คือ เจ้าหน้าที่ผู้นั้นจะต้องกลับเข้าสู่ตำแหน่งนับตั้งแต่วันที่คำสั่งให้พ้นจากตำแหน่งมีผลใช้บังคับโดยถือเสมือนหนึ่งว่าเจ้าหน้าที่ผู้นั้นไม่เคยพ้นจากตำแหน่งนั้นเลย ซึ่งหน่วยงานทางปกครองจะต้องดำเนินการให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นกลับคืนสู่สถานภาพเดิมโดยจะต้องคืนตำแหน่ง เงินเดือน สิทธิในการเลื่อนขั้นเงินเดือน สิทธิในการเลื่อนตำแหน่ง อายุราชการ ฯลฯ ทั้งนี้ โดยพิจารณาตามกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่เดิม

(๓) อย่างไรก็ตาม หน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองในการดำเนินการให้เจ้าหน้าที่กลับสู่สถานภาพเดิมและการดำเนินการให้กลับเข้าสู่ตำแหน่งในทางนิตินัยนั้น มิได้หมายความว่าหน่วยงานทางปกครองมีหน้าที่ต้องดำเนินการให้เจ้าหน้าที่กลับเข้าสู่ตำแหน่งในทางพฤตินัยจริง ๆ หากคำสั่งที่ให้เจ้าหน้าที่พ้นจากตำแหน่งถูกศาลพิพากษาให้เพิกถอนเพราะได้มีการพิจารณาโดยไม่ถูกต้องตามขั้นตอน หน่วยงานทางปกครองก็สามารถพิจารณาใหม่ให้ถูกต้องตามขั้นตอนแล้วมีคำสั่งใหม่ให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นพ้นจากตำแหน่งได้อีก แต่ไม่อาจให้มีผลย้อนหลังได้ หรือในกรณีที่เจ้าหน้าที่ขาดคุณสมบัติที่จะกลับเข้าสู่ตำแหน่งในระหว่างการพิจารณาคดีของศาล เช่น ทุพพลภาพ มีอายุเกินกำหนด เช่นนี้ การกลับเข้าสู่ตำแหน่งในทางพฤตินัยย่อมไม่อาจกระทำได้แล้ว การดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลปกครองก็คือ การดำเนินการทางนิตินัย (ทางเอกสาร) แทนการดำเนินการทางพฤตินัยและการชดเชยความเสียหายเป็นเงินให้แก่ผู้ฟ้องคดีซึ่งชนะคดี

(๔) ในกรณีที่จะต้องมีการกลับเข้าสู่ตำแหน่งในทางพฤตินัย ก็ไม่จำเป็นจะต้องกลับเข้าสู่ตำแหน่งเดิมเพราะในระหว่างการพิจารณาคดี ตำแหน่งเดิมย่อมมีการแต่งตั้งบุคคลอื่นให้ดำรงตำแหน่งแทนไปแล้ว หน่วยงานทางปกครองจึงอาจแต่งตั้งให้เจ้าหน้าที่ผู้ชนะคดีกลับเข้าสู่ตำแหน่งที่มีระดับตำแหน่งเทียบเท่ากับตำแหน่งเดิมแทนการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งเดิมได้

(๕) การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองโดยคำพิพากษาของศาลปกครองอาจมีผลกระทบต่อคำสั่งทางปกครองอื่นได้ ซึ่งจะต้องคำนึงถึงหลักความมั่นคงทางกฎหมายและการได้รับสิทธิประโยชน์จากคำสั่งทางปกครองของบุคคลอื่นซึ่งสุจริตด้วย ดังนั้น แนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองของต่างประเทศในปัจจุบัน จึงพยายามประนีประนอมหลักการมีผลย้อนหลังของคำพิพากษาของศาลปกครองกับหลักความมั่นคงทางกฎหมายและการคุ้มครองสิทธิของบุคคลอื่นซึ่งสุจริต ดังนี้

(๕.๑) ในกรณีที่เป็นการพิจารณาให้เพิกถอนกฎใด หากคำสั่งทางปกครองที่ออกโดยอาศัยฐานทางกฎหมายของกฎนั้น ได้ให้สิทธิแก่บุคคลอื่นไปแล้ว คำสั่งทางปกครองนั้น ย่อมมีผลใช้บังคับต่อไปได้

(๕.๒) ในกรณีที่เป็นการพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองฉบับหนึ่ง คำสั่งทางปกครองฉบับอื่นที่เป็นผลสืบเนื่องมาจากคำสั่งทางปกครองที่ถูกเพิกถอนย่อมไม่ได้รับผลกระทบ ถ้าคำสั่งทางปกครองฉบับอื่นนั้นได้ให้สิทธิแก่บุคคลและเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นที่สุดแล้ว (เนื่องจากมิได้ถูกโต้แย้งคัดค้านภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด) ซึ่งเป็นการยอมรับว่าความเป็นจริงมีผลเหนือการสมมุติที่ให้การเพิกถอนมีผลย้อนหลังและเป็นการคุ้มครองสิทธิของบุคคลซึ่งได้รับสิทธิจากคำสั่งทางปกรองฉบับอื่นนั้นไปแล้ว เช่น ในกรณีที่ศาลปกครองพิพากษาให้เพิกถอนมติของคณะกรรมการสอบแข่งขันเพื่อบรรจุบุคคลเข้ารับราชการ หากมีการออกคำสั่งบรรจุและแต่งตั้งผู้ซึ่งผ่านการสอบแข่งขัน

ไปแล้วและคำสั่งบรรจุและแต่งตั้งนั้นเป็นที่สุดเพราะมิได้ถูกโต้แย้งคัดค้านภายในระยะเวลาที่กำหนด คำสั่งบรรจุและแต่งตั้งนั้นก็ย่อมมีผลใช้บังคับต่อไปได้

(๕.๓) การพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองฉบับหนึ่งอาจมีผลให้มีการพิพากษาเพิกถอนคำสั่งทางปกครองฉบับอื่นที่เกี่ยวพันกันได้ ก็ต่อเมื่อได้มีการนำคำสั่งทางปกครองฉบับอื่นนั้นมาฟ้องคดีต่อศาลปกครอง เพื่อขอให้พิพากษาเพิกถอนด้วย หากไม่มีการนำคำสั่งทางปกครองฉบับอื่นมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองและศาลปกครองก็มิได้พิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองฉบับอื่นด้วย คำสั่งทางปกครองฉบับอื่นก็ยังคงมีผลใช้บังคับต่อไปได้

จากที่กล่าวมาแล้วข้างต้นจะเห็นได้ว่า การมีผลย้อนหลังของคำพิพากษาของศาลปกครองที่ให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองจะมีผลกระทบต่อคำสั่งทางปกครองอื่น ๆ ที่มิได้มีการนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครอง เพื่อขอให้พิพากษาเพิกถอนด้วย ซึ่งการที่จะเพิกถอนคำสั่งทางปกครองอื่นด้วยนั้น ย่อมมีผลกระทบต่อหลักความมั่นคงทางกฎหมาย การคุ้มครองสิทธิของบุคคลอื่นซึ่งสุจริต และเกิดผลกระทบต่อการปฏิบัติราชการได้ การดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาศาลปกครองจึงต้องคำนึงถึงผลกระทบดังกล่าวความเป็นไปได้จริงในทางปฏิบัติและควรกระทำเท่าที่จำเป็น

๒.๒ ความเห็นแย้งเกี่ยวกับคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นตาม ๑.๘

(๑) ในคดีนี้ ศาลปกครองชั้นต้นมิได้มีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษา และในชั้นการพิจารณาพิพากษาคดีในศาลปกครองสูงสุดนั้น นายชาญชัย แสวงศักดิ์ ร่วมเป็นองค์คณะพิจารณาพิพากษาคดีนี้ด้วย ก็ได้เสนอแนะต่อองค์คณะในขณะนั้นว่าควรมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาไว้ด้วย แต่องค์คณะในขณะนั้นเห็นว่าไม่จำเป็น

(๒) จากลำดับความเป็นมาของคดีนี้ จะเห็นได้ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ได้หารือไปยังสำนักงาน ก.พ. ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ จะต้องดำเนินการตามคำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดอย่างไร ซึ่งสำนักงาน ก.พ. ก็ได้ตอบข้อหารือว่าได้หารือ ก.พ. และอ.ก.พ. วิสามัญเกี่ยวกับกฎหมายและระเบียบข้าราชการแล้ว ควรดำเนินการดังนี้

(ก) โดยที่ศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการทั้งสี่รายเป็นรองอธิบดีกรมสรรพากรแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ จึงไม่จำต้องออกคำสั่งเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวอีก

(ข) สำหรับคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการทั้งสี่ราย ให้ดำรงตำแหน่งในปัจจุบันนั้น หากผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ได้ดำเนินการคัดเลือกโดยถูกต้องตามกระบวนการคัดเลือกที่ ก.พ. กำหนด และผู้ได้รับแต่งตั้งดังกล่าวมีคุณสมบัติครบถ้วนตรงตามคุณสมบัติทั่วไปและคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งแล้ว คำสั่งดังกล่าวก็เป็นคำสั่งที่มีผลใช้บังคับได้ตามกฎหมาย ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ไม่จำต้องดำเนินการกับคำสั่งดังกล่าวแต่อย่างใด

(ค) เมื่อ อ.ก.พ. กระทรวงการคลังพิจารณาแล้ว เห็นว่า ข้าราชการทั้งสี่รายมีคุณสมบัติตรงตามคุณสมบัติทั่วไปและคุณสมบัติเฉพาะสำหรับตำแหน่งรวมทั้งกระบวนการพิจารณาคัดเลือกข้าราชการทั้งสี่รายดังกล่าว เพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งระดับ ๑๐ ในครั้งนั้น ก็ได้พิจารณาจากผู้ดำรงตำแหน่งรองอธิบดีในขณะนั้นและถูกต้องตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ ก.พ. กำหนด ดังนั้น กรณีนี้

จึงมิได้ขัดต่อหลักเกณฑ์และวิธีการที่ ก.พ. กำหนดแต่ประการใด

แต่เนื่องจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ยังมิได้รายงานผลการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาล่าสุดให้สำนักงานศาลปกครองทราบ และการพิจารณาดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาก็มุ่งเน้นในส่วนที่เกี่ยวกับผลกระทบที่จะมีต่อข้าราชการทั้งสี่รายเพียงอย่างเดียว โดยที่ยังมิได้มีการดำเนินการใด ๆ ในส่วนที่เกี่ยวกับผู้ฟ้องคดีเลย ผู้ฟ้องคดีจึงได้มายื่นคำแถลงต่อศาลปกครองชั้นต้น ลงวันที่ ๑๘ มกราคม ๒๕๕๐ ขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีปฏิบัติตามคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด (ในส่วนที่เกี่ยวกับผู้ฟ้องคดี) ศาลปกครองชั้นต้นจึงได้มีคำสั่งตาม ๑.๘ ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ยื่นคำร้องอุทธรณ์และศาลปกครองสูงสุดโดยองค์คณะที่ ๒ (เสียงข้างมาก) เห็นควรมีคำสั่งยืนตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น

(๓) การดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดโดยผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ นั้น เห็นว่าควรแยกพิจารณาเป็น ๒ ส่วน คือ ในส่วนที่เกี่ยวกับผู้ฟ้องคดีและในส่วนที่เกี่ยวกับข้าราชการทั้งสี่รายและข้าราชการอื่นที่เกี่ยวข้อง

(๓.๑) ในส่วนที่เกี่ยวกับผู้ฟ้องคดีนั้น ผู้ฟ้องคดีได้มีคำขอท้ายคำฟ้องไว้ตั้งแต่แรกแล้วว่าขอให้พิพากษาเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการทั้งสี่รายเป็นรองอธิบดีกรมสรรพากร และขอให้มีการคัดเลือกข้าราชการพลเรือนสามัญ เพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งรองอธิบดีกรมสรรพากรใหม่ ซึ่งในส่วนนี้เมื่อศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษาเมื่อวันที่ ๒ พฤษภาคม ๒๕๔๙ ยืนตามคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นที่ให้เพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการทั้งสี่รายเป็นรองอธิบดีกรมสรรพากร โดยให้มีผลตั้งแต่วันที่ระบุในคำสั่ง (วันที่ ๔ ธันวาคม ๒๕๔๔) ผลทางกฎหมายที่ตามมาในส่วนที่เกี่ยวกับผู้ฟ้องคดีก็คือให้ถือเสมือนหนึ่งว่าข้าราชการทั้งสี่รายไม่เคยได้รับการแต่งตั้งเป็นรองอธิบดีกรมสรรพากรมาก่อนเลย และตำแหน่งรองอธิบดีกรมสรรพากรที่ข้าราชการทั้งสี่เคยดำรงตำแหน่งอยู่ยังว่างอยู่ เมื่อเป็นเช่นนี้การดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลปกครองที่จะคืนความเป็นธรรมให้แก่ผู้ฟ้องคดีในทางนิตินัยก็คือ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ จะต้องย้อนกลับไปพิจารณาแต่งตั้งรองอธิบดีกรมสรรพากรใหม่อีกครั้งหนึ่ง โดยพิจารณาคัดเลือกจากผู้ซึ่งยื่นใบสมัคร (รวมทั้งผู้ฟ้องคดีด้วย) และจะต้องเป็นผู้ซึ่งมีคุณสมบัติครบถ้วนและถูกต้อง (ตามที่ศาลปกครองได้วินิจฉัยไว้) ด้วย โดยดำเนินการตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น หากผู้ฟ้องคดีหรือผู้สมัครรายอื่นผ่านการคัดเลือก ก็ให้ดำเนินการแต่งตั้งเป็นรองอธิบดีกรมสรรพากร โดยให้ได้รับสิทธิประโยชน์อันพึงมีพึงได้ (เงินเดือน ค่าตอบแทน ประวัติการรับราชการ ฯลฯ) โดยให้มีผลในทางนิตินัยเท่านั้น เพราะตามความเป็นจริงไม่สามารถย้อนเวลาให้กลับไปปฏิบัติหน้าที่เป็นรองอธิบดีกรมสรรพากรได้จริงอีกแล้ว กรณีใดที่ไม่สามารถปฏิบัติได้จริงก็ให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ พิจารณาชดใช้เป็นเงินให้แก่ผู้ฟ้องคดีหรือข้าราชการรายอื่น ซึ่งได้รับการคัดเลือกและแต่งตั้งเป็นรองอธิบดีกรมสรรพากรในขณะนั้น

(๓.๒) ในส่วนที่เกี่ยวกับข้าราชการทั้งสี่รายและข้าราชการอื่นที่เกี่ยวข้อง มีความเห็นดังนี้

(ก) เมื่อศาลปกครองมีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งที่แต่งตั้งข้าราชการทั้งสี่รายเป็นรองอธิบดีกรมสรรพากร โดยให้มีผลย้อนหลังไปถึงวันที่คำสั่งดังกล่าวมีผลใช้บังคับ ผลทางกฎหมายที่ตามมาจึงมีอยู่ ๒ ประการ คือ ประการที่หนึ่ง ต้องถือว่าข้าราชการทั้งสี่รายยังคงดำรงตำแหน่งที่ครอง

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

อยู่เดิมก่อนที่จะได้รับการแต่งตั้งเป็นรองอธิบดีกรมสรรพากรและไม่เคยได้รับการแต่งตั้งเป็นรองอธิบดีกรมสรรพากรมาก่อน ดังนั้น ในทางนิตินัยผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ จึงไม่จำเป็นต้องออกคำสั่งเพิกถอนคำสั่งที่แต่งตั้งให้ข้าราชการทั้งสี่รายเป็นรองอธิบดีกรมสรรพากรอีก และผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ก็ไม่จำเป็นต้องออกคำสั่งให้ข้าราชการทั้งสี่รายกลับไปดำรงตำแหน่งเดิมอีก ซึ่งการออกคำสั่งประการที่สองนี้นอกจากจะไม่มีผลในการเยียวยาความเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดีแล้วยังมีผลกระทบต่อสิทธิของข้าราชการทั้งสี่รายและข้าราชการอื่นอีกอย่างน้อยสี่รายซึ่งได้รับการแต่งตั้งให้มาดำรงตำแหน่งแทนข้าราชการทั้งสี่รายในตำแหน่งเดิมนั้นด้วย ซึ่งศาลปกครองก็มิได้มีคำพิพากษาให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ต้องออกคำสั่งเช่นว่านั้น ดังนั้น การออกคำสั่งเช่นว่านั้นจึงมิได้เป็นการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลปกครอง

(ข) การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ได้ออกคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการทั้งสี่รายให้เป็นรองอธิบดีกรมสรรพากร ซึ่งศาลปกครองสูงสุดได้มีคำพิพากษาถึงที่สุดแล้วว่าเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายและได้พิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าวแล้ว ก็มิได้หมายความว่าข้าราชการทั้งสี่รายซึ่งเป็นผู้ได้รับประโยชน์จากคำสั่งดังกล่าวเป็นผู้มีส่วนร่วมในการออกคำสั่งดังกล่าว จึงสมควรได้รับผลกระทบเพื่อเป็นการลงโทษด้วยแต่อย่างใด ดังนั้น ความเห็นของศาลปกครองชั้นต้นที่เห็นว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ มีหน้าที่ต้องออกคำสั่งแต่งตั้งข้าราชการทั้งสี่รายให้กลับไปดำรงตำแหน่งเดิมก่อนได้รับแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งเป็นรองอธิบดีกรมสรรพากร การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ มิได้ดำเนินการดังกล่าว จึงถือว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ยังไม่ได้ปฏิบัติให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด นั้น ยังไม่เห็นพ้องด้วย

(ค) สำหรับความเห็นของศาลปกครองชั้นต้นที่ว่า สำหรับคำสั่งที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ แต่งตั้งให้ข้าราชการทั้งสี่รายดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้นหลังจากที่แต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งรองอธิบดีกรมสรรพากร ซึ่งศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษาให้เพิกถอนแล้วนั้น ก็เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเช่นกัน เนื่องจากเป็นการแต่งตั้งจากตำแหน่งรองอธิบดีที่ได้รับการแต่งตั้งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ จึงมีหน้าที่ต้องเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวด้วย นั้น เห็นว่าน่าจะไม่สอดคล้องกับข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายดังนี้

(ค.๑) ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ มีคำสั่งแต่งตั้งนางจันทิมา สิริแสงทักษิณ นาย ช.นันท์ เพ็ชญไพศิษฏ์ และนายวิชัย จึงรักเกียรติ ให้เป็นรองอธิบดีกรมสรรพากรโดยให้มีผลตั้งแต่วันที่ ๑ ตุลาคม ๒๕๔๔ และแต่งตั้งนายบุญศักดิ์ เจียมปรีชา ให้เป็นรองอธิบดีกรมสรรพากร โดยให้มีผลตั้งแต่วันที่ ๗ ธันวาคม ๒๕๔๔ ศาลปกครองชั้นต้นมีคำพิพากษาเมื่อวันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๔๖ ให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าว แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ และผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ยื่นอุทธรณ์ต่อศาลปกครองสูงสุดขอให้พิพากษากลับคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นเป็นให้ยกฟ้อง กรณีจึงเป็นไปตามมาตรา ๗๐ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ที่บัญญัติว่า ในกรณีที่เป็นคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น ให้รอการปฏิบัติตามคำบังคับไว้จนกว่าจะพ้นระยะเวลาการอุทธรณ์ หรือในกรณีที่มีการอุทธรณ์ ให้รอการบังคับคดีไว้จนกว่าคดีจะถึงที่สุด และในระหว่างการพิจารณาคดีนี้ ศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุดก็มิได้มีคำสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งแต่งตั้งรองอธิบดีกรมสรรพากรดังกล่าว ดังนั้น ในระหว่างการพิจารณาคดีนี้โดยศาลปกครอง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒

จึงมีอำนาจที่จะแต่งตั้งข้าราชการทั้งสี่รายให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้นได้

(ค.๒) คำสั่งแต่งตั้งข้าราชการทั้งสี่รายให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้นก่อนที่ศาลปกครองสูงสุดจะมีคำพิพากษาเมื่อวันที่ ๒ พฤษภาคม ๒๕๔๙ นั้น เมื่อมิได้มีผู้ใดนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองและศาลปกครองก็มิได้มีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าวด้วย จึงยังไม่อาจวินิจฉัยได้ว่า คำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายเพียงเพราะเป็นการแต่งตั้งจากตำแหน่งรองอธิบดีที่ได้รับการแต่งตั้งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย และยังไม่อาจวินิจฉัยได้ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ มีหน้าที่ต้องเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวด้วยโดยอาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น

ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาตรา ๔๒ วรรคสอง คำสั่งทางปกครองย่อมมีผลตราบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอน ซึ่งการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้น หากเป็นคำสั่งทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมาย มาตรา ๕๓ วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันบัญญัติว่า จะกระทำได้เฉพาะเมื่อมีกรณีหนึ่งกรณีใดตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๕๓ วรรคสามเท่านั้น ส่วนการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ให้ประโยชน์แก่ผู้รับคำสั่งทางปกครองนั้น หากเป็นคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย มาตรา ๕๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันบัญญัติว่า อาจกระทำได้ แต่จะต้องคำนึงถึงความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับประโยชน์ในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้นกับประโยชน์สาธารณะประกอบกัน และผู้ได้รับผลกระทบจากการเพิกถอนคำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีสิทธิได้รับค่าทดแทนความเสียหายเนื่องจากความเชื่อโดยสุจริตในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองได้

ก่อนที่ศาลปกครองสูงสุดจะมีคำพิพากษา เมื่อวันที่ ๒ พฤษภาคม ๒๕๔๙ ให้ยืนตามคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นที่ให้เพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งรองอธิบดีกรมสรรพากร คู่กรณีในคดีนี้จึงยังไม่ทราบผลการพิพากษาคดีนี้ว่าจะเป็นอย่างไร และข้าราชการทั้งสี่ราย ซึ่งได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้นก่อนที่ศาลปกครองสูงสุดจะมีคำพิพากษา ก็ย่อมได้รับการคุ้มครองตามบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวข้างต้น

(ค.๓) จากบทบัญญัติแห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวข้างต้นและจากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองของต่างประเทศตามที่ได้อ้างแล้วในข้อ ๒.๑ (๕) จะเห็นได้ว่าการที่จะเพิกถอนคำสั่งที่แต่งตั้งข้าราชการทั้งสี่รายให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นหรือไม่นั้น มิใช่จะพิจารณาโดยอาศัยเหตุผลแต่เพียงว่าเนื่องจากเป็นการแต่งตั้งจากตำแหน่งรองอธิบดีที่ได้รับการแต่งตั้งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงเป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเช่นกัน และผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ จึงมีหน้าที่ต้องเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวด้วย

(ง) การดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลปกครองในส่วนที่เกี่ยวกับข้าราชการทั้งสี่รายนั้น เห็นว่าควรจะพิจารณาดำเนินการเท่าที่จำเป็นเท่านั้น โดยควรจะพิจารณาว่าในเมื่อในทางนิตินัยถือเสมือนหนึ่งว่าข้าราชการทั้งสี่รายไม่เคยได้รับการแต่งตั้งเป็นรองอธิบดีกรมสรรพากรมาก่อนและยังคงดำรงตำแหน่งเดิมก่อนที่จะได้รับการแต่งตั้งเป็นรองอธิบดีฯ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ จึงต้องพิจารณาว่า การพิจารณาแต่งตั้งข้าราชการทั้งสี่รายจากตำแหน่งเดิมก่อนที่จะได้รับการแต่งตั้งเป็นรองอธิบดีฯ ให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นในตำแหน่งที่ได้รับการแต่งตั้งไปแล้วนั้น สามารถกระทำได้หรือไม่เพียงใด ถ้าอาศัยหลักเกณฑ์และวิธีการที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้นที่ไม่ขัดแย้งกับคำพิพากษา

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

ของศาลปกครอง หากไม่อาจแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่สูงขึ้นที่ได้รับการแต่งตั้งไปแล้วได้ ก็ควรจะพิจารณาขอกำหนดตำแหน่งอื่นที่เทียบเท่าให้เป็นกรณีพิเศษ แล้วแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งนั้นแทน ซึ่งการทำเช่นนี้นอกจากจะเป็นการเคารพคำพิพากษาที่ถึงที่สุดของศาลปกครองที่ให้เพิกถอน คำสั่งแต่งตั้งข้าราชการทั้งสี่รายเป็นรองอธิบดีกรมสรรพากรแล้ว ยังจะไม่มีผลกระทบต่อการดำรงตำแหน่งอื่น ๆ ในเวลาต่อมาของข้าราชการทั้งสี่รายและการดำรงตำแหน่งของข้าราชการรายอื่นอีกด้วย

โดยสรุป เห็นควรที่ศาลปกครองสูงสุดจะมีคำสั่งแก้คำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นเสียใหม่เป็นให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดโดยดำเนินการตามแนวทางที่ได้เสนอไว้ตามข้อ ๒.๒ (๓) โดยให้ดำเนินการกับกรณีของนายวิชัย จึงรักเกียรติ ด้วย ทั้งนี้ให้ดำเนินการให้แล้วเสร็จภายใน ๙๐ วัน นับแต่วันที่ได้รับแจ้งคำสั่งศาล แล้วรายงานผลการดำเนินการดังกล่าวให้ศาลทราบด้วย

๖. คดีที่ศาลปกครองพิพากษาเพิกถอนคำสั่งของนายกรัฐมนตรีที่สั่งย้ายเลขาสภาความมั่นคงแห่งชาติไปปฏิบัติราชการยังสำนักนายกรัฐมนตรี ซึ่งในคดีมีปัญหาสำคัญเกี่ยวกับการกำหนดคำบังคับของศาลว่า ควรให้การเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวมีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่ง

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๓๓/๒๕๕๗ (ประชุมใหญ่) คดีนี้ผู้ฟ้องคดีฟ้องสรุปว่า เดิมผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากคำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ ๗ กันยายน ๒๕๕๔ ที่ให้ผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติราชการสำนักนายกรัฐมนตรี และหลังจากนั้นได้มีประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๕๔ ให้โอนผู้ฟ้องคดีจากตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติไปดำรงตำแหน่งที่ปรึกษานายกรัฐมนตรีฝ่ายข้าราชการประจำ สำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรี โดยให้มีผลตั้งแต่วันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๕๔ ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าการโอนผู้ฟ้องคดีดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงยื่นคำร้องทุกข์ต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ (คณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม) แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ มีคำวินิจฉัยให้ยกคำร้องทุกข์ของผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงยื่นฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เพิกถอนคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ (นายกรัฐมนตรี) ตามคำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ ๗ กันยายน ๒๕๕๔ ที่ให้ผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติราชการสำนักนายกรัฐมนตรีและให้ผู้ฟ้องคดีกลับไปดำรงตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติและเพิกถอนคำวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ที่ยกคำร้องทุกข์ของผู้ฟ้องคดี

ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วคดีมีประเด็นที่จะต้องวินิจฉัย ดังนี้

ประเด็นที่หนึ่ง เห็นว่า คำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ ๗ กันยายน ๒๕๕๔ ที่ให้ผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติราชการที่สำนักนายกรัฐมนตรีนั้นมีผลทำให้ผู้ฟ้องคดีต้องพ้นจากการปฏิบัติหน้าที่เลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติและให้ไปปฏิบัติราชการที่สำนักนายกรัฐมนตรีเป็นการชั่วคราวตั้งแต่วันที่ ๗ กันยายน ๒๕๕๔ แต่ต่อมาได้มีประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๕๔ ให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษานายกรัฐมนตรีฝ่ายข้าราชการประจำ สำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรี โดยให้มีผลตั้งแต่วันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๕๔

ดังนั้น คำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรีดังกล่าวจึงสิ้นผลไปโดยปริยายโดยผลของประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีดังกล่าว ศาลปกครองจึงไม่จำต้องออกคำบังคับให้เพิกถอนคำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ ๗ กันยายน ๒๕๕๔

สำหรับประเด็นที่สอง กรณีประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๕๔ ที่ให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษานายกรัฐมนตรีฝ่ายข้าราชการประจำ สำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรีเป็นคำสั่งที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้น เห็นว่า แม้ว่าผู้ฟ้องคดีจะมีคำขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ ๗ กันยายน ๒๕๕๔ โดยมิได้มีคำขอโดยชัดแจ้งให้ศาลเพิกถอนประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๕๔ มาด้วยก็ตาม ซึ่งคำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ ๗ กันยายน ๒๕๕๔ เป็นเพียงคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติราชการที่สำนักนายกรัฐมนตรีเท่านั้น โดยคำสั่งดังกล่าวมิได้มีผลทำให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ แต่เมื่อได้พิจารณาคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีแล้วเป็นที่เข้าใจได้ว่า ผู้ฟ้องคดีมีความมุ่งหมายที่จะขอให้ศาลเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายของผู้ฟ้องคดีโดยการให้ผู้ฟ้องคดีกลับไปดำรงตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติตามเดิม จึงถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีมีความประสงค์ให้ศาลมีคำบังคับให้เพิกถอนประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีที่ให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติและแต่งตั้งผู้ฟ้องคดีให้ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษานายกรัฐมนตรีฝ่ายข้าราชการประจำ สำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรีด้วย ซึ่งประเด็นดังกล่าวมีประเด็นย่อยที่ต้องวินิจฉัยในชั้นศาลปกครองสูงสุด ๒ ประเด็น ดังนี้

ประเด็นย่อยที่หนึ่ง การโอนผู้ฟ้องคดีซึ่งดำรงตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ สำนักงานสภาความมั่นคงแห่งชาติ ไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษานายกรัฐมนตรีฝ่ายข้าราชการประจำ สำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรี ได้กระทำโดยถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้นแล้ว หรือไม่ เห็นว่า การโอนผู้ฟ้องคดีซึ่งดำรงตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ สำนักงานสภาความมั่นคงแห่งชาติ สังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี ไปดำรงตำแหน่งที่ปรึกษานายกรัฐมนตรีฝ่ายข้าราชการประจำ สำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรี สังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี เป็นการโอนข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ดำรงตำแหน่งประเภทบริหารระดับสูงซึ่งสังกัดส่วนราชการระดับกรมตามมาตรา ๗ แห่ง พ.ร.บ. ปรับปรุงกระทรวง ทบวง กรม พ.ศ. ๒๕๔๕ ที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือรับผิดชอบในการปฏิบัติราชการขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรีโดยอยู่ในกระทรวงเดียวกัน การโอนดังกล่าวจึงอาจทำได้เมื่อผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุทั้งสองฝ่ายได้ตกลงยินยอมในการโอนนั้น และให้ทำได้เมื่อได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีแล้ว ให้ปลัดกระทรวงผู้บังคับบัญชาหรือหัวหน้าส่วนราชการระดับกรมดังกล่าวเป็นผู้สั่งบรรจุ และให้นายกรัฐมนตรีนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง ซึ่งข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ได้มีคำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ ๒๕ สิงหาคม ๒๕๕๔ มอบหมายและมอบอำนาจให้รองนายกรัฐมนตรี (พลตำรวจเอก ก.) กำกับการบริหารราชการและสั่งและปฏิบัติราชการแทนในงานของสำนักงานสภาความมั่นคงแห่งชาติ และมอบหมายและมอบอำนาจให้รัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรี (นางสาว ก.) สั่งและปฏิบัติราชการแทนในงานของสำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรี เมื่อพิจารณาจากคำสั่งมอบอำนาจดังกล่าว ผู้มีอำนาจสั่ง

บรรจุและแต่งตั้งที่ต้องให้ความยินยอมในการให้โอนข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ดำรงตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ จึงได้แก่ รองนายกรัฐมนตรี (พลตำรวจเอก ก.) ในฐานะรัฐมนตรีเจ้าสังกัดตามมาตรา ๕๗ วรรคหนึ่ง (๑) แห่ง พ.ร.บ. ระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑ ส่วนตำแหน่งที่ปรึกษานายกรัฐมนตรีฝ่ายข้าราชการประจำ สำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรี ซึ่งแม้จะเป็นตำแหน่งที่ ก.พ. กำหนดให้เป็นตำแหน่งประเภทบริหารระดับสูง แต่ก็อยู่ในสังกัดสำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรี ซึ่งเป็นส่วนราชการระดับกรมที่หัวหน้าส่วนราชการอยู่ในบังคับบัญชาหรือรับผิดชอบการปฏิบัติราชการขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรี ดังนั้น ผู้มีอำนาจสั่งบรรจุและแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษานายกรัฐมนตรีฝ่ายข้าราชการประจำ สำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรี จึงได้แก่ เลขาธิการนายกรัฐมนตรี ในฐานะหัวหน้าส่วนราชการระดับกรมตามมาตรา ๕๗ วรรคหนึ่ง (๒) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ผู้มีอำนาจสั่งบรรจุและแต่งตั้งตามมาตรา ๕๗ ทั้งสองฝ่ายคือ เลขาธิการนายกรัฐมนตรีและรองนายกรัฐมนตรีได้ตกลงยินยอมในการให้โอนและรับโอนผู้ฟ้องคดีมาแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษานายกรัฐมนตรีฝ่ายข้าราชการประจำตามขั้นตอนและวิธีการที่กฎหมายบัญญัติไว้ในส่วนของการตกลงยินยอมในการโอนแล้ว จากนั้น นางสาว ก. รัฐมนตรีประจำสำนักนายกรัฐมนตรีในฐานะรัฐมนตรีเจ้าสังกัดได้มีหนังสือลงวันที่ ๕ กันยายน ๒๕๕๔ ถึงเลขาธิการคณะรัฐมนตรี ขอให้นำเสนอเรื่องการโอนผู้ฟ้องคดีให้คณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัติตามมาตรา ๕๗ วรรคหนึ่ง (๒) แห่งพระราชบัญญัติข้างต้น ซึ่งต่อมาคณะรัฐมนตรีได้มีมติเมื่อวันที่ ๖ กันยายน ๒๕๕๔ อนุมัติตามที่สำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรีเสนอ และสำนักเลขาธิการคณะรัฐมนตรีก็ได้ขอให้สำนักราชเลขาธิการนำความกราบบังคมทูลทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งเดิมและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งใหม่ต่อไปแล้ว กรณีจะเห็นได้ว่า การโอนผู้ฟ้องคดีซึ่งดำรงตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติมาแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษานายกรัฐมนตรีฝ่ายข้าราชการประจำ สำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรี สังกัดสำนักนายกรัฐมนตรี เป็นการดำเนินการที่ผู้บังคับบัญชาผู้มีอำนาจสั่งบรรจุและแต่งตั้งตามมาตรา ๕๗ ทั้งสองฝ่าย ซึ่งได้แก่ เลขาธิการนายกรัฐมนตรีและรองนายกรัฐมนตรี (พลตำรวจเอก ก.) ได้ตกลงยินยอมในการโอน และได้รับอนุมัติจากคณะรัฐมนตรีแล้วตามนัยมาตรา ๕๗ วรรคหนึ่ง (๑) และ (๒) ประกอบมาตรา ๖๓ วรรคหนึ่ง แห่ง พ.ร.บ. ระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑ และข้อ ๓ ของหนังสือสำนักงาน ก.พ. ลงวันที่ ๒๐ กุมภาพันธ์ ๒๕๕๒ ดังนั้น การดำเนินการเพื่อแต่งตั้งให้ผู้ฟ้องคดีมาดำรงตำแหน่งที่ปรึกษานายกรัฐมนตรีดังกล่าว เป็นการดำเนินการที่ได้กระทำโดยถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว

สำหรับประเด็นย่อยที่สองที่ว่า การโอนผู้ฟ้องคดีมาแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษานายกรัฐมนตรีฝ่ายข้าราชการประจำ สำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรี เป็นการใช้ดุลพินิจที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่นั้น เห็นว่า แม้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ในฐานะหัวหน้ารัฐบาลและในฐานะผู้บังคับบัญชาสูงสุดของข้าราชการประจำของราชการส่วนกลางและราชการส่วนภูมิภาคจะมีอำนาจดุลพินิจในการบริหารงานบุคคลในอันที่จะหมุนเวียน สับเปลี่ยนบทบาทหรือการทำหน้าที่ของข้าราชการเพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปตามแนวนโยบายที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ได้แถลงไว้ต่อรัฐสภา และแม้ว่าผู้ดำรงตำแหน่งหัวหน้าส่วนราชการที่ปฏิบัติราชการรับผิดชอบงานด้านความมั่นคงของประเทศจะต้องเป็น

ผู้ซึ่งได้รับความไว้วางใจจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ว่าจะสามารถปฏิบัติตามนโยบายด้านความมั่นคงของรัฐบาลได้อย่างมีประสิทธิภาพก็ตาม แต่การใช้อำนาจดุลพินิจดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ นอกจากจะต้องเป็นไปตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้แล้ว ยังจะต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายและอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายอีกด้วย นอกจากนี้ การใช้อำนาจดุลพินิจของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ในการโอนผู้ดำรงตำแหน่งหัวหน้าส่วนราชการระดับกรมหรือระดับกระทรวงไปดำรงตำแหน่งอื่น ก็จะต้องมีความเหมาะสมและเป็นธรรมแก่ผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวด้วย ซึ่งศาลปกครองไม่อาจก้าวล่วงเข้าไปควบคุมการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายบริหารในแง่ของความเหมาะสมของการบริหารงานบุคคลให้สอดคล้องกับนโยบายของรัฐบาลได้ แต่ศาลปกครองย่อมมีอำนาจตรวจสอบการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายบริหารในแง่ของความชอบด้วยกฎหมายได้ตามมาตรา ๒๖ มาตรา ๒๗ มาตรา ๒๘ วรรคสองและวรรคสาม มาตรา ๒๙ วรรคหนึ่ง และมาตรา ๓๑ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ มาตรา ๑๒๒ และมาตรา ๑๒๓ วรรคสอง แห่ง พ.ร.บ. ระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๑๑ และมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) มาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง และมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่ง แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ ฉะนั้น เมื่อผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นข้าราชการพลเรือนที่อยู่ใต้บังคับบัญชาของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ มีความคับข้องใจอันเกิดจากการปฏิบัติต่อตนของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ และได้ใช้สิทธิร้องทุกข์ต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ แล้ว แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ มีคำวินิจฉัยยกคำร้องทุกข์ของผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าตนได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการกระทำดังกล่าว จึงนำคดีมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองโดยผู้ฟ้องคดีอ้างเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ไว้ ๓ ประการ คือ ประการที่หนึ่ง คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ไม่ถูกต้องตามขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้ ประการที่สอง คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ และประการที่สาม คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ กระทำโดยไม่สุจริต ซึ่งเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ทั้ง ๓ ประการ ล้วนแล้วแต่เป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของการกระทำพิพาทตามที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ คดีนี้จึงเป็นคดีที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะรับไว้พิจารณาพิพากษาได้ตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) ประกอบกับมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ทั้งนี้ เมื่อ พ.ร.บ. ระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑ ได้กำหนดขอบเขตของการใช้อำนาจดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาในการบรรจุและแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนสามัญไว้ในมาตรา ๕๒ ว่า จะต้องเป็นไปตามระบบคุณธรรมตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๔๒ และคำนึงถึงพฤติกรรมทางจริยธรรมของบุคคลดังกล่าว ตลอดจนประโยชน์ของทางราชการ และเพื่อให้การใช้อำนาจดุลพินิจของผู้บังคับบัญชาตามมาตรา ๕๗ วรรคหนึ่ง เป็นการใช้อำนาจดุลพินิจที่มีเหตุผลรองรับเพื่อมิให้เป็นการใช้อำนาจตามอำเภอใจ จึงได้มีการบัญญัติไว้ในมาตรา ๕๗ วรรคสองว่า ในการเสนอเพื่อแต่งตั้งข้าราชการพลเรือนสามัญให้ดำรงตำแหน่ง ให้รายงานความสมควร พร้อมทั้งเหตุผล ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ ก.พ. กำหนดไปด้วย ซึ่งเป็นไปตามหลักกฎหมายทั่วไปที่ว่าการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายบริหารนั้นจะต้องมีเหตุผลรองรับ ซึ่งหลักการที่ว่าการใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายบริหารจะต้องมีเหตุผลรองรับนั้นได้มีการนำมาบัญญัติไว้ใน พ.ร.บ. วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ซึ่งเป็นกฎหมายที่กำหนดมาตรฐานกลางในการใช้อำนาจทางปกครองขององค์กรเจ้าหน้าที่ของรัฐฝ่ายปกครอง โดยมี

การบัญญัติไว้ในมาตรา ๓๗ วรรคหนึ่งว่า คำสั่งทางปกครองที่ทำเป็นหนังสือและการยืนยันคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือต้องจัดให้มีเหตุผลไว้ด้วย และเหตุผลนั้นอย่างน้อยต้องประกอบด้วย (๑) ข้อเท็จจริงอันเป็นสาระสำคัญ (๒) ข้อกฎหมายที่อ้างอิง (๓) ข้อพิจารณาและข้อสนับสนุนในการใช้ดุลพินิจ ซึ่งแสดงให้เห็นว่า การใช้อำนาจดุลพินิจในการทำคำสั่งทางปกครองเป็นหนังสือนั้น ต้องจัดให้มีเหตุผลและเหตุผลนั้นอย่างน้อยต้องประกอบด้วยสาระสำคัญทั้ง ๓ ประการดังกล่าวแล้วข้างต้น ซึ่งข้อเท็จจริงในคดีนี้ไม่ปรากฏว่า ในการพิจารณาโอนผู้ฟ้องคดีไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษานายกรัฐมนตรีฝ่ายข้าราชการประจำ สำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรีนั้น ได้มีการเสนอหรือแสดงถึงเหตุผลในการโอนผู้ฟ้องคดีไว้โดยชัดแจ้ง โดยปรากฏเหตุผลเป็นลายลักษณ์อักษรในคำสั่งที่ทำเป็นหนังสือเพียงเท่าที่ระบุไว้ในคำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ ๗ กันยายน ๒๕๕๔ โดยระบุเหตุผลไว้กว้างๆ แต่เพียงว่า เพื่อความเหมาะสมและประโยชน์ของทางราชการ ซึ่งคำสั่งดังกล่าวเป็นเพียงการสั่งให้ผู้ฟ้องคดีมาปฏิบัติราชการที่สำนักนายกรัฐมนตรีเป็นการชั่วคราว ในระหว่างรอการดำเนินการโอนตามขั้นตอนที่กำหนดไว้ในมาตรา ๕๗ วรรคหนึ่ง (๑) แห่ง พ.ร.บ. ระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑ จากข้อเท็จจริงดังกล่าว จึงต้องถือว่าในการดำเนินกระบวนการโอนผู้ฟ้องคดีดังกล่าวตั้งแต่ในชั้นการเสนอผู้มีอำนาจสั่งบรรจุและแต่งตั้งของทั้งสองฝ่ายให้ตกลงยินยอมการโอน จนถึงในชั้นเสนอคณะรัฐมนตรีพิจารณาอนุมัตินั้น ไม่ปรากฏว่าได้มีการรายงานความสมควร พร้อมทั้งเหตุผลประกอบตามมาตรา ๕๗ วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติข้างต้น การใช้อำนาจดุลพินิจของฝ่ายบริหารตามกฎหมายในการโอนผู้ฟ้องคดีจากตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติให้มาดำรงตำแหน่งที่ปรึกษานายกรัฐมนตรีฝ่ายข้าราชการประจำ สำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรี จึงมิได้มีการให้เหตุผลของการโอนผู้ฟ้องคดี

อย่างไรก็ตาม เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ได้อ้างเหตุผลของการมีคำสั่งโอนผู้ฟ้องคดีว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ในฐานะหัวหน้ารัฐบาล ได้แถลงนโยบายในการบริหารประเทศต่อรัฐสภา โดยนโยบายความมั่นคงของรัฐถือเป็นนโยบายเร่งด่วนที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ แถลงต่อรัฐสภาว่าจะต้องเร่งดำเนินการภายในปีแรกของการเข้าบริหารราชการแผ่นดินและเป็นหน้าที่ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ในการกำหนดหรือใช้ยุทธศาสตร์ที่เหมาะสมเพื่อให้บรรลุเป้าหมายของนโยบายตามที่ได้แถลงต่อรัฐสภา ดังนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ จึงมีความต้องการบุคลากรที่มีความรู้ ความสามารถ ความเชี่ยวชาญ และประสบการณ์ยาวนานในการปฏิบัติราชการเกี่ยวกับความมั่นคงเพื่อมาช่วยปฏิบัติราชการในฝ่ายนโยบายให้บรรลุผลสัมฤทธิ์ของงานด้านความมั่นคงของประเทศ และเห็นว่าผู้ฟ้องคดีซึ่งดำรงตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติมีคุณสมบัติครบถ้วนตรงตามความต้องการ เลขาธิการนายกรัฐมนตรีจึงมีหนังสือลงวันที่ ๔ กันยายน ๒๕๕๔ ถึงรองนายกรัฐมนตรี (พลตำรวจเอก ก.) เสนอขอความเห็นชอบให้โอนผู้ฟ้องคดีมาดำรงตำแหน่งที่ปรึกษานายกรัฐมนตรีฝ่ายข้าราชการประจำ สำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรี นั้น เห็นว่าตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติเป็นตำแหน่งที่ขึ้นตรงต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ และมีอำนาจหน้าที่โดยตรงเกี่ยวกับกิจการความมั่นคงของประเทศ โดยเป็นที่ปรึกษา เสนอแนะนโยบาย มาตรการและแนวทางปฏิบัติด้านความมั่นคงแห่งชาติต่อสภาความมั่นคงแห่งชาติและคณะรัฐมนตรี ผู้ดำรงตำแหน่งนี้จึงสามารถเสนอแนะนโยบายด้านความมั่นคงของประเทศต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ได้โดยตรงอยู่แล้ว ส่วนตำแหน่งที่ปรึกษานายกรัฐมนตรีฝ่ายข้าราชการประจำ สำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรี นั้น

เป็นตำแหน่งที่ ก.พ. กำหนดขึ้น โดย ก.พ. ได้กำหนดหน้าที่ความรับผิดชอบตามลักษณะงานของตำแหน่งที่ปรึกษานายกรัฐมนตรี โดยผู้ดำรงตำแหน่งนี้ไม่อาจเสนอแนะนโยบายด้านความมั่นคงของประเทศต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ได้โดยตรง แต่จะต้องเสนอผ่านเลขาธิการนายกรัฐมนตรี ซึ่งปรากฏข้อเท็จจริงว่าภายหลังจากที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ได้มีคำสั่งให้ผู้ฟ้องคดีมาปฏิบัติราชการสำนักนายกรัฐมนตรีแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ มิได้มอบหมายงานให้ผู้ฟ้องคดีปฏิบัติตามที่ได้อ้างถึงความสำคัญและความจำเป็นเร่งด่วนในการมีคำสั่งแต่งตั้งให้ผู้ฟ้องคดีมาดำรงตำแหน่งดังกล่าวแต่อย่างใด จึงเห็นได้ว่า แม้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ในฐานะหัวหน้ารัฐบาลและในฐานะผู้บังคับบัญชาสูงสุดของข้าราชการประจำของราชการส่วนกลางและราชการส่วนภูมิภาค จะมีอำนาจดุลพินิจในการบริหารงานบุคคลหมุนเวียนสับเปลี่ยนบทบาทหรือการทำหน้าที่ของข้าราชการเพื่อให้การบริหารราชการแผ่นดินเป็นไปตามแนวนโยบายที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ได้แถลงไว้ต่อรัฐสภาได้ แต่ในการใช้อำนาจดุลพินิจดังกล่าวของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ นั้น นอกจากจะต้องคำนึงถึงวัตถุประสงค์ของกฎหมายและอยู่ภายในขอบเขตของกฎหมายแล้ว ยังจะต้องมีเหตุผลรองรับที่มีอยู่จริงและอธิบายได้ ซึ่งไม่ปรากฏข้อเท็จจริงว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ได้อ้างเหตุผลในการโอนผู้ฟ้องคดีว่าผู้ฟ้องคดีได้ปฏิบัติหน้าที่โดยไม่มีประสิทธิภาพ มีข้อบกพร่องหรือไม่สนองนโยบายของรัฐบาลซึ่งจะถือได้ว่ามีเหตุผลอันสมควรที่ผู้บังคับบัญชาสามารถสั่งโอนได้ตามความเหมาะสม จึงถือได้ว่าเป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ อันเป็นเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายประการหนึ่ง ดังนั้น การโอนผู้ฟ้องคดีจากตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติมาแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษานายกรัฐมนตรีฝ่ายข้าราชการประจำตามประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๕๔ จึงเป็นการกระทำที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

ที่ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาเพิกถอนคำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ ๗ กันยายน ๒๕๕๔ ที่ให้ผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติราชการสำนักนายกรัฐมนตรี และประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๕๔ ที่ให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ (นักบริหารระดับสูง) สำนักงานสภาความมั่นคงแห่งชาติ โดยให้มีผลย้อนหลังไปถึงวันที่คำสั่งและประกาศฉบับดังกล่าวมีผลบังคับ กับเพิกถอนคำวินิจฉัยของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ที่ยกคำร้องทุกข์ของผู้ฟ้องคดี โดยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาตามนัยมาตรา ๖๙ วรรคหนึ่ง (๘) แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ คือ เมื่อคำสั่งพิพาทถูกศาลเพิกถอนโดยให้มีผลย้อนหลังดังกล่าวย่อมมีผลทางกฎหมายว่าผู้ฟ้องคดีมิได้พ้นจากตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ ผู้เกี่ยวข้องก็ต้องดำเนินการให้ผู้ฟ้องคดีสามารถปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติสำนักงานสภาความมั่นคงแห่งชาติโดยเร็ว นั้น **ศาลปกครองสูงสุดโดยที่ประชุมใหญ่**พิเคราะห์แล้วเห็นว่า เพื่อเป็นการแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้รับจากประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง แต่งตั้งข้าราชการพลเรือน ลงวันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๕๔ ที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนี้ จึงให้เพิกถอนประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีดังกล่าวมีผลย้อนหลังไปถึงวันที่ประกาศดังกล่าวมีผลใช้บังคับ คือ วันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๕๔ โดยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาตามนัยมาตรา ๖๙ วรรคหนึ่ง (๘) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ควรที่จะพิจารณาดำเนินการตามกฎหมายเพื่อให้ผู้ฟ้องคดีได้ดำรงตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคง

แห่งชาติ ทั้งนี้ ภายในสี่สิบห้าวัน นับแต่วันที่มีคำพิพากษา

พิพากษาแก้คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น เป็นให้เพิกถอนเฉพาะประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง แต่งตั้งข้าราชการพลเรือน ลงวันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๕๔ ที่ให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ (นักบริหารระดับสูง) สำนักงานสภาความมั่นคงแห่งชาติ และแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษานายกรัฐมนตรีฝ่ายข้าราชการประจำ (นักบริหารระดับสูง) สำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรี ทั้งนี้ ให้การเพิกถอนประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีดังกล่าวมีผลย้อนหลังไปถึงวันที่ประกาศดังกล่าวมีผลใช้บังคับ คือ วันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๕๔ โดยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาตามนัยมาตรา ๖๙ วรรคหนึ่ง (๘) แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ควรที่จะพิจารณาดำเนินการตามกฎหมายเพื่อให้ผู้ฟ้องคดีได้กลับสู่ตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ ทั้งนี้ ภายในสี่สิบห้าวัน นับแต่วันที่มีคำพิพากษา

ความเห็นแย้ง : ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดฝ่ายเสียงข้างน้อย ประกอบด้วย ท่านชาญชัย แสวงศักดิ์ ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุดและตุลาการเจ้าของสำนวน ท่านวรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด ท่านวิษณุ วรัญญู ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด ท่านนพดล เฮงเจริญ ตุลาการศาลปกครองสูงสุด ท่านวราวุธ ศิริยุทธ์วัฒนา ตุลาการศาลปกครองสูงสุด ท่านสมรรถชัย วิศาลาภรณ์ ตุลาการศาลปกครองสูงสุด ท่านประวิตร บุญเทียม ตุลาการศาลปกครองสูงสุด และท่านสมชัย วัฒนการุณ ตุลาการศาลปกครองสูงสุด ไม่เห็นพ้องด้วยกับมติของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดฝ่ายเสียงข้างมากดังกล่าวข้างต้น แต่เห็นพ้องด้วยกับร่างคำพิพากษาเดิมของศาลปกครองสูงสุดโดยองค์คณะที่ ๓ จึงขอทำความเห็นแย้งไว้ดังนี้

๑. <u>สรุปผลการพิจารณาพิพากษาคดีและการกำหนดคำบังคับที่แตกต่างกันระหว่างศาลปกครองชั้นต้น ศาลปกครองสูงสุดโดยองค์คณะที่ ๓ ประธานศาลปกครองสูงสุด และมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดฝ่ายเสียงข้างมาก</u>

๑.๑ <u>คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น</u>

ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาว่า คำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรี ที่ ๑๕๒/๒๕๕๔ ลงวันที่ ๗ กันยายน ๒๕๕๔ ที่ให้ผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติราชการสำนักนายกรัฐมนตรี ประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๕๔ ที่ให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ และแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษานายกรัฐมนตรีฝ่ายข้าราชการประจำ สำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรี และคำวินิจฉัยร้องทุกข์ของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ที่ยกคำร้องทุกข์ของผู้ฟ้องคดีไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรีฯ และประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีฯ โดยกำหนดให้การเพิกถอนมีผลย้อนหลังไปถึงวันที่คำสั่งและประกาศดังกล่าวมีผลบังคับ กับให้เพิกถอนคำวินิจฉัยร้องทุกข์ฯ โดยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาตามมาตรา ๖๙ วรรคหนึ่ง (๘) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ คือ เมื่อคำสั่งพิพาทถูกศาลเพิกถอนโดยให้มีผลย้อนหลังดังกล่าว ย่อมมีผลทางกฎหมายว่าผู้ฟ้องคดีมิได้พ้นจากตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ ผู้เกี่ยวข้องก็ต้องดำเนินการให้ผู้ฟ้องคดีสามารถ

ปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติโดยเร็ว

๑.๒ ร่างคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดโดยองค์คณะที่ ๓

โดยที่ผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ มิได้ยื่นอุทธรณ์ ดังนั้น จึงเหลือการกระทำทางปกครองพิพาทที่ศาลปกครองสูงสุดจะต้องตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายในชั้นอุทธรณ์เพียง ๒ ประการ คือ คำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรีฯ และประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีฯ ซึ่งศาลปกครองสูงสุดโดยองค์คณะที่ ๓ เห็นว่า คำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรีฯ ได้สิ้นผลไปโดยปริยายโดยผลของประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีฯ และเป็นกรณีที่คำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรีฯ ได้สิ้นผลลงก่อนที่ผู้ฟ้องคดีจะนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้น ในเมื่อคำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรีฯ ได้สิ้นผลไปแล้ว ศาลปกครองจึงไม่จำต้องออกคำบังคับให้เพิกถอนคำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรีฯ อีกต่อไป ดังนั้น ศาลปกครองสูงสุดจึงไม่จำต้องวินิจฉัยปัญหาความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรีฯ กรณีจึงเหลือแต่เพียงประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีฯ ที่ศาลปกครองสูงสุดจะต้องตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งศาลปกครองชั้นต้นได้พิพากษาว่า การโอนผู้ฟ้องคดีมีความไม่ชอบด้วยกฎหมายด้วยเหตุ ๒ ประการ คือ ขั้นตอนการโอนผู้ฟ้องคดีไม่ชอบด้วยกฎหมาย และการโอนผู้ฟ้องคดีเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จึงพิพากษาให้เพิกถอนประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีฯ โดยให้มีผลย้อนหลังไปถึงวันที่ประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีฯ มีผลใช้บังคับ แต่ศาลปกครองสูงสุด ได้ตรวจสอบการโอนผู้ฟ้องคดีแล้ว มีความเห็นแตกต่างจากศาลปกครองชั้นต้นในส่วนของเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายประการแรก โดยศาลปกครองสูงสุดเห็นว่า ขั้นตอนการโอนผู้ฟ้องคดีเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายแล้ว และเห็นด้วยกับศาลปกครองชั้นต้นในส่วนของเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายประการที่สองว่า การโอนผู้ฟ้องคดีเป็นการใช้ดุลพินิจที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย แต่มีเหตุผลทางกฎหมายที่แตกต่างจากศาลปกครองชั้นต้นในบางประการ ซึ่งในเมื่อศาลปกครองสูงสุดเห็นว่าประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีฯ มีความไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองสูงสุดก็มีอำนาจตามมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ที่จะเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายของผู้ฟ้องคดีได้โดยการออกคำบังคับด้วยการสั่งให้เพิกถอนประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีฯ ส่วนการกำหนดคำบังคับว่าการเพิกถอนประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีฯ จะให้มีผลตั้งแต่เมื่อใดนั้น มาตรา ๗๒ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งว่า ในการมีคำบังคับตามมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่ง (๑) ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดว่าจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ทั้งนี้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี ซึ่งบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวบัญญัติให้เป็นอำนาจดุลพินิจของศาลปกครองที่จะพิจารณากำหนดว่า จะให้การเพิกถอนประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีฯ มีผลตั้งแต่เมื่อใด ทั้งนี้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี มิใช่เป็นสิทธิเรียกร้องของผู้ฟ้องคดีที่ศาลปกครองจำต้องออกคำบังคับให้เป็นไปตามความประสงค์ของผู้ฟ้องคดี ซึ่งศาลปกครองสูงสุดโดยองค์คณะที่ ๓ เห็นพ้องด้วยกับคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นที่ให้เพิกถอนประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๕๔ แต่ไม่เห็นพ้องด้วยกับคำพิพากษาในส่วนที่ให้เพิกถอนคำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรี ที่ ๑๕๒/๒๕๕๔ ลงวันที่ ๗ กันยายน ๒๕๕๔ โดยให้มีผลย้อนหลังไปถึงวันที่คำสั่งและประกาศฉบับดังกล่าวมีผลบังคับ โดยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทาง

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

หรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาตามนัยมาตรา ๖๙ วรรคหนึ่ง (๘) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ คือ เมื่อคำสั่งพิพาทถูกศาลเพิกถอน โดยให้มีผลย้อนหลังดังกล่าว ย่อมมีผลทางกฎหมายว่าผู้ฟ้องคดีมิได้พ้นจากตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ ผู้เกี่ยวข้องก็ต้องดำเนินการให้ผู้ฟ้องคดีสามารถปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ สำนักงานสภาความมั่นคงแห่งชาติโดยเร็ว ศาลปกครองสูงสุดโดยองค์คณะที่ ๓ เห็นว่า ในกรณีที่ศาลปกครองมีคำบังคับให้เพิกถอนคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยให้การเพิกถอนมีผลย้อนหลังไปถึงวันที่คำสั่งดังกล่าวมีผลใช้บังคับ การดำเนินการให้เป็นไปตามคำบังคับของศาลในกรณีดังกล่าวก็คือ การย้อนเวลากลับไปในอดีตโดยถือเสมือนหนึ่งว่าไม่เคยมีการออกคำสั่งดังกล่าวมาก่อน ผลทางนิตินัยที่ตามมาก็คือ จะต้องมีการดำเนินการให้ผู้ฟ้องคดีกลับคืนสู่สถานภาพเดิมโดยจะต้องคืนตำแหน่งและสิทธิประโยชน์ต่างๆ อันพึงมีพึงได้ให้แก่ผู้ฟ้องคดีโดยถือเสมือนหนึ่งว่าผู้ฟ้องคดีไม่เคยพ้นจากตำแหน่งเดิมเลย อย่างไรก็ตาม การดำเนินการให้ผู้ฟ้องคดีกลับคืนสู่สถานภาพเดิมในทางนิตินัยนั้นมิได้หมายความว่า จะต้องมีการดำเนินการให้ผู้ฟ้องคดีกลับเข้าสู่ตำแหน่งเดิมในทางพฤตินัยเสมอไป เนื่องจากในระหว่างการพิจารณาคดีของศาล ผู้ฟ้องคดีอาจเกษียณอายุราชการไปก่อนก็ได้ ในกรณีเช่นนี้ การกลับเข้าสู่ตำแหน่งเดิมในทางพฤตินัย ก็ย่อมไม่อาจกระทำได้แล้ว นอกจากนี้ ในกรณีที่ยังอาจกลับเข้าสู่ตำแหน่งในทางพฤตินัยได้ ก็ไม่จำเป็นที่จะต้องกลับเข้าสู่ตำแหน่งเดิมเสมอไป ทั้งนี้เพราะในระหว่างการพิจารณาคดีของศาล ถ้าศาลมิได้มีคำสั่งให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งที่ให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งเดิมไว้ก่อน ตำแหน่งเดิมนั้นย่อมมีการแต่งตั้งบุคคลอื่นให้ดำรงตำแหน่งแทนผู้ฟ้องคดีไปแล้ว การที่ศาลจะออกคำบังคับโดยสั่งให้เพิกถอนคำสั่งพิพาทที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยจะกำหนดให้การเพิกถอนมีผลย้อนหลัง หรือไม่ เพียงใด นั้น ศาลจะต้องคำนึงถึงหลักกฎหมายว่าด้วยความมั่นคงของนิติฐานะและการคุ้มครองสิทธิของบุคคลอื่นซึ่งสุจริตด้วย ทั้งนี้ เนื่องจากการออกคำบังคับให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยกำหนดให้การเพิกถอนมีผลย้อนหลังนั้นอาจมีผลกระทบต่อคำสั่งทางปกครองฉบับอื่นที่เกี่ยวพันกันและเกิดผลกระทบต่อการปฏิบัติราชการได้ ถ้าคำสั่งทางปกครองฉบับอื่นนั้นได้ให้สิทธิแก่บุคคลอื่นที่สุจริตและเป็นคำสั่งทางปกครองที่เป็นที่สุดแล้ว เนื่องจากคำสั่งทางปกครองฉบับอื่นนั้นมิได้ถูกโต้แย้งคัดค้านความชอบด้วยกฎหมายภายในระยะเวลาที่กฎหมายกำหนด คำสั่งทางปกครองฉบับอื่นนั้นก็ยังคงมีผลใช้บังคับต่อไปได้ ดังนั้น การที่ศาลจะกำหนดให้การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยให้การเพิกถอนมีผลย้อนหลังไปถึงวันที่คำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีผลใช้บังคับจึงต้องคำนึงถึงผลกระทบดังกล่าวและพึงกระทำเท่าที่จำเป็นจริงๆ ในคดีนี้ปรากฏข้อเท็จจริงว่า ภายหลังจากที่ได้มีการโอนผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติแล้ว ได้มีการเปลี่ยนแปลงตัวผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวจากผู้ฟ้องคดีมาเป็นพลตำรวจเอก วิเชียร พจน์โพธิ์ศรี และจากพลตำรวจเอก วิเชียร พจน์โพธิ์ศรี มาเป็น พลโท ภราดร พัฒนถาบุตร ซึ่งผู้ดำรงตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติคนปัจจุบันเป็นบุคคลภายนอกที่มิได้เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับการพิจารณาพิพากษาคดีนี้ และได้เข้าดำรงตำแหน่งดังกล่าวโดยสุจริตโดยไม่มีผู้ใดฟ้องคดีต่อศาลปกครองโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งแต่งตั้งพลโท ภราดร พัฒนถาบุตร ให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว ดังนั้น การที่ศาลปกครองชั้นต้นได้ออกคำบังคับให้เพิกถอนประกาศ

สำนักนายกรัฐมนตรีพิพาทโดยกำหนดให้การเพิกถอนมีผลย้อนหลังไปถึงวันที่ประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีพิพาทมีผลใช้บังคับโดยมีข้อสังเกตว่า ย่อมมีผลทางกฎหมายว่าผู้ฟ้องคดีมิได้พ้นจากตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ ก็ย่อมจะมีผลกระทบต่อการดำรงตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติของพลโท ภราดร พัฒนถาบุตร และอาจมีผลกระทบต่อความต่อเนื่องของการปฏิบัติราชการของผู้ดำรงตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติตามภารกิจต่างๆ ที่ได้รับมอบหมายจากสภาความมั่นคงแห่งชาติหรือจากรัฐบาลได้ ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ศาลปกครองสูงสุดโดยองค์คณะที่ ๓ จึงเห็นควรออกคำบังคับตามมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่ง (๑) และวรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ สั่งให้เพิกถอนประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีดังกล่าว โดยกำหนดให้การเพิกถอนมีผลเมื่อครบกำหนดเก้าสิบวัน นับแต่วันที่มีคำพิพากษานี้ โดยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาตามนัยมาตรา ๖๙ วรรคหนึ่ง (๘) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ โดยให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ พิจารณาดำเนินการตามกฎหมายเพื่อให้ผู้ฟ้องคดีได้ดำรงตำแหน่งเดิมหรือตำแหน่งอื่นที่มีอำนาจหน้าที่ในทางบริหารเทียบเท่ากับตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ ทั้งนี้ ภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่มีคำพิพากษา และได้เสนอร่างคำพิพากษาให้ประธานศาลปกครองสูงสุดพิจารณา

๑.๓ <u>การพิจารณาของประธานศาลปกครองสูงสุด</u>

ประธานศาลปกครองสูงสุดเห็นสมควรให้วินิจฉัยประเด็นการกำหนดคำบังคับตามคำพิพากษาโดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ตามมาตรา ๖๘ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดกำหนดประเด็นวินิจฉัยใน ๒ ประเด็น ดังนี้

(๑) การกำหนดคำบังคับเพื่อเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายของผู้ฟ้องคดีตามคำขอโดยการสั่งให้เพิกถอนประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๕๔ จำต้องกำหนดให้การเพิกถอนมีผลย้อนหลังไปถึงวันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๕๔ ซึ่งเป็นวันที่ประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีดังกล่าวมีผลใช้บังคับหรือไม่ หรือให้การเพิกถอนมีผลนับแต่วันที่ศาลมีคำพิพากษาหรือให้การเพิกถอนมีผลไปในอนาคตตามร่างคำพิพากษาขององค์คณะที่ ๓

(๒) จำต้องมีข้อสังเกตตามร่างคำพิพากษาขององค์คณะที่ ๓ หรือไม่ อย่างไร

๑.๔ <u>มติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดฝ่ายเสียงข้างมาก</u>

ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้พิจารณาประเด็นดังกล่าวข้างต้นแล้วมีมติด้วยเสียงข้างมาก (๑๔ เสียงต่อ ๘ เสียง) ว่า เพื่อเป็นการแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้รับจากประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง แต่งตั้งข้าราชการพลเรือน ลงวันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๕๔ ที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนี้ จึงให้เพิกถอนประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีดังกล่าว มีผลย้อนหลังไปถึงวันที่ประกาศดังกล่าวมีผลใช้บังคับคือวันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๕๔ โดยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาตามนัยมาตรา ๖๙ วรรคหนึ่ง (๘) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ควรที่จะพิจารณาดำเนินการตามกฎหมายเพื่อให้ผู้ฟ้องคดีได้กลับสู่ตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ ทั้งนี้

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

ภายในสี่สิบห้าวัน นับแต่วันที่มีคำพิพากษา

๒. ความเห็นแย้งของตุลาการในศาลปกครองสูงสุดฝ่ายเสียงข้างน้อย

๒.๑ ตามที่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดฝ่ายเสียงข้างมากมีมติให้เพิกถอนประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีฯ โดยให้การเพิกถอนมีผลย้อนหลังไปถึงวันที่ประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีฯ มีผลใช้บังคับโดยให้เหตุผลว่า เพื่อเป็นการแก้ไขเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้รับจากประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีฯ นั้น ตุลาการศาลปกครองสูงสุดฝ่ายเสียงข้างน้อยมีข้อสังเกตเบื้องต้นว่า ตามพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ในกรณีที่บุคคลใดเห็นว่าตนได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำทางปกครองของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตามที่ระบุไว้ในมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันและบุคคลนั้นมีความประสงค์จะฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลปกครองเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายที่บุคคลนั้นเห็นว่าตนได้รับจากการกระทำทางปกครองดังกล่าว บุคคลนั้นมีสิทธินำการกระทำทางปกครองนั้นมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลปกครองตรวจสอบการกระทำทางปกครองนั้นว่าเป็นการกระทำทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ ถ้าศาลปกครองตรวจสอบแล้วเห็นว่าการกระทำทางปกครองนั้นไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองก็มีอำนาจที่จะออกคำบังคับเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดีได้ตามที่ผู้ฟ้องคดีได้มีคำขอคำบังคับมาท้ายคำฟ้องของผู้ฟ้องคดี ในกรณีที่ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าตนได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากการที่หน่วยงานทางปกครองออกนิติกรรมทางปกครอง (กฎหรือคำสั่งทางปกครอง) โดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ฟ้องคดีก็มีสิทธิที่จะเลือกได้ว่าตนจะขอให้ศาลปกครองเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายที่ตนได้รับอย่างไร กล่าวคือ ผู้ฟ้องคดีมีสิทธิฟ้องคดีโดยมีคำขอให้ศาลปกครองเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายโดยการออกคำบังคับสั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองพิพาท ซึ่งถ้าผู้ฟ้องคดีมีคำขอคำบังคับดังกล่าวก็เป็นคดีพิพาทตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) ซึ่งศาลปกครองมีอำนาจออกคำบังคับให้ได้ตามมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน โดยการสั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งทางปกครองพิพาท หรือผู้ฟ้องคดีมีสิทธิฟ้องคดีโดยมีคำขอให้ศาลปกครองเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหาย โดยการออกคำบังคับสั่งผู้ถูกฟ้องคดีให้ใช้เงินหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการ ซึ่งถ้าผู้ฟ้องคดีมีคำขอคำบังคับดังกล่าว ก็เป็นคดีพิพาทตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) ซึ่งศาลปกครองมีอำนาจออกคำบังคับให้ได้ตามมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันโดยการสั่งผู้ถูกฟ้องคดีให้ใช้เงินค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดีหรือให้ส่งมอบทรัพย์สินให้แก่ผู้ฟ้องคดีหรือให้กระทำการหรืองดเว้นกระทำการอย่างหนึ่งอย่างใด ซึ่งตุลาการในศาลปกครองสูงสุดฝ่ายเสียงข้างน้อยได้พิจารณาคำฟ้องของผู้ฟ้องคดีแล้วปรากฏว่า ผู้ฟ้องคดีได้บรรยายในคำฟ้องว่า การโอนผู้ฟ้องคดีจากตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ ไปดำรงตำแหน่งเป็นที่ปรึกษานายกรัฐมนตรีฝ่ายข้าราชการประจำ สำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรี ทำให้ผู้ฟ้องคดีเสียหายทั้งในแง่ที่ไม่ได้ปฏิบัติงานที่เป็นความเชี่ยวชาญเฉพาะของผู้ฟ้องคดีและเป็นประโยชน์ต่อราชการ เป็นการลดบทบาทและความสำคัญของผู้ฟ้องคดี รวมทั้งทำให้เสียสิทธิในการได้รับค่ารถประจำตำแหน่ง เดือนละ ๔๑,๐๐๐ บาท ตั้งแต่วันที่ ๗ กันยายน ๒๕๕๔ เป็นต้นมา ซึ่งเท่ากับว่าผู้ฟ้องคดีอ้างว่าตนได้รับความเสียหาย แยกได้เป็น ๒ ส่วน คือ ส่วนแรกเป็นความเสียหาย

ทางด้านจิตใจที่ไม่ได้ปฏิบัติงานที่เป็นความเชี่ยวชาญเฉพาะของผู้ฟ้องคดีและถูกลดบทบาทและความสำคัญของผู้ฟ้องคดีจากที่เคยดำรงตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ ซึ่งเป็นตำแหน่งหัวหน้าส่วนราชการที่มีอำนาจหน้าที่ในทางบริหารและมีผู้ใต้บังคับบัญชามาดำรงตำแหน่งเป็นเพียงที่ปรึกษานายกรัฐมนตรีฝ่ายข้าราชการประจำ สำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรี ซึ่งแม้ว่าจะเป็นตำแหน่งนักบริหารระดับสูงในระดับเดียวกันกับตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ แต่ก็เป็นเพียงตำแหน่งข้าราชการประจำที่ ก.พ. ได้กำหนดไว้ในสำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรีซึ่งมีเลขาธิการนายกรัฐมนตรีเป็นผู้บังคับบัญชา ผู้ดำรงตำแหน่งนี้จึงอยู่ใต้บังคับบัญชาของเลขาธิการนายกรัฐมนตรี และการปฏิบัติราชการของผู้ดำรงตำแหน่งนี้ย่อมขึ้นอยู่กับการมอบหมายของผู้บังคับบัญชา และส่วนที่สองผู้ฟ้องคดีอ้างว่าตนเสียสิทธิในการได้รับค่ารถประจำตำแหน่ง เดือนละ ๔๑,๐๐๐ บาท แต่ผู้ฟ้องคดีก็มิได้บรรยายมาในคำฟ้องให้ชัดเจนและมิได้แสดงพยานหลักฐานสนับสนุนคำกล่าวอ้างของตนมาด้วยว่าตนได้รับความเสียหายทั้งสองส่วนดังกล่าวข้างต้นอย่างไร คิดเป็นเงินจำนวนเท่าใด และผู้ฟ้องคดีก็มิได้มีคำขอให้ศาลออกคำบังคับให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดีเป็นเงินจำนวนเท่าใด โดยผู้ฟ้องคดีมีคำขอให้ศาลเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหาย โดยการสั่งเพิกถอนคำสั่งพิพาทและให้ผู้ฟ้องคดีกลับไปดำรงตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติตั้งแต่วันที่ ๗ กันยายน ๒๕๕๔ ซึ่งศาลปกครองชั้นต้นได้พิจารณาคำฟ้องและคำขอคำบังคับดังกล่าวของผู้ฟ้องคดีแล้ว ตั้งรูปคดีว่าเป็นคดีตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) ประกอบกับมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ จึงได้พิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งพิพาทโดยให้มีผลย้อนหลังไปถึงวันที่คำสั่งดังกล่าวมีผลบังคับโดยมิได้มีคำบังคับให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ชดใช้ค่าเสียหายทางด้านจิตใจและการเสียสิทธิได้รับค่ารถประจำตำแหน่งให้แก่ผู้ฟ้องคดีแต่อย่างใด โดยมีข้อสังเกตแต่เพียงว่า ผู้เกี่ยวข้องต้องดำเนินการให้ผู้ฟ้องคดีสามารถปฏิบัติหน้าที่ในตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติโดยเร็ว ซึ่งตุลาการศาลปกครองสูงสุดฝ่ายเสียงข้างน้อยไม่เห็นพ้องด้วยกับการกำหนดคำบังคับและข้อสังเกตดังกล่าวของศาลปกครองชั้นต้น โดยเห็นว่า การเยียวยาความเดือดร้อนหรือเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดีที่ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำบังคับให้ได้ตามมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวก็คือ การสั่งให้เพิกถอนคำสั่งพิพาท ส่วนการกำหนดว่าจะให้การเพิกถอนคำสั่งมีผลตั้งแต่เมื่อใดนั้น มาตรา ๗๒ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันบัญญัติไว้อย่างชัดแจ้งว่าให้เป็นอำนาจดุลพินิจของศาลที่จะพิจารณาได้เองว่าจะสมควรกำหนดให้การเพิกถอนมีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งก็ได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ทั้งนี้ ให้ศาลคำนึงถึงความเป็นธรรมแห่งกรณี นอกจากนี้ ยังมีหลักกฎหมายทั่วไปในทางปกครองที่สำคัญอีกประการหนึ่งว่า ในการพิจารณาพิพากษาคดีปกครองนั้น ศาลปกครองจะต้องอำนวยความยุติธรรมทางปกครองโดยพยายามรักษาดุลยภาพระหว่างการดูแลรักษาประโยชน์ส่วนตัวของผู้ฟ้องคดีกับผลกระทบที่อาจจะมีต่อประโยชน์สาธารณะและการบริหารราชการแผ่นดินที่รัฐโดยหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นผู้ถูกฟ้องคดีมีอำนาจหน้าที่ในการดูแลรักษาอีกด้วย

๒.๒ ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดฝ่ายเสียงข้างน้อยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับข้อพิจารณาทางวิชาการเกี่ยวกับผลในทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครอง (กฎหรือคำสั่งทางปกครอง)

ที่มีความบกพร่องในทางกฎหมายกับความจำเป็นในการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าว และการกำหนดว่าจะให้การเพิกถอนมีผลตั้งแต่เมื่อใด ดังนี้

๒.๒.๑ สำหรับผลในทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองที่มีความบกพร่องในทางกฎหมายนั้น มีหลายลักษณะ ขึ้นอยู่กับระดับความร้ายแรงของความบกพร่อง ดังนี้

(๑) นิติกรรมทางปกครองที่มีความไม่ชอบด้วยกฎหมายในระดับที่ร้ายแรงมากและเป็นที่ประจักษ์ชัด ในกรณีนี้ ถือว่านิติกรรมทางปกครองดังกล่าวไม่เคยเกิดขึ้นเลยหรือถือว่าเป็นโมฆะโดยเสียเปล่ามาตั้งแต่ต้น ศาลเพียงแต่วินิจฉัยถึงความเป็นโมฆะโดยไม่จำต้องเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าว

(๒) นิติกรรมทางปกครองที่มีความไม่ชอบด้วยกฎหมาในระดับธรรมดาและไม่เป็นที่เห็นประจักษ์ชัด ในกรณีนี้ ถือว่านิติกรรมทางปกครองดังกล่าวคงมีผลทางกฎหมายอยู่จนกว่าจะถูกเพิกถอน ถ้าไม่มีผู้ใดหยิบยกความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวขึ้นมาโต้แย้งภายในระยะเวลาที่กำหนดไว้ในกฎหมายนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวก็ย่อมมีผลทางกฎหมายอยู่ต่อไปและไม่อาจถูกเพิกถอนได้อีก ทั้งนี้ ตามหลักความมั่นคงของนิติฐานะและการคุ้มครองความเชื่อถือของผู้ที่สุจริตในนิติกรรมทางปกครอง

(๓) นิติกรรมทางปกครองที่ชอบด้วยกฎหมายในส่วนของเนื้อหาสาระ แต่มีความบกพร่องในส่วนของรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการที่ไม่เป็นไปตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ในกรณีนี้ กฎหมายยอมให้มีการย้อนกลับไปแก้ไขความบกพร่องดังกล่าวได้แต่จะต้องดำเนินการภายในระยะเวลาและตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนด ซึ่งหากได้มีการแก้ไขความบกพร่องดังกล่าวภายในระยะเวลาและตามเงื่อนไขที่กฎหมายกำหนดแล้ว ก็ถือว่าความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวได้หมดสิ้นไปโดยไม่จำต้องมีการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าวอีกต่อไป เช่น คำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยมิได้จัดให้มีเหตุผลตามที่กฎหมายกำหนด ถ้าได้มีการจัดให้มีเหตุผลในภายหลัง

(๔) นิติกรรมทางปกครองที่มีความบกพร่องในส่วนของรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการที่ไม่เป็นสาระสำคัญ ในกรณีนี้ ไม่จำเป็นต้องมีการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองดังกล่าว

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า นิติกรรมทางปกครองที่ออกมาโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ถ้าไม่มีผู้ใดโต้แย้งความชอบด้วยกฎหมายและเป็นกรณีที่ไม่มีความจำเป็นที่จะต้องถูกเพิกถอน ก็ยังมีผลใช้บังคับต่อไปได้

๒.๒.๒ ในกรณีที่มีการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะกำหนดให้การเพิกถอนมีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคต นั้น ในระบบกฎหมายปกครองของต่างประเทศ (เช่น ในประเทศสาธารณรัฐฝรั่งเศส) มีวิวัฒนาการ ดังนี้

(๑) แต่เดิม ศาลปกครองของฝรั่งเศสจะถือเคร่งครัดว่า นิติกรรมทางปกครองใดที่ศาลวินิจฉัยว่าไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลจะเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นโดยให้การเพิกถอนมีผลย้อนหลังไปถึงวันที่นิติกรรมทางปกครองดังกล่าวมีผลใช้บังคับโดยยึดถือตามหลักการที่ว่าการกระทำทางปกครองต้องชอบด้วยกฎหมาย และเป็นหน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองที่จะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาล ที่ให้เพิกถอนโดยให้มีผลย้อนหลัง ซึ่งก็คือการย้อนเวลากลับไปในอดีต

โดยถือเสมือนหนึ่งว่าไม่เคยมีการออกนิติกรรมทางปกครองที่ถูกศาลเพิกถอนมาก่อน เช่น ในกรณีที่ศาลเพิกถอนประกาศผลการสอบแข่งขันเพื่อบรรจุและแต่งตั้งบุคคลเข้ารับราชการ หรือในกรณีที่ศาลเพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัยข้าราชการหรือคำสั่งให้ข้าราชการออกจากราชการด้วยเหตุอื่นโดยให้การเพิกถอนมีผลย้อนหลัง หน่วยงานทางปกครองก็จะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาล โดยการจัดให้มีการสอบแข่งขันใหม่หรือโดยการดำเนินการให้ข้าราชการที่ถูกสั่งให้ออกจากราชการได้กลับคืนสู่สถานภาพเดิม โดยจะต้องคืนตำแหน่ง เงินเดือน สิทธิในการเลื่อนขั้นเงินเดือน สิทธิในการเลื่อนระดับตำแหน่ง อายุราชการ ฯลฯ ทั้งนี้ โดยพิจารณาตามกฎเกณฑ์ทางกฎหมายที่ใช้บังคับอยู่ในขณะนั้น

(๒) ต่อมา ศาลปกครองของฝรั่งเศสได้ยอมรับว่า หน้าที่ของหน่วยงานทางปกครองที่จะต้องดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลที่ให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองโดยให้มีผลย้อนหลังโดยการดำเนินการให้ผู้ฟ้องคดีที่ชนะคดีได้กลับคืนสู่สถานภาพเดิม โดยเฉพาะอย่างยิ่งในการดำเนินการให้ผู้ที่ถูกสั่งให้ออกจากราชการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ได้กลับเข้ารับราชการนั้น อาจกระทำได้แต่เพียงในทางนิตินัยเท่านั้น มิได้หมายความว่า หน่วยงานทางปกครองมีหน้าที่ต้องดำเนินการให้ผู้นั้นได้กลับเข้ารับราชการในทางพฤตินัยจริงๆ ทั้งนี้ เนื่องจากในระหว่างการพิจารณาพิพากษาคดีของศาลซึ่งอาจใช้เวลานานหลายปี ผู้ฟ้องคดีอาจจะขาดคุณสมบัติที่จะกลับเข้ารับราชการได้แล้ว เช่น ผู้ฟ้องคดีมีอายุเกินกำหนดหรือมีปัญหาเจ็บป่วยหรือทุพพลภาพ เช่นนี้ การดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาของศาลก็คือการดำเนินการในทางนิตินัย โดยการคืนสิทธิอันพึงมีพึงได้ให้แก่ผู้ฟ้องคดีเท่าที่ยังสามารถดำเนินการให้ได้อยู่ (เช่น เงินเดือน สิทธิประโยชน์ต่างๆ ที่อาจคำนวณเป็นเงินได้) และโดยการชดเชยความเสียหายเป็นเงินให้แก่ผู้ฟ้องคดีแทนการดำเนินการในทางพฤตินัย

นอกจากนี้ ในกรณีที่ผู้ฟ้องคดียังมีคุณสมบัติที่จะกลับเข้ารับราชการได้ ก็มิได้หมายความว่า หน่วยงานทางปกครองจะต้องดำเนินการให้ผู้ฟ้องคดีได้กลับเข้ารับราชการในตำแหน่งเดิมเสมอไป ทั้งนี้ เนื่องจากในระหว่างการพิจารณาพิพากษาคดีของศาล ในตำแหน่งเดิมที่ผู้ฟ้องคดีเคยครองอยู่ก็ย่อมมีการแต่งตั้งบุคคลอื่นให้ดำรงตำแหน่งแทนผู้ฟ้องคดีไปแล้วหลายคน ดังนั้น หน่วยงานทางปกครองจึงอาจแต่งตั้งให้ผู้ฟ้องคดีกลับเข้าสู่ตำแหน่งที่มีลักษณะเหมือนกันหรือตำแหน่งที่เทียบเท่าได้ โดยมีข้อยกเว้นสำหรับตำแหน่งผู้พิพากษาหรือตำแหน่งหัวหน้าหน่วยงานบางหน่วยงานที่มีลักษณะเฉพาะ

(๓) โดยที่การที่ศาลปกครองเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายโดยให้การเพิกถอนมีผลย้อนหลังอาจมีผลกระทบต่อหลักความมั่นคงทางนิติฐานะและการคุ้มครองสิทธิของบุคคลซึ่งสุจริต ตลอดจนส่งผลกระทบต่อการบริหารราชการแผ่นดินในวงกว้างได้ ดังนั้น นับตั้งแต่ปี พ.ศ. ๒๕๔๗ เป็นต้นมา ศาลปกครองของฝรั่งเศสจึงปรับเปลี่ยนแนวคำวินิจฉัยเดิมที่เคยถือเคร่งครัดว่าจะต้องเพิกถอนโดยให้มีผลย้อนหลังเสมอ เป็นให้มีข้อยกเว้นได้ในกรณีที่การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองโดยให้มีผลย้อนหลังจะส่งผลกระทบที่รุนแรงเกินขนาดอย่างชัดแจ้งและก่อให้เกิดผลที่ตามมาซึ่งไม่ได้สัดส่วนกับความไม่ชอบด้วยกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองนั้น ในกรณีเช่นว่านี้ศาลปกครองอาจเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองนั้นโดยให้การเพิกถอนมีผลไปในอนาคตได้ ทั้งนี้เพื่อมิให้ส่งผลกระทบต่อผลทางกฎหมายของนิติกรรมทางปกครองนั้นที่ได้เกิดขึ้นแล้วตั้งแต่วันที่นิติกรรมทางปกครองนั้นได้มีผลใช้บังคับมาจนถึงวันที่ศาลมีคำพิพากษาให้เพิกถอน นอกจากนี้ ในกรณีที่

ศาลปกครองเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ได้ออกมาโดยไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญตามที่กฎหมายกำหนดไว้ ศาลปกครองก็อาจกำหนดให้การเพิกถอนมีผลไปในอนาคตได้ ทั้งนี้ เพื่อให้หน่วยงานทางปกครองได้มีโอกาสและเวลาไปดำเนินการจัดทำนิติกรรมทางปกครองในเรื่องนั้นใหม่โดยดำเนินการให้ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอน หรือวิธีการที่กฎหมายกำหนดไว้

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า ในระบบกฎหมายปกครองของต่างประเทศนั้น การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายนั้น ศาลปกครองไม่จำเป็นต้องเพิกถอนโดยให้มีผลย้อนหลังเสมอไป โดยศาลปกครองอาจเพิกถอนโดยให้มีผลไปในอนาคตก็ได้ในกรณีที่ได้กล่าวแล้วข้างต้น

๒.๒.๓ ในระบบกฎหมายปกครองของไทย มีการบัญญัติไว้อย่างชัดเจนในกฎหมาย ๒ ฉบับว่า การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย จะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งก็ได้ ดังนี้คือ

(๑) พระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙

“มาตรา ๕๐ คำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายอาจถูกเพิกถอนทั้งหมดหรือบางส่วน โดยจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลในอนาคตไปถึงขณะใดขณะหนึ่งตามที่กำหนดได้ แต่ถ้าคำสั่งนั้นเป็นคำสั่งซึ่งเป็นการให้ประโยชน์แก่ผู้รับ การเพิกถอนต้องเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา ๕๑ และมาตรา ๕๒”

“มาตรา ๕๑ การเพิกถอนคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายซึ่งเป็นการให้เงิน หรือให้ทรัพย์สินหรือให้ประโยชน์ที่อาจแบ่งแยกได้ ให้คำนึงถึงความเชื่อโดยสุจริตของผู้รับประโยชน์ในความคงอยู่ของคำสั่งทางปกครองนั้นกับประโยชน์สาธารณะประกอบกัน

ฯลฯ”

(๒) พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

“มาตรา ๗๒ ในการพิพากษาคดี ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดคำบังคับอย่างหนึ่งอย่างใด ดังต่อไปนี้

(๑) สั่งให้เพิกถอนกฎหรือคำสั่งหรือสั่งห้ามการกระทำทั้งหมดหรือบางส่วน ในกรณีที่มีการฟ้องว่าหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐกระทำการโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑)

ฯลฯ ฯลฯ

ในการมีคำบังคับตามวรรคหนึ่ง (๑) ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดว่าจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ทั้งนี้ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี

ฯลฯ ฯลฯ”

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า ในระบบกฎหมายปกครองของไทยนั้น การเพิกถอนนิติกรรมทางปกครอง (กฎหรือคำสั่งทางปกครอง) ที่ไม่ชอบด้วยกฎหมายไม่จำเป็นต้องเพิกถอนโดยให้มีผลย้อนหลัง โดยอาจเพิกถอนให้มีผลไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตก็ได้ โดยให้คำนึงถึงความเชื่อโดยสุจริตของผู้ที่เกี่ยวข้องกับประโยชน์สาธารณะประกอบกัน ทั้งนี้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี

๒.๓ ในการพิจารณาพิพากษาคดีที่ผ่านมาที่มีการเพิกถอนนิติกรรมทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ศาลปกครองสูงสุดได้เคยกำหนดให้การเพิกถอนมีผลไม่ย้อนหลังมาแล้วหลายคดี

๒.๓.๑ คดีที่ศาลปกครองสูงสุดกำหนดให้การเพิกถอนมีผลนับตั้งแต่วันที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษา เช่น

คดีหมายเลขแดงที่ อ. ๘๙/๒๕๔๙ ระหว่างนายไพรัช สหเมธาพัฒน์ ผู้ฟ้องคดี กับคณะกรรมการข้าราชการพลเรือน ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ กับพวก

ศาลปกครองชั้นต้นกำหนดคำบังคับให้เพิกถอนหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกข้าราชการพลเรือนสามัญเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งนักบริหาร ๙ ตามหนังสือสำนักงาน ก.พ. ด่วนที่สุด ที่ นร ๐๗๐๑/ว ๙ ลงวันที่ ๑๕ สิงหาคม ๒๕๔๔ ในส่วนที่เกี่ยวกับคุณสมบัติของผู้มีสิทธิสมัครเข้ารับการคัดเลือกตามข้อ ๒.๓.๒ และ ข้อ ๒.๓.๓ โดยให้มีผลตั้งแต่วันที่ออกหลักเกณฑ์และวิธีการดังกล่าวเป็นต้นไป

ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า หากศาลปกครองสูงสุดจะกำหนดให้มีการเพิกถอนหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกข้าราชการฯ ตั้งแต่วันที่ออกหลักเกณฑ์นี้ตามคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น ย่อมมีผลกระทบต่อข้าราชการพลเรือนรายอื่นที่ได้รับการคัดเลือกและแต่งตั้งโดยอาศัยหลักเกณฑ์เดียวกันและมิได้มีส่วนได้เสียในคดีนี้ รวมทั้งอาจมีผลกระทบต่อการบริหารราชการโดยรวมได้ จึงพิพากษาแก้คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นเป็นให้เพิกถอนหลักเกณฑ์และวิธีการคัดเลือกข้าราชการฯ ตั้งแต่วันที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษา

๒.๓.๒ คดีที่ศาลปกครองสูงสุดกำหนดให้การเพิกถอนมีผลไปในอนาคต เช่น

(๑) คดีหมายเลขแดงที่ อ. ๔๗๙/๒๕๕๖ ระหว่างพลตำรวจตรี สุวิระ ทรงเมตตา ผู้ฟ้องคดี กับสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ กับพวก

ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาให้เพิกถอน กฎ ก.ตร. ว่าด้วยหลักเกณฑ์และวิธีการแต่งตั้งและโยกย้ายข้าราชการตำรวจ ระดับสารวัตรถึงจเรตำรวจแห่งชาติและรองผู้บัญชาการตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๙ เฉพาะข้อ ๑๑ วรรคสอง โดยให้มีผลย้อนหลังตั้งแต่วันที่ กฎ ก.ตร. ดังกล่าวมีผลใช้บังคับ

ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วเห็นว่า ที่ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาให้การเพิกถอน กฎ ก.ตร. ดังกล่าวมีผลย้อนหลังไปตั้งแต่วันที่ กฎ ก.ตร. ดังกล่าวมีผลใช้บังคับนั้น ยังไม่ถูกต้อง เนื่องจากหากมีการเพิกถอนย้อนหลังไปถึงวันดังกล่าว จะมีผลกระทบต่อการแต่งตั้งข้าราชการตำรวจในตำแหน่งผู้บัญชาการที่ผ่านมาและการปฏิบัติภารกิจของสำนักงานตำรวจแห่งชาติ ซึ่งถือว่าเป็นอุปสรรคต่อการบริหารราชการแผ่นดิน เกิดผลเสียหายมากกว่าผลดี และโดยที่พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ มาตรา ๗๒ วรรคสอง บัญญัติว่า ในการมีคำบังคับตามวรรคหนึ่ง (๑) ศาลปกครองมีอำนาจกำหนดว่าจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ทั้งนี้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี ดังนั้น เพื่อให้การเพิกถอน กฎ ก.ตร. ดังกล่าวเกิดความเป็นธรรมแห่งกรณีและเกิดดุลยภาพระหว่างประโยชน์ของทางราชการกับประโยชน์ของผู้ฟ้องคดี จึงสมควรให้เพิกถอน กฎ ก.ตร. ดังกล่าว

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

โดยให้การเพิกถอนมีผลตั้งแต่วันที่มีการประกาศผลแห่งคำพิพากษาในราชกิจจานุเบกษา พิพากษาแก้คำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น เป็นให้เพิกถอนกฎ ก.ตร. ดังกล่าวโดยให้การเพิกถอนมีผลตั้งแต่วันที่มีการประกาศผลแห่งคำพิพากษาในราชกิจจานุเบกษา

(๒) คดีหมายเลขแดงที่ อ. ๒๕๒/๒๕๕๖ ระหว่างนายชุมพร เงินทอง ผู้ฟ้องคดี กับผู้ว่าราชการจังหวัดปราจีนบุรี ผู้ถูกฟ้องคดี

ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ตนไม่ได้รับความเป็นธรรมที่ไม่ได้รับการคัดเลือกและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไป ๗ จึงขอให้ศาลปกครองเพิกถอนคำสั่งที่แต่งตั้งบุคคลอื่นให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว

ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษายกฟ้อง

ศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้ววินิจฉัยว่า คำสั่งพิพาทเป็นคำสั่งที่ออกโดยผู้ที่ไม่มีอำนาจ จึงชอบที่ศาลปกครองสูงสุดจะพิจารณาให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าว และให้ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการพิจารณาคัดเลือกข้าราชการที่เหมาะสมเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไป ๗ ให้ถูกต้องตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่ ก.พ. กำหนดต่อไป แต่อย่างไรก็ดี หากศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งพิพาทย่อมมีผลกระทบต่อสิทธิประโยชน์ของข้าราชการที่ได้รับการแต่งตั้งตามคำสั่งดังกล่าว จำนวน ๓ราย ซึ่งเป็นผู้มีคุณสมบัติและมีสิทธิสมัครเข้าคัดเลือกเพื่อดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไป ๗ ตามหลักเกณฑ์ที่กำหนด และได้ผ่านกระบวนการพิจารณาคัดเลือกและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวแล้วโดยสุจริต และการที่ผู้ถูกฟ้องคดีจะต้องดำเนินการพิจารณาคัดเลือกข้าราชการเพื่อแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไป ๗ และออกคำสั่งใหม่ให้ถูกต้องตามหลักเกณฑ์ที่ ก.พ. กำหนดภายหลังจากที่ศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งพิพาทแล้วนั้น โดยสภาพ ย่อมอาจเกิดปัญหาความเป็นธรรมในการพิจารณาความเหมาะสมของข้าราชการจำนวน ๕ รายที่เข้าสู่กระบวนการพิจารณาคัดเลือกเพื่อดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไป ๗ ใหม่ได้ เนื่องจากเป็นการพิจารณาประเมินความเหมาะสมของบุคคลย้อนหลังไปในขณะที่มีการพิจารณาคัดเลือกข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวเมื่อปี พ.ศ. ๒๕๔๙ และโดยที่มาตรา ๗๒ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ กำหนดให้ศาลปกครองมีอำนาจสั่งให้เพิกถอนคำสั่งโดยกำหนดว่าจะให้มีผลย้อนหลังหรือไม่ย้อนหลังหรือมีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งได้ หรือจะกำหนดให้มีเงื่อนไขอย่างใดก็ได้ ทั้งนี้ ตามความเป็นธรรมแห่งกรณี ดังนั้น เพื่อประโยชน์แห่งความยุติธรรมในอันที่จะเป็นการคุ้มครองสิทธิโดยสุจริตให้แก่ข้าราชการทั้งสามรายที่ได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไป ๗ ตามคำสั่งพิพาท ศาลปกครองสูงสุดจึงเห็นสมควรกำหนดให้เพิกถอนคำสั่งพิพาทโดยให้มีผลไปในอนาคตถึงขณะใดขณะหนึ่งตามบทบัญญัติในมาตรา ๗๒ วรรคสอง เพื่อให้ผู้ถูกฟ้องคดีดำเนินการคัดเลือกข้าราชการเพื่อเลื่อนและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่บริหารงานทั่วไป ๗ ใหม่ตามหลักเกณฑ์ที่ ก.พ. กำหนดและออกคำสั่งที่ถูกต้องต่อไป พิพากษากลับคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้นเป็นให้เพิกถอนคำสั่งพิพาท ทั้งนี้ ให้การเพิกถอนคำสั่งพิพาทมีผลเมื่อครบกำหนดหนึ่งร้อยแปดสิบวัน นับแต่วันที่มีคำพิพากษานี้

ดังนั้น จึงสรุปได้ว่า ในการพิจารณาพิพากษาคดีที่ผ่านมา ศาลปกครองสูงสุดได้เคยพิพากษา

ให้เพิกถอนนิติกรรมทางปกครองทั้งที่เป็นกฎและคำสั่งทางปกครองโดยมิได้กำหนดให้มีผลย้อนหลังมาแล้วหลายคดี ทั้งนี้ เพื่อมิให้มีผลกระทบต่อบุคคลอื่นที่สุจริตและมิให้มีผลกระทบต่อการบริหารราชการแผ่นดินมากเกินสมควรกับให้เกิดดุลยภาพระหว่างประโยชน์ของผู้ฟ้องคดีกับประโยชน์ของทางราชการ

๒.๔ ในคดีอื่นที่ศาลปกครองสูงสุดได้เคยพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งโอนข้าราชการโดยให้มีผลย้อนหลังไปถึงวันที่คำสั่งโอนมีผลใช้บังคับนั้น ตำแหน่งข้าราชการที่มีการโอนมีความแตกต่างจากตำแหน่งที่เป็นปัญหาในคดีนี้ เช่น

คดีหมายเลขแดงที่ อ. ๒๒๙/๒๕๕๔ ระหว่างนายจาดุร อภิชาตบุตร ผู้ฟ้องคดี กับนายกรัฐมนตรี ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ กับพวก

ในคดีดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีถูกโอนจากตำแหน่งรองปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีไปเป็นผู้ตรวจราชการกระทรวงมหาดไทย ซึ่งศาลปกครองสูงสุดพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งโอนผู้ฟ้องคดีโดยให้มีผลย้อนหลังไปถึงวันที่คำสั่งโอนมีผลบังคับ ซึ่งตำแหน่งในคดีดังกล่าวมีลักษณะที่แตกต่างจากตำแหน่งในคดีนี้ กล่าวคือ ตำแหน่งรองปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีเป็นตำแหน่งรองหัวหน้าส่วนราชการระดับกระทรวงที่มีได้หลายตำแหน่ง และในกรณีที่ศาลปกครองพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งโอนโดยให้มีผลย้อนหลังไปถึงวันที่คำสั่งโอนมีผลบังคับ ถึงแม้ว่าในขณะนั้น ตำแหน่งรองปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีเลขที่ตำแหน่งเดิมที่ผู้ฟ้องคดีในคดีดังกล่าวเคยครองอยู่จะไม่ว่างแล้วเนื่องจากได้มีการแต่งตั้งบุคคลอื่นให้มาดำรงตำแหน่งแทนแล้วก็ตาม ก็มิได้หมายความว่าผู้ถูกฟ้องคดีจะต้องทำให้ตำแหน่งรองปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีเลขที่ตำแหน่งเดิมที่ผู้ฟ้องคดีในคดีดังกล่าวเคยครองอยู่ว่างลงโดยการโอนบุคคลอื่นซึ่งเป็นผู้ดำรงตำแหน่งในขณะนั้นไปดำรงตำแหน่งอื่น แต่ผู้ถูกฟ้องคดีก็สามารถขอให้ ก.พ. ดำเนินการตามมาตรา ๗๑ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑ โดยกำหนดตำแหน่งรองปลัดสำนักนายกรัฐมนตรีขึ้นมาใหม่เป็นการเฉพาะตัวของผู้ฟ้องคดีในคดีดังกล่าวได้ แต่ตำแหน่งในคดีนี้เป็นตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติซึ่งเป็นตำแหน่งหัวหน้าส่วนราชการระดับกรมที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือรับผิดชอบการปฏิบัติราชการขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรี ซึ่งนอกจากจะเป็นตำแหน่งที่มีเพียงตำแหน่งเดียวแล้ว ยังเป็นตำแหน่งหัวหน้าส่วนราชการที่ปฏิบัติราชการรับผิดชอบงานด้านความมั่นคงของประเทศโดยตรงที่ผู้ดำรงตำแหน่งจะต้องเป็นบุคคลซึ่งได้รับความไว้วางใจจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ว่าจะสามารถปฏิบัติราชการตอบสนองนโยบายด้านความมั่นคงของรัฐบาลได้อย่างมีประสิทธิภาพอีกด้วย ซึ่งที่ผ่านมาเมื่อมีการเปลี่ยนแปลงรัฐบาล รัฐบาลใหม่ที่เข้ามาบริหารราชการแผ่นดินแทนรัฐบาลเดิม ก็จะคัดเลือกบุคคลที่รัฐบาลใหม่ให้ความไว้วางใจให้เข้ามาดำรงตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ นอกจากนี้ยังปรากฏข้อเท็จจริงในคดีนี้ว่า ภายหลังจากที่ได้มีการโอนผู้ฟ้องคดีให้พ้นจากตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติแล้ว ก็ได้มีการเปลี่ยนแปลงตัวผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวจากผู้ฟ้องคดีมาเป็นพลตำรวจเอก วิเชียร พจน์โพธิ์ศรี และได้มีการเปลี่ยนแปลงตัวผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าวจากพลตำรวจเอกวิเชียร พจน์โพธิ์ศรี มาเป็นพลโท ภราดร พัฒนถาบุตร ซึ่งเป็นบุคคลภายนอกที่มิได้เข้ามามีส่วนเกี่ยวข้องกับการพิจารณาพิพากษาคดีนี้และได้เข้าดำรงตำแหน่งดังกล่าวโดยสุจริต โดยไม่มีผู้ใดนำคำสั่งแต่งตั้งพลโท ภราดร พัฒนถาบุตร มาฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้เพิกถอน ดังนั้น การที่ศาลปกครองพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งโอนผู้ฟ้องคดีโดยให้มีผลย้อนหลังไปถึงวันที่คำสั่งดังกล่าวมีผลบังคับ ก็ย่อม

จะมีผลกระทบต่อการดำรงตำแหน่งดังกล่าวของพลโท ภราดร พัฒนถาบุตร และอาจมีผลกระทบต่อความต่อเนื่องของการปฏิบัติราชการของผู้ดำรงตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติตามภารกิจต่างๆ ที่ได้รับมอบหมายจากสภาความมั่นคงแห่งชาติและจากรัฐบาลได้ นอกจากนี้ การเพิกถอนคำสั่งโอนผู้ฟ้องคดีโดยให้มีผลย้อนหลังไปถึงวันที่คำสั่งโอนมีผลบังคับ ก็มีผลในทางนิตินัยเท่านั้น แต่มิได้มีผลในทางพฤตินัยเพราะตามความเป็นจริงไม่อาจย้อนเวลากลับไปหาอดีตได้อีกแล้ว

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดฝ่ายเสียงข้างน้อยจึงไม่เห็นพ้องด้วยกับมติของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดฝ่ายเสียงข้างมากที่ให้เพิกถอนประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง แต่งตั้งข้าราชการพลเรือน ลงวันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๕๔ ให้มีผลย้อนหลังไปถึงวันที่ประกาศดังกล่าวมีผลใช้บังคับ โดยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาว่า ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ควรที่จะพิจารณาดำเนินการตามกฎหมายเพื่อให้ผู้ฟ้องคดีได้ดำรงตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ ทั้งนี้ ภายในสี่สิบห้าวัน นับแต่วันที่มีคำพิพากษา โดยตุลาการในศาลปกครองสูงสุดฝ่ายเสียงข้างน้อยเห็นควรกำหนดให้การเพิกถอนประกาศสำนักนายกรัฐมนตรีดังกล่าวมีผลเมื่อครบกำหนดเก้าสิบวัน นับแต่วันที่มีคำพิพากษานี้ โดยมีข้อสังเกตเกี่ยวกับแนวทางหรือวิธีการดำเนินการให้เป็นไปตามคำพิพากษาโดยให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ พิจารณาดำเนินการตามกฎหมายเพื่อให้ผู้ฟ้องคดีได้ดำรงตำแหน่งเดิมหรือตำแหน่งอื่นที่มีอำนาจหน้าที่ในทางบริหารเทียบเท่ากับตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ ทั้งนี้ ภายในเก้าสิบวันนับแต่วันที่มีคำพิพากษา

๓. <u>ความเห็นแย้งเฉพาะตน</u>

นอกจากความเห็นแย้งดังกล่าวข้างต้นแล้ว ท่านวิษณุ วรัญญู ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด ยังมีความเห็นแย้งเพิ่มเติมอันเป็นความเห็นเฉพาะตนในคดีนี้ว่า มาตรา ๔๕ วรรคหนึ่งแห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ บัญญัติว่า คำฟ้องให้ใช้ถ้อยคำสุภาพและต้องมี (๑) ชื่อและที่อยู่ของผู้ฟ้องคดี (๒) ชื่อหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เกี่ยวข้องอันเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี (๓) การกระทำทั้งหลายที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีพร้อมทั้งข้อเท็จจริงหรือพฤติการณ์ตามสมควรเกี่ยวกับการกระทำดังกล่าว (๔) คำขอของผู้ฟ้องคดี คดีนี้ผู้ฟ้องคดีบรรยายในคำฟ้องคดีหมายเลขดำที่ ๖๓๕/๒๕๕๕ ลงวันที่ ๓๐ เมษายน ๒๕๕๕ (ศาลปกครองกลาง) ว่าผู้ฟ้องคดีในขณะที่ดำรงตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายจากคำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรี ที่ ๑๕๒/๒๕๕๔ ลงวันที่ ๗ กันยายน ๒๕๕๔ ที่ให้ผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติราชการสำนักนายกรัฐมนตรี โดยผู้ฟ้องคดีเห็นว่าคำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย และได้บรรยายฟ้องต่อไปด้วยว่าผู้ฟ้องคดีได้ยื่นเรื่องร้องทุกข์ต่อคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม (ก.พ.ค.) ตามคำร้องทุกข์ ลงวันที่ ๑๒ กันยายน ๒๕๕๔ และคณะกรรมการ ก.พ.ค. ได้พิจารณาและมีคำวินิจฉัยเมื่อวันที่ ๑๐ เมษายน ๒๕๕๕ ให้ยกคำร้องทุกข์ ตามหนังสือคณะกรรมการพิทักษ์ระบบคุณธรรม ที่ นร๐๑๐๑.๓.๒.๒/๔๑ ลงวันที่ ๑๐ เมษายน ๒๕๕๕ ซึ่งผู้ฟ้องคดีเห็นว่าคำวินิจฉัยดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีนี้มาฟ้องต่อศาลปกครองกลางเมื่อวันที่ ๓๐ เมษายน ๒๕๕๕ โดยมีคำขอท้ายฟ้อง (๑) ขอให้มีคำสั่งเพิกถอนคำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรี ที่ ๑๕๒/๒๕๕๔ ลงวันที่ ๗ กันยายน ๒๕๕๔ ที่ให้ผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติราชการสำนักนายกรัฐมนตรี และให้ผู้ฟ้องคดีกลับไป

ดำรงตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ ตั้งแต่วันที่ ๗ กันยายน ๒๕๕๔ กับ (๒) ขอให้มีคำสั่งเพิกถอนคำวินิจฉัย ก.พ.ค. เรื่องการร้องทุกข์เกี่ยวกับการออกคำสั่งโอนย้ายโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย เรื่องดำที่ ๕๔๒๐๑๕๙ เรื่องแดงที่ ๐๐๓๔๒๕๕ ลงวันที่ ๑๐ เมษายน ๒๕๕๕ รวมทั้งมีคำขอให้มีคำสั่งเกี่ยวกับวิธีการชั่วคราวก่อนการพิพากษาด้วย

จากการตรวจเอกสารในสำนวนคดีนี้ ไม่ปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีได้หยิบยกประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี เรื่อง แต่งตั้งข้าราชการพลเรือน ลงวันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๕๔ อันเป็นประกาศพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติ (นักบริหารระดับสูง) สำนักงานสภาความมั่นคงแห่งชาติ และแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษานายกรัฐมนตรี ฝ่ายข้าราชการประจำ (นักบริหารระดับสูง) สำนักเลขาธิการนายกรัฐมนตรี สำนักนายกรัฐมนตรี ขึ้นมาเป็นเหตุแห่งการฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีมิได้บรรยายฟ้องกล่าวอ้างเหตุแห่งความไม่ชอบด้วยกฎหมายของประกาศดังกล่าวแต่อย่างใด ในชั้นพิจารณาของศาลปกครองชั้นต้น ผู้ฟ้องคดีมิได้นำเสนอประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๕๔ ต่อศาล จึงเป็นเรื่องที่ศาลปกครองชั้นต้นหยิบยกขึ้นมาพิจารณาโดยพลการ เอกสารดังกล่าวเพิ่งมาปรากฏในสำนวนในชั้นพิจารณาของศาลปกครองสูงสุด โดยศาลได้มีหมายเรียกให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ นำส่งเอกสารดังกล่าวต่อศาล และประการสำคัญ ผู้ฟ้องคดีมิได้มีคำขอท้ายฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๕๔ การที่ศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุดหยิบยกประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๕๔ ขึ้นมาพิจารณาและมีคำพิพากษาเพิกถอนประกาศฉบับดังกล่าวนั้น ท่านวิษณุ วรัญญู ไม่เห็นด้วยโดยมีเหตุผลดังต่อไปนี้

๑. โดยที่ประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๕๔ มิใช่เหตุแห่งการฟ้องคดีนี้ ดังได้กล่าวไว้แล้วข้างต้น เหตุแห่งการฟ้องคดีที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างความไม่ชอบด้วยกฎหมายในคดีนี้จึงมีแต่เพียงคำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรี ที่ ๑๕๒/๒๕๕๔ ลงวันที่ ๗ กันยายน ๒๕๕๔ ที่ให้ผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติราชการสำนักนายกรัฐมนตรี และคำวินิจฉัยร้องทุกข์ของคณะกรรมการ ก.พ.ค. ที่ นร ๐๑๐๑.๓.๒.๒/๔๑ ลงวันที่ ๑๐ เมษายน ๒๕๕๕ เท่านั้น การหยิบยกการกระทำอื่นที่ผู้ฟ้องคดีมิได้ฟ้องขึ้นมาพิจารณา จึงเป็นการพิจารณาพิพากษานอกฟ้องนอกประเด็น แม้จะพิจารณาว่าความเดือดร้อนเสียหายของผู้ฟ้องคดีกล่าวอย่างโดยรวมคือการพ้นจากตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติก็ตาม แต่โดยที่คำสั่งและประกาศดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองสองคำสั่งที่แยกออกจากกันได้โดยเด็ดขาด ความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทั้งสองมิได้ขึ้นแก่กันและกัน หลักเกณฑ์การออกคำสั่งทั้งสองก็เป็นคนละหลักเกณฑ์ ดังนั้น หากผู้ฟ้องคดีประสงค์จะให้ศาลพิจารณาพิพากษาไปถึงประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๕๔ ด้วย ผู้ฟ้องคดีจะต้องฟ้องคำสั่งทั้งสองและกล่าวอ้างความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทั้งสองมาในคำฟ้องหรือในคำฟ้องเพิ่มเติม เมื่อผู้ฟ้องคดีไม่ได้กล่าวถึงประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๕๔ เลย ศาลจึงไม่อาจหยิบยกคำสั่งดังกล่าวขึ้นมาพิจารณาเองได้

๒. ในคดีนี้ศาลไม่อาจใช้ดุลพินิจหยิบยกประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๕๔ ขึ้นมาพิจารณาเองได้ เพราะจากการตรวจสอบเอกสารในสำนวน ไม่ปรากฏว่าผู้ฟ้องคดี

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

ได้ดำเนินการเยียวยาภายในฝ่ายปกครองก่อนมาฟ้องศาล ซึ่งในกรณีนี้คือการร้องทุกข์ตามข้อ ๗ ของกฎ ก.พ.ค. ว่าด้วยการร้องทุกข์และการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ พ.ศ. ๒๕๕๑ ซึ่งกำหนดว่า ภายใต้บังคับข้อ ๖ ข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดมีความคับข้องใจอันเกิดจากการปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติต่อตนของผู้บังคับบัญชา และเป็นกรณีที่ไม่อาจอุทธรณ์ตามหมวด ๙ การอุทธรณ์ แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑ ได้ ผู้นั้นมีสิทธิร้องทุกข์ตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดในกฎ ก.พ.ค. นี้ การปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติต่อตนของผู้บังคับบัญชาซึ่งทำให้เกิดความคับข้องใจอันเป็นเหตุแห่งการร้องทุกข์ นั้น ต้องมีลักษณะอย่างหนึ่งอย่างใด ดังนี้

(๑) ไม่ชอบด้วยกฎหมาย ไม่ว่าจะเป็นการปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่หรือไม่ถูกต้องตามกฎหมาย หรือไม่ถูกต้องตามรูปแบบขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการนั้น หรือโดยไม่สุจริต

(๒) เป็นการเลือกปฏิบัติที่ไม่เป็นธรรม หรือมีลักษณะเป็นการสร้างขั้นตอนโดยไม่จำเป็นหรือสร้างภาระให้เกิดขึ้นเกินสมควร

(๓) เป็นการใช้ดุลพินิจโดยมิชอบ

(๔) ประวิงเวลา หรือหน่วงเหนี่ยวการดำเนินการบางอย่างอันเป็นเหตุให้เสียสิทธิหรือไม่ได้รับสิทธิประโยชน์อันพึงมีพึงได้ในเวลาอันสมควร

(๕) ปฏิบัติหรือไม่ปฏิบัติอื่นใดที่ไม่เป็นไปตามระบบคุณธรรมตามมาตรา ๔๒ และตามข้อ ๓๑ ซึ่งกำหนดว่า ในกรณีที่เหตุแห่งการร้องทุกข์เกิดจากหัวหน้าส่วนราชการระดับกรมที่อยู่ในบังคับบัญชาหรือรับผิดชอบการปฏิบัติราชการขึ้นตรงต่อนายกรัฐมนตรีหรือต่อรัฐมนตรี ปลัดกระทรวงรัฐมนตรีเจ้าสังกัด หรือนายกรัฐมนตรี ให้ร้องทุกข์ต่อ ก.พ.ค. โดยยื่นคำร้องทุกข์ต่อพนักงานผู้รับคำร้องทุกข์ที่สำนักงาน ก.พ. หรือจะส่งคำร้องทุกข์ทางไปรษณีย์ลงทะเบียนไปยังสำนักงาน ก.พ. ก็ได้

กรณีประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๕๔ เป็นเรื่องที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่าการแต่งตั้งโยกย้ายตำแหน่งผู้ฟ้องคดีไม่ชอบด้วยกฎหมาย ผู้ฟ้องคดีจึงต้องปฏิบัติตามข้อ ๗ ของ กฎ ก.พ.ค. ว่าด้วยการร้องทุกข์และการพิจารณาวินิจฉัยเรื่องร้องทุกข์ พ.ศ. ๒๕๕๑ เสียก่อน เมื่อไม่ปรากฏว่าผู้ฟ้องคดีได้ดำเนินการ กรณีจึงต้องถือว่าผู้ฟ้องคดีไม่มีสิทธิฟ้องคดีนี้ตามมาตรา ๔๒ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

๓. ในคำขอท้ายฟ้องลงวันที่ ๓๐ เมษายน ๒๕๕๕ ผู้ฟ้องคดีมิได้ระบุขอให้ศาลพิพากษาเพิกถอนประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๕๔ การที่ศาลปกครองชั้นต้นและศาลปกครองสูงสุดหยิบยกประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ ๓๐ กันยายน ๒๕๕๔ ขึ้นมาพิจารณาและพิพากษาเพิกถอน จึงเป็นการพิพากษาเกินคำขอ

โดยที่ประเด็นเรื่องการพิพากษาเกินคำขอเป็นข้อกฎหมายสำคัญและเกี่ยวกับความสงบเรียบร้อยอันศาลปกครองสูงสุดหยิบยกขึ้นพิจารณาได้เองแม้คู่กรณีจะมิได้กล่าวอ้างในอุทธรณ์ จึงไม่เห็นด้วยที่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดไม่หยิบยกประเด็นนี้ขึ้นพิจารณาด้วย

โดยที่ก่อนผู้ฟ้องคดีนำคดีนี้มาฟ้องต่อศาลปกครองกลางเมื่อวันที่ ๓๐ เมษายน ๒๕๕๕ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ได้ลงนามรับสนองพระบรมราชโองการตามประกาศสำนักนายกรัฐมนตรี ลงวันที่ ๓๐

กันยายน ๒๕๕๔ อันมีผลทำให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งเลขาธิการสภาความมั่นคงแห่งชาติและได้รับการแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษานายกรัฐมนตรีฝ่ายข้าราชการประจำแล้ว คำสั่งสำนักนายกรัฐมนตรีที่ ๑๕๒/๒๕๕๔ ลงวันที่ ๗ กันยายน ๒๕๕๔ ที่ให้ผู้ฟ้องคดีไปปฏิบัติราชการสำนักนายกรัฐมนตรีจึงสิ้นผลไปโดยปริยายแล้ว เหตุแห่งการฟ้องคดีในคดีนี้จึงหมดสิ้นไป ดังนั้น นายวิษณุ วรัญญู ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด จึงเห็นว่าคดีนี้ชอบที่ศาลจะมีคำสั่งจำหน่ายคดีออกจากสารบบความ

๗. คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งย้ายเลขาธิการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ให้ไปดำรงตำแหน่งที่ปรึกษาสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ซึ่งออกคำสั่งมาโดยมิได้นำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ

คำพิพากษาศาลปกครองสูงสุดที่ อ. ๓๒๐/๒๕๔๙ คดีนี้ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ขณะที่ผู้ฟ้องคดีดำรงตำแหน่งเลขาธิการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ โดยความเห็นชอบของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ได้มีคำสั่งที่ ๗๐/๒๕๔๖ ลงวันที่ ๑๖ ตุลาคม ๒๕๔๖ ให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งเดิมไปดำรงตำแหน่งที่ปรึกษาประจำสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือลงวันที่ ๒๔ ตุลาคม ๒๕๔๖ ถึงผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ขอให้พิจารณาทบทวนคำสั่งที่ให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งเดิมไปดำรงตำแหน่งใหม่ แต่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ มีหนังสือลงวันที่ ๒๑ มกราคม ๒๕๔๗ แจ้งยืนยันว่าคำสั่งดังกล่าวชอบแล้ว ผู้ฟ้องคดีเห็นว่าคำสั่งและหนังสือดังกล่าว ขัดต่อมาตรา ๒๒๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ เนื่องจาก ยังมิได้มีการโปรดเกล้าฯ ให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งเลขาธิการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และไม่ปฏิบัติตามมาตรา ๒๙ มาตรา ๓๐ และมาตรา ๓๗ แห่ง พ.ร.บ. วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ เพราะคำสั่งดังกล่าวกระทำโดยไม่ได้สอบถามข้อเท็จจริงหรือ รับฟังพยานหลักฐานและไม่เปิดโอกาสให้ผู้ฟ้องคดีได้ชี้แจงหรือโต้แย้งใดๆ ก่อนที่จะออกคำสั่ง และการออกคำสั่งไม่มีการแจ้งเหตุผล คำสั่งดังกล่าวอ้างอำนาจตาม พ.ร.บ. ระเบียบข้าราชการฝ่ายรัฐสภา (ฉบับที่ ๔) พ.ศ. ๒๕๓๕ ซึ่งไม่ถูกต้อง เนื่องจากเป็นการพ้นจากตำแหน่งหนึ่งไปสู่อีกตำแหน่งหนึ่ง อีกทั้งยังมิได้มีการกำหนดตำแหน่งตามกระบวนการที่ถูกต้องและครบถ้วน การมีคำสั่งบรรจุในตำแหน่งเจ้าหน้าที่วิเคราะห์นโยบายและแผน ๑๑ ชช ซึ่งเป็นตำแหน่งวิชาการไม่สามารถกระทำได้โดยที่ยังไม่มีการประเมินเข้าสู่ตำแหน่ง และผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ จะกำหนดยกเว้นไม่ต้องประเมินนั้นก็ไม่อาจกระทำได้ และไม่ปฏิบัติตามระเบียบสำนักนายกรัฐมนตรีว่าด้วยงานสารบรรณ พ.ศ. ๒๕๒๖ เพราะรายงานการประชุมของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ครั้งที่ ๗/๒๕๔๖ เมื่อวันที่ ๑๖ ตุลาคม ๒๕๔๖ ยังไม่ได้ผ่านการรับรองมติที่ประชุม ขอให้เพิกถอนคำสั่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ที่ ๗๐/๒๕๔๖ ลงวันที่ ๑๖ ตุลาคม ๒๕๔๖

ศาลปกครองสูงสุดมีคำวินิจฉัยสรุปว่า การดำเนินการให้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งและให้พ้นจากตำแหน่งตามบทบัญญัติในมาตรา ๒๒๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ เป็นขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดว่า ในกรณีที่จะให้บุคคลใดพ้นจากตำแหน่งนั้น ผู้มีอำนาจจะมีคำสั่งให้พ้นจากตำแหน่งโดยไม่ได้ดำเนินการกราบบังคับทูลให้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้พ้นจากตำแหน่งให้ครบถ้วนตามขั้นตอนดังกล่าวก่อนไม่ได้

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

แต่การที่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองได้ดำเนินการกราบบังคับทูลเพื่อให้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้พ้นจากตำแหน่ง พร้อมๆ กับเพื่อให้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งใหม่และต่อมาได้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ในทั้งสองกรณี จึงถือว่าผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองได้ปฏิบัติตามขั้นตอนของบทบัญญัติ มาตรา ๒๘ (๑) แห่ง พ.ร.บ. ระเบียบข้าราชการฝ่ายรัฐสภา พ.ศ. ๒๕๑๘ ประกอบกับมาตรา ๑๙ วรรคสอง แห่ง พ.ร.บ. คณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒ และมาตรา ๒๒๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๔๐ โดยถูกต้องครบถ้วนแล้ว ศาลปกครองสูงสุดพิพากษากลับคำพิพากษาของศาลปกครองชั้นต้น เป็นให้ยกฟ้อง

ความเห็นแย้ง : ท่านชาญชัย แสวงศักดิ์ มีความเห็นแย้งว่า ที่ตุลาการศาลปกครองสูงสุดเสียงข้างมากในองค์คณะที่ ๒ วินิจฉัยว่า เมื่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ได้มีหนังสือที่ สม ๐๐๐๑/๐๑/๑๒๘ ลงวันที่ ๑๖ ตุลาคม พ.ศ. ๒๕๔๖ ถึงราชเลขาธิการขอให้นำความขึ้นกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งเลขาธิการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษาประจำสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และต่อมาราชเลขาธิการได้มีหนังสือ ที่ รล ๐๐๐๑.๑/ ๓๖๙๘ ลงวันที่ ๑๑ มีนาคม พ.ศ. ๒๕๔๗ ถึงผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ แจ้งว่าได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งตามที่เสนอไป กรณีจึงถือได้ว่าผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ โดยความเห็นชอบของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ เป็นผู้มีอำนาจสั่งบรรจุและนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง นั้น ได้ดำเนินการถูกต้องตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดไว้สำหรับการนั้นแล้ว คำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ที่ ๗๐/๒๕๔๖ ลงวันที่ ๑๖ ตุลาคม พ.ศ. ๒๕๔๖ ไม่น่าจะเสียไปเพียงเพราะเหตุที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ไม่ได้ดำเนินการให้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้พ้นจากตำแหน่งเสียก่อน แล้วจึงดำเนินการแต่งตั้งให้ไปดำรงตำแหน่งใหม่เพราะเมื่อดำเนินการกราบบังคมทูลเพื่อให้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้พ้นจากตำแหน่งพร้อม ๆ กับเพื่อให้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งใหม่และต่อมาก็ได้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ในทั้งสองกรณี จึงต้องถือว่า ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองได้ปฏิบัติตามขั้นตอนของบทบัญญัติมาตรา ๒๘ (๑) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายรัฐสภา พ.ศ. ๒๕๑๘ ประกอบกับมาตรา ๑๙ วรรคสอง แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒ และมาตรา ๒๒๗ ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย โดยถูกต้องครบถ้วนแล้วนั้น ท่านชาญชัย แสวงศักดิ์ ตุลาการศาลปกครองสูงสุด ซึ่งเป็นเสียงข้างน้อยในองค์คณะที่ ๒ ไม่เห็นพ้องด้วย จึงขอทำความเห็นแย้งไว้ดังต่อไปนี้

๑. ตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๒๗ พระมหากษัตริย์เป็นผู้ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการแต่งตั้งข้าราชการตำแหน่งระดับอธิบดีขึ้นไป ซึ่งหมายความว่าบุคคลใดจะดำรงตำแหน่งข้าราชการระดับอธิบดีขึ้นไปได้ ก็ต่อเมื่อพระมหากษัตริย์ทรงมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งแล้ว หากมีการนำความกราบบังคับทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งบุคคลใดให้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว แต่ไม่ทรงมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง บุคคลนั้นก็ไม่สามารถดำรงตำแหน่งดังกล่าวได้

๒. ตำแหน่งเลขาธิการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเป็นข้าราชการรัฐสภาสามัญเป็นตำแหน่งนักบริหารระดับ ๑๑ ซึ่งการบรรจุและแต่งตั้งบุคคลใดให้เข้าดำรงตำแหน่งดังกล่าวจะต้อง

เริ่มต้นจากการปฏิบัติให้เป็นไปตามขั้นตอนและวิธีการที่บัญญัติไว้ในมาตรา ๑๙ แห่งพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒ ประกอบกับมาตรา ๒๘ (๑) แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายรัฐสภา พ.ศ. ๒๕๑๘ กล่าวคือ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ซึ่งเป็นผู้มีอำนาจสั่งบรรจุเป็นผู้นำเสนอต่อผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ เพื่อให้ความเห็นชอบในตัวบุคคล แล้วนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง ซึ่งหมายความว่า ในระหว่างนั้น บุคคลซึ่งได้รับการเสนอชื่อยังไม่สามารถดำรงตำแหน่งเป็นเลขาธิการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้ หากพระมหากษัตริย์ไม่ทรงมีพระราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง บุคคลนั้นก็ไม่สามารถดำรงตำแหน่งเลขาธิการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้

๓. พระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งเลขาธิการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติมีลักษณะเป็น “คำสั่งทางปกครอง” ตามพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ซึ่งย่อมเป็นไปตามบทบัญญัติมาตรา ๔๒ วรรคสอง ที่ว่า คำสั่งทางปกครองย่อมมีผลตราบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอนหรือสิ้นผลลงโดยเงื่อนเวลาหรือโดยเหตุอื่น ซึ่งหมายความว่า เมื่อทรงมีพระราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งบุคคลใดให้ดำรงตำแหน่งเลขาธิการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติแล้ว คำสั่งทางปกครองดังกล่าวย่อมมีผลตราบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอนโดยผู้ทรงอำนาจตามหลักเกณฑ์และวิธีการที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติในส่วนที่ ๖ การเพิกถอนคำสั่งทางปกครอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ หรือโดยศาลปกครองตามบทบัญญัติมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ นอกจากนี้ พระบรมราชโองการดังกล่าวย่อมมีผลตราบเท่าที่ยังไม่มีพระบรมราชโองการเป็นอย่างอื่น

๔. สำหรับการพ้นจากตำแหน่งเลขาธิการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาตินั้น แม้ว่าพระราชบัญญัติคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๒ ประกอบกับพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายรัฐสภา พ.ศ. ๒๕๑๘ จะมิได้บัญญัติไว้โดยเฉพาะ แต่ก็ย่อมอยู่ในบังคับของบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๒๗ ซึ่งบัญญัติว่า พระมหากษัตริย์เป็นผู้ทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจในการให้ข้าราชการตำแหน่งระดับอธิบดีขึ้นไปพ้นจากตำแหน่ง ซึ่งหมายความว่า บุคคลใดซึ่งได้ทรงมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งระดับอธิบดีขึ้นไป จะพ้นจากตำแหน่งก็ต่อเมื่อพระมหากษัตริย์ทรงมีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้พ้นจากตำแหน่ง เว้นแต่กรณีที่พ้นจากตำแหน่งเพราะความตาย การทรงไว้ซึ่งพระราชอำนาจดังกล่าวจะเห็นได้จากกรณีของผู้ดำรงตำแหน่งผู้ว่าการตรวจเงินแผ่นดิน ซึ่งเป็นตำแหน่งในระดับเดียวกันกับตำแหน่งเลขาธิการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ

๕. ข้อเท็จจริงในคดีนี้ ฟังได้ว่า ในการประชุมเมื่อวันที่ ๑๖ ตุลาคม พ.ศ. ๒๕๔๖ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ได้มีมติกำหนดตำแหน่งที่ปรึกษาประจำสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ (เจ้าหน้าที่วิเคราะห์นโยบายและแผน ๑๑ ชช.) โดยให้ตำแหน่งที่ปรึกษานี้เป็นตำแหน่งเฉพาะตัว และในการประชุมคราวเดียวกัน ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ก็ได้มีมติให้ย้ายผู้ฟ้องคดีจากตำแหน่งเลขาธิการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติไปดำรงตำแหน่งที่ปรึกษาประจำสำนักงานคณะกรรมการ

สิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และแต่งตั้งนางเอื้อจิต วิโรจน์ไตรรัตน์ ผู้อำนวยการสำนักส่งเสริมและประสานงานเครือข่าย (เจ้าหน้าที่สิทธิมนุษยชน ๙) เป็นผู้รักษาราชการแทนเลขาธิการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจนกว่าจะมีการแต่งตั้งผู้ดำรงตำแหน่งดังกล่าว ในวันเดียวกันนั้นเอง ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ได้มีคำสั่งคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ที่ ๗๐/๒๕๔๖ ลงวันที่ ๑๖ ตุลาคม พ.ศ. ๒๕๔๖ บรรจุผู้ฟ้องคดีให้ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษาประจำสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ และได้มีหนังสือที่ สม ๐๐๐๑/๐๑/๑๒๘ ลงวันที่ ๑๖ ตุลาคม พ.ศ. ๒๕๔๖ ถึงราชเลขาธิการขอให้นำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ มีพระบรมราชโองการให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งเลขาธิการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชาติแห่งชาติและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษาประจำสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชาติแห่งชาติ

จากข้อเท็จจริงดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่าในวันที่ ๑๖ ตุลาคม พ.ศ. ๒๕๔๖ ในขณะที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ออกคำสั่งบรรจุผู้ฟ้องคดีให้ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษาประจำสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาตินั้น พระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งผู้ฟ้องคดีให้ดำรงตำแหน่งเลขาธิการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติยังคงมีผลใช้บังคับอยู่ ผู้ฟ้องคดีจึงยังคงดำรงตำแหน่งดังกล่าวอยู่ ตำแหน่งดังกล่าวจึงยังไม่ว่างลง ผู้ฟ้องคดีจึงไม่สามารถดำรงตำแหน่งเลขาธิการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติและตำแหน่งที่ปรึกษาประจำสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติได้ทั้งสองตำแหน่งในขณะเดียวกัน นอกจากนี้ ในขณะนั้นก็ยังไม่มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งดังกล่าว การแต่งตั้งผู้ฟ้องคดีให้ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษาประจำสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจึงไม่อาจกระทำได้ในขณะนั้น

๖. พระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายรัฐสภา พ.ศ. ๒๕๑๘ มาตรา ๒๒ บัญญัติว่า การบรรจุบุคคลเข้ารับราชการเป็นข้าราชการรัฐสภาสามัญต้องบรรจุจากผู้สอบแข่งขันได้ เว้นแต่การบรรจุผู้รับทุนของทางราชการในการศึกษาวิชาเข้ารับราชการตามสัญญา การบรรจุผู้ทรงคุณวุฒิ ผู้ชำนาญการ และผู้ใช้ฝีมือ และการบรรจุในกรณีที่มีเหตุพิเศษซึ่งไม่จำเป็นต้องดำเนินการสอบแข่งขัน คณะกรรมการข้าราชการฝ่ายรัฐสภาจะคัดเลือกบรรจุก็ได้ จากบทบัญญัติดังกล่าว “การบรรจุ” คือ การรับบุคคลซึ่งยังมิได้เป็นข้าราชการเข้ารับราชการ ส่วน “การแต่งตั้ง” คือ การกำหนดให้ผู้ซึ่งได้รับการบรรจุเข้ารับราชการแล้วให้ดำรงตำแหน่งหนึ่งตำแหน่งใด ซึ่ง “การแต่งตั้ง” ข้าราชการให้ดำรงตำแหน่งหนึ่งตำแหน่งใดนั้นอาจเป็นการย้ายหรือเป็นการเลื่อนขึ้นแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับที่สูงขึ้นก็ได้ ซึ่งการย้ายข้าราชการรัฐสภาสามัญนั้น มาตรา ๓๐ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการฝ่ายรัฐสภา พ.ศ. ๒๕๑๘ บัญญัติว่า การย้ายข้าราชการรัฐสภาสามัญผู้ดำรงตำแหน่งใดไปแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งอื่น ต้องแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งในระดับเดียวกัน

จากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า “การบรรจุ” และ “การแต่งตั้ง” นั้นเป็นคนละเรื่องกัน ในคดีนี้ ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองมีเจตนารมณ์ที่จะย้ายผู้ฟ้องคดีจากตำแหน่งเลขาธิการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติไปดำรงตำแหน่งที่ปรึกษาประจำสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ จึงเป็นเรื่องของ “การแต่งตั้ง” มิใช่เรื่องของ “การบรรจุ” และไม่มีกรณีที่จะต้องบรรจุผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นข้าราชการรัฐสภาสามัญอยู่แล้วเข้ารับราชการอีกแต่อย่างใด

๗. การย้ายผู้ฟ้องคดีซึ่งดำรงตำแหน่งระดับ ๑๑ จากตำแหน่งหนึ่งไปดำรงตำแหน่งอื่นนั้น ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองจะต้องปฏิบัติตามบทบัญญัติของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย มาตรา ๒๒๗ ด้วย กล่าวคือ จะต้องนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งเลขาธิการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติเสียก่อน แล้วนำความกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้งผู้ฟ้องคดีให้ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษาประจำสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติ ทั้งนี้ อาจดำเนินการทั้งสองเรื่องไปในคราวเดียวกันได้ ดังนั้น การที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ออกคำสั่งที่ ๗๐/๒๕๔๖ ลงวันที่ ๑๖ ตุลาคม พ.ศ. ๒๕๔๖ “บรรจุ” ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นข้าราชการรัฐสภาสามัญอยู่แล้ว และยังดำรงตำแหน่งเป็นเลขาธิการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติอยู่ในขณะนั้นให้ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษาประจำสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติจึงเป็นการออกคำสั่งทางปกครองที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย

๘. กรณีมีข้อพิจารณาต่อไปว่า คำสั่งทางปกครองที่ออกมาโดยไม่สมบูรณ์นั้น ในบางกรณีเจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั้นอาจย้อนกลับไปแก้ไขข้อที่ไม่สมบูรณ์ได้ แต่จะต้องเป็นไปตามกรณีหลักเกณฑ์ วิธีการ และภายในกรอบระยะเวลาที่กฎหมายกำหนดไว้เท่านั้น โดยพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ มาตรา ๔๑ วรรคหนึ่ง บัญญัติไว้ว่า คำสั่งทางปกครองที่ออกโดยการฝ่าฝืนหรือไม่ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์ดังต่อไปนี้ ไม่เป็นเหตุให้คำสั่งทางปกครองนั้นไม่สมบูรณ์ (๑) การออกคำสั่งทางปกครองโดยยังไม่มีผู้ยื่นคำขอในกรณีที่เจ้าหน้าที่จะดำเนินการเองไม่ได้นอกจากจะมีผู้ยื่นคำขอ ถ้าต่อมาในภายหลังได้มีการยื่นคำขอเช่นนั้นแล้ว (๒) คำสั่งทางปกครองที่ต้องจัดให้มีเหตุผลตามมาตรา ๓๗ วรรคหนึ่ง ถ้าได้มีการจัดให้มีเหตุผลดังกล่าวในภายหลัง (๓) การรับฟังคู่กรณีที่จำเป็นต้องกระทำได้ดำเนินการมาโดยไม่สมบูรณ์ ถ้าได้มีการรับฟังให้สมบูรณ์ในภายหลัง (๔) คำสั่งทางปกครองที่ต้องให้เจ้าหน้าที่อื่นให้ความเห็นชอบก่อน ถ้าเจ้าหน้าที่นั้นได้ให้ความเห็นชอบในภายหลัง

จากบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า คำสั่งทางปกครองใดที่ออกมาโดยไม่สมบูรณ์ เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองนั้นอาจดำเนินการแก้ไขข้อที่ไม่สมบูรณ์ในภายหลังได้เฉพาะในกรณีหนึ่งกรณีใดในสี่กรณีดังที่ระบุไว้ในมาตรา ๔๑ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวเท่านั้น ซึ่งจะเห็นได้ว่า ในกรณีนี้ การให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งเดิมและการแต่งตั้งผู้ฟ้องคดีให้ดำรงตำแหน่งใหม่เป็นพระราชอำนาจของพระมหากษัตริย์ มิใช่เป็นกรณีที่เป็นอำนาจของผู้ถูกฟ้องคดีที่สองที่จะต้องขอความเห็นชอบจากพระมหากษัตริย์ กรณีนี้จึงไม่ต้องตามบทบัญญัติดังกล่าว

นอกจากนี้ มาตรา ๔๑ วรรคสาม แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ยังบัญญัติต่อไปว่า กรณีตามมาตรา ๔๑ วรรคหนึ่ง (๒) (๓) และ (๔) นั้น จะต้องกระทำก่อนสิ้นสุดกระบวนการพิจารณาอุทธรณ์ตามพระราชบัญญัติดังกล่าวหรือตามกฎหมายเฉพาะว่าด้วยการนั้น หรือถ้าเป็นกรณีที่ไม่ต้องมีการอุทธรณ์ดังกล่าว ก็ต้องก่อนมีการนำคำสั่งทางปกครองไปสู่การพิจารณาของผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองนั้น ซึ่งจะเห็นได้ว่าบทบัญญัติของกฎหมายดังกล่าวยินยอมให้เจ้าหน้าที่ผู้ทำคำสั่งทางปกครองที่ไม่สมบูรณ์มีโอกาสแก้ไขข้อที่ไม่สมบูรณ์ได้ ตราบเท่าที่ยังไม่มีการนำเอาข้อที่ไม่สมบูรณ์นั้นไปโต้แย้งคัดค้านต่อผู้มีอำนาจพิจารณาอุทธรณ์หรือต่อผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยความถูกต้องของคำสั่งทางปกครองนั้น (ศาลปกครอง) ซึ่งหาก

เทียบเคียงกันกับกรณีของคดีนี้ ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือลงวันที่ ๒๔ ตุลาคม พ.ศ. ๒๕๔๖ ขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ทบทวนคำสั่งดังกล่าว ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ได้มีหนังสือลงวันที่ ๒๑ มกราคม ๒๕๔๗ แจ้งยืนยันว่าคำสั่งดังกล่าวชอบแล้ว จากนั้น ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองชั้นต้นขอให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าวโดยผู้ฟ้องคดีได้มีคำขอให้ศาลมีคำสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งดังกล่าวไว้เป็นการชั่วคราวก่อนการพิพากษา ซึ่งศาลปกครองชั้นต้นพิจารณาแล้วเห็นว่าคำสั่งทางปกครองที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีนี้น่าจะไม่ชอบด้วยกฎหมายและการให้คำสั่งทางปกครองดังกล่าวมีผลใช้บังคับต่อไปจะทำให้เกิดความเสียหายอย่างร้ายแรงที่ยากแก่การเยียวยาแก้ไขในภายหลังเพราะคำสั่งดังกล่าวนั้นส่งผลให้มีการดำเนินการที่ต่อเนื่องอันยากที่จะแก้ไขในภายหลัง เช่น การนำความขึ้นกราบบังคมทูลเพื่อทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ แต่งตั้ง รวมทั้งการที่จะต้องแต่งตั้งบุคคลให้ดำรงตำแหน่งเลขาธิการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติแทนผู้ฟ้องคดีต่อไป ศาลปกครองชั้นต้นจึงมีคำสั่งเมื่อวันที่ ๑๙ กุมภาพันธ์ พ.ศ. ๒๕๔๗ ให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งดังกล่าวไว้ก่อนจนกว่าจะมีคำพิพากษา แต่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองยื่นคำร้องอุทธรณ์คำสั่งของศาลปกครองชั้นต้น ซึ่งศาลปกครองสูงสุดพิจารณาแล้วมีคำสั่งเมื่อวันที่ ๑๔ กันยายน พ.ศ. ๒๕๔๗ ว่า เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า ได้มีพระบรมราชโองการโปรดเกล้าฯ ให้ผู้ฟ้องคดีพ้นจากตำแหน่งเลขาธิการคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติและแต่งตั้งให้ดำรงตำแหน่งที่ปรึกษาประจำสำนักงานคณะกรรมการสิทธิมนุษยชนแห่งชาติโดยมีผลย้อนหลังไปตั้งแต่วันที่ ๑๖ ตุลาคม พ.ศ. ๒๕๔๖ แล้ว จึงมีผลทำให้คำสั่งทุเลาการบังคับตามคำสั่งที่ ๗๐/๒๕๔๖ ลงวันที่ ๑๖ ตุลาคม พ.ศ. ๒๕๔๖ สิ้นผล ดังนั้น เหตุที่จะขอให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งดังกล่าวย่อมสิ้นลงไปด้วย กรณีจึงไม่มีความจำเป็นต้องพิจารณาหรือมีคำสั่งในเรื่องการขอทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองอีกต่อไป จึงมีคำสั่งให้จำหน่ายคำร้องอุทธรณ์คำสั่งให้ทุเลาการบังคับตามคำสั่งทางปกครองออกจากสารบบความ

จากข้อเท็จจริงดังกล่าวข้างต้น จะเห็นได้ว่า ราชเลขาธิการได้มีหนังสือที่ รล ๐๐๐๑.๑/๓๖๙๘ ลงวันที่ ๑๑ มีนาคม พ.ศ. ๒๕๔๗ แจ้งผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ว่า ได้ทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ตามที่เสนอไปภายหลังจากที่ผู้ฟ้องคดีได้ยื่นอุทธรณ์และได้ยื่นฟ้องคดีต่อศาลปกครองแล้ว

๙. ในเมื่อคำสั่งของผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ที่ ๗๐/๒๕๔๖ ลงวันที่ ๑๖ ตุลาคม ๒๕๔๖ เป็นคำสั่งที่ไม่ชอบด้วยกฎหมาย เนื่องจากผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๒ ออกคำสั่งดังกล่าวโดยไม่มีอำนาจหรือนอกเหนืออำนาจหน้าที่และไม่ถูกต้องตามรูปแบบ ขั้นตอนหรือวิธีการอันเป็นสาระสำคัญที่กำหนดไว้สำหรับการกระทำนั้น ตามนัยมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ จึงเป็นกรณีที่ศาลปกครองมีอำนาจพิพากษาเพิกถอนคำสั่งดังกล่าวได้ตามมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่ง (๑) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ที่ศาลปกครองชั้นต้นพิพากษาให้เพิกถอนคำสั่งดังกล่าวนั้นชอบแล้ว ตุลาการศาลปกครองสูงสุดเสียงข้างน้อยในองค์คณะที่ ๒ จึงเห็นควรพิพากษายืน

๘. คดีที่ผู้ฟ้องคดีนำคดีมาฟ้องขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวน และคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวน (เพิ่มเติม)

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๕๖/๒๕๕๔ คดีนี้ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีเคยรับราชการเป็นพนักงานส่วนตำบล ตำแหน่งนักบริหารงานองค์การบริหารส่วนตำบล ระดับ ๖ ได้รับความเดือดร้อน

เสียหายจากการที่ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ ได้มีคำสั่งองค์การบริหารส่วนตำบลทุ่งคลอง ลงวันที่ ๑๓ ตุลาคม ๒๕๔๙ แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนวินัยอย่างร้ายแรงต่อผู้ฟ้องคดีกรณี ถูกกล่าวหาว่าร่วมกันเป็นคณะกรรมการดำเนินการสอบแข่งขันเพื่อบรรจุพนักงานส่วนตำบลขององค์การบริหารส่วนตำบลทุ่งคลองโดยทุจริต ต่อมานาย พ. ซึ่งเป็นประธานกรรมการสอบสวนต้องโอนไปปฏิบัติหน้าที่อื่น จึงไม่สามารถปฏิบัติหน้าที่ประธานกรรมการสอบสวนดังกล่าวได้ ผู้ถูกฟ้องคดีที่ ๑ จึงได้มีคำสั่งองค์การบริหารส่วนตำบลทุ่งคลอง ลงวันที่ ๕ มิถุนายน ๒๕๕๐ แต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวน (เพิ่มเติม) โดยแต่งตั้งนาย น. เป็นประธานคณะกรรมการสอบสวนแทน ผู้ฟ้องคดีเห็นว่า คำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทั้งสองคำสั่งดังกล่าวไม่ชอบด้วยกฎหมายเป็นการกลั่นแกล้งผู้ฟ้องคดีและเลือกปฏิบัติโดยไม่เป็นธรรม ทำให้ผู้ฟ้องคดีเสียสิทธิอันพึงมีพึงได้บางประการ ผู้ฟ้องคดี จึงยื่นฟ้องคดีต่อศาล ขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งเพิกถอนคำสั่งองค์การบริหาร ส่วนตำบลทุ่งคลองทั้งสองคำสั่งดังกล่าว

ศาลปกครองสูงสุดองค์คณะเสียงข้างมากเห็นว่า ตามมติที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ ๑/๒๕๕๓ ได้มีมติว่า คำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยอย่างร้ายแรงเป็นขั้นตอนอันเป็นสาระสำคัญเพื่อแสวงหาข้อเท็จจริงตามข้อกล่าวหา ซึ่งต้องแจ้งข้อกล่าวหาและสรุปพยานหลักฐานให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบ พร้อมทั้งรับฟังคำชี้แจงของผู้ถูกกล่าวหา เมื่อคณะกรรมการสอบสวนดำเนินการเสร็จ ต้องรายงานผลการสอบสวนและความเห็นต่อผู้บังคับบัญชาซึ่งกฎหมายกำหนดให้เป็นผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยว่า ผู้ถูกกล่าวหากระทำผิดวินัยหรือไม่ ในชั้นถูกตั้งกรรมการสอบสวนทางวินัยอย่างร้ายแรง ผู้ถูกกล่าวหาอ้างว่าตนมิได้กระทำผิดวินัยตามข้อกล่าวหาและนำคดีมายื่นฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยอย่างร้ายแรง โดยผู้บังคับบัญชาซึ่งกฎหมายกำหนดให้เป็นผู้มีอำนาจพิจารณาวินิจฉัยยังมิได้วินิจฉัยว่าผู้ถูกกล่าวหากระทำผิดวินัยหรือไม่ ผู้ถูกกล่าวหาจึงยังไม่อยู่ในฐานะเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง ตามมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ศาลปกครองจึงไม่อาจรับคำฟ้องไว้พิจารณาได้

ความเห็นแย้ง : ท่านชาญชัย แสวงศักดิ์ และท่านวราวุธ ศิริยุทธ์วัฒนา ตุลาการศาลปกครองสูงสุด ซึ่งเป็นตุลาการเสียงข้างน้อยในองค์คณะที่ ๓ ไม่เห็นพ้องด้วยกับเหตุผลของตุลาการเสียงข้างมาก จึงทำความเห็นแย้งไว้ ดังต่อไปนี้

๑. การที่ศาลปกครองจะมีคำสั่งรับคำฟ้องใดไว้พิจารณาได้หรือไม่นั้น จะต้องพิจารณาว่าเรื่องที่นำมาฟ้องนั้นเป็นคดีพิพาทที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองตามบทบัญญัติของมาตรา ๒๒๓ วรรคหนึ่ง ของรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พุทธศักราช ๒๕๕๐ และมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ และผู้ฟ้องคดีได้ปฏิบัติตามหลักเกณฑ์และวิธีการในการฟ้องคดีหรือที่เรียกกันว่า เงื่อนไขในการฟ้องคดีตามที่กำหนดไว้ในกฎหมายและระเบียบว่าด้วยวิธีพิจารณาคดีปกครองครบถ้วนหรือไม่ ซึ่งเงื่อนไขในการฟ้องคดีต่อศาลปกครองประการหนึ่งก็คือ ผู้ฟ้องคดีจะต้องเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองตามมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งมีการกำหนดองค์ประกอบของการเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองไว้ ๓ ประการ คือ

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเทียนวายราชการ

ประการที่หนึ่ง ผู้ฟ้องคดีต้องเป็นผู้ซึ่งได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายในเรื่องที่นำมาฟ้อง

ประการที่สอง ความเดือดร้อนหรือความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้รับต้องเกิดจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำอย่างหนึ่งอย่างใดของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน และ

ประการที่สาม การแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้รับนั้น ศาลปกครองมีอำนาจออกคำบังคับให้ได้ตามมาตรา ๗๒ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน ซึ่งหมายความว่า นอกจากความเดือดร้อนหรือเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีอ้างว่าได้รับนั้นจะต้องเกิดจากการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีแล้ว คำขอที่ผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองออกคำบังคับให้นั้นจะต้องมีความสัมพันธ์และมีผลเป็นการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้รับโดยตรงและเป็นคำขอที่อยู่ในอำนาจของศาลปกครองที่จะออกคำบังคับให้ได้ตามมาตรา ๗๒ แห่งพระราชบัญญัติเดียวกันด้วย

ด้วยเหตุนี้ พระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ จึงบัญญัติแยกประเภทคดีที่อยู่ในอำนาจการพิจารณาและพิพากษาของศาลปกครองตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง ไว้ให้สอดคล้องกับอำนาจของศาลปกครองในการกำหนดคำบังคับตามมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่ง เช่น ในกรณีที่ผู้ฟ้องคดีฟ้องว่าเจ้าหน้าที่ของรัฐออกคำสั่งโดยไม่ชอบด้วยกฎหมาย ก็จะต้องพิจารณาด้วยว่าผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองออกคำบังคับให้ตามมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่งอย่างไร ถ้าผู้ฟ้องคดีขอให้ศาลปกครองสั่งเพิกถอนคำสั่งพิพาท ซึ่งเป็นการขอให้ศาลออกคำบังคับให้ตามมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่ง (๑) ก็เท่ากับว่าคดีนั้นเป็นคดีตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑)

๒. สำหรับคำสั่งที่อาจนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้สั่งเพิกถอนได้ตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) ประกอบกับมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่ง (๑) นั้น มีแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดมาโดยตลอดว่า จะต้องเป็น “คำสั่งทางปกครอง” ตามมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ที่ให้คำนิยามไว้ว่า “(๑) การใช้อำนาจตามกฎหมายของเจ้าหน้าที่ที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน ระงับ หรือมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล ... แต่ไม่หมายความรวมถึงการออกกฎ (๒) การอื่นตามที่กำหนดในกฎกระทรวง” ซึ่งหมายความว่า คำสั่งที่อาจนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้สั่งเพิกถอนได้ตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) ประกอบกับมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่ง (๑) นั้น จะต้องมีลักษณะดังต่อไปนี้

(๑) เป็นคำสั่งที่หน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐออกโดยอาศัยอำนาจตามกฎหมายในระดับพระราชบัญญัติ

(๒) เป็นคำสั่งที่มีผลอย่างหนึ่งอย่างใดดังต่อไปนี้

(ก) เป็นคำสั่งที่มีผลเป็นการสร้างนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลในอันที่จะก่อให้เกิดสิทธิหรือหน้าที่ เปลี่ยนแปลงสิทธิหรือหน้าที่ โอนสิทธิหรือหน้าที่ สงวนสิทธิหรือหน้าที่ หรือระงับสิทธิหรือหน้าที่ระหว่างบุคคล หรือ

(ข) เป็นคำสั่งที่มีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคล

(๓) เป็นคำสั่งที่มีผลใช้บังคับแก่บุคคลหนึ่งบุคคลใดหรือกลุ่มบุคคลหนึ่งกลุ่มบุคคลใดเป็นการเฉพาะราย และหรือเป็นคำสั่งที่มีผลใช้บังคับแก่กรณีหนึ่งกรณีใดเป็นการเฉพาะเจาะจง

(๔) คำสั่งที่แม้ว่าจะขาดลักษณะตาม (๑) (๒) หรือ (๓) ข้างต้น แต่ถ้ามีการออกกฎกระทรวงกำหนดให้เป็นคำสั่งทางปกครองตาม (๒) ของคำนิยามแล้ว ก็ให้ถือว่าเป็นคำสั่งทางปกครองได้เช่นกัน

๓. ตุลาการเสียงข้างน้อยเห็นว่า การที่ศาลปกครองสูงสุดจะวางแนวคำวินิจฉัยหรือปรับเปลี่ยนคำวินิจฉัยของตนนั้น จำเป็นต้องคำนึงถึงบทบาทของศาลปกครองในการรักษาดุลยภาพระหว่างการปกป้องสิทธิเสรีภาพของบุคคลหรือการคุ้มครองประโยชน์ส่วนตัวของบุคคลโดยการเข้าไปควบคุมหรือตรวจสอบการใช้อำนาจของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐว่าเป็นไปโดยชอบด้วยกฎหมายหรือไม่ กับการดูแลรักษาประโยชน์สาธารณะหรือประโยชน์ส่วนรวมของคนส่วนใหญ่ในสังคมซึ่งรัฐโดยหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐเป็นผู้ได้รับมอบหมายให้เป็นผู้ดูแลรักษาแทนคนส่วนใหญ่ในสังคม การวางแนวคำวินิจฉัยหรือการปรับเปลี่ยนแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครอง จึงจำเป็นต้องรักษาจุดสมดุลที่จะไม่เปิดโอกาสให้บุคคลใดนำเรื่องใด ๆ มาฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อให้ศาลปกครองเข้าไปควบคุมตรวจสอบได้อย่างกว้างขวางจนเกินไป จนเป็นอุปสรรคต่อการบริหารราชการแผ่นดินหรือมีผลกระทบต่อการใช้อำนาจบังคับบัญชาของผู้บังคับบัญชาเพื่อควบคุมผู้ใต้บังคับบัญชาให้อยู่ในวินัย แต่ก็ไม่ควรที่จะจำกัดสิทธิของบุคคลในการฟ้องคดีต่อศาลปกครองให้มากจนเกินไป จนทำให้ประชาชนหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐซึ่งถูกหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายหรือตามอำเภอใจไม่สามารถมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอรับการคุ้มครองจากศาลปกครองได้เลย

๔. ตุลาการเสียงข้างน้อยขอนำเอาประสบการณ์ของศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสในการปรับเปลี่ยนแนวคำวินิจฉัยของตนมาเทียบเคียงเพื่อเป็นแนวทางในการพิจารณาปรับเปลี่ยนแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดของไทย ซึ่งพอสรุปได้ดังนี้

๔.๑ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสวางแนวคำวินิจฉัยมาโดยตลอดว่า ในการฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้สั่งเพิกถอนการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐนั้น การกระทำที่อาจนำมาฟ้องต่อศาลปกครองได้นั้นจะต้องมีลักษณะเป็น “นิติกรรมทางปกครอง” กล่าวคือ เป็นการใช้เอกสิทธิ์มหาชน (เป็นการใช้อำนาจรัฐตามกฎหมาย) ที่มีผลเป็นเปลี่ยนแปลงสถานภาพทางกฎหมายหรือก่อให้เกิดสิทธิหรือหน้าที่ของบุคคลโดยการแสดงเจตนาฝ่ายเดียวของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐ ดังนั้น การกระทำใดที่ไม่มีลักษณะเป็น “นิติกรรมทางปกครอง” เช่น การให้ข้อมูล การเสนอความเห็น การตอบข้อหารือ การวางแนวปฏิบัติ ฯลฯ ก็ไม่อาจนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้สั่งเพิกถอนได้

อย่างไรก็ตาม การกระทำบางประเภทที่แม้ว่าจะมีลักษณะเป็น “นิติกรรมทางปกครอง” แต่ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสก็มีแนวคำวินิจฉัยมาโดยตลอดว่าเป็น “นิติกรรมทางปกครอง” ที่ไม่อาจนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ ซึ่งมิใช่เป็นเพราะเหตุที่ว่าผู้ฟ้องคดีไม่มีสิทธิฟ้องคดีหรือมิใช่เป็นเพราะเหตุที่ศาลปกครองไม่มีอำนาจที่จะพิจารณาพิพากษาได้ แต่เป็นเพราะลักษณะของ “นิติกรรม

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเทียนอายุราชการ

ทางปกครอง” นั้นเอง อันได้แก่ “มาตรการจัดระเบียบภายใน” (les mesures d’ ordre intérieur) “มาตรการที่เป็นการตระเตรียมการ” (les mesures préparatoires) และ ”มาตรการในการจัดองค์กรของหน่วยงาน” (les measures d’ organisation du service)

๔.๒ “มาตรการจัดระเบียบภายใน” นั้น ได้แก่

(๑) หนังสือเวียนและแนวทางการออกคำสั่งซึ่งมีสถานะเป็นเพียงระเบียบปฏิบัติภายในของฝ่ายปกครองที่มีผลบังคับต่อหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะต้องปฏิบัติตาม แต่ไม่มีผลใช้บังคับโดยตรงกับประชาชนหรือบุคคลภายนอกและ

(๒) นิติกรรมทางปกครองที่มีความสำคัญทางกฎหมายน้อยเกินไปหรือเป็นเรื่องที่ปลีกย่อยเกินไปซึ่งไม่สมควรให้นำมาฟ้องคดีต่อศาลตามสุภาษิตในภาษาลาตินที่ว่า “De minimis non curat praetor” หรือถือว่าเป็นเรื่องภายในโดยแท้ของฝ่ายปกครองที่ศาลปกครองเห็นควรจำกัดบทบาทของตนเองที่จะไม่ก้าวล่วงเข้าไปควบคุมหรือตรวจสอบเพื่อให้ผู้บังคับบัญชาหรือฝ่ายปกครองสามารถจัดระเบียบภายในของตนได้ โดยมีแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่จะไม่รับคำฟ้องที่เกี่ยวกับ “มาตรการจัดระเบียบภายใน” ของบางหน่วยงานดังต่อไปนี้

(ก) “มาตรการจัดระเบียบภายใน” ของโรงเรียน เช่น คำสั่งของครูที่ลงโทษเด็กนักเรียนโดยการให้ไปยืนหันหน้าเข้ามุมห้อง คำสั่งของครูที่ย้ายเด็กนักเรียนจากกลุ่มสัมมนาหนึ่งไปยังอีกกลุ่มสัมมนาหนึ่ง ระเบียบของวิทยาลัยที่ห้ามนักเรียนหญิงใส่กางเกงมาโรงเรียน เว้นแต่ในช่วงที่มีหิมะตก อย่างไรก็ตาม นับตั้งแต่ปี ค.ศ. ๑๙๙๒ เป็นต้นมา ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสได้ปรับเปลี่ยนแนวคำวินิจฉัยใหม่ว่า ระเบียบของโรงเรียนที่ห้ามนักเรียนติดสัญลักษณ์ใด ๆ ที่แสดงออกถึงความเชื่อทางศาสนา ทางการเมือง หรือทางปรัชญามาโรงเรียน และคำสั่งห้ามนักเรียนหญิงซึ่งนับถือศาสนาอิสลามโพกผ้าคลุมผมมาโรงเรียน เป็นกฎและคำสั่งทางปกครองที่อาจนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้

(ข) “มาตรการจัดระเบียบภายใน” ของหน่วยทหาร เช่น คำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่สั่งให้พลทหารเข้ารับการรักษาตัวในโรงพยาบาลทางจิต คำสั่งปฏิเสธคำขอของพลทหารที่ขอให้ดำเนินการสอบสวนพฤติกรรมของนายทหารที่เป็นผู้บังคับบัญชาของตน คำสั่งลงโทษโดยการกักบริเวณ อย่างไรก็ตาม นับตั้งแต่ปี ค.ศ. ๑๙๙๕ เป็นต้นมา ศาลปกครองสูงสุดได้ปรับเปลี่ยนแนวคำวินิจฉัยใหม่ว่า ถ้าเป็นคำสั่งกักบริเวณที่มีผลกระทบโดยตรงต่อเสรีภาพในการสัญจรไปมาของทหารนอกการปฏิบัติหน้าที่และเป็นคำสั่งที่อาจส่งผลกระทบต่อความเจริญก้าวหน้าในตำแหน่งของทหาร ก็อาจนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้

(ค) “มาตรการจัดระเบียบภายใน” ของเรือนจำ เช่น คำสั่งย้ายผู้ต้องขังจากเรือนจำหนึ่งไปยังอีกเรือนจำหนึ่ง คำสั่งให้ผู้ต้องขังอยู่ในแดนที่ต้องถูกเฝ้าระวังเป็นพิเศษ อย่างไรก็ตาม นับตั้งแต่ปี ค.ศ. ๑๙๙๕ เป็นต้นมา ศาลปกครองสูงสุดได้ปรับเปลี่ยนแนวคำวินิจฉัยใหม่ว่าคำสั่งของผู้บัญชาการเรือนจำที่สั่งลงโทษขังเดี่ยวผู้ต้องขังและห้ามเยี่ยมเป็นเวลา ๘ วัน มีลักษณะร้ายแรงจึงเป็นคำสั่งที่อาจนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้

(ง) “มาตรการจัดระเบียบภายใน” ของหน่วยงานอื่น เช่น คำสั่งห้ามเจ้าหน้าที่เข้าไปในห้องทำงานของหน่วยงานอื่นที่ไม่เกี่ยวกับงานของเจ้าหน้าที่ผู้นั้น สั่งให้เจ้าหน้าที่ออกจากห้องทำงาน

ที่ตนเคยครอบครองอยู่หรือให้ส่งคืนกุญแจห้องที่ตนเคยถืออยู่

อย่างไรก็ตาม หากคำสั่งใดมิได้เป็นเพียงการเปลี่ยนแปลงภาระหน้าที่ที่เจ้าหน้าที่จะต้องปฏิบัติเท่านั้น แต่ยังเป็นการลดทอนภาระหน้าที่บางส่วนของเจ้าหน้าที่ผู้นั้นลงไป อันส่งผลกระทบต่อสิทธิประโยชน์หรือมีผลเปลี่ยนแปลงสถานภาพของเจ้าหน้าที่ ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสก็ไม่ถือว่าเป็น “มาตรการจัดระเบียบภายใน” แล้ว โดยถือว่าเป็นคำสั่งที่อาจนำไปฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้

๔.๓ สำหรับ “มาตรการที่เป็นการตระเตรียมการ” นั้น เป็นคำสั่งที่เป็นเพียงองค์ประกอบหนึ่งของกระบวนการในการจัดทำคำสั่งทางปกครองอีกคำสั่งหนึ่งซึ่งเป็นคำสั่งทางปกครองในขั้นสุดท้าย ซึ่งในขณะที่มีคำสั่งที่เป็นการตระเตรียมการนั้น ยังไม่อาจทราบได้ว่าในที่สุดแล้วจะมีคำสั่งทางปกครองในขั้นสุดท้ายหรือไม่ หรือยังไม่อาจทราบได้ว่าคำสั่งทางปกครองในขั้นสุดท้ายนั้นจะมีเนื้อหาสาระอย่างไร ดังนี้ ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสมีแนวคำวินิจฉัยว่ายังไม่อาจนำคำสั่งที่เป็นเพียง “มาตรการที่เป็นการตระเตรียมการ” มาฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้โดยตรงและในทันที แต่จะต้องรอจนกว่าจะมีคำสั่งทางปกครองในขั้นสุดท้ายออกมาเสียก่อน จึงจะนำคำสั่งทางปกครองในขั้นสุดท้ายนั้นมาฟ้องคดีต่อศาลเพื่อขอให้สั่งเพิกถอนได้ โดยผู้ฟ้องคดีสามารถหยิบยกความไม่ชอบด้วยกฎหมายของ “มาตรการที่เป็นการตระเตรียมการ” ขึ้นมาเป็นเหตุผลสนับสนุนคำฟ้องของตนได้ เช่น การที่ผู้ว่าราชการจังหวัดแจ้งเตือนไปยังผู้รับสัมปทานทำเหมืองแร่ให้ชำระค่าประทานบัตร การนำผังเมืองไปขอรับฟังความคิดเห็นโดยวิธีประชาพิจารณ์ คำสั่งเกี่ยวกับการส่งพยานหลักฐานให้ข้าราชการซึ่งถูกกล่าวหาว่ากระทำผิดวินัยได้มีโอกาสตรวจสอบในระหว่างการดำเนินสอบสวนทางวินัยถือว่าเป็นคำสั่งที่ยังไม่อาจนำมาแยกฟ้องคดีต่อศาลปกครองก่อนได้ แต่จะต้องรอจนกว่าจะมีคำสั่งลงโทษทางวินัยเสียก่อน จึงจะสามารถหยิบยกความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งดังกล่าวขึ้นมาเป็นเหตุผลในการฟ้องคดีขอให้เพิกถอนคำสั่งลงโทษทางวินัย ส่วนคำสั่งพักราชการข้าราชการที่ถูกสอบสวนนั้น เป็นคำสั่งทางปกครองที่แยกต่างหากและไม่ถือว่าเป็น “มาตรการที่เป็นการตระเตรียมการ” จึงอาจนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้โดยไม่ต้องรอจนกว่าจะมีคำสั่งลงโทษทางวินัย แต่ถ้าเป็นคำสั่งปฏิเสธที่จะมี “มาตรการที่เป็นการตระเตรียมการ” ซึ่งทำให้ไม่สามารถดำเนินการตามขั้นตอนต่อไปได้ ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสก็มีแนวคำวินิจฉัยว่าคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งที่อาจนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อให้ศาลสั่งเพิกถอนได้ เพราะถ้าไม่อาจนำมาฟ้องได้ ก็ไม่มีทางที่จะตรวจสอบความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งปฏิเสธดังกล่าวได้เลย เนื่องจากไม่อาจดำเนินการตามขั้นตอนต่อไปเพื่อให้มีคำสั่งทางปกครองในขั้นสุดท้ายที่อาจนำมาฟ้องได้ เช่น คำสั่งของผู้บริหารองค์กรการศึกษาที่ปฏิเสธคำขอของโรงเรียนที่ให้เสนอคำคัดค้านของโรงเรียนไปให้ผู้ว่าราชการจังหวัดวินิจฉัยชี้ขาด คำสั่งของอธิการบดีที่ไม่อนุมัติให้มีการสอบปกป้องวิทยานิพนธ์

คำสั่งที่เป็น “มาตรการที่เป็นการตระเตรียมการ” นั้น หมายถึงคำสั่งที่เป็นองค์ประกอบหนึ่งของกระบวนการในการจัดทำคำสั่งอีกคำสั่งหนึ่งที่เป็นคำสั่งทางปกครอง จึงแตกต่างจากกรณีของคำสั่งหลายคำสั่งที่ต่อเนื่องกันโดยจะต้องมีคำสั่งแรกเสียก่อน จึงจะมีคำสั่งอื่น ๆ ตามมาเพื่อนำไปสู่คำสั่งในขั้นสุดท้ายได้ เช่น กระบวนการในการสั่งบรรจุบุคคลเข้ารับราชการจะประกอบด้วยคำสั่งต่าง ๆ ที่ต่อเนื่องกัน อันได้แก่ ประกาศรับสมัครบุคคลเข้าสอบแข่งขัน ประกาศรายชื่อผู้ที่ผ่านการตรวจคุณสมบัติ คำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบแข่งขัน ประกาศรายชื่อผู้ที่ผ่านการสอบข้อเขียน ประกาศรายชื่อ

ผู้ที่ผ่านการสอบแข่งขัน และคำสั่งบรรจุและแต่งตั้งข้าราชการ เช่นนี้ถือว่าคำสั่งแต่ละคำสั่งเป็นคำสั่งที่อาจนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ เพราะแม้ว่าจะเป็นคำสั่งที่ต่อเนื่องกัน แต่ก็แยกออกจากกันได้

๔.๔ “มาตรการในการจัดองค์กรของหน่วยงาน” นั้น ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสมีแนวคำวินิจฉัยมาโดยตลอดว่าเป็นอำนาจของหัวหน้าหน่วยงานที่จะจัดองค์กรของหน่วยงานของตนได้ตามที่เห็นว่าเหมาะสม ซึ่งข้าราชการ พนักงานรัฐวิสาหกิจ หรือบุคลากรของหน่วยงานนั้น ตลอดจนสมาคมหรือสหภาพของบุคลากรของหน่วยงานนั้นไม่มีสิทธิที่จะนำไปฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้

(๑) มาตรการเกี่ยวกับการจัดระเบียบของหน่วยงานที่บุคลากรของหน่วยงานนั้นไม่มีสิทธินำไปฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ เช่น กฤษฎีกาจัดระเบียบการทำงานของหน่วยผู้ตรวจราชการของกระทรวง คำสั่งจัดตั้งส่วนราชการภายในกระทรวง คำสั่งกำหนดหน้าที่ของหน่วยงานต่างๆ คำสั่งกำหนดตารางการเข้าเวรแผนกฉุกเฉินของโรงพยาบาล กฤษฎีกากำหนดอำนาจและความรับผิดชอบของผู้อำนวยการโรงเรียน

(๒) คำสั่งของผู้บังคับบัญชาที่เกี่ยวกับการปฏิบัติงานของส่วนราชการ ใต้บังคับบัญชาก็ไม่มีสิทธินำไปฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ ทั้งนี้ เพื่อมิให้กระทบต่อหลักการบังคับบัญชาภายในระบบราชการ

อย่างไรก็ตาม หลักดังกล่าวก็มีข้อยกเว้นในกรณีดังต่อไปนี้

(ก) หากมาตรการตาม (๑) หรือ (๒) มีผลกระทบต่อสิทธิที่เจ้าหน้าที่มีอยู่ตามกฎข้อบังคับ ไม่ว่าจะมีผลเป็นการลดสิทธิประโยชน์และหลักประกันตามกฎข้อบังคับที่มีอยู่เดิม หรือมีผลเปลี่ยนแปลงโอกาสความเจริญก้าวหน้าในการเลื่อนขั้นเลื่อนตำแหน่งในทางที่ลดน้อยลง หรือมีผลต่อความมั่นคงของตำแหน่งหน้าที่ เจ้าหน้าที่ที่ได้รับผลกระทบก็มีสิทธิฟ้องคดีโต้แย้งมาตรการดังกล่าวต่อศาลปกครองได้ เช่น กฤษฎีกาเปลี่ยนแปลงสถานภาพของหน่วยงานจากการเป็นส่วนราชการให้เป็นรัฐวิสาหกิจ ซึ่งย่อมทำให้บุคลากรสูญเสียหลักประกันของข้าราชการที่เคยมีอยู่ได้

(ข) หากมาตรการตาม (๑) อาจมีผลกระทบต่อสิทธิประโยชน์ที่เจ้าหน้าที่มีอยู่ตามหน้าที่ เจ้าหน้าที่ที่ได้รับผลกระทบก็มีสิทธิฟ้องคดีโต้แย้งมาตรการดังกล่าวต่อศาลปกครองได้ เช่น หัวหน้าแผนกสูตินารีย์แพทย์มีสิทธิฟ้องคดีโต้แย้งมติของคณะกรรมการบริหารของโรงพยาบาลที่ให้แยกบุคลากรภายในแผนกดังกล่าวออกไปจัดตั้งเป็นหน่วยงานเอกเทศซึ่งเชี่ยวชาญด้านการทำแท้งโดยความสมัครใจของผู้ป่วย ศาสตราจารย์ในมหาวิทยาลัยมีสิทธิฟ้องคดีโต้แย้งมติของสภามหาวิทยาลัยที่ลดงบประมาณในการวิจัยของเขาและที่ยกเลิกอำนาจหน้าที่ของเขาในการจัดการงบประมาณในการบริหารงานที่เขาเคยได้รับมอบหมายอยู่เดิม รองศาสตราจารย์ในมหาวิทยาลัยมีสิทธิฟ้องคดีโต้แย้งมติของสภามหาวิทยาลัยที่กำหนดภาระการสอนของเขาตามวิธีการที่มีลักษณะที่กระทบต่อสิทธิประโยชน์ของการปฏิบัติหน้าที่ของรองศาสตราจารย์

๔.๕ สำหรับการดำเนินการทางวินัยข้าราชการของฝรั่งเศสนั้นแตกต่างจากของไทยกล่าวคือ ส่วนราชการต้นสังกัดต้องตั้งสำนวนกล่าวหาข้าราชการที่ถูกดำเนินการทางวินัย แล้วยื่นเรื่องต่อคณะกรรมการทางวินัยของส่วนราชการนั้นเพื่อดำเนินการสอบสวนทางวินัยข้าราชการที่ถูกกล่าวหา โดยจะต้องแจ้งให้ข้าราชการผู้นั้นทราบข้อกล่าวหาและส่งสำนวนกล่าวหาให้ข้าราชการผู้นั้น

ได้ตรวจสอบ เมื่อคณะกรรมการทางวินัยดำเนินการสอบสวนทางวินัยเสร็จแล้ว จะต้องจัดทำความเห็นเป็นข้อเสนอว่าสมควรลงโทษทางวินัยข้าราชการผู้ถูกกล่าวหาหรือไม่ อย่างไร แล้วแจ้งความเห็นดังกล่าวให้ข้าราชการผู้ถูกกล่าวหาทราบ กับแจ้งให้ส่วนราชการต้นสังกัดทราบเพื่อออกคำสั่งลงโทษทางวินัยต่อไป

ข้าราชการซึ่งถูกสั่งลงโทษทางวินัยอาจอุทธรณ์และฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งลงโทษทางวินัยต่อศาลปกครองได้ แต่ไม่อาจนำคำสั่งที่เป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการดำเนินการทางวินัยออกมาฟ้องแยกต่างหากจากคำสั่งลงโทษทางวินัยได้ แต่สามารถหยิบยกความไม่ชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งที่เป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการดำเนินการทางวินัยมาเป็นเหตุผลสนับสนุนคำฟ้องโต้แย้งคำสั่งลงโทษทางวินัยได้ ดังนั้น คำสั่งของหัวหน้าส่วนราชการต้นสังกัดที่ให้ยื่นเรื่องต่อคณะกรรมการทางวินัยเพื่อดำเนินการสอบสวนทางวินัยข้าราชการที่ถูกกล่าวหา (ซึ่งอาจเทียบได้กับคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยของไทย) ก็ดี ความเห็นของคณะกรรมการทางวินัยก็ดี คำสั่งของส่วนราชการที่ปฏิเสธไม่ยอมส่งสำนวนที่ใช้กล่าวหาข้าราชการให้แก่ข้าราชการผู้นั้นได้ตรวจสอบก็ดี จึงเป็นคำสั่งที่เป็นส่วนหนึ่งของกระบวนการดำเนินการทางวินัยที่ไม่อาจนำออกมาฟ้องแยกต่างหากจากคำสั่งลงโทษทางวินัยได้

๔.๖ จากแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสดังกล่าวข้างต้น พอจะสรุปได้ดังนี้

(๑) ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสพยายามรักษาดุลยภาพระหว่างการคุ้มครองสิทธิเสรีภาพหรือสิทธิประโยชน์ของประชาชนหรือของผู้ใต้บังคับบัญชาจากการใช้อำนาจโดยไม่ชอบด้วยกฎหมายของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือของผู้บังคับบัญชา กับการไม่ล่วงล้ำเข้าไปใน “แดนอำนาจ” ของฝ่ายปกครองและ “อำนาจบังคับบัญชา” ของผู้บังคับบัญชามากจนเกินไป โดยมีวิวัฒนาการไปในทางที่ให้การคุ้มครองสิทธิเสรีภาพของประชาชนหรือของผู้ใต้บังคับบัญชาเพิ่มมากขึ้นตามลำดับ

(๒) ศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสมิได้ยอมรับคำฟ้องโต้แย้งคำสั่งต่าง ๆ ได้ทั้งหมด แม้ว่าจะมีลักษณะเป็นคำสั่งทางปกครองก็ตาม โดยยังคงมีคำสั่งทางปกครองบางประเภทที่ศาลปกครองยังไม่ยอมรับไว้พิจารณาเพราะเห็นว่าเป็นเรื่องภายในโดยแท้ของฝ่ายปกครอง หรือเห็นว่าเป็นเรื่องที่ปลีกย่อยเกินไป หรือเห็นว่าเป็นคำสั่งที่เป็นเพียงขั้นตอนหนึ่งของกระบวนการในการจัดทำคำสั่งอีกคำสั่งหนึ่ง จึงยังไม่สมควรให้มีการตัดตอนนำคำสั่งที่เป็นเพียงขั้นตอนออกมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ เพราะจะเป็นอุปสรรคต่อการดำเนินการต่อไปตามกระบวนการในการจัดทำคำสั่งอีกคำสั่งหนึ่ง

๕. สำหรับคำวินิจฉัยของตุลาการเสียงข้างมากในองค์คณะที่ ๓ นั้น ข้าพเจ้าไม่เห็นด้วยในส่วนที่ให้เหตุผลของคำวินิจฉัยโดยการวางหลักว่า คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งที่ออกโดยหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐที่อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองนั้น ไม่มีข้อจำกัดว่าจะต้องเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองเท่านั้น คดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งอื่น เช่น คำสั่งที่เป็นขั้นตอนหรือการเตรียมการและการดำเนินการเพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครอง ก็อยู่ในอำนาจพิจารณาพิพากษาของศาลปกครองเช่นกัน ส่วนผู้ที่จะมีสิทธินำคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่ง

หนังสือที่ระลึกเนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ

ทางปกครองหรือคำสั่งอื่นมาฟ้องต่อศาลปกครองได้ ก็ไม่มีข้อจำกัดว่าต้องเป็นผู้ซึ่งสิทธิของตนจะถูกกระทบกระเทือนจากผลของคำสั่งทางปกครองหรือคำสั่งอื่นที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีเท่านั้น ผู้ที่ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องจากคำสั่งทางปกครองหรือคำสั่งอื่น และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหายดังกล่าวต้องมีคำบังคับของศาลโดยการสั่งให้เพิกถอนคำสั่งทางปกครองหรือคำสั่งอื่นนั้นทั้งหมดหรือบางส่วนก็มีสิทธินำคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งทางปกครองหรือคำสั่งอื่นมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้ โดยข้าพเจ้ามีความเห็นแย้งดังนี้

(๑) การวางหลักดังกล่าวเท่ากับเป็นการกลับแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่มีมาแต่เดิมทั้งหมดที่ถือว่าคำสั่งที่อาจนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้สั่งเพิกถอนได้ตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) ประกอบกับมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่ง (๑) จะต้องเป็น “คำสั่งทางปกครอง”

(๒) ที่ผ่านมาศาลปกครองสูงสุดมีแนวคำวินิจฉัยว่าคำสั่งเกี่ยวกับการดำเนินการทางวินัยข้าราชการดังต่อไปนี้เป็นเพียงขั้นตอนของการดำเนินการทางวินัยที่ยังไม่อาจนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้

(ก) การฟ้องโต้แย้งคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสืบสวนข้อเท็จจริงเป็นเพียงการแสวงหาข้อเท็จจริงซึ่งเป็นการเตรียมการเพื่อจัดให้มีคำสั่งทางปกครอง (คำสั่งที่ ๒๗๓/๒๕๔๖)

(ข) การฟ้องโต้แย้งคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยไม่ร้ายแรง เป็นเพียงขั้นตอนการดำเนินการเพื่อให้ได้ข้อเท็จจริงในการที่ผู้มีอำนาจจะวินิจฉัย จึงยังไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง (คำสั่งที่ ๑๗๗/๒๕๔๖)

(ค) การแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยอย่างร้ายแรงเป็นเพียงกระบวนการดำเนินการเพื่อหาข้อยุติว่า ผู้ถูกกล่าวหากระทำผิดวินัยตามที่ถูกกล่าวหาจริงหรือไม่ ถ้าได้ข้อยุติว่าได้กระทำผิดจริง ผู้บังคับบัญชาก็จะต้องพิจารณาต่อไปว่า ควรจะออกคำสั่งลงโทษทางวินัยหรือไม่ อย่างไร คำสั่งลงโทษทางวินัยเป็นคำสั่งทางปกครองที่อาจนำไปฟ้องต่อศาลปกครองได้ แต่คำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยอย่างร้ายแรงเป็นเพียงการพิจารณาทางปกครองที่ยังไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง (คำสั่งที่ ๔๖/๒๕๔๙)

(ง) การแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยอย่างร้ายแรงยังไม่เป็นคำสั่งทางปกครอง ส่วนประเด็นที่ว่า ผู้ฟ้องคดีได้รับความเดือดร้อนเสียหายเนื่องจากไม่ได้รับการเลื่อนขั้นเงินเดือนในระหว่างถูกตั้งคณะกรรมการสอบสวนนั้น ข้อ ๑๓ ของกฎ ก.พ. ว่าด้วยการเลื่อนขั้นเงินเดือน พ.ศ. ๒๕๔๔ กำหนดให้ผู้มีอำนาจสั่งเลื่อนขั้นเงินเดือนรอการเลื่อนขั้นเงินเดือนไว้ก่อน และให้กันเงินสำหรับเลื่อนขั้นเงินเดือนไว้ด้วย ถ้าผู้ถูกแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนไม่มีความผิดหรือถูกลงโทษภาคทัณฑ์ ให้สั่งเลื่อนขั้นเงินเดือนที่รอการเลื่อนไว้ได้ (คำสั่งที่ ๖๔๐/๒๕๔๙)

(จ) การฟ้องโต้แย้งการดำเนินการของคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยอย่างร้ายแรงเป็นเพียงกระบวนการภายในที่ยังไม่มีผลกระทบต่อสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ฟ้องคดี (คำสั่งที่ ๒๒๑/๒๕๔๖)

(ฉ) รายงานและความเห็นของคณะกรรมการ ป.ป.ช. ตามมาตรา ๙๒ แห่งพระราชบัญญัติประกอบรัฐธรรมนูญว่าด้วยการป้องกันและปราบปรามการทุจริต พ.ศ. ๒๕๔๒ มิใช่คำสั่ง

ทางปกครองและยังไม่มีผลกระทบต่อสิทธิของผู้ฟ้องคดี เป็นเพียงกระบวนการพิจารณาภายในของฝ่ายปกครองเพื่อให้ผู้บังคับบัญชาพิจารณาวินิจฉัยออกคำสั่งทางปกครองเท่านั้น ผู้ฟ้องคดีจึงไม่มีสิทธิฟ้องคณะกรรมการ ป.ป.ช. ตามมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ (คำสั่งที่ ๒๘/๒๕๔๘)

(๓) ขณะนี้มีการปรับปรุงกฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับการดำเนินทางวินัยข้าราชการไปในทางที่เพิ่มหลักประกันในการคุ้มครองสิทธิของข้าราชการมากยิ่งขึ้นแล้ว เช่น พระราชบัญญัติตำรวจแห่งชาติ พ.ศ. ๒๕๔๗ มาตรา ๘๔ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า เมื่อมีการกล่าวหาหรือมีกรณีเป็นที่สงสัยว่าข้าราชการตำรวจผู้ใดกระทำผิดวินัยให้ผู้บังคับบัญชารีบดำเนินการสืบสวนข้อเท็จจริงหรือพิจารณาในเบื้องต้นว่ากรณีมีมูลที่ควรกล่าวหาว่าผู้นั้นกระทำผิดวินัยหรือไม่ และวรรคสองบัญญัติว่า ในการสืบสวนข้อเท็จจริง ให้แจ้งเรื่องที่ถูกกล่าวหาหรือถูกร้องเรียนให้ผู้ถูกกล่าวหาทราบและให้ผู้ถูกกล่าวหาชี้แจงข้อเท็จจริงภายในเวลาที่กำหนด ถ้าเห็นว่ากรณีไม่มีมูลที่ควรกล่าวหาว่ากระทำผิดวินัย ให้สั่งยุติเรื่องได้ ถ้าเห็นว่ากรณีมีมูลที่ควรกล่าวหาว่ากระทำผิดวินัย ให้ดำเนินการต่อไปตามมาตรา ๘๕ หรือมาตรา ๘๖ แล้วแต่กรณี ทันที และพระราชบัญญัติระเบียบข้าราชการพลเรือน พ.ศ. ๒๕๕๑ มาตรา ๙๐ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า เมื่อมีการกล่าวหาหรือมีกรณีเป็นที่สงสัยว่าข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดกระทำผิดวินัย ให้ผู้บังคับบัญชามีหน้าที่ต้องรายงานให้ผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา ๕๗ ทราบโดยเร็ว และให้ผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา ๕๗ ดำเนินการตามพระราชบัญญัตินี้โดยเร็วด้วยความยุติธรรมและโดยปราศจากอคติ มาตรา ๙๑ วรรคหนึ่ง บัญญัติว่า เมื่อได้รับรายงานตามมาตรา ๙๐ หรือความดังกล่าวปรากฏต่อผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา ๕๗ ให้ผู้บังคับบัญชาซึ่งมีอำนาจสั่งบรรจุตามมาตรา ๕๗ รีบดำเนินการหรือสั่งให้ดำเนินการสืบสวนหรือพิจารณาในเบื้องต้นว่ากรณีมีมูลที่ควรกล่าวหาว่าผู้นั้นกระทำผิดวินัยหรือไม่ ถ้าเห็นว่ากรณีไม่มีมูลที่ควรกล่าวหาว่ากระทำผิดวินัย ก็ให้ยุติเรื่องได้ และวรรคสองบัญญัติว่า ในกรณีที่เห็นว่ามีมูลที่ควรกล่าวหาว่าข้าราชการพลเรือนสามัญผู้ใดกระทำผิดวินัยโดยมีพยานหลักฐานในเบื้องต้นอยู่แล้ว ให้ดำเนินการต่อไปตามมาตรา ๙๒ หรือมาตรา ๙๓ แล้วแต่กรณี

จากบทบัญญัติดังกล่าวข้างต้นจะเห็นได้ว่า ก่อนที่จะมีคำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยอย่างร้ายแรงข้าราชการผู้ใด ผู้บังคับบัญชาจะต้องตรวจสอบจนเห็นว่ามีมูลแล้ว ก็ควรจะรอให้มีการดำเนินการทางวินัยกันตามกระบวนการที่กฎหมายกำหนดไว้ให้เสร็จสิ้นเสียก่อน

(๔) การวางหลักว่าผู้มีสิทธินำคดีพิพาทเกี่ยวกับความชอบด้วยกฎหมายของคำสั่งมาฟ้องต่อศาลปกครองได้ ไม่มีข้อจำกัดว่าต้องเป็นผู้ซึ่งสิทธิของตนจะถูกกระทบกระเทือนจากผลของคำสั่งที่เป็นเหตุแห่งการฟ้องคดีเท่านั้น ผู้ซึ่งได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายอันเนื่องมาจากคำสั่ง ก็มีสิทธินำคดีพิพาทดังกล่าวมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้เท่ากับเป็นการยอมรับให้ผู้ซึ่งได้รับความเดือดร้อนตามความเป็นจริงเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีที่สามารถนำคำสั่งใด ๆ ก็ได้มาฟ้องคดีต่อศาล ซึ่งอาจจะเป็นผลดีต่อผู้ซึ่งอยากฟ้องคดี แต่จะมีผลกระทบต่อการบริหารราชการแผ่นดินและการใช้อำนาจบังคับบัญชาของผู้บังคับบัญชามากเกินไปเช่น ในการแต่งตั้งโยกย้ายข้าราชการย่อมมีทั้งผู้ที่พอใจและผู้ที่ไม่พอใจ ข้าราชการที่ถูกย้าย ครอบครัวหรือแม้แต่คนรักของข้าราชการนั้น ย่อมเห็นว่า

ตนเป็นผู้ซึ่งได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายอันเนื่องมาจากคำสั่งย้ายนั้นก็ย่อมเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีโต้แย้งคำสั่งดังกล่าวได้ ซึ่งย่อมจะมีผลทำให้มีการฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้อย่างกว้างขวางมากยิ่งขึ้นกว่าที่เป็นอยู่ในขณะนี้ ซึ่งเป็นการวางหลักที่ล้ำหน้าไปกว่าแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดของฝรั่งเศสเสียอีก

(๓) ตุลาการเสียงข้างน้อยเห็นว่าควรจะคงหลักการตามแนวคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดที่ว่า คำสั่งที่อาจนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้สั่งเพิกถอนได้ตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๑) ประกอบกับมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่ง (๑) นั้น จะต้องเป็น “คำสั่งทางปกครอง” ตามมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ต่อไปตามเดิม โดยอาจผ่อนคลายหลักดังกล่าวให้ครอบคลุมกรณีของคำสั่งบางประเภทที่ศาลปกครองเห็นว่ามีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีอย่างแท้จริง ก็ให้ถือว่า เป็นคำสั่งทางปกครองที่อาจนำมาฟ้องคดีต่อศาลปกครองได้โดยอาจกำหนดเป็นเงื่อนไขไว้ด้วยว่าคำสั่งดังกล่าวจะต้องมีลักษณะอย่างไร เช่น คำสั่งแต่งตั้งคณะกรรมการสอบสวนทางวินัยอย่างร้ายแรงหรือคำสั่งย้ายข้าราชการ ก็ควรจะต้องระบุเป็นเงื่อนไขให้ชัดเจนว่าจะต้องมีผลกระทบต่อสถานภาพของสิทธิหรือหน้าที่ข้าราชการผู้นั้นอย่างไร

โดยที่ประเด็นปัญหานี้เป็นประเด็นปัญหาที่สำคัญและยังมีความเห็นที่ไม่ตรงกันอยู่มาก ตุลาการเสียงข้างน้อยจึงเห็นว่าควรมีการพิจารณาหาข้อยุติในเรื่องนี้โดยที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด เพื่อให้มีเอกภาพที่ศาลปกครองชั้นต้น หน่วยงานทางปกครอง และเจ้าหน้าที่ของรัฐจะได้ยึดถือปฏิบัติต่อไปด้วย

(๙) กรณีผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐ ในฐานะเจ้าหนี้ในมูลละเมิดใช้สิทธิทางศาลเพื่อขอบังคับตามสิทธิเรียกร้องอันมีต่อเจ้าหน้าที่ตามคำสั่งทางปกครองของผู้ฟ้องคดี โดยขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองในฐานะทายาทโดยธรรมของเจ้าหน้าที่ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์มรดกให้แก่ผู้ฟ้องคดี

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๔๒๐/๒๕๕๗ (ป.) คดีนี้ผู้ฟ้องคดี (องค์การบริหารส่วนตำบลบางสมัคร) ฟ้องว่า ผู้ฟ้องคดีโดยนาย ป. ประธานกรรมการบริหารองค์การบริหารส่วนตำบลบางสมัคร ในขณะนั้น ได้มีคำสั่งลงวันที่ ๑๐ มิถุนายน ๒๕๔๖ แต่งตั้งคณะกรรมการจัดซื้อที่ดินก่อสร้างที่ทำการองค์การบริหารส่วนตำบลบางสมัครโดยวิธีพิเศษ ประกอบด้วยนาย ป. เป็นประธานกรรมการ นาย ร. นาย ค. นาย ม. และนาย ฉ. เป็นกรรมการ ต่อมา ผู้ฟ้องคดีโดยนาย ป. ได้ซื้อที่ดินระวาง ๕๑๓๖ II ๑๐๙๘ เลขที่ดิน ๗๙๘ ที่ดินระวาง ๕๑๓๖ II ๑๐๙๘ เลขที่ดิน ๑๒๓ ที่ดินระวาง ๕๑๓๖ II ๑๐๙๘ เลขที่ดิน ๗๙๗ และที่ดินระวาง ๕๑๓๖ II ๑๐๙๘ เลขที่ดิน ๗๙๖ ตำบลบางสมัคร อำเภอบางปะกง จังหวัดฉะเชิงเทรา จากนาง น. ราคา ๑๙,๒๐๐,๐๐๐ บาท ตามที่คณะกรรมการจัดซื้อโดยวิธีพิเศษดังกล่าวเสนอ ซึ่งเป็นการจัดซื้อที่ดินที่มีราคาแพงกว่าราคาที่ซื้อขายกันตามปกติที่ควรมีราคาซื้อขายไม่เกิน ๑๖,๐๐๐,๐๐๐ บาท เป็นเหตุให้ผู้ฟ้องคดีได้รับความเสียหายคิดเป็นเงิน ๓,๒๐๐,๐๐๐ บาท คณะกรรมการสอบสวนข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดจึงเห็นสมควรให้นาย ป. รับผิดชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดีร้อยละ ๕๐ ของจำนวนค่าเสียหาย คิดเป็นเงิน ๑,๖๐๐,๐๐๐ บาท และให้คณะกรรมการคนอื่นรับผิดชดใช้ค่าเสียหายส่วนที่เหลือตามส่วนของตน กระทรวงการคลังพิจารณาแล้วเห็นพ้องด้วยกับความเห็นของคณะกรรมการดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีจึงได้มีคำสั่งลงวันที่ ๑๕ สิงหาคม ๒๕๔๘

สั่งให้นาย ป. กับพวก ชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดี นาย ป. กับพวกอุทธรณ์คำสั่งดังกล่าวต่อผู้ฟ้องคดี และผู้ฟ้องคดีเห็นพ้องด้วย แต่นายอำเภอบางปะกงและผู้ว่าราชการจังหวัดฉะเชิงเทราไม่เห็นพ้องด้วย ผู้ฟ้องคดีจึงมีคำสั่งลงวันที่ ๒๘ พฤศจิกายน ๒๕๔๘ สั่งให้นาย ป. กับพวก ชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดีตามจำนวนที่แต่ละคนต้องรับผิด ต่อมา นาย ป. ถึงแก่ความตายเมื่อวันที่ ๑๘ พฤษภาคม ๒๕๕๐ โดยยังมิได้ชดใช้เงินค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดี ขอให้ศาลปกครองพิพากษาหรือมีคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองซึ่งเป็นทายาทและผู้จัดการมรดกของนาย ป. ร่วมกันชดใช้เงินค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดีแทนนาย ป. เป็นเงิน ๑,๖๐๐,๐๐๐ บาท พร้อมดอกเบี้ยอัตราร้อยละ ๗.๕ ต่อปี

ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่ผู้ฟ้องคดีออกคำสั่งลงวันที่ ๑๕ สิงหาคม ๒๕๔๘ เรียกให้นาย ป. ชำระเงินค่าสินไหมทดแทนจำนวน ๑,๖๐๐,๐๐๐ บาท เป็นการใช้อำนาจตามมาตรา ๑๒ แห่ง พ.ร.บ. ความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ โดยผู้ฟ้องคดีอาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยยึดหรืออายัดทรัพย์สินของเจ้าหน้าที่และขายทอดตลาดตามมาตรา ๕๗ แห่ง พ.ร.บ. วิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ อันเป็นการกำหนดมาตรการหนึ่งเพื่อให้ได้รับชำระเงินโดยครบถ้วน แต่ถ้าผู้ฟ้องคดีเห็นว่าผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือหน่วยงานอื่นที่มีหน้าที่เกี่ยวข้องยังมีข้อขัดข้องในการบังคับใช้กฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับการบังคับทางปกครองก็ไม่ตัดสิทธิผู้ฟ้องคดีที่จะใช้สิทธิทางศาล เมื่อข้อเท็จจริงปรากฏว่า นาย ป. ถึงแก่ความตายโดยไม่ได้ชดใช้ค่าสินไหมทดแทน และผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองในฐานะทายาทและผู้จัดการมรดกของนาย ป. ไม่ชำระเงินค่าสินไหมทดแทนดังกล่าวให้แก่ผู้ฟ้องคดีเช่นกัน จึงเป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีมีข้อขัดข้องในการบังคับใช้กฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับการบังคับทางปกครองเพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองของผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีในฐานะเจ้าหนี้ในมูลละเมิดจึงมีความจำเป็นต้องใช้สิทธิทางศาล เพื่อขอบังคับตามสิทธิเรียกร้องอันมีต่อเจ้าหน้าที่ตามคำสั่งทางปกครองของผู้ฟ้องคดี โดยขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองในฐานะทายาทโดยธรรมของเจ้าหน้าที่ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์มรดกให้แก่ผู้ฟ้องคดี และศาลมีอำนาจออกคำบังคับได้ตามที่กำหนดในมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่ง (๓) แห่ง พ.ร.บ. จัดตั้งศาลปกครองฯ ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองตามมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว อย่างไรก็ตาม เมื่อพยานหลักฐานในสำนวนคดีนี้รับฟังได้ว่า เมื่อวันที่ ๑๐ ตุลาคม ๒๕๕๐ ซึ่งเป็นวันที่ศาลปกครองชั้นต้นจัดให้มีการนั่งพิจารณาคดีครั้งแรก คดีหมายเลขดำที่ ๒๕/๒๕๔๙ หมายเลขแดงที่ ๑๖๕/๒๕๕๑ ที่นาย ป. กับพวกทั้งห้าคนฟ้องขอให้ศาลเพิกถอนคำสั่งลงวันที่ ๒๘ พฤศจิกายน ๒๕๔๘ ที่สั่งให้ผู้ฟ้องคดีทั้งห้าชดใช้เงินค่าสินไหมทดแทนเพื่อละเมิดอันเกิดจากการที่ผู้ฟ้องคดีทั้งห้าปฏิบัติหน้าที่ประธานกรรมการจัดซื้อโดยวิธีพิเศษและกรรมการจัดซื้อโดยวิธีพิเศษด้วยความประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง เป็นเหตุให้องค์การบริหารส่วนตำบลบางสมัครซื้อที่ดินจากนาง น. แพงกว่าที่ซื้อขายกันตามปกติของที่ดิน นาย ค. ได้ยื่นคำแถลงเป็นหนังสือลงวันที่ ๑๐ ตุลาคม ๒๕๕๐ และแถลงด้วยวาจาประกอบคำแถลงเป็นหนังสือว่า นาย ป. ถึงแก่ความตายแล้วเมื่อเดือนพฤษภาคม ๒๕๕๐ และจะดำเนินการติดต่อให้ทายาทของนาย ป. ยื่นคำขอเข้ามาแทนที่ต่อไป แม้นาย ค. จะแถลงเป็นหนังสือและด้วยวาจา โดยมิได้มีสำเนาใบมรณบัตรของนาย ป. มาแสดงต่อศาลด้วย แต่ก็ไม่ปรากฏว่ามีพฤติการณ์ใดๆ ที่เป็นเหตุให้วิญญูชนเกิดความสงสัยว่านาย ค. แถลงข้อความอันเป็นเท็จต่อศาล กรณีจึงถือได้ว่า ผู้ฟ้องคดีในคดีนี้ได้รู้หรือควรรู้ถึงความตาย

ของนาย ป. แล้ว ตั้งแต่วันที่ ๑๐ ตุลาคม ๒๕๕๐ ดังนั้น การที่ผู้ฟ้องคดีนำคดีนี้มาฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นเมื่อวันที่ ๑ ธันวาคม ๒๕๕๑ จึงเป็นการยื่นฟ้องคดีเมื่อพ้นกำหนดหนึ่งปีนับแต่วันที่ผู้ฟ้องคดีได้รู้หรือควรรู้ถึงความตายของนาย ป. เจ้ามรดกตามที่กำหนดในมาตรา ๑๗๕๔ วรรคสาม แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ แล้ว ศาลปกครองจึงไม่อาจรับคำฟ้องเช่นนี้ไว้พิจารณาได้

ความเห็นแย้ง : ตามที่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดวินิจฉัยว่า การที่ผู้ฟ้องคดีอ้างว่าได้รับความเสียหายจากการที่นายป. ซึ่งเป็นประธานกรรมการบริหารองค์การบริหารส่วนตำบลบางสมัคร ในขณะนั้น และเป็นประธานกรรมการจัดซื้อที่ดินโดยวิธีพิเศษร่วมกับกรรมการคนอื่นๆ ซื้อที่ดิน เพื่อก่อสร้างอาคารที่ทำการองค์การบริหารส่วนตำบลบางสมัครในราคาแพงกว่าราคาที่ซื้อขายกันตามปกติ และได้ออกคำสั่งให้นายป. และกรรมการจัดซื้อโดยวิธีพิเศษคนอื่นๆ ชดใช้ค่าเสียหายให้แก่ผู้ฟ้องคดีตามจำนวนที่แต่ละคนต้องรับผิดชดใช้ตามความเห็นของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่และกระทรวงการคลังแล้ว โดยออกคำสั่งเรียกให้นาย ป.ชำระเงินค่าสินไหมทดแทนจำนวน ๑,๖๐๐,๐๐๐ บาท ตามคำสั่งของผู้ฟ้องคดีที่ ๓๓๙/๒๕๔๘ ลงวันที่ ๑๕ สิงหาคม ๒๕๔๘ ซึ่งเป็นการใช้อำนาจตามมาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ โดยผู้ฟ้องคดีอาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยยึดหรืออายัดทรัพย์สินของเจ้าหน้าที่และขายทอดตลาดตามมาตรา ๕๗ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ อันเป็นการกำหนดมาตรการหนึ่งเพื่อให้ได้รับชำระเงินโดยครบถ้วน แต่ถ้าผู้ฟ้องคดีเห็นว่าผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นหน่วยงานทางปกครองหรือหน่วยงานอื่นที่มีหน้าที่เกี่ยวข้องยังมีข้อขัดข้องในการบังคับใช้กฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับการบังคับทางปกครองก็ไม่ตัดสิทธิผู้ฟ้องคดีที่จะใช้สิทธิทางศาล กล่าวคือ ผู้ฟ้องคดีชอบที่จะเสนอข้อพิพาทให้ศาลซึ่งเป็นองค์กรตุลาการพิจารณาพิพากษาอรรถคดี เพื่อให้การบังคับใช้กฎหมายสัมฤทธิ์ผลได้ ทั้งยังเป็นประโยชน์ต่อคู่กรณีในอันที่จะได้รับการรับรองและคุ้มครองสิทธิโดยศาล เมื่อผู้ฟ้องคดีแจ้ง ให้นายป. ชำระเงินค่าสินไหมทดแทน แต่นายประยุทธ์หรือประยุทธไม่ชำระเงินดังกล่าวต่อมา หลังจากที่ นายป.ถึงแก่ความตายเมื่อวันที่ ๑๘ พฤษภาคม ๒๕๕๐ แล้ว ผู้ฟ้องคดีมีหนังสือลงวันที่ ๒๖ สิงหาคม ๒๕๕๑ แจ้งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองในฐานะทายาทโดยธรรมของ นายป. ชดใช้ค่าสินไหมทดแทนดังกล่าว แต่ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองไม่ชำระเงินค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงยื่นฟ้องเป็นคดีนี้ต่อศาล ขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองในฐานะทายาทของนายป.ชดใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์มรดกให้แก่ผู้ฟ้องคดี กรณีจึงเป็นการนำคดีมาฟ้องต่อศาลเพื่อยุติข้อโต้แย้งระหว่างผู้ฟ้องคดีกับผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองซึ่งเป็นทายาทโดยธรรมของเจ้าหน้าที่ในสังกัดผู้ฟ้องคดี เมื่อคำสั่งของผู้ฟ้องคดีที่สั่งให้เจ้าหน้าที่ชำระเงินค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ฟ้องคดี เป็นคำสั่งทางปกครองที่ใช้เป็นฐานในการใช้มาตรการบังคับทางปกครองของผู้ฟ้องคดี และผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองซึ่งเป็นทายาทของเจ้าหน้าที่ปฏิเสธไม่รับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามคำสั่งดังกล่าว จึงเป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีมีข้อขัดข้องในการบังคับใช้กฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับการบังคับทางปกครองเพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองของผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีในฐานะเจ้าหนี้ในมูลละเมิดจึงมีความจำเป็นต้องใช้สิทธิทางศาลเพื่อขอบังคับตามสิทธิเรียกร้องอันมีต่อเจ้าหน้าที่ตามคำสั่งทางปกครองของผู้ฟ้องคดี โดยขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองในฐานะทายาทโดยธรรมของเจ้าหน้าที่ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์มรดกให้แก่ผู้ฟ้องคดี

และศาลมีอำนาจออกคำบังคับได้ตามที่กำหนดในมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองตามมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว

ตุลาการศาลปกครองสูงสุดเสียงข้างน้อย ประกอบด้วย ท่านวรพจน์ วิศรุตพิชญ์ ตุลาการเจ้าของสำนวนและตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด ท่านชาญชัย แสวงศักดิ์ ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด ท่านวิษณุ วรัญญู ตุลาการหัวหน้าคณะศาลปกครองสูงสุด ท่านสมชาย งามวงศ์ชน ตุลาการศาลปกครองสูงสุด ท่านวราวุธ ศิริยุทธ์วัฒนา ตุลาการศาลปกครองสูงสุด ท่านมนูญ ปุญญกริยากร ตุลาการศาลปกครองสูงสุด และท่านบรรจงศักดิ์ วงศ์ปราชญ์ ตุลาการศาลปกครองสูงสุด ไม่เห็นพ้องด้วยกับมติของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดดังกล่า ทั้งนี้ เนื่องจากปัญหาว่าหน่วยงานของรัฐที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง มีสิทธิฟ้องต่อศาลปกครองขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดตนชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตนได้หรือไม่ เพียงใด นั้น ศาลปกครองสูงสุดเคยพิจารณามาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งบัญญัติว่า ผู้ใดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้ อันเนื่องจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองหรือกรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา ๙ และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหายหรือยุติข้อโต้แย้งนั้น ต้องมีคำบังคับตามที่กำหนดในมาตรา ๗๒ ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง แล้ววินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐานในคำสั่งคำร้องที่ ๑๑๓/๒๕๔๕, ๗๔/๒๕๔๖, ๑๕๗/๒๕๔๖, ๓๓๑/๒๕๔๖, ๑๕๔/๒๕๔๗, ๒๔๒/๒๕๔๗, ๓๓๗/๒๕๔๗, ๖๑๘/๒๕๔๗, ๘๓๘/๒๕๔๗, ๙๑๓/๒๕๔๗, ๑๒/๒๕๔๘, ๑๙๑/๒๕๔๘, ๑๙๖/๒๕๔๘, ๗๙๗/๒๕๔๘, ๑๓๓/๒๕๕๑, ๘๐๙/๒๕๕๑ และ ๔๘๕/๒๕๕๒ มีใจความสรุปได้ว่า มาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ บัญญัติให้หน่วยงานของรัฐที่เสียหายจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง มีอำนาจออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นชำระเงินค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตนภายในเวลาที่กำหนด และคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองตามบทนิยาม “คำสั่งทางปกครอง” ในมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ทั้งยังเป็นคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้บุคคลชำระเงินตามนัยมาตรา ๕๗ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวอีกด้วย ดังนั้น ถ้าถึงเวลาที่คำสั่งดังกล่าวกำหนดให้เจ้าหน้าที่นำเงินค่าสินไหมทดแทนมาชำระแล้ว เจ้าหน้าที่ผู้นั้นไม่ชำระเงินค่าสินไหมทดแทนให้แก่หน่วยงานของรัฐให้ถูกต้องครบถ้วน หน่วยงานของรัฐที่เสียหายก็ย่อมมีอำนาจที่จะใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว โดยมีหนังสือเตือนให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นชำระเงินตามจำนวนที่ระบุในคำสั่งภายในระยะเวลาที่กำหนด แต่ต้องไม่น้อยกว่า ๗ วัน และถ้ายังไม่มีการปฏิบัติตามคำเตือน หน่วยงานของรัฐที่เสียหายก็มีอำนาจยึดหรืออายัดทรัพย์สินของผู้นั้นขายทอดตลาด เพื่อนำเงินที่ได้จากการนี้มาชำระเงินค่าสินไหมทดแทนให้ครบถ้วนตามจำนวนที่ระบุในคำสั่งได้ เมื่อหน่วยงานของรัฐที่เสียหายจากการ

กระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงมีอำนาจตามกฎหมายที่จะดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดตนได้ด้วยตนเองอยู่แล้ว กรณีจึงถือได้ว่าการแก้ไขหรือบรรเทาความเสียหายที่หน่วยงานของรัฐได้รับจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้นไม่จำต้องมีคำบังคับของศาลปกครองตามที่กำหนดในมาตรา ๗๒ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ และดังนั้น หน่วยงานของรัฐดังกล่าวจึงไม่มีสิทธิฟ้องเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดตนต่อศาลปกครองขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตน คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดเช่นว่านี้เป็นไปในแนวทางเดียวกันกับคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสหลายเรื่อง ดังเช่น C.E, Sect., 4 février 1995 Marcolte, C.E.18 mai 1984,; Mme Laulaney; C.E. 18 mai 1998 Ville de Toulouse; etc. (อ้างใน Raré CHAPUS, Droit du contentieux administrative, 8´édition Paris, Montchrestien, 1999, หน้า 341-345) ซึ่งเป็นคำวินิจฉัยที่วางอยู่บนพื้นฐานของหลักกฎหมายมหาชนสมัยใหม่ที่สำคัญยิ่งหลักหนึ่งที่ว่า อำนาจที่กฎหมายมอบหมายให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้กระทำการต่างๆ มิใช่ทรัพย์สมบัติส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะสละเสียได้ตามความพอใจของตน เมื่อกฎหมายมอบหมายให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใดมีอำนาจกระทำการใดก็ตาม เจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นมีหน้าที่ที่จะต้องใช้อำนาจนั้น เมื่อกฎหมายให้อำนาจหน่วยงานของรัฐออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดตนในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงชำระค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตนและมีอำนาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพื่อให้การเป็นไปตามคำสั่งดังกล่าว หน่วยงานของรัฐโดยเจ้าหน้าที่ที่เป็นหัวหน้าหน่วยงานของรัฐแห่งนั้น จึงมีหน้าที่ที่จะต้องใช้อำนาจดังกล่าว จะละเลยไม่ใช้อำนาจดังกล่าวแล้วกลับมาฟ้องเจ้าหน้าที่ต่อศาลขอให้ศาลพิพากษาหรือมีคำบังคับให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตนหาเป็นการชอบไม่ และหากศาลรับคำฟ้องของหน่วยงานของรัฐไว้พิจารณาพิพากษาก็จะมีผลเท่ากับว่าศาลสนับสนุนหรือส่งเสริมให้หน่วยงานของรัฐละเลยต่อหน้าที่ที่จะต้องใช้อำนาจตามที่กฎหมายมอบหมายให้ใช้โดยปริยาย

สำหรับปัญหาว่า เมื่อหน่วยงานของรัฐที่เสียหายจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง โดยเจ้าหน้าที่ผู้เป็นหัวหน้าหน่วยงานของรัฐนั้น ได้ออกคำสั่งทางปกครองให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นชำระเงินค่าสินไหมทดแทนและได้แจ้งคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นทราบตามวิธีการแจ้งที่กฎหมายกำหนดและเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้รับแจ้งหรือตามกฎหมายถือว่าเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้รับแจ้งคำสั่งแล้วเจ้าหน้าที่ผู้นั้นถึงแก่ความตาย หน่วยงานของรัฐที่เสียหายมีอำนาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยยึดหรืออายัดทรัพย์สินของผู้ตายที่เป็นมรดกตกทอดแก่ทายาทของผู้ตายและขายทอดตลาดเพื่อนำเงินที่ได้จากการนั้นมาชำระเป็นค่าสินไหมทดแทนตามจำนวนที่ระบุในคำสั่งต่อไปได้หรือไม่ นั้น แม้จะเป็นความจริงว่าศาลปกครองสูงสุดเคยวินิจฉัยไว้ในคำสั่งที่ ๓๖๒/๒๕๕๐ และคำสั่งที่ ๒๘๓/๒๕๕๒ ว่า หน่วยงานของรัฐที่เสียหายไม่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามที่มาตรา ๕๗ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ให้อำนาจไว้ได้ การแก้ไขความเดือดร้อนเสียหายที่หน่วยงานของรัฐได้รับจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่

ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง จึงจำต้องมีคำบังคับของศาลตามที่กำหนดในมาตรา ๗๒ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ดังนั้น หน่วยงานของรัฐที่เสียหายจึงเป็นผู้มีสิทธิฟ้องทายาทของเจ้าหน้าที่ที่ถึงแก่ความตายต่อศาลปกครอง แต่ในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดดังกล่าว ศาลปกครองสูงสุดก็มิได้แสดงเหตุผลไว้อย่างกระจ่างชัดว่ามีเหตุตามข้อกฎหมายใดที่ทำให้หน่วยงานของรัฐที่เสียหายไม่อาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามที่มาตรา ๕๗ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ให้อำนาจไว้ต่อไปได้แต่อย่างใด ตรงกันข้าม มาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว บัญญัติไว้ในวรรคหนึ่งว่า คำสั่งทางปกครองให้มีผลใช้ยันต่อบุคคลตั้งแต่ขณะที่ผู้นั้นได้รับแจ้งเป็นต้นไป และในวรรคสอง ว่า คำสั่งทางปกครองย่อมมีผลตราบเท่าที่ยังไม่มีการเพิกถอนหรือสิ้นผลลงโดยเงื่อนเวลาหรือโดยเหตุอื่น ดังนั้น คำสั่งของหน่วยงานของรัฐที่เสียหายจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงที่สั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นชำระเงินค่าสินไหมทดแทน จึงย่อมมีผลทางกฎหมายก่อให้เกิดหน้าที่แก่เจ้าหน้าที่ผู้นั้นในอันที่จะต้องนำเงินค่าสินไหมทดแทนตามจำนวนที่ระบุไว้ในคำสั่งมาชำระให้แก่หน่วยงานของรัฐให้ถูกต้องครบถ้วนภายในเวลาที่ระบุไว้ในคำสั่งดังกล่าว นับแต่เวลาที่เจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้รับแจ้งคำสั่งหรือเวลาที่ตามกฎหมายแล้วถือว่าเจ้าหน้าที่ผู้นั้นได้รับแจ้งคำสั่งเป็นต้นไป และโดยที่หน้าที่ที่คำสั่งดังกล่าวก่อให้เกิดแก่เจ้าหน้าที่ผู้นั้น มิใช่หน้าที่ซึ่งตามกฎหมายหรือว่าโดยสภาพแล้วเป็นการเฉพาะตัวของเจ้าหน้าที่ผู้นั้นโดยแท้แต่อย่างใด ดังนั้น เมื่อเจ้าหน้าที่ผู้นั้นถึงแก่ความตาย คำสั่งดังกล่าวและหน้าที่ที่คำสั่งดังกล่าวก่อให้เกิดขึ้นแก่เจ้าหน้าที่ผู้นั้นจึงมิได้สิ้นผลลงไปพร้อมกับความตายของเจ้าหน้าที่ผู้นั้นแต่อย่างใด แต่หน้าที่ดังกล่าวเป็นมรดกตกทอดแก่ทายาทของเจ้าหน้าที่ผู้นั้นพร้อมๆ กับความรับผิดของเจ้าหน้าที่ผู้นั้นในอันที่จะต้องชำระเงินค่าสินไหมทดแทนให้แก่หน่วยงานของรัฐที่เสียหาย และบรรดาทรัพย์สิน สิทธิ หน้าที่ และความรับผิดอื่นๆ ซึ่งตามกฎหมายหรือว่าโดยสภาพแล้วไม่เป็นการเฉพาะตัวของเจ้าหน้าที่ผู้นั้น ทันทีที่เจ้าหน้าที่ผู้นั้นถึงแก่ความตาย ทั้งนี้ ตามมาตรา ๑๖๐๑ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ทายาทของเจ้าหน้าที่ผู้นั้นจึงมีหน้าที่ที่จะต้องปฏิบัติหน้าที่ที่คำสั่งทางปกครองดังกล่าวก่อให้เกิดแก่เจ้าหน้าที่ที่ถึงแก่ความตายแทนเจ้าหน้าที่ผู้นั้น และหากทายาทของเจ้าหน้าที่ที่ถึงแก่ความตายละเลยไม่นำเงินค่าสินไหมทดแทนตามจำนวนที่ระบุในคำสั่งมาชำระให้แก่หน่วยงานของรัฐโดยถูกต้องครบถ้วนภายในระยะเวลาที่กำหนดในคำสั่ง หน่วยงานของรัฐก็ย่อมใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามที่กำหนดในมาตรา ๕๗ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ โดยการยึดอายัดทรัพย์สินของทายาทของเจ้าหน้าที่ที่ถึงแก่ความตายและขายทอดตลาดเพื่อชำระค่าสินไหมทดแทนให้ครบถ้วนตามจำนวนที่ระบุในคำสั่งต่อไปได้ แต่โดยที่มาตรา ๑๖๐๑ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์บัญญัติว่า ทายาทไม่จำต้องรับผิดเกินกว่าทรัพย์มรดกที่ตกทอดได้แก่ตน ดังนั้น หน่วยงานของรัฐจึงอาจยึดหรืออายัดทรัพย์สินของทายาทของเจ้าหน้าที่ที่ถึงแก่ความตายมาขายทอดตลาดเพื่อชำระค่าสินไหมทดแทนตามจำนวนที่ระบุในคำสั่งได้เพียงไม่เกินมูลค่าหรือราคาทรัพย์มรดกของเจ้าหน้าที่ที่ถึงแก่ความตายที่ตกทอดแก่ทายาทเท่านั้น กรณีจึงเห็นได้ว่า การแก้ไขหรือบรรเทาความเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้รับจากการกระทำละเมิดในการปฏิบัติหน้าที่ของนายประยุทธ์หรือประยุทธ ดำเนินชาญวนิชย์ นั้น

ไม่จำต้องมีคำบังคับของศาลตามที่กำหนดในมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ แต่อย่างใด และดังนั้นผู้ฟ้องคดีจึงไม่ใช่ผู้มีสิทธิฟ้องคดีนี้ต่อศาลปกครอง

ด้วยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ตุลาการในศาลปกครองปกครองสูงสุดฝ่ายเสียงข้างน้อยจึงไม่เห็นพ้องด้วยกับมติของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดฝ่ายเสียงข้างมากที่วินิจฉัยว่าผู้ฟ้องคดีเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองขอให้ทายาทของเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์มรดกให้แก่ผู้ฟ้องคดีได้ตามมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒

(๑๐) ภายหลังจากที่ได้มีการตราพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๖๒ ขึ้นใช้บังคับแล้ว หน่วยงานของรัฐที่ได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายเพื่อการละเมิดของเจ้าหน้าที่ หรือหน่วยงานของรัฐที่ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ ยังเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลเพื่อขอให้มีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชำระค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตนหรือไม่

คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ คผ. ๗/๒๕๖๕ (ป) คดีนี้ผู้ฟ้องคดี (กรมที่ดิน) ฟ้องว่า เหตุแห่งการฟ้องคดีนี้สืบเนื่องจากนางสาวน้ำทิพย์ แซ่อึ้ง ได้ฟ้องผู้ฟ้องคดี ซึ่งศาลปกครองสูงสุดมีคำพิพากษาในคดีหมายเลขแดงที่ อ. ๑๓๑/๒๕๖๑ สรุปว่าผู้ถูกฟ้องคดีขณะดำรงตำแหน่งเจ้าหน้าที่บริหารงานที่ดินอำเภอ (เจ้าหน้าที่บริหารงานที่ดิน ๗) อาศัยอำนาจหน้าที่ในการจดทะเบียนแก้ไขเปลี่ยนแปลงสารบัญจดทะเบียน น.ส. ๓ ก. ลงวันที่ ๒๘ มีนาคม ๒๕๔๖ เป็นช่องทางในการปลอมแปลงเอกสารดังกล่าวทำให้นางสาวน้ำทิพย์หลงเชื่อและได้รับความเสียหาย ผู้ถูกฟ้องคดีจึงกระทำละเมิดต่อนางสาวน้ำทิพย์และมีคำพิพากษาให้ผู้ฟ้องคดีและผู้ถูกฟ้องคดีร่วมกันรับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่นางสาวน้ำทิพย์ หลังจากนั้น ในวันที่ ๑ สิงหาคม ๒๕๖๑ ผู้ฟ้องคดีได้นำเงินจำนวน ๓๔,๖๗๓,๙๓๘.๓๖ บาท ไปวางเพื่อชำระหนี้ให้แก่นางสาวน้ำทิพย์ตามคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุด ต่อมาได้มีการแต่งตั้งคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ ผลการสอบสวนปรากฏว่า ผู้ถูกฟ้องคดีจงใจโดยผิดกฎหมายกระทำต่อนางสาวน้ำทิพย์ให้ได้รับความเสียหายตามมาตรา ๔๒๐ แห่งประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ โดยอาศัยโอกาสในตำแหน่งเจ้าหน้าที่บริหารงานที่ดินอำเภอกระทำการทุจริตโดยลำพัง ผู้ถูกฟ้องคดีจึงต้องรับผิดชดใช้ค่าเสียหายเต็มจำนวนตามที่ผู้ฟ้องคดีได้ชำระไปตามคำพิพากษาของศาลปกครองสูงสุดในคดีหมายเลขแดงที่ อ. ๑๓๑/๒๕๖๑ ผู้ว่าราชการจังหวัดสระแก้วพิจารณาแล้วเห็นด้วยกับความเห็นของคณะกรรมการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิด และได้มีหนังสือรายงานผลการสอบข้อเท็จจริงความรับผิดทางละเมิดให้กระทรวงการคลังทราบ หลังจากนั้น ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือกรมที่ดิน ลับ ที่ มท ๐๕๐๕.๓/๑๖๗๔ ลงวันที่ ๒๗ พฤษภาคม ๒๕๖๒ ให้ผู้ถูกฟ้องคดีนำเงินมาชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ฟ้องคดีภายใน ๑๕ วัน นับแต่วันที่ได้รับหนังสือ ปรากฏว่ามีผู้รับหนังสือแทนเมื่อวันที่ ๒๙ พฤษภาคม ๒๕๖๒ ซึ่งครบกำหนดระยะเวลาแล้ว ผู้ถูกฟ้องคดียังไม่ได้นำเงินจำนวนดังกล่าวมาชำระให้แก่ผู้ฟ้องคดีแต่อย่างใด ผู้ถูกฟ้องคดีจึงต้องรับผิดในดอกเบี้ยอัตราร้อยละ ๗.๕ ต่อปี

ของต้นเงินจำนวน ๓๗,๐๑๕,๔๗๐.๓๖ บาท ตั้งแต่วันที่ ๑ สิงหาคม ๒๕๖๑ จนถึงวันฟ้องคดี คิดเป็นดอกเบี้ยจำนวน ๒,๗๓๘,๑๓๐.๖๘ บาท รวมเป็นเงินทั้งสิ้นจำนวน ๓๙,๗๕๓,๖๐๑.๐๔ บาท ผู้ฟ้องคดีจึงนำคดีมาฟ้องต่อศาลปกครองชั้นต้นเมื่อวันที่ ๒๖ กรกฎาคม ๒๕๖๒ ขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดใช้เงินจำนวนทั้งสิ้น ๓๙,๗๕๓,๖๐๑.๐๔ บาท พร้อมดอกเบี้ยในอัตราร้อยละ ๗.๕ ต่อปี ของต้นเงินจำนวน ๓๗,๐๑๕,๔๗๐.๓๖ บาท นับแต่วันฟ้องเป็นต้นไปจนกว่าจะชำระเสร็จแก่ผู้ฟ้องคดี

ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดพิเคราะห์แล้วเห็นว่า ภายหลังจากที่ได้มีการตราพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๖๒ ขึ้นใช้บังคับแล้ว หน่วยงานของรัฐที่ได้ใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้เสียหายเพื่อการละเมิดของเจ้าหน้าที่ตามมาตรา ๘ แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ หรือหน่วยงานของรัฐที่ได้รับความเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ตามมาตรา ๑๐ ประกอบกับมาตรา ๘ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว หากมีข้อขัดข้องในการบังคับใช้กฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับการบังคับทางปกครองให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครอง หน่วยงานของรัฐยังเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีเพื่อขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ชำระค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตนได้ เมื่อข้อเท็จจริงรับฟังได้ว่า ผู้ฟ้องคดีได้มีหนังสือกรมที่ดิน ลับ ที่ มท ๐๕๐๕.๓/๑๖๗๔ ลงวันที่ ๒๗ พฤษภาคม ๒๕๖๒ เรียกให้ผู้ถูกฟ้องคดีนำเงินมาชดใช้ค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ฟ้องคดีภายใน ๑๕ วัน นับแต่วันที่ได้รับหนังสือ ซึ่งผู้ถูกฟ้องคดีได้รับทราบคำสั่งเมื่อวันที่ ๒๙ พฤษภาคม ๒๕๖๒ แต่มิได้นำเงินมาชำระภายในระยะเวลาที่กำหนด และเมื่อผู้ฟ้องคดีเห็นว่าคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ใช้เงิน ซึ่งการใช้มาตรการบังคับทางปกครองที่จะต้องปฏิบัติให้เป็นไปตามมาตรา ๖๓/๑๒ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ซึ่งแก้ไขเพิ่มเติมโดยพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๖๒ ยังมีปัญหาและอุปสรรคในการใช้มาตรการบังคับตามกฎหมายดังกล่าว เนื่องจากปัจจุบันยังมิได้มีการออกกฎกระทรวงกำหนดขั้นตอนและวิธีการปฏิบัติเกี่ยวกับการยึด การอายัด และการขายทอดตลาดทรัพย์สินไว้ กรณีจึงเป็นการที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างว่ามีข้อขัดข้องในการบังคับใช้กฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับการบังคับทางปกครอง ผู้ฟ้องคดีในฐานะเจ้าหนี้มูลละเมิดจึงจำต้องใช้สิทธิทางศาลเพื่อบังคับตามสิทธิเรียกร้อง โดยขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีใช้เงินพร้อมดอกเบี้ยให้แก่ผู้ฟ้องคดี อันเป็นคดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ของรัฐอันเกิดจากการใช้อำนาจตามกฎหมาย ตามมาตรา ๙ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ และการที่ผู้ถูกฟ้องคดีไม่ชำระค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ฟ้องคดีเป็นเหตุให้ทางราชการได้รับความเสียหาย ผู้ฟ้องคดีย่อมเป็นผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายอันเนื่องมาจากการกระทำของผู้ถูกฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองตามนัยมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้รับนั้นต้องมีคำบังคับของศาลโดยสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดใช้ค่าสินไหมทดแทนพร้อมดอกเบี้ยแก่ผู้ฟ้องคดี อันเป็นคำบังคับตามมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติเดียวกัน นอกจากนั้น คดีพิพาทเกี่ยวกับการกระทำละเมิดที่ผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งเป็นเจ้าหน้าที่ของรัฐได้กระทำในการปฏิบัติหน้าที่ในเรื่องนี้ไม่มี

กฎหมายกำหนดขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายไว้โดยเฉพาะ ผู้ฟ้องคดีจึงอาจใช้สิทธิฟ้องคดีนี้ต่อศาลปกครองได้โดยไม่จำต้องดำเนินการตามขั้นตอนหรือวิธีการสำหรับการแก้ไขความเดือดร้อนหรือเสียหายก่อนแต่อย่างใด

ความเห็นแย้ง : ตามที่ศาลปกครองสูงสุดโดยมติของที่ประชุมใหญ่เสียงข้างมาก เห็นว่า เมื่อคำสั่งของผู้ฟ้องคดีที่สั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีชำระเงินค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ฟ้องคดี เป็นคำสั่งทางปกครองที่ใช้เป็นฐานในการใช้มาตรการบังคับทางปกครองของผู้ฟ้องคดี และผู้ถูกฟ้องคดีปฏิเสธไม่นำเงินมาชำระภายในระยะเวลาที่กำหนดตามคำสั่งดังกล่าว จึงเป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีมีข้อขัดข้องในการบังคับใช้กฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับการบังคับทางปกครองเพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองของผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีในฐานะเจ้าหนี้ในมูลละเมิดจึงมีความจำเป็นต้องใช้สิทธิทางศาลเพื่อขอบังคับตามสิทธิเรียกร้อง โดยขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้ผู้ถูกฟ้องคดีชดใช้เงินให้แก่ผู้ฟ้องคดี และศาลมีอำนาจออกคำบังคับได้ตามที่กำหนดในมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองตามมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว นั้น ตุลาการเสียงข้างน้อย ประกอบด้วย ท่านชาญชัย แสวงศักดิ์ ท่านประสาท พงษ์สุวรรณ์ ท่านสิริกาญจน์ พานพิทักษ์ ท่านมานิตย์ วงศ์เสรี ท่านไพบูลย์ วราหะไพฑูรย์ ท่านรดาวรรณ วานิช ท่านประสาน บางประสิทธิ์ ท่านณัฐ รัฐอมฤต ท่านธีระเดช เดชะชาติ ท่านสุรัตน์ พุ่มพวง ท่านสมยศ วัฒนภิรมย์ ท่านชัยโรจน์ เกตุกำเนิด ท่านอนุสรณ์ ธีระภัทรานันท์ ท่านกนิษฐา เชี่ยววิทย์ ท่านสุมาลี ลิมปโอวาท ท่านวิบูลย์ กัมมาระบุตร ดังมีรายชื่อข้างท้ายนี้ ไม่เห็นพ้องด้วยกับมติดังกล่าว จึงขอทำความเห็นแย้งทำนองเดียวกับความเห็นแย้งมติของที่ประชุมใหญ่ในคดีคำร้องที่ ๑๓๗/๒๕๕๒ คำสั่งที่ ๔๒๐/๒๕๕๗ ลงวันที่ ๑๘ กรกฎาคม ๒๕๕๗ ด้วยเหตุผลดังต่อไปนี้

ประการที่หนึ่ง ปัญหาว่า หน่วยงานของรัฐที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดตนชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตนได้หรือไม่ เพียงใด นั้น ศาลปกครองสูงสุดเคยพิจารณามาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ซึ่งบัญญัติว่า ผู้ใดได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหาย หรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้อันเนื่องจากการกระทำหรือการงดเว้นการกระทำของหน่วยงานทางปกครองหรือเจ้าหน้าที่ของรัฐหรือมีข้อโต้แย้งเกี่ยวกับสัญญาทางปกครองหรือกรณีอื่นใดที่อยู่ในเขตอำนาจศาลปกครองตามมาตรา ๙ และการแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือความเสียหายหรือยุติข้อโต้แย้งนั้น ต้องมีคำบังคับตามที่กำหนดในมาตรา ๗๒ ผู้นั้นมีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครอง แล้ววินิจฉัยไว้เป็นบรรทัดฐานในคำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๑๑๓/๒๕๔๕ โดยมีใจความสรุปได้ว่า มาตรา ๑๒ แห่งพระราชบัญญัติความรับผิดทางละเมิดของเจ้าหน้าที่ พ.ศ. ๒๕๓๙ บัญญัติให้หน่วยงานของรัฐที่เสียหายจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรง มีอำนาจออกคำสั่งเรียกให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นชำระเงินค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตนภายในเวลาที่กำหนด และคำสั่งดังกล่าวเป็นคำสั่งทางปกครองตามบทนิยาม “คำสั่ง

ทางปกครอง” ในมาตรา ๕ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ทั้งยังเป็นคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้บุคคลชำระเงินตามนัยมาตรา ๕๗ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวอีกด้วย (กฎหมายที่ใช้บังคับในขณะนั้น) ดังนั้น ถ้าถึงเวลาที่คำสั่งดังกล่าวกำหนดให้เจ้าหน้าที่นำเงินค่าสินไหมทดแทนมาชำระแล้ว เจ้าหน้าที่ผู้นั้นไม่ชำระเงินค่าสินไหมทดแทนให้แก่หน่วยงานของรัฐให้ถูกต้องครบถ้วน หน่วยงานของรัฐที่เสียหายย่อมมีอำนาจที่จะใช้มาตรการบังคับทางปกครองตามที่กำหนดไว้ในบทบัญญัติแห่งกฎหมายดังกล่าว โดยมีหนังสือเตือนให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นชำระเงินตามจำนวนที่ระบุในคำสั่งภายในระยะเวลาที่กำหนด แต่ต้องไม่น้อยกว่า ๗ วัน และถ้ายังไม่มีการปฏิบัติตามคำเตือน หน่วยงานของรัฐที่เสียหายก็มีอำนาจยึดหรืออายัดทรัพย์สินของผู้นั้นขายทอดตลาด เพื่อนำเงินที่ได้จากการนี้มาชำระเงินค่าสินไหมทดแทนให้ครบถ้วนตามจำนวนที่ระบุในคำสั่งได้ เมื่อหน่วยงานของรัฐที่เสียหายจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงมีอำนาจตามกฎหมายที่จะดำเนินการเพื่อให้ได้มาซึ่งค่าสินไหมทดแทนจากเจ้าหน้าทีผู้กระทำละเมิดตนได้ด้วยตนเองอยู่แล้ว กรณีจึงถือได้ว่าการแก้ไขหรือบรรเทาความเสียหายที่หน่วยงานของรัฐได้รับจากการกระทำละเมิดของเจ้าหน้าที่ในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงนั้น ไม่จำต้องมีคำบังคับของศาลปกครองตามที่กำหนดในมาตรา ๗๒ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ดังนั้น หน่วยงานของรัฐจึงไม่มีสิทธิฟ้องเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดต่อศาลปกครองเพื่อขอให้ศาลมีคำพิพากษาหรือคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นชดใช้ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตน (คำสั่งศาลปกครองสูงสุดที่ ๗๔/๒๕๔๖ ที่ ๑๕๗/๒๕๔๖ ที่ ๓๓๑/๒๕๔๖ ที่ ๑๕๔/๒๕๔๗ ที่ ๒๔๒/๒๕๔๗ ที่ ๓๓๗/๒๕๔๗ ที่ ๖๑๘/๒๕๔๗ ที่ ๘๓๘/๒๕๔๗ ที่ ๙๑๓/๒๕๔๗ ที่ ๑๒/๒๕๔๘ ที่ ๑๙๑/๒๕๔๘ ที่ ๑๙๖/๒๕๔๘ ที่ ๗๙๗/๒๕๔๘ ที่ ๑๓๓/๒๕๕๑ ที่ ๘๐๙/๒๕๕๑ ที่ ๔๗๘/๒๕๕๒ และที่ ๔๘๕/๒๕๕๒ วินิจฉัยในแนวทางเดียวกัน)

ประการที่สอง คำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดตามที่กล่าวไปข้างต้นเป็นไปในแนวทางเดียวกันกับคำวินิจฉัยของศาลปกครองสูงสุดแห่งสาธารณรัฐฝรั่งเศสหลายเรื่อง ดังเช่น C.E. 30 mai 1913, Préfet de l’eure, No 49241, Rec. p 583; C.E. Sect., 4 février 1995, Marcolte; C.E. 18 mai 1984, Mme. Laulaney; C.E. 18 mai 1998, Ville de Toulouse; etc. (อ้างใน René CHAPUS, Droit du contentieux administratif, 8e édition Paris, Montchrestien, 1999, หน้า 341-345) ซึ่งเป็นคำวินิจฉัยที่วางอยู่บนพื้นฐานของหลักกฎหมายมหาชนสมัยใหม่ที่สำคัญยิ่งหลักหนึ่งที่ว่า อำนาจที่กฎหมายมอบหมายให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใช้กระทำการต่างๆ มิใช่ทรัพย์สมบัติส่วนตัวของเจ้าหน้าที่ของรัฐที่จะสละเสียได้ตามความพอใจของตน เมื่อกฎหมายมอบหมายให้เจ้าหน้าที่ของรัฐใดมีอำนาจกระทำการใดก็ตาม เจ้าหน้าที่ของรัฐนั้นมีหน้าที่ที่จะต้องใช้อำนาจนั้น เมื่อกฎหมายให้อำนาจหน่วยงานของรัฐออกคำสั่งให้เจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดตนในการปฏิบัติหน้าที่ด้วยความจงใจหรือประมาทเลินเล่ออย่างร้ายแรงชำระค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตนและมีอำนาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองเพื่อให้การเป็นไปตามคำสั่งดังกล่าว หน่วยงานของรัฐโดยเจ้าหน้าที่ที่เป็นหัวหน้าหน่วยงานของรัฐแห่งนั้น จึงมีหน้าที่ที่จะต้องใช้อำนาจดังกล่าว จะละเลยไม่ใช้อำนาจดังกล่าวแล้วกลับมาฟ้องเจ้าหน้าที่ผู้กระทำละเมิดตนต่อศาล เพื่อขอให้ศาลพิพากษาหรือมีคำบังคับให้เจ้าหน้าที่ผู้นั้นชดใช้

ค่าสินไหมทดแทนให้แก่ตนหาเป็นการชอบไม่ และหากศาลรับคำฟ้องดังกล่าวของหน่วยงานของรัฐไว้พิจารณาพิพากษาก็จะมีผลเท่ากับว่าศาลสนับสนุนหรือส่งเสริมให้หน่วยงานของรัฐละเลยต่อหน้าที่ที่จะต้องใช้อำนาจตามที่กฎหมายมอบหมายให้ใช้โดยปริยาย

ประการที่สาม แม้จะเป็นความจริงที่ว่า ศาลปกครองสูงสุดได้เคยวินิจฉัยโดยมติของที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุด ครั้งที่ ๕-๖/๒๕๕๖ ในคดีคำร้องที่ ๑๓๗/๒๕๕๒ คำสั่งที่ ๔๒๐/๒๕๕๗ โดยวินิจฉัยว่า "...เมื่อคำสั่งของผู้ฟ้องคดีที่สั่งให้เจ้าหน้าที่ชำระเงินค่าสินไหมทดแทนแก่ผู้ฟ้องคดีเป็นคำสั่งทางปกครองที่ใช้เป็นฐานในการใช้มาตรการบังคับทางปกครองของผู้ฟ้องคดี และผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองซึ่งเป็นทายาทของเจ้าหน้าที่ปฏิเสธไม่รับผิดชดใช้ค่าสินไหมทดแทนตามคำสั่งดังกล่าว จึงเป็นกรณีที่ผู้ฟ้องคดีมีข้อขัดข้องในการบังคับใช้กฎหมายในส่วนที่เกี่ยวกับการบังคับทางปกครองเพื่อให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองของผู้ฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีในฐานะเจ้าหนี้ในมูลละเมิดจึงมีความจำเป็นต้องใช้สิทธิทางศาล เพื่อขอบังคับตามสิทธิเรียกร้องอันมีต่อเจ้าหน้าที่ตามคำสั่งทางปกครองของผู้ฟ้องคดีโดยขอให้ผู้ถูกฟ้องคดีทั้งสองในฐานะทายาทโดยธรรมของเจ้าหน้าที่ใช้เงินหรือส่งมอบทรัพย์มรดกให้แก่ผู้ฟ้องคดี และศาลมีอำนาจออกคำบังคับได้ตามที่กำหนดในมาตรา ๗๒ วรรคหนึ่ง (๓) แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีจึงเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองตามมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว" แต่ในเวลาที่ที่ประชุมใหญ่ตุลาการในศาลปกครองสูงสุดได้มีมติดังกล่าว ยังมิได้มีการตราพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๖๒ ขึ้นใช้บังคับ

เมื่อปัจจุบันได้มีการตราพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๖๒ โดยให้ยกเลิกส่วนที่ ๘ การบังคับทางปกครอง มาตรา ๕๕ ถึงมาตรา ๖๓ ในหมวด ๒ คำสั่งทางปกครอง แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ และให้เพิ่มความในหมวด ๒/๑ การบังคับทางปกครอง มาตรา ๖๓/๑ ถึงมาตรา ๖๓/๒๕ โดยส่วนที่ ๒ การบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงิน ได้แยกวิธีการบังคับทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินออกเป็น ๒ ข้อ คือ ๑. การบังคับโดยเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ (มาตรา ๖๓/๗ ถึงมาตรา ๖๓/๑๔) และ ๒. การบังคับโดยเจ้าพนักงานบังคับคดี (มาตรา ๖๓/๑๕ ถึงมาตรา ๖๓/๑๙) ซึ่งในส่วนของการบังคับโดยเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ นั้น ได้กำหนดให้ผู้ฟ้องคดีจะต้องมีหนังสือเตือนให้ผู้ถูกฟ้องคดีซึ่งเป็นผู้อยู่ในบังคับของมาตรการบังคับทางปกครองนำเงินมาชำระภายในเวลาที่กำหนดแต่ต้องไม่น้อยกว่าเจ็ดวัน ถ้าไม่มีการปฏิบัติตามคำเตือน ผู้ฟ้องคดีมีอำนาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยการยึดหรืออายัดทรัพย์สินของผู้ถูกฟ้องคดีและขายทอดตลาดเพื่อชำระเงินให้ครบถ้วนได้ตามมาตรา ๖๓/๗ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว โดยขั้นตอนและวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการยึด การอายัดและการขายทอดตลาดทรัพย์สินของผู้ถูกฟ้องคดี ผู้ฟ้องคดีต้องดำเนินการให้เป็นไปตามที่กำหนดในกฎกระทรวง ตามที่มาตรา ๖๓/๑๒ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าวกำหนดไว้ ซึ่งมาตรา ๙ วรรคสองแห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๖๒ ได้กำหนดให้ดำเนินการออกกฎกระทรวงดังกล่าวให้แล้วเสร็จภายในหนึ่งร้อยแปดสิบวันนับแต่วันที่ ๒๘ พฤษภาคม ๒๕๖๒ อันเป็นวันที่พระราชบัญญัตินี้ใช้บังคับ แม้ปัจจุบันจะล่วงพ้นระยะเวลาตามที่กฎหมายกำหนดให้ดำเนินการ

และยังมิได้มีการออกกฎกระทรวงกำหนดขั้นตอนและวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการยึด การอายัด และการขายทอดตลาดทรัพย์สินใช้บังคับก็ตาม แต่เมื่อขณะนี้กฎกระทรวงดังกล่าวอยู่ในระหว่างขั้นตอนการพิจารณาของคณะกรรมการวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองเพื่อที่จะประกาศใช้บังคับต่อไป ซึ่งระยะเวลาการพิจารณาของคณะกรรมการฯ ย่อมไม่เกินกว่าระยะเวลาที่ผู้ฟ้องคดีจะดำเนินการยึดหรืออายัดทรัพย์สินของผู้ถูกฟ้องคดีภายในสิบปีนับแต่วันที่คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินเป็นที่สุดตามมาตรา ๖๓/๘ แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว ผู้ฟ้องคดีจึงยังมีเวลาพอสมควรในการดำเนินการใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐต่อผู้ถูกฟ้องคดี กรณีจึงไม่อาจถือได้ว่าผู้ฟ้องคดีมีเหตุขัดข้องในการใช้มาตรการบังคับทางปกครอง เพราะเหตุที่ขณะนี้ยังไม่มีกฎกระทรวงกำหนดขั้นตอนและวิธีปฏิบัติเกี่ยวกับการยึด การอายัด และการขายทอดตลาดทรัพย์สินตามมาตรา ๖๓/๑๒ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ ตามที่ผู้ฟ้องคดีกล่าวอ้างแต่อย่างใด

ประการที่สี่ นอกจากนี้ หากผู้ฟ้องคดีเห็นว่าผู้ฟ้องคดีไม่สะดวกหรือมีข้อขัดข้องในการดำเนินการบังคับโดยเจ้าหน้าที่ของผู้ฟ้องคดีเอง ผู้ฟ้องคดียังมีทางเลือกที่จะดำเนินการตามมาตรา ๖๓/๑๕ แห่งพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง พ.ศ. ๒๕๓๙ โดยให้เจ้าพนักงานบังคับคดีในสังกัดกรมบังคับคดีดำเนินการบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินด้วยการยื่นคำขอฝ่ายเดียวต่อศาลภายในสิบปีนับแต่วันที่คำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินเป็นที่สุด เพื่อให้ศาลออกหมายบังคับคดีเพื่อบังคับให้เป็นไปตามคำสั่งทางปกครองนั้นได้ ซึ่งผู้ฟ้องคดีจะได้รับความสะดวกเนื่องจากการบังคับโดยเจ้าพนักงานบังคับคดีในสังกัดของกรมบังคับคดีเพื่อให้ได้รับชำระเงินโดยครบถ้วนดังกล่าว เสมือนการบังคับตามคำพิพากษาของศาลอันจะเป็นการเยียวยาความเดือดร้อนเสียหายที่ผู้ฟ้องคดีได้รับอยู่แล้ว กรณีจึงเห็นได้ว่า ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐผู้ออกคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินมีช่องทางในการเลือกใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐเอง หรือโดยเจ้าพนักงานบังคับคดีของกรมบังคับคดีได้โดยไม่จำต้องมีคำพิพากษาของศาล

ทั้งนี้ การดำเนินการตามขั้นตอนที่กฎหมายกำหนดดังกล่าวจะเป็นไปตามเจตนารมณ์ในการตราพระราชบัญญัติวิธีปฏิบัติราชการทางปกครอง (ฉบับที่ ๓) พ.ศ. ๒๕๖๒ ขึ้นใช้บังคับ ที่ได้แก้ไขเพิ่มเติมบทบัญญัติเกี่ยวกับการบังคับทางปกครองตามกฎหมายว่าด้วยวิธีปฏิบัติราชการทางปกครองโดยเฉพาะการบังคับตามคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงินให้มีประสิทธิภาพในการบังคับใช้มากยิ่งขึ้น ดังนั้น การที่ศาลปกครองในฐานะองค์กรตุลาการยอมให้หน่วยงานของรัฐละเลยต่อหน้าที่ที่จะต้องใช้อำนาจตามที่กฎหมายมอบหมายให้ใช้ โดยการรับคำฟ้องของหน่วยงานของรัฐไว้พิจารณาพิพากษา แม้ฝ่ายนิติบัญญัติจะบัญญัติกฎหมายให้มีช่องทางเพื่อให้หน่วยงานของรัฐโดยเจ้าหน้าที่ที่เป็นหัวหน้าหน่วยงานของรัฐแห่งนั้นสามารถเลือกใช้บังคับได้อย่างมีประสิทธิภาพมากเพียงใดแล้วก็ตาม ย่อมไม่สอดคล้องกับหลักกฎหมายทั้งของไทยและต่างประเทศเป็นอย่างยิ่ง

อาศัยเหตุผลดังกล่าวข้างต้น ตุลาการศาลปกครองสูงสุดเสียงข้างน้อย (จำนวน ๒๓ ต่อ ๒๖ เสียง) จึงมีความเห็นว่า ผู้ฟ้องคดีซึ่งเป็นหน่วยงานของรัฐผู้ออกคำสั่งทางปกครองที่กำหนดให้ชำระเงิน มีอำนาจใช้มาตรการบังคับทางปกครองโดยเจ้าหน้าที่ของหน่วยงานของรัฐ หรือโดย

เจ้าพนักงานบังคับคดีของกรมบังคับคดีเพื่อให้ได้รับชำระเงินโดยครบถ้วนได้โดยไม่จำต้องมีคำพิพากษาของศาลให้ผู้ถูกฟ้องคดีชำระค่าสินไหมทดแทนพร้อมดอกเบี้ยแต่อย่างใด การแก้ไขหรือบรรเทาความเดือดร้อนหรือเสียหายของผู้ฟ้องคดีจึงไม่จำต้องมีคำบังคับตามที่กำหนดไว้ในมาตรา ๗๒ แห่งพระราชบัญญัติจัดตั้งศาลปกครองและวิธีพิจารณาคดีปกครอง พ.ศ. ๒๕๔๒ ดังนั้น ผู้ฟ้องคดีจึงมิใช่ผู้ได้รับความเดือดร้อนหรือเสียหายหรืออาจจะเดือดร้อนหรือเสียหายโดยมิอาจหลีกเลี่ยงได้อันจะเป็นผู้มีสิทธิฟ้องคดีต่อศาลปกครองตามมาตรา ๔๒ วรรคหนึ่ง แห่งพระราชบัญญัติดังกล่าว สมควรที่ศาลปกครองสูงสุดจะมีคำสั่งยืนตามคำสั่งของศาลปกครองชั้นต้นที่ไม่รับคำฟ้องนี้ไว้พิจารณา

จากความเห็นแย้งในคดีต่าง ๆ ดังกล่าวข้างต้น ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ซึ่งได้ปฏิบัติหน้าที่ในฐานะตุลาการศาลปกครองสูงสุด ในการทำคำวินิจฉัยเพื่อพิพากษาคดีหรือมีคำสั่งชี้ขาดคดี ได้พิจารณาตามข้อเท็จจริงและข้อกฎหมายแล้ว หากคดีใดเป็นตุลาการฝ่ายเสียงข้างน้อย ก็มีความเห็นแย้งในคำพิพากษาหรือคำสั่งนั้น หรือร่วมลงชื่อในความเห็นแย้งนั้น โดยพิจารณาถึงเหตุผลในทางวิชาการ และเพื่อแสดงให้ปรากฏในคำพิพากษาหรือคำสั่งของศาลปกครองสูงสุด ว่าตนเองมีความเห็นในคดีหรือประเด็นนั้นอย่างไร อันเป็นการปฏิบัติที่สอดคล้องกับหลักการสำคัญในรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทยในแต่ละฉบับที่บัญญัติรองรับหลักการดังกล่าวให้ “ผู้พิพากษาและตุลาการมีอิสระในการพิจารณาพิพากษาอรรถคดีให้เป็นไปโดยถูกต้อง รวดเร็ว และเป็นธรรม ตามรัฐธรรมนูญและกฎหมาย”

รายนามผู้ร่วมสนับสนุนการจัดพิมพ์หนังสือที่ระลึก
เนื่องในโอกาสเกษียณอายุราชการ
ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์ ประธานศาลปกครองสูงสุด

นายประสิทธิศักดิ์	มีลาภ	นางสิริกาญจน์	พานพิทักษ์
นางสาวพยุง	พันสุทธิรางกูร	นายสุรัตน์	พุ่มพวง
นายวิบูลย์	กัมมาระบุตร	นายบรรยาย	นาคยศ
นายอาทร	คุระวรรณ	นายประเวศ	รักษพล
นายชาชิวัฒน์	ศรีแก้ว	นายสิทธานต์	สิทธิสุข
นางสาวผึ้งรวง	ประเสริฐพานิชการ	นายวุฒิชัย	แสงสำราญ
นายภาณุมาศ	เลี่ยมสกุล	นางเพ็ญศรี	วงศ์เสรี
นายตรีทศ	นิโครธางกูร	นายสินิทธ์	สินิทธานนท์
นายประเสริฐ	ศรัทธาสุข	นายไพรัช	โตสวัสดิ์
นายศรัณยู	โพธิรัชตางกูร	นายประยูร	ปรีดา
นายฉัตรชัย	ศุภการ	นางสาวบุบผา	อัครพิมาน
นายจิรยุทธ	ทรงนวล	นายดนัย	ศรีโมรา
นายจิตติคุณ	แพงคุณ	นางสาวฐิติลักษณ์	เกรียงเกริกไกร
นางสมพร	ถาวรวิริยะนันท์	นางสาวสิริพร	มณีภัณฑ์
นายวินัย	รุ่งรักสกุล	นายมนูญ	พิบูลรัตนากุล
นายชัยนะ	อักษรพันธ์	นางสาวปทิชญา	วชิรเมธารัชต์
นางอุษณีย์	ลี้วิไลกุลรัตน์	นายศิริ	มีแสงสกุล
นายเอกณัฐ	จิณเสน	นายวิรัช	ร่วมพงษ์พัฒนะ
นายคะนึง	จันทร์สงเคราะห์	นายวัชระชัย	อารยรุ่งโรจน์
นายอาณัติ	สุขปะทิว	นางสาวสุภาพ	ชอบดอน
นางสาววิลาวัณย์	ฆ้องส่งเสียง	นางทิพาพันธุ์	รัตนพิทักษ์
นายสมภพ	ศรีเพ็ญ	นายไพฑูรย์	คล้ายยวงทอง

คณะตุลาการศาลปกครองชั้นต้น รุ่นที่ ๙ และ รุ่นที่ ๑๐

ผู้ไม่ประสงค์ออกนาม (๒ ท่าน)

การมีศาลปกครองเป็นความก้าวหน้าของ "หลักนิติรัฐ"
ในด้านกระบวนการยุติธรรมทางปกครอง ประเทศใดมีศาลปกครอง
ประเทศนั้นมีหลักประกันให้หลักนิติรัฐเป็นจริง
การที่ประเทศไทยมีศาลปกครอง ถือว่าเป็นเรื่องดีของประเทศ
แต่ว่าศาลปกครองก็เป็นเพียงสถาบัน จึงขึ้นอยู่กับตัวบุคคล
ที่จะมาเป็นตุลาการศาลปกครองด้วย ตุลาการศาลปกครองจะต้องยึดมั่น
ตั้งใจปฏิบัติหน้าที่ ทำงานรับใช้ประชาชน โดยทุ่มเทเต็มกำลัง
ตระหนักถึงภารกิจของตนว่า มาทำงานเพื่ออำนวยความยุติธรรมทางปกครอง
เป็น "ศาลปกครองเพื่อประชาชน"

(ศาสตราจารย์พิเศษ ดร.ชาญชัย แสวงศักดิ์)
ประธานศาลปกครองสูงสุด
๑๘ มีนาคม ๒๕๖๕